

論大陸判決之承認—兼評最高法院九十六年台上字第二五三一號判決和九十七
年度台上字第二三七六號民事判決

台北大學法律系副教授 張文郁

目次

壹、問題提出

貳、台灣法院對於大陸法院判決經認可後之效力之見解

一、民國九十六年以前之實務見解

二、最高法院九十六年台上字第二五三一號和九十七年度台上字第二三七六
號判決要旨

參、關於大陸判決認可效力之學者見解

肆、兩岸條例第七十四條規定之探討

一、形成判決和確認判決

二、給付判決

伍、對最高法院九十六年台上字第二五三一號判決和 97 台上 2376 判決之批判

陸、兩岸關係條例七十四條之修正建議

中文摘要：

兩岸條例第七四條第二項係規定：「經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。」由於執行名義之效力和判決確定力之概念有異，是以最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決認為，經法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，以給付為內容者，得為執行名義，該執行名義核屬強制執行法第四條第一項第六款規定其他依法律之規定得為強制執行名義，而非同條項第一款所稱我國確定之終局判決可比。對於經認可之大陸法院判決應具有何種效力顯有不同意見，由於涉及兩岸司法互助以及人民之權益保護，事關重大，應有深入探討之必要。

中文關鍵字：

1.大陸判決 2.認可 3. 執行名義 4.實質確定力(既判力) 5.形成力



財團法人理律文教基金會

LEE AND LI FOUNDATION

壹、問題提出

關於大陸判決之承認，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例(以下簡稱為兩岸條例)第七十四條之規定：「I. 在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。II. 前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。III. 前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」。本規定於民國八十六年增訂，其立法理由為：「期使中共當局正視兩岸司法互助問題，能以誠意解決，俾維護兩岸法律制度，並兼顧當事人權益。」。依據兩岸人民關係條例第七十四條第三項之規定，大陸判決聲請認可之規定，取決於互惠原則，亦即臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。由於大陸最高人民法院一九九八年訂定認可台灣地區法院判決效力之規定，依同年五月二十六日施行之「最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定」第十條：「人民法院審查申請後，對於台灣地區有關法院民事判決不具有本規定第九條所列情形的，裁定認可其效力。」，因此，兩岸條例第七十四條第一項和第二項適用之先決要件已具備。而且，經大陸認可之台灣法院判決亦具有實質確定力(既判力)。

但爭議之點在於兩岸條例第七十四條第二項係規定「經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。」，由於執行名義之效力和判決確定力之概念有異，是以我國法院對於經認可之大陸法院判決應具有何種效力近來出現不同意見，由於涉及兩岸司法互助，事關重大，雖已有多位學者為文表示意見，在立法、司法機關並未進一步表示意見採取相應措施之前，應有繼續探討表示個人意見之必要。

貳、台灣法院對於大陸法院判決經認可後之效力之見解

一、民國九十六年以前之實務見解

若依我國法院向來之見解，大陸之形成(離婚)判決經認可後，溯及大陸法院判決確定時發生消滅婚姻之形成力。由於形成力僅於確定形成判決始發生¹，據此推論，應可認為經認可之大陸判決具有確定判決之效力(既判力)，例如**臺灣高等法院 94 年度家抗字第 188 號裁定**認為：「按在大陸地區作成之民事確定裁判，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條第 1 項定有明文。又法院以判決宣告離婚，足生消滅婚姻關係之效力，故離婚之訴為形成之訴，法院為離婚之判決，為形成判決，於

¹ 參照陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，2006年5月修訂四版，六一八頁、六五七頁。

