

# 外国法解释模式研究

徐 鹏 \*

---

**内容提要：**外国法解释不同于外国法查明。借助解释模式这一概念，可将外国法解释的目标、主体、对象和途径等不同要素统合为有机整体，置于国际私法和法律解释理论的双重脉络中予以探究。在现有外国法解释模式中，解释目标一般为确定外国法在其所属国的意义，故裁判者须完全摒弃先见，作为忠实的外部观察者摹写外国法律共同体对外国法的客观理解。此模式在司法实践中的困境揭示出其在相当程度上偏离了法律解释的内在规律。应重新厘定外国法解释目标，结合外国法适用的“情境化”特点，以法律论证理论重构外国法解释模式。

**关键词：**外国法解释 解释模式 解释目标 法律论证

---

## 引言：问题的提出和研究思路

在涉外民商事审判中，当法院地国际私法规则最终确定应依外国法解决争议时，法官便面临着如何适用外国法的问题。既然“法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提”，“法律必须经由解释，始能适用”，而法律解释就其狭义而言是“确定法律规范意义内容的作业”，〔1〕那么推而论之，为适用外国法，法官同样也需要解释外国法，即确定外国法律规范的意义内容。

外国法解释问题在国内鲜有问津，我国国际私法学界通常关注外国法的查明，即如何查明外国法关于特定问题的规定。〔2〕外国法解释着眼于确定外国法律规范的意义内容，外国法查明强调查明外国法的规定，两者之间似不存在实质差别，外国法查明只是法律解释在国际私法领域的特殊称谓而已。但国内学界针对外国法查明的讨论聚焦于如何查找外国法，即由哪一诉讼主体查明或证明外国法，通过何种方式获取外国法等。言下之意，在涉外民商事审判中，只要能够确定查明的主体、途径和方式，通过查明环节获得外国法，法官自然可将案件特定事实涵摄于该外国法具体规定之下，进而得到裁判结果。这正符合大陆法系传统审判过程所呈现的典型机械式活动图景：“法官的作用仅仅在于找到那个正确的法律条款，把条款与事实联系起来，从法律条款与

---

\* 西南政法大学国际法学院副教授。

本文得到西南政法大学校级重点项目“涉外民商事审判中外国法适用问题研究”的资助。

〔1〕 参见梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第194页，第193页。

〔2〕 参见韩德培：《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年版，第199页。又参见黄进：《国际私法》，法律出版社2005年版，第204页。

事实的结合中会自动产生解决办法”。〔3〕然而，法官将案件事实机械地涵摄到单一确定的法律规则之下，像自动售货机一样输出裁判结果的法律适用过程，现在看来只是美好的神话，〔4〕这种神话也很难在外国法适用实践中延续。

晚近一些国家的国际私法立法显然注意到了外国法查明与外国法解释之间的差异，明确了外国法解释的特殊规定性。其立法体例一是将外国法查明和外国法解释统一置于“外国法适用”条款中，但分别规定查明和解释的不同内容，〔5〕二是将外国法查明与外国法解释和适用作为独立条款分别予以规定。〔6〕虽然立法技术不同，但两者都区分了查明与解释在外国法适用过程中担负的不同功能，即外国法查明更多关注如何获取外国法的程序事项，而外国法解释着眼于在外国法适用过程中如何确定其意义内容。

国外相关立法对我国涉外民事关系法律适用法的立法准备活动产生了一定影响。继我国国际私法学界历经数载、数易其稿起草完成的《中华人民共和国国际私法示范法》第11条〔7〕之后，2002年12月初次审议的民法典草案第九编“涉外民事关系的法律适用法”也对外国法解释问题作了规定，其第7条为：“适用法律的解释，依照该法律所属国的解释规则解释。”然而，2010年10月28日通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》删除了初审稿中有关外国法解释的规定。其原因或许如立法者在阐述起草思路时所表明的，涉外民事关系法律适用法虽应体现“国际上通行做法和新的成果，进一步完善我国涉外民事关系法律适用制度”，但更为重要的似乎是将“我国多年来行之有效的规定和做法吸收到草案中”，反映“各方面意见比较一致的法律适用问题”。〔8〕我国司法实践中的外国法解释问题为外国法查明程序所遮蔽，而理论界关注的焦点更多集中于法律选择的理念、价值和方法以及法律选择原则和规则的构建。实务界和理论界对外国法解释的目标、内涵和运作机理未曾有过全面和深入的研究，当然谈不上在充分论证的基础上形成共识，有关外国法解释的规则最终无法“登堂入室”进入立法之中也就不足为奇了。

因此，现阶段更为紧迫的任务并不在于对涉外民事关系法律适用法放弃外国法解释条款的做法予以检讨，也不在于为将来的国际私法立法提出有关“外国法解释”的条文设计。笔者认为，在缺乏充分理论探讨和丰富司法实践支撑的情况下，仅仅进行纯粹的规则分析，满足于晚近国际私法相关立法文字的比较和借鉴，无法全面把握外国法解释的内在机理。本文尝试围绕外国法解释模式展开讨论，希望借助模式这一概念，将外国法的解释目标、解释主体、解释材料以及相应的解释途径等不同要素有机结合起来作整体性的观察。本文所称的外国法解释模式是指为实现特定解释目标，解释主体采用相应途径理解外国法意义内容的方式。

外国法解释模式的构建并非是纯粹的技术问题，只有将其置于国际私法整体脉络之中，才能理解国际私法立法理念对外国法解释目标的深刻影响，进而把握晚近国际私法立法中外国法解释规则的意义。同时，对外国法解释模式的探究不能局限于国际私法领域。尽管外国法解释具有特

〔3〕 参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第36页。

〔4〕 正如拉伦茨所论：“迄今提及的作者们在一点上倒是意见一致，质言之，对于借助逻辑涵摄（即将案件事实归属一法规范的构成要件之下），由法律推得裁判的程序，他们或者认为根本无法做到，或者认为其意义并非如想象般重大。” [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第33页。

