

淺議涉外民事案件中港澳台地區法律的查明

魏簡康凱*

一、引言

隨着經濟全球化和政治一體化之影響，各國經濟、政治、文化日益往來密切，矛盾糾紛在所難免，具有涉外性的民商事案件也日益增多。在審理涉外民事案件的過程中，法院根據法院地衝突法規範之指引適用域外法，進而如何確定域外法的存在和內容成為了一個需要解決的問題。港澳回歸後，由於司法自治，香港地區沿用其普通法系的法律制度，澳門地區沿用其大陸法系的法律制度，台灣地區則沿用傳統大陸法系的法律制度，因此中國形成了一個多法域的國家。當根據中國衝突法規範之指引需要適用港澳台地區的法律時，因為內地法院法官不可能全面了解港澳台地區法律的具體規定，就會涉及到查明港澳台地區法律的問題，但由於司法實踐和相關理論並未對該問題有所重視，故對其進一步研究是極為必要的。

本文旨在對域外法查明進行初步的探究，從理論上對域外法查明制度的重要性及其性質進行闡明，從實踐中對域外法查明的責任和域外法查明的方法加以探討，並且對各國做法加以比較，吸收其合理內容，借鑒其妥當做法，嘗試給港澳台地區的法律查明制度的建立和完善提出一點合理化建議。

二、域外法查明的基本理論

域外法查明，也被稱之為域外法證明，它是涉外民事審判中必不可缺和至關重要的一個環節。在當今

交流日益頻繁的世界，尤其是對外開放程度不斷加深的中國，涉外民事案件中涉及到域外法查明的情況將日益增多。

(一) 域外法查明的含義

1. 域外法

域外法(foreign law)的定義是指法院根據其衝突法規則的指引適用域外某一國家或地區的法律，或者某一國際條約或國際慣例，即域外法不僅包括有獨立主權的外國的法律，還包括同一主權國家內具有不同法律制度的地區的法律。¹

在中國的立法中用的是“外國法”一詞，但是採用的是廣義的“外國法”的概念，即“域外法”，在具體實踐中也印證了這點：現階段對於涉及到港澳台地區的私法關係除特殊情況外，一般都參照適用國際私法上的有關制度。² 由於是參照適用，沒有對港澳台地區法律的查明進行單獨立法，故造成不少問題，在後文會有詳述。域外法的範圍在一般情況下僅限於域外的實體法，不包括程序法，具體包括其他國家或地區的一切形式的法律淵源，即立法、決定、決議、判例、習慣、條約、法理等。³ 國際條約、國際慣例和未與中國建交的國家的法律也應當屬於域外法。

2. 查明

司法審判中最重要的是要正確適用法律，而正確適用法律的前提是審判人員要對法律有準確清晰的了解和認識，即法諺“法官知法”(jura novit curia)，法官應當知曉適合適用於具體案件的法律並正確適用⁴，但由於法官不可能知曉全世界各國的法律，法

* 澳門大學國際商法碩士

官必須通過一定的方法或途徑來了解和認識域外法的相關內容，這個過程即為查明。

3. 域外法查明

域外法查明(ascertainment of foreign law)，在普通法系的國家中又被稱為域外法證明(proof of foreign law)，指在審理涉外民事案件中，法院根據法院地衝突規則之指引應適用域外法，如何確定域外法的存在和內容的問題。筆者對中國學界關於域外法查明的定義，將其分為兩類：一是認為域外法查明是過程或者一系列活動的⁵，二是認為域外法查明是問題的⁶，前者認為域外法查明是動態的集合，落腳在行為的本身，後者認為域外法查明不僅僅是一種行為更是一種問題是需要去探究的，是動態和靜態的結合，故筆者更同意後者的觀點，我們不僅要認識域外法查明是由一系列的活動組成，更要透過現象看本質，運用理論，結合實踐，去分析、探究並針對現有問題提出合理的改善意見或建議。

普通法系國家與中國對域外法查明稱呼有別，即查明與證明，這不僅僅是稱呼之別，這反映了對域外法的性質有不同認識，“證明”一詞總是與事實相關聯，因為普通法系的學者認為域外法是事實不是法律。對於域外法的性質，筆者將在下文予以介紹。

(二) 域外法查明的意義

域外法查明的意義在學界有兩種觀點：一種認為域外法查明隨着通訊手段的日益發展和國際統一實體法的趨勢而逐步喪失其重要性，另一種則認為域外法查明隨着各國政治、經濟、文化來往的日益密切而逐漸凸顯其重要性。筆者認為域外法查明在近段時間仍具有重要意義，原因有以下三點：第一，域外法查明是適用域外法的必由之路，是涉外民事審判中的重要環節；第二，隨着各國交往的更加頻繁，矛盾、衝突、分歧在所難免，由此產生的涉外民事訴訟必然增加，域外法查明將會顯得更為重要；第三，縱然現在有國際統一實體法的趨勢，採用直接調整方法(實體法的方法)來消除法律衝突，避免法律選擇，但這種方法是具有局限性，統一實體法規範難以完全替代衝突規範；通訊手段日益發達，但語言不通、法律傳統等問題依然橫亘在涉外民事審判中，難以解決。因

此更應該要意識到域外法查明的重要性，加強對其理論的研究，完善對其制度的立法。

(三) 域外法的性質

上文闡述到之所以普通法系國家和中國對於域外法查明的稱呼不同，是因為對域外法的性質的認識不同，即把域外法視作為“事實”(matter)還是“法律”(law)。域外法的性質決定了域外法查明的責任分配、域外法查明的具體途徑等。目前中國立法並沒有予以正面地回應該問題，這就導致了目前中國對於域外法查明的責任並不明確。⁷

