



法院地法的纵与限

——兼论中国国际私法的态度

沈 涓 *

目 次

- 一、 导言
- 二、 法院地强制性法律——法院地法的排他性
- 三、 内国法——法院地法的向内性
- 四、 法院地法——法院地法的假性双边性
- 五、 不动产所在地法——法院地法的隐存性
- 六、 结语

摘 要 法院地法在国际私法中呈现多种表述，每一种表述都有不同特性。表述为内国强制性规则的法院地法具有对外国法的排他性，需要克制对适用这类规则范围的不当宽纵。将法院地法表述为内国法的冲突规范通常是单边规范，限制这种单边规范的数量，可避免对法律适用属地主义的回归和法律选择普遍性的破坏。将法院地法直接表述为法院地法的冲突规范体现的是司法管辖权的优势，这时，选择法院地法仅为不当扩大内国法的适用范围时，当限；选择法院地法若为尽可能使法律适用结果有利于当事人时，可纵。不动产所在地法是法院地法的一种特殊表述，在此方面，对法院地法“限”的必要应该体现在继承领域。选择适用法院地法，实现立法管辖权和司法的便利不是理性的理由，法院地法和法律关系之间的密切联系和当事人利益的特殊需要才是考量法院地法是否应该被选择适用的标准。

关键词 法院地法 合理选择 限制适用 中国国际私法

* 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士。

一、导 言

法院地法是国际私法中古老的准据法，起源于诉讼领域，原指法院地诉讼法，后演变为法院地实体法。法院地法在演进中有着多种名称，也有多样的内容。但无论它有什么名称，也无无论它由哪些内容组成，其核心只有一个，即它是内国法。在法律适用的属地性被突破后，内国法和外国法你进我退的拉锯从未停止。内国法（法院地法）有时呈现扩张的势态，有时又不得不收敛手脚。可以说，国际私法的历史就是法院地法纵与限的历程。

自巴托路斯的“法则区别说”以后，各种主张都重在阐明适用外国法的理由，法院地法不再是主要甚至唯一的选择，这是对法院地法明确的“限”的开始，也是国际私法选择和适用法律的理性呈显。但是，在国际私法的立法和司法主要由各国自己实现的背景下，法院地法在选择和适用上却始终因属地的惯性而被“纵”得令人无法安心。对法院地法，如何“纵”得有利、“限”得有理，是本文试图认识和解释的。

在国际私法立法上，法院地法呈现多种表述，每一种表述都有着不同特性。本文选取其中四种表述为讨论对象。

法院地国家强制性规则具有对外国法的排他性，适用这类规则是一种最坚决选择内国法的态度，这种态度最需要克制的是对适用这类规则的范围的不当宽纵。

将法院地法表述为内国法的冲突规范通常是单边规范，体现的是法律选择的向内性，在立法中限制这种单边规范的数量，即是限制法院地法的适用，目的是避免对法律适用属地主义的回归和法律选择普遍性的破坏。

将法院地法直接表述为法院地法的冲突规范形为双边规范，实为单边规范，体现的是司法管辖权的优势，借助这种优势，法院地法显示当“限”和当“纵”两个方向，即：选择法院地法仅为不当扩大内国法的适用范围时，当限；选择法院地法若为尽可能使法律适用结果有利于当事人时，可纵。

不动产所在地法因各国均规定对不动产案件实行专属管辖而成为法院地法的一种特殊表述，在对位于境内的不动产案件实行专属管辖的情形下，适用法院地法即不动产所在地法的主张在各国间具有最高共识度。在此方面，如果要论对法院地法“限”的必要，应该是在继承领域采用“同一制”确定准据法的国家所提出的对不动产继承适用被继承人属人法的主张。

将法院地法分为上述四种不同表述形式，并讨论每一种表述形式的实质意义，是本文力图提出的一种新视角和新认识。

二、法院地强制性法律——法院地法的排他性

虽然，通过冲突规范和当事人意思表示任意选择准据法已是现代国际私法中确定国际民商关系准据法的常态，但强制性法律的适用却是这种任意性的例外。例外的理由是对特殊利益的重视，考虑的角度有当事人和法院地两种。

对特殊当事人利益的重视最多地体现在消费合同和劳务合同方面，为了充分保护消费者和劳动者的利益，消费者惯常居所地法和劳务提供地法被视为具有强制性适用效力的法律，当事人对其他法律的选择被排除，或者，即使可以考虑当事人选择的法律的适用，当事人对法律的选择也不



能剥夺消费者惯常居所所在国的强制性规定赋予消费者的保护和劳务提供地国强制性规定赋予劳动者的保护。这一情形下适用一法域强制性法律，立足点主要是特殊当事人的利益，不是法院地利益，甚至可能因为当事人利益的需要而适用外国的强制性法律。^{〔1〕}所以，对此本文不论。

在平等选择内外国法的观念已不再存疑以后，法律适用的属地性仍不可能完全淡化，对内国法的适用的固守就变得不容退让。而且，法律适用的属地性在晚近似乎又有了复兴的趋势。法院地强制性法律的适用越来越被重视，就是这种复兴的明显表现。

内国法中的一部分被赋予强制的特性，在调整国际性民商关系时显示了排他性的适用效力，即排除适用外国法的效力。因此，法院地的强制性法律是法院地法的组成部分，体现的是法院地法的排他性特性。这种排他性体现在两个方面。

第一个方面是排除指向外国法的冲突规范。在法律适用的属地性效力之下，一国某些民商关系只能适用内国法，没有适用外国法的可能。对于这些民商关系，不能设置指向外国法的单边性冲突规范，也不能设置既可能适用内国法、也可能适用外国法的双边性冲突规范。法院地强制性法律的适用是通过一种特殊的单边冲突规范所赋予的效力实现，这种单边性冲突规范旨在指明法院地某种特殊的法律规定必须适用于相关民商关系。

第二个方面是排除当事人对外国法的选择。在意思自治原则下，当事人对法律的选择是不应该受到限制的，但基于法院地利益的考虑，法院地强制性法律被赋予了限制当事人任意选择的效力，即使在某些优先遵行意思自治原则的领域，如合同领域，当事人对合同准据法的选择意志也无法超越法院地强制性法律的排他性适用效力。因此，法院地强制性法律的主要效力是排除当事人对法律的选择，只不过各国强制性法律的适用范围或者说排除当事人选择法律的范围不尽相同。

2010年《涉外民事关系法律适用法》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。”这是中国在30年的司法实践中运用强制性法律适用原则后，终于在立法中明确赋予中国国内强制性法律的排他性适用效力，此前的立法和司法解释多含糊地表述为“法律另有规定”，则可排除当事人选择的法律。

上述2010年《涉外民事关系法律适用法》在第4条之外，并没有进一步指明中国法律对哪些涉外民事关系有强制性规定，必须直接适用。根据这一条规定的方向，可以回溯以前的立法和司法解释，找到依据。

现已失效的1985年《涉外经济合同法》（第5条第二款）和1987年最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（以下简称《解答》）〔第2条第（三）项〕、1999年的《合同法》（第126条）都规定：在中国大陆境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同必须适用中国法律，当事人选择外国法的协议无效。现已失效的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适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）（第8条）更将这种必须适用中国法律的范围作了扩大，除了上述3种合同之外，还有下列合同也要适用中国法律：中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中国领域

〔1〕 参见1987年瑞士《关于国际私法的联邦法律》（2010年修改文本）第19条，《外国国际私法立法精选》，邹国勇译注，中国政法大学出版社2011年版，第146页。

内的非外商投资企业股东的股权的合同；外国自然人、法人或者其他组织认购中国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；外国自然人、法人或者其他组织购买中国领域内的非外商投资企业资产；中国法律、行政法规规定应适用中国法律的其他合同。

由此可见，中国国际私法在适用国内强制性法律方面有两个特点：第一，中国国际私法赋予国内强制性法律排他性适用的范围主要是涉外合同领域，也就是以当事人意思自治为法律适用的优先原则的领域；第二，中国国际私法要求排他性地适用中国强制性法律的范围十分广泛，在其他国家国际私法中找不到同例，以此充分显示了中国强制性法律在尽可能大的程度上对当事人意思自治的排除效力。

