

# 论我国法律适用法体系及其协调和冲突

刘宁元\*

---

**内容摘要:**《法律适用法》的颁布标志着我国法律适用法体系的确立。考虑到我国法律体系整体的合理性、完整性、立法习惯和简化法律修改的难度,我国选择了一个较为狭窄的法律适用法体系框架,即法律适用法体系中只包含冲突规范。在这个体系中,因其民事法律适用规范和商事法律适用规范分立,“新规则系统”和“旧规则系统”同时发生效力,形成十分复杂的内部结构,不可避免地产生协调和冲突问题。如何协调法律适用法体系的内部结构,化解冲突,是摆在我国司法部门面前的一个严峻课题。

**关键词:**法律适用法 体系 协调 冲突

---

## 一、我国的法律适用法体系的外部框架

自新中国建立以来,围绕涉外民事关系的法律适用,我国一直缺乏一个正式的法律名称来表达这方面的众多法律规则。长期以来,学界习惯于用“国际私法”或者“冲突法”来表达这方面的法律规则;这种表达,虽然在少数场合也被我国司法系统采纳,<sup>[1]</sup>但从未在我国全国人大正式颁布的法律中出现过。由此形成,虽然我国一直(特别是上世纪80年代中期以后)不缺乏这方面的法律规则,却没有表达这方面法律规则的正式法律名称;这方面的法律规则究竟有哪些?这方面的法律体系究竟由哪些规范构成?也一直是一个悬而未决的问题。<sup>[2]</sup>直到2010年10月28日《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下称《法律适用法》)颁布,这些问题似乎应该有个答案了。

从结果来看,《法律适用法》既没有接受“国际私法”这一名称,也没有接受“冲突法”这一名称,而是采用了与其主旨更为贴切的名称——“法律适用法”来为这个体系命名。与该正式法律名称相适

---

\*华东政法大学国际法学院教授。

[1]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》第1条规定:“涉外民事或商事合同应适用的法律,是指有关国家或地区的实体法,不包括冲突法和程序法”。其中的“冲突法”,显然是在总体上指称解决涉外民事关系法律适用的法律。

[2]因为这方面的法律规则长期以来用“国际私法”或者“冲突法”表达,这两个名称所代表内涵的差异性也直接表现在其规则体系上,因而有关于国际私法(冲突法)范围的不同主张。参见黄进主编:《国际私法(第二版)》,法律出版社2005年版,第18—23页。

应,《法律适用法》将这个体系中的法律规则压缩到最小的范围,仅包括涉外民事关系的法律适用规范——冲突规范。

《法律适用法》分为八章,<sup>[3]</sup>共有52个条文。其中第三章至第七章的内容属于典型的冲突规范,当无异议。第一章和第八章的内容虽不属于典型的冲突规范,但均直接围绕着冲突规范的确立和运用,它们或者明确了冲突规范体系的确立目标和原则,或者旨在确立影响冲突规范运用的制度,或者用以解决新旧冲突规范之间的协调等。值得稍加分析的是第二章;该章虽冠以“民事主体”,但其内容却与名称有着很大的差别。首先,该章的多数内容并非一般地规范民事主体问题,<sup>[4]</sup>而是专注于民事主体身份和能力的法律适用规范,即冲突规范,如第二章的第11条、第12条、第13条、第14条、第19条和第20条都属于此类规范;该章的其他内容,不仅不属于一般地规范民事主体问题,且与民事主体问题基本无关,如第二章的第16条规范代理关系的法律适用,第17条规范信托关系的法律适用,第18条规范仲裁协议的法律适用,均属民事关系的法律适用规范,即冲突规范。<sup>[5]</sup>由上述分析可见,按照《法律适用法》的观念,我国的法律适用法体系,实则就是冲突规范体系,法律适用法体系中的规范类型只冲突规范一种。

