

# 论外国法查明责任的分配

## ——兼涉外海事审判视角

向 明 华

[摘 要] 基于不同的法理念,各国关于外国法查明责任的分配存在较大差异。我国有关外国法查明责任的分配不明确,致使我国涉外海事审判中的外国法律适用工作比较消极被动。基于公正效率原则、当事人处分原则、举证便利原则、司法资源合理配置原则等要求,我国应由当事人承担基础查明责任,但法官应例外地承担若干勤勉的查明责任。

[关键词] 外国法律;责任分配;涉外海事审判

[中图分类号] DF913 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)03-0315-05

### 一、引 论

我国目前涉外海事、商事审判中的外国法律查明与适用工作,基本上处于比较消极、被动的状态,与我国改革开放、积极参入经济“全球化”进程的政治经济大背景不协调。如有学者对 20 世纪 80 年代至 90 年代我国法院审理的 62 件涉外民商事案件的法律适用情况进行实证调研,发现适用了外国法或国际惯例的约占 39%,其中适用外国法律和香港法律的各 2 件,单独适用国际惯例的 4 件,同时适用中国法律和国际惯例的 16 件,仅适用中国法律的高达 38 件(其中 1 件适用国际私法理论作出裁决)。在其中的 25 件海事案件中,适用外国法律或国际惯例的有 14 件,占案件总数的 56%,其中适用外国法律的有 2 件,单独适用国际惯例的 3 件,同时适用中国法律和国际惯例的 9 件;仅适用中国法律的 11 件。最高人民法院也曾抽样调查了 2001-2002 年公布在《最高人民法院公报》、中国涉外商事海事审判网站上的 50 件涉外商事裁决文书,发现适用外国法的仅 2 件;仅占案件总数的 4%;适用国际公约的 1 件,占案件总数的 2%;适用国际惯例的 2 件,占案件总数的 4%;适用中国法律的高达 45 件,其中未说明理由就直接适用中国法的有 26 件。在上海市第一中级人民法院 2002 年至 2005 年审结的 496 件涉外、涉港澳台商事案件中,适用外国法律或香港特别行政区法律的仅 4 件,占全部案件中的比例不到 1%。其中适用我国香港特区法律的 2 件,适用美国法律的 1 件,适用新加坡法律的 1 件。黄进教授等也在 2004 年专门调查了在《最高人民法院公报》、中国涉外商事海事审判网等媒体上公布的 50 件海事案件,发现其中适用外国法律或国际立法的有 6 件,占案件总数的 12%,其中适用外国或域外法律的仅 3 件;同时,适用了中国法律和外国法律或国际公约的 3 件;适用中国法律的多达 44 件,其中未说明理由就直接适用中国法律的 9 件<sup>[1]</sup>(第 313-327 页)。

以上调查数据显示:(1)比较而言,海事审判中的外国法查明、适用的几率相当高,如在上述第一份关于 62 件涉外民商事案件的调查报告中,海商案件高达 25 件,占受查 8 大类涉外案件总数的 40.3%。(2)涉外海事审判中的外国法律查明与适用情况,虽然比普通涉外民商事审判的要好,但总体而言仍比较薄弱。;(3)涉外海事审判中,外国法的适用机率呈下降态势。

导致我国涉外海事、商事审判中外国法适用工作如此被动的原因是多方面的,诸如,各国法律趋同化和国际统一实体法的兴起使适用外国法的几率变小,冲突规范的软化处理和连结点的多元化使本国法成为适用概率最高的法律,最密切联系原则的普遍采用使法院地法成为“最密切联系地法”的机会极大,利益分析方法使内国法院倾向于适用本国法律,法官寻求司法任务简单化的心理致使外国法适用的概率愈来愈小等。但笔者还以为,所谓“巧媳妇难为无米之炊”,如果

外国准据法无法查明,其必然导致其无法适用。我国外国准据法查明责任的分配机制不完善,无疑是导致外国法适用被动局面的重要原因。

## 二、外国法查明责任的理论与实践

### (一)国际社会的理论与实践

各国根据何种标准分配外国法查明的责任,往往与其对外国法律的定性直接关联,即必须将其预设作为一种法律或一种待证事实,基此才能进一步讨论外国法律查明责任的分配。国际社会关于外国法律的性质存在“事实说”、“法律说”、“折中说”等意见分歧<sup>[2]</sup>(第 136 页)。这些争议主要建立在法谚“法官知法”这一前设条件之上:如果外国法被定性为法律,则法官理应知晓,否则其应当自行查明;如果外国法被定性为一种事实,则应由提出相应主张的当事人承担证明责任。与此相对应,关于外国法的证明责任也存在当事人责任、法官职责,以及介于这两者之间的当事人查明与法官例外查明相结合、当事人辅助法官查明等做法:

