

“一带一路”战略下完善我国外国法查明机制的法律思考

宋锡祥, 朱柏燃

(上海对外经贸大学法学院, 上海 201620)

摘要: 外国法查明是国际私法中的一项特有的制度,是我国建设“一带一路”进程中准确审理涉外民商事案件的基础,也是正确适用外国法的前提条件。这一制度的设置与司法实践对于我国涉外民商事纠纷的合法合理解决、我国司法审判公信力的全面提升以及国际民商事交往良好环境的形成具有重大作用。目前,我国有关外国法查明制度存在分散化和碎片化的倾向,查明责任不够清晰、具体,缺乏可操作性和实用性等,难以适应现实情况的发展需求。因此,在“一带一路”战略大背景下,我国应理所当然地对外国法查明制度的立法进行适当的整合和协调,进一步细化外国法查明的责任主体,对于当事人和民间专业机构查明的外国法是否准确有赖于法官适用时行使自由裁量权,而不必对其真实性或合法性承担责任,积极拓展外国法的查明途径,双边司法协助协定中增列专门针对外国法查明的规范,适时增加更多的查明中心,在立法上肯定查明途径无需穷尽、明确查明期限并对于无法查明外国法做出灵活的处理等,从多个方面采取改进措施以提升我国司法的国际影响力和公信力。

关键词: 一带一路; 外国法查明; 涉外民商事案件; 外国法查明机制

中图分类号: DF973 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2017)04-0093-12

一、前言

“一带一路”重大倡议的提出已历时近四年,在国际上得到了许多国家的积极响应和支持,从愿景提出到逐步付诸实施,并取得了阶段性成果。“一带一路”建设正在有条不紊的进行之中,其发展成果已远远超出了人们的预期。^①近年来,我国加大了对“一带一路”沿线国家的投资力度。截至2016年7月,其投资总额累计已高达511亿美元,占同期对外直接投资的12%;^②我国有关东道国创造了丰厚的税收收入和大量的就业机会,^③为全球经济创造了数量可观的贸易投资机遇,注入了强有力的潜在的发展动能。在“一带一路”建设呈现出一派繁荣景象的同时,有关涉及“一带一路”建设的案件绝大部分为涉外案件,在审理此类案件的过程中,往往会遇到查

收稿日期: 2017-04-16

作者简介: 宋锡祥(1956—),男,上海人,上海对外经贸大学法学院教授,法学博士;
朱柏燃(1991—),女,湖南长沙人,上海对外经贸大学法学院硕士研究生。

^①新华社:《习近平:让“一带一路”建设造福沿线各国人民》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/politics/2016-08/17/c_1119408654.htm,2017年6月15日最后访问。

^②新华社:《今年前7个月我国对外直接投资增61.8%》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/politics/2016-08-18/c_129237502.htm,2017年6月15日最后访问。

^③《国家主席习近平在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上发表主旨演讲》,载新华网,<http://news.hexun.com/2017-05-15/189184129.html>,2017年6月15日最后访问。

明和适用外国法、适用国际条约和国际惯例等问题。因此,法律纠纷的解决以及良好法治环境的构建,也在积极地稳步向前推进,并业已成为参与主体的最大利益关切和需求。一方面,沿线沿路国家和地区在政治、经济和文化上的差异性大,隶属的法系不同,其法律分类与术语、法律表现形式、审判模式与技巧、法律适用规则等迥异,造成同一纠纷在不同国家处理方式不同,判决的结果难以预料,投资者的法律风险无法预测。另一方面,沿线沿路国家法治、宗教、道德、习俗等差别较大,在基础设施、贸易投资等领域的法律法规、税收规定与国内不尽相同,许多国家有关投资贸易立法仍处在不断调整和完善阶段,不便把握交易规则,导致贸易难度进一步加大。加之,贸易保护主义逐步盛行,引发的投资贸易纠纷也会随之增多,相应地,在审理涉外案件的过程中将会出现不少适用外国法律的情况。

所谓“外国法查明”,亦称为外国法的确定,在英美国家又被称为“外国法的证明”,它是指某国法院在审理涉外案件时,根据本国冲突规范的指引,应当适用外国法的情况下,对于该外国法的具体内容及其真实有效性,由谁通过何种方法和途径提供,以及如何加以认定的过程。事实上,外国法的查明包括外国法相关内容的提供和外国法相关内容的认定两个环节。其中,前者是外国法查明的基础、关键和主要内容;后者是外国法查明完整程序中的一个重要环节。在查明外国法的责任分配上,国际上主要存在事实说、法律说和折中说三种不同的主张,查明外国法内容的责任因此在不同国家分别由当事人承担、法官承担或双方共同承担。^①目前,在我国涉外民商事审判实践中,如何获取外国法并准确理解和适用外国法是一大疑难问题,也是制约审判效率的瓶颈之一。如果法院有义务依职权适用法院地的冲突规范,则法院亦有义务适用依该冲突规范指引的外国法,无论当事人是否提出适用外国法的主张,法官都不能回避外国法在特定案件中适用的强制性。^②

