國立臺灣大學法律學院法律研究所

碩士論文

Department of Law
College of Law
National Taiwan University

Master Thesis

從訴訟權保障之觀點論多元審判體系下判決之相互拘束力

On the Inter-binding Force of Judgments Under Multi-judicial System: From the Perspective of the Rights of Litigation

洪國勛

Kuo-Hsun Hung

指導教授：林明昕 博士

Advisor: Dr. iur. Ming-Hsin Lin

中華民國 99 年 8 月

Aug, 2010

謝辭

雖然早在2009年6月就已完成論文之初稿與口試,但因各式各樣的因素以致在相隔整整一年，並在畢業年限之壓力以及各界催促下，方完成作最終版本並提筆寫下這篇謝辭，或許仍有不足與思慮未臻周詳之處，但這篇論文確實代表我在求學路上的重要里程碑。

自選擇進入東海大學就讀法律系以來，小到期中、期末考、報告，大到國家考試與撰寫論文，每個階段對我來說都是一種艱鉅挑戰，當然因為能力有限加上努力不足，不免常需面對挑戰失敗之窘境，所幸一路以來家人、老師、同學、朋友的協助，上天不時的眷顧，以及本人死纏爛打的功夫，終於完成本篇論文、通過口試並且開始律師的職業生涯。

在這過程中，首先要感謝的就是家人的支持，讓我可以不用過著窮困的求學生活。其次，在研究所期間，遇到最重要的貴人莫過於指導教授林明昕老師，除了豐富的學養與令人羨慕不已的人生外，林老師對於學生的細心與關懷，是我最為感動與欽佩，不論是在課堂上、擔任中心助理、研究助理期間、或是論文寫作上甚至關於待人處事的道理與就業上，老師都給了我莫大的助力並且獲益良多，這般師生關係無論經過多久，學生都終身都將銘記於心。此外，在公法中心的每位老師們,讓我充分體會到身為一個優秀的法律人,除了博覽群書與專研學術外，更不可忘卻法律人對於社會應有的關懷與熱情。

口試委員盛子龍老師適切的指出本論文應再進一步深究之處，並從稅法實務的觀點提出許多寶貴的意見確實又再拓寬我對問題的視野；李建良老師對於架構上的精闢建議，更讓本論文得以呈現更精確的論述架構；林明昕老師對於論證上說明未盡之處也一一明確提出指正，謹此表達學生至深的謝意。

忽胖忽瘦的君華開啟了我助理生涯的大門；約翰與黑哥是網球之路重要的伙伴；陽升、小麥、亦廷、撲馬、好馬、伯翰是我最重要的法學資料庫，跟你們討

論任何問題都收獲匪淺；奕逸、雨耕、佳芳、小 R、瑋佑、昀哲、喬婷、劍非、喬凡、文宇、姿育、明賢、任遠、郁昇，因為認識你們這些優秀的同學，讓我覺得念台大真的是一件值得驕傲的事情，也感謝您們在撰寫論文的水深火熱中，不吝花費寶貴時間交換意見；同門的緯武從日本帶回來的文章補充了日文文獻的不足、葦嵐對於第一次權利保護整理的資料與寶貴意見對於本論文的完成更是提供莫大著助益；此外，高中的小黑、有任、阿發、小志，因為你們讓我無論是在陽光的午後球場或是霓虹燈閃爍夜晚從來不覺人生枯燥乏味；嵩哥、吉凱、榮唐及欣葳人等是一起走過那段無止無盡的補習歲月並留下許多美食與旅遊回憶的戰友：最後，從我在寒窗苦讀的年代就默默陪在我身邊的妍冰，除了是我的日文小老師外，也總是想盡辦法逗我開心帶給我如同家人般的安全感，並一直縱容我的自私與壞脾氣，跟妳在一起的每一天都是人生中最美好的回憶，沒能跟妳一起走下去，是我永遠的遺憾。

最後，我要將本論文獻給我最親愛的父母與妹妹，感謝你們一直以來無條件的關懷、付出與包容，因為有你們的支持與陪伴，讓我可以無憂無慮地逐步完成自己人生的拼圖，我愛你們，希望你們永遠身體健康。並藉此告訴在另一個世界的爺爺、奶奶、外婆、大伯父、大舅舅與四舅舅、舅媽，你們的孫子、姪兒現在過的很好，也會繼續努力，請不用擔心。

國勛　謹誌

2010 年 8 月

中文摘要

本文嘗試從「權利救濟實效性」之憲法訴訟權保障觀點出發，無論是既判力禁止重複起訴或是禁止矛盾之作用或是失權效、爭點效等，其目的都在為達成終局紛爭解決以及避免裁判矛盾，亦即確保權利救濟結果所必要之拘束力，而使當事人不論判決對其有利或不利均應受其拘束之範圍，則應建立在程序保障與當事人間之公平。且本於司法解決紛爭功能之一體性及法院等價性，判決效力不應僅止於同一審判權體系下之不同法院發揮作用，即便於跨審判權體系下之不同法院亦應有相同之效力。

而於多元審判權體系運作上，在訴訟前階段與訴訟審理中應重視審判權分工之目的與公益性，應使特定爭點分由各專業審判權法院審理，俾得透過適切之程序尋求救濟，受訴法院即應本此專業分工之考量為停止審判，但應注意當判斷審判權法院發生困難與歧異時，不應使人民向法院請求救濟之權利受到侵害。其次，對於特定爭點經審判權法院為終局判斷後，他法院（無論是否為同一審判權體系）均應予以尊重，並以之為基礎進行後續爭點之審理。另當因立法者就審判權體系之安排（如國賠訴訟）或其他考量（如智財訴訟），或不予審理實行同人民救濟程序之拒絕時，而例外賦予受理本案之法院得就他審判權法院掌理之事項審理之權限時，應肯認本案法院所為之判斷，對於後訴之專屬審判權法院亦應有拘束力（如爭點效），至於錯誤判決之救濟，於相同審判權體下係透過上訴與再審，於不同審判權體系下，固無從上訴與再審可言，但亦於應有相當於再審之事由時，本訴審理法院始得拒絕採納他審判權法院所為之判斷。

關鍵詞：多元審判權體系、法院等價、反覆禁止效、第一次權利保護優先

簡 目

謝辭 ..... **I**

中文摘要 ..... **III**

簡 目 ..... **IV**

詳 目 ..... **V**

第一章 緒論 **1**

第一節 問題提出 1

第二節 研究範圍與本文架構 5

第二章 審判權多元體制之形成與衝突 **8**

第一節 訴訟權保障與多元審判體系之形成 8

第二節 審判權衝突之解決機制 17

第三節 智慧財產訴訟新制與多元審判體系下訴訟權之保障 27

第三章 多元審判體系下法院判決之效力 **39**

第一節 多元審判體系下既判力之作用 40

第二節 反覆禁止效與撤銷訴訟判決既判力之關聯 63

第三節 爭點效理論與民事訴訟中判決理由之拘束力 88

第四章 撤銷訴訟與國家賠償訴訟之關聯性 **120**

第一節 前提問題：第一次權利保護優先性原則 120

第二節 撤銷訴訟之裁判對國家賠償訴訟之拘束力 133

第三節 國家賠償訴訟中對行政處分違法性判斷之拘束力 155

第五章 結論 **171**

參考文獻 **177**

詳 目

謝辭 I

中文摘要 III

簡 目 IV

詳 目 V

第一章 緒論 1

第一節 問題提出 1

壹、採取多元審判權體系下所面臨之難題 1

貳、新法修正採取優先原則與移送制下仍有所不足 2

參、承認跨審判權體系判決效力之必要 3

第二節 研究範圍與本文架構 5

壹、研究範圍 5

貳、本文架構 6

第二章 審判權多元體制之形成與衝突 8

第一節 訴訟權保障與多元審判體系之形成 8

壹、憲法上訴訟權保障之內涵 8

一、無漏洞的權利救濟途徑 9

二、公平的權利救濟途徑 10

三、有效的權利救濟途徑 10

貳、我國憲法上訴訟權之設計 11

一、憲法條文之規範 11

二、釋憲機關對訴訟權保障之解釋 12

參、立法形成之二元審判體系 15

一、行政法院之發展與權力分立 15

二、以有效權利保障為多元審判體系建構與適用之中心 15

第二節 審判權衝突之解決機制 17

壹、訴訟前階段 18

一、「前者優先」、「法院等價」、「審判權恆定」原則 18

二、「跨審判權之移送制度」與「再移送禁止」 19

三、當事人合意選擇權 19

貳、訴訟審理中 21

一、「先決問題」之解決機制 21

二、以停止審判程序為原則 22

參、訴訟終結後 25
一、紛爭解決終局性與訴訟權之保障 25
二、法院等價原則與既判力之尊重 26
第三節　智慧財產訴訟新制與多元審判體系下訴訟權之保障 27
壹、智慧財產法院設立目的 27
一、避免民、刑事案件停止訴訟之延滯，加速解決訴訟紛爭 27
二、累積審理智慧財產案件之經驗，達成法官專業化需求 28
三、促進國家經濟發展 28
貳、智慧財產訴訟新制之特色 29
一、統合的訴訟管轄： 29
二、避免裁判矛盾之事務分配 31
三、民、刑事訴訟有關權利有效性爭點處理程序 32
參、管轄定位之爭議 32
一、爭議產生之背景 33
二、學界意見 33
三、本文見解 34
肆、智慧財產法院就權利有效性認定之拘束力 35
一、智慧財產案件審理法第 16 條 35
二、學說見解 36
伍、小結 37
第三章　多元審判體系下法院判決之效力 39
第一節　多元審判體系下既判力之作用 40
壹、既判力之作用與正當性依據 40
一、既判力之作用 40
二、既判力正當化之依據 41
貳、既判力於多元審判體系下之作用 45
一、既判力之相對性原則 45
二、多元審判體系下既判力之作用 46
參、多元審判體系下判決之形成效力 53
一、形成訴訟之判決效力 53
二、行政訴訟法第 215 條及 216 條之適用 55
肆、小結 62
第二節　反覆禁止效與撤銷訴訟判決既判力之關聯 63
壹、日本學說上反覆禁止效之構成 64
一、行政訴訟法第 33 條 64
二、反覆禁止效之根據與性質 65
貳、德國法上反覆禁止效之構成 71
一、先決關係說 71

二、判決效力擴張說.....72
三、以行政處分中之「規制（Regelung）」作為訴訟標的之理論.....73
參、反覆禁止效之效力範圍與拘束對象.....80
一、撤銷訴訟之構造.....80
二、反覆禁止效之範圍與處分理由之追補、替換.....82
肆、反覆禁止效於我國法上之檢討.....85
一、反覆禁止效與訴訟權之保障之實效性.....86
二、我國學說上之見解.....86
三、本文見解.....87
第三節　爭點效理論與民事訴訟中判決理由之拘束力.....88
壹、前提問題-行政處分之構成要件效力爭議.....88
一、自行政實體法觀點出發.....89
二、自審判權專業分工出發.....97
三、自民事審判權對於私權紛爭之專屬性與全面性.....98
四、本文見解.....99
貳、判決理由拘束力（爭點效）之基礎.....100
一、早期學說.....100
二、實務意見.....102
三、自「公平」與「效率」觀點之重新評估爭點效.....105
四、自判決拘束力正當化基礎出發.....107
五、小結.....114
參、跨審判體之爭點效承認之必要性與理論基礎.....115
一、跨審判權體下爭點效承認之必要性.....115
二、法院判決等價性與審判權等價性.....116
三、民事訴訟與行政訴訟程序設計之異同.....117
第四章　撤銷訴訟與國家賠償訴訟之關聯性.....**120**
第一節　前提問題：第一次權利保護優先性原則.....120
壹、第一次權利保護優先原則之意義.....120
貳、我國對於第一次權利保護優先原則之討論.....123
一、學說上理論之爭論.....123
第二節　撤銷訴訟之裁判對國家賠償訴訟之拘束力.....133
壹、日本法上學說與實務之見解.....133
一、學說見解.....134
二、實務見解.....136
三、小結.....140
貳、我國學說及實務上之見解.....142
一、學說之見解.....143
二、實務之見解.....144

參、本文見解 148
一、源自訴訟權保障之既判力制度 148
二、自法院專業分工優先考量之訴訟制度設計 149
三、行政處分違法性為國家賠償訴訟之先決問題 151
第三節　國家賠償訴訟中對行政處分違法性判斷之拘束力 155
壹、行政爭訟優先原則與國家賠償訴訟法院之審判權限範圍 155
一、已先提起行政訴訟再提起國家賠償訴訟 155
二、國家賠償訴訟進行中尚未提起行政爭訟 156
三、未提起行政訴訟、已不能提起行政爭訟 159
貳、中間確認訴訟之適用可能性 162
一、中間確認訴訟之性質 162
二、確認行政處分違法性之容許性 163
參、審理國家賠償訴訟法院就處分違法性判斷之效力 164
一、前提：闡明權之行使與先決問題審判權之取得 164
二、有無爭點效之判斷 166
第五章　結論 **171**
參考文獻 **177**

第一章　緒論

第一節　問題提出

壹、採取多元審判權體系下所面臨之難題

我國現行法院架構仿效法、德及日戰前[1]體制，於普通法院外另行成立行政法院，採二元訴訟制度[2]，將爭議事件之救濟程序依其性質劃分於不同審判權，適用不同之程序規範，並專屬於不同之法院體系審理，除法律另有規定外，因私法關係而生之爭議由普通法院依民事訟法審理；因公法關系所生之爭議則由行政法院依行政訴訟法審理。此種採取於普通法院外另設行政法院之二元審判體系之設計，固有其歷史沿革因素及立法政策上之考量[3]，且將公、私法案件分由不同之法院審理亦可透過專業分工之方式提供人民最合適之救濟途徑，但在採取二元或多元體系之制度下，必然會在救濟程序中即面臨下列難題：一、在訴訟之前階段所要面臨者為當具體事件產生紛爭時究竟應向哪一審判權院尋求救濟所可能產生之困難，特別是在事件性質判別困難時，人民選擇錯誤後應如何處理，以避免影響實體法上權利主張；二、進入

[1] 須注意者爲日本戰前之行政法院在組織上，爲確保行政權對於私法權之獨立行之，在組織上乃歸屬於行政權下而非司法權下，參見宮崎良夫（2004），《行政争訟と行政法學》，頁 3-9；法國法制迄今仍屬於行政權之一環，參見陳錫平（2006），〈審判權錯誤、爭議及衝突之研究〉，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 18-20。

[2] 參見司法院釋字第 466 號解釋理由書：「至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序爲之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而爲設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之」。惟實際上我國尚有審理憲法爭議之憲法法庭、受理公務人員懲戒案件之公務員懲戒委員會、軍事法院等，亦可稱爲多元審判審判體制，惟若僅提及普通法院與行政法院，本文或以二元審判體系稱之。

[3] 傳統上，大陸法系國家，基於行政權完整、行政事務特殊的考量，認爲行政爭訟應由特殊機關審理，應而與民事審判機關分離，成爲二元訴訟制度；然英美法系國家，則基於「平等」考量，認爲所有之爭議均應有相同之法院爲審理，即便有另設行政訴訟程序之必要，亦應於普通法院內設專庭審理，參見蔡志方(1993)，〈我國第一個行政訴訟審判機關—平政院〉，收錄於《行政救濟與行政法學》，頁 256-261；張焰輝（2003），〈民初建立法治國的實踐--以平政院裁決爲中心〉，國立政治大學法律學系碩士班法律後學士法學組碩士論文，頁 19-29。

到訴訟程序中，由於審判權之劃別基準係以訴訟標的之法律關係，然或因事件性質本身混和公、私法之爭議，或因審判權之劃分所致，為本案爭點之前提問題之審判權歸屬於不同體系之法院，此時本案法院可否對該先決問題為實質審理，是否因採取多元分工之審判體制，即表示本案法院不得為審理，或其間即有先後順序之別，似不無疑問；三、承前，若允許受訴法院就先決問題為審理，不免造成使得同一爭點不同審判權體系之法院可能同時或先後均對該爭點表示意見，此時應如何防免審理重複以及裁判矛盾，即屬重要之課題，均有待進一步釐清。

貳、新法修正採取優先原則與移送制下仍有所不足

而關於同一訴訟標的性質之區別難題，於司法院大法官作成釋字第 540 號解釋，及嗣後行政訴訟法於 2007 年 7 月增訂第 12-1、12-2 條及民事訴訟法於 2009 年 1 月增修第 31-1[4]、31-2[5]條後，大致上已解決當人民因救濟途徑選擇錯誤時，而可能救濟排除之爭議。亦即，在新法下，就積極競合之情形採取優先原則，先行受理並認為有審判權之法院其判斷得拘束其法院，避免同一事同時係屬於不同審判體系之法院；而就消極衝突部分，新法採取移送至取代舊制下的訴訟駁回，因此，即便人民選擇錯誤救濟體系，亦可透過跨審判體系之移送制度，避免舊制下各審判權法院均認無審判權而逕予以駁回時，產生人民權利救濟排除之結果，且在移現形送制下亦可維持人民起訴利益。

但新法仍無法即時處理審判權歸屬爭議，以致有影響人民程序利益之虞，且亦僅解決起訴階段紛爭事件之屬性之判別及其救濟途徑選擇的問題，惟當事人擇定爭點作為訴訟標的並依其性質決定救濟途徑時，整個紛爭事件

[4] 參見民事訴訟法第 31-1 條「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。（第 1 項） 訴訟已繫屬於不同審判權之法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴。（第 2 項）」

[5] 參見同法第 31-2：「普通法院認其有受理訴訟權限而爲裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。（第 1 項） 普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先爲裁定。（第 2 項） 前項裁定，得爲抗告。（第 3 項） 普通法院爲第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見（第 4 項）。第 29 條、第 31 條規定，於第 2 項之情形準用之。（第 5 項）」；同法第 31-3 條：「

同時可能涉及公、私法性質，亦或因為審判權之劃分將原屬公法爭議之事件，交由民事法院審理，即有可能遇到主要問題與其前提問題非屬不同審判權，例如以民事侵權行為損害賠償向民事法院起訴，惟其前提問題涉及行政處分適法性之爭議[6]；或行政法院審理課稅處分之適法性時，涉及作為課稅計算基礎之財產關係有所爭執[7]；或是國家賠償訴訟涉及以行政處分違法為前提時，現行法下固有停止訴訟程序之規定，惟因民事訴訟法與行政訴訟法規範上之差異，應如適用相關法條即為問題之一。

再者，另一問題為本案（主要問題）受訴法院，能否或應否就該係屬不同審判權之前提問題為審理？應否受他法院所為之判斷為拘束？如為審理時其就該爭點之判斷，能否拘束他法院？又針對該爭點應適用何種訴訟程序？等等問題，尚無明文規定解決之方式。惟先決問題與本案問題分屬於不同審判體系法院下可能產生之問題，非但有審理重複及裁判矛盾之風險，亦將使同一爭點反覆在不同審判權法院分別或先後反覆爭執，延長紛爭解決之訴訟過程，更有在相同審判權法院下無法反覆爭執，但在不同審判權法院下卻可再為爭執之不合理現象；此外，即便基於專業分工之立場，停止本案審理程序，如不承認他審判權法院判決之效力，是否停止審判程序似將變得無意義，更使是否停止審判程序，流於法院主觀之判斷。

特別時當先決問題為涉及行政處分之效力與適法性問題時，將同時涉及行政訴訟法第 12 條、第一次權利保護優先性原則、行政處分構成要件效力等之爭議，就應從何種角度始能為妥善之解決等問題，即為本文所欲探討之重點。

參、承認跨審判權體系判決效力之必要

對於非本案審理法院審判權範圍所及之先決問題部分，基於多元分工以

[6] 典型之案例即在專利權、商標權等侵權行爲之損害賠償案件中，當事人就系爭之專利權或商標權之有效性產生爭議之情形；此外，由於國家賠償案件亦劃歸民事法院審理，亦可能涉及行政處分適法性之爭議。

[7] 實務常出現爲涉及遺產稅課徵時，夫妻財產剩餘分配請求權或是遺產中之所有權有爭議；亦曾有涉及遺產及贈與稅法第 17 條第 1 項第 9 款：「左列各款，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅：九、被繼承人死亡前，未償之債務，具有確實之證明者。」之債務是否爲通謀意思表示下成立有所爭執等。

達專業審判之制度，乃立法者所預設有助於實踐憲法所保障之訴訟權之組織與程序設計並有其公益上之考量，原則上仍須就向該管法院起訴請求審理以獲得終局之解決，而為使紛爭解決之最終目的得以達成，及避免審理重複與矛盾，此時制度上以他審判權法院為決定前，受理本案問題法院應有停止審判之必要，且他審判權法院作成之判斷，更本於上開專業分工與避免裁判矛盾之立場為適用與承認其判斷之拘束力，惟拘束力之性質與範圍如何，則應回歸既判力之本質與訴訟標的之內容求其答案。

再者，基於訴訟權之保障，立法者就審判權之歸屬為特別劃分之制度目的乃在建立國家提供之途徑應具有全面性與實效性，則在一定情形下，亦應考量人民之程序利益，例外地肯認法院對該非其審判權範圍內之先決問題得自為判斷，此時如該先決問題涉及行政處分之效力與適法性問題時，民事法院之判斷固無行政法院得終局排除處分之效力，但仍非不得以立法方式，在個案中就其適法性與否為判斷，俾使提起民事訴訟之權利或得有實效性之保障。另民事法院就該處分適法性之判斷雖非訴訟標的之一部，僅為判決理由中之判斷並無既判力，但就判決理由中判斷之拘束力，於同一審判權體系下，學理上及實務上提出之爭點效理論已漸趨成熟，本文一方面試圖整理實務與學說就該理論之建構與操作模式，另一方面亦試圖從其理論建構中尋求跨審判權體系爭點效之立基，並以國家賠償訴訟中，為判決理由之行政處分違法性爭議，在訴訟中是否能其起中間確認訴訟，有無適用行政訴訟法職權探知之可能，以及就該爭點之判斷有否有成立爭點效之可能等問題，嘗試提出解決方式。

此外，近年新成立之智慧財權法院與審理模式，其立法目的即意識到上開問題在我國造成之訴訟遲延與不經濟，為解決智慧財產案件，因分屬於行政法院與民事法院可能造成之訴訟遲延與爭點判斷矛盾，制度設計上與傳統之方式有何不同，是否已就上開多元審判體系下可能產生之問題為妥善之解決，亦為本文關注之焦點。

第二節　研究範圍與本文架構

本文即在前開問題背景下，認為在現行法下應有承認跨審判權體下判決效力之必要，俾以解決目前審判權分殊下可能產生之難題，並自憲法保障訴訟權與權力分立之觀點下，認於多元審判權體系中，應重視不同審判權法院審理間之分工與相互尊重，並於此理解下嘗試尋求跨審判權之判決拘束力理論基礎，使具有權利救濟必要之人民，在專業分工之審判權體系下，其權利能夠獲得最有效且適且之保障，並且降低因分工所導致法院裁判矛盾之可能性及司法資源之濫用，藉以使有限之司法資源，能有效率低達成解決紛爭之功能，為使問題之探討能集中，本文之研究範圍與架構安排如下：

壹、研究範圍

本文主要研究對象係以民事法院與行政法院間之判決效力為主，蓋雖刑事法院之判決與民事法院或行政法院判決間亦有相互拘束之必要性與可能性，但囿於在制度設計上，刑事訴訟係建立在國家對於人民刑罰權是否存在上，意即以國家刑罰權發動為取向，即便近年有逐漸朝向當事人平等主義之修法傾向，惟在本質上仍與行政訴訟或民事訴訟係調整當事人間之權利義務關係為取向之構造有所不同[8]，此等程序上之差異將進而導致終局判決其拘束力之理論基礎有所不同，為使本文討論之焦點集中，故僅以民事法院與行政法院間判決效力之相關理論為分析之對象，試圖尋求二者間相互拘束之理論基礎。

再者，在研究所依據的素材上，除本國法中實務見解與學說之理論外，

[8] 參見林明昕（2006），〈論行政訴訟法與其他法律之關係〉，收錄於吳從周主編《義薄雲天・誠貫金石─論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，頁 603-605。

亦試圖透過比較法之觀察與分析尋求參考，惟囿於筆者個人之能力，本文將以日本法為主要參照對象，德國法及其實務與學說見解則透過日本學者之整理或我國學者之評析為輔助，適度地列為比較與分析之對象。且以我國民事訴訟與行政訴訟而言，其受日本法與德國法影響之程度最為深遠，以上開二國之法學作為比較法參考之對象，應具有比較與參考之價值。

貳、本文架構

本文以下即環繞在多元審判體系下，如何在憲法保障訴訟權之觀點下，尋求跨審判權體系之判決效力，以解決審判權分殊所可能形成人民救濟之妨礙。除本章中提出問題意識、界定研究範圍與架構外。

首先在第二章中，從學理上公私法區別及憲法訴訟權保障之建構，觀察現行多元審判體系之形成，並肯認立法者於不侵害訴訟權核心範圍內，應享有一定之形成自由，換言之，多元或單元之制度涉均非憲法本身所要求之制度設計，而為立法所型塑之制度樣貌；接著自訴訟權保障之觀點下，對於現行法就多元體系下衝突之調合與解決方式，分析並建立審判權等價與相互尊重及跨程序羈束力之可能；另外，近期新設置之智慧財產訴訟制度，其目的即為解決多元審判權體系下，訴訟延遲與不經濟之現象，更足證多元審判權之制度設計乃立法形成自由之範疇，本文亦將為簡要之介紹，並對於該新制度所提供之解決方案提出評析。

接著在第三章中，自當審判權歸屬獲得初步解決後，分別自既判力、撤銷處分之判決效力及爭點效分別探討判決效力問題。首先，就前訴之訴訟標的作為後訴之前提問題時，其拘束力之作用與理論基礎；其次則自反覆禁止

效理論之構成，探就作為形成訴訟之撤銷訴訟其既判力、形成力與拘束力之間之問題；最後，則自撤銷訴訟之構造作為問題之歸結；在分析完上開判決效力之一般與特殊問題後，作為判決理由之拘束力問題，學理上固有爭點效理論為參酌，惟在多元審判權體系下，將面臨到行政處分之構成要件效力問題，蓋如承認其對於普通法院有構成要件效力，則法院既無從為審理判斷，似無爭點效可言，對此，本文認為應自審判權專業分工之目的與功能著手，結論上本文認為，應先以訴訟停止之方式，由具有審判權法院對本案之先決問題先為終局之判斷，但在例外情形下，民事法院對該爭點有審判權得為實質之認定，此時，及應有爭點校理論適用之空間。

第四章自則在上開理論為基礎，以國家賠償訴訟為例，探討當立法者將本屬公法事件之爭議，劃歸民事法院審理時中面臨之問題，首先，行政處分構成要件效力之問題在國家賠償訴訟上即於學理上之「第一次權利保護優先性原則」產生牽連，故就學理上之爭議為整理與分析，對此爭議本文以為應回歸到審判權劃分與避免裁判歧異之觀點上求其解決；再者，及討論就行政法院就行政處分之為法性爭議作成確定判決後，對於國家賠償訴訟之影響，此同時涉及第三章中有關既判力之作用已即撤銷訴訟之特殊構造，並以此對既判力否定說之見解提出批判；最後，則自民事法院就國家賠償法所為之判決對於行政法院有無拘束力之問題，主要之重點仍集中在爭點效理論應如何於國家賠償訴訟與行政訴訟間產生作用，分別就其前提、要件與特殊性為分析。

第五章則歸結上開各章中比較分析外國法及我國法之學理與實務見解，就各個問題點本文所得出結論與看法作一歸納整理。

第二章　審判權多元體制之形成與衝突

第一節　訴訟權保障與多元審判體系之形成

壹、憲法上訴訟權保障之內涵

憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權」，訴訟權為憲法所保障之基本權之一，其旨在確保人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利[9]。如同一般基本權之防禦作用，當人民訴訟權本身受到侵害時，自得請求排除侵害。此外，由於在法治國家下，禁止人民以自力救濟之方式實現其實體權利，則當人民發生權益爭執時，應得要求國家提供適當、適時且公正有效之紛爭解決機關與制度，以保護人民受憲法保障之各項基本權。亦即，憲法上所保障之訴訟權應包含一旦權利受侵害時，即有「受公正法院與依有效程序審判救濟之權」及「請求國家提供公正法院與有效審判程序之權」二個面向[10]。

如上所述，訴訟權為人民請求法院救濟其權利之權，國家並負有義務提供適當之救濟途徑，而此等權利救濟途徑之提供必須是完整的，不容有任何的遺漏，亦即須合於「有權利必有救濟、有救濟斯為權利」之法諺；再者，權利救濟途徑必須是公平公正的，特別是國家獨攬權義紛爭之解決，若無法提供符合正義要求之救濟程序，勢必無法有效解決紛爭；此外，權利救濟最

[9] 參見司法院大法官釋字第 418 號、653 號解釋。學說上雖對訴訟權概念之定義或有出入，惟均係以當人民之權利受侵害或有受侵害之虞時，可向法院提起訴訟請求救濟之權利爲核心，相關實務與學說整理參見羅海銘（2006），〈論行政訴訟法上之確認訴訟〉，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 8-9。

[10] 參見劉宗德（2009），〈憲法解釋與訴訟權之保障〉，收錄於《制度設計型行政法學》，頁 381-382。

終必須能有效且即時的實現人民之權利，該等權利救濟途徑方有存在之意義。故而訴訟權保障之範圍即可由下面三點說明：無漏洞的權利救濟途徑、公平的權利救濟途徑、有效的權利救濟途徑[11]。

一、無漏洞的權利救濟途徑

憲法所保障的訴訟權之首要要求即為，國家必須提供一完整、無漏洞的權利救濟途徑。國家以強制力禁止自力救濟，而擔任公力救濟之裁判者，當然負有提供權利救濟途徑之義務。換言之，國家有義務建構一友善而容易接近利用之訴訟制度，人民再因其權利受公權利或是第三人不法侵害時，只須該爭議已具備爭訟性，人民原則上即享有憲法上之司法救濟請求權[12]。並由於權利之可實踐性，國家所提供之權利救濟途徑必須能完整包括所有的權利爭執，以確保所有的權利均有實現之途徑。換言之，國家必須提供無漏洞的權利救濟途徑，使得所有的權利爭議均得由法院解決之，若某種權利不被賦予救濟途徑，該權利即無實現之可能，此即「無救濟之權利，非權利也」。再者，立法者固有權基於司法資源之有限性為合理之分配，並不禁止對於欠缺權利保護必要（或訴之利益）之案件排除其使用法院之權利，或為限定訴訟種類、起訴期間等措施，但須注意者，為達專業分工所為之審判權與管轄權安排本身，不應該制度設計而使人民無從使用法院救濟，蓋對人民來說，無論是審判權之分工或管轄權之劃分，均屬司法權內部功能之劃分，對於人民而言，只要其實體法上權益受到損害，即有請求「法院」救濟之權利，至於應由哪個法院審理，應由國家協助人民尋求正確、合適之法院。

綜上，此原則下應包含有下列子內涵：有權利即有救濟原則、請求法院

[11] 參見翁岳生，翁岳生編《行政訴訟法逐條釋義》，2002 年 11 月，頁 8；劉宗德，前揭文（註 10，頁 374。

[12] 參見劉宗德（2009），前揭文（註 10），頁 383。

救濟原則（或稱開放法院救濟原則）、法律上或事實上起訴限制或救濟妨害之禁止（如過高之擔保金等）、訴訟障礙之緩和與救濟措施（如獲得訴訟救助與法律扶助等）等[13]。

二、公平的權利救濟途徑

國家作為公力救濟的裁判者，獨佔司法裁判權，其所提供的權利救濟途徑必須是符合人民期待的，此種期待最基本的就是合乎公平正義，因此，國家所提供之權利救濟途徑，必須是公平的權利救濟途徑。所謂公平的權利救濟途徑，可以分兩方面言之，即審判組織上的公平正義，以及程序上之公平正義。所謂審判組織上的公平正義救濟途徑，包括權力分立、法官之身分保障與依法審判、法定法院、法定法官原則、司法獨立、法官迴避制度等[14]。所謂程序上之公平正義救濟途徑，包括符合人性尊嚴之要求、法律上聽審、訴訟程序之可理解性與可預測性、武器平等原則、訴訟程序之嚴格形式等等[15]。若權利救濟途徑不符合組織上與程序上之公平正義，此種救濟途徑即無法使人民權利正當的實現，人民對於國家裁判者亦無法信賴，導致公力救濟途徑之毀壞。

三、有效的權利救濟途徑

提供權利救濟途徑之目的在於人民權利之實現，憲法所保障的訴訟權，不僅是提供確保其權利皆能受公正法院依法定程序加以審判，其最終目的在於必須提供人民事實上有效的權利救濟途徑，換言之，該等權利救濟途徑必須事實上能有效實現權利之內容並解決爭議，國家所提供之法律制度必須是

[13] 參見劉宗德（2009），前揭文（註 10），頁 384。
[14] 參見劉宗德（2009），前揭文（註 10），頁 384。
[15] 參見劉宗德（2009），前揭文（註 10），頁 384-385。

適時、適式的。因而，對於經過救濟程序後之結果應與維持，避免相同之爭議反覆爭執；且在訴訟終結前，亦應保障爭執之權利不致於訴訟程序進行中喪失，就此主要內容集中在暫時性權利保護與預防性權利保護的討論上；但除此之外，權利救濟之及時性，以及簡潔的權利救濟途徑，訴訟終結後終局確定裁判之確保（例如既判力制度、強制執行制度等）均為有效性權利保護的重要內涵。

貳、我國憲法上訴訟權之設計

一、憲法條文之規範

我國憲法有關訴訟權之規定，主要為憲法第 16 條：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」至於憲法上其他有關權利救濟請求權之規定，主要有憲法第 8 條、第 9 條以及第 24 條。憲法第 8 條是有關人身自由的規定，其有關人身自由之限制之程序規定，向來被視為憲法保留，學者多自該條推導出我國之正當程序保障之憲法依據。憲法第 9 條規定非現役軍人不受軍事審判，但並非謂軍人即必須受軍事審判，因此若國家不設軍事審判制度，並不違憲，而軍事審判屬於立法裁量事項，仍屬憲法第 16 條所保障之訴訟權。第 24 條規定公務員責任與國家賠償責任，即表明不論侵害來自第三人或是國家，人民均可獲得保障。

憲法上其他有關訴訟權之規定，尚有憲法第 77 條、第 78 條、第 132 條、增修條文第 5 條等等。憲法第 77 條為憲法對於司法權之架構，經由增修條文第 5 條之補充，可以認為司法權應包括民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟、公務員懲戒與政黨違憲解散訴訟等等內容。但尚無法單就此條推論出應該要區分各種訴訟程序，且亦無法據以作為憲法要求設置各種不同審判法院之依據

[16]。申言之，審判權之劃分仍為立法裁量事項，憲法自始即無強制區分審判權之意。

二、釋憲機關對訴訟權保障之解釋

憲法所規範之訴訟權，僅抽象地宣事訴訟權為人民之基本權應受保障，無法完整建立訴訟權之內容，必須輔以司法院大法官對於訴訟權之意見，以形塑出有拘束力之憲法上訴訟權[17]之內涵：

（一）訴訟權概念之核心內容與制度保障

1.訴訟權之定義

釋字第 153 號(1978.07.07)首次對訴訟權之概念作出解釋：「...所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時，得提起訴訟而已，法院尤應多加尊重，便利其申訴之機會，不得予以妨礙，...」、其後釋字第 154 號(1978.09.29)定義為：「憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。惟此項權利，依憲法第 23 條規定，...所必要者，得以法律限制之。**裁判確定後，當事人即應遵守，不容輕易變動，故再審之事由，應以法律所明定者為限**[18]。」、其後稍有不同者為釋字第 368 號（1994.01.29）：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，係指**人民有依法定程序，就其權利義務之爭議，請求法院救濟，以獲致終局解決與保障之權利。**行政訴訟法第 4

[16] 參見劉宗德（2009），〈行政訴訟制度〉，收錄於《制度設計型行政法學》，頁 508-509；不同見解認爲該條係行政訴訟與與其他訴訟分離之憲法上依據，但該救濟程序之劃分並不以審判機關分別設置爲必要條件，參見吳庚（2008），《行政爭訟法論》，頁 25。

[17] 本文自私法院大法官網站查詢大法官釋字，關鍵字輸入：訴訟權，則計有 62 筆資料（62／661），佔全部釋字近十分之一，最後造訪日期：2009.06.12。

[18] 類似見解有：釋字第 170、187、192、230、240、273、297、439、459 等，參見劉宗德（2009），前揭文（註 10），頁 389 註 45。

條規定：「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力」，即為保障人民依行政訴訟程序請求救濟之權利得獲終局解決。是行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，原機關自有加以尊重之義務；原機關有須重為處分者，亦應依據判決之內容為之，**以貫徹憲法保障原告因訴訟而獲得救濟之權利或利益。**」均強調有權利即有救濟原則，並隱含有立法者之訴訟制度形成自由，應受憲法第 23 條之拘束。

2.訴訟權之核心與制度性保障

訴訟權核心概念為多數意見採用首見於釋字第 396 號解釋（1996.02.02）理由書：「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」表明「有權利即有救濟」為訴訟權保障之核心內容[19]，並同時提到制度性保障。但審級制度則屬立法形成自由[20]，釋字第 574 號解釋則將：「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容[21]，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。訴訟程序倘未損於訴訟權核心內容，立法者自得斟酌憲法上有效法律

[19] 相同見解參見釋字第 629、653 號。
[20] 相同見解參見釋字第 442、574、639 號。
[21] 相同見藉參見釋字第 653 號。

保護之要求，衡諸各種案件性質之不同，就其訴訟程序為合理之不同規定，即無違於訴訟權保障之核心。

3.立法者之訴訟制度形成自由

釋憲者向來認為立法者就「審級制度」、「訴訟程序」、「訴訟救濟途徑[22]」有優先之形成空間，如大法官於釋字第 418 號（2006.12.20）中首次表明：「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。司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。」

其後釋字第 540 號（2002.03.15）解釋則近一步指出：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。**惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。**」除表明立法者具有形成自由外，其所為之審判權劃分得拘束各機關、法院與

[22] 參見大法官釋字第 418、448、466、533、540 號。

人民。

參、立法形成之二元審判體系

一、行政法院之發展與權力分立

我國行政救濟制度最早出現於清末立憲運動，參考德、奧、法、日體例，將行政裁判院獨立於普通法院，採取公、私法二元制度[23]，但未及實施帝國即告終結，後來民初平政院承襲此種制度，原則須先向上級機關訴願，訴訟類型僅限於撤銷訴訟，並採取書面審理主義、職權調查主義，且原處分不停止執行。爾後，國民政府時期，於司法院下設行政法院，將行政裁判權由行政權劃歸回司法權，但獨立於普通法院，即現今所謂之司法二元體制，惟訴願前置主義、撤銷訴訟為唯一訴訟之種類、一審終結等仍未改變；但不同者，已經允許提起附帶損害賠償之訴以及再審之訴，此一制度並實行六十餘年，直至民國 87 年始完成大幅度之修正[24]，較為完整且有體系之暫時權利保護制度，亦於該次修法中始為納入，至此，我國行政訴訟可謂有一較完整之樣貌。

二、以有效權利保障為多元審判體系建構與適用之中心

由前述我國憲法有關訴訟權之保障以觀，制憲者並未宣示行使審判權之

[23] 惟當時所採之二元制者，係基於行政與司法分立的觀點，認爲行政爭訟若由普通法院審理，則行政機關的行政，易受法院的干涉，殊不利於行政獨立，且妨害行政效能；因此，主張在組織上，採用以行政部門內部的機關，作爲矯正行政行爲的行政法院制度。至於一元制者，只並不區分普通法院與行政法院，認爲官吏不應具有特權，於其違法之際，須與一般人民同受普通法院的審判，同受普通法拘束而言。

[24] 在此之前，我國訴願法僅 28 條、行政訴訟法僅 34 條，其不足與缺漏之處可想而知。

法院在組織上應該要採取多元或是一元之設計才係符合訴訟權保障之意旨，現行制度之形成與設計並非直接源自憲法之要求，而係有其歷史沿革之背景。亦即，多元審判體系與分工之形成乃係立法者本其憲法賦予之形成自由下所為之選擇，則如立法者衡諸現行制度可能產生之衝突與缺漏、司法資源之分配、以及人民接近使用法院之便利性等諸多因素綜合考量，將法院系統由多元走向一元亦非憲法所不許。換言之，多元法院體系本身僅係價值決定下之結果，並不能作為審判權分工下可能產生衝突之解決答案或是標準，毋寧應求諸立法者就審判權劃分之制度目的與設計與訴訟權保障間之調和。

司法院釋字第396號解釋理由書亦提及：「憲法第16條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第243號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」換言之，在未侵害訴訟權核心範圍內，立法者在符合憲法維護人性尊嚴及保障人民各項基本權之價值下，對於救濟途徑之設計本得享有自由形成之空間[25]，亦為其後釋憲者所不斷肯認[26]，而現行之制度即係立法者為有效實現人民實體法上之權利所為之設計，我國在實體法既採取公、私法區別理論，在訴訟制度上乃因應不同實體法體系而為不同之訴訟程序設計，且在組織上為達專業分工之目的，乃獨立於普通法院外另設行政法院，受理應適

[25] 學說上有認爲立法者之形成空間尚應受「有效權利保護之要求」與「比例原則」之拘束，參見陳愛娥（2001），〈立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心〉，刊載於《臺灣本土法學雜誌》第 18 期，頁 150 以下

[26] 參見司法院大法官釋字 418 號、448 號、466 號、533 號、540 號解釋文及理由書。

用行政訴訟法之案件[27]。

故而，為更有效實現人民在憲法上所保障之權利，立法者自亦得為特殊之設計，使不同審判權得集中於同一法院行使，近期智慧財產法院組織法及審理案件法之設計即為其例。惟無論如何設計，均應以提供人民權利救濟途徑之全面性、公正性及有效保護為依歸，對於多元審判體系下可能形成權利救濟之妨礙應予以排除，不應使人民之權利因訴訟制度設計、法院組織之安排等制度設計之闕漏而使其權利遭受損失。亦即，立法者有義務設計出符合訴訟權保障意旨之衝突解決機制，而當立法規範有所不足時，掌理審判權之法院亦應有義務在憲法訴訟權保障之內涵為指引下填補規範之漏洞[28]，從而再起訴階段，立法者固然得基於實體法上採取公、私法區分理論，而就紛爭事件之審判權劃分為行政訴訟與民事訴訟，或就紛爭事件依其性質與既有訴訟制度之考量而另為安排，惟應注意避免因審判權分殊之結果，造成人民需承擔錯誤選擇之風險。換言之，人民一旦就紛爭事實向法院提起爭訟，受理法院不應以無審判權為由而拒絕人民之權利救濟請求，而應透過不同審判權法院之分工與相互尊重處理，避免因不同審判權法院間之見解不同，而產生喪失起訴利益、審理重複、裁判矛盾或拒絕人民救濟之結果。大法官釋字第540號解釋即嘗試填補多元審判權劃分造成之人民承擔審判權劃分難題之風險。

第二節　審判權衝突之解決機制

[27] 我國實體法上雖採取公、私法二元區分，但在訴訟法上並未完全對造實體法之性質而異其訴訟程序，故而並非行政事件及歸屬於行政法院管轄，而係立法者劃定爲適用行政訴訟法者，始由行政法院管轄之。