颁布《法律适用法》是我国第一次有意识地通过立法构建法律适用法的体系框架,<sup>[6]</sup>而这个体系框架是相对狭窄的。长期以来,由于我国一直没有制定专门立法,故法律适用法(或者称国际私法、冲突法,下同)体系框架是由学者们从理论研究角度为其构建的;又正是因为属于理论构建,所以可以称为法律适用法的体系框架五花八门,既有认为其包含冲突规范、外国人民事法律地位规范、国际民事争议解决规范的“中国国际私法体系”,也有认为其包含冲突规范、外国人民事法律地位规范、国际统一实体私法规范、国际民事争议解决规范的“大国际私法体系”,还有主张采用英美国家的体系,将管辖权、法律适用和外国判决的承认与执行规则包含在其中的,等等。最接近统一的理论构建发生于2000年,该年出版发行了《中华人民共和国国际私法示范法》(以下称《示范法》),《示范法》从管辖权、法律适用和司法协助三个方面构建理论体系框架,<sup>[7]</sup>主张将冲突规范和国际民事争议解决规范纳入其中。上述构建的理论体系框架,无论其本身如何不同,都比《法律适用法》构建的体系框架要大,这是毋庸置疑的。

那么,《法律适用法》构建如此狭窄的体系框架其合理性究竟如何呢?回答这个问题需要进行一些理论和实践分析。围绕法律适用法所构建的理论体系框架虽然众多,但其基础规范都是冲突规范;在此基础上,还有哪些规范类型可以纳入该体系框架,完全取决于这些规范类型与冲突规范的逻辑联系,以及这些逻辑联系是否能够在理论上或者实践上得到合理的评价。以前述“中国国际私法体系”为例,其构建体系框架的逻辑联系是以“解决法律冲突”为核心,即冲突规范是用于解决法律冲突的,国际统一实体私法规范虽然采用了不同的方法,但从本质上来讲也是用于解决法律冲突的,而外国人民事法律地位规范和国际民事争议解决规范均围绕着法律冲突的解决。所以,“中国国际私法体系”在理论上是可以成立的。再以前述《示范法》构建的体系框架为例,其构建体系框架的逻辑联系是以

[3]《法律适用法》的八章依次分别是:第一章“一般规定”、第二章“民事主体”、第三章“婚姻家庭”、第四章“继承”、第五章“物权”、第六章“债权”、第七章“知识产权”和第八章“附则”。

[4]笔者以为,一般地规范民事主体问题应涉及民事主体国籍、住所、经常居所地等的确定,涉及外国人的民事法律地位等。故而一般地规范民事主体的规则应属实体规则。

[5]笔者猜测,全国人大在立法时,之所以将第16条、第17条和第18条放入第二章,可能是考虑到将这三条放在其后的任何一章中都不甚贴切,而单独作为一章也不甚妥当,故不得以为之。

[6]在此之前,我国虽然有较多部立法具有规范民事法律关系法律适用的意义,如《民法通则》、《合同法》、《继承法》、《海商法》、《民用航空法》、《票据法》等,但这些立法充其量也就是丰富了我国的法律适用规则,其每部立法本身均不具有构建我国法律适用法体系框架的意识,当然也就不具备构建我国法律适用法体系框架的功能。

[7]参见《中华人民共和国国际私法示范法》,中国国际私法学会编,法律出版社2000年版。《示范法》共分五章,即第一章“总则”,第二章“管辖权”,第三章“法律适用”,第四章“司法协助”,第五章“附则”,共有166条。

“解决涉外民事纠纷”为核心,实践中,一国司法机构解决涉外民事纠纷不仅需要选择法律,还需要确立涉外民事纠纷的管辖权以及在确定管辖后展开司法协助。所以,《示范法》在理论上和实践上也是可以成立的。

