

中國內地與港澳區際取證制度的成效、問題及其改進建議

宋錫祥、王紅燕*

港澳回歸祖國十多年來，中國內地在“一國兩制”方針指引下密切與港澳進行經貿合作的過程中，區際調查取證與互助不斷取得新的成果。內地與澳門於 2001 年 8 月簽署了《最高人民法院關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》(以下簡稱《內澳送達和取證安排》)，同年 9 月實施，至今已達 10 年之久，在實踐中取得了令人可喜的成效，但安排本身在取證範圍、取證方式、取證法院的級別等方面仍存在某些不足與缺陷，需要逐步健全和完善。與此同時，內地與香港在取證制度方面仍是空白，尚未達成制度性安排；實踐中，各自按照既有規則和程序進行取證，取得了一定的成果，但也面臨新的問題與挑戰。內港區際調查取證需要通過簽訂相應的區際協議，進行協調與改進，以使不同法域取證制度的司法合作更順暢。

由於特殊的歷史、政治、經濟等原因，中國形成了獨特的“一國、兩制、三法系、四法域”共存的局面。隨之而來的是由於各法域證據法律制度的不同而產生的法律衝突，這就是區際司法協助中的調查取證問題。查明紛爭的事實而進行調查、搜集證據的活動是民事訴訟得以正常進行的必要程序，是決定法院裁判是非曲直的關鍵因素之一，也直接關涉當事人的權利能否得到有效的保護。解決跨法域的取證糾紛，需要到其他地區調取與案件相關的證據材料。區際調查取證問題的妥善解決有助於區際調查取證制度的結構優化，減少國內不同法域間司法制度的摩擦和抵觸；有利於增進法域間的司法合作，促進不同法域司法制度的協調，節約司法成本，提高司法效率；有利於促進不同法域的經貿合作與民商事交往，保護民商事關係當事人在外法域的合法利益，達到資源合理利用、共同繁榮的雙贏效果。因而建立合理化的區際民商事調查取證體制是直接關係到國內各法域法院

及時審理跨法域案件的基礎性工程。隨着法域間民商事交流的日益頻繁，跨法域的取證事務將更為複雜和重要。有效的協助體制不僅是個別案件及時、公正解決的前提條件，也是關涉“一國兩制”能否得到切實貫徹的基礎¹，這無疑具有重要的現實意義。

一、內地與港澳特區取證制度現狀

香港回歸後，內地與香港之間一直沒有達成有關於相互取證的司法協助協議。因此，兩地的相互取證至今仍處於無法可依的狀態。從目前的司法實踐來看，內地在香港取證時，司法人員直接取證的方式沒有法律依據，其他四種取證方式不是法院行爲；香港在內地取證時，完全依賴當事人。兩地之間在互相調取證據的問題上爭議頗大。可以說，兩地在相互協助調取證據的問題上舉步維艱，在困境中前行。

澳門回歸後，特區政府非常重視與內地的法律合作。經過十多年的發展，澳門與內地區際司法合作進入了一個新的階段，與香港相比，澳門特區在與內地區際司法合作方面已是後來居上，成效顯著。在區際調查取證問題上，內地與澳門於 2001 年 8 月 7 日簽署並於同年 9 月 15 日生效的《內澳送達和取證安排》，對雙方均具有法律上的約束力，《內澳送達和取證安排》第 1 條規定：“內地人民法院與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據，均適用本安排”；而第 2 條規定：“雙方相互委託送達司法文書和調取證據，均需通過各高級人民法院和澳門特別行政區終審法院進行”。從文字表述上看，“均適用”、“均需”的表述，使得《內澳送達和取證安排》具有了強制適用的效力。在實踐中，內地和澳門之間民商事案件的取證也主要依據

* 前者爲上海外國語大學法學院教授，後者爲華東政法大學國際法學院碩士研究生

《內澳送達和取證安排》進行。

(一) 內地與香港相互取證的方式與途徑

中國內地法院調取證據採取誰主張誰舉證原則，同時不排除在必要時由人民法院進行調查取證。香港回歸祖國後，由於缺乏法定的官方管道，法院通常採取以下方法來獲得在香港境內的證據材料。

第一，當事人自行舉證。根據《中華人民共和國民事訴訟法》第 64 條的規定：“當事人對自己提出的主張，有責任提供證據。”內地法院在收到涉港當事人調取證據的申請時，往往要求當事人自行舉證，以支持自己的訴訟主張。例如，香港當事人親自到庭，核對或質證，或在其舉證後由有關部門進行鑒定並由法院認定，如果有關當事人不願作證，還需要其內地親友做工作，勸其回來作證。²

