

外国法查明作为服务外包项目探析

——可行性与相关法律完善

苏志明

(集美大学法学院, 福建 厦门 361021)

[摘要] 外国法查明对于涉外民商事案件的公正审判意义重大, 我国现有的外国法查明途径存在不足, 查明方法缺乏可操作性, 司法实践中法院的实际做法的公平性可遭质疑。把外国法查明服务作为服务外包项目具有现实的必要性和可行性, 可以作为司法创新的一种方式。围绕服务外包项目中的主体资质、发包程序、查明方法、查明结果的效力等问题, 可以通过改革法院审判制度、完善司法解释创新相关法律解决。

[关键词] 涉外民商事案件; 外国法查明; 服务外包; 司法解释

[中图分类号] D 920.4; D 997 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-889X (2020) 04-0095-08

随着全面对外开放的深入, 涉外民商事案件逐年增加, 需要适用外国法律的情形越来越多, 外国法查明成为法官面临的一大难题。外国法查明是准确适用外国法的前提, 是公正解决涉外民事纠纷的关键, 是实现国际私法价值的保障, 也是彰显我国对外开放的态度。^[1] 外国法查明方法属于外国法查明制度中的重要内容, 在我国现行法律中, 以非限定性列举的方式对外国法查明的途径进行了规定, 如由当事人提供、司法协助途径、外交途径、中外法律专家提供等。看似外国法查明途径丰富多样, 但在司法实践中, 因其约束性不强, 过于原则、笼统, 且主体责任在法官, 导致法官在案件审理过程中难以尽力查明外国法。结果在寻找案件准据法时, 法官对国内法拥有一种强烈“归属感”, 经常适用《涉外民事关系法律适用法》第十条第二款之规定, “不能查明外国法律或该国法律没有规定的, 适用中华人民共和国法律。”

笔者在分析总结外国法查明方法不足的基础上, 结合我国全面改革开放和全面依法治国的发展, 寻找一种行之有效、具有可操作性的外国法查明方法, 即将外国法查明作为服务外包项目发包, 由接包方负责查明外国法, 并提供给办案法院, 以保证本该适用的外国法得到真正、公开、

合理和合法地遵循, 并为我国外国法查明制度的完善提供可行的解决方案。

一、我国外国法查明方法的现状

外国法查明是指一国法院在审理涉外民商事案件时, 依据国内法冲突规范指向某外国法律时, 如何查明该外国法律的存在以及确定调整该涉外民商事案件当事人权利义务应当适用的实体法律的过程。^[2] “以事实为依据, 以法律为准绳”是我国审理民事案件过程中必须遵守的原则, 因此审理涉外民商事案件时, 在查清该案件事实的基础上, 如果根据冲突规范的指引必须以某外国法作为处理实体法律关系的准据法, 就自然而然地出现如何查明某外国法的问题。

(一) 我国现有法律规定的外国法查明方法

1988年, 最高人民法院颁布《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)》(以下简称《民通解释》), 对外国法查明方法进行了列举式规定, 明确规定了外国法查明的5种途径。2005年《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51条进一步明确了当事人负责提供外国法时的具体查明方法, 包括

法律服务机构等。2010年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》(以下简称“法律适用法”)是首部法律层面的立法,其在第十条仅对查明主体进行了规定,明确人民法院、仲裁机构、行政机关及当事人是外国法查明的责任主体。2013年施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“解释(一)”)第17条对不能查明外国法的情形做出规定。此外在最高人民法院关于“自由贸易试验区建设”“一带一路国际商事争端解决机制”等法律文件中可以看到“外国法查明”的字眼。

综上,我国现行法律规定的外国法查明方法的内容:(1)明确了查明责任主体为人民法院、当事人、仲裁机构和行政机关,其中最主要的是人民法院。(2)规定了查明的途径,包括外交途径、司法协助途径、中外法律专家提供、法律服务机构提供及互联网途径。(3)确定了不能查明外国法的情形。可以看出,我国规定的外国法查明方法愈加多样化,却没有真正可靠的方法,因此在当今时代还会出现不能查明外国法的情况。

(二) 我国现行外国法查明方法存在的问题

自1988年《民通解释》颁布以来,我国外国法查明制度经历了理论研究、立法增加和司法实践,外国法查明途径日益增多。但现有外国法查明方法仍存在问题,外国法查明的立法目的和司法价值未得到应有的实现。

