

# 評國際和區際兩種司法協助模式下的域外取證 ——以內地法院為視角

何志允

**[摘要]** 中國作為全球第二大經濟體和全球最大貿易國，當前正在加速推進自由貿易區戰略和“一帶一路”戰略，內地法院在審理涉外民商事案件不斷增多，域外取證亦隨之增多。內地法院實施域外取證可概括“兩模式五途徑”。兩模式指的是國際司法協助模式下的域外取證和區際司法協助模式下的域外取證，而前者有三種途徑，分別依多邊公約途徑、依雙邊條約途徑和依外交途徑；後者也有兩種途徑，分別涉澳途徑和涉港途徑。本文以內地法院為視角，對域外取證的兩模式五途徑分析比較，發現存在的不足，提出完善的思路和構想。特別是針對域外取證的司法統計口徑缺失導致定量研究不足、域外取證時間漫長導致效率不高，以及域外取證存在兩難困境三方面的問題，提出了完善域外取證思路和構想，包括完善司法統計口徑和開展司法大數據研究、創新國際和區際司法協助的域外取證手段、制訂統一的域外證據效力審查判斷的司法解釋等，為內地法院域外取證制度的完善進行理論探索。

**[關鍵詞]** 國際 區際 司法協助 域外取證

中國作為世界第二大經濟體和全球最大的貿易國，當前正在加快實施自由貿易區戰略，<sup>①</sup>對外推進“一帶一路”國家戰略，<sup>②</sup>在這樣的時代背景下，如何完善涉外民商事訴訟中域外取證的相關程序，切實保障涉外民商事訴訟當事人合法權益，<sup>③</sup>適時推動域外取證的制度創新和程序創新，可使中國內地人民法院（下稱“內地法院”）能為中外和港澳台當事人提供靈活、高效、快捷的司法救濟途徑。<sup>④</sup>根據中國現行民事訴訟法和最高人民法院的相關司法解釋，<sup>⑤</sup>內地法院實

**作者簡介：**何志允，澳門大學法學院博士生。

① 習近平：《加快實施自由貿易區戰略 加快構建開放型經濟新體制》，《決策導刊》（重慶）2014年第12期，第4—5頁。

② 王義桅：《一帶一路：中國崛起的天下擔當》，北京：人民出版社，2018年，第9—22頁。

③ 本文所指的涉外民商事訴訟包括涉及外國因素和涉及港澳台因素的民商事訴訟，因此有些學者為了更好地區分涉及外國因素和涉及港澳台因素的民商事訴訟，將涉及外國因素的民商事訴訟稱為國際民商事訴訟，將涉及港澳台因素的民商事訴訟稱為區際民商事訴訟。

④ 最高人民法院民四庭：《最高法對“一帶一路”建設的司法服務和保障——對〈關於人民法院為“一帶一路”建設提供司法服務和保障的若干意見〉的解讀》，《人民法治》（北京）2015年第11期，第14—15頁。

⑤ 中國法制出版社：《民事訴訟法新解讀》，北京：中國法制出版社，2017年，第227—230頁。

施域外取證可概括“兩模式五途徑”。兩模式指的是國際司法協助模式下的域外取證（下稱“國際域外取證”）和區際司法協助模式下的域外取證（下稱“區際域外取證”），前者有三種途徑，分別依多邊公約途徑、依雙邊條約途徑和依外交途徑；後者也有兩種途徑，分別涉澳途徑和涉港途徑，故共五途徑。由於內地與台灣無區際司法協助安排，因此涉台域外取證不在本文的研究範圍。本文以內地法院為視角，選取內地法院依照兩模式五途徑如何開展域外取證工作作為研究主題，通過對比分析發現當中存在的問題，並且提出解決思路和構想。

## 一、域外取證兩模式五途徑

### （一）國際域外取證

內地法院與外國法院之間就民商事案件開展域外調查取證合作，是民事訴訟法賦予的一項法定職能，而國際域外取證案件從無到有、從少到多、從簡單到複雜。據統計，內地法院和外國法院相互開展包括域外取證在內的國際司法協助個案上升到每年數千件。從2015至2017年連續三年最高人民法院披露的年度工作報告顯示，2015年內地法院辦理國際司法協助案件6,014件，<sup>①</sup> 2016年內地法院辦理國際司法協助案件2,210件。<sup>②</sup> 2017年內地法院辦理國際司法協助案件2,967件。<sup>③</sup> 內地法院通過依多邊公約、依雙邊條約和依國內法三種途徑，基本形成了既符合中國國情，又適應國際法的國際域外取證制度格局。換言之，內地法院可依據《海牙送達公約》與該公約成員國的法院之間相互委託域外取證，又可依據中國簽訂的雙邊司法協助條約（協議）與締約國的法院之間相互委託域外取證，對於與中國既無《海牙取證公約》關係，也未有雙邊司法協助條約的國家，內地法院也可以根據互惠原則通過外交途徑與外國法院相互進行民商事案件調查取證。<sup>④</sup> 因此，在全球193個主權國家之中，<sup>⑤</sup> 除了與中國沒有外交關係的國家，其餘絕大部分國家都可以與內地法院相互開展國際域外取證合作，下面對內地法院國際域外取證的三個種途徑作出簡述。

#### （1）依多邊公約途徑

1997年7月3日我國第八屆人大常委會第26次會議作出決定，中國加入《海牙取證公約》，同時根據公約的條款作出指定、聲明和保留。首先根據公約第2條指定中國司法部為負責接收來自另一締約國司法機關的請求書並將其轉交給執行請求的主管機關的中央機關；其次根據公約第23條聲明，對於普通法國家旨在進行審判前文件調查的請求書，僅執行已在請求書中列明並與案件有直接密切聯繫的文件的調查請求；最後根據公約第33條聲明保留，除公約第2章第15條以外，不適用公約第2章的其他全部規定。不適用的第2章其他全部條款包括第16條至第22條共7個條

