

外國法院判決之承認—以民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款 為中心*

林易勳**

摘要

外國法院判決之承認直接影響當事人之實體及程序利益之實現、司法程序公益之維護，乃國際民事程序法之重要議題之一。其中，我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款為保障被告之「聽審請求權」，規定於敗訴之被告「未應訴」時，原則上應拒絕承認該外國法院判決，唯有在「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」，始得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。部分實務及學說見解雖已有認基於保障被告聽審請求權之目的，應分別排除部分法定送達方法於本款但書之適用，惟並未詳述其論理上之基礎。就此而言，本文認為，本款但書以「適式性」及「適時性」作為阻卻外國法院判決拒絕承認之要件，前者於「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況，存在一個「隱藏性法律漏洞」，而應透過「目的性限縮」之方式加以限制；並且，除非被告於個案中具備相應之語言能力、或對於該文書之語言已有理解之可能，否則應擴大適式性之內涵，要求判決國附加「中文譯本」或「其他被告所熟悉語言之翻譯」。至於後者，除以「就審期間」之規定作為最低標準外，尚應於個案中具體衡量各該可能影響被告準備行使防禦權之時間要素，始能判斷是否該當「相當時期」；此外，透過前揭對於適時性及適式性之妥適解釋論建構，我國法無須採取布魯塞爾第一規則之規範模式（完全揚棄送達適式性之要求、課予被告救濟義務），即可落實被告聽審請求權之保障。

關鍵詞

外國法院判決之承認、送達、聽審請求權、法律漏洞、目的性限縮

* 本文之完成，感謝陳瑋佑教授之指導、林之嵐律師惠予審查意見、及理律文教基金會「2018 超國界法學議題研究案」之獎助，惟文責仍由本人自負。

** 國立臺灣大學法律學系碩士班民法組三年級。r06a21049@ntu.edu.tw。

The Recognition of Foreign Judgement: Focus on Article 402, Paragraph 1, Subparagraph 2 of the Code of Civil Procedure

Yi-Hsun Lin **

Abstract

The recognition of foreign judgment is one of the major issues raised in international civil procedure law because it has an impact on parties' procedural and substantive interests and public interests. In Taiwan, Article 402, Paragraph 1, Subparagraph 2 of the Code of Civil Procedure stated that a foreign judgment shall not be recognized if a default judgment is rendered against the losing defendant, except in the case where the notice or summons of the initiation of action had been legally served in a reasonable time in the foreign country or had been served through judicial assistance provided under the R.O.C. laws in order to ensure the defendant's right to be heard has been properly exercised. In both fields of legal theory and legal practice, there are opinions about how some methods of service should be excluded from the subparagraph aforementioned, but the inference has not been thoroughly explained. It is shown in the subparagraph that "the appropriate form and time" were used as the criteria of the recognition of a foreign judgment. In this paper, it will be discussed how the former criterion forms a legal loophole and should be restricted with the teleological reduction method, since formally it seems to be in conformity with the legal service method, but substantively did not ensure the defendant's right to be heard is properly exercised. Furthermore, unless the defendant in the particular case has the language ability or has the possibility in understanding the language of the legal instrument, the foreign jurisdiction shall attach a translation in Mandarin or in any other language that the defendant is familiar with. As for the latter criterion, when considering whether or not the period of time is reasonable, the preparation period set before the oral-argument session should be seen only as the minimum standard, and all the possible factors that might influence the preparation time of the defendant in each specific case should also be taken into consideration. By applying the interpretation of the subparagraph abovementioned, the right to be heard of the defendants could be properly exercised without adopting the normative model of the Brussels I Regulation.

** Graduate Student; Division of Civil Law, College of Law, National Taiwan University; r06a21049@ntu.edu.tw.

Keywords

Recognition of foreign judgement, Service, Right to be heard, legal loophole, Teleological reduction

壹、前言

隨著國際間經貿發展日漸蓬勃，不同國籍之人民間之往來亦日趨頻繁，國家與國家之間的疆界實質上已非跨國交流之阻礙，隨之而來的民事爭訟亦不再以內國間之紛爭為限，涉外事件於現代社會已是民事爭訟中不容忽視之議題。其中，外國法院裁判於內國之承認與執行，關涉訟爭當事人之私益，例如於外國法院裁判中所獲得之實體利益得否於內國貫徹、程序不利益得否因防止相同程序於內國再開而節省；亦關涉司法程序之公益，例如得否避免相同案件重複審理之程序不經濟、降低本國人民參與跨國交易之障礙¹。因此，當事人於外國法院取得勝訴裁判得否在我國獲得承認、甚或准予執行，直接影響當事人使用外國司法程序後所獲之利益得否在內國落實，於國際民事程序法相關議題之研究上格外重要。民事訴訟法第 402 條第 1 項規定我國對於外國法院判決之拒絕承認事由。其中，第 2 款（下稱本款）但書之「開始訴訟之通知或命令」之送達，重大影響被告得否知悉該外國訴訟程序之開啟、有無充足時間準備應訴等程序基本權；此於二〇〇三年之修正理由第二點中亦明白宣示，本款係以保障「當事人之程序權」為目的。有鑑於此，為貫徹被告程序權保障，本文擬先介紹我國實務²及學說對於本款解釋論之見解，並檢視其有何不足之處；再輔以比較法規範（德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款、歐盟布魯塞爾第一規則³第 45 條第 1 項第 b 款）之視野作為我國法之借鏡；最後，透過嚴謹之法律解釋方法重新建構本款解釋論之妥適見解。

貳、我國實務、學說見解之回顧及其問題

民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款規定：「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、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。」亦即，於敗訴之被告「未應訴」時，原則上應拒絕承認該外國法院判決，唯有在「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」，始得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。換言之，本款涉及「應訴」與「送達合法性」（又區分為送達之方式及時間）之解釋，應如何具體落實本款於二〇〇三年之修正理由第二點⁴所宣示之目的—「保障當事人之程序

¹ 如我國法院傾向不予承認外國法院判決，則我國人民參與跨國交易時，他方可能要求提供擔保。

² 本文以「民事訴訟法第 402 條&送達」為關鍵字，於「法源法律網之裁判書搜尋系統」，過濾出涉及本款解釋適用之最高法院及臺灣高等法院及其他分院之裁判，作為本文研究之參考依據，網址：<https://fyjud.lawbank.com.tw/index.aspx>（最後瀏覽日：二〇一九年六月二十八日）

³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters：歐盟民商事事件之管轄及裁判之承認與執行規則（以下簡稱「布魯塞爾第一規則」）。

⁴ 本款於二〇〇三年之修正理由第二點：「現行法第二款規定原係為賦予敗訴之中華民國國民應有

權」。

一、應訴

實務見解對於「應訴」之定義，多引用相同之兩段文字：「而所謂『應訴』，應以被告之實質防禦權是否獲得充分保障行使為斷，如當事人於外國訴訟程序中，客觀狀態下可知悉訴訟之開始，可充分準備應訴，可實質行使防禦權，即已符合應訴要件，不以當事人本人是否親收開始訴訟之通知，是否親自參與言詞辯論程序為必要。⁵」及「又所謂應訴，不以本案之應訴為必要，在採言詞審理主義之外國，須該被告因應訴曾經到場；在採書狀審理主義之外國，則曾以書狀應訴即為已足。⁶」

換言之，本款係以被告「實質防禦權」獲得充分保障行使，作為承認外國法院判決之正當化基礎；而就「應訴」之解釋，於實務及學說見解間，並無不同。所謂「應訴」，凡對於原告之訴提出防禦方法者均足當之，並不限於關於本案有無理由之陳述，而亦及於程序是否合法之主張（例如：抗辯外國法院欠缺國際管轄權）與任何積極參與程序之行為（例如：指定送達代收人、聲請訴訟救助）⁷。

有鑑於本款係以保障被告「實質防禦權」為核心，論者多認為，應訴得由被告本人或其法定代理人、訴訟代理人為之；然而，若係由外國法院選任特別代理人應訴者，則不得謂為「應訴」⁸，蓋被告實際上並未獲得應訴之機會，聽審請

之程序權保障，惟為促進國際交流，此程序權之保障不宜以本國人為限，凡遭受敗訴判決之當事人，如在我國有財產或糾紛，而須藉由我國承認外國判決效力以解決紛爭者，均應予以保障。爰將本款『為中華民國人而』等字刪除。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。」

⁵ 最高法院 103 年度台上字第 572 號民事判決、102 年度台上字第 1367 號民事判決、97 年度台上字第 835 號民事判決、97 年度台上字第 109 號民事判決、96 年度台上字第 582 號民事判決、95 年度台上字第 141 號民事判決、92 年度台上字第 883 號民事判決。相同意旨，於高等法院間，亦無不同，參照：臺灣高等法院臺南分院 103 年度家上字第 76 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 99 年度重上字第 80 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度重上更（一）字第 35 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度重上字第 661 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度重上字第 375 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度家上字第 296 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度重上字第 336 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度上易字第 465 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度家上字第 82 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度重上更（一）字第 36 號民事判決、臺灣高等法院 92 年度重上字第 547 號民事判決。

⁶ 臺灣高等法院 101 年度重上字第 322 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度重上更（一）字第 130 號民事判決。

