

《厦门大学法律评论》第7辑

厦门大学出版社 2004.6 版

《民法典草案涉外民事关系的法律适用法编评析》

第 302 页~第 316 页

# 民法典草案涉外民事关系的 法律适用法编评析

于 飞 丁 添\*

## 目 次

### 引言

#### 一、国际私法立法的价值取向

#### 二、国际私法的立法模式

#### 三、国际私法的立法技术

## 引 言

众所周知,新中国较系统的国际私法立法开始于 1986 年的《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”。2002 年 12 月,《中华人民共和国民法(草案)》出台,该草案第九编以“涉外民事关系的法律适用法”为标题,全面系统地对国际私法加以规定。

“涉外民事关系的法律适用法”分为 8 章,共 94 条。涉及国际私法的总则规定和分则规定。全编内容完整、结构系统化,较之原《民法通则》第八章仅有的 9 条规定,是国际私法立法的巨大进步,反映了近 16 年我国国际私法理论与司法实践的长足发展。本文主要关注的是从本编反映出的我国国际私法立法的价值取向及其立法模式、立法技术等方面的特点与不足。

---

\* 于飞:厦门大学法学院副教授;丁添:厦门大学国际法硕士研究生。

## 一、国际私法立法的价值取向

20 世纪末国际私法的发展,在不摒弃原有的结果可预见性、稳定性、一致性等目标的基础上,呈现出追求法律选择的灵活性和案件的实质正义等价值取向。我国国际私法立法也努力反映这些价值取向。

### (一) 普遍主义优势地位的确立

在国际私法学的发展史中,一直存在特殊主义与普遍主义之争。特殊主义把国际私法视为一国国内法的组成部分,认为在法律适用方面更多地适用本国法是理所当然的事。特殊主义在立法上往往表现为采用属地主义路线、规定适用本国法的单边冲突规范、把外国法看作事实、优先适用法院地法、对公共秩序加以强调等。<sup>①</sup> 普遍主义把国际私法看作国际法或国际性的法律部门,并且认为它的目的是为了给不同国家国内法创造有利的共存条件,在国际私法中起决定作用的应该是平等地适用内外国法律(巴尔)。<sup>②</sup> 20 世纪以来,尤其二战以后,特殊主义开始寻求法律适用上的协调,逐渐向普遍主义回归。面对形形色色的本国政府利益、本国国民保护的诱惑,普遍主义意欲实现内外国人在私法关系中的平等无疑更符合法律公正的本性,特别是在国际民商事交往迅猛发展的今天尤为如此。我国现行国际私法立法规定了不少单边冲突规范和有条件(或有限制)的双边冲突规范,其所指引的准据法只能是中国实体法或特定国家的法律,属地主义倾向明显。<sup>③</sup> 而本编立法意旨应当说是基本以普遍主义为价值取向。纵观本编内容,首先,少有直接规定适用中国法的单边冲突规范,以法院地法为唯一连结点的情况也不多见,公共秩序并未予以特别强调;而且,第 13 条对外国法律在我国境内的效力采取了相当宽容的态度,甚至未要求以完全互惠为条件,第 14 条规定了国民待遇的一般原则等等,体现内外国当事人法律地

① 李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社 2001 年版,第 145~147 页。

② 前引①,李双元书,第 139~140 页。

③ 李双元:《走向 21 世纪的国际私法:国际私法与法律的趋同化》,法律出版社 1999 年版,第 138 页。

位的平等及内外国法律的平等适用。其次,本编吸收了大量国际条约的规定,如信托(第42条)的法律适用采用了《关于信托的准据法及其承认的公约》的内容,遗嘱的法律适用(第73条、第74条)借鉴了《遗嘱处分方式法律冲突公约》的规范,公路交通事故的法律适用(第63条)参照了《海牙公路交通事故法律适用公约》的条文等。从而使中国国际私法越来越多地涵纳国际社会的普遍实践,表现出与国际立法的趋同性。