① 周強：《最高人民法院工作報告——2015年3月12日在十二屆全國人大第三次會議上》，《全國人民代表大會年鑑2015》，北京：中國民主法制出版社，2015年，第96—118頁。

② 周強：《最高人民法院工作報告——2016年3月13日在十二屆全國人大第四次會議上》，《全國人民代表大會年鑑2016》，北京：中國民主法制出版社，2016年，第147—168頁。

③ 周強：《最高人民法院工作報告——2017年3月12日在十二屆全國人大第五次會議上》，《中國法律年鑑2017》，北京：中國法律年鑑社，第18—24頁。

④ 曾朝暉：《〈關於依據國際公約和雙邊司法協助條約辦理民商事案件司法文書送達和調查取證司法協助請求的規定〉的理解和適用》，《人民司法》（北京）2013年第7期，第28—34頁。

⑤ 滕飛、安然、穆易：《會員國——聯合國概況》，《世界知識年鑑2014—2015》，北京：世界知識出版社，2015年，第1063頁。

款。<sup>①</sup>實踐中，負責審理涉外民商事案件的內地基層或中級法院依據《海牙取證公約》開展域外取證時，由承辦法官按照公約規定的格式和文字（包括譯文）製作請求書，請求書在添加必要的附件後裝訂成兩套，暫不填寫簽發日期、地點，也不加蓋任一經手法院或者部門的印章，只製作轉遞函與請求書及其附件等一併報送本級或上級法院的國際司法協助專辦員審查。國際司法協助專辦員收到本院或者下級法院報送的轉遞函與請求書及其附件後，按照《海牙取證公約》要求審查合格後，製作轉遞函，逐級呈報高級人民法院的國際司法協助統一管理部門。高級人民法院審查合格後，製作轉遞函，呈報最高人民法院國際司法協助統一管理部門。最高人民法院審查合格後，應當在請求書及其譯文上填寫簽發日期、地點並加蓋最高人民法院國際司法協助專用章後郵寄被請求國中央機關。<sup>②</sup>此外，最高人民法院授權依據《海牙取證公約》直接對外發出取證請求書的五所高級人民法院國際司法協助統一管理部門收到下級法院或者本院的取證請求並審查合格後，<sup>③</sup>在請求書及其譯文上填寫簽發日期、地點並加蓋該高級人民法院國際司法協助專用章後郵寄被請求國中央機關。截止2017年4月《海牙取證公約》成員國已達61個，<sup>④</sup>這也意味着內地法院可依據多邊公約與前述公約成員國（不包括香港和澳門兩個特區）開展國際域外取證合作。

## （2）依雙邊條約途徑

截止2017年2月，中國對外締結的包含民商事案件域外取證雙邊司法協助條約有39項，其中民刑事司法協助條約19項已全部生效，民（商）事司法協助條約20項已生效17項。<sup>⑤</sup>實踐中，審理涉外民商事案件的內地基層或中級法院依據雙邊司法協助條約開展域外取證時，由承辦法官按照雙邊司法協助條約規定的格式和文字（包括譯文）製作請求書，請求書在添加必要的附件後裝訂成兩套，請求書加蓋提出域外取證請求的法院院章，並且製作轉遞函，與請求書及其附件等一併報送本級或上級法院的國際司法協助專辦員審查。國際司法協助專辦員收到本級或者下級法院報送的依據雙邊司法協助條約提出的域外取證請求書，按照我國與被請求國締結的雙邊司法協助條約的要求審查合格後，製作轉遞函，逐級呈報高級人民法院國際司法協助統一管理部門。高級人民法院審查合格的，製作轉遞函，呈報最高人民法院國際司法協助統一管理部門。最高人民法院審查合格的，製作轉遞函，及時轉遞中央機關，按照條約規定的方式由我國的中央機關遞送給被請求國的中央機關。<sup>⑥</sup>

① 全國人大常委會：《關於我國加入〈關於從國外調取民事或商事證據的公約〉的決定》，《全國人大常委會公報》（北京）1997年，第551—559頁。

② 最高人民法院：《關於依據國際公約和雙邊司法協助條約辦理民商事案件司法文書送達和調查取證司法協助請求的規定實施細則（試行）》，法發【2013】6號。

③ 最高人民法院辦公廳：《關於指定北京市、上海市、廣東省、浙江省、江蘇省高級人民法院依據海牙送達公約和海牙取證公約直接向外國中央機關提出和轉遞司法協助請求和相關材料的通知》，《最高人民法院公報》（北京）2003年，第14頁。

④ *Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* [EB/OL], HCCH, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. 2017-04-26/2017-05-05.

⑤ 外交部：《我國對外締結的司法協助及引渡條約的情況》[EB/OL]，[http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/tytj\\_674911/wgdwdjdsfzhzy\\_674917/t1215630.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfzhzy_674917/t1215630.shtml). 2017-03-01/2017-05-05。

⑥ 最高人民法院：《關於依據國際公約和雙邊司法協助條約辦理民商事案件司法文書送達和調查取證司法協助請求的規定實施細則（試行）》，法發【2013】6號。

### （3）依外交途徑

請求和提供司法協助，應當依照中國締結或者參加的國際條約所規定的途徑進行，沒有條約關係的，通過外交途徑進行。<sup>①</sup>實踐中，中國與已建立外交關係國家通過外交途徑相互委託取證，一般是通過中國外交部指示駐被委託國使館將有關文書送給該國的外交部轉交該國的管轄法院執行取證，也就是依互惠原則辦理。<sup>②</sup>審理涉外民商事案件的內地法院需要依外交途徑委託外國法院調查取證，由各高級人民法院將委託書和司法文書送外交部領事司轉中國駐有關國家大使館，由大使館送駐在國外交部轉交有管轄權的法院辦理調查取證。委託調查取證，還應附調查提綱，開列需要證人提供證言的具體問題。按國際慣例，委託書及司法文書須附有該國文字或該國同意使用的第三國文字譯本。此外，內地法院還可以通過領事途徑開展域外取證。中國與已建立外交關係國家的法院向在對方境內的本國公民調查取證，可以委託本國駐外國領事館以符合駐在國法律的方式代為調查取證。一般可以採取通知具有本國國民身份的當事人到本國駐該國的領事館接受調查，但不能採取強制措施。<sup>③</sup>

