

论我国外国法无法查明困境

——基于110份涉外民商事案例的实证分析

张 炜

浙江理工大学, 法政学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年10月27日; 录用日期: 2023年11月15日; 发布日期: 2024年1月29日

摘 要

在中国司法实践中, 外国法“无法查明”的现象频繁出现, 主要原因在于一方面当事人承担过重的查明责任, 另一方面中国法院在认定“外国法无法查明”的标准不清、界限不明。通过对110份案件样本进行实证分析, 综合我国外国法查明制度的相关研究以及司法实践, 本文提出我国立法应当从诉讼成本、查明效率等综合考量下对《〈法律适用法〉司法解释(一)》第17条中的“合理途径”、“合理期限”等用语规定可参考的量化标准以及对法院认定“无法查明”作合理限制。

关键词

外国法查明, 合理途径, 合理期限, 无法查明

On the Dilemma of Unidentifiable Foreign Law in China

—An Empirical Analysis Based on 110 Foreign-Related Civil and Commercial Cases

Wei Zhang

School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Oct. 27th, 2023; accepted: Nov. 15th, 2023; published: Jan. 29th, 2024

Abstract

In China's judicial practice, the phenomenon of “unidentifiable” foreign law appears frequently, mainly due to the fact that on the one hand, the parties bear too heavy a burden of ascertainment, and on the other hand, the Chinese courts' criteria for determining that “unidentifiable” foreign law is unclear, and the boundaries of such criteria are not clear. Through the empirical analysis of

110 case samples, synthesize China's foreign law identification system of research and judicial practice, this paper proposes that China's legislation should be from the cost of litigation, identification of the efficiency of the comprehensive consideration of *The Comprehensive Consideration of the Law Application's Law Judicial Interpretation (I)* of article 17 of the "reasonable way", "reasonable period" and other terms in article 17 of *The Comprehensive Consideration of the Law Application's Law Judicial Interpretation (I)* to provide for reference to quantitative standards and reasonable restrictions on the court's determination of the "unidentifiable".

Keywords

Foreign Law Identification, Reasonable Way, Reasonable Period, Unidentifiable

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

外国法查明也被称为域外法查明^[1],是指一国法院或者仲裁机构在审理涉外民商事案件,根据本国的冲突法规范应当适用外国法作为准据法时,就如何准确查明和正确适用外国法等问题所构成的一项基本法律制度。在我国理论界中,外国法查明的研究主要围绕于外国法的性质、外国法查明的责任分配、外国法查明的途径、外国法查明的期限确定以及外国法查明失败的处理措施等问题。本文以我国法院自2011年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》生效以来适用该法第十条的110份案例为研究对象,总结我国法院外国法无法查明的现状以及困境,从司法实践出发为法院查明并正确适用外国法提出建议。

2. 案件样本来源及概况

本文以“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第10条”为检索法条,以“判决书”为限制条件,分别于中国裁判文书网、北大法宝进行检索,检索的时间范围为¹2011年4月1日至2023年7月30日。排除北大法宝与中国裁判文书网上重复的、无关的案例,法院适用《法律适用法》第十条作为裁判依据的案例共计110件²,本文以该110件案例作为研究对象,下表为110份涉及外国法查明案件的法律适用结果,见表1。

Table 1. The result of legal application in cases identified by foreign law

表 1. 外国法查明案件的法律适用结果

	法律规定	法律无规定,当事人约定		数量
		有	无(最密切原则)	
外国法查明	6	25	2	33
外国法无法查明	12	46	3	61
不涉及外国法查明	2		13	15
总计	20	71	18	109 ³

¹《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》生效时间为2011年4月1日,裁判文书公开上网自2014年起开始施行,2014年以前的案例因未在网公开而数量较少。

²本文作为研究对象的案例仅包括法院在裁判文书中援引《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条的裁判案例,不包括在司法实践中援引该法第十条而没有于中国裁判文书网或北大法宝上公开的案例以及应当适用第十条而未适用的案例。

³110份案件样本中,案例:(2018)川1903民初434号关于外国法查明的裁判内容为“关于本案适用的安哥拉共和国法律,原、被告未提供,本院也未查到,应适用我国法律”。根据裁判说理以及相关文书内容不能确定外国法查明的责任主体。

根据统计的案件样本数据,⁴法院作为外国法查明的责任主体的案件有 23 件,当事人作为外国法查明的责任主体的案件有 71 件,不涉及外国法查明的案件有 15 件。其中法院依职权查明外国法成功的案件数量为 6 件,当事人查明外国法成功的案件数量为 25 件,查明成功的案件仅占总数的 28.2%。法院认定外国法无法查明的案件数量达 46 件,占 110 份案件样本总数高达 41.82%。从上表可知,在实践中外国法查明的责任主体主要为当事人,并且在法院依职权查明外国法的情况下,也会将当事人提供外国法作为查明方式之一,并允许当事人采用多种合理途径查明外国法,然而实践中仍有大量案件被认定为无法查明转而适用中国法。

