

2017年8月10日

环球法律专递

GLO Legal Updates



涉外民事关系中当事人选择适用法律之要点分析

作者：顾巍巍 吴茵 陈嘉申

于2011年4月1日正式施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（“《法律适用法》”）以及于2013年1月7日施行的《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）》（“《解释（一）》”），均对涉外民事关系法律适用作了明确的规定。在实际适用这两部规定的具体条款时，笔者也遇到了一系列问题。对此，笔者针对有关“当事人选择涉外民事关系的适用法律”的相关问题作了专题性研究。现谨以此文与大家分享，抛砖引玉。

一、 当事人选择涉外民事关系的适用法律的前提

（一） 法律“授权”当事人选择适用法律

《法律适用法》第3条规定，“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律”。《解释（一）》第6条进一步规定，“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

所谓“法律有明确规定”的情形如《法律适用法》第17条、第18条明确规定，“当事人可以协议选择”信托、仲裁协议的适用法律。与之相对的情形则如《法律适用法》第11条、第12条将自然人的民事权利能力、行为能力的适用法律明确为“自然人经常居所地法律”，当事人无权进行选择。

可见，在涉外民事法律关系中，当事人通过意思自治选择适用法律应以“法有明文规定”为前提。

实践中，涉外合同领域是当事人最常选择适用法律的领域。《法律适用法》第 41 条明确授予了当事人协议选择合同适用的法律的权利。但当事人在合同领域实际使用法律适用条款时要注意以下几点：

1. 法院将适用法院地法判断法律适用条款本身的效力

尽管我国法律对于法律适用条款本身的适用法律没有明确规定，从法院的审理情况来看，适用法院地法来判断当事人约定的法律适用条款的效力是我国法院在实践中的共识。

2. 争议解决条款的适用法律并不必然等同于合同约定的准据法

多数情况下，涉外合同当事人不仅会在协议中约定协议适用的准据法——法律适用条款，还会约定争议解决条款。一般而言，涉外合同的争议解决条款主要包括两种类型：提交仲裁裁决（仲裁条款）或提交有管辖权的法院管辖（诉讼管辖条款）。

(1) 仲裁条款——仲裁协议的适用法律须另行明确约定

《法律适用法》第 18 条规定“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”另外，《第二次全国涉外商事审判工作会议纪要》第 58 条规定，“当事人在合同中约定的适用于解决合同争议的准据法，不能用来确定涉外仲裁条款的效力。”

因此，当事人约定的涉外合同的准据法，并不当然及于仲裁条款，仲裁条款的适用法律需要另行约定，否则依据《解释（一）》第 14 条将直接适用仲裁机构所在地法律或仲裁地法律。

(2) 诉讼管辖条款——直接适用法院地法

由于当事人约定的准据法仅指实体法，而管辖的确定属于诉讼法事项，是公法的范围，法院不能适用合同约定的法院地国之外国家或者法域的实体法律决定管辖问题。（参见本文第四部分“当事人选择的准据法仅指向实体法”）

对此，江苏省高级人民法院在其《涉外商事案件审理指南》第二节“涉外商事案件的管辖”中的第四大点“协议管辖”的第 7 小点明

确规定，管辖协议的准据法应适用法院地法。

最高院在（2009）民三终字第4号案中明确指出，协议选择适用法律与协议选择管辖法院是两个截然不同的法律行为，应当根据相关法律规定分别判断其效力。对协议选择管辖法院条款的效力，应当依据法院地法进行判断。

（二）对涉外民事关系的法律适用不存在强制性规定

《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。”《解释（一）》第10条进一步规定“涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定”。同时，第10条也对存在强制性规定的情形进行了罗列，包括：①涉及劳动者权益保护的；②涉及食品或公共卫生安全的；③涉及环境安全的；④涉及外汇管制等金融安全的；⑤涉及反垄断、反倾销的；⑥应当认定为强制性规定的其他情形。

