

民事訴訟法研究基金會暨 「民事訴訟法之研討」編輯緣起

一九八〇年初，在臺灣各大學講授民事訴訟法之教師，鑑於我國民事程序法之理論及實務水準亟待提升，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性共同研討會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定成立民事訴訟法研究會，自同年六月起每隔三個月舉辦研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行共同研討，並予錄音紀錄，然後將其內容整理成文，經依次發表於法學叢刊後，再彙編成冊。

為期民事程序法學之研究綿延不絕，必須有固定組織綜理其事；而自然人研究學術之生命有限，永久存在法人之研究事業則可延續無窮，乃由參加上開研討會之教師於一九九〇年十二月十六日，共同捐助基金發起成立財團法人民事訴訟法研究基金會，並任第一屆董事，負責推動上開研究事務，經報請法務部於翌年二月十九日許可設立財團法人，並經臺灣台北地方法院於同年月二十七日完成設立登記。

又，為避免資料散佚，特將上開歷次研討紀錄，依次輯為單行本，公諸於世。本書收錄第一一三次至第一一七次研討紀錄共五篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命名為「民事訴訟法之研討(九)」。至於以前各次研討紀錄，共輯為十八冊如本書附錄所載內容，均已分別出書（歷次研討會之論文報告人、參加討論人及共同研討內容，均詳如各該次研討紀錄）。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任紀錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承元照出版公司之協助，併此誌謝。

財團法人 民事訴訟法研究基金會

二〇一三年五月

於臺灣大學法律學院·臺北市



民事訴訟法研究基金會 組織章程與研究業務計畫

本會捐助及組織章程（節本）

- 第一條 本基金會定名為「財團法人民事訴訟法研究基金會」。（以下簡稱本會）
- 第二條 本會以研究民事訴訟法及相關程序之法制為目的，辦理左列事項：
一、定期舉辦論文發表及研討會。
二、發行刊物。
三、贊助與獎勵符合本會目的之個人或團體之有關研究。
四、促進國際民事程序法制之比較研究。
五、其他符合本會目的之業務。
- 第三條 本會設立基金共新台幣壹佰萬元。由陳珊、李學燈、張特生、史錫恩、王甲乙、楊建華、曹鴻蘭、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群等十三人捐助。（依年齡先後序）本會依法完成財團法人登記後，得繼續接受捐助。
- 第四條 本會會址設於台北市羅斯福路四段一號台灣大學法律學院內。
- 第五條 本會設董事會，其職權如左：
一、基金之籌募、管理及運用。
二、業務計畫之制定、推行。
三、內部組織之管理。
四、刊物發行與獎助事件之處理。

- 五、年度收支預算及決算之審定。
- 六、董事之改選（聘）。
- 七、其他重要事項之處理。
- 第 六 條 本會董事會由董事七至十五人組成。第一屆董事由原捐助人選任之。第二屆以後之董事，由前一屆董事會就曾在大學法律系所講授民事訴訟法並參與本會論文發表會研究者選聘之。董事為無給職。
- 第 七 條 本會董事任期每屆二年，連選得連任，董事在任期中因故出缺，董事會得另行選聘適當人選補足原任期。每屆董事任滿前一個月，應召集董事會，改選（聘）下屆董事。新舊任董事並按期辦理交接。
- 第 八 條 本會董事互選一人為董事長，連選得連任一次。董事長綜理會務，對外代表本會。下設執行長一人執行會務，由董事長就董事中提名，經董事會同意聘任之。副執行長一人襄助執行長處理會務，由執行長提名，經由董事會同意聘任之。
- 第 九 條 （以下略）。

本會研究業務計畫（節本）

- 壹、本會研究業務，除章程規定或董事會另有決議外，依本計畫行之。
- 貳、本會研究論文發表及研討會，每三個月舉行一次。以三月、六月、九月、十二月第二週星期日上午舉行為原則。
- 參、本會董事原則上均應發表研究論文，其次序以年少者為先，年長者次之。但年逾七十歲之董事得依其志願行之。
- 肆、研究論文發表時，研討會得許對民事程序法有興趣人士及法律系所之同學旁聽。如須發言，應透過本會董事行之。但經會議主持人特許者，不在此限。

- 伍、非本會董事如在本會發表論文，應提出論文大綱，由董事二人之推薦，經董事過半數同意行之。
- 陸、在本會發表之研究論文，發表人保留出版之權利。但本會得在法學刊物發表及彙編發行，其報酬亦由本會取得。
非董事在本會發表論文或發言者，應事先取得上述原則之諒解。
- 柒、本會得由董事二人之推薦，經董事會之決議，聘請對於民事訴訟法或其程序法有研究興趣之司法官、律師、教師與法律系所已取得學位或正從事民事程序法研究者為研究員，在本會參與研討或發表論文。
- 捌、各大學法律研究所民事訴訟法或相關程序法之碩士、博士論文，具有學術價值者，得經董事三人以上之推薦，由董事會視財務狀況決議獎助之。
- 玖、本會得經董事會之決議，與其他國家或國際性相同性質之學術團體作各項學術性之交流活動。

目 錄

民事訴訟法研究基金會暨「民事訴訟法之研討」
編輯緣起

民事訴訟法研究基金會組織章程與研究業務計畫

參與研討人

- 113 中國大陸人民法院民事判決效力之
承認與憲法之訴訟權保障…………… 王欽彥等…………… 1
- 114 家事程序法制之新變革及程序原則
——家事事件法之評析及展望…………… 沈冠伶等…………… 77
- 115 家事事件法若干解釋上問題…………… 呂太郎等…………… 201
- 116 重訪民事紛爭解決的法理與實踐
——以家事事件看民事程序之
訴訟觀的演進…………… 郭書琴等…………… 287
- 117 最高法院民事審判方式的改進…………… 沈方維等…………… 375

※附錄：民事訴訟法之研討(一)至(六)目錄

參與研討人

(依年齡先後及發言次別順序，分別示明
所參加之研討會次別及發言主旨之所在頁數)

- 王甲乙 (113)39~41, (115)207~208, 213~215, 217, 236, 239~240, 255, 264, 267, (116)357, 360, 363, 365, 369, (117)435, 439, 444, 456, 472~474
- 陳榮宗 (113)38~39
- 曾華松 (113)48~55, (114)146, 179~184, (115)215~217, 264, (117)432~435
- 邱聯恭 (113)61~73, 75, (114)160~172, (115)206~244, 246~247, 252, 255, 261, 263~264, 267, (116)342~358, (117)460~470
- 范光群 (114)146, 160, 192, 194~195, 197
- 沈方維 (116)360~363, (117)377~385, 431, 474
- 許士宦 (113)44~48, (114)172~179, (115)249~252, 255~259, (116)337~342, (117)445~449
- 陳真真 (114)184~186, (116)333~334, (117)454~456
- 呂太郎 (114)146~156, (115)203~204, 207~214, 238~239, 245~246, 252, 255, 264, 267
- 彭昭芬 (115)261~263
- 沈冠伶 (113)41~44, (114)79~91, 195~197, (115)240, 252~255, (116)334~337, (117)419~425
- 黃國昌 (114)156~160, (115)239, 247~249
- 陳鵬光 (113)55~57, (114)189~191, (115)208, 265~266, (117)449~454

陳毓秀 (113)57~59, (114)186~188, (115)260, 263,
(116)363~365, (117)435~439, 444, 468
郭書琴 (116)289~299, 365~369, (117)418~419
趙信會 (113)59~61
王欽彥 (113)3~11, 73~76
蕭胤璫 (114)191~192
賴淳良 (114)192~193, (115)215, 263~264
舒瑤芝 (114)193~194
陳志雄 (115)265, (117)468~472
邵靖惠 (116)332~333
孫森焱 (116)357~360, (117)439~445, 458, 460, 473
詹森林 (117)456~460
林孟皇 (117)425~432

