

## 98 年專門職業及技術人員高等考試試題

等 別：高等考試

類 科：律師

科 目：行政法與強制執行法

李澤/張珏老師 解題(僅供參考，請勿抄襲)

- 一、甲(人民)就土地塗銷登記事宜向乙(縣政府)陳情，經乙函復謂：「…台端如認該項登記有無效或得撤銷之原因，仍請向法院為塗銷登記之請求，俟獲有勝訴判決後再據以辦理」等語。請問：乙函復之性質為何？若甲認為乙函復違法，有無主張權利保護之途徑？

|               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>【破題解析】</b> | <p>本題考了行政法上很傳統的爭點，關於行政處分與觀念通知，以及相關救濟的判斷。類似的問題在 85 第二次司法官考過一次。但是這一題的題目與當年還是有些的不同：85 年的考題，甲是向主管地政機關申請，本題甲則是向並無權限的縣政府陳情，所以討論的方向雖然一樣，但結論可能不同。</p> <p>在救濟途徑的方式，如果認為乙的函復並非處分，又無法提起一般給付之訴，在行政爭訟上則未必有救濟途徑了；但題目是問有無主張的途徑，所以正確的申請或者提起民事訴訟也是可能的答案，在此就附帶一提了。</p> <p>其實這一題看似簡單，但真要討論其實還有很多可以質疑傳統學說之處：例如，有些學者有「形式行政處分」的觀點，此時沒有權限的縣政府所為之函復也可能當成處分來爭訟；又如，有些學者認為法效性的判斷應該與保護規範理論脫鉤（主觀說的想法），這時候判斷也可能會不一樣。但是這一題給的線索不夠多，而且真要討論這些點，應該就不是一個考題，而是一篇報告或論文了。雖然我也覺得通說在這個問題的討論上都太倒果為因了，但這些討論對實務上解決問題而言又太學理了（太德國了）。所以，我們還是採取最傳統的寫法來介紹，其他部分，就留待課堂上說明了。</p> |
| <b>【命中特區】</b> | <p>(一)本班教材命中/98 行政法正規班講義/編號:8/頁 8 以下，頁 11 以下/李澤編著。【命中率】100%</p> <p>(二)本班教材命中/98 行政法總複習班講義/編號:W/頁 1 以下/李澤編著。【命中率】100%</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

**【擬答】：**

(一)乙針對甲陳情所為函復之性質：

乙縣政府對於甲陳情案件的函復之性質，也就是行政處分與觀念通知之判斷，關鍵在於此一行為究竟有無產生規制作用(法效性)，此一問題學說上數種判斷方式：

1. 判斷行政處分與觀念通知之各種學說：

(1)事件原因說：

人民申請作成行政處分者，拒絕其申請之答覆亦屬行政處分；反之，人民申請作成事實行為，拒絕之答覆則屬事實行為（觀念通知）而非行政處分。

(2)有無准駁說：

行政法院實務曾認公文書中若已為具體准駁之表示，將對相對人之權益有所影響，而致生法律上之效果，故屬行政處分；若未有准駁之意旨，則應屬觀念通知。

(3)綜合考察法：

學者為避免實務上在用字遣詞上刻意避免否准之字樣，使得人民喪失救濟之機會，認為關於法效性之判斷宜採取從寬、實質的綜合認定方式，不拘泥於公文書所使用之文字：應本客觀主義之精神予以分辨，探求行政機關之真意，參考是否有後續處置(惟先前行為已明確發生效力者，則不受有無後續行為之影響)等因素來綜合決定。(釋字 423 號解釋參照)

