

关于涉外民事关系法律适用法的若干问题及起草司法解释的建议

文/广东省高级人民法院课题组

根据最高人民法院的委托,广东省高级人民法院对《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)实施以来的情况进行调研,并对起草法律适用法的司法解释提出建议。对调研中发现的较为突出的问题,经过研究论证,本课题组提出以下意见和建议。

一、新旧法的衔接问题

法律适用法第五十一条对法律适用法与民法通则、继承法的衔接适用作了规定,但是,该法与旧法的冲突并不仅限于与这两部法律的冲突。新旧法之间的衔接问题主要表现为:1.新旧法规定相同的,在裁判文书中如何援引法律?内容相同的法律规定是否要一并引用?2.新旧法对同一问题均作出规定,但规定之间有冲突的,是否适用新法的规定?3.新法对某一问题作出规定,旧法没有规定的,是否适用新法的规定?4.新法对某一问题没有规定,而旧法有规定的,应如何理解新法的意图确定法律适用?如,民法通则第一百五十条规定适用外国法律或者国际惯例均不得违背我国的公共利益,而法律适用法第五条仅保留了对外国法律的适用,是否意味着国际惯例不适用公共秩序保留原则?5.法律适用法与原来的司法解释的衔接问题。如,法律适用法第十八条与最高人民法院《关于适用仲裁法若干问题的解释》(以下简称《仲裁法司法解释》)第16条的衔接问题;此外,法律适用法与最高人民法院《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》(以下简称《涉外合同法律适用规定》)的衔接适用

问题。

笔者认为:第一,应在司法解释中明确法律适用法的效力范围,根据法不溯及既往原则,该法不适用于在其实施以前发生的涉外民事关系产生的争议,如果行为发生时相关法律没有规定的,可以参照适用。第二,应明确法律适用法实施后,原有法律规定及司法解释中关于涉外民事关系法律适用的内容与该法规定相抵触的,不再适用。第三,《涉外合同法律适用规定》经过实践检验,符合审判实践需要,具有合理性和可行性,但是该规定仅适用于合同纠纷,在法律适用法将意思自治原则、最密切联系原则上升为处理所有民事争议的基本原则之后,有必要将该规定的相关内容纳入司法解释中加以明确。第四,对于新法没有规定而旧法有规定的情况,可以依据有关法律原则、法律适用法的立法精神、背景等因素在司法解释中予以明确。

二、对涉外民事关系的认定

法律适用法未对涉外民事关系进行界定,最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》以下简称《民法通则意见》第178条和《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》)第304条分别对涉外民事关系和涉外民事诉讼进行界定,表现为通说的主体、标的物、法律事实三要素标准。笔者认为,三要素标准并不能完全解决实践中出现的问题,各地法院在适用中也存在一些混乱,主要表现在:第一,主体要素方面。《民法通则意见》和《民

诉法意见》对主体采取列举式的封闭性规定,将涉外主体限于外国人、无国籍人、外国法人(外国企业或组织)。这一界定无法涵盖非法人组织形式,如澳门的自然人商业企业主,也无法涵盖国际组织甚至国家参与的民事关系。此外,现有规定将主体的涉外因素局限于主体的国籍或注册登记地,忽略了经常居所地或主营业地等涉外因素。实践表明,经常居所地或主营业地在涉外诉讼中的重要性往往超过国籍或注册登记地,如,在送达时需要得到经常居所地国或主营业地国的配合,案件证据通常来自于经常居所地国或主营业地国。此外,法律适用法将经常居所地、主营业地作为确定法律适用的重要连结点,依此逻辑,经常居所地、主营业在我国境外的民事主体,自然应视为涉外主体。第二,法律事实要素方面。法律事实要素方面存在的主要问题是,一些表面的、偶然的涉外因素可能被作为纠纷涉外性的标准。如,两位国内法人的法定代表人在境外签订供货合同,合同的履行均在中国境内,履约过程中发生纠纷。在该案中,虽然导致合同关系产生的订约事实发生于境外,但这一事实因素对于纠纷而言具有偶然性,仅因此认定该纠纷涉外,不尽合理。笔者认为,实质、内在的涉外因素,与民事关系的产生或变更更具有密切联系,可能使相关民事争议的管辖、送达、调查取证等与外国相关时,才是认定民事关系具有涉外性的基础。第三,客体(标的物)要素方面。标的物要素也存在与法律事实涉外性因素相似的问题,容易导致标的物的自然属性与社会属性的混淆,使得民事关系由于表面的、偶然的因素而被认定为涉外。笔者建议,在司法解释中应对涉外民事关系进行界定,扩大主体要素范围;增加经常居所地、主营业地作为主体涉外性的认定依据;在客体和法律事实方面可设置一定的限制条件,排除与争议仅具有表面的、偶然的涉外因素的情形。