中國大陸人民法院民事 判決效力之承認與 憲法之訴訟權保障

王 欽 彥 等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第一百一十三次研討紀錄

報 告 人：王欽彥

時 間：一〇〇年九月十八日下午二時至五時

地 點：臺灣大學法律學院第一會議室

主 持 人：邱聯恭

參加討論人：陳榮宗 王甲乙 沈冠伶 許士宦 曾華松
陳鵬光 陳毓秀 趙信會 邱聯恭

【依發言先後序】

紀 錄 人：黃凡瑄、張涵瑜

主 辦 單 位：財團法人民事訴訟法研究基金會

壹、前 言

貳、問題現狀

參、本文之課題

肆、中國大陸司法制度之性質

伍、承認中國大陸判決既判力之合憲性

陸、總 結

邱聯恭：

今天舉行本會第113次研討會，由靜宜大學的王欽彥副教授擔任報告人。他是第一次到本會報告，是日本神戶大學畢業的法學博士，專攻國際仲裁法，在靜宜大學講授民事訴訟法，他自己定的題目是：「中國大陸人民法院判決效力之承認與憲法之訴訟權保障」。看報告論文的全部內容好像是針對民事判決，而不是包含刑事判決問題，所以如在判決之前加「民事」兩個字，等一下討論比較不會離的太遠。

今天我們要感謝王教授的報告，本會已經舉辦三十年，每三個月一次，通常在兩年前排定報告順序，這次排定者為政治大學的姜世明教授，可是幾個月前本會人員向他確認時，他卻說不報告，本會會務人員基於責任關係曾向他再三確認，向來沒有這樣的事情發生，於是改向全國去徵求學界其他人士來這裡報告的願意，王教授欣然同意，他在日本留學時也曉得，能在全國性研究會提出論文報告對一個學者而言是一種榮譽事，也是重要的學者責任，所以他來報告讓我們這次預定的研討會沒有留白、浪費掉，我們首先要感謝他，這是今天順便要基於職責向各位說明的。

今天同時介紹與會的山東經濟學院副院長趙信會教授，他帶兩個學生來世新大學交流訪問，昨天跟我見面，聽說有這個會，很高興應邀來參加，我們非常歡迎。

我們現在就要開始，依本會三十年來的慣例，在一小時內做口頭報告說明，剩下兩個小時給與會者發表意見，如時間容許再酌請貴賓指教，報告以後的討論向來是各自自由發表意見，報告人若願意亦可採用一問一答方式，以前較少但也有採過這樣的方式，這點要尊重報告人的意願。現在就請報告人先行口頭說明論旨，謝謝。

王欽彥：

主持人邱老師、各位尊敬的老師、先進及各位同學大家好。今天很高興、也很榮幸、也很緊張有這機會在我國最高水準的民訴研討會上報告。我在日本神戶大學碩士是念行政法，後來轉到國際私法跟仲

4 民事訴訟法之研討(六)

裁法。我在念行政法時起就有參加神戶大學民法判例研究會，受益良多。當時想，回臺灣後應組類似的研究會。但回國後一直沒能來參與，覺得很慚愧。今天有機會來這裡報告，感到十分榮幸。

剛才邱老師提醒，我想在題目加兩個字，就是在「判決」前加「民事」兩個字。邱老師介紹今天有中國大陸趙老師來到現場。其實我論文註113有引用到趙老師的論文，所以我很緊張也很高興有這個機會，希望趙老師能多多指教。在拙文的寫作過程，我發現這是一個很具爭議性，嗯……其實若依通說見解並沒有太大爭議，但這篇文章是從不同觀點來看，所以可能會有很多不同見解。這篇文章於今年1月已大致成形，也受到許多老師指教，但都是單方面的。今天有難得的機會在這裡研討此問題，希望能跟各位老師有問答式的討論。我在日本時參加的民法判例研究會是用這樣的方式，這樣對我能有更多幫助。

正式報告前，有三點說明。第一，因這篇文章於2011年1月已大致完成，所以文獻之蒐集主要也到此時為止，之後的文獻就沒有參考引用。在1月寫完後，2月間有請北海道大學的鈴木賢老師來靜宜大學對本文做評論（因當時有些資料在臺灣找不到，所以我冒昧的寫信給鈴木老師，請他把他的論文寄給我。那時得知他在臺大客座，所以請他來敝校演講並評論）。因此，文獻調查沒能追到本月，請各位諒解。第二，拙文原有三萬多字，但於8月間收到民訴研究基金會告知希望限縮在兩萬字。當時我正在德國蒐集資料，趕緊刪了一萬字，所以有些註解被精簡了，可能會不太詳盡，請各位老師海涵。第三，這篇文章的核心主張，即承認中國大陸人民法院判決效力與憲法訴訟權保障之關係的論述，原非我個人創見，而是受到我註38引用之日本森川伸吾老師於京都大學法學論叢之論文的啓發。我是用自己的方式加以檢證，蒐尋中國大陸最新文獻加以檢證，並以我們臺灣的憲法的角度來論證。故向各位老師報告，本文受到日本學者的啓發非常的大。接下來我就簡短報告，希望多留些時間跟各位老師討論，並請指導。

這篇文章的出發點，是兩岸人民關係條例第74條。我們最高法院

有七個庭，每個庭見解可能不太一樣。但最高法院已有第二、三、六庭在法解釋上認為，依兩岸人民關係條例第74條所認可之中國大陸民事確定裁判，只有執行力而沒有既判力。這樣的看法引發學界熱烈討論，並有嚴詞批評者。有一些引用部分我把它刪掉了，所以在各位老師手上的論文中看不到，例如陳長文律師說：「我們的最高法院，落後文明國家司法，豈止百年？」這是很嚴厲的批評。另外，立法院也正對此進行修法，此問題並成爲98年律師考題，可見這是非常大的問題。大家都批評最高法院的看法，但我發現大家的討論很少有對中國大陸人民法院的性質加以探討者，這是我寫這篇文章的出發點，試圖從此角度來檢驗我們對兩岸人民關係條例第74條之議題的態度是否妥善。

有關我國學者對最高法院看法之評論跟意見，整理在第2頁以下。這裡整理了黃國昌老師、姜世明老師、張文郁老師、伍偉華法官、吳光陸律師、李念祖律師等人的看法，國內所出版的資料應都有蒐集到，結論也如同我剛才之說明，少有人討論到中國大陸法院在訴訟權保障是否沒有問題。總結是在第5頁「三」：「整體而言，對最高法院見解以反對者多，支持者少」。支持者只有註28的賴來焜老師。但賴老師對這部分並無實質說明，只是表示他認為最高法院的處理並無違法。國內學者通說傾向於承認中國大陸人民法院判決之既判力，不許當事人於臺灣翻案。只是從國內學者論文中可以發現，大家認為民事訴訟法第402條的公序良俗規定以及兩岸人民關係條例第74條的公序良俗規定，包括了要求審判的獨立性與公正性、法官的中立性與獨立性，並認為在法官欠缺中立性、獨立性時，該判決係違反中華民國公共秩序善良風俗。那有一個單純的疑問，就是既然通說認為兩岸人民關係條例第74條以及民事訴訟法第402條的公序條款包括了法官的中立性、獨立性，那爲何在承認中國大陸民事判決效力之問題上，我們並無對此加以檢驗？這是本文的疑問。所以本文就針對中國大陸司法之性質進行考察，從其可否提供當事人公平獨立法官、聽審權保障等來進行分析探討（這是在本文的「肆、一～二」），並且對

6 民事訴訟法之研討(六)

人民法院判決是否具既判力或確定力之問題進行考察（肆、三），最後確認中華民國憲法所保障之訴訟權內涵，並思考承認人民法院判決既判力之合憲性（伍）。以上為本文結構。

接下來為中國大陸司法制度之性質。這裡分為兩點，「一」為從宏觀的角度來看人民法院或司法權之獨立性，於第6頁到第9頁。文中主要引用中國大陸文獻，因中國大陸的資訊有一定的封閉性，而且引用中國大陸學者自身的文獻，或許比較客觀而容易檢驗。從第10頁以下之「二」，是從微觀的角度來看，整理關於法官的獨立性及其身分保障的問題，這到第13頁。接下來「三」是關於裁判的終局性，也就是既判力的問題。這裡插入這個問題，似乎有些突兀。但這是我國學者在探討中國大陸判決效力問題時都會碰觸到的問題，所以有必要在此探討。許多學者認為，依照兩岸人民關係條例第74條之法解釋，應承認中國大陸判決之既判力。但其前提，須其為「終局判決」。因此，中國大陸的終局判決是否具有我們一般所認識到之終局性，即為一個重要的問題，故於第13頁以下對此討論。最後，進入下一個階段，即第「伍」，探討承認中國大陸判決既判力之合憲性。

