

## 域外取證之拒止及摸索證明

### Obtain Evidence Abroad, Blocking Statutes and Fishing Research

賴 淳 良\*

Chun-Liang Lai

#### 摘 要

本文旨在討論涉外案件審理中之域外取證議題。首先從訴訟制度之差異性，若干國家採取審問型模式，取證僅由法院為之，若干國家採取對審型模式，主要由當事人取證，訴訟制度之差異也導致域外取證制度之差異。由此，再從證據必要性、舉證責任法則準據法說明我國法院准許域外取證之審查基準。進而討論請求書域外取證之程序，包含請求書之形式以及請求應記載之內容，再說明可被容許的域外取證程序及要件為何。最後從討論若干國家經由法院裁定，允許當事人域外取證，有損及他國主權之虞，並有國家採取制定拒止法規抗拒域外取證、以及域外取證之證據為應守秘密資料、證據所在地有禁止提出之法律明文如何影響域外取證等等，在討論請求域外取證屬於摸索證明時，是否應允許等等提出討論，進而反饋討論請求他國域外取證以及我國協助外國取證之要件。

---

投稿日期：111.11.15      接受刊登日期：111.11.28      最後修訂日期：111.12.02

\* 華嚴法律事務所律師，輔仁大學法學博士。

Attorney-at-Law Lai & Lai Law Firm, Ph.D., Catholic Fu Jen University.

**關鍵詞：**域外取證；證據必要性；舉證責任法則準據法；拒止法規；摸索證明禁止原則

## 目 次

壹、前言

貳、域外取證之訴訟制度

參、域外取證之必要性

一、舉證必要性

二、舉證活動之準據法

肆、司法互助之域外取證

一、域外取證之模式

二、請求書取證

三、域外取證之請求書

四、取證之決定及回復

伍、域外取證之拒止

陸、摸索證明

柒、結語

## 壹、前言

我國法院受理涉外案件後，為了認定事實必須調查證據。涉外案件的證據，可能證人住在國外、文件由外國機構保管等等，而有域外取證之必要。域外取證可以由我國法院自行完成，或者透過司法互助方式進行。由於域外取證可能涉及國家主權行為，我國法院准許域外取證的證據調查必要性、可被容許的域外取證程序及要件為何、域外取證之證據為應守秘密資料、證據所在地有禁止提出之法律明文、摸索證明是否應允許，均有討論之必要性。

## 貳、域外取證之訴訟制度

各國對於域外取證行為的容許性，各有不同的規範，此乃緣於各國對取證行為之公權性質以及訴訟程序目的設計不同所致。由於受西方法律制度的影響，訴訟制度可以區分為對審型（*Adversarial System*）及審問型（*Inquisitional System*）。兩種訴訟制度最核心的區別，在於對審型訴訟制度以雙方當事人之紛爭為起點，開展為雙方當事人一系列的活動，使居於被動且僅負裁判職責的決定者，做出裁判。而審問型訴訟制度的結構是職權調查，法官履踐大多數的法庭活動。實則，兩種名詞的區別，早在十二世紀就出現在歐洲，主要是指當事人缺席時，可否進行審判而言。之後歐陸的學者從學理上區分兩者，並指出雖然在刑事審判司法實務上多數採用審問型，但對審型訴訟制度應較為優越。一直到近代，乃以兩種制度分別指稱歐陸以及英美的訴訟制度<sup>1</sup>。雖然以對審型指稱英美法訴訟制度，以審問型指稱歐陸法訴訟制度，並不精確<sup>2</sup>。不過，英美對審型訴訟制度及歐陸審問型訴訟制度之差異，也呈現在於域

---

1 MIRJAN R. DAMAŠKA, *THE FACES OF THE JUSTICE AND THE STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS* 3 (1986).

2 *Id.* at 3.

外取證制度上的差異。歐陸審問型訴訟制度，由法院主導訴訟活動，依照嚴格的證據法則調查證據，當事人僅被允許參與調查證據的程序，因此域外取證乃具有國家司法主權的性質，具有屬地性。英美對審型訴訟制度是由當事人提出證據，調查證據的活動主要由當事人為之，唯有當證據之調查必須經由法院以裁判為之，法院才會參與，如核發命令要求第三人提出文書證據，或者命令證人到庭作證。特別是在美國，廣泛授予當事人直接取得證據的權利，也通常承認域外取得證據的合法性，不認為域外取證侵害他國主權<sup>3</sup>。

由於有上述制度上的差異，即產生有當事人域外取證程序以及國際間司法互助之域外取證程序。前者為內國法院是否准許證據調查程序，屬於適用內國程序法、內國法院權限以及裁判實效性的問題。後者屬於司法互助合作，必須經由雙方政府機關的協商或簽訂條約方可為之。

## 參、域外取證之必要性

### 一、舉證必要性

我國法院審理涉外案件，必然涉及證據調查。而是否進行證據調查，如何進行證據調查，有必要先釐清應以證據證明的事項。應以證據證明之事項，主要是事實，當然也還包含習慣、地方法規、外國法以及經驗法則（民事訴訟法第 283 條）。法律明文規定毋庸舉證之事實，例如事實於法院已經顯著、法院職務上所知者（民事訴訟法第 278 條），既然無庸舉證，所以也不是證明的對象。應以證據證明之事實包含當事人主張之事實或者法院依職權調查之事實，均屬證據證明的對象。事實依照與本案訴訟標的要件事實之關係，可以區分為直接事實、間接事實

---

3 何其生，比較法視野下的國際民事訴訟，頁 261-262，高等教育出版社，2015 年 7 月。

以及補助事實<sup>4</sup>。直接事實又稱為主要事實，係指原告訴訟上請求所依據實體法上請求權之構成要件事實而言。當事人於訴訟程序中聲請域外取證，法院必須先行審查調查之必要性。

以臺灣高等法院 107 年重上更二字第 15 號民事判決審理一件涉及美國雷曼公司連動債案件為例，原告等人起訴主張分別向渣打銀行申購訴外人瑞士銀行倫敦分行所發行代號 UB0704 之「領袖風範 1 年期美元計價股票連動債券」及代號 UB0706 之「財運亨通 1 年期美元計價股票連動債券」，惟渣打銀行明知系爭連動債連結標的美國 Lehman Brothers（雷曼兄弟財務公司）、Lehman Brothers Holdings Inc.（稱雷曼兄弟控股公司）從事美國次級房貸產業，已嚴重虧損，為第一曝險等級之地雷公司，具有最大破產機會，竟故意隱瞞此重大風險資訊，僅給予連結標的將持續盤堅穩定、安全、保本等不實之利多資訊，誤導伊對風險之評估，使伊陷於錯誤而與之簽訂特定金錢信託資金投資契約，因而依照民法第 184 條第 1、2 項侵權行為法律關係、受詐欺撤銷回復原狀請求權，及民法第 227 條、第 544 條債務不履行法律關係，求為命渣打銀行賠償。此案例中，就原告依侵權行為請求被告公司賠償損害部分，則原告所主張遭被告公司未告知風險而有違反義務以及原告財產利益受損的事實，應為直接事實。直接事實可以包含權利成立事實、權利障礙事實、權利消滅事實以及權利排除事實。如前所舉例，被告公司詐騙導致原告財產利益受損即為侵權行為之權利成立事實。被告公司如果抗辯是證券業務員自己的行為，被告公司已經盡到民法第 188 條第 1 項但書所定之監督責任，屬於權利障礙事實。被告公司又抗辯原告請求權已經罹於時效，屬於權利消滅事實。

所謂間接事實係指不是直接事實，但以該事實據推論證明直接事實之事實。例如所舉所例，雷曼兄弟控股公司於 2008 年 9 月 15 日，依美

---

4 姜世明，民事訴訟法（下），頁 8，新學林出版股份有限公司，2014 年 2 月，第 2 版。

國破產法向美國紐約州破產法院聲請破產保護，雷曼兄弟財務公司則於 2008 年 10 月 8 日，經荷蘭阿姆斯特丹地方法院裁定破產之事實。則該雷曼公司破產之間接事實可以作為推論被告公司是否未盡告知風險之主要事實。