第二，由訴訟代理人取證。由律師代理取證主要有兩種方法：①委託與內地涉外律師事務所所有業務關係的香港律師代為調查取證；②由當事人為其律師購買旅遊票以私人的身份到香港取證。

第三，委託內地駐香港機構或香港本地群眾團體甚至私人偵探社等代為取證。

第四，司法人員直接到香港取證。內地法院在審理涉香港案件時對其中特別重大或情況緊急的案件，往往委派法院工作人員以經商、旅遊、探親等名義隱瞞司法人員身份赴香港獲取證據。

第五，通過中國司法部委託的香港公證律師代中方辦理公證事宜。在調查取證方面，司法部曾先後於 1985、1987 和 1991 年共委託 49 位香港律師辦理香港當事人來內地處理民事和經濟法律事務所需要的公證。³ 主要涉及以下事項：①凡發生在香港地區的法律行為，有法律意義的事實和文書的公證事宜；②公證機關在受理內地與香港公司、企業簽訂的經濟合同時，如有需要，可要求港方當事人提供由司法部委託的香港律師就該公司、企業的登記註冊記錄、銀行資信、銀行擔保、企業納稅等方面出具證明；③香港同胞因婚姻、財產糾紛在內地人民法院起訴時，提交給人民法院的答辯書、意見書、委託書等有關材料的證明；④香港公司、企業因經濟合同糾紛在內地人民法院訴訟時，提交給人民法院的法人登記註冊證，委託書等有關材料的證明；⑤香港同胞到內地申請收養子女及其相關證明。上述公證事宜涉及到在香港發生的或涉及到香港當事人的絕大多數民商事事項，在相當程度上解決了內地在香港的調查取證問題。⁴

香港民商事案件取證採取的是“完全當事人主

義”，調查取證由當事人或其代理律師進行。香港現行法律對於在香港發生的民事訴訟在內地取證的情形沒有任何規定，也沒有任何官方途徑可以向內地調取證據。實踐中，香港法院受理涉及內地的民商事糾紛，需要在內地調查取證的，都是通過當事人或者其律師進行，或者由當事人及律師親自前往內地，或者委託內地律師代為取證。⁵

(二) 內地與澳門《送達與取證安排》的內容及特點

根據《澳門基本法》第 93 條的規定，最高人民法院與澳門特別行政區代表經過充分協商，於 2001 年 8 月達成了《內澳送達和取證安排》。在內地，該安排已經以最高人民法院司法解釋的形式於 2001 年 9 月 15 日起付諸實施。該安排中有關調查取證部分的主要內容及特點如下：

1. 取證途徑

雙方相互委託調取證據，都必須通過各高級人民法院和澳門特別行政區終審法院進行。最高人民法院與澳門特別行政區終審法院可以直接相互委託調取證據。各高級人民法院和澳門特別行政區終審法院相互收到對方法院的委託書後，應當立即將委託書及所附司法文書和相關文件轉送根據其轄區法律規定有權完成該受託事項的法院。如果受託方法院認為委託書不符合本安排規定，影響其完成受託事項，應當及時通知委託方法院，並說明對委託書的異議。必要時可以請求委託方法院補充材料。

由此可見，《內澳送達和取證安排》在相互取證的途徑上未採納國際司法協助中普遍採用的中央機關途徑，而是採用了法院直接委託的方式，這樣大大簡化了程序，體現了高效率、便捷化的原則。

《內澳送達和取證安排》的內容充分體現了內地與澳門特區是兩個平等法域之間的平等關係，體現了“一國兩制”原則，是“一國兩制”方針指導下司法協助領域的創新之舉，豐富了有中國特色的司法體系的內容，同時也是貫徹落實“一國兩制”方針的具體法律保障。⁶

2. 取證期限及優先處理原則

委託方法院應當在合理的期限內提出委託請求，以保證受委託方法院收到委託書後，及時完成受託事項。受委託方法院應優先處理受託事項。完成受託事項的期限，送達文書最遲不得超過自收到委託書之日起兩個月，調取證據最遲不得超過自收到委託書之日起三個月。受託法院優先處理受託事項有利於盡

快解決兩地當事人的糾紛。

3. 取證費用

託方法院無須支付受委託方法院在送達司法文書或調取證據時發生的費用或稅項。但受委託方法院根據其本轄區法律規定，有權在調取證據時，要求委託方法院預付鑑定人、證人、翻譯人員的費用，以及因採用委託方法院在委託書中請求以特殊方式送達司法文書或調取證據所產生的費用。這裏的內容與《關於從國外調取民事或商事證據的公約》(以下簡稱《國外取證公約》)相似。