〔5〕 如2004年比利时国际私法典第15条规定：法官负责查明依本法指定的外国法的内容。该外国法应该根据该外国对其作出的解释予以适用。

〔6〕 如1995年意大利国际私法典第14条为“应适用的外国法的查明”、第15条为“外国法的解释与适用”。类似立法体例还可参见1998年突尼斯国际私法典第32、33、34条，2005年保加利亚国际私法典第43、44条等。

〔7〕 该条规定：对准据法的解释，适用其所属国家的法律及解释规则。

〔8〕 参见《涉外民事关系法律适用法（草案）全文及主要问题的汇报》，<http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2010-08/28/content-1592751.htm>。

殊性,裁判者面对的不仅是时间距离而且更多是空间距离所造成的理解障碍,但外国法解释就其本质而言仍为法律解释,外国法解释的途径和方法仍须契合法律解释的内在规律。为此,本文将外国法解释模式置于法律解释理论和国际私法的双重脉络中,以探究外国法解释规则所蕴含的解释目标,认识和评判外国法解释的途径和方法,并在此基础上力求把握外国法解释的运作机理。

在外国法解释模式中,解释目标占据着核心地位,它直接决定着解释对象和解释材料的范围,影响着解释的具体方法和手段。外国法解释模式在相当程度上是围绕外国法解释目标予以构建的。有鉴于此,本文以晚近国际私法立法所包含的外国法解释目标为切入点,分析其理论基础,探究国外现有理论围绕既定解释目标而构建的外国法解释模式。进而指出该解释模式在司法运作中出现的问题,以此为契机对其予以批判性分析。最后提出应重新厘定外国法解释目标并相应地借助法律论证理论重构外国法解释模式。

## 一、现有外国法解释模式概述

晚近国际私法立法大多通过抽象概括的规则确立外国法解释的目标,即裁判者应确定外国法在其所属国的意义,保证外国法如同在其所属国那样予以适用。以此解释目标为核心,主客体严格区分的外国法解释模式得以确立。裁判者作为外国法解释的唯一主体,须摒弃自己在本国法律制度下形成的先见,获取外国法律共同体对外国法意义的理解。

### (一) 外国法解释目标的设定

法律解释目标是指解释者在法律解释活动中所要理解和说明的法律文本的意思。法律解释目标的设定将直接影响对解释对象范围的认识和解释材料的应用,并有可能决定解释的方法、手段或路径。<sup>[9]</sup>晚近国际私法立法针对外国法解释的规定大多措辞抽象,并未明确解释材料的范围,也未直接确定解释的方法或途径,而是聚焦于外国法解释目标的设定。例如,“外国法的解释和适用,应按照该法律来源国的解释和适用方式进行”,<sup>[10]</sup>“外国法应该根据该外国对其作出的解释予以适用”,<sup>[11]</sup>“法官在适用外国法律时,应一并适用该国对它的解释”<sup>[12]</sup>等。这与内国法的解释目标明显不同。在内国法解释中,存在着探究立法者在制定法律时的主观意思或者探寻体现在法律文本中的客观的规范含义等目标。而以上所列条文表明,外国法解释目标一般被认为是确定外国法在其所属国的意义,从而保证外国法如同在其所属国那样予以适用。<sup>[13]</sup>这一解释目标只有置于国际私法的理论框架内才能得到理解:

一方面,它衍生于法官忠实适用法律的职责。法官既然担负适用本国冲突规范的职责,当然也应当准确适用本国冲突规范指向的外国法。一国国际私法的宗旨和目的在司法裁判中能否最终实现,不仅取决于冲突规范自身的适用,而且也取决于冲突规范援引的准据法特别是外国法的适用。就解决涉外民事争议而言,冲突规范只是指引裁判者适用法律的一种媒介。一国立法者或者从“冲突正义”理念出发,认为某一法律关系应置于与其在空间上有最密切联系的国家法律管辖之下;或者着眼于“实质正义”,为取得实体公正的裁判结果而适用特定国家法律。裁判者只

[9] 参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第32页。

[10] 参见2005年保加利亚国际私法典第44条。

[11] 参见2004年比利时国际私法典第15条。

[12] 参见1998年突尼斯国际私法典第34条。

[13] See Gonzalo Parra—Aranguren, *General Course of Private International Law, Selected Problems*, 210 *Recueil des cours* 72—73 (1988). Also See M. Jaenterae—Jareborg, *Foreign Law in National Courts*, 304 *Recueil des cours* 230 (2003).

有准确适用冲突规范指向的准据法，才能忠实贯彻本国立法者制定冲突规范的意图。<sup>〔14〕</sup>

另一方面，外国法解释目标可从理论层面追溯到萨维尼的国际私法学说。萨氏认为每一个国家应平等对待本国人和外国人，而且当法律关系牵涉到冲突法事项时，相关案件不论在哪一个国家审理都应得到一致结果。<sup>〔15〕</sup>在涉外民商事审判中，萨维尼所设定的“判决一致”目标不仅要求各国采用相同的冲突规范，而且需要不同国家的裁判者针对同一冲突规范指向的外国法进行相同解释并予适用之。由于国际社会并不存在一个位于各国之上的国际性的法院对各国法律进行统一解释供各国法院遵循，因此要实现判决一致目标，只能由各国放弃各行其是按照本国法律解释外国法的做法，遵循特定外国法在其所属国的意义，即如同外国法所属国那样解释外国法。