⁷ 蘇遠成，國際私法，台北，五南，一九八五年，頁 148-149。林益山，論外國判決之承認與執行，氏著，國際私法新論，台北，三民，一九九五年，頁 161-162。王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，台北，三民，二〇〇三年，頁 569-570。劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，修訂五版，台北，三民，二〇一〇年，頁 697。曾陳明汝，國際私法原理（上集）—總論篇一，改訂八版，台北，新學林，二〇〇八年，頁 292。吳明軒，民事訴訟法，修訂八版，台北，三民，二〇〇九年，頁 1160。林益山，外國判決之承認與執行，氏著，國際私法與實例精解，台北，翰蘆，二〇一四年，頁 115。李後政，外國法院民事確定判決之承認與執行，氏著，國際民事訴訟法論，三版，台北，五南，二〇一五年，頁 312。

⁸ 蘇遠成，前引註 7，頁 148-149。楊建華（著）、鄭傑夫（增訂），民事訴訟法要論，台北，三民，一九九九年，頁 333。王甲乙、楊建華、鄭健才，前引註 7，頁 569-570。劉鐵錚、陳榮

求權未獲充分保障。換言之，被告是否應訴，應以被告之聽審請求權是否獲得充分保障行使為斷，如當事人於外國訴訟程序中，客觀狀態下可知悉訴訟之開始，而得充分準備應訴，並實質行使防禦權，即已符合應訴之要件，不以當事人本人是否親收開始訴訟之通知或親自參與言詞辯論程序為必要⁹。

二、送達之合法性

本款但書對於送達合法性之規定，分別就送達之時間及方式有一定之要求，而本文以下採用陳瑋佑教授於註 73 文中之用語，分別以「**適時性**」表示送達是否已於「相當時期」為之、「**適式性**」表示送達是否合於本款但書要求之「法定方式」。

（一）適時性

開始訴訟之通知或命令是否已於「相當時期」送達，涉及送達「適時性」之解釋。由於「相當時期」之概念並不明確，應以是否預留充足之時間供被告準備應訴為具體判準。然而，我國論者對此並無詳盡之論述；而實務亦多於個案中判斷開始訴訟之通知或命令送達之時點與程序開始或言詞辯論之時點，是否間隔相當期間。簡言之，適時性之要件並無統一之標準，而係繫於法院個案之判斷。

由於「適時性」要件重大影響被告聽審請求權之保障，縱使個案中已將開始訴訟之通知或命令合法送達於被告（亦即符合適式性），如並未預留充足之時間供被告準備應訴，對其聽審請求權之保障仍有不周，而應拒絕承認該外國法院判決。

（二）適式性

開始訴訟之通知或命令是否已於相當時期「在該國合法送達」，或「依中華民國法律上之協助送達」，則涉及送達「適式性」之問題。而此又可依送達之區域是否在我國境內，區分為在該判決國依該國法律送達之「域外送達」，以及在我國依我國法律協助送達¹⁰之「域內送達」；若嚴格遵守本款文義，則僅於符合前揭兩種送達方式之一，方得阻卻外國法院判決之拒絕承認。

1. 域外送達

二〇〇三年本款修正前¹¹，基於舊法條文之文義，域外送達之送達對象限於「送達本人」，因此，論者有認域外送達之送達方法應排除適用「公示送達」及「補充送達」¹²；此於實務見解，亦無不同，例如：最高法院 91 年度台上字第 1924

傳，前引註 7，頁 697。吳明軒，前引註 7，頁 1160。

⁹ 吳盈德，臺灣法院涉外商事案件承認與執行之評析，中華國際法與超國界法評論，第 13 卷第 1 期（二〇一七年六月），頁 169-170。

¹⁰ 外國法院委託事件協助法第 5 條第 1 項：「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。」

¹¹ （舊）民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款規定：「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。」修正內容除擴張保障之主體及於非本國人，亦增加送達「適時性」之要求，並放寬於外國之送達對象。

¹² 蘇遠成，前引註 7，頁 149。陳榮宗，國際民事訴訟之法律問題，氏著，國際民事訴訟與民事程序法，台北，三民，一九九八年，頁 39。楊建華（著）、鄭傑夫（增訂），前引註 8，頁 334。

號民事判決認為：「依我國強制執行法第四條之一第一項及民事訴訟法第四百零二條第二款之立法理由之意旨，請求我國法院承認外國法院之確定判決，若該敗訴之一造，為我國籍國民而未應訴者，且開始訴訟所需之通知或命令未在該國送達本人，或依我國法律上之協助送達者，自屬該外國法院未使我國國民知悉訴訟之開始，而諭知敗訴時，自不應承認該外國確定判決之效力。而法條所規定『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。」然而，本款條文於修正後，因送達對象已不限於被告本人，故前揭見解已不足採。

而在現行法下，就域外送達之送達方法是否應受限制，論者眾說紛紜。有認域外送達之送達方法只須符合該判決國之法律，即為合法送達¹³；有認因公示送達於程序上對被告之保障未必充分，故應排除公示送達之適用¹⁴；亦有認公示送達及補充送達均應排除適用¹⁵；尚有認送達之目的在於使本人知曉訴訟開始，賦予其足夠機會應訴並主張權利，故只須以實際情形判斷該送達是否已使當事人得知訴訟開始為準，送達方法及對象之意義不應過於狹隘¹⁶。

對此，實務見解則多將判斷之重點聚焦於被告之實質防禦權是否獲得充分保障。例如：最高法院 97 年度台上字第 109 號民事判決：「而在外國行送達者，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。¹⁷」申言之，即使已「依該國法律合法送達」，仍須具體探究個案中之被告是否足以知悉系爭訴訟開始之事實，僅係個案中法院就該國合法送達之方式對於被告實質防禦權保障程度認定有所差異而已。

例如，部分個案之「該國合法送達」之方式，係將開始訴訟之通知張貼於法院之公佈欄及被告已知之最後地址，並在日報上刊登廣告，類似於我國之公示送達，而部分法院認為，由於此送達已經過數個月（個案中為三個多月），實已對被告之程序權有充分保障¹⁸；又或者已送達至被告實際上未居住之住所，但由於被告自認原告已託友人私下交付開始訴訟之通知予被告¹⁹，故予以承認該外國法

陳啟垂，外國判決的承認與執行，月旦法學雜誌，第 75 期（二〇一一年八月），頁 154。

¹³ 王甲乙、楊建華、鄭健才，前引註 7，頁 569-570。曾陳明汝，前引註 7，頁 292。

¹⁴ 李後政，前引註 7，頁 311。

¹⁵ 吳明軒，前引註 7，頁 1160。陳啟垂，民事訴訟法（下冊），台北，新學林，二〇一八年，頁 288。惟亦有認應個案判斷公示送達及補充送達是否給予被告相當期間以準備行使其防禦權者，參見：劉鐵錚、陳榮傳，前引註 7，頁 697。

¹⁶ 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，劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會，國際私法理論與實踐（一），劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，台北，學林文化，一九九八年，頁 126。此文撰於本款二〇〇三年修法前，批評舊法下本款但書之前段與後段對於送達之意義做不同理解，乃對於被告所處地點不同所為之差別待遇，亦值借鏡。

¹⁷ 同此意旨，參照：最高法院 96 年度台上字第 57 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度重上字第 142 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度上字第 357 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度家上字第 82 號民事判決、臺灣高等法院 97 年度重上更（一）字第 36 號民事判決。

¹⁸ 臺灣高等法院臺中分院 98 年度重再字第 1 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 96 年度重上更（一）字第 23 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 95 年度重上字第 13 號民事判決。

¹⁹ 臺灣高等法院 94 年度家上字第 110 號民事判決。

院裁判。另外，部分個案之「該國合法送達」之方式，亦係使用刊登於報紙上之公示送達²⁰、或將送達通知放入或黏貼於住所之郵箱，並將文件存放於郵局（類似於我國之寄存送達）²¹、或將開始訴訟之通知留置於已無營業事實之被告營業所²²；惟法院於個案中認為，被告無從藉此送達知悉訴訟開始之事實，故拒絕承認該外國法院之裁判。

2. 域內送達

至於「域內送達」，因本款但書後段之條文並未修正，並無送達之對象是否限於本人之爭議。然而，依我國法律協助送達之方式，是否應受有限制，亦百家爭鳴。有認協助送達之送達方法只須符合我國法律，即為合法送達²³；有認公示送達應排除於協助送達之適用²⁴；亦有從我國協助送達對於應受送達人是否實質保障其聽審請求權之觀點，認公示送達、補充送達、寄存送達及留置送達，均應排除於協助送達之適用²⁵。

對此，多數裁判嚴格要求「僅得依我國法律協助送達」，始不構成拒絕承認事由；換言之，即便個案中之送達方法已符合該判決國之合法送達方式（例如美國法上之當事人送達制度²⁶），惟若送達地點在我國，仍一概拒絕承認該外國法院裁判²⁷。例如：最高法院 100 年度台上字第 42 號民事判決：「按外國法院為被告敗訴判決，該被告倘於外國法院應訴，其程序權已受保障，原則上固應承認該外國法院確定判決於我國之效力。惟被告未應訴者，為保障其程序權，必以開始訴訟之通知或命令已於相當時期在該外國域內對該被告為合法送達，或依我國法律上之協助在該外國域外對該被告為送達，給予被告相當期間以準備行使防禦權，始得承認該外國法院確定判決於我國對被告之效力。因此，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，揆之『送達，乃國家司法主權之展現』及『程序依據法庭地法之原則』，自應依我國制定公布之『外國法院

