

论粤港澳大湾区域外法查明与适用制度的完善

黄晖 黄天云¹

【摘要】粤港澳大湾区是我国“一国两制三法域”的特殊区域，是区域经济一体化理论在粤港澳地区的新实践，域外法查明与适用是涉外司法实践中的重要问题之一，本文通过梳理我国域外法查明与适用制度的相关规范及其在司法实践中存在的问题，就粤港澳大湾区域外法查明与适用制度的完善提出可行性建议，助力打造粤港澳大湾区法治化、国际化、便利化的营商环境。

【关键词】粤港澳大湾区；域外法；查明与适用；法治化营商环境

一、问题之缘起

2019年2月18日，中共中央、国务院颁布了《粤港澳大湾区发展规划纲要》（以下简称《规划纲要》）。《规划纲要》第九章第一节“打造具有全球竞争力的营商环境”明确指出：“加强粤港澳司法交流与协作，推动建立共商、共建、共享的多元化纠纷解决机制，为粤港澳大湾区建设提供优质、高效、便捷的司法服务和保障，着力打造法治化营商环境。完善国际商事纠纷解决机制，建设国际仲裁中心，支持粤港澳仲裁及调解机构交流合作，为粤港澳经济贸易提供仲裁及调解服务。”²不可否认，为粤港澳大湾区建设打造法治化、国际化、便利化的营商环境，司法服务将承载着重要作用与使命。

众所周知，世界级三大湾区纽约湾区、旧金山湾区及东京湾区均发迹于港口城市，如今粤港澳大湾区也正依港而兴并如火如荼有序建设中，粤港澳大湾区民商事往来将更加频繁，所产生的涉港澳商事海事纠纷也将快速增长。由于历史原因，在“一国两制”背景下粤港澳大湾区存在三个法域、三个独立

¹ 黄晖，广东恒运律师事务所主任、高级合伙人。

黄天云，广东恒运律师事务所实习律师。

² 参见《粤港澳大湾区发展规划纲要》第九章“紧密合作共同参与‘一带一路’建设”第一节“打造具有全球竞争力的营商环境”。

关税区、三种货币，粤港澳三地的民商事法律制度及诉讼程序均存在差异。内地法律体系属于中国特色社会主义法律体系，澳门法律体系属于大陆法系，内地与澳门法律体系均深受大陆法系影响，均有成文法系的基础与传统，彼此在法律体系及司法制度方面较为接近。但是，香港则沿用英国普通法传统，以判例法为主、成文法为辅，其与内地及澳门之间的法律体系存在较大差异。因此，粤港澳三地司法机关在审理跨境纠纷案件时，将面临着域外法的查明与适用、平行诉讼、民商事判决的承认与执行、仲裁裁决的承认与执行等难题。特别是对于具有高度涉外性的海事海商纠纷案件，三地司法机关还将面临着如何协调当事人诉前扣船及挑选法院、如何运用不方便法院原则、如何审查提单管辖权条款等难题。根据广州海事法院每年发布的《海事审判白皮书》，2010年至2019年间，该院审理的涉外、涉港澳台的海事海商案件每年均保持在高位态势。如该院2019年共受理涉外、涉港澳台案件725件，占一审海事海商案件的29.15%，审结616件，占一审案件的23.91%。³反映出粤港澳三地经贸往来日益密切，海事纠纷频发的基本特点。同时，跨境海事纠纷案件的增长，为司法机关查明案件事实、适用法律等带来了一些新情况新问题。

毋庸置疑，在审理涉港澳民商事案件中，域外法查明至关重要。准确查明域外法是解决其他法律问题的核心和前提，也是准确适用域外法并得出公正判决的前提。为将粤港澳大湾区打造成为法治化、国际化、便利化营商环境的高地，域外法查明与适用制度的构建已迫在眉睫。

二、域外法查明与适用制度的现状

（一）域外法查明与适用制度的相关规范

从理论上讲，多法域国家的国际法律冲突与国内不同地区之间的区际法律冲突并存，所以国际私法涉外因素中的“外国”有时须作广义理解，即还包括一个国家中的不同法域。依据2013年1月7日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》

³ 参见广州海事法院发布的《海事审判白皮书（2019年度）》。

（以下简称《法律适用法司法解释（一）》）第十九条的规定，“涉及香港特别行政区、澳门特别行政区的民事关系的法律适用问题，参照适用本规定。”在司法实践中，中国港澳台地区的区际法律与独立主权国家的外国法对于中国内地法律来说，都属于域外法，都属于涉外民商事审判中法律查明的范畴。因此，为表述的方便，本文提及的“外国法”等同于“域外法”。

