

外交困境下之我國對外民事司法互助及判決承認之現狀

——兼論台日民事司法互助之可能

王欽彥*、中野俊一郎**

目次

壹、前言
貳、我國承認外國判決條件中之送達要件
一、公示送達之容許性
二、「依中華民國法律上之協助送達」
參、我國司法互助的環境
一、依國際條約或協定之司法互助
二、依我國國內法之司法互助
(一) 我國對外提供民事司法互助及外國判決承認、執行之現狀
(二) 我國關於對外國提供司法互助之國內法規
肆、日本對台提供司法協助之可能性
一、「外國法院」之該當性
二、外交機關轉送之要件
三、互惠保證之要件
四、小結
伍、結語

壹、前言

2011 年 9 月 22 日，「台日投資協定」在台北簽訂¹，我國與日本的經貿往來更上軌道。然而，一個較少受到關注的問題是，因台日間欠缺正式外交關係，我國與日本之通商貿易的法律環境尚存有缺陷，即台日間民商事紛爭解決機制尚存有部分機能不全之問題。

民商事之問題，一般而言較少受到國家承認或外交關係有無之影響。我國雖在國際社會上受到孤立，有正式外交關係者僅 20 餘國，然而我國於世界

* 靜宜大學法律學系副教授

** 神戶大学法學研究科教授

¹ 正式名稱為「亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議」。全文見經濟部網站 (http://www.moea.gov.tw/TJI/main/content/ContentLink.aspx?menu_id=3592)。

各國遍設經貿代表處或辦事處，與各國維持實質上之經貿關係。不過，解決民商事紛爭的實效性方法，有訴訟與仲裁，而訴訟實際上即係各國法院行使其司法主權之表現。因此，與公權力觀感淡薄之仲裁相較，以訴訟途徑來解決紛爭，可能面臨較多問題。欠缺國家承認或外交關係對民商事紛爭解決機制之影響，主要即在於與訴訟有關之司法互助之問題²。

司法互助為我國法院與外國法院相互間對於對方之司法程序提供必要之協助，多為送達文書或調查證據。由於司法互助之請求多被要求需經外交管道轉達，因此若該外國與我國無外交關係，司法互助有可能難以進行。然而，若不能以司法互助方式送達文書或調查證據，有時可能對紛爭解決之實效性產生重大影響。

首先，欠缺司法互助關係，意味著法院無法委託外國法院協助調查證據，此可能影響法院進行適切之審理，自不待言。其次，例如若就一台日當事人間之民商事紛爭於我國（或日本）起訴，首先會面臨到我國法院（或日本法院）有無「國際裁判管轄（權）」的問題³。乍看之下，國際民事裁判管轄權之問題與兩國間有無外交關係應無關連。然而，日本法院曾以日台間無外交關係，不能依司法互助方式請求我國法院調查證據，從而無法妥善審理為由，否定日本法院之國際裁判管轄⁴。此外，若不以司法互助方式送達起訴狀，而以其他方式處理，或由法院依民訴法第 145 條第 2 項郵寄，或行公示送達（日本法院通常係行公示送達⁵），則除非被告主動出庭應訴，否則該未依司法互助送達訴狀所開啟之訴訟程序，其判決或有不被外國承認而無法在外國執行

² 不過，司法互助之問題，不一定僅在訴訟之場合發生。在仲裁，亦有可能與司法互助發生關係。例如，若外國之仲裁程序欲請求日本法院提供協助（如調查證據），應由外國仲裁庭向外國法院請求協助，再由外國法院循司法互助管道向日本法院請求協助之方式為之。小島武司＝高桑昭（編）『注釈と論点 仲裁法』（青林書院，2007 年）200 頁（小林秀之）。與此相對，德國民事訴訟法則規定，外國之仲裁程序可以直接向德國法院請求協助（ZPO 第 1025 條第 2 項、第 1050 條）。此為各國立法政策之問題。

³ 此於我國，民訴法未設規定，法院常「類推適用」民訴法中關於土地管轄之規定來處理。學說上則有「逆推知說」、「管轄分配說」、「利益衡量說」等種種主張。日本於 2011 年修法在其民訴法中增訂判斷國際裁判管轄之條文。我國於 2011 年 12 月立法院通過、2012 年 1 月總統公布之家事事件法第 53 條亦設有「國際審判管轄權」規定。

⁴ 東京地院昭和 61 年（1986）6 月 20 日判決（遠東航空事件）。法院認為，與墜機原因有關之重要證據均在台灣，而日本與台灣無外交關係，不能依司法互助來利用這些證據，故日本法院難以妥善審理此案，從而否定日本法院之國際裁判管轄。不過，此並非絕對，而可能視紛爭的事實關係而有不同。例如於東京地院 2006 年 4 月 4 日平成 16 年（ワ）第 27460 号判決之事例，法院認為可以用書證來充分舉證，而肯定了日本法院之國際裁判管轄。

⁵ 日本最高裁判所事務總局民事局監修『民事事件に関する国際司法共助手続マニュアル』（法曹會，1999 年）312 頁說明關於對台灣及北韓之送達：「欲對居住於與日本無外交關係之國家之人為文書之送達時，由於無法依民事訴訟法上之送達（領事送達等）為之，不得不以公示送達為之」。

之虞⁶。反之亦然，不依司法互助而以其他方式送達起訴狀，其外國判決於我國將不被承認、執行（後述）。因此有日本學者認為，台日間之民商事紛爭「難以用訴訟來獲得救濟，紛爭解決不得不倚賴仲裁」⁷。

台日間之民事司法互助，於日本與中華民國有邦交之時代曾經有過⁸。然而，日本於 1972 年與中華人民共和國建立外交關係後，台日間之司法互助即告斷絕⁹。為進一步解明外交關係之欠缺對民商事紛爭解決機制之實際影響，完善我國與無邦交國間經貿往來之法律環境，本文擬究明我國對外民事司法互助及承認、執行外國判決之現況，並特別針對台日間建立民事司法互助關係之可能性進行分析與探討。

以下，首先確認我國承認外國法院判決條件中之送達要件及司法互助所扮演之角色。

貳、我國承認外國判決條件中之送達要件

我國民事訴訟法第 402 條規定了承認外國法院判決之要件。

「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：

- 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。

⁶ 視各國法規而定，如日本法即不承認（後述）。

⁷ 河野俊行「外国裁判所」高桑＝道垣内（編）『国際民事訴訟法』（新・裁判実務大系 3，2002 年）321 頁。

⁸ 例如，1958 年間東京地院曾委託我國法院調查證據。見 1958 年 12 月 25 日前司法行政部（47）台函民字第 6670 號（高琦君房屋產權事件）。

⁹ 小杉丈夫「外国での証拠調べ」前註（7）『国際民事訴訟法』229 頁之以日本最高法院之資料所製成之圖表中，關於「委託外國法院調查證據」，台灣為「昭和 47 年 9 月 29 日以後無法委託」。昭和 47 年（1972 年）9 月 29 日於北京簽署之「日本國政府與中華人民共和國政府之共同聲明」謂：「二、日本國政府承認中華人民共和國政府為中國之唯一合法政府。三、中華人民共和國政府重申台灣為中華人民共和國領土之不可分割的一部分。日本國政府對此中華人民共和國政府之立場十分理解與尊重，並堅持基於波次坦宣言第八項之立場。四、日本國政府與中華人民共和國政府，決定自一千九百七十二年九月二十九日起建立外交關係。（以下略）」（筆者譯自日文版）。於此，日本係受美國影響，僅表示尊重中（華人民共和）國之立場，但不承認台灣為其領土。參見：服部龍二『日中国交正常化』（中央公論社，2011 年）79 頁。1949 年 10 月 1 日中華人民共和國政府宣告成立後，外國對之宣告承認、與之建立外交關係及與中華民國政府斷絕外交關係之情形，參見竹茂敦「台湾の外交關係断絶国との実務關係—1950 年初頭の英国との例を中心に—」日本台湾学会報第 9 号（2007 年 5 月）115 頁以下。

四、無相互之承認者。

（第2項）前項規定，於外國法院之確定裁定準用之。」

依本條第1項第2款，若被告未應訴，則該外國法院判決若要在我國被承認，須訴狀係於相當時期在該國合法送達，或透過與我國之司法互助為送達。於理論上及實務上存有疑問者，係倘若外國法院在該國以公示送達方式送達開始訴訟程序之通知，此是否合於本款要件而使該外國法院判決得於我國被承認、執行？另外，本款後段「或依中華民國法律上之協助送達者」其文義應如何理解，亦不無疑問。

一、公示送達之容許性

2003年修法前之民訴法第402條第2款係規定：「敗訴之一造，為中華民國人而未應訴者。但開始訴訟所需之通知或命令已在該國送達本人，或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限」¹⁰。條文中「送達本人」一詞，解釋上被認為須面交於被告本人，不包括補充送達及公示送達之情形¹¹。甚至，若有法定代理人或訴訟代理人，仍須面交給本人¹²。然而，若依與我國之司法互助為送達，則毋須「送達本人」，只要是法定之送達方式即可，補充送達亦無妨¹³。

¹⁰ 此規定與日本民訴法舊規定（大正15年/1926年修法前之1890年民訴法第515條）以及德國民訴法舊規定（1877年CPO第661條第2項第4款）十分類似。參見渡辺惺之「外國判決承認に関する新民訴法118条2号について」阪大法学47卷4・5号（1997年12月）869頁、879、895頁註21。另外，中華民國國民政府首次頒行之舊民訴法（1930年）第392條係規定「敗訴之一造，為中華民國人而未到場應訴者。但已受訴訟所需之傳喚或命令之送達者，不在此限」。1935年全面修正之民訴法第401條始修正為前述內容，並於1968年修法時將條號改為第402條。

¹¹ 台灣高院89年度上字第1019號判決；台灣高院91年度重上字第80號判決（第三審最高法院91年度台上字第1924號判決）：「法條所規定『已在該國送達本人』，依文義解釋，公示送達或補充送達均不適用」。並見陳啟垂「外國判決的承認與執行」月旦法學75期（2001年）147頁、154頁。

¹² 石志泉/楊建華『民事訴訟法釋義』（1982年）451頁；曹偉修『最新民事訴訟法釋論』（1984年5版）1306頁。此點與德國法之解釋不同。參見渡辺，前註（10），880頁。

¹³ 石志泉/楊建華，同前註；曹偉修，同前註；最高法院93年度台上字第61號裁定（認可了依司法互助由台北地院向受僱人為補充送達之美國法院判決之強制執行）。另一方面，蔡佩芬「我國協助送達規範之研究」財產法與經濟法第6期（2006年）111頁主張，司法互助之送達，應排除補充送達、公示送達、留置送達、及寄存送達。我國「外國法院委託事件協助法」第5條規定我國法院受託送達文件，係依民事訴訟法關於送達之規定辦理，故法院得為補充送達等其他代替性送達方式，應無疑問。於日本，司法互助之送達，依「外國裁判所ノ囑託ニ因ル共助法」第3條，係依據日本民訴法關於送達之規定為之，故亦有

此舊法規定，係保護敗訴之我國人被告，於其未應訴時，須其已於外國受訴狀之直接交付，或送達係依與我國之司法互助由我國法院為之，始承認該外國判決之效力。不過，此關於送達之要件係抗辯事項或法院應依職權調查之事項，則有不同見解¹⁴。

