

外國法之證明及證明不能：
法院與當事人間任務分擔準則之建構

目錄

壹、緒論	3
一、「外國法證明」之研究重要性	3
二、問題提出	4
(一) 證明之必要	4
(二) 證明之方式	5
1. 法院與當事人間任務分擔	5
2. 證據方法之擇用	5
(三) 證明之不能	5
貳、證明之必要	6
一、實務現況	6
二、我國文獻整理	7
三、比較法參考	8
(一) 美國法	8
(二) 德國法	9
(三) 小結	10
四、本文見解	10
(一) 民訴法第 283 條「法院所不知」之內涵	10
(二) 本文建議	10
參、證明之方式	12
一、實務現況	12
(一) 法院與當事人之任務分擔	12
1. 僅強調當事人之舉證責任	12
2. 論及法院得職權調查	12
3. 認為法院有職權調查義務	13
4. 小結	14
(二) 證據方法之擇用	14
1. 法律意見書	14
2. 外國法條或中文譯本	15
3. 鑑定及囑託調查	16
二、我國文獻整理	16
(一) 法院與當事人之任務分擔	16
1. 外國法證明責任與外國法性質間之關係	16

2. 民訴法 283 條之解釋適用.....	17
(二) 證據方法之擇用.....	17
三、 比較法參考.....	18
(一) 美國法.....	18
1. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前.....	18
2. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂後.....	19
(二) 德國法.....	21
(三) 小結.....	22
四、 本文見解.....	22
(一) 實務現行做法之商榷.....	22
(二) 民訴法第 283 條內涵之再建構：法院與當事人任務分擔準則 24	
(三) 證據方法之擇用.....	26
肆、 證明之不能.....	28
一、 實務現況.....	29
二、 我國文獻整理.....	30
三、 比較法參考.....	32
(一) 美國法.....	32
1. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前.....	32
2. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂後.....	34
(二) 德國法.....	34
四、 本文見解.....	35
(一) 外國法「證明不能」與當事人「義務違反」之區別必要.....	35
(二) 外國法「證明不能」之處理.....	36
伍、 結論.....	38

壹、緒論

一、「外國法證明」之研究重要性

隨著國際間交流日益頻繁，我國法院處理之涉外案件亦與日俱增，民事部分最大宗者為外國人與本國人間婚姻事件，此外財產上損害賠償事件及借貸事件等亦為數不少¹。「涉外訴訟」與一般訴訟相比，最為顯著之差異即承審法院除本案審理外，尚應處理國際私法議題，包含國際裁判管轄權、實體準據法選法等²。

其中，關於實體準據法選法，觀察我國涉外民事案件判決，可以發現有幾個現象：首先，法院多傾向於選用我國法作為本案實體準據法³，有時甚至已有違背涉外民事法律適用法（下稱涉民法）規範之嫌，如：臺灣臺北地方法院 111 年度抗字第 134 至 136 號、第 138 至 141 號民事裁定，即忽略涉民法第 13 及 14 條規定法人之內部事項應依其「本國法」，亦即其據以設立之法律為準，而逕行選用我國法進行裁判，而忽略本件外國公司之註冊地為英屬開曼群島之事實。再者，縱使法院選用外國法作為本案實體準據法，卻仍引用我國法進行說理，如：最高法院 101 年度台上字第 883 號判決及以此為由廢棄原審判決：「再原審復認本件應以荷蘭法律為準據法，則系爭授權契約關於權利金之約定，有無情事變更原則之適用……，自應以荷蘭法律之規定為準。乃原審以我國法律之規定，為判決之依據，自欠允洽」。

上開現象之成因，似涉及較為後端之「外國法證明」問題，亦即法院可能基於種種理由而抗拒確認外國法之內容，進而影響其前端選法以及說理之過程⁴。是以，本文認為，若欲貫徹國際私法之旨趣、妥善審理涉外案件，如何妥善進行「外國法之證明」，至關重要。否則，上開適用法令不當之現象除可能影響個案裁判之公平性及正當性外，長期而言，更有損司法公信力，亦可能降低外國自然人及法人與我國進行國際交往之意願，進而使我國經濟以及名譽受損。惟同時從

¹ 完整統計可參：司法院，涉外案件統計，地方法院民事第一審涉外事件終結情形及原告與被告國籍統計，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1774-1.html>（最後瀏覽日：2025 年 1 月 20 日）。

² 蔡華凱，國際私法之原理原則，月旦法學雜誌，第二二八期，二〇一四年四月，頁 176-177。

³ 參：劉鐵錚，陳榮傳，國際私法論，修訂六版，台北，三民書局，二〇一八年，頁 194-195，將法官傾向於以本國法為本件實體準據法，而有適用外國法之主觀障礙之現象稱為「歸鄉趨勢」。

⁴ 類似觀察，參：蔡華凱，外國法的主張、適用與證明—兼論國際私法選法強行性之緩和，東海大學法學研究，第二十四期，二〇〇六年六月，頁 182-186。

實務觀點而言，涉外案件可能因涉及多國法令而有其複雜性，不可期待法官對於外國法令具備與本國法令等同之熟悉程度，因此若要期待法院對於此類案件維持與單純內國事件相同品質之審理，應如何彌補法院對外國法令與本國法令間熟悉程度之落差，使法院得於可負擔之範圍內對外國法令有足夠之瞭解，進而可妥善解釋適用外國法令審理本案，即成為「外國法之證明」相關問題研究之具體課題⁵。

二、問題提出

就外國法之證明，我國文獻上多將重點置於「外國法之性質」即「法律說」或「事實說」⁶。然而，我國民事訴訟法（下稱民訴法）第 283 條明定：「習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」而此規定既被認為反映外國法之「法律」性質⁷，則相關研究自應以該條之解釋適用為中心。具體而言，其運用涵蓋以下子議題：

（一）證明之必要

第一個議題係「證明之必要」問題，蓋民訴法第 283 條明定觸發外國法之證明活動之要件為「法院所不知」，故此可認屬於民訴法第 283 條之適用要件，同時亦為發生外國法證明必要之前提，有明確其內涵之必要。若由文義觀之，則似需求個案認定法官是否具備該外國法之知識，蓋若僅需個案中以外國法為準據法即有證明之必要，則將使「法院所不知」之要件形同贅文，應非民訴法第 283 條應有之解釋。惟個案認定之作法於實務運作上是否可能產生如何之問題，則有待

⁵ 應特別說明者係，本文研究範圍僅限於我國法院處理涉外民事訴訟之「外國法適用」下之「外國法證明」問題，所謂「外國法適用」係指狹義之意義，亦即本國法院依本國國際私法選擇適用「外國實體法」於涉外案件之情形，關於廣義外國法適用意涵之說明，可參：柯澤東，國際私法，三版，台北，元照，二〇〇六年，頁 148。另本文所稱「外國法」亦排除中國大陸法，蓋兩者間存有若干差異，不宜一同論之。

⁶ 如：柯澤東，前引註 5，頁 152-155；曾陳明汝，曾宛如，國際私法原理（上集）-總論篇，修訂八版，台北，新學林，二〇〇八年，頁 273-279；劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 184-200；惟文獻中亦有質疑「外國法證明」之討論與「外國法性質」掛勾有所不妥者，如：劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 199；蔡華凱，前引註 4，頁 202-210。

⁷ 我國通說亦認外國法性質上仍為法律，參見：劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 193。曾陳明汝，曾宛如，同前註，頁 277；惟文獻亦有指出外國法應如何進行證明無庸受理論所拘束，而應將「外國法性質」及「外國法證明」脫鉤思考於依外國法「法律」說處理有所不妥時，仍有調整之空間，如：陳榮傳，外國法在涉外實務上的問題，台灣本土法學雜誌，第三十三期，二〇〇二年四月，頁 151。

檢討⁸。

（二） 證明之方式

1. 法院與當事人間任務分擔

於確認外國法證明之前提後，則應處理如何進行證明之議題，亦即外國法「證明之方式」。就此民訴法第 283 條明文指出「當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之。」，可認我國法針對外國法證明「責任主體」即「法院與當事人間任務分擔」之問題有所規範。若依民訴法第 283 條之文義，似可認為外國法證明責任主要由當事人承擔，法院則居於次要地位⁹。惟此文義解釋似與「外國法法律說」有所齟齬，應值檢討。此外，自實務之角度觀之，民訴法第 283 條僅係概括規定當事人有舉證責任，法院亦得職權調查，惟就法院職權調查之時機，並未提供任何指引，就此亦需求進一步解釋。

2. 證據方法之擇用

除（舉證）責任主體之問題外，關於外國法證明之方式，尚應討論「證明方法」之選擇問題。就此我國民訴法及特別民事程序法皆有相關證明方法可資利用，如：民訴法之鑑定、書證及特別法之專家證人等。此外，如基於外國法證明並非本案事實證明之認知，認為其證明方法之擇用亦不受「嚴格證明」之限制，而容許「自由證明」¹⁰，即更有彈性；實務上常見由當事人各自提出「法律意見書」之作法，即非法所不許。惟此種無異於「私鑑定」之方式，於個案中是否屬於最佳選擇，似不可一概而論，又此種方式是否於各類型涉外案件中皆屬可行，而符合公益之訴訟經濟以及當事人之最大利益？仍有進一步研究之必要。

（三） 證明之不能

最後，則為外國法「證明不能」之問題，亦即負有證明或調查義務之當事人

⁸ 類似問題之提出，可參：伍偉華，大陸地區法律之證明及適用，法學新論，第十二期，二〇〇九年七月，頁 99-103。

⁹ 蔡華凱，前引註 4，頁 232。

¹⁰ 參：陳瑋佑，原住民族傳統習慣於民事司法上之適用與證明，臺大法學論叢，第四十六卷特刊，二〇一七年十一月，頁 1237-1239。我國實務見解亦有於舊慣之證明上認民訴法 283 條允許法官以自由證明之方式探知，參：最高法院 111 年度台上字第 2360 號判決。

或法院已盡其舉證、調查義務，惟仍無法確定外國法內容之情形。此雖非為民訴法第 283 條所涵蓋，惟「證明不能」之後續處理涉及外國法證明客觀舉證責任（確認責任）之分配，與法院及當事人間任務分擔問題關係密切，仍應納入研究範圍。此議題之研究必要性在於，一般「本案事實」之證明不能與「外國法」證明不能，具有性質上差異，因此「外國法」之證明不能有特別處理之必要，以本案事實舉證責任原則進行處理不必然適當¹¹。此外，「證明不能」所造成之後果與責任主體「義務違反」相同，皆為法院無法認定外國法內容，兩種情形各自應如何處理，適合相互比較分析，本文因此將此二議題置於本章一併討論，併與敘明。

以下即分就上述各議題，整理及分析我國實務、文獻上見解。並於此基礎上，參考歐陸法系及英美法系之規定及作法，進行比較法研究。研究成果期能對於我國法及實務作法提出檢討及建議，以提升我國涉外民事案件審理品質及效率。

貳、 證明之必要

一、實務現況

外國法「證明之必要」問題，涉及民訴法第 283 條之適用前提「法院所不知」之解釋。觀察我國目前涉外民事案件裁判，多逕認外國法有證明之必要，似未見有針對此要件為詳細論述者。少數有提及因「法院所不知」，故外國法有證明必要者，如臺灣高等法院高雄分院 91 年度海商上更(五)字第 3 號民事裁定：「按『習慣、地方制定之法規及外國之現行法，為法院所不知者，當事人有舉證之責』，民事訴訟法第二百八十三條定有明文。本件之準據法為美國法，已如前述，而**美國法之規定復為本院所不知**，國泰世華銀行就此應負舉證之責...」。另一方面，於個案中認定所應適用之外國法為法院所「知」，因此「無證明必要」者，更屬少數；例如臺灣高等法院 101 年度上字第 309 號民事判決：「...經查兩造之買賣法律關係應適用德國法規定，已如前述。而按德國民法第 195 條規定：『普通消滅時效之期間，為三年。』又德國民法第 199 條第 1 項第 1 款及第 2 款規定『除非有約定其他計算時效之起算方式，普通時效計算之開始，...』經查上訴人除於上開 4 筆貨物交付後提出付款單據請求被上訴人付款，最後 1 筆貨款請求日期乃