[28] 參見劉宗德（2009），〈憲法解釋與訴訟權之保障〉，收錄於《制度設計型行政法學》，頁 380。

壹、訴訟前階段

一、「前者優先」、「法院等價」、「審判權恆定」原則

避免審判權積極衝突之發生，新法參酌德國法院組織法之規定，採先繫屬者「優先原則」。最先繫屬之法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其裁判即生「確定力」，對其他後訴裁判系統法院對同一案件（同一訴訟標的）有無審判權之決定，具有跨審判體系之拘束力。審判權之劃分故尚蘊含有專業分工與事件本質上差異之考量，但就司法解決紛爭之作用而言，無論系民事法院或是行政法院其功能皆為相同，同一案件重複出現於同一審判體系下之他法院固為法所不許，因事件屬性判斷之歧異而導致重複係屬於不同審判體系之法院亦非法所允許，蓋同樣是基於避面審理重複導致訴訟資源之浪費外，更有可能應法院間判決結果之差異，導致紛爭無法有效解決，故而賦予最先繫屬法院，認定其有審判權限之裁判對於他審判權法院亦有拘束力，目的在於宣示用各審判權法院均應有就其裁判權之行使具有「法院等價」或「審判權等價」原則，以避免因審判權劃分導致之審理重複與裁判矛盾。例如，若先受理之行政法院認為對當事人提起之案件有審判權，則其他法院不得加以否認，且於訴訟繫屬中，就同一事件縱認其亦有審判權，但對該提起之新訴仍應以之為不合法，即透過「前者優先原則」及「法律救濟途徑障礙」避免積極權限衝突之發生。再者，如管轄權一般，一旦審判權爭議確立後，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響，即「審判權恆定」原則，以避免法院與當事人在審判權法院之確定上花費過多之勞力、時間、費用。

二、「跨審判權之移送制度」與「再移送禁止」

「移送制度」原係於同一審判權體系下解決管轄錯誤之方式，但不論管轄權錯誤或是審判權錯誤，對於人民而均係對於事件性質之誤解或是法規適用之錯誤，不應因審判權錯誤即予以駁回，是以人民選擇錯誤法院，亦或是前（原）受訴法官對審判權限認定有誤，新法由原先的「駁回」制度，改以裁定「移送」，原受訴法院可透過「移送制度」迅速將人民審判權錯誤案件，移送有審判權之法院，但為避免消極衝突案件之發生，受移送法院如亦認定其無審判權限時，原則上不得再將該案件「再移送」，僅於例外，經司法院憲法法庭審理確認審判權歸屬後，始得再為移送。其目的除有儘速確認審判權法院，避免人民在救濟途徑選擇時可能產生過多之程序成本，最重要者為起訴利益之確保，由其是時效中斷之效力，則已移送至代替駁回非僅是單純減少其程序成本之耗費，更有維持其實體利益之重要考量。再者，有學者主張，應採取如同權限積極衝突般，法院就其所為之移送對於受移送之法院亦有拘束力，俾使審判權之爭議能儘速確定[29]。

三、當事人合意選擇權

民事訴訟第 182-1 條：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」採取人民有程序選擇權之法理，為比較法上之獨創，使當事人於一定條件下，亦

[29] 參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟分工與合作-專業審判與權力有效救濟間之選擇〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 69-72。

即民事法院與行政法院均確認其並無審判權，得由當事人合意由受移送（民事）法院為裁判，以妥適解決審判權限消極衝突之問題。其立法理由乃「當事人就行政法院裁判確定不屬其權限之同一事件，向普通法院為請求時，如普通法院依其合理之確信亦認為不屬其權限而予以駁回，當事人之權利即無救濟之途，此種情形，法院應以裁定停止訴訟程序，提出其確信普通法院無審判權限之具體理由，聲請司法院大法官解釋。惟停止訴訟程序，聲請解釋，不免曠日費時，有損當事人之權益，爰增訂但書，明定如當事人兩造合意願由普通法院為裁判者，則認為普通法院就該事件有審判之權限，當事人一旦合意由民事法院審理，即不得為事後再為爭執，以維程序安定性之要求，此民事合意審判制度是以當事人利益保護為優先之考量。

惟合意選擇權應謹慎適用，蓋其固有節省確認事件之歸屬與接近法院[30]之程序成本，使紛爭得盡速進入實質審理程序有訴訟經濟之考量；惟其缺點可能因當事人之濫用而導致人民透過合意選擇制度破壞立法者欲以審判權分立制度達成之規範目的，且涉及行政處分之爭議時，如何解決訴願前置之難題，以及何以僅能合意由民事法院審理而不能合意由行政法院審理，其理由何在亦未明瞭。況判斷行政處分無效或違法之行政訴訟，非僅在解決當事人間之紛爭，尚有保障國民權益，確保國家行政權合法行使之目的，換言之，尚有經由行政法院之裁判，糾正違法行政權行使之作用，有公益上之目的。因此在適用合意審判制度時，除應謹慎考量當事人是否有真摯之合意及專業分工之公益考量外，如法院確信爭議非屬於其審判權限範圍內且亦由其審理無從提供最有效之權利保障時，仍應停止訴訟程序，由大法官會議解釋確認之。

[30] 相較於普通法院之設置，目前行政法院僅設臺北、臺中與高雄，對於人民接近與使用法院之成本不無影響。

貳、訴訟審理中

在解決訴訟標的法律關係應適用之救濟途徑爭議後，進入到訴訟程序中，仍有可能由於事件之性質或是審判權之劃分未依完全依公、私法事件區別時，審理之法院即有可能面臨到所審理之本案問題，其判斷所依據之重要基礎非但可獨立為訴訟標的向他法院起訴請求裁判，而且係應歸屬於他審判權法院審理，此時應如何解決即成為多元審判權劃分在訴訟進行中所可能面臨到之難題，分述如後：

一、「先決問題」之解決機制

先決問題者，依論者整理德、日學者之說明指出：「先決問題者，乃相對於本案而言。其意味著附隨於某一訴訟事件之上，作為其判決之前題者，特別是屬於普通法院所裁判之民事事件前提問題之公法上問題者，即稱之為先決問題」[31]。行政訴訟法第 12 條規定，「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」同法第 177 條規定，「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序」。民事訴訟法第 182 條亦規定：「訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序。前項規定，於應依行政爭訟程序確定法律關係是否成立者準用之。但法律別有規定者，依其規定。」上開訴訟之裁判以法律關係是否成立為據者，即為先決問題。是以，我國法制度上對於先決問題之處理，一方面當本案訴訟與先決問題訴訟同時進行

[31] 參見程明修（1994），〈論對已終結行政處分之行政訴訟〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，頁 109-110。

實，原則上採停止執行之方式，來避免可能發生之裁判矛盾之情形。但在體例上，先決問題之處理模式，民事訴訟之規定為「得」停止，而行政訴訟則為「應」停止，再加以行政訴訟法第 12 條則要求民事訴訟「應」停止訴訟程序，民事法院遇有以行政處分為先決問題時，應如何適用法條即有疑義。且另一方面，我國法上亦未強制要求對該先決問題向該管審判權法提起訴訟，則當人民對該先決問題未向管轄法院起訴請求裁判時，本案之法院對於應歸屬他審判權審理之先決問題，能否審理且應適用何種訴訟程序則不無疑問。

二、以停止審判程序為原則

如上所述，行政法院及民事法院對「先決問題」之審理程序之步調不相一致，以致重複審理、裁判予盾之情形仍有可能存在。對此問題，民事法院縱無法直接適用行政訴訟法之規定，解釋上亦非不得本於立法者防裁判斷矛盾之立法意旨，透過民事訴訟法第 182 條第 2 項但書之「法律別有規定者」，當民事法院就涉及行政處分效力與違法之爭議問題為先決問題時，得以行政訴訟法第 12 條為補充規定[32]，限制民事法院之對於是否停止裁量權限，是其與行政訴訟法之規範一致，以避免裁判矛盾之發生，損及司法威信。

另外，就第二點而言，在比較法制上，在德國與日本對於本案對於先決問題能否審理之問題，多採取肯定之見解，蓋本案受訴法院對於先決問題之判斷結果僅為判決理由中之判斷，並未侵害本來審判權法院之權限，並不會與權力分立主義相違背，行政處分具有存續力及構成要件效力之問題，如在涉及行政處分是否違法[33]。但此種說法在我國能否加以援用不無審酌之餘地，蓋我國行政訴訟法第 12 條已明白宣示而應否撤銷之情形，於當事人未循

[32] 同此結論，參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟分工與合作-專業審判與權力有效救濟間之選擇〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 91-94。
[33] 參見程明修（1994），前揭文（註 31），頁 110-111。

行政爭訟程序請求撤銷該處分，並獲訴判決確定前，由於行政處分仍存在，而具有存續力，民事法院自須以該行政處分存在作為前提，而適用法律。因此，對於該先決問題有所爭執時，基於人民於訴訟程序中之聽審請求權，在當事人未提起他訴訟前，法院應有義務加以闡明，使當事人在認識救濟途徑安排之狀況下，在未違反立法者明示之安排下，選擇其紛爭解決途徑。亦即原則上應行使闡明曉諭當事人欲排除該處分之效力，應依循行政救濟程序，如當事人另其行政爭訟則民事法院自應停止訴訟程序，此時，行政訴訟法第12條構成民事訴訟法第182條之補充規範，民事法院「應」停止。惟若當事人經法院闡明並明瞭相關法律效果後，則因無明文禁止當事人不得在未提起行政爭訟之前提下進行民事訴訟，然原則上即應受該行政處分構成要件效力所限制。惟自立法者審判權劃分之形成自由與立法目的與人民權利保障之觀點，應有下列例外之情形：

（一）當法律規定本身已賦予該普通法院審判權限時

例如交通違規之裁決事件或是違反社會秩序法維護法之事件，就此由於立法者已明確將該等行政處分交由普通法院審理，此時，民事法院非但得就其違法性與否為審理，並且亦能對其所形成之規制予以排除（撤銷）則就此而言自無受處分之構成要件效力可言，亦即上開二類事件之處分即構成行政訴訟法第2條之例外規定。

（二）如對該先決問題無審查權限，將弱化審判權劃分之制度設計

亦即立法者雖未就應歸屬於不同法院之先決問題明示本案法院有無審判權限，但如對該先決問題無權審查將弱化該劃分之制度設計時，亦得例外肯認本案法院有審理之權限存在，例如對於課稅處分之爭訟，如否認行

政法院得對計算基礎之民事財產與身分關係為審酌，則將無從確定該課稅處分之適法性，惟此種例外應有較嚴格之限制，以避免破壞終局裁判解決紛爭之功能或使機關間權力相互尊重原則之實踐，流於法願之傲慢與恣意。實務上最高行政法院 96 判字第 831 號就有關遺產稅之課稅處分即指出：「…按行政訴訟法第 177 條第 1 項之適用，以行政訴訟之裁判『須』以民事法律關係為『準據』者為限。**若特定行政爭訟，其爭訟內容，從事務之本質觀察，基於行政法規範之獨立性，不須接受私法（即民商法）法規範有關利益分配之前置性安排者，即不受該條法規範之約制。**稅捐法相對於民商法，從實體法之層次言之，固然有其附從性，但同時也有其獨立性，稅捐法制最明顯之獨立性，即表現在『稅捐規避』概念之承認。若『濫用私法合法手段，以達成避稅目標』之『稅捐規避』概念在稅法上會賦予不同於民商法之法律效果（其法律效果即是在稅法上不承認私法上之安排），則以稅捐規避為目的之通謀虛偽意思表示，在稅法上更不可能被允許。而稅法上之通謀虛偽意思表示，其最常見之途徑即是透過民事法院之審判程序來偽裝，而達成其目的，此時如果行政法院在程序法上要受民事法院判決結果之拘束，其實體法之獨立性如何確保？所以只要稅法在實體法之層次有其獨立性，其在程序法不可能符合行政訴訟法第 177 條第 1 項之構成要件，上訴意旨有關此部分之意見顯然出於對稅捐法制之誤解。」

（三）如對該先決問題不為審理形同對於人民權利救濟之排除

例如顯然無效之行政處分，自始當然無效，對任何人都屬無效，不應因其是否經行政法院與以確認其有效無效而有所改變；再者，人民非因過失而遲誤行政救濟之期間，此時，如否認普通法院得在個案中排除處分之

效力，則將形同拒絕人民權利之救濟，故應例外准許普通法院得就該作為先決問題之行政處分為審理。

參、訴訟終結後

一、紛爭解決終局性與訴訟權之保障

如前揭大法官釋字第 368 號解釋理由書所宣示者：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，係指人民有依法定程序，就其權利義務之爭議，請求法院救濟，以獲致終局解決與保障之權利。行政訴訟法第 4 條規定：「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力」，即為保障人民依行政訴訟程序請求救濟之權利得獲終局解決。是行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，原機關自有加以尊重之義務；原機關有須重為處分者，亦應依據判決之內容為之，以貫徹憲法保障原告因訴訟而獲得救濟之權利或利益。」易言之，本於法安定原則與權利保護實效性之要求，終局裁判存續保障制度乃係憲法第 16 訴訟權所保障之範疇，而非侷限於各個訴訟程序之內，因而思考既判力之問題時，即應立於訴訟權保障實效性之立場，對於在提供人民救濟之管道與公正之程序保障後，無論訴訟結果之勝敗訴，對於當事人而言均應有拘束力，後訴之法院涉及該當事人間前訴訟之既判事項時，原則上即受前訴法院判決中所認定之事實與表達之法律見解所拘束。而該法院無論系同一審判權體系或不同審判權體系下均無不同，蓋從人民訴訟權保障之角度而言，凡足以更動該既判事項者，無論來自哪個法院均屬對其訴訟權之侵害，故既判力制度之效力範圍自不應以同一審判權體系為限，為其主客觀範圍與正當性基礎則應於個案中認定，特別是涉及未受程

序保障之第三人時。

二、法院等價原則與既判力之尊重

自從人民請求國家救濟之角度觀察，國家司法權之裁判作用為單一，各法院就其審判權範圍內所為之裁判，亦為司法權之作用，應為他審判權體系之法院所尊重，況法院專業分工之目的係在使人民獲得最有效之救濟，再起訴階段應避免使人民花費過多之成本在尋找正確之救濟途徑；在訴訟進行中則應避免同一實體請求割裂行使造成裁判矛盾之情形；裁判確定後，應確保紛爭不致因為審判權劃分而有再燃並遭到變動之可能。近期最高行政法院 97 裁 4745 號裁定中提到：「五、按何類訴訟事件屬於民事法院或行政法院之審判權限，乃是 公、私法二元分離、審判權限分屬不同法院之司法體制下，所滋生之問題。基於憲法所保障之人民司法受益權，此種法律制度所衍生之問題，其不利益不應由人民承擔，**而基於『法院等價』或『審判權等價』**，一訴訟事件法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他不同審判權之法院受該裁判之羈束。95 年 8 月 15 日修正施行之行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定：『行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。』即是本於上揭意旨而制定。」

綜上，既判力制度乃係憲法保障訴訟權內涵中，有效權利保護之要求下而來，審判權之劃分僅係立法層次之決定，從而有關避免裁判矛盾與紛爭再燃之制度在思考，不能侷限於同一審判權體系下之法院始有適用，凡是有影響該確定之權利義務關係者，不論來自哪一個審判權體系下之法院，凡有害於人民權利保障之實效性與紛爭解決功能者，即應予以避免。

第三節　智慧財產訴訟新制與多元審判體系下訴訟權之保障

為因應為近年來國際上保護智慧財產權之浪潮，並提昇我國司法機關處理智慧財產案件之專業性及效率，司法院自 2004 年起即積極規畫設立智慧財產法院，智慧財產訴訟新制之兩項基本法律「智慧財產案件審理法」及「智慧財產法院組織法」於 2007 年 1 月及 3 月間陸續經立法院三讀通過，經總統於同年 3 月 28 日公布，並由司法院依法律授權訂於 2008 年 7 月 1 日施行。以下乃就其設立目的為概述，並針對與本文有關之特色與爭議點為分析、檢討：

壹、智慧財產法院設立目的[34]

一、避免民、刑事案件停止訴訟之延滯，加速解決訴訟紛爭

傳統上我國法院對智慧財產權案件審理採行公、私法訴訟二元分立制度，關於專利權、商標權等基於特許而取得之智慧財產權，其權利授與及撤銷之審查決定，乃行政機關在行政法上為規制具體事件，以直接對外發生法律效果為目的，所為之單方公權力措施，其對該決定有所不服之當事人，固應依行政爭訟程序處理，然亦因普通法院審理智慧財產侵害訴訟程序時，欠缺對於權利有效性爭議之審判權，故而不能審理權利有效性爭點，僅能停止審判，等待行政爭訟結果，因而拖延智慧財產權審理時程，以致未能有效保護智慧財產權，常受訾議。為能迅速有效解決智慧財產訴訟爭議，新法乃大

[34] 參見智慧財產法院全球資訊網─本院簡介，網址：http:／／210.69.124.203／ipr_internet／index.php；《智慧財產案件審理法新制問答彙編》，頁 1-3，資料來源：司法院網站─電子出版品，網址：http:／／www.judicial.gov.tw／，最後造訪日期：2009 年 4 月 30 日。

幅變動現有的訴訟體制，將智慧財產之民、刑事及行政訴訟集中由專業法院管轄，依智慧財產案件之特性，適用智慧財產案件審理法之特別規定，審理法未特別規定者，仍依訴訟性質分別適用民、刑事與行政訴訟法。

二、累積審理智慧財產案件之經驗，達成法官專業化需求

新法實施前雖在各法院設智慧財產專股或專庭，但無法同時審理民、刑事及行政訴訟案件，復因法官職務時有異動，難以累積審判經驗。而設立智慧財產法院後，即加強智慧財產法院法官之遴選與培訓，使其成為兼具法律及科技知識的專業法官；並且設置技術審查官，其受法官之指揮監督，協助法官從事案件之技術判斷，蒐集、分析相關技術資料，對於技術問題提供意見，並依智慧財產案件審理法之規定參與訴訟程序，以填補智慧財產法官科技專業領域之不足，達成專業分工之目的。

三、促進國家經濟發展

我國在創新能力方面在國際上具高度競爭優勢，專利註冊水準緊接美國、日本之後，加上近年我國國民申利件數逐年增加，而當前訴訟制度設計，對於智慧財產案件的司法救濟程序欠缺效率，無法提供知識產業即時有效的保障，勢必影響競爭力。而智慧財產法院之設置，正足以彌補既有訴訟制度之不足，落實智慧財產權之保障，進而促進國家經濟發展。

貳、智慧財產訴訟新制之特色[35]

一、統合的訴訟管轄：

依智慧財產案件審理法及智慧財產法院組織法，智慧財產法院管轄之案件包含有[36]：

（一）民事事件

依智慧財產法院組織法第3條第1款及智慧財產審理案件法第7條之規定，因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益，及其他依法律規定或經司法院指定由智慧財產法院管轄之第一審及第二審民事訴訟事件。但如當事人捨智慧財產法院，合意普通法院為管轄法院，尊重當事人之意思，由該普通法院為管轄法院。

另依同法第3條第4款規定，司法院指定以下民事事件由智慧財產法院管轄：1.不當行使智慧財產權權利所生損害賠償爭議事件。2.當事人以一訴主張單一或數項訴訟標的，其主要部分涉及智慧財產權，且係基於同一原因事實而不宜割裂者，均為智慧財產權訴訟。並且就其管轄之民事訴訟案件，排除民事訴訟法有關簡易程序與小額程序之適用[37]。

---

[35] 智慧財產訴訟新制之重點，特別是有關智慧財產案件審理法，有論者整理出共計 12 項重點，參見彭國洋（2008），〈專利行政行爲及其行政救濟〉，私立東吳大學法律專業研究所碩士論文，頁 207-209。惟限於篇幅並使焦點集中，本文以下僅列有關管轄、避免裁判矛盾及權利有效性審查等特別規定。

[36] 資料來源:智慧財產法院全球資訊網 ─ 智慧財產案件訴訟 ─ 案件管轄 ─智慧財產案件管轄─民事、行政訴訟事件管轄，網址：http:／／210.69.124.203／ipr_internet／index.php，最後造訪日期：2009 年 4 月 30 日；詳細管轄劃分，參照前揭問題彙編註 34，頁 10-17。

[37] 參見智慧財產案件審理法第 6 條：「民事訴訟法第二編第三章、第四章規定，於智慧財產之民

（二）刑事案件

依智慧財產法院組織法第3條第2款、智慧財產案件審理法第23條[38]、第25條第1項規定[39]，因刑法第253條至第255條、第317條、第318條之罪或違反商標法、著作權法、公平交易法第35條第1項關於第20條第1項及第36條關於第19條第5款案件，不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件，但少年刑事案件除外。且包含與上開智慧財產案件具有相牽連關係之其他刑事案件，經地院合併裁判之合併上訴及抗告者[40]。

因此，智慧財產法院管轄不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為裁判而上訴或抗告於第二審之智慧財產刑事案件[41]。

事訴訟不適用之。」

[38] 參見智慧財產案件審理法第 23 條：「刑法第二百五十三條至第二百五十五條、第三百十七條、第三百十八條之罪或違反商標法、著作權法或公平交易法第三十五條第一項關於第二十條第一項及第三十六條關於第十九條第五款案件之起訴，**應向管轄之地方法院為之**。檢察官聲請以簡易判決處刑者，亦同。」

[39] 參見智慧財產案件審理法第 25 條第 1 項：「不服地方法院關於第二十三條案件依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告者，除少年刑事案件外，應向管轄之智慧財產法院為之。」

[40] 參見智慧財產案件審理法第 25 條第 2 項：「與第二十三條案件有刑事訴訟法第七條第一款所定相牽連關係之其他刑事案件，經地方法院合併裁判，並合併上訴或抗告者，亦同。但其他刑事案件係較重之罪，且案情確係繁雜者，智慧財產法院得裁定合併移送該管高等法院審判。」

[41] 智慧財產刑事第一審案件不納入智慧財產法院管轄之原因，依司法院提案之說明係因：「侵害智慧財產之犯罪，…恆在隱密中進行，為加強查緝效果，保障智慧財產權，偵查中宜由各地方法院檢察署檢察官、司法警察（官）就近查察，…故第一審之偵查業務，宜由地方法院檢察署檢察官為之，基於偵查、審判之對應性，第一審審判業務亦應由地方法院管轄」，資料來源：司法院網站─業務宣導─智慧財產訴訟新制─智慧財產法院組織法、智慧財產案件審理法（中、英、日、德文合編本）─04 二立法院議案關係文書(智慧財產案件審理法草案條文對照表，網址：http:／／www.judicial.gov.tw／，最後造訪日期：2009 年 4 月 30 日。

（三）行政訴訟事件

依智慧財產法院組織法第3條第3款、智慧財產案件審理法第31條第1項及第2項[42]規定，因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。

另依智財法院組織法第3條第4款規定，司法院指定以下行政訴訟事件由智慧財產法院管轄：(1)不當行使智慧財產權妨礙公平競爭所生行政訴訟事件。(2)海關依海關緝私條例第39條之1規定，對報運貨物進出口行為人侵害智慧財產權標的物所為行政處分，提起之行政訴訟事件。

二、避免裁判矛盾之事務分配

智慧財產案件審理法第34條第2項規定：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第19條第3款之規定」。此外，智慧財產案件審理細則第41條規定：「關於同一基礎事實之智慧財產權民事或刑事訴訟之上訴、抗告案件，以及行政訴訟事件，同時或先後繫屬於智慧財產法院時，得分由相同之獨任或受命法官辦理。前案已終結者，亦同」。亦即，排除行政訴訟法第19條第3款有關辦理行政訴訟事件之法官，曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判者，應自行迴避之規定，使得關於同一智慧財產權所生之各種訴訟，雖在程序上仍係分別為民事訴訟、刑事訴訟及行政訴訟，但透過事務分配給同一庭

[42] 參見智慧財產案件審理法第 31 條第 1 項：「下列行政訴訟事件由智慧財產法院管轄：一、因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法有關智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。二、其他依法律規定由智慧財產法院管轄之行政訴訟事件。（第 1 項）其他行政訴訟與前項各款訴訟合併起訴或爲訴之追加時，應向智慧財產法院爲之。（第 2 項）」

由相同法官辦理之方式，將有助於避免對於同一爭點，特別是權利有效性認定產生歧異[43]。

三、民、刑事訴訟有關權利有效性爭點處理程序

智慧財產案件審理法第16條規定：「當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷、廢止之原因者，法院應就其主張或抗辯有無理由自為判斷，不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定。（第1項）前項情形，法院認有撤銷、廢止之原因時，智慧財產權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利。（第2項）」，換言之，智慧財產法院在審理有關智慧財產權之民事侵權案件時，如當事人提出權利有效性之抗辯或另提起行政爭訟時，由於智慧財產權本屬私權，以權利有效性作為爭點之侵權訴訟，仍係私權爭議，民事法院本得加以審理，況且智慧財產法院之法官，原即具有判斷智慧財產有效性之專業能力，故無庸另待行政爭訟之結果始為本案之判斷，故而要求智慧財產法院在審理民事侵權案件時，法院應就權利有效性自為判斷，不得停止訴訟程序，以達紛爭一次解決與迅速實現訴訟當事人之權利保護之立法目的[44]。另依同法第30條，於有關智慧財產之刑事案件亦準用上開第16條之規定，使刑事案件之審理亦不致因權利有效性之爭執而受不必要之延遲。

參、管轄定位之爭議

[43] 參見智慧財產案件審理法第 34 條第 2 項立法說明。
[44] 參見智慧財產案件審理法第 16 條立法說明。

一、爭議產生之背景

如前所述，智慧財產法院之設立首要目的係為解決以往案件分屬於普通法院與行政法院間造成訴訟之延遲等問題，組織上雖獨立於普通法院與行政法院體系，但並非在現行民事、刑事與行政審判權外，再為增加智慧財產審判權[45]，智慧財產法院行使者，仍為民事、刑事與行政訴訟審判權，僅係就涉及智慧財產之爭議統和由智慧財產法院管轄，以收程序經濟與避免裁判矛盾之效。然而依智慧財產審理案件法第7條、第25條、第31條之規定，雖就相關案件要求「應」向智慧財產法院起訴，但並未明文訂定為專屬管轄，而後司法院頒布之智慧財產案件審理細則第9條[46]則明訂智慧財產法院就上開管轄案件並非專屬管轄，並在同細則第2條及第9條之說明中[47]表示智慧財產法院之管轄係「優先管轄」，亦即當事人就上開案件誤向普通法院或是行政法院起訴時，普通法院或行政法院應將案件以管轄錯誤移送於智慧財產法院，但若普通法院或行政法院不察，而為實體裁判時，該判決亦非違背法令。

二、學界意見

對此，由於法律未有明確規定，僅以行政命令加以補充，導致學說上對智慧財產法院管轄之定性仍有不少之爭議，有認為達智慧財產權設置目的及

[45] 參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 2 註 3。

[46] 參見智慧財產案件審理細則第 9 條：「智慧財產民事、行政訴訟事件非專屬智慧財產法院管轄，其他民事、行政法院就實質上應屬智慧財產民事、行政訴訟事件而實體裁判者，上級法院不得以管轄錯誤爲由廢棄原裁判」。

[47] 參見智慧財產案件審理細則第 2 條訂定說明「…。二、關於智慧財產民事事件之法院管轄，組織法智慧財產案件審理細則**採取優先管轄原則**，智慧財產民事事件非專屬智慧財產法院管轄。爲明確劃分智慧財產民事事件，組織法第 3 條第 1 款規定，採列舉方式…」；第 9 條訂定說明：「按組織法第 3 條第 1 款、第 3 款規定，對劃分由智慧財產法院管轄之智慧財產民事、行政訴訟事件，係採列舉方式，由智慧財產法院優先管轄，非智慧財產法院專屬管轄。因之…」

智慧財產案件審理法第21條之立法理由說明[48]，應採取「職務上之專屬管轄」為妥[49]；亦有認為立法者既未明定為專屬管轄，即應解為係「任意管轄」，並肯認當事人有程序選擇權者[50]；另有認為，既然法律本身並未明文規定為專屬管轄，亦未要求當事人就智慧財產法事件應優先向智慧財產法院起訴，因此，應解為「特別審判籍」，而與其他有管轄權之法院形成管轄競合[51]。

三、本文見解

如欲使智慧財產法院之功能發揮至最大，立法上採取專屬管轄固係可以考量之方式，然而事件屬性之劃分在現實生活中往往並非易事，定為專屬管轄必然會增加人民訴訟之成本（包含使用法院之成本[52]、判斷起訴法院之成本以及選擇錯誤後之成本），特別是選擇錯誤之風險應如何分配及必須審慎加以考量，但因涉及訴訟資源之分配與人民訴訟權之限制，須以法律加以明定。同樣司法院所採取之優先管轄方式，固然可以減低人民因選擇錯誤法院所產生之不利益，但優先管轄並非我國訴訟上法固有之概念，其與民事訴訟法原先固有之管轄規定（如合議管轄、應訴管轄等）間之關係等均有有待釐清；此外，普通法院是否得僅以審理細則訂定之說明，即一律以管轄錯誤為由將

[48] 智慧財產案件審理法第 21 條立法理由說明：「…。二、債務人對支付命令提出合法異議，依民事訴訟法第 519 條第 1 項規定支付命令之聲請視爲起訴或聲請調解者，**因智慧財產事件專屬於智慧財產法院管轄**，發支付命令之法院應將卷證移送智慧財產法院處理。」資料來源：司法院網站─業務宣導─智慧財產訴訟新制─智慧財產法院組織法、智慧財產案件審理法（中、英、日、德文合編本）─04 二立法院議案關係文書(智慧財產案件審理法草案條文對照表，網址：http:／／www.judicial.gov.tw／，最後造訪日期：2009 年 4 月 30 日。

[49] 參見彭國洋（2008），〈專利行政行爲及其行政救濟〉，私立東吳大學法律專業研究所碩士論文，頁 204；許士宦（2008），民事訴訟法研討會第 100 次研討紀錄，刊載於《法學叢刊》第 211 期，頁 200。

[50] 參見邱聯恭（2008），民事訴訟法研討會第 100 次研討紀錄，刊載於《法學叢刊》第 211 期，頁 212。

[51] 參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 3-4。

[52] 依目前司法院之規劃，全臺僅有一所智慧財產法院設於板橋，參見司法院秘書長范光群於立法院之報告，〈立法院公報〉第 95 卷第 33 期，頁 72。雖智慧財產案件審理法第 3 條中規定得透過遠距訊問之方式，惟其實際運作仍否取代傳統出庭之方式尚有待觀察。

智慧財產案件移送智慧財產法院，亦不無疑慮，故根本之道應於透過立法之方予以明訂以杜爭議，在現行法下僅能將之解為特別審判籍，如此一來，除非肯認普通法院就該智慧財產案件亦得適用智慧財產案件審理法之相關規定進行訴訟[53]，否則此一新制之設計目的在某程度上將受到影響。

肆、智慧財產法院就權利有效性認定之拘束力

一、智慧財產案件審理法第 16 條

智慧財產案件審理法第16條第1項雖賦予審理民事案件之智慧財產法院應就權利有效性之爭點自行判斷之權責，但依同條第2項規定僅係智慧財產權人於該民事訴訟中不得對於他造主張權利，加上同法第17條第3項規定：「民事訴訟法第63條第1項前段、第64條規定，於智慧財產專責機關參加訴訟時，不適用之」，排除智慧財產專責機關參加訴訟時，參加效與承擔訴訟之適用。亦即，民事法院並不得逕行宣告智慧財產權之無效，民事法院之判斷原則上僅於該訴訟發生相對之效力，並不阻止智慧財產權人於其他訴訟仍得對第三人主張其權利[54]。惟當民事法院就該權利有效性為實質審理時並做出確定終局

[53] 有學者主張當普通法院進行審理時，智慧財產案件審理法係屬於特別程序規定，應優先於民事訴訟法通常訴訟程序，參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 4。惟該審理法係配合智慧財產法院組織法之設計而來，特別是法官之遴選與培訓上即與普通法院有所不同，能否僅以普通法與特別法之法理即爲適用，非無疑義。

[54] 參見智慧財產案件審理法第 16 條第 2 項立法說明：「…故審理智慧財產事件之民事法院縱依其判斷認智慧財產權確有應撤銷或廢止之原因，除智慧財產專責機關原爲核准之行政處分係屬當然無效之情形外，即無權就該智慧財產權逕行予以撤銷或廢止。惟爲貫徹本條第 1 項容許民事法院於訴訟中就權利有效性之爭執，一併判斷之立法目的，爰於第 2 項明定民事法院於認定智慧財產權確有應予撤銷或廢止之原因時，縱認智慧財產權人之權利尚未經智慧財產專責機關予以撤銷或廢止，就該訴訟仍不得對他造主張權利，法院即得據以駁回權利人之訴，或爲權利侵害所生請求權不存在之確認判決。該判決就權利有效性之判斷，僅於該訴訟發生拘束力，智慧財產權人對於其他第三人之權利行使，仍非該訴訟之判決效力所及，亦不待言」。

判決時，民事法院之認定對於其後有關該權利有效性訴訟之拘束力問題，該案件審理法並未規定，但智慧財產案件審理細則第34條規定：「智慧財產民事訴訟之確定判決，就智慧財產權有應撤銷、廢止之原因，業經為實質之判斷者，關於同一智慧財產權應否撤銷、廢止之其他訴訟事件，同一當事人就同一基礎事實，為反於確定判決判斷意旨之主張或抗辯時，法院應審酌原確定判決是否顯然違背法令、是否出現足以影響判斷結果之新訴訟資料及誠信原則等情形認定之」，則依該細則之意旨似肯認得有一定之拘束力（爭點效）[55]。

二、學說見解

學界有主張從比較法之觀點來看，民事法院既有判斷權利有效性之權限，其所為之認定即應有超越個案之拘束力，否則將造成同樣的事件在智慧財產法院重複審理二次，且有可能為不同之判斷；此外在智慧財產專責機關參加訴訟時，如容許當事人於判決後不受拘束得再另為爭執，參加之智慧財產局亦不受拘束得為不同之判斷，將使爭議更加複雜化，不僅浪費訴訟資源亦將影響人民權益與產業競爭力[56]。亦有主張就智慧財產侵權訴訟上法院關於有效性之判斷，就其性質而言實為判決理由中之判斷，在受有如同訴訟標的般之程序保障而不致發生突襲性裁判下，基於程序保障之自我負責原則，應承認對當事人發生拘束力，並且在其後提起之行政爭訟中，如舉發人

[55] 參見該條之訂定說明：「一、民事判決之既判力客觀範圍，實務向來見解限於訴訟標的，判決理由中之判斷則不發生既判力，惟最高法院認為法院於確定判決理由中，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，以符民事訴訟上之誠信原則（最高法院 92 年台上字第 315 號判決、88 年台上字第 2230 號判決）」。

[56] 參見謝銘洋（2006），〈智慧財產法院之設置與專利商標行政救濟制度之改進〉，月旦法學雜誌第 139 期，頁 11。

即為前訴訟之當事人，而智慧財產專責機關亦已在前訴中為參加訴訟時，雖當事人不相同，亦應肯認前訴訟就權利有效性之判斷，在該行政訴訟程序中有拘束力[57]。

三、本文見解

從訴訟權保障之觀點，國家應提供者為權利救濟之機會，既然新法下已提供人民利用民事訴訟程序對於專利有效性與否進行爭執之機會，則就該結果自應對於當事人有拘束力，即便為敗訴之一方，如有不服應係透過上訴救濟之方式再為權利之主張，而非允許其得在透過他審判權之訴訟程序反覆爭執，是以在立法上，不應侷限民事法院之認定僅有個案之效力，如欲有效達成立法目的，既賦予審酌之權限理應就該認定結果產生如同一般判決之拘束力（爭點效），特別是專利有效性之存否，往往為民事侵權是否成立之前提，兩造既已於民事法院裡為爭執，經法院審理後自應賦予跨審判權體系之拘束力，以避免審理重複與裁判矛盾，徒令人民無所適從。

伍、小結

智慧財產訴訟制度設計，係立基於提供人民有效之權利保障，避免相關案件之爭訟在多元審判體系下可能造成之問題（諸如訴訟延遲、裁判矛盾等），惟因其與普通法院間管轄規定之不明，導致相關案件仍有回到普通法院依循舊狀之可能，加上智慧財產法院並非終審法院，案件之第三審仍分別繫屬於最高法院與最高行政法院，仍有舊同一爭點見解不一之風險[58]。將來司法院完成審判機關化，下設各庭後，就智慧財產爭訟之案件或可

[57] 參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 9-10。
[58] 參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 5。

參酌德國法制由同一庭為終審裁判[59]，但在現制下，仍應透過跨審判權體系之判決效力之承認來解決可能之裁判矛盾等問題。

[59] 參見沈冠伶（2009），前揭文（註**錯誤! 尚未定義書籤。**），頁 5-6。

第三章　多元審判體系下法院判決之效力

當事人就爭執之法律關係向法院起訴請求審理，法院就當事人爭執之實體法律關係，經一連串訴訟過程後所為之判斷，法院及當事人均受判決內容之拘束，此乃係基於憲法上訴訟權保障之實效性與法律秩序安定性考量，使對判決之當事人及為判決之法院發生拘束力，不得對已經裁判事項反覆再為爭執，一般稱之為既判力及羈束力。但另一方面如非受判決之第三人原則上不受該判決所拘束，此乃判決之相對性原則。然行政訴訟事件之判決，常涉及公益，為使行政法上之法律關係劃一，有使受判決當事人以外之第三人及對為判決以外之同一審判體系法院，甚至不同審判體系之其他法院，發生一定拘束作用[60]。此外，民事訴訟事件涉及公益之情形亦不在少數，對於法律關係劃一之及避免裁判矛盾之要求並不亞於行政訴訟事件。因此，本章所欲討論者為：基於法院等價及審判權等價原則[61]，後訴之先決問題如已經作為前訴訴訟標的而為終局之判斷時，後訴法院無論係同一或不同審判體系原則上均應加以尊重，惟因行政訴訟法之發展係以撤銷訴訟為中心所逐步開展至今，許多制度之設計上均受撤銷訴訟之影響，有關判決效力之部分亦不例外，從而，有必要就行政訴訟法制尚有關判決效力之爭議加以釐清；再者，若後訴之爭執之問題於前訴中並非作為訴訟標的時，而僅係為該判決之前提問題時，是否即一概否定其拘束力？以及，若承認其具有拘束力則其法理基礎、要件、對象及範圍等為何亦有待釐清。就此，以行政訴訟而言，作為撤銷處分之理由應否有拘束力之問題，涉及反覆禁止效之構成與範圍，此為本章第二節所欲探討之重點；而自從民事訴訟法中開爭點效理論在我國當前法制上

[60] 參見劉宗德／彭鳳至（2006），〈行政救濟〉，收錄於翁岳生編《行政法(下)》，，頁 451-452。
[61] 參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟分工與合作-專業審判與權力有效救濟間之選擇〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 69-72。

之地位與其跨審判權體系之作用，則為本章第三節中所欲釐清之問題。

第一節　多元審判體系下既判力之作用

在同一審判體系下，前訴訟程序之訴訟標的經法院為終局之判斷而成為後訴訴訟標的之先決問題或判決基礎時，前訴之判斷對於後訴法院有既判力之拘束力，在學說上並無太大爭論[62]，惟當涉及不同審判權間是否仍有既判力拘束效力問題時，法律並未直接明文規定，以下乃就既判力之法理依據及其於多元審判體下之作用為分析：

壹、既判力之作用與正當性依據

一、既判力之作用[63]

如前所述既判力係指終局判決一旦確定，該判決就當事人間訴訟上請求之判斷，即成為規範當事人其後法律關係之基準。亦即，同一事項再度成為當事人間所爭執之問題，任一當事人均不得提出與該判斷相矛盾之主張，復不得將該判斷提出於法院重新爭執，法院亦不得為與該判斷相矛盾判斷之效力。從而判決既判力之作用一方面係禁止雙方當事人再就既判力所生之判斷

[62] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 627；陳清秀（1999），《行政訴訟法》，頁 482-483。

[63] 既判力之本質爲何在學理上固多有討論，然亦誠如論者所言，既判力本質論對於既判力「效力界線」無論是主觀範圍或是客觀範圍之爭論則不甚有其功能，故於此並不多加論述，就此參見林淑菁（2006），〈民事判決效客觀範圍之研究-以紛爭解決一次性與程序保障之調和爲中心〉，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁 19-23。另日本二次戰後亦改向由既判力之正當性之根據，就既判力之本質爲解釋，對此可參見參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 626-627。

內容為爭執。換言之，禁止當事人就同一訴訟標的再行起訴，如再行起訴法院不為實質審理而應以裁定駁回[64]；另一方面係要求後訴法院於審判時應以前訴既判力所生判斷內容為前提而受拘束，亦即法院不得作出與既判力內容相歧異之判斷，當事人亦不得為不同之主張。前者稱之為既判力之消極作用或禁止反覆作用；後者則惟既判力之積極作用或稱為禁止矛盾作用[65]。而在於先決問題中，既判力之作用係以在該既判力效力範圍內，禁止作出法院與前訴既判力內容相矛盾之判斷或是禁止當事人提出爭執。

二、既判力正當化之依據

既判力之根據論於今日大別有三種學說[66]：

（一）既判力為制度性效力

學說上有認既判力乃為達成民事訴訟「解決紛爭」制度目的所不可缺之效力。亦即既判力係為終局解決紛爭所必要之拘束力，藉以安定裁判所確定之法律關係，防止裁判矛盾。蓋若無既判力，敗訴之當事人能輕易反覆提出主張，確定判決之判斷將可能被推翻，則即使經過審理亦不能達成訴訟制度解決紛爭解決目的與功能，故為使紛爭解決制度真正發揮功能，謀求判決所確定之權利安定，必須賦予法院終局判決一定之拘束力以防止紛爭再燃並合

[64] 參見民事訴訟法第 249 條第 7 款：「原告之訴有下列情形之一者，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應先定期間命其補正：…。七、起訴違背第 31 條之 1 第 2 項、第 253 條、第 263 條第 2 項之規定，或其訴訟標的為確定判決之效力所及。」；行政訴訟法第 107 條第 9 款：「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：…。九、訴訟標的為確定判決或和解之效力所及者。」

[65] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 628。

[66] 參見高橋宏志（2005），《重点講義民事訴訟法(上)》，頁 523-525。

理分配法院資源[67]，此即為「既判力」制度性效力根據之所在[68]，並有認為既判力係以紛爭解決一次性之要求為基底所生訴訟法上之效力。

（二）程序保障與制度性效力二元論

當事人受既判力拘束之不利益，其正當化根據為當事人之地位於程序上對等，在訴訟程序中保障二造關於訴訟標的權利關係存否之辯論和訴訟實施之權能與機會。即原告利用訴訟制度就其選擇之主要爭執權利義務關係之存否作為訴訟標的請求法院裁判，被告亦得以預見以之作為最主要之爭點提出各種防禦方法並陳述法律上、事實上意見，法院就雙方提出之各個攻擊防禦及法律上、事實意見之辯論為審理，就訴訟標的之法律關係作成判斷。此等程序保障乃因當事人地位而當然享有並且期待當事人能充分利用此等地位或機會主張或防禦其實體上權利。惟其現實上是否利用其地位或機會責任憑其意思，對其結果使其負自己責任亦難謂不公平。承認程序保障與自己責任原則，則關於訴訟標的權利關係的判斷縱使違反當事人之意思而基於國家權利發生通用力亦有正當化根據。因此既判力範圍之決定，亦依該理論而判斷是否為既判力所及。亦即未受程序保障之人或系爭事項之判斷，對之不承認既判力[69]。

