



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

“十二五”国家重点图书出版规划

涉外民事关系 法律适用法的 制定研究

Study on Legislation of the Application
of Laws over Foreign-related Civil
Relationships

李双元○著

CS 湖南人民出版社



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FOUNDATION PROJECTS

D(9)97-2
18

国家社会科学基金一般项目(批准号:10BFX095)

“十二五”国家重点图书出版规划

涉外民事关系 法律适用法的 制定研究

Study on Legislation of the Application
of Laws over Foreign-related Civil
Relationships

李双元○著

CS 湖南人民出版社

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。
未经许可，不得翻印。

图书在版编目（CIP）数据

涉外民事关系法律适用法的制定研究 / 李二元著. —长沙：湖南人民出版社，2013.7

ISBN 978-7-5438-9623-9

I. ①涉… II. ①李… III. ①涉外民事法—法律适用—中国 IV. ①D923.05

中国版本图书馆CIP数据核字（2013）第168852号

涉外民事关系法律适用法的制定研究

编 著 者 李二元
责任编辑 戴 军
装帧设计 黎 珊

出版发行 湖南人民出版社 [<http://www.hnppp.com>]
地 址 长沙市营盘东路3号
邮 编 410005
经 销 湖南省新华书店

印 刷 长沙超峰印刷有限公司
版 次 2013年11月第1版
2013年11月第1次印刷
开 本 710×1000 1/16
印 张 41.75
字 数 682千字
书 号 ISBN 978-7-5438-9623-9
定 价 98.00元

营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）

前言

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的起草工作，从其被列入我国民法典第九编后，即于2002年启动，并开始形成了2002年的草案第一稿。此后，历经九年，方于2010年10月28日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过并颁布，2011年4月1日起已开始施行。它标志着我国这一领域法律制度的建设，已经进入到了一个更系统化的新阶段。但是，就我国整个国际私法制度的全面建设而言，还有一个将本法作更科学的解释以便更好地付诸实践的过程，以及如何进一步将法律适用法与国际民事管辖权制度和涉外民事判决的相互承认与执行两个部分进行整合，进而制定一部完整的国际私法典的艰巨任务亟待完成。^①这无疑是仍然需要国际私法学界为之进一步努力的新目标。

本书收入作者完成本课题研究的主要成果，分为第一、第二两编。前者主要讨论本法总体上的各种问题；后者则是作者于本法草案即将通过时提出的建议稿所作比较法分析与论证。二者相辅相成，互为一体。第一编共四章，其中第一章为作者就本法颁布以后学习、研读过程中所关注的六个方面存在的主要问题，陈述自己的理解和看法，以就教于国际私法学界。这六个问题分别为：制定本法的基本指导理念；国际私法是否存在“民商分立”的体系；最密切联系原则在本法中的反映；自然人民事权利能力能不能适用“经常居所地法”；法律适用法中如何规定国际条约的适用以及为补救此次本法仓促成案并予通过、施行所留下的其他种种缺陷乃至错误所提出的多项立法与司法解释方

