



诉讼与仲裁论丛

Litigation & Arbitration

Proof of foreign law: A Comparative Study from the Chinese Law Perspective

论外国法的查明

——中国法视角下的比较法研究

◇ 肖 芳 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Proof of Foreign Law: A Comparative Study from the Chinese Law Perspective

论外国法的查明

——中国法视角下的比较法研究

◇ 肖 芳 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

论外国法的查明:中国法视角下的比较法研究/肖芳著. —北京:北京大学出版社,2010.11

(诉讼与仲裁论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 17990 - 1

I. ①论… II. ①肖… III. ①比较法学 - 研究 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 210811 号

书 名: 论外国法的查明——中国法视角下的比较法研究

著作责任者: 肖 芳 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17990 - 1/D · 2717

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 13 印张 220 千字

2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn



诉讼与仲裁论丛

Litigation & Arbitration

致 谢

感谢我在武汉大学国际法研究所的硕士和博士导师郭玉军教授和她的丈夫蔡兴先生。是你们将我一手带入了法学的殿堂,并给予我不断的指引和鼓励。第一次见老师的情景,仍然一如昨天。当时的喜悦和激动,和之后近十年的相处时光,都成为了我一生难忘的温暖回忆。老师之于我,就如我曾经在枫园楼上时常仰望的珞珈山上的那轮明月,不管我在世界的哪个角落,她的清辉都将永远润泽我的心田。

感谢我在巴黎第二大学的导师 Bénédicte Fauvarque-Cosson 教授和她的先生及全家,他们于我在法国留学期间给了我如家人般的温暖。老师的才华、激情和博爱让我叹服。正如她的名字一样,她是上帝给我的恩赐,是她为我打开了上帝在对我关上一扇门后,留给我的那扇窗。怀着一颗感恩的心,我将努力把这种赐福留在我的生命之中。

感谢从硕士期间开始就一直给予我有形和无形的教诲和关照的武大国际法研究所各位老师:韩德培教授、黄进教授、肖永平教授和宋连斌教授。有幸认识你们并分享你们的智慧和学识,使我有了更多的资本能够安身立命和做自己喜欢的事情。感谢亦师亦友的何其生教授和邓朝晖老师,你们对我的关心总是让我感动。

因为本论文的写作,感谢所有曾经对本文的论题作出过研究并发表了有关论著的人们,是你们的辛勤劳动和聪明才智让我的研究有了基础和方向,我正是踩在你们的肩膀上前行的;感谢曾在博士期间为我提供过奖学金的瑞士比较法研究所、中国国家留学基金委和海牙国际法学院,论文资料的收集和写作也曾受惠于你们。

感谢我的父母,你们给了我一切,没有你们的爱,我将失去行走于世界的勇气和力量。感谢我年迈的祖父母和姑妈们、叔叔,他们一直都给予我无私的支持和爱护。感谢我温厚淳良的妹妹和表姐,她们热情地接待了我,陪伴了我最后的论文写作时光。

感谢曾给予了我无私的关心和帮助,并陪伴我的同窗和师弟师妹们。



虽然我在这里没能一一道出你们的姓名,但是,我希望每一个关爱我的人都能感受到我对你们的感激之情。

感谢北大出版社的编辑王晶女士,她工作之细致与严谨让我时常佩服,为了本书的出版,她也付出良多。

黑夜中,随着音符的跳动,我在心中和自己默默地分享这一路走来的感悟和感动。那一刻的喜悦和激动,一如儿时上学途中我大声地招呼伙伴,“快,过来看啊……”:九月的晨光中,路边紫色小菊花上的露珠熠熠生辉,宛若世间最美丽的宝石……

肖芳

2010年10月于北京

目 录

致 谢	(1)
绪 论	(1)
第一章 外国法查明的基本理论	(9)
第一节 外国法查明的概念	(9)
第二节 外国法的性质与外国法的查明	(14)
第三节 冲突规范的适用和外国法的查明	(24)
本章小结	(32)
第二章 外国法查明责任的承担	(34)
第一节 当事人负责外国法的查明	(35)
第二节 法官负责外国法的查明	(45)
第三节 法官与当事人分担查明外国法的责任	(54)
第四节 法官与当事人在外国法查明中的合作	(69)
本章小结	(78)
第三章 外国法查明的方法	(80)
第一节 外国法查明的方法概述	(80)
第二节 法官亲自调查外国法	(87)
第三节 通过证据方法查明外国法	(93)
第四节 查明外国法的特殊方法	(103)
第五节 外国法查明的国际合作	(115)
本章小结	(123)



