

東海大學法學院法律學系研究所

碩士論文

指導教授： 陳隆修 博士

Advisor Professor： Dr. Chen, Long-Sjue

論外國判決之承認

—以兩岸判決承認為中心—

A Study On The Recognition of Foreign Judgments

—Focusing On The Recognition of Judgments Between China and Taiwan—

研究生： 程耀樑

Graduate Student： Cheng, Yao-Liang

中華民國 101 年 6 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 孫耀輝 君所提之論文：

論外國判決之承認——以兩岸判決承認為中心——

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

孫耀輝

101年 6月 4日

## 摘要

台灣最高法院九十七年台上二三七六號判決，做出不給予大陸確定判決於我國有既判力與爭點效之見解，此判決將重大影響兩岸的日常生活與交易等關係，在全球化時代，其他先進國家，皆承認大陸地區之確定判決，給予既判力，然我國司法機關仍做出違反文明國家行為及慣例之判決，不無遺憾。

本文試圖先從國與國間的判決承認立法例介紹，說明國際法上對於司法判決相互承認之法理。通說基於禮讓原則、義務原則，本國應給予他國司法判決於國內有既判力與爭點效之效力，觀諸我國於民事訴訟法第四〇二條與強制執行法第四條之一亦採取通說之規定，給予他國確定判決有既判力與爭點效。

惟兩岸間之關係，從我國憲法與法律上觀之，似乎認為兩岸非屬國與國之關係，僅屬區域間之關係。而且就判決承認之部分，更於臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條，做出有異於民事訴訟法第四〇二條之規定，故本文研究重點將放在區域間的司法判決承認，借鏡南北戰爭與東西德時期等外國立法例，說明司法判決承認，給予外國判決既判力與爭點效是屬公平正義且必要的。

藉由上述討論，可知台灣最高法院九十七年台上二三七六號判決之結論，是有違文明國家之行為及慣例與公平正義。故本文結論認為解決兩岸判決承認的問題，釜底抽薪的方式是，刪除臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條，回歸民事訴訟法第四〇二條、強制執行法第四條之一之原則判斷。在尚未修法刪除前，應將許可與認可做同一之解釋，以符合文明國家之行為及慣例與公平正義。

**關鍵字：**既判力、爭點效、司法上之承認、文明國家之行為及慣例、公平正義

## 謝辭

首先，要感謝我的指導教授 陳隆修教授，如果沒有他的鼓勵與支持，學生難以在水深火熱的國家考試中，如期完成碩士論文，老師謝謝你。陳運財教授、耀州學長與美蘭學姐，謝謝你們為東海大學法律系學生所做的一切努力，受之點滴，銘記在心。

其次，感謝我的父、母親，這一路從數學系轉到法律系，再至法研所，始終給予我精神上與物質上最大的支援。阿爸的專注、努力、堅持與成就是我終身努力學習的目標，感謝您對我的身教，讓我面對所有的事，皆能以全力以赴的個性，努力為之；阿母總是給我前線最需要的支援，讓我無後顧之憂的準備考試與寫作論文，阿母我愛妳；當然還有老選手、阿嫂，因為有你們的相信，我才能一次做得比一次好，有你們在屏東照顧爸媽，我很安心，也謝謝妳們的新家避難所；姐姐們、可愛的姪子與姪女，謝謝妳們每次都到高鐵站載我回屏東，帶我吃好吃的餐廳，陪我打籃球，說笑話。

最後，感謝威元與刺刺幫我張羅口試的場佈與食物，你們無條件且盡心盡力的幫我，我會永遠記得的；耀興與千瑩，謝謝你默默的幫我處理掉許多瑣碎的雜事；國生，謝謝你陪我漫無邊際的聊天，你的鼓勵與成就是我堅持的動力；弘宇，謝謝你在司法官口試的時候，陪我練習，給我最實質的建議；數學系的志哥，感謝你對我超有義氣，在當兵時，難得放假，還來幫我寫民總共筆，論文在撰寫時，一同陪我度過景美圖書館的美好時光；浩庭，跟你在一起，就是輕鬆自在，這段期間受到你很多的幫助，感謝你。

怡融，這一路走下來，妳總是在我身邊默默的付出一整理家務、照顧 fufu，考試的時候幫我搨風、按摩、加油，給我最堅強的信心，這本論文我想獻給妳，也預祝妳論文早日完成，在這裡謝謝妳對我所做的一切。

## 目次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍及方法.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第二項 研究方法.....	3
第三節 研究架構.....	4
第二章 既判力與爭點效.....	6
第一節 既判力.....	6
第一項 既判力之意義.....	6
第二項 既判力之本質.....	6
第一款 一事不再理說.....	7
第二款 實體法說.....	7
第三款 訴訟法說.....	8
第四款 權利實在說.....	9
第五款 新訴訟法說(新一事不再理說).....	10
第六款 新實體法說.....	11
第七款 小結.....	11
第三項 既判力之作用.....	12
第四項 既判力客觀範圍之原則與例外.....	14
第一款 原則.....	14
第二款 例外.....	16
第一目 抵銷之抗辯.....	16
第二目 既判力擴張.....	18
第三目 誠信原則.....	19
第四目 爭點效.....	20
第二節 爭點效.....	21
第一項 前言.....	21
第二項 定義、法理基礎及要件.....	22
第一款 定義.....	22
第二款 法理基礎.....	23
第一目 誠信原則.....	23
第二目 程序權保障.....	23
第三目 小結.....	24
第三款 爭點效之要件.....	24
第一目 概論.....	24

第二目	主要爭點.....	27
第三目	當事人已於前訴訟程序中已就其主張為認真攻防及 盡舉證之能事.....	28
第四目	法院已就該爭點為實質審理判斷.....	29
第五目	前後訴訟系爭利益大致相同.....	31
第六目	無適用法規顯有錯誤.....	33
第七目	當事人未提出新訴訟資料.....	34
第三項	英、美國對爭點效之規定.....	34
第一款	英國之規定.....	34
第二款	美國之規定.....	36
第四項	最高法院對爭點效之承認.....	39
第一款	前言.....	39
第二款	最高法院判決.....	40
第三款	小結.....	43
第四節	小結.....	44
第三章	外國民事判決承認的理由、學說及要件.....	47
第一節	外國民事判決承認的理由.....	47
第二節	外國民事判決承認的學說.....	48
第一項	禮讓說（The Comity Theory）.....	48
第二項	義務說（The Obligation Theory）.....	50
第三項	既得權說（Acquired Rights Theory）.....	51
第四項	司法契約說（Legal Contract Theory）.....	53
第五項	視同法律說（As Law Rule）.....	54
第六項	一事不再理（The Res Judicata Theory）.....	54
第七項	小結.....	55
第三節	外國民事判決承認的要件.....	57
第一項	外國法院之確定判決.....	58
第二項	國際管轄權.....	63
第一款	管轄權的種類.....	64
第二款	承認間接管轄權.....	65
第三項	聽審權保障.....	67
第四項	公序良俗原則之遵守.....	71
第一款	公序良俗之概念.....	72
第二款	實體法上公序良俗之概念.....	76
第三款	程序法上公序良俗之概念.....	77
第五項	相互承認.....	81
第六項	小結.....	90
第四章	區域間民事判決承認.....	96

第一節	前言.....	96
第二節	香港判決.....	96
第三節	大陸之經驗.....	98
第四節	統一前東西德之經驗.....	100
第五節	南北戰爭之經驗.....	103
第六節	小結.....	106
第五章	我國法院就大陸地區民事判決之承認.....	109
第一節	我國對大陸地區民事判決之承認.....	109
第一項	桃園地方法院九四年重訴字第二〇八號判決.....	109
第一款	法院判決及得心證之理由.....	109
第二款	判決評析.....	115
第二項	最高法院九七年台上字二三七六號判決.....	118
第一款	法院判決與得心證之理由.....	118
第二款	判決評析.....	120
第三項	近年高等法院判決.....	121
第一款	臺灣高等法院九八年重上字第七二〇號.....	121
第二款	判決評析.....	121
第二節	小結.....	122
第六章	結論與展望.....	123
參考文獻	.....	128

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

海峽兩岸第五屆國際私法研討會，針對台灣最高法院九十七年台上二三七六號的結論，不給予大陸確定判決既判力之見解，與會學者多半深感遺憾。臺灣高等法院九十八年重上字第七二〇號再次重申最高法院之見解，此見解似乎已成實務判決之定論。近年在兩岸三通便利與 ECFA 的實現趨使下，兩岸人民經貿的往來與私人間交往勢必較以往更加密切，故兩岸判決承認的議題，將更顯重要。

對於涉外判決的承認問題，大陸地區所作成之裁判，由於中華民國憲法增修條文前言說明：「為因應國家統一前之需要」，同法第一一條：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」授權立法機關有更寬廣的決定權，來決定海峽兩岸人民的法律關係。而就涉外判決的承認部分，則規定在台灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條：「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。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。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。」似乎對於大陸確定判決與外國確定判決在我國發生之效力作相異之規定，更有認為該條例特別規定是不給予大陸確定判決既判力之明文，惟法制的設計仍須有合目的性與正當性，不論是現在兩岸處於敵對或合作夥伴關係，都應參考文明國家的立法與司法制度而定，如果肯定上述實務見解，我國將與文明國家慣例背道而馳。

一八九五年美國在 *Hilton v. Guyot*<sup>1</sup>案中承認外國終局判決一體適用「一事不再理」以來，如今已為全世界的通說見解，我國實務見解，最高法院九十七年台上字第二二五八號判決：「經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定判決，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。」同院九十七年台上字第二三七六號判決：「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。該大陸地區裁判，對於訴訟標的或訴訟標的以外當事人主張之重大爭點，不論有無為實體之認定，於我國當然無爭點效原則之適用。我國法院自得斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，為不同之判斷，不受大陸地區法院裁判之拘束。」皆堅持與維持不給予大陸確定判決既判力，亦無爭點效原則之適用之見解，此有違文明國家之慣例，更造成許多弊端(人民日常生活之保障)，司法資源的浪費與一事不再理之破壞。實際上更產生，如債務人於我國法院另取得消極確認之訴的勝訴判決，能否以債務人不當得利對強制執行結果，請求返還的衝突結果。故本文研究之重點在於，藉由先進國家法院，對於他國判決承認的立法例與經驗作探討基礎，進而說明我國司法機關對於台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條中，「認可」一詞之應如何解釋。

## 第二節 研究範圍及方法

### 第一項 研究範圍

本文討論的主題為，大陸地區所為之確定判決，於我國法院是否發生既判力或爭點效之效力，即我國法院是否承認大陸確定判決之問題。研究範圍介紹如下：

首先，倘承認大陸地區判決，大陸地區判決將於我國發生既判力效力與有爭

---

<sup>1</sup> 159 U.S. 113 ; 16 S. Ct.139 ; 40 L. Ed. 95 ; 1895 U.S. LEXIS 2294.

點效原則之適用，是以，研究既判力與爭點效之理論基礎及其要件，將有助於判斷是否須承認大陸判決。既判力與爭點效之依據，於九十二年民事訴訟法修法後，已注入程序保障之精神，故於相關之處，介紹日本、英、美國對於爭點效理論之見解。

次之，由於我國與大陸地區究屬於國際或區域性質有所爭議，故本文就國際性質的外國判決承認與區域性質的區域判決承認，分別探討其承認之理由、學說與要件。就區域性衝突，本文選擇香港、大陸、統一前東、西德及美國南北戰爭之經驗，做為我國之借鏡。

最後，由於兩岸判決承認牽涉到政府政策與司法實務，本文從先實務見解出發，討論我國現行對於兩岸判決承認之情形。進一步，援引文明國家之慣例來分析我國實務見解之不合理，並提出本文建議。

## 第二項 研究方法

本文擬利用以下研究方法進行研究

### 一、文獻整合法

此方法係指歸納、整理相關之學者論著。除以法令及其立法理由、背景為基礎外，學說對於兩岸判決承認相關議題之評釋更是極為重要的參考資料，藉由文獻的蒐集與整理，將有助於歸納、演譯相關法令制度之應有內涵。本文蒐集的文獻，包含與外國判決承認及區域性衝突法之學術教科書、學術論文、學位論文及期刊文章等。

## 二、比較研究法

他山之石，可以攻錯。在介紹我國就兩岸判決承認之現況介紹前，本文擬先就判決承認之法理、外國立法例以及學術論著做說明，以其藉由比較法之說明，俾與我國法制相比較，作為我國往後立法修正之借鏡。

## 三、實例分析法

實務運作之情形為本文關心的重點所在。故本文在各章節皆整理相關近期實務判決，分析判決並提出本文看法，以其理論與實務之契合。

### 第三節 研究架構

本論文共分為六章。

第一章為「緒論」。本章依序分為研究動機與目的、研究方法與範圍、研究架構等三部分，主要是在建立本文問題意識，以便讀者初步了解問題所在。

第二章為「既判力與爭點效」之概念為基本的闡述。在第一節中，討論既判力的意義、本質及作用，並說明既判力的功能。於第二節中，說明爭點效可解決既判力之不足，以達紛爭解決一次性。

第三章為「外國判決民事判決承認的理由、學說及要件」，以便釐清並予說

明承認外國判決之原因與必須承認之理由及其要件，將有助於支持本文的結論，對於大陸判決給予既判力之理由。由於我國與大陸地區，究屬兩個獨立國家或屬分裂國家狀態，有所爭執，故於下一章介紹，區域性衝突關係。

第四章為「區域間民事判決承認」，文中介紹世界各國於分裂國家時，司法機關對於敵對國之司法判決處理態度，以供借鏡與參考。

第五章為「我國法院對大陸地區民事判決之承認」，先說明最高法院判決九十七年台上二三七六號之前審－桃園地方法院九四年重訴字第二〇八號判決中，承認大陸判決在我國生既判力之理由後，再說明我國現行最高法院判決九十七年台上二三七六號的結論，對於大陸地區確定判決在我國不生既判力之理由，做本文評析。

第六章為「結論與展望」，本文將依各國立法例與立法理由出發，來解釋台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十四條中，「認可」一詞。希冀未來能提供給最高法院於相關案例中改變見解之理由，以符合世界文明國家之通說與貫徹憲法平等權及人權普世價值之保障。

## 第二章 既判力與爭點效

### 第一節 既判力

#### 第一項 既判力之意義

既判力係指就訴訟標的之法律關係，經裁判而確定終局判決，不論判決結果如何，即成為當事人其後法律關係之拘束<sup>2</sup>。其所生之效力有二：其一為既判力之消極作用即「禁止反覆」，係指當事人不得就該法律關係更行起訴，用於他訴訟中為攻擊防禦方法時，法院亦不得為與該確定判決意旨相反之認定。；另一為既判力之積極作用即「禁止矛盾<sup>3</sup>」係指後訴法院不得為內容相矛盾之判斷。故相較於判決之形式確定力，既判力亦可稱為「實質確定力」。

我國民事訴訟法於民國九二年修正時，將既判力明文規定於民事訴訟法第四〇〇條。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」，第二項規定：「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。」故若判決發生既判力時，即代表紛爭當事人或法院均應將此判斷作為紛爭解決之標準，使紛爭能終局地被解決，達成以國家公權力解決當事人間之爭執，以確保當事人權利之民事訴訟目的<sup>4</sup>。

#### 第二項 既判力之本質

法院之確定判決，產生既判力之效力，使當事人不得主張相反之內容，法院亦不得為相矛盾之判斷，其依據何在？此及涉及既判力本質之問題。既判力本質

<sup>2</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，三民書局，2009年3月修訂六版一刷，頁626。

<sup>3</sup> 駱永家，既判力之研究，國立台灣大學法學叢書(一)，1996年5月9版，頁4-7

<sup>4</sup> 雷萬來，論既判力與訴訟標的之關係，中興法學，第19期，台北，1983年，頁429。

論之發展及學說內容，分述如下：

### 第一款 一事不再理說<sup>5</sup>

此說為利用羅馬法上的一事不再理及 actio 消耗之理論做為依據，由於羅馬法之訴訟制度，原告提告後，須由法務官先行調查，如認為原告有權利保護時，則賦予原告以一定之 actio，該訴訟事件因而移轉於由私人擔任之審判人調查審判。反之，原告若無法務官賦予原告以一定之 actio，將無法獲得判決。

原告所獲得之 actio 在訴訟上一經行使，經審判者審判，從而發生消滅 actio 之結果。已消滅之 actio，將無法重新行使，當然該判決即無從新審查之可能，故判決之所以產生既判力，是源自於原告之 actio 消滅。

然時空背景不同，現今已無法務官給予 actio 之要件，且以一事不再理來說明既判力的本質，僅能說明既判力的消極作用，而無法交代判決內容能拘束當事人及法院不得於後訴做相反之主張或判斷的既判力的積極作用。

### 第二款 實體法說

既判力之本質在於確定判決具有創設實體法之效果。申言之，確定判決有使真正既存之權利歸於消滅，能使真正不存在之權利發生存在之結果，故確定判決有創設效力。對雙方當事人及法院，因原實體權利狀態已無起死回生而爭執之餘地，判決內容所認定之實體權利狀態即成為當事人及法院所應遵受、拘束之狀態，別無其他主張之餘地。

---

<sup>5</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 2，頁 626-627。

此說有自相矛盾之處，敘述如下：

### 1、違背確定判決既判力之相對性

因原實體權利狀態消滅，僅剩新的實體權利狀態，故不僅當事人及法院受到新的實體權利狀態拘束，連與訴訟無關之第三人亦受到既判力之拘束，此與民事訴訟法既判例原則僅能拘束原告及雙方當事人相牴觸。

### 2、違背現代國家權力分配原則

法院之任務通常僅限於確認法律狀態，而非創設，創設應屬立法機關之任務。然依此說，既判力具有創設權利義務之任務，與現在三權分立之原則有所牴觸。

### 3、不能解決當事人能否合意排除既判力之問題。

依實體法說，既判力創設實體法之效果，理論上當事人得就實體法部分於訴訟中，運用辯論主義，合意不受其拘束，將判決創設之實體權利為處分，惟民事訴訟法就判決既判力有無之問題屬職權探知事項與職權調查事項，不待當事人之抗辯，受訴法院應依職權調查，足以彰顯其訴訟法之公法性及效力，若能由當事人雙方運用辯論主義實有相牴觸之處<sup>6</sup>。

## 第三款 訴訟法說<sup>7</sup>

<sup>6</sup> 邱聯恭，口述民事訴訟法講義(三)，2005年，頁262。

<sup>7</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註2，頁629-630。

為維持國家公權判斷之統一，因而法院之判決須生既判力，既判力純粹為訴訟法上之效力，並非實體法上之效力。法院所為確定判決在訴訟法上產生一定之效果，此種訴訟法上效力之內容係命令後訴之法院，不得為與前訴訟判決內容相異之判斷，謂之既判力。後訴法院既然於法律上無法做出與前訴判決相異之判斷，雙方當事人於後訴雖為相異之主張，亦不可能達成推翻判決，所以，有既判力之判決能拘束法院及當事人做相異之判斷與主張。

依訴訟法說之說明，若勝訴當事人於後訴法院重行起訴，法院應以缺乏權利保護利益為由為不合法裁定駁回。若由敗訴當事人重新起訴為相異請求時，法院應就該訴訟為原告之訴無理由之本案敗訴判決。

此說最大的缺點係將既判力之效力與實體法完全切割，對於既判力本質之說明竟成為空洞之解釋，使實體法與訴訟法兩者交錯之既判力制度，無法獲得合理之說明。

#### 第四款 權利實在說

權利實在說認為於訴訟前，當事人於實體法上之權利主張係作為一假象而存在，係必須經由法院的確定判決方能使該假象權利賦予實際存在之性質，此藉由既判力之拘束力將權利實體化後即成為規範法院及當事人之基準。而訴訟係將抽象之法規範具體化，此具體法規範拘束當事人及法院。亦即，經裁判實體化之權利，始有社會上所公認之通用力，任何人均須加以承認。而具體的法規範說與權利實在說相當類似，此說之概念係經由訴訟以及裁判，始將抽象之法律規範實現成為具體的法規範，如無訴訟及裁判，法規範則因尚未具體化，故不能拘束法院

及當事人<sup>8</sup>。在此理論下，法院判決並無所謂不正確之判決問題，蓋僅有法院始能創出真正實在之權利，亦即判決可在當事人之間創造法律也。

學說上有認為此說有倒果為因之現象，亦即權利實在化原係既判力制度承認以後所發生之效果，而非其根據，此見解將此結果用以說明既判力之本質，不無循環論證之問題，且由於其未能以上開現實為前提來討論既判力之本質，所以較不具積極之意義<sup>9</sup>。

#### 第五款 新訴訟法說(新一事不再理說)

此說認為既判力之作用在禁止判決內容重複審理，又一事不再理乃法院判決之最高理念，前訴判決內容之所以拘束當事人及法院，實乃後訴法院有拒絕重複審判之效力所生之結果。當事人就同一既判力事項重行起訴情形，法院不得重行審理，應立即已起訴不合法為理由駁回原告之訴，蓋原告之起訴必須具備其訴訟標的未有既判力之判決，為其消極之訴訟要件。簡言之，本說可謂係以判決既判力之訴訟上效果惟絕對效果之極端理論。

惟有學者質疑，本說對於友既判力之判決所確認之權利或法律關係，於其轉入實體法世界時，例如：消滅時效重新進行之現象，難以解釋。且既判力本質問題係訴訟法與實體法交錯之現象，若完全否定既判力本質有實體法方面之意義，實際上亦有問題<sup>10</sup>。

<sup>8</sup> 邱聯恭，同註 6，頁 262-263。

<sup>9</sup> 同上註，頁 263。

<sup>10</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註一，頁 632-633。

## 第六款 新實體法說

此說認為，既判力本質一面係以確定當事人間之實體權利或法律關係為其作用，另一面在法院與當事人之間發生一事不再理之程序作用，既判力係同時間有實體法與訴訟法雙面作用而存在之現象。

換言之，主張新實體法說者，將一事不再理之作用視為既判力本質內容之一，係合併實體法說與新訴訟法說兩者之產物，同時兼有既判力之實體作用與程序作用。在先決問題方面，既判力實體作用發生效用，就實體上拘束後訴法院之審判，但於既判事項重行起訴之問題方面，既判力之程序作用發生效用，後訴法院應以起訴不合法駁回重行起訴<sup>11</sup>。

## 第七款 小結

既判力本質之學說，訴訟法說為現今德國與日本之通說<sup>12</sup>，其主因在於此說之解釋，最符合訴訟法之理念與觀念，但此說之問題，以如前者所述，將既判力之效力與實體法完全切割，對於既判力本質之說明竟成為空洞之解釋，使實體法與訴訟法兩者交錯之既判力制度，無法獲得合理之說明。

近年有出現部分學者轉向重視訴訟制度之合理運作，從而在法律上解釋論方面偏向注重法律政策性及實踐性之立場，改向探究既判力之所以對當事人有正當性之根據，就既判力之本質為解釋。以此種立場而出現之學說，其主要者有所為「法安定說」與「程序保障說」兩說。

法安定說將確定判決所以有既判力之正當依據，置於維持判決所確認權利關係之安定。故法安定性為既判力之依據，亦是本質。惟學者批評，安定性為一般

<sup>11</sup> 同上註，頁 632-633。

<sup>12</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 2，頁 629。

法律皆需要的性質，不限於既判力，故此說仍不可採。

程序保障說係指判決之所以有既判力而拘束當事人，係因法律已於前訴訟程序中已充分賦予當事人機會，在程序上能使其盡力主張或防禦自己權利，當事人若不掌握此種法律所賦予之程序保障者，應自己就其後果負責，不能於事後為推諉卸責。既判力之所以拘束當事人之正當依據，係因法律程序已賦予當事人已權利保障之機會<sup>13</sup>。

本文認為，將賦予程序權保障機會與既判力禁止後訴、禁止矛盾相連結是正確的，程序權有其別於實體權之獨立地位，當已經賦予當事人程序權保障之機會，當事人仍不行使權利，當事人自己應負責判決失權效之效力，即是既判力之本質，無須再討論既判力屬實體法或訴訟法之效力之必要。

### 第三項 既判力之作用

既判力的作用在於判決確定後，對於後訴法院之拘束效力，以下分點論述分別觀察：

#### (一)既判力之消極作用

於後訴訟中，當事人不得提出與前訴訟所認定的主張或證據相反。若當事人提出時，後訴法院應以不合法駁回之。此等不得更行提出與既判事項相反之主張或證據為既判力之「禁止反覆」的消極效果。

<sup>13</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 2，頁 632-633。

## (二)既判力之積極作用

後訴訟法院須受前訴訟之確定既判事項之判斷之拘束，於受此拘束下而為判決。既判力的積極作用為法院應以既判事項為基礎來處理新訴訟，關於基準時點之權利狀態應以既判事項為基礎，不得為相異認定；反面言之，亦即當事人不得為不同之主張。此即為既判力之「禁止矛盾」的作用。<sup>14</sup>

## (三)既判力之雙面性

既判力除了具有積極作用和消極作用外，亦有一特殊性質即「雙面性」。既判力之作用於通常情形下，始前訴訟敗訴之當事人於後訴訟中發生不利之效果，而對他方勝訴當事人發生有利之效果。而所謂既判力之雙面性會對於前訴訟勝訴之當事人於後訴訟中發生有利及不利之情形，亦可言之，當事人就前訴的判決，無論有利或不利皆受其拘束，不能只主張有利的部分受拘束，既判力對當事人無論有利或不利，皆產生既判力的作用<sup>15</sup>。舉例而言，原告 X 於前訴訟中對被告 Y 提起 A 房屋所有權確認之訴並獲致勝訴確定判決，於後訴訟中，Y 基於土地所有權人之地位對 X 提起拆除 A 屋並返還土地之訴，則前訴訟中之原告 X 基於既判力作用，於後訴訟中不得主張其係非 A 屋所有權人。即前訴訟當事人不得於後訴訟中提出相矛盾之主張<sup>16</sup>。

## (四)既判力之訴訟特性與實體私法上之作用

既判力具有訴訟法之公法上拘束力，法院應依職權就判決有無既判力存在

<sup>14</sup> 駱永家，同註 3，頁 5。

<sup>15</sup> 李木貴，民事訴訟法(下)，元照出版有限公司，2007 年 9 月修訂 2 版，頁 7-51。

<sup>16</sup> 趙彥榕，民事判決理由效力之研究-以爭點效理論為中心，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 16。

為調查，此一事項不待當事人主張即應為調查之事項。當事人間不得以合意方法約定不受判決既判力之拘束，其有約定者該項合意無效。與前訴判決既判力成為矛盾之後訴判決，雖然並非當然無效，但於後訴判決未確定時當事人得依上訴方法請求上級法院將其廢棄，若於判決確定情形，得提起再審之訴將其廢棄<sup>17</sup>。

#### 第四項 既判力客觀範圍之原則與例外

##### 第一款 原則

依我國現行民事訴訟法第四〇〇條第一項規定，「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。」在此所稱之裁判之訴訟標的，乃包括本訴與反訴。茲分述如下：

(一)既判力僅及於訴訟標的，判決之其他理由無既判力。<sup>18</sup>

就本案訴訟標的之判斷即判決主文經判斷之事項，生既判力，判決理由原則上不生既判力。但於該條第二項有例外，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。既判力客觀範圍原則上可以界定為「既判力客觀範圍=訴訟標的之範圍=判決主文之判斷<sup>19</sup>」。然訴訟標的理論之爭，將影響既判力客觀範圍之大小，惟在此不多做論述。

申言之，法院就當事人之訴訟標的作出判決時，係在判決書之主文中表示

<sup>17</sup> 陳榮宗、林慶苗，同註 2，頁 635-636。

<sup>18</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局有限公司，中華民國九十六年六月出版，頁 554-555。

<sup>19</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二三〇五號及八十九年度台上字二〇八八號判決出發，東吳法律學報第 16 卷 3 期，2005 年 4 月，頁 18。

其對於原告當事人請求之判斷，故原則上法院之確定判決書僅對於判決主文所表示之請求(實體權利義務關係)生既判力。惟實務上法院判決主文之內容通常無法得知本案之訴訟標的，舉例：金錢給付之訴中，勝訴判決通常記載為「被告應給付原告新台幣○○元整」，而一部敗訴判決通常僅記載「被告應給付原告新台幣○○元整，原告其餘之訴駁回」。故法院於本案中，就何種事項為決定，必須藉由判決理由中之記載始能為理解、明確其訴訟標的。從法政策的角度分析，除抵銷抗辯外，其餘判決理由係不生既判力。其考量之理由應係當事人就此訴訟紛爭主要之重心係放在實體法上之權利關係即判決主文上，若是使判決理由生既判力，有可能使當事人認為係較不重要之事項或紛爭受到既判力之拘束之危險，則當事人若欲提起其他訴訟則有可能受有困難，有違背程序當事人之意願之虞，亦使當事人受有突襲性裁判之可能。另有學者認為，判決理由不生既判力可以使訴訟當事人較無顧慮而為積極之攻擊防禦，則關於審判對象訴訟標的有較具機動、迅速性之可能。若從法院審理角度而言，如果判決理由不生既判力時，基於訴訟指揮權，法院則不受實體法上的論理拘束，可以任意選擇何種攻擊方法作為判斷訴訟標的之依據，使訴訟程序較為迅速，亦可以節省法院及當事人雙方之程序利益。

是以，判決理由中除係有抵銷之抗辯外，不生既判力，則當事人自可就前訴訟判決理由中之事實、法律關係再於後訴訟中爭執，不受重複起訴禁止之限制。而後訴法院亦不受前訴訟判決理由之拘束，可自行就事實或法律關係為認定。

## (二)既判力存在於確定判決之事實審言詞辯論終結時主張或否認之法律關係

既判力之發生，係以為確定判決之事實審言詞辯論終結時當事人主張或否

認之法律關係為基礎。申言之，即僅關於其言詞辯論終結前所提出或得提出而未提出之攻擊或防禦方法有既判力。在為確定判決之事實審言詞辯論終結後所生之新事實，則為該確定判決之既判力所不及。例如甲向乙為終止租賃契約之意思表示，請求遷讓房屋，雖經確定判決認為無終止之原因而駁回其訴，但其後復有終止租賃契約之新事實發生時，甲得再為終止之意思表示，請求乙遷讓房屋，而不受前確定判決之既判力拘束是(二九上一二四四判)。又如離婚之訴經判決確定後，如以後有請求離婚之新事實發生，當事人自得據以起訴，不能以一事不再理論(二〇上二五三七判)<sup>20</sup>。

## 第二款 例外

### 第一目 抵銷之抗辯

我國民事訴訟法第四〇〇條第二項規定，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。依此規定被告以其自動債權提出抵銷之抗辯，如果法院在判決理由中加以判斷，抵銷之效力為實質的裁判而始發生既判力，惟以抵銷之額為限。訴訟中被告除提出抵銷抗辯外，尚有提出其他抗辯，此時基於法院之訴訟指揮權及抵銷抗辯生既判力之考量，法院應先就其他抗辯為審理，待其他抗辯均無理由時，方能就抵銷抗辯為審酌。

抵銷之規定能避免確定判決之動搖與防止被告獲取雙重利益。例如，原告甲對被告乙提起金錢給付之訴，被告甲於訴訟中以其自動債權(反對債權)提起抵銷之抗辯，且法院亦實質審理此抗辯後而判決被告乙之抵銷抗辯為有理由並確定，此時如不使前訴訟中抵銷之抗辯生既判力，則將產生被告若又於後訴訟

<sup>20</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 18，頁 554-555。

中再以其自動債權提起金錢給付之訴，因前訴訟抵銷抗辯不生既判力，則後訴訟法院可以再就事實法律關係為認定，使得前訴訟中原告甲因確定判決所取得之地位產生動搖；前訴訟之被告乙將因可提起新訴訟而有獲致雙重利益之可能。從法理論上看，抵銷抗辯之目的係較偏向於禁止二重起訴，抵銷乃基於自動債權和受動債權兩個別相異之訴訟標的權利為基礎，就實質上而言，抵銷之性質較與反訴接近。是以，於訴訟中經審酌之抵銷抗辯生有既判力於理論上或有不合理之處。

