

我国涉外抚养纠纷的法律适用与完善进路

刘彦

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年3月2日; 录用日期: 2023年3月14日; 发布日期: 2023年5月22日

摘要

《涉外民事关系法律适用法》第29条是处理涉外抚养案件的冲突规范,也是弱者利益保护原则在我国立法规范中的具体体现,但该条文在实践中的适用情况并不理想。我国法院审理涉外未成年抚养纠纷的司法实践表明,该类案件的法律适用存在适用过度扩张、抚养关系与监护关系的识别偏误、法律选择的释法说理过程粗略等问题。对此,在立法层面,应当在厘清第25条、第29条及第30条的适用关系基础上,细化第29条有关“抚养”、“有利于”的规定,将该条的连结简化为被抚养人属人法、抚养人主要财产所在地法。同时,通过丰富和完善域外法查明数据库,提高法官通过利益衡量寻选冲突规范的证成要求,达至规范法律适用、切实保障被抚养人利益、提高司法公信力之目的。

关键词

涉外抚养, 涉外监护, 弱者保护, 法律适用法

The Judicial Application of Conflict Rules of Foreign-Related Maintenance for Child and Its Improvement

Yan Liu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Mar. 2nd, 2023; accepted: Mar. 14th, 2023; published: May 22nd, 2023

Abstract

Article 29 of the Law on the Legal Application of Foreign-related Civil Relations is a conflicting norm for dealing with foreign-related maintenance cases, and is also a concrete manifestation of the principle of protection of the interests of the weak in China's legislative norms, but the application of this provision in practice is not satisfactory. The judicial practice of our courts in dealing with foreign-related minor maintenance disputes shows that the application of the law in such

文章引用: 刘彦. 我国涉外抚养纠纷的法律适用与完善进路[J]. 法学, 2023, 11(3): 1154-1163.

DOI: 10.12677/ojls.2023.113165

cases suffers from over-expansive application, misidentification of the relationship between maintenance and guardianship, and a cursory process of interpretation and reasoning on the choice of law. In this regard, at the legislative level, on the basis of clarifying the relationship between the application of Article 25, Article 29 and Article 30, the provisions of Article 29 on “maintenance” and “benefit” should be refined, and the connection points of this Article should be simplified to the personal law of the dependant, the main law of the dependant and the law of the place of property of the dependant. At the same time, by enriching and improving the database for identifying extraterritorial laws, the judges will be able to increase the requirement of evidence for the selection of conflicting norms through the weighing of interests, with the aim of regulating the application of the law, effectively protecting the interests of dependants and improving judicial credibility.

Keywords

Foreign-Related Maintenance, Foreign-Related Custody, Protection of the Weak, Law of Application of law

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第 25 条规定在没有共同经常居所地的前提下,父母子女人身、财产关系选择适用“有利于保护弱者权益的法律”,第 29 条规定扶养关系选择适用“有利于被扶养人权益的法律”,第 30 条规定监护关系适用“有利于保护被监护人权益的法律”。这类“有利于”的冲突规范遵循弱者利益保护原则,彰显了法律选择的实质正义观[1]。国际家庭法中的“扶养”(Maintenance),是指一定范围的亲属之间,不按辈分地具有经济与生活上互相帮助与供养的权利义务,包括成年子女对父母的赡养、父母对未成年子女的抚养以及配偶及兄弟姐妹之间平辈的扶养;而狭义的扶养关系仅指平辈间的扶助。我国《法律适用法》仅第 29 条规定“扶养关系”的法律适用,可见《法律适用法》对于“扶养”采用了广义概念,即可处理赡养、抚养、扶养纠纷的法律适用问题。《法律适用法》实施十年有余,司法实践却显示第 29 条之适用情况与理想尚存在差距,其虽然体现了保护被扶养人利益的价值取向,却因条文适用不严谨、缺乏更为细化的有利于被扶养人的判定依据和考量标准,以及外国法查困难等因素,有致使法官自由裁量权过大的嫌疑[2],甚至使第 29 条“有利于”条文被虚置。基于以上,本文主要探究《法律适用法》实施后涉外抚养纠纷的法律适用效果,梳理我国法院在涉外未成年人抚养案件中法律适用的司法现状,分析司法实践中上述三个“有利于”条款适用存在的问题与并剖析原因,为涉外抚养关系之法律选择探寻完善路径。

2. 涉外抚养案件的司法实践现状

2.1. 样本选择

检索的数据库包括中国裁判文书网以及威科先行·法律信息数据库,检索裁判日期为自 2016 年 1 月至 2023 年 1 月的裁判文书,以“涉外”“抚养”“法律适用”为关键词,限定案由为婚姻家庭、继承纠纷,剔除管辖权异议裁定等不相关裁判文书后,整理出共计 20 个涉外未成年人抚养纠纷案件。

