

確定判決與情事變更原則

黃國昌、劉明生、陳啟垂、林誠二
姚志明、吳明軒 著

（以發表順序排列）

元照出版公司

Angle

編輯說明

法學的發展需要透過研究者與實務操作者不斷地在同一領域運用思辨和釋義來釐清與推動。「月旦滙豐專題系列」集結歷來學者專家的智慧結晶，此系列不僅僅是學者或實務工作者可透過閱讀，與作者進行思想上辯證外，更提供學子們研究法學先進思想精華的最佳方法。

本系列之主題，除了傳統重要法學研究，並對近年社會爭議的時事議題、新興領域發展及科際整合所衍生之問題皆有所收錄，以呈現法學研究在每個階段性的成果，期盼能作為法學之發展與回顧的基石。

Angle

目錄

【既判力】

- ◎既判力總論 黃國昌 1
- ◎既判力之時間範圍 黃國昌 13

【既判力客觀範圍】

- ◎既判力之客觀範圍
——兼論爭點效 黃國昌 27

【既判力主觀範圍】

- ◎既判力之主觀範圍 黃國昌 47
- ◎特定繼受既判力主觀範圍
之劃定與運用 劉明生 67
- ◎動產善意取得與既判力主觀效力範圍
之擴張 劉明生 73

Angle

【既判力之具體各案】

- ◎一部請求及其判決的既判力 陳啟垂 103

【情事變更】

- ◎情事變更原則之再探討 林誠二 107

- ◎情事變更原則適用於工程糾紛問題
之再探討

——最高法院100年度台上字第1392號

- 民事判決 姚志明 145

- ◎一般情事變更原則於給付工程款
案例之適用

——兼評最高法院94年台上字第898號判決 姚志明 153

- ◎情事變更原則是否必須

以起訴之方式主張 黃國昌 189

- ◎因情事變更而以他項聲明

代最初之聲明 吳明軒 193

Angle

既判力總論

黃國昌（立法委員）

壹、既判力總論

一、既判力之意義與定位

終局判決一旦歸於確定後，爲了達成民事訴訟「終局地強制解決紛爭」之制度目的，必須使法院在判決中就「特定事項」所作成之判斷，產生拘束之效力，令當事人（包括一定範圍之第三人）不得再爲相反之主張，其他法院亦不得再爲相反之判斷，以使法院就該特定事項所作成之判斷，成爲規範當事人間法律關係之基準。此種判決之效力，稱爲既判力（或稱爲「實質上確定力」）。

我國民事訴訟法（下稱「民訴法」）並未就既判力本身直接地進行規範，而僅在第四百條及第四〇一條分別明訂既判力之「客觀範圍」（就何事項產生拘束力）與「主觀範圍」（對何人產生拘束力），就關於既判力概念之「本質」、「依據」、「作用」及「性質」等事項，則係配合民事訴訟法之其他規定，透過學說及判例予以填充。

在「判決的效力」之鉅觀視野下，既判力雖僅爲確定判決所產生之其中一種拘束力，然而卻是最爲重要之一種拘束力，向來爲民訴法學之核心課題之一。在學習之方法上，筆者建議讀者首要應掌握既判力之制度目的、正當性基礎以及其他涉及之政策考慮，分別依循下列二個脈絡漸進地學習。首先，就既

判力本身言，必須先清楚地掌握傳統學說之見解以及我國最高法院之態度，在此基礎上，再進一步思考晚進學說所提出檢討之新觀點；其次，就與其他種類「判決拘束力」之關係言，亦應先個別地辨明學說上就「既判力」、「爭點效」、「參加效」以及「反射效」所為之概念與功能界定，然後再試圖就「判決之拘束力」予以整體的思考，瞭解根本之問題乃在於法院於判決中所作成之判斷，「在何要件下」、「就何事項」、「對何人」以及「在何程度內」產生拘束之效力。

