

外国法：“事实”与“法律”之辨

宋 晓

内容提要:法律说或事实说只能为各自对应的外国法查明模式提供部分合理性证明,但对于与外国法相关的其他重要问题,即冲突规则是否应依职权适用、外国法无法查明时的法律后果以及外国法错误适用的救济,两者均无法为各国的普遍实践提供令人信服的合理性证明。两种抽象属性在很大程度上是拟制的,未能为外国法的相关重要问题提供统一的解决方法。应当不拘泥于外国法的抽象性质,而致力于确立有关外国法各具体问题的恰当法律规范。

关键词:外国法 事实说 法律说

宋晓,南京大学法学院副教授,法学博士。

一 引言

在涉外民商事诉讼中,当一国冲突规则指明适用外国法时,外国法究竟具有何种法律属性?大体来说,两大法系对此问题给出了截然不同的回答:大陆法系认为外国法是法律,以德国为典型;普通法系认为外国法是事实,其深植于英国以及渊源于英国的法律体系中。^[1]两大法系的态度根本对立,使得外国法究竟是事实还是法律这一理论问题长久地困扰着学界。

迄今为止,无论是事实说还是法律说,都尚未为自己找到圆满的理论解释。法律实证主义者曾经认为,法律是主权者颁布的一般命令,其效力只及于主权者境内,只有境内主权者的法律才是法律,他国主权者的法律在本国境内不是法律,只能作为事实对待。相反的观点则认为,法官适用外国法,是本国冲突规则指引的结果,因此,外国法作为法律决定具体案件的权利义务,正是本国主权者的一般命令所致。^[2]两种观点坚持不同的理论基础,都能够给予对方致命的还击。法律说对事实说批评道:案件事实是事实,外国法也是事实,只有法律可以支配事实,如何外国法这种事实可以支配另一种事实^[3]。同样,事实说也可以对法

[1] 这里仅从一般意义上说,其中包含不同程度的例外。例如,法国是典型的大陆法系国家,但法国一般将冲突规则所指引的外国法视为事实;美国虽为典型的普通法系国家,但对于国际私法案件中的外国法,正在逐步偏离传统,倾向于将其视为法律而非事实。参见[加]泰特雷:《国际冲突法:普通法、大陆法及海事法》,刘兴莉译,黄进校,法律出版社2003年版,第512-521页。

[2] 对这两种对立观点的介绍,参见 Maarit Jantera-Jareborg, "Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective", 304 *Recueil des cours* (2003), pp. 264-265。

[3] 参见[英]马丁·沃尔夫:《国际私法》,李浩培、汤宗舜译,法律出版社1988年版,第320页。

律说攻击道：既然外国法是法律，与法院地法的法律性质相同，那么根据“法官知法”原则，外国法就应如同法院地法那样，属于法官司法认知的范畴。既然如此，各国国际私法又为何要苦心孤诣地去规定或完善有关外国法的查明制度呢？〔4〕

事实说与法律说试图证明相关实践的正当性，其本身却等待理论的证明。然而，即使事实说与法律说自身的理论证明不能圆满完成，但若能解释其所对应的相关实践立场，那么事实说或法律说仍具有不可否认的实践价值；相反，如果两者均不能很好地解释各自所对应的实践立场，那么它们很可能就是价值不大的纯粹拟制，我们也就没有必要再纠缠于外国法究竟是事实还是法律的抽象之辨了。

关于外国法的法院实践，各国都面临如下四个关键问题：冲突规则是否应依职权适用、外国法的查明模式、外国法无法查明时的法律后果以及外国法错误适用的救济。〔5〕本文主旨在于探讨事实说或法律说能否有效地解释各自声称所对应的具体实践，寻求抽象的理论争辩与具体实践之间的关联，并为我国关于外国法的法院实践指明一个可能的方向。

二 冲突规则的依职权适用问题

与外国法的“事实”与“法律”之辨密切相关的第一个重要问题是冲突规则是否应由法官依职权适用。换言之，在涉外案件的审理过程中，如果双方当事人自始至终未提出案件的涉外性质与外国法的适用问题，法官是否可以不必顾及本国的冲突规则而径直像在纯国内案件中那样适用法院地法，即使本国冲突规则认为应适用外国法？〔6〕