2.2. 案件总体情况

自 2016 年以来,涉外未成年人抚养案件中冲突规范的适用情况发生了极大改变。根据既有实证研究[3],2011 年 4 月至 2016 年 3 月涉外抚养纠纷的法律适用,呈现以第 29 条为主、第 25 条为辅兼或辅以第 30 条的特点,其中,第 25 条和 29 条的适用次数平分秋色。而 2016 年以后,多数案件适用该法第 25 条寻找准据法,适用第 29 条的比例呈下降趋势。在本文检索的 20 个案件中,从冲突规范的适用来看,共 11 例依据第 25 条解决涉外同居关系子女抚养、抚养费、变更抚养关系纠纷等的法律适用问题,仅 1 例适用第 29 条,2 例适用第 30 条,3 例适用第 27 条。在《民法典》实施之前,有 2 例适用了《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民法通则》)第 148 条及《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)》(以下简称《民通意见》)第 189 条关于抚养适用最密切联系地法律的规定。除此之外,有 2 例未释明冲突规范,直接适用了中国(内地)法律。从连结点的选择来看,11 例以共同经常居所地作为连结点,3 例以一方当事人经常居所地为连结点,2 例以最密切联系地为连结点,另有 4 例法官未对连结点的选择进行说明。从适用的准据法来看,上述 20 例案件中,无一例外都适用了中国(内地)法律。部分当事人以错误适用中国法律为由提起上诉,最终均被驳回。截至目前,尚未见准确且严格适用“有利于”条款的涉外抚养案件。

3. 涉外抚养案件中的法律适用问题

案件的裁判文书承载了案件的审理过程与结果,不仅体现法官释法说理水平,在涉外案件中还是向国际社会传递中国司法精神的窗口。受“重结果、轻程序”观念的影响,司法实践中,法官普遍侧重于选法的结果而忽视找法的过程,释法说理简单化、形式化,争议频出。

3.1. 监护与抚养关系混淆导致法律适用错误

父母对未成年人的抚养义务源于罗马法中的“家父”责任,是独立于监护之外的父母对子女在经济上供养扶助与提供生活照料的法定义务[4]。对监护、抚养概念区分不清,导致司法实践中存在将抚养关系识别为监护关系。例如, B 与 R 抚养费纠纷案¹中,婚生女 R 向 B 主张抚养费,双方均为爱尔兰国籍,且经常居住地在中国内地,一审法院根据第 30 条,选择了“有利于保护被监护人权益”的经常居住地法律作为准据法。再如,田某乙与田某甲、曹某甲抚养费纠纷案²中,非婚生女田某甲系香港居民,与其母曹某甲、外祖父曹某乙共同居住于湖南长沙。因曹某甲无监护能力,故由曹某乙作为田某甲的指定监护人,继而成为本案中田某甲的法定代理人。本案涉及两个法律关系纷争:一是非婚生女田某甲的抚养费数额,二是曹某乙是否有资格作为田某甲的指定监护人。案件涉及监护、抚养两个法律关系纷争,分别指向不同冲突规范,但法院判决中并未体现识别监护关系的过程,直接以抚养关系的识别结果对案件作出裁判。

3.2. 《法律适用法》第 25 条过度扩张适用

司法实践中,法官更倾向于适用第 25 条(父母子女关系),导致第 29 条(扶养关系)的适用空间被限制。如张某与楚某抚养纠纷案³中,美国籍张某与中国籍楚某诉讼离婚,因当事人原因未处理婚生女张某某的抚养问题,诉讼离婚后张某某随其母张某在美国生活,故法院对张某某的抚养权及抚养费问题一并审理,法院仅适用第 25 条有关父母子女关系的冲突规范。又如岑某与 B 某变更抚养关系一案⁴,中国籍岑某与美国籍 B 某协议离婚后,岑某向 B 某主张婚生子 Paul 变更为其抚养,岑某与 B 某均居住北京,法

¹ 参见(2018)粤 06 民终 2839 号判决书。

² 参见(2016)湘 01 民终 1381 号判决书。

³ 参见(2017)京 0105 民初 59332 号判决书。

⁴ 参见(2016)京 0114 民初 16858 号判决书。

院依据第 25 条, 适用共同经常居所地法律审理。再如, 贝某与雷某变更抚养关系纠纷案,⁵ 本案原告系澳门特别行政区居民, 法院认为“变更抚养关系纠纷属于父母子女人身关系范畴”, 且原被告与被抚养人均居住于中国内地, 故依据《法律适用法》第 25 条规定适用共同居住地法律。上述案件在寻找准据法时, 均从第 29 条适用“有利于”被抚养人权益的法律“逃逸”到第 25 条适用共同居住地法律。