三、对涉外民事关系的识别问题

法律适用法第八条规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法律”,该条对涉外民事关系定性的准据法作出规定,即采用法院地法说。对法律适用法第八条的理解与适用,笔者认为存在以下问题:第一,如何理解第八条中的涉外民事关系?定性的对象是仅仅指向民事关系,还是同时包括对案件所涉事实的识别,以及对某些概念的理解和解释?第二,民法通则第一

百四十六条第二款规定:“中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。”笔者认为,本条涉及的是对民事关系的定性问题,该规定隐含的前提是民事行为应首先按照行为地法进行定性,如果行为地法认为是侵权行为,而我国法律不认为构成侵权行为的,才不作为侵权行为处理。如果这一理解恰当的话,那么该条规定与法律适用法第八条的规定构成冲突。第三,第八条明确选择适用法院地法,而未规定例外情形,可能产生以下问题:1.当法院地法的相关概念或制度与外国法的解释不同时,如果仍依据法院地法对相关概念或制度进行解释,将导致法院拒绝本应适用的外国法律,或者使本不应该适用的外国法律规则得以适用。2.当法院地法中没有与某一域外法律制度相对应的法律制度时,会出现无法识别的尴尬境地。如,对澳门的自然人商业企业主,我国大陆法律中并没有相同概念,如果强行按照法院地法识别则无法确定其法律地位。3.第八条规定未考虑到国际条约等其他特殊的识别依据。我国缔结或参加的国际条约在我国国内具有优先适用的效力,并且,国际条约是国家依据国际法准则协商一致达成的书面协议,对于发生在缔约国间的涉外民事纠纷,如果条约中已经有达成共识的法律概念,则可以适用条约对这些法律概念的解释,以解决因概念不同或理解差异导致的识别冲突。考虑到法律适用法第八条对涉外民事关系定性的法律适用作出了明确规定,司法解释的功能在于对现有规定进行阐释,对漏洞进行弥补,但不宜超越现有法律规定,因此,笔者不建议在司法解释中对识别的标准作出超越性规定。但是,对于国际条约在识别中的地位,笔者认为可以予以明确,如果属于我国缔结或参加的国际条约范围内的定性问题,应依据该条约对有关问题的规定予以定性。

四、经常居所地、现在居所地的界定

法律适用法将经常居所地作为属人法的主要连结点,但并没有对“经常居所地”这一重要术语作出明确规定,在今后的司法实践中将造成适用上的困难。事实上,在国际上经常居所地也是一个新近发展出来的概念,至今还没有统一的定义。学者通常认为,经常居所就是一个人的生活中心所在地,而对于生活中心,主要通过主观和客观两方面进行判断:客观上应该有持续

一段时间的居住事实,主观上则要求当事人有在该地经常居住的意愿。^①笔者认为,《民法通则意见》第9条规定:“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治疗的除外”。《民诉法意见》第5条规定:“公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住1年以上的地方,但公民住院就医的地方除外”。上述规定可以作为参考。但是,该两条规定是将经常居住地作为住所地的比较物而存在的,法律适用法并没有采用住所地概念,而将经常居所地作为唯一的概念进行规定,可以理解为在没有变换住所的情况下,住所地等同于经常居所地,在住所变换的情况下才产生判断经常居所地的问题。因此,可以将经常居所地界定为自然人以长久居住为目的、连续居住1年以上的地方,住院就医的除外。

