

# 跨国证据的获取与证明

闫卫军

- 包括跨国调查取证在内的国际司法协助通常以国家之间订立的双边或者多边的国际条约为依据，当然在一国国内法律允许的情况下，也不排除两个国家的司法机关基于互惠原则相互请求和提供司法协助。
- 有关司法协助的国际公约一般均要求缔约国在国内指定一个机构作为接收来自双边条约的对方或者多边国际条约的其他缔约国的司法协助请求，以便本国履行公约义务的“中央机关”。这就是所谓“中央机关”制度。
- 对于执行来自国外的司法协助请求的程序，各国法律和相关国际条约一般均要求适用被请求国的国内法，但是也允许在不违反本国法律的前提下接受请求国提出的特别要求。
- 如果当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

基于国际交往的发展和公民出国旅行的增多，形成许多跨国的民商事法律纠纷以及跨国的犯罪活动。然而除了反人类罪、种族灭绝罪等极少数国际犯罪外，大部分的民商事纠纷都是诉诸于主权国家国内的司法体制，由国内的法院审理和判决的；跨国的违法犯罪活动也都是由主权国家国内的司法机关侦查、起诉和审判的。

对于主权国家的司法机关而言，由于此类案件的事实往往发生于国外，便会在发生在此类案件中如何调查取证以及如何证明发生于国外的事实的问题。显然，受到国家主权原则的限制，一个国家的司法机关不能直接到国外调查取证，甚至一个国家的律师也不能到国外以律师的名义开展工作。因此此类案件中的调查取证工作通常都是通过国家间的司法协助完成的。

## 跨国调查取证的法律基础

包括跨国调查取证在内的国际司法协助通常以国家之间订立的双边或者多边的国际条约为依据，当然在一国国内法律允许的情况下，也不排除两个国家的司法机关基于互惠原则相互请求和提供司法协助。我国与许多国家签订了双边司法协助协定，如1997年生效的《中华人民共和国和泰国王国关于民商事司法协助和仲裁合作的协定》，2005年生效的《中华人民共和国和泰国王国关于刑事司法协助的条约》等。

除了双边司法协助条约，我国还参加了一些有关司法协助的多边公约，涉及相互委托调查取证的如《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（简称《海牙调查取证公约》，该公约于1970年缔结，1998年该公约对我国生效）。这些双边或多边司法协助条约中均规定了在跨国案件中相互委托调取证据的制度，构成我国对外请求或提供调查取证方面的司法协助的法律依据。除了我国缔结或者参加的国际条约，我国也通过国内立法规定包括调查取证在内的国际司法协助制度，如我国《民事诉讼法》就在涉外篇做了这方面的规定。2018年通过的《国际刑事司法协助法》是我国首次专门就刑事司法协助进行立法，其中包括就请求和提供调查取证方面的司法协助做出规定。

## 司法协助中的“中央机关”制度

有关司法协助的国际公约一般均要求缔约国在国内指定一个机构作为接收来自双边条约的对方或者多边国际条约的其他缔约国的司法协助请求，以便本国履行公约义务的“中央机关”。这就是所谓“中央机关”制度。

在双边和多边国际条约中，我国一般都是指定中华人民共和国司法部作为我国的中央机关。在司法部内部，具体负责司法协助事务的则是司法部国际合作局（原司法部外事司）。根据我国《国际刑事司法协助法》的规定，中华人民共和国司法部是我国和外国之间开展刑事司法协助的对外联系机关，负责提出、接收和转递刑事司法协助请求，处理其他与国际刑事司法协助相关的事务。

显然，我国法律规定的刑事司法协助的“对外联系机关”和相关国际条约中规定的“中央机关”具有类似的功能。不过国际条约仅从履行条约义务的角度界定“中央机

关”的职能，一般仅仅是负责接收来自其他缔约国的司法协助请求，而我国法律则规定归口管理制度，要求我国对外发出的司法协助请求，均通过我国的司法协助对外联系机关即国际条约规定的“中央机关”进行。当然对于没有与我国缔结双边司法协助条约且没有共同参加的多边司法协助条约的国家，与我国进行司法协助，则只能通过外交途径提出。

对于根据条约提出的司法协助请求，一般只能根据条约的规定，由“中央机关”进行审查。在不存在法定拒绝提供司法协助的情形时，由本国“中央机关”根据本国法律规定交由本国相关司法机关执行。但是我国《国际刑事司法协助法》规定，国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关，按照职责分工，审核向外国提出的刑事司法协助请求，审查处理对外联系机关转递的外国提出的刑事司法协助请求。因此我国司法机关向外国提出调查取证等司法协助请求，需要首先由相应的主管机关审核同意，然后才能交由对外联系机关对外提出司法协助请求；对外联系机关收到外国提出的刑事司法协助请求，在对请求书及所附材料进行审查并认为符合要求后，也应当按照职责分工，将请求书及所附材料转交有关主管机关处理，由后者再进行审查，并分别不同情况作出处理。

该法特别规定，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。

## 跨国证据获取的规定

通过司法协助的方式从国外获取证据的范围十分广泛。根据我国《国际刑事司法协助法》的规定，外国与我国的司法机关相互委托调查取证的内容包括：查找、辨认有关人员；查询、核实涉案财物、金融账户信息；获取并提供有关人员的证言或者陈述；获取并提供有关文件、记录、电子数据和物品；获取并提供鉴定意见；勘验或者检查场所、物品、人身、尸体；以及搜查人身、物品、住所和其他有关场所等。同时，该法还就我国与外国相互请求安排证人、鉴定人作证，或者通过音频、视频作证，或者协助调查的程序做出规定。