判決確定前，形成力尚未發生，至**判決確定時即生形成力**，對第三人亦有效力。故大陸地區作成之確定離婚判決，除該確定裁判之當事人得聲請法院裁定認可，為該確定裁判形成力所及之利害關係人，應認亦得聲請。」；而最高行政法院 91 年度判字第 2062 號判決認為：「查被上訴人係大陸地區人民，於八十五年二月十四日與王○起在大陸地區登記結婚，並向桃園縣大溪鎮戶政事務所辦畢結婚登記。嗣兩人因故經大陸地區西安市未央區人民法院於八十七年二月二十六日判決離婚確定，惟未依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條第一項規定，將該大陸地區作成之民事確定判決聲請法院裁定認可，該項民事判決在臺灣地區自無從發生離婚之效力。本件被上訴人於八十七年七月五日復與胡○烜在大陸地區陝西省登記結婚，並向上訴人辦畢結婚登記。惟嗣經上訴人發現被上訴人前與王○起之離婚判決未依法向我方法院聲請裁定認可，並向原結婚登記機關大溪戶政事務所辦理離婚登記，致被上訴人同時有兩戶籍之結婚登記之違法情事。上訴人以被上訴人與胡○烜之婚姻，依其八十七年七月二十三日申請結婚登記時之法令，認有違民法第九百八十五條之規定，依同法第九百八十八條之規定應屬無效，上訴人誤為受理其與胡○烜之結婚登記，有戶籍法第二十五條所定自始無效之事由，乃於八十八年一月四日依原申請人胡○烜之申請，撤銷其前向上訴人申請與被上訴人八十七年七月五日之結婚登記，揆諸首揭規定，經核並無違誤。又查被上訴人與王○起之婚姻關係雖於八十七年二月二十六日經大陸地區西安市未央區人民法院判決離婚確定，並經王○起聲請，由臺灣桃園地方法院於八十八年十月二十五日裁定認可該離婚判決確定，該項判決既經我方法院裁定認可後，應溯及大陸地區離婚判決確定時，發生離婚效力。被上訴人並可就其在該發生離婚效力之後所成立之新的婚姻關係，另向戶政機關申請結婚登記。惟尚難據此謂戶政機關於其判決離婚未經我方法院裁定認可前，將其新的婚姻關係之結婚登記撤銷，即否准其同時有兩戶籍之結婚登記，有何違誤。」；此外，臺中高等行政法院 89 年度訴字第 686 號判決認為：「...我國法院依台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條規定，裁定認可在大陸地區作成之民事確定裁判時，雖須審查大陸地區判決有無違背臺灣地區公共秩序或善良風俗而認可其效力，惟仍非就大陸地區判決重新實質審查其內容，是認可後仍須以大陸地區判決為基礎，承認該判決所生消滅婚姻關係之形成力，亦即應溯及大陸地區離婚判決確定時，產生離婚之效力；另為確保法律之安定性，避免當事人聲請我國法院裁定認可，於該裁定確定前，在大陸地區之婚姻關係業因大陸地區離婚判決而解消，惟在臺灣地區該婚姻關係仍存在所可能之爭議，故大陸地區判決經我國法院裁定認可確定後，溯及自大陸地區離婚判決確定時，產生消滅婚姻關係之形成力，較符合程序及實體之法理。綜上所述，原告與王○起經大陸地區法院判准離婚之判決經我方法院裁定認可後，其離婚日期既溯及自大陸地區離婚判決確定日期即已生效，則原告於八十七年七月五日始與胡○烜結婚，自無戶籍法第廿五條所定重婚之自始無效事由，被告遽予撤銷原告與胡○烜之結婚登記尚有未合。」

二、最高法院九十六年台上字第二五三一號和九十七年度台上字第二三七六號判決要旨

關於經認可大陸判決具有何種效力，最高法院九十六年台上字第二五三一號判決認為：「按兩岸關係條例第七十四條僅規定，經法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，以給付為內容者，得為執行名義，並未明定在大陸地區作成之民事確定裁判，與確定判決有同一之效力，該執行名義核屬強制執行法第四條第一項第六款規定其他依法律之規定得為強制執行名義，而非同條項第一款所稱我國確定之終局判決可比。又該條就大陸地區民事確定裁判之規範，係採「裁定認可執行制」，與外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判（香港澳門關係條例第四十二條第一項明定其效力、管轄及得為強制執行之要件，準用民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第四條之一之規定），仿德國及日本之例，依民事訴訟法第四百零二條之規定，就外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判，採『自動承認制』，原則上不待我國法院之承認裁判，即因符合承認要件而自動發生承認之效力未盡相同，是經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，應祇具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力，債務人自得依強制執行法第十四條第二項規定，以執行名義成立前，有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，於強制執程序終結前，提起債務人異議之訴。」；而最高法院九十七年度台上字第二三七六號民事判決認為：「...按系爭大陸地區判決經我國法院依兩岸關係條例第七十四條規定裁定許可強制執行，固使該判決成為強制執行法第四條第一項第六款規定之執行名義而有執行力，然並無與我國確定判決同一效力之既判力。債務人如認於執行名義成立前，有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生者，在強制執行事件程序終結前，即得依同法第十四條第二項規定，提起債務人異議之訴。...」。