1. 当事人承担证明责任。英国、澳大利亚等普通法系国家及墨西哥等部分拉丁美洲国家,要求当事人像证明事实一样地证明其所主张的外国法律。如在英国,外国法被视为“事实”,法官既无职权也无职责查明外国法。故非经一方当事人主张和证明,法院不会主动适用外国法。即使冲突规范指向外国法的,法官也不应自行探究、确定外国法的内容。如果诉讼当事人不能证明外国法,法院就将把一个含有涉外因素的案件视为一个纯国内法的案件来审理。如墨西哥《联邦民事诉讼法》第 207 条亦规定:“只有事实需要证明,但基于外国制定法的法律属于需证明的事实。”但随着各国法律制度之间的相互交流与影响,有关国家的做法也在变化。如目前美国等的传统做法已经发生了较大转变<sup>[3]</sup>(第 79 页)。如根据美国 1966 年《联邦民事诉讼规则》第 44 条第 1 款的规定,一方当事人意图提出涉及外国法的争点时,应当在其诉答文书中给予通知或其它合理的书面通知。通知应当以恰当的援引方式说明相关的外国法确实存在,并就该外国法提供充分的背景资料,足以使对方当事人能就该外国法进行辩论,法院能决定该外国法可否适用。然而,法院在确定外国法内容时,可以考虑任何相关资料或渊源,包括证言,不论此证言是否由当事人提出,亦不论此证言依美国《联邦证据规则》可否采信。法院对外国法内容的确定应被视为对法律问题所作的裁决,可以提起上述。1988 年法国最高上诉法院的两个判决亦提出,即使当事人没有约定适用某外国法,但根据法国冲突规范的指引应当适用的,法官应依职权查证有关外国法对案件判决结果的影响<sup>[4]</sup>(第 455 页)。

2. 当事人承担查明责任,法官承担例外查明责任。部分国家在要求当事人承担查明责任之外,例外地要求法院承担一定的查明责任。如美洲国家组织 1928 年《布斯达曼特法典》第 408 条规定:“各缔约国的法官和法院应在适当案件中依职权适用其他国家的法律,但这不妨碍本章所规定的证明方法。”公约缔约国的法官因此应自行或帮助当事人搜集、补充有关外国法的必要资料。阿根廷 1869 年《民法典》第 13 条因此规定:“除非由有利害关系的当事人证明外国法的存在,否则不得适用外国法。但因外交公约或特别法而产生的强制适用的外国法不在本法规定之内。”《洪都拉斯民法典》第 2371 条、《尼加拉瓜民法典》第 7 条和《巴拉圭民法典》第 13 条等均作类似规定。

3. 法官依职权查明。一些大陆法系国家,如奥地利、意大利、荷兰和若干东欧国家,以及拉丁美洲的乌拉圭等国,认为冲突规范所指引的外国法也是法律,法官应当查明应予适用但其不知道的外国法内容<sup>[1]</sup>(第 72 页)。如意大利 1995 年《国际私法》第 14 条第 1 项规定:“外国法应当由法院依职权查明。为此目的,除国际条约所规定的方式外,法院还可以利用通过司法部门所获得的情况,也可以求助于专家或专门机构。”葡萄牙 1939 年《民事诉讼法典》第 521、527、722 条等规定,依职权适用外国法是法院的职责。外国法应予适用却未适用,以及错误地适用外国法,均都构成可撤销的错误。奥地利 1978 年《联邦国际私法法规》第 4 条第 1 款亦规定:“外国法应由法官依职权查明。允许的辅助方法有:有关人员的参加,联邦司法部提供的资料以及专家的意见”。

4. 法官依职权查明,当事人亦负有协助义务。在德国、瑞士、土耳其、秘鲁及北欧等国家,强调外国法律的特殊性质,故其查明程序既不同于适用本国法律,又不同于查明事实,原则上得由法官负责调查,但当事人也应予协助。如《德国民事诉讼法典》第 25 条规定,当事人对于法官不知之法律,虽有举证之责,但法院对于不知之法律,依其职权,亦得调查。该法第 293 条进一步规定:在其它国家有效的法律、习惯法和市政法令仅在不为法院所知时方需证明。在确定这些法律规范时,法院不受当事人所提供的证据的限制,它有权自行对其它信息来源进行调查,并在必要时为此目的发布命令。瑞士 1989 年《联邦国际私法》第 16 条规定:外国法的内容,应依职权查明。为此可要求当事人予以合作。《芬兰民事诉讼法》第 17 章第 3 条亦规定,被适用的法律规定无须证明。但是,如果被适用的外国法规定不为法院所知时,法院可以要求一方当事人就相关外国法内容提供证明。《挪威民事诉讼法》第 191 条、《瑞典民事诉讼法》第 35 章第 2 节第 2 条等均作类似规定。

