

发现用于外国诉讼程序之证据 ——《美国法典》第 1782 条评析

熊 大 胜

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 熊大胜(1965-), 男, 河南光山人, 武汉大学法学院博士生, 主要从事国际民事诉讼法研究。

[摘 要] 美国协助外国法院、外国法庭、国际法庭和其诉讼当事人调取用于该法庭诉讼程序之证据的成文法典是《美国法典》第 28 章第 1782 条。其特点是单方面, 在高度自由、广泛的证人特权和适用过程中, 法院具有相当大的自由裁量权。

[关键词] 美国法典; 协助外国; 诉讼程序; 调查取证

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)02-0267-06

《美国法典》第 28 章第 1782 条(以下简称“1782 条”)给予了外国法院或法庭、国际法庭和有关利害关系人在美国境内, 调取用于上述法庭包括民事、行政、刑事(含刑事调查程序)在内的诉讼证据, 以单方面、非互惠、广泛、甚至无条件的协助, 鲜明地体现了美国对协助外国诉讼在其国内调查取证的充分善意, 展现了美国在国际司法协助与合作领域的自由与开放的精神。过去, 人们在介绍、评介与研究美国的证据发现程序与制度时, 关注与感兴趣的大多是美国法院在其国内民事诉讼中的证据发现制度及其域外适用上, 很少注意到美国法典第 1782 条给予对发生在外国法院或法庭之诉讼而需要在美国调取证据所给予的自由、便利与宽容。这对客观、全面地介绍、评介和研究美国的证据发现制度, 追踪域外取证领域的最新精神、立法、实践, 学习与借鉴外国先进的法律文化, 促进建立和完善包括本国域外取证制度在内的国际司法合作与协助制度, 不能不说是一项缺憾。为此, 本文拟对 1782 条的内容、目的、特点以及其在美国联邦法院中的法律适用等作一介绍与评析。

一、1782 条之主要内容和目的

(一)主要内容

美国法典第 28 章第 1872 条的主要内容为:

1. 联邦地区法院可以对在或居住其辖区内的任何人作出命令, 要求该人对发生在外国或国际法院(法庭)包括在正式追诉前所进行的刑事调查程序在内的诉讼给予证言、出示文件或提供其他物证; 上述法院令可以依照外国或国际法院(法庭)或任何利害关系人的请求或申请作出, 并可以直接要求上述证据在联邦地区法院指定的证人询问人员面前作出或提交; 被法院指定的证人询问人员有权对证人主持宣誓并录取证言; 法院令可以规定调查取证所遵循的方法和程序, 该方法与程序可以全部或部分为外国法院或国际法庭之方法与程序; 除法院令对调查证程序作出不同规定外, 取证程序应当适用《联邦民事

诉讼规则》的有关规定。

2. 任何人不得被违反其所享有的合法证人作证特权而被强制录取证言、出示文件或提供其他物证。

3. 本章规定不排除任何在美国境内之人在任何人面前以其接受的方式, 为外国或国际法庭诉讼之目的而提供证言、出示文件或提交其他物证。

(二)目的

立法史表明, 1964 年国会修订 1782 条的目的之一, 就是阐明美国目前协助外国法院、国际法庭和诉讼当事人在美国调取证言和文书证据的国际司法协助制度与程序, 并使这一制度与程序更加自由和开放。这可以从较早的 1863 年的法律规定对外国提供取证协助, 只限于返还金钱与财产之诉开始, 扩展到 1948 年修正案适用于“任何民事诉讼程序”, 再到 1949 年修正案规定适用于“任何司法程序的诉讼”, 最后延伸到 1964 年的“任何外国或国际法庭的诉讼程序”之协助为证。上述司法协助的范围与内容的变化, 与传统国际司法协助相比, 从诉讼案件的性质、请求的机关和适用的诉讼程序等角度来衡量, 不可谓不广泛、不深刻。这种变化所体现出来的美国给予协助外国取证的自由主义的精神, 迄今为止, 是任何其他一个国家所无法比拟甚至不可企及的。亦难怪有人说, 已经负荷沉重的美国法院, 将会变成世界的诉讼证据发现中心。

尽管提供自由与开放的对外取证协助程序是国会修改法律的主要目的, 但对于解读联邦法院决定或考虑给予外国取证请求的先决条件——“发现要件”的适当性而言, 仅有或理解上述目的是不够的。因为缺乏对修订 1782 条立法动机的理解, 就很难理解实践中法院的自由裁量权对 1782 条自由开放的发现精神的限制。自由与开放并不是 1782 条的终极目的, 而只是实现其潜在目标的具体手段。