虽然“中国国际私法体系”和《示范法》构建的体系框架都具有合理性,但稍加分析不难发现,前者虽有理论上的合理性,但在立法实践上很难行得通。截止今日,没有任何一个国家的法律适用法立法体系框架是按照“中国国际私法体系”的架构建立的,即“中国国际私法体系”不过是个理论体系框架而已,最起码到当今为止,不具有任何实践性。反观《示范法》构建的体系框架就有所不同,该体系框架以“解决涉外民事纠纷”为主旨,考虑争议解决机关在此过程中可能遇到的法律问题;管辖权问题、法律适用问题、司法协助问题,这些法律问题的出现不仅是在“解决涉外民事纠纷”过程中不可避免,其本身也体现了实践上的逻辑进路,管辖权→法律适用→司法协助。因此,围绕这些法律问题建立规范并构成体系框架,不仅在理论上能够成立,实践性也极强,这也是国际上大多数国家的国际私法典以此建立体系框架的根本原因。

然而,依《示范法》的模式建立体系框架也不是没有难点,其最大的难点就是不同性质类型规范的融合。《示范法》中的规范包含管辖权规范、法律适用规范和司法协助规范。从性质上可分为两种类型,即法律适用规范和程序规范。按理,这样两种类型的规范并非不能融合在一个法规中,但这涉及到国家的立法传统和习惯。即如在英美国家,不同性质类型的规范融合在一个法规中是习以为常的,而在大陆法系国家这种融合就较为少见。我国的立法传统和习惯通常不允许出现不同性质类型规范的融合,即我国的所谓法律部门不仅按所涉事项区分,也按规范类型区分。<sup>[8]</sup>因此,考虑到我国的立法传统和习惯就有必要重新审视《示范法》所构建的体系框架,理论上和实践上是否可行是一个审视角度,其他国家的做法是否可以借鉴也是一个审视角度。然而,一个更加重要的审视角度是我国的国情,即在我国现行法律框架体系中,《示范法》所构建的体系框架是否是最好的、最合理的、最有效率的。

经过长达近10年的体系争论,<sup>[9]</sup>《法律适用法》终于给出了一个结论:《示范法》所构建的体系框架并不适合我国的国情。我国长期秉承大陆法国家的立法传统和习惯,坚持不同性质类型的法律规范分别建立体系,既然管辖权规范和司法协助规范已经被安排在程序法体系中,再在法律适用法体系中作出规定就有一些问题。第一个问题是浮在表面上的,即法律规范的简单重复问题。所谓法律规范的简单重复,即同一条法律规范在不同的立法中毫无变化地重复出现。法律规范的简单重复在立法学上是忌讳的,这被认为缺乏体系上的合理性,同时也是不经济的。为避免法律规范的简单重复,有学者提议将规定在程序法体系中的涉外民事争议解决规范移至法律适用法体系中。这样一来,简单重复问题虽然解决了,却引致如下其他问题。第二个问题是与我国的立法传统和习惯不符,这在前文已有论述。值得一提的是,考虑到国际私法规范的特殊性,不少大陆法国家选择了多少有些颠覆传统的做法,使法律适用规范和程序规范融为一体,但我国的立法者似乎丝毫不为所动。第三个问题是破坏程序法体系的完整性。将规定在程序法体系中的涉外民事争议解决规范移至法律适用法体系中后,法律适用法体系是充实了、丰满了,但却被认为是以牺牲程序法体系的完整性实现的。这里又产生一个需要进一步思考的问题,即涉外民事争议解决规范是放在法律适用法体系中来体现完整性,还是放在程序法体系中来体现完整性,更加合理。第四个问题是陡增大量法律修改工作。如果要将规定在程序法体系中的涉外民事争议解决规范移至法律适用法体系中,立法者所面对的就不仅仅是一个新法的制订,最起码还涉及《民事诉讼法》的修改;牵一发而动全身,陡增大量法律修改的繁重。

[8]在我国,程序法部门不仅具有法学理论的意义,也具有立法实践的意义。

[9]虽然《示范法》自1993年开始起草,至2000年出版;但我国理论和实践部门专注于我国国情重新审视《示范法》是起自2002年全国人大首次提请审议民法草案之后。按照当次审议的文本,“涉外民事关系的法律适用法”是作为民法草案第九编列入审议的,该文本并未接受《示范法》所构建的体系。