2003 年民訴修法，以「為促進國際交流，此程序權之保障不宜以本國人為限」之理由，將「敗訴之一造，為中華民國人」改為「敗訴之被告」。另並將「在該國送達本人」改為「於相當時期在該國合法送達」¹⁵。由於舊有「送達本人」之要件被「於相當時期」及「合法送達」（解釋上應依該判決國之法律來判斷）之二要件取代，似產生了對於行補充送達、公示送達之外國判決亦予承認之可能性¹⁶。然而，許多學者依然承襲舊法下之解釋，維持不承認補充送達、公示送達之見解¹⁷。

相對之下，實務上許多法院之裁判例雖然對於以公示送達方式送達訴狀之外國判決拒絕承認、執行，但會對外國法院實施公示送達之背景進行調查，檢討被告之應訴機會是否受到充分保障¹⁸。其中，一些裁判例並指出，若「該本人應為送達之處所確實不明，且受送達人即該本人可能由法院公告知悉公示送達之情形者」，該行公示送達之外國判決亦可被承認、執行¹⁹。此外，實

補充送達及於就業場所送達及留置送達之情形。前註（5）マニュアル 242、248 頁以下。可資對照者，係於德國，若請求協助送達之外國並非關於送達之國際條約之締約國，則德國雖亦可為協助送達，但僅限應受送達人自願收受之情形。§70II ZRHO。

¹⁴ 有認為本規定係保護敗訴當事人，故敗訴人可放棄本規定之適用，即將本規定解為抗辯事項者。石志泉/楊建華，前註（12）451 頁；蘇遠成「外國法院判決之承認及執行」『國際私法論文選輯（上）』（1984 年）316 頁、321 頁。與此相對，亦有解為職權調查事項之見解。曹偉修，前註（12）1307 頁；陳啟垂，前註（11）157 頁。德國民訴法第 328 條第 1 項第 2 款係規定為抗辯事項。於日本，通說係解為職權調查事項。參見小林昭彥「外国判決の執行判決について」判例タイムズ 937 号（1997 年）33 頁、30 頁；秋山ほか『コンメンタール民事訴訟法 II』（2006 年第 2 版）513 頁。但亦有主張其為抗辯事項之有力說。小林，同上；兼子ほか『条解民事訴訟法』（2011 年第 2 版）623 頁（竹下守夫）。

¹⁵ 司法院之修法理由係謂：「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期間以準備行使防禦權，至於是否送達當事人本人，則非必要」。

¹⁶ 既然修法前最高法院否定公示送達與補充送達之理由係「依文義解釋」（前註 11），則此一解釋在修法後即失其依據，而應以修法後條文之文義為基礎進行解釋。

¹⁷ 吳明軒『民事訴訟法（中冊）』（2009 年 8 版）1160 頁；陳榮宗/林慶苗『民事訴訟法（上）』（2009 年 7 版）112 頁；李沅樺『國際民事訴訟法論』（2007 年 2 版）304 頁；蔡佩芬，前註（13）134 頁（贊成舊法下之判例見解）。另一方面，紀鈞涵「外國判決之承認與執行」萬國法律 164 期（2009 年 4 月）121 頁則傾向於承認外國之公示送達。另參見劉鐵錚/陳榮傳『國際私法論』（2010 年 5 版）697 頁。

¹⁸ 例如，士林地院 100 年度聲字第 138 號裁定、台北地院 98 年度審抗字第 55 號裁定。

¹⁹ 幾乎均為關於承認中國大陸判決之事例。例如臺灣高等法院 91 年度家抗字第 366 號裁定、台北地院 99 年度聲字第 471 號裁定、士林地院 100 年度聲字第 110 號裁定、基隆地院 100

際上並有對行公示送達之外國判決加以承認、執行之例²⁰。最高法院則謂：「在國外行送達者，須向當事人或法定代理人本人為之，向其訴訟代理人送達者，亦無不可，惟以該國之替代送達方法為之，對於當事人之防禦權是否充分保障，上訴人可否充分準備應訴，自應予詳細調查」²¹，對判決國內之補充送達、公示送達並未採取一概不承認之態度²²。

年度家聲字第 119 號裁定、基隆地院 99 年度家聲字第 95 號裁定、基隆地院 100 年度家聲字第 88 號裁定、基隆地院 99 年度家聲字第 86 號裁定、基隆地院 98 年度抗字第 19 號裁定、基隆地院 98 年度聲字第 84 號裁定、台中地院 95 年度抗字第 223 號裁定。

²⁰ 台中地院 94 年度重訴字第 233 號判決（許可了因無法向被告於馬來西亞國內之住所為送達，而於馬來西亞國內行公示送達之馬來西亞判決之強制執行）。被告主張其於送達時已經返回台灣，馬來西亞法院不依司法互助送達，不合民訴法第 402 條第 1 項之規定。台中地院則認為，「惟按民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款規定，於 92 年 2 月間修正理由即載明，如依該國法律已合法送達，且已給予當事人相當期間以準備行使防禦權，已經保障當事人之程序權，至是否送達當事人本人，則非必要。是原告選擇在該國為合法送達，核與上開規定相符，自無僅得依中華民國法律上之協助送達之必要；再者，被告就其所抗辯：原告明知其台灣住址、其設於馬來西亞之 WajaBeLa SDN. BHD. 公司已於西元 2002 年 2 月 5 日結束營運等情，既未能舉證以實其說，自難採信。是本件原告就開始訴訟所需之通知或命令，已分別送達被告被訴時之居住地及事務所所在地，此有沙亞南馬來亞高等法院之內庭申請書、支持宣誓書、物證證明書 YOB-1、馬來西亞掛號證明書、送交傳票證明書、物證證明書 TH-1（均附中譯本）為證，是系爭判決並無民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款所定之情形」，而許可執行該馬來西亞判決。第二審台中高院 95 年度重上字第 13 號判決亦採相同見解，駁回上訴。第三審最高法院 96 年度台上字第 57 號判決，則認「按民事訴訟法第四百零二條第一項第二款之立法本旨，在確保我國民於外國訴訟程序中，其訴訟權益獲得保障。所謂「應訴」應以被告之實質防禦權是否獲得充分保障行使為斷。在國外行送達者，須向當事人或法定代理人本人為之，向其訴訟代理人送達者，亦無不可，惟以該國之替代送達方法為之，對於當事人之防禦權是否充分保障，上訴人可否充分準備應訴，自應予詳細調查。本件原審就此未為詳查，即以承認該判決，尚屬可議」，而廢棄發回。更審台中高院 96 年度重上更(一)字第 23 號判決同樣認為民訴法修正後已沒有直接送達給本人之必要，並於斟酌其他事實後，認為敗訴被告之防禦權保障沒有瑕疵，而駁回上訴。此判決或因無上訴而告確定。其後被告提起再審，但遭台中高院 98 年度重再字第 1 號判決駁回。

²¹ 2007 年 1 月 11 日 96 年度台上字第 57 號判決（民事第 8 庭）、2008 年 1 月 17 日 97 年度台上字第 109 號判決（民事第 5 庭）。

²² 另參見台北地院 98 年度重訴字第 437 號判決：「2. 經查，系爭新加坡法院判決之法院命令……及不應訴證明……業已記載：『(英文原文略)』(1.1：將法院傳票郵寄至被告名下之不動產；1.2：將法院傳票郵寄至華貿公司之會計師；1.3：將法院傳票郵寄至華貿公司之秘書；1.4：將法院傳票傳送至被告之電子郵件；1.5：將傳票內容公告於最高法院。以上送達視為已合理、充分通知被告。)……，由上開新加坡法院記載內容，足認系爭案件訴訟開始之通知業已經新加坡法律以各種方式合法送達予被告，新加坡法院已賦予被告為實質攻防之機會，被告於客觀狀態下已可知悉訴訟之開始，可充分準備應訴，其實質防禦權已可獲得充分保障，況被告於新加坡法院訴訟通知送達之 11 月間，曾進出新加坡，益徵其並非無從得知系爭案件訴訟之開始，自不得認系爭新加坡法院判決有民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款之情形。3. 至被告雖辯稱被告早已放棄新加坡公民身份，亦未住居

但另一方面，若送達係由外國法院對我國境內之被告直接郵寄，或由原告律師對之直接郵寄或直接交付所為，則該外國判決將不被承認。最高法院 2011 年 1 月 13 日 100 年度台上字第 42 號判決（民事第 7 庭）謂：「外國法院對在中華民國之被告，送達有關訴訟程序開始之通知或命令時……應依我國制定公布之『外國法院委託事件協助法』、『司法協助事件之處理程序』及其他司法互助協定暨作業要點等相關法規為協助送達，不得逕由外國法院依職權或由原告律師以郵送或直接交付在我國為送達。否則，即難認該外國法院訴訟程序開始之通知或命令，已在我國發生合法送達被告之效力」。

於日本，欠缺外交關係即被認為無法進行司法互助²³。因此，當有對台灣行送達之必要時，日本法院將採公示送達，並可能依日本最高法院制定之「民事訴訟規則」第 46 條第 2 項²⁴，以平信對台灣之應受送達人寄送以日文作成之公示送達通知²⁵。實務上曾有台灣之應受送達人收到通知後赴日應訴之例²⁶。若被告赴日應訴，則該日本法院判決將無我國民訴法第 402 條第 1 項第 2 款之不承認事由。但若被告未應訴，則雖我國與日本間無司法互助並非當事人之咎，依我國之學說及法院實務之現狀，不能依司法互助而以公示送達方式送達訴狀所得之外國判決，在我國似將難以被承認，除非有前述「該本人應為送達之處所確實不明……」等例外情形²⁷。

於日本，規定外國判決承認要件之日本民事訴訟法第 118 條並未言及司法互助²⁸，但學者通說與法院判例認為，為了滿足日本民訴法第 118 條第 2

於新加坡，原告自應向中華民國為囑託送達，然未為之，則系爭新加坡判決之通知及命令自未合法送達被告云云。惟查，本件準據法為新加坡法律，而非中華民國法律，新加坡高等法院既已依新加坡法律將訴訟之通知合法送達被告，即已生合法送達之效力，被告自不得僅無新加坡國籍，因未囑託送達，即認訴訟之通知未合法送達被告」。

²³ 參見前註（5）。此是否合理，將隨後檢討（肆）。

²⁴ 日本「民事訴訟規則」第 46 條：「出庭通知之公示送達，以將出庭通知公告於公佈欄為之。（第 2 項）法院書記官得將已行公示送達之事刊登於公報或報紙。關於應於外國所為之送達，法院書記官得不刊登於公報或報紙，而為已行公示送達之通知。」

²⁵ 前註（5）マニュアル 312 頁；福與輝彦「民事事件における国際司法共助の状況」民法情報 226 号（2005 年 7 月）8 頁、10 頁。依岡崎克彦「公示送達」前註（7）『国際民事訴訟法』214 頁以下所示，公示送達之通知為任意性（並非法院義務），以日本文書為之即可，除記載被公示送達之文書及已為公示送達之通知外，並附上送達之文書，以平信寄出。此通知被認為僅係事實之通知，而非具法律意涵之送達，故被認為不會有侵犯外國主權之問題。

²⁶ 岡崎，同前註，214 頁。

²⁷ 於板橋地院 98 年度訴字第 2168 號判決之事例，瑞士法院委託「瑞士商務辦事處」（Trade Office of Swiss Industries, TOSI）在台灣進行送達。TOSI 不依司法互助，而在台以掛號寄送但無法送達（或因被告拒收），瑞士法院乃行公示送達。板橋地院依據民訴法第 402 條第 1 項第 2 款，不准許該判決之執行。