²⁰ 臺灣高等法院 97 年度家上字第 82 號民事判決、臺灣高等法院 91 年度家抗字第 366 號民事裁定。

²¹ 臺灣高等法院 102 年度重上字第 142 號民事判決。

²² 臺灣高等法院 100 年度上字第 357 號民事判決。

²³ 林益山，國際私法新論，前引註 7，頁 161-162。楊建華（著）、鄭傑夫（增訂），前引註 8，頁 334。王甲乙、楊建華、鄭健才，前引註 7，頁 569-570。曾陳明汝，前引註 7，頁 292。林益山，國際私法與實例精解，前引註 7，頁 115。

²⁴ 吳明軒，前引註 7，頁 1160。魏大曉，民事訴訟法，台北，三民，二〇一五年，頁 341。

²⁵ 蔡佩芬，我國協助送達規範之研究，財產法暨經濟法，第 6 期（二〇〇六年六月），頁 132-138。蔡佩芬，我國涉外案件之寄存送達規範之研究，劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，劉鐵錚教授七秩華誕祝壽論文集（二）—國際私法理論與實務問題之探討，台北，元照，二〇〇八年，頁 365。蔡佩芬，判決承認與執行之送達條款—最高法院 96 年度台上字第 57 號判決評釋，何佳芳等，國際私法裁判選析，台北，元照，二〇一六年，頁 97-99。

²⁶ 美國聯邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）基於對案件作成公正迅速及不昂貴裁判之目的，於第 4 條、第 4.1 條就送達之規定採取「當事人送達主義」，原則上由當事人負送達義務，但原告得請求被告拋棄受通知書送達之權利。參照：黃明發，民事訴訟送達制度之研究，台北，臺灣臺北地方法院，二〇一六年，頁 93-96。

²⁷ 參照：最高法院 101 年度台上字第 1360 號民事判決、最高法院 100 年度台上字第 42 號民事判決、最高法院 95 年度台上字第 141 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度家上字第 199 號民事判決、臺灣高等法院 92 年度重上字第 574 號民事判決。

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，且不因於該外國認對被告發生送達之效力而受影響，此觀民事訴訟法第四百零二條第一項第二款但書前段係規定為『但開始訴訟之通知或命令已於相當時期在『該國』（指該外國域內）合法送達』，而非以『但開始訴訟之通知或命令已於相當時期依該國法律為合法送達』等文字予以規範；並於但書後段規定『或依中華民國法律上之協助送達者，不在此限』，以兼顧該被告如在該外國域外時，應如何送達，始承認其效力自明。²⁸」

其中，外國法院囑託我國法院協助送達之方式多為「補充送達」，此種送達方法於實務見解中並未排除適用於我國協助送達²⁹；此外，部分裁判尚進一步就被告自認已實際收送送達³⁰、或自認其確實在我國有營業所³¹為論述。然而，亦有少數裁判認為，縱然未依我國法律協助送達，但若已窮盡送達之能事³²、或被告已自認收受該開始訴訟之通知³³、或已符合該國法律之送達方法³⁴，則仍予以承認該外國法院裁判。

三、問題之提出

承前所述，就「應訴」應以被告實質防禦權、聽審請求權保障為核心，並無疑義；而於域外送達與域內送達時，亦已有認基於保障被告聽審請求權之目的，應分別排除部分法定送達方法之適用。惟本文以為，前揭排除適用部分法定送達方法之見解，並未詳述其論理上之基礎，亦即，方法論上是否及應如何對本款但書之「送達」為「目的性限縮」，仍有透過法律解釋方法深入討論之必要。

既然本款但書之目的係以實質上保障被告聽審請求權為核心，則使被告有相當時期準備訴訟（包含：訴訟相關文書之翻譯、委任律師之時間等），方為本款但書解釋論上之重要標準，至於法定送達方法為何，似乎並非關鍵之考量，即便已依外國法或我國法之法定送達方法為送達（例如：補充送達），如被告係基於不可歸責之事由無從事實上獲悉本案訴訟之通知（例如：被告之同居人或受僱人未轉交文書予被告），則似仍應拒絕承認該外國法院判決；再者，縱係對被告為公示送達，如被告在個案中已於相當時期獲悉本案訴訟之通知（例如：被告已從法院之公告得知公示送達之內容），則似亦無拒絕承認該外國法院判決之道理。

²⁸ 相同意旨，參照：最高法院 101 年度台上字第 1360 號民事判決、臺灣高等法院 103 年度家上字第 19 號民事判決、臺灣高等法院 102 年度家上字第 199 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 99 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度上字第 357 號民事判決、臺灣高等法院 100 年度重上更（三）字第 12 號民事判決。

²⁹ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 465 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 89 年度重上更（一）字第 6 號民事判決。

³⁰ 臺灣高等法院臺南分院 92 年度重上更（二）字第 24 號民事判決。

³¹ 臺灣高等法院臺南分院 91 年度上字第 44 號民事判決。

³² 臺灣高等法院 106 年度家上字第 100 號民事判決。

³³ 臺灣高等法院 93 年度家上字第 121 號民事判決。

³⁴ 臺灣高等法院臺中分院 92 年度家抗字第 92 號民事裁定。

而此結論，似亦可從前揭部分具體探究被告之實質防禦權是否獲得充分保障之實務及學說見解中得到支持。

有鑑於此，以下將接續介紹德國民事訴訟法及布魯塞爾第一規則之相關規定，並進一步分析：一、關於「適式性」要求之具體內涵，於域外送達時，固應依該國之規定為合法送達，惟是否應目的性限縮而排除適用該國之部分法定送達方法？若於我國協助送達（域內送達）時，則是否每種民事訴訟法上之法定送達方法³⁵，均可構成本款但書所稱之送達，抑或應對本款但書為目的性限縮而排除適用我國法之部分法定送達方法，又或者上述兩種情形均應於個案中具體判斷該送達是否已賦予被告聽審請求權充分保障？二、若承認本款之規範目的係保障被告聽審請求權，則於解釋「適式性」要求之具體內涵時，是否應將「附加翻譯」之必要性列入考慮？三、本款「適式性」要求於我國法上是否適宜由「適時性」要求取代？

參、 比較法之觀察

由於德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款之規定與我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款類似，且布魯塞爾第一規則在歐盟成員國間之重要性（布魯塞爾第一規則第 36 條參照）亦不容忽視，故本文擬以此二規定作為比較法觀察之對象³⁶，分別介紹其於承認法上如何確保被告之聽審請求權不受侵害。

【表 1】：相關條文對照表

	我國民事訴訟法 第 402 條第 1 項第 2 款	德國民事訴訟法 第 328 條第 1 項第 2 款	布魯塞爾第一規則 第 45 條第 1 項第 b 款
條 文 內 容	外國法院之確定判決， 有下列各款情形之一 者，不認其效力： 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。	外國法院之確定判決， 有下列各款情形之一 者，不認其效力： 二、被告異議其未應 訴，且開始訴訟之文書 未依規定，或未於其得 防禦之適當時期送達 者。	有下列各款情形之一 者，應依權利人之請求 拒絕承認裁判： b、被告未應訴，且開始 訴訟之文書或相類之文 書，未於適當時期以其 得防禦之方式送達者。 但被告得對該裁判為救 濟而不為者，不在此限。

一、 德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款

德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款規定：「外國法院之確定判決，有下

³⁵ 分別為：直接送達（民事訴訟法第 136 條）、間接送達（或稱補充送達）（同法第 137 條）、寄存送達（同法第 138 條）、留置送達（同法第 139 條）、及公示送達（同法第 149 條）。

³⁶ 我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款、德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款、布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款之條文對照，參見【表 1】：相關條文對照表。

列各款情形之一者，不認其效力：二、被告異議其未應訴，且開始訴訟之文書未依規定，或未於其得防禦之適當時期送達者。」亦即，若被告「異議」其「未應訴」³⁷，且「開始訴訟之文書」³⁸之送達又「不符適時性或適式性」時，應拒絕承認該外國法院之判決。此規定於一九八六年修法後，不再僅保護德國被告，而擴大保護對象及於所有異議其未應訴且開始訴訟之文書未適時或適式送達之被告，此與我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款於二〇〇三年修法後，保護對象均不再限於本國籍被告之結果一致。

與我國法相同之處在於，德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款規定，送達之合法性應同時該當「適時性」及「適式性」兩項要件。亦即，在被告「未應訴」的前提下，若開始訴訟之文書之送達欠缺「適式性」（例如送達具有形式上之瑕疵），即使被告有充足時間行使防禦權而具備「適時性」，仍構成拒絕承認事由。

