

# 外国法律查明与适用的困境及完善路径

## ——基于青岛市 123 件涉外民商事案件的实证分析

蓝翠玉,周雨柔

(青岛大学法学院,山东 青岛 266071)

**摘要:**在推进上合“法智谷”建设的背景下,外国法律查明与适用制度的运行状况将对青岛市涉外民商事审判产生更加直接的影响。通过对 123 件一审涉外民商事案件的实证研究发现,在实践中最终查明并适用外国法律的案件屈指可数,当事人意思自治原则适用受限、法官适用最密切联系原则说理不充分以及查明途径过度依赖当事人与法院。而上述困境背后的原因在于查明成本较高、查明与适用配套路径缺乏。因此,通过履行法院查明义务、完善司法评价机制、探索查明合作机制、建立委托查明制度解决外国法律查明与适用困境为可行之策。

**关键词:**外国法律查明;外国法律适用;查明责任;查明途径;上合“法智谷”

中图分类号:D925.1

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2024)05-0037-10

### 一、问题的提出

一国法院在审理国际民商事案件时,如果依据本国的冲突规范应适用某一域外实体法,那么就应查明该外国法律的存在,并对当事人具体权利义务的内容予以确定。<sup>[1]</sup>外国法律查明与适用制度在国际私法体系中极具代表性,充分体现了国际私法的冲突规范价值,在涉外民商事案件的审理中也具有独特的枢纽地位。我国为“一国两制、三法系、四法域”的国家,<sup>[2]</sup>涉港、澳法律查明可参照有关法律和司法解释,但另有规定的除外。我国关于外国法律查明的法律依据主要为 2011 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)、2012 年《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)》(以下简称《法律适用法解释(一)》)、2018 年《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》以及 2023 年《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(二)》(以下简称《法律适用法解释(二)》),在立法层面初步构建了外国法律查明与适用法律框架。同时,我国当前外国法律查明与适用相关研究文献呈现出以规范为主、以实证为辅或不重视实证的现象,研究成果也倾向于通过完善立法来解决问题。关于外国法律的性质,理论界争议颇多,且不同国家也有不同主张。在各国实践日愈趋同、联系日益紧密的背景下,我国外国法律查明与适用应以“提供与实践困境相配套的具体措施”为原则,超脱出对外国法律性质进行理论争议的限制。

外国法律查明与适用是国际上衡量一个国家法治水平高低的重要指标,也是凝聚国际共同的司法理念和司法共识的重要载体。<sup>[3]</sup>然而,我国外国法律查明与适用的总体情况却并不明朗,在 2011—2021 年间,我国有关涉外的案件有 22 398 件,但与外国法律查明与适用有关的案件仅为 45 件。<sup>[4]</sup><sup>142</sup> 准确查明并适用外国法律,是涉外民商事纠纷定分止争的关键点。为配合我国新一轮高水平对外开放,外国法律查明成为中国特色社会主义法治建设的基础性一环和落实统筹推进国内法治和涉外法治要求的重要步骤。

收稿日期:2024-02-24

基金项目:山东省习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心研究项目、山东省社会科学规划研究项目课题“习近平法治思想在山东中小企业营商环境优化中的实践研究”(23CX5XJ08)

作者简介:蓝翠玉(1982—),女,山东青岛人,青岛大学法学院讲师,法学博士。

对外国法律进行查明是运用法律手段维护国家利益和经济安全的客观要求,也是依法平等保护各当事人的保障手段。<sup>[5]</sup>青岛作为“一带一路”沿线重要城市以及上合示范区的载体城市,跨境资金流动和金融服务日益活跃,涉外金融纠纷也随之增多,外国法律查明与适用实践需求顺势增加。同时,《法律适用法解释(二)》虽已对外国法律的查明责任、查明途径、查明程序等进行了系统完善,但在地方实践方面仍有较大操作空间。在国家大政方针指导之下,《青岛市国民经济和社会发展规划第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称《纲要》)将建设上合示范区的“法智谷”作为重要目标任务:“搭建面向上合组织国家企业经贸合作的法律、会计、评估、审计等综合服务平台,开展一站式服务。”<sup>[6]</sup>在推进上合“法智谷”建设的背景下,外国法律查明与适用实践状况将直接影响青岛市涉外民商事案件审判的公信力,影响法治引领和保障作用的发挥,以及市场化、法治化、国际化一流营商环境的营造。因此,加快完善外国法律查明与适用制度建设有利于大力推进上合“法智谷”的建设,对提高青岛市对外开放水平具有重要的理论价值和实践意义。本研究通过对我国《法律适用法》实施以来青岛市中级人民法院审理的123件涉及外国法律查明和适用的案例进行实证分析,发现我国外国法律查明与适用制度运行实践困境及其产生原因,并探寻完善该制度的可行性路径。

