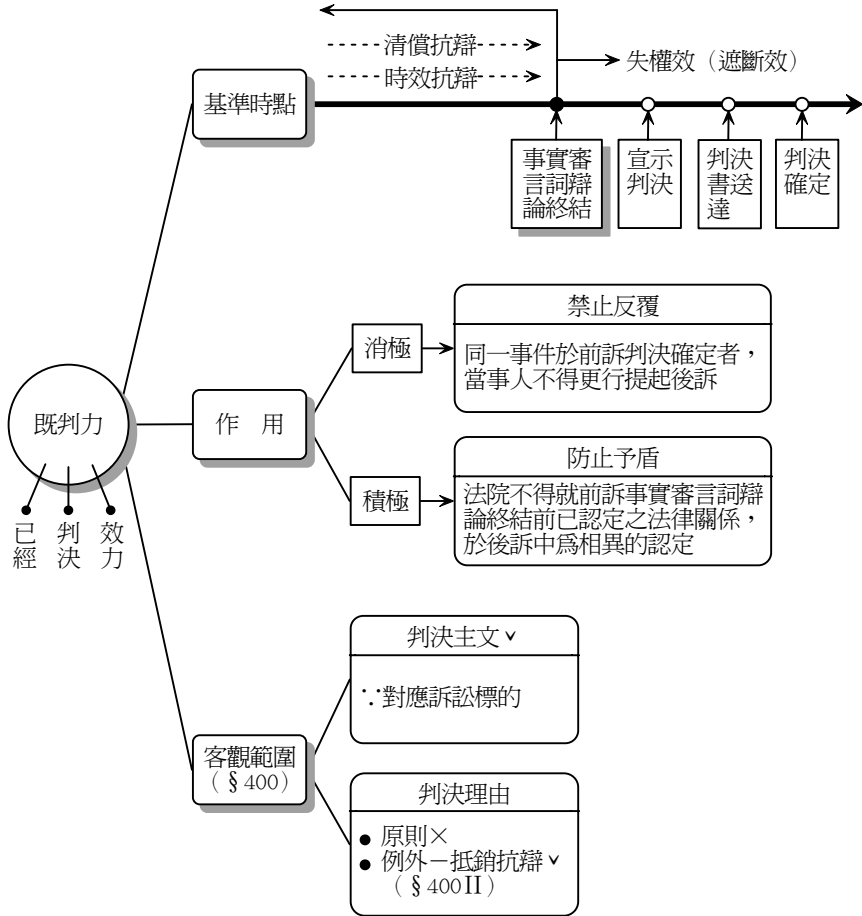


主題51 既判力之客觀範圍(一)



★洞燭機先★

只要談到民訴，沒有不談「既判力」這三個字的。但是這三個字卻一直到二〇〇三年修法時才明文加入民事訴訟法第四百條。到底為什麼用這三個字？既判力的重要性為何？有什麼樣的功能？我們要在這個主題介紹這些基礎的概念。



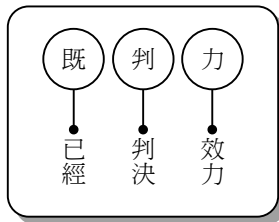
● 案例 1 ●

乙欠甲借款新台幣一百萬元，甲乃訴請乙給付借款新台幣一百萬元，並陳明願供擔保聲請宣告假執行，如法院認甲未借款予乙，判決駁回原告甲之訴，並確定後，甲再提起確認甲、乙間就新台幣一佰萬元之消費借貸關係存在之訴，法院應如何加以裁判？
(82律(一)②)

★運籌帷幄★

一、範圍

既判力是什麼呢，由字面上來看，既判力就是「已經判決的效力」。



民事訴訟法第四百條第一項規定：「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。」所以，既判力的客觀範圍，應該是訴訟標的。可是如果上司法院網站，隨便找一個判決來看，可以清楚地發現，判決可以大致分成二個部分，一個是主文的部分，另一個是理由的部分。主文的部分，是法院回應兩造當事人的訴之聲明，並宣示判決結果的部分。理由的部分，則是說明法院做成該等主文的依據。比如說，甲對乙依侵權行為請求一百萬元，法院如果認為甲有理由，會下「被告乙應給付