1. 查明制度的法律规定碎片化。我国关于外国法查明制度的相关规定散落于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、最高人民法院颁布的司法解释以及其他法律文件(会议纪要)中。《法律适用法》是我国首部规定外国法查明制度的“法律”,但其并没有在总结以往的规定的基础上,对本应完善的外国法查明问题进行全面具体的设计。法律规定看上去相当丰富,实则交叉重复零碎杂乱。^[3]由于缺乏法律层面的统一规定,现有外国法查明为法官的审理过程带来难题,不同的法官因适用不同的标准,最终导致一案多判、同案不同判,甚至应当适用外国法的案件最终适用了本国法。

2. 查明方法可操作性不强。国际交往的深化带来涉外民商事纠纷的激增,给各地法院带来

了审理上的巨大压力,同时,由于审理期限与结案率的规定,要求在法律明确规定的审理期限内保证结案率,准据法的查明无疑成为审判法官面临的最为现实的问题。究其原因,就在于现行的外国法查明途径表面上多样,实际上规定过于原则,没能详细规定每种途径的具体操作方法和程序,缺乏可操作性,不能为审判法官查明准据法提供操作指南,导致审判法官难以利用现有的外国法查明方法迅速有效地查明外国法。例如,以与我国订立司法协助的缔约对方的中央机关提供为例,各国通常需要依据条约或公约指定建立某机关作为联络或传递机关,但由于各国国情和司法制度的不同,往往指定不同的中央机关。比如加拿大指定各省的司法部为各省的中央机关,又指定其外交部作为全国统一的中央机关;中国指定司法部为中央机关。而这些中央机关很可能因为在我国法律体系中不被认定为司法机关而得不到我国的认可,或者即使在接受后,还是需要经历漫长的过程转递至审判机关。因此,采用司法协助途径具有较高的操作难度,且时间上不具有确定性。

3. 时间周期长和经济成本高。由于外国法查明本身的专业性、复杂性与艰巨性,导致外国法查明需要耗费大量的人力成本、时间成本与经济成本。(1)由于途径众多,选择哪种途径进行外国法查明,就需要进行各种途径的优劣比较,这本身就需要时间成本。(2)确定了查明途径后,以这种途径进行需要考虑人力、时间和经济等各种支出费用。例如,在使用司法协助方法查明外国法时,请求方需要承担制作相关文本的费用,需要承担执行送达与转递的交通通讯费用,需要承担外国协助的各项费用;同时还需要承受时间周期长。(3)由于现实复杂多变,由于现有法律规定原则简单,出现法律没有规定的复杂适用情况时,就必然增加新的时间成本和经济成本。

综上所述,直接导致的后果是查明质量参差不齐,使法院查明适用外国法缺少可信度,使法院的判决缺乏权威性。

(三) 我国现行外国法查明方法存在问题的原因

1. 我国外国法查明机制建设处于改革探索时期。现阶段我国仍然处在社会主义初级阶段,

各项社会制度还在改革发展完善过程中，包括法律制度和法治建设。关于外国法的查明从最初没有规定到《民通解释》的简单规定到现今的逐步加强，仍处于摸索探索阶段。我国法院真正开始处理涉外民商事案件需要查明外国法的司法实践历史更短，对于外国法查明的重要性和实践中应该查明的认知也是处在不断提升的过程中，但理论上的探索、立法建设和司法实践的成果与现实社会发展的需要之间依然存在差距。因此2020年召开的中央全面依法治国委员会第三次会议继续强调加快我国法域外适用的法律体系建设，提高涉外工作法治化水平。

2. 法院考核机制的偏差和法官的畏难情绪。法院系统内法官考核机制与晋升指标等均与结案率、发回重审率相挂钩，而外国法的查明本身耗时耗力，即使查明后，其理解与适用问题成为法官面临的又一大难题，这将给办案法官带来巨大的结案压力。即使在适用本国法时，法官也难免因为理解等问题导致适用错误，更不用说对法官来说完全陌生的外国法律及判例。同时现行的法官终身追责制将会加剧这一情况。我国现行民事诉讼制度中关于级别管辖的规定，致使大量的案件落到基层法院，包括众多的涉外民商事案件，基层法院及法官都肩负着巨大的办案压力。出于法院的工作考核和对自身工作的考量，法官无论是自身能力问题，还是主观想法上，都会有抵触情绪和畏难情绪，在此情况下，认真查明外国法的动力缺失，查明外国法的结果并不让人满意。