²⁸ 於大正 15 年（1926 年）修法前之舊民訴法中曾有規定。渡辺，前註（10）879 頁。日本

款之要件，送達須依條約或日本之司法互助法「外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法」為之；從外國直接郵寄或由律師交付，將不被認可²⁹。另外，日本民訴法第 118 條第 2 款明文排除「公示送達及其他類此之送達」，故行公示送達所獲得之外國判決在日本將不被承認³⁰。

二、「依中華民國法律上之協助送達」

民訴法第 402 條第 1 項第 2 款但書規定，「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」。後句「依中華民國法律上之協助送達」，意指透過我國法院協助送達。但其正確文義則不無疑問。其中「協助送達」或可解為一名詞。但若「協助送達」作一名詞解，則文義上似有缺陷，即既然前句「在該國合法送達」之「送達」為動詞，則似應以「但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該國合法送達，或已依中華民國法律上之協助送達為送達者」（增加底線文字）始為合理³¹。此外，條文謂「依中華民國法律上之協助送達」，所謂「法律上之」所指為何？是否意味著另有「非法律上之協助送達」或「非中華民國法律上之協助送達」？且協助送達係由我國法院（為外國法院）實施送達。云「法律上之協助送達」，其旨趣為何？倘僅指我國法院依法律規定為協助送達³²，則其正確表述似應

現行民訴法第 118 條規定如下（筆者譯）：

第 118 條 外國法院之確定判決，於符合下揭所有要件時為限，有其效力。

- 一 依法令或條約，可認外國法院有裁判權。
- 二 敗訴之被告已收受開始訴訟所必要之傳喚或命令之送達（公示送達及其他類此之送達除外。），或雖未收受但已應訴。
- 三 判決之內容及訴訟程序不違反日本之公共秩序或善良風俗。
- 四 有相互之保證。

²⁹ 前註（14）條解民訴 634 頁（竹下守夫）。

³⁰ 日本學者有質疑此立法政策之妥當性者。參見鈴木＝青山（編）『注釈民事訴訟法（4）』（1997 年）381 頁（高田裕成）。另外也有有條件承認公示送達之見解；渡辺，前註（10）887、893 頁。於德國法，送達之合法性係以判決國法為判斷基準，故公示送達、補充送達亦可被認可。Zöller ZPO, 28. Aufl., 2010, §328, Rz. 161 (Geimer); Rosenberg/Schwab/Gottwald ZPO, 17. Aufl., 2010, §157, Rz. 34；渡辺，前註（10）880 頁以下。

³¹ 例如，台北地院 98 年度審抗字第 55 號裁定謂：「惟相對人迄今仍未提出任何資料證明該民事事件有何在對抗告人為公示送達前，曾在大陸地區對抗告人於相當時期為合法送達，或曾依中華民國法律上之協助送達為送達等情……」。

³² 如最高法院 93 年度台上字第 61 號裁定：「又美國北伊利諾州聯邦地方法院東部分院於審理系爭事件時，其訴訟文書已依中華民國法律於民國八十八年五月二十八日囑託送達予上訴人位在台北市○○路三〇一號六樓之處所」。另如司法院出版『Taiwan Code of Civil Procedure』（2006）之英譯「or had been served through judicial assistance provided under the R.O.C. laws」（黃國昌教授譯）。

為「已……依中華民國法律為協助送達」而非「依中華民國法律上之協助送達」。條文之正確文義如何理解，不無疑問³³。

筆者認為，此條文之正確讀法或斷句，應為「依、中華民國、法律上之協助、送達」，「法律上之協助」係一專門用語，最後之「送達」係動詞。在日本，司法互助亦被稱為「法律上之輔助」³⁴，或「法律上之互助」³⁵。日文此詞，及我國法前述「法律上之協助」，推測應皆為德文「Rechtshilfe」之直譯（Recht 法律 + Hilfe 幫助。該詞之意譯則為：司法互助）³⁶。與我國民訴法第 402 條對應之德國民訴法舊法第 328 條，其第 2 款要件之日譯文為：「敗訴之被告，為德國人而未應訴時，開始訴訟之通知或命令於受訴法院國內未送達本人，且未依德國之法律上之共助送達給本人者」（將不承認該外國判決）³⁷。由此或可推知，我國民訴法第 402 條之「法律上之協助」係一特殊用語，指「司法上之協助」即司法互助之意；「法律上之」並非「依據法律規定」之意。至於我國立法者係直接譯自德文，或譯自日文而來，則難斷定。或以後者之可能性為大。

倘此理解正確，則或應以「司法協助」或「司法互助」來取代本條此處「法律上之協助」一詞。「法律上之協助」一詞，因今日已少被使用，宜於修法時一併改善，使法條規定能明確易懂³⁸。

³³ 此文義上之問題，曹偉修前註（12）1306 頁、石志泉/楊建華前註（12）451 頁均未論及。1999 年「司法院民事訴訟法研究修正委員會」討論此條文之修正時亦未觸及，見該會 1999 年 4 月 20 日第 671 次、同 27 日第 672 次會議紀錄，司法院編印『司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（16）』111 頁以下、131 頁以下。此規定首見於 1921 年中華民國北洋政府民事訴訟條例（「或依中國法律上之輔助送達者不在此限」）。1930 年民訴法並無規定。1935 年民訴法始有「或依中華民國法律上之協助送達」之規定。最高法院印行『重要民事法律程序法新舊條文彙編』（1991 年）382 頁以下。

³⁴ 1905 年「外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法」第 1 條、1970 年「民事訴訟手續に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手續の特例等に関する法律」第 3 條。

³⁵ 仁井田益太郎『民事訴訟法要論（上卷）』（明治 42 年/1909 年 3 版，有斐閣）147 頁以「國際間之法律上之共助」為標題，對司法互助進行解說。

³⁶ 此詞於日文譯為「法律上之援助」、「法院所為之法律上援助」。山田晟『ドイツ法律用語辞典』（大学書林，1994 年 3 版）。[本文付印前夕，發現蔡章麟，民事訴訟法，第 1 冊，1966 年 3 版，86-87 頁已經有「法律上之協助（司法協助）」之敘述，謹此補誌。蔡著初版於民國 43 年，惜現已絕版並僅少數圖書館有典藏。]

³⁷ 譯自齋藤常三郎＝中田淳一『獨逸民事訴訟法〔I〕』（有斐閣，1955 年）483 頁。

³⁸ 我國許多法律語彙混亂。如 1930 年民訴法所用「訴訟拘束」一詞，於 1935 年民訴法不再使用後仍存在於民法第 959 條中，至 2010 年民法全面修正時始處理。另「商務仲裁條例」一詞，於該法 1998 年全面修改並更名為仲裁法後仍繼續存在於證券交易法第 166 條以下，至 2012 年始修正。又，民法於 2010 年插入第 1052 條之 1 後，第 1053 條之「對於前條第一款……」之「前條」（指第 1052 條）文字未隨之修正。民法第 1052 條亦曾有嚴重之錯字、漏字、矛盾等問題，參見林秀雄「裁判離婚原因之修正」司法周刊 1350 期（2007 年）第 2 面（2008 年已修法修正）。我國補破網式的修法，與日本立法者修法時全面整理應配

由本文前述說明可知，是否能依司法互助對被告送達訴狀，可能影響到我國法院及外國法院之判決是否能互相被承認與執行。此外，若我國與外國法院欲調查對方國內之人證或物證，將直接面臨司法互助之問題。以下對我國之司法互助環境進行考察。

參、我國司法互助的環境

一、依國際條約或協定之司法互助

近年來，英國、加拿大、歐盟、阿爾巴尼亞先後對我國人採入境免簽證措施，全世界已有 116 個國家或地區給我國人免簽或落地簽之待遇。然而，世界上僅 23 國與我國有外交關係³⁹，凸顯了我國在國際社會之孤立處境。從而，國際社會上有關民事送達之條約，如 1954 年「關於民事訴訟程序之條約」（以下簡稱民訴條約），1965 年「關於民事或商事之訴訟上及訴訟外之文書於外國之送達及通知之條約」（以下簡稱送達條約），我國無從加入，亦未與外國簽訂有關民事司法共助之兩國間條約⁴⁰。

不過，我國以行政機關名義或對外代表處等名義與非邦交國之行政機關、代表處或領事機構等締結協定（Agreement）或簽立備忘錄之例，並非罕見。例如，與法國 2004 年「臺北經濟部中央標準局與巴黎工業財產局間關於相互授予專利、設計及商標優先權暨合作換函之修正換函」、與以色列 2009 年「駐臺拉維夫臺北經濟文化辦事處與駐臺北以色列經濟文化辦事處間之關務互助協定」、2010 年「中華民國（台灣）與以色列（之相關當局之間）關於洗錢及資助恐怖主義相關金融情資交換合作了解備忘錄」⁴¹、與美國 2004 年「駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會消費者產品安全合作備忘錄」、與英國 2000 年「駐英國台北代表處與駐台北英國貿易文化辦事處智慧財產權相互承認合作辦法」、與德國某邦 1990 年「中華民國經濟部投資業務處與巴登玉

合修正法規之慎重態度，大相逕庭（另如大法官人數，雖憲法增修條文第 5 條規定「司法院設大法官十五人」，司法院組織法第 3 條仍規定「司法院置大法官十七人」）。

³⁹ 參見外交部網站（www.mofa.gov.tw）之「外交資訊」欄（2011 年 10 月 3 日確認）。絕大多數為太平洋、中南美、非洲之國家。歐洲僅教廷（梵諦岡）。

⁴⁰ 但關於刑事司法互助，依外交部網站，中華民國與 9 個國家有簽訂引渡條約（惟其中 4 國現已與我國斷交）。

⁴¹ 括弧內文字為筆者據其英文名稱所加。英文名為：「Memorandum of Understanding between the Competent Authorities of the Republic of China (Taiwan) and of Israel Concerning Cooperation in the Exchange of Financial Intelligence Related to Money Laundering and the Financing of Terrorism」。

騰堡邦國際經濟合作處間促進投資合作協定」、與印度 2002 年「駐新德里臺北經濟文化中心與駐臺北印度—台北協會間投資促進及保護協定」、與印尼 2004 年「駐印尼臺北經濟貿易代表處與印尼駐台北經濟貿易辦事處海洋及漁業合作瞭解備忘錄」、與泰國 2002 年「駐臺北泰國貿易經濟辦事處與駐泰國臺北經濟文化辦事處間聘僱泰籍勞工協定」、與加拿大 2010 年「駐加拿大台北經濟文化代表處與加拿大駐臺北貿易辦事處有關青年交流瞭解備忘錄」、與南韓 2010 年「駐韓國臺北代表部與駐臺北韓國代表部打工度假簽證瞭解備忘錄」、與澳洲 2011 年「駐澳大利亞臺北經濟文化辦事處與澳大利亞商工辦事處投資促進協議」等⁴²。此外，迄 2011 年 9 月 24 日止，我國已與紐西蘭、澳洲、英國、比利時、法國、丹麥等 22 國簽訂了租稅協定（避免所得稅雙重課稅及防杜逃稅協定）⁴³。

日本也透過處理簽證、領事事務之「財團法人交流協會」⁴⁴，與我國外交部之「亞東關係協會」締結各種協議。例如，2005 年「亞東關係協會與財團法人交流協會間關於控制有害廢棄物越境轉移及其處置協定」、2007 年「亞東關係協會與財團法人交流會間關於台日駕照相互承認之協定」、「亞東關係協會與財團法人交流協會間關於台日雙方在對方機場實施入境事先確認之備忘錄」、2008 年「亞東關係協會與財團法人交流協會間有關飛航安全協議書」、2009 年「亞東關係協會與財團法人交流協會間關於維持民間航空業務之協議」、2011 年「亞東關係協會與財團法人交流協會有關投資自由化、促進及保護合作協議」。另外，台日間持續舉行「經濟貿易會議」，由台日雙方政府相關部會人員進行意見交換與協商。如 2008 年於台北作成亞東關係協會與日本交流協會間「第 33 屆經濟貿易會議記錄」。