我国现行关于域外法查明与适用制度的相关规范，涵盖了法律、司法解释及司法实践中形成的会议纪要，共同确立了我国域外法查明与适用制度的基本框架。最高人民法院于 1988 年印发的《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）》（以下简称《民通意见》）第一百九十三条⁴规定了域外法查明的五种途径：①由当事人提供；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由该国驻我国使馆提供；⑤由中外法律专家提供。但该规则在司法实践中引发了不少争议，如是否必须穷尽上述五种方法仍不能查明域外法，才能认为该域外法不能查明？各方提供的域外法仅指成文法或判例法文本，抑或包括相关的法学著作、法律意见书等辅助性资料？最高人民法院于 2005 年 12 月印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》（以下简称《会议纪要》）第五十一条至第五十三条⁵规定了域外法查明的相关途径，但几乎将该域外法查明的责任全部分配给诉讼当事人，而当事人由于各方面原因一般较难以提供该域外法，势必导致《会议纪要》第五十三条关于域外法无法查明的滥用。2011 年 4 月 1 日施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适

⁴ 《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）》第一百九十三条规定：“对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；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。”

⁵ 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第五十一条规定：“涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。”第五十二条规定：“当事人提供的外国法律经质证后无异议的，人民法院应予确认。对当事人有异议的部分或者当事人提供的专家意见不一致的，由人民法院审查认定。”第五十三条规定：“外国法律的内容无法查明时，人民法院可以适用中华人民共和国法律。”

用法》（以下简称《法律适用法》）第十条⁶规定了域外法提供主体、查明主体及不能查明的处理。《法律适用法司法解释（一）》第十七条⁷同样规定了域外法查明的途径、域外法提供主体、查明主体及不能查明的认定。

通过前文梳理我国现行关于域外法查明与适用制度的相关规范，可以得出以下结论：第一、《会议纪要》仅对提供域外法的责任主体作了规定，《法律适用法》及《法律适用法司法解释（一）》同样规定了域外法提供主体及查明主体，查明主体为人民法院、仲裁机构及行政机关，并做出相应分工，在一定程度上解决了内地法院与当事人之间因查明责任不明确而导致的互相推诿。第二，在域外法查明途径的顺序选择上，目前尚没有明确规范，以上五种查明途径在司法实践中属于并列关系，内地法院和当事人可以根据具体情况选择便捷的域外法查明途径。第三，在域外法无法查明的认定标准上，一般而言，上述立法及司法解释既未穷尽域外法的查明途径，也未将穷尽上述五种查明途径仍无法查明的作为认定域外法无法查明的条件。⁸

（二）域外法查明与适用制度在司法实践中存在的问题

实证分析域外法查明和适用情况，域外法查明和适用率偏低，导致适用法院地法的情况比较普遍。2013 年统计数据显示，2012 年我国内地法院适用域外法和国际公约的案件有 8 件，占被统计的 50 件案例总数的 16%。⁹2014 年的统计数据显示，2013 年我国法院适用域外法和国际公约的案件有 9 件，

⁶ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条：“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。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”

⁷ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第十七条规定：“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”

⁸ 李建忠：《论我国外国法查明方法规定的重构》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2018 年第 5 期。

⁹ 参见黄进，周园，杜焕芳：《2012 年中国国际私法实践评述》，载《中国国际私法与比较法年刊》，2013 年 00 期。

占被统计的 50 件案例总数的 18%。¹⁰2015 年的统计数据显示, 2014 年我国法院适用域外法和国际公约的案件有 9 件, 占被统计的 50 件案例总数的 18%。¹¹笔者也查阅了近年来中国裁判文书网、涉外商事海事审判网及最高人民法院国际商事法庭公布的法律查明案例库, 通过筛选分析典型涉外民商事案例, 发现域外法查明与适用制度在司法实践中存在以下问题:

1. 混淆域外法提供与域外法查明

根据《法律适用法》第十条关于“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”的规定, 实际上我国立法机关已经明确将域外法的提供与域外法的查明区分开来, 即当事人选择适用域外法时负有提供该域外法的义务, 域外法的提供是当事人等如何查找并向法院提供域外法的活动; 而域外法的查明是我国内地法院等法律查明主体如何查找并查明该域外法的活动。域外法提供的主体与域外法查明的主体在主体资格、工作内容、权利义务、实现目的及行为方面均有不同。¹²在司法实践中, 我国内地法院存在将域外法的提供与查明混淆的情况。并且我国内地法院法官长年面临办案压力和结案任务, 没有较多时间精力去查找并查明域外法, 大多数法官都希望当事人自己提供域外法而非主动查找并查明域外法, 造成法官对域外法查明与适用的态度较为消极。如当事人无正当理由未在合理期限内提供该域外法, 常被法院认定为域外法不能查明, 进而适用法院地法作出裁判。

