

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 412

域外法查明的若干基本问题探讨

詹思敏 侯向磊

特聘专家

论文摘要:

在目前的审判实践中,有关域外法查明的一些基本问题,仍未能得到很好地解决。笔者认为域外法在查明过程中应被作为特殊的事实看待,主要由当事人举证,法院应积极地引导当事人查明域外法,必要时依职权查明域外法。在查明域外法时,当事人或法院除了选择适用《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见(试行)》第193条规定的五种途径外,还可以采用其他一些途径查明域外法。当事人提供有关域外法律规则时,应尽可能一并提供有助于法官准确适用该法律规则的资料。在当事人拒绝或者未能提供域外法时,法院可以认定域外“不能查明”;在法院依职权查明域外法的场合,若法院虽尽勤勉义务仍不能取得有关域外法,可以认定域外法“不能查明”;在所查明的域外法不明确,不充分,难以直接适用于案件争议时,法院不宜简单地认定域外法“不能查明”。

作者简介:

詹思敏:女,1956年出生,法律硕士,四级高级法官,现任广州海事法院副院长。曾在《人民司法》、《法律适用》等刊物上发表多篇学术论文,从2000年始参与《中国海事审判年刊》的编辑工作。

侯向磊:男,1973年生,法学博士,现工作于广东省高级人民法院民四庭。曾在《法学研究》、《法学评论》、《法学》、《法学杂志》等刊物上发表学术论文近二十篇,参与撰写了《现代物权法专论》、《担保法通论》等学术著作。

域外法的查明问题,在学术界似乎已不是一个值得研究的问题,但在目前的审判实践中,却是一个亟待研究和解决的课题。可以说,迄今有关域外法查明的基本问题,如域外法的性质、域外法如何查明和确认、如何认定域外法“不能查明”等,在审判实践中仍未能得到很好的解决。域外法查明作为涉外民商事案件独具特色的审理环节,其所涉问题解决的好坏直接关系到我国现行冲突法的立法目的在多大程度上能够通过审判实践得以实现,进而直接影响到涉外民商事案件的审判质量。因此,对域外法查明的基本问题进行探讨无疑对我国涉外民商事审判具有重要意义。

一、如何认识域外法的性质

当涉外民商事案件适用某一域外法作为解决案件争议的准据法时,如何查明相关域外法的内容是法院面临的一个重要问题,它隐含的一个国际私法理论问题就是,域外法对域内法院来说,其在性质上究竟是事实还是法律。如果认为域外法是事实,则域外法的查明是当事人的事情,由当事人像证明案件事实那样去证明域外法的内容;如果认为域外法是法律,则法官应按照“法官知法”的原则,承担域外法查明的职责。基于对域外法性质的不同认识,国外理论界和司法实践中出现了事实说、法律说和折衷说三种不同的观点和作法,而在我国,国际私法学界的通说认为,由于我国民事诉讼法采取“以事实为依据,以法律为准绳”的原则,所以人民法院在审理涉外民商事案件时,无论事实还是法律都必须查清,关于域外法是事实还是法律的争论在我国没有实际意义。这一观点在逻辑推理上不无疑义,“以事实为依据,以法律

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

为“准绳”中的“事实”是指有证据可以证明的案件事实，“法律”是指包括冲突法在内的我国法律，这一原则不涉及域外法的查明问题，不能从中推论出关于域外法是事实还是法律的争论在我国没有实际意义的结论。涉外民事审判实践表明，在域外法查明问题上，域外法是事实还是法律的困惑客观存在，对域外法性质认识的不统一，在实践中必然会导致各种各样的域外法查明结果，这不仅关系到审判尺度的统一问题，而且直接影响到涉外民事案件的审判质量。因此，探讨域外法是事实还是法律这一问题对推动我国国际私法学界重新定位对域外法性质的认识，以及对解决涉外民事审判中如何查明域外法的问题，都具有非常重要的意义。

在我国现行法中，没有任何法律条文或司法解释涉及到域外法的性质问题。从审判实践看，在域外法查明问题上，既不宜把域外法视为法律，也不宜把域外法作为单纯的事实看待。

首先，我国法院在查明域外法时，不宜将域外法视为法律。域外法与我国法院受理的某一涉外民事案件相联系，这是我国法院适用我国法律即相关国际私法规则的结果。严格来讲，域外法在作为准据法被援引时，已不是原来意义上的法律，因为某一规则之所以成为法律，是因为该规则具有所在法域赋予它的强制力。只有该规则在所在法域被适用时，其强制力才能体现出来。域外法规则脱离其所在法域而在我国被适用时，已不具备其所在法域赋予它的强制力，仅作为一般意义上的规则被引用，称之为“法律”已名不符实。该规则之所以能够确定当事人的权利和义务，是因为我国国际私法规则赋予了其此种作用。所以从我国法院的角度看，域外法已不具有原来意义上的法律属性，更不同于我国的法律，不能按“法官知法”的原则要求法官像精通本国法那样去了解域外法律，如此要求在实践中也是行不通的。