補助事實是有關證據力的事實，證人證言的可信度、照片的可信度等等均屬之。前所舉案例中，已經有連動債之產品條件說明書、投資交易指示書、風險揭露說明書、公開銷售說明書等文書證明被告公司是否告知系爭連動債投資風險之事實。為了證明該文書之內容，原告等人又提出其所稱渣打銀行執行長 Peter Sands 於 2008 年 2 月 26 日在其官網上發表 96 年度經營成效時表示「We are very disciplined in the risks we take .We have no direct exposure and very limited indirect exposure to US Subprime securities (ABS), including collateralised debt obligations (CDO) ...」(中譯：我們對於風險承受一事，非常節制、謹慎，我們沒有直接暴險於美國次級房貸相關證券如 ABS 及 CDO，僅有非常少數的間接暴險，見原審卷一第 80-81 頁)。此項發言事實，即屬於補助事實。

直接事實、間接事實及補助事實之存否，是否應以證據調查之，首先應依據程序法理判斷是否為具有舉證必要性 (Beweisbedürftigkeit) 之事實。依照法院地法，該事件之審理應適用辯論主義時，當事人所不爭執的事實，即無舉證必要性。已經被確認的事實也不具有舉證必要性<sup>5</sup>。至於就調查證據應適用職權探知程序法理之事件，是否有舉證必要性，可能有認為必須依照審理事件是否屬於當事人得處分之事項而定。依此見解，當事人是否有處分權，可能必須視準據實體法而定，當準據法是外國法時，將產生法院職權調查證據與實體法所規定當事人處分權之間的平衡問題。於此情形，德國學者有主張應限制外國準據法之適用，並依照德國程序法理之職權探知主義，由法院職權調查證據，此類事項也

---

5 Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., 2006, S. 234.

認為有舉證必要性。至若因此產生當事人任擇法院的情形，希冀透過法院選擇，迴避證據之調查，其事例極少，縱或有之，對德國法院職權探知程序法理之適用，應不會產生太大的損害<sup>6</sup>。

已經被推定的事實，亦可排除舉證必要性。我國民事調查證據程序有推定制度，又可以區分為事實上之推定以及法律上之推定。所謂事實上之推定，係指法院依照調查證據之結果，本於推理作用，認定特定事實之存否而言。而所謂法律上之推定係指法律所明文規定的推定而言，又有法律上之事實推定以及法律上之權利推定兩種。推定會產生證明對象變更的效果，A 事實若被證明存在，即可得到 X 法律效果的結論。但若有推定，只要證明 B 事實存在，即可以認定 A 事實存在，或者直接得到 X 法律效果的結論。也因此，推定會產生減輕舉證責任的效果<sup>7</sup>。法律明文規定基於特定事實之存否而認定某事實之存否，即屬法律之事實推定，例如民法第 944 條第 2 項規定，經證明前後兩段時間有占有者，即推定該段期間內，確實由占有人繼續占有。至於法律上之權利推定，係指法律規定經證明特定事實者，即推斷有特定權利存在，例如民法第 943 條規定，占有人於占有物行使之權利，推定其適法有此權利。事實上之推定是由法院本於自由心證之作用，依照已經認定之事實推斷其他事實之存否（民事訴訟法第 282 條），當事人自毋庸再提出證據證明之。當事人聲請域外證據所欲證明的事實，若屬已推定的事實，除非是反證，否則即應認為無調查證據之必要性。

民事訴訟法除了推定之外，還明文規定兩種排除舉證必要性之情形，一種是事實於法院已顯著或法院職務上所知之事實（民事訴訟法第 278 條），另外一種是當事人自認（民事訴訟法第 279 條）<sup>8</sup>。

---

6 Schack, a.a.O. (Fn. 5), S. 234 f.

7 Schack, a.a.O. (Fn. 5), S. 234 f.

8 姜世明，同註 4，頁 9-40。



## 二、舉證活動之準據法

法院審查當事人調查證據之聲請，必須基於證據的必要性，而必要性之有無，必須取決於舉證責任法則。舉證法則可能取決於實體法的規定，無法完全以程序依法院法之原則加以概括。而且證據法與實體法有相當密切的關係，於審理涉外案件，證據法與準據之外國法也有密切的關係。此種密切的關係，體現為實體法與程序法之間的調和。例如法律行為方式之要件，於實體法上遵從法律行為自由原則，儘量尊重當事人選擇，然而如何與證據法上舉證責任以及法定證據方法相互調和，即為重要的問題。而解決此項問題之方法，僅僅仰賴程序依法院地法原則，並不足夠。程序法中看似技術性的規定，並不能夠低估其影響實體事項的效果，因此也不能低估程序法的實體法含量。國際民事程序法也因此不能與實體法以及公平原則完全脫離，縱使是看似相當技術性的規定例如程序期間也是如此<sup>9</sup>。如何在程序依法院原則以及實體準據法之間，尋求平衡，成為國際民事程序法中重要的議題。

舉證責任分配，我國雖然於民事訴訟法第 277 條定有明文規定，然而由於舉證責任之分配，往往依賴實體法規定的內容而定<sup>10</sup>，依權利成立要件事實或其他障礙事實，有不同的舉證責任分配。學者指出本來在德國民法草案有舉證責任之規定，後來認為不要規定，並認為舉證責任屬於實體法領域，日本舊民法時代也是如此規定，也認為舉證責任法是實體法的領域，我國繼受德國日本法律後，使舉證責任法則具有程序法性質，卻仍不脫實體法之性質<sup>11</sup>。既然舉證責任分配法則，具有實體法的性質，而涉外案件之準據實體法，有可能不是我國法律，而是因著選

---

9 Schack, a.a.O. (Fn. 5), S. 232 ff.

10 姜世明，同註 4，頁 96-97。

11 許士宦，口述民事訴訟法（下），頁 176，新學林出版股份有限公司，2021 年 1 月，第 2 版。

法規則之規定，指引外國法為準據法。此時舉證責任之分配，也就必須依照準據之外國法而定<sup>12</sup>。

舉證責任分配應適用實體準據法，可能因為對我國民事訴訟法第 277 條舉證責任之分配，有不同理論，而有不同的見解<sup>13</sup>。德國學者也指出舉證責任分配應適用實體法，也有例外情形，如當事人在訴訟程序中之逾期聲請域外取證、拒絕配合域外取證、消極不配合取證等等，即可改用法院地程序法<sup>14</sup>。德國當代學者 **Coester Waltjen** 提出一項界定兩者之間適用範圍的原則，她認為證據法則中，如果是為了使法院調查真相的程序更有效率化，進而產生實體法上處分權受限制的狀態，即應適用選法規則所選定的準據法外，除此之外，其餘均應適用法院地法。由此原則可以衍伸出兩項基本的思考，第一點是就國際民事程序法而言，如何有效查知事實真相，屬於具有公法性質的程序立法者之決定，而不是由準據法所界定具有處分權的人決定，因此舉證責任的倒置以及證人的拒絕證言權，都應該適用法院地法，而不是本案準據法。第二點是降低司法實務適用外國證據法的沉重負擔，法官在審理時，根據適用本身的程序法累積長久時間的經驗，特別是有關證據能力、證據方法以及形式證據等等，均無可避免的習慣適用自己的程序法。

證據法事項應適用法院地法部分，例如是否應以裁定為之以及對證人的詢問程序等等，均無爭議。德國法並沒有如美國法上的證人詰問程序以及陪審團制度，此類程序也都應該適用法院地法。其他如法官與訴訟代理人之間的分工、言詞辯論基本原則以及證據調查的基本原則也都

---

12 Schack, a.a.O. (Fn. 5), S. 237 ff; Heinrich Nagel/Peter Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2007, S. 467; Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2009, S. 817.

