

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of law

National Taiwan University

Master Thesis

爭點效之研究

—擴大訴訟制度解決紛爭功能與程序保障之平衡兼顧—

Issue Preclusion

-Balance of Dispute Resolution and Procedural Protection-

梁夢迪

Meng-Ti Liang

指導教授：許士宦 博士

Advisor: Shu-Huan Shyuu, Ph.D.

中華民國 101 年 7 月

July, 2012

獻 給

父親 梁岳山先生
母親 周玉霞女士



謝辭

感謝許士宦老師，在學業及生活上的諸多指導與照顧。謝謝口試委員呂太郎、黃國昌及楊淑文老師，分別從實務、美國法及德國法之角度，提出指正與建議，讓本論文能夠更加完善。感謝邱聯恭及沈冠伶老師，兩位老師的學說與思想對本論文之影響極為深遠。

回想95年在臺大的強制執行法課堂上，深受許老師就問題研究之精彩思辨、分析所吸引，因為想要成為許老師的學生，才下定決心報考研究所，到今日完成論文，一路上顛簸不斷，特別於司訓所受訓期間，半夜在寢室昏黃的小檯燈下一字一字地敲打，健康與熱忱似乎也化作骨血一點一滴地奔離身體流入論文裡，悔恨未及時在就學期間完成論文之同時，放棄的念頭也不時湧起。之所以終能完成，是因為許老師對我的諸多包容，並時常叮嚀我身體第一，是因為朋友的支持與鼓勵。雖然感受到自己的能力有所極限，但願以後仍能秉持那句直白的「反正不會死，放棄多可惜」，繼續努力下去。

感謝大哥、二哥及二嫂，做我最大的精神支柱；可愛的姪子、姪女，祝福你們健康、快樂地長大。最後，感謝我的父親、母親，如果我對社會能夠有一絲絲的回饋與貢獻，全都歸功於他們。

101年7月31日

臺北

摘要

爭點效理論自學者從日本引進我國以來，實務雖不乏有承認判決理由中判斷所具拘束力者，就該拘束力之性質仍未有定論，亦少見有指明其法律或法理依據為何者。再者，關於爭點效之要件，實務雖多援用最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決，卻少有從前訴訟實態具體分析當事人應否受前訴爭點效拘束，而多流於形式套用上開判決所設要件。又我國 1999 年、2000 年及 2003 年修正後之民事訴訟法（下稱新法）就判決效力客觀、主觀範圍所生變革，對爭點效將生何影響，亦為前述引進爭點效理論之學者所未論及。為了釐清承認爭點效之必要性與正當性，爭點效之要件、效力與時、客觀及主觀範圍等，本文乃從我國新法所提示之擴大訴訟制度解決紛爭功能與程序保障之意旨出發，分析上開議題中，我國實務、學說與美國、日本學說之差異何在，並提出在我國新法下應如何處理，最能達成擴大訴訟制度解決紛爭功能與程序保障之平衡兼顧，以提供實務審理一定方向，期能助益於具體化個案適用標準。

本文共計五章。第一章為研究動機及問題提出。第二章介紹判決理由中判斷所具拘束力之相關理論，剖析爭點效理論與既判力擴張理論相關爭議及根據，並討論於我國現行法制下，基於判決實效性、效力強度、法條依據及實務現況等考量，應選擇或應有何不同於上述理論之判決理由中判斷所具拘束力。其中以一部訴求為例，說明既判力與爭點效之不同意涵與作用範疇。並指明在我國法下應承認判決理由中判斷在一定要件下具有爭點效，其承認之必要性在於滿足紛爭一次解決、訴訟經濟、保護當事人程序利益之要求；而在我國新法加重法官之闡明義務與完善化爭點整理程序等規定下，承認爭點效之正當性基礎則在於程序保障之充足及誠信原則之實踐。是本文所認爭點效之根據為：「基於當事人之程序權業

受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，應賦予該判斷一定之拘束力，以符誠信原則、訴訟經濟、程序利益保護原則及紛爭一次解決之要求」。

第三章分為二部分，第一部分為爭點效之要件。承認爭點效，不代表全盤沿襲美國、日本之理論即可，而須探討爭點效之要件與效力在我國新法加重法官之闡明義務與完善化爭點整理程序等制度下，將有何特異性或優於外國法之處。故擬透過整理、歸納、分析實務所設定之爭點效要件，而在各別要件下，經由與外國法之比較，說明在我國法下各該要件應有何內涵，並透過判決及事例檢討，力求細緻、具體化爭點效之要件解釋。接續則釐清「原確定判決之判斷非顯然違背法令」、「當事人未提出新訴訟資料」等不應做為爭點效之要件，因為正確性並非判決效力發生前提，亦不應因而空洞化爭點效之意涵，而弱化其所指向之紛爭一次解決、訴訟經濟機能；如在具體評價個別訴訟事件之審理過程中所賦予當事人之程序保障係屬充足，且法院判斷非屬突襲性判斷時，應承認爭點效具有遮斷效，而不容許當事人在後訴中再提出新訴訟資料，以撼動原確定判決對重要爭點之判斷。故本文所認爭點效之要件為：「法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯而經爭點整理程序列為足以影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質且非突襲性判斷者，應賦予該判斷一定之拘束力。然倘當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，前訴訟與本訴訟所得受之系爭利益（即標的金額或價額）或程序保障差異甚大、或兩造於前訴所受程序保障非屬相當等情形，應解為當事人及法院仍得就該經法院判斷之事項，為相反之主張或判斷。至於原確定判決之判斷是否顯然違背法令、當事人是否提出足以推翻原判斷之新訴訟資料等，均非所問。」。

第三章第二部分為爭點效之效力。考量爭點效之公益性質、效力強度未如既判力般強烈，且同時採用責問事項及職權探知主義，最能符合爭點效所欲達成之

多樣性要求與目的而具有具體妥當性，日本學者所稱「爭點效為責問事項，但一經提出，即適用職權探知主義」之處理方式，在我國係屬可採。不過，縱使採取職權探知主義，並非意味著不須顧慮滿足程序權保障之要求，而須認知言詞辯論之功能，以保障當事人及利害關係人之程序主體權。最後，透過事例檢討以說明應區分責問事項與法院之闡明義務係屬不同層次，如「當事人可能有主張爭點效之意」之事證已顯現於訴訟上，縱使當事人未明確主張爭點效，法院仍應闡明、釐清當事人之真意為何。

第四章分為二部分，第一部分為爭點效之時及客觀範圍。首先承前開本文就遮斷效之論述以劃定爭點效時之範圍。客觀範圍中，先討論美國法以前、後訴舉證責任不同作為不生爭點效之例外情形，本質仍為爭點同一性之界定問題，並從美國與我國之制度差異，論定我國可從前訴訟中訴訟實態、法院之闡明程度、當事人預見可能性，評斷「將前訴爭點界定為何範圍內，最能達成紛爭一次解決功能、訴訟經濟、矛盾裁判防免之要求，且滿足程序保障之要求而不致生突襲」；而無須再訴諸美國法之抽象標準。接續討論爭點簡化協議對爭點效客觀範圍之影響，重點仍在前訴爭點之界定，如某主張、事實被排除於協議之外者，因其未成為本案爭點，自非爭點效所及；又如爭點簡化協議具有就同一紛爭事實一併認定某爭點之意涵，其發生爭點效之正當化根據，除了未為爭點簡化協議之情形所同具備之紛爭一次解決、程序保障外，當事人更係基於契約法理、私法自治及程序處分權所生自己責任而受拘束。

第四章第二部分為爭點效之主觀範圍。首先主張爭點效應適用民事訴訟法第401條規定，而及於當事人、繼受人及被擔當者，此不僅不悖於立法者意旨，毋寧正符合新法的立法意旨所指向之判決實效性與擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。關於訴訟繫屬中繼受系爭物之特定繼受人、共有物返還訴訟之他共有人如何受判決效力擴張，判決效力（既判力、爭點效、執行力）原則上均於判決確

定時點（基準時後繼受則為繼受時點）擴張於第 401 條所定之第三人，至於爭點效是否遮斷第三人之固有抗辯、是否影響執行法院之判斷等，須視前訴之重要爭點為何，不可一概而論。接續討論我國是否應如美國法使爭點效一律有利擴張於第 401 條以外之第三人，本文考量以實體法關係強弱劃定訴訟效力之範圍不具正當性，又勝及、敗不及之片面擴張方式，無法說明未參與訴訟、提出攻防之第三人何以受有該有利爭點效之利益，並且有侵害受不利拘束之前訴當事人程序權之疑慮等理由，認為我國與美國法分別強調程序保障及訴訟經濟之思想本身即有差異，在無法克服程序保障不足之問題下，我國不應遽然採取同一見解。不如從我國現有之職權通知與第三人撤銷訴訟之配套措施下，兼顧第三人之程序保障，並尋求與擴大訴訟制度解決紛爭功能之平衡點。雖然在第三人未經訴訟告知或通知之情形，無法使判決效力及於該第三人，但這正是程序保障原則所劃定統一解決紛爭之界限。因此，不論勝、敗訴，本訴訟之判決效（包含既判力及爭點效）不僅及於本訴訟之當事人，亦及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知及職權通知者之相互間，藉以統一解決兩造當事人與參加人等多數人間紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能，維持訴訟經濟及保護程序利益。

第五章為結論。本文嘗試由新法之規定，解釋爭點效理論在我國應有何發展、變化，力求在不侵害當事人程序權之範圍內，最大化爭點效所欲達成之擴大訴訟制度解決紛爭功能。不過，除此之外尚殘留有許多課題尚未解決，例如若承認判決理由中判斷具有既判力應賦予何種程度之程序保障、爭點效是否可能一概有利擴張及於第三人等，擬來日如有機會將繼續研究。

關鍵字：爭點效、判決理由中判斷所具拘束力、擴張之必要性與正當性、擴大訴訟解決制度功能、程序利益保護、爭點效對第三人效力、事前及事後之程序保障

目錄

第一章	緒論	1
第一節	研究動機	1
第二節	問題提出	5
第一項	判決理由中判斷應有何等拘束力	6
第二項	爭點效之要件及效力	9
第三項	爭點效之時、客觀與主觀範圍	10
第三節	研究方法與本文架構	12
第一項	研究方法	12
第一款	程序保障作為判決效力正當化之基礎	12
第二款	比較法	13
第二項	本文架構	14
第二章	判決理由中判斷所具拘束力之定性	15
第一節	判決理由效力之爭議由來	15
第二節	爭點效與既判力擴張理論之發展	17
第一項	爭點效理論	17
第一款	美國法	17
	一、請求排除效與爭點排除效之異同	17
	二、爭點排除效之要件	19
	三、爭點排除效之例外	23
第二款	日本法	24
第二項	既判力擴張理論	29
第一款	德國法	29
	一、著重實體法角度之既判力擴張學說	32
	二、由程序法角度切入之既判力擴張學說	34
第二款	法國法	36
第三款	日本法	39
	一、直接承認既判力擴張之學說	41
	二、間接承認既判力擴張之學說	43
第三項	小結	45
第三節	判決理由中判斷所具拘束力之性質與法理根據	45
第一項	承認拘束力之目的及理由	45
第二項	拘束力之正當化根據與性質	47
第一款	程序保障作為判決效力之正當化根據	47
	一、既判力與爭點效之目的及正當化根據	48
	二、我國實務承認判決理由中判斷所具拘束力之根據	50

三、	本文見解——在我國審判架構下，應採取爭點效	52
第二款	該拘束力之性質——既判力？爭點效？——以一部 訴求為例	56
一、	一部訴求之爭議所在	56
二、	一部訴求判決對餘額請求之效力	62
第三項	小結——承認爭點效之必要性與正當性	69
第三章	爭點效之要件及效力	71
第一節	爭點效之要件	71
第一項	重要爭點	72
第一款	爭點明確化之作業	72
一、	足以影響判決結果之爭點	75
二、	經爭點整理程序列為主要爭點	76
第二款	主要與間接事實	77
第三款	法律上爭點	96
一、	學說見解	97
二、	本文見解	100
第二項	實際辯論而受有程序保障	101
第一款	闡明權行使與公開心證之影響	102
第二款	自認與一造辯論判決	106
第三款	逾時提出攻擊防禦方法	110
第三項	法院為實際判斷	112
第一款	非突襲性判斷	112
第二款	可替代性判斷	114
第三款	非訟裁定	120
一、	訟爭性非訟裁定	121
二、	滿足性假處分裁定	122
第四款	對待給付判決	124
第四項	前、後訴之利益與當事人所受程序保障相當	128
第一款	實體、程序利益與程序保障（前、後訴程序保障非顯 有差異）	130
第二款	實質審級利益之保障（兩造所受程序保障非顯有差異） 136	136
一、	不得單獨就判決理由上訴	136
二、	未獲審級利益保障之一造不受爭點效之不利拘束	137
三、	受有審級利益保障者受爭點效之不利拘束	139
第五項	小結	139
第二節	爭點效之效力（一）——作用型態	140
第一項	職權調查事項或責問事項	140

第二項	「原判斷非顯然違背法令？」——爭點效效力本不以正確為前提	149
第三項	後訴適用爭點效之處理方式——裁定或判決	150
第四項	不適用爭點效理論與「適用法規顯有錯誤」	151
第三節	爭點效之效力（二）——遮斷效	152
第一項	遮斷效之根據論	152
第二項	「當事人未提出新訴訟資料？」——爭點效之基準時	156
第四章	爭點效之時、客觀及主觀範圍	161
第一節	爭點效之時的範圍與客觀範圍	161
第一項	時的範圍	161
第二項	客觀範圍	162
第一款	爭點同一性與舉證責任	162
第二款	爭點簡化協議	165
第二節	爭點效之主觀範圍（一）——當事人、繼受人及被擔當者	170
第一項	當事人	170
第一款	同一當事人	170
第二款	前訴非對立當事人兩造間效力	174
第三款	小結	183
第二項	繼受人——以特定繼受人為例	183
第一款	訴訟繫屬中繼受系爭物之特定繼受人	183
一、	被告移轉系爭物之情形	184
二、	原告移轉系爭物之情形	206
第二款	基準時後繼受系爭物之特定繼受人	210
第三款	小結	211
第三項	被擔當者——以共有物返還訴訟之他共有人為例	212
第一款	起訴共有人與他共有人之關係	212
第二款	對共有人有利之爭點效	216
第三款	對共有人不利之爭點效	218
第四款	爭點效擴張之確定時點	220
第三節	爭點效之主觀範圍（二）——參加人、受訴訟告知及職權通知者	222
第一項	爭點效主觀範圍擴張之界限	223
第一款	反射效理論與爭點效擴張	223
第二款	美國法之利益第三人爭點效擴張	225
第三款	統一解決紛爭之界限	229
第二項	爭點效與參加效	231
第一款	爭點效與參加效之差異	231
第二款	爭點效對參加利益之影響	233

第五章	結論.....	239
參考文獻		255

事例目錄

<事例一>	15
<事例二>	15
<事例三>（最高法院 96 年度台上字第 307 號案件事實）	72
<事例四>（臺灣高等法院 89 年度台上字第 1130 號案件事實）	77
<事例五>（最高法院 100 年度台上字第 1627 號案件事實）	80
<事例六>	96
<事例七>	110
<事例八>	114
<事例九>	114
<事例十>	120
<事例十一>	124
<事例十二>（最高法院 100 年度台上字第 387 號、100 年度台再字第 45 號案件事實）	130
<事例十三>	136
<事例十四>	140
<事例十五>	165
<事例十六>（最高法院 98 年度台上字第 1090 號、99 年度台上字第 1717 號案件事實）	174
<事例十七>	184
<事例十八>	184
<事例十九>	206
<事例二十>（最高法院 98 年度台上字第 703 號、98 年度台再字第 37 號案件事實）	216
<事例二十一>	218
<事例二十二>	222
<事例二十三>	222
<事例二十四>	223

表目錄

＜表一＞無從區分一部訴求與餘額部分時，後訴之處理方式.....	66
＜表二＞實務及多數學說所認當事人恆定主義之適用範圍.....	186
＜表三＞實體法說所認特定繼受人是否為既判力所及之見解.....	190
＜表四＞＜事例十七＞前訴法院可能之認定.....	192
＜表五＞＜事例十七＞後訴處理.....	193
＜表六＞＜事例十八＞前訴法院可能之認定.....	198
＜表七＞＜事例十九＞前訴法院可能之認定.....	208





第一章 緒論

第一節 研究動機

爭點效理論（Issue preclusion）自學者¹從日本引進我國以來，引發諸多討論²。最高法院 73 年台上字第 3292 號判例³雖表明「判決主文所判斷之訴訟標的始生既判力」之立場，然該判例之射程僅止於依民事訴訟法（下稱「民訴法」）第 400 條第 1 項之規定，即判決理由中判斷不生既判力，並未全面否定判決理由可能生既判力以外之效力；是以，其後實務上仍陸續出現肯認判決理由中判斷具一定「拘束力」之判決（無論是否明確稱該拘束力為「爭點效」）⁴。學說上有從 1999 年、2000 年及 2003 年修正後之民事訴訟法（下稱修正後之規定為「新法」，修正前之規定為「舊法」）出發，認為向來固守「判決理由中判斷不生任何拘束力」立場之保守見解應有所變更，其理由如下：（1）從程序保障係屬判決效力正當化

¹ 駱永家，「判決理由與既判力」，『既判力之研究』，1975 年一版，頁 74 以下；駱永家，「判決理由中判斷之拘束力」，『民事法研究Ⅲ』，1989 年一版，頁 37 以下。

² 肯定見解如：陳計男，『民事訴訟法論（下）』，2005 年增訂三版，頁 64-64；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，頁 225 以下；黃國昌，「既判力：第三講----既判力之客觀範圍----兼論爭點效」，『月旦法學教室』，第 34 期，2005 年 8 月，頁 40；黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 67 以下；邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 310-311；許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月，頁 283-289；吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，2004 年 9 月修訂六版，頁 1134-1137。否定見解如：陳啟垂，「外國判決的承認與執行」，『月旦法學雜誌』，第 75 期，2001 年 8 月，頁 159；陳啟垂，「中間確認之訴」，『月旦法學教室』，第 54 期，2007 年 4 月，頁 15；陳啟垂，「爭點效」，『月旦法學教室』，第 74 期，2008 年 12 月，頁 11；陳榮宗、林慶苗，『民事訴訟法（中）』，2004 年修正三版，頁 641-642。

³ 最高法院 73 年台上第 3292 號民事判例要旨：「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」。

⁴ 如最高法院 89 年度台上字第 2088 號、91 年度台上字第 299 號、91 年度台上字第 1767 號等民事判決及 91 年度台上字第 2359 號、91 年度台上字第 2431 號等民事裁定。

基礎之觀點⁵立論，在新法增設爭點整理程序（民訴法第 268 條、第 268 條之 1、第 270 條之 1、第 271 條之 1）並明文要求法院於調查證據前應將爭點曉諭當事人（民訴法第 296 條之 1）等規定下，應重新檢討上開判例之妥當性與射程範圍⁶；

（2）並且，突襲性裁判之防止越徹底、賦予之具體程序保障越充分，擴大判決效力範圍之可能性亦越大；而為滿足上開要求，應使當事人能對成為判決基礎之事實上或法律上爭點盡攻防之能事；且對該盡力攻防之成果（判決內容）應加以充分利用，使其發揮擴大訴訟制度解決紛爭之功能，並維持訴訟經濟或程序上正義⁷；

（3）亦有進一步認為，當事人倘就特定爭點已受有與訴訟標的之審理、判斷相當之程序保障，基於自己責任原則，宜承認具有相當於既判力之拘束力⁸。

上開見解所揭示之核心要旨，亦即「以程序保障作為判決效力正當化根據及效力範圍判斷標準」之觀點，逐漸對實務產生相當影響，出現從當事人程序保障之角度探討判決理由中判斷效力之判決，諸如最高法院 98 年度台上字第 1089 號、98 年度台上字第 1090 號、99 年度台上字第 2331 號、100 年度台上字第 387 號及 100 年度台上字第 1582 號等民事判決均闡示上述意旨：「法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯足以影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質之判斷者，基於當事人之程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，仍應賦予該判

⁵ 邱聯恭，「程序保障論之新開展」，『程序選擇權論』，2000 年 9 月，頁 9 以下。

⁶ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 310-311。

⁷ 許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月，頁 283-289；許士宦，「證據蒐集與判決效力」，『證據蒐集與紛爭解決』，2005 年 2 月，頁 591-602；許士宦，「民事訴訟法修正後之訴訟標的理論」，『審判對象與適時審判』，2006 年 2 月，頁 196-198；許士宦，「民事程序法」，『臺大法學論叢』，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月，頁 90-91；邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 17 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（五）』，1996 年 10 月，頁 160 以下；邱聯恭，於民事訴訟法第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，頁 234 以下。

⁸ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 214；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 54-55。

斷一定之拘束力，以符程序上誠信原則及訴訟經濟。是同一當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，除有原判斷顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷，或原確定判決之判斷顯失公平，或前訴訟與本訴訟所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大等情形，可認當事人為與原判斷相反之主張，不致違反誠信原則外，應解為當事人及法院就該判斷之重要爭點之法律關係，均不得為相反之主張或判斷。」可謂實務就「判決理由中判斷效力之依據」明確化作業之一大突破。除此之外，就爭點效之要件部分，亦有納入程序保障觀點加以探討者，如最高法院 100 年度台上字第 1627 號民事判決：「按基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』、『該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷』及『兩造所受之程序保障非顯有差異』者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任」⁹（同院 99 年度台上字第 1701 號民事判決同此意旨）¹⁰。

⁹ 不過此「程序保障非顯有差異」之要件，在同院（並且是同庭）之判決間用語上有所不同，如最高法院 99 年度台上字第 893 號民事判決：「...又基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，尚須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，且前後兩訴之標的利益非顯然不相當，及所受之程序保障亦非顯有差異者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任」、同院 99 年度台上字第 2330 號民事判決：「基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，尚須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，且前後兩訴所受之程序保障亦非顯有差異者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任」。究竟最高法院所指的程序保障非顯有差異，係指「在前訴中兩造間所受程序保障」，抑或「前訴與後訴間賦予兩造之程序保障」非顯有差異？本文於第三章第一節第四項第一款實體、程序利益與程序保障（前、後訴程序保障非顯有差異）中討論。

¹⁰ 上開判決就爭點效之根據及要件所為解釋，實際上並未套用於案件事實中一一涵攝，而不影響判決之內容，故不免帶有旁論之性質，尚難以論定係屬我國實務上一致性之看法；惟仍屬最高法院

不過，上開最高法院判決雖已表明賦予相當程序保障為承認判決理由中判斷拘束力之前提，惟囿於個案事實或判決格式，仍未透過判決完全澄清向來關於爭點效之諸多爭議，包括：是否承認爭點效及承認之根據為何（例如除誠信原則及當事人間公平以外，是否存有其他法理依據，並且，承認該拘束力之必要性及正當性為何）、爭點效之要件（例如應至何等程度始屬兩造已充分攻防而受有程序保障、何為標的利益非顯不相當等）或拘束力之性質（例如何謂「當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷」、爭點效是否有遮斷效）等相關爭議。再者，於新法施行後，對判決理由中判斷之拘束力持否定見解之最高法院判決¹¹亦未絕跡。如此現象，反映法院見解可能各異、個案裁判結果不一，實務喪失司法威信之危險，為此，學界及實務界多呼籲最高法院盡速統一見解¹²，並應進一步釐清適用標準¹³。

由上述觀察，關於判決理由中判斷所具拘束力之議題，就「應否承認拘束力」之問題，實務固已有正面回應，惟尚待處理之重要作業是：如何進一步強化判決具有該拘束力之論據，亦即：法律就判決理由中判斷之拘束力有何規定？在法理

中首見將程序保障融入爭點效之基礎及要件之一突破性見解，而有其重要價值。

¹¹ 如最高法院 91 年度台上字第 2543 號、93 年度台上字第 1507 號、94 年度台上第 544 號、94 年度台上字第 1933 號、96 年度台上字第 266 號、97 年度台上字第 179 號民事判決。不過，此等判決係以既判力僅生於訴訟標的判斷之範圍、判決理由不具既判力為由，而否定該判斷之拘束力，是以，並未直接對判決理由是否具有既判力以外之拘束力多加著墨。再者，實務判決尚存有個案妥當性（如同院 97 年度台上字第 179 號民事判決中，第二審判決未予當事人就爭點效為辯論之機會）與前次法律審意見實質拘束力（如同院 96 年度台上字第 266 號民事判決可能係遵循前次法律審即 93 年度台上字第 1507 號民事判決否定拘束力之見解）等問題，亦未必能直接論斷該等判決係全面否定爭點效。另，關於個案判決表面文字用語與裁判者立場推論之問題，參見：沈方維，於民事訴訟法研究會第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 230-232。

¹² 肯認關於爭點效之爭議為重要性爭議法律問題，而屬上訴許可事由者，參見：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，頁 229 註 5；沈冠伶，「第三審許可上訴制之探討——以通常訴訟事件為中心及著重於『原則上重要性』之標準建立」，『台北大學法學論叢』，第 57 期，2005 年 12 月，頁 356。學者並指出，最高法院為追求效率性，將原應透過判決駁回之案件，改透過例稿以上訴不合法裁定駁回，而呈現迴避對重要法律問題表達看法之傾向，剝奪當事人接受實質裁判之權利，參見：黃國昌，「上訴不合法或無理由？——最高法院對民事第三審上訴之處置」，『全國律師』，第 9 卷第 9 期，2005 年 9 月，頁 6-7。

¹³ 陳毓秀，於民事訴訟法第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 233。

上應承認爭點效？此點於新、舊法之規定是否有所不同？民國 97 年 4 月 24 日發布、97 年 7 月 1 日施行之智慧財產案件審理細則第 34 條規定¹⁴，雖非法律而僅係司法院所發布之命令，是否可為承認爭點效之依據？等等問題，皆有諸多探討空間。

其次，另一重要問題為：判決理由就何等爭點所為判斷始發生拘束力？亦即，發生爭點效之要件如何界定？此點無論在學說或實務上仍相當模糊，倘不加以釐清，在實際運用上既難以適用，且易頻生突襲性裁判。最後，關於爭點效之客觀及主觀範圍為何，實務上之相關裁判雖少見，惟如欲達成紛爭一次解決、訴訟經濟等要求，毋寧應明定該等範圍，始能發揮爭點效之效用。

第二節 問題提出

爭點效理論之發展具有長遠的歷史。從一開始由美國發端¹⁵，經由學者新堂幸司¹⁶參酌兼子一教授之參加效見解¹⁷引介至日本，雖未獲日本實務支持¹⁸，但仍激

¹⁴ 智慧財產案件審理細則第 34 條：「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。」。

¹⁵ 美國法之爭點效理論係由直接禁反言 (direct estoppel) 與附隨禁反言 (collateral estoppel) 所組成，前者係運用於前、後訴請求或訴因相同之情形，後者則於前、後訴請求或訴因不同時發生作用。而因請求排除效 (claim preclusion) 絕大多數情形禁止提起與前訴訴訟標的相同之後訴，故於美國法爭點效理論中，主要運作者係附隨禁反言，直接禁反言通常僅作用於前訴未為實體判決之情形 (not on the merits)。關於直接禁反言之相關說明，參見：Restatement, JUDGEMENTS § 49, cmt. b (1942); 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H. (2008 & 2010). *Federal practice and procedure: Jurisdiction and related matters* (4th ed. & Supps.). St. Paul, MN: West Group, §4418.

¹⁶ 新堂幸司，「既判力と訴訟物」，『法学協会雑誌』，第 80 卷第 3 号，1963 年 11 月（同『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 145）；新堂幸司，「条件付給付判決とその効果」，『民事訴訟雑誌』，第 10 号，1963 年 12 月，（同『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 183）。

發諸多討論，我國爭點效之學說即係由日本引進者，已如前述。現今我國審判實務上所稱之「爭點效」或「拘束力」，不論在理論依據、要件或拘束力之性質上，是否係繼受日本之爭點效理論或較近似於美國之爭點排除效，固有待釐清。並且應進一步思考：在我國新法下，爭點集中審理制度之實行、法官闡明義務之加重、適時提出主義之加強及職權通知與第三人撤銷訴訟之設置等變革，是否或應否對判決理由中判斷之效力及該效力之主、客觀範圍發生何等影響？

第一項 判決理由中判斷應有何等拘束力

「訴訟標的範圍＝判決標的範圍＝既判力客觀範圍」之等式，係向來普遍肯認為劃定既判力客觀範圍之標準。暫且不論該等式正確與否，如深究此標準之意涵，其亦僅指明發生既判力之範圍，而非必然得依此標準排除「非屬訴訟標的之判決理由中判斷對當事人具有某程度拘束力」之可能，亦即：**判決理由中判斷縱不發生既判力，亦不表示不具其他拘束力**。司法院民事訴訟法研究修正委員會第323次會議，於79年6月26日進行民事訴訟法第400條修正案討論時，亦曾觸及此一問題。其中多數委員之意見為：雖然贊成判決理由中判斷理應具有拘束力，惟囿於立法技術相當困難，故傾向於留給實務運作並形成規範¹⁹。就此而言，

¹⁷ 兼子一，「既判力と參加的効力」，『法曹時報』，第14卷第3号，1942年，頁293以下；兼子一，『民事法研究二卷』，1977年8月，頁57以下。

¹⁸ 日本下級法院對爭點效雖呈現肯否各半之現象，最高法院卻明確否定爭點效理論，如最判（三小）昭四四・六・二四，『判例時報』，第569号，頁48、最判（一小）昭四八・一〇・四，『判例時報』，第724号，頁33。判決之檢討，參見：新堂幸司，「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988年10月，頁269。

¹⁹ 如吳明軒委員之發言：「究竟訴訟標的是否包含為其前提之法律關係，是很深的問題。第400條如果要修正本席本贊成。且要修正之立法技術甚為困難，即須注意：（一）維持一事不再理之原則、（二）訴訟標的的範圍酌量擴大不致危險的程度」；陳計男委員之發言：「…可見此部分問題立法上要形成條文，技術上相當困難。或可留給最高法院有較大之空間去決定發展，可能是一個比較好的發展方向。」；范光群委員之發言：「至於判決理由是否賦予一定效力之問題，本席贊成陳委員計男之意見，委諸學說及務發展，此涉及諸多問題，似不宜貿然增列。」；楊與齡委員：「…本法關於攻

近年來最高法院雖仍存有少數否定判決理由中判斷所具拘束力之判決²⁰，但現今實務之發展可謂某程度符合該次委員會多數意見所期待之走向，就此問題逐漸表明肯定見解及其適用標準。

然而，最高法院雖於個案中承認在符合一定要件時，後訴法院及當事人應受前訴判決理由中判斷之拘束，但綜觀各該相關判決，有將該效力稱為「爭點效」者²¹、有未明確稱為爭點效但承認「拘束力」者²²³，亦有逕認為「判決理由中判

擊防禦方法，如不認其具有拘束力，將發生許多問題，但規定承認判決理由具有拘束力，立法技術上恐難周延，因之，本席贊成陳委員計男之意見，委諸學說及實務運作即可。」；張特生委員：「…至於判決理由之判斷是否有既判力之問題，本席不贊成增加此項規定，因規定起來恐難正確表明『既判力』之涵義。」；王甲乙委員：「本席認為判決理由僅具拘束力即可，而非既判力問題，本法第256條第5款所定『訴訟進行中，於某法律關係成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據者，並求對於被告確定其法律關係之判決』，是故，法律關係之存在與否，必先提起中間確認之訴，方生既判力，因此，本席贊同多數委員之意見委諸實務去運作即可。」；王玉成委員：「又判決理由是否應賦予既判力，本席贊成多數委員之意見，委諸學說及判例去形成即可。」。參見：司法院編，『司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（七）』，1991年6月，頁155-161。

²⁰ 參註 11。

²¹ 使用「爭點效」用語之判決中，有僅以「誠信原則」為依據者，如：最高法院 96 台上字第 2770 號、97 台上字第 2376 號、98 台上字第 1085 號民事判決、99 台上字第 781 號民事裁定；有以「誠信原則」與「當事人公平」為依據者，如同院 96 年台上字第 307 號、96 年台上字第 633 號、98 年台上字第 1085 號民事判決；亦有明述「一次解決紛爭」為目的之一者，如同院 96 年台上字第 1782 號民事判決：「為訴訟標之法律關係，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，此就民事訴訟法第四百條第一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。」（同院 96 年台上字第 2569 號、100 年度台上字第 2242 號民事判決同此意旨）。

²² 如最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決：「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，始符民事訴訟上誠信原則」。此見解後廣為承認判決理由中判斷拘束力之判決所援用，如：同院 94 年台上字第 152 號、95 年台上字第 2246 號、97 年台上字第 1289 號、98 年台上字第 476 號、99 年度台上字第 532 號民事判決。

²³ 另有補充「訴訟經濟」亦為根據之一者，如最高法院 95 年度台上字第 1220 號民事判決：「按

斷之既判力」者²⁴。究竟該拘束力意指為何？係既判力、爭點效或他種效力？其效力之法律或法理依據為何²⁵？未進一步釐清。前述修正委員會會議中，亦未就此問題達成一致見解。委員中有認應使既判力擴張於判決理由者，亦有僅稱「拘束力」而未表明其性質者²⁶。委員會是否有意識地保留實務發展空間，認應由實務依現時法律狀態以決定該拘束力之性質，不可得知；但可確定者為：此拘束力之性質向來成為爭議所在，而無一定論。倘欲善加運用此一拘束力，該性質為何將涉及其

確定判決之既判力，固於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生，但法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質之判斷者，基於當事人間程序上誠信原則及訴訟經濟之考量，仍應賦予一定之拘束力。」（同院 95 年度台上字第 1885 號、96 年度台上字第 1214 號、96 年度台上字第 1964 號、97 年度台上字第 351 號、97 年度台上字第 1289 號、98 年度台上字第 391 號民事判決同此意旨）。

²⁴ 最高法院 88 年台上字第 577 號民事判決：「惟查民事訴訟法第四百條第一項所定訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係，更行起訴，或謂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，不得以該確定判決言詞辯論前所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與該確定判決意旨相反之主張者，均係指訴訟標的之法律關係之既判力而言；而所謂法院於判決理由中就訴訟標的以外之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，除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，於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，皆不得為相反之判斷或主張，始符民事訴訟法上之誠信原則云云，則係指訴訟標的以外之重要爭點，經法院於理由中判斷者是否亦有既判力即爭點效之問題，兩者在概念上並不相同，原審將訴訟標的之既判力與訴訟標的以外重要爭點之既判力即爭點效混為一談，自屬違誤。」關於本件判決之評釋，參見：呂太郎，「所謂爭點效一簡評最高法院八十七年台上字第一〇二九號、八十八年台上字第五七七號判決」，『法令月刊』，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 730 以下。

²⁵ 筆者利用「紛爭一次解決」、「一次解決紛爭」、「避免紛爭反覆」等作為關鍵字，利用司法院法學檢索系統進行判決搜尋，至 2012 年 7 月 31 日為止，僅有三則判決（即前註 21 中，最高法院 96 年台上字第 1782 號、96 年台上字第 2569 號、100 年度台上字第 2242 號民事判決），明確將「一次解決紛爭」作為肯認爭點效之基礎，其他承認爭點效或判決理由中判斷拘束力之判決，皆僅以誠信原則、當事人間公平作為拘束力之法理效力根據。另外，近來新興的實務判決中，則有在誠信原則外，另將「程序權保障」及「訴訟經濟」納入爭點效之法理依據（前述同院 98 年度台上字第 1089 號、98 年台上字第 1090 號、99 年度台上字第 2331 號民事判決）。

²⁶ （一）稱其為拘束力或一定效力者，如范光群委員（發言詳見註 19）、楊與齡委員（發言詳見註 19）；（二）提出爭點效之用詞但未表明立場者，如陳計男委員之發言：「…日本東京大學新堂幸司教授提出『爭點效』理論，引起很多的討論。本席在最高法院寫判決時，碰到相關問題…或可留給最高法院有較大之空間去決定發展，可能是一個比較好的發展方向。」；（三）認為判決理由之判斷效力問題在於是否生既判力，但未有明確肯否立場者，如：張特生委員（發言詳見註 19）、王玉成委員（發言詳見註 19）；（四）肯定既判力擴張者，如林明德委員之發言：「…如規定『不得就該法律關係更行起訴』者解釋上頗費舌詞，不如規定有既判力較妥，且如要擴張既判力之範圍（判決理由亦有拘束力），在立法技術上亦較易訂定。」；（五）明確否定既判力者如：王甲乙委員（發言詳見註 19）。參見：司法院編，『司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（七）』，1991 年 6 月，頁 155-161。

作用型態及影響層面，例如屬職權調查事項或責問事項、漏未適用是否為再審事由等，不可曖昧帶過而實為必須解決之問題。

在此，學說承認判決理由中判斷拘束力者，可分為既判力擴張理論與爭點效理論，惟既判力與爭點效之異同為何？基礎理論各為何？發生該效力之法律或法理依據有何不同？均有待研究。

第二項 爭點效之要件及效力

日本學者對「爭點效」採取質疑或否定態度之理由，多圍繞在爭點效之要件及範圍過於曖昧、不明確，並且實際上亦難以運作一事²⁷，即使係採肯定見解之學者及實務家，亦將理論發展重點置於要件明確化之作業²⁸。依我國多數實務見解²⁹，其所認爭點效之要件可歸納為：（一）訴訟標的以外經當事人主張之重要爭點、（二）本於當事人辯論之結果、（三）法院已為判斷、（四）非顯然違背法令、（五）當事人未提出新訴訟資料而足以推翻原判斷者。我國學者有認實務所採用之爭點效要件，實際上接近或類同於日本學說及美國法所設定之要件³⁰，亦有認為我國實務所

²⁷ 伊東乾，「判決の争点効」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座（二）』，1969年6月，頁102；三ヶ月章，『民事訴訟法[第三版]』，1992年6月，頁142以下；石川明，「訴訟上の和解の訴訟終了効」，『法学研究』，第42卷第3号，1969年，頁175；三ヶ月章，「既判力の客観的範囲」，『民事訴訟法研究七卷』，1978年10月，頁88。

²⁸ 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17卷第2号，1966年1月，頁81以下；住吉博，「争点効の本質について（一）、（二）」，『民商法雑誌』，第61卷第2号、第5号，1969年11月、1970年2月，頁3、頁26以下；小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第504号，1972年5月，頁75以下；吉村徳重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エスツッペルの視点から」，『法政研究』，第33卷第3-6合併号，1976年5月，頁169以下。

²⁹ 註21、22、23。

³⁰ 駱永家，「判決理由中判断之拘束力」，『民事法研究Ⅲ』，1989年一版，頁58；另認為美國法與我國實務、學說就爭點效要件之界定相同，惟判例法累積數量與要件解釋細緻程度有所差距，並指出美國法就排除爭點效之例外事由，有高於我國法之規範密度者，參見：黃國昌，「爭點效理論

發展出之要件並不完全同於日本或美國法³¹。究竟我國實務所採用之爭點效要件是否有其特異性？在我國新法及程序保障論下，又將有何變動？而上開要件是否有何缺漏？例如其要件內涵、適用標準是否不明確（何謂「重要爭點」）、就爭點效之適用要件及其效果、救濟要件之判斷上是否未予明確區分（我國實務所稱之「當事人未提出新訴訟資料」、「非顯然違背法令」，應定位為何層次）？

再者就爭點效之效力如何，亦有待澄清。例如爭點效係屬職權調查事項或責問事項？承認爭點效就判決理由之上訴利益之認定造成何等影響？另外，前述要件中之「當事人未提出新訴訟資料」，有認係指爭點效無遮斷效，而得於後訴訟程序上再主張前訴訟言詞辯論終結前已存在之事實³²；亦有認為爭點效之基準時與既判力相同，當事人僅得基於基準時點以後發生之事由，與發生爭點效之判斷為相反之主張、舉證³³。究竟爭點效有無遮斷效？若係肯定遮斷效，其遮斷之範圍又為何？

第三項 爭點效之時、客觀與主觀範圍

前述爭點效要件及效力之討論，將影響爭點效之時、客觀範圍之認定。如爭點效之基準時點為何，涉及爭點效之遮斷效範圍；又爭點同一性之界定寬窄，亦使爭點效之客觀範圍有所變動；除此之外，在新法之爭點整理程序下，結果兩造間可能達成爭點簡化協議（程序選擇契約之一態樣）或未達成此協議（在法院與

之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 75。

³¹ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 204。

³² 陳計男，『民事訴訟法論（下）』，2005 年增訂三版，頁 65。

³³ 駱永家，「判決理由中判斷之拘束力」，『民事法研究Ⅲ』，1989 年一版，頁 37 以下、頁 45-50。

當事人間僅就何者為兩造間尚有爭執者形成共識)，此兩者效力不盡相同³⁴，此對爭點效之客觀範圍判斷上，將有何影響？

另外，實務縱承認爭點效或判決理由中判斷具一定拘束力，仍嚴守限於「同一當事人間」之不同事件始有其適用之立場³⁵，而學說之討論亦多停留於判決效力客觀範圍³⁶。然新法增設職權通知與第三人撤銷之訴，建構我國事前與事後的程序保障配套措施，成為判決效力主觀範圍擴張之手段與正當化基礎，對我國判決效之內涵發生重大變革。上開判決效力擴張之手段及基礎是否不應僅限於既判力之層次，更應對判決理由中判斷之拘束力發生一定影響，使得於符合程序保障、防止突襲性裁判理念之前提下，擴張判決理由中判斷之效力於形式當事人以外之第三人，以擴大訴訟制度解決紛爭功能，達成統一解決紛爭、紛爭解決一次性之要求？

本文擬進一步討論，爭點效之主觀範圍在上述事前與事後的程序保障之措施下，是否有擴張之可能性？蓋現行法上有關職權通知、訴訟告知、訴訟參加（含第 62 條規定之獨立性參加）、干預訴訟、判決效力主觀範圍擴張及第三人撤銷訴訟等制度之配套設計，係指向於儘可能平衡兼顧統一解決三面紛爭、程序權保障、法的安定性及具體妥當性等要求，同時立足於程序法上觀點或兼從公法上面向，致力謀求公益維護層面上訴訟經濟及保護程序利益；並非僅從實體法上觀點或私

³⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 136-137。關於兩者效力互異之闡述，參見：邱聯恭，「爭點簡化協議程序之運用方針」，『爭點整理方法論』，2001 年 11 月，頁 74 以下、頁 96-97。

³⁵ 最高法院 96 年台上字第 2569 號、97 年台上第 2104 號、98 年台上字第 911 號民事判決、98 年台上字第 1085 號、98 年台上字第 1089 號民事判決、97 年台上字第 1783 號、97 年台上字第 2688 號民事裁定。

³⁶ 少數以專文討論爭點效主觀範圍者，參見：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，頁 225 以下。另亦有意識到於新法增設第 67 條之 1、第 507 條之 1 等相關規定後，有重新思考判決理由中判斷主觀範圍之必要，參見：沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，頁 197，註 10；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 50。

法上面向，一味貫徹實體法規範³⁷。故於各種案例類型間，上述要求可能彼此有所消長，而無法一義劃定爭點效主觀效力擴張之範圍，更甚者，事前或事後的程序保障是否皆得作為擴張判決效力之手段？或仍有其界限？仍有具體討論之必要。

又，參加效理論於新法施行後已有不同之解釋，認應解為本訴訟之判決效力不僅及於本訴訟之當事人，亦及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知或職權通知者相互間³⁸，故若於訴訟當事人間承認爭點效，作為判決效力之爭點效不論有利、不利均及於參加人，則此爭點效與參加效有何異同？參加效與爭點效之關聯或定位為何？以訴訟參加效做為爭點效擴張之依據是否有其界限³⁹？

第三節 研究方法與本文架構

第一項 研究方法

第一款 程序保障作為判決效力正當化之基礎

由我國新法增設爭點整理程序、集中審理制度、加重法官闡明義務及職權通知與第三人撤銷訴訟配套措施等程序觀察，新法已非僅以單純追求客觀真實為唯一指向，而係以保護當事人實體利益與程序利益、平衡兼顧發現真實與促進訴訟

³⁷ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010年筆記版，頁335以下；邱聯恭，於民事訴訟法第98次研討會提出之書面，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十五）』，2008年6月，頁347-348。

³⁸ 許士宦，「第三人訴訟參與與判決效主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010年12月，頁34-46。

³⁹ 認法院或當事人現實上均未告知或在規範上不宜告知時，亦將產生爭點效是否及於第三人之間題，參見：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，頁268，註91。

之要求，並以程序保障為基準，尋求在此平衡點上之真實及法之所在⁴⁰。程序保障作為判決效力正當化基礎，係為近年來程序保障論者所極力倡言者，並且，從新法重視當事人之聽審請求權、程序選擇權等程序權落實⁴¹，亦可謂立法者亦已充分表明肯認之態度。

判決理由中判斷所具拘束力或爭點效，作為判決效力之一環，具有對當事人發生不利拘束力之可能，自亦應以賦予當事人充足程序保障、避免突襲性裁判，為其效力發生之前提。本文擬從程序保障效力正當化根據論之角度，觀察程序保障如何運作於爭點效之依據、作用型態、要件，並檢視在何種情況賦予判決理由中判斷何種效力及劃定其客觀範圍與主觀範圍，始最能符合追求擴大訴訟制度解決紛爭攻能與程序保障之平衡兼顧要求。

第二款 比較法

判決理由中判斷所具拘束力之爭議為各國民事訴訟制度共通難題，德國學說就既判力擴張理論、美國及日本學說中爭點效理論之發展，自可作為我國判決理由中判斷效力認定之參考，然同時須注意，我國與外國立法背景之差異、現行法制架構及實務運作狀況之不同，可能導出相異之結果，如德國民事訴訟法第 322 條立法當時已明確否定判決理由中就先決法律關係之判斷有既判力一事，故既判力擴張說在德國未能為實務所接納，但非有相同背景之我國未必如此；又如日本在實務明確否認爭點效之情形下⁴²，欲進一步承認或擴張爭點效之主觀範圍，更為

⁴⁰ 邱聯恭，「程序保障論之新開展」，『程序選擇權論』，2000 年 9 月，頁 6 以下；邱聯恭，「民事訴訟法修正後之程序法學（一）—著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向」，『月旦法學雜誌』，第 100 期，2003 年 9 月，頁 57 以下；同，邱聯恭，『程序利益保護論』，2005 年 4 月，頁 143 以下。

⁴¹ 許士宦，「民事訴訟之程序權保障—以通常訴訟程序當事人之程序權為中心—」，『集中審理與審理原則』，2009 年 4 月，頁 3 以下。

⁴² 同註 18。

困難，相較下，在我國若善為解釋實質當事人概念與運用訴訟通知、第三人撤銷訴訟之配套措施，主觀範圍擴張可能性遠超過日本。亦即，縱使採取既判力擴張或爭點效理論，在法理依據、要件及性質上，與外國學說未必皆屬同一，毋寧透過我國與外國學說及實務現況相互比對、檢視，進一步來省思我國現行法下如何承認、運用爭點效始為重點所在。

第二項 本文架構

欲探討爭點效，首先須釐清者為：為何判決理由中判斷所具拘束力會成為問題？承認判決理由具有某程序效力之目的為何？蓋該目的為何，涉及其後拘束力之性質之擇定、判斷，而該拘束力之性質亦將影響適用要件之解釋及效力範圍之認定。故本文架構安排上，於第二章判決理由中判斷所具拘束力，擬先剖析爭點效理論與既判力擴張理論相關爭議及根據，並討論於我國現行法制下，基於判決實效性、效力強度、法條依據及實務現況等考量，應選擇或應有何不同於上述理論之判決理由中判斷所具拘束力。其中以一部訴求為例，說明既判力與爭點效之不同意涵與作用範疇。於第三章爭點效之要件與效力，擬透過整理、歸納、分析實務於個案之適用要件，以求細緻、具體化爭點效之要件解釋，並釐清爭點效究有無遮斷效。第四章爭點效之時、客觀及主觀範圍，接續前開之遮斷效劃定爭點效時之範圍；並論及爭點同一性議題與爭點簡化協議對爭點效客觀範圍之影響；主觀範圍部分，討論向來所認爭點效僅生於同一當事人間，該「同一當事人」之實質內涵為何，又在同一當事人之外，統一解決紛爭之界限何在，就此議題反射效理論與爭點效擴張之關連性如何、我國與美國法就利益第三人爭點效擴張應否採取相同看法，參加效與爭點效之異同等。

第二章 判決理由中判斷所具拘束力之定性

第一節 判決理由效力之爭議由來

<事例一>

- [前訴] X 基於買賣契約訴請 Y 交付已辦畢所有權移轉登記之甲屋；Y 則抗辯該買賣契約係基於 X 之詐欺或脅迫而訂定，並已經 Y 撤銷等語。前訴法院認為無詐欺或脅迫之情事，而判決 X 勝訴確定。
- [後訴] 嗣後，Y 主張：前開買賣契約係受 X 之詐欺或脅迫而訂定，並已經 Y 撤銷等語，訴請 X 塗銷甲屋所有權移轉登記，X 及後訴法院應如何處理？

<事例二>

- [前訴] X 基於所有物返還請求權訴請 Y 返還甲地；Y 則抗辯：Y 係基於租賃權而占有等語；X 再抗辯租賃期限已滿等語。經法院認定 X 雖為所有權人，但 Y 係基於租賃權而占有，且現仍為租賃期間，而判決 X 敗訴確定。
- [後訴一] 嗣後，X 基於租賃物返還請求權訴請 Y 返還甲地。Y 及後訴法院應如何處理？
- [後訴二] 嗣後，X 訴請 Y 給付租金；Y 則抗辯：Y 未與 X 訂有租賃契約等語。X 及後訴法院應如何處理？

依我國民訴法第 400 條第 1 項規定及最高法院 73 年台上字第 3292 號判例⁴³意旨，<事例一> 中前訴發生既判力者係「X 對 Y 基於買賣標的物交付請求權存

⁴³ 註 3。

在」一事，而前訴法院認定「該買賣契約非基於 X 之詐欺或脅迫而訂定」一節，非屬訴訟標的僅係判決理由之判斷，對後訴不生任何拘束力。是以，如否認判決理由中判斷之效力而肯認後訴法院得自為判斷，後訴法院可能認為該買賣契約具有詐欺或脅迫之情形，而判決 Y 勝訴，Y 並得持此勝訴確定判決塗銷甲屋所有權移轉登記，此不僅造成前後判決互為背反之狀態⁴⁴，亦與國民之常識有違⁴⁵。現行民訴法雖僅承認判決對原告所限定訴訟標的之判斷始發生既判力，但同時亦須面對：實際上法院所判斷、認定之標的不僅止於該訴訟標的，而包含所有支撐或推翻該訴訟標的之事實或權利乙節。全面否定判決理由中判斷所具拘束力，將致生紛爭再燃、戕害訴訟經濟、降低法院威信等不利後果。

至於是否可能從訴訟標的理論著手，來充分解決此問題？在〈事例二〉〔後訴一〕中，若採取新訴訟標的理論，X 之租賃物返還請求將受遮斷，某程度或可解決紛爭再燃之問題；但是，在〈事例二〉〔後訴二〕中，後訴法院就「X、Y 間是否訂有租賃契約」之認定，並不受前訴判決之拘束，而可能以「X、Y 間未訂有租賃契約」為由判決 X 敗訴。由此可知，新訴訟標的理論只能防免當事人多次行使不同請求權以滿足同一受給權之行為，但在前、後訴之訴訟標的非屬同一受給權之情形，仍無法排除判決理由相互悖反、矛盾之可能，因而關於判決理由中判斷效力之議題，並非單純選擇新、舊訴訟標的理論可解決⁴⁶。以下擬先介紹爭點效

⁴⁴ 學者有稱：「為什麼我們要主張或承認判決理由中的判斷有某種效力呢？如果說我們不承認，會發生很滑稽的現象，我不是說完全無條件的承認，但也不能一概予以否定…我們必須反省是否全面的排斥爭點效理論，把它拒以千里之外？法院是國家的審判機關，雖然法官不同，但是法院是一體的，如果判決互相矛盾，對國家的司法威信是會有相當影響的。」等語。參見：駱永家，於民事訴訟法研究會第 17 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（二）』，1990 年 8 月，頁 183-184。

⁴⁵ 青山善充，「争点効」，新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選（第二版）』，『別冊ジュリスト』，第 18 卷第 2 号，1982 年 5 月，頁 242。

⁴⁶ 論者有認：採舊訴訟標的理論之學者，縱使於訴訟標的理論並不贊成新說，但若亦贊同新訴訟標的理論所追求之紛爭解決一次性理念，則亦可能在防止突襲性裁判之前提下，贊成爭點效理論。參見：邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010 年筆記版，頁 145-146。

與既判力擴張理論就此問題之發展，再進一步討論在我國現行法制及實務現狀下應如何處理。

第二節 爭點效與既判力擴張理論之發展

第一項 爭點效理論

第一款 美國法

一、請求排除效與爭點排除效之異同

美國法上判決之效力包括相當於我國既判力之請求排除效（**claim preclusion**）⁴⁷與爭點排除效（**issue preclusion**），兩者皆為廣義既判事項（**res judicata**）之內涵⁴⁸。前者係指當事人不得就相同之請求或訴因再提起後訴，後者則指若當事人對某爭點已為充分爭執並經法院實質判斷，且該爭點為判決所不可或缺者，則排斥後訴中與該爭點判斷相異之主張。

請求排除效與爭點排除效存有下列異同⁴⁹：（一）歷史背景：狹義之“**res**

⁴⁷ 既判力中尚包含有混同效（**merger**）及遮斷效（**bar**），混同效係指當原告於前訴勝訴時，該訴因中所有原告可能主張之請求及法律上依據皆被吸收於該判決，並且不得於再為後訴主張；遮斷效係指當原告於前訴敗訴時，即便原告得主張其他法律上依據，亦禁止其就相同訴因再為起訴。

⁴⁸ 傳統判決效力之概念係區分判決效力為“**res judicata**”（既判事項）及“**estoppel by judgment**”（禁反言），但 **Restatement of (Second) Judgments** 將“**res judicata**”定義為廣義之判決效力概念，並將其效力內涵進一步分析為“**claim preclusion**”（取代傳統之“**res judicata**”）及“**issue preclusion**”（取代 **estoppel**）。但現仍有法院用“**res judicata**”之用語來指稱“**claim preclusion**”，故對於判決中“**res judicata**”之用語無法僅由用詞確知其意而須進一步仔細檢討，*see e.g., Sartin v. Macik*, 535 F.3d 284 (4th Cir. 2008).

⁴⁹ Friedenthal, J. H, Kane, M. K. & Miller, A. R. (2005). *Civil procedure* (4th ed.). St. Paul, MN: Thomson West, 650-653.

judicata”係源於羅馬法中重視法院判決之思想，而強調其法安定性之一面；“*estoppels*”則與日耳曼法中採取極端之當事人進行主義，所延伸之「服從於自我言行之禁反言」有關。當兩者於英美法中融合時，“*estoppels*”之意涵開始轉換，不再是基於當事人已為陳述，故禁止與先前相異之主張之思想，而係轉變成“*estoppel by record*”，即強調王座法院（the king’s court）記載之真實性。亦即，此轉變後之意涵相近於“*res judicata*”，係將重點置於維護法院所為決定之崇高性。故而，若後訴僅不過為前訴之重申，則已存在之前訴判決將排斥後訴；若後訴異於前訴，後訴當事人之主張亦不得有悖前訴法院於判決記載中所宣示之事項⁵⁰。而今，上述兩效力已合為單一原則下之兩分支，並且法院記載亦不再被認為是國王之聖言，而具有至高無上的效力，故除去強調國家法院決定之崇高性這一面，可謂“*res judicata*”及“*estoppel*”皆係顧慮法院判決之終局性而生；（二）根據與機能：兩者皆著眼於法安定性、判決實效性及訴訟經濟。請求排除效係防止就單一紛爭分割為複數訴訟；爭點排除效係防止就同一爭點重複審理，避免耗費司法資源、使當事人免於因同一事項反覆爭執，以促進程序上之公正性⁵¹；（三）效力發生層次：請求排除效係禁止請求之提起；爭點排除效則係終結對某爭點之爭執，故而兩者具有互補性⁵²；（四）要件：請求排除效無論當事人於前訴是否爭執皆發生；爭點排除效則須經當事人充分爭執；（五）發生時期：判決效力發生時期之一般性原則係判決終局確定時，但終局性（*finality*）之概念於爭點排除效可能放寬，而於特殊情形中，在該爭點判斷程序已結束時即對他訴之同爭點發生效力⁵³；（六）發生範圍：請求排除效僅及於訴因相同之後訴，而同一爭點在訴因相

⁵⁰ Millar, R. W. (1940). The historical relation of estoppel by record to res judicata. *ILL. L. REV.*, 35, 41.

⁵¹ Robert G. Bone 著＝三木浩一訳，「アメリカ民事訴訟法における遮断効—政策な圧力の下での法的な原理」，大村雅彦＝三木浩一編，『アメリカ民事訴訟法の理論』，2006年6月，頁178以下。

⁵² Restatement (Second) of Judgments, Introductory Note 249 (1982).

⁵³ Restatement (Second) of Judgments §13 cmt. g. 此特殊情況係指基於前訴訟程序之充

同或相異之後訴中皆可能發生爭點排除效。惟在爭點排除效廣泛之範圍下，對當事人造成突襲之風險亦隨之而生，此時美國法中之「爭點須經當事人充分爭執」及「該爭點之判斷為判決所不可或缺」要件即發揮其限縮效力範圍、防止突襲之作用。

二、爭點排除效之要件

Restatement (Second) of Judgments⁵⁴中所列之爭點排除效要件分別為：「經當事人實際上爭執 (actually litigated)」、「經有效終局判決實際判斷 (actually determined)」、「該判斷為判決所不可或缺 (essential to the judgment)」⁵⁵。

對第一個要件「經當事人實際上爭執 (actually litigated)」者，美國 Vestal 教授提出不同意見，認為只要當事人具有爭執之誘因與機會即可，而承認在當事人自認 (admission) 與一造辯論判決 (a default judgment) 之情形，亦可能

足性，而使前程序之判斷被認為已符合要求終局性要件之目的，故不須等到訴訟終結始確定。但後訴法院於適用該爭點排除效時，須檢視前訴之判斷是否充分地合理且正當，如當事人之聽審請求權是否受有充分保障、法院是否以合理之理由構成其判斷、該判斷是否經上訴中等。故而若前訴判斷尚處於試驗性階段，則不被認為具有終局性。Restatement 中所舉之事例為，在允許將審判分割之前提下（如將損害賠償訴訟分為責任歸屬與判定賠償數額，若責任被認定存在，再由另一分離之審判程序認定數額），經被告 Y 主張其無過失且提出原告 X 與有過失之事實，而為陪審團認定 X 亦可歸責之情形，雖然當事人在此時點對該判斷尚無法上訴（須至審判之第二階段，另一陪審團對賠償額作出判定始可上訴），然即便於審判的第二階段前，該陪審團之判斷在 X 與 Y 之任何後訴上，對有關「X 與 Y 是否具有過失」此一爭點皆發生拘束力，see Restatement (Second) of Judgments §13 cmt. g, illus 3.

⁵⁴ Restatement of the Law，係由美國法律協會（American Law Institute）編輯，於該彙編中將美國法院中個案所建立之法律原則加以重述，而經常為法院所引用，參見：Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

⁵⁵ Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982). 除此之外，爭點同一性（identity of issues）當然亦為要求之一或效力範圍，see 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4417 & Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 699.

生爭點排除效⁵⁶。其認為一造辯論判決反映出敗訴當事人自認對造主張之事實為真，則一造辯論判決某程度係暗示被告承認對造之提訴具有正當性，故法院應禁止就該爭點再為爭執⁵⁷。但此見解仍為少數說，而受有批評諸如：當事人間存有爭執之誘因時通常會予以爭執，但無法直接論斷不需要「實際爭執」此一要件、Vestal所舉之事例當事人仍多有實際爭執⁵⁸、此說法有益於訴訟經濟與防止矛盾裁判，但將導致當事人對任何爭點皆全力爭執而有害集中審理之機能⁵⁹，並且此方式所耗費之訴訟資源將遠大於在重複審理後訴之同一爭點上⁶⁰等。

第二個要件「經有效終局判決實際判斷（**actually determined**）」，係基於爭點排除效防止矛盾判斷之旨趣所生之當然要求，蓋若爭點於前訴未經法院實際判斷，於後訴自無歧異判決之問題。並且，其中對該爭點為判斷之判決須符合一定要求，即須為「有效（**valid**）」之「確定終局（**final**）」「實體判決（**on the merit**）」⁶¹。不過此要件之適用上發生以下幾個問題。首先，因英美法上有總括裁斷（**general verdict**）之制度，若陪審團作出總括裁斷而概括地宣示原告或被告勝訴時，因其僅表示判決之結論而未闡述理由，故而在判斷究否已對某爭點為實際判斷有其困難之處⁶²。再者，在判決涉及可替代性判斷（**alternative**

⁵⁶ Vestal, A. D. (1981). The restatement (second) of judgments: A modest dissent. *CORNELL L. REV.*, 66, 464.

⁵⁷ *Id.* at 488.

⁵⁸ Hazard, G. C. (1981). Revisiting the second restatement of judgments: Issue preclusion and related problems. *CORNELL L. REV.*, 66, 564, 564.

⁵⁹ 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4419.

⁶⁰ Restatement (Second) of Judgments § 27 cmt. e (1982).

⁶¹ 但在所排除之爭點純粹為程序上爭點時，不要求實體判決此一要件，如前訴係以管轄錯誤駁回原告之訴，若原告在同一管轄法院再度基於同一請求提起訴訟，雖不生請求排除效（蓋前訴非實體判決），但前訴之判決理由將發生拘束力，而禁止原告再度爭執管轄有無錯誤。See Friedenthal, J. H., Miller, A. R., Sexton, J. E. & Hershkoff, H. (9th ed. 2008). *Civil procedure: Cases and materials* (9th ed.). St. Paul, MN: Thomson West, 1167; Teply, L. L. & Whitten, R. U. & McLaughlin, D. F. (2007). *Civil procedure: Case, text, notes, and problems*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 717.

⁶² 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4420.

determinations) 或可替代性理由 (alternative grounds) 之情況，亦即當法院只要對兩爭點之其中一爭點為判斷，即足以支持該判決之結論時⁶³，是否符合爭點排除效之要件？Restatement (First) of Judgments 係採取肯定見解，蓋此種情況中之兩爭點對判決之結論必均為決定性爭點，自皆屬重要判斷，而應發生爭點排除效⁶⁴；但若上訴審法院僅認定其中一爭點始足以支持判決而駁回上訴時，只有受上訴法院所認定之爭點對後訴發生爭點排除效⁶⁵。Restatement (Second) of Judgments 則採取相反立場，認為在法院以可替代性判斷作為判決理由時，兩者皆不應生爭點排除效，其理由為：(1) 對可替代性爭點，法院及當事人審理與爭執之充分程度可能未如單一的重要爭點；(2) 若替代性爭點亦可能發生拘束力，將形同鼓勵敗訴當事人上訴，而增加對造負擔及耗費司法資源⁶⁶。

第三個要件為「該判斷為判決所不可或缺 (essential to the judgment)」，此係源自於 *The Duchess of Kingston's Case*⁶⁷ 中所宣示之「附隨性之判決事項不具有拘束力」法則，並以「僅承認與訴訟對象具有密接性關係之爭點判斷拘束力」為其旨趣⁶⁸。設定該要件之理由在於：首先，不影響判決結果之爭點，即使在訴訟上已經討論，法院及兩造當事人可能未充分注意為判斷與爭執；二來，必

⁶³ 如 X 對 Y 所提起之損害賠償訴訟以 X 無過失且 Y 有過失為前提，此時法院無論以「X 有過失」或「Y 無過失」之判斷皆足以判決 Y 勝訴。

⁶⁴ Restatement (First) of Judgments § 68 cmt. n (1942).

⁶⁵ Restatement (First) of Judgments § 69 cmt. b (1942).

⁶⁶ Restatement (Second) of Judgments § 27 cmt. i (1982). 相較之下，若兩爭點之判斷對判決皆為不可或缺時，兩爭點在後訴皆應發生爭點排除效，如 X 訴請 Y 給付本金利息（本金尚未到期），Y 抗辯簽立借據係因受 X 詐欺，並進一步指出 X 已放棄利息請求權，經法院認定 Y 非基於 X 之詐欺而簽立借據，且 X 未放棄利息請求權而判決 X 勝訴；則在 X 提起之本金請求後訴，前訴對「Y 非基於 X 之詐欺而簽立借據」之認定發生拘束力，Y 不得為相反主張，see Restatement (Second) of Judgments § 27 cmt. g, illus. 12 (1982).

⁶⁷ *The Duchess of Kingston's Case*, (1776) 168 Eng. Rep. 175.

⁶⁸ Note, Collateral estoppel by judgment (1952). *COL. L. REV.*, 52, 647, 660.

要性爭點可推測將會受到當事人及法院之關注，而可確保判決之正確性；第三，判決中非必要之點，通常無法受到上訴審審查，特別是當該非必要性爭點之判斷係對勝訴當事人有利之情形。雖然是否具可上訴性並非適用附隨禁反言

（*collateral estoppel*）之必要條件，但此為否定非必要性爭點具拘束力之重要論點⁶⁹。如 X 與 Y 發生車禍，X 訴請 Y 賠償 X 因車禍所生之損害，法院認定「X、Y 皆有過失」，因相關規定 X 之請求係以「X 無過失」為原則，故法院以「X 有過失」為由駁回 X 之訴；其後，Y 訴請 X 賠償 Y 因車禍所生之損害，此時 X 不得援引前訴「Y 有過失」之認定。蓋法院就「X 有過失」之認定係形成判決結果之理由，而「Y 有過失」之認定，卻非前訴判決中不可或缺之爭點。並且 Y 作為勝訴之一方，亦無從對前訴判決有任何上訴的理由或誘因，以致於無翻轉該不利認定之機會⁷⁰。

綜合上述討論，可發現具體事例上可能無法明確區分各要件之運作範疇，如上述 X、Y 間損害賠償事例中，可能同時涉及該爭點是否「經法院實際判斷」及「為判決所不可或缺之爭點」概念，且每個要件實則都圍繞在「何謂當事人具有充分且公平之爭執機會」之判定。是而，以下 *Restatement (Second) of Judgments* 所設之爭點排除效例外情形，亦以此「充分且公平之爭執機會」為中心思想而開展。

⁶⁹ Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 711-712.

⁷⁰ 此時 X 為避免反覆爭執同一爭點與矛盾結果之救濟方式，係主張 Y 所提後訴違反請求排除效，蓋 Y 本應於前訴一併提出其損害賠償請求，卻未為之，故而應不得再為主張（這尚涉及美國強制反訴制度）。

三、爭點排除效之例外

Restatement (Second) of Judgments 就爭點排除效之例外列有⁷¹：(1) 欠缺上訴機會：受有不利拘束力之當事人，於前訴中因法律上因素未獲有上訴之機會之情形⁷²；(2) 法律上爭點：該爭點係屬法律上爭點，並且「兩訴訟之請求實際上無關連」、或考量「所適用之法律內容已有所變化」、或「避免法律運用上之不公正」等，而正當化再為判斷之情形；(3) 前後適用程序差異：因前後兩法院所進程序之性質與集中度有所差異，而正當化就該爭點為新的判斷之情形⁷³；(4) 舉證責任轉換：被主張爭點排除效之當事人，就該爭點在前訴負有比後訴更沉重之舉證責任、舉證責任因而轉換或對造比前訴負有更重之舉證責任之情形⁷⁴；(5) 對他人利益之影響：原判斷對公共利益或非前訴當事人之第三人的利益可能有相反之影響；(6) 預見可能性：於前訴尚無法充分預見該爭點會在後訴再被提起；(7) 充分且公平之機會：被主張爭點排除效之當事人，因對造之行為或特別情事，於前訴未有適切的機會或誘因取得充分且公平之裁判，如與後訴相比前訴

⁷¹ Restatement (Second) of Judgments § 28 (1982).

⁷² 但以當事人受有救濟之機會為已足，而不論實際上是否為之。See Restatement (Second) of Judgments § 28(1) cmt. a (1982).

⁷³ 如前訴法院不容許衡平抗辯，後訴法院卻准許之情形。

⁷⁴ 亦即當前、後訴就同一爭點之舉證責任分配或證明度有所不同時，得作為爭點排除效之例外事由；但在未違反爭點效理論基礎與政策考慮之情形下，即使前、後訴舉證責任分配不同，亦有爭點效發生之可能，參見：黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 75-76。Also see Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 701 & 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4422. 另有學者認此問題尚與同一爭點之界定有關，而指出與其抽象地從政策面論述，不如直接定性前、後訴之重要爭點非屬同一爭點，故前訴判決理由中判斷對後訴不生拘束力，參見：沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 209 註 44；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 61 註 36。本文關於此點之討論，見第四章第一節第二項第一款爭點同一性與舉證責任。

系爭金額過小之情形⁷⁵。

第二款 日本法

日本民事訴訟法第 199 條（舊法第 244 條）就確定判決以主文為限始生既判力之規定⁷⁶，同我國民事訴訟法第 400 條規定，未就判決理由中判斷是否應生他種拘束力有所著墨。學者新堂幸司參酌兼子一教授之參加效見解⁷⁷及英美法禁反言（collateral estoppel）之法理，而提出爭點效理論⁷⁸，主張基於當事人間公平、自己責任、及紛爭一次解決，判決理由中之判斷，若於前訴作為主要爭點而經當事人充分爭執，並受法院為實質審理，法院對該爭點之判斷將發生通用力，於以同一爭點為主要先決問題之相異後訴中，不允許與前開判斷相悖之主張、舉證，而具有矛盾判斷禁止之效力⁷⁹。其所認之爭點效要件為：（1）該爭點係前、後訴訟請求判斷過程中，將左右訴訟結論之主要爭點；（2）當事人於前訴就該爭點已盡主張、舉證之能事；（3）法院就該爭點為實際判斷；（4）前後訴具同等之系爭利益⁸⁰。

⁷⁵ Restatement (Second) of Judgments § 28(5) cmt. j (1982).

⁷⁶ 關於第 199 條之由來，及與德國民事訴訟法第 322 條、法國民法第 1351 條之關連，參見：齊藤秀夫，『民事訴訟法理論の生成と展開』，1985 年 11 月，頁 80 以下。

⁷⁷ 兼子一教授主張，參加效力之根據係求諸於誠信原則等當事人間之公平及禁反言之要求，故原本於輔助參加人與被參加人間所作用之參加效力，若被認為亦有上述要求時，應類推適用而生於當事人間，參見：兼子一，「既判力と参加の効力」，『法曹時報』，第 14 卷第 3 号，1942 年，頁 293 以下；兼子一，『民事法研究二卷』，1977 年 8 月，頁 57 以下。

⁷⁸ 新堂幸司，「既判力と訴訟物」，『法学協会雜誌』，第 80 卷第 3 号，1963 年 11 月（同，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 145）；同，「条件付給付判決とその効果」，『民事訴訟雜誌』，第 10 号，1963 年 12 月，（同『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 183）。

⁷⁹ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 669 以下。

⁸⁰ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 677-681。亦有將「於後訴經當事人一方援用」一事作為爭點效第五個要件，參見：高橋宏志執筆，中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編，『新民事訴訟法講義[第二版補訂版]』，2006 年 3 月，頁 462；高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 567。

雖然日本實務⁸¹並未接納爭點效理論⁸²，但學說上對爭點效多持基本上肯定之態度⁸³。並且，贊成之見解可再細分為兩發展方向⁸⁴，一係強調爭點效作為制度性效力之性質，聚焦於當事人之程序保障及致力於要件之具體化⁸⁵；一係認為爭點效

⁸¹ 日本下級法院對爭點效雖呈現肯否各半之現象，最高法院卻明確否定爭點效理論，如最判（三小）昭四四・六・二四，判例時報，第 569 号，頁 48、最判（一小）昭四八・一〇・四，判例時報，第 724 号，頁 33），判決之檢討，參見：新堂幸司，「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 269；青山善充，「争点効」，新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選（第二版）』，『別冊ジュリスト』，第 18 卷第 2 号，1982 年 5 月，頁 240 以下。

⁸² 有認為雖然最高法院（最判（三小）昭四四・六・二四）將爭點效稱為「類似既判力之效力」並加以否定之，但未必妨礙以誠信原則來承認爭點效。蓋最高法院係從既判力與爭點效內容上之類似性（該判斷內容拘束後訴法院）出發，而以既判力僅及於訴訟標的之判斷為由，否定類似既判力（既判力之延長）之效力；但若立於既判力之基礎不包括有誠信原則之前提，則由誠信原則所生之爭點效與屬於既判力延長之爭點效應有所區別，故前者非為最高法院判決之射程範圍所及者，參見：小山昇，「争点効」，我妻榮など編『續民事訴訟法判例百選：重要百判例の解説』，『別冊ジュリスト』，第 8 卷第 36 号，1972 年 3 月，頁 193。不過，若肯認誠信原則同為既判力與爭點效之根據之一（新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 674），則前述最高法院見解有解為否定「以誠信原則為基礎而承認理由中判斷拘束力」之可能。其後，有將日本實務上陸續出現之相關判決就判決理由中拘束力之看法分為：既判力型（非肯定既判力擴張，而係單純指出判決理由不具既判力）、爭點效型（肯定或否定爭點效）、誠信原則型（以承認誠信原則為前提，但個案適用上出現肯定或否定之結果），而分析最高法院係以誠信原則承認前訴判決對後訴之遮斷效（如最判昭和四九・四・二六民集第 28 卷第 3 号頁 503、最判昭和五一・九・三〇民集第 30 卷第 8 号頁 799），同時下級法院亦循此趨勢，除了少數直接承認爭點效之判決外，大部分判決係將爭點效與誠信原則置於同一層處理（如大阪高判昭和四六・四・八判例時報第 633 号頁 73、東京地判昭和四九・五・一五判例時報第 756 号頁 90、東京高判昭和五〇・七・一六判例時報第 798 号頁 32、東京地判昭和五二・五・三〇判例時報第 874 号頁 58），相關整理參見：東松文雄，「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について（四）、（五）、（七）一要件と効果との均衡に視点を置いた理論構成の試み一」，『判例時報』，第 1374 号，1991 年 4 月，頁 11 以下、第 1377 号，1991 年 5 月，頁 18 以下、第 1392 号，1991 年 10 月，頁 14 以下。

⁸³ 論者多從紛爭統一解決之必要性上肯定承認爭點效之妥當性，同時指出須從當事人之程序保障及合理期待之觀點，仔細檢討其效力範圍，參見：中務俊昌，「民事訴訟の動向」，三ヶ月章編『現代の裁判』，1965 年 12 月，頁 75 以下；吉村徳重，「判決の効力の客観的範囲」，『ジュリスト』，第 500 号，1972 年 3 月，頁 358 以下；斎藤秀夫，『民事訴訟法概論[新版]』，1982 年 4 月，頁 380 以下；小林秀之，「民事訴訟法ケース・スタディー—争点効・反射効」，『法学セミナー』，第 455 号，1992 年 11 月，頁 99。

⁸⁴ 高橋宏志執筆，中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編，『新民事訴訟法講義[第二版補訂版]』，2006 年 3 月，頁 463-464。

⁸⁵ 吉村徳重「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エスツペルの視点から」『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 449 強調爭點效係除了既判力（判決的第一次貫徹力）以外之第二次貫徹力，參見：住吉博，「争点効の本質について（二）」，『民商法雑誌』，第 61 卷第 5 号，1970 年 2 月，頁 777 以下；加藤雅信，『財産法の体系と不当得利法の構造』，1986 年，頁 594 以下；。

係屬誠信原則之具體適用，統一解決紛爭之僅係爭點效之反射、副次性效果，而未積極進行要件明確、定式化之作業⁸⁶。而作為爭點效提倡者之新堂教授，則處於中立之立場，認為確立爭點效為基於誠信原則所生之判決效力同時，亦肯認其作為判決之制度性效力之性質⁸⁷。

學說上對爭點效採取持疑或否定態度之理由，多圍繞在其要件及範圍過於曖昧、不明確，並且實際上亦難以運作一事⁸⁸；亦有指出立法者之所以決定判決理由中判斷不生拘束力，係與避免永久化錯誤的法院判決有關，因而採納爭點效理論將有擴大前訴判決之不當性之危機⁸⁹；並且，將爭點效作為以誠信原則為基礎之一結果責任，亦將不當地擴張誠信原則⁹⁰；再者，所謂有必要發生爭點效之情形，只要同時提起中間確認之訴而確定先決問題即可解決⁹¹。另有論者從日本與美國之法

⁸⁶ 中野貞一郎，「いわゆる争点効を認めることの可否」，『法学教室』第2期4号，1974年，頁61；中野貞一郎，「争点効と信義則」，『過失の推認』，1978年1月，頁201；小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第504号，1972年5月，頁81-82；小山昇，「既判力が争点効か信義則か一判例をそ素材として」，『法曹時報』，40卷8号，1988年8月，頁1262；奈良次郎，「争点効」，小山昇ほか編『演習民事訴訟法』，青林書院，1987年6月，頁561。惟有指出於個別情事下始具體化訴訟上誠信原則之內容，適用上可能流於恣意之危險，參見：山木戸克己，「民事訴訟と信義則」，末川先生古稀記念『權利の濫用（中）』，1962年10月，頁266。

⁸⁷ 新堂幸司，「既判力と訴訟物」，『訴訟物と争点効（上）』，1988年10月，頁179。

⁸⁸ 伊東乾，「判決の争点効」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座（二）』，1969年6月，頁102；石川明，「訴訟上の和解の訴訟終了効」，『法学研究』，第42卷第3号，1969年，頁175；三ヶ月章，「既判力の客觀的範圍」，『民事訴訟法研究七卷』，1978年10月，頁88。

⁸⁹ 松本博之＝上野泰男著，『民事訴訟法第四版補正版』，2006年9月，頁528。

⁹⁰ 三ヶ月章，『民事訴訟法[第三版]』，1992年6月，頁142以下。惟對於以誠信原則阻斷與前訴矛盾主張之部分，持保留態度。

⁹¹ 三ヶ月章，「既判力の客觀的範圍」，『民事訴訟法研究第七卷』，1978年10月，頁85；三ヶ月章，「紛争解決の一回性と再施可能性」，『民事訴訟法研究第八卷』，1981年6月，頁1以下；納谷広美，「所有權に基づく登記請求訴訟」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀（中巻）』，1991年7月，頁105以下；坂原正夫，「黙示による中間確認の訴え」，『民事訴訟法における既判力研究』，1993年10月，頁148。對此，爭點效之支持者回應為：爭點效發生之層次多為主要事實，中間確認之訴卻無法涵蓋至此，參見：倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17卷第2号，1966年1月，頁82；高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005年2月，頁570註59。

制比較，而基於訴訟體制之差異否定爭點效理論在日本實行之適切性，其理由為在具有證據開示程序（**discovery**）及預審（**pretrial**）等制度之美國民事訴訟，因其具有充實、激辯之對抗特質，故判決理由中判斷發生一定法律效果本屬當然，然與此相異之德國與日本民事訴訟，對判決理由中判斷所具拘束力，當應採取否定態度⁹²。

此外，亦有雖然不暫成爭點效，但對於判決理由中判斷發生拘束力之思想仍給予積極的評價，而將發展目標置於與判例調和之立場，竹下守夫教授即由此出發，嘗試構成依誠信原則使判決理由中判斷發生拘束力之理論⁹³。竹下教授將誠信原則細分為兩種型態，（1）對前訴勝訴當事人所生之效力：係限制其不得再為與前訴相異之主張，即矛盾舉動禁止之誠信原則。其理由為，不論勝訴當事人於前訴所主張之事實是否經雙方當事人實際爭執，倘勝訴當事人於後訴得一改前言，而嘗試取得與前訴已得之利益無法兩立之後訴利益，或欲免除當然伴隨前訴已得利益所生之負擔，皆屬違反誠信原則，而不被允許⁹⁴；（2）對前訴敗訴當事人所生之效力：係限制其不得再提出於前訴已經排斥之主張，即權利失效之誠信原則。

⁹² 木川統一郎，『民事訴訟法重要問題講義（上）』，1992年4月，頁252-253。亦有學者認為，從日本與美國訴訟構造本身之差異來看，無法直接援用美國法判決效力相關理論及發展，但作為再檢討日本判決效之新視角，而從美國性觀點來討論一事，仍具有相當意義，參見：小林秀之，「判決效の拡張化現象とリステイトメント」『アメリカ民事訴訟法』弘文堂，1988年7月，頁315。倘由此論點，毋寧與美國法較相近之我國法（如2000年民事訴訟法修正、擴大第368條以下關於證據保全、開示程序等規定），就判決效之擴張上更有承認之空間。

⁹³ 竹下守夫，「判決理由中の判断と信義則」，山木戸克己還暦『実体法と手続法の交錯（下）』，1978年9月，頁72以下；竹下守夫執筆，兼子一原著＝松浦馨ほか著，『条解民事訴訟法』，2011年4月，頁538-543。

⁹⁴ 美國法上亦有“judicial estoppel”之概念，係基於訴訟程序公正性（**integrity**）而禁止當事人在不同訴訟程序採取相互衝突之立場，理由係一造當事人受有前訴判決利益之同時，又於後訴以不同立場獲取第二次的利益，將侵蝕司法公正性。此概念多於職災之案件中被提出，如當受僱人對僱主主張其已完全殘廢而提起損害賠償訴訟並且獲勝，又於後訴對僱主提起復職訴訟主張其仍具勝任職務之工作能力，此時多被認為係違反“judicial estoppel”而被禁止提起後訴。然此概念在美國實務上之適用並不一致，有些法院以下列原因否定“judicial estoppel”：（1）近代的訴訟原則並未禁止當事人就與前訴相衝突之主張再為起訴；（2）適用之結果將過度干預法院發現真實之機能。See Teply, L. L. & Whitten, R. U. (2009). *Civil procedure* (4th ed.). New York, NY: Foundation Press, §13, 1062-1063.