对于法官是否应依职权适用法律规则这一问题，一般法律部门均作肯定回答；唯独在国际私法这个“特殊”法律部门，冲突规则是否应依职权适用，实践与理论均争议纷纷，以致成为国际私法的核心问题。观点相左，国际私法的命运就不同：如果认为冲突规则是依职权适用的，国际私法在所有国际民商事案件中就会扮演不可或缺的角色；如果认为冲突规则是非依职权适用的，国际私法在大量国际民商事案件中就会遭到冷落，名存实亡。

以英国为代表的普通法系一般将外国法定性为事实。据此逻辑，外国法不再落入司法认知的范畴，无论法官是否知晓与案件相关的外国法，法律都推定他们对此一无所知。如果当事人想要根据外国法提出主张，就必须请求法官适用外国法，如同请求法官注意任何其他案件事实一样。如果当事人没有主张适用外国法，那么法官对待含有涉外因素的案件就会像对待纯国内案件一样，完全不必顾及相关冲突规则的存在而直接适用法院地法。〔7〕

暂且不论英国法规定的实际效果如何，需要指出的是，从外国法的事实性质出发认定冲突规则是非依职权适用的，这一逻辑推理过程存在严重问题。外国法是冲突规则指引的结

〔4〕 参见 Imre Zajtay, “The Application of Foreign Law”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 3, 1970, pp. 5-6.

〔5〕 我国只在最高人民法院的司法解释中对外国法的查明以及无法查明时的法律后果作了初步规定，对于冲突规则的依职权适用及外国法错误适用的救济问题，我国法律与司法解释均付之阙如。参见 1988 年《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；2007 年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 9 条。

〔6〕 我国国际私法对此未作明确规定，而司法实践极不统一，甚至可以说是处于混乱的状态。对此问题，参见宋晓：《论冲突规则的依职权适用性质》，《中国国际私法与比较法年刊》2007 年卷，北京大学出版社 2007 年版，第 141-158 页。

〔7〕 参见 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (13th ed.), Sweet & Maxwell, 2000, p. 221.

果,在适用冲突规则之前,逻辑上并无外国法的存在。而依据英国法,无异于让当事人首先申明外国法的存在,然后再去主张具体冲突规则的可适用性,这就典型地犯了“倒果为因”的逻辑错误。如果外国法是事实,其存在与否固然应由当事人主动申明,但这并不能推导出指引该外国法的冲突规则的存在与否及适用与否也应由当事人主动申明,除非外国法的事实性质能够推导出冲突规则也具有事实的性质。然而,外国法的事实性质无论如何不能证明冲突规则也具有事实的性质。

就冲突规则的依职权适用而言,事实说充其量只能得出如下结论:当冲突规则指引适用外国法时,外国法的适用与否最后可以取决于当事人,因为外国法是事实,当事人可以拒绝证明这一事实,并借此否定该外国法的适用。然而,当事人并不能决定冲突规则的适用与否,因为冲突规则的适用与外国法的适用是两个不同层次的问题,^[8]从外国法的事实性质并不能推导出冲突规则也具有事实性质、从而需要当事人主动申请才能适用的结论。因此,事实说并不能将冲突规则的适用与外国法的适用统一起来。

但是,外国法须以当事人主张才得以适用的原则,在英国普通法中存在一项例外,那就是如果案件适用某个英联邦成员国的法律,那么即使当事人并未提出适用外国法的问题,法院也可依职权查明并主动援引外国法。^[9]在英联邦成员范围内,英国法官可依职权适用本国冲突规则,其实质是英国对英联邦成员的法律较之他国法律表现出更大的信任和尊重。据此不难理解为何美国国际私法虽然传统上沿袭了外国法是事实这一观点,但在冲突规则的适用方式上却趋向于采取依职权适用的观点:因为美国国际私法的首要任务在于解决州际冲突而非国际冲突,冲突规则的依职权适用有利于增进州际政治互信与法律互信。^[10]

以上关于事实说讨论的结论,同样可适用于法律说与依职权适用问题之间的关系。认定外国法具有法律性质,从而得出法官须依职权适用冲突规则,这同样犯了“倒果为因”的逻辑错误。因此,无论外国法为事实或为法律,外国法的性质都不能决定指引外国法的冲突规则的性质,外国法的最终适用与否和冲突规则的最终适用与否虽是两个相互关联的问题,但显然是不同层次的问题。冲突规则本身是法律,不能因其所指引的外国法的性质而改变其应由法官依职权适用的法律属性。