## 二、外国法律查明与适用的实践检视——以青岛市为例

下面对青岛市中级人民法院外国法律查明和适用实践进行检视,分析我国外国法律查明和适用制度在实践层面面临的困境。

### (一)统计样本选取与分析

研究样本选取条件如下:时间范围为《法律适用法》实施以来(2011年4月1日至2023年8月22日),法院范围为青岛市中级人民法院(以下简称“青岛中院”),审级范围为一审,案由范围为涉外民商事纠纷。通过威科先行法律数据库,以“《法律适用法》第十条”“涉外”“准据法”“不能查明”为关键词进行检索,去除无关案件与重复数据后,共得到123件案件。以下对123件案件的外国法律查明与适用进行检视。

#### 1. 准据法适用的总体情况

案件适用准据法的情况见表1。可见,单一适用外国法律的案件为4件、单一适用中国法律的案件为112件、同时适用外国法律与中国法律的案件为5件以及管辖异议的案件为2件。其中,同时适用外国法律与中国法律的案件,法院就其适用分别提出理由,因此在

表1 准据法分布统计表

准据法	数量/件	占比/%
适用外国法律	4	3.2
适用中国法律	112	91.1
同时适用外国法律与中国法律	5	4.1
管辖异议	2	1.6

统计分析时,同时适用外国法律与中国法律的这5件案件,需要重复加入到单一适用外国法律的案件和单一适用中国法律的案件中,合并为下文中所指的适用外国法律案件和适用中国法律的案件。通过分类统计分析可知,青岛中院涉外案件中适用外国法律的案件较少,为9件;适用中国法律的案件较多,为117件。其中,在最终查明并适用外国法律的9件案件中,适用条约、惯例的案件较多,为8件,其中,《联合国国际货物销售合同公约》,适用6件;《跟单信用证统一惯例UCP600》,适用1件;《见索即付保函统一规则2010》,适用1件。适用国别法案件较少,为1件,所适用国别法为《新加坡共和国法律》。

#### 2. 准据法适用原因

准据法适用原因分为外国法律与中国法律两部分,适用外国法律的原因主要为条约优先适用规则、意思自治原则和最密切联系原则,适用中国法律的原因主要为意思自治原则、最密切联系原则及无法查明的情况,在此对上述原因进行分类统计分析(见表2)。

第一,法院适用外国法律的原因以条约优先适用原则、意思自治原则为主,分别为4件、5件。另有最密切联系原则原因的1件。

第二,法院适用中国法律以当事人意思自治原则为主,最密切联系原则为辅。因当事人意思自治原则而适用中国法律案件数量为70件,即适用中国法律的情况。因最密切联系原则适用中国法律案件数量为47件。司法实践中以合同履行地、原告住所地、被告住所地、登记地、不动产所在地等连接点确定中国法律为准据法。并无因无法查明外国法律而适用中国法律的案件。

### 3. 外国法律查明责任及查明途径

外国法律查明责任主要由当事人和法院承担,也即当事人查明、法院依职权查明和当事人与法院共同查明,查明途径除当事人和法院自行查明外,也可由二者委托法律专家查明,在此对上述不同情况分别进行统计分析(见表3)。

第一,外国法律查明责任由当事人承担的案件为2件,由法院承担的案件为4件,由当事人和法院共同承担的案件为3件。人民法院有义务查明外国法律,“由当事人提供”只是我国法院查明外国法律的途径之一。

第二,外国法律查明途径为当事人自行查明的案件为5件、法院自行查明的案件为7件。可见,外国法律查明途径的具体应用集中于当事人查明与法院查明,查明途径较为单一,相关法律法规所规定的其他途径,如委托法律专家、委托法律查明服务机构等未见展现。

综上,青岛市中级人民法院外国法律查明和适用具有以下特点:适用外国法律案件数量远远小于适用中国法律案件数量;查明途径以法院和当事人自行查明为主。

## (二) 外国法律查明与适用面临的主要困境

分析实践中我国外国法律查明和适用制度面临的困境,主要体现在以下四个方面。

### 1. 准据法适用总体失衡

法院适用中国法律与适用外国法律的案件在数量上差距悬殊。2017—2021年全国共有涉外国法律查明的海事案件43件,其中适用外国法律的案件数量为17件,占比为39.5%,准据法适用情况并不乐观。<sup>[7]183</sup> 青岛市司法实践同样如此,其一,如前述,适用外国法律的案件数量为9件,占比仅为7.3%,远远低于全国范围内的准据法运用比例;其二,在最终适用外国法律的9件案件中,适用条约、惯例的案件

表2 准据法适用原因统计表

准据法	适用原因	数量/件	占比 <sup>①</sup> /%
外国法律	条约优先适用原则	4	44.4
	意思自治原则	5	55.6
	最密切联系原则	1	11.1
内地法	意思自治原则(当事人事前选择)	23	19.7
	意思自治原则(当事人当庭同意)	47	40.2
	法院适用最密切联系原则	47	40.2
	无法查明	0	0

表3 外国法律查明责任及途径统计表

外国法律查明	具体内容	数量/件	占比 <sup>②</sup> /%
查明责任	当事人查明	2	22.2
	法院依职权查明	4	44.4
	当事人与法院共同查明	3	33.3
查明途径	当事人自行查明	5	55.6
	法院自行查明	7	77.8
	当事人委托法律专家查明	0	0
	法院委托法律专家查明	0	0

