

两岸民事调查取证互助问题

——以“取得证言及陈述”为例

于 飞

内容摘要：《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》原则性规定了两岸调查取证互助问题。“取得证言及陈述”是两岸民事调查取证互助的重要内容。大陆与台湾地区有关证人证言和当事人陈述的民事证据规定及其适用存在差异。两岸都规定了证人的作证义务，台湾地区还规定了证人的拒绝证言权；两岸关于作为证据的陈述的规则都经历了发展完善的过程，且表现出内容的趋同，但在具体适用时的评估标准可能不尽相同。根据司法互助的法律适用机制，两岸相互协助调查取证应主要适用受请求方相关规定，同时在一定条件下，可例外适用请求方相关规定。因而，须对上述司法互助协议中规定的“依己方规定”、“依请求方要求”、“尽力”等作具体分析与解读。

关键词：《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》 民事调查取证互助
证人证言 当事人陈述

一、两岸民事调查取证互助的基础

民事调查取证是民事诉讼赖以进行的必要程序，也是区际司法协助必不可少的内容。长期以来，两岸司法协助主要以“单边立法”为基础，大陆海协会与台湾海基会签署《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（以下简称《司法互助协议》），开启了“双向协议”模式。《司法互助协议》第8条“调查取证”规定：“双方同意依己方规定相互协助调查取证，包括取得证言及陈述；提供书证、物证及视听资料；确定关系人所在或确认其身份；勘验、鉴定、检查、访视、调查；搜索及扣押等。受请求方在不违反己方规定前提下，应尽量依请求方要求之形式提供协助。受请求方协助取得相关证据资料，应及时移交请求方。但受请求方已进行侦查、

* 两岸关系和平发展协同创新中心两岸共同事务合作治理制度化平台成员，厦门大学法学院教授、博士生导师。

起诉或审判程序者,不在此限。”按照大陆《民事诉讼法》第64条规定,证据包括当事人的陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录。证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。台湾地区“民事诉讼法”规定的证据方法包括人证、鉴定、书证、勘验、当事人讯问。法院经这些方法调查取证后所得之资料或结果,谓之证据资料,如证人之证言、鉴定人之意见、书证之内容、勘验之结果等。^①法律没有规定具体的采用和评定证据的规范,对这些证据资料,完全由法官“自由心证”。^②《司法互助协议》规定的民商事取证互助范围包括:取得证言及陈述;提供书证、物证及视听资料;确定关系人所在或确认其身份;勘验、鉴定等。

《司法互助协议》中规定的调查取证包括刑事、民事两个方面。在司法实务运作上,该协议的最大功效在于司法文书送达与调查取证,人民法院办理的涉台调查取证司法互助案件已涉及所有证据形式和取证方式。在民事诉讼中,对于调查取证的证据适格性之争较为和缓,不如刑事诉讼那般尖锐与敏感。^③但从大陆基层法院的实践来看,“通过司法互助请求台湾方面调查取证的事项主要是台湾当事人的身份情况和住址,以确保诉讼主体真实存在和司法文书送达程序合法。至于其他涉及双方当事人之间商事行为的证据,极少通过司法互助进行调查取证”。^④因此,就两岸民事调查取证而言,依照《司法互助协议》规定的互助仍处于较低水平状态,需进一步拓展实施空间,提升互助层次。而且,《司法互助协议》把民事与刑事司法协助混同规定,有关民事调查取证的规定较为原则和模糊,其在实践中的运用仍需进一步分析和解读。

两岸民事证据制度的差异增加了两岸取证互助的复杂性。在证据法中,证人证言和当事人陈述是重要的证据形式,《司法互助协议》也把“取得证言及陈述”列置于取证互助的首位,足见其被两岸司法互助所重视。但两岸民事取证互助脱离不了两岸民事证据制度,两岸有关物证、书证、勘验、鉴定等证据方式的制度共性相对较多,差异主要表现在证人证言及当事人陈述方面。^⑤

① 杨建华:《民事诉讼法要论》,三民书局有限公司2009年版,第283页。

② 黄进主编:《中国的区际法律问题研究》,法律出版社2001年版,第158页。

③ 廖正豪:《〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉之实践》,载马新岚主编:《海峡两岸司法实务热点问题研究》(上),人民法院出版社2015年版,第37页。