由於以上判決明白否認經台灣法院認可之大陸法院確定判決具有實質確定效力(既判力)，此等見解顯與上揭裁判之見解相異，將對兩岸司法協助發生重大影響，因此有深入探討經認可大陸判決具有何種效力之必要。

參、關於大陸判決認可效力之學者見解

關於大陸法院判決之認可和外國法院判決之承認，實務、通說皆認為並非相同，例如臺灣臺北地方法院八十七年度訴字第一九八二號判決認為：「...，我國對外國判決係採自動承認制度...，原則上不待法院之承認判決，該判決即因符合承認要件而自發生承認之效力。若該外國判決為給付判決，當事人據該外國判決請求承認國（我國）為強制執行時，必須由當事人另外向法院（我國法院）依前開強制執行法之規定，提起許可執行之訴訟獲得執行判決後，始得據以聲請強制執行。是以外國法院如係為給付判決，僅須依強制執行法第四條之一規定，聲請

法院判決宣示許可強制執行即足...」²，若外國法院之判決不需強制執行者，則可由我國之各相關機關逕自承認其效力³。然而**大陸地區之法院判決需先經過裁定認可程序後，始得發生效力，係採所謂之認可制**⁴。大陸判決經我國法院認可後所具有之效力，雖然有些學者未直接說明具有確定力，但認為「在臺灣地區有裁判之效力」者⁵，唯亦有認為僅具事實效力者⁶，但亦有學者認為大陸之民事訴訟法並無關於既判力之規定，雖然其學者肯認確定判決之既判力，但其範圍不明，是以我國法院於認可時是否予與確認仍有疑問者⁷。以上各說皆有所據，莫衷一是。

肆、兩岸條例第七十四條規定之探討

外國判決之承認主要是針對其實質確定力(既判力)，包括形成力及構成要件效力⁸，實質確定力(既判力)係指法院於判決所判斷之內容，發生拘束法院及當事人之效力，當事人不得更行起訴，亦不得於他訴訟為相反之主張。確定終局判決所確定之法律關係(法律效果)在嗣後之其他訴訟案件發生拘束作用，審理嗣後其他訴訟案件之法院應以確定終局判決所確定之法律關係(法律效果)作為裁判依據⁹。重在實體面(指判決內容，但非必為實體法之法律關係)。其理論基礎乃是，確定判決在訴訟法上發生拘束所有受理後訴之法院，於判決內容不得為相反認定之效力。而達到此目的之方法則為禁止當事人重複起訴及法院重複裁判。此種訴訟法之效果對當事人之實體法律關係亦有影響，因當事人之間之權利義務即以確定判決所認定者為準。而且實質確定力在某種範圍內更直接發生實體法上之效力，例如形成之訴之確定判決亦有創設、變更、消滅實體法律關係之效力。

雖然外國判決之承認係採自動承認制，而大陸判決則採裁定認可制，惟兩者皆是台灣法域外之判決，若將大陸判決類比為外國判決，則其經認可後亦應具有此種效力，但是引起爭議者乃是兩岸條例第七十四條第二項「以給付為內容者，

² 另請參照陳啓垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第七十五期(九十年八月)，第一五六以下。然而外國法院之判決須經請求人起訴而由我國法院以判決宣示許可其強制執行，此種程序似與所謂自動承認制之意旨不符。惟此非本文之重點，故不深入討論。類似見解參照陳啓垂，前揭文，第一五七頁；許惠峰，從經濟效率之觀點論外國判決之承認與執行，台灣國際法季刊第四卷第四期(2007.12)，第六十頁、第六十一頁。

³ 參照法務部 70 律字 2910 號函；司法院秘書處 82 秘台廳民一字 17966 號函。

⁴ 參照陳啓垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌第七十五期(九十年八月)，第一六三頁；賴來焜，強制執行法總論，2007 年 10 月版，第七五零頁、第七五一頁。

⁵ 例如陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，2005 年 1 月修訂四版，第一一四頁。依此見解應可認為其認為經認可後之大陸判決應具有確定力。

⁶ 例如楊建華，民訴實務問題試釋(361上)，司法周刊，第五八九期(1992.09.23)。對此見解之闡釋見黃國昌，一個美麗的錯誤：裁定認可之中國大陸判決有無既判力？月旦法學雜誌第一六七期(2009.4) 第一九二頁、第一九三頁。

⁷ 參照陳啓垂，前揭文，第一六四頁。

⁸ Vgl. Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 1999, § 328 Rn. 1.

