

# 民事诉讼跨境直接证据调查的容许性

占善刚\*

**摘要:**2023年9月1日修正的《中华人民共和国民事诉讼法》增设第284条,规定在同时满足“所在国法律不禁止”及“双方当事人同意”的条件下,受诉法院可以采取“即时通讯工具取证”等方式跨境直接进行证据调查。《中华人民共和国民事诉讼法》所新设的跨境直接证据调查与传统的通过司法协助进行证据调查处于平行序位,由受诉法院合目的性裁量适用。法院采取“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查,并未改变其高权行为之性质,其正当性源于证据方法所在国的个别允诺或同意,仅“所在国法律不禁止”的条件并不充足。在未取得证据方法所在国同意的情形下,为避免可能的外交、政治争议及国际法后果,应谨慎适用《中华人民共和国民事诉讼法》第284条的规定。应立足于《中华人民共和国民事诉讼法》的意义对“双方当事人同意”的性质及效力作出合目的性解释,以保障当事人在跨境直接证据调查中的程序参与权和证据利益。

**关键词:**跨境直接证据调查 主权原则 司法协助 自由证明 当事人同意

2023年9月1日,第十四届全国人大常委会第五次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,对《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)作了第5次修正。本次修正主要涉及涉外民事诉讼程序,其中值得关注的是新增第284条,该条在原有的通过司法协助调查收集位于外国的证据方法的基础上,新增了在一定条件下可由受诉法院直接进行证据调查的规定。即“当事人申请人民法院调查收集的证据位于中华人民共和国领域外,人民法院可以依照证据所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式,或者通过外交途径调查收集。在所在国法律不禁止的情况下,人民法院可以采用下列方式调查收集:(1)对具有中华人民共和国国籍的当事人、证人,可以委托中华人民共和国驻当事人、证人在所在国的使领馆代为取证;(2)经双方当事人同意,通过即时通讯工具取证;(3)以双方当事人同意的其他方式取证”。从该条文的文义中我们不难看出,立法者除重申尊重传统的经由司法协助调

\* 武汉大学环境法研究所、武汉大学法学院教授

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(22JJD820014)

查收集位于外国的证据方法外,还试图对位于外国的证据方法创建不借助司法协助的新的证据调查方式,即在“所在国法律不禁止”和“双方当事人同意”这两项条件同时满足的情况下,可以由受诉法院跨境直接进行证据调查。<sup>①</sup>毋庸讳言,相比于耗时费力且未必有实效的经由司法协助调查收集位于外国的证据方法,<sup>②</sup>由受诉法院直接进行证据调查,不仅省却了繁杂的司法协助手续,而且能够让审理案件的法官获取证据的直接印象,因此更有利于心证的形成和事实的正确认定。不过,我们应同时看到,证据方法位于外国,由受诉法院直接赴证据方法所在国实地进行证据调查,如对证人进行询问,对标的物进行勘验等,不仅涉嫌侵犯他国主权,事实上也窒碍难行。利用现代发达的通讯、通信技术对位于外国的证据方法进行远程调查似乎成为便宜的直接证据调查路径。<sup>③</sup>《民事诉讼法》第284条所作的证据制度设计似乎正是基于此种考量。“所在国法律不禁止”暗含了对证据方法所在国主权的尊重,“双方当事人同意”彰显了对双方当事人意思的满足。修改后的《民事诉讼法》第284条已于2024年1月1日正式实施,由于实施时日尚短,因此无法考察其在跨境民事证据调查中所发挥的作用。立足于解释论,不能回避或有待进一步讨论的问题是,在当今的国际法秩序下,“所在国法律不禁止”作为容许跨境直接证据调查的条件是否妥当或者说是否充分?在满足不侵犯证据方法所在国领土主权的前提下,是否只要“双方当事人同意”就可以使受诉法院舍弃正式的证据调查而采用“即时通讯工具取证”的非严格的证据调查方式?或者说,法院在采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查的审查判断上是完全受当事人意思的拘束还是可以根据案件的具体情况进行合目的性裁量?对这两个问题的科学解答不仅关系跨境直接证据调查的理论认知,而且影响《民事诉讼法》第284条规定的证据调查方式在涉外民事审判实践中的妥当运用。诚然,欲对这两个问题作出科学解答,首先必须思考《民事诉讼法》第284条规定的证据调查方式在跨境民事证据调查体系中究竟处于何种位置。

## 一、《民事诉讼法》第284条在跨境民事证据调查体系中的定位

在民事诉讼中,为保证受诉法院正确地认定事实,证据调查应贯彻直接原则,由受诉法院在法庭上进行,并结合当事人的口头辩论一并展开。仅在例外情形下,如证人身患重病住院无法到

<sup>①</sup> 从某种意义上讲,由驻当事人、证人(甚至包括同为人的证据方法的鉴定人)所在国的使领馆官员对其进行询问仍属于传统通过司法协助调查取证的范畴。《维也纳外交关系条约》与《维也纳领事关系条约》虽然规定了驻外使领馆官员有权在接收国进行证据调查,但并不能据此当然地有权实施证据调查,仍须以两国间缔结的协定或共同加入的条约中有明确的许可为必要。1970年3月18日《关于在民商事案件中从外国调查取证公约》(我国1997年12月8日批准加入)也规定了使领馆官员询问驻在国的人的证据这种证据调查方式。但其第15条第2款规定,缔约国可以声明保留,只有在许可使领馆官员调查取证后,才可以对证人等进行询问。

<sup>②</sup> 在我国的涉外证据调查实践中,利用《关于在民商事案件中从外国调查取证公约》请求外国的主管机关调查证据的案件不仅数量少,证据调查的周期也很长,从5个月到26个月不等。显而易见,经由司法协助间接地调查位于外国的证据利用率不高。参见刘桂强:《我国民商事域外取证的司法实践:现状、问题与对策》,《武大国际法评论》2021年第1期;乔雄兵:《〈海牙取证公约〉在我国实施分析》,《政法论丛》2010年第4期。

<sup>③</sup> 依据目的性解释,《中华人民共和国民事诉讼法》第284条第3款规定的“双方当事人同意的其他方式取证”中的“其他方式”应被理解为与“通过即时通讯工具取证”相类似的证据调查方式,具有两个方面的特质:(1)该“其他方式”可以由受诉法院直接实施;(2)该“其他方式”无须请求证据方法所在国的协助。例如,受诉法院采用视频技术询问证人、当事人本人,远程对标的物进行勘验等。