回到中國大陸司法制度之性質。有關人民法院之獨立性，在第6頁。這裡我一邊整理，一邊覺得問題很大。中國大陸的司法制度跟我們的差異很大，大到超乎我的想像。首先，依照中華人民共和國憲法，他們並無獨立的司法權，在第7頁。另有一個很特殊的地方，即中國共產黨的地位並未規定在他們憲法裡面，但它享有完全不受制約之政治權力，並「領導」所有國家機關，包括人民法院。而且其黨組織內部並設有對應於國家機關之「對口部」，直接「領導」國家政府機關。在我出生的時代尚未解嚴，國民黨的統治還很強力，但我沒有印象有聽說國民黨有這麼厲害，所以我知道為什麼國民黨會被打敗了……對不起，有點遠了。再回到這個主題，黨組織內也有人民法院之「對口部」，那就是「政法委員會」，在黨的中央及地方省市黨部內都有，用來「領導」國家機關。制度上是很綿密的。其次，法官的任免，如同這裡所述，是受到黨組織很大的影響。另外，第7頁下

面，依照中國大陸憲法，人民代表大會常務委員會可對同級人民法院之業務進行監督，不僅廣泛性、方針性的監督，還有「個別事件監督」。依照日本學者的研究及中國大陸學者的論述，實際上是有「個別監督」的情況，可以對個別案件來進行干涉、「指導」。這裡有引用註50胡旭、張弦先生的文章，其指出「個別地方人大還以決議的方式直接撤銷或是變更法院已做出的生效判決」。

還有，第8頁第(3)的特殊性也是我們沒有的，即地方各級人民法院的財政和人事全都隸屬於地方政府，甚至有觀點說法院是地方政府的一個機關，有這樣的感覺存在。跟我們這裡不太一樣。文獻甚至指出，地方法院間會有對抗衝突的情形，這在註54有提到，也就是某省的法院有可能受到壓力而不去執行其他省法院的判決，不同地方的法院間也會爭奪管轄權而互相競爭。對此我個人沒有做田野調查，是引用日本及中國大陸學者的研究成果。

接下來第9頁第(4)，有學者指出人民法院作為司法機關之屬性稀薄，而具有行政機關之性質，於組織構造上及判決決定機制上均與行政機關類似。這點是非常特殊，跟我們這裡很不一樣。另外，在第9頁中間有提到，中國大陸制度中有所謂「錯案追究制度」。學者有指出：「這是一種行政性的制度，將法院和法官置於一種行政管理體系之內……顯然法官是無獨立審判權的」。也就是在這個制度下，如果法官判錯了，被上級法院改判，這個法官會被扣分，也可能被解任。這個在註64陳久松先生的文章中有舉很多例子。這篇文章是刊在人民法院的官方網站「安徽法院網」，所以我想有一定的可靠性。他有舉一些有關「錯案追究制度」的例子。

接下來第10頁從微觀的角度來看法官之獨立性與身分保障。中國大陸司法制度中，各級人民法院內設有一個「審判委員會」的組織。其有很大的權力，可以指示法官如何判。這裡引用到一些中國大陸文獻，如註75國家檢察官學院學報的文獻，我想其有一定的可靠性。從這可知，其審判構造對當事人之程序保障是不足而有問題的。中國大陸學者也批評這個制度抵觸直接審理主義、言詞主義，因為審判委員

8 民事訴訟法之研討(六)

會並不是直接去辦案子，而是藉由承審法官的彙報來做出決定。

第11頁(3)說明人民法院內部有行政式的審批制度。我小時候聽說臺灣也有這樣的情況，但在中國大陸現在似乎還有。依照2007年最高人民法院的《若干意見》的要求，人民法院院長、副院長、庭長、副庭長等人，除了參加審判委員會審理案件以外，他自己應該主動承辦案件。他可以自己選案子；他認為應該由自己參加合議庭審判，他可以去加入。這樣子，在制度上，所謂的法定法官原則在這裡是有問題的。

另外第11頁的(4)，人民法院於審理期間，有以書面（例外得以口頭或電話）請示上級人民法院之「請示批覆」制度。也就是說，在法院遇到問題時，可以向上級法院請示，上級法院再向更上級法院請示，常常會到最高人民法院為止。最高人民法院所做的批覆不僅約束具體審理案件的一審法官，也拘束上訴法院，結果使得當事人的上訴權形同虛設。雖然審級制度、上訴權於我國一般並不被認為是憲法訴訟權保障的內涵，這裡只是說，就法官獨立的角度來看，會有問題。

另外第12頁的(5)，文獻指出法官的素質普遍低落。這個我也沒有做田野調查，是進行文獻研究所得到的結果。我不知道註86所引用的敘述是否有問題，這需要請教趙老師，即「某省高級法院院長談到，在大陸，司機可以轉幹當法官（這個轉幹就是轉業），軍隊幹部、工人或跟法律一點都不沾邊的，都可以轉幹當法官，不僅可以當法官，還可以當首席法官」。我個人無法去質疑、挑戰這個文獻的可靠性。日本學者的研究成果感覺起來比較有可信度，有統計數字，它提到說，雖然2002年有首次的國家司法考試，但因為種種原因，所以還沒有辦法形成高素質的司法人員集團。而且之前軍隊退伍了去當法官，或其他沒有念過法律的去當法官的這些人，他們都還留在法院。雖然有在職進修的方式讓他們去取得學位，但我有讀到文獻說這樣的方式無異於讓醫生在手術檯上一邊開刀一邊學醫，其成效受到很大懷疑。文獻指出，中國大陸的司法人員素質待提升，「加強司法隊伍的建設」是首要重點，「法院獨立」為次要，遑論「法官獨立」。對不起

剛才有跳過去，在第10頁最上面，中華人民共和國憲法第126條規定人民法院獨立審判，但這被解釋為是指法院的獨立，並不包括法官的獨立，而且也不包括對立法機關、黨及檢察機關的獨立。

再回到第12頁，因為司法人員的素質待提升，所以法院獨立的問題就被忽視了。再來第(6)，法官沒有身分保障。這是因為他們《法官法》的規定，以及實踐上法官沒有身分保障，他的判案結果會受到考核，考核會直接影響到他的升遷及薪水。陳久松先生的文章中有具體的例子，說法官的判案被上級法院推翻比率高，結果被取消審判長資格。在這種情況之下，我們可以瞭解，中國大陸的司法制度是沒有法官獨立審判的理念，而且存在許多制度，實際上是與法官獨立審判背道而馳。第(7)先把它跳過去。

接下來我們到「三」，有關既判力的問題。臺灣學者對此點似乎都沒有提出質疑，甚至有學者認為，例如在最高法院97台上字2376長榮海運對浙江紡織那個案件，學者論文說中國大陸判決係經上海海事高級人民法院判決及駁回再審聲請而告確定（對不起這些是我精簡時刪掉的部分），其訴訟程序開庭情形「形式上確實已給予長榮在該等程序中均有充分之答辯及提供事實及法律上主張與證據資料以攻擊或防禦自己權利之機會」，所以結論認為「本件大陸地區判決與臺灣地區判決同樣經過嚴格之訴訟程序」。這是從形式上認為中國大陸判決經過嚴格訴訟程序，故主張其應該要有既判力。但我第13頁「三」這裡的整理，可發現他們的既判力或判決確定制度跟我們有差異。其民事訴訟法第141條規定，「最高人民法院的判決、裁定，以及依法不准上訴或者超過上訴期間沒有上訴的判決、裁定，是發生法律效力的判決、裁定」。這相當於我們的確定終局判決。只是依中國大陸司法制度，他們的再審（規定在其民事訴訟法第16章「審判監督程序」）跟我們的有很大差異。差異可分四點說明：第一點，即文中之(3)，當事人沒有提起再審的訴權，也就是說他向人民法院請求，人民法院可看要不要批准。這跟我們的制度有很大差異。第二點，文中之(2)，人民法院可以主動發動再審，而且其發動再審有四個「無限」：1.再審