倘權利人未適時行使權利之結果，將使對造產生權利人不再行使該權利之正當期待，而權利人其後又反於該期待而為權利行使，係違反誠信原則而被禁止。竹下教授並進一步將之適用於判決理由中判斷所具拘束力之關係上，而主張：就已經確定判決理由中判斷之事項，若一方當事人對該紛爭之解決具有正當信賴，作為法規範之要求，當事人雖就該事項再度應訴，但不應再強迫其為辯論時，如該判斷事項係前訴之主要爭點，且就該爭點受不利判斷之當事人有就該判斷上訴爭執之可能性，並前、後訴係基於同一社會紛爭而生之情形，應承認該判斷之拘束力，故如經一造當事人所援用，則不允許違反該爭點判斷之攻擊防禦方法再被提出⁹⁵。竹下教授並批評，爭點效理論僅討論後者（權利失效），而無法解釋前者之情形（矛盾舉動禁止），如對前訴勝訴當事人有基於誠信原則所生拘束力之情形，亦可能出現於對造自認或擬制自認之場合，即使未給予其上訴救濟機會或前、後訴不具有同等之系爭利益⁹⁶，勝訴當事人亦因矛盾舉動禁止原則而不得為相異主張⁹⁷。

對於竹下教授之理論，雖有論者評價為係明確化判決理由中判斷所生不利拘束力之根據⁹⁸，但仍受有相當批評諸如：（1）兩者重點不同，是否得將權利失效

⁹⁵ 竹下守夫，「判決理由中の判断と信義則」，山木戸克己還暦『実体法と手続法の交錯（下）』，1978年9月，頁92以下。

⁹⁶ 惟竹下教授亦特別指出，矛盾禁止原則因屬誠信原則之一型態，其適用尚須綜合個種具體情事為判斷是否發生拘束力，如矛盾舉動者之主觀要素或前、後兩訴中系爭利益之牽連性（是否有對價關係）及經濟價值之大小、前訴中對造之態度（自認、擬制自認或一造辯論）等，若判斷結果認為發生拘束力將違反當事人間衡平，則例外否定拘束力，參見：竹下守夫，「判決理由中の判断と信義則」，山木戸克己還暦『実体法と手続法の交錯（下）』，1978年9月，頁111-112以下。

⁹⁷ 對此新堂教授補充說明為：爭點效係為確保紛爭解決實效性，以當事人自己責任為根據而劃定「當事人實際爭執」及「法院實際判斷」為紛爭解決基準。若就某爭點，前訴未經提出爭執或不存在於前訴，在後訴經提出時，雖可能因禁反言而遭排除，但此種情形不屬於爭點效之典型案例，而為禁反言之範疇，參見：新堂幸司，「判決の遮断効と信義則」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀（中巻）』，1991年7月，頁510註10。

⁹⁸ 論者認為：新堂教授於提出爭點效理論時，並未先明確設定判決理由中判斷應於何等層次發生不利之拘束力，而有將發生爭點效之範圍，設定為比實際於前訴爭執之爭點更高次元之傾向，故有拘束力根據不足之疑慮。而竹下教授於提高判決理由中判斷之不利拘束力所生範圍（提高至未實際爭執之爭點）同時，將其根據從對自己招來不利判斷之訴訟行為所負的結果責任，轉化為保護對造因權利人未於適切時期行使權利，故產生權利不再行使之信賴。其後，新堂教授提出「主要爭點」及「期待解決爭點」之概念，認為兩者有所差異，但後者可被評價為「正當期待解決爭點」時（即

原則論為爭點效之基礎尚有疑問⁹⁹；(2) 依權利失效法理而禁止敗訴當事人再為主張，理解上存有困難。蓋竹下教授一方面認為，法院對經當事人爭執之爭點既已於判決理由中判斷，若於訴訟標的相異之後訴中再就該爭點為爭執，依權利失效法理應禁止該主張，一方面又以權利失效原則立論，認為拘束力之基礎在於權利人長時間不行使權利，故應保護信賴其已不再行使權利之相對人之要求云云，一為「已經當事人爭執」，一為「未行使權利」，兩者根本毫無關連¹⁰⁰。(3) 竹下教授理論中之誠信原則並非當事人間之誠信原則，而係以判決存在為前提之效力，故而應將之定位為判決拘束力¹⁰¹。

第二項 既判力擴張理論

第一款 德國法

德國民事訴訟法第 322 條（制定當時為第 293 條）所規定之既判力客觀範圍

一造當事人專以該「期待解決爭點」之某下位爭點為爭執，可使對造產生就該「期待解決爭點」之判斷，將以此決斷之信賴，後訴中所有被包含於「期待解決爭點」中之主張，皆不得再提出。此信賴保護之思想，被評價為相當於竹下理論中之「權利失效原則」。參見：山本弘，「判決理由中の判断の拘束力」，福永有利ほか編『民事訴訟法の史の展開』，2002 年 1 月，頁 663-664。

⁹⁹ 蓋爭點效之根據係當事人間公平及自己責任原則，並將重點致於前訴敗訴當事人之訴訟活動上，而權利失效原則之根據為對造之信賴保護，兩者仍存有差距，參見：新堂幸司，「判決の遮断効と信義則」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀（中巻）』，1991 年 7 月，頁 505 以下。

¹⁰⁰ 新堂幸司，「判決の遮断効と信義則」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀（中巻）』，1991 年 7 月，頁 505 以下；松本博之＝上野泰男著，『民事訴訟法第四版補正版』，2006 年 9 月，頁 529-530。

¹⁰¹ 富樫貞夫，「民事訴訟における『むし返し』禁止の効力」，熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』，1990 年 1 月，頁 271 以下。亦有論者雖認同判決理由中判斷與既判力不同，非以制度性紛爭解決為其目的，但認為竹下教授理論係混淆「當事人之誠信原則」及「當事人與法院間之誠信原則」，參見：伊東乾，「信義則に代わるもの—民事訴訟法を視点として—」，窪田隼人編『末川追悼・法と権利 3』，『民商法雜誌』，第 78 卷臨時増刊（3），1978 年 6 月，頁 44-45。

僅止於訴訟標的，不論是作為判決理由之事實、判決所確認之先決性權利及法律關係、或當事人提出之主張及抗辯等，皆不生既判力¹⁰²。然該條文之產生並非毫無爭議，其立法背景係自普通法以來對「判決理由中判斷是否有拘束力」之論爭之延伸¹⁰³。普魯士法係繼受當時法國民法第 1351 條之既判力規定，將既判力限定於判決主文之判斷而不及於判決理由，而學者 Savigny 則極力主張應採納普通法，使判決理由中先決法律關係之判斷亦生既判力。其強調「法律紛爭之性質與法官之使命」，認為法官之使命在於確定系爭權利關係，並保障因該權利關係確定所生之效用，為達成該使命，被確定之權利關係之安定性於將來訴訟上亦應予以維持。而維持此安定性之方式，則有賴判決之基本要素（Elemente des Urteils）即判決理由之先決權利關係（Präjudizialität）之確定，故而成為判決理由之先決性法律關係將生既判力，而對將來全部的訴訟發生拘束力¹⁰⁴。

然 Savigny 理論終未獲學界支持，而受有強烈批評諸如：該理論違背辯論主義並抹殺辯論主義所承認之當事人主體性¹⁰⁵；該作法使本為解決訴訟上請求而相對性處理之事項（攻擊防禦方法）與獨立的紛爭對象（訴訟標的）具有同等之絕對性確定效力，等同於無視當事人之意思，亦已逾越個別訴訟之任務¹⁰⁶。最後，德國民訴法選擇走向普魯士法¹⁰⁷，而限定判決只在請求權被裁判之範圍發生既判

¹⁰² Jauernig 著＝周翠譯，『民事訴訟法』，第 27 版，2003 年 7 月，頁 326-329。

¹⁰³ 日耳曼普通法與普魯士法之論爭背景介紹，參見：霜島甲一，「ドイツ民事訴訟法三二二条の前史—請求権概念の生成—」，『民事訴訟法雜誌』，8 号，1962 年 1 月，頁 120 以下。

¹⁰⁴ Gual 著＝松本博之編訳，「サヴィニに—以後の既判力理論の展開と現状」，『ドイツ既判力理論』，2003 年 12 月，頁 46 以下。

¹⁰⁵ Wetzell, System des ordentlichen Civilprocess, 3 Aufl., 1878, SS. 574ff. 592 ff.，轉引自：吉村德重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エストツペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 452。

¹⁰⁶ Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1859, Bd. 2, S. 615ff., bes 628f.，轉引自：吉村德重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エストツペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 452。

¹⁰⁷ 德國舊民事訴訟法第 293 條之修法會議上，對 Savigny 理論之贊否常為討論中心（參見：齊

力。

雖然德國民訴法第 322 條在立法上已暫作結論，但此一論爭仍尚未完全劃下句點，Savigny 之理論仍對德國學界產生相當影響，如學者 Zeuner 認為：德國民訴法雖然已明確否定普通法理論，亦僅表明關於判決理由之爭議已不再是否回歸普通法之問題，而非意味在既判力與判決理由之關係上已毫無疑問；亦即，對立法者而言先成為問題或應先處理者，僅係就普通法理論應採取「肯定」或「否定」之態度，而無法從立法者之決定導出根本性否定判決理由之既判力之結論；故真正應關注之問題，係在既判力與判決理由之關係上，是否所有之情形皆應為相同之判斷，或者應予以一定之差別化處理¹⁰⁸。Zeuner 並進一步主張，若前訴所確認之法律效果及後訴所主張之法律效果，兩者具有經由特定客觀權利所生之實體法上意義關連，亦即前、後訴之訴訟標的具有法律上意義關連（*rechtliche Sinnzusammenhänge*）時，為維持此一意義關連，應承認前訴判決理由中判斷亦具有既判力。其後，亦有學者 Henckel 及 Rimmelspacher 參酌英美法爭點排除效，而分別主張在紛爭實際狀況未有改變及前、後訴之爭點在經濟利益¹⁰⁹或法

藤秀夫，『民事訴訟法理論の生成と展開』，1985 年 11 月，頁 85）。並從司法大臣草案理由書（*Begründung des Entwurfs einer Civilprozessordnung und des Einführungsgesetz*）中可看出明白揚棄 Savigny 所支持之普通法之態度：「雖認同 Savigny 理論中避免裁判矛盾之優點，但此立場超越了個別訴訟之課題，並且當事人已在訴訟上明示且限定訴訟對象，而僅以此求為法院判斷，其理論亦超出當事人之意圖，故而不採之。」，Vgl. Hahn, *Die gesamten Materiellen zu den Reichsjustizgesetzen*, Bd. II, 1881, S. 290f.，轉引自：吉村德重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エストッペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 452；霜島甲一，「ドイツ民事訴訟法三二二条の前史—請求権概念の生成—」，『民事訴訟法雜誌』，8 号，1962 年 1 月，頁 117；Albrecht Zeuner 著＝松本博之訳，『既判力と判決理由—法的意味連関の枠組による民事判決の既判力の測定—』，2009 年 6 月，頁 52-53。

¹⁰⁸ Albrecht Zeuner 著＝松本博之訳，『既判力と判決理由—法的意味連関の枠組による民事判決の既判力の測定—』，2009 年 6 月，頁 2-5。原著 *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge* 在德國於 1959 年出版。

¹⁰⁹ Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970, S. 171 ff.，轉引自：沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 53；沈冠伶，「一部請求之判決對於餘額請求之效力----最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第 32 期，2002 年 2 月，頁 86；吉村德重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 473。

律地位¹¹⁰上相同時，前訴判決中對該爭點所為之判斷，於後訴訟亦發生拘束力。晚近亦出現藉由目的性解釋德國民事訴訟法第 322 條第 1 項規定以擴張既判力範圍之呼聲，Leipold 教授即主張應從避免紛爭再燃之觀點，認對於判決主文以外之其他部分，在符合一定條件時，如前訴訟上具體經當事人爭執且由法院予以審理，由於當事人受拘束具可期待性，既判力即可擴張於此¹¹¹。

由上述德國法上判決理由中判斷效力之相關學說觀察，歸納其發展脈絡大致可分為二階段：第一階段係著重權利之法安定性及實體法秩序之維持；第二階段則係重視當事人之程序權保障、當事人遂行訴訟之緊張度及判決效力之可預測性。故而可評價為早期德國學說對判決效力仍尚停留於實體法之角度，後期則逐漸轉入程序法上思考。

一、著重實體法角度之既判力擴張學說

Zeuner 之既判力擴張理論¹¹²，係基於「法之意義關連」，而承認判決理由之

¹¹⁰ Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, 1970, S. 202 ff., 259 ff.，轉引自：沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 53；同，「一部請求之判決對於餘額請求之效力----最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第 32 期，2002 年 2 月，頁 86；吉村德重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 481-482。

¹¹¹ Leipold, *Teilklage und Rechtskraft*, in: FS für Zeuner, S. 433 ff.，轉引自：沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 54；同，「一部請求之判決對於餘額請求之效力----最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第 32 期，2002 年 2 月，頁 86-87。

¹¹² 對 Zeuner 既判力理論之介紹及批評，我國之文獻有：駱永家，「判決理由與既判力」，『既判力之研究』，1975 年一版，頁 67-21；日本之介紹性文獻，參見：霜島甲一，「紹介」，『法学協會雜誌』，76 卷，1959 年，頁 689；伊東乾，「書評」，『民事訴訟法雜誌』，第 6 号，1960 年 3 月，頁 197-201；其中表示肯定態度者，參見：上村明広，「判力の客觀的範圍に関する一問題」，『岡山大学創立十周年記念・法学と法史の諸問題』，1959 年月；以承認判決理由之既判力將與法院對爭點之選擇權發生矛盾，而採否定見解者，參見：井上正三，「既判力の対象と裁判所の選択権（一）、（二）」，『立命館法学』，第 32 号，1960 年 3 月，頁 73、第 33 号，1960 年 6 月，頁 47。

既判力。然其非單純支持或嘗試復活被立法者揚棄的 **Savigny** 理論，而是由前、後訴訟間之關係出發，認為當前訴所確定之法律效果成為後訴法律效果之先決問題時，因前訴確定判決之內容係續行地展現於後訴，故前訴判決之既判力應及於後訴，並且不得再為爭執前訴之判決理由判斷事項。其並指出，前訴所確定之事項與後訴中法律效果間，存有實體法秩序之目的論上意義關連，為維持前、後訴訟法律效果之意義關連，判決理由應生既判力。在既判力擴張之情形，德國通說¹¹³認為限於先決關係或矛盾關係中，基於法律效果構成上具有形式之相互論理性，既判力始應擴張至判決理由；相對於此，**Zeuner** 則主張法律效果之和諧，及顧慮實體法秩序關連性始為重要之事，故即使在非屬先決關係之情形，若後訴之法律效果與前訴確定之法律效果所源自之法律規定，具有目的論之意義關連時，既判力亦應擴張。例如本金債權指向之法秩序包含利息債權，故本金請求訴訟中認定借貸關係存在之判斷在利息請求之後訴中亦發生既判力，而利息債權未指向本金債權之法秩序，故利息請求訴訟中認定借貸關係存在之判斷在本金請求之後訴中並不生既判力；又如所有權亦不屬於妨害排除請求權所針對之法秩序，故判決理由中就所有權歸屬之認定亦不發生既判力¹¹⁴。

雖然 **Zeuner** 認為上述限定判決理由發生既判力之方式，已可弭平德國民事訴訟法第 322 條立法過程中對 **Savigny** 理論之疑問，亦即於該限度內生既判力，並未超過個別訴訟之任務，亦不反於當事人之意思與預測而應不致生突襲；然其專以前後訴法律效果相互間之目的論上關連來決定既判力之範圍，並且實際上仍係純由實體法角度衡量當事人對判決效力之可預測性，故受有如下批評¹¹⁵：

¹¹³ 此見解在德國學說及實務上之優勢說明，參見：柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(8)」，『ジュリスト』，第 531 号，1973 年 5 月，頁 75 以下。

¹¹⁴ **Albrecht Zeuner** 著＝松本博之訳，『既判力と判決理由—法的意味連関の枠組による民事判決の既判力の測定—』，2009 年 6 月，頁 62-66 以下。

¹¹⁵ 此批評之整理，參見：吉村徳重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法

一、欠缺訴訟法之程序性考量：（一）未關注前訴訟程序中，當事人及法院如何參與判決理由之形成，或者其參與被期待或保障至何程度。（二）蓋於前訴程序中，法院與當事人所直接關心之事為判決主文之裁判，判決理由不過是相對、附隨之問題，如一造辯論判決及捨棄、認諾判決中，法院根本未表明對判決理由之判斷，或者是作為判決理由之事由係屬選擇性競合之情形，為了達成迅速裁判之要求，法院得自由地選擇其一作為判決理由，若使其亦發生既判力，則將因法院偶然之選擇而使當事人受有不利益。

二、拘束力之預測可能性：（一）Zeuner 理論中之前、後訴請求間所存在之「法意義關連」及「受指向之法秩序」，無法保障對將來訴訟中產生判決理由拘束力之預測可能性，而違反現行民事訴訟法之旨趣即應防止造成突襲之既判力效力。（二）上述基準之廣狹解釋因人而應，甚至可能解為全私法體系相互間皆具有意義關連。

雖然 Zeuner 理論有上述缺失，但仍係尖銳地點出向來德國通說所置之不理的曖昧之處，亦即：在與前訴訴訟標的相異之後訴中，通說以先決關係或矛盾關係作為前訴判決理由發生既判力之基準，不僅徒受法律形式上之論理概念影響，亦不過只是把理論附著於實體法上偶然的連結點而已，難以作為劃定既判力範圍之基準¹¹⁶。

二、由程序法角度切入之既判力擴張學說

關係既判力客觀範圍之劃定，學者 Henckel 與 Rimmelspacher 雖對 Zeuner

政研究』，第 39 卷第 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 460-462。

¹¹⁶ 吉村徳重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷第 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 460-462。

之實體法基準給於高度評價，但認為 **Zeuner** 理論尚不充分，而須結合實體法要素與訴訟法要素作為判斷基準，其理由為：當既判力之效果係依存於訴訟法上要件與實體法上要件時，就判決理由之既判力問題，自必須從訴訟法觀點及實體法觀點尋求解答¹¹⁷。而欲探討訴訟法之一面，須先釐清德國民訴法第 322 條第 1 項「經裁判之請求始生既判力」之規定，其立法旨趣係以何為目的。**Henckel** 認為此係闡示作為既判力前提之判決正當性（**Richtigkeit**）所及之程序保障範圍；**Rimmelspacher** 則認為係表示當事人對判決效之預測可能性（**Überschaubarkeit**）範圍¹¹⁸。亦即，依 **Zeuner** 之實體法基準，無法將既判力限定於具有保障判決正當性與預測可能性之範圍。而應以何論據、基準來限定既判力之範圍，兩者之見解如下¹¹⁹：

（一）**Henckel** 之見解：其認僅在（1）依前訴訴訟程序中當事人之訴訟遂行緊張度，得以保障判決正當性，及（2）在與前訴請求相異之後訴中，得認為其經濟價值同一之情形，判決理由始發生既判力。前者如當事人提出數抗辯而法院得擇一判斷，亦即判決理由於言詞辯論終結時處於選擇性競合時，應評價為當事人之訴訟遂行緊張度不足，而不生既判力；後者則如在利息請求或數額低微之一部訴求訴訟上，當事人可能為避免訴訟費用增加而採取消極態度，但是在高額之本金請求或全額請求中，可能會更積極地參與訴訟，故而超過訴求內容可期待之部分與程度，則不應使當事人負擔該不利效力。

¹¹⁷ 文字浩，「ヘンケル『訴訟法と実体法』」，『法学論叢』，第 87 卷第 1 号，1970 年 4 月，頁 77。

¹¹⁸ **Henckel**, *Prozessrecht und materielles Recht* (1970), S. 155, insb. S. 155f; **Rimmelspacher**, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme* (1970), S. 178, 184，轉引自：吉村德重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 470-471、480。

¹¹⁹ 整理自：吉村德重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 470-484。

(二) **Rimmelspacher** 之見解：其認為在前、後訴法律地位相同時，擴張既判力始不致對當事人造成突襲。所謂法律地位，指實體法上關係之保護與實現。如在所有物返還訴訟中，此請求之法律地位包含有言詞辯論終結時所有權之確定，但不包含言詞辯論終結前之所有權；因此，如原告獲勝訴判決，其後又以被告在訴訟繫屬中損壞該物而提起損害賠償訴訟時，考量兩者法律地位不同，且被告在前訴又無從對高價之損害賠償進行防禦，此時前訴就所有權之認定不發生既判力。除此之外，**Rimmelspacher** 認為在前、後訴就構成要件之舉證責任分配不同時，如認為判決理由中判斷生既判力，將發生因承認既判力而改變實體法秩序之問題，故而僅在前、後訴中舉證責任同屬一人時，始認既判力擴張至判決理由。

第二款 法國法

法國法上既判力之規定係於民法第 1350 條：「法律上推定，係指由特別法對某些行為或某些事實賦予的推定，例如：3. 法律賦予既決事由的權威效力」及同法第 1351 條前段：「既決事由的權威效力，僅及於已為判決之事由」¹²⁰，將法律賦予之既判力作為法定推定事項¹²¹。並且，依法國新民事訴訟法第 480 條規定¹²²，僅法院所宣示之判決主文始具有既判力，作為主文之推論根據或闡明主文意義之判決理由並不包含在內。不過，雖然法條規定如此，判例上界定既判力範圍之態

¹²⁰ 罗结珍译，『法国民法典（下）』，2005 年 3 月，頁 1038-1039。

¹²¹ 即「*res Judicata pro veritate habetur*」：既判事項被認為是真實。另外，法國法上向來以消極效力來理解既判力（禁止就對同一事項再為起訴），而少由積極效力（應就前訴判決事項為同一認定）來界定既判力範圍，參見：Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法国民法总论』，2004 年 5 月，頁 561。

¹²² 新民事訴訟法第 480 條：「在其主文中對本訴訟之全部或一部做裁判的判決，或者對程序上的抗辯、訴訟不受理或其他任何附帶事件做出裁判的判決，一經宣告，即相對於所裁判的爭議具有既判力。這裡所說的本訴訟，意義是指依本法典第 4 條之規定所確定的系爭標的。」參見：Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（上）』，2005 年 6 月，頁 242。

度仍不一¹²³：(一)有承認「不言可喻的判決事由」之既判力，如法院作出禁止 X 公司變更其名稱為 Y 之判決，則亦不言可喻地包含禁止其使用受到禁止的名稱之判決事由¹²⁴。(二)亦有承認對判決主文提供必要性依據及支持之「決定性理由(les motifs décisifs)」具有既判力，因為決定性理由與判決本身係構成一個整體，而不違背新民事訴訟法第 480 條之規定¹²⁵。(三)另外，亦有承認所謂「決訟性理由(les motifs décisives)」的既判力。決訟性理由係指對本訴訟之一部做出裁決的理由，其與決定性理由之區別在於，決訟性理由係對本訴之一部為裁判，則未必與主文有所關連，亦不對主文構成必要性支持¹²⁶。贊成其具有既判力之理由，主要為既然法官將本屬判決主文之部分留予判決理由中為表述，亦應賦予相當主文之效力。然而，法國實務上近來否定決定性理由效力之傾向，亦某程度影響對決訟性理由拘束力之決定，而使法國最高法院對決訟性理由既判力逐漸採取消極態度¹²⁷。

此外，關於判決理由中判斷效力之爭議，於法國法上尚與「中間判決」及「混合判決」制度有所牽連。亦即，於判決主文命令為中間性措施，如下證據調查或保全處分之「中間判決」(jugements avant dire droit)，依法國新民事訴訟法第 482 條「主文僅限於命令某種審前準備措施或臨時措施的判決，對本判決不具

¹²³ 法國判例上尚有以嚴格界定既判力範圍者、或採取寬容判定判決理由具有既判力者、或進一步承認「默示判決事項」者，相關整理參見：Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法國民法總論』，2004 年 5 月，頁 563。

¹²⁴ 羅結珍譯，『法國民法典（下）』，2005 年 3 月，頁 1042。故而，若 X 公司其後使用 Y 之名稱而遭受 Y 起訴請求賠償，X 不得爭執關於使用 Y 名稱行為之違法性。

¹²⁵ Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（上）』，2005 年 6 月，頁 242。

¹²⁶ Serge Guinchard 著=山本和彥訳「判決理由中の判断と既判力----フランス法の議論から」，『ジュリスト』，1118 号，1997 年 9 月，頁 69 以下。

¹²⁷ Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（上）』，2005 年 6 月，頁 243-244。

有既判力」¹²⁸。然若於命令採取某種措施之同時，亦有解決、判斷本案部分問題之意涵而終局解決某一爭議，可評價為具有混合性，而屬「混合判決」(jugements mixtes)¹²⁹，此時該判決亦發生一定拘束力¹³⁰，如法院認定被告對某一事故應負有責任，同時任命鑑定人對損害之大小進行評估之判決，此種混合判決，對確定債權之數額而言為中間判決，但對債權是否存在，又係終局判決¹³¹。基本上，混合判決中對某爭議為終局性判斷之部分應具有既判力，此點無太大爭議，唯有疑義者，係該終局部分限於出現於判決主文部分始構成混合判決，或若判決理由有終局性判斷意涵，即屬混合判決並具有既判力？如上例中，法院於主文命令採取鑑定措施，雖然於判決理由中確認行為人之責任，但沒有在主文中作出宣告，此時，直接觸及此法國法上所稱「決訟性理由」是否具有既判力之問題。法國實務之態度分歧甚大，有認為混合判決之標準係一種客觀與形式的標準，而應當由判決主文來決定，故而終局性判斷出現於理由中時，非屬混合判決，理由亦不具有既判力；有考量判決可能存在瑕疵，如本應為主文之內容錯置之理由，此情形應承認理由之既判力；有限定於就決定管轄權是否存在之實體問題作出宣告之中間判決，得承認其理由具有既判力；亦有一面承認實體判決中判決理由亦可能發生既判力，但因對中間判決無法上訴，故否認中間判決中之決訟性理由具有既判力

¹²⁸ Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（下）』，2005 年 6 月，頁 1070。

¹²⁹ 混合判決係指判決同時包含最終判決與中間判決者。因中間判決不具有既判力（法官雖然只在有新事實證明應為新認定時始能對中間判決為修正，但在進行實體問題判決時，並不受其約束，故中間判決僅具有使當事人或得預測法官對實體問題之態度之功能），故混合判決中僅有最終判決部分具有既判力，然實際上如何明確區分兩者亦有困難，參見：Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法國民法總論』，2004 年 5 月，頁 563。

¹³⁰ 羅結珍譯，『法國民法典（下）』，2005 年 3 月，頁 1040。

¹³¹ Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（下）』，2005 年 6 月，頁 1071。然其非就整個紛爭為裁判，故與一般之終局判決仍有區別。

法國學說基本上則係持肯定判決理由具有既判力之見解，依學者之整理¹³³，法國主要學說之動向如下。第一種為 H. Vizioz 學者所稱之默示性解決效力：其認為判決主文解決某爭點之紛爭時，若其在作為論理性前導概念上，亦支持其他爭點之解決，該其他爭點之解決即默示地被包含於判決中而具有默示的既判力；第二種 R. Guillien 學者指出既判力之間接效果及絕對效力：其認為既判力具有絕對效之同時，判決理由中判斷具有受此絕對效反射之絕對效，不過在欠缺程序保障時應否定理由中判斷之既判力；第三種係 Motulsky 學者從已結束之爭訟程序和當事人試圖再次展開程序中之爭議問題是否同一（la question litigieuse），來觀察既判力之積極效力，如該爭議問題係指經由對抗式辯論而被判決所解決之所有爭議點，應認為亦屬前訴既判力之積極效力範圍，故法院不得為不同認定。並且，若某一問題已被援引時，同一分類之其他問題亦被認為已經提出於法院審判；惟其亦強調此爭議之範圍須透過「爭議問題之集中」來決定，該集中可能係由法律規定範圍，若法律無規定，則由法院審查前訴判決中某未提出之爭議，是否本可提出且應當提出，而據以制裁當事人拖延或疏忽之行為¹³⁴。

第三款 日本法

兼子一教授主張，在基於不動產物權之登記請求訴訟中，實體權利關係存否係登記請求權基礎，而為請求之主要內容，故物權之存否本身亦因該訴訟而確定，

¹³² 相關整理，參見：Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法国民法总论』，2004 年 5 月，頁 567。

¹³³ 若林安雄，フランス民事訴訟法における判決の理由中の判断の効力について，山木戸克己ほか編『手続法の理論と実践[下卷]』，法律文化社，1981 年 7 月，頁 280 以下。

¹³⁴ Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法国民法总论』，2004 年 5 月，頁 567。

且該判斷生既判力¹³⁵，此可稱係日本學說上既判力擴張至判決理由理論之起源¹³⁶。

其後，對於判決理由中判斷所具拘束力問題，有學者受德國既判力擴張理論影響，進行一般化作業，而檢討既判力客觀範圍之界定，並承認判決理由中判斷亦具有既判力；亦有論者藉由重新判定訴訟標的範圍¹³⁷，認為應動態地觀察、掌握訴訟標的¹³⁸，進一步分析給付訴訟中之先決性法律關係同時構成訴訟標的，因而對該

¹³⁵ 兼子一，『判例民事訴訟法』，1950年初版，頁289；兼子一，『新修民事訴訟法体系[增訂版]』，1965年，頁343。不過日本最高法院可說係明確否定該理論，如最判昭和三十〇・一二・一判決（民集第九卷第13號，頁1903）中，前訴中X基於所有物妨害排除請求權請求Y塗銷甲地所有權移轉登記經判決勝訴確定，本件原審法院對於Y所提起確認Y對甲地之所有權存在與請求移轉甲地所有權登記之反訴，認為前訴中塗銷登記請求與所有權之確認成為不可分之一體，所有權之存否亦成為前訴訴訟標的之一，故後訴中就此事不得再為爭執；但最高法院以所有權之存否僅為理由中判斷，既判力不應及之，而判決廢棄原判決發回原審。

¹³⁶ 青山善充，「争点効」，新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選（第二版）』，『別冊ジュリスト』，第18卷第2號，1982年5月，頁241。

¹³⁷ 關於對訴訟標的統一規制、理解之傳統思維之崩解，參見：伊藤真，「訴訟物概念の役割」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984年4月，頁65以下；柏木邦良，「重複起訴の禁止、訴えの変更、訴えの併合、審理・判断の範囲と訴訟物概念の機能」，『判例時報』，第1107號，1984年4月，頁3、第1109號，1984年5月，頁12。

¹³⁸ （一）此即「動態訴訟標的理論」，其論點為訴訟標的之界定應隨訴訟進行中當事人之主張、抗辯、再抗辯而擴大，如基於所有物返還請求權之請求返還土地訴訟，因訴訟進行中出現租賃權之抗辯，故債權之請求亦成為訴訟標的。贊成此說之學者諸如：伊東乾，「訴訟物の動態的把握—新旧両説対立の止揚のために」，『民事訴訟法研究』，1968年，頁237以下；井上治典，「請求の特定」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984年4月，頁47；柏木邦良，「訴訟物概念の機能」，新堂幸司編『講座民事訴訟②』，1984年3月，頁181以下；柏木邦良，「重複起訴の禁止、訴えの変更、訴えの併合、審理・判断の範囲と訴訟物概念の機能」，『判例時報』，第1107號，1984年4月，頁3、第1109號，1984年5月，頁12；住吉博，『訴訟的救済と判決効』，1986年1月，頁302以下；加藤雅信，「請求權競合論と統一的請求權論—訴訟物・争点効論争をふまえて」，『判例タイムズ』，第514號，1984年2月，頁208以下；加藤雅信，『財産法の体系と不当得利法の構造』，1986年，頁596以下；加藤雅信，「実体法学からみた訴訟物論争」，新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』，1988年，頁150；谷口安平，『口述民事訴訟法』，1987年12月，頁336。

（二）我國亦有學者主張類似概念而提出浮動的訴訟標的理論，認為訴訟標的範圍之決定必須兼顧被告之利益，原告起訴時所特定之訴訟標的不應成為決定訴訟標的範圍之絕對標準，法院實質審理之對象會隨著被告所提出防禦之事由及方法而變動，從而訴訟標的之範圍亦因此而發生改變，亦即：起訴階段基於處分權主義，由原告劃定訴訟標的之範圍；在訴訟程序進行中，訴訟標的之範圍則將隨著雙方當事人之訴訟行為而發生變化，可能產生訴訟標的之變更、範圍之縮小或擴大，並且，透過審判長之闡明行使，當事人已受有實質的程序保障，故應無違背處分權主義之問題，參見：黃國昌，「新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成（上）」，『台灣本土法學雜誌』，第44期，2003年3月，頁46-49。惟受有批評諸如：（1）違背處分權主義、無視原告之程序處分權及選擇權、被告若欲取得既判力尚得提起反訴、採取此說見解形同強迫原告（追加）起訴而有違平等權保障等，參見：許士宦，「民事訴訟法修正後之訴訟標的理論」，『審判對象與適時審判』，2006年2月，頁170-172；沈冠伶，民事判決之既判力客觀範圍與爭點效，法學叢刊，第214

先決性法律關係之判斷亦生既判力¹³⁹。嚴格來說，後者並非既判力擴張理論之一環，蓋若認先決性法律關係亦為訴訟標的，則基於日本民事訴訟法第 199 條，該對該先決性法律關係之判斷本應生既判力，而非「擴大」既判力。然而，對比原本未經擴大之訴訟標的及既判力範圍，可知實質上此亦係藉由擴大訴訟標的以擴張原本之既判力範圍，而屬既判力擴張之一手段。兩者結果上雖無太大差異，但方法及論述上大有不同：蓋後者仍固守訴訟標的之始生既判力之準則，而藉由擴大訴訟標的之方式「間接地」承認判決理由中判斷之既判力；前者則突破上述法則而探討判決理由中判斷所具拘束力之性質，並「直接地」承認對非屬訴訟標的之法律關係之判斷，亦生既判力。以下由此方式，區分討論「直接」及「間接」承認既判力擴張之學說。

一、直接承認既判力擴張之學說

早在爭點效被提倡前，即有論者接受德國 Zeuner 理論，而主張經前訴判決確定之法效果所具體化之法秩序內容，如與後訴中所主張之法律效果具有客觀法秩序上一定之意義關連時，因該意義關連反映了既判力之客觀範圍，故判決理由

期，2009 年 4 月，頁 206 註 40；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 57-58 註 31。（2）原告所排除於訴訟標的外之某實體權利，在其已被賦予利用前訴訟程序併加提出、主張之機會（此項機會可經由法院踐行公開心證或表明法律見解等闡明程序被賦予），卻不予利用時，可能被引據權利失效等法理處理；又，於本案審理過程，兩造縱就非訴訟標的之某實體權利存否為攻擊防禦，且受訴法院亦實質審理時，縱使認為得將當事人之訴訟上行為理解為：原告已明示或默示將該權利並列（追加）為求法院行本案審理之對象，而已獲被告同意其追加，或得事後予以評價為：該項審理過程已使該權利發揮訴訟標的之機能等旨，此項理解亦係導自原告依處分權主義享有上開擇定訴訟標的之權能或兩造得成立上開合意之法理，尚非可據以論斷訴訟標的之應該或必須於起訴時由兩造共同決定。參見：邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 83 次研討會後補註，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十二）』，2004 年 12 月，頁 109-110。故而，實則既判力與訴訟標的之範圍非屬同一層次之問題，藉由擴大訴訟標的之範圍而擴張既判力範圍，仍有諸多疑義。

¹³⁹ 加藤雅信，「請求權競合論と統一の請求權論—訴訟物・争点効論争をふまえて」，『判例タイムズ』，第 514 号，1984 年 2 月，頁 221。

亦具有既判力¹⁴⁰。亦有學者承襲德國 Schawab 學者之見解，進一步提倡「絕對的既判力」與「相對的既判力」之構成，其論點為：「絕對的既判力」，係指在後訴請求旨趣所指向之法意義，如與前訴判決之法意義發生矛盾、衝突時，將絕對禁止此類後訴之效力，而可對應於向來既判力理論中所稱判決主文之拘束力；又，如具體事件中之規範要件與判決主文具有純粹法論理上的關係，當規範要件受到崩解、損害時（如於後訴作為請求之旨趣、請求原因或抗辯等，而提出與規範要件有所違背或矛盾之主張）時，將喪失以此為前提之事實認定與適用對象，而使判決主文無法成立，因此，攻擊前訴所適用之規範要件，從實定法規定來看，必定係同時攻擊前訴判決主文而有害既判力之機能。然此類主張非恆常、絕對地被禁止，而僅於為支持「與前訴訴訟標的具有法之脈絡」之後訴訟標的範圍內，始禁止之，故而稱之為「相對的既判力」，如前訴判命受任人應遂行委任事務，則不得駁回後訴受任人所提起之費用償還請求¹⁴¹。

此類受德國既判力擴張理論影響之學說，理論上仍有晦澀難解之處，並且即使係德國法，既判力擴張學說在具體個案之適用亦極為錯綜複雜，因而在日本對此說之支持者並不多¹⁴²；且亦被批評為將既判力擴張至判決理由，有使審理僵硬化之危險¹⁴³；再者，此說未能克服德國既判力擴張學說偏重實體法之缺失，亦未說明得否僅以實體法秩序論定既判力此一訴訟制度效力等疑問，又無從由日本審判架構進一步分析適用可能性，而有淪為單純繼受外國學說之嫌。

¹⁴⁰ 上村明広，「既判力の客観的範囲に関する一問題」，『岡山大学創立十周年記念・法学と法史の諸問題』，1959年10月，頁179。

¹⁴¹ 柏木邦良，「訴訟物概念の機能」，新堂幸司編『講座民事訴訟②』，1984年3月，頁181以下；柏木邦良，「規範合成と既判力」，『判例タイムズ』，第877号，1995年7月，頁120以下。

¹⁴² 高橋宏志執筆，中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編，『新民事訴訟法講義[第二版補訂版]』，2006年3月，頁465-466註5。

¹⁴³ 認為相較之下，富有彈性之爭點效理論則無此問題，參見：小林秀之，「民事訴訟法ケース・スタディー争点効・反射効」，『法学セミナー』，第455号，1992年11月，頁99。

二、間接承認既判力擴張之學說

學者加藤雅信一邊對爭點效所提出之問題持基本性肯定之立場，一邊考量向來學界及實務所指摘之問題點，而提倡「複合性訴訟標的」及「脫免既判力」之構成。其認為給付訴訟之提起，雖係以給付請求為中心而展開訴訟，但「確認權利關係存在」在訴訟中亦作為前提而運作。故而，「主要紛爭之給付請求」與「屬副次性紛爭之先決性法律關係之確認」，兩者係形成複合性訴訟標的，此時承認「關於主要紛爭即給付請求之判斷」具有既判力係屬當然；而「關於先決性法律關係之確認」，如以「承認在某些情況當事人得抗辯不受既判力拘束」為前提¹⁴⁴，亦應生既判力。舉例而言，在所有物返還訴訟中，須先判斷者為所有權之存在，故而對於所有權之判斷亦具有既判力。然亦有例外情形，如被告內心雖認為對造並不具有所有權，但考量反正原告亦可能主張買賣標的物移轉請求權，故而不爭執原告之所有權存在，此時，於中間確認之訴等程序未被提起之範圍內，應認被告得主張不受所有權存在之既判力拘束。加藤教授並認為，於訴訟標的之層次將後訴拘束力定位為既判力，將可明確化拘束力之要件及效果，而得藉此構成方式，某程度解決爭點效論爭中之重要問題¹⁴⁵。

然該理論於日本亦受有相當批評，諸如：若以爭點效來處理從主張、抗辯等所生之拘束力，即不必要進行訴訟標的概念之動態化作業¹⁴⁶；並且，此等概念對訴訟標的之掌握日趨複雜，將產生訴訟上請求與判斷該請求之訴訟資料（主張、

¹⁴⁴ 如於前訴中因一造未爭執而未受有充分審理、前訴未爭執或未充分爭執具有正當理由等。

¹⁴⁵ 加藤雅信，「請求權競合論と統一的請求權論—訴訟物・争点効論争をふまえて」，『判例タイムズ』，第 514 号，1984 年 2 月，頁 220-221。

¹⁴⁶ 高橋宏治，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 60 註 21。

抗辯、再抗辯等）如何區分之間題¹⁴⁷，不如直接承認爭點效較為單純實用。除此之外，本文認為上開處理方式仍殘留下述缺失：（一）無視處分權主義：訴訟標的具有防止突襲之機能，當事人既以於起訴時劃定審判範圍，毋寧具有訴訟標的以外之權利關係皆不生既判力之信賴，不顧當事人意願而逕自擴大訴訟標的範圍，等同於無視處分權主義及程序主體權，並有害當事人之信賴而致生突襲。（二）停留在訴訟標的思考層次：該學說係基於堅守訴訟標的始生既判力之前提，於擴大訴訟標的之同時擴大既判力範圍，然而，判決之各種效力（包含失權效、遮斷效）具有不同層次¹⁴⁸，未必須執著於以既判力解決問題，與其甘冒戕害處分權主義之風險，不如由訴訟標的以外之法律關係或事實認定亦發生他種拘束力著手。（三）程序保障不足之疑慮：既判力係以訴訟標的之劃定作為防免突襲之前提，而承認不論當事人是否實際爭執、充分攻防，對訴訟標的法律關係之判斷皆發生拘束力；然上開理論一邊承認並非在起訴時經原告特定訴訟標的範圍內之先決性法律關係亦成為訴訟標的，一邊又認為原非屬訴訟標的之先決性法律關係若未經當事人充分攻防，受有不利之一造得抗辯不受對該先決性法律關係判斷之拘束。惟一來既承認先決性法律關係已成為訴訟標的，倘貫徹訴訟標的之機能，則不論是否充分爭執，該法律關係之判斷皆應發生既判力；擴大訴訟標的之同時，又承認不受既判力拘束之抗辯，毋寧曝露動態訴訟標的理論中僅由當事人雙方之訴訟進行而變動訴訟標的範圍，其不足之處及所產生之欠缺程序保障疑慮。（四）承認不受既判力拘束之抗辯與既判力本質有違：並且，綜合該理論中構成複合性訴訟標的之「原

¹⁴⁷ 就此，主張動態訴訟標的理論之學者特別指出，訴訟上請求與訴訟資料之區分係有意識地被否定，蓋請求僅係賦予當事人攻擊防禦之動機，對請求應理解為對應於程序之具體展開而流動地發展，參見：井上治典，「請求の特定」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984年4月，頁47。然新堂教授則進一步批評，此見解亦將產生縮小請求概念之功能的問題，參見：新堂幸司執筆，新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』，1998年2月，頁98。

¹⁴⁸ 邱聯恭，於民事訴訟法研究會第58次研討會後提出之書面資料，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（六）』，1997年3月，頁393-395；並有主張藉由程序事實群調整遮斷效範圍之可能性或必要性，於此訴訟標的之範圍與既判力之作用範圍須分離思考，參見：新堂幸司，「訴訟物概念の役割」，『判例時報』，第856号，1977年9月，頁123（同，『訴訟物と争点効（下）』，有斐閣，1991年1月，頁134以下。

則」及不受既判力拘束之「例外」觀察，可知其承認既判力仍以該法律關係經當事人充分攻防為前提，則亦與既判力非根基於充分攻防之本質有別。(五) 僅能處理法律關係而不及於事實：動態訴訟標的理論，所處理之問題係將當事人之主張、抗辯、再抗辯納入訴訟標的之一部分，縱其後經衍生至給付訴訟中之先決性法律關係，然其範疇仍固守於「法律關係」上，而未如能爭點效理論進一步處理對「事實」存否之認定得否再次爭執之問題。

第三項 小結

綜上，爭點效討論主要圍繞在要件明確化與程序保障之問題；而從既判力擴張理論之介紹，可知由擴大訴訟標的範圍以擴張既判力範圍，實存有諸多不妥之處，即使係採取直接擴張既判力者，純由實體法角度切入觀察既判力，在現今以程序保障作為判決效力正當化基礎論下，亦存有相當疑慮。究竟在我國應否承認判決理由中判斷之拘束力？如應承認，其性質又為何？

第三節 判決理由中判斷所具拘束力之性質與法理根據

第一項 承認拘束力之目的及理由

如第二章第一節所述，全盤否定判決理由中拘束力，將致生紛爭再燃、戕害訴訟經濟、降低法院威信等不利後果。惟學說上仍有持反對判決理由中判斷所具拘束力之立場，其理由諸如：(一) 承認判決理由中判斷，可能使前訴判決之錯誤

不當地延續到後訴¹⁴⁹；(二)若後訴判決不正確，多半係因當事人未盡其攻擊防禦責任，咎由自取而不得推諉制度之不完備¹⁵⁰；(三)當事人係以訴訟標的之特定彰顯其欲受拘束之範圍，若判決理由中判斷亦生拘束力，不僅法無明文，其要件、範圍皆不明確，將致生突襲或使紛爭擴大¹⁵¹；(四)將使當事人應恐於在後訴受有不利拘束力而過度就每個爭點為攻防，並且有害審理彈性¹⁵²；(五)當事人若欲就判決理由中判斷發生拘束力，得以中間確認之訴(第255條第1項第6款)為之即可¹⁵³。

本文認上述見解仍有所缺失，(一)既判力未必正確：判決係基於當事人所提出之實體上主張與程序上行為間互動所形成，是而既判力亦不當然符合上述學者所認之「實體上正確性」；(二)過度追求實體上真實與利益：上述見解可能受德、日就訴訟目的論上之通說即「實體真實說」影響，而以追求確定之客觀真實為訴訟最終目的。然而，關於民事訴訟事實審理制度之目的論，除形式真實說與實體真實說之外，我國更有立於追求確定實體利益與程序利益之平衡點，以達成使當事人信賴之真實，即「信賴真實說」之提倡¹⁵⁴。再者，於新民事訴訟法之施行下，

¹⁴⁹ 「如果要採取爭點效理論，我寧可保留有挽救的機會。即前一判決錯誤確定，但不希望第二個判決亦因他的錯誤確定，在理論上一定要跟著一再錯誤，這結論我不敢贊同…衡量利害關係，我寧可保留還有一點挽回正確的餘地…」，「例如在第一個判決裡，大家運用所有的攻擊防禦方法，使這個判決絕對正確，在這個前提之下，發展爭點效理論是沒有問題的…但是誰敢擔保判決絕對正確呢…」參見：陳榮宗，於民事訴訟法研究會第17次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(二)』，1990年8月，頁155、187。

¹⁵⁰ 陳榮宗=林慶苗，『民事訴訟法(中)』，2004年修正三版，頁641-642。

¹⁵¹ 有擔憂在舊法訴訟程序之運作下，若未能滿足當事人之程序保障，即承認判決理由之拘束力，將致生弊害，參見：楊建華，「『爭點效理論』在實務上之採用」，『問題研析民事訴訟法(二)』，1995年，頁187以下。

¹⁵² 井上正三，「既判力の対象と裁判所の選択権(一)」，『立命館法学』，第32号，1960年3月，頁74-75。

¹⁵³ 陳啟垂，「中間確認之訴」，『月旦法學教室』，第54期，2007年4月，頁15以下；陳啟垂，「爭點效」，『月旦法學教室』，第74期，2008年12月，頁11以下。

¹⁵⁴ 邱聯恭，「值得當事人信賴的真實」，『程序制度機能論』，1996年8月，頁3下；邱聯恭，「司法之現代化與律師之任務」，『司法之現代化與程序法』，1992年4月，頁128-129。

民事訴訟事實審理制度目的論早已非單純理論之爭或外國學說之繼受問題，由新法規定如第 268 條之 1 第 2 項、第 270 條之 1 第 1 項第 3 款、同條第 2 項、第 376 條之 1 爭點簡化協議之制定，足窺見我國新法確已肯認信賴真實說，而不應一味追求實體上真實與利益。誠如美國聯邦最高法院所言，爭點排除效或許會阻斷通往真實的道路¹⁵⁵，但那正是終局性及法安定性之代價（the price of finality and repose）¹⁵⁶。（三）混淆應否承認判決理由中判斷效力與如何承認該效力之問題：前述所提不當擴充判決效力範圍將致生突襲及戕害審理彈性之問題，係在討論發生判決理由中判斷效力之要件層次所須處理之議題，而無從逕持此直指不應承認該效力。況且，相較於彈性化運用誠信原則將使判決伴隨有不確定性之缺陷，在透過闡明權與爭點整理程序突顯本案重要爭點為前提之情況下，承認判決理由中判斷效力毋寧使當事人更具有預見可能性。（四）中間確認之訴無法完全取代爭點效¹⁵⁷：中間確認之訴係以本訴之先決性法律關係為確認標的，而無法單就事實為確認，相較於此，判決理由中判斷效力之發生範圍並不限於法律關係。綜上所述，承認判決理由中判斷效力實有其必要性。

第二項 拘束力之正當化根據與性質

第一款 程序保障作為判決效力之正當化根據

¹⁵⁵ Brown v. Felsen, 442 U.S. 127, 132 (1979). "Because res judicata may govern grounds and defenses not previously litigated, however, it blockades unexplored paths that may lead to truth."（本文註：這裡所指係廣義既判力效力，即包含爭點排除效）

¹⁵⁶ Note, Cross-jurisdictional forum non conveniens preclusion (2008). *HARV. L. REV.*, 121, 2178, 2196.

¹⁵⁷ 我國承認判決理由中判斷在一定要件下具有相當於既判力效力之學者，明確指出此點，參見：沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 200；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 52。

一、既判力與爭點效之目的及正當化根據

既判力之目的，具有當事人之利益保護（私益）與一般之利益保護（公益）兩面向，一係保護當事人對權利存否之判斷所生之信賴，亦即不容許任意翻覆確定判決之內容，並保護當事人以此作為紛爭解決之基準之信賴與期待；一為法安定性之確保，蓋法院與雙方當事人共同致力於紛爭解決，而終至達成確定終局判決，故不得再爭執該判斷內容，以確保社會之法安定性¹⁵⁸，此為紛爭解決程序上之制度性效力之展現。所謂既判力之正當化根據，係縱使要求當事人忍受既判力對其之不利之處，對照法正義之觀念仍不得調為不當，亦即忍受既判力之規範上要求可能性（Zumutbarkeit）之根據¹⁵⁹，此根據來自於對當事人之程序保障與自己責任原則¹⁶⁰。而綜合前述美、日學說中之爭點效之目的及根據，則指向於紛爭一次解決、誠信原則、程序保障、訴訟經濟。

不過，既判力與爭點效之根據縱使多有重合之處，但兩者仍應有區隔。兩者之運作機能雖同為「排斥對主張之當否為實質審理」，但作用同一不代表爭點效與既判力係屬相同¹⁶¹；亦有論者雖從判決遮斷效觀點出發，探求既判力與爭點效共通根據與界限，但最終仍承認於訴訟標的範圍內運作之既判力與判決理由中判斷運作之爭點效具有要件上之差異¹⁶²；而以既判力與爭點效皆為判決貫徹力之學說，

¹⁵⁸ 竹下守夫執筆，兼子一原著＝松浦馨ほか著，『条解民事訴訟法』，2011年4月，頁512。

¹⁵⁹ 竹下守夫執筆，兼子一原著＝松浦馨ほか著『条解民事訴訟法』，2011年4月，頁512-513。

¹⁶⁰ 邱聯恭，於民事訴訟法研究會第57次研討會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（六）』，1997年3月，頁317。許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003年12月，頁253-259。

¹⁶¹ 小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第504号，1972年5月，頁82。

¹⁶² 吉村徳重，「判決の遮断効と争点効の交錯」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座（二）』，1981年8月，頁355。

也承認爭點效係屬第二次之貫徹力而不同於第一次貫徹力之既判力¹⁶³。

此外，縱使兩者根據相同，其指向之意涵未必同一。(一) **誠信原則**：既判力與爭點效雖論為同以誠信原則（公平之理念）為基礎之效力，惟既判力係源自於基於可能平等爭執之地位與權能而生之當事人責任，相對的，爭點效則係基於當事人對該地位與權能之行使並親自作成裁判之基礎而生之當事人責任¹⁶⁴。(二) **紛爭一次解決**：雖同為爭點效與既判力之根據，然本文認為其強度與面向仍有所差距，蓋爭點判斷本非訴訟之主要目的，爭點效並不似既判力具有如此強烈的公益性質¹⁶⁵。況且，未必皆提出爭點效於後訴始能解決紛爭。在當事人考量尚有其他直接可取得有利心證之主張及證據時，則未必有另主張爭點效之必要。例如：X 對 Y 提起本金債權請求訴訟，經法院認定本金債權不存在而駁回確定；X 再對 Y 提起利息債權請求訴訟，惟依 X 主張之事實，縱使利息債權存在亦已釐於時效，此時 Y 自可直接主張時效抗辯，相較於審酌「本金債權不存在」之爭點效存否，更有助益程序利益。(三) **程序保障**：其實不論係既判力或爭點效，皆要求在符合程序保障之前提下，始承認當事人應受該效力拘束，但本文認為兩者之程序保障意涵卻有出入，即：發生既判力之程序保障係源自於訴訟標的預告既判力範圍、賦予當事人充分攻防之機會；而爭點效則係透過闡明權及爭點整理程序確認當事人實際上已充分爭執該爭點而不致生突襲。

程序保障雖同為既判力擴張理論與爭點效理論之重心、聚焦之處¹⁶⁶，然本文

¹⁶³ 住吉博，「争点効の本質について（二）」，『民商法雑誌』，第 61 卷第 5 号，1970 年 2 月，頁 772。

¹⁶⁴ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 674；高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 585。

¹⁶⁵ 惟須注意此公益性質可能隨著集中審理之密度而有不同，倘對非訴訟標的法律關係之爭點審理密度越高，對當事人之程序保障越徹底，則期待以一次訴訟一併解決紛爭之可能性、避免再開啟他訴訟程序而耗費公益訴訟經濟之公益性即越高，此時亦有可能承認對該爭點之判斷應發生既判力。

¹⁶⁶ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 678 以下。

認為既判力擴張理論有其要件與本質上衝突之問題。德國後期既判力擴張理論以程序保障為其論述中心，而將經當事人實際攻防列為擴張既判力之要件，實則與既判力本不以實際攻防為前提之本質有違，是將擴張之效力稱為既判力，有其困難之處。因而既判力擴張理論將陷入兩難：若貫徹既判力不以充分爭執為效力發生要件之原則，因其本非屬訴訟標的範圍，將有致生突襲之危機¹⁶⁷；若肯定該擴張之既判力係基於當事人充分攻防始發生，又與既判力之本質有違¹⁶⁸。

二、我國實務承認判決理由中判斷所具拘束力之根據

我國實務判決對判決理由中判斷所具拘束力之論述，多係援用最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決意旨，而僅以「誠信原則」或「當事人間公平」作為承認拘束力之根據¹⁶⁹。其後尚有分別提出「訴訟經濟」、「一次解決紛爭」作為法理依據者，前者雖未形成定論，但亦為部分判決所支持¹⁷⁰；後者僅有同院 96 年台上字第 1782 號、96 年台上字第 2569 號民事判決明確將「一次解決紛爭」作為肯認爭點效之基礎，其後未再出現就此議題提及紛爭一次解決之判決。

不過，對於判決理由中判斷所具拘束力之問題，近來最高法院出現了嶄新的論述，如最高法院 98 年度台上字第 1089 號、98 年台上字第 1090 號、99 年度台上字第 2331 號民事判決：「按法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質之

¹⁶⁷ 關於動態訴訟標的理論所主張藉由擴大訴訟標的範圍以生既判力者，其將伴隨之缺失，參見第二章第二節第二項第三款二、。

¹⁶⁸ 並且，若承認其發生要件以「已實際爭執」為必要，同時又認為此種既判力非屬職權調查事項的話，則此種「既判力」與爭點效論者主張之「爭點效」之差別何在？有無必要使用「既判力」之用詞？皆有疑問。

¹⁶⁹ 參註 22。

¹⁷⁰ 參註 23。

判斷者，基於當事人之程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，仍應賦予該判斷一定之拘束力，以符程序上誠信原則及訴訟經濟。」不僅於「誠信原則」之外，明確將「訴訟經濟」作為依據之一，其更重大的意義在於：將「程序權保障」納入判決理由中判斷所具拘束力之法理依據，並且，此點亦可謂與新法將程序保障作為判決效力正當化根據之意旨不謀而合¹⁷¹。

本文進一步關注的是：最高法院上開提示之判決理由中判斷所具拘束力之法理根據，是否使判決理由中判斷所具拘束力之性質更加明確？整理最高法院曾明示論為該拘束力之法理依據者，包括有：誠信原則、當事人間公平、訴訟經濟、紛爭一次解決與程序權保障。程序上誠信原則及當事人公平，係屬向來日本學說承認爭點效之依據；而就訴訟經濟與紛爭一次解決部分，毋論係承認爭點效或既判力擴張，都涉及訴訟經濟與紛爭一次解決之要求，只是如前述兩者分別強調公益或私益面向之不同。故而影響該拘束力之性質判斷之關鍵可能在於：最高法院所稱「程序權保障」之意義何在。我國實務雖未必皆明指該拘束力係爭點效¹⁷²，但從實務判決就承認拘束力之基礎，係求諸於「雙方當事人對爭點皆已充分攻防」，即當事人已提出對己有利之攻防而親自參與作成裁判之過程，此種自己責任、程序保障之內涵亦較近於上述爭點效指向之概念，且最高法院判決多有明確使用「爭

¹⁷¹ 並且，該判決作成時間約為民事訴訟法研究基金會舉辦民事訴訟法第 103 次研討會「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」半年後，充分展現學界與實務界互相討論、研究後，而影響實務發展細緻化之現象。

¹⁷² 如最高法院 73 年度台上字第 4062 號判決：「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，始符民事訴訟上誠信原則」。（同院 88 年台上字第 577 號、94 年台上字第 152 號判決、95 年台上字第 2246 號、97 年台上字第 1289 號、98 年台上字第 476 號、99 年度台上字第 532 號民事判決同此意旨）。

點效」用語者¹⁷³，故而實務上所認之判決理由中判斷所具拘束力之性質，應係屬爭點效而非既判力。

三、本文見解——在我國審判架構下，應採取爭點效

（一） 本文認為，其實在實際運用之結果上，採取爭點效或既判力擴張理論並無太大不同，蓋兩者對程序保障之追求係屬同一，其效力作用之差異亦不大（屬職權調查事項或抗辯事項雖為兩者之重大差異，但除如前述「當事人考量尚有其他直接可取得有利心證之主張及證據時，則未必另主張爭點效」之情形，當事人多會主動提出對其有利之前訴確定判決，故在大部分狀況下兩者作用並無出入），但從下列幾點觀察，爭點效理論有其妥當之處，在我國實行之可能性亦大於既判力擴張理論：（**1**）**判決實效性**：既判力擴張理論中尚存有既判力者僅及於先決性法律關係，而不及於事實（無論主要事實或間接事實）¹⁷⁴之問題，爭點效則具有彈性界定爭點（不論係法律或事實上爭點）之優點，更能顧及判決實效性¹⁷⁵。（**2**）**效力強度**：爭點之判斷本非訴訟之主要目的所在，該爭點判斷之確定亦不具有訴訟標的般之強烈公益性質，故在紛爭解決上，不必要將判決理由中判斷所具拘束力要求至既判力之強度，而以爭點效加以處理，讓當事人自行決定是否提出爭點效以解決紛爭。（**3**）**法條依據**：①既判力作為制度上效力，有其實定法之要求為依據，倘主張既判力擴張理論，將產生缺乏法條依據之問題，雖有學者主張類推

¹⁷³ 見註 21。

¹⁷⁴ Engelmann-Pilger, Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten, 1973, S.95, 轉引自：沈冠伶，民事判決之既判力客觀範圍與爭點效，法學叢刊，第 214 期，2009 年 4 月，頁 205 註 35；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 56 註 26。

¹⁷⁵ 然本文認為，爭點效之處理周延性並不必然能夠彌補缺乏審理彈力性之問題，故此部分並非爭點效優於既判力擴張理論之處。就當事人得否指定攻擊防禦方式之順序，實為承認判決理由拘束力理論所遭遇之共同問題。詳細討論，參見：第三章第一節第三項第二款可替代性判斷。

適用民事訴訟法第 400 條第 1 項、第 2 項有關既判力之規定¹⁷⁶，然而相較之下，未有如此強烈效力之爭點效，毋寧更有直接以誠信原則、紛爭一次解決、訴訟經濟等法理依據加以承認之空間¹⁷⁷。②再者，關於爭點效之法條依據，亦可見於我國智慧財產案件審理細則第 34 條：「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」及民法第 275 條規定：「連帶債務人中一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力」。前者係智慧財產訴訟之民事判決中權利有效性之判斷應生拘束力之規定，雖僅為細則而非法律層次¹⁷⁸，但亦得肯認係爭點效之明文規定¹⁷⁹，而為我國

¹⁷⁶ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 198、202；同，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 50、55。就是否或如何類推適用現行明文加以解決，提出疑問者，參見：許士宦，於民事訴訟法研究會第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 226。

¹⁷⁷ 在爭點效理論顯見於判決之民國 70 年初，最高法院即曾表示：於被告主張之抵銷請求已經法院本於當事人之辯論進而認定請求範圍者，雖被告主張抵銷之數額較少，其中未經抵銷之部分，除原告提出反證外，不許原告於新訴為與確定判決意旨相反之主張，以符訴訟經濟之原則等旨。參見：吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，2004 年 9 月修訂六版，頁 1120；最高法院 70 年度台上字第 2814 號民事判決意旨參照。更彰顯爭點效理論以上開法理依據加以承認之可能（雖然所謂「除原告提出反證外，不許原告於新訴為與確定判決意旨相反之主張」之意義為何，係僅推定主動債權之存在或具有其他效力，尚非無疑）。

¹⁷⁸ 位於法律層次之智慧財產案件審理法第 16 條第 2 項僅規定：「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他造主張權利」。倘從條文文義觀察，其指在我國現行公、私法二元體系下，縱使民事法院認智慧財產權有應予撤銷、廢止之原因，仍不得逕自宣告該智慧財產權無效，該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上主張權利，亦即民事法院對該權利有效性之判斷並不發生對世效，而僅具有個案拘束力，參見：司法院編，『智慧財產案件審理法新制問答彙編』，2008 年 6 月，頁 32；智財案件審理法第 16 條立法說明二，『立法院公報』，第 96 卷第 10 期下冊，2007 年 1 月，頁 503，<http://lis.ly.gov.tw/qrcgi/book/qrcode?F0@0@0@0@961002@@/lgcgi/ttswebq%A1H@161:100411807:T>，最後瀏覽日期：2012 年 7 月 31 日。然智慧財產案件審理細則卻進一步將民事判決中權利有效性判斷之效力，從個案拘束力推進對行政訴訟之拘束力，參見：司法院編，『智慧財產案件審理法新制問答彙編』，2008 年 6 月，頁 40-41。

¹⁷⁹ 認為智慧財產案件審理細則第 34 條係援引爭點效之精神，參見：范曉玲，「智慧財產訴訟新紀元：智財法院成立半年之觀察」，智慧財產培訓學院，2009 年 1 月，http://www.tipa.org.tw/p3_1-1.asp?nno=13，最後瀏覽日期：2012 年 7 月 31 日；陳國

法制上承認判決理由中判斷所具拘束力之一大前進；後者雖非屬明確肯定爭點效之規定¹⁸⁰，然而判決是否基於債務人之個人關係須以判決理由為判斷，且對他債務人有利益必係判決主文及理由同生效力始有意義，是而可認該條效力係同指既判力及爭點效¹⁸¹。(4) 實務現況：由於限定判決主文所判斷之訴訟標的始生既判力之最高法院 73 年台上字第 3292 號判例¹⁸²仍為現行有效判例，實務上若欲採納既判力擴張理論，將致生判決悖於現存判例意旨之疑義¹⁸³而有其困難性。且經

成，「智慧財產案件有效性判斷爭議——以美國法「爭點排除」為主」，『科技法學評論』，第 6 卷第 2 期，2009 年 10 月，頁 68-70。

¹⁸⁰ 該條所指效力為何，有認(1)非屬既判力、爭點效或訴訟法上效力：認為我國係採取既判力相對性原則，故該效力非屬既判力，其本質上為實體法規定，故而係屬實體法上抗辯，亦即他債務人得援用該確定判決所載有利益之事由為其實體上抗辯事由；(2)：訴訟法上效力：既判力(擴張)、爭點效(擴張)、包含既判力與爭點效；(3)特殊效力者(前述(1)見：呂太郎，「連帶債務之判決效力及相關問題」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(十一)』，2003 年 12 月，頁 127；范光群，於民事訴訟法研究會第 80 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(十一)』，2003 年 12 月，頁 176；孫森炎，「民法債編總論(下)」，2007 年修訂版，頁 894；邱聰智，『新訂民法債編通則(下)』，2001 年新訂一版，頁 636-637；(2)見：李亦庭，『反射效之研究——自訴訟法及實體法兼顧觀點——』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2010 年 8 月，頁 214 以下；(3)見：邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義(二)』，2010 年筆記版，頁 396-397；邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 80 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(十一)』，2003 年 12 月，頁 181 以下)。本文認為民法第 275 條之規定，除了既判力擴張於第三人外，亦有爭點效擴張之效力，因為，該條係以「非基於該債務人之個人關係者」為效力擴張之要件，若僅為既判力之擴張，無法達成該條統一解決紛爭、減少判斷歧異、訴訟經濟及程序保障之意旨。如連帶債務人 Z 受他債務人 Y 對債權人 X 之勝訴判決既判力所及，亦僅指在債權人 X 與連帶債務人 Z 之後訴中，連帶債務人 Z 得主張債權人 X 對他連帶債務人 Y 之債權不存在；然 X 對 Y 之債權不存在不代表 X 對 Z 之債權亦不存在，如前訴「非基於該債務人之個人關係」而判決 X 敗訴之判斷理由不及於後訴，則 X、Z 仍須就此再事攻防，且後訴法院有可能為與前訴相反之認定。

¹⁸¹ 又須在連帶債務人中一人與債權人之訴訟中，就共通事項所為判斷已符合爭點效要件，始有爭點效擴張於他債務人之情形。

¹⁸² 見註 3。

¹⁸³ 如前述最高法院 88 年台上字第 557 號判決：「惟查民事訴訟法第四百條第一項所定訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係，更行起訴，或謂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，不得以該確定判決言詞辯論前所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與該確定判決意旨相反之主張者，均係指訴訟標的之法律關係之既判力而言；而所謂法院於判決理由中就訴訟標的以外之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，除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，於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，皆不得為相反之判斷或主張，始符民事訴訟法上之誠信原則云云，則係指訴訟標的以外之重要爭點，經法院於理由中判斷者是否亦有既判力即爭點效之問題，兩者在概念上並不相同，原審將訴訟標的之既判力與訴訟標的以外重要爭點之既判力即爭點效混為一談，自屬違誤。」

前述分析我國實務認判決理由中判斷效力所依據之自己責任、程序保障等內涵較近於爭點效，是綜上所述，將判決理由中判斷效力解為爭點效在我國實務係較有可能性，並且透過闡明權行使與爭點整理程序之踐行，確保當事人程序保障無虞之情況下，承認爭點效更有其正當性。

（二）惟，本文亦非完全否定判決理由中判斷亦將生既判力之可能。第一，絕對肯定或否定判決理由中判斷具有爭點效、既判力或他種拘束力之見解，均非正論，而應站在防止發生突襲性裁判之觀點，試圖達成擴大判決理由中判斷所具拘束力的目標，並檢討突襲性裁判之防止應徹底至何程度、判決理由中判斷所具拘束力應在何要件前提下予以承認等¹⁸⁴。亦即，判決理由中判斷發生拘束力之射程範圍，應與程序保障之程度相配合，而非得一概而論。第二，就非屬訴訟標的但受有等同訴訟標的之程序保障之爭點，對該爭點之判斷亦可能生既判力之見解¹⁸⁵，本文亦肯定其重視程序保障之觀點，但何謂「等同訴訟標的之程序保障」？列為爭點使當事人得預見並充分攻防是否等於訴訟標的之程序保障？尚待斟酌，況當事人決定本訴爭點之自由度本不如訴訟標的，能否以「當事人已知悉重要爭點為何」而直指該爭點判斷應生既判力般強度之效力，亦有討論之處。毋寧從上述爭點效理論與既判力擴張理論在我國實行之可能性及妥當性分析之下，承認判決理由中判斷具有爭點效較有空間。

（三）舉例說明：關於判決理由中判斷所具拘束力之性質應有何認定，因一部請求¹⁸⁶或一部訴求¹⁸⁷之問題同時牽涉既判力擴張及爭點效運用，故以下擬以一部訴

¹⁸⁴ 邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 17 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（二）』，1990 年 8 月，頁 169 以下。

¹⁸⁵ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 214；同，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 54-55。

¹⁸⁶ 指債權人對於其在數量上可分之債權，僅就其中部分數額起訴，而留有餘額未予主張者。若係於前訴訟言詞辯論終結後始生之債權，如後遺症等，則為不同問題。

求為例討論。

第二款 該拘束力之性質——既判力？爭點效？——以一部訴求為例

一、一部訴求之爭議所在

我國實務對一部請求或一部訴求（下稱一部訴求）問題之處理方式，可歸納如下：

一、一部訴求之肯否：實體法上債權人本得自由行使其債權，自得僅就其中一部分為請求。

二、訴訟標的之範圍：實體法上，債權人既得自由行使一部債權；在訴訟法上，即為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍自應以債權人於其訴所聲明者為限度¹⁸⁸。

三、得否提起餘額請求¹⁸⁹：若債權人在前案之一部訴求中未明確表示拋棄其餘部

¹⁸⁷ 有認一部請求、一部訴求或稱分割請求之問題，係屬訴訟法上問題，蓋實體法上債權人本具有分次請求之權利，會發生問題者多於訴訟上，故應稱為一部訴求較不易混淆，參見：邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010年筆記版，頁184。

¹⁸⁸ 最高法院96年度台上字第500號、98年度台上字第511號民事判決：「按為一部請求者，就實體法而言固得自由行使該一部債權，惟在訴訟法上乃為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍仍以該起訴之聲明為限度，且祇就該已起訴部分有中斷時效之效果。從而因一部請求而起訴之中斷時效，並不當然及於嗣後將其餘殘額擴張請求之部分。」（同院91年度台上字第629號、94年度台上字第1677號民事判決同此見解）。

¹⁸⁹ 本文以下所稱之餘額請求皆指於一部訴求判決確定後始提起者。若係於一部訴求訴訟繫屬中所提起者，尚牽涉是否有重複起訴禁止原則之適用問題。有認為（1）既允許一部訴求，則其訴訟標的僅限於所劃定之部分，則與餘額請求之訴訟標的互不相同，非屬同一事件，故不違反重複起訴禁止原則，如：駱永家，「一部請求訴訟」，『既判力之研究』，1975年一版，頁95；陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（中）』，2009年10月七版，頁643；王甲乙＝楊建華＝鄭健才，『民事訴訟法新論』，2007年6月，頁294-295。（2）亦有認為為求發揮合併審判制度之機能，應盡量允許原告為訴之變更、追加，藉以促成達成統一解決紛爭、合一確定之目標；且儘量不允其以別訴主張之，以免違背民事訴訟法第253條規定之立法旨趣，參見：邱聯恭，民事訴訟法研究會第33次

分之債權，縱在該一部訴求之訴訟中未聲明保留其餘部分之請求權，仍不因此使該未請求部分之債權歸於消滅¹⁹⁰。

四、判決效力之範圍：既判力僅及於為訴訟標的之法律關係，縱於餘額請求之後訴中所提出之事實或主張已經前案一部訴求之確定判決予以論斷，亦非為前案判決之既判力所及¹⁹¹。

由上述整理，可看出目前最高法院對一部訴求問題係偏重由實體法之角度來

研討會會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(三)』，1990年8月，頁611-612；邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義(二)』，2010年筆記版，頁50-51、188。(3)另有學者由新法擴大訴之變更、追加及加重法官闡明義務等規定，明確主張應擴大重複起訴禁止原則之適用範圍，而認為於一部請求繫屬中又容許餘額請求之併行，有違重複起訴禁止原則之旨趣，諸如避免他造應訴之煩、同一事項產生抵觸及矛盾裁判之防免、排除法院重複審理等，因此若經法院闡明得循訴之變更、追加程序而不為之者，應駁回其另行提起之別訴，參見：許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003年12月，頁236-237、252-253；同，「民事訴訟法修正後之訴訟標的理論」，『審判對象與適時審判』，2006年2月，頁183-185。

¹⁹⁰ 最高法院 97 年度台上字 1340 號民事判決：「按所謂一部請求，係指以在數量上為可分之金錢或其他代替物為給付目的之特定債權，債權人僅就其中之一部分為請求，但就其餘部分不拋棄其權利者而言。於實體法上，債權人既得自由行使一部債權；在訴訟法上，即為可分之訴訟標的，其既判力之客觀範圍自應以債權人於其訴所聲明者為限度。如雙方對於債權人之債權總額或債權人可否拋棄其餘部分權利之意思，尚有爭執，應探求債權所由生及債權人之真意，而為判斷，不得拘泥於其所用之辭句，致與實情有所扞格。苟債權人確僅就債權之一部，訴請債務人給付，而未明確表示拋棄其餘部分之債權，縱在該一部請求之訴訟中未聲明保留其餘部分之請求權，仍不因此使該未請求部分之債權歸於消滅。」。

¹⁹¹ 最高法院 96 年度台上字第 1928 號民事判決：「惟按本院三十年上字第八號、四十二年台上字第一三〇六號判例，均係指為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中已經裁判者，就該法律關係有既判力。亦即唯於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生既判力，並不及於判決理由。兩造間前案訴訟，係上訴人主張被上訴人承攬系爭工程，遲延完工，應給付違約金一千二百四十二萬三千四百十元（或九百四十六萬二千三百九十元），伊先為一部請求，僅請求四百五十萬元。又因被上訴人遲延，伊原拒付第三期款，嗣經被上訴人再三要求，伊始先暫借七百萬元供其週轉。另被上訴人交付之機具係舊品，與合約約定之新品不符，且機器有瑕疵，被上訴人應負不完全給付之損害賠償責任等情，請求上訴人給付一千六百五十萬元本息（見原審更(三)字第三卷二一七頁）。是前案判決雖駁回上訴人之請求確定，但其既判力僅及於為訴訟標的之法律關係即七百萬元借款、四百五十萬元違約金及五百萬元不完全給付之損害賠償請求權，不及於為判決之理由。而上訴人於本件抗辯被上訴人交付之機器非屬約定之新品，並有瑕疵，工程復未經驗收，被上訴人不得請求給付系爭工程款；且被上訴人依民法第四百九十二條、第四百九十三條規定，應負瑕疵擔保及修補責任，於被上訴人交付完整之器具設備前，伊得拒付系爭工程款等語（見原審更(三)字第三卷三五三頁反面至三四頁），並非以前案已生既判力之不完全給付損害賠償請求權之法律關係為其防禦方法；即令其於本件抗辯之事實曾經前案判決予以論斷，亦難謂其抗辯為前案判決之既判力所及。原審援引本院三十年上字第八號、四十二年台上字第一三〇六號判例，認上訴人上述抗辯均為前案判決既判力所及，而就其主張及舉證，俱未斟酌審認，自屬違背法令。」。

處理。從實體法觀點准許債權人分次行使權利，此點固值肯定，但一概肯認債權人得分割債權行使權利、在債權人未明示放棄餘額之情形皆得提起餘額請求，及否定前訴判決對餘額請求之效力等，是否未考量處分權主義與權利濫用之禁止、保護被告免於應訴之煩、公益之訴訟經濟及擴大訴訟制度解決紛爭功能等訴訟法上諸要求之平衡？

並且，關於一部訴求判決對餘額請求之效力為何之問題，因若一併就全部債權起訴，該債權本為同一訴訟標的，是以在此問題中毋寧更突顯判決主文及理由效力之不同：究竟若承認一部訴求判決對餘額請求具有一定拘束力，則該拘束力係來自一部訴求判決主文或理由？是否因個別情形而有不同？並且，在現今最高法院無論以爭點效或誠信原則為名，已逐漸在無礙程序保障時承認判決理由中判斷效力之情形下，是否仍得一律否定判決理由中判斷所具拘束力，而稱既然既判力不及於判決理由，故一部訴求判決皆不拘束餘額請求之後訴云云？¹⁹²

以下擬先就一部訴求爭議所在，分析本國、外國學說之處理方式，再從判決主文及理由效力之區辯上討論一部訴求判決對餘額請求之效力。

（一）一部訴求之肯否

首先就一部訴求之肯否，美國法可稱為典型的全面否定型態。美國法上一部訴求之問題，涉及如何運用「訴訟原因（請求）分割禁止原則（**rule against splitting a cause of action or claim**）」，亦即為保護被告不受應訴之煩及防止浪費法院時間，原告不得將單一之訴訟原因（請求）分割而提起訴訟。倘原告分

¹⁹² 不過須注意，最高法院在96年度以後即未再就一部訴求判決對餘額請求之效力問題表示意見，故未必得逕論最高法院在處理此問題與其現今逐漸承認判決理由中判斷拘束力之態度上，兩者有所矛盾。

割訴訟原因或請求而為一部訴求並經判決確定時，其基於訴訟原因所殘留部分再提起之請求將受遮斷（bar）¹⁹³；並且，若原告係分割單一訴訟原因或請求而同時提起個別訴訟時，亦屬重複起訴而受禁止。惟其亦存有例外，如原告對訴訟原因之分割，係基於原告之無知、錯誤¹⁹⁴，或係對造之詐欺行為¹⁹⁵而引起，因此類情形無法歸責於原告，或者保護被告不受應訴之煩之必要性並不存在，故後訴請求將不受遮斷。此外，學說尚由訴訟原因（請求）分割禁止原則衍生，進一步發展出原告對於同一交易或事件所生之數請求必須合併提起之規範¹⁹⁶。

我國則未如美國般強烈追求訴訟經濟，而肯定債權人得行使實體處分權及程序處分權，表明一定金額特定該部分為訴訟標的，除被認為該當訴權濫用、違反誠信原則（如細分債權為微小金額或提起多數的細分請求之訴）或明文規定¹⁹⁷之

¹⁹³ 1 Am. Jur. 2d Actions § 103 ; 47 Am. Jur. 2d Judgments § 476. 並且除後訴之分割請求受遮斷外，亦不允許原告以他方式尋求餘額之利益，例如於他訴訟以該殘留債權作為抵銷之主動債權等，見：Pakas v. Hollingshead, 184 N.Y. 211, 77 N.E. 40 (1906).