我國不以國家間條約之形式，而以此種對外代表處等之名義與非邦交國所締結之司法互助協定，首推台美間於 2002 年締結之「駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定」⁴⁵。於此台美刑事司法共助

⁴² 以上均可於外交部網頁「中華民國外交部條約協定查詢系統」(<http://no06.mofa.gov.tw/mofatreatys/>) 檢索。

⁴³ 例如，2004 年與比利時之「駐比利時臺北代表處與比利時臺北辦事處避免所得稅雙重課稅及防杜逃漏稅協定」、2010 年與法國之「駐法國台北代表處與法國在台協會建立避免所得稅雙重課稅及防杜逃稅機制之協定」。見前註外交部網站及財政部賦稅署網站 (<http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?contlink=content/treaty.jsp&level2=Y&qclass=>) (2011 年 10 月 2 日確認)。

⁴⁴ 為了於日台斷交後處理與台灣有關之事務，於 1972 年由日本外務省及當時之通商產業省（現在之經濟產業省）所認可成立之團體。見日本外務省官網 (www.mofa.go.jp/mofaj/area/taiwan/index.html)。

⁴⁵ 全文見外交部網站 (http://no06.mofa.gov.tw/mofatreaty/Upload/00/00549_C.pdf)。中英文版均為正本。

協定中，台美雙方約定針對「取得證言或陳述」、「送達文件」、「為作證或其他目的而解送受拘禁人」、「執行搜索及扣押之請求」、「協助凍結及沒收資產、歸還補償、罰金之執程序」、「不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式之協助」等項目，進行司法互助。依該協定第 3 條規定，台美雙方關於司法互助之「指定代表人」，為「駐美國臺北經濟文化代表處所代表之領土之法務部長」，及「美國在臺協會所代表之領土之司法部長」⁴⁶。

最早與台灣簽訂民事司法互助相關協定的，是中國大陸。2009 年 4 月我方之「財團法人海峽交流基金會」與中國大陸之「海峽兩岸關係協會」簽署了「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」。於該協議，雙方同意相互協助司法文書之送達、調查取證、搜索扣押、罪贓移交、罪犯接返、人員遣返，並相互認可及執行民事確定裁判與仲裁判斷⁴⁷。

隨後，越南亦與我國簽訂民事司法互助協定，即 2010 年 4 月簽訂、2010 年 11 月立法院批准之「駐越南台北經濟文化辦事處（Taipei Economic and Cultural Office in Vietnam）與駐臺北越南經濟文化辦事處（Vietnam Economic and Cultural Office in Taipei）關於民事司法互助協定」（正本為英文）⁴⁸。該協定（Agreement）包含了雙方之經濟文化辦事處可於對方領土向己方國民送達文書（13 條）、文書之送達（4 條、17 條）、調查取證（18 條）、法院判決與仲裁判斷之承認與執行（19-24 條）等規定。

由上可知，儘管沒有正式邦交，但各國與我國在航空事務、海關、簽證、機場檢查、駕照承認等廣泛事項上締結了協定或協議。美國、越南甚至中國大陸也與我國建立了刑事或民事之司法互助制度。然而，現在日本與台灣間並沒有關於司法互助之協定，與日本之司法互助是否可能，將依台日雙方各自之國內法規來處理、判斷。

⁴⁶ 筆者譯自英文版。中文版之文字則為「駐美國臺北經濟文化代表處所屬領土之法務部長」、「美國在臺協會所屬領土之司法部長」。

⁴⁷ 協議全文見行政院大陸委員會網站（<http://www.mac.gov.tw/public/Data/04261055771.pdf>）（2011 年 10 月 3 日確認）。

⁴⁸ 全文見立法院公報第 99 卷第 61 期院會紀錄 76-103 頁。政府提案說明：「查我國與越南近十餘年來互動密切而頻繁，據統計目前在台灣之越南新娘約有 13 萬人，而越裔之『新臺灣之子』亦有 20 餘萬人，再加上為數眾多的越南幫傭及勞工，因此所衍生之民事、商事糾紛及訴訟事件亦隨之增加，為解決此一問題，我與越南政府咸認有簽署民事司法互助協定，以提供兩國國民司法保障之必要」、「法務部前於 97 年 5 月間，即組團訪問越南司法部，就臺越兩國簽署民事司法互助協定事進行磋商，雙方並就協定使用之文字及內容多次溝通協商獲致共識僅簽署英文約本。嗣越方於上（98）年 8 月間由該國司法部、公安部、國務院等機關人員組團來臺，與我就協定內容達成共識部分簽署議事錄，確定協定草案之內容」。同立法院公報，77、78 頁。

二、依我國國內法之司法互助

(一) 我國對外提供民事司法互助及外國判決承認、執行之現狀

雖難謂全面性的清查，以下先針對我國對外國提供司法互助，及我國承認、執行外國判決之情形，進行概觀與整理⁴⁹。

〔美國〕 我國法院有受美國法院委託而實施送達之例。此可從最高法院 93 年度台上字第 61 號裁定、台北地院 92 年度重訴字第 541 號判決、最高法院 95 年度台上字第 141 號判決等承認、執行美國法院判決事件之裁判書中得知。

美國法院委託我國法院協助送達之流程如下。首先，由美國法院製作請求司法互助之委託書 (Letters Rogatory)，送交給美國國務院⁵⁰，再經美國在台協會 (AIT) 轉送給我國「駐美國臺北經濟文化代表處」，再轉送給台北之外交部，再由外交部直接轉送給我國各地管轄法院⁵¹。

而我國承認、執行美國法院判決之例，除前引者外，尚可舉台北地院 89 年度訴字第 4389 號判決、新竹地院 95 年度訴字第 339 號判決、台北地院 96 年度訴字第 6295 號判決、台北地院 99 年度訴字第 2087 號判決、最高法院 100 年度台上字第 1512 號判決等。

另外，於一請求承認、執行美國法院判決事件中，我國法院透過外交部「駐舊金山台北經濟文化辦事處」，向美國法院查詢該美國訴訟程序中之文書送達情形。美國法院對之答覆，並轉送回我國法院，成為判決之依據⁵²。此似可認亦為台美間廣義之民事司法互助之例。

〔英國〕 從台北地院 92 年度國貿字第 3 號判決之判決理由中，可知我國士

⁴⁹ 於研究過程中，筆者曾透過靜宜大學法律學系之協助，由靜宜大學發公文函請司法院（民事廳、家事及少年廳）及外交部提供相關資料協助進行學術研究，惟未獲所需資料。故本文係筆者依法院裁判書及其他間接資料研究整理而得。

⁵⁰ 參見美國國務院網頁 (http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_669.html ; 2011 年 9 月 1 日確認)。

⁵¹ 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 1998 年 5 月號 69 頁謂美國國務院會將委託書轉送給華盛頓之 AIT 總部，AIT 再轉送給我國外交部駐美國華盛頓之台北經濟文化辦事處，再轉送給我國外交部，再轉給司法院，再轉送給管轄法院。不過，依後註 (67) 之司法院函，我國外交部係不經司法院而直接轉送給管轄法院（「外國法院委託我國法院送達或調查證據，係由外交機關轉送我國各該管法院辦理，並未透過本院轉送」）。

⁵² 台灣高等法院 2010 年 7 月 7 日 98 年度重上更(二)字第 125 號判決。

林地院曾協助送達英國法院開始訴訟之通知或命令⁵³。另外，於新竹地院 93 年度重訴字第 142 號判決，從被告之陳述，可知英國法院曾透過司法互助於台灣向其送達訴狀⁵⁴。此外，台灣高等法院 99 年度上字第 1088 號判決（2011 年 8 月 16 日）引用外交部回函指出⁵⁵，「我雖與英國間未簽署司法互助協定，惟基於實務需要，近年英國法院常透過英國外交部請該處（筆者按：指我國駐英代表處）將司法文書轉由我法院送達我國當事人，該處皆協助處理」。

而我國對英國法院判決加以承認、執行之例，可舉台北地院 92 年度國貿字第 3 號判決、高雄地院 86 年度重訴字第 724 號判決、最高法院 98 年度台上字第 80 號判決、台灣高等法院 99 年度重上更(一)字第 145 號判決、台灣高等法院 99 年度上字第 1088 號判決，等。

〔新加坡〕 我國有協助新加坡法院送達文書及承認、執行新加坡法院判決之例⁵⁶。於此事件，協助送達之委託之傳達路徑似為「新加坡法院→新加坡駐台北商務辦事處→我國外交部條約司→台北地院實施送達」⁵⁷。於此案中，台北地院並曾函請臺灣高等法院轉外交部向新加坡查詢有關新加坡法院是否承認我國判決（傳達之路徑似為：「台北地院→台灣高等法院→我國外交部→我國駐星代表處→星國律政部」），得到回答後成為法院判決之基礎。此亦可認係台星司法互助之事例。

我國法院許可強制執行新加坡法院判決之例，另有台北地院 98 年度重訴字第 210 號判決、台北地院 98 年度重訴字第 437 號判決、板橋地院 100 年度重訴字第 343 號判決等。

〔日本〕 我國有承認、執行日本法院判決之例。板橋地院 92 年度重訴字第 212 號判決、二審台灣高等法院 93 年度重上字第 290 號判決對東京地裁 2002

⁵³ 從裁判書中無從得知委託書之轉送途徑。李忠雄，前註（51）70 頁指出其作為律師曾接洽英國貿易文化辦事處（BTCO）欲請其接受英國法院訴訟文件轉送我國外交部，但其以非其職權範圍而拒不受理。

⁵⁴ 被告稱：「對於外國法院訴訟文件擬向我國國民送達者，我國法律訂有『外國法院委託事件協助法』及司法院『司法協助事件之處理程序』以資遵循。原告及英國法院於本件訴訟在英國起訴之初均曾依此送達起訴狀，就此規定應知之甚詳（詳原告起訴狀及本院 91 年度助字第 3 號有關本件英國起訴狀囑託鈞院送達案件）」。

⁵⁵ 法院向外交部函詢英國是否承認我國判決，外交部之函覆「外交部 100 年 6 月 23 日外條二字第 10004389760 號函」。

⁵⁶ 第一審 2008 年 6 月 20 日台北地院 96 年度重訴字第 811 號判決、第二審 2009 年 5 月 26 日台灣高院 97 年度重上字第 408 號判決、第三審 2009 年 9 月 24 日最高法院 98 年度台上字第 1756 號判決、更審 2011 年 1 月 25 日台灣高院 98 年度重上更(一)字第 130 號判決。

⁵⁷ 地院判決書謂：「本件原告於 95 年 3 月 2 日在新加坡起訴……經新加坡法院委託新加坡駐台北商務辦事處轉外交部條約司檢送訴訟文書由本院協助送達被告，被告於 95 年 6 月 12 日收受，業經調閱本院 95 年度助字第 25 號囑託送達卷查核無誤，並有送達證明附卷可憑」。