这两个特点表明，中国国际私法通过在合同领域广泛适用国内强制性法律，在最大范围上排除了当事人选择外国法的可能，给法院地法（中国法）留出了相当大的适用空间。

目前，其他一些国家的国内国际私法法规以及部分国际私法公约都有着与上述我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》第 4 条类似的关于强制性法律的适用的规定。国内法如加拿大（魁北克）、意大利、吉尔吉斯、委内瑞拉、突尼斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、格鲁吉亚、白俄罗斯、阿塞拜疆、立陶宛、俄罗斯、韩国、比利时、保加利亚、乌克兰、马其顿、土耳其、瑞士、荷兰等国家或地区的国际私法法规，国际公约如 1985 年海牙《国际货物买卖合同法律适用公约》（以下简称《海牙公约》）、2008 年欧盟《关于合同之债法律适用规则》（以下简称《罗马 I 规则》）等。^{〔2〕} 如此多的国内法和国际公约都肯定了法院地强制性法律的适用效力，表明

〔2〕 参见 1987 年瑞士《关于国际私法的联邦法律》（2010 年修改文本）第 18 条（同上，第 146 页）、1994 年加拿大魁北克《民法典》第 3076 条、1995 年意大利《国际私法制度改革法》第 17 条 [载中国国际私法学会：《中国国际私法与比较法年刊 1999》（第 2 卷），法律出版社 1999 年版，第 541、560 页]、1997 年乌兹别克斯坦共和国《民法典》第 1165 条、1998 年格鲁吉亚《关于调整国际私法的法律》第 6 条 [载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所：《中国国际私法与比较法年刊 2011》（第 14 卷），北京大学出版社 2012 年版，第 485、495 页]、1998 年吉尔吉斯《民法典》第 1174 条第一款（同上，第 70 页）、1998 年委内瑞拉《国际私法》第 5 条（同上，第 186~187 页）、1998 年突尼斯《国际私法典》第 38 条第一款 [载中国国际私法学会：《中国国际私法与比较法年刊 2000》（第 3 卷），法律出版社 2000 年版，第 729 页]、1999 年哈萨克斯坦《民法典》第 1091 条第一款（同上，第 87~88 页）、1999 年白俄罗斯《民法典》第 1100 条第一款（同上，第 38 页）、2000 年阿塞拜疆《关于国际私法的立法》第 5 条第一款（同上，第 129 页）、2001 年立陶宛《民法典》第 1.11 条第二款（同上，第 46 页）、2001 年韩国《2001 年修正国际私法》第 7 条 [载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所：《中国国际私法与比较法年刊 2003》（第 6 卷），法律出版社 2003 年版，第 637 页]、2002 年俄罗斯联邦《民法典》第 1192 条（同上，第 28~29 页）、2004 年比利时《国际私法典》第 20 条第一款 [载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所：《中国国际私法与比较法年刊 2005》（第 8 卷），法律出版社 2006 年版，第 564 页]、2005 年保加利亚《关于国际私法的法典》第 46 条第一款（同上，第 224 页）、2005 年乌克兰《国际私法》第 14 条第一款 [载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所：《中国国际私法与比较法年刊 2007》（第 10 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 469 页]、2007 年马其顿《关于国际私法的法律》第 14 条（同上，第 245 页）、2007 年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法令》第 6 条（同上，第 269 页）、2011 年荷兰《民法典第 10 卷（国际私法）》第 7 条 [见中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所：《中国国际私法与比较法年刊 2011》（第 14 卷），北京大学出版社 2012 年版，第 428 页]、1985 年海牙《国际货物买卖合同法律适用公约》第 17 条 [载李双元等编：《国际私法教学参考资料选编》（上册），北京大学出版社 2002 年版，第 608 页]、2008 年欧盟《关于合同之债法律适用规则》（罗马 I 规则）第 9 条第二款（同上，第 338 页）。



法院地强制性法律的排他优势具有合理性和必要性,是各国都不能忽视的内国利益的需要。

但值得一提的是,在上述这些国内法和国际公约中,绝大多数在确定内国强制性法律的排他效力的同时,也都同样肯定了外国强制性法律的排他效力,只有中国的国际私法规没有提及是否应该关照外国强制性法律的效力。对比之下,可以看出,其他国家平等对待内外国强制性法律的适用效力,着眼点在于各国特殊利益的同等保护,以至国际社会整体的特殊利益的协调和互惠。而中国国际私法只显示了对内国特殊利益的关注,未顾及外国特殊利益的实现,似乎容易让人认为中国的作法只是单纯为了照顾内国法的适用和内国利益的实现,缺乏国际社会利益互助共建的追求。

虽然,如上所述,很多国家认为法院地强制性法律有保留其排他性适用效力的必要,但究竟一国法律中哪些具有这种强制适用的效力,却几乎没有一个国内法或国际公约作出确切规定。

理论认为,强制性法律主要是一国法律中兼具私法和公法性质的那部分内容,但并非一国法律中所有这一类规定都是国际私法层面的强制性法律,也就是说,国际私法中被赋予排他性的强制性法律只是各国强制性法律中的一部分,范围狭于国内法中的强制性法律。国际私法所指强制性法律应该主要是关及一国极其重大的社会和经济利益的部分,并非一般性强制性规定。^[3]

瑞士《关于国际私法的联邦法律》从1988年到2010年一直保有赋予瑞士强制性规定的适用效力的条文。但在瑞士,这类可以排他地适用于涉外案件的规定并不多,主要是外国人取得不动产的法令、社会保障的规定、保护房屋承租人的规定、公共劳动保护法、竞争法、进出口管制法、外汇法、人权法等。^[4]其他国家大多也主张这些法律属于强制性法律。^[5]

以这些国家所确认的应该排除当事人对法律的选择的强制性法律的范围为参照,可以看出,中国2007年最高人民法院的《规定》第8条所指定的必须适用于八种合同的中国强制性法律多不在这个范围。这八种合同关系虽然对中国经济具有一定重要性,但并不具有极其重大的经济和社会利益。中国国际私法为国内强制性法律的适用设置了如此大的空间,甚至还以“中国法律、行政法规规定应适用中国法律的其他合同”这样的不确定指向,设置了一个开放性范围,给更多种类的合同必须适用中国强制性法律留下了更大余地,似有滥用强制性法律之嫌。

[3] 参见〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》,中国对外翻译出版公司1989年版,第349~351页;徐冬根:《国际私法趋势论》,北京大学出版社2005年版,第392~433页;宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第251~307页。

[4] 参见 Pierre A. Karrer, Karl W. Arnold and Paolo Michele Patocchi, *Switzerland's Private International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer · Boston, Schulthess Polygraphischer Verlag AG · Zurich, 1994, pp. 46 ~ 47; 陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,法律出版社1998年版,第52~53页;前注〔3〕,宋晓书,第267~268页;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162页。

[5] 参见 Sir Lawrence Collins, Dicey, *Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London, 2006, Fourteenth Edition, Volume 1, pp. 92 ~ 121; J. J. Fawcett, J. M. Carruthers, Cheshire, North and Fawcett, *Private International Law*, Oxford University Press, 2008, Fourteenth Edition, pp. 150 ~ 151; 傅静坤:《契约冲突论》,法律出版社1999年版,第56~87页;袁泉:《荷兰国际私法研究》,法律出版社2000年版,第174~178页;前注〔4〕,《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》,第161~163页;李凤琴:“欧盟《合同之债法律适用条例》评析——兼论对中国的启示”,载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所:《中国国际私法与比较法年刊2010》(第13卷),北京大学出版社2011年版,第200~217页。

三、内国法——法院地法的向内性

如前所述，在国际私法中，传统意义上的法律适用的属地性早已被突破，但属地性的优势仍具有惯性的影响力，也仍具有现实意义上的存在必要性，其主要原因在于，国际私法虽然调整的是国际性民商关系，但并没有一个国际性的法院受理这种国际性的民商纠纷，这种纠纷是由各国国内法院来审理，这就难免各国法院在选择和适用法律上的向内性。因此，源于法律适用属地性的指向内国法的单边冲突规范也不可能在各国国内国际私法法规中绝迹。尽管当今各国国内国际私法法规已经以双边冲突规范为主要组成部分，但仍然或多或少地有一些指向内国法的单边冲突规范。

既然国际性的民商案件是由与案件相关的国家的国内法院审理，那么，当法院根据内国国际私法法规中指向内国法的单边冲突规范找到准据法时，这个准据法就是内国法，也是法院地法。和法院地的强制性法律一样，这些以内国法的形式得到适用的法律也是法院地法的组成部分，体现的是法院地法的向内性特性。这一部分法院地法与作为强制性法律的法院地法既有相同性，又有差异性。相同性是二者都是通过指向内国的单边冲突规范援引的内国法，都不同程度地体现了法律适用的向内性。差异性强制性法律具有排除外国法和当事人意志的绝对向内性效力，而一般内国法不具有这种排他性，它们往往是外国法的替代者，其适用效力低于外国法和当事人意志，在外国法由于某种原因无法适用时获得顶替适用的机会。

