

我国民商事域外取证的司法实践： 现状、问题与对策

刘桂强*

内容摘要：对我国司法机关在2008—2018年协助外国调查取证的司法实践进行实证研究，可以发现存在诸多问题，包括取证周期过长、取证成功率较低等。同时，美国的审前证据开示程序以及现代信息技术的发展也对我国域外取证司法合作带来新的挑战、提出新的要求。造成上述问题的原因主要包括两方面：首先，《海牙取证公约》以及双边司法协助条约未能完全发挥其应有作用；其次，我国将调查取证视为司法职权的理念在一定程度上制约着取证合作的开展。为解决上述问题，我国需要从规范和理念层面双管齐下，一方面通过起草双边民商事司法协助条约范本，规范和完善域外取证的框架和机制；另一方面在高效便捷原则的指引下简化我国域外取证的程序。与此同时，还需要积极借鉴国外经验，发挥阻断性立法的作用，妥善解决中美两国在域外取证领域的法律冲突。

关键词：域外取证 司法协助 审前证据开示 现代信息技术 阻断法

在国际民事诉讼中，调查取证对于厘清案件事实、还原案件真相具有至关重要的作用，能够直接影响当事人的诉求以及案件的最终审理结果。从国际社会的实践来看，域外调查取证不仅关涉当事人的切身利益，而且还会对国家间民商事司法协助关系产生影响。^①在过去的数十年间，我国对域外取证的司法合作给予了高度重视。就国际合作层面而言，我国于1997年7月3日正式加入《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（以下称《海牙取证公约》）。截至目前，《海牙取

* 武汉大学国际法研究所博士研究生。

① 近期，在一起涉及违反美国对朝鲜制裁的大陪审团调查中，美国哥伦比亚特区联邦地区法院要求三家中国银行提供位于中国境内的银行文件，并对拒绝提供文件的银行判以藐视法庭。此案引起了我国外交部、司法部以及银行监管部门的关注和强烈反对。外交部发言人耿爽在主持例行记者会时表示：“我们一贯反对美方对中国企业进行所谓‘长臂管辖’。希望美方加强同各国在金融监管等领域的双边合作，包括合乎各方国内法的信息交流，通过双方司法协助和监管合作渠道解决跨境信息共享问题。”参见外交部：《2019年6月25日外交部发言人耿爽主持例行记者会》，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1675511.shtml，2020年2月25日访问。

证公约》的缔约方达到63个。^①此外,我国同外国签订的39项双边民商事司法协助条约均规定了调查取证的司法合作。^②在国内立法层面,我国《民事诉讼法》提供了民商事域外取证的基本框架。与此同时,最高人民法院还通过司法解释等不断完善我国同外国关于调查取证的司法合作。^③

上述规定构成了我国开展域外取证合作的法律框架。但是,相关规定是否得到顺利实施?实践中出现了哪些问题?立法层面又应该如何回应?为了回答这些问题,需要对我国民商事域外取证的司法实践进行系统的回顾和检视。基于这一目的,笔者在司法部司法协助交流中心调研的基础上,^④梳理了2008年1月至2018年9月我国司法部协助外国调查取证的实践情况,力求发现我国在域外取证实践中的不足,分析问题产生的原因并结合我国现行立法和司法实践提出应对策略。

一、我国民商事域外取证实践概况

(一)调查取证请求的数量

我国司法部处理的取证请求案件主要包括两类:一类是接收、转递外国向我国司法机关提出的取证请求;另一类是向外国中央机关转递我国法院提出的取证请求。

在接收、转递外国提出的取证请求方面,2008年1月至2018年9月,司法部共接收取证请求324件、处理取证请求430件次,年均处理取证请求39件次。^⑤

^① See Status Table of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, visited on 25 October 2020.

^② 若无特别说明,下文所指“双边条约”均指我国同外国签订的“双边民商事司法协助条约”。

^③ 例如,最高人民法院于2013年4月颁布《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》和《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则(试行)》,旨在进一步提高各级人民法院国际民事司法协助工作的规范化建设和管理水平。

^④ 本文的数据是基于对司法部司法协助交流中心纸质文档和部分电子文档的统计,虽然在统计过程中力求数据的真实和完整,但数据结果仍然可能会与实际情况存在一定的偏差。

^⑤ 司法部每年处理外国取证请求的案件由两部分组成:一部分是该年度新接收的外国取证请求;另一部分是往年未完成的取证请求。对于因形式问题退回又重新向我国司法部门提出的取证请求,计为1件取证请求。

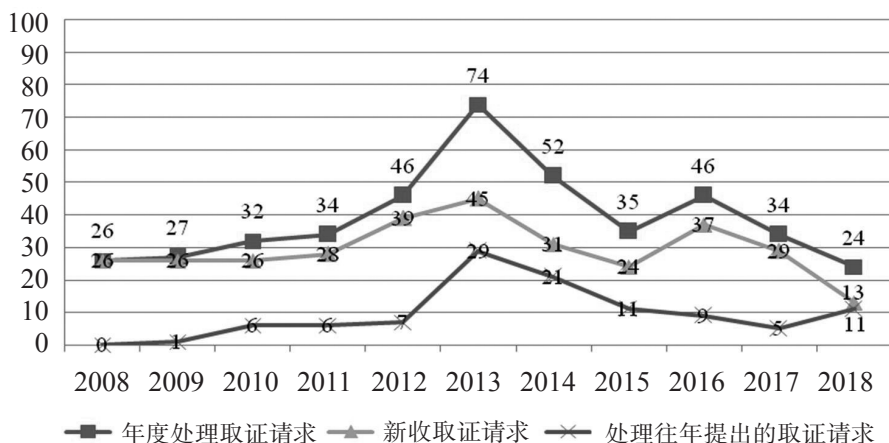


图1 2008—2018年司法部转递外国提出的调查取证请求的数量

在转递我国法院提出的取证请求方面,笔者在司法部记录中查询到的案件只有3件,被请求国涉及俄罗斯和韩国,案件类型主要为离婚财产纠纷和不当得利纠纷,调取的证据主要是当事人的财产信息。^①目前,上述3件取证请求均已得到执行,耗时从5个月到26个月不等。需要说明的是,我国法院经司法部向外国中央机关转递取证请求的数量较少的原因可能主要有两个方面:第一,根据最高人民法院相关司法解释,对于依据《海牙取证公约》提出的取证请求,部分省市的高级人民法院可以直接向外国中央机关提出,无须经过司法部转递。^②第二,一定程度上是由于我国法院通过《海牙取证公约》或双边司法协助条约进行域外调查取证的积极性不高。

鉴于我国法院经司法部向外国中央机关转递的取证请求数量较少,难以从中归纳总结出普遍性规律,本文将主要围绕我国协助外国法院调查取证的实践情况展开。

(二)调查取证的类型

根据我国《民事诉讼法》对证据类型的规定,外国请求我国司法部门调取的证据类型包括书证、证人证言、当事人陈述、鉴定意见、勘验笔录、视听资料等。其

^① 三起案件分别为:(1)天津市红桥区人民法院在刘某诉孙某离婚财产纠纷案中请求俄罗斯法院协助调取刘某在俄罗斯的财产情况,用时16个月;(2)黑龙江省鸡东县人民法院在全某诉裴某某、全某某不当得利纠纷案中请求韩国法院协助调取当事人在韩国的银行财产信息,用时7个月完成取证;(3)北京市朝阳区法院在张某诉刘某离婚财产纠纷案中请求俄罗斯法院调查张某在俄罗斯的银行财产情况及其他不动产情况,该案用时26个月完成取证。