其次，法院也不宜将域外法视为单纯的事实。域外法是由特定的立法机构制定或者由相关的判例构成，以制定法或判例法的形式存在着，其本身不构成案件争议的一部分，但对争议的解决起着至关重要的作用。因此域外法在其产生方式、存在形式以及在案件中的作用等方面，与单纯的事实有很大的不同。不能要求法官像查明案件事实那样去查明域外法。

由上可见，域外法既不是法律，也不是单纯的事实。那么如何看待域外法的性质呢？笔者认为，在域外法查明问题上，应坚持“特殊事实说”，即把域外法作为特殊的事实来查明。“特殊事实说”在司法实践中表现为：域外法由当事人举证，法官在当事人查明域外法的过程中发挥积极的引导作用，并在特殊情形下依职权查明域外法。我们之所以将域外法的性质定性为特殊的事实，主要基于以下三点理由：

第一，域外法与一般的事实相比，具有明显的特殊性。域外法相对于一般的事实而言，除了前文所说的其在产生方式、存在形式以及在案件中的作用等方面与单纯的事实不同外，还有其他一些明显的特殊性。例如，法官在查明域外法的过程中主观能动性发挥的空间要比查明一般事实时大得多。一般事实的查明，以当事人举证为主要手段，法院仅在当事人无法获得有关证据的极个别情形下依职权取证，而且当事人提供的证据必须经过质证才能作为认定事实的依据，即使是法院依职权取得的证据，也要在庭审时征求当事人的意见。也就是说，法官在查明事实的过程中的作用是消极和被动的。但在域外法查明过程中，法官在某些情形下可以积极地发挥主观能动性，主动和积极地查明有关的域外法，甚至不经双方当事人的质证，直接将查明的法律适用于案件争议。例如，在英国，法官在某些情形下可以将域外法归入司法认知（judicial notice）的范畴，主动查明并直接适用，而无须当事人举证和质证，这些情形是：（1）域外法是欧盟法律；（2）成文法规定法院应当知道该域外法；（3）域外法被视为“公认的事实”；（4）某一域外法的内容由上诉法院在其审理的上诉案件中已被作为司法认知对待；（5）域外法是英格兰、苏格兰或北爱尔兰的法律，且该案是由上议院审理的上诉案件。又如，在美国，1936通过的迄今至少已被二十四个州接受的《统一外国法的司法认知法》规定，美国各州的普通法和制定法被视为已知的事实，当事人无须提供，由法院主动查明和直接适用。正是由于域外法与一般事实相比存在着明显的特殊性，所以英国学者认为：“尽管域外法是一个事实问题，但它是‘一个奇怪的事实问题’”。

第二，仅从司法实践操作的角度考察，将域外法作为特殊的事实来查明是世界绝大多数国家的通常作法。首先，在域外法查明问题上，把域外法作为特殊的事实来查明向来是以英国为代表的英美法系国家的通常作法，在这些国家，域外法是一类事实的观点无论在法学界还是在审判实践中都已根深蒂固。其次，一些大陆法系国家的立法虽然表面上倾向于把域外法作为法律来查明，但实际上也往往间接地体现出把域外法作为事实的观点，并且此种观点在司法实践的具体操作中又转化为查明域外法的基本规则。例如，

《德国民事诉讼法典》第293条规定，法院依职权确定外国法的内容，但也有权要求当事人提供有关外国法的证据，如果负责提供外国法的一方当事人不能提供证据，法院则以证据不足驳回其诉讼请求或抗辩。该条文的前半部分要求法官依职权查明外国法，显然是把外国法看作法律而按照“法官知法”的原则设计的，但后半部分又要求当事人提供外国法的证据并规定了不提供证据的后果，这又体现出把外国法视为事实的观点。德国法的上述规定体现了大陆法系绝大多数国家查明域外法的基本作法，即域外法由法院依职权查明，必要时法院可要求当事人提供和证明。但法律对于需要依职权查明的域外法的范围并没有特别的限定，这通常属于法官自由裁量的范围，司法实践中，法官往往不愿费力劳神地去查明域外法，而是动辄要求当事人提供，把查明域外法的主要义务转嫁于当事人。这在结果上与英美法系国家所奉行的域外法由当事人提供和证明，必要时由法院依职权查明的规则大同小异。所以如果抛开成文法的规定，仅从司法实践操作的角度考察，域外法作为特殊事实的观点在大陆法系国家的司法实践中也是成立的。

第三，将域外法定性为特殊的事实可以克服“法律说”和“事实说”的缺陷，有利于涉外民事案件获得及时公正的解决。一方面，就“法律说”而言，其主张将域外法与域内法同等看待，由法官依职权去查明域外法，但在司法实践中，法官不可能像精通本国法那样了解域外法，因此查明域外法通常需要耗费