首先，「適時性」（「得防禦之適當時期」）要件之判斷，取決於被告從適式送達之時點起，是否有充足的時間準備行使其防禦權，唯有被告有充足時間避免法院作成缺席判決，該送達方具有「適時性」³⁹。至於是否有充足時間準備行使防禦權之具體標準，則應綜合考量個案具體情況，例如：尋求可靠的翻譯或聯絡德國律師及外國律師之時間、個案是通常或緊急程序云云⁴⁰，作為個案之送達是否具備適時性之判斷要素；並且，應以德國民事訴訟法第 274 條第 3 項第 1 句所規定在訴狀送達及言詞辯論期日間，應間隔至少「兩週之就審期間」作為適時性判斷之下限⁴¹，若有欠缺，則應拒絕承認該判決。

其次，「適式性」（「依規定」）要件之判斷，係以「法庭地法」為判斷基準，亦即若送達符合判決國之法律（包含內國送達法及其國際條約），該送達即具備適式性⁴²。此外，開始訴訟之文書之內容，只須使被告大致了解其基於何種理由被訴，亦即原告之請求內容及範圍對被告而言具有可識別性即可，無須要求對被告送達載明原告特定、具體請求之文書⁴³。就送達是否具備適式性之審查，承認國法院並不受到判決國法院事實調查之拘束，而得自行調查並指摘判決國法院關於送達法之誤用⁴⁴。其中，送達之方法是否有所限制，以公示送達⁴⁵為例，若判決國之法律承認公示送達，則公示送達似將具有適式性；惟有認即使依據判決國

³⁷ 關於「應訴」之解釋，與前揭我國實務及學說見解並無不同。Stadler, in: ZPO Kommentar, 15. Aufl., 2018, § 328 Rn. 19.; Gottwald, in: MüKoZPO, Bd. 1., 5. Aufl., 2016, § 328 Rn. 108.; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., 2014, § 17 Rn. 933.

³⁸ 使被告知悉訴訟開始之信件，即為「開始訴訟之文書」，此與我國法規定之「開始訴訟之通知或命令」同義；至於訴訟後階段之送達（例如涉及訴之變更、追加之文書），則不落入本款之規範範圍內，Stadler, (Fn. 37), Rn. 14. 而可能落入德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 4 款之公序良俗條款中，Schack, (Fn. 37), Rn. 942.

³⁹ Schack, (Fn. 37), Rn. 940.

⁴⁰ Schack, (Fn. 37), Rn. 940.

⁴¹ Gottwald, (Fn. 37), Rn. 103.; Stadler, (Fn. 37), Rn. 18.

⁴² Schack, (Fn. 37), Rn. 936.; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2013, § 12, Rn. 163.; Stadler, (Fn. 37), Rn. 15.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 99.

⁴³ Nagel/Gottwald, Fn. 42), Rn. 162.; Stadler, (Fn. 37), Rn. 14.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 98.

⁴⁴ Schack, (Fn. 37), Rn. 936.; Stadler, (Fn. 37), Rn. 14.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 99, 110.

⁴⁵ 值得注意者係，日本民事訴訟法第 118 條第 2 款明文排除「公示送達」於判決承認之送達適式性，蓋被告並無參與訴訟之機會。

及德國之訴訟法允許公示送達，若被告未應訴，亦不符合適式性，蓋公示送達同時係被告無法行使防禦權之表見證明，因此，應排除公示送達之適用⁴⁶。

再者，就開始訴訟之文書是否應「附加翻譯」之爭議，亦取決於判決國之法律是否規定開始訴訟之文書僅須以判決國之語言書寫，抑或必須翻譯成送達國之語言或附加此種翻譯⁴⁷。在一九六五年海牙送達公約⁴⁸之適用範圍內，其第 5 條第 2 項規定，若開始訴訟之文書係以判決國之語言書寫，且未附加被告語言之翻譯，則該文書僅在被告自願收受時具有送達適式性；換言之，向德國所為之正式、非自願收受之送達，必須附上德文翻譯，該送達始具有適式性⁴⁹。

此外，倘若被告已適時收到開始訴訟之文書，且其已自行翻譯並得行使防禦權，則是否不允許被告再就此送達瑕疵異議？就此爭議，考量原告對於有關機關可能發生的送達瑕疵（例如：欠缺文書之翻譯）不具可歸責性，若被告已理解該外文文書之內容、並認識到該外文文書與法院程序之相關性，而仍得訴諸文書欠缺翻譯之形式瑕疵即阻卻判決承認，並非合理之結果，故此時應認被告不得拒絕應訴⁵⁰；反之，若被告無法理解該文書，則考量一外行人暴露在外文法律文書中之誤解風險，倘一概否定欠缺翻譯之外文文書對判決承認之任何影響，要求被告自行尋求翻譯，對於被告又過於嚴苛⁵¹。

承上所述，欠缺翻譯之文書所導致之送達適式性欠缺之瑕疵，得在一定情況下被治癒；此即涉及德國法上討論送達適式性時，多一併討論之送達瑕疵是否具有治癒可能性之問題，而此並非送達瑕疵治癒之唯一情況。由於本規定係以賦予被告聽審請求權保障為目的，則若被告明確表示其欲使該判決對其生效，並因此放棄德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款所賦予之保護，則送達瑕疵均得被視為治癒⁵²。另外，德國聯邦最高法院認為，於被告實際上已收受應受送達之文書時，若僅違反送達國之規定，則此送達瑕疵應視為治癒⁵³。簡言之，在不對被告造成損害之前提下，亦即允許送達瑕疵之治癒不至於造成被告聽審請求權受侵害時，應承認送達瑕疵之治癒；由此可見，開始訴訟之文書是否適時送達被告並使其得行使防禦權，方為承認要件之重要關鍵，而可謂送達適式性某程度已融入送達適時性之內涵中⁵⁴。

末者，德國法與我國法相異之處在於，本款拒絕承認事由於德國法上屬於「抗辯事項」，此係基於本款保護被告之目的，承認國法院毋須職權調查是否存在本款拒絕承認之事由，而應由被告對於系爭程序未依規定開啟一事加以「異議」⁵⁵；

⁴⁶ Gottwald, (Fn. 37), Rn. 100.

⁴⁷ Stadler, (Fn. 37), Rn. 17.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 106.

⁴⁸ Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, 1965：民商事案件域外送達司法與非司法文書公約。（以下簡稱「海牙送達公約」）

⁴⁹ Stadler, (Fn. 37), Rn. 17.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 106.

⁵⁰ Schack, (Fn. 37), Rn. 937.; Gottwald, (Fn. 37), Rn. 106.

⁵¹ Schack, (Fn. 37), Rn. 937.

⁵² Stadler, (Fn. 37), Rn. 15.

⁵³ BGHZ 191, 59 Rn. 20, 24 ff.

⁵⁴ Schack, (Fn. 37), Rn. 938.

⁵⁵ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 163.

此項異議，並應於判決承認程序中適時提出⁵⁶。相同見解，於以下布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款之規定，亦要求被告「請求」始得拒絕承認該外國法院之判決，充分反映出本款事由之「私益性格」。

二、 布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款

布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款規定：「有下列各款情形之一者，應依權利人之請求拒絕承認裁判：b、被告未應訴，且開始訴訟之文書或相類之文書，未於適當時期以其得防禦之方式送達者。但被告得對該裁判為救濟而不為者，不在此限。」亦即，若被告異議其「未應訴」，且開始訴訟之文書之送達又「不符適時性」時，原則上應拒絕承認該外國法院判決；僅於被告未盡其救濟義務時，始得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。

（舊）布魯塞爾公約第 27 條第 2 款，與現行德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款之規範內涵相同，同時以送達違反適時性或適式性作為拒絕承認外國法院判決之要件。然而，若系爭文書已適時送達於被告，而仍以其具有形式上之瑕疵為由拒絕承認該外國法院判決，將造成不公平之結果，蓋一方面原告既無法避免、亦無法知悉送達機關所產生之瑕疵，他方面若認為被告實際上已適時收受該文書而得行使防禦權，且其有應訴之機會，卻仍不負參與判決國訴訟程序之義務，將對原告之適時審判請求權有所侵害⁵⁷。有鑑於此，（舊）布魯塞爾第一規則第 34 條第 2 款（同：現行布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款）放棄送達適式性作為拒絕承認外國判決之要件，而僅以「適時性」為唯一判準，只要開始訴訟之文書已「適時」且以「得使被告行使防禦權之方式」送達於被告，即已足夠；換言之，關鍵在於被告聽審請求權之確保，例如受送達文書翻譯之必要性、外國被告應訴期間之長短等，而不再嚴格要求送達技術的精緻度⁵⁸。

而「適時性」係從承認國角度觀之，根據個案具體情況，被告是否得實際上行使防禦權，而與是否違反判決國之規定無關⁵⁹；換言之，唯有在適時送達之前提下，送達瑕疵才變的無關緊要⁶⁰。然而，嚴重的送達瑕疵係被告聽審請求權未受保障之證據，在此限度內，仍應透過特定之送達方式，以確保被告有充足的防禦機會⁶¹。例如，在擬制送達之情況、以及透過訴訟關係人或其代理人所為之非正式送達，對被告而言均不具防禦可能性⁶²；儘管被告實際上已收受送達，但若係在缺乏足夠時間、且以無法理解之外文（欠缺翻譯）、或提供對於訴訟程序之誤導性通知，亦不能謂有防禦可能性⁶³。

⁵⁶ Stadler, (Fn. 37), Rn. 14.