援引内国法的单边冲突规范经历了一个作用和范围由大到小的发展过程。在以属地主义为指导思想的时期，法律选择和法律适用的主要方式是确定内国法在调整涉外民事关系时的立法管辖范围，冲突规范的功用在于指明哪些情况下应该适用内国法，而不具有指明外国法适用范围的功效。因此，那个时期的冲突规范全部或大部是指向内国（内法域）的单边规范。在法律适用的属地性被打破后，双向指引内外国法的双边冲突规范得到发展，逐渐取代了单边规范。今天，国际私法法规中的规范绝大多数是双边规范，指向内国的单边规范被限于尽可能小的范围，其作用主要有二：一是赋予内国强制性法律排他性的适用效力；二是赋予内国法替代外国法的适用效力。

在我国新近的国际私法法规和司法解释中，以内国法（法院地法）替代外国法适用主要在下面三种情况下。

（一）公共秩序保留

公共秩序保留制度与强制性法律制度有着基本相同的目的，那就是避免内国利益因适用外国法而受到损害，都是法律适用的属地性被突破之后为内国利益所设的防线。所以，无论国际私法如何发展变化，公共秩序保留制度至今仍为各国一致保有，确实有其合理的必要性。

早在1986年的《民法通则》第150条就规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”这条有缺漏的规定虽然没有指明可以适用中国法，以替代因违背了中国的社会公共利益而被拒绝适用的外国法，但不言而喻，司法实践中一定是以中国法代替外国法。

2010年《涉外民事关系法律适用法》与1986年立法相比更完善。《涉外民事关系法律适用法》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



国法律。”此条规定尽管仍然存在表述上的不完整，但至少已经明确指出排除外国法之后应适用中国法律，为司法实践建立了法律依据。

根据我国《涉外民事关系法律适用法》第5条，中国法院在拒绝适用外国法后，应该以中国法代替适用。这种以内国法（法院地法）代替外国法适用的作法是公共秩序保留制度在很长时期一直采用的。直到后来，这种作法可能导致的有害后果逐渐被认识，即不合理地扩大内国法的适用范围。于是，法院地法的唯一替代地位开始被动摇。

现在的情形是，虽然作为一项不可缺少的制度，公共秩序保留在国内国际私法法规和国际私法公约中一直存在，但在整个国际私法的发展潮流推动下，这项制度也受到冲击而多少发生了变化，这种变化主要表现在两个方面，一是其标准由外国法的规定违反法院地公共秩序演变为外国法适用的可能结果违反法院地公共秩序；二是由排除外国法适用之后一律以内国法（法院地法）代替适用发展为内国法并非唯一可替代适用的法律。

从晚近国际私法立法看，动摇法院地法唯一替代适用地位的作法显示了三个层次的力度。

1. 有些国家改变了只能以内国法代替外国法的坚决态度，表明只有在“必要时”才适用内国法，而不是必须适用内国法。如1978年奥地利《关于国际私法的联邦法律》（2009年修改文本）第6条规定：“外国法的规定，如果其适用会导致与奥地利法律体系的基本价值相抵触的结果时，不予适用。如有必要，应代之以适用奥地利法律中的相应规定。”〔6〕此外，俄罗斯、土耳其、列支敦士登、比利时等国家的国际私法法规有与奥地利国际私法法规相似的规定。〔7〕何时才“有必要”适用法院地法，是一个由法官裁量的问题。当然，法官也可以裁量没有必要适用法院地法。因此，法院地法并非必须适用。

2. 有些国家认为，即使在外国法的适用结果将违反法院地公共秩序的情况下，该外国法也不是完全没有适用的可能。巴蒂福尔就提出，公共秩序保留导致对外国法中某条特定规定的拒绝，但并不导致对该外国法的全面拒绝。例如，作为外国法的被继承人属人法认为继承人无继承能力的规定违反了法院地的公共秩序，法院可以拒绝适用这部分规定，但仍然不妨碍法院适用该外国法中关于继承份额的规定，没有必要以法院地法完全替代该外国法。〔8〕这一作法主张，在运用公共秩序保留制度时应该对已被确定为准据法的外国法保持足够的尊重，尽最大可能使准据法得到正常适用，哪怕只是其中一部分。只有在该外国法中没有可以适用的规定时，才适用法院地法。这是理性的态度，也是公道的态度。

在此方面，2005年保加利亚《关于国际私法的法典》树立了很好的典范。该法第45条第三款规定，如果确定存在应适用的外国法其适用结果明显与保加利亚的公共秩序不相容的情况，“……则适用该外国法中其他合适的法律规定。无此种规定时，出于调整该法律关系的必要性，

〔6〕 前注〔1〕，邹国勇译注书，第114页。

〔7〕 参见1996年列支敦士登《1996年9月19日关于国际私法的立法》第6条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊1999》（第2卷），第578页〕、2002年俄罗斯联邦《民法典》第1193条第一款（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第29页）、2004年比利时《国际私法典》第21条第三款〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2005》（第8卷），第565页〕、2007年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的法令》第5条（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第269页）。

〔8〕 参见前注〔3〕，〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德书，第501页。

适用保加利亚的法律规定。”〔9〕葡萄牙、比利时等国家有与保加利亚相同的主张。〔10〕

3. 有些国家在运用公共秩序保留制度时作出了较前两种作法更大的努力，那就是，排除了违反内国公共秩序的某一外国法，再次在与案件相关的其他外国法中进行法律选择，如果能够找到比法院地法与案件有更密切联系的另一外国法，且其适用不违反内国公共秩序，则适用该另一外国法，而不必适用内国法。只有在不能找到比内国法更合适的法律的情况下，才能适用内国法。无疑，这样的情形应该是存在的，就与案件联系的密切程度而言，法院地法不见得就仅次于被拒绝适用的外国法，或许其他外国法比法院地法与案件的联系更密切，也比法院地法更合适适用于案件。根据最密切联系原则，这样的外国法比法院地法具有更大的得到适用的优势。所以，这种努力是有价值的。

有两个国家在立法上确立了这一努力的方向。1995年意大利《国际私法制度改革法》第16条规定：“1. 如果适用外国法的结果与公共秩序相抵触，则不予适用。2. 在此种情况下，如果对于相同案情存在其他连结因素，则适用依据该连结因素指定的法律；如果缺乏此种连结因素，则适用意大利法律。”〔11〕2005年乌克兰《国际私法》第12条第二款规定：“外国法规范不予适用，如果其适用引起的后果明显与乌克兰基本法律秩序（公共秩序）不符。在此种情形下适用与法律关系有最密切联系的法律，如果不可能确定或适用此法，则适用乌克兰法。”〔12〕虽然，作出这种尝试的国家还很少，但毕竟展现了公共秩序保留制度在适用中的新气象。这一符合最密切联系原则的作法应该会得到进一步发展。

从上述三种对待外国法被排除后是否适用法院地法这一问题的态度可以看出，当今的国际私法中，公共秩序保留制度的发展趋势是，必须以法院地法替代外国法的传统已明显被突破，再次的选择变得更多样，也更追求合理性。但中国国际私法未表明这样的态度，而是坚守了传统。

（二）外国法的查明

在确定以某一外国法为准据法之后，就需要对该外国法的具体规定进行查证。如果查证的结果是该外国法的规定无法明确获知，则该外国法的适用便无法实现，这时，就需要再次进行法律选择，以寻找一个替代无法适用的外国法的法律，而法院地法又一次成为最可能的选择对象。大多数国家的国际私法规规定了无法查明外国法时应适用内国法。〔13〕

1988年我国最高人民法院《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》（以下简称《意见》）第193条规定，通过指定的途径不能查明应适用的外国法律的，适用中国法律。2007年最高人民法院《关于涉外合同法律适用的规定》第9条第三款也指出：“当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国

〔9〕 前注〔1〕，邹国勇译注书，第224页。

〔10〕 参见1966年葡萄牙《民法典》第22条第二款（载前注〔2〕，李双元等编书，第359页）、2004年比利时《国际私法典》第21条第三款〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2005》（第8卷），第565页〕。

