



# 確定判決理由判斷之拘束力 ——以我國及德國之比較為中心

劉 明 生 \*

## 要 目

壹、前 言	肆、德國判決理由中判斷拘束力之爭議
貳、既判力之目的與性質	一、德國通說原則上否定判決理由判斷拘束力之見解
一、既判力之目的	(一)先決法律關係判決理由判斷無拘束力
二、既判力之性質	(二)法律上判決理由判斷無拘束力
(一)實體法理論	(三)事實上判決理由判斷無拘束力
(二)訴訟法理論	(四)對當事人主張抗辯之判決理由判斷無拘束力
(三)一事不再理理論	二、德國少數說承認判決理由判斷拘束力之見解（符合一定要件之下）
(四)本文見解	(一)以實體法意義關聯性與補償關聯性作為判斷基準
參、既判力客觀範圍之劃定——以訴訟標的為其界限範圍	
一、德國民事訴訟法既判力客觀範圍之界限	
二、我國民事訴訟法既判力客觀範圍之界限	

DOI : 10.53106/102398202024060177001

\* 國立政治大學法學院專任副教授，德國雷根斯堡大學法學博士。本文須深深感謝審查委員對於本文所提供之寶貴修改建議。

投稿日期：一一一年八月九日；接受刊登日期：一一二年十月十一日

責任校對：張碧霞



- (二) 以內容上保護必要作為判斷基準
- (三) 以前後兩訴經濟價值作為判斷標準
- (四) 個別事件類型之判斷
- 三、德國通說反對判決理由判斷拘束力之理由論據
  - (一) 德國民事訴訟法第322條狹隘既判力規定之立法目的
  - (二) 德國民事訴訟法第322條第1項法條文義之解釋
  - (三) 以德國民事訴訟法第308條作為私法自治權保障之規定
  - (四) 提起中間確認訴訟之可能性
  - (五) 當事人利益之保護——既判力界限之明確化與突襲性拘束力危險之防止
  - (六) 前訴訟錯誤判決改正之可能性
  - (七) 實務運作上之困難性
- 四、德國實務反對判決理由判斷拘束力之理由論據
- 五、本文見解
  - (一) 既判力之性質與目的
  - (二) 前訴錯誤裁判改正之必要性
  - (三) 中間確認之訴、反訴與客觀訴之變更、追加功能之架空
  - (四) 欠缺發生判決效力之明確性
  - (五) 防止對當事人突襲之觀點
  - (六) 是否有真正裁判矛盾之問題？
- 伍、我國民事訴訟程序爭點效拘束力之爭議
  - 一、我國學說見解
    - (一) 爭點效拘束力肯定說
    - (二) 爭點效拘束力否定說
  - 二、我國實務見解
    - (一) 否定爭點效拘束力之見解
    - (二) 肯定爭點效拘束力之見解
  - 三、本文見解
    - (一) 民事訴訟之目的與追求正確裁判之要求
    - (二) 是否有填補立法漏洞必要性之問題
    - (三) 中間確認訴訟、反訴與訴之變更、追加功能之發揮
    - (四) 爭點效要件、主觀與客觀範圍欠缺法律明文規定之基礎
    - (五) 爭點效要件解釋與適用標準之不明確性
- 陸、結論



## 摘 要

本文主要探討民事訴訟確定判決理由判斷之拘束力，特別著重從比較德國與我國立法、學說與實務見解之觀點，探討民事訴訟判決理由判斷是否應產生既判力或者爭點效。於文中將詳細分析德國與我國民事訴訟法採取狹隘既判力客觀範圍立法模式之目的與界限。而且，將深入探討德國通說原則上否定判決理由判斷拘束力之見解、德國少數說基於實體法意義關聯性與補償關聯性、內容上保護之必要性與前後兩訴經濟價值之考量而承認判決理由中判斷拘束力之看法，以及德國通說反對判決理由判斷拘束力之理由論據。再者，本文將詳細比較與分析德國與我國民事訴訟於確定判決理由判斷拘束力相關立法上之類似性，並特別提示基於如此狹隘既判力客觀範圍之立法規定，反對判決理由中判斷有拘束力之理由根據。本文將深入分析我國民事訴訟程序是否應承認判決理由主要爭點判斷具有爭點效之拘束力、爭點效拘束力是否有正當化之法規範基礎與法理根據、透過類推適用我國民事訴訟法第400條第1項或第2項之規定而承認爭點效於法學方法論上之疑問、爭點效要件設置之歧異性、爭點效之客觀範圍與主觀範圍劃定明確性之問題。本文之目的在於透過比較德國民事訴訟判決理由中判斷拘束力與我國爭點效拘束力相關之爭議問題，釐清民事訴訟判決理由中判斷應否發生既判力抑或爭點效。

**關鍵詞：**既判力、爭點效、判決理由判斷拘束力、實體法意義與補償關聯性



## 壹、前言

根據德國民事訴訟法第322條第1項之規定，判決僅於透過起訴或反訴所提出請求判斷之範圍內，得生既判力。透過本項規定之文字，立法者對於既判力設置其界限，既判力原則上僅及於訴訟標的之判決主文判斷，而不及於判決理由中之判斷<sup>1</sup>。反之，Zeuner認為民事訴訟應從維護特定實體法之意義關聯性（Sinnzusammenhang）來判斷既判力之界限。根據該意義之關聯性，後訴訟所爭執之法律地位應以前訴訟法院所認定之一項法律效果之存在或不存在作為其基準<sup>2</sup>。例如：在法院已就所有物返還請求權為具有既判力之判決後，在同一當事人間又可再主張所有權之法律效果，將影響所有物返還請求權之秩序內容。因此，在上述法律效果相關之訴訟，作為返還給付而具有既判力判決基礎之所有權歸屬，無論如何不得再加以爭執。為了阻止給付與對待給付矛盾性判決所造成對待給付關係之割裂，其方法乃實質既判力或者實質上確定力（die materielle Rechtskraft）。透過擴張確定判決之既判力及於此種補償之關聯性（Ausgleichszusammenhang）<sup>3</sup>。反之，德國通說見解與實務見解認為，因實質既判力限於訴訟上請求之裁判，故關於所有性質之先決前提法律關係之判斷不會發生既判力。基於法明確性之考量，不能採取Zeuner所主張前提法律關係之判斷亦可發生既判力之看法。Zeuner所主張之補償關聯性或意義關聯性框架

<sup>1</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., 2018, § 154 Rn. 9; 德文（die materielle Rechtskraft）學說上有翻譯為實質既判力或者實質上確定力。前者參陳榮宗、林慶苗，*民事訴訟法*（下），頁195，2021年1月，9版；後者參陳計男，*民事訴訟法論*（下），頁56以下，2017年8月，6版。

<sup>2</sup> Zeuner, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, 1959, S. 51ff.

<sup>3</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 77.



範圍之既判力拘束力（*eine Rechtskraftbindung im Rahmen von Ausgleichs- oder Sinnzusammenhangen*）具有兩項危險：一為相關既判力之界限無法事先被預見且並不明確，當事人將會被該拘束力突襲；二為如已證明第一個判決係屬錯誤，則存在司法不公平延續更大之危險。基於如此兩項之理由不能承認個別判決之元素具有既判力<sup>4</sup>。

我國民事訴訟法第400條規定，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。主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。立法者於我國民事訴訟法第400條第1項明白地將既判力之客觀範圍設置界限，其原則上僅及於訴訟標的之判斷而不及於判決理由中之判斷。就前提法律關係之存在，原告可透過我國民事訴訟法第255條第1項第6款追加中間確認訴訟，被告就前提法律關係之不存在可依據我國民事訴訟法第259條之規定提起中間確認之反訴，藉此以擴大既判力之範圍及於成為訴訟標的之前提法律關係。然而，我國實務上基於誠信原則而承認判決理由中主要爭點之判斷符合特定要件之下可發生所謂爭點效之拘束力。例如：最高法院110年臺上字第1936號民事判決指出對於法院就事實理由之判斷，認有「爭點效」存在而生拘束力，除須具備「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，尤必須是在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造為充分之攻防及適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，始由當事人就該事實之最終判斷，於他訴訟負不得再為相反主張之結果責任，法院亦不得為相異之判斷<sup>5</sup>。另有學者認為，判決理由中判斷拘束力之正當

<sup>4</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 155 Rn. 13.

<sup>5</sup> 爭點效相同要件之設置，參最高法院106年度臺上字第371號判決與最高法院



性，既然與訴訟標的之既判力相同，係建立在程序保障上，則僅在當事人於訴訟上就特定爭點曾為相當於訴訟標的的法律關係之攻擊防禦者，始能發生拘束力。首先，當事人對於發生拘束力之範圍，應與訴訟標的相同，具有預見可能性而不生突襲，此係透過爭點整理程序而予以特定<sup>6</sup>。反之，我國部分學者明確指出倘若擴大爭點效適用即易對於可能錯誤之前訴裁判，將錯就錯，並非審判本質所應然。裁判矛盾之防止固為程序法之理念，但公平正義裁判亦然，允許前後不同之認定，部分情形反而係法治國中審判自我反省，並即時救濟當事人實質正義之擔保<sup>7</sup>。部分學者特別指出，為何僅「源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理」，就可以突破我國現行民事訴訟法繼受德國法立法者意思之狹義限制，以及明確表達列舉「例外」之文義，而承認既判力之第二個例外？但此點則為最高法院肯定爭點效理論以來，在法學方法論之論述上所未見者<sup>8</sup>。本文於此提出如下重要之爭議問題：可否於我國民事訴訟法立法者採取狹隘既判立法模式之外，再從誠信原則，或者所謂程序保障理論導出爭點效之正當化基礎？再者，就爭點效之要件與範圍而言，爭點效之要件究為幾個要件（3個要件、4個要件、5個要件、或者7個要件）？當事人已進行「充分」攻擊與防禦應為如何之解釋？前後兩訴利益不相當如何認定？訴訟標的價額差10倍、9倍、8倍、或7倍等情況，是否為前後兩訴利益不相當？上述之重要

---

109年臺上字第1920號判決。

6 沈冠伶，既判力客觀範圍與程序保障——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思爭點效，載：程序保障與當事人，頁118，2012年12月。

7 姜世明，確定判決及裁定效力之問題提示，載：確定判決及裁定之效力，頁17，2020年10月。

8 吳從周，備忘「爭點效」理論在實務發展之基本觀察——兼談仲裁判斷之爭點效，載：確定判決及裁定之效力，頁150以下，2020年10月。





爭議問題均有於本文作更進一步釐清之必要。再者，就爭點效新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點判斷之要件，部分實務見解與部分學說見解認為係言詞辯論終結後可提出新訴訟資料推翻前訴主要爭點之判斷，此說乃採取承認爭點效遮斷效之看法；反之，另有實務見解認為所謂新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點之判斷尚包含前訴訟言詞辯論終結前當事人可提出，但未提出之新訴訟資料，此說乃採取不承認爭點效遮斷效之看法。就此爭點效要件之解釋仍然存有甚大歧異之處。不僅如此，爭點效主觀範圍如何界定也充滿了不確定性，其主要有三種不同之看法。

本文主要探討民事訴訟程序既判力之目的與性質為何？既判力客觀界限範圍如何？可否基於所謂實體法意義關聯性與補償關聯性，而承認法院判決理由中判斷有拘束力？民事訴訟是否應承認前訴法院主要爭點之判斷具有爭點效之拘束力？爭點效拘束力之正當化法理根據為何？民事訴訟採取狹隘既判力客觀範圍為立法模式之目的何在？可否透過類推適用我國民事訴訟法第400條第1項或第2項之規定而承認爭點效之存在？爭點效之要件內容為何？爭點效之客觀範圍與主觀範圍如何加以劃定？本文之目的在於透過比較德國民事訴訟判決理由中判斷拘束力，與我國爭點效拘束力相關之爭議問題，以釐清民事訴訟判決理由中判斷應否發生既判力抑或爭點效。

## 貳、既判力之目的與性質

### 一、既判力之目的

形式既判力（die formelle Rechtskraft）之目的，乃在阻止一項裁判被廢棄或變更，而實質既判力之任務在於克服於一個新的程序第二個相互矛盾裁判之產生。實質既判力為透過法院保護權利之必



要結果。實質既判力於憲法上之基礎為法治國原則<sup>9</sup>。既判力確保了一項形式上終局之裁判於其後程序內容上之存續，其也藉此確保了當事人不再重新使用法院之裁判上決定。據此，實質既判力不僅僅為單純合乎目的性之要求，且為法治國必要之結果。只有一個法院之本案裁判可發生其內在之存續力，且使當事人間爭執之程序獲得終結，一個國家之法的和平始可能獲得確保<sup>10</sup>。當事人間之法的和平要求每一個爭執一次性終結，且顧慮法院之聲譽，應避免矛盾性之裁判，法院之裁判不能再重新作成裁判。如此之目的僅能透過禁止再一次辯論與裁判（一事不再理）與該裁判對當事人發生拘束力來達成。倘若該確定之裁判為不正確之裁判，為了維持法的安定性（*Rechtssicherheit*），原則上仍應承認既判力之產生<sup>11</sup>。然而，實質既判力並非於任何情況無法被打破，尤其前訴法院所作成之裁判不正確而有再審事由（例如有證物偽造變造）之情形可透過再審訴訟排除該判決之既判力。而且，法的和平與法的確定性之維持仍然有其界限存在，其射程範圍僅及於既判力客觀效力所及之範圍（訴訟標的與抵銷抗辯之判斷）。既判力之客觀範圍仍有其界限，其僅及於前訴訟之訴訟標的之判斷，既判力之拘束力僅與法院對於訴訟上請求之裁判有關。判決理由中判斷不會發生絕對之既判力。即使其涉及前訴訟之核心問題（*Kernfrage*）或主要爭點之判斷，其仍然不會發生既判力與爭點效<sup>12</sup>。於如此判決理由中判斷之框架範圍內，宜優先顧慮法院作成正確裁判之任務，既判力所追求之法的確定性、法的和平與避免裁判矛盾之要求均應有退讓。

<sup>9</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 152 Rn. 1.

<sup>10</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 152 Rn. 1ff.

<sup>11</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, 6. Aufl., 2020, § 322 Rn. 92.

<sup>12</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO., § 322 Rn. 92.





## 二、既判力之性質

### (一)實體法理論

部分學者主張具有法律確定力之判決使被確認之權利重新建立。該正確之判決對其所表示之法律效果創設了一項額外之構成要件。一項錯誤之判決則會使先前已存在之其他權利消滅。採取普通法（common law）之國家仍然採取此項見解，認為原來之請求權因法院判決之宣示而消失，且與從判決而生之請求權相融合<sup>13</sup>。於德國法大部分之學者均揚棄此項見解。根據德國通說之見解，當事人實體法上權利與義務早在法院認定之前以具有法律上拘束力之方式存在且獨立於法院之認定而存在。實體法理論具有一項現代化程序法之形成。依據此項見解，具有法律確定力之判決，創設了一項對其正確性不能推翻之推定與所確認法律效果之存在<sup>14</sup>。

### (二)訴訟法理論

訴訟法理論認為具有確定判決力之一項判決對於實體法並無直接之效果。實質既判力只不過使已作成之裁判拘束每一個新法院。依照原始性之見解應當只不過禁止於一項新的訴訟中作出不同（矛盾）之裁判而已（拘束力理論*Bindungstheorie*）。反之，於具有權利保護利益之情形，法官應當有權再度作成相同之裁判<sup>15</sup>。

### (三)一事不再理理論

新的理論認為此種情形如此權利保護利益不存在，故應阻止法

<sup>13</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 7.

<sup>14</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 7ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Gaul*, *Negative Rechtskraftwirkung und konkursmäßige Zweittitulierung*, 1975, S. 162.



院作出新的辯論、新的證據提出與就已回應之訴訟標的再作成新的裁判。此乃所謂一事不再理理論（*Ne-bis-in-idem-Lehre*）。一事不再理理論有如下個別之內容：

1. 訴訟標的之一致性：於新訴訟與舊訴訟之訴訟標的具有一致性則新訴訟之提起不被容許。倘若第二次再提起同一訴訟，即使該第二次訴訟乃相反部分之確認，亦應認為具有一致性。上述兩種情形第一審確定判決之既判力作為消極的訴訟前提條件，均禁止新的本案辯論與裁判<sup>16</sup>。

2. 前提問題之拘束力：於多數之情形，前訴訟之訴訟標的僅構成新訴訟裁判之前提問題。此種情形法官必須注意較早之前裁判之存續與內容，且不作任何之變更以其作為新裁判之基礎。較早裁判對於後面法院先決前提性之拘束力無法阻止對於新的主要事件作出一項裁判，其有可能再就具有先決性之前提問題作出新的本案辯論與裁判。此不僅符合拘束力理論（*Bindungslehre*），且符合一事不再理原則<sup>17</sup>。

#### （四）本文見解

本文認為一事不再理理論較符合既判力之目的。實體法理論並未充分顧慮既判力並不會直接導致已存在之實體法權利發生變動，當事人實體法上權利與義務早在法院認定之前以具有法律上拘束力之方式存在，且獨立於法院之認定而存在。

既判力乃確認該項實體法上已經存在之權利或者確認該項實體上權利不存在而已。而訴訟法理論僅承認既判力禁止矛盾判斷之作用，並未顧慮既判力具有一事不再理禁止再訴之作用。一事不再理

<sup>16</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 11.

<sup>17</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 12.



理論則認為訴訟標的一致之情形有禁止辯論與裁判之作用，且承認既判力之前提問題拘束力，符合現今民事訴訟既判力性質之理解。只不過一事不再理理論較強調既判力對於法院之拘束力，較未顧慮既判力對於當事人之拘束力。妥適理解既判力不僅會對法院產生禁止就同一訴訟標的再為辯論與裁判之效力，以及禁止法院作出矛盾判斷之拘束力，其亦將對當事人發生就同一訴訟標的禁止再訴之拘束力，且就該訴訟標的判斷構成其他訴訟先決前提問題之情形，禁止當事人提出矛盾性之主張<sup>18</sup>。

## 參、既判力客觀範圍之劃定——以訴訟標的為其界限範圍

### 一、德國民事訴訟法既判力客觀範圍之界限

根據德國民事訴訟法第322條第1項之規定，判決僅於透過起訴或反訴所提出請求判斷之範圍內，得生既判力（*Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.*）。透過本項規定之文字，立法者對於既判力設置其界限，且不採用Savigny先決問題之點可發生既判力之理論，且不採用Windscheid事實認定也可產生既判力之立場。訴訟上之請求（*prozessualer Anspruch*）之判斷會發生既判力，前訴法院對於先決法律關係之判斷並不會發生既判力。德國民事訴訟法之立法者並未考慮外國不同之既判力模式（例如 *estoppel- oder issue preclusion-Wirkungen* 禁反言或爭點排除效）<sup>19</sup>。既判力之界限（*Rechtskraftgrenzen*）並非從事物之性質而

<sup>18</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 14.

<sup>19</sup> *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 84.