13 呂太郎，民事訴訟法，頁 517-525，元照出版有限公司，2022 年 3 月，第 4 版。許士宦，同註 11，頁 170-188。魏大曉，民事訴訟法，頁 272-274，三民書局股份有限公司，2021 年 8 月，第 2 版。

14 Geimer, a.a.O. (Fn. 12), S. 817.

應該是用法院地法<sup>15</sup>。

## 肆、司法互助之域外取證

### 一、域外取證之模式

我國法院受理涉外案件，依據舉證責任法則，認為當事人聲請域外取證，而有調查之必要性時，即可採取域外取證程序。我國域外取證主要是透過機關域外取證，此為經由國家機關透過外事人員或是經國家機關之間的合作互助，以取得在外國證人之證詞，或者存放國外的文書、文件等證據而言。空難、反壟斷訴訟、證券詐欺、夫妻財產分配、繼承財產等等跨國民事事件，往往需要域外取證，否則被害人的權利無法獲得保障、財產無法正確清算。域外取證係請求取得證據，而由我國法院直接於我國之訴訟程序行調查證據之程序，與民事訴訟法第 295 條之囑託調查尚有不同。

經由外國法院協助取得證據通常必須透過請求書（Letters Of Request: Letters Rogatory），經由外國法院或機關取得證據。在英國及美國等英美法系國家，此項取證並不以有條約為前提。多數國家則要求必須訂立條約，無論是雙邊條約或多邊條約。目前在國際間最重要的條約是 1970 年海牙域外民商事取證公約（Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters），中國大陸、越南、韓國、新加坡、美國、巴西、英國、澳大利亞、德國、法國、義大利、南非都是締約國。

海牙域外取證公約適用的範圍限於民商事案件，但不限於實體事項，也包括國際管轄權有無的證據調查<sup>16</sup>。取證的證據種類包括文書證

---

15 Schack, a.a.O. (Fn. 5), S. 233.

16 何其生，同註 3，頁 269-270。

據及證詞、但必須是使用於法院程序的證據，不包含為了取得證據而進行的調查、也不包含不以文書本身作為證據的取得文書程序，縱使該程序是屬於取得文書證據必要的程序。

域外取證之法制有請求書取證、領事取證以及特派員取證，我國以前兩者之制度較為完整。以下介紹與本文有關的請求書取證。

## 二、請求書取證

請求書取證是經由法院所在地機關基於條約或協定，請求外國機關協助取得證據。請求書取證通常必須以請求書，透過外交途徑，商請外國機關協助取證。由於是國家之間的司法互助，多半仰賴雙方條約或多邊條約建立互助的法律框架。海牙域外取證公約所規定之取證程序，是先由請求國提出請求書、執行國決定是否依照請求書執行、再由執行國依照執行國法律程序或取證請求書記載之特定程序取證、送回證據等程序。

我國並未加入海牙域外取證公約，但目前分別與越南、斯洛伐克、菲律賓簽訂有司法互助協定。與越南於 2010 年簽訂駐越南臺北經濟文化辦事處與駐臺北越南經濟文化辦事處關於民事司法互助協定（Agreement between the Taipei Economic and Cultural Office in Vietnam and the Vietnam Economic and Cultural Office in Taipei On Judicial Assistance in Civil Matters，以下簡稱臺越司法互助協定）、於 2022 年與斯洛伐克簽訂駐斯洛伐克臺北代表處與斯洛伐克經濟文化辦事處民事暨商事司法合作協議。並且與中國大陸於 2009 年簽訂有區際司法互助協定，名為海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（以下簡稱兩岸司法互助協議）。此外也於 2013 年與菲律賓簽訂屬於刑事司法之駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處間刑事司法互助協定。

域外取證於備妥請求書後，須由權責機關向執行國提出請求。依照

兩岸司法互助協議第 3 條規定「聯繫主體：本協議議定事項，由各方主管部門指定之聯絡人聯繫實施。必要時，經雙方同意得指定其他單位進行聯繫。」、「本協議其他相關事宜，由財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會聯繫」。臺越司法互助協定第 1 條第 3 項規定權責機關係指法院、檢察署及主管民事事項之其他機關。而依據司法院秘書長 111 年 01 月 28 日秘台廳民一字第 1110003903 號表示，有關民事、非訟、家事事件囑託調查部分，如囑託越南調查時，依駐越南臺北經濟文化辦事處及駐臺北越南經濟文化辦事處關於民事司法互助協定，應具請求書及譯本行文法務部辦理。依照此函示，與越南互助是以法務部為權責機關，並非法院或檢察署。

### 三、域外取證之請求書

海牙域外取證公約規定的程序，是由請求國法院向證據所在地國的權責機構遞交請求書。請求書依照公約第 3 條第 1 項之規定，必須記載請求機關、當事人、請求調取證據之性質以及內容。同條第 2 項進一步規定請求書可以記載詢問證人之姓名、詢問證人之問題、勘查的文書或財產、命為宣誓或具結、證據調查之特殊程序等等。請求調查之證據，不可以再要求經過認證或其他程序。依照第 4 條規定請求書原則上以被請求國之文字書寫，但也可以採用附加譯文方式。

兩岸司法互助協議第 13 條規定請求書之方式，「雙方同意以書面形式提出協助請求。但緊急情況下，經受請求方同意，得以其他形式提出，並於十日內以書面確認。」、「請求書應包含以下內容：請求部門、請求目的、事項說明、案情摘要及執行請求所需其他資料等。」、「如因請求書內容欠缺致無法執行請求，可要求請求方補充資料。臺灣與越南之司法互助協定也採取請求書域外取證，請求書之內容依照協定第 7 條有詳細規定。至於請求書之語言，依照協定第 5 條「依本協定提出之司法互

助請求書及其輔助文件，應檢附經認證之受請求方官方文字或英文譯文。」。請求取證之內容也必須在請求書記清楚，依照協定第 18 條第 2 項規定「二、調查取證之請求除應符合本協定第七條之規定之外，並應說明：(一) 需向被調查人提出之問題，或關於需詢問事項之說明；(二) 需調查之文書或財產。」。

依照海牙域外取證公約第 5 條規定，執行國認為請求國之請求事項不符合公約規定，應表明理由，通知請求國。第 6 條規定，接受請求國家的機關，若認該機關無執行權限，應轉交有權機關。海牙域外取證公約第 12 條規定，請求執行取證之事項，不屬於司法機關權責，或是有損及執行國主權或國家安全時，執行國可以拒絕之。但不能以對本案有專屬管轄或不承認該行為效力為理由拒絕執行。其中所謂不屬於司法機關權責，於審前取證是否屬於司法機關權責，可否請求域外取證，因為英美法系與歐陸法系訴訟制度不同，而有不同的理解。審前取證是英美普通法系國家之訴訟制度，海牙域外取證公約因此於第 23 條允許締約國對審前域外取證聲明保留不予適用。

臺灣與越南之司法互助協定也規定受請求方收到請求書後，可以通知補正之事項，也規定可以拒絕請求的事由。依照協定第 7 條第 2 項規定「二、如受請求方認為請求書中之內容不足，以致於不能執行時，應要求請求方提供必要之資料。」。得拒絕請求的事由，協定第 9 條規定「一、如受請求方認為執行司法互助請求可能損害其安全、公共秩序、法律基本原則或實質利益，得拒絕之，並應將拒絕理由通知請求方。二、如受請求方認為執行該司法互助請求，將妨害正在受請求方進行中之刑事偵查或追訴時，得延緩執行該請求，並應將理由通知請求方。」，協定中並未特別排除審前調查證據之取證活動。由於臺灣民事訴訟法第 368 條以下規定保全證據程序，允許當事人於訴訟事件繫屬法院之前，聲請法院裁定允許保全證據，並非由當事人直接取證。既然證據保全仍然是由當事人聲請，而由法院裁定為之，仍屬於協定第 1 條第 1 項所稱

之民商事案件，應屬於可請求司法互助之事件。兩岸司法互助協議第 15 條規定不予協助之情形，「雙方同意因請求內容不符合己方規定或執行請求將損害己方公共秩序或善良風俗等情形，得不予協助，並向對方說明。」。

臺灣高等法院 103 年度保險上字第 9 號民事判決<sup>17</sup>審理一件臺灣地區人民到大陸地區旅遊，發生死亡事故，於是向所投保之保險公司請求保險給付之案件。該案之事實為原告起訴主張：被保險人於 2011 年間向被上訴人投保旅行平安保險，保險地點為大陸地區九寨溝，保險金額新臺幣（下同）500 萬元，指定法定繼承人為受益人。2011 年 12 月 9 日傍晚時分，被保險人自大陸地區四川峨嵋山下山後，與旅行團其他團員等候搭乘遊覽車時，突然倒下，經救護人員到場急救無效宣告死亡。原告為之法定繼承人及系爭保險契約之受益人，因此請求保險金給付。受理該案之臺灣臺北地方法院經由法務部協助向大陸地區調查取證，第二審法院裁判書引用取證回復書的詳細內容，作為判准原告保險給付請求權之重要依據。內容記載依海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議調查取證回復書，有關調查取證的情況：一、2013 年 7 月 11 日，法官焉紅與書記員李維到峨眉山市人民醫院調查取證，經詢問急救中心主任李慶中，調取了涉及張輝國的峨眉山市人民醫院院前病歷、峨眉山市人民醫院出診紀錄、峨眉山市人民醫院病人死亡醫學證明書等相關材料。其中李慶中陳述：…另峨眉山市人民醫院出診紀錄及峨眉山市人民醫院院前病歷記載內容：…。二、2013 年 7 月 11 日，法官焉紅和書記員李維到佛山市公安局峨眉山佛山大佛風景名勝區分局報國寺派出所（以下簡稱派出所）調查取證，…派出所 2011 年 12 月 10 日詢問旅行社團領隊