## (二)中国的理论与实践

在我国,法律未对外国法律的查明责任作出明确界定,理论与实务界对此存在分歧。与国际社会的做法对应,我国主要也存在四类分歧观点或做法:

1.折中说。我国学者多持“折中说”,将外国法视为一种不等同于内国法的法律,认为法院既可以依职权查明,也可以责成当事人提供其所主张的外国法律<sup>[5]</sup>(第353页);如有学者建议将我国“外国法的查明与适用”条款设置为:“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外国法律,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”<sup>[6]</sup>(第70页)。全国人大法工委审议稿《中华人民共和国民法典(草案)》第九编“涉外民事关系的法律适用”第12条亦建议:法院“……可以责成当事人提供该外国法律,也可以依职权查明该外国法律”。

2.性质差异分工说。部分学者主张,应根据需查明外国法的性质分配查明责任。如有人主张,对于与我国存在司法协助协定国家的法律以及港澳台地区的法律,应当由法院依职权调查;对于与我国存在使领馆外交关系或共同加入某司法协助公约国家的法律,法院可依职权查明,也可责成当事人举证;其他国家的法律,应当由当事人举证证明<sup>[5]</sup>(第355-356页)。另有人建议根据法律关系的性质分配查明责任,属人性质的婚姻、继承、亲子等亲属法,宜由当事人查明;而属地性质的物权法及国际实体法条约等,宜由法院查明<sup>[7]</sup>(第273页)。最高人民法院在涉外合同纠纷领域,要求当事人证明其自行选择的外国准据法,而由法院或当事人查明法院依据最密切联系原则确定的外国准据法。

3.法院职能说。部分学者认为,适用法律是法院的职能,法院应承担外国法律的查明责任<sup>[8]</sup>(第35页)。如有人提出,依照最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第178条第2款的规定“人民法院在审理涉外民事案件时,应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法”,法院有责任适用根据我国冲突规范所确定的准据法。故一旦某外国法被确定为案件准据法,法官就负有相应的查明职责。通过当事人举证证明只是法院履行其外国法查明职责的途径之一而已。

4.当事人证明责任说。司法界人士多主张外国法律属于一种“特殊的事实”,应由当事人承担举证责任,法官可在当事人查明外国法的过程中发挥积极的引导作用;对于法官能轻易查明的外国法,或者其认为确有必要适用的外国法律等,法院也可依职权查明,以便及时公正地解决纠纷<sup>[9]</sup>(第189-192页)。如最高人民法院1987年《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第11条、《民通意见》第193条等,均将“由当事人提供”列为首选的外国法查明途径。最高人民法院2005年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议会议纪要》第51条亦建议,涉外商事海事纠纷案件应当适用外国法律时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。最高人民法院2007年《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》第9条第1款要求,由合同当事人提供或者证明其所选择外国准据法的相关内容。

审判实务中,法院通常将拟适用的外国法视为一种特殊事实,“除要求各方当事人提供其所选择的法律内容外,还依据职权积极查明相关法律,力求做到准确适用”<sup>[10]</sup>(第106页)。但因立法未进一步明确分配外国法查明的责任及相应的法律后果,易导致当事人和法院均等待对方查明的消极观望态势,最终导致应适用的外国法律无法查明。

## 三、外国法查明责任的理性分配

### (一)分配外国法查明责任的理性考量

我们认为,“法官知法”这一前设条件的合理性无可置疑,这不仅是法官职业化、专业化建设的重要理论支柱,也是值得每一位职业法官终生追求的崇高目标。但问题的关键是,如何解释其中的“法”。事实上,在社会分工日益精细、部门法学纵深发展越来越快的当今,要求法官完全掌握其本国法已是一种非常苛刻的要求,更何况浩如烟海的各种外国法律或国际立法。因此,该“法”无疑是需根据特定情境给予限定的“法”。在涉外商事审判的语境中,“法官知法”中的“法”主要应指法学基本理论、涉外商事审判涉及的本国法律、我国参加的相应国际条约以及比较常用的国际惯例等。

鉴于涉外商事审判的中立性和被动性,法官原则上不宜主动查明与适用外国法律。实际上,要求法官依职权查明外国法,是对法官的能力和知识结构提出了不切实际的要求,将给法院带来难以承受的查明任务。因此,我们原则上宜将外国法律定性为一种待证的特殊事实,由案件当事人承担相应的证明责任,但法官确有必要或自认为应当查明的除外。

