

目 錄

民事訴訟法研究基金會暨「民事訴訟法之研討」
編輯緣起

民事訴訟法研究基金會組織章程與研究業務計畫
參與研討人

- 103 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……………沈冠伶等…………… 1
- 104 共同訴訟的輔助參加……………姜炳俊等…………… 93
- 105 初探訴訟經濟原則
——一個法律繼受的後設描述……………吳從周等…………… 157
- 106 離婚事件附帶請求扶養費之
若干實務問題……………呂太郎等…………… 281
- 107 消費爭議與消費訴訟……………楊淑文等…………… 345

※附錄：民事訴訟法之研討(一)至(六)目錄

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

沈冠伶等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第一百零三次研討紀錄

報 告 人：沈冠伶

時 間：二〇〇八年十二月十三日上午九時至十二時

地 點：臺灣大學法律學院第一會議室

主 持 人：王甲乙

參加討論人：吳明軒 呂太郎 游進發 曾華松 姜炳俊 雷萬來
許士宦 陳石獅 沈方維 陳毓秀 邱聯恭 陳志雄
王甲乙【依發言先後序】

紀 錄 人：張瑋珍、陳瑋佑

主 辦 單 位：財團法人民事訴訟法研究基金會

壹、前 言

貳、判決拘束力之正當性基礎：從訴訟標的到判決理由中之判斷

參、判決理由中判斷拘束力之性質

肆、判決理由中判斷拘束力之要件

伍、結 論

王甲乙：

各位老師、各位同學，現在舉行民事訴訟法研究會第103次研討會，本來主席應該是駱永家先生，因其有事，由我代替。今天係沈冠伶教授以「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爭點集中審理模式的重新省思」為題報告，今天各位老師及同學踴躍參加，謹代表基金會向大家致謝，現在請主講人報告。

沈冠伶：

主持人、各位先進、各位教授，今天輪到我來報告。由於報告在兩個禮拜以前已經掛號寄給大家，今天就不仔細地說明論文的內容，僅就比較重要的爭點問題提出來與大家一起共同討論。牛頓曾經說過：「如果說我看得比別人更遠，是因為我站在巨人的肩膀上向前瞭望。」就今天的問題，我不知道是否有比別人看得更遠，但可以肯定的是，這篇論文是站在國內很多先進、巨人的肩膀上，繼續往前提出想法。駱教授在1974年左右就曾引介日本學者新堂幸司教授關於爭點效的看法，實務上，最高法院在73年台上字第4062號判決，即陳計男前大法官所執筆的判決，首度就此問題表示見解。在1984年，王甲乙院長亦在本會以「判決理由的效力」為題提出報告。因此，此問題在國內的討論已經相當多，也有相當程度，實務上也有越來越多的判決來處理該問題。今天再以此為題報告，主要的想法是因為過去的討論都是在民事訴訟法修正前所為，而在民事訴訟法2000年修正後，在改採所謂的爭點集中審理模式下，爭點效或判決理由中的判斷對後訴訟有無拘束力的問題，是不是也應該站在新法的觀點下重新省思？為此，我查閱了最高法院目前的看法，發現雖然其判例一直堅持，既判力只就訴訟標的發生，有些判決亦採如此之見解，但其實更多的判決是認為，除既判力外，也可同時承認判決理由中的判斷在一定的要件下有拘束力，換言之，一方面援引最高法院的判例，謂「以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限發生既判力，而判決理由並無既判力」，同時亦承認判決理由中的判斷具有拘束力。另外，也有一些判

決更清楚地稱之為「爭點效」，就爭點發生效力的要件表述如下，即：「足以影響判決的爭點經兩造充分之舉證，亦如訴訟標的盡攻擊防禦之能事，由當事人適當而完全之辯論，經法院實質上之審理判斷」；另外亦有要求，尚須具備「訴訟標的前後利益大致相當」等。在承認的理由上，過去較多之判決是從誠信原則的角度出發，最近較新的裁判也提及為避免紛爭反覆發生，即從紛爭一次解決的角度出發。

在不同的實務見解及新的文獻下，引發我進一步思考，到底在新法下要如何面對此問題？之所以承認判決拘束力的效力，其正當性基礎何在？若將訴訟標的之正當性基礎，一方面謂其係民事訴訟的制度性使然，另一方面也係建立在對當事人程序保障之下，則就判決中特定爭點的判斷，若亦能滿足此基本要求，對程序保障的要求，為何不能承認其在當事人之間也有一定之拘束力？換言之，若當事人在前訴訟已經有充分提出攻擊防禦方法的機會，亦使其預見就法院使其徹底攻防之爭點且經法院做成判斷的部分會發生拘束力時，將來當事人在後訴訟就同一爭點再事爭執，是否仍可容許？後訴訟之法院是否可以援引前訴訟判決認定之結果而直接駁回當事人此部分之主張？基本上，從程序保障的要求及避免突襲性裁判的滿足下，要求當事人負自己責任一事，應可作為就判決理由中對特定爭點發生拘束力的正當依據。進一步來看，過去很多反對見解，例如立法者意旨係明白地就訴訟標的發生既判力、會使前訴訟判決理由中錯誤的認定在後訴訟繼續存在、對當事人有發生突襲性裁判之虞等等，但我認為，若在前訴訟程序上能透過目前民事訴訟法上所肯認的爭點集中審理模式，一開始即特定訴訟標的為何，就認定訴訟標的所必要的主要事實、間接事實及相關證據經整理爭點後為審理，此時，可使爭點為何，明確地凸顯，亦可讓當事人就判決理由中何部分會發生拘束力一事，有預見可能性；若當事人認為某事項係不必要之爭點而排除之，並不會發生拘束力，縱使判決理由中一併論述，則可被定性為旁論之性質，而不對當事人發生拘束力。因此，藉由爭點集中審理之模式而凸顯爭點，且

其係兩造與法官協同確定者，既然就訴訟標的此上位爭點的整理係有拘束力，就其他下位之爭點而言，在踐行明確化爭點之對象、範圍的程序後，基本上可排除對當事人突襲之疑慮，因此，承認爭點效，也可以認為係爭點集中審理模式下的制度性結果，其基礎當然係程序保障。

反對之論點尚有認為：中間確認之訴可取代判決理由中判斷拘束力。此雖然可以達到某程度的相同性，惟問題在於中間確認之訴原則上以先決法律關係為前提，但爭點效可發生之對象不僅限於先決法律關係，尚包括事實上爭點，此係中間確認之訴無法涵蓋之部分。至於判決的錯誤有被維持的危險一點，其實，就訴訟標的的判斷亦可能發生錯誤，吾人並未因此認為判決存在著錯誤的危險性即不承認其終局性，實則，既判力的承認亦非以判決的正確為前提，更何況，沒有人可以保證第二次的判決絕對會比第一次正確，故以判決可能對特定爭點有錯誤，後訴訟法院重新認定而下判斷會較好的見解，我個人認為不可採。

最常被提出的反對見解是，立法者已經明確地界定既判力之範圍於訴訟標的，此從德國法的角度也許可採，縱然其學者也有很多的不同論述，但至少在立法過程，就此部分確實有清楚的討論，決定限於訴訟標的始發生既判力的法律政策，即選擇法國法之模式而不採日耳曼法。就我國而言，最早一開始1930年代的民事訴訟法如何產生，詳細的立法討論過程，我手上並沒有資料，恐怕不可考，但從其後民事訴訟法之修正，查閱司法院的修正資料，可知當時所有參與修正的委員中，除了主席楊前大法官以外，其他的委員基本上採取一個開放的態度，認為此問題可以留待實務運作，可參見報告文內註28。十位委員均認為，若欲就爭點效進行立法，有立法技術上的困難，但可以留待學說、實務發展。因此，從我國立法者的角度而言，並未做明確的立法決定，而毋寧是認為此係學說、實務上有待發展之問題，因此，並不能認為我國立法者已採取了明確的立場，謂既判力係僅限於訴訟標的的發生。再從舊民事訴訟法的立法理由而言，判決的效力在訴與反

訴的範圍，以經裁判者為限，防止無益的爭論，就抵銷的抗辯承認既判力係符合當事人之意思；從此角度而言，就抵銷抗辯的爭點的裁判發生既判力可以符合當事人之意思，亦即，當事人就此部分可以預見因為徹底爭執且法院必然審理而將來會受其拘束，如此，若認為在本於當事人之意思，訴訟標的以外之部分而可預見的範圍內，亦可以類推適用抵銷的規定，因此，個人認為爭點效可類推適用現行民事訴訟法第400條第1項或第2項，因其具有相當類似的基礎。