^② 根据2003年最高人民法院《关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》的安排,北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省的高级人民法院可以直接向外国中央机关转递本辖区内法院的取证请求。

中,外国请求调取的证据类型主要是书证和证人证言,分别占全部取证请求的42.9%和33%。

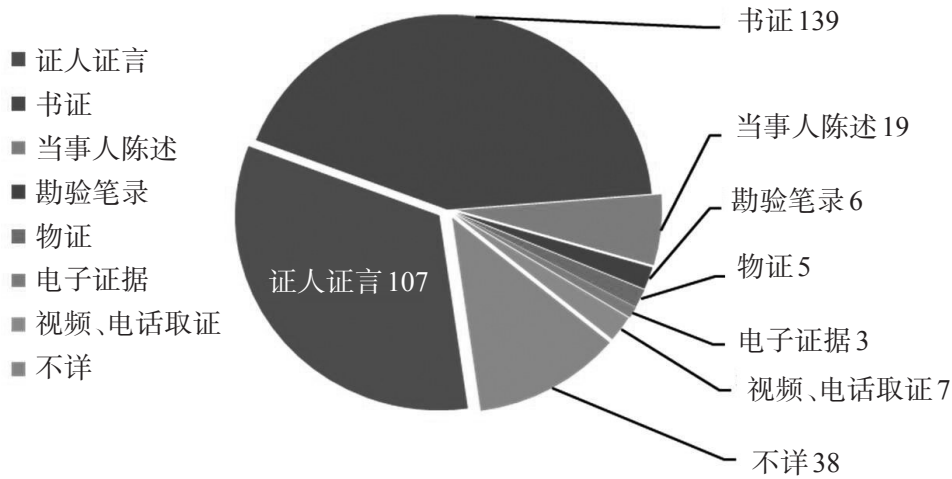


图2 外国请求调取的证据类型^①

(三)取证请求的国家分布

向我国提出取证请求的国家呈现出分布广泛、来源集中的特点。

从国家的分布来看,2008—2018年共有32个国家向我国提出取证请求,遍布五大洲,取证请求国的分布较为广泛。

从取证请求的来源看,美国、韩国、俄罗斯、土耳其、德国是向我国提出取证请求最多的国家,上述五个国家向我国提出的取证请求总和占到全部取证请求的61%。由此可见,向我国提出调查取证请求的国家呈现出集中化的特点。

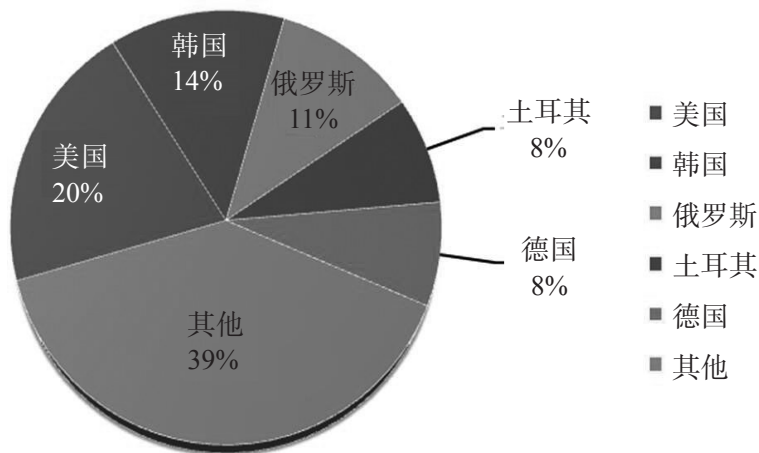


图3 向我国提出取证请求数量最多的五个国家占比

^① 图中的“不详”是指笔者根据司法部现有文档无法查证该取证请求是否得到我国司法部门的执行。下文图表中出现的“不详”均代表类似情形。

二、我国民商事域外取证实践中的问题

(一) 调查取证的成功率较低

通过数据统计可以发现,外国取证请求在我国得到执行的成功率较低。据统计,从2008年1月至2018年9月,我国司法部共收到外国取证请求324件,其中执行66件、退回156件、正在执行的案件为81件。另外,外国请求机关主动撤回3件,因记录信息不完整无法核实是否执行的案件有18件。在外国取证请求的执行率方面,48%的外国取证请求无法得到我国法院的执行,这也意味着每2件外国取证请求中便会有1件被我国司法部门退回。

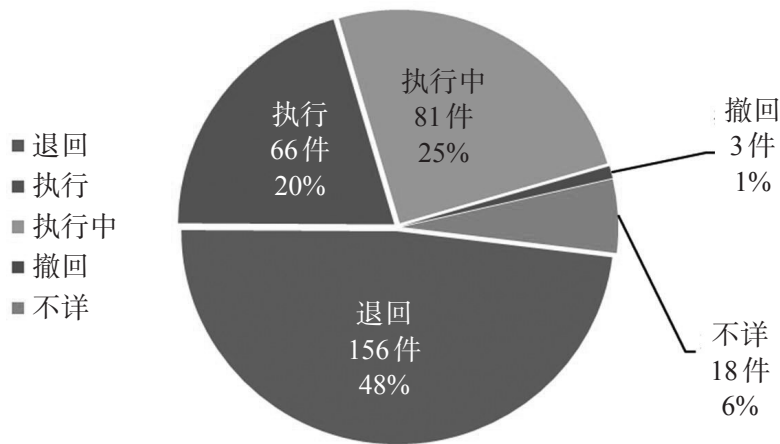


图4 2008—2018年外国取证请求的执行情况

造成外国取证请求执行率较低的主要原因可归结为主观原因和客观原因。其中,主观原因集中表现为外国提出的取证请求不符合《海牙取证公约》或双边条约的形式要求。经统计,在取证请求的退回事由中,64.7%是因为取证请求不符合形式要求而被退回,具体表现在以下三个方面:首先,在请求书的形式上,存在缺少取证请求书、取证请求信息不完整、请求书无公章或公章的真伪存疑等问题;其次,在取证请求内容上,存在取证请求不明确、取证范围为非民商事案件、取证并非用于诉讼程序等现象;最后,在译文上,存在缺少中文译文或者中文译文难以读懂的情形。实践中,因客观原因无法调查取证的案件数量占34%,具体情形包括无法找到被取证人、双方不存在条约关系、违反我国法律规定等。

表1 我国司法机关退回外国取证请求的事由

序号	退回事由	数量/件
1	缺少取证请求书、取证请求书内容不完整、请求书真伪存疑	46
2	请求书缺少翻译、翻译内容不完整、翻译内容无法识别	21
3	请求调取的证据并非用于民商事案件	13

续表

序号	退回事由	数量/件
4	取证请求国与我国无条约关系	7
5	取证请求提出时案件尚未进入司法程序	5
6	调查取证的范围不合理	4
7	调查取证的目的不明确	3
8	请求书调取的证据与案件争议无关联性	2
9	不符合我国根据《海牙取证公约》第23条作出的声明	16
10	请求调取位于中国香港、澳门、台湾地区的证据	16
11	取证请求要求进行宣誓程序	7
12	我国司法机关不能在请求方指定期限内完成取证	6
13	调查取证请求违反中国法律	3
14	调查取证请求危害国家主权安全	2
15	请求机关非司法机关	1
16	请求获取的证据并非用于诉讼程序	1
17	收到取证请求时已超过请求方提供的开庭日期	1
18	不详	2
合计		156