## （二）解释主体进行外国法解释的具体途径

在成文法系国家，法官掌握着法律解释和适用的专属权：“哪些法律条文属于考虑之列、应当怎样理解它们以及具体的事实情况是否满足法条抽象的事实构成，——简要的说，法律发现（Rechtsfindung）——这是专属于法院的领域。”<sup>〔16〕</sup>在涉外民商事审判中，裁判者成为外国法的解释主体，是解释和适用外国法的应有之义。为能获得外国法在其所属国的客观意义，裁判者需从两个方面着手解释外国法：在主观上，裁判者应跨越时空距离带来的理解障碍，避免自己的先见扭曲外国法的本来意义，为理解外国法创造前提条件；在客观上，裁判者消除先见后，应认知外国法律共同体对外国法意义的客观理解。

### 1. 裁判者摒弃先见，如同外国法官一样解释外国法

作为解释的主体，裁判者嵌入在本国历史传统、文化观念、伦理道德等无形要素编织的意义之网内，他们会本能地基于自己在本国法制下形成的法律信念、掌握的法律规则和积累的法律经验，应用在本国社会制度和文化背景下塑造而成的价值观念解释外国法。如果裁判者将自己的“地方性知识”直接用于解释外国法，即便它具有与内国法相同或相似的词语和结构，最终导致的很可能是“未曾在任何地方发生效力的虚拟的法律规范的适用”。<sup>〔17〕</sup>

为此，裁判者应设想自己处于外国法官的位置（put himself in the foreign judge's shoes）。<sup>〔18〕</sup>换句话说，当冲突规范确定将外国法作为涉外民商事纠纷的裁判依据时，裁判者应将自己置于与外国法官相同的地位并像他一样作出决定。<sup>〔19〕</sup>1979年蒙得维的亚《美洲国家间关于国际私法一般规则的公约》第2条就规定：成员国的法官和有权机关应依外国法所属国的法官同样的方式来适用外国法。<sup>〔20〕</sup>裁判者只有摆脱自己的先见，放弃将自己在本国法律文化以及社会生活经验下所形成的认知结构和思维方式作为普遍的理解尺度，才能为认知外国法含义创造前提条件。

### 2. 寻求外国法律共同体对外国法意义内容的理解

要求裁判者“如同外国法官那样适用外国法”，还存在以下疑问：一是裁判者在抛弃先见的同时，通过怎样的具体途径才能做到如同外国法官一样获取外国法的意义内容？二是裁判者怎样

〔14〕 有的国际私法立法甚至直接规定，外国法依其所属国的意义予以适用是为了实现内国冲突法的立法目标。如1998年委内瑞拉国际私法第2条明确规定：“所指定的外国法，应根据各该外国的主导原则予以适用，以保证委内瑞拉冲突规范所追求的目标得以实现。”

〔15〕 参见〔德〕冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社1999年版，第14页。

〔16〕 〔德〕奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第123页。

〔17〕 See Johann Kindl Ausburg, *Auslaendisches Recht vor deutschen Gerichten*, ZfP. 111 Band. Heft 2, 1998, S. 181.

〔18〕 See Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford University Press, 2003, p. 182.

〔19〕 See v. Bar/Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Band 1., 2. Aufl., 2003, Verlag C. H. Beck, S. 419.

〔20〕 本文所引相关国家的立法材料来自于李双元等编：《国际私法教学参考资料选编》上册（总论 冲突法），北京大学出版社2002年版；中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所主办：《中国国际私法与比较法年刊》第2、5、6、7、8、11卷，法律出版社1999年、2002年、2003年、2004年、2005年版，北京大学出版社2008年版。

避免外国法所属国家不同法院法官甚至是同一法院不同法官裁判的主观性?

法官在解释法律时不能率性而为、恣意决断,其所作解释应符合法官所在的法律职业共同体对相关意义内容的理解。有学者正确指出,除了来自于国家的权威之外,法院判决的权威不仅直接来源于立法本身,而且建立在法律解释、法学研究以及判例积累等法律家实践活动整体的基础上。<sup>[21]</sup>实际上,在法制较为成熟的成文法国家,针对法律适用过程中出现的相同或相似的法律问题,不同辖区和层级的法院之间通过公布或汇编判例可形成事实上的交流;在寻找裁判视角和确定裁判理由过程中,法院还需面对和回应法学界的检验和批评,形成与其他法律职业者的外部交流。<sup>[22]</sup>要言之,“如同外国法官那样解释外国法”这一形象说法并不能从其字面加以理解。外国法官并非指涉某一特定个体,而是担当代言人的角色,反映外国法律共同体针对外国法意义内容形成的共识。因此,如同外国法官那样裁判案件,实际上要求裁判者获取外国法律共同体作为一个整体对相关外国法意义内容的客观理解。

为此,裁判者应着眼于外国法律整个体系,应用外国法所属国的解释规则,将外国法律规则、判例和学说作为不可分割的解释材料探究其意义内容。

第一,作为解释对象的外国法并非孤立的单个规范,必须置于外国法律体系中予以理解。冲突规范作为“法律选择规范”,其功能在于如何选择适当的法律体系以适用于具体的涉外民商事法律关系;而法律体系在国际私法上被认为是一个国家现行有效的全部法律规范的总和。<sup>[23]</sup>这就意味着,在涉外民商事审判中,裁判者面对的是内国冲突规范所指向的、由存在内在脉络关联的法律规范所构成的外国法整体。适用外国法的裁判者必须首先探究外国法的法律渊源以及不同渊源形式也即制定法、法院判例(司法先例)、习惯法之间的效力层次,从而发现能够适用于手头案件的外国法律规范的栖身之所。在大多数情况下,针对一个具体的涉外案件,应予适用的不是与手头案件直接相关的某一孤立的外国法规则,而是多个规范,“这些规范相互之间的关系以及各自对该案件的影响必须合乎逻辑并具有充分理由”。<sup>[24]</sup>

