



PROOF OF
FOREIGN LAW

外国法的查明

刘来平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PROOF OF
FOREIGN LAW



外国法的查明

刘来平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国法的查明/刘来平著. —北京:法律出版社,
2007.5

ISBN 978-7-5036-7253-8

I. 外... II. 刘... III. 国际私法—研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 042882 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2007年4月第1版

印张/9.125 字数/225千
印次/2007年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/wy@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7253-8

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

外国法的查明是国际私法中的一项基本制度,其出现渊源于国际私法给予了外国法律和法院地法在涉外案件审理中平等适用的机会。法院受理一宗涉外民商事案件时,法院必须根据本国冲突规范的指引去寻找案件的准据法,当本国冲突规范指向某一外国法律作为案件的准据法,法院面临的第一个问题是如何获取外国法的内容。外国法的查明是正确适用外国法的前提,而正确适用外国法,将有利于体现我国法院平等地对待内外国法律体系,公平公正地处理涉外纠纷,也有利于营造一个促进国际民商事交往的良好法治环境。正如一位英国学者所提到的:“外国法证明问题虽具有程序性质和附属性质,但在国际私法中,几乎没有什么问题比它更重要。”可见,外国法的查明是国际私法中的一项基本制度,其在涉外民商事案件审理中具有显而易见的重要性。

外国法的查明直接影响外国法律的准确适用。有一个古老而美好的法谚:“法官谙知法律。”然而,面对千差万别,纷纭复杂的世界各国法律,法官是不可能通晓各国法律的。当涉外案件的审理需要适用外国法时,就必须通过一定的方式和途径来查明外国法的内容。不能查明或者查不明外国法的内容,就不可能适用或者准确适用外

国法。外国法的查明是正确适用外国法的前提条件。

外国法的查明直接影响到当事人的权益。外国法的查明既影响当事人的实体权利,也影响当事人的程序权利。就实体权利而言,如果法院不能准确查明外国法,必然导致法院不能准确适用外国法,由此作出的判决将直接影响到当事人的实体权利。就程序而言,外国法的性质是法律还是事实,外国法的查明是当事人的义务还是法官的义务,责任分配的不当将直接影响到当事人的举证责任。

外国法的查明将间接影响到国际私法的生存。国际私法的主体规范是冲突法。冲突法追求的是内外国法律的平等适用。冲突法提供了外国法律适用的空间,外国法的适用要求配备有效查明外国法的方法。没有有效的外国法查明途径,外国法就无法得到正确的适用,案件就无法顺利解决。在某种情况下,为了顺利及时解决涉外纠纷,并避开外国法查明中的种种困难,法官就愿意直接适用法院地法。长久而言,这将造成法院地法的扩大适用,冲突法中的法律选择方法也就没有意义,世界范围内的多元法律体系对法官而言,也将只是一种无关紧要的存在。

外国法的查明制度所包含的内容十分丰富,包括外国法查明的立法模式、外国法的性质是法律还是事实、外国法查明的责任分配、外国法查明的方法、外国法查明资料的采信、外国法的解释、外国法查明失败的处理等。我国法律对于外国法阐明的立法不尽完善。现行立法涉及外国法查明制度的主要是《最高人民法院关于贯彻执委〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第193条,该条规定,“对于应当适用的外国法律,可通过下列途径查明:(1)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)由该国驻我国使领馆提供;(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”。另外,我国与其他国家所签订的司法协助条约中部分有外国法查明的规定。此外,对于外国法是法律还是事实的基本定性、对于外国法查明的责任归属、对于外国法无法查明的确切

定义等方法均没有予以明确。

在外国法查明的责任分配上,是法院承担外国法查明的责任还是当事人负责提供外国法的内容,由于立法不完备,各地法院在处理具体案件中做法不一。实践中,一些法院往往依赖当事人提供,对于当事人没有提供的,通常会以不能查明外国法为由,而适用本国法律,导致一些本应适用外国法、需要查明外国法的案件最终地是适用了本国法律。