④ 彭建华、庄晓梅:《从尝试到创新:推进涉台商事审判之探讨》,载马新岚主编:《海峡两岸司法实务热点问题研究》(下),人民法院出版社2015年版,第703页。

⑤ 基于此,本文的探讨主要以取得证言及陈述为例而展开。

二、两岸民事证据制度中的证言

证言即证人证言。依法院之命,于他人间之诉讼,陈述自己观察具体事实之结果之第三人,谓之证人。^①证人就自己了解的案件事实向法院所作的陈述即为证言。证人证言的首要特征在于其为一种言词证据,是由证人将其所感知的案件事实向法院进行陈述而形成的,具有直观性与明确性,成为现代民事诉讼使用最广泛的一种证据。

(一)证人的作证义务

大陆《民事诉讼法》第72条第1款规定:“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。”台湾地区“民事诉讼法”第302条规定:“除法律别有规定外,不问何人,于他人之诉讼,有为证人之义务。”可见,两岸均规定证人作证乃诉讼法上之义务,为公法上之义务。

按照台湾地区相关规定,证人义务包括到场义务、陈述义务及具结义务。^②到场义务即证人依法院通知书上指定的日期及处所到场的义务。台湾地区“民事诉讼法”第316条第2款规定:“证人在期日终竣前,非经审判长许可,不得离去法院或其他讯问之处所。”此处“到场”之场所不仅指法庭,还包括其他讯问场所。如遇证人不能到场(如证人患病不能行动),或有其他必要情形时(或涉及不动产之诉讼,必须由证人在现场指明等),得就其所在询问之。证人不能到场时,在一定条件下可以书状为陈述,也可以声音及影像相互传送之科技设备而直接询问。陈述义务,即证人陈述事实的义务。这是证人的主要义务,证人到场后,对于法官之讯问,无论其知悉与否,均应作答,不得默不作答或拒绝陈述,否则,即违反证言义务。但是基于人情或事实上的理由,证人也享有证言拒绝权。

具结义务,“证人应确切保证其陈述均属真实,具结即系为此保证;同时亦为刑法上伪证罪成立要件之一”。^③审判长于询问前,应命证人个别具结。在证人不能到场而以书状陈述或以音像设备询问前或后亦得具结。台湾地区还规定了具结义务的绝对免除与相对免除,前者如未满十六岁或因精神障碍不了解具结意义及其效果之人;后者如应拒绝证言却不拒绝者、当事人的受雇人或同居人、与诉讼结果有直接利害关系者等。

大陆《民事诉讼法》原则上也要求证人应出庭以口头形式向法院陈述案件,从

① 杨建华:《民事诉讼法要论》,三民书局有限公司2009年版,第300页。

② 杨建华:《民事诉讼法要论》,三民书局有限公司2009年版,第300-306页。

③ 杨建华:《民事诉讼法要论》,三民书局有限公司2009年版,第306页。

《民事诉讼法》第72条的规定来看,证人的义务为“出庭”,该措辞与“到场”不完全等同。根据《民事诉讼法》第73条的规定,经人民法院通知,证人应当出庭作证。但因证人健康原因、路途遥远、交通不便、自然灾害等不可抗力及其他正当理由不能出庭的,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。《民事诉讼法》并没有具结的规定,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第119条第1款规定:“人民法院在证人出庭作证前应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果,并责令其签署保证书,但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。”此乃具结及其例外的规定。

《民事诉讼法》规定证人有义务出庭作证,但法律并无强制证人出庭作证的措施。台湾地区则规定,如证人受合法通知,却无正当理由拒不到场者,法院得以裁定处以一定金额的罚款。