¹¹ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 208-209。

96 年 7 月 19 日外，復於 97 年 2 月 18 日再度請求被上訴人給付全部 4 筆貨款 10 萬 7,309.72 歐元（見原審卷第 17 頁），故系爭貨款請求權之時效期間依上開德國法規定應自 96 年 12 月 31 日開始起算 3 年期間。」。本件法院於選擇德國法為準據法後，針對德國法上消滅時效之規定並未援引民訴法第 283 條要求當事人舉證，此可能係因本件承審法官具備德國民法消滅時效規定相關知識，而認本件非屬「法院所不知」之情形，而無外國法證明之必要。

基此，關於我國實務就外國法證明必要問題之現狀，似可認多數情形下，若個案中以外國法為實體準據法，即等於該外國法有證明之必要。就此可能為以下兩種推論，首先，可能認為外國法之內容通常為我國法官所不知，故「法院所不知」之要件於絕大部分案件中皆該當，如此即顯現該要件於我國之實質意義不大。再者，亦可能認民訴法第 283 條「法官所不知」之要件已遭我國實務實質架空，亦即因實務上欠缺「證明必要」之問題意識，而未針對「法官所不知」之要件進行實質判斷，而僅需個案中以外國法為準據法即認本件外國法有證明必要，若如此則與民訴法 283 條之立法意旨即有不合（詳下述之）。

二、我國文獻整理

此議題我國文獻上多僅略微提及，有將「法院所不知」依字面上意義解讀為若法院已知悉外國法內容，即不待當事人之主張，逕依其職權適用之¹²。亦有認為依據民訴法第 283 條，將得出法官固應知法，「如有不知」，當事人應協助加以證明¹³。上開見解即係將此要件之該當與否與法官之「主觀狀態」相連結，而需求法院個案認定是否有證明之必要。惟其就此作法是否妥適，似無進一步論述。

就此即有論者就「中國（大陸地區）法」之證明指出，民訴法第 283 條「法院所不知」之要件，字義上為法院主觀狀態之描述，作為法條之客觀構成要件將可能造成當事人於個案中是否應負舉證責任繫於隨機分案之結果，全無理論基礎，並不妥適，因此應建立客觀判準，其就此所提出之判準為「法官於司法院內部外國法資源資料庫中搜尋無果」¹⁴。惟其見解首先不無混淆「證明之必要」之判斷

¹² 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 208。

¹³ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 279。

¹⁴ 伍偉華，前引註 8，頁 99-101。論者係將中國（大陸地區）法之證明類推適用民事訴訟法 283

及後續「法院職權調查行為」之嫌，再者亦未能為此處「外國法證明之必要」提供合理解答，蓋中國法性質上和其他外國法差距甚大，其間差異主要體現於「語言」及「所涉國家範圍」，是以無法確知其於「外國法」之證明上是否將採取相同見解，又其所提見解仍繫於個別法官之資料查找能力，非完全客觀之標準。綜上，可謂我國文獻上就此問題之態度仍然不明。

三、比較法參考

（一） 美國法

美國聯邦民事訴訟法（Federal Rules of Civil Procedure）第 44.1 條規定：「意圖提起有關外國法律爭執之一方當事人，應以其訴狀或其他書面文件為通知。法院進行外國法內容相關判斷時，得斟酌包含證言（testimony）在內的一切相關素材或來源，是否為當事人提出，或為聯邦證據規則許可，在所不問。法院之決定應視為法律問題之判斷。」¹⁵。本條規定於一九六六年增訂，係為針對美國聯邦最高法院外國法適用及證明所為之規範¹⁶，立法例上被認為近似於採行外國法事實說及法律說混合之立場¹⁷。詳言之，依本條規定之第一部分，當事人仍負有通知法院及對造本件可能涉及外國法之義務，惟此通知之內容無需包含外國法規或司法判決之引用及說明¹⁸，此原則上為法院適用外國法以及進行外國法證明活動之前提要件¹⁹；第三部分則明確指出外國法之問題係屬於「法律問題」。

於本條增訂之前，美國傳統上採取較接近「外國法事實說」之作法²⁰，因此

條規定，故其意見於本文中「外國法」何時為「法院所不知」之問題上亦有一定參考價值。

¹⁵ USCS Fed Rules Civ Proc R 44.1. “A party who intends to raise an issue about a foreign country’s law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court’s determination must be treated as a ruling on a question of law.” 中譯參考：蔡華凱，前引註 4，頁 198；劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 206。

¹⁶ 應說明者係，此議題於美國法上之開展係源自於大量適用外州法之案件，而非嚴格意義之外國法，因此美國法上「外國法」除指外國之法規範，亦可能指其他州之法規範。Douglas R. Tueller, *Reaching and Applying Foreign Law in West Germany: A Systemic Study*, 19 STAN. J. INT’L L. 99, 103 (Spring 1983); Frederick Gaston Hall, *Not Everything Is as Easy as a French Press: The Dangerous Reasoning of the Seventh Circuit on Proof of Foreign Law and a Possible Solution*, 43 GEO. J. INT’L L. 1457, 1460 (2012).

¹⁷ Edwin P. Carpenter, *Presumptions as to Foreign Law: How They Are Affected by Federal Rule of Civil Procedure 44.1*, 10 WASHBURN L.J. 296, 298 (1970).

¹⁸ Arthur R. Miller, *Federal Rule 44.1 and the Fact Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine*, 65 MICH. L. REV. 613, 646 (Feb 1967).

¹⁹ Carpenter, *supra* note 17, at 300; 我國文獻就此之說明，可參：蔡華凱，前引註 4，頁 199-201。

²⁰ GARY B. BORN & PETER B. RUTLEDGE, *INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS*

若要適用外國法，原則上由主張適用外國法之當事人進行舉證，法院不得對外國法如本國法同進行司法認知（judicial notice）²¹。而本條增訂之後，雖有傾向「外國法法律說」之意，且明文授權法院自行研究外國法而於外國法內容之決定上有相當之自由，惟實務上仍傾向由當事人承擔證明責任，從而增訂前聯邦最高法院判例法上發展出之下列四種當事人「無須舉證」之例外情形仍有適用²²，即：「國際法原則和西方國家海洋法原則」、「美國各州司法判決及法規」、「成為美國之一州前於該領土生效之法律」，以及「與某州法相類似之外國法」²³。

此等例外之共同基礎係於此等情形，聯邦最高法院對於所涉外國法具有與其所在州法相類似之熟悉程度。就國際法原則和西方國家海洋法原則即係因此等皆為完善且廣為國際上所接受之規範，易於確認且其概念近似於國內法；其餘例外則係基於美國特有聯邦體制而生，蓋對於聯邦最高法院而言，適用各州法處理案件係屬平常²⁴。以上皆屬於聯邦法院無需進行證明活動亦得確認其內容，亦即「無證明必要」之情形。

（二） 德國法

德國民事訴訟法（Zivilprozessordnung）第 293 條規定：「外國之現行法、習慣法及規章為法院所不知者，有證明之必要。法院對於該等法律規範之探知，不以當事人所提出之事證為限；法院得利用其他認識來源並因此為必要之處置」²⁵，此即德國法上關於外國法證明之規定。

與傳統英美法之作法不同，德國採行外國法法律說之立場，縱當事人未主張應適用外國法，如選法規則所指示之準據法為外國法，法院仍會加以適用，後續外國法之探知亦主要由法院承擔²⁶。就證明必要之要件而言，則認「法官知法原

781 (6th ed. 2018).

²¹ 「司法認知制度」係指法院被授權在其認為適當的情況下，針對法律進行獨立研究，必要時亦得尋求當事人律師協助，傳統上法院僅能針對所在地州法進行司法認知。Miller, *supra* note 18, at 625. 我國文獻可參：劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 205。

²² Miller, *supra* note 18, at 656-661.

²³ *Id.*, at 650-653.

²⁴ *Id.*

²⁵ 中譯參考：陳瑋佑，前引註 10，頁 1238。

²⁶ Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*, 45 INT'L & COMP. L.Q. 271, 275-76 (Apr 1996); Douglas R. Tueller, *supra* note 16, at 115-16.

則 (iura novit curia) 」不完全可適用於「外國法」，因此於法官不知悉外國法內容時有證明必要²⁷。文獻上認為此種規範模式即係將是否有外國法「證明必要」之問題訴諸於法官之「私知」(private knowledge)，所謂「私知」概念上即相對於法官熟知本國法之義務，無論法官如何擁有此種知識，皆使任何進一步的查明成為不必要²⁸。

(三) 小結

由上開美國法及德國法之介紹可知，就何時可認有、無「外國法證明必要」之問題，主要即圍繞「法官知法原則」是否於何種情形不適用/適用於外國法之討論。詳言之，兩者皆認外國法係屬法官知法原則之極限，而有證明必要之可能，惟另一方面亦承認仍有部分情形，法官知法原則於外國法仍有適用，此時即無外國法之證明必要²⁹。

四、本文見解

(一) 民訴法第 283 條「法院所不知」之內涵

由民訴法第 283 條之文義觀之，我國法顯係採德國法之立法例，因此若依文義及比較法解釋，我國民訴法第 283 條所設定外國法「證明必要」要件亦需求於個案中就法官之私有知識為認定。此並可由「歷史解釋」加以驗證：依據民訴法第 283 條一九三五年之立法理由：「查民訴律第三百四十三條理由謂本國之現行法，為審判衙門所應知者，故當事人毋庸證明。若外國之現行法及慣習法，則非審判衙門所當知者，故當事人應證明審判衙門所不知之外國之現行法及慣習法... (德二九三、日二一九、奧二七一、匈二六八)」。

(二) 本文建議

惟「個案認定法院是否不知」之作法，基於我國及德國於「外國法之證明」規範設計上仍不完全相同，實務所採行之證明方式亦差距甚大之理由，此於我國

²⁷ Part IV. Committee Reports of Comparative Law Division, 1960 A.B.A. Sec. INT'L & COMP. L. PROC. 147, 163 (1960).

²⁸ *Id.*

²⁹ 文獻上進一步指出外國法有證明必要之情形以及無證明必要之情形實際上處於原則與例外之關係，此為法官受本國法律訓練下必然之結果。Tueller, *supra* note 16, at 110.

現行實務運作下，可能引發若干疑義。蓋由我國民訴法第 283 條及德國民訴法第 293 條之比較可知，我國規範設計上似較強調「當事人之舉證責任」，而此亦為實務上多數作法，就此即與德國法及實務上多係強調「法院之調查義務」有重大不同³⁰（詳下述），反而較接近傳統上採行外國法事實說之英美法系作法。基此，可認「是否有證明之必要」之判斷，於我國對當事人之影響較德國法為大。具體而言，本案所應用外國法有無「證明之必要」，於我國實務要求當事人進行舉證之傾向，將影響當事人是否應出具法律意見書抑或以他種方式為證明，因此個案判斷法官是否不知該外國法，將有使當事人陷於應否舉證不確定地位之疑慮。

就此問題，首需仰賴法官依據民訴法第 199 條 1 項進行闡明³¹，使當事人明確知悉本案是否有外國法之證明必要，並給予辯論之機會。惟縱於起訴後法官皆能盡其闡明義務，於我國實務運作下，當事人仍有於起訴前即確知應否預作證明準備需求，而不免陷於不安定地位³²。基此，僅依賴法院之闡明顯不足以因應實務上因個案判斷外國法證明之必要所可能對當事人產生之影響，就此尚可能討論是否有辦法借鑑同樣以當事人負擔主要證明責任之美國法，以設定通案性「無證明必要」之情形予以紓解。就此，本文認為於實務上可行性亦不大，蓋由上開對於美國法之說明可知，其所承認之例外無證明必要情形，皆與其國家特性息息相關。首先，語言之優勢使美國之法官知悉外國法之可能性較高，尤其針對同屬英美法系之外國法，可能出現可期待法官對於該外國有所瞭解之情形。再者，聯邦體制亦為美國法之所以得推定聯邦最高法院對於外國（州）法有所熟悉之重要原因，凡此皆使我國難以複製其模式。

綜上，本文認為針對「法官之不知」之要件認定，我國法解釋上仍不得不採

³⁰ See Hartley, *supra* note 26, at 275; See also Tueller, *supra* note 16, at 110.