抵銷抗辯之目的偏向於禁止二重起訴的話，會產生一些爭議。比如原告甲起訴請求給付價金，於訴訟中被告乙以其對原告甲支票款債權為抵銷之抗辯，訴訟繫屬中乙可否就該票款債權另行提起新的訴訟將甲列為被告請求給付票款？亦或是甲起訴請求給付價金，於訴訟中被告乙以其對甲之票款債權為抵銷之抗辯，而甲又另行提起其他金錢起付之訴(後訴訟)，而被告乙以對甲之票款債權再行主張抵銷之抗辯。就上開二問題學說上有不同見解，一說認為，抵銷之抗辯如果在判決理由中經過判斷會發生既判力，即不允許在第二個訴訟又提起後訴訟以自動債權主張抵銷，違反重複起訴禁止原則及與訴訟經濟有違；另一說認為，此時並未違反重複起訴禁止原則，蓋抵銷之抗辯並非反訴，僅係一攻擊防禦方法，非民事訴訟法第二五三條規定之範圍，故無重複起訴，多數見解認為，嚴格解釋民事訴訟法第二五三條，因為主張抵銷後，法院有可能於尚未判決時，以其他事由駁回或當事人自行撤回，此時無法確定法院是否會在判決理由中就抵銷為判斷。故法官於審理時發現有此情形時，有可能因既判力之承認而導致發生判決矛盾之情形，其處理應以併案方式，或等待他訴訟之判決後再為審理<sup>21</sup>。

---

<sup>21</sup> 駱永家，抵銷之抗辯，民事訴訟法(二)，國立台灣大學法學叢書編輯委員會編輯。

## 第二目 既判力擴張

此說認為縱使前後訴標的不同，但如果允許在後訴訟主張某一權利而可能會使前訴訟之判決所確定之法律效果或所形成之實體法秩序被不妥當地破壞、空洞化時，為謀求法之安定性及滿足法安定性之要求，應該承認前訴訟判決理由中之判斷發生既判力。易言之，其判斷標準在於後訴訟之判斷是否會破壞前訴訟已經確定之法秩序<sup>22</sup>。舉例而言，前訴訟中原告甲對被告乙提起 A 物請求返還之訴，經法院審理後，原告甲獲得勝訴判決並已確定，倘被告乙又對原告甲提起確認 A 物所有權之訴，此時即發生問題。因前訴訟中之訴訟標的係原告甲對被告乙之 A 物返還請求權，A 物所有權之認定並非訴訟標的，僅於判決理由中為判斷，如果就 A 物所有權允許於後訴訟中作出與前訴訟相異之認定時，則會造成前訴訟所形成之法秩序遭到破壞而影響法安定性，且裁判矛盾將影響司法判決之公信力。

此說判斷之重點在於以「以實體法上之關連性」作為判斷標準。只要後訴訟之認定於實體法上會使前訴訟形成之法安定性造成影響與裁判矛盾時，則應該承認前訴訟判決理由中之判斷發生既判力。學說上有認為此種認定方式並未考慮到前訴訟程序有無就判決理由中判斷之事項為盡攻擊防禦，將使程序保障之要求有後退之虞<sup>23</sup>；亦有學說認為，於上開例子中並無須以既判力擴張之方式為之，可考慮於前訴訟中提起中間確認之訴，使 A 物所有權之判斷生既判力，則後訴訟法院就 A 物所有權之認定不致有相異之認定，減少判決矛盾情形之發生。但是否能以中間確認之訴完全取代判決理由生拘束力之見解仍有疑問，蓋「中間確認之訴乃預防將來發生裁判矛盾，而理由中之判斷有既判力或類似效力，乃事後阻止裁判矛盾。且提起中間確認之訴之情形乃一律有既判力，

<sup>22</sup> 邱聯恭，同註 6，頁 294。

<sup>23</sup> 邱聯恭，同註 6，頁 295。

而承認理由中之判斷有既判力或類似效力乃於一定條件下始發生。因此中間確認之訴之制度不能抹煞判決理由中判斷有既判力或類似效力之必要，而承認判決理由中有既判力亦不能使中間確認之訴變的毫無意義<sup>24</sup>。

本文以為，程序權之保障乃既判力效力之基礎，既判力之客觀範圍明文規定於民事訴訟法第四〇〇條，僅以訴訟標的為限，如要擴大既判力之效力，至少要等同於訴訟標的一樣的程序保障，即應給予當事人就其充分之攻防，否則既判力擴張方式使既判力擴張於判決理由之判斷不僅與文義解釋有扞格之處，且難以保障憲法上當事人的訴訟權、財產權。再者何謂「實體法上之關連性」，此概念並不明確且關連性之範圍究應如何去定義亦係一問題。故既判力擴張之概念可否作為既判力擴張於判決理由之判斷之依據應謹慎小心，例外從嚴。

### 第三目 誠信原則

誠信原則得作為判決理由生拘束力之依據。訴訟法上之誠信原則於用作判決理由生拘束力之情形可以分為「訴訟上禁反言」與「訴訟上權利失效」。

所謂「訴訟上禁反言」係以矛盾行為禁止原則作為規制，於後訴訟中不能作成與前訴訟相異之主張。舉例來說，前訴訟中原告甲基於買賣契約係無效向被告乙提起給付 A 物之訴訟，經法院審理後判決原告甲主張有理由，故原告甲勝訴，被告乙應將 A 物返還於甲。前訴訟確定後，甲再對乙提起給付返還價金之訴，基於訴訟上禁反言原則，甲不得於後訴訟中主張買賣契約有效向乙請求給付價金。若是當事人未根據前訴訟行為獲得一定的法利益時，則無此原則適用。再者，從當事人的訴訟行為觀點來看禁反言原則，法院審理中成為爭

<sup>24</sup> 駱永家，同註 3，頁 87。

點的主要事實是否係為法院判斷對象與適用禁反言原則兩者間並無必然之關係，此點與爭點效並不相同，例如甲基於買賣契約有效對乙提起給付價金之訴，訴訟中乙對買賣契約是否成立之點為自認，法院因乙之自認而判決甲勝訴，判決確定後，乙對甲提起給付 A 物之後訴訟，甲不得於後訴訟中否認買賣契約不成立。

所謂「訴訟上權利失效」係指一方當事人以其法律上地位基礎事實為主張並盡其舉證之能事，其訴訟上主張因已盡舉證之努力而使他造當事人形成信賴，則依據誠信原則該當事人之主張法律上地位會受到限制。但是此前提係前訴訟中須他造當事人或得勝訴即當事人敗訴時始有適用，當事人於前訴訟敗訴，對於其敗訴，判決理由中之判斷亦要發生拘束力。舉例來說，前訴訟中甲基於所有權對乙提起請求塗銷 A 地所有權之訴，於此訴訟中，所有權歸屬主體成為主要爭點，法院認為甲主張無理由而駁回其訴。於前訴訟確定後，甲再對乙提起請求移轉 A 地所有權之訴，根據前訴訟確定判決，乙對於 A 地所有權之歸屬已形成信賴，並且甲已於前訴訟中已盡其舉證之能事，於後訴訟中甲對於所有權歸屬主體之爭執自應受到相當之限制。對於此種判決理由中之判斷發生拘束力之情形與爭點效或有相似之處，但此時乃係根據當事人本身訴訟行為態樣之訴訟上權利失效所產生之法效果。

#### 第四目 爭點效

爭點效理論係日本學者新堂幸司教授參考美國法上之 Collateral Estoppel 理論及兼子一博士的當事人間參加效力之擴張，提倡所謂爭點效理論，並經我國學者駱永家教授引進我國法學界<sup>25</sup>。我國傳統學說及實務上(最高法院七十三年

<sup>25</sup> 駱永家，判決理由與既判力，台大法學叢書(一)，頁 41。

台上三二九二號判例)認為判決理由發生拘束力之爭點效係源自於訴訟法上之誠信原則<sup>26</sup>與公平信義之原則<sup>27</sup>，亦有學者從程序保障及防止發生突襲性裁判之觀點重新架構爭點效理論<sup>28</sup>。關於爭點效將於本章第二節詳細之介紹。

## 第二節 爭點效

### 第一項 前言

日本民事訴訟法修正前第一九九條規定，既判力之客觀範圍限於判決主文所包含之訴訟標的為原則，判決理由中之判斷事項，除抵銷之抗辯為唯一例外，不生既判力。此為日本法傳統之立場。本法第四〇〇條及德國民事訴訟法第三二二條同係有關既判力客觀範圍之規定，雖法條所用之詞句未盡相同，惟其原則與立法意旨相同，即既判力客觀範圍僅及於判決之訴訟標的而不及於判決理由。我國最高法院七十三年台上字第三二九二號判例亦作相同解釋：民事訴訟法第四〇〇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。例如，原告甲對被告乙基於所有權為理由，訴請法院判令乙交還土地，此際，判決之訴訟標的為所有權人之物上請求權，所有權並非訴訟標的，縱然所有權之存否成為物上請求權之基礎，法院在判決理由中加以判斷，敗訴之當事人得在另一訴訟再以所有權為訴訟標的，訴請法院就確認所有權存在不存在為判決。對於上述原則表示疑問，認為於一定情形，判決理由中之判斷亦應有判決

<sup>26</sup> 駱永家，判決理由中判斷之拘束力，民事法研究(三)，國立台灣大學法學叢書(五六)，頁 41。

<sup>27</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 18，頁 666-667。

<sup>28</sup> 邱聯恭，程序選擇權論，三民書局，2000 年 9 月初版，頁 11。

之拘束力，主張此種見解之學說，即所謂爭點效理論<sup>29</sup>。

## 第二項 定義、法理基礎及要件

### 第一款 定義

爭點效理論係日本東京大學教授新堂幸司於昭和三十八年(一九六三年)所提出，亦指「某一爭點，在前訴當事人以之為主要爭點加以爭執，並且法院就此爭點已為審理而下判斷所生之通用力，在不同請求之後訴，如以同一爭點為主要先決問題而加以審理時，不許當事人為反於此判斷之主張、舉證，亦禁止法院為予此矛盾判斷之效力<sup>30</sup>。」新堂教授認為爭點效非係既判力之擴張，而認為係誠實信用原則之適用所生之一種判決效力。如此即可無須承認當事人有指定審判順序之權，則判決之彈性仍可保持，判決之解決紛爭機能更可以發揮。

而所謂爭點效者係指法院就訴訟標的以外之各爭點所為之判斷所生之效力。又發生此效力之前訴訟判決理由中之判斷，排斥當事人在訴訟標的不同之後訴訟為與該判斷相異之主張，故與既判力適用之情形不同(既判力適用於相同之訴訟標的)。再者，雖然以當事人之訴訟活動或法院審理之方便為前提，但在經當事人「認真的爭執」、「法院實質的審理」時，則認為法院對該爭點在判決理由中所為之判斷有拘束力，此點與就一定之判斷無條件的發生拘束力之既判力亦有不同。而一旦發生此等效力即排斥在與前訴不同訴訟標的之後訴中為與前訴判決理由中之該判斷相出入之主張，可以之防止紛爭之復燃<sup>31</sup>。

<sup>29</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 18，頁 666。

<sup>30</sup> 呂太郎，民事訴訟之基本理論(二)，元照出版有限公司，2009年6月初版第1刷，頁 168-169。

<sup>31</sup> 駱永家，同註 26，頁 75。

## 第二款 法理基礎

### 第一目 誠信原則

事實上新堂幸司教授在提出爭點效理論之初亦已表達係基於誠信原則而來。惟按誠信原則本來是以當事人具體的行為作為規範對象，目的是在禁止或限制有害於當事人與相對人之平衡或違反信義之行為，以調整當事人之利害目的。而爭點效是經法院判斷後所生之拘束同。不過就學說發展之趨勢，此一原則已逐漸大至全部法律領域。就爭點效與誠信原則間之關係言，日本學者竹下守夫教授有最具體的解說，其認為係基於誠信原則中權利濫用禁止之作用所生，尤其是權利濫用禁止原則中之矛盾禁止與權利失效之作用。要之，在勝訴當事人言，既基於其主張而獲得勝訴，即應受該主張之拘束，不得於後訴提出反於自己前訴之主張，在敗訴之當事人言，某一事項，如果是紛爭之僅有原因，則一旦起訴或被訴，為求訴訟上主張獲得維持，因此期待當事人該爭點盡到充分的攻防，絕非苛求，從而，當事人的意思既在透過訴訟以一體的解決紛爭，自有將此一爭點作為紛爭決定性爭點的意思，縱使當事人現實上並無此意思，但至少針對該爭點，在雙方展開攻防，法院為判決後，一方當事人已信賴此一終局決定，以期待法的和平時，從誠信原則的立場觀察，應就此信賴與期待予以法的保護，不容許當事人於後訴任意違背<sup>32</sup>。

### 第二目 程序權保障

我國學說上有認為，當事人如已能集中於爭點而為徹底之攻擊防禦，亦對法院就定爭點之判斷結果有所預見，而不致發生突襲性裁判，就特定爭點所得受之程序保障，卻仍容許當事人於後訴訟程序上再就同一爭點為爭執，於前、後訴訟

<sup>32</sup> 呂太郎，同註 30，頁 169-170。

上之主張矛盾知情形，固然可以說是違背誠信原則，不過，若是在當事人前、後訴訟上主張相同而無相矛盾之情形時，難謂有違誠信原則，但仍將造成審理上之重複，甚至是裁判矛盾之結果，不僅有違程序利益之保護，亦浪費司法資源，損傷司法之威信。且一味地追求訴訟效率或紛爭解決一次性有可能會忽略程序保障之要求，故不如以程序保障來作為爭點效之正當性基礎較為是<sup>33</sup>。

### 第三目 小結

由誠信原則來當作爭點效理論之法理基礎係有其意義存在，而誠信原則本身即係一抽象概念，將其當作上位概念應無問題。但於裁判實務上仍須藉由個案將之具體化。然從另一面向即程序保障觀之，程序保障可以作為訴訟標的(既判力)之正當性基礎，則就判決中爭點之判斷，若亦能符合程序保障之要求時，亦能承認其拘束力之存在。判決理由中之判斷是否要承認某程度之拘束力，應以程序保障做中心予以思考。要承認裁判具某程度之拘束力，均應該以曾經給予當事人有某程度攻擊防禦機會之保障，而不致發生突襲性裁判作為前提<sup>34</sup>。且民事訴訟法經歷民國八八年、八九年及九二年之修法，程序保障之概念已成為我國民事訴訟法中之重要法理基礎，訴訟程序之運作也已偏向於當事人程序主體權之保障及爭點集中審理方式。是以，若能夠以程序保障來作為爭點效之法理基礎應係較符合我國現行民事訴訟法之精神。

### 第三款 爭點效之要件

#### 第一目 概論

<sup>33</sup> 沈冠伶，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重新省思，頁 199-200，民事訴訟法研究會第 103 次研討記錄，法學叢刊 214 期，2009 年 4 月。

<sup>34</sup> 邱聯恭，同註 6，頁 278-306。

將拘束力擴大及於判決理由中重要爭點之判斷，雖然可以必免同一爭執再燃，但容易使當事人無從預測判決在何範圍具有拘束力，而有可能違背當事人期待，致生突襲之虞。因此，在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之拘束力的問題，其主要關鍵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<sup>35</sup>。

邱聯恭教授認為以法官踐行公開心證之程序作為防止突襲之手段，可以更明確化爭點效之要件<sup>36</sup>，故本文以程序保障之觀點，希冀以各種具體之方式體現爭點效理論，使其能具體適用於裁判實務上。先就新堂幸司教授提出之爭點效要件及我國學說上之要件為概要介紹後，再深入分析之。

#### 一、新堂幸司教授之要件：

- (一) 前後兩訴於判斷過程中就相同主要爭點為之。「主要」係指根據該爭點之判斷能影響判決結論。
- (二) 當事人於前訴訟程序中已就其主張為認真攻防及盡舉證之能事。
- (三) 法院已就該爭點為實質審理判斷。
- (四) 前後訴之係爭經濟價值利益要為大致相同。如前訴利益太小，不能與後訴之利益相比時，縱使主要爭點共通，且在前訴已為爭執。只能說前訴是僅係就小額之係爭利益為爭執方法，不能謂係就後訴高額利益已為爭執(如前訴係利息債權，後訴係本金債權)。

<sup>35</sup> 沈冠伶，同註 33，頁 199-200。

<sup>36</sup> 邱聯恭，同註 28，頁 19-20。

(五) 是否須經後訴當事人之援用？新堂教授認為就爭點效效力存否之問題應由當事人主張，但法院可以就判斷之資料為職權探知。

## 二、我國學者之要件<sup>37</sup>：

- (一) 在前訴訟當事人間成為主要之爭點。
- (二) 在前訴訟中，關於此爭點，當事人已經盡主張及舉證之能事。
- (三) 法院曾經為實質之判斷，而作過認真之審理。
- (四) 有關主要爭點之紛爭，在前後兩個訴訟系爭之利益係幾乎相等，利害關係相差不多。

(五) 後訴上為當事人所引用：無論當事人就本案權利義務關係於訴訟上有無認真攻防，待判決確定後，即生既判力。然爭點效並不相同，基於辯論主義，當事人就訴訟標的之先前事項本有不爭執之事由，但當事人既已為實際上爭執，自應該承受其結果，於後訴之爭執中受爭點效所拘束。民事訴訟法上有一事不再理之原則，既判力為法院職權調查之事項。而爭點效僅係判決之附隨效力，其防止矛盾作用僅於當事人提起後訴時方為顯現，為責問事項，故須經當事人主張，法院始予斟酌<sup>38</sup>。

<sup>37</sup> 駱永家，同註 3，頁 75；駱永家，民事法研究(三)，1989 年，頁 79；邱聯恭，同註 6，頁 292-293。

<sup>38</sup> 駱永家，同註 3，頁 49。

## 第二目 主要爭點

主要爭點係指前後兩請求所爭執之當否判斷過程中之事項，該爭點之判斷將左右判決之結論者而言。而該爭點，限於當事人曾認真爭執，如同對前訴請求本身之爭執，因此可認為要求其負擔結果責任。即以當事人對於主要爭點是否為認真爭執以限定爭點效發生範圍。所謂當事人認真爭執之主要爭點，係就前後兩訴訟請求當否之判斷過程中，會影響判斷結果之事項，因為經過當事人提出並且爭執，法院亦將其之判斷當作本案勝敗之理由。此等經當事人爭執並經法院判斷之對象，屬於前後兩請求當否之判斷過程中影響判斷結果之事項，即為爭點效作用之對象。而為避免爭點範圍擴大無限制，新堂教授係以「正當決定性期待爭點」來限縮爭點範圍。

本文以為，主要爭點範圍應如何界定誠屬困難，新堂教授藉由正當決定性期待爭點某程度上已將主要爭點範圍具體化，但仍須依個案為具體衡量。若能以程序保障為基礎，回顧、觀察前後訴訟程序中法院與當事人間之具體活動來界定主要爭點範圍應係比以前後訴訟在實體法上之關連性更佳。而所謂具體活動於現行民事訴訟法之體現乃以「爭點整理程序」，藉由爭點整理程序來特定主要爭點。此時應該由法官於審理上就整體案件事實為分析(前訴訟)，藉由法官法律上之專業為特定事實證據中何者係有可能成為本案之重要爭點，此時法官須一併考量依自身專業所判斷出之與本案有關之爭點及訴訟當事人間之爭執點，釐清事實主張與證據聲明間和本案紛爭之關連性、必要性及法律適用之關係。同時法官須盡其闡明義務，就此可能係成為本案重要爭點之協同當事人進行爭點整理程序。此整理出之爭點乃為主要爭點，則其他部分當事人雖有爭執，然因未經爭點整理程序特定為重要爭點，就該部分或許仍為本案爭執之處，但並非重要爭點，當事人仍得於後訴為矛盾之主張，不受爭點效所拘束。而後訴訟法院之法官於適用爭點效

理論時，可以藉由前訴訟所行之爭點整理程序來判斷何項爭點係本案中之重要爭點，此種判斷模式可以提供後訴訟法院有相對清楚之標準來界定重要爭點為何，後訴訟法院經判斷後認為該爭點於本案中係屬重要爭點時，則符合爭點效理論之其一要件，而有適用爭點效之可能，但並不代表該重要爭點於後訴訟中必然生有爭點效，兩者係有論理層次上之差異。

### 第三目 當事人已於前訴訟程序中已就其主張為認真攻防及盡舉證之能事

所謂「認真盡力」係指當事人在訴訟中提出通常其得預想之主張舉證，就該主張舉證通常能使法官獲得心證。若該爭點若係有關於自認、擬制自認或證據契約時，因為這些部分沒有經當事人爭執，對其程序保障不周，故不發生爭點效，亦即保障當事人關於前提問題仍有不爭執之自由。

因我國民事訴訟法第二七〇條之一設有爭點簡化協議之規定，則基於當事人之爭點簡化協議所為之裁判，就排除爭點以外之事項，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。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期程序利益及實體利益之平衡。因此，必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，而多提出無益之訴訟資料，反而有礙於程序利益<sup>39</sup>。而最高法院九七年度台上字第二四二一號判

<sup>39</sup> 沈冠伶，同註 33，頁 208。

決亦認為：「民事訴訟法第二七〇條之一第三項前段規定應受其拘束之爭點協議，係指當事人就其所主張之爭點，經依同條第一項第三款或第二項為協議者而言；於協議前未經當事人主張之爭點，既不在協議範圍，即不受協議之拘束。」但學說上有學者採取限制肯定看法，其認為基於「防止當事人逃避爭點簡化協議效力」觀點，可推認在該協議達成之時點，當事人雙方已就其可處分之主張，積即達成協議時，即同時可以期待雙方當事人預測到未經列入爭點者已消極默示將其排除或限縮在爭點簡化協議之外，將來不得再以主張。至於未於爭點簡化協議成立當事出現，而係隨著嗣後審理始出現或擴大之爭點，要求其受協議之拘束係顯失公平，當事人自不受其拘束<sup>40</sup>。

綜上所述，本文以為此項爭點效要件應係「當事人就經爭點整理程序所得出之爭點或未經爭點簡化協議所排除之爭點之範圍為認真攻防並盡舉證之能事」。

#### 第四目 法院已就該爭點為實質審理判斷

當有多數請求競合時，法院無須就當事人所提出一切請求為全部審理，若僅其中一請求被法院採納時，即法院應為原告之勝訴判決，而未被法院採納之另一獨立爭點，則不發生爭點效。舉例來說，如某案件中原告將實體法上多數競合之請求權均提出而使其成為爭點，但就被告而言，僅以債務不成立及清償等抗辯加以爭執，即使當事人就各該爭點展開攻防，亦僅已經法院審理判決之爭點始發生爭點效，就其他未經判斷之其他事由，不會妨礙當事人於將來其他訴訟中再為主張。舉例來說，原告甲基於對被告乙之100萬債權而對其提起請求借款返還訴訟，乙主張甲對其債權係不成立，並提出若其債權存在但已清償之抗辯。法院審理後，認為該甲對乙之債權係成立但乙已清償，駁回甲之請求。如上所述，就「甲之債

<sup>40</sup> 吳從周，案件之逆襲-從防止「逃避爭點簡化協議」與「逃避失權」之角度出發整理與觀察相關最高法院判決，台灣法學雜誌第127期，頁21-44。

權成立」、「乙已清償」兩爭點均發生爭點效。但是，乙於前訴訟中同時提出甲之債權不成立及縱使該債權存在業已清償之抗辯，若法院未對債權成立與否為審理，卻以被告已清償為判決理由，駁回甲請求，則關於「甲對乙之債權是否存在」之爭點不生爭點效，將來於後訴訟中乙仍得主張甲對其債權不成立而請求依不當得利返還已清償之 100 萬元；另外，若是前訴訟中乙僅就其已清償為抗辯，卻未對該債權成立與否為爭執時，法院審理往後以乙已清償為由駁回甲之請求，嗣於後訴訟中，乙對甲其債權不成立為由，依不當得利向甲起訴返還之前清償之 100 萬元，於此情形，乙係牴觸禁反言原則，法院應駁回乙之訴訟。蓋於此情形時，從乙於前訴訟之態度來看，甲有期待乙就其債務不成立之爭點不再為爭執，而乙卻於後訴訟提出其債務不存在之爭點，乃違反甲之期待，亦有違公平原則。

若法院未能協同當事人排定爭點之審理順序，為使當事人於法院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。如此，一方面可以避免對當事人造成突襲性裁判，另一方面若法院認為當事人所為之陳述或反駁意見為有理由時，亦可以適時修正其見解，可以使當事人對於裁判之信服度與以提昇，減少上訴之提起；再者，有助於後訴訟法院判斷就何爭點經法院為徹底之審理而發生拘束力。經踐行此程序後，法院如仍就多數爭點均為判斷，縱然屬可替代性之判斷，亦難謂法院之審判不夠詳細或慎重，敗訴之當事人雖未提起上訴，仍應受判決理由中之判斷所拘束<sup>41</sup>。

本文以為，觀察我國目前現行事實審裁判實務之判決書，大部分判決書之撰寫已加入爭點整理程序，法官係先釐清雙方當事人之爭執點為何，整理出具有重

---

<sup>41</sup> 沈冠伶，同註 33，頁 210。

要性或必要性之爭點，當事人就該各爭點進行攻擊防禦後，法官再為認事用法。若法官就先順位之爭點形成心證時，則無須再就後順位之爭點為審理，以節省訴訟資源及保護當事人之程序利益。此實際審理程序之進行應可認為法院已盡到實質審理，方符合此項爭點效要件。若嗣後復燃紛爭時，後訴訟法院亦可藉由前訴訟之確定判決書清楚地為判斷何事項為重要爭點，有助於爭點效理論之適用。

#### 第五目 前後訴訟系爭利益大致相同

此一要件係關於前訴訟在何種範圍時，可以承認對後訴訟產生通用力之問題。前訴訟經過雙方當事人爭執之爭點，於後訴訟中即被評價為於後訴訟中已被爭執過之爭點，即，基於公平性而要求當事人於後訴訟中公不得再重複主張爭執該爭點。但是，當事人就前提問題進行訴訟，其最終之目的係要求法院就該其請求之當否於判決主文中之判斷而為之訴訟活動，因此基於當事人訴訟活動之程度，可以從「主文中之判斷來認定系爭利益的經濟價值為訴訟解決紛爭，而前後訴大致上相同」來判斷後訴是否發生爭點效。如前訴訟系爭利益顯較少額時，即使兩訴訟間具有共通爭點，且當事人於前訴訟程序中已為爭執，事實上當事人僅為少額利益為爭執，此時不能認為當事人於後訴訟中對於高額之系爭利益已爭執。舉例來說，原告請求被告給付利息債權，而實際上本金債權之金額比利息債權金額為明顯少額，被告於訴訟中爭執就本金債權不存在為爭執，法院審理結果係認定原告之本金債權存在（判決理由），就法院此項判斷對將來之本金債權請求訴訟，不應發生任何拘束力。雖然被告於利息債權請求訴訟中就本金債權不存在已有提出爭執，但因為於較少額之利息債權訴訟中，要求被告亦對本金債權加以爭執，對被告而言，並不符合公平原則（應可以解釋成係實體利益與程序利益之不平衡），因此若使於利息債權請求訴訟中，對於「本金債權存在」之判斷亦發生拘束力，將被評價為係剝奪被告就本金債權受實質審理之權利。故，此種情形不能就與當

事人於本金債權請求訴訟中，對本金債權存在爭執之情形，為等同視之或有相同之評價。另外，因為爭點效理論之目的在於誠信原則、公平理念，沒有嚴密地要求同一性，故只要求前後兩訴訟之系爭利益「幾乎等同」，也許可以理解成前訴訟之系爭利益似等同於後訴系爭利益<sup>42</sup>。

惟我國學說上有認為在程序保障之觀點下，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<sup>43</sup>。

本文以為，我國現行民事訴訟法就訴訟金額或訴訟標的價額之不同，區分有小額訴訟程序、簡易訴訟程序及通常訴訟程序。小額、簡易訴訟程序與通常訴訟程序兩者相較，因其程序保障、審理模式均顯有差異，且小額訴訟之判決書中得僅記載主文，就當事人有爭執事項，於必要時得加記理由要領(民事訴訟法第卅三六條之十八)。後訴訟法院無法判斷前訴訟之重要爭點及當事人是否有認真攻防及舉證。故當前訴訟為小額訴訟程序，後訴訟為簡易訴訟程序、通常訴訟程序時，應不宜使前訴訟之判決理由於後訴訟中發生任何拘束力。

另依照民事訴訟法第四二七條第一項規定，關於財產權之訴訟，其標的之金額或價額在新台幣五十萬元以下者，適用本章所定之簡易程序。簡易訴訟程序雖係以一次期日辯論終結為原則(民事訴訟法第四三三條之一)，但亦有例外不以一次期日辯論終結為原則(如辦理民事訴訟事件應行注意事項第一八一點：調查證據認定事實仍應妥慎為之，其未達於可為裁判之程度者，不得遽予終結)，故

<sup>42</sup> 李木貴，民事訴訟法(下)，元照出版有限公司，2007年9月修訂2版，頁7-51。

<sup>43</sup> 沈冠伶，同前註31，頁211。

雙方當事人在程序保障下，法院行爭點整理程序，當事人仍有可能就主要重要爭點在前訴訟簡易程序中為認真攻擊防禦及舉證，而使前訴訟中之判決理由於後訴訟通常程序中生有判決拘束力之可能。故縱使前訴訟簡易程序之利益顯小於後訴訟之通常程序，因簡易程序對於當事人受慎重正確判斷之程序保障，較之於小額訴訟而言，顯然不同。應不與小額訴訟等同視之，如此可擴大爭點效理論適用訴訟程序類型範圍，更可以發揮其禁止矛盾之作用。

#### 第六目 無適用法規顯有錯誤

就我國法而言，後訴訟之法院於斟酌是否受前訴訟判決所拘束時，並不需考慮前訴訟之判決就事實上爭點之判斷是否正確，重心應是前訴訟之爭點是否有清楚地界定劃分且必要，當事人就該爭點是否已受有程序保障而實際上進行攻擊防禦，以及法院就該爭點是否為實質之判斷。基於辯論主義，法院就判決理由中關於事實之判斷，係以當事人所提出之相關事證為基礎而形成心證，當事人既然受程序保障已有充分之機會為攻擊防禦，就法院不利之認定結果，即應負自己責任。但如何適用法律係專屬法官之訴訟之職責，後訴之法官亦必須依法裁判且為正確地適用法律。因此，在前、後訴訟之原因事實不同，或為同類之原因事實，但有同一之法律問題爭議時，前訴訟判決所持見解原則上對於後訴訟之法官並無拘束力。再者，如不涉及事實認定而為純粹之法律適用問題，由於我國法上亦以「適用法規顯有錯誤」作為再審事由之一（民事訴訟法第四九六條一項一款）。當事人如因於前訴訟獲本案勝訴判決而不能提起再審之訴，或縱然當事人得提起再審之訴，但與其要求當事人另循再審程序將前訴訟之原判決廢棄，不如承認後訴訟之就同一法律爭點之判斷，得不受前訴訟之判決所拘束，更能使當人獲得迅速、經濟且適合正確之裁判<sup>44</sup>。

---

<sup>44</sup> 沈冠伶，同註 33，頁 212。

## 第七目 當事人未提出新訴訟資料

學說上有認為，判決之既判力不僅具有就爭執之訴訟上請求（訴訟標的）予以認定之效力，亦具有排除（遮斷）之效力，亦即當事人均不得再主張在事實言詞辯論終結前所得主張之所有事實及抗辯。至於在前訴訟事實審言詞辯論終結以後始發生之事實，並不受既判力所遮斷。就判決理由中之判斷而言，亦同。就同一爭點，前訴訟之判決理由中所行為判斷之拘束力，就前訴訟事實審言詞辯論終結前既已存在之事證而言，原則上具有遮斷效。然，遮斷效發生之對象係前、後訴訟之同一爭點。如非屬同一爭點，則不受遮斷效力所及。是以，必須先仔細界定前訴訟之爭點範圍為何，在此爭點範圍內，於後訴訟程序上，當事人所提出之訴訟資料係在前訴訟事實審言詞辯論前即已存在，但未提出者，仍應受判決理由中之判斷所遮斷，而不能於後訴訟程序上再為提出而主張相反於前訴訟之判決理由中判斷。但基於當事人所享有之爭點限縮、處分權，就排除在前訴訟之爭點範圍以外，而與後訴訟之訴訟標的在審理、判斷上有關之事實證據，則仍不具有拘束力及遮斷效<sup>45</sup>。

### 第三項 英、美國對爭點效之規定

#### 第一款 英國之規定

Desert Sun 顯示如果外國法院對呈現於前面之爭點給予清楚的決定，並且其決定為不可以再審議的，則該決定即應有爭點禁止反言之效果，而不必去定性該爭點是屬於實體上或程序上之爭點。

---

<sup>45</sup> 沈冠伶，同註 33，頁 213-214。

外國有管轄權法院所做的判決應被加以尊重而於實質上不可再被加以審理，這是基於「interest reipublicae ut sit finis litium」(基於公眾之利益訴訟應有終結之時)及「nemo debet bis vexari pro eadem causa」(沒有人於同樣理由上得被起訴兩次)之法理<sup>46</sup>。是以，英國對於爭點禁反言的政策性目的，其一為，為公眾之利益之保護，即對於訴訟資源有限性考量(避免司法資源浪費)，考量大家都有公平接近法院的權利，故給予禁反言效力。其二為，著重於平息紛爭，保護勝訴一方之權利，避免其繼續受到敗方之干擾。

於有關「爭點禁止反言」雖於英國判例法上已被執行有兩百多年，但此名詞自 Carl Zeiss 後才正是被引用<sup>47</sup>，英國最高法院於 Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd (No 2)中如此陳述：「依據一事不再理原則而來之禁止反言規則，是一種證據上之規則，是有管轄權的法院對訴訟當事人及主體所宣佈的最後決定，訴訟中的任何人或其繼承人如果想對任何其他他人或其繼承人於任何後續的訴訟中於主體上欲繼續對這個決定提起紛爭或加以懷疑是被禁止反言的<sup>48</sup>」。故而於 Carl Zeiss 中法院認為禁止反言是個「證據規則」(程序規則)，並須滿足下列三要件方構成「爭點禁止反言」：1.外國法院之判決須(a)為有管轄權之法院，(b)為最後及終局(final and conclusion)判決，(c)為主體上之判決；2.當事人(或繼承當事人權利之人)必須相同；3.爭點必須相同。於此些情形下，當事人若不於外國法院提出其所能掌握之有利抗辯，事後亦不得再於英國法院提起抗辯<sup>49</sup>。

<sup>46</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁39-41。

<sup>47</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁39。

<sup>48</sup> [1967] 1 AC 853 at 933, :“The rule of estoppel by res judicata, which is a rule of evidence, is that where a final decision has been pronounced by a judicial tribunal of competent jurisdiction over the parties to and the subject-matter of the litigation, any party or privy to such litigation as against any other party or privy is estopped in any subsequent litigation from disputing or questioning such decision on the merits”見陳隆修，《國際私法管轄權評論》，台北，五南圖書公司，民國75年11月，初版，280頁。

<sup>49</sup> Dicey and Morris, pp.580,581.