## （二）區際域外取證

區際域外取證的範圍主要是指內地法院與香港特區法院、澳門特區法院之間依據區際司法協助安排就民商事案件相互委託對方法院調查取證。眾所周知，香港和澳門回歸祖國後，內地與港澳特區之間的司法協助屬於一個主權國家內部的不同法域的司法機關所進行的區際司法協助，雙方按照《香港基本法》第95條和《澳門基本法》第93條的有關規定，相互進行司法協助。<sup>④</sup>2001年8月15日，當時的最高人民法院代表劉家琛和澳門特區代表陳麗敏在澳門簽署了《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》（下稱《內澳送達取證安排》）<sup>⑤</sup>；2016年12月29日，當時的最高人民法院代表沈德詠和香港特區代表袁國強分別代表兩地在深圳簽署《關於內地與香港特別行政區法院就民商事案件相互委託提取證據的安排》（下稱《內港取證安排》），<sup>⑥</sup>本文根據內地與港澳特區達成的上述兩個區際司法協助安排來論述的區際域外取證。由於內地與台灣之間僅僅存在《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》，而該協議由大陸海協會和台灣海基會簽署，<sup>⑦</sup>不具有區際司法協助協議的法律效力，因此不在本文的研究範圍之內。

### （1）涉澳途徑

隨着內地法院審理的涉澳門民商事案件不斷增多，雙方都希望解決域外司法文書送達和調查取證的問題。經過最高人民法院和澳門特區代表之間的談判磋商，雙方在2001年8月15日，簽署了

① 全國人民代表大會：《中華人民共和國民事訴訟法》第277條第1款，《全國人大常委會公報》（北京）2017年，第508—535頁。

② 互惠原則是指內地法院和外國法院之間互相承諾給予互惠司法協助。

③ 黃瑞：《試論中國國際民商事司法協助》，《南昌大學學報（社會科學版）》（南昌）1996第1期，第96—102頁。

④ 宋錫祥：《論中國內地與港澳區際民商事司法協助及其完善》，《上海大學學報（社會科學版）》（上海）2009年第6期，第78—95頁。

⑤ 中國法制出版社：《中華人民共和國最新司法解釋全書》，北京：中國法制出版社，2018年，第294—295頁。

⑥ 中國法制出版社：《中華人民共和國最新司法解釋全書》，北京：中國法制出版社，2018年，第360—307頁。

⑦ 海協會、海基會：《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》，《兩岸關係》（北京）2009年第5期，第13—14頁。

《內澳送達取證安排》，共25條，定於2001年9月15日起在兩地同時施行。值得注意的是，在雙方代表正式簽署該安排後，內地與澳門分別以不同方式公佈該安排。最高人民法院於2001年8月27日發出公告，稱該安排在內地以最高人民法院發佈司法解釋的形式予以公佈，<sup>①</sup>自2001年9月15日起施行。澳門特區則於2001年8月22日發佈第39/2001號行政長官公告，稱行政長官根據澳門特別行政區第3/1999號法律命令公佈該安排。<sup>②</sup>《內澳送達取證安排》在相互委託調查取證方面，借鑑參考了許多《海牙取證公約》的做法，並且與中國實際情況相結合。《海牙取證公約》原本就是協調國家之間解決域外取證司法協助問題的示範，雖說內地與澳門同為《海牙取證公約》成員，但是內地與澳門之間不適用《海牙取證公約》，因此雙方在結合兩地區際司法協助的基礎上，合理地借鑑了《海牙取證公約》的做法。<sup>③</sup>例如在委託書的內容、格式、文書、費用、期限、法律適用和執行程序等，都與《海牙取證公約》大同小異。但是在該安排取消中央機關和轉遞機關等稱謂，代之以委託方和受委託方，同時也取消外交官員、領事代表在駐在國向本國國民取證的內容，代之以允許對方司法人員入境參與取證活動，此外，該安排吸收了中國所締結的雙邊司法協助條約後，產生了關於相互安排證人到對方法院作證的條款。該安排生效以來，為雙方法院審理互涉民商事案件帶來了許多便利。

## （2）涉港途徑

涉香港民商事案件在內地法院審理的涉外案件中一直以來所佔比重較大，香港回歸祖國後，雙方一直努力推動區際司法協助達成安排，但是在域外取證領域卻進展緩慢，由於雙方民事訴訟制度差異太大，對於法院在調取證據中的作用和取證程序等方面均有不同規定，經過最高人民法院與香港特區多輪協商，直到2016年12月29日簽署《內港取證安排》，最高人民法院在2017年2月27日公佈該安排，自2017年3月1日起生效。該安排只有12條，規定了雙方就民商事案件互相委託取證的適用範圍、聯絡機關、辦理程序等事項，更加細化了民商事案件當事人可以分別通過兩地聯絡機關向對方法院請求協助詢問證人、取得文件、扣留財產、取樣鑑定等，將在很大程度上減少兩地法院在審理民商事領域互涉案件時面臨的障礙。<sup>④</sup>該安排是中國第二個區際域外取證司法協助安排，其獨特之處是適用職權主義的內地法院與適用當事人主義的香港特區法院在求同存異的基礎上終於達成區際司法協助安排，與第一個區際域外取證司法協安排即《內澳送達取證安排》相比，都是吸收和借鑑《海牙取證公約》和中國締結的雙邊司法協助條約中合理的內容，刪除了國際因素和淡化了不同法系的痕跡，兩個區際域外取證司法協助安排只有細微的區別，例如《內港取證安排》中香港特區的聯絡機關是香港特區政府政務司司長辦公室轄下行政署，並非香港特區終審法院；還有雙方委託調查取證的範圍是不同的，在安排分別列明各自的委託範圍。由於其生效時間不長，其功效還有待觀察。