關於國外學界關於域外法的性質，主要有三種學說：“事實說”、“法律說”和“折中說”。

事實說認為域外法只是一種事實而非法律。普通法系的大多數國家如英美及部分拉美國家採用該觀點。該學說主要是受“法則區別說”和“國際禮讓說”之影響。16世紀法國學者達讓特萊(D'Argentre)提出包含法律屬地性的“法則區別說”。17世紀荷蘭學者胡伯(Huber)吸收了法國“法則區別說”的精髓，提出了其著名的三原則，從而將“國際禮讓說”推到了學術巔峰。該學說認為如何確定準據法來源於主權者的意志，而適用域外法是主權者出於“禮讓”把域外法當作事實，因而他們認為域外法是事實而非法律。⁸英國衝突法學者莫里斯(Morris)認為域外法是一個特殊類型的事實。在英國的司法實踐中，事實說的來源可追溯到1774年曼斯費爾德(Mansfield)法官在Mostyn v. Fabrigas案⁹和1804年馬歇爾(Marshall)法官在Church v. Hubbart案¹⁰所作的判決。由於將域外法視作為事實，域外法查明的責任就應當由當事人承擔，即由當事人舉證證明，又可稱為“聽訊原則”。

法律說認為域外法具有法律的性質，而非事實。大陸法系的大多數國家如德國、瑞士、荷蘭等主張該學說。此學說深受德國著名法學家薩維尼(Savigny)的“法律關係本座說”的影響，域外法之所以在內國適用，原因在於法律關係本座的存在，且法律都是平等的，必須平等地適用，對於域外法的尊重即對外國主權的尊重。由於將域外法視作為法律，域外法查明的責任就由法官承擔，法官要依職權主動查明域外法。

由於絕對的事實說和法律說在理論和實踐上都

存在缺陷，於是折中說在此情況下應運而生，並逐步為各國實踐所接受。折中說分兩種：一種是以“事實說”為基礎，以“法律說”為補充的特殊事實說；另一種則相反，是以“法律說”為基礎，以“事實說”為補充的特殊法律說。

當然除了以上三種主要學說外，還有“既得權說”¹¹“法理說”¹²“內域外法一部說”¹³等。

國內關於域外法性質也持有不同的態度，基本上都與國外學者的看法相似，主要存在四種觀點：①事實說，當事人承擔證明責任，這樣可以減輕法官的負擔，此觀點在司法實踐中很受歡迎；②法律說，中國著名國際私法學家黃進主張此觀點，他認為如果將域外法視作為事實，將會存在很多弊端；③折中說，即特殊法律說和特殊事實說；④有些學者認為域外法性質的定性在中國沒有實際意義，人民法院在審理涉外民事案件時，不論是事實還是法律，都必須查明清楚。

三、域外法查明的具體規則

本部分主要介紹的是具體如何確定域外法的存在和內容：責任分配、查明方法以及查明不能。

(一) 域外法查明的責任分配

域外法查明的責任分配是規定涉外民商事案件中當事人和法官中應該由誰來承擔提供域外法查明的責任的問題，它對有效地查明域外法，保證域外法的正確適用起着至關重要的作用。

1. 域外法查明的責任分配的觀點

域外法的性質決定了域外法查明的責任分配，由此產生了以下三種學說：①將域外法視作為事實，則域外法查明的責任由當事人承擔，即當事人承擔說；②將域外法視作為法律，則域外法查明的責任由法官承擔，即法官承擔說；③域外法視作為事實與法律的結合(特殊的法律或特殊的事實)，則域外法查明的責任由當事人和法官共同承擔，即折中說。

當事人承擔說是指在將域外法視作為事實的國家中，當事人承擔提供和證明域外法的責任，法官不承擔查明域外法的責任。普通法系的國家例如英美以

及部分拉美國家採用該學說。在具體的執行過程中，在當事人認為有必要適用域外法時，必須向法院申請舉證，當事人可以提出有關域外法內容的權威文件，也可以請專家證明，原則上一般是由專家證言來證明域外法。¹⁴由於域外法被視作為事實，則可以按照傳統的民事訴訟法理論，適用“自認”規則，如果雙方當事人就所適用的域外法有一致的理解，或者同意域外法的內容與域內法的內容相同，雙方可向法院提出一項協議聲明，法官據此應當接受，不得有不同意見，當事人則不用提供證據予以證明。¹⁵即使雙方當事人對域外法的共同理解是錯誤的，或者對其的理解有別於法院以前的判例，法官也應予以肯定，並以此作為判案依據。如果雙方當事人對域外法內容的理解不能達成一致，法官必須根據雙方當事人提供的證據來決定採用何種理解。當事人承擔查明的責任有一定的缺陷，例如有當事人雙方串通規避法律等情況，導致處理不公。

法官承擔說是指在將域外法視作為法律的國家或地區中，法官承擔查明域外法的責任，依職權主動查明域外法，當事人不承擔查明域外法的責任。大陸法系一些國家例如德國、奧地利、意大利和荷蘭等國家採用此學說。該學說認為域外法與內國法具有同等效力，根據“法官知法”原則，域外法也屬於法官應該知曉的範圍，但是法官認為查明域外法有困難時，可以要求當事人予以協助或是其他輔助方法。法官承擔查明的責任也有一定的缺陷，因為在實踐中是比較困難的，因為法官不可能知曉世界上各國各地區的法律、國際條約和國際習慣，無疑增加了法官的任務，影響法官的工作效率，導致司法資源的分配不公。