4. 委託的執行

受委託方法院應當根據本轄區法律規定執行委託事項。委託方法院請求按照特殊方式執行委託事項的，如果受委託方法院認為不違反本轄區的法律規定，可以按照其特殊方式執行。受委託方法院收到委託書後，不得以其本轄區法律規定對委託方法院審理的該民商事案件享有專屬管轄權或不承認對該請求事項提起訴訟的權利為由，不予執行受託事項。受委託方法院在執行受託事項時，如果該事項不屬於法院職權範圍，或者內地人民法院認為在內地執行該受託事項將違反其基本法律原則或社會公共利益，或者澳門特別行政區法院認為在澳門特別行政區執行該受託事項將違反其基本法律原則或公共秩序的，可以不予執行，但應當及時向委託方法院書面說明不予執行的原因。這裏的內容與《國外取證公約》相似。

另外，還有一個更為明顯的特點：《內澳送達和取證安排》有條件的借鑒了國際司法協助中的“特派員取證”方式，體現了“一個國家”與務實原則。特派員取證是《海牙取證公約》中規定的一種特殊的直接取證的方式。依《海牙取證公約》，特派員在取證時可以按照派遣國法律所規定的程序和方式進行，但此種方式和程序不能是取證地國家所禁止的。⁷ 基於主權考慮，中國在加入《海牙取證公約》時，對特派員取證發誓作了保留，即不承認此種取證方式。但是，由於內地與澳門特別行政區之間的司法協助沒有主權上的法律障礙，在一定條件下允許一方法域的司法人員(特派員)赴另一法域調查不僅不會破壞國家的整體利益，而且還能提高司法協助的效率，縮短協助取證的時間。

5. 調取的證據

委託方法院請求調取的證據只能是用於與訴訟有關的證據。雙方相互委託代為調取證據的委託書應當寫明：其一，委託法院的名稱；其二，當事人及其訴訟代理人的姓名、地址，及其他一切有助於辨別其

身份的情況；其三，委託調取證據的原因，以及委託調取證據的具體事項；其四，被調查人的姓名、地址，及其他一切有助於辨別其身份的情況，以及需要向其提出的問題；其五，調取證據需採用的特殊方式；其六，有助於執行該委託的其他一切情況。代為調取證據的範圍包括：代為詢問當事人、證人和鑑定人，代為進行鑒定和司法勘驗，調取其他與訴訟有關的證據。《內澳送達和取證安排》詳細規定了調取證據的範圍、調查取證委託書的內容，增強了實踐中的可操作性。

6. 委託書語言

委託書應當以中文文本提出。所附司法文書及其他相關文件沒有中文文本的，應當提供中文譯本。

7. 取證中的合作

如委託方法院提出要求，受委託方法院應當將取證的時間、地點通知委託方法院，以便有關當事人及其訴訟代理人能夠出席。受委託方法院在執行委託調取證據時，根據委託方法院的請求，可以允許委託方法院派司法人員出席。必要時，經受委託方允許，委託方法院的司法人員可以向證人、鑑定人等發問。這裏的內容與《國外取證公約》相似。

8. 取證完成後的書面說明義務

受委託方法院完成委託調取證據的事項後，應當向委託方法院書面說明。如果未能按委託方法院的請求全部或部分完成調取證據事項，受委託方法院應當向委託方法院書面說明妨礙調取證據的原因，並及時退回委託書及所附全部文件。如果當事人、證人根據受委託方的法律規定，拒絕作證或推辭提供證言時，受委託方法院應當以書面通知委託方法院，並退回委託書及所附全部文件。

9. 對證人、鑒定人的規定

受委託方法院可以根據委託方法院的請求，並經證人、鑒定人同意，協助安排其轄區的證人、鑒定人到對方轄區出庭作證。證人、鑒定人在委託方地域內逗留期間，不得因在其離開受委託方地域之前，在委託方境內所實施的行為或針對他所作的裁決而被刑事起訴、羈押，或者為履行刑罰或者其他處罰而被剝奪財產或者扣留身份證件，或者以任何方式對其人身自由加以限制。證人、鑒定人完成所需訴訟行為，且可自由離開委託方地域後，在委託方境內逗留超過 7 天，或者已離開委託方地域又自行返回時，前款所指的豁免即行終止。證人、鑒定人到委託方法院出庭而導致的費用及補償，由委託方法院預付。該條所指出庭作證人員，在澳門特別行政區還包括當事人。受委