三 外国法的查明模式

一般认为,外国法的性质直接决定外国法的查明模式:如果将外国法认定为事实,那么外国法应由当事人负责证明;如果将外国法认定为法律,那么外国法就应由法官依职权查明。^[11]但是,深入考察有代表性的国家的法律实践可以发现,它们分别以各自独特的方式从各自严格的立场上有所退却,并不像表面上看起来那样泾渭分明。

[8] 瑞士学者 Vischer 就表达了可以将两者分开、不必强求一致的解决方法的观点,参见 Vischer, “General Course on Private International Law”, 232 *Recueil des cours* (1992), p. 81。

[9] 参见 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, p. 221。

[10] 法国也是如此,在对待法国海外属地的法律上,法官亦可依职权适用法国冲突规则,参见[法]亨利·巴蒂福尔和保罗·拉加德:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第476页。

[11] 我国最高人民法院关于外国法查明的司法解释非常失败,表面上将各种查明方法罗列殆尽,但并没有划分法官与当事人的职责,也没有指明各种方法的效力位阶,从而使当事人与法官均无所适从。参见1988年《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。

(一) 与事实说相对应的外国法证明模式

如果外国法被认定为事实,就不能期待法官的司法认知,而须由当事人自行负责证明。而且,每个案件所涉及的外国法都须各自予以证明,即使同一外国法规则在先例中已经得到证明;这是因为外国法是事实,不能适用于后续案件,至多只能作为后续案件的证据加以采信。这就使得在不同案件中对于同一外国法规则的证明完全有可能得出不一致的结论。^[12]

一旦如英国普通法那样将外国法认定为事实,继而规定完全由当事人主动援引并负责证明,外国法的证明问题就转变为纯粹的程序事项而非法律事项,外国法规则最终也就受程序规则和证据规则的支配了。例如,何时举证外国法,由谁负责举证,采用何种证据方式,举证到何种程度才能使法官满意,这些问题无一不取决于程序规则与证据规则。双方当事人均可聘请自己的专家证人,专家证人在庭上接受交叉盘问,^[13]法官借助成熟的抗辩制诉讼模式来发现外国法的真相,就像借此发现其他事实真相一样。

但是,即使最大程度地坚持外国法具有事实性质的法律体系,在外国法证明的某些环节上也从严格的事实说上有所退却。以英国为例,主要表现在三个方面:第一,外国法最初因其事实性质而提交陪审团决定,但自1920年以来,成文法改变了普通法,外国法开始交由法官决定。^[14]第二,如果准据法国是另一英联邦成员国,英国法官可依裁量权将案件事实陈述给准据法国的法院,听取他们对于法律适用的意见,虽然此意见对英国法官并不一定具有拘束力。^[15]第三,枢密院在审理上诉案件时,会将案件所涉及到的苏格兰法或爱尔兰法一概视为法律而非事实,因此无需当事人证明。^[16]

美国最初虽然继承了英国的事实说,但因为美国国际私法的主要任务在于解决州际冲突,因此为了增进州际互信,美国实际上已在逐步放弃事实说。外州法律不再被认为纯粹是事实,而是可以成为法官司法认知的范畴。如果当事人提出适用外国法问题,法官可以以司法认知的方式直接援引外州法乃至外国法,而不一定要求当事人提供证明。^[17]

(二) 与法律说相对应的外国法查明模式

如果外国法被认定为法律,那么其性质就与一般法院地法无异。法院地法属于法官司法认知的范畴,不存在“查明”法院地法的问题,照理说被定性为法律的外国法也应当如此,这才不致损害“法律”一词的应有之义。然而,在坚持法律说的国家,作为法律的外国法却没有被等同于法院地法。

以最典型的德国为例,德国法官须依职权适用冲突规则,亦须依职权适用冲突规则所指引的外国法。外国法的查明责任在于法官,法官为此可用尽一切信息来源。法官通过私人研究(例如查阅外国经典教科书)查明外国法是最常用的查明方法;当私人查明不可行时,法官亦可咨询中立的专家机构(例如著名的马普研究所)。法官虽负有查明的义务,但方便时亦可要求当事人提供协助。^[18]

[12] 参见 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, p. 222.

[13] 参见 T. C. Hartley, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", 45 *I. C. L. Q.* (1996), p. 283.

[14] 参见 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, pp. 224 - 225.

[15] 这种做法的依据是 British Law Ascertainment Act 1859, 同上,第 231 页。

[16] 同上,第 223 页。

[17] 参见 Eugene F. Scoles & Peter Hay, *Conflict of Laws* (2nd ed.), West Publishing, 1992, p. 421.