折中說即法官和當事人相互配合查明域外法。因為在各國司法實踐中，逐漸認識到單靠法官與當事人中任何一方來承擔域外法查明的責任是不實際的，操作起來有困難，於是這種折中的做法應運而生，並現為大多數國家和地區所接受和採用。例如《瑞士聯邦國際私法法規》第16條規定：“法官負責查明外國法的內容，法官可以要求當事人予以合作。涉及財產事項的，由當事人負責查明。”¹⁶

2. 各國相關立法和司法實踐

從各國相關立法和司法實踐來看，大致上也踐行

了上述的三種觀點。當事人承擔說基本為英國以及美國部分州採納，並無成文之法條可查；法官承擔說為意大利和奧地利等國家採納，相應立法有所反映，如《意大利國際私法制度改革法》(1995年)第14條第1款規定：“法院應依職權查明外國準據法。”而世界上的多數國家和地區都採用的是折中說，即法官和當事人間相互配合查明域外法，這樣保證了案件審理的順利進行，節約了司法資源，保證了司法公正與高效。折中說的具體做法有兩種：一種是以法官查明為主，以當事人查明為輔，法官可以要求當事人提供幫助；另一種是以當事人查明為主，以法官查明為輔。例如《土耳其國際私法和國際訴訟程序法》第2條第1款規定：“法官可以根據土耳其衝突規範的規定適用有關的外國法律。當需要查明外國法內容時，法官可以要求當事人提供幫助。”¹⁷

關於中國的相關立法，《涉外民事關係法律適用法》第10條及其司法解釋第17條也作了相關規定。此外還有最高人民法院發佈的《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》以及最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》也涉及到了查明責任的問題，從目前的相關立法來看，中國立法沒有直接明確地規定域外法查明的責任分配，但筆者認為，經過對中國相關法律條文及司法解釋的體系解釋和文本分析，可以得出一個明確的結論：人民法院是查明的主體，當事人是人民法院查明的途徑之一。

在中國國際私法的學術界和實務界針對域外法查明的責任的看法也不盡相同，中國立法畢竟沒有明確的規定，理論研究也呈現多樣化，以至於中國涉外民事案件審判中對域外法查明責任分配的認識極不統一，甚至理解上存在偏差，隨意性大，造成司法實踐的混亂，嚴重影響了司法公正。但是對於當事人合意選擇域外法的查明，法院具有共同之處，即非常依賴當事人提供域外法，甚至指明當事人有義務提供合意選擇的域外法。¹⁸

(二) 域外法查明方法

在中國學界一直將域外法查明的責任分配與域外法查明方法糅合在一起，把兩者概念相互混淆，將

查明責任的分配問題放置在域外法查明方法之下進行研究，但實際上，這兩者是相互獨立，各成一體，但在順序上是前後相連的。

從當今世界各國的做法來看，域外法查明方法的模式大致可分為兩大類型：一是以英國為代表的限定主義模式，查明方法十分有限，只有所規定的一種或幾種；二是英國以外的國家大多採取的是非限定主義模式，查明方法不受限制，凡是利於域外法查明的方法均可採用。非限定主義模式是當今大多數國家所普遍採用的模式，這有利於域外法查明的高效順利地進行，符合國際私法的統一化發展趨勢。¹⁹

1. 國外的立法與實踐

從各國立法和實踐來看，有些國家法律並未明文規定域外法查明的方法，很多國家都對域外法查明的方法予以了規定。從闡明方法的類型而言，大致可分為以下三類：

(1) 僅採用一種方法的方式

英國和美國部分州將專家意見作為其惟一證明域外法的方法。在英國，域外法被視作為一種專門性和技術性的事實，必須由專家證人(*expert witness*)予以證明。域外法不能簡單地根據向法庭提交的域外法的文本進行證明，也不能簡單地通過引用外國的決定或者權威人士的著述加以證明。提交到法庭的這些資料只能作為專家證據的一部分，因為沒有專家的協助，法庭無法對域外法進行評價和解釋。²⁰

(2) 採用兩種方法相互配合補充的方式

有些國家將司法協助和公證文書結合來查明域外法內容²¹；有些國家將司法協助和專家意見組合來查明域外法內容。²²

(3) 採用多種方法的方式

這是為世界各國所普遍認可並採用的方式。如《奧地利國際私法》第4條第1款規定：“外國法應由法官依職權查明。可以允許的輔助方法中有：有關的人的參加，聯邦司法部提供的資料以及專家的意見。”²³

2. 國內的立法與實踐

中國學界普遍認為中國適合非限定主義的模式，這在中國立法和實踐中也有所反映：《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干

問題的意見(試行)》(以下簡稱《民通意見》)193條規定：“對於應當適用的外國法律，可通過下列途徑查明：①由當事人提供；②由與中國訂立司法協助協議的締約對方的中央機關提供；③由中國駐該國使領館提供；④由該國駐中國使館提供；⑤由中外法律專家提供。通過以上途徑仍不能查明的，適用中華人民共和國法律。”最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第51條規定：“涉外商事糾紛案件應當適用的法律為外國法律時，由當事人提供或者證明該外國法律的相關內容。當事人可以通過法律專家、法律服務機構、行業自律性組織、國際組織、互聯網等途徑提供相關外國法律的成文法或者判例，亦可同時提供相關的法律著述、法律介紹資料、專家意見書等。當事人對提供外國法律確有困難的，可以申請人民法院依職權查明相關外國法律。”

