

通过法律体系最终确定的实体法律规范 ——准据法内涵探析

董水清

(华东政法大学国际法学院, 上海, 200042)

摘要: 准据法是指“具体实体规范”还是仅仅指某国的“法律体系”? 对此, 理论界意见颇不统一。文章从准据法的特点和国际私法的相关制度入手来界定准据法的内涵, 指出准据法与冲突规范是互不隶属的两个独立概念。依据冲突规范指引找到的法律体系(系属)只是寻找准据法的第一步, 找到能够确定当事人权利义务关系的具体的法律才是寻法任务的最终结束。准据法是通过法律体系最终确定的具体的实体法律规范, 这样的界定才符合涉外民商事关系当事人对“准据法”的期待。

关键词: 准据法; 法律体系; 实体法律规范; 冲突规范; 系属

中图分类号: D997.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)06-0120-05

准据法是国际私法中的一个最基本的概念。大部分学者认为“准据法”是指“经冲突规范指引用来确定国际民商事关系的当事人的权利义务关系的具体实体法规范”。^{[1](113)}或是“经冲突规范指引用来解决国际民商事争议的具体实体法规则”。^{[2](67)}也有学者将“准据法”界定为“在国际私法(涉外民事关系法律适用法)中, 由冲突规则所指定的、最终适用于某一涉外民商事法律关系的、确定当事人权利义务的具体法规则所属国家的法律体系”。^{[3](156)}或“民商事法律部门之下的法律体系”。^{[4](118)}因此, 准据法是经过冲突规范指引的、最终任务是确定当事人的权利和义务, 在这两个方面, 大多数学者的意见都是一致的。具体到准据法的第三个特点, 它的内涵究竟是“具体的法律规范”还是“法律体系”, 这是争论的焦点。

国内学者肖永平认为: 准据法不是笼统的法律制度或法律体系, 而是一项项具体的“法”, 即具体的实体法规则或法律文件。^{[2](66)}陈卫佐教授则坚持: 准据法的“法”应理解成某一适当的法律体系(即一国的全部法律规范的总和), 而不是单部的、具体的法律或法律条文。^{[3](156)}德国学者沃尔夫认为“国际私法的职能就是: 在同时都是有效的几个法律体系中, 决定哪个法律体系应该适用于一些特定的事实。”^{[5](6-7)}英国学者莫里斯也认为(冲突)规则都是选定一个特定的国家(或法律管辖区域), 以指定该国法律适用于所指的问题, 而不考虑该法律的具体内容。^{[6](518)}而哈佛大学的

卡弗斯教授指出, 指定适用一个特定法律管辖区域的法律, 而不考虑该法律的具体内容, 这必然会在具体案件中导致不公正的结果, 也必然引起虚假的问题。“法院不是无所谓地选择法律, 它是在解决争议。不考虑选择结果会如何影响要解决的争议, 又怎么能做出明智的选择呢?”^{[6](518)}正确的提法究竟是法律还是法律体系? 总体而言, 国内学者偏重于“实体法规范”的提法, 而国际学者更倾向于“法律体系”的观点。笔者认为, 国内外学者看似截然不同的观点其实具有某种内在一致性, 这种一致性需要结合准据法的特点予以阐明。

一、准据法特点之一: 经过冲突规范的指引

准据法是经过冲突规则指引以后确定的, 这是它的本质特征。“所谓‘直接适用的法’和未经冲突规范‘指引’的各国国内民商法都不是准据法。”^{[2](65-66)}只有经过冲突规范的“媒妁之言”, “某种实体法”才能“转嫁”给相应的国际民商事事件和问题并对其加以调整和处理。^{[7](226)}

冲突规范是一种特殊类型的法律规范, 其根本目的和中心任务就是寻找合适的准据法, 确定国际民商事关系当事人的权利和义务, 从而妥善地解决国际民商事争议。^{[2](39)}不过, 它只是一种间接调整国际民商