〔11〕 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊1999》（第2卷），第541页。

〔12〕 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2007》（第10卷），第469页。

〔13〕 参见郭玉军：“论外国法的查明与适用”，载《珞珈法学论坛》（第6卷），武汉大学出版社2007年版，第246页；欧福永：“论外国法无法查明时的法律适用问题”，《西南政法大学学报》2007年第5期。



法律。”2010年《法律适用法》第10条第二款规定：“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。”这几个司法解释和法规的规定表明了中国对于外国法无法查明、无法适用时再次选择法律的态度，即以中国法替代外国法适用于案件。如上所述，这也是目前较多国家的态度。当应该适用的外国法因为无法查知而不能适用时，以法院地法作为准据法，有益之处显而易见，除了这一法律最为法官熟悉、可以获得适用的便利之外，最重要的意义在于当事人的诉求不至于因为应该适用的准据法不能适用而被驳回。^[14]

但这一作法也存在与公共秩序保留制度下拒绝适用外国法后适用法院地法的作法相同的隐患，即如果在立法上确立法院地法为外国法的唯一替代者，则有可能导致“外国法无法查明”的滥用，法院地法得到了不适当的扩大适用。因为，如果法院地法与案件的联系并不密切，最终适用法院地法就违背了最密切联系原则。认识到了这一危险性，寻找其他更合适的法律便有了积极的意义。

在外国法查明方面防止法院地法的滥用已经存在多种方法。

1. 尽最大努力查证外国法的规定，是最应该采取的方法。既然确定某一外国法为准据法，就应该尽量适用这一法律，根据当今各国的国际私法法规，法院所确定的准据法一般是与案件有最密切联系的法律，是最适合的法律。因此，法律应该为查证外国法确立合理期限，法院应该穷尽所有查证途径，为查证外国法作出充分的努力。^[15]只有在合理期限内、充分努力后仍不能查证外国法，才可以考虑放弃适用该外国法。立法提出这样的要求，多少可以警责法官和当事人对查证外国法的不积极，也为放弃外国法指明了条件。2005年乌克兰《国际私法》第8条第四款规定：“如果外国法规范的内容在合理的期限内采取本条所述措施后仍未能查明，则适用乌克兰法。”^[16]2007年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的法令》第2条第二款规定：“如果尽了所有努力仍不能查明适用于案件的外国法的相关规定，则适用土耳其法律。”^[17]1978年奥地利《关于国际私法的联邦法律》（2009年修改文本）第4条第二款规定：“如果在合理期限内，尽不懈努力仍无法查明外国法，则适用奥地利法律。”^[18]这几条规定可作范例。

2. 应该适用的外国法无法查明或缺乏相应的规定，适用该外国法中的其他相关规定，是给予准据法充分尊重的作法。此方法较之在公共秩序保留情况下尽量适用被拒绝的外国法中的其他规定具有更大的合理性。因为无法查明或缺乏规定的外国法并非如违反了法院地公共秩序的外国法那样，为法院所反感和排斥，尽量适用该外国法中的其他相关规定应该容易为法官接受。在中国的司法实践中可以找到这样的案例。2001年，武汉海事法院曾受理一项涉及美国的案件（江苏轻工诉江苏环球、美国博联无单放货案）。该案中，当事人所选择的某一美国法律对案件争议问题没有作出规定，因而无法适用，法院最终选择了美国另一相关法律作为准据法，依此

[14] 参见前注〔3〕，〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德书，第481页。

[15] 参见郭玉军：“近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践”，载《武大国际法评论》（第7卷），武汉大学出版社2007年版，第1~19页。

[16] 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2007》（第10卷），第468页。

[17] 前注〔1〕，邹国勇译注书，第268页。

[18] 同上，第114页。

作出判决。^[19] 这一案例表明，在中国的司法实践中，外国法无法适用时直接适用中国法并非唯一选择。

3. 尝试寻找与无法适用的外国法相似或相近的法律，是一种更多存在于司法实践中的方法。一些国家较为完善和成熟的民法典常常会成为与之有特殊历史渊源的其他国家的母法，母法和子法之间同属一个体系，甚至子法中有相当数量照搬母法的条文。如法国民法典、德国民法典、瑞士民法典等等，就至今仍是很多国家民法典的母法。如果某一外国法因不能查证其具体规定而无法适用，与同一案件有关联的另一外国法与该无法适用的外国法属同一族系，便可以考虑适用该另一外国法。德国、法国、日本等国曾有这样的案例。^[20] 如果法院地法明显与无法适用的外国法不属同一族系，那么选择适用与该外国法属同一族系的法律，应该更为合适。在1978年瑞士《关于国际私法的联邦法律》的专家草案中，第15条第三款拟规定，外国法内容无法查明时，法官应考虑适用最为接近的法律，如无最为接近的法律，则适用瑞士法律。显然，这样规定的意图正是为了防止法院地法被优先适用。^[21]

4. 无法查明外国法时，依据一般法理或法律原则处理案件，可能是最难操作的方法。因为这时最需要的应该是具体和细致的规定，法理或原则或许过于抽象，最终难以对当事人的权利义务作出确切认定。美国和日本存在这样的案例，主要涉及婚姻家庭关系。^[22]

5. 确定为准据法的外国法无法适用时，根据案件中的其他连结因素，或根据最密切联系原则，重新选择准据法，应该是最公道的方法。如果案情仅涉及法院地国和某一外国，当作为准据法的该外国法律无法适用时，案情所显示的其他连结因素就只与法院地国相关了，不可能关及第三国，除了该外国，案件也只与法院地国有最密切的联系了，那么，适用法院地法就是唯一的选择。但如果案情涉及不止两个国家，就应该比较法院地国和其他外国之间与案件的连结状况，最终选择适用与案件联系最密切的法律。在此情况下，只有法院地国与案件的密切联系程度仅次于其法律无法适用的那个外国时，法院地法才应该得到适用。如果其他外国法较之法院地法与案件有更密切的联系，法院地法就不应该优先得到适用。

1995年朝鲜《涉外民事关系法》（1998年修改文本）第12条规定：“在外国国家的某一法律被确定为准据法而该法内容无法查明的情况下，可以适用与当事人有最密切联系国家的法律或朝鲜人民民主主义共和国的法律”^[23] 1995年意大利《国际私法制度改革法》第14条第二款规定：“如果即使在当事人的协助下，法院仍无法查明应适用的外国法，则对于相同案件如果存在其他连结因素，可以适用根据该连结因素指定的法律；如果不存在此种连结因素，则适用意大利法律。”^[24] 1966年葡萄牙《民法典》第23条第二款的规定的表述有些特别：“在外国法内

[19] 参见武汉海事法院2001年12月25日判决，载中国涉外商事海事审判网：<http://www.ccmt.org.cn/shownews.php?id=700>，最后访问时间：2013年5月12日。

[20] 参见前注〔3〕，〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德书，第483页；肖芳：《论外国法的查明——中国法视角下的比较法研究》，北京大学出版社2010年版，第147页。

[21] 同上，〔法〕亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德书，第483页；前注〔4〕，《瑞士国际私法法典研究》，第50页。

[22] 参见前注〔13〕，欧福永文；前注〔20〕，肖芳书，第147页。

[23] 中国国际私法学会：《中国国际私法与比较法年刊2002》（第5卷），法律出版社2002年版，第580页。

[24] 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊1999》（第2卷），第541页。



容无法查明,又无法确定有关因素,缺乏选择准据法的依据时,适用相对来说较为适宜的法律。”^[25]葡萄牙的这一规定实际上比朝鲜和意大利的规定更加开放,它在即使无法根据其他连结因素或密切联系程度重新选择法律时,也没有直接确定适用法院地法,而是坚持主张适用更为适宜的法律。可以推断,这里所说的“适宜”应该不仅仅是对法院适用内国法的便利的适宜,而更多的应该是对当事人适宜。

6. 外国法无法适用时,从国际公约或国际惯例中寻找依据,或许是另辟蹊径的方法。中国1986年《民法通则》第142条第三款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”既然内国法缺乏规定时可以适用国际惯例,那么,应该作为准据法适用的外国法没有规定时,也可以适用国际惯例。1994年《国际统一私法协会国际商事合同通则》在“前言(通则的目的)”中规定:“当无法确定合同的适用法律对某一问题的相关规则时,通则可对该问题提供解决办法。”^[26]中国是国际统一私法协会成员国,在应适用的外国法规则无法确定时,适用该通则更优于直接适用中国法律。1998年《欧洲合同法原则》第1:101条第四款有相似规定:“当可得适用的法律制度或者法律规则对所产生的问题没有提供一种解决方案时,原则得作为一种解决方案。”^[27]

