

域外法查明制度的反思与重构

刘 萍

(西北政法学院 国际法系, 陕西 西安 710063)

[作者简介] 刘 萍(1973-), 女, 四川成都人, 西北政法学院国际法系讲师, 大连海事大学法学院博士生, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 目前, 我国的域外法查明制度过于原则、简单, 亟待重构。在重构中, 我国应采用域外法“特殊法律说”; 对域外法的查明应分三个阶段进行, 不同阶段责任主体不同; 法院和当事人可通过多种途径查明域外法; 对查明的域外法应经确认程序予以认定; 在域外法查明的第三阶段, 法官尽到勤勉义务仍不能查明时, 即可认定为域外法不能查明; 域外法不能查明的, 可适用同本应适用的外国法相类似的法或直接适用中国法或适用一般法理。

[关键词] 域外法查明; “法律说”; “事实说”

[中图分类号] D97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)04-0511-06

一、我国域外法查明制度的现状与不足

我国立法对域外法查明制度未做明确规定。最高人民法院 1988 年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第 193 条仅规定: “对于应当适用的外国法律, 可通过下列途径查明: (1) 由当事人提供; (2) 由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供; (3) 由我国驻该国使领馆提供; (4) 由该国驻我国使馆提供; (5) 由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的, 适用中华人民共和国法律。”

我国国际私法理论界普遍认为, 上述有关外国法查明的司法解释是切实可行的^[1] (第 108 页)。事实上, 该条规定看上去恰当合理, 但是外国法内容的查明并不如很多人所想的那么简单。由于语言的隔阂、法律渊源的不同、各国法律结构和法律概念的差异, 给域外法的查明造成了很大的障碍, 域外法查明中的诸多问题在《民通意见》第 193 条中得不到很好解决。诚如有法官指出的那样, 该司法解释并没有解决对外国法是法律还是事实的基本定性问题; 对外国法查明的责任归属也没有明确; 对什么情况属外国法无法查明以及无法查明外国法时法院应如何救济等问题仍不够明确^[2] (第 97 页)。该司法解释过于原则及简单化, 在司法实践中缺乏指导作用和可操作性。

在最能体现我国国际私法学术研究成果的《中华人民共和国国际私法示范法》中, 对域外法查明问题的规定也并不全面。在该示范法第 12 条规定: “中华人民共和国法院和仲裁机构, 审理国际民商事案件时或中华人民共和国行政机关处理国际民商事事项时, 在法律规定应适用外国法律时, 可以责成当事人提供或证明, 也可以依职权查明。不能查明或经查明不存在有该法律规定时, 适用与该外国法律类似的法律或中华人民共和国的法律。”这一规定明确了域外法查明的责任主体以及域外法不能查明时的救济方法, 值得肯定。但是, 这一规定对法院、仲裁机构、行政机关和当事人在域外法查明上的具体分

工和各自的权责并不明确,对于域外法的性质、域外法查明的途径、域外法的确认程序以及域外法不能查明的认定标准没有涉及。如果这些问题不能得到合理、明确解决,则学者们希望通过该示范法中的相关规定为立法和司法实践提供参考的作用便很难实现。

我国人大法工委于 2003 年年底制定了《中华人民共和国民法典》(草案)。在该草案第九编“涉外民事法律关系的法律适用法”第七条中规定:“依照本法规定应当适用的法律为某外国法律,中华人民共和国法院、仲裁机构或者行政机关可以依职权查明该域外法律,也可以(1)由当事人提供;(2)由我驻该国的使、领馆提供;(3)由该国驻华使、领馆提供;(4)由与中国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;(5)由中外法律专家提供该外国法律。法院、仲裁机构、行政机关无法查明或者当事人、上述使领馆、中央机关和法律专家不能提供该外国法律的,可以适用与该外国法律相类似的法律、与当事人有最密切联系国家的法律或者中华人民共和国相应的法律。”这一规定不仅明确了域外法查明的责任主体和域外法不能查明时的救济方法,而且对域外法查明的途径也有所规定,似乎进步了。然而,细加分析会发现,这一规定扩大了域外法查明的责任主体,法院、仲裁机构、行政机关、当事人、使领馆、中央机关和法律专家均可成为域外法查明的责任主体,多种责任主体并存、各自的权责不分、域外法查明的责任主体与查明途径相混淆,这种立法如果付诸实施只能导致司法实践更加混乱、无章可循。藉此,我们有必要重构我国的域外法查明制度。