3. 问题的提出

“外国法无法查明”是指在当事人或者法官进行外国法的查明行为后,仍然无法获得外国法的具体内容的情形。实践中,对于当事人而言,外国法难以查明主要源于法律苛责的查明责任过重,外国法查明的经济成本和时间成本过高。对于法院而言,中国基层法官结案压力较大,查明与适用外国法时间成本较高,法官对此存在畏难情绪。在司法实践中认定外国法无法查明的理由主要有:当法院依职权查明外国法的情况下,法院用尽合理途径仍无法查明;当事人作为外国法查明主体的情况下,又可以分为:1) 当事人在合理期限内未提供外国法;2) 当事人在合理期限内提供的外国法,无法证明其完整性、真实性,法院不予采纳。然而,法院的裁判说理往往却并没有明确说明“合理途径”以及“合理期限”的具体内涵以及审查当事人提供的外国法不具有完整性、真实性的具体标准。法院的此种做法不仅一方面源于法官自身的畏难情绪,另一方面还因为我国法律对于“无法查明”的认定内涵不清、界限不明。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《〈法律适用法〉司法解释(一)》)第 17 条的规定,法院通过合理途径仍不能获得外国法律的以及当事人在法院指定的合理期限内无正当理由未提供外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。然而,我国相关法律却并没有解释该法条中“合理途径”、“合理期限”、“正当理由”以及“可以认定”等词语的具体内涵,也就不免引发以下疑问:1) “合理途径”的标准要求法院应当达到何种查明程度;2) “合理期限”应当如何确定以及哪些情形属于“正当理由”可以突破“合理期限”;3) 在当事人未提供外国法律的情形下,法院是否有义务继续查明外国法。

3.1. 合理途径

从我国目前的立法看,“合理途径”并没有明确的标准,有学者指出其较为灵活的概念给予了法院较为宽松的裁量空间,导致各级法院之间的理解和裁量存在差异,反而限制了外国法的适用[2]。在我国司法实践中,大部分法院依职权查明外国法的案件中,法院通常采用一至两种查明途径,且大部分是要求当事人委托外国法查明研究机构查明外国法律,很少主动委托专业机构或者采用其他查明方式。一方面,此种做法确实可以节约司法资源、兼顾效率,但另一方面,查明程度的过于宽松可能会放纵法院对于查明外国法的畏难情绪,法院的查明责任与职能被或多或少地忽视了,适用法律从多途径查明变为当事人单方查明,损害了我国司法的公信力。此外,我国理论界主流观点也认为应当对法院“已尽合理途径仍无法查明”之认定进行适当限制。

3.2. 合理期限以及正当理由

根据《〈法律适用法〉司法解释(一)》第 17 条第 2 款的规定,当事人应当提供外国法律的,其在法

⁴《中华人民共和国民事诉讼法》第十条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。”因此,法院作为外国法查明的责任主体的职权范围:1) 我国冲突法直接规定适用的准据法;2) 法律允许当事人约定(选择)而未约定(选择)的情形下,法院根据最密切联系原则确定的准据法(外国法);当事人作为外国法查明的责任主体的情形:当事人约定或选择适用外国法。

院指定的合理期限内无正当理由未提供外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。例如在朱莹与亿鑫国际(香港)管理有限公司、薛金钢民间借贷纠纷一案中⁵，法院以“被告亿鑫国际(香港)管理有限公司法庭辩论终结前，未能提供香港法律规定”，从而认定“无法查明”，在此案中，法院指定的“合理期限”是“法庭辩论终结前”。在新海丰集装箱运输有限公司与杭州保利佳实业有限公司海上货物运输合同纠纷一案中⁶，法院则以“被告第二次公开庭审时仍未提供”为由直接认定“无法查明”。

由此可见，法律并没有明确规定“合理期限”为多久？法院确定该期限的标准是什么？当事人基于哪些情形可以申请延长该期限[3]？当事人提供外国法确有困难的情形下是否可以申请法院依职权查明？法院又该以何种标准审查此类申请？由于立法并没有统一的标准和规范，实践中法官拥有极大的裁量权以“外国法无法查明”为由排除外国法的适用。