³¹ 除民訴法第 199 條 1 項之闡明一般規定外，我國智慧財產案件審理法第 29 條 1 項規定：「法院已知之特殊專業知識，應予當事人辯論之機會，始得採為裁判之基礎。」，亦同此理。

³² 如：個案中若當事人就本件實體準據法為何有所爭執，則法院可能於本案審理階段確定準據法後始進行「證明必要」之闡明，惟此前若當事人確信本件應適用外國法，再綜合實務上多數認為以外國法為準據法即有外國法證明必要，且此舉證責任主要由「當事人」負擔之作法，以及出具合適法律意見書之難度，不無可能出現當事人認為有必要預作證明準備之情形。惟此時因存在法院嗣後認為本件無證明必要之可能，當事人如預先找尋專家出具法律意見書，則需承擔成本浪費之風險，此對於經濟弱勢之當事人而言更屬重大。當事人於法院確定實體準據法前即出具相關外國法法律意見書之案例。如：臺灣高雄地方法院 100 年度海商字第 5 號民事判決、臺灣新竹地方法院 96 年度重訴字第 44 號民事判決。

取個案認定之方式。此作法於我國實務以當事人為主之證明方式下，雖可能產生使當事人對於其是否應行舉證無所適從之問題，惟此並不構成架空「法院所不知」要件之正當理由，而毋寧應以督促法院盡其闡明義務，以及調整後續外國法「證明方式」以尋求解決，關於「證明方式」之調整，即本文下一部份將討論之議題。

參、 證明之方式

一、實務現況

(一) 法院與當事人之任務分擔

就「法院與當事人之任務分擔」而言，本文觀察我國目前涉外民事訴訟實務，整體而言可歸納出以下三種做法：

1. 僅強調當事人之舉證責任

首先，實務上第一種作法為「僅強調當事人之舉證責任」，如臺灣臺北地方法院 106 年度訴字第 2431 號民事判決：「...民事訴訟法第 283 條前段規定：『習慣，地方制定之法規及外國之現行法為法院所不知者，當事人有舉證之責任』。...」³³。又如臺灣高等法院 106 年度上易字第 372 號民事判決：「...應以其本國法即薩摩亞共和國相關法律為準據法...。而習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任，為民事訴訟法第 283 條所明定。」³⁴。二者相較，後一種說明方式相較前一種更有忽略後段法院職權調查部分規定之嫌³⁵。

2. 論及法院得職權調查

再者，亦有實務依法條文義論及法院職權調查之可能，惟對於調查之時機並無統一見解。有強調當事人之舉證責任，而法院就是否職權調查有自由裁量權者，如臺灣臺北地方法院 86 年度保險字第 111 號民事判決：「...是主張應適用外國之

³³ 相同作法：臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 2950 號民事判決、臺灣士林地方法院 89 年度保險字第 11 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民專上更(一)字第 9 號民事判決及臺灣高等法院 107 年度重上字第 528 號民事判決等。

³⁴ 相同作法：臺灣高等法院高雄分院 91 年度海商上更(五)字第 3 號民事裁定、臺灣高等法院 97 年度上字第 76 號民事判決及臺灣高等法院 89 年度上字第 396 號民事判決等。

³⁵ 類似觀察：陳榮傳，前引註 7，頁 152-153。

法律...，自應就該法律、判例及國際習慣之存否以及內容負舉證之責... 另原告雖復主張：『倘因當事人不能舉證所應適用之準據法內容時，法院得適用內國法及法庭地法以資解決，或由法院逕自依職權調查』之云云。然對於外國之法律，**法院是否依職權加以調查，仍有其裁量權**，...原告此部分主張，尚與我國民事訴訟法第二百八十三條之文義，以及實務上之通見，有所扞格...。』。

亦有認將法院僅於「**必要時**」始依職權調查，而將是否有必要與「當事人是否為舉證活動」掛勾者，如臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上字第 120 號民事判決：「...按習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之，...。本件之準據法應適用香港法律...則依上開說明，當事人應協助對外國法加以證明，**法院於有必要時始依職權調查**。又本件上訴人於本院業已提出香港售賣條例為適用之外國法，並附有香港政府之中文譯本，經本院審酌上訴人所提出之中文譯本，尚屬允當...。」；本件法院似認為當事人若已完成舉證，則法院無職權調查必要，是否可推論於當事人已有舉證惟法院未就外國法之內容得心證時，法院將傾向認為有職權調查必要，則未必明確³⁶。此外，亦有少數實務採取較為開放之見解，於當事人聲請法院調查時即囑託外交相關單位代為調查，不以當事人先自為舉證活動為必要³⁷。

3. 認為法院有職權調查義務

最後，實務上亦有正面承認法院調查義務，並積極進行職權調查之案例，如：臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 98 號民事判決：「...習慣、地方制定之法規及外國法為法院所不知者，當事人有舉證之責任。但法院得依職權調查之，民事訴訟法第 283 條亦有明定。系爭債務消滅之準據法應為新加坡法，已如前述，被告就此外國法關於債之消滅規定之內容為何，應負舉證責任，**本院亦負有調查外國法之協力義務**，經查：本院依職權囑託我國駐新加坡代表處查明新加坡法律關

³⁶ 相同作法：臺灣高等法院 88 年度國貿上字第 1 號民事判決、臺灣臺中地方法院 101 年度訴字第 3230 號民事判決。

³⁷ 如：臺灣臺北地方法院 89 年度國貿字第 20 號民事裁定。

於混同及抵銷之規定...」。此與前述依聲請囑託調查之作法不同，本件法院係主動依職權囑託調查，而可認係將當事人之舉證責任及法院職權調查置於平行地位，而非原則與例外之地位³⁸。

4. 小結

綜上，觀察我國實務見解對於當事人舉證責任及法院職權調查之態度，可大別為以上三類，第一種作法對於法院之職權調查最為消極，而不無架空民訴法第283條但書規定之嫌；第二種作法則較為折衷，而與法條文義解釋之結果最為接近，即將當事人對於外國法之舉證責任視為原則，而僅於例外情形法院始進行職權調查；第三種作法則對於法院之職權調查採積極態度。此三種作法中以前二種為多數，反映出我國實務於外國法之證明，整體上似較偏向「外國法事實說」之作法（參照下述參、二、（一）），而以「當事人」為主要證明主體，又無論採行何種作法，若法院無法就外國法之內容得心證，其結果多為駁回請求而使當事人承擔確定責任。

（二） 證據方法之擇用

再就「外國法之證明方式下證據方法之擇用」而言，本文觀察我國目前涉外民事訴訟實務，大致歸納如下：

1. 法律意見書

首先，實務上常見亦廣為法院所接受之證明方法為由當事人之一方或雙方各自委請專家提出該外國法之法律意見書³⁹。當事人若已提出法律意見書，則多數

³⁸ 類似做法：臺灣臺中地方法院 112 年度親字第 32 號民事判決：「...本件關於原告得否提起否認婚生推定訴訟及其要件，亦應適用越南國法...。又依民事訴訟法第 283 條規定，外國法為法院所不知者，法院得依職權調查之。」，本件法院並未提及當事人之舉證責任，而自行就越南法為研究。

³⁹ 如：最高法院 112 年度台上字第 274 號民事判決、最高法院 111 年度台上字第 2083 號民事判決、最高法院 85 年度台上字第 1831 號民事判決、最高法院 98 年度台上字第 447 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度上字第 968 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 89 年度海商上更(四)字第 2 號民事判決、智慧財產法院 98 年度民著上字第 18 號民事判決、臺灣臺北地方法院 106 年度重訴字第 970 號民事判決等。

情形法院均認其已盡舉證責任，惟亦有部分情形，法律意見書之形式或實質證據力遭受法院質疑⁴⁰。就「**形式證據力**」而言，實務上以未證明私文書「**真正性**」而不採該意見書之案例如：臺灣臺北地方法院 91 年度保險字第 3 號民事判決：「查原告為準據法之提出，曾提出香港律師之法律意見書，惟此項私文書為被告萬海公司所否認...被告復未證明其真正，自非可採。」⁴¹。

就「**實質證據力**」而言，如臺灣高等法院 107 年度上字第 968 號民事判決：「...至上訴人提出美國律師 Joseph R. Price 之法律意見書暨譯文...，然該法律意見並未如上開鑑定報告參酌美國相關判決先例，逕以上開規定為據，並非可採。」，本件法院即認當事人所提出之法律意見書內容上不夠完善而不具實質證據力，僅以鑑定報告為據進行外國法內容之認定。又如臺灣高等法院 97 年度上字第 76 號民事判決：「...而依上訴人於原審所提之以色列律師 Erez Tikolsker 之法律意見書...，已可認以色列非無相關法律或法院案例可供上訴人提出，上訴人自應先提出**相關法律或法院案例**作為本件之準據法，至於以色列律師所出具之法律意見書為私文書，並非以色列法律或以色列法院作成之案例，自不得作為準據法而加以適用，...。」，本件法院之見解雖嗣後遭最高法院 98 年度台上字第 447 號民事判決廢棄發回，惟仍顯現出實務上法院似可能因法律意見書屬於私文書，而傾向當事人應優先以外國法官方資料作為證據。

最後，實務上亦有法律意見書應用之特殊案例如：臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 2950 號民事判決，本件當事人並未自行提出法律意見書，而係援引先前其他案件中當事人所提之法律意見書，且為本件法院所肯認。

2. 外國法條或中文譯本

除法律意見書外，實務上外國法條或其譯本之單獨提出或搭配法律意見書，亦為常見證明方式⁴²。外國法條因屬外國法之官方資料，且易於查證，當事人間

⁴⁰ 形式證據力及實質證據力之說明，可參：最高法院 112 年度台上字第 2028 號民事判決及最高法院 111 年度台上字第 2360 號民事判決。

⁴¹ 類似案例：智慧財產法院 98 年度民專上更(一)字第 9 號民事判決。

⁴² 如：最高法院 109 年度台上字第 1841 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度重上字第 441 號民事判決、臺灣高等法院 109 年度上字第 793 號民事判決、臺灣高等法院 88 年度國貿上字第 1 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上字第 120 號民事判決及臺灣高等法院 臺南

就其真正性及真實性通常不爭執，故法院審酌後通常將以此作為認定外國法內容之基礎，而較少遭遇如前述法律意見書之證據力質疑問題。惟若僅以法條為外國法證據，其適用情形相對較限縮，而多僅於證明對象為外國「實定法」規定之情形下可行⁴³。