## 2. 法律选择灵活性的增强

二战以后,传统的僵硬的少数客观连结点为模式的冲突规范在调整日益复杂的跨国民商事法律关系时越发力不从心,显得既不科学,也不实用。国际上出现了对传统冲突规范的“软化处理”的趋势。这被卡恩·弗罗因德称为“当代国际私法发展的一个主要特征”<sup>④</sup>。本编反映了这种发展方向,规定的连结点具有明显的灵活性与多样性。从相对确定性角度概括本编对连结点软化的立法技术,可分为客观的方法与主观的方法。客观的方法指对冲突规范连结因素设置的改进,以扩大法官适用法律的客观范围;主观的方法则是通过立法预留一定空间,供当事人或法官主观自由选择。

客观方法包括:增加连结点的数量,如第61条第3款(结婚形式)、第65条(父母子女人身关系)、第67条(非婚生子女的认领)、第73条(遗嘱方式)等;规定补充性连结点,如第63条(夫妻人身关系)、第64条(夫妻财产关系);采用分割的方法(Dépense),如第52条即对汇票、本票关系的不同方面设定不同的连结点,在继承关系中,本编第五章对遗嘱能力、遗嘱方式及遗嘱的内容和效力分别规定了不同的连结点(第72条、第73条、第74条)等。不过总的来看,本编对分割方法的采用还是相对谨慎的,这可能是考虑到立法本身的风险及实际操作的成本与困难(如对合同关系、股票关系、监护制度都未用分割的立法模式)。

主观的方法体现在:(1)采用最密切联系原则。一般认为,根据对具体案件的主客观综合分析,适用与案件有最密切联系的法律,较之传统的从案件中抽象出法律关系的性质特征而确定冲突规范并据以指引出准据法更有

<sup>④</sup> 肖永平:《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社2002年版,第32~33页。

说服力,更能实现个案公正。该原则被各国广泛接受。大多数国家将最密切联系原则作为与其他客观性连结因素并存的补充性连结点,以增加法律选择的灵活性<sup>⑤</sup>,本编第9条、第17条、第18条、第42条、第50条、第71条、第79条等就是把最密切联系原则作为补充原则加以规定。(2)适用最有利的法律。从理论上讲,民事主体当享人双方的地位平等,但在实际社会生活中,这种形式平等下掩盖着的可能是双方实力的巨大落差,冲突法通过适用偏向于一方当事人的规则以实现法律的矫正功能,本编以“(最)有利于……的法律”或“对……最有利的法律”表达这样的立法意图,在父母子女人身关系(第65条)及认领、扶养关系(第67条、第69条)等方面均运用了“最有利的法律”作为法官裁量的系属公式,旨在保护这类法律关系中的弱势一方当事人。(3)扩大适用当事人意思自治。现代私法理念的核心是私人自治的观念,体现在冲突法领域,就是当事人在法律选择上的意思自治。“当事人意思自治”是自16世纪业已确立的一个主观性的连结点,最早适用于合同,近现代在侵权、婚姻家庭、继承及信托等领域也广泛被采用。本编第42条(信托)、第50条(合同)、第54条(共同海损理算)、第64条(夫妻财产关系)、第74条(遗嘱的内容和效力)、第81条(侵权)均不同程度地确立了意思自治原则。意思自治的广泛适用,强化了私法自治的观念,体现了法律对私人社会调控的人文理性。

正是通过以上对冲突规范大量的主客观软化处理,本编冲突规范中的连结点得以摆脱僵化,从而实现法律适用明确性与灵活性的平衡。

### (三)管辖权选择与结果选择的有机结合

民法典第九编承袭了大陆法系的传统,规则范式的冲突规范为条文的构成要素。传统国际私法规则的特点是通过连结点找到物理上的一个确定法域从而决定相关实体法的适用。正如美国学者指出的,这种方法实际是作立法管辖权的选择,它可以保证法律适用的确定性、连续性及一致性,以实现冲突正义。这与大陆法系的理性主义、抽象正义及规则自足等观念相

