



中财法学文库

国际民商事案件域外取证 法律适用问题研究

Applicable Rules

To Taking Evidence Abroad in Private International Cases

王克玉 著



人民法院出版社

中财法学文库

国际民商事案件域外取证 法律适用问题研究

王克玉 著

D997.3
W2

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际民商事案件域外取证法律适用问题研究/王克玉著. —北京: 人民法院出版社, 2008. 4

(中财法学文库)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 527 - 3

I. 国… II. 王… III. 证据 - 收集 - 研究 IV. D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 206697 号

国际民商事案件域外取证法律适用问题研究

王克玉 著

责任编辑 贾毅

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250542(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 362 千字

印 张 13.375

版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 527 - 3

定 价 33.00 元

版权所有 侵权必究

《中财法学文库》编委会

编委会顾问 江 平 王家福 梁慧星 王利明
王保树 甘功仁 蔺翠牌

编委会主任 郭 锋

编委会委员 安新宇 曹富国 陈 飞 陈华彬
高秦伟 郭 华 李 轩 刘双舟
胡晓珂 史树林 王克玉 吴 韬
许冰梅 阳 平 尹 飞 曾筱清
张小平

执行编委 吴 韬 尹 飞

作者简介

王克玉，男，山东诸城人，法学博士，现为中央财经大学法学院讲师，中国国际私法学会理事，长期从事国际私法和国际经济法的教学研究工作。先后参加编写了《国际私法》（全国成人高等教育法学主要课程规划教材）、《国际私法教学案例评析》等教科书，合著有《新合同法的原理与适用全书》、《国际商事关系法律适用论》、《国际私法论丛》、《国际民商事关系法律适用法立法原理》、《国际民商事案件司法协助制度研究》等著作，并在国内法学核心期刊上发表论文数篇。

内容摘要

域外取证的法律问题很多。本书主要从法律适用的角度,论述域外取证的法律制度、法律冲突以及域外取证中程序法和实体法的适用,并重点分析了《海牙取证公约》对域外取证规则的统一、主要国家对海牙取证公约的适用,以及公约在适用中出现的问题,最后分析了我国域外取证领域法律适用的现状和不足,并提出了相应的完善措施。正文除导言和结语外,共分六章,分别如下:

第一章论述了域外取证的基本法律制度。首先从域外取证的性质入手,论述了与域外取证方式有关的法律适用,包括证人出庭作证和使用新技术等特殊取证方式的法律适用问题。在域外取证的范围方面,重点论述了域外取证中“民商事”的范围和“民商事”法律问题的冲突,以及外国法查明中的法律适用问题。

第二章论述了域外取证法律适用上的冲突,本章共分为三节。第一节用比较分析的方法,阐述了主要国家的域外取证制度。第二节分析了域外取证法律冲突的表现和成因,并重点论述了美国和其他国家关于“审前程序”的冲突。第三节论述了各国的障碍立法以及障碍法的适用问题,指出障碍立法在域外取证领域的积极作用和负面影响,并对障碍法的适用进行评价。

第三章论述了域外取证法律适用规则的统一和协调,本章共分为三节。第一节阐述了《海牙取证公约》对各国域外取证规则的统一,从法律适用的角度对海牙公约进行评述。第二节从各国对国内法的修改入手,论述了域外取证法律适用上的协调,并重点评述了各国在“审前文件开示”问题上的协调。第三节主要论述了域外取证领域的两个区域性法律文件。第四节论述了《海牙取证公

约》适用中出现的问题,特别是公约尚未解决的法律适用问题,例如“民商事”的界定、“域外取证”的理解、公约适用的范围和条件,公约的排他性适用等。

第四章主要介绍了《海牙取证公约》在美国的适用,本章共分为四节。第一节介绍了美国限制和否定公约的概括性立场。第二节论述了美国早期各级法院适用公约的不同实践。第三节介绍美国联邦最高法院在“法航”案中关于公约适用的判例性结论,并对该案进行评析。第四节结合美国法院适用公约中出现的问题,着重论述了公约的解释、公约与国内法的关系,以及适用公约引起的利益失衡等问题,指出公约并没有取代各国的国内法,海牙公约不是最终的、惟一的域外取证规则。