惟此等二元論非將「制度性效力」或「程序保障」之重要性並非同等視之，而係認為「制度性效力」仍為既判力之根據或目的，而「程序保障或自

[67] 參見許仕宦（2002），〈重複起訴禁止與既判力之客觀範圍〉，刊載於《臺大法學論叢》第 31 卷第 6 期，頁 290。
[68] 參見三ヶ月章（1992），《民事訴訟法》，頁 35 以下。
[69] 參見新堂幸司（2001），《新民事訴訟法》，頁 575 以下；許仕宦（2008），前揭文（註 67），頁 22-23。

己責任」則係為使既判力產生拘束力之「正當化事由」[70]。

（三）提出責任效論

提出責任效論不同於前述二元論，乃僅以程序保障與自己責任為既判力根據。蓋當事人既然已於前訴被賦予充分之程序保障，則該當事人就前訴訟程序中得提出並應提出之某項主張或證據，不論其實際上有無提出均應有「自己責任」。此等應由當事人負擔自己責任之「提出責任」即為既判力之根據。並將當事人之「提出責任」進一步轉化為「提出責任效」理論，因而不再稱之為「既判力」，而改以「失權效」用語。此種失權效的發生，並非以於判決中經判斷者為失權對象，而係以已實施之程序本身作為檢討是否發生失權之主體。是以「失權效」之範圍，與以往「既判力客觀範圍」所探究者不同，並不以訴訟標的範圍為探討對象，乃直接以前訴訟整體程序經過作為判斷重點。

提出責任效主要特點為「使失權效範圍發生流動性」。若以既判力決定失權範圍，係以該事實主張是否於基準時點前業已客觀存在而決定；反之，以已提出責任效劃定遮斷效範圍，後訴之主張即使已存在於前訴基準時點前，若當事人之未提出不能認為係前訴應提出之主張或於前訴不可能提出時，則於後訴仍得提出請求法院審理判斷，不生失權效或是遮斷效。

（四）本文見解

[70] 參見林淑菁（2006），前揭文（註 63），頁 24；陳計男（2000），《行政訴訟法釋論》，頁 546-547。

從「權利救濟實效性」之憲法訴訟權保障觀點，人民就其實體法上之主張請求法院為審理，無論是既判力禁止重複起訴或是禁止矛盾之作用或是失權效，其目的都在為達成紛爭解決終局以及避免裁判矛盾亦即確保權利救濟結果所必要之拘束力，而使當事人不論判決對其有利或不利亦同受拘束之範圍，則應建立在程序保障與當事人間之公平。經當事人將欲解決之紛爭特定為訴訟標的請求法院審理並作出判斷，在訴訟程序中賦予當事人就該訴訟標的之法律關係提出攻擊防禦之機會以影響判決結果之機會，就法院對當事人劃定為訴訟標的之紛爭所作成之判斷賦予拘束力，原則上無論對原告或被告而言應可肯認已賦予充分之程序保障且並不會對其造成突襲而有不公平之情事，故而限制當事人訴訟權之行使以終局低達成紛爭解決之目的具有正當性。惟依此訴訟中當事人是否已受充分之程序保障，對於裁判之安定性即有可能發生重大挑戰，亦即欠缺正當性之既判力其拘束力如何實為一大難題。對此，本文以為除符合再審事由，得透過再審程序加以救濟之情形外，不應再給予當事人於任何之後訴中有機會推翻前訴中法院就訴訟標的所為判斷之可能，蓋在現行民事訴訟或行政訴訟制度設計中，所賦予當事人之程序保障以及同時提供審級救濟制度下，除法律另有明文規定外(如再審)，確定判決之法安定性應優先採納[71]。但不可否認者，如何充實前訴訟之審理並落實程序保障，係一需要不斷關注之課題。

再者，就訴訟標的以外之主要爭點是否亦有拘束力，提出責任效論理論則提供可參酌之方向，亦即應回顧前訴中已經進行之程序，當事人是否受有充分之程序保障以及對於當事人是否能有所預見，不致產生突襲而有所不公平，作為後訴中判斷拘束力範圍之標準，使其具有一定之彈性。惟無論如何，其拘束力作用應僅止於避免裁判矛盾而非禁止重複起訴[72]。

[71] 參見司法院大法官釋字第 393 號解釋理由。
[72] 蓋此雖與裁判在訴訟標的範圍內賦予既判力具有相同之正當性基礎，惟禁止重複起訴無異爲人

貳、既判力於多元審判體系下之作用

一、既判力之相對性原則

民事訴訟之判決在解決雙方當事人間之私權紛爭，判決之效力發生在雙方當事人已能達成解決紛爭之目的，況如前所述，既判力之正當基礎建構[73]在正當程序保障上[74]，對於未賦予程序保障之第三人，亦使其受到既判力之拘束，則顯係不當侵害其權益缺乏正當性。故判決之既判力原則上僅拘束本案訴訟中之雙方當事人，非當事人之第三人原則上並不受本案判決所拘束，民事訴訟法學者稱之為「判決效力之相對性原則」[75]。而受判決效力所及而受拘束之人之範圍，一般稱之為既判力之主觀範圍。在行政訴訟中，除撤銷判決外，給付判決，如課予義務訴訟、一般給付訴訟、合併請求之給付訴訟及撤銷訴訟中命為回復原狀之處置[76]，或是確認訴訟原則上基於相同理由，亦應有相對性原則之適用[77]，此或可觀諸行政訴訟法第 214 條第 1 項及第 2 項仿民事訴訟法第 401 條之規定，及行政訴訟法第 215 條對第三人之效力限於撤銷訴訟之規定可資為佐證。換言之，不論是民事訴訟或是行政訴訟中，既判力之主觀範圍，原則上亦以訴訟當事人及其繼受人為限，即便是具有形成

民請求法院救濟之排除，涉及訴訟權行使之限制，仍須有法律明文爲依據。況准予起訴再爲爭執，並不意味其必然不受前訴所拘束。

[73] 有關既判力之正當性根據參見陳榮宗／林慶苗，《民事訴訟法(中)》，修訂五版一刷，2008 年 10 月，頁 626-627。

[74] 參見沈冠伶（2008），〈民事判決之既判力之客觀範圍與爭點效-從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思〉，發表於民事訴訟第 103 次研討會，頁 4-5。

[75] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 73），頁 644。

[76] 參見吳庚（2008），《行政爭訟法論》，頁 250。

[77] 同此結論請參見，吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 279；陳計男(2000)，《行政訴訟法釋論》，頁 553-556。

訴訟性質之撤銷訴訟，其產生對世效之部分僅為其形成之結果本身，至於既判力之效力範圍，原則與一般訴訟相同僅有相對效而無對世效，但例外為使人民之權利救濟具有實效性，亦有使其效力及於非當事人之其他行政機關或事後訴之國家賠償法院，詳見後述。

二、多元審判體系下既判力之作用

（一）民事法院裁判對行政爭訟程序之效力

1.對行政機關之效力

民事訴訟係為解決當事人間私權紛爭，行政機關原則上非受判決之當事人，依民事訴訟法第 401 條應非受既判力所及之人，然而當事人間之法律關係既然已經法院為審理並加以確定，學理上有認可基於民事法院判決對行政機關有「第三人效力」[78]，行政機關對其權利並未被阻礙仍得就其權利另為主張，僅係不能主張在他人間所進行之民事訴訟，其判決結果係不正確的。亦有透過判決之「構成要件效力理論」[79]，認為即便實體法之條文中未明定以「確定判決」作為構成要件要素，但當某一私法上權利或義務乃公法上法律效果發生之構成要件時，且該權利或義務又已經透過民事判決予以確定時，於其後之行政爭訟程序上，該民事判決即具有決定性，行政機關或行政法院須予以尊重[80]。

[78] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 61），頁 108-109。
[79] 例如公司法第 190 條：「決議事項已爲登記者，經法院爲撤銷決議之判決確定後，主管機關經法院之通知或利害關係人之申請時，應撤銷其登記。」
[80] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 61），頁 109-110。

再者，於其後之行政爭訟程序中，民事判決之效力固有相對性原則適用，然其目的係因民事訴訟採取辯論主義，裁判所據之資料係委由當事人提出並決定其內容，因而有必要使未能參與程序之第三人，免受他人間判決所拘束。特別是該第三人為私人時，受有憲法上訴訟權之保障，涉及其實體權益之認定時，應有在法院聽取並陳述意見之機會，除法律別有規定外不應基於實體法上關連性，而使其受他人間判決之拘束；反之，當該第三人為國家之行政機關時，由於行政機關與為判決之法院均代表國家，可否再由行政機關推翻法院所為之認定而為相反之主張，非無疑問，蓋此時所涉者非關行政機關基於其權利救濟而生之程序保障，使其受拘束乃係因權力分立之相互尊重而來，因而當某一私法上權利如為公法上請求之構成要件事實，而該私法關係已經民事判決予以確定，對於其後之行政程序亦應有一定之拘束力[81]。

實務上最高行政法院 98 年判字第 415 號判決[82]指出：「...**蓋有關私法權利歸屬之爭議，為民事法院專屬之審判權範疇，民事法院對私權之確定判決對其他機關，亦發生拘束力。**查訴外人國防部軍備局、國防部軍備局生產製造中心技術訓練中心為系爭土地之占有人，其向臺灣臺北地方法院提出確認「祭祀公業福德爺」派下員全體就系爭土地之所有權不存在之訴，業經臺灣臺北地方法院 93 年 7 月 30 日以 91 年度重訴字第 2720 號民事判決「確認祭祀公業福德爺之派下員全體就坐落・・・土地(即系爭土地)之所有權不存在」確定在案，是以祭祀公業福德爺派下員全體就系爭土地並無所有權之事實已臻明確，**該判決除對當事人發生效力以外，因所審判之事項為民事法院專屬之權限，該判決對有關機關亦發生拘束力。**2.承上所述，臺灣臺北地方法院 93 年 7 月 30 日以 91 年度重訴字第 2720 號民事判決既對被上訴人發生拘束

[81] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 61），頁 110-111。
[82] 粗體字部分爲本文所附加。

力，被上訴人以前述民事確定判決認定，系爭土地既非祭祀公業福德爺所有，臺北市松山區公所以 78 年 7 月 4 日北市松民字第 13914 號函發給派下員名冊及財產清冊，自屬有瑕疵之違法行政處分，應予撤銷，且撤銷後亦無對公益有重大危害之情事，而依行政程序法第 117 條撤銷臺北市松山區公所 78 年 7 月 4 日北市松民字第 13914 號函發給之祭祀公業福德爺派下員名冊及財產清冊，揆諸首揭規定及說明，並無不合...」，亦認為關於人民私權之確定，係專屬掌理民事審判權之法院，人民發生私權爭執時，應循民事訴訟程序，由民事法院確定之。而民事法院就私權爭執所為之確定判決，其所確定之事實及法律關係，在行政處理程序中，縱對之存有疑問，行政機關仍不可不以之為既判事項而從其判決處理，肯認民事判決在既判力範圍內對行政機關之效力，此為行政權與司法權分立國家之一般通例[83]。

行政機關作成行政處分前，依行政程序法第 36 條其本應依職權調查相關證據故不受當事人主張之拘束，然法院就私人間法律關係之裁判自然為其證據資料之一，原則不容行政機關否認該判決所確認之內容與法律見解，但如該判決具有相當於再審之事由時，行政機關一方面並非當事人不得提起再審之訴，另一面如應受其拘束之又與依法行政原則有違，本為以為，此時即可認行政機關已相當於再審之事由拒絕受該判決所拘束，應具有正當性。蓋惟有如此始能維持法規範一致性之要求，並調合依法行政原則與權利保護實效性原則所要求之判決結果之確保。

2.對行政法院之效力

[83] 參見最高行政法院 32 年判字第 18 號判例。

實務上最高行政法院除自審判權專業分工之角度，認為當事人私權之糾紛專屬於民事法院，行政法院對之並無審判權，對於民事法院所確定之私權法律關係[84]，即應予以尊重。另最高行法院 62 年判字第 252 號判例[85]：「經查被告官署責令原告賠繳本件稅款後，原告除依行政救濟程序請求救濟外，先將上述稅款代為繳納，一面訴請民事法院判令徵信調查雜誌社返還因原告代繳稅款所得之不當利益，經民事確定判決認定該雜誌社為獨立之出版事業，並非原告之附屬機構，原告代其繳納稅款，並不免除該社之納稅義務，亦即該社並未因原告之代繳稅款而受任何利益，因而駁回原告之訴，有民事確定判決附卷可稽(台北地方法院 62 年度訴字第 2767 號判決)。**此項民事確定判決雖無拘束行政訴訟之效力，然其認定之事實，究不失為行政訴訟之重要證據資料，否則民事訴訟與行政訴訟結果兩歧**，原告既須負擔賠繳稅款之義務，又無請求返還不當得利之權利，而疲告官署於責令原告賠繳稅款之外，又可依據民事確定判決更令徵信調查雜誌社賠繳其員工之薪資所得稅款，形成一稅兩收之情形，自非法律公平之道；況原告之營業所與該雜誌社之發行所地址相同，並不足證明其有隸屬關係，而公司之經理人兼營新聞出版事業，法律亦無限制規定，尚難僅因原告公司之總經理張秘兼任徵信調查雜誌社之發行人，遽認該公司與雜誌社係屬一體。又原告與該雜誌社為「關係事業機構」，在相互支援合作之原則下，原告委託該雜誌社承辦徵信業務，該社以原告名義向外推展業務，或彼此融道資金，此為商場之常情，自不能執此否定其機構之獨立性。至於徵信調查雜誌社未辦營業登記及商業登記，係因出版事業免徵營業稅之故，與該雜誌社與原告有無隸屬關係尤無干連。更徵諸該雜社創刊時，原告公司猶未設立，其非原告之附屬機構，自不待言。被告官署未予悉心勾稽，僅以原告與該雜誌社業務關係密切，人員資金有兼辦融通之情形，遽令原告賠繳該雜誌社未為扣繳之薪資所得稅，其責令賠繳之對

[84] 參見前開最高法院 98 判字第 415 號判決。
[85] 粗體字部分爲本文所附加。

象，自有未合，...」，另在有關遺產稅爭議案件中認為：「...原告以案外人甲主張對系爭遺產標的物具請求權，經向臺北地院提起民事訴訟，經該院 86 年度重訴字第 118 號民事判決原告等繼承人應將系爭土地及建物半數移轉於甲，是本件應增列上開未償債務 13,627,776 元，請准扣除云云，申經復查結果，以民事確定判決之既判力，依民事訴訟法第 401 條規定，除當事人外，對於訴訟後為當事人之繼受人亦有效力。故民事判決僅有拘束該案當事人之效力，稅捐稽徵機關如非民事確定判決之當事人，自不受該判決之拘束。...**該民事判決之認定，縱無拘束非當事人之被告，然於該訴訟所提之證據，自得援為本件認定之依據，不宜率然拒絕斟酌。**...」[86]，肯認後訴為當事人之行政機關固非既判力所及，但前訴中之原告並非不得援用該民事訴訟判決中所提之證據。亦即，使民事法院之判決對證據之認定產生如同構成要件事實之效力一般，使為判決之行政法院受該認定之拘束。

就民事法院就私權事項對於行政法院應否有拘束力，本文以為從權利保障之實效性所必須之既判力制度、審判權專業分工之目的與法院等價原則觀點來觀察，原則上應肯認既判力具有跨審判權之效力，已如前述。亦即在訴訟前階段，本於法院就之裁判解決紛爭之作用對人民而言係一致的，無先後優先之效力，為避免同一事件因事件性質認定之歧異導致分屬於不同審判權體系適用不同之訴訟規則，而有導致裁判矛盾之可能，係民事法院認其就當事人起訴請求之事項具有審判權，則其所為之裁定依民事訴訟法第 31-2 條之規定：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」亦含有儘速確認審判權歸屬之程序經濟要求。

[86] 參見最高行政法院 90 年度判字第 1915 號裁判。粗體字部分爲本文所附加。最高行政法院 62 年判字第 252 號判例亦同此旨。

再者，進入訴訟程序後，行政法院就其本案問題，涉及以私權爭議作為其先決問題且已向民事法院起訴時，原則上即應依行政訴訟法第 177 條：「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序。」；若當事人未向民事法院起訴，行政法院亦應向當事人行使闡明曉諭其應向民事法院起訴請求確該先決問題之法律關係，以終局解決該紛爭，對於民事法院確定之終局裁判，行政法院原即應以之為裁判之基礎，但例外於該實體法規範要求行政機關應就相關之權利義務關係，本其立法意旨應非旦「得」獨立判斷，且「應」獨立判斷時，行政法院就該處分所規制之生活事實亦有審判權限，此時形成就該爭議二法院均有審判權限，則應視其確定先後有所不同，如係行政機關之審理先行確定者，行政機關就該私權爭議所為之判斷僅為判決理由之判斷，加以二訴訟中之當事人有所差異，此時如係前訴之當事人欲以之為對其有利之主張，將涉及第三人（對造）之程序保障問題，原則上應不被允許，但若係他造當事人以之為前訴當事人不利之主張，則本於既判力之作用與誠信原則，前述之當事人原則上即不得為相反之主張。如先確定者為民事訴訟之判決，由於其係以之為訴訟標的進行審理，對於其後之行政機關與法院應有拘束力，但例外在有相當於再審之事實時，行政機關得拒絕受該判決之拘束，以其調查所得之證據為合法之處分。

（二）行政法院裁判對民事爭訟程序之效力

此時尚應先區分行政訴訟程序爭執之對象是否與行政處分有關，若前行政訴訟程序係涉及行政處分之行政判決，如確認處分違法之訴或是撤銷訴訟原告敗訴之情形，則因該處分所規制之生活事實應被認定為既存事實而加以尊重，特別是該處分之效力經行政法院裁判予以確認後，此時該第三人之程

序保障問題，應透過前訴訟及行政訴訟之重新審理程序解決[87]。但若係非涉及行政處分之行政判決，如行政訴訟法第 8 條之一般給付訴訟，則在本案訴訟程序中即應考量該前訴之訴外第三人受判決拘束之正當性，原則上前行政判決並不拘束該未參與前程序之第三人，但該第三人並不非不得援引對其有利之前行政法院判決，亦即，對造如係前訴訟當事人，縱該判決對其不利於第三人加以援引時，並不得主張該判決不當。

近來最高法院民事庭[88]更進一步認為：「**按民事訴訟之裁判，凡以行政處分是否無效或違法為據者，應由認定先決事實之行政法院為裁判後，以該確定裁判所認定之事實供為民事法院裁判時認定事實之依據，俾防止不同法院裁判結果互相牴觸之情形發生。倘前開行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長應依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定行使闡明權，曉諭當事人就前開行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。審判長如違背此項闡明之義務，就該先決事實自行加以認定而資為實體判決之依據者，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。**查本件上訴人前雖曾向台中高等行政法院對台中縣政府提起九十五年度訴字第五三一號請求所有權回復事件及對后里鄉公所提起九十五年度訴字第二一○號確認公法關係不存在事件，而均經駁回。惟上開九十五年度訴字第五三一號判決之駁回理由，係以上訴人所依據之請求權，為民事關係，核屬上訴人與被上訴人間私權爭執，應向普通法院訴請裁判。另九十五年度訴字第二一○號判決，係以上訴人訴請確認原與其創設存在之公法上之徵收法律關係已不存在時，自應以核准徵收之內政部為被告，上訴人卻以台中縣后里鄉公所為被告，自有未合、被上訴人非為土地徵收補償費之核發機關、非地政機關，亦非登記

[87] 雖行政訴訟法第 284 條重新審理文義上限於撤銷或變更原處分或決定之判決，但從權利救濟觀點，於課予義務訴訟中行政法院命行政機關作成原告所申請內容之行政處分時，亦在符合其他要件時亦應有所適用，參見林錫堯，〈重新審理〉，收錄於翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，2002 年 11 月初版，頁 732 註 2。此外，可參酌民事訴訟法第 507-1 以下第三人撤銷訴訟，從第三人程序保障之觀點出發，亦未限定訴訟種類。

[88] 最高法院 97 年度台上字第 2274 號判決，粗體字部分為本文附加。

機關等為程序上理由駁回上訴人之請求，而不及於系爭徵收處分是否無效或失其效力等實體上事由。是本件依卷內資料顯示，上訴人並未依行政爭訟程序確定該行政處分是否無效或違法，原審未行使闡明權，曉諭上訴人應先行循行政爭訟程序以確定該行政處分是否無效或違法，乃逕行認定該核准徵收案並未失其效力，而為上訴人敗訴之判決，自有違誤。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

參、多元審判體系下判決之形成效力

一、形成訴訟之判決效力

（一）形成力

學說上一般認為法院之判決本質上之效力除羈束力與既判力外，給付判決具有執行力、形成判決具有形成力[89]。而所謂形成力係指，由於形成判決之作用，當事人間始發生新之權利義務關係或將原有之權利義務關係消滅、變更之效力。其與既判力之區別在於既判力之作用係「宣示」性質，而形成力具有「創設」性質。換言之，給付或確認判決僅能就有既判力之法律效果為確認而不能創設法律效果；但形成判決之形成力能使原有之法律狀態發生轉變[90]。此外，既判力僅得對訴訟當事人及法律明文規定之特定人發生效力，即便是撤銷訴訟中法院為撤銷原處分或決定之判決，對一般第三人並不發生確認原告對被告之撤銷請求權成立，且訴訟標的(係爭行政處分違法並侵害其

[89] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 618；自劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 460 註 372。
[90] 參見吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 279 註 39；陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 656-657

權利)為有理由之效果，而是該撤銷判決所變更之法律關係，即系爭行政處分或決定被撤銷而不再存在之事實有對世效。亦即形成判決能發生對世效力的並非判決的內容而是判決所造成之結果[91]。

（二）構成要件效力與確認效力

民事訴訟法上探討構成要件效力與確認效力時，多半置於判決之附隨效力中討論[92]，惟行政法學理上有將構成要件（Tatbestandswirkung）效力及確認效力（Feststellungswirkung）納入形成判決之效力中討論，認為構成要件效力及確認效力[93]實際上係形成判決對其他法院或與訴訟事件無關之行政機關之拘束力問題，當行政處分因違法而遭行政法院撤銷確定，其他機關、法院或第三人自應受此「形成效力」之拘束[94]；亦有採取德國學者 Ule 教授之見解，認形成判決除既判力外，另發生「構成要件效力」，即任何其他法院及任何行政機關(包含非當事人之行政機關)必須將該撤銷或變更作為構成要件，並於自己之裁判或處置上，以該行政處分之撤銷或變更為基礎[95]。

然一般而言，訴訟法上之構成要件效力或要件事實效力，係指個別之法律條文，以法院已就特定事項作成判決，為該法規之構成要件要素，故一旦相當之判決確定時，該判決即同時實憲法律構成要件之效力[96]。例如行政訴

---

[91] 學理上尚有認爲形成力之發生，係因判決之既判力將形成權或形成要件加以確定而成爲不可爭執之狀態，從而使形成之效果同時發生不可爭之結果，故其主觀範圍應與既判力主觀範圍一致，僅在某種形成判決有必要擴張於第三人時，另以法律明文規定其形成力及於第三人，即採取形成力相對效力見解，參見參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 658-659。

[92] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 618-619。

[93] 至於構成要件效力與確認效力之區別，則認爲前者係直接原於形成力之作用；後者則以法規有特別規定者爲限，參見吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 280 註 40。

[94] 參見吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 280。

[95] 參見陳清秀（1999），《行政訴訟法》，頁 504。

[96] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 618-619；陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1550；劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 461-463。

訟法及民事訴訟法中均有以確定判決作為再審理由之一[97]。判決之構成要件效力與判決形成效力之差別在於前者乃依法律特別規定而生，為判決之附帶效力；而後者則係形成判決當然之效力，亦為形成判決之主要目的。且形成效力限於形成判決始有之，而構成要件效力則為任何判決均可能因法律之特別規定而發生，並無判決種類之限制[98]。從而，為避免用語上之混淆，訴訟法上之構成要件效力，應指某一法規，以法院判決作為法條之構成要件之情形；至上開學者所指之構成要件效力，應置於形成判決之形成力下討論[99]。

二、行政訴訟法第 215 條及 216 條之適用

（一）行政訴訟法第 215 條

行政訴訟法第 215 條：「撤銷或變更原處分或決定之判決，對第三人亦有效力。」

撤銷訴訟係以撤銷行政機關之行政處分以排除權利侵害為目的之形成之訴。單就形成判決而言，民事訴訟傳統學理上認為形成判決之形成力具有對世效，形成力本來即具有對世效力，得對一且之人發生效力，所以實定法上無須再對形成判決對世效再為規定，僅在例外基於保護特定人之必要時，始另以明文規定排除第三人得不受該形成力所拘束[100]。晚近則有認為應區別形成之訴之依據為何，實體法上之形成之訴，因其目的本在於對世發生形成效果，以求實體法律關係之安定，故通常皆有對世效力，亦即效力及於訴外第三人。至於程序法上之形成之訴，因不以發生對世效果為主要目的，故程序

[97] 行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款；民事訴訟法第 496 條第 1 項第 11 款。
[98] 參見劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 460。
[99] 參見劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 462 註 387。
[100] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 62），頁 659；駱永家（1991），〈形成訴訟判決之效力〉，《民事法研究 III》，頁 66。

法上之形成之訴，其形成力通常適用相對性原則，並無對世效力[101]。然就行政訴訟法上之撤銷訴訟而言，行政訴訟法第 215 條之規定使得無論採取形成力對世效亦或形成力相對效實際上並無差別[102]，雖就其效力性質究係既判力主觀範圍之擴張或是形成力之對世效有所爭議，然就該條之立法理由可知，並非欲使第三人受判決內容之拘束，而係使判決所形成之法律關係(於此係指處分被撤銷而不存在而言)，亦即係使判決之結果對第三人產生拘束力，以維持形成判決所形成之法律關係安定，故該效力自應指形成力而言[103]。至於該條所謂之第三人，則係指同法第 214 條以外之人[104]，為是否包含民事法院則應對同法第 216 條之理解而有所不同，詳見後述。

（二）行政訴訟法第 216 條之性質與適用

行政訴訟法第 216 條：「撤銷或變更原處分或決定之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力。（第一項） 原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之。（第二項） 前二項之規定，於其他訴訟準用之。（第三項）」

關於本條之性質及第一項所謂「各關係機關」適用範圍，學理上則有不同之爭論，詳如下述：

1. 既判力說

有認為[105]自該條立法理由:「為使行政法院所為撤銷或變更原處分或決定

[101] 邱聯恭（2006），《口述民事訴訟法講義（二）》，第 14-15 頁。
[102] 學說雖有認爲該條之效力係指構成要件效力及確認效力，
[103] 參見劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 463-464。
[104] 惟此須注意行政訴訟法上之當事人包含依同法第 41、42 條之「參加訴訟之人」(同法第 23 條參照)，與民事訴訟法上之當事人範圍有所不同。
[105] 整理自陳清秀（1999），前揭書（註 95），頁 494-495。

之判決，對於原告之權利救濟具有實效，應課原機關以尊重判決內容之義務，以防杜原機關以同一理由，對同一人為同一之處分或決定。又原處分或決定經判決撤銷後，原機關有須重為處分或決定者，亦應依判決之意旨為之，藉以督促原機關有依判決意旨作為之義務。本條有關判決拘束力之規定，於其他訴訟亦有準用之必要，爰設明文，俾有依據。」如係基於實體上之理由，判決撤銷行政處分，則在相同事實及法律狀態下，不得再為相同內容之行政處分；如行政機關再為相同法律效果之行政處分時，行政法院不得再重新審查，而必須以先前確定裁判之確認為判決基礎。但如行政法院所為之撤銷判決係基於處分手續上之瑕疵，則其既判力僅及於裁判中所揭示之撤銷理由，例如以行政機關欠缺管轄權或其他程序瑕疵而撤銷原處分，僅就管轄權 欠缺或該程序瑕疵本身發生既判力，於此情形下，仍不禁止由管轄權機關重新為內容相同之處分。

惟是否拘束民事法院，另有認為應區分就係行政處分之違法亦或無效而有所區別：如係前者，則依同法第 12 條之意旨，行政法院就行政處分是否違法之判決，應有拘束民事法院之效力；但若係後者，由於行政處分無效係自始不生效力，並不因行政法院判決駁回確認無效處分之訴而使自始無效之行政處分變為有效，故而如係以行政處分是否無效所為之判決，則不拘束民事法院[106]。

2. 既判力主觀範圍擴張說

學說上[107]有將之列為既判力效力之一，但認為本條係為補充同法第 48 條之不完備，而所謂「有關係之機關」最典型者為：為不服訴願決定(或性質

[106] 參見陳計男（2000），前揭書（註 77），頁 556-557。
[107] 以下整理自吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 275-279。

相當之裁決)而提起撤銷訴訟時之訴願決定機關，此際，原處分機關乃被告機關即為既判力所及之當事人。另一種情形為對訴願機關撤銷或變更原處分不服而提起行政訴訟之原處分機關，此時，被告機關則為訴願機關。然而是否包含同一公法人下之其他機關，則應我國法制與德國法制有所不同，不可一概而論，應視具體個案為區分：

（1）就撤銷訴訟或確認處分無效訴訟而言

除包含訴願機關或相當於訴願程序之機關外，如某一裁罰性處分，因違背管轄權規定而遭行政法院撤銷處分時，依法有管轄權之機關自得重新正確適用法規而為處分，不受該撤銷判決既判力所拘束。但若經法院審理認該處分因欠缺構成裁罰之事由，而撤銷該處分時，其他同具有管轄權之機關，如未參加訴訟，則因不受既判力所及，有可能再基於同樣理由再為同一處分，此時，即應有行政訴訟法第 216 條之適用，以補充同法第 48 條之不足。

（2）再就一般給付訴訟而言

行政機關基於法令或是公法契約對人民付有給付義務，經訴訟結果行政機關受敗訴確定，可能發生議會不願通過預算或相關議案，致使行政機關無款項可供履行給付義務，此時即應將該同一公法人下之意思決定機關(議會)與意思執行機關(行政部門)同受該判決所拘束，不能以議會之決議對抗公法上之債權人，故縱無同條第三項之規定，亦應作如此解釋。至於對於民事法院之拘束力，其認為係基於構成要件效力，即確認效力而來之對世效[108]。

[108] 參見吳庚（2008），前揭書（註 76），頁 279-280。

3. 判決形成力說

學說上亦有認為[109]，如自本條立法理由之說明[110]本條第 1 項之「關係機關」以及第 2 項之「機關」，均指「原機關」而言，並不包括原機關以外之機關。依此，則該條之規定應係指形成判決既判力之注意規定，而非既判力主觀範圍之擴張。蓋其認為被告機關為判決之當事人本應受既判力所拘束，而經訴願程序之行政訴訟，如訴願決定係維持原處分或變更原處分但非第一次對人民造成侵害者，行政法院審理之對象係經訴願決定維持或變更之原處分，被告機關僅為原處分機關，但因訴願決定既經行政法院於確定之終局判決中裁判，依同法第 213 條規定，應為該判決既判力客觀範圍所及，為使既判力客觀範圍與主觀範圍一致，於此情形下，宜目的性擴張解釋除被告機關外，尚應包括對維持原處分之訴願機關亦有既判力[111]。因而，被告機關及維持原處分決定之訴願機關本受既判力所拘束，自無須透過該條擴張既判力主觀範圍而及於訴願機關。

然而該條第 2 項之「機關」乃係得「重為處分或決定」之機關，本即為原處分或決定之機關，固無疑問。惟同條第 1 項之「各關係機關」並無限縮解為原處分機關之必要，因為依同法第 24 條，對於經訴願程序之行政訴訟乃直接以原處分機關為被告，而非該機關所屬之公法人，故而行政法院所為判決確定力之範圍，原則上僅及於被告機關而不及於其屬所之公法人或同一公法人下之其他機關，基於體系之完整性，似得將行政訴訟法第 216 條第 1 項之「各關係機關」解釋為「包括原判決當事人之被告機關及其他關係機關」。換言之，如為當事人，發生拘束力之效力基礎為判決之既判力；如為當事人以外之其他機關，則為形成判決之形成效力。

[109] 整理自劉宗德／彭鳳至（2006），前揭書（註 60），頁 464-467。
[110] 參見本節貳、二、(二)、1。
[111] 參見劉宗德／彭鳳至，前揭書（註 60），頁 455。

而條文所謂「就其事件有拘束各機關之效力」則宜解釋為如為當事人則其效力如立法理由之說明；如為當事人以外之其他機關，則指「行政法院於撤銷訴訟中，所為撤銷或變更原處分或原決定之判決確定後，所有其他法院及行政機關，皆應以該行政處分或決定業經撤銷，為其裁判或是行政措施之基礎[112]。前者為形成判決之既判力，原則上僅及於行政訴訟法上之當事人，後者為形成判決之形成力，所謂「其他關係機關」範圍上並無限制，得包含同一審判體系之法院或是不同審判體系之法院，惟如係同一審判體系下之法院，依法應受判決羈束力之拘束；不同審判體系之法院，如法律另有明文規定時，依法應受判決構成要件效力或確認效力拘束者，應優先適用該等法規，自不待言。

4. 特殊效力（判決拘束力）說

有學者[113]從比較法上之觀點，認為本條之規定為德國法上所無而與日本法規定雷同，參酌該國對此一規定之見解後認為此一規定並非既判力主觀範圍之特別規定或注意規定，而係一特殊效力之規定，藉以使行政法院判決能充分發揮其解決紛爭之實效，彌補單純依判決之確定力設計之不足，且其拘束之對象主要為行政機關而非作為他造當事人之人民，包含原處分機關及當事人以外之其他機關。亦即，凡以經撤銷之處分或決定為基礎或前提，而於事後曾作成與之存有密切關聯之處分或後續行為者（如環境影響評估審查結論公告機關與核發開法許可機關），或其處分或行為構成該經撤銷處分或決定之基礎或前提者（如事前同意或核准機關與原處分機關），均屬之。

[112] 學說上並有認爲此係基於爲確實達成有效救濟目的，判決應拘束其他關係機關，參見陳敏（2007），前揭書（註 96），頁 1546。
[113] 整理自賴恆盈（2008），〈行政訴訟判決拘束力之研究〉，《臺灣法學雜誌》第 103 期，頁 156 以下。

至於對於行政法院撤銷或變更原處分或決定對民事法院之拘束力，則認為係源自同法第 215 條形成判決之對世效規定，亦即該條之第三人範圍應包含民事法院在內[114]。

5. 本文見解

如將行政訴訟法第 216 條第 1 項解釋為形成力之規定，並得拘束民事法院，則勢必與同條第 3 項產生矛盾之處，蓋形成判決之形成力僅於撤銷訴訟中，法院撤銷或變更原處分或決定之判決確定時發生。況且同第 215 條本有形成判決對第三人效力之規定，似無將對法院之拘束力排除於同法 215 條之外而優先適用該規定之必要。同理，既判力說亦無法解釋何以要在行政訴訟法第 213 條以外再為既判力之規定，縱係為解決我國採取機關當事人適格之方式，欲對非當事人之其他行政機關或是主體產生拘束力，惟此時就該判決本身即為既判力主觀範圍擴張之一種型態。再者，特殊效力說所欲解決之問題，均得自撤銷訴訟之既判力與訴訟標的之分析中獲得解決，似無特別成認其特殊效力之必要。本文以為，該條之文義並不禁止將之解釋為既判力主觀範圍擴張之規定，換言之，得對作為其他行政機關產生反覆禁止效拘束以及對於審理國家賠償訴訟之民事法院之違法性判斷產生拘束之依據。

[114] 參見賴恆盈（2008），前揭文（註 113），頁 146-147。

肆、小結

實務上 93 年臺上字第 2014 號裁判：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之；前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序，行政訴訟法第 12 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。由是以觀，民事或刑事法院在行政爭訟程序確定前，既應停止其審判程序，足見行政處分是否無效或違法，應先由行政爭訟程序確定之。倘行政法院對於行政處分之違法性已有認定，民事或刑事法院就此即不得再為實體審查而為相左之認定。」另最高法院 87 年臺上字第 150 號確認土地所有權存在之判決中提到：「對於有專屬裁判權之法院，在其權限範圍內，就特定法律關係所為確定裁判，他法院應予尊重，不得為相反之判斷。準此，行政訴訟法第 4 條(現第 216 條)「行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力」之規定所稱關係機關，應解為包括普通法院在內。則分別自停止執行之制度及行政訟法第 216 條之文意解釋肯認行政訴訟判決對民事法院之拘束力，藉以避免在不同審判體系下裁判矛盾之情形發生。」

足見實務上亦注意到裁判矛盾之避免不僅係在同一審判體系下之要求，而係司法裁判整體一致以昭公信之要求。縱因在當事人處分主義及辯論主義下，法院所得據以為判斷基礎之資料未必相同，而不免有判決結果不一之情形。然當事人最上位之爭點既已作為訴訟標的，在訴訟中賦予其攻擊防禦之機會並經法院審理為終局之判斷，則對該結果應予以尊重並作為後續生活關

係之基準，在同一審判體系下如此，不同審判體系下此法安定性之要求亦應如此，其理論基礎基即在於權利救濟實效性。

再者，除形成判決已有明文規定其對第三人之效力外，就給付判決或是確認判決相對性原則應立基於當事人間之公平及程序保續保障下觀察，原則上民事判決對於行政爭訟程序之行政機關，縱非既判力主觀效力所及之人，亦應肯認有拘束力，行政機關欲主張不受拘束必已相當於再審之事由使為正當；反之，涉及行政處分之行政判決對於訴外第三人於民事訴訟程序中，被撤銷而不存在結果因形成力具有對世效該第三人應受拘束，但第三人因非當事人故並不受該判決之既判力所拘束，此點於行政處分之合法性經撤銷訴訟被維持後亦同。蓋此時應考量對於第三人之程序保障，原則上不應拘束該訴外之第三人，惟該第三人並非不得援引前行政判決為其有利之主張。

而在行政法院與民事法院審判權交錯之場域，不同審判權法院均得對於相同爭點為判斷時，則應自立法者劃分審判權之目的何在，決定該不同審判權法院之審判權先後關係為何。例如，審理國家賠償訴訟之民事法院相較行政法院對於行政處分適法性之爭議問題，其審判權即具有補充性之地位，換言之，在國賠訴訟終結前，當事人就系爭行政處分提起撤銷訴訟時，國家賠償法院即應提指審判程序，並以行政法院審理之結果作為本案判斷之依據。反之，當二者之審判權均具有獨立性時，則須視其究竟作為訴訟標的或係判決理由中之判斷，以及涉及第三人時其程序保障之問題等，為不同之處理。

第二節　反覆禁止效與撤銷訴訟判決既判力之關聯

一般而言，行政處分經法院判決予以撤銷後，即不得在客觀情狀未改變之情形下，再次作出與該被撤銷之處分相同之行政處分，學理上稱之為撤銷訴訟之「反覆禁止效」。然而，有關此一反覆禁止效之根據、性質究竟為既判力抑或既判力以外之特殊效力以及其客觀範圍應如何界定等我國學說上有不同見解，實務則多認前後二訴為不同訴訟標的，但於後訴之中如前審判決之事實及法律狀態未有變更時，則認行政機關再為相同內容之處分於行政程序中因違反確定判決之實質確定力而違法，得逕予以撤銷[115]，我國實務上即採此一見解，此說固得以配合我國行政訴訟法，將訴訟標的非為前確定判決效力所及，作為訴訟合法性要件之一，且可避免當事人因既判力具有一事不再理效下，反而陷於無從救濟之窘境，惟實務之見解並未清楚說明反覆禁止效與撤銷判決之既判力與形成效力間之關係，使撤銷訴訟中判決理由是否有拘束力一事，未能透過反覆禁止效之建構與以說明，以下先援引日本學者自日本及德國學說上之檢討所建構出之反覆禁止效法理基礎，並透過上開法理基礎之分析歸結出行政法院審理撤銷訴訟所做出之判決中判決理由之判斷，對於後訴法院之效力。

壹、日本學說上反覆禁止效之構成

一、行政訴訟法第 33 條

日本行政訴訟法第 33 條及其前身行政訴訟事件特立法第 12 條，有關撤

[115] 劉宗德／彭鳳至（2008），前揭書（註 60），頁 458-459

銷判決確定判決的拘束力規定：「撤銷處分或裁決之判決，就該事件，有拘束為當事人之行政機關或其他關係機關之效力」，無論在舊法時期前或是新法制定過程中及現行法下，對其性質與根據在學說上有各種不同之看法。

二、反覆禁止效之根據與性質

（一）撤銷訴訟中既判力之作用

此說學者認為，行政處分經判決加以撤銷後，系爭行政處分之違法性將因既判力而確定，行政機關即不得重新再為附有同一錯誤（違法性）之行政處分。

例如學者兼子一教授認為，作為形成訴訟的撤銷訴訟，其請求原因為對於系爭行政處分不服的主張，這與訴訟中得稱為附隨的形成訴訟之上訴，以對於原審判決不服作為審判之對象有其相同之處。而由於形成訴訟之形成力係形成要件之確定與實體法相結合後產生之反射性效果，故在請求撤銷行政處分時，法院基於某項理由而認定違法而宣告撤銷該處分，則受該判決之行政機關，在以後處理同一當事人間之同一事項時，必須尊重該判決確認處分違法之判斷，因而不得再反覆為同一錯誤之處分[116]。

另外，白石健三教授認為行政機關的行為（意思表示的行為或是事實行為）行政訴訟中獲得敗訴確定，在某種意義上可以說是該行政機關行為有效

[116] 整理自興津征雄（2004），〈行政処分反復禁止効の法的構成－取消判決の既判力と拘束力〉，刊載於《法学協會雜誌》，第 121 卷第 2 號，頁 220-221。

性、適法性之解除條件成就。白石教授認為，假設不承認公定力之概念，當處分的具體權限存否相對人方面有所爭執時，為了適法地作成該處分，並且保持該處分結果之有效性、適法性，行政機關自己必須預先提起積極的確定具體權限存在之訴，而關於形成規制為內容之處分，對此除形成之訴外別無其他，並且在該訴訟中先獲得勝訴判決不可。然現行法下既承認公定力概念，並不需要預先提起這樣的訴訟，而是大致上依行政機關本身之認定，作成處分並且得保有該處分所形成之結果，然而制度上亦預定當受有不利益之相對人提起撤銷訴訟以資因應，使人民對其具體權限存否有所爭執時，行政機關必須處於與相對人對等之地位來進行訴訟進行攻防，以確定為該處分之具體權限是否存在。換言之，撤銷訴訟具有將行政機關引入該對等地位之功能，在此情形下，以其形式上認處分相對人為原告，反到不如實質性的解為行政機關乃係立於原告之地位進行訴訟，故撤銷訴訟訴訟標的之本質部分，可說是與事前、積極地提起訴訟具有相同之情形[117]。故撤銷訴訟可認為是以行為時具體的處分要件或是具體的權限存否作為訴訟標的之確認訴訟。對此，通說雖認為撤銷訴訟是確定行政處分之違法性後，處分將因而溯及地失效之形成訴訟，然而判決之主文中只是單純低宣告撤銷，處分的失效只不過是制度本身一開始所預定的，不應解釋為係基於判決本身之直接效果。換句話說，欠缺適法效性要件之處分應該是實體法上無效。基此，由於撤銷處分之判決具有確定行政機關為處分之當時，具體的權限不存在之效果，在予處分當時法律上或事實上狀態未變更之情形下，當然不允許再次為相同之行政處分[118]。