<sup>⑤</sup> 韩德培等:《晚近国际私法立法的新发展》,《中国国际私法与比较法年刊》(2000年卷),法律出版社2000年版,第26页。

符,也体现了立法权对司法权的强势地位。但是,传统冲突规范因其“机械”、“盲目”、“僵固”等缺陷,在实现个案的实体公正上是乏力的。所以,上世纪中叶美国各种法律选择的方法应运而生,例卡弗斯就提出要把“管辖的选择”(jurisdiction selection)改变为“规则的选择”或“结果的选择”(rule selection or result selection)。还有学者甚至主张“抛弃”传统冲突规则。实践证明,“美国现代冲突法‘革命’中的偏激派主张固然不可取,但传统的国际私法确实有值得改进的一面”<sup>⑥</sup>。从晚近英美及欧洲大陆各国立法来看,在国际私法立法上追求法律适用的明确性、稳定性、结果的一致性与追求法律的灵活性和适应性这两种价值取向在逐步走向融合。在成文国际私法立法中出现了大量把方法定型化的现代冲突规则,<sup>⑦</sup>使冲突规范不改作为规则的基本特征,并融入了方法的“非机械性”、“个案针对性”风格,更有利于体现实质上的法律正义。当然,不同的价值取向决定内容定向与结果选择不可能取代传统冲突规范的所有领域,作为对传统冲突规范扬弃的结果,在一些领域,现代冲突规则对传统冲突规范的革新与改造表现的比较明显,而在另一些领域则相反。通观本编,可以得出的结论是,我国立法主要还是以立法管辖权定向的传统冲突规范为主,兼采适当的内容定向或结果选择规则(这方面在第六章“婚姻家庭”及第八章“侵权”中表现得尤为突出,强调保护弱者的利益,适用对子女、对被害人有利的法律等)。

#### (四)本土资源与国际资源的辩证统一

法律的存在必须根植于特定的社会、经济、文化等大环境中,必须不脱离本国的民族性特征,充分体现本国的法律文化传统与法律思想。否则,它将会成为无源之水、无本之木。国际私法莫不如此。国际私法最早是以国内立法的形式出现的,每个国家都有自己的国际私法立法,国际私法首先是民族的法或国家的法。它调整的是涉外民事法律关系,解决的是涉外民事法律冲突,体现的是一国的对外政策,因而,国际私法具有强烈的国别色彩

<sup>⑥</sup> 前引⑤,韩德培书,第23页。

<sup>⑦</sup> 有关“现代冲突规则”的概念,参见徐崇利,《冲突规则的回归——美国现代冲突法理论与实践的一大发展趋势》,《法学评论》2000年第5期。

和深厚的民族底蕴<sup>⑧</sup>。中国本来就是一个具有悠久历史的国家,博大精深、源远流长的中华法律文化“深刻而广泛地影响着我们这个民族对法律的态度、情感和期待”,在这种法律文化传统中产生的中国国际私法立法“不可能不具有、也不能不具有自己的民族品格和民族性”<sup>⑨</sup>。

本编的“中国特色”表现诸如:从中国国际私法立法史来看,对国际私法的称谓,民国时期、台湾地区、大陆《民法通则》分别采用“法律适用条例”、“涉外民事法律适用法”以及“涉外民事关系的法律适用”,民法第九编“涉外民事关系法律适用法”可以说是对历史称谓的承袭。立法模式仍然沿袭《民法通则》模式,在民法典中列入专编。立法体系既不同于一些采用国际私法法典或单行法规国家的立法(如《瑞士联邦国际私法法规》),也不同于一些国家的民法典专编专章式立法(如《秘鲁民法典》第10编)<sup>⑩</sup>。作为民法典的一部分,第九编基本按照民法典国内部分的体例安排,分别以一般规定、民事主体、物权、债权、知识产权、婚姻家庭、继承、侵权等八章94条,对涉外部分做了规定。更为重要的是,第九编的内容充分利用了本土资源。