⁵⁷ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 45.

⁵⁸ Schack, (Fn. 37), Rn. 935.

⁵⁹ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 48.

⁶⁰ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 65.

⁶¹ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 47.

⁶² Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 49.

⁶³ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 58.

此外，除了僅以適時性作為拒絕承認外國法院判決之唯一判準外，布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款與我國法及德國法之另一明顯差異處在於，被告對外國法院判決負有「救濟（對己）義務」。亦即，儘管被告遲延知悉該訴訟，若其尚得適時參與外國訴訟程序或對已作成之外國法院判決提起救濟（例如：上訴、異議、聲請回復原狀），則不允許被告提出拒絕承認之抗辯；換言之，若該外國法院判決已適時送達於被告，被告即負有對該判決提起救濟並參與外國訴訟程序之義務⁶⁴，否則被告對於其防禦權未受保護或違反程序法上公序良俗之異議，均將受到排除⁶⁵。

肆、 本文見解—以被告聽審請求權保障為核心

本款係以被告之實質防禦權、當事人之程序權保障為核心，而此保障之內涵，即為「聽審請求權」之射程範圍。換言之，就「應訴」之判斷，應以被告之聽審請求權是否獲得充分保障為斷，而不限於當事人本人親收開始訴訟之文書及親自參與言詞辯論程序；而就本款但書以「開始訴訟之文書之送達符合適時性及適式性」作為阻卻外國法院判決拒絕承認之事由之解釋，亦應符合保障被告聽審請求權之目的，確保被告對於外國訴訟程序之開始有知悉之機會，且享有充足時間準備應訴以有效行使其防禦權。因此，以下將先簡介聽審請求權之內涵（肆、一），再以此為基礎，釐清本款之性質（肆、二），並重新檢視本款但書「送達合法性」之解釋，應如何徹底貫徹保障被告聽審請求權之目的，以作為阻卻外國法院判決拒絕承認之正當化基礎（肆、三）；最後則著眼於比較法之啟發，探討應否課予被告對外國法院判決之救濟義務（肆、四）。

一、 聽審請求權之內涵

「聽審請求權⁶⁶」雖未明訂於我國憲法中，但毫無疑問地係民事訴訟程序上當事人之重要權利之一，並作為憲法第 16 條所保障之「訴訟權」內涵之一部分，而為我國大法官所明白承認⁶⁷。德國基本法第 103 條第 1 項及歐洲人權公約第 6 條第 1 項均明文規定當事人享有聽審請求權之保障。

而其法理基礎，係源於「人性尊嚴保障」之要求。人民係經由司法裁判程序以形成、尋求法的主體，而非僅屬受裁判程序支配之客體；換言之，司法裁判程序之構成及運作應以保障受裁判影響者之「程序主體權」為必要內容，此為「程

⁶⁴ Gottwald, (Fn. 37), Rn. 104.

⁶⁵ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 51.

⁶⁶ 亦有論者稱「合法聽審權」，但其實質內涵並無不同，僅係觀察角度之不同。參照：姜世明，合法聽審權，氏著，民事程序法之發展與憲法原則，2 版，台北，元照，二〇〇九年，頁 56-59，。

⁶⁷ 司法院釋字第 482 號解釋理由書：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」

序上基本權」⁶⁸。在此基礎之上，一般均認為，聽審請求權除成為解釋訴訟法上個別規定之指針，在未有法律規定之情形，亦具有補充法律漏洞之機能⁶⁹。

申言之，在關涉個人生命、身體、自由、人格、財產權之程序，受裁判效力影響所及之當事人或第三人應享有主體地位，在程序上被予以尊重，對於足以影響裁判結果之重要事項（事實、證據或法律上意見），有充分陳述或辯論之機會（即「陳述權」）；相對於此，就當事人之陳述及所提出之資料，法院應斟酌其內容而為裁判（即「法院之審酌義務」）；再者，當事人能於程序上為充分陳述之前提係建立在對於程序之認識，因此，應同時使當事人就程序之進行、他造之陳述等裁判基礎資料能充分認識，以便使其能衡量實體利益及程序利益，因應個案之需求，決定適當之程序行為（即「認識權」）⁷⁰。基此，為保障當事人之聽審請求權，除應使其對於該裁判程序有所認識外，並應賦予其充分參與該裁判程序之機會，使其得提出攻防及辯論，藉此影響法院裁判之形成；而法院除消極聽取當事人陳述外，亦應積極為訴訟指揮或闡明，避免對當事人造成突襲。

其中，就開始訴訟之文書之送達，即涉及被告聽審請求權內涵之「認識權」是否受到充分保障。而對於訴訟程序開始之認識，係以收受開始訴訟之文書之送達為基礎，因此「認識權」又可稱為「受通知權」、「受送達權」；自司法院釋字第 663 號解釋之意旨可知，由於進行訴訟程序之前提乃接受合法送達，因此「受通知權」亦為訴訟權保障之核心內涵⁷¹。並且，為使當事人有充分時間準備應訴並為充分陳述，應及時使其收受開始訴訟之文書。民事訴訟法第 251 條規定：「訴狀，應與言詞辯論期日之通知書，一併送達於被告。（第一項）前項送達，距言詞辯論之期日，至少應有十日為就審期間。但有急迫情形者，不在此限。（第二項）」亦即，透過就審期間之規定，可避免當事人即使收受該通知，亦已無法及時參與訴訟程序，而為充分陳述以影響法院裁判之形成。

二、 本款之性質

承前所述，若肯認本款拒絕承認事由係以被告聽審請求權保障為核心目的，則似應將本款之性質解為「抗辯事項」⁷²，較能符合本款事由所固有之私益性格。換言之，自促進外國法院判決於國際上流通之角度觀之，似不應於被告不異議其聽審請求權受到侵害之情況下，而仍透過法院之職權調查，拒絕承認該外國法院判決，蓋此結果不論於私益面向上不利於外國法院判決所涉當事人之實體及程序利益、亦對公益面向上之訴訟經濟有所妨害。此項見解，於前揭介紹之德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款及布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款均已明

⁶⁸ 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），台北，元照，二〇一七年，頁 104-105。

⁶⁹ 邱聯恭，司法之現代化與律師之任務，氏著，司法之現代化與程序法，台北，三民，二〇〇八年，頁 123-124，註 54，。

⁷⁰ 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，氏著，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，2 版，台北，元照，二〇一二年，頁 13-14。

⁷¹ 李惠宗（），憲法要義，7 版，台北，元照，二〇一五年，頁 328。

⁷² 然而，亦有認民事訴訟法第 402 條第 1 項之所有拒絕承認事由均涉及公共利益，故應屬「職權調查事項」，參照：陳啟垂，外國判決的承認與執行，前引註 12，頁 157。

定，須以被告「異議」或「請求」為前提。至於我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款雖未明文規定本款之性質，但仍應採相同解釋，較為妥適。

三、送達合法性要求之修正

在被告未應訴之情況下，開始訴訟之文書之送達應如何滿足「適時性」及「適式性」之要求，始能阻卻外國法院判決之拒絕承認，即涉及本款但書之法律解釋。因此，以下關於本款但書解釋論之提出，首先，應先透過各種法律解釋方法，檢視並分析本款但書是否存在「法律漏洞」，若有，則應如何予以填補，始能充實本款保障被告聽審請求權之立法目的；其次，由於送達適時性及適式性分別作為本款但書阻卻外國法院判決拒絕承認之要求，因此，就二者之內涵，亦應深入檢討：送達適式性除要求開始訴訟之文書之送達應合於法定程序外，是否應擴大及於「附加被告所熟悉語言之翻譯」，始能充實適式性保障被告認識權之內涵；而送達適時性之要求於比較法上特殊之重要性，在我國法之解釋適用上，是否足以得出「完全揚棄送達適式性、而僅以送達適時性作為唯一判準」之結論。就以上三點爭議，重大影響被告自外國訴訟程序開啟後，是否得在享有充足時間之基礎上、收受其所得理解語言之文書、並進一步於該訴訟程序上提出足以影響外國法院判決形成之答辯；而此分析對於本款解釋論之重新建構，應屬必要。

（一）送達適式性之法律解釋—隱藏性法律漏洞之填補

欲使開始訴訟之文書發揮使被告知悉原告請求內容及範圍之功能，可能有三種方式：一、於外國依法庭地法之送達相關規定為之；二、於我國依我國民事訴訟法之送達相關規定為之；三、以法定送達方法（一及二）以外之其他方式為之。然而，自本款但書之文義觀之，僅有第一種及第二種方式符合適式性之要求，至於第三種方式，並未包含在內，此乃我國最高法院所明白表示之見解，前已述及。惟此種一概排除不符法定方式之送達於本款但書適式性內涵以外之見解，是否完全實現本款但書之目的，已有學者撰文研究。其認為於本款文義限定送達適式性之兩種情況外，縱使不符合該等法定方式且於送達法上並無瑕疵治癒的餘地（例如：直接掛號郵寄起訴相關文書於住居於我國之被告），因本款之解釋應指向於以「被告是否知悉外國訴訟之提起而能決定是否及如何應訴」一事為標準，故只要被告實質上已被賦予防禦機會、受有聽審請求權之保障，仍應適用本款但書規定，亦即就本款但書為「目的性擴張或類推適用」，使此種不符法定方式之送達排除於拒絕承認外國法院裁判事由之射程之外，方能平衡兼顧原、被告雙方之利益，符合有利於外國法院判決承認之解釋原則⁷³。此項見解，於「形式上違反法定送達方法、實質上已充分保障被告聽審請求權」之情況，立基於被告聽審請求權之保障，避免被告在其程序權已受保障之前提下而仍得訴諸送達適式性之欠缺享有拒絕承認外國法院判決之利益，值得借鏡。