上開兼子教授與白石教授之說明相似之處，可以從下面二點說明：

[117] 參見白石健三（1996），〈公法關係の特質と抗告訴訟の対象〉，收錄於垂水克己／兼子一編《岩松裁判官還曆紀念訴訟裁判》，頁 439-440。
[118] 參見白石健三（1996），〈公法關係の特質と抗告訴訟の対象〉，收錄於垂水克己／兼子一編《岩松裁判官還曆紀念訴訟裁判》，頁 440。

首先，關於訴訟類型部分：形成訴訟之特點在於當形成判決尚未確定前，成為訴訟目的之法律關係之變動並不能對任何人為主張（作為其他訴訟之前提問題亦同）[119]。故而，將撤銷訴訟認為係形成訴訟之同時亦表示承認撤銷訴具有排他之管轄。就這點而言，白石教授可以說是在當時率先將行政處分之公定力解為，當處分適法性之判斷有爭議時，行政機關之判斷相較於人民之判斷具有程序法上較優越之效力[120]。然白石教授之說明也不能否定撤銷訴訟該當於形成訴訟之特點。二人之差異在於兼子教授認為撤銷判決後，行政處分之失效究係由於判決之存在與實體法相結合之效果，而白石教授認係制度內所預定之效果。

其次，關於訴訟標的之問題，白石教授認為以作為形成要件之違法性，亦即以使處分溯及地消滅之原因（撤銷原因）當作訴訟標的來思考之通說來看，處分當時具體要件是否具備只不過是前提問題(撤銷理由之發生原因)，就此並不發生既判力[121]。就此點而言，雄川一郎教授亦認為若由形成要件之概念掌握行政處分之概念，行政處分違法性之問題僅係前提問題，而非訴訟標的之一部[122]。況且，即使是兼子教授之見解，承認以形成要件存在因既判力之確定作為形成判決形成力之根據，亦即根據所謂「確認訴訟原型觀」之理論，而此所謂之形成要件，無非是指處分之違法。

（二）既判力以外之一種反射效力

雖同樣採取確認訴訟原型觀，但中田淳一教授並不認為違法性之確定與

[119] 參見新堂幸司（2001），《新民事訴訟法》，頁 178。
[120] 整理自興津征雄（2004），頁 221-222。
[121] 參見白石健三（1996），前揭文（註 118），頁 425。
[122] 參見雄川一郎（1957），金村成和、雄川一郎《国家補償法、行政争訟法》，有斐閣，1957 年，頁 59。

反覆禁止效有直接之連繫。中田教授認為形成判決之所以會產生既判力，乃系形成要件（形成原因或是所謂之形成權）之存在被法院加以確認後當然之結果，且關於形成原因生既判力之理由也在於此[123]，儘管如此，反覆禁止效之根據應求諸於行政事件特例法第 12 條(行政訴訟法第 33 條)，其性質若非形成力的話也不會是既判力而是一種「特殊的反射效」[124]。中田教授認對於權利形成應有一般性之承認義務，也就是即便不是系爭法律關係當事人之第三人，也必須服從形成之結果之效力，可稱之為「事實效」或「反射效」[125]。不過，反覆禁止效理論與一般性承認之承認義務並無直接關聯，所以這裡所謂「特殊的反射效」被認為只不過是作為撤銷判決存在之前提的要件事實效果（法律要件效力）。

另外，市原昌三郎教授雖與白石教授同樣將撤銷訴訟解釋為確認訴訟，但其進一步認為由法院來從事行政訴訟之裁判，終究係司法權之行使或是司法權界線內之作用，法院並不被允許如同上級行政機關般的對原處分機關知行政處分得任意地為撤銷或變更。這樣的理解下，所謂以法院之判決將行政處分撤銷這件事，意謂必須基於該判決所附帶確定係爭處分之違法性之效果來觀察，撤銷判決應視為是一種「特殊的確認判決」。然而，由於撤銷判決後，對反覆再為之處分無法說是與前訴為同一事件，因而不會被既判力所遮斷，而係基於特殊之拘束力產生之實體性禁止效力[126]。

[123] 參見中田淳一（1954），〈訴訟上の請求〉，收錄於《民事訴訟法講座第一卷》，頁 171。
[124] 參見中田淳一（1956），〈批判〉，收錄於兼子一,中田淳一等編《民事訴訟法判例研究》，頁 209-210。
[125] 參見中田淳一（1953），〈形成判決の效力〉，收錄於《訴訟及び仲裁の法理》，頁 212-213。
[126] 參見興津征雄（2004），〈行政処分反復禁止效の法的構成－取消判決の既判力と拘束力〉，刊載於《法学協會雜誌》，第 121 卷第 2 號，頁 222。

（三）撤銷訴訟制度機能而生之特殊效力

比較前述上開二種說法，主要之差異在於兼子教授或白石教授將行政處分所形成之規制作為訴訟對象，而中田教授或是市原教授並未將之納入，就這點而言，可以參見下述小山昇教授之說明。

小山昇教授認為，就承認法治行政主義及國民主權原理這點，應該賦予國民有「請求不為違法行政處分之基本權」，而撤銷訴訟正是為此種基本權之行使與滿足而設。因此，為了滿足前開基本權，如果僅以「撤銷系爭處分之要求」作為撤銷訴訟之訴訟標的並不充足。從而，訴訟標的應該由「如同系爭處分之處分具有違法須加以撤銷之確定」所構成。此時，因前處分之撤銷判決將產生「具有特定事實之前提下，特定之處分係違法」之通用效力，在原因事實未有發生變動前，對於與前處分相同內容之再處分，被告對其適法性之爭執將為前訴判決之既判所遮斷，使得原告得輕易地取得撤銷再處分之判決[127]。

相對於前述白石教授、兼子教授以及雄川教授之說法，小山教授之特點有二：其一為其所指之違法性並非系爭處分之違法性，而係關於如同係爭處分處分之違法性，換言之，並非僅止於具有個案中處分違法性的認定。對於這點，高橋宏志教授則認為在特定之事實前提下，特定處分係違法之判斷者，係法的評價及更進一步之法的解釋，而與判決的先例價值（判決先例之拘束力）相似。基此，小山教授所提出就該違法性判斷具有普遍性與拘束性乃係通常之既判力以外其他作用。其次，從撤銷訴訟為使處分失其效力之程序性

[127] 參見小山昇（1990），〈行政処分取消判決の效力について〉，收錄於《小山昇著作集第二卷─判決效の研究》，頁 152-161。

質來看，處分撤銷性之主張或是將處分之違法性納入訴訟標的之主張也是值得注意的。蓋其放棄對於撤銷(形成)之效果能夠透過判決產生之理論，反倒是在概念上與形成訴訟之理論脫離，而自撤銷訴訟制度之機能作分析。因小山教授認為，行政訴訟中之請求與民事訴訟中之請求並沒有建立統一之概念之必要，行政訴訟應從前開法治主義與基本權之請求出發，處分之違法也應包含在訴訟標的內，亦即其重點不是在形成本身，而是在法適用上之判斷。基此，是否以形成要件（形成原因）為媒介構成訴訟標的之差異，或是形成訴訟說與確認訴訟說之差異，將更加相對化。

（四）法律關係主張說

此說與雖同以既判力作為反覆禁止效之根據，但與前述既判力說有所之不同，基於塩野　宏教授之見解，其一方面將撤銷訴訟之訴訟標的求諸於行政處分之違法性，同時為了以既判力之效果作為反覆禁止效之說明，且不逸脫於「訴訟標的＝判決主文＝既判力之客觀範圍」之定式，其乃嘗試建構以「法律關係」之概念來建構劃定既判力範圍之基準。從一般定義，所謂法律關係乃係社會生活關係中，受法律規制者而言，故撤銷訴訟中，乃係以行政處分所規律之對象作為法律關係。前撤銷訴訟中，形式上為當該行政處分違法，亦即確認該處分欠缺法定要件。基此，在該判決確定後，行政機關即不能主張，基於同一理由再為另一處分具有適法性，即當該法律關係中處分要件存在之主張，此乃係基於既判力之效果而來。前後二訴中處分在形式上之不同，並不足以作為否定既判力之實質根據，蓋從法律關係而論，前後二訴當然為同一訴訟。並且將反覆禁止效作為既判力之問題，非但限於「同一情事、同一理由」，包含「同一情事、同種內容之處分」亦有可能受反覆禁止效

所拘束。換言之，相較於拘束力說僅限於為判決基礎之理由始有拘束力（反覆禁止效），基於其所主張之法律關係來劃定訴訟標的之範圍，不限於判決所採去之違法事由，在同一情事下，同樣內容之處分，均在依既判力所生之反覆禁止效之射程內[128]。

貳、德國法上反覆禁止效之構成

德國法上關於撤銷判決後不得在同一情事下為同一行政行為之反覆禁止本身並無太大之爭論，且學說上均認為係根據撤銷判決之既判力所導出，亦即係作為既判力之一部份而生的拘束效果。但由於撤銷訴訟並無法請求禁止行政機關於將來之中不為一定之行政行為，因而有關反覆禁止效應如何說明即產生爭論之餘地。大致上可區為以下三說[129]：

一、先決關係說

如同先前所提到的，由於前處分和再為之處分在形式上為個別的處分，是否能夠以前訴判決的既判力及於後訴來說明將成為問題。民事訴訟法理論中，前訴之訴訟標的之既判力對於後訴訴訟標的產生作用，除了訴訟標的同一之情形外，尚有前訴訟之訴訟標的作為後訴訟訴訟標的之先決問題之情形。在採取這樣理解之下，如撤銷前處分訴訟之訴訟標的構成後再處分之撤銷訴訟之先決問題時，前訴訟判決之既判力即可及於後訴訟。

而所謂先決關係者，被認為是在後訴訟（本訴訟）中所主張之法律效果，

[128] 參見興津征雄，前揭文（註 116），頁 214、233。
[129] 整理自興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 224-233。

其構成要件為前訴訟判決之既判力所確定（成為前訴之訴訟標的之情形）。而法院撤銷原處分之判決具有既判力時，如事實狀況或是法律狀況未有變更下，卻基於被法院所否定之理由再次為相同處分者，即該當於前開具有先決關係之情形。故在前訴訟判決中，法院已認為該行政處分不被允許並且具有拘束性地被確定下來，則後訴訟中即得以之為先決要件而主張再處分應予以撤銷。

二、判決效力擴張說

（一）既判力擴張及於判決理由

kopp 教授認為[130]當撤銷訴訟中原告之請求獲得勝訴後，既判力之範圍除了包含系爭行政處分之撤銷外，對於行政機關欠缺為當該被撤銷之處分之權限這點亦具有確定之拘束力。而對於實務上認為在同樣情事下，基於同樣之理由所為之再處分，如該理由在前訴中已成為爭點經法院判斷並以之作為撤銷之理由時，將因前訴之既判力而認行政機關同樣欠缺再處分之權限存在。Kopp 教授則認為此係擴張之既判力效果，但應僅限於作為支持判決結論之撤銷事由。換言之，此種判決之既判力係當事人間之效果，行政機關不被允許在同樣情事下，基於與在前訴中被撤銷之行政處分同樣理由之再為同樣的處分。此時即意味者行政機關在此範圍內當然受法院之法解釋所拘束。而此種既判力客觀範圍擴張，其根據則類推德國行政法院法第 113 條第 5 項賦予行政機關須重為處分時，應受行政法院之法律見解所拘束（亦即相當於我國行

[130] 惟此之說明係援自 kopp 舊版之教科書，其後由 Schenke 增補後之版本（1998 年第 11 版）即無相關理論說明，參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 226 註 94。

政訴訟法第 216 條第 2 項）。

（二）基於訴訟程序內之拘束力

Schlosser 教授認為禁止形成對象之反覆，有可能是基於擴張撤銷訴訟之訴訟標的及於不作為請求權，或是援用程序內之拘束力而來。這樣的思考方式不論哪個，都是參考自上級審判決對於下級審產生拘束力或聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項所定禁止反覆為違憲之措置般，表現出實體以及程序之法秩序普遍性地禁止形成對象之反覆。雖然行政機關與行政法院並無審級關係或是隸屬關係，但是從行政法院法第 113 條第 5 項以及財政法院法（Finanzgerichts-ordnung）第 100 條第 1 項均承認法院之判斷對於行政機關具有拘束力可以發現，這樣的法效果設計是超過行政權與裁判權分立之作用。因此，由於承認這樣的法原則，無論是基於實體法上之不作為請求權或是程序內之拘束力之說明，都可以迴避掉關於既判力範圍認定之難題，蓋其係既判力以外之效力。

三、以行政處分中之「規制（Regelung）」作為訴訟標的之理論

（一）二分肢之訴訟標的概念

若是以現在所爭執的行政處分作為畫定訴訟標的的基準，那麼前訴及後訴的訴訟標的不得不承認是相異的二個訴訟標的。在這情形下之反覆禁止

效，也就會採取與「訴訟標的=判決主文=既判力的客觀範圍」定式中之既判力相異之意涵。但若要維持上開定式中既判力的意義，自然必須自訴訟標的之構成來著手。

基於這樣的思考方式，畫定訴訟標的之範圍之重點在於：不僅止於係爭行政處分，而應求諸於行政處分中所形成之規制以及成為其對象之事實關係。也就是說，行政處分是以其所形成之規制作為特徵。行政機關透過行政處分的做成，單方地將過去發生的各個生活現象規制成生活事實關係(Lebenssachverhalt)，並且產生對於相對人與該生活事實關係相結合的法律效果做出確認。而原告之撤銷訴訟即係攻擊此行政處分所形成之規制。亦即，原告透過對於行政處分之爭執，來爭執以特定之方法將特定生活現象實質性地課與秩序之規制。從而，在前訴中撤銷該行政處分後，行政機關再做成與該被撤銷處分本質上相同內容之行政處分時，對於再次處分有所爭執之後訴，從都是爭執以同樣的方法將同一生活現象賦予秩序之規制。法院對於生活事實關係的本質並無變化之情形下，必須基於前訴撤銷判決既判力之結果對於重新審理之本案再次將行政處分予以撤銷。

此種訴訟標的之概念，在德國法上佔有通說之地位，並且被當作是二分肢說[131]之前提。所謂二分肢說係指原告訴訟上之請求(訴之聲明)以及支持其請求之原因(即生活事實關係)二要素作為定義訴訟標的之思考方式。二分肢說係立於訴訟法上之訟訟標的概念，實體法僅係法律觀點(訴訟上攻擊防禦方法)非裁判之對象[132]，單純實體法上的權利(請求權)並不構成訴訟標的。故原告訴訟上之請求為單純訴訟上法之概念與實體法並無關聯。而所謂生活事實

[131] 國內有學者稱之爲「雙體訴訟標的」，參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1468。

[132] 參照張文郁（2008），〈行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究〉，收錄於《權利與救濟(二)》，頁 145。另將實體法上權利自訴訟標的抽離不僅於一分肢說如此，同屬於訴訟法說下之二分肢說亦爲相同之理解。

關係，係指與提起訴訟之原因相應支持原告訴訟上請求的事實上之經過、發生之事件之全體，一般稱之為「請求原因」。相對於僅於為了判斷或解釋訴訟標的是否同一而可能援用生活事實關係之一分肢說，二分肢說賦予生活事實關係構成訴訟標的之意義為其重要之特徵。也就是說當生活事實關係不同，縱使訴之聲明相同訴訟標的仍非相同（若依一分肢說，訴之聲明相同訴訟標的即為相同[132]）；並且只要訴之聲明為複數或是生活事實關係為複數，訴訟標的均會被判斷為複數[133]。然而生活事實關係之範圍究竟應為如何，仍有待更進一步探究，以下先對二分肢說理論之發展說明。

（二）二分肢說之理論前提及其結論

1.緣起-聯邦行政法 1962 年公用道路之判決

於 1930 年為被告之行政機關，對於將原告所有之道路用地指定為公共使用之處分，經法院判決予以徹銷，嗣後該行政機關於 1955 年，再在為相同內容之指定公共使用之處分（再處分），對於再處分提起行政爭訟中，前撤銷訴訟的既判力之內容與範圍成為本案之爭點。亦即，該 1930 之判決就與訴訟標的有關之決定是否拘束本案之一部分。在 1930 年為被告之行政機關主張，因系爭土地附近有公用道路之問題等，原告有義務提供將道路作為公用。關於此點，管區委員會（Bezirksausschuß）則主張應以被告機關在 1930 年之處分以及對於當該處分之異議審查決定為無理由被撤銷之意旨下判決。聯邦法院認為原判決之理由應該要被援用，以解釋該撤銷判決。基此，原判決存有下列實質之內容：亦即，確認道路並非是從以往以來就是公用道路，特別是不

[133] 參照張文郁（2008），前揭文（註 132），頁 146-147。

會因基於具有法拘束力的公共指定而成為道路的，被告機關不能使該道路為公用使用。而被告機關所為之主張在該判中被否定這點，應同時拘束原告及被告。對於被告而言，該拘束力之效果即為，同一事實或是法律狀況下，禁止為伴隨同一法效果之行政處分。行政法院法第 121 條之規定係，基於判決有既判力之決定，確定構成要件存在導出之法效果，防止同一當事人（或是其繼承人）間反覆成為爭訟之對象。不惟如此，在產生上該拘束之情形下，新作成之行政處分成為訴訟上爭執之對象時，受訴法院在當事人受拘束之範圍內亦同受拘束。受訴法院之法官，從對於前判決重要之構成要件以及法效果之觀點，如確認與判決時存在之情狀並未產生任何變化時，必須要以前訴訟中被肯定或是否定之特定構成要件之法效果，作為本案裁判之基礎。[134]

此判決明白表示撤銷判決具有行政處分反覆禁止之效力，並且為最上級審判決所引用。然而，其前提為以前開被告之在訴訟上權利之主張作為爭訟之對象，對此學說上提出以下之見解。

2.學說之開展

Siegmund-Schultze 認為聯邦行政法院自行政處分制定者之權利主張出發具有正當性。亦即，其具有為行政處分以形成規律（Regelung）之權限，簡單來說，就是此種規律適法性之主張。蓋假使行政機關不能為這樣具有法拘束力之規律時，行政機關就愈形成之法律關係就非得要要以訴的方式行使不可，故行政機關如同原告具有決定訴訟標的之功能。換言之，行政機關做成行政處分，實際上與決定其後撤銷訴訟之對象與內容之方法同等，從而，具有為形成規律權限之主張，當然也包含在訴訟標的之內。行政機關之主張，從原告之角度而言即為：系爭行政處分所形成之規律係違法之主張。不過，

[134] 參見興津征雄，前揭文（註 126），頁 228。

由於傳統上訴訟標的係由原告的觀點予以定義，因而現今談論撤銷訴訟之訴訟標的均係自原告之觀點而言。但實質上二者並無任何差別。時至今日，撤銷訴訟之訴訟標的已經不再限定於具體的行政處分，在事實及法律狀態為有變更之前提下，已經擴展至包括一定生活事實關係之規律[135]。

其與前述白石教授相同亦將撤銷訴訟之訴訟標的解為：行政機關具體權限存否之立場，有其相似之處。依白石教授之主張，行政機關依原須以訴之方式就其自身之權限有所主張，但實際上由於其具有較人民優勢性具有得先行攻擊之權限（此只作行政處分形成規制），而其後人民對之有所不服時，須提起訴訟以為對抗，就此而言，攻擊方之一為被告之行政機關，而防禦之一方為作為原告之人民，可以說是與通常民事訴訟之情形相反。就此而言，二位學者可說是從程序上這樣的特質來建構撤銷訴訟之訴訟標的，亦即以行政權存否之主張作為訴訟標的。

而將此種程序上之特質，其後許多學者亦將之作為前題來思考撤銷訴訟，例如 Bachof 認為，透過行政處分將使當事人之角色產生變化，當處分為違法且侵害人民權利時，人民即有撤銷該處分之實體法上權利[136]，而撤銷判決為，確認行政機關基於行政處分而來之請求權、行政處分所為之確認或形成之規制中欠缺實體法上理由之消極的形成判決[137]。甚至民事訴訟法學者 Bötticher 亦同樣認為，在一般的形成訴訟中，是以為了使原先之法律狀態改變為新的法律狀態之形成權作為訴訟標的之主張。但相對於此，行政處分之撤銷訴訟則是，因相對人為了將錯誤之規制除去並回復原狀為目的所提起之訴訟，訴訟標的並非原告之反對形成權（撤銷請求權），而是被告行政機關之

[135] 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 230。
[136] 參見吳東都（1987），〈論行政處分撤銷訴訟之訴訟標的〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 16。
[137] 參見興津征雄（2008），前揭文（註 126），頁 231。

處分權限，故這樣的形成訴訟乃稱為撤銷訴訟（Anfechtungsklage）或者是形成妨止訴訟（Gestaltungsabwehrklage），如果原告勝訴即表示否定被告之形成權能，從而基於既判力禁止反覆再為相同之處分[138]。

此外，Niese 則基於行政訴訟係為確保行政合法性之公益而設，主張撤銷訴訟之訴訟標的為「確認行政處分為違法之要求」，亦即定義為「對於請求形成對象之事實及法律狀態加以確認」，故在原告勝訴時，該判決之既判力將產生「在事實相同之狀況下，為這樣的處分係違法之確定」。[139]換言之，為撤銷訴訟中對象之行政處分，故因原告勝訴所生之形成力而被排除，但該判決之既判力仍具有「確認行政處分違法之效力」[140]。

3.生活事實關係之同一性

依二分肢說判斷訴訟標的之另一內容為生活事實關係，在撤銷訴訟中所指者即係行政處分所規制之生活事實關係。前開學說之重點在於撤銷訴訟程序上之特質，亦即公法關係之中，行政機關被賦予單方性的形成規制之權限，使得原、被告之關係在訴訟上產生逆轉，為被告之行政機關其權利主張，具有決定訴訟標的之作用，已如前述。但另一方面，學者 Joeres 雖亦不否認通說所承認，基於行政機關違法之行政處分所造成原告之權利主張為訴訟標的之構成，惟這樣的訴訟標的概念亦係被告機關之權利主張。亦即，原告訴訟標的之主張，係依存於由被告機關之行政處分所形成之決定之上，此際，每次所爭執之對象並非單純針對行政處分，而係行政處分所包含具體生活事實關係之規制。舉例來說，對於課稅處分有所不服者，並非針對此次單一之行政處分為攻擊、防禦之對象，而係超越該處分，對於被告所主張之原告應有

[138] 參見興津征雄（2008），前揭文（註 126），頁 232。
[139] 參見興津征雄（2008），前揭文（註 126），頁 232。
[140] 參見吳東都（1987），前揭文（註 136），頁 8。

納稅義務提出異議。就此點來說，其所否定者其實與被告之權利主張係一致的，亦即並非單單限於這個行政處分之適法性請求判斷，而係就一般性明白地表明，係爭個案中，由行政機關所為之處分其所行政之生活事實關係之規制其適法性如何之權利主張。既判力範圍及於這樣包括的意義下之決定，是為了給予原告充分之權利保護之必要而來。蓋若僅將成為攻擊對象的行政處分之違法性作為訴訟標的，即使原告獲得了勝訴判決，也還是必須有再次受到相同內容行政處分之準備，且由於欠缺既判力，新提起的撤銷訴訟也不無遭到駁回之可能，對於原告之權利保護與紛爭解決欠缺實效性。基此，訴訟標的擴及行政處分中所包含之具體的生活事實關係之規律（die in dem Verwaltungsakt enthaltene Regelung des konkreten Lebenssachverhalts），此即得作為反覆禁止效之根據[141]。

再者，Lüke 亦認為撤銷訴訟終中，成為原告之私人，係對為被告之行政機關之攻擊（行政處分）進行防禦此一逆轉之現象存在，從而基於肯認行政機關具有撤銷訴訟對象先制性之決定這點來看，關於撤銷訴訟之訴訟標的其認為：單純地作成與在前訴中所爭執之行政處分內容相同之新處分，並不能改變訴訟標的之同一，僅以時間要素作為訴訟標的相異之根據並不充足，決定性之因素為應以爭執侵害之同一性來決定請求是否同一，而行政處分決定規制內容與侵害性[142]。故而即有可能以撤銷訴訟之既判力來禁止反覆再為處分。這也是 Lüke 所主張之二分肢訴訟標的理論，撤銷訴訟中請求撤銷行政處分者，係以請求裁判或是權利主張及成為請求原因之生活事實關係二者作為決定訴訟標的之二要素。原告其實係立於實質防禦者之地位乃撤銷訴訟之特殊性，則不可避免的關於訴訟標的之事實層面上亦會受到影響。係爭之行政處分不僅僅作為識別請求判決之基礎，同時亦係有著判斷訴訟對象之事實

[141] 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 232-233。
[142] 參見吳東都（1097），前揭文（註 136），頁 24-27。

關係之作用，蓋這裡所謂請求原因與「基於係爭行政處分所規律之具體生活事實關係」同一[143]。

從上開學說見解，可以理解為：撤銷訴訟架構之特徵為，人民對於行政機關之先攻（處分之作成）所進行防禦。並在上開架構下，行政處分之構造與二分之之訴訟標的概念重合，基此結論，訴訟標的之既判力即得作為反覆禁止效之基礎。

參、反覆禁止效之效力範圍與拘束對象

一、撤銷訴訟之構造

撤銷訴訟之構造可從下列四點來分析：1.行政機關之行政處分乃係對於具體具體之生活關係產生具法拘束力之規制。2.行政機關基於法律之授權，得對於私人單方且先行的作成行政處分產生規制，無庸以訴之方式為之。3.對於行政處分所提起之爭訟（撤銷訴訟）乃具有私人對該行政處分進行防禦之性格。就第 1 點而言，可從傳統對於行政處分之概念加以理解。而對於第 2 點和第 3 點即所謂行政處分之權力性在程序上面所展現之特點。

德國行政程序法第 35 條將行政處分定義為：「行政機關在公法領域上，為規制個別事件，以直接對外發生法律效力為目的，所為之各種處置、決定或其他高權施」[144]，日本法對於行政處分之概念亦與德國法上之定義相去不遠[145]。

[143] 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 233。
[144] 參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 301。

在上述定義之分析中，均認為「個別事件之規制（Regelung eines Einzelfalles）」為行政處分概念核心之一。而所謂之規制，Maurer 認係指「具有法拘束力之命令、以發生法律效果為目的之意思表示（或者相互一致之意思表示）。而法律效果在於使權利或義務發生、變更或消滅，或者是具有拘束性之確認。」換言之，所謂規制，得以權利義務關係之變動加以掌握[146]。而所謂「個別事件」Stelkens 認為乃成為規制之對象、程序之對象（行政機關之處分權限或申請人之申請）依實體法所主張之基礎之生活事實關係[147]。從而，所謂行政處分得以規制之內容來加以思考。

再者，行政處分另一重要之要素者，乃「單方性」，在日本對應之概念則稱之為「權利性」[148]，其意指對於關係人而言，具有強制使其承認基於處分所之規制之作用。故在上開 3.中所述者即為其於訴訟上之作用，亦即由於行政處分具有單方性（權利性）以行政處分產生規制之特徵，使人民如欲對之爭執，在制度上必須以撤銷訴訟之方式為之。附帶一提者為日本學說中之行政處分之公定力，即係由權限發動之單方性（上開第 2 點）與爭訟程序之排他性（第 3 點）互為表裡所構成之法制度[149]。

如試著從上開三點有關撤銷訴訟構造之觀點，來分析撤銷訴訟之訴訟標的，可以發現撤銷訴訟之對象，第一個即為處分之撤銷，具有否定該處分所形成之規制之意味存在。從某種意義上來說，可以說是「撤銷訴訟之原狀回覆機能」。這也可以用以說明，何以一旦處分被撤銷後，即代表處分為違法，蓋這

---

145 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 234。
146 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 234。
147 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 234。
148 日本學說上有將單方性包含於規制之概念之中，參見塩野　宏（2003 年），《行政法 I》，頁 122-123。但亦有認爲將單方性作爲獨立之概念將有助於區別行政處分與行政契約，參見興津征雄，前揭文（註 126），頁 271（註 135）。
149 參見小早川光郎（1983），〈抗告訴訟の本質と体系〉，收錄於雄川一郎／塩野　宏／園部逸夫編《現代行政法大系 4－行政爭訟 I》，頁 139；森田寬二（1980），〈公定力の根拠〉，收錄於承田明賴編《行政法の争点》，頁 84 以下。另有關公定力之介紹詳見後述。

裡所指之違法，乃係指行政機關欠缺單方性且先行形成規制之權限。換句話說，也可以稱其為處分之適法要件有所欠缺。在法治國家下，一般而言，如果不具備法定之構成要件，即不生該法所定之法律效果，在伴隨有單方性且先行性之行政處分中，更有進一步強化此種法律適用過程。再者，判決中有關處分違法性之確定，乃係基於作為私人防禦訴訟之撤銷訴訟之第二個對象，亦即「適法性之維持機能」[150]。由於處分一經判決撤銷即為消滅，就此部分似無生既判力之餘地可言。但是撤銷判決應解釋其訴訟標的為同時包含確定處分違法之部分，就此一部分應生既判力。而處分違法所確定之法律效果即為，在判決後同一事實或法律狀態下，行政機關在為同種規制之權限（作成處分之要件）並不存在，此即反覆禁止效。

二、反覆禁止效之範圍與處分理由之追補、替換

反覆禁止效與處分理由之關係，其所欲處理者乃係基於反覆禁止效所遮斷之範圍為何之問題。亦即，以反覆禁止效所遮斷之範圍，是否包含在撤銷判決確定後，行政機關再以其他理由做成內容相同之處分之應否允許之問題。儘管依日本法通說之拘束力說似採肯定之立場，但亦同時陷入是否以誠實信用原則或是權利濫用等一般條款加以限制之框架。反之，如依前述塩野　宏之見解，則原則上，即便基於不同之理由而為內容相同之處分，亦受反覆禁止效所遮斷。

惟既判力係以基準時之法律狀態加以確定之拘束力[151]，從而，以既判力為

[150] 參見興津征雄（2004），〈行政処分反復禁止効の法的構成－取消判決の既判力と拘束力〉，刊載於《法学協會雜誌》，第 121 卷第 2 號，頁 233。

[151] 民事訴訟法以「事實審言詞辯論終結時」爲通說，參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 629-630；惟撤銷訴訟涉及判斷行政處分違法判斷基準時，學說上有所爭論，通說主張應以「最後行政機關之決定時點」之事實及法律狀態爲準，參見陳敏（2007），前揭書（註 131），頁 1504-1507；陳清秀（1999），《行政訴訟法》，頁 504-505。

根據之反覆禁止效，及射程範圍應及於基準時前已存在之理由，故以如以前開基準時前已存在之理由在為相同內容之處分，無論其是否為據以撤銷之理由，在後訴中均得援用前訴徹銷判決之既判力，無需為實質審理即得撤銷該再處分。不過另一方面，以在前訴中未主張之理由作成之再處分亦為既判力所致遮斷，將顯然係對於行政權限行使之限制，是否妥當不無疑問，故學界有主張應區分不同情形處理之：

1.形式、程序之瑕疵

首先，形式上或是程序上之違法作為理由而撤銷最初處分之情形，於其後補正該形式或程序要件後再為同一內容之處分，原則上並不會受到前訴判決既判力所拘束而受到禁止[152]。

2.實體之違法－羈束處分

其次，如果是基於實體的違法而予以撤銷時，則允許以法院所判斷為違法理由以外之理由作成出再處分。如此一來，法院能夠對於哪些理由之違法性為判斷，或是必須對哪些理由之違法性為判斷即成為問題。行政訴訟法固然採取職權探知主義及自由心證主義，對於成為最終裁判基礎之事實，法院應自行調查、解明，不受當事人之主張或陳述所拘束。但是亦不可否認將受理由之追加、替補[153]所允許之範圍如何，而對於法院審查範圍產生某程度上之制約。原則上如係羈束處分之情形，在下列種情形之中應受到禁止或限制[154]：(1)必須是「行政處分作成時」已經存在之理由；(2) 不得妨礙原告之權利防禦；(3) 行政處

[152] 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 233。
[153] 有關行政訴訟程序中理由追補之正當性論據與爭議，參見盛子龍（2002），〈行政訴訟程序中行政處分理由追補之研究〉，刊載於《中原財經法學》第九期，頁 11-42。
[154] 整理自興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 239；另除前三點外，亦有學者參考德國早期實務派決，提出第四種例外案型，參見盛子龍，前揭文（註 153），頁 14-21。

分本質不得變更；(4) 實體法特別之規定。

上開例外情形中，與反覆禁止效最為相關者為第 3 點，當理由之追補、替換部使行政處分本質產生變更或同一性有所變更時，則該替換後之處分相對於最初之處分已係不同之他處分，此時涉及者乃違法處分轉換之問題[155]。而同一性是否變更之判斷基準在於處分所規制之基礎事實，亦及依照德國實務之見解，即使形式上處分之主文或是決定維持不變，但實質上作為程序對象有所變更時，處分之本質即產生變更，而這裡的程序對象係指，促使行政機關做成規制之原因事件，並得比照訴訟標的之概念加以掌握，包含作為主張之實體法律關係範圍內，表現出為達成行政程序之目的之各種生活事實關係[156]。

綜上，在羈束處分之撤銷訴訟中，理由之追補、替換必須在處分同一性之範圍內，亦即必須要在同一生活事實關係之範圍內始得允許，並且法院在此範圍內必須就全部之理由為審理判斷（從行政機關之角度而言，不僅是允許其得為理由之追加、替補，更賦予其提出之義務），這亦代表羈束處分在法院就訴訟標的範圍內全部為審理判斷之結果，認為處分因作為其適法性要件之欠缺而撤銷該處分時，行政機關並無以在法院審理之範圍內之其他理由作成再處分之餘地。

3.實體之違法－裁量處分

相對於前開羈束處分之情形，於涉及裁量處分之撤銷訴訟時，則因涉及權力分立與法院之審查密度，如何在此情形下界定理由追補之範疇與同一性之認

[155] 由於德國實體法上原則上並不禁止行政機關於行政程序中變更原處分，因此這裡應該要從訴訟法之角度來理解，亦即自序標的、處分權主義、權力分立原則等方面來說明，參見盛子龍，前揭文（註 153），頁 15-16。

[156] 參見興津征雄（2004），前揭文（註 126），頁 239；盛子龍（2002），前揭文（註 153），頁 16-17。

定，在學理上即有很大之爭議，此在行政機關就要件判斷上想有判斷於地之情形相同。對此，德國實務上認為，如係行政機關誤認行政處分為羈束處分而其並無裁量權限，由於行政機關根本未有行使裁量權，具有「裁量欠缺」之瑕疵，則禁止行政機關在訴訟中始第一次提出裁量理由之追補，以避免侵害原告於訴願中可獲得之「合目的性」與「合法性」審查之機會，換言之，在此種情形下之理由追補，將使處分之同一性喪失而構成理由追補之界線[157]。

但如係行政機關作成處分時所斟酌之理由不足以支持該處分之合法性，而在訴訟中追補理由以支持該處分之合法性，向為爭議之焦點。為德國實務上在 1990 作成之判決中，已明白宣示行政機關在訴訟中所為之理由追補，應視為行政機關撤銷原處分而作成新處分，蓋雖形式上主文並未改變，但由於裁量理由與裁量決定相結合，構成處分本質之一部，一旦裁量理由有所更動、替換，實質上即為一新的行處分，換言之，亦構成理由追補之限制，不過而在訴訟實務則允許透過訴之變更來處理此一情形，因此時該處分之合目的部分，已經經過訴願機關加以審酌，不致侵害其審級利益。其後德國 1996 年修正行政法院法第 114 條，亦配合實務之方向加以修正[158]。

故而，在裁量處分之情形下，理由之追補將形成新的處分，前後二者之訴訟標的即有所不同，故將不受以既判力為基礎之反覆禁止效力所拘束。

肆、反覆禁止效於我國法上之檢討

[157] 參見陳敏（2007），前揭書（註 131），頁 1510；盛子龍（2002），前揭文（註 153），頁 19-20。
[158] 參見陳敏（2007），前揭書（註 131），頁 1510-1511；盛子龍（2002），前揭文（註 153），頁 20-21、35-42。

一、反覆禁止效與訴訟權之保障之實效性

法治國家首重人民權利之保障，國家有義務提供人民完整之訴訟制度使其權利受有侵害時，能獲得公正、迅速且事實上有效之救濟管道。在起訴階段，法院應提供全面性之救濟程序，就公法爭議而言，行政訴訟法第 2 條即採取「權利保護體系之概括主義」[159]，及基於此意旨；其次，在訴訟進行中法院之組織需符合憲法上法官依法獨立審判之要求，對於法律及事實問題提供充足且完善之訴訟程序法且必須是符合事件性質之適正程序保障，行政訴訟法上有關行訴訟進行之諸多規定即為針對公法爭議所為之設計，例如法官迴避制度、訴願前置主義、各種訴訟類型之要件、職權探知主義等等；最後，在訴訟終結後，經賦予當事人充分程序保障並由法院為實質審理後，對於法院之判斷需具有終局性及定紛止爭之效果，行政訴訟法第 213 條~216 條有關判決效力之規定及本此意旨[160]。據此，如允許人民對於行政機關所為之行政處分提起訴訟，經法院判決該處分欠缺適法性後，行政機關仍得反覆再為相同之處分，且不受前訴訟判決所拘束，則將有違權利保護實效性之與紛爭解一次性之要求。從而，學界上對於反覆禁止效力之理論基礎雖存有不同之見解，然就反覆禁止效力之必要性，則為學者所一致肯認，其理由即在於權利保護時效性之憲法要求。

二、我國學說上之見解

[159] 參見劉宗德（2009），〈行政訴訟制度〉，收錄於《制度設計型行政法學》，頁 490。
[160] 參見笹田栄治（1993），《実効的基本権保障論》，頁 337。

（一）拘束力說（特殊效力）

我國有學者援引日本學界通說之主張，認行政訴訟法第 216 條之規定乃係既判力亦外之一種特殊效力（拘束力），而該條規定之初用意即在於擴大判決效力之範圍，以填補既判力解決紛爭不足之處，反覆禁止效即為其中之一，即以行政訴訟法第 216 條為反覆禁止效之實體法上根據[161]。

（二）既判力說（確認效）

有學說主張基於判決之「確認效」，判決中所認定之事實，或適用法令所表示見解，於法律明文規定之情形下，得拘束其他法院或行政機關，而行政訴訟法第 12 條第 1 項之規定一方面除了具有劃分審判權之作用外，另亦係賦予行政法院對於行政處分是否違法或無效所認定之事實及適用法令所表示之見解，得拘束民、刑事受訴法院之明文規定，故行政法院之撤銷判決得對其後審理國家賠償訴訟之民事法院產生確認效力[162]。

三、本文見解

反覆禁止效涉及包含行政訴訟之訴訟標的與判決效力之問題，而有關訴訟標的之理解，參照德、日之說明均係以功能為取向，蓋訴訟標的乃係一技術性之概念，並非先驗存在，有其制度之目的（即確保訴訟結果之實效性）。故而，從功能論上而言，訴訟標的應包含行政處分之違法且侵害人民權利。

---

[161] 參見賴恆盈（2008），〈行政訴訟判決拘束力之研究〉，刊載於《臺灣法學雜誌》第 103 期，頁 158。

[162] 參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1175 註 15、1550；劉宗德／彭鳳至（2006），〈行政訴訟法〉，收錄於翁岳生編《行政法（下）》，頁 462-463。

而訴訟標的是否同一，應採取二分肢說之見解，包含權利之主張與生活事實關係。

再者，我國行政程序法對於行政處分之定義亦係以德國為藍本，於行政程序第 92 條及訴願法第 3 條將行政處分定義為：「行政機關（訴願法中為：中央或地方行政機關）就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」就行政處分之構造解析上與德國學說相似，從而就撤銷訴訟致構造解析，亦得援引上開之說明。亦即應以既判力作為反覆禁止效與對於後訴法院拘束之根據。

惟須加以說明者，當訴訟標的在形式上同一時，始有既判力之一事不再理作用，亦及時間上之有差異之前後二個處分，並不能說在形式上其訴訟標的同一。惟如經審酌前後二訴之主張與基礎生活事實關係，及前開撤銷行政處分之主張及處分所規制之內容(侵害性)和生活事實關係相同之情形，其訴訟標的在實質上同一，訴訟標的內所包含，前訴中法院得審理之範圍內所有違法理由，均為既判力之確認效所及。故行政機關相同內容之再處分，其為反既判力之確認效，應屬違法且無效，法院得不經實質審理徑為撤銷之判決。

第三節　爭點效理論與民事訴訟中判決理由之拘束力

壹、前提問題-行政處分之構成要件效力爭議

一般而言，在探討判決理由對於後訴之拘束力時，於同一審判體系下以既判力之擴張或爭點效理論等為討論之重心，然當前後訴法院為不同審判體

系法院時，特別是在討論私權糾紛中民事法院就構成判決之理由能否拘束行政法院及後訴當事人，有一前提要件係民事法院得否對行政機關所為之行政處分等為審查，蓋若否認民事法院有對行政處分之審查權限，就該爭點當事人自無從充分攻防法院亦無須為實質審理，於後訴中即變成認爭點效理論亦無適用之空間，因而有先加以討論之必要性，此一問題自另一角度觀察而言即係指行政處分對民事法院有無構成要件效力之問題，此尚涉及行政訴訟法第 12 之明文「民事或刑事訟訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。」應如何定性之問題[163]，分析如下：

一、自行政實體法觀點出發

（一）我國學說見解

1.在行政訟訟法第 12 條增訂前

公法之學者多援引德國法上構成要件效力[164]之見解，認為基於權力分立下機關間應相互尊重，除非行政處分有重大明顯之違法瑕疵，否則行政處分對於民事法院原則上應有構成要件效力，即民事法院應受行政處分之拘束不得審查其適法性，其主要理由係自權力分立與制衡之觀點，但亦不否認憲法或法律得例外明文賦予民事法院對於行政處分有審查權限[165]。因此，如單就

[163] 此一爭點在國賠訴訟程序中另涉及第一次權利保戶優先性之爭議，留待下一章中加以詳論。
[164] 有學者認爲一行政機關之行政處分所決定之內容，係構成另一行政機關依法處理行政事務時之「構成要件事實」，而非法定之抽項「構成要件」，應採用「要件事實效力」較妥，頗值參酌，參見陳敏，前揭書（註 131），頁 445 註 27。惟本文鑒於多數學者仍以「構成要件效力」稱之，故爲理解尚之便利仍從多學者之用語
[165] 相關學者說明之整理，參見黃國益（2004），〈行政處分對民事法院的拘束效力〉，刊載於《中