理由無限；2. 法院級別無限（各級人民法院都可以發動程序）；3. 再審期間無限（人民法院於任何時間都可以提起）；4. 次數無限（人民法院可以一再的提起）。依條文規定是這樣子。第三點，文中之(1)，對不起順序有點亂，人民檢察院可以對人民法院已經「發生法律效力」的裁判提起再審。而因為依中國大陸的民事訴訟法，人民沒有再審訴權，所以人民只好尋求由檢察機關人民檢察院來提起。這是特殊的制度。最後第四點，在第15頁(4)，依照中國大陸學者研究指出，中國大陸再審率非常高。北京大學傅郁林老師指出：「中國二審判決被立案再審的比率逐年上升，至1996年已經達到25%。這個令人震驚的數字揭示了一個無法否認的事實：兩審終審制已名存實亡」。另外趙信會老師文章中指出，檢察院抗訴所提起之再審，維持原判的僅占37.9%，其他案件都改判，比例相當高。從性質上來說，這制度跟我們的再審，性質上有點差異。中國大陸學者指出：「以再審形式對確定判決的既判力侵害的事例比比皆是……再審程序從特殊的救濟程序演變為普通司法程序」，並指香港法院認為中國大陸的判決欠缺「終局性」。我自己去查證，似乎也是這樣。以上是對於中國大陸司法制度的一些整理。

接下來第16頁以下，是依照中華民國憲法來探討承認中國大陸判決既判力的合憲性。有關我們的訴訟權保障的內涵，第16頁以下整理了大法官會議解釋來說明，並從這內涵來檢視之前整理的中國大陸審判程序之特殊性。例如，從第17頁大法官釋字第436號解釋對「正當法律程序之最低要求」來看，人民法院的構造和運作模式是不是難以符合？那我們是否要下結論說，中國大陸人民法院的判決事實上對人民訴訟權的保障是有欠缺的？我並不是說要論證地球繞太陽轉或太陽繞地球轉般的大問題，要寫一本書來論證。我的想法比較簡單。我的出發點是說，如果依通說所認為，民訴第402條跟兩岸人民關係條例第74條的公序良俗條款，是包括了要求法官的中立性、獨立性的話，那麼，要承認他們的判決在臺灣有既判力，不允許當事人在臺灣再向法院尋求權利保護，這顯然需要一點說明。可是現在臺灣學者通說對

這點並未加以說明，總不能說因為現狀已承認其判決了，就這樣。

從本文先前對他們司法程序的整理來看，我所得到的結論似乎是，中華民國憲法所保障的訴訟權在中國大陸司法程序下難以得到保障。我在18頁提到，不少我國學者以互惠原則為理由，主張承認中國大陸判決的既判力，因為他們也承認我們的既判力。但互惠原則其實是可有可無（像陳長文律師在1998年時就主張互惠原則規定應該要刪除，也就是說我們要有更廣大的胸襟，不要因為互惠原則不承認外國判決）。所以互惠原則本身並不足以支撐承認外國判決既判力之正當性跟合憲性。特別是中國大陸有學者也認為受公正審判是重要人權，他們也認為說中國大陸司法尚無獨立法官。那我們去承認其判決之「既判力」——當然它們是不是有既判力，本身也是一個議題，只是多數學者認為有，如果我們詳細瞭解他們的司法運作情況，感覺真的有點怪怪的。對不起我的報告時間太久。希望各位老師能給與指導。（報告論文書面如下）

壹、前言

法院依兩岸人民關係條例第74條規定裁定認可之中國大陸「人民法院」判決之效力，最高法院96台上2531號判決（民事第六庭）、97台上2258號判決（民事第二庭）、97台上2376號判決（民事第三庭）於法解釋上認為，經認可後之中國大陸判決僅具執行力而無既判力。此引發學界熱烈討論，甚有嚴詞批評者¹。此問題引發社會關注，除成為98年律師考題外，立法院亦已在進行修法²。不過，於眾多討論中，似少見有對中國人民法院之性質加以著墨者，惟此或可能影響到我們對此問題所應採取之態度，故本文嘗試從此方面加以探討。

¹ 陳長文，兩岸司法互助閉門造車的最高法院兄弟們，聯合報，2009年4月27日。另如李念祖，城門失火殃及池魚，在野法潮，第2期，2009年7月，頁7-8。

² 2009年5月8日委員提案仿民訴第402條格式修法。

貳、問題現狀

一、兩岸人民關係條例第74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。（第2項）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。（第3項）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」。對此規定之解釋與適用，最高法院認為，因其僅規定經裁定認可之中國大陸判決「得為執行名義」，非如民訴第402條條文般「（承）認其效力」，故經裁定認可之中國大陸判決只有「執行力」，而無「既判力」。

最高法院此項法解釋之結果為，於人民法院敗訴之當事人可在臺灣「翻案」。亦即：(一)敗訴當事人可於被聲請強執執行時，依強制執行法第14條第2項提起債務人異議之訴³。(二)敗訴當事人可重提同一之訴，或提與中國大陸判決內容抵觸之確認之訴。此外，(三)於中國大陸人民法院審理繫屬中，當事人就同一事件於我國法院起訴時，我國法院不能依民訴第182條之2停止訴訟程序⁴。

二、最高法院之前述法解釋受到廣泛的批評討論。學者對前述最高法院見解之看法，可整理如下：

(一)黃國昌教授認為，兩岸條例第74條法條文義不明確，立法者未進行仔細討論並作出清楚的政策決斷⁵。惟實務上可持認可後之中國大陸法院離婚判決到戶政機關辦理離婚登記，亦即經認可後在我國發生「形成力」。若依最高法院見解，則兩岸條例無形成力之規定，是否意味著中國大陸離婚判決應無形成力？理論上難以說明⁶。但其認為，

³ 如最高法院96台上2531號判決、臺灣高等法院98重上720號判決。

⁴ 臺灣高等法院97重上267號判決。

⁵ 黃國昌，台灣法院處理「中國法院判決」承認問題之現狀，氏著，國際民事管轄權之理論與實務，2009年，元照，頁286。

⁶ 同前註，頁278-279。

在國際民事訴訟法之理論上，通說肯認原則上應以「判決國法」來界定該判決應有之效力⁷。惟中國大陸判決之「實質確定力」性質與我國不同，再審規定過於寬鬆（提起主體範圍過廣、除了當事人之申請再審外並無提起再審之期間限制、再審事由過於廣泛、次數無限制），又中國大陸法官「法律素質不高……相當一部分……敗壞和惡劣，徇私舞弊、枉法裁判時有發生」，且「其他很多機關，例如行政機關、立法機關以及一些地方黨組織，都可以通過各種途徑影響、改變或廢棄法院已經做出的判決，從而使判決的既判力化爲烏有」⁸。從而氏對於應否承認中國判決「產生相當躊躇之情緒」、「顯有再爲仔細斟酌之餘地」⁹。其並主張，應由立法者再檢討並做出清楚的政策判斷。惟其建議，除非確信中國大陸之裁判品質「已達無法爲吾人所接受之低落程度」，宜承認其既判力，但可於立法理由說明應「確保當事人在訴訟上之基本程序權獲得充分保護」，使法院能進行密度較高之審查¹⁰。

(二)姜世明教授認爲，兩岸條例第74條規定之解釋具可選擇性，最高法院之見解有一定之合理之處¹¹。但既然中國大陸最高人民法院已規定由裁定認可制度承認我國裁判或仲裁判斷之效力，「則我國又何有自我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」。其並認爲，兩岸條例第74條之「認可」應理解爲「承認許可」，經認可者，中國大陸

⁷ 同前註，頁276。

⁸ 引述中國大陸學者江偉所述。同前註，頁285。

⁹ 同前註，頁286。

¹⁰ 同前註，頁290-291；黃國昌，一個美麗的錯誤：裁定認可之中國大陸判決有無既判力？，月旦法學雜誌，第167期，2009年4月，頁198以下。

¹¹ 姜世明，大陸地區民事確定判決之承認與執行，民事程序法實例研習(二)，元照，2010年，頁101。

法院判決及仲裁判斷「應有在我國發生效力擴張之餘地及必要」，否則無法合理處理形成性及確認性之判決。其並指出，不承認中國大陸判決之既判力，「若係為保護臺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，實非我國司法所需代為操心或費心收拾善後」¹²。

綜合姜教授之見解，其似係基於 1. 互惠原則、2. 於理論上能合理處理不同性質之判決效力的角度，主張於 3. 中國大陸「本身法律所承認範圍內」，承認其效力。而 4. 之見解，與黃國昌教授見解似有相通之處。不過，黃教授雖指出中國之判決效力與臺灣不同，但並未具體主張對策。而姜教授雖認「雖大陸民事訴訟法中對既判力之建構尚未完整，但似亦不能因其可能有被糾正可能，而認為其可容許當事人再提同一訴訟」¹³，但依其 5. 之見解，應如何承認其效力，似亦有疑問。故姜教授雖主張應承認中國大陸之判決及仲裁判斷之效力，非僅止於執行力¹⁴，但細部似仍有不明之處。