第四章 外国法的无法查明	(126)
第一节 外国法无法查明的认定	(126)
第二节 外国法无法查明的处理	(137)
本章小结	(148)
第五章 中国的外国法查明问题	(150)
第一节 我国有关外国法查明的现状	(150)
第二节 我国有关外国法查明的立法	(165)
本章小结	(190)
主要参考文献	(193)
后记 巴洛克与戴着枷锁的舞蹈	(199)

绪 论

国际私法这一首先由学者们创设出来的法,在其几百年的发展中,逐渐构建起宏大而精巧的理论大厦。在这个过程中,国际私法除了收获了世人的赞叹和崇拜之外,也同时被认为是艰深而晦涩的一门学问。那个著名的关于国际私法是黑暗的沼泽地的比喻,和那个关于国际私法学者是一群说着别人所不懂的“行话”、阴郁而孤僻的教授们的形象相映成趣。其实,国际私法以巴托鲁斯等学者为父的出身,就在很大程度上决定了其长期以来过于偏向于理论构建的性格。在国际私法的成长中,法官的角色或地位相对微弱,也使其在司法实践中受到的冷遇易于理解。只是,当我们有一天不再只是醉心于高深的国际私法理论探讨和建设的时候,我们赫然发现,原来司法实践和理论理想之间还有不小的距离。为了国际私法所主张的平等适用内外国法律的理想,我们精心设计了冲突规范,并期望能让应该得到适用的外国法使争议得到合理的解决,最后构建和谐、有序的国际民商事法律关系。但是,身负众望的冲突规范不时地被人抛到一旁,被学界所青睐的“外国法的适用”也不时成为纸上谈兵。国际私法学界在苦恼和愤懑中,开始追寻这一令人沮丧的现实的原因之所在。于是,外国法的查明问题高调进入我们的视野,并且其重要性日渐凸显。

在不同的视角里,外国法的查明具有不同的形象:它是支撑整个国际私法理论大厦的支柱,关系到“国际私法的生死存亡”^①,其单薄让学界唏嘘与担忧;它是“冲突规范任意适用”理论的催化剂,其困难与繁琐让法官和当事人规避冲突规范的适用显得合理^②;它是美国“冲突法革命”者手中的一面

① 参见郭玉军:《论外国法的查明与适用》,载《珞珈法学论坛》(第6卷),武汉大学出版社2007年版,第240—253页。See also Fentiman, *English Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* in Symeon C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer Law International, 2002, pp. 187—188.

② See Axel Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *RabelsZ* 1970, S. 550, 551. 转引自徐鹏:《冲突规范任意适用研究》,武汉大学博士学位论文,2006年,第48页。



旗帜,它的难解也成为冲突规范被诟病的一个理由^①;它是我国涉外民商事审判事业亟待突破的“瓶颈”,外国法往往因为它而不能得到适用,影响了我国的对外开放事业。毫无疑问,它是国际私法中最困难而最有争议的问题之一。

一、研究外国法查明问题的意义

外国法的查明问题本身是国际民商事案件审判过程中十分重要的一部分。在国际私法中,准据法的选择即对具体案件应适用哪一个国家(或法域)的法律一直以来都是居于最主要的地位。但是,当确定了一项外国法应被得到适用后,案件的裁判过程远没有就此结束。由于外国法并不如本国法那样被本国裁判者所熟知,到最后得出裁判往往还有一段不短的路要走。甚至可以说,外国法的查明是国际私法法律选择理论得以最终落到实处的前提条件。^②我们在法律选择的问题上建立起了复杂而精巧的理论大厦,但是连接该大厦和地面并支撑它的却是外国法的查明问题。我们在研究和设计冲突规范时,往往是在一个假设的基础上进行的:法院地法和外国法在法院能得到平等对待,或者说外国法能得到如在其本国法院一样的对待。由此,当冲突规范指向外国法之后,法官应该能够作出与外国法官相同的判决。进而,如果各国采用相同的冲突规范,那么,当事人无论在哪一个国家提起诉讼都会得到相同的判决。这一点也成为国际统一冲突法立法的动力和基础。但是,我们不能忽视的是,实际上该要求在很大程度上仍然只是一种假设。如果法院并不能如适用本国法一样适用外国法,则最好的冲突法制度只能存在于理论之中。^③冲突法制度的功能的发挥取决于其在国内法院的实施情况,而这又取决于法官能否如适用本国法一样适用冲突规范指定的外国法,外国法的查明就是在该过程中法官和当事人所遇到的最主要的困难。