⁹ Vgl. Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 1999, § 322 Rn. 8 ff.; 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，第六一九頁；姜世明，大陸地區民事確定判決之承認與執行，評最高法院九六年台上字第二五三一號民事判決，台灣法學第一二三期(2009.3.1)，第三十九頁；

得為執行名義」之用語。此用語是否影響大陸判決認可後之效力應有探討之必要。由於判決之種類依原告起訴之類型可分為給付判決、形成判決和確認判決三種，因兩岸條例第七十四條第二項將給付判決單獨列出，因此以下亦區分而討論。

一、形成判決和確認判決

由於兩岸條例第七十四條第一項規定，在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，其不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請台灣法院裁定認可。據此規定，我國法院已認可相當數量之大陸法院作成之形成判決，幾乎皆是離婚判決，至於確認判決則極少發現認可之案例。由於兩岸條例第七十四條第一項並未規定經認可後之大陸判決具有何種效力，以下僅針對實務就大陸離婚判決經認可後所具效力之見解進行說明。

前揭臺灣高等法院 94 年度家抗字第 188 號判決明白表示離婚判決必須於判決確定後始生效力（確定力）；**同院 90 年度抗字第 2487 號判決亦認為**：「按在大陸地區作成之民事確定裁判，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，聲請法院裁定認可，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條第一項定有明文。經查，相對人向德銓以其與抗告人即大陸地區人民熊道榮間離婚事件，業經大陸地區宜昌市伍家崗區人民法院（一九九九）伍民初字第六一七號判決准兩造離婚，該判決所採經核與我國民法第一千零五十二條第二項重大事由相當，並無任何違背我國公共秩序或善良風俗之情形。又認可判決程序屬非訟事件之裁定程序，不得就當事人間之法律關係重為判斷，抗告人稱相對人婚後長期與人通姦，限制其行動自由，不給付生活費，竟誣告事由請求離婚，應賠償其生活費及青春費等情，乃當事人間之實體法律關係，本件無調查、審理權限，是抗告人之前開抗辯，均無理由。」¹⁰

除法院外，**法務部法律決字第 0960024954 號函**認為：「…惟查法院以判決宣告離婚，足生消滅婚姻關係之效力，為形成判決，於判決確定前，形成力尚未發生，至判決確定時即生形成力，對第三人亦有效力，則大陸地區作成之確定離婚判決，除該確定裁判之當事人得聲請法院裁定認可，為該確定裁判形成力所及之利害關係人，應認亦得聲請。」；**內政部（88）台內戶字第 8810462 號函**亦認為：「有關台灣地區與大陸地區人民之婚姻，經大陸地區法院判決離婚無法辦理離婚登記一事，依台灣地區與大陸地區人民關係條例第七條規定：『在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正。』，同法第七十四條第一項規定：『在大陸地區作成之民事確定判決、民事仲裁判斷，不違背台灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。』；又**法務部法 83 律○六八三六號函**略以：『按台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條第

¹⁰ 認可大陸離婚判決而認為具有消滅婚姻關係之形成效力者，另請參照台灣高等法院花蓮分院 92 年家抗字第 10 號裁定、台灣屏東地方法院八十九年聲字第十九號裁定、台灣苗栗地方法院八十七年聲字第五號裁定、

一項既明定……，則在大陸地區作成之民事確定裁判欲在台灣地區發生裁判之效力者，依首開規定，即須聲請法院裁定認可。…」，是以台灣地區人民欲持憑大陸地區法院確定判決證明文件申辦離婚登記，依上開規定，自須聲請法院裁定認可始可辦理。」。此外，行政院大陸委員會（88）陸法字第 8803849-2 號函認為：「關於大陸地區人民許○榕是否涉及重婚疑義乙案，事涉大陸地區離婚判決經我方法院裁定認可後何時產生離婚效力疑義，本會於八十八年二月八日邀請學者專家及相關機關開會研商，決議內容如後：一 有關大陸地區離婚判決經我方法院裁定認可後何時產生離婚效力案：就程序法理而言，本案首應視我方法院依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」（以下簡稱兩岸條例）第七十四條規定裁定認可可在大陸地區作成之民事確定裁判之程序為何而定。**現行實務，我方法院雖須審查大陸地區判決有無違背臺灣地區公共秩序或善良風俗而認可其效力，惟似非就大陸地區判決重新實質審查其內容**，是以事涉兩岸婚姻之大陸地區離婚判決經我方法院裁定認可，俟該裁定確定後，始在臺灣地區產生法律上效力，**惟認可後仍須以大陸地區判決為基礎，承認該判決所生消滅婚姻關係之形成力，亦即應溯及大陸地區離婚判決確定時，產生離婚之效力**；就實體面言之，為確保法律之安定性，避免當事人聲請我方法院裁定認可，於該裁定確定前，在大陸地區之婚姻關係業因大陸地區離婚判決而解消，惟在臺灣地區該婚姻關係仍存在所可能產生之爭議，例如在這段期間再婚有無涉及重婚及所生育之子女是否為非婚生子女等問題，以及避免造成兩岸司法資源及當事人付出之勞力、時間、費用等之浪費，故與會人員咸認大陸地區判決經我方法院裁定認可確定後，溯及自大陸地區離婚判決確定時，產生消滅婚姻關係之形成力，較符合程序及實體之法理。」。

