

Legal Assistance in Civil Matters—General Principles[†]

PEI-FEN TSAI*

Department of Financial and Economic Law, Asia University, Taiwan

Department of Law, National Chung Cheng University, Taiwan

ABSTRACT

This is the first article to systematize the general principles of legal assistance in civil matters. Legal assistance includes civil matters and criminal matters. This article only considers research into civil matters, which covers many areas including appellation, characteristics, scope, nature of law, principles, and so on.

Key words: legal assistance, legal assistance in civil or commercial matters, international co-operation, private international law, obtain evidence abroad, judgments enforcement, recognition, judgments, service, jurisprudence.

民事司法互助研究—總論[†]

蔡佩芬*

亞洲大學財經法律系，台灣

中正大學法律系暨法律研究所，台灣

摘要

目前我國文獻關於民事司法互助內容散落，除未統整外，亦未健全。因此，筆者試圖在總論上著墨，希望能對我國民事司法互助注入一份新思維，並為司法互助制度盡一份棉薄之力。國際司法互助分為民事司法互助和刑事司法互助。本文研究範圍設定在民事部分。本文介紹民事司法互助的基本概念，以及民事司法互助之原則、特色、適用範圍、法律性質和拒卻民事司法互助之原因...等重要內容。

關鍵詞：民事司法互助、國際司法互助、國際私法、司法互助、域外取證、判決、承認、執行、承認與執行、送達。

壹、國際司法互助基本概念

台灣與外國進行司法互助屢有挫折，其因素很多。筆者觀察外國民事司法互助順利進行的背後，往往有一套法治架構健全的司法互助總論。目前我國文

[†] 本文內容受國科會專題研究計畫經費補助，計畫案編號：NSC 96-2414-H-468-001

* E-mail: little.fen@msa.hinet.net

獻關於民事司法互助內容散落，除未統整外，亦未健全。因此，筆者試圖在總論上著墨，希望能對我國民事司法互助注入一份新思維，並為司法互助制度盡一份棉薄之力。

由於本文是論述民事司法互助總論，因此對於民事司法互助在我國的進程、實施，以及無法進一步與他國或與大陸之間進行司法互助之因由探討，均不在本文論述。

一、司法互助產生因素

為何國際間需要司法互助？司法互助是一種現象，是各國基於需要而發展出來的。任何一個國家的司法權僅適用在自己國境內，無法延伸他國；一旦延伸到他國而未經允許，則是侵害他國主權。國與國之間之司法行為也是一樣，未經允許進入他國境內行使司法權，是侵害他國主權之行為。但是，隨著科技的進步，遊客穿梭於國與國之間越來越頻繁，工商業的發展往往透過電子傳輸或長途電話與傳真完成跨國性的國際貿易，加上政治的因素，歐盟組織中國與國之間成立無障礙通行，打破出入國境的氛圍與緊張，於是跨國的人、貨物和服務增加，民事案件相對增加，且在跨國組織犯罪的高度成長下，其犯罪不法取得甚至富可敵國，而藥物濫用、恐怖主義及政治迫害也提升跨國犯罪率。當事人權益要受到合法的維護，往往需要國際間有效的合作，以及時並公平的解決各類案件，尤其是在律師的業務、公司的法律顧問，以及政府機關的服務面向，在近幾年來，司法互助有著顯著性的成長。

司法互助可以發展成為一種制度。從世界各國的發展，可以大概的歸納出，先進的法治國家，因法制化的深根，程序正當性受到普遍重視，其司法互助的進行，通常有制度性的建立與依據，如條約或法律，如歐盟國家有一套民商事案件管轄權與判決承認與執行的規則、刑事司法互助條約…等等；反之，法制化程度較低的國家，通常運用國與國之間的關係來促成國與國的互助合作關係，這種非正規的運作模式，往往因人情世故、因個案的運氣操縱著司法互助的勝敗，因此司法互助不是一個可以預期的機制。

台灣自許是法治化社會，應該在司法互助議題上有制度性的規劃，此乃本文撰寫之意義與目的，希望能為司法互助建立完整體系盡一份棉薄之力。

二、司法互助種類

司法互助大別為「國際司法互助」(International Judicial Assistance)和「區際司法互助」(Interregional Judicial Assistance)。「國際司法互助」是一國司法機關，為他國司法機關進行的訴訟活動提供幫助、合作或便利；「區際司法互助」是一主權國家內部具有相對獨立的法律制度和體系的區域，彼此間提供司法互助；亦即一主權國內部各不同法域的司法機關相互間提供的司法協助(Zhang, 1999, pp. 4-7; 丁樹蘭, 2001, 117 頁; 謝望原, 1988, 585-586 頁)。

不問是區際性或國際性的司法互助，又可以依其案件性質區分為「民事司法互助」與「刑事司法互助」。民事司法互助適用的是民商事案件的司法互助，其活動可以包括：文書送達、調查證據、判決的承認與執行、仲裁判斷的承認與執行、訴訟救助...等(詳下述)。刑事司法互助適用的是刑事案件的司法互助，其活動可以包括：送達司法文書，詢問被告、嫌疑犯、當事人、證人、被害人、鑑定人及訴訟參與人，進行鑑定、檢查、勘驗、搜索、查封，提供有關物證、書證及可供證明之文件資料，贓款贓物之移交，提供法律與司法犯罪情況之資

料，拘提逮捕逃犯嫌疑犯，限制出境或強制出境，代為執行財產刑、徒刑、緩刑、假釋監督，刑事案件之移轉，引渡，甚至包括法庭上對已故者的身體做藥物測試等等。

三、民事司法互助之先導性

完整的司法互助程序與機制，隨著近幾年來區域性協定、雙邊公約與多邊條約的制定和修訂，漸漸的成型與完備，尤其在刑事域外取證、域外訴追和跨國犯罪所得沒收之面向上，隨著日新月異的犯罪的模式和科技，其發展迅速與創新程度，超越了以往的想像。但是，分析其原型與樣態，卻是可以清楚的看出來，是來自於以往長期民事司法互助的模式所截取的經驗。