3. 当事人提供外国法的权能受限。由于法律规定当事人负有提供外国法的义务，因此此种途径成为司法实践中法官最为常用的一种外国法查明方法，大大减轻了法官的负担。但是，当事人一般不具有优异的法律素养与专业法律知识，依靠当事人自己去查明外国法几乎是不可能完成的任务。因而当事人一般需要再利用法律规定的其他途径如选择委托中外法律专家帮助其查明外国法律，这样不仅间接反复，而且需要不菲的财力支持。当事人经济能力的区别，将会带来外国法适用的巨大不公平，有能力委托的，被委托人往往倾向于查询对当事人（委托人）更有利的法律。另外，现行的《法律适用法》将由当事人负责查明外国

法的权限局限于当事人选择适用外国法律的情形，法院及法官不能再向以前那样动不动就要求当事人查明外国法了。

此外，由于世界上存在着不同的法系和法律体系，比如在外国法查明过程中，大陆法系国家与英美法系国家的法律制度方面存在巨大差异，导致法官在适用外国法过程中步入困境。再比如对于外国法的性质，大致有事实、法律和法律事实3种看法。外国法性质的不同认定，将导致外国法查明方法的不同。此外，还要面临语言上的障碍和各种成本的算计。

二、外国法查明作为服务外包项目的可行性

法院作为国家的审判机关，也是国家的权责机关，拥有宝贵丰富的国家资源。在审理涉外民商事案件进行外国法查明时，这些资源至少表现为案件资源（外国法查明的分配资源）和与之配套的财政资源（国家为查明外国法编制的财政预算）。作为展现国家形象和法律权威的司法机关，在进行相关资源的分配时，应当秉持公道、正义、透明的原则。然而过去和现在的外国法查明案件资源及其附属的资金的分配“犹抱琵琶半遮面”，法院有意根据自身的需要只选择极少数研究中心和服务机构进行资源配置。即使是2019年11月29日上线的最高人民法院域外法查明平台上选择提供服务的机构或中心也只有区区5家，而且这5家机构都与最高人民法院有密切关系。尽管这5家机构是公认的权威机构，但最高法院的做法仍无法摆脱垄断的不公平的印象。在当今建设社会主义市场经济的时代，市场是资源配置的最好的方式，可以通过市场的公开公平的竞争机制来进行资源的优化配置，包括如何分配外国法查明的资源。由于市场经济主要是商品经济，因此可以把“外国法的查明”打包成“服务商品”，即把外国法查明作为服务外包项目，利用市场机制进行外包，通过公平有效的竞争获得良好的社会效益。当然市场经济也是法制经济，离不开法律的支持，因而有必要完善创新有关外国法查明的具体法律制度。

(一) 外国法查明作为服务外包项目的内涵及主要特征

1. 内涵。服务外包是市场经济发展过程中深化分工的结果,源于企业成本与收益之间的相互作用。经过漫长的发展,服务外包业务逐渐细分,分化为商业流程外包、信息技术外包和知识流程外包。^[4]作为知识流程外包的重要组成部分,法律流程外包是指律师事务所、企业或者政府等机构根据自身发展的需要,基于信息技术,将其法律服务职能以及与此相关的职能全部或者部分剥离出来,委托给外部专业的服务机构通过计算机操作完成,并采用现代通信手段进行交付,从而达到降低成本及法律风险,提高决策的科学性,增强自身市场竞争力的新型法律服务模式。^[5]外国法查明作为服务外包项目指在涉外民事案件中,法院或当事人根据案件审理需要,借助互联网或其他方式将外国法查明这一责任,委托给外部专业的服务机构进行查明的模式。外国法查明外包是法院将外国法查明事项发包,由专业外国法查明机构提供外国法查明服务,而且外国法查明机构还可以提供整理分类、翻译、咨询等服务,为法官最大程度减少涉外案件庭审工作的压力。