【再進一步：1】

晚進學說已出現依「判決拘束力」之概念，全面地涵蓋包括「既判力」、「爭點效」、「參加效」及「反射效」等個別判決效力之呼聲。此見解之核心思想在於依當事人或其他程序參與者（例如參加人）在判決形成過程中所受「程序保障」之充實程度，慮及與訴訟法上其他基本要求間之平衡（例如紛爭解決一次性）以及與實體法秩序之調和，以決定特定判決就何事項、對何人、產生何種程度之拘束力。對初學民訴法之學生，應避免在掌握各種效力之個別概念前，即先迫不及待地依此先銳見解學習。以武俠小說為例，令狐沖在進入「無招勝有招」之境界前，仍係紮實地由獨孤九劍的每一式學起。

二、既判力之必要性與正當性——由「現象考察的本質論」到「機能考察的依據論」之轉化

在討論既判力之作用與範圍前，一個常常被提起之問題係：為何要有既判力？這個問題乍見之下，或屬荒謬，不過試著思考下列問題：如果我們得知在客觀之歷史事實上，被告的確積欠原告一百萬元，但法院卻錯誤地將原告之訴駁回確定，此時透過既判力之概念，禁止原告再訴並排除其他法院糾正此

違誤的確定判決，真的合理嗎？如此一來，既判力運作之結果不是有悖於公平正義之理念嗎？

為回答此問題，學說上遂出現「既判力本質論」之論爭，而以「實體法說」及「訴訟法說」間之對立為代表。實體法說認為，確定終局判決具有確認（在判決正確時）或變更（在判決錯誤時）當事人間實體法律關係之效力。對當事人而言，猶如簽訂了一個和解契約，從而當事人「直接地」受該確定判決拘束，而其他法院亦因此「間接地」受拘束而不得為相反之判斷。訴訟法說則主張，既判力之制度與當事人間實體法律關係並無關聯，其係基於「國家司法裁判權行使之統一」的要求，所發生之訴訟法上效果。既判力所直接拘束之對象係「後訴法院」，禁止其與前訴法院作成相反之判斷；當事人之受拘束，不過係因後訴法院之受拘束使其因此無從為相反主張的結果，可謂當事人係「間接地」受既判力所拘束。

由於實體法說與訴訟法說各具有無法解釋「其他現象」之缺點¹，從而在學說上另有「權利實在說」、「新實體法說」及「新訴訟法說」之出現²。在評價各個學說之優劣前，一個更為根本之問題係：討論既判力之本質有何實益？猶如出現在「民

¹ 例如，原本對系爭標的物具有所有權之原告，在與被告之所有權確認訴訟中獲敗訴之確定判決，在實體法說下，應係發生變更所有權之歸屬主體為被告之效果，而使得被告得本於物權之對世效力主張其所有權。然而，在「既判力效力相對性」（詳於本文後對既判力主觀範圍中之說明）原則下，該確定判決並不生拘束第三人之效力，第三人仍得透過訴訟主張乙非系爭標的物之所有人。與此相對，訴訟法說雖無此等理論上之問題，然而卻因將確定判決與當事人間之實體法律關係切離，不僅無法說明錯誤判決對當事人間實體法律關係之影響，亦使其所謂既判力之本質，成為相當空洞之概念。

² 就此等學說之詳細介紹，參陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），修訂三版，2004年，620-626頁。

事訴訟制度目的觀」之論爭般，晚進學說發現就既判力所進行之本質論爭，就具體重要問題之解決並無實際之幫助。例如何時雖有確定判決之形式，惟不應賦與既判力（無效判決之界定）？何時應允許當事人循再審途徑推翻確定判決之既判力（再審事由之界定）？既判力之客觀範圍及主觀範圍應依循何基準加以界定？就上開之問題，既判力本質論並無法作為「立法論」（立法者應如何設計規範內容）及「解釋論」（法官應如何解釋法條規範之內容及射程）之前導指引，從而在學說上遂將關注之焦點轉移至「賦與確定判決既判力之『正當性基礎』為何」之問題，開始討論既判力之依據論。