託法院取證時，被調查的當事人、證人、鑒定人等的代理人可以出席。

(三) 內地與澳門相互取證方面取得最新進展

隨着中國內地與澳門《建立更緊密經貿關係的安排》(CEPA)的付諸實施和七個補充協議的相繼簽署，兩地之間的人民交往和經濟往來日益頻繁，服務貿易進一步開放，2009 年 10 月 1 日新增“研究和開放”服務領域，使得服務貿易總開放領域達到 41 個項目，為內地與澳門創造了新的機制優勢和多元化的發展平台。司法協助領域，兩地合作的範圍也向更高層次、更廣泛的領域擴展。兩地民商事調查取證的合作也取得了實實在在的成效。

依據澳門特區法院司法年度年報的數據統計，自《內澳送達與取證安排》於 2001 年 9 月 15 日生效至 2009 年 8 月 31 日，兩地區際司法協議執行情況良好。從 2001 年 7 月 3 日至 2008 年 12 月 31 日，內地各法院向澳門法院請求調查取證的數量為 9 件，完成委託的調查取證數量共 8 件，成功率相當高，約 89%，只有 1 件未完成；同期來澳門特區法院向內地各法院請求調查取證的數量為 28 件，成功完成的 16 件，約佔總數的 57.14%，未能執行的 12 件，約佔總數的 42.86%。調查取證每年呈遞增態勢，2008 年達到 7 件，是同一時期內地的 3 倍多，遠遠高出內地眾多法院完成對澳門所請求的調查取證。這與澳門與內地人口、疆域懸殊無關。內地法院向特區法院請求調查取證的案件類型繁多，包括買賣合同、借款、租賃、人身損害賠償、股權糾紛、繼承、離婚、撫養費糾紛、財產返還、經濟糾紛、知識產權糾紛、執行裁決等案件。⁸

另外，據最新統計數據顯示，2009 年 1 月至 2010 年 12 月，內地各法院向澳門特區法院請求送達司法文書和調查取證的數量為 32 件，完成的 19 件，約佔總數的 59.37%，未能執行的 13 件，約佔總數的 40.63%；澳門特區法院向內地各法院請求送達司法文書和調查取證的數量為 31 件，完成的 8 件，約佔總數的 25.80%，未能執行的 23 件，約佔總數的 74.20%。⁹ 由此可見，2009 年到 2010 年，內地和澳門相互請求送達司法文書和調查取證的數量持平，但內地完成請求的成功率低於澳門的 33.57%。從案件類型看，首先，離婚案件最多，約佔總數的 26.44%；其次是其他合同糾紛，約佔總數的 19.25%；再次是借款糾紛，約佔總數的 13.79%；最後是買賣合同糾紛、股權糾紛和經濟糾紛。從內地法院的分佈上看，向澳門特區法院請求送

達司法文書和調查取證最多的內地法院為廣東省高級人民法院，約佔總數的 33.91%；其次是上海市高級人民法院，約佔總數的 14.66%；再次是北京市高級人民法院、浙江省高級人民法院、福建省高級人民法院等。

二、內地與港澳特區調查取證存在的不足及面臨的困境

內地與香港、澳門特區之間司法協助的有效性往往受制於各地的法律規定和當事人及有關證人的配合問題，成功率不高是普遍現象，存在的問題很多。究其根源，既有主觀因素，也有客觀方面的原因。內地與香港、澳門在社會和意識形態、文化觀念、價值判斷、法制觀念和法律制度上存在較大的差異，無論是內地法院還是香港特區法院亦或澳門特區法院，在彼此開展司法協助過程中，都必須消除認識上的誤解和偏差，在對對方的司法制度有足夠的認識和瞭解的基礎上，對相互委託協助的事項給予充分的重視，不能因制度上的原因而無限拖延。

(一) 內地與香港相互調查取證的缺陷及原因

香港回歸以來，內地與香港為加強兩地的區際司法協助作出了不懈的努力，也取得了一些重大成果，但是至今為止，內地與香港仍然沒有達成調查取證方面的協議，兩地調查取證的問題比較突出。在實踐中兩地常有採取不正常途徑取證的現象，這樣就容易產生虛假的證據，甚至提供偽證等，很不利於兩地法院案件的審理和區際司法協助的進行。

兩地在調查取證中採用的做法都不盡如人意。對內地而言，上文所述的五種取證方式中，司法人員直接取證的方式沒有法律依據，也不符合調查取證的正當程序；其他四種方式由於不是法院行為，又是從境外獲取，對其真實性和可靠性往往難以認定，即使是採用司法部委託的香港律師取證的方式也可能會存在虛假情況，因為香港公正律師實行的是宣誓公正，其並不負責查明文書內容的真實性。而對於香港而言，取證完全依賴當事人，不可避免會出現當事人由於不熟悉內地有關機構的運作程序，或因內地有關單位和個人拒絕提供材料而無功而返，而且，香港在內地取證的方式也是目前內地法律所不允許的。¹⁰