2. 主要特征。(1) 专业知识密集。法律服务外包作为知识经济的新兴产业,属于知识密集型产业。外国法查明作为服务外包本身就需要宽泛的专业知识和能力,再加上涉外民事法律关系涵盖所有法律综合领域的各种法律问题,既包括实体法又包括程序法;既涉及内国法又涉及外国法等。很显然在外国法查明过程中,要求极高的知识储备与知识检索能力。(2) 专业能力要求强。现实社会服务业分工越来越细,专业要求越来越高。承接外国法查明服务外包的接包方一般是外国法查明领域的专业机构,对于接包的业务需要拥有专业化的人才,拥有专业化的服务技能。拥有竞争优势的接包方具有充足高质量专业人员的优势,更能够提供全方位、专业化的服务。^[6]法律从业人员往往经过全方位的法律知识培训和法律服务实践经验的历练,并且由于外国法查明的涉外性,提供外国法查明服务的人员更需要在语言能力、沟通能力、学习能力、判断能力等方面具有相当的专业优势。(3) 依靠互联

网通信技术程度高。在互联网时代,利用网络提高服务效率是必然的选择。发包方和接包方可以通过网络相互了解,确立合作关系;可以通过网络依据合法程序,采用合适方法竞争外国法查明服务外包项目。再由于负责提供外国法查明服务的具体个人可能分布在全国甚至世界各地,依靠快速的互联网提供外国法查明服务可以减少各种成本,符合市场经济的效率和效益要求。

(二) 外国法查明作为服务外包项目的优点

1. 查明质量高。通过市场公平有效的竞争机制,可以选择最好的查明机构,依靠最优秀的专业人士,依赖强大的互联网和通信技术,将外国法查明能够做到极致。外国法查明机构能够及时跟踪外国法的制定修改和外国司法实践,为我国审判法官提供最为及时、准确的准据法。通过机构进行外国法查明,可以最大程度地减少因个人查明水平及主观倾向性造成的查明失真性,且机构由法院委托,更加具有中立性,其查明意见更具有公正性和可靠性。

2. 时间周期和经济成本可控。外国法查明事项被接包后,法院将与选定的查明机构按照市场经济规则 and 法律规定签订外包服务合同,关于查明的期限要求、成本控制等事项将在合同中明确,因此,时间周期与经济成本是可以根据具体情况控制的。^[7]在具体执行合同过程中法院可以通过规定时时跟踪接包方,对外国法查明的进程进行把控。在有效的市场竞争下,查明机构会采取各项措施减少查明的时间,提高查明结果的质量,降低查明的成本与费用。

3. 更具有可操作性。相比于目前的外国法查明做法,法院应该为外国法查明作为服务外包项目制定相应的法律解释,具体详细地规定服务外包的整个法律流程,为法院、当事人和服务机构提供明确的指引,让他们做到心中有数,预先知道应当如何操作。法院在确定明确的接包方后,与其签订委托服务合同,在合同当中明确双方的权利和义务,规定具体详细的服务环节,各方即可以按照合同,诚信地履行自己的义务。在由当事人负责查明外国法时,当事人也可以向法院提出申请,由法院代为发包,依据上述过程操作完成外国法查明义务。

（三）外国法查明可以作为服务外包项目

1. 现有法律的支持。《民通解释》第193条规定：“对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：（5）由中外法律专家提供……”这为外国法查明作为服务外包开了个口子。《会议纪要》第51条规定当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织的服务提供来查明外国法。“法律服务机构、行业自律性组织”的服务性质的凸显增加了外国法查明可以作为服务外包项目的确定性。2018年7月1日起施行的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》“第八条 国际商事法庭审理案件应当适用域外法律时，可以通过下列途径查明：……（三）由法律查明服务机构提供。”更直接地明确外国法查明服务由法院委托“法律查明机构”进行外包，已经能够得到最高人民法院的认可。作为综合性司法改革试点，深圳前海合作区人民法院于2015年1月28日正式挂牌，其审理的案件60%为涉港澳台案件。其出台的《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》第六条明确规定人民法院可以委托专业法律查明机构提供外国法，可以视为地方法院通过有权的规定明确其可以将外国法查明作为服务外包项目发包。

2. 司法实践的支撑。党的十八届四中全会决定推进全面依法治国，就新形势下加强涉外法律工作做出了重要部署。为适应时代的需求，2014年我国首家境外法律查明机构深圳市蓝海现代法律服务发展中心（现名为“深圳市蓝海法律查明和商事调解中心”，以下简称“蓝海中心”）在深圳设立，是全国首家以“域外法律查明”为核心业务的实务机构。最高人民法院在该中心设立了“港澳台和外国法律”查明基地。目前，蓝海中心查明的法律覆盖了美国、英国、瑞士、肯尼亚等107个国家和地区。2014年11月，中国政法大学外国法查明研究中心成立，是最高人民法院的外国法查明基地，开始接受最高人民法院和其他人民法院就涉外民商事案件审判过程中的法律适用问题，尤其是外国法的查明问题，提供咨询意见。同时，该中心还将接受最高人民法院的委托，收集相关国家和地区的立法、司法信息，为司法交流与合作提供参考资料，发