对外国法的查明和适用的研究体现了国际私法研究进入了一个新的阶

^① See Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law, Recueil des Cours*, Vol. 193, 1985, pp. 202—205.

^② 有学者指出,具备三个主要的条件才能保证法官在本国适用外国法:法官依职权适用冲突规范;法官了解外国法;法官在最高法院的监督下解释外国法。Voir Bernard Audit, *Droit International Privé*, Economica, 2007, p. 216. 也只有在这些条件下,国际私法的平等适用内外国法律的理想才能实现。

^③ See F. Vischer, *General Course on Private International Law, Recueil des Cours*, Vol. 232, 1992, p. 90.

段,它必将导致国际私法司法实践的发展,从而促进国际私法自身的进步。首先,对外国法的查明与适用的考察,意味着国际私法对实践情况越来越关心。在这样一个已经没有谁会去讨论进行宪法、刑法、民法等专门立法的必要性的时代,在包括中国在内的一些国家的学者们仍然在为国际私法的专门立法而奔走呼号的时候,我们无法说国际私法作为一个法律部门是成功的。国际私法从“学说法”的传统上来说,一直都有过于倾向于理论而不够关注司法审判实践的缺点,从而使其显得高不可攀,必然曲高和寡。而对外国法查明和适用的考察却是从司法制度和司法实践出发来对国际私法基本理论制度进行研究,这样一种路径的采用必然给国际私法带来新的视角和活力。对于社会科学学术研究路径来说,从理论到理论无疑是不可取的,从理论到实践和实践与理论并重才是上策。其次,正如有学者所指出的,国际私法的学术研究总是将注意力集中在冲突规范的设计上,而忽视其他问题,将程序问题当作不是很重要的实践事项。^①外国法的查明的研究将对该被忽视而显得薄弱的部分有所加强。冲突规范的设计唯有和其他问题一起平衡发展才能最终促进国际私法真正指导和适用于司法实践。最后,外国法的查明和适用考察的正是外国法的适用问题,促进的正是国际私法冲突规范的目的的实现,因此该制度的合理构建本身就会为国际私法实践的发展提供更广阔的前景。外国法查明问题的受重视,无疑应该被视为国际私法的进步。

此外,外国法的查明问题不仅涉及国际私法理论,还涉及各国国内的民事诉讼制度。对这一问题的研究不仅要考虑我们如何适用外国法这样根本性的问题,还要考察各国国内的民事诉讼制度。可以说,对外国法查明问题的研究将涉及国际私法领域以及民事诉讼领域的诸多方面,有关的研究成果将会体现重要的理论价值。

最后,对外国法查明问题的研究也具有重要的现实意义。外国法由一个概念变为作为准据法的一项项具体的法律,并最后和案件事实结合而得出裁判,这些都有待于外国法的查明。具体到我国的情况来说,最初提出外国法查明问题的不是理论界,而是实践界人士特别是法官们。这说明法官们在实践中遇到这些问题了,需要和理论界来共同研究加以解决。对于今天的中国来说,外国法应得到适用的情况越来越多。相应地,如何查明外国

^① See Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, 1998, p. 6.



法的问题也会越来越多地被提出,因为这是一个只要有适用外国法的情况就有可能遇到的问题。以后这一问题也只会越来越突出。在我国的涉外审判实践中,根据有学者对近几年的涉外案件的抽样调查,虽然外国法在我国法院的适用比例较低,但涉外司法实践中反映出的与外国法查明和适用有关的问题却很多。其中,最棘手和突出的问题是:在涉外审判中法官对适用外国法信心不足,有时会采取一些方法回避适用外国法,从而影响案件的结果,影响涉外案件当事人合法权益的保护。^①