Lord Upjohn 認同上述之見解，惟其認為構成禁反言原則，不能脫離他的目的：「並非所有的禁反言皆是令人憎惡的，其必須被適用來行使正義，而非不正義，並且我認為禁止反言原則之適用於後面案件之情形中，必須謹記這個超越性考量」。所以正義是禁反言原則適用之前提。

英國最高法院除了對 Issue estoppel 給予限制性之要件外，Lord Reid 於案件中特別強調，由於英國法院對於許多外國法院之程序並不清楚，故而對於特定爭點是否已被決定之認定可能有困難。或者英國法院可能亦不清楚該決定是構成外國判決之基礎，或僅為附隨之意見。或者當事人因為早期於外國之訴訟為輕微之訴訟，故而沒有答辯，如果因此被禁止反言，似乎有違公平正義<sup>50</sup>。

較近 Lord Justice Clarke 於 Good Challenger Navegante S.A. v. Metalexportimport S.a. 中，對爭點禁反言之特點整理如下：「(1)英國法院之可能認為外國法院對英國法或事實之認定為錯誤是不相關的。(2)因為外國法院之程序可能不一樣，並且去認定外國法院所決定的爭點的確切內容可能是不容易的，英國法院於決定外國法院已對一相關爭點作一個清楚的決定前應是謹慎的。(3)法院的決定對於其判決必須是一定需要的。(4)爭點禁反言原則的適用是受到其必須行使正義而非不正義的超越性考量之限制<sup>51</sup>」。

## 第二款 美國之規定

The Sennar (N0.2)是有關外國判決於管轄條款適用範圍之排除效力之問題，而

<sup>50</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶著，國際私法－國際程序法新視界，五南書局，2011年4月初版一刷，頁40-50。

<sup>51</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁174。

有趣的是美國最高法院亦一再的認定一事不再理原則應適用於所有之爭點，這包括第 1 個法院於程序上所決定對當事人及案件之管轄權<sup>52</sup>上之問題。

聯邦上訴第六巡迴法院於 *Central Transport, Inc. v. Four Phase Systems, Inc.* 中，規定爭點排除之四個要件為：「(1) 該被排除之爭點必須與以前訴訟所牽連的爭點一樣；(2) 該爭點必須於以前之訴訟中被切實的爭辯過；(3) 對於以前的訴訟，該爭點的決定必須為該判決中重要而且必須的部分；(4) 以前的法院必須給予被禁止反言的當事人完全且公平的機會去抗辯該爭點。<sup>53</sup>」

而哥倫比亞地區聯邦地院於 *Bryson v. Gere* 中，則認為該區聯邦法院於爭點排除之要點為：「第一，現在被提起之相同爭點必須於前案件中被當事人所抗辯並被提出等待司法判決。第二，於前案件中有管轄權之法院必須，並且必要與真實的決定該爭點。第三，第 2 個案件中之排除效力對受到第 1 個決定所拘束之當事人，必須不能造成基本上之不公平。<sup>54</sup>」但於該案中法院認定原告有著充分表達之機會，因此對其加以 *collateral estoppel*，並不會對其造成不公平之情形<sup>55</sup>。

美國 *Second Restatements of Judgments*, s. 27 對爭點禁反言規定如下：「當一個事實上或法律上之爭點已經被真實的爭辯過，並且已於一個有效且最後的判決中被決定，而該決定於判決中是為主要的，則無論是於相同或不同之請求中，於當事人間在後來之訴訟該決定應是最終之決定。」其 comment (d) 陳述：「無論是經

<sup>52</sup> *Baldwin v. Iowa State Traveling Men's Association*, 283 U.S. 522.

<sup>53</sup> 陳隆修，2005 年海牙法院選擇公約評析，台北，五南圖書公司，2009 年 1 月，初版 1 刷，頁 254—255。

<sup>54</sup> 268 F. Supp. 2d 46, 57, "Issue preclusion doctrine in the federal courts of this jurisdiction provide that collateral estoppel is appropriate when three requirements are met: 'first, the same issue now being raised must have been contested by the parties and submitted for judicial determination in the prior case. Second, the issue must have been actually and necessarily determined by a court of competent jurisdiction in that prior case. Third, determination.'" *Yamaha Corp.*, 961 F. 2d at 254.

<sup>55</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶著，國際私法—國際程序法新視界，五南書局，2011 年 4 月初版一刷，頁 40—50。

由訴狀或其他情形，當一爭點已適當的被提起以等待決定，並且已經被決定，則已符合本條文該爭點已被真實的爭辯過之意義。」該決定可能是根據缺乏抗辯、經由證明及舉證責任之負擔而來。

其 comment(e)又陳述：「基於許多理由在一個特定之訴訟中，當事人可能選擇不主張一個爭點，或不去抗辯對方之主張。該訴訟可能牽連之數額為甚小，以至於對該爭點之訴訟可能花費多於該訴訟之價值。或於產生證據上或甚至於訴訟本身，法院地為一不方便之法院。節省司法資源，維持判決一制，及避免對不利之一方造成困擾及壓迫之利益，於當欲被排除之爭點以前並未被實際上加以訴訟時，則該些利益即未如此迫切。」因此於此種情形下，該些未經訴訟之爭點於後來之訴訟是不應被給予排除之效果。」

Restatement (Second) of Judgments, s. 28 對於 s. 27 爭點禁止反言之適用加以如下之例外限制：「雖然一個爭點於事實上已被爭論並且已為一個有效且最後之判決所決定，並且對於該判決該決定是主要的，但於下列情形當事人間於後來之訴訟對該爭點之再次爭論是不被排除的：(1)被要求加以排除之當事人，於法律上，不能於第 1 訴訟中要求對判決的重新審查；或(2)該爭點為法律問題，並且(a)兩個訴訟所牽連的請求是重大的沒有牽連。或(b)為了考慮到法律內容於適用上中間之改變或避免法律適用之不公平，應准許一個新的決定；或(3)兩個法院所遵循程序之廣度及品質上之差異，或他們之間有關管轄權分配之因素，應准許該爭點之新決定；或(4)比起於後一個訴訟中，於第 1 個訴訟中被主張應被加以排除之當事人，於該爭點上有著明顯的更重大的舉證責任；該責任被轉移至其對造上；對造較於第 1 個訴訟中有著明顯的更重大責任；或(5)該爭點之一個新決定有著明顯而令人相信之需要(a)由於對第 1 個訴訟中未成為當事人之利益或公眾之利益之決定可能會有不利的影響，(b)由於該爭點會於後來之訴訟

中發生於第 1 個訴訟中是無法被充分預見的，或 (c) 由於對造行為之結果或其他之特別情形，被主張應被加以排除之當事人，於第 1 個訴訟中並未有著適當的機會或動機去取得充分而公平之審判。<sup>56</sup>」28 條的爭點禁反言行使之限制，可為是英國法於爭點禁止反言之行使以正義為目的之成文法版本。

## 第四項 最高法院對爭點效之承認

### 第一款 前言

最高法院七三年度台上四〇六二號判決指出：「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，其對此重要爭點所為之判斷，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷就該已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作

<sup>56</sup> s. 28 Exceptions to the General Rule of Issue Preclusion

Although an issue is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded in the following circumstances:

- (1) The party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the initial action; or
- (2) The issue is one of law and (a) the two actions involve claims that are substantially unrelated, or (b) a new determination is warranted in order to take account of an intervening change in the applicable legal context or otherwise to avoid inequitable administration of the laws; or
- (3) A new determination of the issue is warranted by differences in the quality or extensiveness of the procedures followed in the two courts or by factors relating to the allocation of jurisdiction between them; or
- (4) The party against whom preclusion is sought had a significantly heavier burden of persuasion with respect to the issue in the initial action than in the subsequent action; the burden has shifted to his adversary; or the adversary has a significantly heavier burden than he had in the first action; or
- (5) There is a clear and convincing need for a new determination of the issue (a) because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action, (b) because it was not sufficiently foreseeable at the time of the initial action that the issue would arise in the context of a subsequent action, or (c) because the party sought to be precluded, as a result of the conduct of his adversary or other special circumstances, did not have an adequate opportunity or incentive to obtain a full and fair adjudication in the initial action.

相反之判斷或主張，始符合民事訴訟法上之誠信原則<sup>57</sup>」。而後來的最高法院有關爭點效的判決如八四年度台上字第二五三〇號判決、九一年度台上字第二九九號判決等均援用此判決之說明。

早期對爭點效亦有採取否定說之見解，惟近來實務見解認為源於「訴訟上之誠信原則」及「當事人公平之訴訟法理」或「一次解決紛爭」之所謂「爭點效」理論，於一定條件下應加以肯認，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。其要件為：除判決理由之判斷具備「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，並經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的盡其攻擊、防禦之能事，使當事人適當而完全之辯論，由法院為實質上之審理判斷，且前後兩訴之標的利益大致相同者，始足當之。

近期最高法院判決就爭點效理論有更詳盡之說明，故下一款將介紹我國近期最高法院判決對於爭點效理論之見解。

#### 第二款 最高法院判決

最高法院九十九年度台上字第二三三〇號判決(民七庭)：「末查認定事實應憑證據，法院採為判決基礎之資料，應提示兩造為適當完全之辯論後，始得本於調查證據之結果加以斟酌，以判斷事實之真偽，此觀民事訴訟法第二百二十二條第一項之規定自明。至基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，除判決理由之判斷具備「於同一當事人間」、「非顯然違背法令」及「當事人未提出

<sup>57</sup> 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>

新訴訟資料足以推翻原判斷」等條件外，尚須該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，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，且前後兩訴所受之程序保障亦非顯有差異者，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。原審認該院九十六年度上字第二一五號確定判決，就有關凌晞明是否獲得羅昌錫之授權簽訂系爭買賣契約之爭點，並未在該訴訟程序中為充分舉證、及盡攻擊、防禦之能事，並為適當完全之辯論，尚無「爭點效」之適用，核無違背法令可言，併此敘明。」

最高法院一〇〇年度台再字第四五號判決(民五庭)：「次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，固可承認原則上有爭點效之適用。然倘當事人間就該重要爭點提起之其他訴訟，有原判斷顯然違背法令、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，應解為當事人及法院仍得就該經法院判斷之法律關係，為相反之主張或判斷。查再審原告就源自收購公告及囑託登記令而由再審被告分別取得之上段七〇、三八五地號土地所有權應有部分一百萬分之五十九，固曾提起塗銷所有權登記而回復登記為陳盤銘名義之訴，經板橋地院以第三二九號判決再審原告勝訴確定，然該確定判決以前揭所謂再審被告無法舉證證明表彰物權移轉合意之物權契約存在等詞為其論斷之基礎，其就舉證責任之分配已有違背法令。且該事件與本件爭訟之標的，皆為同筆土地（本件因分割而增七〇之一、三八五之一地號），該事件審判之土地權利範圍僅一百萬分之五十九，與本件審判範圍為一百萬分之九萬六千六百五十四，即再審原告所得受之利益（即標的金額或價額）差異甚大，自無「爭點效」之效力，該第三

二九號判決就上揭爭點所為之判斷，於本件訴訟殊無拘束力可言。」

最高法院一〇〇年度台上字第一五八二號(民五庭):「上訴人與邱塗金等二人均為前案及本件之當事人，而上訴人為系爭土地之基地承租人，對於原地主即林守成等三人與邱塗金間之買賣，有以同一條件優先購買之權，此項基地承租之優先購買權具有物權之效力，並得對抗林守成等三人及其後手，業經前案確定裁判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，原審未說明有何足以推翻前案理由中之判斷，即率為與前案確定裁判相反之論斷，認上訴人已視為放棄優先購買權，其論斷有違上揭誠信原則、訴訟經濟原則及爭點效理論，而有未洽。」

最高法院一〇〇年度台上字第一六二七號判決(民七庭):「按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。」

最高法院一〇〇年度台上字第二二四二號判決(民四庭):「系爭外國確定判決並無民事訴訟法第四百零二條第一項各款所列情形，為原法院前確定判決所判斷，該判決無顯然違背法令之情形，上訴人亦未提出新訴訟資料足以推翻原判斷，基

於當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，有爭點效之適用，上訴人不得就該重要爭點，再為相反之主張。」

### 第三款 小結

綜觀我國最高法院有關於爭點效理論闡述之見解，早期見解不採取爭點效理論，明文否定爭點效，但並未就為何不採取之理由提出實質上之討論，僅為形式上的拒絕，論理上或嫌不足。近期最高法院判決明文肯認爭點效理論，惟各庭之用語或有不同，但大致上係援引最高法院七三年度台上字第四〇六二號判決之內容，並參考學說上之意見為補充，逐步架構出我國民事訴訟法上之爭點效理論，實為一大進步。而將上開最高法院對於爭點效理論見解作一整理後，可得出實務對適用爭點效之前提要件：

(一)爭點效理論基礎源自於：誠信原則、紛爭解決一次性、禁反言原則、防止裁判矛盾。

(二)實體利益：前、後兩訴的訴之利益大致相同。

(三)主體要件：同一形式或實質當事人間，不同之訴訟事件。

(四)程序要件：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。

(五)實體要件：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。

對於近期最高法院各民事庭有關爭點效之態度，係持肯定、正面立場居多，但本文認為仍尚有不足之處：

1、最高法院僅就爭點效產生與否之判斷要件為論述，並未就接續之爭點效之時之範圍、客觀範圍、主觀範圍為更深人之探究。

2、雖然近期最高法院判決實務就爭點效理論採取之立場以肯定說為通說，惟仍尚未明文有承認爭點效之判例存在，對於下級審而言亦無絕對之參考標準，下級審法院仍可採取爭點效理論，於審判實務上係一大問題。盼最高法院能盡早統一法律見解，並就爭點效理論能有更細緻之討論。

3、不應以前後訴之系爭經濟價值利益大致相同為爭點效之要件，應以前訴是否受相同或優於後訴之程序保障，例如：前訴以通常程序審理利息債權，後訴通常程序審理的本金債權即受爭點效之拘束；倘前訴以小額或簡易程序審理利息債權，後訴通常程序審理的本金債權，因小額與簡易程序對當事人程序權之保障並未完整，故對後訴不發生爭點效之拘束力，故須前訴之程序保障高於或等於後訴的程序保障時，始發生爭點效之效力<sup>58</sup>。

#### 第四節 小結

既判力已明文規定於我國民事訴訟法第四〇〇條，故既判力作用之範圍僅限於本案之訴訟標的，不及於判決中之理由即攻防方法，雖有助於當事人對於判決

---

<sup>58</sup> 沈冠伶，判決理由中判斷之拘束力——最高法院九三年度台上字第一五〇七號判決、九六年度台上字第二六六號判決及相關下級審裁判之評析，台灣法學雜誌第 129 期，2009 年 6 月 1 日，頁 39-69。

拘束力的預測，惟無法達成紛爭一次性與裁判一致性，造成當事人未來不必要的勞力、時間、費用之浪費，且對於司法之威信與訴訟資源有限性有極大的傷害。故基於誠信原則與程序保障理論下，有爭點效之討論。

爭點效理論係英國判例法所創，英國稱之為 Issue estoppel，。英國判例法執行爭點效理論已有二百多年，故可供我國參考與引用。英、美之所以採取爭點效理論，其基礎在於公平正義之要求，其一為基於公眾之利益，訴訟應有終結之時，另一為沒有人於同樣理由上得被起訴兩次。所以當給予當事人程序權保障，基於訴訟資源有限性，為給予全民都能有效接近法院，利用訴訟資源，且避免裁判矛盾，就前訴判斷過的爭點，於後訴中，應作相同之判斷，始符合公平正義原則。如同 Lord Upjohn 所言：「並非所有的禁反言皆是令人憎惡的，其必須被適用來行使正義，而非不正義，並且我認為禁止反言原則之適用於後面案件之情形中，必須謹記這個超越性考量」。所以正義是禁反言原則適用之法理，也是其適用前提。

至於爭點效之要件部分，美國聯邦上訴第六巡迴法院於 *Central Transport, Inc. v. Four Phase Systems, Inc.* 中，規定爭點排除之四個要件為：「(1) 該被排除之爭點必須與以前訴訟所牽連的爭點一樣；(2) 該爭點必須於以前之訴訟中被切實的爭辯過；(3) 對於以前的訴訟，該爭點的決定必須為該判決中重要而且必須的部分；(4) 以前的法院必須給予被禁止反言的當事人完全且公平的機會去抗辯該爭點<sup>59</sup>」。觀諸其爭點效的要件，與我國學者所提出的要件大致相同，皆著重於當事人於前訴訟中是否有受完整的程序權保障機會，這與我國九二年民事訴訟法修正的立法精神相似，故將爭點效明文化於我國法典，應無困難。

---

<sup>59</sup> 陳隆修，2005 年海牙法院選擇公約評析，台北，五南圖書公司，2009 年 1 月，初版 1 刷，頁 254—255。

目前我國最高法院民事庭各庭對於爭點效也係採取肯定之看法，大量於判決書中引用爭點效理論或意義同爭點效之用語，近期亦將爭點效理論之要件為細膩化，惟較可惜之處係最高法院仍採取誠信原則作為爭點效之法理基礎，而未考慮現行民事訴訟法中之程序保障精神。再者，或許基於法律審之先天性限制，最高法院並無再就爭點效之各要件為深入分析，甚為可惜。既然爭點效理論已大量落實於我國實務判決中，且我國學者已有文獻大量討論，對此一情形，再將英、美國對於爭點效的立法例參考後，明文化爭點效理論，清楚規定其要件，使人民得預測判決之拘束力，保障其程序主體地位，亦能達成紛爭一次性。然於尚未明訂前，爭點效理論應配合法官之闡明義務與程序權保障，適用於現行實務。



### 第三章 外國民事判決承認的理由、學說及要件

#### 第一節 外國民事判決承認的理由

在全球化與地球村的今日，國際貿易、商業交易發達，人與人的互動頻繁，涉外案件層出不窮，若一國法院之判決無法在他國被承認與執行，不僅違反既得權保護之原則，且個人之權益亦將無法得到週密之保護<sup>60</sup>，故為達公平正義的要求，並充分且完整地保障個人權益之目的，就如同馬丁·沃爾夫認為，如果一個判決在世界各地都能獲得承認與執行，就會使個人的關係在全世界具有穩定性，所以承認及執行外國判決確有必要，各國均以法律明文規定之。然因各國立法不同，故承認及執行外國判決之理由亦不盡相同，惟根據美國哈佛大學教授 Von Meher、Trautman、張特生、曾陳明汝與許坤田之見解得知，各國承認及執行外國判決之重要理由共有下列幾點：

一、「司法有限性」—基於「一事不再理」之原則，對於爭訟已決之案件，為求能避免重覆審理已判決之案件，追求訴訟經濟並免造成訴訟浪費<sup>61</sup>。

二、「保護勝訴當事人之權益」—以使法律關係早日確定，避免敗訴之一造到處濫訴而累及對造。

三、「國際秩序安定」—增進國際秩序之安定性與統一性。

四、「審理妥適性」—在某些案件中，基於牽連關係與便利法庭之考慮，為判決

<sup>60</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國 84 年，初版，頁 145。

<sup>61</sup> 許坤山，國際私法問題解析，三民書局，民國 88 年 6 月增訂 3 版，頁 195。

之法院較之於承認判決之法院，更具有審理之妥當性<sup>62</sup>。

五、「避免選購法院」—使原告不以法院能否有效執行判決為前提，作為選擇受訴法院之根據<sup>63</sup>。

六、「外國主權之尊重」—尊重外國之主權與尊嚴，故對於外國法院之確定判決，本國法院應給予有條件之承認，以避免就同一案件作出與外國法院相反之判決<sup>64</sup>。

## 第二節 外國民事判決承認的學說

世界各國對於承認及執行外國判決之學說理論，大致上可歸納為下列幾種：

### 第一項 禮讓說 (The Comity Theory)

禮讓說，乃十七世紀的胡伯(Huber)為代表的荷蘭法學派所提出，最初是用來解決解釋及適用外國法的問題。後來為英美法系國家的一些學者所接受，用以作為承認與執行外國法院判決的學說<sup>65</sup>。

本學說內容包含三項原則：

(一)每一主權國之法律僅在該國領域內有效，並拘束其全體臣民，在其領域外則無法律效力；

<sup>62</sup> 張特生，論中共法治及其法院判決之承認與執行問題，法學評論，第 54 卷第 10 期，民國 77 年 10 月，頁 4。

<sup>63</sup> 林益山，論外國判決知承認與執行(上)，軍法專刊，第 41 卷第 1 期，民國 84 年 1 月，頁 5。

<sup>64</sup> 曾陳明汝，國際私法原理，著者發行，1998 年修訂六版，頁 192-193。

<sup>65</sup> 李雙元，國際私法衝突篇，武漢大學出版社出版，1993 年 12 月第 3 版，頁 80-83。

(二)所有在該國領域內之人民，不論係永久居住或臨時居住，皆視為該主權者之臣民；

(三)每個國家之法律，如已在其本國領域內實施，則根據禮讓原則，行使主權權利者也應該不侵害自己之主權及臣民之利益的範圍內，使該他國法律在自己國家境內保持其效力<sup>66</sup>。

美國聯邦最高法院早在西元一八九五年於 *Hilton v. Guyot* 一案中<sup>67</sup> 為「禮讓原則」下定義：禮讓之法律意義，並非係一項絕對的義務、禮貌與善意，而係指一國於適當考慮到國際間之責任與便利下，並斟酌本國公民權益及其他受本國法律保護者之權益後，在其領域內承認外國之立法、司法與行政行為而言。到了一九二六年，紐約上訴法院將以上定義作如下修正：認為禮讓並非一種法律規則，而係一種實用、便利與權宜之法則；由於其具有判決統一及防止同一案件重新被審理之重要價值，其意義不僅是一種尊重他人意見之禮貌而已。

而一九七一年聯邦第三巡迴上訴法院更將禮讓之定義綜合解釋如下：禮讓是一國基於國際責任與便利，承認外國立法、司法與行政權之行為；不是一種法律規則，而是一種實用、便利與權宜之法則。它雖然不是禮貌與施惠，但亦未具有命令或義務之強制效力。故若承認及執行外國之判決而違背及侵害本國之利益時，當然可以拒絕採用禮讓之原則。此說主要將承認及執行外國判決，建立在「相互關係或互惠原則 (Mutuality and Reciprocity) 之理論基礎上<sup>68</sup>。Justice Gray 如此論述：「由於缺乏互惠，於認定這些判決在請求權之實體上並不具有確定的證據，我們並不是基於對其他人之不正義之理由而對一個人報復之理論而來；而是基於本於互相及互惠之寬廣之國際法而來，並且根據大部分文明國家所承認之國際法原則

<sup>66</sup> 蔡易紘，論我國對民事訴訟判決之承認與執行，民國 89 年，頁 25。

<sup>67</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U. S. 113 (1875).

<sup>68</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國 84 年，初版，146 至 147 頁。

及我們自己國家之禮儀主義，那應是我們司法的責任去知道並且宣布該判決是不應被視為確定證據。」其將國際禮儀理論視為包含要求互惠<sup>69</sup>。

惟有反對之學者指出，禮讓說係在單方自願之基礎上進行，並不具有法律上拘束力。尤其在禮讓原則未能廣受遵行之際，不僅可能使國內陷於劣勢，更可能形成相互報復之現象。故，認為此說時不足以說明承認外國法院判決效力之理由，且亦有學者認為，此說以「相互承認」之條件作為承認外國判決之要件，並不恰當<sup>70</sup>。

## 第二項 義務說 (The Obligation Theory)

義務說發源於十九世紀中期的英美，此說認為具有管轄權的外國法院所為之判決，可創造出一種法律上的義務，本國應加以承認及執行之。

Baron Parke 說：「當一個有管轄權之法院已判決，一個人對另一個人應給付一定數額，則會引起一個應該去支付該款項之義務，依據該義務，可以提起一個要求強制執行之有關債權訴訟<sup>71</sup>。」

學者戚希爾(Chesmer)即指出「當具有合法管轄權的外國法院已判處一方當事人應該支付另一方當事人一筆金額後，則支付這筆金額就成為一種法律上的債務義務，可以通過債務訴訟使其在本國履行<sup>72</sup>」。

英國上訴法院在 *Adams v. Cape Industries Plc* 中說明，就外國判決承認，英國

<sup>69</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁110。

<sup>70</sup> 曾陳明汝，國際司法原理上集總論篇，學林書局，2003年6月改訂7版。頁289。

<sup>71</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁111-112。

<sup>72</sup> 王彰顯，複數法律區域國家內區域間判決之承認與執行，民國92年，頁26。

採取義務主義，而與禮儀主義無關：「這不可能是本於個別國與國間禮儀之基礎，因為我們的法院從來不認為有必要去探討外國會給予什麼樣相對的執行的權利，或以他們承認其他國家的程度範圍內去限制他們管轄權的行使。最多一個人可說的是於 Schibsky v. Westenholz……中所首先確認出之實體上之責任，一定是基於承認如果有些外國判決被認為能創造權利而那些權利有取代了原來判決之訴因，及那些外國判決於被告或其財產被發現之地得被加以直接強制執行，則國際社會之運作會更加美好。」

美國法院早期採取義務說，以承認外國法院之判決，但至一八九五年 Hilton v. Guyot<sup>73</sup>判例出現以後，即不再採取此種理論<sup>74</sup>。

惟此說以擬制之契約創設判決之涉外效力，並認為具有管轄權之外國法院所作成之判決，可以創造出一種在法律上類似契約的債務義務<sup>75</sup>。而內國法院則受此義務之拘束，應對該外國法院民事判決加以承認。但其認為內國有此責任或義務之依據為何，即縱使肯定外國法院判決得以形成類似契約債務之義務，但內國基於何種原因，必須受該類似契約債務之義務拘束，此說卻無法對此加以說明，此乃本說不足之處。且於外國法院之離婚判決等對於內國之公序良俗有深刻影響者，亦強制內國法院予以承認及執行，並不妥當<sup>76</sup>。

### 第三項 既得權說 (Acquired Rights Theory)

既得權說首先由英國學者戴賽(Dicey)提出，並在其著作中作成具有系統性的

<sup>73</sup> 事實：法國原告對美國被告於法國提起訴訟，並且取得勝訴判決。法國法院被認為是有管轄法院，而被告已被送達並且出席法國法院，更對訴訟加以答辯。後法國勝訴原告於美國聯邦法院對被告提起訴訟，要求執行該法國判決。聯邦下級法院認為外國判決通常可以為最後之判決，並認為原告勝訴。

<sup>74</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國 84 年，初版，147 頁。

<sup>75</sup> 謝石松，國際民商事糾紛的法律解決程序，廣東人民出版社，1996 年，頁 441。

<sup>76</sup> 高鳳仙，美國國際私法上外國判決承認與執行之研究，法學叢刊，第 119 期，民國 74 年 7 月，頁 455。

論述，後來得到英美實務採用而逐漸發展擴大<sup>77</sup>。

依此說，當事人之一方依正當程序，因外國法院之判決而取得之權利，應屬於「既得權」之範圍，本國法院既應尊重當事人既得之權利，故應對外國法院之判決給予承認及執行<sup>78</sup>。

學者對於此說有三點批評：

#### 一、法律論證邏輯之謬誤：

首先，一個法學理論的提出，通常係為解決某一項法律問題。而有關承認外國法院判決理論之提出，其目的即在解決外國法院判決何以發生域外效力的問題，然此說卻首先承認當事人基於外國判決所獲得之「權利」。換言之，一開始即承認有關外國民事法院之域外效力，進而導出即使在內國境內也應尊重勝訴當事人基於外國法院判決所獲得之權利云云，此種論證方法，在邏輯上似有倒果為因之謬誤。

#### 二、權利是否已取得不無疑問：

既得權說乃是以權利之取得為前提，就「權利」一詞，係為使特定人能享受合理利益，而由法律賦予該特定權利人的一種法律上實力，權利人得依其意思行使其權利，最後並得以訴訟之方式藉由法律力量實現其權利內容，故所謂「權利」，即係指受法律之保護得享有特定利益之法律實力。換言之，權利之存在乃係以一

<sup>77</sup> 既得權說與義務說是不同的，前者是依外國法來決定權利的創造，而後者事依據本國的法律來認可義務的產生。

<sup>78</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國 84 年，初版，147 頁。

定之法律規定為前提，如果離開了一定之法律規定就無所謂權利可言。因此，一國法院基於內國法之規定對某一法律關係作出判決，在該法院所屬國境內依其法律之規定，勝訴之當事人可能基於該判決對另一當事人取得某種權利。但此僅限於法院所屬國之領域內，在其他國家並不一定被視為一項權利，故其權利是否已取得，不無疑問<sup>79</sup>。即權利係依附於該外國法律而存在，本國法律並不一定保護該項權利，所以權利是否已經取得，會有疑問。

### 三、即使已取得權利，他國對該權利亦無承認之義務

縱認當事人已因該判決而取得某種之權利，然在一國所取得之權利，他國尚無以承認及法律上保護之義務，且外國法院之判決是否能獲得內國法院之承認，一般皆尚需經過特定要件檢驗，如是否違背公序良俗等。故，何以能據其乃在外國取得既得之權益為理由，而使內國法院負擔承認並須執行該外國法院判決之義務<sup>80</sup>。

## 第四項 司法契約說（Legal Contract Theory）

此說認為外國法院之判決，可視為訴訟雙方當事人合意之結果，等於是一種契約。則在外國有效成立之契約，本國亦應承認之<sup>81</sup>。

惟，外國法院之判決，乃外國法院基於司法權行使之結果，並非當事人相互合意下之產物，將其比附援引為一種契約有過於牽強之嫌，且法院判決雖為訴訟兩造當事人所服從，但當事人服從判決的基礎理由並不是由於兩造的共同意志，