第二,应用外国法所属国的解释规则。不同国家的法律制度往往发展形成了各具特色的法律解释规则。如果不借助外国法院在面对案件时会使用的一般解释规则,本国法院将无法应用外国法院采取的解决办法。<sup>[25]</sup>例如,即便同属于普通法系,表面上存在种种相似性的美国法和英国法实际上隐含着深刻差异。就制定法解释而言,除非制定法本身就是不清晰的,英国法院通常按照字面或通常含义对制定法进行解释,而无需考虑立法宗旨或政策原则。而大多数美国法院在最初判断规则文字是否清晰时,就会考虑制定法的目的;联邦法院和州法院的大多数法官会深入探究立法史,以便探寻实际立法意图,同时还会探求其他目的和政策。这正是英国法“形式性”与美国法“实质性”特征的区别之一。<sup>[26]</sup>有鉴于此,在解释特定外国法律规范时,裁判者应遵循针对该规范表现形式的该外国法的解释规则。<sup>[27]</sup>即便针对内容与本国法律相同的外国规则,裁判者也不能望文生义,而应采用外国法所属国相应的解释规则了解外国法的意义。

[21] 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第279页。

[22] 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第79页以下。

[23] 参见陈卫佐:《比较国际私法》,清华大学出版社2008年版,第10页。

[24] 参见[德]N·霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第126页。

[25] See I. Zajtay, *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Chap. 14, 1972, p. 27.

[26] 参见[美]P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏等译,中国政法大学出版社2005年版,第84页以下。

[27] See Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9 Aufl., 2004, Verlag C. H. Beck, S. 506-507. 国外立法体例中也有类似规定,如葡萄牙民法典第23条:对外国法的解释,得依该外国法所属的法律制度进行,并得符合该外国法律制度中的解释规则。

第三,更为重要的是,解释外国法的材料不能局限于成文法,还应包括外国法的司法判例和理论学说。在外国法解释活动中,即使判例不属于外国法律体系中具有法律效力的正式或非正式的渊源形式,它也应该被作为解释材料予以考虑。因为成文法规则通常表现为一般性的规范命题,它的意义和内容需要通过具体案件的适用才能逐渐显现。判例对于揭示、确定乃至塑造抽象性规范的意义发挥着重要作用:“抽象的成文法规则通过包含着类型化案情和具体法律推论的判例积累,能够逐渐地明确可以被适用的范围、边界以及适用的内容。”〔28〕同时,外国法解释的材料还应包括理论学说。学说通常会揭示外国特定法律规范制定或产生的立法或司法背景,描述规则的构成要件和内容,厘清规范之间的脉络关联,界定规范在整个法律体系中的地位和功能,阐述规范适用中遇到的问题和障碍。针对规范的模糊之处和漏洞,很多专业文献还试图提出一般化的法律观点予以补救。将理论学说纳入到外国法解释材料中,可以帮助裁判者系统全面地把握外国法规则的目的、内容和效力范围。

## 二、现有解释模式的实践困境及其理论根源

现有外国法解释模式描绘了一幅看似完美的图景,却与涉外民商事审判实践存在较大反差。在北欧国家,存在着较为明显的简化外国法解释和适用的情况:法官或者只会在需要解决的法律问题清晰明确并且外国法律规范相对简单的情况下适用外国法,或者倾向于依据他们知道的或他们能够知道的材料作出裁判,不论这些材料多么有限或可能带来怎样的曲解。〔29〕在外国法解释理论相当成熟的德国,为了避免外国法解释和适用,在法官和当事人的“合谋”下,冲突法在一定程度上成了任意性法律,冲突规范只在一方当事人提出要求的时候才会适用。如果没有任何参与人援引冲突规范及其指向的外国法,法院会直接适用德国的实体法。尽管遭到学界的口诛笔伐,但这种处理方式在实践中一直扩展到了州级法院。〔30〕不难看出,尽管外国法解释目标的实现要求解释者必须忠实地摹写外国法在其所属国的意义,但在实践中,法官对外国法常常望而却步、裹足不前,要么放弃冲突规范的依职权适用,直接从源头上规避外国法的解释和适用,要么简化外国法解释环节,依据有限材料把握外国法的含义。

理想图景与实践行动的背离一方面可归结为诉讼主体对程序利益的追求,〔31〕另一方面也表明现行外国法解释理论在一定程度上偏离了法律解释的内在规定性,难以在司法实践中得到广泛认同、支持和接受。问题根源在于现有模式要求裁判者完全摒弃先见,作为忠实的外部观察者如平面镜般摹写外国法律共同体对外国法意义内容的客观理解,从而忽视了法律解释的实践性,一定程度上背离了法律解释的内在规律。具体说来,这种偏离表现为以下方面:

首先,裁判者依据外国法所属国的解释规则解释外国法,存在着实际操作上的困难。就法律解释方法而言,可以从不同角度列出详细的清单,如文义解释、逻辑解释、历史解释、体系解释、目的论解释、比较解释和社会学解释等。在各国法律体系中,很少有法律解释规则仅仅规定单一且固定的解释方法去应对源于变动不居的社会生活的个案事实对法律解释的差异化需求。于是,在外国法存在多种解释方法时,解释者实际上难以确定针对手头案件应予适用的解释方法。第一,在多种解释方法并存时,外部观察者也许能从统计学角度找到外国法解释的一般方法,但