大量精力。在目前案件多，法官工作量大的现实情况下，若将查明域外法的义务加于法官，则客观上可能会产生两种后果：一是，法官可能为查明域外法而在某一个案件上耗费了大量的时间和精力，从而影响到对其他案件的及时审理，不利于提高审判效率；二是，法官为了提高办案效率，在查明域外法时，未能尽职尽责，动辄就草率地认定域外法不能查明，而适用法院地法解决案件争议，影响案件的审判质量。这两种后果都不利于案件及时公正地得到解决。另一方面，就“事实说”而言，其将域外法定性为单纯的事实，认为当事人应承担查明域外法的义务，这虽然减轻了法官的负担，但却忽略了法官在查明域外法中的重要作用。在某些情形下，法官利用自己的学识和所掌握的法律资源，可能轻而易举地查明某一域外法，从而缩短域外法查明的过程，而在“事实说”的观点下，法官被动消极地对待域外法查明问题，一般不会主动去查明域外法，这显然不利于案件及时公正地解决。由上可见，无论“法律说”还是“事实说”都不能科学地解决域外法查明问题。而“特殊事实说”强调当事人承担域外法查明义务的同时，主张法官在域外法查明过程中发挥引导作用，并且在必要时依职权查明域外法，这样做既有利于发挥法官在查明域外法过程中的作用，又不加重法官的负担，有利于及时准确地查明域外法。“特殊事实说”克服了“法律说”和“事实说”存在的弊端，对及时公正地解决争议具有非常重要的意义。

二、如何查明域外法

域外法的性质明了后，面临的的就是如何查明域外法的问题，这一问题包含三个层面的含义：一是域外法由谁查明，二是域外法通过何种途径查明，三是如何确定域外法的范围。

（一）域外法由谁查明

前文所述，域外法在性质上为“特殊的事实”，主要由当事人举证，法院起引导作用，必要时依职权查明域外法。换言之，查明域外法，主要是当事人的事情，在特殊情形下，也是法院的事情。

何为特殊情形？各国的做法不尽一致。例如，在英国，对于某一适用苏格兰法律的案件，如果在英格兰法院审理，法官不会依职权查明域外法，但若在英国上诉法院审理，则法官就应当依职权查明苏格兰的相关法律，因为英国各法域的法律在上诉法院被作为司法认知予以接受；又如，在法国，如果当事人行使自己的权利受到限制，或者法院援引的某一冲突规范来自于法国缔结或参加的国际公约时，法院应依职权查明相关域外法。应当说，在何种情形下法院应以职权查明域外法的内容，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。

在我国，法院在什么情形下应当依职权查明域外法，现行立法未规定，司法实践中也没有形成统一的做法。我们认为，法院依职权查明域外法的情形应当在全面考虑我国司法现状的基础上确定。目前，我国涉外案件地域分布相当不平衡，主要集中在东南沿海和经济发展水平较高的省市，内地省市涉外案件数量较少，西部有的省份每年涉外案件仅有数十例或更少。沿海省市的涉外审判力量较强，但由于案件数量多，法官的审判任务较重；内地的涉外案件虽然不多，但审判人员少，审判力量相对薄弱，涉外审判水平还不能完全适应涉外审判的需要。在这种司法现状下，让法官承担过重的域外法查明义务是不现实的。因此，法院依职权查明域外法的范围不宜过宽。我们认为，法院主动依职权查明域外法应限于以下四种情形：第一，涉案争议的准据法是经某一国际组织整理总结的国际惯例，如国际商会制订的《国际贸易术语解释通则》、《托收统一规则》、《跟单信用证统一惯例》等；第二，涉案争议的准据法是我国缔结或参加的某一国际条约，如《联合国国际货物买卖合同公约》等；第三，当事人不能证明或不能完全证明相关的域外法，若法院因此认定域外法不能查明而适用我国法律，可能会产生严重不公平的结果；第四，法官确信通过某种简便的方式，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。

（二）域外法查明的途径

关于域外法查明的途径，我国现行法律没有规定。但在《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》第193条中有明确规定（以下简称司法解释第193条）：“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。”在对这一司法解释的理解上，有两个问题需要澄清：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的情况下，是否必须穷尽上述五种途径。

对于上述第一个问题，即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。笔者认为，对域外法的查明途径，司法解释第193条使用了“可通过下列途径查明”这样的表述，而没有使用“应当通过下列途径查明”或“必须通过下列途径查明”之类的表述，这说明该条文关于域外法查明途径的规定不是一种强制性的规定，而是一种指引性和确认性的规定，其目的是为当事人或法院查明域外法提供几种可选择的途径。因此当事人或法院可以通过上述五种途径之外的方式查明域外法，只要查明域外法的方式不违反法律强制性或禁止性规定，不损害国家、社会或第三人的利益，就不应不予认可。在实践中，除了上述五种途径之外，域外法还可以由民间组织、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织等机构或组织提供，或者通过其他途径查明。通过什么样的途径查明域外法，由当事人自由选择，不应应对域外法查明途径进行限制。

对域外法查明途径不加限制，会使查明途径多样化，不同的法律查明途径，可能在域外法查明效果和所查明的法律的权威性和真实性方面有所差别，这会不会影响到法律适用的准确性呢？从法律适用过程来

看,相关法律通过某一途径被查明后,法院还不能直接将其适用于案件,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,当通过某种途径取得的相关法律在确认程序中被法院认为是片面的、失效的,或者根本就不存在时,法院不会将之作为涉案件争议的准据法,因此对域外法查明途径不加限制,不会影响到法律适用的准确性。