对中国而言,国际私法是舶来品,中国历史上并没有多少国际私法的本土资源。但中国改革开放已20多年,学界对国际私法的研究已达到一定的高度。研究成果集中反映中国学者对国际私法各种问题的看法和主张,结合中国实践已形成自己的本土资源,舶来的理论在很多领域已实现本土化。有学者研究认为,西方国际私法在中国的传播出现过两次高潮。第一次高潮是民国时代,以“拿来主义”为主要特点。第二次高潮发生于20世纪80

---

⑧ 吕岩峰:《论国际私法立法的价值取向》,《吉林大学社会科学学报》(哲社版)1996年第5期。

⑨ 刘升平等:《论建构有中国特色的马克思主义法学》,《法制与社会发展》创刊号。

⑩ 1987年《瑞士联邦国际私法法规》共13编,编下分节,有200个条文。这13编分别是:总则、自然人、婚姻法、亲子关系、监护和其他保障措施、继承法、物权、知识产权、债权、公司法、破产与清偿协议、国际仲裁、最后条款。1984年《秘鲁民法典》(第十编国际私法)共4章76条。第一章总则、第二章司法管辖权、第三章准据法、第四章外国判决和仲裁裁决的承认和执行。

年代以来的比较法兴盛时期。<sup>①</sup>这一时期国际私法除介绍当代国际私法理论之外,还大量研究各国的国际私法立法,以比较、借鉴、吸收为主要特点,“本土”过来,为我所用。中国《国际私法示范法》的出台就是这些理论研究的结晶,也是中国国际私法本土资源的最大体现,为中国国际私法立法提供了极有价值的参考。因此,第九编一方面坚持中国以往的传统与实践,如仍然规定“国际条约优先、国际惯例补缺”(第3条)、以公共秩序保留排除国际惯例的适用(第11条)、保护外国人民事法律地位(第14条)、特殊合同必须适用中国法律(第51条)、遗产法定继承采用“区别制”(第71条)等等。这些规定有的也是示范法中的内容,除此之外,第九编还广泛吸收了《中国国际私法示范法》的其他规定。

然而,“一国文化乃数千年来继承它国之宗教、文学、技术及其他一切文明制度而成一复合现象者也。至于不与他国他民族之文化相接触,惟由其固有原素,而能达至高级之文化者,在今日实为罕有之事也”<sup>②</sup>。文化的传播与交流必然包括法律文化,法律的借鉴与移植是人类文明互动的必然结果。

这里,首要问题是借鉴什么?借鉴的应该是国际社普遍接受的优秀成果。最密切联系原则之所以能被国际社会普遍接受就是因为它提高了法律适用的灵活性,有利于国际交往和公正合理地对待当事人的利益。政策定向和结果选择方法之所以能在法律选择中受到重视就是因为它更多地体现对需要保护者、对弱者的保护。唯此类才是中国立法应该借鉴的。第九编大胆吸收和借鉴外国优秀的立法成果和国际公约的先进规范,如最密切联系原则和“有利原则”的广泛采用,对反致的折中接受(第2条)、属人法连结点的根本改变(如第20条、第21条、第22条、第23条)等顺应国际私法立法的世界潮流,产品责任、公路交通事故、遗嘱方式、信托等法律适用原则直接借鉴有关国际条约的规定。