① 此处“占比”指占适用外国法律案件(共9件)或占适用中国法律案件(共117件)的比例,与个案所适用的准据法有关;同时适用不同原因的案件会在表中所列的不同“适用原因”项下重复计算数量,这会导致占比数值总和超过100%。

② 此处“占比”指占适用外国法律案件(共9件)的比例;“查明责任”为“当事人与法院共同查明”的3件案件,在统计“查明途径”时,会归入“当事人自行查明”和“法院自行查明”的案件重复计算数量,这会导致占比数值总和超过100%。

较多,为8件。例如,在“海尔国际商社与EUROBUSINESS—CARGO”一案<sup>①</sup>中,因我国与其他国家均为《联合国国际货物销售合同公约》缔约国,法院以《联合国国际货物销售合同公约》作为解决该案争议的准据法;另在“中车四方车辆与JSCRBK银行”一案<sup>②</sup>中,因各方一致同意适用《见索即付保函统一规则2010》及《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》作为准据法,符合法律规定,法院依法予以确认。而适用国别法的案件较少,仅有1件,其适用法律为《新加坡共和国法律》。

而且,适用国际条约、惯例的案件,主要依据条约优先适用原则或最密切联系原则,而非当事人意思自治原则选择适用外国法律。如在“青岛汇金通与HJT铁塔(北美)”一案<sup>③</sup>中,法院认为原告营业地位于我国,被告营业地位于加拿大,我国与加拿大均适用《联合国国际货物销售合同公约》,因而当事人之间的国际货物买卖合同纠纷优先适用《联合国国际货物销售合同公约》。

## 2. 当事人意思自治原则适用受限

司法实践中法官存在影响当事人选法意志而适用法院地法的行为。在全国43件海事案件中,有31件案件存在无论当事人是否合意选法,法院均要求其提供外国法律的情况,这些案件最后均适用中国法律。<sup>[7]183</sup>对青岛涉外案件分析后亦发现:当事人当庭同意适用中国法律案件数量为47件,占总案件数量的38.2%。例如,在“殷某其与山东旅行社”一案<sup>④</sup>中,该案系旅游合同纠纷,因原、被告当庭选择适用中华人民共和国法律作为准据法,法院依法确认适用中华人民共和国法律解决本案的实体争议。而当事人事前选择适用中国法律案件数量仅为23件,占总案件数量的18.7%,与当庭阶段意思自治选择准据法的数量相差较大。考虑到当事人在当庭阶段选择准据法,通常为与法官商议后作出的选择,这之中存在受到法官倾向性想法影响的可能。

而且,即使当事人以意思自治原则为由适用外国法律,国别法也较少被选择适用。以当事人意思自治原则为由适用外国法律的案件总数为5件,占总案件数量的4.1%,且主要适用与我国来往密切国家法律或适用频繁的国际条约、惯例。例如,《新加坡共和国法律》《联合国国际货物销售合同公约》《跟单信用证统一惯例UCP600》《见索即付保函统一规则2010》等。

## 3. 适用最密切联系原则说理不充分

在全国43件海事案件中,有31件因法院认定无法查明外国法律或转而依据最密切联系原则适用中国法律,占比72.1%。<sup>[7]183</sup>在本文作为分析样本的青岛123件涉外案件中,适用最密切联系原则的案件数量为45件,占总案件数量的36.6%,法官以各类连接点作为准据法适用理由,缺乏细致说理与权衡。例如,在“青岛麦福源与DOKYUNG株式会社”一案<sup>⑤</sup>中,DOKYUNG株式会社为韩国法人,适用涉外民事诉讼程序的特别规定,因该案所涉买卖合同的卖方麦福源公司住所地在中国山东省平度市,法官依《法律适用法》第41条将卖方住所地作为最密切联系因素,确定中国法律为准据法,从而适用了中国法律。但判决中并没有详细说明适用理由和依据,使“最密切联系”的说服力不够,适用有过于随意之嫌,从而导致域外一方难以接受,拒绝应诉,最终作出缺席审判。这势必又会导致后续判决极易被拒绝承认和执行的不利后果。

## 4. 查明途径主要依赖当事人与法院

根据我国《法律适用法》第10条,我国法定的外国法律查明的主体有四类:人民法院、仲裁机构、行政机关与当事人。但实际上,我国查明责任分配呈现出二分法构造:<sup>[8]</sup>或当事人查明,或法院查明。具体而言,若当事人选择适用外国法律的,当事人应当自行查明并向法院提供;当事人未选择适用外国法律的,

① 参见(2018)鲁02民初821号一审民事判决书。

② 参见(2018)鲁02民初241号一审民事判决书。

③ 参见(2020)鲁02民初872号一审民事判决书。

④ 参见(2020)鲁02民初671号一审民事判决书。

⑤ 参见(2016)鲁02民初1424号一审民事判决书。

根据冲突规范的指引应当适用外国法律时,法院负有查明外国法律的义务。该责任主体的二分法体例理论也与我国司法实践相吻合。<sup>[4]155</sup>

在上文 43 件海事案件中,要求当事人提供外国法律的案件有 31 件,占比 72.1%,存在单一途径依赖的现象。<sup>[7]183</sup> 而青岛也是如此,委托中外法律专家、法律查明服务机构、最高人民法院国际商事专家委员会查明的案件也几乎未能检索到。这说明司法实践中外国法律查明途径单一,过度依赖当事人与法院双方查明并提供外国法律。