2. 域外法查明标准认定模糊, 法官自由裁量权限较大

在域外法查明方式上, 我国内地法院既可以采取亲自查找并查明的方式, 也可以在当事人提供域外法的基础上进行查明, 在域外法具体查明方式上具有较大自由裁量权。在域外法的查明与否的认定标准上, 内地法院法官也具有较大自由裁量权。法官在审判实践中, 一般均要求当事人提供域外法, 之后再对当事人提供该域外法的方式进行查明, 域外法能否查明在很大程度上

¹⁰ 参见黄进, 童立雪, 杜焕芳: 《2013 年中国国际私法实践评述》, 载《中国国际私法与比较法刊》, 2014 年 00 期。

¹¹ 参见黄进, 连俊雅, 杜焕芳: 《2014 年中国国际私法实践评述》, 载《中国国际私法与比较法刊》, 2015 年 00 期。

¹² 孙建: 《我国外国法查明立法的实施问题》, 载《天津法学》, 2017 年第 1 期。

决定于当事人能否提供域外法。对于域外法查明，仅靠当事人提供域外法的相关资料并且最终说服法官适用该域外法的难度较大。如法官适用错误的域外法而作出错误的判决时，当事人均享有相应的上诉权利。因此大多数法官为了规避可能适用错误域外法的风险而承担责任，通常会找各种理由阻止域外法的适用，并且相关的立法监督机制缺失。

法官拒绝适用当事人提供的域外法的理由：（1）当事人提供的域外法未办理公证认证手续，法院对其证据的效力和证明力不予确认，或者办理了公证认证手续，但相关域外法的完整性和来源方面均有缺陷；（2）当事人仅提供了相关域外法条文，但因该国是判例法国家，还须提供判例支撑，或认为除提供判例外还需提供专家出具的法律意见书。（3）我国法院在认定专家资质的标准及专家需要提供何种程度的法律意见书上也不统一。

3. 未区分离域外法无法查明和域外法没有相关规定两种情形

如前所述的《法律适用法》、《法律适用法司法解释（一）》、《会议纪要》、《民通意见》均未区分离域外法无法查明和域外法没有相关规定两种情形，在立法上存在缺陷。域外法没有相关规定，其前提及实质是域外法已经被查明，只是在该法律领域该域外法存在立法空白，涉及立法空白的填补问题。参考我国相关立法规范，均有法律没有规定后的相关补救做法。如对域外法没有相关规定不作区分而一律适用法院地法，实质上是对已查明域外法的违背和对冲突规范的变相违背。在司法实践中会进一步导致法院滥用域外法无法查明的借口，可能造成双方当事人对法院裁判均不满意，不利于定分止争。

如上所述，域外法查明与适用制度在我国司法实践中存在的不足，将不利于日益增长的涉港澳案件的审理，可能会导致同一主权国家司法裁判的冲突，进而影响粤港澳大湾区处理涉外案件的司法公信力。

三、完善域外法查明与适用制度的建议

为保障域外法查明与适用制度的有效实施,笔者建议在以下几个方面通过最高人民法院制定司法解释或粤港澳大湾区三地司法机关出台相关的指导意见,指导域外法查明与适用制度的司法实践。

（一）明确区分域外法提供与域外法查明

如前文所述,目前司法实践中存在混淆域外法提供与域外法查明的情形,建议最高人民法院制定的司法解释中应当明确区分域外法提供与域外法查明。域外法提供主体仅负有提供域外法的义务,不负有查明域外法的义务,在域外法提供主体不能提供域外法时,法院不能认定域外法不能查明。即使域外法提供主体提供了域外法,法院也应当依法查明该域外法。根据《法律适用法》第十条的规定,人民法院、仲裁机构或者行政机关是域外法查明的法定主体,他们具有依法查明域外法的权利和义务,也具有决定该域外法能否适用的权利。因此,内地法院法官应当严格区分当事人等域外法提供主体与法院等域外法查明主体之间不同的权利义务,不得要求当事人承担域外法查明义务。

