

# 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》不足之我见

彭丹丹

(平顶山学院 河南 平顶山 467002)

【内容摘要】第十一届全国人大常委会第十七次会议于2010年10月28日表决通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》并将自2011年4月1日起施行。这作为中国第一部单行的国际私法,其积极意义不言而喻。但是,从条文现状来看,《法律适用法》仅涵盖了国际私法立法体系中的一部分内容,即使就冲突法立法而言,该法也仅仅是完成了其中的一部分,这部法律在体系结构、个别用语和具体制度等方面还存在着一些不足之处。

【关键词】涉外民事关系 社会公共利益 法律适用

中图分类号:DF90

文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2011)04-0091-03

第十一届全国人大常委会第十七次会议于2010年10月28日表决通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(下文简称《法律适用法》),并将自2011年4月1日起施行。该法共有8章52条,就民事主体、婚姻家庭、继承、物权、债权和知识产权等涉外民事关系的法律适用做出了系统、全面的规定,明确了涉外民事关系的法律适用,为解决涉外民事争议、维护当事人合法权益提供了依据,其颁布与施行将完成我国涉外民事法律关系规则的系统化和现代化。它的冲突规则全部是开放式的双边冲突规则,表明立法者平等地对待内外国法律的开放态度。它注重保护较弱方当事人的权益,同时兼顾各方当事人的利益。总则第3条还确立了当事人意思自治原则在整部法律中的总体地位。该法较好地处理了法律适用的确定性和灵活性之间的关系,第2条第2款规定:“本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”虽然它只是将最密切联系原则作为一项补充性原则,但作为一条总则性规定,它还是赋予了最密切联系原则以突出的地位。但同时,这作为我国第一部单行的国际私法,从条文现状来看,《法律适用法》仅涵盖了国际私法立法体系中的一部分内容,而且,即使就冲突法立法而言,该法也仅仅是完成了其中的一部分。国际私法作为一门以涉外民商事关系为规范对象的独立部门法,其立法应符合系统化及完整化的要求。就此目标而言,我们还面临着甚为艰巨的任务,这部法律还存在着一些不足之处。

## 一、体系结构不甚完整

(一)“涉外民事关系法律适用法”与“涉外民事关系适用的法律”的混淆

《法律适用法》第一条就规定:“本法是为了明确涉外民事关系的法律适用”,制定涉外民事关系法律适用法。这两

个提法应该说都是指冲突法,都是解决依据“本法”(即法律适用法)的冲突规则,确定涉外民事关系应适用哪一国家的实体法律的问题。即使在受到我国参加的“法律适用公约”(“冲突法公约”)制约的情况下,它仍只确定涉外民事关系应适用哪一国家的法律,均只规定纯属“间接调整”的方法的冲突规范及其相关制度。

但是,在第二条又把第一条的“涉外民事关系的法律适用”用“涉外民事关系适用的法律”来置换了,从而又落入了“涉外民事关系法律适用法”与“涉外民事关系适用的法律”的混淆之中。而在本法第二条第二款又出现了“对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律”这样的规定,使得这两个词组的混淆进一步加深了。

笔者的看法是:这两个虽仅仅是词组略有颠倒的短语,讲的却是以下两种完全不同的事情:

1.“涉外民事关系的法律适用”——指在冲突法或国际私法中,只回答应适用何国实体民法的问题;

2.“涉外民事关系适用的法律”——则既可指冲突法,及经冲突法指引的法律,也可指直接适用的国内实体法,还可能指国家加入的民事实体法国际条约和国家接受的实体商事惯例。

从这个角度分析,笔者认为,当采用“涉外民事关系的法律适用”这一说法时,立法者似乎认为国际私法的体系中只应该包括冲突规范;当采用“涉外民事关系适用的法律”这一说法时,立法者似乎认为国际私法的体系不仅仅包括冲突规范,还应该包括直接适用的法律。那么,在这个层面上,仅仅从法律条文来看,立法者对于国际私法的体系还存在模糊、混淆的地方。