就判決理由中判斷拘束力之性質，是否類似於既判力之效力或為特別之效力，恐怕要回到我們如何看待拘束力、之所以要有拘束力之目的為何。若承認拘束力之目的，除了保護當事人的利益外，尚有避免紛爭再燃而使司法資源能更合理分配、避免再次審理而浪費法院的勞力時間費用，則就有無拘束力的斟酌，是否必如向來之爭點效理論認為，屬當事人責問之事項？在德國實務上也承認，若從誠信原則的角度，即屬於當事人責問之事項。但個人認為，若承認拘束力的法理或理由也是為了避免紛爭再燃，其實與承認既判力之法理相當類似，而不只是與當事人的利益有關，亦與司法資源合理分配的訴訟經濟之公益性有關，因此是否可由法院依職權聞問，而不須待當事人之抗辯、責問？若後訴訟的訴訟標的與前訴訟判決理由中判斷的爭點相同，該後訴訟究竟是用無理由或不合法處理？若認為具有公益層面的意義而得依職權斟酌者，即可類推適用第249條第1項第7款之規定，得以起訴不合法處理，而不需進一步就本案請求做實體上有無理由之裁判。過去援引爭點效理論，就此效力部分，可能受到美國法的影響，其實在美國，承認排除效係屬當事人責問或抗辯之事項一事，不只是就爭點排除效而已，亦包括請求排除效，即相當於我國訴訟標的上判斷之效力即既判力，都是要當事人提出責問，法院始斟酌是否應受前訴訟判決所拘束，因此，對判決效力之斟酌，在大陸法系及英法法系存在有制度上本身差異，如就我國的法體系而言，若既判力因公益之考慮本為法院依職權斟酌之事項，就判決理由中判斷，若亦承認其拘束力亦有助於公益之維護，為何此部分謂其應由當事人責問？是

否宜界定為職權調查事項之性質？

另外，拘束力的要件要如何設定？此重點在於如何界定所謂重要爭點的概念。前訴訟與後訴訟之爭點是否同一，相比訴訟標的前後訴訟是否同一，問題可能更為複雜，此涉及究竟前訴訟之爭點如何界定？在報告文第15頁有舉例分析，例如當事人在前訴訟主張係因房屋有瑕疵而請求損害賠償，前訴訟之主要爭點是有無瑕疵一事，前訴法院若認為瑕疵不存在而駁回原告之訴，判決確定後，後訴訟係出賣人乙向甲請求餘款100萬，此時，後訴訟又牽涉之所以沒有給付是因房屋有瑕疵，如此，前後訴訟之爭點皆系爭房屋是否有瑕疵，究竟前訴訟在如何的前提、範圍下，會對後訴訟發生拘束力？我認為不宜空泛地指稱有瑕疵一事應該或不該發生拘束力，而應視爭點究竟具體整理到何程度來決定，可能會有不同之情況。若將前訴訟的瑕疵事實界定為C1事實，基於如何之間接事實如牆壁龜裂或漏水或海砂屋等D系列之事實，前訴訟之爭點究竟僅界定為有瑕疵，或進一步將爭點具體化到是房屋漏水而有瑕疵等，爭點界定之不同，可能會影響到後訴訟就何部分發生爭點效，因此，在報告文第15頁有分析不同之情形來判斷。向來在討論爭點效時，似乎未進一步分析究竟如何界定爭點。此外，拘束力的前提，當然係當事人實際上曾辯論而受程序保障之機會，若一開始即已排除於爭點範圍外，即不屬爭點，當然不發生拘束力，如曾經透過爭點簡化協議，成立自認契約或仲裁鑑定契約，而排除某事實作為訴訟上爭點，在後訴訟即不適宜發生拘束力，因為法院就該部分並未為判斷。另外，如逾時提出攻擊防禦方法，例如一開始未提出借款有無交付的原因關係抗辯，到後階段始提出而遭駁回時，因前訴訟完全沒有審理此部分，法院認為係逾時提出攻擊防禦方法而應駁回者，此原因關係因並未審理，亦未進行實質上辯論，即不發生拘束力。問題是，若當事人已提出借款未交付之原因關係抗辯，就此部分法院亦已闡明應提出證據，但當事人在前訴訟程序一直到後階段才又聲明要訊問何證人，此時，法院認為已屬逾時提出，以致於在未訊問該證人之情況下，法院不能認定借款未交付，就此，是否可認為

當事人未受徹底之程序保障？並不見得。因為若法院已經闡明，當事人卻未相應於法院之闡明盡其適時提出之義務，而在後階段遭受駁回的不利益，依照前述論證，即從負自己責任的角度，應認其應受拘束，不能說其受失權效即謂其未受程序保障。

尚且，進行辯論之程度也會關連於舉證責任之分配或證明度，在評價有無受到程序保障一事時，亦必須一併考慮。就法院是否為實際上判斷而言，在爭點有多數時，在美國法上係一爭議很大的問題，亦即，在前訴訟如果爭點很多，此些爭點是否全發生拘束力或全不發生拘束力？必須要分不同的情形加以處理。特別在只要其中有一個能成為法院裁判之依據時，亦即，兩爭點係屬於可替代性，爭點一或爭點二其中之一有理由即可時，就何爭點係法院實質審判一事，恐怕難以論斷，故即認為兩者皆不發生拘束力。此種結論可能與美國採取陪審制度及判決書的格式有關，在陪審團的審判模式下，判決書之做成很難如同我國法院應依民事訴訟法第226條第1項第6款及第3項規定，要求判決理由中應詳細記載當事人之攻擊防禦方法及法院見解，若漏未斟酌，即構成裁判不備理由而成為上訴第三審之理由。因此，我國就判決理由的要求與美國法的要求顯然不同，從判決理由中可清楚判斷法院就何爭點為判斷，有無為實質上的審理判斷，因而，就可替代性爭點之判斷而言，美國法上採取皆不發生爭點排除效的見解，我認為可能要視我國審判實務之狀況決定，不能直接援用。其實，在有多數爭點時，當事人亦可排列審理順位，原告若要求就爭點一法院認為有理由時，即不必審理爭點二，此時法院如認爭點一之原告主張有理由但仍於判決理由中交代爭點二之判斷，應認為屬不必要之判斷，因對當事人而言並無預測可能性，我認為就爭點二部分不能發生拘束力；但是就爭點一部分，仍應發生拘束力，因為當事人已為徹底之辯論，而法院亦已為實質判斷。較有問題者係，法院若未協同當事人排列爭點審理順序時，不免殘留何爭點始能發生拘束力之問題，所以重點在於實務之操作，換言之，若未排列審理順序，為使當事人能合理預測最後究竟以何爭點作為判決之依據，於裁判前，應適當表明法院暫時

之心證，使當事人瞭解就爭點一或爭點二法院採擇何者為判斷，法院的心證公開即係表明其就何爭點為心證形成並記明筆錄，使當事人有補充陳述或反駁之機會，此亦可提高當事人就裁判之信服度且避免對其造成突襲，於此重要的是，此可成為後訴訟判斷前訴訟究竟是就何爭點進行徹底審理而應發生拘束力的依據。

再者，前後兩訴之利益是否應相當？我個人認為，爭點的拘束力應考慮程序上的因素，至於例如有些德國學者認為，應從實體上之關連性或利益上是否相當之角度認定，係較側重實體法思考的角度。實體法上有關連性之部分，在程序上未必皆會受慎重審理，因此，應從爭點整理的程序上確認爭點的判斷。若前後訴訟利益之差別很大，是否在後訴訟完全不能發生拘束力？未必如此。此問題可以回到程序保障的判斷，例如若當事人前訴訟請求1萬元之利息，後訴訟請求100萬元本金債權之給付，此時，向來認為因利益顯不相當，後訴訟並不受拘束；但我認為前訴訟所踐行的是小額訴訟程序，後訴訟為通常訴訟程序，兩程序之程序保障本有差異，在後訴訟不受拘束一事，係從程序保障的角度而論其合理性，若單純從金額差距的論點，個人較不贊成。另外，若前後訴訟皆係通常訴訟事件，但一個是100萬、一個是900萬，利益上亦可能有顯然差異，如報告文第20頁所舉之例，前訴訟是甲向乙給付買賣價金100萬元，乙抗辯此係受甲詐欺所締結，且已撤銷買賣之意思表示，故不給付價金，法院即駁回甲之請求，後訴訟乙對甲提起價金返還之訴訟，請求返還原給付之900萬元，從單純的利益而言，前後訴訟之標的利益是否亦有顯然之差異？是否可謂前訴訟就契約是否受詐欺而已合法撤銷一事的判斷對於後訴訟皆完全不生拘束力？個人認為未必如此。可能還是需要從前後訴訟上爭點整理及程序保障的具體情形等整體考慮。

就適用法規錯誤之拘束力問題而言，原則上，正確地適用法律，是法官之職責，單純之法律適用，前後訴訟法官之見解不同，並無拘束力。但問題並非如此單純，因為許多事實的認定亦交雜了法律見解，例如過失之認定，牽涉到注意程度之判斷，亦屬法律見解之性