<sup>79</sup> 曾陳明汝，國際司法原理上集總論篇，學林書局，2003年6月改訂7版。頁289。

<sup>80</sup> 劉甲一，國際私法，三民書局，民國71年9月，頁455。

<sup>81</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國84年，初版，147頁。

而是由於國家的權力，這與契約的意義截然不同，不可不辨<sup>82</sup>。

## 第五項 視同法律說 (As Law Rule)

此說又稱為特別法說係源自於德國學者巴爾(von Bar)強調的法律與判決之關係，此說認為外國法院之判決等於外國之法律，承認及執行外國法院之判決即等於承認及適用外國之法律<sup>83</sup>。

惟判決與法律在實質上顯然是兩回事，絕不能混為一談，且縱使承認外國法院判決是一種特別的法律，亦不當然表示內國法院必須予以承認而無審酌之餘地。因為即使是內國適用外國法律，亦非漫無限制<sup>84</sup>，且此說終究並沒有清楚說明承認外國法院判決之依據，蓋外國的任何法律規範，無論是不成文法或成文法，在內國皆非當然地發生法律上應有之效力。故，即使認為外國法院之判決視同外國之法律，仍應說明其承認該視同外國法律之外國法院判決的理由，該理論始稱完整。

## 第六項 一事不再理 (The Res Judicata Theory)

依此說，外國有管轄權法院之判決，即為該國司法權之行使與實施；基於一事不再理之原則，本國法院自應加以尊重，而不再重新審理該外國已判決之案件，故對於該外國之判決應給予承認及執行<sup>85</sup>。

<sup>82</sup> 何適，國際私法釋義，三民書局，民國 72 年 6 月，頁 310。

<sup>83</sup> 林益山，國際私法新論，台北，林益山發行：三民總經銷，民國 84 年，初版，147 頁。

<sup>84</sup> 馬漢寶，新版國際私法總論，民國 79 年 8 月第 11 版，頁 181。

<sup>85</sup> 林益山，國際私法新論，台北，自刊：三民總經銷，民國 84 年，初版，頁 147。

美國法上一事不再理原則，乃指有管轄權之法院就實體權利所為之終局判決 (Final Judgment)，具有確定訴訟當事人及利害關係人權利義務之效力。易言之，相同的訴訟當事人或利害關係人不得就同一事件，基於相同的訴因再提起訴訟。在美國對於一事不再理原則雖然有人提出批評，但在實務界及學者大多傾向於支持態度。而美國國際私法第二次新編則採取折衷之規定：認為外國法院之有效判決，若經合法之審理程序、公開辯論及公正之審判者應承認其效力。

此外，美國近年來以訂定條約之方式，來解決承認及執行外國判決之問題。例如一九七六年十月，美國與英國訂立「英美相互承認及執行民事判決公約」，以解決美國判決因「歐洲共同市場民商事件管轄與判決執行公約」所受的差別待遇問題，並希望此條約能作為將來與其他國家訂定類似條約時之參考典範。惟此條約尚有爭議，雙方還在進一步協商中，故尚未生效<sup>86</sup>。

## 第七項 小結

綜上所述，有關於承認外國法院判決之學說理論，各說皆有其見地，惟卻都僅具有片面性的理論而無法全面清楚解釋其理由之本質，故學者對其亦都有所批評。

禮讓說之理由，係在單方自願之基礎上進行，在國際間要統一世界各國遵守，似乎過度理想，且在未在世界各國皆遵守的情況下，不僅可能使國內陷於劣勢，更可能形成相互報復之現象；義務說，擬制判決對當事人創造出一種在法律上類似契約之債務義務，而使內國法院受此義務之拘束，卻未說明內國法院應受拘束之理由；既得權說之法律邏輯不但有所謬誤，且該權利是否已因判決而取得本有

<sup>86</sup> 林益山，國際私法新論，同上註，頁 148。

所疑問，又即使已取得權利，他國對該權利並無承認之義務，故亦不可採；司法契約說將外國法院之判決，類推為一種契約過於牽強；視同法律說更混淆了判決與法律之意義；一事不再理說忽視各國對於民事訴訟審理程序之設計，因各個國家之特殊歷史背景因素而可能有所不同，在不同審理程序下所得出之判決結果，自亦可能有所歧異。

有學者認為，在今日國際社會生活中，承認外國法院判決非但為公平正義所要求，亦為共同利益所必須，而且可藉由以下較實際的理由，加以說明。其一、在對於爭論已決之事件，能求避免重加審理，以節省勞力、時間、費用。其二、可以避免原告只圖在可以執行判決之法院起訴，並求能保障被告，免受敗訴原告繼續藉著選購法院而施之損害。其三、在求能保障勝訴之一造，免受敗訴一造推拖逃避等伎倆之困擾。其四、在認為就某幾種案件而言，作成判決之法院與承認判決之法院相比，前者為更妥當、更便利或關係最切之管轄之裁判所在，從而其為解決系爭問題所表示之意見最為恰當<sup>87</sup>。上述六種學說雖各有所不足之處，惟該六種學說皆具有高度的參考價值之存在。

現今，對外國法院之判決加以承認並予以執行，為一般文明國家之慣例，惟承認外國法院判決之學說理論於學者間仍有爭議，而無一定之定見。本文以為，就我國對於外國法院判決承認所採之理由，可由民事訴訟法第四〇二條之條文中得知。就該條第一項第一款<sup>88</sup>須有管轄權法院之規定及第二款<sup>89</sup>訴訟上正當法律程序（due process）賦予之程序權保障，乃為判決合法成立之前提。而就第三款<sup>90</sup>為

<sup>87</sup> 胡元禎，涉外離婚事件管轄權與外國離婚判決之承認—評最高法院八十七年第一六七二號判決，全國律師，2002年4月號；李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國85年9月出版，頁173-176。

<sup>88</sup> 民事訴訟法第402條1項1款：「依中華民國之法律，外國法院無管轄權」。

<sup>89</sup> 民事訴訟法第402條1項2款：「敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限」。

<sup>90</sup> 民事訴訟法第402條1項3款：「判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗」。

例外不予承認之排除條款，即就原則上已通過第一、二、四款之承認要件檢驗後，本應予以承認之外國法院判決，然基於內國公序良俗違反為理由，例外地加以排除該外國法院判決之承認。故，我國就承認外國法院判決之真正理由，為民事訴訟法第四〇二條第四款之「相互承認」要件。由此可推知，我國民事訴訟法第四〇二條承認外國法院判決所採之學說理論，係以相互承認為條件的「禮讓說」為法理基礎，此說有使避免內國陷於劣勢之危險，即避免可能形成「你不承認我；我承認你」之困境。惟本文以為，承認外國法院判決所可能使內國陷於劣勢之危險，於該內國承認外國法院判決之前，必已先經過一番仔細斟酌。蓋一國不可能無條件承認他國法院之判決，而陷自己國家人民之利益於不顧<sup>91</sup>，且就相互報復之考慮亦屬多餘。因為若各國均對外國法院判決之承認抱持著被動的態度，堅持他國法院先為承認自己國家法院之判決後始為跟進，則將永無承認之一日。顯而易見地，國際間之法律秩序將無法獲得統一，對各國人民法律上權益之保障亦無法圓滿<sup>92</sup>，如同馬丁·沃爾夫認為，如果一個判決在世界各地都能獲得承認與執行，就會使個人的關係在全世界具有穩定性，所以承認及執行外國判決確有必要，各國均以法律明文規定之。從英國經驗來看，英國承認外國判決之效力，採取更寬鬆的義務說，此說根本不論外國法院是否承認英國所為之判決，英國皆承認其判決。在一個有相當傳統與王道精神的台灣，是否還需要枉顧人民利益，採取報復性的立法嗎？基於以上見解，本文認為，我國對於外國法院判決承認，應採取不附條件的「禮讓說」。

### 第三節 外國民事判決承認的要件

外國法院判決承認與執行之制度，係為維持國際私法秩序之穩定與安定、防

<sup>91</sup> 林益山，《國際私法新論》，台北，林益山發行；三民總經銷，民國 84 年，初版，頁 152-161。

<sup>92</sup> 楊賢坤，國際私法知識，中山大學出版社，1992 年 7 月第 1 版，頁 24-25。

止國際的跛行法律關係之發生<sup>93</sup>、國際間私人法律關係交易安全與身分之確定為主要目的。然，社會經濟發展趨向國際化的現代，涉外民事案件糾紛日漸增加，各國間訴訟制度的差異亦隨之顯現。且因各國立法不同，制度互異，環境與歷史背景亦不相同，欲達到各國法院之判決均能為他國法院無條件所承認及執行，恐尚有一段距離。故，各國對於承認與執行外國法院判決，均設有一定之條件與限制。

關於承認外國法院判決之要件，我國規定於民事訴訟法第四〇二條：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不承認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」關於以上各要件之詳細說明，茲分述如下：

### 第一項 外國法院之確定判決

所謂「外國」，係指我國以外的其他國家而言。學者間就所謂的「外國」，是否必須經由國家承認或政府承認始得謂之為「國家」的問題，頗有爭論。日本學界通說認為，判決係國家主權之行使，承認該國法院判決之效力，無異係承認該為判決之國家地位。故，所謂「國家」，係指經國家承認或政府承認之國家而言。

惟亦有學者認為，未經國家承認或未經政府承認之國家人民與日本人之間，實際上亦常有經濟交易，難免發生私法上法律關係之糾紛。因此，實際上即有就

---

<sup>93</sup> 例如：婚姻關係因一國之判決確定婚姻無效，在另一國仍是有效，即為跛行的法律關係。

判決相互承認與執行之必要，故所謂「國家」不應侷限於已經由國家承認或政府承認之情形。

在我國學界通說認為，承認與執行外國法院判決之制度，並不僅限於已經我國外交上承認的國家為必要<sup>94</sup>。但，亦有認為外國法院判決之承認，涉及對於外國司法權乃至主權行使之承認與否，因此應以有無外交關係為斷<sup>95</sup>。然，本文認同我國學界通說之見解，認為為了達成外國法院判決承認及執行之目的，並參考文明國家之慣例，英國、美國等國家，對於不承認之國家，其法院所為的判決仍是承認的，這可供我國解釋民事訴訟法第四〇二條「外國」之定義，應採廣義之解釋，所謂「外國」應不限於經由我國外交上承認的國家為必要，故大陸地區判決亦應屬外國之判決。

又所謂「外國法院判決」就時點上而言，係指該判決確定之時所言之外國，非指於承認或執行時所言之外國。從而，於第二次世界大戰終止前，日本法院在台灣所為之判決，在現在而言，日本不認為其屬於外國法院之判決，而我國則應認為其屬於外國法院判決。不因為當事人現在均成為中華民國人民，且法院均由我國政府接管，而使其溯及轉變為我國之法院判決<sup>96</sup>。

又所謂「法院」，係指為裁判之國家行使裁判權之機關，然因各國訴訟法制不同，而有不同之機關型態。因此，如該機關係針對私法上之權利義務爭執，依法擁有審判之權限，即屬之。並不以使用法院名稱為必要，且亦不以民事法院為限，雖為行政法院或附帶民事訴訟的刑事法院或其他相關之審判機關，只要該機

<sup>94</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 18，頁 499。

<sup>95</sup> 李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 179-180。

<sup>96</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民書局股份有限公司，2005 年 1 月修訂 4 版，頁 105-106。

關係就私法上之權利義務予以裁判，即為此處所稱法院<sup>97</sup>。惟，外國法院之判決必須為民事或商事判決，始能獲得承認國給予承認及執行；反之，若為刑事或行政判決，除非為刑事訴訟中之附帶民事判決，否則承認國不應予以承認<sup>98</sup>。

早期民事訴訟法第四〇二條明文規定僅承認的對象為「確定判決」，即法院解決私法上權利義務紛爭所為之各種判決，不管是給付判決、確認判決、或形成判決，皆屬承認的範圍，但不包含裁定。故，有學者認為，所謂「確定判決」並不嚴格要求使用「判決」之名稱，只要是法院解決私法上權利義務紛爭所為的裁判行為即屬之，就算使用其他名稱，例如：決定、裁定、判斷或命令等，對於承認之要件及效力並無影響<sup>99</sup>。於民國九二年二月七日立法將學者見解，修訂於條文中，增定第二項：「前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」在立法理由中，有將裁定作限縮範圍：「外國法院所為之確定裁定，例如命扶養或監護子女等有關身分關係之保全處分、確定訴訟費用額之裁定、就父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔之事項所為之裁定等，為解決當事人間之紛爭，亦有承認其效力之必要，爰增訂第二項，明定外國法院之確定裁定準用第一項之規定。至於基於訴訟指揮所為程序上之裁定，因隨時得加以變更，故非本項所指之確定裁定。」

值得注意者乃，假扣押、假處分之裁判就法律糾紛並未作出終局裁判，因此，非屬此處所謂之終局裁判。至於訴訟上的調解或和解、法院或有權機關所作的公證書，依德、日通說之見解，均不認為屬於法院的裁判，故非承認的對象。又非訟事件之裁判，若於該外國係經審問雙方當事人之保障程序，且就該私權關係為終局之裁判者，亦得視為判決<sup>100</sup>。

<sup>97</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 153。

<sup>98</sup> 林益山，外國判決之承認與執行，月旦法學教室第 17 期，2004 年 3 月，頁 41。

<sup>99</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，同註 18，頁 494。陳榮宗、陳慶苗，同註 81，頁 106。

<sup>100</sup> 陳榮宗、陳慶苗，同註 96，頁 106。

又所謂「確定判決」，在大陸法系國家，原則上係指法院就實體法上之私法法律關係，依保障審問雙方當事人之訴訟程序所為的終局裁判，而依該國法律已不能以通常上訴或聲明不服之方法，請求法院加以廢棄或變更的判決<sup>101</sup>。確定之理由，無論一審終結、缺席判決、書面審理之判決，均無不可。惟，要求承認外國法院判決之當事人，必須提出判決國機關所作成之確定證明書以為證明<sup>102</sup>。而「終局判決」，則指判決雖已不得由宣示之法院加以變更，但仍得向上級法院提起上訴之情形。

惟，在英美法系國家，則有不同。依英國判例法，可加承認及執行之外國法院判決，須為「最後判決」(final judgment)。而所謂「最後判決」，係指「判決已不得由原宣示之法院加以變更」而言，故仍得向上級法院上訴。而且，即使當事人對該外國法院判決正在提起上訴期間，英國法院亦得視其為「最後判決」，而加以承認及執行<sup>103</sup>。

因此，英國法上之「最後判決」，似與我國民事訴訟法上之「終局判決」相近，而不同於「確定判決」。對此，美國判例之立場雖不一致，但多數學者均認為與英國判例無大出入。換言之，就此一條件而論，英美法院之要求，較大陸法系國家為寬。而此差異，當與英美法系國家，傳統上重視終結訴訟之政策有關<sup>104</sup>。

在我國所謂「判決之確定」，係指判決處於不得依上訴程序求為廢棄或變更之狀態而言。判決之確定與否，在訴訟法上關係至為重大，當事人對於確定判決僅得依再審程序，對之提起再審之訴；對於未確定之判決，始得依上訴程序謀求

<sup>101</sup> 戴志傑，兩岸消保法懲罰性賠償金制度之比較研究，台北大學法學論叢第 53 期，民國 92 年 12 月，頁 179-184。

<sup>102</sup> 兩岸關係條例施行細則第 68 條亦有相同之規定：依本條例第七十四條規定聲請法院裁定認可之民事確定裁判、民事仲裁判斷，應經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證。

<sup>103</sup> 林益山，外國判決之承認與執行，同註 98，頁 41。

<sup>104</sup> 馬漢寶，新版國際私法總論，頁 182-183。

救濟。

判決經宣示或送達後，為該判決之法院應受其羈束，不得自行廢棄或變更之（民事訴訟法第二百三十一條、第四百五十至四百五十二條、第四百七十七條至第四百七十八條<sup>105</sup>）。經上訴法院廢棄原判決，而將該事件發回原法院、或發交其他同級法院、或移送於其管轄法院，原判決既因廢棄而不復存在，受發回、發交或移送之法院，即無受其羈束之必要，不生判決確定之問題。

不得上訴於第三審之事件，經第二審法院判決者，當事人對之不得提起上訴。除權判決或宣告死亡判決，亦不許當事人提起上訴，均屬確定判決（民事訴訟法第四百六十六條、第五百五十一條第一項、第六百二十五條<sup>106</sup>）。此種不得上訴之判決，法院雖得因當事人提起再審之訴或撤銷之訴而廢棄或變更之。惟，在形

<sup>105</sup> 民事訴訟法第二三一條規定：「判決經宣示後，為該判決之法院受其羈束；不宣示者，經公告後受其羈束。判決宣示或公告後，當事人得不待送達，本於該判決為訴訟行為。」、四五〇條：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決。」、四五一條：「第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認為必要時為限。前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決。依第一項之規定廢棄原判決者，其第一審訴訟程序有瑕疵之部分，視為亦經廢棄。」、四五一條之一：「應適用簡易訴訟程序之事件，第二審法院不得以第一審法院行通常訴訟程序而廢棄原判決。前項情形，應適用簡易訴訟事件第二審程序之規定。」、四五二條：「第二審法院不得以第一審法院無管轄權而廢棄原判決。但違背專屬管轄之規定者，不在此限。因第一審法院無管轄權而廢棄原判決者，應以判決將該事件移送於管轄法院。」、四七七條：「第三審法院認上訴為有理由者，就該部分應廢棄原判決。因違背訴訟程序之規定廢棄原判決者，其違背之訴訟程序部分，視為亦經廢棄。」、四七八條：「第三審法院廢棄原判決，而有下列各款情形之一者，應自為判決：一、因基於確定之事實或依法得斟酌之事實，不適用法規或適用不當廢棄原判決，而事件已可依該事實為裁判者。二、原判決就訴或上訴不合法之事件誤為實體裁判者。三、法院應依職權調查之事項，第三審得自行確定事實而為判斷者。四、原判決未本於當事人之捨棄或認諾為裁判者。五、其他無發回或發交使重為辯論之必要者。除有前項情形外，第三審法院於必要時，得將該事件發回原法院或發交其他同級法院。前項發回或發交判決，就應調查之事項，應詳予指示。受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判決基礎。」

<sup>106</sup> 民事訴訟法四六六條：「對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新台幣一百萬元者，不得上訴。對於第四百二十七條訴訟，如依通常訴訟程序所為之第二審判決，仍得上訴於第三審法院。其因上訴所得受之利益不逾新台幣一百萬元者，適用前項規定。前二項所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減至新台幣五十萬元，或增至一百五十萬元。計算上訴利益，準用關於計算訴訟標的價額之規定。」、五五一條第一項：「對於除權判決，不得上訴。」、六二五條：「宣告死亡事件，除本章別有規定外，準用第五百四十條至第五百五十三條之規定。」

式上皆為另一獨立訴訟程序之開始，並非前訴訟程序之當然延續，仍不影響該判決之確定也（民事訴訟法第四百九十一條、第四百九十七條、第五百五十一條第二項、第六百三十五條<sup>107</sup>）。

判決之確定，以終局判決為限，中間判決僅為終局判決之準備，如經當事人對於終局判決提起上訴，該終局判決前之中間判決，應並受上訴法院之審判（民事訴訟法第四百三十八條、第四百八十一條<sup>108</sup>），因此，中間判決不生確定之問題<sup>109</sup>。

外國判決須為「有效判決」，亦即該外國法院所為之判決，在該外國必須為有效，我國始得予以承認及執行。但，判決在該外國不生效力，僅係因程序上之瑕疵所致者，限於該外國法院對於當事人及涉訟事件均有管轄權時，例外得由我國法院承認及執行之。因為程序上之瑕疵在國際私法上只引起「判決不規則性」（Irregularity of judgment）之問題，該外國法院判決本身仍屬有效之故也<sup>110</sup>。

## 第二項 國際管轄權

<sup>107</sup> 民事訴訟法第四百九十一條：「抗告，除別有規定外，無停止執行之效力。原法院或審判長或抗告法院得在抗告事件裁定前，停止原裁定之執行或為其他必要處分。前項裁定，不得抗告。」、第四百九十七條：「依第四百六十六條不得上訴於第三審法院之事件，除前條規定外，其經第二審確定之判決，如就足影響於判決之重要證物，漏未斟酌，或當事人有正當理由不到場，法院為一造辯論判決者，亦得提起再審之訴。」、第五百五十一條第二項：「對於除權判決，不得上訴。有下列各款情形之一者，得以公示催告聲請人為被告，向原法院提起撤銷除權判決之訴：一、法律不許行公示催告程序者。二、未為公示催告之公告，或不依法定方式為公告者。三、不遵守公示催告之公告期間者。四、為除權判決之法官，應自行迴避者。五、已經申報權利而不依法律於判決中斟酌之者。六、有第四百九十六條第一項第七款至第十款之再審理由者。」、第六百三十五條：「撤銷死亡宣告之訴，檢察官或有法律上利害關係之人，得提起之。第五百五十一條第二項所定之聲請人死亡者，得以其他有法律上利害關係之人為被告。」

<sup>108</sup> 民事訴訟法第四百三十八條：「前條判決前之裁判，牽涉該判決者，並受第二審法院之審判。但依本法不得聲明不服或得以抗告聲明不服者，不在此限。」、第四百八十一條：「除本章別有規定外，前章之規定，於第三審程序準用之。」

<sup>109</sup> 吳明軒，民事訴訟法，五南圖書出版社，頁 260-261。

<sup>110</sup> 戴志傑，兩岸消保法懲罰性賠償金制度之比較研究，同註 86，頁 460。

國際私法上裁判管轄權之意義係指，某涉外民事法律事件究竟應由何國法院管轄，而不是指該涉外民事事件究竟屬於何國國內那一個地方法院或高等法院管轄之問題。是以，該外國判決法院，必須對其所判決之民事事件擁有「國際管轄權」(Internationale Zuständigkeit ; International Jurisdiction) 或稱「國家管轄權」(Staatliche Zuständigkeit)，至於該判決之外國「個別」的法院有無地域管轄權或事物管轄權，即是否享有國內之管轄權，則非所問，因其乃屬該國國內法之問題<sup>111</sup>。例如，依中華民國之法律，某涉外案件應由美國國法院管轄，則美國國內之任一法院所為之判決，即為有管轄權法院所為之判決，其判決效力應予以承認。倘依中華民國法律，該外國法院無管轄權，且當事人間無管轄之合意，或其性質不得以合意決定管轄法院者，均不得承認該外國法院判決之效力<sup>112</sup>。故，判決之外國法院必須具有合法管轄權，其所為之判決始能獲得承認國法院之承認與執行。至於有無管轄權，不僅依該外國法律，並須依承認國法律定之<sup>113</sup>。而民事訴訟法第四〇二條第一款之所以會要求，為判決之外國法院，必須具有國際裁判管轄權，考量其目的應在於維護承認國管轄權之不受侵犯，以及防止國際間管轄權之衝突。

#### 第一款 管轄權的種類

管轄權有二，其一為「國內裁判管轄權」，又稱為「特別的管轄權」(Competence Speciale) 或稱「具體管轄權」(Lokale Zuständigkeit ; Local Jurisdiction)。係指某一國家之某特定法院就該涉外民事事件或純粹內國事件有無管轄權。另一則為「國際裁判管轄權」，又稱為「一般的管轄權」(Competence Generale) 或

<sup>111</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 153。陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 162 期，民國 85 年 4 月，頁 8。

<sup>112</sup> 馬漢寶，國際私法論文選輯(上)，五南圖書出版有限公司，民國 73 年 7 月初版，頁 320。曾陳明汝，國際私法原理上集總論篇，學林書局，2003 年 6 月改訂 7 版，頁 292。

<sup>113</sup> 林益山，外國判決之承認與執行，月旦法學教室第 17 期，2004 年 3 月，頁 41。；姚瑞光，民事訴訟法論，大中國圖書公司，民國 80 年 2 月，頁 455。

稱「抽象管轄權」。係規定某涉外民事事件究應歸屬於何國之法院管轄。一般的管轄權又可區分為二種，其一為「內國主權的對外宣示」，指本國法院受理某一涉外民事事件時，國家對於該涉外民事事件有無國際管轄權之問題，稱為「直接的一般管轄權」(Competence Generale directe)<sup>114</sup>。另一則為「對外國主權的自主確認」，係指本國法院於當事人提出外國法院之確定判決請求承認及執行時，自國際民事訴訟法的立場，審查該外國法院有無國際管轄權之問題，稱為「間接的一般管轄權」(Competence Generale indirecte)<sup>115</sup>。

## 第二款 承認間接管轄權

關於管轄權之確定，通常先依「一般管轄權」之規定來決定某一涉外民事事件究應歸屬何國法院管轄。如依規定，就某一涉外民事事件我國法院有一般管轄權存在者，再依「特別管轄權」之規定來決定應由我國國內之何一地方法院有管轄權。而民事訴訟法第四百零二條所規定，承認外國法院判決必須具備之管轄權要件，即為「間接的一般管轄權」。

依此款規定，外國法院就該涉訟事件，必須依中華民國法律之規定具有管轄權的情況下，我國法院始得承認該外國法院判決之效力。又該外國法院是否對於特定案件具有管轄權，應依國際管轄權，即「一般管轄權」決定之，而不論為該判決之「個別」法院依該外國法是否享有國內之管轄權<sup>116</sup>。

有疑問者乃，有無間接的一般管轄權之決定基準為何。就此，有認為應依據裁判國之法律，定該國法院對於該涉外民事事件有無裁判管轄權。亦即原則上依

<sup>114</sup> 林益山，國際裁判管轄權衝突之研究，中興法學第 36 期，民國 82 年 9 月，頁 44-45。

<sup>115</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 143 期，民國 80 年 7 月，頁 30-31。

<sup>116</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(下)，軍法專刊第 41 卷第 2 期，民國 84 年 2 月，頁 5。

裁判國之法律規定，裁判國就該涉外訴訟事件有國際管轄權的情況下，承認國即應為承認，僅於依承認國之法律規定，承認國法院有專屬管轄權<sup>117</sup>之情況下，始得例外不加以承認<sup>118</sup>。

惟德日通說之見解認為，應依據承認國之法律，決定該為裁判國之法院對該涉外民事事件有無國際裁判管轄權。亦即各承認國為自己制定規則，從自身觀點認定判決國於裁判時，就該涉外民事事件是否具有間接的一般管轄權。外國法院有無管轄權，依我國民事訴訟法第四百零二條第一項第一款之規定：「依中華民國法律，外國法院無管轄權者。」之用語以觀，應認為我國採德日通說之見解，依據承認國之法律規定判斷外國法院有無管轄權。即採大陸法制國家中相當普遍的「鏡像原則」或稱「鏡像理論」(Spiegelbildprinzip; mirrorprinciple)，即意味著以承認國之國際管轄權規定，如鏡子的影像一般地轉用於裁判國<sup>119</sup>。假設判決國法院適用我國關於國際管轄權之規定，為有國際裁判管轄權之法院，即可承認該外國法院判決。換句話說，當我國在面臨某外國法院判決於我國是否被承認時，須假設該判決法院為我國法院，依據我國關於國際管轄權之相關規定，對該事件是否擁有國際裁判管轄權，依此認定實際裁判的外國法院，當時是否擁有國際裁判管轄權，以確定應否承認該外國法院之判決。至於該判決法院之外國，是否認定自己擁有國際裁判管轄權，對我國就國際管轄權之認定，並無影響<sup>120</sup>。

又離婚之訴係專屬管轄，外國法院若無管轄權，我國法院自難承認該無管轄權之外國法院判決，實務上有四十七台民字第六三六八號函及五十三台民字第五〇一號函可資佐證。例如，原告居住於美國，並已取得美國國籍及永久居留權，而兩造間離婚之原因事實係發生於美國境內，依民事訴訟法第五百六十八條第一

<sup>117</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民書局股份有限公司，2005年1月修訂4版，頁95。

<sup>118</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第162期，民國85年4月，頁8。

<sup>119</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁153。

<sup>120</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁154。

項規定，美國地方法院就兩造間之離婚訴訟事件，具有管轄權。再者，法院得命原告提出經我國駐外代表處證明外國法院有管轄權之書面，證明該外國法院具有管轄權。例如，美國在台協會致北美事務協調委員會函，得證明美國加州洛杉磯高等法院就兩造間婚姻及子女監護事件，具有管轄權<sup>121</sup>。

### 第三項 聽審權保障

敗訴之被告未應訴者，不承認該外國法院確定判決之效力。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。此即為保障敗訴之被告<sup>122</sup>應受到合法之傳喚及應訴，因此，訴訟所需之通知及命令，應合法送達於被告，始得承認該外國法院判決之效力<sup>123</sup>。

依舊法 此款規定之目的，乃是為了保護中華民國國民(包括自然人及法人)，使其於適當時期收受有關於訴訟之通知，進而能有充裕的時間為攻擊防禦方法之準備，以保護其自身之權益，又有學者稱之為合法的聽審權(rechtliches Gehör)或正當程序原則<sup>124</sup>(due process)。至於敗訴之一造，是否屬於中華民國國民，應以送達訴訟開始之傳喚或命令時為認定之時點。換言之，是指訴訟開始所需之通知或命令送達時，該敗訴之一造為具有中華民國國籍之人，即得適用。至於是否擁有其他國籍或嗣後始喪失我國國籍，並無影響。惟，若於通知或命令送達之後才取得我國國籍者，不在本款適用範圍之內，亦即並不在保護之列<sup>125</sup>。

而新法於民國九十二年修正時，立法者基於強調程序權保障之國際潮流趨勢

<sup>121</sup> 林洲富，外國及大陸地區法院民事裁判之承認與執行，司法周刊第 1105 期，民國 91 年 10 月 23 日，第三版。

<sup>122</sup> 陳榮傳，國際私法各論，五南圖書出版公司，民國 87 年 9 月初版，頁 431-432。

<sup>123</sup> 陳計男，民事訴訟法論，三民書局，民國 83 年 9 月初版，頁 81。

<sup>124</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 154。

<sup>125</sup> 馬漢寶，國際私法論文選輯(上)，五南圖書出版有限公司，民國 73 年 7 月初版，頁 321。

及促進國際交流，認為不應區分被告為中華民國人或外國人，應一律加以保護。即訴訟程序權之保障不宜以本國人為限，凡遭受敗訴判決之當事人，如在我國有財產或糾紛，而須藉由我國承認外國法院判決效力加以解決紛爭者，均應給予保障，緣將本款原本規定之「敗訴之一造為中華民國人而未應訴者」等字句刪除<sup>126</sup>，改為「敗訴之被告未應訴者」。

所謂「應訴」者，凡對於原告之訴所為的攻擊防禦行為皆屬之，例如，對原告之訴提出抗辯等<sup>127</sup>。且不以關於本案之應訴為必要，抗辯訴不合法之亦可謂為應訴。其目的為給予當事人有充分的時間為出庭的答辯及攻擊防禦，且已採取攻擊防禦方法者而言<sup>128</sup>。

所謂「未應訴」者，其具體情形依外國法院訴訟程序而有不同。在採言詞辯論主義之外國，當事人未到庭參加言詞辯論，即為未應訴，故須被告因應訴曾經到場；在採書狀審理主義之外國，所謂未應訴係指未提出書狀而言<sup>129</sup>，故曾用書狀應訴即為已足。又應訴固得由法定代理人或訴訟代理人為之，然由外國法院所選任之特別代理人應訴者，不得認為該被告本人以為應訴。

倘被告為中華民國人民，於美國地方法院審理之離婚訴訟中未應訴，而美國地方法院已將開庭通知書送達被告之事實為被告所自認，且有原告所提出之送達宣誓書為證者，應認為美國法院已給予被告適當之陳述或防禦之機會，亦即符合民事訴訟法第四百零二條第一項第二款但書規定，開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達之情況，例外得承認該外國法院所為之判決<sup>130</sup>。

<sup>126</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 162 期，民國 85 年 4 月，頁 9。

<sup>127</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(上)，軍法專刊第 41 卷第 1 期，民國 84 年 2 月，頁 4-5。

<sup>128</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(下)，軍法專刊第 41 卷第 2 期，民國 84 年 2 月，頁 5。