<sup>①</sup> 汪金兰:《从拿来主义到本土化》,《法制与社会发展》2002年第4期。

<sup>②</sup> [日]穗积陈重:《法律进化论》,黄尊三译,中国政法大学出版社1997年版,第269页。

其次,如何借鉴?应当明确,借鉴或移植外国法不是简单、盲目照搬,而是有鉴别的吸收。移植过来的东西也面临“本土化”的问题。本土化除了指“法按照本民族的特质而发展”之外,还应包括把具有世界性或国际性价值取向的法律理念、法律规则、法律组织、法律运行方式以及法律技术等在中国理解消化并掌握、运用的过程<sup>⑬</sup>。我们对国际私法的借鉴与移植同样不能原样照搬,否则就会产生与1913年《法律适用条例》一样的结果。实践中,中国国际私法已开始注意到这一问题,既借鉴外来内容又有所发展。例如《民法通则》除将最密切联系原则适用于合同关系外还适用于扶养关系(第148条),并以与被扶养人最密切联系的法律作为扶养关系的准据法,使得该原则在传统适用领域之外又有所发展。而民法第九编第69条又有新的变化,它规定:“扶养,适用被扶养人的本国法律、住所地法律或者经常居住地法律中对被扶养人最有利的法律。”该规定既反映了法律选择的灵活性,又保证法律适用的确定性,因为扶养关系多涉及被扶养人的利益,适用被扶养人属人法中对被扶养人最有利的国家的法律,足以保护作为弱者一方的被扶养人的利益,因而没有必要采用“最密切联系”这一灵活的连结因素。<sup>⑭</sup>第九编第81条规定“侵权行为的加害人和受害人可以协商选择适用法院地法,但当事人不得选择法院地以外的法律为准据法。”这条吸收了《瑞士联邦国际私法法规》第132条的规定,但做了更明确的限制。民法第九编中类似做法很多,这里不一列举。

然而,如前所述,“国际”和“本土”是一个问题的两个方面,是辩证的统一。中国国际私法立法如何科学地处理好二者的关系需要深入研究。笔者认为,民法典的相关规定有些方面突出了本土性而落后于国际潮流。试举例一,专编式立法不符合当代国际私法立法法典化的趋势。例二,受民法典的约束,第九编主要围绕相关法律适用问题作了规定,没有涵盖国际私法的全部内容;本编体例安排也表现出为适应民法而造成的混乱。例三,对法律条文的设计问题,仅以公共秩序保留为例。用公共秩序保留排除国际惯例

<sup>⑬</sup> 何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第300页。

<sup>⑭</sup> 《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社2000年版,第168页。

的适用是中国立法特有的,其他国家立法与国际条约均无此规定。该规定出现在1986年《民法通则》中符合当时社会实际需要,尚可理解。但是,改革开放20余年的中国,是否还有必要再以公共秩序为由排除国际惯例的适用?由此引发的思考是,如何合理利用《民法通则》中的现有国际私法资源?不但如此,不论《票据法》、《海商法》、《民用航空法》中的有关冲突规范规定得完善与否,原封不动搬入民法典是否合适?立法指导思想是否显得保守?等等问题值得进一步探讨。

## 二、国际私法的立法模式

从世界范围来看,国际私法的立法模式大致有三类。即分散式、专章专编式、法典或者单行法规式。从18世纪末开始,国际私法进入了立法时期,但那时的立法大多采取分散立法的方式,即把国际私法规范规定在民法典中或其他法典中的有关条款中,1804年《法国民法典》就是其代表。到19世纪中期,又出现了专篇专章式,即在民法典或是其他法典中列入专章或专篇,比较系统地规定国际私法规范,如1942年《意大利民法典》,我国《民法通则》第八章就是这种立法体例。20世纪以来,以1898年《德国民法施行法》为先导,许多国家先后颁布了单行的国际私法规,即用专门法典或法规的形式全面系统规定国际私法规定。国际私法的国内立法形式经历了一个由分散到集中的漫长发展过程。现在,国际私法立法的法典化以成为国际发展趋势。我国仍采用在民法典中设专编的立法模式明显落后于国际实践,而实际效果也并不令人满意。

首先,由于民法与国际私法内容机理的不同,草案第九编已与前八编表现出一定的不协调性。如前八编均为实体法的规定,条文规范结构一般为“假定、处理、制裁”,以具体实体权利、义务为其内容,而第九编的规范结构风格陡变,由“范围、系属”两部分构成条文内容,行文为“……适用……的法律”等诸类。二者在规范形态上的不协调,盖因实属两种性质不同的法律规范:实体法与冲突法。