但是,法院并非没有适用其他途径来查明外国法律的司法实践。在“韩国某保险会社与烟台某运输公司”一案中,原告韩国某保险会社理赔后向被告烟台某运输公司提起代位求偿权诉讼,青岛中院通过与华东政法大学建立的域外法查明合作机制,准确查明并适用韩国相关法律,法官向当事人释法析理,被告同意赔偿原告损失,原告自愿放弃案件的代理费、诉讼费、保全费等,各方达成和解协议,这样一起疑难复杂、诉讼周期可能几年的纠纷圆满化解,减轻了当事人诉累。<sup>[9]</sup> 虽然上述案件未在数据库中检索到,但实际案例的经验表明外国法律查明合作机制这一外国法律查明途径的便利之处,可化解查明途径单一之不便。

### 三、外国法律查明与适用困境的原因分析

针对在外国法律查明与适用中存在的上述四项问题,以最高人民法院《法律适用法解释(二)》为指导,从查明成本、制度环境、心理因素等方面探究困境背后的深层次原因。可以发现,较高的查明成本、有效供给途径和配套供给制度的缺乏、较大的解释与推理难度和风险是导致困境产生的根本原因。

#### (一)当事人查明外国法律成本高于中国法律

当事人与其代理人将成本与收益作为考量因素是十分自然的。若外国法律查明成本大于收益则很难选择适用外国法律,反之则会选择适用外国法律。一方面,受普通人自身专业和能力的限制,由其所查明并提供的法律在关联性与完整性方面颇受质疑,由此不得不寻求其他途径予以查明,以提高可信度;另一方面,外国法律查明途径是否便捷有效也影响当事人对外国法律与中国法律的选择,如聘请专家查明、参加出庭质证、出具法律意见书,难费用过高,同时也需付出较高的时间成本。

另外,成本问题也会让法官或代理人引导当事人适用中国法律。在武汉“崔光泽、永亚企业”一案<sup>①</sup>中,名义上以意思自治原则为原因适用中国法律,但实际上当事人最初选择适用外国法律,而在庭审中又合意转适用中国法律。一方面,若当事人的代理人为中国律师,其可能由于成本与收益的不对等以及适用外国法律的风险而倾向于避免适用及查明外国法律;另一方面,法官也可能由于以上原因引导当事人适用中国法律,导致外国法律查明机制失灵。

#### (二)外国法律查明缺乏有效供给途径

首先,不同国别、区际具有不同法律制度。外国法律与中国法律差别明显,如英美法重视判例法,而从动辄几百页文献中精准定位相关法律规则或原则绝非易事,相较于大陆法系制定法规而言具有更高的查明难度<sup>[7]184</sup>。何况,当下外国法律查明与适用中的法律翻译系统并不完善。以外国法律查明中心为例,它所提供的外国法律译本主要由内部人员翻译,未经过官方认证且译者不具备翻译资质,因而,译本的效力与可靠性有赖于法官自由裁量。<sup>[10]</sup> 因此,仅仅依靠法官查明外国法律阻碍重重。

其次,其他外国法律查明途径难以有效实行。第一,受限于专业知识、查明技术、证据资质和经济实力等因素,当事人自身外国法律查明能力有限,所查外国法律往往难以达到法院要求。第二,由于在专家资质、费用承担、质证规则和认证标准等方面未形成同一认知与规则,因而由法律专家查明外国法律的这一途径的运行结果具有不确定性。第三,由于配套机制的缺乏,通过使领馆等外交途径来查明外国法律

<sup>①</sup> 参见(2013)武海法商字第 00842 号一审民事判决书。

的方法也难以落实适用。第四,虽然《法律适用法解释(二)》拓宽了外国法律查明的途径,但具体操作仍有待落实。多数查明途径的具体流程为:由办案法院向最高人民法院提出请求,而后由最高人民法院向他国转递请求。这于国内程序而言,办案法院缺乏具体操作性指引,且最高人民法院审查等压力较大;于国外程序而言,查明结果的不确定性仍然存在。虽然第2条第1款第(7)项规定的“其他适当途径”为外国法律查明预留了弹性空间,但最高人民法院或其他法院推荐的机构较其他法律查明机构天然更具权威性,因而不同机构、不同途径查明的法律法规的权威性、效力问题尚不明确。

### (三)法官适用外国法律解释与推理难度较大

即使能够精准定位外国法律,也难以保证法官对其准确适用。出于法律适用一致性的要求,国际私法理论要求法官按所适用准据法法域的理念进行解释。然而,不同国家、地区具有不同的政治背景、文化传统和价值观念,从而导致法官对于一些相同的概念会有不同的理解。更何况,即使本国法官在面临同一规则或原则适用时也会产生分歧,同一规则或原则在不同判例中产生不同适用结果的情况也时有发生。因而,司法实践中,要求我国法官换位外国法官进行推理与论证难度较大。而且,由于法学教育模式不同,法官需投入大量时间和精力了解、理解、适用所查明的外国法律,解释与推理外国法律的难度较大,易产生畏难情绪。<sup>[11]</sup>