上述直接适用的“强制性规定”散见于各部法律、行政法规之中，如《中华人民共和国合同法》第126条第2款规定“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”；《中华人民共和国劳动合同法》第2条规定“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法”等。

据此，在我国法律对涉外民事关系适用做出强制性规定的情形下，法院将径行适用该强制性规定，当事人无法通过约定其他法律来排除中国法的适用。

（三）当事人选择的法律不损害我国社会公共利益

《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法律。”据此，若当事人就某一涉外民事法律关系选择了他国法作为准据法，而该准据法的适用将违反我国社会公共利益的，则该选择的准据法仍无法得到适用，这同时也是国际法上公共秩序保留原则的体现。

（四）当事人选择的法律没有构成对我国法律、行政法规的规避

《解释（一）》第 11 条规定“一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。”

二、当事人选择涉外民事关系适用法律的方式和时间

（一）选择方式——原则上明示，有条件承认默示

依据《法律适用法》第 3 条之规定，“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”《解释（一）》第 8 条第 2 款规定在一审诉讼程序中，“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。”

由此可见，当事人选择涉外民事法律准据法原则上应以明示形式作出，但若双方在一审诉讼程序中均援引了相同国家的法律且未提出法律适用异议的，则可以被认定为以默示的方式对适用法律作出了选择。

（二）选择的时间——一审法庭辩论终结前

《解释（一）》第 8 条第 1 款规定“当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的人民法院，应予准许。”

由于该法条针对的是诉讼程序，并不当然是用于仲裁程序。根据上海国际仲裁中心提供的咨询意见，在仲裁程序中，仲裁庭一般也会参照该条要求当事人在庭审的辩论终结前确定适用法律。

三、当事人可选择的适用法律范围

（一）当事人选择的适用法律仅包括实体法

若涉外民事关系的当事人选择了所适用的准据法，尤其是选择了外国法的情况下，需要注意的是，该选择的准据法仅指向外国实体法，而不包括冲突规范和程序法。

1. 不包括冲突规范

《法律适用法》第 9 条规定“涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。”在《最高人民法院民四庭负责人就〈关于适用若干问题的解释（一）〉答记者

问》中解答“法律适用法的溯及力问题”时，提到“该法系冲突规范，其适用最终导致影响当事人权利义务的实体法的适用”。《江苏省高级人民法院涉外商事案件审理指南》中也提及“准据法是指经冲突规范指定援用来确定涉外商事关系当事人具体权利和义务的特定的实体法，不包括冲突规范和程序法”。

2. 不包括程序法

《中华人民共和国民事诉讼法》第4条规定“凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守本法。”可见，发生在我国境内的民事诉讼的准据法为该法，当事人对此不可协议排除。

同时，《涉外商事海事审判实务问题解答（一）》第15问“举证责任应当适用法院地法还是适用合同准据法？”，最高人民法院对此的回答也印证了当事人所选择的外国法律不应包括该国的程序法，其指出，“举证责任是指当事人对自己提出的主张有提供证据进行证明的责任，属于程序问题。涉外商事纠纷案件的当事人虽然在合同中约定了准据法，但举证责任及其后果均适用法院地法，而不应适用当事人约定的合同准据法。”

此外，如上文提及的《江苏省高级人民法院涉外商事案件审理指南》也明确指出准据法不包括程序法。

因此，当事人协议选择适用某国的法律作为准据法时，其选择的只是该国的实体法，不包括该国的冲突规范，不存在再经该国冲突规范指引向其他国家法律甚至中国法的情况。当事人所选择的外国准据法也仅解决案件实体问题，对于审理过程中所涉及的程序性问题，应直接适用法院地法。

（二）当事人选择的适用法律无需与系争涉外民事法律关系有实际联系为前提

《解释（一）》第7条规定，“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。”由此可见，当事人选择的准据法原则上不以该法律与系争涉外民事法律关系有实际联系为前提。

但须注意的是，一些规定限缩了当事人可选择的准据法范围。如《法律适用法》第24条规定，夫妻财产关系，当事人可以在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择一适用。