挥智库作用。此外，还相继建立了西南政法大学中国-东盟法律研究中心、华东政法大学外国法查明研究中心、武汉大学外国法查明研究中心等外国法查明中心和基地，为外国法查明作为服务外包项目发包提供了机构支持。

在具体的司法实践中，例如匈牙利出口信用保险有限公司与夏景军、温兴中保险人代位求偿权纠纷一案中，宁波市中级人民法院依职权委托华东政法大学外国法查明中心进行查明，并最终认可其查明意见，作为案件最终审理的依据。^[8]又如北京泛亚利华国际投资咨询有限公司、万享供应链管理（上海）有限公司海事海商纠纷（2018津民终244号）中，二审法院认可一审法院向中国政法大学外国法查明研究中心咨询获得的法国法律的相关规定。再如英忠有限公司与庆达海运有限公司海事诉讼特别程序案件（2017粤72民初324号）中，广州海事法院委托华东政法大学外国法查明中心查明巴拿马共和国有关船舶抵押的相关法律规定。现实的案例还很多，不再一一列举，但所举之例可以有力证明外国法查明是可作为一种服务项目外包的。

三、外国法查明作为服务外包项目的相关问题及法律完善

（一）服务外包的发包主体

《法律适用法》第十条规定“涉外民事法律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。”基于司法实践的现实，相比于仲裁机构或行政机关，人民法院是负责查明外国法的最主要主体。无论是《民通解释》还是《法律适用法》均规定当事人在选择适用外国法时，应当由当事人提供外国法。当事人也可作为服务外包的发包主体。但是，面对广泛复杂的外国法以及当事人自身的法律知识的有限和查明能力的欠缺，由当事人亲自查明外国法往往力所不及。且为了维护自身利益，其查明的外国法多具有强烈的主观倾向，不容易得到法院的认可。相对而言，法院通过发包委托的外国法查明机构不仅专业，查明能力强大，而且是由中外知名法律专家或法律研究者组成，查明的法律意见更为中立准确。机构的查明结果具有公正性。^[9]

故而外国法查明项目的发包主体应为法院。当法院依职权需要查明外国法时,可直接通过项目发包的形式进行查明;在当事人提供外国法时,当事人可以向法院提出申请,并由法院代为进行外国法查明项目发包。

(二) 接包方的资质要求

外国法查明是正确适用外国法的基础。考虑到外国法查明是一项巨大繁杂的工作,需要承担相当的法律风险,不是单凭哪个人即使是某一领域的法学专家就可以承受的。考虑到域外法查明的重要性与案件审理所要求的公正性,对于接包方必须谨慎确定,建议法院应当明确接包方必须是合法成立的机构组织。

为了便于对查明机构进行管理,外国法查明机构需依一定法律程序设立,并得到工商行政部门的许可和司法部门的资格认证。针对外国法查明机构的资质要求可以参考2019年11月上线的最高人民法院域外法查明平台上选择提供服务的机构条件要求;或者在参考设立律师事务所的条件基础上在加上一些更硬的专业条件要求。在设计外国法查明服务机构的资质要求时,一定要严格遵守市场竞争机制的要求,设立公平公正的条件,决不能专为某些特定机构提供条件。此外,接包方可以是纯粹的国内机构,也可以是中外合资联营的机构,如根据上海自由贸易试验区关于《中国(上海)自由贸易试验区中外律师事务所联营的实施办法》设立的律所。将来在符合条件的情况下,甚至可以开放外国服务机构参与我国法院的外国法查明服务。

为保证外国法查明结果的准确性与真实性,查明机构应当拥有一定数量的专家资源,以保证该机构能够针对多领域、多方向进行外国法的业务开展。该机构还应制定内部严格的外国法查明程序,明确机构内工作人员的查明责任和责任追究制度,保证工作人员在工作过程中按照规定进行查明,减少因工作人员失误造成的查明失实。

(三) 查明的方式和程序

外国法查明是法院正确适用外国法的基础,在采用服务外包形式查明外国法时,查明机构提供的查明意见一旦被法院认可,将成为法院的裁判依据,对双方当事人的权利义务分配产生重大影响,因此,必须在程序上保证外国法查明项目