內地與澳門之間的送達和取證安排首次磋商始於 2000 年 11 月初，翌年 8 月 7 日雙方達成了《內澳

送達和取證安排》並於同年 9 月 15 日付諸實施，歷時不到一年，雙方簽訂區際司法協議相對比較順利。而內地與香港在調查取證方面達成協議卻較為困難，尚未有實質性的突破。這是因為兩地法律制度對證據的規定存在很大差異。

首先，取證主體及其作用的差異。在內地，受大陸法系的影響，法官在審理案件中處於主動地位。雖然根據內地《民事訴訟法》的“誰主張，誰舉證”的原則，取證主體主要是當事人及其代理人，但法律也不排斥法官依職權履行收集證據的責任和義務。一般做法是，當事人往往通過其委託代理律師在舉證期限內完成取證工作，有的取證需要向人民法院申請出具調查令並由代理律師前往實地調查和取證。但是經辦法官認為必要，也可以依職權承擔關鍵證據的調查和取證任務，尤其是在出現特殊情況時，即當事人及其代理人因客觀原因不能自行收集證據或人民法院需要的情況下，人民法院應當主動收集證據，如超過舉證期限後，調取該證據對判案具有舉足輕重的作用，法官通常會親自出馬進行調取證據的工作。這表明，內地民事訴訟中取證主體為當事人及其代理人 and 人民法院。因此，從總體上看，法官享有的調查權仍在司法實踐中起着重要的作用；而香港屬於普通法地區，調查取證原則上採取當事人主義，即由當事人或其代理人(律師)自行調查取證，法院在審理案件時只依照證據法規則對當事人提供證據的關聯性、可採性及證據力進行審查並作出判斷，法官處於消極中立的地位，是“看門人”。內地和香港的法律制度對取證主體極其作用的規定存在較大的差異，這種差異勢必制約兩地區際民商事調查取證制度的建立。在構造相互協助的調查取證制度時，必須考慮兩地法律中存在的這種差異，以便兩地在互惠互利的基礎上達成調查取證的安排。

其次，證據種類的差異。內地法律通常把證人證言、鑒定結論和當事人陳述這三者分列。但在民商事案件中，證人證言一般不能作為證據採信，當事人必須書面向法院申請證人到庭作證，只有在法庭上由法官、原、被告及其代理人向證人發問和相互質證，才能查明事實真相，並作為認定事實的證據材料；而在香港法律中，證人則包括了當事人、鑒定人和其他任何第三人，將鑒定人作為當事人提交的證人而出現。另外香港有性格證據、傳聞證據、意見證據之分。香港法律中的傳聞證據是指不直接來源於案件事實及見證人的證據。香港訴訟法中的意見證據與內地訴訟法中的證人證言和專家的“鑒定結論”相應。

再次，證人資格和證人義務方面的差異。香港和內地的證據法規則對證人資格限制的共同之處在於，兩者實質上的限制較多而形式上的限制較少，這對獲得盡量多的證據資訊以保證案件獲得真實再現大有裨益。兩地的證據法規則對證人資格限制的區別在於，內地法律規定，證人資格必須具備兩個條件：一是證人必須是知道案件情況的人；二是證人必須能夠正確表達意志。而對何謂能正確表達意志未做出規定。香港法律則較詳細地規定了無資格作供的情形、對精神不健全人的特殊要求、殘疾者的作證資格等問題，還排除了參與事件審理的法官、陪審員等人的證人資格。

從內地《民事訴訟法》第 70 條的規定可知，凡知道事件情況的人，不論其性別、種族、社會地位和身份等如何，均有義務出庭作證。但法律規定僅限於此，並沒有強制證人作證的措施，因此內地有關證人義務的規定也是很不完美的。相比之下，香港法律規定證人在訴訟程序中可以被強制作證，除非法律有特例規定；證人在地方法院及最高法院審理的案件中還負有宣誓的義務。任何到庭而又規定須提供證據的人拒絕宣誓或拒絕提供證據，可能被處以罰款或監禁。香港法律還列舉了全部或部分免除證人作證義務的情形。