依據上揭之實務見解顯然可知大陸之形成判決經我國法院裁定認可後具有確定力，學說上對此幾乎無反對之見解，此種情形亦符合兩岸司法互助之本旨。此外，由於**形成判決亦含有確認效力，若認為經認可之大陸形成判決具有確定力（既判力），則理論上經認可之大陸確認判決亦應具有確定力（既判力）。**

二、給付判決

兩岸條例第七十四條第二項規定，經認可之大陸法院裁判或仲裁判斷，以給付為內容者，得為「執行名義」。本項和第一項規定之用語有異，特別表明以給付為內容之大陸判決經承認後得為執行名義，顯有深入探討之必要。雖然在一般法律用語，若法律規定得為執行名義者，常被理解為無實質確定力（既判力），例如民事訴訟法第三八零條之一規定，蓋同法第三八零條第一項規定訴訟和解成立者與民事確定判決有同一之效力，兩者相對照，應可獲得執行名義並非確定判決相同之效力。然而，公證法第十三條規定「當事人請求公證人就下列各款法律行為作成之公證書，載明應逕受強制執行者，得依該證書執行之」；而票據法第一二三條之用語則為「執票人向本票發票人行使追索權時，得聲請法院裁定後強制執行。」，該兩條規定皆未於條文中用「執行名義」之用語，其他法律使用「執

行名義」之用語者，例如鄉鎮市調解條例第二十七條：調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力；經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書**得為執行名義**¹¹。若依本條之用語，「執行名義」和「與民事確定判決有同一之效力」相對，因此實務學者常推論，凡是立法者用執行名義之用語皆表示並無「與民事確定判決有同一之效力」。但此推論是否正確亦有疑問。蓋強制執行法第四條第一項之規定：「強制執行，依左列執行名義為之：一、確定之終局判決。二、假扣押、假處分、假執行之裁判及其他依民事訴訟法得為強制執行之裁判。三、依民事訴訟法成立之和解或調解。四、依公證法規定得為強制執行之公證書。五、抵押權人或質權人，為拍賣抵押物或質物之聲請，經法院為許可強制執行之裁定者。六、其他依法律之規定，得為強制執行名義者。」，可見該條所謂之執行名義包括有既判力之執行名義和無既判力之執行名義。兩岸條例第七十四條第一項並無確定力或既判力之用語，由於並非民事訴訟法第三八零條之一或鄉鎮市調解條例第二十七條般，有相互對照之情形，是以若單依第二項「執行名義」之用語即論斷經認可之大陸判決並無既判力似嫌率斷。例如行政訴訟法第一百條第二項和第三項規定：「進行訴訟之必要費用，行政法院得定期命當事人預納。逾期未納者，由國庫墊付，**並於判決確定後，依職權裁定，向應負擔訴訟費用之人徵收之。前項裁定得為執行名義。**」，拙見認為第三項之規定乃是宣示性質，縱使無第三項得為執行名義之規定，確定訴訟費用之裁定亦具有確定力而「得作為執行名義」，此觀民事訴訟法關於訴訟費用之相關規定皆無「得作為執行名義」之規定即可得知，例如與行政訴訟法第一百條第三項規定相當之民事訴訟法第七十七條之二十二第三項規定：「第一項暫免徵收之裁判費，第一審法院應**於該事件確定後，依職權裁定向負擔訴訟費用之一造徵收之。**」，由此可見，行政訴訟法第一百條第三項之規定並無真正固有之規範作用。立法者有時訂定某些條項，乃是宣示性質，並無真正之規範作用¹²，法官審判時不應完全執著於條文用語，而應探求法規範之真正目的。