^① 自上世纪七十年代以来，各国新制定的国际私法，几乎绝大多数都包括涉外民事关系法律适用、涉外民事审判管辖权制度以及涉外民事判决的相互承认与执行这三个部分的。

面的具体建议等等。^①第二章为作者参加2008年7月武汉大学国际法研究所受全国人大常委会法工委的委托召开的一个小型“高级研讨会”后，就正式启动我国涉外民事关系法律适用法的起草与制定工作撰写的对几个值得注意的问题的看法与建议，包括：（1）国际私法至今仍有学说法色彩，这主要是因为它是“间接法”（即仅指定各该涉外民事关系应适用何国法律作准据法）所决定的，因而在立法上有较大的灵活处理空间；（2）应慎重考虑是否应当设立总的指导原则，以及如需设立，当以什么为此类原则；（3）特别呼吁，应该在清点和检讨我国已有的法律适用法的基础上进行新法的起草工作，注意立法的稳定性、连贯性，切忌不经详细论证，今日一法、明日一法；（4）呼吁起草过程中，应动员全国国际私法学界的力量，组织更多的学人与从事涉外民事司法与商事仲裁研究的专家直接加入起草工作。^②第一编第三章是作者收到法工委2010年6月草案稿经反复研读后，反映个人对它的几点主要看法的反馈建议，包括：（1）继续呼吁在注意到我们国家已经具备制定一部完整的法律适用法充分条件的同时，仍得注意在一个稳定的政权下和法律秩序中，如果不是法律的指导方针发生了根本性的变化，不宜在没有详细论证的基础上，即否定原来的法律包括它的司法解释，仓促制定新法；（2）建议趁此次立法机会，让我国的法律适用法回归国际社会的普遍实践，放弃在我国多部法律适用法中规定中国参加的民事实体法条约优先，国际惯例补遗的规定；（3）应重视科学的法律体系，建议根据我国倡导的“以人为本”的理念，将“婚姻家庭”一章从本法倒数第二章调至“民事主体”之后，而置于各种财产法之前；呼吁本法在属人法方面不应放弃“住所”这一重要的、传统的连结点；（4）文中再一次呼吁不要坚持用“社会公共利益”取代国际社会民事立法、国际私法立法普遍采用的“公共秩序”或“公序良俗”的提法。为了引起重视，文中还特别列表表明，至少三十个国家和地区的国际私法立法中都不是用“社会公共利益”来表述这一重要制度。实际上，在现在已有的国际私法立法体例中，绝无其他一例采用我国这一提法的。本编第四章是在进一步读到人大常委会2010年8月28日经二次审议的稿子后，赶在当年9月30日晚12时以前，除再次提出几点修改意见之外，并附上了我们自己的也只有五十二个条文的建议稿。本书的第二编便是上述附有详细的

^① 载《时代法学》2012年第3期，收入本书时作了重要的补充。

^② 该文刊于《时代法学》2008年第6期，pp. 3-12.

“比较法说明及资料”的我们的建议稿，以及作者根据随机抽取的三十三个国家和地区在相关问题上的立法资料的汇集。我们的建议稿，也是我们研读这些资料的心得，是这一研究成果不可或缺的重要组成部分。它的内容无疑是很值得立法、司法实务部门在运用和解释本法时参考的，也很方便研习者参考。在完成本课题的上述两方面的工作之后，我们仍有惴惴不安的感觉，那就是仅仅在第二编的比较法说明中，引用了三个案例材料，而且都是外国的。这无疑反映了作者对我国涉外民事司法与仲裁实务的研究是很不够的，但是否也有司法实务的某种选法取向上（即尽可能诱导争议当事人同意适用中国法，以免迁延诉讼的时间）的原因。

本书之所以在2010年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》颁布施行已近三年之时，仍坚持多以不敬之辞，论东道西，绝非故作标新立异，以哗众取宠，而是完全从我国国际私法之进步与健康发展出发，苦心孤诣，企望终能得到相关机关及学界翘楚的体察。作者本书第二部分各相关问题所列的比较法说明亦可佐证我国2010年新法中的某些规定，几不为其他任何国家国际私法所采用，个中道理，究何所在？亦未尝不可借此反思！

最后，趁本书结项出版之际，特地感谢湖南师范大学法学院的领导，以及蒋新苗、李先波、郑远民、肖北庚、李爱年、欧福永、王葆蔚等教授，是他们的大力支持，才使我能获得这个项目并能顺利进行。我还得感谢帮助我进行这个项目研究工作的包运成、王伟、杨志仁、李妮、李俊平等师大国际法博士研究生，以及我自己指导的博士研究生、硕士研究生宋云博、邓剑、黄栋梁、刘琳、杨德群以及王琢、王敏、匡少娟、黎琴等，他们在项目的进行过程中，为我做了大量具体的整理、说明、编辑、校阅的工作，付出许许多多的时间和精力。

本书得以列入国家出版基金资助项目，要特别感谢湖南人民出版社的负责同志及负责本书编辑工作的戴军先生的巨大努力和辛勤工作。

李双元

湖南师范大学终身教授
武汉大学教授（退休）
中国国际私法学会名誉会长

目 录

涉外民事关系
法律适用法的制定研究

Study on Legislation of the Application of
Laws over Foreign-related Civil
Relationships

▶ 第一编 总论

- 第一章 学习我国《涉外民事关系法律适用法》的几点体会 / 002
- 第二章 关于起草我国《涉外民事关系法律适用法》(2008年稿)的几点想法 / 033
- 第三章 再论起草我国《涉外民事关系法律适用法》的几个问题 (2010年) / 051
- 第四章 《涉外民事关系法律适用法》(2010年9月)建议稿及简要说明 / 066