四、 当事人选择外国法作为准据法情形下的外国法查明

（一） 当事人有义务提供所选择的外国法

《法律适用法》第 10 条第 1 款规定“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。”根据这一规定，对于当事人选择适用外国法的，当事人负有提供该国法律的义务。

（二） 当事人提供外国法的方式

依据《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 52 条，当事人提供外国法的途径包括：通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。

（三） 当事人须在合理期限内提供外国法

《解释（一）》第 17 条第 2 款规定“当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”该对

于该条所指的“合理期限”，我国法律未做进一步规定，但因审判实践中法院倾向于把当事人提供的外国法作为事实证据对待（下文详述），故一般情况下会要求当事人在举证期限内提供外国法律，当事人也可向法院申请延长提供外国法律的期限。

此外，一些法院会限定当事人在法庭辩论结束前提供外国法，否则视为外国法无法查明。如广州海事法院在（2015）广海法初字第 405 号一案中认为，被告及第三人虽主张本案适用美国佐治亚州法律，但是直至法庭辩论终结前，也未提供美国佐治亚州法律的规定，故应认定美国佐治亚州法律的规定不能查明。

（四） 法院认定外国法是否查明的标准及不能查明的后果

1. 法院认定外国法是否查明的标准

我国法律目前尚未对外国法是否已经查明给予一个明确的标准。实践中法院普遍把当事人提供的外国法作为事实证据对待，并从认定案件事实的角度对待外国法的查明问题。《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 52 条规定“当事人提供的外国法律经质证后无异议的，人民法院应予确认。对当事人有异议的部分或者当事

人提供的专家意见不一致的，由人民法院审查认定。”2016年最高人民法院《涉外商事海事裁判文书写作规范》中也提及可以将外国法查明的客观事实与案件查明的客观事实一起，置于“九、根据质证认证情况，对业经查明认定的基本事实进行综合陈述”之下。

根据笔者检索的相关案例（见附件），法院在认定外国法是否查明的问题上通常会从以下几个因素加以考量：

(1) 是否能够真实、客观地反映外国法内容

实践中，当事人为了查明外国法律，往往向法院提供境外律师出具的法律意见书来证明外国法律的理解与适用。但是，从法院的审理情况看，部分法院认为法律意见书仅代表境外律师对外国法适用的主观意见，其内容不足以真实、客观地反映外国法的内容，当事人应当同时附上相关的成文法法条或判例的原文。（详见附件中第1-4则案例）

(2) 是否能全面体现案件所涉法律问题或是否与案件事实相关

法院在认定外国法的查明过程中，也会关注当事人提供的外国法是否能够全面体现

与案件有实质性联系的法律问题，以及对案件是否具备可适用性。（详见附件中第5-6则案例）

(3) 形式、来源是否符合法律规定

当外国法的内容作为证明对象被当事人提交至法院时，一些法院会参照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第11条、第12条的规定来审查该外国法的形式：对于在境外形成的，通常要求其已经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证；当事人向法院提供的外国法内容系外文的，应当附有中文译本。（详见附件中第7则案例）

2. 法院认定外国法不能查明的后果

《法律适用法》第10条第2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。”

结合本所的实践经验，选择外国法的当事人提供外国法并被法院认可并接受，存在一定的难度。一些当事人在订立协议时从保护己方权利的角度要求适用某外国法，但在司法实践中，该外国法最终能否被得到适用仍存在一定的诉讼风险。

五、 小结

综上所述，当事人在选择涉外民事关系的适用法律时，应当以法律有明文规定为前提，并且，当事人选择的准据法不得与法律的强制性规定相冲突，不得损害我国的社会公共利益，不得构成对我国法律、行政法规的规避。此外，当事人选择的准据法只能是实体法，不能对冲突规范或者程序法作出选择或者约定。在诉讼程序中，当事人对其选择的外国法负有举证责任，承担相应的举证风险。