需要注意的问题是,第一,经常居所地的判断时点如何确定,是民事行为发生时,还是纠纷发生时,或者是提起诉讼时?第二,在国际交往越来越频繁、当事人流动性越来越强的情形下,如何认定连续居住1年以上?如,当事人往返粤港两地生活,如何判定其经常居住地,是否认定为多个经常居所地?在存在多个经常居所地的情况下,应采用哪一个居所地?笔者认为,司法解释中应予明确。除特别规定外,经常居所地指起诉时的经常居所地。理由在于:1.提起诉讼时是较为明确且惟一的时点。如果选择产生、变更或消灭民事关系的法律事实发生的时间,该时点可能处于不确定的状态。2.更符合立法者的本意。对于需要明确特别的时点的,法律适用法已经作出特别规定。该法第二十八条规定,收养的效力,适用收养时收养人经常居所地法律。3.从法院处理民事争议的角度而言,将这一时点确定在起诉时与《民诉法意见》保持一致。当然,这一规定的不足在于可能出现经常居所地并不是与争议的民事关系具有最密切联系地的情况。如,适用法律适用法第二十二条“结婚手续,符合婚姻缔结地法律、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律的,均为有效”的规定时,显然应适用缔结婚姻当时的经常居所地法更为合适。对此,可以在司法解释中作出特别规定。

对于存在多个经常居所(通常是两个)的情况,首

先应判断当事人的生活中心在于哪个居所,依此判断其经常居所地。但是,不排除当事人对两个居所地都熟悉且有以其为生活中心的意思表示,或者难以判断哪个为生活中心的情况,此时应选择适用与纠纷具有更密切联系的经常居所地法律。这与《民法通则意见》第183条“当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所”的规定一致。

此外,法律适用法第二十条规定:“依照本法适用经常居所地法律,自然人经常居所地不明的,适用其现在居所地法律。”这是该法中唯一出现的“现在居所地”概念。对于如何界定“现在”,笔者认为,应以起诉时的居所地确定现在住所地更为合适。涉外案件的审理过程通常较为漫长,不排除当事人在诉讼过程中变换居所地的,采用起诉时的连结点更为明确、稳定。

五、当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力的法律适用问题

我国法律规定年满18周岁或者年满16周岁并以自己的劳动收入作为主要生活来源,并且精神状况健康的人具有民事行为能力,但是,其他国家可能作不同标准的规定。外国当事人在国内提起民事诉讼,其诉讼权利能力和诉讼行为能力应如何确定?我国现行法律对此无明文规定,学界主要存在以下观点:第一,当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力属于程序法中的问题,根据程序问题适用法院地法原则,应依法院地法解决。第二,当事人的诉讼权利能力应依法院地法确定,而诉讼行为能力则应由当事人的属人法决定,但即使根据其属人法无诉讼行为能力,而依法院地法有诉讼行为能力时,应当认定为有诉讼行为能力,即此时应依法院地法。^②第三,当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力原则上应适用属人法确定,但还要结合我国相关的法律规定进行判断。比如,某日本律师以原告身份向中国法院提起诉讼,代表某日本破产企业向一中国公司主张房屋买受人权益,其依据是日本东京地方法院判决确认的破产财产管理人身份。该案应根据日本法律判断该原告的诉讼资格,并结合我国企业破产法第十三条、第二十五条关于破产企业的诉讼由其管理人担当的规定进行判断。^③

①杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,中国法制出版社2011年版,第187-188页。

②李双元等著:《中国国际私法通论》(第二版),法律出版社2003年版,第492-494页。

③奚晓明主编:《民事审判指导与参考》2011年第4辑,人民法院出版社2012年版,第259-260页。

笔者认为,当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力表面上属于程序法问题,但其与民事主体的民事权利能力和行为能力密不可分,^①简单地适用法院地法解决并不妥当,如,对依属人法为适格的当事人可能因为我国法律中没有相应的法律规定或不同的规定而丧失主体资格,甚至可能使得该当事人的实体权利因此丧失救济途径。当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力应与民事权利能力和民事行为能力一致,适用属人法确定。为扩大对诉权的保护,对于依据属人法不具有诉讼权利能力或诉讼行为能力,而依据法院地法具有诉讼权利能力和诉讼行为能力的,可以认可该当事人的诉讼权利和诉讼行为能力,此时则依据法院地法判定。