〔28〕 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第36页。

〔29〕 参见前引〔13〕,M. Jaenterae—Jareborg文,第310页。

〔30〕 前引〔19〕,v. Bar/Mankowski书,第393页。

〔31〕 参见徐鹏:《论冲突规范的任意适用——以民事诉讼程序为视角》,《现代法学》2008年第2期。

是实践中解释方法的应用却不能化约为统计学的概率计算。<sup>〔32〕</sup>第二,尽管在学理上可以按照一定规律对并存的不同外国法解释方法进行法典式的编排,设定适用顺序或效力上的层次结构,从而为裁判者适用解释方法提供指针,然而各国法律鲜有解释方法元规则的规定,针对解释方法运用顺序的理论观点见仁见智,歧见丛生。<sup>〔33〕</sup>具有迥异法律文化背景的解释者面对外国法时可能会无所适从,无法确定解释方法的哪一种位序排列更具权威性。第三,即便外国法解释规则确立了解释方法应用顺序的元规则,如何在实践中予以适用仍然存在不确定性。当面对着诸如“应首先采用文义解释,只有在有复数解释结果存在可能时,才可采用论理解释”这样的论断时,解释者仍须首先判断相关用语在外国法意义脉络下是否会产生不同的解释结果,此时不可避免地需要诉诸解释者的主观裁量。究其原因,即便解释方法本身是技术性的和价值无涉的,但其在司法实践中的具体运用则肯定包含了解释者的前见或前理解。<sup>〔34〕</sup>在此问题上,波斯纳所言不无道理:解释规则大多是告诫性的,而非指令性的。它们虽然集合了有关制定法解释的大众智慧,但不能给予裁判者精确答案。<sup>〔35〕</sup>

其次,在外国法解释问题上,外国法律共同体的功能被扭曲,从一个凝聚共识的动态过程演变为一个彰显规则意义的静止实体。为获得外国法在其所属国的客观意义,解释者应该将外国法规则、判例和学说视作整体,从中把握外国法律规范的意义。此观点隐含了这样的假设:在裁判者进行解释之前,外国法就已经具备了确定和唯一的含义,能够由外国立法者、法官和法学家所构成的法律共同体通过相互印证和契合不悖的规则、判例和学说予以融贯一致地表达。这种预设或许符合德沃金的观点,即为了避免解释的相对主义,在解释共同体产生之前须假设必定存在着关于法律是什么的先验的合意。德沃金正是从解释共同体当前存在的事实再进一步论证某种先验的合意命题,认为在其基础上解释共同体才能发展起来。<sup>〔36〕</sup>这种预设的缺陷在德国联邦普通法院1991年审理的一起案件中一展无遗。该案中,尽管下级法院竭尽所能获取有关委内瑞拉法的材料,联邦法院仍然认定下级法院没有采用充分手段了解所涉委内瑞拉法律规则在实践中的适用情况并且未能考虑委内瑞拉法的所有渊源形式,从而认定下级法院没有理解委内瑞拉法的准确含义。<sup>〔37〕</sup>但实际情况是,委内瑞拉针对该法律规则从未作出过权威确定的判决,学说上也存在广泛争议。<sup>〔38〕</sup>外国法作为人类社会的创造物,不可能是一个语言准确清晰、涵盖范围完整全面、逻辑融贯一致的完美体系,静待法律共同体去揭示和宣告其意义。特定国家的法律共同体更像是法律人平等对话和交流的平台,而非客观存在的实体;更像是法律人通过对法律规范意义考察、分析、辩论、批判和反思,不断趋向共识的动态过程,而非一个凝固不变的静止结果。

再次,外国法解释者被定位为价值无涉的、消极被动的的外部观察者,而不是寻找评判基准以定纷止争的社会实践者。在现有理论看来,外国法解释者不是外国法解释共同体的参与者,致力于共同构建法律意义的实践活动,而是置身外国法之外的中立观察者。他的根本任务就是抛弃先见,在外国法学家的学说、法院的判例和立法者制定的条文中发现并摹写有关外国法规则意义的

〔32〕 例如,如前文所述,英国针对制定法的解释更多地采用文义解释。但正如有学者指出的,如果对英国制定法的解释作全面的审视,在最为宽泛的视角下,英国法官在实践中实际上交替采用了文义解释、“黄金规则”、论理解释等不同解释方法。尽管在特定历史阶段,某种规则或方法可能较占上风,但很难预测法院在特定案件中会采用哪种规则。参见陈弘毅:《当代西方法律解释学初探》,《中国法学》1997年第3期。

〔33〕 有关此问题的详细论述,参见桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004年第5期。

〔34〕 参见梁治平:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第92页。

〔35〕 参见[美]理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第352页。

〔36〕 参见[英]韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第472页。

〔37〕 See BGH, NJW, 1991, S. 1418; NJW, 1992, S. 3062.

〔38〕 See Nils Jansen, Ralf Michaels, Die Auslegung und Fortbildung auslaendischen Rechts, ZfP. 116 Band. Heft. 1, 2003, S. 5.

客观解答。有学者曾对法官在适用内国法和外国法时所扮演的不同角色作出生动比喻：在面对内国法时，法官就像是身处其中积极参与法律意义构建的建筑师，他是在适用法律；而在面对外国法时，法官仅仅只是摄影师，在消极地描摹外国法。<sup>[39]</sup>在笔者看来，将外国法解释者比作摄影师尽管揭示了现有外国法解释模式主、客体严格两分的基本图式，但也不尽精确。因为摄影师仍可发挥创造性，将个人审美视角和艺术理念贯穿于摄影过程之中，通过光影与对象之间的互动，获取反映其审美情趣的摄影作品。按照现有理论，外国法解释者实际担当着“平面镜”的功能，忠实地映射外国法的客观涵义。但是，解释者并非置身事外的纯粹观察者，只需考察外国法是否存在以及以何种涵义存在。他们更重要的工作是通过对外国法意义的理解和构建，为鲜活社会生活中当事人间的权利冲突和利益纠葛找寻规制的基准并运用之。

最后，现有的外国法解释理论存在着将探求外国法的含义作为终极目标，割裂法律规范与事实之间有机联系的倾向，即将对作为大前提的法律文本的理解与对于作为小前提的个案事实的确定视为相互独立的、在时间顺序上不同的活动，法律解释成为一个单线式的孤立过程。似乎裁判者只要把握外国法的内容意义，就可将案件事实涵摄到外国法律规范构成要件之下并获得裁判结果。但是，“文本解释无法割裂同案件事实或具体问题之间的相互联系，案件事实不仅可以成为触发解释文本的契机，而且只有在正确解决由案件事实所引发的具体问题时，文本解释才称得上正确”。<sup>[40]</sup>既然“目光在事实与法律规范间‘来回穿梭’是法律适用的普遍特征”，<sup>[41]</sup>外国法解释作为法律解释的一种情形，也应遵循这一规律，在解释过程中重视事实与法律间的有机关联。