如在上海海事法院审理的原告胜船海事公司(WinshipMaritimeInc.)与被告中海工业有限公司、被告扬州中远海运重工有限公司其他海事海商纠纷一案中¹³,原告胜船海事公司作为经纪人促成了被告中海工业有限公司、被告扬州中远海运重工有限公司与案外人(买方)TRADE AND TRANSPORT INC.签订造船合同,并约定两被告根据买方支付船款的进度向原告支付对应佣金,还约定若造船合同因任何原因未生效或被解除,两被告支付剩余佣金的义务立即免除,双方当事人在合同中约定适用英国法。在造船合同履行期间,买方在美国进入破产重整程序。经当地法院核准,两被告通过公开竞标方式与新买方签订转让合同,将买方在造船合同下的全部权利义务转让给新买方。造船合同履行完毕后,原告要求两被告支付佣金遭拒,遂诉至上海海事法院。双方当事人各自提供了由英国律师出具的法律意见书,以及检索的近二十件英国法相关判例和法律著作,其中涉及合同效力、合同解释、船舶佣金等多个法律争议。该院合议庭仔细审查了双方提供的全部材料,并逐一分析比较英国法判例,抽取出了适合该案的裁判规则。最后,该院合议庭审理认为,造船合同转让虽不构成佣金协议失效,但原被告约定的“买

¹³ 参见上海海事法院于2020年2月24日作出的(2019)沪72民初2560号《民事判决书》。

方”付款，应当限于于 TRADE AND TRANSPORT INC.（或代表 TRADE AND TRANSPORT INC.）付款，由新买方履行造船合同并付款，不符合佣金协议约定的获取剩余佣金的条件，因此驳回了原告的诉讼请求。

该案双方当事人均提供了英国律师出具的法律意见书、检索的英国法相关判例及法律著作，均履行了《法律适用法》第十条规定的域外法提供义务。上海海事法院法官也依法审查了双方提供的全部材料，并逐一分析比较英国法判例，抽取出了适合该案的裁判规则，实则是在履行《法律适用法》第十条规定的域外法查明义务。上海海事法院作出一审判决后，双方均未提起上诉，取得良好的法律效果。该案是上海海事法院首次适用外国判例法进行审理的案件，同时也是当事人提供域外法、法官查明域外法的典型案例。

（二）细化域外法查明标准

如前文所述，《法律适用法》第十条仅规定了域外法提供责任主体、查明责任主体及不能查明的后果，未对查明与否的标准作出规定。《法律适用法司法解释（一）》仅以域外法查明途径的用尽与否来认定域外法查明标准，在司法实践中并不具有较高的可操作性，学界对此也多有诟病，因此在立法及司法层面完善并细化域外法查明的认定标准具有一定的必要性及可行性。

最高人民法院可出台相关司法解释对域外法查明标准予以细化规定，内地与港澳司法机关亦可参考 2010 年纽约州司法机关与新南威尔士法院通过签订双边谅解备忘录达成非正式的认证程序，以便双方在彼此司法系统中能够获得准确的域外法。在制定域外法查明标准的细化规定时，宜把握“一个原则两个量化标准”。一个原则即域外法查明的标准应把握合理适度原则，不宜过高也不宜过低。两个量化标准，第一要考虑审判实践的效率性，第二要考虑司法裁判的公正性，查明的域外法要保证法院在适用该域外法裁判案件时足够依法论理、充分论证。

（三）对法官自由裁量权的必要限制

如前文所述，在域外法查明方式、域外法查明标准的认定、域外法适用与否等方面，法官具有较大自由裁量权，因此对法官的自由裁量权进行必要的限制也具有一定的必要性，粤港澳大湾区可结合三地司法实践情况出台相关的指导意见。

一方面，法官承担域外法查明责任，赋予其在查明标准的认定上具有较大自由裁量权的同时应进行必要的监督，如要求法官在合理期间内必须充分努力地进行域外法查明。我国可借鉴 1979 年 1 月 1 日施行的《奥地利联邦国际私法法规》第四条第（2）项关于“如经充分努力，在适当时期内外国法仍不能查明时，应适用奥地利法”的规定，结合前文论述的域外法查明的细化标准，增加域外法查明的最低合理期限。另一方面，可要求法官在判决书中对域外法查明情况进行详细阐述，不仅是对法院自身履行域外法查明义务的监督，也是当事人等域外法提供主体对法官履行域外法查明义务的监督。