六、强制性规定与法律规避

法律适用法第四条规定:“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。”强制性规定与法律规避在表象上具有一定的相同之处,规避行为的对象通常为某一法域的强制性规定或者禁止性规定。在法律适用法之前,人民法院审理的涉外担保合同纠纷中,当事人通过意思自治选择法律适用以规避涉外担保须经我国外汇管理部门批准或登记的强制性规定的情形并不鲜见,由于缺乏强制性规定直接适用的依据,法院常不得已援引《民法通则意见》第194条及《涉外合同法律适用规定》第6条中关于法律规避的规定,甚至援引公共秩序保留原则而认定当事人的法律适用选择无效。法律适用法第四条的规定解决了这一立法空白。对于本条的理解与适用,其主要问题在于如何判别强制性规定。《合同法解释(二)》第14条规定审查合同效力时,应注意甄别合同所涉的强制性规定是否属效力性强制性规定,这一规定是否应与法律适用法第四条相衔接?

作为一种法律选择方法,强制性规定在传统冲突法调整的民事领域较少使用,而在国家试图控制与干预的经济、商事领域,则在必要时被使用。并且,只有那些涉及国家政治、社会、经济利益,具有公共干预和管理性质的公法规范,才能排除冲突规范(法律适用法第四条除外)而直接适用于涉外民事关系。笔者认为,基于合同作为私人意志体现这一基本属性,强制性规定仅在否定合同效力的场合存在适用空间。最高人民法

院关于强制性规定的司法解释和指导意见是基于强制性规定应当体现社会公共利益这一考虑,这与涉外民事关系法律适用中的强制性规定在本质上是一致的,故上述规则对法院在涉外合同纠纷中正确适用强制性规定同样具有重要的指导作用。但是,所谓的效力性强制性规定在我国司法实践中同样存在辨别标准不明确、适用困难的问题,具有较大争议,因此,并不宜在法律适用法的司法解释中直接援引这一规定。我国现行法律规定中的强制性规定,其效力层次、立法目的和适用效果具有很大区别,是否应在涉外民事关系中直接适用,应根据具体规定进行判断。

法律规避指向一国的强制性规定或禁止性规定,鉴于当事人规避我国强制性规定的行为已经由法律适用法第四条进行调整,司法解释可以就规避我国禁止性规定的行为作出明确,以便适用。

七、当事人意思自治原则的适用

考虑到尊重当事人对民事权利享有的处分权,并适应国际当事人自行选择适用法律的范围不断扩大的趋势,法律适用法将当事人意思自治原则在总则中规定,并扩张到民事关系的绝大多数领域。《涉外合同法律适用规定》对该原则的适用作了明确的、详细的规定。笔者认为,该规定在实践中具有较强的可操作性,应继续适用,但鉴于该规定仅适用于民事或商事合同纠纷案件,而意思自治原则已经扩张至其他领域,并且,意思自治原则在各领域的适用应具有同一性,因此,有必要参照该规定把意思自治原则的适用在法律适用法司法解释中予以明确。

当事人选择法律适用的时间

当事人可以在纠纷发生前或纠纷发生后就可能发生或已经发生纠纷的民事关系的法律适用问题作出约定,这并无争议,各国立法的主要差异在于当事人最近可以在什么时候选择或变更法律适用。我国《涉外合同法律适用规定》第4条规定:“当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致,选择或者变更选择合同争议应适用的法律的,人民法院应予准许。”笔者认为,该规定合理地把握了当事人意思自治原则适用的宽松和适度,一方面尊重了当事人的意思表示,另一方面对当事人选择法律适用的时间作出了较为合理的界定,避免

^①通常情况下,具有民事权利能力者即享有民事诉讼权利能力,但是,出于特殊利益保护的考虑,可能出现二者的分离,比如胎儿、超越经营范围的法人等。

了当事人意思表示的反复导致纠纷解决的不确定状态,对该规定应予保留。

当事人选择法律适用的方式

允许当事人依意思自治选择法律适用的国家均毫无例外地准许当事人采用明示的方式选择法律,包括书面或口头的形式,但是,是否允许当事人以默示的方式进行法律选择则各国规定不一。法律适用法第三条规定:“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”《涉外合同法律适用规定》第3条的规定与前者相似。问题在于如何理解明示方式?调研中,各地法院均提出,对于当事人未选择合同争议应适用的法律,但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的,应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。这是在司法中常见的态样,也为法院在解决法律适用问题方面提供了有益的便利,对此应予以明确。