作为国际私法的一项基础制度,学术界对外国法查明的研究还比较薄弱。外国法查明问题多停留在教科书中的简要论述,且以对国外做法的介绍为主,深入细致的理论分析尚不多见,许多问题有待澄清。由此可见,不论是我国的先行立法、司法实践还是学术界的理论探讨,外国法查明制度都有待进一步探讨和研究。

本书作者在收集、研究了大量材料的基础上,从理论和实践对外国法的适用进行了深入的探讨,对外国法查明的界定和制度价值、外国法的价值、外国法的查明责任分配、外国法的查明方法、外国法查明资料的采信和外国法的解释、外国法查明失败的处理以及外国法查明制度的相关问题展开全面的论述,系统阐述并论证了外国法查明的理论体系,检讨和反思了外国法查明中的一些通行观点,使得这一制度的理论脉络清晰明了。

同时,作者充分运用了比较分析的方法、实证分析和历史分析的方法,通过探索外国法查明产生、发展变化的演进过程,揭示各种外国法查明途径研究过程的内在逻辑和规律,比较研究两大法系及典型国家的相关制度,揭示外国法查明制度及其发展变化的异同以及造成这些差异产生和存在的根源,分析研究国内、国外司法实践中的大量具体案例,揭示司法实践查明外国法存在的问题。所有的这些研究最终都落实到我国现行的立法情况和未来的立法选择上,在深入分析我国现行外国法查明制度的立法现状和司法实践中存在问题的基础上,通过深入评析我国目前有关外国法查明制度的两份立法建议的优点和不足,作者对我国的外国法查明制度的立法提出了自

已建设性的建议。

另外,本书较具特色和新意的是,还对我国港、澳、台域外法查明制度进行了研究,探讨我国四法域之间的民商事案件中的域外法查明方法,并提出了完善意见,这对于未来我国解决区际法律的查明和适用问题提供了有价值的资料和合理建议。本书资料分析翔实,理论探讨严谨,实践研究切实,比较借鉴有据,体现了作者严谨的学术精神和扎实的法学功底。

选择这样的题目需要勇气。因为理论研究的缺位,需要作者开拓性地进行第一手资料的收集、整理、归纳和研究;由于实践运用的频繁,需要作者以更广阔的视野分析借鉴各国法律制度,并提出符合中国国情的建议。本书的成文是在作者博士论文的基础上修改而成的,理论的研究和法官的实践的结合和互动,使得作者对外国法查明制度的研究和设计都具有一定的说服力。当然,作者的研究只是一家之言,书中的不足也在所难免,希望大家批评和指正。但就为我国未来立法完善外国法查明提供思路 and 材料而言,其研究成果是具有价值和令人欣喜的。

作为作者在华东政法学院攻读博士学位期间的导师,在本书即将付梓之际,特致数语,是为序。



2007年3月2日

目 录

引 言	(1)
第一章 外国法查明的界定与制度价值	(8)
第一节 外国法的查明含义	(8)
一、关于外国法查明概念的理论纷争	(8)
二、“一国法院”的解读	(10)
三、“涉外民商事案件”的界定	(11)
四、外国法查明的适用领域	(13)
五、外国法的范围	(14)
六、何为“查明”	(16)
七、本书对外国法查明的界定	(17)
第二节 外国法查明在国际私法中的地位	(18)
一、外国法查明制度的功能定位	(18)
二、外国法的查明制度的学科归属	(21)
三、外国法的查明在国际私法中的意义	(22)
四、外国法的查明的制度价值	(24)
第三节 外国法查明的立法概况	(25)

2 外国法的查明

一、法律渊源	(26)
二、各国(地区)立法例	(28)
三、规范内容	(28)

第二章 外国法的性质

(30)

第一节 事实问题与法律问题的区分在民事诉讼中的

意义	(31)
----------	--------

一、关于大陆法系的实践	(31)
二、关于英美法系的实践	(33)

第二节 外国法性质的论争

(37)

一、关于外国法性质的学说	(37)
二、外国法性质的澄清	(42)
三、外国法的性质与外国法的查明	(45)