【再進一步：2】

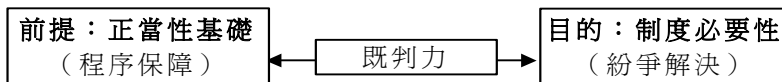
民事訴訟法之現象考察與機能考察：在民訴法學之發展上，傳統之學說將訴訟法上所出現之現象，當作「經驗事實」加以考察，以「體系化之目的」進行抽象之理論構築，透過概念演繹之方式，將「民事訴訟之目的論」，與「訴權論」、「辯論主義之依據」、「既判力本質論」等問題加以連結而進行體系之構築。此等發展之方向，受到學者強烈地批判，認其根本無法為實現民訴法之諸理念，作為立法論及解釋論之指導原則。學者從而開始倡議應以民事訴訟「紛爭解決」之機能為中心，一方面不再單以「訴訟之結果」（判決）作為考察之重心，強調應由「訴訟之過程」進行考察，著重「紛爭類型」及「程序階段」之個性，一方面重視當事人「程序主體」之地位，強調賦與當事人切合其「紛爭類型」及「程序階段」之「不同內容程序保障」之重要性。此等思潮之轉變，對我國民訴法學之發展及最近數年新民訴法之三次修訂，產生決定性之關鍵影響。

為了達成民事訴訟「終局地強制解決紛爭」之制度目的，

既判力係一個「絕對必須存在」之「制度上效力」，其背後所蘊含之價值判斷，乃係不論判決之客觀對錯，為當事人間過去之紛爭劃下「句點」，使其可以此法院之判斷為新的「出發點」，各自安排其未來之法律生活，對當代法治社會而言係一項十分重要之價值。在另一方面，使當事人忍受此種制度效力之拘束，必須在「平息紛爭」之目的外，另外賦與其正當性基礎，而此正當性基礎，不外乎對當事人所賦與之「程序保障」，使當事人在訴訟程序上，得享有對等之公平地位，進行攻擊防禦之機會與權利的保障，不論當事人選擇「是否」或「如何」利用此機會，都必須承擔其自己行為之結果，一方面以「自己責任」之理念，一方面以允許再訴爭執將有違對他造當事人之「公平」的思想基礎，正當化既判力對當事人所產生之強制拘束力。

以紛爭解決之必要性與程序保障之正當性，掌握既判力制度，不僅有助於理解涉及之政策考慮，更可對前述環繞此制度效力之相關問題，作為立法論上及解釋論上之前導指標。例如，在欠缺任何實質程序保障下所形成之判決，應將其界定為「形式上存在之無效判決」，根本不發生既判力；就當事人之程序保障有重大缺陷之判決，則至少應將其界定為具有再審事由之瑕疵，而使得因該判決受不利益之當事人，得以再審之途徑除去該確定判決之既判力，請求法院重新地就當事人間之紛爭予以審理裁判。就既判力之客觀範圍及主觀範圍之界定，亦可由此觀點加以掌握（詳後述之說明）。值得注意者係，「紛爭解決之必要性」與「程序保障之正當性」，在與既判力之連結上，不僅處於「相輔相成」之配合關係，亦會呈現「相互緊張」之矛盾關係。抽象而言，為追求民事訴訟「紛爭解決一次性」之理想，在規範上容易出現儘量擴大特定訴訟終局地解決

紛爭之能量，而產生擴大既判力之「客觀範圍」與「主觀範圍」之傾向；在另一方面，為實踐「程序保障」之理念，則應較為保守謹慎地劃定個別訴訟產生拘束力之範圍，避免過度擴張既判力之範圍。此等相衝突之考慮，充分呈現在學說上就「訴訟標的」（關涉既判力之客觀範圍）以及「訴訟擔當」（關涉既判力之主觀範圍）之劃定所進行之論爭。我們甚至可以說，當代就判決拘束力所呈現之不同學說見解，其終極之課題乃係：應在何平衡點上，兼顧程序保障及紛爭解決一次性之價值³。（參圖）



圖：既判力之必要性與正當性

三、既判力之作用⁴

某一確定判決所生之既判力，其發生作用之場合，乃係受既判力所拘束之人，就既判力所生拘束力之同一紛爭，再提起第二個訴訟之後訴當中。亦即，在提起後訴之時點，考察前訴確定判決之既判力，對後訴所產生之影響，在學說上稱為「既判力之作用」，並通常區分為「禁止反覆之消極作用」以及

³ 就此問題在新民訴法下之考察，參黃國昌，訴訟參與及代表訴訟——新民事訴訟法下「程序保障」與「紛爭解決一次性」之平衡點，月旦法學雜誌，97期，2003年6月，8-27頁。