原告甲一百萬元」的判決主文，並於判決理由中說明乙對甲有侵權行為。反之，如果法院認為甲無理由，會下「原告甲之訴駁回」的判決主文，並於理由中說明乙無侵權行為。但是看了半天，我們卻找不到「訴訟標的」這一欄？既然既判力的客觀範圍以訴訟標的為準，在判決書中沒有清楚指出訴訟標的，要如何認定既判力的範圍呢？到底既判力是僅及於主文的部分，還是理由的部分呢？

(一)主文

不論是實務，還是學說，都承認既判力的效力及於主文。因

為主文是法院就當事人所主張的訴訟標的所為的判斷。

因為既判力的範圍須與訴訟標的一致，所以判斷既判力客觀範圍的過程，其實就是判斷訴訟標的為何的過程。只由「被告乙應給付原告甲一百萬元」或「原告甲之訴駁回」的主文可不可以判斷出訴訟標的呢？這與訴訟標的理論有很大的關聯。

1. 舊訴訟標的理論：

在舊訴訟標的理論下，給付之訴及形成之訴的訴訟標的無法直接由主文判斷加以判斷得知，必須要配理由部分，才能一併得知。

所以在上面給付之訴的例子中，當拿到「被告乙應給付原告甲一百萬元」或「原告甲之訴駁回」時，無法得知到底原告實體法上所主張的請求權為何，須要透過法院在理由中的說明，才能得知甲是依據侵權行為所為的請求，進而確定甲乙間的訴訟標的是「甲之侵權行為請求權」，以確定甲乙之訴的既判力範圍。

在形成之訴時，也是如此。比如說甲夫列乙妻為被告，依民法第一千零五十二條第一項請求法院判決離婚時，無法由法院判決主文「原告甲與被告乙准予離婚」，或「原告之訴駁回」中得知訴訟標的為民法第一千零五十二條第一項的形成權，必須配合理由中的說明，才能確定訴訟標的及既判力的範圍。這個學理上稱之為「主文的無色性」。

標題索引

(一)主文

(二)理由



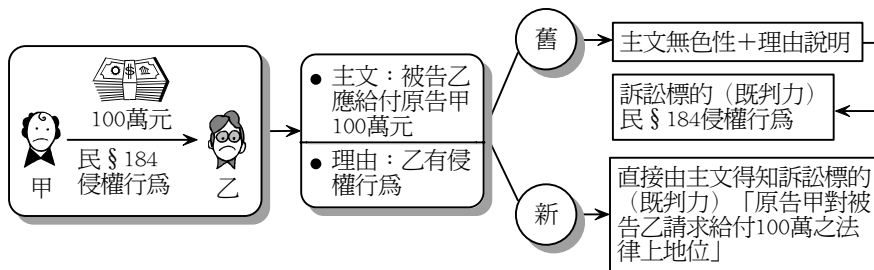
作者叮嚀

我們曾在主題26區別訴訟標的之實益中說過，「確認之訴」無訴訟標的理論之爭。

2. 新訴訟標的理論：

新訴訟標的理論，就不同了。新訴訟標的理論下之訴訟標的，在給付之訴時是原告主張請求之法律上地位，所以，當主文是「被告乙應給付原告甲一百萬元」時，不須再透過理由，可以直接由判決的主文中得知訴訟標的及既判力的範圍是「甲請求乙給付一百萬元之地位」。同樣地，在形成之訴時，是原告主張形成一定法律關係之地位。所以當主文是「原告甲與被告乙准予離婚」時，可以直接得知訴訟標的及既判力的範圍是「甲對乙主張離婚之法律上地位。」

換言之，新訴訟標的理論，無「主文無色性」，可以直接由主文中得知既判力的客觀範圍。



3. 訴訟標的相對論：

訴訟標的相對論對於既判力客觀範圍的討論，與新、舊訴訟標的的完全不同。在訴訟標的相對論下，既判力的範圍需視當事人權利有無受有程序保障為判斷標準。換句話說，基於程序保障的法理，訴訟標的之範圍大小，須視當事人的主張及法院的審理活動而定。只有已成爲審理標的之主張且受法院審理判決的部分，或是曾於程序上賦予提出該攻擊防禦方法之可能之主張，才會成爲訴訟標的而爲既判力效力所及。