一些国际条约也对通过司法协助调取证据的范围直接或间接地做出规定。《中华人民共和国与泰国王国刑事司法协助的条约》甚至还对移送在押人员作证的程序做出了规定。对于执行来自国外的司法协助请求的程序，各国法律和相关国际条约一般均要求适用被请求国的国内法，但是也允许在不违反本国法律的前提下接受请求国提出的特别要求。

另外，在执行来自外国的调查取证司法协助请求时，一般还允许提出请求的外国司法机关派员到场。通过上述程序获取的证据通过我国法律规定的“对外联系机关”或者相关国际条约规定的“中央机关”转交或者归还，或者通过两国协议的其他方式移送。通过司法协助方式获得的证据一般不得用于提出司法协助请求时所针对的案件以外的目的。

## 跨国证据的公证与认证

根据我国最高人民法院规定，如果当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。所谓公证，就是由法定的公证人员证明法律文件、法律事实或者具有法律意义的行为的真实性与合法性；所谓认证就是由驻该国的领事官员证明所在国公证人员在相关法律文书上签字的真实性以及公证人员执业的合法性。通常对于来自国外的证据材料，只有经过公证和认证程序，才能提交国内的法院或者其他司法机构。我国《国际刑事司法协助法》规定，向中华人民共和国提出的刑事司法协助请求或者应中华人民共和国请求提供的文件和证据材料，需要按照条约的规定办理公证和认证事宜。但是通常有关司法协助的国际条约均规定免除认证或者类似的手续。

除了通过司法协助的途径调取在国外产生的证据，许多国家还规定了领事调查取证制度。所谓领事调查取证，就是由驻派国的使领馆官员受本国司法机关的委托在派驻国境内进行的调查取证活动。领事调查取证一般要求不违反所在国法律，不得采取强制措施，且被调查人员限于派驻国本国公民。我国法律亦允许外国驻我国的使领馆向其本国公民调查取证。另外，1970年《海牙调查取证公约》还规定“特派员”即由缔约国司法机关专门指定的人员调查取证的制度，但特派员调查取证一般需要获得所在国主管机关的许可，并遵守主管机关专门设定的条件。

## 我国港澳台地区的相关规定

最后，由于我国大陆地区与我国香港、澳门和台湾地区属于不同的法域，因此我国大陆的有关部门通过与港澳台相关部门协议的方式，就司法活动中的证据的调取和使用做出规定，通常由我国最高人民法院或其它相关部门颁布具体规定。有关这方面的制度的具体内容涉及两个方面：

其一是有关调查取证的规定，如2010年通过的《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》，2011年通过的《最高人民法院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》，2016年通过的《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》；

其二是对于来自港澳台地区的证据材料和其他法律文件如何履行类似公证认证的证明手续的规定。我国最高人民法院规定，如果当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。为此司法部分别在香港和澳门建立了中国大陆委托公证人制度和通过司法部设立在香港和澳门的窗口公司转递的制度；对于来自台湾地区的证据，则建立了通过海峡两岸交流协会和大陆各省、直辖市、自治区公证员协会转递的制度，以及通过海峡两岸交流协会与海峡两岸交流基金会查证的制度。

（作者系上海外国语大学法学院教授）

## 最新国际法律动态>>>

### 德国立法推动 儿童托管制度发展

德国于2018年9月通过《儿童日托法》，该法案将于2019年生效。法案的目标在于进一步提升儿童托管机构的工作标准，逐步消除各州之间托管教育服务的差距。法案的主要内容包括：

一是保障低收入家庭利益。法案规定，低收入家庭、领取社会救济金的家庭在享受儿童托管服务时，可减免相关的托管费用和教育费用。各州政府也可向社会募集资金，为贫困家庭支付儿童托管费用提供经济支持，使全国儿童能够享受相对公平的生活条件和受教育的机会。

二是加强托管机构建设。德国将加快儿童托管机构的建设步伐，增加托管机构的开办数量，提升托管机构的工作标准，延长托管机构的开放时间，提供更加友好的托管环境。此外，还将加强对从业人员的职业培训，打造素质优秀的师资队伍。

三是加大资金保障力度。至2022年，德国还将拨款55亿欧元，用于儿童托管机构建设。根据联邦政府与各州政府的协议，各州可以在联邦政府的授权范围内，根据各州实际情况灵活使用资金，建设具有本州特点的儿童托管制度。

（德语编译：冯艳琴 信息来源：德国联邦政府网站）

### 韩国加大雾霾整治力度

韩国于2018年8月通过《治理雾霾特别法》，该法将于2019年2月起实施。该法旨在防治和管控日益严重的雾霾现象，主要内容包括：

一是完善监测和预报标准。韩国环境部将拟定雾霾监测设备的制造标准，企业生产设备时必须遵守该标准，以保证设备的良好功能以及监测数据的准确性。环境部还将建立国家雾霾信息中心，系统地管理和分析雾霾数据，提升雾霾预报的准确性。

二是制定紧急应对措施。当某一区域的雾霾浓度达到警戒标准时，该区域的省级或市级行政长官有权采取紧急应对措施，包括规定汽车限行、调整大气污染物排放设施的运行时间、提高空气污染控制设施的效率、建议高污染企业暂时停业等。

三是规定集中管理区域。行政长官可指定辖区内雾霾污染严重，且老人或儿童等特殊群体集中的区域为“集中管理区域”。在集中管理区域内，政府应当优先采取建立空气污染监测网络、安装空气净化设施、扩大绿化面积等措施。四是成立专门管理机构。中央政府将设立由相关部门部长、行业专家组成的“治理雾霾特别委员会”，以及直属于总理的“治理雾霾计划小组”，统一部署雾霾治理计划。

（韩语编译：姚允涛 信息来源：韩国环境部网站）

上海法治报理论学术部  
上海外国语大学法学院

合作主办