以上六种方法,或确立在立法中,或存在于司法实践中,都显示了在查明外国法环节限制法院地法扩张的态度。这样的态度虽然还不普遍,但无疑会受到越来越多的关注和接受。即使在中国,虽然立法确立了以中国法替代无法查知的外国法的态度,但在司法实践中也存在依据最密切联系原则选择适用外国法中其他规定的例子。

(三) 法律规避

2007年我国最高人民法院关于涉外合同法律适用的《规定》第6条规定:“当事人规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的行为,不发生适用外国法律的效力,该合同争议应当适用中华人民共和国法律。”

法律规避行为人意图规避的对象通常是强制性或禁止性的法律,所以,法律规避行为触及的是强制性法律的排他性适用效力。当事人规避了法院地强制性法律,而适用了外国法,法律适用的效力遭到法院地否定是可想而知的结果,并且,在否定之后适用被当事人规避的法院地强制性法律也是必然的选择。所有国家都采取了和中国相同的态度。

比较不确定的问题是:当事人如果规避的不是法院地国的强制性法律,而是外国的强制性法律,法院地国应该如何对待?首先,法院地国是否也同样否定规避外国法后的结果的效力?其次,如果否定,其后是否仍然应该适用法院地法?还是应该适用被规避的那个外国的强制性法律?

早期的国际私法立法和判例一般不考虑规避外国法的情况。但晚近国际私法出现以相同的态度对待规避内国法和规避外国法的行为的主张,即无论规避内国法还是外国法,结果的效力都应该被否定。法国、德国、匈牙利、葡萄牙、阿根廷等国家即有此态度。^[28]

[25] 前注[2],李双元等编书,第359页。

[26] 国际统一私法协会:《国际商事合同通则》,对外贸易经济合作部条约法律司编译,法律出版社1996年版,第1页。

[27] 李双元等编:《国际私法教学参考资料选编》(下册),北京大学出版社2002年版,第1777页。

[28] 参见前注[3],[法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德书,第509~517页;前注[3],徐冬根书,第84~102页。

法院地国否定了规避内国法的效力后，选择适用被规避的内国法具有较大合理性。但法院地国否定了规避外国法的效力后仍然选择适用内国法，似乎就没有充足理由。那么这时法院是否愿意选择适用本应适用而被当事人规避的外国法呢？这或许取决于如何看待外国强制性法律在内国的适用。如前所述，很多国家都表示了对外国强制性法律排他性效力的尊重和宽容，愿意在内国法院适用。所以，在这些国家适用被规避的外国法是可以实现的。

其实，既合理又简单的方法是，存在法律规避情况时，否定了规避行为结果的效力后，就应该适用被规避的法律，这也正是否定规避行为效力的最主要目的，即让规避行为不能得逞，让本应适用的法律能够得到适用，而无需论被规避的是内国法还是外国法。

在此方面，匈牙利国际私法法规的规定较为丰富、细致，堪为范例。1979年匈牙利《国际私法》第8条规定：“1. 当事人采用伪造或诈欺方法造成涉外因素时，有关的外国法不得适用。2. 依本法令，在有法律规避的场合，应适用没有法律规避时的准据法。”第9条规定：“双方当事人得以协议要求不适用在没有法律规避时所应适用的准据法，而适用匈牙利法，或在可以选择法律时适用所选择的法律。”〔29〕第8条第二款未指明“没有法律规避时的准据法”是内国法还是外国法，可以推断应该是包括了内国法和外国法。第9条的规定就证实了这种推断。当事人既然可协议选择适用匈牙利法，而不适用“没有法律规避时的准据法”，只能说明当事人的协议是用于该准据法是外国法的情况。匈牙利国际私法法规的规定一方面表现了同等看待内国法和外国法的宽容态度，另一方面还表现了对法律选择的开放态度，允许当事人在否定了规避行为的效力后协议选择最终适用的法律。或许匈牙利法规的初衷是希望当事人能够选择内国法，但如果当事人规避的是外国的强制性规定，那么，最终允许当事人选择内国法，则必然会影响该外国强制性规定的效力。因此，允许当事人选择最终适用的法律，应该只能是在当事人规避的法律不是外国强制性法律的情况下。白俄罗斯、葡萄牙、比利时、乌克兰、阿塞拜疆、哈萨克斯坦、吉尔吉斯、突尼斯、阿尔及利亚等国也表示同样看待规避内国法和规避外国法，并可以适用被规避的外国法。〔30〕

在上述公共秩序保留和外国法查明两个方面，中国和其他一些国家以单边冲突规范指引了内国法（法院地法）的适用。与法院地强制性法律排他的适用效力不同，这两种情况下法院地法的适用具有两个特点。

第一，这时法院地法的适用不具有排他性，主要是体现法院地法的向内性，法院地法的适用效力低于当事人意思自治的效力和外国法的适用效力。在公共秩序保留情况下，当事人已经选择外国法作为准据法，或者法院地的冲突规范已经援引外国法作为准据法，只是因为该外国法的适用结果将违反法院地的公共秩序，该外国法的适用才被拒绝，法院地法才得以作为替代

〔29〕 前注〔2〕，李双元等编书，第258页。

〔30〕 参见1966年葡萄牙《民法典》第21条（前注〔2〕，李双元等编书，第359页）、1998年吉尔吉斯《民法典》第1171条（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第70页）、1998年突尼斯《国际私法典》第30条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2000》（第3卷），第728页〕、1999年白俄罗斯《民法典》第1097条、1999年哈萨克斯坦《民法典》第1088条、2000年阿塞拜疆《关于国际私法的立法》第8条（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第38、87、129页）、2004年比利时《国际私法典》第18条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2005》（第8卷），第564页〕、2005年乌克兰《国际私法》第10条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊2007》（第10卷），第469页〕、2005年阿尔及利亚《民法典》第24条第一款（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第110页）。



者被适用。在外国法查明情况下，外国法也是已经被确定为准据法，但因为其无法查知而不得被适用，法院地法同样成为替代者。也就是说，在法院地强制性法律适用情形下，外国法不可能被确定为准据法，法院地法有绝对的适用优先权。但在公共秩序保留和外国法查明情形下，外国法首先被确定为准据法，法院地法不具有优先地位。

第二，在公共秩序保留和外国法查明情形下，法院地法被适用，很多时候并非是因为与案件有最密切联系，而是出于法院情感的需要和便利的需要。因此，这两种情形下法院地法的适用应该受到应有的限制，即以最密切联系原则和适宜的法律适用结果作为界限。但在中国上述现有立法中，还没有设置这样的限制。

法律规避情形下法院地法的适用与公共秩序保留和外国法查明情形下法院地法的适用有殊途同归之似，即尽管外国法先作为准据法被确定或被适用，但最终都被法院地法替代适用。由此，才将三种情形下法院地法的适用相提并论。

不过，三种情形下法院地法被适用的原因却不同。在公共秩序保留和外国法查明情形下，外国法具有优先适用的效力，只是因为外国法违反法院地国公共秩序或外国法无法查知，才被法院地法替代适用。而法律规避情形下，虽然外国法已被适用并获得结果，但由于这种结果是当事人规避法律、特别是强制性法律的结果，所以，已被适用的外国法实际上不具有优先适用的效力，被规避的法律才具有优先适用效力。正因为被规避的多为强制性法律，当法院地国强制性法律被规避之后，再一次选择适用本该适用的法院地法，其合理性才少有质疑。从这一点看，法律规避情形下法院地法的适用与法院地国排他性强制性法律适用情形更似。

四、法院地法——法院地法的假性双边性

在对审理案件的国家的法律的表述或称谓中，内国法（内国强制性法律和非强制性法律）体现了法律选择的单边性，法院地法体现了法律选择的双边性。字面看，法院地法和本国法、住所地法、行为地法、物之所在地法、当事人选择的法等准据法一样，本身没有明确的内外指向，必须结合每一个具体法律关系，根据法律关系所包含的相应连结节点与内国还是与外国连结的实际情况，才能确知这些准据法究竟是内国法还是外国法。因此，这些准据法具有内外指向的双边性，由它们构成的冲突规范是双边冲突规范。