（四）明确区分域外法无法查明和域外法没有相关规定

如前文所述，域外法没有相关规定的实质和前提是已经完成了域外法的查明，其不应当与域外法无法查明混同。在域外法没有相关规定的情况下，法官应当首先考虑该域外所在地对于立法空白的填补规则，如根据惯例、交易习惯、一般法理进行裁判，也可以参考国际私法最密切联系原则确定准据法。如 2002 年 3 月 2 日人民日报《中国涉外审判案例》专栏刊登的原告中国江苏省轻工业品进出口集团股份有限公司诉被告中国江苏环球国际货运有限公司、美国博联国际有限公司无正本提单放货纠纷一案，由于当事人在提单首要条款中约定《1936 年美国海上货物运输法》为处理该案的准据法，但该案所涉及的承运人能否不凭正本提单向记名收货人交付货物问题，该法未作出明确规定。对此原告主张适用我国内地法律，被告主张适用美国其他法律。因双方的争议是承运人在美国港口交货中产生，而非在提单签发地或运输始发地，承运人在运输目的地的交货行为直接受交货行为地法律的约束，故武汉海事法院根据最密切联系原则适用《美国统一商法典》为准据法，并认定承运人美国博联国际有限公司没有违反交付义务，判决驳回原告诉讼请求，依法保护了国外当事人的合法权益。若因域外法《1936 年美国海上货物运输法》没有相关规定而适用我国内地法律，显然不利于纠纷的合理解决，对我国建设法治化营商环境也将产生不利影响，这是我国加入世界贸易组织后审结的首起海运无正本提单放货纠纷案，具有里程碑式的意义。

因此，应当明确区分域外法无法查明和域外法没有相关规定两种情形，在域外法没有相关规定的情况下，应当首先以该域外所在地法律针对立法空白的填补规则进行填补，以最密切联系原则确定准据法作为补充。

（五）完善专家作证制度

如前文所述，我国法院在认定专家资质的标准及专家需要提供何种程度的法律意见书上意见不统一，成为我国内地法院拒绝适用当事人提供的域外法的理由之一，因此有必要完善专家作证制度。建议粤港澳三地出台指导意见对专家资质、选任方式、专家法律意见书效力、采纳规则等作出规定，并可借鉴英美法对抗制度下专家证人出庭口头证明域外法的方式。在专家证人出庭方式上，建议推广使用2019年3月广州市中级人民法院上线的全国首个涉港澳案件在线授权见证平台——“AOL 授权见证通”，允许专家证人通过“姓名+身份证件号+人脸识别”核验身份登录平台在线参与庭审，方便专家证人出庭，不仅有利于当事人、专家证人对庭审程序的参与，也有利于法官更为全面的了解该域外法，以减少法官不采纳专家法律意见书并拒绝适用域外法现象的发生。

（六）积极构建粤港澳大湾区法律查明中心

2015年8月27日，最高人民法院决定在深圳蓝海现代法律发展中心分别设立“最高人民法院港澳台和外国法研究基地”和“最高人民法院港澳台和外国法律查明基地”。2017年，上海海事法院、广州海事法院均与相关高校签订了外国法查明的合作协议。今年，最高人民法院国际商事法庭协调指导办公室委托五家域外法查明机构，以及部分国际商事专家委员就全球六十多个主要国家和地区以及国际公约、国际惯例中涉及“不可抗力”等法律规则及相关案例进行梳理汇总，形成了七期研究报告。以上均为拓展域外法查明渠道积累了宝贵经验。

如今，凭借我国推动建设粤港澳大湾区发展的契机，粤港澳大湾区应加强域外法查明协作机制，应充分发挥互联网大数据的优势，共享法律数据、共建互助平台、共商互信机制，建议最好成立专门的粤港澳大湾区法律查明中心并共享法律数据库。进一步整合资源，数据共享，提高查明效率。将港澳地区现行有效的法律规定、已作为域外法查明的案例汇编在该法律查明中心网站的数据库，法官、

律师、仲裁员、法学专家等法律专业人员可通过该法律查明中心网站相互交流答疑，以便更好的理解相关域外法律规定。

此外，可以尝试在香港大学、香港中文大学、香港城市大学等高校建立香港法查明中心，由香港法官、香港律师、香港仲裁员及香港法学学者出具香港法查明和适用的意见。也可以尝试在澳门设立葡语国家的法律查明中心，有利于将澳门逐步建成多元纠纷解决的中心。¹⁴

四、结语

在我国加快推进“一带一路”建设、粤港澳大湾区建设及海洋强国战略背景下，粤港澳三地应充分发挥地缘优势及各自法域特点，全面学习领会、深入贯彻落实《规划纲要》重要国策，加快构建并完善粤港澳大湾区域外法查明与适用制度，建立健全粤港澳大湾区域外法查明中心，加强对大湾区建设中法律问题的研究，深化司法体制和机制改革，推动司法应对和区际司法协助制度的发展，助力打造粤港澳大湾区法治化、国际化、便利化的营商环境，推动建设国际一流湾区及世界级城市群，着力提升国家影响力和竞争力。

¹⁴ 参见宋锡祥，朱柏然：《“一带一路”战略下我国开展国际民商事司法协助的法律思考》，载《上海大学学报（社会科学版）》，2017年第3期。