### (四)法官面临较大查明责任风险

法院与当事人是外国法律查明的两大主要责任主体,但最终的审查认定权仍掌握在法院手中。《法律适用法解释(一)》第18条赋予法院审查认定权。但相较于当事人在外国法律查明上的积极、主动态度,法院无论在查明外国法律还是认定外国法律上都更趋于保守,通常对当事人提交的外国法律采取严格的认定标准。加之,外国法律查明制度在复杂多样的实践变化中仍然存在具体操作层面的难题。因此,“应然”与“实然”的分歧在立法与司法的互动中自然形成。

法官受法律查明风险和内部评价制度约束。外国法律查明需付出较高时间及精力,加之司法资源紧张,无疑加剧了法官判案压力与错误判决风险。外国法律查明与适用一旦出现错误与偏差,法官会面临案件被上诉或二审予以纠正的压力,面临被当事人“挑战”的风险,面临考评、绩效等负面结果的出现。因此,出于自我保护的需要,实践中法官极易产生“归乡”倾向,缺乏平等对待中国法律与外国法律的心态与能力,长此以往将助长属地主义倾向,使得法官“心安理得”地适用中国法律。若法院希望通过适用最密切联系原则规避外国法律查明与适用,将弱化涉外民商事案件处理能力,既不利于我国国际私法的构建与实施,又有损于匹配大国经济、政治地位的司法竞争力与公信形象。<sup>[12]</sup>

### (五)外国法律配套供给制度不完善

目前的外国法律查明的配套供给机制不完善,通过外交等途径查明外国法律的构想难以落地。通过司法协助渠道由对方的中央机关或者主管机关提供、我国驻该国使领馆以及该国驻我国使领馆提供相关外国法律,即使两国之间存在司法协助协定,相关人员熟知两国经贸环境与官方语言,在实际操作层面仍具有一定难度。由一国驻我国使领馆提供外国法律需该国使领馆的配合,而是否配合并不能完全由我国控制;同时,亦无法确定相关人员的法律检索能力与法律思维方式,难以确保所查明外国法律的准确性能满足我方需求。

外国法律配套供给机制的缺乏会导致法院偏向适用意思自治原则与最密切联系原则。法律规定适用外国法律之时当事人意思自治原则优先,当事人事前阶段以意思自治原则选择适用中国法律无可指摘。若事前阶段缺少自决,当事人于当庭阶段选择适用中国法律时,法官可以最密切联系原则为由适用,法官可省却较多说理压力。相较于适用外国法律,通过最密切联系原则直接转向适用中国法律更为便捷,导致最密切联系原则适用频率较高。

## 四、外国法律查明与适用的完善路径

《法律适用法解释(二)》虽已颁布施行,亦对司法实践中长期制约外国法律查明的重点难点问题进行

了系统规范,但在上位法之下,地方法院在实践层面有较大可操作空间,仍需进一步细化具体操作规范,从根本上解决外国法律查明与适用的现实阻碍。因此,下面结合最新规定,围绕法院查明义务、司法评价机制、查明合作机制及委托查明制度,为外国法律查明与适用提出建议。

### (一)法院履行第一性查明义务

查明责任重在法院。在统筹国内法治和涉外法治的大背景下,“尽最大努力查明”的理念已逐步形成。从最高人民法院到地方各级人民法院,外国法律查明工作越来越受到司法机关的关注。山东省高级人民法院指出,需遵循国际条约和国际惯例,以方便当事人诉讼为原则,科学合理确定涉外案件的连结因素,依法行使司法管辖权,充分保障中外当事人依法选择管辖法院、选择纠纷解决方式的权利。虽法院对外国法律查明存在判决效率层面的滞后现象,但由于《法律适用法解释(二)》对人民法院责任的进一步明晰与国际私法需严格实施的考量,法官查明外国法律职责重大。关于法官如何查明与适用外国法律,应重视如下两个方面。

首先,法官适用最密切联系原则需谨慎说理。由上文案件数据可知,法官以最密切联系原则适用中国法律频率较高,但在说理层面稍显单薄,存在滥用最密切联系原则之嫌。同时,《法律适用法解释(二)》第10条明确规定裁判文书必须记载查明外国法律的过程。但该规定较为笼统,地方化操作应结合本地实践情况予以细化。因此,法院在具体操作过程中应注意以下两个问题:(1)裁判文书应阐明裁判结论的形成过程和正当性理由,提高裁判文书的社会接受度。法官作出判决之时,应注重完善说理层面,充分比较各方面连接因素,详细阐释最终适用中国法律之原因,以中立性的态度最终确定应适用的准据法。(2)可求助外国法律专家配合查明,在准确适用法律的同时尽可能避免损耗效率。不过,《法律适用法解释(二)》仅对专家本身的相关标准提出要求,并未规定如何运用专家辅助人提出的意见。<sup>[13]</sup>实际上应注意,外国法律查明专家的地位仅为辅助性的,法官并不可将查明意见简单转化为裁判说理,应针对诉讼主张与诉讼争点做到有的放矢,准确按照不同原则适用准据法。