<sup>①</sup> 根據我國《人民法院組織法》第32條規定，最高人民法院可對於在審判過程中如何具體應用法律、法令的問題進行解釋。因此制訂司法解釋是最高人民法院的法定職權之一，那麼最高院選擇以司法解釋的形式公佈本《安排》，能否能視為最高人民法院對澳門特區《基本法》第93條的具體運用進行司法解釋？這值得探討，對此筆者持肯定意見。

<sup>②</sup> 澳門特區第3/1999號法律即是《法規的公佈與格式》，該法律第6條第1款及第5條（三）項的主要內容是，與全國其他地區的司法機關簽訂的互助協議，由行政長官命令公佈。

<sup>③</sup> 張淑鈿：《論內地與香港域外取證司法協助的現狀和展望》，《當代法學》（吉林）2003年第11期，第60—65期。

<sup>④</sup> 江保國：《內地與港澳民商事取證安排比較研究：以香港安排為重點》，《河南財經政法大學學報》（鄭州）2017年第5期，第151—158期。

## 二、國際域外取證和區際域外取證之比較

### （一）兩者的共同點

兩者都屬於域外取證司法協助協議範疇。域外取證是內地法院在審理涉外民商事訴訟過程遇到的常見問題，如果某一項證據對法院查明案件事實有至關重要的影響，而該證據在境內又無法獲得，那麼域外調查取證則成為不可回避之問題。以往內地法院審理傳統涉外民商事訴訟案件主要是涉外離婚、繼承、監護、收養等家事案件和海事海商案件，但是隨着中國對外開放的水平不斷提升，像涉外知識產權糾紛、股權投資並購糾紛、跨境融資借貸糾紛等訴訟案件紛紛出現，查明案件事實的難得越來越大，更加依賴重要的事實證據。如果該證據形成於境外，而訴訟當事人在境內無法自行取得的情況下，當事人只能向法院申請域外取證，如果法官認為該證據對於查明事實和適用法律有至關重要的影響，那麼通過域外取證必然成為當事人和法院的共同選擇。如上文所述，國際域外取證有三類途徑，區際域外取證有兩類途徑，兩者最大共同點在於，它們都需要通過司法協助來實現的，換句話說內地法院需要國外或境外的法院來配合完成域外取證，當然內地法院在同等條件下也會接受國外或境外的法院委託來完成域內取證工作。

### （二）兩者的區別

#### （1）國際與區際的區別

兩者最大的區別是國際域外取證依據多邊公約、雙邊條約及互惠原則，區際域外取證依據的安排是區際司法協議協定。關於國際與區際兩者概念之差異，許多文獻都有詳實論述，本文不再贅述。有鑑於此，在區際域外取證司法協助安排中，關於中央機關、轉遞機關等術語都被取消，代之以委託方和受委託方以及聯絡機關等；外交官員、領事代表等術語被取消，代之以委託方法人員。其他一些在國公約、條約中的慣用語如主權、國家安全、聲明、保留等也被刪除或被替代。

#### （2）適用法律原則區別

##### 1. 國家主權原則和一國兩制原則

國際域外取證適用國家主權原則，各國都是主權獨立之國家，彼此應相互尊重主權，互不干預內政，這是發展平等互利的民商事司法協助。內地法院特別強調國家主權原則，尤其是在中國締結或者參加的國際條約中，如果外國法院請求協助的事項有損於中國的主權、安全或社會公共利益，內地法院將不予執行。<sup>①</sup>區際域外取證適用一國兩制原則，內地與港澳特區同在一個中國的主權範圍內，內地與港澳特區之間達成的區際司法協助協議，特意用了“安排”這樣的字眼，以有別於國際條約。而且這種“安排”只可以在港澳特區與全國其他地區的司法機關之間進行，而不可以是港澳特區與內地其他地區機關之間進行，達成的安排事務僅限於司法方面的聯繫和相互提供協助。一方面說明區際司法協助與國際司法協是有區別的，另一方面也說明了兩部特區《基本法》是嚴格禁止內地司法機關之外其他機關插手涉足澳門特區自治事務，但又為司法協助留下雙方互相協助的餘地。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 內地法院特別強調國家主權，可能是與近代中國從鴉片戰爭以來，飽受西方列強欺辱並被迫簽訂一系列不平等條約，從而形成一種特別希望在國際社會獲得尊重的心理預期有關。關於該原則，中國《民事訴訟法》第276條也有明確規定。