¹⁹⁴ 47 Am. Jur. 2d Judgments § 539. 但亦有部分法院認為，訴訟原因（請求）分割禁止原則雖主要係為保護被告免於重複應訴，且此保護將因被告本身之欺騙行為而免除，不過，倘非因對造之欺瞞而係因原告之輕率、錯誤故未修正其請求（為全額或全部的訴訟原因），因此仍係源自原告本身之誤解所招致之效果，故亦應有該原則之適用，如：Collins v. Gleason, 47 Wash. 62, 91 P. 566 (1907); Hyyti v. Smith, 67 N.D. 425, 272 N.W. 747 (1937)；並有指出，既判力（res judicata）法則係基於終局解決紛爭之公共政策，而非取決於當事人對其法律上權利之知悉與否，見：Guettel v. U.S., 95 F.2d 229, 118 A.L.R. 1060 (C.C.A. 8th Cir. 1938).

¹⁹⁵ 1 Am. Jur. 2d Actions § 105; Thorleif Larsen and Son, Inc. v. PPG Industries, Inc., 177 Ill. App. 3d 656, 126 Ill. Dec. 738, 532 N.E.2d 423 (2d Dist. 1988).

¹⁹⁶ 且此一規範現成為密西根州（Michigan）法院規則（Michigan Court Rule 2. 203 (1985)）及賓州（Pennsylvania）民事訴訟規則（Pennsylvania Rules of Civil Procedure 1020 (d)(1)•(4), 42 Pa C. S. A.）。

¹⁹⁷ 依 1999 年新增民事訴訟法第 436 條之 16 條規定，小額訴訟程序中允許原告以向法院陳明就餘額不另起訴請求之條件下，為一部訴求訴訟。關於該規定之立法旨趣及原告未明示為一部訴求，法院亦未於本案審理中查知其事而為判決時，於判決確定後之餘額請求應如何處理，參見：邱聯恭，「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變——著重於評析其如何受最近立法走向影響及相關理論背景」，『程序選擇權論』，2000 年 9 月，頁 121-122，註 24、24 之 1；邱聯恭，民事訴訟法研究會第 72 次研討會會後補充說明、答覆，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（九）』，2000 年 9 月，頁 408。

情形外，應無不可¹⁹⁸。

（二）一部訴求之訴訟標的

關於全部債權之存否，因其為當事人聲明以外之部分，基於處分權主義即非屬訴訟標的；並依民訴法第 388 條規定，法院不得就當事人所未聲明之事項予以裁判，是對債權存否之判斷，非為判決主文中對訴訟標的法律關係之判斷，而僅係判決理由中之判斷。有見解認為：因債權之部分請求無一定標準予以特定，故在此範圍內，將一部訴求解為全部訴求¹⁹⁹；或否定一部訴求，將對債權為機械性、數量式分割進行訴求之情形，解為係提示全部請求為潛在的訴訟標的，而僅止於劃定求為給付之最上限²⁰⁰；並且，訴訟標的尚須綜合請求之旨趣及原因而一併判斷，且不能僅考量原告之便宜與利益（如作為試驗訴訟而提起），亦必須考量被告應訴之負擔，故基於紛爭一次解決之要求，不論有無特定之基準或明示一部請求，全部債權將成為訴訟標的而為既判力之客觀範圍所及²⁰¹。

然一來於金錢債權或特定債權之情形，本可藉由特定原因事實與數額來特定訴訟標的²⁰²，且倘真認為無法僅由原告任意地劃分單一債權而特定訴訟標的，理

¹⁹⁸ 許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月，頁 235。

¹⁹⁹ 兼子一，「確定判決後の殘額請求——既判力の客觀範圍」，『民事法研究一卷』，1977 年 8 月，頁 417-418；兼子一，「確定判決後の殘額請求——既判力の客觀範圍に関するの一問」，『法学新報五十周年記念論文集』，1940 年 9 月，頁 322-323。

²⁰⁰ 三ヶ月章，「一部請求判決の既判力論争の背景——訴訟理論における解釈論と政策論の分界について」，『民事訴訟法研究第三卷』，1966 年 2 月，頁 167 以下；三ヶ月章，「既判力の客觀的範圍」，『民事訴訟法研究第七卷』，1978 年 10 月，頁 90-91。

²⁰¹ 伊藤真，『民事訴訟法』，第三版三訂版，2008 年 3 月，頁 186 以下。

²⁰² 小室直人，「一部請求訴訟と過失相殺」，『訴訟物と既判力〔民事訴訟法論集（上）〕』，1999 年 3 月，頁 103、106。

論上法院應以原告之訴不合法駁回²⁰³；上開見解等同無視原告對審判對象及其範圍之決定權，而論法院得超出原告聲明範圍為裁判；再者，亦流於過度追求紛爭解決一次性之制度上要求，而忽視訴訟制度使用者（原告）對於審判對象及範圍之自主決定權²⁰⁴；並且，紛爭解決一次性之理念固值贊同，但此目的尚可經由其他訴訟程序相關制度妥適運用而予以達成，尚無須將一部訴求之訴訟標的解為全部債權，否則恐與處分權主義有所扞格²⁰⁵。

尚有主張以原告是否明示一部訴求來決定訴訟標的之範圍，隱藏的一部訴求訴訟標的即為請求權全部；否定此處理方式者，理由為：（一）此方式無異使原告負有表明是否為一部訴求之責任，倘未為之，則債權之全部成為訴訟標的、亦為判決效力之範圍，則就餘額部分產生失權之效果。然而，就分次主張而進行多次訴訟之不利益與矛盾裁判之風險，對於原告或被告來說並無不同，且亦有原告不知或難知其請求為一部之情形，並被告在一部請求之地位尚非全處於不利益之地位，故而在當事人之行為未必有違誠信原則或足致訴訟進行有失公平之情形，一概課以當事人一造失權之不利益，有失其正當化基礎；（二）再者，倘被告有對原告不就餘額另行起訴或其不須提起反訴之正當信賴時，被告得於後訴提出誠信原則之抗辯，經由後訴法院做一評價、審查，而不得一概認為在所有隱藏的一部訴求上，原告之行為均有悖訴訟法上的誠信原則；（三）一部訴求與餘額請求判決矛盾避免及被告重複應訴之問題，尚有其他解決方法（如透過法院之闡明協助當事人預測判決效力範圍、放寬金錢損害賠償之聲明特定要求、寬認訴之合併的類型），未必僅得由訴訟標的範圍之界定來限制餘額請求；（四）在個案中提起一部訴求將

²⁰³ 井上治典，「確定判決後の殘額請求」，『民事訴訟法の争点〔新版〕』，1988年，頁181。

²⁰⁴ 許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003年12月，頁236。

²⁰⁵ 沈冠伶，「一部請求之判決對於餘額請求之效力----最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第32期，2002年2月，頁86。

有損被告程序利益之情形，可透過欠缺訴之利益（權利保護必要）之方式，以起訴不合法駁回一部訴求²⁰⁶。

是以依上述說明，既肯定債權人得行使實體處分權及程序處分權，表明一定金額特定該部分為訴訟標的，則訴訟標的僅限於該特定部分債權，而一部訴求判決效力如何，則屬另一問題，不得混為一談。

二、一部訴求判決對餘額請求之效力

（一）我國學說之處理方式及批評

關於一部訴求判決對餘額請求之效力，依是否區分勝敗訴及原告是否示明一部訴求情形，有下列幾種處理方式。不區分者之見解為：（一）不論一部訴求係勝訴或敗訴，應遵循訴訟標的決定既判力客觀範圍之原則，既判力僅及於被請求之一部債權，而不及於餘額請求部分，若被告欲避免重複應訴之危險，應透過反訴確認該債權不存在²⁰⁷，並否認一部訴求之判決對餘額請求有任何拘束力²⁰⁸；（二）雖亦不區分勝、敗訴及是否示明一部訴求而異其效力，但因為在一部訴求之訴訟上，當事人就訴訟標的法律關係為辯論時，不免同時涉及餘額請求所據之債權，而此亦受有法院之實質審理及判斷，就此部分當事人所受之程序保障其實是相當

²⁰⁶ 沈冠伶，「一部請求之判決對於餘額請求之效力——最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第 32 期，2002 年 2 月，頁 84。

²⁰⁷ 陳啟垂，「一部請求及其判決的既判力」，『月旦法學教室』，第 66 期，2008 年 4 月，頁 17。

²⁰⁸ 陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（上）』，2009 年 10 月七版，頁 378-379、809-810；陳榮宗，「一部請求之判決與既判力客觀範圍」，『民事程序法與訴訟標的理論』，1977 年 5 月，頁 322-325；同，「一部請求之判決與既判力客觀範圍」，『臺大法學論叢』，第 6 卷第 1 期，1976 年 12 月，頁 225-227。

於訴訟標的之審理，是對該判斷發生拘束力不致對當事人之程序保障有所不足，亦不違背當事人之期待，本於誠信原則，而有正當化基礎。故一部訴求之判決中關於餘額所據債權之一體判斷，不論原告係勝訴或敗訴，在餘額請求上均具有拘束力，並生遮斷效，而不許當事人對於在前訴基準時關係該債權存否之相關事實再提出予以主張、爭執²⁰⁹。區分者之見解如：(三)先區分原告勝訴或敗訴，若原告之一部訴求經本案判決無理由（全部或一部）被駁回之情形，依類似於既判力之遮斷效，或基於誠信原則所生之遮斷效，應不容許後訴之提起²¹⁰；原告之一部訴求經判決勝訴者，原則上兩造均應受前訴本案判決所為判斷之拘束，但仍須視其於前訴是否已示明一部訴求而不為訴追加之正當理由，若未為之，則餘額請求應受禁反言（法院已盡闡明義務）法理所生之誠信原則或權利失效（包含法院已或未盡闡明義務之情形）法理所遮斷而發生失權效，法院應將其後訴以不合法為由予以駁回²¹¹。(四)另有區分債權是否可一部特定（例如就債權之一部分約定有

²⁰⁹ 沈冠伶，「一部請求之判決對於餘額請求之效力——最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，《台灣本土法學雜誌》，第 32 期，2002 年 2 月，頁 89-90。另贊同其見解，但認為即使可提起餘額請求，仍應注意前訴判決理由中之爭點判斷，是否應符合一定條件（特別係債權數額合比例性時），始基於誠信原則而得拘束後訴，參見：姜世明，「一部請求及餘額另訴之許可性」，《台灣法學雜誌》，第 153 期，2010 年 6 月，頁 126。

²¹⁰ 在無悖於程序保障之前提下（前訴所請求之債權部分與後訴所據以請求之債權餘額部分兩者不能分離而成為審理對象之情形，因原告非就債權之特定部分為主張，故法院為判決其請求之當否，必須審理判斷全部債權之存否，且當事人兩造之主張、舉證亦係就債權之全部為之；又法院既為全部或一部駁回數量上一部請求之判決，即係基於其就債權全部遂行審理之結果，表示該債權全部不存在或現存之部分不足作為一部請求之金額，即判斷餘額之部分亦不存在），為維持訴訟經濟（法院及當事人所花費之勞時費用）、保障當事人間實質上公平（原告就全部債權存否之程序權保障既已充足，而被告亦對之努力進行防禦，且法院並已為之審理判斷，倘仍許原告就餘額部分對被告訴請給付，則無異於再燃前訴實質上已不承認之請求及主張，即未保障前訴被告應訴而致力進行攻防之結果，違反其就該紛爭已被解決之合理期待，而被迫再次應訴，對被告實屬不公），應許擴大訴訟制度（前訴判決）解決紛爭之功能，要求原告就其於程序攻防結果負責，不容許其就餘額再訴請求。參見：許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，《程序保障與闡明義務》，2003 年 12 月，頁 259-260。另有不稱此為「類似」既判力之效力，而直接指出此情形係一部請求訴訟中原告敗訴判決之「既判力」及於餘額請求訴訟者，參見：松本博之，「一部請求訴訟後の殘部請求訴訟と既判力・信義則」，《既判力理論の再検討》，2006 年 12 月，頁 201 以下。

²¹¹ 原告之一部訴求被容認時，依前理由於原告之餘額之訴，原則上兩造均應受前訴判決所為判斷之拘束，但亦應從紛爭之具體內容及前訴之訴訟遂行過程觀察，如被告就該紛爭有依前訴判決全面解決之正當信賴，承認原告就餘額提起後訴而強制被告複次應訴顯然不當者，非無可能依權利失效或禁反言原則，承認原告之餘額請求發生失權效，而將其後訴以不合為由予以駁回。原告既然選擇一部訴求之起訴方式，基於訴訟經濟及被告地位公平之考量，應課予原告在前訴示明一部訴求之正

履行期或設有擔保）而得分離於全部債權者，如係得分離，則因一部與餘額債權各別成為審判對象，法院並未審理餘額部分，被告亦未信賴法院係以全部債權存否為判斷，而無應受保護之利益，故一部訴求判決對餘額請求不生既判力，亦無判決理由中判斷之拘束力；如係不得分離者，因法院所審理者為全部債權，雙方以全部債權存否為攻防，被告亦信賴本件訴訟得以解決全部債權之紛爭，全部債權存否成為判決理由中判斷，若已經攻防之能事，亦生拘束力²¹²。

惟上開處理方式似仍有未盡完善之處。（一）之見解雖明確釐清、重申判決對訴訟標的之判斷始生既判力之概念，然一來逕認判決對債權之判斷不產生任何拘束力，毋寧抹殺法院審理、當事人竭盡攻防之訴訟成果，有害訴訟制度解決紛爭之實效性及違背訴訟經濟之要求；並且，被告亦有不知餘額部分之存在或正當信賴原告不再提起餘額請求之可能，如一概認為被告須主動提起確認之訴，法院對債權之判斷始生拘束力，似對被告過苛。（二）之見解雖肯定判決理由中對債權存否之判斷，不論於原告勝敗訴之情形，皆生拘束力，然其未明確表明拘束力之內涵為何，且未考慮於不同類型中，可能將發生性質相異之拘束力。亦即，從法院已為審理、兩造已盡攻防、程序保障無虞之角度來看，對債權存否此一爭點之判斷，於餘額請求訴訟中皆應生拘束力此點固值肯認；但對後訴所生之拘束力是否均為同種性質，其排斥後訴或禁止為不同認定之效力，是否皆源自既判力、爭點效或基於誠信原則之失權、遮斷效等，尚待討論。（三）之見解進一步區分原告勝、敗訴之情形，並僅於原告已示明一部訴求之正當理由並且獲得勝訴判決之情形，

當理由或為訴追加之責任，此種行為責任因法官之闡明而具體化。故原告在前訴有就餘額請求為追加之機會，且其無正當理由而不為此追加之情形，應依誠信原則排除其就該餘額再訴請求。至於，法院未盡闡明義務，致上開行為責任未具體化之情形，因原告就餘額請求本得自行在前訴為訴之追加，如其未為此追加，致被告在訴訟程序信賴其不行使該訴權者，原告就餘額之再訴請求，依權利失效法理，亦可能發生失權效（遮斷效）。參見：許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003年12月，頁261-266。

²¹² 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010年筆記版，頁304。另因學者上述之論述係以原告敗訴之情形為舉例，而未明確表示是否因原告勝、敗訴之情形而為不同處理，故本文未將之歸為「不區分」勝、敗訴為不同處理之見解。

始承認原告再行提起餘額請求之合法性，不過，其亦未進一步說明此情形中，債權存否之判斷對後訴所生拘束力之性質。並且，在原告未明示一部訴求（自亦未明示一部訴求之正當理由）時，是否得逕認為：因原告就餘額請求本得自行在前訴為訴之追加卻未為之，致被告在訴訟程序信賴其不行使該訴權，而以權利失效法理遮斷其餘額請求乙節，此點尚待斟酌。蓋原告亦有可能不知或難知其為餘額請求之情形，此時究應保護不可歸責之原告或被告之信賴尚待討論，而無法遽以原告有訴之追加之權利²¹³及機會而不為之為由，認定原告之餘額訴求違反誠信原則或受權利失效法理所遮斷。（四）之見解區分債權可否一部特定而得分離於全部債權者，就審判範圍須明確特定之原則而言，固屬灼見，然而，「全部債權之存否」應發生拘束力之「拘束力」係為何種效力？係指既判力或爭點效？亦有討論空間。



²¹³ 亦有論者質疑可否僅以紛爭一次性解決或避免裁判矛盾等公益思考，而剝奪人民分次請求之處分權利，並表示「...問題乃在於法院是否應被承認在何條件下應闡明兩造利用如何機制（聲明擴張及反訴），使能紛爭一次性解決。但若兩造仍無此意願，如何可剝奪原告對於其他權利之另訴權利，理論上自值質疑」，參見：姜世明，「一部請求及餘額另訴之許可性」，『台灣法學雜誌』，第 153 期，2010 年 6 月，頁 126-127。惟須注意，法院闡明得為訴之追加之意旨，並非強使原告必循此手段，而係立於肯定原告具有正當理由時得為分次請求之前提下，（1）促使原告於訴訟上表明此理由，以避免被告產生原告不另為請求之信賴，併使（2）原告曉知其亦得選擇於本訴為訴之追加，追求程序利益並一次解決相關紛爭。故而，經法院闡明後，原告仍不為表明或無正當理由者，並無論者所謂剝削原告另訴權利之疑慮，而毋寧在此情形，可認對原告之程序保障已係充足，應優先追求公益之訴訟經濟、節省司法資源、保護兩造公平、紛爭一次解決等要求，而不容許餘額後訴之提起。

(二) 一部訴求判決主文及理由之拘束力之性質

〈表一〉無從區分一部訴求與餘額部分時，後訴之處理方式

情形	原告起訴	法院闡明其 示明正當理 由	一部訴求判決對餘額請求之效力
(一)	明示一部訴求 並表明正當理 由		原告全部或一部敗訴：既判力作用遮斷，不得提起後訴； 原告全部勝訴：爭點效。
(二)	已明示一部訴求但未表明正當理由	法院已或未闡明	失權效，不得提起後訴
(三)	未明示一部訴求	法院無從闡明	失權效，不得提起後訴
(四)	未明示一部訴求但不可歸責於原告	法院無從闡明	原告全部或一部敗訴：既判力作用遮斷，不得提起後訴； 原告全部勝訴：爭點效。

本文認為，應先判斷一部訴求部分與餘額部分之債權是否得以區分，再考量判決效力是否因一部訴求係勝訴或敗訴而有不同。因為，若訴求部分與餘額部分得以區分時，不論原告之一部訴求為勝訴或敗訴，因餘額部分未成為訴訟標的自不生既判力；再者因兩者得為區分，在一部訴求訴訟上，全部債權之存否亦未成為主要爭點並受雙方攻防、法院判斷，故亦不生爭點效。

如無從區分訴求部分與餘額部分時，在〈表一〉（二）、（三）之情形，因被告已信賴前訴得解決全部債權存否之紛爭，為保護被告信賴，及基於公益之訴訟經濟、誠信原則或禁反言之失權效等，不論一部訴求之判決結果為何，原告均不得再就餘額起訴，法院應以後訴不合法予以駁回。〈表一〉（四）之情形，如原告係因被告誤導或因損害額之計算困難²¹⁴等其他不可歸責於原告之情形，而未認明其僅為一部訴求，但因原告亦未表明將來不再主張，若禁止原告再起訴，不免過苛；再者，被告雖可能信賴就整個紛爭全以前訴解決，然而在原告全部勝訴時，允許原告就餘額起訴，再從爭點效著手以援用前訴判決之效力，某程度亦得平衡兼顧兩造之利益，使被告不須就相同之爭點為攻防、舉證，故應肯定原告得再提起餘額請求。

在〈表一〉（一）、（四）之情形中，若原告全部勝訴，全部債權之存在雖僅為判決理由中之判斷，但因其成為主要爭點並經雙方攻防、法院判斷，且法院已依民訴法第 296 條之 1 第 1 項曉諭債權存否為本件重要爭點，並依第 199 條闡明原告、被告得分別提出該當債權存在或不存在之事實及證據，並告知如無從據以推論債權存在或不存在時兩造將受有之不利，此時應認當事人已受有程序保障，基於誠信原則、訴訟經濟及紛爭一次解決之要求，一部訴求判決中對全部債權存在之判斷應生爭點效。例如原告 X 於前訴主張其對被告 Y 有 100 萬元貸款債權，擬於本訴先請求給付貸款 50 萬元，並示明正當理由，經法院認定：（1）X 對 Y 僅有 50 萬元貸款債權或（2）X 對 Y 有 100 萬元貸款債權存在，並判決 X 全部勝訴。則在 X 對 Y 請求給付貸款餘額 50 萬元之後訴中，經 Y 援用（1）之判斷或 X 援用（2）之爭點效後，後訴法院受該判斷之拘束，而應判決 X 全部（1）敗訴或（2）勝訴。

²¹⁴ 此與民事訴訟法第 244 條第 4 項之情形有異，蓋後者為全部請求而非一部訴求，僅係於起訴時表明最低金額至言詞辯論終結前再為補充，縱經闡明而未補充，訴訟標的亦為全部債權。

在〈表一〉（一）、（四）之情形中，若原告全部或一部敗訴時，則餘額請求將受遮斷。此係因餘額請求之提起，與一部訴求判決中將原告所限定部分債權請求判斷為無理由一事有所扞格。一部訴求之訴訟標的，基於原告劃定審判範圍之處分權主義要求，仍應限於其所限定之數額部分之債權，因此就債權剩餘部分之請求權是否存在，於前訴皆非屬訴訟標的而不生既判力。為了避免對原告造成突襲、侵害其程序主體地位，在訴訟標的之層次上，此點須加以嚴格界定、仔細處理。然而，基於下列理由：（1）餘額部分之請求權雖未為訴訟標的，皆非屬前訴既判力客觀範圍，但在原告一部訴求遭法院駁回（一部或全部）並且訴求部分無法與餘額部分區分時，必然係認定全部債權或剩餘債權不存在始得為此判決，而餘額請求之提起，將直接與該判決有所衝突。亦即，原告一部訴求敗訴之既判力之所以存在，「必定」是由於認定原告債權不存在，因為此係既判力存在所必有之理由，故可認債權不存在亦係既判力所認同之法秩序；（2）再者，既判力亦有禁止與其矛盾主張之效力，餘額請求係以債權存在為前提，而直接與前訴既判力有所矛盾，故而該請求應受遮斷；（3）並且，在原告起訴請求一部訴求但訴求部分與餘額部分無法分離時，法院之審理對象及兩造之攻防目標係以整個債權為中心，就全部債權之存否兩造已受有程序保障。故而，雖然餘額部分之債權未列為訴訟標的而不生既判力，但基於上述理由應認為餘額請求受既判力之作用（矛盾禁止）所遮斷²¹⁵，後訴法院應以原告之訴無理由判決駁回²¹⁶。如前例 X 對 Y 就 100 萬元債權先為 50 萬元之一部訴求，經法院認定：（1）X 對 Y 之貨款債權不存在或

²¹⁵ 是以，前述我國學說（四）之見解雖有認：兩造就債權之存在或不存在已為充分攻防後，原告一部訴求遭法院判決敗訴確定時，因兩造已受有程序保障，原告不得再認為餘額請求存在而提起訴訟；並指明，若採取判決理由之判斷具有拘束力之見解，此時就債權之不存在亦應發生拘束力等旨。本文亦部分認同，並進一步認為若兩造已充分爭執、法院亦為實際判斷、當事人程序保障無虞時，債權不存在應生爭點效，但基於前述（1）之理由，該債權不存在判斷之拘束力，不應僅止於爭點效；並且，雖其就全部債權不存在之判斷未發生既判力，但因前述（2）之理由，當餘額請求又被提起時，此時前訴判決效力（既判力之作用）將遮斷後訴。

²¹⁶ 若係基於既判力一事不再理之效用，本應依民事訴訟法第 249 第 1 項第 7 款以訴不合法裁定駁回，但一來餘額請求非屬前訴既判力客觀範圍自無一事不再理之適用，再者裁定並無既判力而無法終局解決餘額紛爭、斷絕原告一再起訴之可能，故而本文認為此情形應以判決處理。

(2) X 對 Y 僅有 25 萬元貨款債權，而判決 X 全部或一部敗訴。則應該等判決所表彰者為 X 對 Y 之貨款債權無理由或超過 25 萬元之部分無理由，則不論 X 再對 Y 提起請求給付 50 萬、75 萬或 100 萬元貨款債權之後訴，均違反一部訴求判決所指向之意涵而受遮斷，法院應以其訴不合法而裁定駁回。

由上述就一部訴求之事例，可看出在符合程序保障、防免突襲性判斷之前提下，判決理由中判斷應生爭點效；而在少數情形下²¹⁷，始可經由前訴判決之主文，認為後訴請求係受前訴既判力作用所遮斷而駁回。綜上所述，本文認為，既判力作用所遮斷之範圍，雖未必限於訴訟標的，但與判決理由中判斷所具拘束力係屬二事，仍應將判決理由中判斷所具拘束力定位為爭點效而非既判力。

第三項 小結——承認爭點效之必要性與正當性

最高法院雖將數原則同列為爭點效之依據，但未進一步區分爭點效之必要性與正當性基礎何在；如不明確區分，將有過度重視必要性而忽略正當性，過度擴張爭點效之危險。本文認為，為了避免一次紛爭多次重複利用司法資源、戕害當事人之程序利益，承認爭點效之必要性在於滿足紛爭一次解決、訴訟經濟、保護當事人程序利益之要求；而在我國新法加重法官之闡明義務與完善化爭點整理程序等規定下，承認爭點效之正當性基礎則在於程序保障之充足及誠信原則之實踐。關於誠信原則之部分，雖有論者直指當事人雖就同一爭點再事爭執，但如其於前、後訴皆為相同主張，並無禁反言之問題²¹⁸，故而不應將誠信原則論為判決理由中

²¹⁷ 一部訴求事例之特殊性在於：如一部訴求遭駁回，該判決主文帶有否定全部債權之意涵；但其他情形未必彰顯如此強烈之認定一致性之要求，如所有物返還訴訟遭駁回，主文僅否定原告之所有物返還請求權之存在，而未指向否定原告所有權存在之法秩序。

²¹⁸ 沈冠伶，民事判決之既判力客觀範圍與爭點效，法學叢刊，第 214 期，2009 年 4 月，頁 200；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 52。

判斷所具拘束力之正當化基礎；不過本文考量：在我國新法規定下，倘法官協同當事人整理爭點，並依新法第 296 條之 1 規定明確曉諭爭點何在，闡明得當事人提出對己有利之事實及證據，且審理中適時公開暫定性心證，避免當事人因無法預測法院心證而未及時提出其他事實及證據，可認對該爭點之審理已極為緊密、充分，自提高當事人以該程序解決本次紛爭之信賴。因此，即使在當事人前、後訴皆為相同主張之情形，亦認此種再事爭執之行為，係違反對造就該爭點以前訴判決判斷為準之信賴，而有違誠信原則。

確立了判決理由中判斷所具拘束力之性質與法理根據後，下一步重點作業係如本文題目所示：如何在兼顧擴大訴訟制度解決紛爭功能（包含客觀範圍即紛爭一次解決、主觀範圍即統一解決紛爭）與程序保障之前提下，來承認爭點效。此即為爭點效要件、效力及其時、客觀、主觀範圍之界定與運用問題。



第三章 爭點效之要件及效力

第一節 爭點效之要件

最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決：「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，始符民事訴訟上誠信原則」，此見解廣為承認判決理由中判斷所具拘束力之判決所援用²¹⁹，亦某程度確立實務對爭點效要件之設定。而有學者在我國法與外國法之比較上，認為我國實務所採用之爭點效要件，實際上接近或類同於日本學說及美國法所設定之要件，亦即，我國實務所設定之「重要爭點」、「本於當事人辯論之結果」、「除當事人已提出新訴訟資料外，足以推翻原判斷之情形外」、「除有顯然違背法令之情形」，等同於新堂教授所提出之「主要爭點」、「當事人在前訴盡其攻防」、「僅於前訴基準時始生爭點效」及美國法之「必須為有效之終局判決之判斷」²²⁰；另有認為美國法與我國實務、學說就爭點效要件之界定相同，惟判例法累積數量與要件解釋細緻程度有所差距，並指出美國法就排除爭點效之例外事由，有高於我國法之規範密度者²²¹；但亦有認為我國實務所發展出之

²¹⁹ 如：最高法院 99 年度台聲字第 151 號民事裁定、87 年度台上字第 758 號、88 年台上字第 577 號、91 年度台上字第 1761 號、92 年度台上字第 1399 號、93 年度台上字第 129 號、94 年度台上字第 152 號、95 年度台上字第 2246 號、97 年度台上字第 1289 號、98 年度台上字第 476 號、99 年度台上字第 532 號民事判決。

²²⁰ 駱永家，「判決理由中判斷之拘束力」，『民事法研究Ⅲ』，1989 年一版，頁 58。

²²¹ 黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 75。

要件並不完全同於日本或美國法²²²。究竟上開要件之內涵與適用標準為何？與日本或美國法有何差異？以下分項說明爭點效之各要件中之重要問題。

另外，列於各要件下之諸問題並非僅牽涉該要件判斷而已，實則爭點效之要件常互有牽連，如可替代性爭點是否發生爭點效之問題，不僅須檢討是否經法院實際判斷，同時亦與其是否為前訴重要爭點、經當事人實質攻防等要件皆有所關連。本文考量說明上之簡潔及便利，將各議題分類於最具相關性或最常發生爭議之要件之下，但非意指各該議題僅涉及單一要件問題，先予敘明。

第一項 重要爭點

第一款 爭點明確化之作業

＜事例三＞（最高法院 96 年度台上字第 307 號案件事實）

- [前訴] X 主張：X 曾將其所有之土地及建物設定最高限額抵押權予 Y，然兩造間並無債權債務關係存在等語，訴請塗銷系爭最高限額抵押權設定登記；Y 則抗辯：兩造係約定以系爭最高限額抵押權擔保 X 子 Z 對 Y 所負之貨款債務等語。法院以：(1) Z 曾於另案偵查中訊問時表明 X 係其債務之連帶保證人，是兩造曾約定由 X 對 Y 就 Y、Z 間貨款債務負連帶保證責任，X、Y 間並非無債權債務關係；(2) 縱認兩造間並無任何債權債務關係存在，在系爭最高限額抵押權存續期間未屆滿前，兩造間亦非全無新債權債務產生可能，X 尚不得於存續期間屆滿前終止契約而享有塗銷抵押權設定登記之權利為由，判決 X 敗

²²² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 204；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 55-56。

訴確定。

- [後訴] Y 主張：X 為 Z 對 Y 所負貨款債務之連帶保證人，且 Z 屆期遲未清償貨款債務等語，基於連帶保證之法律關係，訴請 X 給付貨款；X 則抗辯：X 並未與 Y 約定擔任 Z 貨款債務之連帶保證人等語。則前訴就「X 為 Z 債務之連帶保證人」之判斷，是否發生爭點效？
- [第一審] 臺灣屏東地方法院 94 年度訴字第 275 號民事判決：認前訴就「X 為 Z 對 Y 貨款債務之連帶保證人」判斷發生爭點效，據此判決原告勝訴。
- [第二審] 臺灣高等法院高雄分院 94 年度上字第 199 號民事判決：「上訴人 Y 固指本件之前案確定判決有爭點效之適用，但屏東地院八十九年度訴字第四九五號塗銷抵押權登記事件〔即前訴〕²²³，僅各行一次準備及言詞辯論程序，並無依民事訴訟法第二百七十條之一規定使兩造成立爭點協議，復未將被上訴人 X 是否為 Z 之連帶保證人列為爭點曉諭當事人，業據調閱該卷無訛，則該判決對被上訴人 X 是否擔任 Z 之連帶保證人，理由中所為判斷，已不足拘束本件。且該確定判決，無視上訴人 Y 所為『前設定抵押權，雖均以原告（被上訴人）X 為債務人兼義務人，惟實係代書辦理設定時之錯誤所致，實際上債務人為 Z，原告 X 僅為義務人』、『原應配合辦理抵押權更正，方屬允當』之抗辯，逕認「兩造曾合意就 Z 對被告 Y 之債務負連帶保證責任」，已有不依上訴人 Y 抗辯認定事實之違背法令。況該判決兼提及『縱認兩造間並無任何債務關係存在．．』之論述，對『兩造間就 Z 之債務是否應負連帶保證責任』之認定，非有法律上之確信，亦不能逕認『X 是否為 Z 之連帶保證人』為該事件之重要爭點，使嗣後之訴訟法院，受該判斷之拘束。屏東地院八十九年度訴字第四九五號確定判決，既無爭點效之適用，原法院九十一年度上字第二

²²³ 下列判決原文中〔 〕內文字皆為本文加註；（ ）內文字為判決原文加註。

七八號判決以該爭點已足拘束法院之判斷，殊非的論，被上訴人Y指本件不得為與該二確定判決為相反之判斷，尤無足採。」

- [第三審]最高法院 96 年度台上字第 307 號民事判決：「按學說上所謂之「爭點效」，係指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而言，其乃源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理而來。是「爭點效」之適用，除理由之判斷具備「於同一當事人間」、「非顯然違背法令」及「當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷」等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷，前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則。查屏東地院八十九年度訴字第四九五號確定判決，未將「被上訴人X是否係Z貨款之連帶保證人」列為該事件之重要爭點，曉諭兩造，判決理由亦非全以被上訴人X係Z之連帶保證人而為其不利之論斷，其認定被上訴人X係Z貨款之連帶保證人，有未依上訴人Y之迭次抗辯認定事實，其中一百萬元抵押權部分，復有認定事實與卷內所存資料不符之違法情形，既為原審所合法確定之事實，並經被上訴人X於本件提出上訴人開立之統一發票十三紙之新訴訟資料，記載被上訴人X以支票購貨之方式，足以推認其僅係物上保證人，進而推翻原判斷其為連帶保證人之情，依上說明，該確定判決所為理由之判斷，自無『爭點效』適用。」。

同將「必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點」列為爭點效要件之最高法院判決為數眾多²²⁴，可評為係最高法院一穩定的見解。而此要件之意涵為何？

一、足以影響判決結果之爭點

美國法將「判決所不可或缺之爭點」作為爭點效要件，理由係該爭點較會受到法院及兩造當事人充分注意為判斷與爭執，而得確保判決正確性²²⁵。本文認為有下述缺失：（1）正確性本非判決效力發生之前提或必要性要求，自不應由正確性來限定爭點效。（2）此僅係判斷該爭點是否經當事人爭執、法院充分審理之方法之一。確實不可或缺之爭點將在訴訟上得到法院與當事人較多之關注，但非不可或缺之爭點亦非必未經當事人充分爭執，「判決所不可或缺之爭點」與程序保障之關連上只是充分而非必要條件。（3）此見解疏未從程序法之角度思考、觀察，但若所有權存否雖為所有物返還訴訟中所不可或缺之爭點，如當事人為追求程序利益而簡化爭點，認本訴原因事實所繫紛爭全以被告是否有正當占有權源而定，此時所有權之存否並未如美國法所預設般必經當事人充分攻防。

而日本新堂教授所稱之「主要爭點」，則指該爭點將左右訴訟結論之情形²²⁶，此範圍大於「判決所不可或缺之爭點」，而與我國實務所稱之「足以影響判決結果之爭點」相同。至於為何以「足以影響判決結果」來限定重要爭點之範圍？一來，如某事實或法律關係不足以影響判決結果，根本沒有必要成為爭點，法院更無須審酌兩造所提出之相關事實及證據；二來，如果不足以影響判決之結果，縱

²²⁴ 如最高法院 96 年度台上字第 633 號、99 年度台上字第 893 號、98 年度台上字第 1085 號、99 年度台上字第 1427 號、99 年度台上字第 1517 號、99 年度台上字第 1701 號、99 年度台上字第 2330 號、100 年度台上字第 1627 號民事判決。

²²⁵ 見註 68。

²²⁶ 見註 80。

經列為爭點，亦難以想像當事人及法院就該爭點會盡力攻防與審理，自難謂當事人有受該爭點判斷拘束之自己責任。因此，此標準應堪採認。

二、經爭點整理程序列為主要爭點

我國實務又認該爭點須經爭點整理程序列為主要爭點，此為美國或日本學說所忽視者。即使屬於足以影響判決結果之爭點，倘法院未協同當事人經爭點整理程序將之列為主要爭點，而無踐行第 296 條之 1 曉諭爭點義務，亦未依第 199 條闡明當事人對該爭點為適當而完全之辯論，致使當事人無從提出對己有利之攻防方法及主張，該爭點判斷係屬一突襲性判斷，在欠缺程序保障之基礎下，不應發生爭點效。〈事例三〉中「X 是否為 Z 對 Y 所負債務之連帶保證人」，雖非前訴即塗銷抵押權登記訴訟之不可或缺爭點（前訴本可單以「X 在最高限額抵押權存續期間屆滿前，無權以抵押債權不存在為由終止抵押權契約」為判決理由駁回 X 之訴），但該爭點判斷亦將影響判決結果（如認定 X 為 Z 債務之連帶保證人，則 X、Y 間存有保證之債權債務關係），故前訴法院應曉諭上開爭點予兩造知悉，俾使 X 得提出其他事實、證據（如尚有第三人聽聞 Y 提及 X 未答應保證 Z 債務；或 Z 偵訊所言係其個人誤解而非親自見聞 X、Y 曾約定保證一事；或 X、Y、Z 三人曾書立切結書，內容為 X 僅為物保不做人保等），使 X、Y 得就此為適當完全之辯論，則該爭點之判斷亦應發生爭點效。惟前訴法院並未善為上述訴訟指揮行為，使 X、Y 無從預測法院對該爭點之判斷將對其有何影響，是如本件最高法院 96 年度台上字第 307 號民事判決所指，自無爭點效之適用。

另外，所謂經爭點整理程序列為主要爭點，該爭點整理程序亦包含自律性爭點整理程序，故非必須在法官面前進行爭點整理；又爭點整理程序不等於爭點簡化程序，並非必經爭點簡化協議所整理之爭點始有爭點效適用。並且，開準備程序與言詞辯論程序之次數均非所問，重點在該爭點是否在程序上已經受突顯，縱

使開庭時間、次數短少，只要能使兩造明確知悉爭點所在而充分攻防，即已滿足程序保障之要求。是本件第二審臺灣高等法院高雄分院 94 年度上字第 199 號民事判決以「前訴僅各行一次準備及言詞辯論程序，並無依民事訴訟法第二百七十一條之一規定使兩造成立爭點協議」為由，認定前訴對該爭點之判斷不發生爭點效，係有所誤解。

本件事例給予吾人之啟發，尚有：所謂「重要爭點」，並非判決理由所提及之爭點均屬之，而須檢視前訴訴訟程序是否已踐行上開程序保障措施，因此，後訴法院在考量前訴判決理由究否發生爭點效時，絕非可單純由判決書內容認定，而須調閱前訴判決卷宗，檢視準備程序、審理筆錄及當事人書狀以綜合判斷。

第二款 主要與間接事實

＜事例四＞（臺灣高等法院 89 年度台上字第 1130 號案件事實）

- **〔前訴一〕** X 主張：甲建物為伊祖先 Z 原始取得，惟現為 Y 所占有等語，以 Y 為被告訴請確認 X 對甲建物之所有權登記請求權存在。第一審法院以系爭建物未辦保存登記，亦無使用執照，無法向地政機關辦理所有權第一次登記，X 無得登記為所有權人之請求權存在等理由，駁回 X 之訴，X 上訴後於第二審審理中與 Y 達成和解，撤回第一審之訴。
- **〔前訴二〕** X 主張：甲建物為 X 祖先 Z 原始取得，X 因繼承而取得所有權（D1 事實），X 係甲建物所有權人（C1 事實），惟現為 Y 無權占有中等語，訴請確認 X 對甲建物之所有權存在；Y 則抗辯：Y 於某年間自 Z 處受贈甲建物而取得所有權（D4 事實），Y 係甲建物所有權人（C2 事實）等語。法院認定 Y 因受贈而取得甲建物所有權，判決 X 敗訴確定。
- **〔後訴〕** X 主張：甲建物為伊祖先 Z、Z1 及伊管理，迄今已逾 20 年，伊已因

時效完成而得請求登記為甲建物之所有權人（D9 事實）等語，訴請確認 X 就甲建物之所有權登記請求權存在，並依民法第 767 條、第 962 條請求 Y 不得拆除甲建物或其他妨害 X 權利之行為。Y 則抗辯：「前訴一」中已判認 Y 為甲建物所有權人，且 X 亦未繼續占有甲建物逾 20 年；又 X 在「前訴二」曾訴請確認甲建物之所有權登記請求權存在，X 不得再提起同一訴訟等語。

● **〔第一審〕**臺灣士林地方法院 88 年度訴字第 1153 號民事判決：

「四、本件原告 X 依民法第七百七十條、第七百六十九條，請求訴之聲明第一項關於確認渠等就甲建物，有所有權登記請求權存在部分，原告 X 前於八十五年三月十八日曾本於相同法律關係，向本院提起確認所有權登記請求權之訴同一訴訟〔即前訴一〕，嗣經本院以八十五年度訴字第 276 號為終局判決，判決原告 X 敗訴後，原告 X 上訴第二審，嗣於第二審達成和解：原告 X 撤回上開八十五年度訴字第 276 號第一審之訴，被告 Y 亦同意原告 X 之撤回。此業經本院調閱上開八十五年度訴字第 276 號民事卷宗全卷查核屬實，且為原告 X 所不爭執。原告 X 既在終局判決後撤回其訴，乃復依同一法律關係提起同一訴訟，自非法所許，應予駁回。又本院八十五年度訴字第 276 號判決原告 X 並無請求確認渠等為所有權登記請求權之請求權人之實體上權利，顯已就訴訟標的實體上為判斷，原告 X 空言指稱該判決僅就程序上為判斷云云，自屬無稽。

五、……本件系爭甲建物既經前審（最高法院八十三年臺上字第 769 號）〔即前訴二〕確定判決認定：「Z 等人於昭和五年七月六具之寄附書（寄附即捐贈之意），記載其等共有坐落臺北市○○區○○段一一九八之三號、一一九八之四號土地及其上附屬財產寄附中和堂，該寄附書……印章相符，自屬真正。雖甲建物於翌年始建竣，惟捐贈標的既係合法、確定、可能，自難認甲建物非在捐贈範圍內。」兩造對前開判決所指之標的即係原告於本件所請求

之甲建物既無爭執，而甲建物所有權究竟何屬復為前開判決之重要爭點，且經法院於兩造辯論後而為判斷，原告 X 又未於本件訴訟中提出何足以推翻原判斷之新訴訟資料，揆諸前揭說明，自應認甲建物為被告所有。甲建物非屬原告所有既經認定，其本於民法第七百六十七條之「精神」，請求所有物妨害排除請求權，自有未洽。

六、……原告 X 欲對所有權人之被告主張占有物妨害排除請求權，必先證明自己係和平、公然、自主占有，惟觀諸原告所舉事證，僅就 Z「興建」系爭建物有所著墨，就 Z 等人就系爭建物係和平、公然、自主占有之情並未舉證以實其說，被告 Y 復否認原告 X 有占有之事實，依上開法條及判例意旨，自難遽為原告 X 有利之認定。原告 X 對其為占有人之情既無法舉證以實其說，其依據民法第九百六十二條規定，請求被告 Y 對系爭建物不得為拆除或其它妨害原告之行為，於法無據，亦應駁回。」

● **〔第二審〕臺灣高等法院 89 年度上字第 1130 號民事判決：**

「六、……本件上訴人 X 於八十五年間就系爭建物訴請確認所有權登記請求權存在〔前訴一〕，台灣士林地方法院以系爭建物未辦保存登記，亦無使用執照，無法向地政機關辦理所有權第一次登記，其無得登記為所有權人之請求權存在等理由，駁回其請求，其上訴二審後因和解而將該訴撤回，觀之該判決內容，並未就實體而為判決，況該案上訴人 X 係以系爭建物為其先祖原始取得為起訴內容，核與本件係以時效取得所有權而起訴，二者並非同一，依前說明，自非不得再行起訴，是被上訴人 Y 抗辯前案判決已為實體判決，上訴人 X 不得更行起訴，尚非可採。

七、……本件上訴人 X 主張爭建物為 Z 出資興建，並由 Z 占有使用，Z 於五十九年去世，Z1 繼承 Z 繼續占有及管理，其係以自主所有之意思，公然、和平占有及管理甲建物，占有時間已逾二十年，已因取得時效完成而取得請求登

記為甲建物之所有權人之權利云云，惟為被上訴人Y所否認，上訴人X自應就此有利於己之事負舉證之責。經查：

(一)Z於被上訴人Y五十三年間為寺廟登記時，即與王頭二人登記為被上訴人Y之管理人，係基於他主占有系爭建物，而系爭建物之所有權係屬被上訴人Y所有，且被上訴人Y於寺廟登記時所載之骨塔即為系爭建物，業據最高法院八十三年度台上字第七六九號確定判決所認定在卷〔即前訴二〕（見原審卷第七十七頁至八十頁），復與證人王文雄於本院調查時證稱：建築在中和禪寺旁邊只有一個靈塔，即甲建物相符（見本院卷第一六九頁），上訴人X未提出任何新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形，依前揭說明，本院自不得為相反之認定，是上訴人X主張主張前揭八十三年度台上字第七六九號確定判決所稱之骨塔並非指系爭建物及Z係基於自主占有使用系爭建物者，均非可採。

(二)…〔由證人之證言並綜合卷內事證〕上訴人X並未能提出其他事證以資證明其確已占有、管理系爭建物逾二十年，是其主張已因時效完成而取得就系爭建物得登記為所有權之請求權，尚無可採。…則上訴人主張依民法第七百六十七條之精神及同法第九百六十二條規定，請求被上訴人不得對系爭建物拆除或其他妨害之行為，亦無理由。』，判決駁回X之訴，因X未上訴而告確定。

<事例五>（最高法院100年度台上字第1627號案件事實）

- [前訴] X主張：X與Y簽訂「一般廢棄物委託焚化處理委託契約」（下稱系爭委託契約），約定由X興建焚化爐並處理台南市將軍區一般廢棄物焚化處理事宜。系爭委託契約之性質為非於一定時期為給付，即不能達契約之目的，

惟地目變更、核發焚化爐建、雜照乃焚化廠開工建廠之前提要件 (D1 事實)，且依約 Y 有協助上訴人 X 變更土地地目並核發建、雜照之從給付義務 (D2 事實)，Y 卻遲延核准變更地目後又片面變更土地地目 (D3 事實)，並拖延核發焚化爐建、雜照 (D4 事實)，Y 履約遲延致 X 無法如期完工，X 爰依民法第 255 條、第 256 條第 1 項規定解除契約，系爭委託契約係因可歸責於 Y 之事由致給付不能而解除契約 (C1 事實)，X 乃依法解除契約等語，訴請 Y 返還 X 前所支付之履約保證金。Y 則抗辯：因 X 未依「確認期程管制表」按期施工 (D5 事實)，X 亦未在催告期限內完工 (D6 事實)，系爭委託契約係因可歸責於 X 之事由致給付不能而解除契約 (C2 事實)，故沒收對造公司履約保證金，並無不當等語。法院以：(1) D1、D2、D3、D4 事實存在，系爭契約不能履行給付責任者為 Y；(2) D5 事實雖然存在，然系爭焚化爐之興建一開始即未依循上述期程管制表所定進度，且 Y 當時對於該期程管制表進度之延誤並無異議；(3) D6 事實雖然存在，然係因 D3、D4 事實所致，且地目變更完成後，至施工興建完成，至少尚須 150 個工作天 (D7 事實)，客觀上 X 不可能在催告期限內完工，是該遲延不可歸責於 X，故 Y 雖於三次催告後，逕解除兩造系爭委託契約，亦不生效力；而既因可歸責於 Y 之事由致不能給付，X 自得解除契約請求返還保證金，判決 X 勝訴確定。

- [後訴] X 主張：X 因 Y 之上開違約行為另受有損害等語，爰依民法第 260 條、第 226 條第 1 項規定訴請 Y 為損害賠償。Y 則抗辯：X 申請換發第一類乙級廢棄物處理場設置許可證延期及設置許可於九十一年三月十二日經撤銷確定，Y 始將系爭土地恢復原來地目 (D8 事實)，系爭委託係因可歸責於 X 之事由致給付不能 (C2 事實) 等語。
- [第一審] 臺灣臺南地方法院 97 年度重訴字第 10 號民事判決
(1) 認定前訴就「原告 X 以系爭委託契約因可歸責於被告 Y 之事由致給付不

能為由，解除系爭委託契約，有無理由」乙節判斷，發生爭點效：「…經本院調閱臺灣高等法院臺南分院 93 年重上字第 22 號卷宗，兩造均於該事件中各自提出書狀以及於言詞辯論程序中針對『原告 X 以系爭委託契約因可歸責於被告 Y 之事由致給付不能為由，解除系爭委託契約，有無理由』此一爭點為爭執，有各該書狀及言詞辯論筆錄附於該卷可稽，且於該事件中，法院於該判決理由認定：『系爭契約不能履行給付責任者為上訴人 Y，而因伊給付遲延，伊雖於三次催告後，逕於九十年三月二十日解除兩造系爭委託契約，亦不生效力，而既因可歸責於上訴人 Y 之事由致不能給付，使被上訴人公司 X 依契約於四年間攤還營運成本之目的不能達成，被上訴人 X 自得依民法第二百五十五條或第二百五十六條第一項之規定解除契約』等語。因此，前揭另案確定判決，既已詳敘其認定事實之依據及憑以認定之理由，核無顯然違背法令之處，本件就『原告 X 以系爭委託契約因可歸責於被告 Y 之事由致給付不能為由，解除系爭委託契約，有無理由』此一爭點，自不得背於臺灣高等法院臺南分院 93 年重上字第 22 號返還保證金事件〔即前訴〕之認定，而應認定原告 X 以系爭委託契約因可歸責於被告 Y 之事由致給付不能為由，解除系爭委託契約，為有理由，即被告 Y 就焚化廠興建地點土地地目變更應負給付遲延之責。」。

(2) 至被告 Y 所主張 C2 事實部分，則認定：「被告 Y 辯稱本件原告 X 之履約顯有遲延之情事等語，此部分亦經臺灣高等法院臺南分院 93 年重上字第 22 號〔即前訴〕於判決理由中敘明：本件原告 X 之遲延乃係不可歸責之事由所致，本件被告 Y 尚無主張本件原告 X 遲延給付而解除契約之權利等語，被告 Y 仍於本事件就此部分再為爭執，依上開見解，本院不得為不同之認定，是被告此部分之辯詞，仍應認無可採」，故依據債務不履行損害賠償之法律關係請求 Y 損害賠償在部分數額內為有理由，判決 X 部分勝訴。X、Y 均不服聲明上訴。

- **〔第二審〕**臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上字第 14 號民事判決：以「……經本院核閱上開請求返還保證金民事判決書所載，當時兩造係針對：(1)系爭委託契約是否因可歸責於上訴人 Y 之事由致給付不能而解除系爭委託契約？(2)被上訴人 X 是否有履約遲延責任？(3)上訴人 Y 是否有協助被上訴人 X 興建焚化廠之從給付義務？等重要爭點，各自提出書狀以及於言詞辯論程序中積極為攻擊、防禦，有各該書狀及言詞辯論筆錄附於該卷可稽，並經本院前審調取該民事卷宗查明屬實無訛。而本院前案確定判決亦就上述之爭點為判斷，並於理由中說明：(1)系爭委託契約不能履行給付責任者為上訴人 Y，而因 Y 給付遲延，Y 雖於 3 次催告後，逕於 90 年 3 月 20 日解除兩造系爭委託契約，亦不生效力，而既因可歸責於上訴人 Y 之事由致不能給付，使被上訴人 X 依契約於 04 年間攤還營運成本之目的不能達成，被上訴人 X 自得依民法第 255 條或第 256 條之規定解除契約(見本院 93 年度重上字第 22 號判決書第 31 頁)。(2)被上訴人 X 之遲延乃因不可歸責之事由所致，上訴人 Y 尚無主張被上訴人 X 遲延給付，而解除契約之權利，伊於 93 年 03 月 10 日所為解除契約之意思表示，並不生效力(見上揭判決書第 27 頁)。(3)依系爭委託契約，兩造所應負之主給付義務分別為一般廢棄物之焚化處理及報酬之給付，應屬無疑；然為使被上訴人 X 具備處理廢棄物之能力，系爭委託契約中已明定被上訴人 X 有興建焚化廠之義務，而上訴人 Y 則有提供必要協助(如變更土地地目編定，核發建、雜照等)之從給付義務，乃可認定(見上揭判決書第 30 頁)等語在卷。顯然就上開諸重要之爭點，前揭請求返還保證金民事確定判決，已就兩造攻擊、防禦之結果而為判斷，且該判斷並無顯然違背法令之情形；又上訴人 Y 亦未提出任何足以推翻原判斷之新訴訟資料，則依訴訟程序之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，除於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張外，本院亦不得再為相反之判斷。從而，**系爭委託契約因可歸責於上訴人 Y 而解除，而上訴人 Y 依系爭委託契約負有協助上訴**

人X變更土地地目並核發建、雜照之從給付義務之重要爭點既經前案法院作成判斷，則應受前案判決爭點效之拘束，本院自不得為相反之判斷。是上訴人Y猶主張本件無前訴訟爭點效之適用，應重新認定是否有可歸責事由等語，自屬無據。」，論第一審判決就歸責性、損害數額之認定皆無誤，駁回兩造之上訴。

- **〔第三審〕**最高法院98年度台上字第1859號民事判決：第二審法院判決X勝訴之部分數額係以甲文書為據，但未審認應由X就所提出之甲文書真正性負舉證責任，自有未合，就該數額部分發回更審，X上訴部分則駁回。
- **〔第二審更一審〕**臺灣高等法院臺南分院98年度重上更(一)字第23號民事判決：在爭點效部分與原第二審之判決相同，但認第一審判決X勝訴部分超過某數額範圍為無理由，廢棄該部分第一審之訴並駁回X之訴。
- **〔第三審〕**最高法院100年度台上字第1627號民事判決：「本件被上訴人X於上開返還保證金事件，係主張伊無法如期完工，乃因上訴人Y未依約辦理地目變更之故，又上訴人Y已於九十一年七月二十四日將系爭土地恢復為農牧用地，且政府鼓勵興建焚化爐並保證供應數量、單價之政策亦已廢止，系爭委託契約因上訴人Y未於一定時期為變更地目之給付而不能達其目的，且係可歸責於上訴人Y事由，乃解除系爭委託契約為由(二二號判決第二十頁、原審卷(一)四四頁背面)，該訴訟事件並未提及被上訴人X申請換發第一類乙級廢棄物處理場設置許可證延期及設置許可於九十一年三月十二日經撤銷確定，上訴人Y始將系爭土地恢復原來地目事實，上訴人Y於本件訴訟，則以上述事實為抗辯，並提出「公民營廢棄物清除處理機構許可管理辦法」、被上訴人申請換新證函文、上訴人函為證(原法院重上字卷六一頁至六五頁)，乃原審遽謂上訴人Y未提出任何足以推翻返還保證金事件判決之新訴訟資料，而為不利上訴人Y之論述，已嫌速斷。又上訴人Y據上開事實辯稱系爭委託

契約係因可歸責於被上訴人 X 事由而不能履行，縱可歸責於伊，被上訴人 X 亦與有過失等語，核係其重要防禦方法，原審對之未予斟酌，並說明其取捨意見，遽行判決，亦有可議。上訴論旨，執以指摘原判決不利於己部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

一、學說及本文見解

（一）德國法上既判力並不包括事實確認（*Tatsachenfeststellung*），如於損害賠償訴訟中買賣標的物具有瑕疵之事實，得於他訴再事爭執²²⁷，即使是採取既判力擴張於判決理由之論者，亦認為既判力僅於先決性法律關係，而不及於事實（無論主要事實或間接事實²²⁸）為前提²²⁹。

（二）美國法上，對主要事實（*ultimate fact*）與間接事實（*mediate fact*）之問題²³⁰，以往為保有當事人對拘束力之可預測性，故採取僅有主要事實發生爭點

²²⁷ Jauernig 著＝周翠譯，『民事訴訟法』，第 27 版，2003 年 7 月，頁 326-327。

²²⁸ 主要事實係判斷權利之發生、消滅或變更等法律效果所直接必要之事實；間接事實則為經由經驗及論理法則資以推認主要事實存否之事實。參見：高橋宏志，『重點講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 375。如在〈事例四〉〔後訴〕中，「X 為所有權人」係判斷 X 之所有權登記請求權存在之事實，而為主要事實；「X 時效取得甲建物」、「X 繼承取得甲建物」則係推論「X 為所有權人」之間接事實。

²²⁹ Engelmann-Pilger, *Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten*, 1973, S.95，轉引自：沈冠伶，民事判決之既判力客觀範圍與爭點效，法學叢刊，第 214 期，2009 年 4 月，頁 205 註 35；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 56 註 26。

²³⁰ 關於如何區分主要事實與間接事實，美國法上有著名的“the Evergreens Rule”，即想像一類似金字塔之邏輯架構，位於底部之事實係作為證據，而當結合此等證據或其他推論將會導向某結論，該結論並將進一步構成某法律地位或權利、義務。主要事實即為此金字塔之頂端，而所有支持主要事實之支線即為間接事實；the Evergreens Rule 並亦指出僅有主要事實之認定會於後訴發生爭點排除效。See 141 F.2d 927 (2d Cir. 1944), cert. denied 323 U.S. 720; Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 702.

排除效之見解²³¹，但 *Restatement (Second) of Judgments*²³² 卻廢棄了此區分。其理由為：主要事實與間接事實不僅沒有明確區分標準（如前訴的主要事實可能作為後訴之主要事實或間接事實），實際上此區分對問題解決亦無太大幫助，實務上法院仍應係以當事人是否已充分爭執、爭點是否為判決所必須，及當事人對該爭點效之發生是否具有預見可能性，來做為判斷是否發生爭點排除效之考量。故而，*Restatement (Second) of Judgments* 放棄對主要事實與間接事實做字義上之區分，而直接將爭點排除效之內涵求諸於預見可能性²³³，如有預見可能性，則可相對地確定前訴當事人有充分爭執之機會；若評價為無預見可能性，則因此機會之欠缺，而得正當化對同一爭點再次爭執之行為²³⁴。

（三）日本新堂教授提出爭點效之要件，係將可能發生爭點效之爭點限縮於當事人已認真爭執之主要爭點²³⁵，並且該主要爭點之認定，須由前、後訴之關係來加以判斷²³⁶；不過，其說法受有質疑為：此主要爭點是否僅限於權利或法律關係未斟酌明確，並且縱使認為包含事實上爭點，究係僅及於主要事實，抑或間接事實、輔助事實亦有之，尚待澄清²³⁷。學說上就此問題，有採保守態度，（1）認為以「主

²³¹ *Restatement (First) of Judgments* §68, cmt. p (1942).

²³² *Restatement (Second) of Judgments* §27, cmt. j (1982).

²³³ *Restatement (Second) of Judgments* §28(5)(b) (1982)

²³⁴ Teply, L. L. & Whitten R. U., *supra* note 94, at 1013.

²³⁵ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008年10月，頁667。

²³⁶ 新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に-I-」座談会，『判例時報』，通号586，1970年4月，頁7。

²³⁷ 並舉例說明若依新堂之要件，間接事實與輔助事實亦應可能生爭點效，參見：倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17卷第2号，1966年1月，頁82、84。如，書證之成立係為輔助事實，若被告Y爭執契約書之成立與否，並經法院認定契約成立而判決原告X勝訴，其後Y對X主張該契約書係偽造而提起不當得利返還或侵權行為損害賠償訴訟，就契約之成立應發生爭點效。間接事實之事例為，如X請求Y履行甲契約，Y主張代理其締定甲契約之代理人實則無代理權，而X提出該同一代理人對X、Y間另存在之乙、丙契約中皆具有代理權，法院以此為基礎而為事實上推定，認定甲契約中亦有代理權，而判決X勝訴；其後，X就乙、丙契約對Y起訴請求履行時，Y亦不得再爭執乙、丙契約中欠缺代理權。

要爭點並經當事人認真爭執」之判斷過於曖昧而可能致生無法預測之結果，因而承襲美國法之見解²³⁸，主張僅主要事實生爭點效者²³⁹；或（2）認爭點效發生層次非權利或法律關係，而為充足法律要件之一定生活事實關係²⁴⁰；（3）亦有採取開放態度，說明爭點效通常發生於主要事實之層次²⁴¹，但不限於此，而不排除間接事實、輔助事實皆生拘束力之可能²⁴²。

日本實務上京都地判昭和四〇・七・三一判決²⁴³，係為觸及此敏感問題之重要判決。該判決事實主要為：X 於前訴基於所有權請求 Y 返還土地勝訴，其後 Y 又對 X 提起確認同一土地所有權之訴訟，並主張 Y 時效取得所有權之事實。京都地方法院以前訴中所有權之認定發生爭點效，而駁回 Y 之訴（後經高等法院以否定爭點效為由廢棄發回²⁴⁴）。此時，承認爭點效於何等層次將對本案結論有所影響，亦即若前訴發生爭點效者為所有權之歸屬，則縱前訴未提出主張之時效取得事實，亦無法於後訴再予爭執；然若僅承認於所有權以下層次之爭點發生爭點效，則不妨礙時效取得之提出。對此，學說之見解有：（1）認為本事件明顯以所有權之存否為前後訴之重要關鍵，於前訴經雙方充分攻防、法院亦為實質判斷，因此應就

²³⁸ 其所採取者為 the Evergreens Rule，而非 Restatement (Second) of Judgments 不區分主要事實與間接事實之見解。

²³⁹ 吉村德重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エストッペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 489-492。

²⁴⁰ 此點與其認為既判力為第一次貫徹力（若貫徹前訴判決請求有無理由之意涵，可認權利存否之判斷亦於前訴給付判決之保護射程中），爭點效為第二次貫徹力（非屬權利層次之問題，但畢竟前訴已就要件事實為審理而同有紛爭一次解決之要求）有關，參見：住吉博，「争点効の本質について（二）」，『民商法雑誌』，第 61 卷第 5 号，1970 年 2 月，頁 776-782。

²⁴¹ 實則此點，新堂教授亦曾指明，參見：新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に-II-」座談会，『判例時報』，通号 588，1970 年 5 月，頁 6-7。

²⁴² 高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 569 註 59。

²⁴³ 京都地判昭和四〇・七・三一下民集第 16 卷第 7 号，頁 1280。

²⁴⁴ 大阪高判昭和四二・二・一五下民集第 18 卷第 1、2 号，頁 136。

所有權之歸屬發生爭點效²⁴⁵；(2) 有認為當事人就所有權之爭點未為充分爭執，時效取得之事實亦未受有實質審理，故不應禁止時效取得之提出²⁴⁶；(3) 有認為從爭點效之旨趣及要求來分析，應限定效力僅生於實際已爭執之點，故而既取得時效之事實未經爭執，則不應生爭點效，但同時附帶說明，爭點效雖不禁止時效取得之提出，此問題未必無法以誠信原則來處理²⁴⁷。

(四) 本文以為，關於「形式上未於前訴顯示之間接事實，究否為前訴對主要事實之判斷所拘束」問題如何解決：

(1) 首先，應肯定主要事實、間接事實皆可能生爭點效：如美國法上開見解所言，區分主要事實及間接事實可能極為困難，且我國亦有學者認為與其區分主要及間接事實而論是否發生爭點效，盡可能具體、明確地特定及表述爭點以確保當事人對拘束力之預見可能性，更為重要²⁴⁸。並且，考量實體法上不確定法律概念增多、主要事實亦常未能直接證明之情形下，間接事實往往係決定訴訟勝敗之關鍵²⁴⁹，

²⁴⁵ 新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に- I -」座談会，『判例時報』，通号 586，1970 年 4 月，頁 7。

²⁴⁶ 對地方法院判決中所提出「若准許再為審理將實質破壞前訴判決主文中判斷之內容」、「是有法律上不離不棄之關係…而可認為係實質上同一紛爭再燃之情形」(京都地判昭和四〇・七・三一 下民集第 16 卷第 7 号，頁 1384)之論點，係近似於 Zeuner 理論，亦無法提供充分之基準，參見：吉村徳重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エスツペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 476 註 10、493 註 19；住吉博，「争点効の本質について(二)」，『民商法雑誌』，第 61 卷第 5 号，1970 年 2 月，頁 776、783；倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第 17 卷第 2 号，1966 年 1 月，頁 83。

²⁴⁷ 亦即若採取新堂教授之「程序事實群概念」，區分主要爭點、期待解決爭點及正當期待解決爭點，所有權歸屬雖非爭點效處理範圍，但若該當於正當期待解決爭點，則 Y 於前訴未提出時效取得之行為，則為誠信原則之遮斷效所遮斷，參見：高橋宏志，『重点講義民事訴訟法(上)』，2005 年 2 月，頁 569 註 59。相較於此，前述新堂教授之見解，明顯係將所有權界定為不僅是正當期待解決爭點，而本為前訴之主要爭點，故直接以爭點效處理即可。

²⁴⁸ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 207，註 41；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 59，註 32。

²⁴⁹ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義(三)』，2010 年筆記版，頁 61-63。

應肯定在當事人得以預見效力發生範圍而受有程序保障之情形下，無論是主要事實或間接事實皆可能生爭點效。

(2)「正當期待解決之爭點」、「誠信原則」過於空泛：高橋教授前所提及以「正當期待解決爭點」解決此問題，係指該間接事實雖未於前訴提出，但被包含在新堂教授所稱之「正當期待解決之爭點」時，基於誠信原則之遮斷效，當事人亦應受前訴判斷之拘束。不過，如未充實新堂教授所稱之「程序事實群」概念，「正當期待解決之爭點」仍屬一抽象化之法律概念²⁵⁰，而無法提供一明確的判斷標準。

(3)一概抽象採取肯定或否定的見解並沒有意義，而須具體評價個別訴訟事件之審理過程中賦予之程序保障程度，以界定前訴之爭點何在，而決定爭點效之範圍：如前訴法院協同當事人所整理之爭點係特定至 D1 間接事實，而含有排除其他 D2、D3 間接事實之意涵，則其他間接事實當不在前訴所審理之爭點範圍內，當事人於後訴得再提出其他間接事實，而不受前訴判決之拘束。不過，在前訴法院協同當事人所整理並特定之本訴重要爭點係 C1 主要事實存否時，法院應為下述行為，即①明確曉諭當事人本訴之重要爭點為 C1 事實存否；②並進一步闡明當事人提出推論 C1 事實所必須之間接事實及證據(第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款)，以盡事實主張、陳述具體化之義務；③在判斷當事人所提出之 D1、D2 間接事實，在論理及經驗法則上可複合推論 C1 事實後，予對造對 D1、D2 事實表示意見(第 266 條第 1 項第 3 款、第 2 項第 2 款)；縱認無法推論，亦表明見解予當事人表示意見之機會(第 199 條第 2 項、第 268 條後段)，併使其得提出其他主張及事實，避免造成推理過程上之突襲²⁵¹；④整理上開兩造間所提出足以複合推論 C1

²⁵⁰ 吉村徳重，「判決の遮断効と争点効の交錯」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座(二)』，1981 年 8 月，頁 368。

²⁵¹ 如經闡明後，當事人仍僅主張無法推論主要事實之某間接事實，且無法提出其他足以複合推論主要事實存在之間接事實時，則無須使當事人就該間接事實為舉證，亦不必為此調查證據，參見：邱聯恭，「抵押債權存否確認事件之爭點整理」，『爭點整理方法論』，2001 年 11 月，頁 243；邱聯恭，「債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」，『爭點整理方法論』，2001 年 11

事實存否且兩造有所爭執之 **D** 系列間接事實，並曉諭兩造該等 **D** 系列事實存否亦成為爭點（第 296 條之 1 第 1 項）；⑤闡明當事人在具有正當利益之範圍內得排列爭點之審理順序，與當事人進行討論（包含分析各爭點先後審理之程序及實體上利益、審酌當事人是否有排列爭點之正當利益）後，定爭點之審理順序；⑥調查證據後，法院應公開關於上開間接事實存否之暫定性心證予當事人表示意見，避免造成認定事實之突襲，同時使當事人得預測法院對該等事實之判斷，而得提出其他事實或攻防方法，以避免受到不利之認定。如經上開程序之踐行，縱當事人形式上未曾提出其他 **D3** 間接事實，但當事人本已明瞭本訴之爭點為 **C1** 事實，且亦已得合理預測法院之心證，而有提出 **D3** 間接事實之機會，然未提出，當應負自己責任。此時應將前訴之重要爭點界定為 **C1** 事實之判定，而在充分之程序保障下，含有所有該當於 **C1** 事實之間接事實皆已受完足審理之意涵，是甲應受該爭點判斷之拘束，不得再於後訴提出其他間接事實。

（4）此「爭點界定」，未違反爭點效本質，且與「正當期待解決爭點」有別：本文上開看法可能面臨幾個問題，第一點，形式上 **D3** 事實既未顯現於訴訟上而受到當事人攻防、法院審理，倘認亦發生爭點效，是否與爭點效之本質有違？第二點，上開處理方式與新堂教授「正當期待解決爭點」之差異何在？就此，確實如從主張判決理由中判斷具類似既判力效力²⁵²之角度來看，採取上開見解自較無疑，蓋既判力之發生本不以實際經攻防、審理為前提。不過，本文認為，透過上開爭點曉諭之踐行，可認法院與當事人皆認知本訴審理係以該 **C1** 主要事實存否為中心，是而縱使形式上 **D3** 間接事實未於訴訟上被提出，在法院已透過心證公開，賦予

月，頁 400-401。蓋當事人未盡陳述義務視同未主張該間接事實，法官應認定該主要事實不存在而據以為判決，則案件已達可裁判之程度，經闡明給予表示意見機會後，得逕依第 381 條下本案判決。

²⁵² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 206-207；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 58。

當事人提出該等其他事實之機會時，可認為當事人與法院間已形成「關於該 **C1** 主要事實之認定，全以本訴所提出之事實而判斷」之默示合意，基於此自己責任、對造因上開合意所生紛爭解決之信賴、當事人程序利益之保護，當事人及後訴法院皆應受該判斷之拘束，而不得再提出、審酌 **D3** 間接事實。關於第二點，所謂「正當期待解決之爭點」並非訴訟之實質爭點，實則該論據已偏離爭點效之範圍；但本文認為透過上開界定爭點之認定方式，當事人之所以於後訴無法主張 **D3** 間接事實，係因 **D3** 事實基於上開合意而被包含於 **C1** 事實之判定裡，而為前訴法院對 **C1** 事實判斷所生之爭點效所及，是本文所認當事人受拘束之效力仍係爭點效，而非屬誠信原則之遮斷效。

（**5**）後訴法院如何判定前訴法院於爭點整理賦予當事人之程序保障是否充足：審理筆錄之記載常最貼近訴訟進行實態，但如筆錄僅廣泛記載法院已闡明兩造得提出相關事實等情，仍不應論以該爭點已受到完足審理，蓋倘法院未如上述具體表明對 **D1**、**D2** 事實調查所得暫定性心證，當事人自無從知悉應提出 **D3** 事實以避免法院對 **C1** 事實為不利認定，是當事人得於後訴再主張 **D3** 事實。空泛的闡明如同空泛地肯定或否定爭點效，皆無意義。

二、〈事例四〉檢討

關於 **X** 起訴是否違反民事訴訟法第 263 條第 2 項規定之問題，第一審法院以 **X** 既在〔前訴一〕確認所有權登記請求訴訟已經終局判決後撤回其訴，乃復依同一法律關係提起同一訴訟，自非法所許為由，駁回 **X** 之訴。不過，本文認為 **X** 於後訴所主張者係基於時效取得甲建物所有權，而於〔前訴一〕則係主張其祖先原始取得甲建物所有權，兩者原因事實非屬同一，訴訟標的有別，自不受民事訴訟法第 263 條第 2 項之限制，此點以第二審法院之見解為當。

又第一審法院認為〔前訴二〕中就「甲建物為 Y 所有」之判斷發生爭點效，故判定「X 本於民法第七百六十七條之『精神』，請求所有物妨害排除請求權，自有未洽」，除此之外，並未再提及關於「Y 是否時效取得甲建物所有權」之事證及判斷；如排除第一審法院漏未審酌之可能，善解其意，其應係認定 Y 亦不得違反〔前訴二〕就「甲建物為 Y 所有」之判斷，既然如此，自不得再審理 Y 提出時效取得之主張。第二審判決結果雖與第一審相同，理由卻有所差異。第二審法院亦認定〔前訴二〕中「甲建物為 Y 所有」之判斷發生爭點效，但同時於判決理由中交代經綜合卷內事證後，得心證為 X 並未基於自主占有之意思占有甲建物逾 20 年，故 X 未時效取得甲建物，而駁回 X 之訴；是第二審法院之見解為：縱前訴二中「甲建物為 Y 所有」之判斷發生爭點效，因 X 是否時效取得甲建物所有權一事未於〔前訴二〕提出，故無礙 X 於本訴主張（只是主張最後不為第二審法院所採）。