二、外国法查明问题的研究现状

(一) 国内研究现状

外国法的查明问题在很长一段时期一直并没有受到我国理论界的重视。虽然从20世纪80年代开始就有少量关于外国法查明的论文发表,但是这些论文也仅是从外国法的查明作为一个国际私法基本理论问题的角度进行讨论的。这种情况也可以理解,因为在涉外民商事案件的审判实践并不丰富的情况下,也很少遇到关于外国法查明的判例,所以理论研究也很容易限于泛泛而谈。另外,我国国际私法学界在很长时间内也曾一直将研究的注意力放在关于如何进行法律选择和冲突规范的设计问题上,而并没有认识到外国法的查明和适用问题的重要性。因此,学界在这一问题上的研究仍然停留在教科书的层面上,而有关教科书的论述也是多年以来一成不变,已经落后于时代和实践了。

但是,近几年这种状况有所改变。首先是实践部门的法官们,如詹思敏、张磊等^②,根据自己在司法实践过程中遇到的外国法查明问题以及所采取的处理方法,主要从我国的实际情况出发,对外国法查明的的问题进行了探讨。但是,这些研究的缺点在于,缺乏理论深度,往往是就事论事,论述既不系统也不全面,更没有进行令人信服的比较法研究。尽管如此,这些文章从了解我国的外国法查明的现实状况和实践需要的角度来说,仍然具有一定的参考价值。此外,这些论文的出现,对于引起我国理论界对外国法的查明和外国法在我国的适用情况的关注,功不可没。

^① 参见郭玉军:《近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践》,载《武大国际法评论》(第7卷),武汉大学出版社2007年版,第3页。

^② 这些论文包括:詹思敏:《外国法的查明与适用》,载《法律适用》2002年第11期;张磊:《外国法的查明之立法及司法问题探析》,载《法律适用》2003年第1期;贺晓娟:《我国法院对英美法系判例法的查明与适用》,载《人民法院报》2004年11月10日等。

然后,“觉醒”起来的国际私法学者们也积极地投入到了对外国法查明的研究中去。由于外国法的适用、查明和解释这几个问题关系密切,因此,往往被放在一起讨论。在这些研究中,郭玉军教授通过比较法的研究从理论上,同时通过对我国有关判例的考察,也从实践上对外国法的查明和适用问题进行了系统和深入的研究。^①宋晓博士主要从英美法的视角出发,也结合我国的实际情况对外国法的查明问题进行论述。^②而徐鹏博士主要从大陆法系特别是德国法的视角,在讨论冲突规范的强制适用还是任意适用的过程中,对外国法的查明问题也有较深入的论述。^③这些研究都具有较大的参考价值。

因此,就现在的情况来看,我国理论界和实践界都在试图共同探讨如何更好地解决外国法的查明问题。本书的写作正好适应了这样一种发展趋势。笔者希望,不管是在资料收集和占有上,还是在有关理论体系的建构和篇幅长短、内容丰富程度上,本书能成为我国在外国法查明问题的研究上最重要的成果之一。

(二) 国外研究现状

如同在其他国际私法问题上的情况一样,在外国法的查明上,欧美发达国家的研究已经领先了我国很多年。这是可以理解的,因为欧美发达国家在有关国际民商事案件审理上的丰富实践是我国所无法相比的。从有关国家的研究现状来看,可以说,外国法的查明是一个既传统又前沿的问题。

在所有的国际私法经典著作里,我们都可以找到有关外国法查明的论述。在大陆法系的论著中,它是作为“外国法的适用”或“冲突规范的适用”中的一个问题来研究的。在有的国家,外国法的查明是“外国法的程序性地位”的一部分。而对于英美法系学者来说,外国法的查明(proof of foreign law)是作为一个独立的冲突法基本理论问题来研究的。从这个意义上来说,外国法的查明应该算得上国际私法的传统问题。

此外,各主要国家的学者也从本国法的角度对冲突规范和外国法的适

① 参见郭玉军:《近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践》,载《武大国际法评论》(第7卷),武汉大学出版社2007年版,第1—20页;郭玉军:《论外国法的查明与适用》,载《珞珈法学论坛》(第6卷),武汉大学出版社2007年版,第240—253页。