对于上述第二个问题,即在域外法不容易查明的情况下,是否必须穷尽上述五种途径。如果从司法解释中“通过以上途径仍不能查明的,适用中华人民共和国法律”的表述看,似乎可以得出这样的结论,即在上述五种途径应一一尝试,域外法仍难以查明的情况下,才能适用中华人民共和国法律。但这仅是对上述司法解释部分文句字面含义的理解。从司法解释整个条文的解释目的、域外法性质以及审判实践来看,这种理解是不科学的。在查明域外法过程中,司法解释第193条规定的五种查明途径不需要穷尽。理由如下:

首先,从司法解释第193条整个条文的解释目的来看,最高人民法院作出这一司法解释的目的是为查明域外法提供几种途径,以供当事人或法院参考适用,避免当事人或法院在查明域外法时无所适从。该司法解释本意在于指引法院或当事人查明域外法,而不是硬性规制法院或当事人的行为。因此,该条文列举的五种途径是选择适用的,不必全部穷尽。

其次,从域外法的性质来看,域外法作为“特殊的事实”,除了需要法院依职权查明的极少数情形外,域外法主要由当事人负责提供,在当事人不能提供域外法时,法院可以认定域外法不能查明,而适用法院地法,不必穷尽司法解释第193条规定的其他途径。

最后,从涉外审判实践来看,穷尽司法解释第193条规定的五种途径是不可行的。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,司法解释第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。例如,内地某法院为审理一涉外案件,请求新加坡驻华大使馆提供新加坡的有关法律,数月后,法院收到该大使馆大使的回函,称“新加坡是判例法国家,因此不可能回答哪条法律适用法院提出的问题,因为这些问题没有指明与哪些法规和案件有关,即使要回答这些问题,也只能提供新加坡有关部门对法律的理解,建议法院要求当事人提出证明,以证明哪些是他们据以认为是适用他们案情的法律条款。”这样,耗时数月的法律查明问题又回到了原来的起点上。又如,司法解释第193条第(2)种途径,即通过与我国订立司法协助条约的缔约对方的中央机关提供法律,在实践中也难以操作。主要原因是我国缔结的司法协助条约在双方提供法律方面一般仅作原则性规定,缺乏可操作性,而且国内也未建立起启动这一途径的完善机制,致使这一途径难以利用。正是由于以上原因,所以穷尽司法解释第193条规定的五种途径在司法实践中是不可行的。域外法的查明主要通过当事人提供或法律专家提供这两种途径进行。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或通过使领馆提供这两种途径,只能由当事人申请,且法院认为必需时,才可以启动。

(三) 域外法的范围

在涉外审判实践中,审判人员经常遇到这样的问题,即在查明域外法时,有时当事人仅提供几个法律条文或几个判例;或仅提供一份法律专家意见;或仅提供域外一部法学著作或一篇论文,在这些情况下,能不能认定当事人提供了域外法。这就涉及到域外法的范围问题。换句话说,“域外法”中的“法”应包含哪些内容。

上述问题的解决,有赖于对域外法适用过程的全面理解。在涉外商事审判中,域外法的适用过程,不仅仅涉及到域外实体法规则的援引问题,还涉及到对域外法律的解释、推理以及与此相关的法律观念问题。只有重视和妥善解决这些问题,才能准确适用域外法。但在我国目前的域外法查明实践中,似乎偏重于对域外法律实体规则的查明,而对域外法如何进行解释和推理重视不够,在有的案件中甚至存在用我国的法律观念解释域外法律条文的现象。这种域外法适用过程是不恰当的,容易导致不公平的判决结果。因为某法域的法律规则不是孤立存在的,它和渊于该法域的法律观念、法学理论以及法律解释与推理规则是一个不可分割的整体,某一法律规则只能是特定法律观念和特定法律适用方法下的规则,离开了特定的法律观念和适用法律方法,该法律规则所具有的特定的调整功能就可能改变,或者被曲解。很难想象,一个大陆法系国家的法官以本国有权法律观念去解释英美法系国家关于财产的法律会出现什么结果,更难想象大陆法系国家的法官如何以自己本国的观念来解释和适用当事人提供的英美国家的判例。所以只有以域外法所属法域的法律解释、推理方法和法律观念为指导适用域外法,才能保证审判结果更公平。然而,在实践中,要求法官完全掌握域外的法律解释方法和法律观念是不现实的,没有哪一个国家会对法官作如此要求。在适用法律时,每个法官客观上都存在以本国的法律观念解释域外法的倾向。为了解决这一问题,就需要当事人在向法院提供有关的域外法律规则时,一并提交有助于法官准确地适用该法律规则的资料,这些资料包括法律专家出具的法律解释或适用意见,或者关于案件准据法的著述等。因此,在域外法查明中,“域外法”中的“法”包含两部分的内容,一是法律规则本身,二是关于该规则的解释和适用资料。当事人提供域外法,就是在该范围内向法院提供相关的资料。

三、域外法需经过何种确认程序

域外法由当事人提供或由法院依职权取得后,域外法查明过程还没有结束,法院还要按照一定程序对域外法进行认定,以决定该域外法是否可以适用于涉案争议,这种认定程序通常被称作域外法的确认程序。