▶ 第二编 《涉外民事关系法律适用法》建议稿的比较法说明

- 第一章 总 则 / 082
- 第二章 民事主体 / 142
- 第三章 婚姻家庭 / 210
- 第四章 财产权 / 305
- 第五章 知识产权 / 370
- 第六章 债权 / 379
 - 一、合同之债 / 379
 - 二、法定之债 / 455
- 第七章 继 承 / 509
- 第八章 附 则 / 544

► 附 录

1. 中华人民共和国主席令（第三十六号） / 548
 2. 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法 / 549
 3. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》 / 554
 4. 我国新旧涉外民事关系法律适用法（含司法解释）比照表 / 557
 5. 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）（2010年6月10日修改稿） / 578
 6. 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）（2010年8月28日二次审议稿） / 584
 7. 关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）》主要问题的汇报 / 589
 8. 关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）》审议结果的报告 / 592
 9. 关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案三次审议稿）》修改意见的报告 / 595
 10. 《中华人民共和国民法（草案）》第九编 涉外民事关系的法律适用法（2002年） / 596
 11. 涉外民事关系法律适用法（建议修改之讨论稿）（武大高级研讨班2008年稿） / 607
 12. 中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿（中国国际私法学会2010年稿） / 639
- 主要参考资料 / 653

涉外民事关系
法律适用法的制定研究

Study on Legislation of the Application of
Laws over Foreign-related Civil
Relationships

第一编
总论

| 第一章 |

学习我国《涉外民事关系法律适用法》 的几点体会

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）经数年努力，其间立法机关与我国国际私法学界，包括本文作者在内，曾分别提出过几份建议文稿^①，也召开过多次学术讨论会，并从2010年6月以后，进入到正式审议阶段，终于在同年10月28日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过、颁布，并于2011年4月1日生效实施。这无疑是我国涉外立法方面的一个新的成就，并在国际私法学界引起高度关注。但由于本法在其附则第51条规定：“《中华人民共和国民法通则》第一百四十六条、第一百四十七条、《中华人民共和国继承法》第三十六条，与本法的规定不一致的，适用本法。”从而将我国于此法颁布以前的绝大部分已有立法与相关的司法解释均保留了下来，并未采取废除早先已有立法的做法^②，从而在前后法律之间，不免存在诸多规定不同的地方，本文主要就是针对这方面的问题，陈述个人学习、研究本法时的一些心得与体会的，但求言之在理，或能对立法、司法机关在就本法进行解释时，有些许参考的价值。

① 作者先后于2003年、2008年、2010年向立法机关、中国国际私法学会学术研讨会数次呈报过建议稿及研讨论文。其中如《关于起草我国国际私法法典的几个问题》，载《时代法学》2008年第6期；《再论起草我国涉外民事关系法律适用法的几个问题》，载《时代法学》2010年第4期。

② 被废除的仅限于1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国合同法》时废除的1985年《中华人民共和国涉外经济合同法》中涉外经济合同法律适用的有关规定及1987年10月10日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》一至六条的有关规定。加之，最高人民法院于2010年12月2日发布的〔2010〕52号《关于认真学习贯彻执行〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉的通知》要求认真贯彻本法的第2条与第51条，同时在该《通知》中，还要求本法实施以前发生的争议，应当适用行为发生时的有关法律规定的，如发生时相关法律没有规定的，可以适用本法，均表明旧法仍然是有效的。

一、关于本法制定的目的

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》已于2011年4月1日起开始施行，但此前经全国人大及其常委会颁布的法律中，不少已就涉外民事关系规定的应该适用的法律，却未被废除，如：1986年《中华人民共和国民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”第142—150条，以及最高人民法院1988年就该章所发布的司法解释的第178—195条；1985年《中华人民共和国继承法》的第36条共3款；1992年《中华人民共和国海商法》的第268—276条；1995年《中华人民共和国民用航空法》的第184—190条；1998年《中华人民共和国票据法》的第95—102条；1999年《中华人民共和国合同法》的第126条与第129条；以及最高人民法院2007年专门发布的《关于审理涉外民事及商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》共12条，等等，林林总总，^①可谓不少。但在处理新法与上述种种旧法的关系上，新法第51条仅简单规定：《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》的第36条，与本法的规定不一致的，适用本法。这无疑表明：本法不但并无统一我国涉外民事关系法律适用法的意图，相反，倒是在实际上把我国的涉外民事关系的法律适用制度搞得更为复杂了。其复杂的问题至少表现在以下一些方面：