② 参见宋晓:《外国法:“事实”与“法律”之辨》,载《环球法律评论》2010年第1期,第14—21页。

③ 参见徐鹏:《冲突规范任意适用研究》,武汉大学博士学位论文,2006年;徐鹏:《外国法查明的比较研究——兼评相关条文设计》,载《中国国际私法与比较法年刊》(第10卷),北京大学出版社2007年版,第159—190页。



用问题做了深入的研究并出版了相关的论著,在这些著作中当然有相当的篇幅是关于外国法查明的论述。德国学者 Flessner 于 20 世纪六七十年代首先注意到了德国法官依职权进行外国法的查明和适用所面临的困难,以及由此造成的外国法的适用在德国法院被规避或忽略的现象,从而提出了主张冲突规范任意适用的理论。但是他只是将外国法查明的困难作为了其理论的论据之一,外国法的查明本身并不是他所要论述的对象。法国学者对于冲突规范和外国法的适用的研究成果中最重要的是 Bénédicte Fauvarque-Cosson 教授所著的《权利的可自由处分性和法律冲突》^①一书。她围绕法国国际私法司法实践中所逐渐确立的“权利可自由处分性”这一概念,对冲突规范的适用和外国法的查明与适用等一系列问题在法国的处理情况进行了系统而精辟的论述。外国法的查明问题在法国是与“权利的可自由处分性”紧密联系在一起的。而对于英美法国家来说,英国学者 Fentiman 的著作《外国法在英国法院:法律的主张、查明和选择》^②是一本不可多得的了解英国有关国际私法案件审判制度和实践的力作,其对独具特色的英国的外国法查明和适用制度有深入的探讨。

当然,我们也并不缺少对外国法的查明和适用进行比较法研究的成果。英国学者 Hartley 在关于欧洲主要国家法律制度下外国法主张和查明的比较研究的论文中,提出了英国和德国各自居于一个坐标的两端,而以法国为首的其他几个国家居于中间的论断,揭示了关于外国法的查明和适用的比较法研究上一个最简单也最重要的事实。^③他的观点甚至对以后的有关外国法查明和适用的比较法研究都具有相当的启发和指导意义。Geeroms 所著的《民事诉讼中的外国法:比较和功能主义的分析》一书^④,据说就是在该论文的启发之下所做的比较法研究。该书以关于外国法在本国法院的查明和适用的具体问题为经,以几个主要法系和法律传统的不同国家的法律制度为纬,对各有关国家的相关制度进行了梳理。其关于各国的理论和司法实践的介绍之翔实,使该书在作为研究参考资料上具有很大的价值。但是,遗憾的是,作者在各种具体制度和实践的比较中,并没能得出有建设性的观

① Voir Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Libre Disponibilité des Droits et Conflits de Lois*, Paris, 1996.

② See Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, 1998.

③ See Trevor Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, 1996, pp. 271—292.

④ See Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004.



点。芬兰学者 Jänter-Jareborgä 在 2003 年《海牙国际法学院演讲集》中的论文《内国法院中的外国法:比较法的视角》^①中也有关于外国法查明问题的探讨,为我们提供了斯堪的那维亚国家关于外国法的查明与适用的有关情况和信息,其比较法的视角和务实的观点值得赞赏。

从上述研究,我们也发现,外国法的查明是一个传统问题的同时又是一个前沿问题。从现有的一些论著来看,关于这些问题的研究远没有达到彻底深入和令人满意的程度。各国学者对于这一问题还在继续进行着热烈的讨论。而外国法的查明作为其中的一个重要部分,还没有有关的专门论著,与之有关的一些具体问题也还有待于继续深入、系统和细致的研究。

三、本书的研究目的

首先,对外国法的查明进行比较法的研究,以获得理论上理想的外国法查明制度。对外国法的查明中的具体问题分别进行比较法研究,以形成对这些问题的深入系统的认识。通过比较研究在外国法的查明上各主要国家的不同做法特别是两大法系之间的分歧,揭示在外国法的查明问题上,内国法院所应该采取的态度和做法。

其次,通过对我国有关外国法查明的实践情况的考察,发现我国有关外国法查明的现实状况以及其中所存在的问题。然后结合比较法中理想的外国法查明模式和制度,来寻求对于我国来说最合适的外国法查明制度,以求对我国的有关立法和司法实践发挥指导作用。