貳、民事司法互助之正名

「司法協助」一詞源自德國學者柏姆、馬蒂次和李斯特的「法律協助(Rechtshilfe)」，後來為了強調這種協助的特殊性，英、法、義等國的外交文書將之改稱為「司法互助」，以展現各主權國家之間為了實現各自的司法權而相互提供便利的活動(高銘暄、趙秉志，2000，21 頁)。

關於使用「司法協助」或「司法互助」一詞，我國早期對於國與國之間的司法合作事務尚未發達，名詞的使用上多未斟酌詳盡，如「外國法院委託事件協助法」與「司法協助事件之處理程序」均使用「司法『協』助」，無法表明「『協』助」與「『互』助」的特性，但晚近對外簽訂的條約便已經使用「『互』助」一詞。本文使用「司法互助」一詞，以與因經濟困頓的法律扶助或司法協助有所區別。

司法互助有稱為 legal assistance，有稱為 judicial assistance，或稱為 co-operation，沒有一個固定說法，但確定的是，不使用 legal aid，這是屬於司法救助或訴訟救助的內涵，為法律救濟之意，即協助經濟上困頓、無法負擔訴訟上一切必要所需以維護訴訟權利所的制度。大陸法系國家(countries of the civil law)喜用 judicial assistance，英美法系國家(countries of common law)喜用 legal assistance (McClellan, 1992, pp. 1-2)，則民事司法互助是 legal assistance、judicial assistance 或 co-operation 之後加上 in civil matters 或以 civil judgments 表示。

實際上，由於民事司法互助包括的內容涉及判決承認與執行、調查取證和送達文書，甚至包括訴訟救助、訴訟費用擔保...等，往往國與國之間的司法互助協定並非以「司法互助」一詞呈現，而是以所互助之內容去決定，專門定立一個「外國判決承認與執行公約」或「送達公約」，如經常被提及而且不可忽略的 1965 年海牙[域外送達民事與商事司法文書與非司法文書公約]¹、1970 年海牙[民事與商事域外調查取證公約]²、[美洲國家間證明外國法公約]³、[美洲國家間域外判決與仲裁判斷有效性公約]⁴、[美洲國家間域外取證公約]⁵...等。

¹ 1965 Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, 15 November 1965 (entered into force 10 February 1969).

² Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, 18 March 1970 (entered into force 7 October 1972).

³ International American Convention On Proof Of And Information On Foreign law.

⁴ International American Convention Extraterritorial Validity Of Foreign Judgments And Arbitral Awards.

⁵ International American Convention On The Taking Of Evidence Abroad.

參、民事司法互助適用範圍

民事司法互助範圍為何？其區分實益何在？有下列幾種區分方式：

一、動態與靜態民事司法互助

有將民事司法互助分為靜態與動態之別。

靜態之民事司法互助係指送達文書、執行履行契約內容。

動態民事司法互助係指域外證據的調查取證，包括鑑定與勘驗、判決的承認與執行。

區分靜態與動態互助的實益在於，對於被請求國而言，靜態司法互助不容易侵害主權，沒有條約、協定或法律依據的前提下，只要政府機關同意，仍然可以進行民事司法互助，但是對於動態的司法互助，若無條約、協定或內國法律依據之下，通常被請求國會基於主權考量而拒絕進行取證的司法互助活動，甚至雖有協定，也未必同意司法互助，動態的司法互助中，外國判決的承認與執行若有內國法律作為依據，便是民事司法互助項目中最有制度性與預測性，因審查機關是司法機關，當事人得透過法律規定直接向法院提出聲請，是否承認與執行可以有一定準則規範，不因國家政治立場或意識形態而有不同結果。

二、廣義與狹義民事司法互助

有將民事司法互助分為狹義與廣義。

廣義民事司法互助包括：送達訴訟文件與其他司法文件、訊問當事人、證人與鑑定人、協助調查取證、勘驗與鑑定、外國判決承認與執行。至於仲裁判斷的承認與執行，因仲裁判斷是準司法行為而非司法行為，理論上應不屬於民事司法互助範圍，但通說考慮仲裁判斷必須透過法院強制執执行程序(司法程序)以遂行其目的，故將其納入廣義的民事司法互助範疇中。根據法國學界的說法，除這幾者之外，尚包括免除外國人訴訟費用、外國人訴訟費用之擔保、證明外國法律⁶等，都包括在民事司法互助範疇當中。美國學者更是認為，凡一切法院對於外國當事人所給予的任何協助行為，都應該包括在民事司法互助範疇當中。

狹義的民事司法互助包括送達文書、收集證據(韓德培，2000，681頁)。

廣義與狹義的民事司法互助的區別，在於外國判決承認與執行、外國仲裁判斷的承認與執行，與法院協助當事人的一切事項，如訴訟救助、訴訟費用之擔保等，其中又以外國判決承認與執行為最主要區別，蓋廣義學者認為，本國法院對外國法院的判決，是國家司法主權的展現，而外國判決在內國執行，是承認外國判決的司法主權性在內國境內伸張，在未得到執行國法院同意之前的執执行程序，係侵害該國主權。其他如送達文書和調查取證，可以透過外交領事的協助或政治上的關係完成，但是外國判決在內國境內的承認與執行，無不必須經過法院司法程序始能完成，因此，若說外國判決承認與執行是廣義的民事司法互助行為，倒不如說，外國判決承認與執行是最主要的民事司法互助行為(韓德培，2000，682頁)。再者，送達文書或調查取證之互助行為，並不會影響案件的實質問題，也不直接影響當事人權益，但承認與執行外國判決卻是涉及當事人的實質權益，雖謂承認與執行外國判決不做實質審查，但是執行的判決

⁶ 例如[美洲國家間證明外國法公約]。

是外國判決而不是內國判決，卻由內國代行外國判決之權力與責任，因此判決承認與執行本質上也算是民事法互助之一環(徐宏，2006)。

目前通說認為，民事司法互助適用之範圍，包括文件的送達(service of documents)、重要但非司法文件之類此送達程序(process)，以及傳喚與外國傳訊之域外取證，至於審判前的協助、判決或裁定的執行，更是傳統上認為最主要的司法互助內容(McClean, 2002, p. 4)。