（一）本法虽未再提处理涉外民事关系有民事实体法方面的国际条约和国际惯例的应优先适用，但早先这一制度却是规定在《民法通则》第142条、《海商法》第148条、《民用航空法》第184条、《票据法》第96条中，既然这几种法律都不在废止之列，自然仍是有效而必须适用的法律规定。如果仍持此观点，是否破坏了本法仅为涉外民事关系法律适用法即冲突法的性质？^②

（二）早先的上述各法中虽未规定查明外国法的方法或途径，但1988年《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193项曾经规定：“对于应当适用的外国法律，可以通过下列途径查

^① 这里提及的所有立法、司法解释及历次立法建议稿均可在本书附录中查阅。下文中，凡有引及的，亦可查阅附录中列明的文本。

^② 对于这个问题，本文第五部分将进一步陈述作者的观点。

明：(1) 由当事人提供；(2) 由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；(3) 由我国驻该国使领馆提供；(4) 由该国驻我国使领馆提供；(5) 由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。”而本法第 10 条则仅仅规定为：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。”既不提“人民法院依职（责）权（限）查明”，也不提不是当事人自主选择法律“亦可要求当事人提供”，前者似过分夸大了法院的职责与权限，后者似忽视了在民事审判中谁主张权利，谁负责证明的基本原则（请查看意大利 1995 年国际私法第 14 条）。二者相比较，最高人民法院的司法解释无疑是更为具体而合理的。但既然《民法通则》第八章不在废除之列，自然最高人民法院的上述解释也应继续有效。从而在查明外国法的问题上，我国法院仍有充分理由坚持适用旧法，而当事人大多则可能主张适用新法，仅应由法院查明。

（三）关于自然人的民事行为能力（关于自然人的民事权利能力的准据法规定，本文将另作重点讨论），1986 年《民法通则》第 143 条规定为：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。”而这次本法第 12 条规定为：“自然人的民事行为能力，适用经常居所地法律。”无论依法理或我国《民法通则》及其司法解释，这二者也应有区别，又该如何处理？

（四）关于合同应适用的法律，1986 年《民法通则》第 145 条规定为：“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。”而此次本法第 41 条规定为：“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。”

故二者又有几大区别：

首先，1986 年的前引条行文中为“当事人可以选择……所适用的法律”，而且明文规定，这只能在法律没有另外规定的情况下才可依“除外”处理；而这次立法则完全放弃了“法律另有规定的除外”这一限制。

其次，这次本法前引条于当事人未协议选择法律时，允许依特征履行或最

密切联系决定应适用的法律，而在法理上讲，“特征履行方法律”与“最密切联系的法律”却也可能不是一个国家的法律。审判时，如当事人坚持适用《民法通则》第145条，又当以何者为据？

第三，在合同法律适用上，还有1999年通过的《中华人民共和国合同法》第126条规定，其第一款虽与上引《民法通则》第145条相同，但其第二款却是明显不同的，即“在中华人民共和国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，适用中华人民共和国法律。”《合同法》这一单边的只允许适用中国法律的冲突规则既未废除，当然是继续有效的。这在合同的法律适用上也未达到统一的目的。

（五）由于本次立法未以统一我国涉外民事关系法律适用为目的，新旧法律规定的差异还可见于《民法通则》第148条规定为“扶养适用与被扶养人有最密切联系的法律”，而这次规定为：“扶养，适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。”虽然在形式上看，本法这一条规定似较《民法通则》第148条更为详尽合理，因为它是以利益为导向的冲突规范——即以最有利于被扶养人为导向，但“一方”却指何方？粗心一点的话，可能给出的答案就是“扶养人的对方”。但如作这一理解，在行文上为什么泛称“一方”？既为“一方”，则被扶养人或其代理人完全有理由主张这里所指的“一方”可以解释为只要扶养人方与被扶养人方的“任何一方”的“经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法”中所包含的“最有利于被扶养人”的规定是都得适用的，从而在审判程序上，至少首先是“双方”的这三个连接点所在地有关扶养的实体法制度是都得调查的。而且这句话的“或”绝不能被解释为法官只要调查其中的“国籍国法”或“主要财产所在地法”，因为在这二者中虽有“或”字存在，但二者中究竟何者的法律对被扶养人最为有利，是必得找出这两个地方的法律来作对比时才能确定的。这就是说，在执行这一条规定时，法官必须调查扶养人和被扶养人“双方”这“三个地方”的法律，也就是必得同时调查双方共六个地方的法律后，才能抽出这六个地方的法律中最有利于被扶养人的法律具体规定加以适用。这能做到吗？