其次,民法典中设立专编不能包括国际私法的所有规范。本编只规定法律适用,对国际社会普遍公认的国际私法还应包括的管辖权、外国判决的

承认与执行等就未涉及。而且,受民法典的制约,本编难能规定国际私法的宗旨和基本原则、适用范围和调整对象等。这将会损害未来国际私法法典的整体性,使以后的国际私法典的内容残缺不全,影响其体系完整之美。<sup>⑮</sup>

再次,把民法实体规范与国际私法冲突规范规定于一部法典中,具体会产生两方面的不统一。一方面,因国际私法调整的涉外民商事关系的范围广于民法调整的人身和财产关系,因而,前八编与第九编在规范范围上并不完全一致,第九编包括前八编并未涵盖的领域如知识产权法及一些典型的商法范围如破产法、票据法、证券法、信托法、海商法等方面的涉外适用。另一方面,为适应前八编实体规范的安排,第九编的体例(见后所述)也存在

问题。

第四,民法学博大精深,制定民法典工程浩大,若再规定民法规范的国际适用,硬要把两个调整范围与调整方法不同、内在概念与外在形式差异的规范规定在一起,更给本次民法典的制订增加难度,因为还有很多国际私法中的问题需要研究。

其实,制订单独的国际私法规范,在我国国际私法学界与民法学界基本上已经达成共识。建议在民法典之外另行制订中国国际私法法典,也是民法起草工作小组一致的意见。但是,国际私法典何时被提上立法日程,还是一个未知数。我国目前立法状况决定了民法典不得不对涉外民事关系的法律适用作出规定。原因据说一是因为我国国际私法规范是分散规定于各种民商事单行法律、法规中,国际私法典的内容和效力与这些单行法的协调、对一些部门法中的相关涉外内容作出修改,将是一项较为复杂的工作。另外,民法典颁布后,《民法通则》失效,其第八章也失效,如果不同时制定国际私法的相应法规,则会出现一个民法规范的国际适用法律的空缺状态——即涉外民事关系的法律适用将找不到相关冲突法调整。<sup>⑯</sup> 上述问题是否无法解决? 回答应是否定的,因为任何法律部门都存在一般法和特别法的矛

<sup>⑮</sup> 马俊驹:《对我国民法典制定中的几个焦点问题的粗浅看法》, <http://www.Civillaw.com.cn>, 2003年3月27日。

<sup>⑯</sup> 前引⑮,马俊驹文。

盾与协调。解决问题的首要前提是立法机关要重视国际私法的作用,把国际私法典的制定提上议事日程。如果我们能够将《民法典》和《国际私法典》同时制定、颁布施行,所谓“空缺”状态将不存在。德国最初就是采用国际私法单行法的形式,但该单行法却是与《德国民法典》同时颁布施行的。这是一种最好的立法选择。

我国“国际私法的立法严重滞后于理论研究。”<sup>①</sup>由中国国际法私法学会起草的《中华人民共和国国际私法(示范法)》是一个很好的国际私法立法样板,为单独制订国际私法法典创造了条件。如前所述,“涉外民事关系的法律适用法”的很多条文就是以示范法为蓝本的,但是,受民法典的整体约束,示范法的许多优点却未能在第九编中反映出来。

### 三、国际私法的立法技术

立法技术也是衡量一部法律制定得完善与否的标志之一。对于立法技术,可以从完整性与科学性两方面来考察。

#### (一)完整性

作为民法典的一编,“涉外民事关系的法律适用法”总体看来具有完整性,这是本次国际私法立法的明显特点。本编包括的总则和分则两部分,填补了我国过去在冲突法领域很多方面的法律空白,已初具一部国际私法典的雏形。现行立法关于总则部分,只有空间适用范围、适用原则、公共秩序保留的规定。本编“一般规定”共16条,涉及涉外民事关系的界定、反致、国际条约优先及国际惯例补缺、识别、准据法的解释、先决问题、区际冲突、时际冲突、公共秩序保留、外国法查明、外国法的适用、外国人的民商事法律地位等内容。《民法通则》规定分则的只有定居国外的中国公民的民事行为能力、不动产的所有权、合同争议、侵权行为的损害赔偿、涉外结婚与离婚、扶养以及遗产的法定继承等7种法律关系,而本编分则各章共78条,规定较为全面。如物权章中,对各种特殊的物权均规定相应的冲突规范,共21条;婚姻家庭章及继承章不仅采用了很多流行的立法思想,而且对可能出现的