事关系的法律规范，其自身的性质不具备直接确定国际民商事关系主体的权利、义务和责任的功能，其所指定的实体法都是各国根据国内的政治经济条件和法律文化传统制定的，并非专门针对国际民商事关系的法律体系。这样指定的法律往往缺乏针对性，它必须与准据法结合起来才能确定当事人的权利与义务。正是由于冲突规范和准据法有如此密切的联系，有的学者把准据法看做是冲突规范的一部分，认为冲突规范由“范围”“连接点”和“准据法”三个要素组成。^{[8](108)}李双元教授则认为冲突规范在结构上包括范围和准据法两个部分。^{[9](164-165)}无论对冲突规范的结构采取三分法还是两分法，上述观点有一个共同点就是认为准据法并非独立于冲突规范，而是冲突规范自身的一个组成部分。与此相反的观点认为，准据法与冲突规范是相互独立的两个概念，彼此并无隶属关系。同样持“二分说”观点的韩德培教授认为冲突规范是由范围和系属两部分组成的。^{[10](34)}“三分说”则认为，冲突规范由范围、系属和关联词三部分组成。^{[11](62-63)}笔者称这种观点为“准据法独立说”，即准据法是独立于冲突规范的一个概念，冲突规范不包含准据法。

以“不动产物权适用物之所在地法”这条冲突规范来比较上述观点的异同。认为准据法是冲突规范之一部分的观点主张，“物之所在地法”就是冲突规范所确定的准据法；“准据法独立说”则主张“物之所在地法”是冲突规范的“系属”而非准据法，准据法是独立于冲突规范的实体法。可见，上述两种观点的主要区别就是“物之所在地法”到底是系属还是准据法。对于系属和准据法的区别，学者吕岩峰给出了比较明确的答案：“系属是冲突规范包含的适用法律的部分，它是确定某种国际民商事关系的准据法的一般原则和标准，因而它具有概括性和抽象性。准据法则是被用来调整现实的国际民商事关系的那个实体法，它是有关冲突规范中的系属为依据，结合现实的国际民商事关系的具体情况来确定的，因而它具有特定性和具体形式。”^{[7](230)}也就是说，系属确定的是概括的和抽象的法律，是一种笼统的法律体系；而准据法确定的是特定的和具体的法律，是一种可以确定彼此权利义务的实体法律规范。这是两者的本质区别。系属是冲突规范结构中的一个组成部分，而准据法是独立于冲突规范之外的具体法律，两者是属于不同领域的两个独立的概念，不可等同视之。同样以“不动产物权适用物之所在地法”这条冲突规范为例，“物之所在地法”作为该冲突规范中一个抽象的立法概念，只构成该规范的系属关系，是确定“不动产物权”这种国际民商

事关系的准据法所归属的国家的法律体系。在遇到一个现实的涉及不动产物权的案件时，法院需要把“物之所在地法”这个系属具体化，即把其中的连结点“不动产所在地”与案件的事实情况对应联系起来，推导出一个具体的法律，而这个最终被决定适用的实体法才是“不动产物权”的“准据法”。

可见，准据法是最终适用于涉外民商事法律关系的法律，而不是冲突规则里的抽象的、待定的法律体系。如果把“准据法”看做是冲突规范的一部分，而冲突规范的任务是确定准据法，也就是说冲突规范本身就包含了准据法，那么根本不需要指引，冲突规范的任务就完成了。事实上，准据法必须结合具体的案情事实才能确定，任何一件国际民商事案件有其各自的准据法，甚至一个案件的不同争诉问题也有各自的准据法。因此，准据法只有结合每个案件的具体情况才能确定，它不可能在冲突规范中一般性地抽象存在。

确定准据法，是冲突规范的基本功能和根本目标。^{[12](57)}没有冲突规范，准据法就如无源之水；没有准据法，冲突规范就会无的放矢。通常情况下，准据法是依据冲突规范中的系属并结合有关涉外民商事案件的具体情况来确定的。但是，准据法不是冲突规范的组成部分，而是冲突规范指向的最终结果，它与冲突规范中的系属是既有联系又有区别的两个概念。

二、准据法的特点之二：能够确定当事人的权利义务的实体法

准据法的主要功能是确定当事人的权利义务，是可以作为确定国际民商事关系主体的具体权利、义务的“准则”和“依据”之法，是用于解决具体问题的实体法规范。实体法的渊源广泛，只要能够确定当事人的权利和义务的法律都有可能成为准据法，包括国际条约和国际惯例，甚至于一个国家的公法。关于实体法究竟是“具体法律条文”还是“法律体系”之争，笔者试通过国际私法中的相关法律适用制度来予以分析。

（一）外国法的查明制度对准据法的界定

所谓外国法的查明，是指一国法院根据本国冲突规范的指定，准据法为某一外国法时，应如何查明该外国法的存在与内容并确定适用的制度。^{[13](306)}不同的国家规定了多种不同的外国法的查明方法，即使如此，仍有外国法无法查明的情况。何谓外国法无法查明？从客观的角度来说，外国法无法查明是指当事人或法官在进行外国法的查明行为之后，仍无法得知外国法