(二)调查取证的周期长、效率低

调查取证的周期长、效率低是国际社会在域外取证领域普遍面临的一个问题,我国也不例外。2008—2018年间,我国法院共执行域外取证请求66件,在6个月内完成取证的有19件,用时6—12个月完成取证的有16件,用时超过12个月的有26件,分别占比28.8%、24.2%、39.4%。

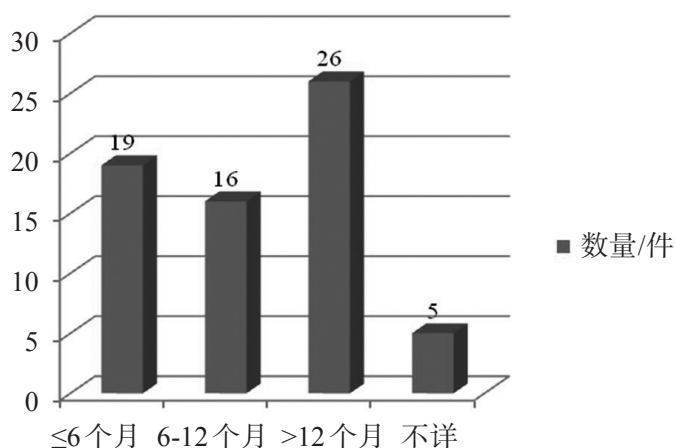


图5 我国司法机关执行外国取证请求的期限

根据海牙国际私法会议的调研,通常情况下,在各缔约国对外国提出的取证请求中,有61%的请求能够在6个月以内完成。与之相比,仅有28.8%的外国取证请求能够在6个月内得到我国司法机关的执行。相较于国际社会的实践,我国协助外国调查取证的执行周期更长、效率问题更加突出。

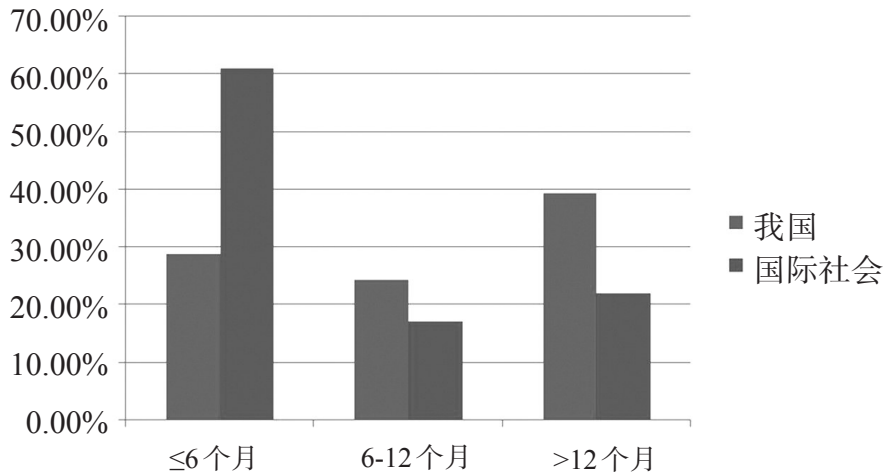


图6 我国同其他《海牙取证公约》缔约国执行效率的对比

(三)中美两国域外取证的法律冲突明显

我国在域外取证中面临的另外一个突出问题是如何应对美国审前证据开示阶段所提出的取证请求。2008—2018年,美国法院共向我国提出66项取证请求,目前仅有2项取证请求得到执行,这意味着美国法院通过司法协助途径提出的取证请求很少获得我国法院的执行。通过表2可以看到,美国是向我国提出取证请求数量最多的国家。但是,在执行过程中,美国向我国提出的取证请求的执行率却是所有国家中最低的,这是一种极为反常的现象。

表2 2008—2018年向我国提出取证请求数量前五位国家的执行情况

序号	国家	取证请求/件	执行/件	执行中/件	退回/件	撤回/件	退回率
1	美国	66	2	19	43	2	65.2%
2	韩国	44	15	19	10	/	22.7%
3	俄罗斯	36	8	9	19	/	52.7%
4	土耳其	26	6	10	10	/	38.5%
5	德国	25	12	7	6	/	24%

美国的取证请求难以获得我国法院执行的主要原因在于其审前证据开示程序。^①美国审前开示文件的取证请求在范围上具有广泛性和随意性的特点,往往触及外国的贸易、科技、金融等领域的机密,甚至可能用于诉讼以外的目的,因此遭到了许多国家的反对和抗议。^②在我国法院退回美方的43项取证请求中,有21项是因为美方请求调查取证的范围过广,而且取证对象多为医药、能源、电子、化工领域的公司,所要调取的文件以及证人证言大多涉及公司的商业机密信息。笔者在调研时注意到这样一份取证请求:在一起由美国法院审理的专利侵权案件中,美国哥伦比亚地区法院曾通过《海牙取证公约》向我国华为和中兴公司取证,其取证请求包括调取两家公司与美国承运商签订的3G和4G无线通信设备相关的协议,两家公司在美国制造、销售或使用3G和4G无线通信设备的开发和制造时间表等涉及企业机密的信息。对于上述取证请求,我国司法部均以不符合我国对《海牙取证公约》第23条的声明为由予以拒绝。

我国一味拒绝美国审前证据开示阶段的取证请求会进一步引发中美两国在域外取证领域的冲突。由于美国法院无法根据条约途径从我国企业或自然人手中获取证据,这会使美国法院认为通过条约途径向我国调查取证并非行之有效的途径。如此一来,美国法院往往会选择绕开《海牙取证公约》,强制要求我国公民或企业按照美国的证据开示程序披露相关证据材料,进而加剧中美两国在域外取证领域的冲突。

(四) 银行信息取证的法律冲突加剧

银行信息的调查取证是中美两国在域外取证领域冲突的一个缩影。2008—2018年,司法部共接收到20份关于银行资料的取证请求,其中近一半是由美国法院提出我国法院仅就蒂芙尼公司诉安德鲁案^③(*Tiffany v. Andrew*, 以下称“蒂芙尼案”)向美方提供了部分银行资料。出于对《海牙取证公约》框架下取证效率和成功率的不满,美国法院频繁绕开该公约的取证渠道,要求我国在美国设立分支机构的商业银行按照美国的审前证据开示程序向法院披露诉讼当事人的银行信息,进而将我国商业银行置于法律上进退两难的境地:如果拒不执行美国法院的裁定,将会被美国法院判以藐视法庭并承担巨额罚款;如果向美国法院提供银行文件,则会违反我国《商业银行法》的相关规定。近年来,中国银行、中国工商银

^① 审前证据开示是美国民事诉讼中的一项支柱性制度,主要规定在美国《联邦民事诉讼规则》第26~37条。在证据开示程序中,诉讼当事人可以通过笔录证言、书面质询书、披露文件和物证、勘验不动产、检查身体和精神状况以及要求自认等方式向对方当事人调查取证。在文件的审前披露方面,一方当事人可以要求另一方当事人出示其占有、保管或控制之下与诉讼有关的文件。See *Federal Rules of Civil Procedure, Rules 26-37*.

^② 参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社2006年版,第176页。

^③ *Tiffany v. Andrew*, 2012 WL 5451259 (S. D. N. Y. 2012).