[18] 参见 T. C. Hartley, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", p. 276.

但是,即使是最大程度坚持法律说的德国,在外国法查明方面也有两个例外:其一,在当事人双方来源于同一外国,而准据法为该外国法时,如果当事人一致同意该外国法的内容,法官可不作进一步调查就适用该外国法;其二,在合同、侵权等当事人享有法律选择权的有限领域内,即使案件依冲突规则应适用外国法,但若当事人一致同意适用德国法,或者当事人双方仅以德国法为申辩理由,则法官亦可越过外国法查明阶段而直接适用德国法。^[19] 这两项例外也相当于是 在一定程度上承认外国法具有事实性质。

(三) 外国法查明的司法协助模式

缔约国之间通过法院或指定中央机构相互提供涉外案件所适用的外国法信息,这从表面上看是一种十分理想的外国法查明方式。如果一国法院通过司法协助模式查明外国法,这在实质上等同于法院主动聘请中立的专家证人,最终强化了德国式而非英国式的法律立场,即强化了外国法是法律的观点。海牙国际私法会议在一个世纪的历程中,每个阶段都不乏此类动议,但最终没有付诸实施。^[20] 迄今为止,在外国法查明领域的国际合作成果,较为显著的只有 1968 年《外国法信息的欧洲公约》(简称《伦敦公约》)。

《伦敦公约》建立了简明的外国法查明司法协助机制:缔约国指定专门机构,接受其他缔约国的申请并以“客观、中立的方式”提供本国法律信息。^[21] 人们原本期待该公约能在法治程度最高、法律文化彼此接近的欧洲境内获得成功,但是《伦敦公约》在实践中却出人意料地失败了。失败的最主要原因有三个:第一,法院主动申请他国机构提供外国法信息的机制与传统普通法的事实模式格格不入,且外国法信息难以纳入抗辩制诉讼模式中。因此,那些从事实说出发要求当事人自行证明外国法内容的国家绝少采用公约机制。第二,虽然外国机构所提供的外国法信息不具法律拘束力,但如果反复不予尊重,显然是对他国机构乃至他国法律的不信任;但若遵照采用,又非一国所乐意,因为任何法律并不只包含唯一的解释和唯一的正确答案,各国事实上更乐于以自己的公正观念来解释和适用外国法,缔约国在此两难处境中只好放弃公约机制。第三,离开具体而微的案件事实而提供的外国法信息,常常过于抽象而难以适用。^[22]

从《伦敦公约》在实践中的失败结局可以看出,司法协助模式天然地不适用于外国法查明领域。即使那些表面上坚持法律说的国家,一旦面临外国机构所提供的“货真价实”的法律内容,他们也会退却下来,以自己独特的方式来处理外国法内容。

四 外国法无法查明时的法律后果

无论坚持事实说还是法律说的国家,均承认外国法须先经过查明或证明才能予以适用。这就带来一个问题:如果当事人未能提供相应的外国法的证明或业已提供的证明程度不能令法官满意,或者法官用尽一切法定查明方法仍然不能查明外国法的内容,那么法官应当何去何从? 进而言之,对于外国法无法查明时的法律后果,事实说和法律说能否提供令人信服的解决方案?

[19] 参见 T. C. Hartley, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", p. 276.

[20] 参见 Maarit Jantera-Jareborg, "Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective", p. 313.

[21] 参见 European Convention on Information on Foreign Law of 1968, Art. 2, 6, 7.

[22] 参见 Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 242-243.

从事实说出发,任何一方当事人依据外国法主张权利,均应承担外国法的证明责任。如果当事人未能证明外国法,或证明的程度不能令法官满意,法官理应鉴于外国法的事实性质,驳回依赖外国法的一方当事人的申请或抗辩。如果未能证明外国法的一方当事人是原告,法官应撤销案件。这是从事实说出发的自然逻辑结果。

早期坚持事实说的美国,以及在很大程度上同样坚持事实说的法国,曾经在外国法没有得到恰当证明时采取撤销案件的做法。^[23] 这些以撤销终结的案件最终声名狼藉,因为撤销实质上堵塞了当事人寻求司法救济的道路。再者,当利害相关的当事人找到更多更充分的外国法信息时,是否可以重新提起诉讼呢?如果允许重新提起诉讼,另一方当事人就会无谓地再经受一次官司缠身的烦恼;如果不允许重新提起诉讼,似乎更加没有理由。因此,无论是否允许重新提起诉讼,均将导致难以摆脱的两难困境。因此,法国和美国都逐渐放弃了驳回抗辩乃至撤销案件的做法,而代之以适用法院地法。