<sup>②</sup> 劉曉巧：《1999中國內地與澳門民商事區際司法協助》，《學術論壇》（南寧）1999第2期，第66—68頁。

## 2. 互惠對等原則和平等協商原則

國際域外取證適用互惠對等原則。互惠原則也可以解讀為兩個建立外交關係的國家的法院之間，互相給予對方優惠待遇原則；對等原則與互惠原則相反，也就是兩個建立外交關係的國家的法院互相限制對方的權利。內地法院一貫主張根據互惠原則與外國法院互相給予司法協助，互惠原則也寫入民事訴訟法第276條，作為內地法院開展國際司法協助的原則之一，但同時內地法院明確要求在國際司法協助活動中適用對等原則。因此互惠與對等原則廣泛適用中國與其他國家法院之間的民商事司法協助領域，內地依據民事訴訟法第5條第2款規定，外國法院對中華人民共和國公民、法人和其他組織的民事訴訟權利加以限制的，中華人民共和國人民法院對該國公民、企業和組織的民事訴訟權利也實行對等原則。同時最高人民法院在其司法解釋《關於依據國際公約和雙邊司法協助條約辦理民商事案件司法文書送達和調查取證司法協助請求的規定》的第2條明確規定，<sup>①</sup>人民法院協助外國辦理民商事案件司法文書送達和調查取證請求，適用對等原則。區際域外取證適用平等協商原則。內地與港澳特區作為同一主權國家範圍內三個獨立平等法域，這種平等法域關係是國家通過兩部特區《基本法》確立的，並以此為基礎開展區際司法協助。<sup>②</sup>內地法院與港澳特區法院互不隸屬，大家處於平等的地位且各自獨立，在民商事訴訟領域都有各自不同的法律規定，存在法律衝突的問題在所難免，此時應通過平等協商加以解決，《內澳送達取證安排》第2條第2款明確規定，本安排在執行過程中遇到，應當由最高人民法院與澳門特區終審法院協商解決。《內港取證安排》第11條規定，本安排在執行過程中遇有問題，或者本安排需要修改，應當通過最高人民法院與香港特別行政區政府協商解決。由此可見，平等協商原則有別於互惠對等原則。

## 3. 便捷高效原則和優先限時完成原則

就國際域外取證領域而言，無論是中國加入的《海牙取證公約》，還是中國締結的雙邊司法協助條約，均明文規定締約國法院必須按照便捷高效的原則來處理他國法院的域外取證請求。為了落實該原則，最高人民法院在其司法解釋《關於依據國際公約和雙邊司法協助條約辦理民商事案件司法文書送達和調查取證司法協助請求的規定》第1條規定，人民法院應當根據便捷、高效的原則確定依據《海牙送達公約》、《海牙取證公約》，或者雙邊民事司法協助條約，對外提出民商事案件司法文書送達和調查取證請求。因此，內地法院在辦理域外取證司法協助請求必須以便捷高效為原則，但是卻沒有規定完成的期限。就區際域外取證而言，內地與港澳特區達成的兩個司法協助安排中都明確規定優先限時完成域外取證。《內澳送達取證安排》第5條第2款之規定，受委託法院應優先處理受託事項。完成受託事項的期限，送達文書不得超過自收到委託書之日起兩個月，調取證據最遲不得超過自收到委託書之日起三個月。《內港取證安排》第10條第1款規定，受委託方應當儘量自收到委託書之日起六個月內完成受託事項。受委託方完成受託事項後，應當及時書面回覆委託方。由於可見，在區際域外取證過程，法院完成取證任務是有期限規定的。

## 4. 國際條約優先原則和參照國際條約原則

條約必須信守，這是國際法的基本原則之一，內地法院依據中國締約和參加的國際條約開展國際司法協助時，必須優先適用公約或條約的規定，公約或條約的法律效力優於國內法，內地民

<sup>①</sup> 中國法制出版社：《中華人民共和國最新司法解釋全書》，北京：中國法制出版社，2018年，第302—303頁。

<sup>②</sup> 任繼聖：《國內不同法域之間的司法協助》，《法學家》（北京）1995年第4期，第62—63頁。

事訴訟法第260條規定，中華人民共和國締結或者參加的國際條約同本法有不同規定的，適用該國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。由此可見，國際域外取證必須適用公約或條約，而區際域外取證並沒有這樣的規定，但是考慮到港澳特區的獨立法域特點，在區際司法協助安排中，仍然參照的國際條約的某些做法。例如，許多文獻中提及公共秩序保留是否適用於區際司法協助領域，多數學者認為公共秩序保留一般適用於國際司法協助，在一些多法域聯邦制國家，如英國、美國、澳大利亞等國家解決區際法律衝突時，不同法域的法院之間進行司法協助必須適用該國憲法規定的充分尊重與信任條款（Full Faith and Credit Clause），不得適用公共秩序保留條款（Reservation of Public Order）。<sup>①</sup>但是《內澳送達取證安排》卻並未否定公共秩序保留制度，在其第8條第2款中規定，受委託方法院在執行受託事項時，如果該事項不屬於法院職權範圍，或者內地人民法院為在內地執行該受託事項將違反其基本法律原則或社會公共利益，或者澳門特別行政區法院認為在澳門特別行政區執行該委託事項將違反其基本法律原則或公共秩序的話，可以不予執行，但應當及時向委託方法院書面說明不予執行的原因。對此《內港取證安排》卻有不同的規定，淡化公共秩序保留的色彩，僅僅在第3條中規定，受委託方在調查取證不符合本轄區相關法律規定時可以要求修改、補充和重做，只有不屬於本安排規定的委託事項範圍內才可以退回。這也符合內地法院對涉港澳民商事訴訟案件的處理原則，即參照涉外民事訴訟特別程序規定來處理。

### 三、對國際域外取證和區際域外取證的評價

#### （一）不足之處

##### （1）司法統計口徑缺失導致定量研究不足

受限於內地法院司法統計口徑，筆者無法從法院公佈的司法統計資料中獲得全國法院按照兩模式五途徑開展國際域外取證的案件數字和區際域外取證的案件數字，因此，難以進行定量分析。當前，筆者只能利用一些零星分散的案件數字進行研究。例如，從2001—2011年，內地法院委託澳門法院調查取證395件，澳門法院委託內地法院調查取證155件；<sup>②</sup>因為《內港取證安排》在2017年3月1日起正式施行，內地法院與香港特區之間互相委託調查取證的民商事案件數字還無官方統計數字發佈。但從2014、2015、2016、2017連續四年最高人民法院披露的四個年度工作報告顯示，2014年內地法院辦理國際、區際司法協助案件1.3萬件；<sup>③</sup>2015年內地法院辦理國際司法協助案件6,014件，區際司法協助案件1.3萬件；<sup>④</sup>2016年內地法院辦理司法協助案件2,210件，司法互助案件1.1萬件，<sup>⑤</sup>2017年內地法院辦理國際司法協助案件2,967件，區際司法協助1.1萬