的确切内容。从主观的角度来说,外国法无法查明是法官结合具体案件情况,在评价、比较外国法最终得到查明所要付出的时间和金钱成本与法院在外国法的适用上所具有的利益大小之后,所作出的主观判断。^{[14](126)}外国法无法查明通常包含两方面的情形:其一,在被冲突规范指向的国家中,根本没有相对应的法律或规定;其二,在被冲突规范指向的国家中,可能有相对应的法律或规定,但经过努力无法查明。^{[15](127)}第一种情况是指冲突规范最终指向的是某一国家的某一具体的实体规范,但是在这个国家中,没有这样一种具体的实体规范的情况。比如说,一项涉外合同纠纷的案件的当事人根据意思自治原则选择适用甲国的《涉外合同法》,但是该国没有制定《涉外合同法》,这样就导致法院地国的法官或当事人无法查明该法。此种情况下,无法查明的是一项具体的、特定的法律规范。第二种情况是指根据冲突规范的指引,准据法应是某国的法律或规定,但是因为主客观原因,最终的结果却是无法查明规范所涉案件的法律。初看此种情况需要查明的是外国的法律体系,但是进一步探讨就会发现无法查明的最终落脚点仍是具体的法律规范。比如说根据最密切联系原则,所涉案件应适用乙国的婚姻法,乙国的婚姻法可能有规范该案件的具体规定,也可能没有规范该案件的具体规定,法院通过各种方式都无法查明。在这里法院要查明的对象是规范案件的具体的法律规范,而不是指泛泛的婚姻法,因为法官需要的是能够确定当事人权利义务的具体法律规范。对法院来讲,是否能够找到这样的具体规范才是确认外国法能否查明的标准。可见,“无法查明的”只能是某一国的具体的法律规范,如果将“无法查明的法律”理解成“无法查明外国法律体系”,那又如何解释只查明某一法律体系中一部分外国法的情况?

外国法无法查明的情况下,如何适用法律?通常的做法是直接适用或类推适用内国法。^{[16](72)}此时,法官需要从内国法这个同样庞杂的法律体系中寻找能够确定当事人权利义务的具体法,即所有能够对案件裁判结果产生影响的本国的具体法律规范。也就是说,依据外国法的查明制度所要寻找的是能够指导法官办案的“具体实体规范”。虽然“法律体系”曾一度在该制度中出现,其作用只是从冲突规范到准据法的一个过渡阶段,外国法查明制度最终需要的是找到指导案件审判的“具体的法律”,无论该法律是外国的还是本国的。

(二) 公共秩序保留制度对准据法的界定

从司法管辖权来看,国际私法上的争议一般由一

国的法院处理,这便涉及到私权利与法院地国公共利益产生冲突时的选择问题。^{[17](195)}法律的核心机制是对公共利益及私主体权利进行协调,使之达到相对均衡的状态,法律的方向选择是以公共秩序政策为导向的。^{[18](75)}公共秩序保留制度便是一国法院在依自己的冲突规范本应适用某一外国法作为准据法时,因其适用的结果与法院国的重大利益、基本政策、基本道德观念或法律的基本原则相抵触,而拒绝或排除适用该外国法的一种保留制度。^{[19](172)}这是被国际社会认可并共同遵循的原则。

不同的国家因着不同的历史、文化、经济、政治差异,导致公共秩序是一个弹性十足的国际私法制度,不同国家只能在司法中就具体问题给出答案,即法官只有在法律适用到具体的案件时才能确认是否需要运用公共秩序保留制度。而这种法律的具体适用只能理解为具体法律条文的适用,由此公共秩序保留制度的指向也只能是一国实体法中的具体规定。因为只有当冲突规范指引的准据法是一项具体的实体法规范时,法院地国才能据此判断该项具体的法律规定是否与本国的公共秩序相悖。法律体系是一个宏观的概念,其包含的法律规范庞杂而抽象,一国的法律体系与另一国的法律体系必然存在着差异甚至相悖之处。如果将法律体系理解为“准据法”,那么几乎所有的涉外案件的准据法都会被法院以公共秩序保留制度予以限制甚至抛弃适用。这违背了公共秩序保留制度的初衷,不利于国际民商事经济关系的发展。只有把“准据法”界定为具体的法律规则或法律规范,才能做出圆满的解释。

公共秩序保留所针对的外国法是具体的外国法,而不是抽象的外国法。英国学者莫里斯指出,只有在极少的场合,外国法本身才会被认为是与英国公共政策相违反。经常出现问题的,不是抽象的外国法,而是在具体案件中,在英国对外国法的执行或承认所产生的结果。^{[6](45)}而承认和执行的前提是具体的法律条文已经得到了适用。