年 12 月 6 日平成 14 年（フ）第 1061 号判決許可強制執行。於此案中，台灣高等法院謂：「相互承認主義……在於藉不承認外國法院之確定判決，促使該外國承認我國之確定判決，並藉此保持外國與我國關於確定判決承認利害關係之均衡。基於該相互主義之條件，應解為作成判決之該外國與我國所為同種類判決，所定之承認外國確定判決條件，在重要之點無異即可⁵⁸，亦即不以該外國與我國有外交上之相互承認為必要。……民事訴訟法第 402 條第 1 項第 4 款所謂相互之承認，係指司法上之承認而言，並非指國際法上或政治上之承認。而司法上之相互承認，基於國際間司法權相互尊重及禮讓之原則，如外國法院已有具體承認我國判決之事實存在，或客觀上可期待其將來承認我國法院之判決，即可認有相互之承認，即依民事訴訟法第 402 條及強制執行法第 4 條之 1 之規定觀之，我國對外國判決係採自動承認制度，而日本與我國雖無邦交，惟截至目前為止，日本國並未否認我國法院判決之效力……，揆之首揭說明，應認我國與日本國間就民事判決應有相互承認之關係」。另外，2009 年 12 月 30 日高雄高分院 97 年度家上字第 98 號判決承認日本法院離婚判決之效力，從而將繫屬於我國法院之訴以欠缺權利保護必要駁回⁵⁹。此外，台南高分院 97 年度家抗字第 15 號裁定（2008 年 8 月 18 日）曾於調查日本民訴法第 118 條之規定後，認為我國法院判決在日本應會被承認⁶⁰。

〔南韓〕 我國法院有許可強制執行韓國法院確定支付命令之例（2009 年 2 月 27 日新竹地院 97 年度重訴字第 194 號判決）。於此案，日本之平田機工株式會社主張其對韓商深友股份有限公司（Simwoo Incorporation）有約 6 千萬日幣之債權，向韓國水原地方法院安山支院聲請核發支付命令。該院之支付命令於 2008 年 9 月 29 日送達被告，因其未於 2 週內提出異議，支付命令遂告確定。由於深友公司在新竹設有分公司，平田機電遂向新竹地院提訴請求法院宣告准許強制執行。新竹地院未區別確定支付命令與法院確定判決之異同，判決許可執行⁶¹。

⁵⁸ 此與日本最高法院對其民訴法第 118 條第 4 款之解釋相同。後註（95）。

⁵⁹ 關於此事件，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」台灣法學雜誌 158 期（2010 年 8 月 15 日）207 頁以下。

⁶⁰ 不過，高分院判決書中所引用之日本民訴法規定之條號雖為現行條文之條號（第 118 條），條文內容卻係平成 8 年（1996）修法前之舊法第 200 條之內容。又原審台南地院依據外交部臺北駐日經濟文化代表處 95 年 5 月 21 日日證字第 2254 號函之錯誤資訊為其裁判基礎，幸台南高分院於認真審理後正確地認為「外交部臺北駐日經濟文化代表處函文所據者，僅引用日本學者前開文章之前段，而置重點所在之後段於不顧，實乃斷章取義，不足為憑」。

⁶¹ 於日本，有學者認為外國法院之確定支付命令在日本不能被承認或執行。高桑昭「外国裁判所の承認」前註（7）『国際民事訴訟法』308 頁；高桑昭「わが国における外国判決の承認についての再論」成蹊法学 72 号 65 頁（2010 年 6 月）、75 頁。與此相對，也有主張「確定支付命令」可解為該當於承認、執行對象之「判決」者。岩野ほか『注解強制執行

〔馬來西亞〕 我國法院有許可強制執行馬來西亞法院判決之例，參見前註（20）。

〔中國大陸〕 如前所述，台灣與中國大陸間有民事司法互助相關協議。雙方透過台灣之「財團法人海峽交流基金會」與中國大陸之「海峽兩岸關係協會」，進行文書送達及調查取證之司法互助。

中國大陸民事判決在台灣之承認執行問題，係由「台灣地區與大陸地區人民關係條例」規範。最高法院民事第 2、3、6 庭於 2008 年前後之判決認為，法院依同法第 74 條裁定認可之中國人民法院判決僅被賦予執行力，而無既判力⁶²。關於〔香港〕，我國法院曾認台港間欠缺民訴法第 402 條中「相互之承

法（1）」（1974 年）106 頁（三井哲夫）；小林，前註（14）33 頁、36 頁。另外，和解筆錄在台灣及日本都被認為不能成為承認、執行之對象。前註（14）條解民訴 626 頁（竹下守夫）；司法院（79）秘台廳一字第 01832 號（1990 年 7 月 21 日）：「按本案之日本國法院和解筆錄非民事訴訟法第四百零二條及強制執行法第四十三條之外國法院判決，亦非可比擬在我國法院成立之和解，然如可認當事人係基於雙方之合意，而於外國法院成立和解者，似非不可認其具有民法上和解之效力……」。

⁶² 2007 年 11 月 15 日最高法院 96 台上 2531 號判決（民事第 6 庭）、2008 年 10 月 24 日最高法院 97 台上 2258 號判決（民事第 2 庭）、2008 年 11 月 13 日最高法院 97 台上 2376 號判決（民事第 3 庭）。此為一爭議問題。我國學者通說似壓倒性地批判最高法院見解，主張應承認中國大陸判決有既判力。然而，中國大陸之民事訴訟制度特殊，日本學者有於詳細研究後認為，中國大陸之司法欠缺審判獨立之制度保障，故承認其判決，會侵害日本憲法所保障之（受獨立、中立之法官審判之）訴訟權。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）161 卷 2 号・3 号・5 号・6 号（2007 年 5・6・8・9 月）。並參見前註（14）條解民訴 640 頁（竹下守夫）。此外，中國大陸之民事再審制度（審判監督制度）特殊，下判決之人民法院及其上級人民法院得於認為原判決「確有錯誤」時主動發動再審，沒有時間及事由之限制（中國民訴法第 177 條）。人民檢察院亦可發動再審。而當事人雖能申請再審，但「實際上，《民事訴訟法》規定的當事人申請再審，並不同於再審之訴。其原因在於，當事人的申請再審權並非訴權。對當事人的申請再審，注重的是申請和批准的互動，該制度設計中更多考慮的是公權力的運用」（王新華/梁偉棟「民事再審程序中父愛主義的缺陷」華東交通大學學報 2009 年 12 月 113 頁。同旨，張豔麗/姜琨琨「民事再審之訴及制度構建」北京理工大學學報（社會科學版）2010 年 6 月 91 頁）。並有指出：法院對當事人申請再審之受理是「裁量性程序」，法院駁回再審申請可不說明理由，2007 年民訴修正「並未改變這一權力的性質，只是通過更加具體的再審事由使這一裁量權的行使更加透明」，故其「有別於大陸法系國家的再審之訴」，係「由法院保留裁量審查受理權」之「申訴」（傅郁林「司法職能分層目標下的高層法院職能轉型」清華法學 2009 年第 5 期 122、125-6 頁）。由於中國大陸之再審制度特殊，香港法院認為其判決可能非「最終及不可推翻的判決」。見香港法院判決「陳國柱對陳桂洲」（HCA 663/2005）第 6 段（「內地的司法制度，除了上訴二審終審以外，還有審判監督制度。案件可由當事人申請，或原審法院院長提交，或上級法院指令重審；或由對上一級或最高人民檢察院提出抗訴。因此，判決可能不算最終及不可推翻的判決」）、「李祐榮與李瑞群」（CACV 159/2004）第 14-15 段（並參見第 20 段「法廷之友」袁國強律師之意見）、「伍威對劉一萍」（CACV 32/2009）第 7 段、2008 年 6 月 12 日香港特別行政區高等法院上訴法庭民事上訴案件 CACV 155/2007 第 62 段（「首先，

認」要件，但台灣高等法院 90 年度家上字第 205 號判決（上訴審最高法院 93 年度台上字第 1943 號判決）改而承認香港法院之離婚判決。台灣高等法院 99 年度重上字第 426 號判決（2011 年 6 月 7 日）亦承認香港法院判決。

〔比利時〕 我國法院有承認、執行比利時法院判決之例。台中地院 2005 年 4 月 14 日 93 年度家訴字第 162 號判決（二審台中高分院 2006 年 3 月 28 日 94 年度家上字第 101 號判決〔上訴駁回〕，三審最高法院 2006 年 6 月 29 日 95 年度台上字第 1364 號裁定〔上訴不合法駁回〕）認為，我國與比利時之間有民訴法第 402 條之「相互之承認」關係，並許可強制執行比利時魯汶高等法院之命給付夫妻贍養費及未成年子女生活費暨教育費用之判決。

〔加拿大〕 我國法院有承認加拿大法院判決之例（台灣高等法院 94 年度家上字第 110 號判決）。

〔澳大利亞〕 我國法院有承認澳洲法院判決之例。板橋地院 2009 年 8 月 31 日 98 年度家訴字第 57 號判決准許強制執行澳大利亞國聯邦裁判法院（The Federal Magistrates Court of Australia）命子女與母親同居之判決。

〔南非共和國〕 我國法院有承認南非法院判決之例（一審台北地院 90 年度訴字第 726 號判決，二審台灣高等法院 91 年度上字第 191 號判決，三審最高法院 93 年度台上字第 1619 號裁定）。

（二）我國關於對外國提供司法互助之國內法規

關於國際司法互助，我國有 1963 年之「外國法院委託事件協助法」（以下簡稱協助法）。2006 年司法院完成修法草案之研擬，預定進行條文名稱在內之全面修改⁶³。但迄今尚無修法動靜。司法院並表示該草案「尚在研議中，不便提供」⁶⁴。

「外國法院委託事件協助法」（1963 年）

第 1 條 法院受外國法院委託協助民事或刑事事件，除條約或法律有特別規定外，依本法辦理。

第 2 條 法院受託協助民事或刑事事件，以不牴觸中華民國法令者為限。

第 3 條 委託事件之轉送，應以書面經由外交機關為之。

第 4 條 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，

國內法院的判決對香港法庭並沒有任何約束力，亦不能在香港執行」。

⁶³ 2006 年 5 月 2 日司法院刑事廳「外國法院委託事件協助法修正草案研擬完成新聞稿」（http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1284_main.html）。

⁶⁴ 筆者向司法院查詢結果。後註（67）函。

亦當為同等之協助。

第 5 條 法院受託送達民事或刑事訴訟上之文件，依民事或刑事訴訟法關於送達之規定辦理。

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 6 條 法院受託調查民事或刑事訴訟上之證據，依委託本旨，按照民事或刑事訴訟法關於調查證據之規定辦理之。

委託調查證據，應於委託書內詳載訴訟當事人之姓名，證據方法之種類，應受調查人之姓名、國籍、住所、居所或事務所、營業所及應加調查之事項，如係刑事案件，併附案件摘要。

第 7 條 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 8 條 關於送達或調查之費用，民事依中華民國有關徵收費用之法令辦理，刑事接受委託法院實際支出之費用計算，由委託法院所屬國償還。

第 9 條 本法自公布日施行。

依此法律，我國法院可受外國法院委託而協助送達文書或調查證據。其第 3 條規定，委託事件之轉送應「經由外交機關為之」。對於與我國有外交關係之外國而言，此應無問題。不過，就與我國無邦交之國家而言，由於欠缺外交關係，甚至其視台灣屬中華人民共和國領土，故彼此之政府外交部門間並無直接接觸或聯繫。因此，就「協助法」所規定之要件而言，似難建立彼此間之司法互助關係。