(4)意思表示說(主觀說)：

當行政機關作成某一決定時，「意欲」該效果發生(有意造成規制作用)；也就是說行政機關主觀上透過此一行為造成人民權義的規制或改變，此時即應屬一行政處分。主

觀說強調行政處分係一以意思表示為核心的法律行為。

(5)保護規範理論：

除了上開方式外，學說對於檢舉或申請函復性質之判斷，有採取保護規範理論判斷之。此說認為，函復之性質必須視檢舉或申請人對於系爭事項是否存在公權利而定：倘若就人民檢舉或申請事項，行政機關若依法有受理、調查、作成決定之義務，且檢舉或申請人之權利應受該當法律保護者，則行政機關對於該檢舉或申請事項所為拒絕處理之答覆，顯然對檢舉或申請人之法律地位有所影響，造成檢舉或申請人權義上的規制，應具行政處分之性質；反之，檢舉人或申請對此事項並無公權利之存在，此一回覆僅是不具規制作用的觀念通知。換言之，行政機關對人民函復之性質，應視該函復是否對檢舉或申請人發生法律效果而定，至於是否發生法律效果，則須視相關法律是否賦予原檢舉人「請求權」而定。而公權利的討論，便是保護規範理論的探求了，亦即，須檢討法律是否賦予檢舉或申請人是否有向該機關主張之權利。

2.本案函復之性質取決於甲對於乙縣政府陳情之事項是否存在公權利：

管見認為，甲即使有對於其土地有塗銷登記之公權利存在，有權辦理土地塗銷登記事項者，應屬該土地所屬地政機關而非縣政府，故縣政府並無受理此一陳情事項之權限，甲也自無對縣政府主張權利之餘地。因此，即便縣政府對於甲之函復實質內容已有否准之效果，也無後續處置，但站在其無系爭事件職權的角度，但仍無侵害甲之權利而言，是故此一函復並不具法效性，無對甲發生規制作用，僅一觀念通知而已。

(二)甲有無任何權利保護途徑：

- 1.如認為乙之函復屬於行政處分，甲自得提起拒為處分的課予義務訴願與訴訟(訴願法第1條與行政訴訟法第5條第2項參照)；然管見認為系爭函復僅為觀念通知之性質，現行行政訴訟法中的確有針對事實行為救濟之管道(行政訴訟法第8條)，但甲就系爭事項對於縣政府陳情一事並無公權利存在已如前述，反映在訴訟法上，也不具備訴訟權能，是故甲即便提起一般給付之訴，法院也會以無訴訟權能為由，裁定駁回(實務上皆以顯無理由之訴訟判決駁回)。
- 2.是故，甲無法針對乙縣政府之函復提起行政爭訟。至於甲對於自身土地登記事項如真有所爭訟，或必須向真正職權機關(地政機關)提出申請，若遭拒自得提起課予義務訴願(訟)；或先依民事訴訟途徑塗銷土地登記後，再行提出，方得有效保障其權利。

二、商業登記法第31條規定：「未經設立登記而以商業名義經營業務或為其他法律行為者，商業所在地主管機關應命行為人限期辦妥登記；屆期未辦妥者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。」

試問：第一次處罰之「罰鍰」，與其後之「按次連續處罰」，其性質有無不同？

|        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 【破題解析】 | <p>關於連續處罰的性質一向是行政法的重點，只是沒想到會以申論題這麼簡單的方式來測驗，同學只要把學說上對於其討論的各說並陳(可以寫兩說也可以寫三說)，並挑一說附理由作結就可以了。</p> <p>這一題我是用「皆為行政罰說」來作結論，因為我們上課給大家的函釋與法院判決現在都傾向這個見解，但學說上也一直有老師支持怠金說，所以用怠金說作為結論亦無不可，只要言之成理，分數都會出來的！</p> <p>採「皆為行政罰說」會面臨一行為不二罰的質疑，所以下面簡單帶一下法律切割行為數的觀點；若採「怠金說」或「綜合說」，則要說明一下條文中是否有表現告戒的部分，也可以批評一下學者對於釋字 604 號法律切割行為數的不當之處。這一題解為怠金其實也蠻合理的，但下面挑了比較不好寫的一說示範一下。</p> |
| 【命中特區】 | <p>(一)本班教材命中/98 行政法正規班講義/編號:19/頁 41 以下/李澤編著。</p> <p>(二)本班教材命中/98 行政法總複習班講義/編號:W/頁 107 以下/李澤編著。</p> <p>【命中率】100%</p>                                                                                                                                                                                                                                    |