庭或由于勘验标的物无法移动、不易搬运等,才可由受诉法院命令合议庭成员作为受命法官或委托其他法院在证人、勘验标的物所在地进行证据调查。<sup>①</sup>《民事诉讼法》第134条第1款规定:“人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查”,第133条第1款规定:“人民法院派出人员进行调查时,应当向被调查人出示证件”。这两条规定即宣示了由受命法官或受托法官进行证据调查仅为证据调查直接原则的例外之意旨。不过,在证据方法位于外国时,无论是人的证据方法还是物的证据方法,由受诉法院直接进行证据调查都无可能。根据国际法上的主权原则,受诉法院不能单方地跨境对证人进行询问或对标的物进行勘验,而只能通过国家间的司法合作完成对证据的调查。无论受诉法院所在国与证据方法所在国就证据调查采取何种合作方式,也无论合作是建立在何种基础上,对于受诉法院而言,证据调查都只能以间接的方式完成。相比于受诉法院的直接证据调查,通过间接证据调查认定事实对于事案的解明度显然更低。如何减少在跨境证据调查合作方面的障碍,使跨境证据调查更为简便、高效,进而提升事案的解明度是当下各国涉外司法普遍面临的议题。为此,各国无不谋求以统一的协定来规范跨境民事证据调查,消除分歧并减少不必要的司法冲突。关于全球性的跨境证据调查协定,以《关于在民商事案件中从外国调查取证公约》(以下简称《海牙取证公约》)为代表。关于区域性的跨境证据调查协定,以欧洲议会和理事会《关于成员国法院在民事或商事案件证据调查领域合作条例》(以下简称《欧盟证据合作条例》)为典范。<sup>②</sup>当然,两国之间缔结的关于司法协助的专门条约,也为跨境证据调查的合作提供了法律框架,尽管其仅适用于双边关系。

根据国际法的基本原则,每个国家都有制定涉外内容法律的权力。对位于外国的证据方法如何进行证据调查,自然也无妨制定国内法进行规范,尽管在实施具体的证据调查行为时可能须以相关国家的支持为保留条件。<sup>③</sup>《德国民事诉讼法》第363条、《日本民事诉讼法》第184条皆为以国内法规定对位于外国的证据方法进行证据调查之适例,新修改的《民事诉讼法》第284条规定受诉法院如何调查位于外国的证据方法自然也具有正当性。在国际条约(包含区域性的国家协定与两国间的协定)与国内法均对跨境民事证据调查予以规范的背景下,不能回避的一个问题是,《海牙取证公约》等多边国际条约相比于国内法律是否具有排他性优先适用的效力?也即,如果证据方法位于外国,那么证据调查是否必须依据国际条约进行?对这个问题的回答,实际上涉及《海牙取证公约》是具有强制性的规范还是仅为任意性或选择性的规范问题。由于并没有一个机构对《海牙取证公约》拥有垄断的解释权,因此各缔约国对于其适用的态度并不完全相同。

美国联邦最高法院与澳大利亚联邦法院均认为《海牙取证公约》的适用是选择性的。美国联邦最高法院认为,国际礼让规则并不要求美国的诉讼当事人在所有的情形下都寻求以《海牙取证公约》所规定的程序收集证据。《海牙取证公约》所规定的证据收集程序并非在每个案件中都具

<sup>①</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法(第5版)』(弘文堂、2013年)623頁参照;松本博之=上野藤男『民事訴訟法(第7版)』(弘文堂、2012年)448頁参照。

<sup>②</sup> 欧洲议会和理事会2001年5月28日通过了《关于成员国法院在民事或商事案件证据调查领域合作条例》[Verordnung(EG) Nr.1206/2001],欧盟境内的跨境民事证据调查皆以此为基准(丹麦除外)。2020年11月25日通过了最新的条例[Verordnung(EU) Nr.1783/2020],自2022年7月1日起生效。这一条例随着英国脱欧,对英国不再适用。与旧条例相比,新条例明确规定了领事官员的证据调查事项,同时强化了远程通讯技术与视频技术在跨境民事证据调查中的运用。

<sup>③</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.3, 14.

有强制性,只要有利于证据调查程序的简化,美国法院就总是可以选择《海牙取证公约》所规定的程序作为可能的证据收集方法。《海牙取证公约》并不包含获取另一国领土上的文书或其他信息的排他性程序。因此,《海牙取证公约》并不阻碍美国法院根据《美国联邦民事诉讼法规则》的相关规定命令外国当事人提供位于外国的证据方法。<sup>①</sup> 不过,在美国,关于《海牙取证公约》还存在其他的解释。如有美国学者认为,《海牙取证公约》是跨境民事证据调查的唯一路径。美国民事诉讼法中的当事人想要对方提供位于外国的文件,回答对证明主题的询问,就必须依《海牙取证公约》规定的方法进行。在实践中,也有少数美国法院持同一立场。另有学者认为,为落实国际礼让规则,就必须先善意地经由《海牙取证公约》规定的路径进行证据调查。只有在《海牙取证公约》所规定的程序无法实现证据调查时,才适用《美国联邦民事诉讼法规则》中的证据收集程序。美国的州法院大多持此立场。美国加利福尼亚州上诉法院即认为,《海牙取证公约》只是为跨境民事证据调查提供了最低限度的国际合作规则,根据国际礼让规则,《海牙取证公约》提供了优先的跨境民事证据调查路径,故当事人应首先利用其所规定的程序收集证据,但这并非唯一的证据收集路径。<sup>②</sup>

德国联邦政府则认为,对位于外国的证据方法进行证据调查时,依据《海牙取证公约》规定的方式采取行动是强制性的。不过,仅少数德国学者持此观点,主流的观点认为,依据《海牙取证公约》的文义和主旨,其确立的跨境民事证据调查程序在适用上仅是任意性的。一方面,《海牙取证公约》采取的是“Kann(可以)”这一术语来表示法院的跨境民事证据调查,而没有规定“Muss(必须)”选择《海牙取证公约》规定的某种证据调查方法。另一方面,各国缔结或加入《海牙取证公约》的目的是寻求跨境民事证据调查的合作,《海牙取证公约》的目的是为跨境民事证据调查提供便利,简化证据调查的路径,而不是增加跨境民事证据调查的难度。故《海牙取证公约》并不具有排他性的适用效力。<sup>③</sup> 对于仅适用于欧盟境内的《欧盟证据合作条例》,欧洲法院也声明,其仅具有任意性,即当证据方法位于其他成员国时,受诉法院不是必须依据《欧盟证据合作条例》所规定的路径和程序进行证据调查。因为《欧盟证据合作条例》的适用与成员国受诉法院的“请求”连接在一起,如果没有受诉法院提出证据调查请求,那么《欧盟证据合作条例》就无适用的余地。此外,《欧盟证据合作条例》的目的是扩大欧盟境内跨境民事证据调查的可能性,为国际法秩序下基于主权保留的原因禁止跨境民事证据调查铺设另一条路径。《欧盟证据合作条例》的目标是通过优化、简化跨境民事证据调查领域的合作来提升法院诉讼程序的效率和快捷性。如果在证据方法位于外国时,受诉法院必须舍弃在国内所能进行的证据调查,那么跨境证据调查的路径不是增多而是减少了,这并不符合《欧盟证据合作条例》制定的初衷。<sup>④</sup>

在我国,《民事诉讼法》在本次修正前并未就位于外国的证据方法进行证据调查作专门规定,对于跨境民事证据调查只能依修正前的《民事诉讼法》第 283、284 条规定的司法协助路径进行。也即受诉法院只能依我国缔结或者参加的国际条约所规定的方式,或通过外交途径请求证据方法所在国主管机构或驻外使领馆官员进行证据调查。修改前的《民事诉讼法》第 266 条虽然规定

① Vgl. JZ 1987, 984(985).