但事实上，法院地这一连结节点与国籍、住所、行为地、物之所在地、当事人意志等连结节点不同。国籍、住所、行为地、物之所在地、当事人意志等这些连结节点都可以和法院地国分离，即当事人国籍国和住所地国、物之所在地国、当事人意志所向国都可能不是法院地国。所以，对法院而言，根据这些连结节点所确定的准据法都有双重可能性，既可能是外国法，也可能是内国法。当这些连结节点在法院地国时，它们连结的是内国法；这些连结节点在外国时，它们连结的就是外国法。法院地这一连结节点与这些连结节点的重大差别在于，法院地不可能与法院地国分离而连结外国法。一旦某一国法院对一项涉外案件主张了管辖，在审理这项案件的过程中，就只存在一个法院，不可能有两个国家的法院共同对相同当事人的同一案件同时参与着同一个诉讼程序。由此，法院地这一连结节点并非如字面之义，具有指引法律的双边性，而是有着明确的指向内国法的方向。在任何国家的国际私法法规中，以法院地作为连结节点设置的冲突规范虽然从字面上看不到对内国法的援引，但适用这类冲突规范的结果必定都是以内国法为准据法。因此，以法院地为连结节点的冲突规范是一种假性双边规范，实际上仍然是指定内国法

的单边冲突规范。

中国国际私法法规在四个方面指定了法院地法：定性（识别）、诉讼离婚、收养关系的解除和知识产权的侵权责任。

（一）识别

依据哪个法律进行识别，可有两个方向的选择：法院地法或与案件相关的外国法。识别程序在准据法被确定之前，或者说，识别过程是一个确定准据法的过程，这个过程完成之前，没有法律被确定为法律关系的准据法。因此，逻辑上不可能、实际上也不需要以解决案件纠纷问题的准据法为依据进行识别。识别过程要确定的问题是法院受理的案件的性质、案件涉及的场所、案件涉及的物的性质、案件应适用的冲突规范、案件应适用的准据法等。

2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第8条规定：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”依法院地法进行识别，是当今大多数国家的态度。中国新法规的这条规定十分简明，但似乎有些绝对。

对所受理的案件的性质进行认定，主要是确定冲突规范的“范围”，即将案件进行归类，以便选择案件应该适用哪一条冲突规范。一国的冲突规范的“范围”是根据内国相关民商实体法对法律关系性质的认定而设置，对法律关系进行性质上的归类，也应该以内国实体法作为判断标准。例如，一国的民商实体法对什么是侵权责任作出了认定；冲突规范中有“侵权责任，适用侵权行为地法律”的规定。如果原告以要求被告承担侵权责任为诉由，法院需识别此案是否属于侵权责任问题，以进一步决定是否应该适用“侵权责任，适用侵权行为地法律”这条冲突规范。可以认为，该国民商实体法和冲突规范中所说“侵权责任”应该有相同的认定标准和含义，所以，对案情进行分类，确定是否属于侵权责任问题，以该国实体法为依据是最合理的选择。

但是，这样的合理性不一定存在于识别的各个方面。如果对案件涉及的物的性质进行识别，特别是在物位于法院地国之外的国家情况下，仍然依据法院地法识别则未必合理。对物的性质的认定与一国传统、习俗、法制史等因素密切相关，也直接关及物权内容。所以，物的性质由物之所在地法识别才最合理。

此外，还有一种情况是可能存在而应该被考虑的。如果案件涉及的特定概念来源于与案件相关的某一外国法，在法院地法中不存在，或法院地法无法确定其含义，依据法院地法对此概念进行识别，很可能会曲解这一概念。此时，依据该外国法解释此概念应该是最合适的方法。

正是由于存在上述两种不适宜适用法院地法进行识别的情况，有些国家就在确定了法院地法的一般适用之外，还补充了相关外国法的适用。如1999年白俄罗斯《民法典》第1094条规定：“1. 在确定准据法时，如果立法文件未作其他规定，法院应对法律概念作出与法院地国家法律相一致的解釋。2. 如果被识别的法律概念不为法院地国家法律所了解，或者在法院地国法律中有另外的表达方式或不同的内容，并且无法依照法院地法律确定，则可以适用外国的法律进行识别。”第1119条第二款又规定：“财产属于不动产还是动产以及其他任何对财产所作的法律识别依照财产所在地国法律确定。”^[31] 赞同这种作法的还有保加利亚、俄罗斯、罗马尼亚、

[31] 前注[1]，邹国勇译注书，第37、42页。



突尼斯、加拿大(魁北克)、吉尔吉斯、乌克兰、阿尔及利亚等国家。^[32]可见,中国的国际私法法规还可以在识别的依据方面多作一些选择。

(二) 诉讼离婚

诉讼离婚是通过在法院以诉讼程序解除婚姻的方式,是解除婚姻的主要方式。在国际私法中,尽管协议离婚日益普遍,但诉讼离婚同样是常见的离婚方式,甚至有如1896年德国《民法典施行法》(2010年修改文本)第17条第二款的规定:“在德国只能通过法院判决离婚”^[33]。以诉讼方式解除婚姻使诉讼地成为确定离婚准据法的重要连结点。

1986年我国《民法通则》第147条规定,中国人和外国人之间“离婚适用受理案件的法院所在地法律”。2010年《涉外民事关系法律适用法》第27条规定:“诉讼离婚,适用法院地法律。”这两条不同时期的立法同样为离婚指定了法院地法。和其他国家立法相比,中国的规定有些单一,且有不尽合理之处。

婚姻属于人身关系,在国际私法中一般对人身关系优先适用属人法,这一方面是由婚姻关系的人身性决定,另一方面也是顾及当事人所属国对离婚效力的认可,以避免“跛足婚姻”。所以,似中国国际私法法规唯一确定法院地法为离婚准据法,完全没有提及属人法,还几乎没有找到同例。其他国家即使也指引了法院地法,但或多或少也都同时考虑了属人法,有的国家还有更开放的态度。

1. 当事人一方具有法院地国国籍时,离婚适用法院地法。2006年日本《法律适用通则法》第27条先确定了依次选择夫妻共同本国法、夫妻共同经常居所地法、与夫妻有最密切联系的法律为离婚准据法的原则,但又规定,“夫妻一方为在日本有经常居所的日本人时,离婚依日本法。”^[34]韩国、朝鲜、阿尔及利亚、列支敦士登、马其顿等国类似规定。^[35]上述1986年我国《民法通则》第147条的规定也属此类,即一方当事人是中国人时,离婚适用中国法。一方当事人具有法院地国国籍时,适用法院地法也就是适用一方当事人属人法。由于这种情况下法

[32] 参见1992年罗马尼亚《关于调整国际私法法律关系的第一百零五号法》第3条和第50条[载中国国际私法学会:《中国国际私法与比较法年刊1998》(创刊号),法律出版社1998年版,第511、518页]、1994年加拿大魁北克《民法典》第3078条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊1999》(第2卷),第560页]、1998年吉尔吉斯《民法典》第1168条和第1193条第二款(载前注[1],邹国勇译注书,第69、73页)、1998年突尼斯《国际私法典》第27条和第57条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2000》(第3卷),第727、732页]、2002年俄罗斯联邦《民法典》第1187条和第1205条第二款(载前注[1],邹国勇译注书,第28、31页)、2005年乌克兰《国际私法》第7条和第38条第二款[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2007》(第10卷),第468、474页]、2005年保加利亚《关于国际私法的法典》第39条和第64条第二款(载前注[1],邹国勇译注书,第223、228页)、2005年阿尔及利亚《民法典》第9条和第17条第一款(载前注[1],邹国勇译注书,第107、108页)。

[33] 前注[1],邹国勇译注书,第8页。

[34] 前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2007》(第10卷),第458页。

[35] 参见1995年朝鲜人民民主主义共和国《涉外民事关系法》第38条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊1999》(第2卷),第583页]、1996年列支敦士登《1996年9月19日关于国际私法的立法》第21条第三款[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊1999》(第2卷),第581页]、2001年韩国《2001年修正国际私法》第39条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2003》(第6卷),第646页]、2005年阿尔及利亚《民法典》第13条、2007年马其顿《关于国际私法的法律》第41条第三款(载前注[1],邹国勇译注书,第107、250页)。

院地国与一方当事人具有属人性联系，适用法院地法便具有一定合理性。但中国 2010 年新法规却丢弃了这一适用法院地法的条件，那便意味着，即使双方当事人都与法院地国无属人性联系，离婚也要适用法院地法，这一方法显然缺乏适当性。