发包过程中的公正性。

当法院依职权查明外国法时,法院可以直接通过法院公告形式,将裁判案件中法律关系确定所需要查明的外国法律作为项目发包,接包方向法院投标,法院在收到接包方标书后,可采用竞争程序确定某一接包方进行具体查明工作。确定接包方后,法院可与接包方签订委托合同,并在合同中约定双方之间的权利义务。

在由当事人提供时,当事人一方或双方向法院书面提出将外国法查明作为服务外包项目发包的请求,经法院程序上审核批准后,法院以发包主体身份进行项目发包。在此处,法院不再是合同权利义务承担者,仅作为当事人的代理人。

在委托合同中,法院应依据对案件的初步判断,确定所需适用的准据法,并将其约定在合同内容中。而接包方则依据法院确定的准据法范围进行具体的准据法查明。此外,合同还可以约定由接包方进行法条翻译、整理等内容。签订委托合同后,双方即依据合同的约定履行查明义务。由于案件审理受审理期限的限制,法院应在合同中约定查明期限,并对接包方所应尽的义务做出规定。在合同履行过程中,法院可根据案件审理进程,对外国法查明进度进行跟踪,并合理利用已经查明的外国法实体规范。最后,出于保密的需求,在委托合同中,应当签订保密协议或条款,以保证案件信息的保密,保证案件审理不受任何个人或单位的影响,保证当事人信息及案件信息安全。

(四) 查明结果的效力

查明机构根据与法院签订的委托合同向法院提供查明意见,对于该查明意见,法官是最终的决定主体,只有当查明结果被法官认可后,方可具有法律效力,即法官将以该查明的外国法为裁判依据进行案件审理。查明机构与法院之间仅是委托关系,其查明结果未经法官采纳,并不具有任何法律意义。

查明机构所查明的外国法一旦被法院认定,将给当事人权利义务带来巨大的影响,因而需完善对外国法查明结果的监督机制。对于法院依职权通过项目发包查明外国法,应充分保护当事人的知情权,法院应该在庭审阶段向当事人充分说明其外国法查明的过程与内容,赋予当事人提出

异议的权利。在当事人提出异议时，可对该问题进行法庭辩论，此外，还可以由外国法查明机构出庭作证。经过充分的质证，最终认定查明结果的效力。当由当事人提供时，因为双方当事人自行申请通过项目发包进行外国法查明，法院无需对程序问题进行详细说明，针对当事人在庭审中提出的此方面异议，应由当事人自行举证质证，只有在规定时间内提出充分证据，方可得到认可，否则，将被认为无法提供而得不到采纳，因此将最终适用外国法查明结果。

在法院依职权通过项目发包查明外国法时，因外国法查明结果本身出现错误而导致当事人权利受损时，不能直接由当事人向查明机构追究侵权责任，而应当依据中国民事裁判制度赋予当事人上诉权或再审的权利，以此维护当事人的最终权利。由于法院与外国法查明机构之间存在委托关系，因此，法院可根据委托合同的规定，依据双方约定最终追究查明机构的违约责任。在当事人自行提供时，由于法官扮演的是当事人的代理人角色，当事人可以直接追究查明机构的违约责任，与此同时，当事人亦可申请法院进行司法救济。

（五）以司法解释确立外国法查明服务外包制度

尽管我国现在在个别高校设立了外国法查明的研究中心甚至建立了查明外国法的服务机构（公司），实践中我国各级法院也曾委托过这些中心或机构帮忙查明外国法，但是整个过程不够公开透明。比如为何选择这个中心而不选择那个机构；选择的标准是什么；这个被选中的中心或机构的查明外国法的过程是否合法合理；以什么标准或方法来判断他们的查明的结果是可接受的等问题。也没有统一公开的有效具体的法律依据，完全是由法院根据职权自由选择，没有权力监督机制。

在全面推进依法治国的情境下，任何国家机关的权力包括法院的审判职权都应当受到全民监督，都应当做到有法可依、公开透明、严格依法行使。现有的查明实践可能存在有选择的“黑箱”操作，因此关于外国法查明作为服务外包项目的具体过程和制度的设想要成为现实，能够得以真正落地实施，需要有效的法律保障。依据