三、積極與消極民事司法互助

被請求國接受請求國請求司法互助後，所進行的行為若是不作為方式，稱為消極司法互助，若是積極從事協助活動，稱為積極司法互助。例如送達司法文書，如果是由被請求國代為送達，稱為積極司法互助，若是由請求國到被請求國境內送達，被請求國不為阻止，這種消極態度下的不作為稱為消極司法互助。

有認為，消極司法互助不存在協助行為，不得認為兩國之間有司法互助(謝石松，1989，27-28 頁)。本文則認為，這種狀況亦可稱為司法互助，蓋外國主權在我國境內行使，我國有義務積極阻止，既不阻止而任由進行，除我國相關人員應有咎責之外，沒有理由將同意請求國在境內活動的「同意」刻意忽視而不認為是司法互助的行為。

肆、民事司法互助適用對象

民事司法互助的前提，必是適用民商事案件，因此，是否為民商事案件的認定便有意義。多數公約在其施行文件或是報告書或施行文件當中均有說明，例如：1968年[布魯塞爾公約]第一條⁷、1977年[海牙送達公約]實施報告書⁸、2006年[海牙送達與域外取證公約之會議結論與實踐備忘錄]⁹、[美洲國家間域外取證公約]第二條¹⁰...等等。

因法系的不同，各國在司法互助層面，是否認為歸屬於民事司法互助，也有不同的認定。大陸法系國家習慣將法領域區分為公法與私法，私法領域包括商事與民事，公法有包括刑事與行政法領域，於私法領域，並有民商事合一的國家，亦有民商事分立的國家；於英美法系，分為衡平法與普通法，未以私法與公法方式明確劃分，但因民商事適用的程序法均為民事訴訟法，因此不問是大陸法系或是英法法系，均將民事與商事的司法互助合為民事司法互助。

⁷ EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels 19 tribunal. It shall not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters."68,article 1: "This Convention shall apply in civil and commercial matters whatever the nature of the court or tribunal. It shall not extend, in particular, to revenue, customs or administrative matters."

⁸ Report on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention, pp.4,6 (December 1977).

⁹ Conclusion And Recommendations Adopted By The Special Commission The Practical Operation Of The Hague Apostille, Evidence And Service Conventions (28 October to 4 November 2003), p.1 (July 2006).

¹⁰ Inter-American Convention On The Taking Of Evidence Abroad, article 2: "Letters rogatory issued in conjunction with proceedings in civil or commercial matters for the purpose of taking evidence or obtaining information abroad and addressed by a judicial authority of one of the States Parties to this Convention to the competent authority of another, shall be executed in accordance with the terms specified therein, provided: ..."

事實上，在 1965 年[域外送達民事與商事司法文書與非司法文書公約]的海牙公約(下稱 1965 年海牙送達公約)，以及 1970 年[民事與商事域外調查取證公約]之海牙公約(下稱 1970 年海牙取證公約)，都規定適用於民事與商事案件，卻未在公約中定義民事與商事案件。事實上，這兩份公約在制定及實施過程中，曾對民事與商事之含意有過爭執與討論。英美法系的國家曾認為，除刑事案件之外，其他案件，包括行政訴訟案件，都劃歸於民商事案件的範疇；但大陸法系國家認為，刑事案件、民事案件與行政案件是截然劃分的不同領域，且分別適用不同訴訟程序，刑事與行政案件不該歸屬於民商事案件中。法國和瑞士認為，民商事案件不包括行政稅務案件；日本認為，所有行政案件均排除於民商事案件之外；德國認為，凡是涉及公法案件，一律排除於民商事案件之外；埃及認為，家庭法與繼承法案件屬於宗教法庭審理，亦非屬於民商事案件(Nash, 1980, pp. 865-870)¹¹。

國際上對於是否為民商事案件而適用民事司法互助模式，曾經有過一些處理方式，例如，以請求國的法律來定性，若請求國法規認為是民事案件，但被請求國法制不認為是民事案件，也應提供民事司法互助；亦有認為，是否屬於民商事案件而適用民事司法互助程序，應由被請求國法規決定¹²。

1989 年海牙國際私法會議召開「海牙送達公約」與「海牙取證公約」的執行情況特別委員會會議。與會的各國代表對於該協助事件，究竟是否能歸屬於民商事的範圍，做出以下幾點結論，雖然仍無法具體切分歸為民事司法互助，但此結論可以做為參考¹³：

- 一、原則上尊重各國自主權，以各國自主決定(autonomous manner)之方式，解釋民事與商事案件的屬性，而不是絕對適用請求國或被請求國法律或兩國法制合併適用去定性。
- 二、破產、保險與僱傭關係之案件應視為民商事案件，而對於公法與私法有爭議之案件，應予較為寬鬆(liberal interpretation)的解釋，而儘量納入民商事案件中，但稅務案件於該國屬公法案件者，不因此歸屬於民商事案件。
- 三、締約國在本公約所作民商事屬性的解釋，不必然適用於其他相關司法互助公約。

關於案件是否歸屬於民商事性質，本文認為，因送達文書的司法互助活動對彼此的司法主權侵害可能性最低，可以從寬認定民商事案件的範圍，至於協助取證的司法互助活動，可以分為兩種情況，一是請求國到被請求國境內取證，而被請求國不派人進行取證行為，僅靜態表示贊成請求國入境之取證活動，這種協助方式有可能侵害被請求國的司法主權，因此該嚴格限制其活動，是故民商事案件的認定應嚴格審認；一是請求國未進行域外取證，而透過被請求國在境內協助取證，此種情形因涉及被請求國的活動，對於民商事案件的屬性，有認為應視被請求國法制決定¹⁴，本文予以支持。

¹¹ Report (1978) on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, pp. 418-420.

¹² Report (December 1977) on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention, p6.