以前面的甲對乙請求一百萬元的主張，如果除了侵權行為外，還可能基於不當得利請求時，如果該不當得利請求權未於訴訟中提出且受法院審理時，甲雖然敗訴確定，但因為該判決的既判力的客觀範圍將只限於侵權行為而不及於不當得利的部分，所以甲得於日後再依不當得利請求乙給付一百萬元。但是，如果審判長曾依第一

百九十九條之一，曉諭甲就該一百萬元尙另有不當得利請求權可以主張，但甲並未提起時，因為程序上賦予甲提出不當得利主張之可能及機會，所以甲敗訴確定時，該不當得利請求權亦將為判決之既判力效力所及，甲不得再依不當得利提起後訴向乙請求一百萬元。



作者叮嚀

訴訟標的相對論，重視的不是主文與訴訟標的之關連，而是前訴中當事人有無受有程序保障。

(一)理由

1. 原則：

不論實務或學說，也都承

認既判力的客觀範圍，不及於法院於理由中所為的判斷。但是學說上有認為雖然既判力不及於理由，但是為避免紛爭復燃及裁判矛盾，亦應使理由部分的判斷，發生一定的效力，以拘束當事人及法院。這一個效力，稱為爭點效。請參閱主題54於資不贖。

2. 例外：

民事訴訟法第四百條第一項規定：「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。」這個「別有規定」在那裡呢？就在第二項：「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」。也就是說，法院在理由中，如果對於抵銷抗辯做成判斷時，該判斷將有既判力。

承認抵銷抗辯的既判力主要是為了公平，以及避免因紛爭復燃而造成的裁判矛盾。比如說，在甲對乙請求返還借款一百萬元（下稱a債權）的訴訟中，乙拿出對甲另一筆一百萬元的借款債權（下稱b債權）主張抵銷。法院審查後，認為甲對乙的a債權存在，但是因為乙對甲的b債權也存在，因抵銷抗辯之故，而下駁回原告甲之訴。如果不使抵銷抗辯生既判力，因為乙之b債權不是本案請求的訴訟標的（甲之a債權才是），所以既判力的效力只及於甲之a債權。日後，甲因既判力而不能對乙依a債權起訴，但是乙卻可另行起訴，依b債權對甲主張一百萬元，非但造成紛爭復燃，且對甲不公平（因為前訴中，乙可依b債權主張抵銷抗辯，但甲卻不能在

標 題 索 引

(一)主文

(一)理由

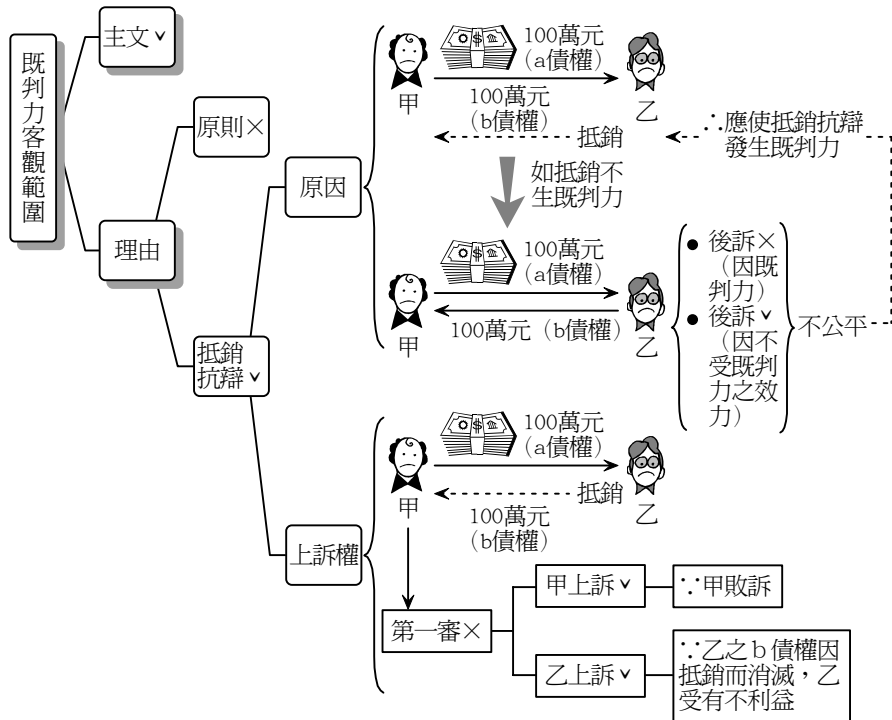
後訴中依a債權主張抵銷)。甚且，在後訴時，他法院可能會認為b債權不存在而為乙敗訴的判決，造成裁判矛盾的危險。