(二)证人的证言拒绝权

证人的证言拒绝权,是现代法治国家对证人作证义务的一种法定免除。大陆法系认为证言拒绝权的内涵是负有作证义务的证人被法院要求提供证言时,基于法律规定对此加以拒绝的公法上的抗辩权。英美法系类似于大陆法系的证言拒绝权的是证人的保密特权,在用于拒绝作证时又被称为拒绝特权。^①《德国民事诉讼法》、《法国民事诉讼法》、《日本民事诉讼法》、《美国联邦证据规则》等都规定了证人的证言拒绝权,目的在于确保发现真实与保障证人及其证言所涉国家、社会与个人权益间的平衡,使证人在不违反国家、社会利益的前提下行使权利,增加证人的作证安全感和作证积极性。而且,“证言拒绝权的享有主体基本上界定在证人或相关当事人的亲属、姻亲,或者持有特定职务获取有关情报的人”。^②证人得援引证言拒绝权进行抗辩的事项主要包括:有可能引发刑事追诉或者遭受处罚的事项;可能招致名誉损毁的事项;可能招致财产、利益损失的基于职务获知的秘密事项等。^③正如美国学者乔恩·R. 华尔兹针对证人拒绝作证权所言:“社会期望通过保守秘密来促进某种关系。社会极其重视某些社会关系,为捍卫保守秘密的本性,甚至不惜失去与案件结局关系重大的信息。”^④这样的“不惜失去与案件结局关系重大的信息”的价值转换,体现在民事证据制度上,就是对证人证言拒绝权的保

① 陈春华主编:《民事证据法专论》,厦门大学出版社2002年版,第427页。

② 刘军:《论证人的证言拒绝特权》,《法学》1999年第5期,第27页。

③ 参见郭雳:《试论民事诉讼中证人的证言拒绝权》,《政府法制》2001年第6期,第54页。

④ [美]乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第283页。

障。

《民事诉讼法》第75条第2款规定:“当事人拒绝陈述的,不影响人民法院根据证据认定案件事实。”学者研究后认为,该条款只能得出法律赋予当事人拒绝陈述权的结论,民事诉讼法并不存在关于证言拒绝权的规定,^①或者至少没有明确规定证人的证言拒绝权。台湾地区“民事诉讼法”第307条规定:“证人有下列各款情形之一者,得拒绝证言:一、证人为当事人之配偶、前配偶、未婚配偶或四亲等内之血亲、三亲等内之姻亲或曾有此亲属关系者。二、证人所为证言,于证人或与证人有前款关系之人,足生财产上之直接损害者。三、证人所为证言,足致证人或与证人有第一款关系或有监护关系之人受刑事诉追或蒙耻辱者。四、证人就其职务上或业务上有秘密义务之事项受讯问者。五、证人非泄露其技术上或职业上之秘密不能为证言者。得拒绝证言者,审判长应于讯问前或知有前项情形时告知之。”这就确定了证人得因身份关系、因避免自证其罪、因业务及职务秘密等原因而拒绝证言,反映法律在发现真相、解决纠纷与实现其他社会利益间的价值选择,以达到法律追求的诉讼内利益和稳定社会关系利益间的平衡。

三、两岸民事证据制度中的陈述

“陈述”即当事人陈述。当事人陈述意义广泛且复杂,理论及立法对其有不同的认识及规定。

(一)陈述的理论界定

从功能看,当事人陈述可以分为三个层次:一是当事人为了支持其诉讼请求而向法院陈述的事实根据,即关于主要事实的主张。二是当事人对于不利于自己的事实的真实性的认可,即自认。自认具有排除事实争议、限缩证明对象的功能。三是当事人作为证据方法而就其亲历所知向法院陈述有关案件事实,以作为证据资料供法院参考。这个意义上的当事人陈述的功能是作为证明的手段,亦即证据功能。^②从性质看,当事人陈述具有双重属性。一方面,当事人作为诉讼主体,在向法院提出诉讼请求时,须从事实与法律两方面提供支持其请求的理由,并以当事人向法院作出陈述的形式来表现;另一方面,当事人陈述作为一类民事诉讼证据,可以与其他证据相互印证配合,证明案件事实。当事人必须接受法官的讯问并如实陈述事实,以使法院掌握争点,发现案件事实之真伪。就此意义而言,