(二) 內地與澳門相互調取民商事證據所面臨的主要問題

1. 取證範圍問題

《內澳送達和取證安排》第 17 條規定，代為調取證據的範圍包括：代為詢問當事人、證人和鑒定人，代為進行鑒定和司法勘驗，調取其他與訴訟有關的證據。這個取證範圍在學界有很大爭議，在實踐中也產生了較大的問題。從解決區際司法衝突的角度講，凡是與案件有聯繫的能證明案件的真實情況的事實，都可作為訴訟上的證據。

2. 取證方式問題

《內澳送達和取證安排》就調取證據的方式作了全面系統的規定，如在調取證據時，委託方法院可以派司法人員參加，必要時可以經受委託方法院允許，直接向證人、鑒定人發問等。委託方法院還可以根據委託方法的請求，並經證人、鑒定人同意，協助安排轄區內的證人、鑒定人到對方轄區出庭作證。這表明，《安排》主要採取的是由司法機關間接取證的方式，由受託方法院協助委託方法院調取證據，這種方式往往程序複雜，訴訟成本高。如果受託方法院配合

不夠或協助不到位，就會出現取證難的問題，受理的案件無法結案或久拖不決，這顯然不利於保護當事人的合法權益。

3. 取證法院的級別問題

《內澳送達和取證安排》第二條雙方規定，相互委託送達司法文書和調取證據，均須通過各高級人民法院和澳門特別行政區終審法院進行。最高人民法院與澳門特別行政區終審法院可以直接相互委託送達和調取證據。通過高級人民法院調查取證，程序複雜，時間週期長、成本高，不能滿足日益增多的涉澳案件的需要。

4. 澳門司法雙語化的問題¹¹

據統計，目前澳門有超過 50 萬人口，其中，使用中文的人佔 97% 以上，真正懂得葡文的人很少，僅為 2%；而在法律界情況則恰恰相反。據澳門特區政府 2005 年底的統計，在當時執業的 112 名律師中會讀寫中文的只有 16 人，而懂葡文的則有 109 人。¹² 雖然《澳門基本法》對葡文作為正式語言有明確規定¹³，但不容忽視的事實是，葡語作為正式司法語言只為少數專業人士所掌握，脫離了主流社會和大多數人的理解，在司法判決中尤以中級法院判決為甚。¹⁴ 目前，澳門中級法院的裁判文書基本上是葡語作成，這對於澳門之外不諳葡語的學者進行與澳門相關的比較法研究也不能不說是很大的障礙。澳門特區法院在雙語化方面確實已作出了不懈和卓有成效的努力。回歸十多年來，澳門三級法院以中文或中葡雙語製作的司法裁判已超過 70%，但中級法院的情況仍有待進一步改善¹⁵，特別是一些涉及重大問題有影響的判決，即使不能形成雙語裁判文書，至少也可以考慮將案情、裁判理由和結果做成雙語摘要，既可為廣大民眾理解提供方便，也為專業研究提供基本的檢索依據。當然這一狀況背後更為敏感的是澳門司法改革的問題。因其關乎澳門法制發展的方向並將對政治、社會、文化產生重大影響，故引起一些爭議是完全正常的。但目前澳門法律發展跟不上經濟和社會發展似已是不爭的事實。¹⁶

三、完善內地與港澳特區之間 調查取證制度的建議

(一) 盡快出台《內地與香港特別行政區法院就民商事案件相互委託調取證據的安排》

內地與香港已經在區際司法文書送達、仲裁裁決

認可與執行以及協議管轄的民事判決認可與執行方面簽署了相關安排。在民商事取證制度的設計上，內地與香港可借鑒澳門的實踐經驗，結合本地的特色，參考國際公約的規定，單獨設立一套民商事相互取證協定機制。

現階段最為可行的辦法是先由國際私法及區際私法領域的學者、專家共同商定一個草案，供內地與香港在進行區際民商事調查取證時參考適用。在參考適用的過程中，學者專家及法院人員及時總結取證實踐中存在的問題，並對草案進行修改、充實和完善。待時機成熟或條件具備時，由內地與香港共同簽署通過《內地與香港特別行政區法院就民商事案件相互委託調取證據的安排》，使之成為生效的法律文件，供兩地取證時作為共同遵循的規則。

(二) 改進取證方式

筆者建議：在草擬《內地與香港特別行政區法院就民商事案件相互委託調取證據的安排》和完善《內澳送達和取證安排》的過程中，平行採取法院委託方式和直接取證方式，彌補委託方式的不足，改變委託方式受限的現狀，使區際調查取證更便捷。在調查取證方面，應當通過更多的途徑和方式獲取證據。因此，改變目前以法院委託為主，輔助於直接取證方式的現狀，而允許當事人的訴訟代理人或法院直接派出特派員等直接取證並向證人、鑒定人直接發問。香港法院在取證方面採取當事人主義，取證的義務由當事人及其律師履行，因此當事人及其代理人的直接取證在香港顯得更加重要。這種取證方式與法院委託方式並行不悖，相得益彰。平行賦予各自直接取證的方式有利於簡化外法域調查取證的程序，降低訴訟成本，提高司法協助的功效。當事人及其代理人直接取證應是中國區際民商事調查取證制度中的基本方法。