最正统地坚持事实说的英国,在这个问题上的结论却让人有些意外。英国既未遵循事实说的自然逻辑结果,即撤销案件或驳回抗辩,也非直截了当地适用法院地法,而是推定外国法与英国法是一致的,从而适用英国法。^[24] 英国法不仅没有遵循事实说的逻辑结果,反而在实质上完全背离了事实说而走向了法律说。

当事人不能以恰当方式证明外国法时,英国法不愿意承认它实际上抛弃了本国冲突规则所指引的外国法,而是推定外国法的内容与英国法一致,从而认为法院最终适用的是外国法,无非是该外国法的内容与英国法的内容相一致而已。但是,既然未能以恰当的方式证明外国法,最终又怎么可能适用该外国法呢?外国法一直被认为是事实,但是,当外国法不能被恰当证明时,却摇身一变地等同于英国法,这不是承认外国法等同于法律从而具有法律性质吗?^[25] 当外国法被恰当证明时,外国法是事实;在没有被恰当证明时,外国法却成了法律,这无论如何是不能自圆其说的。

英国法的推定技术,一方面试图表达对外国法最大程度的尊重,另一方面又试图为最终适用法院地法提供一个坚实的理由。但是,正如有学者所批评的那样,这毕竟过于矫揉造作了。^[26] 两个普通法国家的具体法律尚且不能推定是一致的,更何况是推定不同法系国家之间的具体法律相一致,其间所冒的歪曲外国法的风险实在是太大了。

如果坚持法律说,那么法官在任何情况下就都应适用外国法,就像法官不可能放弃适用本国法律一样。然而,既然承认外国法需先查明才能适用,也就只能要求法官尽最大勤勉义务去查明外国法,而且还得承认存在确实无法查明的例外情形。在不能查明外国法的极其例外的情形下,虽有学者倡导适用法律文化最相近似的替代国家的法律,但德国法院在实践中一般适用法院地法。^[27] 由此可见,无论外国法的性质是法律抑或事实,当外国法不能得到恰当的证明或查明时,几乎所有的法律体系最终都适用了法院地法。^[28]

[23] 参见 Maarit Jantera-Jareborg, "Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective", p. 325.

[24] 参见 Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, p. 232.

[25] 参见 Maarit Jantera-Jareborg, "Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective", p. 330.

[26] 参见 Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, p. 290.

[27] 参见 Maarit Jantera-Jareborg, "Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective", p. 332.

[28] 我国最高人民法院的司法解释也作了如是规定。参见1988年《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。

五 外国法错误适用的救济

外国法的错误适用广义上包含两种情形:其一是由于不当解释本国冲突规则而导致张冠李戴,例如根据本国冲突规则本应适用甲国法却错误地适用了乙国法,严格说来这是冲突规则的错误适用而非外国法的错误适用;其二是外国法本身的错误适用,例如外国法的解释错误。就第一种情形而言,各国一般将冲突规则视为本国法律秩序的一部分,冲突规则的错误适用和一般国内法的错误适用无异,一般将根据普通的救济程序提供救济,没有特殊性可言。^[29] 但就外国法本身的错误适用而言,因涉及对外国法性质的不同认识,情形就要复杂得多。

在那些原则上只受理法律问题而非事实问题上诉的法律体系中,如果外国法被认定为事实,那么依据逻辑推论,外国法的错误适用将不能通过上诉机制得到救济。然而,在持事实说的国家中,普遍的法律实践并非如此。英国的上诉法院一般不审查初审法院关于事实的认定,但是,“外国法虽是事实问题,却是特殊种类的事实问题”;^[30] 较之“普通”事实,上诉法院更愿意去审查乃至推翻初审法院关于外国法的证明结论和解释结论。另外,英国贵族院在受理涉及英格兰法、苏格兰法或爱尔兰法的上诉时,是将这些地区的法律视为法律而非事实,就像加拿大最高法院在受理各省上诉案件时将各省法律视为法律一样。英国枢密院司法委员会在接受英联邦成员外国法的上诉问题时,亦将外国法问题视为法律问题。^[31] 这些均非事实说所能得出的逻辑结论。