对这一条在适用上带来的麻烦，还远不止于此。即如待法官调查了这六个地方的法律，也从中抽取出了各个最有利于被扶养人的法律规定，但由于

《民法通则》第148条未被废除，对于当事人（被扶养人），仍可以依据这一条的“不符合最密切联系原则”进行抗辩，乃至在他国另行起诉，或请求拒绝执行依新法做出的判决。

（六）《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。”而此次本法规定：“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。”虽然不动产继承的准据法表述不变，可是动产法定继承的准据法却由“被继承人死亡时住所地法律”，改为了“被继承人死亡时经常居所地法律”，而“住所地法”与“经常居所地法”依《民法通则》第15条和最高人民法院对经常居所地的相关司法解释，二者无疑是不同的，却也同时有效。

这次立法，不但在它与早先立法之间，因新法第51条的规定，明显地看出它的立意并不以统一我国已有的法律适用法为目的，而且新法本身也往往有取不一致立场的规定。其中最值得商榷的就是，对同一规定对象，在仅有的40个规定了系属的条文中，有的把实质要件与形式要件应适用的法律分立为两条，有的却又合并在一-条中规定；有的把特定的人身关系和财产关系合并在一-条规定，有的却也分立为两条。很难让人理解这种不同处理的根据是什么？有没有统一的考虑？在起草时既已确定本法当控制在50个左右条文的规模上，为什么不可以采取合并为一条，分立不同的两款来作规定，从而节约出条文，以便规定更多的问题呢？例如对于结婚，为什么一定要用第21条和第22条分别规定“结婚条件”和“结婚手续”的各自的法律适用，而这两条中规定应适用的法律，又有两种是彼此相同的。比如第21条对于结婚条件，也允许适用婚姻缔结地法和一方当事人经常居所地法，只是得首选“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”而已。像结婚这样的问题，本法起草时即使认为共同经常居所地法律和共同国籍国法律是最重要的，是必须首先适用的，却为什么在结婚手续上又完全不用这两个地方的法律，只要求符合一方当事人的经常居所地法或国籍国法呢？这样会不会造成结婚条件符合准据法的要求，而结婚的手续却不符合准据法的要求的情况，自己给自己造成麻烦呢？

又如夫妻关系，基于本法的规模较小的预设，似完全可以在一条中以两款

加以规定，却也分设“夫妻人身关系”和“夫妻财产关系”两条。同时对于离婚，本法在有限的条文中，也分立为“协议离婚”与“诉讼离婚”，而且把“协议离婚”的准据法，规定得如此复杂——首先，允许当事人协议选择适用一方当事人经常居所地法或国籍国法；其次，如当事人没有选择的，适用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；没有共同国籍的，适用办理离婚手续机构所在地法。这种要求必须“依次决定应适用的法律”之间又不存在“依次放宽”的观念，不是在给法院制造困难吗？在价值取向上，是支持协议离婚，还是尽可能限制协议离婚？但接着看对“诉讼离婚”的规定，倒十分简单明了，只要“适用法院地法”。本法在“夫妻关系”上，区分“人身关系”（第23条）和“财产关系”（第24条），但在“人身关系”与“财产关系”二者的法律选择上的价值取向也是不一致的。

但是紧接着第25条对父母子女人身和财产关系，又不加区分。不过它的“依次适用”模式倒是比较科学的。对收养作规定的第28条，也把收养的“条件和手续”合并在一起定应适用的法律。这种分分合合，又是基于怎样的立法指导理念呢？

凡此诸例，是否反映出，起草本法时就缺乏一种统一的或“一以贯之”的理念，随意性过大，严谨性缺乏。而“严谨”却是立法中必须做到的，它不应只是一种理念上的追求，而应更有利于法院的适用。

除以上之外，更难以让人理解的是，为什么在花费了近十年的努力，终于在2010年10月28日最后通过的文本第五十一条规定本法与早先已有法律的关系，单单只规定“《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”？而这三条的内容，分别为：《民法通则》第146条规定：“侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律”；“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。”这与本次立法第44条的规定“侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议”的规定是明显不同的，为什么在第51条的行文上，又采取明知故问的句式，而不干脆将前者废除呢？至于《民法通则》第147条，是