【擬答】：

本題涉及按次連續處罰的討論，關於連續處罰之法律性質為何，學說上有不同見解，如下所述：

(一)連續處罰的法律性質：

1. 行政執行說：

此說認為，條文雖寫「連續處罰」，其目的在於督促行為人實現履行義務之合法狀態，屬於行政執行之怠金手段。

2. 行政罰兼具執行手段說：

此說認為，條文中規定的「連續處罰」，其實只有第一次的裁處方是真正的行政制裁，具有對過去義務違反之制裁性格，而第一次之後所謂的「連續處罰」，其實並不具有制裁與非難的味道，而是行為人之義務遲不履行的督促手段，故其本質上其實是怠金。按照此說，這一連串外觀上皆屬科予人民金錢的行政手段，只有第一次的處罰屬於行政罰，後者皆屬於行政執行手段上，對於行為不行為義務遲不履行所為的間接執行手段，是為行政執行法第 28 條與第 30 條所稱之怠金。如是，則人民因為一次的違反行政法上義務行為，而被科予罰鍰，然違反之義務其違法狀態仍未除去，之後所科予的怠金，並沒有違反一行為不二罰的問題。

3. 皆是罰鍰之看法：

然而，亦有學者對於連續處罰的態度，傾向皆為行政罰之看法。其認為這些外觀上相同的制裁手段，甚至作成方式與金額都相同的情形下，何以在不同的時間科處，則先後被認定為不同之性質？姑且不論此一行政行為客觀上應屬何者，行政機關主觀上也未必有意識地認為其在為不同性質之行為，又如何一個解釋成罰鍰，其他的解釋為怠金呢？且「罰鍰+怠金」的解讀方式，也與「連續處罰」之文義不符，甚至與立法者預設的手段方式亦有所落差。

4. 小結：

上開三說各有所本，學說上也尚無定論，目前實務上行政機關(法務部函釋)與行政法院的見解，較傾向皆是罰鍰之看法。管見則認為，連續處罰之性質，應不可一概而論，應具體視各該法規的處罰目的以及規範對象違反之義務個案而定。

(二) 本案中第一次處罰之「罰鍰」，與其後之「按次連續處罰」，其性質並無不同。

1. 第一次「罰鍰」部分：

條文中「屆期未辦妥者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰」之「罰鍰」，無疑是對未經登記從事商業經營，且亦未在期限內補辦登記之人所為之處罰，無疑帶有對違反行政法上義務之行為人所為的制裁與非難，為行政罰法第 1 條所稱之「罰鍰」，性質上屬於一種「裁罰性不利處分」。

2. 「按次連續處罰」部分：

管見認為，此一「按次連續處罰」，性質上仍屬「罰鍰」而非怠金，其係針對行為人仍未登記而經營業務，並屆期未辦妥登記之行為的制裁。也就是說，行為人不斷地違反主管機關依法律所課予之限期改善義務，此亦屬一種行政法上義務，且其處罰法定額度與違反原來行政法義務相同。每次主管機關依法律所課予之限期改善義務，均屬一項獨立義務，對違反義務者，均得單獨裁處行政罰。

3. 結論：「罰鍰」與「按次連續處罰」屬於行政罰

然解為數行政罰是否會違反一行為不二罰之規定(行政罰法第 24 條)，須視個案中行為數而定，目前實務上以法條中規定「按日連續處罰」、「按件連續處罰」、「按次連續處罰」的日數、件數、次數來作為行為數的認定，故按次連續處罰，每次皆應屬一個違反行政法上義務之行為，行政機關得科予一次罰鍰，屬於數行為數罰之情形(行政罰法第 25 條、釋字第 604 號解釋參照)。實務上行政法院判決亦強調，按日(次)連續處罰既為數罰，則必須按日(次)重新調查人民是否有重複違反該義務，且此一新裁罰必須重新作成，不能一次送達。至於法規中規定按日(次)連續處罰之合理性，以及裁罰機關選擇按日(次)的間隔期間是否過當而違反比例原則，則是另外一個問題了。