那么,在持法律说的国家中,外国法的错误适用作为法律问题,是否就可以毫无限制地通过上诉机制予以救济呢? 逻辑的回答是肯定的,但实践也非如此。在德国,不分事实问题或法律问题,均可上诉至州高等法院,因此,外国法的错误适用可在州高等法院的上诉审理中得到救济。但是,联邦最高法院一般只接受德国联邦法律问题的上诉,对外国法的错误适用问题一般不予审查。^[32] 与德国联邦最高法院一样,英国贵族院作为最高司法机构,对来自非英联邦国家的外国法的错误适用问题一般也不予审查。^[33]

事实上,无论是持事实说还是法律说,各国最高法院一般均不审查来自下级法院的外国法错误适用问题,这不仅与外国法的特殊性有关,也与最高法院在各国司法体系中所扮演的特殊角色有关。具体原因主要有三:其一,各国最高法院的最大使命在于确保本国法律的统一解释和统一适用,以此确保全国法律的统一性,而外国法不属于本国法律的一部分,最高法院不应分心于外国法的统一适用问题。其二,外国法的解释与证明问题较之国内法的解释适用问题要复杂许多,即使是最高法院也不一定能够圆满地胜任此项工作;而若最高法院在审查外国法问题上频繁出错,势必会削弱其最高权威。其三,即使最高法院能以自己满意的方式审查外国法问题,也不一定能让外国法所属的国家满意;出于国际礼让,各国均不愿

[29] 参见 Vischer, “General Course on Private International Law”, 232 *Recueil des cours* (1992), p. 85。大陆法系国家更多地依职权适用冲突规则,所以就更加典型地将冲突规则错误适用的救济纳入一般国内法错误适用的救济机制中。

[30] 参见 Dicey and Morris, p. 224。

[31] 参见 Dicey and Morris, p. 222。

[32] 参见 T. C. Hartley, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, p. 276。

[33] 参见 T. C. Hartley, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, p. 285。

意出现后果。^[34] 因此,无论将外国法作为事实还是法律,各国最高法院一般均不审查外国法的错误适用问题。^[35]

六 结 论

从法律实践中提炼抽象的法律原则或法律属性,同时又用此抽象原则或法律属性为已有法律实践或新的法律实践提供正当性支持,这种循环往复的过程是法律的进步之路。如果抽象出来的一般原则或法律属性能够在很大程度上(允许存在例外)解释相关具体实践,那么此一般原则或抽象属性就是成立的;反之,此原则或抽象性质在很大程度上便是拟制的,应当予以抛弃。

据此观察外国法的“事实”与“法律”的抽象之辨,不难看出法律说或事实说除了尚能为各自对应的外国法查明模式提供部分合理性证明之外,对于其他与外国法相关的问题,即冲突规则是否应依职权适用、外国法无法查明时的法律后果以及外国法错误适用的救济,两者均不能为各国的普遍实践提供令人信服的合理性证明。因此,无论是事实说或法律说,在很大程度上都是拟制的,所能证明的内容远远少于所不能证明的内容,给两种抽象属性的法律建构徒添混乱罢了。

外国法就是外国法本身,是国际民商事诉讼中的一个法律因素,未必存在统一的性质。目前,各国对于许多外国法的相关实践问题的答案已经趋同,当务之急应是为这些实践问题确立普遍而又恰当的法律规范,而不是拘泥于外国法的抽象性质。因为,那可能只是永远无法打捞上来的水中之月。

[Abstract] In litigations involving foreign elements, two doctrines have been adopted. One refers to those systems that regard foreign law as law and the other refers to those systems that regard foreign law as fact. Neither of the two can provide theoretic basis for judicial practice in various states when coming to important issues in foreign laws, such as whether the rule of conflicts should be applied according to functions and powers, the legal consequence resulting from failure of ascertaining foreign laws, and remedies for wrong application of foreign laws. The fact doctrine or the law doctrine can only partly produce the corresponding method of ascertaining the content of foreign law. Such division is, to a great extent, artificial, and neither of the two doctrines has succeeded in providing an integrated method for the related issues concerning foreign laws. Today, efforts are needed to establish proper legal norms to resolve various concrete problems of foreign laws, instead of sticking to the abstract nature of foreign laws.

(责任编辑:廖凡)

[34] 类似原因的阐述,参见 Vischer, “General Course on Private International Law”, p. 87。

[35] 我国法律与最高人民法院的司法解释对外国法的错误适用的救济问题均未做出规定。我国最高人民法院在实践中多次对外国法的适用问题做出了审查,这不仅与各国的普遍实践不同,而且还带来了本文所阐述的各种弊端。