質，若法律見解與事實問題相牽扯，個人認為此部分亦應認為有拘束力，否則能發生拘束力之範圍幾乎沒有，因為許多是否該當構成要件的問題均會涉及法律判斷。

最後，爭點效或判決理由中判斷的效力究竟有無所謂之遮斷效？實務上見解分歧，文獻上亦有認為沒有遮斷效，前訴訟基準時點以前存在的事實，在後訴訟程序上仍可再為主張，但亦有認為基準時點與既判力相同，故在前訴訟事實審終結時點以前存在的事實證據，亦要受遮斷。就我個人而言，若從論證上之一致性，既然判決理由中判斷之拘束力係建立於程序保障的自己責任，應該也要認為，發生遮斷效，亦即，若已給予當事人提出攻擊防禦方法的機會而其未為之，其在後訴訟再提出以使法院為不同之認定，可能非適當之作法，否則承認爭點效或判決理由判斷中之拘束力，並無太大的意義，因為當事人在前訴訟可能抱持僥倖的心態而不徹底攻防，認為在後訴訟仍可能使法院有不同之心證而不受前判決之拘束。因此，就判決理由中判斷的拘束力，應該同時承認有遮斷效，在前訴訟言詞辯論終結時點以前，當事人就該爭點之認定應提出之事證若未提出，從自己責任的角度而言，亦可能發生遮斷效或失權效。

綜合言之，在爭點集中審理模式採用後，到目前為止大約九年，似乎也已到了可以重新省思判決理由中判斷的拘束力。我認為，基於自己責任的法理基礎，判決理由中判斷的拘束力，可被承認為相當於既判力的拘束力，包括其積極效力與消極效力及其遮斷效，此承認不僅是為了當事人之利益，亦具有公益層面的考量，因此其亦屬職權調查事項。與訴訟標的唯一的不同在於，既判力發生之對象一概係訴訟標的，但判決理由中判斷發生拘束力的對象、要件，則需具體個案界定前訴訟所整理的爭點為何，是否與後訴訟之爭點具有同一性，非所有判決理由中判決均可發生拘束力，而應個別認定。其實，在新訴訟標的理論下，既判力是否一概均對訴訟標的發生，也非毫無爭議，是否也應從實質上受程序保障的角度而限縮其範圍。此可帶來之啟發是，不論係既判力，或判決理由中判斷之拘束力，皆應回歸當事人在

程序上的程序保障。以上是我的報告，謝謝大家。（論文書面如下）

壹、前言

民事判決之既判力客觀範圍是否僅限於判決之主文或訴訟標的，判決理由中之判斷是否或在一定條件下具有拘束力（既判力或爭點效），為我國民事訴訟法學界爭論已久之問題，早在1984年即已成為民事訴訟法研究會之報告論文及討論對象¹，文獻上亦有相當多之討論²。

實務裁判也逐漸受到學說發展之影響，最高法院之判例迄今雖然仍堅持既判力僅就判決主文判斷之訴訟標的始可發生³，且最高法院之

¹ 王甲乙等著，判決理由之效力，民訴法研究會第17次會議（1984年12月16日）研討記錄，民事訴訟法之研討(二)，1987年，頁136以下。

² 早期見解，肯定者，例如駱永家，判決理由與既判力，既判力之研究，1975年，頁74以下；駱永家，判決理由中判斷之拘束力，民事法研究III，1988年，頁37以下。在2000年民事訴訟法修正後對於爭點效表示肯否之論述，肯定者，例如邱聯恭講述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2008年筆記版，頁302；陳計男，民事訴訟法論（下），2005年增訂3版，頁64-65；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，頁283-289；黃國昌，爭點效理論之細緻化——評最高法院九六年台上字第一七八二號判決，台灣本土法學雜誌，第108期，2008年7月，頁67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，爭點效之第三人效力——由最高法院八十九年台上字第二三〇五號及八十九年台上字第二〇八八號判決出發，民事訴訟理論之新開展，2005年，頁409以下；否定者，例如陳啟垂，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；陳榮宗，林慶苗，民事訴訟法（中），2004年修正3版，頁641-642。

³ 最高法院73年台上字第3292號民事判例要旨謂：「民事訴訟法第四百條第一項規定確定判決之既判力，惟於判決主文所判斷之訴訟標的，始可發生。若訴訟標的以外之事項，縱令與為訴訟標的之法律關係有影響，因而於判決理由中對之有所判斷，除同條第二項所定情形外，尚不能因該判決已經確定而認此項判斷有既判力。」

判決中亦有據此判例而否定判決理由中之判斷有任何拘束力者⁴；但卻另有最高法院之判決認為，既判力與爭點效係不同之制度，因此，雖一方面認為既判力客觀範圍「以訴訟標的經表現於主文判斷事項為限，判決理由並無既判力」，但卻又同時承認判決理由中判斷具有拘束力⁵，並有將之稱為「爭點效」者⁶。再者，又有判決進一步闡釋所

⁴ 文獻上雖有認為，「最高法院已不復見明白否定爭點效理論的見解」，參見黃國昌，同註2，頁68。惟本文附表一所例示之最高法院94年台上字第1933號民事判決、96年台上字第266號民事判決、97年台上字第179號民事判決，係最高法院在最近三年內仍明白表示否定判決理由中判斷之拘束力。

⁵ 雖未稱為「爭點效」，但認有拘束力者，例如最高法院97年台上字第298號民事判決：「按確定判決之既判力，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，足以推翻原判斷之情形外，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。」同類意旨之判決尚有：最高法院97年台上字第1915號民事判決、最高法院97年台上字第1289號民事判決、最高法院97年台上字第351號民事判決、最高法院96年台上字第1964號民事判決、最高法院96年台上字第1214號民事判決、最高法院95年台上字第2722號民事判決、最高法院95年台上字第1885號民事判決、最高法院95年台上字第1775號民事判決、最高法院95年台上字第1611號民事判決、最高法院95年台上字第1574號民事判決、最高法院95年台上字第1220號民事判決等判決（檢索期間：2006年1月1日起至2008年9月30日）。

⁶ 明文稱為「爭點效」之判決，例如最高法院96年台上字第1782號判決：「按為訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束（既判力之『遮斷效』、『失權效』或『排除效』），不得以該確定判決言詞辯論終結前，所提出或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法為與確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之判斷，此就民事訴訟法第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

謂「重要爭點」之意義，除在程序上係「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」者外，在實體利益上，尙要求「前後兩訴之標的利益大致相同者」⁷。而最高法院就判決理由中判斷承認拘束力之論據，除向來係以民事訴訟上誠信原則為其理由外⁸，近來較新之裁判中又有提出「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』」之觀點⁹。在主觀要件上，最高法院則將判決理由中判斷之拘束力限於在「同一當事人間不同之訴訟事件，始有適用」¹⁰。

面對最高法院分歧之見解，本文擬進一步討論：在1999、2000、2003年修正後之民事訴訟法（以下簡稱爲「新法」），採行經整理爭

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。」同類意旨之裁判尚有：最高法院96年台上字第1214號民事判決、最高法院96年台上字第2569號民事判決、最高法院96年台上字第633號民事判決、最高法院96年台上字第307號民事判決、最高法院95年台上字第1972號民事判決。

⁷ 最高法院96年台上字第633號民事判決、最高法院96年台上字第307號民事判決謂：「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。」

⁸ 陳啟垂，同註2，頁159，認為：最高法院僅以民事訴訟法上之誠信原則作為爭點效承認之依據，略嫌空泛而不足以支持其論據。

⁹ 參見註6所引最高法院判決。

¹⁰ 例如最高法院97年台上字第1783號民事裁定。判決理由中判斷之主觀範圍為何，是否如最高法院判決之一貫見解認為，僅限於當事人間始發生？有無對第三人亦發生拘束力之情形？在新法第67條之1、第507條之1等相關規定下，亦有重新思考之必要。但因限於本次報告字數兩萬字之限制，且為能集中討論，將另行為文論之。

點後為言詞辯論之爭點集中審理模式，對於判決效力客觀範圍之界定，是否或得有如何之影響？既判力承認之法理基礎為何？在同一法理基礎下，有無承認判決理由中判斷拘束力之餘地？此除以誠信原則、公平或紛爭一次解決外，是否均與程序保障及突襲性裁判防免有關？如承認判決理由中判斷之拘束力，是否亦可避免同一爭點之紛爭再燃，而與公益有關並非僅涉及當事人間利益？此是否宜定性為法院職權調查事項而非僅為當事人利益之抗辯事項？判決理由中之判斷如宜承認拘束力，其要件為何？

貳、判決拘束力之正當性基礎：從訴訟標的到判決理由中之判斷

一、對於訴訟標的判斷之拘束力

我國民事訴訟法第400條於2003年修正時始將「既判力」三字正式納入條文規定，其修正理由謂：「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。」由此可見，既判力之主要功能一方面在於維持當事人間法的安定性，此具有保護當事人對於權利存在與否所為法院判斷之信賴；另一方面則係不允許紛爭再燃，以維護社會上法之和平，而具有公益性¹¹。