---

17 該案臺灣臺北地方法院 101 年度保險字第 69 號民事判決，駁回原告請求保險金之起訴。第二審視臺灣高等法院廢棄第一審判決，改判准保險金給付之請求。保險公司提起上訴，最高法院 103 年度台上字第 2506 號民事裁定駁回保險公司上訴而確定。

簡秋暖的筆錄記載內容：…有調查取證的情況說明、峨眉山市人民醫院出診紀錄、簡秋暖詢問筆錄等在卷可稽。

臺灣臺中地方法院 103 年保險字第 33 號民事判決<sup>18</sup>審理一件臺灣人民到越南工作，因車禍死亡，請求保險金事件，因為保險公司主張該名臺灣人民是在越南酒醉騎乘發生車禍，臺中地方法院為了確認該事實，經由法務部向越南司法部尋求協助，提出請求書而為域外取證。該案之事實是告起訴主張：被保險人向被告保險公司投保意外身故保險金額 100 萬元，原告為指定受益人之法定繼承人，被保險人於 2013 年 8 月 25 日出差至越南時，發生交通事故身亡，為此請求被告保險公司給付保險金 100 萬元及利息；被告保險公司抗辯稱依越南司法部回函，吳東杰體內酒精濃度高於當地法令標準，姑不論酒駕於越南是否為犯罪行為，至少有符合除外責任第 3 款之情事，拒絕給付保險金。由於雙方對於被保險人是否違規酒醉騎乘機車爭執，而事故地點是在越南，臺中地方法院遂依被告之聲請，依民事司法互助協定，請法務部函請越南社會主義共和國司法部代為調查取證查明。臺中地方法院要求查明的內容是「當吳某（按即被保險人）因交通意外事故死亡，當時是否曾受檢測、解剖或驗血？其當時之吐氣或血液所含酒精濃度為何？若當時確為酒後駕車，有無超過當地法令取締之標準？其行為在當地是否為犯罪行為？」。該案之後又進行第二次請求域外取證。內容要求「提供被保險人死亡驗屍報告書、死亡解剖報告書、車禍後送醫之該醫院急救紀錄、血液檢驗報告書，請查明吳東杰死亡遺體存放冰庫之時間、遺體冰存後冰庫有無停電、血液酒精濃度所採取之檢驗方法、遺體解剖時抽血之部位、遺體解剖抽血時有無抽取眼球液。」可惜越南方面就第二次取證請求，並沒有依照請求於適當時期回復取證結果。

---

18 該案駁回原告之起訴後，原告上訴至臺灣高等法院臺中分院，經和解結案。



#### 四、取證之決定及回復

證據所在地國權責機構決定接到請求後，交由適當的機構執行請求事項。海牙域外取證公約第 7 條規定，執行國應該通知請求國取證之時間以及地點，以使相關案件相關當事人及其代理人得以出席取證程序。執行國也應該將取證的時間及地點，直接通知案件當事人或其代理人。據此，執行國法院召開審理程序，由當事人及代理人出席。如果是證人，經過證人詢問程序後，將證詞內容作成書面筆錄，送回請求國。依照請求書內容執行時，依照海牙域外取證公約第 9 條規定，應依據被請求國法律規定程序。不過請求書內記載特定的方法或程序時，應依請求書之要求，除非因為與執行國內國法律規定不符、該國實務上或是有執行上的困難等理由而無法履行。所謂特定程序，例如請求血液鑑定、全程錄音錄影、逐字逐句筆錄、交互詰問等等。如果依照執行國法律，可以要求證人提出證據或證據持有人提交證據，也可向執行國提出此類請求。執行取證如果需要發出命令，也應由執行國依據本身法律的規定，由有權限管轄法院核發之（海牙域外取證公約第 10 條）。

臺越司法互助協定第 8 條第 1 項也規定，取證應依照受請求方即執行方法律執行，「一、受請求方應根據己方法律執行司法互助請求。」。如果請求方有特定之方式，協定第 8 條第 2 項規定「受請求方得依請求方要求之方式執行司法互助請求。但該方式違反受請求方之法律者不在此限。」均與海牙域外取證公約規定相同。至於請求方可否要求允許遠程審理方式，由案件當事人參與取證程序、聽取證人證詞、甚或詢問證人。因為我國民事訴訟法於 2021 年增訂第 211 條之 1，肯定遠距審理之合法方式，似亦可據此向受請求方提出請求，以保障當事人之程序參與權<sup>19</sup>。惟仍有待雙方協商、實踐以決定之。

---

19 賴淳良，跨境遠距審理，跨國法的啟蒙與薪傳－李復甸教授七秩華誕祝壽論文

在司法實踐中，上述臺中地方法院給付保險金事件，第一次互助請求，臺灣方面希望越南法務部協助查明若干問題，也確實獲得明確答案。但是第二次互助請求，要求取得死亡驗屍報告書等文書證據。越南司法部遲遲沒有回覆，最後法院判決書中記載「但此項請求遲未獲越南司法部回覆，原告等後三年後，陳報表明同意不繼續等待越方回覆調查取證結果。」。在臺灣高等法院給付保險金的事件，由大陸地區法院法官依照民事程序法的規定取證，包含調取診斷證明書、就診資料、勘驗現場、詢問證人等等。

臺灣高等法院 110 年重家上字第 39 號民事判決審理一件夫妻財產分配之事件<sup>20</sup>，由於財產有存放在中國大陸銀行的存款、證券等等，因而有域外取證的問題。上訴人主張被上訴人在中國建設銀行、中國匯豐銀行、中國工商銀行，尚有存款及投資理財金共人民幣 100 萬元，但因為被上訴人否認。第一審法院於是函詢上開銀行有關被上訴人於基準日之存款餘額，經大陸商中國建設銀行股份有限公司臺北分行及匯豐（臺灣）商業銀行股份有限公司函覆稱因該等帳號係大陸地區之銀行帳戶，非臺灣地區之分行所能提供等語，無法證明被上訴人於基準時點仍有上開存款及投資理財金共人民幣 100 萬元之婚後財產。第二審法院認為「實難僅憑上訴人臆測之詞，遽認上訴人抗辯之事實為真正。」。

至於域外取證證據之合法性，我國民事訴訟法第 295 條第 2 項明文規定「外國機關調查證據，雖違背該國法律，如於中華民國之法律無違背者，仍有效力。」，以請求國法律為準據法。

---

集，頁 249-251，五南圖書出版股份有限公司，2022 年 3 月。

20 該案第一審法院臺灣新北地方法院 107 年度重家財訴字第 2 號民事判決合併審理離婚以及夫妻財產分配等事件，判准離婚，並命配偶一方給付他方 2,000 餘萬元。第二審法院駁回上訴，在上訴最高法院後，在司法院法學資料檢索系統上註明撤回上訴。

## 伍、域外取證之拒止

域外取證之拒止係指對於域外取證，以該證據屬於法律所保障之應守秘密事項等理由，拒絕域外取證。若干國家甚至制定拒止法規（blocking statute），係為了防止美國國內法發生域外效力，特別是反壟斷法，而制定某些法律，阻止美國國內法的適用，拒絕美國法院之取證行為。法國就曾經制定是此種拒止法規，規定將特定文件於外國訴訟程序中揭露構成刑事犯罪<sup>21</sup>。此項問題圍繞著當事人或第三人文書提出義務，也因為英美法系國家有審前取證制度，由法院依當事人之聲請，裁定命他造當事人或第三人提出特定文書。並於審判開始前，在審前證據開示程序當中，交付給聲請之當事人閱覽。更由於英美法系國家之法院裁定，有藐視法庭罪，確保裁定內容之實現。使得拒止法規是否限制域外取證之範圍，成為議題。

請求國之取證請求，是要求當事人或第三人（如銀行）提出帳戶交易明細等文書文件，但該當事人或第三人以依照法律規定，負有保密義務，拒絕提交時，依照海牙域外取證公約第 11 條規定，如果依照執行國法律，或者請求國於請求書中記載得拒絕提交文書的權利時，當事人或第三人即可拒絕提交文書。海牙域外取證公約第 11 條第 2 項賦予締約國聲明保留依其內國法，有權拒絕請求國請求提出文書的權利。而依照我國民事訴訟法第 344 條第 2 項以及第 348 條準用之規定，當事人或第三人有義務提出「一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。三、為他造之利益而作者。四、商業帳簿。」等文件，至於其他「與本件訴訟有關之事項所作者」之文書，若「涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出。但法院為判斷其有無

---

21 TREVOR C. HARTLEY, INTERNATIONAL COMMERCIAL LITIGATION: TEXT CASES AND MATERIALS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW 453 (2009).

拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。」。因此，當事人請求域外取證之文書，如果有民事訴訟法所規定得拒絕提出之事由時，他方當事人或第三人應得備具理由，向執行國或請求國陳明拒絕提出。

英格蘭法院依照英格蘭民事訴訟法第 31 條規定證據開示程序 (disclosure of documents)，規定當事人在審判前，有義務 (obliged) 將所有文件 (documents) 開示 (disclose) 讓他方當事人檢視 (inspect)。應開示文件包含存放在國外的文件，包含存放在分支機構或者是由第三人保管的文件。存放在國外的文件如果再存放國內屬於應保密文件，或者將文件屬於違法行為的文件，當事人是否仍有義務將文件開示，即必須視英格蘭民事訴訟法第 31.8 條所規定文件在當事人保管 (control) 中一詞的解釋而定。英格蘭民事訴訟法第 31.8 條規定「當事人開始文件之義務限於文件在其保管中或曾在其保管中」(A party's duty to disclose documents is limited to documents which are or have been in his control)、  
「當文件 (a) 現在或已經在其物理占有中；或 (b) 當事人有權利或已經取得占有的權利；或 (c) 當事人有檢視或取得副本的權利時，即屬於前條所稱在其保管中的文件」(For this purpose a party has or has had a document in his control if (a) it is or was in his physical possession; (b) he has or has had a right to possession of it, or; (c) he has or has had right to inspect or take copies of it)。

英格蘭最高法院 1980 年 *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Co.Ltd.* 一案即涉及當事人開示文件義務。該案的背景是英格蘭位於南部非洲殖民地羅德西亞，於 1965 年尋求獨立改名辛巴威。英格蘭政府立法制裁，禁止石油輸入羅德西亞，藉此使羅德西亞打消獨立的念頭。在制裁的過程中，因聲請人 *Lonrho* 公司經營由莫三比克港口，輸送石油至羅德西亞油管道業務，因為英格蘭政府採取制裁措施，導致該公司經營的油管沒有石油可以輸送，聲請人公司受有巨額的損失。聲請人公司於是主張

Shell 跟 BP 兩家石油公司，違反英格蘭制裁法律，仍然繼續輸送石油到羅德西亞，以至於延緩羅德西亞解放獨立的時程，也導致聲請人公司的油管運營時程往後延遲，受有損害。聲請人公司要求取得 Shell 及 BP 公司間接控制而在南非及羅德西亞石油公司保管中的文件。Shell 及 BP 兩家公司拒絕提出，提出答辯主張依照南非共和國及羅德西亞法律，這些文件經政府許可才能公開，兩國政府甚至對違反該法令而擅自公開文件者，以法律規定科處刑罰。因此，在本案中主要爭點就在於 Shell 及 BP 兩家公司有無提出並開示該文件的義務。法官 Lord Diplock 在判決中指出，雖然 Shell 及 BP 兩家公司對於設在南非以及羅德西亞的公司分別持有股份，有的是 100%，有的是 50%。然而 Shell 及 BP 兩家公司並沒有真正持有系爭文件，該文件是在南非以及羅德西亞的公司持有保管中。是否將該文件提交給本案英格蘭法院，應由在南非以及羅德西亞的公司，考量公司最佳利益以及公司債權人的利益而決定之，更何況南非以及羅德西亞的法律禁止提交該文件。然而聲請人依然人主張 Shell 及 BP 兩家公司可以經由在南非以及羅德西亞公司的股東，向各該公司提出將文件影印後交給控股公司的要求，因此該文件仍然在 Shell 及 BP 兩家公司可管領的範圍之內，而如果取得原本也必須獲得當地政府的許可，在南非以及羅德西亞公司向當地政府申請許可被拒絕之前，文件仍然處於 Shell 及 BP 兩家公司可管領的範圍。不過，英格蘭最高法院法官 Lord Diplock 不採納聲請人該項主張，因為英格蘭法院應該考量的是 Shell 及 BP 兩家公司有權力管理系爭文件與否，而不是考量跨國公司的組織架構。而所謂文件管領的權力（power）或控制（control）是指當下擁有可得執行的法律上可以直接取得文件的權利，而不是未來能取得該文件的狀況而言<sup>22</sup>。

英格蘭最高法院此項判決，以文件是否在當事人管理為提出文件義

---

22 *Id.* at 450-452.

務的前提，而不是以提出文件是否符合當地法令為要件。因此縱然當地法令認為合法，由於文件是由跨國公司集團的其他公司管領，而不是該跨國公司本人管理，該公司仍無提出之義務。英格蘭最高法院之判決，有學者指出因係受到政治考量的影響，目的配合英格蘭政府終結羅德西亞獨立運動<sup>23</sup>。在此案中，法院揭露證據提出義務的一項原則，如果揭露文件不符合文件所在的法律，則當事人即無提出文件的義務。

然而上述見解，在之後的幾項判決中出現不同意見，特別是拒止法規的適用。英格蘭高等法院審理一件涉及法國人的案件時，法國人就提出拒止法規，以此拒絕向英格蘭高等法院提交文件。此項抗辯就涉及當提交文件不符合文件所在的法律，當事人是否仍有提出義務的原則。而英格蘭以及美國法院向來拒絕接受這種抗辯，誠如英格蘭法官的意見，一旦參加遊戲就必須遵守規則，而程序依法院地法是世界通行的法則，不能因為是外國人，就可以豁免法院地程序法的適用。他方當事人依照英格蘭法律，有權要求該外國人提出文件，外國法不能指引英格蘭法院應如何適用法律<sup>24</sup>。不過，如果當事人仍然拒絕提出文件，法院可否直接為該當事人不利的認定，由於受到歐盟人權公約第 6 條所規定訴訟權保障的拘束，英格蘭法院僅能採取轉換舉證責任之作法。

美國聯邦最高法院也曾經在 1958 年審理 *Société internationale v. Rogers* 案件中，也處理文書提出義務之問題，依照美國聯邦民事規則第 34 條規定要求當事人必須提交保管、監管或控制中的文件。該案的背景事實是美國政府於二戰期間沒收德國 IG Farben 公司在美國境內的資產，戰後，*Société internationale*（也被稱為 IG Chemie 公司）主張該資產為該公司所有，並非德國公司所有，美國政府主張縱然資產形式上登記為瑞士公司所有，實際上仍然屬於德國公司控制中，因此要求瑞士公司應提出另外一家公司 Sturzenegger 之銀行紀錄。瑞士公司則抗辯揭露

---

23 *Id.* at 452-453.

24 *Id.* at 453.