由此看来,我国《法律适用法》确立一个相对狭窄的体系框架不无道理。它虽然不是多数国家的立法选择,<sup>[10]</sup>却较为充分地体现了对中国国情的考虑;从理论构建角度评价,它可能不是最好的,却也有着十分突出的优点,诸如体系边界清晰、法理基础扎实、规范功能鲜明等。至于这个相对狭窄的体系是否能在解决涉外民事纠纷的过程中与其他体系有机衔接,达到有效率的实践效果,还是一个有待证明的课题。

## 二、我国法律适用法体系的内部结构及其协调

在《法律适用法》颁布之前,我国法律适用法体系的内部结构是分散型的。除《民法通则》第八章的9条规定可视为我国法律适用法体系的主干外,包括《合同法》、《继承法》、《票据法》、《海商法》、《民用航空法》等一些法律中的相关章节和条文,特别是最高人民法院围绕上述章节、条文和相关问题所作的大量司法解释,也构成我国法律适用法体系的重要组成部分。《法律适用法》颁布之后,我国法律适用法体系的内部结构依然是分散型的。上述法律中的所有条文,连带最高人民法院所作的相关司法解释,被完整地包容进我国法律适用法的体系之中;又因为《法律适用法》在原有体系基础上所作的增补、修订,由此形成较为复杂的内部结构。

首先,伴随着《法律适用法》的颁布,在我国确立了民事法律适用规则和商事法律适用规则分别立法的做法。在制订《法律适用法》时,立法者全面考虑了《民法通则》、《合同法》、《继承法》等民事立法中的相关内容,并将其尽数纳入《法律适用法》的规范之中;而置《票据法》、《海商法》、《民用航空法》等商事立法中的相关内容于体外,依然依赖各商事单行法规分别规范。从全国人大法工委的说明来看,立法者本无意将商事法律适用规则排除出我国法律适用法体系,此举旨在表明我国法律适用法体系的内部结构,即我国法律适用法体系内存在民事法律适用规则和商事法律适用规则这两个不同的规则系统。<sup>[11]</sup>其次,就民事法律适用规则系统而言,《法律适用法》是一个集中型立法,它覆盖了《民法通则》、《合同法》、《继承法》等民事立法和最高人民法院所作相关司法解释中所涉及的所有方面,并在此基础上进行了增补、修订;然而,除个别条款受到影响外,立法者同时又保留了原有立法和司法解释中相关条款的效力,使之与《法律适用法》中的规则一道规范涉外民事法律适用问题。由此形成我国法律适用法体系中民事法律适用规则系统的独特结构,即“新规则系统”和“旧规则系统”并存。

当然,我国法律适用法体系的内部结构还可以从其他不同角度评述。如从法律关系角度考量,其内部结构有:身份与能力规则系统、婚姻家庭规则系统、继承规则系统、物权规则系统、债权规则系统、知识产权规则系统等;从立法形式角度考量,其内部结构有:法律规则系统、司法解释规则系统;等等。<sup>[12]</sup>但笔者更加关注“民事法律适用规则和商事法律适用规则分别立法”和“新规则系统和旧规则系统并存”这样两个内部结构问题,因为这其中有太多需要协调的地方。

内部结构协调的需要首先产生在“民事法律适用规则系统”和“商事法律适用规则系统”之间,这两个规则系统虽然分立,却统一于我国法律适用法体系。根据前述全国人大法工委的说明,《法律适用法》第2条具有衔接这两个规则系统的意义。<sup>[13]</sup>意义还不仅仅在于衔接,就解决法律适用问题而言,