^① 参见刘军:《论证人的证言拒绝特权》,《法学》1999年第5期,第25页。

^② 翁晓斌、宋小海:《论民事诉讼当事人陈述的功能》,《现代法学》2007年第6期,第108-109页。

当事人视如证人,法官以其所为之陈述作为证据,当事人也负有与证人一样的到场、陈述与具结义务。学界把当事人作为诉讼主体而为陈述称为当事人本人听取制度,为证据方法之地位而为陈述称为当事人询问(台湾地区称为讯问)制度。^①这两种陈述性质不完全相同,前者主要解明事实,提供诉讼资料;后者则为提供证据资料。台湾地区学者认为:“当事人讯问中即使对主要事实已为陈述(证据),若无当事人听取之陈述(主张),即无可审判之事实,基于辩论主义,仍不得将该当事人讯问所陈述之事实作为判决之基础。同理,如仅有当事人听取之陈述(主张),而无当事人讯问之陈述(证据),能否作为事实认定之依据,学说仍有争议。”^②当事人讯问中为陈述者,并不须有诉讼能力,“纵当事人欠缺诉讼能力,法院亦得对其为当事人讯问”。^③当事人讯问中所为不利于己的陈述,也不发生自认效果。

(二)陈述的法律效果

英美法系一般不把当事人陈述作为一种独立的证据而规定在其程序法律的证据章节中,它们把当事人陈述与诉讼中的自由处分原则和辩论原则相结合,规定在言辞辩论中。^④大陆法系把当事人陈述作为证据资料而利用且主要采取两种做法:一种是将当事人陈述作为补充性证据,只有在法官无法依据其他证据确定案件事实真伪时,才就待定事实询问当事人,如德国;另一种是对当事人陈述的适用不加限制,是否及何时询问当事人由法官根据案情自由确定,如日本。俄罗斯民事诉讼法继承苏联做法,将当事人陈述作为独立的证据形式,但立法并非简单地把陈述作为证据使用,而是要求法院将陈述与其他证据对照,用其他证据来审查当事人陈述,且被其他证据证明为真实后才以其为证据。^⑤

大陆2012年修改后的《民事诉讼法》第63条把原来列举为证据第五项的“当事人陈述”提前至第一项,显示出对陈述的重视。该法第75条规定:“人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据。”当事人拒绝陈述的,不影响人民法院根据证据认定案件事实。”这就是说,《民事诉讼法》规定的是单一证据意义下的陈述,并不包括类似上述当事人听取制度下的

① 参见陈春华主编:《民事证据法专论》,厦门大学出版社2002年版,第369页。

② 杨建华主编:《海峡两岸民事程序法论》,月旦出版社股份有限公司1997年版,第320页。

③ 姜世明:《民事诉讼法》(下册),新学林出版社股份有限公司2013年版,第203页。

④ 陈春华主编:《民事证据法专论》,厦门大学出版社2002年版,第369页。

⑤ 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第363页。

陈述。该规定与苏联做法一致,虽规定当事人陈述为单独的证据形式,但其地位仍为辅助性,需要与其他证据结合进行综合判断,以确定能否作为认定案件事实的依据。如前所述,同一事实陈述具有双重属性,它们既是事实主张,又是证明这一主张的证据,当事人既是诉讼主体又是证据来源。两者之间存在明显的冲突和矛盾。《民事诉讼法》未区分一般意义上的陈述还是证据意义上的陈述,没有规定拒绝陈述的后果、虚假陈述的防范,“证明对象与证据之间的界限变得模糊不清”^①。台湾地区学者也因此提出疑问:按照《民事诉讼法》第63条的规定,以当事人的陈述为一种主要证据,与上述当事人讯问制度近似,但依第75条第2款规定,当事人并不像证人一样有陈述义务,又与当事人讯问制度有异。^②

2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》参考大陆法系经验,将法院询问时的当事人陈述作为一种特殊情形,赋予其独立的证据效力。其第110条规定:“人民法院认为有必要的,可以要求当事人本人到庭,就案件有关事实接受询问。在询问当事人之前,可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书,待证事实又欠缺其他证据证明的,人民法院对其主张的事实不予认定。”这一规定确定法院询问当事人的条件,即“法院认为有必要的”;询问当事人时的具结,用以保证当事人对自己的陈述行为负责;当事人拒绝接受询问的后果,即对其主张的事实不予认定,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