行、中国农业银行等国有商业银行多次涉案其中,而且多数情况下上述银行是与案件争议没有实质联系的第三方。^①

中国和美国在银行资料取证上的冲突增加了我国商业银行的法律风险。因为中美两国的法律差异,我国的商业银行面临必然违反一国法律的困境。^②此外,中美两国在银行资料取证上的分歧还极大增加了我国商业银行海外经营的成本。在美国的民事诉讼中,尤其是在知识产权诉讼中,部分当事人已经将银行资料的证据开示作为一种诉讼策略,将银行卷入证据开示程序并迫使银行与其进行和解,使得银行成为知识产权侵权人的“替罪羊”。^③例如,在古驰公司诉曲线时尚公司案(Gucci v. Curveal Fashion)^④中,马来西亚大华银行为了摆脱可能面临的双重法律困境,最终选择与原告方进行和解并支付25万美元的和解费用。

(五)应用现代信息技术的态度保守

针对外国提出的通过视频或电话会议进行调查取证请求,我国司法部门一直保持较为保守的态度。2008—2018年,共有7份取证请求涉及通过视频或电话会议向位于中国境内的当事人或证人进行取证。2017年,英国驻华大使馆还专门致函司法部,询问司法部对英国法院针对民商事诉讼向身处中国的证人进行视频会议取证的态度。在处理上述取证请求时,我国司法部门均以我国没有关于视频取证的法律规定为由全部予以拒绝执行。

我国司法部门在现代信息技术取证方面的保守态度很大程度上是因为缺乏法律依据。从《民事诉讼法》及相关司法解释等立法情况来看,并未有法律明确规定可以通过视频协助外国进行调查取证。^⑤此外,在外国提出的视频取证请求中,

① See Gucci America Inc. v. Weixing Li, 2011 WL 6156936 (S. D. N. Y. 2010); Tiffany (NJ) LLC v. Qi Andrew, 276 F. R. D. 143 (S. D. N. Y. 2011); Tiffany (NJ) LLC v. Forbse, 2012 WL 1918866 (S. D. N. Y. 2012); Tiffany (NJ) LLC v. Dong, 2013 WL 4046380 (S. D. N. Y. 2013); Nike Inc. v. Wu, 2018 WL 4907596 (S. D. N. Y. 2018).

② 在古驰公司诉李卫星案(Gucci v. Weixing Li)中,中国银行在国内和美国均被卷入诉讼程序中,且均以败诉告终。在美国,中国银行以违反我国银行保密法为由拒绝向美国法院提供银行资料,被美国法院认为构成藐视法庭并被处以每日5万美元的罚款。迫于美国法院的压力,中国银行最终提交了位于中国境内的相关银行文件。在国内,中国银行因执行美国法院的财产冻结令而被赵某某等起诉。该案的一审和二审法院均支持了赵某某等人的诉讼请求,判令中国银行解除对赵某某等人银行账户的冻结状态。参见[2015]三中民终字第04894号判决书、[2014]朝民初字第25377号判决书、[2014]高民终字第585号判决书。

③ See Geoffrey Sant, *Court-Ordered Law Breaking: U.S. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law*, 81 Brooklyn Law Review 181, 192 (2015).

④ See Gucci America, Inc. v. Curveal Fashion, 09 Civ. 8458 (RJS) (S. D. N. Y. 2010).

⑤ 参见乔雄兵:《信息技术与域外取证:问题、规则与实践》,《武大国际法评论》2010年第1期,第159页。

一般还有要求证人进行宣誓的环节,这在我国同样没有国内法依据。正是基于国内立法的缺失,我国目前并没有通过现代信息技术协助外国法院进行调查取证的实践。

三、问题的成因:基于规范和理念的双重视角

我国在域外取证合作中所面临的问题,可以归结为规范和理念两个层面的原因:从规范层面来说,无论是《海牙取证公约》还是我国的国内立法,并没有在实践中充分发挥其作用;就理念层面而言,我国长期将调查取证视为司法职权的理念在一定程度上制约着我国同外国在调查取证领域的司法合作。

(一)规范视角下的域外取证

良好的制度规范对于保障司法运转的稳定有序具有至关重要的作用。目前在域外取证的规范层面,我国已形成了国际公约、双边条约与国内法有机结合的司法协助法律体系。考虑到外国还可以在互惠基础上通过外交途径请求进行调查取证事项的合作,从理论上讲,我国可以与全球任何一个国家进行调查取证的司法协助。^①但是从具体的实践情况来看,上述规范仍然存在一定的问题,或者说并未在实践中发挥其应有的价值和作用。

1.中外双边司法协助条约在规范性方面的欠缺

前文已提及,外国取证请求在我国的执行成功率较低主要是主观因素造成的,具体表现为大量取证请求因为形式问题而被退回。这一现象很大程度上是因为我国与外国签订的双边司法协助条约的规范性欠缺。具体而言,我国同外国签订的双边司法协助条约中很少提供取证请求书的范本,这也就导致请求国往往根据本国特有的请求书格式提出取证请求,但却往往遗漏部分关键信息。笔者在调研期间注意到,在司法部司法协助交流中心接收到的取证请求书中,不乏有申请人以手写方式提出取证请求的情况,且字迹潦草难以辨认,这无疑增加了取证请求获准的难度。相较而言,为减少因请求书内容不完整所带来的执行障碍,《海牙取证公约》专门为缔约国提供了示范请求书,列出了请求书中所有必须列明的事项。此外,特委会为满足不同缔约国的需求,还专门制定了多种语言的请求书范本。从规范性的角度来看,《海牙取证公约》在这一方面的实践值得我们借鉴和参考。

2.《海牙取证公约》应对美国审前证据开示请求的局限

《海牙取证公约》作为当今世界在民商事域外取证领域内容最完善、影响最广

^① 参见曾朝晖:《〈关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定〉的理解与适用》,《人民司法》2013年第13期,第28-29页。

泛的公约,在一定程度上缓解了各国因国内法律差异所造成的取证方面的障碍。但是必须指出的是,《海牙取证公约》第23条的规定并未解决大陆法系国家与以美国为代表的普通法系国家在审前证据开示方面的分歧,第23条的规定也被认为是该公约最不成功的地方。^①

根据《海牙取证公约》第23条的规定,缔约国可以声明不执行普通法系国家旨在进行审判前证据开示的请求书。实践中,包括中国在内的大多数国家都对《海牙取证公约》第23条作出了保留,即对于普通法国家旨在进行审判前文件调查的请求书,我国仅执行已在请求书中列明并与案件有直接密切联系的文件的调查请求。^②但是对于如何理解保留声明规定中“列明”“直接联系”与“密切联系”,我国司法部门并没有给出明确的指导和客观标准。实践中,对于美国法院通过《海牙取证公约》向我国提出的取证请求,我国司法部门多数笼统地以违反我国加入《海牙取证公约》时对23条所作的声明为由拒绝协助执行。鉴于我国司法机关的做法,美国法院在域外取证时往往认为通过《海牙取证公约》调取我国境内的证据并不具有可行性,因此更加倾向于通过美国的证据开示程序向我国当事人取证。^③由于我国和美国目前并未在民商事领域就调查取证达成任何双边司法协助条约,《海牙取证公约》又无法有效弥合两国在取证方式上的冲突,因此两国目前在域外取证问题上产生了严重的分歧,两国在银行信息取证方面的冲突便是其中的一个缩影。

综上所述,良好的制度规范有助于营造有序的实践环境。《海牙取证公约》以及我国签订的双边司法协助条约为我国同外国开展调查取证的司法合作提供了保障。与此同时,也需要清醒地认识到,我国在《海牙取证公约》的适用以及双边司法协助条约的内容方面仍需要进行细化和升级,以不断适应域外取证合作的需求。

(二)司法职权理念下的域外取证

理念能够为实践提供方向和路径,不同的理念会导致实践路径的不同乃至背道而驰。例如,美国在取证领域奉行当事人主义,当事人及其律师在参与庭审前需要掌握充分的证据来说服法官,调查取证的主导权也掌握在当事人及其律师手

^① 参见乔雄兵:《“域外取证的国际合作研究——以〈海牙取证公约〉为视角”,武汉大学出版社2010年版,第93页。

^② 参见《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入〈关于从国外调取民事或商事证据的公约〉的决定》第2条。

^③ See *Gucci America, Inc. v. Weixing Li*, 2011 WL 6156936, at 8 (S. D. N. Y. 2011).