其次,法院应加强法官外国法律查明专业化培训,提高法官论证能力。内地法官长期处于同一法律环境之下,难免对外国法律不甚了解。同时,法官面对评价机制会当然地存在自我保护倾向。故而,过度对法官施加外国法律查明压力可能会弊大于利。因此,在具体操作层面,可在法官的职业培训中适当增加涉及外国法律的论证议题。可借鉴最高人民法院的“中国法官培训网”培训模式。即:以外国法律查明与适用业务为重点,开展关于不同法系、不同法律适用的专题线上培训,邀请国内外法律专家授课;开展短期研讨会与长期培训班,设置必修课程与选修课程,提高培训灵活性与专业性;开设“境外视域”专区,就不同法系、地区、国际组织培训机构与课程进行链接形式展示,提高学习全面性与便捷性。

### (二)构建外国法律查明与适用的司法评价机制

《法律适用法解释(二)》的重点在于明晰法院查明责任,即使对查明途径进行了一定程度的拓宽,也并未减少法官的查明压力。因而,仍应探索如何激发法官查明与适用外国法律的内心驱动力以及如何减少法官办案的外部压力。首先,探索构建法官查明外国法律的激励机制。外国法律查明具有一定难度,但因畏难情绪而拒绝行有益之事是不合适的。<sup>[14]</sup>在涉外案件中,法官援引外国法律可以提高裁判说理的可信度和说服力。同时,外国相关法律法规与司法判例正是该国对同一争议问题所持态度的体现,故而法官在查明与理解外国法律的过程中,其分析、判断问题的思路也会得到拓宽。因此,可将适用外国法律判决的案件纳入考核评价体系,并结合实际情况适当放宽审限时间限制;并对产生较大影响的优秀域外案件进行公开展示,发挥对法官查明与适用外国法律的正向激励作用。其次,探索构建对守法勤勉法官的免责机制。这意味着,在法官尽守法与勤勉义务、积极查明外国法律,而由于不可控因素偶发适用错误之时,可免责。

如此,设置合理的激励与免责机制,有利于法官克服作出保守性判决的倾向,给予其法律与制度保障,提高其查明与适用外国法律的积极性。

### (三)探索外国法律查明合作机制

首先,法院应协同高校搭建专业化外国法律查明合作机制。山东省法院系统已经开展了卓有成效的工作,山东省高级人民法院在山东大学法学院、山东财经大学法学院分别建立外国法查明中心,确保在依法应当适用外国法律时,做到“查得明”“用得准”。<sup>[15]</sup>青岛市中级人民法院先后与华东政法大学及深圳蓝海国际商事法律查明与调解中心合作,建立域外法查明合作机制及商事调解合作机制,为精准审理涉外纠纷、做好涉外纠纷调解工作打下坚实的法律基础。<sup>[16]</sup>上合“法智谷”调研记录显示,“法智谷”当前合作院校主要集中于山东、上海两地。未来拓展合作高校不存在政策上的障碍,具备极高的可行性。<sup>[17]</sup>

其次,应注重建立经费支持与激励机制。德国或者瑞士法院在查明外国法律时,通常委托马克斯—普朗克比较法与国际私法研究所或瑞士比较法研究所来完成,2015年委托经费高达17亿欧元。<sup>[18]</sup>高校是我国专业化国际法研究人才与科研力量的集聚地,借助高校专业力量是解决外国法律查明难题的有效途径。这就既需要将外国法律查明成本控制低位,又需要激发高校专家的参与热情与专注度,司法层面的经费支持与高校内部科研成果的有偿转换是必须要解决的问题。

此外,外国法律查明平台的建立同样不可或缺。与社会组织建立的外国法律资料库相比,官方建立的外国法律资料库具备更强的权威性,渠道透明度较高,借助官方平台,可以完成规范化、专业化的外国法律查明。如,上合“法智谷”目前已全面具备上合成员国法律、案例查询以及提供法律咨询服务的能力,为上合成员国企业提供了法源支持。但“法智谷”检索平台仍存不足,所提供案例及法律条文文本仅为所属国语言,尚未实现一键智能翻译。如搜索俄罗斯法律条文,显示的文字仅有俄文的,未提供中国文本。<sup>[17]</sup>因而,需要建立统一的外国法律查明平台,并不断完善功能。

《法律适用法解释(二)》为查明外国法律的各类途径留出了弹性空间,将实践中应用较多的“法律查明服务机构提供”纳入其中,同时规定了可以由最高人民法院建立或参与的法律查明服务机构和其他的法律查明服务机构提供服务,并且鼓励法官与当事人通过多样的途径查明外国法律。<sup>[19]</sup>但应当注意的是,在大众认识层面上,最高人民法院官方建立或参与的平台比其他平台具有天然的权威性,因而较难以实现司法适用中的等效性目标,而这有悖于《法律适用法解释(二)》出台的初衷。因此,不能单纯以法律查明服务机构所出具的查明意见是否得到最高人民法院的推荐来评判效力,而是设置公平的准入与评判门槛,<sup>[20]</sup>如法院可依据法律查明机构的专业度与社会评价、外国法律查明专家的资质与专业水平、外国法律查明意见的内容与逻辑,来判断外国法律查明意见的效力并决定是否采纳。