¹³ Conclusion And Recommendations Adopted By The Special Commission The Practical Operation Of The Hague Apostille, Evidence And Service Conventions (28 October to 4 November, 2003), p. 12, note 69-70, 72 (July, 2006).

¹⁴ See Report (1978) on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, p. 419.

值得注意的是，民事判決承認與執行是歸屬於民事司法互助，而 1968 年海牙[民商事判決承認與執行公約]¹⁵ 雖然規定下列事項：1. 自然人的能力、夫妻財產制、遺囑、繼承議題；2. 法人的設立；3. 破產、清償協議或類似程序問題；4. 關稅與罰金議題；5. 社會安全議題；6. 仲裁問題不屬於本公約適用範圍¹⁶，卻不代表這一些事項不屬於民事司法互助範圍，而是在判決承認與執行的審理上，這一些議題不受本公約的拘束與適用而已。

伍、民事司法互助特色

探討民事司法互助特色，除了藉由描述民事司法互助的行為特徵，以增進民事司法互助的瞭解外，尚可以藉由民事司法互助程序之特質，區別國與國之間非屬司法互助的互助行為。例如：國與國之間派代表訪問進行法律信息的司法經驗交流、國與國之間協助培育司法人員...等，雖然是國與國之間的互助，卻非本文或一般概念下的司法互助。當然，不是以下所列舉的每一種特色都足以表達出民事司法互助與一般國與國之間交流的差異性，但是從民事司法互助特色的描述，得促進幫助篩選出是否為民事司法互助行為。

民事司法互助有下列幾種特色：

一、民事司法互助是各國主權合作的具體展現

司法活動本是國家主權獨立的活動展現，例如他國判決在我國境內的執行，他國判決是由他國法院所做成，象徵他國司法主權，是他國司法主權在我國的境內活動，我國承認與接受外國法院之判決，並且藉由我國法院的力量讓此判決在我國達到執行目的，是我國與外國的司法互助結果，也是具體展現我國與他國主權在我國境內並行的成果。

二、民事司法互助程序包含司法程序與非司法程序

民事司法互助的整個進程序，不單純只是涉及司法程序，尚包括非司法性質之行政程序，蓋國與國之間的互動，交流與接觸的機關未必對口單位是司法機關，而縱使是司法機關，所進行的請求與接受請求或拒絕請求的程序是屬於行政程序性質而不是司法程序性質。所以若謂司法互助都是司法行為或訴訟行為，並不完全正確，而是在司法行為中參雜有行政程序的性質。

三、民事司法互助程序包含訴訟程序與非訴訟程序

民事司法互助和民事訴訟活動一樣，訴訟文書的送達、調查取證、承認執行外國判決、訴訟救助...等等行為的進行，均屬於訴訟程序之性質。

然而，民事司法互助之程序未必都是訴訟程序，雖然送達文書、調查取證和承認外國判決之程序屬於訴訟程序，但是執行外國判決的執行程序則仍然是司法程序卻不是訴訟程序。因此，民事司法互助包含訴訟與非訴訟之司法程序。

¹⁵ EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels 1968.

¹⁶ See EC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Brussels 1968 Article 1.

有學者認為¹⁷：免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證等，並非直接屬於司法互助內容，因為這些事項不是締約國法院之間進行民事訴訟時請求相互提供的協助，而是原本在條約中已經有規定，締約雙方在實踐中就應自動履行，不須再由另外一方提出請求，但因為這些制度間接與司法程序有關，也是民事司法互助中經常需要與交換的文書，因此這一些內容可稱為司法互助的附帶事項或相關事項(徐宏，2006，23-24頁)。

對此說法，本文倒是認為，免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證等，本來就是民事司法互助內容的項目之一，不會因為兩國間有簽署條約，雙方當事國須自動履約，不須由另外一國提出聲請的改變其非司法互助行為，而排除於本質上屬於民事司法互助內容項目之一，亦即是否為民事司法互助行為，不是以「聲請」與否，來作為本質上是否為司法互助之行為標準，亦無須限制於民事司法互助行為僅能是民事訴訟進行中請求互相提供之協助。民事司法互助行為之範圍，係包括民事訴訟進行中所請求協助之行為，以及包括民事訴訟進行前所請求協助之行為，舉凡免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證等，甚至文書之送達，有於民事訴訟提起之後方聲請為之，亦有於提起民事訴訟前為之，均無礙其為民事司法互助行為性質。換言之，無須將免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證等認為是司法互助之附帶事項，只要本質上是國與國之間關於司法事項之協助，不問是訴訟上協助，或是非訴訟上之協助，均屬民事司法互助事項。另外，不劃歸為「附帶事項」，亦可以免除何為附帶事項，又何非附帶事項之劃分標準在哪的界定困擾。

四、民事司法互助兼跨國際法與程序法領域

民事司法互助是兼跨於國際法與程序法領域，尤其多是涉及國際私法與民程序法領域，舉凡送達或承認執行外國判決，都是橫跨這兩個領域。

五、民事司法互助必須尊重且不得逾越請求國的請求範圍

民事司法互助係以被請求國立於輔助性地位，協助請求國獲取人、事、物，縱使由被請求國和請求國共同進行，被請求國進行的行為是出自於被動性，且不能超出請求國請求的協助事項。

六、民事司法互助必須透過國家為之

民事司法互助是國家行為，必須透過專門主管機關以國家名義為之，非個人行為所得為。

¹⁷ 「免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證等，並非直接屬於司法互助內容，因為這些事項不是締約國法院之間進行民事訴訟時請求逐案逐項相互提供的協助，而是利用條約的方式，在締約國之間建立一定的制度。一旦條約中載入有關規定，締約雙方在實踐中就應自動執行，不須再由一方向另一方提出請求。但是，這些方面的制度也都間接地與法律程序有關。例如，對外國人的司法保護、訴訟費用保證金的免除、法律援助等制度，與外國人在司法程序中的法律地位有關，締約國通過這些規定，可以確保本國國民在締約對方的境內進行民事訴訟時，在其權利和利益保障方面享有國民待遇；締約國之間相互交換法律情報，雖然不一定針對特定的訴訟案件，但這種交換的法律情報顯然也可以為締約國法院在審理案件時是有關法律提供一定的信息；對某些文書免除認證，又使締約一方法院出具的文書可以直接在締約另一方得到接受，從而簡化了有關手續，特別是這種文書也包括法院出具或證明的傳票、判決書以及協助外國調查舉證實出的證據材料，等等。這些文書正是在民事司法協助中經常需要在締約國之間交換或傳遞的文件。因此，這些內容可稱為司法協助的附帶事項或相關事項。」