第三节 外国法性质问题的比较法考察

(46)

一、关于英国对外国法性质的态度	(47)
二、关于美国对外国法性质的态度	(48)
三、关于德国对外国法性质的态度	(50)
四、关于法国对外国法性质的态度	(51)

第四节 小结

(52)

第三章 外国法查明的责任分配

(54)

第一节 外国法查明的责任分配的理论 and 实践

(54)

一、理论观点	(55)
二、各国的相关立法和司法实践	(59)

第二节 大陆法系国家外国法查明责任分配的实证

分析——以德国、法国为代表	(62)
---------------------	--------

一、关于德国的实证分析	(62)
二、关于法国的实证分析	(65)

第三节 英美法有关外国法的查明责任分配的实证分析	
——以英国、美国为代表	(71)
一、关于英国对外国法查明责任分配的实证分析	(71)
二、关于美国对外国法查明责任分配的实证分析	(77)
第四节 小结	(83)
第四章 外国法的查明方法	(85)
第一节 外国法的查明方法概述	(86)
一、外国法查明方法的理论整理	(86)
二、外国法的查明方法的立法和实践之考察	(89)
第二节 外国法的查明方法的限定主义——以英国为	
代表	(93)
一、专家证人	(93)
二、特殊的方法	(97)
第三节 外国法的查明方法的非限定主义——以美国、	
德国和法国为代表	(98)
一、美国关于外国法查明的方法问题	(99)
二、德国关于外国法查明的方法问题	(104)
三、法国关于外国法查明的方法问题	(106)
第四节 外国法查明的国际合作	(107)
一、《关于提供外国法资料的欧洲公约》	(108)
二、《美洲国家关于外国法的证明与资料公约》	(111)
三、两公约对于外国法的查明的影响和借鉴意义	(112)
第五节 小结	(112)
第五章 外国法的查明资料的采信与外国法的	
解释	(114)
第一节 外国法的查明最终裁判权	(114)
一、关于大陆法系的实践	(115)

4 外国法的查明

二、关于英美法系的实践	(115)
第二节 法官使用外国法的资料的权限	(118)
一、英国关于法官适用外国法资料的权限	(118)
二、其他国家——以美国和德国为例	(120)
三、小结	(121)
第三节 外国法的查明内容的解释	(122)
一、关于英国的实践	(125)
二、关于美国的实践	(126)
三、关于德国的实践	(128)
四、关于法国的实践	(128)
第四节 小结	(130)
第六章 外国法的查明失败的处理	(131)
第一节 外国法的查明失败概述	(131)
一、外国法查明失败的认定	(132)
二、外国法查明失败的处理	(135)
第二节 推定适用内国法	(138)
一、关于英国的实践	(138)
二、关于美国的实践	(140)
三、关于推定适用内国法的缺陷分析	(142)
第三节 替代适用内国法	(143)
一、大陆法系国家——以法国、德国为代表	(144)
二、英美法系国家——以英国、美国为代表	(147)
三、替代适用外国法的价值	(148)
第四节 驳回当事人的诉讼请求或抗辩	(149)
一、英美法系国家——以英国、美国为代表	(149)
二、大陆法系国家——以法国、德国为例	(152)
三、驳回当事人诉讼请求或抗辩的检讨	(153)
第五节 外国法的查明失败的其他处理方法	(154)

一、适用近似法	(155)
二、适用一般法理	(156)
三、适用就同一问题所能提供的其他连接因素而确定的法律	(157)
四、适用一般法律原则	(158)
第六节 外国法的错误适用及救济	(158)
一、适用内国冲突规范的错误及救济	(159)
二、适用外国法本身的错误及救济	(159)
第七节 小结	(162)
第七章 外国法查明制度的相关问题	(163)
第一节 归乡情结概述	(163)
一、归乡情结的概念	(163)
二、归乡情结的历史	(164)
三、归乡情结的发生原因	(167)
第二节 公共秩序保留制度	(168)
一、公共秩序保留制度概述	(168)
二、“直接适用的法”	(169)
三、“直接适用的法”与公共秩序保留的关系	(172)
第三节 归乡情结在各国的体现——以美国、英国为代表	(175)
一、美国	(175)
二、英国	(177)
三、归乡情结在各国适用《联合国货物买卖合同公约》(CISG)时的体现	(180)
第四节 归乡情结的弊端及其突破	(182)
一、归乡情结的弊端	(182)
二、对归乡情结的突破	(183)
第五节 小结	(187)