① 李廣輝：《論內地與澳門特區民商事區際司法協助》，《當代法學》（長春）2003年第3期，第74—87頁。

② 最高人民法院：《人民法院涉港澳台工作綜述》[EB/OL]，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-4345.html>。

③ 周強：《最高人民法院工作報告——2014年3月10日在十二屆全國人大第二次會議上》，《全國人民代表大會年鑑2014》，北京：中國民主法制出版社，2014年，第67—82頁。

④ 周強：《最高人民法院工作報告——2015年3月12日在十二屆全國人大第三次會議上》，《全國人民代表大會年鑑2015》，北京：中國民主法制出版社，2015年，第96—118頁。

⑤ 周強：《最高人民法院工作報告——2016年3月13日在十二屆全國人大第四次會議上》，《全國人民代表大會年鑑2016》，北京：中國民主法制出版社，2016年，第147—168頁。



件。<sup>①</sup>從上述零星分散的案件數字來看，內地法院與澳門特區法院之間的相互委託取證案件總量不大，而每年一萬餘件的區際司法協助案件當中，涉港和涉台案件佔據大部分，但是送達司法文書佔據大部分，域外調查取證只佔小部分，這僅是筆者推測，並無統計資料支援。而最高人民法院在其最近四年工作報告中的對國際和區際兩種模式的司法協助，表述也無統一標準，如2014年的資料，將國際與區際司法協助一併統計，到2015年的資料區分國際、區際司法協助分別統計，再到2016年的資料區分司法協助、司法互助分別統計，2017年的資料又變回區分國際、區際司法協助分別統計。上述情況說明，由於受限於國際和區際司法協助的案件統計，難以進行量化分析和深入的研究。

### （2）域外取證時間漫長導致效率不高

眾所周知，內地人民法院案多人少的矛盾非常突出，各級法院的審判人員長期超負荷工作，但是案件積壓嚴重的問題並未得到有效解決。<sup>②</sup>特別是內地實施立案登記制改革後，各級法院受理的民商事訴訟案件的數量有較大幅度的增長，<sup>③</sup>這令原本已經飽受案多人少困擾的法院，更加雪上加霜。據最高人民法院公佈的資料顯示，2015年全國法院受理的民商事案件約為1,100萬件，在全國法院案件受理總量1,800萬件中佔約61%。<sup>④</sup>因此在大量民商事訴訟案件中，如果當事人向法院申請調取證據或證據保全，法官或許會因忙不過而以各種理由限制調取證據或證據保全，<sup>⑤</sup>無奈之下當事人轉而尋求公證證據保全。<sup>⑥</sup>因此我們有理由相信，內地法院處理國內民商事案件的調查取證問題都存在那麼多困難，難道還會為域外取證打開一條綠色通道嗎？相反，在目前的體制下，審理涉外民商事案件的內地法院需要實施域外取證行為，取證文書需要層層審批、轉遞才可以到達域外法院，而域外法院是否順利完成取證，也帶有極大的不確定因素，要麼被域外法院拒絕取證，要麼是因客觀困難導致無法取證。假如域外法院順利取證，那麼取證文書按原來的路徑返回審理案件法院的時間也同樣漫長，如此一來，內地法院如果採取域外取證行為，必定會導致該案件久拖不決。因此，從最高人民法院公佈的國際司法協助和區際司法協助案件數來看，當中只有小部分是域外取證，多數為域外送達等其他司法協助行為。

### （3）域外取證的兩難困境

內地法院在審理民商事案件過程中，如果某項證據是審理案件需要的主要證據，當事人因客觀原因不能自行收集而書面申請法院調查收集，如法院未調查收集，那麼遭受敗訴或其他不得後果的當事人有權提起上訴或申請再審。因此內地法院在審理涉外民商事案件中，當事人申請法院採取域外取證措施，法院將陷於兩難困境。一方面法院不批准域外取證，當事人在遭遇敗訴或其他不利後果時以這為理由提起上訴或申請局面；另一方面法院批准了域外取證，除了上文所述的耗時漫長效率低下之後，還會帶來域外證據如何判斷的新問題。內地法院無論是通過國際還是區

① 周強：《最高人民法院工作報告——2017年3月12日在十二屆全國人大第五次會議上》，《中國法律年鑑2017》，北京：中國法律年鑑社，第18—24頁。

② 駱錦勇：《案多人少難題該怎麼破》，《人民法院報》（北京）2015年8月2日第一版。

③ 宋碩：《立案登記 這些事您注意了嗎》，《法庭內外》（北京）2016年第2期，第18—19頁。

④ 蓋琳、申亞欣：《立案登記制實施一年 全國法院立案數量同比增長近三成》，《人民日報》（北京）2016年5月11日第二版。

⑤ 廣東省惠州市中級人民法院：《遊戲天堂電子科技（北京）有限公司訴惠州市建興網絡服務有限公司侵害電腦軟體著作權糾紛案一審判決書》，（2013）惠中法民三初字第241號。