3. 域外法查明的具體途徑

結合國內外的立法與實踐，現將域外法查明的具體途徑總結如下。

(1) 專家意見

專家意見是指對域外法比較熟悉的人提供相關域外法的文本資料及其對具體內容的見解。這裏的專家可以是本國從事域外法、比較法研究的專家學者，本國從事涉外業務的執業律師，外國從事法律研究的專家學者，外國的執業律師等等。專家意見的形式可以是書面形式，以報告的形式提交法庭；也可以是口頭形式，上庭接受詢問；也可以是書面形式和口頭形式的結合。在中國，專家意見書的內容必須在法庭上進行質證，必要時，專家應親自出庭接受法官、當事人的詢問。如果該專家意見是法官依職權調查獲取的，則法官應在庭審時出示，並聽取當事人的意見。

(2) 司法協助

司法協助是指通過域外的有關機構(如：域外法院、駐外使領館等)提供域外法的有關資料。這種方式所獲取的資料一般具有權威性，但受到國際條約的影響。目前，中國已與法國、比利時、意大利、西班牙等23個國家簽訂了民商事司法協助協議。²⁴

(3) 網絡資料

隨着通訊手段和資訊技術的進步，網絡為域外法查明提供了極為便利的條件。目前，中國也有很多包

含有關域外法律條文的數據庫網站，有私人性質的也有官方的。在中國的一個具有代表性的案例就是2005年上海市第一中院審理的一起涉外合同糾紛案，法院當庭通過互聯網查閱了有關域外法律及相關判例。²⁵但這種方法也有弊端，從網絡獲取的有關資料缺乏權威性，關於這種方法的實踐還需要進一步的探索。

(4) 其他資料

有些國家採用的是非限定主義，對於域外法查明方法沒有限定，凡是有利於域外法查明的皆可所用。比如說：法律文本、判例、學者著述、國內外期刊、雜誌、教科書等。

4. 對域外法的確認和解釋

域外法在通過一定途徑所獲取後，還需要法院通過一定的程序對域外法的內容進行確認，確認後的法律內容還需要一定的解釋才能適用。

結合各國立法和實踐來說，無論域外法通過何途徑所獲取，都需要經過法庭的質證程序。對當事人提供的域外法一般要經過對方當事人的質證才予以確認；對法院依職權取得的域外法，應當在聽取雙方當事人的意見之後才能確認。

在確認了域外法的內容後，還需對域外法的內容進行解釋，由於法律具有滯後性、保守性，對於法律的解釋顯得十分重要，這涉及到了法律的正確適用和審判的公正，正如德國法學家拉倫茨在《法學方法論》中說到：“把注意力集中在法實務的法學，其首要任務在於從事法律解釋，但其任務不僅止於此。”²⁶各國法律制度和法律傳統不同給法律解釋帶來了很多困難，現在比較可行的對域外法的解釋方法應當依據其所屬國家或法域的法律及其解釋規則進行。

中國立法對域外法的確認作出了相應的規定，《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋(一)》(以下簡稱《涉外民事關係法律適用法》司法解釋)第18條規定：“人民法院應當聽取各方當事人對應當適用的外國法律的內容及其理解與適用的意見，當事人對該外國法律的內容及其理解與適用均無異議的，人民法院可以予以確認；當事人有異議的，由人民法院審查認定。”最高人民法院《關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定》第10條規定：“當事

人對查明的外國法律內容經質證後無異議的，人民法院應予確認。當事人有異議的，由人民法院審查認定。”此外還有最高人民法院《第二次全國涉外商事海事審判工作會議紀要》第 52 條規定和最高人民法院《涉外商事海事審判實務問題解答(一)》第 42 問都有相似的規定。從中國立法相關規定可得知，無論是從何途徑獲取的域外法都需要在法庭上經過雙方當事人的質證，這樣方能確認域外法。

中國就對域外法的解釋，立法並未有明確的規定。筆者認為，在今後關於域外法查明制度的立法中應予以完善，比較好的做法是：依照其所屬國家的法律及其解釋規則；有學者認為如果該法律所屬國家沒有相應解釋規則的，應當依據與該國法律規定相近的法律解釋規則進行解釋。²⁷

(三) 域外法查明不能

域外法查明不能，又可稱之為域外法查明失敗，包括兩種情況：一是當事人和法官已經盡到查明的責任，履行了查明的義務，嘗試了一切方法，經過了一定程序，仍然無法查明域外法的存在；二是怠於查明域外法，承擔域外法查明責任的人有義務而沒有查明。現今通訊手段發達，交通極為便利，國家間交往日益密切，理論上來說，只要不計成本與效益，域外法是可以查明的，但查明域外法需要專業知識和相關技術，並且時間和成本也有限，不是每個案件中域外法都能查明得到，再加上有些法官和當事人基於成本或其他的考慮，根本無心查明域外法，都會導致域外法查明的失敗。

1. 域外法查明不能的認定

關於認定域外法查明不能的主體，從各國立法、實踐和理論來看，普遍的做法是由法院(法官)來認定。例如，在英國，域外法被視作為事實，由當事人承擔查明的責任，由法院來對域外法進行確認，所以域外法查明不能的也應由法院來進行認定。目前，無論是普通法系還是大陸法系的國家都賦予了其法官對於域外法查明不能的認定的自由裁量權，所以防止法官對於域外法無法查明的濫用是極為必要的，在中國的司法實踐中，法官對域外法無法查明的濫用屢見不鮮，我們可以借鑒德國的做法：要求法官必須在裁