預先被規定。其個別之規定乃立法者之任務。廣大範圍之既判力拘束力固然可使相關複數請求於法律意義關聯之範圍內獲得一致性之認定，且透過一個裁判比較能完整地創設法的確定性與法的和平。然而，德國民事訴訟法之立法者正確地擔憂，廣大範圍之拘束力最終將會對當事人造成突襲性與不利益之效果，或者當事人為了避免此不利益之效果而使第一審程序之訴訟資料膨脹，且因而阻礙法律爭訟事件之迅速解決<sup>20</sup>。

民事訴訟界定既判力客觀範圍時，乃以法院對於訴訟標的之判斷決定。訴訟兩個要素訴訟標的概念（二分歧說）為德國學說上多數說與實務上之見解<sup>21</sup>。兩個構成要素理論（二分歧說）認為從程序之觀點界定訴訟標的。訴訟標的之構成要素為生活事實（*Lebenssachverhalt*）與訴之聲明（*Klageantrag*）。以生活事實與訴之聲明作為訴訟標的之兩個要素（*Sachverhalt und Antrag als 2 Elemente des Streitgegenstandes*）。生活事實與訴之聲明則成為同等價值之要素（*gleichwertige Elemente*）<sup>22</sup>。根據德國聯邦最高法院之見解，現今具支配性之訴訟法觀點之訴訟標的，藉由訴訟之提起並非特定實體法上之請求權因而被主張，該法律爭訟之標的毋寧為權利保護要求或法律效果主張之獨立訴訟上請求。此訴訟上請求乃依照訴之聲明（於該聲明中原告所要求之法律效果被具體化）以及生活事實（該生活事實導出原告所要求之法律效果）而決定。就此意義而言，生活事實乃超越滿足一項權利基礎構成要件之事實主

<sup>20</sup> *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 85.

<sup>21</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO. (Fn. 1), § 93 Rn. 10; *MünchKomm/Becker-Eberhard*, 6. Aufl., 2020, vor § 253 Rn. 32; *Lüke*, *Zivilprozessrecht*, 10. Aufl., 2011, Rn. 162; *Adolphsen*, *Zivilprozessrecht*, 4. Aufl., 2014, S. 120.

<sup>22</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO. (Fn. 1), § 93 Rn. 11; *MünchKomm/Becker-Eberhard*, aaO., vor § 253 Rn. 32; *Lüke*, aaO., Rn. 162; *Adolphsen*, aaO., S. 120.



張。凡所有事實從自然與當事人之觀點觀之，該事實之性質屬於透過原告提出作為裁判基礎與原告權利保護要求基礎之事實整體（Tatsachenkomplex），均屬於生活事實<sup>23</sup>。聯邦最高法院指出，原告就事實之提出說明了當事人對於終局法明確性期待之方向。因此，就生活事實之提出並不會打破辯論主義之適用。就當事人未提出之生活事實者，法院不得依職權加以審酌。但應禁止原告透過不完全之事實主張有意或無意地逃避既判力<sup>24</sup>。因此，如原告未於前訴訟提出從自然觀點言之屬於生活事實之事實，實質既判力也在以該等事實為基礎的新的訴訟發生效力。此尤其適用在該等事實僅構成前訴訟已提出事實資料的補充，或使當時欠缺一貫性之訴訟變成具有一貫性<sup>25</sup>。申言之，訴訟標的乃透過全部歷史之生活過程決定，該生活過程乃與原告之權利保護要求相關，但其並非取決於此生活事實之個別事實是否已被當事人提出或未提出，且亦非取決於當事人在前訴訟就未提出之生活過程事實是否已知悉或者是否已能夠知悉<sup>26</sup>。

## 二、我國民事訴訟法既判力客觀範圍之界限

就訴訟標的理論之界定而言，妥適理解未來之方向宜採取訴訟法兩個要素理論以生活事實與訴之聲明作為訴訟標的之構成要素。而既判力之客觀範圍界限亦宜依照生活事實與訴之聲明之法院判斷為其基準。舊訴訟標的理論認為實體法上權利主張為訴訟標的，將

<sup>23</sup> BGH 2004, S. 1806; BGH NJW 2003, S. 2561 Rn. 16; BGH NJW-RR 2006, S. 1503; BGH NJW 1992, S. 1173.

<sup>24</sup> BGH NJW 1992, S. 1174.

<sup>25</sup> BGH NJW 1992, S. 1174; BGH NJW 2004, S. 1806.

<sup>26</sup> BGHZ 157, S. 47; BGH NJW 2004, S. 1806; *Stein/Jonas/Roth*, 22. Aufl., 2008, vor § 253 Rn. 11.



訴訟標的作過於狹隘之界定，而我國民事訴訟法第199條之1之闡明義務之功能有限，法院闡明原告未主張之請求權，原告仍不主張該項請求權，該請求權仍然不會發生既判力，原告仍可於後訴再訴主張，同一生活事實之紛爭仍然會再度燃起，將對被告與司法機構造成重大之不利益。再者，因訴訟標的乃預告既判力之客觀範圍，其乃與判決標的相同。因為法院就訴訟上請求裁判，故訴訟標的與判決標的原則上一致。因此，對於既判力而言並非適用與訴之合併訴之變化與訴訟繫屬不同之訴訟標的概念。原告不能將法院之裁判限定於多數競合請求權之其中一個（並無所謂之排除權限），其也不能事先對法院排列特定審理之順序。由此可知判決標的一般而言不能比訴訟標的作更狹隘之理解。於此無法採用主張判決標的比訴訟標的狹隘之立場或者相對性訴訟標的理論之觀點。此外，既判力與確定判決效力客觀範圍之劃定方面亦無法採用訴訟標的相對論，因原告仍然可能選擇採用權利為單位特定訴訟標的，如法院闡明後原告未主張該請求權將於後訴發生權利失效之結果，此已違反我國民事訴訟法第400條第1項立法者狹隘既判力客觀範圍之立法決定與規範意旨（僅限於前訴訟標的之判斷始會發生禁止再為主張之效果）。而且，就訴訟標的之界定方面，亦無法採取一個構成要素理論（一分肢說），因其忽略了生活事實對於訴訟標的與既判力客觀範圍劃定上之重要性。所謂核心點理論，其訴訟標的界定範圍太大。而且妥適理解核心點理論僅涉及重複起訴禁止判斷之問題，其並不會影響既判力客觀範圍之劃定。





## 肆、德國判決理由中判斷拘束力之爭議

### 一、德國通說原則上否定判決理由判斷拘束力之見解

德國通說認為除了關於抵銷抗辯判決理由中判斷外，其他判決理由中判斷不會發生既判力。茲將其詳述如下：

#### (一)先決法律關係判決理由判斷無拘束力

德國通說認為前訴法院關於前提或先決法律關係之判斷（*Feststellung über präjudizielle Rechtsverhältnisse*），對於後訴而言並不會發生既判力<sup>27</sup>。如原告甲訴請被告乙支付買賣契約價金之訴訟，法院雖於此訴訟中已認定買賣契約法律關係存在，關於此買賣契約存在之認定不會發生既判力，於後訴乙訴請甲交付買賣標之物之訴訟中，法院仍可認定買賣契約之關係不存在<sup>28</sup>。又如原告甲主張被告乙向其承租A房屋，但乙於租賃期間屆滿拒絕遷離。甲因而提起所有物返還訴訟，法院為甲勝訴之確定判決，其既判力僅及於所有物返還之請求而不及於關於所有權確認之判斷。後訴甲將乙列為被告，提起在租賃期間所生之損害賠償訴訟，關於前訴法院認定甲為所有權人之判斷，並不拘束後訴法院，後訴法院仍可認定甲並非該房屋之所有人，而乙始為該屋之所有人，因而判決甲敗訴<sup>29</sup>。就此等先決法律關係當事人可提起積極或消極確認訴訟，亦即德國

<sup>27</sup> Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 362; Zöller/Vollkommer, 32. Aufl., 2018, vor § 322 Rn. 28; Terhalle, Die Reichweite der Rechtskraft klageabweisender Urteile, 2011, S. 194; Prütting/Gehrlein/Völymann-Stickelbrock, 10. Aufl., 2018, § 322 Rn. 33; Grunsky/Jacoby, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 2014, Rn. 754; Adolphsen, aaO. (Fn. 21), S. 244.

<sup>28</sup> Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 362.

<sup>29</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2014, Rn. 1024.



民事訴訟法第256條第2項之中間確認訴訟，使該等先決法律關係成為前訴之訴訟標的以發生既判力。而德國民事訴訟法第256條中間確認訴訟之規定，正係證明德國民事訴訟法係採取範圍較為狹窄之既判力模式<sup>30</sup>。而其為將既判力限制在法院對於所主張訴訟上請求判斷所作出之補償<sup>31</sup>。

於補償或者意義關聯框架範圍既判力拘束力之公式，將其作廣義解釋的話，則具有以突襲之方式對兩造當事人產生拘束力之危險。所有將既判力拘束力作廣義理解之傾向乃不顧其正確性，透過一致性之裁判於大部分之範圍促進該裁判之權威性。不同見解會比較清楚。每一法院將於其後之訴訟，依照德國民事訴訟法第273條第2項第2款之規定，有效調閱前訴訟之卷宗，且就前訴法院單純判決元素（Urteilelemente）之判斷，若無合理可信之理由將不會作出不同之判斷。更適當者，乃透過德國基本法第20條第3項對法院所規範之法拘束要求（法官依法裁判之要求）一般而言即足以維護法律上所預設之意義關聯性（Sinnzusammenhänge）。反之，若第一個程序出現明確客觀事實或法律錯誤（Sach-oder Rechtsfehler），則證實其欠缺既判力之拘束力則更為有利，因既判力僅能於狹窄之界限範圍。該客觀上錯誤裁判之持續存在只不過更加強化已經發生之錯誤與不公平而已<sup>32</sup>。

因實質既判力限於訴訟上請求之裁判，故關於所有性質之先決前提法律關係之判斷不會發生既判力。然而若當事人將該等前提問題提起中間確認訴訟（德國民事訴訟法第256條第2項之規定），則對於該等問題之判斷將發生既判力。基於法明確性之考量，不能採

<sup>30</sup> Schilken, aaO., Rn. 1024.

<sup>31</sup> Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 362.

<sup>32</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 56.



取Zeuner所主張前提法律關係之判斷亦可發生既判力之看法。基於一項互為對待給付之契約而生之一項請求權被積極地裁判，該契約之有效性對於後面訴訟之反對請求原則上並未被確認。第一個程序之被告可透過未履行契約提起同時履行抗辯而藉此獲得一致性之裁判。只要於訴訟中或透過先給付義務之約定而放棄此項保護，則其須承擔第一次錯誤裁判之結果。該項判決就先決法律關係並無以具有既判力（法律上實質確定力）之方式而被確定。何人對於該項前提法律關係確認有興趣者，得提起德國民事訴訟法第256條第2項之中間確認訴訟。倘若利息請求以具有法律上確定力之方式而被認為有理由者，對於其後關於本金返還之訴訟並未確認消費借貸契約已締結。關於所有物返還訴訟之判決並未同時確認所有權存在。對於確認法定不作為義務之判決對其於後之損害賠償訴訟不具有既判力<sup>33</sup>。

然而，於較為少數極端之情形，只要將既判力之先決前提效力作較為廣義之理解即可。既判力之對立相反部分（das kontradiktorische Gegenteile）可區分為兩種情形：一種為直接相反之部分（unmittelbare Gegenteile）；另一種情形為不相符合（Unvereinbarkeit）之情形。就後者之情形例如法院就德國民法第894條土地登記變更或塗銷請求權裁判者，該所有權人之狀況也將同時以具有既判力之方式而被確認，因該登記簿上之記載並未再追求其他目的，其實質上可被認為係所有權確認之程序<sup>34</sup>。

## （二）法律上判決理由判斷無拘束力

德國通說認為前訴法院所作成之法律上判斷（rechtliche

<sup>33</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 58.

<sup>34</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 57; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 155 Rn. 7.



Beurteilung) 不會發生既判力。法院關於舉證責任分配之判斷亦不生既判力。前訴法院就原告基於民法第823條提起侵權行為損害賠償訴訟，判決原告勝訴。原告就另一損害項目再提起損害賠償訴訟，法院不受到前訴法院認定有侵權行為法律判斷之拘束，其可認定並無侵權行為存在。前訴法院就法律上大前提涵攝推論之說明不會產生既判力。不論程序參與者或法院，均不會受到法規範具體之適用與解釋之拘束，亦即不會受到訴訟資料法律上定性之拘束。德國法並未承認判決先例之拘束性。下級審法院不會受到最高法院確定判決理由之拘束。最高法院也不會受到自己法律見解之拘束。此也適用在原則性之裁判或者示範性訴訟之判決。於此範圍內一般性司法裁判持續性之信賴並無法被保護。法院之拘束性僅存於根據德國民事訴訟法第563條第2項與第566條第8項第3句規定正在進行之程序，於駁回發回更審時之廢棄理由，但不存在於另一個更進一步本案之處理<sup>35</sup>。對待給付契約之存在乃兩項程序共同之前提問題並未以具有既判力之方式而被確認。一項請求返還借款之訴訟因未屆於清償期而被駁回，法院於第二個訴訟也可自由認為消費借貸契約不存在<sup>36</sup>。

### (三)事實上判決理由判斷無拘束力

德國通說認為前訴法院於判決對於個別事實所作成之判斷(Feststellung von Tatsachen)，不會發生既判力<sup>37</sup>。基於重複禁止之要求第二個訴訟之法院不得再就第一項訴訟之裁判之相關訴訟資

<sup>35</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 93.

<sup>36</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 96.

<sup>37</sup> Schilken, aaO. (Fn. 29), Rn. 1022; Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 363; Prütting/Gehrlein/Völymann-Stickelbrock, aaO. (Fn. 27), § 322 Rn. 33; Grunsky/Jacoby, aaO. (Fn. 27), Rn. 755.



料為不同之判斷，或者再顧慮關於當時生活事實之新事實，就此而言當時之訴訟資料已被確定。然而，如此之認定僅於當時訴訟標的發生拘束力，於此之外之事實判斷僅為前提問題（Vorfrage），不論其記載於事實欄或者於裁判理由均不會發生既判力，法官之證據評價（德國民事訴訟法第286條與第287條之規定）亦不會發生既判力<sup>38</sup>。

再者，前訴原告請給付買賣價金，法院因意思表示錯誤或詐欺而撤銷判決原告敗訴，該判決之既判力不及於意思表示錯誤或詐欺事實之判斷部分。因此後訴基於意思表示錯誤或詐欺而提起損害賠償訴訟，前訴法院關於意思表示撤銷或詐欺之事實認定不會拘束後訴法院，後訴法院仍可就意思表示錯誤或詐欺事實之相關證據為不同之評價，當事人亦可於遵守真實義務之前提下，自由提出不同之事實主張<sup>39</sup>。然而，值得留意者，本文認為於此並不涉及前訴法院特定事實之判決理由中判斷有既判力之問題，而係真實義務違反與否之問題，真實義務之違反於訴訟上甚少能被證明。

#### 四對當事人主張抗辯之判決理由判斷無拘束力

德國通說認為前訴法院於判決對於抗辯所作成之判斷（Einrede oder Einwendungen），不會發生既判力<sup>40</sup>。當事人雖於訴訟中提起同時履行抗辯，但對於反對給付並不發生既判力，被告就此再起訴仍屬合法，並不構成訴訟障礙（Prozesshindernis）。因前後兩訴之

<sup>38</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 97.

<sup>39</sup> MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 98.

<sup>40</sup> Schilken, aaO. (Fn. 29), Rn. 1022; Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 363; Prütting/Gehrlein/Völymann-Stickelbrock, aaO. (Fn. 27), § 322 Rn. 33; Grunsky/Jacoby, aaO. (Fn. 27), Rn. 756; Adolphsen, aaO. (Fn. 21), S. 245.



訴訟標的不同<sup>41</sup>。例如對於請求遷讓房屋之訴訟，前訴法院關於租約已終止之判斷不生既判力。法院就返還買賣價金之訴訟，關於買賣契約已解除之判斷不生既判力。前訴原告提起支付買賣價金之訴訟，被告抗辯意思表示因詐欺而撤銷，而買賣契約已被撤銷，法院認為撤銷無理由，而判決原告勝訴。前訴被告事後再提起損害賠償訴訟。後訴之提起係屬合法，因前後兩訴之訴訟標的不同。後訴法院在判斷損害賠償訴訟有無理由時，並不受到前訴訟法院關於撤銷無理由認定之拘束，因前訴法院關於撤銷無理由之判斷不發生既判力<sup>42</sup>。

## 二、德國少數說承認判決理由判斷拘束力之見解（符合一定要件之下）

德國少數說認為符合一定要件之下應承認判決理由中判斷拘束力，但判斷是否有判決理由中判斷拘束力之標準不盡相同，且於個別事件判斷上仍存有不同之理解，茲將其論述如下：

### (一)以實體法意義關聯性與補償關聯性作為判斷基準

Zeuner認為在判斷既判力客觀範圍時，應顧慮實體法價值之保護（*Schutz materiellrechtlicher Wertungen*），其主張在兩個不同法律效果之間，必須透過顧慮實體法關係之價值判斷，解消形式概念所理解之前提法律問題，而採用實體法既判力之理解。其主張德國民事訴訟法第322條規定之立法者，只不過不欲採用日耳曼法廣大幅度對於判決理由亦發生既判力之立場，但其並未就判決理由與既判力之關係是否於所有情形均作相同之判斷或者是否進行某種程度

<sup>41</sup> Batschari/Durst, NJW 1995, S. 1652; Prütting/Gehrlein/Völymann-Stickelbrock, aaO. (Fn. 27).

<sup>42</sup> Schilken, aaO. (Fn. 29), Rn. 1022.





之區分係屬必要有所決定。德國民事訴訟法第322條第1項之規定並未封阻此項問題之存在。因為法院就訴訟上請求所作成之判斷根據其內在之內容及於多大之範圍，此項規定並未加以說明<sup>43</sup>。Zeuner主張在甚多之情形，通說之見解雖然概念上有其明確性，但在不少之案件中通說所劃定之既判力界限無法提供解答，例如在前提法律關係之情形毋寧須透過實體法之觀點來解決<sup>44</sup>。

再者，Zeuner通說認為後訴訟與前訴訟標的判斷矛盾相反之部分亦為既判力所及，但卻無法解答何以既判力會及於此相反之部分，何以其他依現行法與已確認地位不相一致之法律效果不被包含在既判力範圍之內。且依照通說之見解，若前訴訟確定判決所確定或否定之法律效果，對於新爭訟之裁判具有先決前提之重要性，其既判力可及於另一個訴訟標的。然而，既然如此，何以在前訴裁判「並未構成先決前提性裁判之領域」，將前訴判決理由中前提問題判斷之既判力及於後訴會成為問題<sup>45</sup>？妥適理解，是否以及於何等範圍一項裁判之既判力可對其他爭執之法律效果發生既判力，乃依照內容關係（*inhaltliche Beziehung*）決定。倘若於前程序所爭執法律效果之存在或不存在，屬於第二個訴訟應當裁判其他法律效果之構成要件（*Tatbestand*），則事物關聯性（*sachlicher Zusammenhang*）可作為既判力擴張及於另一個訴訟標的訴訟之理由<sup>46</sup>。然而，能加以預見者，乃重要事物關聯性並不必然限於具有一種形式上之先決前提關係存在，即使無此種先決前提關係之情形亦可能存在。倘若後者之前提要件具備，則後訴法院不能脫離先前

<sup>43</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 4.

<sup>44</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 2ff.