⑥ 公證證據保全是中國公證機構的可依法開展公證事項之一，詳見中國《公證法》第11條第9項。

際途徑，從證據的來源地看，都屬於在域外形成的證據。對於域外形成的證據，最高人民法院的司法解釋《關於民事訴訟證據的若干規定》中規定，如果當事人自行向法院提供的證據是在中國領域外形成的，該證據應當經所在國公證機關予以證明，並經中國駐該國的大使館或領事館予以認證，或者履行中國與該所在國訂立的有關條約中規定的證明手續；此外，當事人向法院提供的證據是在香港、澳門、台灣地區形成的，應當履行相關的證明手續。<sup>①</sup>但是《海牙取證公約》在第3條中只規定了不得要求認證或其他類似手續，而中國締結的雙邊司法協助條約之中，有些包括免除認證條款，有些不作明確規定；依外交途徑辦理域外取證是否等同於履行大使館或領事館認證，內地與港澳特區的兩個區際域外證安排當中也明確對認證作出規定，總而言之，對於依據兩模式五途徑獲得的域外證據，如何判斷其效力？即使無《民事訴訟法》的規定，最高人民法院也無針對域外證據審查判斷標準的統一司法解釋。在此情況下，如果內地法院採用審理國內民商事案件質證程序，能否對域外取證獲得的證據之三性（真實性、合法性、關聯性）作出一個準確的判決？這個問題恐怕沒有那麼簡單，還會牽涉到域外法查明的問題，而這些種種在此便不展開討論了。目前中國需要一部對域外證據效力如何認定的司法解釋，以指導內地法院在審理涉外民商事案件中，採用統一的審查判決標準。

## （二）解決的思路和構想

### （1）完善域外取證的司法統計口徑和開展司法大數據研究

正如上文所述，最高人民法院司法統計口徑當中，僅僅是粗略地統計每年內地法院處理民商事領域的國際司法協助和區際司法協助的案件數量，並沒有按照兩模式五途徑進行分類統計，應當進一步細化完善的空間。儘管有此願景，但內地法院若要落實該項工作將面臨困難重重。當前內地法院基本上按照最高人民法院頒佈《民事案件案由規定》所列舉的424類案由對民事案件進行分類統計。<sup>②</sup>從理論上說任何一個案由的民事案件都有可能成為涉外民事案件，任何一涉外民事案件都有可能引發域外取證的情形。事實上涉外民事案件不是單獨民事案件案由，它只是包含涉外因素的民事案件。同理，域外取證也不是一個單獨完整訴訟程序，而是在涉外民事訴訟過程有可能發生一種訴訟行為。因此，對國際司法協助和區際司法協助進行分類統計，在當前制度框架下是無法實現的，這需要更高層的司法部門才有能力推動該項制度的完善。但這不意味學術界和實務界就無所作為，專業學術團體和研究機構可以走在全國前例。例如中國國際私法學會和區際衝突法專題研究委員會等學術團體和研究機構，以中國裁判文書網為平台，運用司法大數據的研究成果，組織專門研究力量，從分散的、零星的、碎片化的全國具有涉外案件審理權的法院公佈裁判文書中，整理歸納出每年涉外和涉港澳台民商事案件當中出現過的域外取證的案例（裁判文書），定期發佈案例統計資料和經典個案的裁判文書，供研究人員參考使用，以此為途徑，加強對域外取證的個案研究，這將有力地推動對域外取證領域的法學理論和實務研究。

### （2）創新城外取證手段

內地法院審理國內民商事案件已經力不從心，當事人申請法院調查取證多數情況下會遭拒絕，無奈之下當事人轉而尋求公證證據保全作為替代措施，但是公證保全費用高昂，公證證據保

① 法律出版社：《新編民事訴訟法小全書》，北京：法律出版社，2018年，第190—198頁。

② 孫佑海、吳兆祥、黃建中：《2011年修改後的〈民事案件案由規定〉的理解與適用》，《人民司法》（北京）2011年第9期，第28—33期。

全的成本阻卻了其被廣泛採用，再說公證證據保全也不適用於域外取證的範疇。與此同時，在國內民商事案件的審判當中，為了解決法院無暇顧及取證工作的困境，調查令孕育而生。目前內地法院正在越來越多地採用調查令方式取證，該項制度不是由最高人民法院推動，而是由上海市基層人民法院首創，逐漸推廣到全國各地基層法院，在法院無暇顧及取證的情況下，經當事人的代理律師申請，法官批准並簽發調查令，授權代理律師持令收集與本案有關的證據，<sup>①</sup>而最高人民法院對試行調查令制度是持肯定態度的。<sup>②</sup>以2017年廣東省人大常委會頒佈《廣東省實施〈中華人民共和國律師法〉辦法》為例，該地方法規允許廣東律師在代理民事案件時，申請法院向被調查單位發出協助調查函，由律師持該協助調查函向有關單位調取證據，<sup>③</sup>這是地方立法機關正式認可律師申請調查令的合法性。長期以來，內地法院對取證程序秉持職權主義理論，調查令制度的出現說明內地法院已開始接納當事人主義理論。雖然我國在加入《海牙取證公約》的時候，已經聲明不執行普通法國家旨在進行審判前文件調查的請求書，但是我國《民事訴訟法》並不是完全禁止域外司法機關和個人來中國調查取證，而是強調要經過中國主管機關的批准。<sup>④</sup>有鑑於此，內地法院可以考慮在區際司法協助模式下，允許律師持調查令到域外取證。以香港特區為例，其適用普通法系，雖說《內港取證安排》沒有突破允許律師調查取證，但如果將來有可能的話，內地與香港特區修改取證安排，試行允許對方的律師持對方法院發出域外調查令，向本地法院申請調查取證，在本地法院對合法合規性審查同意後，再由本地法院完成調查取證交由對方律師帶回。這樣的制度設計，可以避免許多層層轉遞的中間環節，由代理律師作為連接雙方法院的紐帶，有本地法院審核把關，避免損害國家利益和社會公共利益的情況發生。如果內地法院在審理涉外案件過程中，對律師申請法院發出域外調查令持更加開庭包容的態度，是可以實現這一設想的。至於我國在《海牙取證公約》中，是否取消不執行普通法國家旨在進行審判前文件調查的請求書的聲明，便屬於更高層次的制度設計了，最好是先把區際域外取證程序完善了，積累了經驗再考慮。