② 参见陈力:《海牙取证公约在我国涉外民事审判中的适用》,《东方法学》2010 年第 1 期。

③ Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.7-8.

④ Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.7.

“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他有关规定”,但是在修正前的《民事诉讼法》第283、284条已经明确证据调查须依司法协助进行的前提下,该法第1编“总则”中第3章“证据”所规定的关于证据调查的规范,并不能当然适用于对位于外国的证据方法进行证据调查。《民事诉讼法》第67条第2款规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。”该规定并不能作为受诉法院可以跨境进行民事证据调查的法律依据。因此,在本次修法前,在我国的证据调查框架内,并不存在《海牙取证公约》排斥国内证据调查规范的适用问题。不过在本次《民事诉讼法》修改增设第284条规定受诉法院在具备一定的条件下可以跨境直接进行证据调查后,《海牙取证公约》等国际条约是否具有强制性在目前我国的跨境证据调查架构下也成为不能回避的问题。综观《民事诉讼法》关于跨境证据调查的相关规范,修改前的《民事诉讼法》第267条所强调的“国际条约优先国内法的适用”这一原则,以及第283、284条所强调的依司法协助进行跨境民事证据调查原则,分别为修改后的《民事诉讼法》第291、293、294条所完全承袭。《民事诉讼法》第294条第1款(修改前的《民事诉讼法》第284条第1款)规定:“请求和提供司法协助,应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行;没有条约关系的,通过外交途径进行。”仅从文义上看,该规定只是表明,对于位于外国的证据方法,如果受诉法院欲经由司法协助的方式完成证据调查,就应依国际条约或者外交途径进行,而并没有排斥采取司法协助以外的方式。故与修正后的《民事诉讼法》第284条第1款所规定的“当事人申请人民法院调查收集的证据位于中华人民共和国领域外,人民法院可以依照证据所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式,或者通过外交途径调查收集”并不冲突。修正后的《民事诉讼法》第284条第1款规定只是强调,对于受诉法院而言,其可以通过司法协助对位于外国的证据方法进行证据调查(即《民事诉讼法》第284条第1款规定的证据调查路径),同时也具有在符合一定条件下直接跨境进行证据调查的选择权。从“可以”之立法用语不难窥见,受诉法院通过司法协助的方式对位于外国的证据方法进行调查并不具有优先序位,至少法院可以根据案件的具体情况及证据方法的特征、证据调查的难易程度裁量选取合适的证据调查路径。《民事诉讼法》第284条将通过司法协助的方式进行证据调查置于第1款,将直接进行证据调查置于第2款,该种立法安排并非表明第1款为原则性规定、第2款为例外性规定。着眼于我国加入的《海牙取证公约》已有66个成员国以及我国已与其中39个国家签署关于民事司法协助的双边协定或条约之现实,如果认为《民事诉讼法》第284条第1款优先于第2款适用,那么由受诉法院利用现代通讯技术跨境直接证据调查仅能适用于《海牙取证公约》成员国及与我国签订民事司法协助协定或条约的国家以外的国家,不仅适用范围大为缩减,适用的可能性也显著降低,这显然不符合立法者修法的初衷。因此,无论是立足于文义解释还是目的解释,都应当认为修改后的《民事诉讼法》第284条为受诉法院调查收集位于外国的证据方法提供了更多的选择。在我国今后的涉外民事司法实践中,受诉法院应妥当适用《民事诉讼法》第284条进行证据调查。《海牙取证公约》及我国缔结的双边协定或条约仅具有任意性,在跨境民事证据调查中并非必须适用。一言以蔽之,在我国目前的法律框架内,受诉法院通过《海牙取证公约》间接进行证据调查与利用现代通讯技术直接进行证据调查乃是选择适用的关系,《民事诉讼法》第284条第2款在适用上并非备位条款。

## 二、“所在国法律不禁止”不能充分满足跨境直接证据调查的容许性

根据《民事诉讼法》第284条第2款的规定,受诉法院在采用“即时通讯工具取证”等方式对位于外国的证据方法直接进行证据调查时须同时满足两个要件:一是“双方当事人同意”,二是为“所在国法律不禁止”。这两个条件必须同时具备,缺一不可。受诉法院采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查偏离了严格证明所要求的证据调查程序,牺牲了当事人的证据调查参与权,会对当事人的证据利益产生较大影响,故须以“当事人同意”为必要。而由于对位于外国的证据方法采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查可能涉及侵犯外国主权,因此《民事诉讼法》第284条第2款同时强调“所在国法律不禁止”这一要件。从证据调查的运行常态看,法院只有征得“双方当事人同意”后才有必要去审查“所在国法律是否禁止”。笔者认为,在法理上,“所在国法律不禁止”作为受诉法院可采用“即时通讯工具取证”等方式跨境直接进行证据调查的前提要件并不充分,应进行目的性限缩解释,以避免在将来的涉外司法实践中可能产生不必要的国际法争议。

### (一)证据调查是具有国家高权性质的行使裁判权的行为

从最宽泛的意义上讲,证据调查是从证据方法中获取证据资料以作为法院认定案件事实依据的行为或程序。在民事诉讼中,除双方当事人不发生争执的事实、众所周知的事实外,法院认定案件事实均需要以从证据方法中获取的证据资料为依据,因而证据调查在民事诉讼运行中占据非常重要的位置。受诉讼观念、运行模式、历史背景等因素的影响,英美法系国家与大陆法系国家关于证据调查的结构及具体运作方式都有显著的差异。在英美法系国家,证据的收集与事实的确认乃委诸双方当事人而非法官,完成这一任务的路径便是审前发现程序或证据开示程序。<sup>①</sup>例如,美国学说与判例普遍指出,审前发现程序对位于美国国内的证据方法一律适用,而对位于外国的证据方法,当事人也可利用审前发现程序去调查收集。其基本依据在于,美国法以法院对当事人的管辖权作为实施诉讼行为(包含证据调查收集)的法律依据,如果美国的法院对当事人或证人具有管辖权,那么其在不抵触宪法和其他法律的情况下就有权对这些人作出任何裁定,包含命令其提出证据。<sup>②</sup>与此不同的是,在大陆法系国家和地区,民事诉讼程序的进行由法院主导,证据调查乃法院实施的诸多诉讼行为之一,在性质上为代表国家行使裁判权的司法行为,该司法行为属于国家高权行为的一种。<sup>③</sup>因此,受诉法院审理案件进行证据调查仅限在本国领域内,而不能径行在他国的领域内进行证据调查,否则就涉嫌侵犯他国领土主权。<sup>④</sup>相比之下,英美法系国家则采取消极态度,其认为诉讼当事人在不实施强制手段的前提下对位于外国的

① 新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年)185頁参照。

② 参见陈力,《海牙取证公约在我国涉外民商事审判中的适用》,《东方法学》2010年第1期。

③ 在国内法的意义上,国家高权与统治权同义,指国家支配国民与国土的权力;在国际法的意义上,国家高权与主权同义,指不从属于其他支配权力的国家权力,为国家的最基本的权力。法令用語研究会『法律用語辞典(第4版)』(有斐閣、2012年)559頁;兼子一『条解民事訴訟法』(弘文堂、2011年)1061頁参照。

④ Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.1.