<sup>45</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 12.

<sup>46</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 27, 30.



裁判之理由判斷，就此發生既判力。倘非如此，將損壞前訴訟裁判對象之事物關聯性。於此範圍在裁判理由既判力界限劃定時應留意邏輯學，尤其包含所謂之矛盾定律。例如：在不作為義務與侵權行為損害賠償請求之間並無先決前提之法律關係存在，兩項請求毋寧係屬同時併存之關係，二者具有內容上之關聯性，故於不作為訴訟法院所為判決之既判力，阻止其後審理損害賠償訴訟之法官，就有爭執行為方式之權利侵害性質，採取與先前不作為訴訟法官不同見解<sup>47</sup>。

Zeuner認為既判力之內容並非僅由訴訟標的決定，其亦須由法院就該裁判所採取之法律理由而決定。既判力亦包含就已確定事項之法律上涵攝適用（*rechtliche Einordnung*）。判決理由影響所主張法律效果發生既判力之範圍。因此，其不容許在其後之程序中再度成為問題，否則受其影響已確定裁判之內容將因而受損<sup>48</sup>。於劃定對於其他法律效果訴訟之既判力時，乃取決於就已經確定判決確定之事項與現今所爭執之法律效果之間，於內容上有何從客觀法所決定之關係。既判力應當避免兩項判決之間之矛盾。法院就新訴訟標的所作成之判決亦須係符合法律規範之認定<sup>49</sup>。民事訴訟應從維護特定實體法之意義關聯性（*Sinnzusammenhang*）來判斷既判力之界限。根據該意義之關聯性，後訴訟所爭執之法律地位應以前訴訟法院所認定之一項法律效果之存在或不存在作為其基準。於上述之情形，倘若承認法院就前訴訟所為裁判之拘束力，可阻止關聯性的割裂（*Zerreißung der Zusammenhang*），而損壞已受前訴訟具有既判

<sup>47</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 30.

<sup>48</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 41.

<sup>49</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 41ff.



力判決所確定之內容對其他法律效果之基準性<sup>50</sup>。較有疑問者，乃應依何種重要之一般性標準，以判斷某項法律效果對另一法律效果而言具有內容上之基準性。當一項法律效果之存在或不存在，對另一個法律效果之存在或不存在具有先決前提性（*präjudiziell*），可認為其具有前述所稱之基準性。一項法律效果對另一個法律效果具有先決前提性，乃意謂其屬於另一法定規範之構成要件（*Tatbestand*），而基於該規範將產生另一法律效果。倘若如此即可推測兩項法律效果彼此呈現出同一構造上之特徵（*dieselben strukturellen Merkmale*），即如同法規範之構成要件與法律效果之關係。法規範之組成成分乃構成要件與法律效果，其為依法律評價對世界秩序加以規範之產物。其主要就需加以規範之世界提供必要之秩序而設置，其為一種合目的性之構造。法規範具有它的組成成分：構成要件並非僅單純描述該事件之本身，尚包含根據其法律效果標準所形成秩序之目的。因此，為使所欲形成之秩序於現實上可被實現，該構成要件除自己本身之外，尚明確指出以尊重已規範事項為中心之相關法律效果<sup>51</sup>。

此外，*Zeuner*認為為了阻止透過對給付與對待給付矛盾性判決所造成對待給付關係之割裂，其方法乃實質既判力（*die materielle Rechtskraft*）。透過擴張確定判決之既判力及於此種補償性之關聯性（*Ausgleichszusammenhang*）<sup>52</sup>。若已先前之程序因欠缺有效之契約存在而被無理由駁回並發生既判力，則應阻止審理其對待給付請求後訴之法院，因對於契約之有效性採取不同之見解而判命被告

---

<sup>50</sup> *Zeuner*, aaO. (Fn. 2), S. 51ff.

<sup>51</sup> *Zeuner*, aaO. (Fn. 2), S. 52ff.

<sup>52</sup> *Zeuner*, aaO. (Fn. 2), S. 77.



應為給付<sup>53</sup>。

### (二)以內容上保護必要作為判斷基準

Reischel認為只要提供內容上保護（*Inhaltsschutz*）係屬必要，根據德國民事訴訟法第322條第1項規定之理解，既判力可擴張及於判決元素（*Urteilselemente*）。既判力範圍即等於訴之聲明加上內容之保護。藉由明確化訴訟結果以擴大既判力，只有為了確保裁判內容之限度內始具正當性。在物上返還請求之情形，既判力可擴張及於判決理由中作為其基礎權利之判斷。因其認為所有物返還請求權於實體法仍有物權之法律性質，其乃以物上責任、所有責任意義下之分配及其歸屬為目的，其並非如同債法性質之返還義務乃以取得占有為目的。而德國民法第985條之規定，乃透過回復其物以保障所有人之所有權，其乃與占有保護請求權不同，占有保護請求權欠缺所有人之確認，二者應作不同之處理<sup>54</sup>。在所有物返還訴訟，法院判決原告勝訴，乃基於確認被告以占有該物之方式侵害原告之所有權。此項判決乃包含法官對於所主張所有權存在之確認。被告若無提出新的事實不能逆轉訴訟，其亦不能對勝訴之原告主張所有權。倘若被告再就此提起確認訴訟，則可認為係判決之相反部分（*kontradiktorisches Gegenteil*）而不被容許<sup>55</sup>。惟民事訴訟判決之既判力並非在維護不同裁判實體法之意義與補償關聯性（*Sinn- und Ausgleichszusammenhang*），毋寧在透過結果之明確化實現判決內容之訴訟上保護<sup>56</sup>。實體法上意義與補償關聯性無法使民事訴訟判決之既判力拘束力擴張，蓋民法第320條以下之規定雖承認彼此對

<sup>53</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 75ff.

<sup>54</sup> Reischl, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß, 2002, S. 199ff.

<sup>55</sup> Reischl, aaO., S. 205ff.

<sup>56</sup> Reischl, aaO., S. 207.



待給付之請求權具有交互關聯性，兩項請求權可構成實體秩序構造，但將其援用至訴訟程序，則又再與兩項權利種類之獨立性（*Eigenständigkeit*）相互違背<sup>57</sup>。既判力須限制在被當事人所期待其自己享有主導權之界限範圍內。此項標準正好說明反對對待給付關係請求之既判力擴張，被告就其對待給付請求權之確認，可簡單透過請求法院確認其存在，或者提起請求給付之反訴以獲得確保<sup>58</sup>。將既判力擴張及於有對待給付關係之請求，此不僅不符合訴訟法之理解，且從立法規範之內容觀之，亦未顯現既判力擴張之必要性<sup>59</sup>。

### （三）以前後兩訴經濟價值作為判斷標準

Henckel認為從德國民事訴訟法第322條第1項之文義與目的，可導出本條之意義在於：既判力具有督促當事人履行其於訴訟中責任之目的<sup>60</sup>。倘若吾人放棄以請求之內容作為既判力之界限，則須導入一個其他可補充之標準，此即於訴訟中對當事人而言成為賭注之經濟價值（*der wirtschaftliche Wert*）。倘若人們欲賦予一項判決在同一當事人間，就同一請求原因不同請求內容既判力，則此僅能發生前後兩個訴訟作為賭注經濟價值一致之情形。當於第二個訴訟被當事人所爭執之前提問題，其所請求之原因在同一當事人間的第一個訴訟中已被確認之情形同有其適用。僅在該前提問題之肯定或否定，不會超越當事人之預見與造成較大經濟負擔之情形，該前提問題始能產生拘束力<sup>61</sup>。

<sup>57</sup> Reischl, aaO., S. 189ff.

<sup>58</sup> Reischl, aaO., S. 190.

<sup>59</sup> Reischl, aaO., S. 194.

<sup>60</sup> Henckel, Prozessrecht und Materielles Recht, 1970, S. 173.

<sup>61</sup> Henckel, aaO., S. 173ff.



#### 四、個別事件類型之判斷

##### 1. 所有物返還請求訴訟中所有權確認之判決理由中判斷

由Zeuner所提出之合乎目的性秩序要素之判斷標準，最主要乃依前訴所確定之實體法效果內容與後訴之關係判斷之。只要兩個訴訟之法律效果具有共同秩序或規範目的，既判力則須避免相互矛盾之判決。於前訴為所有物返還訴訟中，如A對B已取得有既判力之判決，前訴法院已於判決理由中判斷A為特定物之所有人或者判令B須根據德國民法第985條之規定將該特定物返還給A。B事後再提起確認其對該物具有所有權之訴訟，或者再訴請返還已交付於A之物，因其主張該物乃屬於其所有。於上述之情形，兩個訴訟程序之訴訟標的並不相同，且前訴訟之判決從技術意義觀點言之，對於後訴之訴訟並不具有先決前提性<sup>62</sup>。雖然如此，前訴訟裁判之既判力於此須介入，從於其後程序所主張法律效果之觀點言之，應阻止所有於前訴訟理由中所作成判斷之重新審理，此可歸因於其每一法律效果否定透過有既判力判決所認定之法律效果，而其乃從實體法所導出之內容。此種情況甚為清楚者乃分開提起之所有權確認訴訟，因根據現行法同一物不能同時歸屬於兩個人單獨所有<sup>63</sup>。在分別提起之所有物返還訴訟情況並無重大不同。從德國民法第985條所導出之請求權，根據其意義內容，其不僅以作為單純移動過程之返還為目的，毋寧尚以一種符合所有權之方式現實上將該物歸屬於享有權利之人為目的<sup>64</sup>。如於先前之所有物返還訴訟中，法院根據德國民法第985條判令被告返還所有物，若其無能力說明前訴訟於最後一次事實辯論後所有權關係發生變更相關之情況，則其不能就已返

<sup>62</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 45.

<sup>63</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 45.

<sup>64</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 45.





還給勝訴原告之物再主張為其所有物而要求返還之。據此，返還義務人尤其不能從勝訴他造當事人手中再度剝奪該系爭物，故德國民法第985條規定之請求權，從所有權之觀點言之，於全部之範圍包含了該物現實上之享有<sup>65</sup>。

德國民法第985條之所有物返還請求權，乃以將特定物實際上歸屬於有請求權利之人之狀態為目的。精確言之，該物應置於權利人之支配領域，其可從事實之觀點自由地處分該物。然而，不容許基於上述之理解，誤以為返還請求權可單純透過占有之創設而滿足，且誤以為其占有即使欠缺原則性之權利亦可存在。於德國民法第985條規定所追求之事實上物之歸屬，乃比一個法律上任意性形式之占有更多。德國民法第985條之規定，具有占有權利之性質（*petitorisch*），而非僅具占有（*possessorisch*）之性質。其體現了對於該物占有之特定權利，尤其作為所有人占有該物之權利。此項權利對其所追求之物的歸屬留下深刻之影響<sup>66</sup>。所有權之全部內容屬於德國民法第985條所有物返還請求權所追求之秩序。於透過具有既判力之判決承認所有物返還請求權存在之後，作為其基礎之所有權則不能再加以爭執<sup>67</sup>。倘若在法院已就所有物返還請求權為具有既判力之判決之後，在同一當事人間又可再主張所有權之法律效果，將影響所有物返還請求權之秩序內容。因此，在上述法律效果相關之訴訟，作為返還給付而具有既判力判決基礎之所有權歸屬，無論如何不得再加以爭執。反之，先前之所有物返還訴訟如因原告欠缺所有權，法院則以此為理由判決原告敗訴後，則其將來不能再主張其為該物之所有權人。在此種情形前訴原告不得再於後訴主張

<sup>65</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 145ff.

<sup>66</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 145.

<sup>67</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 151.



其屬於該物之所有權人，因法院之判決已確認其返還請求權不存在，如此之判決乃以前訴原告對於該物並無所有權之一項秩序為其目的<sup>68</sup>。反之，若法院判決原告請求無理由之原因係因被告並未占有該物或者具有民法第986條意義之占有權利，則法院無理由之駁回判決，則對於所有權之部分欠缺具有既判力之判斷<sup>69</sup>。

## 2. 前訴因錯誤事實而撤銷契約之判斷對後訴信賴利益賠償訴訟之拘束力

倘若於前訴訟原告對被告基於保證契約而對其有所請求，但其訴訟被法院以無理由駁回並發生既判力，法院駁回之理由乃該被告已錯誤而撤銷保證契約。其後，原告根據德國民法第122條之規定，於新的訴訟中要求信賴利益損害賠償。上述情形部分學者認為根據其意義內容因錯誤而撤銷保證契約乃作為德國民法第122條請求權之基準：因錯誤撤銷而一項權利不存在乃屬於德國民法第122條請求權規定之基準。根據有效意思表示錯誤之撤銷而駁回保證請求判決之既判力，從其事物之性質言之，為此種情形所創設德國民法第122條之損害賠償請求權，不能再以該撤銷無理由而再加以否定。只要於第一個程序透過有既判力判決所確認之地位，乃作為後面訴訟所主張法律效果之基準——如同前述之案例因意思表示錯誤撤銷而消滅之保證請求權作為德國民法第122條請求權之基礎——則關於前訴訟裁判理由就此問題所作成之判決亦存在拘束力。後來訴訟審理之法院不容許就此項問題作出不同於前訴裁判之判斷（有

<sup>68</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 146ff., 151.

<sup>69</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 151. Blomeyer基本上贊同Zeuner關於既判力界限劃定之見解，認為就德國民法第985條所有物返還請求權，立法者並未在追求以其基礎所有權全部內容之秩序目的，其乃以規範占有狀況為其自己之內容。於此既判力之認定上，乃與Zeuner之見解不同。Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1985, S. 495.



意思表示錯誤之判斷），要不然將會損害於前訴訟已透過有既判力判決確認事項之意義內容<sup>70</sup>。

### 3. 具補償關聯性之事件

再者，就補償關聯性（Ausgleichszusammenhänge）而言，Zeuner認為補償關聯性之性質於甚多領域均會存在。其常常出現於彼此交互依賴（互為目的）之雙務契約領域。雙方法律效果之合目的關係，則以每一當事人為獲得對待給付，而以典型性之方式使其負有義務為基礎。雙方的每一個請求權對其中一當事人而言看似為方法，但對於另一當事人而言則為目的<sup>71</sup>。基於德國民法第320條以下基於對待給付請求權之關聯性則表示每一請求權，也包含對待給付請求權，根據其基礎彼此無法分離，均以該秩序為中心。就其既判力界限之劃定而言，前述各請求權間之關聯性，亦無法透過請求權與對待給付請求權分離之訴訟而將其割裂。因此，若一造當事人基於雙務契約而被法院判決應為給付。於其之後提起之對待給付訴訟，法院不能以在前訴訟最後事實審言詞辯論已存在之事由認定契約不生效力而為無理由駁回之判決。因先前訴訟之既判力，法官須於其後對待給付請求之訴訟中，直接認定該契約在對先前裁判重要之時點係屬有效。反之，若該訴訟已於先前之程序因並無有效之契約存在而被無理由駁回並發生既判力，則應阻止審理其對待給付請求後訴之法院因對於契約之有效性採取不同之見解而判命被告應為給付。只要關於對待給付請求之裁判成為問題，一般而言前訴判決之既判力禁止後訴法院，就作為其基礎之契約存在或不存在，採取與前訴判決所作成判斷相互矛盾之見解<sup>72</sup>。事前即阻止透過對給付

<sup>70</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 82ff.

<sup>71</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 75.

<sup>72</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 75ff.



與對待給付矛盾性判決所造成對待給付關係之割裂，其方法乃實質既判力。透過擴張確定判決之既判力及於此種補償性之關聯性<sup>73</sup>。

#### 4. 請求利息支付訴訟之判決理由判斷拘束力

Henckel認為若原告先提起請求利息支付之訴訟，而法院以借貸契約無效本案請求無理由駁回後，原告再提起借貸契約本金返還訴訟，前訴關於契約無效之認定，不能對請求返還借貸契約本金之爭執發生拘束力，因於此訴訟乃涉及另外一個經濟價值<sup>74</sup>。反之，若原告先就借貸契約本金之返還提起訴訟，而其訴訟因借貸契約不存在，被告並非無法律上原因取得利益而被駁回，且根據該訴訟之情況並無其他訴訟駁回之原因可被顧慮，原告未來之利息請求權亦將被排除。從利息乃作為債務人容許保有借貸本金之代價，可導出利息之價值已包含在本金訴訟之中<sup>75</sup>。然而，Zeuner認為前訴利息請求訴訟中之判決理由中判斷，也可對後訴本金請求返還訴訟判決理由中之判斷發生既判力之立場不同<sup>76</sup>。

### 三、德國通說反對判決理由判斷拘束力之理由論據

相對於上述德國少數說承認符合一定要件具有判決理由判斷拘束力之立場，德國通說乃採取原則上反對判決理由判斷拘束力之見解，茲將其反對之理由論據析述如下：

#### (一)德國民事訴訟法第322條狹隘既判力規定之立法目的

德國民事訴訟法之立法者當時多數見解，並未採用Savigny之見解，而係採用Unger與Wetzell對於日耳曼法之見解。根據Unger

<sup>73</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 77.

<sup>74</sup> Henckel, aaO. (Fn. 60), S. 175ff.

<sup>75</sup> Henckel, aaO. (Fn. 60), S. 176.

<sup>76</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 12.



之見解，原告就限制性之權利，其可自己提起獨自之訴之聲明，前訴前提關係對於當事人並無重大意義卻變成須受拘束之不當。根據當時立法之理由中指出：立法當時乃基於法的統一性（*Rechtsvereinheitlichung*）考量，既判力之規定須適用於全部德國之區域，故應採用統一與共同適用之原則判斷。法院之判決不能超越當事人之意思而為之，法院之判決不容許造成當事人於訴訟過程中不知悉之結果。雖然相互不一致之判決可能會讓人感到不能忍受，但 *Savigny* 的理論已遠遠超越了個別訴訟之任務與當事人之意思。當事人已明白於聲明中表達與限制了爭訟之對象，且於此訴訟中僅就此項爭執點（*Streitpunkt*）期待法院之判決<sup>77</sup>。考量到當事人之意思及法院之權力，必須對於既判力之範圍有所限制，即如同 *Unger* 與 *Wetzell* 對於日耳曼法所提出之捍衛性主張。*Bähr* 在立法討論中主張法院不能超越當事人所要求者判決。倘若欲產生更廣大範圍之既判力，當事人必須提起確認訴訟。如此之立法始符合公平正義。在當事人不知悉之情況下，不能對其產生既判力。*Pfeiffe* 認為倘若採取 *Savigny* 的理論，判決將超越當事人真正之爭執點，且超過當事人進行訴訟之目的與意思。一項判決將可能導出當事人所不知之效果，或迫使當事人接受其於訴訟中不關心事項之結果。當事人之意思只不過係就其主張之訴訟標的請求法院之判決，前提法律關係如欲發生既判力，當事人應提起中間確認之訴。只有在當事人於前訴提起中間確認之訴，始能就前提法律關係發生既判力。在此範圍內，後訴訟始不能作出與前訴法院判決不同之判斷，僅於此範圍內始須顧慮訴訟經濟與法院信譽與威望之觀點。於此範圍之外，則不發生拘束力<sup>78</sup>。

<sup>77</sup> *Hahn*, *Materialien zur ZPO*, 1880, S. 291ff.