四、本书的研究方法

本书将主要采用比较研究的方法。在系统考察各主要国家在外国法查明问题上的不同做法的基础上,结合这些国家各自不同的司法制度和法律传统,进行比较研究,从而揭示在外国法的查明上,世界上的主要模式或做法之间的差异和相似之处。为了使比较研究更有效,我们特别注意了对作为研究对象的有关国家的选择。首先,在外国法的查明和适用上做法差异最大,分别是外国法“事实说”和外国法“法律说”两大传统的代表的英国和德国无疑是我们应该重点研究的。其次,作为在外国法的查明问题上采用混合主义做法的两大代表,美国和法国也是我们研究的对象。美国法在世

^① See Maarit Jänter-Jareborg, Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective, *Recueil des Cours*, Vol. 304, 2003, pp. 181—385.



界范围的影响,我们姑且不论,美国在外国法的查明问题上对早期从英国继受的普通法传统不断进行改革,从而形成了自己的做法,这一过程本身就值得引起我们的注意。而法国因为其独特的外国法处理方式,以及法国理论和司法界在外国法的查明和适用问题上不懈探索而涌现出异彩纷呈的判例和理论,让我们不能忽视其存在。此外,法国法对某些欧洲国家如比利时和不少非洲国家的影响,也是我们必须对其进行考虑的原因。最后,进入本书研究视野的还有瑞士和西班牙。瑞士的国际私法研究水平之高可以说几乎是举世公认,1987年瑞士《联邦国际私法法规》作为一部开启了一个国际私法立法高潮的国际私法典而在世界范围备受推崇,即是明证。同为成文法传统国家,瑞士在外国法查明上的做法刚柔兼备,值得我国借鉴。而西班牙之所以值得我们考察,一方面是因为西班牙法对拉丁美洲国家的影响,另一方面是因为,在资料收集中笔者发现,在外国法的适用和查明问题上,西班牙的做法和我国的现实情况有较大的相似性。

本书还将采用实证分析的方法。在比较法研究过程中,除了有关的立法以外,各国的司法实践情况,特别是有关的判例将是本书研究的重要对象。而在对我国有关外国法查明情况的研究中,也将重点研究我国的有关司法实践,特别是我国法院的有关判决和做法。只有先掌握我国的实际情况,特别是有关的司法解释的实施情况,才能结合我们在比较法研究中获得的外国法查明的理想模式,而获得适合我国的合理的外国法查明制度。

第一章 外国法查明的基本理论

外国法的查明可以说是一个从名称和概念开始就存在争议的问题,这从其在不同国家的不同表述方法中就可见一斑。而关于外国法的性质是事实还是法律以及冲突规范是依职权适用还是任意适用的争论,也是长期以来一直困扰着外国法的查明的的问题。为了给有关外国法的查明的研究提供一个良好的理论基础和前提,我们有必要首先对外国法的查明的概念、外国法的查明问题和一些相关问题的关系进行厘清和阐明。

第一节 外国法查明的概念

在英美法系国家,外国法的查明一般被称为“外国法的证明”(proof of foreign law);在大陆法系国家,外国法的查明被称为“外国法内容的确定”(establishment of the content of foreign law)。^①二者表述方式不同,也代表了不同的内涵:在英美法国家,外国法最初被视为是“事实”,因此属于应该由当事人提供的“证据”的范畴;而在大陆法国家,传统上并不将外国法等同于事实,因此该表述是从法官适用法律的角度来说的。而今天,关于外国法是事实还是法律的纷争已经基本平息,各国基本认为,外国法是具有特殊性质的法律,而外国法是事实还是法律的争论,对外国法的查明已经并不具有当然的影响和直接的联系。^②因此,从这个角度来说,英美法中“外国法的证明”的表述在某种意义上并不如“外国法内容的确定”显得更为客观。^③但作为习惯说法,我们还是往往采用“proof of foreign law”。而我国将其翻译成

① 以法国为例,其在法国被称为“外国法内容的确定”(ascertainment du contenu de loi étrangère)或者“对外国法的了解”(connaissance de la loi étrangère)。Voir Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit International Privé*, Montchrestien, 2004, p. 132.

② 具体情况参见本章第二节有关内容。

③ 也是因为这样的考虑,笔者支持用“ascertainment of foreign law”这样中立的表述。也有学者曾经使用这种表述方式。参见 Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law, Recueil des Cours*, Vol. 193, 1985, p. 203.