第五章从冲突规范入手,讨论分析了域外取证中的证据法律适用问题。指出证据的法律冲突和法律适用仍需借助冲突规范去指引,并在此基础上对证据的可采性、证人资格、证人特权、证明责任、证明效力等事项的法律适用规范进行分析。另外,本章还对外国程序法的适用角度论述域外取证的法律适用,指出在域外取证中存在着对外国程序法直接适用、间接适用和概括适用等情形。

第六章考察和研究了中国的域外取证制度,本章共分为三节。第一节论述中国对外取证和外国来华取证的立法和司法现状。第二节分析我国当前在域外取证法律适用上存在的问题,包括对域外取证的认知、域外取证中的利益平衡、司法协助条约的执行,以及互惠原则与中国利益的保护等问题,并提出解决问题的思路 and 原则。第三节主要从具体的制度层面论述如何改进和完善我国域外取证的法律适用制度,指出应首先完善国内的证据规则、统一国内案件和国际案件的证据规则、认可当事人域外取证和借鉴特派员取证方式以及建立证人和当事人的救济制度,并从证据法律适用规范的角度,论证如何构建和完善我国的域外取证制度和法律适用制度。

文章结论部分阐明了我国域外取证法律适用的指导原则,并对全文的内容进行理论上的总结。

总 序

中央财经大学法学院诞生于中国致力发展社会主义市场经济、建设社会主义法治国家的 20 世纪 90 年代中期这一伟大的变革时代。经过十多年的发展,法学院正在向着成为我国财经立法、司法和教育的思想库,财经法学的重要国际交流平台,财经法律复合型应用性高级人才的重要培养基地的目标迈进。

在中央财经大学法学院的教师中,活跃着一批学历高而又富有朝气的年轻学者,他们关注国计民生,参与国家法制建设,醉心于法学研究;他们热爱三尺讲台,关心学生的成长;他们具有国际化视野,重视借鉴西方先进的法律制度、法学理论与法律文化。以这批教师为主体,中央财经大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。以此为基础,我们决定编辑出版“中财法学文库”系列丛书。

投入较大的人力、物力组织这套文库的出版,是践行中财法学院“科研立院”宗旨的重要体现。如何在激烈的竞争中立于不败之地,培养出社会需要、国家满意的优秀人才,是各个大学法学院共同思考的问题。我们始终认为:法学院

的根本任务在于培养合格的高质量法律人才，科研则是教学的先导、教育的基础。没有高质量的学术研究，以己昏昏，使人昭昭，很难想象有深入浅出、鞭辟入里的课堂教学；没有教师对法律实践的敏感触觉和对社会问题的深刻领悟，很难想象有生动活泼、贴近实际的课堂艺术。唯有在科研方面的进步和成就，才能保证造就一支具有坚实理论基础、深厚学术底蕴、并富有远见卓识和深刻洞察力的师资队伍，从而推动法学院全方位、多层次的发展。是故，学院多方筹资，购置图书、激励科研、补贴出版、奖掖人才；众学者皓首穷经、笔耕不辍；法学出版界同仁大力襄助，终有今日“中财法学文库”付梓。

这套文库的出版，必将有助于我院提升法科学生的学术品质，强化其专业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。中央财经大学法学教育适应侧重培养通法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用性人才的目标定位，在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的财经实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外，适当广泛涉猎、阅读学术专著，对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外，出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著，可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作，多围绕民商法、

经济法等领域实践中的重大疑难问题，对我国相关制度加以细致的探讨与解说。这将有助于拓展学生视野，为他们思考问题、研究制度以及应用法律提供新的视野和方法，并进而登堂入室、一窥门径。

这套文库，在策划选题上，偏重经济领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题；在内容上，侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与我院以民商法、经济法为基础，以财经私法、财经公法为特色，以理论法学为支撑，集中发展若干新兴三级学科的学科发展战略有关，也是我们对法学研究方向思考的产物。从宏观而言，目前我国的法学学科框架已经基本成熟，法学界对法学各学科的体系与基本原则已无较大争议，法学各学科的基本理论相对而言也难以再有较大变动，因此我们的研究目标不能再仅仅局限于对若干宏观问题的探讨以及对若干基本原则的建构。因应法律实践的需求和法治完善的需要，我们更应当集中精力于以前较少涉及的具体制度及其微观层面展开深入细致的研究，揭示其背后的理论基础，提供完善、富有可操作性的制度设计，以此推动法学研究与法学教育的进步，并进而推动我国立法、司法日臻完善。