<sup>78</sup> *Brox*, *JuS* 1962, S. 123.





### (二) 德國民事訴訟法第322條第1項法條文義之解釋

德國民事訴訟法第322條第1項明白規定既判力僅及於法院對於已提出之訴訟上請求（*die Entscheidung über den erhobenen Anspruch*）。既判力僅於此判斷之法律效果範圍內發生。前提關係之判斷並不包括在既判力之範圍之內。Zeuner之見解明顯違背德國民事訴訟法第322條第1項規定之法條文義<sup>79</sup>。

### (三) 以德國民事訴訟法第308條作為私法自治權保障之規定

依德國民事訴訟法第308條之規定，法院無權就一造當事人未聲明之事項而為有理由之判決。在依德國民法第985條之規定提起之所有物返還訴訟中，原告之要求乃取得請求返還物之占有。倘若當事人欲確認所有權之歸屬，其可提起中間確認訴訟或反訴加以確認。從德國民事訴訟法第308條之規定及提起前述確認訴訟之可能性相互結合觀之，吾人可知對於立法者而言，只有以起訴明白提出之請求始對於法院之裁判係屬重要。一造當事人其欲就法院對於特定物所有權之判斷發生拘束力，其可就此提起確認訴訟。倘若其並未如此為之，則意謂對兩造當事人而言，訴訟之既判力僅就原告請求之權利保護目的發生。倘若認為前提法律關係之判斷亦發生拘束力，將違背德國民事訴訟法第308條之規定。該條規定主要乃將民事實體法所保護之私法自治原則延伸至訴訟程序中，其可謂係當事人自由（*Parteifreiheit*）與當事人責任（*Parteiverantwortung*）之展現<sup>80</sup>。

<sup>79</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 154 Rn. 13; Musielak, Einige Gedanken zur materiellen Rechtskraft, 1996, S. 428; Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 363.

<sup>80</sup> Terhalle, aaO. (Fn. 27), S. 195ff.





#### (四)提起中間確認訴訟之可能性

再者，若認為具法律關聯性之情形，判決理由中判斷亦應發生拘束力，將會使德國民事訴訟法第256條第2項之規定變成多餘。正因有德國民事訴訟法第256條第2項中間確認訴訟之存在，則顯示出因補償關聯性而目的性限縮適用德國民事訴訟法第322條第1項之適用方式應加以排除，且類推適用德國民事訴訟法第322條第2項之方式亦應加以排除<sup>81</sup>。在補償關聯性之情形，就先決法律關係而言，當事人正可依德國民事訴訟法第256條第2項之規定提起中間確認訴訟，而以有既判力之確定判決確認先決法律關係，基此以避免前後兩訴訟判決矛盾之存在<sup>82</sup>。在Zeuner所舉之諸多例子中，任何一造當事人並非不能就先決法律關係透過提起中間確認訴訟之判決以獲得既判力。在原告提起所有物返還訴訟中，被告可提起中間確認之反訴主張其為所有人<sup>83</sup>。

#### (五)當事人利益之保護——既判力界限之明確化與突襲性拘束力危險之防止

由Zeuner所使用之法律上意義關聯性（Begriff des rechtlichen Sinnzusammenhangs）概念與目的性之秩序（intendierte Ordnung）概念乃與以實體法之價值判斷作為界定之標準有關，其過於不確定

<sup>81</sup> Gottwald, Streitgegenstand und Sinnzusammenhänge, S. 97.

<sup>82</sup> Musielak, aaO. (Fn. 79), S. 428; Zimmermann, ZPO-Fallrepetitorium, 10. Aufl., 2015, S. 223; Gaul, Aktuelle Probleme der Rechtskraftlehre in Deutschland, S. 103ff.

<sup>83</sup> Terhalle, aaO. (Fn. 27), S. 203ff.; Brox, aaO. (Fn. 78), S. 121, 124; MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 56; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, S. 252, Rn. 20.



(*unbestimmt*)，因而不符合立法者之意思與目的<sup>84</sup>。從保護當事人之觀點言之，德國民事訴訟法第322條第1項規定規範之重要基礎，乃在避免當事人受到過大或過度既判力之不利益。倘非如此，在前訴訟程序時，就特定判斷對於未來訴訟而言係屬重要，但並不被當事人所預見，而該等判斷卻將使當事人受到既判力之拘束。如此將對兩造當事人造成突襲，因其相關之界限無法事先合理預見且充滿不確定性<sup>85</sup>。1877年當時立法者之擔憂在立法理由即已明白指出。申言之，判決之效力不能大於依當事人意思所劃定之範圍，且不容許造成當事人於程序中完全不知悉之情況，而卻對其產生拘束力之結果。

而且，即使贊成Zeuner見解之論者，在具體個案之判斷方面亦有不同之理解。Zeuner認為在以民法第985條為基礎而為之原告勝訴給付判決，其亦包含確認勝訴之原告對於該物有所有權，就此亦發生既判力，因該判決乃以所有權之全部法律內容而作成。惟其他承認採用法律上意義關聯性之概念學者中，亦有認為所有物返還請求權（德國民法第985條）之規範目的只不過在對抗占有狀況之改變，確保原告之占有，並未包含所有權之確認<sup>86</sup>。從上述之事例中，吾人可知悉目的性秩序（*intendierte Ordnung*）之標準有其適用與判斷上之困難存在。法官最終則須在後面之訴訟，根據前訴訟

<sup>84</sup> Brox, aaO. (Fn. 78), S. 123; Stein/Jonas/Leipold, 22. Aufl., 2008, § 322 Rn. 206; Schilken, aaO. (Fn. 29), S. 525ff.; Walker, Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH-nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluß, ZZP (1998), S. 429, 450ff.; Mittenzwei, Die Verhinderung von Verfahrenskollisionen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht, 2006, S. 64; Batschari/Durst, aaO. (Fn. 41), S. 1650, 1652.

<sup>85</sup> Schilken, aaO. (Fn. 29), Rn.1021; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 154 Rn. 13; MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 52ff.

<sup>86</sup> Blomeyer, aaO. (Fn. 69), S. 495.



之卷宗狀況探討於何等範圍前面訴訟之判決與現今訴訟之事實狀況，具有實體法上目的之關聯性。當事人不願意以毫無預告之方式，而突然地對於舊訴訟之前提問題發生拘束力<sup>87</sup>。若無明確之區分與判斷標準，則如此之區分則將成為不可能。既判力之界限應明確化，且應符合法定安定性之要求，不能使判決理由發生相對性之既判力<sup>88</sup>。如此適用法律之不明確性則與德國民事訴訟法第322條之規範目的不相吻合<sup>89</sup>。

#### (六)前訴訟錯誤判決改正之可能性

倘若承認判決理由中判斷符合一定要件之下，可產生既判力或英美法之爭點效拘束力，將喪失德國狹窄既判力模式之優點。因若前程序之判決有事實上或法律上之錯誤，承認判決理由中判斷之拘束力將會使錯誤之判斷持續至後面之訴訟。欠缺拘束力之優點，正在於改正前訴法院所可能作成之錯誤判斷<sup>90</sup>。第一個判決若為錯誤之判決，對有意義關聯性之法律效果發生既判力，將更加提高錯誤之風險。惟立法者僅願意將此項風險，限制在就已提出之訴訟上請求或者透過中間確認訴訟所提出之法律關係而已。既判力之範圍僅能及於當事人所表明之請求而已。唯有透過如此集中於訴訟上請求發生既判力，始能最佳實現於訴訟中之實體權利<sup>91</sup>。倘若前訴程序有明確客觀事實或法律錯誤，則欠缺判決拘束力正好為其優點，因

<sup>87</sup> Adolphsen, aaO. (Fn. 21), S. 245.

<sup>88</sup> KommentarZPO/Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, § 322 Rn. 27.

<sup>89</sup> Lüke, aaO. (Fn. 21), Rn. 365; Zimmermann, aaO. (Fn. 82), S. 223.

<sup>90</sup> Gottwald, aaO. (Fn. 81), S. 98; Terhalle, aaO. (Fn. 27), S. 194; Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 154 Rn. 13; Walker, aaO. (Fn. 84), S. 429, 452; Reischl, aaO. (Fn. 54), S. 188; Mittenzwei, aaO. (Fn. 84), S. 62ff.

<sup>91</sup> Gaul, aaO. (Fn. 82), S. 104.



若非如此，該判決僅能於狹隘之界限範圍而被破除，而讓客觀錯誤判決繼續存在，只不過係使已經發生之錯誤判決更進一步強化而已<sup>92</sup>。一造當事人如至後訴始能證明對其有利之情況，則後訴法院作出不同於前訴法院之判決，並無充分之理由認為後訴法院所作成之新判決，係屬不公平之判決。特定法律問題在不同之訴訟中，可能基於公平之考量而為不同之考量<sup>93</sup>。否定以實體法上關聯性來界定既判力範圍之立場，以及因而作成前訴與後訴不相一致之判決，係屬正確。當事人可透過提起德國民事訴訟法第256條第2項之中間確認訴訟或反訴，以避免此種情況之產生<sup>94</sup>。

#### (七)實務運作上之困難性

德國現今實務上乃承認當事人提出攻擊與防禦方法審理之順序，法院有審查之自由。法院可選擇相關法律規定之構成要件較易於證明，或者無爭執者優先適用。承認法院審查順序之自由，主要之目的乃在於保護當事人可以迅速與盡可能節省費用之方式取得法院之判決。倘若承認法院不同法律規定之判斷與適用，將與未來不同之既判力範圍有關，或者將與前提法律關係之既判力有關。此將趨使法院去審查從原告之觀點有最多優點之請求權，必要時甚至為此而去調查證據。如此之審理方式不僅不經濟，且將因而使當事人花費額外之時間與費用，並不符合當事人之利益。當事人透過聲明而決定爭執之框架範圍，對於法院而言則於此框架範圍內進行審理與裁判即可。至於於裁判中採用何種理由，則委由法院自己決定。

<sup>92</sup> *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 56.

<sup>93</sup> *Reischl*, aaO. (Fn. 54), S. 188.

<sup>94</sup> *Jauernig/Hess*, aaO. (Fn. 83), S. 252, Rn. 20.



#### 四、德國實務反對判決理由判斷拘束力之理由論據

與德國通說採取反對判決理由判斷拘束力之見解相呼應，德國實務見解亦採取反對判決理由判斷拘束力之立場，茲將其反對之理由論據論述如下：

德國實務見解認為，依德國民事訴訟法第322條第1項之規定，一項判決僅就透過起訴或反訴而提出之請求裁判之部分發生既判力。僅於判決中所判斷之法律效果，亦即從原告所提出之事實就所要求之法律效果之存在或不存在所導出之結論發生既判力，但就作為其前提法律關係基礎之認定或可導出結論之其他前提問題不發生既判力。例如：以民法第985條為依據提起之返還訴訟，並未就所有權之部分作出有既判力之判斷。請求給付租金或借款利息之判決，並未確認契約基礎關係之存在發生既判力。遷讓房屋無理由駁回判決並未含有確認租賃契約關係之存在或未終止<sup>95</sup>。德國實務見解則認為依德國民事訴訟法第322條之規定，立法者有意將判決之既判力作狹窄地劃定，其僅及於判決直接之對象，亦即限於法院判斷之法律效果始發生既判力。既判力不及於作為判決基礎之個別判決之要素（Urteilselemente）、事實判斷與法律上之推論或評價。判決之拘束力僅及於前訴訟之訴訟標的，而其乃透過訴訟上請求與以及作為其基礎之生活事實決定<sup>96</sup>。對於在補償關聯性（Ausgleichszusammenhänge）或強制性意義關聯性（zwingende Sinnzusammenhänge）框架內所理解之先決法律關係，並不會發生既判力。贊成Zeuner所主張擴張性拘束力之少數說見解則於學說上遭受拒絕。上述支持Zeuner之少數說見解與德國民事訴訟法第322

<sup>95</sup> BGH-RR NJW 1999, S. 377.

<sup>96</sup> BGH NJW 2003, S. 3059.



條第1項之法條文義不相吻合<sup>97</sup>。學說上有主張採用將本條規定作目的性限縮適用之見解則違背立法者所表達之意思<sup>98</sup>。一造當事人如其有就前提問題加以澄清之利益，其可依德國民事訴訟法第256條第2項提起中間確認訴訟。德國民事訴訟法第322條第1項與第2項之規定，明白以法院在判決理由中對於前提法律關係所為之判斷原則上不會發生既判力作為考量之基礎<sup>99</sup>。根據現行立法之規定，並無空間亦無必要承認如此被擴大之判決既判力<sup>100</sup>。

## 五、本文見解

### (一)既判力之性質與目的

Zeuner之見解將導致既判力之理由及界限從訴訟法排除，而使其歸類為實體法。其違背了現今通說所採用一事不再理訴訟法既判力理論，此則意謂使既判力擴張及於法律上意義關聯性為一種再度倒退至實體法之既判力觀點，但卻未無法依此證明服務於實體法<sup>101</sup>。德國乃採取狹隘既判力之見解，於判決理由中判斷之範疇所強調者較強調實體權利之維護、正確裁判之追求，而非訴訟經濟與裁判不一致之防免。德國民事訴訟法第322條明文規定，僅就依訴訟或反訴所提起之請求經法院判決判斷者，可發生既判力。如被告就反對債權主張抵銷，法院於主張抵銷之數額內所為之反對債權不存在之裁判，可發生既判力。如立法者已明文規定僅判決主文中之判斷有既判力，判決理由中之判斷並無拘束力。倘若又透過司法

<sup>97</sup> BGH NJW 2003, S. 3059.

<sup>98</sup> BGH NJW 2003, S. 3059.

<sup>99</sup> BGH NJW 2003, S. 3059.

<sup>100</sup> BGH NJW 2003, S. 3059.

<sup>101</sup> Vgl. *Gaul*, aaO. (Fn. 82), S. 104.





之判決承認涉及判決理由中判斷有既判力，則將違背立法者之基本決定。

### (二)前訴錯誤裁判改正之必要性

倘若採用Zeuner、Blomymer、Reischl與Henckel之見解，將喪失德國狹窄既判力模式之優點。因前訴訟確定判決理由中判斷若有判決事實認定或適用法律之錯誤，承認判決理由中判斷之拘束力將會使錯誤之判斷持續至後面之訴訟，對當事人造成不公平之結果，違反民事訴訟程序法院應追求正確裁判之要求。判決理由中判斷欠缺拘束力之優點，正在於改正前訴法院所作成之錯誤判斷<sup>102</sup>。

### (三)中間確認之訴、反訴與客觀訴之變更、追加功能之架空

此外，現行德國民事訴訟法設有中間確認訴訟或反訴以供當事人使用，如當事人並未使用則應預見後訴判決該等法律關係，仍可能被後訴法院作出不同之判斷。倘若原告基於契約有效先提起請求付款之訴訟，而被告於訴訟中提出意思表示錯誤撤銷之抗辯，如法院認該抗辯有理由，雖然原告本訴訟將敗訴，而原告如欲確保法院關於意思表示已因錯誤而撤銷之理由判斷，其可否透過提起中間確認訴訟為之？妥適理解其不能將撤銷權或意思表示錯誤列為中間確認之訴之訴訟標的，因其並非法律關係，其僅為法律關係之前提要件而已。原告雖不能提起中間確認訴訟，但在法院告知原告其觀點後，原告可基於德國民事訴訟法第264條第3款或第263條符合有助於事件解決之要件將訴訟變更為基於撤銷錯誤意思表示之信賴利益損害賠償訴訟。藉此方式，原告保留因錯誤而撤銷意思表示相關法

<sup>102</sup> Vgl. *Gottwald*, aaO. (Fn. 81), S. 98; *Terhalle*, aaO. (Fn. 27), S. 194; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO. (Fn. 1), § 154 Rn. 13; *Walker*, aaO. (Fn. 84), S. 429, 452; *Reischl*, aaO. (Fn. 54), S. 188; *Mittenzwei*, aaO. (Fn. 84), S. 62ff.



院認定之資料，以其作為德國民法第122條第1項請求權之構成要件要素，而雙方之爭執將因而轉向至德國民法第122條第2項之規定，因法院在客觀訴之變更後，不會無可說服之理由突然地變更其過去之見解<sup>103</sup>。而且客觀訴之變更後前訴之訴訟結果有助於紛爭解決將繼續被保有，雙方當事人均將受到拘束。倘若原告並未為如此訴之變更，其則理應忍受第二個法院就撤銷事實採取不同之判斷<sup>104</sup>。倘若前訴法院認定原告有詐欺之事實，則被告透過反訴保有詐欺事實認定之資料，避免造成與前訴關於詐欺事實認定不一致之危險。此外，基於同一雙務契約而原告請求被告交付買賣標的物，被告可提起同時履行抗辯，以避免被告請求向原告為對待給付時原告事後主張買賣契約無效<sup>105</sup>。又或者被告可於前訴訟程序中提起請求對待給付之反訴。如此一來當前訴法院以買賣契約存在判決本訴原告勝訴時，亦將同時判決反訴原告勝訴，藉此以避免本訴原告事後再主張買賣契約無效。

#### (四) 欠缺發生判決效力之明確性

Zeuner之見解於實務上有其運作之困難性。變成由後訴法院針對具體個案而判斷前訴與後訴有無實體法上之意義關聯，然而於實務運作將會因而欠缺具體明確之判斷標準，同一事件之狀況，不同法院可能有不同之解釋。即使贊成Zeuner見解之學者中，亦有承認透過有既判力之判決而追求之法律上秩序（*rechtliche Ordnung*）之範圍有其判斷上之困難性<sup>106</sup>。於承認判決理由中判斷於特定情形下可發生拘束力之學說見解中，Zeuner認為所有物返還訴訟，確認

<sup>103</sup> Vgl. Reischl, aaO. (Fn. 54), S. 193.

<sup>104</sup> Vgl. Reischl, aaO. (Fn. 54), S. 194.

<sup>105</sup> Vgl. MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 58.

<sup>106</sup> Vgl. Martens, Rechtskraft und materielles Recht, ZZP 1966, S. 441.



所有權存在與否可發生既判力<sup>107</sup>；Bloymer則採取否定之見解<sup>108</sup>。Zeuner認為先提起利息訴訟，再提起本金返還訴訟，後訴須受到前訴判決理由中判斷之拘束<sup>109</sup>。反之，Henckel則從經濟價值之觀點採取否定之見解<sup>110</sup>。由上可知，Zeuner所提出以實體法意義關聯性來界定判決理由中判斷是否有拘束力之標準充滿不確定性。而Henckel所提出比較前後訴經濟價值是否有重大差異之標準，也充滿很大之不確定性。前訴與後訴達到如何程度經濟價值之差異，始能認為前訴判決理由中判斷對後訴不發生拘束力，則存在重大之疑問。此外，Reischl雖承認判決理由中判斷可發生拘束力，但不認同Zeuner所提出以意義關聯性與補償關聯性作為判斷判決理由中判斷是否有拘束力之標準，而係認為應以內容上保護之觀點作為判斷判決理由中判斷是否有拘束力之標準。然而，Reischl所提出內容上保護之標準也同樣地存在其不明確之處，且所有權為所有物返還請求權之前提法律關係其判決理由中判斷可發生拘束力，何以買賣契約為請求支付價金之前提法律關係其判決理由中判斷不能發生拘束力？

#### (五)防止對當事人突襲之觀點

倘若承認法院對於攻擊與防禦方法之判斷亦會發生既判力，將過度擴大法院判決之拘束力而造成當事人突襲性與不利之效果。所謂有無突襲或可預見性，應依照被告是否就此已提起反訴，或是否已就此明白表示欲就此請求法院確認而作為判斷之基礎<sup>111</sup>。當事人畏懼後訴發生判決理由中判斷不得再作矛盾主張之效果，將於前

<sup>107</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 10ff.