(三) 拓寬取證範圍

內地、香港、澳門分屬不同的法系，法律傳統、法律規定、法律觀念等都有很大差異，在證據規則和證據理論方面的規定也不一致，如香港的證據立法中甚至沒有明確列舉可以採納為證據的事實和不能採納為證據的事實，內地和澳門雖有此類規定，但差別也頗大。因此，內港、內澳在進行司法協助時對取證的範圍應作廣泛的理解。筆者建議取證範圍應該包括如下內容：①詢問訴訟當事人；②詢問證人，證人不是本案的訴訟參加人，但知道本案的有關情況，應法院的傳喚，可以讓他們作證，以利於發現案件的客觀

事實；③詢問鑑定人；④對與案件有關的現場、物品進行勘察和檢驗；⑤查證，包括對有關事實進行調查、對原始文書的認證，對當事人在有關文書中簽名真實性的確定等；⑥代為提取有關書證、物證和視聽資料；⑦對某一原始文書和物證進行保全或管理。各地法院不能因調取的證據與本地法規定不同而拒絕請求。只要調取的證據並不嚴重損害本地的重大社會利益，就應該同意，只有這樣，才能在充分尊重、友好合作的基礎上達成共識，制定關於調查取證的安排。

(四) 調整取證法院的級別

《內澳送達和取證安排》第2條規定，雙方相互委託送達司法文書和調取證據，均須通過各高級人民法院和澳門特別行政區終審法院進行。最高人民法院與澳門特別行政區終審法院可以直接相互委託送達和調取證據。通過高級人民法院調查取證，程序複雜，時間週期長、成本高，不能滿足日益增多的涉澳案件的需要。

因此，我們應遵循高效便捷原則，採用便利的司法協助途徑，簡化司法協助程序。內港、內澳相互調查取證時，具體做法是：在總結各地法院較為豐富的涉外案件審判及司法協助實施經驗的基礎上，可實行最高人民法院授權幾個中級法院直接與澳門特別行政區相關法院聯繫，委託進行司法協助，這樣可以越過省高級法院這一環節，節省時間和財務資源，提高審判工作效率。

(五) 合理吸收和借鑒相關國際公約的精髓

已故韓德培教授曾認為：“除了主權因素以外，內地與香港的法律衝突和國際法律衝突幾乎沒有甚麼區別。”¹⁷ 內地與香港的司法協助雖然不是國際性質的，但《國外取證公約》的目的是在大陸法系國家和普通法國家的取證制度之間建立一種聯繫，而中國內地與香港之間的取證制度的協調問題也存在於大陸法系法域與普通法系法域之間，因此《國外取證公約》在構建中國區際取證制度上有很大的啓發意義。在制定內地與香港取證安排時，我們可以合理借鑒《國外取證公約》的內容，採取其中一些更適應兩地調查取證協助的方式和途徑。內地與澳門之間的《內澳送達和取證安排》在區際司法協助方面合理借鑒了《國外取證公約》，並在實踐中取得了很好的成效，在對其進行充實和改進時，也應遵循國際公約的原則、理念，並合理參考和借鑒國際公約的合理成分，為我所用。

(六) 對澳門司法雙語化問題的建議

澳門已回歸祖國12年了，佔澳門總人口97%以上的中國人仍然受到葡文法律文化的控制，甚至讓澳門市民上訴無門，社會質疑特區政府為何不能順應絕大多數市民的要求，徹底擺脫根本不合時宜的葡文法律，重新按照特區的要求制定一套與時俱進的法律。¹⁸ 由此可見，澳門司法雙語化是大眾的需求，是必然的趨勢。雖然澳門特區三級法院以中文或中葡雙語製作的司法裁判已超過70%，但中級法院的情況仍有待進一步改善¹⁹，特別是一些涉及重大問題有影響的判決，依然固守陳規。因此，即使目前達不到所有的法院都採用雙語裁判文書，尤其是澳門中級法院，法院至少也可以考慮將案情、裁判理由和結果做成雙語摘要，既可為廣大民眾理解提供方便，也為專業研究提供基本的檢索依據。