刚刚过去的2007年，适逢《民法通则》实施20周年。抚今追昔，以先师佟柔教授为代表的一代法律学人历尽磨难、备受艰辛，终以一部《民法通则》向世界发出了中国的《权利宣言》。虽历经波折，《物权法》终得以颁行，社会主义市场经济法律体系的框架已基本具备。在改革开放和法治建设的关键发展阶段，衷心希望我院同仁，以国家法制建设为己

任，以民族复兴为目标，以追求真理的勇气致力于学术研究，以甘当人梯的情怀献身于法学教育，谦虚谨慎，踏实治学，团结国内外法学界同仁，弘扬老一辈学者的风范，为我国法学的繁荣与法治的进步不懈努力！

是为序。

郭锦*

2008年3月1日

* 中央财经大学法学院院长、教授。

序

国际私法所要解决的法律冲突，远不止于传统的冲突法领域。

域外取证作为国际民事诉讼领域的一项重要内容，既是一个非常实际的问题，也是一个复杂的理论问题。说它是实际问题，是由于大量的国际民商事诉讼案件，均离不开域外调取证据这一环节；说它是理论问题，是因为在域外取证这个问题上，各国的立法和实践不尽一致，由此带来的冲突和纷争以及深层次的问题，更多地需要在理论上予以总结和梳理。

本书作者为此进行了第一手资料的收集、整理、归纳和研究，结合国际私法的基本原理，运用比较分析、实证分析、历史分析和利益分析的研究方法，既横向考察了各国的域外取证法律制度和实践，又纵向分析了各国在不同历史时期的立法和司法，并围绕《海牙取证公约》的适用等内容，先后论述了域外取证的性质、范围、方式、内容以及冲突与合作等事项，深度发掘和阐释了域外取证的相关理论问题，从多个角度和维度论述了域外取证领域中的法律适用。

尤其可贵的是，作者尝试着运用传统冲突法上的思路和方法，分析和解决域外取证领域的法律冲突问题，并以开阔的视野、平等的立场和多元化思维，结合国际条约和主要国家的法律适用现状，提出了不少独到的见解，有些观点甚至对传统的国际私法理论提出了挑战，表现了作者勤于思考、敢于探索的学术精神。

需要指出的是，我国现行立法中关于域外取证的规定少之又少，与其他国家相比，尚不足以应对国际民事诉讼领域和国际司法合作领域纷繁复杂的局面。在对外取证和外国来华取证方面，我们

据以合作和斗争的制度缺位,急需在立法上予以改进和完善,本书作者已经注意到了这个问题,文章最后落脚到我国的立法完善上,并针对当前的现实,提出了许多富有创新性但又极具切实性的建议,这也是本书的一大亮点。

当然,书中免不了有这样或那样的问题,个别观点难免与现实有些出入,但作为一种探索和研究,该书的立论和思路可圈可点。

作者在多年的教学科研和实践中,一直关注着域外取证的法律冲突问题,在其攻读博士学位期间,便对国际私法的基本理论和国际民事诉讼问题行了深入的研究,其博士论文以域外取证法律适用为题,观点鲜明,论证周密,资料翔实,获得了答辩委员的一致好评。现在作者将论文修正改进,并以专著形式问世,作为导师,我备感欣慰。在本书即将付梓之际,谨志数语,是为序。

赵相林

二零零七年岁末

于中国政法大学

目 录

导言	(1)
第一章 域外取证制度概述	(4)
第一节 域外取证的法律性质	(4)
第二节 域外取证的方式	(12)
第三节 域外取证的范围	(33)
第二章 域外取证的法律冲突	(45)
第一节 主要国家域外取证制度概况	(45)
第二节 域外取证冲突的表现和成因	(78)
第三节 域外取证中外国障碍法的适用	(106)
第三章 域外取证法律适用的协调与统一	(129)
第一节 海牙取证公约对法律适用的统一	(129)
第二节 各国国内法对域外取证规则的协调	(152)
第三节 域外取证适用法律的区域性协调	(173)
第四节 海牙取证公约尚未解决的法律适用问题	(185)
第四章 海牙取证公约在美国的适用	(197)
第一节 美国对待海牙取证公约的概括性立场	(197)
第二节 美国法院对海牙取证公约的适用(上)	(206)
第三节 美国法院对海牙取证公约的适用(下)	(224)
第四节 海牙取证公约适用中的问题和思考	(247)
第五章 域外取证中的证据法律适用规范	(275)
第一节 证据冲突规范	(275)
第二节 证据程序法的适用	(297)
第六章 中国域外取证法律适用制度的完善	(307)
第一节 中国域外取证立法和法律适用现状	(307)