实际上,外国法查明制度在国际私法实践中的地位显而易见。除了因涉及具体案件的法律适用而往往对判决结果产生直接作用之外,它还对保证判决的稳定性、统一性和可预见性有着至关重要的意义。随着我国《涉外民事关系法律适用法》(简称“《适用法》”)及其司法解释的颁布,我国关于外国法查明的制度相对于以往已更为明确。但是,由于立法本身的不足以及相关配套制度的缺陷,外国法查明制度在我国司法实践中所取得的成效并不乐观。所以,我国司法机关有必要率先在保障和促进“一带一路”建设方面采取一些新的措施,依法公正、合理地处理和化解这些法律纠纷势在必行。为此,最高人民法院于2015年7月7日出台了《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(简称“《若干意见》”),要求依法准确适用国际条约和国际惯例,准确查明和适用外国法律,增强裁判的国际公信力。^③该意见为我国司法参与“一带一路”建设主动发挥作用提出了明确的指导意见和具体要求;同时,伴随而来的后续制度和做法也在及时跟进。因而在此大背景之下,加强对我国外国法查明机制的完善研究颇具理论价值与现实意义。

通过知网和万方数据库的搜索可发现,我国学术界对这一问题的关注主要聚焦于外国法查明途径或查明的责任主体等某一方面的问题,零敲碎打的居多,其研究的范围相对狭窄,无论是研究的广度还是深度均存在明显不足,鲜有论文从综合立法和司法两个方面对我国外国法查明机制进行系统、全面而深入的研究,且参考资料、数据和文章内容相对陈旧、单一,缺乏典型案例的支撑和数据实证分析,尤其是以当前“一带一路”以及自由贸易试验区建设为视角,

①肖永平:《论英美法系国家判例法的查明和适用》,《中国法学》2006年第5期。

②Jänterä-Jareborg M., *Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003: 236-243.

③最高人民法院:《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,载最高人民法院网,<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-14900.html>,2017年6月15日最后访问。

对我国外国法查明机制进行专门动态的研究可谓屈指可数。笔者因参与“2016年第二届中华司法研究高峰论坛”以及“2016年中国国际私法学会年会”等国内大型高端研讨会,了解并收集到我国在外国法查明实践中的一手数据与资料,遂由此引发一系列法律思考,并在此基础上就我国外国法查明机制的完善做出系统、全面而深入的研究和探讨。

本文以“一带一路”的战略为视角,结合我国现行法律法规、司法解释和相关实践,首先纵向比较我国有关外国法查明的规定,然后就相关规定在我国司法实践中的具体运用情况进行横向剖析,再次从两方面着手,全方位探究我国外国法查明机制在“一带一路”战略实施过程中亟待解决的主要问题,进而为健全和完善我国外国法查明机制建言献策,提出具有可行性、针对性及前瞻性的法律建议和应对法律措施。

二、“一带一路”与我国外国法查明法律机制的现状

外国法查明需要相应的司法保障,它是“一带一路”顺利进行的重要基础,也是为“一带一路”建设营造良好法治环境的关键所在。依笔者之见,只有充分发挥司法审判职能作用,把握和处理好与“一带一路”建设密切相关的涉外民商事、海事海商以及涉自贸区的相关案件;保护和协调好涉“一带一路”建设纠纷中当事人的合理诉权,正视和妥善解决国际司法管辖冲突;并强化我国与“一带一路”沿线国家的国际司法协助合作机制,构筑相对统一的判决相互承认与执行机制;以及推动司法审查工作,准确查明和适用外国法律等,多管齐下,才能为“一带一路”的倡议保驾护航,提供实实在在的保障措施。

(一)“一带一路”战略下外国法查明机制的司法保障和相关机构的设置

作为我国最高审判机关,最高人民法院相继发布了一系列为“一带一路”保驾护航的重要司法文件,包括上述最高人民法院发布的《若干意见》。该意见要求人民法院必须依照《法律适用法》等相关法律规定,综合考虑法律关系中的各种涉外因素,并以当事人的意思自治为基础,积极查明和准确适用外国法,从司法层面上化解国际商事交往中当事人的担忧。2015年12月28日由最高人民法院发布并从2016年3月1日起施行的《关于海事诉讼管辖问题的规定》和2016年6月30日发布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》等文件,就司法改革的深化、我国司法国际影响力和公信力的提升、“一带一路”建设的司法需求的逐步满足,同时,该意见就构筑和健全“一带一路”建设的多元纠纷解决机制、提升我国在国际规则制定中的话语权以及积极参与相关国际规则的制定并提供具有中国特色的方案等方面做出了具体而翔实的规定。除此之外,还需要建立合理的外国法查明机制,这也是涉自贸区民商事审判工作中亟须解决的问题。根据最高人民法院于2017年1月9日发布的《关于为自贸区建设提供司法保障的意见》(简称“《自贸区意见》”)规定,对经冲突规范援引而选择适用某外国法作为准据法时,法院依法应尊重当事人的合意。如果当事人约定适用某外国法,法院应指定一定的期限,在该期限内当事人应提供该外国法律。当然,建立合理的外国法查明机制也是必不可少的,它有助于改善经贸投资的软环境,创造更加有利的国际营销氛围。《自贸区意见》中的上述要求同样也是我国在“一带一路”建设中的应有之义,理应加以高度重视。^①

^①最高人民法院:《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》,载最高人民法院网,<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-34502.html>,2017年6月15日最后访问。该意见第11条规定:“建立合理的外国法查明机制。人民法院审理的涉自贸试验区的涉外民商事案件,当事人约定适用外国法律,在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律;人民法院了解查明途径的,可以告知当事人。当事人不能提供、按照我国参加的国际条约规定的途径亦不能查明的外国法律,可在一审开庭审理之前由当事人共同指定专家提供。根据冲突法规范应当适用外国法的,人民法院应当依职权查明外国法。”