究以何種見解為當？須分析〔前訴二〕訴訟程序所特定之爭點為何。如法院協同 X、Y 整理之爭點為：

（一）「**X 是否因繼承取得甲建物所有權？**」：因經整理之爭點已將取得所有權之原因限於繼承取得，則 X、Y 及法院係有意將爭點限縮在「X 是否繼承取得甲建物所有權」（D1 事實）一事，則該判斷之效力自不及於時效取得（D9 事實），X 得於後訴主張時效取得甲建物所有權。

（二）「**甲建物是否為 X 所有？**」：在 Y 否認 X 為甲建物所有權人後，形成「甲建物是否為 X 所有」（C1 事實）之爭點，原則上此爭點包含所有可能該當 X 對甲建物所有權歸屬之主張及事實，法院應曉諭 X、Y 進一步依民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款，提出該當所有權之主張及間接事實，如 X 提出 D1 事實（X 因繼承取得甲建物所有權）、D2 事實（Z 出資興建甲建物）、D3 事實（X 與 Z 為直系血親關係）；Y 則主張 C2 事實（Y 係甲建物所有權人）、D4 事實（Y

因受贈取得甲建物所有權)、D5 事實(Z 曾書立寄附書即捐贈書,內容為贈與甲建物予 Y)、D6 事實(Z 於某年間交付甲建物予 Y)等,法院先判斷該等 D 系列事實在論理及經驗法則上是否得以推論 C 系列事實,如係肯定,再訊問 X、Y 對該等事實是否爭執或有無其他事實主張,X 尚可能再主張 D7 事實(Z 曾向第三人表示贈與之範圍不包含甲建物)、D8 事實(Z 曾向第三人表示已撤銷該贈與)等。經上述程序,上開兩造間所提出足以複合推論 C 系列事實且兩造有所爭執之 D 系列間接事實,即有調查證據之必要(如 D2 事實之出資證明、D3 事實之繼承系統表、D5 事實之寄附書書證、D6、D7、D8 事實之人證)。

法院於調查證據後,如已得一暫時性心證為 **D1 事實**不存在(Z 雖原始取得甲建物所有權,但其後已贈與甲建物予 Y, X 未取得甲建物所有權)、**D4 事實**存在(Y 因受贈取得甲建物所有權),然未公開該暫時性心證予當事人知悉,致使 X 無從再提出其他對己有利之主張,而為一突襲性判斷,該判斷在 **D1 事實**上縱可評價為已經 X、Y 充分攻防,在「甲建物是否為 X 所有」之爭點審理卻有程序保障不足之疑慮,故在回顧整個訴訟程序後,應將本件審理範圍從原界定「甲建物是否為 X 所有」之爭點,限縮為 **D1 事實**²⁵³,而允許 X 在後訴得主張 **D9 事實**(X 因時效取得甲建物所有權),X、Y 及後訴法院就所有權歸屬不受〔前訴二〕判斷之拘束。相反地,如法院已踐行上開心證公開義務,使 X 得預測受該不利認定之後果,而賦予 X 提出其他有利主張、事實之機會,縱 X 未為之,亦已默示關於「甲建物是否為 X 所有」之爭點全以訴訟上已提出之事實所審認;且因所有可能該當所有權歸屬之主張及事實,已經賦予當事人機會提出,而被包含於「甲建物是否為 X 所有」之爭點審理及「甲建物非 X 而為 Y 所有」判斷中,故就「甲建

²⁵³ 不過,如 **D4 事實**(Y 因受贈取得甲建物所有權)亦為前訴審理重心且經法院公開暫定性心證、當事人充分攻防,而經法院為判斷時,則生爭點效之爭點亦可能限縮為 **D1** 及 **D4 事實**,此時因為 X 後訴欲主張之 **D9 事實**與 **D4 事實**無法兩立,而受 **D4 事實**所生爭點效為遮斷,無法再提出。關於此種間接事實之爭點效所生遮斷效,詳見:第三章第三節第一項遮斷效之根據論。

物是否為 X 所有」之爭點已經充分審理而符合程序保障之要求，基於自己責任原則、Y 因上開合意所生之紛爭解決之信賴、當事人之程序利益保護，X 應受「甲建物非 X 而為 Y 所有」判斷之拘束，不得再於後訴主張 D9 事實²⁵⁴。

三、〈事例五〉檢討²⁵⁵

本件第一審法院認定前訴就 C1 事實判斷，發生爭點效，Y 應受此拘束而不得再主張 D8 事實；第二審、第二審更一審法院則認就 C1 事實、C2 事實、D2 事實等重要爭點既經前案法院作成判斷，則應受前案判決爭點效之拘束。最高法院第二次發回更審之理由為：X 於前訴所主張者為 C1、D3 事實，Y 於本訴已提出 D8 事實及支持 D8 事實之證據，原審遽謂 Y 未提出任何足以推翻返還保證金事件判決之新訴訟資料，而為不利 Y 之論述，已嫌速斷等語。本事例之檢討重點為：(一) Y 是否應受前訴就 C2 事實之判斷拘束，而不得主張 D8 事實？(二) 最高法院發回更審之理由是否有誤？

(一) Y 是否應受前訴就 C2 事實之判斷拘束，而不得主張 D8 事實？

首先應進行界定前訴爭點之作業。從前訴確定判決書並無法看出法院當初曉諭兩造之爭點何在²⁵⁶，故而假設有不同情形分別為 (1)「D3、D4 事實是否存在

²⁵⁴ 本件類似案例尚可見最高法院 100 年度台上字第 37 號民事判決：X 於前訴主張甲地為其所有，訴請塗銷登記予 Y 之地上權，經法院認定 X 為所有權人，且 Y 之地上權不存在，而判決 X 勝訴。X 於本訴請求 (1) 確認甲地為 X 所有；(2) Y 應拆屋還地；(3) Y 應返還相當於租金之不當得利；Y 則抗辯其已時效取得地上權等語。本件二審法院認為前訴就所有權歸屬之判斷發生爭點效，但仍實質審理 Y 究否時效取得地上權之部分，經認定 Y 並非基於自主占有之意思占有甲地而未時效取得地上權後，維持第一審判決 X 勝訴判決，嗣經最高法院駁回 Y 上訴確定。關於前訴對 Y 之地上權不存在之判斷，是否對 Y 發生拘束力而使其不得於後訴主張時效取得地上權等問題，亦須經由上述法院闡明及公開心證之程度，來界定前訴之爭點為何，而不得一概而論。

²⁵⁵ 本事例尚可能與「爭點同一性與舉證責任問題之區辨」有關，詳見：第四章第一節第二項第一款爭點同一性與舉證責任。

²⁵⁶ 判決書所列之爭執事項欄，雖多為準備程序所整理之爭點，但實務上亦有不列爭點而直接撰寫得心證之理由者，或在爭執事項欄使用之用語與準備程序略有不同者。

而致 **C1 事實存在？**」、「**D5、D6 事實是否存在而致 C2 事實存在？**」：因整理之爭點限定在 D3 至 D6 事實，而含有排除其他間接事實之意涵，故其他間接事實當不在前訴所審理之爭點範圍內，此種情形縱認為符合爭點效之要件，僅係 Y 不得於後訴為悖於前訴法院對 D3 至 D6 事實判斷之陳述，Y 仍得於後訴提出 D8 事實以推翻 C2 事實。(2)「**C1 及 C2 事實是否存在？**」：此爭點包含所有可能推論 C1、C2 事實之間接事實及證據。從判決書可以看出，前訴法院於調查證據後，形成 D1 至 D4 事實存在，而推論 C1 事實存在之心證，且認為 D5 事實雖然存在，然系爭焚化爐之興建一開始即未依循上述期程管制表所定進度，且 Y 當時對於該期程管制表進度之延誤並無異議；D6 事實雖然存在，然係因 D3、D4 事實所致，該遲延不可歸責於 X，故 C2 事實不存在乙節。如法院在形成此暫定性心證後，確實闡明予 X、Y 為適當完全之辯論，併使 X、Y 有機會提出該當或推翻於 C1、C2 事實存在之事實及證據，縱 X、Y 未提出，亦認兩造與法院間形成「關於 C1 及 C2 事實存否，全以現訴訟上經提出之事實及證據論定」之默示合意，基於此自己責任、對造因上開合意所生紛爭解決之信賴及當事人之程序利益保護下，X、Y 皆應受法院就「C1 及 C2 事實存否」爭點之認定拘束，是 Y 不得於後訴再主張 D8 事實以推翻前訴法院對 C2 事實之判斷。不過，如前訴法院未踐行上開心證公開義務，致使 Y 無法合理預測法院心證以提出 D7 事實，則無法論兩造及法院間已形成上開默示合意，因為自己責任及程序保障並不充足，應將上開爭點界定為「D5、D6 事實是否存在而致 C2 事實存在？」而排除其他間接事實，是 Y 不受前訴法院對 C2 事實之判斷所拘束，而得於後訴再提出 D8 事實。

(二) 最高法院發回更審之理由是否有誤？

本件第二審及更審法院，皆認 C1 事實存否為前訴重要爭點，且經法院就兩造攻擊、防禦之結果而為判斷，故發生拘束力，Y 應受前訴法院對 C1 事實判斷之拘束。然而，本件事實審法院皆未認知到 D8 事實形式上並未於前訴被提及，而未為

進行本文前述之分析，自無法論定 Y 就否受該爭點之拘束，故而在此意義上，最高法院廢棄原判決發回臺灣高等法院台南分院，確屬合法妥適。

不過，細觀最高法院廢棄發回之理由係以：原審未審酌 Y 於本訴所提出之 D8 事實及相關證據，係未曾於前訴被提及，故而原審遽謂 Y 未提出任何足以推翻前訴判決之新訴訟資料，而為不利 Y 之論述，已嫌速斷等語。所謂有「足以推翻前訴判決之新訴訟資料」，似仍純以實體法角度考量，而允許當事人於後訴提出所有足以推翻前訴判斷之主張，但依本文上述分析，毋寧重點係從程序法之角度觀察，經由闡明及心證公開程度以界定前訴爭點為何、D8 事實是否已被包含在前訴爭點裡，而非原審判決是否正確、Y 是否已提出「足以推翻前訴判決之新訴訟資料」。雖然在此點尚有誤會，〈事例五〉中最高法院可評價為已經比〈事例四〉更進一步意識到「形式上未於前訴被提出之間接事實是否得於後訴主張」之問題。

第三款 法律上爭點

〈事例六〉

- [前訴] X 主張：X 向 Z 買受甲地並已辦妥所有權移轉登記，Y 雖在 X 買受前已與 Z 立有租地建屋契約，並於甲地上建有乙屋，然 Z 已就 X、Z 間買賣之事實依法通知 Y，且 Y 於 10 日內未為優先承買之表示，是 Y 不得對抗 X 而屬無權占有等語，依民法第 767 條規定訴請 Y 拆屋還地；Y 則抗辯：Z 只有通知 Y 該買賣事實而未告知買賣條件等語。法院以：基地出賣人必須將其與第三人訂立之土地買賣契約之條件，通知予優先購買權人，以便考慮是否依同樣條件優先購買，不得僅以買賣土地之事實通知，即謂已盡通知之義務，而 X 雖已取得系爭土地所有權，但因 Z 未依法定規定通知優先購買權人 Y，而不得對抗 Y 為由，駁回 X 之訴確定。

- [後訴一] Y 以 X 為被告訴請確認 Y 對甲地之優先承買權存在，X 則抗辯：Z 就 X、Z 間買賣之事實已合法通知 Y，且 Y 未於 10 日內表示優先承買，其優先承買權已因放棄而不存在等語。Y 及後訴法院應如何處理？
- [後訴二] X 主張：X 買受甲地之同時，尚有向 Z 買受另一地丙地並已辦妥所有權移轉登記，Y 雖在 X 買受前已與 Z 立有租地建屋契約，並於丙地上建有丁屋，然 Z 就 Y、Z 間買賣丙地之事實已依法通知 Y，且 Y 未於 10 日內為優先承買之表示，是 Y 不得對抗 X 而屬無權占有等語，依民法第 767 條規定訴請 Y 拆屋還地，Y 則抗辯：Z 只有通知 Y 該買賣土地之事實而未告知買賣條件，且 [前訴] 已判斷此屬未盡通知義務等語。後訴法院應如何處理？

一、學說見解

關於法律上爭點是否生爭點效，涉及之問題有：第一，事實上與法律上爭點並非能夠清楚區分，且對於法院來說，亦不會將兩者分開考量，而是一併適用本案事實為處理；第二，爭點排除效之客觀範圍係被限縮於特定事實，但法律上爭點係對抽象之法規範所為判斷，如生爭點效，其適用範圍可能極為廣泛，而有氾濫使用致生當事人間不公之危險；第三，即使承認法律上爭點原則上在某些限制下，於後訴可發生爭點排除效，但該原則及例外之界限，尚非明確²⁵⁷。

（一）德國法上，對此問題直接以「作為裁判理由的抽象法規並不發生既判力」處理，亦即，後訴法院並不受前訴判決中之法律觀點所拘束，而應對同一法律問題另進行裁判²⁵⁸。相對於德國法直接否定判決對法律問題判斷之拘束力，美國法上就此爭議之討論較為深入，並基於下述考量，對法律上爭點可能須有多種不同

²⁵⁷ Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 704.

²⁵⁸ Jauernig 著＝周翠譯，『民事訴訟法』，第 27 版，2003 年 7 月，頁 329。

之處理方式，故此問題被認為係於界定爭點排除效之範圍上最困難的議題之一²⁵⁹：早期美國最高法院的態度，係為求避免喪失調整個案衡平之彈性，而認為應當否定對純粹法律上爭點所為判斷之拘束力²⁶⁰。Restatement (First) of Judgments 則係將法律上爭點發生爭點排除效者，限縮於前、後訴具有關連（基於同一事件或交易）之情形，如在 X 主張 Y 再次違反同一契約，而第二次提起之損害賠償請求時，前損害賠償訴訟確定判決中關於契約成立之有效性所為判斷應具有拘束力²⁶¹，不過，若適用爭點排除效將產生不公時，則排除法律上爭點之拘束力²⁶²。其後，Restatement (Second) of Judgments 在爭點效之例外排除部分，特別提及法律上爭點，而指明若前後兩訴訟之請求實際上無關連，或雖具有關連性，但考量所適用之法律內容已有所變化，或為避免法律運用上之不公正，前訴對法律上爭點之判斷不應發生爭點排除效²⁶³，如〔前訴一〕X 訴請禁止 Y 為某商業操作行為，Y 抗辯其操作行為係合法，經法院採納而判決 Y 勝訴；〔前訴二〕其後 X 再起訴請求禁止 Z 為相同之商業操作行為，經法院認定該行為係違法而判決 X 勝訴，此時在 X 對 Y 請求因 Y 之違法商業操作行為所生之損害賠償訴訟中，〔前訴一〕中對該商業操作行為之合法性判斷不應生爭點排除效，蓋若使 Y 得從事其對手所被禁止之商業行為，將造成對處於相同狀況之人為不同處理之法律運作上不公平現象²⁶⁴。

²⁵⁹ Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4425; Hazard, G. C. (1984). Preclusion as to issue of law: The legal system's interest. *IOWA L. REV.*, 70, 81.

²⁶⁰ "Unreflective invocation of collateral estoppel against parties with an ongoing interests in constitutional issues could freeze doctrine in areas of the law where responsiveness to changing patterns of conduct or social mores is critical." See *Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147, 163, 99 S.Ct. 970, 978, 59 L.Ed.2d 210 (1979).

²⁶¹ Restatement (First) of Judgments §70, cmt. b (1942).

²⁶² Restatement (First) of Judgments §70 (1942). 如對先前某次車禍事件中所決定之過失衡量標準，不得逕自援用至他次車禍侵權訴訟中。

²⁶³ Restatement (Second) of Judgments § 28(2) (1982).

²⁶⁴ Restatement (Second) of Judgments § 28(2)(b), cmt. c, illus. 3 (1982). 其他事例

學說上有贊同 *Restatement (Second) of Judgments* 之見解，認為（1）為避免特殊情形中不適當之法律適用及（2）在法律概念或解釋實質上產生變動之情形時，不應發生爭點排除效，惟其更進一步限縮發生爭點排除效之範圍，主張（3）只要兩案件所適用之同一法律或事實有所變更，該法律上爭點之判斷即不發生拘束力，蓋前、後訴之法律上爭點之所以具有爭點同一性，係建立於前、後訴所適用之法律及事實皆難以區分，故而認屬同一爭點，倘其後有所變更，如法律經修正等，亦應允許為不同判斷²⁶⁵。不過，事實同一或爭點同一性本為爭點排除效之前提要件，若非為同一事實自非屬同一爭點而不應生爭點排除效，故此要件無法單獨作為排除法律上爭點所生拘束力之標準。

近來美國法院亦逐漸放棄對事實上爭點與法律上爭點之區分，而有將其標準混合之趨勢²⁶⁶。蓋若僅以事實上爭點發生、法律上爭點不發生爭點排除效作為處理方式，因兩者區分之困難，將降低爭點排除效之預見可能性；且區分兩者，再就法律上爭點為特有之限制，又徒陷語義區分之困擾且耗費司法資源。故而從實用主義的立場，當牽涉法律上爭點之爭議時，法院所應考量者為法律或事實是否有所變更、當事人間之衡平與爭點排除效所欲達成之終局性、安定性目的等因素綜合判斷，如此處理將比前述區分兩者之方式更有實益。

（二）對此，我國亦有學者認為於前、後訴原因事實不同，或發生同一法律問題爭議之同類原因事實，前訴訟判決中之法律見解原則對後訴訟不生拘束力，其理由為：一來法律適用係專屬於法官之職責，後訴法院仍須依法裁判、正確地適用

如：政府對進口商 X 就某筆貨物訴請徵收進口稅，法院於判決中所認定之貨物課稅比例，若亦得適用於對 X 之他筆貨物進口稅徵收訴訟中，將導致不公現象，蓋此情形已非屬同一事件，並且，於政府與他進口商間訴訟可能經他法院為不同判斷時，X 與他進口商可能適用不同稅率而導致他進口商獲有不當之利益，並使 X 失去市場競爭力。See *Restatement (First) of Judgments* §70, cmt. f (1942).

²⁶⁵ Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4425, at 658-659.

²⁶⁶ Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 707.

法律；二來，當事人對於法律上爭點之救濟方式，或可循我國民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款再審事由「適用法規顯有錯誤」為由提起再審，但當事人如於前訴勝訴而不能提起再審，抑或縱使得提起再審，與其要求當事人另循再審程序請求廢棄前訴訟判決，不如直接使當事人於後訴之法院就同一法律上爭點之判斷，不受前訴判決之拘束。其並特別指明，因法律見解常與事實問題牽涉難分，若事實上爭點混合著法律見解之判斷，應認為對後訴訟之法院亦具有拘束力，以達成避免同一爭點紛爭再燃及矛盾裁判之目的²⁶⁷。

二、本文見解

我國實務未有明確指出後訴法院不受前訴法院就法律上爭點判斷者，原因可能係最高法院將「顯然違背法令」設為爭點效要件之一，在前、後訴法律見解相同時，自無必要特別提及爭點效，在前、後訴法律見解有異時，該要件則可作為後訴法院不受拘束之理由。本文以為，關於純粹之法律上爭點，確如我國學者所述，基於法官知法原則，不應拘束受訴法官適用法律之空間。不過，與其區分「純粹之法律上爭點」或「含有事實判斷成分之法律上爭點」，不如說即使非屬相同原因事實之前、後訴有同一法律爭議問題，因前、後訴之爭點亦不具同一性，自不生爭點效。法官適用法律之過程中，法律見解常與事實問題牽涉難分²⁶⁸，深究其緣由，係因判決為三段論法之涵攝過程，故而單純判斷法律爭議問題，對本案判決沒有幫助，非屬本案爭點，「對法律爭議問題判斷適用在本案事實將生何影響」

²⁶⁷ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 212；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 64-65。

²⁶⁸ 邱聯恭，「司法之現代化與律師之任務」，『司法之現代化與程序法』，1992 年 4 月，頁 143；邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 10 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（一）』，1990 年 8 月，頁 318-319。

始為訴訟之重要爭點所在。

如〈事例六〉，與其說前訴之重要爭點為「僅通知買賣事實而未告知買賣條件是否屬合法通知」，而因其為法律上爭點，依法官知法原則，後訴法院不受前訴確定判決之爭點判斷所拘束；不如說前訴之爭點為：「Z 僅通知買賣甲地之事實而未告知買賣條件，是否屬未合法通知優先購買權人而不得對抗 Y」²⁶⁹，而與〔後訴一〕之爭點具有同一性，經 Y 提出前訴之爭點判斷後，X 及後訴法院均應受該判斷拘束。而〔後訴二〕之爭點為：「Z 僅通知買賣丙地之事實而未告知買賣條件，是否屬未合法通知優先購買權人而不得對抗 Y」，因與前訴爭點不具同一性，自不受前訴判斷拘束。以此種方式來解決所謂「法律上爭點」之問題，可毋庸進行「純粹之法律上爭點」或「含有事實判斷成分之法律上爭點」之區分，且無須特別創設解決之方式，從基本之爭點界定即可處理。

第二項 實際辯論而受有程序保障

「實際辯論」、「實質攻防」或「本於當事人辯論之結果」²⁷⁰，係為我國實務

²⁶⁹ 如回顧前訴訴訟程序，認法院曉諭兩造爭點為「Y1 是否得以優先承買權對抗 X」（爭點一），則回到本文第三章第一節第一項第二款主要與間接事實中所述，係牽涉從闡明及心證公開程度進一步界定真正爭點為何之問題。本文為求突顯法律上爭點之問題，在此假設爭點為「Z 僅通知買賣事實而未告知買賣條件，是否屬未合法通知優先購買權人而不得對抗 Y1」（爭點二），實則此種爭點界定可能源自兩種情形：（1）開始形成、曉諭之爭點即為此爭點二；（2）雖初始形成、曉諭之爭點為爭點一，但法院形成 Z 未合法通知 Y1 之心證後，未將此公開並曉諭 X 得提出主張及事實，故而將爭點限縮為此爭點二。

²⁷⁰ 最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決：「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，始符民事訴訟上誠信原則」。（同院 88 年台上字第 577 號、94 年台上字第 152 號、95 年台上字第 2246 號、97 年台上字第 1289 號、98 年台上字第 476 號、99 年度台上字第 532 號民事判決同此意旨）。

所設定之爭點效要件之一，而「實際辯論」究竟為何？多數判決²⁷¹係使用如下用語：「必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論」。不過，在實際個案運用中，如未討論前訴之闡明權及公開心證義務行使實態，是否能依兩造形式上已各提出事證及表示意見，而空泛肯認爭點已經當事人充分攻防、辯論？

第一款 闡明權行使與公開心證之影響

（一）日本法上對於該爭點經當事人「認真爭執」之要件，解為當事人提出訴訟上所得預想之主張、舉證，而使法官取得通常認為足以形成心證之資料²⁷²，並且認為如何界定認真或竭盡攻防之程度並非問題所在，而將該要件之重點放在將自認、擬制自認或證據契約排除於爭點效之範圍外²⁷³。吉村德重教授另有不同主張，其參照 *collateral estoppel* 之法理所歸結出之爭點效要件為：（1）前訴中關於主要事實之爭點判斷，（2）為判決主文所必要不可欠缺之前提，（3）並得合理預測其於將來之訴訟將成為問題者，始發生拘束力²⁷⁴；並指出新堂教授所設之「當事人認真爭執、法院亦為實質審理之爭點」要件過於曖昧，故以前述（2）、（3）要件取代之，而強調若爭點係屬於判決主文所必要不可欠缺之點，可期待當事人當然將盡力提出主張、進行攻防，並且得合理預測該判斷於後訴之拘束力。故而依吉村教授之見解，當事人實際上主張、舉證至何程度，並非問題所在。兩說見解之差異係源自著重觀點之不同，相較於新堂教授所強調的紛爭一次解決與訴訟經

²⁷¹ 見註 224。

²⁷² 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 678-679。

²⁷³ 新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に-Ⅱ-」座談会，『判例時報』，通号 588，1970 年 5 月，頁 12-16。

²⁷⁴ 吉村德重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エスツペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 493。

濟之要求，吉村教授更重視：應尊重基於廣義辯論主義所生之當事人主體地位及拘束力之預測可能性。對吉村教授所提出之要件，學界反應不一，有認為其可作為基本之準繩，特別是藉由（2）、（3）要件之明確化，可使前訴當事人亦得預測該判斷將作為將來紛爭解決之基準，而得減少弊害之發生²⁷⁵；亦受有批評，如：第一，此問題應委由作為一般條款之誠信原則具體且有彈性地來處理，而不應構成判決效力²⁷⁶；第二，既然其排斥與判決內容矛盾主張之效果，結論上與既判力之作用並無不同，則不應無媒介地直接適用曖昧的一般條款，而有必要定立基於與既判力規定共通旨趣之明確適用基準²⁷⁷；第三，上述要件未必能明確化適用基準，特別是即使要求對將來訴訟之拘束力須具有合理之預測可能性，亦無法免於具體適用上之不明確²⁷⁸。

（二）本文以為，雖然吉村教授仍未提出一具體適用之方法，但其觸及到一重點：預見可能性。不僅在抽象之理論上，要如何界定當事人已盡全力攻擊、防禦係屬難事，在實際個案上，更有流於「當事人若曾就爭點提出事證，即被認為其已盡力攻防」之弊病。是以，與其分析該爭點客觀上經攻防之程度，不如說應從當事

²⁷⁵ 奈良次郎，「争点効」，小山昇ほか編『演習民事訴訟法』，青林書院，1987年6月，頁575。

²⁷⁶ 小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第504号，1972年5月，頁82。然考量論者係立於贊成以誠信原則處理問題之立場，如欲批評上開爭點効要件，應比較何種情形係不符上述要件而為爭點効無法處理，但為誠信原則柔軟觸角所及者，始能突顯其論據之優點，例如：某爭點認定雖非判決所必要不可欠缺之前提，但經誠信原則過濾判斷，若不承認拘束力有失公平者。倘單以出發點不同為根據來批評，其立論強度容有不足。

²⁷⁷ So Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 111 ff.; Zeuner, S. 77 ff.; Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 199, 轉引自：吉村徳重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第39卷第2-4合併号，1973年6月，頁457-458，註13。

²⁷⁸ 認為對預測可能性採取實質上或形式上認定將發生差異，而應採取「前、後兩訴訟所追求利益之關連性」作為標準者，參照：住吉博，「争点効の本質について（二）」，『民商法雜誌』，第61卷第5号，1970年2月，頁782。並有指出，判斷所謂「合理之預測可能性」之主體未明，縱指為以當事人之立場為中心，實際上亦可能由後訴法官為一種「應該得以預測」之擬制性評價，因而實際適用上要件未臻明確，參見：新堂幸司、谷口安平之發言，「争点効をめぐって--事例を中心に-II-」座談会，『判例時報』，通号588，1970年5月，頁12。

人主觀上認其是否已盡力攻防，而滿足程序保障之要求。所謂當事人主觀上認其是否已盡力攻防，並非由當事人在後訴中陳述其於前訴是否盡力攻防，而係由前訴法院闡明及心證公開之遂行程度來判斷當事人之預見性，綜合該預見可能性及其終未提出全部事證之行為，判斷當事人於前訴是否主觀上認其攻防程度已屬充足，故而未再提出其他事證，亦即：(1) 在當事人已放棄基於辯論主義所生之爭點處分自由，協同法院將某事項列為爭點，對該爭點拘束力之效力範圍有預測可能性，而得盡全力攻擊、防禦時，縱其未將該爭點相關之事證全部提出，如法院已就該事項證據調查結果表明暫定性心證，並闡明當事人就此為辯論（第 199 條第 1 項、第 297 條），使當事人得預測法院心證以提出其他事證而避免該不利認定，而其仍未為之者，此時，可推斷當事人雖對法院心證及效力範圍皆具有預見可能性，但仍認其前所主張、攻防之程度已屬足夠，故終未再提出其他事證。此種情形，縱使客觀上尚有多數之事證未經提出，但程序保障非指須使當事人無窮盡提出相關事證，故如當事人於前訴主觀上既認該主張程度已為足夠，自屬就該爭點已充分攻防、實際辯論，且已滿足程序保障之要求，基於自己責任原則，應受前訴之爭點判斷拘束。相反地，(2) 如法院未為上開心證公開與闡明權行使，縱使法院在言詞辯論終結前形式上曾訊問當事人是否尚有其他事證提出，當事人亦答稱無時，因當事人對法院心證及效力範圍皆無預見可能性，而未受有程序保障，此時亦不應認為該爭點已經充分攻防²⁷⁹。

（三）以分析〈事例五〉為例：

（1）爭點為「**D3、D4 事實**是否存在而致 **C1 事實**存在？」、「**D5、D6 事實**是否存在而致 **C2 事實**存在？」：因整理之爭點限定在 D3 至 D6 事實，而含有排除其他間接事實之意涵，在法院對 D3 至 D6 事實進行調查後，將所得暫定性心證公

²⁷⁹ 在（2）之情形，將會與本文前述關於「重要爭點界定」之論述重合，亦即在某主要事實爭點被評價為程序保障不足，而應將爭點限縮為某間接事實時，亦可論係就該主要事實爭點未經當事人充分攻防、實際辯論。

開予 X、Y 表示意見，得論 X、Y 已就此爭點為充分攻防及適當、完全之辯論。不過，就 D5 事實之部分，本件前訴法院係認定 D5 事實存在，但因為①系爭焚化爐之興建一開始即未依循上述期程管制表所定進度，且②Y 當時對於該期程管制表進度之延誤並無異議，但無法推論 C2 事實存在²⁸⁰。就①、②部分，判決書皆未交代對當事人之意見採否，因此合理推斷前訴法院就①、②之認定未予當事人表示意見之機會，如 Y 知悉法院心證，尚可能提出其他意見以推翻法院不利心證，如就①部分，縱使一開始即未依詢期程表所定進度，但系爭委託契約已明確約定應依期程表日期施工，就②部分，Y 雖仍協助地目變更事宜，只是希望可以盡早完工，不代表對遲延無異議等。前訴法院未給予上開機會，係屬一突襲性判斷（事實認定、推理過程之突襲），無從論 Y 已就此爭點為適當、完全之辯論，故前訴該爭點判斷對 Y 不生爭點效。

（2）爭點為「C1 及 C2 事實是否存在？」：在前訴法院於調查證據後，形成 D1 至 D4 事實存在，而推論 C1 事實存在之心證，且認為 D5 事實、D6 事實雖然存在，然無法推論 C2 事實之心證，如法院在形成此暫定性心證後，確實闡明予 X、Y 就此調查證據結果及該心證為適當、完全之辯論，併使 X、Y 有機會提出該當或推翻於 C1、C2 事實存在之事實及證據，縱 X、Y 未提出，依本文前述兩造與法院間形成「關於 C1 及 C2 事實存否，全以現訴訟上經提出之事實及證據論定」之默示合意，而得將前訴重要爭點界定為「C1 及 C2 事實存否」，除此之外，因 Y 已得預測法院心證以提出 D8 事實而避免該不利認定，而其仍未為之者，可推斷 Y 雖對法院心證及效力範圍皆具有預見可能性，但仍認其前所主張之 D 系列事實已

²⁸⁰ 「Y 雖另以兩造均不爭執真正之『小型焚化爐確認期程管制表』一份（證一號，第一百四十九頁），抗辯 X 並未依期程完成相關進度而有違約情事。然查，依據該期程管制表所載，X 原應於八十八年二月二十二日取得設置許可證，八十八年十二月起開始施工，並於八十九年七月一日完工，再於八十九年七月一日至八月十五日期間試運轉，未於八十九年九月取得操作許可證；惟審諸上揭兩造所不爭執之事實經過足見系爭焚化爐之興建一開始即未依循上述期程管制表所定進度。酌以 Y 多次召開會議、行文行政院農委會及環保署協調用地變更事宜，更可認定上訴人當時對於該期程管制表進度之延誤並無異議，故 Y 再於本件爭執 X 未依該期程管制表進行係屬違約云云，自無可採。」。

屬足夠，故終未再提出其他事證。故而，縱使客觀上 D7 事實未經提出，然 Y 於前訴主觀上既認該主張程度已為足夠，自屬就該爭點已充分攻防、實際辯論，且賦予之程序保障係屬充足，基於自己責任原則，應受前訴之爭點判斷拘束。

第二款 自認與一造辯論判決

（一）美國法傳統歷史上係承認一造辯論判決具有爭點排除效，其正當性在被告於一造辯論判決中，係認定原告所提之訴有理由且主張之事實為真²⁸¹。此傳統見解受到諸多學者批評，諸如：此處理方式將對被告造成嚴重的後果，若認未出庭之被告應受懲罰，亦以使其承受該一造辯論判決所判命內容為已足；被告對某爭點之缺席，不應導致對該爭點之判斷應負有潛在的無限責任之結果等²⁸²；此處理方式，將導致被告疲於奔命，而無法輕忽任何微小瑣碎之請求，惟恐於後訴引發龐大效果，反而與爭點排除效減縮紛爭之立意有違²⁸³。直至 *Restatement of (Second) Judgments*²⁸⁴ 確立了一造辯論判決並無爭點排除效之原則，然而，此原則亦衍生許多問題。如被告大可以拒絕證據開示之要求、不為相應之訴訟行為等方式盡量拖延訴訟，使法院不得不為一造辯論判決後，再另基於同一爭點之他請求提起訴訟，強迫前訴對造對同一爭點再為攻防，除了浪費司法資源，更增加無辜對造之負擔；此點在無強制反訴（*mandatory counterclaim*）之區域（如紐約）更為明顯。此項顧慮反應在聯邦法院之判決中，而承認該原則亦有例外²⁸⁵：

²⁸¹ Note, Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition (1970). *COLUM. L. REV.*, 70, 522, 526.

²⁸² 18A Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4442.

²⁸³ Shreve, G. R. & Raven-Hansen, P. (2002). *Understanding civil procedure* (3rd ed.). Conklin, NY: Matthew Bender & Co, 509-510.

²⁸⁴ *Restatement (Second) of Judgments* § 27 cmt. e (1982). 「法院判決係基於自認（confession）、和解（consent）或一造辯論（default）而生時，未有任何爭點係真正經過爭執。因而，爭點排除效並不發生於任何後訴中。」。

²⁸⁵ See, e.g., *Fed. Deposit Ins. Corp. v. Daily* (In re Daily), 47 F.3d 365 (9th Cir. 1995); *Bush v. Balfour Beatty Bah., Ltd.* (In re Bush), 62 F.3d 1319 (11th Cir. 1995).

在被告未出席係屬故意之情形，若無任何證據顯示被告對前程序一無所知，且亦無顯示有撤銷（vacating）前判決之權益（interest）時，被告應受爭點排除效之拘束。

近來，美國法院出現三種傾向²⁸⁶：（1）堅守 **Restatement of (Second) Judgments** 之立場；（2）維持普通法時代之原則，認為若被告有充分且公平之爭執機會卻不為之時，自應受判決拘束；（3）為達成兩種意見之平衡，一邊接受 **Restatement of (Second) Judgments** 中，認為未爭執之爭點不生爭點排除效之見解，但同時又允許例外情形，即在被告蓄意且任意地（intentionally and willfully）延遲訴訟程序時，前訴判決應生爭點排除效以作為制裁。此種不一致處理之現象，不僅增加法院負擔，且無法為當事人及法院提供一個明確的標準，且對不同當事人將有適用不一、不公平之現象發生。因而論者從促進兩造公平、訴訟經濟、判決正確性之考量下，提出一新標準²⁸⁷：一造辯論判決中，尚應區分當事人是否曾出庭，（1）若當事人只是單純地缺席，則不應發生爭點排除效，蓋此情形中，為一造辯論判決對於對造及法院皆不致造成太大負擔，且在前訴雙方當事人根本未曾就爭點為爭執時，自無重複就該爭點為爭執、審理之問題；又，在當事人對缺席有正當理由，並且可能在他訴訟就同一爭點積極為攻防時，若允許此情況發生爭點排除效，將有害司法判決之正確性；（2）反之，若當事人曾出席為爭執但隨後缺席，因對造曾為攻防、法院亦已花費時間審理，此時促進訴訟經濟與兩造公平性之要求便提高，故可能生爭點排除效。不過，此種情形並非必生爭點排除效，而係課予一造辯論判決之缺席當事人，在後訴中負有說明其缺席的正當理由之責任，如經法院判斷係屬正當，則不生爭點排除效。如此一來，將說明責任分配給缺席當事人之同時，亦給予不應受爭點排除效拘束之當事人有避免

²⁸⁶ Note, Finding fault with defaults: New York courts' inconsistent application if issue preclusion to default judgments (2010). *CARDOZO L. REV.*, 31, 941, 960-964.

²⁸⁷ *Id.* at 965-970.

受不利拘束之機會，同時也提供法院一具體衡量之標準。

(二)日本法上，則認為爭點效係基於當事人自己責任而應甘受訴訟遂行之結果，並不包含自認或證據契約此等當事人處分權之行使責任，因為訴訟上處分權之行使責任，應僅止於服從就訴訟標的所為判決之既判力。並且，當事人認真爭執、法院為實質判斷之情形，當然為誠信原則之適用範圍，但若由紛爭一次解決之要求下認為當事人應認真爭執，當事人卻未為之的情形，是否發生爭點效則存有疑問，蓋爭點在與訴訟標的之關係上，係成為其當否之理由而僅具有作為手段之意義，就爭點是否認真爭執本為當事人之自由，故當事人不爭執之自由已處於誠信原則之適用範圍外²⁸⁸。

(三)本文認為，關於自認之部分，既然當事人就某權利或事實為自認，則該權利或事實存否自始未成為爭點，自無爭點效可言。如此亦可避免上開美國法所憂心之過度訴訟或我國學者所言有害當事人程序利益²⁸⁹之問題。此點在當事人因爭點整理或成立爭點簡化協議而限縮本案爭點時亦同，藉由上開程序而被排除之權利或事實，既未成為本案之爭點，當不生爭點效。至於一造辯論判決部分，參酌前述美國法之見解，則須視當事人是否曾經出庭：如當事人自始未曾出庭，則兩造間亦未形成爭點，故法院依一造主張所為之判決理由中判斷不發生爭點效，並且因當事人未實際攻防、法院未實際審理，故而此種情形允許當事人再事爭執，較無害於公益或私益之訴訟經濟；如當事人曾出庭，兩造間並就某事項形成爭點及分別提出事證，倘一造無正當理由而未於最後言詞辯論期日出庭，致使法院無從行使闡明權及公開證據調查所得之暫定性心證予兩造繼續辯論，因(1)兩造已

²⁸⁸ 小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第 504 号，1972 年 5 月，頁 82。

²⁸⁹ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 208；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 59-60。

形成爭點並實際為攻防，且經賦予辯論之機會，詎未出庭之一造拒不出庭行使此機會，又（2）法院為一造辯論之判決仍應斟酌前經提出之陳述（民訴法第 385 條第 3 項），故應認為未出庭當事人之不行為具有默示「以前開陳述為辯論即為已足」之意，而已滿足「實際辯論」之要件且受有程序保障，基於自己責任原則、訴訟經濟及紛爭一次解決，法院就該爭點所為判斷，應生爭點效且拘束兩造。如認此種情形不發生爭點效，不啻允許曾為攻防之當事人藉由不出庭以規避受不利爭點效所拘束，有失衡平。

至於實際上是否有正當理由而未出庭，是當事人可否經由上訴或再審主張原審適用民訴法第 385 條第 1 項顯有錯誤之問題，與爭點效之要件無涉。美國法前開見解所主張：應課予一造辯論判決之缺席當事人，在後訴中負有說明其缺席的正當理由之責任，並且在受後訴法院認為其缺席係有正當理由時，應例外使爭點效不及於該當事人等語，其論據主要為避免有害司法判決之正確性及給予當事人救濟之機會。不過，本文認為正確性本非判決效力發生之依據，毋寧更應尊重當事人衡量實體利益（出庭主張、辯論而獲有利認定時之實體利益）及程序利益（不出庭所得節省之勞力、時間、費用）後之選擇。而如何給予當事人救濟之機會，應透過上訴或再審來處理。如果使當事人得於後訴再予爭執前訴適用法規是否有誤，形同依正確性作為爭點效發生之前提，不僅與本文前開判決效力基礎論有所衝突，亦將大幅降低爭點效所欲達成之紛爭一次解決及訴訟經濟追求，只要後訴法院認定與前訴法院不同，即可能認為前訴法院判斷「有誤」，而不受前訴法院判斷拘束。是以，本文認為就前訴判決正確性之爭執，應由前訴訟救濟程序處理，而不應允許當事人於後訴再爭執前訴判決不正確，故其不受爭點效拘束。

第三款 逾時提出攻擊防禦方法

<事例七>

- 承<事例四>，X於〔前訴二〕確認所有權存在訴訟中，曾提出**時效取得甲建物（C3事實）**之主張，經法院認定係逾時提出攻擊防禦方法而依法駁回，則X於確認所有權登記請求權存在之後訴，是否得再主張時效取得甲建物？

（一）關於此問題，有日本學者質疑：（1）如法院以逾時提出而駁回重要之攻擊防禦方法，是否即不該當實質審理²⁹⁰？（2）並且若訴訟指揮亦為實質審理意涵判斷基準，則後訴法院在審查某爭點是否受有實質審理，勢必調閱前訴之訴訟紀錄、卷宗進行評價作業（例如何以前訴法院駁回提出重要證人之聲請），然而卷宗之保存時間僅有十年，若後訴法院審理時已超出此期間，應如何審查實質審理之要件，亦有問題²⁹¹。我國則有論者認為，若經爭點整理程序後，某爭點已被列為事實上爭點，法院應集中調查證據（第296條之1第2項），如當事人遲至言詞辯論期日又提出新證據並經法院依失權相關規定駁回時，應認為已賦予當事人有提出攻擊防禦方法之機會，其亦受有充分之程序保障，故而就該爭點之判斷，當事人亦應受拘束²⁹²。

²⁹⁰ 雖其認為此屬有無實質審理之問題，不過實際上法院對原本所界定之爭點確有實際判斷（如所有權），只是當事人無法再提出對己有利之攻防（如時效取得），故本文認為在「當事人是否充分攻防」一事下討論此議題較為適合。

²⁹¹ 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17卷第2号，1966年1月，頁83。

²⁹² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第214期，2009年4月，頁208；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第129期，2009年6月，頁60。

(二) 本文認為，此問題不可一概而論，仍須由前述界定爭點之作業著手。如法院協同兩造當事人所整理之爭點為：

(1)「**X 是否因繼承取得甲建物所有權？**」：可知 X、Y 及法院已有意將爭點限縮在 D1 事實存否，縱使 X 其後提出 D9 事實，遭法院認定違反適時提出主義而駁回，因 D9 事實自始未成為前訴爭點，亦未經兩造實際攻防，則該判斷之效力自不及於 D9 事實，X 得於後訴再主張 D9 事實即時效取得甲建物所有權。

(2)「**甲建物是否為 X 所有？**」：在 Y 否認 X 為甲建物所有權人，而 X、Y 分別提出 C1、C2 事實後，形成「甲建物是否為 X 所有」之爭點，原則上此爭點包含所有可能該當 X 就甲建物所有權歸屬之主張及事實，法院應曉諭 X、Y 進一步依民事訴訟法第 266 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 1 款，提出該當所有權之主張及間接事實，以整理待證事實為何。並且，在法院判斷 D 系列事實與 C 系列事實之推論可能性，而整理出待證事實，對待證事實調查證據完畢後，公開暫定性心證予 X、Y 表示意見。此時，如 X 又提出 D9 事實，經法院評價為違反第 196 條適時提出主義情形諸如：於爭點整理階段，X 曾於書狀表明「我都管甲建物這麼久了，就算沒繼承取得，基於公平正義我也應該算甲建物的主人」、或於證據調查階段，證人表明「X 都管這麼久了，X 也都跟鄰居說甲建物是他的」，故法院進一步闡明 X 是否主張 D9 事實（第 199 條、第 278 條），X 業已表示不主張，在經由法院闡明具體化適時提出之時點與 X 之行為責任後，因 X 已受有充足之程序保障而有提出 D9 事實之機會，X 自應承受不為相應行為之不利益，不得再於本訴主張 D9 事實等情形。

至於 X 得否於後訴主張 D9 事實，有兩個問題：第一，**D9 事實**畢竟未於前訴經當事人攻防，若承認發生爭點效，是否於「**實際辯論**」要件有違？本文認為，此亦屬爭點界定之問題，既 X 已明瞭「甲建物是否為 X 所有？」係本訴爭點，且

在法院曾予其提出其他事實之機會時仍不為之，可論 X 與法院及 Y 間形成「全以本訴訟所提出之事證來判斷上開爭點之合意」，則 X、Y 間就「甲建物是否為 X 所有？」之爭點已經充分攻防而受有程度保障，自不得因 D9 事實形式上未被提出，而認為此情形悖於實際辯論之要件。亦即，D9 事實係被包含於已經辯論之「甲建物是否為 X 所有？」爭點中，故 X 不得違反此判斷，再於後訴提出。**第二，適時提出主義及逾時提出攻擊防禦方法之失權效，係著眼於「本訴訟」之訴訟經濟，該效力是否不應及於「後訴訟」？**首先，應肯定適時提出主義與爭點效皆有促進訴訟之要求，其差別在於前者係追求單一訴訟中之訴訟經濟，後者係避免後訴訟重複審理所耗費之勞時費用，是以，確實如僅單從適時提出主義觀察，可能受質疑為：當事人縱於前訴逾時提出，未必於本訴亦係逾時提出，不應禁止於本訴提出 D9 事實。不過，本文以為，「自始未提出之事實」既如前述所言，經由爭點界定、闡明權明確化當事人之預見可能性後，基於自己責任與程序保障，如此項事實被包含在上開爭點判斷中，自不得再提出；則「有機會提出卻逾時提出之事實之情形」，在當事人同負自己責任與已受程序保障下，無正當化再事爭執之理由。否則，將旁生當事人故意違背逾時提出之義務，反而在前訴獲不利判斷後，亦得在後訴再行爭執之不當結果。並且，如前訴逾時提出被駁回之事實，未被包含於發生爭點效之判斷中，於後訴自得再提出，可見真正於後訴發揮促進訴訟作用者為爭點效，非因適時提出主義，故不生逾時提出攻擊防禦方法之失權效及於後訴訟之疑慮。

第三項 法院為實際判斷

第一款 非突襲性判斷

(一) 雖然美國及日本法皆將「爭點須經法院之實質審理並為實際判斷」，作為爭點效之要件之一²⁹³；但不乏有質疑實質審理性之要件過於空泛之批評²⁹⁴。我國新程序保障論者，則從防止突襲之觀點，對實務判決所運用之「法院已為判斷」要件再為檢討，認為該判斷應限於「對當事人不伴隨發生突襲之判斷」，而不包含突襲性判斷在內，並暗示應以受訴法院於言詞辯論終結前，踐行公開心證（表明法律見解）之程序，作為承認法院判斷應具有實務判決所稱「爭點效」效力之要件²⁹⁵。此點即如本文於前述「重要爭點」、「實際辯論而受有程序保障」要件所闡釋之精神，在經由法院之闡明與暫定性心證公開，以明確化爭點之界定，併使當事人得以預見法院心證及拘束力範圍時，法院根據兩造辯論意旨及調查證據之結果所為之判斷（第 222 條第 1 項），始為一非突襲性判斷，而得對當事人發生拘束力。又所謂暫定性心證公開，應以所有影響該爭點判斷之訴訟資料為基礎，公開該等資料對事實之推論過程及結合不同法律見解可能導致各異之認定結果，併使當事人有表示意見之機會；如法官在審理期日雖曾公開某暫定性心證，經評議後最終又採取相異且未曾公開之認定，實質上仍屬剝奪當事人對該認定為辯論以影響法院心證之機會，而有悖於程序保障之意旨。

(二) 又實際上法官所認定之基礎事實，往往非僅由當事人提出而已，尚可能係經由證人證述內容或卷內文書記載所得²⁹⁶。如〈事例五〉中，前訴法院係兩造契約附件所載內容，判斷 D7 事實（地目變更完成後，至施工興建完成，至少尚須

²⁹³ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 679-680；新堂幸司，「条件付給付判決とその効果」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 190。Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982)。

²⁹⁴ 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第 17 卷第 2 号，1966 年 1 月，頁 83。

²⁹⁵ 邱聯恭，「程序保障論之新開展」，『程序選擇權論』，2000 年 9 月，頁 19-24，註 35。

²⁹⁶ 邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 17 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（二）』，1990 年 8 月，頁 173。

150 個工作天)存在²⁹⁷，再綜合 D1 至 D7 事實，而認定 C2 事實不存在。不過，至少從判決中無法看出法院曾將從契約附件所得 D7 事實闡明予兩造表示意見，除已違背第 278 條第 2 項規定外，亦使 Y 無從預見法院將依 D7 事實來綜合判斷 C2 事實存否，而有提出其他事實（如 150 個工作天係寬限期，實際上興建完工所需日期小於 150 個工作天）影響法院心證之機會，故法院對 C2 事實不存在之判斷，應評價為一突襲性判斷，不應發生爭點效。

第二款 可替代性判斷

<事例八>²⁹⁸

- X 基於所有物返還請求權訴請無權占有人 Y 返還甲地，Y 則抗辯：X 非甲地所有權人（爭點一），且 Y 非占有人（爭點二）等語。則法院關於爭點一及爭點二之判斷，在 X 對 Y 請求返還相當於租金之不當得利後訴中，是否均發生爭點效？

<事例九>

- X 訴請 Y 給付貨款，Y 則抗辯：Y 已為清償（爭點一），縱認定尚未清償，X 亦已同意延期清償（爭點二）。則法院關於爭點一及爭點二之判斷，是否均發生

²⁹⁷ 「詎上訴人於上開土地地目尚未變更及核發建、雜照期間，卻先後於八十九年五月九日（第一次）、八十九年十一月七日（第二次）、八十九年十二月五日（第三次）催告被上訴人，限期催告被上訴人應取得廢棄物處理操作許可證進行營運及應於八十九年十二月底完成焚化場之興建（原審卷第四七頁至第四九頁）則上訴人於八十九年十二月二十一日行文佳里地政事務所變更地目前，即三度進行催告，已難謂無強人所難之處；更何況地目變更完成後，至施工興建完成，至少尚須一百五十個工作天，兩造契約附件一『臺南縣政府辦理將軍鄉一般廢棄物委託焚化廠商遴選須知』第五條、上揭『工作流程與預定進度』均可資參照，是被上訴人於八十九年十二月二十一日地目變更完成後，客觀上已無在當月月底完工之可能，故被上訴人之未依催告期限完工，縱可認屬給付遲延，該遲延亦應認係因不可歸責於被上訴人之事由而發生，揆諸上開說明，上訴人尚無要求被上訴人負遲延責任之餘地。」

²⁹⁸ 此事例係援用自：沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 209；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 61。

爭點效？

(一) 關於可替代性判斷 (**alternative determinations**) 或可替代性理由 (**alternative grounds**) 之問題，美國法之見解如第二章第二節第一項第一款所述，因為此種爭點判斷可能未經法院及當事人較認真審理及攻防，為確保判決正確性，而認為不生爭點排除效。惟仍有例外情形²⁹⁹：(1) 在第一審法院以可替代性判斷作為理由形成判決時，上訴審法院若認定第一審對該兩爭點之判斷皆為充分，並維持其判決，則兩爭點之判斷皆發生拘束力，因敗訴當事人已獲有並實際行使上訴權利，為求兩造公平，應傾向使兩爭點判斷皆發生拘束力；(2) 若上訴審認定第一審對爭點一之判斷為充分，而認為爭點二不足以支持原判決（或未認定或拒絕認定其他爭點是否足以支持原判決）時，僅爭點一發生拘束力。上述情形之所以能例外發生爭點排除效，係因為敗訴當事人並未因可替代性爭點不生拘束力而未提起上訴³⁰⁰，且敗訴當事人就所有爭點已受有充分且公平之爭執機會³⁰¹。此與 **Restatement (First) of Judgments** 之處理方式不謀而合，即一面肯定法院之兩替代性爭點判斷皆有拘束力，亦一面考慮若上訴審法院認定僅其中一爭點判斷足以支持判決而駁回上訴時，則只有該受上訴法院認定之爭點對後訴發生爭點排除效³⁰²。由此可見，美國法上不論採取肯定或否定可替代性判斷所具效力之見解，皆認同透過上訴審之釐清機能而重新界定、擴大或縮小爭點排除效之發生範圍。

²⁹⁹ **Restatement (Second) of Judgments** § 27 cmt. o (1982).

³⁰⁰ 此時則無增加訴訟、造成法院及對造當事人更多負擔之疑慮。

³⁰¹ **Teply, L. L. & Whitten, R. U.**, *supra* note 94, §13, 1009.

³⁰² **Restatement (First) of Judgments** § 69 cmt. b (1942).

（二）對此問題，日本法將焦點放在「當事人是否得指定、排列其攻擊防禦方法順序」。向來傳統見解之所以認為既判力僅生於訴訟標的，其中一理由在於為求審理便利、彈性與迅速，應否定當事人對複數之攻擊防禦方法順序有指定權³⁰³，既當事人無選擇受審理之先後順序，就法院對攻擊防禦方法之判斷而言，因程序保障不足，自不得生既判力。此理由正係主張既判力應擴張於判決理由之論者，所遭遇之一難題。針對此點，學者提出意見為：審理迅速性皆為法院及當事人所追求者，故此點並非否定當事人指定權之理由；但是如要肯定當事人之攻擊防禦方法順序擇定權，不應僅源由訴訟經濟或審理便利之考量，而是基於對當事人由其程序主體地位所生程序處分權、選擇權之尊重，若當事人對個別攻防方法之順序有其利益（包含實體利益或程序利益）時，法院應受當事人擇定之順序所拘束。並且，若認為判決理由之判斷應生拘束力，則當事人對受審理事項之順序指定因而具有利益，故法院將喪失選擇權³⁰⁴。

爭點效論者中，則有認為此等因當事人無指定權故判決理由不應生拘束力之批判，並不及於爭點效，蓋爭點效本係以爭點經當事人充分攻防、法院實際判斷為前提，故承認爭點效亦無損審理彈性³⁰⁵，其所舉事例為：X 主張其係以擔保為目的，將甲地所有權移轉予債權人 Y，今擔保債權 300 萬元已全數清償等語，而以 Y 為被告起訴請求塗銷甲地所有權移轉登記；Y 則抗辯：伊僅係單純買受該不動產（爭點一），即使非單純買受，擔保債權亦有 50 萬元未獲清償（爭點二）等語，Y 雖然無法定爭點一、二之審理順序，但無論法院如何決定審理順序，只有經 X、Y 充分攻防之爭點判斷始生爭點效。不過，此說法過於片面，而受有吉村教授批評為：爭點效雖然一方面否定當事人之指定權，一方面認為經當事人認真爭

³⁰³ 相關說明，參見：新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 672 以下。

³⁰⁴ 井上正三，「既判力の対象と裁判所の選択権（二）」，『立命館法学』，第 33 号，1960 年 6 月，頁 47-51。

³⁰⁵ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 673。

執之爭點始具拘束力，而欲以此調和審理便利性與擴大紛爭解決之要求，但卻忽略屬於上開兩要求之媒介之當事人利益或主體地位等語³⁰⁶。

本文以為上開日本法見解有下述幾個問題。**(1)** 前述以判決理由中判斷生拘束力，故應承認當事人之指定權之見解，似有倒果為因之嫌：即使欲承認當事人之指定權，考慮者亦係審理彈力性與當事人程序權之權衡，與判決理由中判斷是否具有拘束力一事，非有必要關連，判決理由中判斷拘束力只是其中一考量；縱有關連，亦係考量承認當事人指定權後，對訴訟實態生何影響、是否加強承認判決理由中判斷所具拘束力之論據。**(2)** 未釐清否定當事人指定權之情形下，是否得一概承認爭點效：倘審理彈力性居於訴訟制度所必然追求之唯一、重要目的之地位，則上開爭點效理論不以當事人具有指定權為效力發生前提，確有其優越之處而相較於既判力理論更具妥當性。然而，暫且不論審理彈力性僅為訴訟經濟之一環，而非民事訴訟制度目的所在；於否定當事人指定權之情形下，是否得一概承認爭點效，尚有疑問。**(3)** 未進一步具體探討在當事人有指定權時，是否數爭點判斷均必發生爭點效：吉村教授指出全面否定當事人之指定權之爭點效論者，有忽略當事人主體地位之缺失，其批評固屬卓見，惜未進一步具體探討在當事人有指定權時，是否數爭點判斷均一概發生爭點效。

(三) 應否承認當事人之攻防方法順序指定權？對爭點效有何影響？

(1) 法院依其訴訟指揮權，就當事人所提出之複數攻擊防禦方法本得定其審理順序，不過，基於公正程序請求權之法理，法官行使訴訟指揮權時，應指向於保護當事人之利益，除有害於公益外，在保護當事人利益所必要之範圍內，法院就程

³⁰⁶ 認為以擴大紛爭解決功能為由承認判決理由拘束力者，須以當事人具有攻擊防禦方法順序選擇權為前提，以免發生當事人無法預測之結果，參見：吉村徳重，「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エスツッペルの視点から」，『法政研究』，第 33 卷第 3-6 合併号，1976 年 5 月，頁 488-489。

序之裁量亦受相當之制約³⁰⁷；是而在定審理順序時，亦應依個別紛爭實態，顧及當事人之利益，而不可毫無限制地強調審理彈性³⁰⁸。

（2）當事人具有指定審理順利之利益，固與當事人之實體利益有關，如〈事例九〉中如法院以爭點二判決 X 敗訴，無法阻絕 X 主張清償期屆至而復提起請求給付同一貨款之後訴，故而對 Y 而言，如爭點一能獲法院有利認定，對其實體利益較有助益，於此種情況應承認 Y 有指定「先審理爭點一，如法院審理後無法據此駁回 X 之訴，再審理爭點二」之利益，法院行使訴訟指揮權應受此限制。不過，程序利益之追求亦屬當事人排列審理順序之一考量，如〈事例九〉中，雖然清償抗辯對 Y 較為有利，但 Y 考量其清償方式為現金給付難以證明，而延期清償卻有 X 所立單據為憑，再者本案系爭金額微小，因欲迅速解決紛爭、節省為此所花費之勞力時間費用，優先追求程序利益，故將延期清償列為先位之攻擊防禦方法。又〈事例八〉之情形，無論法院係就爭點一或二形成對 Y 有利之認定，而判決 X 敗訴，在 X 對 Y 提起之請求侵權行為損害賠償或不當得利返還訴訟中，如前訴法院就爭點一或二之判斷發生爭點效，Y 皆得藉由援引該判斷以獲取勝訴判決，故而此種情形，先審理爭點一或二對 Y 之實體利益並無影響；但是，如 Y 主張爭點一之證明將比爭點二容易（在我國不動產登記生效主義下，所有權歸屬之認定相對容易），先審理爭點一，將有效節省法院及當事人之勞力、時間、費用，而助益於公益與私益之訴訟經濟，故應承認 Y 具有指定「先審理爭點一，如法院審理後無法據此駁回 X 之訴，再審理爭點二」之利益。由上二例可知：**訴訟經濟非必藉由審理彈性達成，毋寧在承認當事人之指定權而賦予其追求程序利益之同時，附帶性達成公益之訴訟經濟，並且無害於當事人之程序主體地位。**

³⁰⁷ 許士宦，「民事訴訟法上之公正程序請求權」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月，頁 38、47-48。

³⁰⁸ 邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 29 次研討會會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（三）』，1990 年 8 月，頁 319-320。

（3）承認指定權將強化當事人受爭點效拘束之正當性

承認指定權雖與爭點效發生與否並無必要關連，但如法院審酌當事人是否有排列攻擊方法之利益後，協同當事人定本案之爭點審理順序，使當事人明確知悉審理重心何在，將可加深當事人對爭點判斷之預見可能性，避免當事人竭盡攻防之爭點與法院判斷者不同之情形。

我國有學者認為：在〈事例八〉中，如法院已協同當事人定爭點之審理順序為：先就爭點二審理，如就爭點二之審理、判斷結果已可駁回原告之訴時，即不再審理爭點二。此時，倘法院就爭點二係認定 Y 非占有人，則爭點一之判斷即不具必要性，雖法院於判決中仍就爭點一為判斷時，因對 X、Y 不具可預測性，故不發生爭點效；就爭點二而言，因已經 X、Y 徹底攻防，且法院為實際上之判斷，而具有拘束力等語³⁰⁹。本文進一步思考：預備性爭點未必皆無生爭點效之可能。亦即在法院就爭點二形成 Y 係占有人之心證後，應公開此暫定性心證予 X、Y 提出補充陳述或反駁，並諭知尚有審理爭點一之必要，於審理爭點一後，亦應就爭點一審理所得之暫定性心證公開予 X、Y 表示意見，此時，縱使法院於判決中對爭點一為判斷，經由上開諭知、闡明及公開心證之作業，X、Y 亦可合理預測到法院將綜合全辯論意旨及證據調查結果來判斷爭點一，故而爭點一已受有實質審理，且該判斷屬一非突襲性判斷，因而生爭點效，此時敗訴之 X 或 Y 縱使未上訴，亦應受該判斷拘束。不過，如法院未使 X、Y 知悉爭點一亦成為本案審理重心，或未公開爭點一之暫定性心證予 X、Y 表示意見時，應評價 X、Y 就爭點一未有充分之辯論機會，且無法合理預測法院將對爭點一為判斷，縱法院於判決中交代對爭點一之認定，亦屬一突襲性判斷，不生爭點效。

³⁰⁹ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 210；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 62。

另外，在當事人未排列爭點審理順序或不具有排列審理順序之實體或程序利益等情形，如法院在審理數爭點後，公開各爭點所得暫定性心證予當事人表示意見，而無致生突襲之虞，法院對數爭點之判斷亦將發生爭點效。由上述可知，美國法尚須透過上訴審來釐清經法院實際判斷、對本案有影響之爭點為何，我國由現行之爭點整理程序、法官闡明及心證公開義務加重等規定，即可達成美國法要動用二個審級解決之釐清爭點機能；並且在承認當事人有實體或程序利益時，法院對審理順序之訴訟指揮權應受限，在加深當事人對爭點判斷之預見可能性，同時亦強化當事人應受爭點判斷拘束之正當化基礎，此亦為日本法所無，足見我國優於美、日之處。

第三款 非訟裁定

<事例十>

- **〔前程序〕** X主張Y前提供甲地設定抵押權予X，以擔保Y對X之借款債務，詎Y屆期仍未為清償等語，聲請拍賣抵押物甲地；Y則抗辯：抵押債權即借款債權不存在等語。
- **〔後程序〕** Y主張上開抵押債權即借款債權不存在等語，以X為被告訴請塗銷甲地之抵押權登記。

於保全程序上，伴隨本案化現象而出現與訴訟程序同等程度之實質審理亦不無可能，然而在釋明程序此等法律制約（如心證度或證據方法）下，與訴訟程序仍存有相當差異，故有日本學者認為該等差異是否將阻礙爭點效之生成，不不疑

問³¹⁰。確實，保全程序如定暫時狀態假處分有應為言詞辯論以確保裁判正當性、提昇當事人對裁判之信賴之情形，訟爭性非訟事件亦常有交錯適用非訟法理與訴訟法理之需求³¹¹，故而我國有學者主張，不應一概承認或否認非訟裁定之實質拘束力，在（1）適用訴訟法理於非訟程序中之真正訴訟事件所為之裁判，原則上應承認既判力，始符法安定性、程序經濟、減輕法院及當事人負擔與擴大程序制度解決紛爭之要求；（2）判斷應否承認既判力及其範圍時，應考量裁判之過程中，法院是否賦予當事人充分的攻擊防禦機會而給予程序權保障³¹²。亦即，就某一事件之程序保障實質上越接近訴訟程序之程度，則越有可能賦予接近民事訴訟裁判之效力³¹³。其並指明，**不得僅以程序上採取職權主義一事作為判斷是否承認或擴張既判力之根據**，蓋縱使在職權主義下，亦應給與當事人陳述意見之機會，賦予程序保障以避免突襲性裁判³¹⁴。然而，此論理係以非訟裁定是否具有既判力為中心，是否得逕而引用自非訟裁定得否發生爭點效之論據？又，**職權主義之採用並不得單獨作為判斷裁判之既判力之依據**，但對於爭點效之承認，是否將生何影響？

一、訟爭性非訟裁定

所謂「因應事件需求而交錯適用訴訟及非訟法理」，指應於訟爭性突顯、具體化時（就某爭點為爭執時），始就該實質爭執事項運用訴訟法理為審理³¹⁵。如〈事

³¹⁰ 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第 17 卷第 2 号，1966 年 1 月，頁 83。

³¹¹ 邱聯恭，「司法之現代化與律師之任務」，『司法之現代化與程序法』，1992 年 4 月，頁 132。

³¹² 邱聯恭，「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（二）』，1990 年 8 月，頁 451。

³¹³ 邱聯恭，「程序保障之機能」，『程序制度機能論』，1996 年 8 月，頁 104-105。

³¹⁴ 邱聯恭，「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（二）』，1990 年 8 月，頁 452。

³¹⁵ 關於訟爭性之個別化、階段性之分析，參見：邱聯恭，「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，民

例十＞前程序中，在 Y 未於裁定前或以抗告抗辯抵押債權即借款債權不存在（C1 事實）時，該訟爭性尚未顯現，自毋須適用訴訟法理，法院在程序上應著重非訟程序之迅速性，行形式審查而為裁定。不過，倘 Y 已為上開抗辯，基於擴大程序制度解決紛爭功能、訴訟經濟（避免另開啟訴訟程序），法院就 C1 事實存否應適用訴訟法理為實質審理。

至於職權主義之採用是否將影響爭點效之發生與否？首先，如訟爭性事項顯現時，就該事項本應適用訴訟法理而採用辯論主義，並非適用職權主義，在法院曉諭爭點所在後，使兩造分別提出相關事實及證據，併使就對造所提出之主張及事證有辯論之機會，並且，法院就某訟爭事項形成暫定性心證後，亦應給予當事人補充陳述或提出其他事實、意見以影響法院心證之機會，則當事人就該訟爭事項係屬充分辯論，而受有程序保障，法院於裁定理由中對該事項所為判斷亦屬一非突襲性判斷，基於紛爭一次解決、訴訟經濟、避免矛盾判斷，該訟爭性之判斷亦應生爭點效。故而爭點效發生，與採取職權主義與否並無一定關連。是如 C1 事實經上開辯論及法院實際判斷而顯現於裁定理由中時，在〔後程序〕Y 其後對 X 所提起抵押權塗銷訴訟中，後訴法院及 X 應受前訴法院對 C1 事實判斷所拘束。

二、滿足性假處分裁定

向來傳統見解認為假處分裁定對於本案訴訟程序無拘束力，係因為假處分為非訟程序，其程序具有暫定性、附隨性與迅速性，當事人在非訟程序中未受有充分之程序保障，故而不應使該裁定具有拘束本案訴訟程序之效力；我國學者則主張，在特定的假處分程序，若已賦予當事人一定程序保障，該裁定可能存有實質

上拘束力³¹⁶。

其後，亦有學者進一步提出：於假處分裁定中就「被保全權利」或「保全必要性」所為認定，基於避免裁判矛盾、貫徹紛爭解決一次性之要求及賦予程序保障之結果，對於其後提起之本案訴訟，所具之拘束力，係「相當於」爭點效之效力。此類本案化的假處分程序必須：（1）行公開之言詞辯論（例外當事人可適用新法第 195 條之 1 聲請不公開審理）；（2）盡可能在程序之前階段特定爭點，就爭點集中、充實審理；（3）應該當事人提出之爭點及事實理由適時通知他造，使其知悉並有準備辯論之機會；（4）法院須為實質上之審理、判斷、心證公開，並於裁定中附理由；（5）當事人須受實質之審級利益保障（法院應使當事人於訴訟程序中能確實為實際攻防以發揮審理之機能，而形式上是否歷經三級三審，非重點所在）等，符合上開要件後，承認該裁定對於本案訴訟有相當於爭點效之效力³¹⁷。

民訴法第 538 條第 4 項規定，法院在為定暫時狀態假處分裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會，除彰顯定暫時狀態假處分之訟爭性本質，更強調對當事人辯論權之保障，而有擴大制度解決紛爭功能之可能。是倘法院如訴訟程序般整理爭點、協同當事人定審理順序並行言詞辯論，而適時公開暫定性心證予當事人表示意見等，應有承認該裁定理由中判斷生爭點效之餘地。

³¹⁶ 邱聯恭，「民事訴訟法修正後之程序法學（二）一著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向」，『月旦法學雜誌』，第 101 期，2003 年 10 月，頁 152 以下。

³¹⁷ 沈冠伶，「我國假處分制度之過去與未來—以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心」，『月旦法學雜誌』，第 109 期，2004 年 6 月，頁 66 以下。

第四款 對待給付判決

＜事例十一＞³¹⁸

- **〔前訴〕** X主張：X向Y購買甲屋，約定價金500萬元，詎自X將甲屋交付予Y，迄今Y尚未清償等語，訴請Y給付價金500萬元。Y則抗辯：甲屋係海砂屋（D1事實），甲屋具有瑕疵（C1事實），Y已依不完全給付之規定解除買賣契約（C2事實），且X不僅尚未點交甲屋（C3事實），亦未移轉甲屋所有權登記予Y（C4事實），自不得請求價金等語。X則抗辯已點交並至地政事務所辦理所有權移轉登記（D2）。經法院認定D1、C1、C2事實不存在，買賣契約有效存在；D2事實存在，但因X未完成登記程序故C4事實存在，判命Y應給付X 500萬元，並於X將甲屋所有權移轉登記予Y之同時為之。
- **〔後訴一〕** X主張：因Y拒絕配合移轉甲屋所有權登記，致X無法持前確定判決聲請強制執行等語，訴請Y協同移轉甲屋所有權登記。Y則抗辯：甲屋於點交前已有漏水問題（D3事實），甲屋具有瑕疵（C1事實），Y已依不完全給付之規定解除買賣契約（C2事實），X之請求無理由等語。X再抗辯：前訴確定判決已認定C1事實不存在，並於主文諭知X應將甲屋所有權移轉登記予Y，是Y應配合移轉登記，本訴不得為相反認定等語。後訴法院應如何處理？
- **〔後訴二〕** Y主張：Y已依上開買賣契約給付X 500萬元，詎X仍拒絕辦理甲屋所有權移轉登記等語，訴請X移轉甲屋所有權登記。X則抗辯：X、Y與訂

³¹⁸ 本事例改編自訴訟一（請求給付價金訴訟）臺灣雲林地方法院 86 年度重訴字第 36 號、臺灣高等法院臺南分院 87 年度重上字第 1 號；訴訟二（請求返還價金）臺灣雲林地方法院 88 年度重訴字第 41 號、臺灣高等法院臺南分院 89 年度重上字第 28 號、最高法院 92 年度台上字第 197 號；訴訟三（請求協同移轉房屋所有權登記訴訟）臺灣雲林地方法院 88 年度訴字第 369 號、臺灣高等法院臺南分院 89 年度上字第 148 號、最高法院 91 年度台上字第 2442 號、臺灣高等法院臺南分院 92 年度上更（一）字第 5 號。因上開最高法院判決並未特別就對待給付判決中如何適用爭點效有所闡述（訴訟二係以不符上訴要件裁定駁回、訴訟三係以「原審所引為具爭點效之前訴判決尚未確定」為由發回原審），故未整理歷審見解，而改編案例事實與訟爭過程以突顯對待給付判決之問題。

立買賣契約時，曾約定 Y 給付價金一年後，始移轉甲屋所有權登記（C5 事實）等語。Y 再抗辯：前訴確定判決主文已諭知 X 應將甲屋所有權移轉登記予 Y，本訴不得為相反認定等語。後訴法院應如何處理？

（一）對待給付判決³¹⁹中，對待給付部分雖為主文所諭知，但不具有既判力，在後訴如就該部分為相反判斷時，矛盾裁判之情形更為明顯。日本新堂教授主張在對待給付判決中，法院就對待給付之判斷不生既判力但有爭點效，其理由為：認為該判斷不生既判力之立場，將有害紛爭解決實效性之目的，但若採取生既判力之立場，可能引發此形同強制反訴之批評，而應採取折衷之解釋論；以抵押人 X 主張抵押債權已全數清償而訴請抵押權人 Y 塗銷抵押權登記為例，若 Y 未提出尚有餘額未受清償之抗辯，法院對此亦未實質審理，而無條件判決容認塗銷抵押權登記之請求，則餘額未受清償之主張尚得於他訴提出；但若就有無餘額未受清償一事於前訴實際上成為爭點並經法院實質審理而為判斷之情形，X、Y 於後訴均不得為與該判斷相悖之主張（無論係認為尚有餘額未受清償而表現於主文，或認為皆已清償而為無條件給付判決之情形）等語³²⁰。

我國實務就對待給付判決之討論，多將重點置於原告是否得單獨就對待給付部分上訴，此觀最高法院 91 年第 1 次民事庭會議決議：「此種判決，原告既主張對其不利並屬不當而提起上訴，自係對該判決之全部聲明不服，非僅對命其同時履行部分提起上訴而已；該判決命被告為本案給付及命原告同時履行之間，在性

³¹⁹ 另外在原告之請求要件不完全具備之情形，法院究否應全面駁回原告請求或以該要件之履行為條件判決原告勝訴？通說基於尊重原告之意思（若無法全面勝訴，比起全部敗訴更希望獲得一部滿足），認為可類推同時履行判決，此時法院應為附條件之容認判決。參見：齊藤秀夫，「申立事項と判決事項」，中田淳一＝三ヶ月章編『民事訴訟法演習 I 判決手続（1）』，1963 年 4 月，頁 160、166；新堂幸司，「条件付給付判決とその效果」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 183-184。

³²⁰ 新堂幸司，「条件付給付判決とその效果」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月，頁 190-191；新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 678。

質上有不可分割之關係；如謂命被告為本案給付之判決可單獨確定，即可單獨發生執行力，而以非訴訟標的之對待給付請求權之存否，作為上訴審程序之訴訟標的，自為法所不許。」雖承認原告就對待給付之勝訴判決仍具有上訴利益，但否認原告得單獨對其不利部分提起上訴，而認為原告係同時就本案給付與同時履行部分提起上訴。不過，有學者認為此見解尚待商榷，主張：若認原告對命對待給付部分仍得合法上訴，則不生命被告給付部分已單獨確定而得執行之問題（第 398 條第 1 項）；並且實際上在第二審法院所審理者仍為對待給付請求權之存否；此問題有幾個可能的解決方向，如（1）於同時履行抗辯成立時，認原告尚不得對被告請求、或（2）命被告為反訴請求、或（3）命原告提起中間確認之訴，或（4）承認該爭點有爭點效等語³²¹。學者雖未明確指出爭點效要如何運作，但可評價已明確意識到對待給付判決中關於對待給付之部分，並非既判力而係判決理由中判斷即爭點效之問題。

（二）本文以為：究否生爭點效，仍應依循本文前開所述，由闡明權及心證公開程度來進爭點界定作業，而評價當事人是否已受有程序保障、法院是否為一非突襲性判斷等而定。至於對待給付判決，至多僅能肯定「應否為對待給付之爭點」，為重要爭點且經實質攻防之可能性較大，但實際上發生拘束力之爭點究竟為何，仍應回顧前訴訴訟程序始得判斷，不可一概而定。亦即：對待給付部分未必皆為前訴重要爭點而有爭點效；即使對待給付部分發生爭點效，亦非因為該部分為主文所諭知，而係因為其符合前述要件，在程序保障充足之情況下始承認該拘束力；如不符合前述要件而評價為程序保障不足，亦不因為其已為主文所諭知者，而具拘束力。

〈事例十一〉〔後訴一〕中，關於 Y 得否於後訴提出 D3 事實部分，如前訴法院協同當事人整理之爭點係（1）「D1 事實是否存在，而致 C1 事實存在？」：

³²¹ 陳計男，『民事訴訟法論（下）』，2009 年 10 月修訂五版，頁 68 註 152。

則前訴之攻防重點已限定在 **D1 事實存否**，Y 得於後訴再行主張 **D3 事實**。**(2)「C1 事實存否？」**：此情形未明確排除所有可能該當 **C1 事實**之 **D 系列事實**，且法院如在調查證據後，曾公開暫定性心證予 Y 主張其他 **D 系列事實**之機會，縱使 Y 未為之，亦可論 Y 與法院及 X 間已形成「全以 **D1 事實**來評斷 **C1 事實存否**」之默示合意，基於此自己責任及程序保障已為充足，Y 不得再於後訴提出 **D3 事實**，後訴法院及 Y 均應受前訴法院對 **C1 事實存否**之判斷拘束。

〈事例十一〉〔後訴一〕中，關於 X 主張前訴已判令 X 應將甲屋所有權移轉登記予 Y，故 Y 應配合移轉登記之部分：如 X 於前訴爭執其已將甲屋所有權移轉登記予 Y，是前訴所整理並經充分攻防之爭點可能包含「Y 是否得請求 X 移轉甲屋之所有權登記」，此時縱認為法院對「X 有移轉甲屋所有權登記之義務」之判斷生爭點效，此與「Y 是否有協同辦理所有權移轉登記」究屬二事，非為同一爭點，是 X 之再抗辯無理由。

〈事例十一〉〔後訴二〕中，如前訴爭點為：**(1)「C4 事實是否存在，故 Y 對 X 之移轉甲屋所有權登記請求權存在？」**：此爭點已限縮至 **C4 事實**，故而不及於 **C5 事實**，在法院調閱地政機關提供之登記資料後，闡明依該資料已得「X 未完成登記程序」之暫定性心證，而使 X 有機會提出其他該當 **C4 事實存否**之 **D 系列事實**及證據，法院對 **C4 事實**之判斷應發生爭點效，但 X 仍得於後訴再主張 **C5 事實**；**(2)「Y 對 X 之移轉甲屋所有權登記請求權是否存在？」**：此爭點包含所有該當移轉所有權登記請求權存否之主要事實及間接事實，則如前訴法院調查證據後，已公開 **C4 事實**不存在之暫定性心證，並使 X 有機會提出其他該當移轉所有權登記請求權之事實及證據，縱 X 未提出 **C5 事實**，X 與法院及 Y 間已形成「全以本訴所經主張之事證來判斷移轉所有權登記請求權存否」之默示合意，基於此自己責任及程序保障已為充足，X 不得再於後訴提出 **C4 事實**，後訴法院及 Y 均應受前訴法院對此爭點之判斷拘束。

第四項 前、後訴之利益與當事人所受程序保障相當

前、後訴經濟價值同一之概念是由德國學者 Henckel 首先提出³²²，新堂教授受其啟發而將之納入爭點效之要件中³²³，竹下教授雖未贊成爭點效理論，但在誠信原則之矛盾舉動禁止原則運用上，亦肯定須將經濟價值納入判決理由中判斷是否發生拘束力之綜合考量之一³²⁴。美國法上雖未將此明列為爭點排除效要件之一，但同將前、後訴請求是否具有緊密之關連，列為爭點同一性之判斷因素³²⁵。

謂為我國實務上爭點效理論濫觴之最高法院 73 年度台上第 4062 號民事判決中，尚未提及「前、後訴訟系爭利益須有同等性」之要件，(1) 直至同院 96 年度台上字第 307 號民事判決開始將「前、後兩訴之標的利益大致相同」作為爭點效要件之一³²⁶。(2) 此後又出現將「前、後兩訴之標的利益非顯然不相當，及所受之程序保障非顯有差異者」共同納為要件之同院 99 年度台上字第 893 號民事判

³²² Henckel 於判斷既判力是否擴張及於判決理由中判斷時，認為判決理由中判斷正當性之保障，須由當事人於訴訟遂行之緊張度著手，因而，對影響當事人意願係立於決定性因素地位之「前、後訴經濟價值同一與否」，可作為判斷之基準，參見：Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht* (1970), S. 171-175，轉引自：吉村德重，「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」，『法政研究』，第 39 卷 2-4 合併号，1973 年 6 月，頁 473。

³²³ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 681 註 1。

³²⁴ 不過，其認為「原則上」不須考量前、後訴是否具有同等之系爭利益，只是基於屬財產法秩序支柱之等價交換要求，而認為針對「禁止取得二次利益」之矛盾禁止原則，在系爭利益差距過大時應例外排除其適用，故在判斷結果認為發生拘束力將違反當事人間衡平時，則例外否定拘束力，參見：竹下守夫，「判決理由中の判断と信義則」，山木戸克己還暦『実体法と手続法の交錯（下）』，1978 年 9 月，頁 111-112 以下；竹下守夫執筆，兼子一原著＝松浦馨ほか著，『条解民事訴訟法』，2011 年 4 月，頁 540-541。

³²⁵ Restatement (Second) of Judgments § 28(4) cmt. c (1982).