3. 鑑定及囑託調查

最後，亦有部分案件除當事人舉證外，法院亦會行鑑定⁴⁴或囑託我國駐外單位調查⁴⁵。其中後者係較為常見之方式，惟其成效似乎頗為有限。如臺灣臺北地方法院 91 年度保險字第 3 號民事判決：「...原告為準據法之提出曾申請本院囑託駐香港代表處之香港中華旅行社查詢香港之侵權行為法，經...函覆者，謂香港並無獨立之民事侵權行為法，...，則依原告所聲請調查外國法之證據方法，**既經行政院大陸委員會函覆而未取得**，原告就其主張侵權行為為準據法，仍有舉證責任。」；又如臺灣臺北地方法院 88 年度國貿字第 37 號民事判決：「...本院雖依原告之聲請囑託外交部轉我國新加坡辦事處，...但外交部函覆略以：『...，本案因事涉法院訴訟案件極為敏感，且中星間並未簽署有關司法互惠交流協定，**星方表示礙難提供相關意見**，...。』...」。此二案例法院雖皆依聲請或職權囑託駐外單位調查，惟其結果對法院認定外國法內容之幫助甚小。

二、我國文獻整理

（一） 法院與當事人之任務分擔

1. 外國法證明責任與外國法性質間之關係

分院 105 年度重上字第 96 號民事判決等。

⁴³ 如：最高法院 109 年度台上字第 1841 號民事判決中當事人以越南公司法法條譯本證明越南公司法並未規定股權之取得以登記為前提；又如臺灣高等法院 98 年度重上字第 441 號民事判決，當事人以荷蘭民法譯本證明荷蘭民事法關於利息之規定。

⁴⁴ 如：臺灣高等法院 107 年度上字第 968 號民事判決。

⁴⁵ 如：臺灣臺北地方法院 102 年度重訴字第 98 號民事判決、臺灣臺北地方法院 91 年度保險字第 3 號民事判決、臺灣臺北地方法院 88 年度國貿字第 37 號民事判決及臺灣高雄地方法院 89 年度家訴字第 106 號民事判決等。

就外國法證明責任分配之問題，傳統文獻上多係由「外國法之性質」出發，區分「外國法事實說」及「外國法法律說」為說明。然新進文獻指出，「外國法之性質」究為法律或事實，於「外國法之證明」討論上是否確有重大實益，不無疑問，蓋民訴法可能僅基於外國法與內國法之不同而於訴訟程序上訂有不同規定，其係以實務上需求為其考量，而非僅出於法律或事實之邏輯推演⁴⁶。

2. 民訴法 283 條之解釋適用

準此，就我國民訴法 283 條之解釋，如前所述，多數見解認為我國係偏向外國法法律說⁴⁷，惟其亦強調民訴法 283 條非完全要求法院職權調查，而係與德日同採「當事人與法官協力負證明之責」之立法例，認為法官固應依職權調查外國法，但當事人亦負協力義務，以免訴訟程序之延滯⁴⁸。此項見解，與文獻上就民訴法 283 條適用於習慣及地方制定之法規時所採取之見解，有共通之處。申言之，關於「習慣（法）之證明」，文獻上有認為雖然依民訴法第 283 條本文、但書之文義、與民訴 277 條事實證明規定之類似性，及置於民訴法事實主張及證明章節之體系，似應認民訴法 283 條採行「辯論主義」，惟依據習慣法與一般本案事實性質上之不同，並參酌立法理由，應得出本條規定係採行「職權探知主義」之結論⁴⁹。基此，民訴法 283 條所稱當事人「舉證之責任」，僅指「客觀舉證責任（確定責任）」，而不包含「主觀舉證責任（證據提出責任）」，惟當事人就此仍負協力義務，若當事人未陳述或提出事證根據，則法院未為職權調查並無違背法令之瑕疵⁵⁰。

（二）證據方法之擇用

⁴⁶ 如：劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 199；蔡華凱，前引註 4，頁 202-210；陳榮傳，前引註 7，頁 150-151；林恩璋，外國法適用問題之研究：臺灣司法實務判決與比較法上的一些思考，東海大學法學研究，第五十八期，二〇一九年九月，頁 120。

⁴⁷ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 193。曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 277。

⁴⁸ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 279。劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 200。

⁴⁹ 陳瑋佑，前引註 10，頁 1237-1239。

⁵⁰ 陳瑋佑，前引註 10，頁 1239。

就此問題，我國文獻上著墨不多，且承接**法院有職權調查外國法義務**之見解，皆著重於「法院調查」外國法之方式，較少論及當事人舉證之方式。就此文獻上皆認藉由國際條約等促成國際間協助，以囑託外國調查之外交手段進行外國法之調查係屬重要⁵¹，其法律依據有認係民訴法第 295 條⁵²。惟囑託調查需藉由司法院轉交外交部辦理，又我國外交存在現實層面問題，以專家或鑑定人之書面意見為證明方法亦屬重要⁵³，蓋鑑定之對象依法既未限定為本案事實，則針對外國法之內容自亦得以鑑定之方式為之⁵⁴。就上開所提證明方法，文獻上認為於實務運用上皆有價值，並無何種方法具有優先性，法院對此具有**裁量權**⁵⁵。

三、比較法參考

（一） 美國法

1. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前

如前所述，英美法傳統上係採取較接近「外國法事實說」之作法，因此若要適用外國法，原則上由主張適用外國法之當事人進行舉證⁵⁶。「外國法事實說」之作法亦使外國法之證據方法受到證據原則之拘束，故就外國成文法(written laws)之證明而言，基於最佳證據原則(best-evidence rule)，當事人不允許使用專家證詞(expert testimony)之方式進行，僅於無法取得能確保真實性之英文版外國法影本或官方出版資料時例外允許之；而若係非成文法(unwritten laws)之證明，則可以運用專家證詞之方式為證明，惟亦須注意該專家證詞之證據能力問題⁵⁷。上開作法使當事人或法院皆耗費大量成本遵守之，與採外國法事實說著眼於減輕法院適用外國法負擔之目的背道而馳⁵⁸。

⁵¹ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 280。

⁵² 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 202-204。

⁵³ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 204。

⁵⁴ 林孟皇，法官知法？法院就法律問題作鑑定？—民、刑事訴訟就法律問題行鑑定程序芻議，台灣法學雜誌，第二四五期，二〇一四年四月，頁 75-76，。

⁵⁵ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 202-206。

⁵⁶ Miller, *supra* note 18, at 617; BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20; Otto C. Sommerich & Benjamin Busch, *Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, 38 CORNELL L. Q. 125, 129 (1952-1953). 英國法至今仍採行外國法事實說之作法。See Hall, *supra* note 16, at 1473-74.

⁵⁷ Miller, *supra* note 18, at 621-22; Sommerich & Busch, *supra* note 56, at 129-131; William B. Stern, *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*, 45 CALIF. L. REV. 23, 32-35(March 1957).

⁵⁸ Miller, *supra* note 18, at 624; Sommerich & Busch, *supra* note 56, at 131; Stern, *supra* note 57.

基此，十九世紀中期後，於聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前，本於上開問題及美國法學對於比較法訓練已成熟之理念，各州法及相關統一法（Uniform Act）即開始採取偏離外國法事實說之作法⁵⁹。所採取之修正如：明文開放法院就外州法，甚至外國法，進行司法認知（judicial notice），以及明文規定除法條本身及官方資料外之證據，若為外國法院所廣泛承認，或含有外國法院判決意見之資料，亦具有表見證據效用（prima facie evidentiary effect），以使外國法之證明適用與本國法類似之證明程序，減輕當事人及法院之負擔，同時對於外國法證明之效果亦有所提升⁶⁰。此外，於十九世紀末，以專家證詞闡述外國法發展為主流之證明方式，此一方面係因個案中幾乎不可能僅使用外國成文法，另一方面則係基於法院無法單以法條影本等資料明瞭外國法之內容⁶¹。惟本次對於傳統作法之修正亦有部分未反映於實務運作上，各州法院仍傾向不為司法認知，其主要原因應為對外國法為司法認知現實上之困難性，此亦引發「司法認知是否為外國法證明最佳方式」之論爭⁶²。

批評傳統作法之見解，其主要論點除前述證據規則使證明程序耗時繁瑣外，尚有認為外國法專家證人費用昂貴，於個案中可能產生對經濟弱勢之一方不公平之結果，且其意見常存在偏見，因此藉由司法認知制度，以法院指定之專家協助法院認定外國法之內容係較佳選擇⁶³。相對於此，傳統作法之擁護者則認為因為法院並無義務熟知外國法，故採取法院應主動調查外國法之作法可能反而對當事權益有負面影響，法院作為聆聽及詢問之角色，由專家證人經過詰問程序提供法院外國法之知識應較為妥適，且司法認知之方法亦有較高突襲當事人之風險⁶⁴。

2. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂後

此後，即為聯邦民事訴訟法第 44.1 條之增訂，其增訂係基於外國法與國內法地位趨同之假設，明文授權法院自由裁量外國法證明之方式，故除要求當事人證明外，亦得自行研究外國法之內容，理論上得以解決過去實務上當事人常無法

⁵⁹ See Stern, *supra* note 57, at 39.

⁶⁰ Miller, *supra* note 18, at 624-627; Hall, *supra* note 16, at 1461.

⁶¹ Miller, *supra* note 18, at 622; Stern, *supra* note 57, at 41-42.

⁶² Miller, *supra* note 18, at 627-629; Stern, *supra* note 57, at 39-40.

⁶³ Miller, *supra* note 18, at 629.

⁶⁴ Miller, *supra* note 18, at 630-631; Stern, *supra* note 57, at 45.

完善證明外國法以及專家證詞分歧化造成之困擾⁶⁵。於此規定下，文獻上指出法院於裁量時應本於負責任之態度考量個案情形決定，如：該外國法之重要性、外國法議題之複雜程度及當事人間之公平性等⁶⁶。惟於本條增訂後，本於該條規定僅係「允許」法院自行調查外國法，而非強迫性質之想法⁶⁷，多數實務仍傾向由當事人承擔證明責任，亦有法院明白以資源及時間有限為由拒絕自為研究⁶⁸，此種法院拒絕與當事人協力之作法，頗有牴觸聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂希望法院扮演更積極角色意旨之嫌。惟亦有少數案件，法院願意以自行研究之方式進行外國法之證明，而非依賴當事人提出專家證詞⁶⁹。

最後，就專家證詞之證據價值，美國實務上論辯頗豐，值得參考。首先，若該專家之背景不足以使法院相信其為外國法專精人士，如：未實際於該外國執業，多僅賦予其專家證詞較低之證據價值⁷⁰。再者，*BODUM USA, INC. v. LA CAFETIÈRE, INC.*一案中，第七巡迴法院（the Seventh Circuit）多數及少數意見分別呈現對於專家證詞根本上之不同看法，頗值參考。本案中多數意見不採當事人所提法國法之專家證詞，而自行以客觀的法條、法國法院判決及既有二手文獻作為認定外國法內容之方式⁷¹。其背後原因為，首先，認為國際商務上常使用法國法，且法國法有英文版本可參照，法官作為法律專家，應於最大限度內自行進行法律研究，故尤其於該外國之官方語言為英文，且非屬未開發完全之法律系統，甚至與美國法系出同源時，法院以專家證詞為據認定外國法即較欠缺正當性；再者，當事人付費委請之專家證詞具立場偏頗之高度可能性，欠缺客觀性⁷²。相對於此，少數意見則認為聯邦民事訴訟法第 44.1 條並未針對證據方法之優越性為規定，法院應個案判斷最適證據方法，且專家證詞之證據價值不必然劣於多數意

⁶⁵ BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 783.

⁶⁶ Miller, *supra* note 18, at 660; BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 788.

⁶⁷ George T. Yates III, *Foreign Law before Domestic Tribunals*, 18 VA. J. INT'L L. 725, 729 (Summer 1978).

⁶⁸ See BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 788.

⁶⁹ e.g. *Henry v. S/S Bermuda Star*, 863 F.2d 1225 (5th Cir. 1989); *BODUM USA, INC. v. LA CAFETIÈRE, INC.*, Case No. 07 C 6302 (N.D. Ill. Mar. 24, 2009).