台湾地区“民事诉讼法”第四章(诉讼程序)第五节(言词辩论)第193条第1款规定:“当事人应就诉讼关系为事实上及法律上之陈述。”第195条规定:“当事人就其提出之事实,应为真实及完全之陈述。当事人对于他造提出之事实及证据,应为陈述。”此为当事人听取制度下之陈述。台湾地区2000年2月修订的“民事诉讼法”在第二编第一章第三节第五目之一增加了“当事人讯问”。法院为阐明案情及整理争点,固得依第203条第1款及第269条第1款之规定,命当事人本人到场,而以其陈述作为第222条第1项全辩论意旨之一部分加以斟酌,但尚不得迳以当事人之陈述作为证据资料,实有碍法院发现真实及促进诉讼迅速进行,故为发挥当事人本人陈述之功能,增订第五目之一当事人讯问。”^③台湾地区“民事诉讼法”

① 李浩:《民事证据立法前沿问题研究》,法律出版社2007年版,第294页。

② 杨建华主编:《海峡两岸民事程序法论》,月旦出版社股份有限公司1997年版,第321页。

③ 姜世明:《民事诉讼法》(下册),新学林出版社股份有限公司2013年版,第202页。

第367条之一规定：“法院认为必要时，得依职权讯问当事人。”此系以当事人陈述为证据，乃属法院调查取证之方法，并非当事人就诉讼关系提出事实。^①具结是一种保证，为陈述的真实性提供保障，台湾地区“民事诉讼法”第367条之二、之三规定，审判长得于讯问前或讯问后命当事人具结，并准用有关证人具结的规定，当事人无正当理由拒绝陈述或具结者，法院得审酌情形，判断应证事实之真伪。当事人经法院命其本人到场，无正当理由而不到场者，视为拒绝陈述。当事人故意为虚伪陈述足以影响裁判结果时，法律还规定了罚款措施。增订的“当事人讯问”为一般性证据方法，而非仅具补充性。^②

两岸作为证据的陈述都经历了发展完善的过程，只不过大陆是通过司法解释来弥补立法的不足，台湾地区则是增补缺漏的内容。两岸的陈述规定在一定程度上表现出内容的趋同。如两岸询(讯)问当事人均在“法院认为必要时”；都把要求当事人陈述作为法院的职权而行使之。然而，“必要”是弹性表达，大陆法院“可以要求”、台湾地区“得命”当事人陈述的强制性也是不确定的，对它们的评估及把握，取决于两岸法院在实践中的自由裁量。

四、两岸民事调查取证的互助

概言之，台湾地区关于证言与陈述的民事证据规则具体且严格，程序性要求相对较高。《司法互助协议》规定两岸相互协助“取得证言及陈述”，那么，究竟如何取得证言及陈述？这涉及调查取证的法律适用。

(一)两岸互助调查取证的法律适用机制

域外取证具有严格的属地性。^③台湾地区“外国法院委托事件协助法”第5条第1款规定：“法院受托送达民事或刑事诉讼上之档，依民事或刑事诉讼法关于送达之规定办理。”第6条第1款规定：“法院受托调查民事或刑事诉讼上之证据，依委托本旨，按照民事或刑事诉讼法关于调查证据之规定办理之。”可见，台湾地区司法互助同样依受请求地规定。

但是，司法协助适用受请求方规定并不是绝对的。为了保证受请求方提供的司法协助达到应有的效果，在一定条件下，受请求方也可以根据请求方的要求，适用请求一方的诉讼程序规则。法律允许在不与受请求方的立法或强制性规范相冲突、不违反受请求方的公共秩序时，司法协助适用请求方的法律。这样的规定

① 姜世民：《新民事证据法论》，新学林出版社股份有限公司2009年版，第100页。

② 李浩：《民事证据立法前沿问题研究》，法律出版社2007年版，第291页。

③ 乔雄兵：《域外取证的国际合作研究》，武汉大学出版社2010年版，第15页。

体现在条约和国内法中。《民事诉讼法》第279条规定:“……外国法院请求采用特殊方式的,也可以按照其请求的特殊方式进行,但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。”