### （3）制訂對域外證據效力審查判斷的司法解釋

為了避免域外取證獲得的證據陷於兩難困境，內地法院必須重視域外證據效力審查認定標準的問題。鑑於香港、澳門兩個特區已經加入《海牙取消認證公約》，而中國內地仍然未能加入《海牙取消認證公約》，對內地法院通過國際、區際司法協助從域外取得的證據，是否屬於免除公證、認證或其他證明手續，並無明確法律、司法解釋依據，那麼該域外證據的效力還得由審理案件的法院按照常規標準來判斷。域外取證就不是一件容易的事，如果沒有明確的判斷標準，定然會引發新的爭議，不利於糾紛的解決。在實踐中曾經有珠海橫琴新區人民法院按照區際司法協助途徑委託澳門特區法院送達司法文書，當澳門特區法院依照澳門法定程序完成送達後，將送

① 溫觀生、周穎俊：《民事調查令制度的文本與實踐探析》，《廣東律師》（廣州）2016年，第6期，第23—27頁。

② 最高人民法院：《關於全面加強知識產權審判工作為建設創新型國家提供司法保障的意見》，《中國知識產權年鑑2008》，北京：知識產權出版社，2008年，第684—688頁。

③ 廣東省人大常委會：《廣東省實施〈中華人民共和國律師法〉辦法》，廣東省第十二屆人民代表大會常務委員會第三十四次會議，於2017年7月27日通過，自2017年11月1日起施行。

④ 內地《民事訴訟法》第277條第3款規定，未經中國主管機關批准，任何外國機關或個人不得在中國領域內調查取證。其言外之意是說，如果經過中國主管機關批准，外國機關和個人是可以在中國領域內調查取證。

達證明書送回橫琴法院後，橫琴法院卻不認可受送達人在文書上的簽名方式，需要重新送達。<sup>①</sup>雖然這個問題不涉及域外取證問題，但是我們可舉一反三，域外取證過程司法文書的因雙方法律規定的簽收方式不同，會否導致一方法院不認可另一方法院出具的司法文書效力呢？從國際域外取證來看，如果內地法院耗費了大量的時間精力，經過層層轉遞從外國法院獲得的域外證據，在使用中被內地法院認定為無效證據，必然會造成訴訟資源的極大浪費，也極大地浪費了當事人的時間精力費用等成本。目前內地法院對民事證據審查判斷的依據主要是最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉的解釋》之第四節“證據”，<sup>②</sup>以及最高人民法院《關於民事訴訟證據的若干規定》兩部司法解釋。這兩部司法解釋對民事證據的審查判斷，都是採用通過法庭調查環節來對證據的真實性、合法性和關聯性來進行質證的，並由法官按照自由心證（內心確信）原則行使自由裁量權。這樣的證據判斷標準對於國內形成的證據，沒有太大的問題，因此各種證據很容易通過其他途徑來驗證其真偽。但是域外形成證據卻有其特殊性，在很多情況下域外證據無法驗證其真偽，即使是拿上法庭質證，法官也難以形成內心確信。所以，當前的司法解釋面對域外形成的證據審查判斷標準顯得力不從心。從國際和區際兩個角度出發，內地法院都應當制訂一部關於對域外形成的證據審查判斷標準的司法解釋，對通過兩模式五途徑獲得的域外證據效力，實行統一的審查判斷標準，以利於各級涉外審判法院完善域外取證工作。在不斷積累經驗的基礎上，對《民事訴訟法》的第二十七章司法協助補充完善域外證據效力審查判斷的條款，將來再由最高人民法院啟動加入《海牙取消認證公約》談判，遠景目標是內地加入《海牙取消認證公約》，以及內地與港澳兩個特區達成《區際取消公文書認證的安排》。

## 結語

本文通過分析內地法院在域外取證領域的兩模式五途徑，對國際域外取證和區際域外取證進行分析比較，在全球化的背景下，中國內地對外開庭逐步向縱深發展的進程中，內地法院在涉外民商事案件中，實施域外取證案件也是從無到有、從少到多、從簡單到複雜，內地法院必須用好用足現有的兩模式五途徑，在不斷解決問題過程中完善域外取證工作。當然，內地法院存在不足之處，包括在司法統計口徑缺失導致定量研究不足、在域外取證時間漫長導致效率不高、在域外取證的存在兩難困境。筆者結合實際談論了三點完善的思路，包括完善域外取證案件的司法統計口徑和開展司法大數據研究，創新國際和區際司法協助的域外取證手段，內地法院需要制訂統一的域外證據效力審查判斷的司法解釋，為將來修改民事訴訟法的第二十七章司法協助域外取證條款打下基礎。由於篇幅有限，關於域外取證還有許多問題本文無法展開論述，例如內地法院內地啟動加入《海牙取消認證公約》談判，以及將來內地與港澳兩個特區達成《區際取消公文書認證的安排》可能性論證等問題都未能涉及。

[責任編輯 陳超敏]

① 珠海橫琴新區人民法院：《珠海森合園林景觀工程有限公司訴廣東安邦投資有限公司、楊俊雄、姜森耀、天德投資有限公司債權轉讓合同糾紛案一審判決書》，（2016）粵0491民初775號。

② 最高人民法院：《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉的解釋》，最高人民法院審判委員會第1636次會議通過，2014年12月18日公佈，自2015年2月4日起施行。