三、甲電視台於晚上八點鐘播出之節目中出現男女擁抱、愛撫、親吻之畫面，國家通訊傳播委員會認為甲違反節目分級規定，乃對甲作成新臺幣 30 萬元之罰鍰處分。甲收受該處分書後深感不服，問：甲應如何提起救濟？

|        |                                                                                                                                                                                       |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 【破題解析】 | 這一題又是老梗了！一看就知道在考 NCC 的訴願機關為何，97 年各家研究所已經考過好幾次，現在有 97 年 12 月份的決議來補充說明這個實務上已有定論的答案。<br>注意一下題目是問甲應如何提起救濟，所以不能只寫訴願機關的爭點，雖然其他的問題的確不是重點，不過要簡單的帶一下訴訟種類與被告機關等；又「如何提起救濟」，表示只要考程序部分，實體理由就不用多寫了！ |
| 【命中特區】 | (一)本班教材命中/98 行政法正規班講義/編號:20/頁 26 以下/李澤編著。【命中率】100%<br>(二)本班教材命中/98 行政法總複習班講義/編號:W1/頁 9 以下/李澤編著。【命中率】100%                                                                              |

【擬答】：

甲應提起的救濟方式，如下所述：

(一)甲應提起的訴願(訟)類型為撤銷訴願(訟)：

甲欲針對國家通訊傳播委員會(下稱 NCC)的罰鍰處分不服，乃係針對違法侵益處分所為之救濟，依法應先提起訴願法第 1 條的撤銷訴願，不獲救濟方提起行政訴訟法第 4 條第 1 項的撤銷訴訟。

(二)該訴願案件的訴願機關為何？

對於 NCC 所為處分，提起訴願應以何為訴願機關？實務上迭有爭議，各說如下：

1. 甲說：以行政院為訴願機關

(1)此說認為，訴願管轄權係行政機關之管轄權限，屬於法律保留範圍。行政機關就訴願事件有無訴願管轄權，應依其組織法規或其他行政法規規定之（行政程序法第 11 條第 1 項規定參照）。訴願法第一章第二節「管轄」（第 4 條至第 13 條）係關於訴願事件管轄權之一般性規定，如無其他法律或法規之特別規定，應依該等規定決定訴願事件管轄權之歸屬。是故，人民不服 NCC 作成之行政處分提起訴願時，國家通訊傳播委員會組織法及其他法規就其訴願管轄並無特別規定，因 NCC 係行政院所屬之行政機關，其層級相當於部會等之二級機關，依訴願法第 4 條第 7 款規定，應由行政院管轄之。

(2) NCC 雖屬獨立機關，依中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款規定，其依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督。關於其作成之行政處分之訴願事件，依上開訴願法之規定受行政院之訴願管轄監督，此訴願法之規定，即為中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款所稱之「法律另有規定」。

2. 乙說：以 NCC 為訴願機關

此說認為，為貫徹釋字第 613 號解釋中，有關 NCC 在行政一體原則下，仍有獨立機關地位之意旨。並從 NCC 獨立機關之設置功能或目的著眼，應認現行訴願法對 NCC 獨立機關之訴願案件管轄漏未規定，存在法律漏洞，基於 NCC 之獨立功能與目的，而認應由 NCC 自行設立訴願委員會，受理訴願案件。

3. 丙說：直接提起行政訴訟

學說上有認為，基於 NCC 的獨立性與專業性，其所為之處分應可如行政程序法第 109 條之規定，免除訴願程序，逕行提起行政訴訟，由行政法院對其處分之合法性為審查，一來維持 NCC 之獨立性；二來仍得保障受處分之人的權利救濟；並且妥適解決 NCC 訴願機關的爭執。

4. 最高行政法院見解與管見：

(1)此一問題在經大法官不受理決議後，最高行政法院已在 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議有所結論，其一來認為：「釋字第 613 號解釋理由 2 第 2 段雖謂『承認獨立



機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督』等語，但並非有關不服通傳會行政處分之訴願管轄問題所為之釋示」；二來以：「人民不服通傳會作成之行政處分提起訴願時，因通傳會組織法及其他法規就其訴願管轄並無特別規定，而通傳會係行政院所屬之行政機關，其層級相當於部會等之二級機關，故應依訴願法第 4 條第 7 款規定，由行政院管轄之。」為理由，採取甲說之結論，以行政院為 NCC 之訴願機關。