司法协助的法律适用原则与例外反映在《司法互助协议》中。该协议规定,“双方同意依己方规定相互协助调查取证”。然而在委托“取得证言及陈述”时,或者请求方是台湾地区,受请求方是大陆,或反之,则根据各自的诉讼程序规定,受请求方虽合法取得证言,但却不符合请求方的相关规定,所获得的证据不能被法院采信,这样的司法互助显然毫无意义。所以受请求方协助请求方取证时,尽量按照请求方的要求提供协助就显得十分必要。如果对方的请求在我方执行并不是很困难,也不违背自己内部的相关规定,则尽量依照对方可用的方式来进行互助。^①在调查取证方面,两岸都有证据法则,彼此均希望对方提交的证据符合自己证据法的要求,以利法庭采用。因此,《司法互助协议》还规定“受请求方在不违反己方规定前提下,应尽量依请求方要求之形式提供协助。”“己方规定”即受请求方的规定,由此也就确定了受请求方规定为协助调查取证的主要依据,同时在一定条件下,也可例外适用请求方规定。

(二)两岸民事调查取证互助的具体问题解析

需要强调的是,基于证言在民事诉讼中的重要作用,两岸司法互助代为取得证言自不待言。《司法互助协议》规定的取得证言“及”陈述的表述,意味着两岸互助取证,除协助对方取得证人证言外,还须协助取得当事人陈述,此陈述系指作为证据资料的陈述。

适用受请求方规定取证是《司法互助协定》的原则性要求。两岸关于证言及陈述的规定有相似或接近之处,但也有不同。两岸证据法则规定相近时,可以有效克服依“己方规定”取证带来的证据适格性之争,根据该原则取证应无太大困难,如两岸规定不一致,将带来规则适用的冲突,会给互助取证带来新问题。

1. 依“己方规定”协助调查取证的问题

从前述内容来看,在证言及陈述方面,两岸规定最明显的差异是台湾地区“民事诉讼法”规定五种情形下的证人拒绝作证权利,《民事诉讼法》则没有规定证言拒绝权。根据双方同意“依己方规定相互协助调查取证”的规定,如果台湾地区请求大陆法院协助询问证人,按照大陆法律规定,证人似乎不能够以其依照台湾

^① 陈文琪:《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议的成效与展望》,载马新岚主编:《海峡两岸司法实务热点问题研究》(上),人民法院出版社2015年版,第61页。

地区规定享有的拒证权而拒绝举证。^①

然而,证人免证特权是证人的核心权益。^②《海牙取证公约》第11条规定:“在下列情况下,享有特权或负有义务的证人可以拒绝作证:(1)根据受请求国法律;(2)根据请求国法律,并在请求书中经详细列明,或者其特权或义务根据受请求机关的要求,而经请求机关确认。”根据该规定,在受请求国国内举证的人,既可以依照受请求国法律规定,也可以在一定条件下依照请求国法律规定拒绝举证。在受请求国适用请求国有关证人拒绝作证的法律,有与受请求国司法主权原则相抵触之虞,但这样的规定不仅有利于保障证人的拒证权,也可避免通过司法互助途径取得的证据被认定为违反证据使用地法律而无效的风险。确定应适用的证人拒证规则既是保障证人权利的需要,也是实施司法合作的重要内容。^③既然国际调查取证协助允许证人在一定条件下,依照请求国的法律规定主张拒证权,区际调查取证协助是否更应该如此,值得进一步探讨。

证据为民事诉讼中的问题,但却属于民事诉讼法的实体内容。^④程序问题适用法院地法是一项基本法律适用原则,但实体问题和程序问题的区分是复杂的。有学者认为:“在确定证据方面应适用的法律时,应像国际民事诉讼中所有其他问题一样,使用演绎法得出以法院地法原则作为出发点是不正确的。”^⑤不同的证据法律规则和性质各异的证据问题,一概适用法院地法并非妥当。例如作证的证人须具备作为证人的条件和能力,证人的作证资格一般适用法院地法,但也不能忽视决定自然人权利能力和行为能力的属人法。如果简单适用法院地法,将使本可得到证明的问题因法院地法排斥而得不到证明,或者依法院地法认可的证人资格,基于取证地的否认,亦难实现取证目的。因此,域外取证的证人资格应选择适用证人的属人法或法院地法。^⑥同样,证人特权具有人身性,应适用其属人法。但