不過，司法院於 1980 年訂頒「司法協助事件之處理程序」（以下簡稱處理程序），緩和此「由外交機關轉送」要件。

「司法協助事件之處理程序」（1980 年 11 月 11 日司法院（69）院台廳一字第 03860 號函訂頒）

1 我國法院受外國法院委託協助民事或刑事事件，不能依「外國法院委託事件協助法」第三條規定轉送時，仍應參照同法第二條、第四條至第八條規定辦理。受託法院如為最高法院，得逕行囑託管轄法院辦理。並以副本抄送司法院及管轄法院之上級法院；如受託法院為第二審法院，得自行或轉請第一審管轄法院辦理；如受託法院為第一審管轄法院，得逕行辦理或轉請上級法院辦理。第一審及第二審管轄法院於辦理協助事件完畢後，應函請最高法院轉函委託國之最高法院轉知該國委託法院，並以副本抄送司法院。如受託法院為第一審法院時，並應以副本送其直接上級法院。

2 我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理。惟我國於受託國未設使領館或駐外代表機構者，可逕行函請最高法院囑託

受託國最高法院協助，並以副本送司法院，如為第一審法院，並應以副本送其直接上級法院。

作為司法行政機關之司法院得否制訂與法律規定相左之規則或處理要點，不無疑問⁶⁵。然而，我國法院對此「處理程序」似未表示懷疑⁶⁶。因此，倘若日本法院依日本民訴法第 108 條（於外國行送達，由審判長囑託該國管轄官廳或駐在該國之日本大使、公使或領事行之）或日本民訴法第 184 條（於外國調查證據，須囑託該國管轄官廳或駐在該國之日本大使、公使或領事行之）之規定，直接委託我國「管轄官廳」協助送達或調查證據，我國法院或有可能會提供協助⁶⁷。

另外，以曾多次委託我國法院協助送達之美國為例，美國國務院網頁說明，製作對台灣之司法互助委託書（Letters Rogatory）時，應遵循美國政策，於所有文件及其中譯本均避免使用「中華民國」一詞，「單純稱呼台灣為台灣」，並以「台灣司法當局」而非「中華民國司法當局」為受文者⁶⁸。若可不必使用中華民國國號，則對非邦交國而言，應較容易向我國提出司法互助之請求⁶⁹。

不過另一方面，「協助法」第 4 條規定，「委託法院所屬國，應聲明中華

⁶⁵ 司法院除了職司憲法解釋之大法官會議，實際上為最高司法行政機關。參見 2001 年之釋字第 530 號解釋。

⁶⁶ 例如，最高法院 100 年度台上字第 42 號判決謂：「外國法院對在中華民國之被告，送達有關訴訟程序開始之通知或命令時……應依我國制定公布之『外國法院委託事件協助法』、『司法協助事件之處理程序』及其他司法互助協定暨作業要點等相關法規為協助送達」。

⁶⁷ 不過，筆者曾透過靜宜大學法律學系之協助，由靜宜大學以公文向司法院確認。2011 年 9 月 5 日司法院秘書長（函）秘台廳民一字第 1000017833 號回覆謂，1963 年之「協助法」與 1980 年司法院之「處理程序」，「因協助法與處理程序兩者規範之對象不同，非謂我國法院得不依協助法第 3 條規定，逕依該處理程序受外國法院直接委託」。

此外，於日本一向被認為，欲依其民訴法第 108 條向外國之管轄官廳為送達之囑託，其前提為該外國與日本間有締結條約或其他的協議。岡崎，前註（25）210 頁；秋山ほか，前註（14）408 頁；細野長良『民事訴訟法要義（第 3 卷）』（1934 年 5 版，巖松堂書店）236 頁；中島弘道『日本民事訴訟法（第 1 編）』（1939 年 3 版，松華堂書店）722 頁。故實際上日本法院應不會直接向我國法院提出請求。

⁶⁸ 前註（50）網頁。一般之委託書為「致（某國）司法當局」(To the Appropriate Judicial Authority of (Insert name of Country))。見：[\[http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_683.html\]](http://travel.state.gov/law/judicial/judicial_683.html)。

⁶⁹ 不過，李忠雄，前註（51）70 頁謂，「由於委託送達需由國外法院出具同意互惠文件，又需以中華民國法院為受文者，據筆者所知，許多國家法院因無外交關係，不願委託我國法院送達」。對此受文者稱謂之問題，前註（67）司法院秘書長函則僅回覆謂：「協助法第 4 條規定：『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。』故聲明內容如何始符合前開規定，事屬受託法院權責，應由受託法院依職權認定」，其是否認為受文者稱謂之問題亦係由受託法院認定，難以確知。

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」。此「互惠聲明」之要件，係要求「委託法院所屬國」提出聲明。此對與我國無邦交之外國政府而言，不無難處。

關於此點，我國實務上之處理並不一致。從法院裁判書中之記述似可推知，由外國法院（而非外國政府）提出對我國法院承諾提供互惠協助之文書即可⁷⁰。以多次委託我國法院送達之美國為例，美國國務院網頁說明，司法互助委託書應聲明願提供互惠協助⁷¹。委託書係由法院作成，由法官簽名⁷²。

然而，於一 2008 年外交部函轉澳大利亞家事法院有關傳票送達與調閱文件之司法互助請求，司法院秘書長函覆外交部謂：「按目前外國法院請求我國司法協助，除條約另有規定外，均依外國法院委託事件協助法規定辦理；依該法第 4 條規定，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。經查，本件司法協助案之請求，係以澳洲家庭法院名義出具請求國際司法協助，並無以委託法院所屬國之名義為上開聲明，核與前開第 4 條規定要件不合；為符平等互惠原則，宜請澳大利亞國有權機關補具司法互助請求函，以供憑辦」⁷³。

筆者因而就互惠聲明是否由外國法院提出即可，或是須以外國政府名義提出一事，由靜宜大學函詢司法院。司法院秘書長函覆（2011 年）謂，「協助法第 4 條規定：『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。』故聲明內容如何始符合前開規定，事屬受託法院權責，應由受託法院依職權認定」⁷⁴。其並未提及 2008 年函。

⁷⁰ 於台北地院 92 年度國貿字第 3 號判決，可得知英國法院有出具「國際司法互惠協助函」。於板橋地院 91 年度訴字第 2160 號判決，當事人向法院提出「英國英格蘭暨威爾斯最高法院院長 Robert Turner 先生依外國法院委託事件協助法第四條之規定所出具並經我國駐英台北代表處認證之證明書」。另外，於「外國法院委託事件協助法」制定前，1958 年 12 月 25 日前司法行政部（47）台函民字第 6670 號謂「外國法院以特別事件囑託我國法院代為調查，除國際條約有特別規定外，僅須於囑託書內聲明對我國法院囑託事件為同等之協助，我國法院當依囑託意旨予以調查答覆，民事協助辦法亦有規定。本件日本東京地方法院受理之高○○房屋產權事件，其調查證據，似可依上開規定辦理」。

⁷¹ 前註（50）網頁謂：「Letters rogatory should contain an offer of reciprocal assistance」。前註（68）網頁亦謂，委託書應包含「A statement from the requesting court expressing a willingness to provide similar assistance to judicial authorities of the receiving state」。

⁷² 前註（68）網頁。另外，於日本，於向外國為司法互助之委託時，日本法院亦有於委託書中記載「就法院而言，依『外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法』之規定，於合於同法所定要件時，將對外國法院之同種類委託提供協助，特此補充說明」之例。最高裁判所事務總局民事局『國際司法共助ハンドブック』（1999 年，法曹会）266 頁（對泰國之送達委託）、282 頁（對澳大利亞之送達委託）。

⁷³ 司法院秘書長 2008 年 8 月 4 日廳少家二字第 0970015405 號。

⁷⁴ 前註（67）。另外，2008 年函當時之司法院秘書長為謝文定氏，2010 年 7 月更迭為沈守敬氏，2010 年 10 月復更迭為林錦芳氏。

以電話確認得知，2008 年函為司法院「少年及家事廳」所辦理，2011 年函為司法院「民事廳」辦理。

另一方面，由台灣高等法院 99 年度上字第 1088 號判決所引用之外交部公文⁷⁵，可知英國法院請求我國法院協助送達，係由英國法院製作司法協助請求函，而「英國高等法院於其司法協助請求函中皆言明，依據英國法律承認我司法管轄權並執行我法院判決，英國法院基此亦將互惠提供我國法院對等之司法協助」⁷⁶。

綜上，雖有混亂之處，但可知由外國法院出具「互惠聲明」係有可能被接受。縱依司法院秘書長 2008 年函之見解認為以外國法院名義出具互惠聲明尚有未足，依前述我國與非邦交國締結協定之實情來看，由外國在台之代表或領事機構（如日本之交流協會）出具亦應可認已足，而無昧於外交現實，要求須以外國政府名義或國家名義出具之理由。且依民訴法第 402 條第 1 項第 4 款「相互之承認」被解釋為係「司法上之承認」而非外交、政治上承認之情形來看，為了妥善解決人民間涉外法律關係，保障私權，應比照其情形而認為若委託法院所屬國之司法或行政相關單位提出聲明，致可合理期待雙方法院相互提供協助時，即為已足。故若外國法院出具願提供互惠協助之聲明時，除有合理根據足認該國行政機關將不願提供依其國內法規定對我國法院提供司法協助所必要之協助（如轉送）外，應得認已滿足協助法第 4 條之要件。

不過，就與我國無邦交之外國而言，有疑問者，係其法院依其國內法規

⁷⁵ 前註（55）。

⁷⁶ 不過，值得注意的是，倘若我國法院欲委託英國法院送達文書，固然依英國「民事訴訟規則」（Civil Procedure Rules）第 6.49 條之定義，其條文中之「外國法院」（foreign court or tribunal）指聯合王國（United Kingdom）以外之國家的法院，故我國法院或可被認為係「外國法院」而不受台英間無外交關係之影響，但依其第 6.50 條關於協助送達之規定，其似要求應由英國外交部長（Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs）出具建請英國法院實施送達之書面。故司法互助仍須獲得英國政府外交部之協助。惟既然英國法院之委託書係透過英國外交部轉送給我國駐英代表處（見該外交部公文說明），應可合理預期英國外交部將來亦會基於互惠主義對我國法院之司法協助請求為必要之轉送與協助。另外，在美國，聯邦法律 28 U.S.C. § 1696 規定美國聯邦法院得依外國法院之委託書（letter rogatory）命令文書之送達。28 U.S.C. § 1781 且規定美國國務院有權力收受外國法院之委託書並轉交給法院或其他執行機關，但其不禁止外國法院直接向美國法院提出請求。因此，欲在美國送達並非必定要透過美國之外交機關（國務院），而可直接向美國法院提出請求（惟其並非一定會提供協助），且前揭聯邦法之規定並不禁止外國法院直接在美國領土為送達行為。惟若透過美國國務院，實務上其會將委託書轉交美國司法部，再轉交給其所屬之美國法警局（U.S. Marshals Service）執行送達，而後者並不收受外國法院直接送來之送達委託（Born/Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts*, 5th ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 963）。關於美國法院得受外國法院委託調查證據，則規定於 28 U.S.C. § 1782。

是否真可能對我國法院提供司法協助？倘若外國法院依其國內法規無法對我國法院提供司法協助，則無論以何種名義，勢必均無法提出有意義之互惠聲明。則依我國現行法，我國法院亦不能對該外國法院提供司法協助⁷⁷。以下擬針對此點，自日本之角度，探討日本法院對我國法院提供司法協助之可能性，俾我國政府及法院能瞭解日本之情形。

