



法律是法院裁判案件的直接依据和准绳。因此，在依法适用域外法律的涉外案件中，能否准确查明、正确适用域外法，将直接决定当事人的权利义务是否得到正确分配，直接关系到中外当事人的法律预期能否得到依法保护，直接关系到中国司法的国际公信力和良好形象能否有效树立。

当前实践中，一定程度上存在域外法查明的目标定位不清晰、工作流程安排不科学、域外法查明适用质效有待提升等问题。本文谨结合涉外商事审判的实践经验和体会，对域外法查明的目标定位与方法作一探讨。

域外法查明的目标定位与方法

明确查明目的：不止于查得域外法的相关材料，而是要查明个案中直接可用的裁判规则

实践中，存在对域外法查明目的认识把握不够清晰的情况，认为“域外法查明”就是指查得与在办案件相关的域外法律规定，而与域外法的理解适用无关，并认为后者是中国法官的职权和自由，可以完全按照自己的认识进行域外法的理解适用。基于这样的认识，在委托法律查明服务机构或者中外法律专家查明域外法，或者要求当事人提供域外法律时（以下统称“查明主体”），只是要求查明主体提供相关的域外法律规定，而未要求其提供有关法律应当如何理解适用的意见；有的案件在委托查明前未先行固定案件事实和争议焦点，也未要求查明主体针对个案情形查明与案件最相契合的法律，导致查明的域外法与案件具体场景脱节。这样的查明结果显然很难对个案中准确认定和正确适用域外法提供有效帮助。其后果，或者是不得不再次补充查明，严重影响涉外案件审判效率；或者是脱离域外法所属国家或者地区法定的或通行的法律方法，完全按照法官的主观认识对域外法进行解释适用，极易造成域外法的错误理解适用。

实际上，根据《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（二）》（以下简称《解释（二）》）第五条规定，查明主体提供的域外法律规定、判例等，都只是“域外法律的相关材料”。而域外法查明的最终目的，是要在查得域外法的相关材料的基础上，结合在办案件的具体情况，运用域外法所属国家或者地区法定的或者通行的法律解释和适用方法，找到能够直接适用于在办案件的具体裁判规则。

由于法律编纂体系化考量和立法技术等原因，各国的法律条文大多并非结构和内容完备的法律规范，在适用时需结合法律体系和其他相关条文将不完整的法律条文提炼转化为完整的法律规范。同时，考虑到法律普遍适用的需要，法律条文多为原则性较强的行为规范，而非可以直接指引个案裁判活动的裁判规范（裁判规则）。因此，法官在适用法律时，必须通过大量的

解释工作，将不完备、不细化、不能直接适用于个案的法律条文转化为完备、具体、契合个案情形的裁判规则，从而实现将法律规定适用于个案的裁判目的。域外法查明的最终目的，就是要找到某条或者某几条可以直接适用于个案的裁判规则。

明确域外法查明的最终目的在于查明个案中具体可用的裁判规则，而不止于查得域外法的相关材料，对于准确定位域外法查明程序的目标任务、合理安排相关工作流程，及时、准确、高质量查明域外法具有重要指导意义。

第一，由于域外法查明的最终目的在于适用，查明程序从一开始就要紧紧围绕查得能够适用于个案的裁判规则这个目标而展开，不能脱离法律的个案适用进行抽象的域外法查明。

第二，为确保域外法查明的针对性、有效性，应在启动查明程序前先行查清相关案件事实，固定法律适用方面的争议焦点，从而明确域外法适用的具体场景，并据此提出相应查明需求。

第三，为实现查明直接可用的裁判规则的目的，法官应将工作资源更多聚焦于在办案件中最需要清晰查明、有效澄清、准确阐明的争议问题上，在准确探明、充分论证可以直接适用个案的具体裁判规则上投入更多时间精力。

优化查明步骤：锁定目标，层层深入，确保域外法查明精准高效

聚焦“查明个案中直接可用的裁判规则”的目标，域外法查明要从一开始就与在办案件紧密结合，做到“目光在事实与规范间的往返流转”。要通过查清相关要件事实，固定域外法适用的具体场景；通过逐步缩小各方争议范围，固定域外法适用的争议焦点，精准锁定个案中需要查明域外法的具体范围，从而提高域外法查明效率和精准度。

第一步，查清案件事实，固定域外法适用的具体场景。为确保域外法查明的针对性，在启动查明程序前，应注意先查清与域外法适用相关的案件事实，并在委托查明材料中予以明确载明。这样可以先行固定个案中域外法适用的具体场景，让查明主体从一开始就紧密结合具体案情搜索相关法律规定，充分考虑到将有关域外法律适用于在