³²⁶ 最高法院 96 年度台上字第 307 號民事判決：「是『爭點效』之適用，除理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷，前後兩訴之標的利益大致相同者，始應由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟負結果責任，以符民事訴訟上之誠信原則。」同院 96 年度台上字第 633 號、98 年度台上字第 846 號、98 年度台上字第 1085 號、98 年度台上字第 1090 號、100 年度台上字第 1582 號、100 年度台再字第 45 號民事判決同此意旨。

決³²⁷。並有不再論及「前、後兩訴之標的利益非顯然不相當」之要件，而分別將（3）「前、後兩訴所受之程序保障亦非顯有差異者」列為要件者（同院 99 年度台上字第 2330 號民事判決³²⁸）及將（4）「兩造所受之程序保障非顯有差異」列為要件者（同院 99 年度台上字第 1701 號、100 年度台上字第 1627 號民事判決³²⁹）。對比上述實務判決發展情形，將產生兩個疑問：

（一）最高法院是否有意將標的利益排除於爭點效之要件外？

本文以為，上開在爭點效按語中未將標的利益列為要件之判決，其個案事實並無提及前、後訴標的利益差距性，亦未指明縱使標的利益差異過大仍不影響爭點效之發生，是而，尚無法因為上開判決在爭點效按語中未特別寫明標的利益，遽認最高法院有意將標的利益排除於爭點效之要件外。

（二）最高法院所指之「程序保障非顯有差異」，其係指在前訴中兩造間所受程序保障須為相當，或是前訴與後訴賦予兩造之程序保障須為相當？

³²⁷ 最高法院 99 年度台上字第 893 號民事判決：「…又基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，尚須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，且前後兩訴之標的利益非顯然不相當，及所受之程序保障非顯有差異者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任。」。

³²⁸ 最高法院 99 年度台上字第 2330 號民事判決：「基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』及『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等條件外，尚須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，且前後兩訴所受之程序保障亦非顯有差異者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任。」。

³²⁹ 最高法院 99 年度台上字第 1701 號、100 年度台上字第 1627 號民事判決：「又基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，須判決理由之判斷具備『於同一當事人間』、『非顯然違背法令』、『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』、『該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷』及『兩造所受之程序保障非顯有差異』者，始足當之，俾由當事人就該事實之最終判斷，對與該重要爭點有關之他訴訟結果負其責任。」。

若是前者，可能認為：在判決理由中受某不利判斷之勝訴當事人，因不具有就該判斷上訴之利益，故兩造間所受程序保障不相當，該判斷不生爭點效；若是後者之情形，則可能導致：前訴中兩造對爭點都具有公平提出事證並充分辯論之機會，但因前訴所進行訴訟程序之慎重度小於後訴，而被認為前後訴程序保障不為相當，故前訴對爭點之判斷縱經當事人主張亦不得拘束後訴。雖然同樣無法從案例事實得知最高法院究係採何者，至少上開實務判決已意識程序保障與爭點效之關連性，而有其貢獻。本文以下分析如何判斷「前、後兩訴所受之程序保障非顯有差異者」及「兩造所受之程序保障非顯有差異」。

第一款 實體、程序利益與程序保障（前、後訴程序保障非顯有差異）

＜事例十二＞（最高法院 100 年度台上字第 387 號、100 年度台再字第 45 號案件事實）

- **〔前訴〕（簡易訴訟程序）** X 主張：甲地應有部分一百萬分之五十九為其被繼承人 Z 所有，Y 地方政府於民國 45 年間以囑託登記令囑託地政事務所以買賣為登記原因，按單方囑託之方式將甲地登記為 Y 所有，惟 Z 與 Y 間並無買賣關係等語，依繼承關係及民法第 767 條、第 821 條、第 828 條，訴請塗銷甲地應有部分一百萬分之五十九之所有權移轉登記。法院以 Y 無法證明買賣關係存在為由，判決 X 勝訴確定。
- **〔後訴〕（通常訴訟程序）** X 主張：甲地應有部分一百萬分之九萬六千六百五十四部分，有與前訴主張相同之情節等語，訴請塗銷甲地應有部分一百萬分之九萬六千六百五十四之所有權移轉登記。第二審法院認為前訴舉證責任分

配有誤³³⁰，且兩訴標的利益相差過大，故前訴就土地所有權移轉登記效力之認定不發生爭點效，又因 X 無法證明該登記有無效之原因，故駁回 X 之訴。經 X 提起上訴，最高法院 100 年度台上字第 387 號以：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條前段定有明文。又民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（本院十七年上字第九一七號判例參照）。而關於土地登記，係主管機關適用相關土地登記法令而辦理者，依高度蓋然性之經驗法則，其完成登記之內容通常可推認為真實，即所謂表現證明。因此，否認登記內容所示權利之人，應主張並證明該項登記內容係由於其他原因事實所作成，以排除上開經驗法則之適用。查被上訴人 Y 取得系爭重劃前土地所有權應有部分之移轉登記，係主管機關依當時有效之相關法規，於四十五年四月十一日以買賣為登記原因而完成者，為原審所確定之事實，依上說明，自應由上訴人 X 就其主張該登記有無效原因之利己事實，負舉證責任。次按法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯足以影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質之判斷者，基於當事人之程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，固應賦予該判斷一定之拘束力，以符程序上誠信原則及訴訟經濟。然倘當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，有原判斷顯然違背法令、當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷、原確定判決之判斷顯失公平或前訴訟與本訴訟所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大等情形，應解為當事人及法院仍得就該經法院判斷之法律關係，為相反之主張或判斷。查上訴人 X 就源自收購公告及囑託登記令而由被上訴人 Y 分別取得之同上七〇、三八五地號土地所有權應有部分一百萬分之五十九，固

³³⁰ 本件尚涉及「非顯然違背法令」究否為爭點效要件之問題，詳見第三章第二節第二項。

曾提起塗銷所有權登記而回復登記為 Z 名義之訴，經台灣板橋地方法院以九十二年度簡上字第三二九號判決上訴人 X 勝訴確定（下稱簡上字確定判決）〔即前訴〕，然該確定判決乃以：因被上訴人 Y 無法舉證證明表彰物權移轉合意之物權契約存在，Y 不得逕依當時土地登記規則第二十三條之規定，直接以單方行為囑託地政機關登記，且該不合法之登記，不因經過相當時日公告而變為合法之登記，即不生物權變動效力等詞，為其論斷之基礎，依上說明，其就舉證責任之分配已有違背法令。且該事件與本件爭訟之標的，皆為同筆土地（本件因分割而增七〇之一、三八五之一地號），該事件審判之土地權利範圍僅一百萬分之五十九，與本件審判範圍為一百萬分之九萬六千六百五十四，即上訴人所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大，自無「爭點效」之效力，該簡上字確定判決就上揭爭點所為之判斷，於本件訴訟殊無拘束力可言。原審本此意旨及上述理由，認定上訴人 X 未能證明系爭重劃前土地之所有權移轉登記有無效之原因，而為不利上訴人 X 之論斷，經核於法洵無違誤。」駁回上訴確定；X 又對第三審確定判決提起再審之訴，最高法院 100 年度台再字第 45 號以：「次按法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯足以影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質之判斷者，固可承認原則上有爭點效之適用。然倘當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，有原判斷顯然違背法令、當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷、原確定判決之判斷顯失公平或前訴訟與本訴訟所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大等情形，應解為當事人及法院仍得就該經法院判斷之法律關係，為相反之主張或判斷。查再審原告 X 就源自收購公告及囑託登記令而由再審被告 Y 分別取得之上段七〇、三八五地號土地所有權應有部分一百萬分之五十九，固曾提起塗銷所有權登記而回復登記為 Z 名義之訴，經板橋地院以第三二九號判決再審原告 X 勝訴確定，然該確定判決以前揭所謂再審被告 Y 無法舉證證明表彰物權移轉合意之物權契約存在等詞為其論斷

之基礎，其就舉證責任之分配已有違背法令。且該事件與本件爭訟之標的，皆為同筆土地（本件因分割而增七〇之一、三八五之一地號），該事件審判之土地權利範圍僅一百萬分之五十九，與本件審判範圍為一百萬分之九萬六千六百五十四，即再審原告所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大，自無「爭點效」之效力，該第三二九號判決就上揭爭點所為之判斷，於本件訴訟殊無拘束力可言。」駁回再審之訴。

（一）我國學者有認為若前訴之系爭利益甚低且與後訴利益顯不相當時，為避免過度訴訟（over-litigation）之非效率性（當事人被迫投入與訟爭利益顯不相當之勞費），並確保對當事人之公平，此時前訴之爭點判斷不應發生爭點效³³¹。亦有論者主張，所謂「前、後訴實體利益相當」在個案上可能出現難以判斷之情形，並且此要件可被吸收於「當事人是否受有程序保障」之要件中，而無特別列為要件之必要；其舉之事例有二：（1）前訴訟標的為 1 萬元之利息債權、後訴為 900 萬之本金債權時，前訴判斷不生爭點效，非單純因為實體利益不相當，而是因前後訴中當事人所受之程序保障（小額訴訟程序與通常訴訟程序）顯有差異；（2）X 起訴請求 Y 給付買賣價金之餘款 100 萬元（Y 已給付全額 1100 萬元中之 1000 萬），Y 主張買賣契約係受 X 詐欺所締結，並已為撤銷之意思表示，法院以買賣契約已受撤銷、買賣關係不存在駁回 X 之請求。其後 Y 向 X 提起價金返還訴訟，雖前、後訴在實體利益而言可謂不相當，但若兩訴訟均行通常訴訟程序，就「買賣契約因受甲之詐欺而撤銷」之爭點在前訴中已將兩造當事人充分攻防，且法院亦為實質判斷時，價金返還之後訴提起在當事人間亦具有預測可能性，則該判斷在後訴亦應發生拘束力等語³³²。不過，雖然論者強調非全盤否定考量前、後兩訴之

³³¹ 黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 51。

³³² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，

利益是否相當之意，然依前述舉例，結果形同：不考慮實體利益，只要前、後訴係進行同一種類之訴訟程序（同為通常、簡易或小額程序），即認程序保障相當，在符合其他要件下，前訴之判斷在後訴則發生拘束力。

（二）本文認為：實體利益相當性判斷確實不易，故而我國劃分小額、簡易³³³及通常訴訟之標的金額，確實可作為初步參考。但是，究否行同種類的訴訟程序，並非爭點效成立之必要前提。因為，不同種類訴訟程序亦可能透過闡明權給予應有之程序保障。又所謂之利益相當，不僅指實體利益，亦應考量程序利益，縱使係行同類訴訟程序，在兩者相差過大之情形，亦應正當化再事爭執之可能性。亦即³³⁴：（1）前、後訴行不同種類的訴訟程序時，應檢視法官是否經由闡明以正當化當事人可改用其他訴訟程序卻未為之，而應負之行為責任，來判斷程序保障是否充足。如當事人未依闡明而改用其他訴訟程序，則應承受相應之不利益而負行為責任，須受前訴爭點判斷之不利拘束；（2）前、後訴行相同種類的訴訟程序時，如前訴實體利益大於後訴較無問題，但縱使前訴之實體利益小於後訴，亦應考量當事人在前訴中就證明某爭點所得之實體利益與程序利益是否相當，而給予受爭

頁 210-211。

³³³ 另外可能引發思考的另一個小問題為：簡易或小額訴訟程序是否因未如通常訴訟程序賦予三級三審之保障，故而縱使前、後訴同屬行簡易或小額訴訟程序，亦不適宜承認簡易或小額訴訟判決之爭點效？本文認為，審級制度本非屬訴訟權核心內容，憲法第 16 條保障人民訴訟權，旨在確保人民受公權力或私人侵害時，有依正當法律程序請求法院救濟之機會，而救濟審級究應為何，立法者本得衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之（司法院大法官會議釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號解釋意旨參照），故而，如立法者已通盤衡量人民財產權與訴訟經濟之平衡而設定救濟審級，應認在該審級下當事人已受有充足之保障，故不影響簡易或小額訴訟判決發生爭點效之可能性。又外國法亦有如我國簡速訴訟制度之設計：歐洲 Regulation (EC) No 861/2007 設立了歐洲小額訴訟程序（European Small Claims Procedure），該小額訴訟規範（the Small Claims Regulation）係著眼於開啟在 2000 歐元以下之跨國界小額請求程序，被評價將可實現效率與程序權間之困難平衡。See Storskrubb, E. (2008). *Civil procedure and EU law: A police area uncovered*. Oxford, England: Oxford University Press, §13, 227-229.

³³⁴ 此標準係受學者所舉事例之「啟發」，參見：邱聯恭，於民事訴訟法基金會第 214 次研討會提出之書面，「判決效客觀範圍及爭點效之界定如何受制於爭點曉諭、闡明程序之踐行」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 236 以下。（之所以稱為「啟發」而非「學者見解」，係因學者僅係由事例分析處理方式，而未一般化處理標準，顧及本文下述標準亦未必為學者本意，為免誤解其意，故稱「啟發」）。

點不利判斷之當事人機會，證明「其於前訴盡力爭執、證明某爭點所可得之實體利益小於可節省勞費之程序利益，但後訴之實體利益卻大於程序利益，故而該爭點判斷不應於後訴發生爭點效」乙節。

亦即，以前、後訴所繫之實體利益及程序利益評估當事人就同一爭點之審理上，在前、後訴本應受有之程序保障程度是否相當，在具備相當性時，則認前訴既已賦予充足程序保障，後訴即無須再度賦予二次程序保障；惟若當事人在前訴所受程序保障，無法替代後訴本應受有較高程度之程序保障時，即應予當事人就該爭點再次受審理之機會。

是在〈事例十二〉中，因標的金額之差異，前、後訴係分別行簡易、通常訴訟程序，則當事人前、後訴所受之程序保障程度有所差異。不過，尚不可直接斷定前訴爭點判斷不生拘束力，如前訴法院在「登記原因即買賣關係存否」(爭點一)已明確形成爭點，或依兩造所陳述或職務上已知之事實，得知甲地應有部分一百萬分之九萬六千六百五十四亦係基於同次登記行為所登記之同筆土地時，此時前訴法院除可依第 427 條第 5 項改用通常程序外，因明瞭本件有紛爭再燃之可能，應依第 199 條之 1、第 255 條第 1 項第 2 款、第 6 款、第 7 款規定，曉諭 X 可追加確認買賣關係不存在、追加甲地應有部分一百萬分之九萬六千六百五十四部分為本案審理範圍，或 Y 可反訴請求確認買賣關係存在，以免發生促進訴訟之突襲。如 X、Y 均未回應上開曉諭而為追加訴求或反訴，應認為 X、Y 已被賦予應有之程序權保障，因而必須承受相應之不利益而負行為責任，即前訴關於爭點一之判斷應發生爭點效，而拘束後訴法院、X 及 Y。不過，單純觀察本件前訴確定判決之判決書，並未能看出法院曾為上開闡明之過程，故而應評價前、後訴之程序保障有所差異，為免當事人受促進訴訟之突襲，前訴之判斷不發生爭點效。因此，本件最高法院判決認前訴爭點一判斷不發生爭點效之見解可謂妥適，但其理由單指兩訴標的利益過大，惜未能切中核心。

又假設本件前、後訴均屬通常訴訟程序，前訴關於爭點一之判斷，亦非當然發生爭點效，而應給予當事人機會主張爭點一之判斷何以在後訴不應發生爭點效，如 Y 於前訴雖打算提出買賣契約，但該書面買賣契約因時間過久，紙張斑駁毀損難以辨識，如聘請專家回復原狀，所花費用將高過於甲地應有部分一百萬分之五十九之價額，但低於甲地應有部分一百萬分之九萬六千六百五十四之價額，故前訴關於爭點一之判斷在後訴應不發生爭點效。

第二款 實質審級利益之保障（兩造所受程序保障非顯有差異）

<事例十三>³³⁵

（一）X 起訴請求 Y 給付利息債權 100 萬元，Y 主張兩造根本無買賣關係（抗辯一），本金（貨款）債權不存在（抗辯二），縱存在，利息債權亦已罹於時效（抗辯三）。經法院審理後認定買賣關係存在（判斷一）且貨款債權存在（判斷二），但利息債權已罹於時效（判斷三），而駁回 X 之訴。則 Y 得否上訴？

（二）承上，因 X 未上訴而判決確定後，X 又起訴請求 Y 給付貨款債權 1000 萬元，經 X 援用前訴判斷後，Y 得否主張貨款債權不存在？Y 是否受前訴判斷二之不利拘束？

（三）承（一），因 X 未上訴而判決確定後，Y 起訴請求 X 交付貨物，經 Y 援用前訴判斷後，X 得否主張買賣關係不存在？X 是否受判斷一之不利拘束？

一、不得單獨就判決理由上訴

上訴之實質要件者，係判決須對上訴人不利始得為之³³⁶，若僅對勝訴判決中

³³⁵ 改編自：沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 209。

之理由有所不服，仍不得持以上訴；例外於抵銷判斷之情形，獲勝訴判決之一造當事人倘因法院於判決理由中對抵銷之判斷而受有不利，仍具上訴權（最高法院 80 年台上字第 2917 號民事判例³³⁷意旨參照）。

最高法院之所以肯認受抵銷判斷不利認定者具上訴利益，乃因民訴法第 400 條第 2 項規定，無論認定抵銷債權存否，經裁判之抵銷數額將生既判力，因該部分有「法律上效力」，故勝訴當事人仍得就此上訴。倘循此邏輯，在我國承認符合爭點效要件之爭點判斷對後訴亦將發生拘束力之同時，因該爭點判斷具有法律上效力，由程序保障之觀點自亦應賦予受不利判斷之當事人上訴救濟之機會。然而，此或將造成當事人恐於受不利拘束，而全面上訴並且戕害審理彈力性之後果，不可不慎。是以，兩相權衡下，與其承認上訴利益，並造成增多訴訟（上訴審）、有害爭點效本欲追求之訴訟經濟目的，不如否定當事人得單獨就判決理由上訴，故應認〈事例十三〉（一）Y 不得以判決理由認定不當而上訴。

二、 未獲審級利益保障之一造不受爭點效之不利拘束

美國法上僅對前訴中敗訴之當事人發生爭點排除效，蓋勝訴之一造無法就勝訴判決提起上訴，為顧慮當事人不具有充分且公平之爭執機會，故而無爭點排除效之適用³³⁸。日本法上亦有認為基於保障審級利益之考量，此情形不宜承認爭點效³³⁹，並且，因對造多半會上訴，故此處理方式亦不致生大幅減少爭點效適用之後果³⁴⁰。即使在承認判決理由亦可能發生既判力之法國實務上，亦因當事人對

³³⁶ 吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，2007 年 9 月修訂七版，頁 1281。

³³⁷ 最高法院 80 年台上字第 2917 號民事判例：「民事訴訟法第 400 條第 2 項對經裁判之抵銷數額，既明定有既判力，其因該部分判決所生法律之效力，而受不利益之當事人，就該部分判決，自有上訴利益，不受原判決主文形式上為準駁宣示之拘束。」。

³³⁸ Teply, L. L. & Whitten, R. U. & McLaughlin, D. F., *supra* note 61, at 716-717.

³³⁹ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 684。

³⁴⁰ 奈良次郎，「争点効」，小山昇ほか編『演習民事訴訟法』，青林書院，1987 年 6 月，頁 576，

中間判決無法上訴，而否認中間判決中之決訟性理由具有既判力³⁴¹。

我國亦有相同見解認為：既然勝訴當事人無法就判決中不利之爭點判斷上訴，就該爭點而言，當事人非受有充分攻擊防禦之機會，故而不應適用爭點效理論³⁴²，不過，若經他造上訴而得於第二審程序就該爭點為爭執時，因該當事人已有救濟機會，是該爭點判斷對後訴仍應發生拘束力³⁴³。

至於我國實務之動向為何？對比前述「**前、後兩訴所受之程序保障非顯有差異者**」與「**兩造所受之程序保障非顯有差異**」用語差異，如非筆誤而善解其意的話，後者既以「兩造所受之程序保障非顯有差異」為其用詞，應係為求與多數最高法院見解有所區隔，而欲強調在「前訴中」兩造之程序保障應為相當，若兩造所受程序保障有所差異，即不應使前訴判斷拘束力及於後訴。此一解釋不僅符合新法以程序保障作為判決效力正當化基礎之論據，更與作為爭點效法理依據之誠信原則兩相呼應。而兩造在前訴中何種情形將受有程序保障之差異？在個別審級之審理中，不論係闡明提出攻防、排列審理順序、適用公開法律見解或心證、賦予追加訴訟或反訴之機會等，都是必須考量兩造之利益並公平為之，不會有所差異，是而可想像有所差異之情形，係上述基於判決之結果，而使勝訴當事人不得對判決理由上訴之狀況。因而，所謂兩造所受之程序保障非顯有差異，係指在判決理由中受某不利判斷之勝訴當事人，因無從對該判斷上訴，而獲上訴審救濟之機會，故兩造間所受程序保障不相當，該判斷不生爭點效。

³⁴¹ Jean Vincent=Serge Guinchard 著=羅結珍譯，『法國民事訴訟法要義（下）』，2005年6月，頁1076-1077。

³⁴² 王甲乙，『民事暨行政訴訟研究』，1996年12月初版，頁339；呂太郎，「所謂爭點效—簡評最高法院八十七年台上字第一〇二九號、八十八年台上字第五七七號判決」，『法令月刊』，第51卷第10期，2000年10月，頁736。

³⁴³ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第214期，2009年4月，頁209；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第129期，2009年6月，頁61。

秉持上開見解來檢討〈事例十三〉（二），Y 既不得以對判斷二聲明不服為由上訴，則就該爭點 Y 並未受有充分之審級保障，相較之下，X 卻仍有上訴之機會（獲有機會與實際是否為之係屬二事），X、Y 所受之程序保障顯不相當，是 Y 不受判斷二之不利拘束。不過，若在前訴中，X 已提起上訴，則 Y 雖非上訴人但仍有就判斷二再事爭執之機會，此時應認兩造之程序保障相當，Y 應受判斷二之拘束。

三、 受有審級利益保障者受爭點效之不利拘束

倘於前訴 X 未提起上訴，則〈事例十三〉（三）中 X 亦應受判斷一之拘束。蓋 X 對其所受敗訴判決本得提起上訴，而受有審級利益之保障，且程序保障本不以實際行使權利為必要；又 X 未上訴即表示甘服之意，於後訴再事爭執亦悖於誠信原則、對造信賴；再者，X 亦非無從預見相關連之後訴提起（同次買賣糾紛），對 X 發生拘束力尚不致生突襲，毋寧更符合紛爭一次解決、訴訟經濟等訴訟法上要求，是以，X 不得主張買賣關係不存在。

另外，〈事例十三〉尚涉及本文第三章第一節第三項第二款可替代性判斷之問題，除了符合本項「前、後訴之利益與當事人所受程序保障相當」之要件外，亦須循本文於關於可替代性判斷中所述標準，觀察法院所為判斷是否為一突襲性判斷，在不致生突襲之範圍，始得發生爭點效，附此敘明。

第五項 小結

上述要件，係從我國實務判決曾闡述之爭點效判斷標準中，篩選出真正與爭點效發生與否相關之要件，並解釋在我國新法下，各該要件應有何內涵。至於本文未列在要件中之「非顯然違背法令」、「當事人未提出新訴訟資料」等，與爭點效發生與否，並無關係，詳見後述。

經由上述分析，可知我國與美、日就爭點效要件之最大不同，在於「切入程序保障之脈絡上差異」。美國法雖由事後之評價角度，在透過豐富的判決先例所累積之一定框架下，賦予後訴法官彈性於個案衡量當事人間公平性及政策考量等因素，以決定前訴判斷是否生爭點效，惟未如我國新法進一步在事前加重前訴（本訴）法官之闡明及心證公開義務，併充實本案審理，使當事人得集中就爭點充分辯論，以維程序保障無虞，因而更得發揮前訴（本訴）確定判決解決紛爭功能等意旨。日本雖同有從程序法角度而倡言應顧慮程序保障者，但未如本文具體分析關於法官之訴訟指揮及訴訟進行實態，將對判決理由中判斷之效力生何影響（如要件事實究否發生爭點效之問題，若不具體分析根本無法逕論發生與否），反流於抽象倡導程序保障致個案適用上易生爭議。又本文所列之要件，雖有從民國 70 年初即顯現於我國實務判決者，但同樣的要件在舊法時代欠缺法官闡明義務加重之情形下，無法形成當事人所得信賴之判斷，而欠缺發生爭點效之正當性基礎；毋寧在我國現行審判架構下，透過爭點整理程序完善踐行、公開心證等改善，使上開要件內涵發生轉變，因而在本文於各別要件下分析應承認生爭點效之情形，不僅比未有同等制度之美國、日本更有正當性，相較於我國舊法時代，更為妥適。

第二節 爭點效之效力（一）——作用型態

第一項 職權調查事項或責問事項

< 事例十四 >³⁴⁴

- [前訴] X 主張：X、Y 就 X 所有之甲物訂有買賣契約，X 已交付甲物予 Y，詎

³⁴⁴ 改編自：邱聯恭，於民事訴訟法基金會第 80 次研討會提出之書面，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（十一）』，2003 年 12 月，185-186。

Y迄今未依約給付貨款1000萬元，並積欠利息100萬元等語，訴請Y給付利息100萬元；Y則抗辯：買賣契約係於某年月間因X詐欺所訂定，並已經Y撤銷（C1事實），兩造間根本無買賣關係，本金（貨款）債權不存在等語。經法院審理後認定C1事實存在，故買賣關係不存在且貨款債權不存在，而駁回X之訴確定。

- 〔後訴〕X又起訴請求Y給付上開買賣關係之貨款1000萬元，後訴法院應如何處理下列情形？。

（1）在本案審理程序上，X主張買賣關係存在，而Y未主張C1事實，但提出前訴判決求為駁回X之請求。

（2）在本案審理程序上，Y抗辯：貨款債權已罹於時效（C2事實）等語，並提出C1事實或未主張該事實但提出前判決。

（3）在本案審理程序上，X主張前訴判決存在，但求法院就C1事實為不同於前訴判決之認定。

（4）證人Z出庭證述：「X之前也就這個契約告過Y，可是法院都判說契約不存在了，Y也說法院都判了，X又來告很沒道理」等語。

（5）在X、Y均未主張C1事實，亦未主張前訴判決所認定內容存在之狀態下，後訴法院可否依職權調查之？

（6）Y主張前訴判決存在，並提出一事不再理之抗辯。

（一）外國法

美國法上，爭點排除效之抗辯須由當事人主動提出，而屬一積極性答辯

(affirmative defense)³⁴⁵，若未提出則發生失權的效果(waived)。爭點效之作用除使當事人免於就同一爭點重複爭執，亦使法院毋庸對同一事項再為判斷，而得促進公益之訴訟經濟，然法院往往不會主動提起爭點效，實際上，在多數的情況中除非當事人提出爭點效，否則法院亦無法得知先前訴訟之存在。但少在數法院已有所知悉之案例中，若將引進爭點排除效抗辯之責任全置於當事人身上，似又不甚妥當，因而在民事訴訟受公益之訴訟經濟思潮主宰之年代，仍有些法院會主動提出前訴判決之存在³⁴⁶。不過，在現今強調當事人間公平及效率(私益之訴訟經濟)之美國法運作上，仍將爭點效作為抗辯事項。

法國法上雖認為判決理由中判斷在某些情形下具有既判力，但即便是依主文所生之既判力，亦不具有公共秩序性質，而採取由當事人為訴訟上抗辯之方式³⁴⁷，只有在當事人已向法院提出此種抗辯時，法院始得為審理，故而判決理由中判斷同須由當事人主動提出。此種思想可能與法國民法典將既判力規定為法律上推定有關³⁴⁸，亦即認為判決是對真實之表述(Res judicata pro veritate habetur：既判事項被認為是真實)而無法於事後再被質疑，其既屬一種法律上推定，則由當事人自行主張即可。然而，此理由於現今亦不再被全面接受，而有認為採取「法

³⁴⁵ 積極性答辯係「指被告並不否認原告所主張之事實的真實性，而是提出其他的理由來說明為什麼自己不應承擔責任的答辯。因此，它並不反駁原告訴求之真實性，而只是否認原告在法律上有起訴的權利。根據聯邦及大多數州的民事訴訟規則，所有的肯定性答辯都必須在應答書狀(responsive pleading)即答辯狀(answer)中提出，且被告對其所提之事由負證明責任」，參見：『月旦法學知識庫--元照英美法詞典』，<http://www.lawdata.com.tw/anglekmc/lawkm?@@1082849787>，最後瀏覽日期：2012年7月31日；Diane Vaksdal Smith, Finality of Judgment: Issue Preclusion, Claim Preclusion, and Law of the Case, 2(2006), <http://www.burqsimpson.com/pdf/civlitjulyv01clean.pdf> (last visited July 31, 2012). 詳細介紹，see 5 Wright, C. A. & Miller, A. R. (2010). *Federal practice and procedure: Federal rules of civil procedure* (3rd ed.). St. Paul, MN: West Group §1271.

³⁴⁶ Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 698.

³⁴⁷ 羅結珍譯，『法國民法典(下)』，2005年3月，頁1046-1048。並且，因既判力不具有公共秩序性質，當事人可以合意放棄既判力抗辯。

³⁴⁸ 法國民法第1350條：「法律上推定係指，由特別法對某些行為或某些事實賦予的推定，例如：3. 法律賦予既決事由的權威效力」。

官所為之判斷必為真實」之看法太過樂觀，此既判力規則之目的應在於終結紛爭，並且避免產生矛盾判決而撼動判決權威性³⁴⁹。

日本法上則有學者主張，爭點效應定位為職權顧慮或為責問事項，與其效力本質有關，亦即從既判力與誠信原則性質之比較，若強調爭點效作為制度性判決效力之一面，而從前訴判決中主文與理由之關係，已可否定就理由之判斷再於後訴爭執之正當性，則某程度已等同判決理由之既判力，既已「既判力化」，自應當作為職權調查事項；然若非屬必然性效力，則僅止於在前訴與後訴關係上，可能出現違反誠信原則之抗辯，自待當事人之援用即可等語³⁵⁰。不過，亦有學者強調爭點效與既判力雖同為判決第二次、第一次貫徹力之點，尚不得逕認爭點效應類同既判力以職權調查事項加以處理，蓋縱兩者本質有共通之處，爭點效強度卻非如既判力，故而應待當事人援用法院始為斟酌即可³⁵¹。新堂教授提出之解決方法則為：提出爭點效仍屬責問事項，須待當事人提出法院始得審酌，然而一旦提出，就是否符合爭點效要件、其效力範圍為何等，即有職權探知主義之適用³⁵²。

（二）我國法

〔見解一〕在我國，主張判決理由中效力於滿足同等於訴訟標的之程序保障前提下，應具有類似既判力效力之學者，認為：法國法或美國法之既判力，皆係由當事人援用之事項，若廣泛使用既判力之概念或由事理之必然性來看，職權調查事項非既判力絕對、排他且不可更易之內涵；但是，就我國法體系而言，向來涉及

³⁴⁹ Jacques Ghestin=Gilles Goubeaux 著=Muriel Fabre-Magnan 協著=陳鵬=張麗娟=石佳友=楊燕妮=謝漢琪譯，『法国民法總論』，2004年5月，頁561。

³⁵⁰ 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17卷第2号，1966年1月，頁85。

³⁵¹ 住吉博，「争点効の本質について（二）」，『民商法雑誌』，第61卷第5号，1970年2月，頁784。

³⁵² 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008年10月，頁683。

公益層面維持之事項，本屬職權調查事項，我國學說及實務亦皆一致肯認既判力為職權調查事項，故而，考量判決理由中判斷之拘束力中「達成一次解決紛爭」之作用與既判力之公益性相當，故而得類推第 249 條第 1 項第 7 款規定，由法院職權問明，並在後訴訟標的與前訴訟之判決理由中所判斷之標的相同時，得裁定將後訴以起訴不合法駁回之³⁵³。

〔見解二〕此外，亦有論者一邊主張判決理由中判斷之效力為爭點效，一邊認為該效力屬職權調查事項，其理由為：（1）後訴法院可透過當事人間之各種主張了解兩造在前訴有為相同爭執，而可藉此再為職權調查、探知，較不會出現後訴訟無方向性地調查爭點是否曾於某前訴訟中提起之情形；（2）如認爭點效為責問事項，在因當事人有所考量而未提出之情形，將無法達成爭點效之防止判斷矛盾之目的；（3）雖然將爭點效作為職權調查事項，將增加後訴法院在初期審理階段之負擔，但對後續訴訟審理階段係有所助益，蓋如調查後認具有爭點效，則不用就該爭點再為審理，如認不具爭點效，則應再調查該爭點，以保護當事人之程序及實體利益云云³⁵⁴。

（三）本文見解

由上述外國法討論，可知判決理由中判斷所具拘束力（不論認為該拘束力之性質係既判力或爭點效）究為職權調查事項或抗辯事項，從「既判力為職權調查事項、爭點效為抗辯事項」之等式來劃分並沒有意義，而必須衡量該拘束力對公益或私益保護之強度加以決定。本文認為，日本法學者所稱「爭點效為責問事項，

³⁵³ 沈冠伶，於民事訴訟法第 80 次研討會之發言，『民事訴訟法之研討（十一）』，2003 年 12 月，頁 148-149；沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 203-204。

³⁵⁴ 趙彥榕，『民事判決理由效力之研究－以爭點效理論為中心』，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 142。

但一經提出，即適用職權探知主義」之處理方式，在我國係屬可採，理由在於：

（1）爭點效之公益性質、效力強度未如既判力般強烈：紛爭一次解決雖同為爭點效與既判力之根據，但兩者之強度與面向仍有所差距，蓋爭點判斷本非訴訟之主要目的，爭點效並不似既判力具有如此強烈的公益性質，亦非訴訟必然產生之結果。況且，未必皆提出爭點效於後訴始能解決紛爭，在當事人考量尚有其他直接可取得有利心證之主張及證據時，則未必有另主張爭點效之必要，此為本文與〔見解一〕不同之處。我國法〔見解二〕**（2）**雖認為在當事人未提出爭點效之情形，將生裁判矛盾之缺失而有違爭點效之目的等語，但本文以為，事實審理制度本不以客觀或單一真實為前提，在當事人衡量實體利益（主張爭點效而可獲有利認定）與程序利益（不主張爭點效而可節省之勞時費用）後，倘欲追求程序利益而不提出，經此審理後所得之信賴真實將比裁判一致性更為重要。再者，如認為判斷一致性之重要性如此之高，當事人本可於前訴透過訴之追加或中間確認之訴等方式來防免裁判矛盾之可能性；倘採取〔見解二〕看法，斷絕當事人選擇空間之同時，形同認為公益之訴訟經濟與司法威信遠比當事人利益更為重要，而悖於我國新法之意旨。

（2）同時採用責問事項及職權探知主義，最能符合爭點效所欲達成之多樣性要求與目的：責問事項未必適用辯論主義，且職權調查事項亦未必適用職權探知主義³⁵⁵，應如何處理係因應事項之性質而定，並非有絕對相互對應關係³⁵⁶。爭點效屬責問事項係表彰其以誠信原則、當事人間公平、私益之訴訟經濟作為其法理基礎之性

³⁵⁵ 職權調查事項（職權顧慮事項）與職權探知主義（職權調查主義）係屬於兩個不同層次的問題，職權探知主義係相對於辯論主義之概念，針對處理法院與當事人間如何合理分配蒐集、提出事實及證據之責任等問題；而職權調查事項則相對於責問事項（抗辯事項），兩者係指明何者為應行調查之主題之問題。參見：邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 43 次研討會會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（四）』，1993 年 12 月，頁 457-458。

³⁵⁶ 如：任意管轄（屬職權調查事項卻適用辯論主義）、仲裁契約存否（抗辯事項且適用辯論主義）、專屬管轄（職權調查事項且適用職權探知主義）。

質；適用職權探知主義，則係顯現其所代表之紛爭一次解決及維護公益訴訟經濟之意涵。因此，上開處理方式係最適切符合爭點效所欲達成之多樣性要求與目的。

（3）具體妥當性：此種處理方式亦能配合實務現況而符具體妥當性，蓋若要求法院對非如既判力般明確（可能對應主文或原因事實即可判定既判力範圍）之爭點效（須調閱前案卷宗，檢視訴訟實態始得判斷）一一審酌，不僅實務人力無法負荷，造成後訴法院負擔，甚至可能發生法院漏未審酌時得否再審之問題，反而有害訴訟經濟³⁵⁷。又在〔見解二〕（1）所指情形，如法院已從兩造之主張知悉某事實曾於前訴訟提出，此時即使認爭點效屬抗辯事項，法院本應運用闡明權曉諭當事人真意是否要主張爭點效，其所舉之例並不能杜絕法院難能主動調查爭點效存否之疑慮；至〔見解二〕（3）之理由缺失在於，不論認為爭點效係責問事項或職權探知事項，在法院認定有爭點效或無爭點效之後續審理方式並無不同，故此點亦無法做為贊成爭點效應為職權探知事項之理由。

惟須注意，縱使採取職權探知主義，並非意味著不須顧慮滿足程序權保障之要求，而須認知言詞辯論之功能，以保障當事人及利害關係人之程序主體權（當事者權、聽審請求權）³⁵⁸。亦即，爭點效經當事人援用、提出後，應透過言詞辯論之踐行，使兩造當事人可由此確切得知對造針對爭點效存否及範圍所提出之事實及證據並有所回應，以避免來自對造之突襲；除此之外，即使爭點效經當事人提出後，係採取職權探知主義，法院仍須將究否該當爭點效之心證及何者為支持或否定爭點效成立之要件事實、證據等公開予當事人知悉，併使當事人有機會得提出對己有利之主張及攻擊方法（類推民事訴訟法第 288 條第 2 項），以避免來

³⁵⁷ 許士宦，民事訴訟法研究基金會第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 228。

³⁵⁸ 邱聯恭，「司法之現代化與律師之任務」，『司法之現代化與程序法』，1992 年 4 月，頁 132；邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 37 次研討會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（四）』，1993 年 12 月，頁 100。

自法院之突襲。

（四）責問事項與法院之闡明義務之區分

此外，尚須釐清責問事項與闡明義務分屬不同層次，一旦「當事人可能有主張爭點效意思」之事證顯現於訴訟上，縱使當事人未明確主張爭點效，法院仍應闡明、釐清當事人之真意為何。以下檢討〈事例十四〉之各種情形：

（1）在本案審理程序上，X主張買賣關係存在，而Y未主張C1事實，但提出前訴判決求為駁回X之請求。

此時法院應闡明Y表示其提出前訴判決之用意何在（第199條），如Y表示不滿X已經告過了又要再告一次等語，法院應曉諭Y前、後訴訟標的不同，無一事不再理之問題；如Y表示關於兩造買賣之事實，前訴法院都已經判過了等語，法院應曉諭確認Y的意思是否要主張「本件應受前訴法院認定兩造買賣關係之相關事實（包含C1事實）所拘束」。是Y提出前訴判決未必等同於主張爭點效，在未經訊問Y而得知Y可能有主張爭點效之意思時，法院尚不得主動曉諭Y得主張爭點效。

（2）在本案審理程序上，Y抗辯：貨款債權已罹於時效（C2事實）等語，並提出C1事實或未主張該事實但提出前判決。

Y未主張C1事實但提出前訴判決之情況，如（1）之處理方式；Y單純主張C1事實但未提出前訴判決時，因認Y係單純主張「C1事實存在」，而非「前訴法院已判斷C1事實存在」，故法院不得主動曉諭Y主張前訴法院之判斷具爭點效。

又，不論係前者或後者之情形，因Y已提出兩項攻擊防禦方法，法院應協同X、Y定本案審理順序。此時在經法院曉諭後，Y主張或不主張爭點效之情形，處理將有不同。如Y主張C1事實發生爭點效，一旦由X、Y就前訴法院之審理是否符合爭點效之要件為辯論並經後訴法院判斷C1事實具爭點效後，則可節省再就C1

事實審理、調查證據之時間，故如先審理 **C1** 事實是否具爭點效，倘認定不具爭點效後，再為審理 **C1**、**C2** 事實存否，可一併節省法院及當事人之節省勞時費用，後訴法院應將此促進訴訟之排列方法曉諭予當事人知悉，使其有機會優先追求程序利益。如 **Y** 未主張 **C1** 事實具爭點效，則應比較審理 **C1**、**C2** 事實之先後順序對實體利益及程序利益之影響，又倘 **Y** 主張調查 **C2** 事實較為便利（如 **X**、**Y** 對契約成立、**X** 得請求貨款之時間皆不爭執，僅爭執 **X** 是否於時效內為請求之表示），故希望先審理 **C2** 事實，若法院審理後仍認為無法駁回 **X** 之訴，再審理 **C1** 事實等語，因此種審理順序不僅無害公益，更有助於公益、私益之訴訟經濟，基於保障當事人程序利益、公正程序請求權之意旨，法院就審理順序之訴訟指揮權應受 **Y** 提出之上開方式限制。

（3）在本案審理程序上，**X** 主張前訴判決存在，但求法院就 **C1** 事實為不同於前訴判決之認定。

此時法院應訊問 **Y** 對 **X** 上開主張有何意見（法院是否應受前訴判決對 **C1** 事實之認定），如 **Y** 表示無意見，則應認 **Y** 並無提出爭點效之意，法院雖可將前訴訴訟資料及判斷作為本訴之基礎事實，但不受前訴法院判斷之拘束。

（4）證人 **Z** 出庭證述：「**X** 之前也就這個契約告過 **Y**，可是法院都判說契約不存在了，**Y** 也說法院都判了，**X** 又來告很沒道理」等語。

此時前訴法院已判斷 **C1** 事實，且 **Y** 可能有主張爭點效之意意乙節，已經由證人證述顯現於訴訟上，法院應訊問 **Y** 就該證言之意見及是否主張前訴法院就 **C1** 事實之判斷具爭點效（第 278 條第 2 項）。

（5）在 **X**、**Y** 均未主張 **C1** 事實，亦未主張前訴判決所認定內容存在之狀態下，後訴法院可否依職權調查之？

爭點效為責問事實，受訴法院本不得依職權調查，以免造成突襲；又在 **X**、**Y**

均未主張 C1 事實，亦無上述（4）顯現於訴訟上之情形，不論就「C1 事實」或是「C1 事實是否具爭點效」，法院皆不得主動曉諭當事人主張，更不得在當事人未主張之情形，違反辯論主義而將之作為判決理由。

（6）Y 主張前訴判決存在，並提出一事不再理之抗辯。

當事人提出前訴判決之同時，又主張一事不再理之抗辯，可能係欲主張前訴既判力遮斷後訴、或欲主張爭點效但誤解對爭點效之法律效果。此時法院應依民事訴訟法第 199 條闡明，問明 Y 提出前訴判決之用意何在，並分析既判力與爭點效之要件不同，使 Y 有機會表明真意，此與爭點效為責問事項之性質並不相悖。但若未經此闡明，而認 Y 未主張爭點效並就 C1 事實存否為調查、審理，將造成發現真實之突襲；若認 Y 已主張爭點效，而逕援用前訴判斷，則造成促進訴訟之突襲。

第二項 「原判斷非顯然違背法令？」——爭點效效力本不以正確為前提

我國實務普遍將「原判斷非顯然違背法令」列為爭點效要件之一，如〈事例十二〉中，土地登記具有表現證明之作用，本應由 X 就其主張該登記有無效原因之利己事實負舉證責任，詎前訴法院卻認應由 Y 就登記之原因即買賣關係負舉證責任，並因 Y 無法證明而判決 X 勝訴，故依我國實務見解，此時前訴法院就舉證責任之分配已有違背法令之情形，是前訴就登記原因存否之判斷不應發生爭點效。

不過，正確性本非判決效力發生之依據，此點不論在既判力與爭點效均同，如果判決雖有適用法令不當之情形，但在前程序已經給予當事人充足之救濟機會，

此時使當事人得再於後訴有所爭執，形同以依正確性作為爭點效發生之前提，不僅與本文前開判決效力基礎論有所衝突，亦將大幅降低爭點效所欲達成之紛爭一次解決及訴訟經濟追求。亦即，認為前訴判斷有誤之爭執（不論事實或法律判斷），皆應循前訴訟救濟程序（上訴、再審）來處理，如果窮盡救濟程序，於判決確定後，即不得再事爭執，否則形同抹煞數法院審理及對造攻防之成果。

又，「前訴對爭點之判斷有誤」及「前訴對爭點之判斷不發生爭點效」，係屬二事。前者之情形，本應由當事人於前訴循上訴、再審之程序救濟，後訴法院並不需要考量前訴之判斷正確性；後者之情形，則應由後訴法院就前開爭點效要件一一審核，併使當事人有機會主張因何原因不應發生爭點效。如〈事例十二〉中，前訴中 Y 本得以原審判決違背法令（第 436 條之 1、第 436 條之 2）或適用法規顯有錯誤（第 496 條第 1 項第 1 款³⁵⁹）為由提起上訴及聲請再審，故 Y 不得再於後訴主張前訴判決違背法令，而不受前訴判斷拘束。但是，如不涉及前訴判斷正確性，而是前訴判斷是否符合爭點效發生要件之問題，應給予 Y 主張之機會，如前述「前、後訴之利益與當事人所受程序保障相當」要件中所探討，Y 可主張：前、後訴係分別行簡易、通常訴訟程序，則 Y 於前、後訴所受之程序保障程度有所差異，且前訴法院並未闡明予 Y 有反訴之機會，故而 Y 不受前訴判斷之拘束等。

第三項 後訴適用爭點效之處理方式——裁定或判決

當前訴爭點為後訴之訴訟標的時，若採取既判力擴張理論，因該爭點已經發

³⁵⁹ 按民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官（會議）之解釋，或本院現尚有效之判例顯有違反，或消極的不適用法規顯然影響裁判者而言，並不包括判決理由矛盾、理由不備、取捨證據失當、調查證據欠週、漏未斟酌證據、認定事實錯誤及在學說上諸說併存致發生法律上見解歧異等情形在內（最高法院 63 年台上字第 880 號判例、101 年度台上字第 13 號判決意旨參照）。

生相當於既判力之拘束力，故應以民訴法第 249 條第 1 項第 7 款裁定駁回後訴³⁶⁰。本文認判決理由中判斷所具拘束力之性質係爭點效，已如前述。考量爭點效之公益性不如既判力強烈，故而在此種情形，不應適用或類推適用第 249 條第 1 項第 7 款規定裁定駁回後訴，法院應依前訴法院之判斷來判決原告之訴有無理由。

第四項 不適用爭點效理論與「適用法規顯有錯誤」

不適用爭點效理論，究為法律見解是否妥適之問題，或該當適用法規顯有錯誤？最高法院 96 年度台上字第 727 號民事裁定：「至本院九十三年度台上字第四八六號判決（下稱前案判決）固認定邱東壁於八十四年間為贈與法律行為時並無意思能力，但學者所稱「爭點效」理論迄未經本院作成有效之判例，原確定判決未依前案判決爭點認定為論斷，亦無適用法規顯有錯誤可言」、97 年度台再字第 40 號民事判決：「另學說上所謂之爭點效，尚未成為判例，且須具備一定之要件始能適用，原確定判決未予採酌，亦無適用法規顯有錯誤可言」，均表明因爭點效未成為判例，故而不適用爭點效理論，亦無適用法規顯有錯誤之問題。確實，現於我國法上就爭點效並未有明文規定（智慧財產案件審理細則第 34 條僅係司法院所發布之命令），亦未成為判例，是依實務對「適用法規顯有錯誤」之認定標準³⁶¹，即使不適用爭點效理論亦無任何違誤可言。不過，如本文前述所提及，爭點效理論從新法之爭點整理程序、闡明義務、心證公開等規定觀察，在我國現行審判架構下適用之正當性已不可同日而語，在前訴法院對上開程序保障措施踐行越完整之情況，如經當事人提出前訴判斷後，後訴法院卻仍不適用爭點效，是否更可認為：前訴法院有違背當事人程序利益保護或侵害程序權之情形？或許是將來實務

³⁶⁰ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 243。

³⁶¹ 見註 359。

進一步思考之方向。

第三節 爭點效之效力（二）——遮斷效

第一項 遮斷效之根據論

爭點效究有無遮斷效？亦即：前訴未曾提出之攻防方法，是否受爭點效遮斷而不得再提出？關於此問題，外國法上見解不一。（1）肯定說：有認為只要當事人具有爭執之誘因與機會即可，即使屬當事人得提出但未提出該爭點之情形，亦為發生爭點排除效之範圍³⁶²；亦有從判決遮斷效之觀點探求，肯定既判力與爭點效共通根據與界限者³⁶³。（2）否定說：有認為遮斷個別攻擊防禦方法之效力，僅能專以既判力作用予以解釋，而某攻防方法究否應為既判力所遮斷，須考量後訴提出之攻防方法未於前訴提出之緣故、事態及後訴再就同一爭點為爭執之理由³⁶⁴；亦有雖限定爭點效範圍僅及於實際經提出之攻防方法，但在前、後訴主要爭點與當事人具有正當期待解決之爭點一致時，基於誠信原則，未提出之攻防方法為該正當期待解決之爭點所涵蓋者，故被遮斷而不得提出³⁶⁵。我國則有學者肯認判決理由中判斷具有類似既判力之效力之同時，認為如當事人於後訴所提出之訴訟資料係被涵蓋在前訴之爭點範圍內，且該訴訟資料於前訴訟事實審言詞辯論終結前

³⁶² Vestal, *supra* note 56.

³⁶³ 吉村徳重，「判決の遮断効と争点効の交錯」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座（二）』，1981年8月，頁355。

³⁶⁴ 井上治典，『実践民事訴訟法』，2003年1月，頁182-183。

³⁶⁵ 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008年10月，頁686以下；新堂幸司，「判決の遮断効と信義則」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀（中巻）』，1991年7月，頁477以下；新堂幸司，「正当な決着期待争点」，新堂幸司ほか編『判例民事訴訟法の理論—中野貞一郎先生古稀祝賀（下巻）』，1995年11月，頁1以下；高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005年2月，頁569註59。

即已存在，但卻未提出者，基於既判力之排除效力，仍受判決理由中判斷所遮斷而不得提出³⁶⁶。

關於此問題，銜接第三章第一節第一項第二款主要與間接事實問題中所述，本文持「未被提出之事實或攻防方法，可能會被爭點效所排除」之看法。亦即，應具體評價個別訴訟事件之審理過程中賦予之程序保障程度，以界定前訴之爭點何在，而決定爭點效之範圍：（1）前訴法院協同當事人所整理之爭點係特定至 D1 間接事實，而含有排除其他 D2、D3 間接事實之意涵，則其他間接事實當不在前訴所審理之爭點範圍內，當事人於後訴得再提出其他間接事實，而不受前訴判決之拘束，如〈事例四〉中，當法院協同 X、Y 整理並曉諭之爭點為「X 是否繼承取得甲建物所有權」時，表示 X、Y 及法院已有意將爭點限縮在「X 是否繼承取得甲建物所有權」（D1 事實）一事，則該判斷之效力自不及於時效取得（D9 事實），X 得於後訴主張時效取得甲建物所有權。此時，爭點效並不具遮斷時效取得之效力。（2）在前訴法院協同當事人所整理並特定之本訴重要爭點係 C1 主要事實存否時，法院應明確曉諭當事人本訴之重要爭點、闡明當事人提出推論 C1 事實所必須之間接事實及證據、判斷當事人所提出之 D1、D2 間接事實在論理及經驗法則上可複合推論 C1 事實後，予對造對 D1、D2 事實表示意見、整理上開兩造間所提出足以複合推論 C1 事實存否且兩造有所爭執之 D 系列間接事實，並曉諭兩造該等 D 系列事實存否成為爭點、闡明當事人在具有正當利益之範圍內得排列爭點之審理順序，與當事人進行討論後，定爭點之審理順序，調查證據後，公開關於上開間接事實存否之暫定性心證予當事人表示意見。如經上開程序之踐行，可認法院與當事人皆認知本訴審理係以該 C1 主要事實存否為中心，縱當事人形式上未曾提出其他 D3 間接事實，但當事人本已明瞭本訴之爭點為 C1 事實，且亦已得合

³⁶⁶ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 212-214；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 65-67。

理預測法院之心證，而有提出 **D3** 間接事實之機會，從而縱使形式上 **D3** 間接事實未於訴訟上被提出，在法院已透過心證公開，賦予當事人提出該等其他事實之機會時，可認為當事人與法院間已形成「關於該 **C1** 主要事實之認定，全以本訴所提出之事實而判斷」之默示合意，基於此自己責任、對造因上開合意所生紛爭解決之信賴，此時應將前訴之重要爭點界定為 **C1** 事實之判定，而在充分之程序保障下，含有所有該當於 **C1** 事實之間接事實及證據皆已受完足審理之意涵。是當事人應受該爭點判斷之拘束，不得再於後訴提出其他間接事實。此種因法院闡明權及當事人不作為所形塑之默示合意、自己責任及對造信賴、程序利益保護，即為本文所認爭點效具有遮斷效之根據。如〈事例四〉中，當法院協同 X、Y 整理並曉諭之爭點為「甲建物是否為 X 所有？」時，此爭點包含所有可能該當 X、Y 間所有權歸屬之主張及事實，在經法院踐行上開闡明及心證公開作業，使 X 得預測受該不利認定之後果，而賦予 X 提出其他有利主張、事實之機會，縱 X 未為之，亦已默示關於「甲建物是否為 X 所有」之爭點全以訴訟上已提出之事實所審認；且因所有可能該當所有權歸屬之主張及事實，已經賦予當事人機會提出，而被包含於「甲建物是否為 X 所有」之爭點審理及「甲建物非 X 而為 Y 所有」判斷中，故就「甲建物是否為 X 所有」之爭點已經充分審理而符合程序保障之要求，基於自己責任原則、Y 因上開合意所生之紛爭解決之信賴，X 應受「甲建物非 X 而為 Y 所有」判斷之拘束，不得再於後訴主張 **D9** 事實。

又，未提出之間接事實非必僅受主要事實所生爭點效遮斷，在未提出之間接事實與前訴中已經提出而生爭點效之間接事實本身係屬不兩立之情形時，亦受該間接事實之爭點效所遮斷。如〈事例四〉〔前訴二〕中，法院就「Y 受贈取得甲建物所有權」（**D4** 事實）之間接事實生爭點效時，因為物權一物一權主義始然，該間接事實排斥所有存在於前訴事實審言詞辯論終結前且該當於 X 取得甲建物所有權之事實，則「X 時效取得甲建物所有權」（**D9** 事實）之間接事實，不僅為「Y

為所有權人」(C2 事實)之主要事實所生爭點效遮斷，亦為「Y 受贈取得甲建物所有權」(D4 事實)之間接事實所生爭點效之遮斷效所及；但如僅有「X 未因繼承取得甲建物所有權」(D1 事實)生爭點效，並 C2 事實未生爭點效，則因 D1 與 D9 事實並非不得兩立，故 X 仍得於後訴主張 D9 事實。又如〈事例五〉，前訴中就主要事實所生爭點效為「系爭委託契約因可歸責於 X 之事由致給付不能而解除契約即 C2 事實不存在」，生爭點效之間接事實則 X 或 Y 使契約致給付不能等 D 系列事實。Y 雖於後訴又提出 D8 事實以主張 C2 事實，因為 D8 事實與前訴經判斷之 D 系列事實非屬相悖反而不兩立者，故不在前訴中間接事實所生爭點效之遮斷範圍，但為主要事實所生爭點效即「C2 事實不存在」之遮斷效所及。

另外，論者雖有質疑：即使承認判決理由中判斷之拘束力具有遮斷效，如間接事實及相關證物未被提出，係因有民訴法第 496 條 1 項第 13 款「當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物者」之情形時，是否應調合確定判決之安定性與程序保障之要求，而有允許再提出該事證之可能³⁶⁷。確實，即使係效力強度更強之既判力，在有上述情形時，都能賦予當事人事後之程序保障以突破既判力，當不應在欠缺事後救濟程序之情況下，認為爭點效有終局確定之效力。不過，如同本文於第三章第二節第二項「原判斷非顯然違背法令？」中所述，正確性本非判決效力發生之依據，如果確定判決有該當第 496 條第 1 項各款之情形，當事人本得透過再審程序資以救濟，如棄此不用而使當事人得再於後訴有所爭執，形同依正確性作為爭點效發生之前提，不僅與本文前開判決效力基礎論有所衝突，亦將大幅降低爭點效所欲達成之紛爭一次解決及訴訟經濟追求。是以，如認確定判決有不當或違誤之情形，當事人應循再審程序救濟，如未為之或已為之終遭駁回，則基於紛爭一次解決、對造之信賴、避免裁判矛盾、反覆審理等法理，且所賦予之程序保障已為充足之情況下（當事人有提起再審機會之事後程序保障）時，仍

³⁶⁷ 許士宦，於民事訴訟法第 103 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 214 期，頁 229。

生爭點效，且遮斷該爭點所涵蓋之主張及事實。不過，在當事人係前訴確定判決勝訴之一造而被認為無再審利益時，因未有充足之救濟程序，對其程序保障不足，應不生爭點效。

第二項 「當事人未提出新訴訟資料？」——爭點效之基準時

我國實務除了少數判決似有意肯定爭點效具有遮斷前訴訟事實審言詞辯論終結前已存在之事證之效力³⁶⁸，絕大多數判決並不區分該事證係存於前訴訟事實審言詞辯論終結前、後³⁶⁹。對於何謂「新訴訟資料」，學者指出最高法院究指「限於

³⁶⁸ 96 年度台上字第 1782 號民事判決：「……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。……且原審以上開證人黃主文、朱哲彥、許登宮於原法院八十年度上易字第一三五八號侵占案件、台北地院七十九年度重訴字第三二九號暨八十一年度重上更(一)字第一三一號返還借款事件及台北地院八十九年度自字第三八八號詐欺案件之證言，認系爭收據其內容並無虛偽不實，而為與上開確定判決理由相反之判斷，**有無審究各該證言是否為該既判力基準時點前已提出之舊訴訟資料，或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法？**並顧及其是否合於『當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷』等『爭點效』之例外情形？即有無受上開『遮斷效』或『爭點效』之拘束？依上說明，亦非無再進一步推求之必要。」。

³⁶⁹ 如(1)〈事例五〉最高法院 100 年度台上字第 1627 號民事判決：「本件被上訴人於上開返還保證金事件，係主張伊無法如期完工，乃因上訴人未依約辦理地目變更之故，又上訴人已於九十一年七月二十四日將系爭土地恢復為農牧用地，且政府鼓勵興建焚化爐並保證供應數量、單價之政策亦已廢止，系爭委託契約因上訴人未於一定時期為變更地目之給付而不能達其目的，且係可歸責於上訴人事由，乃解除系爭委託契約為由（二二號判決第二十頁、原審卷(一)四四頁背面），該訴訟事件並未提及被上訴人申請換發第一類乙級廢棄物處理場設置許可證延期及設置許可於九十一年三月十二日經撤銷確定，上訴人始將系爭土地恢復原來地目事實，上訴人於本件訴訟，則以上述事實為抗辯，並提出『公民營廢棄物清除處理機構許可管理辦法』、被上訴人申請換新證函文、上訴人函為證（原法院重上字卷六一頁至六五頁），乃原審遽謂上訴人未提出任何足以推翻返還保證金事件判決之新訴訟資料，而為不利上訴人之論述，已嫌速斷。」，上開函文為存在於前訴訟事實審言詞辯論終結前之事證；(2) 同院 98 年度台上字第 931 號民事判決：「查上訴人於原審已提出板橋地檢署九十二年度發查字第四一二六號訊問筆錄，吳貴良陳稱：『我不知道此事，楊貴英我也不認識，我是飛潤公司的負責人』、『（提示華南銀行前開帳號存摺是飛潤公司所有）不是，我沒有看過，對於告訴人前述四千五百萬元之事，我完全不知情』（見二審卷(一)一三三至一三四頁）；九十三年度偵字第一四七九三號詐欺案訊問筆錄，楊貴英陳稱：『（與甲○○間的金錢往來已經幾年了）從八十五年開始，彼此間都有互相周轉』（同上卷一六五頁）；被上訴人再議聲請書陳稱：楊貴英專門幫人做資金週轉借調之事……楊貴英假藉飛潤公司因欲辦增資而委其籌借增資資金之機會，以此

為藉口，向其宣稱飛潤公司增資需七千五百萬元，而向其借四千五百萬元（同上卷一一〇至一一一頁）；詐欺案起訴書認定：楊貴英意圖為自己不法之所有，明知自己無償債能力，竟於九十二年八月十五日向甲○○謊稱飛潤公司需要金融機構之短期資金七千五百萬元之餘額證明，由伊自身匯款出資三千萬元，……向甲○○調借四千五百萬元三天（同上卷一〇六頁）；另該詐欺案不起訴處分書記載：被告吳貴良辯稱其雖為飛潤公司之負責人，然並未在華南銀行北桃園分行開立000000000000號帳戶，亦不認識楊貴英、林燦榮，對於匯款四千五百萬之事，完全不知情等語，並經檢察官認定吳貴良不認識楊貴英乙節，核與楊貴英、林燦榮所供相符，吳貴良所辯，尚非無據（同上卷一〇四頁），等訴訟資料。凡此均攸關飛潤公司與上訴人有無成立消費寄託關係，被上訴人得否代位飛潤公司請求上訴人返還消費寄託款項？可否謂不能憑上開資料推翻前案訴訟確定判決所為上訴人與飛潤公司間有消費寄託關係存在之判斷，即有研酌之餘地。乃原審疏未審酌及此，遽以前開情詞，為上訴人不利之判斷，尚嫌疏略。」，該訊問筆錄（該案臺灣板橋地方法院檢察署檢察官於94年10月15日起訴）係存在於前訴訟事實審言詞辯論終結（95年3月27日）前；（3）同院98年度台上字第476號民事判決：「本件被上訴人於另件以上訴人全體為被告，起訴請求返還繼承財產及確認其與上訴人之被繼承人張有盛間父子關係存在事件，業經法院判決其敗訴確定（台北地院九十一年度家訴字第三七號、原審法院九十二年度家上字第二六七號判決，及本院九十四年度台上字第一八一號裁定），為原審所認定之事實。則被上訴人於該事件中，既同舉其母林寶玉與張有盛之往來信函、照片、收支帳冊等件，及證人林勇為證，經法院斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，認定被上訴人主張其為張有盛之非婚生子女，並經張有盛自幼撫育之事實，不足採信（一審卷一三七頁、一三八頁）。而被上訴人於本件又僅另舉林后基（林寶玉之弟）一人為證人，未再提出其他新訴訟資料。單憑林后基證稱：有聽被上訴人母親說過張有盛之事；伊知道他們（林寶玉、張有盛）在一起過，就像現在男女朋友一樣，有在房間內講話……他們後來生了兩個孩子，……張有盛都有拿生活費給被上訴人母親等語（同上卷一七八頁），是否足以推翻該另件確定判決原為之判斷？乃原審未詳加斟酌，於未說明究有何證據證明上訴人甲○○等三人確係張有盛之親生子女？倘該三人配合為親子關係之鑑定，即有助於釐清被上訴人與張有盛間親子關係之情形下，遽認被上訴人於本件所為之舉證，已足以推翻另件確定判決所確認被上訴人與張有盛間父子關係不存在之原判斷，而得由被上訴人於本件再為相反主張或法院為相反之判斷，於法自有未合。」，肯認存在於前訴訟事實審言詞辯論終結前之證人係新訴訟資料，但指出原審未說明該證據是否足以推翻前訴確定判決之判斷，有所違誤；（4）〈事例三〉同院96年度台上字第307號民事判決：「查屏東地院八十九年度訴字第四九五號確定判決，未將『被上訴人是否係陳建城貨款之連帶保證人』列為該事件之重要爭點，曉諭兩造，判決理由亦非全以被上訴人係陳建城之連帶保證人而為其不利之論斷，其認定被上訴人係陳建城貨款之連帶保證人，有未依上訴人之迭次抗辯認定事實，其中一百萬元抵押權部分，復有認定事實與卷內所存資料不符之違法情形，既為原審所合法確定之事實，並經被上訴人於本件提出上訴人開立之統一發票十三紙之新訴訟資料，記載被上訴人以支票購貨之方式，足以推認其僅係物上保證人，進而推翻原判斷其為連帶保證人之情，依上說明，該確定判決所為理由之判斷，自無『爭點效』適用。」，該統一發票十三紙為存在於前訴訟事實審言詞辯論終結前之證據；（5）另同院95年度台上字第2246號民事判決：「查原審既認上訴人乙○○與被上訴人間就系爭房地有無成立附負擔之贈與乙節，為本件重要之爭點，而該重要爭點已經兩造另案桃園地院八十九年度訴字第七五五號確認買賣契約無效等事件判斷，不認被上訴人關於系爭房地與乙○○間附有負擔贈與之主張。而證人（陳）戴春蓮、戴春緞於該案已到場作證（見一審卷第二三二～二三三頁言詞辯論筆錄影本），惟為該案所未採信，則就同一證據方法再為調查，能否謂係新訴訟資料之提出？已非無疑；且其二人證述系爭房地過戶之前即已約定乙○○要奉養父母親，乙○○當時亦同意等語（見一審卷第一五〇頁），既與乙○○及被上訴人之父戴榮賜於該案證稱過戶系爭房地時並未告訴乙○○等詞全然不合（見一審卷第二三二頁），復與被上訴人委請律師發函所載，系爭房地移轉登記當時，乙○○並未知悉等情（見一審卷第二〇頁），及被上訴人自承系爭房地係依父親之建議而過戶給乙○○，乙○○當時並不知情等語不符（見二審上易字卷第六三頁），是以上開二名證人事後在本件所為證述，是否真實可信，即非無疑；則單憑該二名證人之證述，是否足以推翻兩造前開另案之判斷？攸關本件得否為與該案為相反之判斷，尚非無推求之餘地。」，就同一證據方法（證人）再為調查，非屬新訴訟資料；（6）同院95年度台上字第1949號民事判決：「查本件係請求確認上訴人就系爭抵押權所擔保之三百萬元債權不存在及撤銷第一二四五八號強制執行事件就系爭不動產所為之強制執行程序，既非確認系爭抵押權不存在，則甲○○另件請求塗銷系爭抵押權登記之訴訟，受敗訴判決確定後含有確認該抵押權及塗銷登記請求權不存在之既判力，

前訴訟事實審言詞辯論終結後始存在」，或擴張及於「於前訴訟事實審終結前已存在，但因不得於前訴訟提出而未提出之訴訟資料」或「於前訴訟事實審終結前已存在，當事人雖非不得提出但並未提出之訴訟資料」，尚有疑問³⁷⁰。第一種與第二、三種訴訟資料係是否以事實審言詞辯論終結為基準時點而區分，後兩種則又涉及是否限於當事人未提出訴訟資料係屬不可歸責之情形。

為多數判決沿用之最高法院 73 年度台上字第 4062 號民事判決中亦提及爭點效之適用，限於「當事人未提出新訴訟資料」之情形，而主筆該判決之法官，曾表示爭點效雖然與既判力相似，但不生一事不再理之作用，亦不具有遮斷效，故當事人如能就該爭點提出新訴訟資料而足以推翻前訴判斷時，仍得為相反之主張³⁷¹；但亦有學者認為發生爭點效之判斷係限於前訴基準時之判斷，故得基於前訴基準時後發生之事由，為與發生爭點效之判斷相反之主張舉證等語³⁷²，即不得基於前訴訟言詞辯論終結前已存在之事由，在後訴就相同爭點提出相反主張；另有主張基於判決理由中判斷之拘束力係類同既判力而具有排除之效力，故當事人不得再主張事實審言詞辯論終結前所得主張之所有事實及抗辯³⁷³。

本文認為，既然在事實審言詞辯論終結前，當事人本得就爭點提出相關之攻防資料為充分辯論，基於充足之程序保障、對造信賴及紛爭一次解決、程序利益

即不及於本件訴訟。而上開塗銷抵押權登記訴訟之確定判決理由認定上訴人對甲○○有系爭抵押借款債權存在，僅為該訴訟之重要爭點，並非其訴訟標的，故被上訴人提出足以推翻前開判斷之新訴訟資料即人證陳秀敏為相反之主張，原審亦為相反之判斷，謂上訴人對甲○○無系爭抵押借款債權存在，尚難認有何違誤。」，肯認存在於前訴訟事實審言詞辯論終結前之證人係新訴訟資料。

³⁷⁰ 黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 72-73 註 15。

³⁷¹ 陳計男，『民事訴訟法論（下）』，2009 年 10 月修訂五版，頁 68。

³⁷² 駱永家，「判決理由中判斷之拘束力」，『民事法研究 III』，1989 年一版，頁 49。

³⁷³ 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 212-214；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 65-67。

保護之意旨，自不得再提出事實審言詞辯論終結前已存在之攻防方法；至於事實審言詞辯論終結後新生之事實或攻防方法，本非前訴所得提出，自不為前訴之判決效力所遮斷，此點不論既判力或爭點效皆同。實務之作法，將空洞化爭點效之意涵，並弱化其所指向之紛爭一次解決、訴訟經濟機能；並且，其實許多實務以「當事人已提出足以推翻前訴判決之新訴訟資料」為由認為無爭點效適用之案例，真正的關鍵係在由前訴訟實態來界定爭點之範圍（如本文於第三章第一節第一項第二款主要與間接事實對事例五之分析），而非基於個案妥當性，在「前訴判斷有誤或有未審酌之處則不應發生爭點效」之思想下，允許當事人提出在前訴訟事實審言詞辯論終結前已存在之事實以爭執前訴判斷正確性。至於當事人是否因不可歸責而未提出事證，如前所述，係其得否基於第 496 條第 1 項第 13 款規定提起再審之訴之問題，與爭點效之判斷無關。倘當事人有機會提起再審而未為之或遭駁回，亦不得於後訴以此事由爭執前訴之判斷不生爭點效。如前述最高法院 98 年度台上字第 931 號民事判決³⁷⁴，倘當事人欲主張係因於前訴訟事實審言詞辯論終結前，刑事詐欺訴訟部分尚未分案、開庭，致其無法閱覽、影印該偵查訊問筆錄並在前訴訟中提出，當事人本應於發現上開筆錄 30 日內提起再審之訴；其未為此救濟程序，自不得再提出該訊問筆錄以主張前訴法院之認定不當。

³⁷⁴ 見註 369。



第四章 爭點效之時、客觀及主觀範圍

第一節 爭點效之時的範圍與客觀範圍

第一項 時的範圍

關於爭點效之時之範圍，如前所述，應以前訴訟事實審言詞辯論終結時為其基準時，於基準時後新生之事證，自不為爭點效所及。

舉美國最近之一新興問題為例。就某跨國紛爭，原告選定美國法院作為管轄法院而起訴，受訴法院以不方便法庭原則（**Forum Non Conveniences**）³⁷⁵駁回訴訟後，原告又於美國境內之他法院起訴，此時前訴就不方便法庭原則之判斷在後訴有何等效力？此問題亦伴隨爭點同一性之爭議，亦即欲適用不方便法庭原則，必須認定「尚有其他具有管轄權之法院存在」，但非必認定「何法院為最適合原告起訴之法院」，倘前訴判決已就後者為判斷，亦僅係旁論而不具有爭點排除效。例如 X 於 A 國甲法院起訴，甲法院認定 B 國始為最適法院，而以不方便法庭原則駁回其訴；後 X 又於 A 國乙法院起訴，並主張前訴僅決定「甲法院之便利性」，而「甲法院或乙法院孰為最適法院」在前訴未成為爭點，而不具有爭點同一性，故而不應受前訴爭點排除效拘束，美國雖有少數法院接受此看法³⁷⁶，但亦有批評此將造成之任意選擇法庭（**forum shopping**）現象³⁷⁷。學者有從不方便法庭之意旨切入，認為若貫徹爭點排除效之要件，確實 B 國法院是否為最適法院或乙法院

³⁷⁵ 法院就下列因素綜合考量，案件由另一法院審理是否對雙方當事人更為方便且公正，如：取得證據之容易度、證人到庭之困難度、勘驗現場之可能性等，若結論為肯定，則得不受理該訴訟。但法院此項裁量權以至少有兩個法院具有管轄權可供原告擇一起訴為前提，若無其他管轄法院，則不得行使此裁量權。

³⁷⁶ *Mizokami Bros. of Ariz. v. Mobay Chem. Corp.*, 660 F.2d at 716-717.

³⁷⁷ *Johnston v. Multidata Sys. Int'l Corp.*, No. G-06-CV-313, 2007 WL 1296204, at 7 (S.D. Tex. Apr. 30, 2007).

是否為管轄法院，並非前訴判決之必要性爭點，亦未經當事人實際爭執；但此問題尚須考量普通法建立不方便法庭原則，非如廣義既判效力（*res judicata*）係經長久累積規則下而設有種種拘束及限制，反係允許法院對管轄權之認定具有裁量權，並得衡平考量所有影響管轄權之因素來認定使原告於某地起訴是否具有公平性；故而，為免戕害此彈性認定、法院之裁量權，及既然前訴法院已對原告指示何為最適法院，爭點排除效之原則應協力於強化法院衡平判斷之效力。至於如何平衡原告、被告之利益與公益之效率、訴訟經濟考量，有下列標準：（1）若原告於後訴僅係提出第一次起訴時兩法庭已存在之法律上或事實上差異（空間或地理上差異），則應受前訴效力拘束而不再開啟「是否適用不方便法庭原則」此一爭點；（2）但若為時間上差異，即原告主張者為前訴判決後始發生何等事實或法律變更，故而已無其他適合起訴之法院，如其身體狀況下滑以致無法遠行等，則後訴法院應再度審理該爭點³⁷⁸。

本文認為，從爭點排除效亦有時之範圍觀察，某程度即可解決此問題，尚無須創造其他標準來處理：爭點效僅遮斷前訴事實審言詞辯論終結時已存在之事實，則縱使前訴法院已判斷「B國為最適法院」，亦僅係就前訴事實審言詞辯論終結時之事實判斷B國為最適法院，自不阻礙原告提出上開（2）之主張。

第二項 客觀範圍

第一款 爭點同一性與舉證責任

美國法上，有以前、後訴就同一爭點之舉證責任或證明度之不同，作為爭點

³⁷⁸ Note, Cross-jurisdictional forum non conveniens preclusion (2008). *HARV. L. REV.*, 121, 2178, 2187-2188.