⁴ 參駱永家，既判力之作用，既判力之研究，八版，1994年，1-10頁。我國就既判力制度進行有系統地研究專書，首推駱永家教授之「既判力之研究」，筆者建議讀者依本文之次序，逐次閱讀駱教授於該書中之各篇論文。

「禁止矛盾之積極作用」。就消極作用言，其在禁止當事人就既判事項提出攻擊防禦方法再為爭執，並進一步地禁止後訴法院就該事項進行任何實質之審理活動；就積極作用言，其在要求後訴法院，必須以前訴確定判決之判斷，當作其裁判之前提而受拘束，不得作出相歧異之判斷。就此二種既判力之作用，在學說上通常分別就下列三種具體狀況加以觀察：

（一）前訴與後訴之訴訟標的相同

例如原告對被告訴請返還借款一百萬元，於前訴遭駁回確定後，又對被告就相同之借款提起第二個給付訴訟。此時當事人不得提出在既判力之基準時點（即前訴事實審言詞辯論終結時，詳後述）前所存在之事由，法院亦不得重新地就該筆借款是否存在進行審理。如果當事人未提出在既判力基準時點「後」所生之新事由，則法院必須依民訴法第二四九條第一項第七款之規定，以裁定駁回原告之訴（禁止反覆之消極作用）；若當事人提出在基準時點後所生之新事由，則法院必須以前訴確定判決於基準時點所判斷之法律關係狀態為基礎（禁止矛盾之積極作用），視當事人所提出之新事由在實體上有無理由，而為原告請求有理由或無理由之實體判決。在原告於前訴取得勝訴確定判決之情形，在實務上通常不會發生原告再提起第二個訴訟之情形，惟原告如果提起相同之後訴，則在理論上所生之問題係：原告是否有提起後訴之「客觀訴之利益」？即既然就原告所主張之請求權，法院已透過前訴之勝訴確定判決加以肯認，此時原則上並無必要就相同之請求權，允許原告請求法院再予裁判，而應以欠缺訴之利益駁回原告之訴。

【再進一步：3】

在上開原告勝訴之情形，另一個可能之結論係依第二四九條第一項第七款之規定，以違反既判力而裁定駁回原告之訴。

然而，如此將無從預留原告確有再訴必要時的處理空間。在日本學說上，通常所舉之例外情形包括有中斷時效之必要以及判決原本滅失而無從取得執行名義之正本。不過，在我國法上，就時效之中斷，可簡單地透過強制執行之聲請達成，似無承認此時得再訴之必要。就原告判決正本之滅失，目前實務上允許當事人聲請補發；如就包括原本在內之整個訴訟卷宗滅失，「民刑事訴訟卷宗滅失案件處理法」第十七條則明文允許當事人再訴。就實際之效果言，在此情形透過既判力之違反或欠缺訴之利益駁回，似無重要之不同（惟在我國實務上就訴權採取權利保護請求權說之見解下，在後者之情形將透過判決駁回）。不過，此等觀察，卻有助於發現第二四九條第一項第七款所示情形與「訴之利益」概念間之關聯。讀者此時應回顧學說上就「訴之利益」之概念及功能所為之界定，再重新思索其與既判力制度「在何限度內有交錯之現象」、「在何限度內又應予以區別」。

（二）前訴與後訴之訴訟標的處於矛盾對立之關係

例如甲對乙請求確認A物之所有權屬於甲獲得勝訴確定判決後，乙復對甲提起後訴請求確認A物之所有權屬於乙。由於此前後訴訟請求確認所有權之歸屬主體不同（在前訴為甲，在後訴為乙），從而通說認其屬於二個不同之訴訟標的。然而，在實體法一物一權主義之規律下，A物勢必不可能同時屬於甲、乙二人單獨所有，在前訴確定判決已確認A物屬於甲之後，乙後訴請求之訴訟標的，顯與前訴法院之判斷處於矛盾對立之關係，此時本於既判力「禁止矛盾之積極作用」，後訴法院受前訴確定判決之既判力所拘束，除非乙提出在前訴基準時點後所發生之新事由且經法院認有理由（例如甲在前訴確定判決之基準時點後將A物所有權移轉予乙），否則後訴法院應直