行政處分對於法院之效力而言，重點應在於行政處分之審查是否具有排他性（專屬性），為就此當時僅有停止執行之規定，並未明示行政法院對於行政處分之審查具有排他性。

2..行政訴訟法第 12 條增訂後

學者之所以對於行政處分構成要件效力或是公定力有所爭論，有很大一部分的原因是因為實定法並沒有對於上開效力之理論基礎（行政處分審理之排他性）有所規範。司法院釋字 290 號解釋即認為「.....人民對於行政處分有所不服，應循訴願及行政訴訟途徑，請求救濟。惟現行國家賠償法對於涉及前提要件之行政處分是否違法，其判斷應否先經行政訴訟程序，未設明文，致民事判決有就行政處分之違法性並為判斷者，本件既經民事確定終局判決，故仍予受理解釋，併此說明。」持肯定說者認為，本號解釋十分含蓄的表示大法官反對普通法院越俎代庖的判斷一個做為國家賠償前提之行政處分有無違法之問題，且即使普通法院為此違法之判斷，並不能產生終局的確定力[166]。惟持反對說者即認為，本號釋字認為行政處分違法性之先決問題判斷權歸屬，乃屬立法政策，在法無明文之前提下，民事法院法官亦得就行政處分是否違法加以判斷，不堅持採取行政處分構成要件理論[167]。是以，產生一號解釋卻各自解讀的局面，惟可以確定的是，該號解釋指出國家賠償法並沒有對於第一次權利保護優先原則有所規範，此乃雙方不爭之事實。

因此，新的行政訴訟法第 12 條的出現似乎出現了定爭止紛之契機。該條規定：「（1）民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否違法為據者，應依行政

正法學集刊》第十五期，頁 242-249。

166 參見陳新民（2000），《行政法學總論》，頁 471。

167 參見程明修（1994），〈論對已終結行政處分之行政訴訟〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，頁 185]。

爭訟程序確定之。（2）前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」持肯定說者即認為，該條規定正是採取行政法院就行政處分之爭議具有排他性之見解，使人民應先尋求預防因違法行政處分而肇致之個人損失，發揮行政救濟制度之功能，至於國家賠償乃是既成損害的事後補救之計[168]。惟紛爭似乎沒有就此落幕，持否定說者隨即提出反駁，認為國家賠償法第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法。」普通法院審理國家賠償事件，應適用民事訴訟法，而非行政訴訟法，行政訴訟法第 12 條自不在適用之範圍。況且民事訴訟法第 182 條規定：「（1）訴訟全部或一部之裁判，以他訴訟之法律關係是否成立為據者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序。（2）前項規定，於應依行政爭訟程序確定法律關係是否成立者準用之。但法律別有規定者，依其規定。」已就民事訴訟之先決問題應依行政爭訟確定時，另為停止訴訟程序為規定。且縱使無國家賠償法第 12 條之規定，普通法院之法官在民事訴訟程序，捨棄民事訴訟法不用，而適用行政訴訟法第 12 條，亦違背常理。是以，行政訴訟法第 12 條並無法完全確立行政處分審理之專屬性，而發揮統一判決之效用[169]。總之，於新的行政訴訟法第 12 條的出現後，行政處分構成要件效力應否拘束普通法院的問題，似乎尚未形成共識，主要之問題點在於普通法院於審理國賠案件時是否適用該條規定即形成很大的爭議。

此外，我國行政訴訟法第 12 條之規定頗為類似於日本行政事件訴訟法第 45 條之文字內容。該條第 1 項規定：「於關於私法上法律關係之訴訟中，爭執處分或裁決之存否或效力之有無時，準用第 23 條第 1 項、第 2 項與第 39 條之規定」日本學說上將這種以處分或裁決之效力作為爭點之訴訟稱為「爭

[168] 陳新民（2000），《行政法學總論》，頁 471。
[169] 徐瑞晃（2006），〈國家賠償訴訟與行政訴訟之關係〉，收錄於台灣行政法學會編《當事人協力義務／行政調查／國家賠償》，頁 475。

點訴訟」[170]。例如：雖然國家已根據自作農創設特別措施法收購了農民之農地，但尚未賣出去，所有權仍屬於國家的時候，被收購農地之農民以國家為被告，提起之塗銷國家取得所有權之登記的訴訟和所有權屬於自己所有之確認訴訟，該二訴之先決問題皆為國家之收購處分無效，亦即以國家之收購處分無效為前提，原告始有可能獲得勝訴之判決。若依多數說即以訴訟標的來決定系爭訴訟是屬於爭點訴訟或公法上之當事者訴訟的見解，這一個例子即為行政事件訴訟法第 45 條之爭點訴訟[171]。由此可知，雖然我國行政訴訟法第 12 條與日本行政事件訴訟法第 45 條有些類似，但其實質內涵實有不同，蓋適用我國行政訴訟法第 12 條之主要爭議之一，在於審理國家賠償訴訟之民事法院是否不得審理行政處分之違法，而必須由行政法院壟斷地審理這個先決問題。但是日本的爭點訴訟，其訴訟標的為私法上法律關係之民事訴訟，而其先決問題為否定行政處分之效力。若認為國家賠償訴訟本質上為公法上爭議，而且國家賠償請求權之構成要件為行政處分之違法，並非以否定行政處分之效力作為要件的話，援用日本之爭點訴訟概念來說明我國行政訴訟法第 12 條，可能並不妥當[172]。

（二）日本學界

日本學界在討論行政處分決定是否拘束民事法院效力之問題時，多置於「公定力」之基礎做討論，日本行政法上行政處分具有公定力之說法，一向居於支配之地位，於日本首先提倡公定力理論者為美濃部達吉，其認為，如果行政處分係有效成立時，國家即有承認該處分有效，並於將來形成之其他

[170] 白井皓喜（1989），《行政訴訟と國家賠償》，頁 42。
[171] 白井皓喜（1989），《行政訴訟と國家賠償》，頁 43。
[172] 學者劉宗德即認爲我國行政訴訟法第 12 條即類似於日本之爭點訴訟。詳見：劉宗德，翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，頁 146-147。

法律關係中，有尊重依該處分所生之法律關係為既定之事實的義務。此拘束力如同法規之拘束力般拘束所有國家機關，即不僅為處分之機關本身與其下級機關，甚至其上級機關與法院亦同受拘束[173]。並且其進一步認為，違法之行政處分亦生公定力。蓋行政機關於某程度內有自為法規解釋之權與依法規應適用事實之認定權，在此解釋權與認定權之範圍內，若其解釋或認定之事實有誤致行政處分成為違法時，在尚未依法院之判決，或依訴願之裁決或依其他有權限之機關就其違法之情事為決定之前，仍應將之推定為適法。並於上述決定之前，應認其如同合法之處分一般，完全地發生其效力。若對此處分已不許提起訴願或行政訴訟，或其上級機關不為撤銷時，則該違法的行政處分即具有最終之公定力，應將之視為適法而使其發生完全之效力[174]。其後，繼美濃部氏發揚公定力理論者，當屬田中二郎，其認為，行政處分即使於其成立具有瑕疵，其相對人本受其拘束自不待言，甚至於該行政處分亦具有拘束其他機關或法院之力，此乃學說與判例所承認。且違法之行政處分僅於依職權或基於相對人之請求而撤銷時始得失其效力，原則上，在有權限之機關撤銷之前，任何人不得否認此行政處分，這種行政處分所具有之此種效力即可稱之為公定力。亦即，其將公定力定義為：「行政處分即使是違法之行政處分，在有權限之機關撤銷之前，大致上是受到適法之推定的，相對人自不待言，即使是第三人或國家機關，亦均不得否定其效力。」[175]至此，以行政處分之適法性推定且其效力得拘束其他機關或法院為本質的公定力理論，即於日本發展開來，而在學界受到廣泛的討論[176]。

惟其後有學者開始對於美濃部的學說產生質疑。學者高柳信一認為美濃

[173] 美濃部達吉（1941），《日本行政法上卷》，頁 257。
[174] 美濃部達吉（1941），《日本行政法上卷》，頁 168-169。
[175] 田中二郎（1954），《行政行爲論》，頁 159-171。
[176] 相關論述甚多，甚至有學者以專書來介紹公定力理論，例如：兼子 仁（1971），《行政行爲の公定力の理論》。

部的學說主要是建立在行政權之優越性的基礎上[177]，亦即基於行政權之優越性，行政機關之判斷必須被尊重，所以行政機關之意思不論是對於私人還是對於法院，都具有受到一定程度保障之效力。是以，美濃部是在行政機關之意思優位的前提下，進而導出以行政處分之適法性與有效性推定為本質的公定力理論。惟將行政機關的意思具有優越性，當作公法關係中最重要的特質來加以論述，是否妥當，不無疑問[178]。學者高柳信一認為在權利主體為自由平等的私法世界中，權利義務關係在多數的場合是由雙方當事人自由合意而形成的。惟在公法之關係中，權利義務關係在多數的場合是取決於行政主體的意思來形成，而完全不考慮行政客體之意思，是以，當事人是不對等。亦即，行政主體處於優越的地位，而行政客體處於從屬的地位。可是公法關係並不僅僅限於權利義務關係是一方形成的局面，如果說將行政機關的意思具有優越性，當作公法關係中最重要的特質來加以論述，而將之一般地命題化，不禁讓人感到重大的疑義。行政主體的優位性為實定法所賦予的，如果有一個實定法承認行政主體的優位性並且規範法律關係的時候，如果認為該法律關係具有不同於私法關係之特殊性，就直接認定為公法關係，如果真的是如此的話，那麼何謂公法、公法之實質內涵為何，似乎並無在深究之實益[179]。以上學者高柳信一對於行政權之優越性看法，乃是對於公定力理論最根本性的批判，其後因為又受到種種批判，實體法的公定力理論從此衰退。

後來，學者開始從新檢討公定力理論之內涵，認為行政處分之公定力不應該求諸於實體法，而應該轉而求諸於程序法。亦即公定力雖為行政處分之效力，惟只不過是藉由撤銷訴訟之排他管轄所產生之反射效力，並非行政處

[177] 美濃部達吉自己也認爲，公法關係即不對等之關係，是以在公法關係中國家的意思具有強制性。該等見解，似可呼應高柳信一的質疑。參見：美濃部達吉（1941），《日本行政法上卷》，頁90。

[178] 高柳信一（1985），《行政法理論の在構成》，頁 33。轉引自斎騰千加子（2004），《行政爭訟與行政裁判權》，頁 11。

[179] 高柳信一（1985），《行政法理論の在構成》，頁 33-38。轉引自斎騰千加子（2004），《行政爭訟與行政裁判權》，頁 11-12。

分之固有效力。亦即，要變動行政處分之法律地位，僅能以提起撤銷訴訟之方式為之，此外別無其他方法，在此程序法之安排下，反射地產生公定力，並進而認為實體法之公定力理論將行政處分之實體法上性質的問題，與程序法上誰可以審理行政處分效力之問題相混淆，有所不當[180]。程序法之公定力理論，從程序法的觀點來闡釋公定力的概念，至今成為日本學界的通說[181]。

為其主要理由亦系由權力分立出發認為：行政權與司法權在其正常權限範圍內之行為，均是國家公權力之行為，具有相互拘束的效力[182]。但亦有學者認是否對於民事法院均有公定力，尚須就紛爭類型予以類型化，不可一概而論[183]

（三）德國學界

德國法上就此一問題有學者提出類型化之研究，並區分為[184]：

1.以行政處分之存在為民事訴訟之先決問題

此係指以一定行政處分決定之內容存在作為特定法律效果之構成要件要素，於系爭法律效果發生爭執時，行政處分之存在成為先問題時之情形，此時，即涉及到行政處分的存在有無可能遭到民事法院的否定？換言之，民事法院有無權限認定行政處分的有效無效？對此，多數說認為行政處分之無效

[180] 斎騰千加子（2004），《行政爭訟與行政裁判權，頁 13。
[181] 古崎慶長（1973），《国家賠償法》，頁 181。山內一夫、雄川一良（1973），《演習行政法》，頁 48-49。岩野宏（1992），《行政法 1》，頁 113。
[182] 參見黃國益（2004），前揭文（註 165），頁 260-261，註 33。
[183] 參見鹽野宏（1989），《行政過程の統制》，頁 120。
[184] 整理自林永頌（1986），〈行政處分對法院之拘束〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 135 以下。

得有民事法來進行認定，蓋無效之行政處分乃自始不生效力，即便確認處分無效之訴經行政法院駁回，亦不使無效之處分變為有效[185]，故無效之處分並不拘束民事法院，換言之，民事法院得自行認定行政處分無效而不受其拘束。

2.以行政處分之內容之「有效性」為民事訴訟法之先決問題

當以行政處分之內容有效性為民事訴法之先決問題時，則尚須視該處分為形成處分或確認處分而有所不同，如係前者，則基於權力分立與法院間權限分配，而肯認形成處分可以拘束民事法院。如係後者則因確認處分僅為單純法規之推論，行政機關所為之確認並非最終權威之確認，故而不能拘束民事法院。

3.以行政處分之「適法性」為民事訴訟法之先決問題

此種情形如公務員責任訴訟、國家賠償訴訟、準徵收侵害之損失補償訴訟等，均以行政處分之違法性為先決問題。對此，德國學界多數認為再涉及以行政處分適法性為前提時，民事法院不受行政處分效力之拘束，縱使該行政處分已經具有形式存續力，不能再訴請撤銷救濟。至於其理由有認，如否認民事法院得對之加以審查，則涉及處分違法之國家賠償將無以成立[186]；或有認為此種情形並非先決問題而為本案問題；亦有認為民事法院對處分違法之判斷並非處分之撤銷，僅具個案之效力，該處分之適法性及效力並未被通盤堆翻，尚不至影響權力分立或法院間權限之分配。

[185] 參見陳計男（2000），《行政訴訟法釋論》，頁 541。
[186] 其實此一問題在國家賠償訴訟中尚涉及第一次權利保護優先性原則之適用，留待第四章中詳述。

二、自審判權專業分工出發

學說亦有認為行政處分對民事法院產生拘束力其理論基礎在於行政法院對處分違法性審查的排他性，行政訴訟法第 12 條之立法理由中提到「我國採司法二元制度，同一基礎事實所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟分由普通法及行政法院審理，難免會有法律見解不同或事實之認定互相牴觸之情形發生。對於法律見解之歧異，故應聲請大法官統一解釋以資解決；對於事實認定之歧異，如非屬先決問題者，應由不同之受理法院相互尊重對方所認定之事實，此已成為常例；惟事實認定之歧異，如屬先決問題者，則應依訴訟法上有關停止審判之規定辦理，其以行政處分是否無效或違法為據者，應由認定先決事實之行政法院先為裁判後，以該確定裁判所認定之事實依據。」據此，如肯認行政處分有效性之審查專屬於行政法院，則民事法院除曉諭當事人就該成為先決問題之行政處分效力爭議向行政法起訴確定之並停止訴訟程序[187]外，應受該行政處分之存在及其所規制之內容所拘束。然觀諸同條第 2 項及民事訴訟法第 182 條第 1 項，解釋上如行政爭訟程序尚未提起前民事法院是否停止訴訟為其裁量權限，則似乎並未完全排除民事法院得以審查處分效力之可能性[188]，然似亦難僅就此而推論出民事法院得以審查行政處分效力。

在比較法上日本行政訴訟事件法第 45 條就爭點訴訟之相關設計則較能作為民事法院得審查行政處分之效力依據，所謂爭點訴訟其主要係指關於私法法律關係之訴訟中之前提問題涉及處分或裁決之存否或是其效力有無有所

[187] 最高法院 90 年台上字第 523 號判決並進一步認為若審判長違反此一闡明義務，就該先決事實自行加以認定而資為實體判決之依據者，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。最高法院 91 台上字第 1956 號判決一同此意旨

[188] 學說即有學者據此認民事法院得就該先決問題自為判斷，參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟分工與合作-專業審判與權力有效救濟間之選擇〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 76-79。

爭執之情形，主要之例為關於以農地徵收處分無效做為理由所提起之農地所有權確認訴訟，就其以行政處分等之存否或是效力之有無有所爭議此點來看，與國家賠償訴訟係以行政處分之違法性為前提而有所不同；再者，爭點訴訟係本案訴訟標的係私法上的法律關係者為限[189]，而就其準用訴訟參加之規定及告知行政機關為訴訟參加之設計，似肯認民事法院得就行政處分之效力為審查，並有可能使當事人及行政機關受到一定之拘束[190]。

三、自民事審判權對於私權紛爭之專屬性與全面性

此為實務向來之見解，最高法院 97 臺聲字第 1073 號裁定中提出：「...。(六)按我國關於民事訴訟與行政訴訟原採二元制，民事確定裁判之效力與行政確定裁判之效力，彼此間並不互相拘束，是原確定判決未加適用台北高等行政法院 91 年度訴字第 840 確定判決之見解，經原確定裁定維持，並非消極不適用法規。...」，自司法二元制出發，認為民事判決與行政判決效力，彼此並不相互拘束，民事法院就私權爭議事項為裁判時，縱未以行政法院判決確定之事項為裁判基礎，其判決亦無違法。

另最高法院 96 臺抗字第 755 號裁定認為：「民事訴訟之裁判必以行政爭訟程序確定之法律關係是否成立或行政處分是否無效或違法為先決要件者，始應由認定先決事實之行政法院或受理訴願機關先為裁判或決定，以該確定裁判或決定所認定之事實作為民事法院裁判時認定事實之基礎。若行政爭訟程序之法律關係是否成立及行政處分是否無效或違法，並非民事訴訟之

[189] 園部逸夫編（1989），《註解行政事件訴訟法》，頁 549。

[190] 本案訴訟中行政處分之效力僅係先決問題並非訴訟標的，當事人於後訴中就該行政處分效力提起之行政爭訟中並不受前訴既判力所及，其是否受拘束則留待後述之爭點效討論。至行政機關於本案訴訟中並非訴訟當事人，其於後訴中受到拘束乃係因訴訟參加之訴訟法上效力而來，參見黃國益（2004），前揭文（註 165），頁 263-264。

先決問題，則民事法院即毋庸停止訴訟程序，應自行調查審認，以免當事人受延滯訴訟之不利益。經查相對人提起本件排除侵害訴訟，係以抗告人違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款、第 24 條規定，依據同法第 30 條規定，請求法院排除侵害，此屬抗告人應否負民事責任之問題。而相對人另以同一基礎事實向行政主管機關行政院公平交易委員會檢舉抗告人違反公平交易法第 20 條第 1 項第 1 款及第 24 條，經該委員會認無違法，惟為避免抗告人爾後觸法或影響交易秩序，而給予警示，相對人不服向行政院提起訴願，經該院訴願審議委員會駁回訴願,嗣經相對人向台灣高等行政法院提起行政訴訟(96 年度訴字第 998 號）在案。該行政爭訟程序係行政主管機關對抗告人有無違反公平交易法之上開規定而應否令其負行政責任，加以調查處理。而抗告人之行為有無侵害相對人之私權，應否依公平交易法第 30 條規定負民事責任，本院可自行認定。是本件民事訴訟自非以行政爭訟之認定為先決要件，原法院遽裁定本件於另案行政訴訟終結前，停止訴訟程序，自有違誤。」，此項裁定見解亦認為，如該行政法院所爭執之事項並非本案之先決問題，即便基礎事實同一，就該私權之紛爭民事法院仍得自行認定，毋庸停止訴訟程序。

四、本文見解

行政處分之構成要件效力問題，應從日本現行之通說由純粹訴訟法角度出發，亦即自審判權之劃分著手，蓋如依通說行政處分之構成要件效力乃係基於權力分力而來，則基於機關分工設職與權力相互尊重，就行政機關依其權限內所為之行為，原則上自有拘束他拘機關或法院之效力。但權力分立之另一面則為權力相互制衡，而行政機關與法院間制衡之機制其系立法者透過審判權之劃分與訴訟要件之限制決定之，故如普通法院就該行政處分有審查

之權限，則將不能認為該處分對其有構成要件效力。反之，如對之沒有審查之權限，則縱其違法有瑕疵，在處分經有權機關撤銷之前即不能否認其效力。例如前所提及之交通違規裁決事件即為其例。再者，當立法者雖未將處分撤銷權限劃分與普通法院，然在制度上並未完全採取撤銷處分排他性之概念時，則基於法律所提供之權利保護必須是具有實效性之憲法要求，當普通法院就立法者分配之案件類型，涉及以行政處分之違法性為前提要件時，普通法院即得在例外之情形下取得對該處分在個案中就此處分之違法性自為判斷之權限，此種例外即如國家賠償訴訟中，人民非因過失遲誤提起行政爭訟之時效，此時受理國家賠償救濟之普通法院如仍受該處分之效力所拘束，則將形成拒絕人民權利保護之結果，此時，即應肯認國家賠償法院有「補充性」之審查權限，這也是立法者將原本屬於公法爭議之國家賠償事件劃歸民事法院審理下，當然之解釋。再者，除就訴訟之觀點來討論構成要件效力之問題外，處分具有明顯重大之瑕疵而應無效時，亦構成例外之情形，蓋無效之處分對任何人均為無效，不因行政法院之確認判決而使無效之處分變為有效，則即便行政訴訟法第 12 條將無效處分亦畫由行政法院審理，民事法院亦非不得就處分是否無效自行為認定。

貳、判決理由拘束力（爭點效）之基礎

一、早期學說

德國法上就判決理由中判斷之拘束力，有主張係本於既判力擴張理論認判決效力及於先決法律關係或法律上之意義相關聯之爭點，亦有認為係本於

權利濫用原則而來[191]，我國就判決理由拘束力之理論基礎，則係援引日本學者新堂幸司提倡之爭點效理論[192]。

爭點效理論之基礎係立於誠實信用原則與當事人間之公平，當事人在訴訟上對其與本案訴訴標的相關之重要爭點既然已認真為爭論，而且法院亦對其爭點為實質上之審理亦下判斷，若在以該爭點惟先決問題的後訴審理中，再允許當事人或後訴之法院輕易將其結論推翻，此不僅違反當事人間之公平，而且亦無法與誠實信用原則相容，因此認為在符合一定要件下，前訴於判決理由中之判斷，於訴訟標的相異之後訴中，不得與該判斷做相反之主張，前訴判決此種拘束力稱之為爭點效。而該要件為：1.前訴請求正當與否的判斷過程中，成為主要(重要)爭點；2.當事人在前訴曾盡其主張舉證之工作；3.法院就該爭點曾為實質上之判斷；4.前訴與後訴之爭執大至相同。

反對見解則認為採取爭點效理論或擴張既判力及於判決理由之主要論點為[193]：1.違背立法者之明確意旨；2.雙方當事人原無意使其成為訴訟標的之事項，竟意外低遭受既判力之拘束而逾越每一個訴訟之個別目的，將違背當事人之意思而欠缺可預測性；3.我國民事訴訟法為避免前後兩訴對其先決法律問題之判斷發生出入現象，已設有中間確認之訴(民事訴訟法第 255 條第 1 項第 6 款)，賦予先決法律關係拘束力以杜當事人於事後再為爭論；4.前訴判決理由中之判斷如有錯誤時，後訴法院如需受拘束，將使錯誤裁判繼續存在而增加當事人間之不公平。

---

[191] 相關整理參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 638-639。

[192] 參見駱永家（1999），〈判決理由與既判力〉，收錄於《既判力之研究》，頁 51 以下；駱永家，〈判決理由中判斷之拘束力〉，收錄於《民事法研究 III》頁 37-60。

[193] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），前揭書（註 191），頁 641-642；沈冠伶（2008），〈民事判決之既判力之客觀範圍與爭點效-從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思〉，發表於民事訴訟第 103 次研討會，頁 5。

二、實務意見

（一）最高法院 73 年臺上字第 3292 號判例

民事訴訟法第四百條第一項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。本案中最高法院認為本件上訴人於前案訴請土地所有權之應有部分辦理移轉登記與伊，雖經法院認定系爭土地均屬耕地，上訴人於買受之初並無自耕能力，契約應歸無效，而為上訴人敗訴之判決確定。其訴訟標的為土地所有權之移轉登記請求權。至於判決理由判斷上訴人與相對人所訂買賣契約應歸無效一節，則不發生既判力。因此認高等法院於本案中就上訴人以該買賣契約請求債務不履行等損害賠償應受前案判決理由拘束之見解自有可議之處。

（二）民事判決最高法院 96 年度台上字第 1782 號民事判決

「...按為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束（既判力之「遮斷效」、「失權效」或「排除效」），不得以該確定判決言詞辯論終結前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之判斷，此

就民事訴訟法第 400 條第 1 項規定之趣旨觀之甚明。又法院於確定判決理由中，對訴訟標的以外當事人所主張或抗辯之重要爭點，本於兩造辯論之結果所為之判斷結果，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達「一次解決紛爭」所生之一種判決效力（拘束力），即所謂「爭點效」，亦當為程序法所容許。...」。.

（三）臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2557 號

該判決對於爭點效理論之適用有清楚之說明「...2、我國司法實務就學說理論上「爭點效」問題務實加以間接適用。

1.爭點效理論係由日本東京大學教授新堂幸司於昭和 38 年（西元 1963 年）所提出，即指『某一爭點，在前訴當事人以之為主要爭點加以爭執，並且法院就此爭點已為審理而下判斷所生之通用力，在不同請求之後訴，如以同一爭點為主要先決問題而加以審理時，不許當事人為反於此判斷之主張、舉證，亦禁止法院為與此矛盾判斷之效力。』所以應承認此一效力，其主要依據為公平或誠信原則。亦即在前案既經當事人嚴肅認真加以爭執，法院且為仔細審理而為判斷，如許當事人嗣後再就同一爭點反復的為違反於此判斷之主張、舉證，對於相對人而言，實屬違反誠信原則而欠缺公平。基此理論，新堂幸司教授認為爭點效發生，應有如下五項要件：在前後兩訴之請求有無理由之判斷上，此爭點均為主要爭點。如果非主要爭點卻賦予拘束力，將造成突襲。反之如為免突襲而就非主要爭點也要求嚴肅認真執與仔細審理，將有害審理之機動性。須當事人就此爭點在前訴已為嚴肅認真主張舉證。如果是

基於自認、擬制自認或有證據契約而為判斷，則無此效力。法院就該爭點已為實質判斷。前訴與後訴之利益約略相等或前訴之利益大於後訴。有無此效力由當事人主張，但判斷資料之蒐集由法院依職權探知。

2.我國司法實務似未完全採納前述爭點效之見解：依最高法院 73 年度台上字第 3292 裁判要旨略以：民事訴訟法第 400 條第 1 項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。...。惟最高法院 73 年度台上字第 4062 號裁判要旨，認為確定判決之既判力，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。同理最高法院 84 年度台上字第 2530 號、最高法院 81 年度台上字第 625 號、最高法院 88 年度台上字第 2230 號判決均一再表明斯旨。

3.綜上學說理論及最高法院司法實務見解，本院認為『爭點效理論』，雖然與民事訴訟法既判力理論及範圍未全然一致，而有所不同，但若法院調閱並斟酌各該前案之卷宗並令二造辯論後，並就二造爭執之事實，依自由心判斷其事實真偽，則並非以『爭點效理論』為判決基礎，即可免陷於訴訟上誠實信用原則及學說上所謂『禁反言』之爭論；故最高法院 90 年度台簡抗字第 29 號民事裁定意旨即採斯旨。同時確定判決之既判力，固以訴訟標的經表現於主文判斷事項為限，判決理由雖無既判力，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，若本於當事人辯論之結果已為判斷時，

對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，法院在判斷之同時，應解為同一當事人就該已經法院判斷之重要爭點之法律關係，不得作相反之主張或判斷，始符民事訴訟上誠信原則（最高法 91 年度台上字第 790 號判決意旨參照）。是近年來我國司法實務裁判雖仍堅守既判力效力之範圍，惟在前開特殊條件下業已間接採用爭點效理論之實質，應先敘明。」

三、自「公平」與「效率」觀點之重新評估爭點效[194]

（一）「公平」與「效率」之政策考慮

有論者提出我國傳統學說及實務對於爭點效理論之論爭主要係環繞「公平」、「訴訟經濟」及「正確」此民事訟訟法之三大價值。而就「訴訟經濟」與「正確」在本質上對立之基本價值，若由法律經濟分析之觀點切入，則可統合在「效率」之概念下，包含降低錯誤判決之機率及成本以追求判決正確性之「判決」錯誤成本(erroneous cost)及訴訟進行所耗費勞力、時間、費用之直接成本(direct cost)。並自上開「公平」與「效率」二項價值對爭點效重新評估，建構出原則例外之處理模式。

（二）基本之分析模組

[194] 整理自黃國昌（2005），〈爭點效之第三人效力〉，刊載於《東吳法律學報》第十六卷第三期，頁 255-275。

1.基本之價值考量

應否承認爭點效之問題以上開「公平」與「效率」價值為取向本即有相對立之不同考量，就「效率」之價值考慮包含：(1) 就某事項為審理所支出之直接成本；(2) 終局低解決紛爭之安定性；(3) 避免裁判之矛盾；(4) 第一次裁判之錯誤成本。就「公平」之價值考慮包含：(1) 對因爭點之有利判斷而受利益當事人之公平;(2)對因爭點之不利判斷而受拘束當事人之公平；(3) 對其他關係人之公平。

2.支持爭點效之價值主要有:(1)重複審理同一爭點之直接成本之避免費。(2)提高法安定性之效率性。(3) 避免裁判矛盾之效率性。(4) 對有利援引者之公平。(5) 對不利拘束者之公平。

3.排除爭點效之適用應考量有：(1) 於前訴過度訴訟之非效率性。(2) 審理爭點要件之非效率性。(3) 維持錯誤裁判之非效率性。(4) 對不利拘束者之不公平。

綜上，在個案中就上訴價值因素予以評價後，若當支持爭點效之價值大於排除爭點效之適用時，即應承認爭點效之適用；反之，若排除爭點效之價值大於支持爭點效之價值時，爭點效即應被排除適用。當然在具體個案中進行權衡時，難以對上開要素進行純粹量化之比較，且實際案例中上可能出現上開因素外特殊之情形，但上開分析模組時係植基於「當事人間之公平」，仍有助於對於爭點效理問之適用要件及排除情形提供有益之判斷基準。

四、自判決拘束力正當化基礎出發[195]

（一）判決拘束力正當化之基礎

既判力是司法給付請求權之必要結果，並根基於憲法上之法治國原則，當事人間存有法和平之要求，紛爭應予以終結。雖然既判力也隱含受錯誤裁判拘束之危險，但相較於欠缺法安定性的不利意衡量，既判力則屬必要且較小之危害[196]。況第二次的裁判未必然就能較第一次正確。因而既判力之正當性基礎不在於裁判正確性，而應建立在程序本身之正當性。而在民事訴訟程序中，當事人對訴訟標的有處分之自由；就事實與證據有提出與否之自由，得提出各項攻擊防禦方法以影響裁判之結果，縱獲不利之結果，亦應負自己責任而受到拘束。

（二）判決理由中判斷拘束力正當化基礎

承上，如果肯認判決之既判力係民事訴訟之必要制度，就非屬訴訟標的之特定爭點於判決理由中所為之判斷，其拘束力可謂係爭點整理及整點及中審理制度之產物，蓋二者均同樣以程序保障為其正當性依據，經當事人兩造所擇定之爭點，在與訴訟標的受相同程序保障範圍內，並無排除賦予其拘束力之道理，因此，得類推民事訴訟法第 400 條之規定。此外，對採取爭點效之擔憂於現在民事訴訟制度下應可獲得解決，蓋：

[195] 以下論述整理自沈冠伶（2008），〈民事判決之既判力之客觀範圍與爭點效-從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思〉，發表於民事訴訟第 103 次研討會。
[196] 另參見陳清秀（1999），《行政訴訟法》，頁 478。

1.爭點集中審理模式與程序保障

就訴訟標的法律關係之判斷，係以構成要件是否具備為前提，就該各構成要件是否該當之判斷，則須以事實及證據為依據。在踐行事實及爭點整理程序中，法院應為事實之闡明，以避免因事實、證據不明而發生事實認定、推理過程或法律適用上之突襲。法院於調查證據前，即應先將與該訴訟有關之爭點曉諭當事人，使二造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查。加上當事人本其處分權，得將不欲發生拘束力之爭點，透過爭點整理程序排除於爭點範圍之外，以避免提出過多之攻擊防禦方法造成訴訟之不經濟。因此，當事人對於判決理由中哪些部分發生拘束力自將有所預見，可避免突襲性裁判產生。

2.中間確認之訴無法完全取代判決理由中判斷拘束力之承認

中間確認之訴係以訴訟進行中「裁判所據之先決法律關係」為標的，但判決理由中拘束力尚可能涉及事實之認定，則不免有無法提起中間確認之訴之情形。例如就某一侵權害行為是否有過失為主要爭點時，並不能對此提起中間確認之訴，則當事人即有可能於後訴中對此再提出爭執，如承認判決理由中對此一爭點之判斷有拘束力，即可避免重複裁判或裁判矛盾之程序上不利益。

3.錯誤之判決亦有既判力

就訴訟標的之判斷亦可能產生錯誤，但現今通說並不否認錯誤之判決具

有既判力，已如前述。則前訴訟之訴訟標的如為後訴訟之先決法律關係時，由於既判力禁止矛盾之作用，後訴訟之法院仍應以前訴訟所認定之訴訟標的法律關係為判決之前提。同理，當判決理由中之判斷經賦予與訴訟標的相同之程序保障下，亦無因其可能錯誤而拒絕承認其拘束力之理。

4.民事訴訟法第 400 條適用之擴張

我國民事訴訟法第 400 條規定雖係既受於德國民事訴訟法之規定，而該國於立法當時主張既判力及於判決理由之判斷之主張雖未為立法者所採，惟德國實務上亦有例外承認既判力擴張之情形。此外，德國實務上亦肯認當事人一造於後訴中可以提出「對造違背誠信原則在訴訟上為不合法行使」之抗辯，使法院得將當事人在前、後訴中相矛盾之行為視為權利濫用，而拒絕斟酌。晚近更因歐盟國家對民事訴訟整合之趨勢下，學說亦有主張在一定要件下，對既判力之規定為目的性解釋，使其得擴張於判決主文以外之部分。

反之我國在立法之初是否經過如德國法上之爭論，而在立法政策上作出選擇已難考證，但其後民事訴訟法修正時，多數委員之意見並非全然否認判決理由中之判斷得具有既判力，而係委諸實務與學說發展。故於現在再援引德國法立法上之觀點解釋我國法，並不妥適。則如前所述，於一定要件下應得類推適用我國民事訴訟法第 400 條，作為判決理由中之判斷亦有拘束力之依據。

（三）判決理由中判斷拘束力之性質

我國學說上主張爭點效理論之學者，多認為爭點效理論係為維護當事人間之公平，因而在訴訟上應由當事人主張爭點效存否，而非法院職權調查事項。惟如前揭說明，判決理由中判斷之拘束力係建立在與既判力相同之基礎上，且二者之所追求之目的與利益亦相類似，不僅是在追求當事人間之公平，更係在避免同一爭點之紛爭再燃所造成之審理重複與裁判矛盾之可能，具有一定合理分配司法資源之公益性，故應類推民事訴訟法第 249 條第 1 項第 7 款之規定，由法院職權調查，且如法院認為本訴之訴訟標的與前訴判決理由中判斷相同時，得認為後訴不合法裁定駁回，無須就本案為實體審查。

（四）判決理由中判斷拘束力之要件

如前所述，前訴之判決理由必須在當事人得以預見該項爭點將於受訴中不得再為爭執之前提下，並且尚須受與訴訟標的相當之程序保障下使有其正當性，因此就向來學說或實務所主張爭點效之要件，亦須在此理解下重新調整，詳如後述：

1.重要爭點之界定

判決理由中哪些部分可以在後訴中產生拘束力，應回顧前訴訟程序中法院及當事人具體之活動，對重要爭點之判斷並非以該爭點是否影響判決之結論[197]，亦即非以前、後訴訟在實體法上之關連為判斷，而應以當事人就該爭點之判斷將產生拘束力是否可預見而不致生突襲性裁判，亦即應視前訴訟程序之爭點整理程序上之爭點特定、具體化至何程度而定，爭點界定的越具體

[197] 參見駱永家（1991），〈判決理由中判斷之拘束力〉，收錄於《民事法研究 III》，頁 45。

越能在後訴中排除前訴中爭點為何之爭議。

前訴訟之判決理由對後於訴訟產生拘束力之範圍，係前、後訴之爭點同一，其型態可能包含構成要件中具有先決法律關係之性質以及事實之爭點，且就事實爭點之判斷不宜採取主要事實及間接事實之方式區分其拘束力[198]，因拘束力之基礎係建立在當事人之預見及自己責任。

2.當事人曾為實際辯論而受到程序保障

判決理由中判斷拘束力之正當性與訴訟標的之既判力正當性基礎相同均立基於程序保障上，則前訴判決理由能在本訴中產生拘束力即係如同訴訟標的般充分地進行過攻擊防禦。故於一造辯論判決或捨棄、認諾判決，由於當事人並未實際進行辯論應不生拘束力。此外，就自認之事實或簡化協議所為之裁判亦同，以避免當事人在前訴訟中程序中過度地進行爭執，反而造成訴訟之不經濟，亦有認為此係基於保障當事人就前提問題有不爭執自由之要求而來[199]。

惟須注意前、後訴訟上當事人進行辯論之徹底程度，亦可能因證明度及舉證責任之差異而有所影響。此外，就特定爭點受不利益判斷之當事人，如因本案勝訴而使得該不利之爭點無法透過上訴救濟，則從訴訟制度係包含救濟程序以觀，似難謂其在前訴訴訟程序中已獲得充分攻擊防禦之機會，其正當性基礎即與訴訟標的之審理有所差異，應排除其拘束力。惟他造提起上訴時，如仍得就該爭點為爭執，則應認該爭點已滿足相當於訴訟標的之程序保障，而得於後訴中產生拘束力。

198 參見沈冠伶（2008），前揭文（註 195），頁 15 註 41。
199 參見駱永家（2008），前揭文（註 197），頁 47。

3.法院為實際上之判斷

雖經法院為爭點整理後所確定之爭點，但未必均經法院一一為實際之審理、判斷，例如競合的幾個事由中，法院只須對其中之一個事由為判斷即能作出本案之判決，則未經法院實際審理判斷之爭點即不能在後訴中產生拘束力[200]。

其次，在爭點係屬「可替性之判斷」時，亦即被告之抗辯只要其一為理由，即可駁回原告之訴，美國法上固認為為避免法院就係採取何者為裁判之依據難以判斷及避免鼓勵敗訴當事人上訴，不論何者均不生拘束力[201]，惟在我國現行法制下，法院應協同當事人排定爭點審理順序，如先順位之爭點已可形成心證就本案為判斷時，後順位之爭點即可不予審理、判斷以避免程序之不經濟；再者，法院於判決理由中之判斷具有拘束力者，必須對於本案請求具有重要性或必要性，始能具有拘束力。因此，對於縱係可替代性之判斷，應已經當事人排定其審理順序，就經法院實際為審理之爭點於後訴中產生拘束力，在符合其他要件下難謂有何不妥。

4.前後二訴之利益相當

如前訴所爭執之利益太小，或是相較於後訴爭執之利益顯有差異時，難認有使當事人認真進行攻擊防禦之誘因存在，且為避免前訴訟過度訴訟造成對當事人之不利益，宜認為應排除該爭點具有拘束力[202]。

[200] 參見駱永家（2008），前揭文（註 197），頁 47。
[201] 參見沈冠伶（2008），前揭文（註 195），頁 18 註 46。
[202] 參見駱永家（1991），前揭文（註 197），頁 47；黃國昌（2004），前揭文（註 194），頁 260 註 78。

惟前訴判決理由拘束力之基礎既係建立在當事人預見及程序保障上，實體利益是否相當應可吸收錄於程序保障之要件之中，亦及實體利益之多寡係作為程序保障是否相之判斷標準，而非是否應排除拘束力之標準。

5.無法適用法規顯有錯誤之情形

如前揭說明，原則上後訴法院並不需審酌前訴中具有拘束力之事實上爭點其判斷是否正確，而應著重在前開要件是否具備，然而在法律適用上係專屬於法院之職責，後訴之法官亦必須依法裁判，且正確地適用法律。因此，原則上受理前訴之法院所持之法律見解，對於後訴法院並無拘束力，以避免當事人可能因勝訴而無法以「適用法律顯有錯誤」為由提起再審之訴救濟卻須受其拘束之不合理現象，或因循再審程序救濟所產生之訴訟不經濟。但不可否認事實問題與法律見解往往難以明確之劃分，就事實之判斷上可能同時附有法律見解，例如「詐欺」之認定，此時，在符合其他要件下宜認為對於後訴應拘束力。

6.當事人未提出新訴訟資料

實務上認為當事人如提出新訴訟資料，足以推翻前訴中對同一爭點之判斷時，該前訴就該爭點之判斷即不具拘束力[203]。此時即涉及爭點效與遮斷效之交錯，結論上，就同一爭點，前訴訟之判決理由中所為判斷之拘束力，其遮斷效基準時點與既判力遮斷效相同，均係以前訴訟事實審言詞辯論終結前已存在之事實為準。因此，實務之上開見解並不適當，蓋如經仔細界定後，

[203] 參見最高法院 97 年台上字第 2688 號裁定、最高法院 97 台上字第 2376 號判決及前開所舉 96 台上字第 1782 號判決等。

認前、後二訴之爭點同一，當事人縱於後訴提出新訴訟資料並足以推翻前審之認定，但如該資料係於前訴訟中已存在卻未提出者，仍應為判決理由中之判斷所遮斷。惟如係經當事人排除在前訴爭點之範圍外，則該判決理由之判斷因不具有拘束力，無遮斷效可言，如與本案之訴訟標的相關之事證自得加以提出、主張。

五、小結

綜上所述，我國法上有關爭點效之理論在民事訴訟法上之發展，無論在學說上或是實務上，誠如上開學者所言，已經不再是要不要承認爭點效之理論爭議，而是已經邁入甚麼樣的情形下應該排除爭點效理論之適用，亦即逐步細緻化爭點效理論之構成與要件之探討，雖然最高法院上開否定爭點效理論之判例依然未被廢止，然自地院到最高法院，已經有許多判決在個案中嘗試建立爭點效理論。本文以為上開學者就爭點效理論之基礎提出之說明頗值參考，亦即如同既判力必要性一般，爭點效亦在避免裁判矛盾與紛爭解決一次性而來，換言之，係擴大訴訟權保障之實效性，使當事人經過訴訟程序所獲得之結果不論是訴訟標的本身或是構成其基礎之重要爭點均得有一定拘束力，防免訴訟結果再次更動之效力。而其正當性基礎則如同既判力一般均係建立在程序保障下，惟其要件與範圍均較既判力為嚴格，亦即既判力是「原則有一例外沒有」，而爭點效則是在符合特定之要件下才有。再者，就要件論而言，實務上肯定爭點效理論者，莫不致力於要件之建構，而上開要件亦經學者逐一細緻化，為學者自公平與效率之觀點提供衡量之指標亦可作為何時應該排除爭點效時，思考之方式。