“一带一路”战略持续推进,自贸区建设不断拓展,外国法的冲突、整合及运用几乎贯穿我国开放型经济新体制构建的各个环节。因此,积极查明和准确适用外国法,既是依法平等保护中外当事人合法权益的重要保证,也是维护国家利益、经济安全的现实要求。为了全面地落实这一重要的基础性法律工作,就目前的司法实践来看,仅仅依赖法院依职权查明和当事人主动配合和协助是远远不够的,显然还需要借助社会多方力量,进一步拓宽查明渠道,并采用高科技手段和信息化技术,构建外国法查明的数据库与相应平台,建立信息共享机制,以实现大数据资源的充分利用。^①

与之相适应,2015年1月,最高人民法院与中国政法大学建立外国法查明研究中心,首开共建此类中心之先河。在这之前,即2014年5月西南政法大学中国—东盟法律研究中心成立,也担负起查明东盟法律的重任。值得一提的是,2015年9月,国家级法律查明平台“一中心两基地”正式成立。^②此外,2014年成立的华东政法大学外国法查明研究中心,作为国际法学科与司法、仲裁等实务部门合作的一个高水平智库型机构,目前已和上海市高级人民法院、宁波市中级人民法院、上海国际仲裁中心以及上海市公证协会签订了合作协议,与广州海事法院等达成了初步协议,为上海、长三角地区乃至全国的涉外审判、仲裁实践、实务部门等提供高质量的外国法查明、涉外司法实践等服务。并且该中心已于2016年成为最高人民法院国际司法协助研究基地。

事实上,在“一带一路”战略下,外国法的查明工作是不可或缺的重要组成部分。如一食品公司拟进军欧美市场,但不确定其产品是否符合欧美国家相关法律规定的要求。有了法律查明机构,就可以为具有这类需求的企业排忧解难,向其提供相应的法律服务,使其熟悉和了解该国的投资法律环境,减少企业涉外投资风险,促进其产业布局的合理化。当然,我国人民法院在审理涉外民商事案件时,若依据冲突规范的指引应适用某国法律,同样也牵涉法律查明工作。^③

我们有理由相信,继上述三个查明研究中心组建之后,第四个由最高人民法院支持设立的外国法查明研究中心,即上合组织外国法查明研究中心有望在上海政法学院成立,其主要原因是该校在上合组织国际司法交流方面具有较大的优势,以及在外国法查明研究方面已有所建树并取得可喜的成绩,值得人们期待。

(二)我国现行有关外国法查明的法律规制

尽管在司法层面上,最高人民法院已相继推出并实施了一系列新的举措,但有关外国法的查明途径,在立法层面上仍有不同的规定。

1. 1988年《民通意见》的五种查明途径

最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》(简称“《民通意见》”)第193条规定五种外国法查明方式。^④通过这些方式依旧无法查明的,适用中国法律。这是早期

^①张娜:《加强外国法查明研究 提升涉外商事审判水平》,《人民法院报》,2015年1月20日。

^②即中国港澳台和外国法律查明研究中心、最高人民法院港澳台和外国法律查明研究基地,以及最高人民法院港澳台和外国法律查明基地。其中,该中心主要负责法律查明工作的公共服务建设、推动建立“一带一路”沿线国家和地区法律数据库、编创和整理域外法适用的案例库、组建法律查明网络信息平台等事项。其中,中国港澳台和外国法律查明研究中心由最高人民法院、中国法学会和国家司法文明协同创新中心共同创建,汇聚了中国政法大学外国法查明研究中心、西南政法大学中国—东盟法律研究中心、法律出版社、深圳市蓝海现代法律服务发展中心等多家机构和研究部门的法律专家资源。参见《国家级法律查明“一中心两基地”落户深圳前海》,载人民网,<http://sz.people.com.cn/n/2015/0921/c202846-26460574.html>,2017年6月15日最后访问。

^③新华社:《中国港澳台和外国法律查明研究中心落户深圳前海》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/legal/2015-09/20/c_1116618957.htm,2017年6月15日最后访问日。

^④包括:(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。

的法律规定,通过查明的方式准确适用外国法,对于当时涉外案件的审理具有现实意义。但对于《民通意见》规定的五种查明方式,最高人民法院的口头澄清并不存在满足穷尽的要求。

2. 2007年《涉外民商事合同规定》的两种查明主体

作为《民通意见》的必要补充,根据最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》(简称“《涉外民商事合同规定》”)^①在外国法查明制度上,确立了当事人和法院两类查明主体,彼此之间尚无明显的先后顺序之分。当然,无论是法院还是当事人,在这两种主体均查明未果的情况下,法院可以适用法院地法作为后备选择,这也是对《民通意见》的相应填补和进一步提炼。^②

3. 2011年《适用法》设置三类查明主体

根据2011年4月1日起正式实施的《适用法》规定了三类查明主体,^③在法院和仲裁机构无法查明或该外国在这方面的规定缺失的场合,该法明确规定适用法院地法,即中国法,在一定程度上弥补了该外国法根本没有规定如何解决的不足并首次明确了外国法查明的责任分配问题。这势必有助于改变法院将查明外国法的责任相互推诿,防止理应由法院查明的外国法的责任任意转嫁到当事人身上,从而使外国法查明的工作难以落到实处,造成外国法的适用形同虚设。