办案件的合法性、关联性和有效性，提高查明工作的精准度。

第二步，固定争议焦点，精准锁定域外法的查明范围。在查清案涉事实的基础上，要进一步澄清和固定当事人之间的法律争议焦点。然后根据各方争议焦点，结合已知的域外法律的体系框架和各方当事人意见，逐步固定和提炼出在个案场景下需要查明的域外法的具体项目 and 需求。

第三步，启动查明程序，对查得的材料依法进行审查。在明确查明需求后，就可以运用法律规定的途径，正式启动域外法查明程序。

经过查明程序取得域外法的相关材料后，即须以适当程序对相关材料进行审查，对相关材料载明的域外法律的真实性、完整性、有效性、关联性作出认定。

其中，对“关联性”的认定必须对域外法律能否适用于具体个案作出判断，这实际上已经涉及到了域外法律在个案如何理解适用的关键问题。为确保域外法律审查认定的正确性，一方面要充分发挥正当程序的支撑保障作用，另一方面可有效发挥查明机构或者法律专家的专业优势，必要时通知其出庭接受询问，帮助法院作出准确判断。

第四步，综合分析判断，准确认定域外法的内容及其理解适用。经过域外法律提供、质证、询问等程序后，即可根据《解释（二）》第八条规定的标准，对域外法的内容及其理解适用作出准确认定。需要强调的是，依据现行法律及“法官知法”的古老法谚，法官对于查明适用域外法负有严格的法律责任，应当尽最大努力、采用适当途径准确查明域外法，而不能浅尝辄止、轻易认定“不能查明域外法”。

首先，通过法律规定的其中一项途径无法获得域外法律或者获得的域外法律的内容不明确、不充分的，应当通过其他适当的途径作进一步补充查明，不能简单认定域外法律不能查明。其次，如果当事人对查明的域外法的内容及理解适用提出合理异议，应当补充查明，并在综合分析、比较、甄选后作出审慎认定，不能仅以当事人存在异议为由认定域外法不能查明。

优化裁判方法：运用配套的法律方法解释和适用域外法律

将域外法适用于在办的具体案件，势必涉及对域外法律规则内涵、

外延的解释与具体运用。从保护中外当事人对法律适用和裁判结果的合理预期出发，域外法适用的理想状态是，中国法官运用域外法所属国家或者地区法定的或者通行的法律方法去解释和适用域外法，并据此作出正确裁判。要真正做到这一点并不容易，但涉外法官有责任朝着这个目标不懈努力。

（一）将案涉争议放到域外法律体系的正确位置

由于长期在中国法律的体系框架内思考法律适用问题，法官在审理涉外案件时容易出现不假思索“自动套用”这个体系框架的问题。

但同一法律问题在不同法域的法律体系框架内所处位置往往会存在很大区别。

为确保法律的准确适用，在适用域外法时，有必要暂时“屏蔽”已经习惯了的的中国法律体系框架，以未知心态去探明案涉争议问题在域外法律体系中的正确位置，并根据与其最相契合的域外法律作出裁判。

（二）注意审查域外法律与案涉争议是否准确契合

普通法系的法院在适用判例法时，需按照一套复杂的机制和方法，对在办案件与判例的相似性进行严格比对，以确保先前的判例可以准确地适用于在办案件。因此，在依法适用判例法的案件中，有必要参考该法域的法律适用机制和方法，对查明的域外法能否适用于在办案件进行必要的探讨。

在这方面，也可以充分发挥查明机构或者法律专家的智力优势，帮助法院正确适用相关判例法。

（三）遵循域外法律体系通用的法律方法

不同国家和地区的法律对同一法律概念的定义和具体制度规定可能存在重要区别。因此，在解释和适用域外法律时，也要尽量“忘却”中国法律的语境和解释方法，尽可能地将查得的域外法律还原到其“母国”的法律体系和文化语境下，按照该法域法定的或者通用的法律解释和适用方法进行解释适用，如此才能得出该域外法律规则的准确含义。

由于涉外法官不可能是所有域外法的专家，要做到这一点，也必须更多依赖查明机构或者法律专家的协助，同时充分听取各方当事人的意见。

（作者系上海国际商事法庭副庭长、三级高级法官，华东政法大学涉外法治博士研究生，获评上海法院审判业务骨干、实务专家。）