若觀仲裁法第37條之規定：「I. 仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力。II. 仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。但合於下列規定之一，並經當事人雙方以書面約定仲裁判斷無須法院裁定即得為強制執行者，得逕為強制執行：一 以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者。二 以給付特定之動產為標的者。III. 前項強制執行之規定，除當事人外，對於下列之人，就該仲裁判斷之法律關係，亦有效力：一 仲裁程序開始後為當事人之繼受人及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者。二 為他

¹¹ 刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其**請求權仍係以民事法之規定為據，因此該調解本質上仍係民事性質，例如侵權行為損害賠償請求權，因此該項規定應屬嚴重錯誤之立法**，卻一直沿用至今而未修正，實令人匪夷所思。但此非本文探討之重心，故在此不擬深入探討。

¹² 例如行政訴訟法第六條第四項規定，確認訴訟以高等行政法院為第一審管轄法院(本項規定已於2009年12月修正時刪除)。

人而為當事人者之該他人及仲裁程序開始後為該他人之繼受人，及為該他人或其繼受人占有請求之標的物者。」，立法者於第一項雖規定仲裁判斷具有與法院之確定判決相同一效力，卻於第二項規定仲裁判斷須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行。此種立法方式非常特別，主要係因仲裁判斷之成立全然皆無法院參與，為免當事人之權益遭受非法侵害，乃於強制執行時設法院審核之規定，此觀最高法院93年度台抗字第377號：「仲裁判斷，須聲請法院為執行裁定後，方得為強制執行；**仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者，法院應駁回其執行裁定之聲請，但除去該部分亦可成立者，其餘部分，不在此限。**仲裁法第三十七條第二項前段、第三十八條第一款定有明文。是當事人逾越仲裁協議之範圍進行仲裁並成立仲裁判斷後，聲請法院就仲裁判斷為執行之裁定，法院非必應駁回其聲請之全部，倘除去該逾越仲裁協議範圍部分可以成立時，且符合准許執行之情形者，法院自應就該部分准許之。」。兩岸條例第七十四條第二項之規定是否屬於相類似之規定，不無疑義。**由於該項將裁判和仲裁判斷並列**，而我國之仲裁判斷雖具實質確定力，亦須經法院裁定後始得作為執行名義，則立法者可能仿照之，而於第一項規定大陸民事判決或仲裁判斷應經裁定認可(而具實質確定力)，並於第二項再規定經認可之大陸判決或仲裁判斷得為執行名義。由於不知立法者當時之真意，無法確定此種可能性，但最高法院至少應探求相類似之規定，尋求規範之真正目的，而非表面地依條文文義立即作出論斷。

雖然仲裁法第47條規定：「I. 在中華民國領域外作成之仲裁判斷或在中華民國領域內依外國法律作成之仲裁判斷，為外國仲裁判斷。II. 外國仲裁判斷，經聲請法院裁定承認後，得為執行名義。」，立法者亦可能於制定兩岸條例第七十四條第二項時參考此規定，但拙見認為可能性較小，蓋大陸判決與仲裁判斷係並列，且立法者於兩岸條例第七十四條將認可和執行名義分項規定，故不宜將兩者相提並論。

無論如何，兩岸條例第七十四條第二項之用語著實令人困惑。若認為經認可之判決皆具有確定效力，則給付判決經認可後，當然包括執行力，如此，即不須於第二項之規定將判決列出，換言之，該項用語係屬於贅文。反之，若認為因第二項之規定而使經認可之大陸法院給付判決得為執行名義，則第一項之認可究竟發生何種效力即難以理解。由於法院之判決可區分為給付、形成以及確認判決三類，若認為經認可後之給付判決並無執行力，其之所以得為執行名義，完全係因第二項之規定，則立法者並未對於形成判決和確認判決特別規定，如是推論，則大陸法院所為之形成判決和確認判決雖經認可亦不具形成力和確認力¹³。惟依前揭我國法院之見解，顯然與此推論有異，蓋其認為大陸法院所為之形成判決經認可後即具有形成力。若此等判決之見解正確，實難想像經認可之大陸法院所為給付判決不生任何既判力，而須另設第二項之規定使其得為執行名義。因此，拙見認為，若第一項之規定正確，則第二項規定應係宣示性質之立法。若立法者之真意在於第二項之規定，則第一項規定即無意義，而且發生法律漏洞，亦即形成判