证据方法进行收集并不侵犯外国主权。<sup>①</sup>

我国民事诉讼立法向来秉承大陆法系传统,虽然就包括证据调查在内的具体民事诉讼程序安排与德国、日本等大陆法系国家存在技术、细节方面的不同,但无论是民事诉讼的基本理念还是植基于此的诉讼制度都不存在根本区别,表现在证据调查领域,也认为法院乃证据调查的主体,证据调查通常于法庭辩论期日(开庭期日)与当事人的口头辩论一起进行。《民事诉讼法》第70条第1款规定:“人民法院有权向有关单位和个人调查取证,有关单位和个人不得拒绝”;第132条规定:“审判人员必须认真审核诉讼材料,调查收集必要的证据”。根据这两条规定的文义,即可明了在我国民事诉讼中法院为证据调查的主体。此外,《民事诉讼法》将第141条所规定的“法庭调查顺序”与第144条所规定的“法庭辩论顺序”都置于“开庭审理”这一环节(《民事诉讼法》第12章“第一审普通程序”第3节“开庭审理”),由此可以看出,我国民事诉讼中的证据调查也采证据结合主义。《民事诉讼法》不仅正面宣示了证据调查乃法院行使裁判权的一个必要环节,而且第294条第3款规定:“除前款规定的情况外(即经由司法协助进行证据调查),未经中华人民共和国主管机关准许,任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证”,该规定无异于间接昭示了证据调查行为乃行使司法权的行为,具有高权性质。

## (二)在外国领土上进行证据调查必须具备正当性

国际法是由平等、自主的法律主体及国家在交往过程中形成的法律秩序,主权原则是国家之间交往所奉行的最基本的原则。主权原则有以下两个方面的基本内涵:(1)国家对其领土及在领土上生活的人民享有专属的统治权(高权)。司法权为国家统治权(高权)的一部分,代表国家行使司法权的法院在国内实施的司法行为不对外国产生影响,也不存在对外国领土主权的侵犯。例如,法院在国内实施证据调查,即便证人住所地在外国,也可通知证人于开庭期日出庭作证并对其询问;对外国当事人持有的文书、勘验标的物进行证据调查也是如此。证据调查所奉行的形式直接原则甚至强调法院应尽可能地在国内进行证据调查。<sup>②</sup>(2)国家的统治权及由此衍生的司法权在运行过程中止于各国的国家边界,国家不得侵犯他国专属的高权领域,任何国家都无权在他国领土上实施任何司法行为。<sup>③</sup>在涉外民事诉讼中,如果证据方法位于外国,如证人或者应予调查的文书或勘验标的物位于外国,那么国内的受诉法院就不能依据民事诉讼法命令在外国的证人出庭接受询问,或者命令文书、勘验标的物持有人将所持的证据方法带回国内接受法院的证据调查。法院对证人或文书、勘验标的物等证据方法持有人所发布的命令(具有裁定性质)即使没有附加强制手段也属于法院行使司法权的诉讼行为,因而不是不被允许的。从客观上讲,只要法院实施的行为或采取的措施是公法行为或具有高权性质的行为就可能侵犯他国的主权,因而

<sup>①</sup> 即便同为民事诉讼,由于大陆法系国家与英美法系国家在程序运行及作为其根基的司法理念上存在差异,因此对“裁判权行使”的观念也存在认知上的偏差,在证据调查领域,这种差异更为显著。这也是国际司法冲突产生的主要原因。在美国,证据调查是置于审前发现程序交由律师或当事人完成的,因此美国一直不倾向于采用《海牙取证公约》所规定的方式进行证据调查。因为太费时且不令人满意,尤其是缔约国对《海牙取证公约》第23条的保留,所以不能实现任何在审前发现程序即形成证据文件的请求。高田裕成=三木浩一=山本克己=山本和彦『注釈民事訴訟法(第4卷)』(有斐閣、2017年)135頁参照。

<sup>②</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.5.

<sup>③</sup> Vgl. Labonté/Rahrbeck, Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Zivilprozess unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, IwRZ 3(2021), 99.

违反国际法。虽然每个国家根据国际法的基本原则都有权制定涉外内容的法律,但是此类法律的适用领域仅限于其本土范围。<sup>①</sup>

在国际法的实践中,国家仅在具有充分连接点的情形下或者基于附属的管辖权才可以实施在他国领土上产生法的效果的行为。这种连接点或附属管辖权可以基于属地原则也可以基于属人原则产生。例如,法院可以命令外国当事人为一定的行为或不作为,只要该裁判在其管辖权领域范围内(除此以外的给付则需要借助裁判的承认与执行制度完成);又如,法院可以命令双方当事人提出位于外国的证据方法。<sup>②</sup>此外,国际习惯法承认,作为高权担当者的法院在与外国人的法的交往中,可以通过不具有“法的保持力”的方法(如以普通邮件)“通知”或“告知”外国当事人相关文书的内容,尽管这样做在事实上对外国的主权产生了影响,但并不构成对外国主权的侵犯行为。<sup>③</sup>与之相反,法院只要实施的行为是高权行为,哪怕其效力只是延伸到外国,就构成对外国主权的侵犯。德国联邦法院及主流学术观点均指出,法院即使未要求在外国的证人出庭作证,而仅是要求证人书面回答与证明主题有关的事项,也会被认为是对他国主权的侵犯。<sup>④</sup>因为受诉法院“要求”位于外国的证人这一行为本身就是在国外开展证据调查活动,是否使用“威胁手段”或“以强制措施相威胁”则无关宏旨。即使位于外国的证人自愿与受诉法院合作,到庭陈述证言或书面回答与证明主题有关的事项,也不能消解对外国主权的侵犯。因为法院实施证据调查行为是牵涉外国主权的高权行为,而非当事人或证人自身的权利,证人对此不具有处分权。<sup>⑤</sup>当然,由负证明责任的当事人通过非正式手段取得证人的书面陈述,或非正式地就证明主题询问证人,并将询问结果作为书证提交给法院进行证据评价,这种做法是合法的,因为这仅涉及私人的证据形成行为,而无国家高权作用的介入,不存在侵犯外国主权的问题。<sup>⑥</sup>

如上所述,受诉法院对位于外国的证据方法进行证据调查无论是直接干预,还是通过证据方法所在国的主管机构进行间接干预,都属于对他国主权领域产生影响的高权行为,若欠缺正当性则会产生不必要的外交或国际政治上的纷争,进而对国际秩序造成消极影响。通常认为,受诉法

<sup>①</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn. 11–14.