[10]在国际上,也有一些国家其国际私法只规定法律适用问题,而未将与法律适用相关的程序规定纳入其中。如日本、波兰、泰国、奥地利等。

[11]参见《全国人大法工委关于草案主要问题的汇报》第六部分“关于本法与其他法律的关系”。

[12]从这些方面考虑我国法律适用法体系的内部结构,也会有一些理论和实践问题需要探析。但限于篇幅,不作论述。

[13]《法律适用法》第2条规定: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。

我国目前的“民事法律适用规则系统”的完整性要优于“商事法律适用规则系统”的完整性。考查《票据法》、《海商法》、《民用航空法》等商事立法中的法律适用规则,或者完全缺失“一般规定”,或者只保留“一般规定”中的零星条文。<sup>[14]</sup>这种不完整性不仅使商事法律适用规则可能缺失正确的解释根据,更重要的是它直接影响了这些法律适用规则的运用。有鉴于此,《法律适用法》第2条确认“民事法律适用规则系统”和“商事法律适用规则系统”同属一个体系意义重大,因为该两个规则系统同属于一个体系,因此可以共用“一般规定”,并使之有机协调。

其次,内部结构协调的需要产生于并存的“新规则系统”和“旧规则系统”之间。所谓“新规则系统”是指由新颁布的《法律适用法》的全部内容所构成的规则系统;而“旧规则系统”是指《法律适用法》颁布之前,我国通过《民法通则》、《合同法》、《继承法》等民事立法中的相关条款和最高人民法院所作相关司法解释所建立起来的规则系统。这里的一个前提是,该两个规则系统同时有效,而其内容存在差异性,有协调的必要。相比较“民事法律适用规则系统”和“商事法律适用规则系统”之间的协调而言,“新规则系统”和“旧规则系统”之间的协调要复杂得多。一般而言,应包括两个规则系统不重叠的情形和两个规则系统重叠的情形。

第一,关于两个规则系统不重叠的情形。相比较“旧规则系统”,“新规则系统”增补了许多方面的规定,从而丰富了我国法律适用法体系。“新规则系统”增补的方面包括:立法目的规定(第1条)、衔接其他法律和最密切联系补缺规定(第2条)、直接适用强制性法律规定(第4条)、识别规定(第8条)、自然人权利能力法律适用规定(第11条)、宣告失踪或者宣告死亡法律适用规定(第13条)、人格权内容法律适用规定(第15条)、代理法律适用规定(第16条)、信托法律适用规定(第17条)、仲裁协议法律适用规定(第18条)、协议离婚法律适用规定(第26条)、遗嘱方式法律适用规定(第32条)、遗嘱效力法律适用规定(第33条)、遗产管理等事项法律适用规定(第34条)、动产物权法律适用规定(第37条)、运输中动产物权法律适用规定(第38条)、有价证券法律适用规定(第39条)、权利质权法律适用规定(第40条)、消费者合同法律适用规定(第42条)、劳动合同法律适用规定(第43条)、产品责任法律适用规定(第45条)、通过网络或者采用其他方式侵害人格权的法律适用规定(第46条)、不当得利和无因管理法律适用规定(第47条)、知识产权的归属和内容法律适用规定(第48条)、知识产权转让和许可使用法律适用规定(第49条)、知识产权的侵权责任法律适用规定(第50条)等。上述方面的规定均是在“旧规则系统”中不存在的,然而,正是因其不存在,故不会产生因两个规则系统重叠规定而可能引发的冲突问题;无须人为即可自然协调。

第二,关于两个规则系统重叠的情形。“新规则系统”和“旧规则系统”重叠规定的方面十分普遍,包括:公共秩序保留、准据法所属国不同区域实施不同法律时的法律选择、诉讼时效法律适用、反致、外国法查明、自然人民事行为能力法律适用、法人身份能力法律适用、国籍国法律确定、经常居所地法律确定、婚姻法律适用、夫妻关系法律适用、父母子女关系法律适用、诉讼离婚法律适用、收养法律适用、扶养法律适用、监护法律适用、法定继承法律适用、无人继承遗产归属法律适用、不动产物权法律适用、合同法律适用、侵权责任法律适用等。这些重叠规定的方面多有不同的表述。有些不同的表述并未改变规则的意境,即如关于“诉讼时效法律适用”,在“旧规则系统”中表述为:“涉外民事法律关系的诉讼时效,依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定”;<sup>[15]</sup>在“新规则系统”中表述为:“诉讼时效,适用相关涉外民事关系应当适用的法律”。<sup>[16]</sup>而另一些不同的表述已在不同程度上改变了规则的意境,即如关于“婚姻法律适用”,在“旧规则系统”中表述为:“中华人民共和国公民和外国人结