顾巍巍为环球常驻上海的合伙人，其主要执业领域为争议解决，合规、反垄断政府调查，劳动等。

邮箱: guweiwei@glo.com.cn

吴茵为环球常驻上海的律师，其主要执业领域为争议解决，合规、反垄断政府调查，劳动等。

邮箱: yinwu@glo.com.cn

陈嘉申为环球常驻上海的律师助理，其主要执业领域为争议解决，合规、反垄断政府调查，劳动等。

邮箱: jesschen@glo.com.cn

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

免责. 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号: [globallawoffice](https://www.globallawoffice.com)

附：法院认定外国法是否查明的相关案例

序号	案件名称	案号	审理法院	相关判决内容
1	东明中油燃料石化有限公司与德力西能源私人有限公司运输合同纠纷	(2016)鲁民终1891号	山东省高级人民法院	<p>双方当事人在合同中约定“此合同应受到英国法律的管辖并且按照英国法律进行解释”，应视为双方均选择适用英国法律解决争议。当事人负有向法院提供英国法律的义务。英国系判例法国家，其法律的存在形式包括判例和成文法。当事人应以提交判例或成文法的形式提供该国法律，并且可以附带法律专家、法律服务机构等出具的法律意见及理由。</p> <p>一审中，德力西公司提交了英国夏礼文律师事务所出具的英国法专家报告。该份专家报告能否被视为查明的英国法律适用于本案，应视该专家报告的内容是否准确、全面，能否解决本案争执的焦点。</p> <p>本案双方当事人争执的焦点为买卖合同的成立时间、双方是否通过信用证的开立就第一船货物的价格进行了变更。对于合同的成立时间问题，该份专家报告没有关于英国法对合同成立时间确认的相关内容。对于信用证是否变更了合同约定价款的问题，英国专家报告虽然包括专家意见，并附带了三个英国判例及一份英国出版物（该报告的具体内容前文已述），但对该焦点问题，专家报告仅有“接受了信用证的修改就是改变了基础买卖合同”的法律意见，并无英国判例或成文法予以支持。该法律意见不足以客观说明英国就此问题的法律规定。因此，德力西公司提交专家报告的内容不能够解决本案争执的两个焦点问题。</p> <p>根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》</p>

				第十条第一款的规定，对当事人选择适用外国法律的情形，外国法律应由当事人提供。本案当事人未完成提供外国法的义务，应视为英国法未查明。
2	永亨银行有限公司与张福明、吴鹏、香港鑫华龙文化印刷有限公司、成都鑫华龙文化印刷有限公司融资租赁合同纠纷	(2014)成民初字第341号	成都市中级人民法院	《租赁合同》约定适用香港特别行政区法律，但永亨银行提供的香港律师法律意见书，并非可以作为法律适用依据的普通法判例，故参照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条关于“当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。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”的规定，本案适用中华人民共和国大陆地区法律及司法解释。
3	江河创建集团股份有限公司与鑫宏达集团有限公司、中国建设	(2014)徐民初字第0273号	徐州市中级人民法院	本案原告诉称沙特法律允许分包商在发包人及承包商许可的情况下进行再次分包，并以此主张涉案钢结构分包合同有效，据此应视为原告选择适用沙特法律主张权利，故应由原告负责查明沙特相关法律，但原告举证的沙特王国认证局和中国驻沙特大使馆出具的幕墙工程的分包许可书认证文本和翻译文本，以及沙特 AL-SHAMI& KURDI 律师事务所出具的律师意见，仅是承包方对同意分包的声明以及沙特律师对相关法律的理解，并非对沙特法律的查