肆、日本對台提供司法協助之可能性

我國與日本之間並無關於司法互助之協定或協議。因此，日本法院是否得對我國法院提供司法協助，將依日本國內法，即 1905 年之「受外國法院囑託之共助法」（「外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法」，以下簡稱「共助法」）來判斷。

受外國法院囑託之共助法（明治 38 年 = 1905；最終改正昭和 13 年 = 1938）（筆者譯）

第一條 法院因外國法院之囑託，得就民事及刑事訴訟事件之文書送達及證據調查，為法律上之輔助。

（第 2 項） 法律上之輔助，由管轄該等事務應被辦理之地之區法院行之。

第一條之二 法律上之輔助，於具備左列要件時始為之。

一 囑託係經由外交機關為之。

二 送達文書之囑託，以書面記載應受送達人及其國籍及住所或居所為之。

三 調查證據之囑託，以書面記載訴訟事件之當事人、證據方法之種類、應受調查人之姓名國籍及住所或居所，及應調查之事項為之，刑事事件，須添附記載事件要旨之書面。

四 非以日文做成之囑託書及其相關文書，應添附日文譯本。

五 囑託法院所屬國，應保證償還辦理受託事項所需費用。

六 囑託法院所屬國，應保證就相同或類似事項，對日本法院之囑託提供法律上之輔助。

（第 2 項） 於條約或相當於條約者有與前項相異之規定時，從其規定。

第二條 受託事項屬他法院管轄時，受託法院應將囑託事件移送到該管轄法院。

第三條 受託事項應依日本之法律辦理。

⁷⁷ 不過，如同關於承認、執行外國判決之問題，有學者主張不應以狹隘的互惠主義為要件般（陳長文，外國判決之承認——從歐盟「布魯塞爾判決公約」及美國「對外法律關係新編」評析民事訴訟法第四〇二條，收於：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，252 頁以下），於司法互助之問題，若基於保障私權之憲法角度來看，則是否應採取互惠主義而犧牲具體個案中對人民私權之有效保護，應係有探討空間之開放性問題。

一、「外國法院」之該當性

於適用「共助法」時，首先面臨的問題是，台日間無邦交，日本對中華民國或台灣並無「國家承認」或「政府承認」，則自日本之角度來看，「未承認國」之我國之法院，解釋上是否該當於「共助法」所稱之「外國法院」，不無疑問。

對此，日本關於承認「外國法院之確定判決」效力之民訴法第 118 條規定之法解釋，可資參考⁷⁸。日本學者通說依據承認外國判決制度之旨趣、目的，認為其民訴法第 118 條所稱「外國」，不以日本對之有國家承認或政府承認者為限⁷⁹。依此來看，若符合司法互助之旨趣、目的的話，亦可能認為我國法院亦為「共助法」所稱之「外國法院」。應檢討者，為司法互助在性質上，是否應限於有外交關係之國家間？

在日本，一般認為，司法互助係「基於國家間之合意……一國之機關為他國國內之裁判程序提供協助」⁸⁰，即「國家」係司法互助之行為主體。則

⁷⁸ 日本民訴法第 118 條條文，見前註（28）。

⁷⁹ 日本民訴法第 118 條所稱之「外國」是否限於日本對之有國家承認或政府承認之國家，日本法院尚未表示見解。日本學者之壓倒性通說則認為應採否定說。前註（61）注解強制執行法（1）95 頁（三井哲夫）；鈴木＝三ヶ月（編）『注解民事執行法（1）』（1984 年）387 頁（青山善充）；石黒一憲『現代國際私法〔上〕』（1986 年）446 頁；前註（30）注釈民訴（4）361 頁（高田裕成）；岡田幸宏「外国判決の効力」伊藤＝徳田（編）『講座新民事訴訟法 III』（1998 年）369、371 頁（「僅僅以欠缺高度受政治情勢判斷左右之國家承認、政府承認為理由，而拒絕承認、執行其判決，將大幅減損私人行使其權利之可能性，並容認跛行法律關係之發生，此難認具合理性」）；河野，前註（7）318 頁；秋山ほか，前註（14）513 頁；賀集ほか（編）『基本法コンメンタール 1』（2008 年第 3 版）301 頁（酒井一）；前註（14）条解民訴 624 頁（竹下守夫）。另外，中野貞一郎『民事執行法』（2010 年增補新訂 6 版）194 頁認為，「從欲藉跨國境之權利保護來確保私人間法律關係之安定之制度旨趣來看，要求須有國家承認之見解並非正確」，而變更其舊版所採見解。竹下守夫「判例から見た外国判決の承認」『判例民事訴訟法の理論＝中野貞一郎古稀（下）』（1995 年）522 頁亦認為，與未承認國家之法律亦得為準據法之情形相較，及「基於跨國權利保護、私人間法律關係之國際上之安定性等承認外國判決制度之旨趣」，應採否定說，而變更其於兼子ほか『条解民事訴訟法』（1986 年）644 頁所持之舊見解。

另一方面，認為須有國家承認之見解，僅有：高桑昭「外国判決の承認及び執行」『新・実務民事訴訟講座 7』（1982 年）132 頁；齋藤ほか『注解民事訴訟法（5）』（1994 年第 2 版）117 頁（小室直人・渡部吉隆・齋藤秀夫）；三宅ほか（編）『注解民事訴訟法 II』（2000 年）545 頁（雛形要松）。對高桑昭之見解的批評，見石黒，前揭 447 頁。另外，高桑昭「わが国における外国判決の承認についての再論」成蹊法学 72 号 65 頁（2010 年 6 月）、72 頁以下仍主張應要求有國家承認之見解，惟台灣則不被視為「未承認國家」（76 頁註 16）。

⁸⁰ 前註（72）ハンドブック 3 頁。另參見高桑昭『國際商取引法』（2006 年第 2 版，有斐閣）321 頁（國際司法互助須有國家間之合意）、木棚ほか『國際私法概論』（2007 年第 5 版，有斐閣）335 頁（渡辺）（司法互助之委託，原則上係以一國家對另一國家所為之國家行

對「未承認國」而言，其似不能成為提出或收受司法互助請求之適格主體。此或將根本排除日本與其不承認國家間進行司法互助之可能性⁸¹。

不過，此司法互助之「主體適格性」問題，與承認「外國法院之確定判決」制度中之「外國」是否侷限於與日本有外交關係之外國之問題，有類似之處。而關於後者，日本學者通說壓倒性地認為，日本政府未予國家承認或政府承認之國家之法院判決，亦屬承認對象之「外國法院判決」。此通說立場實際上係承認了日本未承認國法院之司法主權或裁判權⁸²，而自保障私權之角度而言，此將私權保護與政治、外交問題切割之通說立場，係具十足之正當性與合理性。而如此一來，若謂日本僅可承認「未承認國」法院判決之效力，而不得對其審判程序提供必要協助，即欠缺整合性與一致性。

此外，如前所述，與台灣無邦交之美國、越南甚至根本否定中華民國之中國大陸，已經以代表機構或對口團體之名義，與台灣締結了刑事或民事之司法互助協定。而雖無此種司法互助體制，英國、新加坡、美國則以個案方式，實際上與我國有民事司法互助之往來。因此，認為司法互助僅能存在於有相互外交承認之兩國間，係與現實不符。

況且，若將司法互助侷限於有邦交之外國，則日本法院無法適切地調查在台灣之人證與物證，不但可能無法為適切之審判，也可能使日本法院否定其自身之國際裁判管轄⁸³。又因不能依司法互助於台灣送達訴狀，如前所述，日本法院之判決在台灣將有不被承認之情形。而若當事人因有在台灣強制執行之需要而在台灣提訴，亦有可能發生台灣法院無法透過司法互助調查在日本之人證與物證，致不能為適切審理之情形。於結果上，不無可能產生台日兩國之法院均無法對紛爭當事人提供適切權利保護之情形。倘原告為了確保在兩國均能強制執行，而在兩國並行起訴（造成國際訴訟競合），兩國法院又不無可能下矛盾之判決，而在當事人間造成國際私法上所謂「跛行的法律關係」，有害私人間法律關係之國際安定性。此問題狀況其實與各國設立承認外

為之方式進行）。

⁸¹ 福與，前註（25）10頁謂：「對與我國無邦交之台灣（中華民國）或北韓（朝鮮民主主義人民共和國）等即便有送達之必要，亦因無外交關係而無法委託」。岡崎，前註（25）211頁亦指出：「有需要於中華民國（台灣）、朝鮮民主主義人民共和國等與我國無邦交之國家行送達時，因無法透過外交途徑向該外國之管轄官廳為委託，我國亦無大使等駐在於該外國，故不得不行公示送達」。並參見前註（5）。

⁸² 民事訴訟制度之設置與運營，為國家權力之作用之一。新堂幸司『新民事訴訟法』（2011年第5版，弘文堂）72頁。日本民訴法第118條第1號規定之承認要件為「依法令或條約，可認外國法院有裁判權」。主張承認外國判決應限於日本所承認之國家之見解，即以此為理由之一，但不被通說支持。

⁸³ 前註（4）。並參見平成23年（2011）5月2日法律第36号所增修之日本民訴法第3條之9。

國判決制度所欲避免之情形相通。考量到國際民事司法互助與外國判決承認制度於本質上係具共通性⁸⁴，司法互助之目的、旨趣，應可重新理解為係於全球化時代中，為了能達到對跨國私法紛爭中之個人提供適切司法救濟之目的，而與外國法院進行互助合作。如此，則可進行司法互助之「外國」，應與承認外國法院判決問題中之「外國」一樣，與「高度受政治情勢判斷左右之國家承認、政府承認」⁸⁵切割，始為合理。

二、外交機關轉送之要件

其次，「共助法」第 1 條之 2 規定有「一 囑託係經由外交機關為之」的要件。其是否應解為係將司法互助侷限於與日本有邦交之國家？

日本一般之理解認為，本條係採取所謂「外交途徑」或「外交管道」之轉送方式⁸⁶。由於與無邦交國間並無正式外交途徑之聯繫，則不無可能認為，本條係以該外國與日本具外交關係為其暗默之前提。

不過，是否應以此「經由外交機關」之規定即認為「共助法」有意以外交關係之存在為司法互助之前提要件，無不疑問⁸⁷。自文面看來，亦得解為其僅係指日本之外交機關（即轉送須透過日本外務省），而與外交關係之有無無涉。關於「經由外交機關」要件之意義，可試為如下之理解。

首先，大陸法系國家於傳統上認為，法院於外國境內進行送達訴訟文書或調查證據等具行使司法主權意涵之行為，係侵害該外國之主權⁸⁸，故事先通知該國之外交機關，請求其許可，係具重要意義。從而，「經由外交機關」之意義，可認為乃係藉由透過日本之外交機關（外務省）之轉送，以保護日本之主權⁸⁹。

⁸⁴ 外國判決之承認與執行曾被理解為係司法互助。在早期，關於外國判決之執行，並非基於當事人之聲請，而係以由判決國之法院委託外國法院執行其判決之司法互助之方式來進行。渡辺惺之「司法共助」谷口＝井上（編）『新・判例コンメンタール民事訴訟法（1）』（1993）114 頁；多田望『国際民事証拠共助法の研究』（大阪大学出版会，2000 年）8 頁以下。

⁸⁵ 岡田，前註（79）。

⁸⁶ 渡辺，前註（84）114 頁。立法政策上，亦有採取「領事管道」之可能。多田，前註（84）43 頁註 97。

⁸⁷ 日本民訴法第 108 條（於外國行送達）之條文中所謂外國是否僅指有受日本外交承認之外國，幾乎無人論及（例如，秋山ほか，前註（14）407-412 頁。松岡義正『新民事訴訟法註釋（第五卷）』（1925 年）965 頁謂：「外國即非屬日本帝國領土之地域」。意識到此問題者，見河野，前註（7）321 頁。