二、我国域外法查明制度重构中的立论基础

域外法查明制度,亦称域外法证明或域外法内容的确定制度,是指一国的法院或仲裁庭在审理涉外民商事案件时,或一国的行政机关在处理涉外民商事事项时,依本国的冲突规范应适用某一域外法,就如何查明该域外法的存在和内容所形成的相关制度。

在不考虑反致的前提下,域外法查明的对象应包括经内国冲突规范援引的作为案件准据法的外国国家或地区的实体法律、国际实体条约和国际实体惯例。对于我国大陆地区的法官而言,还应包括港、澳、台地区的实体法。正是从这个意义上讲,将该制度称为“域外法的查明”较“外国法的查明”更为准确。各国在构建域外法查明制度时,都会结合本国的国际私法基本理论以及本国的诉讼体制对域外法的性质作出明确界定,域外法性质不同则域外法查明的责任主体、途径、方式以及对域外法不能查明的处理等也会有所不同。

关于域外法的性质,在西方一直存在“事实说”和“法律说”的争论。英、美等国受荷兰学派国际礼让说的影响,采用“事实说”。这派学说以“国际礼让说”作为国际私法的理论基础,认为如果承认外国法的法律性质,将有悖国际礼让,因为“国际礼让说”并不承认法律的域外效力,内国适用外国法只是出于“礼让”。而且,内国法官审理涉外民商事案件只有适用内国法的责任,而无适用外国法的义务,如果适用外国法,与国家主权原则不相容。因此,依内国冲突规范指定适用的域外法只能作为事实而不能作为法律^[3](第 238 页)。

这一观点存在明显缺陷。外国法本来就是法律,并不能因为把它说成事实而改变其性质;本国法院适用外国法是本国冲突规范指引的结果,不存在损害本国主权的问题。况且,如果将外国法视为事实,那么,势必与其它事实相同,由当事人依照“辩论主义”来确定外国法的内容。这意味着,如果当事人之间对外国法的内容不存在争议,则法院必须将其作为判决的依据,即使当事人对外国法内容的认识有错误,法院也不能作出与其相反的认定。此外,如果当事人不能提供外国法的内容,或提供的外国法的内容真假难辨,根据举证责任分配原则,势必由负有举证责任的当事人承担不利后果。但是,实际上外国法内容的证明毕竟不同于案件事实的证明,完全由当事人承担对法官而言是不必要的,对当事人而言也是不公正的。

与此相对,法国、意大利等国家的学者采用“法律说”,认为内国依其冲突规范适用的外国法,同本

国法一样具有法律的性质。这派学说的理论根据是萨维尼的“法律关系本座说”与内外国法律平等说。他们认为内国法院是根据法律关系的性质而适用外国法的,由于内外国法律是平等的,因此,本国法官适用外国法同适用内国法一样,没有什么区别。根据“法官知法”(jura novit curia)原则,外国法的查明主体应是法官^[3](第238页)。

然而,这一理论也有其不可克服的弊端。“法官知法”应仅限于国内法,因为各国对法官的训练均主要局限于国内法领域。正如著名法学家茨威格特所说,“法官适用外国法时畏畏缩缩,只是个一知半解的初学者,……。”相反,在涉外民商事案件的审判中,当事人及其代理律师可能比法官更具有外国知识,他们可能更早关心和接触外国法律。因此,将外国法与内国法完全等同,忽视两者在适用时的差别,是不符合实际的。

为了调和“事实说”和“法律说”的矛盾,德国、日本等国家的学者提出了“折中说”。折中说主张外国法既非单纯的事实,亦非绝对的法律,而是根据本国冲突规范指定适用的外国法律。从本国法观点而言,它适用的是外国法,从外国法的观点来看,它是依据法院地国的冲突规范援引的。因此,它既有别于本国法律,又有别于案件事实,是一种特殊的法律事实。因此,证明该域外法的存在也必须采用既有别于确定事实也不同于确定法律的程序。