	银行股份有限公司徐州城中支行建设工程施工合同纠纷			明，亦不能以此作为认定沙特法律允许二次分包的证据。
4	杭州热联进出口股份有限公司诉吉友船务有限公司海上货物运输合同纠纷	(2010)厦海法商初字第353号	厦门海事法院	《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)第二百六十九条规定, 涉外合同当事人可以选择合同适用的法律。上述条款约定适用英国法有效。根据《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》规定, 当事人选择适用外国法时, 由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。被告经香港夏礼文律师行提供的英国法内容, 原告质证时提出异议。英国法以判例法为主要渊源。由于判例法的特殊性, 法律规则蕴含于判例之中, 对英国判例法的查明, 特别是在遇有争议的情况下, 通常需要对案例进行研判以辨识相关内容是否确为法律规则、其含义及适用范围如何。被告未提供相关判例或可以佐证的文献著述, 难以稽核《法律意见证明书》所述为英国法规定。在英国法不能查明的情况下, 本案应适用中华人民共和国法律加以解决。
5	威廉 A. 里德联合有限公司与海宁森德皮革	(2009)浙嘉商外初字第32号	嘉兴市中级人民法院	关于法律适用, 当事人可以协议选择合同适用的法律, 现威廉公司与森德公司之间的《代理协议》以及森德公司与卡森公司之间的《备忘录》均约定适用美国密歇根法律约束双方的行为, 根据《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》第九条第一款的规定, 当事

	有限公司、浙江卡森实业有限公司委托合同纠纷			<p>人选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明外国法律的相关内容，为此威廉公司向本院提供律师意见书，认为应当根据美国密歇根州（1961）第 236 号法案中的第 2961 节规定来确定本案双方权利义务以及责任承担，但被告对威廉公司举证的外国法律内容经质证后提出异议。</p> <p>经审查本院认为，威廉公司尚未举证证明适用密歇根法律即当然适用（1961）第 236 号法案，且威廉公司所提供的法律条文中仅包含委托人的相关义务，对于委托合同的法律特征、效力以及受托人的权利义务、委托人的权利、委托合同的解除等与本案有实质联系的其他法律条文未予以全面体现，故威廉公司提供律师意见书无法查明外国法律的内容。因此，根据《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》第九条第三款的规定，本案的本诉部分和反诉部分均应当适用中华人民共和国法律。</p>
6	法国达飞轮船有限公司诉南昌银志纺织服装进出口有限公司海上货物运输合同无单放货损	(2008)沪高民四(海)终字第 77 号	上海市高级人民法院	<p>但法国达飞和达飞中国在原审中提交的多米尼加共和国第 70 号、第 3489 号法律节录，以及根据第 70 号法律颁布的“多米尼加共和国港口局服务规则”节录等中，均没有关于货物到达多米尼加共和国港口必须被强制交给海关或者港口当局，承运人无权控制货物、无权向收货人直接交付货物的规定，也没有其他可用于审理无单放货纠纷案件的规定。多米尼加共和国的海事律师所作的关于当地放货过程的律师证言中，该律师称根据多米尼加共和国第 70 号、第 3489 号法律，在多米尼加共和国港口采用的是间接交付方式，即承运人必须将货物交付给海关及港口当局，承运人运输合同项下的责任止于将货物交付并置于海关及港口当局掌管时。但其证言在多米</p>

	害赔偿 纠纷案			尼加共和国第 70 号、第 3489 号法律中找不到相关依据，其证言内容无法被采信。鉴于法国达飞和达飞中国提交的多米尼加共和国的相关法律节选和规定对本案纠纷没有可适用性，其也未进一步提供可供法院查明的相关法律的线索，故能够适用于本案的多米尼加共和国法律无法查明。
7	中海集装箱运输（香港）有限公司与濮阳宏业进出口贸易有限公司海上货物运输合同纠纷	(2014) 沪海法商 初字第 584 号	上海海事 法院	沙特阿拉伯王国商务工业部《抵制以色列法条》，用以证明：（1）阿盟成员国确有相关法条，对以色列进行贸易及运输上的联合抵制；（2）阿拉伯联盟不直接执行抵制措施，而是由成员国各自拟定法律，进行抵制。中海集运（香港）对真实性、合法性、关联性均不认可，认为该证据不属于最高人民法院规定的外国法查明途径查询的结果，且与本案各方当事人均无任何利害关系。本院认为，该证据未经公证认证，对其证据效力和证明力不予确认。