(三)張文郁教授亦認為，兩岸條例第74條「用語著實令人困惑」，但其批評最高法院「執著於『得作為執行名義』之用語，並未深入探求規範目的」¹⁵。其主張，我國法院之認可僅為形式審查，則認可後之中國大陸判決效力，須依其固有效力，而雖中國民訴法無確定力之明文規定，然而其學說有「內涵與我國之概念幾乎完全相同」之既判力之理論，「職是之故，經我國法院認可之大陸判決亦應具有其效力，亦即確定力（既判力），此從兩岸關係條例第七四條第一項之規定應可導出」¹⁶。其並認為，最高法院或許「認為大陸法官之素質不

¹² 同前註，頁99。

¹³ 同前註。

¹⁴ 同前註。

¹⁵ 張文郁，論大陸判決之承認，月旦法學雜誌，第178期，2010年3月，頁254-255。

¹⁶ 同前註，頁255-256。

一，判決品質無法確保」，但「立法者既然設有認可之規定，凡是有違我國公序良俗之大陸判決皆得不予認可，防弊之制應已具備，而無否定其既判力之必要」¹⁷。且中國大陸既已認可我國判決效力，本於互惠原則，「我國亦應回應」，而主張修法承認其既判力，以免「因立法瑕疵導致法院適用上誤解」¹⁸。

四伍偉華法官則認為，兩岸條例第74條之認可要件，係「信賴大陸地區之法院與法律，更甚於信賴外國之法院與法律」¹⁹，刻意降低承認門檻，從而並無法律漏洞，不應以類推適用之方式，或藉該條之公序良俗審查，審查民訴第402條第1款、第2款要件。故其主張，即便中國大陸判決違背我國民訴法之一般或專屬管轄之規定，仍應加以認可²⁰。但另一方面，就認可之效果而言，其則主張兩岸條例第74條未如民訴第402條般明文規定認可之效力，係立法者遺漏之法律漏洞，「應不得因此將其反面解釋該省略係屬刻意不賦予既判力」，而應類推適用民訴第402條之效力規定，認其有既判力²¹。其並批評最高法院之邏輯將使中國大陸之仲裁判斷及外國仲裁判斷亦無既判力，影響深遠，具「全面顛覆性」²²。

五吳光陸律師亦認為兩岸條例第74條之規定並無法律漏洞²³，但

¹⁷ 關於此點，為何因有公序條款，即可認「防弊之制應已具備」，筆者尚未能理解。或許係採後註31台北地院對公序之見解。

¹⁸ 張文郁，註15文，頁256-257。

¹⁹ 伍偉華，論認可大陸地區民事裁判之要件，國際私法理論與實務問題之探討，元照，2008年，426頁；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？，台大法學論叢，第38卷第4期，2009年12月，頁405。

²⁰ 伍偉華，註19文（2008），415、頁417-420。

²¹ 伍偉華，經臺灣法院裁定認可確定之大陸仲裁判斷是否有既判力，仲裁季刊，第88期，2009年6月，頁78-81。

²² 伍偉華，註19文（2009），頁395-396。

²³ 吳光陸，從案例研究大陸地區判決在臺灣地區強制執行之救濟，法令月刊，第61卷第7期，2010年7月，頁95。

其認為經認可之中國大陸判決並無既判力。又法院依該條認可中國裁判，並非以「已給予當事人完整之程序保障，已經實質審理之裁判」為限，且我國法院之認可，亦未審酌該裁判是否「已給予當事人完整之程序保障」²⁴。其並主張，立法論上不應賦予中國大陸判決既判力，因中國大陸並無「判決確定」之制度，「如何可由我國承認有之」。又「依其民事訴訟法中之仲裁一章及仲裁法，亦無仲裁判斷有確定判決同一效力規定……如何可因我國法院裁定認可，即認有其法律所無之確定判決同一效力？」。其並認為我國學者「對大陸地區判決並無判決確定及既判力似未深入瞭解，且大陸亦未完全承認我國判決之既判力，其認可我國判決尚設有……一定之時間提出限制，超過時間者，仍不認可」²⁵。

(六)最強烈批評最高法院見解的，或許為李念祖律師及陳緯人律師。其除了從「體系解釋」批判外，更主張最高法院見解「顯未慮及憲法保障訴訟權或當事人處分權之意旨」、「侵犯訴訟權及平等原則之保障而違憲之程度，已堪稱明顯」、「最高法院所認知之兩岸條例第74條第2項之立法原意，將使得該條項陷入違憲之境地，而且是完全違憲、絕對違憲」²⁶。

三、整體而言，對最高法院見解以反對者多²⁷，支持者少²⁸，而傾向於承認中國大陸人民法院判決之既判力，不許當事人在臺灣翻案。另兩岸條例第74條之要件規定以及認可後之效力規定均與民訴第

²⁴ 同前註，頁97。

²⁵ 同前註，頁106-109。

²⁶ 李念祖／陳緯人，承認外國仲裁判斷係賦予形式執行力或實質既判力？，法令月刊，第60卷第11期，2009年11月，頁18-22。

²⁷ 李永然／黃介南，經臺灣法院裁定認可執行之大陸判決是否有既判力？，全國律師，2010年3月號，頁64、70以下舉出互惠原則等8點理由，批評該最高法院判決「顯然有悖『法律衝突理論』」。吳從周教授、陳榮傳教授似亦傾向反對說，見其於「兩岸條例認可裁定之確定力」座談會，仲裁季刊，第87期，2009年3月，頁90、96之發言。

²⁸ 支持者如賴來焜教授發言，註27座談會，頁104。

402條不同。此是否為立法瑕疵或係立法者刻意所為，有不同見解。

不過，就認可之要件而言，若謂立法者信賴中國大陸之法院與法律而捨棄民訴第402條之管轄要件與送達要件，似非合理²⁹。因此，我國法院多認為民訴第402條所定要件為兩岸條例第74條「公序良俗」要件之內涵³⁰。但如此可能使人認為此二法律之公序良俗概念不同³¹。

參、本文之課題

惟至目前為止，各界對於承認中國大陸判決效力問題之討論，少有從人民法院可否提供「訴訟權保障」之視點加以探討者³²。

於外國判決承認制度，訴訟權之保障應為基本問題。雖民訴第402條之規定簡陋，兩岸條例第74條更為簡陋，但學者通說對民訴第402條及兩岸條例第74條中之公序條款之見解，係認為若該外國判決之法官欠缺中立性及獨立性、或判決程序違反「公平、公正之裁判不可缺少之訴訟上基本原則」，應不予承認³³。另外並有指出，既判力

²⁹ 另參見陳榮傳，兩岸民事司法互助實務之研究，法學叢刊，第209期，2008年1月，頁12。

³⁰ 參見臺灣高等法院91年度家抗字第366號裁定、台中高分院92年度家抗字第92號裁定。陳榮傳，註29文，頁13註37亦認解釋論上宜如此。不同見解，伍偉華，註19文（2008），頁417以下。

³¹ 此外，公序良俗一般係指法秩序之基本原則，內外國法律規定不同並非當然構成公序違反。參見最高法院99台上964號判決、最高法院97台上835號判決。不過，台北地院99抗125號裁定認為兩岸條例第74條之公序條款為「具有原則性之概括條款，授權審判者依個案之具體情況公平裁決，較諸前述民事訴訟法第四百零二條第一項之規定更富有彈性」。類似見解並參見花蓮高分院92家抗10號裁定、台北地院97聲961號裁定、板橋地院98聲114號裁定。

³² 少數如吳光陸，註23文，頁106-109。

³³ 陳榮宗／林慶苗，民事訴訟法（上），三民，2009年修訂7版，頁113；李沅樺，國際民事訴訟法論，五南，2007年2版，頁307；王甲乙／楊建華／鄭健才，民事訴訟法新論，元照，2009年，頁574；陳計男，民事訴訟法論，三民，頁93；陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第75期，2001年8月，頁155；伍偉華，註19文（2008），頁416。

承認之判斷基礎，為須有合法聽審權保障，「亦即以其已受程序保障之觀點，基於自我行為責任觀點，而對於剝奪當事人再爭執權利予以正當化」³⁴。於探討是否應承認「人民法院」判決之既判力之問題時，自應考量其審判程序是否能提供當事人聽審權保障。