既判力是司法給付請求權（向法院請求為裁判之權利）之必要結果，並根基於憲法上之法治國原則，當事人間存在有法和平之要求，

¹¹ 邱聯恭講述，許士宦整理，同註2，頁257-258。

紛爭應予以終結。雖然既判力也蘊含著受到錯誤裁判所拘束之危險，不過，與不承認既判力所產生之欠缺法安定性的不利益相衡量，既判力則屬於必要且較小之危害。此外，誰又能確保，第二次的裁判就一定會比第一次正確¹²。不過，既判力之正當性除了源自於民事訴訟本身之制度性外，也不能忽略程序保障之要求¹³。既判力之正當性並不建立在裁判之正確性，而是在於程序本身之正當性。國家透過對於法官之法學教育養成及國家考試之擇取，並以盡可能確保法發現及法明確化為導向之程序，特別是透過對於當事人賦予聽審請求權、避免突襲性裁判之發生或判決受上級審之審查可能等方式，而使裁判盡可能為當事人所信服。當事人在民事訴訟上既然就訴訟標的有處分之自由；就事實、證據亦有提出與否之決定自由，而有提出各項攻擊防禦方法之機會以影響裁判之結果，對於敗訴不利益之結果，則應受到拘束而負自己責任（Verantwortung）¹⁴。

二、判決理由中判斷之拘束力

向來反對判決理由中之判斷具有拘束力之見解，不外有下列理由：(一)違背立法者之明確意旨；(二)當事人係以訴訟標的之特定彰顯其欲發生拘束力之意思決定，因此，如賦予判決理由中之判斷具有拘束力，將違背當事人之意思而欠缺可預見。訴訟標的之範圍具明確性，但判決理由中何部分具有拘束力，則不具明確性及可預見性，恐招致對於當事人之突襲，或使紛爭擴大；(三)若當事人欲就判決理由中判斷發生既判力，利用中間確認之訴即可；(四)前訴訟之判決理由中判斷可能錯誤，後訴訟法院若仍須受到拘束，則將使裁判之錯誤繼續存在¹⁵。

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 150, S. 1055.

¹³ 既判力之實質上根據論有制度上效力說、正當化根據說、提出責任效說等見解，參見邱聯恭講述，許士宦整理，同註2，頁272以下。

¹⁴ 邱聯恭講述，許士宦整理，同註2，頁302。

¹⁵ 參見BGH, NJW 2003, 3058 ff.; Otto, Umfassende Streitentscheidung durch

對於上開反對見解之理由，姑且不論在德國文獻上已有諸多批評見解，縱然認為在德國法上可採，但就我國法而言，則未必可採。如果說判決之既判力係民事訴訟之必要制度，就特定爭點所為之判決理由中判斷，其拘束力則可謂係爭點整理及爭點集中審理制度之產物，兩者同樣均以程序保障為其正當性依據，而可類推適用民事訴訟法第400條有關既判力之規定。其理由如下：

(一) 爭點集中審理模式與程序保障

我國文獻上反對判決理由中判斷有拘束力之見解，主要係憂慮在舊法下之「訴訟程序運作之實況，若未能滿足程序保障之情形下，即認判決理由有拘束力，反而弊多於利。¹⁶」但民事訴訟法在2000年之修正，係特別指向於程序權之保障或程序保障為中心之爭點集中審理模式，因此，在修法後，有必要重新基於爭點集中審理模式下之程序保障要求而重新評價判決理由中判斷之拘束力。

向來係以「訴訟標的之範圍＝判決標的之範圍＝既判力客觀範圍」為界定既判力之公式，因此，訴訟標的範圍應清楚明確，以使當事人在訴訟上攻擊防禦之目標明確化，並能正確地預測到判決效力之範圍。為此，法院之闡明義務被予以強化。為避免訴訟標的之界定上爭議，使法院與當事人間對於訴訟標的之認知有誤，要求法院於依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不足時，應闡明訴訟標的為何及其範圍，此亦包括原告得主張之法律關係而未主張之情形，以利原告衡量實體利益與程序利益而為適當之主張（民訴法第199條之1第1項立法理由參照）。藉此，亦可使當事人預測到確定判決之既判力範圍。相對於原告，對於被告主張有消滅或妨礙原告請求之事由，究為防禦方法或提起反訴有疑義時，法院亦

Beachtung von Sachzusammenhänge, 1998, S. 50-59.

¹⁶ 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。

應為闡明（民訴法第199條之1第2項），以平等保障兩造當事人¹⁷。

但法院之闡明亦不以訴訟標的之闡明為已足，由於就訴訟標的法律關係之判斷，係以構成要件是否具備為前提，就各該構成要件該當性之判斷，則以事實（含主要事實、間接事實）及證據為依據。就此，法院亦必須踐行事實及證據之爭點整理程序，以資確定：當事人是否已提出主要事實、與主要事實相關連之間接事實為何、對造所爭執之事實及不爭執之事實各為何、就爭執事實之舉證責任分配為何、為證明有爭執事實之證據為何、舉證者是否已聲明證據並促其聲明證據、就已經聲明之證據是否均有調查之必要。在事實及證據之爭點整理程序上，法院亦應為適當之闡明，以避免因事實、證據上爭點不明而發生事實認定、推理過程或法律適用上之突襲或促進訴訟的突襲。法院於調查證據前，即應先將與該訴訟有關之爭點曉諭當事人，使兩造知悉事件之爭點及證據與待證事實之關連後，始進行證據之調查（民訴法第296條之1立法理由參照）¹⁸。相對於法院為整理爭點之闡明義務，當事人就特定爭點於適當時期提出事實、證據之行為義務即予以具體化，其如未相應於法院之闡明而有可歸責於己之事由未提出之事實、證據，即可能遭受失權之不利益制裁（例如民訴法第196條第2項、第268條之2、第276條、第447條）。

當事人不僅對於訴訟標的有處分權，依辯論主義之精神，其對於在訴訟上應提出何事實、證據亦具有處分權，當事人就特定爭點之判斷如果不欲發生拘束力，亦可透過爭點整理程序，將之排除在爭點範圍之外。藉由爭點整理程序明確地將爭點為何予以確定，可使當事人就判決理由中何部分發生拘束力有所預見，並可避免當事人因憂慮被判決理由中旁論性質之理由所拘束而提出太多非必要之攻擊防禦方法，亦可避免產生突襲性裁判。例如甲列乙為被告，起訴聲明請求法院判令乙給付新臺幣100萬元，並表明事實理由如下：「甲執有乙所

¹⁷ 詳見邱聯恭，爭點整理方法論，2001年，頁14-18。

¹⁸ 邱聯恭，同註17，頁23以下。

簽發，票載日期某年某月某日、票面金額100萬元的支票一紙，因為該票未獲兌現，所以請求法院判決命乙給付該金額。」如果被告在訴訟中提出罹於時效及原因關係之抗辯，但經爭點整理後，限縮爭點於於罹於時效之抗辯時，則有關於原因關係部分，因未成為爭點，即不發生拘束力。又如在所有物返還請求訴訟，當事人間爭點經整理後係集中於被告是否為有權占有人，至於原告是否為所有權人一事未成為爭點時，則判決理由中縱然提及原告為所有權人，亦屬旁論性質，而不能具有拘束力。雖然原告為所有權人係所有物返還請求權之先決要件，而具有法律上必要關連性，但如並未成為前訴訟上之爭點，則不能僅以實體法上關連性而對於後訴訟產生拘束力。

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，如前所述，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，既然亦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。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，再就同一爭點為爭執，在前、後訴訟上之主張相矛盾之情形，固然可說係違背禁反言原則，而有違誠信原則，不過，當事人在前、後訴訟之主張均相同，無自相矛盾之行爲時，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、損傷司法之威信。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」¹⁹，不如以程序保障作為其正當性基礎。

(二)中間確認之訴無法完全取代判決理由中判斷拘束力之承認

中間確認之訴係以訴訟進行中「裁判所據之先決法律關係」為標的，但判決理由中判斷拘束力可能涉及事實之認定部分，就此，亦有難能提起中間確認之訴的情形。例如在不作為訴訟中，就侵害行為是否具有過失為主要爭點，但關於過失，並不能提起中間確認之訴。同一當事人間如於不作為訴訟之判決確定後，又就同一侵害行為提起金錢損害賠償之訴時，在承認判決理由中就此之判斷具有拘束力時，即可避免重複裁判或裁判矛盾之程序上不利益。

(三)錯誤之判決亦有既判力

就訴訟標的之判斷，亦可能產生錯誤，但當今已無人會認為，錯誤之判決即不應具有既判力，前訴訟之訴訟標的如為後訴訟之先決法律關係時，後訴訟之法院仍應以前訴訟所認定之訴訟標的法律關係為判決之前提。因此，以判決理由中就爭點之判斷可能錯誤為理由而拒絕承認其拘束力，並不可採。