只规定中国人与外国人结婚和离婚的，而且十分简单明了地规定对前者只适用婚姻缔结地法律，对后者应适用法院地法律；而此次本法则已泛指任何涉外结婚和离婚，但又都非常繁琐地各分别对“结婚条件”、“结婚形式”、“协议离婚”和“诉讼离婚”规定各应适用的法律，也是分明不同的，为什么也要在行文上采明知故问地保留了《民法通则》第147条的效力呢？至于1985年《继承法》第36条，其第一、二款均为单边冲突规范，第三款则为条约的优先适用，与此次本法第三十一条也是明显不同的，为什么也不加以废除却又要求适用此次“本法”？在这个问题上，1986年《民法通则》第149条还有规定“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”，也与本法规定不同，它们与此次本法又该如何适用，却又完全置之不理。凡此种种，很难看出在处理新旧立法的关系上，有严谨、周密的考虑。

二、关于本法是否取“民商分立的问题”

与认为本法的出台标志着我国涉外民事关系法律适用法的“统一”观点相反的，是下面我们将讨论的这次《涉外民事关系法律适用法》究竟是取“民商分立”还是“民商统一”的立场的问题。十分奇怪的现象是，国内目前主张此次立法实现了法律适用法的“系统化”与“统一”的学术著作，往往又持本法是取“民商分立”的观点。对于本法取“民商分立”的认识，本文也是有不同观点的。

持“民商分立”观点的人们的依据，恐怕主要来源于全国人大常委会法律委员会主任委员2010年8月23日在第十一届全国人民代表大会常委会第十六次会议上所作的对本法草案主要问题的汇报，其中“关于本法与其他法律的关系”一节中称：“有些专家和法院的同志建议把海商法、民用航空法、票据法等三部商事法律的有关法律适用的规定纳入本次立法中来，制定一部‘统一’的涉外民事关系法律适用法。考虑到商事领域的法律众多，除这几部法律外，还有公司法、合伙企业法、保险法、证券法、证券投资基金法等，制度内容不同，监管要求不同，情况十分复杂，在什么情况下可以适用外国法律，还是在单行法中作出规定为宜。据了解，国外的法律适用法对商事领域的法律适用问题一般也不作规定。因此，草案没有将海商法、民用航空法、票据

法有关具体规定纳入本法……”^①

但是如果本法在立法旨意上是自一开始到终审通过就确采“民商分立”，那么在立法本意上，它的关于法人的法律适用制度，其法人也应该不包括从事商业活动的法人（第14条），能这样理解么？它的关于代理的规定（第17条），也不包括商事代理吗？但追根溯源，代理制度是最早主要从商事活动中发展起来的。“行纪”及目前的各种“经纪人”在本质上就是执行代理业务的。

它的关于仲裁允许当事人选择仲裁协议应适用的法律（第18条），也只适用于除商事仲裁之外的纯民事争议么？在我国乃至在世界范围内，“民事仲裁”制度已发展到这样复杂的程度，乃至国际私法中，也必须为“民事仲裁”设立一个专门定准据法的冲突规范了？事实上，在中国这块土地上，仲裁制度也主要是为了适应商事活动中迅速解决法律纷争而设立的。

在本法关于法人的规定中，它明明提到“法人及其分支机构的民事权利能力与行为能力、股东的权利与义务事项”，而且在第二款中，一开头就直指“法人的主营业地”，“公法人”有“营业地”吗？这不都是商事法人的特有概念吗？

它还专设有一条“信托”的规定，而且允许当事人协议选择信托应适用的法律。这难道也是只指纯民事中如英国原来的“信托”吗？我们国家“民事信托”真有这么发达，从而必须在涉及民事关系法律冲突的法律中，专设一条冲突规范吗？而在我们国家目前的实际生活中，“信托”仅仅或主要、大量发生在商事领域中。

本法关于不动产物权法律适用的规定（第36条），也只涉及非商业流转关系中的不动产物权吗？如果是，那1988年最高人民法院在《民法通则》第144条关于“不动产的所有权，适用不动产所在地法”的基础上，特别在其解释中又释为“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物等等的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系”呢？这其中的所有权因买卖、租赁、抵押而发生的法律关系，难道又主要不表现于商业营运之中吗？

^① 参见本书附录7：《关于〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）〉主要问题的汇报》中的第六点。本书第591页。