陸、民事司法互助之法律性質

關於民事司法互助之法律性質，筆者以為，應分為兩個階段探討，一為接受請求的階段，一為接受請求之後進行司法程序協助的階段。不論是第一階段或是第二階段，都介入他國主權的在內國境內的活動，他國的司法主權對內國而言，是「延伸的裁判權」¹⁸。

關於第一階段之交流行為，不論是請求、接受請求或拒絕請求，都是屬於行政程序性質；關於第二階段的互助行為，如調查取證行為、承認執行外國判決行為、送達文書行為，都是屬於司法行為，至於是否屬於訴訟行為性質，應視是否適用民事訴訟法之程序事項，適用民事程序相關法規者，性質上是訴訟程序，反之則否。

柒、民事司法互助原則

民事司法互助的準則，是指國與國之間進行民事司法互助時應當遵循的原理原則。當進行國與國的司法互助時，通常有下列幾項原則必須遵守，這幾項原則支持著司法互助條約的規範內容，且各原則並非相互排斥，時而競合與輔助：

一、國家主權的尊重

國家主權是國家最重要的屬性，而司法權是國家主權的重要內涵，尊重司法權理當是尊重國家主權。因此，國家主權的尊重，是國際司法互助原則中最重要的原則。

司法互助必然也必須是基於國家自願與協商；未經同意，其他國家不得入境進行訴訟活動，而一旦入境進行司法行為，必須秉持禮讓的態度¹⁹(關於禮讓態度的彰顯，將另撰文民事司法互助各論中論述)。

民事司法互助強調國家主權原則，係國家主權在民事司法互助制度中有幾項代表性意義：

1. 是否進行民事司法互助是請求國與被請求國的自主意願，不得以強制方式強迫進行，若以強制方式進行，則違背國家主權本質上的之獨立性與自主性，若說兩國之間有簽屬民事司法互助條約，亦不意謂著任何關於民事司法互助事項之請求都必須接受，縱使所請求事項是該簽署的條約中所允許之事項，被請求國也有拒絕之權利，意即是否接受，被請求國仍有決定自由，仍享有自主權，至於違背條約義務之後果，則是另外一個問題。
2. 在未被請求國同意進行民事司法互助之前，請求國不得進入被請求國境內進行民事司法互助活動，方是尊重被請求國國家主權之象徵。
3. 對於被請求國所做出的判決或取證調查結果，請求國縱使不贊成，卻應予尊重，例如對於判決承認與執行，被請求國是否承認該判決，係由被請求國依據內國法認定，若不予承認，則請求國只能尊重而不得強制以兩國之間有簽署條約而強迫承認。

¹⁸ 森下忠(1983)，*國際刑事司法互助の研究*(第三卷)，31、39頁，日本成文堂出版，轉引自蔡墩銘(1993)。

¹⁹ Robin Olinger Bell, *Securing Evidence Abroad In Transnational Litigation*, 57 U. Cin. L. Rev. 343, 1988.

二、平等互利原則(平等互惠原則)

平等互利原則係指各國不分大小、貧富、強弱，也不管政治體制及文化差異，在進行司法互助的過程中，應一律平等，以避免進行司法互助時，國家以大欺小、以強凌弱，使自己在他國的司法互助上享有特權²⁰。詳言之，司法互助應在同等範圍的程序上互相開展；在司法互助程序中，應確保不同國家的法律制度受到尊重，不同國家的司法機關應處於平等地位；在訴訟進行中，不同國家的國民在國外應享受基本人權與國民待遇，不得歧視。

平等互利是「平等」與「互利」兩個方面，二者相輔相成。亦即「平等互利」原則，可以將「平等」和「互利(互惠)」分開來檢視。在平等的基礎上做到互利，在互利當中實現平等尊重的精神。

所謂「平等」，係指各國國家主權一律平等，係指各國不問國力強弱，不問經濟興衰，不問領土大小，不問人口多少，亦不問政治制度、宗教、種族、司法制度等，主權一律平等，行使主權一律受到各國同等尊重，延伸出各國行使主權時，雖有利益高低不等，但一律平等行使，不得以損害他方之手段來達到利己之目的，亦不得以不正當理由作不合理限制。

所謂「互惠」，係指互蒙其利。在尊重彼此係平等地位的概念下，給予彼此最迅速且最便利的互助，不推諉，確實履行，便是「互利」的具體展現。國家利益是司法互助的基礎，是國家進行司法互助的根本前提。國家從事國際司法互助活動，其根本目的和利益追求就是維護彼此國家的利益，而國家利益包括政治、軍事、外交、經濟、社會、司法等利益。

「互惠」可以分為兩階段，請求之始，與接受請求之後。有關單位決定是否進行司法互助之考量，互惠原則是其考量依據，接受司法互助之後，進行司法互助的活動手段亦必須達到互利的程度。

在具體實踐上，「平等互惠」，係意謂對口單位或機關，考量是否接受司法互助，是秉持互惠原則以及是否平等對待作判斷，參考往常的互惠記錄，由對等的機關交涉請求與被請求，由對等的單位共同制定適合的民事司法互助條約，請求書、接受請求或拒絕請求的文件，應以平等字眼並重視禮節，不得歧視。

然此一原則，並不意謂司法互助的雙方各個具體事項上必須完全一致，蓋各國法律制度本身就有差別，如果強求按某國標準或國際標準達到同一，必然會損害對某些國家國內法律的尊重和對司法主權的干預。

三、公共利益保留原則

指請求事項與被請求國的國家利益(解釋上應包括法律規定)、公序良俗相違背時，則被請求國有權拒絕提供司法協助。此所謂公共利益，是整體社會或國家利益，而非專指某特定團體、特定組織或特定人的利益。