第 25 条规定无法替代第 29 条实现对被抚养人特别保护。以秦某与耿某甲抚养纠纷案⁶为例, 耿某乙系秦某与耿某甲的非婚生女, 耿某乙出生后随秦某在广州生活。耿某甲向法院提起变更抚养关系之诉, 并请求确认抚养费数额, 二审法院依据第 25 条适用了中国法律, 再审法院认定适用法律正确。该案系涉港抚养纠纷案, 抚养人耿某乙、被抚养人耿某甲均为香港居民, 经常居住地均在内地, 但耿某乙的主要财产在香港。若依据第 25 条寻找准据法, 毫无疑问应适用二人共同经常居所地即内地法律, 如此便省去了对比涉案法律何者更有利于被抚养人的过程。但若选择第 29 条, 则应考虑耿某甲、耿某乙均系香港居民, 且耿某乙的主要财产所在地亦在香港, 法院必须查明香港相关法律, 并较之于内地法律, 从而适用更有利于被抚养人权益的法律。由此来看, 在抚养双方有共同经常居所地的情况下, 法院依据第 25 条寻找准据法的直接后果是忽略对其他涉外、涉地区因素的考虑, 容易背离保护被抚养人利益的立法意旨。

3.3. 法律选择的释法说理简略粗糙

正确寻找准据法是公正审理的先决条件。检索的案例中无一例外均适用了中国法律, 是偶然抑或人为因素? 在没有查明域外法的情况下, “有利于保护被抚养人利益”是否流于形式? 法官在选择法律的释法说理简略, 甚至直接适用法院地法律, 这不仅不利于保护被抚养人的利益, 令当事人对选法结果难以信服, 更有损司法公正。

司法实践中, 法律选择的结果往往指向内地法律, 而该选择是否更有利于被抚养人利益, 有待商榷。例如, 林某与石某同居关系子女抚养纠纷一案⁷, 一审未对非婚生子林某甲与其母石某香港居民且经常居住地在香港的因素进行认定, 直接适用内地法律判决由石某直接抚养林某甲。其父林某提起上诉, 认为依据第 29 条适用香港法律更有利于林某甲的利益, 二审法院仍然维持原判。姑且不论二审法院适用第 25 条的正确性, 依据该条规定, 林某甲与林某无共同经常居所地, 必然应考虑适用有利于被抚养人林某甲的一方当事人经常居所地或国籍国法律。然而, 裁判中并未体现法院是否查明香港法律, 更未考量被抚养人林某甲是香港居民且常居香港的情况, 仅以被告林某的经常居住地在中国内地为由适用了中国法律。

在涉及数个涉外民事关系时, 部分法院未分别确定应当适用的法律, 选法逻辑混乱。根据《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)》(以下简称《解释(一)》)第 11 条规定, “涉及两个或两个以上的涉外民事关系时, 人民法院应当分别确定应当适用的法律。”若涉外案件中涉及的离婚纠纷、子女抚养权争夺的问题, 应当分别确定准据法。然而理想化的法律适用并未照进现实, 例如, Lam 与陆某离婚纠纷案⁸、陈某与李某离婚纠纷案⁹, 原告均诉请法院解除婚姻关系, 同时要求法院判令婚生子女由被告抚养。法院未区分离婚纠纷与抚养权, 直接依据《法律适用法》第 27 条有关诉讼离婚的规定适用了法院地法律。再如, 纪某甲诉纪某乙抚养费纠纷案¹⁰中, 一审法院列出的选法依据为第 25 条, 该条并无“最密切联系地”这一连结点, 法院却以“内地法与本案有最密切联系”为理据适用了中国法律。

⁵ 参见(2020)粤 0491 民初 1933 号判决书。

⁶ 参见(2016)粤 01 民再 131 号判决书。

⁷ 参见(2017)闽 01 民终 1156 号判决书。

⁸ 参见(2021)浙 0783 民初 11125 号判决书。

⁹ 参见(2021)辽 0903 民初 812 号判决书。

¹⁰ 参见(2016)粤 0705 民初 1719 号判决书。

除上述外,简单罗列法条、无视涉外因素而径行适用本国(内地)法律的情况也频频出现。例如,林某甲与林某乙抚养费纠纷案¹¹中,居澳门的婚生女林某甲向其居广东省的生父李某乙主张支付抚养费,二人均为澳门居民。法院仅列出第29条,未对“有利于”的理由予以说明便直接适用内地法律。同样,赵某诉唐某同居关系子女抚养纠纷案¹²、王某甲诉詹某抚养费纠纷案¹³、黄某与曾某同居关系子女抚养纠纷案¹⁴、李某与志某同居关系子女抚养纠纷案¹⁵等涉外案件,法院均未认定涉外因素。