### (四)建立外国法律委托查明制度

首先,在实践中补足委托法律专家查明外国法律途径的缺位。从目前司法实践来看,法律专家的资质和声誉与专家所查明的外国法律能否通过法官的考验关系颇深。湖北省“东部高科、东部福阿母韩农与南京扬洋化工”一案<sup>①</sup>中,当事人并未提交律师的专家资质证明,因而其提供的外国法律未被法官纳入可采范围内。而《法律适用法解释(二)》明确提出法律专家应提交身份及资历证明,并附与案件无利害关系的书面声明。因此,考虑到外国法律查明具有独特的专业性与复杂性,应对相应法律专家资质进行明确,设置准入门槛。

其次,制定资格认定概括性标准,建立专家名册以降低选择与认定成本。可借鉴青岛仲裁委员会制作仲裁员名册的方式:将外国法律查明专家分为境内专家与境外专家两种类别,对其专长领域与居住地进行列明;制定外国法律专家管理办法,对查明流程、权利与义务、职业道德规范等作出规定。美国的做法更具参考价值,《联邦证据规则》对专家资格认定仅有宽泛性表述——拥有必要知识与技能、经受过必要培训或教育者,专家通常包括外国法律所属国的公民、通晓该外国法律的美国教授、该法域的法律实务工作者等。<sup>[21]</sup>可借鉴美国专家资格认定的做法,一是制定资格认定概括性标准,以保证当事人意思自治

① 参见(2012)鄂民四经字第00130号终审民事判决书。

与法官自由裁量权的发挥;二是将职称、教育背景、域外职业资格、语言能力、研究领域、相关科研成果等列为外国法律专家资格的具体考量因素,将意思自治与自由裁量权设置在可控范围内。这样既可保障选择外国法律查明专家的透明度,又能降低当事人的选择成本与法官的评价成本。

## 五、结语

青岛市作为“一带一路”沿线城市与上合示范区载体城市,具有独特地理位置与经济地位。因而,立足青岛市实践,从青岛市中级人民法院 123 件实证案例出发,结合上合“法智谷”涉外法律服务大数据平台的现有基础,为解决具有地方特色的外国法律查明与适用难题提供路径。具体而言,可通过明确查明责任、构建合理的司法评价机制、在国际层面搭建有效的合作机制、建立足够和清晰的操作规程和审查标准,来有效破解制约涉外审判实践中外国法律查明难与适用难的“瓶颈”问题,探索和开创外国法查明的新格局,这在全国层面都具有示范意义。在统一规范、科学完善的查明规则指导之下,各地方法院可因地制宜、因势利导切实破解外国法律查明与适用难题,准确查明与适用外国法律,提升涉外民商事审判质效,维护涉外民商事关系当事人的合法权益,加强各国之间的司法交流与合作,保障高质量共建“一带一路”,提升我国司法的国际公信力与影响力。

## 参考文献:

- [1] 韩德培. 国际私法[M]. 北京:高等教育出版社,2014:151.
- [2] 朱伟东. 国际商事法庭:基于域外经验与本土发展的思考[J]. 河北法学,2019(10):76.
- [3] 刘天舒,邹润乔,习超. 粤港澳大湾区涉港澳民商事案件的国际私法问题研究——基于深圳前海法院审判实践的实证分析[J]. 港澳研究,2021(3):27.
- [4] 冯子涵. 外国法的证明与适用——基于 45 份民事判决书的分析[J]. 国际经济法学刊,2023(1).
- [5] 宋锡祥,朱柏燃.“一带一路”倡议下我国开展国际民商事司法协助的法律思考[J]. 上海大学学报(社会科学版),2017(3):43.
- [6] 青岛市人民政府关于印发青岛市国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要的通知[EB/OL]. [2023-08-23]. [http://www.qingdao.gov.cn/zwgk/xxgk/bgt/gkml/gwfg/202112/t20211208\\_3928622.shtml](http://www.qingdao.gov.cn/zwgk/xxgk/bgt/gkml/gwfg/202112/t20211208_3928622.shtml).
- [7] 邓杰. 我国外国法查明的实践困境与破解路径——基于 43 个海事案例的实证分析[J]. 江西社会科学,2021(2).
- [8] 马明飞,蔡斯扬.“一带一路”倡议下外国法查明制度的完善[J]. 法学,2018(3):127.
- [9] 青岛中院构建多元解纷机制高效化解涉外纠纷,韩国某保险会社与烟台某运输公司保险人代位求偿纠纷一案[EB/OL]. [2023-08-23]. <https://mp.weixin.qq.com/s/1D2byUKbH226oN9IUkq8eg>.
- [10] 詹继续. 跨语际司法中的翻译问题研究[J]. 外语与外语教学,2020(6):39.
- [11] 张新新. 我国法院适用“有利于保护弱者权益”条款的实证研究[J]. 国际经济法学刊,2024(2):33.
- [12] 何其生. 大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展[J]. 中国社会科学,2017(5):145.
- [13] 肖永平,仇念轩. 完善我国法院运用专业机构查明外国法的建议[EB/OL]. [2024-03-03]. <https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/2276.html>.
- [14] 杜涛. 美国最高法院关于外国法的大辩论[J]. 美国研究,2010(3):68.
- [15] 山东高法. 山东高院召开“平等保护中外当事人合法权益”新闻发布会情况通报+案例[EB/OL]. [2023-08-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/iNuq-tnqYUXRkl1SgUj6iw>.
- [16] 青岛中院. 青岛中院构建多元解纷机制高效化解涉外纠纷[EB/OL]. [2023-08-30]. <https://mp.weixin.qq.com/s/1D2byUKbH226oN9IUkq8eg>.
- [17] 京师 SCO 调研团. 北京师范大学实践记录 8 月 22 日赴上合之珠、法智谷实地调研[EB/OL]. [2023-08-30]. [https://mp.weixin.qq.com/s/\\_difX-5ywwHZHLHrvdDicw](https://mp.weixin.qq.com/s/_difX-5ywwHZHLHrvdDicw).
- [18] KIRBY M. Citation of foreign decisions in constitutional adjudication: The relevance of the democratic deficit[J]. Suffolk University law review,2010(1):117.