判文書中詳細說明他是如何查明域外法的。如果法官認為域外法無法查明，那麼他應當把對無法查明的認識過程、所依據的客觀事實、判斷無法查明的推理過程全部地體現在裁判文書中。²⁸ 這樣一來，既保證了程序的公正，也保證了實體的公正，保留了客觀依據，做到了有理有據，有據可查。

如何認定域外法查明不能，存在着認定的標準，大致分為三種：一是時間期限的標準，不論是法官還是當事人承擔查明的責任，經過了一定的合理期限後，還是不能查明域外法的可以認定域外法查明不能；二是查明責任分配的標準，在中國立法對於查明責任的分配有所規定，查明不能的認定標準也隨着查明責任的分配的規定而變得明確；三是查明途徑窮盡與否的標準，在立法上各國普遍採取這個標準，中國也不例外，例如中國《涉外民事關係法律適用法》的司法解釋第 17 條第 1 款規定：“人民法院通過由當事人提供、已對中華人民共和國生效的國際條約規定的途徑、中外法律專家提供等合理途徑仍不能獲得外國法律的，可以認定為不能查明外國法律。”

2. 域外法查明不能的處理

在窮盡一切途徑均不能查明域外法內容時，各國立法與實踐一般採取以下方式處理：①適用域內法。適用域內法有兩種，一是類推適用域內法，是英國、美國、荷蘭等國所採用的做法，如在英國，如果當事人不能提供有關域外法具體內容的證據，或者法院認定其提供的證據不充分時，則推定此域外法和域內法的內容相同，從而採用域內法來裁判案件²⁹；二是替代適用域內法，這是現代大多數國家所普遍採用的做法，如中國《涉外民事關係法律適用法》第 10 條第 2 款規定：“不能查明外國法律或者該國法律沒有規定的，適用中華人民共和國法律。”②駁回當事人的訴訟請求或抗辯。例如《德國民事訴訟法典》第 293 條中規定，如果負責提供外國法的當事人不能提供時，法院可以以證據不足為由駁回其訴訟請求或抗辯，這種做法無疑是剝奪了當事人的司法救濟權，是非常不合理的。③適用本應適用的域外法相似的法律。極少數國家採用此方法，德國和日本曾有案例採取過這種方法。但這種做法也存在着很大的弊端，缺乏公信力和權威性，法官擁有過大的自由裁量權。④適用最密

切聯繫的法律。例如 1995 年《朝鮮人民共和國涉外民事關係法》第 12 條規定：“在外國的某一法律被確定為準據法而該法律內容無法查明的情況下，可以適用與當事人有密切聯繫的國家的法律。”³⁰

四、港澳台地區法律的查明

在香港和澳門回歸後，根據“一國兩制”的方針、《香港基本法》和《澳門基本法》的規定，港澳兩地原有法律制度保持不變。由於兩地都有獨特的且分屬普通法系和大陸法系的法律制度，再加上台灣地區一直沿用傳統大陸法系的法律制度，因此這三地與內地形成了不同的法域，至此中國成為了一個“一國兩制四法域”的多法域國家。³¹ 隨着中國內地居民與港澳台三地居民來往日益密切，特別是經濟貿易方面，民商事糾紛在所難免，內地法院一旦根據衝突法之指引需要適用港澳台地區的法律時，參照適用中國《涉外民事關係法律適用法》及其司法解釋的有關規定³²，這樣就會涉及到查明港澳台地區法律的問題，但內地法官不可能全面了解港澳台地區法律的具體規定，中國立法實踐與理論研究對涉及港澳台地區法律的查明着墨不多，所以對於港澳台地區法律的查明問題需要進一步研究與探索。

（一）內地的立法與實踐

在中國的司法實踐中，法官對於涉港澳台地區的法律衝突問題也是參照中國涉外法律的有關規定，例如：胡建湘等與桂平市金雅礦業有限責任公司等借款合同糾紛上訴案³³。

到目前為止，中國尚未對查明港澳台地區的法律進行專門立法，也無相關的司法解釋，只是在相關法律中指明參照中國涉外民事關係有關法律及規定。港澳台地區法律的查明與域外法的查明截然不同，因為在中國相關法律規定的有些查明途徑根本不適合港澳台地區法律的查明。由於內地與港澳台地區現在法律的學術交流越來越密切，特別的是台灣地區和澳門地區與內地的法律制度還同屬大陸法系，並且地理位置相近，通訊手段發達，查明港澳台地區的法律比原

來方便了許多。

目前，這一問題得到了越來越多的關注和重視，就在 2015 年 9 月 20 日，“最高人民法院港澳台和外國法律查明研究基地”和“查明基地”於深圳前海正式揭牌成立。深圳前海法院已出台《域外法查明辦法》，該辦法對查明途徑和程序、當事人權利義務等方面做了詳細規定，對前海法院涉外、涉港澳台商事案件審理產生了積極影響。另外，深圳前海法院還起草了《關於認定民商事關係涉港因素的裁判指引》，將於近期發佈實施。³⁴ 這無疑是對域外法查明特別是港澳台地區法律的查明的進一步探索。