4. 2012年出台与《适用法》相配套的司法解释(一)列举三种查明方式

依据最高人民法院《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》罗列出列举三种查明方式。^④从中不难看出,本司法解释仅对司法实践中常用的查明外国法的三种方式作了列举,并明确规定在经上述方式“仍不能获得外国法律的”,可以认定为“不能查明”。至于三种查明方式是否无需穷尽即可认定外国法无法查明,最高人民法院并未做出明确的说明。

总之,上述《民通意见》、《涉外民商事合同规定》、《适用法》和与之相配套的司法解释(一)中有关外国法查明的法律规范共同构成了在某种程度上能够调整和规范外国法律查明关系的法律体系之基本框架,彼此之间存在一定的内在互补性和交叉性。

三、“一带一路”战略实施中我国外国法查明机制面临的主要困境

外国法的查明是正确适用外国法的前提和基础,适用不当往往会影响涉外案件的审理和判决,直接对当事人合法权益的维护产生不利影响。实际上,外国法的查明除了影响当事人的实体权利之外,还影响其程序权利。倘若法院不能准确查明外国法,其结果必然是法院无法准确适用外国法,由此做出的判决势必影响到当事人的实体权利;有关程序问题,如何对外国法进行识别或定性,视为法律还是事实,外国法的查明是当事人还是法官的义务,责任分配不当或不明确将对当事人的举证责任直接产生重要影响。^⑤

^①《涉外民商事合同规定》第9条规定:当事人选择或变更选择合同争议应适用的法律为外国法时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时,可以依职权查明该外国法律,亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律。当事人和法院通过适当的途径仍未能查明的,法院可以适用我国法律。

^②参见于志宏、张超:《建设“一带一路”过程中的外国法查明机制》,《第二届中华司法研究高峰论坛论文集汇编》(上册),2016年9月,第217-218页。

^③《适用法》第10条规定,涉外民事关系适用的外国法律,由法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应由该当事人提供外国法律。不能查明外国法律或者该外国法律没有规定的,则适用我国法律。

^④该解释(一)第17条第1款规定,法院通过由当事人提供、已对中国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。同时,根据《适用法》第10条第1款的规定,对于应当提供外国法律的当事人在人民法院指定的合理期限内无故未提供该外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。

^⑤刘来平:《外国法的查明》,法律出版社2007年版,第2页。

就目前而言,我国的涉外法律体系仍亟待完善,包括外国法查明的现行立法不完善和相应的机制已无法满足现实的需要,现行法律运行不畅,有时窒碍难行,尤其是在与“一带一路”沿线国家共同打造国际法律共同体的背景下,外国法律查明机制的层次不够清晰,查明途径缺乏实用性,且操作性不强,存在“外国法无法查明”而被任意滥用的情形时有发生。归结起来,我国有关外国法查明主要面临立法和司法实践中需要把握和亟须化解的两大问题:

(一)立法层面遇到的问题有待破解

1. 查明的合理期限限制不明确,操作性不强

确定一个合理的查明期限对于外国法查明不能的认定十分必要。建立具有中国特色的外国法查明机制,力求在合情合理的期限内,尽其所能并穷尽一切可能的方式,以达到迅速查明并予准确适用外国法的目的。

虽然我国《司法解释(一)》第17条规定,当事人在合理期限内无故未能提供外国法律的,可以认定为无法查明。但何谓“合理期限”?其考量的实际因素是什么?是3个月还是6个月期限为准呢?该司法解释并没有明确做出回答和给出具体的实施标准,难免产生过于简单之嫌。这就意味着将期限的判断标准等问题完全交给了法院,由法官享有很大的自由裁量权。一般情况下,法官更倾向于适用本国法律,为了节省司法成本,往往会在利用合理期限上做文章,当事人稍有不慎或懈怠就会轻易地被认定为无法查明。即使当事人认为自己是在合理的期限内完成的外国法查明任务,也可能会因被认定为已经超过查明所规定的期限而被否定。

2. 外国法查明途径和方法是否需要穷尽的规定并不明确

如前所述,《民通意见》罗列了五种查明途径无需穷尽,也仅依赖于最高院民四庭负责人答记者问的层次上,随意性强,缺乏更具体的实施细则支撑。而司法解释(一)第17条规定的三种查明方式是否需要穷尽呢?既没有司法部门的说明,也欠缺规范性文件佐证,使其具有一定的约束力。不同法律对查明方法的不同规定,存在交叉和重叠现象。势必导致司法实践依据不同的规定,尤其是在查明途径是否需要穷尽的问题上具体做法不尽相同,往往会产生不同的结果。有时会使得当事人、仲裁机构或法院处于无法适从的地步。因此,外国法查明途径和方法是否需要穷尽仅停留在口头表述上是远远不够的。

3. 有关外国法查明的规定过于分散,呈碎片化趋势

我国有关外国法查明的规定,分散在《法律适用法》及其司法解释以及《民通意见》和《涉外民商事合同规定》之中,法律、法规和司法解释之间存在交叉、重叠甚至相互抵触的现象,尤其是《法律适用法》与其他法律中有关的外国法律查明规范的关系没有理清和说明,在各自法律涉及外国法查明的部分均为有效的情况下,后颁布和生效的法律效力等级高,但是否优先适用,与其配套的司法解释也无明确说法。