排除效之例外事由³⁷⁹，Restatement 中所舉之例為：X 對 Y 提起之損害賠償訴訟中，依相關法律規定，X 須證明「Y 有過失」且「X 無過失」，若 X 無法證明其無過失而敗訴，在 Y 對 X 提起之後訴中，亦不得援用前訴「X 非無過失」之判斷，Y 仍須就「X 有過失」為舉證³⁸⁰；但若 X 於前訴已成功證明自己無過失，且亦符合爭點效之其他要件時，於 Y 對 X 提起之後訴，X 得援引前訴「X 無過失」之判斷，排除 Y 提出「X 有過失」之主張。亦即，若前訴非負有舉證責任之當事人，得於藉由爭點效免除自己於後訴本應負有之舉證責任，將不符爭點效之理念；但若係就該爭點前訴負有舉證責任之當事人，無論在後訴中就該爭點是否負舉證責任，均得援引此爭點效。有學者認為應以美國法之規範為借鏡，亦即當前、後訴就同一爭點之舉證責任分配或證明度有所不同時，得作為排除爭點效之事由，不過，如在未違反爭點效理論基礎與政策考慮（兩造公平、避免重複審理之效率性價值）之情形下，即使前、後訴舉證責任分配不同，亦有發生爭點效之可能³⁸¹。對此，另有論者批評：與其從爭點效之政策面為論理觀點，抽象地說明在舉證責任相反或證明度有所差異之情形，係因政策面之考量（效率、公平）而不生爭點效，不如說是因為在定性上，前、後訴之爭點本非同一，並因此具有攻擊防禦之徹底度及所受程序保障上之差異所致，且藉此方式判斷拘束力是否發生，將更為明確、容易並可減少爭議等語³⁸²。

其實，美國法上不乏有學者提及關於前、後訴舉證責任與證明度不同之問題，實則係反映爭點排除效之客觀範圍認定，亦即：當受有不利拘束力之當事人，於

³⁷⁹ See Restatement (Second) of Judgments § 28(4) (1982); Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 701 & 18 Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H., *supra* note 15, §4422.

³⁸⁰ Restatement (Second) of Judgments § 28(4) cmt. f, illus. 10 (1982).

³⁸¹ 黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7 月，頁 75-76。

³⁸² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 209 註 44；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月，頁 61 註 36。

後訴中負有比前訴更輕之舉證責任時，此時傾向認定為非同一爭點³⁸³。不過，亦有學者批評，現行關於同一爭點之判斷標準³⁸⁴未臻明確³⁸⁵。

本文以為，從上述美國法之討論，可看出美國雖設有預審與證據開示程序，但因未有如我國協同主義下由法官透過闡明、心證公開以明確化爭點所在、使當事人於具有充分資訊、得預測法院行為並具體化當事人之行為責任等規定，在美國法上僅能透過抽象的政策討論來討論、界定爭點之範圍，故以「衡量兩造公平、避免重複審理之效率性價值」等標準來決定爭點效客觀範圍之思想，在美國法之背景下確有其價值所在。只是，於我國現行審判架構下，應可進一步如本文於第三章第一節爭點效之要件中所述，從前訴訟中訴訟實態、法院之闡明程度、當事人預見可能性等，評斷「將前訴爭點界定為何範圍內，最能達成紛爭一次解決功

³⁸³ Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R., *supra* note 49, at 701-702.

³⁸⁴ Restatement (Second) of Judgments 就如何界定爭點之範圍，並未提供一固定規則，但將影響爭點同一性之因素列舉如下：(1) 前、後訴之證據或論點實質上是否有所重疊；(2) 新的證據或論點是否涉及前訴適用之同一法律；(3) 就後訴之主張，是否能合理期待當事人應於前訴之預審程序 (pre-trial) 或證據開示程序 (discovery) 提出 (embrace)；(4) 前、後訴之請求是否具有緊密之關連，see Restatement (Second) of Judgments § 28(4) cmt. c (1982). 此部分尚有二事例：(例一) 倘 X 對 Y 提起損害賠償請求，主張因 Y 之超速而與 X 發生車禍並造成 X 之身體損傷，法院認定 Y 無過失而判決 Y 勝訴；其後 Y 對 X 請求基於同一車禍所生之損害賠償 (以該州無強制反訴規定為前提)，X 不得再主張 Y 係未注意路況而有過失。亦即，此時前訴發生爭點效之爭點不只是「Y 無因超速有過失」，而係「Y 無過失」，故而「Y 因疏忽路況而有過失」此一主張亦受「Y 無過失」之爭點效所遮斷。(例二) X 請求 Y 返還分期償還之第一筆借款，Y 抗辯借貸契約係因詐欺而無效，但法院以契約有效，判決 X 勝訴；其後，就已到期第二筆借款 X 再度向 Y 起訴請求，X 亦仍得再主張該借款契約係違反高利率禁止之法規而無效，此時前訴爭點應界定為「契約是否因詐欺而無效」。相較之下，(例一) 之情形係滿足上述所有考量之要素，即 (1) 證據及論點上的重疊 (皆牽涉同一事件與法理論)、(2) 新證據涉及之法律與前訴所涉及者同一 (皆涉及過失)、(3) 期待可能性 (於前訴預審及證據開示程序提出其他可能構成 Y 有過失之相關之主張、證據)、(4) 前、後訴之關連性 (兩請其皆基於同一事件)；但 (例二) 卻只有 (3) 期待可能性 (於前訴預審及證據開示程序提出所有與契約無效相關之主張、證據) 及 (4) 前、後訴之關連性 (兩請求皆基於同一契約)。See Restatement (Second) of Judgments § 28(4) cmt. c, illus. 4&6 (1982).

³⁸⁵ 學者表示：實則 Restatement (Second) of Judgments (例二) 中亦有將前訴爭點界定為「契約之有效性」之空間，若如此處理則將於請求第二期借款之後訴中，排除其他可能形成契約無效之主張。並且，從政策上考量，難以理解為何被告須於第一次訴訟中，提出所有可能形成契約無效之主張。亦即在上述兩案例中，欠缺正當、充分且明確之區分，可能導致小心翼翼的律師 (或當事人) 在前訴一次提出所有可能支持其論點之主張，see Teply, L. L. & Whitten, R. U., *supra* note 94, §13, 1002.

能、訴訟經濟、矛盾裁判防免之要求，且滿足程序保障之要求而不致生突襲」；而無須再訴諸美國法之抽象標準。

如〈事例五〉中，在前訴爭點僅特定到 C1 事實存否，且法院未闡明 X、Y 提出其他主張之情況下，X 已先證明 D1、D2 事實存在，而 Y 無法證明 D1、D2 事實係不可歸責於己，法院以 Y 未盡舉證責任，推定 C1 事實存在，而判決 X 勝訴確定。在後訴中 Y 仍得以主張 C2 事實，並由 Y 證明 D3、D4 事實後，再由 X 就該事由不可歸責於己負舉證責任。不過，Y 得再行主張，非因前、後訴就舉證責任分配有異，而係由於在回顧前訴程序保障之充足程度後，應界定前訴爭點為 C1 事實，而非「系爭委託契約係因可歸責於 X 或 Y 事由致給付不能」。

第二款 爭點簡化協議

〈事例十五〉³⁸⁶

- [前訴] 買受人 X 主張買賣標的物甲屋係海砂屋 (D1 事實) 而有瑕疵 (C1 事實) 等語，起訴向出賣人 Y 請求因甲屋瑕疵所生損害賠償。前訴判決確定後，[後訴] Y 向 X 請求給付甲屋餘款價金，X 則抗辯：C1 事實存在，且買賣關係已經解除等語。則 X、Y 如在前訴未或有訂立下列之爭點簡化協議，將對前訴及後訴生何影響？
- [情況一] 協議內容為：「在本件訴訟標的下，C1 事實有無之認定僅以 D1 事實存否之認定為基礎」³⁸⁷。

³⁸⁶ 援用及增補自：邱聯恭，於民事訴訟法基金會第 214 次研討會提出之書面「判決效客觀範圍及爭點效之界定如何受制於爭點曉諭、闡明程序之踐行」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月，頁 238。

³⁸⁷ 此類協議帶有證據契約之性質，在推論上仍須符合論理及經驗法則，如 D1 根本無法推論 C1 有無，則此類協議不拘束法院。

- [情況二] 協議內容為：「在本件訴訟（訴訟標的）所繫紛爭事實（廣義原因事實）有無伴生 C1 存否之認定，一概僅以 D1 事實存否之認定為基礎」。
- [情況三] 協議內容為：「C1 事實有無之認定僅以 D1 事實存否之認定為基礎」。
- [情況四] 協議內容為：「C1 事實有無之認定以 D1 事實存否之認定為基礎」。
- [情況五] 未為協議。

如當事人於前訴訟中成立爭點簡化協議，將對前、後訴訟生何影響？亦即：爭點簡化協議如何牽動前訴訟審理活動及前訴確定判決對後訴訟之爭點效客觀範圍？

爭點簡化協議對前訴訟審理活動之影響，最大爭議在於：非屬協議明定範圍內之主張或事實是否得再提出？（1）有學者主張：為防止當事人逃避爭點簡化協議之效力，可推認兩造在達成爭點簡化協議之時，因為雙方已就其可處分之爭點，積極達成協議，故可期待雙方當事人預測到未經主張列入爭點者，已消極默示將其排除或限縮在爭點簡化協議之外，將來不得再主張，縱當事人未於協議中明確捨棄其他攻防方法，亦同；至於在協議成立時尚未出現，而於嗣後審理時始出現或擴大之爭點，要求其受協議拘束顯失公平，故當事人自不受其拘束等語³⁸⁸；（2）亦有認為，嗣後又提出於協議時即可預期並提出之爭點，亦為一種變更或擴張爭點之行為，故如當事人其後主張之攻防方法，已非屬於原協議限縮之爭點範圍內，

³⁸⁸ 吳從周，「案件遲延之逆襲－從防止『逃避爭點簡化協議』與『逃避失權』之角度出發整理與觀察相關最高法院判決」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010年10月，頁247-248；吳從周，「再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010年10月，頁279。

該主張亦有違反限縮爭點協議拘束力之問題³⁸⁹；(3) 另有論者主張，兩造成立爭點簡化協議後，當事人受其拘束而不得提出之攻擊防禦方法，僅限於協議中列明予以排除之已經主張及尚未主張之爭點，否則仍不受該協議之效力所及，並且強調，此種情況縱未違反該協議所生之約定促進訴訟義務，但仍可能違背法定訴訟促進義務³⁹⁰。

至於對爭點效之客觀範圍有何影響？有認為，縱當事人係對爭點之判斷訂有證據方法限制契約或仲裁鑑定契約，亦不應使法院就該爭點之判斷對後訴發生拘束力，以避免影響當事人合意簡化爭點之空間³⁹¹；又基於爭點簡化協議所為之裁判，就排除於爭點以外之事項，應不生拘束力，以避免當事人因憂慮在將來之後訴訟會受到不利拘束，而提出諸多無益的訴訟資料，反而有礙程序利益³⁹²。

本文認為，爭點簡化協議之效力及範圍，是協議之解釋及認定之問題。縱使達成協議前就某爭點曾出現數項攻擊防禦方法，而當事人其後將爭點限縮於某項攻防方法，既爭點限縮之型態本包含未排除其他主張之類型，且當事人亦未表明是否排除其他主張之義務，自難以推論「當事人未表明不排除其他主張，即等同於默示排除未列明於協議內容之其他主張」，上述見解(1)未免過於速斷。又，為避免造成促進訴訟之突襲，法院在促成爭點簡化協議(第270條之1第1項第3款)或是經當事人陳報已自行達成爭點簡化協議(第268條之1第2項、

³⁸⁹ 黃國昌，「限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究(一)』，2010年10月，頁223；黃國昌，「爭點整理後之客觀訴之變更追加」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討(十六)』，2009年4月，頁218-221。

³⁹⁰ 許士宦，「第二審程序時效抗辯之失權」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究(一)』，2010年10月，頁321-322。

³⁹¹ 黃國昌，「既判力：第三講----既判力之客觀範圍----兼論爭點效」，『月旦法學教室』，第34期，2005年8月，頁50-51。

³⁹² 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第214期，2009年4月，頁207-208；沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第129期，2009年6月，頁59-60。

第 270 條之 1 第 2 項)時，如認協議內容尚不明確，而有致生上開爭議之虞者，應向當事人發問，予兩造補充陳述之機會(第 199 條第 2 項)。至於，爭點簡化協議對爭點效客觀範圍之影響為何？重點仍在前訴爭點之界定，如某主張、事實被排除於協議之外者，因其未成為本案爭點，自非爭點效所及。

以下檢討〈事例十五〉之各問題：

- [情況一] 協議內容為：「在本件訴訟標的下，C1 有無之認定僅以 D1 事實存否之認定為基礎」。
- [情況二] 協議內容為：「在本件訴訟(訴訟標的)所繫紛爭事實(廣義原因事實)有無伴生 C1 存否之認定，一概僅以 D1 事實存否之認定為基礎」。

(1)對前訴之影響：[情況一]、[情況二]之協議，同有限定以 D1 事實認定 C1，而排除以其他 D 系列事實認定 C1 之意涵，故於前訴審理中，X 不得再主張 D2(漏水)、D3(牆壁龜劣)等事實，此點不論在爭點整理階段，D2、D3 事實是否曾經顯現，皆同。

(2)對後訴之影響：論者評釋[情況一]中前訴法院之認定，對於後訴所涉之 C1 爭點，不生拘束力，X 得於後訴再主張 D1、D2、D3 等事實；[情況二]中，為貫徹紛爭解決一次性之要求、保護程序利益(不必在後訴就 C1 存否為重複攻防及審理時所可導致之勞費節省)，前訴法院所為認定，對於後訴所涉 C1 爭點之判斷，亦有拘束力等語³⁹³。本文以為，在[情況一]中，前訴爭點為「C1 是否因 D1 而存在？」，前訴對 D1 事實之判斷本應發生爭點效，但因受到該協議所限制³⁹⁴，X 不受前訴判斷所拘束，故而 X 不僅得提出 D2、D3 事實再爭執 C1，亦得於後

³⁹³ 邱聯恭，於民事訴訟法基金會第 214 次研討會提出之書面，「判決效客觀範圍及爭點效之界定如何受制於爭點曉諭、闡明程序之踐行」，《法學叢刊》，第 214 期，2009 年 4 月，頁 238。

³⁹⁴ 考量爭點效之公益性質並非強烈，故得由當事人以合意限制其效力。

訴就 **D1** 事實為反於前訴法院判斷（甲屋非海砂屋）之主張（甲屋係海砂屋）。〔情況二〕中，則有就同一紛爭事實一併認定 **C1** 存否之意涵，故前訴爭點應為「**C1** 是否存在？」，前訴法院就 **C1** 之判斷發生爭點效，故 **X** 不得再提出 **D2**、**D3** 事實為反於該判斷之主張，此種爭點效正當化根據，除了未為爭點簡化協議之情形所同具備之紛爭一次解決、程序保障外，當事人更係基於契約法理、私法自治及程序處分權所生自己責任而受拘束

- 〔情況三〕協議內容為：「**C1** 有無之認定僅以 **D1** 事實存否之認定為基礎」。

（1）對前訴之影響：同〔情況一〕、〔情況二〕。

（2）對後訴之影響：前訴之爭點為「**C1** 是否因 **D1** 而存在？」而非「**C1** 存否」，故前訴法院就 **C1** 之認定，對於後訴所涉之 **C1** 爭點，不生拘束力，**X** 得於後訴再主張 **D2**、**D3** 等事實。不過，**D1** 事實在前訴已成為爭點，並經 **X**、**Y** 攻防，法院亦為實際判斷，況且 **X**、**Y** 並未特別限定對該爭點判斷之效力僅及於前訴訟，故就 **D1** 事實之部分應發生爭點效。此時，如 **X** 或 **Y** 主張³⁹⁵**D1** 事實已經前訴法院判斷，後訴法院應依前訴法院對 **D1** 事實之判斷，及後訴中對 **D2**、**D3** 事實調查所得心證，綜合判斷 **C1** 存否。

- 〔情況四〕協議內容為：「**C1** 有無之認定以 **D1** 事實存否之認定為基礎」。

（1）對前訴之影響：沒有排除其他 **D** 系列事實之意涵，**X** 尚得於前訴審理中提出 **D2** 事實，不過此種情況縱未違反該協議所生之約定促進訴訟義務，但仍可能違背法定訴訟促進義務（第 276 條）。如在爭點整理前，**X** 曾提出 **D2**、**D3** 事實，當 **X**、**Y** 其後為此協議時，法院應闡明 **X**、**Y** 之真意，已明確化爭點簡化協議之效力範圍。

（2）對後訴之影響：原則上同〔情況三〕，但如 **X** 在前訴中已提出 **D2** 事實，且

³⁹⁵ 由何人主張時應如何處理，見本文前述第三章第二節第一項職權調查事項或責問事項。

經法院認為未違反法定訴訟促進義務，而為兩造攻防、法院審理，則前訴就 D2 事實之判斷亦應發生爭點效。

● 【情況五】未為協議。

如本文於爭點效要件中所述，後訴法院應檢視前訴訟實態（法院闡明之情況、X、Y 是否受有突襲）來判斷前訴爭點為「C1 存否」或「C1 是否因 D1 而存在」。由上述情形比較，可知爭點簡化協議不僅有促進前訴訟審理、保護當事人程序利益之意涵，更有助於明確化爭點效客觀範圍，

第二節 爭點效之主觀範圍（一）——當事人、繼受人及被擔當者

第一項 當事人

第一款 同一當事人

我國無論於實務或學說上，關於爭點效之主觀範圍皆採取保守立場，而認為該效力僅限於前、後訴之同一當事人間³⁹⁶。若從向來「將誠信原則理解為爭點效唯一根據」之想法來思考，自不難理解此限制之由來，蓋既然第三人未親自於前訴訟中進行攻防舉證，對當事人自無違背誠信原則之問題³⁹⁷。惟如前述，在新法將判決效力導向於以程序保障為前提，並達成紛爭一次解決要求之變革下，「程序

³⁹⁶ 見註 35。

³⁹⁷ 呂太郎，於民事訴訟法研究會第 108 次研討會之發言，『法學叢刊』，第 220 期，2010 年 10 月，頁 209。日本學說上，亦有對爭點效之主觀範圍提出疑問，而指明帶有曖昧界限之爭點理論無法供為實務之用。其舉事例為：債權人提起代位訴訟時，雖然債務人本身之處分權受有剝奪而僅得為輔助參加，既判力仍及於債務人；若認爭點效之主觀範圍應與既判力等同視之，則爭點效應及於債務人；但是，從爭點效所提示之誠信原則來看，其並未成為當事人之訴訟，得否稱之為「前訴」，不無疑問。參見：倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第 17 卷第 2 号，1966 年 1 月，頁 85-86。

保障」與「紛爭一次解決」應並列為爭點效根據之一。若基於此導向來理解爭點效，即有跳脫僵硬限縮其主觀範圍之可能，**蓋程序保障本非以已實際參與訴訟為必要**，此點觀察民事訴訟法第 401 條既判力主觀範圍之規定自明，在該條第 1 項、第 2 項中，就標的物之占有人、當事人之繼受人及訴訟擔當之被擔當者，雖非親自參與訴訟，但因自身無須加以保護之實體利益（無可據以對本訴訟當事人主張受保護或對抗之地位），在配合當事人恆定主義、依法律授權及事前、事後之程序保障或以意定授權等情形下，而擴張判決效力於該等非屬訴訟之形式上當事人者。

實務上雖亦有極少數見解認為爭點效之適用不限於前、後訴同一形式上當事人間，如最高法院 89 年度台上字第 518 號民事判決：「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，本於當事人辯論之結果，已為判斷時，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足已推翻原判決之情形外，應解為在同一當事人就與該重要爭點有關所提起之他訴訟，法院及當事人對該重要爭點之法律關係，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；此原則除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的者，參諸民事訴訟法第 401 條第 1 項規定，應亦有其適用。」（爭點效及於一般繼受人）、97 年度台上字第 298 號民事判決：「台中地院系爭派下權事件，係本於上訴人之認諾，而為其敗訴之判決，已告確定，且未經他判決廢棄或變更，既為兩造所不爭執，**即有其既判力及爭點效存在**。又祭祀公業並無當事人能力，惟祭祀公業設有管理人者，得以管理人名義起訴或應訴，即祭祀公業以管理人名義起訴或應訴，係代表派下員全體起訴或應訴，當法院判決後，**其判決之效力，自然及於祭祀公業全體派下員**。」³⁹⁸。然而仍存有下列問

³⁹⁸ 不過，本件尚無法作為最高法院認為爭點效及於祭祀公業全體派下員之例，蓋此段文字係最高法院認為原審判決理由無誤之敘述，而非明確表示爭點效及於祭祀公業全體派下員；再者，實際上原審駁回上訴人所提之新攻防方法，理由為上訴人之主張違反前訴確定判決之既判力，而未提及爭點效；最後，前訴確定判決係認諾判決，則前訴重要爭點未經當事人攻防，不應發生爭點效。

題：第一，爭點效之適用是否僅限於第 401 條第 1 項，而不及於同條第 2 項；第二，最高法院 89 年度台上字第 518 號民事判決對爭點效之根據仍僅求諸於誠信原則，而未說明何以對未實際於訴訟上為攻防之第三人亦有誠信原則之適用；第三，所謂「參諸」民訴法第 401 條第 1 項，係指直接適用、類推適用或他意亦不明確。

首先，從程序保障係作為既判力與爭點效之共通基礎觀察，在第 401 條之情形，既可認立法者已確信該等情形有既判力擴張之必要性，且搭配事前、事後之程序保障制度，既判力擴張亦無害於該非形式當事人之第三人之程序權，則若使效力強度及公益性較低之爭點效隨之擴張，亦無害第三人之程序權³⁹⁹，此點不論在該條第 1 項或第 2 項，皆無不同。再者，誠信原則僅係作為爭點效根據之一，且亦不阻礙爭點效擴張於第三人之可能，蓋縱使第三人未親自參與訴訟，如該訴訟已由具合法訴訟實施權之形式當事人為攻擊、防禦行為時，倘又准許第三人就已為充分審理之爭點事項再為不同主張，對已花費勞時費用之對造當事人來說，亦難謂不悖於誠信原則及其信賴（因形式當事人具合法之訴訟實施權，而對三方間統一解決紛爭所生信賴）⁴⁰⁰。毋寧，使既判力與爭點效同時擴張於第 401 條之第三人，更可達成該條規定所欲達成之擴大訴訟制度解決紛爭（紛爭一次解決、統一解決紛爭）之要求⁴⁰¹。故本文認為，爭點效之「同一當事人」要件有重新解

³⁹⁹ 須注意係前訴判決在形式當事人間已符合爭點效之要件，始有爭點效擴張於第三人之問題；若在形式當事人間未生爭點效，就判決理由中判斷對第三人發生拘束力之依據，或可求諸、檢討是否有參加效力。

⁴⁰⁰ 不過在第三人欲對前訴當事人主張有利爭點效擴張時，即難以誠信原則為依據，蓋第三人本未與前訴當事人就爭點為攻擊防禦，欲禁止前訴當事人在與第三人之後訴為反於前訴判斷之主張，其根據應求諸於前訴當事人已受程序保障、紛爭一次解決及統一解決紛爭要求。

⁴⁰¹ 既判力擴張理論中，亦有主張主觀範圍應同時擴張者，參見：R. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, 1931, p.265、277、345，轉引自：若林安雄，「フランス民事訴訟法における判決の理由中の判断の効力について」，山木戸克己ほか編『手続法の理論と実践[下卷]』，法律文化社，1981 年 7 月，頁 284、290。其從判決理由中對主要問題之解決所生既判力，具有積極效果出發，而認為法院於判決理由中之判斷具有對世效。亦即，「裁判行為常是確認法律之違反」，並且規則之違反係具有客觀的性質，因而既判力不僅禁止違反既判事項之主張，基於此禁止可視為對具體或抽象之法問題，已有一定回答，如此一來，既判力在裁判行為之構

釋之必要，該當事人非僅指形式上當事人，亦應包含實質上當事人。

至於在法學方法上應如何運用第 401 條（直接適用或類推適用），尚涉及兩問題：（1）爭點效是否為現行法律所承認之判決效力；（2）第 401 條所指擴張於第三人之「確定判決之效力」為何。之所以牽涉（1）問題，係因如某判決效力非現行法所承認之效力，又欲進入民訴法指涉之效力運用範疇，自僅得類推適用而不得直接適用第 401 條規定。然而，如第二章第三節判決理由中判斷所具拘束力之性質與法理根據所述，爭點效在現行法上尚非無據（智慧財產案件審理細則第 34 條、民法第 275 條），雖非直接規定於民事訴訟法上，亦當屬現行法所承認之判決效力之一，而無礙於直接適用第 401 條規定。（2）第 401 條所指之效力解釋有二，第一種解釋係結合第 400 條第 1 項之規定內容「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力」，認為第 401 條之「確定判決之效力」僅指既判力而言；第二種解釋⁴⁰²，則認為尚包含給付判決之執行力⁴⁰³、不具對世效之形成判決所生形成力及爭點效。若單純從條文文義及體系解釋，或許以第一種解釋較符合規定之一致性。不過，從第 401 條之設置係為貫徹判決實效性、謀求法安定性、訴訟經濟與保護程序利益等意旨觀察，本文贊同第 401 條應屬「判決效力」而非僅為「既判力」之主觀範圍規定，因為：（1）承認爭點效之法理依據，係由我國新法增設爭點整理程序、強化爭點曉諭義務（第 199 條、第 296 條之 1）等規定而生，而該等規定皆指向於突襲性裁判之徹底防止與具體程序保障之充分

成要素中亦發生積極的效果，而禁止所有以重提已經解決之問題為目的之嘗試，故而具有對世效。

⁴⁰² 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 317、319、333-334。

⁴⁰³ 關於此規定尚包含執行力，其提示性規定為強制執行法第 4 條之 2 第 1 項，併參創設第三人撤銷訴訟及增訂第 507 條之 3 等規定時之立法理由，指明未受事前程序保障之第三人，得於保護該固有利益之必要範圍內，訴請撤銷其所被擴張效力之不利部分，並該制度係屬對未受事前程序保障者特別之事後救濟程序，因而原則上並不影響該確定判決在原當事人間之效力；但為避免執行程序在第三人撤銷之訴判決確定前已終結，致第三人權益受損，故明定受理該訴之法院因必要情形或依聲請定相當並確實之擔保，得於撤銷之訴聲明之範圍內，以裁定停止原確定判決對第三人不利部分效力，參見：司法院編，『民事訴訟法、民事訴訟法施行法部分修正條文對照表暨總說明』，2003 年，頁 320、323-324。

賦予，且在程序保障作為判決效力正當化基礎論下，擴大判決效力範圍及可能性亦越大，在滿足上開要求之情形，就當事人盡力攻防之成果更應加以充分利用，以達紛爭一次解決、訴訟經濟之要求；(2) 判決效力主觀範圍之部分，從新法增設第 67 條之 1、第 254 條第 4 項及第 507 條之 1 規定，亦均表明在無害於第三人程序保障之前提下，應盡量擴張判決效力至第三人以達成統一解決紛爭之要求。綜上，在無造成突襲之虞，同時擴張判決效力之客、主觀範圍，亦即將爭點效適用於第 401 條之主觀範圍，不僅不悖於條文解釋，毋寧正符合新法的立法意旨所指向之判決實效性與擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。

因此，就爭點效之主觀範圍，應直接適用第 401 條之規定，而當訴訟當事人間發生爭點效時，在無害於第三人程序保障之下，該爭點效皆及於第 401 條所指之第三人。

第二款 前訴非對立當事人兩造間效力

＜事例十六＞（最高法院 98 年度台上字第 1090 號、99 年度台上字第 1717 號案件事實）

- [前訴](一) 原告 Z 主張：X 就系爭工程與 Y 公司訂立承攬契約，Y 公司再轉包予 Z 公司而訂立次承攬契約，嗣 X 於 91 年 8 月間通知 Y 停工並終止契約，其後 Y 亦通知 Z 停工並終止契約，因 X、Y 為同一集團公司，X、Y 本即應連帶給付 Z 工程款，且三方並於 91 年 11 月間簽立協議(下稱系爭協議)，約定 X、Y 應給付 Z 工程款 43,249,994 元，詎 X、Y 僅給付 1,620 萬元，尚欠 27,049,994 元未給付，迭經 X 催討均未置理等語，依系爭協議、承攬、次承攬契約，訴請 X、Y 連帶給付工程款本息。(二) 被告 X 則抗辯：X 未與 Z 訂有承攬契約，X 無給付 Z 工程款之義務；系爭協議係約定 X 應直接給付第二期工程款 1280 萬元予 Z，惟 X 給付 340 萬元後，發現系爭工程瑕疵過多，主張扣款故拒絕給付剩餘金額；且 Z 之請求權已罹於時效等語；(三) 被

告 Y 則抗辯：伊不爭執 X 與 Y、Z 有結算系爭工程款為 43,249,994 元，但 Y 僅係幫 X 代收、代付工程款，未獲有任何利潤，自應由 X 而非 Y 負擔系爭工程之工程款等語。(四) 法院認定 (1) X 與 Y、Y 與 Z 係分別訂立承攬契約，Z 不得依承攬契約請求 X 給付工程款；(2) 系爭協議僅係約定就 1,280 萬元部分之工程款，經 X 直接給付予 Z，並非使 X、Y 共同承擔 Y 對 Z 之全部債務，是除該 1,280 萬元外，Z 主張依該協議書請求 X 給付其餘工程款部分，則無足採，又 X 僅給付 340 萬元後即未再清償，應再給付 940 萬元本息予 Z。(3) Z 已證明工程總額金額，且 X 之時效、瑕疵抗辯均不可採。(4) Y 與 Z 定有次承攬契約，Y 抗辯僅基於代收、代付工程款地位而不須給付工程款予 Z，洵無足採。從而，Z 本於次承攬契約請求 Y 給付 27,049,994 元本息、依系爭協議請求 X 給付 940 萬元本息為有理由，超過部分則駁回。又 Y 應依次承攬契約給付 Z 承攬報酬債務，與 X 依系爭協議應給付 Z 工程款債務，係屬不真正連帶債務，併就該 940 萬元本息部分，諭知任一人為給付時，他人於給付範圍內免除給付義務。

- [後訴] (一) 原告 Y 主張：Z 據前開確定判決對 Y 執行，致 Y 受有損害，且 X 因而受有免為給付之利益等語，依承攬及不當得利法律關係，訴請 X 給付該全部工程款項。(二) 被告 X 則抗辯：前訴確定判決已判認 Y 本負有給付 Z 工程款之義務，且系爭協議僅係約定就 1,280 萬元部分之工程款，由 X 直接給付予 Z，Y 之給付義務不因系爭協議而消滅，故 Z 對 Y 執行使 Y 之給付義務消滅，Y 自無損害可言；又 X 對 Y 之給付亦未因此消滅，X 未受有利益等語。(三) 原審認定：依系爭協議 X 本應給付 Z 之剩餘工程款，因違約不付款致 Z 向 Y 請求，使 Y 受有損害，X 因而免除依系爭協議應負之「後續未付之工程款」義務而受有利益，二者間顯有相當因果關係，Y 自得依不當得利之法律關係請求 X 給付，而判決 Y 勝訴，又因不當得利部分已有理由，則無須再認定承攬部分。

- **〔最高一〕**最高法院 98 年度台上字第 1090 號民事判決：「查前案確定判決之訴訟係由 Z 提起，依工程合約及系爭協議之法律關係，請求本件兩造連帶給付剩餘承攬報酬二千七百零四萬九千九百九十四元本息。前案一審法院認定 Z 依工程合約之法律關係請求 Y 如數給付，為有理由；依系爭協議之法律關係請求 X 給付第二期工程尚欠工程款九百四十萬元本息，亦有理由；併就該九百四十萬元本息部分，諭知任一人為給付時，他人於給付範圍內免除給付義務；另駁回 Z 依系爭協議請求 X 給付其他剩餘報酬之部分，即認該協議僅使 X 負有給付第二期工程款一千二百八十萬元之義務，且因 X 已給付三百四十萬元，祇須再給付尚欠之工程款九百四十萬元本息即可，非使 X 與 Y 共同承擔對 Z 之全部剩餘承攬報酬債務等情，為原審認定之事實，並有該前案確定判決在卷足憑（見一審卷六三至六八頁）。則就「系爭協議是否有使 X 與 Y 共同承擔對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務」〔爭點一〕一節，厥為前案之重要爭點，既經兩造完足舉證及辯論後，前案確定判決法院已為實質之判斷，且 Y 就該確定判決認定其應給付 Z 全部剩餘工程款一節，並未聲明不服，基於其程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，即應賦予該判斷一定之拘束力。是 X 除依系爭協議約定應付卻未付之九百四十萬元外，不因該協議而負有對 Z 另給付其他剩餘報酬之義務，此為前案確定判決已然確立兩造及 Z 間之法律關係，則 X 未給付 Z 九百四十萬元以外之其他剩餘報酬，難認有何違反系爭協議之可言。原審見未及此，疏未審認當事人是否須受前案確定判決對上開爭點判斷之拘束及有無可不受拘束之具體事由，遽為與前案確定判決相反之判斷，認定 Y 依系爭協議本無給付工程款義務，X 仍應給付九百四十萬元以外之其他剩餘承攬報酬，並進而認定該公司受有免除依系爭協議應負「後續未付之工程款」義務之利益，Y 則受有因前案確定判決而給付 Z 全部剩餘報酬二千七百零四萬九千九百九十四元之損害，且二者間有因果關係云云，揆諸首揭說明，已有未洽。」廢棄

原判決發回更審。

- [高院一] 臺灣高等法院 98 年度建上更(一)字第 23 號民事判決：「就『系爭協議是否有使 X 與 Y 共同承擔對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務』一節，厥為前案之重要爭點，既經兩造完足舉證及辯論後，前案確定判決法院已為實質之判斷，且 Y 就該確定判決認定其應給付 Z 全部剩餘工程款一節，並未聲明不服，基於其程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，即應賦予該判斷一定之拘束力。是 X 除依系爭協議約定應付卻未付之 940 萬元外，不因該協議而負有對 Z 另給付其他剩餘報酬之義務，此為前案確定判決已然確立兩造及 Z 間之法律關係，則 X 未給付 Z 公司 940 萬元以外之其他剩餘報酬，難認有何違反系爭協議之可言。準此，兩造既為前案確定判決之當事人，自應受前案確定判決對上開爭點判斷之拘束。雖 Y 辯稱：前案訴訟過程中 Z 向伊表示渠列伊為被告，係因法律關係必須如此，但訴訟目的係向業主即 X 追討債務，故在 Z 訴訟代理人建議下，伊方為自認，且一審敗訴後亦未上訴，惟 Z 迨勝訴確定後立即翻臉，並對伊強制執行，伊因受 Z 欺罔而自認，考量伊係遭 Z 欺罔，且當初約定伊之利益亦僅占總工程款之千分之六，前案確定判決之判斷對伊顯失公平，伊於本件為與原判斷相反之主張，尚不違反誠信原則云云，惟並未提出證據以供審酌，自難為與前案確定判決相反之判斷。是 Y 主張其對 X 有 27,049,994 元本息之工程款或承攬報酬請求權云云，尚不足採。」、「查前案確定判決既已判斷認定 X 除 1,280 萬元外，不因系爭協議書而負有對 Z 另給付其他剩餘報酬之義務，而 Y 並未提出任何證據證明『X 有履行承擔 Y 對 Z 債務之義務』，且系爭協議書（全文見四、(二)兩造爭執事項：2.(1)）並無此項記載，則 X 自無違反該義務而受利益之可言，Y 此部分主張，尚無可採，其據以請求 X 給付 27,049,994 元之不當得利本息，即屬無據。」判決 Y 敗訴，Y 又提起上訴。

- **〔最高二〕**最高法院 99 年度台上字第 1717 號民事判決：「又學說上所謂之爭點效，係指法院於確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果已為判斷時，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，於同一當事人間就與該重要爭點有關所提起之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相反之判斷，以符民事訴訟法上之誠信原則而言。是爭點效之適用，必須前後兩訴訟當事人同一，且前案就重要爭點之判斷非顯然違背法令，及當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷等情形始足當之。且此效力應發生在前後訴訟均處在對立當事人兩造間，倘第三人以兩造（即本件當事人）為共同被告提起之訴訟，兩造於該訴訟係利害相反之同造當事人者，因其對爭點之攻擊防禦對象係為該訴訟對造之第三人，應認其後訴訟不受前訴訟確定判決既判力或前訴訟對重要爭點之判斷之拘束，而得為相反之主張，法院亦得為相反之判斷。查前案確定判決係第三人 Z 對兩造請求給付承攬報酬事件，對 Y 係本於其與 Y 間訂立之系爭次承攬契約（即原判決所稱之工程合約）法律關係、系爭協議為訴訟標的，對 X 係本於系爭協議法律關係，Z 與兩造之攻、防亦各在與 Z 間之法律關係。非但兩造在前案確定判決事件中並非處於對立當事人之關係，且本件 Y 本於兩造間訂立之系爭承攬契約法律關係，尤其 X 是否應給付 Y 工程款或承攬報酬，並非該前案確定判決事件之重要爭點，而「系爭協議是否有使 X 與 Y 共同承攬對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務」一節，固為前案之重要爭點，卻與 Y 本於兩造間系爭承攬契約所為命 X 給付工程款或承攬報酬之請求無涉。原審不察，未就 Y 主張之兩造間系爭承攬契約法律關係調查審認，竟以上開理由遽為不利於 Y 之論斷，於法殊有未合，本件 Y 係依系爭承攬契約及不當得利之法律關係，請求法院依其單一之聲明而為判決，即學說所謂重疊的訴之合併，法院必須認定 Y 所主張之兩項訴訟標的均無理由時，始得為其敗訴之判決，原審就 Y 依系爭承攬契約請求工程款或承攬報酬部分之判

斷既然可議，原判決即屬無可維持。上訴論旨，指摘為不當，聲明廢棄，為有理由。」再度廢棄發回。

- [高院二] 臺灣高等法院 99 年度建上更（二）第 27 號民事判決：「查前案確定判決係 Z 對兩造請求給付承攬報酬事件，對 Y 以其與 Y 間訂立之系爭次承攬契約、系爭協議為訴訟標的，對 X 則以系爭協議為訴訟標的，Z 與兩造之攻、防亦各在與 Z 間之法律關係。非惟兩造在前案確定判決事件中並非處於對立當事人之關係，且 Y 於本件係依兩造間訂立之系爭承攬契約，請求 X 給付工程款或承攬報酬，關於 X 應否給付 Y 工程款，亦非該前案確定判決事件之重要爭點，揆諸前揭說明，本院仍應就此調查審認，尚不得僅以前案確定判決認定 Y 應給付予 Z 之工程款餘額為 27,049,994 元，即遽論 X 應給付 Y 之工程款餘額亦為 27,049,994 元，先予敘明。」，並以 Y 無法證明 Y 對 X 尚有 27,049,994 元之工程款餘額債權存在，且 X 於 940 萬部分雖因 Y 清償而同免責任，然其免給付義務非無法律上之原因，且 Y 仍得以 X 為終局債務人對其求償，Y 並未受有損害，X 亦未獲有利益，尚無不當得利可言，判決 Y 敗訴。

一、爭點效與類似參加效之效力

關於同一當事人之定義問題，近來實務上出現將爭點效明確限縮於前訴為對立當事人兩造間之見解，〈事例十六〉中之最高法院 99 年度台上字第 1717 號民事判決：「…是爭點效之適用，必須前後兩訴訟當事人同一，且前案就重要爭點之判斷非顯然違背法令，及當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷等情形始足當之。且此效力應發生在前後訴訟均處在對立當事人兩造間，倘第三人以兩造（即本件當事人）為共同被告提起之訴訟，兩造於該訴訟係利害相反之同造當事人者，因其對爭點之攻擊防禦對象為該訴訟對造之第三人，應認其後訴訟不受前訴訟確

定判決既判力或前訴訟對重要爭點之判斷之拘束，而得為相反之主張，法院亦得為相反之判斷。」

關於此問題，本文之意見為：

（一）後訴之兩造在前訴中，縱非屬對立當事人，亦有可能發生爭點效。蓋爭點效之紛爭解決一次性、維護訴訟經濟、當事人間公平、誠信原則等旨趣，在非對立當事人間亦無不同，毋寧既然三方均得基於當事人之地位，提出對己有利之事證時，在無礙當事人程序保障之前提下，更應盡量利用此一判決結果解決三方關係，始符擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。

（二）再者，利害相同或相反未必得劃一認定，而可能因爭點之擇定而有所不同。如 X 主張 Y1、Y2 分別駕駛車輛同時撞擊 X，致使 X 受有身體上之損害等語，訴請 Y1、Y2 連帶負損害賠償責任，則就「X 是否受有身體上之損害」此點，Y、Z 可謂利害一致；但在「Y1、Y2 有無過失」、「Y1、Y2 之過失行為與 X 之損害有無因果關係」、「應負侵權責任者為 Y1 或 Y2」此等爭點上，又屬利害相反。

（三）並且，在就某爭點為利害相反之情形，實則同造當事人實際所攻防之對象不僅只有對造，更包含同造。就此，在同造當事人間，即使就某爭點具有合一確定之必要，但又處於利害衝突之情形，在民事訴訟法第 56 條之「有利或不利行為」之解釋運用上，亦應容許各盡其所能提出對己有利（甚至是彼此相互矛盾）之主張及事證，以影響法官之心證形成⁴⁰⁴。若此，既然三方同具提出各自主張、事證之機會，在實際為辯論、攻防後，依上開爭點效之旨趣，三方自皆應受該爭點判斷之拘束。亦即，**某爭點判斷是否對三方皆有拘束力，應依爭點之性質、前訴訟實態及闡明權行使狀態等認定，而非單純由在前、後訴中形式上是否為對立當事人予以論定。**

⁴⁰⁴ 沈冠伶，於民事訴訟法研究會第 93 次研討會之發言，民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十四）』，2007 年 6 月，頁 252 以下。

（四）不過，在前訴中同造當事人就某爭點係屬利害相同時，則較難以將該同造當事人彼此間認為有針對該爭點實際攻防。然而若允許同造當事人對其提出攻防所受之判斷，僅變換當事人則得為不同甚至相反之主張，不但有違前訴中同造當事人間公平，亦不符紛爭一次解決之要求，故而本文認為，縱使在同造當事人於前訴就該爭點係屬利害相同時，如同造當事人已就該爭點提出事證盡其攻防、主張之能事，仍應受該對其有利（誠信原則）或不利（結果責任、自己責任）之判斷所拘束，此情形可類推民事訴訟法第 63 條規定，在前訴為同造當事人之兩造間，發生類似參加效之效力。

二、〈事例十六〉檢討

本件後訴法院之問題如下：〔最高一〕指出前訴確定判決就「系爭協議是否有使 X 與 Y 共同承擔對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務〔爭點一〕」判斷發生爭點效，原審未說明不適用爭點效之理由，即為相反之判斷，是有違誤等語，值為肯定，但尚未意識到本件有前訴非對立當事人兩造間效力問題。〔高院一〕認為前訴對爭點一之判斷具爭點效，故而就「Y 對 X 之工程款或承攬報酬請求權是否存在〔爭點二〕」，認定為不存在等語，在適用爭點效及推論上有所誤解；並且，對 Y 所提出不受爭點效所及之理由，僅以 Y 未提出證據以供審酌一筆帶過，係指如有證據可供認定，Y 即不為爭點效所及？或即使該事實為真，Y 仍為爭點效所及？均未交代。〔最高二〕已意識到爭點效主觀範圍之問題，惜過於僵化思考，未能充分考量前述爭點效之旨趣。〔高院二〕則指出爭點二非前訴重要爭點，就爭點二仍應調查審認。

（一）Y 是否受前訴確定判決之何判斷所拘束？

在前訴訟中，就「系爭協議是否有使 X 與 Y 共同承擔對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務」（爭點一）而言，X、Y 可謂利害相反。如就爭點一之審理，X、Y、Z 三人皆已提出對己有利之攻防、辯論，而經法院實際判斷，則該爭點判斷在三人

間皆應發生爭點效，不因 X、Y 形式上為同造當事人而不同。本件前訴確定判決就爭點一既已判斷系爭協議未使 X 與 Y 共同承擔對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務，則於後訴經 X 援用該爭點判斷後，Y 及後訴法院不得再為相反主張及判斷。不過，本件從前訴確定判決內容對 Y 所為抗辯之記載，無法看出 Y 有對爭點一提出任何主張或事證，而僅抗辯其非承攬契約當事人（Y 僅係幫 X 代收、代付工程款），故而如 Y 確未就爭點一為攻防，〔最高二〕認為 Y 不受前訴爭點一判斷拘束之結論可資認同；並且，縱使 Y 確有就爭點一攻防，亦須考量法院是否有公開對其抗辯所得之暫時性心證（如 Y 係承攬契約當事人，而非單純居於代收、代付工程款之地位），使其有機會提出其他事證（如證人 A 可證明協議當日 X、Y、Z 有達成「由 X 承擔 Y 對 Z 給付全部剩餘承攬報酬義務」之合意，僅係未載明於協議書面上），即法院之判斷須為一非突襲性判斷等，而不得一概論定判決所為之判斷必對 Y 發生爭點效。又，爭點一與爭點二非屬同一爭點，爭點二未成為前訴重要爭點，縱認爭點一發生爭點效，亦僅意味後訴法院須以前訴法院對爭點一之認定為基礎並綜合其他事證以認定爭點二，不代表無庸判斷爭點二。

又就「Z 就某施工項目是否已購買材料並實際施工」（爭點三）之爭點而言，X、Y 係屬利害相同。不過，因 X 於前訴係根本性否認 Z 對 X 有承攬報酬請求權，且 Y 已自認 Z 所主張之工程款金額係經 Y 與 Z 為結算，故而爭點三並未成為前訴訟之爭點，亦未經 X、Y、Z 三人攻防、法院實際判斷，是在後訴中 Y 自無從主張該判斷發生爭點效或類似參加效之效力。

（二）Y 之抗辯是否有理？

Y 於〔高院一〕訴訟中主張其不受爭點效拘束之理由為：（1）Y 於前訴未對一審判決上訴，係受 Z 之欺罔；（2）X、Y 約定 Y 之利益亦僅占總工程款之千分之六，前案確定判決之判斷對 Y 顯失公平，Y 於本件為與原判斷相反之主張，尚不違反誠信原則，是 Y 可主張其對 X 有 27,049,994 元本息之工程款或承攬報酬請

求權。首先，爭點一與爭點二本為不同爭點，故 Y 本可主張其對 X 之工程款或承攬報酬請求權存在。不過，Y 是否可反於前訴就爭點一之判斷，而主張系爭協議使 X 共同承擔給付 Z 全部工程款之義務？（1）前訴 Y 已具對敗訴判決上訴之權利，而受有程序保障（此點亦為「最高一」之理由），Y 究否行使該權利，不影響爭點效之認定，而 Y 所稱 Z 有欺罔行為，係其是否依第 496 條第 1 項第 8 款對前訴確定判決提起再審之訴之問題，亦與爭點效要件無關。（2）Y 於前、後訴訟之實體利益均相同（27,049,994 元本息之工程款），且同適用通常訴訟程序，未有程序保障有所差異之問題，除非 Y 得主張、證明其於前訴盡力爭執、證明爭點一所得之實體利益小於可節省勞費之程序利益，但後訴之實體利益卻大於程序利益乙節，否則 Y 仍應受爭點一所生爭點效拘束。

第三款 小結

綜上，新民事訴訟法下，爭點效之「同一當事人」之定義有再予澄清之必要，其不僅包含實質當事人，亦未必限於前、後訴皆係對立當事人兩造間。

然而，肯認爭點效應適用第 401 條規定，該效力及於實質當事人同時，尚須進一步釐清：爭點效擴張與既判力擴張有何區別？爭點效擴張於實質當事人之意義及效用如何？應如何避免突襲性裁判之發生？第三人是否得以或如何爭執爭點效之擴張？爭點效擴張有無確定時點？以下分別以爭點效擴張於繼受訴訟標的物之特定繼受人及共有物返還訴訟之他共有人等二事例說明之。

第二項 繼受人——以特定繼受人為例

第一款 訴訟繫屬中繼受系爭物之特定繼受人

一、 被告移轉系爭物之情形

<事例十七>

- [前訴] X主張：X、Y間以X所有之甲地為標的之買賣契約及所有權移轉行為皆屬通謀虛偽意思表示而無效等語，依民法第767條，訴請甲地登記名義人Y塗銷甲地所有權移轉登記；惟Y於訴訟繫屬中另將甲地所有權移轉登記予訴外人即買受人Z。
- [後訴] X主張：Y、Z間以甲地為標的之買賣契約及所有權移轉行為皆屬通謀虛偽意思表示而無效，縱有效Y亦為無權處分等語，依民法第767條，訴請甲地登記名義人Z塗銷甲地所有權移轉登記，
 - (1) Z抗辯：Z係善意取得甲地所有權等語。法院應如何處理？
 - (2) Z抗辯：Y實際上已時效取得甲地所有權，只是未於前訴提出，故Z係基於有權受讓取得所有權等語。法院應如何處理？

<事例十八>

- [前訴] X主張：X、Y已訂立以Y所有之甲地為買賣標的之買賣契約，詎Y拒不履行契約等語，依民法第348條，訴請Y辦理甲地所有權移轉登記予X。Y則抗辯：X、Y間買賣契約係通謀虛偽意思表示而無效等語。又Y於訴訟繫屬中另將甲地所有權移轉登記予買受人Z。
- [後訴] X主張：Y、Z間之買賣契約及甲地所有權移轉登記行為係通謀虛偽意思表示而無效，詎Y拒不請求Z塗銷該所有權移轉登記，X為保全買賣契約之債權等語，依民法第242條、第767條規定，提起代位訴訟訴請Z塗銷甲

地所有權移轉登記。Z 抗辯：X、Y 間買賣契約係通謀虛偽意思表示而無效，X 對 Y 之甲地移轉登記請求權不存在；且 Z 已基於買賣關係取得甲地所有權等語。後訴法院應如何處理？

上二事例應如何處理，面臨如下問題：該事例是否均有當事人恆定制之適用（Z 是否為第 254 條之繼受人）？Z 是否受前訴（X、Y 間訴訟）判決效力所及（Z 是否為第 401 條第 1 項之繼受人或第 401 條第 2 項之他人）？判決效力（既判力、爭點效、執行力）及於 Z 之意涵又為何？

（一）當事人恆定主義之目的與機能

上述兩事例是否有當事人恆定制之適用，涉及民訴法第 254 條之射程僅限文意所指之「訴訟標的之法律關係」移轉，或其範疇及於「訴訟標的物（下稱系爭物）」移轉問題。就此，學說⁴⁰⁵及實務⁴⁰⁶雖有將訴訟標的之法律關係移轉解為亦包含系爭物移轉之情形，同時將訴訟標的之法律關係限縮於僅指對物關係，而不含對人關係之情形，其理由諸如：債權或債務關係僅存於特定人間，故以債權為

⁴⁰⁵ 楊建華，『問題研析民事訴訟法（一）』，1994 年，頁 192；陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（上）』，2004 年修正三版，頁 248 以下。

⁴⁰⁶ 最高法院 61 年台再字第 186 號判例：「民事訴訟法第四百零一條第一項所謂繼受人，依本院三十三年上字第一五六七號判例意旨，包括因法律行為而受讓訴訟標的之特定繼承人在內。而所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。至法律關係，乃法律所定為權利主體之人，對於人或物所生之權利義務關係。惟所謂對人之關係與所謂對物之關係，則異其性質。前者係指依實體法規定為權利主體之人，得請求特定人為特定行為之權利義務關係，此種權利義務關係僅存在於特定之債權人與債務人之間，倘以此項對人之關係為訴訟標的，必繼受該法律關係中之權利或義務人始足當之，同法第二百五十四條第一項亦指此項特定繼受人而言。後者則指依實體法規定為權利主體之人，基於物權，對於某物得行使之權利關係而言，此種權利關係，具有對世效力與直接支配物之效力，如離標的物，其權利失所依據，倘以此項對物之關係為訴訟標的時，其所謂繼受人凡受讓標的物之人，均包括在內。本件訴訟既本於買賣契約請求辦理所有權移轉登記，自係以對人之債權關係為其訴訟標的，而訴外人某僅為受讓權利標的物之人，並未繼受該債權關係中之權利或義務，原確定判決之效力，自不及於訴外人。」。

訴訟標的之情形須繼受該權利義務始該當第 254 條之繼受人；惟在物權之情形，因其具有對世效及支配效，並且無法離物行使，故而縱使僅繼受系爭物，仍為該物權效力所及，而該當第 254 條之繼受人。此外，亦有認為既然我國民訴法第 254 條第 1 項係沿襲自德國民訴法第 265 條，自應參考德國法見解，而依該國學說對第 265 條之立法目的理解，係為保護訴訟之對造及避免第二個後訴訟發生，故在系爭物之移轉將剝奪原告或被告當事人適格之情形，始應有當事人恆定主義之適用，而此種情形主要指對物權利直接成為訴訟標的者⁴⁰⁷。

〈表二〉實務及多數學說所認當事人恆定主義之適用範圍

移轉標的 \ 訴訟標的	對人關係	對物關係
訴訟標的	O	O
系爭物	X	O

不過，縱我國初始立法條文係與德國相同，亦非意味必承襲其解釋方式始為正當，應予探討者，係我國立法是否有所重大變革？在我國現行法制下，又係追求何種目的及妥適解決方法？就此，學者對第 254 條之立論為：當事人恆定主義之機能係以該紛爭解決之可能範圍為考量對象，亦即使訴訟之當事人適格不因移轉行為而受影響，藉以使訴訟確實發揮解決紛爭之實際效用，謀求訴訟經濟、保護程序利益，並達實現權利之目的，故原則上只要會影響起訴所欲實現之當事人適格、訴訟遂行之基礎或紛爭主體所繫利益狀態，其全部或一部之移轉，均屬第

⁴⁰⁷ 吳從周，「訴訟繫屬後之特定繼受人與善意取得之保護——評最高法院 96 年台抗字第 47 號裁定」，『台灣本土法學雜誌』，第 99 期，2007 年 10 月，頁 70-72。

254 條之射程範圍⁴⁰⁸。並有指出新法增設第 254 條第 4 項職權通知制度、同條第 5 項訴訟繫屬登記等規定，係以貫徹程序權保障與擴大訴訟制度解決紛爭功能為指向，而將可能因訴訟標的物移轉所生之善意取得等紛爭，儘可能一併於本訴訟解決，上開新當事人恆定制度之目的，使第 254 條之移轉客體亦包含訴訟標的物之意旨益臻明確，而不宜再以舊法時代之思想、理論限縮解釋之⁴⁰⁹。

本文亦贊同應非僵硬解釋第 254 條之文義，而當從當事人恆定主義之目的與機能來觀察其適用射程。上述〈事例十七〉、〈事例十八〉中 Z 縱未受讓權利或義務而僅受讓訴訟標的物，然 Y、Z 間之移轉行為將影響 X 起訴所欲主張之利益（回復或取得所有權登記），故為統一解決三方紛爭及回應訴訟經濟、程序利益保護等要求，仍應有當事人恆定主義之適用。

至於多數學說及實務之所以將實體法關係作為判斷是否有當事人恆定主義適用之區分標準，可能的原因是：其認為在對人關係中，讓與人縱移轉訴訟標的物，亦未失其當事人適格（如〈事例十八〉中 Y 縱將甲地移轉他人，仍未改變其為買賣關係中出賣人之地位），既不影響當事人適格，更無當事人恆定問題。對此，有兩點應予釐清：（1）依前述新法就第 254 條第 4 項、第 5 條之修正，已表明其係以判決實效性、程序利益之保護及程序保障與統一解決紛爭為追求目標，一旦系爭物移轉，即已撼動起訴者所欲達成之實體利益，若無法一次解決三方紛爭，不僅戕傷起訴者之程序利益，更有害訴訟經濟，此點無論在對人關係或對物關係、或當事人適格有無改變之情形，皆無不同。（2）對人關係中移轉系爭物，亦非必未變動當事人適格。此想法係源於學者所稱：當事人恆定原則之適用下，未必皆為法定訴訟擔當，蓋當事人未移轉訴訟標的法律關係時，其仍為權利、義務之歸屬主體而具訴訟實施權；不過，當事人移轉系爭物之結果，可能使繼受人取得對

⁴⁰⁸ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010 年筆記版，頁 68。

⁴⁰⁹ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 130-138。

抗他造當事人之權利或使其權利實現不能，此時該繼受人可能之攻防方法仍由具當事人適格之移轉人代為行之，就此意義而言，仍屬法定訴訟擔當等語⁴¹⁰，本文認為可稱之為「部分法定訴訟擔當」，亦即就訴訟標的法律關係觀察，形式上當事人即移轉人係為自己之權利、義務遂行訴訟，並無訴訟擔當問題；但就第三人可能之攻防方法，則係代第三人為之，而屬法定訴訟擔當。所謂當事人適格，非僅由訴訟標的觀察，而應從使何者與何者對立而為審理、判決，對紛爭解決最有必要及實益者予以論定⁴¹¹，縱使移轉人之系爭物移轉行為並未變更其就訴訟標的所具有之當事人適格，但僅由其作為當事人已無法完全、充分、適切地解決本件紛爭，是就此而言，該移轉行為已使當事人適格產生變動，故仍應有當事人恆定主義之適用，使對造當事人不必追加受讓人，兩造仍得就第三人可能之主張為攻防。因而，〈事例十七〉、〈事例十八〉中 Z 均為第 254 條之繼受人。

（二）爭點效與既判力擴張

接下來的問題為，〈事例十七〉、〈事例十八〉中 Z 是否同為第 401 條第 1 項之繼受人而為確定判決效力所及？實務以最高法院 61 年第 2 次民事庭會議決議、第 4 次民事庭決議及同院 61 年台再字第 186 號判例為代表，延續前述在僅移轉系爭物時之對物關係中始有當事人恆定主義之適用，並該繼受人始為第 254 條及第 401 條第 1 項之繼受人，而確立了以實體法上屬性作為既判力擴張判準之見解，同時此見解亦為多數學說所採⁴¹²（下稱實體法說）。其理由諸如：倘認既判力及於

⁴¹⁰ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 135-136。

⁴¹¹ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（一）』，2010 年筆記版，頁 279-283。

⁴¹² 孫森焱，「論確定判決所及之特定繼承人」，『法學叢刊』，第 12 卷第 2 期，1967 年 4 月，頁 80 以下；王甲乙＝楊建華＝鄭健才，『民事訴訟法新論』，2007 年 6 月，頁 561；楊建華，『問題研析民事訴訟法（一）』，1994 年，頁 191；駱永家，「訴訟繫屬中訴訟標的法律關係之移轉」，『台灣本土法學雜誌』，第 19 期，2001 年 2 月，頁 4-5；駱永家，「既判力、執行力與繼受人」，『既判力之研究』，1975 年一版，頁 112；王甲乙，「既判力所及之特定繼受人」，『民事暨行政訴

對人關係中系爭物之繼受人，無異使債權在經法院判決認定後，即具有對世的效力，而讓實體法之體系產生嚴重之龜劣，且使實務上假處分等保全程序失其意義，而有礙交易安全云云。即使在對物關係中，實體法說亦限縮既判力擴張效力，而認為如受讓系爭物之第三人依實體法規定（民法第 759 條之 1 第 2 項、第 801 條、第 886 條、第 948 條、土地法第 43 條）已善意取得系爭物之所有權或其他物權者，仍例外不被既判力所及，蓋程序法之判決效力主觀範圍，不得與實體法上善意取得保護規定相左，否則無異於得以既判力剝奪第三人合法取得之權利⁴¹³。該限縮既判力主觀範圍之見解，更為近期實務見解所接受⁴¹⁴，並亦有學者認為：實務引用德國民訴法第 325 條第 2 項，而承認善意取得系爭物之第三人不受前確定判決中既判力擴張所及見解，係屬正論；但實務尚忽略例外排除既判力效力之善意取得者，須具備「雙重善意」，亦即其不僅須有「權利善意」，亦須具備「訴訟繫屬善意」云云⁴¹⁵。



訟研究』，1996 年 12 月初版，頁 213 以下；陳榮宗，「訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題」，『民事訴訟法之研討（五）』，1996 年 10 月，頁 165。

⁴¹³ 王甲乙＝楊建華＝鄭健才，『民事訴訟法新論』，2007 年 6 月，頁 561；吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，2007 年 9 月修訂七版，頁 1128 以下。

⁴¹⁴ 最高法院 96 年度台抗字第 47 號裁定：「又民事訴訟法第四百零一條第一項所稱之繼受人，如其訴訟標的為具對世效力之物權關係者，依法律行為受讓該訴訟標的物之人，雖應包括在內。惟該條項規範之目的，並非在創設或變更實體法上規定之權義關係，有關程序法上規定之『既判力之主觀範圍』本不能與土地法及民法有關實體法上之重要權義關係規定相左，為確保交易安全，倘受讓該訴訟標的物之第三人，係信賴不動產登記或善意取得動產者，因受土地法第四十三條及民法第八百零一條、第八百八十六條、第九百四十八條規定之保護，其『既判力之主觀範圍』，基於各該實體法上之規定，即例外不及於該受讓訴訟標的物之善意第三人，否則幾與以既判力剝奪第三人合法取得之權利無異，亦與民事訴訟保護私權之本旨相悖，此參酌德國民事訴訟法第三百二十五條特於第二項規定其民法關於保護由無權利人取得權利之規定準用之，以限制第一項所定既判力繼受人之主觀範圍自明」。

⁴¹⁵ 吳從周，「訴訟繫屬後之特定繼受人與善意取得之保護——評最高法院 96 年台抗字第 47 號裁定」，『台灣本土法學雜誌』，第 99 期，2007 年 10 月，頁 75-76。

〈表三〉實體法說所認特定繼受人是否為既判力所及之見解

移轉標的 \ 訴訟標的	對人關係	對物關係
訴訟標的	O	O
系爭物	X	原則及之； 例外不及（善意取得）

不過，關於應否區分對人關係與對物關係，仍有學者提出反對見解（下稱程序法觀點並重說），認為：（1）物上請求權未必具有對世效（物權之對世效係指具有得對全部人發生對人的物上請求權之地位），對被請求人而言，物上請求權與債權請求權性質上並無差異；再者（2）依實體法說見解，在舊訴訟標的理論中，若將兩請求權採取選擇合併方式起訴，即導致既判力所及範圍將因法院所選用之請求權而不同之不當結果⁴¹⁶；並且，（3）既判力主觀範圍擴張於第三人之意涵，係指關於前訴訟確定判決就前訴訟當事人間之訴訟標的法律關係所為判斷，第三人不得為與其相悖之主張，而非謂前訴訟當事人對第三人之權利亦一併在前訴確定⁴¹⁷，故而，當無實體法說所稱使債權發生對世效之疑慮；（4）而針對實體法說逕引德國法為我國處理準則之部分，亦招致批評為：未充分考量我國前述職權通知與第三人撤銷訴訟等配套制度及既判力主觀範圍立法旨趣等制度上特異性⁴¹⁸。

⁴¹⁶ 許士宦，「訴訟繫屬後之繼受人與執行力擴張」，『執行力擴張與不動產執行』，2003年2月，頁10。

⁴¹⁷ 許士宦，於民事訴訟法研究基金會第51次研討會之發言，『民事訴訟法之研討（五）』，1996年10月，頁200以下。

⁴¹⁸ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010年筆記版，頁317以下；許士宦，「實體法與程序法之關係—2008年最高法院有關民事訴訟法裁判之回顧與展望—」，『訴訟參與與判決效力』，2010年12月，頁220-221；彭昭芬，「既判力所及特定繼受人之界限——讀最高法院96年度台抗字第47號裁定有感」，『司法週刊』，2007年12月，2版。

而關於是否將善意取得者例外排除於既判力擴張範圍外之議題，程序法觀點並重說則指摘⁴¹⁹：(1) 善意取得規定所保護者僅係實體法上利益，而第三人是否主張此項善意取得之實體法上利益，與第三人是否受判決效力所及，乃屬二事。(2) 並從訴訟法上觀點（判決效力擴張於第三人，有利於統一解決本訴訟兩造當事人與第三人間紛爭，並可滿足訴訟經濟、保護程序利益等要求，惟同時應保障繼受人參與訴訟機會，以資保障其程序權）與實體法上觀點（起訴原告之實體法上權利應盡量使其完全實現，以滿足其追求實體利益之要求，而受讓系爭物之第三人若屬善意取得者，亦應盡量保護，始能貫徹交易安全保障）之並重及當事人與第三人之實體、程序利益之平衡兼顧出發，在現行當事人恆定制度下，應先使起訴原告之實體、程序利益盡可能被實現，不論第三人有無參與本訴訟程序或獲此機會，原告所受確定勝訴判決之效力原則上於該確定時點擴張於該受讓系爭物之繼受人，然為保護該第三人程序權及固有利益，於本訴訟當事人未為訴訟告知時，法院固應職權予訴訟通知，使其有參與訴訟之機會，並且僅於其係因不可歸責於己之事由而未獲此機會時，再賦予事後程序保障，使第三人在保護其固有權益範圍內，得提起第三人撤銷訴訟。(3) 不過，在第三人對本訴訟繫屬知情，卻因可歸責於己之事由而未參與本訴訟程序時，除了可能從實體法上觀點被認為非善意取得權利而無受保護之固有利益外，亦可能從訴訟法上觀點受評價為，因可歸責於己之事由而未參加本訴訟，而不具提起第三人撤銷訴訟之當事人適格⁴²⁰。

從切合現行民訴法規定及眾多實體法及程序法上要求平衡兼顧之觀點，本文亦贊同上開程序法並重說之處理方式。不過，本文認尚待釐清者有二：第一，為

⁴¹⁹ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010年筆記版，頁65-67；邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010年筆記版，頁317-320；許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010年12月，頁144-147；許士宦，「判決效力及於訴訟繫屬中系爭物之善意受讓人」，『訴訟理論與審判實務』，2011年12月，頁310-318。

⁴²⁰ 就此意義上，前述主張「雙重善意說」之學者亦非不當，惜僅沿襲德國法學說討論，而未依我國現行制度進一步說明。

保障起訴原告之程序利益及實體利益，並擴大訴訟制度解決紛爭功能，繼受人在前訴判決確定時即受判決效力所及，然在（1）其已受有事前程序保障或（2）縱未受有參與訴訟機會，但亦未提起第三人撤銷訴訟之情形，其固有抗辯是否皆一併為該判決所遮斷？第二，僅以既判力擴張是否能完整、妥善處理上開兩事例？當起訴原告自始未將對繼受人之權利列為訴訟標的時，何以 Z 之固有抗辯亦受前訴判決所遮斷？更明確的說，如果 Z 之固有抗辯受遮斷，係為前訴之何種確定判決效力所遮斷？爭點效在其中扮演之角色為何？以下分別檢討〈事例十七〉、〈事例十八〉。

〈表四〉〈事例十七〉前訴法院可能之認定

	X 勝訴	X 敗訴
移轉事實已顯現	<p>（情形一）</p> <p>X 為所有權人，X 對 Y 有妨害排除（塗銷登記）請求權（其移轉係通謀虛偽意思表示），甲地登記名義人為 Z，但 Z 未善意取得甲地所有權。</p>	<p>（情形二）</p> <p>X 與 Y 間之移轉行為係通謀虛偽意思表示而無效，惟甲地登記名義人為 Z，且 Z 善意取得甲地所有權。</p>
移轉事實未顯現	<p>（情形三）</p> <p>X 為所有權人（其移轉係通謀虛偽意思表示），X 對 Y 有妨害排除（塗銷登記）請求權，且 Y 為甲地登記名義人。</p>	<p>（情形四）</p> <p>Y 為所有權人（其移轉非通謀虛偽意思表示），X 對 Y 無妨害排除（塗銷登記）請求權。</p>

〈表五〉〈事例十七〉後訴處理

前訴法院 判斷 Z 後 訴主張	(情形一)	(情形二)	(情形三)	(情形四)
後訴(1) Z 主張善 意取得	①經 X 援用後，Z 受前訴就「Z 未善意取得甲地所有權、X 為所有權人」之判斷所生爭點效拘束，但在未受有事前程序保障之範圍內得提起第三人撤銷之訴排除該不利效力。	②Z 得援用前訴就「Z 善意取得甲地所有權」之判斷所生爭點效，X 及後訴法院應受其拘束。	⑤如前訴爭點為爭點一，Z 得主張善意取得；如為爭點二，經 X 援用後，Z 不得主張，除非 Z 已提起第三人撤銷訴訟排除該不利效力。	⑦Z 可直接援用前訴「Y 為所有權人」之判斷，主張有權受讓即可。
後訴(2) Z 主張 Y 時效取得	③如前訴爭點為爭點一(Y 是否因買賣取得甲地所有權)，Z 得主張 Y 時效取得；如為爭點二(甲地所有權人為 X 或 Y)，經 X 援用後，Z 受爭點二爭點效拘束，不得主張 Y 時效取得，但在未受有事前程序保障之範圍內得提起第三人撤銷之訴排除該不利效力。	④同③。	⑥同⑤。	⑧同⑦。

我國有學者對此問題之見解為：〈表四〉（情形二），無論 Z 善意取得之事實係經當事人 X、Y 或參與訴訟之 Z 所主張，或為法院職務上已知，且 Z 是否受訴訟告知或職權通知，曾否參與本訴訟，該確定判決之效力（既判力、爭點效）均於其確定時擴張於丙。〈表四〉（情形一）、（情形三），不論 Z 從 Y 受甲地所有權移轉登記之事實是否經主張或為法院職務上已知，Z 是否受訴訟告知、職權通知或有未參與訴訟，Z 均該當第 401 條第 1 項所定特定繼受人，原則上該確定判決之既判力及執行力於其確定時點即擴張及之；惟如丙確係善意取得甲地所有權，且因不可歸責於己之事由致未參與前訴訟者，則得對該確定判決提起第三人撤銷訴訟，並於獲勝訴判決之確定時點始排除該擴張之效力⁴²¹。

本文想法為：

（一）在〈表五〉①、②中：在移轉事實已顯現時（無論係經當事人提出或法院職務上已知），若「Z 是否善意取得甲地所有權」之爭點經雙方當事人充分攻防後，法院之判斷在 X、Y 間生爭點效，此時 Z 依第 401 條第 1 項、第 2 項亦為該拘束力所及。故而在（情形一）中，當 X 對 Z 提起請求塗銷登記訴訟時，經 X 援用前訴爭點效後，Z 不得主張善意取得，法院亦受前訴確定判決之判斷拘束，亦即，僅在 X 援用爭點效時，Z 就善意取得之固有抗辯始為前訴判決所遮斷。此時所彰顯之意義為：單純以既判力擴張無法妥適解決 X、Z 間之紛爭，蓋既判力擴張於 Z，僅係 Z 無法主張 X 對 Y 無妨害排除請求權（傳來抗辯），且如認爭點效未擴張於 Z，Z 仍得主張其已善意取得甲地所有權（固有抗辯），使 X 仍須就 Z 是否善意取得一事再為攻防，不僅悖於 X 之信賴、訴訟經濟並有致生矛盾裁判之危險。不過，在 Z 未受有事前程序保障時（未受訴訟繫屬之通知、告知，或通知

⁴²¹ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 149-150。

之書面未記載善意取得一事已成為訴訟重要爭點），仍應賦予 Z 事後救濟機會，得提起第 507 條之 1 第三人撤銷之訴以排除前訴確定判決對己不利之效力（包含既判力與爭點效）⁴²²。同樣地，（情形二）中，既判力擴張於 Z 之意涵，僅指在 X、Z 之後訴中，X 無法主張 X 對 Y 有妨害排除請求權；爭點效及於 Z 之意涵，則為 Z 得援用前訴「Z 善意取得甲地所有權」之判斷以對抗 X。是而，在（情形一）、（情形二）之〔後訴〕（1）中，Z 是否善意取得已成為前訴重要爭點並經判斷，後訴法院如何處理，端視 X、Z 是否援用前訴對己有利之爭點效，一經援用，對造及後訴法院即須受該判斷拘束。惟須注意，在移轉之事實雖顯現，但 Z 是否善意取得甲地所有權未經前訴當事人攻防（Y 不爭執或自認）之情形，無論 Z 是否受告知或通知訴訟繫屬、亦無論法院係認定 Z 有（情形二）無（情形一）善意取得甲地所有權，該判斷於前訴當事人間不發生爭點效，自無擴張於 Z 之問題，故不阻礙 Z 在後訴中主張善意取得。

（二）在〈表五〉③、④中：至於（情形一）、（情形二）之〔後訴〕（2）如何處理？此承本文於第三章第一節第一項第二款主要與間接事實所述見解，端視前訴之重要爭點並法院就該爭點之判斷得評價為非屬突襲性判斷者為「Y 是否因買賣取得甲地所有權」（爭點一）或「甲地所有權人為 X 或 Y」（爭點二）。（情形一）中，如前訴經法院曉諭、兩造爭執之爭點為爭點一，則時效取得之事實未在爭點一涵蓋之範圍內，即使在 X、Y 間之後訴中，Y 亦得主張時效取得之事實，故 Z 亦得在其與 X 之後訴中主張 Y 時效取得甲地所有權；如前訴經法院曉諭、兩造爭執之爭點為爭點二，則涵蓋所有該當 X、Y 及 Z 間就甲地所有權歸屬之事實，則在 X、Y 及 Z 間皆不得再提出其他事實為反於爭點二判斷之主張；因 Z 依第 401 條第 1

⁴²² 在前訴如能准許 X 追加請求 Z 塗銷 Y、Z 間甲地所有權移轉登記（民訴法第 255 條第 1 項第 2 款、第 5 款），除了論者所稱可避免 X 另循繼受執行而招致之勞時費用上付出外（同本文註 421），亦可節省上開經 Z 提起第三人撤銷訴訟獲勝訴判決後，X 須再就 Z 是否善意取得為攻防之勞時費用。

項、第 2 項為該爭點效所及，如在後訴中經 X 援用該爭點效，在 Z 未提起第三人撤銷訴訟或不具提起該訴訟之適格時，Z 亦同受拘束。不過，如就買賣取得甲地所有權一事調查證據、辯論後，法院已得該事實不存在而無法推論爭點二之暫時性心證，卻未公開該心證予 Y 提出時效取得事實之機會，則法院就爭點二之判斷屬一突襲性判斷，應將前訴重要爭點限縮為爭點一，此情形不論 Y 或 Z 皆得於後訴主張時效取得之事實。（情形二）同（情形一），且 Z 可直接援用前訴「Z 善意取得甲地所有權」之判斷。

（三）在〈表五〉⑤、⑥中：至於（情形三）中，〔後訴〕（1）、（2）問題如何處理？兩問題之處理方式相同，均視前訴爭點為爭點一或爭點二，如為爭點一，自無礙 Z 主張善意取得或 Y 時效取得甲地所有權；如為爭點二，在 Z 未提起第三人撤銷訴訟時，則禁止 Z 再以 Z 善意取得或 Y 時效取得甲地所有權之事實，為反於前訴所認 X 為甲地所有權人之判斷。就 Z 不得主張 Y 時效取得甲地所有權之部分，處理情形同〈表五〉③，較無疑問，但在前訴爭點為爭點二時，Z 不得主張善意取得之部分，或招致「既 Z 善意取得之事實並未顯現於前訴訟上，而未成為前訴爭點以受攻防、判斷，當無爭點效可言，何以 Z 之固有抗辯竟受遮斷」之批評。本文以為，雖然 Z 受讓甲地所有權或善意取得之事實未顯現於前訴訟上，然在 Y 於前訴訟繫屬中移轉甲地所有權予 Z 之時起，Y 即代表 Z 之利益為 Z 遂行前訴訟，而前（本）訴訟所欲解決者，即為在 X、Y 及潛在之繼受人 Z 間關於甲地所有權歸屬之紛爭，不使 X 因 Y 可能之移轉行為而須不斷證明其所有權存在，故當 X、Y 間形成及法院所曉諭之爭點非限縮為爭點一而係爭點二時，X、Y 當提出所有可能該當所有權之事實（包含 Z 善意取得、Y 時效取得），縱 Y 未為 Z 提出 Z 善意取得之事實，依第 401 條第 1 項、第 2 項，前訴「X 為甲地所有權人」之爭點效在前訴判決確定時亦擴張於 Z，僅在 Z 提起第三人撤銷訴訟排除該不利爭點效時，Z 始得於後訴主張善意取得之固有抗辯。如此運作，始得在不侵害 Z

之程序權下，達成擴大訴訟制度解決紛爭功能、保障對造（**X**）信賴、維護訴訟經濟等要求。

（四）＜表五＞中①、③及⑤、⑥之差別所在：移轉事實是否顯現於訴訟上（不論係由當事人提出所法院職務上已知），與前訴訟判決確定時判決效力（既判力、爭點效）及於 **Z** 無關，其所影響者為 **Z** 是否具備提起第三人撤銷之訴之適格。蓋未顯現之情況，代表 **Y** 未為訴訟告知、法院亦無從職權通知 **Z** 訴訟繫屬而未賦予 **Z** 事前之程序保障，故而除了 **Z** 已自行知悉訴訟存在之情形外，**Z** 必然具有提起第三人撤銷之訴之適格；然而，在移轉事實已顯現於訴訟上時，**Z** 可能經由上開告知或通知之方式而獲有參與訴訟之機會，故僅在 **Z** 未受有事前程序保障之範圍內，始得提起第三人撤銷之訴排除該前訴確定判決之效力。