<sup>129</sup> 姚瑞光，民事訴訟法論，大中國圖書公司，民國 80 年 2 月，頁 455。

<sup>130</sup> 林洲富，外國及大陸地區法院民事裁判之承認與執行，司法周刊第 1105 期，民國 91 年 10 月 23 日，第三版。

送達之方法，原則上係依判決國所規定之方法為之，是否為合法送達，亦應以判決國之法律規定為準。又送達，若已依中華民國法律上之協助，由中華民國法院為之者，亦發生送達之效力。針對外國送達之部分，學者主張須送達於本人，亦即須非公示送達或補充送達，因為被告實際上並無法知悉訴訟繫屬，會因不知應訴而喪失攻擊防禦的機會。且雖得向法定或訴訟代理人送達，仍須再向本人為之。但即使如此，仍有學者批評，以被告在法庭地短暫的停留，卻因法院之送達而須受其管轄。例如：我國廠商代表赴美考察或洽商，在旅館內或會議室內，被送達美國法院訴訟文件之情形，依我國規定為合法送達。此「無異使過路旅客遭遇突如其來之訴訟威脅」「若為正義，更似強盜」，而認為此部分之立法規定值得商榷<sup>131</sup>。

依中華民國法律已為協助送達者<sup>132</sup>。我國目前有「外國法院委託事件協助法」之頒訂<sup>133</sup>，依此法律，委託事件之轉送，應以書面經由外交機關為之（第三條）。又委託應基於互惠關係，委託法院所屬國，應聲明中華民國法院如遇有相同或類似事件須委託代辦時，亦當為同等之協助（第四條）。委託送達，應於委託書內詳載應受送達人之姓名、國籍及其住所居所或事務所、營業所（第五條第二項）。委託事件之委託書及其他有關文件，如係外國文時，應附中文譯本，並註明譯本與原本符合無訛（第七條）<sup>134</sup>。

又我國民事訴訟法第四百零二條第一項第二款但書雖僅稱「送達」，而未如德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第二款要求送達須合法且及時，即所謂送

<sup>131</sup> 李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師雜誌，1998年4月號，頁69。

<sup>132</sup> 王志文，論國際與區域民事私法協助，華岡法粹第24期，民國85年10月，頁243-246。

<sup>133</sup> 張特生，論中共法制及其法院判決之承認與執行問題，法律評論第54卷第10期，民國77年10月，頁5。

<sup>134</sup> 李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師雜誌，1998年4月號，頁69。

達之適式性（Ordnungsmäßigkeit）及適時性。但，仍應作相同的解釋，認為必須依該判決國法律規定係合法且及時送達，給予被告發動適當攻擊防禦的機會。又為保障當事人之程序權，開始訴訟之通知或命令不僅應合法送達，並應給予當事人相當時期以利其關於防禦權行使之準備<sup>135</sup>。

又若依我國法律上的協助送達，是否應附上關於通知之中文譯本，我國法律並無明文之規定，學者間之見解亦不一致，因此，關於送達文書是否需要翻譯文件之問題，學說大致上分為三種。第一種，認為未附翻譯文件之送達，僅僅為事實上之通知行為，並不該當於民事訴訟法第四百零二條第一項第二款但書所稱之「送達」。第二種，認為應綜合考量案件情形，依個案具體判斷之。此際應考慮之重點有，是否賦予當事人充分的準備時間、是否附上翻譯文件、被告是自然人或法人等因素。第三種，有鑑於被告防禦權之保障、原告的主動地位，及個案考慮將有害於法安定性及法規的一致性等因素，認為均須附上翻譯文件，並不因個案當事人具體情況之差異有而不同之處理方式。對於此一問題，一般均認為應附有翻譯文件始可謂已達司法共助之要求，而採取第三種見解。

亦有學者認為在現代國際社會，如以英文告知開始訴訟之內容，即已滿足民事訴訟法第四百零二條第一項第二款之要件，亦有認為應視被告之情形決定之，如被告已能充分瞭解英文，能完全瞭解送達之意義，在辯論期日之前有充裕機會進行攻擊防禦方法之準備，則已符合民事訴訟法第四百零二條第一項第二款之規定。對此問題，鑑於送達之基本目的在於讓受送達人瞭解送達之意義，因為此種內容之瞭解，不僅以瞭解其大要內容為已足，而應讓收受送達人能完全以日常用語瞭解他方當事人所表示之一切內容。在德國實務上，雖亦有認為是否必須將送達文件翻譯成送達實施國之語言的問題，應依判決國法定之，且即使該送達通知

---

<sup>135</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民書局股份有限公司，2005年1月修訂4版，頁108。

未附上翻譯文件，此瑕疵亦尚未嚴重到，應拒絕承認整個外國法院判決之程度的見解。惟，上述見解遭到學界批判，認為對於非法律專業人士而言，收受一份以外國語言書寫之法律文書，該文書之內容是否能夠完全正確的被當事人理解，是很有疑問的。又，因訴訟往往關係著當事人身分或財產權利之剝奪，如送達之內容收受送達人不能完全瞭解者，不能說不是對其身分或財產上權利之另一種剝奪方式。且英文雖係相當普遍之外國文字，但並非所有一般人均能充分瞭解其內容，特別是涉及專門用語時。因此，如考量受送達人之情況決定是否應附上中文譯文，則未免與法規或制度在於要求一致性，不因個案之情形不同而異其效果之理念有違。且考慮個別主觀之情事以決定文書送達之效力，將使受領文書之當事人地位處於不安定之狀態。又，要求原告附上中文譯文，並非顯著之負擔。因原告有充分之時間作訴訟上之準備，且翻譯為中文之費用，在訴訟上之花費亦僅佔有極小之比例，因此，仍以一律附上中文之見解為妥。且國際上，在日本有以訴訟通知所需文件之送達僅以單純郵件送達而未附上日本語翻譯文，作為拒絕承認外國法院判決之理由；在海牙民事送達公約（一九六五年）第五條第三項亦規定，受託國得要求附上該國官方語文的正本或譯本，我國雖非締約國，仍不妨在立法或實務上引為參考<sup>136</sup>。

#### 第四項 公序良俗原則之遵守

外國法院確定判決之內容或訴訟程序，有背於中華民國之公共秩序或善良風俗者，依民事訴訟法第四百零二條第一項第三款規定，我國不應承認之。外國法院確定判決有背於中華民國之公共秩序或善良風俗者，不以其所宣告之法律上效果為限，其基於有背公共秩序或善良風俗之原因，而宣告法律上之效果者，亦包括在內。且我國法律雖未明文規定有背於我國法規之本旨一節，然該外國法院判

<sup>136</sup> 李後政，國際私法論文集，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 194-195。陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 153。

決所援用之法規，若與我國公益上應保守之立法原則相反者，亦應解為包括在本款規定之範圍內<sup>137</sup>。

民事訴訟法第四百零二條第一項第三款之原規定，係指外國法院確定判決之內容在實體法上違背我國公序良俗之情形而言。然，為保障當事人之程序權，就外國法院判決之訴訟程序違背我國公序良俗之情形，亦應包括在內。因此，立法者將民事訴訟法第四百零二條第一項第三款條正為，「判決之內容或訴訟程序」有背中華民國之公共秩序或善良風俗，以求周延<sup>138</sup>。

換言之，外國法院判決違背我國公共秩序和善良風俗者，可以依其所違反者為程序法與實體法區分為二種態樣。即須一併考量外國法院判決成立之訴訟程序或判決內容有無違背我國實體法上之公序良俗及訴訟法上之公序良俗而為判斷<sup>139</sup>。

#### 第一款 公序良俗之概念

「公共秩序」與「善良風俗」為不確定之法律概念(unbestimmter Rechtsbegriff)，其涵義為何，實務及學者之間並無明確而一致之解釋，這也正是此一制度的特點。故，有學者將其喻為「安全閥」(safety valve)，正是因為在任何其他可以拒絕承認和執行的條件都不存在，而判決之執行的確會對自己國家造成重大社會、經濟利益之危害時，便可以援用此一制度拒絕承認和執行有關的外國法院判決。但是，為了防止此一制度之濫用，「海牙公約」中亦明文規定只有在承認及執行外國法院判決與被請求國的公共政策「顯然不相容」時，才可以此理由加以拒絕<sup>140</sup>。

而有關「公序良俗」「公共秩序」、與「公共政策」之涵義抽象不定，常隨

<sup>137</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局有限公司，中華民國九十六年六月出版，頁 494。

<sup>138</sup> 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(上)，三民書局股份有限公司，2005 年 1 月修訂 4 版，頁 109。

<sup>139</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 162 期，民國 85 年 4 月，頁 9-10。

<sup>140</sup> 黃進，區域衝突法，永然文化出版，民國 85 年 10 月初版，頁 276。

時代背景、環境及國情之不同而異其解釋，難有一明確的標準，各國間之用語及定義也有所不同。在我國所謂「公序良俗」者，不外乎以立國精神與倫理道德為標準。而德國謂之「善良風俗 (Boni Mores) 及德國法律之目的」，日本則謂之「公共秩序或善良風俗<sup>141</sup>」。法國、義大利及瑞士學者則解釋「公共秩序」(Public Order ; Ordre Public) 為，凡關於憲法、行政法、法院組織法、有關個人自由權利之公法及刑事法等均不可違反，否則即不予承認該外國法院之判決。在英美法制，若外國法院判決違背其「公共政策」(Public Policy) 即不予承認。何謂「公共政策」，英國學者及法院採取較為嚴格之解釋，即「明確之英國政策<sup>142</sup>」(Distinctive English Policy)。而在美國各州法院及學者對於「公共政策」之解釋紛歧，有些著重於判決對當事人之公平性，有些著重於保護法院地之倫理道德、司法威信或本州公民之利益等。而美國「國際私法第二次新編」(Restatement of Conflict Laws, Second)，則強調「公共政策」「法院強而有力之公共政策」須為 (The Strong Public Policy of Forum)，採取從嚴解釋<sup>143</sup>。

又依照我國立法理由之說明，所謂「公共秩序」，不外為立國精神及基本國策之具體表現，乃指國家社會之一般利益。而所謂「善良風俗」乃發源於民間之倫理觀念，即國家社會生活的共同要求和國民的一般倫理道德觀念，皆為國家民族所賴以存立之要件。公共秩序與善良風俗兩者間，一自外部之社會秩序言，一自內部之道德觀念視之，其兩者雖不無重疊之處，但在範圍上則未盡一致，在外國立法例上有僅列其一或兩者並舉。然，因善良風俗之維持，與國家社會的一般利益相符，而國家社會一般利益之尊重，亦含有社會的道德觀念，是以學者多謂二者有相輔相成之作用，適用時無庸勉強區別某種事項屬於何者之概念<sup>144</sup>。惟，

<sup>141</sup> 蘇遠成，國際私法，五南圖書出版公司，2002年10月5版，頁109-110。

<sup>142</sup> 徐美貞，外國判決承認與執行—兼論歐盟之立法(EuGVU)，全國律師雜誌五月號，2000年5月，頁65。

<sup>143</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(上)，軍法專刊第41卷第1期，民國84年2月，頁4。

<sup>144</sup> 徐慧怡，同姓婚姻與公序良俗，收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐(一)劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，1998年9月1版，頁341-383。

國家社會之一般利益與社會之一般倫理道德觀念，均為不確定法律概念，其意義內涵常隨時間及客觀社會環境變遷而有所變化。因此，在具體個別案件情況下，必須由法官依社會一般人共同價值為判斷之依據，不得依法官個人特殊理念為主觀上之判斷，自屬當然<sup>145</sup>。

又所謂「外國法院之判決，有背於公共秩序或善良風俗」而不承認其效力者，應係就外國法院之判決意旨而為判斷，亦即本於其認定事實或適用法律，審視有無違背我國一般之公共秩序或善良風俗而言，不可因自為實體審認之結果有異於外國法院之實體認定，即否定該外國法院判決之效力。此乃基於國際間司法裁判權之相互尊重，亦即外國法院承認之基本立法理由使然。例如，不能因我國與美國間就離婚之要件或離婚後子女扶養、監護及財產分配之規定有異，即認美國法院之判決違背我國公共秩序或善良風俗<sup>146</sup>。

公共秩序或善良風俗之規定，最初始於民法第七十二條，該條原係限制當事人間私法自治之濫用，為求法律行為之社會妥當性，有其立法政策上之特殊作用。惟，此一原則目前已逐漸成為支配私法法律體系的最高指導原則<sup>147</sup>，故不僅民事訴訟法，在民法與國際私法中亦皆有公序良俗之相關規定。例如，民事訴訟法第四百零二條第一項第三款、民法第二、七十二條及涉外民事法律適用法第二十五條，足知公共秩序及善良風俗乃維持我國法律秩序之基本原則，不許任何人有所違背，於法院審判時亦不許有所違背。故，外國法院之判決，無論其判決內容或訴訟程序，均不許違背我國公共秩序或善良風俗，否則，我國不應承認該外國法院判決<sup>148</sup>。

<sup>145</sup> 胡元楨，涉外離婚事件管轄權與外國離婚判決之承認—評最高法院八十七年度台上字第一六七二號判決，全國律師，第 6 卷第 4 期，2002 年 4 月，頁 63。

<sup>146</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(下)，軍法專刊第 41 卷第 2 期，民國 84 年 2 月，頁 5。李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師雜誌，1998 年 4 月號，頁 69。林洲富，外國及大陸地區法院民事裁判之承認與執行，司法周刊第 1105 期，民國 91 年 10 月 23 日，第三版。

<sup>147</sup> 楊建華，民事訴訟法，三民書局，民國 87 年 2 月，頁 221。

<sup>148</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 162 期，民國 85 年 4 月，頁 9。

惟，該不同法條間之「公序良俗」，是否應作相同解釋，學者間也有不同的看法<sup>149</sup>。首先，國際私法上的公序和實質私法上的公序機能不同，從而，其基準和內容也會有所相異。前者，乃以是否牴觸法庭地法做為原則準據，來決定外國法之排除適用，易言之，即是對於牴觸內國規定之外國法權威的對抗；後者，乃是對法律行為及個人自由意志活動之阻止作用，易言之，即是對於個人意思行為的對抗。因此，二者之基準及內容都不相同，例如，關於牴觸實質私法上強行規定的外國法規定，亦未必違反國際私法上的公序，而必須予以排除適用。大體上，國際私法上的公序範圍，較國內實質私法上的公序狹窄。

其次，檢討民事訴訟法第四百零二條第一項第三款，所謂「公序良俗」與涉外民事法律適用法第二十五條所稱之「公序良俗」是否有所不同。我國學者僅曾表示，二者同其旨趣，並未深入討論<sup>150</sup>。日本學者則認為：「民事訴訟法第一百一十八條所謂之公序，係指內國之公序，與法例第三十條之公序不同」。我國似可作相同之解釋，亦即民事訴訟法第四百零二條第一項第三款，所謂之「公序良俗」應指「內國公序」。而與涉外民事法律適用法第二十五條所稱之「公序良俗」有所不同<sup>151</sup>。

對於民事訴訟法第四百零二條第一項第三款公序良俗的涵義，訴訟法學者大都捨棄抽象解釋，改以具體的實例來說明，正好與前述民法與國際私法的抽象解釋相互比較、印證。另學者主張外國判決不得違背我國法的本旨或公益上應遵守的立法原則，比較法上，德國民事訴訟法第三百二十八條第一項第四款規定，承認外國判決的條件之一，判決的承認不能導致違背德國法的重要原則

---

<sup>149</sup> 李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 196-197。

<sup>150</sup> 陳榮傳，國際私法各論，五南圖書出版公司，民國 87 年 9 月初版，頁 433。

<sup>151</sup> 黃進，區域衝突法，永然文化出版，民國 85 年 10 月初版，頁 271-273。

(wesent-liche Grundsätze) 結果，可供參考<sup>152</sup>。

## 第二款 實體法上公序良俗之概念

所謂外國法院之判決，有背於公共秩序或善良風俗，係指承認外國判決之結果，顯有違背於我國公共秩序或善良風俗之情況而言。而所謂實體法上公序良俗係指，外國法院確定判決之內容違反中華民國之公序良俗，為了維護我國公益，自不應承認其效力。例如，外國法院判決准許販賣人口、命令交付違禁物、一夫多妻制度之確認或命為其他不道德之行為者，承認該外國判決之結果，顯與我國之公序良俗相違背者，應拒絕承認其效<sup>153</sup>。

我國審查外國法院判決是否違背我國實體法上公序良俗者，並非對於外國法院判決進行實質審查(revision au fond)或對於外國法院判決，從事實與法律之觀點進行完全的檢驗。而違背我國法上強行規定，並非就意味著違背我國實體法上公序良俗，尚應按個案具體事實判斷之，同時也應對於外國法律與文化上之特點，給予相當程度的尊重與容忍。

值得討論者乃，我國於判斷外國法院判決內容在實體法上有無違反公序良俗時，是否僅就外國法院判決之主文為審查即可，抑或必須連同判決理由中所認定之事實理由一併為審理，始為已足。學者有認為，僅審查判決主文即可，惟日本通說主張，應就主文與判決理由所認定之事實綜合判斷，審查該外國法院判決內容是否違背我國之公序良俗。按本款審查之目的，在判斷我國一旦承認或執行該外國法院判決時，是否違反我國之公共利益或倫理道德觀念，故應就外國法院

<sup>152</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局有限公司，中華民國九十六年六月出版，頁 493-494。

<sup>153</sup> 李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師雜誌，1998 年 4 月號，頁 70。

之判決主文及事實理由一併為審查而為判斷較為恰當，並無法僅憑主文即為判斷，本文認同之。雖有認為，基於實質審查禁止原則，禁止承認國法院對於外國法院確定判決內容為適當與否之審查，惟此與承認外國法院確定判決程序中，審查是否違反中華民國公序良俗，並不相同。故，在外國法院確定判決是否予以承認之審查，不應以判決主文為限，而應及於事實及理由。且就實際上之情形而言，判決主文，特別是關於金錢債務之給付判決，僅有命債務人為一定金額之給付的表示，尚難據以判斷該外國法院判決是否違反中華民國之公序良俗<sup>154</sup>。例如，外國判決主文命被告給付一定金額之金錢及利息，但事實理由係認定販賣人口或毒品交易之價金，於此情形下，即無法僅憑判決主文判斷有無違反我國公共秩序和善良風俗。

### 第三款 程序法上公序良俗之概念

近年來，由於訴訟制度中尊重當事人為訴訟主體的趨勢變化，程序上正義之概念，在整體訴訟制度中逐漸受到重視。而程序保障之概念，乃源自憲法上程序基本權之保障。現今學說傾向於以程序保障的觀點思考程序的公序原則，即承受判決不利益結果之當事人（一般而言為被告），在外國法院判決程序中，是否已被賦予保護自己利益之機會。如果說實體上公序原則，有維持我國實體法上秩序的效果，那程序上公序原則，即有維持我國訴訟法上秩序及程序法之基本原則的效果。

程序法上之公序良俗，主要係關於當事人在程序法上權利保障的問題。亦即，依裁判管轄權認為判決國法院乃適當之法院。而受敗訴判決之當事人已為言詞辯論，或已收受關於審理之通知而未參與言詞辯論，以保障該當事人在程序上之權

<sup>154</sup> 李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 197。

利特別是防禦權。例如，當事人如有合意，訂解決紛爭之方法或管轄法院者，則外國法院之判決不得違背當事人之合意，否則本國法院對該外國法院判決可不予承認<sup>155</sup>。

外國法院判決違背我國程序法上公序良俗的情況較為少見。基本上，不得僅因內外國訴訟程序規定之差異，即一概認為該外國法院判決之訴訟程序違反我國程序法上公序良俗。唯有一個違反公平、公正裁判，所不可缺少之訴訟法上基本原則，所得到之外國法院判決，才應拒絕承認。例如，違反當事人裁判請求權之保障、祕密之審判、當事人雖已受送達但未被賦予聽審或辯論之機會、欠缺公開審理原則、證據蒐集及證據調查程序違反公平妥當性、有法官迴避事由之法官應迴避而不迴避之情形或其判決明顯違反法官或司法之中立性及獨立性、判決的不當取得。具體案例如，為保障一般國民對之司法之信賴，就具體個案中有特殊關係之法官，無法期待其做出一個公平客觀之裁判時，應依法官迴避制度而不迴避之法官<sup>156</sup>。或當事人基於有害他方當事人之意圖，妨害他方提出對其有利之訴訟資料、訴訟基礎資料的偽造變造或加工、促使證人為偽證等手段，對於法院之欺罔、客觀真實之違反，所騙取的不當內容的外國法院確定判決(訴訟詐欺，Pro-99zessbetrug<sup>157</sup>)等。至於敗訴的被告是否試圖在判決國內提出上訴，並不影響被告主張外國法院判決違背我國公序良俗之瑕疵，因為違背我國公序良俗之本質，不會因被告事後消極的態度而改變。

大多數國家的立法或司法實踐都強調適用詐欺手段獲得的外國法院判決不能在內國獲得承認和執行，在英國有關立法均規定，如果進行登記之法院得到證實，有關外國法院判決是基於詐欺而獲得的，則可拒絕登記。一九七一年在海牙

<sup>155</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(上)，軍法專刊第 41 卷第 1 期，民國 84 年 2 月，頁 5。

<sup>156</sup> 李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 211。

<sup>157</sup> 李後政，國際私法論文集，國際私法研究會叢書(三)，五南圖書出版公司，民國 85 年 9 月初版，頁 211。

簽訂的「民商事案件中外國判決的承認和執行公約」第五條第二款和一九七三年「關於扶養義務判決的承認和執行公約」第五條第二款也都明確規定，可以拒絕承認和執行外國法院判決的條件之一，就是有關判決是在訴訟程序中利用詐欺手段取得的。對於詐欺的具體表現，美國法院的有關作法是把詐欺分成兩種，一種是法庭內的詐欺行為，即在外國法院訴訟過程中發生的各種不法行為，如虛假的發誓、歪曲事實、使用偽證或未經證實的訴訟資料與證人合謀欺騙法庭等；另一種是法庭外的詐欺行為，即阻礙敗訴當事人享受公平審理的各種不法行為，如勝訴一方故意不讓敗訴當事人知道有關訴訟的存在、向敗訴當事人做出不繼續訴訟的虛假承諾、誘使敗訴一方當事人不對其要求進行爭辯等。雖然美國法院只把後者作為拒絕的條件，但事實上，這兩種詐欺行為都可能影響判決的合法性，都可以看作是公約規定之「程序意義上」的詐欺手段<sup>158</sup>。

故有學者主張，對於外國法院判決若嚴格侵害到我國國民在憲法上所應保障之權力時，例如，外國法院之判決係基於詐欺之事實而取得者。此時我國法院即可拋棄形式審查主義，而依民事訴訟法第四百零二條第一項第三款有無違背我國公序良俗作實質上之審查，以保護我國國民應有之權益<sup>159</sup>。

但我國最高法院八十四年台上字第二五三四號判決則認為「我國是否不承認外國法院判決之效力，應以外國法院判決有無民事訴訟法第四百零二條所列各款情形為認定標準，並非就同一事件重為審判，對外國法院認定事實或適用法規是否無瑕疵，不得再行審認。是縱如上訴人主張，被上訴人以不實證據取得系爭外國法院判決，上訴人亦應循外國法律規定之救濟程序，其以我國法律非難系爭外國法院判決，尚有未洽」。該判決以寬容胸襟尊重外國司法及承認外國判決，有助於國際間司法的往來及分工合作；但另一方面卻也過於墨守形式審查主義，未

<sup>158</sup> 李雙元、張茂、徐國建、胡振杰、李玉泉，市場經濟與當代國際私法趨同化問題研究，武漢大學出版社，1994年9月第1版，頁397。

<sup>159</sup> 林益山，承認與執行外國法院判決中「公序良俗」之審查標準，月旦法學雜誌第61期，2000年6月，頁25。

能擴張「公序良俗」之涵義，將詐欺納入，課予被告過重的程序負擔，對於被告的程序保障，尚嫌不足。

倘當事人間之同一訴訟分別繫屬於我國法院及外國法院，且均獲得我國法院判決及外國法院之判決，此際，有可能發生我國法院判決與外國法院判決兩者間內容及結果相互矛盾抵觸的問題，於此情況下，應如何解決兩國法院判決優先劣後之問題，學說大別有二。有主張應以解決確定判決間抵觸之一般訴訟法理為解決者，即認為應依民事訴訟法再審事由（我國民事訴訟法第四百九十六條第一項第十二款之規定），將後確定判決以再審之訴為撤銷，從而優先採取先行確定之判決<sup>160</sup>；亦有主張，我國法院判決先行確定之情況下，外國法院判決之內容及結果與我國法院判決發生矛盾抵觸時，應認為外國法院判決違背我國民事訴訟法基本原則及既判力之法理，利用民事訴訟法第四百零二條第一項第三款公序良俗之規定，以該外國法院判決違背我國公序良俗而不予承認。有問題的是，在外國法院判決先行確定之情況下，此說學者之見解有所分歧，有認為和判決確定之先後無關，一律以內國判決為優先；亦有認為先行確定之外國法院判決優先的二種見解。本文以為，先後確定之內外國法院判決抵觸之問題，與違反公序良俗之問題乃相異的法律觀念，不宜利用違背我國公序良俗為理由，一律予以駁回，而應分別具體個案情形以為解釋。在我國法院判決先行確定之情況下，以內國法院判決優先為原則，因我國法院無法依再審程序撤銷後行之外國法院確定判決，僅能在解釋上認為該後行外國法院確定判決，於訴訟法上違背我國之公序良俗而拒絕承認。於有先行外國法院確定判決存在之情形下，基於先行確定之判決效力優先的原則，應先依再審之訴的程序，將我國法院後行確定判決撤銷，而承認先行外國法院確定判決。但，若該外國法院判決，有欠缺間接管轄權或違反程序上或實體上公序原則的情形時，仍得拒絕該當外國法院判決之承認。對此問題，民事訴訟

---

<sup>160</sup> 陳榮宗，國際民事訴訟法之法律問題，法學叢刊第 162 期，民國 85 年 4 月，頁 9-10。

法九十二年修正時認為，外國法院之訴訟繫屬或確定判決，依民事訴訟法第一百八十二條之二（就同一事件有承認外國法院判決之可能時，我國法院得裁定停止當事人在我國之訴訟程序）運用的結果，如與我國法院之訴訟繫屬或確定判決有所牴觸時，是否承認外國法院之訴訟繫屬或確定判決，亦應依個別具體狀況判斷是否違背我國公序良俗而定。至於外國法院之判決有無違背我國公序良俗，乃法官應依職權加以斟酌之事項，法官應促使當事人為適當之主張及舉證後加以判斷<sup>161</sup>。

### 第五項 相互承認

為維持內外國間權益之均衡與平等，因此，必也該外國法院承認我國法院判決之效力，我國法院始可承認該外國法院之判決，此即為國際私法上所謂之「互惠原則」（The Reciprocity、Gengenseitigkeit<sup>162</sup>）。又前司法行政部台六十八函民字第○二○四三號函指出，此種相互承認除依國際條約、成文法規、習慣法或國際慣例之外，如兩國基於互惠原則有相互承認他方判決之協議者，亦可承認該外國法院判決之效力<sup>163</sup>。基於國際私法上之「相互關係」與「互惠關係」，此種相互承認之形式，以國際條約或該國之成文法規，均無不可，即僅以習慣法或實際上之慣例承認者，亦應視為已有承認<sup>164</sup>。

所謂「相互之承認」，並非國際法上之「國家承認」或「政府承認」，而係指「司法上之承認<sup>165</sup>」，即法院間相互承認判決的「互惠」而言，為避免誤解，故民事訴訟法於九十二年二月修法時將原條文第四款所謂「無國際相互之承認者」中之「國際」二字刪除，以杜法律上的爭議。本款之重點在於有無國際間之平等互

<sup>161</sup> 陳榮宗、陳慶苗，民事訴訟法(上)，三民書局股份有限公司，2005年1月修訂4版，頁674。

<sup>162</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(上)，軍法專刊第41卷第1期，民國84年2月，頁5。

<sup>163</sup> 藍瀛芳，外國判決之承認，法學叢刊雜誌社，第26卷第3期，民國70年9月，頁46。

<sup>164</sup> 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局有限公司，中華民國九十六年六月出版，頁554-555。

<sup>165</sup> 此說由國際私法巨擘－陳隆修教授首先提出。

惠相互承認，至於雙方是否有外交關係或外交承認，則非所問<sup>166</sup>。與我國無正式外交關係之外國，因我國為國家實體之存在而有經濟文化關係之往來者，通常均基於互惠原則，實際上相互承認對方法院判決，俾能促進雙方社會之交流而獲益。如美國國會制定有台灣關係法，與我國繼續實質上之關係，且我國與美國間亦訂有中美友好通商航海條約，是中美之司法具有國際之相互承認之事實。

且自該款之立法淵源而言，我國民事訴訟法第四百零二條乃繼受自日本民事訴訟法第一百一十八條之規定；而日本該規定又係繼受自德國民事訴訟法第三百二十八條，故我國之規定實可謂係間接繼受自德國民事訴訟法第三百二十八條之規定。而依日本民事訴訟法第一百一十八條之文字用語「外國裁判所為確定判決，具備左列條件者，有其效力……」，與德國民事訴訟法第三百二十八條規定「外國法院判決的承認應予排除，……」之用語觀之，兩者文字顯有不同，而我國法條之用語則近似於德國之規定。雖以上各制用語有所不一，然其立法原則應屬一致<sup>167</sup>，從而我國民事訴訟法第四百零二條第一項第四款使用「無相互之承認者」等文字與日本民事訴訟法第一百一十八條第四款使用「有互相保證者」等文字，及德國民事訴訟法第三百二十八條第五款所使用「無互惠之保證者」字樣，應同其意旨。而因德國民事訴訟法第三百二十八條使用此承認的條件，主要係在觀察外國法是否對德國法院判決也給予承認的「互惠」，在有此「互惠」存在時，即可認為該外國亦對德國之判決有「互惠的保證」。換言之，此互惠的保證乃係指國家間判決之相互承認而言<sup>168</sup>，因此，我國法條規定之「無相互的承認」，亦應作相同之解釋。其次，就我國該條款之立法理由而言，其亦略謂：「……外國審判衙門所屬國，無與本條規定相同之條件，擔保中國審判衙門判決之效力者，則

<sup>166</sup> 林洲富，外國及大陸地區法院民事裁判之承認與執行，司法周刊第 1105 期，民國 91 年 10 月 23 日，第三版。李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師雜誌，1998 年 4 月號，頁 71。

<sup>167</sup> 藍瀛芳，外國判決之承認，法學叢刊雜誌社，第 26 卷第 3 期，民國 70 年 9 月，頁 56。

<sup>168</sup> 藍瀛芳，判決之國際效力—兼評最高法院兩則有關承認「美國判決」的判決，法學叢刊雜誌社，第 39 卷第 4 期，民國 83 年 10 月，頁 64。

中國亦不應認其判決有效力也……。」從而可知，本款中「相互之承認」一詞，應並非是指國際法上的「國家承認」或「政府承認」而言，即與外交關係無涉，而係單純指國家間判決之相互承認而言。因此，在適用本款時不宜以判決之外國，與我國無正式邦交，或未在外交上對我國為「國家承認」或「政府承認」，而拒絕承認其判決之效力<sup>169</sup>。

關於外國法院判決之承認，以相互之承認為要件，惟何種情形始符合相互主義之要求，則有不同之見解。有認為外國應採取與我國相同或更為寬大之承認條件，始符合相互主義之要求，然通說均認為，只要該外國對於外國法院確定判決之承認，不課予顯然嚴格之條件即可<sup>170</sup>。即為該判決之法院所屬國就我國法院所為之同種類判決，所定之承認外國法院確定判決之條件，雖非與我國規定完全相符，但關於重要之原則並非懸殊即可<sup>171</sup>。內外國法院判決之相互承認，不應侷限於該外國法院已有具體承認我國法院判決之事實存在，如該外國法院尚無不承認我國法院判決之事實，只要客觀上可期待其將來承認我國法院判決之情事，即可認為符合互惠之條件<sup>172</sup>。但，若如法國承認我國法院之判決，需為實質上之審查者，則與無須審查實質上要件之我國法制，大相懸殊。在此情形下，則難謂法國與我國之間有相互承認<sup>173</sup>。

依我國民事訴訟法第四百零二條第一項第四款規定之要件，應係採用所謂「部分的相互保證」理論（Partielle Gegenseitigkeit；Partiellen Verburgung）。即在判決國與承認國之間，並非就所有種類之判決均全面性地要求具有相互之承認，而係僅就有關承認之系爭特定種類判決相互間，有相互之承認即為已足。換言之，

<sup>169</sup> 蔡易紘，論我國對民事訴訟判決之承認與執行，國立海洋大學法律研究所，2000年，頁102-103。

<sup>170</sup> 張特生，外國法院之承認問題，司法周刊第270期，民國75年8月，第2版。

<sup>171</sup> 李後政，國際私法論文集，五南圖書出版公司，民國85年9月初版，頁218。

<sup>172</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第75期，2001年8月，頁153。