4. 外国法查明的条款逐步在我国与别国签订的双边司法协助协定中消失

早在1987年,我国与法国签署的民商事司法协助的协定中就包含外国法查明的内容。^①该条文与我国1988年《民通意见》的五种查明方式存在一定的关联性,因为后者查明途径涵盖了由我国驻该国使领馆或由该国驻我国使领馆提供的途径,也便于两国开展包括外国法查明为内容的司法协助事宜。但是,进入21世纪以来,我国对外签订的司法协助协定中大多体现在法律提供和交流上,有关外国法查明的规定在协定中已基本上不复存在。这对于我国与其他国家

^①中法《关于民事、商事司法协助的协定》第28条明确规定:“有关缔约一方的法律、法规、习惯法和司法实践的证明,可以由本国的外交或领事代表机关或者其他有资格的机关或个人以出具证明书的方式提交给缔约另一方法院”。

开展包括通过各自使领馆在内的查明方法获取外国法的内容而言缺少了国际法渊源和依据,有碍于外国法查明工作的顺利解决。

(二)司法实践中亟待解决的主要问题

1. 法院对及时查明与准确适用外国法的主观能动性有待提升

据初步统计,截至2016年10月15日,自2011年《适用法》付诸实施以来,实际援用该法第10条涉及查明外国法律的案件仅有两位数,计42宗。其中,外国法查明不能转而适用中国法律的比例占其总数的90%,高达38个之多。而在无法查明的案件中,由于当事人选择法律而无法适用的占其总数的58%,有22件。法院依职权无法查明的占其总数的42%,有16件^①。从司法实践来看,涉外民商事案件有关外国法查明和适用的情况在我国并不理想。

2. 立法上对合理期限内涵与外延尚未做出具体而明确的规定,随意性强

司法实践给法官随意认定当事人在合理期限内无正当理由无法提供外国法律的,即可认定为无法查明开了方便之门。例如,在许翎诉阿里巴巴(中国)网络技术有限公司等纠纷案中,法官以被告无法在限定的时间内提供案件所涉的外国法律,认定外国法查明不能,而适用中国法律。司法判决中仅以“规定的期限”指明当事人查明外国法的时间,而未作出详细的说明和解释,随意性太强,法官的自由裁量度过大,这是不争的事实。问题在于,查明外国法律是否需要设置可以适当量化的最低期限的标准?查明大陆法系国家与查明英美法系国家的法律在时间上是否应一视同仁,还是理应有区别?一旦在法院规定的期限内未能查明的情况下,当事人是否有权基于正当理由申请适当延长呢?法院从时间因素考虑而认定外国法无法查明时,是否需要在判决书中载明提供给当事人查明的时间期限,使其一目了然或心服口服呢?实际上,法律规定必须在合理期限内查明外国法律,否则被认定为无法查明。显然,相关立法过于简单化,难以令人信服。

3. 外国法查明的责任分配不清晰,司法实践缺乏统一的尺度

有关外国法查明的责任立法存在缺陷与不足,无论是法官还是当事人,对于其查明责任孰轻孰重无法判断造成司法实践更是无所适从,不知所措。依据《适用法》第10条规定,涉外民事关系适用的外国法律,由法院、仲裁机构或者行政机关查明。根据最密切联系原则确定应适用的某外国法,也就是说,涉外民事关系适用外国法,查明责任主要应归于法院等机关。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。这里理应涵盖根据意思自治原则当事人双方合意选择适用某外国法时,由当事人负责查明之情形。具体对于查明的主体是否有主次之分或者法院是否应主动依职权进行查明还是应由当事人来查明,我国相关法律法规以及司法解释尚未作出更为具体而明确的规定,导致在司法实践中,法院和当事人都不知晓各自对查明域外法是否负有责任以及在何种程度上应承担责任,与此同时立法的先天不足使得多数当事人往往以此为由而拒不承担域外法的证明责任,将查明的责任完全推卸给法院来承担,从而加大了法院查明责任的压力,在一定程度上影响了审判工作的效率。^②基于此,外国法查明的责任分配不明确,势必造成踢皮球或懈怠的现象。^③

^①参见陈力、王乃雯:《当事人查明外国法不能的困境与救济》,《中国国际私法学会2016年年会》论文集(上册)2016年11月,第78-79页。

^②郑新俭、张磊:《中国内地域外法查明制度之研究》,黄进主编:《我国国际法律问题探讨》,中国政法大学出版社2012年版,第191页。

^③于志宏、张超:《建设“一带一路”过程中的外国法查明机制》,《第二届中华司法研究高峰论坛论文集汇编》(上册),2016年9月,第221页。

4. 最高人民法院指定的三个查明中心已无法满足建设“一带一路”的发展需要

随着“一带一路”建设逐步向前推进,我国企业积极参与其中,深化与“一带一路”沿线国家的经贸合作和贸易投资往来,并取得了积极成效。伴随着跨国交易日益增多,经贸投资的日趋频繁,纠纷也在不断增加。加之,沿线有65个国家,法制传统各异,差异大,所使用的语言也不尽相同,势必给外国法律的查明工作带来诸多不便。而中国实现“走出去”战略,除了法官在承办涉外案件因冲突规范的援引而需要查明和适用某外国法之外,中国企业对外投资经营也要了解和熟悉沿线国家的法制环境,有了一定资质的法律查明机构势必可以降低企业对外投资运作和产业布局的法律风险。现实中,查明外国法律的需求日益增多与查明中心数量不足的矛盾逐渐显现出来。因此,外国法查明中心的合理布局并相应增加查明机构势在必行。