故本文以為爭點效在我國可視為穩固之判決效力之一環，因此，以下乃就上開理論，嘗試尋求於不同審判權體系下之爭點效理論。

參、跨審判體之爭點效承認之必要性與理論基礎

一、跨審判權體下爭點效承認之必要性

作為最上位爭點之訴訟標的具有既判力之正當性基礎係建立在程序保障上，當事人對該最上位之爭點將於訴訟終結後為確定之判斷均有所清楚之認識，復為其所起訴之目的，使其於後訴中發生既判力禁止反覆與矛盾，乃係基於訴訟權保障之實效性而來，則作為其不可欠缺之下位爭點之判決理由中判斷之拘束力亦係建立在與既判力相同之基礎上，且二者之所追求之目的與利益亦相類似，不僅是在追求當事人間之公平，更係在避免同一爭點之紛爭再燃所造成之審理重複與裁判矛盾之可能，這樣的需求不僅在同一審判權利下存在，於不同審判權體系下亦存在。

特別是當該爭點本身係屬不同審判權體系法院之審判權範圍內，為避免同一實體上請求分割於不同審判權法院下審理可能產生之矛盾與訴訟不經濟，即有求諸於判決之爭點效之必要。蓋由於決定本案審判權法院之基準在於訴訟標的法律關係之性質，然或由於事件本身及跨公、私法領域（如智慧財產權之侵權訴訟）或是因為立法者考量歷史沿革、事件之性質與既有之訴訟制度等後所為之不同公私法區別理論劃分(如國家賠償訴訟)，使得訴訟標的之法律關係與其前提要件之審判權分別劃歸由不同審判權法院審理，再加以現行制度下並未將行政處分效力及適法性問題之爭議專屬於行政法院審

理，可能造成不同法院均有就同樣爭點為判斷之可能性，此時因非同一訴訟標的，自無既判力適用之可能，但就避免紛爭反覆在燃與裁判矛盾之需求於此情形下亦有其必要性，從而，跨審判權體系之爭點效理論即有其重要性與必要性存在。

二、法院判決等價性與審判權等價性

從人民請求國家救濟之角度觀察，國家司法權為單一，法院專業分工之目的係在使人民獲得最有效之救濟，在起訴階段應避免使人民花費過多之成本在尋找正確之救濟途徑；在訴訟進行中則應避免同一實體請求割裂行使造成裁判矛盾之情形；裁判確定後，應確保紛爭不致因為審判權劃分而再燃並有遭到變動之可能。因此，有關避免裁判矛盾與紛爭再燃之制度亦應如此思考，不能侷限於同一審判權體系下之法院始有適用，凡是有影響該確定之權利義務關係者，不論來自哪一個審判權體系下之法院，均有害於人民權利保障之實效性與司法威信之建置，應予以避免。

比較法上，德國亦係採取審判權專業分工之制度設計，並且分為五大法院系統：普通法院（包含民、刑事）、勞工、行政法院、社會法院、財務法院；但另一方面，各審判權法院之地位則採取「法院等價」或是「審判權等價原則」，以解決審判權劃分下可能產生之衝突，主要作用展現在：審判權衝突之情形應在訴訟前階段儘速確定、將審判權衝突爭執之審級救濟予以減少亦避免訴訟程序過於冗長、欠缺審判權時以移送代替駁回，始程序進行簡化並使當事人請訴利益據續維持、即使係爭案件中設有本案法院審判權以外之事

項，本案審理之法院有全面之審判權[204]。但須注意者為，法院等價與審判權等價並不代表審判權之「同質性」，亦不宜將審判權之劃分規範簡化為管轄權之劃分規範，立法者就審判權劃分之專業分工考量，及事件本質上之差異亦應予以注意及維持。[205]

三、民事訴訟與行政訴訟程序設計之異同

如前所述，爭點效理論建立之基礎在於程序保障，則當欲尋求跨審判權體系之爭點效時，即應注意二者程序上設計之不同，對於爭點效理論之影響分述如後：

1.差異來源：實體法上之差異

如前所述，民事訴訟法與行政訴訟法在構造上係以調整當事人之實體利益為取向，因此二者間與有密切關聯性，再加上民事訴訟法發展較早且相關法律、學說及實務判解等均相當豐富，因而對於行政訴訟之發展影響深遠，但二者間仍有其本質上之不同，而造成其不同之原因主要係來自於民事實體法與行政實體法間可能之差異，蓋訴訟法本身具有服務實體法之功能性存在，故而當不同之實體法具有本質上有所差異時，亦將影響訴訟法之設計而構成二者間適用、類推適用或準用之界線[206]。

[204] 參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 67-68。
[205] 參見陳錫平（2006），〈審判權錯誤、爭議及衝突之研究〉，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 131-132。
[206] 參見林明昕，（2006），〈論行政訴訟法與其他法律之關係〉，收錄於吳從周主編《義薄雲天・誠貫金石─論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，頁 598、605。

2.辯論主義與職權探知主義之調合

如比較行政訴訟與民事訴訟在程序原則可以發現，就處分權主義之第一層面（訴訟程序之開始）與第二層面（訴訟對象之特定）、直接審理主義、言詞審理、公開原則、自由心證等原則，實際上大致相同，再加以行政訴訟透過條文準用之方式，民事訴訟上之集中審理主義及爭點整理程序在行政訴訟上亦有適用之可能[207]。而其最大之不同之處在於處分權主義第三層面觀於訴訟終結，是否允許當事人為捨棄、認諾與和解，以及事證之提出採取「辯論主義」與「職權探知主義」之差別。而就爭點效涉及之先決問題而言，影響最大者莫過於事證蒐集方式之差異，蓋法院認事用法必受到證據資料多寡而有所影響，而辯論主義之三個內涵：當事人未主張之事實，法院不得採為判決之基礎；當事人所不爭執之事實（自認之事實）法院應採為裁判之基礎；法院不得依職權調查證據。而職權探知主義則正好相反，法院調查之範圍並不受當事人主張所拘束[208]。惟就我國目前之民事訴訟法而言，亦未採取完全之辯論主義，例如周所公知之事實與法院因職務上所知悉之事實，在經必要之闡明並使當事人為辯論後，並非不得採為判決之基礎[209]；再者，法院為發現真實，在不至於造成突襲性裁判之前提下，亦得為職權調查證據[210]，此外，民事訴訟有學者主張依事件之性質非不得交錯適用不同程序法理可能性，因此在民事法院審理涉及行政處分之爭議時，亦得交錯適用行政訴訟法之職權探知主義[211]。

[207] 參見行政訴訟法第 120 條與 132 條；沈冠伶（2009），，〈智慧財產民事訴訟事件與行政訴訟事件之統合處理〉，刊載於《法學新論》第 8 期，頁 12-13；沈冠伶（2006），前揭文（註 204），頁 103。

[208] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 204），頁 103-104。

[209] 參見民事訴訟法第 278 條：「事實於法院已顯著或爲其職務上所已知者，無庸舉證。前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。」

[210] 參見民事訴訟法第 288 條：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，爲發現真實認爲必要時，得依職權調查證據。依前項規定爲調查時，應令當事人有陳述意見之機會。」

[211] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 204），頁 103-104。

而行政訴訟法上之職權探知主義據學者分析指出亦有當事人協力義務之存在，且在公益性較低之情形下亦有緩和適用職權探知主義之規定[212]，而在審判實務上，就關於實體事項之基礎事實部分，除他造就事實部分為爭執外，法院多以行政機關確認之事實為基礎。從而在實際運作上二者之差異並非南轅北轍，就事實釐清這點特別是同樣涉及公益時，即有相互靠攏之情形[213]。

綜上，建立跨審判權體系之爭點效理論有其必要性與可行性，但不可忽略因事件之性質而有不同之程序設計，在討論各要件時，即不能僵化地適用上開爭點效理論，而因注意程序上之差異所導致之不同結果，例如專利權侵權損害賠償訴訟中，如要援引爭點效理論，則必要解決當事人不同時之差異，此時學說上就爭點效對第三人效力固有區分作為攻擊主張或是防禦主張而有所不同[214]，但是當該第三人為行政機關時，是否得如同一般第三人般主張程序權之保障即不無疑問，蓋同屬於國家機關之第三人是否會應法院判決之構成要件效力所拘束亦須進一步分析，惟就此限於篇幅與焦點集中僅於智慧財產案件審理法之範圍內討論[215]。再者，涉及國家賠償案件時，爭點效理論是否為行政訴訟法第 12 條所禁止，訴願審查包含合法性與合目的性審查，則民事法院僅就合法性審查之爭點效對於訴願程序之效力如何等均有進一步思考之必要，就此將留待第四章中一併詳論。

[212] 參見行政訴訟法第 133 條：「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，爲維護公益者，亦同。」
[213] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 204），頁 104-105。
[214] 參見黃國昌（2005），〈爭點效之第三人效力〉，刊載於《東吳法律學報》第十六卷第三期，頁 36-45。
[215] 參見本文第二章、第三節以下之說明。

第四章　撤銷訴訟與國家賠償訴訟之關聯性

第一節　前提問題：第一次權利保護優先性原則

如前所述，我國採取二元審判權體系，公法上之爭議原則上劃歸由行政法院審理，私法上之爭議由普通法院民事庭審理，但立法者仍非不得依事件之性質、既有之訴訟制度等另為設計。而基於國家公權力行為所造成人民權利之侵害及其損害之排除與賠償請求，應屬公法上之爭議，原應由行政法院加以審理，惟立法者考量當時之訴訟制度，為提供人民有效之權利救濟管道，乃將因國家公權力行為違法所造成之損害賠償請求爭議得由普通法院之民事庭受理。因此，亦將造成當人民權利因為法之公權力行為而受有損害時，就侵害之排除應循行政爭訟途徑；而就公權力所造成之損害賠償請求案件，除於行政訴訟時附帶請求外，亦得向普通法院請求救濟，並進而產生二救濟程序間之關連性[216]，故在討論國家賠償訴訟中，不同審理權體系判決效力之問題時，即應先對二者之關聯有所釐清，如其間具有絕對之先後關係，則僅須探討行政法院判決對民事法院之拘束力問題；反之，如二者兼具有選擇性，則亦應將普通法院判決對行政法院之拘束力，對此問題詳述如下：

壹、第一次權利保護優先原則之意義

法治國原則，首重人民權利之保障，國家應盡量避免去侵害人民之權利，

[216] 參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1172。

當國家之行為違法造成人民之權利侵害時，人民並無容忍之義務，得以請求排除此一侵害或填補其損害。惟在人民權利受國家公權力違法侵害時，雖基於基本權之防禦功能固得請求排除該侵害，惟應透過何種程序或是方式過來實現該實體上之權利，則因不同之訴訟程序設計而有所不同，學理上並將人民對於國家違法之侵害行為之救濟，依其不同之作用區分第一次權利保護及第二次權利保護[217]。而在我國採取之二元審判體系下，前者，原則上由行政法院加以審理；後者，原則上由普通法院之民事庭審理[218]。

然學理上雖將對國家公權力違法侵害之反應的請求權可區分為第一次權利保護與第二次權利保護，但區分標準尚未盡一致。有論者認為，依憲法第16條規定，人民權利受公權力侵害，得訴請行政法院審查公權力行為是否合法，如不合法，則由行政法院撤銷之，稱之為第一次權利保護。而違法公權力行為經法院撤銷後若仍有損害者，人民則可依憲法第24條規定，對於因執行公權力造成之權利受損,依國家賠償法第12條規定向民事法院提起國家賠償訴訟，此為第二次權利保護[219]。惟亦有認為這種以糾正公權力行為違法之行政訴訟與損害賠償之國家賠償訴訟之形式標準，來區分第一次權利保護與第二次權利保護，對於公法上結果除去請求權與準徵收侵害之補償請求權如何加以歸類即發生疑問，故應以行政法上權利救濟請求權之功能不同，來區分第一次權利保護與第二次權利保護之類型。亦即，若是請求救濟之目的在於排除權利侵害者，例如請求撤銷違法的行政處分、請求行政機關做出行政處分、請求行政機關為行政處分以外之其他給付，以回應人民之申請、滿足人民的權利或排除其他的侵害等，稱為第一次權利保護；若是當事人所遭受的權利侵害已形成無法回復之損害，則其財產上損害之填補或精神上損害之

[217] 參見程明修（2007），〈公法上結果除去請求權在國家責任體系中之地位〉，收錄於台灣行政法學會編《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》頁167。
[218] 參見陳敏（2007），前揭書（註216），頁1172-1173。
[219] 參見董保城／湛中樂（2005），《國家責任法－兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，頁182。

補償，應由第二次權利保護的相關制度來尋求救濟[220]。依此標準可將上開公法上結果除去請求權歸類為第一次權利保護之範疇；而將準徵收侵害之補償請求權歸類為第二次權利保護之範疇。

將國家公權力違法侵害之反應的請求權可區分為第一次權利保護與第二次權利保護兩者，對於尋求權利救濟之人民而言，在我國現行制度底下其請求之基礎各異，且分屬於不同之審判權法院審理，是否對該二者擁有選擇的自由？抑或該兩者間存在本末先後之分？倘若認為第一次權利保護相較於第二次權利保護具有優先性，且排除人民對於第一次權利保護與第二次權利保護自由選擇的可能性，此即學說上所謂「第一次權利保護優先原則」。換言之，人民有義務先採取第一次權利保護以防禦或排除侵害，倘若不優先行使第一次權利保護，將導致其第二次權利保護被否定而發生失權之效果[221]。

惟須特別注意的是，第一次權利保護優先原則的問題，乃是在探討第一次權利保護之救濟順序優先於第二次權利保護之救濟順序，是以必定在於系爭個案上人民同時有排除權利侵害與損害之填補之需求時，第一次權利保護與第二次權利保護才會發生權利競合之關係，才有需要討論其間是否存在優先與補充之關係。例如就國家賠償法第 2 條第 2 項之公務員侵權行為所引起之國家賠償事件，如是因事實行為而加害於人民者，該事實行為若已終結而不存在者，人民自無提起行政訴訟之必要，得逕行提起國家賠償訴訟，民事法院可單獨就該侵權的事實行為加以論斷。此時因為人民不存在第一次權利保護之需求，是以並無發生權利競合之情形，自無須討論第一次權利保護優先原則的問題。此外，在國家賠償法第 3 條之公有公共設施之國家賠償案件，亦為類似的之情形，人民不存在第一次權利保護之需求，亦無須討論第一次

[220] 參見林三欽（2001），〈行政法上權利救濟管道的選擇─「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別─〉，刊載於《台灣本土學雜誌》第 26 期，頁 118-119。
[221] 參見陳敏（2007），前揭書（註 217），頁 1173。

權利保護優先原則的問題。

貳、我國對於第一次權利保護優先原則之討論[222]

一、學說上理論之爭論

有關第一次權利保護優先原則在我國應否及如何被承認，學者之見解未盡一致：

（一）第一次權利保護優先原則肯定說

我國學界多認為，在同時第一次權利保護與第二次權利保護並存時，如當事人因故意或過失導致第一次權利保護之遲誤或喪失，即不得請求第二次權利保護。換言之，當二者並存時，人民有義務必須先依第一次權利保護途徑排除其權利之侵害，始有第二次權利保護可言，其主要理由在於：

1.二元審判權體系之劃分

於我國之法制下公權力行為之合法性審查係由行政法院審理，損害賠償請求之國家賠償則由普通法院審理，在此二分之下，行政處分之違法性有無的判斷權限乃專屬於行政法院，普通法院不能越俎代庖，侵越行政法院的審

[222] 整理自姚葦嵐（2008），〈論第一次權利保護優先原則〉，發表於國立臺灣大學法律學院公法研究論壇（二）。

判權，以避免行政法院與普通法院對於同一個事件見解分歧，否則若發生行政法院與普通法院對於行政處分是否違法之見解不一致的情形，於公益及私益將皆受損傷，司法威信所受影響更大。所以，對於民事訴訟與行政訴訟之衝突，學者之見解雖然相當分歧，但實施雙軌制之國家似應採行第一次權利保護優先原則[223]。

2.行政處分之構成要件效力（公定力）

行政處分具有所謂的構成要件效力，強調行政處分除了拘束處分相對人外，所有其他行政機關、法院及相關第三人，皆應承認行政處分之存在並受其內容之拘束。至於有權排除其效力之行政法院則屬例外。換言之，審理國家賠償訴訟之普通法院在行政處分未經行政法院排除其效力之前，亦受其拘束，否則具有構成要件效力之行政處分，猶准於國家賠償訴訟中被審查或判斷，勢必破壞人民對於公權力行為之信賴與法之安定性，且將使法秩序陷於自相矛盾[224]。

3.避免行政爭訟之期間限制形同虛設

以撤銷違法行政處分為例，訴願法第 14 條：「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之。（第 1 項）利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起。（第 2 項）」及行政訴訟法第 106 條：「撤銷訴訟之提起，應於訴願決定書送達後二個月之不變期間內為之。但訴願人以外之利害關係人知悉在後者，自知悉時起算。（第 1 項）撤銷訴訟，自訴願決定書送達後，已逾三年

[223] 參見翁岳生（1981），〈西德 1981 年國家賠償法之研究─中德國家賠償制度之比較與檢討〉，刊載於《台大法學論叢》第 10 卷第 2 期，頁 17。
[224] 參見翁岳生（1981），前揭文（註 223），頁 17。

者，不得提起。(第 2 項)」，均設有救濟期間之限制，且相較於國家賠償法第第 8 條第 1 項：「賠償請求權，自請求權人知有損害時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者亦同。」行政爭訟之救濟期間原則上較國家賠償之起訴期間為短，如違法行政處分之受害人，放任上開行政爭訟期間經過，不提起行政爭訟，仍許其於 2 年或 5 年內提起國家賠償訴訟，則提起行政爭訟之期間限制將形同虛設[225]。

4.比較法制上之援用

德國聯邦憲法法院曾在濕式採石事件的判決[226]中提出，人民對於國家公用徵收之補償請求權，須該徵收措施所依據的法律本身有補償規定時，方得請求補償，司法者並不能代替立法者來具體化基本法 14 條第 3 項之法定補償規定。若系爭法律缺少補償條款時，即有屬違憲之法律，依該惟憲法律所作成之系爭處分即為違法行為，此時人民必須致力於行政法院中請求撤銷該違法處分，人民不能不循此途逕，反而請求法律上不許可之補償[227]。亦即，對於依據缺乏法定補償規定之法律所為之古典公用徵收，當事人對於撤銷違法的公用徵收或者直接請求補償二者間，並沒有選擇權。是以，若當事人使該違法的徵收行為已具不可撤銷性時，應其不允許其直接請求補償而須駁回其補償之請求。換言之，依基本法規定，凡所有防禦回復合憲狀態之權利，對其而言，是屬可能，而其卻不利用此可能性者，不得以其本身所招致之權利喪失為由，嗣後對公權力主體要求金錢賠償。聯邦憲法法院在本案中首度確立了第一次權利保護優先原則，認為人民若不利用其撤銷權，即不能要求賠償或補償。並且到了 1999 年，聯邦憲法法院將第一次權利保護優先原則脫離

[225] 參見陳敏（2007），前揭書（註 216），頁 1173。
[226] 相關判決事實部分之介紹參見楊明勳（1993），〈德國類似徵收侵害制度之研究〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，頁 86-87。
[227] 參見宮田三郎（2000），《國家責任法》，頁 29-30。

了濕式採石事件所依附的事實，而將其一般化，成為國家責任法上的普遍原則[228]，亦即相對於排除侵害之第一次權利保護，請求補償之第二次權利保護具有補充性[229]，在同採第一次權利保護與第二次權利保護區分之我國法應得援引適用。

5.民法第 186 條第 2 項之推論

承上，第一次權利保護優先性原則除於德國聯邦憲法院之判決中加以確立外，並依德國民法第民法 839 條第 3 項規定：「被害人因故意或過失，未曾行使法律上之救濟手段，以避免其損害者，公務員不負賠償責任。」將公務員個人之免責條款，轉化為國家之免責條款，進而使其成為國家損害賠償之事件中第一次權利保護優先原則之實定法上之依據[230]，而我國民法第 186 條第 2 項該項規定：「前項情形，如被害人，得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」在規範上與德國民法第 839 條第 3 項相當，解釋上亦得作為我國第一次權利保護優先性之實定法上依據[231]。故而該條解釋上，其旨應在表明被害人對於違法公權力之侵害，必須先對該公權力行為之合法性提起訴願或行政訴訟等必要之法律救濟程序，訴請審查，不得置違法公權力行為於不顧，逕行請求國家賠償，而規避行政爭訟程序[232]。亦即，撤銷違法行政處分或請求做成行政處分之訴願及行政訴訟等救濟程序，係屬於該條「得依法律上之救濟方法，除去其損害」，權利受侵害之人民，如因故意或過失，而不循該救濟途徑除去侵害，公務員即

[228] 程明修（2007），〈第一次權利保護優先原則〉，刊載於《法學叢刊》第 208 期，頁 36-37。
[229] 參見宮田三郎，前揭書（註 227，頁 30。
[230] 程明修（2007），前揭文（註 228），頁 34。
[231] 參見翁岳生（1981），前揭文（註 223），頁 17。
[232] 參見程明修（2001），〈論公法中第一次權利保護優先原則〉，刊載於《法學講座》試刊號，頁 16。

不負賠償責任，公務員既無責任，國家亦無庸負代位賠償責任[233]。

（二）第一次權利保護優先性否定說

針對上開肯認第一次權利保護優先性原則之說明，有學者提出批評認為：於我國之立法政策上，既然將國家賠償訴訟之審判權劃歸普通法院之情形下，普通法院就是否成立國家賠償請求權之構成要件，包括行政處分之違法性，似均應有完整之審查權限，否則將國家賠償訴訟劃歸民事法院審判之意義與功能勢必受到影響，故如認為普通法院在審理國家賠償訴訟時，不能自行判斷行政處分之違法性，似非事理所當然[234]。再者，國家賠償法制定之前，國家賠償案件中，國家是依民法第 28 條、第 186 條或第 188 條負責。而在國家賠償法制定實行，由國家自己直接負主要之責任後，民法第 186 條於公務員執行職務行使公權力而生國家賠償責任時，應已不再援用為當，從而在現行國家賠償體制下，以民法 186 條為第一次權利保護優先原則之依據，其說理並未充足[235]。最後，基於保障人民權利原則，不應以該行政處分經行政爭訟程序認定為違法而被撤銷或得到無效之確認判決，作為提起國家賠償訴訟前提要件，而對人民之權利做法無明文之限制。惟職司國家賠償法之普通法院若認為損害之發生與擴大，係因受害人怠於行使第一次權利救濟者，則應基於與有過失、過失相抵之法理，審酌賠償範圍與額度，例如受害人因故意遲誤訴願之提起，而無法提起行政訴訟，致損害加重等情事[236]。

---

[233] 參見陳敏（2007），前揭書（註 216），頁 1172-1173。

[234] 參見徐瑞晃（2006），〈國家賠償訴訟與行政訴訟之關係〉，收錄於台灣法學會編《當事人協力義務／行政調查／國家賠償》，頁 477。

[235] 參見程明修（1993），〈論對已終結行政處分之行政訴訟〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，頁 182。

[236] 參見董保城／湛中樂（2005），《國家責任法：兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，頁 184。

（三）本文見解

1.受理國家賠償訴訟之普通法院具有完整之審查權限

由上述學者之爭論，可以發現除民法第 186 條之外，其主要之爭點仍在於行政處分之違法性有無的判斷權限是否專屬於行政法院？蓋縱基於權力分立原則而承認行政處分對於其他國家機關包含法院，具有構成要件效力，然基於權力相互制衡原則，亦不排除立法者得將行政處分效力及適法性爭議之交由特定法院加以審理，如立法者有意將行政處分違法性之判斷專屬於行政法院，則普通法院自應以行政法院判斷之結果為據，且因普通法院就作為國家賠償請求權先決問題之處分適法性並無審理權限，縱法無明文排除第二次權利保護之可能，如違法之行政處分未經行政法院救濟而撤銷，普通法院審理國家賠償事件時，必須受其拘束而判決原告敗訴，其結果與採行第一次權利保護優先原則並無差別[237]。反之，如現行法制度下，並未將行政處分之適法性審理專屬於行政法院時，為使國家賠償法制本身具有完整且有效之權利救濟功能，除非立法另有明文排除未經第一次權利保護救濟途徑之因違法行政處分所造成之損害有普通法院對於為國家賠償之先決問題，除法律另有停止執行之規定外，亦應有自行判斷其適法性之權限。綜上，是否採取第一次權利保護優先原則，此乃涉及法律保留原則與立法政策選擇之問題，而非審判權專業分工下必然之結果或得據以推論出拒絕第二次權利保護之根據[238]。

有關我國法上是否將有關行政處分之爭議專屬於行政法院加以審理，無論自行政訴訟法第 12 條或是相關停止執行制度之設計安排，均無法得出肯定

[237] 徐瑞晃（2006），前揭文（註 234），頁 477。
[238] 相同結論參見徐瑞晃（2006），前揭文（註 234），頁 474。

之答案，已如前述。而立法者將原屬於公法爭議之國家賠償案件，交由普通法院民事庭審理，從權利保護實效性之觀點，除非立法者另有排除之設計與完善之配套，否則即應肯認普通法院對於處分適法性之判斷權限，亦避免國家所提供之訴訟救濟途徑是無效用的。且由於普通法院就國家賠償案件之審理，僅係就人民對於國家之國家賠償請求權存在與否做出判斷，並未就該處分應否撤銷作成有拘束力之判決，亦即，僅係審查處分是否違法而非審查其法律效力，並不致侵害行政法院之審判權限[239]。故受理國家賠償之法院係屬不受行政處分構成要件效力所拘束之例外，得對處分是否違法加以審理。

2.第一次權利保護優先性原則之法律效果：國家賠償責任之範圍

我國因為公務員之公權力違法行使所生之國賠事件，人民之請求權之基礎乃國家賠償法第 2 條，而非民法第 186 條[240]。且從憲法第 24 條並未以公務員成立民事責任為國家賠償責任之前提，而且其條文末句「....向國家請求賠償之權」觀之，在在顯示憲法無意採行代位責任[241]。是以，人民之請求權之基礎乃國賠法第 2 條，並非民法第 186 條，當然無法以民法第 186 條第 2 項之規定做為第一次權利保護優先原則的論述基礎。

再者如前所述，即便於德國第一次權利保護優先原則已經一般化，而成為國家責任法上的普遍原則，並以德國民法第 839 條第 3 項作為實定法上之依據。惟德國學界亦認為，該等見解乃類推適用該國民法第 254 條與有過失之規定所致[242]。而且為了能夠類推適用民法第 254 條之規定，必須延長造成

[239] 參見陳敏（2007），前揭書（註 216），頁 1173-1174。
[240] 雖就民法與國家賠償法間之關係學說尚有爭議，有認二者間具有普通法與特別法之關係，反對見解則認民法爲私法，國家賠償法爲公法並無普通法與特別法之關係，詳細學說介紹參見葉百修（2008），《國家賠償法之理論與實務》，頁 43-44、301-302。
[241] 董保城／湛中樂（2005），前揭書（註 236），頁 187。
[242] 德國民法第 254 條規定：「損害發生之際，被害人與有過失時，其賠償義務和賠償之範圍，應

損害的因果歷程，亦即並不是行政機關之行為直接侵害人民之權利而產生損害，因果歷程就結束，損害就確定了，尚必須將人民能主導行政爭訟這個因素納入整個造成損害的因果歷程中，由於人民怠於提起行政爭訟，才會導致其損害之持續與擴大，所以其怠於提起行政爭訟以除去違法侵害與損害之持續與擴大之間有因果關係存在，在此前提下得類推適用民法第 254 條與有過失之規定[243]。此外，尚有見解認為僅類推適用民法第 254 條與有過失之規定有所不足，尚須類推適用該國民法 839 條第 3 項，蓋其認為民法 839 條第 3 項乃是廣義與有過失的表現，為民法第 254 條之特殊型態，是以兩者同樣皆有因果歷程延長之法理的適用，惟其間之相異處在於民法第 254 條之法律效果僅為請求額部分的減輕，而民法 839 條第 3 項乃是否定全部之賠償義務，以限制公務員之職務責任。是以，比較二者之法律效果，僅類推適用民法第 254 條與有過失之規定有所不足，尚須類推適用民法 839 條第 3 項始為完整[244]。惟無論如何，即便在德國第一次權利保護優先性之法律效果仍建立在與有過失之上，而非排除第二次權利保護途徑應無疑義。

承上，在我國固亦得依國家賠償法第 5 條[245]以民法第 217 條第 1 項[246]作為補充規範[247]，然與有過失之法理乃在於加害人責任之減輕或免除，並非推翻賠償責任之成立[248]。換言之，人民理應選擇對其最有效之救濟方式（及第一次權利保護先，第二次權利保護後）藉以獲得最全面之權利保護，亦構成其防免損害發生或擴大之義務，但此義務僅係對己義務，縱有違反其效果僅係其賠償請求權成立後範圍之問題，並不構成拒絕審理或是國家賠償請求權

根據情況，特別是根據損害主要是由當事人的一方還是他方造成的，來確定。」

[243] 參見宇賀克也（1988），《国家責任法の分析》，頁 167-168。

[244] 參見宇賀克也（1988），前揭書（註 243），頁 169-170。

[245] 國家賠償法第 5 條：「國家損害賠償訴訟，除依本法規定外，適用民法之規定。」

[246] 民法第 217 條第 1 項：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」

[247] 參見葉百修（2008），前揭書（註 240），頁 303-305。

[248] 參見陳聰富（2007），〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第 98 期，2007 年 9 月，頁 80-82

消滅之效果。

最高法院 96 台上 1595 號判決[249]中曾指出:「按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，或因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，得依訴願法提起訴願。前者經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。後者因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容行政處分之訴訟（給付訴訟）。訴願法第 1 條第 1 項、第 2 條，行政訴訟法第 4 條 1 項、第 5 條第 2 項，分別定有明文。又公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。為國家賠償法第 2 條第 2 項所明定。準此，人民對於公務員為（或不為）行政處分而執行職務、行使公權力時，認有違法不當者，**除得依行政爭訟程序尋求救濟外，當然亦得依國家賠償法請求賠償，且二者併行不悖，應無先後次序之限制，始符法律保障人民權利之本旨。**至於行政訴訟法第 12 條第 1 項、第 2 項規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」，**其立法目的係為防止對於同一基礎事實所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟，由於不同法院對事實認定歧異，致生裁判結果互相牴觸之情**

[249] 本判決乃有關液化石油氣分裝場申請營業許可，為依法發給營利事業登記證，宜蘭縣政府以「敦親睦鄰工作未盡充實」為由，予以否准；申請人不服提起訴願，經濟部訴願決定雖認定「敦親睦鄰工作是否充實」非營利事業登記之審核要件，而撤銷該否准處分，但嗣後申請人再次申請時，縣政府則以「未與民眾確實辦理溝通事宜」為由，駁回伊之申請，申請人認為第二次否准處分不法侵害伊營業生產之權利。使其因此無法按預定計畫量產，受有工廠機械設備長期閒置耗損乃直接提起國家賠償訴訟，一審原告勝訴惟二審則以申請人未循第一次權利保護優先途徑而駁回其訴，申請人乃提起第三審上訴，黑體字為本文所附加。

形而設，並非因此剝奪人民之民事或刑事訴訟權。故民事之裁判，如以行政處分是否無效或違法為據者，苟行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長即應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。若當事人已表明不循行政爭訟程序請求救濟，或捨棄該行政程序救濟之途，而選擇逕行提起民事訴訟請求國家賠償者，**民事法院固不能否認該行政處分之效力，然究非不得就公務員為該行政處分行使公權力時，有無故意或過失不法侵害人民權利之情事，自行審查認定。**原審未詳加研求，遽認人民權利受公權力侵害，應先訴請行政法院審查公權力行為是否合法後，始得提起國家賠償訴訟，而為不利於上訴人之判決，依上說明，其法律見解已屬可議，且原審未經行使闡明權，曉諭上訴人得就前開行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之，或詢明上訴人是否捨棄行政爭訟救濟之途，即駁回上訴人請求國家賠償之訴，其訴訟程序亦難謂無重大瑕疵。基此所為之判決，自屬違背法令。另上訴人主張因被上訴人不依法行使公權力而為行政處分，致其於 91 年 7 月至 92 年 10 月間無法營業。受有各項損害，而被上訴人先後所為第一次、第二次否准處分，均在上訴人所稱之無法營業期間內，其中第一次否准處分業經訴願程序予以撤銷，既為原判決所確定之事實，則原審逕以第二次否准處分，未經上訴人依行政爭訟程序請求救濟為由，駁回包括第一次否准處分已經訴願程序撤銷，上訴人所請求該期間內所生無法營業之損害，即嫌速斷，難昭折服。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」與本文前揭之結論相符，可資參酌[250]。

[250] 惟最高法院民事庭於 97 年度台上字第 2274 號及 95 年度台上字第 2333 號等判決中復認為:「民事訴訟之裁判以行政處分是否無效或違法為先決要件者，應由認定先決事實之行政法院為裁判後，以該確定裁判所認定之事實供為民事法院裁判時認定事實之基礎，俾免法院裁判結果互相牴觸。倘前開行政爭訟程序尚未開始者，民事法院審判長應依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定行使闡明權，曉諭當事人就上開行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。審判長如違背此項闡明之義務，就該先決事實自行認定而據為實體判決之基礎者，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。」似又肯認第一次權利保護具有優先性。

第二節　撤銷訴訟之裁判對國家賠償訴訟之拘束力

有關行政法院對於行政處分之撤銷訴訟中所為之判決，其即判力是否其即於後訴國家賠償訴在採法國法上因行政訴訟與國家賠償訴均由行政法院審理，通說認為撤銷訴訟關於違法性之認定具有絕對效，得據以援引該違法性之認定，提起國家則認訴訟，國家不得再爭執違法性之認定，法院亦應受該認定之拘束[251]。但在我國法制上，除有不同之實體法規範外，亦由不同審判權體系之法院審理，且適用之訴訟程序亦有所不同，故我國法上就上開問題，除涉及不同審判權體系間判決之相互拘束力者外，亦涉及撤銷訴訟之訴訟標的內容為何以及撤銷訴訟與國家賠償訴訟中違法性之概念與範圍如何等問題，就跨審判權體系之判決之拘束力問題已在本文第三章中予以肯定者外，對於撤銷訴訟之訴訟標的之內涵本文認為應包含系爭處分違法且侵害人民權利之部分，已如前述，最後有關撤銷訴訟中之「違法」與國家賠償訴訟中「不法」概念之內涵有無差異或是其範圍有無不同等問題，則為本文以下所欲探討之重點，加以我國國家賠償法第二條原係以日本國家賠償法第一條為藍本所定立[252]，因此，有關日本法之討論[253]即得作為上開問題比較之對象[254]，詳見下述：

壹、日本法上學說與實務之見解

撤銷訴訟中有關處分之適法性或違法性經判決予以確定後，其既判力是

---

[251] 參見徐瑞晃（2006），〈國家賠償訴訟與行政訴訟之關係〉，收錄於台灣行政法學會編《當事人協力義務／行政調查／國家賠償》，頁 470。

[252] 參見林明昕（2007），〈「不法侵害人民自由與權利」作爲國家賠償責任之構成要件要訴〉，收錄於台灣行政法學會編《國家賠償與徵收補償・公共任務與行政組織》，頁 73-74。

[253] 日本法上固然因法院一元化，而無不同審判權體系下判決相互拘束力之問題，但其審理仍分屬於行政訴訟庭與民事庭審理，行政訴訟對於國家賠償訴訟有無既判力之問題在學說上仍有熱烈之討論。

[254] 日本學說上尚有關於行爲不法與結果不法、違法性狹義說與廣義說等爭論，但與本文所探討者較無關聯故於此並不多較少，相關整理參見徐瑞晃（2006），前揭文（註 251），頁 466-468。

否及於後訴之國家賠償訴訟，在日本法上有許多爭議，據學者研究指出，最早係在國家賠償法施行後民事訴訟法學者研究，其後行政法學者對此一議題提出討論者，首見於近藤昭三，其於「判決之效力」論文中採取肯定之見解，但其中並未有深入之分析。其後真正深入討論者主要為採取否定見解之遠藤博也與採取肯定見解之阿部泰隆，以及自訴訟標的觀點對於遠藤及阿部之說法提出檢討之森田寬二。大抵而言，目前日本學說上係以既判力肯定說占多數，但否定說之見解亦十分有力[255]，以下乃就各說之主張整理如下：

一、學說見解

（一）既判力肯定說

持既判力肯定說之學者多認為，當原告提起之撤銷訴訟勝訴確定時，作為被告之國家或是公共團體，受到該撤銷判決之既判力之拘束，即不能在其後之國家賠償訴訟中，再就處分是否違法加以爭執；反之，當原告之訴經判決駁回確定時，原告亦不能在於後訴之國家賠償訴訟中，主張處分為違法[256]。關於採取肯定說之主要論點多數主張乃係基於「法秩序之統一性」，亦有以「避免紛爭焦點之部分反覆再為爭執」為其核心。後者乃森田自訴訟標的之觀點所提出，其認為既判力之目的在於防止紛爭事項之反覆，因此思考有關既判力之問題時，應注意到訴訟標的同一性，並認為自通說所主張撤銷訴訟之訴訟標的為系爭處分具有一般違法本身，而違法事由之主張並非是關於訴訟標的之主張，而是成為攻擊防禦面上之主張[257]，並且當「具體的違法」為基礎之撤銷判決確定時，自該被包含之「具體的違法性」之判斷中抽出，進而使

[255] 參見西埜　章（2007），〈抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対すろ既判力再考〉，刊載於《法政理論》第 39 卷第 4 号，頁 48。
[256] 參見宇賀克也（1997），《国家補償法》，頁 385。
[257] 參見森田寬二（1990），〈処分取消訴訟の訴訟物と既判力論：後訴の国家賠償請求訴訟との関連で（一）〉，刊載於《法学》54 卷 1 号，頁 36。

「抽象的違法」之判斷（即系爭處分違法本身）產生既判力[258]。換言之，自既判力之觀點來看，以程序法上之違法作為理由而撤銷拒絕許可處分之判決中，作為被認定為判決基礎之「程序上之違法」判斷或是「未履行正當之程序」之判斷本身，並不會產生既判力。

另宮田三郎則認，撤銷訴訟之訴訟標的與國家賠償訴訟之訴訟標的，雖不具有直接的判決先例之關係，但仍具有間接的判決先例性，故除非有特別之情形，原則上公務員之違法處分即為國家賠償訴訟上之違法行為[259]。

（二）既判力否定說

相對於前開見解，日本學說上亦有主張撤銷訴訟判決之既判力並不及於後訴之國家賠償訴訟，而其主要依據在於撤銷訴訟中之違法與國家賠償訴訟中之違法並不相同（相對的違法性說或是違法性二元說[260]）。例如遠藤即認為，國家賠償法中違法性是以行為規範性為其內容，而這樣的行為規範性，與關於處分或是法律行為之生效要件欠缺之違法，在本質有所不同。亦即，這裡的行為規範性指的是加損害於他人之在法律上應否容許之問題。此外，國家賠償法中的「公權力行使」之概念，較諸行政事件訴訟法中「行政機關之處分及其他該當於公權力行使之行為」為廣，即使二者在對象上偶然有所重疊（同一行為規範之違反），在此成為問題之違法性仍非謂其不相異。故通說之主張過於簡略，蓋雖然承認確定判決之既判力，而在其客觀範圍（行政處分之違法性）與主觀範圍（為實質當事人之國家或公共團體）內，禁止法院為相矛盾之裁判。然而，若就賠償責任中之違法與處分撤銷中之違法兩者乃異其性質來看，就無法如同通說所主張那樣適用於全部之情形。舉例而言，

[258] 參見森田寬二（1990），前揭文（註 257），頁 55。
[259] 參見宮田三郎（2007），《行政訴訟法》，頁 308。
[260] 參見宮田三郎（2000），《国家責任法》，頁 73。

當以程序上之違法為理由撤銷拒絕特許之判決確定時，處分違法之既判力，僅及於因為不履行該正當程序所生損害之損害賠償請求訴訟，但判決之既判力，對於因拒絕許可處分所導致無法營業之損害賠償請求訴訟而言，則未必就適切有效的[261]。另有認為，由有關違法性該當事由之舉證責任分配，在撤銷訴訟中與國家賠償訴訟中有所不同，撤銷訴訟中駁回原告之訴之既判力，亦不應及於日後提起之國家賠償訴訟[262]。

此外另有一說，自國家賠償法中之違法性較諸行政事件訴訟法之違法性為廣，而主張當撤銷判決原告勝訴之情形下，可以在國家賠償訴訟中之應被評價為違法；但是，當原告之撤銷訴訟被駁回確定之後，在其後之國家賠償訴訟中仍可對於違法性這點提出爭執[263]。此可謂既判力一部否定說（一部肯定說）[264]。

二、實務見解

（一）立於既判力肯定說論之裁判例

在行政訴訟事件特例法時代[265]（1969~1983），即有對於農地收買計畫以及訴願駁回之裁決提起撤銷訴訟，原告獲勝訴後，並於其後提起損害賠償請求訴訟中，基於撤銷判決中包含有處分違法之確認，前訴之判決對於此點產生既判力，因此被告即不能在後訴中對於此點其出相反之主張（福島地判昭

[261] 參見遠藤博也（1981），《国家補償法》，頁 166、177。
[262] 參見下山瑛二（1973），《国家補償法》，頁 136。
[263] 參見芝池義一（2006），《行政救済法講義》，頁 275。
[264] 參見西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 51。
[265] 有關日本行政訴訟制度之歷史簡介，參見宮田三郎（2007），前揭書（註 259），頁 13-19；宮崎良夫（2004），《行政争訟と行政法学》，頁 3-46。

和 29、10、5 行集 5 卷 6 号 1214 頁）[266]。其後行政事件訴訟法施行後，亦有不少判決採取既判力肯定說，例如：東京地院有認為，關於課稅處分之撤銷判決，原告勝訴判決之既判力及於國家賠償訴訟，故而為被告之國家在國家賠訴訟中，即不能再主張該課稅處分為適法，僅能就其他要件如公務員有無故意或過失等加以主張[267]（東京地判昭和 39、3、11 訟月 10 卷 4 号 620 頁、另大阪地判昭和 40、11、30 訟月 12 卷 3 号 367 頁及津地地判昭和 43、3、21 訴月 14 卷 7 号 753 頁等均同此意旨[268]）、亦有判決雖未直接對於有無既判力為說明，但依其意旨可認係採既判力肯定之見解，如在公安委員會以申請人精神耗弱為由而撤銷其駕駛執照，該撤銷處分經撤銷判決予以撤銷確定後，申請人乃對縣提起損害賠償請求訴訟，在該訴訟中法院即以公安委員之撤銷駕照處分既已經撤銷判決就該處分之違法予以確定，故而對於關於處分之違法性這點及為再加以審理，僅就公安委員會之過失有無為判斷（津地判昭和 55、4、24 判時 994 号 94 頁，及其上訴法院名古屋高判昭和 56、10、28 判時 1038 号 302 頁）[269]、大阪高院亦有判決指出地方首長對於醫藥品之販賣許可申請中，以申請人店面之場所之設置不妥當而不予許可，法院認該不許可處分違法加以撤銷確定，其後在申請人對於地方政府提起損害賠償請求訴訟中，法院認前撤銷判決所確定之事實，並沒有其他特別情形下，不許可處分為違法之前提下，針對地方首長有無過失加以判斷（大阪高判昭和 55、1、31 判時 964 号 64 頁）[270]、熊本地院曾有判決關於不作為違法判決之既判力，其認為：「被告等雖主張國家賠償法第 1 條第 1 項之違法較行訴法第 3 條第 5 項之違法範圍較小，前訴中有關不作違法之判決，其既判力不應及於本案，但並無法看出國家賠償法第 1 條第 1 項之違法與刑訴法第 3 條第 5 項之違法應該要解釋為不同之理由，況且本案國家賠償請求中之違法，能明