(四)解釋論上之可能性

德國法上既判力客觀範圍之規定於歷史發展上與我國有所不同，德國民事訴訟法第322條在立法當時，曾就判決理由中關於先決法律關係之判斷是否具有既判力一事有極大之爭執，形成日爾曼普通法與普魯士法之對決。Savigny極力主張應採日耳曼普通法，將既判力及於判決理由中關於先決法律關係之判斷，而普魯士法係繼受當時法國民法第1351條有關既判力之規定，將判決之既判力僅限於主文，而不及於理由中之判斷。在當時受到法國大革命影響之政治風潮下，由普魯

¹⁹ 黃國昌，同註4，頁74。

士法取得優勢²⁰。即便是在如此的立法沿革下，於德國仍有學者認為，在解釋論上，德國民事訴訟法第322條規定也未完全排除將既判力擴張及於判決理由之部分。在二次戰後，Zeuner即主張，既判力應擴張及於判決理由中在實體法上意義關連之部分，既判力擴張之正當性係建立在前後二訴所主張之法律效果上具有內容上關連性，而使前訴所被確認及在後訴所被主張之法律效果，兩者經由特定客觀權利所產生之意義關連性得予以維持，以維護實體法價值²¹。其後，又有德國學者參酌英美法上爭點排除效（*issues preclusion*）主張，如紛爭之實際狀況並未改變，而後訴訟與前訴訟上之爭點在經濟利益²²或法律地位²³相同者，則前訴訟之判決上關於該爭點之判斷對於後訴訟應有拘束力。然而，此等見解始終未成為通說或為實務所採。就上開德國學者之見解而論，本文認為，在就既判力之本質採取訴訟法說之前提下，既判力所生對於當事人及法院之拘束力既然是程序上之作用性質，既判力擴張之正當性，亦應尋求於程序上之正當性，而非以實體法上之關連性作為既判力擴張之論點，此亦不免容易招致範圍不明確及欠缺可預見性之批評。不過，Zeuner的見解在德國雖然未成為通說，但其所提出之問題，卻也引起廣泛注意。德國聯邦最高法院迄今原則上雖仍堅持，判決理由中之判斷不生既判力，但卻亦有例外承認既判力擴張之案例，例如前訴訟係原告基於被告所負之契約上不作為義務而提起不作為之訴，法院如於判決中認定被告之一定行為係違背契約義務時，則此認定在其後同一當事人間所進行之損害賠償訴訟

²⁰ 參見沈冠伶，一部請求之判決對於餘額請求之效力——最高法院89年度台上字第71號判決之評釋，台灣本土法學雜誌，第31期，2002年，頁75-94。

²¹ Zeuner, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959, S. 44, 51, 53 f.

²² Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 171 ff.

²³ Rimmelpacher, Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970, S. 202 ff., 259 ff.

(後訴訟)上,就同一行為所具違法性一事,亦生既判力²⁴。此外,當事人一造於後訴訟上可以提出「對造違背誠信原則在訴訟上為不合法之權利行使」的抗辯²⁵,後訴訟之法院就當事人在前、後訴訟上相矛盾之訴訟行為得視為權利濫用,而不斟酌該矛盾行為之主張²⁶,就此而言,與我國實務上以誠信原則為理由而承認爭點效,頗有類似之處。不過,在要件上,德國實務並未如我國實務般設有一定要件,而是認為,正因為權利濫用之不確定構成要件,可使法官能斟酌個案具體情況而考量當事人是否及以何種方式曾經對於在判決中已經認定之爭點問題為爭執。亦有認為,基於真實義務(德國民訴法第138條第1項)之要求,後訴訟當事人不得為相反之主張。晚近,在歐盟國家對於民事訴訟整合之努力及壓力下,由於德國法對於既判力範圍嚴格之認定在比較法上乃屬少數,擴張既判力範圍之呼聲亦漸增。學者Leipold即主張,對於德國民事訴訟法第322條第1項有關於既判力之規定,從避免紛爭再燃之觀點,不拘泥於字義,而為目的性解釋,對於判決主文以外之其他部分,在一定條件下,例如在前訴訟上具體經當事人爭執且由法院予以審理之部分,由於可期待當事人應受拘束,既判力即可擴張及於此²⁷。

²⁴ BGHZ 42, 340; BGHZ 123, 137.

²⁵ 例如他造在前訴訟已經主張契約無效,在後訴訟卻又主張契約有效及其法律效果時,即為權利濫用之情形。Blomeyer, Festschrift für Lent, S. 55; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29 Aufl., 2007, § 63 III 2.

²⁶ BGH, NJW 2003, 3058.

²⁷ Leipold, Teilklage und Rechtskraft, in: FS für Zeuner, S. 433 ff. 並舉一部請求為例說明,訴訟標的雖僅限於一部數額之範圍,但法院對於原告在一部請求上所據之債權必然會予以徹底審理,此與其他在判決理由中之判斷有所不同,因此就該債權存否之判斷應生既判力。原告之一部請求如經法院以無理由駁回時,則餘額請求之提起係抵觸前訴之判決中關於債權不存在之認定,而須以不合法予以駁回;反之,原告之一部請求如為勝訴,則在判決中關於債權存在之認定,對於當事人及法院亦具有拘束力,在原告所為之餘額請求,法院不得為就債權之存在為相反之認定。

就我國法而言，民事訴訟法第400條規定雖係繼受德國民事訴訟法之規定，惟在1930年立法當時，是否如德國之立法者般，係有意識地在兩種不同之立法政策上予以選擇，尙難考證。其後，司法院之民事訴訟法研究修正委員會於討論民事訴訟法第400條修正案時，曾經就判決理由中之判斷是否應賦予拘束力一事予以討論，雖未明文立法，但多數委員之意見並非一概否定判決理由中之判斷得具有拘束力，而係留待實務及學說發展²⁸。因此，似乎難能直接援引德國文獻上所持立法者已明確採取否定立場，因而在解釋論上已無類推適用可能之論點，逕直接套用於我國法之解釋。再者，1930年舊民事訴訟法第388條之立法理由謂：「此範圍之效力，在以訴或反訴所主張之請求，已經裁判者爲限，以防止無益之爭論。」而在抵銷抗辯之數額範

²⁸ 司法院民事訴訟法研究修正委員會第323次會議（1990年6月26日）討論民訴法第400條之修正案時，出席委員（含主席）共有十位，除主席外，其他委員均表示因立法技術上困難，可留待學說實務發展，例如吳明軒委員發言：「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條如果要修正本席很贊成，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」；陳計男委員發言：「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」；林明德委員：「……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」；范光群委員：「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，委諸學說及實務發展，此涉及諸多問題，似不宜貿然增列」；楊與齡委員：「我國司法院大法官之解釋理由，法無明文規定其具有拘束力，惟實際上亦具有拘束力，再者本法關於攻擊防禦方法，如不認其具有拘束力，將發生許多問題，但如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高見，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：「本席贊成多數委員之意見委諸實務去運作即可」；陶振聲委員：「本席贊成王委員甲乙先生的高見」；王玉成委員：「又判決之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。」收錄於：司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(七)，1991年，頁152以下。

圍內，經法院裁判者，「使其有既判力，以副當事人之意思」。由此可見，立法者之所以將既判力限定在訴訟標的（民訴法第400條第1項）及抵銷抗辯之主張額度範圍（同條第2項），並經法院為裁判者，主要係因該部分係本於當事人意思，而在其得預見之範圍內發生拘束力。因此，在新法規定下，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。

參、判決理由中判斷拘束力之性質

我國學者中贊成判決理由之判斷有拘束力者，主要係引日本學者新堂幸司所提倡之「爭點效」理論，並認為關於爭點效之存否，是為維護當事人間之公平，應由因拘束力而受利益之當事人主張，而非屬法院職權調查事項²⁹。相對於此，德國學者對於判決理由中判斷所承認之效力，則視為「既判力之擴張」（*Rechtskrafteerweiterung*）。如為既判力之擴張，則不待當事人提出責問，後訴訟之法院應依職權調查前訴訟之判決拘束力對於後訴訟是否發生，此外，在後訴訟之訴訟標的如為前訴訟之判決理由中所判斷之先決法律關係，則後訴訟即應以起訴不合法之裁定駁回，法院無庸就本案請求為審理而為無理由之判決。例如在一部訴求事件，如前訴訟之判決理由中認定一部訴求所依據之基礎債權不存在，而以無理由駁回原告全部請求時，則原告又提起餘額請求時，係牴觸前訴訟之判決理由中關於債權不存在之認定，後訴訟法院應以起訴不合法駁回餘額請求³⁰。

本文認為，承認判決理由中判斷之拘束力，在正當性基礎上，如

²⁹ 新堂幸司，新民事訴訟法，2000年，頁604；駱永家，同註2，頁51以下、88；陳計男，民事訴訟法論（下），2000年修訂新版，頁71。

³⁰ Leipold, *supra* Anm 27, S. 433 ff.