概言之，现有外国法解释模式带有主体、客体截然区分图式的深刻烙印，外国法律共同体被想象成为静止不变的实体，裁判者作为唯一的外国法解释者被定位为价值无涉的外在观察者，其任务在于如平面镜般忠实显示外国法律共同体对有关外国法意义的唯一客观解答。但是，“一如在诠释性理解过程之外去寻找法的‘客观正确性’是徒劳的，每一种在理解科学中将理性与理解的个人性分离的企图，注定要失败”。<sup>[42]</sup>外国法解释者并不是消极被动地认识和摹写外国法的自然科学工作者，而是在外国法框架内为决断当事人权利义务的抵触和利益冲突寻求判定标准的社会实践者。一旦外国法解释的理论偏离了法律解释的内在规律，它就难以在司法实践中得到广泛的认同、接受和应用，从而最终导致解释模式与司法实践的隔阂、疏离乃至裂痕。

### 三、外国法解释模式的重构

鉴于解释主体、解释途径和解释材料等不同要素相互勾连，以解释目标为核心共同构建了外国法解释模式，外国法解释在涉外民事审判中遭遇的实践困境就不能简单地归结为解释模式的某一构成要素与法律解释内在规律发生偏离，而是需要从整体上对外国法解释模式予以反思。为此，须重新厘定构成解释模式核心要素的解释目标，把握外国法适用的“情境化”特点，并以此为契机引入法律论证理论重构外国法解释模式。

#### （一）外国法解释目标的重新厘定

如前文所述，外国法解释目标的设定，即外国法应如同在其所属国那样予以解释，一是源于

[39] See Werner Goldschmidt, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, Festschrift fuer Martin Wolff, Beitrage zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, Tuebingen, 1952, S. 217.

[40] 参见顾祝轩：《合同本体解释论——认知科学视野下的私法类型思维》，法律出版社2008年版，第91页。

[41] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第296页。

[42] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第145页。

裁判者忠实适用法律,将国际私法“冲突正义”或“实体正义”的立法理念付诸实施的职责,二可追溯到萨维尼构想的判决一致的理想愿景。然而,外国法解释目标赖以构建的两个前提主要着眼于法律选择阶段,未能充分考虑到国际私法的法律选择只是构成涉外民商事案件法律适用的中间环节,因此不能全面和妥当地证成外国法解释目标。在解决涉外民商事争议的更为广阔的视域中,外国法解释的目标在于为外国法的公正适用提供正当化根据。

首先,国际私法“冲突正义”或“实体正义”的理念最终要服务于公正解决涉外民商事争议的目的。外国法适用与内国法适用并非截然不同的裁判职责,适用外国法的意义在于提供了法院地法之外的另一选择:“特定国家的国内私法不仅仅是它‘自己’的法律,毋宁说它追求的是为‘所有’人提供最好和最公平的解决方案”,“外国私法只是代表着对公正问题的另一解答”。〔43〕有学者正确指出,不论是适用外国法还是适用内国法,都只是解决涉外纠纷的手段而非目的本身。法官的职责并不在于宣示抽象的法律,而在于给予产生于人类社会的争议一个公正的答案。〔44〕事实上,国际私法“冲突正义”或“实质正义”理念着眼于涉外民商事案件的法律选择过程,而法律选择的结果最终要落实到具体裁判之中,即落实于公正适用外国法、公平合理解决不同主体间利益冲突的裁判过程中。

其次,萨维尼描绘的理想图景在国际私法的现代语境中同样应服务于公正适用外国法的最终目的。萨氏“判决一致”目标的实现实际上是以“相互交往的国家组成的国际法共同体”的存在和运作为前提的,而维系这个共同体的是作为共同信仰的基督教和构成西方法律传统的罗马法。法国国际私法学者巴蒂福尔指出,萨氏“很自然地将继承罗马法的国家看成是在法律上被一种纽带联系在一起的国家,这种纽带将便于各国在其各自的领土上适用外国法。基督教使这种共同性更加巩固了。基督教和罗马法是组成西方各民族共同性的两个因素”。〔45〕萨氏相信罗马法已经一劳永逸地提供了法律体系结构、法律关系分类、法律概念界定的解决方案,各国法律的歧异并非实质性的,最终可以追根溯源在不同国家共同继受的罗马法中找到基点。同时,基督教提供了蕴含于法律制度之中或隐藏于法律之后支撑法律运作的不同国家国民的共同信仰、观念和价值。立基于此,萨氏相信某一法律关系牵涉到冲突法事项时,相关案件不论在哪一个国家审理都应得到一致的结果。在当下国际民商事交往早已不限于信仰基督教和继受罗马法的所谓“文明国家”组成的国际社会情形下,判决一致目标逐渐失去了其赖以存在的理论基础。〔46〕正是看到在各国法制迥异条件下获取一致性裁决的非现实性,德国学者克格尔(Kegel)承认:对于单个国家的国际私法体系而言,判决一致性缺乏“可以信赖的基础”,所以,将判决一致性看作“国际私法正义的主要因素甚而将其看作是国际私法正义本身,是不正确的”。〔47〕在国际私法的现代语境中,判决一致的目标更多在于阻止当事人挑选法院和防止跛脚法律关系的出现。然而,“这两项目标与其说是服务于相关的社会利益,毋宁是减少给当事人带来的不便。究其根源,统一的目的在于

〔43〕 See Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 Recueil des cours 183 (1964).