<sup>②</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn. 9; Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Viederverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416.

<sup>③</sup> Vgl. Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Viederverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416.

<sup>④</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 2039; Saenger, Zivilprozessordnung, 10. Aufl., 2023, § 363 Rn. 2.在德国,有少数学者认为,驻外国的证人书面回答法院要求的与证明主题有关的事项仅为证据的形成(Beweismittel Beschaffung),而不涉及证据调查,因为法院并没有对证人直接发问,引入诉讼程序的不是作为证据方法的本人而是他的书面陈述。书面陈述作为证据资料是否可以作为证据固然须由受诉法院依据诉讼法作出判断,但不涉及主权的侵犯。Vgl. Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Viederverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416.日本也有学者持相同见解。新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年)184頁參照。

<sup>⑤</sup> Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 363, Rn. 12; 新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年)185頁參照。

<sup>⑥</sup> Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 363, Rn. 12.私人非正式地收集位于外国的证据方法尽管不涉及对外国主权的侵犯,通常也是合法的,但绝对禁止法院将“私人”作为工具行使本质上为高权行为的证据调查权以规避国际法所要求的禁止在外国领土上实施高权行为之准则;尽管何种场合为纯粹的“私人”证据收集行为,何时为法院的“工具”行为在界定上并不清晰,但毫无疑问,当事人请求(Bitten)证人出庭或提供证据方法为纯粹的“私人”行为。Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn. 14.

院实施诸如证据调查、送达等对他国主权产生影响的高权行为之正当性,源于国际法上的一般渊源,即国家间的合意或行之日久并已确信为习惯法的国际司法实践。<sup>①</sup> 国家间的合意或表现为共同缔结或参加的国际条约,或表现为两国间缔结的关于司法合作的双边协定。在此种国家间的合意中,一国概括地同意为他国的证据调查等高权行为提供司法协助,或者忍受他国在本国领土上实施证据调查等高权行为,前者被称为积极的司法协助,后者被称为消极的司法协助。无论是哪种司法协助,都使得受诉法院实施的证据调查行为尽管对外国领土主权产生影响,却不失其正当性。如果国家间缺乏基于国际条约而产生的合意,那么也可以在互惠原则的基础上形成关于司法协助的个别合意,即在征得他国允诺或同意的前提下,实施对外国主权可能产生影响的证据调查等高权行为。<sup>②</sup> 易言之,只有在基于概括的同意或基于互惠原则的个别允诺建立起来的司法协助框架内,外国法院的证据调查等高权行为才能扩展至本国领土。除了国家之间的合意外,各国之间并不存在积极提供司法协助的义务,也无须消极地忍受他国高权行为的干预,国际习惯也不承认基于互惠原则各国必须个别地同意或允诺提供积极的司法协助或为消极的司法协助。各国是否为个别地同意或允诺,只能基于自愿,而并不负有必须同意提供司法协助的国际法义务。<sup>③</sup>

### (三)采用“即时通讯工具取证”仍然属于对他国领土主权产生影响的高权行为

随着现代通讯技术的发展,越来越多的国家在其立法中允许受诉法院采取“视频技术”或其他远程通讯技术来组织当事人进行口头辩论,甚至进行证据调查。这不仅可以免去当事人、证人等人的证据方法因赴受诉法院所在地出庭辩论、作证而产生的旅途奔波,也节省了大量的时间和费用,提高了诉讼效率,其优势显而易见。根据《民事诉讼法》第 76 条的规定,在证人因健康原因、交通不便、自然灾害等正当理由不能出庭时,经人民法院许可,可以运用视听传输技术作证。这一规定正是基于上述考量。随着国家间交往的日益加深,将视频技术等远程通讯手段运用于跨境民事证据调查也日渐成为国际条约的主要议题。《海牙取证公约》囿于当时的时代背景并未规定各成员国可以通过视频传输等技术协助证据调查,但至少没有反对或禁止。2001 年《欧盟证据合作条例》直接规定了各成员国在进行司法协助时可以通过视频询问证人等方法进行证据调查,受诉法院也可以通过视频技术参与证据调查。2020 年《欧盟证据合作条例》更是强化了视频技术在证据调查司法协助中的运用。因此,不难推断,在《海牙取证公约》或其他多边、双边条约的框架内,甚至基于互惠原则,我国法院可以请求证据方法所在国主管机构或法院通过视频技术等远程通讯方式协助我国法院进行证据调查。根据 2023 年修改的《民事诉讼法》第 284 条第 2 款的规定,受诉法院可以采用“即时通讯工具取证”等方式直接对在外国的证据方法进行证据调查,这无疑是对现有的司法协助框架的重要突破。采取这种证据调查方式固然须以立法所确定的“所在国法律不禁止”为前提条件,但显然不能消弭对其正当性的质疑。产生怀疑的根本原因

<sup>①</sup> Vgl. Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Viedoverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416.

<sup>②</sup> 高田裕成=三木浩一=山本克己=山本和彦『注釈民事訴訟法(第 4 卷)』(有斐閣、2017 年)133 頁参照;秋山幹男『民事訴訟法(Ⅳ)』(日本評論社、2015 年)109 頁参照;Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.14.

<sup>③</sup> 高田裕成=三木浩一=山本克己=山本和彦『注釈民事訴訟法(第 4 卷)』(有斐閣、2017 年)134 頁参照;Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.1.

在于,“所在国法律不禁止”并不能产生证据方法“所在国的同意”这一结论。而如前所述,在当代国际法秩序下,“同意”是证据方法所在国容忍他国法院在其领土上进行证据调查的必要条件。

第一,运用即时通讯工具等方式对在外国的人的证据进行询问,或采取其他方式对位于外国的证据方法进行调查,仍属于行使裁判权的高权行为。受诉法院采用即时通讯工具(包括视频技术)询问在外国的人的证据,虽然并未在物理上涉及证据方法所在国家,但是性质上与在外国领土上询问证人相类似,故并非简单的证据方法的输入、输出或者证据形成的问题。运用远程通讯技术进行证据调查只是改变了证据调查的方式和样态,而并未改变其为法院实施的高权行为的本质。采用即时通讯工具等方式询问证人仍应被归结为具有“法的保持力”的高权作用,其实施依然需要明确的司法合作的协议,或者在非契约型司法交往中获得证人所在国的同意。<sup>①</sup> 质言之,受诉法院直接进行的“数字化”证据调查一如传统的证据调查,仅在司法协助的框架内才具有合法性和正当性。从国际民事司法实践看,由法院或其授权的成员在证据方法所在国直接进行证据调查,哪怕是运用视频技术询问欧洲以外国家的证人,也几乎未被批准。<sup>②</sup> 在欧洲(主要是欧盟),受诉法院之所以可以直接在他国进行直接的证据调查(包括视频询问证人等人的证据),是因为《欧盟证据合作条例》明确规定了这种证据调查方式。即便如此,根据《欧盟证据合作条例》第12、19、20条的规定,只有在受诉法院向证据方法所在的成员国提出直接证据调查请求并且得到批准的情形下,才可以使用视频技术进行直接的证据调查。尽管证据方法所在国只能以违反法律基本原则为由例外地拒绝其他成员国直接的证据调查请求,但是同意仍是必要的。显而易见,这只能从主权原则中得到合理的解释。《欧盟证据合作条例》所规定的直接证据调查在很大程度上改变或摒弃了传统的关于主权的严格理解,从某种意义上讲,其是各成员国基于互信让渡主权的产物。<sup>③</sup>