2. 当事人共同属人法无法适用时，离婚适用法院地法。2007 年马其顿《关于国际私法的法律》第 41 条第一款和第二款规定：“1. 离婚，依起诉时夫妻双方的国籍国法。2. 如果夫妻双方在起诉时国籍不同，则离婚依其最后的共同住所地国法，如果双方的共同住所根本就不存在，则依受理离婚案件的法院地国法。”^[36] 保加利亚、立陶宛、土耳其、突尼斯等国有类似规定。^[37] 优先选择当事人共同属人法，如果共同属人法不能适用，以法院地法作为最后的选择，既顾及了婚姻关系的属人性，又有效发挥了法院地法补缺、兜底的积极功能。

3. 法院地法比当事人属人法更有利于离婚时，离婚适用法院地法。2001 年立陶宛《国际私法》第 1.29 条第三款规定：“夫妻双方的国籍国法禁止离婚或要求离婚满足特定条件的，若夫妻一方有立陶宛国籍或者在立陶宛共和国境内有固定住所地，则依立陶宛共和国法律解除婚姻。”^[38] 作类似规定的还有保加利亚、德国、瑞士、罗马尼亚等国家。^[39] 从禁止离婚、限制离婚到有利于离婚，国内婚姻法的发展也影响了国际私法，在与离婚关系相关的各国法律中选择适用更利于婚姻解除的法律，已经成为明显趋势。

4. 当事人属人法对离婚未作规定时，离婚适用法院地法。1995 年意大利《国际私法制度改革法》第 31 条第二款规定：“如果应适用的外国法对分居与离婚未作规定，则适用意大利法律。”^[40] 由于作为离婚准据法的外国法对离婚没有规定，使准据法无法适用，适用法院地法处理离婚问题，同样起到了补缺的作用，也可以被视为有利于离婚的方法。

5. 当事人选择法院地法为离婚准据法。一般认为，调整离婚关系的法律具有强制力，通常不允许当事人选择，除非是协议离婚。但有少数国家主张可以在指定范围内让当事人选择诉讼离婚的准据法。2004 年比利时《国际私法典》第 55 条第二款规定，当事人可以在下列范围选择适用于离婚或分居的法律：“1. 诉讼提起时配偶双方具有相同国籍的国家的法律；2. 比利时法。”^[41] 乌克兰也在一定条件下给了离婚当事人选择准据法的自由。^[42] 虽然，当事人选择法律的范围仍然被限定在属人法和法院地法，但这两个法律究竟适用哪一个，不由法规确定，而由

[36] 前注〔1〕，邹国勇译注书，第 107 页。

[37] 参见 1998 年突尼斯《国际私法典》第 49 条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊 2000》（第 3 卷），第 731 页〕、2001 年立陶宛《国际私法》第 1.29 条第二款、2005 年保加利亚《关于国际私法的法典》第 82 条第二款、2007 年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的法令》第 14 条第一款（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第 51、231、270 页）。

[38] 前注〔1〕，邹国勇译注书，第 51 页。

[39] 参见 1896 年德国《民法典施行法》（2010 年修改文本）第 17 条第一款、1987 年瑞士《关于国际私法的联邦法律》（2010 年修改文本）第 61 条第三款（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第 8、154 页）、1992 年罗马尼亚《关于调整国际私法法律关系的法》第 22 条（载前注〔32〕，中国国际私法学会书，第 514 页）、2005 年保加利亚《关于国际私法的法典》第 82 条第三款（载前注〔1〕，邹国勇译注书，第 231 页）。

[40] 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊 1999》（第 2 卷），第 546 页。

[41] 前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊 2005》（第 8 卷），第 578 页。

[42] 参见 2005 年乌克兰《国际私法》第 59 条、第 61 条和第 63 条〔载前注〔2〕，《中国国际私法与比较法年刊 2007》（第 10 卷），第 480、481 页〕。



当事人做主,这是立法有利于离婚的倾向的进一步体现。

从上述五种情况看,除中国外,绝大多数国家在确定离婚准据法时都是优先选择属人法,法院地法仅作为补充性选择。

(三) 收养的解除

与婚姻一样,收养也属于人身关系,大多数国家也优先选择了属人法为收养准据法,如保加利亚、奥地利、朝鲜、韩国、列支敦士登、马其顿、土耳其、罗马尼亚、突尼斯、乌克兰、立陶宛、日本、意大利、比利时等。但收养关系涉及未成年人利益,调整收养关系的法律通常都有明显的对被收养人给予更多保护的倾向。这种倾向在国际私法中主要表现为,在属人法之外,增加收养准据法的选择,如法院地法。

2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第28条规定:“……收养关系的解除,适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”被收养人是否会因为收养的解除而受到损害,或许比收养关系的其他方面更需要被重视,所以,扩大准据法的选择范围,可以对被收养人给予更好保护。这应该是中国国际私法法规这一条规定的初衷。^[43]如果说,此条规定尚有可完善之处,那就是最好明确指出法官裁量适用被收养人经常居所地法抑或适用法院地法的标准,虽然正常的推断应该是适用两个法律中对被收养人有更好保护的那一个法律,但仍然需要在立法中明示这一标准。

有一个更好的例子是2004年比利时《国际私法典》的规定。该法第71条第二款指出:“收养的撤销适用根据本法第六十七条至第六十九条确定的法律。……”该法第67条第一款和第二款为收养依次指定了当事人共同本国法、当事人共同惯常居所地法、比利时法,第三款又规定:“但是,如果法官认为适用外国法明显更大地损害被收养人的利益,并且被收养人或收养人与比利时明显存在紧密联系,则适用比利时法。”^[44]这条规定将判断应该适用法院地法的标准列明,之一是法院地法更有利于被收养人;之二是至少一方当事人与比利时有紧密联系。这样,一方面增强的可操作性,另一方面也可限制法院地法的滥用。瑞士和意大利国际私法法规也明示了相似标准。^[45]

(四) 侵权

2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第50条规定:“知识产权的侵权责任,适用被请求保护地法律,当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。”

在对知识产权侵权或保护的准据法确定与一般侵权准据法确定分别规定的法规中,大多主张对知识产权侵权适用被请求保护地法律。但在现代国际私法中,当事人意思自治原则已经渗透到侵权领域,在传统的侵权行为地法和后来的当事人共同属人法之外,纳入了当事人选择的法律。1987年瑞士《关于国际私法的联邦法律》(2010年修改文本)更是在侵权领域将当事人选择的法律置于优先地位,只有在当事人没有选择侵权准据法时,才适用当事人共同惯常居所

[43] 参见黄进、姜茹娇主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社2011年版,第157页。

[44] 前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2005》(第8卷),第582~583页。

[45] 参见1987年瑞士《关于国际私法的联邦法律》(2010年修改文本)第77条(载前注[1],邹国勇译注书,第157页)、1995年意大利《国际私法制度改革法》第38条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊1999》(第2卷),第547页]。

地法，没有共同惯常居所地法时，最后适用侵权行为地法。^[46] 其他一些国家也都在侵权领域确立了意思自治原则。如此，在知识产权侵权方面引进意思自治也并非偶然。

无论是一般侵权，还是如知识产权侵权这种特殊侵权，在纳入当事人意思自治原则的各国立法中，多将当事人选择法律的范围限于法院地法。如上述瑞士《关于国际私法的联邦法律》第132条规定：“当事人可在损害事件发生后随时约定适用法院地法律。”第110条第二款也规定：“对于因侵害知识产权而提出的请求，当事人可在损害事件发生后随时约定适用法院地法律。”^[47] 其他如立陶宛、土耳其、俄罗斯、突尼斯、韩国等国也有类似规定。^[48] 只有意大利、马其顿和德国允许受害方选择损害结果发生地法，^[49] 荷兰、德国（受害方选择损害结果发生地法之外）、马其顿（受害方选择损害结果发生地法之外）、欧盟未限定当事人可以选择的法律。^[50]

奇怪的是，2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第50条限定当事人只能选择法院地法作为知识产权侵权的准据法，但第44条规定：“……侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。”这里却并未对当事人的选择范围作出限定，是否意味着，对一般侵权，当事人可以任意选择准据法，只有对知识产权的侵权当事人必须选择法院地法。

从上述四个方面看，中国国际私法主张在收养的解除和知识产权的侵权责任两个方面，将法院地法与其他法律选择结合适用，有较大合理性。但在识别和诉讼离婚两个方面唯一适用法院地法，却有诸多不妥之处。