至於上述第一種及第二種方式，即分別對應前揭「域外送達」及「域內送達」，

⁷³ 陳瑋佑，外國法院判決之拒絕承認—評最高法院 101 年台上字第 1360 號民事判決，台灣法學雜誌，第 259 期（二〇一四年十一月），頁 41-47。

觀諸本款但書之「文義解釋」，除「相當時期」係「適時性」要求之不確定法律概念外，「適式性」要求則以「在該國合法送達」及「依中華民國法律上之協助送達」⁷⁴兩種方式，分別規範在判決國依照該判決國法律送達之情形、與在我國依照我國法律送達之情形。縱然判決國之法定送達方法與我國民事訴訟法所規定之法定送達方法可能有所不同；然而，無論係在判決國或我國境內、依照判決國法律或我國法律，將開始訴訟之文書送達被告，均將面臨相同之課題，亦即，是否所有「法定送達方法」均得滿足「適式性」之要求。若僅從法條文義觀之，似乎只要送達分別符合判決國法律或我國民事訴訟法所規定之程序，即得滿足適式性之要求而能阻卻外國法院判決之拒絕承認；然而，考慮到部分法定送達方法於個案中可能無法充分保障被告之認識權（例如：僅具有象徵性送達意義之公示送達），若一概承認符合法定送達方法之送達即可阻卻外國法院判決之拒絕承認，則對於被告未免過苛，反而可能抵觸本款但書修法後強化被告聽審請求權保障之立法意旨。有鑑於此，有必要綜合其他法律解釋之方法，就「適式性」要求之內涵為合於目的之解釋。

因此，若從「體系解釋」之觀點，由於本款拒絕承認事由係同條第三款公序良俗條款之具體規定⁷⁵，而內國公序良俗於判決承認法上之角色，則係作為容許之界線；換言之，透過公序良俗之保留條款，確保當事人之基本權利不因該外國法院判決之效力而受侵害，其中，若不能合理期待當事人參與該外國程序或其未受充分程序保障，即應例外拒絕承認外國法院之判決⁷⁶。由此可見，公序良俗條款作為外國法院判決承認法上維護內國法秩序基本價值之最低界線，於促進判決流通利益之考量下，應盡可能肯定有利於承認外國法院判決之解釋原則，亦即對拒絕承認事由為限縮解釋⁷⁷；而本款作為公序良俗條款之具體規定，於體系上亦無為不同解釋之道理。

再者，從「歷史解釋」之觀點，本款於一九三〇年訂定時，條文僅規定「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。」亦即，只需被告收送開始訴訟之文書之送達即可，而未嚴格區分域外或域內送達及各自對應之法定送達方法。甚者，若比較本款於二〇〇三年修法前後之條文，可發現現行法除擴張本款保障之主體及於非本國人外，尚增加送達「適時性」之要求，並放寬域外送達之送達對象；而其於修法理由中則特別強調「當事人程序權」之保障，並應給予當事人相當時期準備行使防禦權。申言之，本款最近之修正雖未直接變更送達「適式性」之要求，然而透過強化使被告有充足時間準備行使防禦權之保障，其背後所揭示之意涵為，立法者就本款拒絕

⁷⁴ 論者認為若將「依中華民國法律上之協助送達」與「在該國合法送達」之文義相對照，「送達」應解為動詞，則其文義之正確理解，應係「依、中華民國、法律上之協助、送達」；而「法律上之協助」則係指司法互助之意。王欽彥，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，靜宜法律，第1期（二〇一二年五月），頁172-173。

⁷⁵ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn.44.

⁷⁶ 陳瑋佑，前引註73，頁41。

⁷⁷ 歐洲法院就（舊）布魯塞爾第一規則第34條之拒絕承認事由亦明白揭示「限縮解釋」之解釋原則，蓋本條係本規則基本目標之一實現之障礙。參見：EuGH, 28.04.2009 - C-420/07

承認事由係著眼於程序保障之有無⁷⁸。

此外，「比較法解釋」亦可對於本款之解釋提供參考。德國法亦同樣以「適時性」及「適式性」作為送達合法性之要件，文義上並未排除任何法定送達方法之適用；然而，若自公示送達僅係形式上張貼公告及刊登公報，實質上幾乎無法達到使應受送達人知悉該文書內容之效果觀之，應可認此種擬制送達之方法係被告無法行使防禦權之表見證明，對於被告之聽審請求權保障有所欠缺，不應承認其得符合送達適式性之要求。甚者，布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款更進一步直接揚棄送達適式性、僅以送達「適時性」及「被告得防禦之方式」作為送達合法性之判準，不再斤斤計較於送達技術之精緻度；換言之，開始訴訟之文書於跨國訴訟之送達上，被告是否享有充足時間準備行使防禦權、受送達文書翻譯之必要性等等，方為確保被告聽審請求權不受侵害之關鍵考量，至於法定送達方法之遵守，則屬次要。

末者，從本款但書之「目的解釋」析之，「被告程序權」之保障即為其所受憲法上「聽審請求權」中「認識權」保障之意涵，其中，訴訟程序之開始及期日之認識，須藉由「送達制度」予以實踐，因此，開始訴訟之文書之送達即為訴訟程序開啟之首要重點。而送達制度是否充分保障被告之聽審請求權，不能僅從被告之角度觀察，唯有平衡兼顧被告之「聽審請求權」與原告之「適時審判請求權」，始為判斷系爭法定送達方法是否具適式性之妥適方法。因此，若開始訴訟之文書已藉由「特定之法定送達方法」，進入被告之「支配領域」，使被告處於「可得知悉」該文書內容之狀態，即可謂聽審請求權已獲得充分保障。然而，關於以上送達風險分配之考量，亦不得忽視民事訴訟法第 164 條所規定之情況，亦即在被告遲誤不變期間係基於「天災」或「其他不應歸責於己之事由」時，得聲請回復原狀；換言之，即使個案中已生送達效力，惟若實際上存有不可歸責於被告之情事致其並無知悉外國訴訟之機會，則不得謂其聽審請求權已受充分保障。

申言之，在被告受開始訴訟文書之送達雖已發生合法送達之效力，惟基於不可歸責被告之事由（例如：補充送達之同居人或受僱人因故意或過失未交付文書予被告⁷⁹、或寄存送達之通知單未確實黏貼或置放⁸⁰、或於判決國或我國為公示

⁷⁸ 陳瑋佑，前引註 73，頁 42。

⁷⁹ 通說認為同居人或受僱人未轉交文書係可歸責於本人，故不允許聲請回復原狀；惟有認補充送達之合理性乃建立於同居人或受僱人應會轉交文書予本人之「生活經驗」上，但本人並無為同居人或受僱人之過失負責之道理，否則毋寧係以上述生活經驗取代本人所受「訴訟權之保障」，因此應認本人未受文書之轉交乃不可歸責於己之事由，允許聲請回復原狀。參照：王欽彥，送達之不知與民事訴訟法 164 條之回復原狀，靜宜法律，第 3 期（二〇一四年六月），頁 66-67。在臺灣高等法院臺南分院 91 年度上字第 44 號民事判決中，法院認為補充送達之受僱人未轉交文書予應受送達人之風險，應由應受送達人負擔，故仍以個案之補充送達合法，阻卻該外國法院判決之拒絕承認；惟若採此見解，則應認本件之被告因不可歸責於己之事由（受僱人未轉交文書）而不具知悉外國訴訟之機會，故該補充送達不具適式性，不得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。

⁸⁰ 有認基於訴訟權保障之重大性及他造未參與程序之情況下，勝訴者對於確定判決之信賴利益應適度讓步，故法院不應輕易推定郵差有確實黏貼通知單，於當事人可能不知送達之情形下，應寬認此種情形屬於不可歸責之事由，允許聲請回復原狀。參照：王欽彥，送達之不知與民事訴訟法 164 條之回復原狀，前引註 79，頁 75-79。

送達而無法期待被告知悉該公告內容等)，而實際上並無知悉該文書內容機會的情形，我國民訴法固然賦予被告聲請「回復原狀」（民事訴訟法第 164、165 條）以救濟聽審請求權保障不足的權限。可是，在承認外國裁判之階段，一方面，上開我國法上之制度並無適用之餘地，蓋被告無從依我國法對於外國訴訟程序聲請回復原狀，另方面，縱該外國法上設有相對應之制度，被告亦無義務使用該救濟程序（詳參下述肆、四）。因此，不可否認被告之聽審請求權已於該外國訴訟程序之初受到侵害，而有賦予被告以「拒絕承認外國法院裁判」加以救濟之正當性。