公共利益保留原則是不違背內國公序良俗原則。通常用以作為拒卻外國請求司法互助之依據。公共利益是不確定法律概念，隨時代背景、國家處境、社會發展情勢而不同則有不同的解釋，其內涵有賴於法官依據客觀狀況自由心證，惟應遵守強制規定與禁止規定之界線。

²⁰ 然事實上，司法協助以條約為之，條約內容是基於協商而成，故常常反應於兩國國力與牽制關係之強弱，因此實質上要達成此原則並不容易，往往約款表面上合理但實際上並不平等，且運作上也因政治力影響運作。

不同的法律問題有不同的公共利益界線，不能一概而論。美國根據不同的具體法律問題，分別論述公共政策的適用條件，包括管轄權的確定、法律選擇協議與仲裁協議之有效性、外國法院判決承認與執行議題；德國根據公共政策保護對象之不同，而分別研究其適用的條件，若是涉及基本權利或一般權利，是涉及外國的公共政策條款或是國際條約中的公共政策條款；澳洲區分為涉及內部利益或是涉及外部利益，或是涉及道德利益。這一些分類使公共政策的適用更有針對性也更加合理(肖永平, 2005)。

公共利益保留原則在民事司法互助領域中有幾項涵意：

1. 民事司法互助中的公共利益保留原則與國際私法上的公共利益保留原則尚有區別。國際私法中的公共秩序，係法院審理案件時，遇有公序良俗之違反，則排除適用該國法律，而適用準據法國相近的法律解決，或適用法庭地實地法，使該案件能繼續處理，而非無法可用的逕予駁回。但在民事司法互助下，違背公序良俗之互助行為。被請求國可以逕行拒絕提供協助，一旦拒絕，則民事司法互助程序即告終止。
2. 公共秩序保留或是公共利益之保留，是不確定法律概念，其適用範圍無一定界線，且政府機關以此理由拒卻，請求國沒有救濟之機會，亦無審查的機制，更無法去驗證其真實性、合法性或妥當性，故於適用上應有所謹慎或限制，以避免成為國家無端拒絕民事司法互助之藉口，因此，若欲以公共秩序作為拒卻民事司法互助之理由者，應限於「國際公共秩序」，以減少彼此之間的合作障礙，對於公共秩序的內涵，也有一定程度的可預測性和安定性，請求國在請求之前可以事先預知，被拒卻時也較不會影響到彼此的信賴，進而不會影響到下一次彼此之間互助的機會和態度。
3. 損害國家安全或國家利益者，亦視為損害本公共利益原則的範疇。至於損害國家主權，應視為違背民事司法互助關於國家主權原則，而不列入公共利益保留原則之下。維護國家主權是民事司法互助的大前提，故而公共利益之維護可以說是維護國家主權之下的延伸產物。當國家主權雖然被尊重，但是外交關係、國家機密、國防安全、經濟發展、經濟秩序、法律原則...等，將因民事司法互助受到侵害或抵觸時，則可以以公共利益之維護拒卻司法互助。
4. 民事訴訟法上有所謂「專屬管轄」，專屬管轄的立法係以公共利益為考量基礎，因此，若違背專屬管轄之規定，等同違背公共利益原則，可以作為拒卻民事司法互助之依據。
5. 公共利益保留原則包含公共秩序與善良風俗內涵，若非違背公共秩序而係違背善良風俗者，亦可以作為拒卻民事司法互助之理由，蓋社會道德與傳統的內涵各國均有不同，社會秩序的建立不是法律而是隱藏於人心意識的道德觀念和對傳統或歷史價值的認同，法律只是規範脫序行為的最後一道防線，單以法律不足以安定社會及人心。因此，諸如一夫多妻的婚姻制度、奴隸制度、種族歧視、言論自由之限制、信仰的強制...等，均得以違背本原則而拒卻民事司法互助。
6. 所請求的事項違背被請求國內國法律強行規定、禁止規定，或訴訟法規者，等同違背公共政策，得作為拒卻司法互助之原因。

公共利益保留原則是不確定法律概念，隨時代背景、國家處境、社會發展情勢而不同則有不同的解釋，法官在不違背強制規定與禁止規定之界線下自由心證，並用於拒卻外國國際司法互助的請求理由中，是最為普遍的理由。

四、保護當事人合法權益原則

民事訴訟的目的，在確定與維護當事人之間的私法關係；而確定與維護當事人間的私法關係時，遇有跨國取證或執行判決或送達文書等活動，則必須透過民事司法互助，因此，進行民事司法互助行為時，應秉持維護當事人權益之心態，如送達文書應使當事人得知悉文書內容，故於文書應有翻譯文本，並送達方式應盡量使用當事人能方便收受之方式，於調查取證之司法互助，應使證人得受保護之狀態，不得強制作證，於承認與執行程序，所有相關法定權利當事人應得主張。

捌、民事司法互助應適用法律及其效力

基於國家主權之尊重原則、被請求國公共利益保留原則，及基於程序適用法院地法原則，民事司法互助是程序事項，請求國應尊重被請求國的司法主權而適用被請求國的法院地法(訴訟法或程序法規)進行具體事項之協助，此乃基於對國家主權的尊重而衍生出被請求國僅能適用本國訴訟法進行司法協助，不得適用請求國的訴訟法。然而，若考量被請求國司法互助下之所有協助行為，在請求國得完全有效，宜依據請求國司法機關所指定的訴訟法進行，並衡量被請求國的公共秩序，以不違背被請求國公共利益為前提，避免取證之後或進行協助之後，該協助行為因違背請求國強制規定而無效，徒勞浪費司法互助，似乎取證程序宜採請求國的訴訟程序準據法。

筆者以為，若就司法互助的原則分別以觀，被請求國適用請求國之訴訟程序，乃是被請求國國家主權的緩和與退讓，其實本質上是彰顯極度尊重彼此國家的司法主權，與極度象徵國家對於司法協助的誠懇，若請求國在此狀況下能自我要求的尊重被請求國國家利益、注意並維繫被請求國之公序良俗，則二國利益可以平衡，且司法互助得以長遠維繫。