四、“一带一路”战略下完善我国外国法查明机制的具体建议与设想

随着“一带一路”战略的稳步推进,我国与沿线国家之间的民商事往来日益频繁,涉外民商事案件的数量日趋呈现出增长的态势,各国相互承认和执行判决的现实需求将愈发突显,人民法院在审理涉外民商事案件时查明和适用外国法的场合会越来越多。因此,在建设“一带一路”过程中,有必要对外国法的查明制度作深入而系统的探讨,从而为健全和完善我国外国法查明制度和正确适用建言献策,提出有针对性的建议与设想。

从涉外商事海事审判实践来看,查明和适用外国法始终是涉外审判工作的难点,这不仅关系到争议解决所适用的程序及效率,而且关系到争议解决的最终结果。从我国《适用法》第10条第1款规定可以得知,除当事人选择适用外国法以外,我国人民法院负有查明外国法内容的主要责任。至于外国法查明的途径,根据最高人民法院发布的《〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题解释(一)》(简称“《司法解释(一)》”)第17条和第18条规定,包括当事人提供、中外法律专家提供以及通过对我国生效的国际条约规定的途径查明。如果外国法无法查明或者没有相关的规定,依据《适用法》第10条第2款规定,就直接适用中国法。据不完全统计,2013年至2015年我国法院涉及域外法查明与适用的案件共166件,其中未能查明外国法从而适用我国法律的案件高达21件。查明途径有限、专家证人意见冲突、法官对外国法律体系缺乏深入了解等因素,都是导致查明和适用外国法困难的原因。

2015年最高人民法院通过的《若干意见》对于准确查明和适用外国法律,增强裁判的国际公信力方面提出了更高的要求,以便更好地发挥法院的司法保障作用。为此,笔者就该外国法的查明制度提出如下完善建议:

第一,将我国现行立法中涉及外国法的条款进行适当的整合,便于有效实施。我国现阶段有关外国法律的查明法律、法规过于分散化和碎片化,尽管先后出台的法律和司法解释在一定程度上弥补了原有立法上的不足,但彼此之间也存在相互冲突和不够协调之处,如何理清这些法律之间的关系是至关重要的。依笔者之见,所有有关查明外国法的途径和方法等内容应逐步向《适用法》及其司法解释靠拢或与之相吻合。考虑到该法是一部由全国人大常委会审议通过的规范性法律文件,具有颁布时间晚、效力等级高的特点。因此,有必要将《民通意见》规定的五种查明外国法律的途径融入《适用法》之中,一旦条件成熟或时间具备时就对该法以修改的方式来解决,通过适当的整合,把所有的查明方式进行梳理,统一到《适用法》上来。其中,对于中外使领馆、中外法律专家等合法有效的查明途径仍予以保留。道理很简单,在建设“一带一路”的大环境下,沿线有65个国家之多,除了当事人之外,光靠“三机关”(法院、仲裁机构和行政

机关)提供是远远不够的,毕竟无论是当事人,还是“三机关”,其查明的能力是有限的。实际上,查明外国法的途径越多,有效和准确适用外国法的概率就越高,某些案件就越能够得到公平、公正和顺利解决。

第二,进一步细化外国法查明的责任主体。2011年实施的《适用法》第10条首次明确了法官应当承担查明外国法的责任,率先在立法上确立外国法查明的责任分配问题,也是对法官依职权查明外国法的肯定和确认,从而解决了以往相关规定没有明确法院承担查明外国法的责任而带来的司法实践之困扰。这种明确外国法查明责任的分配制度无疑是立法上的一大进步,具有积极的意义。但显得还不够细化,这完全可以通过司法解释的方法来确定外国法查明的具体主体和主次分配。可以考虑的做法是,一般情况下查明外国法的任务主要由法院等机关来承担,可以按顺序分别由人民法院、仲裁机构、行政机关为主,当事人辅助为之。如果当事人协议选择适用了某外国法时,查明的责任就应直接转移到当事人身上,由其提供该国法律。这并不意味着法官完全没有查明外国法的责任,只是表明当事人负有主要责任,法官仍负有次要责任。如果当事人提供不了,人民法院有辅助查明外国法的权利。也就是说,如果法官客观上谙熟外国法的内容,或通过一定途径比较方便查明,法官有权也有必要确定该外国法的内容,并依该外国法作出判决。如《自贸区意见》第11条除了明确如何发挥外国法专家在外国法查明中的作用以外,还强调了在根据冲突法规范应当适用外国法的情形下,法院应当依职权查明外国法。^①对于依法应由当事人负责查明外国法律的场合,如果当事人和法院均查明不了外国法,则由当事人承担举证不能的后果。

第三,无论当事人还是民间专业机构查明的外国法是否准确有赖于法官适用时定夺,而不必承担真实性或合法性的责任。对于由当事人自己或民间专业机构查明的法律,有学者主张应具备真实性及合法性的责任要求,否则,应由其承担相应的法律责任,包括查明外国法不正确使得法官错误地适用了某外国法,做出了有损于当事人的判决。对此观点,笔者不敢苟同。查明法律并不等同于提交证据,不能以证据规则来进行司法审查;况且,当事人或民间专业机构提供的法律能否得以适用,将由法官结合案情及自身的专业知识进行自由裁量。