<sup>173</sup> 林益山，論外國判決之承認與執行(下)，軍法專刊第41卷第2期，民國84年2月，頁5。

對於我國法院確定判決之承認，並不以全部種類之確定判決均予以承認為必要，只要就現在於我國主張承認之確定判決種類相同者，予以承認即為已足。例如，甲國雖就乙國判決係缺席判決之情形，依被告之聲請進行實質的再審查。但，乙國並不因此即認為甲國屬無相互承認之國家，蓋於缺席判決以外之情形，倘滿足相互承認之要件，仍應認為其兩國間有相互之承認。

本款規定之適用範圍，依現行法上並無任何限制，惟在實際適用上，則不無疑問。例如，外國人經其本國法院判決准予離婚後，欲在我國與第三人另為婚姻。此時，若該外國與我國之間，並未就判決有相互承認之關係，則依本款規定，該外國法院離婚判決即無法被我國承認，因此，該外國人必須於我國法院，另行提起離婚之訴，以結束上一段婚姻關係。惟，若我國法律所規定離婚之條件與其本國法律之規定並不相同，而不准予其離婚或甚至於對該案件根本無管轄權時，將導致該外國人雖有其本國法院之離婚判決，卻始終不得在我國與第三人結婚之不合理情況產生<sup>174</sup>。因此，相互承認原則是否應適用於身分關係之外國法院離婚判決，並非無商榷之餘地。

此問題之所以會發生，主要係在於我國民事訴訟法第四百零二條之規定，當初係以日本民事訴訟法第一百一十八條為母法；而日本民事訴訟法第一百一十八條，又承襲自德國民事訴訟法第三百二十八條之規定。故，德國民事訴訟法第三百二十八條所規定承認外國法院判決之要件，與我國民事訴訟法第四百零二條所採之原則並無迥異。惟，我國與日本均忽略了德國民事訴訟法第三百二十八條第二項所設之例外規定，即外國法院判決若非財產上請求權，且依德國法律規定，在德國無審判籍者，不在此限。換言之，此種外國法院判決之承認，即無須相互承認之要件<sup>175</sup>。

<sup>174</sup> 陳榮傳，互惠與外國判決離婚之承認，月旦法學雜誌第 10 期，1996 年 2 月，頁 61。

<sup>175</sup> 蘇遠成，國際私法，五南圖書出版公司，2002 年 10 月 5 版，頁 150-151。蔡易紘，論我國對

為解決此問題，在日本學界對於身分關係之外國法院判決承認，有「相互保證不要說」及「相互保證必要說」兩種對立之見解。所謂相互保證不要說，又稱為民事訴訟法第一百一十八條準用說，認為民事訴訟法第一百一十八條相互保證之要件，其規定趣旨係針對財產上請求權之外國法院判決為規範對象，也就是限於特別需要國家積極協力予以執行之判決，始能要求該判決國亦對內國法院之判決給予相同之協助，係為保持當事人財產間利害關係之均衡，所發展出來的要件。反之，不須執行協力之有關離婚等身分關係之形成判決，無由以此相互承認作為條件而排除其被承認之機會，故對於身分關係之外國法院判決並不在相互保證要件所規範之範圍內。尤其是，身分關係法律問題高度同一性及法安定性之要求，若以程序上及實質上毫無關係之外在國家政治因素，亦即相互保證關係之不存在，作為拒絕承認該當外國法院判決之理由，造成跛行的身分法律關係，相信並非政策所樂見，且亦無法理根據。且若需此要件，則外國法院離婚判決被承認的可能性將大為減低，有違內國應盡量承認在外國法院合法取得之離婚判決，以預防跛行婚姻（Limping marriage）法律關係之發生並確保婚姻關係同一性之政策考慮。

而所謂相互保證必要說，又稱為民事訴訟法第一百一十八條全面適用說，認為在民事訴訟法第一百一十八條共四款要件規定中，僅排除第四款規定之適用，似缺乏理論依據，並不妥當。且以民事訴訟法第一百一十八條之立法過程以觀，條文並未明文限制其適用範圍於有關財產請求權之外國法院判決。又，以現今國際社會間信賴之程度，若無互惠原則之保護，更未稱允當。而互惠原則之妥當性，在一般外國法院判決之承認上雖頗受批評，但亦可以彈性之解釋方法予以克服。自不得以此為理由，而否決互惠原則作為外國法院離婚判決承認之要件，且為防止相互保證要件產生之跛行的法律關係，不僅在身分關係上，即使在財產法上事

項或其他判決類型之情況下，亦同樣必須避免。因此，以此作為區別之根據並不充分，且在伴隨有命支付財產分割、贍養費等給付判決時，相互保證不要說亦會產生不合理之現象。

在我國實務界基於，民事訴訟法第四百零二條第一項第四款既有明文規定，自須予以適用之理由<sup>176</sup>，採取相互保證必要說。惟，學者多數皆採取相互保證不要說<sup>177</sup>，其理由乃為，我國於制定民事訴訟法之際，忽略了德國民事訴訟法第三百二十八條第二項之例外規定，亦即外國法院判決如非財產權之請求，且依德國法律，在德國並無審判籍者，無須相互承認之互惠原則要件之具備。且，外國法院判決必須符合互惠原則之要件者，以外國法院判決之執行，需要執行地所屬國之司法協助為前提時。但，對於身分關係之外國法院離婚判決，因其直接發生變動法律關係之實體法上效果，其判決無須執行，亦無須請求承認國之積極協助，自無須互惠原則要件之具備<sup>178</sup>。

本文見解認同學者通說，採取身分關係相互保證不要說。按，關於相互承認之原則，其趣旨雖不外乎源自於國際間相互主義之觀念，以維持內外國利害之均衡。但，實際上有關財產權之外國法院判決的承認，須有相互承認為要件之必要者，係因外國法院判決之承認有影響於在我國境內之財產，且執行須仰賴執行地所屬國之司法機關予以特別協助，始能實現該判決之目的。因此，對於無須執行之身分上法律關係的外國法院判決，其乃具有直接變動法律關係而發生實體法上法律效果之形成判決。故，該外國法院判決若非有關於財產權之判決（給付判決或確認判決），而無庸執行，即應認為無庸請求承認國加以積極之協助，從而無以相互承認為要件之必要。且，關於非財產上請求權，如身分上之法律關係，若

<sup>176</sup> 馬漢寶，國際私法論文選輯(上)，五南圖書出版有限公司，民國 73 年 7 月初版，頁 864-865。

<sup>177</sup> 曾陳明汝，國際私法原理上集總論篇，學林書局，2003 年 6 月改訂 7 版，頁 293。

<sup>178</sup> 李永然，外國離婚判決之承認，載於馬漢寶六秩華誕祝賀論文集法律哲學與國際私法，五南圖書出版公司，民國 75 年 12 月，頁 524-526。

仍堅持以相互承認為外國法院判決承認之要件，從預防跛行婚姻與身分關係同一性之觀點而言，當事人之私權即有無法受到保護之虞。同時，外國夫妻之離婚判決係在其本國內取得者時，如因堅持互惠原則而影響各個當事人應得之權益，亦極為不妥。此外，以缺乏互惠原則為由，拒絕承認外國法院判決，更可能使本國法院判決相對地不被承認，以致於引起不必要的國際衝突。因此，若無實質的理由根據，實不應在身分法律關係判決上也要求互惠原則為要件<sup>179</sup>。

由於本款規定有上述之缺失，為求法律適用之正確，及保障當事人私法上權益，在現行法之下，唯有從解釋論上加以彌補。因此，在本款解釋上，就給付判決而言，關係財產請求權之外國法院判決，因承認該外國法院判決，即有影響其於我國境內之財產，且將來該外國法院判決在我國執行時，亦須經由我國司法機關予以特別之協助，始能實現外國法院判決之目的。因此，必須有相互承認之要件，固無問題，但若就確認判決或形成判決，尤其是身分上法律關係之外國法院形成判決，由於該判決係直接發生法律關係之取得、喪失或變更的實體法上法律效果，而無所謂執行與否之問題。亦即無須請求我國司法機關加以積極協助執行之必要，此時若我國法院對當事人間之法律關係並無管轄權，則為保護當事人之私法上權益，應認為並無必須符合相互承認要件要求之必要。故，本款在適用範圍上，應將其限縮在得聲請我國強制執行的給付判決，始有必要具備相互保證之要件。至於確認判決或形成判決，則須限於同一案件，我國法院亦得行使管轄權者為限，始有必要具備相互保證之要件<sup>180</sup>。

又更有甚者，認為相互保證之要件不論在財產上或非財產關係之外國法院判決的承認與執程序，均不應適用。其所採之理由為，乍看之下，互惠原則似可

<sup>179</sup> 李永然，外國離婚判決之承認，載於馬漢寶六秩華誕祝賀論文集法律哲學與國際私法，五南圖書出版公司，民國 75 年 12 月，頁 526-527。

<sup>180</sup> 陳榮傳，互惠與外國判決離婚之承認，月旦法學雜誌第 10 期，1996 年 2 月，頁 62。

藉著不承認外國法院判決，促使該外國承認我國法院判決，並保持彼此間地位平等及關於判決承認利害關係的均衡。但，若雙方皆採取互惠原則，都持觀望態度，等待對方踏出第一步，承認己方法院判決，承認國同樣也會受到難堪的壓迫。

相互承認條款之規定，通常係出於國家政治上之考量，而外國法院判決之承認，應著重於當事人私法上權益之保障，因此，若以政治因素之介入而要求互惠原則要件之具備，實與判決承認制度之基本目的相違背。且，用與訴訟無關之相互承認條款為條件，強令當事人耗費勞力與時間重複進行訴訟程序，則不免有違訴訟經濟之原則要求。況且，判決國是否及如何對承認國法院之判決加以承認之態度，對判決勝訴之當事人而言，僅憑自身無法改變之判決國承認條件的偶然因素，左右其私人權利實現及救濟之機會，則難免使勝訴當事人蒙受意料外之犧牲<sup>181</sup>。在實務上，互惠原則也窒礙難行，尤其某些國家因語文上的障礙，或因缺乏整理並公布判決的制度，而難以確認外國是否承認其內國法院之判決。為達到給予外國壓力以承認己方法院判決的目的，並謀求平等及利害均衡而言，互惠之要求絕非適當之手段。因此，該原則長久以來即備受批評，在立法例上，瑞士一九八七年國際私法，完全拋棄舊法的互惠原則，可資借鏡。

因此，關於相互承認條款之要件，目前學說上趨勢認為，實應將其予以刪除。而對外國法院判決之承認，只須就該外國法院之管轄是否具有合理基礎、其判決之形成過程有無經過正當法律程序及該判決是否有違反承認國之公序良俗等因素加以審查。只要該外國法院判決合乎上述要件，無論該外國法院承認我國法院判決與否，我國皆應承認該外國法院之判決。

關於上述見解，本文原則上採取贊同之立場。自相互承認原則之立法淵源以

---

<sup>181</sup> 陳啟垂，外國的判決承認與執行，月旦法學雜誌第 75 期，2001 年 8 月，頁 153。

觀，原先一八七一年德國民事訴訟法草案並未規定此一要件，最初是由德意志帝國議會司法委員會，以政治上之理由，也就是說，特別為了德意志帝國之名譽及威嚴而加入此一要件。但是，隨著私法法律關係及國際間經貿交流之擴大，在今日社會的司法程序面上，要求對於內國人和外國人盡可能的平等對待。因此，如上所述為了政治上理由所設計之承認外國法院判決的要件，就沒有存在的堅強理由，德國於一九八六年修法時，學界強力要求刪除此項規定。但是，立法者認為，關於非財產關係的外國法院判決，早已經排除此一原則之適用，而關於財產關係之外國法院判決，則以刪除時期尚早為理由，仍然固守此一要件。又即使放寬相互保證意義，在實務上，外國和內國之間是否存在著相互保證之關係，並不容易確認，對於並未有認我國法院判決經驗之國家的情況下，自屬當然。即使是有承認我國法院判決之經驗的國家，在並無有關判例可供參考的情況下，相互保證要件有無之判斷，亦屬困難。通常，必須仰賴詳細之鑑定來確定，而鑑定之費用，對於當事人、法院，和其他有關之國家單位，都會造成相當大的額外負擔。對於外國要求相互保證之要件，基本上並不是為了確定該當外國司法制度是否值得信賴的作用，實際上，往往可能性較大的是用來對付不輕易承認我國法院判決國家的報復措施。因此，是否可以此項要件，增加對於關係者額外負擔這一點，即存有質疑的空間，外國法院判決之承認，並不是為了國家之體面及國家保持威嚴而存在的制度，其主要目的應該是為了當事人之便宜或自保護當事人權益的觀點出發才是。現行承認制度，亦有必要朝此觀點作適度之改善。首要之務，即是廢除出發點不正確之相互保證要件規定。且世界立法論的傾向，首先由美國「統一外國金錢判決承認法（UNIFORM FOREIGN MONEYJUDGMENTS RECOGNITIONACT，1962）」，開始主張廢止「相互承認」要件，日本和德國之學說多數亦主張，廢止「相互承認」要件，在立法論上，雖仍有阻礙而無法馬上達成廢止「相互承認」要件之目標。惟，仍得以大幅緩和相互承認要件的作法，即採取「重要條件同一性說」加上「部份的相互保證」理論作為基本，逐漸變更

此一要件之重要程度。

## 第六項 小結

就民事訴訟法第四百零二條各款要件，本文見解如下。所謂「外國」，係指我國以外的其他國家，且不應侷限於已經由國家承認或政府承認之情形。而「法院」，係指裁判國行使裁判權之機關，只要該機關係依法擁有對私法上權利義務爭執為審判之權限即可，不以使用法院名稱為必要，亦不以民事法院為限。「外國法院判決」之判斷時點，係指該判決確定時之外國，非承認或執行時之外國。又「確定判決」係法院解決私法上權利義務紛爭所為之裁判行為，並不嚴格要求使用「判決」之名稱，就算使用其他名稱，對於承認之要件及效力並無影響。「確定判決」之狀態，在大陸法系國家，原則上係指已不能以通常上訴或聲明不服的方法，請求法院加以廢棄或變更的判決。而英美法系之要求，較大陸法系國家為寬，即使當事人對該外國法院判決正在提起上訴期間，英國法院亦得視其為「最後判決」，而加以承認及執行。因此，英國法上之「最後判決」，似與我國民事訴訟法上之「終局判決」相近，而不同於「確定判決」。又該外國法院所為之判決，必須在該外國有效。但，判決係因程序上之瑕疵不生效力者，限於該外國法院對於當事人及涉訟事件均有管轄權時，始例外得由我國法院承認及執行。

關於管轄權之確定，通常先依「一般管轄權」決定應歸屬何國法院管轄，再依「特別管轄權」決定應由國內何一地方法院管轄。而民事訴訟法第四百零二條所規定，承認外國法院判決必須具備之管轄權要件，為「間接的一般管轄權」，其意義乃指，某涉外民事法律案件究竟應由何國法院管轄，而不是指該涉外民事案件究竟屬於國內那一個地方法院或高等法院管轄之問題。至於該判決之外國的「個別」法院有無地域管轄權或事物管轄權，是否享有國內管轄權則非所問。就

判斷外國法院是否有管轄權之準據法，依我國民事訴訟法第四百零二條第一項第一款之規定：「依中華民國法律，外國法院無管轄權者。」用語以觀，應認係採「鏡像原則」，即以承認國之國際管轄權規定，如鏡子的影像一般地轉用於裁判國。即應依據承認國之法律從自身觀點，認定該為裁判國之法院對該涉外民事事件是否具有間接的一般管轄權。

敗訴之被告未應訴者，不承認該外國法院確定判決之效力。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。稱之為合法的聽審權或正當程序原則，乃為保障敗訴之被告應受到合法之傳喚及應訴。依九十二年修正之新法，因訴訟程序權之保障不宜以本國人為限，故不區分被告為中華民國人或外國人，一律加以保護。而所謂「應訴」者，凡對於原告之訴所為的攻擊防禦行為皆屬之，至於是否關於本案之言詞辯論，則非所問。又所謂「未應訴」者，採言詞審理主義時，係指當事人未到庭參加言詞辯論；採書狀審理主義時，係指未提出書狀而言。送達之方法是否為合法送達，亦應以判決國之法律規定為準。若送達已依中華民國法律上之協助，由中華民國法院為之者，亦發生送達之效力。針對外國送達之部分，我國目前訂有「外國法院委託事件協助法」以為準據。又為保障當事人之程序權，開始訴訟之通知或命令不僅應合法送達，並應給予當事人相當時期以利其關於防禦權行使之準備，即所謂送達之適式性及適時性。

我國法律並無明文之規定，依我國法律上的協助送達，是否應附上關於通知之中文譯本。惟，有鑑於被告防禦權之保障、原告的主動地位，及個案考慮將有害於法安定性及法規的一致性等因素，並不因個案當事人具體情況之差異有而不同之處理方式，認為均須附上翻譯文件，始可謂已達司法共助之要求。有認為如以英文告知開始訴訟之內容，即已滿足民事訴訟法第四百零二條第一項第二款之

要件。惟，對於非法律專業人士而言，是否能夠完全正確的理解該文書之內容，是很有疑問的。且英文雖普遍，但並非所有一般人均能充分瞭解，特別是涉及專門用語時。如考量受送達人之情況，決定是否應附上中文譯文，則未免與法規制度要求一致性之理念有違，亦使受領文書當事人地位處於不安定之狀態。因此，仍一律以附上中文之見解為妥。

外國法院確定判決之內容或訴訟程序，有背於中華民國之公共秩序或善良風俗者，依民事訴訟法第四百零二條第一項第三款規定，我國不應承認。不以其所宣告之法律上效果為限，其基於有背公共秩序或善良風俗之原因，而宣告法律上之效果及外國法院判決所援用之法規與我國公益上應保守之立法原則相反者，亦包括在內。立法者為保障當事人之程序權，將民事訴訟法第四百零二條第一項第三款條正為「判決之內容或訴訟程序」有背中華民國之公共秩序或善良風俗者，以包括就外國法院判決之訴訟程序違背我國公序良俗的情形。「公共秩序」「善與良風俗」為不確定之法律概念，在任何其他可以拒絕承認和執行的條件都不存在，而判決之執行的確會對自己國家造成重大社會、經濟利益之危害時，便可以援用此一制度拒絕承認和執行有關的外國法院判決，故，有學者將其喻為「安全閥」。所謂「公共秩序」，不外為立國精神及基本國策之具體表現；而「善良風俗」乃發源於民間之倫理觀念，皆為國家民族所賴以存立之要件，二者相輔相成適用時無庸勉強區別。又其二者均為不確定法律概念，意義內涵常隨時間及客觀社會環境變遷而有所變化，在具體個案情況下，必須由法官依社會一般人共同價值為判斷之依據，不得依法官個人特殊理念為主觀上之判斷，自屬當然。且「外國法院之判決，有背於公共秩序或善良風俗」而不承認其效力者，應係就外國法院之判決意旨而為判斷。即本於其認定事實或適用法律，審視有無違背我國一般之公共秩序或善良風俗而言，不可因自為實體審認之結果有異於外國法院之實體認定，即否定該外國法院判決之效力。

而所謂實體法上公序良俗係指，外國法院確定判決之內容違反中華民國之公序良俗。我國審查並非對於外國法院判決進行實質審查，僅在判斷我國一旦承認或執行該外國法院判決時，是否違反我國之公共利益或倫理道德觀念。故，應就外國法院之判決主文及事實理由一併為審查而為判斷較為恰當，並無法僅憑主文即為判斷。而程序法上之公序良俗，主要係關於當事人在程序法上權利保障的問題，即承受判決不利益結果之當事人，在外國法院判決程序中，是否已被賦予保護自己利益之機會。基本上，不得僅因內外國訴訟程序規定之差異，即一概認為該外國法院判決之訴訟程序違反我國程序法上公序良俗。對於外國法院判決若嚴格侵害到我國國民在憲法上所應保障之權力時，此時我國法院即可拋棄形式審查主義，而依民事訴訟法第四百零二條第一項第三款有無違背我國公序良俗作實質上之審查，以保護我國國民應有之權益。倘當事人間之同一訴訟分別繫屬於我國法院及外國法院，且均獲得我國法院判決及外國法院判決。由於先後確定之內外國法院判決抵觸之問題，與違反公序良俗之問題乃相異的法律觀念，而應分別具體個案情形以為解釋。在我國法院判決先行確定之情況下，以內國法院判決優先為原則。於有先行外國法院確定判決存在之情形下，基於先行確定之判決效力優先的原則，應先依再審之訴的程序，將我國法院後行確定判決撤銷，而承認先行外國法院確定判決。但，若該外國法院判決，有欠缺間接管轄權或違反程序上或實體上公序原則的情形時，仍得拒絕該當外國法院判決之承認。

國際私法上所謂之「互惠原則」乃該外國法院承認我國法院判決之效力，我國法院始可承認該外國法院之判決，係為維持內外國間權益之均衡與平等。形式上，除依國際條約、成文法規、習慣法或國際慣例之外，依協議亦可。又所謂「相互之承認」，並非國際法上之「國家承認」或「政府承認」，係指「司法上之承認」<sup>182</sup>，即法院間相互承認判決的「互惠」而言。承認之條件，只要該外國不課予

<sup>182</sup> 此說由國際私法巨擘－陳隆修教授首先提出。

顯然嚴格之條件即可，同種類判決之條件，雖非與我國規定完全相符，但關於重要之原則須懸殊。判決之類型，依我國民事訴訟法第四百零二條第一項第四款之規定，應係採用所謂「部分的相互保證」理論，即並非所有種類之判決均全面性地要求具有相互承認之關係，僅就系爭特定種類判決相互間，有相互之承認即為已足。

有關財產權之外國法院判決的承認，須有相互承認為要件之必要者，係因外國法院判決之承認有影響於在我國境內之財產，且執行須仰賴執行地所屬國之司法機關予以特別協助，始能實現該判決之目的。因此，對於無須執行之身分上法律關係外國法院判決，為具有直接變動法律關係而發生實體法上法律效果之形成判決，即無庸請求承認國加以積極之協助，從而無以相互承認為要件之必要，故採取身分關係相互保證不要說。更有甚者，認為相互保證之要件不論在財產上或非財產關係之外國法院判決的承認與執程序，均不應適用。本文原則上採取贊同之立場，由於外國法院判決之承認，並不是為了國家之體面及國家保持威嚴而存在的制度，其主要目的應該是為了當事人之便宜或自保護當事人權益的觀點出發才是。在現實的國際社會中，外國法院可能輕視我國為小國，而屢次不承認我國判決，因此，為了維護訴訟當事人之權益，我國現行承認制度，亦有必要朝此觀點作適度之改善，首要之務，即是廢除出發點不正確之相互保證要件規定。立法論上，雖無法馬上達成廢止「相互承認」要件之目標，惟仍得以大幅緩和相互承認要件的作法，採取「重要條件同一性說」加上「部份的相互保證」理論作為基本，逐漸變更此一要件之重要程度。即同德、日學說趨勢認為該判決之外國法院，就我國法院同種類判決所定之承認條件，雖非與我國規定完全相符，但只須不要求顯然嚴格之條件，且關於重要之原則並非懸殊即可，而不侷限於該外國法院已有具體承認我國法院判決之事實存在。且若該外國法院尚無不承認我國法院判決之事實，只要客觀上可期待其將來承認我國法院判決之情事，即可認為符合

互惠之條件。接著再參酌所謂「部分的相互保證」理論，即在判決國與承認國之間僅就有關承認之系爭特定種類判決相互間，有相互之承認即為以足，而不要求全面性地相互承認。又為了達成刪除相互承認條款要件之最終目標，對於外國法院判決之承認，僅需審查該外國法院是否具有合理管轄權基礎、判決形成過程具備正當法律程序及不違反承認國公序良俗等因素即可。



## 第四章 區域間民事判決承認

### 第一節 前言

各國因一個國家之內，同時存在兩個以上因地而異之法制。其生成原因有：一、因國家體制設計採取聯邦、邦聯或其他形式，由於各州皆有獨立的立法權限及司法機關，故產生了區域間民事判決承認之問題，例如：美國、英國(大不列顛與北愛爾蘭聯合王國)、澳大利亞等國；二、因戰爭而分裂的國家，例如：美國南北戰爭時期，統一前的東、西德，南、北韓間，解體以前的蘇聯各加盟共和國間。；三、因國際公法原因，而先後納入一國版圖之數領域間，例如：日據時期台灣與日本內地間。由於我國憲法增修條文前言，將台灣與大陸定位為分裂國家，且對於大陸地區確定判決之效力，於民事訴訟法第四〇二條與強制執行法第四條之一外，特別規定在台灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條規定。就該條內容之解釋，應借鏡各國區域間民事判決承認的慣例作為解釋之基礎，故以下就香港、大陸、統一前東、西德與南北戰爭之經驗作說明，以供台灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條規定之解釋。

### 第二節 香港判決<sup>183</sup>

九七年之前的英國判例法院於 *Taiwan Via Versand Limited v. Commodore Electronics Limited* 中，一台灣公司向香港公司請求剩餘部分尚未給付之貨款。被告主張香港政府並未承認台灣政府，因此原告沒有能力於香港法院起訴，但香港高院拒絕其抗辯，作成對原告有利之判決。

<sup>183</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁158-170。

承審法官認為港台人民交往頻繁：「換言之，即使於不承認下，香港與台灣人民已經在此種基礎上經常從事私人往來。我想沒有人可以反駁在台灣存在著某種政府及包括法院制度在內之制度，正如同存在於美國、加拿大及有些其他國家。雖然香港政府不承認這種政府及制度，我不認為任何人可以對他們閉上眼睛。相反的，一般的香港公民是本於這個政府及制度存在的基礎上而進行他們的事情，雖然他們並未為香港政府所正式承認。這個法規的目的就正是在給予生活上的事實效力。我的看法上，台灣法律上及一個確立的法院制度上缺乏形式上證據，並不是致命性的弱點。」

承審法官又引述 *GUR v. Trust Bank of Africa* 中 Sir John Donaldson MR 之論述如下：「去認為一個國家或政府是『沒有法律上的依據』一件事，但是若將該地區之居民視為『非法之徒』而不可以有效的……依信用而購買物品或進行無數的日常行為而有著法律效果，是非常不同的。」

承審法官又論述：「如果允許一個香港公民去進行交易而有以這個政治上之漏洞去規避交易上的責任，那是會不公平的」

至於九七年後之香港法院於 *Chen Li Hung v. Tung Lei Miao* 中，台灣破產管理人於香港之訴訟中，要求香港被告交還其所持有破產管理人於香港之財產。香港最高法院首先決定台灣的破產命令及於破產人於香港之財產，故香港法院仍承認台灣法院判決之效力。並於判決中引用 Grotius 的論述：「我們已經論及掌握，或已經掌握，權力去統治的人。但仍需論及篡位者之權力，這並非指其依契約或長期占有而後才取得之權力，而是指當其占有之基礎仍為非法之情形。當這樣篡位者是擁有統治權時，其所實施的政府之行為是得有拘束力的，而這個拘束力並非

得自其所擁有之權力，因為沒有這種權力存在，這種權力是基於其為主權所確實擁有者之事實而來，無論人民、國王、或議會是否期望期發佈這些措施，其行為仍有法律效力，這事為了避免法律的顛覆及法院制度的壓制所產生的最大混亂的結果。」

無論在九七年之前或之後，香港法院皆承認台灣是有一個確立的法院制度，承認他國判決是遵守其他文明國家的慣例，且執行其判決是屬個案正義之表現。惟為人所詬病的是香港最高法院 FACV No. 2 of 1999 判決中，作了與本案無關的法律上意見，違反權力分立，逾越司法的被動性本質，創設法律規定。這也違反歐盟法院「於一般性或假設性問題上不去給予建議性之意見」，該意見為「如果唯一或主要之債權人是台灣政府，情形可能會不一樣」，這不僅違反訴訟法，其內容更與其他文明國家的慣例不同，這是讓承襲英國判例法規則的香港最高法院中令人不解的見解。

附帶一提，我國於香港澳門回歸前，直接適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。回歸以後，香港澳門條例第 42 條規定：「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。」以準用的方式予以承認，緩和港澳回歸的地位變更，先後法律關係之不同。

### 第三節 大陸之經驗<sup>184</sup>

<sup>184</sup> 陳隆修、劉仁山、許兆慶，國際私法－程序正義與實體正義，五南圖書出版股份有限公司，2011年9月初版一刷，頁284-287。

大陸地區就台灣地區民商事判決承認與執行，其依據主要為最高人民法院頒布的相關司法解釋，以下依年代分述之：

(一)1998 年頒行【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】，此規定生效後，人民法院認可台灣地區法院民事判決，與人民法院作出的生效判決是具有同等法律效力的。

(二)1999 年 5 月 12 日頒行<sup>185</sup>【最高人民法院關於當事人持台灣地區有關法院民事調解書或者有關機構出具或確認的調解書向人民法院申請認可人民法院應否受理的批覆】，其規定：「台灣地區有關法院出具的民事調解書，是在法院主持下雙方當事人達成的協定，應視為與法院民事判決書具有同等效力。當事人向人民法院申請認可的，人民法院應比照 1998 年（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）予以受理。但對台灣地區有關機構(包括民間調解機構)出具或確認的調解書，當事人向人民法院申請認可的，人民法院不應予以受理。」

(三)2001 年 4 月 27 日頒行【最高人民法院關於當事人持台灣地區有關法院支付命令向人民法院申請認可人民法院應否受理的批覆】，其規定：「人民法院對當事人持台灣地區有關法院支付命令及確定證明書申請其認可的，可比照 1998 年（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）予以受理。」

(四)2009 年 5 月 14 日公布的【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】，是最高人民法院為執行（海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議）關於認可及執行民事裁判與仲裁裁決的有關規定，維護兩岸同胞合法權益，

---

<sup>185</sup> 針對四川省高級人民法院的請示所作的個案批覆式司法解釋。對人民認可台灣地區民事調解協定問題。

促進兩岸關係和平發展，作出的司法解釋，共十條款，主要從適用範圍、案件管轄、舉證責任、財產保全、審查程式、審判組織、申請認可及審理的期限等方面作規範。

2009年5月14日公布的人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的補充規定第一條明確規定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，此為1998年頒行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的再次重申。

1998年頒行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後，受理申請認可台灣地區民事判決、仲裁判斷、調解書、支付命令的案件已達200餘件，例如：1998年6月上海市第一中級人民法院對台灣高雄地方法院1997年4月26日的一份債務糾紛做出任可其法律效力的裁定，允許當事人依據該判決申請強制執行；1998年6月9日浙江省臺州市人民法院認可台灣南投地方法院作出的民事裁定；2001年廣州市中級人民法院裁定認可台灣南投地方法院離婚判決的效力等<sup>186</sup>。

#### 第四節 統一前東西德之經驗<sup>187</sup>

統一前東西德政府所引起之法律糾紛，於 Carl Zeiss-Stiftung v. Rayner and Keerler, Ltd. and Others(NO.2)中，Carl Zeiss 為1896年在東德區成立之公益基金會，其董事會歷經政治變革為教育部所管理。1945年公益基金會裡的一些董事跟隨美國聯軍遷移到西德，並且在西德成立另一家 Carl Zeiss 公司。於是東德的 Carl Zeiss

<sup>186</sup> 陳隆修、劉仁山、許兆慶，國際私法－程序正義與實體正義，五南圖書出版股份有限公司，2011年9月初版一刷，頁327-328。

<sup>187</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁151-157。

公司在東德的法院，要求西德公司停止使用 Carl Zeiss 之名稱，東德最高法院於 1961 年認定東德的 Carl Zeiss 繼續存在，而該地方議會為其董事會。但於 1960 年 11 月 15 日西德聯邦高院卻於先決抗議中認定該地方議會並無權力代表基金會。於 1955 年原告代表東德議會(上訴人)於英國起訴，要求被上訴人不得繼續使用 Carl Zeiss 之名稱。英國最高法院認定有二<sup>188</sup>：