司法互助所適用之程序，如違背請求國法律，尤其是被請求國的訴訟程序與請求國的訴訟程序規定有出入，所直接影響的，是域外證據之證據能力或送達文書效力，在請求國是否能夠完全有效的問題。

關於此問題，最有效的解決方式，是請求國境內以法律直接規定其效力，如日本在其民事訴訟法第 184 條規定，在外國所為之證據調查，縱使違反該國法律，倘不違反我國法(日本法)時，仍有效力。若未規定者，則宜於條約中規定效力為何，如海牙取證公約中有規定：「執行請求書的司法機關應依據內國法進行，但是若請求國指定應適用特殊的方式或程序，除與內國法或內國習慣牴觸，或實際上存在不可能實施者外，應適用請求國指定之程序。」；若條約中未約定者，則請求國應盡量朝有效方式解釋，以達到司法互助之目的，畢竟進行任何一件民事司法互助必須耗費不少資源與人力，且所獲取的證據資料因跨國性而得之不易。但是，在被請求國境內所進行之訴訟程序卻未必都合乎請求國之規定，遇有侵害請求國之強制規定，亦非無此可能，因此，在不違背請求國強制規定之下，當以寬鬆解釋認為有效，遇有違背請求國的強制規定或禁止規定者，或遇有請求國針對該事項法律上有特殊效力者，則嚴格解釋或無效。

玖、民事司法互助之拒卻

民事司法互助有利於當事人與法院對於取證、文書送達、執行判決等權益，因此，在國家沒有交惡或政治立場並無不同之下，盡量滿足彼此民事司法互助有利於促進兩國關係，但是國家成立的目的，係用以保護內國人民之生命與各項權益，因此，對於外來主權的活動亦不可以掉以輕心，因此，在必要時，也必須拒絕民事司法互助之請求。

拒卻民事司法互助之理由，除違背上述各項民事司法互助之原則外，尚有下列幾種原因：

- 一、實現了條約所約定的拒卻原因：所簽署的條約中已經明白規定不得進行司法互助之項目，若請求國仍請求該事項之協助時，被請求國理當可以依據條約而拒卻；但是若被請求國刻意忽視條約之規定，百般衡量後，仍決定給予協助，該民事司法互助之活動，將視協助事項內容來決定，該違背條約規定之行為，是否會因程序瑕疵而無效。亦即若請求民事司法互助之初即已發現，請求的行為或接受請求之後，將會實現條約中關於不得進行協助之內容時，亦可以此理由作為拒卻民事司法互助之原因。
- 二、民事司法互助條約中未規定得作為拒卻之事項，是否可以作為拒卻理由？例如：公共秩序的保留條款在公約中未規定，國家是否可以以違背公序良俗作為拒絕互助之原因？筆者以為，條約是司法互助之依據，但是沒有司法互助條約國家仍然可以根據自己的意志決定是否同意司法互助，因此，是否違背公序良俗原則，是有關單位在考量是否接受互助之時應該決定，不問是否條約有規定，這一原則不得被捨棄，縱使考量是否協助之初，認定未違背公序良俗，而事後發覺違背者，亦可終止司法互助。然而，既然有簽署司法互助條約，代表各國之間對於司法互助事項已經有詳實討論與共識，若任憑被請求國超乎條約以外自行決定者，則條約簽署的意義與功能將會被折損或抹煞，因此，若非違背上述司法互助原則者，應以條約約定內容為依歸，凡條約未規定者，除違背民事司法互助原則外，不得以任何理由拒絕司法互助之請求。
- 三、對於請求司法互助的文書真實性有疑義者，若無法求證其真實性，則可以拒絕司法互助之請求。
- 四、所請求協助行為不屬於被請求國司法機關職權範圍者，可以拒絕民事司法互助。

拾、結論

本文論述民事司法互助總論。除綜合以往學者的意見之外，並加入筆者自己的見解，以及整理出的民事司法互助總論的體系。

本文從國際司法互助的基本概念談起，涉及民事司法互助的正名、範圍、適用對象、特色、法律性質，以及民事司法互助的原理原則、請求他國進行司法互助時，應適用的準據法，與所取得之證據效力的準據法，最後講述拒絕民事司法互助之原因。

司法互助分為國際司法互助與區際司法互助，若依事件之性質，又可以分為民事司法互助與刑事司法互助。

以往有採取司法協助之說，但本文認為，以司法互助為名，可以避免與法律扶助之意混淆。

民事司法互助適用對象，必是適用民商事案件。是否為民商事案件，因法系的不同，各國在司法互助層面，是否認為歸屬於民事司法互助，也有不同的認定。國際上有認為，是否屬於民商事案件而適用民商事司法互助程序，應由被請國法規決定，但亦有認為，被請求國法制若不認為是民事案件者，也應提供民事司法互助。

海牙國際私法會議於 1989 年召開「海牙送達公約」與「海牙取證公約」的執行情況特別委員會會議結論是：1.原則上尊重各國自主權，以各國自主決定；2.破產、保險與僱傭關係之案件應視為民商事案件；3.締約國在本公約所作民商事屬性的解釋。

本文認為，送達文書案件，可以從寬認定民商事案件的範圍；至於協助取證的司法互助活動，分為兩種情況，一是請求國到被請求國境內取證，而被請求國不派人進行取證行為，民商事案件的認定應嚴格審認；一是請求國未進行域外取證，而透過被請求國在境內協助取證，應視被請求國法制決定。

民事司法互助有下列幾種特色：1.民事司法互助是各國主權合作的具體展現。2.民事司法互助程序包含司法程序與非司法程序。3.民事司法互助和民事訴訟活動一樣，訴訟文書的送達、調查取證、承認執行外國判決、訴訟救助...等等行為的進行，均屬於訴訟程序之性質；執行外國判決的執行程序則仍然是司法程序是非屬訴訟之司法程序。本文倒是認為，免除訴訟費用之擔保、法律救助、免除認證程序，都是民事司法互助內容的項目之一，不劃歸為司法互助「附帶事項」。4.民事司法互助是兼跨於國際法與程序法領域。5.民事司法互助必須尊重且不得逾越請求國的請求範圍。6.民事司法互助必須透過國家為之。