(2) 管見雖認為丙說見解有其頗值參考之處，然訴願管轄之設定與變動畢竟須有法律明文規定，在法律明文規定 NCC 之處分得不經訴願逕行提起行政訴訟前，並無透過解釋排除 NCC 之處分仍須經訴願前置方得提起行政訴訟之餘地，是故仍支持最高行政法院之結論。

(3) 惟鑒於 NCC 以獨立機關方式設立，係為避免監督通訊傳播媒體之行政權之行使，受到政治影響，以落實憲法保障之言論自由（通傳會組織法第 1 條參照），而且通傳會係由具電信、資訊、傳播、法律或財經等專業學識或實務經驗之委員組成（通傳會組織法第 4 條第 2 項參照），為獨立行使職權之專業委員會，行政院訴願委員會審議 NCC 作成之行政處分，應僅能作合法性審查而不能作合目的性審查，以符通傳會組織法設置 NCC 之立法目的。即便行政院對於審查範圍不採取這樣的見解，仍應尊重 NCC 對於專業事項的判斷餘地，併此指明（釋字 319、462、553 號解釋參照）

(三) 該訴訟案件的被告機關為何？

若甲提起之訴願不獲救濟，進而提起撤銷訴訟，依照行政訴訟法第 24 條第 1 款，應以原處分機關，亦即 NCC 為被告。

(四) 甲個案中如有損害可提起國賠訴訟：

甲若能在個案中證明因 NCC 之處分而受有損害，或可依國家賠償法第 2 條第 2 項前段提起國賠訴訟。至於訴訟之方式可選擇在行政訴訟中附帶提起（行政訴訟法第 7 條參照）；亦可在向應賠償機關協議不成後向民事法院提起國賠訴訟（國家賠償法第 11 條參照），併此指明。

(五) 結論：

甲對於 NCC 之罰鍰處分，應以行政院為訴願機關提起撤銷訴願；不獲救濟再以 NCC 為被告提起撤銷訴訟；個案中如有損害，尚得提起國賠訴訟。

四、臺灣之甲貨物運送公司（下稱甲公司）與大陸之乙進出口服裝公司（下稱乙公司），因運送契約損害賠償之法律關係在大陸涉訟，經兩造言詞辯論後，大陸之法院判決確定甲公司應賠償乙公司因兩造間運送契約所生之損害，乙公司並持該大陸之確定判決，依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條規定，聲請臺灣之法院裁定准予強制執行，獲得認可後，乙公司即進而據該認可裁定，聲請對甲公司之財產執行查封在案。甲公司則委請丙律師向臺灣之法院，依強制執行法第 14 條第 2 項規定提起債務人異議之訴。丙律師乃代甲公司主張：大陸之民事確定判決，並無與我國法院民事確定判決有同一之效力，且乙公司明知與甲公司間並無損害賠償之債權，竟虛構此事實，利用大陸法院獲得勝訴確定判決，故乙公司對甲公司之債權，有不成立或消滅、妨礙之事由存在。請問：丙律師代理甲公司以上開主張提起之債務人異議之訴，有無理由？

【參考法條】：

1. 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 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。

2. 民事訴訟法第 402 條：

外國法院之確定判決，有下列各款情形之一者，不認其效力：

## 公職王歷屆試題 (98 專技高考)

- 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。

|        |                                                                                                                              |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 【破題解析】 | 本題涉及大陸地區民事確定判決之承認與執行，解題關鍵在於經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定判決，是否與我國之確定判決有同一之效力。對此，實務上有不同意見，學者姜世明於 98 年 3 月之台灣法學雜誌著有專文論述，只須對相關見解有所掌握即可迎刃而解。 |
| 【命中特區】 | 本班教材命中/98 強制執行法總複習班講義/編號:W1/9~14 頁/張珏編著。<br>【命中率】100%                                                                        |

### 【擬答】：

(一)本題中，丙律師代甲公司依強制執行法第 14 條第 2 項提起債務人異議之訴有無理由，關鍵即在於經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定判決，與我國法院之民事確定判決是否有同一之效力。對此，實務上容有不同見解。詳言之：