首先,由案件当事人承担外国法查明责任,符合民事诉讼当事人处分原则的本质要求。当事人在海事诉讼程序中,不仅可以自由地处分其民事实体和诉讼权利,而且可决定或影响诉讼程序的起承转合。因此,根据何种法律提出何种诉求或抗辩,无疑属于当事人的私权范围,法院不宜过多地干涉。即使根据冲突规范的指引应当适用某外国准据法,但当事人放弃适用该外国法的,法院显然不宜强制其证明。但如果该准据法由当事人约定适用的,未履行证明责任的当事人

将承担举证不能的不利法律后果。

其次,由案件当事人承担外国法查明责任,符合举证便利原则的本质要求。事实上,案件当事人,特别其中一方或双方当事人为外国法人或自然人的,往往具有某些查明相关外国法的便利条件。因为该外国法无论是当事人约定适用的,抑或是法院根据冲突规范指引予以适用的,诸如外国当事人的本国法、住所地或居所地法、行为地法、财产所在地法或其他被确定的法律,往往与当事人存在某种密切联系,较易取得或者事先就已经收集、整理。此外,当事人在查找外国法时,因涉及其切身利益,具有较强的主观能动性,往往会借助其代理律师或利用其他多种渠道查找相应的外国法律。

再次,就司法资源的有效配置而言,也宜由当事人承担查明责任。在我国涉外海事案件数量猛增但海事审判力量增长缓慢的条件下,涉外审判司法资源变得越来越稀缺,要求法院在个案中投入太多的力量去查明外国法,以牺牲大众的公正来换取个案的公正,其本质上是不公正的。相反,要求当事人为自己的利益而承担查明外国准据法的风险与成本,正是理性社会对“理性”人的基本要求。这不仅有助于当事人理性地支付纠纷预防成本,避免纠纷发生;即使争议发生后,也有助于其理性地计算诉讼成本,避免滥诉或不必要的诉讼。

## (二)外国法查明责任的重构

目前,虽然最高人民法院的审判指导意见及有关的司法解释均要求由当事人承担外国法查明责任,但均未排除法院的同步查明职责,致使司法实践中,许多当事人出于某些考虑,对于外国法的查明持消极观望态度;有的当事人为节省查明外国法的所需人力、物力和财力,消极地等待对方当事人和法院查明;有的当事人在查明外国法后发现对己不利而拒绝提供;有的当事人希望适用中国法律,因此直接或间接地抵制外国法律的查明——因为根据我国有关司法解释及司法实践,通过一定的努力仍不能查明外国法时,法院终会适用中国法律。笔者认为,解决这些消极被动问题的根本对策是,通过立法明确分配外国法查明责任及相应的法律后果:对于有责任查明却拒绝查明或抵制法院查明指令而导致相应外国法无法查明的,可以驳回其相应的诉讼请求或拒绝其抗辩理由;在其他情况下,可以适用其他替代性的准据法。

当事人查明外国法的责任,可做如下分配:对于当事人双方约定适用的外国法,无论是事先或事后约定的,原则上双方均应向法院提交相应的外国法作为其诉、辩主张的法律依据。但原告作为诉讼的发动者,根据“谁主张、谁举证”的证据规则,应承担第一性的证明责任,被告则可予反证;对于法院通过适用冲突规范而确定的外国准据法,经法院指令,原、被告均应承担查明责任,或由法院根据举证便利原则指定更方便获得外国法的一方承担主要的查明责任。双方当事人提交的外国法律一致的,法院可以采用,但明显错误或规避法律的除外;存在差异的,经进一步举证、质证后,方可决定是否采用或如何采用。这样既可减轻法院的工作负担,提高审判效率,也可以促使当事人在商定或主张外国准据法时,能事先了解该外国法律,避免盲目性。反之,如果要求法院承担查明责任,万一外国法律无法查明,法院岂非应承担举证不能的法律后果,这显然与海事法院的中立地位和海事审判的被动性质不符。