銀行紀錄違反瑞士法律的規定，並且負有刑事責任。瑞士政府的代表也聲稱該銀行紀錄已經被「沒入」(confiscated)，揭露該紀錄違反瑞士法律的規定，雖然該銀行紀錄雖然仍在 *Sturzenegger* 保管中，但是瑞士法律已經規定不得揭露。美國聯邦地方法院後來發現這批銀行紀錄在 *Société internationale* 保管中，遂下命令要求提交該文件。因此大量的文件被提交，卻仍然有部分文件並未提交。美國聯邦地方法院於是判決認為 *Société internationale* 並未履行證據開示命令。案件上訴到美國聯邦最高法院。美國聯邦最高法院維持地方法院的裁判，並認為由於美國曾經在 1941 年公布敵對國交易法 (Trading with Enemy Act)，如果允許當事人以將受到其他國家刑事追訴為理由，拒絕向美國法院提交文件，將使得國會通過的敵對國交易法立法意旨無法獲得落實。不過美國聯邦最高法院也強調美國聯邦民事訴訟規則第 34 條所謂保管、監管及控制仍留有相當的彈性，必須依照個案狀況而決定。最後該案能因為其他理由存有瑕疵，因而發回地方法院重新審理。

至於第三人是否有提交文書的義務，由於第三人並不是訴訟當事人，提交義務形成的理由、規則均與訴訟當事人有所不同。在英格蘭法律上，第三人提交文書的義務，為例外情形。1974 年 *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Exercise Commissioners* 一案對此有所闡述。該案是 *Norwich Pharmacal* 主張有一批進口的藥物侵害其專利，但無法確知進口商為何人，而英格蘭海關 *Customs and Exercise Commissioners* 掌握有進口商的資料，因此向法院聲請要求英格蘭海關揭露該文件。英格蘭最高法院認為英格蘭海關與本案中並未參與共同侵權行為，然而仍負有義務使侵權行為的受害人可以得知侵權行為人的資訊及身分，因而有揭露該文書的義務。

緊接著在 1980 年 *Bankers Trust Co. v. Shapira* 一案中，英格蘭上訴法院將第三人提出文書義務的規則擴及適用到涉外案件中。該案的背景事實是 *Shapira* 跟 *Frei* 施用詐術，使設在美國紐約的 *Bankers Trust* 將 100

萬美元匯入英國 Discount Bank 銀行。Bankers Trust 在英格蘭法院起訴 Shapira、Frei 及 Discount Bank。Shapira 因為在監獄中，沒有受到合法送達，Frei 在列支登士登，也沒有收到合法送達，而 Discount Bank 已經合法送達。Bankers Trust 要求法院核發命 Discount Bank 揭露資金流向的紀錄命令。第一審法院認為必須等到其他兩位被告合法送達之後，才能決定是否做出裁定。Bankers Trust 上訴。英格蘭上訴法院認為被詐欺的被害人，應該擁有衡平法上的權利，以追蹤款項的去向，也有權利打開銀行的門門，追蹤被騙款項的流向，銀行不能以與客戶之間的保密關係拒絕透露資金的流向。因此上訴法院認為不能等到其他被告收到合法送達後，才核發提交文書的命令，以免款項流向第三人。然而，為了平衡銀行之利益，原告對銀行因此所受的損害必須加以負責、對因此所產生的費用也必須支付、所取得的文書也只能用於追蹤金錢。此三項安全柵欄，是法院核發揭露文書命令的重要前提<sup>25</sup>。

英國高等法院 1986 年 Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Security Corporation 一案，處理銀行提交客戶帳戶資料的問題。該案原告 Mackinnon，主張被告 Shepherd 及 Lanciat 詐騙聲請人 25 萬美元，因為相對人兩人誣稱可以代為獲取 36 億美元貸款，用於購置在香港的資產。原告匯入 25 萬美元至一家巴哈馬公司 International Advisory Services 設於美國花旗銀行紐約一家分行的帳戶內，然而被告卻無法取得貸款。原告在英國法院起訴兩位被告，也將 International Advisory Services 列為被告，並要求揭露銀行帳戶內 25 萬美元的流向。但是 International Advisory Services 因為資產不足而遭巴哈馬公司登記處要求停止營業，公司不再存在。本案原告轉而試圖從花旗銀行取得帳戶資料。英國法院根據 1879 年銀行帳冊證據法（Banker's Books Evidence Act）要求花旗銀行倫敦一家分行提供 International Advisory Services 詳

---

25 *Id.* at 456-458.



細的帳戶資料。花旗銀行要求取消法院的命令以及核發的傳票，理由是英國法院核發的傳票以及命令，已經逾越其管轄範圍侵害到美國的主權。英國法院認為花旗銀行在倫敦的分行已經在倫敦依照公司法登記，登記的住所也在英國管轄範圍之內，英國法院有權下此命令並管轄此案，一如其他在英國註冊的公司。至於提交文書之命令，除非依照文書所在地法律規定禁止提交，英國法院才會駁回提交之請求。英國法院首先指出法院管轄權之有無，與是否核發提交境外文書的命令不容混淆，後者乃是管轄法院適用本身法則是否適法的問題。英國法院在裁判書指出，原則上法院並沒有權力要求外國人就其在外國的行為接受法院的命令，雖然美國法院經常藉由反壟斷法，要求英國公司就其境外的行為服從美國法院的命令，但仍然不會要求公司提交在美國境外的文書。由於本案是處理保管在美國境內銀行之文書，而不是在英國境內公民或銀行保管中的文書，英國高等法院最終決定撤銷原審法院命提出文書的裁定以及要求到法院說明的傳票。理由是認為此案與上述 *Bankers Trust Co. v. Shapira* 一案不同，在該案中 *Discount Bank* 是一家英國銀行，而且在該案中成為被告。而在本案中被要求提出文書的是美國花旗銀行，因此涉及到國際管轄權行使的限制問題。一個國家的法院或機關在國際公法下，固然能夠對其公民或境內的行為行使管轄權，但是對於外國人則必須受到國際公法管轄權的限制。此種管轄權行使的限制，與當事人一方為外國人之案件審理以及判決內容的域外執行並不相同。涉外案件之當事人雖然是外國人，既然已經接受法院管轄，就必須依照法院的程序法。而判決內容的域外執行是當事人私法上的權利，並不是因為法院依據其程序法所為之命令內容<sup>26</sup>。學者指出無論是紐約州法律和英格蘭法律，銀行對於客戶的帳戶資料均由守密的義務，然而紐約州法律並沒有科予刑事責任。在本案中，銀行的客戶 *International Advisory Services* 已經被解散，不再存在，銀行揭露該客戶資料，是否對銀行造成損害，

---

26 *Id.* at 458-463.

存有疑問<sup>27</sup>。也有學者指出英格蘭法院於 1986 年 *Mackinnon v. Donaldson Lufkin & Jenrette Security Corporation* 一案中，混淆了事物案件管轄之概念，因為英格蘭法院是否對某一案件擁有事物案件管轄權，應與英格蘭法院可否對境外的人、資產、行為核發命令裁定做出區別，後者並不是管轄的問題，而是法院核發此類命令裁定是否妥適的問題，例如法院可否要求當事人提交在境外由第三人保管的文件命令，此乃法院裁量是否適當，而不是法院有無管轄權<sup>28</sup>。

此外，英國法律上有允許當事人經法院許可，對他方當事人管理中的資產進行搜索已取得證物的程序，被稱之為搜索命令（*search order; Mareva injunction; Anton Piller order*），此類命令經常被用於商標、專利等智慧財產權等紛爭的案件中。英格蘭高等法院 1985 年 *Altext Inc. v. Advanced Data Communications Ltd.* 為一件對外國被告核發搜索命令的案件。該案事實之起因，是一家美國公司 *Altext* 與一家英國 *Advanced Data Communications Ltd.* 協議，由英國公司之 *Advanced Data Communications* 負責在歐洲行銷 *Altext* 的軟體。後來美國 *Altext* 公司認為英國的 *Advanced Data Communications Ltd.* 等六家公司誤用其營業秘密（*secret information*），所以該六家公司為被告請求救濟，並要求英國法院核發民事搜索命令。被告六家公司，五家都是英格蘭公司，但有一家是在比利時的公司。英格蘭法院對五家英格蘭公司均核發民事搜索命令，對設在比利時的公司，則認為依照原告所提出的證物，已經足以證明英國 *Advanced Data Communications* 公司違反協議因而侵害原告著作權以及營業秘密，但是對於原告要求核發比利時公司在比利時資產的搜索命令，首先必須先取得對該被告的合法送達。且法院指出還有管轄權以及裁量權行使的問題，首先就管轄權而言，外國人除非已經受有效送達或已經表示接受英國法院管轄，否則英國法院對外國人原則

---

27 *Id.* at 463.