[266] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 52。
[267] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 52。
[268] 參見宮田三郎（2000），前揭書（註 260），註 1，頁 190-191。
[269] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 52。
[270] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 53。

顯與原告等主張不作為判決中之違法重合，故被告等之主張究竟難以採用」（熊本地判昭和 58、7、20 判時 1086 号 33 頁）[271]

另亦有關撤銷訴訟中原告之訴被駁回之案件，例如：原告在請求撤銷對於對於遺族補償申請不准許處分之駁回決定之撤銷訴訟中敗訴確定，在其後提起之國家賠償訴訟中，因撤銷訴訟中原處分之違法乃訴訟之對象，既然該訴經審理後為法院駁回確定，該判決之既判力應由及於原處分之違法性，故而後訴中原告即不得再為違反該既判力之主張（札幌地判昭和 45、4、17 判時 612 号 48 頁）[272]、在對於中央勞動委員會之處分不服提起撤銷訴訟審理中，原告原告另提起國家賠償訴訟，其後經最高法院駁回原告之撤銷訴訟確定，因該撤銷訴訟原告之訴駁回確定，該系爭行政處分即完全不具違法性這點即生既判力，從而，在該既判力客觀範圍所及之國家賠償訴訟中，不僅限於撤銷訴訟中實際上所主張各個違法事由，其以外之各種違法事由之主張也都將與駁回撤銷請求之既判力有所牴觸（東京高判昭和 62、8、31 訟月 34 卷 4 号 655 頁）[273]等、最高法院亦在以換地處分違法為理由請求國家賠訴訟中指出：「關於系爭土地之換地處分，上訴人在本案中主張之違法，與該換地處分之撤銷訴訟中所主張之違法，從記錄上可以認為其內容並無差異，而在該撤銷訴訟中上訴人既受有駁回其請求之確定判決，有關作為本案換地處分撤銷原因之違法存在為前開確定判決所否定，基於該判決之既判力作用，本案即不能作出前開換地處分為違法之判斷」（最判昭和 48、3、27 裁判集民事 108 号 529 頁）[274]。

[271] 整理自宮田三郎（2000），《国家責任法》，註 1，頁 191。
[272] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 53。
[273] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 53。
[274] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 54。

（二）立於既判力否定說之裁判例

學者指出有關採取既判力否定說之裁判力並非沒有，但現在明白採取這樣理論之判決應該很少見了[275]，文獻上所舉之例主要有：高松地判昭和 50、3、31（訟月 21 卷 6 号 1239 頁）:「首先行政處分之撤銷訴訟中之法「違法性」與依國家賠償法之損害賠償訴訟中之「違法性」是否同一或同質並非沒有疑問，何況適依據前訴確定判決之推論，基於行政處分之無效原因與撤銷原因之區別基準採取「重大且明顯之違法」理論，假設行政處分具有瑕疵存在，在有違法但是非重大且明顯之情形下，駁回原告請求確認行政處分無效之判決，即使該判決確定，也不能據以認為該行政處分並不違法。因此，本案中前訴判決中係以不周全之訴訟判決駁回原告之訴之情形，並未就系爭行政處分之違法性為任何之判斷，更應認為不受前訴所拘束。從而，撤銷訴訟中之本案判決將原告訴駁回之判決確定，在後訴之國家賠償訴訟中，不能據此妨礙系爭行政處分違法之主張」[276]、東京地判平成元、3、29（判時 1315 号 42 頁）有關撤銷駕駛執照之案件，東京地院認為該撤銷駕照之處分雖因有應撤銷之瑕疵，但並無法據以認定本案中相關公務員之行為在國家賠償法上當然亦有違法性，蓋國家賠償法上之違法性，應從公務員在具體個案中對於其職務上應盡之法律義務有無違反來判斷，從而其與行政處分乃係基於其所依據之行政法規中規定之實體或程序要件，在客觀上是否有欠缺來判斷瑕疵之有無，兩者之判斷基準自有所差異[277]、最高法院則曾有在關於稅務上更政處分經撤銷訴訟判決撤銷確定後，人民以該更政處分違法作為理由提起國家賠償之案件中指出，稅務署長所為之所得稅更正，即使對於所得金額之認定過大

[275] 參見西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 54。
[276] 整理自宮田三郎（2000），《国家責任法》，註 2，頁 193。
[277] 整理自宮田三郎（2000），《国家責任法》，註 2，頁 193。惟有學者指出該判決雖係在撤銷訴訟與國家賠償訴訟合併起訴之前提下，但依其理由之構成，即便撤銷判決確定，即既判力也不及於國家賠償訴訟，因而並非不能認該判決乃立於既判力否定論之立場，參見西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 55。

也不能據以直接評價為國家賠償法第 1 條第 1 項之違法，稅務署長依其蒐集之資料據以作為課稅計算基礎之認定，除非是在其因漫不經心導致未盡到其依一般情形下所應盡之註義務時，使得認定其具有前開國賠法之違法（最判平成、5、3、11 民集 47 卷 4 号 2863 頁）[278]。本件判決雖未觸及既判力之爭議，對於關於既判力之思考基礎如何並不明確，但似並非不得作為既判力否定論之立場來理解[279]。

三、小結

（一）問題之解決應從制度目的、功能、既判力與訴訟標的理論著手

就結論上，既判力肯定說不論在學界或是實務均占多數，而否定論者亦有一定之影響力，但亦有學者對前開兩說提出批判，縱然撤銷訴訟與國家賠償訴訟中之違法性在概念上並非相異，但亦不能單就既判力之概念之同一性即得直接得出肯定說般之見解，蓋違法性同一與既判力係個別之問題，當二訴訟作為違法性判斷之基礎事實相同時，在結果上通常而言語既判力肯定說情形相同，但這終究是事實上變成這樣的結果，而並非是由於採取既判力肯定論之結果（此或可稱之為既判力無關論）[280]。可見此一問題在日本法上尚未能有一致之見解，但其各說所提出之觀點，或可供我國法上討論此一問題之線索。亦即，在探討撤銷訴訟之判決對於國家賠償訴訟之拘束力問題，應

[278] 整理自西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 55。
[279] 參見西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 55。
[280] 參見西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 57-58。並認實務上東京地判昭和 40、1、29（下民集 16 卷 1 號 154 頁）就有關律師受法院裁處罰金後不服提起救濟經法院駁回確定後，再以該裁定違法爲理由提起國家賠償訴訟之案件中，即認爲審理國家賠償訴訟之法院應有完整之審查權限與義務，且並無明文指出國家賠償訴訟應受前開判決所拘束，加上二訴之目的與對象均有所不同，即使本件中該法院科處罰金之適法與否爲本案決問題，之前之確定判決亦不拘束本訴之裁判，本案之法院自得依相關事實爲獨立之判斷，即使結論上相同亦係基於對於事實之認定相同之故。似亦採取此一見解，西埜　章（2007），前揭文（註 255），頁 58-61。

從兩訴訟之制度目的、功能分配著手，在就前訴之訴訟標的內容為何探就既判力之客觀範圍為何，以及其於後訴之作用，如此整體性之思考方式，始能正確地釐清問題之答案。

（二）既判力否定論並不足採

1.撤銷訴訟與國家賠償訴訟均為人民之權利救濟而設

首先，就撤銷訴訟與國家賠償訴訟而言，兩者在制度目的上而言難為謂有所不同，蓋無論是作為排除侵害之撤銷訴訟，或是填補損害之國家賠償訴訟，都是對於來自國家權力侵害之救濟方式[281]，亦即均係為人民之權利保護而來，僅係在功能上有所不同分配，二者之若有差異亦係建立在此功能上之差異而來之構成要件設計。再者，即便如否定論者認國家賠償法中違法性是以行為規範性為其內容，而此之行為規範性，指的是加損害於他人之在法律上應否容許之問題，就此與行政處分欠缺適法要件，因而人民並無忍受之義務，在本質上似難以認為有所不同。換言之，人民對於欠缺合法性要件之處分所形成之規制，因違法且侵害其權利而向法院提起撤銷訴訟，並經裁判排除該效力，亦確認人民對該違法且侵害權利之處分並無忍受之義務。從而，對該違法且侵害其權利之公權力行為（行政處分之作成）所造成之損害亦無忍受之義務，就此點而言其侵權行為在法律上並無容許性。前揭東京地院平成元年、3、29 之判決，認為二者之判斷基礎有不同，其實是忽視了公務員在作成行政處分時本有義務符合法定要件之要求，其欠缺本即為在具體狀況下職務上義務之違反。換言之，國家賠償法上之職務義務違反（違法），應就包含侵害行為本身以及侵害之結果之全體事實綜合之判斷，而非僅係於損害

[281] 亦有將國家賠償訴訟列爲行政救濟之一環，參見葉百修（2008），《國家賠償法之理論與實務》，頁 141。

賠償之分配[282]。因此，既判力否定說所持之違法性異質之觀點應無可採。

2.撤銷訴訟之訴訟標的作為國家賠償訴訟之先決問題

其次，就範圍面而言，單純比較國家賠償法之公權力行使之概念與行政訴訟法上行政處分之概念範圍故有所不同，但在採取第一次權利保護後在進行之第二次權利保護，均係針對系爭處分違法且侵害人民權利之主張而來，亦即在第一次權利保護中，相對人透過撤銷訴訟之方式將行政處分之規制予以消滅，再透過第二次權利保護針對該行政處分所造成損害請求填補，只不過在第二次權利保護中（國家賠償訴訟中），係以第一次權利保護中所爭執之對象（行政處分）適法性及權利侵害性為其先決問題，就此範圍上不可說有所差異。因此，前訴訟撤銷訴訟之判決以判決之形成力消滅行政處分所形成之法律關係，而處分違法且侵害權利這點則是既判力所確定，從而在作為後訴之先決問題時，前訴之既判力即應發揮禁止反覆之作用，不允許法院及當事人再為相反之認定或主張。有問題者為行政處分之違法與公務員之過失應否同視之問題，日本學說上及判例上有隨著過失客觀化之現象，使違法性與過失之判斷朝向一元化之發展之傾向[283]，就此而言，不無造成一方面將違法與過失同視，另一方面為限縮國家賠償之範圍或為使在第一次權利保護中未獲得法院就既之當事人，仍有救濟之可能性[284]，故又國家賠償訴訟中，主張不應受撤銷訴訟中違法性判斷拘束之傾向。

貳、我國學說及實務上之見解

[282] 參見宮田三郎（2000），前揭書（註 260）頁 73-74。
[283] 特別是不作爲之情形下，違法性之判斷即包含有過失要件之判斷（注意義務之違反），參見宮田三郎（2000），前揭書（註 260）頁 84-86。
[284] 參見前開註 280 東京地判昭和 40、1、29。

一、學說之見解

我國學說上對違法性相對論之介紹並不多見，或係認違法性相對論並無可採之處，而認撤銷訴訟與國家賠償訴訟之違法性概念必須一致[285]。有學者即比較德國、日本及我國國家賠償法相關構成要件，認為我國國家賠償法第 2 條之「不法」其實應與憲法第 24 條之「違法」同義[286]，而且不應將「不法」與其後之「侵害人民自由權利」分別為二個不同之構成要件，在解釋上應得視為同屬公務員違法義務之一種現象，而前者係指概括性之一般法規範所課予國家義務之違法，後者則強調由保護規範所課予的保護或促進個人利益之義務[287]。

就結論上而言，我國學者多肯認當行政處分經行政法院就其違法性與否作成終局之決定時，應得拘束審理國家賠償之普通法院，惟其理由略有不同：有認為係基於行政訴訟法第 216 條，行政法院之判決有拘束各機關之效力，而所謂之各機關自包含法院在內；有認為應區分若系主張行政處分違法者，其所為之判決依行政訴訟法第 216 條應有拘束力，但若係就行政處分無效者，因無效之行政處分自使不生效力，不應行政法院之判決而使無效之處分變為有效，故普通法院自不受其拘束[288]。亦有主張基於判決之「確認效」，判決中所認定之事實，或適用法令所表示見解，於法律明文規定之情形下，得拘束其他法院或行政機關，而行政訴訟法第 12 條第 1 項之規定一方面除了具有劃分審判權之作用外，另亦係賦予行政法院對於行政處分是否違法或無效所認定之事實及適用法令所表示之見解，得拘束民、刑事受訴法院之明文規

[285] 參見徐瑞晃（2006），前揭文（註 234），頁 474。
[286] 參見林明昕（2007），前揭文（註 252，頁 104-107
[287] 參見林明昕（2007），前揭文（註 252，頁 139-140。
[288] 參見陳計男（2000），《行政訴訟法釋論》，頁 556-558。

定，故行政法院之撤銷判決得對其後審理國家賠償訴訟之民事法院產生確認效力[289]。有主張基於法院裁判系統之同值性（等價性），行政法院之判決對於民事法院具既判力，而國家賠償訴訟中係以行政處分之違法性為其先決問題，該違法性之判斷既為撤銷訴訟之訴訟標的一部，為既判力範圍所及，自應得拘束受理國家賠償訴訟之民事法院[290]，亦有主張基於形成判決之「構成要件效力及確認效力」，認在國家賠償訴訟中，與賠償責任構成要件密切相關之行政處分，若已經行政法院以違法而判決撤銷確定，則審理該國賠事件之民事法院即不得作出相反之認定[291]。

二、實務之見解

相較於學說較一致之見解，實務上對撤銷訴訟之判決對於國家賠償訴訟之效力問題，則見解分歧[292]：

（一）肯定撤銷訴訟判決既判力者

1.基於行政訴訟法第 12 條

[289] 參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1175 註 15、1550；劉宗德／彭鳳至（2006），〈行政訴訟法〉，收錄於翁岳生編《行政法（下）》，頁 462-463。
[290] 參見賴恆盈（2008），〈行政訴訟判決拘束力之研究〉，刊載於《臺灣法學雜誌》第 103 期，頁 137-138；吳東都，（1987），〈論行政處分撤銷訴訟之訴訟標的〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 106。
[291] 參見吳庚（2008），《行政爭訟法論》，頁 279-280。
[292] 參見徐瑞晃，前揭文（註 234），頁 472。另由於本文判決來源均係自司法院網站提供之判決書查詢系統，受其資料庫範圍所限以下判決均係自 1996 後之判決爲主。

台灣高等法院 89 年度上國字第 15 號判決[293]以：「七、...對於國家賠償法第二條第二項所謂之『不法』，吾人似應從下列公法上之『違法』觀點予以了解...本院審酌國家賠償係行政救濟制度之一環，屬第二次救濟，而行政救濟制度以糾正違法之行政行為為宗旨，因而從依法行政原理及國家設置行政救濟制度之精神觀察，**應以行為違法說為可採**。...所謂違法，係指行為欠缺客觀上之正當性而言，不以違反成文法規為限，尚包括違反誠信、信賴保護、比例、公序良俗等原則，惟不包括裁量行為之不當，亦即在裁量範圍內之行為，不認該行為係違法，但如該裁量行為有逾越權限或濫用權力者，則不在此限...惟**按國家賠償法之制定，或以督促國家公權力行為之合法行使為兼籌並顧之目的，自無從以國家賠償法純以填補損害之目的，而導出裁量行為之不當之屬違法之論據**。綜觀以上各點，因認廣義說為可採...。八、(三)...惟依前所述，國家賠償乃第二次救濟，而行政救濟制度係以糾正違法之行政行為為宗旨，故在此僅**應重視者係被上訴人所為處分之合法性，至於上訴人工作權受到影響之結果，乃法規所容許，而非屬於行政救濟制度，以糾正違法之行政行為為宗旨之國家賠償法所予以考量者**。（六）...足見**臺北高等行政法院亦僅指調職令不當並未認定不法。**足見被上訴人於行政督導範圍內調整上訴人職務，並非違法且目前已恢復其視察原職，均屬依法辦理，顯非國家機關公務員對上訴人之不法侵害行為。...等理由駁回原告之上訴。原告不

[293] 本件起訴事實略爲：上訴人爲被訴機關之薦任第九職視察，原工作表現良好，並無不適任情事，詎被上訴人竟以「因推展社政業務急迫需要」、「上訴人不適合擔任機要性職務」爲由，將上訴人降調爲薦任第六至第七職等之科員職務，上訴人不服提起訴願、再訴願亦遭駁回，嗣經行政法院判決將訴願、再訴願決定及原處分均撤銷，被訴機關再發布人事令，仍將上訴人降調爲薦任第六至第七職等科員。上訴人就被訴機關所作該第二次之行政處分依法提起復審，復審機關（即市政府）複審決定原處分撤銷並命原機關另爲處分。被訴機關以派免建議函報請市政府發布人事令，將上訴人由「原職：被上訴人科員」調任爲「新職：被上訴人 薦任第九職等視察」，上訴人仍不服提起行政訴訟，最後經臺北高等行政法院判決：「再復審決定、復審決定及原處分均撤銷。」在案。而被上訴人將上訴人降調爲科員時，係調任第一科（同爲九職等）之專員接任上訴人原任之視察職位，被上訴人自得安排上訴人擔任同一職等之專員職務。惟其後使知被上訴人實以「言行不檢」降調上訴人，足見被上訴人係以與授權目的不相干之原因，作爲本件降調處分之裁量因素，即屬權力濫用，況台北市政府前已以上訴人「言行不檢、有損機關及公務人員聲譽，情節較重」爲由，對上訴人記過二次，被上訴人再以同一理由降調上訴人，顯屬重複處罰，是被上訴人有違反公務人員保障法、公務人員任用法之規定，故意爲違法之處分，侵害上訴人之名譽權、秘密通訊自由，乃提起國家賠償請求訴訟。粗體字部分爲本文所附加。

服乃至上訴最高法院，就高院之論點最高法院[294]則認：按民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之；前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序，行政訴訟法第 12 條第 1 項、第 2 項分別定有明文。由是以觀，民事或刑事法院在行政爭訟程序確定前，既應停止其審判程序，足見行政處分是否無效或違法，應先由行政爭訟程序確定之。倘行政法院對於行政處分之違法性已有認定，民事或刑事法院就此即不得再為實體審查而為相左之認定。查上訴人前開受降調之行政處分，業經行政法院判決予以撤銷，嗣被上訴人對之提起再審之訴，亦經最高行政法院以判決駁回在案。…**行政法院既已認定被上訴人前開行政處分之違法性，原審竟認被上訴人對上訴人所為之上開調職處分乃法規所容許之行為，為上訴人不利之判斷，已屬可議**。」即以行政訴訟法第 12 條推論行政法院行政處分違性判斷之拘束力[295]。

2.未說明理由者

如最高法院 85 年台上第 1954 號判決：「原告化學工廠所排放之廢水中含鎘金屬符合政府規定，對造桃園縣政府竟以伊違反水污染防治法第十七條規定為由，將伊公司工廠予以停工處分，嗣經行政法院判決撤銷該停工處分，…桃園縣政府之停工命令，係其所屬公務員於執行公權力時所為處分，該公務員對於合於放流標準之工廠，命其停工，自屬故意或有過失，基力公司因停工處分所受之損害，依國家賠償法第二條第二項前段，應由桃園縣政府負賠償責任。…」、最高法院 88 台上 2142：「…行政法院撤銷該廢止處分，顯認為高雄市政府之廢止處分違法。合法行政處分是否妥當，原係行政

[294] 參見最高法院 93 台上 2014 號判決。

[295]最高法院 99 年度台上字第 289 號民事判決亦持相同見解：「原審未說明不足採取之理由，亦未行使闡明權，令其敘明兩造間此部分有無行政爭訟，結果如何，即以被害人以行政處分違法為由，請求國家賠償時，不以該行政處分經撤銷或得到無效之確認判決為先決條件，而為上訴人對楊鬧進以外之一百四十五位被上訴人部分敗訴之判決，其訴訟程序難謂無瑕疵與判決不備理由。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

機關之權限，由其上級機關認定，但處分是否違法，則非行政機關之裁量權問題，應由行政法院認定，且所謂違法不以違背何法規為限，即違背行政法之原則，亦屬違法，行政法院亦認高雄市政府之廢止處分已超越行政裁量範圍構成濫用權力之違法（行政法院八十三年度判字第一八八一號判決參照）。高雄市政府所辯其廢止行政處分，並非違法而被撤銷云云，要不足採。高雄市政府公務員原已依法核准泉發公司之上開證明書，應注意廢止該授益處分之要件，竟疏未注意，逕廢止該處分，自有過失。從而，泉發公司以高雄市政府之公務員執行職務行使公權力廢止上開證明書時，因過失不法侵害其權利，依國家賠償法第二條第二項規定請求高雄市政府賠償損害，即屬有據。」另有關撤銷訴訟被駁回者如最高法院 88 台上 2625 號判決：「...系爭專利權之撤銷，既經行政院為實體上審查，終局的認定不符新型專利之要件，而按舊專利法第一百十條準用同法第六十三條之規定，新型專利權經撤銷者，專利權之效力，視為自始即不存在。從而本件上訴人依國家賠償法第二條第一項規定，請求被上訴人負損害賠償責任，即非有據，爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法尚無不合。」等

（二）否定行政法院訴訟之判決之拘束力

民事法院就事實之認定部分向來主張：「刑事判決所為事實之認定，於獨立民事訴訟之裁判時本不受其拘束，上訴人所提之附帶民訴，既因裁定移送而為獨立之民事訴訟，則原審依自由心證為與刑事判決相異之認定，即無違法之可言」[296]，但就行政法院判決之部分未如對刑事法院般明白的指明不受拘束，臺灣高等法院 95 上易字第 401 號判決中則提到：「(四)臺北高等行政法院雖以被上訴人提出之社區住戶同意變更此部分設計之書面僅有八份，

[296] 參見最高法院 50 台上字第 872 號判例、69 台上字第 2647 號判例、88 台上字第 374 號判決、92 台上字第 2064 號判決等。

而此一社區為近 200 戶之大社區，以如此少數住戶之意見作為變更設計之理由，而不問大多 數客戶間之感受，此等決策過程之粗糙與率斷，不足以動搖其「大昌公司在制作（或委託他人制作）廣告時，具有不實廣告違章故意」之事實認定等語。**但行政法院判決所為事實之認定，於為獨立民事訴訟之裁判時本不受其拘束**，本件變更設計及施作縱然未經全體住戶多數同意，但被上訴人依兩造買賣契約之約定，本有修改權限，且變更結果，亦與系爭不動產之價值不生影響，有如前述，難謂被上訴人就關於「龍吟流泉、映月水塘」之給付，有何不符契約本旨之情事，上訴人本於行政法院之判決，主張被上訴人違約云云，自無 從採取。」而在國賠案件中，據本文所查自 1996 年後之判決，最高法院或高等法院尚無直接明白表示不受行政法院撤銷判決所拘束者[297]，至多論及該撤銷判決之效力是否及於公務員之故意或過失要件之部分。果如此，則可謂行政法院撤銷判決之具有拘束國家賠償法院之效力已為實務所肯定。

參、本文見解

一、源自訴訟權保障之既判力制度

既判力之禁止重複起訴與禁止判決歧異之效力，並非僅係個別訴訟法避免司法資源浪費與裁判矛盾之技術性要求，而係實現憲法所保障之訴訟權所必須。亦即，憲法所要求之訴訟權保障必須是具有時效性的，換言之，經獨立之法院以公正之程序賦予當事人充分之程序保障後，就該訴訟之結果應予以終局性之維持，對於該結果禁止為判決之法院或是受判決之當事人再為不同於該結果之主張或足以動搖該判決結果之主張。其他法院或是國家機關處理該判決所確定事項為基礎之事件時，即使法院係依法獨立審判，但在該終

[297] 以司法院裁判書察系統檢索，案由輸入：國家賠償訴訟、關鍵字：獨立審判&行政法院、獨立審判、民事訴訟裁判時不受拘束、違法性二元論、判決字號、日期均空白，最後造訪日期：20090614。。

局判決在未被撤銷前，其本身所認定之權利義務關係及成為本案審理法院所應適用之「法」，此點不惟在同一審判權下如此，即便不同審判權之法院亦應如此，禁止法院對於既判事項，另就所調查之事實另為實質判斷，其乃係在避免裁判矛盾背後之訴訟權保障實效性遭到侵害，亦即在紛爭解決與追求真實間，立法者既已透過再審之要件予以調和，則僅有在符合該要件之情形下使得動搖該終局判決之結果，就此而言，即不允許同一審判權體系或是不同審判權體系下之法院以依法獨立審判，就相關事實得自為認定為由推翻前訴法院之認定。

二、自法院專業分工優先考量之訴訟制度設計

（一）多元救濟途徑之提供與選擇

現在法治國家中，基於法治主義之要求，人民權益如因第三人或國家行為而受有損害時，原則上應提供完整而無漏洞之救濟管道[298]。我國法上採取公、私法區分理論並異其救濟程序與審理法院[299]，其不採由統一之法院適用單一之訴訟程序，乃係基於事件性質本質上之差異，其紛爭解決應有不同之原則與理論，並透過專業分工之方式交由特定之法院審理之方式，累積與發展最適切之訴訟運作方式，亦及專業分工之制度設計乃系立法者所欲設最適且之權利救濟制度，且有其對於有限之訴訟資源分配上之考量，原則上即應優先依就審判權之歸屬為救濟途徑之選擇。但亦須注意隨著實體法上公私法性質區別越趨模糊，或事件性質本身及混和公私法在內，導致在具體個案中不免有難以判斷之情形，各法院間亦有可能有不同之見解，對此在訴訟制度之設計或運作上即應有對於訴訟標的法律關係性質難以區別或見解歧異時之

[298] 參見劉宗德（2009），〈國家賠償及損失補償〉，收錄於《制度設計型行政法學》，頁 275。
[299] 行政訴訟法第 2 條：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」

解決方式，前述之司法院大法官釋字第 540 號、行政訴訟法於 2007 年 7 月增訂第 12-1、12-2 條及民事訴訟法於 2009 年 1 月增修第 31-1[300]、31-2[301]、182-1[302]條，即係就有關訴訟標的性質不明確導致審判權歸屬可能產生之衝突所設之處理方式，亦即透過「優先原則」、「審判權爭議之判斷拘束力」、「跨審判權之移送制度」等方式，除使不同審判權之法院對於爭訟之標的性質之判斷，亦得拘束他法院亦避免因訴訟標的法院關係性質之認定歧異產生同一事件重複審理或是排除人民提起訴訟救濟之可能外。亦表示法院等價、審判權等價原則之確立[303]，亦既審判權劃分救濟途徑之確定，不容許法院間有不同之歧異。換言之，上開衝突解決機制均係建立在審判權專業分工下而來，立法者在歷次修法後，不採取始審判權劃歸單一之方式避免歧異，而係透過上述之方式來解決，更足以肯定專業分工之考量有其必要性與重要性，固在探討關議題與適用法規時，審判權之專業分工應優先被考量。

（二）訴訟審理中

[300] 參見民事訴訟法第 31-1 條「起訴時法院有受理訴訟權限者，不因訴訟繫屬後事實及法律狀態變更而受影響。（第 1 項） 訴訟已繫屬於不同審判權之法院者，當事人不得就同一事件向普通法院更行起訴。（第 2 項）」

[301] 參見同法第 31-2：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。（第 1 項） 普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。（第 2 項） 前項裁定，得為抗告。（第 3 項） 普通法院為第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見（第 4 項）。第 29 條、第 31 條規定，於第 2 項之情形準用之。（第 5 項）」。

[302] 民事訴訟第 182-1 條：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。（第 1 項）經司法院大法官解釋普通法院無受理訴訟權限者，普通法院應將該訴訟移送至有受理訴訟權限之法院。（第 2 項）第一項之合意，應以文書證之。（第 3 項）」

[303] 參見最高行政法院 97 裁自第 4745 號裁定：「…五、按何類訴訟事件屬於民事法院或行政法院之審判權限，乃是公、私法二元分離、審判權限分屬不同法院之司法體制下，所滋生之問題。基於憲法所保障之人民司法受益權，此種法律制度所衍生之問題，其不利益不應由人民承擔，而基於「法院等價」或「審判權等價」，一訴訟事件法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他不同審判權之法院受該裁判之羈束。95 年 8 月 15 日修正施行之行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定：行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。即是本於上揭意旨而制定。」

現行法下雖未就不同審判權間效力之問題作出具體規範，惟自行政訴訟法第 107 條與民事訴訟法第 249-1 條就起訴合法要件，均有排除訴訟標的為確定判決之效力所及者之規定，解釋上確定判決並不以同一審判權體系之法院為限[304]。再者，行政訴訟法第 12 條、第 177 條及民事訴訟法第 182 條分別定有當本案事件涉及以他訴訟之法律關係是否成立為據者，本案應或得停止訴訟程序，其立法之目的即在於避免裁判歧異[305]，惟單純停止訴訟程序尚不足以達成該立法目的，其前提必係建立在對於他審判權法院判決效力之承認[306]，則當構成本案之先決問題之爭點，如經他審判權法院予以終局之確定，如在後訴允許再為爭執或另為實質之判斷，則不免出現認定歧異，以致前訴訟中欲達成終局解決紛爭之目的即有可能受到影響，換言之，既判力之作用不惟僅係禁止就同一事件再行起訴，尚且需在以該既判事項作為前提問題時，亦應產生一定之拘束避免後訴為歧異之判斷，其目的即在於確保權利救濟之實效性，則不僅同一審判權體系下之受訴法院受其拘束，不同審判權體系下之法院亦應同受拘束。從而當行政法院既判事項作為民事法院審理之先決問題時，民事法院即應受行政法院判斷之拘束，此不為是專業分工之考量亦係既判力之作用所致。

三、行政處分違法性為國家賠償訴訟之先決問題

[304] 參見臺北高等行政法 96 訴更二字第 127 號裁定：「（5）…而，就同一司法權領域之範圍，法院的地位皆屬相同（法院等價原則），法院於權限有無如有爭議，一但經判決確定者，不同體系之法院仍應予以尊重。本院認為即使行政法院與普通法院對特定案件之審判權看法不同，亦不能視為屬於適用法規顯有錯誤，而主張不受其拘束。」，該見解並為上訴審之最高行政法院以 97 裁字第 4745 號裁定所維持：「五、…，本件訴訟與上該民事訴訟顯為同一事件，抗告人就同一事件再向行政法院起訴，原審法院依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 9 款之規定，裁定駁回其訴，經核並無不合。」

[305] 參見劉宗德（2009），前揭書（註 298），頁 447、467。

[306] 參見前引之最高法院 93 台上 2014 號判決。

實務上最高行政法院 95 年判字第 253 號中提到：「...行政訴訟法第 12 條規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」係針對行政處分成為他種訴訟之先決問題而設。倘行政處分合法性成為訴訟標的，並經行政法院判決確定者，民事法院應受其拘束，固不待言，然若未經行政法院判決者，民事法院應自行判斷；**若當事人已起訴於普通法院，亦不得就此另行請求行政法院確認行政處分是否違法。況嚴格言之，依行政訴訟法第 12 條文義觀之，尚難謂其有意建構所謂「首要權利救濟之優位原則」。又民事法院依國家賠償法第 2 條第 2 項規定，於審究是否構成國家賠償責任時，所涉及行政處分違法性之判斷，實屬國家賠償訴訟之本案問題民事法院當有權自行判斷**，從而，以上訴人提起本件訴訟欠缺確認利益為由，駁回上訴人原審之訴。」將構成國家賠償法請求權基礎之處分違法作為本案問題而非先決問題，故係為確認審理國家賠償訴訟之民事法院得對行政處分之適法性亦有審判權限，然而，此之主張似與一般先決問題之認定有所差異，蓋所謂先決問題者，乃係相對於本案之「主要問題」而言，如無主要問題及無先決問題可言，先決問題與主要問題之介定應視個案決定之，請求裁判之訴訟標的法律關係存否即為主要問題[307]，而言國家賠償訴訟中之主要問題應係指國家賠償請求權是否存在而言，而構成國家賠償請求權之各個構成要件事實則為其攻擊防禦之對象，而行政處分之違法性既為國家賠償請求權基礎之構成要件之一，具有緊密之關連性，則就該問題之爭議應屬國家賠償請求權是否存在之先決問題而非本案問題，就此而言，上開見解恐有斟酌之餘地。

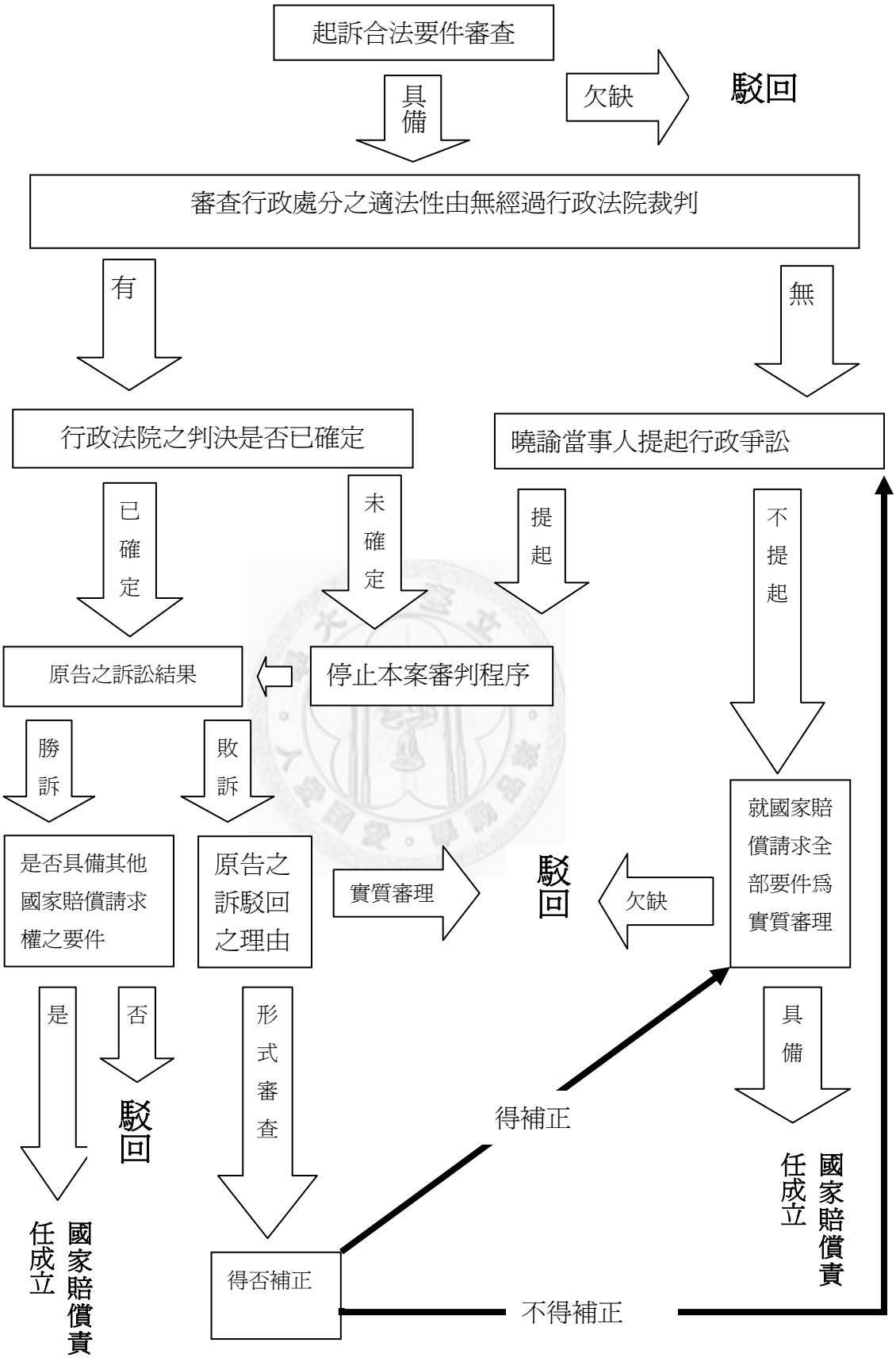
[307] 參見陳敏（2008），前揭書（註 216），頁 1518-1519。

再者，即便承認受理國家賠償訴訟之民事法院得審理行政處分之違法性爭議，但並不代表當事人已就該爭議提起行政訴訟時，民事法院仍得自為判斷，在專業分工優先之考量下，僅有當事人有亦不循該行政爭訟途徑或以不能循該爭訟途徑時，始得例外就該爭議為審理，因而，就系爭處分之違法性應優先由行政法院為審理，另一方面，對於行政法院審理之結果民事法院亦應受其拘束。

綜上，就國賠訴訟與撤銷訴訟而言，二者均係基於行政處分違法且侵害人民權利而來之救濟途徑，具有相同之制度目的[308]，且其撤銷訴訟違法性之違法性與國家賠償訴訟之不法具有相同之內涵，已如前述，而作為國家賠償訴訟之先決問題之處分違法性，亦係撤銷訴訟中訴訟標的之一部而為既判力所及，對於本案（國家賠償請求）而言當事人相同而無程序保障侵害之問題，當事人受該撤銷訴訟判決所拘束有其正當性基礎，因此當事人本不得為相反於該既判事項之主張，法院本專業分工之考量亦不得再為實質之認定，故無論就兩訴訟之制度目的、功能分配著手，在就前訴之訴訟標的內容為何探就既判力之客觀範圍為何，以及其於後訴之地位，即便沒有法律明規定，國家賠償訴訟中法院及當事人均應受撤銷訴訟判決所認定之事實與法律見解所拘束。至於其後是否成立國家賠償請求，仍應具備其他要件自不待言，特別是涉及裁量處分時，為處分之公務員是否有故意或過失仍有詳就之必要[309]。

綜上，本文以為當人民對於違法之行政處分提起國家賠償訴訟時，民事法院之審理流程應如下圖：

[308] 參見比山節男（1989），〈抗告訴訟と国家賠償請求訴訟の機能的役割分担:民事訴訟法学における争点効理論を参考にして〉，刊載於《六甲台論集》第 36 卷第 3 号，頁 26。
[309] 參見最高法院 92 年台上 552 號關於出版品管制處分所爲之判決意旨。


起訴合法要件審查
具備
欠缺
駁回
審查行政處分之適法性由無經過行政法院裁判
有
無
行政法院之判決是否已確定
曉諭當事人提起行政爭訟
已確定
未確定
提起
不提起
原告之訴訟結果
停止本案審判程序
勝訴
敗訴
是否具備其他國家賠償請求權之要件
原告之訴駁回之理由
實質審理
駁回
欠缺
就國家賠償請求全部要件爲實質審理
是
否
駁回
形式審查
具備
得補正
國家賠償責任成立
國家賠償責任成立
得否補正
不得補正

第三節　國家賠償訴訟中對行政處分違法性判斷之拘束力

如前二節所述，行政處分是否違法原則上應先經由行政爭訟程序與已確認，且受理國家賠償訴訟之法院更應受其判斷結果之拘束已如前述，惟在例外之情形下，尚非不允許當事人跳過行政爭訟程序而直接向民事法院提起國家賠償訴訟，惟此時有疑問者為審理國賠訴訟之民事法院就否得就行政處分之效力或是適法性為審酌，又如前述問題之答案為肯定時，民事法院就該行政處分之效力或是適法性之判斷有無拘束力，特別是能否拘束行政法院則為本節討論之重點，再者，就行政處分之適法性或效力之爭議，受理國家賠償之民事法院能否提起中間確認之訴，亦有加以探討之必要，詳見後述：

壹、行政爭訟優先原則與國家賠償訴訟法院之審判權限範圍

一、已先提起行政訴訟再提起國家賠償訴訟

當國家賠償訴訟之提起基於違法之行政處分所造成之損害時，該行政處分之適法性爭議即為本案之先決問題，已如前述。而基於審判權專業分工之考量，就涉及行政處分效力之爭議問題，即便不採取我國學說上主張之第一次權利保護優先性原則，其效果得排除第二次權利保護，然就行政訴訟第 12 條之定立過程以觀，行政處分之爭議依應優先由行政法院為審理，應無疑義。[310]故當國家賠償訴訟提起時，有關之行政爭訟程序已經開始者，依行政訴訟法第 2 條第，民事法院對該先決問題之公法上爭議原則上並無審判權，依行政訴訟法第 12 條第 2 項之規定「應停止」其審判程序[311]，並待該院終局之裁

[310] 參見劉宗德（2009），〈行政訴訟法第 12 條、第 177 條解說〉，收錄於《制度設計行政法學》，頁 447-456。

[311] 參見劉宗德（2009），前揭文（註 310），頁 459-460。

判結果再為本案之審理[312]，如行政法院審理之結果判決原告勝訴，即該處分違法且侵害人民權利應予以撤銷，則係爭處分違法且侵害人民權利即為該判決既判力之客觀範圍所及，因此，對於後訴之國家賠償訴訟之法院及當事人而言應受既判力之效力所拘束，不得再為相反之主張，法院亦不得再就此為實質之認定，法院僅得就該既判力基準時候之事實與法律狀態審酌，在未有變動之前提下需以之為基礎進行本案之審判，換言之，在事實與法律狀態為有變更下，即應審查其國家賠償請求權之構成要件是否存在，並決定賠償之方法與範圍[313]。反之，當原告請求之行政爭訟敗訴時，如係因形式要件之欠缺，則因該判決並無既判力，則應視其可否補正而亦其程序，如可補正，則受理國家賠償之法院即應曉諭當事人予以補正後再向行政法院請求實質審理，以確定該處分之適法性爭議；當不可補正，或經法院曉諭後當事人明白表明不欲再向行政法院起訴時，則與提起國家賠償訴訟時並未提起或以不能提起行政爭訟之情形相同，就此留待後訴討論。惟當行政法院經實質審理後，認為該處法係適法的，則人民即必須忍受該行政處分所形成之規制，對該規制所造成之損害亦應被評價為法所允許者，故本案法院亦應因該駁回判決之既判力，認該處分係適法或未侵害人權利，國家賠償請求權之構成要件不該當，而應駁回原告請求國家賠償之訴[314]。

二、國家賠償訴訟進行中尚未提起行政爭訟

由於行政法院就行政處分效力之審查具有優先權限，原則上民事法院審理案件涉及處分之爭議時即應民事訴訟第 199 條為闡明，曉諭當事人就該爭議應循行政爭訟途徑予以處理，實務上最高法院亦採取相同見解，甚至而認

[312] 參見陳敏（2007），《行政法總論》，頁 1174-1175。
[313] 參見陳敏（2007），前揭書（註 312），頁 1175。
[314] 同此結論，參見陳敏（2007），前揭書（註 312），頁 1175。

如未為此項闡明，其程序即有重大瑕疵，所為之判決係為背法令，例如前曾引之最高法院 96 台上 1959 號判決中即指出：「至於行政訴訟法第 12 條第 1 項、第 2 項規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」，其立法目的係為防止對於同一基礎事實所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟，由於不同法院對事實認定歧異，致生裁判結果互相牴觸之情形而設，並非因此剝奪人民之民事或刑事訴訟權。故民事之裁判，如以行政處分是否無效或違法為據者，苟行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長即應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。若當事人已表明不循行政爭訟程序請求救濟，或捨棄該行政程序救濟之途，而選擇逕行提起民事訴訟請求國家賠償者，民事法院固不能否認該行政處分之效力，然究非不得就公務員為該行政處分行使公權力時，有無故意或過失不法侵害人民權利之情事，自行審查認定。原審未詳加研求，遽認人民權利受公權力侵害，應先訴請行政法院審查公權力行為是否合法後，始得提起國家賠償訴訟，而為不利於上訴人之判決，依上說明，其法律見解已屬可議，且原審未經行使闡明權，曉諭上訴人得就前開行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之，或詢明上訴人是否捨棄行政爭訟救濟之途，即駁回上訴人請求國家賠償之訴，其訴訟程序亦難謂無重大瑕疵。基此所為之判決，自屬違背法令」[315]。