(一)該地方議會有權代表基金會起訴。

(二)西德高院之認定並未給予被上訴人主張爭點禁止反言之權利。

在 1964 年 11 月 6 日英國外交部長於正式文件中認為東德政府並未被英國承認是法律上或事實上之政府，因為英國認為當時蘇聯政府仍擁有東德地區的權力及責任，當英國政府對於外國主權的承認與否，英國法院必須遵守。故法院引用外交部長於國會之聲明如下：「一個政府是否應於法律上或事實上被承認，是由國內法來決定其條件，並且一個政權是否滿足其條件事依個案之情形而作決定。一個新政府於國際法上被承認為事實上政府之條件是，該新政府於事實上對該國家的大部分地區有著有效的控制，而且這種控制看起來是可能繼續的。對新政府視為一個國家法律上政府之承認之條件為，該政府並不能只是於該國之大部分領土上有著有效之控制，而是其應於事實上已經被牢固的建立。」

但是否為法律上或事實上之政府於司法上能否為實體法上之法律行為及訴訟上的訴訟行為無關，故法院認為等待事實上之承認前，德國民主共和所作的行為被視為合法是沒問題的，因為他們所為的實體法上之法律行為及訴訟上的訴訟行為非屬主權國家之行為。

---

<sup>188</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011 年 4 月初版一刷，頁 151。

如果不承認東德政府之立法、行政及司法行為，Lord Reid 認為：「這個後果很深遠。與東德地區的貿易是不會被嚇阻；但依東德新法於東德所組成的每一個新公司或它的政府所任命的任何職員依其職責之行為，皆應被視為無效，以致任何這種公司就不能於本國起訴或被訴。任何公民依這種新法或由於任何這種公務員之行為而有著效力之婚姻，亦會被視為無效，以致我們會認為小孩是非婚生子女；而同樣的情況亦適用於離婚及無論於親屬或商業問題之所有形式之司法決定上。這不但會影響到過去住所於東德之人的地位，並且亦會影響到須依東德法而移轉權利之位於本國之財產。」故政府的承認與否，不影響其所為的非屬主權國家之行為，否則對其影響深遠，並造成人民日常生活之困擾與不公平現象<sup>189</sup>。

正如 John Locke 所言：「我認為一個沒有法律的政府是政治上的神話，以人類的能力而言是沒辦法想像的，並且與人類社會之發展是不一致的」，所以在文明而有組織的社會中，例如東德社會，就應該要承認其立法、行政及司法行為<sup>190</sup>。

是否承認法律上或事實上之外國政府，行政部門(外交部)與法院是否應一致，答案應為否定的，Lord Denning MR.說：「行政與司法部門不需要有一致說法。面對其他國家，行政部門是有關承認的外部後果。而面對私人個人，法院是有關承認的內部後果。至少在有關法院方面，有許多人認為法院應有權利去觀察確實存在於該地區之相關國家之情事，去看於該地區在事實上所有效及被執行之法律，即在正義與常識的需求下給予這些法律效力對個人之影響，但是當然的這些法律永遠不能違背公序良俗的考量<sup>191</sup>。」

---

<sup>189</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，同上註，頁 151-153。

<sup>190</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，同註 82，頁 154。

<sup>191</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，同註 82，頁 154-155。

Lord Denning MR.認為 Lord Eilberforce 於 Carl Zeiss 中之論述視於此方面最權威之論述：「當私人間，或日常發生之行為，是有關政府例行之行為……在常識及正義的利益下，及在沒有違反應優先的公序良俗之考量下，法院得承認係爭地區所確實存在的事實及實際情形。」 Lord Denning MR.論述：「當一個合法的政府是於目前被篡位者所驅逐，該合法的主權仍應有一個責任，盡其所能的去維持於該地區之法律及秩序；並且，當他本身無法繼續如此作時，它是被認定為應給予他的人民一個默示的職責，去為了維持法律及秩序去作所有必須行使的事，而不是使得他們暴露於無政府狀態的所有失去秩序的情勢下」於該案中 Scarman LJ 亦大致上同意其論述如下：「我的確認為再是當之案件下我們的法院會承認司法行為的效力，即使他們是未經合法任命的法官的行為或他們的權力是得自一個非法的政府亦應是如此。」故 Lord Denning MR.的結論：「如果必須於這些衝突的理論中作一個選擇，我會毫無遲疑的認定本國之法院可以承認一個雖然於事實上或法律上皆未被女皇的政府所承認，但於一個地域上卻是有著實際有效控制力的一個組織之行為或法律，至少在有關規定人民日常生活事項的法律上是如此，例如她們的婚姻，她們的離婚，她們的租約，他們的職業等<sup>192</sup>。」

故依上述見解下，在常識及正義的利益(人民日常生活之權利)下，及在沒有違反應優先的公序良俗之考量下，對於敵對及內戰中之地區，於事實上能有效及被執行的法律，法院得承認係爭地區所確實存在的事實及實際情形。

## 第五節 南北戰爭之經驗<sup>193</sup>

於 United State v. Insurance Companies<sup>194</sup>中，兩個原告保險公司是喬治亞州議會

<sup>192</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，同註 82，頁 156-158。

<sup>193</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷，頁 144-150。

於內戰期間所設立，他們根據 the Captured and Abandoned Property Act 對美國政府提起訴訟，要求政府返還被扣押棉花所賣得之價金。美國最高法院認同下級法院之決定如下：「請求法院之認定原告是合法的成立，並且他們有法律能力於該法院起訴，是正確的決定<sup>195</sup>。」

Justice Strong 陳述：「無可置疑的於 1861 及 1863 當立法通過原告們之成立時，喬治亞州議會並非該州合法之議會。該州與美國已脫離關係，而該州議會之成員已經拒絕或沒有接受憲法第 6 條第 3 項之要求而宣誓，而該項是各州議會成員所應受到拘束的。但此並不表示它不是一個立法機關，其時所通過的法律在當時示有效的，並且在現在還是被執行著。它不是一個合法的州議會，但它至少是一個事實上之議會。它是於其時唯一存在的立法機關。<sup>196</sup>」

於 *Sprott v. The United States* 中，美國最高法院認為對於有關叛亂州的權利：「就只有在使用這些權力時，重大的幫忙及協助，或有意去幫助這些叛亂時，而政府所應必須具有用以維持文明社會功能卻被改向於明顯的且故意的幫助對聯邦政府的背叛行為，則他們的行為是無效的。」亦即「只有在使用這些權力時，明顯的且故意的幫助聯邦政府的背叛行為，則他們的行為是無效的。」而於 *Texas v. White and Chiles* 中，Chief Justice Chase 亦陳述非法政府「支持或促進對美國政府的叛亂行為，或意圖挫敗美國公民正當權利及其他類似性質之行為，必須通常

---

<sup>194</sup> “If a civilized nation seeks to have the sentences of its own courts held of any validity elsewhere, they ought to have a just regard to the rights and usages of other civilized nation, and the principles of principles of public and national law in the administration of justice.”

<sup>195</sup> 89 U.S. 99,104, “We hold, therefore, that Court of Claims correctly decided that the plaintiffs were lawfully incorporated, and that they had a legal capacity to sue in that court.”

<sup>196</sup> 同上，p. 101., “No doubt the legislature of Georgia in 1861 and 1863, when the enactments were made for incorporation of these plaintiffs, was not the legitimate of the State. The State had thrown off its connection with the United States, and the members of the legislature had repudiated, or had not taken, the oath by which the third section of the sixth article of the Constitution requires the members of the several State legislatures to be bound. But it does not follow from this that it was not a legislature, the acts of which were of force when they were made, and are in force now. If not a legislature of the State de jure, it was at least a legislature de facto. It was the only lawmaking body which had any existence.”

被視為自始無效。<sup>197</sup>」

對於這些州於叛亂中之行為，Justice Strong 又引用 *Horn v. Lockhart* 中最高法院再次重申之論述如下：「於戰爭中，有關他們個別的能力，及行政、司法與立法之政府不同部門之能力，只要他們沒有損害或傾向損害國家至高無上的權利，或依憲法公民所有之正當權利，是通常應被視為有效及有拘束力的，內部叛亂及戰爭存在之情形，並未使得社會之關係變得鬆散，或摒棄公民政府，或法律的正常運作……在有關這些及相關之議題上，當對國民政府的權威他們於目的上或執行的方式上並沒有敵意時，而且並沒有損害憲法上公民的權利時，我們並不知道有任何人會真正的懷疑叛亂州之立法或司法行為之效力<sup>198</sup>。」

Justice Strong 認為喬治亞州之立法為：「正如同於沒有戰爭，或意圖獨立之情形下，他們只是一般的立法，正如同聯邦內所有的州每年發生的情形一樣。<sup>199</sup>」又如此論述：「在這些強力的論述下，有關此議題的爭論應就此停止。於戰爭期間叛亂州之事實上之議會之所有立法，如果是對全民政府的權威或對聯邦並沒有敵意，並且如果是沒有與美國或各州的憲法有衝突，則應如同是合法議會的立法般的有著相同的效力。除了這個理論外，其他理論皆會對這些州的人民造成巨大且不必要的困難，而沒有給予其他州的公民任何相對的利益，並且沒有給與國民

<sup>197</sup> 陳隆修、宋連斌、許兆慶，同註 82，頁 164-166。

<sup>198</sup> “We admit that the acts of the several States” (in insurrection) “in their individual capacities, and of their different departments of government, executive, judicial, and legislative, during the war, so far as they did not impair, or tend to impair the supremacy of the National authority, or the just rights of citizens under the Constitution, are, in general, to be treated as valid and binding. The existence of state of insurrection and war did not loosen the bonds of society, or do away with civil government, or the regular administration of the laws. . . . No one that we aware of seriously questions the validity of judicial or legislative acts in the insurrectionary State, touching these and kindred subjects, when they were not hostile in their purpose or made of enforcement to the authority of the National government, and did not impair the rights of citizens under the Constitution.” 89 U.S.99, 103.

<sup>199</sup> 89 U.S. 99, 103, 104, “They were mere ordinary legislation, such as might have been had there been no war, or no attempted secession : such as is of yearly occurrence in all the States of the Union.”

政府任何利益<sup>200</sup>。」

美國法院於南北戰爭時，對叛亂州日常之行政、立法及司法上之承認，延續至對於不承認之外國國家上，判例法之基本原則如下：「日常商業的交易或家庭生活是不應受到彈劾的，雖然其形成是可能受到篡位政府命令的規範……去取消他們會對無助且無辜的人造成困難或混亂，而沒有相對的取得利益。但於另一方面，對於掠奪及壓迫是沒有必要給予這種例外原則的保護<sup>201</sup>。」

故從南北戰爭之經驗可知，美國法院對於敵對法院、立法及行政所為之行為之承認，考量因素可歸納有三：

- 1、應視敵對法院是否對本國有敵意。
- 2、是否損害本國與他國於憲法上之正當權利。
- 3、不承認對兩國人民是否造成巨大且不必要的困難。

## 第六節 小結

一國內法律不統一的現象，往往有特殊歷史背景，我國與大陸地區就有複雜

<sup>200</sup> 同上，p. 103, “After these emphatic utterances controversy upon this subject should cease.【HN6】 All the enactments of the de facto legislatures in the insurrectionary States during the war, which were not hostile to the Union, or to the authority of the General government, and which were not in conflict with the Constitution of the United States, or of the States, have the same validity as if they had been enactments of legitimate legislatures. Any other doctrine than this would work great and unnecessary hardship upon the people of those States, without any corresponding benefit to the citizens of other States, and without any advantage to the National government.”

<sup>201</sup> 253 N.Y. 28, 29, “The every-day transactions of business or domestic life are not subject to impeachment, though the form may have been regulated by the command of the usurping government … To undo them would bring hardship or confusion to the helpless and the innocent without compensating benefit. On the other hand, there is no shelter in such exceptions for rapine or oppression.”

的歷史糾結。這種情緒性的糾結，通常產生政治上反動，並且造成法律上之漏洞，給予規避交易責任之機會，這是不公平的。一國是否承認他國，並不影響他國內部所存在的政府與法院制度，實難想像一國之內未存在法律、政府與法院制度，該地居民皆為非法之徒。所以應放棄偏見，為求人民、社會及國家之利益，接受他國既存的生活上法律關係，這樣才能建立公平、穩定民商交易環境。

從大陸對於我國判決承認之經驗來看，將我國判決之承認無異於承認外國判決，源自於相同的法理，禮讓原則、平等互惠原則。大陸地區自 1998 年後，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。至今縱使我國仍未作出平等互惠行為，大陸地區仍秉持禮讓原則，承認我國判決之效力，這是我國應予檢討的地方，是否我們仍在作情緒性的糾結，無視於各國文明國家的慣例。

從統一前東、西德之經驗來看，是否為法律上或事實上之政府於司法上能否為實體法上之法律行為及訴訟上的訴訟行為無關，故法院認為等待事實上之承認前，德國民主共和所作的行為被視為合法是沒問題的，因為他們所為的實體法上之法律行為及訴訟上的訴訟行為非屬主權國家之行為。所以只要非涉及主權國家之行為，縱使非被承認之國家，仍應承認其法院所為之判決。其理由在於，若不承認其行為效力，將造成人民日常生活之困擾與不公平現象，對兩國之人民影響深遠，例如：婚姻、商業行為等皆處於不安定的狀態。我國不承認大陸政府，不應影響我國對大陸地區判決之承認，實務見解不承認大陸地區判決，是否無視於人民日常生活的困擾，更造成兩岸人民的不公平，這是一個人權國家所應有的行為嗎？

所以本文認為，可以借鏡南北戰爭之經驗，以三原則判斷：

- 1、應視敵對法院是否對本國有敵意。
- 2、是否損害本國與他國於憲法上之正當權利。
- 3、不承認對兩國人民是否造成巨大且不必要的困難。

大陸地區已承認我國判決，應可認為對我國法院無敵意。大陸地區法院，同我國給予雙方當事人程序權之保障下而為判決，故承認大陸地區確定判決，是無損及我國與大陸地區於憲法上之正當權利。而且不承認大陸地區判決，在這兩岸經貿交易頻繁與兩岸通婚的時代，將造成巨大且不必要的困難。綜上所述，我國是沒有理由拒絕給予大陸地區的判決承認的。



## 第五章 我國法院就大陸地區民事判決之承認

### 第一節 我國對大陸地區民事判決之承認

#### 第一項 桃園地方法院九四年重訴字第二〇八號判決<sup>202</sup>

##### 第一款 法院判決及得心證之理由

判決結論意旨如下：「本件爭點：系爭大陸地區判決，經本院系爭裁定認可後，是否有與我國民事確定判決同一的效力，即原告得否以上開大陸地區判決言詞辯論終結前的事由，提起本件債務人異議之訴。…本院得心證之理由如下：

一、本件執行名義應係系爭大陸地區確定判決，而非系爭裁定：

(一)按外國法律，乃該外國立法權之行使結果，其效力原則上應以其領域範圍為其範圍，在他國不生效力。而所以由內國法院予以適用，係因內國法院依據其國際私法之規定，適用某外國之實體法所致。相對於此，在外國法院確定判決之承認與執行，則是對於外國司法權及其行使之承認，國際私法上有所謂「禮讓原則」，亦即適當考慮國際責任及實際便利，為尊重法律體系之完整與獨立，並防止同一事件在不同國家重複起訴。依據學者分析其重要理由包括：

1、避免重複審判，以求訴訟經濟，就原告而言，可避免重複支出訴訟費用，並使其權利得以迅速實現，就法院而言，亦可減少同一訴訟重複審理之時間、精力浪費，此即終局性之原則；

<sup>202</sup> 法源法律網，網址 <http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>。司法院法學資料檢索系統，網址 <http://iirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

2、保護勝訴當事人，免受敗訴當事人不斷興訟侵擾或逃避責任所造成之損害；

3、使原告不以法院之有效執行性作為選擇法院之決定性因素；

4、增進國際秩序之安定性及同一性，避免當事人之權利義務關係，因甲、乙兩國判決歧異、矛盾而無由確定；

5、對於某些案件，基於方便性及利益關切等理由，為判決之法院較承認之法院，更具審理妥當性。

(二)至於對於外國確定判決之承認與執行，究應採取如何之審查標準，雖有實質審查主義、形式審查主義之分，惟晚近各國均已採取形式審查主義。準此，我國強制執行法第四條之一規定：「依外國法院確定判決聲請強制執行者，以該判決無民事訴訟法第四〇二條各款情形之一，並經中華民國法院以判決宣示許可其執行者為限，得為強制執行。前項請求許可執行之訴，由債務人住所地之法院管轄。債務人於中華民國無住所者，由執行標的物所在地或應為執行行為地之法院管轄。」。另依民事訴訟法第四〇二條之規定：「外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：一、依中華民國之法律，外國法院無管轄權者。二、敗訴之被告未應訴者。但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限。三、判決之內容或訴訟程序，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者。四、無相互之承認者。前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」亦即，除民事訴訟法第四〇二條所規範之四項審查項目外，對於實體爭執並不容許重為審查、重複審判。至於債權人提起之許可執行判決之訴，性質上容有給付判決、確認判決、形成判決之見，本院認為：我國法院之執行判決既未針對實體爭執重為判斷，且執行名義之內容均已外國判決所載之內容給付內容為準，我國許可執行之判決並無另外載明其他給付內容，故以

採確認判決之見解為當。亦即我國法院之執行判決本身並非執行名義，僅係外國法院判決取得執行名義之要件而已。經許可執行之外國判決本身始為執行名義。

(三)承上，兩岸之間分屬不同法域，因此兩岸間之法律衝突，與我國與外國間之法律衝突，均屬區際間之法律衝突、訴訟競合，採取「禮讓原則」、「互惠原則」之法理一致，原應準用民事訴訟法第四〇二條之規定，為完全相同之處理模式，但因兩岸間政治情勢糾葛，互相敵對，不可能有國際間之相互承認，且有所謂法統爭議，故兩岸關係條例第七四條乃不得不另設特別規定：「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。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。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。」。雖立法文字稍有歧異，惟前述區際法律衝突之適用原則、要件、效果均屬一致。雖原告主張上開規定所指之執行名義，應係我國認可之裁定云云，然查：

1、就法條文意觀之，同法條第二項所謂「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。」，明顯係以同法條第一項「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷」為執行名義，並非以認可裁定本身為執行名義。

2、從立法理由來看，同法條第三項於 86 年 5 月 14 日增訂時之立法理由明載：「依本條例規定，在大陸地區作成之民事確定判決及民事仲裁判斷，不違背台灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請我法院裁定認可，並得為執行名義」。其所認「得為執行名義」之主體，亦為「在大陸地區作成之民事確定裁判及民事仲裁判斷」。

3、自法理而言，兩岸之間之法律衝突，與我國與外國間之法律衝突，既然均屬區際間之法律衝突，均應適用「禮讓原則」之法理，而經許可執行之外國判決本身始為執行名義，已如前述。基於相同法理，應認大陸地區判決本身即為執行名義為當。

4、就裁定認可之程序而論，依上開規定，聲請法院裁定認可在大陸地區作成之民事確定裁判，其性質為非訟事件，其裁定程序應適用非訟事件法總則之規定（最高法院八七年度台聲字第三四七號判決意旨可資參照）。於此裁定程序，並非就當事人間所爭執之民事確定裁判重為判斷，亦非審查大陸地區作成之民事確定判決是否符合我國法律規定，唯一應審查者，乃該確定判決是否「違背臺灣地區公共秩序或善良風俗」。原告亦同肯認裁定認可程序「僅形式認可該判決在我國可為一定之權利義務證明」（見本院卷(四)第8頁）。

5、就裁定認可之內容而言，亦僅於主文中宣示大陸地區判決「應予認可」（例如系爭裁定即是，見本院卷(一)第201頁），並非重為給付判決之內容，自無從單獨持該認可之裁定憑以聲請強制執行。

(四)原告雖以系爭裁定性質上等同本票裁定、拍賣抵押物裁定，應逕以裁定本身為執行名義。然按本票裁定、拍賣抵押物裁定與系爭裁定固然均屬非訟事件裁定，惟前者全然未經實體審查，並未賦予債務人行使實體抗辯之機會，與後者曾經實體判決，當事人曾受程序保障（詳如後述），並有國際禮讓原則適用，畢竟不同，自難援引類比。

(五)又依兩岸關係條例第七四條規定觀之，我國法院對於大陸地區確定判決顯然係採取形式審查之立場，亦即，所需考慮者不應是判決是否由大陸地區法院

作成，或是由台灣地區法院作成，而是考量法院判決之程序是否足以確保國民依照憲法所保障之權利，也就是平等而充分地去論證其權利之程序上保障<sup>203</sup>。

二、系爭大陸地區確定判決經系爭裁定認可後，即有與臺灣地區確定判決同一之效力：

(一)系爭大陸地區判決已給予當事人完整之程序保障，已如前述，則系爭大陸地區判決便已具有確定個案規範之正當性，不待法律明文規定，亦不因大陸地區非我國法權所及而有異。因此，不論是認大陸地區判決本身即為執行名義，或如學者主張將大陸地區判決與認可裁定合一成為執行名義，均應認已取得實質上之確定力即既判力。至於原告所引學者見解，認大陸地區判決僅具事實上效力，不具法律上之既判力，其所生法律上之效力，乃基於我國法院之認可裁定，並非大陸地區判決本身（見本院卷(二)第 91 頁）。惟所謂「事實上效力」究何所指？已有疑義，且核與前述「經許可執行之外國判決本身始為執行名義」之法理亦有歧異，諒係囿於「一國兩地區」或「中共政權非正統性」之觀念影響所致（按該篇文章發表於 81 年 10 月 7 日司法週刊 591 期）。是以，本院認為倘僅以大陸地區判決並非基於中華民國司法權所為，亦非外國法院之判決，而採取與外國判決不同之說理，當無可採。況且，縱然依據同一學者意見，認系爭裁定方為執行名義，惟其同時認為「如當事人仍就同一事件起訴者，應認該訴訟欠缺訴之利益

<sup>203</sup> 經查：被告主張系爭大陸地區判決之一審訴訟程序，係於西元 2001 年 11 月 12 日受理起訴，其後分別於同年 11 月 29 日、西元 2002 年 1 月 16 日、同年 4 月 4 日、4 月 11 日、4 月 17 日、7 月 1 日、9 月 19 日、11 月 28 日陸續開庭調查，總計開庭次數為 8 次等情，業經載明於系爭大陸地區判決中（見本院卷(一)第 163 頁），並為原告所不爭執，形式上確實已給予原告充分之答辯及提出證據資料之機會，此不因該案上訴審僅進行 1 次而有異。況且，參諸系爭大陸地區判決文中，對於原告提出之攻擊方法已有詳盡之論述，上訴審亦有針對原告所爭執之被告是否為託運人及無單放貨損失額等上訴理由，詳列其駁回原告上訴之理由及依據（詳見該判決書第 12 頁至 14 頁，本院卷(一)第 197 頁至第 199 頁）。是原告主張系爭大陸地區判決之法院未給予充分攻擊防禦機會，致其對於以油換糧等事實均無法及時提出云云，顯非可採。況且，系爭大陸地區判決業經本院系爭裁定確定，亦為原告所不爭執，系爭裁定亦僅以系爭大陸地區判決未違背台灣地區公共秩序善良風俗為由，即逕予認定系爭大陸地區判決應予認可（見本院卷(一)第 201 頁）。從而，被告持經本院以系爭裁定認可之系爭大陸地區確定判決聲請強制執行，其執行名義即為系爭大陸地區之確定判決，而非認可其效力之本院系爭裁定，洵無疑問，原告主張此際係以本院系爭裁定為執行名義，容有誤解。

（狹義），亦即欠缺保護必要之要件，應判決程序駁回原告之訴」（見同上頁著作）。其結果，仍然尊重大陸地區判決之認定，肯認當事人應受該判決拘束，不得以同一實體事項提起訴訟，再為爭執。

（二）查兩岸對於彼此法院判決之認可及承認，我國係依據兩岸關係條例第七四條規定，由我國法院形式審查該大陸地區法院判決有無違背台灣地區之公共秩序或善良風俗，資為是否認可之依據，並非就同一事件重為審判；而大陸地區對於台灣地區之判決，則係依據「有關『中共最高人民法院』關於認可台灣地區有關法院民事判決的規定」辦理，其中，大陸地區前揭規定第十二條載明：「人民法院受理認可台灣地區有關法院民事判決的申請後，對當事人就同一案件事實起訴的，不予受理。」（見本院卷(二)第 58 頁），即明文規定承認台灣地區法院判決經認可後有既判力，不得更行起訴。我國雖未有相同之明文規定，惟基於兩岸關係條例第七四條第三項所採取之平等互惠政策原則，亦應認大陸地區判決經我國法院認可裁定後有與確定判決同一之效力，方符禮讓原則、平等互惠原則及對他國司法之尊重。

（三）自法理層面而言，台灣地區與大陸地區目前並非本國與外國之關係，惟仍應適用我國與外國間區際法律衝突之相同法理，已如前述。比較兩岸關係條例第 74 條與民事訴訟法第四〇二條之規定，就採取形式審查方面，兩者相同，然就審查之項目及審查程序，顯見前者採取較後者更為寬鬆之方式，例如對大陸地區判決之承認與否僅以裁定程序進行審查，而未如對待外國判決一般要求以較為嚴格之訴訟程序為之。從而，外國判決除非構成我國民事訴訟法第四〇二條各款事由，否則當然具有與我國法院確定判決同一之效力，依舉輕以明重之法理，大陸地區判決經台灣地區法院依兩岸關係條例第七四條予以認可後，自應同樣與台灣地區確定判決有同一之效力。

(四)綜上所述，系爭大陸地區判決業經本院依據兩岸關係條例第 74 條規定，予以裁定認可，不論肯認執行名義為系爭大陸地區判決本身，或應與系爭裁定合一，均應已產生與台灣地區確定判決同一之效力。又不論該效力是否即「既判力」、「執行力」或「事實上效力」，均當然產生禁止再訴、禁止重為實體審查之效力，應可認定<sup>204</sup>。

## 第二款 判決評析

### 一、系爭法院，首先在第一段說明五點：

(一)說明外國司法權及其行使之承認之法理源自，一、國際私法上「禮讓原則」與一事不再理原則，並說明外國判決承認的學說理論。

<sup>204</sup> 桃園地方法院九四年重訴字第二〇八號判決結論：「三、原告以系爭大陸地區訴訟程序終結前發生之事由提起本件債務人異議之訴，於法不合：

(一)按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。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。執行名義無確定判決同一之效力者，於執行名義成立前，如有債權不成立或消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人亦得於強制執行程序終結前提起異議之訴。強制執行法第 14 條第 1、2 項規定甚明。又該條第 2 項之意旨，在於無實體上確定力之執行名義，因未經實體上權利存否之審查，債務人實無抗辯之機會，乃就此項執行名義成立前，所存實體上權利義務存否之爭執，許由債務人提起異議之訴，以謀救濟。即債務人就實體上權利義務之存否，在強制執行程序終結前，尚得提起異議之訴。倘未於該強制執行程序終結前加以爭執，依該執行名義所為之強制執行程序始成為終局之執行，以求程序之安定。準此，得依此項規定提起異議之訴者，應限於依非訟事件程序審查而許可對之強制執行之債務人，如准許拍賣抵押物、准許本票強制執行等可為終局執行名義之裁定所載之債務人，始足當之。最高法院 92 年度台上字第 2138 號判決意指參照。

(二)經查，系爭大陸地區判決業經本院系爭裁定准予認可，系爭裁定並已確定，又本件執行名義應屬系爭大陸地區判決，且已發生與台灣地區確定判決相同之效力，均已具論如前，自非上開准許拍賣抵押物、准許本票強制執行等未經實體上權利存否審查之裁定所可比擬，當無強制執行法第 14 條第 2 項適用之餘地，而應以同條第 1 項規定資為適用準則。是以被告以系爭大陸地區判決為執行名義聲請就原告財產強制執行，依據上開法條，原告僅得以原因事實發生在前訴訟言詞辯論終結後之事由，提起異議之訴，方為合法，本院無從就該執行名義訴訟言詞辯論終結前之實體事項再為審酌。惟本件原告仍係就系爭大陸地區判決訴訟程序言詞辯論終結前之實體事由再為爭執，而提起本件債務人異議之訴，核諸前揭說明，自嫌無據。」

(二)說明外國判決承認採形式審查說，故不審查外國確定判決之實體內容。然為取得我國執行名義，仍須債權人提起之許可執行判決之訴，以滿足取得執行名義之要件，故我國法院之執行判決本身並非執行名義，僅為確認之訴，執行名義仍是外國確定判決。

(三)說明區際間之法律衝突、訴訟競合與我國與外國間之法律衝突，採取的法理「禮讓原則」、「互惠原則」是一致。進而從兩岸關係條例第 74 條之規定，從文義解釋、立法理由觀之、自法理而言、裁定認可之程序而論、裁定認可之內容而言，得為執行名義之主體，亦為在大陸地區作成之民事確定裁判及民事仲裁判斷。

(四)說明大陸地區之確定判決，因當事人已受程序權保障，故其判決生既判力，有其法理依據。並說明大陸地區之確定判決與一般抵押權裁定等未受程序權保障之裁定，有所不同。

(五)說明「應判斷是否損害本國與他國於憲法上之正當權利」，如未損害憲法保障之權利，已給予程序權保障，大陸地區確定判決經系爭裁定認可後，即有與臺灣地區確定判決同一之效力，此段與美國立法例與世界文明國家立法例相符。

二、系爭大陸地區確定判決經系爭裁定認可後，即有與臺灣地區確定判決同一之效力，理由有三：

(一)程序權之保障觀之；

(二)兩岸關係條例第 74 條第 3 項所採取之平等互惠政策原則，大陸地區已承認我國判決於大陸地區有既判力，我國亦當然從之；

(三)以法理層面，法律衝突與區際間之法律衝突、訴訟競合，採取「禮讓原則」、「互惠原則」之法理是一致，且兩岸關係條例第七四條之要件，相較於民事訴訟法第四〇二條寬鬆，故舉輕以明重之法理，大陸地區判決經台灣地區法院依兩岸關係條例第七四條予以認可後，自應同樣與台灣地區確定判決有同一之效力。



## 第二項 最高法院九七年台上字二三七六號判決<sup>205</sup>

### 第一款 法院判決與得心證之理由<sup>206</sup>

<sup>205</sup> 法原法律網，網址 <http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>。司法院法學資料檢索系統，網址 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

<sup>206</sup> 案件事實：「本件被上訴人主張：受伊合併之立榮海運股份有限公司因與訴外人三星國際貨物有限公司（下稱三星公司）訂有運送契約，於民國八十九年十一月九日至十二月十四日間，在大陸地區上海市承運訴外人香港華海國際貨運有限公司（下稱華海公司）所交付由上訴人出售至伊拉克國之學生校服（下稱系爭貨物）。指定運到地點為伊拉克 UMM QASR 港，受貨人為伊拉克高等教育及科研部（下稱高教部）。嗣該貨物經運抵伊拉克，已由伊拉克國家水運公司交付高教部。上訴人並非系爭運送契約之託運人、受貨人、或經法定程序受讓載貨證券之人，原無權依據運送契約之法律關係訴請伊賠償或為其他之請求。詎上訴人竟以其中二十一張提單（下稱系爭二十一張提單）伊未收回，違反運送契約為由，虛構債權，在大陸地區為訴訟詐欺，訴請伊賠償。先後經上海海事法院（2001 滬海法商初字第四四一號）及上海市高級人民法院（2003 滬高民四（海）終字第三九號）民事判決（下稱系爭大陸地區判決）伊敗訴確定，並持該大陸地區判決聲請台灣桃園地方法院以九十三年度聲字第一〇三二號民事裁定（下稱系爭裁定）准予對伊強制執行。雖該法院再依其聲請以九十四年度執字第一七〇六〇號強制執行事件（下稱系爭強制執行事件）對伊財產為強制執行，惟依台灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第七十四條第一項、第二項規定，系爭裁定既僅屬我國強制執行法第四條第一項第六款所定之執行名義，並無確定判決同一之效力，伊於該執行名義成立前，有上訴人之前述債權不成立或消滅，或上訴人之聲請強制執行已逾時效期間而妨礙其請求之事由發生，即均可提起債務人異議之訴。爰依強制執行法第十四條第二項規定，求為命上訴人不可持系爭裁定對伊強制執行；已實施之系爭強制執行事件強制執行程序應予撤銷；並於原審更審前「追加」請求確認兩造間就系爭裁定認可之系爭大陸地區判決所示對伊之損害賠償債權（即命伊賠償美金二百六十萬二千五百六十二元、人民幣三百一十一萬一千四百八十六·三五元之本息及受理費人民幣十三萬二千五百十·七元）均不存在之判決。