[14]“一般规定”通常指法律适用法体系中的基础规则,不仅包括法律的制订根据、目标、原则等,还包括识别、反致、法律规避、公共秩序保留、外国法查明等制度。目前,我国《票据法》完全缺失“一般规定”,《海商法》和《民用航空法》只规定有公共秩序保留制度。

[15]《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第195条。

[16]《法律适用法》第7条。

婚适用婚姻缔结地法律”;<sup>[17]</sup>在“新规则系统”中表述为:“结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍,在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的,适用婚姻缔结地法律”,“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”,<sup>[18]</sup>两者之间存在实质差异。

在一个法律体系中,有效的规则重叠本身就非正常现象,如果表述不同就需要人为协调,以解决实践中有可能发生的冲突问题。人为协调时,表述不同的规则其意境是否相同有很大差异。遇有表述不同但意境相同的规则,只要立法者表示两者并无差异的“意思”,实践中就应体现这一“意思”,并对表述不同的规则作出统一的解释和适用,即通过“意思”进行协调;但前提是两者确实意境相同。遇有表述不同且意境也有实质差异的规则,模糊的“意思”就不足以解决实践中可能发生的冲突,而需要立法者给出明确的指引,即当两者出现不一致时,“优先适用”哪一个规则。

《法律适用法》颁布时,针对两个规则系统重叠的情形,立法者似乎给出了如何协调的答案。其一,立法者认定,围绕侵权责任、婚姻和继承的法律适用,两个规则系统重叠且规定的内容存在实质差异。为此,《法律适用法》第51条通过“优先适用”的规定进行协调,指引适用“新规则系统”。<sup>[19]</sup>其二,也正是因为《法律适用法》第51条的规定,立法者暗示,除该条界定的范围外,“新规则系统”和“旧规则系统”就有关方面虽有不同表述,但其内容或意境并无实质差异,实践中应作统一的解释和适用。

应当肯定,《法律适用法》第51条界定的内容是正确的,围绕侵权责任、婚姻和继承的法律适用,两个规则系统中确实存在重叠、表述不同且规定的内容有实质差异,指引适用“新规则系统”很好地协调了两者之间的差异。问题在于该条界定的范围是否充分,即表述不同且意境也有实质差异的规则是否仅限于侵权责任、婚姻和继承的法律适用方面?

### 三、我国法律适用法体系中存在的冲突问题

笔者认为,《法律适用法》第51条界定的范围过于狭窄,两个规则系统中存在重叠、表述不同且规定的内容有实质差异的方面远不止侵权责任、婚姻和继承,有些方面其规定内容的实质差异程度甚至大于侵权责任、婚姻和继承。

当然,笔者并不否认两个规则系统在某些重叠规则的表述上虽有差异,但其意境是相同的,即如前述的“诉讼时效法律适用”。类似的情形还出现于:反致、法人身份能力法律适用、国籍国法律确定、诉讼离婚法律适用、不动产权法律适用等。围绕这些方面的重叠规则,由于其意境相同,实践中作出统一的解释和适用应该不会出现什么问题。

然而,在这两个规则系统中,还存在着不少重叠规则,它们不仅表述上有差异,其意境也是不相同的。如关于“合同法律适用”,在“旧规则系统”中表述为:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律”,<sup>[20]</sup>连同最高人民法院的相关司法解释,<sup>[21]</sup>构成了一种意境——意思自治为主、最密切联系补充;在“新规则系统”中表述为:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适