3.3. 法院的补充责任

通过对案件样本的分析，我国法院在实践中处理外国法查明问题的态度是消极和被动的，大部分案件法官群体更普遍希望采用当事人查明的模式[4]，然而当事人毕竟不是法律专业人员，很难从纷繁复杂的外国法律中准确查明并提供与案件相关的外国法律，再加上法官的不作为或者消极作为，致使“外国法无法查明”成为普遍现象。根据《〈法律适用法〉司法解释(一)》第17条第2款的内容，当事人在合理期限无正当理由未提供外国法律的，法律规定法院“可以认定为无法查明”，而不是“应当认定为无法查明”，是否意味着法院在当事人无法提供外国法的情况下仍然有义务判断是否继续采用其他途径查明外国法，“无法查明”并非法律规定的当然结果。有学者指出《〈法律适用法〉司法解释(一)》第17条实际上是明确了法院是引导查明外国法的主体，即便是在当事人选择适用外国法的情形下，也有查明外国法的义务，如果法院对于决定是否进行查明可以自由裁量的话，那么当事人是否意思自治便与最终案件的法律适用没有多少关联了。还有学者指出当事人合意选择适用外国法律的情形下[5]，当事人应当提供外国法，法官仍然负有次要责任，当事人若无法提供，法院有辅助查明外国法的权利[6]。本文认为，应当对《〈法律适用法〉司法解释(一)》第17条作如下理解：法院、仲裁机构以及行政机关是外国法查明的首要主体，其查明责任天然地优于当事人。当事人选择适用外国法且不违背法律的强制性规定时，以上机构应当尊重当事人的意思自治并允许当事人查明其所选择的外国法，此为权利亦为意思自治的义务，当当事人无法查明外国法或者查明内容有瑕疵的，以上机构负有查明外国法的补充责任。

4. 完善建议

随着我国高水平对外开放的持续推进，涉外民商事案件不断攀升，2013年至2022年6月，各级法院审结各类涉外、涉港澳台案件38.4万件，涉及当事人已覆盖全球100多个国家和地区⁷。《法律适用法》施行至今已有十余年，外国法查明制度的立法发展仍然比较滞后，面对激增的涉外民商事案件和日益复杂的外国法查明需求，相关立法的缺陷实践中外国法查明频频陷入困境之中。

由前文所述，对于法院查明外国法可以基于何种情形认定为无法查明以及相应的限制条件，本文对于我国外国法查明相关立法提出如下完善建议：其一，在法律直接规定或者当事人未选择法律的情形下，由法院直接查明应当或者可能适用的外国法，只有当法院通过两种及两种以上查明途径(除“当事人提供”外)仍无法查明的，法院可以认定为该外国法无法查明。我国也曾有学者提出相似的建议，例如“应当强化法官查明主体责任，要求至少应竭尽两种以上的查明途径方可作出外国法查明不能的认定”[7]。其二，当事人选择适用外国法的情形下，法院应当首先要求当事人在合理期限内自行提供所选择的外国法，该

⁵参见：(2018)津0103民初10638号判决书。

⁶参见：(2016)沪72民初3129号判决书。

⁷参见最高人民法院：《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》2022年10月28日。

合理期限的确定可以参照如下标准：1) 我国法院查明外国法的平均速度；2) 该外国法所属国是否与我国签订或者共同加入有关外国法查明司法协助协议或者条约；在合理期限内当事人未提供外国法或者提供内容有瑕疵的情形下，法院应当采取至少两种查明途径补充查明外国法，但相应的查明费用可以规定由当事人承担。其三，立法还应当对当事人提供或者以其他方式查明的外国法是否予以采纳的审查制定可操作性的标准，例如查明途径(例如专家查明应当提供专家的资质、经历、背景以及从业证书等)、查明范围(例如英美法系国家的法律是否包括判例法)以及是否需要官方公证等。

5. 结语

我国坚持推进高水平对外开放，鼓励开展对外投资等对外经济合作，推动共建“一带一路”高质量发展。为了更好地践行我国开放合作、互利共赢的对外贸易理念，解决我国外国法无法查明难题是我国涉外法治的题中应有之义。我国法院的查明工作一方面要克服自身对于查明和适用外国法的畏难情绪，另一方面也需要立法对于“无法查明”的认定进行合理限制。作为搭建涉外民商事领域依法治理的桥梁，缩小“无法查明”的界限，准确查明和正确适用外国法律亦能彰显我国具有国际视野的法治理念和水平。

参考文献

- [1] 葛淼. 程序法视角下的外国法查明问题[J]. 西部法学评论, 2019(1): 51-58.
- [2] 王晟迪. 论“外国法不能查明”的认定[J]. 河北科技大学学报(社科版), 2020, 20(4): 31-37.
- [3] 董琦. 论我国外国法查明制度的完善[J]. 东南学术, 2017(4): 162-169.
- [4] 林燕萍, 黄艳如. 外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析[J]. 法学, 2014(10): 116-126.
- [5] 逯悦. 外国法查明下法院主动查明问题探究——以当事人选择适用外国法模式为例[J]. 河南工业大学学报(社会科学版), 2018, 14(3): 15-21.
- [6] 宋锡祥, 朱柏燃. “一带一路”战略下完善我国外国法查明机制的法律思考[J]. 上海财经大学学报, 2017, 19(4): 93-104.
- [7] 马明飞, 蔡斯扬. “一带一路”倡议下外国法查明制度的完善[J]. 法学, 2018(3): 124-134.