第八章 我国外国法的查明的司法实践	(189)
第一节 我国司法实践中外国法的查明的现状分析	(189)
一、关于外国法的查明责任	(190)
二、关于外国法的查明方法	(195)
三、关于外国法的查明失败的处理	(199)
第二节 我国法院处理外国法查明问题应注意的若干 事项	(203)
一、法院应提高对外国法查明的重视,克服“归乡 情结”	(203)
二、最高人民法院应发挥监督和指导作用,克服司法 实践中的不规范局面	(205)
第三节 小结	(205)
第九章 我国外国法查明制度的立法现状及其 完善	(207)
第一节 外国法的查明立法现状及其检讨	(207)
一、我国有关外国法的查明的立法现状	(207)
二、《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干 问题的意见》第 193 条之检讨	(209)
三、外国法查明制度被忽视的原因	(212)
四、港、澳、台地区外国法的查明制度简介	(214)
第二节 《民法(草案)》第九编第 12 条及《国际私法 示范法》第 12 条之评析	(215)
一、《民法(草案)》第九编第 12 条	(215)
二、《中国国际私法示范法》第 12 条	(217)
第三节 外国法的查明立法的基本考虑	(218)
一、立法体例	(218)
二、立法指导思想	(219)
三、外国法的查明制度应包含的主要内容	(221)

第四节 外国法查明制度的规则设计	(222)
一、外国法的查明责任	(222)
二、外国法的查明方法	(228)
三、外国法的解释	(233)
四、外国法的查明失败的处理	(234)
五、外国法查明制度的构想	(238)
第五节 小结	(243)
附论:港、澳、台地区法律的查明	(244)
第一节 港、澳、台地区法律的查明与外国法的查明	(245)
一、外域法的查明与外国法的查明	(245)
二、港、澳、台地区法律的查明	(247)
第二节 我国的立法与实践	(248)
一、关于查明责任	(248)
二、关于查明方法	(251)
三、关于查明失败的处理	(253)
第三节 港、澳、台地区法律查明制度的完善	(253)
第四节 小结	(259)
参考文献	(260)
后 记	(276)

引 言

一、研究意义

自有国家以来,就产生了法律。随着国家的扩张经济的发展和人口的流动,国与国之间以及他们的人民之间的交往就越来越频繁。早在中世纪,随着欧洲商业城市间贸易往来的发展,就出现了国际商业交易的规则——“商人法”,这可以说是最早的国际经济法规范的萌芽。同时由于各个城市国家又都根据各自的习惯制定了作为特别法的“法则”,可是这些后来逐渐演化为国际统一实体法规范。由于其调整的国际经济法律关系有限,同时它们无法调整涉及跨国人身关系和基于人身关系的财产关系的争执,再加上各个城市国家都不愿放弃法律管辖权,这样就必然产生了法律冲突问题。冲突法(conflict law)由此应需要而产生。由于冲突法的中心任务是解决涉外民事案件所涉及的法律冲突,冲突规范就成了冲突法的研究重点。冲突规范依照通行的观点解释,就是指明某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的规则。从冲突法的概念内涵来看,可以断定查明外国法是冲突法规范的最终落脚点。

随着经济的全球化,对外开放的步伐进一步加大,跨国交往日益频繁,导致涉外诉讼日益增多,法院因此而面临适用外国法的情况也越来越多。世界各国的法律千差万别、纷繁复杂,任何法官都不可能