- [19] 最高人民法院民四庭负责人就涉外民事关系法律适用法司法解释(二)答记者[EB/OL]. [2024-03-01]. [https://mp.weixin.qq.com/s/diq0Qa\\_u2OeRuzczY1j55g?\\_poc\\_token=HPp\\_3GWj4m-9BKzChk3yrCBIEmDa6SixufhSKFGv](https://mp.weixin.qq.com/s/diq0Qa_u2OeRuzczY1j55g?_poc_token=HPp_3GWj4m-9BKzChk3yrCBIEmDa6SixufhSKFGv).
- [20] 王徽,沈伟.论外国法查明制度失灵的症结及改进路径——以实证与法经济学研究为视角[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2016(5):143.
- [21] 霍政欣.美国法院查明外国法之考察[J].北京科技大学学报(社会科学版),2007(4):80.

## Practical Dilemmas and Improvement Path to Identification and Application of Foreign Laws: An Empirical Analysis of 123 Foreign-related Civil and Commercial Cases in Qingdao

LAN Cuiyu, ZHOU Yurou

(Faculty of Law, Qingdao University, Qingdao, Shandong 266071, China)

**Abstract:** In the context of promoting the development of the SCO “Legal Intelligence Valley”, the implementation of a system designed for the identification and application of foreign laws will have a more direct impact on foreign-related civil and commercial trials in Qingdao. An empirical study of 123 first-instance foreign-related civil and commercial cases found that in practice, only a few cases resulted in the identification and application of foreign laws; the parties’ autonomy was limited; the judges’ reasoning in applying the principle of the closest connection was insufficient; and the means of identification was overly dependent on the parties and the courts. The root causes of these dilemmas stem from the substantial costs associated with the identification and the absence of complementary paths for identification and application. Consequently, it is feasible to solve the dilemmas by fulfilling the court’s obligation of identification, improving the judicial evaluation mechanism, exploring the mechanism of cooperation in identification, and establishing the system of entrusting identification.

**Key words:** identification of foreign laws; application of foreign laws; identification responsibility; identification path; SCO “Legal Intelligence Valley”

(责任编辑:董兴佩)

(上接第 36 页)

## Dilemma and Solution to the Protection of Personality Rights in Administrative Law

TAO Zichen

(School of Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** The personality rights section of *The Civil Code* encompasses numerous administrative norms, which underscore an elevated standard for fostering a law-based governance system in China. These provisions aim to safeguard citizens’ personality rights within the framework of administrative legal relationships. Amid the constitutional pillar of human dignity, the expanding scope of administrative law, and prevailing societal demands, safeguarding personality rights within administrative law becomes imperative. Upon scrutinizing administrative trial cases, it becomes evident that when individuals sue administrative bodies for infringement of their personality rights, their claims often encounter challenges. This stems primarily from limitations inherent in legal norms pertaining to personality rights and traditional administrative practices, coupled with a scarcity of normative provisions specifically addressing the protection of personality rights in administrative law. This normative deficit underpins the notable inadequacy of China’s administrative law mechanism for safeguarding personality rights. In the theoretical landscape marked by the interplay and convergence of public and private law, it is of great practical significance to prove the functional value of the administrative norms in *The Civil Code* for safeguarding the personality rights in the administrative law. At the same time, *The Administrative Code* under preparation should incorporate a dedicated chapter outlining administrative rights, thereby facilitating a systematic approach to the protection of civil rights.

**Key words:** law-based government; personality rights; *The Civil Code*; *The Administrative Code*

(责任编辑:董兴佩)