第二,《民事诉讼法》第284条第2款所规定的“所在国法律不禁止”仅为我国单方的法律规定,不仅在法理上得不出“不禁止即视为同意”这一结论,而且对证据方法所在国也不产生拘束力。从法理上讲,“法不禁止即有权实施”仅适用于意思自治形成的私法领域,强调的是私法主体在法律没有禁止的范围内,可以通过自身的意思表示形成对双方有拘束力的具有法的效果的行为。但是在公法领域,公权力主体实施公法行为时,尤其是在实施对他人基本权利产生影响的干预行为时,必须有法律明确授权。公权力主体只有基于法律明确授权实施的公法行为才是合法的、正当的。将此原则类推适用到国际交往的法的领域,可以发现,在一国的高权担当者实施对他国领土主权产生影响或可能产生影响的诸如证据调查等具有法的保持效果的司法行为时,仅以“所在国法律不禁止”为依据显然是不充分的。对位于外国的证据方法直接进行证据调查所造成的对他国的干预,在性质及程度上远甚于主权国家基于统治权对国民的私人领域所进行的干预。如果国家公法行为只有在法律明确授权的情形下才能合法干预国民的私人领域,那么国家对位于外国的证据方法直接进行证据调查就更需要证据方法所在国的明示同意。如前文

<sup>①</sup> Vgl. Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416; Labonté/Rahrbeck, Grenzüberschreitende Beweisaufnahme im Zivilprozess unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, IwRZ 3(2021), 99.

<sup>②</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 363, Rn.2.

<sup>③</sup> Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 363, Rn.10.

所述,除非基于国家间的合意(包括概括同意与基于个别允诺的同意)产生在证据调查领域的积极司法协助与消极司法协助义务,否则证据方法所在国不存在容忍受诉法院所在国直接进行证据调查的义务。国际法的实践似乎也没有发展到这一地步,即在采用即时通讯工具或视频技术等方式对位于外国的证据方法直接进行证据调查从一开始就认为不必要提出司法协助的请求,或者要求他国有义务对证据调查的请求作出积极回应。<sup>①</sup>因此,《民事诉讼法》第284条第2款所规定的“所在国法律不禁止”作为直接跨境证据调查的先决条件,仅为单方的立法规定,并不能对证据方法所在国产生拘束力,也不能改变容忍他国法院在自己领土上进行证据调查须以“同意”为必要的国际司法实践现状。为避免产生不必要的政治、外交上的争议以及可能带来的国际法问题,<sup>②</sup>“所在国法律不禁止”仅能被限缩解释为“对采用的证据调查方式不禁止”。在依《民事诉讼法》第284条跨境直接进行证据调查时,在解释论上仍应以受诉法院提出请求并获得证据方法所在国的同意为前提条件。<sup>③</sup>

### 三、“双方当事人同意”的意义及对受诉法院的拘束力

根据《民事诉讼法》第284条第2款的规定,法院跨境进行直接的民事证据调查固然以证据方法“所在国法律不禁止”为必要,但是前提仍是“双方当事人同意”。受诉法院在未征得双方当事人同意的情形下,遽然采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查,将构成证据调查程序的瑕疵,除当事人没有及时提出异议或舍弃异议而使瑕疵治愈外,当事人可以声明不服而上诉。我国虽然未如德国、日本等大陆法系国家那样正式建立民事诉讼当事人的程序异议权制度,但是证据调查程序的规范大多为任意性规范,仅关系到当事人的证据利益,<sup>④</sup>作这样的解释并非不能成立。同理,当事人双方同意受诉法院不按通常应当进行的证据调查程序进行证据调查,构成对其应享有的证据利益或程序权利的处分,法律上自然也是允许的。由于“双方当事人同意”为受诉法院对在外国的证据方法采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查的首要条件,因此需要

<sup>①</sup> Vgl. Jessen/Schiebel, Grenzüberschreitende Viedoverhandlungen im Verwaltungsprozess, NVwZ 19(2022), 1416. 德国联邦法院认为,尊重他国的领土完整包括所有的禁止在未经概括的或个别的授权或同意情形下干预他国主权的国家行为。除了没有“法的保持力”的行为外,国家采取的措施即使是未延伸到国外也可能侵犯了他国的主权。Vgl. BGH NJW 1999, 3788.

<sup>②</sup> 从域外的立法及司法实践看,如果当事人在证据方法所在国有可供执行的资产,那么可能涉及判决的承认与执行问题。尽管各国通常将判决不违反本国的基本法律秩序或公共秩序作为承认或执行外国判决的前提条件,但从已有的文献看,各国通常将判决存在侵犯当事人的陈述权、法官有偏见、当事人不正当地骗取判决等损害当事人的主观权利作为拒绝承认与执行判决的事由,甚少提到如果判决建立在侵犯他国主权的证据调查结果基础上那么可以作为拒绝承认与执行的事由。但为稳妥起见,受诉法院在未征得证据方法所在国同意的情形下还是应当谨慎地适用《中华人民共和国民事诉讼法》第284条。

<sup>③</sup> 为解决成员国受诉法院“同意”程序效率低下而导致的诉讼延迟问题,2022年《欧盟证据合作条例》增加了“成员国拟制同意”这一技术手段。依该条例第19条第4、5款的规定,证据方法所在成员国对受诉法院的直接证据调查请求必须在30日内予以答复。若未在此期限内答复,则受诉法院可以发出“催复异议”,收到异议后15日内仍未回复的,视为已同意。德国联邦法院认为,欧盟境内的跨境直接证据调查虽然仍以证据方法的成员国同意为必要而显得过于谨慎,但新引入的“拟制同意”至少减轻了因为回复处理不及时而导致的诉讼延迟问题,有理由相信,随着视频询问技术的强化运用,欧盟境内的跨境直接证据调查会愈发简便。Vgl. BGH NJW 2022, 1977.