(三) 法律规避制度对准据法的界定

法律规避,又称法律欺诈,是指涉外民事关系的当事人故意制造某种连结点,以避开冲突规范援引的本应适用的对其不利的强制性法律,而使对其有利的法律得以适用的一种逃法行为。^{[20](101)}从其定义得出,法律规避的对象是通过冲突规范援引确定的准据法,其目的是通过改变连结点来改变案件应适用的准据法。

从法律规避的主观方面看,当事人必须具有逃避

适用某种法律的意图，这种法律是通过冲突规范的指引最终应该适用的准据法。当事人之所以要逃避这种法律的适用，是因为这种法律对其做出了不利的规定，而这只有具体的法律条款能够做到。同样，当事人意欲通过改变连结点而得到适用的法律也是明确的、具体的，因为当事人只有通过具体的法律规定才能对自己的权利义务进行预见和判断。由此，法律规避的对象是经冲突规范指引的应该在具体案件中得到适用的准据法，这种准据法已经具体到能够确定当事人的权利义务的地步，它不可能是一种法律体系，只能是具体的实体法律规范。从客观方面来讲，当事人所意欲规避的法律是强制性或禁止性的法律，而不是任意性的法律。法律是强制性的还是任意性的，只能落实到具体的法律条文上才能做出判断。因为一部法律中并非所有的法律条文都具有强制性，更不用说一个国家的法律体系了。这种禁止性或强制性法律是通过冲突规范的指引而得到的，是适用于争议案件的准据法。它之所以能成为当事人意欲规避的对象，是因为它能够确定当事人的权利义务，而这是法律体系无法做到的。从这个角度看，准据法同样只能是具体实体规范，同样不可能是法律体系。从法律规避的结果看，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）》^①规定：“当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法的效力。”该规定没有对规避外国法的效力做出规定，但是一般理解为当事人规避我国法律的行为一律无效。当事人规避外国法律的行为效力视情况而定，如果当事人规避的是外国法中正当的、合理的规定，应视为规避行为无效；如果规避的是外国法中非正当的规定，则应认定为有效。至于外国法中“正当”和“非正当”的规定的判断，同样要落实到具体的法律条文才可以实现。由此，我们进一步得出结论，法律规避所涉及到的准据法是能够查明的具体的实体法律规范。

三、准据法是冲突规范指向的最终而非阶段性的法律规范

在谈到国际私法^②的功能时，英国名著《切希尔和诺斯国际私法》指出：一旦国际私法选择了适当的国际法律体系，国际私法的任务即告完成。国际私法规则并不直接提供解决争议的方案，……就像火车站的问讯处不能代替站台一样，国际私法只是告诉法院应对含有涉外因素的民商事案件或民商事法律关系适用何国的法律体系，却不告诉法院应适用该国法律体系

中的哪一部具体实体法的哪一条具体规定。^{[3](157-158)}笔者认为此种观点有待商榷，一个明显的反例就是国际条约和国际惯例作为准据法的情形。从事国际商业的商人希望能像从事国内商业一样有一套统一的规则，摆脱不同国家的民商法所带来的困境，^{[21](128)}所以国际商事条约和惯例已经成为法律选择的重要对象。如果双方合意选择的法律是一项国际条约（如《联合国国际货物销售合同公约》）或是一项国际惯例（如《约克——安特卫普规则》），“选择了适当的国际法律体系任务即告完成”如何能够自圆其说？在合同领域，当事人通过协商选择法律已经司空见惯。^{[22](8)}作为一项冲突法规则，当事人意思自治原则的基本价值在于通过当事人对法律的选择，增强法律适用的确定性和可预见性，使当事人明确预知其行为的法律意义和一旦违法将要承担的法律后果。所以经由当事人选择确定的准据法，必然应该是能够解决相关问题的具体的法律规则，而不应该泛泛地理解为是指某种法律体系。况且法律体系涵盖范围广泛，不仅包括实体规范，还包含着冲突规范和程序规范，如果将准据法理解为“法律体系”将无法实现上述目的。国际私法的根本任务是指引法官找到准据法，而准据法的任务是确定当事人权利义务，所以国际私法的最终任务是要找到能够确定当事人权利义务的法律。或者说国际私法指引法官找到相应的法律体系只是完成了其任务的第一步，找到能够确定当事人权利义务的具体法律或法律条款才是完成了最终的任务。笔者想要说明的是，旅客通过“问讯处”只是知道了该往何处去找“站台”，找到“站台”才是真正的目的。