当事人选择适用的法律的范围

问题在于当事人是否可以选择与案件不具有实际联系的国家或地区的法律?是否可以选我国未参加的国际条约?是否可以选非立法性的文件?^①从国际私法实践看,各国对此有不同认识与做法,但是,主流观点认为不要求所选择的法律体系与合同或者交易存在某种特定的联系是当事人意思自治原则的应有之义。^②晚近的国际公约和一些国家与国际私法相关的文件中均有所反映,如,《关于国际货物买卖合同准据法的海牙公约》第7条第1款、《罗马公约》第3条第1款等等。实践中也有观点认为,当事人选择适用某一没有实际联系的法律规则,可以将其视为合同条款对待。笔者赞同此种观点,民商事纠纷本质上涉及的是当事人的权利义务。属于可处分的私权范围,在不违反法律强制性规定、不违反我国公共秩序的情况下应予充分尊重。调研发现,实践中当事人选择毫无关联的国家或地区的法律的情形极为少见。

值得注意的是,根据国际条约优先适用原则,当事人对我国缔结或参加的国际条约调整的民事关系作出法律适用选择的,该选择应受到条约本身规定的约束,

如果条约中带有强制性的规定限制当事人选择所适用的法律,则当事人只能在条约允许的范围内选择,超出范围的无效。如果条约规定允许当事人协议排除条约的适用,则当事人可以选择是否排除条约的适用。

债权让与或法定的债权转移下的法律适用条款的效力

根据合同法第五十七条的规定,合同无效、被撤销或者终止的,不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力,当事人对于争议解决方式的约定和法律适用的约定具有相对独立性。合同成立之后,合同主体可能由于债权的转让、承受等事由而发生变化,那么,这类相对独立的条款是否对受让人或者承受人具有拘束力?笔者认为,法律适用条款和争议解决条款一样,相对于合同实体权利义务条款而言具有独立性。但是,在合同的概括转让或法定转移的情况下,除非特别声明,这些条款应一并发生转移,进而对受让人具有拘束力。如,在保险代位求偿中,保险人代位取得的是被保险人在原合同中的地位,包括其所有的权利义务,代位求偿权不能使新的债权人享有比原债权人更加优越的地位,合同对方当事人依照合同而可以对被保险人行使的抗辩不会因为保险人的代位而丧失,其中包括法律适用条款的抗辩。

八、最密切联系原则的适用

最密切联系地法作为当事人自选法的补充,适应了涉外民事关系复杂多变的需要,增强了法律适用的针对性和合理性。法院在适用最密切联系原则时,应从质和量两个方面全面考察与合同有关的主客观因素,进而确定纠纷的最密切联系地。但正因它赋予法官较大的自由裁量权,容易导致主观随意性以及法院地法的滥用。为克服这一缺陷,许多国家的立法在最密切联系地法的适用中采纳了特征性履行说。调研发现,各地法院在适用最密切联系原则时标准不一,文书中对如何确定最密切联系论述不清晰,尺度不统一。

笔者认为,最密切联系意味着它是具有多重可参照标准,并经相互比较之后的结果。最密切联系原则要求法官结合案件的具体情况,综合考虑争议与所涉法

^①非立法性文件,如某一组织的商业规则,不属于法律适用中的可选择法律范围,但可能为当事人所选择。

^②陈卫佐:《比较国际私法:涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》,法律出版社2012年版,第261页。

域之间的联系的重要程度、当事人的正当期待、特定领域法律所体现的政策、案件审理结果的公正与合理等多种因素,通过对连结点的定量和定性分析,确定合同的最密切联系地。实践中,相当部分判决以连结点的数量而不是质量来确定最密切联系地,并不可取。

法律适用法第四十一条规定:“当事人没有选择的,适用履行义务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”,确立了特征性履行作为确定最密切联系原则的主要方法。此前的《涉外合同法律适用规定》第5条依同一方法规定了合同的法律适用,对实践起到了指导作用,但是,该规定采用了特征性履行方当事人的住所地法,与法律适用法采用经常居所地的规定不一致,因此,建议将该条作适当修改后吸纳入司法解释中。同时,实践中也确实出现特征性履行义务方属人法并非纠纷最密切联系地法的情况,有必要将《涉外合同法律适用规定》第5条“如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的,适用该另一国家或者地区的法律”的规定予以保留。