承上所述，為判斷被告是否有知悉外國開始訴訟文書之內容的機會，可依照送達方法之不同，而區別下列四種情況：**【情況一】**在合法之補充送達、寄存送達、留置送達等非擬制送達之情形，只要該文書已生合法送達效力，原則上即可認被告對於外國訴訟程序之開始已有知悉之機會，被告聽審請求權已受充分保障，而得阻卻該外國法院判決之拒絕承認；反之，**【情況二】**於公示送達等擬制送達⁸¹之情形，由於此係為使訴訟程序得以繼續進行，藉由法律上視為送達之方式，擬制此種非真實送達之方法與實際交付應受送達人本人有同一之效力，本質上與其他非擬制送達之送達方法並不相同，該文書並未實際上進入被告之支配領域，原則上其對於外國訴訟程序之開始並無知悉之機會，聽審請求權未受充分保障，故不得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。然而，**【情況三】**縱然於合法之補充送達、寄存送達、留置送達等非擬制送達之情形已生送達之效力，倘若現實上存在「不可歸責於被告之事由」導致被告實際上不知該外國訴訟程序之開始，此時被告之聽審請求權並未受有充分保障，應例外否定此種合法送達得阻卻該外國法院判決之拒絕承認；反之，**【情況四】**於公示送達等擬制送達之情形，倘若被告實際上已從法院之公告得知外國訴訟程序開始之資訊，由於被告之聽審請求權實際上並未受到侵害，故不得再以前揭理由否定其得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。

其中，**【情況二】**及**【情況三】**之所以不應認為符合送達適式性之要求，而不得構成阻卻外國法院判決拒絕承認之事由，係如上所述，因本款之目的在於保護被告之聽審請求權，解釋上即應指向於「被告是否知悉外國訴訟之提起而能決定是否及如何應訴⁸²」，而排除「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況。在此意義上，可謂本款但書在評價上並未慮及此等情形的特質，而依其內在目的及規範計畫，此等情形並不適宜適用本款但書，於此本款但書即存在一個「隱藏性法律漏洞」（Verdeckte Rechtslücke）⁸³。而此種因法律文義過寬所導致適用範圍過大之「違反規範計畫之不圓滿性」（planwidrige Unvollständigkeit），應透過「目的性限縮」（teleologische Reduktion）之方法填補

⁸¹ 除公示送達外，於國際送達法上之擬制送達規定，例如：德國民事訴訟法第 184 條命指定送達代收人制度、法國民事訴訟法第 684 條以下之交付檢察官代送達制度（remise au parquet）等。

⁸² 陳瑋佑，前引註 73，頁 43。

⁸³ Karl Larenz（著）、陳愛娥（譯），法學方法論，台北，五南，二〇一三年，頁 287。王澤鑑，法律思維與民法實例，台北，自刊，二〇一三年，頁 320-321。吳從周，民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮，氏著，民事法學與法學方法 第一冊，台北，一品，二〇〇六年，頁 136-139。

之，亦即透過依該法律目的添加合於意義要求之限制，將該規定限制適用於依法律規整目的或其意義脈絡宜於適用的範圍⁸⁴。此種漏洞之確認與填補之法學方法，其正當化基礎在於：不同類事件應為不同的處理（消極的平等原則）⁸⁵。因此，本款但書應予以「目的性限縮」，亦即，縱然形式上已合於判決國或我國之法定送達方法，惟若被告實質上並未受有聽審請求權之充分保障⁸⁶，即應排除適用本款但書之規定，認定該開始訴訟之文書之送達不具合法性，不得以此作為阻卻外國法院判決拒絕承認之事由，而應拒絕承認該外國法院判決。

綜上所述，綜觀本款但書之文義、體系、歷史、比較法及目的解釋，應認為被告之聽審請求權實質上是否受到充分保障，乃其解釋論上之準繩，而此同時取決於被告不知外國訴訟程序之開始是否具有不可歸責於己之事由。其具體解釋論之內容如下：在【情況一】，因被告已具有知悉外國訴訟程序開始之機會，故原則上符合本款但書之適式性要求，而得阻卻外國法院判決之拒絕承認；僅於【情況三】之情形，實際上存在不可歸責於被告之事由導致其不知外國訴訟程序之開始，使其受有聽審請求權之侵害時，構成「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況，存在一隱藏性法律漏洞，而應透過目的性限縮予以排除，例外否定其具有適式性而不得阻卻外國法院判決之拒絕承認；至於上述【情況二】，因被告並無知悉外國訴訟程序開始之機會，亦即構成「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況，存在一隱藏性法律漏洞，原則上應否定其得阻卻外國法院判決之拒絕承認；僅於【情況四】之情形，因實際上被告聽審請求權未受侵害，故例外認為其具有適式性而得阻卻外國法院判決之拒絕承認。至於在立法論上應如何加以設計，則為別一問題⁸⁷。

（二） 送達適式性要求之擴大—附加翻譯之必要性？

另一關於送達適式性要求之問題，係開始訴訟之文書於送達時，是否應「附加被告所熟悉語言之翻譯」，就此問題，本文僅得就「域內送達」之部分討論，亦即外國法院欲在我國依我國民事訴訟法對被告送達時，是否應附加「中文譯本」或「其他被告所熟悉語言之翻譯」；至於在判決國依該國法律對被告送達之「域外送達」，因涉及該國法律或其簽署之國際條約，非本文所得討論之範圍。

⁸⁴ Karl Larenz（著）、陳愛娥（譯），前引註 83，頁 300。

⁸⁵ Karl Larenz（著）、陳愛娥（譯），前引註 83，頁 301。

⁸⁶ 關於本款但書之主張責任分配，應係由被告就其「未應訴」（拒絕承認事由）負主張責任，而原告就「開始訴訟之文書已合法送達」（阻卻拒絕承認事由）負主張責任。因此，若對於阻卻拒絕承認事由附加合於規範目的之限制，因為合於法定送達方法之文書送達乃被告聽審請求權已受保障之表見證明，若被告認為其聽審請求權未受充分保障，應由其負主張責任。故我國法院應就被告主張「該法定送達方法並未充分保障被告聽審請求權」之事實調查，例如補充送達之同居人或受僱人未轉交開始訴訟之文書予被告、寄存送達之通知書未確實黏貼或置放、被告對於在判決國或我國所為之公示送達並無知悉可能。

⁸⁷ 惟本文認為並無必要修法以指引實務之法律適用。蓋自本款修正理由即可得出本款但書之解釋應以被告之聽審請求權保障為核心，故本文所述之情況一至四，應於個案中具體審酌被告之聽審請求權是否受有充分保障，以決定是否對本款但書附加合於目的之限制，此相較於修法可更有彈性地平衡兼顧個案中被告之聽審請求權及原告之適時審判請求權。

論者有認，送達之目的在於使應受送達人完全以日常語言了解他方當事人所表示之一切內容；且於涉及專門用語時，若僅以英文書寫，並非一般人均得充分了解其內容；再者，若考量應受送達人之情況決定是否附上中文譯本，亦與法規範一致性有所衝突；此外，基於原告之主動地位，要求其附上中文譯本並非顯著負擔，且翻譯費用所占訴訟上花費之比例亦極小，故應一律附上中文譯本較為妥適⁸⁸。

而於國際送達法上，1965 年海牙送達公約⁸⁹第 5 條第 3 項規定，文書若由中央機關自行送達、或安排適當的單位送達、或根據內國訴訟適用之送達方式、或根據請求國所請求之特殊送達方式進行送達者，該語言應經翻譯。而依 2000 年歐洲送達規則⁹⁰第 5 條第 1 項規定，遞送機關應提醒申請人，其所送達之文書若未使用第 8 條第 1 項所規定之語言，應受送達人得拒絕收受；2000 年歐洲送達規則第 8 條規定，代收機關應通知應受送達人已送達之文書若非使用下列語言，則其有權拒絕收受：應受送達人得理解之語言；會員國指定之官方語言，若該國有多種官方語言者，則為該文書應送達地區之官方語言；或該地區多種官方語言中之其中一種官方語言。綜合此規範觀之，被請求國有權指定請求國將應受送達之文書附加翻譯，而此語言應係被請求國指定之官方語言、或其境內多種官方語言中之一種、或應受送達人得理解之語言；若請求國未附加以上翻譯者，則應受送達人有權拒絕收受該文書之送達。

因此，在我國所為未附「中文譯本」或「其他被告所熟悉語言之翻譯」之協助送達，是否因此導致送達不具適式性，而使送達不合法，故應拒絕承認該外國法院判決，仍應回歸本款但書之目的思考。若肯認本款開始訴訟之文書之送達係以保障被告「聽審請求權」中之「認識權」為目的，則使被告完全知悉並了解開始訴訟之文書之內容，應係其決定是否及如何準備行使防禦權之基本前提；甚至可謂，被告唯有透過充分理解開始訴訟之文書之內容，始得認識該程序之開始、原告之主張及請求、並進而於訴訟上為充分陳述及攻防。反之，若被告無從理解開始訴訟之文書之內容，則即使其已適時收受該文書之送達，亦無從對之準備行使防禦權，難謂其聽審請求權已受到充分保障。再者，考量一般人對於開始訴訟之文書之理解，除語言上之障礙外，尚有法律專業上之障礙，若要求被告一律自行尋求翻譯，並且否定未附加翻譯之文書對於判決承認有任何影響，將對被告過於嚴苛；況且，原告基於其主動地位開啟訴訟程序，其相較於被告較有充分時間得尋求翻譯。然而，倘若被告對於該文書之語言已有理解之可能，若一概允許被