第四,《司法解释(一)》第17条第1款列举的三种查明方式并非排他性的清单,法院还可通过其他合适方法来查明。比如,依据当事人之间的协议或者承认确认外国法的内容,当然,其本身并不构成决定性的证据,如果有其他更充分的证据,根据最佳证据规则,法院可以其他证据认定外国法内容。不过,若这种协议构成合同不可分割的一部分,除非存在合同无效的情形,法院应据此确定外国法的内容。此外,对于查明方法无需穷尽的问题,应当在相应的司法解释中予以明确,而不仅仅是停留在口头表述上。如果采取某种方法或途径仍不能查明,也应允许通过其他方式予以查明。

第五,明确外国法的查明期限。设定合理的查明期限对于外国法查明不能的认定十分重要。在合理的时间内,用尽一切可能的方法仍然不能查明外国法的,则可认定为外国法无法查明。有了合理期限的限制,可以避免因外国法查明耗时过久而出现影响当事人的合法权益、浪费司法资源的现象。^②基于此,我国司法解释(一)设置了“当事人在合理期限内无正当理由未

^①参见张勇健、刘敬东、奚向阳等:《〈关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见〉的理解与适用》, http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2017-01/18/content_120979.htm?div=-1,载人民法院报网络版2017年1月18日第5版,2017年6月15日最后访问。

^②陈力、王乃雯:《当事人查明外国法不能的困境与救济》,《中国国际私法学会2016年年会》论文集(上册)2016年11月,第81页。

提供外国法律的,可以认定为无法查明”之条款。由于“合理期限”的表述是一个不确定的模糊概念,对时间上的限定不是很清楚、明了,每个人对此的理解不尽相同,容易产生歧义和偏差。依笔者之见,我国有必要将“合理期限”的时间予以细化,建议参照我国法院查明外国法的平均速度,加上可能的少许时间偏差,确定一个具体明确的时间段。例如给予当事人30天时间之内查明妥当,如确有正当理由,经申请法院批准,允许其延长至45天时间,以便于实际操作。

第六,对于无法查明外国法律不宜一概适用法院地法,而应做出灵活的处理。在司法实践中,我国一旦遇到无法查明外国法时,法院往往以中国法直接取代外国法而适用。^①这种一概适用中国法的做法,其判决结果势必会给涉案的当事人带来不公平,甚至利益受损。因此,增加其他选项和其他救济措施,包括如果无法查明某外国法律,则适用与该国外国相同或相似的法律,或国际条约和协定相近的条文等,作为优先考虑,并把适用中国法作为最后的选择,以增强外国法适用的灵活性。

第七,我国在与其他国家签订的双边司法协助中增加专门针对外国法查明的相关规范。为了使多元化查明外国法的途径落到实处,我国未来有必要在签订的双边民商事司法协助协定中增列“缔约一方的法律、法规和司法实践的证明,可以由本国的使领馆或其他有资格的机关和个人通过出具证明书的方式提交给另一方法院”。使外国法查明工作双管齐下,国内和国际层面相得益彰,在各自的领域发挥作用,顺畅运行。

第八,积极拓展外国法的查明途径,加强与国内外法学科研机构联系,建立更多的外国法查明中心。近年来,最高人民法院陆续设立了三个外国法查明机构,有力地增加并丰富了我国法院查明域外法律的途径。

2015年,华东政法大学外国法查明研究中心为上海市静安区人民法院提供美国法律查明服务。同年,该中心接受浙江省宁波市中级人民法院委托,先后为其查明并翻译了有关英国法、美国加利福尼亚州法以及香港法等内容,提供了高质量的《法律意见书》,上述意见在相关案件审理中均被采纳,是智库成果转化的成功案例。2016年和2017年,该中心又接受了宁波市中级人民法院的多项委托。^②这一系列成果凸显了民间机构在查明外国法律中的地位和作用,且效果较好。^③但是,这一工作的开展仍然有限,尚未辐射到西北地区。随着“一带一路”战略的推进,我国西北地区与穆斯林国家的经贸往来日渐频繁,建立西北片的外国法查明中心的需求也极为迫切;此外,我国澳门与葡语国家的交往由来已久,目前澳门也正在打造我国与葡语国家的商贸合作服务平台,在查明葡语国家法律的途径上显然拥有得天独厚的优势。因此,笔者建议在澳门地区设立葡语国家的法律查明中心,也有利于将澳门特区逐步建成多元纠纷解决的中心。^④值得推荐的是,作为瑞士唯一一所官方法律研究机构,瑞士比较法研究所在法律查明服务的提供模式上具有重要借鉴意义与参考价值。该所根据请求法律查明对象的公私性质,

^①蒋志诚:《外国法查明制度的立法完善》,《法制与社会》(上)2016年第2期。

^②李晶:“华政外国法查明中心多份外国法查明意见被宁波法院采纳”,华政国际私法评论公众号,2017年3月25日。2015年,宁波市中级人民法院先后发出浙甬委查字第2、3、4号查明域外法委托函,委托华东政法大学外国法查明中心查明该院及下辖的奉化法院、北仑法院涉外商事审判中须依职权适用的域外法。