把域外法作为特殊事实看待的国家，域外法在适用于涉案争议前都需要经过一定的确认程序，在这一程序中，专家证人发挥着举足轻重的作用。例如，在英国，当事人对其提供的域外法必须给予严格的证明；在证明和确认域外法时，英国法庭特别强调专家证人的作用，因为对于一些域外法，离开了专家证人，法庭无法对该法律进行正确的评价和解释，因而很难予以确认。对于专家证人的资格，英国法庭一般不作特别严格的限制，如英国《1972年民事证据法》第四条第一项明确规定：“特此声明，在民事诉讼中基于自己的知识或者经验适格提供专家证据的人，有资格就联合王国以外的任何国家或者地区的法律，或者就英格兰和威尔士之外的联合王国以外的任何一个地方的法律提供专家证据，不论此人在该处曾经作为一名开业律师还是现在有资格做一名开业律师。”英国学者莫里斯结合这一法律规定和有关判例，就专家证人的资格问题进一步认为：“任何从职业或行业中获得外国法知识的人，不论该国是其职业或行业地国，还是另外一个国家，他都有这种资格。因此，殖民地总督、大使、领馆官员、副领事、公证员、法律教育理事会的罗马荷兰法教员、主教、商人以及银行经理都曾被认为具有这种资格。像主教、商人和银行经理这样的证人，当然只能在由于他们的职业或行业而熟悉的外国法部分被认为是专家。没有特别的外国法知识的当然没有这种资格。”在加拿大普通法地区，同英国一样，法庭在对域外法进行确认时，也特别注重专家证人作证程序，法院如发现专家证人提供的意见互相矛盾，可以责令他们进行解释，由法院判定哪一个专家证人的意见是可信的。

从国外司法实践来看，在对域外法进行确认时，如果双方当事人对域外法含义达成一致意见，法庭一般不再要求当事人进一步证明域外法，而直接按照当事人达成的对域外法理解的一致意见对相关域外法的含义予以确认。即使当事人对域外法理解不正确，法院也不会主动加以纠正。这也从另外一个角度说明了域外法的特殊性质。

我国立法对如何确认域外法的问题没有任何规定，在司法实践中，域外法的确认程序极不规范，甚至在有的涉及域外法查明的案件中，缺少这一程序。实践证明，没有域外法确认程序的域外法查明过程是不完整的，不利于准确地适用准据法，从而不利于案件争议的公平解决。我国法院在处理域外法查明问题时，应当重视域外法的确认程序。我们认为，法院在对域外法进行有确认时，应当遵循以下规则：

（一）除涉案争议的准据法是我国缔结或参加的国际条约或经某一国际组织整理总结的国际惯例外，对于其他域外法律都应经过庭审确认程序。国际条约和国际惯例之所以不需经过庭审确认程序，是因为：我国一旦缔结或参加某一国际条约，就承担了必须执行该国际条约的国际法义务，当涉案争议应当适用该条约时，我国法院就有义务查明和适用这一条约，也就是说，查明和适用国际条约是法院的事情，而且法院被推定熟悉该国际条约。因此，国际条约不需要经过确认程序。国际惯例作为国际商事活动中反复适用且被普遍接受的规则，经有关国际组织整理总结后，内容确定且非常容易查明，法官应当被推定知晓这些为数不多的国际惯例，勿需经过确认程序。除此之外的其他域外法律，则不属于法官应当熟悉的法律的范畴，法官不应当被推定熟悉这部分域外法。所以对这部分域外法律，必须经过确认程序，才能最终认定。

（二）对当事人提供的域外法一般通过质证程序予以确认；对法院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，就有必要就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。在法院依职权查明域外法的场合，法院虽然通过某种域外法查明途径取得了的相关域外法，但由于法官不可能象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。但是法院依职权取得的我国缔结或参加的国际条约或经某一国际组织整理总结的国际惯例不需要经过这一程序。

（三）双方当事人对域外法含义的理解达成一致意见的，法院可按当事人的一致理解认定域外法的含义。我们知道，在认定事实方面，根据民事权利处分原则，对当事人的妥协和让步，只要意思表示真实，法院一般都是认可的。在域外法确认问题上也是如此，域外法作为一类特殊的事实，如果双方当事人就域外法真实性或其中某一规则的含义达成一致意见，只要当事人意思表示真实，且不存在当事人通谋损害社会和其他人利益情形，法院就应当按照当事人达成的一致意见理解域外法的含义，即使当事人的对域外法的一致理解是错误的。这里值得一提的是，在法院按照当事人对域外法的错误的一致理解将该域外法适用于涉案争议后，若当事人事后以域外法适用错误提起上诉，则二审法院对此不应支持。