因我国的诉讼模式并未转型为完全的当事人主义,我们不能过于追求效率而放弃公正,故对于当事人不能或不愿查明但确有必要适用的,法院应当依职权查明。这主要包括:我国承担国际义务而应予适用的某些外国强制立法;当事人拒绝提供但法院认为确有必要适用的其他外国法律;以及因与我国存在多边或双边司法协助条约,可依条约途径迅速查明的缔约国法律。譬如,如果当事人之间的某一结算条款违背了《国际货币基金协定》第 8 条第 2 款第 6 项的规定,即使当事人未援引或提供该公约或涉案缔约国的外汇强制立法,我国法院作为该协定的缔约国,也应主动查明、适用该公约和该缔约国相应的外汇强制立法。而对于其国内已经存在相应研究成果或法律文本的外国法律,或者法官个人研究专长范围内的外国法律,则鼓励其主动查明、查实。因为即使在合同法领域,也仅有部分当事人可以根据合同中的法律适用条款事先了解、收集相应的外国法,而在未约定准据法、侵权或不当得利等更广泛的领域,往往是由法官在纠纷解决过程中适用冲突规范确定相应的准据法。在法官确定了准据法后,要求当事人迅速查明有关的外国法,往往存在不少困难。故如果确有必要或法官有条件迅速查明相应外国法的,得主动查明。

为保障弱势当事人的司法救济权,除允许其申请法院依职权调查外,最好由国家设立相应的法律援助机构帮助经济困难者查明有关的外国法。

## 四、结 论

审判实务中,无论是由法院还是由当事人负责查明外国法的内容,均面临很多困难。然而,在应当适用外国法的案件中,如因无法查明外国法而不予适用或适用不当,无疑均将直接影响当事人的合法权益。故在更有效率的外国法律查明国际合作机制建立以前,我们应当建立一种诉讼利益与诉讼责任的综合平衡机制,合理地分配外国法的查明责任,并妥善地解决外国法无法查明条件下的法律适用困难。

基于公正与效率等原则的基本要求,一方面,应明确当事人在外国法查明过程中的基础责任,否则将承担举证不能

的不利法律后果;另一方面,也应充分发挥法官的引导作用,其不仅可依法指定当事人一方或双方提供相应的外国法,而且应在力所能及的范围内发挥其外国法律查明方面的优势,主动承担合理勤勉的查明职责。但是我国立法目前未为法官设定这种职责,故虽然有少数法官在努力进行这一工作,但其源动力主要来自对崇高职业道德的追求,而更多的法官对此无所作为。后者无疑与降低诉讼成本、提高审判质量与效率等基本要求冲突,与经济“全球化”条件下开放性的外国法适用的客观需求不符。因此,有必要通过立法明确由法官承担勤勉查明责任的外国法范围。这主要包括我国承担了强制适用国际义务的某些强制性外国法律或国际立法,以及法官认为确有必要查明的外国准据法。当然,当事人的基础查明责任不因法官的勤勉查明职责而自动解除。该条件下仅形成一股查明外国法的合力而已。如果经合理勤勉仍无法查明的,可适用最密切联系原则重新确定准据法或适用。

### [参 考 文 献]

- [1] 黄进、杜焕芳:《关于我国法院审理涉外海事案件适用法律情况的分析》,载金正佳:《中国海事审判年刊》(2004),北京:人民交通出版社2005年版。
- [2] 韩德培:《国际私法》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社2000年版。
- [3] 霍政欣:《美国法院查明外国法之考察》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2007年第12期。
- [4] 赵相林:《中国国际私法立法问题研究》,北京:中国政法大学出版社2002年版。
- [5] 邬先江:《论外国法的查明》,载金正佳:《中国海事审判年刊》(2004),北京:人民交通出版社2005年版。
- [6] 黄进、杜焕芳:《“外国法的查明和解释”的条文设计与论证》,载《求是学刊》2005年第3期。
- [7] 吴燕:《我国外国法查明中的缺陷及完善》,载《法制与社会》2008年第2期。
- [8] 郑伟、林燕萍:《处理涉外经济合同纠纷如何适用外国法律》,载《法学》1985年第9期。
- [9] 詹思敏、侯向磊:《域外法查明的若干基本问题》,载金正佳:《中国海事审判年刊》(2004),北京:人民交通出版社2004年版。
- [10] 万鄂湘:《涉外商事海事审判指导》第2辑,北京:人民法院出版社2008年版。

(责任编辑 车英)

## On Distribution of Burden of Finding out Foreign Laws

Xiang Minghua

(Guangzhou University Law School, Guangzhou 510300, Guangdong, China)

**Abstract:** For reasons of different law beliefs, it is quite different in the distribution of burden of finding out foreign applicable laws among countries in the world. Since the burden of proofing the foreign law is not clear in China, the application of foreign law in foreign-related maritime trial is quite passive. Based on principles of justness and efficiency, the parties disposition, the convenient proofing burden and the reasonable distribution of judicial resource, the parties should be burdened with finding out the foreign law, but the judge should also find out some foreign laws diligently on some special occasions.

**Key words:** foreign law; distribution of proofing burden; foreign-related maritime trial