通晓各国的法律。因此,当一国法院在审理涉外民事案件时,若依冲突规范的指引应适用某一外国法时,就必须通过一定的方式和途径来查明外国法的内容。外国法的查明是正确适用外国法的前提条件,是国际私法中的一项重要制度。国外学者对外国法查明制度相当重视,发表了大量的学术论文,这一领域的学术专著也不断面世。相比较而言,我国在此方面的研究还十分薄弱。我国学者在研究国际私法时,多少会涉及外国法的查明的有关内容,但多停留在教科书中的简要论述,且以对国外做法的介绍为主,内容雷同现象也很严重,深入细致的理论分析并不多见,许多问题有待澄清。有鉴于此,在当前展开外国法查明制度的研究具有重要的理论和实践价值。

随着我国加入 WTO,法院必须面临适用外国法的情况也越来越多,就目前我国的法律制度来看,外国法的查明的立法尚付之阙如,我国现行立法涉及外国法的查明制度的主要是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 193 条,该条规定,“对于应当适用的外国法律,可通过下列途径查明:(1)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)由该国驻我国使领馆提供;(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”。另外,我国与其他国家所签订的司法协助条约中有着外国法查明的规定。客观地讲,这些规定的内容整体上来讲比较笼统和原则,缺少可操作性,以至于在实际操作中几乎很少法官适用外国法的具体案例。这不仅仅我国的司法实践如此,世界各国在适用外国法时,均从诉讼程序角度来限制外国法的适用。外国法查明的制度通常被当作一种“补救手段”,对冲突规范援引的外国法(即准据法)进行再一次“校正”。^[1]具体做法上均在程序上设置不利于外国法查明的条件,从而导致外国法查明落空而最终适用本国法,特别是当今各国在涉外民事诉讼中不断强化内国法院的

[1] 张潇剑:《国际私法》,北京大学出版社 2000 年版,第 209 页。

管辖权和本国法的适用,不惜悖逆各国通常的立法观念而立法,非常强调公共秩序保留等制度从而排斥外国法的适用,甚至通过加强程序规则的弹性因素,授予法官极大的自由裁量权。立法和司法的实践状况致使众多的法学工作者对外国法内容查明的理论研究难以产生兴趣,以“鸡肋”称之。笔者以为,全球经济的一体化要求我们拥有适应市场经济运行的法律机制,任何不合理限制外国法的适用,只会减损诉讼当事人的利益,不利于国家的对外交流与合作,会招致相对国家的司法报复,并影响到投资环境。故规范外国法查明的程序,提高效率及降低成本,客观公正地对待外国法的适用问题才是我们所应持有的正确态度。令人欣慰的是,最高立法机关和法学界对此问题开始重视,全国人大常委会 2002 年提请审议的《中华人民共和国民事诉讼法(草案)》第九编“涉外民事关系的法律适用法”第 12 条、《中华人民共和国国际私法示范法》(第六稿)第 12 条均对外国法的查明作出了规定,为推定外国法的查明的理论研究提供了契机。在这一背景下,加强对外国法查明制度的研究就可以为立法的完善提供理论支持,为将来民法典或国际私法法典的出台做好铺垫。

随着对外交往的日益频繁,在民事案件中应当适用外国法、有必要查明外国法的情形正逐渐增多,并呈现出加速发展的态势。外国法在民事诉讼中是法律(law)还是事实(fact)?外国法的查明责任由谁承担?外国法的查明可以运用哪些方法?外国法查明失败时如何处理?在涉外民事诉讼中,法官和当事人经常会遭遇诸如此类的问题。如何正确地回答这些问题,既需要人民法院在审判实践中不断探索、总结经验,也需要理论界加强对这一课题的研究,以提供科学明确的指导。最近几年在国际社会上开始引起国际私法学者高度的重视,并将其视为国际私法的基础性问题。英国学者 Fentiman 曾经就此深刻指出:“外国法证明问题虽具有程序性质和附属性质,但在国际私法中,几乎没有什么问题比它更重要……站在更高层面上看,外国法证明程序的功效,尤其关涉冲突法本身的死亡。如果英国法在此方面不能令人满意,那么英国法中的法律选择方法就失去了