## (二)“大国际私法”与“小国际私法”体系之争

\* 作者简介:彭丹丹(1983-),女,平顶山学院讲师,主要从事国际法学研究。

从司法实践层面来看,处理涉外民事争议,一般会涉及到管辖权、法律适用以及外国判决的承认与执行等问题。普通法系国家的国际私法学者通常认为,国际私法是由管辖权规范、法律适用规范以及外国判决的承认与执行规范三部分构成。而从涉外民事关系的产生到涉外民事争议的解决之逻辑推演来看,涉外民事活动必将引起相应的涉外民事关系的产生,一旦涉外民事关系的当事人发生争议,在协商或调解不能的情况下,当事人可能寻求诉讼或者仲裁的途径来解决争议。由此可见,外国人在内国的民商事法律地位规范,往往是涉外民事关系产生的前提。而当事人在参与涉外民事活动的过程中,或者在涉外民事争议产生后,若拟自行解决争议,则可能会依据相关国家或地区的民商事法律来确定其间的权利义务;若当事人因自行解决不能而寻求司法救济或者申请仲裁时,或争议发生后一方当事人直接向法院提起民事诉讼或者向仲裁机构申请仲裁时,法院或仲裁机构即面临管辖权问题,以及与涉外诉讼或仲裁程序相关的诸如送达、取证等问题;与此同时,内国法院还会面临外国法院民商事判决的承认与执行问题。因此,有些成文法系国家的学者认为,国际私法应当包括外国人民事法律地位规范、冲突规范、国际民事诉讼与国际商事仲裁程序规范。还有学者从涉外民事关系的法律适用及解决涉外民事关系当事人权利义务的角度出发,认为国际私法还应包括国际统一实体法规范(国际条约和国际惯例),甚至还包括国家直接适用于涉外民事关系的法律。也就是通常所讲的“大国际私法”体系。

目前我国在上述领域中关于国际私法的立法条款,已近260条,加上现行有效的相关司法解释涉及国际私法规定的70余条,有关国际私法的规定已逾300条。单从数量看,可以说我国国际私法的法律体系已经基本构建。但目前这种分散立法或规定的现状,其所存在的逻辑性问题、系统性等问题已经广为国际私法理论及实务界所批判。《法律适用法》的问世,并不能改变这一现状,相反,可能会使相关问题更为突出。目前来看,《法律适用法》在条文用于上似乎倾向于仅仅规定涉外民事关系的法律适用问题,也就是我们通常所讲的“小国际私法”体系。

尽管国际私法的立法工作与国际私法学的研究体系是两个具有显著区别的概念,但是,在国际民商事交往已成为国家之间交往的主流模式之背景下,为了保障涉外民事关系主体的合法权益,保证本国的司法机关在解决涉外民事争议时有法可依,构建公平、稳定的民商事交流秩序,一国也必然要对外国人民事地位、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序、以及外国民商事判决及裁决的承认与执行做出系统、完备的法律规定。

## 二、个别用语有待斟酌

在排除本应适用外国法的方面,依《法律适用法》第五条规定,是以“社会公共利益”作为标准的。笔者认为,在这一问题上,似乎应该用国际上通行的“公共秩序”(或“公共秩序”和“善良风俗”),或公共政策或法律的基本原则的提法来取代“社会公共利益”这一提法。笔者的理由如下:

(一)在国际私法的历史上,最早的提出可借以排除冲

突法指定适用的外国法的理由,曾被称之为“令人厌恶的法则”,后来才发展出“公共秩序”或“公共政策”这类概念。有的国家在民法和国际私法中,还将“公共秩序”和“善良风俗”“国家法律的基本原则”等并提。但是,在我国因解放后一贯倡导国家公共利益绝对优先于公民、法人等私法主体的利益,风气所至,于是在国际私法中国际上通行的“公共秩序”(public order)的概念,也在1986年《民法通则》第八章中,被“社会公共利益”这个概念所取代。这种观念,在我们中华民族的悠久的文化传统中,本早已存在的。如在历代皇朝中,臣民本属君主的子民,其根本的利益只能完全隶属于皇朝或皇上所代表的“国家利益”,公民个人的利益也只能依靠国家至高无尚的“公共利益”来保护。但在社会生活中,国家(任何现代国家)的法律,既绝非仅仅保护“利益”,更绝非仅仅保护国家的“公共利益”。随着改革开放和市场经济的进一步推进,我国社会的“利益多元化”走势日显强劲,因此,即使要以“利益”作为法律的价值评价,也绝不可以仅以“国家公共利益”来排除根据冲突规范指引的本应适用的外国法,而将公民私法权益置于不顾。目前我国正在大力倡导构建和谐社会,促进人与社会的和谐发展,在这种大背景下,“社会公共利益”的提法似乎与“以人为本”的社会主义法治理念不甚合拍。

(二)民法虽然在很大程度上是调整人与人之间的财产利益关系的,是为了构建社会的不同阶层的“利益共同体”的,但不能忽视的是即使财产关系中除往往讲“对价”外,也得讲“诚实信用”,更何况民事法律另一个作用是直接规范人与人之间的人身关系的,而人身关系,却并不以“利益”为价值的导向,从而更不能涵盖于“社会公共利益”这个概念之中,而只能由“公共秩序(善良风俗)”所包括。乃至如国家的刑法,虽有许多是涉及公共财产利益的保护,但大量刑法规则,几乎均以建立社会和谐与公民人身的、财产的、政治的、社会的安全为宗旨的。

## 三、具体制度存在缺失

根据《法律适用法》的规定,结合目前对国际私法的研究来看,在国际私法领域,即使是坚持“小国际私法”体系,那么在冲突法方面有一些一般规定也应该是必备的条款,但是在这次的法律条文中都没有能够体现出来。具体而言包括如下几个方面:

(一)尚有一些涉外民事关系法律适用的一般问题未做出明确规定

相较于《民法通则》第八章的九条规定而言,尽管《法律适用法》无论在条款数量上还是在所涉及的涉外民事领域看,均有显著进步。但《法律适用法》仍然只是关于涉外民事关系法律适用的通则性规定,只是对该领域的整体的框架性立法。

就条文现状来看,《法律适用法》所规制的内容并不完整。首先,就总则部分而言,传统的涉外民事法律关系适用法总则制度包括识别、先决问题、反致问题、法律规避问题、公共秩序保留以及外国法的查明等问题,而《法律适用法》仅规定了公共秩序、区际法律冲突、识别、反致、外国法的查明等问题,对先决问题、人际法律冲突和时际法

律冲突问题并未作出规定。其次,就分则部分而言,对一些涉外民商事关系的法律适用尚未作出明确规定。在第六章债权的法律适用部分,对于特殊侵权如交通事故的损害赔偿、不正当竞争、环境污染所致的损害赔偿,亦未作规定。

## (二)新法本身缺乏明确的立法及司法解释

《法律适用法》基本上还是坚持的“宜粗不宜细”的原则,许多问题还需留待立法或相关司法解释去完成。例如第2条规定“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”条文中确立了最密切联系原则的地位,遵循了国际上通行的做法,但是并没有给最密切联系原则做出明确地界定,更没有确立最密切联系的标准。这些都有待于将来的立法或司法解释来完成这一工作,否则,在解决实际案件时仍然会成为困扰法官的一大难题。第五章物权的法律适用部分,对于动产物权法律适用的规定过于粗线条,没有细分动产的取得与丧失、动产物权的内容、动产物权凭证等内容。又如由于实践中全国人大常委会对于立法解释权,不管是对条文适用范围的阐明,还是条文在适用中的具体释义,一般都交由司法部门和法工委代为行使,因此,这些模糊的规定还需今后通过发布立法和司法解释,特别是通过司法解释的方式加以明确。

## (三)新法与其他相关部门法的关系尚未厘清

首先,《法律适用法》并未将散落在一系列单行法律、行政法规和司法解释中的法律适用规定囊括其中。例如,《法律适用法》未对海商、民用航空、票据领域的法律适用做出规定。根据《法律适用法》第2条的规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定”,因此,关于海商、民用航空、票据领域的法律适用,将依然沿用《海商法》、《民用航空法》、《票据法》中有关涉外问题的专章专条规定。

其次,对于新法与现行立法不一致的地方如何适用未作出规定。虽然《法律适用法》第八章附则第51条规定:“《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十六条、第一百四十七条、《中华人民共和国继承法》第三十六条,与本法的规定不一致的,适用本法”,然而其仅明确了上述三个法条与新法中的相关规定何者优先适用的问题,并未规定新法与其他相关部门法条文不一致时的适用问题。

再次,新法与旧法规定不一致导致法律适用存在分歧。例如,《民法通则》第145条、《合同法》第126条规定,在当事人没有协议选择法律时,“适用与合同有最密切联系的国家的法律”,而《法律适用法》第41条则表述为“特征性履行说”,适用“最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”。究竟是将《法律适用法》第41条看作是对《民法通则》与《合同法》中规定的“最密切联系”原则的补充解释?还是在实践中根据“新法优于旧法”的原则,优先适用《法律适用法》中的“特征性履行”规定?对于此类前后规定上的模棱两可尚待明确。

根据我国《立法法》第83条的规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”《民法通则》和《法律适用法》的制定机关同为全国人民代表大会,那么,在处理《民法通则》与《法律适用法》的条文关系上,是将《民法通则》中第八章的规定看作是“其他法律另有特别规定”,还是采用“新法优于旧法”的原则优先适用《法律适用法》中的规定?这些都是未来实践中无法回避的问题。

综上所述,《法律适用法》虽然开创了国际私法立法的新局面,但是,新法的实施仍面临诸多问题。对于国际私法学界而言,国际私法的研究任重道远;对于法律实务工作者而言,新法的应用充满挑战。

注释:

See Peter North & J.J. Fawcett, Cheshire & North's Private International Law, Butterworth, 13th ed, 1999, p. 3.

参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社2003年版,第7页。另见刘仁山主编:《国际私法》,中国法制出版社2010年版,第9页。

该统计只是粗略的。立法主要统计了《宪法》、《民法通则》、《法律适用法》、《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《民事诉讼法》、《海事诉讼特别程序法》等,司法解释主要统计了1988年《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》(试行)、2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》、1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、2002年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》等。如果加上最高人民法院近年来关于涉外民商事案件管辖相关问题的批复,相关规定的数量还会增加。

《法律适用法》第5条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”

《法律适用法》第6条规定:“涉外民事关系适用外国法律,该国不同区域实施不同法律的,适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”

《法律适用法》第8条规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法律。”

《法律适用法》第9条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,不包括该国的法律适用法。”

《法律适用法》第10条规定:“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。”

《法律适用法》第4条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”该条到底是关于直接适用法效力之规定,还是涉及法律规避效力之规定?似乎存在疑问。