⁷⁰ 代表性案例：*Bostrom v. Seguros Tepeyac, S.A.*, 225 F. Supp. 222 (N.D. Tex. 1963). See Stern, *supra* note 57, at 38.

⁷¹ 值得一提的是，本文中 Easterbrook 法官和 Posner 雖皆採此一作法，惟前者僅表達自身偏好，後者則較為激進表達對專家證詞之質疑，似主張應限縮聯邦民事訴訟法第 44.1 條之法官自由裁量權。See Hall, *supra* note 16, at 1467-71.

⁷² See BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 785; Hall, *supra* note 16, at 1467-72.

見所謂「客觀文件」，蓋美國法官常有以美國法概念解釋外國法之傾向，如此可能導致外國法內容之誤認，而外國法專家證詞則能幫助法院妥善解釋外國法；再者，專家證詞通常將比法官自行蒐集文獻進行研究更有效率，至於偏頗性問題，則應藉由法庭上詰問程序解決，而非全然否定專家證詞之價值⁷³。此二見解各有擁護者，就此文獻上指出，可能使當事人陷於外國法證明之不安定地位⁷⁴。

（二） 德國法

相較於美國法院模糊之定位，德國法院則於外國法之適用以及證明上皆扮演相當積極之角色，此與德國民訴法第 293 條之規定相一致⁷⁵。當法院決定本件應適用外國法，其得自由決定證明方式，而不受事實證明之證據原則所拘束，多數情形法院將自行進行研究或指示專家提供法律鑑定（Rechtsgutachten），惟亦可能尋求當事人之協助，尤其於當事人得輕易取得相關資料進行證明時（如：當事人為該外國籍人士）⁷⁶。

德國法院於無法自為研究時，多將指示學術機構出具專家法律鑑定書，此係受古羅馬時代法律顧問（juris consults）角色之影響，長期以來法律學者之意見於德國法庭上極具影響力，此為與普通法國家重大不同之處⁷⁷。在此背景下，德國於 1916 年即成立比較法研究機構，設立宗旨為提供外國法法律意見予法院參考，法院亦將適用外國法之判決提供予該機構進行研究及彙編，以協助精進該研究機構之能量，此運作模式並持續至今日⁷⁸。現今德國主要之比較法研究機構為馬克斯普朗克國際私法及比較法研究所（Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht）⁷⁹，其業務除提出外國法專家鑑定書外，亦包含進行研究及年輕學者之訓練，機構成員除全職研究員外亦包含訪問專家或學者，機構內關於出具意見書確保正確性及正式性之流程等皆有詳細規定。文獻上並指出，儘

⁷³ See *id.*

⁷⁴ BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 790.

⁷⁵ See Tueller, *supra* note 16, at 107-08; See also Stern, *supra* note 57, at 43.

⁷⁶ Tueller, *supra* note 16, at 112-13; 117; Hartley, *supra* note 26, at 275.

⁷⁷ Tueller, *supra* note 16, at 121; Hartley, *supra* note 26, at 276.

⁷⁸ Tueller, *supra* note 16, at 122.

⁷⁹ 其他研究機構如：慕尼黑大學比較法研究機構（The Institute for International and Comparative Law, University of Munich），此機構為大學附設，故其運作以大學教授（協同學生）為主要意見提供者，有數位教授輪流負責出具專家意見書，以使教授得以兼顧其他研究。See *id.*, at 128-31.

管德國民訴法上有提供當事人對該專家發問之機會，惟實務上當事人幾乎不攻擊該鑑定意見之價值⁸⁰。

其餘德國實務上可能利用之方式如：透過歐洲外國法資訊公約（European Convention on Information on Foreign Law）之外交手段取得外國法內容之意見，此方式因原則上由外國司法機關提供意見，故具有高度權威性，且幾乎不收取任何費用，惟實務上使用之案例甚少；較非正式之方式如：電話諮詢專家、先前專家意見書之影本及外國法之出版品等，此皆為實務工作者易於取得且成本較低之方式。此外，當事人亦將外國律師出具之意見書提供於法院參考，儘管實務上法院常懷疑其權威性⁸¹。

（三） 小結

針對外國法證明之方式，比較法上作法各異，無論係任務分擔問題或證明方法之擇用問題，皆或多或少受傳統上訴訟制度發展之影響。惟共通之處在於，個案中外國法之證明應由法院或當事人進行，以及應以何種方式為證明最為理想，儘管可能存在原則與例外，仍無統一答案，而仰賴法院於個案中視情形裁量之。

四、本文見解

（一）實務現行做法之商榷

依據前述整理，可歸納出我國實務對於外國法證明之多數作法為由當事人承擔證明責任，當事人之證明方式多為提出法律意見書或法條譯本等文書，再由法院依據該等資料為外國法內容之認定，法院於外國法證明之角色上較為消極⁸²。此作法與傳統英美法系之「外國法事實說」頗為相近，而幾近完全背離「外國法法律說」，除架空民訴法 283 條但書規定外，亦有違本條規定立法意旨及目的，並不妥適。

⁸⁰ *Id.*, at 114, 122-127.

⁸¹ *Id.*, at 120-21, 139-44.

⁸² 此不僅指強調當事人舉證責任之實務見解，即使係認為法院就是否職權調查有自由裁量權之見解亦同，蓋於此見解下，無法於任何情形指摘法院不依職權調查外國法有違背法令，相當於法院得恣意逃避外國法之調查義務，於此意義上實與僅強調當事人舉證責任之見解無太大差異。類似見解可參：陳榮傳，前引註 7，頁 152-153。

申言之，就民訴法 283 條之立法意旨而言，立法理由明確指出：「...當事人應證明審判衙門所不知之外國現行法及慣習法...。調查外國現行法及慣習法，**與調查事實不同**，應令審判衙門得自由調查，其調查範圍不可以當事人所提出之證據為限。故審判衙門除自行調查外，遇有必要，得諮託法部代為調查，...」，故我國民訴法 283 條確係採行較接近外國法法律說之折衷作法，雖未將外國法證明之責完全交由法院承擔，惟仍一定程度期待法院進行外國法之調查，是現行實務之消極態度即有偏離立法者意思之嫌。再由民訴法 283 條之立法目的觀之，如學說上已有指出，本條之立法之所以採取折衷做法，其目的即在於平衡法院及當事人之負擔⁸³，以使外國法之證明能順暢進行，惟於現行實務作法下，明顯係當事人承擔較重之責任，未能妥適分工，此除於特定個案中可能產生不公平結果，亦使外國法之證明更加複雜化，有礙涉外事件之審理。

進言之，於我國現行做法下，法院多命當事人就外國法之內容為舉證，惟對於一般自然人當事人而言，若無特殊背景，進行外國法之舉證並非易事，法律意見書之出具尤係如此⁸⁴。此於個案中更可能產生武器不平等之疑慮，蓋實務上法律專家多為外國律師或法學教授，委任其為法律專家對一般當事人而言將遭遇金錢及非金錢上之阻礙。觀察我國實務上利用法律意見書之案件，亦可發現法律意見書多為法人當事人所提出，多數情形自然人當事人並未出具法律意見書⁸⁵，如：

【案例一】臺灣臺北地方法院 88 年度國貿字第 37 號民事判決，本件中原告為我國自然人，被告為外國法人，原告以投資詐欺為由訴請被告給付損害賠償，本件中原告未就外國法之證明提出法律意見書，而係聲請法院囑託外交單位調查，反之，被告則提出外國教授出具之法律意見書，並為法院所採。基此，本文認為現行實務運作不無加深當事人間不對等之可能。再者，縱不論法律意見書之出具困難，就提出法條影本或其他文書之方式，除前述得僅以法條證明之案件相對有限之問題外，事實上受限於語言或知識等門檻，亦難以期待當事人得妥善蒐整外

⁸³ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 279。

⁸⁴ 當事人及律師於涉外訴訟中就外國法之證明所需做的準備工作繁多，包含蒐集外國文獻、取得真實影本及面試專家證人等，參：Sommerich & Busch, *supra* note 56, at 126.

⁸⁵ 如：臺灣高雄地方法院 110 年度訴字第 1044 號民事判決、臺灣士林地方法院 110 年度訴更一字第 10 號民事判決、臺灣士林地方法院 107 年度重訴字第 44 號民事判決及臺灣臺北地方法院 107 年度訴字第 329 號民事判決。

國法相關資料提出與法院參考。基此，若法院未注意個案情形，而一概要求當事人就外國法為舉證，應有疑慮⁸⁶。

另一方面，於當事人皆屬法人之涉外商業事件，固較無考量當事人證明能力之必要，惟由當事人承擔舉證責任仍可能引發使程序複雜化、拖延程序及訴訟成本增加之疑慮。蓋實務上有能力之法人當事人常以提出法律意見書之方式為證明，惟個案中雙方當事人若提出多份法律意見書，其間又存有矛盾，則此時法院將陷入混亂處境，造成程序成本上升，如：【案例二】臺灣臺北地方法院 106 年度重訴字第 970 號民事判決，本件為涉外聯貸詐欺案，案件中當事人眾多且多為法人，原告為提供聯貸之我國籍大型商業銀行，被告大多則為香港、大陸地區、新加坡、日本等國籍之外國法人，故本件當事人皆非屬弱勢，因此不存在前述當事人之保護問題，惟因雙方提出複數法律意見書，且其間存有矛盾之處，故法院審酌雙方所提專家之資格後，決定以被告方所提專家意見書為主進行本案判斷。就此本文認為，實際上無論係法院或當事人（尤其係原告），皆因此種作法承擔不必要之時間及金錢成本。縱僅一方提出單一法律意見書，他方亦有極可能爭執該份專家意見書之偏頗，如此則法院又需耗費成本進一步調查以認定。

綜上，本文認為我國現行實務之多數作法，雖非完全不可行，惟此種高度仰賴當事人（及律師）之作法，於特定個案中將衍生有害當事人實體、程序利益及公益之疑慮，亦可能產生阻卻潛在涉外事件當事人放棄於我國法院進行救濟之效果⁸⁷，尤其係無法負擔律師或法律意見費用之當事人。故法院於審理涉外案件時，宜注意個案情形並保留採取不同證明方式之彈性。

（二）民訴法第 283 條內涵之再建構：法院與當事人任務分擔準則

如前述，我國應採行「外國法法律說」，故本文認為我國法原則上亦應由法院承擔外國法證明之責即負職權探知之義務。惟基於我國法之文義與德國法之文義仍有不同，於外國法證明相關配套措施之發展程度上亦與德國有所差距之原因，

⁸⁶ 相對於實務多數作法，臺灣臺中地方法院 112 年度親字第 32 號民事判決中，法院逕行就本件應適用之越南法自為研究，並未要求當事人為舉證，或許即出自當事人證明能力之考量，值得贊同。

⁸⁷ Sommerich & Busch, *supra* note 56, at 126. 指出是否可能證明外國法內容為當事人決定是否起訴之考量之一。

本文認為於我國法下，例外非由法院承擔證明責任、減輕其職權探知義務之空間應較德國法為大，否則反使民訴法第 283 條「當事人有舉證責任」形同具文，亦可能課與法院過重負擔，亦非妥適。基此，本文認為民訴法第 283 條「但法院得依職權調查之」應有之解釋為，法院就外國法證明之任務分擔具有裁量權，惟其裁量應合於民訴法第 283 條之目的，若法院有裁量怠惰或濫用之情事，而未職權調查外國法，即有違背法令；於法院裁量結果為應由法院承擔外國法證明責任時，當事人之舉證責任即消卻或轉化為「協力義務」。