中。^①但是在奉行职权主义的大陆法系国家,调查取证必须由法官依职权进行,否则便会被视为对司法主权的侵犯。在某种程度上,域外取证领域中许多问题的症结在于理念,而问题的解决同样需要从理念层面着手。

在我国,调查取证一般被视为行使国家司法主权的行为,是一种司法职权。^②在立法中,将调查取证视为行使司法职权的理念集中体现在《民事诉讼法》第277条。根据该条规定,外国机关或个人在未经我国主管机关准许的情况下,不得通过条约途径、外交途径以外的其他方式在我国境内进行调查取证。在司法职权理念下,我国的域外取证工作暴露出以下两点不足:

首先,司法职权理念会导致对取证效率缺乏足够重视。由于调查取证关涉国家司法主权,我国司法机关在开展取证合作时必然会采取慎之又慎的工作态度,不可避免地会造成取证程序的拖沓和低效。例如,我国司法机关一直对特派员取证和现代信息技术取证持保守态度,这一定程度上是考虑到上述取证方式会侵犯我国的司法主权。此外,司法职权理念对取证效率的忽视还突出体现在我国缔结的双边条约中。举例而言,在我国签订的39项涉及民事或商事的双边司法协助条约中,无一例外均规定提供司法协助不得有损于我国的主权、安全或公共秩序。但是在司法协助的效率问题上,除3项双边条约规定取证请求应得到“迅速执行”外,其他条约并未对取证效率的问题给予关注。^③与之形成鲜明对比的是,《海牙取证公约》、欧盟理事会《关于成员国法院之间民商事案件取证合作的第1206/2001号条例》(以下称《欧盟取证条例》)和《美洲国家间关于国外调取证据的公约》(以下称《美洲取证公约》)等国际性、区域性公约都明确司法协助请求应当得到被请求国的迅速执行。

其次,在司法职权理念下容易忽视对民商事主体私权的保护。^④在国际民事诉讼中,调查取证旨在解决双方当事人之间的民商事纠纷,从而实现对当事人私权的保护。但是,在司法职权理念下,域外取证、文书送达已不仅仅关涉私权的保护,而是上升到国家司法主权的高度。如此一来,司法协助领域中普遍存在着私

^① 参见乔雄兵:《跨国民事诉讼证据开示的冲突与统一——以〈跨国民事诉讼规则〉为视角》,《武大国际法评论》2015年第2期,第86页。

^② 我国权威的国际法教科书普遍持这一观点,具体可参见韩德培主编、肖永平主持修订:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第523页;黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年版,第670页;李双元、欧福永主编:《国际私法》,北京大学出版社2015年版,第409页;刘仁山主编:《国际私法》,中国法制出版社2012年版,第422页。

^③ 参见《中华人民共和国和阿拉伯联合酋长国关于民事和商事司法协助的协定》第14条、《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》第18条、《中华人民共和国和科威特国关于民事和商事司法协助的协定》第14条。

^④ 参见王克玉:《国际民商事案件域外取证法律适用问题研究》,人民法院出版社2008年版,第322页。

权让位于公权的现象。例如,国内学者在对我国域外文书送达的实践进行调研时发现,由于外国请求书中含有“中华民国(Republic of China)”字样而被退回的送达请求占 6.52%。^①在域外取证的实践中同样存在类似情形。^②从维护司法主权的角度来讲,退回此类取证请求对于维护国家统一和国家尊严十分必要。但是,这在另一方面却使得当事人承担因无法送达或无法取证所带来的诉讼风险。^③

需要说明的是,一种司法理念的形成与一国的诉讼文化、司法实践息息相关,其本身并无对错之分。本文对取证司法职权理念的反思旨在揭示这样一个问题:在当今社会,跨国民商事交往日益频繁,国际社会愈加重视对民商事主体私人权益的保护,我国在域外取证的司法实践中同样应当顺应时代潮流,在现行法律框架内最大限度地开展高效、便捷的取证合作,从而为跨国民商事交往提供有效的司法服务和保障。

四、我国开展民商事域外取证合作的建议和设想

我国在民商事域外取证领域中面临的困境并非由某个孤立的问题所致,因此走出困境需要从宏观把控、从微观入手,积极总结、借鉴国内外的宝贵经验,坚持便捷高效、保护当事人合法权益的理念,不断完善取证的理论规范,提升司法协助的效率和水平。

(一)规范域外取证程序,升级司法协助条约范本

1. 加强请求书范本的使用,重视法律情报交换

经上文分析可以发现,外国的取证请求难以在我国得到执行主要是取证请求不规范、外国主管机关审查不严等主观原因造成的。为避免基于主观原因引起的取证执行率低下的问题,需要在加强双边对话的基础上对调查取证的国际合作进行规范。

首先,应在双边条约中提供取证请求书的范本。请求书范本的使用可以避免请求书中关键信息的遗漏,方便执行机关进行取证请求的审查和执行,最大程度地避免因为请求书形式缺陷而导致无法执行的问题。在调查取证的国际合作上,为避免各国因取证请求书样式差异带来的不便,海牙国际私法会议提供了请求书的样本供缔约国使用。与此同时,《欧盟取证规则》《美洲取证公约》也都为缔约国提出取证请求提供了统一的范本。现阶段,我国同外国缔结的部分双边条约往往仅在文本中规定取证的合作事项,并未在形式问题上给予更多关注,但是实践中

^① 参见何其生:《域外送达制度研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 16 页。

^② 例如,西班牙曾于 2014 年向我国司法部提出取证请求,因请求书中所列明的是“Republic of China”字样,其取证请求被退回。

^③ 参见何其生:《域外送达制度研究》,北京大学出版社 2006 年版,第 16 页。

取证请求无法得到执行很大程度上是由请求书的形式问题导致的。因此,今后无论是在既有双边条约的升级谈判中还是在缔结新双边条约的过程中,都应该注重司法协助的规范化,为缔约双方提供统一的请求书范本,避免出现因为请求书中关键信息的缺失而造成取证请求无法得到执行的局面。

其次,缔约国之间应加强法律情报的交换工作。我国同外国缔结的双边司法条约均就法律情报交换进行了规定。但是,这一规定并未在实践中发挥其应有的价值。在域外取证中也多次发生因为不熟悉被请求取证国法律而导致取证请求无法执行的情形。例如,司法部的档案记录显示,越南在2011年曾依据双边司法条约请求向位于中国澳门地区的证人进行取证,而事实上中国同越南的双边司法协助条约并不适用于中国澳门地区,因此越南的取证请求被退回。此类案件的发生无疑是令人遗憾的,这在一定程度上也体现出越南对我国“一国两制”法律制度的认知空白。如果缔约国之间能够加强法律情报的交换,加强法律制度的了解,就可以通过正确的渠道请求司法协助,进而提高司法协助的成功率。