<sup>108</sup> Blomeyer, aaO. (Fn. 69), S. 495.

<sup>109</sup> Zeuner, aaO. (Fn. 2), S. 12.

<sup>110</sup> Henckel, aaO. (Fn. 60), S. 175ff.

<sup>111</sup> Vgl. Reischl, aaO. (Fn. 54), S. 188.



訴訟程序膨脹訴訟資料，而超越合理之範圍以特定爭點提起上訴救濟。前訴之上訴審亦將因而肥大化，以致於對迅速化解決紛爭造成阻礙。既判力擴大論與爭點效理論所欲達成透過一道程序迅速化統一解決紛爭之目的未必能達成<sup>112</sup>。

#### (六) 是否有真正裁判矛盾之問題？

將既判力限制於判決主文之判斷，而排除前提法律問題，使法院於具體個案中可先不解決該等法律問題，而以其他理由作出判決。藉此可使當事人與法院為事實與法律前提問題之澄清所付出之勞費設有界限。後訴法院因認為前訴法院之判斷錯誤而不願採用，與第一審判決理由相互矛盾之第二個法院判決相較於第一個錯誤判決更須被接受。基此理由，立法者已有意地容忍彼此相互不一致裁判理由所生之危險<sup>113</sup>。此種情形不能說二者是相互矛盾之判決。因前訴既判力並未及於後訴對於另一訴訟標的作出與前訴訟標的判決理由不同之判斷，並不構成所謂之裁判矛盾。訴訟法既判力之拘束力已非實體法律規範之鏡子反射，訴訟並非在證實權利而係在查明權利。訴訟法既判力之拘束力與實體法律狀況於現今已不具有真正意義之矛盾<sup>114</sup>。

### 伍、我國民事訴訟程序爭點效拘束力之爭議

於德國立法實務與多數學說認為既判力原則上僅及於訴訟標的之判決主文判斷而不及於判決理由中判斷，而就抵銷抗辯之判決理

<sup>112</sup> Vgl. *MünchKomm/Gottwald*, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 84; *Stein/Jonas/Leipold*, aaO. (Fn. 84), § 322 Rn. 68ff.

<sup>113</sup> *Walker*, aaO. (Fn. 84), S. 451ff.

<sup>114</sup> Vgl. *Reischl*, aaO. (Fn. 54), S. 186.



由中判斷乃產生既判力、而非所謂爭點效之拘束力。就其他判決理由中之判斷不會產生既判力，亦不會產生所謂爭點效之拘束力（參德國民事訴訟法第322條第1項與第2項之規定）<sup>115</sup>。我國部分實務見解與學說見解乃承認主要爭點之判決理由中判斷，可產生爭點效之拘束力<sup>116</sup>。另有部分學者採取爭點效拘束力否定說之見解<sup>117</sup>。既判力與爭點效之意義、根據與性質並不相同。既判力原則上及於訴訟標的判決主文之判斷，例外將及於抵銷抗辯之判決理由中之判斷（參我國民事訴訟法第400條第1項與第2項）。爭點效乃及於既判力範圍以外判決理由中關於主要爭點之判斷。爭點效必須符合所設立之要件始能發生。既判力有禁止同一訴訟標的再訴之作用，以及禁止矛盾判斷之作用，其為法院依據職權調查之事項。依照多數學說之看法，爭點效僅具有禁止法院就同一爭點矛盾判斷之作用，其並無禁止同一爭點再訴之作用<sup>118</sup>。以下將我國關於爭點效拘束力之爭議論述如下。

<sup>115</sup> *Gottwald*, aaO. (Fn. 81), S. 98; *Terhalle*, aaO. (Fn. 27), S. 194; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO. (Fn. 1), § 154 Rn. 13; *Walker*, aaO. (Fn. 84), S. 429, 452; *Reischl*, aaO. (Fn. 54), S. 188; *Mittenzwei*, aaO. (Fn. 84), S. 62ff.

<sup>116</sup> 駱永家，民事訴訟法Ⅱ，頁93，2011年12月；許士宦，口述講義民事訴訟法（下冊），頁508以下，2021年1月，2版；沈冠伶，同註6，頁112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，34期，頁48以下，2005年8月。

<sup>117</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註1，頁218以下；姜世明，民事訴訟法（下冊），頁364以下，2022年3月，8版；吳從周，同註8，頁148。

<sup>118</sup> 駱永家，同註116，頁97以下；陳計男，同註1，頁68；許士宦，同註116，頁507；黃國昌，同註116，頁49。



## 一、我國學說見解

### (一) 爭點效拘束力肯定說

#### 1. 爭點效之意義、根據與性質

##### (1) 爭點效之意義

當事人在前訴以其為主要爭點而加以爭執，且法院就該爭點亦加以審理而下判斷，則在以該爭點為先決問題的不同的後訴請求之審理上，不許為與該判斷相反之主張或舉證，亦不得為與該判斷相反之判斷，此等效力稱為爭點效<sup>119</sup>。

##### (2) 爭點效之根據

###### ① 當事人間公平與誠信原則說

「訴訟法上誠信原則」，不論其係透過何種更為具體之子原則予以呈現，其根本之價值實乃均求諸於「公平」之理念。爭點效根據之公平為：就前提問題雖本有不爭執之自由，但當事人既然實際上為爭執，則自應承受其結果，以此等責任為其內容。爭點效係以確立當事人間的公平本身為其目的而要求之制度<sup>120</sup>。以「爭點判斷」為對象之爭點效，該爭點雖非訴訟所必須強制解決之紛爭對象，惟在當事人已選擇對該爭點進行攻防並使法院對其作出實質判斷之情形下，本於公平之理念，並無必要允許當事人再於後訴為相反之主張，其正當性基礎可謂係「當事人在前訴本可不將其列為爭點，在將其列為爭點而實際攻防後，應承受法院判斷之結果」<sup>121</sup>。

部分學者特別指出，爭點效本身本即在欠缺實定法明文規範下，基於「訴訟法上之誠信原則」（公平之理念）而生，如堅持「實定法之規範基礎」，則所涉及之問題將退化至「是否承認爭點

<sup>119</sup> 駱永家，同註116，頁93。

<sup>120</sup> 駱永家，同註116，頁93；黃國昌，同註116，頁48以下。

<sup>121</sup> 黃國昌，同註116，頁49。





效」之層次；同時，在「判決拘束力」之規範架構下，目前所承認之判決效力，亦非全有明確之實定法基礎。例如保證人得援引主債務人所取得之勝訴判決，其實定法基礎何在<sup>122</sup>？

② 訴訟經濟、程序利益保護、誠信原則與自己責任

（類推適用第400條第2項規定）

再者，尚有部分學者認為，如承認爭點效要類推民事訴訟法規定，不應類推適用第400條第1項，而應類推第400條第2項，因第400條第2項一方面係判決理由中之判斷，另一方面係以抵銷成立與否經法院裁判，故應類推該第2項規定<sup>123</sup>。在民事訴訟法經2000年修正後，已採取集中審理制度，特別係爭點集中審理，法院在訴訟前階段須整理爭點，為爭點曉諭、爭點確定，甚至促使當事人成立爭點簡化協議，且擴大事證蒐集制度，保障當事人之證明權、辯論權，故在不會造成突襲性裁判之情況下，承認爭點效有其必要性而且有正當性。既然前訴訟上之主要爭點已經兩造當事人攻防、受訴法院亦加以審理判斷，則不容許當事人在後訴訟就經裁判之爭點再加攻防、重複審理判斷，不然會影響當事人及法院之勞力、時間、費用，違反訴訟上誠信原則，既不足以維持公益層面的訴訟經濟，亦不能保護私益層面的程序利益，並違反兩造間之公平，而其正當性則已賦予實質的程序保障<sup>124</sup>。然而，此說特別強調爭點效與既判力，於法理根據、法律要件與法律效果均有其差異性存在。爭點效與既判力不同，爭點效須符合一定條件始能產生。而判決理由中判斷之所以不承認既判力，而於一定要件下承認爭點效係為了維持

<sup>122</sup> 黃國昌，爭點效之第三人效力由最高法院八十九年度台上字第二五號及八十九年度台上三字第二八八號判決出發，東吳法律學報，16卷3期，頁285，2005年4月。

<sup>123</sup> 許士宦，同註116，頁508以下。

<sup>124</sup> 許士宦，同註116，頁509。



當事人選擇爭點之自由與法院審理之彈性。當事人本來有不爭執之自由，但其實際上去爭執等於放棄不爭執之自由，就此行為之結果其須負自己責任<sup>125</sup>。

③程序保障說（類推適用民事訴訟法第400條第1項與第2項規定）

在我國民事訴訟法新法規定下，法院如協同當事人整理爭點，又於調查證據前，將爭點曉諭給當事人知悉、確認後，就當事人而言，其應具體爭執之事項既已明確，就該部分如經法院為實質判斷而發生拘束力，亦可說並不違反當事人之意思，此與民事訴訟法第400條第1項、第2項有類似之基礎，而得類推適用之<sup>126</sup>。判決效力之正當化基礎為程序保障<sup>127</sup>。承認判決理由中判斷之拘束力，在正當性基礎上，與既判力並無不同，均係建立在對當事人之程序保障及當事人之處分權。經當事人（原告）擇定之訴訟標的作為最大之爭點，經法院判斷認定後，應發生一定之拘束力，即既判力，除因民事訴訟之制度要求外，更係基於程序保障之結果，當事人應負自己責任：就訴訟標的以外之爭點，既然係經由當事人兩造所擇定，在與訴訟標的之認定所受程序保障並無二致之範圍內，即無不能賦予拘束力之道理<sup>128</sup>。當事人如已能集中於爭點而為徹底之攻擊防禦，亦對法院就特定爭點之判斷結果可以有所預見，不致生突

<sup>125</sup> 許士宦，於沈冠伶等民事判決之既判力客觀範圍與爭點效——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思之發言，載：民事訴訟法之研討（十七），頁62以下，2010年12月。

<sup>126</sup> 沈冠伶，同註6，頁112以下。

<sup>127</sup> 邱聯恭，於沈冠伶等民事判決之既判力客觀範圍與爭點效——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思之發言，載：民事訴訟法之研討（十七），頁76，2010年12月。

<sup>128</sup> 沈冠伶，同註6，頁108。



襲性裁判，而就特定爭點所得受之程序保障，已相當於訴訟標的之審理過程時，卻仍容許當事人於後訴訟程序上，在就同一爭點為爭執，在前、後訴訟上之主張相矛盾之情形，固然可說係為被禁反言原則，而有違誠信原則，不過，當事人在前、後訴訟之主張均相同，無自相矛盾之行為時，則難謂有違禁反言原則，但卻仍將造成審理上之重複，甚至裁判矛盾之結果，此不僅有背於程序利益之保護，亦浪費司法資源、損害司法之威信。然而，「效率」或「一次解決紛爭」之理由，亦不適當作為判決理由中判斷拘束力之正當理由。否則，亦有可能為追求效率或紛爭一次解決而忽略程序保障之要求。因此，與其說判決理由中判斷之拘束力（爭點效）係本於「訴訟法上誠信原則」或更為抽象之「公平」、「效率」，以程序保障作為其正當性基礎，更為適當<sup>129</sup>。

### (3) 爭點效之性質

爭點效之多數學者認為既判力與爭點效性質上之不同，既判力之根據主要是基於法治國家之法的安定性要求，因本案終局判決既已確定，即不許紛爭再燃（再加以爭執），如此始能維持法之安定性。既判力擔負強制解決紛爭之功能，有其公益之性格而在我國被定位為「職權調查事項」；反之，爭點效主要之著眼點既係當事人間之公平，從而認為其乃屬於必須由當事人主動提出闡問之「責問事項」<sup>130</sup>。

反之，若干學者認為判決理由中判斷之拘束力既然在法理基礎上與既判力相同，在拘束力之作用上，得類推適用第249條第1項第7款之規定，由法院依職權闡問，並於後訴訟之訴訟標的與前訴訟

<sup>129</sup> 沈冠伶，同註6，頁108以下。

<sup>130</sup> 駱永家，同註116，頁97以下；陳計男，同註1，頁68；許士宦，同註116，頁507；許士宦，同註125，頁66以下；黃國昌，同註116，頁49。



之判決理由中所判斷之標的（通常為先決法律關係）相同時，得以裁定將後訴訟以起訴不合法駁回之，而不必就本案請求為實體上有無理由之本案判決，以有助於訴訟經濟<sup>131</sup>。

## 2. 爭點效之要件

### (1) 爭點效要件之設置

關於爭點效要件之設置有如下不同之立場：

#### ① 三項要件說

爭點效之爭點，應具備下列三項要件：A.該攻擊或防禦方法必須是前訴訟程序中，對訴訟結果具有決定性關鍵影響之攻擊或防禦方法，如此才可能期待當事人認真爭執，充分攻防，並願理性地承受訴訟判決之結果；B.必須依前訴訟程序進行情況，可以期待當事人能認真爭執，充分攻防，否則不能要求當事人必須理性地接受判斷結果；C.必須法院之判斷，無明顯違背法令（包含經驗法則、論理法則），不能任意擴大此種判斷之拘束力<sup>132</sup>。

#### ② 四項要件說

部分學者認為爭點效有如下四項要件：A.必須是前、後訴之主要爭點，涉及訴訟指揮、勝敗之爭點，無論是法律上或事實上爭點；B.當事人在前訴訟並未自認或擬制自認。亦即，因該事項成為爭點，實際上兩造當事人有爭執而對其進行攻防、辯論；C.法院對該爭點為實質上之判斷。若係事實存否之爭執，法院已經證據調查後予以認定；若係法律關係存否之爭執，亦是就經認定之事實、適用法律加以判斷；D.前訴訟與後訴訟之訟爭利益係同等<sup>133</sup>。部分學者認為爭點效包含如下四項要件：A.重要爭點判決理由中判斷；

<sup>131</sup> 沈冠伶，同註6，頁131。

<sup>132</sup> 呂太郎，民事訴訟法，頁664以下，2022年3月，4版。

<sup>133</sup> 許士宦，同註116，頁507；黃國昌，同註116，頁50以下。



B.該爭點須經兩造言詞辯論（程序保障）；C.法院對該爭點之判斷無顯然違背法令；D.僅限於同一當事人有適用<sup>134</sup>。部分學者認為爭點效之要件包含如下四項要件：A.重要爭點之界定；B.當事人曾為實際上辯論而受程序保障；C.法院為實際上之判斷。事實主張之判斷會發生拘束力，法律上判斷原則上不發生拘束力，但事實與法律難以區分之情形（例如：詐欺之情形），仍會發生拘束力；D.前、後訴訟當事人所受程序保障顯有差異<sup>135</sup>。

### ③五項要件說

部分學者主張爭點效要件如下：A.法院就前後兩請求（訴）的正當與否的判斷過程上，成為主要的爭點之事項所為之判斷生爭點效（爭點效之客觀範圍）；B.當事人在前訴曾盡其主張舉證之工作；C.法院為實際上之判斷；D.前訴與後訴之爭執大致同等；E.爭點效及於第三人之情形<sup>136</sup>。再者，另有學者採用前述第A.至第D.要件外，另加入E.後訴當事人應為援用之主張<sup>137</sup>。

### (2)爭點效要件之解釋與適用

#### ①重要爭點之爭點效要件

我國部分學者認為法院就前後兩請求（訴）正當與否的判斷過程上，成為主要的爭點之事項所為之判斷生爭點效（爭點效之客觀的範圍）。所謂「主要」，係指因該爭點之判斷將影響到判決之結論而言。如屬該等事項，則既然以其為爭點，當事人在前訴當必為與訴訟標的本身之爭執同樣認真之爭執，此時令其負該結果責任，亦屬理所當然<sup>138</sup>。在爭點之形態上，有屬於權利義務關係構成要

<sup>134</sup> 陳計男，同註1，頁68。

<sup>135</sup> 沈冠伶，同註6，頁113以下。

<sup>136</sup> 駱永家，同註116，頁97以下。

<sup>137</sup> 魏大曉，民事訴訟法，頁385，2021年8月，2版。

<sup>138</sup> 駱永家，同註116，頁97。



件中之先決法律關係性質。亦有僅涉及事實之爭點，此又可再區分為主要事實爭點與間接事實爭點。既判力擴張及於判決理由中之部分，非僅以先決之法律關係為限，亦可能及於事實之認定<sup>139</sup>。

②當事人在前訴曾盡其主張舉證工作

所謂「盡其主張舉證」，係指當事人提出在訴訟上通常得預想之主張舉證，就該主張舉證法官獲得通常得認為足以形成心證之資料者而言，就該爭點若有自認或證據契約時，則不能謂已盡其主張舉證。此係為保障當事人就前提問題有不爭執之自由而要求者<sup>140</sup>。基於當事人自認之事實或爭點簡化協議所為之裁判，就排除於爭點以外之事項，亦不生拘束力，例如：當事人間就前訴訟成立自認契約或仲裁鑑定契約，而排除某一事實作為前訴訟之爭點時。於後訴訟上，當事人間就該事實仍得再為爭執，而不受拘束<sup>141</sup>。

③法院就該爭點曾為實質上之判斷之要件

在競合的幾個事由中之一個事由被認定時，即能達到勝訴之結論之情形，例如，就原告請求權競合之幾個實體法上請求權均成為爭點，就被告言，債務之不成立及清償均成為爭點時，就各該主要爭點當事人展開攻擊防禦，法院基此而下判斷之爭點，固可認為生爭點效，但不妨礙在別訴主張未經法院判斷之其他事由。例如：在甲對乙所提起之請求返還借款100萬元之訴訟，乙主張甲之債權不成立，並提出如非不成立亦已清償之抗辯（預備的抗辯、假定的抗辯），法院如先認定債務之成立再認定清償而駁回甲之請求時，就兩爭點均得認為有爭點效。反之，如法院逕行採認清償之抗辯而駁回甲之請求時，嗣後乙仍得主張債權自始不成立，請求返還已清償

<sup>139</sup> 沈冠伶，同註6，頁114以下。

<sup>140</sup> 駱永家，同註116，頁99。

<sup>141</sup> 沈冠伶，同註6，頁118以下；黃國昌，同註116，頁50以下。





之金錢（返還不當得利）<sup>142</sup>。

④前後二訴之利益相當爭點效要件

部分學者指出如前訴之系爭利益太小（少），不能與後訴之系爭利益相比時，縱使主要之爭點在兩訴共通，且在前訴曾經爭執，亦不過僅係就小額之系爭利益之爭執方法，不能謂就高額之系爭利益已為爭執。例如，對於與本金債權額相比為極小額之利息請求，被告就本金債權之存在有爭執，縱使法院認為本金債權存在，亦不應認為該判斷在本金請求上有拘束力。如此始不會對被告過酷，始不致於剝奪被告就本金債權受審判之權利<sup>143</sup>。部分學者特別指出如前訴為請求給付利息1萬元後訴請求給付本金100萬元，則前訴爭點之判斷不能對後訴發生爭點效<sup>144</sup>。