申言之，本文認為民訴法第 283 條容許以下三種任務分擔模式，第一，由法院承擔完全責任，應依職權調查外國法；第二，當事人應盡協力義務，提出調查方式、專家人選之建議或提供資料予法院進行調查；第三，由當事人負（部分）舉證責任。此三種模式亦有併存可能，亦即法院可能先命當事人為一定協力或舉證，若此仍不足以使法院對於外國法內容得心證，則法院可能再要求當事人進一步舉證或依職權調查。法院於個案中就此應妥適為裁量，且為避免突襲當事人，應於適當程序闡明之並使當事人有表達意見之機會。就應如何行使其裁量之問題，本文認為可能由兩個角度切入思考。首先，外國法仍屬法律，雖屬法官知法原則之例外，而允許為正式之證據調查，惟此事並不同於將證明責任轉由當事人（共同）承擔，若要使當事人承擔（部分）證明之責任，或協力義務，應需求進一步之正當理由。蓋若僅以「法官不知外國法」為由將（部分）證明責任轉移給當事人，或要求當事人必須進行協力，則有忽略當事人原則上亦不知外國法之疑慮。再者，允許外國法證明之目的既在於減輕法院適用外國法之障礙⁸⁸，以促進當事人之實體及程序利益，並同時避免程序之延滯而有害公益，法院與當事人之任務分擔即應以最大化此等利益為核心考量⁸⁹。

基此，本文認為於法院行使裁量權時，至少應考量以下因素妥適為決定：（一）適用外國法是否為當事人合意選法之結果。當事人主張適用外國法係為傳統英美法下要求當事人負舉證責任之原因，惟於我國法院應職權適用涉民法進行準據法之選法，且並非所有類型涉外事件之準據法皆有當事人合意空間之前提下，於

⁸⁸ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 279。

⁸⁹ 類似見解：Miller, *supra* note 18, at 630；劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 199。

外國法之適用非當事人所選擇時，要求其負舉證責任或協力義務較欠缺正當基礎，蓋當事人從未主張適用外國法⁹⁰；反之，若適用該外國法係當事人合意之結果，此通常係出現於意定債之關係之場合，則較有要求其負擔舉證責任或協力義務之正當性，蓋其於約定準據法時應亦有預見。**(二) 當事人相較法院證明外國法之難易度。**若當事人因其國籍或專業背景（如：海商背景），處於相較法院更容易證明外國法之地位，則此時由當事人負舉證責任或協力義務即有助於法院快速掌握外國法內容，法院將外國法之證明責任移轉於當事人或要求其負協力義務即較有正當性。**(三) 法院相較當事人證明外國法之效率。**此主要即指前（四、（一））所提及【案例二】之問題，亦即個案中可能存在複數當事人而提出複數法律意見書所形成之複雜化外國法證明問題，於此種可以預見由當事人進行證明將使法院耗費巨大成本爬梳大量非必要且重疊之資訊之個案，法院若自行調查外國法，依職權囑託鑑定，應有助於緩解此問題。**(四) 當事人間之公平性，**此主要即指（前述四、（一））【案例一】中所涉及雙方當事人之應訴能力並非對等之問題，此時法院若將舉證責任移轉予當事人，則可以預見極容易出現僅有一方有能力出具法律意見書，而另一方則因無法出具此種廣為實務所接受之意見書而處於舉證之不利地位。以上考量僅為例示，法院應就實際情況衡酌個因素為裁量，始為符合民訴法 283 條立法意旨及目的之作法，並能兼顧民訴法所追求之各項利益。

總結而言，綜合以上說明，可簡化為以下結論，於法人間因意定債之關係而生之涉外訴訟，原則上容易得出由當事人負舉證責任或協力義務之結論，此時法院之職權調查義務即消卻或居於次要地位；反之，於自然人及法人間或自然人間之侵權行為訴訟或身分法上訴訟事件，則較不容易得出當事人應負舉證責任或協力義務之結論，此時法院若未為職權調查，則可能有違背法令之瑕疵。惟實際情形仍有待法院於個案中進行裁量，並於適當時機闡明當事人，使其有表達意見之機會。

（三）證據方法之擇用

若法院經過上述裁量過程，決定自為職權調查，則接下來則應裁量合適之調

⁹⁰ 於我國實務案例中，亦有當事人以適用外國法非其所主張為由拒絕進行舉證，其結果為法院駁回請求，顯現出於此種情形課與當事人證明責任並非無疑，如：臺灣士林地方法院 107 年舉

查手段，此階段之裁量仍應以平衡兼顧當事人之實體及程序利益，以及公益為目的，於現行法下法院可能採取之調查方式包含**自為研究**、**(囑託學術單位)鑑定及囑託(外交單位)調查**。就此三種方法之選擇，法院首應考量自身能力以及本案所涉法律問題適合以何種方式為之。詳言之，美國法上支持法官應於最大限度內自為研究之意見，有部分原因係立基於英文系國家語言以及法體系之相似性⁹¹，故於我國下，法院有能力自為研究之情形相對有限，而於外國法問題具有一定程度複雜性時，為避免法官負擔過重或自行理解之外國法出現內容上偏誤，宜採取鑑定或囑託調查之方式尋求專家協助。再者，法院亦應考慮證明之成功率，蓋如前所述，相較於鑑定，我國現行實務似偏好囑託外交單位調查之方式，惟若此方式之成功率不高，則應盡量避免採取之，以免產生浪費⁹²。最後，調查證據之成本亦為重要考量因素，蓋若採取鑑定之方式，則由此產生之鑑定費用最終將由敗訴之當事人負擔，故法院決定是否行於鑑定時，亦應斟酌當事人之意見。

若法院於裁量後認由當事人舉證應屬妥當，則當事人就證明方法之選擇亦有若干值得思考之處。其中最重要之證明方法，即法律意見書之出具；此種意見書性質上與實務及學說所謂由當事人一方「自行委託」具專門知識經驗者，就本案具體事實為認定之「**私鑑定**」具有類似性，差別僅在於法律意見書所應證明之事項非事實，而係法律。惟有別於外國法證明場合之「法律意見書」，於本案事實證明場合之「**私鑑定報告**」並未為下級法院所廣泛接受⁹³，最高法院則大多肯定私鑑定為「**私文書**」之證據方法⁹⁴。蓋此種私鑑定做成之鑑定報告，除因非由法院所選任之鑑定人做成，故與民事訴訟法上法院行「鑑定」之證據方法不同外，實際上亦非民訴法上「私文書」之證據方法，蓋私鑑定報告本身雖為文書，然文書證據之功用僅在證明「過去之事實」，而私鑑定報告中專家意見之功能更在於以其「**專業知識**」協助法院釐清案情，故與民訴法上「文書」之證據方法亦非相

⁹¹ See BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 785; Hall, *supra* note 16, at 1467-72.

⁹² 暫且不談我國之外交處境，比較法上實際亦少應用外交管道進行調查。See Tueller, *supra* note 16, at 139-44; Hartley, *supra* note 26, at 281-82.

⁹³ 否定說：臺灣高等法院 101 年度保險上字第 8 號民事判決、臺灣高等法院 111 年度重上字第 167 號民事判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 274 號民事判決等。

⁹⁴ 肯定說：最高法院 79 年台上字第 540 號判例、最高法院 94 年台上字第 2213 號判決及最高法院 106 年度台上字第 1494 號民事判決及最高法院 113 年度台上字第 528 號民事裁定等。

同⁹⁵。基此，學說上有指出「私鑑定」非法定證據方法故無證據能力者⁹⁶。不過，於「外國法證明」之脈絡下，若認外國法仍為法律，則應不受「嚴格證明」之拘束，法院得以法定證據方法以外之任何方式進行外國法之調查，故「法律專家意見書」自得作為外國法之證明方式之一，較無討論證據能力之必要。

儘管如此，本文認為，於可能之限度內，當事人應盡量以聲請鑑定之方式代替自行出具法律意見書，蓋如比較法及我國實務所顯示，當事人各自委請專家出具法律意見，確實存有若干無法避免之問題。其中最為顯著者即為該法律意見書證據力之爭議、見解之分歧化及費用高昂之問題⁹⁷，蓋縱然我國實務多接受當事人以法律意見書作為外國法之證明方式，惟實務上仍有諸多因其形式或專家之資格而引發法院質疑之案例。再者，縱兩造僅各自提出一份法律意見書，其內容通常仍無可避免存在分歧，而引發後續論爭，於此種情形仍有一定程度複雜化外國法內容之認定。最後，雙方皆將因此負擔該法律專家之費用，上述種種問題使法律意見書非最為理想之方式。基此，本文認為若當事人對於外國法專家之人選有尋求共識之可能，則聲請法院以鑑定之方式進行證明，應可最大化各方利益⁹⁸。

總結而言，本文認為現行法下，鑑定應屬於最理想之證據方法，無論係由法院職權為之或依當事人之聲請為之，由法院選任具有專門知識之鑑定人就外國法之內容為鑑定，不僅可以減輕法院於外國法內容認定上之負擔，亦因此人選係由法院選任，較不會招致立場偏頗之批評，有助於程序之順暢進行，而可達成類似德國法上比較法研究機構專家意見書之效果。惟我國並不存在德國之比較法研究機構，故現實上可能有尋覓適格鑑定人之困難，就此即涉及長遠而言應如何提升我國比較法學研究能量之問題，值得持續關注。

肆、證明之不能

⁹⁵ 沈冠伶，專家參與民事審判之多元角色及聽審請求權之保障：商業事件審理法是否為最後一塊拼圖？，臺大法學論叢，第五十卷第二期，二〇二一年六月，頁450-453。

⁹⁶ 惟論者仍肯認法院於踐行調查程序及程序保障程序後，得作為全辯論意旨之一部份斟酌之，並強調於商審法施行後，於商業訴訟事件，應以專家證人之法定證據方法代替私鑑定之方式尋求專家意見之提出。參：沈冠伶，同前註。

⁹⁷ See BORN & RUTLEDGE, *supra* note 20, at 785; Hall, *supra* note 16, at 1467-72; Hartley, *supra* note 26, at 281-82.

⁹⁸ 應特別說明者係，本文並非認為鑑定為通案性可行之證據方法，亦非在否定法律意見書之價值，而係認為於部分案件中相較於使用法律意見書，聲請鑑定應有助於當事人程序利益之維護。

一、實務現況

我國實務上無法認定外國法內容之案例中，多數皆係肇因於當事人未妥適為證明或法院未為職權調查，似較少發生本文所定義之「外國法證明不能」情形(上述壹、二、(三))。以下試舉二則實務上曾發生法院無法認定外國法內容之案例，說明法院無法認定外國法內容之原因以及後續之處理方式。

【案例三】：臺灣臺北地方法院 86 年度保險字第 111 號民事判決

本件侵權行為責任訴訟應適用之準據法為新加坡法，原告就侵權行為之成立上主張新加坡為不成文法及普通法國家，且為大英國協成員，故新加坡侵權責任法原則上係以本國、英國判決及學說為依據，亦得逕行引用英國法為內國法，後續亦引用若干英美法先例進行新加坡法內容之證明。並主張倘當事人不能舉證所應適用之準據法內容時，法院得適用內國法及法庭地法以資解決，或由法院逕自依職權調查之。就上開主張本件法院皆不接受，其以：「新加坡國內國所適用之法律，是否確實係以本國、英國判決及學說，或逕行引用英國法為內國法以為法院裁判之依據，原告並未提出如何之證據以實其說。...，故尚不足供本件做為裁判之依據。...對於外國之法律，法院是否依職權加以調查，仍有其裁量權...。」。

總結而言，本件法院認為當事人未盡其舉證責任，導致法院無法認定外國法，屬於常見的義務違反情形，而非本文所指「證明不能」之案例，就此法院採取直接駁回請求之處理方式⁹⁹。