¹³ 類似質疑參見姜世明，前揭文，第四十六頁；黃國昌，前揭文，第一九三頁以下。

決和確認判決之效力如何漏未規定。

伍、對最高法院九十六年台上字第二五三一號判決和 97 台上 2376 判決之批判

最高法院九十七年度台上字第二三七六號判決認為，大陸地區法院判決經我國法院依兩岸關係條例第七十四條規定**裁定許可強制執行**，固使該判決成為強制執行法第四條第一項第六款規定之執行名義而有執行力，然並無與我國確定判決同一效力之既判力，同院九十六年台上字第二五三一號判決之見解亦相同¹⁴。拙見認為此二判決之見解執著於「得作為執行名義」之用語，並未深入探求規範目的，應有可議之處。此外，第七十四條第二項係規定大陸判決經認可後得為執行名義，並非規定大陸地區法院之判決應由我國法院裁定許可其強制執行，97 台上 2376 判決之用語引人誤解大陸判決之執行力係因我國法院之許可裁定而來，顯有不當。

再者，實務見解率皆認為我國法院對大陸判決係採形式審查，亦即僅審查大陸判決是否具有具有違背我國公共秩序或善良風俗而不應承認之事由。至於實體部分則不須審查，前揭臺灣高等法院 90 年度抗字第 2487 號判決明白表示：「…**認可判決程序屬非訟事件之裁定程序，不得就當事人間之法律關係重為判斷，抗告人稱相對人婚後長期與人通姦，限制其行動自由，不給付生活費，竟誣告事由請求離婚，應賠償其生活費及青春費等情，乃當事人間之實體法律關係，本件無調查、審理權限…**」¹⁵，若我國法院僅為形式審查而作出認可之裁定，則理論上認可後之效力須依大陸判決之固有效力，雖然大陸民事訴訟法並無確定力之明文規定，然而其學說卻有既判力之理論，而且內涵與我國之概念幾乎完全相同¹⁶，職是之故，經我國法院認可之大陸判決亦應具有其效力，亦即確定力(既判力)，此從兩岸關係條例第七十四條第一項之規定應可導出。**至於判決之確認力、執行力和形成力係確定判決固有之效力，只要判決有效且確定，即依其性質而具有此等效力**¹⁷，最高法院九十六年台上字第二五三一號判決和 97 台上 2376 判決見未及此，不無可議之處。該二判決並未對於同條第一項規定之認可具有何種效力深入探討，**單憑第二項執行名義之用語即認為經認可之大陸地區法院所為給付判決並無既判力，顯與向來之實務見解不符，極端而言，可能導致大陸地區法院所為判決雖經認可皆無既判力之結論，忽視排除大陸法院離婚判決確定力後於兩岸婚姻所引起之混亂後果。**特別是若於大陸之離婚判決同時包含損害賠償或給付金錢之部分，其經我國法院認可後應發生何種效力，即難以解答。吾人或可揣測最高法院九十六年台上字第二五三一號判決和九十七年度台上字第二三七六號判決可能之理由，其一為保護敗訴之台灣人民作為判決之出發點，其二或以大陸政權

¹⁴ 贊成此見解之學者例如劉孔中，兩岸民事判決相互認可之現狀與未來展望，

¹⁵ 行政院大陸委員會(88)陸法字第 8803849-2 號函；另請參照楊建華，民訴實務問題試釋(361下)，司法周刊第五九零期(1992.09.30)第三版。

¹⁶ 參照黃國昌，前揭文，第一九六頁以下。

¹⁷ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，第六一八頁參照。

僅為事實存在之現象，並非合法政權，故漢賊不兩立，其法院所為之判決不應具有既判力，或者認為大陸法官之素質不一，判決品質無法確保，是以我國法院仍得再次進行實體審判。拙見認為，立法者既然設有認可之規定，凡是有違我國公序良俗之大陸判決皆得不予認可，防弊之制應已具備，而無否定其既判力之必要¹⁸。

陸、兩岸關係條例七十四條之修正建議—代結論

兩岸關係條例七十四條之立法理由認為：依本條例規定，在大陸地區作成之民事確定裁判及民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，**得聲請我法院裁定認可，並得為執行名義**；惟大陸方面卻未能秉持互惠、對等之原則，承認在我方作成之民事確定裁判及民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可，並得在大陸地區執行，顯屬不公，爰依公平及互惠原則，增訂第三項規定，期使中共當局正視兩岸司法互助問題，能以誠意解決，俾維護兩岸法律制度，並兼顧當事人權益。