⁸⁸ 李後政，前引註 7，頁 311-312。

⁸⁹ 於全球 195 個國家中，海牙送達公約目前共有 74 個締約國，網址：<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17&from=groupmessage&isappinstalled=0>（最後瀏覽日：二〇一九年六月二十八日）。縱然不將附加文書翻譯解為國際習慣法，亦應解為國際上之共識而予以參酌。

⁹⁰ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters：歐盟民商事事件之司法及非司法文書於成員國間之送達規則。（以下簡稱「歐洲送達規則」）

告訴諸文書翻譯欠缺之瑕疵以阻卻外國法院判決之承認，亦非妥適。因此，參考 2000 年歐洲送達規則第 8 條第 1 項第 a 款之規定，以應受送達人得否「理解」該語言為未附加翻譯之文書送達合法性之判斷標準，且被告聽審請求權是否獲得充分保障，亦取決於個案認定之問題，則送達適式性之內涵，應依個案情狀而有擴大之可能：於我國依我國民事訴訟法協助送達時，原則上擴大送達適式性之內涵，要求判決國附加「中文譯本」或「其他被告所熟悉語言之翻譯」，否則將不符合送達適式性之要求，而得拒絕承認該外國法院判決；然而，倘若被告於個案中具備相應之語言能力、或對於該文書之語言已有理解之可能（例如被告為長期在判決國從事跨國貿易之企業或商人），則此時原告亦得主張送達適式性之內涵無庸擴大，亦即被告不得以此送達形式上之瑕疵為由主張拒絕承認該外國法院判決。

（三）送達適時性要求之強調—送達適式性之揚棄？

無論係我國法之「相當時期」，抑或德國法之「得防禦之適當時期」及布魯塞爾第一規則之「適當時期」，均係開始訴訟之文書之送達是否具備適時性要求之內涵。而其具體判準，並無從訂出一明確期間，蓋每件跨國訴訟所涉及之國家距離遠近不同、文書送達所需之程序及時間亦有差異，至多僅得以我國民事訴訟法第 251 條所規定之「十日就審期間」，作為適時性要求之最低標準，倘若個案中開始訴訟之文書之送達與該外國訴訟程序開始之時點間隔小於十日，則與本條之規定有違，應認該送達不符適時性，而應拒絕承認該外國法院判決。

然而，縱使符合我國就審期間之規定，亦不代表個案之送達即當然具備適時性。「相當時期」之認定，僅得於個案衡量各該可能影響被告準備行使防禦權之時間要素，始能判斷個案中開始訴訟之文書之送達是否符合適時性。而個案中可能影響被告準備行使防禦權之時間要素，諸如：該外國與我國是否有簽署司法互助協議、兩國間司法文書之送達通常所需之程序及時間、被告聯絡該外國及我國律師之時間、被告離去其住居所或營業所在地而至該外國應訴之距離與時間云云。唯有綜合衡量各該要素，具體判斷個案中開始訴訟之文書送達於被告之時點，距離該外國訴訟程序開始之時點（個案若為言詞審理，則為準備程序或言詞辯論程序之時點；若為書狀審理，則為書狀提出之期限），是否已間隔「相當時期」，方得決定送達是否具備適時性。

此外，就我國送達合法性要件是否應採取如同布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款之規範模式，完全揚棄送達適式性之要求而僅以送達適時性作為送達合法性之唯一判準，本文認為應採否定見解。蓋依我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款之文義，明確要求同時以「相當時期」（適時性）及「在該國合法送達，或依中華民國法律上之協助送達」（適式性）作為阻卻外國法院判決拒絕承認之要件，因此，除非修法刪除本款但書適式性之要求，否則於現行法之文義解釋下，並無從得出完全揚棄適式性要求之結論；此外，無論係域內送達或域外送達，依外國法或我國法所為之法定送達方法，均得作為被告收受應受送達文書之基本保障，此於我國民事訴訟法原則上採取「職權送達主義」更為明顯，「法定送達機

關」透過「法定送達方法」送達於被告之「法定送達處所」，均係為確保開始訴訟之文書得確實使被告有知悉可能性；再者，本文於前揭論述中，透過對於本款但書目的性限縮之方式，已可相當程度確保被告在「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況下，聽審請求權不因承認外國法院判決而受到犧牲。綜上所述，本款但書於我國之解釋論下，無須完全揚棄送達適式性之要求，反而可透過對於適時性及適式性之妥適解釋論建構，深化被告聽審請求權於外國法院判決承認上之保障。

四、 被告對外國法院判決不負有救濟義務

依布魯塞爾第一規則第 45 條第 1 項第 b 款之規定，儘管被告遲延知悉該訴訟，但若其尚得適時參與外國訴訟程序或對已作成之外國法院判決提起救濟（例如：上訴、異議、聲請回復原狀），則不允許被告提出拒絕承認之抗辯；亦即，被告對於外國法院判決負有救濟（對己）義務，若其得救濟卻不為時，將阻卻外國法院判決之拒絕承認，換言之，應承認該外國法院判決。我國法對此雖未明文規定，但是否值得我國法參考，仍有討論之實益。

雖有德國論者認為，此項救濟義務符合國際上判決承認之一般法律原則，被告應負有在外國程序提起救濟之程序負擔⁹¹；然而，由於事後對已經宣告可執行的缺席判決提起救濟之可能性，並不同於在判決作成前之防禦權行使⁹²，且若接受被告負有救濟義務，則德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款之規定實際上可能喪失意義⁹³，故於德國學說上多有反對見解，且德國實務上亦不承認被告之救濟義務⁹⁴。我國法與德國法之規範較為相近，均以送達適時性及適式性作為送達合法性之要求，本文以為，不得僅因被告尚得享有第二審之救濟機會，即忽略其於第一審所受聽審請求權之侵害，而逕以第二審之程序保障取代第一審之權利侵害；毋寧認為被告之聽審請求權於每個審級間均應受到充分保障，方足以正當化外國判決於內國之承認。

因此，無論依照德國民事訴訟法第 328 條第 1 項第 2 款、抑或我國民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款，若開始訴訟之文書之送達欠缺適時性或適式性，即應認為欠缺送達合法性而拒絕承認該外國法院判決，縱使被告已適時收受該第一審判決之送達，有提起救濟之機會卻未對該判決提起救濟，仍不得否定其聽審請求權已受侵害之抗辯；換言之，此時仍應拒絕承認該外國法院之判決。

伍、 結論

按民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款，於敗訴之被告「未應訴」時，原則上應拒絕承認該外國法院判決，唯有在「開始訴訟之通知或命令」已於「相當時期」，

⁹¹ Gottwald, (Fn. 37), Rn. 104.

⁹² Stadler, (Fn. 37), Rn. 16.

⁹³ Gottwald, (Fn. 37), Rn. 105.

⁹⁴ Nagel/Gottwald, (Fn. 42), Rn. 170.

「在該國合法送達」或「依中華民國法律上之協助送達」，始得阻卻該外國法院判決之拒絕承認。本款但書係以開始訴訟之文書之送達符合「適式性」及「適時性」，作為阻卻外國法院判決拒絕承認之要件；本文基於本款保障被告「聽審請求權」之規範意旨，綜合各該法律解釋之方法，重新提出此二要件妥適之解釋論。

關於「適式性」要求之內涵，應肯認本款之解釋指向於「被告是否知悉外國訴訟之提起而能決定是否及如何應訴」，因此，於「形式上合於法定送達方法、實質上卻未充分保障被告聽審請求權」之情況，本款但書存在一個「隱藏性法律漏洞」，而應透過「目的性限縮」之方式加以限制，亦即此種情形不符合送達適式性之要求，不得以此為由阻卻外國法院判決之拒絕承認。再者，使被告完全知悉並了解開始訴訟之文書之內容，應係其決定是否及如何準備行使防禦權之基本前提；因此，於我國依我國民事訴訟法為協助送達時，原則上擴大送達適式性之內涵，要求判決國附加「中文譯本」或「其他被告所熟悉語言之翻譯」；然而，倘若被告於個案中具備相應之語言能力、或對於該文書之語言已有理解之可能，則送達適式性之內涵即無庸擴大，亦即被告不得再以此送達形式上之瑕疵為主張拒絕承認該外國法院判決。而關於「適時性」要求之內涵，除以「就審期間」之規定作為最低標準外，尚應於個案中具體衡量各該可能影響被告準備行使防禦權之時間要素，始能判斷開始訴訟之文書送達於被告之時點，距離該外國訴訟程序開始之時點，是否已間隔「相當時期」；此外，透過前揭對於適時性及適式性之妥適解釋論建構，我國法無須採取布魯塞爾第一規則之規範模式（完全揚棄送達適式性之要求、課予被告救濟義務），即可落實被告聽審請求權之保障。