【案例四】：臺灣高等法院高雄分院 93 年度重再字第 6 號民事判決

本件原告主張原審法院（臺灣高等法院高雄分院 89 年度保險上字第 9 號民事判決）以我國最高法院判決之見解認定本件載貨證券之債務不履行無單位責任限制之適用，與先前認定本件準據法為日本法有違，而以適用法規顯有錯誤以及理由與主文顯有矛盾之再審事由為據提起再審。就此本件法院首先明確論及何時該當「無法認定外國法內容」，其以：「...依學界通說之見解，...，於解釋外國法時，應依據該外國之法院所採取之解釋原則，所適用之範圍應適用當時有效外國

⁹⁹ 此種做法如前所述（參、一、(一)、4 部分），為實務上多數對於當事人怠於舉證之作法。

法之全部，除制定法、習慣法外，亦包含外國法院之判例，惟若皆無法認定時，始宜依我國法院之認定為解釋方法。」。再者，法院認為本件屬於此種無法認定外國法內容之情形，其以：「...兩造於原確定判決程序中並未就此提出日本法院關於此部份之相關見解，惟仍有共同詢問日本法學專精人士...，此即可認此部份因無法認定而得逕由我國法院就該日本國際海上貨物運送法條文為解釋，...，因兩造既已就此部分有所查證，而事實上亦無法查明，...」。

最後就處理方式，本件法院以「...且依我國民事訴訟法第二百八十三條之規定，外國之現行法為法院所不知者，當事人有舉證之責任，但法院亦得依職權調查之，...，關於該日本國際海上貨物運送法規定之解釋，得由我國法院依職權為之，日本國際海上貨物運送法...規定，核與我國現行海商法...規定相同，而依我國最高法院...判決意旨...，再依最高法院八十四年台上字第一九四七號判決意旨，更直接認定縱所適用之準據法為外國法，我國法院亦得依職權解釋該法文之內容...，原確定判決雖以日本法為本案債務不履行部分之準據法，其所採取之解釋方式，亦無適用法規顯有錯誤或主文與理由顯有矛盾之情形。」。

總結而言，本件法院似認為本件屬於當事人雖已為舉證，但事實上仍無法查明外國法之情形，故與一般外國法證明義務違反案例不同，非以直接駁回之方式處理，而係以民訴法 283 條法院之職權調查規定以及日本法與我國法之類似性為據，肯認下級審法院以我國實務見解為解釋外國法內容依據之作法。

綜上，【案例四】係我國實務上之討論目前最接近本文所稱「外國法證明不能」問題者，其處理方式為由法院自行解釋認定外國法內容。【案例三】中外國法內容不明之原因則為當事人未為（完全）舉證，就此多數作法為駁回請求。應特別說明者係，我國「外國法證明不能」之相關案例甚少，故事實上無法完全確認我國實務是否認為「外國法證明不能」與「義務違反」應區別處理，以及「外國法證明不能」處理方式上之見解，而僅能確定我國實務於當事人義務違反時多以直接駁回之方式處理。

二、我國文獻整理

我國文獻上針對法院「無法認定外國法內容」情形之討論，所聚焦之案例類

型並不相同。首先，與本文相同，有將「外國法不明」議題聚焦於應負擔外國法證明責任者（可能為當事人、法院）已盡其所能，惟仍無法證明內容者¹⁰⁰。此見解可認係將「外國法證明不能」之情形視作獨立議題，與因義務違反而無法認定外國法內容之情形並不相同。惟亦有將外國法「內容不明」以及「內容欠缺」之情形並列討論，而其所指涉之範圍，包含當事人舉證不充分、不適當等未盡其責任之情形¹⁰¹。

無論如何定義「外國法內容不明」議題，文獻上皆指出有四種可能之處理方式，分別為駁回請求說、適用內國法說、適用近似法說以及法理說。「駁回請求說」認為國際私法既已選擇特定外國法為準據法，即不允許法院以其他國家之法律為審判依據，因此若該外國法內容證明不能，則法院無從審理當事人之請求，而僅能以駁回請求之方式處理。此處理方式與本案事實無法證明時相同，因此於採行外國法法律說之我國學界常遭受批評，蓋此相當於法院以法律不明為由拒絕審判，且易成為法院拒絕審理涉外案件之藉口，妨礙我國、外國人之權益救濟¹⁰²。

「適用內國法說」則認為國際私法之目的在於指示如何適用內、外國之法律，縱選擇以外國法為準據法亦未排斥內國法之適用，故於外國法內容不明時得以內國法為審判依據。我國文獻上有認為此做法違反「國際私法本旨」，蓋內國法於選法規則下不必然具有備位或補充之地位¹⁰³，惟若由訴訟經濟、程序便利及裁判品質之角度觀察，允許法院以最為熟悉之內國法為判決似為現實上最佳選擇¹⁰⁴。

再就「適用近似法說」而言，此說認為於應適用之外國法內容不明時，考量國際私法之本旨，應以近似法代替。文獻上有採此說者¹⁰⁵，惟亦有認為此說於現實上可能遭遇難以判斷「何謂近似」之困難，若有多國法律皆屬相似，亦難以決定應以何國法律代替¹⁰⁶。此外，要求法院或當事人，於準據法證明不能後，再花費勞力時間費用進行近似法之研究，似於審判實務上並不現實¹⁰⁷。最後，「法理

¹⁰⁰ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註3，頁208；曾陳明汝，曾宛如，前引註6，頁280。

¹⁰¹ 蔡華凱，前引註4，頁210-215。

¹⁰² 劉鐵錚，陳榮傳，前引註3，頁209-210；曾陳明汝，曾宛如，前引註6，頁280-281。

¹⁰³ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註3，頁210-211；曾陳明汝，曾宛如，前引註6，頁281。

¹⁰⁴ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註3，頁210-212；蔡華凱，前引註4，頁220-221。

¹⁰⁵ 曾陳明汝，曾宛如，前引註6，頁282。

¹⁰⁶ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註3，頁211。

¹⁰⁷ 蔡華凱，前引註4，頁219-220。

說」則認為外國法不明之情形與內國法不明之情形性質相同，後者依民法第一條規定既以「習慣法」以及「法理」代替做為審判依據之，於外國法之不明自應採取相同處理方式¹⁰⁸。惟此處所指「法理」究為內國法之法理，抑或外國法之法理，文獻上似有不同認知¹⁰⁹，認為係指內國法之法理者，將批評此說有與內國法適用說相同而違背國際私法意旨之問題¹¹⁰。而採取外國法法理者，將認為外國法內容之證明或調查，本包含外國習慣法或法理，故若可證明外國法之法理，實際上根本非屬外國法不明之情形¹¹¹。

三、比較法參考

（一） 美國法

針對外國法內容證明不能之問題，美國文獻上多以舉證失敗（failing to prove foreign law）稱之，後續討論之範圍亦及於當事人未為證明，或當事人（以及法院）皆已進行舉證或調查活動，但仍無法認定外國法內容之證明失敗且「無法補救」之情形¹¹²。再就舉證失敗之處理方式而言，美國法上文獻認為係屬於極度困難之問題，蓋其同時夾雜實體面向衝突法問題以及程序面向舉證責任問題，從而無論係聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前後，聯邦最高法院皆無統一見解¹¹³，以下即針對美國實務之作法以及遭遇之批評進行介紹。

1. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前

縱係於聯邦民事訴訟法明文採取偏向外國法法律說之見解前，採取直接駁回作法之案例亦屬少數，採此做法之經典案例為 *Cuba Railroad Company v. Crosby* 案，此案中原告為被告之員工，於工作過程中因被告之疏忽受重傷，本件原告並未就準據法古巴法為舉證，於一、二審中法院皆肯認其請求而以內國法為判決，

¹⁰⁸ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 210-211；曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 281-282。

¹⁰⁹ 相同觀察：蔡華凱，前引註 4，頁 212-213。

¹¹⁰ 曾陳明汝，曾宛如，前引註 6，頁 282。

¹¹¹ 劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 211。

¹¹² Miller, *supra* note 18, at 632-638;692-697;

¹¹³ Miller, *supra* note 18, at 632-633;692; Yolanda Marie Morentin, *Failure to Prove Foreign Law in U.S. Courts*, 1988 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 228, 228 (1988). Rudolf B. Schlesinger, *Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, 59 CORNELL L. REV. 1, 6 (1973-1974).

惟本案於聯邦最高法院則遭遇反轉，最高法院認為原告有義務證明其於外國法下取得向被告請求之權利，否則法院無法容認其請求¹¹⁴。此外，文獻上亦指出，此種做法於所應適用之外國法非為普通法系時較可能被使用，因此時較難假設該外國法與內國法相類似，而可適用外國法進行審理¹¹⁵。

考量到當事人之所以未能證明外國法，可能係基於資源欠缺，而無法進行證明，此時直接駁回其請求處理有過於嚴苛而不合理之問題¹¹⁶，美國（聯邦）法院開始發展出一連串假設，使其得以法庭地法代替本該適用之外國法進行審理，包含該外國法與法庭地法相類似之假設¹¹⁷、舉證失敗相當於當事人默示同意適用法庭地法之假設¹¹⁸，或甚至基於法庭地法為法院唯一已知法律之理由，直接依據法庭地法為審理¹¹⁹。此類型作法文獻上常見之批評為此做法容易產生當事人之投機行為，亦即若適用法庭地法對一方主張較為有利，則在他方當事人欠缺能力證明本應適用之外國法時，該當事人將有誘因故意不證明外國法¹²⁰；再者，亦可能形成舉證責任倒置之結果，蓋若應證明外國法之一方故意不證明外國法，而使法院依據法庭地法為裁判，則於不同準據法下可能使本不負舉證責任之一方須負擔舉證責任；另一方面，亦可能使他方當事人須負擔反證推翻類似法庭地法假設之責任¹²¹。除適用法庭地法外，亦有美國實務假設該情況所應適用之外國法，等同於適用於所有文明國家之一般原則¹²²，而以「一般性原則」進行審理¹²³，惟文獻上

¹¹⁴ See Morentin, *supra* note 113, at 232-233; Arthur Nussbaum, *The Problem of Proving Foreign Law*, 50 YALE L. J. 1018, 1036 (April 1941). 採此作法之另一經典案例為 *Walton v. Arabian American Oil Co.*，惟於本案例中法院曾數次提醒原告若未證明外國法將駁回其請求，故相較於 *Cuba Railroad Company v. Crosby* 一案，本案例院所受批評較少，Schlesinger, *supra* note 113, at 9.

¹¹⁵ Miller, *supra* note 18, at 634; Morentin, *supra* note 113, at 234.

¹¹⁶ See Morentin, *supra* note 113, at 240.

¹¹⁷ E.g. *1700 Ocean Avenue Corporation v. GBR Associate*. 文獻上並指出此種假設容易出現在法庭地法以及該外國法皆為普通法系之情形，不容易出現在該外國法為成文法規定或為處罰規定之情形。See Morentin, *supra* note 113, at 237; Miller, *supra* note 18, at 636; 693-694. See also Schlesinger, *supra* note 113, at 15.

¹¹⁸ Morentin, *supra* note 113, at 235-236; Miller, *supra* note 18, at 636-637; Nussbaum, *supra* note 114, at 1036-1037.

¹¹⁹ Nussbaum, *supra* note 114, at 1037; Schlesinger, *supra* note 113, at 10.

¹²⁰ Miller, *supra* note 18, at 636.

¹²¹ Miller, *supra* note 18, at 637; Nussbaum, *supra* note 114, at 1042-1043; Schlesinger, *supra* note 113, at 11.

¹²² E.g. *Compagnie Generak Transatlantique v. Rivers*. See Morentin, *supra* note 113, at 236. 此作法亦類似於 *Cuba Railroad Company v. Crosby* 案中上訴法院所提出除了適用法庭地法外之另一種做法。See Nussbaum, *supra* note 114, at 1039.