誠然兩岸關係條例七十四條和港、澳條例比較，並非準用民事訴訟法第四百零二條，並非採自動承認，而是須聲請認可後始生效力，然而，須經認可並非必然導出認可後大陸判決並無既判力之結論。雖然最高法院九十七年度台上字第二三七六號判決僅屬單一個案，不能代表實務之見解，惟，若因如前所述之立法瑕疵導致法院適用上誤解，亦有修法之必要¹⁹。職是之故，拙見認為，斧底抽薪之計應是修正兩岸關係條例七十四條，參酌港澳條例之規定²⁰，明文規定對大陸地區法院所為判決之認可準用民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第四條之一之規定。如此不但可免爭議，促進兩岸司法互助，更可避免台灣人民因不承認大陸判決(特別是離婚判決)之既判力所承受之損害²¹。

更何況大陸最高人民法院為解決此項問題，本於互惠原則，乃於 2009 年 3 月 30 日由最高人民法院審判委員會第一四六五次會議通過「**最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的補充規定**」，於該補充規定第一條第

¹⁸ 相同見解參照姜世明，前揭文，第四十五頁以下。

¹⁹ 亦有學者持反對修法之見解者，例如劉孔中，兩岸民事判決相互認可之現狀與未來展望，其認為「...也就是原則相互承認對方的判決具有如同確定判決的既判力，但是須經裁定（而不是裁判）才能作為執行名義。問題是這麼做時機是否成熟？利弊何在？由立法規定，好處是較為明確，但是容易產生爭議，因為外界會以為我國政府片面、一廂情願地對對岸示好（大陸「**最高人民法院關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定**」第 17 條規定只能在該判決發生效力後一年內申請認可台灣地區有關民事法院判決，我國並沒有類似的限制）。剛性立法的另一個缺點是，剝奪法院視兩岸之實際情況而動態調整的決定權。...**不修改兩岸人民關係條例，而由兩岸的司法機關本於司法互助的精神去相互協商**，優點是回歸司法，將司法的事務交由司法機關處理；其次是比較有彈性，能夠考慮到兩岸交往的實際狀況與需要。」

²⁰ 香港澳門關係條例第四十二條：在香港或澳門作成之民事確定裁判，其效力、管轄及得為強制執行之要件，準用民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第四條之一之規定。在香港或澳門作成之民事仲裁判斷，其效力、聲請法院承認及停止執行，準用商務仲裁條例第三十條至第三十四條之規定。

²¹ 相同見解參照黃國昌，前揭文，第一九九頁以下。

二項明文：「**經人民法院裁定認可的台灣地區有關法院民事判決，與人民法院作出的生效判決具有同等效力**。申請人依裁定向人民法院申請執行的，人民法院應予受理。」，其第二條第二項更進一步規定：「申請認可台灣地區有關法院民事裁定、調解書、支付令，以及台灣地區仲裁機構裁決的，適用《規定》和本補充規定。」；其第九條亦規定，申請認可台灣法院民事判決，應於判決確定後二年內提出。此規定將原本一年之認可期間延長。從大陸最高人民法院之態度可以看出，大陸官方相當重視此一問題，亦率先回應，我國亦應回應，不僅在於促進兩岸司法互助，更在於保護人民之權益，免受重覆起訴之苦，更渴避免裁判矛盾之弊。一味迴避大陸判決承認後應具有之確定力，更不符先進司法體制之表現，實有迅速檢討修正之必要，明文規定經認可之大陸判決具有確定力，避免法官執著文義再作出可議之判決。

中華民國仲裁協會於民國九十八年二月提出之兩岸關係條例七十四條第一項修正建議：「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷、經聲請法院以裁定認可者，與台灣地區法院之確定裁判有同一效力，其以給付為內容者，得為執行名義。」。對於此項修法建議，拙見認為既然明文規定大陸判決經認可後具有如我國法院裁判之確定力²²，即不須再設「其以給付為內容者，得為執行名義」之文字，蓋如前述，於具有確定力之給付判決原本即具有執行力，不須畫蛇添足，徒增困擾。



²² 前提是大陸之法院亦承認其判決亦具有確定力。