⑤前後二訴程序保障顯有差異爭點效要件

另有部分學者認為前訴訟之判決理由中判斷是否在後訴訟上發生拘束力，必須回顧、評價前訴訟當事人及法院之訴訟行為，以當事人所受之程序保障及預見發生拘束力之期待可能性而定，因此，實體利益是否相當，似乎不必再特別作為要件之一，而可吸收於當事人是否所受程序保障之要件中。然而，部分學者特別指出利益是否相當，雖有時亦難為判斷，但並不會因此無全盤否定考量前、後二訴利益是否相當之意，只不過不宜僅因前、後二訴之標的在價值利益上具有差異性，而一概否定前訴訟之判決理由中判斷對於後訴訟之拘束力。蓋前訴訟如係請求1萬元之利息債權，依我國法應行小額訴訟程序，而小額訴訟對於當事人受慎重正確判斷之程序保障，較之於通常程序而言，顯然不同。不論是在證據調查上之非訟

<sup>142</sup> 駱永家，同註116，頁99。

<sup>143</sup> 駱永家，同註116，頁99；黃國昌，同註116，頁51。

<sup>144</sup> 黃國昌，同註116，頁51。



化，或審級救濟之簡化，均有差異。因此，對於後訴訟之本金債權請求而言，縱然前訴訟之判決認定本金債權存在，但就此之所以不生拘束力，係因前、後訴訟當事人所受程序保障顯有差異，而難為等同之評價，並非僅因單純係因實體利益有所差異所致<sup>145</sup>。相對於此，上例中前訴訟之價金給付請求為100萬元，而後訴訟之價金返還請求為900萬元時，就實體利益而言，亦可謂不相當。但就二訴訟事件如均行通常訴訟程序，在前訴訟上，法院應審理、判斷之爭點係乙已抗辯「買賣契約因受甲之詐欺而撤銷」，就此當事人兩造如均已盡充分之攻擊防禦能事，且法院為實質之判斷時，而價金返還之後訴訟提起在當事人間亦具有預測可能性，在後訴訟上就「買賣契約因受甲之詐欺而撤銷」如亦為爭點時，似無不能承認拘束力之理由<sup>146</sup>。

#### ⑥無適用法規顯有錯誤之爭點效要件

部分贊成爭點效之學者認為爭點效之要件包含前訴判決理由中判斷不能有適用法規顯有錯誤之情況<sup>147</sup>。但部分贊成爭點效之學者認為前訴判決理由中法律上之判斷對後訴不生拘束力（但事實上爭點、先決法律關係判斷以及事實與法律難以區分之判斷可發生拘束力）<sup>148</sup>。

#### ⑦前訴基準時之判斷

部分學者指出，發生爭點效之判斷，限於前訴基準時（最後事實審言詞辯論終結時）之判斷。由此可知，僅就前訴基準時（最後事實審言詞辯論終結時）所為之判斷發生爭點效，故不妨基於其後

<sup>145</sup> 沈冠伶，同註6，頁125。

<sup>146</sup> 沈冠伶，同註6，頁125。

<sup>147</sup> 陳計男，同註1，頁68；呂太郎，同註132，頁664以下。

<sup>148</sup> 沈冠伶，同註6，頁113以下。



發生之事由對該判斷為爭執，此點與既判力相同<sup>149</sup>。「爭點效」之「遮斷效」：在美國法及日本法下之爭點效，其在實際之作用上與既判力相同，均會對在基準時點前所存在之攻擊防禦方法，產生遮斷之效果，使當事人不得提出在基準時點前存在之新事由，就該爭點與前訴法院之判斷為相異之主張<sup>150</sup>。但有部分學者認為爭點效不會發生遮斷效<sup>151</sup>。

### 3. 爭點效之範圍

#### (1) 爭點效之客觀範圍

法院就前後兩請求（訴）的正當與否的判斷過程上，成為主要的爭點之事項所為之判斷生爭點效（爭點效之客觀的範圍）。所謂「主要」，係指因該爭點之判斷將影響到判決之結論而言。如屬該等事項，則既然以其為爭點，當事人在前訴當必為與訴訟標的本身之爭執同樣認真之爭執，此時令其負該結果責任，亦屬理所當然<sup>152</sup>。

#### (2) 爭點效之主觀範圍

部分學者認為得適用爭點效之主觀範圍，應比照既判力之主觀範圍，既判力所不及之人，應不受爭點效拘束。第三人與當事人間在實體法上地位有依存關係者，當事人因受爭點效拘束，第三人亦可能因此受反射的拘束（爭點效之反射效力）<sup>153</sup>。另有部分學者認為依我國新民事訴訟法之規定，除得由第三人（保證人）主動為訴訟參加、債務人為訴訟告知外，亦得由法院依職權通知保證人參與程序，而使保證人就其是否已清償系爭債務，有提出攻擊防禦之

<sup>149</sup> 駱永家，同註116，頁98、101；沈冠伶，同註6，頁128以下。

<sup>150</sup> 黃國昌，同註116，頁49以下。

<sup>151</sup> 陳計男，同註1，頁68。

<sup>152</sup> 駱永家，同註116，頁97。

<sup>153</sup> 呂太郎，同註132，頁665。



機會。在保證人已受實際上事前的程序保障下，無受第二次程序保障之必要，而應承認該訴訟之判決效力（含既判力、爭點效）及於該人。但如其未受實際上事前的程序保障，由於保證人非法定之判決效力所及之人<sup>154</sup>。再者，部分學者認為不限於繼受人或訴訟擔當之被擔當人既判力擴張及於第三人之情形，爭點效會擴張及於該等之人，且於輔助參加人被賦予應有之程序權保障情形，為統一解決兩造與參加人間之紛爭，以貫徹程序利益保護原則與滿足訴訟經濟要求，在他造當事人與參加人、受訴訟告知之人以及受法院職權通知之人相互間，均受本訴訟判決之既判力與爭點效所拘束。民事訴訟法第63條規定之裁判效力不僅指既判力，亦包括爭點效在內<sup>155</sup>。

### (二) 爭點效拘束力否定說

部分學者認為應依傳統之見解，判決既判力之客觀範圍僅能及於訴訟標的，不應擴張及於判決理由中對先決法律關係之判斷。民事訴訟法上為避免前後兩訴對其先決法律問題之判斷發生出入之現象，因而設有本法第255條第1項第6款之中間確認之訴，俾能同時就先決法律關係賦予判決既判力，以杜絕當事人事後之爭論。民事訴訟法基於當事人辯論主義之原則，法院於訴訟程序上所判斷之結論，其形式上推論雖然前後正確，但未必均符合客觀真實，其形式推理於前後有矛盾者，亦未必均無可取。所以形式上之推理，不能成為贊同採取既判力擴張之理由。若前訴之判決不正確，後訴之判

<sup>154</sup> 沈冠伶，爭點效之主觀範圍與第三人之程序參與——最高法院101年度台上字第994號判決及最高法院99年度台上字第1701號判決之評釋，台灣法學雜誌，239期，頁88以下，2014年1月。

<sup>155</sup> 許士宦，參加訴訟之判決效，月旦法學雜誌，254期，頁15以下，2016年7月。



決正確，兩訴訟均未確定者，故可利用上訴方法再求其判決之正確，以獲判決之一致。若前訴之判決不正確且已確定者，敗訴之當事人因對訴訟未盡攻擊防禦之能事，致遭受不利益之敗訴結果，本無可厚非。但於此情形，如必欲認為前訴之既判力及於理由中之判斷，從而剝奪以後訴對前訴理由中之判斷為相反主張之機會，後訴即無平反之可能，此際，只有造成後訴之再錯而增加當事人間之不公平。處於此種情況下，倒不如放棄推理上之一貫，反而較能平反維持後訴判決之正確性。可知使既判力擴張及於理由中之判斷，其結果並不能絕對保障判決之符合客觀真實及公平也。又若前訴訟判決正確之情形，由於同一先決法律關係一再出現於後訴，當事人能提出於後訴之增強資料必多於前訴，其判決結果亦較容易接近正確。因此，若前訴判決為正確，其後訴判決通常亦為正確。萬一後訴訟判決不正確，多係當事人未盡其攻擊防禦責任，咎由自取，不能推諉制度之不完備也。縱上所論，縱然判決理由中之判斷無任何拘束力，亦不致有害前後兩訴判決之正確性，擴張既判力主張固然不完足採，爭點效之解釋亦無採取之必要<sup>156</sup>。

另有部分學者指出，因既判力之客觀範圍限於對訴訟標的之判斷，故關於訴訟標的之前提法律關係或關於事實之法院判斷，不得成為既判力所及之範圍，否則既判力之客觀範圍將漫無限制。若當事人間就訴訟標的（例如所有物之返還權利）之前提問題（例如所有權）認為有同時加以解決之必要，原告得依民事訴訟法第255條第1項第6款規定提起中間確認之訴，或被告得利用民事訴訟法第259條規定提起反訴，於同一訴訟程序由法院判決而獲得解決。捨此不用，任意擴張既判力範圍，即易造成對當事人之突襲。另實務上亦有以法無明文或違反自由心證而拒絕承認判決理由之拘束力者

<sup>156</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註1，頁218以下。



（最高法院91年度臺上字第2543號判決、87年度臺上字第1029號判決）。基本上此等論理合乎法邏輯性，且可避免法院盲目的將錯就錯作裁判<sup>157</sup>。據此推論，若法院以買賣無效為理由，而駁回原告貨款價金請求之訴，判決既判力並不及於判決中對於買賣關係是否有效之理由判斷。另如法院就某地之所有權歸屬所為確認判決，其既判力並不及於判決理由中所認定之權利人係以買賣、贈與或時效取得之原因所為判斷。即若法院就原告訴請判令被告給付利息所為之判決，雖於判決理由中本金債權為存否之判斷，但既判力不及之，而僅及於利息債權存在之認定而已<sup>158</sup>。既判力之範圍如何，屬立法政策選擇之問題，若立法政策上欲將判決理由中之判斷，賦予如訴訟標的之判斷一般的效力，立論上毫無問題（抵銷之既判力可為參考）。但因既判力之效果甚為強固，若立法者基於種種考慮後，已作成政策選擇，將訴訟標的及抵銷之對待請求以外之攻擊或防禦方法，已排除在既判力拘束之外，則如何再透過解釋論改變立法者之選擇，非無研求餘地<sup>159</sup>。倘若擴大爭點效適用即易對於可能錯誤之前訴裁判，將錯就錯，並非審判本質所應然。裁判矛盾之防止固為程序法之理念，但公平正義裁判亦然，允許前後不同之認定，部分情形反而係法治國中審判自我反省，並即時救濟當事人實質正義之擔保<sup>160</sup>。

此外，部分學者明確指出，從我國民事訴訟法立法沿革考究，我國民事訴訟法立法當時立法者之意思，顯然是採取「爭點效」（＝「判決理中判斷拘束力」）否定見解，即，承認判決理由中之

<sup>157</sup> 姜世明，同註117，頁364以下。

<sup>158</sup> 姜世明，同註117，頁365。

<sup>159</sup> 姜世明，同註117，頁367。

<sup>160</sup> 姜世明，同註7，頁17。





判斷有拘束力或既判力者，僅限於唯一一個例外「抵銷抗辯」在判決理由中經裁判者<sup>161</sup>！其特別指出德國學說上強調德國立法者將該民事訴訟法第322條以狹義方式進行文字表達，就是因為立法者知道當時學說上有主張採取類似英美普通法的「爭點排除效」或者「禁反言」之廣義拘束力之看法，也有主張在財產訴訟辯論主義之精神，當事人應該在後訴訟基於「同一法律地位」之考量，也就是前訴訟與後訴具有「必然的意義關聯性」，在足以確保前訴訟之認定與判斷具有正確性之前提下，受到前訴訟認定事實之拘束等看法。然而，德國的立法者均「有意反對」普通法來此種廣義之見解，而為明示排除之法律明文規定<sup>162</sup>！因此，肯定說在法律適用方法論上，應該加強說理者應在於：為何僅「源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理」（最高法院96年度臺上字第307判決之用語），就可以突破我國現行民事訴訟法繼受德國法來立法者意思之狹義限制，以及明確表達列舉「例外」之文義，而既判力（拘束力）之第二個例外？但此點則為最高法院肯定爭點效理論（法官造法？）以來，在法學方法論之論述上所未見者<sup>163</sup>。

## 二、我國實務見解

### (一) 否定爭點效拘束力之見解

最高法院73年度臺上字第3292號判例指出，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2項所定

<sup>161</sup> 吳從周，同註8，頁148。

<sup>162</sup> 吳從周，同註8，頁150。

<sup>163</sup> 吳從周，同註8，頁150以下。



情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。最高法院87年度臺上字第1029號判決指出，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2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。原判決以所謂「爭點效」之理論，認兩造間另案請求返還不當得利事件，對於重要爭點，即系爭借款已否清償一節，於確定判決理由中所為之判斷，法院及當事人不得任作相反之判斷或主張，不啻謂另件確定判決理由中就當事人間重要之爭執所為之判斷，對本件訴訟亦有拘束力，揆之首揭說明，於法自欠允洽。

## (二)肯定爭點效拘束力之見解

### 1. 六項要件說（不包含前後訴利益大致相同要件）

最高法院110年臺上字第1936號民事判決指出學說上對於法院就事實理由之判斷，認有「爭點效」存在而生拘束力，除須具備「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，尤必須是在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，經兩造為充分之攻防及適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷，始由當事人就該事實之最終判斷，於他訴訟負不得再為相反主張之結果責任，法院亦不得為相異之判斷<sup>164</sup>。

<sup>164</sup> 爭點效相同要件之設置，參最高法院106年度臺上字第371號判決、最高法院109年臺上字第1920號判決、最高法院109年臺上字第3094號判決與最高法院109年度臺上字第44號判決。



## 2. 七項要件說

### (1) 包含利益大致相同要件

最高法院105年度臺上字第2333號判決指出，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，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。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經法院判斷之重要爭點之法律關係，均不得為相反之主張或判斷。

### (2) 包含非顯失公平要件

最高法院106年度臺上字第305號判決認為法院於判決理由中，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。是同一當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，除原判斷顯然有違背法令、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經法院判斷之重要爭點之法律關係，均不得為相反之主張或判斷。

### (3) 包含程序保障非顯有差異要件

最高法院111年臺上字第137號民事判決指出，學說上基於公平



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。

(4) 包含非顯失公平或利益差異並非甚大要件

最高法院109年臺上字第451號判決認為，法院於確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於當事人辯論之結果，而為判斷者，除有顯然違背法令、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。被上訴人於第455號事件請求給付18萬8,700元本息，經第一審判決即告確定，其標的金額與本件宜蘭地院核定之656地號土地價額242萬2,933元，標的利益相差逾10倍。倘前案與本件訟爭利益不相當，上訴人於前案訴訟中未能預測各該判決結果可能對於本件發生拘束力，致未為與本件相同程度之攻防，則能否謂上訴人為相反之主張，違反民事訴訟上之誠信原則？亦非無進一步研求之餘地<sup>165</sup>。

<sup>165</sup> 爭點效相同要件之設置，參最高法院109年臺上字第3287號判決。



### 3. 新訴訟資料可否推翻前訴主要爭點判斷之實務見解

#### (1) 言詞辯論終結前新訴訟資料之提出

##### ① 無法推翻前訴判決理由中之判斷

最高法院103年度臺上字第1897號判決指出，所謂當事人所提出之新訴訟資料足以推翻原判斷者，必該資料於訟爭事實有相當之證明力而足以推翻原判斷者，始足充之，並非當事人任意提出之新訴訟資料，均概屬之<sup>166</sup>。

##### ② 新訴訟資料可以推翻前訴判斷之見解

最高法院106年度臺上字第1157號民事判決指出，學說上基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，因其並非法院就訴訟標的所為之判斷，不具有判決實質之確定力（既判力），自須判決理由之判斷具備「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。查第230號事件之當事人為甲及上訴人、乙公司，本件被上訴人丙既非該事件之當事人，且甲於本件業據提出丁銀行系爭A、B、C、D帳戶之存款往來明細表暨對帳單，足以推翻前開事件所為系爭房屋係上訴人出資興建之判斷，本件自不受第230號事件關於該房屋係由上訴人出資興建判斷之拘束。

#### (2) 限於言詞辯論終結後新訴訟資料之提出始能排除爭點效

最高法院108年度臺上字第1225號判決認為本件上訴人於事實審提出之再審聲請狀、民事續辯論意旨狀，均為前案終結後之文書，其並請求調取前案案卷，及命被上訴人提出系爭工程V1標完

<sup>166</sup> 相同意旨，參最高法院108年度臺上字第1506號判決。





整之工程契約及被上訴人與承攬人間往來文件及施工協調紀錄等，以證明系爭工程伊承攬之部分並非分期、分項完工、使用或移交之情形。原審未說明上開證據無庸調查之理由，逕以上訴人所提證據係前案證據之重現，即認上訴人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷，本件應受前案判斷之拘束，亦有可議。

### 三、本文見解

我國民事訴訟法第400條第1項之規定乃以訴訟標的之判斷作為既判力客觀範圍之界限（狹隘既判力客觀範圍之立法模式）。我國學說上與實務上所發展之爭點效理論，承認前訴法院關於主要爭點之判決理由中判斷，於符合特定要件之下可發生爭點效之拘束力乃以誠信原則、程序保障與訴訟經濟之追求作為其立論上之根據，然而於另一方面尚有不同之考量因素可供相互比較與研討：我國民事訴訟法立法者於民事訴訟法第400條第1項採取狹隘既判力客觀範圍之基本決定，基於保障當事人利益與司法機構利益之考量，我國民事訴訟法第400條第1項與第2項是否有立法漏洞存在，是否適合透過所謂誠信原則、當事人之程序保障、程序利益保護、訴訟經濟或者避免前後訴裁判矛盾之要求，透過承認爭點效而填補上開立法上漏洞，則須作更進一步之分析與探討。

#### (一)民事訴訟之目的與追求正確裁判之要求

民事訴訟法之目的乃在於保護當事人之權利。民事訴訟之目的雖然並非在於真實之發現，真實之發現僅為達成民事訴訟目的之手段。提出原則將限制法官真實之發現。法官可能將遲延提出之事實主張駁回，且證據之禁止與證據之障礙（例如證人證言拒絕權之行使）也可能使真實之發現受到限制。然而，不能因此而對真實之發現為甚低之評價。真實之認定仍為法官最重要之任務之一。民事訴





訟法也透過詳細地規範證據法，而強調真實認定之重要性<sup>167</sup>。依據我國民事訴訟法第222條第1項之規定法院必須依據調查證據之結果與全辯論之意旨依自由心證認定事實之真偽。法院必須依據自由心證認定該事實為真實始能適用法定之構成要件。本項之規定已預先設置了原則性證明度。其乃要求法官必須認為有爭執之事實主張為真實達到完全確信之程度。為使法官就該事實主張形成完全確信，該項主張僅具有優越蓋然性並不足夠，其必須具有非常高蓋然性。於原則性證明度之外，尚具有法定或法續造證明度降低之例外情形。由上可知，於民事訴訟程序，法院有作成正確裁判之任務。唯有法院作成正確之裁判，避免錯誤裁判之產生始能真正保護當事人實體法上之權利。當事人實體法權利之保護，應優先於訴訟經濟、所謂程序利益保護、法的和平與避免裁判矛盾性等要求。倘若採用承認爭點效之拘束力，將有可能無法追求正確之裁判。須特別留意者即使前訴訟法院已進行爭點之整理，賦予當事人學說上所稱之程序保障，法院仍可能錯誤認定事實與適用法律。前訴法院雖有進行事實上爭點與證據上爭點整理，並賦予當事人陳述意見或辯論之機會，但此不代表法院事實認定不會錯誤或不完足。而且前訴法院雖已進行法律上爭點整理，賦予當事人就法觀點表達意見之機會不代表前訴法院不會適用法律錯誤。我國部分實務見解認為當事人就前訴言詞辯論終結前已存在之新訴訟資料未於前訴程序中提出，而此等新訴訟資料足以推翻前訴法院之判斷，即應容許提出，由此即可知悉前訴法院所作成之判斷有可能不完足或不正確（參最高法院110年度臺上字第1848號判決）。我國實務判決上承認若前訴法院之判斷顯然違背法令則不能產生爭點效，由此可知前訴法院之判斷仍可能有適用法律錯誤之危險存在。

<sup>167</sup> Vgl. Stein/Jonas/Brehm, 22. Aufl., 2003, vor § 1 Einleitung Rn. 25.