事实上,晚近各国立法和司法实践的演变表明,“折中说”更符合现实之需要,具有更强的说服力和适应性。在英国的司法实践中,英国法院依照英国证据法的规定来评定当事人的引证或专家证言,但法院可以不受这些证据的约束,如果法官已经知道外国法,法官也可以直接认定^[4](第1752页)。在美国,对于外国法律,有些州已采用1962年《统一洲际和国际诉讼程序法》,准许法院把外国法看作法律,并在确定外国法时,可考虑任何有关的资料和来源^[3](第238页)。此外,《德国民事诉讼法》第293条规定:“外国的现行法、习惯法和自治法规,仅限于法院所不知道的,应予以证明。在调查这些法规时,法院应不以当事人所提出的证据为限;法院有使用其他调查方式并为使用的目的而发出必要的命令的权限。”《瑞士联邦国际私法》第16条第1款也规定:“法官负责查明外国法的内容。法官可以要求当事人予以合作。涉及继承问题的,由当事人负责查明。”这些国家的相关立法和司法实践均是“折中说”的具体体现。在“折中说”中,又存在两种不同的趋向:一种是以“事实说”为基础“法律说”为补充的“特殊事实说”,即英美等国的晚近做法;另一种是以“法律说”为基础“事实说”为补充的“特殊法律说”,即德国、瑞士等国的晚近立法。

在我国,国际私法理论界普遍认为,由于我国民事诉讼采取“以事实为根据,以法律为准绳”的原则,人民法院在审理涉外民商事案件时,要作出切合实际、合理的判决,维护当事人的正当权益,促进我国对外开放事业的发展,不管是“事实”还是“法律”,都必须查清。因此,把外国法看成是“事实”还是“法律”的争论,在我国没有实际意义^[5](第275页)。这一理论研究无法深入的局面与我国民事诉讼法对“事实审”抑或“法律审”、“职权主义”还是“辩论主义”没有得到确立有关。

考察有关域外法性质的论著,在我国一些法官倾向于将域外法定性为“事实”或“特殊的事实”,主要由当事人负责域外法的证明^[6](第38页)。这种观点对我国司法实践的影响较大,本文开篇提到的三个案例在当事人选择了域外法的情形下,域外法却最终没有得到适用,均与这种观点有关。这种观点往往更多地考虑减轻法官查明域外法的困难和负担。然而,笔者认为,这种观点并不可取。首先,这种观点不符合我国冲突法的立法宗旨。按照我国的冲突法立法宗旨,经内国冲突规则所援引的准据法如果是某域外法,则除非存在公共秩序保留或法律规避等例外情况,人民法院就应当适用该域外法,这是具有强制性的。如果将域外法定性为“事实”,对域外法的证明主要由当事人负责,则域外法能否得到最终适用就主要取决于当事人的行为。那么,内国冲突规范的强制适用性就会在域外法查明环节遭受损害,受到当事人行为的牵制。其次,如果域外法是由当事人根据意思自治原则明确选择适用的,例如在涉外合同领域,则该域外法的内容主要由当事人证明尚具有一定的合理性。但在多数情形下,例如涉外侵权、涉外继承以及涉外合同的当事人没有选择时,域外法之所以适用是由人民法院根据内国的冲突规范援引出来的,其间,并不存在

当事人的主动行为,却让当事人去承担查明域外法的主要责任,这对当事人而言是不公正的。再者,这一观点也与我国人民法院“查明事实,正确适用法律”的诉讼理念相违背,这样的观点指导实践会造成人民法院过多地依赖当事人提供,对于当事人没有提供或提供不充分的,即认定为不能查明,使域外法查明环节成为域外法适用的严重阻碍,使我国的冲突法立法目的无法实现。因此,笔者认为,在我国应采用“特殊法律说”作为理论起点和立论基础,以此重构我国的域外法查明制度。

三、我国域外法查明制度重构中的问题点

(一) 域外法查明的责任主体

就域外法查明的责任主体,在我国《民通意见》第 193 条中是不明确的。对该司法解释细加研读会发现该条款没有主语,由谁来负责域外法的查明,并不明确。考虑到该司法解释是由最高人民法院作出的,因此,该条款的主语可推定为人民法院,也就是说,应由法院负责查明应当适用的外国法律,这一点与笔者将域外法定性为“特殊的法律”基本吻合。然而,由于域外法是一种性质不同于内国法的法律,因此,域外法查明的责任主体既不应是绝对的法官,也不应是绝对的当事人,法官和当事人在域外法的查明问题上应存在一定的分工。至于怎样分工,受包括法律传统、司法体制、法官素质等因素在内的司法现状的影响,并不能从各国的司法实践中总结出统一的标准。

笔者认为,在我国,域外法查明的责任主体应针对不同阶段的不同情形,分别规定不同的主体。

第一阶段,由法院依职权主动查明。在第一阶段中,法院依职权主动查明域外法的范围不宜过宽,应仅限于法官认为通过某种简便的途径,或利用自己的学识或掌握的法律资料,能够查明有关域外法的情形。