前所述，與既判力並無不同，均係建立在對於當事人之程序保障及當事人之處分權。再者，判決理由中判斷之拘束力所維護之利益，亦與既判力類似，不僅是為保護當事人一造能享前訴訟有利判斷之利益，基於誠信原則，禁止當事人他造於前、後訴訟上為自相矛盾之主張；更係為避免同一爭點之紛爭再燃，而造成重複審理、裁判或裁判矛盾之結果，此不僅與當事人之利益有關，亦與司法資源合理分配之公益有關。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。

爭點效理論由於係受美國法上爭點排除效（Issue Preclusion）所啟發，因此，亦採取美國法上由當事人抗辯之方式。不過，在美國法上爭點排除效發生作用，固然係由當事人所主張，法院不依職權調查，惟不容忽略的是，在美國法上之請求排除效（Claim Preclusion），即相當於我國法上就訴訟標的（訴訟上請求）之判斷所生效力，亦非法院職權調查事項，而係由當事人提出拘束力之抗辯後，法院始為斟酌。雖然美國文獻上亦多認為，判決之實質上確定力（拘束力）不僅為當事人之利益，也具有公益層面之意義，但不同於德國法，在後訴訟之法院，仍然不依職權斟酌判決之請求排除效（既判力）與爭點效³¹，此為美國法與德國法在既判力作用上之制度性差異。就我國法體系而言，向來就涉及有關公益層面維護之事項，既然認為係職權調查事項，民事訴訟法上雖然未同於奧地利法³²，明文規定法院應依職權調查既判力之存否，但學說及實務上均一致認為，既

³¹ Engelman-Pilger, a.a.O., S. 37-38.

³² 1930年我國民事訴訟法第388條第3項本有規定，後刪除之；但現行奧地利民事訴訟法第411條第2項仍明文規定，法院應就判決之既判力依職權予以斟酌。

判力之存否屬於職權調查事項，此可說已成為我國民事訴訟法上之習慣法或法理。判決理由中判斷之拘束力，誠如最高法院所言，除為當事人間公平外，亦有避免紛爭反覆發生，以達「一次解決紛爭」之作用。此既然與既判力之公益性相當，則不宜僅在當事人提出抗辯時，始生作用；縱然當事人不為抗辯，如有必要，法院亦得依職權問，決定是否受前訴訟之判決理由判斷所拘束，而不必再就同一爭點為審理、判斷。

肆、判決理由中判斷拘束力之要件

向來以訴訟標的之範圍作為界定標準，固然有其明確性，但衍生之問題即在於，不能徹底利用一個程序以解決紛爭；反之，如將拘束力擴大及於判決理由中關於重要爭點之判斷，雖能避免同一爭執再燃，但易使當事人無從預測判決在何範圍具有拘束力，而可能有違背當事人之期待，致生突襲之虞。因此，關於前訴訟之判決理由中判斷在何條件下得對於後訴訟發生拘束力的問題，主要之關鍵即在於，如何使當事人對於判決理由中具有拘束力而不得再爭執之事項有所預測。

前訴訟之判決理由中何部分應發生拘束力，其要件為何？縱然是在美國，雖原則上承認判決理由中之判斷具有爭點效（*issue preclusion*），但歷經百年來，仍無法完全排除爭議。在德國文獻上主張既判力宜擴大於於訴訟標的以外部分之見解，就何部分可發生拘束力，亦相當分歧。我國文獻上有認為：實務上所謂「重要爭點」，即同於新堂幸司教授所謂「主要爭點」；實務所謂「本於當事人辯論之結果」，即相當於新堂教授「當事人在前訴曾盡其主張舉證之工作」；實務所謂「除有顯然違背法令之情形」，即相當於美國法上所謂「必須為有效之終局判決之判斷」；實務所謂「除當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外」，即相當於新堂教授所謂「僅

就前訴基準時所爲之判斷發生」³³。不過，本文認爲，我國實務上所發展出之要件，與日本新堂幸司教授所倡之爭點效理論或美國法上之爭點排除效之要件，似不完全相同。以下茲就實務裁判中所稱之下列要件：一、重要爭點；二、當事人進行辯論；三、法院本於當事人辯論之結果爲判斷；四、前後二訴之標的利益相當；五、該判斷無顯然違背法令；六、當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷，分析其當否，並提出個人淺見。

一、重要爭點之界定

關於判決理由中判斷發生拘束力之正當性理由，如前所述，係建立在程序保障上。因此，判決理由中何部分應發生拘束力，即應回顧、觀察前訴訟程序上法院與當事人間之具體活動。在「重要爭點」之判斷上，並非以前、後訴訟在實體法上之關連性而定，毋寧是應以當事人就該爭點之判斷產生拘束力一事，是否具有可預見性而不致生突襲性裁判³⁴。

前訴訟之判決理由對後訴訟有拘束力之範圍，係前、後訴訟之同一爭點。在爭點之型態上，有屬於權利義務關係構成要件中之先決法律關係性質，亦有僅涉及事實之爭點，此又可再區分爲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爲限，亦可能及於事實之認定³⁵。由於爭點之整理，不僅以主要事實之爭點爲已足，在當事人不能直接證明主要事實存在之情

³³ 參見駱永家，同註2，頁58；最近之文獻中亦有認爲，美國法就爭點效所設定之要件，基本上與我國學說與實務見解之界定相同，僅於判例法所累積之數量及要件解釋上細緻程度有所差距，參見黃國昌，同註2，頁75。

³⁴ 邱聯恭發言，民事訴訟法研究會第十七次研討記錄，民事訴訟法之研討(二)，頁168以下。

³⁵ 在德國文獻上有認爲，既判力擴張及於判決理由中之部分僅以先決之法律關係爲限，而不宜及於個別事實之認定：Engelmann-Pilger, a.a.O., S. 95. 不過，此似不宜一概而論，仍應視法院及當事人就爭點整理、特定、具體化之程度及可預見性而定。

形，間接事實之爭點為何，更形重要。況且，隨著實體法上構成要件之抽象化或不確定法律概念之增多，間接事實往往才是扮演決定訴訟勝敗結果之關鍵角色³⁶，因此，僅就爭點整理至要件事實（或主要事實）之層面，尚難認為爭點已經具體，而足以使當事人預見將來可能發生拘束力之範圍。爭點界定的越具體，則越能排除在後訴訟程序上關於前訴訟之爭點為何的爭議。由於訴訟標的可說是最大的上位爭點。在請求權競合時，就同一聲明，可能會發生有數項實體法上請求權之爭執；而在同一主要事實項下，亦可能有數項間接事實爭點需要判斷。因此，關於前、後二訴是否具有同一爭點及其界定之方法，其實係類似於訴訟標的之特定。

於實體法上請求權競合之情形，向來有新、舊訴訟標的理論之爭議，而在新訴訟標的理論下，由於將數項實體法上請求權均包含在同一訴訟標的範圍之內，因此，不免有範圍是否過大而對當事人有程序保障不周延之疑慮。於是在德國文獻上，遂有提出「訴訟標的概念相對化」之論點，亦即，在起訴（訴訟繫屬）、訴之合併、訴之變更追加及判決既判力範圍等不同訴訟制度間，宜視各該制度目的，就訴訟標的之範圍為彈性之解釋，而非固定不變³⁷。在判斷事件是否已為訴訟繫屬時，應基於將紛爭集中於一個程序予以處理、避免再另開程序之觀點，而解釋為所有正當化訴之聲明的事實皆已提出，成為審判之對象。然而，在判斷既判力之範圍時，則限於當事人實際上有提出爭

³⁶ 邱聯恭講述，許士宦整理，同註2，頁60-62。

³⁷ 此與我國學者所提倡之「訴訟標的相對論」，非同一事，有關訴訟標的相對論，參見邱聯恭，民訴研討四，頁323以下；邱聯恭，司法現代化，頁211-217。德國學者Blomeyer於1951年提出訴訟標的概念相對化之見解後，在文獻上逐漸受到重視與肯定：Blomeyer, ZJP 65 (1952), 52 (58)；詳細介紹：Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl. 1979, Einl. Rdnr 283；Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. 1998, § 322 Rdnr. 103-106；邱聯恭講述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義(二)，1999年筆記版，頁428-432；楊淑文，訴訟標的理論在實務上之適用與評析，政大法學評論，1999年，頁250。

執之原因事實群 (Tatsachenkomplex) 才構成判決之標的，而對於既判力之範圍為較嚴格之認定，以免對於當事人過苛或造成突襲³⁸。

相對於德國法之發展，我國新法並未對於訴訟標的之概念予以界定，但依原告之聲明及事實上之陳述，得主張數項法律關係，而其主張不明瞭或不完足時，審判長應曉諭其敘明獲補充之（民訴法第199條之1）。因此，受訴法院不能因自身採新訴訟標的理論之見解，即逕將訴訟標的認為係包含數項實體法上請求權（A、B請求權）之一個訴訟上請求，並以此界定判決之既判力範圍。如受訴法院未經闡明清楚，即進行本案審理而以A請求權不存在而判決駁回原告之訴確定時，應認為判決之既判力不及於B請求權³⁹。再者，如受訴法院闡明後，原告因顧慮為證明該當於B請求權之構成要件事實所需相關物證、人證尚未蒐集齊全，如貿然據該權利為訴訟標的，將可能難以充分攻防時，亦得基於程序處分權，而表明僅以A請求權為訴訟標的，而不包括B請求權。於此情形，判決之既判力自亦不及於B請求權。此種特定訴訟標的之方法，較之於德國所認採之新訴訟標的理論，更為尊重原告之程序處分權，且藉由法院之闡明，使審判之對象明確化，亦有助於被告為攻擊防禦方法之準備，或決定是否提起反訴，而可避免對於被告產生突襲⁴⁰。

³⁸ 晚近德國聯邦最高法院亦改持二分肢說而採取此見解：BGH, NJW 1990, 1795; NJW 1992, 1172; NJW 1996, 3151; BGHZ 132, 240.