因此，主張抵銷之請求，雖然是在判決理由中，就其成立與否加以裁判，例外地承認其既判力 (§ 400 II)。因為抵銷抗辯，會使得被告乙的債權消滅，所以即便是法院採用抵銷抗辯，而判決甲全部敗訴時(等於乙全部勝訴)，除了敗訴的甲可以提起上訴以外，勝訴的乙因為債權消滅而受有不利益，可以上訴救濟。



作者叮嚀

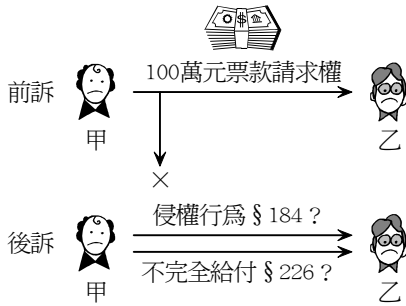
在抵銷抗辯時採取的是實體不服說的概念。



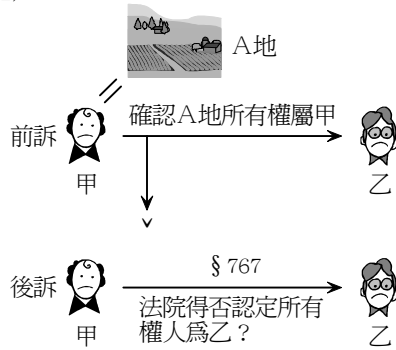
二、作用

請思考下面兩個例子，當事人或法院有無受前判決的拘束？法院應如何處理後訴？

(A)甲乘坐乙駕駛之公車，車禍後，乙開支票予甲以代賠償



(B)



既判力，不但拘束當事人，同時也拘束法院，既判力的作用有二個：

(一)禁止反覆

既判力的第一個作用是禁止反覆。也就是防止當事人間就同一訴訟標的之紛爭復燃。

但是，因為既判力的範圍，會因為訴訟標的理論的不同而有所差異，所以，在例(A)中，甲敗訴後，能否再以其他的權利（如侵權行為或不完全給付）對乙請求一百萬元，須視採取何種訴訟標的理論而定。如果是舊訴訟標的理論，因為訴訟標的僅為票款請求權，所以既判力僅及於票款請求權。甲仍可再以侵權行為或不完全給付提起後訴；如果是新訴訟標的理論，則因為訴訟標的為甲對乙請求一百萬元給付之地位，票款請求、侵權行為或不完全給付均為攻擊方法而已，所以該一百萬元請求已受既判力效力所及，不得再於後訴提起，法院應依第二百四十九條第一項第七款裁定駁回乙之後訴；若採訴訟標的相對論，則應視甲之侵權行為或不完全給付請求權是否受有程序保障或在訴訟中曾賦予提起之機會而定。

(二)防止矛盾

既判力的第二個作用是防止矛盾。也就是防止法院為與確定判決相反的認定而造成裁判矛盾。所以，在例(B)中，甲乙的前訴中，法院判決甲為A地所有權人。甲基於此判決，向乙依民法第七百六十七條提起拆屋還地之訴，法院受前判決既判力之拘束，於後訴中，不能就所有權人之部分為與前訴相反的認定。