① 姚莉:《两岸刑事案件调查取证协助中的冲突及其解决》,《比较法研究》2014年第3期,第31页。

② 王克玉:《域外取证法律冲突下证人权益保障问题的审视》,《政法论坛》2015年第4期,第88页。

③ 王克玉:《域外取证法律冲突下证人权益保障问题的审视》,《政法论坛》2015年第4期,第89页。

④ 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第328页。

⑤ 李二元等主编:《国际民事诉讼程序导论》,人民法院出版社2004年版,第459页。

⑥ 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283-284页。

证人免证特权不仅是一项普通民事权利,更是社会公共利益层面的问题,需在维护本地公共利益的基础上,寻求适用证人和证据的利害关系地的规定。美国《冲突法重述(第二次)》规定适用证据最密切联系地法律。^①

尽管两岸的民事证据制度有所不同,但两岸民商事法律关系属不同法域之间的区际法律关系,两岸互助调查取证属区际司法互助,为国内跨法域所为,相较于国际调查取证,它应更具有灵活性。针对两岸刑事案件取证互助,有学者提出应区分调查取证的具体执行程序 and 批准、执行机构两个层面,分别适用不同的准据法。^②这种分别适用准据法的观点可为两岸民事取证互助提供借鉴思路。在证人拒证问题上,如果台湾地区请求大陆协助调取在陆台湾人员证人证言,可以按照台湾地区规定说明享有拒证权的范围,同时要求证人践行具结程序——只要这样做不损害大陆的社会公共利益。《司法互助协议》第15条规定:“双方同意因请求内容不符合己方规定或执行请求将损害己方公共秩序或善良风俗等情形,得不予协助,并向对方说明。”

此外,如前所述,两岸都规定作为证据的当事人陈述发生在“法院认为必要”时,两岸委托对方协助取得当事人陈述时,依己方规定。对此,首先,法院须评估是否“必要”,评估的标准会有差异;其次,如果法院认为“必要”,因两岸的规定均显灵活性,具体地把握在于法官,两岸法院对陈述及其具结的强制性要求程度也会存在差异。从理论上说,两岸通过司法互助委托取得当事人陈述,存在程度标准上的不同导致的落差,不利于这种取证互助。

2. 依“请求方要求”协助调查取证的问题

《司法互助协议》第8条第2款规定:“受请求方在不违反己方规定前提下,应尽量依请求方要求之形式提供协助。”证人可否根据该款规定主张拒证权?由此,又引发两个问题:其一,依请求方要求取证的前提条件是“不违反己方规定”,这里的不违反己方规定仅指关于形式的规定,还是也包括己方规定的内容?其二,如何理解请求方要求之“形式”?

最高人民法院《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》(以下简称《规定》)第16条第1款、第2款规定:“人民法院协助台湾地区法院调查取证,应当采用民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等法律和相关司

^① 王克玉:《域外取证法律冲突下证人权益保障问题的审视》,《政法论坛》2015年第4期,第89页。

^② 参见姚莉:《两岸刑事案件调查取证协助中的冲突及其解决》,《比较法研究》2014年第3期,第31、35页。

法解释规定的方式。在不违反法律和相关规定、不损害社会公共利益、不妨碍正在进行的诉讼程序的前提下,人民法院应当尽力协助调查取证,并尽可能依照台湾地区请求的内容和形式予以协助。”这两款规定采用“方式”与“形式”两种表述,说明二者有所不同,如果前者指的是证据方法,如当事人的陈述、书证、物证、证人证言等;后者为与“内容”并列的“形式”。2011年台湾地区“海峡两岸调查取证及罪赃移交作业要点”第7条规定了不予协助的情形。该作业要点主要针对的是刑事调查取证,但其中包括的“请求内容不符合台湾地区规定”“执行请求将有背于公共秩序或善良风俗”等,也应该可以适用于民事调查取证,而且其强调的是请求“内容”。

结合两岸上述规定,《司法互助协议》第8条第2款“不违反”的“己方规定”,其实不单纯指形式方面的规定,也包括了己方规定的内容。而其规定的“形式”似乎仅指形式要件的要求,似乎意味着依请求方要求提供协助的只局限于形式要件。如果这样的理解是正确的,那么对于己方没有规定的内容,如上述证言拒证权的适用,并不能以此推断其违反己方规定,而且证人也不得依此主张拒证权。