### (二) 是否有填補立法漏洞必要性之問題

我國民事訴訟法第400條第1項之立法者已明確表明既判力僅於經法院裁判之訴訟標的。立法者已將既判力限定於關於訴訟標的之判決主文判斷，而不包含判決理由中之判斷。倘若承認爭點效將會不僅符合民事訴訟法立法者狹隘既判力客觀界限範圍之基本決定，有使前訴錯誤不公平之裁判拘束力延續至後訴之危險。從法學方法論上，就文義解釋法而言，我國民事訴訟法第400條第1項既判力客觀範圍僅及於訴訟標的之判斷，而未及於攻擊防禦方法之判斷。而同法第400條第2項之規定既判力僅例外即於關於抵銷抗辯之判斷。從主觀目的解釋而言，1935年2月1日修正民事訴訟法第399條之規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，當事人不得就該法律關係更行起訴。主張抵銷之對待請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，不得更行主張。」立法理由指出：「查民訴律第四百八十一條理由謂判決之實體上確定力，即審判衙門不得就同一事件，更為裁判之謂。（審判衙門羈束力）權利狀態，久不確定，於取引上大有窒礙，而國家之利益，亦因此受損，故判決之實體上確定力，即因確定其不確實之權利狀態而生，使審判衙門不得就一事再理也。此效力之範圍，在以訴或反訴所主張之請求，已經裁判者為限，以防止無益之爭論。例如根據所有權提起請求返還物件之訴者，則就返還物件之請求生實體上確定力，而於所有權本體則否，又如請求利息之訴，利息之請求，生實體上確定力，而於債權本體則否。又查民訴律第482條理由謂確定判決，於以訴或反訴所主張之請求，已經裁判者，有既判力，故關於各攻擊及防禦之方法無既判力也。然就相殺抗辯中所主張之反對請求裁判，其成立或不成立者，應以主張相殺之額數為限，使其有既判力，以符當事人之意思，例如甲對於乙訴求返還一千圓之借款，乙稱對於甲，有五



百圓之債權，主張相殺，而審判衙門裁判被告之債權成立時，其裁判有既判力，此後乙對於甲，若就其五百圓之債權起訴，甲得提出既判力之抗辯。又甲對於乙，訴求返還五百圓之借款，乙對於甲有一千圓之債權，主張相殺，而審判衙門裁判被告之債權不成立時，其裁判以王張相殺之額數五百圓為限有既判力，此後如乙對於甲就其一千圓之債權起訴效力，甲得提出五百圓之額數有既判力之抗辯。」立法理由中明白指出原則上僅關於訴訟標的之判斷有既判力，關於各攻擊及防禦之方法之判決理由中判斷無既判力，乃採取狹隘既判力之立法模式。

2003年2月7日修正第400條之規定，其規定如下：「除別有規格外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力立法理由為訴訟標的之法律關係於確定之終局判決中經裁判後，該確定終局判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後同一事項於訴訟中再起爭執時，當事人不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之判斷，此即民事訴訟制度為達終局地強制解決民事紛爭之目的所賦予確定終局判決之效力，通稱為判決之實質上確定力或既判力。其積極作用在於避免先後矛盾之判斷，消極作用則在於禁止重行起訴。原條文第一項著重於一事不再理之理念，僅就禁止重行起訴而為規定，就作為解釋既判力之範圍及其作用而言，立法上難認充足，爰修正第一項。得主張抵銷之主動債權，不以與受動債權間具有對價關係為限，為避免誤會，爰將第二項規定『主張抵銷之對待請求』中之『對待』二字刪除。又為配合第一項之修正，原第二項末段『不得更行主張』之規定，修正為『有既判力』。」2003年修法之立法者只不過更改為既判力之用語，且除承認既判力之消極作用外，尚承認既判力之積極作用，其仍認為既判力原則上僅及於訴訟



標的之判斷，並未及於攻擊與防禦方法之判決理由中判斷，仍然採取狹隘之既判力立法模式。

倘若當初我國民事訴訟法之立法者欲採取廣義既判力之立法模式，則無需於民事訴訟法第400條規定既判力僅及於經裁判之訴訟標的與抵銷抗辯，其可於第400條規定既判力及於訴訟標的與攻擊防禦方法之判斷。立法者乃對於判決理由中判斷產生既判力或者產生爭點效乃有意地省略或沉默，其乃有意地就民事訴訟既判力客觀範圍劃定界限，使判決效力不及於訴訟標的與抵銷抗辯以外之判決理由中判斷或者主要爭點之判斷。而於此種立法者有意省略、有意沉默以及有意使判決效力狹窄化之情形，乃屬於符合計畫而由立法者明白表示或者具有適格性之沉默，尚難認為此種情形有任何違反計畫之規範漏洞存在。此種情形因不具備規範漏洞存在，故不具備法院從事類推適用法續造之前提要件。

若從客觀目的解釋法而言，現今也欠缺於判斷理由中判斷承認爭點效之正當性，因於爭點效論者主張發生拘束力之框架範圍內，民事訴訟追求正確裁判之要求應優先爭點效所強調之禁止矛盾作用以及所謂前訴訟程序保障之要求。部分學者認為就我國法而言，後訴訟之法院於斟酌是否受前訴訟之判決有所拘束時，不必考慮前訴訟之判決就該事實上爭點之判斷是否正確，重要的毋寧是前訴訟之爭點是否清楚地界定且必要、當事人就該爭點是否實際上進行攻擊防禦而受程序保障，以及法院就該爭點是否為實質之判斷。蓋法院於判決理由中關於事實之判斷，基於辯論主義，係以當事人所提出相關事證為基礎而形成心證，當事人既已有充分攻擊防禦機會而受有程序保障，就不利之認定結果，即應負自己責任<sup>168</sup>。於此尚難以所謂已進行充分爭點整理以及給予當事人充分攻擊防禦之機會，

<sup>168</sup> 沈冠伶，同註6，頁126。



即認為當事人須受到爭點效之拘束。因即使與此種情形法院關於該爭點之判斷，仍有可能有事實認定錯誤之危險，且有可能有適用法律錯誤之危險。如此前訴判決理由中判斷不正確之危險，不能使其延續至另一個不同訴訟標的之主文判斷或者延續至其判決理由中之判斷。於如此判決理由中判斷之框架範圍內，宜優先顧慮法院作成正確裁判之任務，爭點效所追求之法的確定性、法的和平與避免裁判矛盾之要求均應有退讓。反之，實質既判力之任務在於克服於一個新的程序第二個相互矛盾裁判之產生，其為透過法院保護權利之必要結果。實質既判力於憲法上之基礎為法治國原則<sup>169</sup>。既判力確保了一項形式上終局之裁判於其後程序內容上之存續，其也藉此確保了當事人不再重新使用法院之裁判上決定。倘若該確定之裁判為不正確之裁判，為了維持法的安定性（*Rechtssicherheit*），原則上仍應承認既判力之產生<sup>170</sup>。由此可知既判力與爭點效就一項不正確之裁判原則上是否可產生確定判決效力之拘束力，仍有理解上與判斷上之不同。前者之情形則原則上仍然發生既判力（有例外再審事由事後再提起救濟），但因可歸責於當事人事由而未提出之新攻擊防禦方法，則不能提起再審訴訟救濟，該確定判決之既判力將被維持。後者之情形則為追求正確之裁判避免發生錯誤之裁判，則自始不應發生任何爭點效之拘束力，當事人未提出之新攻擊或防禦方法仍可以提出（不論其主張時可否推翻原來之判斷，可否推翻原判斷須經法院審理始能知悉）。

主張強化爭點效之論者（言詞辯論終結前會發生爭點效遮斷效之立場），乃強調言詞辯論終結前就特定爭點未提出之訴訟資料與證據資料於後訴將被遮斷不得再加以主張此將有造成該爭點後訴裁

<sup>169</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn. 1), § 152 Rn. 1.

<sup>170</sup> Vgl. MünchKomm/Gottwald, aaO. (Fn. 11), § 322 Rn. 92.





判不正確之危險。而此等爭點效之拘束力乃對於當事人過大之判決效拘束力，此將造成當事人對於所有爭點每一個攻擊與防禦方法均須加以提出，其未提出不僅就前訴訴訟標的而言發生遮斷效，就該爭點相關之後訴也發生遮斷效。此將造成各該爭點有如同發生既判力遮斷效或者失權效相同強大之效果。而既判力遮斷效之情形，雙方當事人與起訴之始即可合理預見，就該訴訟標的相關之訴訟資料與證據資料必須於前訴中主張，否則會發生失權效，當事人可以合理信賴僅止於法院對該訴訟標的與抵銷抗辯之判斷會發生既判力（我國民事訴訟法第400條第1項與第2項），其他攻擊或防禦方法之判斷不會發生既判力或者爭點效，只有訴訟標的與抵銷抗辯之判斷會發生遮斷效，而其他前訴判決理由中爭點之判斷不會發生既判力或者爭點效之遮斷效。就前訴爭點之判斷，於其他後訴能再提出任何新的攻擊與防禦方法（事實與證據）加以主張或爭執（且不會因而改變後訴本來相關事實舉證責任之分配）。就既判力而言，吾人不能因為前訴訟法院未審查到當事人未提出攻擊與防禦方法而認為前訴法院之確定判決錯誤，因於前訴訟已給予當事人提出該等主張與證據之機會，當事人未提出基於維護法安定性維護法院對於訴訟標的判斷之持續性，須產生既判力之遮斷效，此主要乃因對於訴訟標的之判斷會發生既判力。但法院對於前訴爭點之判斷不會發生爭點效（禁止矛盾判斷之拘束力），其也因而不會隨之產生為了維護該拘束力之遮斷效或者失權效。倘若此種情形認為產生爭點效拘束力與遮斷效，將會造成後訴法院事實認定之錯誤而有作成不正確判決之危險。此乃與承認既判力與既判力遮斷效重大不同之處。倘若當事人欲就該法律關係存否之判斷發生既判力其須於前訴提起中間確認訴訟或反訴；就事實主張判斷之援用則可透過前訴客觀訴之變更追加或反訴為之。

依照強化爭點效之立場（言詞辯論終結前會發生爭點效遮斷效





之立場），僅限於前訴顯然違背法令，而未包含言詞辯論終結前新訴訟資料則以推翻原判斷而未提出之情形，由此可知採用學說上強化爭點效之立場將有可能會造成後訴事實認定不正確之可能性。而且，如此爭點效遮斷效之效力，將超越既判力之遮斷效，因就同一訴訟標的，為充分保障當事人之權利，不可歸責於當事人之事由發現言詞辯論終結前已存在之證物可為使用，當事人可以此作為再審之事由破除既判力（參我國民事訴訟法第496條第1項第13款）。此將造成原訴訟既判力已被破除，而該爭點之前訴判決仍對其他訴訟發生爭點效之問題。倘若自始不承認爭點效之拘束力，即不會產生此種爭點效之遮斷效問題。而且，如基於避免錯誤裁判產生不承認爭點效，當事人自始即不受爭點效之拘束，法院無須審查爭點效之要件是否具備，後訴法院則有較大作成正確裁判糾正前訴法院判決理由中判斷之錯誤。反之，如承認爭點效，則有可能因前述強化爭點效之立場而將言詞辯論終結前未提出之新訴訟資料與證據資料全部加以遮斷，而產生前訴錯誤或者與實體法上真實不一致裁判，拘束當事人之重大危險。因此，於此甚難承認強化之爭點效。至於言詞辯論終結前之新訴訟資料或證據資料得推翻前訴法院之判斷之立場，認為此種情形不發生爭點效，雖已大幅度弱化爭點效之拘束力，但此與自始不承認爭點效之立場有如下之不同：倘若自始不承認爭點效則不會發生該事實主張舉證責任之轉換。反之，如承認被弱化之爭點效將產生事實先被推定存在之效力，而變成主張其不存在之當事人先提出本證推翻該項事實之推定，但就該事實他造當事人本不負舉證責任，卻因爭點效之拘束力而產生該事實舉證責任不當轉換之危險。

另就體系解釋法而言，我國民事訴訟法第400條乃採取狹隘既判力客觀範圍之界定，故立法者另於我國民事訴訟法第255條第1款設有可於前訴訟中擴大既判力客觀範圍之中間確認訴訟，倘若前訴



法院就前提法關係主要爭點之判斷可發生爭點效，則於該判決理由中判斷禁止矛盾之部分，毋庸再透過中間確認訴訟發生如此禁止矛盾之作用。

而且，值得思考者，既判力乃基於法安定性與法和平之考量而為法院職權調查事項，而爭點效為基於當事人利益保護考量而承認，其為當事人責問之事項。立法者已明白於我國民訴法第249條第1項第7款後段明文規定「其訴訟標的為確定判決效力所及」之情形，後訴法院始能以後訴違反既判力之規定起訴不合法駁回。後訴法院不能以違反所謂爭點效裁定駁回後訴，倘若以違反爭點效裁定駁回後訴則明顯違反民訴法第249條第1項第7款之規定，而有侵害人民訴訟權之危險。既判力與爭點效兩種判決效力之性質完全不同。既判力與爭點效為二者性質不同之判決效力，無法進行所謂之類推適用。於法學方法論上兩項事物僅性質相同者始能透過類推適用之方式填補立法上漏洞。而且，一方面主張爭點效與既判力法理根據、發生之前提要件與法律效果與既判力不同，另一方面主張可類推適用我國民事訴訟法第400條第2項既判力之規定，將產生論理上不相一致之處。

### (三)中間確認訴訟、反訴與訴之變更、追加功能之發揮

民事訴訟程序本即設有中間確認訴訟或反訴以擴大既判力。原告可透過中間確認之訴或客觀訴之變更或追加擴大既判力，被告可透過提起反訴擴大既判力之範圍，並藉此避免前後訴判決發生矛盾之危險。民事訴訟既判力之遮斷效，僅能適用在同一訴訟標的而無法適用在不同之訴訟標的之間，故就先決法律關係而言於新訴中將其列為訴訟標的並不會發生所謂之既判力遮斷效。中間確認之訴與反訴之功能即在於擴大既判力之客觀範圍，若判決理由中判斷關於前提法律關係之判斷會產生既判力，何須再規定我國民事訴訟法第



255條第1項第6款之規定？本訴之被告何須再就前提法律關係不存再提起中間確認反訴？由上可知，判決理由中就前提法律關係本身不會發生既判力。倘若當事人未使用上述前提法律關係中間確認訴訟或反訴以擴大既判力客觀範圍，其須承受後訴法院就該前提法律關係作出不同判斷之可能性。而就前後兩訴特定共同事實（例如受詐欺而撤銷意思表示之事實）或者相同法律規定之適用，當事人可透過客觀訴之變更、追加或反訴而使該等事實與法律於同一之訴中獲得法院作出一致性裁判之機會。倘若當事人並未利用此等訴訟機制則必須合理預見該等事實之認定與法律適用有可能於後訴而由不同法院作出不同之判斷。

#### （四）爭點效要件、主觀與客觀範圍欠缺法律明文規定之基礎

我國實務上與學說上關於爭點效要件之設立眾說紛紜，倘若承認爭點效，將會產生一項要件非常不明確或者具有強烈相對性之判決效力。而我國最高法院在設置發生爭點效之要件部分判決列為六個、部分判決列了七個，以致於至今就發生爭點效之要件仍處於不一致與不安定之狀態。而於學說上則有認有爭點效要件有三個、四個、五個與六個。我國爭點效適用範圍於實務發展上乃呈現限縮適用，而非呈現擴大適用之狀況。然而，如此之現象則在彰顯何種情形可發生爭點效仍存在不確定之危險或者所謂相對性之判決效力。此為爭點效理論發展上宜加以面對處理之課題。本文認為確定判決之效力，為保障當事人與受判決效力影響之第三人利益，即應使其明確化，實不宜處於不明確與不安定之狀態。同屬於確定判決之效力之既判力與參加效，就其要件、主觀與客觀效力範圍，我國民事訴訟法均設有明確化之規定。其效力範圍非常明確。就既判力之客觀範圍而言，其效力僅及於法院就訴訟標的與抵銷抗辯所作成之判斷，而不及於其他判決理由中之判斷。就參加效之客觀範圍則不



僅及於法院於原訴訟就訴訟標的所作成之判斷，亦及於原訴訟判決理由中之判斷。反之，爭點效之要件、主觀與客觀效力範圍則欠缺其明確性，於立法上缺乏其明文之基礎。我國民事訴訟法第400條明文規定，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。主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。我國民事訴訟法之立法者已決定採取狹隘既判力之立法模式，而不承認判決理由中判斷或者主要爭點有爭點效，於判決理由中判斷之範疇所強調者較強調實體權利之維護、正確裁判之追求，而非訴訟經濟、已賦予所謂之程序保障、程序利益保護與裁判不一致之防免。此時若再另從誠信原則與所謂程序保障之法理根據導出爭點效，是否有價值判斷不一致之處，則於未來值得作更一進步之探討。於我國現行民事訴訟法之下，欠缺關於爭點效明文之規定，立法者並未就爭點效之要件明文規定，且就爭點效之客觀範圍與主觀範圍均未作明確之規範。然而，我國現行民事訴訟法就既判力（參我國民事訴訟法第400條第1項與第2項之規定）與參加效（參我國民事訴訟法第63條規定）設有明文之規定，於民法上就反射效也設有明文之規定（參民法第742條第1項規定），並不能以欠缺反射效之明文規定推論爭點效亦無須有法律之明文規定。

此外，前訴法院與兩造當事人於前訴訟程序進行中無法很清楚地得知及預見何項爭點於判決確定後之未來訴訟中可發生爭點效，因所有爭點效之要件乃於後訴中審查，而後訴法院採用幾個爭點效要件則由該後訴法院決定，兩造當事人於前訴訟均無法合理預見。尤有甚者，所謂爭點是否包含當事人透過爭點簡化協議而排除之爭點，該等爭點是否會發生爭點效？當事人於後面訴訟是否可再主張該項爭點？就此部分學者採取可再為主張之見解，然有部分學者認為該項排除之爭點發生排除效，不得再主張。而且，法院可否依據職權審查爭點效？爭點效是否有如同既判力一事不再理禁止再訴之