（四）当事人对涉案争议适用域外法的哪一规则有不同意见，或者对域外法的某一规则理解不一致，应当说明理据，必要时提供专家证人出庭作证；法院如认为有必要，也可以依职权委托专家出庭作证。在域外法确认程序中，一方当事人对对方当事人提供的域外法或对域外法的理解有不同意见的，应当说明理据，这是质证程序的基本要求。用以说明理据的可以是法律条文或判例，也可以是域外法著述，甚至可以是受案法院或其上级法院以往适用有关域外法的判决书。如果案件需要，当事人可自行委托或者法院依职权委托专家证人出庭作证。尽管我国法律中没有规定专家证人制度，但在涉外审判中，在涉及到查明外国法问题上，更多的听取专家意见是可取的，也与我国现行法律不相抵触。在专家证人出庭作证时，法院对证人的资格不应有特殊限制，而应注重证人提供的意见的准确性。在专家证人作证时，当事人双方可当庭对专家提供的意见进行质证。

（五）在确认域外法的过程中，法院应发挥积极的引导作用。如在必要时告知当事人哪一方面的法律需要查明，通过什么途径查明域外法，域外法应经过什么样的公证、认证等证明手续等。在域外法确认程

序中，法院的引导作用尤为重要，例如，广州海事法院在2002年7月底审理的被媒体称为海上“巨无霸”的航海者轮系列案就体现了这一点。该系列案中有一宗船舶抵押权纠纷案，原告JP摩根大通银行在英国，被告海流航运公司在利比里亚，被告所有的“航海者”轮船籍港为巴哈马拿索(Nassau)港，该轮先后在英国伦敦巴哈马籍船舶注册官处办理了三次抵押登记。对该轮船的抵押问题，根据《中华人民共和国海商法》第271条关于“船舶抵押权适用船旗国法律”的规定，需要适用巴哈马法律。当事人提供了经巴哈马公证机关公证，并经我国驻巴哈马大使馆认证的《巴哈马商船法》英文文本，以及该法律“抵押权”部分若干条文的中文翻译件，该翻译件经过公证认为与原文内容相符。但是，法官在审理过程中发现当事人提供的《巴哈马商船法》“抵押权”部分条文有几处中文翻译与英文原意的意思不符，所以在庭审中，法官充分发挥引导作用，认真地对不符点进行了校正，并就校正后的中文译文征求双当事人的意见，当事人当庭表示同意法官对《巴哈马商船法》条文的中文译文的校正意见，从而《巴哈马商船法》最终得到确认，最后案件适用了《巴哈马商船法》。可见，法院在域外法确认程序中的引导作用是至关重要的。

四、如何认定域外法“不能查明”

《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》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必须改变，而适用我国法律处理案件争议。因此如何认定域外法“不能查明”是一个非常重要的问题。

在司法实践中如何认定域外法“不能查明”？在司法实践中，经常遇到这样的情形，即所查明的相关域外法律不明确，不充分；或者当事人或法律专家提供的法律有时仅仅是几个条文，或者几个判例，不能直接用以解决案件争议，甚至双方当事人提供的条文或判例互相矛盾，法官难以据此定案。这些情形可统称为“域外法查明受挫”。在“域外法查明受挫”的情况下，能否据此认定域外法“不能查明”，进而适用法院地法？这是经常困扰涉外审判人员的一个问题。应该承认，“域外法查明受挫”是域外法查明过程中客观存在的问题，因为涉外案件双方当事人一般不可能都熟悉域外法，并且都存在提供对自己最有利的法律的倾向，更重要的是，相关的域外法中可能根本就不存在不需要推理而直接适用于案件争议的明确规定，这就决定了域外法的查明过程不可能一帆风顺。如果域外法查明一旦受挫，法官就认定“不能查明”转而适用法院地法，那么域外法的查明还有什么意义呢？因此，在“域外法查明受挫”时，法官不能据此简单地认定“不能查明”，而是应该以勤勉的态度，再作进一步的努力，或者积极引导当事人采取更为合适的法律查明手段，如果域外法仍然不明确，才可以认定“不能查明”。司法实践中的以下几种做法，都反映了在“域外法查明受挫”时，法官以勤勉态度，积极引导当事人进行一步对域外法进行查明和确认，这几种做法对如何解决“域外法查明受挫”问题或认定域外法不能查明问题具有重要的借鉴意义。