1.採肯定說者，認經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定判決，於一定條件下，應與我國之確定判決有同一之效力，理由如下：

- (1)倘大陸地區判決已給予當事人完整之程序保障，則該大陸地區判決即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。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。
- (2)兩岸對於彼此法院判決之認可及承認，依據兩岸關係條例第 74 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 12 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。」，即明文規定承認台灣地區法院判決經認可後，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 74 條第 3 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。
- (3)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國際法律衝突之相同法理。比較兩岸關係條例第 74 條與民事訴訟法第 402 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。外國判決除非構成我國民事訴訟法第 402 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 74 條裁定予以認可後，自應同樣與台灣地區確定判決有同一之效力。
- (4)綜上，倘大陸地區判決業經我國法院依據兩岸關係條例第 74 條規定予以裁定認可，不論執行名義為系爭大陸地區判決，或應與系爭裁定合而為一，均應發生與台灣地區確定判決同一之效力，禁止再訴、禁止重為實體審查。

2.實務上亦有採否定說者，理由如下：

按兩岸關係條例第 74 條僅規定，經法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，以給付為內容者，得為執行名義，並未明定在大陸地區作成之民事確定裁判，與確定判決有同一之



效力，該執行名義核屬強制執行法第 4 條第 1 項第 6 款規定其他依法律之規定得為強制執行名義，而非同條項第 1 款所稱我國確定之終局判決可比。又該條就大陸地區民事確定裁判之規範，係採「裁定認可執行制」，與外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判，仿德國及日本之例，依民事訴訟法第 402 條之規定，就外國法院或在香港、澳門作成之民事確定裁判，採「自動承認制」，原則上不待我國法院之承認裁判，即因符合承認要件而自動發生承認之效力未盡相同，是經我國法院裁定認可之大陸地區民事確定裁判，應祇具有執行力而無與我國法院確定判決同一效力之既判力。

(二)學生以為，似以肯定說較為可採。理由如下：

1. 若相對司法權對我國司法權行使結果可藉由裁定認可制度承認我國裁判或仲裁判斷之效力（參大陸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第 9 條、第 10 條），亦即若其承認我國判決之既判力，則我國又何有自有侷限而不承認其判決或仲裁判斷之相關效力（在大陸對於裁判及仲裁判斷所承認既判力、形成力及執行力之範圍內等）之理由？僅在其不承認我國裁判或仲裁判斷相關裁判效力，或其本身對於相關效力範圍有其特殊侷限之下，乃有特殊對待之必要。
2. 若否定說係為保護台商不受大陸部分落後司法制度之傷害，應亦屬多慮，因企業投資時，對於投資地之法律制度良窳，原亦屬投資風險評估之問題，當事人應自己抉擇，自己負責，實非我國司法所須代為操心或費心收拾善後。
3. 至於在條文解釋上，立法時或有其一定考量因素，但自文義解釋而言，就台灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條第 1 項、第 2 項規定，若將第 1 項之認可解為一「承認」許可意義，對於承認程序固被要求此一法院程序，但其經認可者應即認為已發生「承認」之效力，大陸地區法院之相關裁判或民事仲裁判斷在前開條件下，應有在我國發生效力擴張之餘地及必要。否則，裁判及仲裁判斷乃均包括給付性、確認性及形成性者，若第一項不使發生如「承認」一般效力，而僅以第二項認為其認可僅發生執行力，則如何處理其他類型之裁判及判斷？是基於尋求法律保護者之需要，即法律風險屬於投資風險評估之範圍，對於大陸法院之裁判效力之承認，應在互惠及其本身法律所承認範圍內，為適當之承認。

(三)依題意所示，本件甲、乙公司於大陸地區之訴訟，業經兩造言詞辯論，大陸地區法院方為甲公司敗訴之確定判決。從而，倘大陸地區判決已給予當事人完整之程序保障，並經我國法院裁定認可，基於前揭理由，該大陸地區民事確定判決即應發生與台灣地區確定判決同一之效力。是以，丙律師代甲公司主張：大陸之民事確定判決，並無與我國法院民事確定判決有同一之效力，依強制執行法第 14 條第 2 項規定提起債務人異議之訴，應無理由。