標 題 索 引

- (一)禁止反覆
- (二)防止矛盾

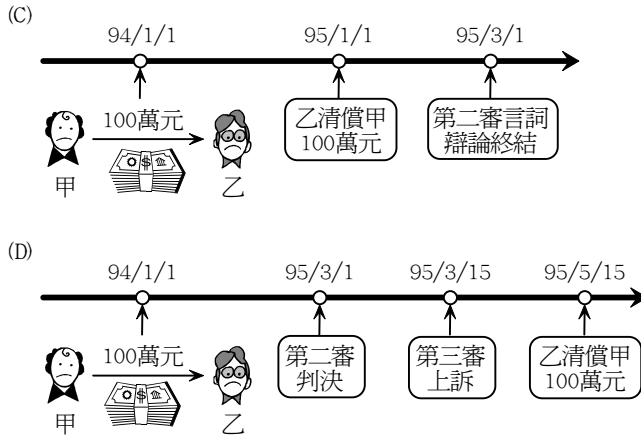


作者叮嚀

雖然法院不能就所有權人部分為相反的認定，但不一定會判決甲勝訴。因為民法第七百六十七條要勝訴，必須要甲是所有權人且乙無權占有。如果在前訴判決確定後，甲乙簽訂租賃契約，乙即為有權占有人，所以法院即便受前判決之拘束，而須認定甲為所有權人，但仍可能因為乙現為有權占有人，而判決甲敗訴。

三、時點

請思考下面兩個例子中，乙之清償抗辯是否因既判力而遮斷？

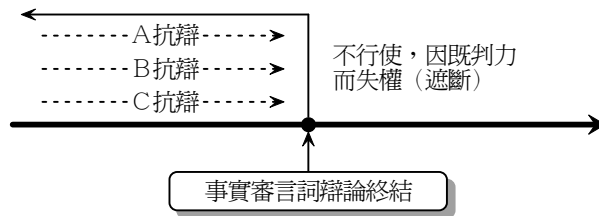


這兩個例子，涉及的是既判力發生之時點的問題。很多人都會由字面上來理解既判力，誤以為既然稱做「既判力」，應該是以法院的判決確定之時點為準，其實完全不是，既判力是以「事實審言詞辯論終結」為其失權效之發生的基準時點。在事實審言詞辯論終結「前」，當事人所得主張的所有攻擊防禦方法，如果不提出時，便會受到既判力的拘束而失權，不得於日後再以該攻擊防禦方法為由提起後訴，再行爭執。如果當事人的攻擊防禦方法是在事實審言詞辯論終結「後」才發生的，就不受既判力的拘束。

為什麼以「言詞辯論終結」為基準時點呢？為什麼不以其他的時點，如判決確定時，做為既判力的發生時點呢？這是因為「言詞辯論終結」是

當事人可以提出攻擊防禦方法的最後可能時點。在法院宣告言詞辯論終結後，就不會再開庭，如果在這個時點之後，即便發生其他的攻防事由，當事人也無從進行任何訴訟上的攻防，而法院的判決也無法將生於言詞辯論終結後之事實，反映於判決中，所以如果使這個在言詞辯論終結後才新發生的攻防方法受既判力效力所及，就不符合程序保障的要求。相反地，在法院宣告言詞辯論終結前所發生的事實或主張，當事人都有機會提出，在已經賦予其程序保障之下，使其因既判力而失權即為正當。同時，如果不使所有在言詞辯論終結前均已發生之攻防方法因既判力而失權，亦會造成當事人保留該項事實，等到法院判決其敗訴後，再另以後訴主張，造成反覆，違反既判力的第一個作用。

為什麼強調「事實審」？因為所有的攻擊防禦方法都涉及事實及證據的提出，只有事實法院才能調查審理這些事證，並認定事實。法律審只能根據所認定的事實，就其法律的適用有無錯誤進行判斷，非但當事人不能提出新證據，即便提出法律審也不能審理。所以在保障當事人程序權利的法理下，既判力失權效的發生時點，便限於「事實審言詞辯論終結」之時。



所以，例(C)中，乙的清償事由發生在九十五年一月一日，乙必須於第二審言詞辯論終結前主張，如果沒有主張，即受既判力之效力所及，該清償抗辯生失權的效果，日後不得再以曾經清償為由提起後訴救濟。

但是例(D)的情形就不同了。例(D)中，乙直到第三審才將借款給付給甲，因為第三審是法律審，所以乙對甲清償事實發生在事實審言詞辯論終結後，不受既判力的效力所及。如果日後甲持該確定判決向乙為強制執行時，乙可提起後訴（債務人異議之訴）主張清償抗辯，加以救濟。這也是為什麼強制執行法第十四條第一項後段特別規定：「如以裁判為執行名義時，其為異議原因之事實發生在前訴訟言詞辯論終結後者，亦得主張之。」的原因。