那么, 1782 条的潜在目标应是: 向外国提供有效、公平的协助方法和鼓励外国向美国提供取证领域的互惠协助。对此, 美国国际司法程序规则咨询委员会主席 Philip W. Amram 作了清楚的说明。他指出: 1782 条基于单边考量而给予外国广泛的取证协助, 是一项明智和影响深远的政策抉择; 法案的起草者们铭记发生在外国的类似的诉讼程序对提供互惠取证协助的需求。因此, 美国的法院及其诉讼当事人可以期待外国的法院在对待来自美国的取证请求方面, 会得到像美国给予他们那样同样的、慷慨的和互惠的待遇。

二、1782 条之特点

单方面、高度自由、广泛的证人特权和适用过程中法院相当大的自由裁量权, 是 1782 条所呈现的特色。具体言之, 则是:

第一, 一般而言, 国际司法协助的实施是基于各国民事诉讼法和有关国际条约的规定, 以及互惠关系的存在^[1] (第 682 页); 然而, 反观美国协助域外取证的法典——1782 条——不但内容丰富、广泛, 而且其是建立在国内单方面、非要求请求取证国提供互惠的基础之上。取证国不愿意或不能对美国在其域内取证提供相应的互惠协助与合作, 不是美国法院决定是否执行外国取证请求的先决或决定性条件, 甚至有法院认为这种对发生在外国的国际民事诉讼的取证协助是无条件的。

无论美国法典 1782 条的潜在动机, 是希望别国仿效美国, 对其作出相应回报, 也无论美国这种“投之以桃, 报之以李”的期冀是否得到实现, 国会以成文法的立法模式, 早在 40 年前, 单方面、非互惠地作出对外国在美国调查取证予以广泛协助的规定, 着实具有原创性、超前性和国际性。不管这种立法的最终受益者或最大受益者为谁, 毫无疑问, 国际诉讼程序的当事人、域外取证领域中的国际司法合作制度及其积极参与国, 将是其中的受惠者。抛开“各国在域外取证方面的斗争”因素的考量^[2] (第 191 页), 仅凭其这种具有开创先河性的单方面、非互惠的立法胸襟、立法取向和对国际司法合作的导向意义与长远影响等, 就颇值得大力研究、推介和弘扬。

第二, 自由开放的取证协助精神, 是 1782 条最显著的特征。这一特色可以通过如下环节得到很好

诠释:提供协助的范围由过去传统的民事诉讼领域,扩展到行政诉讼程序和包括刑事检控调查程序在内的刑事诉讼程序;请求协助的主体从过去的外国法院,延伸到不仅包括具有司法或准司法性质的外国法庭和国际法庭及其官员,而且还包括与案件的结果具有利害关系的“利害关系人”;请求协助调取的证据方式由1949年的只限于“笔录证言”,发展到包括文书证据和物证在内的其他证据方式;此外,在取证的程序方面,1782条还允许适用请求取证国(尤其是大陆法系国家)的程序法(如法官亲自询问证人并将口述其询问的内容由书记官作出记录)。从以上概述不难看出,1782条在协助域外取证的自由与开放程度上,是空前的;迄今为止,世界上尚没有任何一个其他国家或国际条约对协助外国调查取证至少在立法上表现出如此慷慨、自由化与国际主义精神。这其中的原因及其对国际司法合作的价值与影响,很值得我们认真地总结与研究。

第三,法官享有相当大的、自由与广泛的自由裁量权,是1782条最大胆的创造。在协助外国在美国调查取证方面,国会授予了联邦地区法院相当大的、广泛的自由裁量权^[3](第178页);但国会对如何解释1782条的内容并没有给予严格的指导意见。立法史表明,法院在行使上述裁量权时,可以考虑请求国政府对美国发现程序的性质与态度、发生在外国的诉讼程序的特征,或者国际法庭的性质和发生在该法庭的诉讼程序的特征。然而,实际情况是,法院很少愿意参照或援引上述国会给出的指导意见,其原因是国会既没有解释也没有表明法院应当如何解释并适用上述考量的因素。因此,如何行使上述自由裁量权,是留给了法院的棘手问题。一些法院依照不同的标准或考量因素来裁量处理是否协助或限制外国的取证请求,例如第二巡回法院认为,只要联邦地区法院作出的协助取证法院令,符合1782条的双重目的,法院行使的裁量权就是正确与适当的;而另一些法院则将其自由裁量的行使建立在以下因素的考量之上:(1)请求国政府对发现程序的性质与态度以及发生在该国的诉讼程序的特征;(2)请求调取之证据在请求国的可发现性;(3)互惠;(4)取证之请求是否是出于善意;(5)国家安全;(6)调查取证的方法和程序;(7)涉及到保密法或证人特权事项等。此外,联邦法院对1782条的有关术语含义的界定,如“外国或国际法庭”、“外国或国际法庭诉讼之程序”、“被请求取证之人”、“利害关系人”、“任何可适用的合法特权”等均有广泛的自由裁量权力。从某种意义上讲,依照1782条外国取证请求所涉及到的方方面面,几乎均被涵盖在联邦法院的被称为“潘多拉匣子”的自由裁量权之内。