^③刘卫国:《民间专业机构在查明外国法中的地位》,《2016年海峡两岸国际私法学术研讨会论文集》,2016年12月3日至4日,第24页。

^④目前,有葡萄牙、巴西、安哥拉、莫桑比克、几内亚比绍、佛得角、圣多美和普林西比和东帝汶8个国家的官方语言为葡萄牙语,这8个国家地处欧洲、亚洲、非洲和拉美,总人口约2.5亿。

分别采取有偿服务和无偿服务,比如免费为瑞士政府查明法律,但为企业提供的该项服务须适当收费。这种机构设置和做法也是值得借鉴的。

此外,作为各国司法实践中查明外国法的常用传统方法,专家书面意见也是不可或缺的,通过熟知某一外国法专家证人提供意见的方式做出证明,并以书面形式出具意见报告,该专家意见中所涉的外国法信息越是详尽,其可信度越能加以保障,尤其是论证越是严谨充分、说理越是透彻、法律依据越是清楚的报告越是有可能被法官所采信。^①

需要专门指出的是,一旦就外国法问题,不同当事人分别委托的专家证人出具了相互冲突甚至相反的意见,法官需要从中权衡利弊,择一做出认定和采信。当然,法官也可另行指定中立专家做出独立意见。这一行之有效的查明外国法的方法在我国的审判实践中也是值得提倡和适当采用的。

五、结 语

在经济全球化、区域经济一体化的国际浪潮和中国改革开放逐步向纵深发展之际,我国倡导的共建“一带一路”,让古丝绸之路焕发新的生机和活力,以新的形式使亚欧非大陆联系得更加紧密,互利合作共赢迈向新的高度。随着这一战略的深入推进,沿线各国经济交往日益紧密,我国法院和仲裁机构审理涉外案件过程中适用外国法律的情况也逐渐增多。但是,由于立法层面和司法实践中的限制与不足,准确查明外国法律内容和正确适用外国法律仍然是我国司法审判和仲裁裁决中的难点。作为“一带一路”的倡议国,我国应以更加积极、主动的姿态来及时完善外国法查明机制,营造一个有利于国际民商事交往的法治环境。

完善我国的外国法查明机制,笔者以为应从多个方面着手:

(1)针对目前外国法查明规定过于分散、不相统一的情况,建议我国对有关外国法查明制度的立法进行适当的整合和协调,相关规定应逐步向《适用法》及其司法解释靠拢或与之相吻合;同时,建议在双边司法协助协定中增列专门针对外国法查明的规范,使外国法查明工作的开展在国内和国际两个层面相得益彰,也便于法院就无法查明外国法时做出灵活的处理。

(2)进一步细化外国法查明的责任主体,明确各主体查明的先后、主次责任并规定相应的法律后果;对于当事人和民间专业机构查明的外国法是否准确有赖于法官适用时的自由裁量,而不必对其真实性或合法性承担责任。

(3)积极拓展外国法的查明途径,适时增加更多的查明中心,在立法上肯定查明途径无需穷尽,并具体明确查明期限,以提高诉讼效率。

总而言之,外国法查明制度的有效实施,既要协调好国内法律、法规之间的关系,也有赖于配套制度和相应的实施规则的及时跟进。在国际层面上开展双边民商事司法协助也离不开外国法查明的规范运作和司法协助协定的支撑,双轨运行,各司其职。高质量的外国法查明是高质量的司法判决的前提和保证,作为国际私法基本制度的外国法查明机制,只有不断完善、与时俱进,才能在涉外案件的司法审判中发挥其应有的功能和作用;尤其在“一带一路”战略逐步推进的背景之下,高质量的外国法查明工作将有力地提升我国在“一带一路”建设过程中的司法审判效率,大大加强我国在国际社会中的司法公信力。

^①Hartley T C. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.45, No.2, 1996: 271-274.

A Legal Thinking on Perfecting China's Mechanism of Proof of Foreign Law under the Belt and Road Initiative

Song Xixiang, Zhu Bairan

(School of Law, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China)

Abstract: As a special system in private international law, proof of foreign law is the basis for the accurate trial of foreign civil and commercial cases in the process of the construction of the Belt and Road Initiative, and also a prerequisite for the proper application of foreign law. The setting and judicial practice of this system play the important role in the legal and reasonable settlement of foreign civil and commercial disputes, the overall promotion of the credibility of judicial trial, and the formation of sound environment for international civil and commercial exchanges in China. At present, there is a tendency towards decentralization and fragmentation for the mechanism of proof of foreign law in China, such as a lack of clarity, concreteness and operability, which has obviously failed to meet practical needs. Therefore, under the Belt and Road Initiative, China should properly integrate and coordinate the legislation on the mechanism of proof of foreign law, further refine the subject of liabilities, suggest that the accuracy of proof of foreign law provided by the parties and the civil professional institution depends on the discretion of the judge, so the parties and the institution has no liability for authenticity or legitimacy on proof, expand the way to identify foreign law actively, increase terms specifically for proof of foreign law in bilateral judicial assistance agreements, set up more centers for proof of foreign law timely, define that there is no necessary to limit the way of proof in legislation. Overall, China should take related measures in more aspects to enhance the international influence and credibility of the nations' judiciary.

Key words: the Belt and Road Initiative; proof of foreign law; foreign civil and commercial case; mechanism of proof of foreign law

(责任编辑: 海 林)