然而，於現今之討論中，學者雖多提及程序保障³⁵，但卻少見有對此進行深入研究，或針對中國大陸訴訟制度之公平性、公正性或法官之中立性、獨立性加以探討者。此或係學術研究上之盲點，或係兩岸政經大環境大趨勢下被有意忽略。不過，既然對中國大陸判決品質及其公正性存有疑慮者確係存在³⁶，實際上中國大陸判決亦確實曾有離譜現象³⁷，則對此問題應有探討必要。

因此，以下將針對中國大陸司法制度之性質進行較詳細之考察，自其是否可提供當事人公平獨立法官、聽審權保障等程序保障之角度進行分析整理（肆、一～二）³⁸，並對人民法院判決是否具「既判力」或「確定力」之問題進行考察（肆、三），最後確認中華民國憲法所保障之訴訟權之內涵，並思考承認人民法院判決「既判力」之合憲性（伍）。

³⁴ 姜世明，註11文，頁92。同旨，伍偉華，註21文，頁73；吳從周發言，註27仲裁季刊座談會，頁90。

³⁵ 同前註。另見賴淳良，論域外裁判之許可執行，武大國際法評論，2009年第1期，頁204及203註2；陳榮傳發言，註27仲裁季刊座談會，頁96；李永然／黃介南，註27文，頁75-76。

³⁶ 參見對兩岸司法互助協議第十點「裁判認可」規定，立委王幸男等人提案不予認可之理由。

³⁷ 一例參見：王欽彥，離婚之國際訴訟競合與民事訴訟法第一八二條之二，臺灣法學雜誌，第158期，2010年8月15日，頁210（註11）。

³⁸ 我國學者對此研究有限，少數如張特生，中共法院民事判決之承認與執行問題，民事訴訟法之研討(三)，1990年，頁404-405；鄭正忠，海峽兩岸訴訟法之理論與實務，2000年；王文杰，嬗變中之中國大陸法制，2008年第2版，頁201以下。日本則已累積相當之研究成果。本文即甚多受教於森川伸吾，外国判決承認・執行の要件としての裁判官の独立——中国を例として，(一)～(四)，法學論叢（京都大学），第161卷第2、3、5、6号，2007年5、6、8、9月。

肆、中國大陸司法制度之性質

一、關於人民法院或司法權之獨立性

(一)首先引人注意的是，中國大陸之國家型態具特殊性，其並無獨立之司法權。依《中華人民共和國憲法》，國民選舉產生「人民代表大會」，由其控制行政、司法、檢察、軍隊。依其所採權力集中制，人民法院受人民代表大會監督，有向人民代表大會報告之義務，從統治原理上排除了司法權的獨立³⁹。同憲法第3條第3項規定：「國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督」；第128條規定：「最高人民法院對全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會負責。地方各級人民法院對產生它的國家權力機關負責」。

另外應注意的是，非憲法機關之中國共產黨享有完全不受制約之政治權力，「領導」所有國家機關，包括人民法院⁴⁰。「我國的司法獨立是在黨的領導下的司法獨立」⁴¹。共產黨除於國家政府機關內設有黨部（黨組）外，黨內並設有對應於國家政府機關之「對口部」，以直接「領導」該國家政府機關。「人民法院」之對口部，係共產黨之中央及各地「政法委員會」⁴²。

此外，中國共產黨並以所謂「黨管幹部」（由共產黨管理之幹部）制度，由黨掌握國家機關之主要人事權。最高人民法院之院長、副院長、審判委員會委員、黨部書記副書記及成員，均列入「黨管幹部職務名稱表」，由黨掌握實質任命權⁴³。

³⁹ 鈴木賢，中国における裁判の独立の実態と特徴的構造，社会体制と法，第8号，2007年6月，頁48。另外，《立法法》第42條規定「法律解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會」，並非最高人民法院。參見：郭小冬，對「司法立法化」的反思，司法改革論評，第9輯，2009年，頁207以下。

⁴⁰ 森川伸吾，註38文，(二)，頁23-34、(三)，頁3-28。

⁴¹ 甘翰釗，影響我國獨立審判的原因與對策，企業家天地，2008年2月，頁125。

⁴² 森川伸吾，註38文，(四)，頁22。

⁴³ 森川伸吾，註38文，(三)，頁21-24。

另外，全國九成以上之法官為黨員，「各級地方黨委對作為黨員幹部的法官實際上享有管理權」⁴⁴。黨委「可以直接干預法院內部審判，許多重大案件須經黨委同意才能審判」⁴⁵。

(二)於「民主集中制」下，各級「人民法院」院長由同級「人民代表大會」任免，院長以外之其他幹部及法官，其任免由院長提議，由該人民代表大會常務委員會任免（參見其憲法第62條、第63條、第67條、第101條第2項）。惟一般認為，其實際上受人民政府之人事部門影響，並係由各級黨委員會決定⁴⁶。有指出，法官選任機制有兩套規則，「顯性規則是法院院長由同級人大選舉，院長以下除助理審判員外均由院長提名、人大任命；隱性規則是院長、副院長由同級黨委組織部門選拔、考察、提名，其他法官由院長或者法院組織部門選拔、提名，並均由同級人大辦理有關手續。無論哪一種規則，其實質都是遵循由上而下的行政化運作方式」⁴⁷。並有指出：「我國現有的法官任命機制存在不可彌補之缺陷，它是法官獨立的一大障礙」⁴⁸。

另外，依據其憲法第3條第3項、第128條、第104條規定，各級「人民代表大會常務委員會」可對同級人民法院之業務進行監督，包括「個別事件監督」，而得干預審理中之事件⁴⁹。文獻有指出：「個別地方人大對『個案監督』似乎『情有獨鍾』，按案件審理前、審理過程中，就對案件的性質、處理結果下指示，間接強迫人民法院按照其意見辦案；個別地方人大還以決議的方式直接撤銷或是變更法院已

⁴⁴ 王申，司法行政化管理與法官獨立審判，法學，2010年第6期，頁37、39。

⁴⁵ 李宏，論司法公正與審判獨立，法制與社會，2010年5月（上），頁107。

⁴⁶ 森川伸吾，註38文，(四)，頁15-16；陳久松，法官職業化之實證研究，安徽法院網http://www.ahcourt.gov.cn/big5/ahgy_2004/llyt/gygz/userobject1ai8162.html，造訪日期2011/1/16。

⁴⁷ 王申，註44文，頁37。

⁴⁸ 鄧鳳英／樊建旺／馮明偉，試論法官獨立之保障，法制與社會，2010年8月（下），頁116。

⁴⁹ 森川伸吾，註38文，(四)，頁15-16；曾煥乙，論人大對司法的個案監督權與法院獨立審判權，法制與社會，2008年10月（上），頁154。

經做出的生效判決」⁵⁰。

(三)另一引人注意之特殊性，為地方各級人民法院的財政和人事權都隸屬於地方政府，被認為影響人民法院之獨立性⁵¹。文獻指出：「人民法院在財政上對地方政府的依賴性，導致人民法院在行使審判權過程中，不得不考慮當地政府對案件的處理態度，從而導致審判權無法獨立行使。……地方黨委和地方政府的人事部門擁有對人民法院領導幹部的推薦權和考察權⁵²……地方政府對人民法院財政權、人事權等資源的控制，必然導致人民法院在財政和人事上對同級地方政府形成隸屬關係，人民法院屈服於地方政府的權威之下……人民法院獨立行使審判權從某種意義上是法院的一廂情願」⁵³。此使「地方保護主義嚴重……地方法院成了地方的法院」，各省法院間甚至有對抗衝突情形⁵⁴。