九、公共秩序保留原则的适用

民法通则、海商法、民用航空法等均对公共秩序保留原则作出规定,法律适用法第五条规定:“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”,进一步明确了公共秩序保留的后果,即适用我国法律。对公共秩序保留原则的适用主要有以下几个问题:1.如何界定公共秩序或社会公共利益?2.区际法律冲突是否适用公共秩序保留?3.国际惯例是否适用公共秩序保留?

笔者认为:1.公共秩序不仅是一个法律概念,还是一个政治概念,是各国对内对外基本政策与有利于他们的社会秩序的总称。各国在什么情况下运用公共秩序保留制度是随着时间、国际国内形势、所涉及的问题以及其他条件的不同而变化着的,对公共秩序作概括性的或列举式的界定都是不切实际的,反而会局限了

其范围。公共秩序的内涵和外延应当由人民法院在个案的审判实践中逐渐加以充实和丰满。^①2.公共秩序保留不适用于国际惯例。国际商事惯例的性质决定了其不会危及一国的公共安全或国家利益,故不应受公共秩序保留的限制。如果动辄对国际商事惯例加以排除,将会助长滥用公共秩序保留之风,这与国际私法的目的是背道而驰的。以公共秩序保留为由排除国际惯例的适用的做法,可以说是改革开放初期立法者的权宜之计,至今已显然不合时宜。^②尽管海商法、民用航空法属于特别法,但这两部法律中的公共秩序保留条款却并不属于其他法律另有特别规定的范畴,故依据新法优于旧法的原则,应当以法律适用法第五条的规定为准,将国际惯例排除在公共秩序保留的适用范围之外。3.公共秩序保留不适用于我国区际民商事纠纷。根据有关司法文件的规定,我国法院对涉港澳案件的审理实践一直是比照涉外案件处理,但公共秩序保留原则是否也适用于涉港澳案件,争议颇多。有的案例以违反我国一夫一妻制为由不予适用香港法律;有的法院依据公共秩序保留原则排除澳门民法典及娱乐场博彩或投注信贷等法律规定。笔者认为,鉴于我国宪法确立了一国两制基本制度,同时澳门特别行政区基本法中也明确允许澳门保留博彩业,如果人民法院以违反我国社会公共利益为由排除澳门法的适用,无异于自相矛盾。^③只要相关的香港或澳门法律规定不违反我国宪法和两个基本法中的基本制度和基本原则,就不应当纳入公共秩序保留制度的适用范围。

此外,笔者建议参照涉外仲裁的内审程序,针对公共秩序保留原则建立层报制度。这种做法有利于最高法院统一掌握各地法院适用该原则的尺度,也有利于最高法院通过个案中的批复或解释,逐步充实和丰富公共秩序的内涵和外延。

十、国际条约的适用^④

我国关于国际条约适用的规定散见于民法通则、海商法、票据法几个部门法中,法律适用法中未再规

^①高晓力:“析涉外民事关系法律适用中公共秩序条款的适用”,载郑鄂主编:《中国涉外商事审判研究》(第二辑),法律出版社2011年版,第251页。

^②陈卫佐:《比较国际私法:涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》,法律出版社2012年版,第248-249页。

^③杜涛:《涉外民事关系法律适用法释评》,中国法制出版社2011年版,第74-75页。

^④在此探讨的国际条约仅限于国际私法实体条约。

定。司法实践中,国际条约的适用是涉外审判不可忽视的重要部分,其在适用中的主要问题之一是适用国际条约是否以国内法与条约相冲突为前提条件。有人根据民法通则第一百四十二条第二款的规定,认为国际条约的适用以条约与我国法律规定不一致为前提,如果国内法与条约规定一致,可以将国内法的规定看成是为实施国际条约转化而来,只需适用和援引国内法。笔者认为这一做法并不太妥当。条约在我国具有优先适用的效力,民法通则第一百四十二条第二款的规定说明当条约与国内法规定不一致时,应优先适用条约,但并不是要求条约只能在与国内法规定不一致的情况下才能适用。