第一种做法：在对当事人提供的域外法不能确认时，法院依职权委托法律专家出具法律意见，然后参考该意见认定相关的域外法是否“不能查明”。例如，在广州海事法院2002年1月审理的一宗光船租赁权益转让合同纠纷案中，就遇到了外国法查明受挫的情况。涉案合同中约定适用英国法。原告在举证期限内提供了英国法的英文资料，并附有一份由英国律师出具的、经我国司法部委托的香港律师认证的法律意见书。该法律意见书的主要内容是：根据英国法律，本案协议均有效，原告有权对未支付的租金和应计利息索赔，有权对根据合同或协议行使其权利的过程中所承担的法律费用和相关费用提出索赔，原告在起诉状中列出的索赔要求可受到英国法律的支持。在该份法律意见书中还列举了相关的英国判例。在庭审中，合议庭引导双方当事人围绕该意见书的主要内容进行质证。庭上被告对原告所举的证据材料提出了异议，认为虽然原告庭前提供了法律意见书和英国有关法院的部分判例节录，但是所提供的判例内容不全，且未经依法公证、认证，故不能作为适用本案的准据法，法院应以外国法不能查明为由适用中国法。庭审结束后，合议庭感到被告的抗辩虽有针对性，但没有提供相应的证据支持其抗辩，与原告提供的域外法证据比较，显然处于弱势；而原告虽然在庭前做了较充分的举证，但所提供的域外法资料无论在形式要件还是在内容上都有欠缺，合议庭没有把握认定原告的证据。为了慎重起见，合议庭征求了某大学法学院的法律专家的意见。该法律专家认真审阅了原告提供的域外法证据，认为原告提供的域外法不应得到确认。结合该专家意见，合议庭最后形成了结论：原告提供的英国律师出具的法律意见书仅说明了本案所涉合同有效，以及原告的诉讼请求可以获得英国法支持的法律意见，而无具体的英国法律的内容，且未经英国公证机关公证，故不能确认该法律意见书是英国法律的证明文件，也不能确认该法律意见书所附判例的有效性。因此认定本案准据法“不能查明”，案件争议最后适用了我国法律。从该案可以看出，在合议庭认定域外法“不能查明”的过程中，法律专家的意见起了重要的作用。

第二种做法：不同法律专家提供的法律意见相左时，法院允许法律专家以证人身份出庭对质。例如，在某一案件中，双方当事人就涉讼担保函的效力问题，各自委托香港律师以法律专家的身份提供了香港的有关法律，但律师提供的法律意见书内容相左，无法适用于案件争议。在二审期间，法院允许参与出具法律意见书的几位大律师以证人身份就香港有关法律向法庭作证。经过对质，几名大律师就几个法律规则达成共识，法官遂将之适用于案件争议的相关问题，取得了良好的效果。从该案可以看出，法院在法律专家提供的法律相左时，并没有武断地认定香港法“不能查明”，而是引导当事人，让其委托的法律专家出庭作证，这是非常恰当的。

第三种做法：在查明的法律难以直接适用时，参考适用法律专家的法律适用意见。例如，在香港荣升

公司诉香港旭升公司欠款纠纷一案中，香港某律师在接受一审法院委托后出了法律意见书，提供了六个判例和三个条例，并据此对涉讼争议提出了法律适用意见。习惯适用成文法的内地法官很难对这些判例作出解释，但鉴于当事人没有对法律意见书提出相反的法律意见，一审法院遂在判决理由中参考适用了该法律适用意见。二审法院也肯定了这一作法。该作法有利于案件得到更公正的法律适用。值得注意的是，有关的法律意见书一般需经过法庭质证后方可使用。

第四种做法：在法律查明不充分时，以准据法所属法域法律的基本原则作补充。例如，在深圳农行诉香港雄丰公司、深圳雄丰集团公司抵押借款合同纠纷一案中，关于借贷合同的效力及时效两个问题需要当事人提供相关的香港法律，但只有深圳农行提供了香港某律师提供的法律意见书，且该意见书仅针对借贷合同的时效提出了意见，未涉及借贷合同的效力问题。法官并没有据此认定法律“不能查明”，而认为“香港法律以缔约自由为原则，本案所涉协议是当事人的真实意思表示，应当确认其效力”，直接适用了香港有关的法律原则，认定借贷合同有效。

第五种做法：当对当事人提供的域外法，难以辨别真伪时，法官可以通过互联网或权威机关出版或审定的数据库查阅该外国法，然后进行对照审查。例如，某一海上货物运输合同纠纷案应适用美国《统一商法典》，当事人提交了由美国法律专家出具的《宣誓法律意见书》和美国《统一商法典》。但法官对该美国《统一商法典》的有关内容并不熟悉，于是便查阅了全国人大常委会、法工委办公室审定的《中国法律大典数据库》中的美国《统一商法典》，经对照审查后认为当事人提供的法律与该数据库中的《统一商法典》的有关内容一致，从而认定当事人提供的法律真实有效。

五、结论：域外法查明的基本规则

通过上述对域外法查明若干基本问题的探讨，可得出以下结论：

（一）在审判实践中，域外法一般被作为特殊的事实看待，由当事人负责提供，法院应积极地引导当事人查明域外法。但在下列情形下，法院应依职权查明域外法：1、涉案争议的准据法是我国缔结或参加的某一国际条约或经某一国际组织整理总结的国际惯例；2、当事人不能证明或不能完全证明相关的域外法，若法院因此认定域外法不能查明而适用我国法律，可能会产生严重不公平的结果；3、法官确信通过某种简便的方式，或利用自己的学识或掌握的法律资源，能够查明有关域外法。

（二）域外法可以通过《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》第193条规定的五种途径查明。这五种域外法查明途径是选择适用的，在域外法难以查明的情况下，并不要求当事人穷尽五种途径。

通过与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关或通过使领馆查明域外法，只能由当事人申请，且法院认为必需时，才可以启动。

除了通过《最高人民法院关于贯彻执行若干问题的意见（试行）》第193条规定的五种途径外，域外法还可以由民间组织、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织等机构或组织提供，或者通过其他途径查明。只要法律查明途径不违反我国法律强制性或禁止性法律规定，不侵犯国家、社会和第三人的利益，法院就应认可。