3. 关于“尽力”的问题

《司法互助协议》及上述《规定》采用“尽量”、“尽力”、“尽可能”等措辞,如何理解“尽力”?大陆法官概括其为“尽力原则”,认为规定第16条所谓“尽力”,既要严格遵循采用大陆法律所规定的方式调查取证,也要兼顾尽可能依台湾地区请求予以协助。^①本文同意协助调查取证在上述两方面的努力,但是否应提升其为一个原则还需再商榷。所谓“原则”是言行所依据的法则和标准,“尽力”只表明一种态度和努力的程度,该措辞本身带有很大的含糊性,《司法互助协议》与《规定》并没有“尽力原则”的表述,如果司法实践把这一抽象措辞提升到原则高度,似有曲解“尽力”的本意和有意无意地拔高其“地位”之嫌。

当然,“尽量”或“尽力”等毕竟凸显两岸双方在协助调查取证等方面的期许,《司法互助协议》的落实确实需要两岸双方的共同努力。在民事取证互助中,倘若涉及诸如取得当事人陈述方面的请求时,不论对方规定强制性要求的高低,均须从“互助”的立场出发,从维护两岸民商事关系当事人的利益出发,尽力提供协助。

五、结论

《司法互助协议》奠定了两岸民事调查取证互助的基础,但依照协议规定的互

^① 梁华等:《两岸司法互助中的证据采信问题探讨》,载马新岚主编:《海峡两岸司法实务热点问题研究》(下),人民法院出版社2014年版,第726页。

助仍然需要进一步拓展实施空间,提升合作层次。该协议把民事与法互助司刑事司法互助混同规定,有关民事调查取证的规定较为原则和模糊,其在实践中的运用仍须进一步分析和解读。在证据法中,证人证言和当事人陈述是重要的证据方式,《司法互助协议》也把“取得证言及陈述”列置于取证互助的首位,足见其被两岸司法互助所重视。大陆与台湾地区对证人证言和当事人陈述的规定及其适用存在差异。两岸都规定证人的作证义务,台湾地区还规定证人的拒绝证言权;两岸作为证据的陈述规则都经历了不同形式的发展完善过程,且内容具有一定的趋同性,但它们在适用时的评估标准或掌握程度可能不尽相同。两岸相互协助取得证言及陈述,应主要适用受请求方的规定,同时在一定条件下,也可例外适用请求方规定。因而,尽管《司法互助协议》规定“依己方规定”相互协助调查取证,但在证人拒证问题上,考虑证人特权的人身属性,如果台湾地区请求大陆协助调取在大陆的台湾人员证人证言,可以按照台湾地区规定说明证人享有拒证权的范围,同时要求证人践行具结程序——只要这样做不损害大陆的社会公共利益。“依请求方要求之形式”意味着依请求方要求提供协助的只局限为形式要件方面。“尽力”表述不宜理解为“尽力原则”。“尽力”等措辞表明两岸在协助调查取证等方面的期许,《司法互助协议》的具体落实需要两岸的共同努力。

Cross-Strait Cooperation in Investigation and Evidence Taking of Civil Matters: Taking “Obtaining Testimony and Statements” As an Example

Abstract: The Cross-Strait Agreement on Combating Crime and Mutual Judicial Assistance stipulates in principle the mutual assistance of investigation and evidence collection. Witness testimony and statements are the main forms of evidence, and “obtaining testimony and statements” is also an important content of the cross-strait mutual assistance of investigation and evidence collection. The civil evidence stipulation and its application on witness testimony and statements of the parties in Mainland is different from that in Taiwan region. The regulations of the cross-strait both regulate the responsibility of witness to testify, the Taiwan region also provides for witnesses’ right to reject testimony; the statements rules as evidence on the cross-strait have undergone a process of development and improvement, and show the convergence of con-

tent. However, the criteria for evaluation may differ in specific application. According to the application mechanism of mutual assistance, the cross-strait mutual assistance in investigation and evidence collection shall mainly apply to the regulations of the requested party. At the same time, under certain conditions, the regulations of the request party may be applied. Therefore, it is necessary to make concrete analysis and interpretation of “according to its provisions”, “according to request of the requesting party” etc.

Key words: The Cross-Strait Agreement on Combating Crime and Mutual Judicial Assistance; mutual assistance of investigation and evidence taking in civil cases; witness and testimony; party’s statement

(责任编辑:乔雄兵)