1. 查明責任

（1）當事人承擔查明責任

這是現在內地司法實踐中最常見的情況，大多數法院都要求當事人承擔查明港澳台地區法律的責任。廣東省高院在其 2004 年交通銀行香港分行與豐懋國際有限公司等借款擔保合同糾紛上訴案³⁵中，認為原審法院就是因為當事人沒有提供合意選擇的香港法律從而認為無法查明，進而適用中國法律的，一審判決還是得到了廣東高院的支持。從法院判決中看出法院認為當事人應當承擔起查明的責任。

（2）法官承擔查明責任

並非所有案件都由當事人承擔查明責任，有時法院(法官)也會承擔起查明的責任。例如，在華盛昌財務有限公司與立豐實業有限公司信用證糾紛案³⁶中，重慶市第一中級人民法院根據最密切聯繫原則，本案應適用香港法律，原審法院主動查明了香港法律。

2. 查明方法

在司法實踐中，查明港澳台地區法律的方法大致有以下四種。

（1）法律文本及文本的中文翻譯

如上所述，現在內地獲取港澳台地區的法律相當方便，香港地區和澳門地區的法律文本分別採用英文和葡文，現在其官方都頒佈了其中文翻譯版本，台灣地區的法律文本一直採用的中文(繁體)，都不存在翻譯的問題。值得注意的是，由於香港地區的法律制度是屬於普通法系，除了一定的成文法外，更多的是判例法，且以英文版本居多，因此仍存在着翻譯的問題。

(2) 司法協助

在兩大基本法中規定了司法協助，內地與港澳台地區的司法協助也在不斷完善，在 2007 年中國內地最高人民法院與澳門特別行政區簽署了《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》，其中第 14 條就規定：“為執行本安排，最高人民法院和澳門特別行政區終審法院應當相互提供相關法律資料。”

(3) 專家的法律意見書

很多案件中的當事人或法官往往會尋求知名港澳台地區的執業律師、研究港澳台地區法律的學者出具法律意見書。廣東省高院受理的一宗適用香港地區法律的借款合同糾紛案中，一方當事人提供了由香港執業律師出具的“法律意見書”以證明香港法律的內容，廣東省高院認為，原審法院依據最密切聯繫原則確定本案主合同適用香港法律，並根據香港執業律師所出具的“法律意見書”確認雙方當事人的借款合同關係成立，對雙方當事人均有法律約束力，是有充分的事實和法律依據，應予支持。³⁷

(4) 學術著作

有時當事人為了發表其對適用的港澳台地區法律內容及其理解與適用的意見時，可能會引用一些權威法律專家學者的著作以佐證其觀點。例如，在上文所提到的華盛昌財務有限公司與立豐實業有限公司信用證糾紛案中，當事人還引用了《中港合同法律實務》、《中港公司法律實務》兩本學術著作中的內容。但在實踐中，法官對此態度不大一致。

3. 查明不能

在司法實踐中，由於法院(法官)嚴重依賴當事人提供港澳台地區的法律，只要當事人未能提供，法院即認定查明不能，這樣的情況屢見不鮮。在認定為查明不能後，一般法院都會適用內地的法律來處理。如重慶力帆實業(集團)進出口有限公司等與廣東永邦經貿國際貨運代理有限公司等海上貨物運輸合同糾紛案³⁸中，法院在當事人未提供證據證明香港地區有關法律內容的情況下，都是適用內地法律來裁判案件。

(二) 查明制度的缺陷

目前，中國立法還未對港澳台地區法律的查明制

度進行明文規定，在司法實踐中對其的處理方法也不盡相同，這對司法的公平公正造成了一定的影響。

涉港澳台地區民商事案件中，最後適用港澳台地區的法律佔全部案件中的比例非常之小，很多法院認為查明實際操作起來很困難，大多盡可能地避開港澳台地區的法律而直接選擇適用內地法。

在查明責任方面，如上文說到，在很多案件中，法官一般對查明港澳台地區的法律持消極態度，高度依賴當事人提供港澳台地區的法律，更多地將查明的責任交給當事人。更需要注意的是，由於內地許多法官不大了解港澳台地區的法律，缺少相關的認識，特別是對香港地區判例法的了解知之甚少，筆者認為中國需要這樣一批精通港澳台地區法律的法官。

在查明方法方面，中國相關法律規定的途徑都不是很適合查明港澳台地區的法律，而能查明港澳台地區法律的方法又太過單一，其中內地與三地的司法協助中，僅有內地與澳門兩地有相互提供法律資料的規定³⁹，內地與香港、內地與台灣還未簽訂法律資料查明互助的協定。如上文所述，縱然內地與港澳台三地同屬一個主權國家，但中國法官對港澳台地區法律的內容知之甚少，要想採取司法認知的查明方式還需要培養一批精通港澳台地區法律的法官。

在查明不能方面，司法實踐中很多法官由於認為查明港澳台地區的法律很困難而怠於查明，這種行使自由裁量權認定查明失敗存在濫用查明不能的情況。

(三) 查明制度的完善

正如上文所述，中國關於港澳台地區法律的查明制度立法未明確規定，司法實踐中處理的方式也五花八門，這亟待進一步地從理論研究和實踐探索。筆者認為可以試着從以下幾方面來對其進行完善。

1. 完善相關立法

之所以在司法實踐中出現混亂局面，大部分原因就是沒有完善、明確的立法來對其進行規範，對查明港澳台地區法律的責任、程序、途徑、救濟等問題應該有一個明確的規定，這樣更利於法官進行操作，做到有法可依。