<sup>④</sup> 法令用語研究会『法律用語辞典(第4版)』(有斐閣、2012年)840頁参照。

对其作进一步分析。

(一)“当事人同意”是以受诉法院为相对人的单方意思表示

在法的意义上,“同意”普遍是指对他人的行为表示赞成的意思表示。在立法中,无论是民事实体法还是民事程序法,某行为以某人的同意为必要并不少见。在此种场合,未得到同意的行为,依法律的规定或不生效或可得撤销。<sup>①</sup> 同意分为事先同意与事后同意两种类型,根据法律设立需要同意的法律行为的目的确定其内涵。需要同意的行为从一开始借助于同意就有效。<sup>②</sup> 在民事诉讼中,同意是当事人向法院作出的单方法律行为,与双方当事人约定管辖法院的合意、约定适用简易程序的合意等合同行为有别。就《民事诉讼法》第 284 条第 2 款中的“双方当事人同意”而言,其本质为双方当事人分别向受诉法院作出接受采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查的意思表示,而非双方当事人事先达成的证据契约。因为证据契约是基于双方当事人之间的合意缔结,而双方当事人同意仅为目的一致的一方意思表示,两者具有不同的性质。在民事诉讼中,“双方当事人同意”是诉讼行为,须依诉讼法规范判断其“存在”与“效力”,民事实体法上关于意思表示“存在”与“效力”的判断规则对其无适用余地。<sup>③</sup> “双方当事人同意”不受形式拘束,既可以明示地作出,也可以默示地作出。与诸多其他法律领域一样,同意权人仅保持沉默不能被视作同意。除非根据诚信原则,同意权人有义务作出拒绝同意之表示。<sup>④</sup> 因此,当事人对受诉法院询问是否同意采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查保持沉默的,不能作同意处理。《民事诉讼法》第 284 条第 2 款不存在“拟制同意”的法律空间。由于当事人的同意涉及对重要程序权利的处置,因此为维护法律的安定性并保障当事人的程序利益,当事人的同意必须在开庭期日当庭作出,或期日外以书面形式向受诉法院作出,期日外以电话方式或其他非书面方式向受诉法院表示同意是不够的。<sup>⑤</sup> 因诉讼程序的进行不能取决于将来的不确定事件,故双方当事人的同意原则上不能附条件,且一经作出不可撤回。<sup>⑥</sup>

(二)“双方当事人同意”意味着舍弃了严格证明程序

从立法技术上讲,《民事诉讼法》第 284 条第 2 款第 2 项与第 3 项将采用“即时通讯工具取证”与采用“其他方式取证”分别列为“双方当事人同意”的两个事项,似乎是指“即时通讯工具取证”与“其他方式取证”是两种并列的证据调查方式。然而,这样的理解显然过于表面化,《民事诉讼法》第 284 条第 2 款为例示规定,即“即时通讯工具取证”只是“其他方式取证”的例示事项,无论是前者还是后者,都是对民事诉讼所要求的严格证明程序的偏离。采用“其他方式取证”意味着受诉法院对位于外国的证据方法不必践行严格证明程序进行证据调查。采用“即时通讯工具方式取证”仅为偏离严格证明程序的证据调查方式之一,凡不属于严格证明要求的证据调查方

① 贺集唱=松本博之=加藤新太郎『民事訴訟法(2)』(日本評論社,2012年)166頁参照。

② Vgl. Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., 2023, § 182, Rn.1.

③ Vgl. Hau/Poseck, BeckOK BGB, 68. Aufl., 2023, § 182, Rn.16; Saenger, Zivilprozessordnung, 10. Aufl., 2023, § 284, Rn.63.

④ Vgl. Bayreuther, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 2021, § 182, Rn.16. 德国联邦法院认为,在民事诉讼中,当事人对法院所作的“无异议时推定同意”的声明保持沉默不产生同意的法律后果。Vgl. BGH NJW 2007, 2122.

⑤ Vgl. Fritsche Münchener Kommentar zur ZPO, § 128, Rn.30; Musielak/Voit, ZPO, § 128, Rn.12.

⑥ Vgl. Prütting, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 284, Rn.26.

式,在解释上均可纳入“双方当事人同意”的范畴。在比较法上,《民事诉讼法》第284条类似《德国民事诉讼法》第284条,是对仅停留在学说提倡层面的自由证明的法定化,使得自由证明成为一项与严格证明并列的关于证据调查的实定法规范。根据2004年9月1日生效的《德国司法现代化法》而增设的《德国民事诉讼法》第284条第2句,解决了自由证明在德国民事诉讼的立法依据问题,也开启了法院对依职权探知的事项以外的事实进行自由证明的可能性,只要“双方当事人同意”这一条件得到满足。<sup>①</sup>

在德国,联邦法院坚持认为,只要涉及法院依职权审查的事项,就无须双方当事人同意,也可采自由证明。<sup>②</sup>与之不同,由于我国司法实践中向来无自由证明与严格证明的分类,因此德国联邦法院所持之立场在我国并不适用。在我国,受诉法院在适用《民事诉讼法》第284条时,无论是针对诉讼要件等法院依职权审查的事实,还是关涉诉有无理由的本案事实,都必须以双方当事人同意为条件。因证据方法位于外国,故无论是否依据《民事诉讼法》第284条进行证据调查,受诉法院都不能直接跨境进行实地的证据调查,就此而言,在对位于外国的证据方法进行证据调查时,尊重外国主权应优先于满足证据调查形式直接原则。因此,在双方当事人同意的前提下,我国法院采用“即时通讯工具取证”等方式对位于外国的证据方法进行证据调查,只能说是对司法协助框架下由外国的主管机构进行证据调查或由我国驻外使领馆官员进行证据调查的放弃。就此而言,依《民事诉讼法》第284条第2款进行的证据调查并非完整意义上的自由证明,“当事人双方同意”的后果并不是在同意的范围内舍弃了法院必须遵守的关于证据调查的强制性规范,而是在同意的范围内,法院毋庸在传统司法协助框架下对位于外国的证据方法进行证据调查。例如,“当事人双方同意”就在外国的某证人进行电话询问,即舍弃了依通常的证据调查路径对其进行证据调查。我们并不能同时认为,当事人就该证人涉及的证明主题舍弃了其他的证据方法,更不表明当事人同意就其他的证明主题采用相同的证据调查方式。<sup>③</sup>

### (三)“双方当事人同意”对法院不产生拘束力

依《民事诉讼法》第284条第2款的规定,受诉法院对位于外国的证据方法采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查固然须以“双方当事人同意”为前提条件,但是受诉法院并不是必须按双方当事人同意的方式进行证据调查,而是由法院合目的性裁量决定。这是因为,(1)从《民事诉讼法》第284条第2款使用的“可以”这一术语看,是否采取当事人同意的方式进行证据调查是由法院裁量决定的。(2)对于自由证明而言,其意义仅在于受诉法院不受证据调查形式性的拘束,即自由决定所应考虑的证据方法和证据调查程序,但是自由证明并未降低法官心证的要求,对于待证事实的查明仍须符合通常要求的证明度。因此,在法院看来,如果采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查不能有效地解明事案时,那么舍弃双方当事人同意的证据调查方式不仅仅是可以的甚至是必须的。例如,对位于外国的证人进行电话询问,虽然满足了证据调查形式直接原则的要求,但在证人可信性及证据力上可能不及由驻外使领馆官员或证人所在国主管机构对该证人进行“在地”面对面询问所获得的证据资料。又如,对于需要实地勘验才能完整地感知标的物之场合,由受诉法院以视频技术进行勘验远不如请求标的物所在国主管机构或法院实

<sup>①</sup> Vgl. Prütting, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 284, Rn. 28.