国际条约适用的问题之二在于适用条约的案件范围。国际条约固然适用于涉外案件中,但是,如前所述,涉外案件并非仅仅主体涉外的案件,还包括标的物、法律事实等要素涉外的案件,某些条约的适用也并非以主体属不同国家为条件,是否只要是涉外案件就必须考虑条约的适用?笔者认为,如果是本国当事人之间的诉讼,即使具有涉外因素,也不应优先考虑公约的适用。各国缔结或参加国际条约的目的之一在于实现对国际民商事活动的不同国家主体的同等保护,适用同等的权利义务,如果是同一国家的当事人则没有以公约调整的必要。民法通则第一百四十六条第一款规定:“侵权行为的损害赔偿,当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,可以适用当事人本国法律或者住所地法律”,也说明了这一思路。

十一、域外法的查明问题

域外法查明问题是调研中反映得最为突出的问题之一。实践表明,最终适用域外法解决的案件数量极少,这一方面是由于当事人选择适用域外法的比例较少,另一方面更为重要的是,通过冲突规则指引原本应适用的域外法大多由于无法查明、法院引导当事人变更法律选择等原因转而适用法院地法。法律适用法第十条规定采用了职权查明为主、当事人提供为辅的模式。调研显示,大多数法官认为这种模式在实践中执行的效果可能相对有限。第十条的适用主要存在以下问题:1.这一规定与现有的实践情况不符。司法实践中一直是以当事人提供为主、法院查明为补充。在查明域外法方面,法官或者仲裁员与当事人站在同一起跑线上,甚至于其可利用的资源更

少于当事人。涉外当事人与该域外法律存在更密切联系,由其提供和证明更符合诉讼经济原则,将域外法的查明义务主要交由当事人也是英美法系国家、部分拉丁美洲国家的普遍做法。2.这一规定与现有的制度配套不符。我国涉外审判由法官查明域外法的客观条件尚不具备,完备的域外法资料库等查明工具尚未建立,官方的查明渠道也并不顺畅。即使是近在咫尺的港澳台地区,由于内地与港澳台之间的司法协助/互助事项中尚未包含提供法律规定这一项,使得港澳台法律的查明缺乏权威的渠道。此外,法院查明域外法的费用、翻译费用如何负担这些具体事项尚未明确,在实践中也造成困难。可以说,在现有的条件下,要求法官承担过重的查明责任并不现实。3.这一规定没有对查明和不能查明的标准作出界定。这一规定仅涉及“查”的主体和途径,而未涉及“明”的问题,即对于所查到的内容在诉讼程序中应如何确认的问题未予明确。比如,对于香港的判例法,律师出具的法律意见书是否足够视为查明?双方当事人对香港判例法中的同一法律原则提供了不同的专业意见,最终得出两种完全不同的结论,这种情况并不在少数。4.该条未规定当事人不提供或者不能确认外国法内容的后果。

笔者认为,要改变我国域外法查明的困境,一方面要改善客观条件,另一方面要完善现有的法律规定,对域外法查明的责任进行合理分配。从性质上而言,域外法律属于法律,但并不属于“法官知法”中所应知晓的法律,毕竟法官属于一国的法官,其所应该知晓的法律为本国法律,其不可能也没有义务对他国的法律当然知晓,进而承担过重的查明责任。对于一国法律对纠纷所涉的法律问题是否作出规定及其内容为何属事实问题,属于可证明事项,可根据一定的规则进行证明责任分配。对域外法的查明责任可以依据不同性质的域外法进行区别对待。对于当事人选择适用的域外法,当事人通常对该域外法律较为熟悉,由当事人负责提供和证明显然更为合适。对于由法律适用法规定的其他连结点所确定的域外法,比如物之所在地法、行为地法、最密切联系地法等等,当事人对这类域外法可能也不清楚、不熟悉、难以取得,要求当事人负责提供属于强人所难。既然是法律规定要求适用的法律,则作为国家权力意志体现的法院应当承担此域外法的查明责任。