接以乙之訴無理由判決駁回乙之後訴。

(三) 前訴就訴訟標的之判斷乃為後訴訴訟標的之先決問題

例如甲在前訴對乙請求確認A物之所有權屬於甲，而獲得勝訴確定判決後，甲又對乙依所有物返還請求權訴請乙返還A物。由於所有權本體與所有物返還請求權雖屬不同之訴訟標的，惟前者乃係後者之前提法律關係，此時本於既判力「禁止矛盾之積極作用」，後訴法院必須以前訴法院所為A物所有權屬於甲之判斷為前提，就甲後訴之請求有無理由（亦即乙是否無權占有）為審理，而不得再就甲是否為A物所有人重新審理。

四、既判力之性格

在當事人間之後訴發生上述作用之既判力，不論對當事人有利與否，均發生拘束之效力，此特性在學說上稱為「既判力之雙面性」。亦即，在前訴確定判決所生之既判力，對勝訴之當事人言，雖常常在後訴對其產生有利之效果，但不因此而排斥對其產生不利效果之可能。例如，甲在對乙訴請確認A屋所有權屬於甲之前訴中取得勝訴確定判決後，在乙訴請甲拆屋還地之後訴中（A屋之基地B地為乙所有），甲不得再主張其非A屋之所有人。

此外，通說及實務均將既判力界定為「職權調查事項」，且適用「職權探知主義」，從而於後訴提起時，就有無違反前訴確定判決之既判力乙事，法院不待當事人提出既判力之抗辯，即應依職權主動地聞問、顧慮；同時就判斷基礎資料之收集，亦係由法院依職權為之。在此既判力性質之界定下，當事人不得依合意排除既判力之作用，亦即不得透過合意要求法院就產生既判力之事項，重新地予以審理裁判，蓋在司法資源有

限之現實下，法院必須本於公益之立場，排除當事人無必要地使用法院，以確保其他國民平等地使用法院之機會與權利。

如因法院之疏於調查，致使後訴之確定判決違反前訴確定判決之既判力，則當事人得依民訴法第四九六條第一項第十二款之規定，透過提起再審之訴以除去後訴確定判決之既判力。在以再審之確定判決除去後訴確定判決之既判力前，於規範秩序上存在二個矛盾之確定判決，通說認為此時應以在後之確定判決優先，以其判斷作為當事人間實體法律關係之基準。

【再進一步：4】

我國將既判力定位為法院應依職權調查之事項，一方面係沿襲德、日通說之見解，一方面係本於避免審理重複、防止裁判矛盾之公益考量。然而，必須注意者係，此定性並非理論上之必然，而係政策考慮之結果。在立法例上，美國法雖亦認既判力（claim preclusion）寓有公益之目的，但向來認既判力「原則上」屬於當事人應主動提出抗辯之事項，未「適時」提出此抗辯，將可能產生失權之效果；同時並允許當事人透過合意之方式，就已產生既判力之事項，請求法院在後訴中重新審理。此種規範之理由在於美國法認為在利益權衡上，就此事項當事人之利益「原則上」高於公益之考量。上開比較之不同，並非存在於「大陸法系vs.英美法系」之歧異，蓋屬於大陸法系之法國，亦將既判力定位為主要係為當事人之利益存在，而應由當事人主動地提出抗辯。

姑且不論在立法論上二種不同政策選擇之優劣，讀者應注意我國法就違反既判力之事所賦與公益色彩之「強度」。就將違反既判力界定為再審事由且不受第五百條第二項但書之限制言，我國法確係賦與其十分強烈之公益色彩；但並非毫無界限，蓋其仍受提起再審之訴三十日不變期間之限制。讀者亦宜

進一步思考，在當事人將已經判決確定而生既判力之事項，提付仲裁時，仲裁人應如何處理？在其作成不同之仲裁判斷時，仲裁法並未將違反既判力界定為法院應駁回聲請執行裁定之事由（仲裁法三八）或得提起撤銷仲裁判斷之事由（仲裁法四十），此係立法之疏漏或立法者有意識地選擇？理由為何？

（本文完成於2005年4月）

 Angle