¹²³ See Morentin, *supra* note 113, at 235-236. See also Schlesinger, *supra* note 113, at 7-8.

有指出，就何謂「一般性原則」，實務上常難以達成共識¹²⁴。整體而言，文獻上認為，此些假設方法於部分情形上固然有過於擬制的問題，且增加涉外案件審理之不確定性¹²⁵，然而至少允許當事人進行權利救濟，而有助於落實正義，且相較於堅持花費大量成本證明本應適用之外國法，亦為較有效率之解決方法¹²⁶。此種假設之方法亦為 1934 年美國法律學會（American Law Institute）所編著之「法律衝突重述（Restatement of Conflict of Laws）」所肯認，顯現出此做法於美國實務界獲得高度支持¹²⁷。

2. 聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂後

聯邦民事訴訟法第 44.1 條之增訂並未為此問題帶來更明確之指引，蓋無論係法條本身，抑或修法諮詢委員會之意見書皆於此問題上保持沈默，文獻上指出可能原因之一為於聯邦民事訴訟法第 44.1 條允許法官自為研究，依據各種資料判斷外國法內容下，實已大幅降低外國法舉證失敗之機率¹²⁸。此外，由於聯邦民事訴訟法第 44.1 條已明文揚棄外國法事實說，且於本規定下，「舉證失敗」之情形可能為當事人、法院皆無法藉由舉證或調查研究認定外國法之情形，故於本條增訂後以駁回請求之方式處理則更顯不合理¹²⁹。總結而言，針對外國法證明失敗之處理，聯邦民事訴訟法第 44.1 條增訂前後並無太大區別。

（二） 德國法

德國文獻上將無法確認外國法內容之情形分為兩類，分別為「外國法內容本身處於不清楚或不確定狀態」以及「欠缺或無法取得證明該外國法內容之證據」¹³⁰。於前者之情形，法院將會窮盡所有資源，包含參考其他相關法律系統，決定出最可能為事實之外國法內容，如法院最終仍無法決定，則將以法庭地法為審理；

¹²⁴ Miller, *supra* note 18, at 635.

¹²⁵ 例如：於 Louknitsky v. Louknitsky 一案中，法院將中國婚後財產之規定推定為與加州法相同。See Miller, *supra* note 18, at 635. See also Nussbaum, *supra* note 114, at 1037-1038.

¹²⁶ See Morentin, *supra* note 113, at 241; Miller, *supra* note 18, at 636-637; Nussbaum, *supra* note 114, at 1042.

¹²⁷ See Nussbaum, *supra* note 114, at 1038.

¹²⁸ Miller, *supra* note 18, at 695.

¹²⁹ Miller, *supra* note 18, at 696-698.

¹³⁰ Tueller, *supra* note 16, at 119.

後者之情形，則與本文所指「外國法證明不能」之情形相類似，處理上法院多直接改以法庭地法進行審理¹³¹，此時不同於美國實務作出多種假設，德國實務僅單純認為法庭地法為法院唯一已知法律，因此於無法適用外國法時具有補充地位¹³²。此外，於德國法法院應職權適用外國法，且主要由法院負責查明外國法內容之前提下，文獻上未見將「直接駁回請求」作為可能處理方式之一者，此亦為與美國法重大不同之處。

四、本文見解

（一）外國法「證明不能」與當事人「義務違反」之區別必要

就外國法「證明不能」之處理，本文認為首先必須區別外國法「證明不能」與「當事人未盡舉證責任（或協力義務）」之情形，蓋前者情形當事人並無「義務違反」之情事，而已盡力就外國法內容為證明；此即兩者間主要差異，亦為應區別處理之重要原因¹³³。詳言之，就「義務違反之處理」，本文認為我國實務現行駁回請求之作法並無不可，應調整之處僅在於前階段證明責任之分配。雖無論係我國法或美國法文獻上之討論，皆認為法院於無法認定外國法內容時，不宜採取直接駁回請求之方式，其原因包含外國法法律之性質、當事人未為證明可能係因欠缺能力所導致，以及避免妨礙當事人進行權利救濟，惟此些理由於本文之脈絡下僅適用於「外國法證明不能」之情形，從而於當事人有義務違反時，直接駁回其請求或抗辯仍有正當性¹³⁴。蓋首先，本文雖亦認為外國法仍為法律，惟並不認為外國法證明之所有議題皆應順此性質發展，而仍有參酌其餘訴訟法目的及追求進行調整之可能；再者，於本文見解之操作下，一方當事人若欠缺外國法舉證能力，或明顯為弱勢之一方，自始不會使其承擔證明責任¹³⁵；最後，若經過法院

¹³¹ Tueller, *supra* note 16, at 117-119.

¹³² Nussbaum, *supra* note 114, at 1037.

¹³³ 基於外國法證明不能原因之多樣性，比較法上亦多採取多元化、類型化處理方式。See Schlesinger, *supra* note 113, at 7; John G. Sprankling & George R. Lanyi, *Pleading and Proof of Foreign Law in American Courts*, 19 STAN. J. INT'L L. 3, 84-85 (Spring 1983).

¹³⁴ 美國文獻上亦有認為美國實務於當事人拒絕提供法院外國法證明資料時，可能傾向於以直接駁回之方式處罰之。Sprankling & Lanyi, *supra* note 133, at 86.

¹³⁵ 類似見解：See Nussbaum, *supra* note 114, at 1042-1043.

之妥適裁量，認為由當事人之一方進行外國法之證明係屬妥適，則若當事人仍無正當理由不為舉證，則可認係自願放棄權利救濟，直接以駁回方式處理並無不可，此作法除可維護訴訟經濟外，並可以避免當事人為規避外國法適用而刻意不為證明之投機行為。

綜上所述，本文認為外國法「證明不能」與當事人未盡舉證責任之情形有區別處理之必要，因此未來法院應先判斷本件無法認定外國法內容之原因為何，若屬於當事人未盡其義務所致（如：【案例三】），則應先闡明其補正，若未補正則可駁回請求或抗辯；反之，若當事人並無義務違反情事，則以直接駁回之方式處理，欠缺正當性。

（二）外國法「證明不能」之處理

若認於外國法「證明不能」之情形，直接駁回當事人之主張或抗辯之作法不可採，則應接續討論其餘處理方式之可採性。就此首應釐清民訴法 283 條「職權調查」規定適用之範圍，前引【案例四】中法院認定本件係屬當事人已為舉證但事實上仍無法查明外國法內容之情形後，其採取之處理方式為依據民訴法 283 條由法院依職權就該外國法為解釋，惟本條規定係適用於法院查明外國法內容之階段，若法院可藉職權調查查明外國法內容，則不會落入外國法證明不能之範疇，而屬於外國法證明之方式之一。基此，於外國法證明不能情形，其處理方式並未為民訴法第 283 條所涵蓋，毋寧屬於涉民法第 1 條應依法理進行處理之情形。

關於「法理」所指為何，涉及國內外文獻上提出之各種處理方式間之選擇，惟本文認為皆有其不足之處。就「適用法庭地法」之處理方式而言，此作法固然如文獻上所指出，係屬於有效率之解決方式，惟本文認為其最大缺失在於忽略當事人自主權，而強行適用非其所欲適用之法庭地法，因此所得出之判決結果亦不必然符合實質正義。詳言之，美國法上固然發展出多種假設，以正當化法庭地法之適用，惟就與該外國法類似之假設而言，確實有過度擬制之問題，此由美國法上亦有多種情形法院不願意做出此等假設亦可證之。至於當事人默示合意適用法庭地法之假設，於當事人盡力為外國法證明情形下亦難以套用。再就「近似法說」而言，此說雖於部分情形為德國實務所採，惟如同文獻上已指出，進行近似法之

研究對法院或當事人而言可能皆屬過於沈重之負擔，在欠缺如德國法下完善比較法研究環境之我國，於現實上更會遭遇困難。最後就「法理說」而言，本文亦認同我國文獻上指出無論以「內國法理」或「外國法理」皆存在缺失或邏輯上矛盾之見解，因此或許得作為此處「法理」者，僅有美國法上所謂一般文明國家通用之法律原則，惟基於各國法律之多元性，此作法所能處理之範圍應有限¹³⁶。

基此，本文認為於外國法證明議題處理上，並無通案性最為妥適之作法，從而法院可能需因應個案情形進行調整，亦可能結合多種處理方式。詳言之，基於處理上之效率以及法院及當事人之成本負擔，本文認為以法庭地法進行處理，在不違背當事人意願下確係最為理想之處理方式，因此法院可能於判斷外國法證明不能後，詢問當事人雙方是否有意願改以法庭地法為準據法，於取得當事人同意後即有充分之正當性得以法庭地法為審理，尤其係非因法律行為而生之債，更有涉民法第 31 條規定作為法律依據。除此之外，或有認為若係身分上事件，因涉及公益不應允許當事人自主選法，且涉民法第 31 條規定之增訂應顯現出我國國際私法規範鬆綁選法規則之強行性僅限於民法債編範圍，而不及於物權編、親屬編及繼承編。惟本文認為證明不能理論上既屬於極例外之情形，則縱允許當事人合意選法，亦不致於擾亂整體國際私法秩序而有害公益，且充分尊重當事人衡量其程序及實體利益之自主決定，亦有助於維持公益之訴訟經濟，為外國法證明不能情形之最佳處理方式。惟若當事人針對改以法庭地法為審理，無法達成合意，其理由可能在於法庭地法下將對一方當事人造成不利結果，而與當事人於原應適用外國法下之所期望之結果不同。此時法院即不宜逕以法庭地法代替外國法進行審理，於聽取當事人意見後，經裁量亦可能自行依據一切法理（包含近似法概念），於不危害當事人利益或公益之限度內，填充該外國法內容為審理。若當事人對此處理有所不滿，則可能以上訴或於外國法院進行事後救濟。

綜上所述，外國法證明不能之議題極為複雜，且個案情形不一，就處理方式而言，法院與當事人進行闡明及討論後，以當事人利益以及公益為最高指導原則，於個案中彈性處理。此外，基於此議題處理上之困難及爭議性，法院於認定本件

¹³⁶ 德國法院曾表示可能處理之議題如：契約解釋之原則。See Nussbaum, *supra* note 114, at 1038.

是否屬於外國法證明不能情形時，應審慎為認定¹³⁷，如【案例四】之情形，是否確實不可能進一步查明該日本法內容，亦或可以自為對查或闡明補正之方式查明外國法內容，即有商榷餘地。此亦可與前述美國法文獻上認為於聯邦民事訴訟法第 44.1 條允許法官自為研究後，實已大幅降低外國法舉證失敗之機率相連結。

伍、 結論

總結而言，本文認為「外國法證明」相關議題之處理係為實務上是否能妥善處理涉外民事事件之關鍵所在，惟我國實務現行作法之存在對於此議題認識不足，且機械操作法條之缺失。就「證明之必要」議題，我國實務因欠缺此問題意識，而未能達成法條所設定之個案審查有無「外國法為法院所不知」要件，有架空法條要件之嫌，應予檢討。再就「證明之方式」議題，我國實務現行做法機械操作法條，而過度仰賴當事人進行舉證，此不僅有悖「外國法法律說」之立場，亦可能不當轉移查明外國法律之責任與當事人，以及徒增涉外事件審理複雜性及成本，而危害公益，未來應於個案中妥適進行任務分擔之裁量以求改善。最後就「證明之不能」議題，我國實務同樣欠缺此部分之問題意識，而似未能區辨當事人證明「義務違反」以及「證明不能」兩種應區別處理之情形，而可能不當損及當事人之權利救濟，未來應於審慎區辨後，依個案情形以當事人利益以及公益為最高指導原則進行處理。

¹³⁷ 類似見解：劉鐵錚，陳榮傳，前引註 3，頁 212。