³⁹ 參見邱聯恭，同註17，頁16-17。

⁴⁰ 我國文獻上另有提出所謂之「浮動的訴訟標的理論」，主張由評價規範之觀點，回顧既往之訴訟程序，考察被告之訴訟行為以及法院之闡明活動，由原告、被告及法院三者共同決定本案訴訟標的之基準及範圍，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，台灣本土法學雜誌，第44期，2003年3月，頁47-51。不過，就訴訟標的如採取新訴訟標的理論之見解，「浮動的訴訟標的理論」與前述德國文獻上所提出之「訴訟標的概念相對化」見解，並無不同，均具有限縮既判力範圍之作用；但如採取舊訴訟標的理論之見解，則「浮動的訴訟標的理論」將逸脫於原告對於訴訟標的之處分權，不無有強迫原告（追加）起訴之嫌，可能有侵害當事人之財產權、自由權之

訴訟標的界定清楚之後，在本案審理過程，應先認定該當於導致發生特定法律效果之要件事實是否存在，且在認定此要件事實（即訴訟上當事人所主張之主要事實）之必要範圍內，亦應蒐集、判斷有助於推認主要事實存在之間接事實。例如在因物之瑕疵而請求損害賠償事件，瑕疵為構成要件事實，而為訴訟上之主要事實（以下簡稱為C系列事實），而間接事實則係為推論主要事實存在之前提事實（以下簡稱為D系列事實）。買賣標的物如為房屋，瑕疵（C1事實）之認定可能以海沙屋即建屋砂石氯離子含量超過若干ppm（D1事實）、屋頂漏水（D2事實）或牆壁龜裂（D3事實）等間接事實為基礎，法院應行爭點整理至間接事實為何之程度。如前訴訟係甲向乙請求A屋瑕疵之損害賠償，主要爭點為A屋是否具有瑕疵（C1事實），經法院審理後認為C1事實不存在而駁回原告之訴。於前訴訟判決確定以後，後訴訟係乙向甲請求給付A屋餘款價金新臺幣100萬元，甲於後訴訟程序上，又提出A屋有瑕疵之抗辯，並主張應減少價金。前、後訴訟之主要爭點雖均為房屋是否具有瑕疵一事，但在前訴訟之判決中關於瑕疵不存在之判斷，對於後訴訟是否具有拘束力，並不能一概而論，宜視前訴訟之爭點整理程序上爭點特定、具體化至何程度而定，此可分成下列不同情況予以討論。

情況一：在前訴訟程序上，法院已偕同當事人整理爭點具體至D1事實，於後訴訟，甲仍主張瑕疵存在並僅提出D1事實，此時，前訴訟之判斷中關於D1事實之認定，對於甲應具有拘束力。蓋在前訴訟程序上，以D1事實為爭點，係具體明確，甲、乙應有充分提出攻擊防禦之機會，可期待甲能預見到法院就此爭點之判斷應具有拘束力。情況二：在後訴訟上，甲提出D2事實而主張有瑕疵，此時，就C1事實而

虞。尤其是我國法上並未採取強制被告提起反訴，但在此說下係經由解釋而使訴訟標的擴大，形同強制原告追加訴訟標的，而有違平等權保障之嫌。在舊訴訟標的理論下，如承認判決理由中判斷之拘束力（不論是爭點效或既判力之擴張），是否還有必要採取「浮動的訴訟標的理論」，非無疑問。

言，雖然為前、後二訴之同一爭點，但D2事實是否成為前訴訟程序上之爭點，必須對於前訴訟程序之爭點整理程序予以回顧、評價。由於判決理由中判斷發生拘束力之正當性係建立在程序保障及其所生之自己責任，正如同對於訴訟標的之界定，法院在事實爭點之形成、整理過程上，亦應藉由闡明方式，使當事人特定事實上爭點，並為事實上完全、必要之陳述（民訴法第199條第2項）。在C1事實已成為爭點之前提下，D2事實在前訴訟是否亦為爭點，與法院是否曾闡明使當事人有排列爭點之審理順序，或有無使甲能預測到法院對於D1事實之認定，而有提出D2事實或其他攻擊防禦方法之機會有關。如甲不能合理預測法院之心證，以致於未提出D2事實，則前訴訟之爭點應界定為「因海沙屋（D1事實）而具有瑕疵」，而不包括「因屋頂漏水（D2事實）而具有瑕疵」。此即類似於在請求權競合情形，當事人擇定以A請求權為訴訟標的，但不包括B請求權。情況三：如前訴訟之法院於裁判前已踐行適當之闡明，但甲未限縮其爭點為「因海沙屋（D1事實）而具有瑕疵」，而是主張「房屋具有瑕疵（C1事實）」，並有意於此訴訟上主張所有可能該當於瑕疵之間接事實及證據，且受訴法院亦已使甲就判斷C1事實之其他間接事實（D2、D3或其他）及證據有提出之機會，但甲卻未為提出，即應負自己責任。就此爭點之判斷，對甲應具有拘束力⁴¹。

⁴¹ 在美國法上，曾有見解主張，就裁判上事實應區別為主要事實（ultimate facts）及間接事實（mediate facts），僅有就主要事實之判斷始生爭點效。例如甲起訴主張乙在某年某月某日在紐約攻擊甲，使甲受傷，應負損害賠償責任。乙則抗辯，於該日其人在倫敦。甲獲勝訴判決，雖然必是因為「乙於該日不在倫敦而在紐約」此一事實被予以認定，但「乙於該日對甲有侵害行為」此為主要事實，應發生爭點效，並無疑問，而「乙於該日不在倫敦而在紐約」此係間接事實，則不發生爭點效。不過，以主要事實或間接事實之二分法來決定是否具有爭點效，是否適當，在美國也引起許多討論，主要事實與間接事實之區分，有時也並非容易。因此，本文認為，與其區分為主要事實或間接事實而決定是否具有爭點，倒不如在爭點之特定及表述上，盡可能為具體、明確，而使當事人對於拘束力之發生有預見可能性，更為重要。

二、當事人曾為實際上辯論而受到程序保障

判決理由中判斷拘束力之正當性，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。當事人雖曾經在起訴狀、準備書狀或答辯狀上提出相反陳述之訴訟資料，但如未成為爭點而有充分提出攻擊防禦方法之機會並為辯論者，應不生拘束力。於一造辯論判決或捨棄、認諾判決，由於當事人間未為實際上之言詞辯論，判決理由並不生拘束力。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。此可使當事人不致於因憂慮將來不可預見之後訴訟會受到不利拘束，而盡一切可能在本訴訟上為爭執，反產生就此訴訟而言係不經濟、不適當之遂行⁴²。在辯論（協同）主義下，當事人對於訴訟上成為裁判基礎之事實、證據，享有處分權，藉由爭點之整理、簡化，可使審理集中化、適時審判、避免審判事項擴大而延滯訴訟，此有助於當事人追求其程序利益及實體利益之平衡。因此，不宜使當事人因爭點整理或成立爭點簡化協議而受有不利益。否則，當事人可能因恐生拘束力，而多所提出無益之訴訟資料，反而有礙於程序利益。

再者，當事人如逾時提出攻擊防禦方法，經法院依法駁回者，該項主張或抗辯即不成為爭點，亦非為法院審理、判斷之對象，自不生拘束力。不過，經法院踐行爭點整理程序後，就已列為事實上之爭點，法院應集中為證據調查（民訴法第296條之1第2項），於言詞辯論期日中，當事人又聲明新證據，法院如認為許當事人提出該證據，

⁴² Engelmänn-Pilger, Die Grenzen der Rechtskraft des Zivilurteils im Recht der Vereinigten Staaten, 1973, S. 75.