28 ADRIAN BRIGGS, *PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ENGLISH COURTS* 170-171 (2014).

上無管轄權。英國法院在沒有取得管轄權之前，對外國人核發民事搜索命令，該外國人可以聲請撤銷該民事搜索命令，而聲請撤銷搜索命令不發生外國人接受英國法院管轄的效果，因此當英國法院撤銷該民事搜索命令時，也等於拒絕對該外國人行使管轄權。由於民事搜索命令具有立即執行的效果，而且一旦執行，聲請搜索命令之當事人就可能取得文件的副本或者已經閱覽文件的內容，因此縱使民事搜索命令撤銷，也無法再回復為沒有核發前的狀況。民事搜索命令為屬人管轄的裁定，英國法院必須有屬人管轄權才可以核發。因此，對於外國人在外國資產核發民事搜索命令，即必須符合該外國人已經收受送達，英國法院因而取得屬人管轄權為要件，而且應該賦予外國人有機會聲請撤銷該民事搜索命令。否則，英國法院不得對外國人核發民事搜索命令。對此，本案受理之英國法院洽詢原告是否同意民事搜索命令之執行附加但書，賦予比利時的被告可在幾天之內聲請撤銷民事搜索命令。原告表示附加該但書，將使民事搜索命令不再具有價值。英國法院因而駁回原告此部分之聲請。此乃由於英國法院對於本案核發民事搜索命令之管轄權存有疑問，原告聲請核發民事搜索命令時，同時聲請准許對被告為送達，以便英國法院取得管轄權，然而由於被告是外國人，資產位於外國，英國法院認為對外國人為送達屬於法院裁量，外國人就英外國人就英國法院是否有管轄權提出答辯機會時，即核發具有強制力的民事搜索命令，並不具有正當性。英國法院是否有管轄權存有疑問，而原告其實可以直接向比利時法院聲請。最終英國法院以此為理由，駁回了原告此部分的聲請<sup>29</sup>。

美國法院與英國法院嚴謹態度不同，在證據開示程序中，要求第三人提出文件，特別是刑事程序起訴前的大陪審團階段，要求外國銀行提供毒品交易者的帳戶交易資料，往往是例行的工作<sup>30</sup>。誠如學者所指出，英美法院實務上對域外證據要求開示的態度有相當大的差異，毋寧來自

---

29 Hartley, *supra* note 21, at 464-467.

30 *Id.* at 467.

於對統治世界權力（dominant world power）的不同態度所致<sup>31</sup>。

我國民事訴訟法第 344 條規定文書提出義務，商業事件審理法第 43 條規定當事人聲請法院命他方當事人查詢制度，允許當事人為準備其主張或舉證，得於法院指定期間或準備程序終結前，列舉有關事實或證據之必要事項，向他造查詢，請求具體說明。查詢之事項，依照該法第 43 條第 2 項列有各種得拒絕查詢之事由，除了屬於抽象或非個案之查詢或侮辱或騷擾他造等情形外，也規定依法得拒絕證言之事項可以拒絕查詢。智慧財產案件審理法第 10 條也規定文書等證據之提出義務，「文書或勘驗物之持有人，無正當理由不從法院之命提出文書或勘驗物者，法院得以裁定處新臺幣三萬元以下罰鍰；於必要時並得以裁定命為強制處分。」不過，智慧財產案件審理法為了保障營業秘密，再於第 11 條以下規定秘密保持命令制度。上述程序法律規定，在相當大範圍內擴張了當事人協力解明事證之義務，保障智慧財產權中情報知情請求權，卻也同時可能損及當事人營業秘密，妨礙交易秩序之公正，德國法及法國法各自有寬嚴不一的規定<sup>32</sup>。至於當事人聲請域外取證，要求他造當事人我第三人提出所持有的文書，包含各類商業帳冊、交易單據、交易文件等等，更有值得思考之處。

智慧財產法院 104 年度民專訴字第 94 號民事判決審理一件跨國專利權侵權案件，日本公司起訴在臺灣之公司侵害其專利權。法院於判決書狀記載要求事證開示之裁定理由，以及當事人因抗拒事證開示導致最後裁判結果，判決書中記載「…仍前已敘及，我（指法官）曾於 106 年 4 月 20 日當庭裁定原告應為相關證據之開示（前述【63】段參照）。當時就此部分之裁定如下：『原告應依民事訴訟法第 344 條第 1 項第 5 款之規定，於 106 年 7 月 30 日前就我院 101 年度民專訴字第 128 號案件

---

31 *Id.* at 476.

32 陳瑋祐，民事訴訟法上事證開示與秘密保護之比較研究－以專利侵權事件為例，臺北大學法學論叢，第 104 期，頁 148-185，2017 年 12 月。

提出訴訟卷宗中關於有效性之攻防及更正之相關資料(下稱前案訴訟資料),但所應提出之資料中有涉及第三人或當事人之隱私或營業秘密者,得加工隱蔽後提出。』…」。法院命提出文書之當事人是日本公司,該公司拒絕提出文書,理由是提出文書過度擴張民事訴訟法之事證開示制度、內容不具體、被告負有證明專利權有效性的責任等等。法院一一闡明駁回抗告之理由,指出「對於當事人聲明他造所執之文書為書證,主要所應衡量的,則是發現真實之需要與其可能耗費成本間是否合乎比例原則之問題」、「前案訴訟資料到底與本案審理判斷有無關連?這是判斷原告抗拒開示有無正當理由之最關鍵問題。此一問題,涉及到原告如果在前案訴訟中,因專利有效性爭議,做出限縮系爭專利請求項範圍之解釋,原告在本案中,應否受到同一限制?…挑戰專利有效性之證據資料,應該在社會公眾資料透明與流通,這樣才能更有效率地進行公眾審查,而不是浪費社會成本讓個別公眾重複搜尋可資挑戰的先前技術,這樣也可以盡快讓專利權之可行使範圍趨於確定,有效率地發揮專利權之效用。又專利權人曾經就專利權所為之限縮性解釋,也應該有適當的機制,讓公眾理解,以釐清確認專利權之範圍。民事訴訟法中之書證開示制度,在專利侵權訴訟面向,就可認為扮演了此適當機制之角色。也因此,原告所稱:被告應自行負擔專利無效之證明責任,不能藉由證據開示制度坐享前人努力成果、被告已經閱得相關行政訴訟卷宗,不能進一步請求開示其他民事卷證,我(指法官)認為都不能認同…」。

由上述各國立法例、司法實務見解、我國各項程序法的規定以及司法實務的判決。當事人透過事證開示制度,聲請我國法院裁定命當事人或第三人提出域外之文書證據時,法院應審查的事項,首先是證據調查之必要性、其次是文書證據是否在當事人或第三人持有中、當事人或第三人持有之文書證據是否有法律上應拒絕提出之義務等等事項而決定之。

## 陸、摸索證明

聲請調查證據之當事人，不能確知應調取或可能存在之證據，因此要求調取相當廣泛範圍內之證據，或是僅設定一般性條款，屬於摸索（Fishing Expedition）證據之調查<sup>33</sup>。我國學者對於是否禁止摸索證明，有不同見解，有認為由於民事訴訟法以及家事事件法採取當事人有解明事證之協力義務，不僅僅為當事人對法院所負之公法義務，法院依照民事訴訟法第 195 條、第 266 條也有督促當事人做完全陳述之義務，因此認為不應採取德國民事訴訟法上摸索證明禁止原則<sup>34</sup>。另有學者認為由於民事訴訟程序採取辯論主義的基本原則，摸索證明是法院以公權力蒐集事證，違反辯論主義之程序法理，可能侵害他方當事人之隱私權及營業秘密，認為應採取原則禁止之意見<sup>35</sup>。

當事人於我國法院審理程序中聲請域外取證，取證內容是相當廣泛的證據資料，或是概括性條件的證據資料，是否應於准許。除應依事證蒐集之辯論主義或職權主義之法理，判斷是否應屬於應禁止之摸索證明外，也必須考慮取證內容是否達到可為請求外國取證之要求，蓋依照海牙取證公約第 3 條第 1 項第 4 款之規定，請求域外取證必須記載取證的證據內容。

依照英格蘭 1975 年證據法（Evidence Act）第 2 條第 4 款，該條規定本節之命令不得要求提出未經特定之一切文件（An order under this section shall not require a person - (b) to produce any documents other than particular documents specified in the order ...）。香港法院於 2006 年

---

33 Hartley, *supra* note 21, at 479.

34 沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，頁 134 以下，元照出版有限公司，2013 年 7 月。