作用？上述關於爭點效適用範圍與效力之性質即使係贊成爭點效之學者也存在不同之看法。反之，而當事人就訴訟標的所提出之相關攻擊與防禦方法主要乃取決於其對於確定判決後，既判力客觀範圍及其他失權效範圍之大小。當事人可明確知悉法院就訴訟標的所作成之判斷未來會發生拘束力，但其無法明確知悉何項爭點未來會對其發生拘束力。於此種狀況下，為充分保障兩造當事人之利益，避免造成突襲性裁判，應認為兩造當事人原則上僅就法院對訴訟標的所發生之判斷發生拘束力。而當事人就某項法律關係之存在與否，所進行攻防之質與量有可能相較於該法律關係或權利主張成為訴訟標的之情形還少，因其主觀上認知該法律關係或權利主張並未於該訴訟成為訴訟標的，其可合理預見法院關於攻防方法之判斷不會發生禁止矛盾之作用。

#### (五) 爭點效要件解釋與適用標準之不明確性

當事人已進行「充分」攻擊與防禦應為如何之解釋？前後兩訴利益不相當如何認定？訴訟標的價額差10倍、9倍、8倍抑或5倍？例如：部分學者認為前訴利息1萬元，後訴本金請求100萬元，前訴主要爭點之判斷對後訴不生爭點效<sup>171</sup>。部分實務見解認為前訴與後訴標的金額相差超過10倍以上，前訴主要爭點之判斷對後訴不生爭點效（最高法院109年臺上字第451號判決）；反之另有部分學者認為即使前後兩訴利益顯不相當（例如前訴100萬元與後訴900萬元），但前後兩訴程序保障無顯著差異，就特定事實之認定（例如詐欺事實之認定）仍可發生爭點效<sup>172</sup>。上述各種見解對爭點效有無判斷之不同，則加凸顯爭點效要件之解釋與適用充滿甚大之不確

<sup>171</sup> 黃國昌，同註116，頁51。

<sup>172</sup> 沈冠伶，同註6，頁125。





定性。再者，就爭點效新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點判斷之要件，部分實務見解與部分學說見解認為係言詞辯論終結後可提出新訴訟資料推翻前訴主要爭點之判斷，此說乃採取承認爭點效遮斷效之看法；反之，另有實務見解與部分學說認為所謂新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點之判斷尚包含前訴訟言詞辯論終結前當事人可提出但未提出之新訴訟資料，此說乃採取不承認爭點效遮斷效之看法。倘若採取前者之見解，則使爭點效之拘束力更加強化與穩固，但若採取後者之見解則爭點效之拘束力將會變得甚為薄弱。就此爭點效要件之解釋仍然存有甚大理解上不同之處。不僅如此，就爭點效之要件是否包含法律上判斷之拘束力，部分學說認為包含法律上判斷之拘束力（一部分未將顯然違背法令列為要件；一部分有將顯然違背法令列為要件）<sup>173</sup>。反之部分學者認為原則上法律上判斷無爭點效之產生<sup>174</sup>。由上可知就同一法律上判斷是否發生及如何發生爭點效仍有不同歧異之看法存在。

此外，倘若承認爭點效於實務運作解釋上，有實務見解錯誤判斷符合爭點效要件而不當認為對當事人發生爭點效之見解出現。例如：高等法院之判決認有發生爭點效，但最高法院認為並未發生爭點效。最高法院111年度臺上字第398號判決指出：「另案確定判決就此僅以上訴人不爭執系爭計算表為其所書寫，遽認該計算表未詳細載明借款及互助會款明細，不足為有利於上訴人之認定，能否謂另案訴訟就系爭借款債權有無之爭點，業經兩造充分舉證、極盡攻防之能事，且為適當而完全之辯論，已非無疑。倘另案訴訟就被上

<sup>173</sup> 未將顯然違背法令列為要件之學說，許士宦，同註116，頁507；黃國昌，同註116，頁50以下。

將顯然違背法令列為要件之學說，陳計男，同註1，頁68；呂太郎，同註132，頁664以下。

<sup>174</sup> 沈冠伶，同註6，頁113以下。





訴人所主張上開利己事實，未令其負舉證責任，即逕認定該項主張為真正，是否未顯然違背法令或顯失公平？非無再酌之餘地。原審就另案訴訟對於前開事實是否已為調查審認？並經當事人充分辯論？未違詳加研求，逕以另案判決就系爭借款債權有無之判斷，於本件訴訟發生爭點效，而為上訴人不利之認定，不免速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」倘若不承認爭點效的話，事實審法院也無錯誤判斷爭點效要件而對當事人產生爭點效拘束力之危險，當事人亦可因而節省勞力時間費用無須就此再上訴至最高法院。

再者，值得留意者，爭點效主觀範圍如何界定也可能充滿了不確定性，上述所提及之三種見解並未顧慮爭點效於兩造當事人之間並無發生之正當化基礎，擴張及於第三人亦因而無正當化基礎。我國民事訴訟法第63條、第65條與第67條之1準用第67條，再準用第63條之規定僅為被輔助當事人與輔助參加人、訴訟告知與受訴訟告知之人、受職權通知第三人之參加效之規定，並非他造當事人與該等之人爭點效之明文規定依據。參加效與爭點效為不同性質與目的之判決效力，不能以參加效排除之事由作為爭點效之排除事由。

## 陸、結 論

基於以上之研究，本文提出如下之結論：

一、民事訴訟法之目的乃在於保護當事人之權利。民事訴訟之目的雖然並非在於真實之發現，真實之發現（*Wahrheitsfindung*）僅為達成民事訴訟目的之手段。真實之認定仍為法官最重要之任務之一。民事訴訟法也透過詳細地規範證據法，而強調真實認定之重要性。依據我國民事訴訟法第222條第1項之規定法院必須依據調查證據之結果與全辯論之意旨依自由心證認定事實之真偽。由上可



知，於民事訴訟程序，法院有作正確裁判之任務。唯有法院作成正確之裁判，避免錯誤裁判之產生始能真正保護當事人實體法上之權利。當事人實體法權利之保護，應優先於訴訟經濟、所謂程序利益保護、法的和平與避免裁判矛盾性等要求。

二、**Zeuner**之見解將導致既判力之理由及界限從訴訟法排除，而使其歸類為實體法。其違背了現今通說所採用一事不再理訴訟法既判力理論。德國乃採取狹隘既判力之見解，於判決理由中判斷之範疇所強調者較強調實體權利之維護、正確裁判之追求，而非訴訟經濟與裁判不一致之防免。德國民事訴訟法第322條明文規定，僅就依訴訟或反訴所提起之請求經法院判決判斷者，可發生既判力。如被告就反對債權主張抵銷，法院於主張抵銷之數額內所為之反對債權不存在之裁判，可發生既判力。如立法者已明文規定僅判決主文中之判斷有既判力，判決理由中之判斷並無拘束力。倘若又透過司法之判決承認涉及判決理由中判斷有既判力，則將違背立法者之基本決定。**Zeuner**之見解於實務上有其運作之困難性。變成由後訴法院針對具體個案而判斷前訴與後訴有無實體法上之意義關聯，然而於實務運作將會因而欠缺具體明確之判斷標準，同一事件之狀況，不同法院可能有不同之解釋。即使贊成**Zeuner**見解之學者中，亦有承認透過有既判力之判決而追求之法律上秩序之範圍有其判斷上之困難性。於承認判決理由中判斷於特定情形下可發生拘束力之學說見解中，有部分學者認為所有物返還訴訟，確認所有權存在與否可發生既判力，另有部分學者採取否定之見解。有部分學者認為先提起利息訴訟，再提起本金返還訴訟，後訴須受到前訴判決理由中判斷之拘束，另有部分學者從經濟價值之觀點採取否定之見解。由上可知，贊成判決理由中判斷於符合一定要件下可發生既判力之學者見解仍處於甚為歧異之狀態，此將使當事人無法合理預見判決效力之拘束力，有害於法適用之明確性與安定性。



三、現行德國民事訴訟法設有中間確認訴訟或反訴以供當事人使用，如當事人並未使用則應預見後訴判決該等法律關係，仍可能被後訴法院作出不同之判斷。就特定事實主張與法律適用，原告雖不能提起中間確認訴訟，但在法院告知原告其觀點後，原告可基於德國民事訴訟法第264條第3款或第263條符合有助於事件解決之要件將訴訟變更為基於撤銷錯誤意思表示之信賴利益損害賠償訴訟。藉此方式，原告可確保可能之判決理由——成功之撤銷，以其作為德國民法第122條第1項請求權之構成要件要素，而雙方之爭執將因而轉向至德國民法第122條第2項之規定，因法院在客觀訴之變更後，不會無可說服之理由突然地變更其過去之見解。而且客觀訴之變更後，前訴之訴訟結果有助於紛爭解決將繼續被保有，雙方當事人均將受到拘束。倘若原告並未為如此訴之變更，其則理應忍受第二個法院就撤銷事實採取不同之判斷。

四、於民事訴訟程序，法院有作正確裁判之任務。唯有法院作成正確之裁判，避免錯誤裁判之產生始能真正保護當事人實體法上之權利。倘若採用承認爭點效之拘束力，將有可能無法追求正確之裁判。須特別留意者即使前訴訟法院已進行爭點之整理，賦予當事人程序保障，法院仍可能錯誤認定事實與適用法律。為確實糾正前訴法院判決理由中判斷之錯誤，保障當事人之權益，則不宜承認爭點效之拘束力。我國部分實務見解與部分學說見解所設置之爭點效要件乃顯然有違背法令之情形不會發生爭點效。僅包含顯然明顯違背法令之情形始不承認爭點效。如為非明顯違背法令之情形，則仍有爭點效之拘束性，此等情形仍可能存有前訴法院適用法律錯誤之情形。如此爭點效之拘束力將造成後訴法院須受到前訴法院錯誤判斷拘束之危險。

五、爭點效缺乏明確性，將對於兩造當事人造成過大之失權效果與突襲性效果，且在前訴之判決關於判決理由中判斷可能有錯誤



發生之可能性，不承認主要爭點判決理由中判斷發生爭點效，則可使當事人有透過再次訴訟糾正先前判決錯誤判斷之可能性。而立法者否定判決理由中判斷發生拘束力（例外關於抵銷抗辯之判斷），即肯認就判決理由中判斷之相關重要事項，當事人可於後訴為相反之主張，後訴法院可為不同之認定，此並未違反所謂誠信原則中之禁反言原則。從主觀目的解釋之觀點，我國民事訴訟法第400條第1項之立法者已明確表明既判力僅於經法院裁判之訴訟標的。其主要乃考量訴訟標的原告於起訴時即須表明，具有明確發生拘束力之對象，不論對於原告、被告與法院均可清楚知悉既判力之客觀範圍，符合法定安定性與明確性之要求。然而，就何等攻擊或防禦方法，符合何等前提要件之下，對當事人與法院發生拘束力，其界限當事人無法預先知悉且不清楚，易對於當事人造成突襲之效果。且從體系解釋之觀點，我國民事訴訟之立法者已設置中間確認之訴或反訴制度，使當事人有藉此將前提法律關係列為訴訟標的而發生既判力之機會。而且當事人可透過相關客觀訴之變更或追加或者反訴而使相關相同之重要事實與法觀點於前訴使法院受到審理，並藉此獲得有既判力之本案判決。對兩造當事人有上述種種擴大既判力之手段可加以使用。在當事人並未提起該等訴訟之情形，兩造當事人應可合理預見，法院就其所作成之判決理由中判斷或主要爭點不會發生拘束力，不會發生既判力或爭點效。

六、就爭點效之性質而言也存有若干見解不一致之處，法院可否依據職權斟酌爭點效？爭點效是否如同既判力具有禁止再訴之作用？就爭點效之要件而言，爭點效之要件究為幾個要件（3個要件、4個要件、5個要件、或者7個要件）？當事人已進行「充分」攻擊與防禦應為如何之解釋？前訴後訴利益不相當要件、非顯失公平要件與前後兩訴程序保障非顯有差異要件彼此之間之關聯性如何？前後兩訴利益不相當如何認定？訴訟標的價額差10倍、9倍、8倍抑



或5倍可否認為前後訴利益不相當？再者，就爭點效新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點判斷之要件，部分實務見解與部分學說見解認為係言詞辯論終結後可提出新訴訟資料推翻前訴主要爭點之判斷，此說乃採取承認爭點效遮斷效之看法；反之，另有實務見解認為所謂新訴訟資料提出推翻前訴主要爭點之判斷，尚包含前訴訟言詞辯論終結前當事人可提出但未提出之新訴訟資料，此說乃採取不承認爭點效遮斷效之看法。倘若採取前者之見解，則始爭點效之拘束力更加強化與穩固，但若採取後者之見解則爭點效之拘束力將會變得甚為薄弱。就此爭點效要件之解釋仍然存有甚大歧異之處。此將危害確定判決效力發生要件欠缺法的明確性與法的安定性。再者，爭點效主觀範圍如何界定也充滿了不確定性，而有諸多不同之看法。一項確定判決效力之性質、要件與範圍，為保障當事人與受判決效力影響之第三人利益，即宜使其明確化，不宜處於不明確與不安定之狀態。





## 參考文獻

### 一、中文

1. 吳從周，備忘「爭點效」理論在實務發展之基本觀察——兼談仲裁判斷之爭點效，載：確定判決及裁定之效力，頁135-164，2020年10月。
2. 呂太郎，民事訴訟法，4版，2022年3月。
3. 沈冠伶，既判力客觀範圍與程序保障——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思爭點效，載：程序保障與當事人，頁99-148，2012年12月。
4. 沈冠伶，爭點效之主觀範圍與第三人之程序參與——最高法院101年度台上字第994號判決及最高法院99年度台上字第1701號判決之評釋，台灣法學雜誌，239期，頁75-94，2014年1月。
5. 邱聯恭，於沈冠伶等民事判決之既判力客觀範圍與爭點效——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思之發言，載：民事訴訟法之研討（十七），頁75-79，2010年12月。
6. 姜世明，確定判決及裁定效力之問題提示，載：確定判決及裁定之效力，頁1-82，2020年10月。
7. 姜世明，民事訴訟法（下冊），8版，2022年3月。
8. 許士宦，於沈冠伶等民事判決之既判力客觀範圍與爭點效——從新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思之發言，載：民事訴訟法之研討（十七），頁62-67，2010年12月。
9. 許士宦，參加訴訟之判決效，月旦法學雜誌，254期，頁5-19，2016年7月。
10. 許士宦，口述講義民事訴訟法（下冊），2版，2021年1月。
11. 陳計男，民事訴訟法論（下），6版，2017年8月。
12. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），9版，2021年1月。
13. 黃國昌，爭點效之第三人效力由最高法院八十九年度台上字第二五號及八十九年度台上三〇字第二〇八八號判決出發，東吳法律學報，16卷3期，頁225-296，2005年4月。
14. 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，34期，頁40-51，2005年8月。

15.駱永家，新民事訴訟法Ⅱ，2011年12月。

16.魏大曉，民事訴訟法，2版，2021年8月。

## 二、外 文

1. *Adolphsen, Jens*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2014.
2. *Batschari, Alexander/Durst, Matthias*, Wirkung des Synallagmas auf die materielle Rechtskraft?, NJW 1995, S. 1650ff.
3. *Blomeyer, Arwed*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1985.
4. *Brox, Hans*, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, JuS 1962, S. 121ff.
5. *Gaul, Hans Friedhelm*, Negative Rechtskraftwirkung und konkursmäßige Zweititulierung, in: Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag, 1975, S. 155ff.
6. *Gaul, Hans Friedhelm*, Aktuelle Probleme der Rechtskraftlehre in Deutschland, in: Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts, 2006, S. 87ff.
7. *Gottwald, Peter*, Streitgegenstand und Sinnzusammenhänge, in: Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa - Akademisches Symposium zu Ehren von Karl Heinz Schwab aus Anlass seines 80. Geburtstages, 2001, S. 85ff.
8. *Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 2014.
9. *Hahn, Carl*, Materialien zur ZPO, 1880.
10. *Henckel, Wolfram*, Prozessrecht und Materielles Recht, 1970.
11. *Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011.
12. *Lüke, Wolfgang*, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 2011.
13. *Martens, Joachim*, Rechtskraft und materielles Recht, ZZP 1966, S. 404ff.
14. *Mittenzwei, Eike Christian*, Die Verhinderung von Verfahrenskollisionen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht, 2006.
15. *Musielak, Hans-Joachim*, Einige Gedanken zur materiellen Rechtskraft, in:



- Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag, 1996, S. 423ff.
16. Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022.
17. Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus, ZPO- Kommentar, 10. Aufl., 2018.
18. Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1: §§ 1-354, 6. Aufl., 2020 (zitiert MünchKomm-Bearbeiter).
19. Reischl, Klaus, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß, 2002.
20. Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018.
21. Schilken, Eberhard, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2014.
22. Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1: Einleitung, §§ 1-77, 22. Aufl., 2003.
23. Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3: §§ 148-270, 22. Aufl., 2008.
24. Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4: §§ 271-327, 22. Aufl., 2008.
25. Terhalle, Dominik, Die Reichweite der Rechtskraft klageabweisender Urteile, 2011.
26. Walker, Wolf-Dietrich, Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH-nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluß, ZZP 1998, S. 429ff.
27. Zeuner, Albrecht, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959.
28. Zimmermann, Walter, ZPO-Fallrepetitorium, 10. Aufl., 2015.
29. Zöllner, Richard, Zivilprozessordnung, 32. Aufl., 2018.



# The Binding Effects of the Grounds of the Final Judgment: Focus on the Comparison between Taiwan and Germany

Ming-Sheng Liu<sup>\*</sup>

## Abstract

This article mainly discusses the *res judicata* of the grounds of judgment in civil litigation, particularly through a comparative analysis of German and Taiwanese legislation, theories, and practical opinions. It explores whether the grounds of judgment in civil litigation should produce *res judicata* or the effects of issues. It analyzes in detail the purpose and limits of the narrow legislative model of *res judicata* adopted by German and Taiwanese Civil Procedure Law.

Moreover, the article further discusses the German general theory, which principally denies the binding effects of judgment grounds, and the German minority theory, which recognizes the judgment based on the significant and compensatory context of substantive law, the necessity of content protection, and the economic value of the two lawsuits. Additionally, this article compares and analyzes in detail the similarities between German and Taiwanese civil litigation in

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Doctor of Laws, University of Regensburg, Germany.

Received: August 9, 2022; accepted: October 11, 2023



determining the binding effects of judgment grounds. It particularly highlights that legislative provisions based on such a narrow objective scope of *res judicata* are opposed to the binding effects of judgment grounds.

This article analyzes in-depth whether the Taiwanese Civil Procedure should recognize the binding effects of the main issues in judgment, whether the binding effects of the issues have a legal normative basis and legal foundation, and whether the requirements and scope of the effects of issues are clear and consistent.

**Keywords:** *Res Judicata*, Effect of Issues, Binding Effects of Judgment Grounds, Significant and Compensatory Context of the Substantive Law