〔44〕 See Imre Zajty, *Zur Stellung des auslaendischen Rechts im franzoesischen Internationalen Privatrecht*, J. C. B. Mohr Tuebingen, 1963, S. 29.

〔45〕 参见 [法] 亨利·巴蒂福尔、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332页。

〔46〕 笔者认为,只有当各国超越本国社会经济条件和文化传统的制约,以超越不同文明的普适理念和原则来创设其私法体系并将其划分为相同的法律关系范畴、采用相同的法律概念时,从同质的法律关系出发的多边主义方法才可能从冲突法角度实现判决一致的目标。同时,各国迥异的诉讼程序也应得到统一,否则即使适用相同的冲突规范及其指向的准据法,诉讼主体在诉讼程序中扮演的角色和发挥的功能的不同以及证据程序存在的差异对案件的实体裁判结果也会产生影响。

〔47〕 前引〔27〕, Kegel/Schurig书,第140页。

服务当事人利益”。<sup>[48]</sup>不难看出，合理公正地调整当事人之间的利益纷争才构成涉外民商事裁判中适用外国法的中心任务。

## （二）外国法解释目标的具体实施：法律论证理论的引入

然而，涉外民商事案件中外国法适用所具有的“情境化”特点，使何谓外国法适用的实体性公正聚讼纷纭。外国法解释在实践中更多地体现在为外国法公正适用提供程序性的正当化根据。与此相适应，引入法律论证理论成为重构外国法解释模式的适当选择。

在涉外民商事审判的法律选择过程中，裁判者或者通过构成冲突规范核心要素的连结点如当事人的国籍、住所、行为地、物之所在地等确定准据法，或者依据抽象的法律选择方法如最密切联系原则等综合考察案件的整体情况决定准据法。由于个案事实千差万别，构成法律选择依据的事实要素彼此不同，即便针对同一性质的法律关系或相同的法律问题，也有可能适用不同国家法律，这就使得涉外民商事案件的法律适用呈现出“情境化”特点，即相同性质的法律问题由于构成连结点的个案特定事实的差异而适用不同国家的法律。

这种法律适用的“情境化”特点给法官公正适用外国法带来巨大挑战。在大陆法系国家，“当事人给予事实，法官将给予法律”构成司法裁判的日常图景。行使裁判权的法官应当熟稔国内法律体系，解释和适用法律的权力排他性地掌握在法官手中。<sup>[49]</sup>在涉外民商事审判中，法律适用的“情境化”使法官经常要面对不同的外国法，但源于国内法的“法官知法”原则无法直接应用，裁判者不可能具备非凡学识和超人才能，通晓世界上所有国家的法律并直接适用之。德国比较法学者茨威格特曾对法官适用外国法的困境进行过形象的描绘：“与他适用自己国家的法律时相比，必须适用外国法的法官通常是一个糟糕的法官。在外国法面前，他只知晓一些皮毛，是初来乍到的新手，充满了不安全感；在面对自己国家的法律时，他是专家、主宰者，精通而娴熟。总体而言，如果法官适用的不是法院地法而是外国法，他提供的司法‘服务’就会差得多。”<sup>[50]</sup>简言之，法官并不必然具有掌握外国法意义内容的天然优势。在诉讼程序的限制下，他也不可能无限制地投入所有时间和精力，穷经皓首以探究外国法适用的实体公正结果。

更为重要的是，在涉外民商事纠纷的裁判中，不同诉讼主体可能具有迥异的法律文化和社会生活背景。在法律观念、道德伦理观和价值观呈现多元化和异质化特点的情况下，针对外国法解释结果的公正性，当事人和裁判者持有不同意见的几率大为增加。如果法官独断地行使外国法解释权，当事人由于不能进入解释过程并发挥实质性作用，就很难接受和认同基于外国法而作出的判决，并进而对法律适用的公正性产生怀疑。

面对外国法解释如何为外国法的公正适用提供正当化依据的难题，法律论证理论无疑提供了解决问题的思路。既然外国法适用的目的在于公正解决当事人之间的权利义务纠纷，而权利义务本身是特定制度框架下生成的一种社会构造，不能化约为实体性的自然事实，法律适用的实体公正性也就无法“直接诉诸经验证据和理想直觉中提供的事实”，难以在涉外民商事审判程序框架下从真理符合论的意义上予以验证。有鉴于此，将实体性公正转化为“合理的、由好的理由所支持的可接受性”，经由诉讼主体之间“以论辩的方式而实施的论证过程”，<sup>[51]</sup>就能为外国法公正适用提供正当性依据。

[48] See Th. M. De Boer, *Facultative Choice of Law, The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des cours* 366 (1996).

[49] 参见 [美] 米尔伊安·R·达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 173 页。

[50] K. Zweigert, *Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten*, *RechtsZ* 1973, S. 445.

[51] 参见 [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 278 页。

法律论证的引入,意味着在涉外民商事争议的裁判过程中,法官和当事人应在外国法框架内提供理由支持其对外国法意义的理解,通过表明针对外国法意义的特定理解较之于同时存在的其他理解更为可取来说服他方。至于就外国法意义的理解是否正确因而应予接受,由该特定理解是否符合论证规则和形式予以决定。<sup>[52]</sup>如此,不同诉讼主体得以平等参与到外国法解释过程之中,外国法公平适用的实体目标相应转化为对外国法解释过程的控制,而解释过程的透明和公开成为获取解释结果可信任性和可接受性的途径,外国法解释最终在程序层面创设了正当化依据。