<sup>①</sup> 丁伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,《政法论坛》2001年第3期。

法律适用问题均有具体规范调整;侵权一章对各种特殊的侵权关系也作出了较为详细的规定。

## (二) 科学性

完善中国国际私法应把立法的科学性放在首位。<sup>⑬</sup>与现行国际私法立法相比,“涉外民事关系的法律适用法”的科学性有了很大的提高。它是在认真总结国内外国际私法立法和司法经验,分析比较许多国家的立法条款、研究有关的国际条约并结合我国实际情况的基础上制定的。对现行法律的缺陷和空白,本次立法加以修改和补充,本编规定范围广泛,内容详明,体系完整。然而,立法的科学性应贯穿于中国国际私法立法的各个环节,在某些问题的规定上怎样体现科学合理还有待于进一步探讨。

### 1. 措词的专业性与通俗性的困境选择

从某种程度说,法学其实不过是一门法律语言学。法律规范规定在法律条文中,而法律条文最终是通过语言文字的形式表述出来的,从中不难看出语言文字在立法中的重要性。一方面,法律必须公之与众,让一般公众知道具体行为的适法性与违法性,从而达到立法的目的,这就要求立法语言的通俗性;另一方面,法律必须要展现法律思维的过程,语言是逻辑的外壳,法官立法语言要符合法律思维和操作的严谨性和准确性,即立法语言的专业性要求。通常这两种技术要求在立法中尚可融洽,因为法律规定一般总是公众日常生活的内容,法律语言最终来源于社会生活。民法典草案前八编很好地协调了二者之间的矛盾,或者说在前八编中两者只是一个隐含的矛盾,但到了第九编,立法者在此面临着立法措词专业性与通俗性的困境选择。究其原因,一是由于冲突法本身不同于直接规定权利义务的一般实体法,是一种法律适用法,对其理解与适用具有明显的技艺特征;同时国际私法的涉外性使它往往与社会公众的日常生活相距较远,人们对它不免感到陌生。本编条文的大部分法律术语,由于难以用其他更为直白的词句准确替代,立法者使用国际私法中具有明确意义的专业术语。但另一方面,也许为了达到通俗易懂的效果,例如第5条、第6条中的“识别”问题,分别使用

<sup>⑬</sup> 前引⑪,丁伟文。

了“涉外民事关系的分类和定性”与“连结点的认定”，第7条“准据法的解释”使用了“适用法律的解释”这样相对平易的措词。由此可见，本编在语言运用上颇费周折，如何科学运用法律术语尚需统一，“专业”与“通俗”之间如何平衡尚需进一步明确。

## 2. 体例上的安排及瑕疵

本编体例为总分结构。第一章为总则性规定，分则以民事主体、物权、债权、知识产权、婚姻家庭、继承、侵权为序规定具体冲突规范。总则内容较为科学与详细，保证了整编冲突法的质量和可操作性。但分则的体例似可商榷。首先，成文法系现代民法根据债的发生原因，将债权分为：合同之债、侵权之债、不当得利与无因管理之债。本编似为和前八编的安排协调，将侵权之债剥离出债权一章而独立成章（第八章），并将之放于全编之末，前后两章不相衔接，这不符合作为部门法的国际私法的内在逻辑要求。第四章（债权）与第八章（侵权）在概念位阶上是包含关系，而非并列关系，不应平行列章，且债之分类是相对的，它们之间的内在联系决定了合在一章的必要性与方便性，强行分割有违人们对法律的认知习惯。略观各国国际私法立法，少见类似我国侵权之债的法律适用与债权的法律适用并列的立法先例。<sup>①</sup>且不论民法典草案将侵权责任法分离为一编的立法用意如何，国际私法自有其本身特殊性。另外，本编将知识产权独立成章并置于第四章债权之后，也有不妥。按一般理解，知识产权是一种特殊的无形财产权，与（第三章）物权同属财产权范畴，如将第五章与第四章顺序对调，使第三章规定物权（有形财产权），第四章规定知识产权（无形财产权），第五章规定债权，更合乎立法体例要求，也更具形式美感。