35 姜世明，同註 4，頁 141 以下。劉明生，摸索證明禁止之原則，月旦法學雜誌，第 181 期，頁 41-42，2017 年 10 月。

Prediwave Corporation v. New World TMT limited 以及 Modern Office Technology limited v. New World TMT limited 案件中，美國法院要求披露銀行的文件，相對人抗辯美國法院調查證據屬於審前調查的文件、請求調取文件與訴訟無關、銀行有守秘密的義務而且請求的文件過於寬泛等理由。香港法院對於相對人抗辯肯定稱由於請求調取之文件過於廣泛，因此要求美國法院必須指出特定銀行帳號的文件，方可為取證之行為<sup>36</sup>。

我國法院實務禁止摸索證明，並且駁回當事人調查證據之聲請，因此不應啟動司法互助之請求。臺灣高等法院 108 年 1 月 29 日 106 年重上字第 641 號民事判決認為「上訴人請求向中華民國銀行商業同業公會全國聯合會函詢被上訴人名下尚有何帳戶，再向各銀行函查 94 年 8 月 1 日起至 103 年 2 月 17 日止之交易明細；另向法務部調查局函詢被上訴人是否有達 50 萬元以上之鉅額交易，並就有鉅額交易之異常帳戶予以清查等節。惟上訴人未具體指明欲調查之帳戶有何款項與待證事實具關聯性，僅為摸索證明。是本院認無調查之必要，併予敘明」。此外臺灣高等法院 105 年重家上字第 50 號民事判決也不允許被上訴人聲請向財政部臺北市國稅局函查訴外人賴○○於 2010 年至 2014 年之財產所得明細，並向各該銀行及彰化銀行林口分行查詢賴○○自 2010 年 1 月 1 日至 2014 年 5 月 5 日之交易明細等文件。臺灣高等法院 106 年重上字第 37 號民事判決駁回上訴人聲請調閱對方當事人設於渣打銀行帳戶自 2010 年迄今之存、放款交易明細資料全部准予閱覽影印。此外，臺灣高等法院 106 年重上字第 502 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度上字第 1304 號、臺灣高等法院 105 年度選上字第 6 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度上字第 123 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度上字第 617 號民事判決也都採取相同見解。由上述實務判決，可以得知摸索證

---

36 何其生，同註 3，頁 272-273。

明已經成為我國灣法院原則禁止的證據調查方法。特別是未特定事實，而聲請調閱大量交往明細、會議記錄等文件，試圖找尋推測而不確定之事實，更屬違反辯論主義，而應為禁止之摸索證明。

臺灣高等法院臺中分院 106 年家上字第 113 號民事判決審理一件兩岸人民撤銷婚姻之案件，該案是一位臺灣地區人民即原告欲與大陸地區女子結婚，乃於 2014 年與財團法人臺灣大聯盟國際婚姻輔導協會簽立跨國（境）婚姻媒合書面契約，經其媒合與大陸地區女子即被告認識。因被告離婚過，上訴人甚為在意被上訴人之結婚紀錄及伊與前夫之協議離婚內容，遂於 2015 年 10 月 8 日與被上訴人訂立婚前協議（下稱系爭婚前協議），其中第 12 條特別約定「乙方（即被上訴人）曾向甲方（即上訴人）保證伊前離婚事件與前夫間並無離婚判決或離婚協議書之存在」。詎料，原告發覺被告曾經結婚，且曾與不詳男子育有 1 子，為此，爰依民法第 997 條規定，於發見詐欺後六個月內請求判決撤銷兩造 2015 年於大陸地區之所成立之婚姻關係。原告要求查明被告一切婚姻關係，原告向第二審法院聲請向大陸地區廣西壯族自治區崇左市民政局函查被上訴人之所有婚姻紀錄、共生育過幾位子女、每位子女登記之生父或認領、認養者為何人等；及向大陸地區司法機關函詢被上訴人有無犯罪紀錄等，法院也依海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議規定，囑託法助部協助函查，並於 2019 年 5 月 23 日、2019 年 9 月 11 日函催，判決書中記載「惟礙於兩岸目前情勢，均未獲得回應，此亦有法務部 108 年 9 月 12 日法外決字第 10800163790 號書函在卷可按，亦難遽認上訴人前開摸索證明之推斷屬實」。在此判決中，法院所以認為當事人域外取證之聲請，屬於摸索證明，卻仍然准許該項域外取證之聲請。容係因家事事件法第 10 條第 1 項就撤銷婚姻訴訟事件，採取由法院職權為事證蒐集之程序法理所致。



## 柒、結論

我國法院受理涉外民事案件，應依我國民事程序法行證據調查程序。當證據落於境外，或者由境外之第三人持有中，即必須透過域外取證程序取得證據。由於各國訴訟制度的不同，域外證據有必須經由法院調查者，有可由當事人借助法院裁定而直接取證者。而透過條約或協定所建構司法互助域外取證，以請求書域外取證最為重要。我國法院於裁定准許域外取證時，首先必須探明域外取證有無調查證據之必要性，其次應審酌域外取證是否符合協定或協議的架構，諸如請求內容是否必須特定、程序如何進行等等；也必須審酌是否有域外取證拒止和摸索證明禁止原則之適用等等。

## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

何其生，比較法視野下的國際民事訴訟，高等教育出版社，2015年7月。

呂太郎，民事訴訟法，元照出版有限公司，2022年3月，第4版。

沈冠伶，民事證據法與武器平等原則，元照出版有限公司，2013年7月。

姜世明，民事訴訟法（下），新學林出版公司，2014年2月，第2版。

許士宦，口述民事訴訟法（下），新學林出版公司，2021年1月，第2版。

魏大曉，民事訴訟法，三民書局股份有限公司，2021年8月，第2版。

#### 二、專書論文

賴淳良，跨境遠距審理，跨國法的啟蒙與薪傳－李復甸教授七秩華誕祝壽論文集，五南圖書出版股份有限公司，2022年3月。

#### 三、期刊論文

陳瑋祐，民事訴訟法上事證開示與秘密保護之比較研究－以專利侵權事件為例，臺北大學法學論叢，第104期，頁137-215，2017年12月。

劉明生，摸索證明禁止之原則，月旦法學雜誌，第181期，頁39-43，2017年10月。

## 英文

BRIGGS, ADRIAN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ENGLISH COURTS (Oxford University Press, Oxford, 2014).

DAMAŠKA, MIRJAN R., THE FACES OF THE JUSTICE AND THE STATE AUTHORITY, A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS (Yale University Press, New Haven, CT, 1986).

HARTLEY, TREVOR C., INTERNATIONAL COMMERCIAL LITIGATION: TEXT CASES AND MATERIALS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).

## 德文

Geimer, Reinhold: Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2009.

Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl.,  
2007.

Schack, Haimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., 2006.

## Abstract

This article is to discuss the issue of obtaining evidence abroad while letting the Taiwan court hear the foreign-related civil cases. First, this article will introduce the difference between procedural systems of different countries. In inquisitional procedural model, the court collects the evidence, and in adversarial system, the party have the right to collect evidence under court's permit. Due to the difference, the extraterritorial evidence collection system is also different in inquisitional and adversarial procedural model. Because of the difference between litigation system, rules and regulations to obtain evidence abroad is different. In addition, the applicable law and choice-of-law rule of the burden of proof is different. The way to obtain evidence abroad is through international judicial cooperation and the letter of request system. This article focuses on the letter of request system, including the requisite of letter of request, content and the form of the letter of the request. And if Taiwan courts want to require foreign court to collect evidence, Taiwan courts shall examine the requisite whether it shall conform to. At the end, this article will discuss the issue of Blocking Statute and Fishing Research. In some counties, the party could collect evidence abroad according to the court rulings that may undermine the sovereignty of foreign country. Some countries adopted the formulation of refusal laws and regulations which called Blocking Statute to resist this kind of evidence-collection. The Blocking Statute originates from the duty to keep secret of client's materials or national security. When there is Blocking Statute in that country, could the court allow the party to collect evidence in that country? This article further discusses the issue of Fishing Research and attempts to and resolve the question of obtaining evidence abroad whether

through judicial cooperation or not.

**Keywords:** Obtain Evidence Abroad, Necessity of Obtaining Evidence Abroad, Applicable Law of Burden of Proof, Blocking Statutes, Fishing Research For Evidence