第四,1782条赋予证人广泛的拒绝作证特权。尽管联邦法院在作出协助或拒绝协助外国取证请求,或对协助执行加之以限制方面有非常大的自由裁量权,但是为了防止其被可能或潜在的滥用的危险,1964年的修订案中国会通过扩大证人特权的方式来限制发现被要求发现的证据,从而尽可能地避免上述风险的发生。证人在被要求作证或出示文件等证据的同时,依法可以主张广泛的拒绝作证特权,是1782条的又一鲜明特点。1782条的证人特权,大致可以分为三类:一类是美国宪法上或宪法性的特权;另一类是美国成文法和普通法上的特权;第三类是外国法上的特权。

(一)宪法性的证人特权

凡宪法、宪法性文件或宪法法院的判例所规定或确立的证人所享有的拒绝或免于作证的权利,即为宪法性的证人特权。在美国,宪法第五修正案的反对自我归罪特权是一项重要的宪法性证人免证特权。1964年修订案前,美国法典第1785条只规定了依照外国的嘱托书程序询问证人其所享有的反对自我归罪的特权;1964年后,修正案将宪法第五修正案的反对自我归罪的特权适用于1782条规定的所有诉讼程序,这样在依照外国的嘱托书或1782条申请请求取证程序中,证人均可以依照美国或任何外国的法律享有拒绝自我归罪的特权。在适用拒绝自我归罪特权时,国会还提供了指导其适用的“合理联系”标准。根据该标准,当被请求取证之人与其所主张享有的反对自我归罪特权的国家之间缺乏“最低联系”时,被请求取证之人不得援引此项特权;在决定是否存在上述最低联系时,证人的国籍、住所、法院地和可能追究证人刑事责任的地点,均是供法院考虑的因素。在Letter Rogatory from the 9th criminal Division, Regwnal Court, Mannheim Federan Republic of Germany一案中,美国法院适用了上述标准。该案涉及一位曾在德国证券市场上从事欺诈行为而被美国法院判刑的人,被要求就上述欺诈行为正在

德国受指控的诉讼程序之目的作证。德国的刑事指控程序是针对该证人以外的其他人;为获取证言,德国总领事致函美国法院,声明该证人在德国不会、也不可能被追究刑事责任。总领事所给予的证人刑事责任的豁免,是基于德国负责此案的检察官对可适用的德国成文法时效的解释。美国法院在决定是否协助调取证言前,对德国相关的法律作了仔细与全面的检查,其后认为:成文法的时效并没有涉及到证人仍可能被德国检察机关追究的其他一些犯罪行为,德国法律存在着强制追诉程序,因此,上述对证人罪责豁免的承诺是毫无意义的;即便检察官放弃其追诉责任,那些居住在德国遭受证券欺诈行为的受害者们也会要求检察机关强制追诉。故美国法院最终认为,证人在德国面临着被追究刑事责任的“巨大危险”因而拒绝了德国法院依 1782 条所提出的嘱托取证请求。

(二)成文法和普通法上的特权权利

1782 条中证人可援引的“任何合法的可适用的特权”,被联邦法院解释为包括各种成文法和普通法上的证人享有的拒绝作证的权力。如第 11 巡回法院坚持,根据成文法和普通法上的理由,大陪审团使用的证据材料,律师的工作成果、窃听的谈话记录等均是拒绝披露的。此外,英美判例法还发展出了诸如“法律意见”、“诉讼特权”、“共同利益特权”、“和解谈判的‘无损害’特权”、“公众利益特权或豁免”等一系列重要的免于发现的特权。

(三)适用特权的准据法

适用特权的准据法包括美国法律和外国法律,外国法律包括了除请求国之外的第三国的法律^[4](第 140-193 页)。实践中,如何就外国法律有关特权的内容进行举证,即如何查明或证明外国法问题,第二巡回法院的观点颇有代表性,即要求在主张特权以限制外国的取证请求时,证人或有关当事人应当提交“权威”的证据去证明其特权主张。