2. 關於查明主體

由內地法官承擔查明港澳台地區法律的責任比

較得當，這樣可以有效防止法官以當事人不能提供港澳地區的法律為由而適用內地法律。正如著名法學家黃進所說：“事實上，由於區際衝突法解決的是一國內部不同法域之間的法律衝突，一個法域的法官通常有義務或可能知曉域內其他法域的法律；即使無義務，也不能將其他法域的法律當作外國法而要求當事人對它加以證明。”⁴⁰ 當然對法官承擔查明責任不能做絕對的解釋，法官在查明時發現有困難時，當然也可以要求當事人的協助或其他途徑來進行查明。

由於法官承擔查明責任對於港澳台地區法律的查明比較適宜，這樣內地則需要一批具有較強專業性、技術性，精通港澳台地區的法律並且了解當地的法律傳統、法律淵源的高素質法官，這樣才能更好地確定港澳台地區相關法律的存在和具體內容，更重要的是懂得如何運用港澳台地區的法律解釋規則來解釋相關法律，保證港澳台地區的法律得以正確的適用。現在，內地已經意識到這一點，筆者了解到國家法官學院與港澳台各高校法學院均有合作協定，雙方經常互派法官學員至對方學校學習當地法律；還有中國政法大學經常邀請港澳台高校法學院或港澳台地區的優秀執業律師到其學校為學生授課，教授其港澳台地區的有關法律知識。但是臨時的學習不能成為港澳台地區法律的查明與適用的保障，這種學習必須是系統全面的學習。類似這樣的活動應該多開展，聯合培養一批複合型高素質的法律人才。

3. 關於查明方法

中國關於域外法查明的途徑除了專家意見外大多都不是很適合港澳台地區法律的查明。查明港澳台地區法律的途徑應當更加多樣更加靈活。當事人作為與法律適用最密切相關的人，當然有權利向法官提供相關港澳台地區的法律。

筆者認為內地法官有義務知曉本國其他法域(港澳台地區)的法律。適用於一國之內不同法域間的區際法查明的查明方式被稱為司法認知，法官將一國內其他法域的法律視為已知事實，無需舉出任何證據，即有權將其作為普通的常識來確認。筆者認為可以借鑒英國的做法，即英國法院對大不列顛及北愛爾蘭共和國內各法域的法律和眾所周知的事實進行司法認知。內地借鑒這種查明方式，但必須謹慎適用，因為

由於中國各個法域的法律比較複雜，尤其是香港法律制度屬於普通法系，存在着判例法，這對內地法官認知起來難度極大。正如在查明責任中說到，中國需要一批複合型高素質的法律人才。還有值得注意的是，司法認知給予了法官較大的自由裁量權，所以應當對雙方當事人賦予其對法官認知的質疑的權利。

由於中國內地與港澳台三地的司法協助中，只有內地與澳門簽訂了相互提供法律資料的協定，筆者認為應當盡快簽訂內地與香港、台灣相關的法律資料查明互助協定，建立起高效便捷的內地與港澳台地區的法律資料相互交換機制，或者建立起全面的法律資料交換資料庫。

4. 關於查明不能

由於內地與港澳台地區同屬一個主權國家，且交通便利，通訊發達，交往頻繁，從理論上來說，只要有心去查，則查明失敗的幾率不大，但萬一出現了查明不能的情況，法院依照內地法判案即可，但也要謹防法官濫用查明不能打情況，筆者認為可借鑒德國的做法，要求法官將無法查明的認識過程、所依據的客觀事實、判斷無法查明的推理過程寫在裁判文書中。

5. 關於香港地區判例法的查明

由於香港地區的判例法為內地法官所不知悉，且法律觀念、法律傳統、思維模式都有很大的差別，這對內地法官查明判例法以及對其進行正確的解釋、適用造成了不小的難度，所以內地需要一批接受過大陸法系和普通法系法律教育的複合型人才。

在查明香港判例法的方法上，可以從以下途徑查明：流覽香港法院官方網站予以公佈的判例；由香港法律專家學者、知名執業律師、法官提供判例的中文版本以及對其的理解；通過司法協助獲取等。

特別是在判例法的適用上，法官必須掌握普通法系國家法官適用判例法的技術和方法，包括模擬法、歸納法、推理解、演繹法以及辨別法等。更重要的是，法官對判例法的解釋是審理適用香港判例法的涉港民商事案件的關鍵所在。在適用判例時，還需要對判例所確定的法律規則的內容、性質和含義進行說明，以便正確適用該規則解決糾紛。內地與香港的法律體系、法律制度、法律傳統、法律用語都各有特色，要想真正置身於其語境之中，運用判例法的思維模式，

依照其解釋規則來解釋判例，對於內地法官來說實屬不易，當然，法官可向有關專家或專門的研究機構諮詢來說明理解判例的內容，但最終的確定權還是在於法官，這就更加說明了中國內地需要一批受過大陸法系和普通法系法律教育的複合型人才來擔任法官。⁴¹

五、結語

隨着時間的推移，內地與香港、澳門和台灣的來往會更加密切，聯繫會更加緊密，涉港、涉澳、涉

台的民事案件也會相應增多，若根據衝突法規則之指引適用港澳台地區的法律，那麼港澳台地區的法律查明就會成為一個問題。在現行立法與實踐中，對於這一問題並不重視，立法沒有明確規定，實踐中對此的處理方法也很混亂，這都亟待去解決，所以在理論上的進一步研究，在實踐上的進一步探索是極為必要的，希望中國加強完善相關立法，學者對此問題進行更深入的研究，培養一批複合型法律人才，增加內地與港澳台地區的學術交流，只有這樣才能保證港澳台地區法律的正確適用，從而達到司法的公平公正。