⁵⁰ 胡旭／張弦，淺析人民法院獨立審判的干擾因素，金卡工程（經濟與法），2008年第6期，頁87。

⁵¹ 劉建華，關於我國司法獨立與法官制度存在問題的思考及對策，山東審判，2002年第2期，頁15。

⁵² 王靜，審判獨立的思考與完善，法制與社會，2009年4月（中），頁159稱「推薦權和罷免建議權」。

⁵³ 胡旭／張弦，註50文，頁87。並參見：宮繼承，淺論法官的獨立，商業文化，2007年4月，頁182。

⁵⁴ 王果純／伍玉功，我國司法體制存在的問題及其對策，常德師範學院學報，第25卷第5期，2000年9月，頁18。小口彥太／田中信行，現代中國法，2004年，頁85說明「地方保護主義」之典型事例：「例如A市的企業告B市的企業債務不履行，訴訟原則上於B市法院進行。於這類訴訟，B市法院有無視事實關係，而下對在地企業有利判決之傾向。於極端情形，即便提訴法院也不受理、致無法訴訟之例也不在少數」；「B市企業是B市所屬國營企業時，負責經營責任的是B市的黨委員會。若該企業可能被追究責任、被要求高額賠償，常常發生黨委員會介入審判，要求對已有利判決之事例」；「即便有幸受公平審判，A市企業勝訴，但會有B市法院對強制執行態度消極致不能執行該判決之問題。A市法院判在地企業勝訴，請求B市法院協助對B市企業強制執行遭到漠視之例亦具代表性」。一實例見註57。另見「台商控訴：中國遼寧官商勾結坑殺」，自由時報2011年2月15日A4版。

近年之司法改革，雖有傳出要將基層法院財政納入中央財政預算（吃皇糧），惟論者認為，「但是政府還可以通過將法官免職來制約他，這樣一來法官同樣無法公正審判，這最根本的原因就是因為人權還在地方。人權和財權，這是解決法院獨立性的兩大最基本的問題」⁵⁵。其並指出：「法官由地方任命，司法機關的一切活動都逃不出地方的掌控，正如賀衛方教授在其一發言中指出的：『地方司法機關用電不能得罪電業局，蓋樓不能得罪城建局，孩子上學不能得罪教育局，子女就業不能得罪勞動局，家屬農轉非不能得罪公安局，更不消說涉及地方經濟利益的案件。』那麼如此一來，法院的獨立性、司法公正的問題又從何談起？」⁵⁶顯示中國大陸之社會及司法環境有其特殊之處，值得注意⁵⁷。

另外，各級人民政府之副首長並為同級共產黨「政法委員會」成員，於制度上行政部門有藉由黨組織對法院行使影響力之管道⁵⁸。

四學者指出，人民法院作為司法機關之屬性稀薄，而具行政機關之性質⁵⁹，於組織構造上及判決決定機制上均與行政機關類似⁶⁰，「所有的司法審判人員都歸類為行政幹部系列」⁶¹。有文獻指出：「某市政府發布『掃黃打非令』，竟然堂而皇之地將法院、檢察院歸入政府的職能部門，訂立什麼『掃黃打非』的責任制。至於法官被地方政府指令去從事維持交通秩序、愛國衛生宣傳、社會治安整頓等非法官職

⁵⁵ 高婭，從新一輪司法改革談我國司法獨立問題，科教文匯，2009年5月（上旬刊），頁195。

⁵⁶ 高婭，註55文，頁196。

⁵⁷ 並參見陳久松，註46文所舉吉林省松原市中級法院在執行山東省莘縣四強化工公司訴松原市前郭灌區濮源化工油脂公司來料加工糾紛一案民事判決的過程中，因為中共松原市政法委的界入，導致執行中止之事例。

⁵⁸ 森川伸吾，註38文，四，頁17-18。

⁵⁹ 森川伸吾，註38文，三，頁9及其註252。

⁶⁰ 關於法院的「行政機關化」，詳見：高見澤磨／鈴木賢，中国にとって法とは何か，岩波書店，2010年，頁153-154。並參見宮繼承，註53文，頁182。

⁶¹ 王申，註44文，頁34。

業所應為的行為，在許多地方也經常發生」⁶²。

文獻並指出，中國司法體制之問題，「一是司法權和行政權在體制上未能分開。二是司法部門內部管理體制行政化……將法官視同一般行政人員……考核、獎勵、晉升仍不改行政化。法官無終身職與高薪作為職業保障，受制於內部行政管理體制……實際上形成審判員服從庭長，庭長服從院長，最後院長說了算的行政首長負責制。三是上下級法院行政化傾向突出……」⁶³。而若「人民法院」之體制係近似於行政部門，則法官是否獨立審判，不無疑問。中國大陸之論者自承：「當法院高度行政化之後，獨立審判往往只能成為泡影」⁶⁴。

另外，中國大陸之司法制度中有所謂「錯案追究制度」，「是一種行政性的制度，將法院和法官置於了一種行政管理體系之內……顯然法官是無獨立審判權的」⁶⁵。

此外，有指出，人民法院會經營營利事業，有「營利機關化」之現象，亦會影響審判之公正性⁶⁶。一人民法院官網上之文獻（陳久松，註46文）指出：「在司法實踐中，法院及其法官的司法活動卻表現出利益化的傾向……極易導致司法腐敗……。一是訴訟費用定指標任務。即規定每年每個庭、室應當審理多少案件，應當完成多少『訴訟費用』的收入，甚至把完成收入的情況與個人的獎金、福利和提拔相掛鉤……。二是『上門攬案』，開闢案源。為了多辦案，有些法院主動『深入』企業，幫助企業討債；有些法院『上門攬案』，動員當事人起訴；有些法院爭案件管轄，受理一些根本不屬於自己管轄的案件。透過主動服務，『上門攬案』，不僅為法院帶來數量相當可觀的

⁶² 石丹，我國法官管理制度的發展現狀及改革對策淺議，魅力中國，2010年2月（上），頁137。

⁶³ 劉建華，註51文，頁16。

⁶⁴ 陳久松，註46文。

⁶⁵ 徐華林，錯案追究與審判獨立的博弈，法制與社會，2010年5月（中），頁110。錯案追究制度，見後註93以下。

⁶⁶ 高見澤磨／鈴木賢，註60書，頁154-157。

訴訟費用和其他利益，而且為本地當事人提供了特殊的『法律保護』」。

二、關於法官之獨立性與身分保障

(一)《憲法》第126條規定：「人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉」。然而，此所謂「審判獨立」並非指「法官獨立審判」，而係指「人民法院」之審判獨立，不受行政機關、社會團體及個人干涉，但「並不包括對於立法機關、黨以及檢察機關的獨立」⁶⁷。獨立的主體是法院，而非法官，且「黨的指導」被認為並不牴觸「審判獨立」⁶⁸。

(二)《人民法院組織法》第10條第1項規定：「各級人民法院設立審判委員會，實行民主集中制。審判委員會的任務是總結審判經驗，討論重大的或者疑難的案件和其他有關審判工作的問題」。「審判委員會」並不直接從事審判，但對審判進行集體領導，對案件之審判有最終決定權，實際上對民刑事案件進行干預⁶⁹。因此在於中國大陸，制度上並不存在著獨立的法官或合議庭⁷⁰。

審判委員會之組織，依同法第10條第2項規定，由院長提請人民代表大會常務委員會任免。文獻指出：「在實踐中，法院院長理所當然是審判委員會的委員和會議主持人，實際操縱著全體審判委員會委員的任免……委員一般與行政職務掛勾……審判委員會委員的身分在很大程度上成了一種變相的政治待遇、權力和地位的象徵。而委員普遍實行『終身制』，自被任命一直幹到退休，人員更新緩慢，平時再

⁶⁷ 孔一君，論民事檢察監督認知的三大誤區，金卡工程（經濟與法），2010年第8期，頁31。

⁶⁸ 參見森川伸吾，註38文，(三)，頁28-29、(四)，頁28-29。

⁶⁹ 參見2002年《最高人民法院關於人民法院合議庭工作的若干規定》第5、6、12條4款、第17條規定。

⁷⁰ 鈴木賢，註39文，頁49-54；森川伸吾，註38文，(三)，頁30、(四)，頁3-12。

不注重專業知識的學習」⁷¹。

由於握有決定權之「審判委員會」並不直接從事審判，似可謂當事人並無（於有審判權者面前之）「聽審請求權」之保障。並有認為，此制度係牴觸「直接審理主義」、「審判公開原則」、「法定法官原則」⁷²，亦可謂當事人請求（有審判權之）法官迴避之權利並不存在⁷³。文獻指出：「對一些重大疑難案件，審委會在研究之後可以直接下達定案指示，合議庭、獨任庭必須無條件服從，明顯是一種命令與服從的關係，審委會就成為審判組織之上的審判組織。……最直接的後果是損害了兩個重要的訴訟原則——直接原則和言詞原則」⁷⁴。