第二阶段,经法院要求由当事人提供。如果法院在第一阶段不能查明或当事人对法院第一阶段查明的内容有不同意见的,法院即可要求当事人在人民法院指定的合理期限内提供域外法的证明。至于合理期限究竟多长,考虑到域外法查明的复杂性,由法官自由裁量较为合适。这时,域外法查明的责任主体即由法院转移到当事人。

第三阶段,当事人提供受阻,由法院继续查明。如果当事人在人民法院指定的合理期限内未能提供,或提供不充分,或当事人提供的相关内容不一致法院难以认定的,由人民法院依职权继续查明,且不受当事人提供证据材料范围的限制。此阶段人民法院在对相关域外法查证时,可考虑采用一些较为复杂的途径,例如通过中央机关司法协助或使领馆官员协助的途径查明。此时,域外法查明的责任由当事人转移到法院。

进行这样的域外法查明责任的分配,符合将域外法定性为“特殊的法律”的理论基础,具体体现了“特殊法律说”由法官主导证明,当事人配合法官查证的本质精神,能够充分利用法院和当事人在域外法查明方面各自的优势,充分调动各方的积极性,有利于明晰在不同阶段法院的具体职责和当事人的具体权义,使域外法的查明落到实处。

(二) 域外法查明的途径

我国《民通意见》第 193 条明确规定了五种域外法的查明途径:(1)由当事人提供;(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;(3)由我国驻该国使领馆提供;(4)由该国驻我国使馆提供;(5)由中外法律专家提供。在对这一司法解释的理解上,尚存在以下两个问题:第一,是否必须通过上述五种途径,而不能通过其他途径查明域外法;第二,在域外法不容易查明时,是否必须穷尽上述五种途径。

对于第一个问题,研读《民通意见》第 193 条,其表述为“可通过下列途径查明”,这说明该条文关于域外法查明途径的规定不是强制性的,而是指引性或确认性的。因此,即使在现行制度下,法院或当事人也是可以通过上述五种途径之外的途径查明域外法的。实际上,在我国司法实践以及国外相关作法

中,除上述途径之外,域外法还可以由法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、网上数据库等提供。因此,通过什么样的途径查明域外法,应由法院和当事人自由选择。在制度建构的层面上,对域外法查明的途径可以做必要的、开放性的指引,而不应进行封闭式限制。

对于第二个问题,如果从该司法解释“通过以上途径仍不能查明的,适用中华人民共和国法律”的表述来看,似乎可以得出只有在穷尽上述五种途径,域外法仍无法查明时,才能认定为域外法不能查明的结论。我国亦有学者支持这一观点^[7](第38页)。但是这并不符合目前涉外审判的实践。我国司法实践表明,有的域外法查明途径操作难度大,花费时间长,查明效果不理想,很少采用。例如,《民通意见》第193条中的(3)、(4)两种途径,即通过使领馆查明法律,现实中非常困难。此外,《民通意见》第193条第(2)种途径,即通过与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供法律,在实践中也难以操作^[7](第118页)。因此,在重构域外法查明制度时,对是否必须穷尽某几种查明方式,不应作强制性要求,应由法官和当事人根据情况自行决定。

(三) 域外法的确认程序

对域外法查明途径不加限制,会使查明途径多样化,不同的域外法查明途径,可能在查明效果和所查明的法律的权威性、真实性方面有所差别。为了保证适用域外法的准确性,相关域外法通过某一或某些途径查明后,法院还不能直接将之适用于案件,其能否最终作为涉案争议的准据法,还要通过一定的域外法确认程序予以认定。目前,我国立法和司法解释对如何确认域外法没有任何规定,在司法实践中,域外法的确认程序极不规范,甚至在有的案件中,缺少这一程序,造成当事人不满^[3](第98页)。在重构我国的域外法查明制度时,对域外法的确认程序应作明确规定。笔者认为,应遵循以下规则:

1. 对法院在第一和第三阶段依职权取得的域外法,应听取双方当事人的意见后才能确认。在法院依职权查明域外法的场合,法院虽然通过某种或某些域外法查明途径取得了相关域外法,但由于法官不可能像熟悉本国法那样熟悉域外法,故不能确保所取得的域外法的真实性,也不能确保对域外法含义理解的准确性,因此法院应将有关域外法向当事人出示,听取双方当事人对相关域外法的意见。