依据“不动产物权依物之所在地法”这条冲突规范确定不动产物权关系的准据法，假设“物之所在地”是英国，那么英国的法律就是“物之所在地法”，冲突规范中“系属”的内涵确定了，冲突规范第一步的任务已经完成。根据“系属”找到的法律体系是笼统、抽象、庞杂的，对于断案者并无实际意义，法院或其他法律适用者需要进一步根据英国有关不动产物权的法律规定，结合案件具体情况，找到规范所涉案件的具体法律条文才算是准据法的最终确定。“准据法”不应该笼统地被理解为英国的整个法律体系或法律制度，也不应该被理解为英国的全部实体法，它不是冲突规范里抽象的、特定的法律体系，^{[23](124)}而应该并仅仅是指英国法律中的与解决案件中的具体不动产物权问题有关的那些实体法规范。只有这样来理解“准据法”的范围，才符合准据法的“确定国际民商事关系主体的具体权利、义务和责任”的功能指向，否则，“准据法”作为“准据”的效力便会显得模糊、薄弱，

甚至子虚乌有。^{[7](229)}

注释:

- ① 1988年最高院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第194条。
② 此处的“国际私法”做狭义的理解,即指引法律适用是其主要功能。

参考文献:

- [1] 韩德培. 国际私法新论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
[2] 肖永平. 法理学视野下的冲突法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2008.
[3] 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[M]. 北京: 法律出版社, 2012.
[4] 朱义亭. 对准据法概念的反思与重新界定[J]. 前沿, 2010(20): 118.
[5] [德]马丁·沃尔夫. 国际私法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
[6] [英]莫里斯. 法律冲突法[M]. 北京: 中国对外翻译出版公司, 1990.
[7] 吕岩峰. 准据法及其理论与方法论纲[C]//中国国际私法学精萃. 北京: 高等教育出版社, 2005.
[8] 耿勇. 试论准据法确定过程中的法律冲突问题及立法对策[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2003(3): 108.
[9] 李双元. 国际私法(冲突法篇)[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2001.
[10] 徐东根. 国际私法趋势论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.
[11] 余先予. 国(区)际民商事法律适用法[M]. 北京: 人民日报出版社, 1995.
[12] 吕岩峰. 确定准据法的理论评析[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2004(5): 57.
[13] 李旺. 涉外案件所适用的外国法的查明方法初探[C]//中国国际私法学精萃. 北京: 高等教育出版社, 2004.
[14] 肖芳. 论外国法的查明——中国法视角下的比较法研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
[15] 丁伟. 国际私法学[M]. 上海: 上海人民出版社, 2004.
[16] 黄进, 杜焕芳. “外国法的查明和解释”的条文设计与论证[J]. 求是学刊, 2005(2): 72.
[17] 屈广清, 李冠群. 关键. 论多元法律体系之公共秩序政策对国际私法的规制[J]. 东南学术, 2011(4): 195.
[18] 李冠群. 私法和公法: 公共秩序政策的导向作用探微[J]. 社会科学辑刊, 2010(2): 75.
[19] 吕国民, 戴霞, 郑远民. 国际私法冲突法与实体法[M]. 北京: 中信出版社, 2002.
[20] 杜新丽. 国际私法实务中的法律问题[M]. 北京: 中信出版社, 2005.
[21] 左海聪. 国际商法[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
[22] Symeon C. Symeonides. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't [J]. Liber Amicorum Konstantinos D. Kerameus, 2006(19): 8.
[23] 陈卫佐. 论准据法与“适当准据法”[J]. 清华法学, 2009(4): 124.

Substantive rules determined through the legal system ——An analysis of the applicable law

DONG Shuiqing

(International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: There are different opinions on whether “applicable law” refers to “specific substantive rules” or “legal system of a country” in the theoretical circle. The author avoids concept of applicable law and defines contents of applicable law according to features of applicable law and relevant systems of international private law. This paper points out that the applicable law and conflict rules are two independent concepts and the legal system (subordination) found based on conflict rules is only the first step to find applicable law. Finding of specific laws to determine the rights and obligations relationship of the parties is the final end of finding laws. The applicable law is the specific laws and regulations that are finally determined through the legal system. This kind of demarcation conforms to anticipation of the parties involved in foreign-related civil and commercial matters to “applicable law”.

Key Words: applicable law; legal system; substantive legal rules; conflict rules; subordination

[编辑: 苏慧]