澳門司法雙語化要求培養法律兩語人才，更多地融入澳門本地的法律文化和傳統，並把法律深入民眾，培養民眾知法和守法的觀念。澳門法律必須真正推廣和普及到全社會，讓民眾知曉並盡可能地營造一個全社會都來習法和知法的良好法制環境。

考慮到澳門社會主體的華人少有學習葡語的，為了讓澳門廣大民眾普遍掌握本地法律，法律中譯也就更加迫切了。在這方面，澳門已向內地招聘法律專家協助中譯工作。這既可提供正確的法律名詞譯法，又可盡量使中譯的澳門法律詞語與祖國內地相近，也更利於澳門廣大華人理解。澳門只有將司法雙語法定化，才能解決法律不合時宜並滯後的問題，才能跟上經濟和社會的發展。

但是現實情況表明，無論是澳門特區還是祖國內地，都面臨既精通法律又熟諳葡語的人才匱乏，澳門回歸祖國懷抱12年來，這種現狀沒有得到根本的改變，澳門本地人才有限，澳門和內地高校曾經來上海尋找法律論文和葡語的法律文本的翻譯人才，最終無功而返。作為一所專門培養和輸送外語人才的上海外國語大學，只有4位葡語老師，每年招收本科生僅20人，招收葡語研究生數量則更少。北京外國語大學和廣東外語外貿大學的葡語師資力量也不容樂觀，向國家和澳門特區輸送的大學畢業生和研究生也不會很多。懂得葡語和熟悉法律的人則少之又少。為此，國家和兩地教育部門應當齊心協力，多管齊下，加強彼此間的合作和溝通，採取強有力的措施和積極的舉措，經過未來5年的不懈努力，培養和造就一批國家和社會急需的涉外複合型法律和葡語翻譯高端人才，從根本上改變葡語人才儲備不足而供需矛盾失衡的狀況。

註釋：

- ¹ 黃進編：《中國的區際法律問題研究》，北京：法律出版社，2001 年，第 155-156 頁。
- ² 藍天主編：《“一國兩制”法律問題研究》(總卷)，北京：法律出版社，1997 年，第 188 頁。
- ³ 陳力：《中國取際民商事取證制度》，載於《經濟與法律》，第 1 期，1992 年，第 49 頁。
- ⁴ 陳力：《一國兩制下的中國區際司法協助》，上海：復旦大學出版社，2003 年，第 77 頁。
- ⁵ 李昌道：《內地和香港法院委託民商事文書送達的動態研析》，載於《政治與法律》，第 1 期，2002 年，第 87 頁。
- ⁶ 《貫徹實施“一國兩制”積極開展司法協助——最高人民法院副院長李國光答記者問》，載於人民網：<http://www.people.com.cn/BIG5/shizheng/19/20010829/546285.html>，2011 年 11 月 26 日。
- ⁷ 《海牙取證公約》(2970)第 22 條。
- ⁸ 《澳門特別行政區法院司法年度年報》(2008-2009)，澳門：澳門特區終審法院，2010 年，第 73-78 頁。
- ⁹ 《澳門特別行政區法院司法年度年報》(2009-2010)，澳門：澳門特區終審法院，2011 年，第 80-81 頁。
- ¹⁰ 呂游：《中國民商事調查取證制度研究》，大連海事大學博士學位論文，大連，2006 年，第 21 頁。
- ¹¹ 張憲初：《澳門對中國民商事區際司法協助發展的貢獻及其特色》，載於《比較法研究》，第 3 期，2010 年，第 401 頁。
- ¹² 朱林：《論中文在澳門司法判決中的地位：基本權利的視角》，載於《行政》，第 1 期，2007 年(總第 75 期)，第 23-25 頁。
- ¹³ 《澳門基本法》第 9 條。
- ¹⁴ 同註 12，第 24 頁。
- ¹⁵ 《澳門特別行政區終審法院岑浩輝院長在澳門 2009 至 2010 年司法年度開幕典禮上的講話》，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/pdf/Discurso2009C.pdf>，2011 年 9 月 25 日。
- ¹⁶ 《陳麗敏：法律不合時並非滯後》，載於《市民日報》，2010 年 3 月 19 日，第 1 版；謝耿亮，《法律移植、法律文化與法律發展——澳門法現狀批判》，載於《比較法研究》，第 5 期，2009 年，第 1-15 頁。
- ¹⁷ 韓德培：《論中國的區際法律衝突》，載於《中國法學》，第 6 期，1988 年，第 5-6 頁。
- ¹⁸ 丁昌：《加速法律雙語化刻不容緩》，載於《澳門月刊》，第 11 期，2010 年。
- ¹⁹ 同註 15。