上訴人則以：系爭大陸地區判決經系爭裁定認可，已具有台灣地區確定判決同一之效力，當事人自應受其拘束，不得再為相反之主張，法院亦不得就同一事件重為實體審理。被上訴人以前訴訟言詞辯論終結前發生之事由提起本件異議之訴，屬重複起訴，依法即不應受理。又伊將系爭貨物出售予訴外人凱琳國際有限公司（下稱凱琳公司），屬一般國際貿易行為，凱琳公司如何將之輾轉出售，與伊無關。裝箱單上顯示之聯合國批文，係依凱琳公司指示而為，不得因此劃歸為聯合國對伊拉克國「以油換糧」計畫項下之交易。縱為該項下之交易，仍應依正常商業慣例交付提單。是系爭提單既未約定可不憑提單交付貨物，伊又未同意受貨人可以僅憑保證函領貨，被上訴人就其未能收回提單而交付貨物之行為，所致伊不能依信用狀取得貨款之損害即應負賠償責任。且被上訴人在大陸地區對伊及凱琳公司、訴外人 H B Z 金融公司、巴黎銀行、巴黎銀行紐約分行、西瑪泰克航運公司等提起詐欺損害賠償訴訟，並對系爭大陸地區判決申（聲）請再審，均經判決被上訴人敗訴確定。被上訴人主張伊有訴訟詐欺之侵權行為，亦不足採。系爭強制執行事件之執行時效乃屬程序事項，應適用未有執行時效規定之法庭地法，即台灣地區法律。被上訴人逕引大陸地區法律為罹於時效之抗辯，尤有未合等語，資為抗辯。

原審以：兩岸關係條例第七十四條固規定，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，然並未明定在大陸地區作成之民事確定裁判，與我國之確定判決有同一之效力。參以該條例立法理由所載，就大陸地區判決既未採自動承認制，而須經我國法院以裁定認可者始予以承認並取得執行力，上訴人所取得之系爭裁定之執行名義，即屬於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之名義。是以，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，兩造間或我國法院即均不受其拘束。被上訴人以其於系爭執行名義成立前，有消滅或妨礙債權人（上訴人）請求之事由發生，在系爭強制執行事件之程序終結前，依強制執行法第十四條第二項規定，向執行法院對債權人即上訴人提起本件異議之訴，自無違一事不再理原則，且有權利保護之必要。查系爭貨物係由訴外人 A A F 公司出售予伊拉克高教部，該公司於取得向伊拉克進口學生校服許可證及巴黎銀行紐約分行出具之信用狀後，經賽普路斯 SMQ ENTERPRISES LTD 公司（下稱 S M Q 公

判決結論如下：「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。至於確定判決之既判力，應以訴訟標的經表現於主文判斷之事項為限，判決理由原不生既判力問題，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，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，雖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，此即所謂「爭點效原則」。惟依

司)向凱琳公司購買，並交付由SMQ公司申請之埃及阿拉伯國際銀行出具受益人為凱琳公司之二紙可轉讓信用狀，而後再由凱琳公司分別於二〇〇〇年七月三十一日及八月七日上訴人購買，凱琳公司並將其為受益人之上開該信用狀轉讓給HBZ金融公司，由HBZ金融公司另開立信用狀四紙予上訴人。而系爭貨物之運送，則係首由上訴人與設於香港之華海公司訂定運送契約、支付運費予華海公司，次由華海公司以自己名義與第三人鴻海國際船務貨運公司(下稱鴻海公司)訂約、支付運費，再由鴻海公司以自己名義與第三人上海外聯發國際貨物有限公司(下稱外聯發公司)訂約並支付運費，外聯發公司又以自己名義與三星公司締約，最後始由三星公司以其自己名義與被上訴人締約並以自己名義交付運費，此為上訴人所不爭執。是以於大陸地區法規未規定貨主應先與香港貨運公司締約之情形下，與上訴人直接締訂運送契約，而非委任代理契約者，既係設於香港之華海公司，非大陸之貨代公司，而後華海公司、鴻海公司、外聯發公司、三星公司亦均各以自己名義而非代理上訴人之名義簽約，基於債權契約之相對性，足認兩造間就系爭貨物之運送，並無運送契約關係存在。上訴人本於與華海公司間之契約關係，輾轉交付貨物、取得提單，仍係源於其與華海公司間之契約關係，不能因此直接對被上訴人取得運送契約上之權利，請求被上訴人交付貨物或損害賠償。況上訴人設於杭州，系爭貨物係於上海委運、交貨，上訴人顯非直接交付貨物予被上訴人之人，依大陸地區法規即不得認係系爭運送契約之託運人。再者，載貨證券為運送契約之證明，被上訴人簽發之系爭載貨證券上記載之託運人為第三人而非上訴人，收貨人為伊拉克高等教育部及科學研究部或其指定之人，上訴人未經上開收貨人背書轉讓指定為收貨人，有載貨證券在卷可稽。其未經合法背書而受讓、持有載貨證券，更不能行使載貨證券之權利。且上訴人亦非基於持有載貨證券之法律關係，向大陸地區法院訴請被上訴人賠償，為上訴人所自認。可見大陸地區法院認定：上訴人委託貨代公司向被上訴人交付貨物、支付運費，並提出繕制提單的具體要求，被上訴人完全按照上訴人的要求簽發提單，將三家國外公司記載為名義託運人，向上訴人委託的貨代公司交付提單，再從貨代公司處收取涉案運費，證明兩造間「事實」上建立了海上貨物運輸合同關係，上訴人為締約託運人等情，進而以被上訴人未收回系爭二十一張提單即行放貨，致上訴人受有損害為由，判命被上訴人應賠償上訴人未收到貨款及退稅款等損失，於法尚有未合。被上訴人本於強制執行法第十四條第二項規定及確認訴訟法律關係，提起債務人異議之訴，請求命：上訴人不可持系爭民事裁定對其強制執行，系爭強制執行事件強制執行程序應予撤銷。並追加請求確認兩造間就系爭民事裁定認可之系爭大陸地區判決所示上訴人對被上訴人之損害賠償債權不存在，均為有理由，應予准許。因而將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判如其聲明。經核於法並無違誤。

前所述，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。該大陸地區裁判，對於訴訟標的或訴訟標的以外當事人主張之重大爭點，不論有無為「實體」之認定，於我國當然無爭點效原則之適用。我國法院自得斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，為不同之判斷，不受大陸地區法院裁判之拘束。<sup>207</sup>」

## 第二款 判決評析

最高法院判決見解，對於大陸地區確定判決之效力，在未有詳細論證下，僅因許可與認可二字不同，即做出兩個結論：

一、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。

二、該大陸地區裁判，對於訴訟標的或訴訟標的以外當事人主張之重大爭點，不論有無為「實體」之認定，於我國當然無爭點效原則之適用。

前述桃園地方法院判決結論，大陸地區判決經台灣地區法院依兩岸關係條例第七四條予以認可後，自應同樣與台灣地區確定判決有同一之效力，此判決不僅是有完整且詳細的論證，更是與其他文明國家慣例不謀而合。相較之下，最高法

<sup>207</sup> 縱該地區法院認定兩造間「事實」上建立了海上貨物運輸合同關係，上訴人為託運人等情，原審依其職權逕為：與上訴人直接簽訂運送契約之人為設於香港之華海公司，並非被上訴人。上訴人又未委託華海公司以上訴人之名義與被上訴人簽約，而後華海公司、鴻海公司、外聯發公司、三星公司均係各以自己名義，非以上訴人之代理人身分，或表示為上訴人簽訂契約之意思，其相互間所接續成立各自獨立之運送契約，基於債權契約之相對性，就兩造間對系爭貨物之運送而言，並無法律上運送契約關係存在。（參見大陸地區海商法第四十二條第三項第一目規定）。上訴人本於其與華海公司間之契約關係，輾轉交付貨物、取得提單，亦不得認兩造間因此成立以上訴人為託運人之「法律」上運送契約關係等論斷，而為上訴人敗訴之判決，應無違誤可言。上訴意旨，指摘原審採證、認事、解釋契約之職權行使及原判決贅述關於系爭貨物為聯合國「以油換糧」計畫項下之交易等理由為不當，求予廢棄，非有理由。

院，僅因許可與認可二字不同，未查證其立法理由，亦未做學理上之論證，又未公正考慮其他文明國家之慣例，其結論更是違背既判力與爭點效的本質，實不足採。

### 第三項 近年高等法院判決

#### 第一款 臺灣高等法院九八年重上字第七二〇號<sup>208</sup>

參照臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條第一項、第二項等規定意旨，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，雖得聲請法院裁定認可而取得執行名義，然仍與民事訴訟法第四〇二條規定之對於外國法院之確定判決，係採原則自動承認制有別。經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，其僅具執行力而無既判力，故我國法院仍得審酌具體事實另行判決。查本件合夥契約之補充契約係約定當事人二造於合夥解散後之財務分配情事，則二造於解散後所簽訂之股權轉讓契約，即應將補充契約納入考量。準此，公司繼受人僅需補足其出資額之價款即可，而無購買拆夥人股權之必要。

#### 第二款 判決評析

此判決為發回更審之判決，判決中援引最高法院九七年台上二三七六號判決之法律見解，重申我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，其僅具執行力而無既判力。

<sup>208</sup> 法原法律網，網址 <http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>。司法院法學資料檢索系統，網址 <http://irs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

## 第二節 小結

最高法院見解認為我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，其僅具執行力而無既判力，且大陸地區裁判，對於訴訟標的或訴訟標的以外當事人主張之重大爭點，不論有無為「實體」之認定，於我國當然無爭點效原則之適用。惟為有論證過程。

本文認為，桃園地方法院之結論，「大陸地區判決經台灣地區法院依兩岸關係條例第七四條予以認可後，自應同樣與台灣地區確定判決有同一之效力。大陸地區判決業經本院依據兩岸關係條例第七四條規定，予以裁定認可，不論肯認執行名義為系爭大陸地區判決本身，或應與系爭裁定合一，均應已產生與台灣地區確定判決同一之效力。又不論該效力是否即「既判力」、「執行力」或「事實上效力」，均當然產生禁止再訴、禁止重為實體審查之效力，應可認定。」雖然未直接說明給予大陸地區確定判決有既判力，法院許可僅是取得執行名義的要件，但至少確定經台灣地區法院認可的大陸確定判決有既判力，且有一事不再理之適用，明顯想叫於最高法院之見解，更接近公正與正義，且與文明國家之慣例理念相符。

## 第六章 結論與展望

台灣地區與大陸地區究屬區域或國際性質，於我國有相當大的爭議。倘認為台灣與大陸為一邊一國，大陸法院所做的民事確定判決即為外國法院之判決，可直接適用民事訴訟法第四〇二條、強制執行法第四條之一規定，大陸地區法院所為之確定判決於台灣法院生既判力之效果，判決中之理由有爭點效原則之適用，無須特別規定。倘認為在一國的前提下，如同前述本文所採之見解，民事訴訟法第四〇二條所指之外國法院應採廣義解釋，「外國」不應侷限於已經由國家承認或政府承認之情形，故大陸地區雖非我國承認之國家，仍應在本條文意範圍內。至於「法院」之解釋，係指裁判國行使裁判權之機關，只要該機關係依法擁有對私法上權利義務爭執為審判之權限即可，不以使用法院名稱為必要，亦不以民事法院為限，故大陸地區法院之確定判決，仍應適用民事訴訟法第四〇二條、強制執行法第四條之一，其結論相同，大陸地區法院所為之確定判決於台灣法院有既判力之效果，判決中之理由有爭點效原則之適用，也無需特別規定。

惟我國憲法增修條文前言說明：「為因應國家統一前之需要」，同法第十一條：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」可知現在我國與大陸地區的定位在分裂國家，應適用區域性衝突法解決大陸地區判決在我國承認的問題。

台灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條規定：「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。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。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。」從規定得知，本條僅規定公序良俗條款、平等互惠條款，相較於民事訴訟法第四〇二條之規定為寬鬆。因本條所

規定之要件簡陋，不足的部分，因民事訴訟法第四〇二條中皆有更詳細的規定，所以在許多的實務判決中，許可大陸地區民事確定裁判時，會類推適用民事訴訟法第四〇二條作為補充限制之要件，類推較嚴謹的規定。故學生難以理解立法者為何要重複規定一個更寬鬆的法律規定，難道是為了特別放寬大陸地區判決承認的要件嗎？

就區分之理由來探討，倘未有正當理由而強加區分規定，此乃有違憲法第七條平等權之保障。觀看民國 86 年 05 月 14 日修正臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條立法理由中說明：「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<sup>209</sup>。」自從 1998 年頒行【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】，此規定生效後，人民法院認可台灣地區法院民事判決，與人民法院作出的生效判決是具有同等法律效力的。於 2009(民國 98)年 5 月 14 日，大陸為避免誤會 1998 年的【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】，公布的【人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的補充規定】，當中第一條明確規定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，此為 1998(民國 87)年頒行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的再次重申。既然 1998 年後已無立法理由中所述大陸方面卻未能秉持互惠、對等之原則之情事，我們仍需要再如此特別

<sup>209</sup> 法務部法律決字第 0999057159 號民眾持憑外國法院判決至戶政事務所辦理離婚登記時，因涉及外國法院確定判決效力，得否比照臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條之規定辦理，及戶政機關得否以當事人取得外國法院確定判決並經我國法院裁定認可或裁判確認為前提等問題，屬法院審判事務範疇，宜由主管機關審認之。

規定而違反平等原則嗎？

再就法條文意觀之，同法條第二項所謂「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。」，明顯係以同法條第1項「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷」為執行名義，並非以認可裁定本身為執行名義。雖然外國法院判決於強制執行法規定「許可」一詞，台灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條規定「認可」一詞，有所不同，但是相同事項，應予相同處理，不得因立法的瑕疵，而不顧平等權與正義而作相異效果之解釋。故大陸確定判決亦應皆給予既判例效力與有爭點效原則之適用。

既判力之本質與爭點效原則皆應審視當事人是否受到程序權保障。當大陸法院就案件給予當事人充分的攻防機會，就應當發生既判力與爭點效之效力。如果不發生此效力，仍得在台灣法院就實體為重新認定，將破壞既判力與爭點效制度，更給予兩造不公平的程序權保障，易造成裁判矛盾之可能與訴訟資源的浪費，也讓訴訟之一方無庸對自己行為負責，違反訴訟法理。按 Lord Upjohn 之見解，：「並非所有的禁反言皆是令人憎惡的，其必須被適用來行使正義，而非不正義，並且我認為禁止反言原則之適用於後面案件之情形中，必須謹記這個超越性考量」，故我國應該不能再就實體重新認定，否則這是違反正義的。

外國法院判決承認如前述採禮讓說、互惠說綜合說，此非但為公平正義所要求，亦為共同利益所必須。而且外國法院判決承認之實際優點來看：(一)針對已有之判決承認，不僅能避免重複審理、防止裁判矛盾，並且能節省當事人的勞力、時間及費用，保障其程序外的財產權，貫徹憲法訴訟權、財產權之保障；(二)能避免原告僅在能執行判決之法院起訴，並求能保障被告，免受敗訴原告繼續藉著選擇法院而造成損害，紛爭一次解決。(三)保障勝訴之一造，免受敗訴一造推拖

逃避等伎倆之困擾。(四)在認為就某幾種案件而言，作成判決之法院與承認判決之法院相比，前者為更妥當、更便利或關係最切之管轄之裁判所在，從而其為解決系爭問題所表示之意見最為恰當。這些法理與優點，不論在國際或區域性質皆是共通的，所以區域民事判決承認亦適用之，故我國應承認大陸地區之判決。

為建立一個個案正義的司法制度，當有爭議時或引用國外之制度時，當然應參考外國之文獻，正如 *Hilton v. Guyot* 中所言：法院應參考其他「文明國家之行為及慣例」。我國與大陸地區屬區域性關係，自然可以借鏡東、西德經驗與南北戰爭之經驗。

借鏡東、西德之經驗，人類文明國家內戰或不承認國家的國際司法慣例，為避免造成人民日常生活之困擾及不公平正義之情，所為的非主權國家之行為，皆應予承認。我國不應該糾結在政治情感上，而造成人民日常生活之困擾及不公平正義之情。例如：兩岸人民的婚姻、貿易交易的往來及子女的身分等，皆涉及人民的日常生活，如不承認，將會對於無助且無辜的人造成困難與混亂，而且國家沒有取得任何利益。

依南北戰爭之經驗，美國法院對於敵對法院、立法及行政所為之行為之承認，考量因素可歸納有三：

- 1、應視敵對法院是否對本國有敵意。
- 2、是否損害本國與他國於憲法上之正當權利。
- 3、不承認對兩國人民是否造成巨大且不必要的困難。

大陸地區於 1998 年後，已承認我國判決，可認為對我國法院是友善無敵意的。而且大陸地區法院，在給予雙方當事人程序權之保障下所作之判決，難謂有

損我國與大陸地區於憲法上之正當權利。至於如果不承認大陸地區判決，在這兩岸經貿交易頻繁、大三通、兩岸通婚與 ECFA 的時代裡，勢必造成巨大且不必要的困難。綜上所述，我國應給予大陸地區判決承認，大陸確定判決在我國有既判力效力與爭點效原則之適用。

就現行實務見解，很遺憾的是，不承認大陸地區之確定判決。其理由僅因許可與認可二字不同，就作出「經我國法院裁定認可知大陸地區民事確定裁判，應只具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力」的結論。判決理由當中，未見其論證過程，也未見參考外國之文獻，其結論更是違反國際上於此方面之相關判例、法學著作與文明國家之行為及慣例。在台灣這個稱為個案正義的司法制度，這是令人失望的。反而是桃園地方法院的判決與論述是讓人驚艷的，不僅論證完備，引經據典，更是與世界接軌的判決，雖有美中不足之處(不敢直接說明大陸地區確定判決與我國確定判決有同一效力之既判力)，惟瑕不掩瑜。

綜上所述，為解決兩岸判決承認的問題，釜底抽薪的方式是，刪除臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七四條，回歸民事訴訟法第四〇二條、強制執行法第四條之一之原則判斷。在尚未修法刪除前，應將許可與認可做同一之解釋，以符合文明國家之行為及慣例與公平正義。

## 參考文獻

### 一、中文參考書目（依作者姓氏筆劃排列）

#### （一）書籍著作：

- 1、王甲乙、楊建華、鄭建才，民事訴訟法新論（全），自版，2003年8月。
- 2、吳明軒，民事訴訟法（上冊），三民書局，2007年9月修訂7版。
- 3、吳明軒，民事訴訟法（中冊），三民書局，2007年9月修訂7版。
- 4、吳明軒，民事訴訟法（下冊），三民書局，2007年9月修訂7版。
- 5、李沅樺（原名：李後政），國際民事訴訟法論，五南圖書，2007年3月2版。
- 6、李後政，國際私法論文集，五南圖書出版公司，民國85年9月初版。
- 7、李永然，外國離婚判決之承認，載於馬漢寶六秩華誕祝賀論文集法律哲學與國際私法，五南圖書出版公司，民國75年12月。
- 8、李雙元、張茂、徐國建、胡振杰、李玉泉，市場經濟與當代國際私法趨同化問題研究，武漢大學出版社，1994年9月第1版。
- 9、林益山，國際私法與實例解說，自版，2002年7月修訂3版。
- 10、何適，國際私法釋義，三民書局，民國72年6月。
- 11、姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2004年2月。
- 12、柯澤東，國際私法，元照出版，2004年10月2版。
- 13、馬漢寶，國際私法總論，自版，1990年8月11版。
- 14、馬漢寶，國際私法（總論·各論），自版，2006年2月再版。
- 15、徐慧怡，贍養費之理論與實務－以美國法與我國法為中心，五南圖書，2000年9月初版。
- 16、陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，1999年11月修訂初版。
- 17、陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2005年4月增訂3版。
- 18、陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），三民書局，2005年1月修訂4版。

- 19、 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2004年4月修訂3版。
- 20、 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），三民書局，2004年5月修訂3版。
- 21、 陳隆修，國際私法管轄權評論，五南圖書出版股份有限公司，1986年11月初版。
- 22、 陳隆修，比較國際私法，五南圖書出版公司。
- 23、 陳隆修，國際私法管轄權評論，五南圖書出版股份有限公司，民國75年11月，初版。
- 24、 陳隆修、劉仁山、許兆慶，國際私法—程序正義與實體正義，五南圖書出版股份有限公司，2011年9月初版一刷。
- 25、 陳隆修、宋連斌、許兆慶，國際私法：國際程序法新視界，五南圖書出版股份有限公司，2011年4月初版一刷。
- 26、 陳隆修、宋連斌、林恩璋，國際私法—新世紀兩岸國際私法，五南圖書出版股份有限公司，2011年10月初版一刷。
- 27、 楊建華，民事訴訟法要論，三民書局，1994年4月。
- 28、 曾陳明汝，國際私法原理（上集）—總論篇—，自版，2003年6月改訂7版。
- 29、 劉甲一，國際私法，三民書局，1988年10月。
- 30、 劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，三民書局，2004年3月修訂3版。
- 31、 賴來焜，當代國際私法學之基礎理論，自版，2001年1月初版。
- 32、 賴來焜，當代國際私法學之構造論，神州，2001年9月初版。
- 33、 賴來焜，基礎國際私法學，三民書局，2004年6月初版。
- 34、 藍瀛芳，國際私法導論，自版，1995年1月初版。
- 35、 蘇遠成，國際私法，五南圖書，2002年10月5版。

## (二)期刊、論文

- 1、 王志文，論國際與區際民事司法協助，法令月刊，第 47 卷第 6 期，頁 11-19，
- 2、 伍偉華，經臺灣法院裁定認可確定之大陸民事確定裁判及仲裁判斷是否有既判力？－最高法院 96 年度臺上字第 2531 號判決、97 年度臺上字第 2376 號判決之分析，臺大法學論叢，第 38 卷第 4 期，頁 385-442，2009 年 12 月。
- 3、 李後政，外國法院確定裁判之承認要件及效力之問題，收錄於劉鐵錚，國際私法論文集，頁 171-225，1996 年 9 月。
- 4、 李後政，論大陸地區法院之裁判之承認與執行（下），收錄於司法院司法行政廳，中國大陸法制研究（第五輯），頁 129-183，1995 年 6 月。
- 5、 李後政，合意大陸地區法院管轄之要件及效力問題—最高法院八十五年度台上字第一八八〇號、八十八年度台上字第三四〇二號、八十九年度台上字第一六〇六號評釋，收錄於司法院司法行政廳，中國大陸法制研究（第十輯），頁 88-150，2001 年 10 月。
- 6、 李忠雄，我國法院對外國民事判決承認與執行之判例研究，全國律師，第 2 卷第 5 期，頁 59-74，1998 年 5 月。
- 7、 李忠雄，論外國判決在我國之效力，全國律師，第 2 卷第 11 期，頁 52-57，1998 年 11 月。
- 8、 李永然，外國離婚判決之承認，軍法專刊，第 30 卷第 2 期，頁 19-30，1984 年 2 月。
- 9、 李永然，台灣地區與大陸地區之兩岸民事事件合意管轄應有定位—從最高法院八十六年度台上字第二六四四號民事判決談起—，收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐（一）」劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 139-166，1998 年 9 月 1 版。
- 10、 沈冠伶，美國懲罰性賠償判決在德國之承認及執行，台灣本土法學，第 25 期，2001 年 8 月，頁 45-52（後收錄於陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦，美國

- 懲罰性賠償金判決之承認及執行，頁 157-197，學林文化，2004 年 12 月 1 版)。
- 11、沈冠伶，一部請求之判決對於餘額請求之效力－最高法院八十九年度台上字第七一號判決評釋－，台灣本土法學，第 31 期 頁 75-94，2002 年 2 月。
- 12、沈冠伶，美國倍數賠償金判決之承認與執行－最高法院九七年台上字第八三五號判決評釋，台灣本土法學，第 117 期，頁 41-54，2008 年 12 月。
- 13、沈冠伶等，民事判決之既判力客觀範圍與爭點效－新民事訴訟法架構下之爭點集中審理模式重新省思－民事訴訟法研究會第一百零三次研討紀錄，法學叢刊，第 214 期，頁 189-244，2009 年 4 月。
- 14、林秀雄，國際裁判管轄權—以財產關係案件為中心—，收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐（一）劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁 121-135，1998 年 9 月 1 版。
- 15、林益山，論外國判決之承認與執行，收錄於氏著，國際私法新論，自版，頁 145-172，1995 年 6 月初版。(曾發表於軍法專刊，第 41 卷第 1、2 期，頁 2-8、2-7，1995 年 1 月、2 月)。
- 16、林益山，承認與執行外國法院判決中「公序良俗」之審查標準，月旦法學雜誌，第 62 期，頁 24、25，2000 年 6 月。
- 17、林益山，涉外網路契約管轄之探討，月旦法學雜誌，第 77 期，頁 22-23，2001 年 10 月。
- 18、林益山，外國判決之承認與執行，月旦法學教室，第 17 期，頁 40-41，2004 年 3 月。
- 19、林恩璋，國際管轄權理論的法典化省思：以比利時國際私法新法典為例，財產法暨經濟法，第 4 期，頁 169-217，2005 年 12 月。
- 20、林洲富，外國及大陸地區法院民事裁判之承認與執行，司法周刊，第 1105 期，第 3 版，2002 年 10 月。
- 21、邱聯恭，司法之現代化與律師之任務，收錄於氏著，司法之現代化與程序

- 法，台大法學叢書，1995年10月3版，頁1-257(曾自1990年10月起，至1991年12月止，發表於律師通訊，133期、134期、137期-140期、143期-147期)。
- 22、邱聯恭，程序選擇權之法理－著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程序法學－，收錄於氏著，程序選擇權論(民事程序法之理論與實務第二卷)，三民書局，頁23-77，2001年4月初版二刷(曾刊載於法學叢刊，第151期，及民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(四))。
- 23、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三五三一號民事判決－，台灣本土法學，第123期，頁37-46，2009年3月。
- 24、徐慧怡，同姓婚姻與公序良俗，收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐(一)劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化，頁341-383，1998年9月1版。
- 25、張特生，論中共法制及其法院判決之承認與執行問題，法律評論，第54卷第10期，頁2-13，1988年10月。
- 26、張特生等，中共法院民事判決之承認與執行問題，收錄於收錄於財團法人民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(三)，頁395-461，1990年8月初版(曾發表於法學叢刊，第34卷第2期，頁150-183，1989年4月)。
- 27、張文郁，論大陸判決之承認－兼評最高法院九十六年度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，月旦法學雜誌，第178期，頁246-257，2010年3月。
- 28、胡元楨，涉外離婚事件管轄權與外國離婚判決之承認－評最高法院八十七年度台上字第一六七二號判決，全國律師，第6卷第4期，頁53-66，2002年4月。
- 29、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二三〇五號及八十九年度台上字第二〇八八號判決出發，收錄於氏著，民事訴訟理論之新開展，元照出版，頁407-475，2000年10月初版。

- 30、黃國昌，國際訴訟之合意管轄 - 以排除效果 (derogation) 之有效性為中心，政大法學評論，第 90 期，頁 301-354，2006 年 4 月。
- 31、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？ - 評最高法院九十六年度台上字第二五三一號判決，月旦法學雜誌，第 167 期，頁 186-203，2009 年 4 月。
- 32、陳隆修，父母責任、管轄規則與實體法方法論相關議題評析，東海大學法學研究，第 25 期，頁 191-323，2006 年 12 月。
- 33、陳榮宗，法院依法所為裁定之既判力，法學叢刊，第 97 期，頁 26-35，1980 年 3 月。
- 34、陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，收錄於氏著，國際民事訴訟與民事程序法，自版，頁 1-46，1998 年 9 月 (曾發表於法學叢刊，第 143 期、第 162 期，頁 25-35、頁 1-13，1991 年 7 月、1996 年 4 月)。
- 35、陳榮傳，外國法院之管轄權及離婚判決之承認，月旦法學雜誌，第 9 期，頁 61-62，1996 年 1 月。
- 36、陳榮傳，互惠與外國離婚判決之承認，月旦法學雜誌，第 10 期，頁 61-62，1996 年 2 月。
- 37、陳榮傳，外國法院的離婚調解書，法旦法學教室，第 52 期，頁 34-35，2007 年 2 月。
- 38、陳長文，外國判決之承認~從歐盟「布魯塞爾公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四百零二條，收錄於劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐，學林文化，頁 211-260，1998 年 9 月。
- 39、陳長文，兩岸司法互助 閉門造車的最高法院兄弟們，台灣聯合報，2008 年 4 月 27 日 A11 版。
- 39、陳啟垂，民事訴訟之國際管轄權，法學叢刊，第 166 期，頁 75-86，1997 年 4 月。

- 40、 陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期，頁 147-170，2001 年 8 月。
- 41、 陳聰富，美國法上之懲罰性賠償金制度，台灣本土法學，第 25 期，2001 年 8 月，頁 37-44（後收錄於陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦，美國懲罰性賠償金判決之承認及執行，頁 1-70，學林文化，2004 年 12 月 1 版）。
- 42、 陳忠五，美國懲罰性賠償金判決在法國之承認及執行，台灣本土法學，第 25 期，2001 年 8 月，頁 60-67（後收錄於陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦，美國懲罰性賠償金判決之承認及執行，頁 71-156，學林文化，2004 年 12 月 1 版）。
- 43、 許耀明，外國確定身分判決之承認與執行，月旦法學教室，第 51 期，頁 94-101，2007 年 1 月。
- 44、 許兆慶，海事國際私法上「至上條款」與「即刻適用法則」簡析－兼評新海商法第七十七條之訂定，月旦法學雜誌，第 78 期，頁 124-141，2001 年 11 月。
- 45、 楊建華，外國法院確定判決消極要件之認定，收錄於氏著，問題研析民事訴訟法（一），自版，頁 334-337，1994 年 10 月。
- 46、 楊建華，「爭點效」理論在實務上之採用，收錄於氏著，問題研析民事訴訟法（二），自版，頁 187-195，1993 年 2 月。
- 47、 楊建華，合意定外國法院為管轄法院之效力，收錄於氏著，問題研析民事訴訟法（四），自版，頁 13-18，1995 年 3 月。
- 48、 楊建華，大陸地區法院民事確定裁判之認可，收錄於氏著，問題研析民事訴訟法（五），自版，頁 218-223，1998 年 2 月。
- 49、 楊建華，大陸地區民事確定裁判認可之程序，收錄於氏著，問題研析民事訴訟法（五），自版，頁 224-227，1998 年 2 月。學法學集刊，第 17 期，頁 1-85，2004 年 10 月。，2002 年 4 月。
- 50、 駱永家，判決理由中判斷之拘束力，收錄於氏著，民事法研究Ⅲ，自版，頁 37-60，1997 年 10 月 6 版（曾發表於法學叢刊，第 125 期，1987 年 1 月）。

- 51、駱永家，形成訴訟判決之效力，收錄於氏著，民事法研究Ⅲ，自版，頁 61-70，1997 年 10 月 6 版（曾發表於司法周刊，第 315 期，1987 年 5 月）。
- 52、賴淳良，大陸地區民事確定判決之認可，收錄於司法院司法行政廳，司法研究年報第二十三輯第 5 篇，2003 年 11 月。
- 53、藍瀛芳，國際民事訴訟法之排除管轄與合意管轄，收錄於馬漢寶，國際私法論文選輯，五南圖書，頁 248-283，1984 年 7 月初版。
- 54、藍瀛芳，判決的國際效力－兼評最高法院兩則有關承認「美國判決」的判決，法學叢刊，第 156 期，頁 60-80，1994 年 10 月。
- 55、藍瀛芳，外國判決之承認，法學叢刊，第 103 期，頁 45-61，1981 年 9 月。
- 56、蘇遠成，外國法院判決之承認及執行，法令月刊，第 19 卷第 11 期，頁 9-12，1968 年 11 月。

### (三)學位論文

- 1、趙彥榕，民事判決理由之效力之研究－以爭點效理論為中心，國立中正大學法律學系研究所碩士論文，100 年 6 月。
- 2、羅淑婷，外國懲罰性損害賠償判決承認與執行之研究，國立台北大學法律學系碩士論文，96 年 1 月。
- 3、蔡易紘，論我國對民事訴訟判決之承認與執行，國立海洋大學海洋法律研究所，2000 年。
- 4、王彰顯，複數法律區域國家內區域間判決之承認與執行，中國文化大學法律學研究所，2004。