[17]《民法通则》第147条。

[18]《法律适用法》第21条、第22条。

[19]《法律适用法》第51条规定:《中华人民共和国民法通则》第146条、第147条,《中华人民共和国继承法》第36条,与本法的规定不一致的,适用本法。

[20]《民法通则》第145条。

[21]参见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》。

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”,<sup>[22]</sup>构成另一种意境——意思自治为主、特征履行补充。笔者有必要在此说明,“最密切联系”和“特征履行”,其无论作为一种理论还是作为一个规则,均是不相同的。前者是冲突法理论而后者是合同法理论,前者以平衡法律关系各要素作为理论基点,而后者以某一孤立的要素(可能是最重要的)作为理论基点,前者体现灵活性而后者体现确定性等,故两者不可同日而语。当然,笔者不否认两者之间可以人为建立某种关联,就如同瑞士学者施尼策尔(Schnitzer)在创立“特征履行说”时所认为的那样,“特征履行”在许多情形下可以用来评价“最密切联系”;事实上,在许多情形下,两者得出的结论的确是可以契合的。正是因为如此,所以笔者虽然认为“新规则系统”和“旧规则系统”各自表述的规则其意境是不同的,但并不认为这种不同具有实质性。质言之,如果以“推定不冲突”的原则进行协调,<sup>[23]</sup>虽然有些牵强,但可能不至于在实践中发生重大冲突问题。“新规则系统”与“旧规则系统”之间与此有类似重叠性质的方面还有:公共秩序保留、准据法所属国不同区域实施不同法律时的法律选择、外国法查明、经常居所地法律确定、无人继承遗产归属法律适用等。

虽经上述已竭尽宽容地协调,笔者在“新规则系统”与“旧规则系统”之间依然发现有可能发生实质冲突的方面。可能发生实质冲突的方面如下:

其一,自然人民事行为能力法律适用。在“旧规则系统”中,体现自然人民事行为能力法律适用的规定包括:《民法通则》第143条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第179条至第181条、《票据法》第97条;这些条文体现的主旨是:自然人民事行为能力适用其国籍国法律,中国公民定居国外的也可以适用其定居国法律,依照国籍国法律或定居国法律为无民事行为能力而依行为地法律为有民事行为能力的,适用行为地法律。而在“新规则系统”中,体现自然人民事行为能力法律适用的规定是《法律适用法》第12条,该条体现的主旨是:自然人民事行为能力适用其经常居所地法律,依照经常居所地法律为无民事行为能力而依行为地法律为有民事行为能力的,适用行为地法律。两相比较,前者以国籍国法律为本,体现“本国法主义”;后者以经常居所地法律为本,体现“住所地法主义”。综观世界各国立法及其发展,此两者之间只能是替代关系,选择了经常居所地法律为本,必然放弃国籍国法律为本。反之亦然,无可协调。

其二,家庭关系法律适用。在“旧规则系统”中,体现家庭关系法律适用的规定包括:《民法通则》第148条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第189条;这些条文概括了夫妻之间的关系、父母子女之间的关系和其他有扶养关系的人之间(诸如养父母和养子女之间、继父母和继子女之间、兄弟姐妹之间、监护人和被监护人之间等)的关系,统一适用与被扶养人有最密切联系的法律。而在“新规则系统”中,体现家庭关系法律适用的规定有《法律适用法》的第23条、第24条、第25条、第28条、第29条和第30条;这些条文一改“旧规则系统”中统一适用与被扶养人有最密切联系的法律的做法,主张分类解决法律适用问题;所形成的系属包括:“共同经常居所地法律”、“共同国籍国法律”、“一方经常居所地法律”、“一方国籍国法律”、“协议选择的法律”、“有利于被扶养人的法律”等。两相比较,前者统一于最密切联系原则,后者以属人法为本;前者强调法律适用的灵活性,后者强调法律适用的确定性。其相互之间的差距何止千里,无可协调。