### (三) 法律论证在外国法解释中的实施

法律论证的引入与外国法解释目标的调整相伴而生,与此同时,外国法解释模式的其他构成要素如解释主体和解释途径等也相应发生变化。

一方面,法官不再作为唯一的解释主体,而是积极地和当事人共同构建外国法的意义。法官的作用在于:第一,引导当事人在外国法框架中展开论辩。法官应提示当事人以外国法的概念和规则为根据构建各自在争议中的利益诉求,要求其依据外国法的解释方法并经由相关外国判例和理论学说对外国法律规范的意义予以阐述。第二,法官可以合理利用自己的“先见”,使其在理解外国法意义过程中发挥积极作用。裁判者不可能寻觅超然的、了无根基的起点去理解外国法,他无须摒弃自己在掌握内国法过程中潜移默化形成、并在审判实践中得到进一步塑造的先见,而是可以将自己的先见作为理解外国法意义的有益工具。法官需要注意,应始终对隐含于意识深处的先见保持充分警觉,通过与拥有不同诉求的当事人开展对话,检验和审视自己对外国法的理解;在充分聆听、权衡和评判当事人对外国法的理解以及蕴含在不同观点之中的利益取向的基础上,将内国法与外国法不断进行比较,在异同之间深入把握外国法的内容、精神和价值取向。

另一方面,当事人既不是法律解释的客体,被动接受法官所确定的外国法的意义,也不是单纯提供外国法材料的工具。在外国法解释的论证模式中,他们获得了平等的论辩主体资格,不仅可以说明经由外国法解释方法如何确定外国法规则的具体含义,阐释相关外国法规则在外国司法实践中如何理解和具体适用,展示外国学者对所涉外国法规则产生和发展历史脉络的解说,而且可以进一步结合审理案件的事实,说明自己对外国法规则和个案事实间“视线往返穿梭”的个人理解。当事人与法官不仅可以在垂直方向上实施信息沟通,他们之间也可以在水平方向上进行观点交流。由于当事人的观点和意见将直接影响到外国法意义内容的最终确定,直接关系到外国法适用的实体结果,他们应有足够动力和动机尽可能阐明有关外国法的意义内容。

值得注意的是,外国法解释的法律论证模式并非是全盘否定现有外国法解释理论,其毋宁是对现有解释模式的扬弃。尽管不以获取外国法在其所属国唯一正确的意义内容为解释目标,但在论证模式下,外国法的意义并不是源于诉讼主体的非理性情感或来自于各自法律观念的随意直觉。诉讼主体须在外国法框架内展开论辩,以外国法的规则、判例和理论学说作为提出支持或反对理由的基本材料。最终,诉讼主体须依据论证的程序性规则协调和整合各自基于外国法与案件事实的相互关联而阐发的外国法的意义内容。

概言之,在外国法解释的论证模式下,外国法解释致力于在涉外民商事审判的法律适用“情境化”场景中谋求外国法意义的可接受性,为外国法公平适用提供正当化基础。随着解释主体从单一变为多元,外国法解释不再是法官将事实涵摄到法律规范之下的秘而不宣的“独角戏”,而是不同诉讼主体通过对话和论辩,努力获得关于外国法意义内容合意的多维度交流过程。外国法解释的途径是在遵循论证规则的基础上经由法官和当事人的论辩逐渐形成对外国法意义内容的理解。就此而言,外国法解释的论证模式的贡献在于对现有解释模式的发展,更多体现在设定了程

[52] 有关法律论证理论的具体论述可参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版。

序性的框架，让不同主体平等参与，以外国法为基本素材共同构建外国法的意义内容。

## 结 语

长久以来，国际私法研究的中心一直在于如何改进、完善和优化法律选择方法，实现法律选择一致性与公正性、确定性与灵活性的协调统一。但从解决纠纷的视角，涉外民商事审判中的法律适用不仅包括适用冲突规范确定准据法的法律选择过程，而且也包括适用准据法解决当事人之间的权利义务争议这一重要环节，两者有机关联、密不可分。同时，国际私法立法理念和价值追求的实现不仅取决于法律选择过程的完美设计，而且也依赖于准据法的有效适用。当冲突规范最终确定的准据法为外国法时，如何确定外国法的意义内容，就不应被视作孤立的法律技术问题，而应置于国际私法的整体框架中予以观察和分析，探究立法理念如何塑造外国法解释目标并进而决定外国法解释的方式和途径。在此过程中，需要充分重视和尊重法律解释的内在规律和运作机理，否则，在国际私法框架内构建的看似完美的外国法解释模式会在司法实践中成为水月镜花，无法获得诉讼主体的认同和接受。本文的努力，与其说是提出和分析外国法解释的不同模式，毋宁是在国际私法和法律解释理论的交互作用之中，以公正解决涉外民商事案件当事人利益冲突为出发点，尝试把握外国法解释问题的更为全面的视角。

---

**Abstract:** Interpretation of foreign law differs from proof of foreign law. While the primary concern of the latter lies in the procedural matters concerning how to obtain foreign law materials, the former focuses on understanding the meaning of foreign law. The aim, subject, object and approach of interpretation of foreign law can be integrated systematically through the concept of interpretation pattern, which can be explored in the dual context of private international law and the theory of law interpretation.

In the present interpretation pattern of foreign law, the aim of interpretation is normally regarded as ascertaining the meaning of foreign law in its origin country. The judge should interpret and apply foreign law in the same way as the foreign judges do. In this way, the judge is expected to act as a faithful outer observer in the adjudicating process, and this pattern of interpretation is branded with the mark of complete division between the subject and object of interpretation.

However, this pattern encounters dilemma in the judicial practice. The problem can be traced back to its deviation from the inherent character of law interpretation in some sense. Reflection needs to be made with regard to the aim of interpretation that plays a key role in the interpretation pattern. In the context of resolving the cross-board dispute, the interpretation of foreign law should serve for the just and fair application of foreign law so as to maintain the legal interests and legitimate expectation of the parties effectively. Accordingly, the theory of argumentation of law needs to be introduced to reconstruct the pattern of interpretation, thus the parties and the judge will equally take part in the interpretation process and jointly construct the meaning of foreign law in accordance with the law argumentation rules.

**Key Words:** interpretation of foreign law, pattern of interpretation, aim of interpretation, argumentation of law

---