（三）通过中外法律专家提供域外法时，对中外法律专家应作广义的理解，其既包括我国的法律专家，又包括域外的法律专家；而且对法律专家的身份不应进行限制，法院应当着重审查法律专家提供的域外法是否准确。法律专家在提供域外法时，可以附带相关的法律意见，但该法律意见必须说明理据；没有理据的法律意见，不能单独作为适用域外法的依据。从域外提供的法律资料或法律意见，应当办理公证、认证或其他证明手续。

（四）当事人提供域外法律，除了提供反映域外相关法律规则的成文法律或判例外，还应尽可能一并提供有关的法律著述、法律介绍资料、专家意见等有关域外法律规则的解释和适用资料。上述反映域外法内容的资料如果是在域外取得的，应当办理公证、认证或其他证明手续；外文资料应当附有相应的中文译本。

（五）除涉案争议的准据法是我国缔结或参加的国际条约或经某一国际组织整理总结的国际惯例外，对于其他域外法律都应经过庭审确认程序。在确认域外法的过程中，法院应发挥积极的引导作用。

对当事人提供的域外法，必须经过质证程序；对法院依职权取得的域外法，应听取双方当事人对该域外法的意见。双方当事人对域外法含义的理解达成一致意见的，法院可按当事人的一致理解认定域外法的含义。当事人对涉案争议适用域外法哪一规则有不同意见，或者对域外法的某一规则理解不一致，应当说明理据，必要时提供专家证人出庭作证；法院如认为有必要，也可以依职权或根据当事人的申请委托专家出庭作证。

（六）在绝大多数情形下，域外法应当由当事人提供，若当事人拒绝或者未能提供域外法，法院可以认定域外“不能查明”；在法院依职权查明域外法的场合，若法院虽尽勤勉义务仍不能取得有关域外法的，可以认定域外法“不能查明”，但是，在案件适用我国缔结或参加的国际条约或某一国际组织整理总结的国际惯例的情形下，法院不能以不能获取相关条约或惯例为由认定域外法“不能查明”。

在所查明的域外法不明确，不充分，或者双方当事人提供的法律资料相互矛盾，或者提供的法律为判例，或者在其他域外法难以直接适用的情形下，法院不应简单地认定域外法“不能查明”，而应以勤勉的态度，积极引导当事人进一步对域外法进行查明和确认，司法实践中以下做法值得借鉴：1、在对当事人

提供的域外法不能确认时，法院依职权委托法律专家出具法律意见，然后参考该意见认定相关的域外法是否“不能查明”。2、不同法律专家提供的法律意见相左时，法院允许法律专家以证人身份出庭对质。3、在查明的法律难以直接适用时，参考适用法律专家的法律适用意见。4、在法律查明不充分时，以准据法所属法域的法律基本原则作补充。5、当对域外专家提供的域外法，难以辨别真伪时，法官可以通过互联网或权威机关出版或审定的数据库查阅该域外法，然后进行对照审查。

注释：

1 本文所指的域外法，是指依据法院地的冲突法规则或其他国际私法规则而适用于案件争议的域外某一国家或地区的法律，或者某一国际条约或国际惯例。域外法中的“域”指法域，内地相对于港澳台地区和其他国家而言，是一个独立的法域，因此就内地法院而言，无论外国法还是港澳台地区的法律都可称为域外法。本文中出现的“我国法律”和“我国法院”均针对内地法域而言，而不包括港澳台地区的法律和法院。

2 参见韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年版，第200页。

3 参见韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年版，第201页。

4 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十一条第三款的规定。

5 司法认知，是指法院认为某些事实属于众所周知的事实或常识，无须当事人证明。

6 参见[加拿大]William Tetley著，刘兴莉译：《外国法查明的一般原则》，载广东省高级人民法院内部刊物《法庭》2002年第9、10期。

7 [英] J.H.C莫里斯主编，李双元等译：《戴西和莫里斯论冲突法》，中国大百科全书出版社1998年版，第1754页。

8 参见[加拿大]William Tetley著，刘兴莉译：《外国法查明的一般原则》，载广东省高级人民法院内部刊物《法庭》2002年第9、10期。。

9 杨苏：《我国法院在审理涉外合同纠纷案件中适用法院地法的实践及其完善》，载于中国涉外海事审判网（<http://www.ccmt.org.cn>）“最新理论探索”栏目。

10 参见俞灵雨：《外国法的选择适用和查明》，载《人民司法》2003年第6期。

11 参见[加拿大]William Tetley著，刘兴莉译：《外国法查明的一般原则》，载广东省高级人民法院内部刊物《法庭》2002年第9、10期。

12 何家弘，张卫平主编：《外国证据法选译》（增补卷），人民法院出版社2002年版，第351页。

13 [英] J.H.C莫里斯主编，李双元等译：《戴西和莫里斯论冲突法》，中国大百科全书出版社1998年版，第1755页。

14 俞灵雨：《外国法的选择适用和查明》，载《人民司法》2003年第6期。

（本文获全国海事审判研讨会论文一等奖，全国法院系统第十五届学术讨论会论文二等奖）