2. 对当事人在第二阶段提供的域外法应通过质证程序予以确认。在当事人提供域外法的场合,由于当事人一般都存在提供对自己有利的法律的倾向,因此要确定域外法的真实性和相关规则的确切含义,就有必要对当事人提供的域外法进行质证,以便于法官听取双方当事人的意见,最终作出合理判断。如果经质证后无异议,法院应予确认;如果有异议,由法院认定;如果法院认为一方当事人提供的域外法明显错误,则即使另一方当事人未明确表示异议,亦不应予以确认。

(四) 域外法不能查明的认定

《民通意见》第193条在规定了五种域外法查明途径后,紧接着规定:“通过以上途径仍不能查明的,适用中华人民共和国法律。”可见,域外法不能查明对案件的处理结果影响巨大,它意味着案件争议的准据法会发生改变。因此,如何认定域外法“不能查明”是一个非常重要的问题,应通过制度构架的方式加以明确。

按照本文前面的设计,域外法的查明应分阶段进行,第一阶段如果受挫即转入第二阶段,第二阶段受挫即转入第三阶段,因此,在只进行了第一阶段或第一和第二阶段的情形下,不能立即认定域外法不能查明。那么,第三阶段应进行到什么程度方能被认定为域外法不能查明?对此,笔者认为,不应强制性要求法官用尽一切或某几种域外法查明途径,因为这样的规定机械、僵硬、不切合实际,会造成审判资源的极大浪费,效果并不理想。在这一问题上,可以借鉴詹思敏、侯向磊法官的观点,在第三阶段只要法官尽到“勤勉”的义务,在作进一步的努力仍不能查明时,即可认定为域外法不能查明。至于何为“勤勉”?笔者思考认为,勤勉义务应是指一个敬业的、称职的法官应尽之义务。

(五) 域外法不能查明的处理

域外法不能查明在性质上类似于“法律漏洞”,即待决案件欠缺适用的法律。在现代法制社会,各国法律一般都赋予法院确认和补充法律漏洞的权利。归纳起来,对域外法不能查明的解决方法大致有

以下几种: 1. 直接适用内国法; 2. 类推适用内国法; 3. 适用同本应适用的外国法相类似的法; 4. 适用一般法理。此外, 美国等少数国家在实践中还采用驳回当事人诉讼请求或抗辩的做法^[7] (第 38-39 页)。这种作法与将域外法认定为事实由当事人提供有关。

如前所述, 我们的立论基础是将域外法认定为特殊的法律, 且我国的诉讼理念是查明事实, 正确适用法律, 驳回诉讼相当于拒绝给与当事人司法救济, 违背我们对域外法性质的认定和我国的诉讼理念, 不应采取。类推适用的方法也存在问题。因为在没有充分证据的情形下, 法院即推定域外法的内容与内国法一致, 实在缺乏必要的严谨性。域外法不能查明的其他补救方法, 例如, 适用同本应适用的外国法相类似的法, 直接适用中国法, 适用一般法理, 这些方法则均可考虑。

[参 考 文 献]

- [1] 齐湘泉. 涉外民事关系法律适用法 [M]. 北京: 人民出版社, 2003.
- [2] 张 磊. 外国法的查明之立法及司法问题探析 [J]. 法律适用, 2003 (2).
- [3] 于 飞. 中国国际私法理论与立法 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [4] [英] 莫里斯. 戴西和莫里斯论冲突法 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [5] 黄 进. 国际私法 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [6] 杨 苏. 涉外合同纠纷案件适用法院地法的实践及其完善 [J]. 法治论丛, 2004 (1).
- [7] 王瀚. 试论外国法不能查明的确认和补救 [J]. 法学杂志, 1997 (6).

(责任编辑 车 英)

Reflection and Reconstruction on Ascertainment of Extraterritorial Law

LIU Ping

(International Law Department North-west University of Politics & Law Xi'an 710063 Shaanxi China)

Biography: LIU Ping (1973-), female, Lecturer, International Law Department, North-west University of Politics & Law, majoring in private international law.

Abstract: The Chinese system of foreign law's ascertainment should be reconstructed because of its too principle and simple. In reconstruction, our country should adopt foreign law "special law theory", divide three phases on foreign law's ascertainment and different phases have different subjects of duty. The court and parties may ascertain foreign law by various methods. The court should hold foreign law by a confirming procedure. When the court has fulfilled diligent duty on the third phase and the foreign law can't still be confirmed, the court should hold that foreign law can't be ascertained. And then, the court may apply the similar law that should be applied or directly apply Chinese law or legal principle.

Key words: ascertainment of foreign law; fact theory; law theory