[315] 相同見解，最高法院 95 台上 2333 號判決，另涉及行政處分但非國家賠償訴訟者，亦有採取此一見解，參見最高法院 97 台上 2274 號有關請求撤銷土地所就權登記之判決中即指出：「…按民事訴訟之裁判，凡以行政處分是否無效或違法爲據者，應由認定先決事實之行政法院爲裁判後，以該確定裁判所認定之事實供爲民事法院裁判時認定事實之依據，俾防止不同法院裁判結果互相牴觸之情形發生。倘前開行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就前開行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。審判長如違背此項闡明之義務，就該先決事實自行加以認定而資爲實體判決之依據者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所爲之判決，亦屬違背法令。」

惟應再進一步探討者為，當事人因審判長之闡明而提起行政爭訟已確定該爭議時，法院原則上應停止訴訟程序，但此時就應係基於行政訴訟法第 12 條亦或民事訴訟法第 182 條第 2 項，即可能產生疑義，蓋依行政訴訟法第 12 條第 2 項者民事法院乃應停止訴訟程序，而依民事訴訟法第 182 條第 2 項準用第 1 項之規定，其法律效果為得停止二者法律效果有別，此外民事訴訟法審理國家賠償案件時，能否適用行政訴訟法之程序規定亦不無疑問[316]，學理上即有主張有關行政訴訟第 12 條應有兩種思考模式：其一為「行政處分效力或瑕疵論模式」，即自行政處分之效力主觀與客觀範圍出發，行政處分之效力範圍不僅對於處分相對人發生，對於其他機關或法院之效力問題亦包括在內，此實係基於日本早期自實體法理解行政處分之公定力概念來而[317]。換言之，以行政處分效力來決定行政法院與普通法院之權限劃分，即當行政處分具有重大明顯之瑕疵而無效時，則無拘束普通法院之效力，但於其他情形，因行政處分雖有瑕疵但未撤銷前仍為有效，得拘束普通法院，此時普通法對之即無審判權。其二為「不同系統法院審判權劃分或裁判矛盾防止模式」，此為目前日本多數說將行政處分之公定力求諸於撤效訴訟之排他性，以及德國有關行政處分效力討論而來。換言之，目前日本對公定力之概念純粹以訴訟之觀念予以解釋，已於第三章說明。而德國法上則以行政處分之構成要件效力或是確認效力，來說明行政處分對於原處分機關以外之國家機關之效力問題。為不論何者，其根本上係立於國家機關間權限之劃分與制衡而來[318]。惟於行政訴訟法第 12 條下，似否認瑕疵論之存在可能，亦即無論是以處分或是無效為先決問題，均應提起行政爭訟加以解決。

對此，本文以為解釋上可能之方式為，民事法院原則上應適用民事訴訟法之規定，而行政訴訟法第 12 條之應停止之法律效果則應視為民事訴訟第

316 參見劉宗德(2009)，前揭文(註 310)，頁 456-457；陳敏(2007)，前揭書(註 312)，頁 1520-1521。
317 參見劉宗德（2009），前揭文（註 310），頁 462。
318 參見劉宗德（2009），前揭文（註 310），頁 462-463。

182 條第 2 項但書之法律別有規定[319]。此外，如採取實務之見解，法院之闡明為其義務，違反時其程序及重大瑕疵，其意味審判權劃分在程序上係屬重要，法院對該爭議原則上應由據審判權之法院為審理，為避免一方面必須為闡明，當事人提起行政爭訟後，另一方面卻又得自為裁判，徒增裁判矛盾之風險有損司法威信，此時，縱不適用行政訴訟之規定，亦應認為法院在當事人提出行政爭訟後，即應停止本案之審理程序[320]。

三、未提起行政訴訟、已不能提起行政爭訟

學說上有主張在尚未開始有關之行政爭程序之前，民事法院仍得就該先決問題自為審理，惟原則上僅限於行政處分無效之情形，蓋無效之處分自始為無效，任何人及任何機關均得主張該處分無效，但當行政處分並非無效時，縱其違法再有權機關撤銷之前仍為有效，民事法院原則上不能否認其效力[321]，但例外因不可歸責之事由導致未依限提起行政爭訟，導致錯失第一次權利保護之機會時，如不允許其提起國家賠償訴訟，即有違第一次權利保護優先之法律精神，此際即民事法院係以該行政處分為行政機關之行為結果，審查其是否違法而非審查其法律效力，就此尚不致侵犯行政法院之審判權[322]。亦有主張行政訴訟法第 12 條之適用應與德國法制度相同解釋，亦即行政處分合法性成為訴訟標的經行政法院裁判確定者，民事法院應受其拘束，若未經行政法院裁判者，民事法院應自行判斷[323]。實務上於前曾引之最高行政法院 95 判字第 253 號判決中指出：「…惟若行政處分之合法性本身即為民事事件

[319] 有學者認爲行政訴訟法第 12 條可作爲民事訴訟法第 182 條之補充規定，參見沈冠伶（2006），〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作〉，收錄於《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 92。
[320] 相同見解，參見陳敏（2007），前揭書（註 312），頁 1176。
[321] 亦即不將行政訴訟第 12 條第 1 項認爲強制規定，參見陳敏（2007），前揭書（註 312），頁 1521。
[322] 參見陳敏（2007），前揭書（註 312），頁 1175。
[323] 參見吳庚（2008），《行政爭訟法論》，頁 9-10；徐瑞晃（2006），〈國家賠償訴訟與行政訴訟之關係〉，收錄於台灣行政法學會編《當事人協力義務／行政調查／國家賠償》，頁 477。

之訴訟標的，且未經行政法院判斷者，基於法律就該違法行政處分而生之損害賠償等事項，賦予民事法院審判權之本旨，民事法院就該行政處分合法與否應自行判斷，如當事人就該事件已向普通法院起訴，嗣再起訴請求行政法院確認該行政處分為違法，應認欠缺確認利益。」亦肯認民事法院本得就行政處分之為違法性與否為判斷。

學說上亦有主張當屬於某一審判權之訴訟標的，其先決問題卻可以獨立作為其他審判權之訴訟標的時，可能三種解決之方式：一、行政法處分之為性判斷專屬於行政法院，民事法院如認系爭行政處分具有違法性時，即應提指民事訴訟並提交行政法院，請求確認行政處分之違法性；二、先決問題得由訴訟標的繫屬之法院自行判斷，且當事人如已起訴於普通法院，即不得就該先決問題再向行政法院請求確認是否違法；三、先決問題雖得由訴訟標的繫屬之法院為判斷，但並不禁止當事人再向有審判權之他法院起訴，此時本案程序應先停止[324]。而我國法上基於行政訴訟法之立法目的在避免裁判矛盾，當行政法院就該爭點已經為確定裁判時，對於民事法院有確定力、拘束力；而國家賠償訴訟進行中，我國法上雖不採行政處分專屬於行政法院之立法例，但為避免裁判歧異以行政訴訟法第 12 條作為民事訴訟法之補充規定，民事法院應停止審判程序，待其結果並受其拘束；為我國現行法尚難導出民事法院全然不得就先決問題為審理之根據，是否停止民事訴訟程序，則需就重複審理及裁判矛盾之避免、訴訟經濟、權利有效救濟等相互衝突之利益為衡量[325]。

本文以為，就此一問題其實與前章所提及之行政處分構成要件效力與本章開頭之第一次權利保護優先性問題相同，均應自立法者所為之審判權線劃

[324] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 85-86。
[325] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 93-94。

分出發，原則上就行政處分違法性之爭議應由行政法院具有審判權，其他法院為審理時涉及行政處分之效力問題，應優先由行政法院為審理作出判斷，就此應認普通法院對該處分適法性爭議並無審判權，例外之情形則在立法者賦予普通法院就該行政處分之適法性有審判權限時，例如交通違規事件之裁決予違反社會秩序法之案件，此乃係立法者直接將上該行政處分之審查權限交由普通法院審理，此時即排除行政法院審理之可能。有爭議者即為國家賠償訴訟，蓋國家賠償訴訟固然如學者所主張乃係公法上之爭議，依行政訴訟法第 2 條原應由行政法院審理,但由於國家賠償法第 12 條之規定亦屬於行政訴訟法第 2 條之法律另有規定，因而其審判權限亦劃歸民事法院審理，惟不同於前開交通違規裁決事件等，直接將行政處分適法性及效力判斷之審判權限交由普通法院，國家賠償訴訟中立法者僅明示就國家賠償請求權之審判交由民事法院審判，至於成為其先決問題者為行政處分之適法性與效力爭議時，民事法院是否亦有審判權則不無爭議。

就此本文以為，國家賠償爭議本屬公法爭議，立法者既將劃歸民事法院審判,自應同時賦予與行政法院共享行政處分審查權限,惟二者間應如運作，有二種可能之解釋之方式：一為民事法院亦享有對該處分效力與適法性之審判權限，但係補充性之審判權限而非專屬之審判權限，亦即審判權共享但具有優先順序，當行政法院已開啟審查時，民事法院之審判權限即應受到行政法院之限制；其次，則係本於審判權專業分工之觀點，行政處分之審查權限專屬於行政法院，則民事法院原則上就該先決問題並沒有審判權限，例外當民事法院不能對該先決問題為審查時，等同拒絕其權利保護之情形，特別是在已無法進行第一次權利保護之情形下，至於是否限於非因過失而無法進行第一次權利保護途徑之情形，則視立法有無明文採取絕對之第一次權利保護優先原則。就上開二種解釋模式，第二種則較符合審判權專業化分之立法考

量，且亦足以正當化實務上當法院未為闡明時將構成重大程序瑕疵之見解。至於是否構成例外則可參酌前揭學者所提出之諸項價值如重複審理及裁判矛盾之避免、訴訟經濟、權利有效救濟等相互衝突之利益為衡量[326]

貳、中間確認訴訟之適用可能性

就涉及他審判權之先決問題，雖得由本案審理法院一併審理，已如前述，但當事人得否一如在管轄權劃分下，提起中間確認之訴以避免該爭點反覆再為爭執，則不無疑義，分述如下：

一、中間確認訴訟之性質

中間判決係相對於終局判決而來，其區分之標準主要在於法院之判決能否終結審級程序，中間判決僅能就訴訟進行中所發生之中間爭點為判決，並不就訴訟標的本身為判決，僅供終局判決之準備[327]。中間判決之制度目的在於防止訴訟之錯雜，於終局判決前就當事人間發生之爭執為判決，俾能準備為終局判決[328]，亦具有爭點整理之功用。再者，是否為中間判決法院有裁量權，且中間判決僅有拘束法院之效力，法院為終局判決時需以該中間判決為基礎，並不具有一般終局判決之效力（特別是既判力），對於中間判決不得單獨提起上訴或再審[329]。再者，得為中間判決者為各種獨立之攻擊防禦方法達可為裁判之程度者[330]，而學說上認為所謂獨立之攻擊防禦方法，係指「不待他項事項之補充，依該攻防方法即得使訴

[326] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 93-94。
[327] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 596。
[328] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 596。
[329] 參見陳榮宗／林慶苗（2008），《民事訴訟法(中)》，頁 596。
[330] 參見行政訴訟法第 192 條、民事訴訟法第 383 條。

訟發生勝敗者」，但於可為中間判決之情形，必為該獨立之攻擊防禦方法判斷之結果，不致使訴訟發生終結者，否則即應為終局判決而非中間判決[331]。而就國家賠償訴訟而言，如欲就行政處分之違法性爭議提起中間確認訴訟，請求法院為中間判決確認其效力，必定限於行政處分違法之情況，蓋如法院審理之結果認為行政處分係合法者，此時即應為原告之訴駁回之終局判決而非中間判決。

二、確認行政處分違法性之容許性

有論者[332]指出：德國法在以往之法律狀態下，通說及實務遵守「審判權與裁判權限對稱原則」，法院為裁判時不得超出審判權劃分之權限範圍，加上德國法院採取雙體訴訟標的理論（二分肢說之概念），對於屬於攻擊防禦方法之訴因，如屬於他審判權時，對該訴因即不得為本案裁判，另一方面該訴因亦不得單獨移送於審判權法院，同一事件亦無法再向他審判權法院起訴，法院就此部分僅能於中間判決或是判決理由中宣示其不合法不予審理，就此部分不生既判力，當事人僅得就剩餘之訴訟另向其他有審判權之法院起訴，造成單一請求之審判權之分裂，不符合訴訟經濟與有效權利保護。亦有認為對於先決問題之判斷認為屬於判決理由中之判斷，並無既判力，惟如提起中間確認之訴時即有既判力而不被允許[333]。其後則承認「基於實質關聯性理論」，認為不僅基於同一原因事實而同時構成不同之實體法上請求權之情形得一併審理，並且如內容上具有關連性，如中間確認之訴、反訴等均得為之，藉以解決上開一個實體關係卻拆解成由不同審判權法院審理之情形[334]。

---

331 參見陳計男（2000），《行政訴訟法釋論》，頁 510-511。
332 參見陳錫平（2006），〈審判權錯誤、爭議及衝突之研究〉，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 122-123。
333 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 94。
334 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 94-95。

就我國法而言，雖民事訴訟法上並無明文禁止於國家賠償訴訟就行政處分違法性之爭點提起中間確認之訴，係法院裁量之自由，惟行政訴訟法第 12 條第 1 項卻規定「以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序予以確定之」,就此似否定審理國家賠償訴訟之民事法院得就行政處分是否違法為中間確認判決。然行政訴訟法第 12 條之規定並不完全採取行政處分爭訟排他性之立法例，則不排除民事法院就該先決問題有審查之可能，已如前述，在加以中間確認之訴之目的乃在做為終局判決之準備，其本身並不具有終局判決之效力（特別是既判力）並不會拘束其他法院或是當事人[335]，即便法院作出行政處分違法之中間判決，亦僅拘束法院在最後為本案裁判時，須以該中間裁判為基礎僅有個案之效力，不致侵犯行政法院之審查權限與功能。基於法院之等價性以即便利人民一次解決紛爭，前開德國法例似得為我國參考作為依據。

參、審理國家賠償訴訟法院就處分違法性判斷之效力

如第三章所第三節所述，爭點效理論在我國學說或實務之發展上而言，已不是早期應否承認爭點效理論，而係走向在什麼要件之下應承認或是排除爭點效之建構，對於國家賠償訴訟中就處分違法性判斷，除得提起中間確認訴訟外，是否具有爭點效，得拘束其後提起行政爭訟時法院與當事人之主張，則為此處討論之重點，分述如後：

一、前提：闡明權之行使與先決問題審判權之取得

[335] 至於有無「爭點效」之問題則留待後述。

在討論國家賠償訴訟中，法院就行政處分之違法性有無產生爭點效之可能性之可能性，其前提問題為對該爭點有無審查之權限，則如前所述，原則上民事法院並無審判權限，僅於另外之情況下始自行為認定，亦即在當事人未曾提起行政爭訟或是已不能提起行政爭訟之情形，如拒絕審理系爭個案中處分之違法性，等同拒絕其權利救濟時，則應另外的肯認民事法院就該他審判權範圍內之爭點亦有審判權。惟在當事人能提起但不願提起行政爭訟時，法院應先行使闡明曉諭當事人就該爭點應提起行政爭訟確認之，亦即法院必須使當事人明瞭本案法院之審理其效力並不能使處分產生撤銷之效果，且相較於行政爭訟中之訴願程序，本案法院非但無從就其妥當性為審查，就違法性審查之經驗亦較行政法院為少、因怠為提起行政爭訟使損害擴大可能受到之影響以及其後之爭訟可能受到本案判決之爭點效所拘束等等制度與實際上之可能之問題，使當事人能充分衡量其程序成本（如使用法院之成本[336]、再起訴訟之成本、訴訟時間延長等）、接受法院專業審判之利益與紛爭解決一次性之利益，決定最適合實現其利益之救濟途徑。在當事人充分預見其可能之風險後，如仍不欲提起行政爭訟，則在現行法不採取強制之第一次權利保護優先原則下，民事法院並非不得為本案之審理，且此時基於權利救濟之實效性，或前開德國法制下之實質關聯性理論，亦應肯認民事法院於國家賠償訴訟中對於處分之違法性有審判權，得自為判斷。

[336] 就目前行政法院之設置而言，僅有北中南共四所，相較於普通法院而言，其使用法院之可能性即有所差異。

二、有無爭點效之判斷

（一）當事人已預見處分之違法性為重要之爭點

作為最上位爭點之法律關係，其構成要件通常情形為當事人之攻防重點，而行政處分之違法性者乃為國家賠償請求權之構成要件之一，其在實體法上具有緊密之關聯，一旦處分被認定為合法，原告之訴即將遭駁回之命運。

惟如前所述，判決理由中哪些部分可以在後訴中產生拘束力，尚應回顧前訴訟程序中法院及當事人具體之活動，對重要爭點之判斷並非以該爭點是否影響判決之結論[337]，而應以當事人就該爭點之判斷將產生拘束力是否可預見而不致生突襲性裁判，亦即應視前訴訟程序之爭點整理程序上之爭點特定、具體化至何程度而定，爭點界定的越具體越能在後訴中排除前訴中爭點為何之爭議。

（二）當事人曾為實際辯論而受到程序保障

判決理由中判斷拘束力之正當性與訴訟標的之既判力正當性基礎相同均立基於程序保障上，則前訴判決理由能在本訴中產生拘束力即係如同訴訟標的般充分地進行過攻擊防禦。故於一造辯論判決或捨棄、認諾判決，由於當

[337] 參見駱永家（1991），〈判決理由中判斷之拘束力〉，收錄於《民事法研究 III》，頁 45。

事人並未實際進行辯論應不生拘束力。此外，就自認之事實或簡化協議所為之裁判亦同，以避免當事人在前訴訟中程序中過度地進行爭執，反而造成訴訟之不經濟，亦有認為此係基於保障當事人就前提問題有不爭執自由之要求而來[338]。惟此點適用再為被告之行政機關即有調整之必要，蓋行政機關如認系爭處分違法且侵害人民權利，及於其依法行政之要求本應撤銷該處分，則行政機關未撤銷該處分之前提下，自必對處分之合法性惟爭執，且亦有義務對之爭執，因此當事人之一造為行政機關時，無以肯認其有不爭執之自由。

再者就注意前、後訴訟證據資料之蒐集方式有所差異，行政訴訟所採取者為職權探知主義，而民事訴訟為辯論主義，惟如前所述，在實際運作上經學者比較分析後可以發現差異並不十分顯著，對於公益之重要事項，民事法院亦非不得為職權調查[339]，就此應可肯認其程序保障基礎相同。此外，就特定爭點受不利益判斷之當事人，如因本案勝訴而使得該不利之爭點無法透過上訴救濟，則從訴訟制度係包含救濟程序以觀，似難謂其在前訴訴訟程序中已獲得充分攻擊防禦之機會，其正當性基礎即與訴訟標的之審理有所差異，惟姑不論審級救濟制度並非訴訟權保障之核心以為多號大法官釋字所確認，縱將審級救濟納入考量，使民事法院之判決理由對行政法院產生爭點效並不致有不公平之現象。

（三）法院為實際上之判斷

雖經法院為爭點整理後所確定之爭點，但未必均經法院一一為實際之審理、判斷，例如競合的幾個事由中，法院只須對其中之一個事由為判斷即能

[338] 參見駱永家（1991），前揭文（註 337），頁 47。
[339] 參見沈冠伶（2006），前揭文（註 319），頁 103-106。

作出本案之判決，則未經法院實際審理判斷之爭點即不能在後訴中產生拘束力[340]。故必須在國家賠償訴訟中，法院曾就處分之違法性為實際上之判斷使充足之，如法院僅就公務員之故意或過失即認定原告之訴無理由，此時，該判決之理由對於其後以行政處分之違法性對象之行政爭訟自無爭點效可言。

（四）前後二訴之利益相當

如前訴所爭執之利益太小，或是相較於後訴爭執之利益顯有差異時，難認有使當事人認真進行攻擊防禦之誘因存在，且為避免前訴訟過度訴訟造成對當事人之不利益，宜認為應排除該爭點具有拘束力[341]。這點在國家賠償訴訟上較無問題，蓋就爭點效之對象與行政爭訟之對象同為行政處分之違法性，前者係就違法且侵害人民人權利之行政處分所造成之損害請求填補，後者則為請求將該違法且侵害權利之處分予以消滅，並無前後二訴利益失衡之情形。

（五）無法適用法規顯有錯誤之情形

如前揭說明，原則上後訴法院並不需審酌前訴中具有拘束力之事實上爭點其判斷是否正確，而應著重在前開要件是否具備，然而在法律適用上係專屬於法院之職責，後訴之法官亦必須依法裁判，且正確地適用法律。因此，原則上受理前訴之法院所持之法律見解，對於後訴法院並無拘束力，以避免當事人可能因勝訴而無法以「適用法律顯有錯誤」為由提起再審之訴救濟卻

[340] 參見駱永家（1991），前揭文（註 337），頁 47。
[341] 參見駱永家（1991），前揭文（註 337），頁 47；黃國昌（2005），〈爭點效之第三人效力〉，刊載於《東吳法律學報》第十六卷第三期，頁 260 註 78。

須受其拘束之不合理現象，或因循再審程序救濟所產生之訴訟不經濟。

惟此須注意者為，當行政爭訟包含訴願在內時，由於訴願機關除得為適法性審查外，亦得為妥當性（適合性）之審查，因而對於訴願程序該爭點效即不即於妥當性之審查。

（六）當事人未提出新訴訟資料

實務上認為當事人如提出新訴訟資料，足以推翻前訴中對同一爭點之判斷時，該前訴就該爭點之判斷即不具拘束力[342]。此時即涉及爭點效與遮斷效之交錯，結論上，就同一爭點，前訴訟之判決理由中所為判斷之拘束力，其遮斷效基準時點與既判力遮斷效相同，均係以前訴訟事實審言詞辯論終結前已存在之事實為準。因此，上開見解於行政爭訟中即有調整之必要，蓋行政處分違法時之判斷基準時點，學說上有認為係原處分發部時之法律與事實狀態[343]，就二訴訟之判斷時點而言原則上應係一致，有問題者為有持續性效力之行政處分，其違法性與否判斷之時點係例外以事實審言詞辯論終結時為準[344]，則當民事法院判決後之法律或事實有變更時，即應排除爭點效始為妥適。

綜上，在受理民事法院就其所受理之國家賠償案件中得就作為先決問題之處分違法性為審查之例外情形下，從前開說明可得出，如其後仍得提起行政爭訟（如確認處分違法之訴），民事法院就系爭處分違法性之判斷，係屬判決理由中之判斷，基於法院等價與避免裁判矛盾，且前後二訴當事人相同並

[342] 參見最高法院 97 年台上字第 2688 號裁定、最高法院 97 台上字第 2376 號判決及前開所舉 96 台上字第 1782 號判決等。
[343] 參見吳庚(2008)，《行政爭訟法論》，頁 264-265。
[344] 參見吳庚(2008)，前揭書（註 343），頁 265。

無會有侵害其程序保障而有不公平之現象，應可肯認得對行政法院有爭點效，當事人即不得為相反之主張，法院亦受其判斷拘束。從另一面而言，使其受拘束亦可以在選擇不依循第一次權利保護優先性之救濟途徑時之法律效果之一。

第五章　結論

綜上，本文自第一章提出問題意思後，分別在第二章至第四章中以比較法之觀點，逐一對現行二元審判體系之形成背景、我國憲法對於訴訟權保障之要求與設計、現行法對於二元審判體系矛盾防止之制度設計、不同審判權法院判決在他審判權法院中如何產生拘束力，以及前開理論在涉及立法者將公法事件劃歸民事法院審理之國家賠償訴訟中應如何運作，提出本文之分析，並歸結出下列幾點結論：

一、憲法上訴訟權保障之規定極為抽象，其核心內涵如何有待學理及實務運作形成，就當前我國學理與釋憲實務之主張，應包含有：在訴訟前階段，法院應提供人民權利受侵害時均有獲得救濟之可能，亦即國家應提供人民無漏洞之權利保護，在審判權分立之制度須建立在無漏洞之權利保護之下，並應確保不致因審判權之劃分造成人民提起權利救濟之障礙；在進訴訟程序進行中，基於聽審請求權及正當程序請求權為核心之程序保障，審理案件之法院組織應符合憲法上法定法官、依法獨立審判之要求、程序之設計與進行必須適時、適切且公正，並注意當事人程序地位之平等，但應提供多少之審級救濟制度以及救濟程序之分配，涉及有限之司法資源分配，立法者享有優先形成自由；最後，在提供全面之救濟途徑以及適正之審理程序後，就該訴訟之結果應確保其具有實效性，使紛爭能終局得透過訴訟獲得解決與確保，亦即，確保訴訟結果之利益，亦為訴訟權保障之內涵，既判力制度即應建立在權利保障實效性之下。

二、現行憲法有關法院組織與審理程序之設計，應採取一元或多元之制度設

計，並無明文加以要求，而係賦予立法者優先之形成空間，立法者本於上開訴訟權保障之意旨，對於法院組織之設計、程序之設計與救濟途徑之安排雖得自為決定，但仍應受訴訟權與比例原則之拘束，亦即確權利救濟制度之提供是完整、公正且有效的，對於訴訟權行使之限制須其目的須正當，手段對於目的必須是適切、有效且合乎比例的。因而，立法者固然可以如現制將行政訴訟案件、民事訴訟案件分別劃歸由行政法院與普通法院為審理，亦非不得基於紛爭事件之需要，將行政訴訟事件與民事訴訟事件劃歸同一法院下審理，新設之智慧財產法院即為一例，換言之，將來應繼續維持多元之審判組織或是回歸一元之組織體制，憲法本身並無一定之拘束，多元或一元組織體制各有其運作之方式與優缺點，應委由立法者綜合各種因素後，為最適切之決定，當前體制設計本身不能說其有違憲法之本意，但應注意多元體制之設計與人民權利保障之關聯。

三、有關審判權之劃分，原則上係由訴訟標的之法律性質為判斷之依據，亦即在實體法採取公、私法區別下，有關公法所生之爭議由行政法院審理、私權關係所生之爭議由民事法院審理，基此劃分，在設計上二者之組織、訴訟程序應符合其制度上之特徵，事件性質之爭議應有解決機制，且對於他法院審判權範圍內之決定，自應相互尊重，惟當因爭議之法律事實同時橫跨公、私領域，造成某一爭點均有表明其見解之可能時，基於法安定及防止裁判矛盾之要求，亦應有解決之道：在起訴階段，對於訴訟標的同一產生積極衝突時，以「優先原則」與「審判權恆定原則」處理之，亦即先受理之法院認其有審判權時，得優先審理，且其判斷得拘束其他審判權法院；如係消極衝突之情形，則應以「移送制」代替「駁回制」以避免因法院見解歧異造成人民權利保護之漏洞。另雖實定法賦予

當事人於一定要件下，享有擇定審判權法院之程序選擇權，但在適用時，不應單純考量當事人之合意，同時應將審判權專業分工之制度目的納入考量，避免當事人濫用。

四、基於訴訟權保障之實效性，要求人民對於紛爭提起訴訟並經法院予以判斷作成終局之裁判後，對於訴訟標的法律關係因判決而確定之利益，不允許受判決效力所及之人，再透過其他訴訟之方式反覆再為爭執，就同一訴訟標的再行起訴者，應受到既判力之反覆禁止效之拘束；於以該判決為前提問題之爭議為訴訟標的起訴時，則應受到既判力之禁止矛盾效力所拘束。且自法院等價原則、審判權專業分工之制度目的，司法裁判就紛爭之解決應視為一個整理的作用，當紛爭事件因審判權之劃分而分別應歸屬於不同審判權之法院時，對於各該審判權法院就紛爭之一部，擇定特定之訴訟標的起訴於該審判權法院時，原則上應由該審判權法院為優先審理，行政訴訟法第 12 條、第 177 條及民事訴訟法第 182 條等之設計即係基於此而來。準此，應肯認當本案審理法院就訴訟標的有關之前提問題，涉及應歸屬於他法院之審判權，而本案審理法院對該爭點並無審判權時，當他法院之以之為訴訟標的進行攻擊防禦與審理，並作成終局決定後，原則上本案審理之法院對於他法院之判斷應予以尊重，並以之為基礎進行審判，亦即，應承認既判力具有跨審判權體系之拘束力，此不僅係審判權分工下權力相互尊重之要求，更是基於憲法訴訟權實效性而來，法院就特定紛爭作成之判斷，應有終局解決紛爭之效力，不容再透過同一審判權體系之他法院或不同審權之他法院再為爭執。

五、自撤銷訴訟之構造以觀，行政處分之作成乃係行政機關基於法律之授權所為權力之行使，在符合法律所定之實體與程序要件下，得就具體事件

單方產生具有法效性之規制，人民並因而有忍受之義務。而撤銷訴訟乃民對於行政機關之處分及其所形成之規制認為其違法且侵害其權利，而以之為訴訟標的向法院請求救濟之方式，亦即，撤銷訴訟之訴訟標的應包含有系爭處分違法且侵害其權力之主張，以及該處分形成規制之生活事實。而原告勝訴時，法院透過具有形成效力之判決，將行政處分所形成之規制予以排除，使其回復原狀至處分不存在之狀態，且為使權利救濟具有實效性，避免行政機關於處分經法院撤銷後，在事實與法律狀態未有變更之情況下，反覆再為相同之處分。另行政法院就訴訟標的所為之判斷，亦應具有既判力，在該基準時點前所存在之事由均為該既判力所遮斷，換言之，凡作成處分之理由，或是例外基於行政效能之確保與程序經濟之促進，得於撤銷訴訟中追補之理由，均屬既判力拘束之範圍。而該既判力之作用除展現在後訴之行政處分反覆禁止外，主要在於國家賠償訴訟之就行政處分違法性之認定，並且自撤銷訴訟與國家賠償訴訟之制度目的、功能分配、訴訟標的之關聯性而言，撤銷訴訟中就處分違法所為之認定，不論係基於程序要件欠缺或實體要件欠缺都宣示人民並無忍受該處分之法律上義務，就該處分產生之損害自非其於法律上所應忍受者，違法性二元論之論點並不足採。

六、當問題反過來由民事法院先行政法院後之情形下，民事法院對於同一爭點之判斷是否拘束行政法院，則不可一概而論，特別是涉及行政處分之式法性問題時，將牽涉到行政處分之構成要件效力（公定力）之爭議，而問題之解決自構成要件效力本身並無法得出普通法院是否應受到行政處分所拘束之結論，蓋就權力分立之權利相互尊重而言，國家分官設職在其權限範圍內之決定應受他國家機關之尊重，就此而言故可得出普通法院應受行政處分效力之拘束，然而就權力分立原則下之權利相互制衡

而言，行政與司法間之制衡上應受立法者之安排所拘束，蓋立法者就爭訟程序本享有之形成自由，事件審判權之歸屬立法者得不依公私法區別而另未安排，故行政處分對於普通法院之構成要件效力，尚應視立法者審判權劃分之決定而定，亦即應自撤銷訴訟之排他管轄並輔以瑕疵行為理論來觀察。當立法者決定某個法院就事件中有關行政處分之效力有權審查，一經定為法律，該法院即不受行政處分構成要件所拘束，並且亦得排除該處分所形成之規制。除此之外，原則上基於權力相互尊重，其他法院或行政機關應受該行政處分所拘束，例外當法院拒絕對該處分之適法性為審理時，將使審判權劃分給該法院之目的或形成拒絕人民權利保護時，則應肯認其得審查行政處分之適法性爭議，惟原則上不具有消滅該行政處分之規制之效力。至第一次權利保護優先性原則之爭議，更應由行政處分審查之排他性來觀察，亦即是立法層次之問題，立法者享有決定人民救濟途徑選擇在未侵害訴訟權核心與違反比例原則下，自得有所限制，惟在現行法下，尚無法得出違反第一次權利保護優先性原則即得排除第二次權利保護優先性之效力之餘地，但對於不經第一次權利保護途徑即為第二次權利保護之請求，雖不影響其賠償請求權之成立，但就其損害範圍之認定，有適用民法與有過失法律效果之可能。換言之，二救濟途徑各有其不同之功能，當事人的自得依其起訴之目的為選擇，為法院基於憲法所保障之聽審請求權，有義務闡明曉諭當事人最適切之救濟程序，以有效達成紛爭之解決目的。

七、國家賠償訴訟對於行政處分違法性之審查權限具有補充性，原則上有提起行政爭訟時，依行政訴訟法第 12 條與民事訴訟法第 182 條之規定即應停止其審理程序，且須以該行政爭訟審理之結果為本案判決之基礎。當事人能提起而未提起時，法院有闡明之義務。在當事人已無從提起或明

示不願另行起訴時，民事法院及的就處分之違法性自為判斷，就該為判決理由中之判斷，雖無既判力，但民事法院既有權為認定處分有無違法之認定，則為使其所為之判斷具有終局解決紛爭之效力，於後續得提起之行政訴訟訴前提下，應肯認爭點效理論適用之空間。

參考文獻

壹、中文文獻（依姓名筆劃及類別排列）

吳庚，《行政爭訟法論》，2008 年 8 月，4 版。

吳東都，〈論行政處分撤銷訴訟之訴訟標的〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，197 年 6 月。

沈冠伶，〈智慧財產民事訴訟事件與行政爭訟事件之統合處理〉，《法學新論》第 8 期，2009 年 3 月。

沈冠伶，〈民事判決之既判力之客觀範圍與爭點效-從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思〉，發表於 2008 年 12 月 13 日民事訴訟第 103 次研討會。

沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟分工與合作-專業審判與權力有效救濟間之選擇〉，《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，2006 年 3 月。

林明昕，〈「不法侵害人民自由與權利」作為國家賠償責任之構成要件要訴〉，台灣行政法學會編《國家賠償與徵收補償・公共任務與行政組織》，2007 年 7 月。

林明昕，〈論行政訴訟法與其他法律之關係〉，吳從周主編《義薄雲天・誠貫金石—論權利保護之理論與實踐－曾華松大法官古稀祝壽論文集》，2006 年 6 月。

林錫堯，〈重新審理〉，翁岳生主編《行政訴訟法逐條釋義》，2002 年 11 月初版

林淑菁，〈民事判決效客觀範圍之研究-以紛爭解決一次性與程序保障之調和為中心〉，國立臺北大學法律學系碩士論文，2006 年 1 月

林三欽，〈行政法上權利救濟管道的選擇：「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別〉，《台灣本土學雜誌》第 26 期，2001 年 9 月。

林永頌，〈行政處分對法院之拘束〉，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，1986 年 6 月。

邱聯恭，民事訴訟法研討會第 100 次研討紀錄，《法學叢刊》第 211 期，2008 年 7 月。

邱聯恭，《口述民事訴訟法講義（二）》，2006 年筆記版

姚葦嵐，〈論第一次權利保護優先原則〉，發表於國立臺灣大學法律學院公法研究論壇（二），2008 年 10 月 1 日。

徐瑞晃，〈國家賠償訴訟與行政訴訟之關係〉，台灣行政法學會編《當事人協力義務／行政調查／國家賠償》，2006 年 11 月。

張文郁，〈行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究〉，《權利與救濟(二)》，2008 年 4 月。

翁岳生，《行政訴訟法逐條釋義》，2002 年 11 月。

張焰輝，〈民初建立法治國的實踐--以平政院裁決為中心〉，國立政治大學法律學系碩士班法律後學士法學組碩士論文，2003 年 7 月。

陳榮宗／林慶苗，《民事訴訟法(中)》，2008 年 10 月，5 版。

陳敏（2007），《行政法總論》，2007 年 10 月，5 版。

陳聰富，〈過失相抵之法理基礎及其適用範圍〉，《台灣本土法學雜誌》第 98 期，2007 年 9 月。

陳錫平，〈審判權錯誤、爭議及衝突之研究〉，國立政治大學法律學系碩士論文，2006 年 6 月。

陳愛娥，〈立法者對於訴訟制度的形成自由與訴訟權的制度保障核心〉，《臺灣本土法學雜誌》第 18 期，2001 年 1 月。

陳計男，《行政訴訟法釋論》，2000 年 1 月初版，頁 546-547。

陳新民，「行政法學總論」，頁 471，自版，2000 年。

陳清秀，《行政訴訟法》，1999 年 6 月初版，頁 504。

許士宦，民事訴訟法研討會第 100 次研討紀錄，《法學叢刊》第 211 期，2008 年 7 月。

許仕宦，〈重複起訴禁止與既判力之客觀範圍〉，《臺大法學論叢》第 31 卷第 6 期，2002 年 12 月。

盛子龍，〈行政訴訟程序中行政處分理由追補之研究〉，《中原財經法學》第九期，2002 年 12 月。

程明修，〈第一次權利保護優先原則〉，《法學叢刊》第 208 期，2007 年 10 月。

程明修，〈公法上結果除去請求權在國家責任體系中之地位〉，台灣行政法學會編《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，2007 年 7 月。

程明修，〈論對已終結行政處分之行政訴訟〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，1994 年，6 月。

彭國洋，〈專利行政行為及其行政救濟〉，私立東吳大學法律專業研究所碩士論文，2008 年 5 月。

黃國昌，〈爭點效理論之細緻化－評最高法院 96 台上字第 1782 號判決〉，《台灣本土法學雜誌》第 108 期，2008 年 7 月。

黃國昌，〈爭點效之第三人效力〉，《東吳法律學報》第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月。

黃國益，〈行政處分對民事法院的拘束效力〉，《中正法學集刊》第十五期， 2004 年 4 月。

楊明勳，〈德國類似徵收侵害制度之研究〉，國立中興大學法律研究所碩士論文，1993 年，6 月。

董保城／湛中樂，《國家責任法：兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，2005 年 8 月。

葉百修，《國家賠償法之理論與實務》，2008 年 5 月。

劉宗德，〈憲法解釋與訴訟權之保障〉，《制度設計型行政法學》，2009 年 5 月。

劉宗德，〈行政訴訟法第 12 條、第 177 條解說〉，《制度設計行政法學》，2009 年 5 月。

劉宗德，〈行政訴訟制度〉，《制度設計型行政法學》，2009 年 5 月。

劉宗德／彭鳳至，〈行政救濟〉，翁岳生編《行政法(下)》，2006 年 10 月，3 版。

蔡志方，〈我國第一個行政訴訟審判機關─平政院〉，《行政救濟與行政法學》，1993 年 3 月。

駱永家，〈判決理由與既判力〉，《既判力之研究》，1999 年，11 版。

駱永家，〈判決理由中判斷之拘束力〉，《民事法研究 III》，1991 年 4 月。

賴恆盈，〈行政訴訟判決拘束力之研究〉，《臺灣法學雜誌》第 103 期，2008 年 2 月。

謝銘洋，〈智慧財產法院之設置與專利商標行政救濟制度之改進〉，《月旦法學雜誌》第 139 期，2006 年 12 月。

羅海銘，〈論行政訴訟法上之確認訴訟〉，輔仁大學法律研究所碩士論文，2006 年 10 月。

貳、日文文獻（依五十音順排列）

宇賀克也，《国家補償法》，有斐閣，1997 年 2 月。

宇賀克也，《国家責任法の分析》，有斐閣，1988 年 8 月。

遠藤博也，《国家補償法》，青林書院，1981 年 11 月。

雄川一郎，今村成和、雄川一郎《国家補償法、行政争訟法》，有斐閣，1957 年。

興津征雄，〈行政処分反復禁止效の法的構成－取消判決の既判力と拘束力〉，《法学協會雜誌》，第 121 卷第 2 號，有斐閣，2004 年 1 月。

兼子 仁，「行政行為の公定力の理論」，東京大學出版会，1971 年。
小早川光郎，〈抗告訴訟の本質と体系〉，雄川一郎／塩野　宏／園部逸夫編《現代行政法大系 4－行政爭訟 I》，有斐閣，1983 年 4 月。
小山　昇，〈行政処分取消判決の效力について〉，《小山昇著作集第二卷─判決效の研究》，信山社，1990 年 8 月。
斎騰千加子，《行政爭訟と行政裁判權》，成文堂，2004 年 7 月。
笹田栄治《実効的基本権保障論》，信山社，1993 年 5 月。
塩野　宏，《行政法 I》，有裴閣，2003 年 3 月，3 版。
塩野　宏，《行政過程の統制》，有斐閣，1989 年 4 月。
芝池義一，《行政救済法講義》，有斐閣，2006 年 5 月 3 版。
白井皓喜，《行政訴訟と国家賠償》，法律文化社，1989 年 4 月。
白石健三，〈公法關係の特質と抗告訴訟の対象〉，垂水克己／兼子一編《訴訟と裁判─岩松裁判官還暦記念》，有斐閣，1996 年 1 月。
下山瑛二，《国家補償法》，筑摩書房，1973 年 12 月。
新堂幸司，《新民事訴訟法》，宏文堂，2001 年 8 月，2 版
園部逸夫編，《註解行政事件訴訟法》，有斐閣，1989 年 6 月。
中田淳一，〈訴訟上の請求〉，《民事訴訟法講座第一卷》，有斐閣，1954 年。
中田淳一，〈批判〉，兼子一、中田淳一等編《民事訴訟法判例研究》，有斐閣，1956 年。
中田淳一，〈形成判決の效力〉，收錄於《訴訟及び仲裁の法理》，有信堂，1953 年。
田中二郎，《行政行為論》，有裴閣，1954 年。
高橋宏志，《重点講義民事訴訟法(上)》，有斐閣，2005 年 7 月。
西埜　章，〈抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対すろ既判力再考〉，《法政理論》第 39 卷第 4 号，2007 年 3 月。
森田寛二，〈処分取消訴訟の訴訟物と既判力論：後訴の国家賠償請求訴訟との関連で（一）〉，刊載於《法学》54 卷 1 号，1990 年 6 月。
森田寛二〈公定力の根拠〉，收錄於承田明賴編《行政法の争点》，1980 年 8 月。
比山節男，〈抗告訴訟と国家賠償請求訴訟の機能的役割分担:民事訴訟法学における争点効理論を参考にして〉，《六甲台論集》第 36 卷第 3 号，1989 年 10

月。

古崎慶長，《国家賠償法》，有斐閣，1973 年。

三ヶ月章，《民事訴訟法》，宏文堂，1992 年，3 版。

美濃部達吉，《日本行政法上卷》，有裴閣，1941 年。

宮田三郎，《國家責任法》，信山社，2000 年 5 月。

宮田三郎，《行政訴訟法》，信山社，2007 頁 4 月，2 版。

宮崎良夫，《行政争訟と行政法学》，宏文堂，2004 年 9 月。

山內一夫、雄川一良，《演習行政法》，良書普及会，1973。

參、網路資料

智慧財產法院全球資訊網，網址：http:／／210.69.124.203／ipr_internet／index.php

《智慧財產案件審理法新制問答彙編》，網址：http:／／www.judicial.gov.tw／

立法院法律系統，網址：http:／／lis.ly.gov.tw／lgcgi／lglaw?