我国《立法法》，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院和最高人民检察院拥有立法权限。但是全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责制定根本法和基本法律；国务院根据宪法和法律制定行政法规；中央军事委员会根据宪法和法律制定军事法规；最高人民检察院负责检察工作（主要是刑事案件）中具体应用法律的解释；它们都不适合制定外国法查明作为服务外包项目的法律。只有最高人民法院负责属于审判工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文《法律适用法》第十条第一款之规定，本着改革创新司法审判制度的精神和勇气，专门就查明外国法的服务外包制度进行符合立法的目的、原则和原意，并适合现实需要的司法解释。以司法解释的立法形式，确立外国法查明作为服务外包项目的法律依据，使得现存的高校外国法查明研究中心和外国法查明服务机构可以有法可依，正大光明地提供外国法查明服务。

四、结 语

尽管我国法律规定的外国法查明方法日益丰富多样，司法实践也在不断创新，尤其是最高人民法院在不断地设想与落实，但外国法查明的现状并不尽如人意。究其原因，在于原有的法律规定和外国法查明途径缺乏可操作性、经济与时间成本高，不能将法官从繁杂的事务性工作中挣脱出来；现有外国法查明平台不太符合全面建设法治国家所需制度和规则的公开、透明、公正。因此，在完善社会主义市场经济制度和法制过程中，借鉴市场经济的有效竞争机制，将外国法查明作为服务外包项目，打包成服务商品发包，让符合资质要求的外国法查明研究中心或服务机构承包，是在当前全面进行依法治国建设，以法律支持创新以及司法实践基础上总结创新的一种新思路。对于此种创新，应当坚持社会主义市场经济是法治经济和创新应当有法律依据的理念，由最高人民法院通过其拥有的司法解释权，对外国法查明作为服务外包项目所涉及的服务外包的发包主体、接包方的资质要求、查明的方式和程序、查明结果的效力等问题进行创造性的解释和

设计,以完善相关的法律。

[参考文献]

- [1] 孙建. 对完善我国外国法查明制度的探讨 [J]. 南开学报 (哲学社会科学版), 2008 (6): 112 - 120.
- [2] 肖芳. 论外国法的查明——中国法视角下的比较法研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 11.
- [3] 张筱箬. 关于涉外民商事审判中域外法查明问题的调研报告 [EB/OL]. (2012 - 08 - 25) [2019 - 09 - 18]. http://www.hicourt.gov.cn/theory/article_list.asp?id=5992.
- [4] 王习农. 服务外包发展趋势分析 [J]. 实事求是, 2011 (1): 47 - 50.
- [5] 中国法律流程外包产业发展白皮书 (简版) [EB/OL]. (2012 - 07 - 30) [2019 - 09 - 28]. <http://www.chnsourcing.com.cn/special/2012/fllc/>

- [6] 周游, 徐丹. 对中国服务外包业发展的解析 [J]. 哈尔滨商业大学学报 (社会科学版), 2010 (2): 8 - 10; 14.
- [7] 张梦琦. 中印服务外包发展对比分析及中国发展策略 [J]. 市场周刊 (理论研究), 2014 (1): 50 - 52.
- [8] 华政外国法查明中心为宁波法院查明匈牙利法律 [EB/OL]. (2018 - 01 - 01) [2019 - 09 - 30]. https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAxMzI5Mw%3D%3D&idx=1&mid=2654105483&sn=c6f2647dadcb4f389d5cb97fc5fd5736.
- [9] 黄漫山. 域外法查明引入第三方法律查明平台的可行性及问题分析 [J]. 特区经济, 2016 (6): 132 - 135.

The Feasibility of Outsourcing Foreign Law Ascertainment as a Service Project

SU Zhi-ming

(School of Law, Jimei University, Xiamen 361021, China)

Abstract: Foreign law ascertainment is of great significance to the fair trial of foreign-related civil and commercial cases. The existing methods of foreign law ascertainment in China are inadequate and lacking in operability, and the fairness of the actual practice of the court can be questioned in judicial practice. It is necessary and feasible to take foreign law ascertainment service as a outsourcing project, and it can be used as a way of judicial innovation. The subject qualification, the process of contracting, the method of ascertainment, the effectiveness of ascertainment results and other issues in the service outsourcing projects can be solved by reforming the court system, improving the judicial interpretation and innovating relevant laws.

Key words: foreign-related civil and commercial cases; foreign law ascertainment; service outsourcing; judicial interpretation

(责任编辑 陈蒙腰)