## 3. 内容上的问题与不足

我国现行的冲突法规范除《民法通则》第八章外，还分散规定在各个单

---

<sup>①</sup> 1978年《奥地利国际私法》第七章（债权）第35条为合同法律适用的“一般规定”，第46条为“不当得利”、第47条为“无因管理”、第48条为“非契约损害求偿权”。1987年《瑞士联邦国际私法》第九编（债权）下为：第一节合同、第二节不当得利、第三节侵权行为等。

行法律中,本编对此基本兼收并蓄,保证了法律适用的延续性,如《民法通则》第八章的9条内容在本编中均予以保留或体现,本编第50条、第51条的规定与《合同法》第126条一致,有关票据的法律适用保留了《票据法》第五章的有关规定,《海商法》第十四章、《民用航空法》第十四章有关涉外关系的法律适用在本编中也得以反映。但应认识到,这里有一个鉴别与取舍的过程,现行法律较之社会生活总是不完备与滞后的,必然存在应当修改与增减的地方,我国现行冲突法规范尤其是如此。法典编撰是一次发展法律的契机,应避免使之成为相对机械的法律汇编活动。对现行法律简单照搬造成的问题:其一,规范之间的重复与矛盾。例如,第九编第四章(债权)第50条规定合同法律适用的意思自治原则与最密切联系原则,第51条规定几类特殊合同必须适用中国法。但令人费解的是,属于本法实体法部分的第三编(合同法)第126条却原封不动地把《合同法》第126条——涉外合同的法律适用也纳入其中;同样,第九编第四章第54条规定:“共同海损的理算,适用当事人约定的理算规则;当事人没有约定的,适用理算地法律。”但该编第八章(侵权)第84条却照搬《海商法》第274条,规定:“共同海损理算,适用理算地法律。”从而造成法律规定的重复与不一致。其二,法律规范本身的缺陷。如前所述,我们需要利用我国国际私法现有的资源,但是,如何科学合理的利用值得进一步探讨。《民法通则》第150条对公共秩序保留制度的规定本身存在疑问。此外,《海商法》第273条只规定船舶碰撞的损害赔偿,其实,“作为一国的法律适用规则,不仅要解决船舶碰撞的损害赔偿,还要解决水上(包括海上)其他侵权行为的损害赔偿”<sup>②</sup>。《民用航空法》第189条只规定民用航空器对地面第三人及其在公海上对水面第三人的损害赔偿的法律适用,而没有规定空中侵权法律适用的全部。既然这些条款存在这样那样的不足,再把它们直接移入本编是不严谨、不科学的。其三,有关原则性规定适用的困难。本编第50条原则性规定涉外合同的法律适用以意思自治原则为主,以最密切联系原则为补充。我们知道,作为原则,意思自治与最密切联系有深刻的内涵,不把它们具体化法院将难以适用。对此,最高人

② 前引⑬书,第157页。

民法院曾作过较好的司法解释,司法实践也积累了丰富的经验,本次立法完全可以把已往的实践上升为法律,使原则性的规定有所发展,示范法就做了较科学的尝试,遗憾的是立法却没这样做。

诚然,民法典的制定是一浩大的系统工程,在民法中规定国际私法规范为立法增加了难度。虽然国际私法未能从民法中独立出来,但能系统地成为一编也是一了不起的进步。本文仅从宏观角度对“涉外民事关系的法律适用法”加以探讨,可以看出,虽然有种种不足,但整体上瑕不掩瑜。