法律适用法第十条规定当事人对其选择适用的法律负有提供的义务是合理的,但是,应进一步明确当事人对此类域外法的证明责任。对于当事人选择适用的法律,如果当事人在法院指定的期限内不提供或者无法提供;或者提供的法律规定,对方当事人提出异议,双方无法达成一致意见,法院也无法确定的,应视为无法查明,可依法适用我国法律。

对于根据法律适用法的硬性冲突规则指引而适用的域外法,应主要由法院负担查明责任。但是,对于当事人提供该域外法更为便利的,法院可以要求当事人提供。比如,当事人的属人法(国籍国法、经常居所地法、主营业地法等等)属于当事人更为了解和熟悉的法律,并且,其也更有条件、更便利地取得,可以要求当事人提供。这在国际上也不无先例,如,俄罗斯联邦民法典第91条第2款第3句规定,就与当事人所从事的企业家活动而言,法院可以使当事人负责证明外国法规范的内容。^①

在如何认定查“明”问题上,如前所述,对于当事人选择适用域外法应采取更为宽松的态度,甚至可以将当事人选择的规则视为合同条款对待,因此,如果当事人能够对域外法达成一致意见的,则无需追求达到客观真实,可予以确认。当事人约定适用域外法的,双方当事人均有义务提供域外法律,对于一方当事人不提供,而另一方当事人仍主张适用该域外法的,该另一方当事人应负担提供义务。对一方当事人提供的域外法律有异议的当事人应提供该域外法规定的证明予以反驳,如果其提出异议却不提供或无法提供证据予以反驳,则由法院审查对方当事人提供的域外法进行认定。

十二、仲裁协议法律适用问题

法律适用法第十八条规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”对本条的理解与适用有以下问题值得注意:1. 这一条款适用于仲裁协议的成立和效力,但是,不适用于当事人的缔约能力。仲裁协议当事人的缔约能力的准据法与仲裁协议本身适用的准据法需分别根据不同的冲突规则确定。2. 如果一项仲裁协议既未约定本身适用的准据法,又

未约定仲裁机构或仲裁地,应如何确定法律适用?这需要解决本条与《仲裁法司法解释》第16条的协调适用问题。法律适用法颁布后,该司法解释仍然有效,且本条未明确排除法院地法的适用,因此,在当事人既未选择仲裁协议适用的法律,又未约定仲裁机构所在地或仲裁地的,可以适用法院地法。³当事人选择的仲裁机构所在地与仲裁地不一致时的法律适用。本条规定将仲裁机构所在地与仲裁地法并列,在两者之间用了“或”予以连接。从条文结构看,仲裁机构所在地法与仲裁地法不能同时选择,但允许任意选择,但二者不一致时应如何选择?考虑到当前我国积极发展多元化纠纷解决机制,支持仲裁事业的发展的态度,法院应秉承尽量使之有效的原则确定连结点,选择仲裁协议适用的准据法。即在仲裁机构所在地与仲裁地约定不一致的情况下,如果仲裁协议依据仲裁机构所在地法有效而依据仲裁地法无效,则适用仲裁机构所在地法,反之,则适用仲裁地法。如果两者皆有效,法院可任意选择之一。

十三、涉港澳台民事关系的法律适用问题

我国目前关于涉港澳台民事关系的法律适用问题主要依据最高法院有关司法解释或者其他法律文件,对这类案件在法律适用方面参照涉外案件进行处理。法律适用法第二条规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定”。根据该条的表述以及立法者的本意,该法并不适用于区际民事法律关系,故不能在区际纠纷中直接据以确定准据法。但是,由于此前人民法院对涉港澳台民事纠纷的一贯做法均是参照(比照)涉外民事关系处理,故实践中许多法院已经采取了当然适用的做法,涉港澳台民事案件是否能够参照法律适用法进行法律适用成为亟需解决的问题。笔者认为,港澳台地区施行与内地不同的法律制度,由此产生了区际法律冲突,确有必要适用冲突规则确定涉港澳台纠纷的法律适用问题。在我国缺乏区际冲突法的情况下,可以在法律适用法司法解释中明确对涉港澳台民事关系的法律适用参照该法和相关的司法解释处理。

(课题组成员:徐春建、林广海、王建平、杜以星、吴思颖、辜恩臻、李民韬、焦小丁)

^①陈卫佐:《比较国际私法:涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》,法律出版社2012年版,第234页。