五、不动产所在地法——法院地法的隐存性

单独看待不动产所在地法，无法将它归入法院地法范畴。但如果与管辖权的确定相结合，就会看到：不动产所在地法常常就是法院地法。

不动产与所在地域有着最稳固的联系，在国际私法中，这种联系不但决定着以不动产为客

[46] 参见1987年瑞士《关于国际私法的联邦法律》（2010年修改文本）第132条和第133条（载前注[1]，邹国勇译注书，第169页）。

[47] 前注[1]，邹国勇译注书，第169、164页。

[48] 参见1998年突尼斯《国际私法典》第71条[载前注[2]，《中国国际私法与比较法年刊2000》（第3卷），第734页]、2001年立陶宛《国际私法》第1.43条第三款和第1.53条第二款（载前注[1]，邹国勇译注书，第54~56页）、2001年韩国《2001年修正国际私法》第33条[载前注[2]，《中国国际私法与比较法年刊2003》（第6卷），第644页]、2002年俄罗斯联邦《民法典》第1219条第三款（载前注[1]，邹国勇译注书，第35页）、2007年土耳其《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的法令》第23条第二款（载前注[1]，邹国勇译注书，第35、272页）。

[49] 参见1896年德国《民法典施行法》（2010年修改文本）第40条第一款（载前注[1]，邹国勇译注书，第13页）、1995年意大利《国际私法制度改革法》第62条第一款[载前注[2]，《中国国际私法与比较法年刊1999》（第2卷），第553页]、2007年马其顿《关于国际私法的法律》第33条第一款（载前注[1]，邹国勇译注书，第249页）。

[50] 参见1896年德国《民法典施行法》（2010年修改文本）第42条、2001年荷兰《关于因侵权行为引起的债务关系的冲突法法令》第6条、2007年马其顿《关于国际私法的法律》第33条第三款（载前注[1]，邹国勇译注书，第14、135、249页）、2007年欧盟《关于非合同之债准据法的规则（罗马II规则）》第14条（陈卫佐：《比较国际私法》，清华大学出版社2008年版，第466页）。



体的一类法律关系的准据法的确定,还直接影响着对不动产案件所作判决的执行。从法律关系性质看,不动产与地域的联系体现着不动产关系与所在地法之间的最密切的关联,使不动产所在地法的优势地位很少被动摇。

不动产物权是适用不动产所在地法的最主要领域,从古至今,所有国家都赞同不动产物权适用不动产所在地法,此不必多言。不动产所在地法适用的另一领域是区别制下的不动产继承。第三个重要领域是当事人未选择法律情况下的不动产合同。

从司法管辖看,由不动产所在国管辖不动产案件,既是经济利益的需要,也是判决执行便利有效的需要。这也是很多国家将不动产案件设为专属管辖领域的原因,而另一方面,一些国家同时宣布放弃对位于外国境内的不动产的案件的管辖。如2007年马其顿《关于国际私法的法律》第69条规定:“对于有关不动产所有权和其他物权的纠纷、因妨碍不动产的占有而产生的纠纷,以及因不动产的租借关系或租赁关系、有关住宅或店房的使用合同而产生的纠纷,只要不动产在马其顿共和国境内,则由马其顿共和国法院专属管辖。”^[51] 瑞士、保加利亚、突尼斯、罗马尼亚、哈萨克斯坦、蒙古、乌克兰等国也规定对不动产案件实行专属管辖。^[52] 1995年意大利《国际私法制度改革法》第5条则规定:“意大利对于涉及到位于国外的不动产的物权诉讼无管辖权。”^[53] 突尼斯国际私法法规在主张对境内不动产的案件有专属管辖权时,也主张对位于境外的不动产的案件不实行管辖。^[54]

非专属管辖多具有双边性,在这些管辖范围,管辖标准与确定准据法的标准复杂多变,最终的准据法不一定是法院地法。而专属管辖具有司法管辖的排他性,在专属管辖范围内,平行管辖不被认可,因此专属管辖在确定管辖权的方向上无双向可能性,而是固定不变地指向内国。因此,由内国法院专属管辖的位于内国的不动产案件必定始终被内国法院管辖。在现代国际私法实践中,非不动产所在地国对不动产案件主张管辖的情况极少。同时,不动产关系适用不动产所在地法也是固定少变的,于是,不动产所在地法也就是法院地法的情况经常存在。从这一点看,不动产所在地法是隐存的法院地法。

2012年修订的《民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第33条规定:“下列案件,由本条规定的人民法院专属管辖:(一)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;……”这就意味着,由于中国法院对位于中国的不动产的纠纷实行专属管辖,那么,在国际私法法规中确定对不动产案件选择适用不动产所在地法时,就是适用法院地法。

[51] 前注[1],邹国勇译注书,第255页。

[52] 参见1987年瑞士《关于国际私法的联邦法律》(2010年修改文本)第97条(载前注[1],邹国勇译注书,第161页)、1992年罗马尼亚《关于调整国际私法法律关系的第一百零五号法》第151条(前注[32],中国国际私法学会书,第535~536页)、1998年突尼斯《国际私法典》第8条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2000》(第3卷),第724页]、1999年哈萨克斯坦《民事诉讼法典》第417条(载前注[1],邹国勇译注书,第99页)、2002年蒙古国《新国际私法》第190条[载中国国际私法学会、武汉大学国际法研究所:《中国国际私法与比较法年刊2004》(第7卷),法律出版社2005年版,第650页]、2005年保加利亚《国际私法典》第12条第一款(载前注[1],邹国勇译注书,第218页)、2005年乌克兰《国际私法》第77条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2007》(第10卷),第484页]。

[53] 前注[2],《中国国际私法与比较法年刊1999》(第2卷),第538页。

[54] 参见1998年突尼斯《国际私法典》第4条[载前注[2],《中国国际私法与比较法年刊2000》(第3卷),第724页]。

在中国国际私法法规中，选择不动产所在地法的情况有两种。

（一）不动产物权

2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第36条规定：“不动产物权，适用不动产所在地法律。”结合2012年《民事诉讼法》第33条的规定，在中国法院审理的境内不动产物权纠纷适用的不动产所在地法，就是内国法，也是法院地法。如上所述，各国都确定不动产物权适用不动产所在地法，中国的规定与各国的规定一致。

（二）不动产法定继承

1986年我国《民法通则》第149条规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”25年后，中国再一次在2010年《涉外民事关系法律适用法》第31条规定：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”同样，在对不动产案件实行专属管辖情况下，中国法院审理的不动产继承案件也适用法院地法。

关于法定继承准据法的确定，国际私法中存在同一制和区别制两种不同态度。在两种制度的发展过程中，区别制日渐显露其不合理性，致使一些原来采用区别制的国家纷纷改变态度，转而采取同一制。因此，当今国际私法中同一制已为大多数国家接受。在这样的趋势中，中国仍然采用区别制，表明中国国际私法在以人身关系为基础的继承关系上不愿放弃法院地法的适用。^[55]

六、结 语

法院地法在属地时期具有法律适用上的绝对优势地位，在法律适用的属地性被突破后仍获得了很多重视和很广泛的适用范围，主要因为各国对立法管辖权的争夺和对司法便利的偏爱。由此，在内国法和外国法分置两边的天平上，各国的立法和司法总是偏向内国法，这本是有情可原的抉择。但是，不能退回法律适用的属地主义，这应该是各国必要坚守的底线。

选择适用法院地法，司法的便利不是理性的理由，法院地法和法律关系之间的密切联系和当事人利益的特殊需要才应是考量法院地法是否被选择适用的标准，即使为了实现立法管辖权，这一标准也是不应抛弃的。因此，这一标准也是对法院地法纵和限的标准。

以此标准衡量，在选择适用法院地法方面，过多考虑立法管辖权的实现和司法便利的作法应该受到更多限制，这些作法主要存在于法院地强制性规则的适用、公共秩序保留、外国法的查明、识别、法律规避等领域。另一方面，在诉讼离婚、收养、侵权、不动产物权等领域，法院地法如果是作为保护或实现当事人利益或对利益的期待的最后一个希望，其被选择适用便有了合理理由，由此，法院地法的纵任成为必要。

[55] 参见沈涓：“继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评中国新的国际私法法规关于继承准据法确定的规定”，载中国国际私法学会、中国政法大学国际法学院主办：《2011年“国际私法全球论坛——全球化背景下的国际私法：机遇与挑战”论文集》，第497~513页。