註釋：

- ¹ 紀游泳：《域外法查明制度研究》，大連海事大學碩士學位論文，2007年。
- ² 1998年最高人民法院《全國沿海地區涉外涉港涉澳經濟審判工作座談會紀要》第三部分，2008年最高人民法院《全國法院涉港涉澳商事審判工作座談會紀要》第1條。
- ³ 劉鐵錚、陳榮傳：《國際私法論》，台北，三民書局，1998年，第202頁。
- ⁴ [瑞士]沃爾夫岡·魏甘德：《習慣法的程序意義：是事實還是法？——歷史傳統及其在19世紀的變化》，樊文譯，載於中國法學網：<http://www.iolaw.org.cn/showArticle.asp?id=3847>，2015年4月19日。
- ⁵ 以屈廣清、劉來平為代表的學者認為域外法查明是過程或者一系列活動。
- ⁶ 以黃進、韓德培為代表的學者認為域外法查明是問題。
- ⁷ 見《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》第10條。
- ⁸ 孫奎：《外國法查明制度研究》，中國政法大學碩士學位論文，2007年3月。
- ⁹ Mostyn v. Fabrigas, 1cowp. 161, 174, 98 Eng.Rep.1021 (KB.1774).
- ¹⁰ Church v. Hubbart, 6 US 187-Supreme Court 1804.
- ¹¹ 英國牛津大學法學教授戴西，1896年發表傳世之作《法律衝突論》，提出了著名的“既得權說”，該說20世紀初傳入美國，使英國一度成為英美國際私法的發展中心。
- ¹² 同註3，第210頁。
- ¹³ 林益山：《國際私法新論》，台北：三民書局，1998年，第176頁。
- ¹⁴ 劉興善：《法院於外國法適用案件所扮演角色之探討》，載於《劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集：國際私法理論與實踐（一）》，台北：三民書局，1998年，第307頁。
- ¹⁵ 柯澤東：《國際私法》，北京：中國政法大學出版社，2003年，第169-170頁。
- ¹⁶ 杜濤：《涉外民事關係法律適用法釋評》，北京：中國法制出版社，2011年，第111頁。
- ¹⁷ 相關法條見李雙元、歐福永、熊之才編：《國際私法教學參考資料選編》，北京：北京大學出版社，2002年。
- ¹⁸ 徐錦堂：《論域外法查明的“意志責任說”：從我國涉外民事審判實踐出發》，載於《法學評論》，2010年第1期。
- ¹⁹ 劉來平：《外國法的查明比較研究》，華東政法大學博士學位論文，2006年。

- ²⁰ [英]莫里斯：《戴西和莫里斯論衝突法》，李雙元等譯，中國大百科全書出版社，1998年，第230頁。
- ²¹ 如《南斯拉夫國際衝突法》第13條規定：“法院或其他主管機關按職權確定應適用的外國法律的內容；所指定的機關可以就域外法請示聯邦主管司法業務的行政機關；訴訟當事人也可以提交有關外國法內容的公證。”
- ²² 如《列支敦士登關於國際私法的立法》第4條第1款規定：“外國法由法院查明。當事人的協助，政府提供的情況以及專家意見也可作為輔助手段。”
- ²³ 見《奧地利聯邦國際私法法規》，載於北大法寶網：http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=1510083297&EncodingName=big5&Search_Mode=，2015年9月15日。
- ²⁴ 見最高人民法院《涉外商事海事審判實務問題解答(一)》第26問。
- ²⁵ 《為解決涉外商事審判外國法查證難題——上海一中院首創當庭上網查明外國法》，載於中國法院網：<http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=192136>，2015年9月18日。
- ²⁶ [德]卡爾·拉倫茨：《法學方法論》，陳愛娥譯，北京：商務印書館，2003年。
- ²⁷ 孫奎：《外國法查明制度研究》，中國政法大學碩士學位論文，2007年。
- ²⁸ 蔡瑩瑩：《論外國法的查明》，西南政法大學碩士學位論文，2012年。
- ²⁹ 李雙元、金彭年等：《中國國際私法通論》(第二版)，北京：法律出版社，2003年，第193頁。
- ³⁰ 吳科：《“外國法無法查明”法律問題研究》，大連海事大學碩士學位論文，2012年。
- ³¹ 同註19。
- ³² 見《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋(一)》第19條。
- ³³ 見(2004)桂民四終字第13號。
- ³⁴ 《最高人民法院港澳台和外國法律查明基地落地深圳前海》，載於中國新聞網：<http://www.chinanews.com/gn/2015/09-20/7533945.shtml>，2015年9月21日。
- ³⁵ 見(2004)粵高法民四終字第137號。
- ³⁶ 見(2002)渝高法經二終字第96號。
- ³⁷ 《鴻潤(集團)有限公司借款合同糾紛案》，載於中國涉外商事海事審判網：<http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=1828>，2015年4月30日。
- ³⁸ 見(2004)廣海法初字第10號。
- ³⁹ 見最高人民法院《關於內地與澳門特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》第14條。
- ⁴⁰ 黃進主編：《中國的區際法律問題研究》，北京：法律出版社，2001年，第41-42頁。
- ⁴¹ 孫穎妍：《外國判例在我國國際私法領域適用問題研究》，廣西師範大學碩士學位論文，2010年。