⁸⁸ 於英美法系國家情形可能有所不同。如在美國，其並不禁止外國法院在其領土內為送達。前註（76）。

⁸⁹ 外交管道被認為是自保護各國之主權及安全之觀點而言最安全也最確實之方法。多田，前註（84）55 頁。

其次，日本加入之「民訴條約」第 1 條 3 項（就送達之請求）及第 9 條第 3 項（就調查證據等司法互助之請求），允許締約國聲明其希望外國對其提出請求時「應依外交通路為之」。此聲明之意義，被解為在於為此聲明之國家，可對在其領土內所進行之送達及證據調查保留控制權⁹⁰。考慮到此點，則「共助法」之「經由外交機關」規定之旨趣或目的，亦可理解為係欲透過日本外務省之轉交來控制在日本領土所進行之送達或證據調查等司法活動，而非具有以外交關係之存在為其要件之意圖。

另外，「民訴條約」所定之司法互助之委託管道，係由委託國派駐受託國之領事送交給受託國之指定當局，再轉送給該國司法當局。在委託國方面，其最短可將傳遞路徑短縮為由委託法院直接向其本國駐外領事提出。然而，若由委託法院直接與駐外領事聯絡，其後於領事與受託國指定當局間之傳達，於經驗上會產生須解決委託書誤寫、誤譯等種種問題之情形。因此，雖條約上並無規定，日本自己在其本國法院與駐外領事間插入其最高法院及外務省，試圖預先去除問題，使事務能順利進行。於結果上，此變成與循「外交管道」無太大差別⁹¹。此雖係就委託面而言而非「共助法」所規定之受託面，但由於政府中熟悉與外國交涉及翻譯事務之人員係集中配置於外交部門而非法院，對外由外交部門統一經辦，可預先去除翻譯等問題，使事務能順利進行。此似亦可認係「經由外交機關」規定之功能與意義⁹²。

上述所舉「經由外交機關」要件之可能意義，其均不構成應該當然排除日本與非邦交國進行司法互助之理由。此外，與非邦交國間會產生司法互助之需求，應係立法當時所未預見之事。在交通、通訊未發達，需倚賴常設之大使館以確保能有效與外國政府進行聯絡與溝通之時代，誠難想見今日台日間透過代表機構頻繁進行協議並締結實質協定之情形。況且，於國境之意義日益消失之國際化時代，考慮到國際民事司法互助對國民及私人之權利保護的重要性，於「經由外交機關」要件之解釋上，應與「高度受政治上之局勢判斷所左右之國家承認、政府承認」切割，儘量朝著對保護人民權利、利益有利之方向解釋，始符合時代之需要。

從而，「經由外交機關」之要件，應解為其並非當然排除日本與非邦交國間之司法互助，而僅係要求司法互助之請求應透過日本之外交機關為之。換言之，「經由外交機關」之「外交機關」係指日本之外交機關，即外務省。日本外務省有權考量司法互助之必要性，對人民權利保護之重要性等因素，決

⁹⁰ 前註（72）ハンドブック 9 頁、55 頁。

⁹¹ 多田，前註（84）54 頁。

⁹² 關於民訴條約之「指定當局」，關於送達條約之「中央當局」，在日本均為其外務大臣。「民事訴訟手續に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手續の特例等に関する法律」第 2 條、第 24 條。此或可自此角度理解。

定是否將非邦交國之司法互助請求轉送給日本法院。與日本有無邦交，僅為考慮要素之一而已。

因此，就台日關係而言，若我國法院請求日本法院協助，無論是經由我國外交部去函日本外務省提出請求，或於台日無邦交之現狀下之非官方管道，如「我國外交部→亞東關係協會→財團法人交流協會→日本外務省」之路徑所為之轉送，日本外務省將之轉送給日本法院，並不違反日本之「共助法」。而倘若日本外務省為此轉達，則滿足該法所定「經由外交機關」之要件，依「共助法」之司法互助，即為可能。

三、互惠保證之要件

另外，「共助法」第 1 條之 2 中，有「六 囑託法院所屬國，應保證就相同或類似事項，對日本法院之囑託提供法律上之輔助」之要件。於此要件，保證之主體為「囑託法院所屬國」。日本並未進行國家承認、政府承認之我國，可否提出得滿足此要件之保證，不無疑問。

如前所述，台灣除被認為係該當於日本民訴法第 118 條所稱「外國」外，亦得被解釋為該當於「共助法」所稱「外國」。此外，若依前述本文認為「共助法」並不以外交關係之存在為司法互助之前提要件之見解，則於各該條文之適用，就與日本無外交關係國家之問題上，為適當地解釋與適用，誠屬理所當然。從而，若與日本無邦交，則由其有權限之當局（就台灣而言，台灣外交部或向來代表台灣政府與日本方面之財團法人交流協會締結各種協議之亞東關係協會）為保證即應為已足。況且，實務上日本有以「個案同意」之方式與外國進行司法互助。此種司法互助，或因其乃係基於日本與外國政府於個案中之合意，而可被解釋為與同屬國家間合意之「條約」具相同本質，故依「共助法」第 6 條第 2 項「相當於條約者」之規定而排除要求外國提出保證之同條第 1 項規定。然而，其實際上使得「共助法」要求保證之規定失其意義⁹³。因此，對此保證要件應為寬大解釋，若某種程度可期待雙方之司法互助，則以法院名義提出願提供協助之文書，應可解為已滿足此保證要件⁹⁴。

⁹³ 福與，前註（25）10 頁說明，於「個案同意」之司法互助，「對方不知為何突然說『艱難接受委託』而拒絕日本之司法互助請求之事也時有發生……個案同意確如其文字所云，係於『個案中個別地』決定」。並參見前註（72）ハンドブック 5 頁；前註（5）マニュアル 313、318、239、242 頁。

⁹⁴ 日本原本即有見解認為，共助法上之所謂保證，不必兩國間特別締結條約，只要兩國交換報告文書，說明其各自具有如何的制度，而於具類似制度之外國提出請求時可對之提供協助，即可認雙方間已具備某種協議。井野英一「共助」，末弘嚴太郎＝田中耕太郎（編）『法律學辭典（第 1 卷）』（昭和 9 年＝1934）381 頁。另外，被歸類為「兩國間關於司法互助之協議」的日本與美國間的文書交換中，其實美國政府係說明基於美國司法制度之性

如此，亦可與日本民訴法第 118 條所規定之「相互之保證」要件之解釋取得協調⁹⁵。

四、小結

綜上所述，日本之現行法應非不允許日本與台灣進行司法互助。故日本外務省將台灣法院之司法互助請求轉送給日本法院，或亞東關係協會與交流協會就司法互助簽訂協定、協議或備忘錄，均不違反日本現行「共助法」，而為可行⁹⁶。

此外，依 1999 年之資料，與日本無司法互助相關條約，而依「兩國間協議」進行司法互助者，有巴西、泰國等 21 國⁹⁷。無條約亦無兩國間協議，而於有司法互助之需要時，透過外交上之交涉取得「個案同意」以進行司法互助者，有韓國、秘魯等國⁹⁸。韓國於 2000 年加入「送達條約」後，與日本之司法互助「得到飛躍性地簡化與迅速化」⁹⁹，但於 2005 年之時點，與日本既無條約亦無兩國間協議的國家，仍有紐西蘭、菲律賓、越南、馬來西亞、印尼、新加坡等 42 國¹⁰⁰。因此，若台日間建立司法互助關係，則與日本之邦交國相較，將無特別遜色之處。

伍、結語

為了有效解決跨越國境之民商事紛爭，國際民事司法互助具有一定之重要性。我國目前除了透過代表機構或團體與美國、越南、中國大陸簽有民事或刑事之司法互助協議外，也對新加坡、英國、美國提供依我國國內法所為之司法協助。日本為我國之重要鄰國及貿易夥伴，為了對台日經貿或民間往

質以及美國行政部門之權責，美國政府無法提供正式之保證，但對此日本政府則回覆說，若美國大使館明白指出規定司法互助之美國法律的話，則將視為其已提出共助法所規定之相互主義之保證。前註（72）ハンドブック 256 頁。

⁹⁵ 日本最高法院昭和 58 年（1983）6 月 7 日第 3 小法廷判決認為，若外國法與日本法中關於承認外國判決之條件「於重要之點沒有不同」，即可認為滿足了該「相互之保證」要件。

⁹⁶ 若亞東關係協會與交流協會就司法互助簽訂協定、協議或備忘錄，鑑於台日過往簽訂各種協議之實情，亦可解釋為係該當於共助法第 6 條第 2 項「相當於條約者」之規定而排除要求外國提出保證之同條第 1 項規定。

⁹⁷ 參見前註（72）ハンドブック 5 頁、26 頁。

⁹⁸ 參見前註（72）ハンドブック 5 頁、27 頁、349 頁以下。

⁹⁹ 福與，前註（25）10 頁。

¹⁰⁰ 參見福與，前註（25）16—17 頁之圖表。

來之相關人士提供確實而有效率之司法保護，應有必要儘速建立台日間之司法互助關係。雖在日本，一般認為由於司法互助係國與國間基於其彼此間合意所為之互助行為，故外交關係的存在係司法互助之前提。但依本文之見解，認為司法互助僅限於有邦交國家始為可能之看法，除有礙現代於國際化社會中有效保障私權之國家任務之達成外，亦與承認外國判決之民事訴訟法上制度，以及得以非邦交國之法為準據法之國際私法上之處理不相協調。且經由對日本法律之分析，可認為其並非全無容許日本對台提供司法協助之可能。只要日本外務省及日本最高法院事務總局能採取較務實與彈性之態度來處理¹⁰¹，於日本現行法之架構下，日本與台灣建立司法互助關係亦為可能¹⁰²，而無須特別修改法律¹⁰³。本文除整理我國對外國提供司法互助及承認外國判決之現狀外，並藉著分析此一在台灣及日本尚乏人深入研究之問題，釐清台日雙方之相關法律環境，希望能提供台日之政府及法院相關人士參考，並期盼能對早日建立台日間司法互助關係有所裨益。

〔本文包含行政院國家科學委員會研究計畫 NSC99-2410-H-126-026-MY2 之部分研究成果〕

¹⁰¹ 日本最高裁判所事務總局為日本最高司法行政機關，實質上之權力及影響力極大。參見新藤宗幸『司法官僚——裁判所の権力者たち』（岩波書店、2009年）。

¹⁰² 參見英國法院請求我國為司法互助之例。前註（55）、（76）。

¹⁰³ 日本從前無法承認我國之護照，而不能直接在其上加蓋簽證或蓋出入境章。其後於法律上承認我國護照為有效合法文件，係經由修法（1998年），將其「出入國管理及難民認定法」第2條第5款對護照（旅券）之定義（「日本國政府、日本國政府所承認之外國政府或有權限之國際組織所發行之護照……」）增加（乙）之規定，即其尚包括「（乙）政令所指定之地域之有權限之機關所發行之相當於（甲）所列舉之文書」。然後由日本政府（內閣）頒佈「指定出入國管理及難民認定法第2條第5項（乙）之地域之政令」（平成10年5月22日政令第178号），將台灣指定為（乙）之地域，而達到雖無外交關係，但在法律上視我國護照為有效合法文件之目的。