（五）＜表五＞中⑦、⑧：不過，與學者見解不同，本文認為（情形四）中，亦有爭點效擴張之實益，即 **Z** 在後訴中可直接援用前訴「**Y** 為甲地所有權人」之判斷，主張 **Y** 因買賣取得甲地所有權故 **Z** 係基於有權受讓，而無須再主張善意取得或 **Y** 時效取得甲地所有權等事實。但如 **Z** 未主張該爭點效且 **Z** 有意主張爭點效之事實並未顯現於訴訟上時，後訴法院不得主動闡明 **Z** 是否主張爭點效，而須就 **Z** 是否善意取得或 **Y** 是否時效取得甲地所有權之爭點實際判斷⁴²³。

（六）另外，日本法上就（情形三）尚有一爭議為：**X** 在後訴是否得主張 **Y** 係無權代理以對抗善意受讓人 **Z**？就此，有主張繼受人 **Z** 既受爭點效之拘束（不得主張 **Y** 係有權處分），**X** 亦應為爭點效所拘束始符衡平⁴²⁴；亦有認為爭點效未具有禁止再為法律評價之效力，且當 **X** 於前訴係因認為通謀虛偽意思表示較易證明而僅提出該主張時，對於無法預期 **Z** 出現之 **X** 來說，禁止其另主張無權代理，過於苛

⁴²³ 參見第三章第二節第一項職權調查事項或責問事項。

⁴²⁴ 新堂幸司，「弁論終結後の訴訟承継人，『訴訟物と争点効（下）』」，有斐閣，1991年1月，頁353。

刻⁴²⁵。本文認為，重點仍應回歸前訴爭點效之內涵為何。蓋前訴僅就「甲地所有權人為 X 或 Y」之爭點，經雙方攻防、法院判斷為「X 為所有權人、Y 非所有權人」，而移轉事實既未顯現，Y 係無權處分或無權代理而移轉甲地所有權予 Z 自不可能成為爭點，且「Y 係無權代理」亦不悖於「X 為所有權人、Y 非所有權人」之判斷（Y 無權處分或無權代理未為此爭點所涵蓋），故無從禁止 X 主張 Y 係無權代理。同樣，在（情形四）前訴法院已判斷「X 非所有權人、Y 為所有權人」，則於 X、Z 之後訴中，Z 本得主張有權受讓（傳來抗辯），且經 Z 援用前訴「Y 為所有權人」之爭點效後，X 受此拘束而不得主張 Y 係無權代理。

〈表六〉〈事例十八〉前訴法院可能之認定

	X 勝訴	X 敗訴
移轉事實已顯現	<p>（情形一）</p> <p>①X、Y 間買賣關係存在，X 對 Y 原有買賣標的物所有權移轉請求權，但甲地登記名義人為 Z，Y 屬給付不能，X 變更聲明為訴請 Y 為債務不履行之損害賠償（民法第 226 條）。</p>	<p>（情形二）</p> <p>②X、Y 間買賣關係存在，X 對 Y 原有買賣標的物所有權移轉請求權，但甲地登記名義人為 Z，Y 屬給付不能（無論 Y、Z 之移轉行為有無效）／③X、Y 間買賣關係不存在，X 對 Y 無甲地所有權移轉登記請求權。</p>
移轉事實未顯現	<p>（情形三）</p> <p>X、Y 間買賣關係存在，X 對 Y 有甲地所有權移轉請求權，且 Y 為甲地所有權人。</p>	<p>（情形四）</p> <p>X、Y 間買賣關係不存在，X 對 Y 無甲地所有權移轉請求權。</p>

⁴²⁵ 高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005 年 2 月，頁 610。

就此問題，學者之見解為：〈表六〉（情形二），不論 Z 從 Y 受讓取得甲地所有權之事實係經當事人 X、Y 或參加訴訟之 Z 所主張，或為法院職務上所已知，Z 是否經訴訟告知或職權通知，有或未參與（加）訴訟者，前訴訟確定判決之效力（既判力、爭點效）原則上均於其確定時點擴張於 Z，在 X、Z 之後訴上兩造同受拘束。〈表六〉（情形三），不論 Z 從 Y 受讓取得甲地所有權之事實有未經主張或為法院職務上所已知，Z 是否受訴訟告知、職權通知或參與訴訟，Z 均該當第 401 條第 1 項所定之特定繼受人，原則上 X 勝訴確定判決之既判力及執行力於其確定時點及擴張及之，惟如 Z 確已從 Y 取得甲地所有權而得據以對抗 X，且係因不可歸責於己之事由致未參與前訴訟者，則其得提起第三人撤銷訴訟，且於該訴獲勝訴判決之確定時點，始例外排除該擴張之判決效力。否則，僅於前訴訟確定判決具有再審事由，而 Z 已參加或被擬制參加前訴訟（第 58 條第 1 項、第 67 條、第 67 條之 1 第 3 項）之情形，始得依再審之訴以資救濟（第 58 條第 3 項）⁴²⁶。

本文看法如下：

（一）〈表六〉（情形三）中：既判力擴張於 Z（Z 不得主張「X 對 Y 無甲地所有權移轉請求權」），並同受前訴「X、Y 間買賣關係存在」、「Y 為甲地所有權人」之爭點效拘束。然 Z 之固有抗辯（Z 因買賣取得甲地所有權）不因未提起第三人撤銷之訴而受遮斷，蓋 Z 是否取得甲地所有權一事本未經前訴判斷，且 Z 主張從 Y 處有權受讓，亦不悖於「Y 為甲地所有權人」之判斷⁴²⁷，則無礙 Z 於後訴提出該主張，故而，Z 得衡量程序利益（主張、舉證其因買賣取得所有權所花費之勞時費用與提起第三人撤銷之訴所花費之勞時費用）來決定是否提起第三人撤銷之訴排除該不利確定判決效力後，主張傳來抗辯即「X、Y 間買賣契約係通謀意思表示、

⁴²⁶ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 147-149。

⁴²⁷ 況且如 Y 於前訴並未爭執其為所有權人，既「Y 是否為甲地所有權人」自始未成為爭點，當不生爭點效。

該買賣關係不存在」(不受前訴爭點效拘束)、「**X** 對 **Y** 無甲地移轉登記請求權」(不受前訴既判力拘束)。

(二) <表六> (情形四) 中：前訴既判力係「**X** 對 **Y** 無甲地所有權移轉請求權」，法院尚不得據此認定被保全之債權不存在而判決 **X** 敗訴，故既判力無法完全解決後訴，須經 **Z** 援引前訴「**X**、**Y** 買賣關係不存在」之爭點效後，法院始得依此前訴判斷駁回 **X** 之訴。。

(三) <表六> (情形一)、(情形二) 中：

(1) 一旦 **Y** 移轉所有權予 **Z** 之事實已經顯現於訴訟上，**Y** 既已非甲地之登記名義人而由 **Z** 取代，則 **Y** 自無從移轉甲地所有權登記予 **Z**，故無論 **Z** 是否取得甲地所有權，在 **X**、**Y** 之契約中，**Y** 皆屬給付不能。縱使 **X** 提出 **Z** 未取得甲地所有權之相關事實，亦與 **X** 訴訟上請求並無關連，非屬民訴法第 266 條第 1 項第 1 款之事實，而視為未提出，因此，「**Z** 是否甲地所有權」一事不會成為前訴爭點，更不會發生爭點效。前述學者雖認 (情形二) 前訴法院判決 **X** 敗訴之理由為「甲地所有權已歸 **Z** 取得」，毋庸判決理由應為「**Z** 係甲地登記名義人」，且該判斷未經爭執，亦不發生爭點效。

(2) 既 **Y** 已非甲地登記名義人，除非 **X** 變更聲明為①所示聲明或追加請求 **Z** 塗銷甲地所有權移轉登記，否則 **X** 將遭受如②所示敗訴判決。經法院就原請求部分公開暫定性心證，並賦予 **X** 有為上開變更或追加訴訟 (民訴法第 255 條第 1 項第 2 款、第 5 款) 之機會後，**X** 如不為之，則將招致再對 **Z** 提起後訴或繼受執行時所耗費之勞時費用。不過，縱使 **X** 拒不利用此統一解決紛爭之機會，①、②中 **X** 可援用前訴「**X**、**Y** 間買賣關係存在」之爭點效 (在 **Z** 未提起第三人撤銷訴訟或因其已受有事前程序保障而不具提起第三人撤銷訴訟之適格時)、③中 **Z** 可援

用前訴「X、Y間買賣關係存在」之爭點效，爭點效仍可發揮其維護訴訟經濟、程序利益及擴大訴訟制度解決紛爭之功能。

（三）爭點效與執行力擴張

關於執行力擴張問題，上開程序法觀點並重說之處理方式，則隨著我國民事訴訟法之進展而有所變化。

（一）既判力與執行力區別說：在第 254 條、第 67 條之 1 及第 507 條之 1 規定修訂完成前，從擴大訴訟制度解決紛爭功能之角度，認為應使繼受人能參與本訴訟並充實職權通知制度，並在一定條件下，將既判力擴張與執行力擴張分開處理，以保障繼受人之固有抗辯。亦即若受判決效力所及之人，具有實體法上應受保護之法律地位，此際既判力之範圍與執行力之範圍應分開處理，則繼受人雖應承認本訴判決之效力，但可主張為執行力所不及⁴²⁸。

（二）執行力可能擴張說：認既判力（法安定性）與執行力（合目的性）之制度及旨趣不盡相同，則兩者之客觀範圍未必須劃一等同認定，而承認在具有實體上正當性及程序上正當性時，為維護判決實效性及起訴者之利益，縱既判力客觀範圍未予擴張，亦應承認執行力主、客觀範圍之擴張。就實體上正當性係指：債權人須主張、證明「執行名義」、「繼受事實」存在及「債權人對第三人（被指為繼受人者）之請求權存在（該繼受關係未使第三人取得足以阻礙債權人對其請求之事由）」；程序上正當性則為：執行法院審查執行力是否擴張時，為保障 Z 之程序權，必要時應依強制執行法第 9 條規定，在強制執行前傳訊當事人，使其知悉執行聲請存在而有陳述、主張固有抗辯事證之機會，以避免突襲性執行與不當執行；

⁴²⁸ 邱聯恭、許士宦，於民事訴訟法研究基金會第 51 次研討會之發言，『民事訴訟法之研討（五）』，1996 年 10 月，頁 202、221、225。

並且在經審查而認對執行之聲請為准駁時，尚分別應容許第三人對此提起債務人異議之訴（強制執行法第 14 條之 1 第 1 項）或債權人提起容許執行之訴（強制執行法第 14 條之 1 第 2 項）⁴²⁹。是而，該學說將第三人是否具固有利益解為執行力擴張判準之一⁴³⁰。

（三）事前（後）程序保障為判決效力擴張要因說：

認為上開將既判力與執行力分開處理之方式，已不符全面修正後之民訴法第 401 條所明定應於判決確定時擴張之「效力」，就給付判決而言，係含執行力在內。第 401 條第 1 項所定繼受人受判決效力之擴張，已更加置重點於執行力之擴張，而不宜解為僅指既判力擴張。並從第 401 條第 1 項、第 2 項規定係為擴大訴訟制度解決紛爭之功能及貫徹程序利益保護原則而設，依此訴訟法上觀點所為判決效力主觀範圍之擴張時點，原則上係前訴訟判決確定時點，而不考慮該判決係以物權關係或債權關係為訴訟標的，亦不在此時點判定繼受人是否非因可歸責於己之事由致未獲參與前訴程序之機會，而在繼受人已被賦予提起第三人撤銷訴訟之機會之範圍內，皆應承認繼受人仍受判決效力（既判力、執行力）所及⁴³¹。

惟該「繼受人」即實質上當事人屬一尚待具體化之抽象性概念，應以「繼受」事實之證明、審理、判定為必要，故於該繼受事實未依第 254 條所定程序處理（即未顯現）時，就繼受人受執行力擴張而言，可謂為本訴訟當事人間本案程序之延續性程序，在此程序繼受人亦應受相當之程序權保障，以補足執行力擴張之正當

⁴²⁹ 許士宦，「訴訟繫屬後之繼受人與執行力擴張」，『執行力擴張與不動產執行』，2003 年 2 月，頁 28 以下；許士宦，「執行力客觀範圍擴張之法律構造：兼論其與既判力客觀範圍之異同」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 68-74。

⁴³⁰ 不過學者已變更見解，而認為執行力亦原則上在判決確定時點即擴張於第三人，並且於擴張時點不予判定關於第三人固有權利之主張及其存否，參見：許士宦，「第三人訴訟參與與判決效力主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 8；許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效力擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 152。

⁴³¹ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 318-319。

化基礎（蓋本訴訟僅就繼受以外事項賦與程序保障），且此延續性程序上之程序保障，與第 507 條之 1 所認事後程序權保障相較，對繼受人而言亦屬一種事前的程序保障⁴³²。不過，當債權人獲勝訴確定判決並聲請強制執行時，在〈事例十七〉、〈事例十八〉均係命債務人為一定意思表示，於判決確定時即視為債務人已為該意思表示（強制執行法第 130 條第 1 項），惟執行力之擴張未經執行法院判斷，故而學者提出應類推適用強制執行法第 130 條第 2 項規定，於執行法院就該繼受執行發給債權人證明書時，始視為繼受人已為該意思表示，並且在繼受人未獲參與執行名義形成機會時，為保障其程序權，執行法院應訊問繼受人而使其有陳述意見之機會（強制執行法第 9 條），或將債權人之聲請書通知繼受人（強制執行法第 30 條之 1 準用民事訴訟法第 67 條之 1 第 1 項、第 254 條第 4 項），使其知情將受繼受執行，而有適時提起第三人撤銷訴訟以保護固有權益之機會⁴³³。此種方式，亦可評價為已適切處理、滿足前述延續性程序上之程序保障。

此外，亦有進一步提出既然既判力、執行力於前訴判決確定時點時已皆及於繼受人，債權人僅須證明「執行名義」及「繼受事實」存在即可聲請對繼受人執行，而不須另證明「債權人對第三人（被指為繼受人者）之請求權存在（該繼受關係未使第三人取得足以阻礙債權人對其請求之事由）」⁴³⁴。

（四）本文意見：

本文亦贊同債權人無庸證明「該繼受關係未使第三人取得足以阻礙債權人對

⁴³² 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 326-327；邱聯恭，於民事訴訟法研究會第 108 次研討會提出之書面資料註 1，『法學叢刊』，第 220 期，2010 年 10 月，頁 226。

⁴³³ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 157-158。

⁴³⁴ 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 159-161；周廷翰，『訴訟上和解之研究－自程序選擇契約之觀點－』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2009 年 6 月，頁 295-296。

其請求之事由」。雖此可能受質疑為：執行力擴張應非指債權人對第三人無任何權利仍可藉執行程序以滿足其執行債權，債權人對第三人之請求權為何未必已在訴訟程序上顯現，若持執行名義及主張繼受事實即得對第三人執行，形同未有請求權亦得逕而執行之；亦即，債權人起訴所獲之確定勝訴判決得作為繼受執行中對第三人之執行名義，但非必代表債權人對第三人有請求權，縱有之亦未必因該確定判決而確定乙節。不過如學者所言，為貫徹當事人恆定主義之旨趣，只要債權人對移轉人取得勝訴確定判決，即以移轉人與第三人間系爭物受讓為要件，使該判決之執行力擴張於第三人；雖然原確定判決係判定債權人對移轉人之請求權，而繼受執行所執行者為債權人對第三人之請求權，但從債權人對移轉人有上開權利、第三人又從移轉人受讓系爭物之事實觀之，債權人對第三人權利存在之蓋然性亦甚高，故此種繼受執行具有實體上正當性⁴³⁵。因而透過確定判決所認債權人對移轉人有權利、第三人自移轉人受讓系爭物之事實，縱使債權人未於執行程序上指明其對第三人據以強制執行之權利為何，可先推定債權人對第三人之該權利存在（而非無權利仍得強制執行），如第三人未獲應有之事前程序保障，再由其透過第三人撤銷訴訟或債務人異議之訴以主張之。

是執行力擴張之處理方式為：

（1）不論第三人是否已受有事前程序保障，前訴判決於確定時點及於第 401 條之第三人。在該繼受事實已經前訴判斷並發生爭點效之情形，一經債權人援用⁴³⁶，則執行法院同受拘束而應逕依強制執行法第 130 條第 2 項發給債權人證明書，在債權人未予援用或該繼受事實根本不生爭點效之情形，債權人仍應為主張、證明

⁴³⁵ 許士宦，「判決效力及於訴訟繫屬中系爭物之善意受讓人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月，頁 339。

⁴³⁶ 有認此情形一旦債權人向執行法院聲請發給上開繼受執行之證明書時，執行法院即應受前訴法院作成本案判決所為判斷拘束，不得為相異之認定，參見：許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 159。不過，此種說法有解為（1）一經債權人持本案判決聲請執行即視為當事人已援用該爭點效；抑或（2）係認為執行法院得職權調查、判斷爭點效之空間。又，繼受事實實則未必經前訴當事人爭執而生爭點效。

繼受事實。

(2) 在第三人已獲參與本訴訟機會時，應認其已受程序保障，而毋庸再予傳喚當事人表示意見（強制執行法第 9 條）。若第三人係非因可歸責於己之事由致未參與前訴訟，此時尚須訊問第三人使其有陳述意見之機會（強制執行法第 9 條）或將債權人之聲請書通知第三人（強制執行法第 30 條之 1 準用民事訴訟法第 67 條之 1 第 1 項、第 254 條第 4 項），使其知悉繼受執行並有適時提起第三人撤銷訴訟（主張固有抗辯及傳來抗辯），以保護其固有權益之機會。

(3) 未必皆需提起第三人撤銷訴訟始得保護第三人之固有利益，在〈表六〉〈事例十八〉（情形三），Z 之固有抗辯（Z 買賣取得甲地所有權）並未成為前訴爭點、未受爭點效所遮斷，雖然執行法院綜合前訴判決及繼受事實，而認 X 對 Z 有塗銷登記請求權存在，但 Z 本得提起債務人異議之訴以主張買賣取得甲地所有權而排除執行效力，故未受事前程序保障之繼受人 Z 亦得衡量其程序利益以決定於債務人異議之訴中逕主張固有抗辯或併提起第三人撤銷訴訟以主張傳來抗辯（X、Y 間買賣關係不存在，X 對 Y 無甲地所有權移轉請求權）。可見須依事件具體進行狀況並檢視既判力及爭點效具體效力為何，而不得謂固有抗辯一概為前訴判決效力所遮斷。

(4) 又前述學者在〈表四〉〈事例十七〉（情形一）、（情形三）、〈表六〉〈事例十八〉（情形三）未提及爭點效擴張⁴³⁷，或係認 X 既已獲勝訴判決，直接以執行力擴張即可解決。不過，本文認為亦未得排除 X 欲終局解決三面紛爭而對 Z 提起後訴之情形，此時，爭點效亦可發揮其維護訴訟經濟、擴大訴訟制度解決紛爭之功能。

⁴³⁷ 見註 421、426。

二、原告移轉系爭物之情形

<事例十九>

- [前訴] X主張：Y無權占有X所有之甲地，並在其上搭建B屋等語，依民法第767條，訴請Y拆屋還地。Y則抗辯：Y係基於使用借貸關係有權占有等語。訴訟繫屬中，X將甲地所有權移轉登記予Z。
- [後訴] Z主張：Z已取得甲地所有權，Y無權占有X所有之甲地，並在其上搭建B屋等語，依民法第767條，訴請Y拆屋還地。Y則抗辯：Y係基於其與X間之使用借貸關係而有權占有，縱認無使用借貸關係，亦因其與X間之租賃關係而有權占有甲地，且皆得對抗Z等語。後訴法院應如何處理？

(一) 前訴中X仍具有當事人適格：民訴法第254條之適用並未區分原告或被告移轉之情形，而前述追求紛爭解決、程序安定性、保護程序利益等當事人恆定主義之目的及機能亦未有不同，故而在原告移轉系爭物之情形，仍應有第254條之適用。故X仍具當事人適格。

(二) 前訴中X是否應變更訴之聲明：同採當事人恆定制度之德國法素有「無影響說」及「有影響說」⁴³⁸，而我國亦有主張就移轉行為於訴訟上之效果應採無影

⁴³⁸ (一) 無影響說認為：不論當事人何方發生移轉行為，原告皆不須變更訴之聲明，且當事人就讓與事實有所主張與舉證時，只要法院認為原告主張之權利確實存在，無論是否發生讓與之事實，皆應為被告敗訴判決；若該權利義務確實不存在，則無論是否發生讓與事實，皆應為被告勝訴之判決，因而原被告均無就訴之聲明為變更之義務（雖然讓與後所主張請求權為取得人之請求權，然當事人未變更，訴訟標的亦屬相同，亦無欠缺當事人適格之問題）。並且，特定繼受人得依確定判決主觀範圍之規定及執行時換寫執行名義當事人之規定，獲得原當事人訴訟成果之實體法權益。(二) 有影響說則認為：原告為配合實體權利義務實際已發生讓與之事實狀態，必須將其訴之聲明為變更，否則原告之訴因欠缺原告本案適格而以訴訟無理由駁回之。蓋原當事人以非權利義務主體，無權聲明判令原告對己給付，且要求原告變更訴之聲明，得避免特定繼受人另行起訴，符合訴訟經濟。參見：陳榮宗，「訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題」，『民事訴訟法之研討（五）』，1996年10月，頁182以下；李昆南，『論判決對訴訟標的法律關係繼受人之效力—以既判力主觀範圍

響說者，其理由為原告無須自行配合實體法之權利義務變動實際狀態，將訴之聲明為變更，蓋系爭客體之特定繼受人於判決確定時，得依判決既判力主觀範圍之規定，於執行之必要時或有改寫當事人名義之必要時，依法獲得判決書上名義之變更，不虞發生利用之困難⁴³⁹。並有分析有影響說之優點為：不僅與實體法權利歸屬相符且便於執行，對被告之訴訟防禦亦無甚妨礙（讓與人主張之權利存否才為攻防所在、變更後被告亦可主張對繼受人之抗辯事由）等⁴⁴⁰。

本文認為，（1）無影響說面臨之難題在於：無論如何在 X 未為變更或追加訴之聲明時，訴訟標的仍為 X 對 Y 之物上請求權，不因移轉事實或當事人恆定主義逕而變動為 Z 對 Y 之物上請求權。縱使無影響說強調當事人未有變更，但此時 X 僅因當事人恆定主義仍具訴訟遂行權而轉變為形式當事人，實質當事人為 Z，得否謂當事人未有變更故訴訟標的亦未變動，不無疑問。故若 X 未變更聲明，則當移轉事實已顯現於訴訟上並法院認定「Z 始為甲地所有權人、X 已喪失所有權」時，自應駁回該訴訟。（2）再者，既 X 未變更訴之聲明，倘 Y 對 Z 有任何阻礙 Z 之物上請求權事由皆無從於本訴提出，而須於 Z 聲請對 Y 繼受執行時始得於他程序提出該事由（於強制執行法第 9 條之傳訊程序、第 14 條之 1 第 1 項債務人異議之訴程序），此亦不符前述新法所指向之紛爭一次解決、保護程序利益原則之意旨。

（3）並且，原告既為讓與人，於移轉事實已顯現於訴訟時，要求其為變更訴之聲明否則將駁回訴訟亦不為過，一來原告自為移轉行為，當無不知悉該權利變動而無從變更聲明之情形，二來其既得享有自由處分系爭物之實體上利益，使其負擔隨之而來的程序上不利益亦未失衡平。

之擴張為中心』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，1987 年 6 月，頁 58 以下。

⁴³⁹ 陳榮宗，「訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題」，『民事訴訟法之研討（五）』，1996 年 10 月，頁 182 以下，頁 189。

⁴⁴⁰ 李昆南，『論判決對訴訟標的法律關係繼受人之效力－以既判力主觀範圍之擴張為中心』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，1987 年 6 月，頁 62 以下

（三）判決效力（既判力、爭點效、執行力）是否及於 Z？

Z 既屬特定繼受人，為貫徹前述當事人恆定制度所追求之擴大訴訟制度解決紛爭功能、程序利益保護之要求，故與被告移轉系爭物之情形並無不同，依第 401 條第 1 項（移轉事實已或未顯現）、第 2 項（移轉事實已顯現）前訴確定判決效力（既判力、爭點效、勝訴判決執行力）在判決確定時及於繼受人 Z。不過，該效力之內涵不可一概而論，分述如下：

<表七> <事例十九> 前訴法院可能之認定

	X 勝訴	X 敗訴
移轉事實 已顯現	（情形一） Z 取得甲地所有權，X、Y 間使用借貸關係不存在或無法對抗 Z，Z 對 Y 有物上請求權。	（情形二） Z 取得甲地所有權，X、Y 間使用借貸關係存在且得對抗 Z（Z 違反誠信原則），Z 對 Y 無物上請求權。
移轉事實 未顯現	（情形三） X、Y 間使用借貸關係不存在，X 對 Y 有物上請求權。	（情形四） X、Y 間使用借貸關係存在，X 對 Y 無物上請求權。

（1）移轉事實已顯現於訴訟上：

<表七>（情形一）、（情形二）中，X 將甲地所有權移轉予 Z 之事實已顯現於訴訟，無論係經當事人 X、Y 主張或為法院職務上所已知，此時實體法上甲地所有權之歸屬主體已係 Z 而非 X，X 本應喪失當事人適格，然在當事人恆定主義下，尚具本案之訴訟遂行權，且 X 於本訴訟所主張者已非 X 對 Y 之物上請求權、而為 Z 對 Y 之物上請求權，X 係為 Z 遂行訴訟，而為法定訴訟擔當之一種型態。

故而，無論 X 勝訴或敗訴，既判力皆於前訴訟判決確定時依第 401 條第 1 項、第 2 項規定及於 Z，該既判力客觀範圍為 Z 對 Y 之物上請求權存在（情形一）或不存在（情形二），僅在 Z 未受有事前程序保障之範圍內，得提起第三人撤銷訴訟排除前訴不利之既判力，否則 Z 再對 Y 提起之後訴，因該訴訟標的已為前訴確定判決之既判力所及，違反一事不再理原則，後訴法院應以裁定駁回之（民訴法第 249 條第 1 項第 7 款）⁴⁴¹。

實際上，在（情形一）中，Z 亦無須提起後訴，逕持該確定勝訴判決依第 401 條第 1 項、第 2 項及強制執行法第 4 條之 2 第 1 項第 1 款、第 2 款，聲請對 Y 執行即可。

（2）移轉事實未顯現於訴訟上：

〈表七〉（情形三）、（情形四）中，X 將甲地所有權移轉予 Z 之事實未顯現於訴訟上，前訴之訴訟標的仍係 X 對 Y 之物上請求權，而非 Z 對 Y 之物上請求權，故發生既判力者僅及於前者範圍，前訴既判力依第 401 條第 1 項及於 Z，係代表 Z 不得否認前訴所認 X 對 Y 之物上請求權存否一事，Z 以自身對 Y 之物上請求權為訴訟標的所提起之後訴並無違反一事不再理之問題；又，在前訴中法院就使用借貸關係存否之判斷所生之準既判力或爭點效，亦擴張於 Z，以維持當事人於前訴遂行訴訟所得成果，不必再事攻防，以保護其實體上及程序上利益，並避免法院重複審理、判斷，而節省其勞時費用，助益於訴訟經濟。不過，因移轉事實未顯現於訴訟上，Z 自無從經通知或告知而有參與訴訟之機會，Z 得提起第三人撤銷訴訟以排除前訴確定判決對其不利效力，且該撤銷訴訟可合併於 Z 對 Y 行使物上請求權所提起之訴訟⁴⁴²。

⁴⁴¹ 許士宦，「既判力及於訴訟繫屬中從原告受讓系爭物之第三人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月，頁 377-386。

⁴⁴² 許士宦，「既判力及於訴訟繫屬中從原告受讓系爭物之第三人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月，頁 386-395。

在（情形三）中，Z得持前訴確定勝訴判決聲請對Y強制執行，並只須主張、證明「繼受事實存在」而無須證明「Z對Y之請求權存在（該繼受關係未使Y取得足以阻礙Z對Y請求之事由）」。不過，Z對Y之物上請求權畢竟未經前訴判決所認定，故在不違反前訴爭點效之範圍內，Y得以主張有對抗Z之事由提起債務人異議之訴。至於何謂不違反前訴爭點效之範圍？此亦同〈事例十八〉之設例，在Z對Y提起之後訴中，Y得否再主張係基於使用借貸關係或租賃關係而有權占有甲地？此均視於前訴中經法院曉諭、當事人攻防並受法院下一非突襲性判斷之重要爭點為何。如前訴經法院協同當事人整理之爭點為「Y是否因使用借貸關係而有權占有甲地」（爭點一），則限縮爭點在使用借貸之事實存否，自不遮斷其他該當有權占有之事實，Y在債務人異議之訴或Z提起之後訴中，皆得主張基於租賃關係有權占有；如為「Y是否有權占有甲地」（爭點二），則該爭點涵蓋所有可能該當有權占有之事實，如Y僅提出使用借貸之抗辯，經調查證據、辯論後法院形成使用借貸關係不存在之暫時性心證，並將該心證公開、曉諭予Y表示意見，併使其有提出其他該當有權占有之事實之機會，Y卻未為之，可認X、Y及法院間形成「全以已提出之事證論定爭點二」之默示合意，基於對造信賴、維護程序利益、統一解決紛爭之要求，X、Y及Z間均不得再提出其他事實為反於法院對爭點二判斷之主張。不過，在法院未踐行上開爭點曉諭或心證公開之義務時，應認法院就爭點二之判斷屬一突襲性判斷，為避免侵害當事人之程序權，應將發生爭點效之範圍限縮為爭點一，此時Y自可於債務人異議之訴或Z所提後訴主張因租賃關係而有權占有。

第二款 基準時後繼受系爭物之特定繼受人

又在繼受人於言詞辯論終結後始繼受標的物之情形，雖繼受人無從獲取參與本訴訟之機會，然而為了避免因移轉行為招致紛爭再燃、紛爭永無解決之日，且應劃一解決三方就系爭物權益歸屬以維護法安定性、具體妥當性、訴訟經濟及程序利益保護之要求，與基準時點前繼受之情形並無二異，故不論繼受人係自前訴

原告或被告處受讓系爭物，該確定判決之效力（既判力、爭點效、執行力）原則上均及於繼受人。不過，細部之差異在於：

（1）判決效力擴張之時點：繼受人係在受讓系爭物時點，始受前訴確定判決效力擴張所及，而非於該判決確定之時。

（2）判決效力時、客觀範圍：前訴訟判決係以讓與人與其對造之權利為審判範圍，且繼受人本身之權利係言詞辯論終結後所新生之事實，故繼受人於基準時後所生之固有權益（抗辯）本不為前訴既判力所遮斷，因而繼受人並無提起第三人撤銷之訴排除前訴既判力以主張固有權益（抗辯）之必要。相較之下，爭點效更能在繼受人與對造間發揮統一解決紛爭之功能，因為前訴判決理由中雖未能一併判斷三方就系爭物之權利歸屬，但可能在繼受人與前訴讓與人之對造之後訴中，影響繼受人是否得主張傳來抗辯、或前訴讓與人之對造得否以前訴所判斷之事由對抗繼受人，故在此種情形，繼受人仍有提起第三人撤銷之訴以排除對己不利爭點效之實益。

（3）事前程序保障之判斷：繼受人雖未有參與前訴訟之機會，未必皆得提起第三人撤銷訴訟，蓋仍可透過繼受人於受讓時是否知悉前訴訟存在來判斷事前程序保障是否充足，如其已知悉該判決效力存在猶受讓，無異於承認前手遂行訴訟之結果，等同於事後承認其處分，在後訴中之不得再為爭執⁴⁴³，此時繼受人不具提起第三人撤銷之訴之適格，並於受讓時點終局性受該確定判決之既判力、爭點效所拘束。

第三款 小結

綜合上述案例之檢討，可知確定判決之效力如何擴張於繼受人、是否阻礙其

⁴⁴³ 許士宦，「既判力及於言詞辯論終結後從原告受讓系爭物之第三人」，『訴訟理論與審判實務』，2011年12月，頁430。

另提出固有抗辯，不得一概而論。而須依各種情形分別檢討既判力擴張、爭點效擴張之真意，並分析兩者之擴張在繼受執行中將如何拘束執行法院之認定，始得妥適處理三方紛爭，真正發揮擴大訴訟制度解決紛爭功能、保護程序利益、判決實效性等要求。

第三項 被擔當者——以共有物返還訴訟之他共有人為例

第一款 起訴共有人與他共有人之關係

關於共有人請求返還共有物訴訟，共有人所受確定判決之效力是否及於他共有人，涉及對民法第 821 條之解釋與定性，大略可以區分為「非法定訴訟擔當說」與「屬法定訴訟擔當說」。非法定訴訟擔當說中，(1) 有認共有人本係基於自己權利作用而起訴，雖依民法第 821 條規定，確定判決之利益及於他共有人，但究與為他人而為原告有別，故無論判決結果如何，他共有人均不受既判力之拘束⁴⁴⁴；(2) 有認民法第 821 條規定，僅使各共有人均得自行請求共有物之返還，部分共有人於共有物返還訴訟中所獲確定判決之效力，對他共有人之影響並非既判力，而係勝訴確定判決之效力反射及於他共有人，並若係敗訴確定判決之效力則不及於他共有人⁴⁴⁵；(3) 有以共有人均有其獨自之所有物返還請求權，一人透過訴訟處分其權利之結果並不影響他共有人之權利行使，並無法定訴訟擔當可言，惟為實踐訴訟法紛爭解決一次性之理念及確保被告取得勝訴判決成果之維持，得以目的性限縮民事訴訟法第 401 條第 2 項（須擔當人與被擔當人利害關係一致始有代表法理之適用）及類推適用民法第 275 條（與不可分之債之同質性），主張共有人受有利確定判決時，該判決效力及於其他共有人；當共有人敗訴時之效力如何，則視

⁴⁴⁴ 吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，2007 年 9 月修訂七版，頁 1135。

⁴⁴⁵ 呂太郎，「民事確定判決之反射效力」，『民事訴訟法之基本理論（一）』，2009 年 5 月二版，頁 384-385；陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（中）』，2004 年修正三版，頁 664。

其是否基於個人關係為斷者⁴⁴⁶。認係法定訴訟擔當者之見解則為：(1) 共有人係基於為共有人全體之利益而提起訴訟，自係第 401 條第 2 項為他人而為原告者，判決效力應及於他共有人⁴⁴⁷；(2) 民法第 821 條係法定訴訟擔當之規定，蓋共有人係為共有人全體提起回復共有物訴訟，若共有人獲取勝訴判決，依民事訴訟法第 401 條規定效力及於他共有人，然若共有人受敗訴確定，則與第 821 條所定為他共有人之「利益」狀態不符，為避免抵觸憲法保障人民訴訟權之意旨，效力不及於其他未參與訴訟程序之共有人⁴⁴⁸。上述分類可看出處理共有物返還訴訟之判決效力面臨兩個問題：(一) 起訴之共有人與未成為形式當事人之共有人間訴訟法之地位為何？(二) 是否應區分勝敗之情形而論判決效力主觀範圍之大小？

(一) 前述非屬法定訴訟擔當說之理由諸如「共有人係依自己之權利作用而起訴」、「共有人均得自行請求共有物之返還」，「共有人均有其獨自之所有物返還請求權」等，認為共有人係基於自己固有之權利而起訴，受批評為與第 821 條但書「回復共有物之請求，僅得為共有人全體之利益為之」規定，示明其行使者仍係共有權利之意旨相悖⁴⁴⁹。如單純從條文文字觀察，第 821 條但書是否已示明共有人行使之權利係「共有」之物上返還請求權，或僅表明該權利之「行使方式」須受相當限制（如須起訴之共有人須訴請返還共有人全體而不得請求返還自己），尚有探求空間，蓋縱共有人獨自享有固有之物上返還請求權，從維護全體共有人共同對共有物為使用收益，亦不無可能於承認個別物上返還請求權之同時限縮行

⁴⁴⁶ 黃國昌，「共有物返還訴訟之再考」，『台灣本土法學雜誌』，第 66 期，2005 年 1 月，頁 53。

⁴⁴⁷ 姚瑞光，『民法物權論』，1999 年 10 月，頁 126。但其後認共有人係各得請求共有物之返還，一人所受敗訴判決之效力並不及於其他共有人，參見：姚瑞光，『民事訴訟法論』，2004 年 2 月，頁 734。

⁴⁴⁸ 楊建華，「請求回復共有物之共同訴訟」，『問題研析民事訴訟法（一）』，1994 年，頁 102；楊建華，「部分共有人請求回復共有物之判決及於他共有人之效力」，『問題研析民事訴訟法（二）』，1995 年，頁 209-211。

⁴⁴⁹ 許士宦，「第三人訴訟參與與判決效主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 31-33。

使方式。不過，如結合我國民法物權篇一物一權主義，亦應得出該共有物返還請求權係屬一共有權利之結論，則一共有物僅有一基於該共有物之物上請求權而為全體共有人所共有，共有人雖得處分其應有部分之權利，然非屬其應有部分者，若未有特別規定自無從代他共有人行使權利。故而，共有物返還訴訟中，成為原告之共有人雖亦屬部分權利（其應有部分）之歸屬主體，然其請求返還者係共有物之全部，就他共有人之應有部分實本無代其主張權利之權限，惟縱未經他共有人之授權，基於民法第 821 條之規定，為保護各共有人在其與第三人之關係上，得就共有物之全部為本於所有權之請求，不致於過度受制於他共有人之意志，故部分共有人縱超過其應有部分範圍，亦得單獨行使歸屬於全體共有人之物上請求權，由此觀之，共有人單獨提起之訴訟屬於法定訴訟擔當⁴⁵⁰。

（二）接下來的問題是，縱使承認共有物返還訴訟係屬法定訴訟擔當，其既判力主觀範圍應如何界定？既為法定訴訟擔當關係，應適用民事訴訟法第 401 條第 2 項規定，既判力及於他共有人，此點並無太大爭議；（1）惟有主張區分判決勝、敗結果而論主觀範圍之不同，如共有人受敗訴確定，則與第 821 條所定為他共有人之「利益」狀態不符，效力不及於其他未參與訴訟程序之共有人；（2）或認共有人敗訴時，須區分其該共有人代表性是否充足，若係基於個人關係而敗訴，認其與他共有人間不具有一致之利害關係，此時允許其他共有人以現實上其利益未被充分代表為由，透過第三人撤銷之訴提起，以主張足以影響判決結果之攻防方法，賦予其事後爭執之機會⁴⁵¹。

然而，見解（1）之問題在於，第 821 條但書所定之「為他共有人之利益」

⁴⁵⁰ 許士宦，「法定訴訟擔當之判決效力擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 259-260。

⁴⁵¹ 黃國昌，「共有物返還訴訟之再考」，『台灣本土法學雜誌』，第 66 期，2005 年 1 月，頁 48-50。學者雖認此非屬法定訴訟擔當，但因其主張共有物返還訴訟得類推適用第 401 條第 2 項規定（或係類推適用「限縮」後之第 401 條第 2 項規定），故本文仍將其說法放入此部分討論。

僅係對該共有人之物上返還請求權行使方式之限制，已如前述，故難以認定第 821 條但書係針對判決效力範圍有所限縮，而逕論敗訴時不符他共有人之利益，故判決效力不及於他共有人；再者，勝及、敗不及之方式，實際上亦無法達成紛爭一次解決之理念，而殘留有後訴再燃之可能。至於見解（2）部分，訴訟標的本為起訴共有人自身之權利，其為自己權利起訴，是否含有代表之意？不無疑問；又，此看法是否忽略受敗訴效力所及之共有人之程序保障？縱起訴共有人非基於個人關係敗訴，也應使受判決效力所及之人有加以爭執之機會；並且，如他共有人現實上利益未被充分代表一事，得以翻覆判決結果，除了增加對造受再訴之危險，反於當事人（對造、占有人）之信賴與程序利益之保護（為鞏固己身占有權源而付出之勞力、時間、費用）外，亦與我國新法增設事前與事後的程序保障之意旨有間。第三人撤銷之訴係以第三人未被賦予參與訴訟之機會為前提要件，若其已受有事前之程序保障（如經起訴共有人陳報之他共有人名冊後，法院依第 67 條之 1 規定職權通知他共有人參加訴訟、或經起訴共有人依第 65 條為訴訟告知），則不論其實際上是否已參與訴訟，皆不具備第三人撤銷訴訟之當事人適格，第三人撤銷訴訟非僅以保護未參與訴訟之第三人固有利益為目標，更含有賦予憲法上程序權未受保障之第三人事後救濟之意涵。倘第三人已受通知或告知，其究否或如何行使程序權，端視第三人之意志而定，若其為追求程序利益（不參與訴訟所節省之勞力、時間、費用）而不參與訴訟，亦可認相當於表明將其固有利益授與部分共有人代為行使之意思⁴⁵²，於此就程序權已受保障（經通知或告知），而其固有利益亦有得行使之機會，已非屬第三人撤銷訴訟之救濟射程範圍。若認此情形亦如論者所述，得因其固有之抗辯現實上未曾主張而提起第三人撤銷之訴，不僅侵害占有人之信賴與程序利益，亦有害紛爭一次解決與訴訟經濟之理念。因此，重點非固有抗辯「現實上」是否經主張而係是否「曾得」主張，倘得為而不為之，

⁴⁵² 然此認定尚牽涉上開職權通知或訴訟告知中送達第三人之書面（第 67 條之 1 第 1 項或第 66 條第 1 項）所記載之訴訟程度及爭點為何始能判斷，不得謂第三人一旦受有通知或告知而未參與訴訟，皆含有放棄其固有利益或授與訴訟當事人代為遂行訴訟之意。

亦可透過上述將第三人之不行為解為默示將固有利益授與部分共有人代為行使之方式，解決其所憂慮之「因利害關係不一致而代表性不足」一事。是故，依第 401 條第 2 項規定，無論共有物返還訴訟之結果為何，判決效力皆及於他共有人，僅於他共有人未受有事前程序保障之前提，得提起第三人撤銷之訴主張不受判決效力所及。

不過，上述討論僅限於既判力之主觀範圍，而未涉及判決之客觀範圍即爭點效之部分。判決效力主觀範圍與客觀範圍是否可能同時擴張，即判決之爭點效亦及於他共有人？

第二款 對共有人有利之爭點效

＜事例二十＞（最高法院 98 年度台上字第 703 號、98 年度台再字第 37 號案件事實）

- 【前訴】共有人 X1、X2 及 X3 分別共有甲地，共有人 X1 主張：Y 無權占有甲地中 A 部分土地，在其上搭建貨櫃屋等語，依民法第 767 條、第 821 條規定，訴請 Y 拆除該貨櫃屋，並返還甲地 A 部分予共有人全體，Y 則抗辯：Y 係基於與甲地原所有人即 X1、X2 及 X3 之被繼承人 A、B 所成立之租賃關係而有權占有甲地全部等語，惟遭法院認定租賃關係不存在，判決 X1 勝訴確定。
- 【後訴】其後，X2、X3 主張：Y 無權占有甲地中 B 部分土地，在其上搭建倉庫等語，依民法第 767 條、第 821 條規定，訴請 Y 拆除該倉庫，並返還甲地 B 部分予共有人全體。Y 再以前述租賃關係抗辯係有權占有，經 X2、X3 援用前訴確定判決判斷後，法院應如何處理？

＜事例二十＞中，關於前訴中就 Y 無權占有甲地之判斷，究否發生爭點效？

最高法院 98 年度台上字第 703 號民事判決以：「末查所謂爭點效，係指前後兩案當事人相同，法院就前案當事人重要爭點所為之判斷，不得於後案作相反之判斷，當事人亦不得再為不同主張。本件上訴人 X2、X3 並非台灣台北地方法院九十六年度重訴字第一六四五號確定判決〔即前訴確定判決〕之當事人，上訴論旨謂上開確定判決已就被上訴人 Y 無權占用系爭土地為論斷，被上訴人不得為相反之主張，原判決亦不得為相反之論斷云云，不無誤會，附此敘明。」採否定見解，其後 X2、X3 對該判決提起再審，最高法院 98 年度台再字第 37 號判決則為：「原確定判決認該第二審判決認事用法均無不當而予以維持，駁回再審原告之第三審上訴，並說明再審原告並非另案台灣台北地方法院九十六年度重訴字第一六四五號確定判決之當事人，其指稱上開確定判決已就再審被告無權占用系爭土地為論斷，再審被告不得為相反之主張，前訴訟程序第二審判決亦不得為相反之論斷云云，不無誤會。」亦認 X2、X3 非前訴確定判決之當事人，故 Y 不受前訴判斷之拘束。

首先，前、後訴之訴訟標的分別係甲地 A、B 部分之妨害排除請求權及共有物返還請求權，故 X2、X3 所提之後訴並未違反一事不再理原則，X2、X3 雖依第 401 條第 2 項為前訴確定判決之既判力所及，亦僅指 Y 不得否認甲地共有人就甲地 A 部分對 Y 之共有物返還請求權存在。不過，因 Y 以租賃關係為抗辯，於前訴中 Y 對甲地之租賃權存否成為重要爭點（蓋所有物返還請求權以占有人係無權占有為前提）⁴⁵³，並經兩造充分攻防、法院亦為實質判斷，則基於紛爭一次解決、訴訟經濟、訴訟上誠信原則，於得評價為未侵害兩造程序保障之範圍內，該判決理由中對租賃權存否之判斷對 X1、Y 自應發生一定之拘束力。並且，在前訴之形式當事人 X1、Y 間就該爭點已生爭點效時，該效力亦應適用第 401 條第 2 項及於實質當事人即其他共有人 X2、X3，以助於紛爭一次解決、統一解決紛爭之要求

⁴⁵³ 不過此係純以實體法上觀點來理解，實際上何為前訴重要爭點尚須從訴訟過程觀察，如亦有兩造不加爭執「Y 是否無權占有」或成立爭點簡化協議，僅就「X 是否為所有權人」成為主要爭點之情形。

與訴訟經濟理念之達成。該「Y 之租賃權不存在」之判斷，係對 X2、X3 有利之爭點效，故較無程序保障之問題；另對 Y 而言，其既從前訴已得充分攻防，使其無法對前訴之實質上當事人再度為反於前訴判斷之主張，亦無侵害其程序權之疑慮，且符合誠信原則。故而，於前訴中擔當者 X1、Y 發生爭點效時，被擔當者 X2、X3 亦得於後訴援引對其有利之前訴判決理由中判斷，此時後訴法院就 Y 之租賃權存否，應依前訴確定判決之認定為判斷。至於若 Y 於後訴又提出其他有權占有之抗辯事實（如借貸關係），則應視前訴之重要爭點為何來判斷，如前訴之爭點為「Y 是否因租賃權而有權占有」而非「Y 是否有權占有」，則在 X1、Y 間借貸關係並不為爭點效所遮斷，X2、X3 自亦無從援用前訴爭點效主張 Y 不得提出借貸關係抗辯。

第三款 對共有人不利之爭點效

< 事例二十一 >

- [前訴] 共有人 X1 主張：Y 無權占有 X1、X2 及 X3 共有之甲地等語，依民法第 767 條、第 821 條規定，訴請 Y 返還甲地予共有人全體 X1、X2 及 X3；Y 則抗辯：Y 係基於租賃權而占有甲地等語，經法院認定 Y 就甲地對 X1、X2 及 X3 之租賃權存在，判決 X1 敗訴確定。
- [後訴] X2、X3 以 Y 為被告，訴請確認 Y 就甲地對 X2、X3 之租賃權不存在。經 Y 援引前訴確定判決認定 Y 就甲地對 X1、X2 及 X3 之租賃權存在之判斷後，法院應如何處理？

可能的情況如下：若 Y 於前訴主張分管人 X2 曾同意其使用甲地，而以全體共有人之名義將甲地出租予 Y 時，此事實遭 X1 否認，經法院行爭點整理程序之

結果，對該事實存否及 Y 是否對甲地有租賃權成為爭點一事，於 X1、Y 及法院間形成共識，並將此爭點整理結果連同通知本訴訟繫屬之書面送達 X2、X3，可評價為已賦予 X2、X3 應有之事前程序保障，使其有提出有利之攻防方法之機會，而成為判決效力擴張及 X2、X3 之正當化基礎。於此情形，因 X2、X3 已受有上開程序保障，應為上開判決效力所及，縱 X2、X3 認其未曾同意出租、或縱有租賃關係亦僅成立於 X1 與 Y 間等，Y 亦得援引前訴租賃權存在之判斷，使 X2、X3 不得再事爭執。並且，雖就 X2、X3 與 Y 間之租賃關係，實質上未有如民法第 821 條之明文規定授與 X 訴訟實施權，惟 X1、Y 間訴訟既已進行至爭執 X2、X3 是否同意出租之部分，並經通知 X2、X3 而其仍未參與訴訟，可認 X2、X3 有默示就該部分授與 X 代為遂行訴訟之意，亦得解為係意定訴訟擔當而適用第 401 條第 2 項，使該爭點效及於 X2、X3⁴⁵⁴。故而，經 Y 援引前訴確定判決認 Y 租賃權存在之判斷後，法院應受前訴「Y 對 X1、X2 及 X3 之租賃權存在」之判斷拘束。

惟若 X2、X3 未獲上開程序保障，則就不利於己之判斷，應賦予其救濟之機會。不論係未經通知、告知，或經通知之內容非使其能得知該不利於己之判斷成為爭點者，皆不得論 X2、X3 已獲得程序保障。後者可能情形如：X1 與 Y 之訴訟前階段，Y 先主張 X1 非甲地之共有人而成為本訴爭點，法院將此爭點通知 X2、X3 後，該兩人並未參加訴訟，後 Y 又提出租賃權抗辯，使 X1、Y 間形成 X1、X2、X3 是否曾同意出租及 Y 之租賃權存否之爭點（後發爭點），然法院並未將該後發爭點通知 X2、X3，但就該爭點於證據調查前均曉諭兩造當事人，並使其集中就該爭點為辯論，最終法院認定租賃權存在而判決 X 敗訴確定。此時可認就該爭點之

⁴⁵⁴ 前述論者所稱：他共有人未同意出租，則利害關係不一致，可評價為代表法理不充足，故而不應使判決效力及於他共有人等語（註 451），此疑慮亦可透過此種意定訴訟擔當之解釋方式及程序保障之賦予加以解決：蓋已賦予他共有人足夠資訊（現階段爭點整理結果）及參與訴訟（職權通知）之機會而不行使，可解為默示授權起訴之共有人代為處分與其不一致之利益，故他共有人應受判決效力所及；此點不論於既判力或爭點效皆同。

判斷，對 X1、Y 發生拘束力，應不致生突襲而有其正當性；但該效力是否及於 X2、X3？對此，有論者認為，縱採取應擴張於 X2、X3 之見解，亦應賦予其有利用後訴訟求為救濟之機會（事後程序保障），如依其主張權利之實際需要（Y 主張之租期是否屆滿或有無租賃權以外之正當占有權源），在不欠缺訴之利益之前提下（第 507 條之 1 但書），可資救濟之方式有（1）以上開租賃關係列為訴訟標的，起訴聲明求為判決確認其對 X2、X3 不存在；（2）或將 X2、X3 所享有依上開實際需要事由所涉甲地返還請求權而附著有對原判決不服（上開本訴訟之判決對其不利）部分者列為訴訟標的，起訴聲請求為判決撤銷該不服部分並命 Y 返還甲地等語⁴⁵⁵。此兩種方法皆係排除前訴訟判決可能對 X2、X3 產生之不利效力，前者可評價為，以確認之訴排除爭點效可能對 X2、X3 之不利拘束力；後者則係以第三人撤銷之訴排除既判力或爭點效可能對 X2、X3 之不利拘束力。

第四款 爭點效擴張之確定時點

於此尚面臨一問題：第三人撤銷訴訟之設立，使判決效力主觀範圍之確定時點產生變化。亦即，不同於訴訟當事人係在原判決確定時終局受既判力所及，對具有提起第三人撤銷訴訟適格且實際提起之第三人而言，原判決之既判力僅在其確定時先暫時性擴張及第三人，而在第三人撤銷訴訟遭駁回確定時，始為原判決效力終局性擴張所及；對具有提訴適格但未提起之第三人，則在提訴期間屆至時終局性受原判決效力擴張。則爭點效對第三人之擴張，係應採如既判力般「先於原判決確定時暫定性及於第三人（此時尚不判定是否受有程序保障）」（時點一），再於其未受有程序保障之範圍內，賦予其機會提起第三人撤銷訴訟以排除該不利爭點效；或「於後訴審理時實質認定」（時點二）第三人所獲程序保障之程度，資以決定爭點效是否擴及第三人？

⁴⁵⁵ 依民事訴訟法第 507 條之 1 規定，第三人得請求撤銷對其不利部分之判決，則 X2、X3 得視其需求聲明求為排除前判決中（1）既判力及爭點效或（2）僅排除爭點效（X2 可能否認與 Y 訂有租賃契約，但承認 Y 具其他占有權源）之效力。

前述學者所認〈事例二十一〉中（1）X2、X3 可以租賃關係為訴訟標的，對 Y 起訴求為確認租賃權不存在之救濟方法，似較接近後者（時點二）「於後訴中實質認定」爭點效主觀範圍之方式，蓋如認未經第三人撤銷之訴排除前判決效力前，爭點效仍先及於 X2、X3，則經 Y 援用爭點效後，後訴法院亦應受拘束而據此駁回 X2、X3 所提確認租賃權不存在之訴。亦即，承認此種救濟方法只有在爭點效並非於前訴訟判決確定時，同時及於 X2、X3，始有意義。然而本文認為應採取前者時點一之看法，理由為：（1）既然爭點效主觀範圍得適用第 401 條第 2 項以達成擴大訴訟制度解決紛爭功能，係從程序保障作為既判力與爭點效之共通基礎出發，則爭點效如何擴張於第三人，亦不應逸脫既判力之事前、事後的程序保障，亦即該配套措施亦應同時運作於爭點效之主觀範圍擴張。（2）並從第三人撤銷訴訟設有起訴之不變期間（第 507 條之 5 準用第 500 條第 1 項）規定觀察，縱事前程序保障有所欠缺，第三人未必加以爭執，倘經猶豫而未行使權利排除該判決對其不利部分，則應認既判力確定擴張於第三人。準此，既判力主觀範圍非必處於不確定之狀態，倘爭點效未循此模式，而端視該爭點效是否於後訴被提出，始由法院加以實質認定，則難免遭有抵觸法安定性之疑慮，（3）亦有害對造之信賴、當事人間公平。是故，**X2、X3** 倘欲排除前訴判決理由中「Y 對甲地租賃權存在」之判斷，應先提起第三人撤銷之訴，主張該不利部分不及於己；若未為之，而已經過該不變期間，於該時點爭點效終局確定、擴張於 **X2、X3**。

此外，該處理方式或將招致批評為：前訴當事人尚得直接於後訴爭執是否生爭點效，受效力擴張之第三人卻須提起第三人撤銷之訴始得爭執，是否有失衡平？本文認為，此須釐清：不論當事人或受擴張效力所及之第三人，得直接於後訴所爭執者係「該爭點判斷是否符合爭點效之要件」；然而，如第三人未提起第三人撤銷之訴，一旦經後訴法院認定該爭點判斷符合爭點效要件，則不得爭執「該符合爭點效要件之判斷擴張於第三人」。就此而言，實無有失衡平之疑慮。

第三節 爭點效之主觀範圍（二）——參加人、受訴訟告知及職權通知者

<事例二十二>

*主債務訴訟在先，保證債務訴訟在後

- [前訴] 債權人 X 主張：Y 向 X 借款 500 萬元，屆期仍未清償等語，訴請 Y 清償借款債務；Y 則抗辯借款債務因欠缺行為能力致無效而不存在等語。經法院認定借款債務因欠缺行為能力致無效而不存在，判決 X 敗訴確定。
- [後訴] 債權人 X 主張：Z 為擔保 Y 對 X 之上開借款債務，而與 X 立有保證契約，詎 Y 拒未清償等語，訴請 Z 履行保證債務；Z 則抗辯：前訴確定判決已認定主債務即借款債務因欠缺行為能力致無效而不存在等語。後訴法院應如何處理？

<事例二十三>

（情形一）保證債務訴訟在先，求償訴訟在後

- [前訴] 債權人 X 主張：Y 向 X 借款 500 萬元，Z 為擔保 Y 對 X 之借款債務，而與 X 立有保證契約，詎 Y 屆期拒未清償等語，訴請 Z 履行保證債務；Z 則抗辯主債務即借款債務及保證債務均不存在等語。經法院認定兩債務均存在，而判決 X 勝訴確定。
- [後訴] 保證人 Z 受 X 持前判決強制執行後，依民法第 749 條規定提起訴訟向主債務人 Y 求償，Y 則抗辯主債務即借款債務及保證債務均不存在等語。後訴法院應如何處理？

（情形二）保證債務訴訟在先，主債務訴訟在後

- [前訴] 債權人 X 主張：Y 向 X 借款 500 萬元，Z 為擔保 Y 對 X 之借款債務，

而與 X 立有保證契約，詎 Y 屆期拒未清償等語，訴請 Z 履行保證債務；Z 則抗辯主債務即借款債務不存在等語。經法院認定借款債務不存在，而判決 X 敗訴確定。

- [後訴] 債權人 X 訴請主債務人 Y 清償上開借款債務，Y 抗辯前訴確定判決已認定借款債務不存在等語。後訴法院應如何處理？

<事例二十四>

*主債務訴訟、保證債務訴訟在先，求償訴訟在後

- [前訴] 債權人 X 主張：Y 向 X 借款 500 萬元，Z 為擔保 Y 對 X 之借款債務，而與 X 立有保證契約，詎 Y 屆期拒未清償等語，以主債務人 Y、保證人 Z 為被告，訴請 Y、Z 履行借款債務、保證債務；Y、Z 則抗辯：主債務即借款債務、保證債務均不存在等語。經法院認定兩債務均存在，而判決 X 勝訴確定。
- [後訴] 保證人 Z 受 X 持前判決強制執行後，依民法第 749 條規定提起訴訟向主債務人 Y 求償；Y 則抗辯借款債務不存在等語。經 Z 援用前訴判決認定借款債務存在之判斷後，後訴法院應如何處理？

第一項 爭點效主觀範圍擴張之界限

第一款 反射效理論與爭點效擴張

反射效理論中亦涉及判決理由中判斷是否具有拘束力之議題，亦即判決效力主觀範圍擴張之同時，亦隱含有客觀範圍擴張之問題⁴⁵⁶：如<事例二十二>中，保證人 Z 是否得援用前訴既判力，亦即主張 X 受前訴法院就「債權人 X 對主債務

⁴⁵⁶ 原強，「反射効,その他」，『法学教室』，通号 282，2004 年 3 月，頁 30。

人 Y 之借款債務履行請求權不存在」之判斷所拘束，是向來反射效所欲處理的問題。不過日本學者尚有進一步分析，依日本民法第 449 條規定⁴⁵⁷，主債務不存在但保證債務卻仍存續之情形亦有之，故而單純援用主債務履行請求權不存在之判斷並不充分，而必須援以判決理由中對於主債務係因「契約經主債務人依其行為能力受限而撤銷」以外的事由而不存在之判斷，否則單純承認反射效並無實益⁴⁵⁸。我國亦有實務家意識到爭點效究否及於具有牽連關係之第三人所涉問題，在〈事例二十二〉中，論以就「爭點效之反射效」言，應與「確定判決之反射效力」採相同解釋，於主債務人 Y 受有利判斷時，保證人 Z 應可援用，反之則否⁴⁵⁹。

反射效理論雖提示了爭點效擴張於民訴法第 401 條以外之第三人之問題，不過，依此尚無法廣泛地推論反射效論者在上開具體實體法依存關係以外之事例均仍會一律贊成爭點效理論。並且，反射效理論亦被指摘為：反射效僅著眼於實體法上依存或從屬關係反映於紛爭解決之結果上，卻忽略紛爭解決過程所關涉之訴訟法上觀點，以致未同時顧及程序權保障與判決效擴張等二者間應有之關聯性；又我國新法增訂第 67 條之 1、第 254 條第 4 項及第 507 條之 1 以下規定以與第 401 條規定相配套，準此已明認該項關聯性，並凸顯其緊密度，我國現行法既將判決效力所及主觀範圍，原則上限定於第 401 條所明列者，且於第 582 條明定對世效如何發生，並均可依第 507 條之 1 以下規定，對原則上受判決效力擴張所及之第三人，賦予事後的程序保障以例外限縮判決效力，從而，自難超越此範圍而將判決效力再擴張於該等明文意旨所規範不及者，故不得未考量我國民訴法之特

⁴⁵⁷ 日本民法第 449 條：「就得以行為能力之限制為由撤銷之債務為保證者，若其於保證契約時已知其情事，於主債務不履行或受撤銷之情形，推定負有具同一目的之獨立債務。」。

⁴⁵⁸ 原強，「第三者による判決理由中の判断の援用--反射効理論の終焉と第三者による争点効の援用-1-」，『上智法学論集』，第 30 卷 1 号，1987 年 2 月，頁 166-167。

⁴⁵⁹ 呂太郎，「所謂爭點效一簡評最高法院八十七年台上字第一〇二九號、八十八年台上字第五七七號判決」，『法令月刊』，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 738。

異性，而逕以援用反射效理論等語⁴⁶⁰。本文考量，反射效論者在判決效力之相對性原則下，以保證債務之附隨性此等實體法上依存關係為據，而認為債權人 X 對主債務存否既已爭執並受敗訴判決，即不得再對依存於主債務之保證債務再為爭執等見解，係純以實體法角度論述，而欠缺訴訟法之根據；且如稱債權人 X 既已於訴訟上就該爭點充分爭執並受有不利判斷，當不得容許其僅變換當事人即得就同一爭點再事爭執等語，理由似又不夠充分，因為 X、Y 皆係為自身之權利義務關係遂行訴訟，且保證人 Z 本非前訴訟之形式及實質當事人，何以 Z 受有得援用前訴有利判斷之利益？何況，勝及、敗不及之區分方式，是否對債權人 X 及保證人 Z 處理有所不公？如認為勝、敗之效力皆及於保證人 Z，又有侵害 Z 程序權之疑慮。蓋無論是既判力、反射效或爭點效，皆具有於後訴中產生遮斷效而無法提出相悖攻防方法之作用、效力，故而，不論係反射效或爭點效，將該遮斷效力擴張於非前訴當事人之第三人時，皆須考量對第三人之程序保障。若無法取得該正當根據，則應全面否定該拘束力⁴⁶¹。

第二款 美國法之利益第三人爭點效擴張

民事判決效力僅拘束兩造當事人之原則，係基於當事人親自參與訴訟、特定成為判決基礎之訴訟對象並決定提出資料之範圍，而反映出對自己決定所得處分結果應負自己責任此等訴訟程序上之私法自治原則⁴⁶²；雖亦有未參與前訴之第三人係例外因自己責任而應受拘束⁴⁶³之情形，不過，此係因該第三人具有參與前訴

⁴⁶⁰ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010 年筆記版，頁 332-333。

⁴⁶¹ 伊藤真，「判決の第三者に対する効力」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984 年 4 月，頁 235-236。

⁴⁶² 山木戸克己，「弁論主義の法的構造」，中務俊昌ほか編『民事訴訟の理論：中田淳一先生還暦記念（下）』，1970 年 10 月，頁 11-12。

⁴⁶³ 丹野達，「既判力と信義則についてのある考察」，『民事法拾遺』，2004 年 9 月，頁 245、251 註 11。

之機會而得一併解決紛爭，詎未為之所生之自己責任，如第三人未有參與前訴之機會或未實際參與訴訟，仍屬判決效力相對性原則之運作範疇而不受判決效擴及。

傳統美國法上則係建立了相互性原則（**Mutuality**）作為判決效力主觀範圍之限制，受不利拘束之人得主張該判決對其有利之拘束力，相對而言，不受某判決不利拘束者則不得主張該判決對其有利之拘束力；相互性原則之依據，於 **Restatement of (First) Judgments** 係訴諸於「正當法律程序（**Due Process**）」與「當事人間公平」之要求，亦即受判決效所及者須具有充分對法院提出主張之機會，且若一造須服從於判決效力、他造卻不受拘束，將致生兩造間之不公⁴⁶⁴。爭點效排除效作為判決效力之一環，依傳統美國法見解，亦受上開相互性原則之限制⁴⁶⁵。不過，美國相互性原則在當事人及法院之訴訟經濟、法安定性等政策性思潮下，逐漸出現了例外即派生責任法則（**Derivative liability rule**）⁴⁶⁶，其後，美國聯邦法院更首次在 **Blonder-Tongue** 案⁴⁶⁷突破相互性原則，認為專利無效之前案判決具通案拘束力，專利權人再以第三人為被告所提起之專利侵權訴訟中，第三人得援引前訴中專利無效之爭點效對抗專利權人。該見解雖廣為下級法院所採用，然多仍停留在防禦性之使用（**defensive use**），亦即後訴之被告得援引對

⁴⁶⁴ **Restatement of Judgments §96 cmt. a (1942).**

⁴⁶⁵ 對禁反言相互性之介紹及批評，參見：Robert G. Bone 著＝三木浩一訳，「アメリカ民事訴訟法における遮断効－政策な压力の下での法的な原理」，大村雅彦＝三木浩一編，『アメリカ民事訴訟法の理論』，2006年6月，頁197以下。

⁴⁶⁶ 派生責任法則係指當第三人之法律上責任係派生、取決於當事人時，前訴判決效力亦有利擴張至該第三人。派生關係之主要類型為求償關係（**Indemnification relationships**），如保證人與主債務人間基於契約所生之求償關係、僱用人與受僱人間因不法行為所生之求償關係等。派生法則本身之根據為負有主要責任之人既已受有責任不存在之判決，若允許再對負有該派生自其責任之第三人起訴將有所不公，因為如主要責任者之責任不存在，派生責任者自當不應負責。除了上述維持實體法關係一致性之考量外，尚有貫徹前訴判決實效性之目的：若允許主權利人對求償義務人之訴訟被駁回後，得再對求償權利人起訴，則縱使求償義務人獲有勝訴判決，在求償權利人給付主權利人後仍可能向求償義務人訴請求償，此結果將戕害求償義務人於前訴取得之勝訴判決。

⁴⁶⁷ **Blonder-Tongue Labs., Inc., v. University of Ill. Found., 402 U.S. 313 (1971).**

前訴中為當事人之原告不利之爭點效；直至 1979 年 *Parklane Hosiery Co. v. Shore* 案⁴⁶⁸中，最高法院明白表示支持攻擊性使用（**offensive use**）之爭點效擴張，即後訴原告亦得援引他人前訴確定判決之爭點效。相較於防禦性使用，攻擊性使用雖然可能引發對被告不公平之疑慮（如前訴充分攻防之誘因過小、被告無從預見後訴、無從選擇管轄法院等），對訴訟經濟、紛爭解決一次性之效益亦不如防禦性使用（防禦性之使用，使原告為避免第三人得援引有利爭點效卻不受不利拘束，有誘因在前訴對全部被告合併起訴；攻擊性使用卻將造成相反結果，潛在原告可能採取待機訴訟之策略，等待其他原告獲取同一被告之勝訴判決再為起訴，而不願加入前訴原告之訴訟），但聯邦最高法院仍對攻擊性使用採取正面之態度，而於個案中衡量是否排除適用爭點效擴張效力，藉此避免對被告有失公允之情形⁴⁶⁹。

此突破相互性之見解亦表現於 *Restatement of (second) Judgments* 中，明確承認第三人得援引對已有利之爭點效⁴⁷⁰，關於其範圍限制，除本須適用相同當事人間爭點效之要件與例外規定⁴⁷¹，若有「受拘束之當事人在前訴未獲有充分且公平之機會」與「有其他情事得正當化賦予其就該爭點再次爭執之機會」之情形，例外排除爭點效之擴張；亦即，基於對判決效力之擴張採取徹底追求發揮機能性之態度，不再區分防禦型之利用或攻擊型之利用，皆承認第三人得援引爭點效，惟同時賦予法院廣泛的裁量權，形成各種基於公益及私益之例外限制，並以類型化「受主張爭點效之人是否已具有充分且公平爭執之機會」概念為核心，避

⁴⁶⁸ *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979).

⁴⁶⁹ 該裁量基準如：原告於前訴中共同起訴是否容易、允許擴張是否對被告顯有不利等。另，我國就攻擊性與防禦性使用之類型分析，參見：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，頁 260 以下。

⁴⁷⁰ *Restatement of (second) Judgments* §29 (1982).

⁴⁷¹ *Restatement of (second) Judgments* §27-28 (1982).

免侵害受爭點效拘束者之程序權。不過，非相互性爭點效理論雖為聯邦法院、多數州法院及 *Restatement of (second) Judgments* 所採，然對於攻擊性援用爭點效，仍存有多數懷疑論者未被說服，且殘留有公平性不足之問題。對此所提出之諸多討論及各式解決措施，除如 *Restatement of (second) Judgments* 及 *Parklane Hosiery Co. v. Shore* 案中，（1）留予法院裁量以彈性運用判決效力是否擴張之方法，尚有（2）否定攻擊性使用，而僅允許防禦性使用⁴⁷²；（3）採取強制合併（*Mandatory Joinder*）之制度（要求數原告合併其請求於單一訴訟中，若該原告得參與而未參與該訴訟，將來其請求將受到阻礙），並提供所有原告聽取、參與訴訟之機會，以達成多數紛爭解決之一致性及效率⁴⁷³；（4）附隨性團體訴訟（*Collateral Class Action*），將處於類似狀況之原告視為一團體，該原告縱未參與先前訴訟亦將受其拘束⁴⁷⁴；（5）將先前判決作為證據使用⁴⁷⁵；（6）當數個不一致的裁判存在時，否認第三人爭點效擴張⁴⁷⁶；（7）藉由限縮攻擊性使用中原告獲得之賠償額，以減少公平性之顧慮並同時保留非相互性所帶來之經濟效益⁴⁷⁷等。此問題雖尚未有定論，但從上述討論可明顯看出，對於紛爭解決相對性之

⁴⁷² 比起完全反對相互性理論，僅允許防禦性使用屬於較緩和與常見之作法，美國仍有數州維持此見解，如夏威夷州（Hawaii）及密西根州（Michigan）。See *Doe v. Doe*, 52 P.3d 255, 264-65 (Hwa. 2002); *Monat v. State Farm Ins. Co.*, 677 N.W.2d at 848 n.5. (Mich. 2004).

⁴⁷³ McCoid, M. C. (1976). A single package for mutuality disputes. *STAN. L. REV.*, 28, 707, 724-728.

⁴⁷⁴ Casad, R. C. & Clermont, K. M. (2001). *Res judicata: A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 187. 關於 *Collateral Class Action* 所帶來影響之分析，see George, L. C. (1980). Sweet use of adversity: *Parklane hosiery and the collateral class action*. *STAN. L. REV.*, 32, 655.

⁴⁷⁵ *Id* at 187.

⁴⁷⁶ Semmel, H. (1986). Collateral estoppel, mutuality and joinder of parties. *COLUM. L. REV.*, 68, 1457, 1466-67; Dittfurth, D. (1999). *The concept and methods of federal civil procedure*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 270.

⁴⁷⁷ Nonkes, S. P. (2009). Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limit. *CORNELL L. REV.*, 94, 1459.