2. 尽快启动双边司法协助条约升级工作

现阶段,我国同外国缔结的双边条约无论是在数量上还是在质量上均存在较大的提升空间。从数量上来看,截至目前,我国同外国缔结民商事双边条约共39项,远远低于同期缔结的刑事类的双边条约。^①此外,我国在民商事领域同“一带一路”沿线国家签订的双边条约有26项,还不到“一带一路”沿线国家数量的一半;从质量上来看,目前同我国缔结双边条约的国家,大多局限为邻国或者与我国存在良好政治关系的国家,而与我国存在密切商贸往来的许多国家仍未与我国缔结双边条约。此外,由于部分条约签订时间较早,无论是在内容上还是在形式上均已经难以满足当今国际民事司法协助的要求。^②对于这一情形,我国司法部门应尽快启动双边条约升级谈判,适时推出新型司法协助条约范本,加强同外国的民商事司法协助。^③

就司法协助条约范本的起草和制定而言,应立足于我国《民事诉讼法》等法律法规,结合最高人民法院的司法解释和司法部、外交部的部门规章,充分考虑《承

① 根据外交部的最新数据,截至2019年7月,我国同外国缔结的刑事类双边条约数量达到144项,包括引渡条约57项(39项生效)、刑事司法协助条约45项(36项生效)、民刑事司法协助条约19项(全部生效)、资产返还和分享协定1项(尚未生效)、打击“三股势力”协定7项(全部生效),https://www.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zfxxgk_674865/gknrlb/tywj/tyqk/default.shtml,2020年10月25日访问。

② 参见宋锡祥、朱柏燃:《“一带一路”战略下我国开展国际民商事司法协助的法律思考》,《上海大学学报(社会科学版)》2017年第3期,第47页。

③ 参见乔雄兵:《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助:实践、问题及前景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期,第53页。

认与执行外国仲裁裁决公约》《关于向外国送达民事或商事司法文书或司法外文书公约》《海牙取证公约》《选择法院协议公约》《联合国关于调解所产生的国际协议公约》以及《承认与执行外国国民商事判决公约》等国际性条约的规定,借鉴国际社会在开展司法协助方面的先进经验,进行科学系统的条文设计。

就新型司法协助条约范本的具体内容而言,可以分总则、文书送达、调查取证、法院判决和仲裁裁决的承认与执行、和解协议的执行、其他规定、最后条款七章进行。在调查取证部分,应结合我国现阶段所面临的取证周期较长、成功率较低、中美两国调查取证的法律冲突等问题,通过简化调查取证程序、运用现代信息技术、吸收国际社会应对美国审前证据开示程序的经验,不断提高调查取证效率和成功率。

(二)坚持高效便捷原则,丰富域外取证手段

在 2013 年颁布的《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》和《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定实施细则(试行)》中,最高人民法院已经明确将高效便捷原则作为指导国际司法协助的重要原则。在实践中,高效便捷原则应该得到更多的遵守和运用。

1. 简化请求方出席取证的程序

在域外取证过程中尽可能避免文书转递带来的时间延迟是提高取证效率的关键。现阶段,通过简化请求方出席取证现场的程序可以在一定程度上实现这一目的。

首先,简化取证时间和地点的告知方式。我国同外国签订的双边条约中均允许请求方当事人及其代理人出席取证现场。在具体操作上,执行地法院在确定取证的时间和地点后,会通过本国的中央机关将该信息转递给外国中央机关,继而由外国中央机关通知请求方当事人。这一操作模式的弊端在于信息传递需要经过多个司法部门,大大降低了取证的效率。对此,《海牙取证公约》规定,在请求国司法机关同意的情况下,被请求国司法机关可以直接将取证的时间和地点通知请求方的当事人及其代理人。^①如此一来,省去了请求国和被请求国中央机关之间进行信息传递的过程,可以极大地提高效率。对于这一做法,我国在缔结双边条约时可以进行借鉴,规定在请求国允许的情况下,可以直接由被请求国法院将取证的时间、地点告知请求方当事人。

其次,允许请求方司法机关工作人员到场。在我国同外国签订的双边司法协助条约中,鲜有规定外国司法机关工作人员到场问题。这是因为“外国司法机关

^① See Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, Article 7.

和司法人员的身份同当事人不同,如允许他们在取证程序中到场,担心会造成我国法院的工作处于被动”。^①事实上,请求方的司法工作人员更熟悉本国的证据规则和案件事实,如果允许请求方的司法机关和工作人员到场,可以使取证活动更加具有针对性,从而提升取证活动的效率。^②在这一问题上,我国同样可以借鉴《海牙取证公约》的做法,允许请求方司法工作人员在获得授权的情况下出席取证现场。实践中,在我国与韩国签订的双边司法协助条约中已经允许请求方司法人员在获得许可的前提下到场取证。^③这也说明这一做法在法律上并不存在障碍,在我国今后的司法实践中,可以继续这一方面的实践和尝试。

2. 积极运用现代信息技术破解域外取证难题

现代信息技术在取证领域中的应用,如视频会议、电话会议等,能够克服距离带来的不便,节省取证的时间和金钱成本,减少因证人健康原因、交通不便、自然灾害等因素不能到场作证所带来的不利影响,是解决目前取证效率低下的有效方法。从目前国际社会对现代信息技术的态度来看,其在域外取证领域中的适用是国际合作发展的主流和趋势。举例来讲,欧盟议会和理事会在2018年5月对《欧盟取证条例》提出修改建议,其中最大的亮点在于强调取证合作的数字化,并进一步加强现代信息技术在取证过程中的运用。此外,澳大利亚同韩国、泰国所签订的双边条约均明确规定双方可以通过视频取证的方式提供司法协助。德国、波兰、瑞士在向海牙国际私法会议提交的问卷回复中表明允许在一定条件下通过视频对位于该国的当事人进行取证。^④

从法律依据上讲,虽然我国法律没有明确规定外国法院可以通过现代信息技术向我国进行取证,但是法律也并未明确禁止。事实上,现代信息技术早已经在我国刑事司法协助领域得到应用。在中国和意大利、英国、比利时签订的双边刑事司法协助条约中,便存在允许请求方通过视频会议获取证言或者陈述的规

① 参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社2006年版,第208页。

② 参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社2006年版,第208页。

③ 参见《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》第19条。

④ See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (Ec) No.1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters, p.2. See also Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between Australia and the Republic of Korea, Article 24; Agreement on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters and Cooperation in Arbitration between the Kingdom of Thailand and Australia, Article 19; Synopsis of Responses to the Country Profile Questionnaire on the Taking of Evidence by Video-Link under the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, <https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/evidence>, visited on 25 February 2020.