<sup>②</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 1531.

<sup>③</sup> Vgl. Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 51. Aufl., 2023, § 284, Rn. 108-109.

地勘验获得的证据资料可靠。因此,基于正确解明事案之考量,在某些场合,选择当事人同意以外的路径进行证据调查也许更为适当。德国联邦法院即认为,在民事诉讼中,采取电话询问证人等自由证明方式进行证据调查的可能性虽然被《德国民事诉讼法》第 284 条第 2 句承认,但是当事人同意采用自由证明的权限仍应受到义务裁量要求之限制。如果受诉法院抛开正式的证据调查达不到对裁判重要性事实确信的目的,那么即便当事人同意采取自由证明也是不妥当的。也即自由证明并不阻碍受诉法院采用更好的或更合适的证明手段,如果采用严格证明能期待更好地澄清事实,那么即使双方当事人同意也可以舍弃自由证明。《德国民事诉讼法》第 284 条第 2 句并未降低证明度。如果法院不能通过自由证明获得对事实主张的完全确信,那么必须审查就同一证明主题是否存在需要经过严格证明才能调查的其他证据。<sup>①</sup> 笔者认为,德国联邦法院所持立场可以为《民事诉讼法》第 284 条的适用所借鉴,即如果法院认为不能期待采用当事人同意的证据调查方式,那么应舍弃该种证据调查方式,转而寻求通常路径对位于外国的证据方法进行证据调查。一言以蔽之,“双方当事人同意”仅为受诉法院对位于外国的证据方法进行证据调查提供了一种新的可能,究竟应采取何种证据调查程序取决于法院的义务性裁量。

#### (四)当事人可以在诉讼状态发生重大变化时撤销其同意

基于诉讼程序安定性之考量,当事人的同意行为在诉讼行为作出后原则上不可撤销,不过在诉讼状况发生重大变化时,如果仍不允许当事人撤销其同意,那么对于当事人利益的保护显然不够周全。依据《德国民事诉讼法》第 284 条的规定,证据调查开始前,如果诉讼状况发生了重大的变化,那么当事人可以撤销对自由证明的同意。只要当事人在涉及证明主题上的证据利益是依客观标准而不是依当事人的主观认知发生了这样的变化,就不能假定加快诉讼程序的推进所带来的利益超过了严格证明所获得的利益,就可认为诉讼状况发生了重大变化。<sup>②</sup> 例如,一方当事人扩张尤其是变更了诉的声明,提出了新的事实主张或证据,等等。在此种场合,当事人可以撤销其同意。<sup>③</sup> 与之相反,仅仅因证据调查在结果上对一方当事人不利而致使其胜诉前景出现恶化,则不能成为当事人撤销其同意的理由。<sup>④</sup> 《民事诉讼法》第 284 条第 2 款虽然未像《德国民事诉讼法》第 284 条那样规定当事人撤销同意的条件,但是从保障当事人证据利益的角度出发,立足于该条的意义及目的,应当承认当事人的撤销同意权。对此,德国学者所持解释之立场足资参考。

## 四、结 语

2023 年 9 月 1 日第 5 次修正的《民事诉讼法》增设第 284 条,在已有的通过司法协助进行跨境证据调查的路径外,规定在满足一定条件下可由受诉法院直接进行证据调查。与传统通过司法协助进行证据调查相比,跨境直接进行证据调查不仅节省了费用,而且更好地考虑到了形式直接原则的内在满足。因此,该条的增设因应了现代通讯技术有效运用于现代司法的需要,照顾了

<sup>①</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 814; LG Saarbrücken, NJW-RR 2010, 496.

<sup>②</sup> Vgl. Saenger, Zivilprozessordnung, 10. Aufl., 2023, § 284, Rn.67.

<sup>③</sup> Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., 2023, § 284, Rn.26.

<sup>④</sup> Vgl. Fritsche Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl., 2020, § 128, Rn.32.

与国际交往日益密切相伴而生的跨境民事证据调查愈加频繁的现实,对于解决饱受诟病的跨境证据调查效率低下、程序烦琐及由此而带来的诉讼迟延等弊端具有极为重要的意义。不过我们应清醒地认识到,对位于外国的证据方法采用“即时通讯工具取证”等方式进行证据调查,是对外国主权产生影响的具有“法的保持力”的高权行为。法官虽然自身在国内,但在连接外国的证据方法时,其证据调查行为仍是被输出到了外国,本质上仍属于跨境履行司法权。“所在国法律不禁止”并不能使此种证据调查行为获取充足的正当性。为避免可能的外交、政治争议及国际法上的后果,在未取得证据方法所在国同意的情形下,对位于外国的证据方法跨境直接进行证据调查应保持谨慎或克制态度。此外,对于“双方当事人同意”,我们应立足于《民事诉讼法》第 284 条的意义对其性质、效力作出合目的性解释,以保障当事人所享有的证据利益。

---

**Abstract:** Article 284 was added to the Civil Procedure Law of the People's Republic of China as amended on September 1, 2023, which stipulates that if both conditions of “not prohibited by the law of the country where the evidence method is located” and “the consent of both parties” are satisfied, the respondent court may adopt “instant messenger evidence collection” as a means of cross-border evidence investigation. The new cross-border direct investigation of evidence in the Civil Procedure Law of the People's Republic of China is in a parallel order to the traditional investigation of evidence through legal assistance, and the respondent court chooses to apply it in a purposive and discretionary manner. Conducting its evidentiary investigation by means of “instant messenger evidence collection” does not change the nature of its sovereign act, which is justified by the individual consent or agreement of the country where the evidence method is located, and the condition of “not prohibited by the law of the country where the evidence method is located” is not sufficient to satisfy the requirement of being justified. In the absence of the consent of the country in which the evidence method is located, article 284 of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China should be applied with caution in order to avoid potential diplomatic and political controversies and consequences in international law. The nature and effect of “the consent of both parties” should be interpreted in accordance with the meaning of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China and in line with the purpose of the legislation, so as to safeguard the parties' right to procedural participation and evidentiary interests in cross-border direct evidence investigation.

**Key Words:** cross-border direct evidence investigation, principle of sovereignty, mutual legal assistance, proof of freedom, consent of the parties

---

责任编辑 王虹霞