第二节 中国域外取证法律适用中的问题和思考	(316)
第三节 中国域外取证制度的设计和构想	(331)
结语	(343)
附录 1: 海牙国际私法会议《关于从国外调取民事或商事 证据的公约》	(346)
附录 2-1: 美洲国家组织《美洲国家间关于国外调取 证据的公约》	(362)
附录 2-2: 美洲国家组织《美洲围绕间关于国外调取证据的 公约的附加议定书》	(369)
附录 3: 欧盟《关于成员国法院之间民商事案件取证合作的 第 1206 号理事会规则》	(379)
参考文献	(398)
后记	(413)

导 言

由于制度上的差异和观念上的抵触，域外取证似乎成了一个敏感的话题。有数据显示，自1997年至2004年期间，司法部作为我国司法协助的中央机关，负责接收和发出的司法协助请求共计10396件，其中关于域外取证的仅为254件，占全部司法协助请求的2.4%，域外送达则占了绝大部分内容。问题是，在同为涉外民商事诉讼的案件中，居然只有域外送达而没有域外取证的协助，这似乎是一种极不正常的现象，更何况国内案件有时也需要调取相应的域外证据，域外取证发生的几率更频繁才属正常。

对上述现象惟一可能的解释是，涉外民商事诉讼中的域外取证，大多没有通过司法协助的途径进行。如果事实确是如此的话，问题的存在似乎就有其合理性了。

各国证据制度和取证规则的差异，表现在域外取证领域冲突迭起，纷争不断。但是，对一国的国内法院来说，不论是国内案件还是涉外案件，它不能因为域外取证事项上的冲突和阻隔而搁置案件的争议，公正和效率这一现代司法目标，要求受诉法院必须在合理的期限内作出判决。然而，现实中通过司法协助条约“搭建”起来的域外取证途径，却无法达到上述效率和公正的目标。事实表明，一起简单的域外取证请求的执行，即使在顺利的情况下，也需要半年左右甚至更长的时间才能完成，有的甚至需要一两年的时

间。如此低效率的域外取证模式，使得诉讼当事人的合法权益无从保障。另一方面，海牙国际私法会议《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（下称《海牙取证公约》）等现行国际条约，无法解决域外取证领域的全部冲突，加之公约本身的原因，甚至连公约是否是排他适用的问题也成了冲突的内容之一。

在上述现实背景下，如何看待域外取证的性质？这是首先应当考虑的问题，这也是关系到国际民事诉讼的性质和目的的一个问题。对一国法院来说，域外取证是否只能由司法机关而不能由当事人来进行、是否只能通过司法协助的途径来完成？当事人承担的举证责任在涉及域外取证的案件中如何得以落实？

从世界各国的立法来看，没有任何一个国家的法律禁止本国当事人到域外调取证据，然而在对待外国法院和外国当事人域外取证时，许多国家强调本国的司法主权，禁止在本国境内收集证据。所以，域外取证中的冲突除了基于国家间法律制度的差异外，更多的原因在于大多数国家在法律适用上采用了利己主义和单边主义的立场。例如，对于实行当事人主义审判模式的国家来说，在对待域外取证问题上更多地采取了“进攻式”的单边利己主义，而对于实行职权主义审判模式的国家来说，则采取了“保守型”的利己主义。所以，利益冲突是域外取证法律适用中的一个无法回避的问题，只有通过利益分析的对比，使用利益分析的方法，才能使我们更客观而不是主观、更理智而不是盲从地看待域外取证中的法律冲突问题。

除了实证分析和利益分析之外，如果再借助纵向的历史分析和横向的比较分析，我们也许很容易看出，域外取证的法律适用正缓步走向协调和统一，这一方面是历史发展的必然趋势，另一方面更是各国对国内法改进的结果。在这个协调的趋势中，有一个现象值得我们注意，那就是坚持“保守型”立场的国家更多地走向开放，“限制性”的域外取证规则更多地朝着宽松灵活的方向发展，而不是相反。