定。^①此外,根据我国最高人民法院的司法解释,在内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托调取证据的过程中,可以通过视频、音频向证人、鉴定人调查取证。^②这表明现代信息技术在我国司法协助领域中的运用并不存在法律上的障碍。

从技术层面出发,我国法院的信息化程度和硬件设施也能够满足利用现代信息技术进行取证的要求。近几年,我国法院的信息化建设取得了丰硕成果。人民法院系统已经建成“全国四级法院联网的国际司法协助信息化管理平台”,该平台于 2016 年 1 月投入使用,从而“实现了对国际司法协助案件在各个环节的实时管理、全程管理和动态跟踪”。^③在此基础上,促成人民法院信息管理平台和司法部信息平台的对接,实现中央机关和主管机关之间的信息共通、共享,有助于最大限度地提高取证的效率。

(三)积极借鉴域外经验,妥善应对审前文件开示请求

1. 部分执行美方的取证请求

针对美国通过《海牙取证公约》提出的取证请求,我国司法部门可以考虑部分执行美方的调查取证请求,避免全盘拒绝取证请求的情形。如前文所述,美国的审前证据开示程序具有广泛性的特点,往往会涉及一国的金融、科技、贸易等机密信息。如果全部执行美方提出的取证请求,容易造成国家机密信息的泄露。但是,如果全盘拒绝美方的取证请求,则会使美国法院绕开条约的途径,单边进行审前证据开示,进而将我国企业或公民至于进退两难的境地。对此,我国司法机关在面对美方的调查取证请求时,可以对其调查取证的范围进行甄别,对于不涉及国家主权、安全和公共利益的证据材料,酌情予以协助。在这一方面,海牙国际私法会议也曾表示,对于请求国提出的取证请求,如果根据被请求国法律部分取证请求无法执行,被请求国仍可以执行剩余部分的取证请求,而非全部予以拒绝。^④

需要指出的是,部分执行的方法虽然能够在一定程度上缓解美国审前证据开示程序所引发的法律冲突,但是并非万全之策。实践中,有美国法院认可我国司法部门部分执行美方取证请求这一做法的先例。在上述蒂芙尼案中,美国法院通

^① 参见《中华人民共和国政府和意大利共和国政府关于刑事司法协助的条约》第 5 条、《中华人民共和国和澳大利亚关于刑事司法协助的条约》第 6 条、《中华人民共和国和比利时王国关于刑事司法协助的条约》第 10 条。

^② 参见《最高人民法院关于修改〈关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排〉的决定》第 8 条。

^③ 孙劲、曾朝晖:《新时期人民法院国际司法协助的进展、特点和趋势》,《人民司法》2017 年第 1 期,第 12-13 页。

^④ See HCCH, Practical Handbook on the Operation of the Hague Evidence Convention 121, 2017.

过《海牙取证公约》请求获取与被告相关的银行账户资料。我国法院仅执行了美方的部分取证请求,对于其他与诉讼程序无直接和密切联系的取证请求,则拒绝予以协助。尽管在该案中美国法院接受了我国司法部门提供的证据,但是从后续的司法实践情况来看,我国司法部门仅部分执行证据开示请求的做法并未被美国法院所广泛接受。例如,在耐克公司诉吴案(Nike v. Wu)^①中,弗里曼(Freeman)法官注意到我国司法部门在蒂芙尼案中仅仅执行了部分证据开示请求,由此认为通过《海牙取证公约》向我国调查取证并非一条有效途径,进而强制要求我国六家银行按照美国的证据开示程序披露相应的银行文件。如果我国银行拒绝予以协助,则会面临藐视法庭的处罚,并承担巨额罚金。因此,在应对美国审前证据开示方面,我们还应采取其他措施予以妥善应对。

2. 充分发挥阻断性立法的作用

美国证据开示程序的域外适用引起了国际社会的普遍不满和反对,其中较为重要的应对方式便是进行阻断性立法。在域外取证领域,阻断性立法是指通过立法的形式,明确禁止本国公民或法人向美国法院提交位于本国境内的文件等证据,并对违反者进行处罚。^②实践表明,国际社会在20世纪40年代便通过制定阻断性立法来应对美国证据开示程序的域外适用,并在20世纪70年代进入立法的高潮期。在这一方面,比较具有代表性的法律包括加拿大安大略省1947年《商业记录保护法》、澳大利亚1976年《外国程序法(禁止特定证据)》、英国1980年《保护贸易利益法》、法国1980年《第80-538号法律》以及加拿大1984年《外国域外措施法》等。^③有学者总结,阻断性立法的类型大致分为三类:第一,绝对禁止型,即本国公民或法人不得向外国法院提供任何类型的文件;^④第二,自由裁量型,即由法

① See Nike v. Wu, 2018 WL 4907596 (S. D. N. Y. 2018).

② See M. J. Hoda, *The Aerospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It*, 106 California Law Review 231 (2018).

③ See Business Records Protection Act, 1947, Ont. Rev. Stat. c.54 (1970) (Canada); Law No.68-678 of 26 July 1968, Relating to the Communication of Economic, Commercial, Industrial, Financial or Technical Documents and Information to Foreign Individuals or Legal Entities, As Modified by French Law No.80-538 16 July 1980 (France); Protection of Trading Interests Act of 1980 (the United Kingdom); Foreign Extraterritorial Measures Act, Can. Stat. 1984, c.49 (Canada); Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act 1976, Repealed by Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act of 1984 (Australia).

④ 例如,法国1980年的《第80-538号法律》第1条规定:如果提供信息将给法国带来损害,任何法国公民都不得向外国公共机构提供经济、商业、工业、金融或技术方面信息。参见乔雄兵:《民商事域外取证中的障碍立法探析》,《云南大学学报(法学版)》2010年第4期,第99页。

律指定的主管部门决定是否可以向外国法院提供相应的文件;^①第三,混合禁止型,即综合包括绝对禁止和自由裁量两种形式的立法。^②近年来,越来越多的国家和地区意识到阻断性立法的重要性,相继颁布或更新本国的阻断性立法。例如,2018年5月8日,美国政府宣布退出《联合全面行动计划》,并决定恢复之前停止实施的与伊朗有关的制裁法律。对此,欧盟迅速对1996年《反对第三国立法域外适用的条例》进行修订,更新了条例的附录部分。^③同时,国内许多学者也建议借鉴域外经验,通过制定阻断性立法来应对美国法院对中国企业的长臂管辖。^④

2021年1月9日,商务部公布《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(以下简称《阻断办法》)。《阻断办法》的出台标志着我国正式从法律法规层面展开对美国法律与措施不当域外适用的反制。从《阻断办法》的规定来看,^⑤国务院商务主管部门可以发布禁令,要求相关当事人不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法

① 例如,英国1980年《保护贸易利益法》第2条规定,英国国务大臣有权决定禁止向外国任何法院、法庭或当局提供任何不在该国领土管辖范围以内的商业文件或向外国法院、法庭或当局提供任何商业情报。参见乔雄兵:《民商事域外取证中的障碍立法探析》,《云南大学学报(法学版)》2010年第4期,第100页。

② 例如,加拿大于1976年制定的《铀类信息安全规则》规定,禁止任何人将加拿大在1972年至1975年间开发、销售铀的相关信息提供给外国法院,除非事先取得加拿大联邦能源部、矿物部的同意。参见乔雄兵:《民商事域外取证中的障碍立法探析》,《云南大学学报(法学版)》2010年第4期,第100页。

③ See Commission Delegated Regulation (EU) 2018/1100 of 6 June 2018 Amending the Annex to Council Regulation (EC) No.2271/96 Protecting against the Effects of Extraterritorial Application of Legislation Adopted by a Third Country, and Actions Based Thereon or Resulting Therefrom.