在既判力基準時點中，一直都存在著個爭議的問題，就是當事人在前訴中未行使的形成權，是否一併為既判力效力所遮斷？這個問題的產生，其實是因為形成權在實體法上，一般而言都有一定的行使期間，於除斥期間屆滿前，均可行使。而我們也說，既判力會遮斷所有在事實審言詞辯論終結前，得主張的抗辯權，使之失效。因此，才會發生於除斥期間未屆滿前，該形成權的行使，是否受訴訟法上的既判力失權效所及的問題。就此，有三種主張：

(一)由訴訟法上出發

認為在事實審言詞辯論終結前所有可行使而未行使的抗辯權，不論是否為形成權，一律受既判力失權效所及，而被遮斷不得於其後再行主張。

標題索引

(一)由訴訟法上出發

(二)由實體法上出發

(三)邱聯恭教授所主張

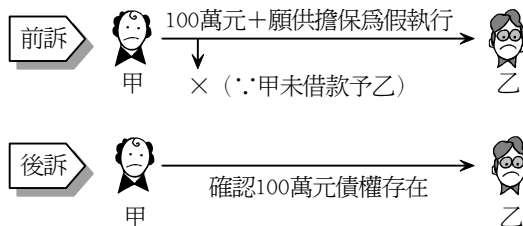
(二)由實體法上出發

認為訴訟法不應該影響實體法，於除斥期間屆滿前，當事人均得行使該項形成權，不受既判力的影響。

(三)邱聯恭教授所主張

就該形成權是否受有既判力失權效，須視該項權利的行使是否已受有程序保障。如果權利人於前訴中曾刻意保留該形成權，或與對造曾達成協議保留該項形成權之行使時，因為未曾於前訴中審理，故不受既判力之失權效影響。相對地，如果對造曾於訴訟中催告權利人行使，或法院曾曉諭其行使，但未適時行使時，則該形成權即無保留之餘地，因既判力而失權。

★ 案例擬答 ★



提示

看到前、後二個訴訟，前訴判決確定，而問的是後訴得否提起，就

是最典型的既判力客觀範圍的問題。

◀ 擬答 ▶

- (一)民事訴訟法第四百條第一項規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，當事人不得就該法律關係更行起訴。」為既判力之具體規定，如違背該條規定更行起訴，應依民事訴訟法第二百四十九條第一項第七款以不合法駁回。賦予判決既判力之理由在於：因當事人已有充分攻擊防禦之機會，不論其係有機會而不為主張或主張不被採納，其均已受程序上之保障，應接受既判力之拘束。
- (二)按給付之訴，於原告敗訴時，其性質即為一確認判決，係就私法上法律關係存在、不存在，有既判力。是以，當甲訴請乙給付借款新台幣一百萬元，經法院認甲未借款予乙而判決駁回時，即係確認甲對乙所主張之借款債權不存在，就此部分，生既判力，甲不得再就債權存否之事，於法院更行起訴。今敗訴之甲，在既判力之基準時點後，無新的事由發生，卻就同一訴訟標的「借款債權」再行起訴，請求確認借款債權存在，與既判力的消極作用相違，法院應以本法第二百四十九條第一項第七款，以訴不合法加以裁定駁回。

★ 趁勝追擊 ★

•  案例2 •

律師林丙受甲委任為訴訟代理人，列乙為被告，向該管法院起訴，聲明求為判決命乙返還A屋子甲，並於書狀陳稱：「乙為甲之多年好友，向甲承租房屋時，言明將用以開設商店，不料後來竟以房屋供違反法令之使用，為此甲基於租賃物返還請求權起訴。」等語。試敘明法理依據，解答下列問題：設受訴法院經本案審理後，不採甲之主張，而以其訴為無理由予以判決駁回，終告確定（下稱前判決）。其後，甲以乙違反租約致被終止租賃關係為由，又起訴請求判決命乙返還A屋子甲（下稱後訴訟）。試問：前判決之效力是否及於後訴訟？後訴訟之受訴法院應如何處理？

(93律(一)②)