將延滯訴訟，而依相關失權規定合法駁回時，就該事實上爭點而言，宜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，就該爭點之判斷，當事人仍應受拘束。

前、後訴訟上當事人進行辯論之徹底程度，亦可能因證明度及舉證責任之差異而有所影響。在舉證責任分配相同，而證明度卻有所不同時，例如(一)就過失之爭點，前訴訟所採之證明度較低而以優勢證明即為已足，但後訴訟之證明度係要求至高度蓋然性之程度時，則在前訴訟雖已認定有過失，但由於前訴訟法院之心證度較容易達到證明度，當事人間攻擊防禦之徹底程度即可能較低，而不宜使前訴訟之判決中認定有過失之判斷對於後訴訟發生拘束力；反之，前訴訟如係因不能認定有過失而駁回原告之訴時，對於後訴訟則具有拘束力，蓋在前訴訟採較低之證明度，負舉證責任之原告即已無法舉證使法院獲肯定之心證時，則後訴訟採較高之證明度，更難能使法院之心證度達到證明度；(二)如前訴訟所採之證明度較高，則過失不能認定存在之判斷，對於採取較低證明度之後訴訟，並不具有拘束力，蓋前訴訟之當事人舉證雖不能使法院之心證度達到證明度之要求，但並不意味著在證明度較低之後訴訟亦如此，況且，後訴訟之所以採取較低之證明度，必有其特殊之考量（例如調整證據偏在之不公平），如仍受前訴訟之結果所拘束，則無法實現此等特殊考量⁴³；反之，如前訴訟之法院已認定有過失時，則於後訴訟應生拘束力，蓋於後訴訟當可達到證明度之要求。

如舉證責任之分配在前、後訴訟有所不同，由於本證與反證之證明度並不相同，據上所述，前訴訟之判決理由中判斷對於後訴訟亦有不應發生拘束力之情形。不過，此亦可說是因為在前、後訴訟之爭點

⁴³ Jack H. Friedenthal/Mary Kay Kane/Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, § 14.10, P. 701-702, 4. ed, 2005, 氏舉刑事訴訟與民事訴訟上證明度之差異為例說明。此外，就美國法上因舉證責任或證明度差異而排除爭點效，另可參見黃國昌，同註4，頁75。

並非同一所致。舉例來說，關於過失之舉證責任於前、後訴訟相反時，即意味著前訴訟之待證事實並不相同，前訴訟係甲應證明「乙有過失」，而後訴訟則係乙應證明「乙無過失」。乍看之下，此為一事之兩面，似為同一爭點，實則不然，由於前訴訟應證明之事為「乙有過失」，甲如不能證明乙有過失而受敗訴判決，係因為甲之舉證不能使法官之心證度達到證明度之要求，但並不意味著「乙無過失」一事獲得證明，因乙無過失並非前訴訟之待證事實，縱然兩造就此事有所爭執、辯論，但其徹底度亦難相當於就待證事實之攻擊防禦，且對於裁判而言，此亦不具必要性，法院應無須就此事為判斷⁴⁴。

此外，對於前訴訟之判決中就特定爭點之判斷得否提起上訴，亦可能影響拘束力是否發生。由於原則上僅就主文之判斷有所不服者，始具有上訴利益，因此，就訴訟標的之判斷獲得勝訴，而僅就判決理由中之判斷有所不服者，通常不得提起上訴。例如甲起訴請求乙返還利息債權100萬元，乙提出之抗辯有二：其一，係本金債權不存在（抗辯一），其二，係縱然法院認為本金債權存在，則利息債權亦已罹於時效（抗辯二）。經法院審理後，認乙之抗辯二為有理由而駁回原告之訴。於此情形，乙因本案獲得勝訴判決，雖然法院就抗辯一之判斷對乙為不利，但其仍無法上訴。就抗辯一之爭點而言，未受有審級救濟之程序保障，此與訴訟標的之判斷在制度上均預設享有審級救濟之利益，有所不同。由於判決理由中判斷之拘束力係以程序保障為其前提，就特定爭點受不利判斷之當事人，如不能循上訴途徑予以救濟時，從訴訟制度係包含救濟程序整體以觀，尚難謂其在訴訟制度內已賦予其充分攻擊防禦之機會，而可評價其所受之程序保障並不相當

⁴⁴ 另有從爭點效之政策面為論證之觀點，參見黃國昌，同註4，頁75。但本文認為，關於舉證責任或證明度在前、後訴訟有所差異之問題，與其抽象地說是因政策面（效率、公平）之考量而使之不發生拘束力，不如說是因為在定性上，後訴訟之爭點與前訴訟本非同一，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。此可使拘束力是否發生，在判斷上更為容易且明確，並減少爭議。

於訴訟標的之審理，因此，不宜在後訴訟使前訴訟上就該爭點之判斷發生拘束力⁴⁵。不過，就特定爭點受不利判斷之當事人，就本案請求雖因勝訴而不得上訴，但於他造上訴時，如仍得於第二審程序就該爭點為爭執時，則應認為已使當事人有循救濟程序予以救濟之機會，而得相當於就訴訟標的所受之程序保障。將來於後訴訟上，前訴訟之判決就該爭點之判斷仍應生拘束力。

三、法院為實際上之判斷

經法院為爭點整理後所確立之爭點，如有多數時，最後實際上未必均會經法院一一判斷。例如甲向乙訴請返還所有之A地，乙則抗辯：甲非A地所有權人（爭點1），且乙非占有人（爭點2）。此時，法院之判斷可能有下列情形：(一)法院就乙非占有人一事已形成肯定心證時，即可駁回原告之訴而終結程序，而不必再就甲是否為所有權人一事為判斷。此際，關於甲是否為所有權人一事，雖曾經成為爭點，但未經法院為實際上之判斷，即不生拘束力；(二)前訴訟之判決如係甲勝訴，則法院必定須就爭點1及爭點2均為審理、判斷，始能對甲為有利之判決，因此，判決理由中關於「甲為A地之所有權人」及「乙係占有人」，在合於其他要件下，均應發生拘束力；(三)不過，法院在駁回原告之訴時，如判決理由中就爭點1及爭點2均為判斷，由於就爭點1及爭點2之判斷屬「可替代性之判斷」（alternative determinations），亦即，被告之抗辯只要其中之一為理由，即可駁回原告之訴，因此，就兩者或就其中何者生拘束力，則較有爭議。美國法上認為，於此情形，第一審確定判決中就任一爭點之判斷均不生爭點排除效。其理由主要有二：其一，係相較於必要之判斷而言，就可替代性之爭點可能較未仔細地或嚴格地一一予以判斷，且究竟採用何者為裁判依據，亦常不容易從判決中得悉；其二，係就第一審確定判決之此類判斷如可能發生拘束力，則將鼓勵敗訴之當事人提起上訴，而增加當事人及法

⁴⁵ RESTATEMENT (SECOND) of JUDGEMENTS § 28 (1) COMMENT a.

院之負擔⁴⁶。

就此本文認為，由於我國非行陪審制，事實之認定係由法官為之，因此，美國法之上開結論未必適合於我國。首先，在爭點集中審理模式下，法官應為計畫性之審理，協同當事人排定爭點之審理順序，如先順位之爭點已可形成心證時，後順位之爭點即不必予以審理、判斷，以避免浪費法院及當事人之勞力、時間、費用。再者，法院於判決理由中所判斷者，必須對於本案請求而言，具有重要性或必要性，始能具有拘束力。非裁判上必要之事項，縱然經法院判斷，於後訴訟上亦不生拘束力，蓋此已逾越當事人可預見之法院審理範圍。在上例中，如法院已協同當事人排列爭點之審理順序，定為先就爭點2為審理，如就爭點2之審理、判斷結果已可駁回原告之訴時，即不再就爭點1為審理。因此，在法院已可認定乙非占有人時，則爭點1之判斷，即非具必要性。蓋對於當事人而言，可期待之合理預測係法院如能就乙非占有人形成心證時，即可為本案裁判，而不必再對於甲為所有權人一事為判斷。因此，法院如仍於判決中就甲為所有權人為判斷時，若承認具有拘束力，對當事人而言難謂具有可預測性，而不適當。但就爭點2之判斷，既然當事人已為徹底之攻擊防禦，且法院為實際上之判斷，仍應具有拘束力。

此外，如法院未能協同當事人排定爭點之審理順序，為使當事人於裁判前能合理地預測到法院究竟係以何爭點作為判決之依據，而就該爭點為充分之攻擊防禦，法院宜在證據調查及言詞辯論後，就可能成為裁判依據之爭點上判斷，向當事人表明法院之暫時心證，而使當事人有提出補充陳述或反駁之機會。藉此，一方面可避免對於當事人造成突襲性裁判，且如法院認為當事人之所為之陳述或反駁為有理由時，亦可適時地修正見解，此可使當事人對於裁判之信服度予以提升，而減少上訴之提起；另一方面亦可有助於後訴訟法院判斷就何爭

⁴⁶ RESTATEMENT (SECOND) of JUDGEMENTS § 27 COMMENT i.