三、1782 条适用之分歧及其原因

由于 1782 条修正案获得国会一致通过,加之国会对 1782 条的关键性用语未作出明确界定,其结果是:美国联邦法院在适用过程中如何正确地解释 1782 条,出现了很大的冲突与分歧。这一冲突与分歧集中体现在第一、十一和第二巡回法院为代表的主张 1782 条的适用是否包含或受到证据发现要件的限制上。

(一)发现要件肯定说

此观点认为,外国诉讼的当事人在美国依照 1782 条获取法院作出的协助调取证据的命令之前,必须提供证据证明,被请求发现的证据依照请求国的法律是可以被发现或调取的,这是 1782 条所隐含的协助外国取证的前提条件。持发现要件肯定说的主要以联邦第一、第十一巡回法院为代表。

发现要件说起源于 1980 年 *re the Court of Patents for the Republic of South Africa* 一案。在该案中,发生在南非法院专利诉讼案的一方当事人,依照 1782 条的规定请求 Pennsylvania 地区法院作出法院令,要求在该法院辖区的证人作证和提交文件。由于请求取证方是诉讼的一方当事人而非外国法庭或有关司法当局,加之南非专利当局在请求取证程序中没有派员出庭。因此,联邦法院认为对是否作出法院令,必须持十分审慎的态度,尤其是在南非专利专员缺席的情况下更是如此,借以防止外国诉讼当事人利用 1782 条在美国取证,来规避外国有关的实体法或程序法对取证的限制性规定。法院认为,由于 1782 条的潜在目的是鼓励域外取证领域中的互惠与国际司法合作,如果美国法院以违反外国法律的方式给予外国诉讼当事人依照其本国法无权获取的证据,这将对上述目的极大妨碍;在当事人未有证明其所请求调取的文书根据南非法律是可以被发现的情况下,法院拒绝了其取证的请求。尽管宾夕法尼亚州地区法院没有明确表明 1782 条包含着证据的发现要件,但却认为,1782 条的适用隐含着申请美国法院令的前提条件,即请求的当事人应当证明:请求调取的证据根据被请求国的法律是可以被发现。联邦第一巡回法院在对该案的上诉审查中,支持了上述取证的发现要件观点。

1988年,在 *re Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago* 一案中,第十一巡回法院认为,尽管对被请求调取的证据在外国法院是否具有了可采性问题上,联邦地区法院应当保持克制,但在给予协助取证之前,对被请求发现的证据依照请求国的法律是否具有可发现性,仍需要作出决定。同样,在 *Lo Ka Chun V. Lo To.* 一案中,第十一巡回法院也秉持了上述案件的立场。

(二)发现要件否定说

与发现要件肯定说相反,否定说认为在联邦法院依照 1782 条作出的协助取证的法院令前,不需表明或不存在被请求调取的证据根据请求国的法律是允许被发现或调取观点。持此说的主要代表是联邦第二巡回法院。

在 *Application of Gianoli* 一案中,第二巡回法院对 1782 条的适用,拒绝采纳第一、第十一巡回法院所坚持的发现要件说的立场。其认为:(1)1782 条包含了三点发现要件,即被请求发现证据之人,必须在或居住在联邦地区法院管辖的区域之内;被调取的证据必须是用于外国或国际法庭之诉讼;申请人必须是外国或国际法庭或任何利害关系人。1782 条清晰地表明了上述三要件的存在而丝毫没有提及所谓的发现要件。(2)立法史表明,国会修正 1782 条目的在于对外国诉讼的当事人在美国取证提供广泛的协助,尽管国会没有给出法院应当如何协助的标准;对 1782 条的适用课之以发现要件,借以限制法官的裁量权,显然不符合国会修正法律对外国请求提供广泛的取证协助的初衷。(3)联邦最高法院认为,1782 条用语之明确是确切无疑的,对其解释的出发点必须立足于立法之语言,除非在极少数情况下,依照其字面文义解释的适用将会明显地导致与立法目的相冲突,否则,不要求法院对外国取证的当事人施加以发现要件的限制条件。(4)在 1782 条中并没有表明有发现要件存在的任何措辞或用语。事实上,与法院是否必须审查发现条件问题相关的唯一立法用语是选择性而非强制性的,即适用取证的程序和方法可以全部或部分遵循请求取证的当事人所在国的法律。此外,美国法院不应扮演查明或决定外国法律有关证据发现或披露规则这一角色,原因是,一则准确地查明或决定外国关于证据的可发现性的法律内容,不是一件容易的事情,这一证明负担不应加在法院身上;二则,一旦美国试图去解释别的国家法律制度的含义的时候,对国际礼让与国际关系的危险即告产生,尤其是在外国法院依照其国内法认为某些证据或信息是不允许披露或发现的情况下,美国允许利用 1782 条去发现证据——这被认为是美国将其法律强加于他国之上;再则,由法院来决定外国法律关于证据的可发现性或者可采性,是一种资源的浪费。综上,发现要件否定说,拒绝了 1782 条的适用受制于成文法外所附加的先决条件,主张 1782 条的法律适用是无发现要件限制的。