民事司法互助之法律性質，應分為兩個階段探討，一為接受請求的階段，一為接受請求之後進行司法程序協助的階段。不論是第一階段或是第二階段，都介入他國主權的在內國境內的活動，他國的司法主權對內國而言，是「延伸的裁判權」。第一階段是行政程序性質，第二階段是司法行為，是否屬於訴訟行為性質，應視民事訴訟法決定。

國與國之間進行民事司法互助時應當遵循的原理原則有：1.尊重司法權與國家主權。基於對國家主權的尊重，衍生出被請求國適用本國訴訟法進行司法協助，而不適用請求國的訴訟法。若適用請求國之訴訟程序，乃是被請求國國家主權的緩和與退讓，其實本質上是彰顯極度尊重彼此國家的司法主權，與極度象徵國家對於司法協助的誠懇，若請求國在此狀況下能自我要求的尊重被請求國國家利益、注意並維繫被請求國之公序良俗，則二國利益可以平衡，且司法互助得以長遠維繫。2.遵守平等互利原則（平等互惠原則）：遵守平等互利原則係確保不同國家的法律制度受到尊重，不同國家的司法機關應處於平等地位；在訴訟進行中，不同國家的國民在國外應享受基本人權與國民待遇，不得歧視。3.公共利益保留原則：公共利益保留原則在民事司法互助領域中有特別涵意。遇有違背請求國的強制規定或禁止規定者，或遇有請求國針對該事項法律上有特殊效力者，則嚴格解釋或無效。4.保護當事人合法權益原則。5.進行民事司法互助行為時，應秉持維護當事人權益之心態，如送達文書應使當事人得知悉文書內容等。

司法互助所適用之程序，最有效的解決方式，是請求國境內以法律直接規定其效力。

拒卻民事司法互助之理由，除違背各項民事司法互助之原則與下列幾種原因外，盡量應予同意：1.實現了條約所約定的拒卻原因。筆者以為，當公約中未規定公共秩序的保留條款時，除違背上述司法互助原則者，應以條約約定內容為依歸，凡條約未規定者，除違背民事司法互助原則外，不得以任何理由拒絕司法互助之請求。2.無法求證司法互助文書之真實性者。3.所請求協助行為不屬於被請求國司法機關職權範圍。

參考文獻

- 丁樹蘭(2001)。兩岸共同打擊犯罪問題研究。國立政治大學行政管理學程碩士論文，未出版，台灣台北市。
- 肖永平(2005)。美國、德國和澳大利亞適用公共秩序保留制度之觀察。收錄於最高人民法院民事審判第四庭(主編)，涉外商事海事審判指導(2004年第三輯)。中國大陸：人民法院出版社。
- 高銘暄、趙秉志(主編)(2000)。中國區際刑法與刑事司法協助研究。北京市，中國大陸：法律出版社、中國方正出版社。
- 徐宏(2006)。國際民事司法互助(2版)。武漢，中國大陸：武漢大學出版社。
- 蔡墩銘主持(1993)。「涉及兩岸刑事案件處理方式研究」專案研究報告。台北市，台灣：行政院大陸委員會。
- 謝石松(1989)。國際司法協助問題的論與實踐。載於國際司法協助與區際衝突法論文集(27-28頁)。武漢，中國大陸：武漢大學出版社。
- 謝望原(1998)。台、港、澳刑法與大陸刑法比較研究。北京市，中國大陸：中國人民公安大學出版社。
- 韓德培(主編)(2000)。國際私法新論。武漢，中國大陸：武漢大學出版社。
- Conclusion And Recommendations Adopted By The Special Commission The Practical Operation Of The Hague Apostille (July 2006), Evidence And Service Conventions (28 October to 4 November 2003).
- Conclusion And Recommendations (July, 2006) Adopted By The Special Commission The Practical Operation Of The Hague Apostille, Evidence And Service Conventions (28 October to 4 November 2003)
- McClellan, D. J. (1992). *International Judicial assistance*. Oxford, UK: Clarendon press.
- McClellan, D. (2002). *International Co-Operation in Civil and Criminal Matters*. Oxford, UK.
- Nash, M. (1980). *Digest Of United States Practice In International Law 1978*. USA: Office of the Legal Adviser, Department of State.
- Olinger Bell (1988). Securing Evidence Abroad In Transnational Litigation, *U. Cin. L. Rev.*, 57-343.
- Report (December 1977) on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention.
- Report (1978) on the work of the Special Commission on the operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.

Report (December 1977) on the work of the Special Commission on the operation of the Hague Service Convention.

Zhang, X. C. (1999). Judicial Assistance Between Mainland China And The Hong Kong Sar In Civil And Commercial Matters: Dimension And Concerns. In *Hong Kong Policy Research Institute Policy Bulletin*. Hong Kong: Hong Kong Policy Research Institute Ltd.



蔡佩芬目前現職是亞洲大學財經法律系專任助理教授，以及中正大學法律系兼任助理教授。大學、碩士、博士都是修讀法律系所，主要學歷為中正大學法律研究所博士。

自以為法律是各領域概念應該互通，才能圓融不矛盾，故喜歡各個法律領域的整合，並自許能夠達到法律學門的科際整合。因此，研究領域兼跨民事法性質與刑事法，雖然人的時間有限，範圍廣往往無法精深研究，但相信持續努力不懈之後，終能達到心中的那一番天真理念，更何況，這整合的過程，就是收穫。故而根據性向與能力，主要研究領域是「刑法、刑事訴訟法、經濟犯罪、民事與刑事司法互助」，而副研究領域是「海商法、民法總則、國際私法」。

關於職業興趣，是研究、輔導、教學、行政；關於個人興趣，是希望能閒適的優游於有品質生活之一切美好事物。