“新规则系统”与“旧规则系统”之间存在实质冲突的方面可能还不止这些。面对相同的法律关系,在同时发生效力的规则之间,其意境实质冲突,这是不正常的;这种不正常的结果不仅仅是在理论上说不通这么简单,更要紧的是它可能在实践中引起混乱,这是应当避免的。或许有人认为可以通过“后法优于先法”的原则加以协调,从而避免实质冲突,该原则甚至还可以协调前述存在意境不同但无实质冲突的情形。如果真能有如此效果,笔者也认同;但问题在于,这种效果可能与《法律适用法》第51条的立法意图相左。《法律适用法》第51条清晰地表明了这样的立法意图:《法律适用法》的所

[22]《法律适用法》第41条。

[23]所谓“不冲突原则”,指在法律系统中推定两个表述不同但意在规范相同事物的规则不相冲突。

有规定,除侵权责任、婚姻和继承的法律适用外,不存在与“旧规则系统”不一致的规定。因此,只要将“旧规则系统”中这三方面的规定排除,“新规则系统”和“旧规则系统”就是协调的。<sup>[24]</sup>然而,不幸的是,该立法意图的根据是不真实的。笔者进一步认为,在《法律适用法》的立法过程中,吸收了大量体现时代发展的先进的法律适用法理念,诸如“合理扩张意思自治领域”、“强调法律关系与适用法律的密切联系”、“灵活性与确定性的平衡”、“分割法律关系以体现法律适用的针对性”、“保护弱者”等,并在此基础上形成了与“旧规则系统”总体不同的“新规则系统”。也正是因为这个“总体不同”,如要将“旧规则系统”和“新规则系统”硬性捏合在一起,必然会出现顾此失彼、左右为难的情形,其结果,不仅导致《法律适用法》的价值难以真正体现,也为将来的司法实践留下了难以克服和障碍。如发生涉外家庭关系纠纷,法院是应当按照《民法通则》第148条的规定,还是应当按照《法律适用法》的相关规定确定应当适用的准据法?实践中发生的这类冲突问题,我国现行的法律适用法体系框架并不能给予一个明确的、合理的、让人信服的答案。

#### 四、结 语

笔者张开双臂欢迎《法律适用法》的颁布。笔者以为,单就《法律适用法》本身而言,虽然不无可商榷之处,但其所根据理念的先进性、系统内部规则的完整性、应用于实践的可操作性等,从我国法律适用法发展的历史来评价,堪称上乘。问题在于这样一个上乘的法律必然会受到其所在的复杂体系框架的拖累,从而抵消甚至损害它的可称道之处。即如“可操作性”,单就《法律适用法》而言,其可操作性堪称上乘,但在体系框架中,由于“旧规则系统”的影响,其可操作性就变得荡然无存。

因此,如何避免“旧规则系统”的不利影响,是在实践中解决实质冲突的关键。事实上,分析新旧规则系统的内容,笔者以为,“旧规则系统”所考虑的方面,“新规则系统”均作了考虑,而“新规则系统”考虑的方面,“旧规则系统”却多有缺漏。既然如此,为什么不干脆废止“旧规则系统”的效力,或者通过指引,完整地优先适用“新规则系统”?笔者以为,达此目标的方法有二:其一,修改立法的方法。即改变《法律适用法》第51条的表述。可以将《法律适用法》第51条修改为:“本法颁布前的规定与本法的规定不一致的,适用本法。”通过“后法优于先法”的原则,解决实质冲突问题。其二,司法解释的方法。即由最高人民法院发布司法解释,将《法律适用法》的规定宣布为解决涉外民事关系法律适用的特别法。通过“特别法优于普通法”的原则,解决实质冲突问题。当然,因为《法律适用法》刚刚生效,立即修订很不方便,故上述司法解释的方法可能是一个更加切实可行的方法。

[24]笔者以为,《法律适用法》第51条的安排,本意在于排除“后法优于先法”的考虑,从而使“新规则系统”和“旧规则系统”同时发生效力。因为立法者相信,只要有了《法律适用法》第51条的安排,这两个规则系统就是协调的。