原則，美國法將不再走判決相互性之回頭路，而是選擇了非相互性並勇於面對其引發之相關爭議。

第三款 統一解決紛爭之界限

然而，我國是否得逕引美國法，而認為對第三人有利之爭點效，因無礙第三人程序保障之虞故而第三人皆得援用之？我國學說中，亦有參考美國法，認為原則上於第三人與前訴勝訴當事人間存有求償關係時，得類推適用民法第 275 條規定，而承認防禦型第三人之爭點效援用，亦即由實體法（求償關係）及程序法（防禦型）之角度來限制爭點效之片面擴張，以避免求償權利人不得援引求償義務人之勝訴判決中爭點效，而使求償權利人招致敗訴，其必轉向求償義務人求償，而空洞化求償義務人於前訴取得勝訴判決之意義⁴⁷⁸。

就此問題，本文亦曾傾向應盡量追求統一解決紛爭之目的，使爭點效擴張於第三人，而從我國民訴法第 401 條、民法第 275 條規定來看，可知判決效力主觀範圍之依據亦求諸於實體法上關係，如前者之繼受關係、占有關係、後者之連帶關係等，該關係中之第三人則係經立法者考量而認應為判決效力所及之人，故縱使某實體法關係未被納進上開規定中，如有類同於上開實體法上強烈之牽連性質者，則應有類推上開規定，以突破判決效力相對性之必要，求償關係即為一適例。不過，始終無法解決之疑問為：（1）其實三方關係中皆有擴大訴訟制度解決紛爭之需求，以實體法關係強弱劃定訴訟效力之範圍不具正當性，況且，何種強度的實體法關係始有擴張爭點效之必要性，實際上亦難以定出標準；（2）勝及、敗不及之片面擴張方式，無法說明未參與訴訟、提出攻防之第三人何以受有該有利爭

⁴⁷⁸ 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，頁 284-286。惟該學者認為，就主債務人援用情形，雖然已脫離實體法秩序之維持必要，但該防禦類型（後诉被告援引對前訴原告不利之爭點效）係最具有擴張合理性之類型，在公平與效率之價值下，仍有相當之正當化基礎，同文，頁 280。

點效之利益，並且有侵害受不利拘束之前訴當事人程序權之疑慮。縱使該當事人在前訴已有就該爭點充分辯論之機會，惟係限定在其與前訴之形式及實質當事人間之關係上，而難以說明在與第三人之關係上，何以該當事人僅受有一次爭執機會即為已足⁴⁷⁹；(3) 如同採勝、敗皆及，因第三人未獲有參與前訴訟之機會，使其受不利拘束有違程序保障原則，但如使不利爭點效於判決確定時先及於第三人，再賦予其權利提起第三人撤銷之訴以排除該不利效力，又將招致何以該第三人須負擔起訴責任之批評。

關此，考量我國與美國法分別強調程序保障及訴訟經濟之思想本身即有差異，美國法在搭配有強制反訴、分割請求禁止原則等制度下，就爭點效之問題從公益之角度下強烈往擴大訴訟制度解決紛爭之方向靠攏，然在無法克服程序保障不足之問題下，在我國則不應遽然採取同一見解⁴⁸⁰。不如從我國現有之職權通知與第

⁴⁷⁹ 黃國昌教授雖將新堂幸司教授認為〈事例二十三〉（情形二）中主債務人 Y 得援引前訴主債務不存在之爭點效之見解，評價為係屬在公平及效率之價值下，最具擴張合理性之「由後诉被告援引爭點效對抗前訴原告」之防禦型（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，頁 279-280）。不過，先不論新堂教授所引用之事例係主債務人 Y 已參加前訴訟之情形（新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008 年 10 月，頁 682-683），而有是否暗示以「現實上已參加訴訟」為判決效力擴張之依據等問題；縱使該情況設定為主債務人 Y 未參加前訴訟，則新堂教授所認擴張之爭點效理由即（1）債權人在前訴已就主債務存否之爭點為爭執，若使其得變換被告即得再事爭執，實質上係屬紛爭再燃，並（2）債權人已於前訴就該爭點充分攻防，禁止其在後訴為相反主張，亦屬公平而不侵害其程序權等（新堂幸司，前註書，頁 699-701），仍無法突破何以未參與訴訟之主債務人受有此利益、債權人為何又只有一次爭執之權利等問題。

⁴⁸⁰ （一）至我國與爭點效有利擴張於第三人之議題較為相關之規定，可見智慧財產案件審理細則第 34 條：「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。」，該條文中雖限定民事訴訟就權利有效性之判斷係於「同一當事人」間生有爭點效，惟參照司法院對該條之說明案例為「專利民事侵權訴訟中，甲主張引證 1 可證明該專利不具新穎性，經民事庭認定該主張不成立確定，則當事人於另案行政訴訟中就引證 1 不能證明該專利不具新穎性之同一基礎事實，為反於民事庭確定判決判斷意旨主張時，法院即應依審理細則第 34 條規定，審酌原判決有無顯然違背法令、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」（司法院編印，『智慧財產訴訟新制問題與解答彙編』，2008 年 6 月，頁 40-41），以後訴係行政訴訟為例，而認民事訴訟之判斷亦生有一定效力，則從行政訴訟之當事人必與民事訴訟之當事人非屬同一觀察，本文曾思考或可將該條所定之「同一當事人」解為「同一專利權人」，並依該條所定之「就智慧財產權有應撤銷、廢止之原因，業經為實質之判斷者」，可認僅於否定權利有效性之判斷始有上開拘束力，故認民事侵權訴訟中就權利有效性之判斷可有利擴張於第三人。例如：專利權人 X 主張 Y 製作之商品侵害 X 之專利權，依民法第 184 條

三人撤銷訴訟之配套措施下，兼顧第三人之程序保障，並尋求與擴大訴訟制度解決紛爭功能之平衡點。雖然在第三人未經訴訟告知或通知之情形，無法使判決效力及於該第三人⁴⁸¹，但這正是程序保障原則所劃定統一解決紛爭之界限。

第二項 爭點效與參加效

第一款 爭點效與參加效之差異

傳統學說及實務見解，向來認為確定判決對參加人所生之效力僅為參加效而非既判力，在被參加人敗訴時，參加人依民訴法第 63 條第 1 項不得對被參加人主張本訴訟裁判之不當，且範圍包含判決主文對訴訟標的之判斷及判決理由對事實

規定訴請 Y 損害賠償，經法院認定 X 之專利權有應撤銷、廢止之原因而判決 X 敗訴確定；其後 X 再主張 Z 製作之商品侵害 X 之同一專利權，依民法第 184 條規定訴請 Z 損害賠償，則經 Z 援用前訴判斷後，法院應判決 X 敗訴。

（二）由美國最早承認爭點效有利擴張於第三人之 *Blonder-Tongue* 案，亦屬專利侵權訴訟，可見在此類型訴訟中最能突顯矛盾裁判及重複審理之問題。不過，**本文最終仍持否認立場之理由在於：**美國法上之所以認為 Z 如無法援用前訴就權利有效性之判斷係屬不公，可能導因於 X 之專利權既已由民事法院認定有應撤銷、廢止之原因，又何須賦予 X 持該專利權僅變換被告而得再次行使權利之機會；但是，既然我國智慧財產案件審理法第 16 條第 2 項規定「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。」，而指明在我國現行公私法二元體系下，縱使民事法院認智慧財產權有應予撤銷、廢止之原因，仍不得逕自宣告該智慧財產權無效，故在 X 之專利權仍屬有效之情形，又 Y、Z 間並無任何法律上關連，而僅均純屬遭 X 指為侵害其專利權者，實難以解釋 Z 何以得受有該有利爭點效擴張之利益，亦無法說明為何 X 在毫無關連之個別訴訟上，卻就專利有效性僅有一次爭執之機會，亦即：如認 Z 受爭點效之有利擴張，將侵害 X 之程序權。又，因為 Z 不受 X、Y 間訴訟判決效力所及，且該訴訟判決之主文或理由均不對 Z 生何實體法上效力，故 Z 非屬就該訴訟具有法律上利害關係之第三人，本不符民訴法第 65 條第 1 項或第 67 條之 1 第 1 項訴訟告知或通知之規定，縱使 Z 受告知或通知，亦不生擬制參加訴訟效力，而無法透過訴訟參加制度使該爭點效擴張及於 Z。不過，或可在前訴透過促成 X、Y、Z 三方間就專利有效性之爭點成立示範訴訟契約，以私法自治、契約法理之方式，使前訴之爭點判斷效力亦及於 Z，而得優先追求程序利益以避免重複審理及矛盾裁判。

⁴⁸¹ 註 39。

上或法律上爭點之判斷，並該效力不及於參加人與他造當事人間⁴⁸²。除此之外，關於參加效之性質尚有既判力說（將參加效解為不分勝敗，皆為既判力之主觀範圍擴張）與新既判力說（因參加效力係以參加人、被參加人與他造當事人所共同形成之基礎為根據，故效力應皆及於此三方），但從既判力與參加效之差異⁴⁸³（客觀範圍不同、是否有例外排除事由）觀察，可能難以用既判力充分解釋參加效之性質。

亦有論者一方面肯定前述既判力說及新既判力說擴大參加訴訟解決紛爭功能，同時為貫徹新法係以程序保障作為界定判決效力所及範圍大小與是否及於特定人之正當化基礎，提出對判決效力之修正論，即：不論勝、敗訴，本訴訟之判決效（包含既判力及爭點效）不僅及於本訴訟之當事人，亦可能及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知及職權通知者之相互間⁴⁸⁴。從新法增設、充實參加人之事前（除由當事人訴訟告知，增設法院依第 67 條之 1 第 1 項以書面將訴訟事件及進程度職權通知於訴訟結果有法律上利害關係之第三人，該第三人依第 67 條之 1 第 2 項受有卷宗閱覽權，以獲取本訴訟相關資訊以利參加訴訟後之攻防）、事後程序保障（參加人得依第 58 條第 3 項輔助被參加人提起再審之訴，如受通知或告知之第三人因不可歸責於己之事由致未能提出攻防方法以影響原判決結果，得依第

⁴⁸² 駱永家，「輔助參加與訴訟告知」，『民事法研究Ⅲ』，1989 年一版，頁 10-13；最高法院 23 年上字第 3618 號判例：「參加人對於其所輔助之當事人，雖不得主張本訴訟之裁判不當，但參加人非民事訴訟法第 391 條第 1 項所謂當事人，其與他造當事人間之關係，自非確定判決之既判力所能及」。

⁴⁸³ 依傳統見解，參加效與既判力之差異為：參加效僅於被參加人敗訴時始發生，既判力則不論勝敗均生；參加效尚及於判決理由中判斷，既判力僅及於訴訟標的；既判力原則上無例外，均及於兩造當事人，參加效依第 63 條但書可能例外不發生；既判力為職權調查事項，參加效為責問事項。參見：陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（上）』，2004 年修正三版，頁 226；邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010 年筆記版，頁 376。

⁴⁸⁴ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010 年筆記版，頁 377-374；邱聯恭，於民事訴訟法第 9 次研討會會後補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（十六）』，2009 年 4 月，頁 93-94。贊同應跳脫敗訴責任公平分擔之思想，而重新以程序保障、紛爭解決一次性之觀點建構判決拘束力之基礎，故不區分勝、敗訴，參加效皆生於參加人、被參加人與他造當事人間者，參見：黃國昌，「第三人之訴訟參與：輔助參加人之權限與輔助參加之效果」，『月旦法學教室』，2003 年 6 月，頁 74-75。

507 條之 1 提起第三人撤銷訴訟以排除原判決之不利效力) 足以作為使第三人受判決效力拘束之正當化基礎，故判決效力不僅及於兩造當事人間，亦及於該兩造與參加人相互間，藉此統一解決兩造當事人與參加人等多數人間紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能，維持訴訟經濟及保護程序利益⁴⁸⁵，是以此說最符合我國新法之意旨。又承接本文前述，在新法增設爭點整理程序及加重法官闡明義務下，承認判決理由中判斷發生爭點效不僅無害於兩造當事人之程序保障，更有助於紛爭解決，而參加人既有機會參與本訴、就爭點提出有利攻防之機會，自無從被排除於上開爭點效之效力範圍外，況在他造當事人與參加人之後訴間，毋寧前訴之既判力未必影響後訴，但爭點效卻常占有舉足輕重之地位，是承認爭點效擴張於他造當事人與參加人間，更能維持判決實效性。

由上述，參加效在參加人與他造當事人間，具有作為既判力與爭點效擴張媒介之地位。又參加效仍有其獨立於爭點效之意義，如某事實在他造當事人與被參加人間未成為爭點，自無爭點效可言，但倘該事實亦為判決理由所認定（當事人不爭執或自認、參加人亦未依第 62 條準用第 56 條為爭執之表示），則除有第 63 條第 1 項但書所定事由外（如參加人本不具依第 62 條準用第 56 條為爭執表示之權利），該判決理由之判斷亦拘束參加人與被參加人，此係參加效獨立發揮一併解決參加人與被參加人間紛爭之功能。

第二款 爭點效對參加利益之影響

贊成第三人對判決理由中重要爭點之判斷具有利害關係者，應承認其具有參加利益之學說中，有將此劃分為「許可型參加」，應由法院在具體案件中評估第三人參加之整體效益是否超越其所帶來之弊害⁴⁸⁶；亦有指出「有法律上利害關係」

⁴⁸⁵ 許士宦，「第三人訴訟參與與判決效主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 35-45。

⁴⁸⁶ 黃國昌，「參加利益與判決效力－簡評最高法院九八年度台上字第一三七二號判決－」，『台灣法學雜誌』，第 157 期，2010 年 8 月，頁 103-108。

係指第三人之權利或法律上地位將因他人間訴訟之結果而受影響，如判決非以第三人之法律關係為標的，但在形式上當事人間作為訴訟標的而受到裁判之法律關係，係作為第三人權利或義務之構成要件部分情形，則仍然涉及訴訟標的之判斷對於第三人之影響，或在判決理由中就主要爭點之判斷，對於第三人之權利狀態有所影響之情形，皆具有參加利益⁴⁸⁷。

本文以為，不論係該判決之訴訟法效力（如既判力、爭點效）或實體法效力（如求償關係）將對第三人有所影響，皆屬具有法律上利害關係之第三人，該第三人經當事人為訴訟告知（第 65 條第 1 項）、法院為職權通知（第 67 條之 1 第 1 項）後，始發生擬制參加之效力（第 67 條、第 67 條之 1 第 3 項），而為參加效（含確定判決之既判力、爭點效）所及。不過，（1）本為第 401 條規定效力所及之第三人，究有無受訴訟告知或訴訟通知並不影響該效力於判決確定時點之擴張效力，而屬是否具有提起第三人撤銷訴訟適格之判斷事由；（2）本非第 401 條規定效力所及之第三人，如因實體法效力而具有法律上利害關係並受訴訟告知或通知，判決效力及於第三人之根據係該事前程序保障之賦予，而非實體法效力。

⁴⁸⁷ 沈冠伶，「民事訴訟上之參加人與實質上當事人—從最高法院民事裁定九十年度台抗字第八八號到最高法院民事判決九十八年度台上字第一三七二號—」，『月旦裁判時報』，創刊號，2010 年 2 月，頁 80-82。（一）其將「有法律上利害關係」之第三人分為以下情形：（1）判決不論有利或不利對第三人發生既判力者；（2）判決具有形成力而影響第三人之權利者；（3）判決對第三人具有執行力擴張者；（4）判決理由所涉先決事項（Vorgreflichkeit），於當事人間如承認一定拘束力（或爭點效），而該判決對於第三人亦具有既判力擴張或形成力時，則判決理由中判斷之拘束力亦對第三人發生；（5）判決非以第三人之法律關係為標的，但在形式上當事人間作為訴訟標的而受到裁判之法律關係係作為第三人權利或義務之構成要件部分情形，則仍然涉及訴訟標的之判斷對於第三人之影響，如合夥、保證中的主債務訴訟；（6）在判決理由中就主要爭點之判斷，對於第三人之權利狀態有所影響之情形，主要為當事人一造對第三人有求償關係，如保證訴訟（若主債務存在而保證人敗訴，主債務人可能受保證人之追索求償不利益，故應承認主債務人在債權人對保證人之訴訟上具有法律上利害關係；再者基於擴大訴訟制度解決紛爭及統一解決紛爭之目的，為避免在保證人對主債務人之後訴訟（求償訴訟）上，主債務人就主債務存否因未參加前訴訟，而不受前訴訟之判決所拘束，使保證人遭受裁判矛盾之不利益，保證人亦得向主債務人為訴訟告知）。（二）並區分（1）至（4）為實質上當事人，蓋其為權利義務歸屬主體亦為判決效力所及者，而（5）至（6）則非實質上當事人。並因參加人在訴訟標的上利害關係不同，故所受聽審請求權保障程度亦不同，僅受部分保障者，依第 61 條抵觸行為不生效力，但第 63 條得主張判決對己不生效力；若為實質上當事人，不論是否參加訴訟一概受判決效力所及，因此應受聽審請求權之全部保障，準用 62 條規定。

亦即，並非該判決既判力、爭點效將及於第三人，故承認其具有參加利益，而係因實體法上利害關係致第三人具有參加利益，且第三人經訴訟告知、通知或實施參與訴訟等行為，成為既判力、爭點效擴張於第三人之正當化根據；(3) 本非第 401 條規定效力所及之第三人，且本訴訟判決之主文或理由均不對第三人生何實體法上效力者，係非屬具有法律上利害關係之第三人，本不應對該第三人為訴訟告知或通知，縱使該第三人受有訴訟告知或通知，因不符合上開規定要件，自不生擬制參加訴訟效力，亦不受該判決既判力、爭點效或參加效所及，故無透過廣泛、濫用之告知或通知使無關之第三人亦受判決效力所及之疑慮。如 X1 至 X10 等 10 人共同搭乘 Y 之遊覽車而發生車禍，雖然 Y 對 X1 與 Y 對 X2 至 X10 是否有過失，經驗法則上難為不同認定，不過畢竟 X1 對 Y 與 X2 至 X10 對 Y 之侵權行為損害賠償請求權皆屬不同權利，彼此在實體法上之構成要件亦無任何牽連，故而在 X1 對 Y 之侵權行為損害賠償請求訴訟上，X2 至 X10 縱經告知或通知訴訟繫屬而未參與訴訟，仍不生擬制參加之效力，該判決之既判力、爭點效、參加效皆不及於 X2 至 X10。又如 X2 至 X10 聲請參加訴訟，應如何處理？考量第 58 條、第 65 條、第 67 條之 1 雖皆使用「法律上利害關係人」之用語，但應配合各該規定之旨趣為解釋而不得一義認定⁴⁸⁸，如與第三人有關之爭點被列為重要爭點（Y 超速行為是否有過失），X2 至 X10 得參與訴訟，協助 X1 提出有利之訴訟資料，且該爭點判斷於判決確定後發生爭點效及於 X2 至 X10 間，將可一併解決多數人間之紛爭，亦有助於第 58 條所定擴大訴訟制度解決紛爭之機能，此時亦應承認 X2 至 X10 得依第 58 條規定參加訴訟，且該判決之既判力、爭點效、參加效均及於 X2 至 X10 與 Y 間。

以下檢討事例〈二十三〉至〈事例二十四〉。

⁴⁸⁸ 邱聯恭，於民事訴訟法第 88 次研討會之書面意見及補註，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（十三）』，2006 年 9 月，頁 100、146。

事例<二十三>（情形一）中，Y 將因 Z 敗訴而受有遭 Z 求償之不利益，<事例二十二>、事例<二十三>（情形二）中，Y、Z 可能受有前、後訴矛盾判斷之不利益，Y、Z 皆屬第 65 條第 1 項、第 67 條之 1 第 1 項所定之第三人，故 Y、Z 如經告知或通知訴訟繫屬，不論 X 勝訴事例<二十三>（情形一）、敗訴事例<二十二>、事例<二十三>（情形二），前訴確定判決之既判力及爭點效皆及於 X、Y、Z 三人間，三人於後訴中就「主債務及保證債務存否」之爭點不得為與前訴判決相反之主張，以統一解決三人間有關上開債務存否之爭執，而保護本訴訟當事人及該第三人之程序利益，併減輕後訴法院之負擔⁴⁸⁹。

不過，Y 形式上經訴訟告知或通知，未必代表事前程序保障已全充足，如（1）X、Z 間已形成「主債務存否」之爭點，法院卻未於送達 Y 之書面中載明該爭點，使 Y 錯估該涉訟事項與其不相關而未參與訴訟提出攻防；或（2）Y 參加訴訟後（不論係經通知、告知或自行聲請參加），法院未對 Y 踐行第 296 條之 1 爭點曉諭程序，致使 Y 未知悉本案爭點所在而無法為適當完全之辯論，此時應允許 Y 依第 507 條之 1 或第 58 條第 3 項規定提起第三人撤銷訴訟或再審之訴（法院消極不適用第 199 條、第 296 條之 1 規定）以排除、推翻該不利效力。

又如<事例二十二>Z 已參加訴訟，但 Y 對主債務存否之事實為自認時或<事例二十三>Y 已參加訴訟，但 Z 對主債務存否之事實為自認，因就主債務存否之爭點，在 Y、Z 間有合一確定之必要⁴⁹⁰，故應容許 Y、Z 依第 62 條準用第 56 條之規定為爭執之行為。此時法院對主債務存否之判斷，在<事例二十二>、<事例二十三>（情形二）後訴中 X 受該爭點效拘束、<事例二十三>（情形一）Y 受參加效拘束，而不得為相反之主張。

⁴⁸⁹ 許士宦，「第三人訴訟參與與判決效主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月，頁 45-46。

⁴⁹⁰ 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010 年筆記版，頁 387-388。

至於〈事例二十四〉，則為本文前述第四章第二節第一項第二款前訴非對立當事人兩造間效力可能有類似參加效之效力，即 Y、Z 就主債務存否之爭點係屬利害相同時，則較難以將該同造當事人彼此間認為有針對該爭點實際攻防而具爭點效；但如 Y、Z 已就該爭點皆提出事證盡其攻防、主張之能事以對抗 X，仍應受該對其有利（誠信原則）或不利（結果責任、自己責任）之判斷所拘束，此情形可類推民事訴訟法第 63 條規定，在前訴為同造當事人之兩造間，發生類似參加效之效力。





第五章 結論

（一）在我國新法下應承認爭點效

關於判決理由中判斷之拘束力，基於判決實效性（既判力擴張理論中有既判力者僅及於先決性法律關係，而不及於事實之問題，爭點效則具有彈性界定爭點之優點）、效力強度（爭點判斷之確定亦不具有訴訟標的般之強烈公益性質，故在紛爭解決上，不必要將判決理由中判斷所具拘束力要求至既判力之強度）、法條依據（既判力作為制度上效力，有其實定法之要求為依據，倘主張既判力擴張理論，將生缺乏法條依據之問題；未有如此強烈效力之爭點效，毋寧更有直接以誠信原則、紛爭一次解決、訴訟經濟等法理依據加以承認之空間，且爭點效之法條依據，亦可見於我國智慧財產案件審理細則第 34 條及民法第 275 條規定）、實務現況（我國實務認判決理由中判斷效力所依據之自己責任、程序保障等內涵較近於爭點效），將判決理由中判斷效力解為爭點效在我國較為妥當。

為了避免同一紛爭多次重複利用司法資源、戕害當事人之程序利益，承認爭點效之必要性在於滿足紛爭一次解決、訴訟經濟、保護當事人程序利益之要求；而在我國新法加重法官之闡明義務與完善化爭點整理程序等規定下，承認爭點效之正當性基礎則在於程序保障之充足及誠信原則之實踐。是本文所認爭點效之根據為：**「基於當事人之程序權業受保障，可預見法院對於該爭點之判斷將產生拘束力而不致生突襲性裁判，應賦予該判斷一定之拘束力，以符誠信原則、訴訟經濟、程序利益保護原則及紛爭一次解決之要求」。**

（二）爭點效之要件及效力

本文所認爭點效之要件為：「法院於判決理由中，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯而經爭點整理程序列為足以影響判決結果之重要爭點，本於當事人完足舉證及辯論之結果，已為實質且非突襲性判斷者，應賦予該判斷一定之拘束力。然倘當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，前訴訟與本訴訟所得受之系爭利益（即標的金額或價額）或程序保障差異甚大、或兩造於前訴所受程序保障非屬相當等情形，應解為當事人及法院仍得就該經法院判斷之事項，為相反之主張或判斷。至於原確定判決之判斷是否顯然違背法令、當事人是否提出足以推翻原判斷之新訴訟資料等，均非所問。」。

1. 必須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點

不論主要事實、間接事實、法律上爭點，皆有可能發生爭點效。不過，一概抽象採取肯定或否定的見解並沒有意義，而須具體評價個別訴訟事件之審理過程中賦予之程序保障程度，以界定前訴之爭點何在，而決定爭點效之範圍。如當法院及當事人所整理之爭點為某主要事實，透過上開爭點曉諭之踐行，可認法院與當事人皆認知本訴審理係以該主要事實存否為中心，是而縱使形式上某間接事實未於訴訟上被提出，在法院已透過心證公開，賦予當事人提出該等其他事實之機會時，可認為當事人與法院間已形成「關於該主要事實之認定，全以本訴所提出之事實而判斷」之默示合意，基於此自己責任、對造因上開合意所生紛爭解決之信賴、當事人程序利益之保護，當事人及後訴法院皆應受該判斷之拘束，而不得再提出、審酌其他間接事實，故而透過前訴訟程序具體之訴訟遂行實態來界定爭點效本可解決此問題，而毋庸如日本法訴諸抽象之誠信原則。又法律上爭點之問題，與其區分「純粹之法律上爭點」或「含有事實判斷成分之法律上爭點」，不如說即使非屬相同原因事實之前、後訴有同一法律爭議問題，前、後訴之爭點亦不具同一性，自不生爭點效。

2. 實際辯論而受有程序保障

與其分析該爭點客觀上經攻防之程度，不如說應從當事人主觀上認其是否已盡力攻防，而滿足程序保障之要求。所謂當事人主觀上認其是否已盡力攻防，並非由當事人在後訴中陳述其於前訴是否盡力攻防，而係由前訴法院闡明及心證公開之遂行程度來判斷當事人之預見性，綜合該預見可能性及其終未提出全部事證之行為，判斷當事人於前訴是否主觀上認其攻防程度已屬充足，故而未再提出其他事證，亦即：在當事人已放棄基於辯論主義所生之爭點處分自由，協同法院將某事項列為爭點，對該爭點拘束力之效力範圍有預測可能性，而得盡全力攻擊、防禦時，縱其未將該爭點相關之事證全部提出，如法院已就該事項證據調查結果表明暫定性心證，並闡明當事人就此為辯論（第 199 條第 1 項、第 297 條），使當事人得預測法院心證以提出其他事證而避免該不利認定，而其仍未為之者，此時，可推斷當事人雖對法院心證及效力範圍皆具有預見可能性，但仍認其前所主張、攻防之程度已屬足夠，故終未再提出其他事證。此種情形，縱使客觀上尚有多數之事證未經提出，但程序保障非指須使當事人無窮盡提出相關事證，故如當事人於前訴主觀上既認該主張程度已為足夠，自屬就該爭點已充分攻防、實際辯論，且已滿足程序保障之要求，基於自己責任原則，應受前訴之爭點判斷拘束。此種闡明權行使、公開心證踐行對爭點效之影響，亦為美、日或於我國舊法時代引入爭點效之學說所未意識。

關於自認之部分，既然當事人就某權利或事實予以自認，則該權利或事實存否自始未成為爭點，自無爭點效可言。至於一造辯論判決，非如日本法所述一概不發生爭點效，本文參酌美國學說見解，認應視當事人是否曾經出庭：如當事人自始未曾出庭，則兩造間亦未形成爭點，故法院依一造主張所為之判決理由中判斷不發生爭點效，並且因當事人未實際攻防、法院未實際審理，故此種情形允許當事人再事爭執，較無害於公益或私益之訴訟經濟；如當事人曾出庭，兩造間

並就某事項形成爭點及分別提出事證，倘一造無正當理由而未於最後言詞辯論程序出庭，致使法院無從行使闡明權及公開證據調查所得之暫定性心證予兩造辯論，此時可認未出庭之一造具有默示「以前開陳述為辯論即為已足」之意（第 385 條第 3 項），而滿足「實際辯論」之要件而受有程序保障，基於自己責任原則、訴訟經濟及紛爭一次解決，法院就該爭點所為判斷，應生爭點效且拘束兩造。至於實際上是否有正當理由而未出庭，是當事人可否經由上訴或再審主張原審適用民訴法第 385 條第 1 項顯有錯誤之問題，與爭點效之要件無涉。

又關於逾時提出之事實是否受爭點效遮斷問題，「自始未提出之事實」既如前述所言，經由爭點界定、闡明權明確化當事人之預見可能性後，基於自己責任與程序保障，如此項事實被包含在上開爭點判斷中，自不得再提出；則「有機會提出卻逾時提出之事實之情形」，在當事人同負自己責任與已受程序保障下，無正當化再事爭執之理由。否則，將旁生當事人故意違背逾時提出之義務，反而在前訴獲不利判斷後，亦得在後訴再行爭執之不當結果。並且，如前訴逾時提出被駁回之事實，未被包含於發生爭點效之判斷中，於後訴自得再為提出，可見真正於後訴發揮促進訴訟作用者為爭點效，非因適時提出主義，故不生逾時提出攻擊防禦方法之失權效及於後訴訟之疑慮。

3. 非突襲性判斷

本於程序保障之意旨，經由法院之闡明與暫定性心證公開，以明確化爭點之界定，併使當事人得以預見法院心證及拘束力範圍時，法院根據兩造辯論意旨及調查證據之結果所為之判斷（第 222 條第 1 項），始為一非突襲性判斷，而得對當事人發生拘束力。

關於可替代性判斷之問題，美國法所設定「為判決所不可或缺之爭點」要件

太過重視判決正確性、日本法又未能認明當事人就攻防方法順序指定權對爭點效之影響。基於公正程序請求權之法理，法官行使訴訟指揮權時，應指向於保護當事人之利益，除有害於公益外，在保護當事人利益所必要之範圍內，法院就程序之裁量亦受相當之制約；是而在定審理順序時，亦應依個別紛爭實態，顧及當事人之利益，而不可毫無限制地強調審理彈力性。訴訟經濟非必藉由審理彈力性達成，毋寧在承認當事人之指定權而賦予其追求程序利益之同時，附帶性達成公益之訴訟經濟，並且無害於當事人之程序主體地位。又，承認指定權雖與爭點效發生與否並無必要關連，但如法院審酌當事人是否有排列攻擊方法之利益後，協同當事人定本案之爭點審理順序，使當事人明確知悉審理重心何在，將可加深當事人對爭點判斷之預見可能性，避免當事人竭盡攻防之爭點與法院判斷者不同之情形。不過，預備性爭點未必皆無發生爭點效之可能，如法院就先位爭點形成並公開暫定性心證予當事人提出補充陳述或反駁，且諭知尚有審理預備爭點之必要，於審理預備爭點後，就該審理所得之暫定性心證公開予當事人表示意見，此時，縱使法院於判決中對預備爭點為判斷，因經由上開諭知、闡明及公開心證之作業，當事人亦可合理預測到法院將綜合全辯論意旨及證據調查結果來判斷該爭點，故而該爭點已受有實質審理，且該判斷亦屬一非突襲性判斷，因而生爭點效。就此問題，美國法尚須透過上訴審來釐清經法院實際判斷、對本案有影響之爭點為何，我國由現行之爭點整理程序、法官闡明及心證公開義務加重等規定，即可達成美國法要動用二個審級解決之釐清爭點機能；並且在承認當事人有實體或程序利益時，法院對審理順序之訴訟指揮權應受限，加深當事人對爭點判斷之預見可能性，同時亦強化當事人應受爭點判斷拘束之正當化基礎，此亦為日本法所無，足見我國優於美、日之處。

又於非訟裁定中，如訟爭性顯現而適用訴訟法理時，未必無發生爭點效之可能，特別依民訴法第 538 條第 4 項所規定，在為定暫時狀態假處分裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會，除彰顯定暫時狀態假處分之訟爭性本質，更強調對當

事人辯論權之保障，而有擴大制度解決紛爭功能之可能。是倘法院如訴訟程序般整理爭點、協同當事人定審理順序並行言詞辯論，而適時公開暫定性心證予當事人表示意見等，應有承認爭點效之餘地。至於對待給付判決中，對待給付部分未必皆為前訴重要爭點而有爭點效；即使對待給付部分發生爭點效，亦非因為該部分為主文所諭知，而係因為其符合前述要件，在程序保障充足之情況下始承認該拘束力；如不符合前述要件而評價為程序保障不足，亦不因為其已為主文所諭知者，而具拘束力。

4. 前、後訴之利益與當事人所受程序保障相當

所謂前、後訴之利益與當事人所受程序保障須為相當，係指「前、後兩訴所受之程序保障非顯有差異者」與「兩造所受之程序保障非顯有差異」。就「前、後兩訴所受之程序保障非顯有差異者」而言，對實體利益相當性判斷確實不易，故而我國劃分小額、簡易及通常訴訟之標的金額，可作為初步參考。但是，究否行同種類的訴訟程序，並非爭點效成立之必要前提。因為，不同種類訴訟程序亦可能透過闡明權給予應有之程序保障。又所謂之利益相當，不僅指實體利益，亦應考量程序利益，縱使係行同類訴訟程序，在兩者相差過大之情形，亦應正當化再事爭執之可能性。亦即：（1）前、後訴行不同種類的訴訟程序時，應檢視法官是否經由闡明以正當化當事人可改用其他訴訟程序卻未為之，而應負之行為責任，來判斷程序保障是否充足。如當事人未依闡明而改用其他訴訟程序，則應承受相應之不利益而負行為責任，須受前訴爭點判斷之不利拘束；（2）前、後訴行相同種類的訴訟程序時，如前訴實體利益大於後訴較無問題，但縱使前訴之實體利益小於後訴，亦應考量當事人在前訴中就證明某爭點所得之實體利益與程序利益是否相當，而給予受爭點不利判斷之當事人機會，證明「其於前訴盡力爭執、證明某爭點所可得之實體利益小於可節省勞費之程序利益，但後訴之實體利益卻大於

程序利益，故而該爭點判斷不應於後訴發生爭點效」乙節。此種程序利益保護之思想，係美、日學說所未認明者。又，在判決理由中受某不利判斷之勝訴當事人，因無從對該判斷上訴，而獲上訴審救濟之機會，故兩造間所受程序保障不相當，該判斷不生爭點效

經由上述分析，可知我國與美、日就爭點效要件之最大不同，在於「切入程序保障之脈絡上差異」。美國法雖由事後之評價角度，在透過豐富的判決先例所累積之一定框架下，賦予後訴法官彈性於個案衡量當事人間公平性及政策考量等因素，以決定前訴判斷是否生爭點效，惟未如我國新法進一步在事前加重前訴（本訴）法官之闡明及心證公開義務，併充實本案審理，使當事人得集中就爭點充分辯論，以維程序保障無虞，因而更得發揮前訴（本訴）確定判決解決紛爭功能等意旨。日本雖同有從程序法角度而倡言應顧慮程序保障者，但未如本文具體分析關於法官之訴訟指揮及訴訟進行實態，將對判決理由中判斷之效力生何影響（如要件事實究否發生爭點效之問題，若不具體分析根本無法逕論發生與否），反流於抽象倡導程序保障致個案適用上易生爭議。又本文所列之要件，雖有從民國 70 年初即顯現於我國實務判決者，但同樣的要件在舊法時代欠缺法官闡明義務加重之情形下，無法形成當事人所得信賴之判斷，而欠缺發生爭點效之正當性基礎；毋寧在我國現行審判架構下，透過爭點整理程序完善踐行、公開心證等改善，使上開要件內涵發生轉變，因而在本文於各別要件下分析應承認生爭點效之情形，不僅比未有同等制度之美國、日本更有正當性，相較於我國舊法時代，更為妥適。

5. 爭點效之效力

判決理由中判斷所具拘束力（不論認為該拘束力之性質係既判力或爭點效）究為職權調查事項或抗辯事項，從「既判力為職權調查事項、爭點效為抗辯事項」之等式來劃分並沒有意義，而必須衡量該拘束力對公益或私益保護之強度加以決

定。考量爭點效之公益性質、效力強度未如既判力般強烈，且同時採用責問事項及職權探知主義，最能符合爭點效所欲達成之多樣性要求與目的（爭點效屬責問事項係表彰其以誠信原則、當事人間公平、私益之訴訟經濟作為其法理基礎之性質；其適用職權探知主義，則係顯現其所代表之紛爭一次解決及維護公益訴訟經濟之意涵）而具有具體妥當性，日本法學者所稱「爭點效為責問事項，但一經提出，即適用職權探知主義」之處理方式，在我國係屬可採。不過，縱使採取職權探知主義，並非意味著不須顧慮滿足程序權保障之要求，而須認知言詞辯論之功能，以保障當事人及利害關係人之程序主體權（當事者權、聽審請求權）。亦即，爭點效經當事人援用、提出後，應透過言詞辯論之踐行，使兩造當事人可由此確切得知對造針對爭點效存否及範圍所提出之事實及證據並有所回應，以避免來自對造之突襲；除此之外，即使爭點效經當事人提出後，係採取職權探知主義，法院仍須將究否該當爭點效之心證及何者為支持或否定爭點效成立之要件事實、證據等公開予當事人知悉，併使當事人有機會得提出對己有利之主張及攻擊方法（類推民事訴訟法第 288 條第 2 項），以避免來自法院之突襲。

又我國實務雖將「判決非顯然違背法令」作為爭點效要件，不過，正確性本非判決效力發生之依據，此不僅與本文前開判決效力基礎論有所衝突，亦將大幅降低爭點效所欲達成之紛爭一次解決及訴訟經濟追求。亦即，認為前訴判斷有誤之爭執（不論事實或法律判斷），皆應循前訴訟救濟程序（上訴、再審）來處理，如果窮盡救濟程序，於判決確定後，即不得再事爭執，否則形同抹煞數法院審理及對造攻防之成果。又，「前訴對爭點之判斷有誤」及「前訴對爭點之判斷不發生爭點效」，係屬二事。前者之情形，本應由當事人於前訴循上訴、再審之程序救濟，後訴法院並不需要考量前訴之判斷正確性；後者之情形，則應由後訴法院就前開爭點效要件一一審核，併使當事人有機會主張因何原因不應發生爭點效。

另實務所設「當事人未提出新訴訟資料」之要件，似認爭點效不具遮斷效。

本文認為此種作法將空洞化爭點效之意涵，並弱化其所指向之紛爭一次解決、訴訟經濟機能；並且，其實許多實務以「當事人已提出足以推翻前訴判決之新訴訟資料」為由認為無爭點效適用之案例，真正的關鍵係在由前訴訟實態來界定爭點之範圍，而非基於個案妥當性，在「前訴判斷有誤或有未審酌之處則不應發生爭點效」之思想下，允許當事人提出在前訴訟事實審言詞辯論終結前已存在之事實以爭執前訴判斷正確性。不過，確切遮斷之範圍為何，仍應具體評價個別訴訟事件之審理過程中賦予之程序保障程度，以界定前訴之爭點何在，始能決定爭點效遮斷之範圍。如前訴法院協同當事人所整理並特定之本訴重要爭點係 **C1** 主要事實存否時，法院應明確曉諭當事人本訴之重要爭點、闡明當事人提出推論 **C1** 事實所必須之間接事實及證據、判斷當事人所提出之 **D1**、**D2** 間接事實在論理及經驗法則上可複合推論 **C1** 事實後，予對造對 **D1**、**D2** 事實表示意見、整理上開兩造間所提出足以複合推論 **C1** 事實存否且兩造有所爭執之 **D** 系列間接事實，並曉諭兩造該等 **D** 系列事實存否成為爭點、闡明當事人在具有正當利益之範圍內得排列爭點之審理順序，與當事人進行討論後，定爭點之審理順序，調查證據後，公開關於上開間接事實存否之暫定性心證予當事人表示意見。如經上開程序之踐行，可認法院與當事人皆認知本訴審理係以該 **C1** 主要事實存否為中心，縱當事人形式上未曾提出其他 **D3** 間接事實，但當事人本已明瞭本訴之爭點為 **C1** 事實，且亦已得合理預測法院之心證，而有提出 **D3** 間接事實之機會，從而縱使形式上 **D3** 間接事實未於訴訟上被提出，在法院已透過心證公開，賦予當事人提出該等其他事實之機會時，可認為當事人與法院間已形成「關於該 **C1** 主要事實之認定，全以本訴所提出之事實而判斷」之默示合意，基於此自己責任、對造因上開合意所生紛爭解決之信賴，此時應將前訴之重要爭點界定為 **C1** 事實之判定，而在充分之程序保障下，含有所有該當於 **C1** 事實之間接事實及證據皆已受完足審理之意涵。是當事人應受該爭點判斷之拘束，不得再於後訴提出其他間接事實。此種因法院闡明權及當事人不作為所形塑之默示合意、自己責任及對造信賴、程序利益保護，即為本

文所認爭點效具有遮斷效之根據。

（三）爭點效時、客觀及主觀範圍

1. 時及客觀範圍

爭點效之時之範圍，如前所述，應以前訴訟事實審言詞辯論終結時為其基準時，於基準時後新生之事證，自不為爭點效所及。又美國法中所論前、後訴舉證責任不同故不發生爭點效之情形，本質仍為爭點同一性之界定問題，此可看出美國雖設有預審與證據開示程序，但因未有如我國協同主義下由法官透過闡明、心證公開以明確化爭點所在、使當事人於具有充分資訊、得預測法院行為並具體化當事人之行為責任等規定，在美國法上僅能透過抽象的政策討論來討論、界定爭點之範圍，故以「衡量兩造公平、避免重複審理之效率性價值」等標準來決定爭點效客觀範圍之思想，在美國法之背景下確有其價值所在；只是，於我國現行審判架構下，應可進一步如本文於第三章第一節爭點效之要件中所述，從前訴訟中訴訟實態、法院之闡明程度、當事人預見可能性，評斷「將前訴爭點界定為何範圍內，最能達成紛爭一次解決功能、訴訟經濟、矛盾裁判防免之要求，且滿足程序保障之要求而不致生突襲」；而無須再訴諸美國法之抽象標準。

又爭點簡化協議對爭點效客觀範圍之影響為何：首先，爭點簡化協議之效力及範圍，是協議之解釋及認定之問題。縱使達成協議前就某爭點曾出現數項攻擊防禦方法，而當事人其後將爭點限縮於某項攻防方法，既然爭點限縮之型態本包含未排除其他主張之類型，且當事人亦未表明是否排除其他主張之義務，自難以推論「當事人未表明不排除其他主張，即等同於默示排除未列明於協議內容之其他主張」。又，為避免造成促進訴訟之突襲，法院在促成爭點簡化協議（第 270 條之 1 第 1 項第 3 款）或是經當事人陳報已自行達成爭點簡化協議（第 268 條之

1 第 2 項、第 270 條之 1 第 2 項) 時，如認協議內容尚不明確，而有致生上開爭議之虞者，應向當事人發問，予兩造為補充陳述之機會(第 199 條第 2 項)。至於，爭點簡化協議對爭點效客觀範圍之影響為何？重點仍在前訴爭點之界定，如某主張、事實被排除於協議之外者，因其未成為本案爭點，自非爭點效所及；如爭點簡化協議具有就同一紛爭事實一併認定某爭點之意涵，其發生爭點效之正當化根據，除了未為爭點簡化協議之情形所同具備之紛爭一次解決、程序保障外，當事人更係基於契約法理、私法自治及程序處分權所生自己責任而受拘束

2. 主觀範圍：當事人、繼受人及被擔當者與參加人、受訴訟告知及職權通知者

爭點效之主觀範圍，應直接適用民訴法第 401 條之規定，而當訴訟當事人間發生爭點效時，在無害於第三人程序保障之下，該爭點效皆及於第 401 條所指之實質當事人，即當事人、繼受人及被擔當者。因為從程序保障係作為既判力與爭點效之共通基礎觀察，在第 401 條之情形，既可認立法者已確信該等情形有既判力擴張之必要性，且搭配事前、事後之程序保障制度，既判力擴張亦無害於該非形式當事人之第三人之程序權，則若使效力強度及公益性較低之爭點效隨之擴張，亦無害第三人之程序權，此點不論在該條第 1 項或第 2 項皆無不同。再者，誠信原則僅係作為爭點效根據之一，且亦不阻礙爭點效擴張於第三人之可能，縱使第三人未親自參與訴訟，如該訴訟已由具合法訴訟實施權之形式當事人為攻擊、防禦行為時，倘又准許第三人就已為充分審理之爭點事項再為不同主張，對已花費勞時費用之對造當事人來說，亦難謂不悖於誠信原則及其信賴(因形式當事人具合法之訴訟實施權，而對三方間統一解決紛爭所生信賴)。故本文認為，爭點效之「同一當事人」要件有重新解釋之必要，該當事人非僅指形式上當事人，亦應包含當事人、繼受人及被擔當者，在無造成突襲之虞，同時擴張判決效力之客、主觀範圍，亦即將爭點效適用於第 401 條之主觀範圍，不僅不悖於立法者意旨，

毋寧正符合新法的立法意旨所指向之判決實效性與擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。因此，關於訴訟繫屬中繼受系爭物之特定繼受人、共有物返還訴訟之他共有人如何受判決效力擴張，判決效力（既判力、爭點效、執行力）原則上均於判決確定時點（基準時後繼受則為繼受時點）擴張於第 401 條所定之第三人，至於爭點效是否遮斷第三人之固有抗辯、是否影響執行法院之判斷等，須視前訴之重要爭點為何，不可一概而論。

又實務雖有將「同一當事人」限縮於前訴為對立當事人兩造間之見解，本文認為：後訴之兩造在前訴中，縱非屬對立當事人，亦有可能發生爭點效。蓋爭點效之紛爭解決一次性、維護訴訟經濟、當事人間公平、誠信原則等旨趣，在非對立當事人間亦無不同，毋寧既然三方均得基於當事人之地位，提出對己有利之事證時，在無礙當事人程序保障之前提下，更應盡量利用此一判決結果解決三方關係，始符擴大訴訟制度解決紛爭功能之要求。再者，利害相同或相反未必得劃一認定，而可能因爭點之擇定而有所不同。在就某爭點為利害相反之情形，實則同造當事人實際所攻防之對象不僅只有對造，更包含同造。就此，在同造當事人間，即使就某爭點具有合一確定之必要，但又處於利害衝突之情形，在民事訴訟法第 56 條之「有利或不利行為」之解釋運用上，亦應容許各盡其所能提出對己有利（甚至是彼此相互矛盾）之主張及事證，以影響法官之心證形成。若此，既然三方同具提出各自主張、事證之機會，在實際為辯論、攻防後，依上開爭點效之旨趣，三方自皆應受該爭點判斷之拘束。亦即，某爭點判斷是否對三方皆生拘束力，應依爭點之性質、前訴訟實態及闡明權行使狀態等認定，而非單純由在前、後訴中形式上是否為對立當事人予以論定。不過，在前訴中同造當事人就某爭點係屬利害相同時，則較難以將該同造當事人彼此間認為有針對該爭點實際攻防。然而若允許同造當事人對其提出攻防所受之判斷，僅變換當事人則得為不同甚至相反之主張，不但有違前訴中同造當事人間公平，亦不符紛爭一次解決之要求，故而本文認為，縱使在同造當事人於前訴就該爭點係屬利害相同時，如同造當事人已就

該爭點提出事證盡其攻防、主張之能事，仍應受該對其有利（誠信原則）或不利（結果責任、自己責任）之判斷所拘束，此情形可類推民事訴訟法第 63 條規定，在前訴為同造當事人之兩造間，發生類似參加效之效力。

至於爭點效是否有利擴張於第 401 條以外之第三人(如求償關係中之保證人)? 本文考量：(1) 其實三方關係中皆有擴大訴訟制度解決紛爭之需求，以實體法關係強弱劃定訴訟效力之範圍不具正當性，況且，何種強度的實體法關係始有擴張爭點效之必要性，實際上亦難以定出標準；(2) 勝及、敗不及之片面擴張方式，無法說明未參與訴訟、提出攻防之第三人何以受有該有利爭點效之利益，並且有侵害受不利拘束之前訴當事人程序權之疑慮。縱使該當事人在前訴已有就該爭點充分辯論之機會，惟係限定在與前訴之形成及實質當事人間之關係上，而難以說明在與第三人之關係上，何以該當事人僅受有一次爭執機會即為已足；(3) 如同採勝、敗皆及，因第三人未獲有參與前訴訟之機會，使其受不利拘束有違程序保障原則，但如使不利爭點效於判決確定時先及於第三人，再賦予其權利提起第三人撤銷之訴以排除該不利效力，又將招致何以該第三人須負擔起訴責任之批評。故而，考量我國與美國法分別強調程序保障及訴訟經濟之思想本身即有差異，美國法在搭配有強制反訴、分割請求禁止原則等制度下，就爭點效之問題從公益之角度下強烈往擴大訴訟制度解決紛爭之方向靠攏，然在無法克服程序保障不足之問題下，在我國則不應遽然採取同一見解。不如從我國現有之職權通知與第三人撤銷訴訟之配套措施下，兼顧第三人之程序保障，並尋求與擴大訴訟制度解決紛爭功能之平衡點。雖然在第三人未經訴訟告知或通知之情形，無法使判決效力及於該第三人，但這正是程序保障原則所劃定統一解決紛爭之界限。

又，不論勝、敗訴，本訴訟之判決效（包含既判力及爭點效）不僅及於本訴訟之當事人，亦可能及於該當事人兩造與參加人、受訴訟告知及職權通知者之相互間。新法增設、充實參加人之事前、事後的程序保障，足以作為使第三人受判

決效力拘束之正當化基礎，藉此統一解決兩造當事人與參加人等多數人間紛爭、擴大訴訟制度解決紛爭功能，維持訴訟經濟及保護程序利益。又參加效在參加人與他造當事人間，具有作為既判力與爭點效擴張媒介之地位，但仍有其獨立於爭點效之意義。如某事實在他造當事人與被參加人間未成為爭點，自無爭點效可言，但倘該事實亦為判決理由所認定（當事人不爭執或自認、參加人亦未依第 62 條準用第 56 條為爭執之表示），則除有第 63 條第 1 項但書所定事由外（如參加人本不具依第 62 條準用第 56 條為爭執表示之權利），該判決理由之判斷亦拘束參加人與被參加人，此係參加效獨立發揮一併解決參加人與被參加人間紛爭之功能。

（四）殘留問題

本文前述並非完全否定判決理由中判斷亦將生既判力之可能，即在爭點審理受有「等同訴訟標的之程序保障」時，亦可能提高追求紛爭一次解決之公益性，而承認該爭點判斷亦具有既判力。不過，列為爭點使當事人得預見並充分攻防是否等於訴訟標的之程序保障？又當事人決定本訴爭點之自由度本不如訴訟標的，能否以「當事人已知悉重要爭點為何」而直指該爭點判斷應生既判力般強度之效力？為本文所無法突破之處。如我國民訴法與實務將來係往更強調訴訟制度解決紛爭功能之方向發展，或許就此問題將有不同解釋之可能性。

又，關於爭點效之要件，本文在擬定明確要件（剛性規則）之同時，確實也某程度阻絕如美國法上就爭點效要件為柔性發展之可能性。惟訴訟法上效力越強，要件自須更為明確，以增強預見可能性，而保護人民受憲法所保障之訴訟及程序權；如選擇要件彈性化之方式，則關於強化效力之正當性為何，將難以處理。面對此一訴訟法上難題，本文考量我國訴訟法現行發展之程度，既已就爭點整理程序及法官闡明義務有進一步完善規定，故認為於此階段配合該等制度，在本文所定之明確框架下來擴大運作爭點效，將更可發揮爭點效解決紛爭之功能，但非指

採用剛性規則係我國爭點效理論之唯一依歸。未來如何發展，尚待觀察。

另，在爭點效主觀範圍部分，本文認為在參加效力範圍外，即屬程序保障為統一解決紛爭所劃下之界限，不過，實則在此範圍外仍存有矛盾裁判、違反訴訟經濟原則等問題，本文仍未能完全解決，目前僅能透過職權通知或告知來達成保護當事人程序利益、擴大訴訟制度解決紛爭功能之目標。





參考文獻

一、中文部分

(一) 教科書、專書

1. Jauernig 著＝周翠译,『民事诉讼法』,第 27 版,法律出版社,2003 年 7 月。
2. Jacques Ghestin＝Gilles Goubeaux 著＝Muriel Fabre-Magnan 协著＝陈鹏＝张丽娟＝石佳友＝杨燕妮＝谢汉琪译,『法国民法总论』,2004 年 5 月。
3. Jean Vincent＝Serge Guinchard 著＝羅結珍譯,『法國民事訴訟法要義(上)』,2005 年 6 月。
4. Jean Vincent＝Serge Guinchard 著＝羅結珍譯,『法國民事訴訟法要義(下)』,2005 年 6 月。
5. 王甲乙,『民事暨行政訴訟研究』,1996 年 12 月初版。
6. 王甲乙＝楊建華＝鄭健才,『民事訴訟法新論』,2007 年 6 月。
7. 司法院編,『司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(七)』,1991 年 6 月。
8. 司法院編,『民事訴訟法、民事訴訟法施行法部分修正條文對照表暨總說明』,2003 年。
9. 司法院編,『智慧財產案件審理法新制問答彙編』,2008 年 6 月。
10. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(一)』,1990 年 8 月。
11. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(二)』,1990 年 8 月。
12. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(三)』,1990 年 8 月。
13. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(四)』,1993 年 12 月。
14. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(五)』,1996 年 10 月。
15. 民事訴訟法研究基金會編,『民事訴訟法之研討(六)』,1997 年 3 月。

16. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（九）』，2000年9月。
17. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十一）』，2003年12月。
18. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十二）』，2004年12月。
19. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十三）』，2006年9月。
20. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十四）』，2007年6月。
21. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十五）』，2008年6月。
22. 民事訴訟法研究基金會編，『民事訴訟法之研討（十六）』，2009年4月。
23. 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（一）』，2010年筆記版。
24. 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（二）』，2010年筆記版。
25. 邱聯恭講述、許士宦整理，『口述民事訴訟法講義（三）』，2010年筆記版。
26. 邱聯恭，『司法之現代化與程序法』，1992年4月。
27. 邱聯恭，『程序制度機能論』，1996年8月。
28. 邱聯恭，『程序選擇權論』，2000年9月。
29. 邱聯恭，『爭點整理方法論』，2001年11月。
30. 邱聯恭，『程序利益保護論』，2005年4月。
31. 邱聰智，『新訂民法債編通則（下）』，2001年新訂一版。
32. 呂太郎，『民事訴訟法之基本理論（一）』，2009年5月二版。
33. 吳明軒，『中國民事訴訟法（中）』，2007年9月修訂七版。
34. 羅結珍譯，『法国民法典（下）』，2005年3月。
35. 姚瑞光，『民法物權論』，1999年10月。
36. 姚瑞光，『民事訴訟法論』，2004年2月。
37. 陳榮宗，『民事程序法與訴訟標的理論』，1977年5月。
38. 陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（上）』，2004年修正三版。
39. 陳榮宗＝林慶苗，『民事訴訟法（中）』，2004年修正三版。
40. 陳計男，『民事訴訟法論（下）』，2009年10月修訂五版。

41. 孫森炎，「民法債編總論（下）」，2007年修訂版。
42. 許士宦，『執行力擴張與不動產執行』，2003年2月。
43. 許士宦，『程序保障與闡明義務』，2003年12月。
44. 許士宦，『證據蒐集與紛爭解決』，2005年2月。
45. 許士宦，『審判對象與適時審判』，2006年2月。
46. 許士宦，『集中審理與審理原則』，2009年4月。
47. 許士宦，『訴訟參與與判決效力』，2010年12月。
48. 許士宦，『訴訟理論與審判實務』，2011年12月。
49. 許士宦等，『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010年10月。
50. 楊建華，『問題研析民事訴訟法（一）』，1994年。
51. 楊建華，『問題研析民事訴訟法（二）』，1995年。
52. 駱永家，『既判力之研究』，1975年一版。
53. 駱永家，『民事法研究Ⅲ』，1989年一版。

（二）期刊、論文

1. 王甲乙，「既判力所及之特定繼受人」，『民事暨行政訴訟研究』，1996年12月初版。
2. 邱聯恭，「訴訟法理與非訟法理之交錯適用」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（二）』，1990年8月。
3. 邱聯恭，「司法之現代化與律師之任務」，『司法之現代化與程序法』，1992年4月。
4. 邱聯恭，「值得當事人信賴的真實」，『程序制度機能論』，1996年8月。
5. 邱聯恭，「程序保障之機能」，『程序制度機能論』，1996年8月。
6. 邱聯恭，「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變——著重於評析其如何受

- 最近立法走向影響及相關理論背景」，『程序選擇權論』，2000年9月。
7. 邱聯恭，「程序保障論之新開展」，『程序選擇權論』，2000年9月。
 8. 邱聯恭，「爭點簡化協議程序之運用方針」，『爭點整理方法論』，2001年11月。
 9. 邱聯恭，「抵押債權存否確認事件之爭點整理」，『爭點整理方法論』，2001年11月。
 10. 邱聯恭，「債權主張未併表明原因事實之起訴應如何整理爭點？」，『爭點整理方法論』，2001年11月。
 11. 邱聯恭，「民事訴訟法修正後之程序法學（一、）（二）——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向」，『月旦法學雜誌』，第100期、第101期，2003年9月、2003年10月。
 12. 呂太郎，「所謂爭點效——簡評最高法院八十七年台上字第一〇二九號、八十八年台上字第五七七號判決」，『法令月刊』，第51卷第10期，2000年10月。
 13. 呂太郎，「連帶債務之判決效力及相關問題」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（十一）』，2003年12月。
 14. 呂太郎，「民事確定判決之反射效力」，『民事訴訟法之基本理論（一）』，2009年5月二版。
 15. 沈冠伶，「一部請求之判決對於餘額請求之效力——最高法院八九年度台上字第七一號判決之評釋」，『台灣本土法學雜誌』，第32期，2002年2月。
 16. 沈冠伶，「我國假處分制度之過去與未來——以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心」，『月旦法學雜誌』，第109期，2004年6月。
 17. 沈冠伶，「示範訴訟契約之研究」，『臺大法學論叢』，第33卷第6期，2004年11月。
 18. 沈冠伶，「第三審許可上訴制之探討——以通常訴訟事件為中心及著重於『原則上重要性』之標準建立」，『台北大學法學論叢』，第57期，2005年12月。

19. 沈冠伶，「民事判決之既判力客觀範圍與爭點效」，『法學叢刊』，第 214 期，2009 年 4 月。
20. 沈冠伶，「判決理由中判斷之拘束力」，『台灣法學雜誌』，第 129 期，2009 年 6 月。
21. 沈冠伶，「民事訴訟上之參加人與實質上當事人－從最高法院民事裁定九十年台抗字第八八號到最高法院民事判決九十八年度台上字第一三七二號－」，『月旦裁判時報』，創刊號，2010 年 2 月。
22. 吳從周，「訴訟繫屬後之特定繼受人與善意取得之保護——評最高法院 96 年台抗字第 47 號裁定」，『台灣本土法學雜誌』，第 99 期，2007 年 10 月。
23. 吳從周，「案件遲延之逆襲－從防止『逃避爭點簡化協議』與『逃避失權』之角度出發整理與觀察相關最高法院判決」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010 年 10 月。
24. 吳從周，「再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010 年 10 月。
25. 姜世明，「一部請求及餘額另訴之許可性」，『台灣法學雜誌』，第 153 期，2010 年 6 月。
26. 陳榮宗，「一部請求之判決與既判力客觀範圍」，『臺大法學論叢』，第 6 卷第 1 期，1976 年 12 月。
27. 陳榮宗，「訴訟繫屬中當事人讓與系爭物所引發之法律問題」，『民事訴訟法之研討（五）』，1996 年 10 月。
28. 陳榮宗，「一部請求之判決與既判力客觀範圍」，『民事程序法與訴訟標的理論』，1997 年 5 月。
29. 陳啟垂，「外國判決的承認與執行」，『月旦法學雜誌』，第 75 期，2001 年 8 月。
30. 陳啟垂，「中間確認之訴」，『月旦法學教室』，第 54 期，2007 年 4 月。

31. 陳啟垂，「爭點效」，『月旦法學教室』，第 74 期，2008 年 12 月。
32. 陳啟垂，「一部請求及其判決的既判力」，『月旦法學教室』，第 66 期，2008 年 4 月。
33. 陳國成，「智慧財產案件有效性判斷爭議——以美國法「爭點排除」為主」，『科技法學評論』，第 6 卷第 2 期，2009 年 10 月。
34. 孫森焱，「論確定判決所及之特定繼承人」，『法學叢刊』，第 12 卷第 2 期，1967 年 4 月。
35. 許士宦，「訴訟繫屬後之繼受人與執行力擴張」，『執行力擴張與不動產執行』，2003 年 2 月。
36. 許士宦，「民事訴訟法上之公正程序請求權」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月。
37. 許士宦，「重複起訴禁止原則與既判力客觀範圍」，『程序保障與闡明義務』，2003 年 12 月。
38. 許士宦，「證據蒐集與判決效力」，『證據蒐集與紛爭解決』，2005 年 2 月。
39. 許士宦，「民事訴訟法修正後之訴訟標的理論」，『審判對象與適時審判』，2006 年 2 月。
40. 許士宦，「民事訴訟之程序權保障——以通常訴訟程序當事人之程序權為中心——」，『集中審理與審理原則』，2009 年 4 月。
41. 許士宦，「民事程序法」，『臺大法學論叢』，第 39 卷第 2 期，2010 年 6 月。
42. 許士宦，「第二審程序時效抗辯之失權」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010 年 10 月。
43. 許士宦，「法定訴訟擔當之判決效力擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月。
44. 許士宦，「執行力客觀範圍擴張之法律構造：兼論其與既判力客觀範圍之異同」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月。

45. 許士宦，「實體法與程序法之關係－2008 年最高法院有關民事訴訟法裁判之回顧與展望－」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月。
46. 許士宦，「第三人訴訟參與與判決效主觀範圍」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月。
47. 許士宦，「訴訟繫屬中系爭物移轉之當事人恆定與判決效擴張」，『訴訟參與與判決效力』，2010 年 12 月。
48. 許士宦，「判決效力及於訴訟繫屬中系爭物之善意受讓人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月。
49. 許士宦，「既判力及於訴訟繫屬中從原告受讓系爭物之第三人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月。
50. 許士宦，「既判力及於言詞辯論終結後從原告受讓系爭物之第三人」，『訴訟理論與審判實務』，2011 年 12 月。
51. 黃國昌，「新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)」，『台灣本土法學雜誌』，第 44 期，2003 年 3 月。
52. 黃國昌，「第三人之訴訟參與：輔助參加人之權限與輔助參加之效果」，『月旦法學教室』，2003 年 6 月。
53. 黃國昌，「共有物返還訴訟之再考」，『台灣本土法學雜誌』，第 66 期，2005 年 1 月。
54. 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。
55. 黃國昌，「既判力：第三講----既判力之客觀範圍----兼論爭點效」，『月旦法學教室』，第 34 期，2005 年 8 月。
56. 黃國昌，「上訴不合法或無理由？----最高法院對民事第三審上訴之處置」，『全國律師』，第 9 卷第 9 期，2005 年 9 月。
57. 黃國昌，「爭點效理論之細緻化」，『台灣法學雜誌』，第 108 期，2008 年 7

月。

58. 黃國昌，「爭點整理後之客觀訴之變更追加」，民事訴訟法研究基金會編『民事訴訟法之研討（十六）』，2009年4月。
59. 黃國昌，「參加利益與判決效力－簡評最高法院九八年度台上字第一三七二號判決－」，『台灣法學雜誌』，第157期，2010年8月。
60. 黃國昌，「限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回」，許士宦等『新民事訴訟法實務研究（一）』，2010年10月。
61. 彭昭芬，「既判力所及特定繼受人之界限——讀最高法院96年度台抗字第47號裁定有感」，『司法週刊』，2007年12月。
62. 楊建華，「請求回復共有物之共同訴訟」，『問題研析民事訴訟法（一）』，1994年。
63. 楊建華，「『爭點效理論』在實務上之採用」，『問題研析民事訴訟法（二）』，1995年。
64. 楊建華，「部分共有人請求回復共有物之判決及於他共有人之效力」，『問題研析民事訴訟法（二）』，1995年。
65. 駱永家，「既判力、執行力與繼受人」，『既判力之研究』，1975年一版。
66. 駱永家，「判決理由與既判力」，『既判力之研究』，1975年一版。
67. 駱永家，「一部請求訴訟」，『既判力之研究』，1975年一版。
68. 駱永家，「判決理由中判斷之拘束力」，『民事法研究Ⅲ』，1989年一版。
69. 駱永家，「輔助參加與訴訟告知」，『民事法研究Ⅲ』，1989年一版。
70. 駱永家，「訴訟繫屬中訴訟標的法律關係之移轉」，『台灣本土法學雜誌』，第19期，2001年2月。

（三）網路資料

1. 范曉玲，「智慧財產訴訟新紀元：智財法院成立半年之觀察」，智慧財產培訓學院，2009 年 1 月，http://www.tipa.org.tw/p3_1-1.asp?nno=13，最後瀏覽日期：2012 年 7 月 31 日。
2. 『立法院公報』，第 96 卷第 10 期下冊，2007 年 1 月，<http://lis.ly.gov.tw/qrcgi/book/qrbook?F0@0@0@0@961002@@/lgcgi/ttswebq%A1H@161:100411807:T>，最後瀏覽日期：2012 年 7 月 31 日。
3. 『月旦法學知識庫--元照英美法詞典』，<http://www.lawdata.com.tw/anglekmc/lawkm?@24^25760168^50^^^>，最後瀏覽日期：2012 年 7 月 31 日。

（四）碩士論文

1. 李昆南，『論判決對訴訟標的法律關係繼受人之效力－以既判力主觀範圍之擴張為中心』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，1987 年 6 月。
2. 李亦庭，『反射效之研究－自訴訟法及實體法兼顧觀點－』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2010 年 8 月。
3. 周廷翰，『訴訟上和解之研究－自程序選擇契約之觀點－』，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2009 年 6 月。
4. 趙彥榕，『民事判決理由效力之研究－以爭點效理論為中心』，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，2011 年 6 月。

二、日文部分

(一) 専書

1. Albrecht Zeuner 著＝松本博之訳、『既判力と判決理由—法的意味連関の枠組による民事判決の既判力の測定—』，2009 年 6 月。
2. Gual 著＝松本博之編訳、『ドイツ既判力理論』，2003 年 12 月。
3. 青山善充ほか編，新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（下）』，2001 年 10 月。
4. 伊東乾，『民事訴訟法研究』，1968 年。
5. 伊藤眞，『民事訴訟法』，第三版三訂版，2008 年 3 月。
6. 井上治典＝伊藤眞＝佐上善和編，『これからの民事訴訟法』，1984 年 4 月。
7. 井上治典，『実践民事訴訟法』，2003 年 1 月。
8. 大村雅彦＝三木浩一編，『アメリカ民事訴訟法の理論』，2006 年 6 月。
9. 加藤雅信，『財産法の体系と不当得利法の構造』，1986 年。
10. 片山金章編，『法学新報五十周年記念論文集』，1940 年 9 月。
11. 木川統一郎，『民事訴訟法重要問題講義（上）』，1992 年 4 月。
12. 窪田隼人編『末川追悼・法と権利 3』，『民商法雑誌』，第 78 卷臨時増刊(3)，1978 年 6 月。
13. 熊本大学法学部編，熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』，1990 年 1 月。
14. 兼子一，『民事法研究一卷』，1977 年 8 月。
15. 兼子一，『民事法研究二卷』，1977 年 8 月。
16. 兼子一，『判例民事訴訟法』，1950 年初版。
17. 兼子一，『新修民事訴訟法体系[増訂版]』，1965 年。
18. 兼子一原著＝松浦馨ほか著，『条解民事訴訟法』，2011 年 4 月。

19. 小山昇ほか編、『演習民事訴訟法』，青林書院，1987年6月。
20. 小室直人，『訴訟物と既判力〔民事訴訟法論集（上）〕』，1999年3月。
21. 小林秀之，『アメリカ民事訴訟法』，弘文堂，1988年7月。
22. 斉藤秀夫，『民事訴訟法概論[新版]』，1982年4月。
23. 斉藤秀夫，『民事訴訟法理論の生成と展開』，1985年11月。
24. 坂原正夫，『民事訴訟法における既判力研究』，1993年10月。
25. 新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選』別冊ジュリスト第76号』，1982年第二版。
26. 新堂幸司編，『講座民事訴訟②』，1984年3月。
27. 新堂幸司編，『特別講義民事訴訟法』，1988年。
28. 新堂幸司，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988年10月。
29. 新堂幸司，『訴訟物と争点効（下）』，有斐閣，1991年1月。
30. 新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』，1998年2月。
31. 新堂幸司，『新民事訴訟法[第四版]』，2008年10月。
32. 末川先生古稀記念論文集刊行委員会編，末川先生古稀記念『権利の濫用（中）』，1962年10月。
33. 住吉博，『訴訟的救済と判決効』，1986年1月。
34. 鈴木忠一＝三ヶ月章監修，『実務民事訴訟講座（二）』，1969年6月。
35. 鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座（二）』，1981年8月。
36. 高橋宏志，『重点講義民事訴訟法（上）』，2005年2月。
37. 中田淳一＝三ヶ月章編，『民事訴訟法演習 I 判決手続（1）』，1963年4月。
38. 中務俊昌ほか編『民事訴訟の理論：中田淳一先生還暦記念（下）』，1970年10月。
39. 中野貞一郎，『過失の推認』，1978年1月。
40. 中野貞一郎ほか編，『民事手続法学の革新－三ヶ月章先生古稀祝賀〈中巻〉』，

1991 年 7 月。

41. 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編，『新民事訴訟法講義[第二版補訂版]』，

2006 年 3 月。

42. 丹野達，『民事法拾遺』，2004 年 9 月。

43. 三ヶ月章，『民事訴訟法研究第三卷』，1966 年 2 月。

44. 三ヶ月章，『民事訴訟法研究第七卷』，1978 年 10 月。

45. 三ヶ月章，『民事訴訟法研究第八卷』，1981 年 6 月。

46. 三ヶ月章，『民事訴訟法[第三版]』，1992 年 6 月。

47. 松本博之＝上野泰男著，『民事訴訟法第四版補正版』，2006 年 9 月。

48. 松本博之，『既判力理論の再検討』，2006 年 12 月。

49. 福永有利ほか編，『民事訴訟法の史の展開』，2002 年 1 月。

50. 谷口安平，『口述民事訴訟法』，1987 年 12 月。

51. 山木戸克己ほか編，『手続法の理論と実践[下巻]』，1981 年 7 月。

(二) 期刊、論文

1. Gual 著＝松本博之編訳，「サヴィに—以後の既判力理論の展開と現状」，『ドイツ既判力理論』，2003 年 12 月。

2. Robert G.Bone 著＝三木浩一訳，「アメリカ民事訴訟法における遮断効—政策な圧力の下での法的な原理」，大村雅彦＝三木浩一編，『アメリカ民事訴訟法の理論』，2006 年 6 月。

3. Serge Guinchard 著＝山本和彦訳，「判決理由中の判断と既判力----フランス法の議論から」，『ジュリスト』，1118 号，1997 年 9 月。

4. 青山善充，「争点効」，新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選(第二版)』，

- 『別冊ジュリスト』，第 18 卷第 2 号，1982 年 5 月。
5. 石川明，「訴訟上の和解の訴訟終了効」，『法学研究』，第 42 卷第 3 号，1969 年。
 6. 伊東乾，「書評」，『民事訴訟法雑誌』，第 6 号，1960 年 3 月。
 7. 伊東乾，「訴訟物の動態的把握—新旧両説対立の止揚のために」，『民事訴訟法研究』，1968 年。
 8. 伊東乾，「判決の争点効」，鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座(二)』，1969 年 6 月。
 9. 伊東乾，「信義則に代わるもの—民事訴訟法を視点として—」，窪田隼人編『末川追悼・法と権利 3』，『民商法雑誌』，第 78 卷臨時増刊(3)，1978 年 6 月。
 10. 伊藤真，「訴訟物概念の役割」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984 年 4 月。
 11. 伊藤真，「判決の第三者に対する効力」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984 年 4 月。
 12. 井上正三，「既判力の対象と裁判所の選択権(一)、(二)」，『立命館法学』，第 32 号，1960 年 3 月、第 33 号，1960 年 6 月。
 13. 井上治典，「請求の特定」，井上治典＝伊藤真＝佐上善和編『これからの民事訴訟法』，1984 年 4 月。
 14. 井上治典，「確定判決後の残額請求」，『民事訴訟法の争点〔新版〕』，1988 年。
 15. 上村明広，「既判力の客観的範囲に関する一問題」，『岡山大学創立十周年記念・法学と法史の諸問題』，1959 年 10 月。
 16. 新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に-I-」座談会『判例時報』，通号 586，1970 年 4 月。
 17. 新堂幸司ほか，「争点効をめぐって--事例を中心に-II-」座談会『判例時報』，

通号 588，1970 年 5 月。

18. 新堂幸司，「既判力と訴訟物」，『法学協会雑誌』，第 80 巻第 3 号，1963 年 11 月（同，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月）。
19. 新堂幸司，「争点効を否定した最高裁判決の残したもの」，『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月。
20. 新堂幸司，「条件付給付判決とその効果」，『民事訴訟雑誌』，第 10 号，1963 年 12 月，（同『訴訟物と争点効（上）』，有斐閣，1988 年 10 月）。
21. 新堂幸司，「訴訟物概念の役割」，『判例時報』，第 856 号，1977 年 9 月，（同『訴訟物と争点効（下）』，有斐閣，1991 年 1 月）。
22. 新堂幸司，「弁論終結後の訴訟承継人」，『訴訟物と争点効（下）』，有斐閣，1991 年 1 月。
23. 新堂幸司，「判決の遮断効と信義則」，中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新一三ヶ月章先生古稀祝賀〈中巻〉』，1991 年 7 月。
24. 新堂幸司，「正当な決着期待争点」，新堂幸司ほか編『判例民事訴訟法の理論—中野貞一郎先生古稀祝賀〈下巻〉』，1995 年 11 月。
25. 加藤雅信，「請求権競合論と統一的請求権論—訴訟物・争点効論争をふまえて」，『判例タイムズ』，第 514 号，1984 年 2 月。
26. 加藤雅信，「実体法学からみた訴訟物論争」，新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』，1988 年。
27. 柏木邦良，「西ドイツ民事訴訟法学の現況（8）」，『ジュリスト』，第 531 号，1973 年 5 月。
28. 柏木邦良，「訴訟物概念の機能」，新堂幸司編『講座民事訴訟②』，1984 年 3 月。
29. 柏木邦良，「重複起訴の禁止、訴えの変更、訴えの併合、審理・判断の範囲と訴訟物概念の機能」，『判例時報』，第 1107 号，1984 年 4 月、第 1109

- 号，1984年5月。
30. 柏木邦良，「規範合成と既判力」，『判例タイムズ』，第877号，1995年7月。
31. 倉田卓次，「いわゆる争点効の理論について」，『判例タイムズ』，第17巻第2号，1966年1月。
32. 原強，「第三者による判決理由中の判断の援用--反射効理論の終焉と第三者による争点効の援用-1-」，『上智法学論集』，第30巻1号，1987年2月。
33. 原強，「反射効,その他」，『法学教室』，通号282，2004年3月。
34. 兼子一，「確定判決後の残額請求—既判力の客観範囲に関するの一問」，『法学新報五十周年記念論文集』，1940年9月。
35. 兼子一，「既判力と参加効」，『法曹時報』，第14巻第3号，1942年(同，『民事法研究二巻』，1977年8月)。
36. 兼子一，「確定判決後の残額請求—既判力の客観範囲」，『民事法研究一卷』，1977年8月。
37. 小山昇，「争点効」，我妻榮など編『續民事訴訟法判例百選：重要百判例の解説』，『別冊ジュリスト』，第8巻第36号，1972年3月。
38. 小山昇，「いわゆる争点効について--争点効理論の深化へのひとつの刺戟として」，『ジュリスト』，第504号，1972年5月。
39. 小山昇，「既判力か争点効か信義則か—判例をそ素材として—」，『法曹時報』，40巻8号，1988年8月。
40. 小室直人，「一部請求訴訟と過失相殺」，『訴訟物と既判力〔民事訴訟法論集(上)〕』，1999年3月。
41. 小林秀之，「判決効の拡張化現象とリステイトメント」，『アメリカ民事訴訟法』，弘文堂，1988年7月。
42. 小林秀之，「民事訴訟法ケース・スタディー—争点効・反射効」，『法学セ

- ミナー』，第 455 号，1992 年 11 月。
43. 坂原正夫，「黙示による中間確認の訴え」，『民事訴訟法における既判力研究』，1993 年 10 月。
44. 斉藤秀夫，「申立事項と判決事項」，中田淳一＝三ヶ月章編『民事訴訟法演習 I 判決手続（1）』，1963 年 4 月。
45. 住吉博，「争点効の本質について（一）、（二）」，『民商法雑誌』，第 61 巻第 2 号、第 5 号，1969 年 11 月、1970 年 2 月。
46. 霜島甲一，「紹介」，『法学協会雑誌』，76 巻，1959 年。
47. 霜島甲一，「ドイツ民事訴訟法三二二条の前史—請求権概念の生成—」，『民事訴訟法雑誌』，8 号，1962 年 1 月。
48. 竹下守夫，「判決理由中の判断と信義則」，山木戸克己還暦『実体法と手続法の交錯（下）』，1978 年 9 月。
49. 富樫貞夫，「民事訴訟における『むし返し』禁止の効力」，熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』，1990 年 1 月。
50. 中務俊昌，「民事訴訟の動向」，三ヶ月章編『現代の裁判』，1965 年 12 月。
51. 中野貞一郎，「いわゆる争点効を認めることの可否」，『法学教室』第 2 期 4 号，1974 年。
52. 中野貞一郎，「争点効と信義則」，『過失の推認』，1978 年 1 月。
53. 奈良次郎，「争点効」，小山昇ほか編『演習民事訴訟法』，青林書院，1987 年 6 月。
54. 丹野達，「既判力と信義則についてのある考察」，『民事法拾遺』，2004 年 9 月。
55. 若林安雄，「フランス民事訴訟法における判決の理由中の判断の効力について」，山木戸克己ほか編『手続法の理論と実践[下巻]』，法律文化社，1981 年 7 月。

56. 納谷広美,「所有権に基づく登記請求訴訟」,中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新—三ヶ月章先生古稀祝賀〈中巻〉』,1991年7月。
57. 三ヶ月章「一部請求判決の既判力論争の背景—訴訟理論における解釈論と政策論の分界について」,『民事訴訟法研究第三巻』,1966年2月。
58. 三ヶ月章,「既判力の客観的範囲」,『民事訴訟法研究第七巻』,1978年10月。
59. 三ヶ月章,「紛争解決の一回性と再施可能性」,『民事訴訟法研究第八巻』,1981年6月。
60. 文字浩,「ヘンケル『訴訟法と実体法』」,『法学論叢』,第87巻第1号,1970年4月。
61. 松本博之,「一部請求訴訟後の残部請求訴訟と既判力・信義則」,『既判力理論の再検討』,2006年12月。
62. 東松文雄,「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について(四)—要件と効果との均衡に視点をおいた理論構成の試み—」,『判例時報』,第1374号,1991年4月。
63. 東松文雄,「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について(五)—要件と効果との均衡に視点をおいた理論構成の試み—」,『判例時報』,第1377号,1991年5月。
64. 東松文雄,「争点に対する判決理由中の判断の拘束力について(七)—要件と効果との均衡に視点をおいた理論構成の試み—」,『判例時報』,第1392号,1991年10月。
65. 山木戸克己,「民事訴訟と信義則」,末川先生古稀記念『権利の濫用(中)』,1962年10月。
66. 山木戸克己,「弁論主義の法的構造」,中務俊昌ほか編『民事訴訟の理論:中田淳一先生還暦記念(下)』,1970年10月。

67. 山本弘,「判決理由中の判断の拘束力」, 福永有利ほか編『民事訴訟法の史の展開』, 2002 年 1 月。
68. 吉村徳重,「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」,『法政研究』, 第 39 卷 2-4 合併号, 1973 年 6 月。
69. 吉村徳重,「判決の効力の客観的範囲」,『ジュリスト』, 第 500 号, 1972 年 3 月。
70. 吉村徳重,「判決理由中の判断の拘束力--コラテラル・エストツペルの視点から」,『法政研究』, 第 33 卷第 3-6 合併号, 1976 年 5 月。
71. 吉村徳重,「判決の遮断効と争点効の交錯」, 鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座(二)』, 1981 年 8 月。



三、英文部分

(一) Book

1. American Law Institute (1942). *Restatement (first) of judgments*. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers.
2. American Law Institute (1982). *Restatement (second) of judgments*. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers.
3. Casad, R. C. & Clermont, K. M. (2001). *Res judicata: A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
4. Dittfurth, D. (1999). *The concept and methods of federal civil procedure*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
5. Friedenthal, J. H., Kane, M. K. & Miller, A. R. (2005). *Civil procedure*

- (4th ed.). St. Paul, MN: Thomson West.
6. Friedenthal, J. H., Miller, A. R., Sexton, J. E. & Hershkoff, H. (9th ed. 2008). *Civil procedure: Cases and materials* (9th ed.). St. Paul, MN: Thomson West.
 7. Lawyers Co (1998). *American jurisprudence* (2nd ed.). St. Paul, MN: West Group.
 8. Storskrubb, E. (2008). *Civil procedure and EU law: A police area uncovered*. Oxford, England: Oxford University Press.
 9. Shreve, G. R. & Raven-Hansen, P. (2002). *Understanding civil procedure* (3rd ed.). Conklin, NY: Matthew Bender & Co.
 10. Teply, L. L. & Whitten, R. U. & McLaughlin, D. F. (2007). *Civil procedure: Case, text, notes, and problems*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
 11. Teply, L. L. & Whitten, R. U. (2009). *Civil procedure* (4th ed.). New York, NY: Foundation Press.
 12. Wright, C. A., Miller, A. R. & Cooper, E. H. (2008 & 2010). *Federal practice and procedure: Jurisdiction and related matters* (4th ed. & Supps.). St. Paul, MN: West Group.
 13. Wright, C. A. & Miller, A. R. (2010). *Federal practice and procedure: Federal rules of civil procedure* (3rd ed.). St. Paul, MN: West Group.

(二) Journal

1. Collateral estoppel by judgment (1952). *Col. L. Rev.*, 52, 647.
2. Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition (1970). *Colum. L. Rev.*, 70, 522.

3. Cross-jurisdictional forum non conveniens preclusion (2008). *Harv. L. Rev.*, 121, 2178.
4. Finding fault with defaults: New York courts' inconsistent application of issue preclusion to default judgments (2010). *Cardozo L. Rev.*, 31, 941.
5. George, L. C. (1980). Sweet use of adversity: Parklane hosiery and the collateral class action. *Stan. L. Rev.*, 32, 655.
6. Hazard, G. C. (1981). Revisiting the second restatement of judgments: Issue preclusion and related problems. *Cornell L. Rev.*, 66, 564.
7. Hazard, G. C. (1984). Preclusion as to issue of law: The legal system's interest. *Iowa L. Rev.*, 70, 81.
8. McCoid, M. C. (1976). A single package for mutuality disputes. *Stan. L. Rev.*, 28, 707.
9. Millar, R. W. (1940). The historical relation of estoppel by record to res judicata. *Ill. L. Rev.*, 35, 41.
10. Nonkes, S. P. (2009). Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limit. *Cornell L. Rev.*, 94, 1459.
11. Semmel, H. (1986). Collateral estoppel, mutuality and joinder of parties. *Colum. L. Rev.*, 68, 1457.
12. Vestal, A. D. (1981). The restatement (second) of judgments: A modest dissent. *Cornell L. Rev.*, 66, 464.

(三) Internet

1. Smith, D. V. (2006). Finality of judgment: Issue preclusion, claim

preclusion, and law of the case. Available:

<http://www.burgsimpson.com/pdf/civlitjulyv01clean.pdf> (last visited July 31, 2012).