另有文獻指出：「審委會雖然決定案件，但與合議庭裁判案件不同，其不直接審理案件，對案件的決定建立在聽取合議庭匯報以及閱讀案情介紹等書面材料的基礎上。這種判、審分離的作法導致審委會的決定很大程度上依賴於承辦法官的匯報。承辦法官由於能力、素質等差異，甚至受人情案、關係案等因素影響，如果匯報不全面、不客觀，甚至故意作不實的匯報，審委會就很可能做出不公正乃至錯誤的裁判。實踐中也出現過因偏聽偏信導致錯誤裁判的案例。如廣東省某市中級法官譚某和王某民事枉法裁判案。『他們向審判委員會作了違背事實的發言，虛假的匯報致使審判委員會做出錯誤的決定』」⁷⁵。於此審判構造之下，對訴訟當事人並無程序保障可言⁷⁶。

另外，人民法院院長一般為黨部主委，副院長及其他幹部為黨部

⁷¹ 耿凌燕，論審判委員會制度的改革，內蒙古農業大學學報，2009年第6期，頁17。

⁷² 另，吳光陸，註23文，頁106指出，中國民訴第42條規定合議庭之審判長係由院長或庭長指定，並非按一定事前之法則決定，有違反法定法官原則之嫌。

⁷³ 參見耿凌燕，註71文，頁16-17。

⁷⁴ 宮繼承，註53文，頁182。

⁷⁵ 鄒開紅／閻俊瑛，檢察長列席審判委員會制度，國家檢察官學院學報，第18卷第4期，2010年8月，頁47。

⁷⁶ 關於審判委員會，並詳見鈴木賢，註39文，頁49-54。

成員，「審判委員會」之成員幾乎均為法院黨部成員，因而易受黨內高官影響，並受法院內外之黨組織的決定所拘束⁷⁷。

(三)人民法院院長、庭長會對判決內容進行審查（審批制度），損害了法官的獨立性⁷⁸。文獻指出，「庭長院長干涉法官審判成爲正常現象……庭長院長……有權改變合議庭、獨任庭的意見，成爲法官之上的法官」⁷⁹。

另外，根據最高人民法院2007年《關於完善院長、副院長、庭長、副庭長參加合議庭審理案件制度的若干意見》的要求，人民法院院長、副院長、庭長、副庭長等人，除了參加「審判委員會」審理案件以外，每年都要參加合議庭或者擔任法官審理案件。需要院長等人重點審理的有四類案件，其中包括「認爲應當由自己參加合議庭審理的案件」。此外，院長等人還應當選擇一定數量的案件，親自擔任承辦人辦理。從而，院長、副院長、庭長、副庭長等幹部於受到外部影響或壓力時，可主動參加合議庭，自己審理⁸⁰。於此情形下，當事人是否能受到公平公正之審判，不無疑問。

(四)人民法院於審理期間，有以書面（例外得以口頭或電話）請示上級人民法院之「請示批復」制度⁸¹。並有「提前介入」，即「上級法院對下級法院正在審理的有重大影響的一審案件在審理前或是審理過程中進行主動介入，對案件進行『指導』的作法」⁸²。此有損害法官之獨立性及當事人之審級保障之疑慮⁸³。文獻指出，「請示批復」通常「層層請示，直至最高人民法院批復……最高人民法院對具體案

⁷⁷ 森川伸吾，註38文，(三)，頁30、(四)，頁3-12。

⁷⁸ 鄧鳳英／樊建旺／馮明偉，註48文，頁117。並見後註124。

⁷⁹ 宮繼承，註53文，頁182。

⁸⁰ 參見：森川伸吾，註38文，(四)，頁12-15。

⁸¹ 詳見：鈴木賢，註39文，頁54-58。

⁸² 胡旭／張弦，註50文，頁87。並參見：小口彥太／田中信行，註54書，頁86。

⁸³ 並參見：鈴木賢，人民法院は裁判所か？，法学セミナー455号，1992年11月，頁14-15。

件的法律適用所作出之批復，不僅約束具體審理案件的一審法官，同樣約束著上訴法院」，「使當事人之上訴權形同虛設」⁸⁴。「這種作法既違背了司法獨立原則，也與兩審終審制度相對立」⁸⁵。

(五)文獻指出，法官素質普遍低落。「正如某省高級法院院長談到『在我國，司機可以轉幹當法官，軍隊轉業幹部可以當法官，工人可以轉幹當法官。一天法律沒有讀的，跟法律一點兒都不沾邊的。一轉呢，都來當法官，不僅可以當法官，還可以當首席法官，還可以當大法官。』」⁸⁶。日本學者指出，人民法院與檢察院於50年代以後主要為退伍軍人轉任之單位，2002年才有首次國家司法考試，初年合格率为7.7%。但因諸般原因，合格率逐年上升，2007年以前之平均合格率为13.8%，2009年可能超過35%。整體而言中國尚未形成高素質之司法人員集團⁸⁷。「法官隊伍還有一大批調幹、復轉軍人。專業素質和業務水平不高」⁸⁸。

於司法人員素質待提升之現狀下，「加強司法隊伍建設」為首要重點，「法院獨立」成為次要⁸⁹，遑論「法官獨立」。「現行法院體制中的法官大多來自轉業軍人，基本法律常識的具備都有問題，甚至沒有受過任何訓練的人可擔任院長，可想而知，在這種情形下，是無法談法官獨立的」⁹⁰。

(六)法官無身分保障。依《法官法》第40條，「不勝任現職工作」，或連續二年之年度考核為「不稱職」，將被辭退。法官之考核由各人民法院之「法官考評委員會」負責，後者由該人民法院之院長、副院長及相關部門幹部組成。副院長可能有數人，故院長、副院

⁸⁴ 郭小冬，註39文，頁210。

⁸⁵ 高婭，註55文，頁196。

⁸⁶ 石丹，註62文，頁137。

⁸⁷ 高見澤磨／鈴木賢，註60書，頁145-150。

⁸⁸ 李宏，註45文，頁108。

⁸⁹ 段占朝，我國司法獨立的環境與定位，學理論，2009年第12期，頁152。

⁹⁰ 鄧鳳英／樊建旺／馮明偉，註48文，頁116。

長可能即占「法官考評委員會」之過半數⁹¹。「法官的升遷全由院長決定……導致法官對院長等領導的絕對服從」⁹²。院長、副院長一般又係黨部成員，故可謂「法官考評委員會」係由中國共產黨掌握。另外，於「錯案責任追究制度」下⁹³，判決被上級人民法院廢棄、變更時，原判決會被認為係「錯案」，除影響考核，並可能成為懲戒事由。因此，法官無身分保障可言⁹⁴。「錯案追究制將錯案的數量和法官的任用、薪金等密切聯繫在一起」，但對錯案「卻並沒有一個統一的標準和認識」，法官為了避免承擔風險和責任，「審判之前都要向法院庭長、院長請示和匯報，或者將大量案件移交審判委員會處理……法官不能更不敢獨立進行審判」⁹⁵。

此外，文獻指出，最高人民法院2001年《地方各級人民法院及專門人民法院院長、副院長引咎辭職規定（試行）》，將法院正副院長等同於行政機關首長，承擔法院判錯案之責任，「迫使院長不得不干涉法官獨立審理」⁹⁶。又因「錯案追究制把發回重審及改判率作為衡量案件質量的主要標準」⁹⁷，「加劇了下級法院的法官頻頻在案件判決之前向上級法院請示匯報」⁹⁸。

⁹¹ 森川伸吾，註38文，四，頁18-21。

⁹² 楊錦／張盈／張蕾，維護司法公正加強司法獨立，法制與社會，2009年10月（中），頁179。

⁹³ 參見最高人民法院於1998年頒布之《人民法院審判人員違法審判責任追究辦法（試行）》。又2010年2月1日施行之《最高人民法院關於進一步加強合議庭職責的若干規定》第10條有修正補充規定，但實際成效尚不明。

⁹⁴ 參見森川伸吾，註38文，四，頁18-21。另見陳久松，註46文所舉關於因「『發改率』不達標，被取消了審判長資格」及有的法院「甚至將審委會的意見作為評判法官案件質量好壞的重要依據」之事例。

⁹⁵ 徐華林，註65文，頁109-110。

⁹⁶ 單立，論法官獨立，現代農業，2006年第9期，頁55。

⁹⁷ 劉明，淺論現行錯案追究制之否定，世紀橋，2009年第11期，頁151-152。

⁹⁸ 陳久松，註46文。