发现要件肯定说的本质,是国际诉讼程序之域外调查取证领域中尊重外国的法律及其立法主权。该说看到了依照 1782 条在美国取证需要对请求取证国法律的尊重,特别是在请求取证的主体是诉讼当事人,或者被请求协助调取的证据或信息存在着规避请求国的调查取证的法律制度或危险时,这是其可取之处,也是域外取证领域国际司法合作的基本要求。但是,如果过重地强调肯定说,则势必会造成矫枉过正,容易至少产生如下弊端:(1)将一国关于协助外国取证的法律规定与其适用,建立在外国法律规定的限制条件之上,这本身是对国际交往中尊重他国法律及其立法主权这一国际法原理的背离;(2)以发现要件作为寻求域外证据发现的先决条件,妨碍了当事人寻求、发现、调取与案件有关证据或证据信息的能力,不利于发现案件的法律真实抑或客观真实,不利于诉讼公正的实现;(3)变相地鼓励或怂恿了各国通过其国内法律制度诸如“Blocking”立法、保密法、有关证据披露的证据法、程序法或者实体法等来禁止或限制证据或证据信息的披露,这种各自为政、画地为牢的做法,不仅阻塞了信息时代对信息的公开、透明与流动的基本要求,更削弱了国际诉讼程序中域外取证法律制度的国际主义属性,不利于国际司法协助法律制度中自由、广泛的证据披露制度与机制的建立和形成;(4)借助国内立法对有关证据或信息披露的封锁或限制,可能为跨国公司在国际经济中的不正当竞争行为或侵权行为,开启方便之门,这必将曲扭国际经济发展的正常秩序,影响国际经济的健康发展。

发现要件否定说,强调了 1782 条的立法目的和国际诉讼程序之域外取证法律领域中亟须的国际主

义精神。这对在国际司法协助活动中,引领构建自由、开放、多元的证据或证据信息披露制度,具有开创性的意义。但是,如果只为其障目,则势必助长美国法律之域外适用的侵略性,势必影响各国之间在域外取证活动中的紧张、摩擦与冲突,这反过来又损益了 1782 条的立法目的与立法精神,阻碍了国际之间域外取证法律制度的健全和发展。同时,否定说伴随着法官更大的自由裁量权,这在以民主、分权、多元、开放、不信任与对立为特征的美国,其被滥用又似乎不可避免。

如何评介或选择上述对立之说,是一个仁智互见的问题。导致这一现象的根源在于 1782 条的立法文本、目的、价值取向以及硕大无比的法官的自由裁量权。在这些本源性的因素得以弥合或整合意见之前,恐怕这种分歧仍将会继续下去。

[参 考 文 献]

- [1] 韩德培. 国际司法新论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1997.
- [2] 徐 宏. 国际民事司法协助[M]. 武汉:武汉大学出版社,1996.
- [3] Morris H. Deutsch. Judicial Assistance: Obtaining Evidence in the United States[J]. Boston College International and Comparative Law Review, 1982, (1).
- [4] 杨良宜,等. 国际商务游戏规则:英美证据法[M]. 北京:法律出版社,2002.

(责任编辑 车 英)

Discovery in America for Use in a Foreign Judicial Proceeding

XIONG Dasheng

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: XIONG Dasheng (1965), male, Wuhan University Law School, majoring in international civil procedure law.

Abstract: Assistance a request from a foreign court or tribunal to take evidence in America for use in a foreign proceedings is governed by the statute of the 28 USCS1782. After outlining the brief history of the Federal courts of America to assist the procurement for evidence for use in a foreign proceeding, the Article will sketch the main contents and legal purposes of the 28 USC1782, and then briefly analyses its concise characteristics. Finally, it will review the different views and reasons of the application of the 28 USCS1782 in the federal courts.

Key words: U.S. Code; assistance a foreign proceeding; discovery