④ 参见肖永平:《“长臂管辖权”的法理分析与对策研究》,《中国法学》2019年第6期,第62页;肖永平、焦小丁:《从司法视角下看中国法域外适用体系的构建》,《中国应用法学》2020年第5期,第84-85页;廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》,《环球法律评论》2019年第3期,第175页;杨永红:《次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开》,《法商研究》2019年第3期,第176页;杜涛:《国际经济制裁法律问题研究》,法律出版社2015年版,第324-325页。

⑤ 《阻断办法》主要规定了以下六个方面的内容:一是工作机制。国家建立由中央国家机关有关部门参加的工作机制(以下简称“工作机制”),负责外国法律与措施不当域外适用的应对工作。二是及时报告。根据规定,中国公民、法人或其他组织遇到外国法律与措施不当域外适用,即禁止或限制其与第三国(地区)开展正常经贸及相关活动的,应在30日内向国务院商务主管部门报告。三是发布禁令。经评估确认有关外国法律与措施存在不当域外适用情形的,工作机制可以决定由国务院商务主管部门发布禁令。禁令的具体内容包括要求相关当事人不得承认、不得执行、不得遵守有关外国法律与措施的禁令。四是司法救济。因外国法律与措施的不当域外适用遭受损失的,中国公民、法人或其他组织可在国内法院起诉,要求予以赔偿。五是处罚制度。对违反如实报告义务和不遵守禁令的行为,给予相应处罚。六是豁免制度。中国公民、法人或者其他组织可以向国务院商务主管部门申请豁免遵守禁令。

律与措施的禁令。^①因外国法律或措施的不当域外适用遭受损失的个人或企业,可以在国内法院提起诉讼要求赔偿。^②一般而言,《阻断办法》中的“措施”包括美国法院对我国企业或个人作出的证据开示命令。但是,从《阻断办法》的适用范围来看,该办法仅适用于特定情形,即外国法律与措施的域外适用违反国际法和国际关系基本准则,不当禁止或者限制中国公民、法人或者其他组织与第三国(地区)及其公民、法人或者其他组织进行正常的经贸及相关活动的情形。^③根据学者的解读,《阻断办法》实际上适用于“次级制裁”的情形。^④所谓“次级制裁”,即经济制裁的发起国禁止其他国家与经济制裁的目标国进行贸易。^⑤如此一来,面对美国法院在民商事纠纷中作出的证据开示命令,我国主管部门很难依据《阻断办法》的规定作出禁令,我国银行也难以依据《阻断办法》就其损失进行追偿。由此可见,受适用范围的限制,《阻断办法》的规定目前尚不能对美国证据开示程序的域外适用产生有效的阻断。

《阻断办法》在适用范围上的局限性意味着,为切实保护我国企业免受美国证据开示程序所带来的消极影响,我国仍需要不断完善和升级阻断性立法体系。在针对美国证据开示程序的域外适用方面,结合美国法院的判例,我国在设计阻断性立法时需明确相应的处罚措施并严格予以执行。面对外国的阻断性立法,美国法院在既往判例中传递出这样一个信号:对于向美国法院提供证据文件的外国自然人或法人,如果外国主管机关并未依照本国阻断性立法对其进行处罚,那么该阻断性立法将不会得到美国法院的尊重。^⑥例如,在一起涉及违反美国对朝鲜制裁的大陪审团调查中,美国哥伦比亚特区联邦地区法院要求我国三家银行提供位于中国境内的银行文件。对此,我国《国际刑事司法协助法》明确禁止我国自然人或法人在未经主管机关同意的情况下向外国法院提供证据材料。^⑦此外,我国司法部曾致函美国法院,指出该三家银行如果向美国法院提交证据文件,则会违反我国《商业银行法》等法律并遭受民事或刑事处罚。但是,由于我国《国际刑事司

① 参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第7条。

② 参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第9条。

③ 参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》第2条。

④ 参见《保护正当合法权益 维护国际经贸秩序——权威专家就〈阻断外国法律与措施不当域外适用办法〉答记者问》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202101/20210103029706.shtml>, 2021年1月17日访问。

⑤ 参见杜涛:《国际经济制裁法律问题研究》,法律出版社2015年版,第26页。

⑥ See M. J. Hoda, *The Aerospace Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It*, 106 California Law Review 232 (2018).

⑦ 《国际刑事司法协助法》第4条第3款规定:“非经中华人民共和国主管机关同意,外国机构、组织和个人不得在中华人民共和国境内进行本法规定的刑事诉讼活动,中华人民共和国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料和本法规定的协助。”

法协助法》并未规定相应的处罚措施,也并未有先例证明我国银行曾在美国的证据开示程序中因为向美国法院提交证据材料而遭受处罚,^①因此美国法院最终还是决定强制要求我国三家银行按照证据开示程序披露相关文件。由此可见,我国在升级和完善阻断性立法时,一方面需要建立相应的惩罚机制,另一方面也需要注重惩罚机制的执行。否则,阻断性立法将会很难对美国法院的决定产生影响。

五、结语

近年来,我国积极协助外国进行民商事证据的调查取证,积累了丰富的经验,同时也暴露出了一些问题。要解决这些问题,从微观层面需要通过规范取证程序减少因主观原因造成的取证请求无法执行的情形,避免司法资源的浪费;通过现代信息技术的运用等方式提高调查取证的合作效率;重点关注中美之间在取证领域的法律冲突,尤其是美国证据开示程序下对我国商业银行的取证问题,充分发挥阻断性立法的作用。从宏观层面而言,要致力于构建全球司法协助网络体系,尽快启动双边条约的升级谈判工作,在总结实践经验教训的基础上起草新型司法协助条约范本,为旧条约的升级与新条约的签订提供借鉴和参考。

同时,我们也应该注意到,解决域外取证领域中的难题是一项复杂的系统工程,需要兼顾诸多因素,并不能单纯从某个孤立的角度进行考虑。例如,相较于国际社会,我国现阶段的司法实践中的确存在取证效率低下的情形,但是如果考虑到我国整个法院系统的负荷情况,我们或许可以从新的角度来重新审视这一问题。2018年,地方各级人民法院受理案件2800万件,审结、执结2516.8万件。^②这意味着全国约12万名员额制法官人均受理案件233.3件。考虑到东西部经济发展水平差异,东部经济发达地区的法官人均受理案件的数量将远远高于这一数字。由此我们可以发现,要提升我国国际司法协助的效率,或许还需要从国内法官的减负工作入手。

总而言之,妥善应对、解决我国现阶段在民商事域外取证中的问题和困难绝非一日之功,需要从多方面入手、综合考量。不过随着国际司法协助工作的不断规范、信息化建设的稳步推进,我国国际司法协助的水平定将不断提升,从而更好地保障诉讼当事人的合法权益。

^① 在古驰公司诉李卫星案(Gucci v. Weixing Li)中,中国银行迫于美国法院的压力最终提交了位于中国境内的银行文件。但是,根据公开的文件显示,中国银行并未因此事遭受任何处罚。

^② 参见周强:《2019年3月12日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上最高人民法院工作报告》, http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/19/c_1124253887.htm, 2020年2月25日访问。

China's Judicial Practice on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters: Current Situation, Problems and Solutions

Abstract: This article conducts an empirical study regarding Chinese judicial authorities' practice on assisting foreign countries to obtain evidence located in China from 2008 to 2018. After the analysis, it is found that some problems exist in practice, including the long period of execution and low success rate of execution. Meanwhile, the U.S. pretrial discovery and the modern information technology also bring new challenges and demands to China's judicial practice on taking of evidence. The causes behind these problems are two-fold. First, the Hague Evidence Convention and bilateral treaties on judicial assistance have failed to play its expected role. Second, Chinese judicial authorities' idea that taking of evidence is a an act within judicial functions and powers has also restricted China's judicial cooperation with foreign countries. To solve the problems, a two-pronged approach should be adopted. On one hand, a model bilateral treaty on judicial assistance in civil and commercial matters should be drafted so as to standardize and improve China's judicial cooperation mechanism. On the other hand, China's judicial authorities should simplify the procedures for obtaining evidence by following the principle of efficiency and convenience. At the same time, in order to solve the conflicts of laws between China and the United States in the field of taking of evidence, China is advised to learn valuable experiences from foreign countries and take maximum advantage of the blocking statutes.

Key Words: taking of evidence abroad; judicial assistance; pretrial discovery; modern information technology; blocking statutes

(责任编辑:乔雄兵)