4. 涉外抚养关系的识别

《法律适用法》第25条、第29条及第30条规定是我国保护弱者利益原则的具体体现,分别调整父母子女关系、抚养关系、监护关系。然而,由于条文仅列出“父母子女人身、财产关系”“抚养”“监护”,没有对表述所针对的具体权利义务关系予以细化,相关司法解释亦未作出补充规定,仅凭国内实体法中对“抚养”“监护”概念的识别,极易出现偏差。因此,有必要从立法与司法的角度划清三个条文的适用界限。

4.1. 第25条与第29条的适用关系

4.1.1. 《法律适用法》第29条“抚养”之概念

明确第29条中“抚养”的涵盖范围,是分析第25条与第29条适用关系的前提。我国实体法律规范对“抚养”一词理解不一,《法律适用法》对“抚养”的涵盖范围亦未明晰,故对于涉外抚养纠纷能否适用第29条的观点不一。

在我国的民事法律规范中,“抚养”一词兼具狭义与广义。《民法典》总则编第37条对监护人负担的“抚养费”“赡养费”“扶养费”作出区分,且从婚姻家庭编第1059条“夫妻有相互扶养的义务”,以及第1058条“夫妻双方平等享有对未成年人抚养、教育和保护的义务”来看,婚姻家庭编的“抚养”仅指夫妻间的相互抚养,不包含对子女的抚养。但是,在《民法典》继承编第1127条采用了“有抚养关系的继子女”“有抚养关系的继父母”“有抚养关系的继兄弟姐妹”等表述,该处“抚养”一词采广义理解。质言之,《民法典》婚姻家庭编中的“抚养”延续了《婚姻法》中“抚养”狭义理解,而继承编则延续了《继承法》对“抚养”的广义理解。

由上述可见,我国民事法律规范中“抚养”一词在不同语境中表达意思不同。多数观点认为实体法中对“抚养”一词的使用不一导致了《法律适用法》第29条之“抚养”概念不明,对此,笔者并不认同。理由在于:相关实体法在使用“抚养”一词时,均做出了一定解释说明,基本无争议;反观《法律适用法》,仅凭第29条的条文内容无法获悉“抚养”的具体内涵,相关司法解释也没有对其指向作出任何说明。这才导致实践中错误地将第29条视为针对配偶双方或其他平辈家庭成员间的狭义抚养关系,而对于父母子女间的抚养关系,便理所当然地适用了第25条有关“父母子女人身、财产关系”来寻找准据法。故此,应当对条文表述予以细化,按照我国现行法语境中对“抚养”概念理解的发展趋势,第29条“抚养”涵义应包括夫妻、父母、子女、兄弟姐妹之间的抚养^[5]。

4.1.2. 父母子女关系与受特别保护的抚养关系

如上述,第29条之“抚养”采广义理解,则包含了父母对子女的抚养,须与第25条“父母子女人身、财产关系”严格区分。有观点认为,第25条与第29条为竞合关系,并且由于各国立法对父母子女

¹¹ 参见(2016)粤04民终470号判决书。

¹² 参见(2018)渝0112民初17924号判决书。

¹³ 参见(2017)鄂0106民初41号判决书。

¹⁴ 参见(2019)粤0783民初1411号判决书。

¹⁵ 参见(2016)川0121民初381号判决书。

关系的规定更全面, 在发生冲突时, 应当优先适用第 25 条, 第 29 条中规定的“一方当事人主要财产所在地法律”作为补充适用[6]。也有观点认为, 第 25 条与第 29 条互为特殊关系, 親子间抚养关系属于两个条款共同适用的范围, 所以二者可以同时适用。

根据第 25 条的条文设置, 需要优先适用“共同经常居所地法律”, 没有该选择时才能适用“有利于弱者权益的法律”, 而第 29 条中, 有利于被抚养人权益是该条的唯一选法标准, 笔者认为, 该条文更符合保护被抚养人利益的立法宗旨。理由如下: 首先, 第 29 条使未成年人在抚养关系中受完全的特别保护。如上述秦某与耿某甲抚养纠纷一案, 双方有共同经常居所地的情况下, 法院适用第 25 条的直接后果是忽略对当事人“国籍国法律”、“主要财产所在地法律”的查明比较, 而第 29 条没有优先适用“共同经常居所地法律”的顺序限制, 法官必须从一方当事人“经常居住地”、“国籍国”、“主要财产所在地”中选出有利于保护被抚养人权益的法律。其次, 上述第一类观点认为第 25 条与第 29 条适用范围竞合, 二者分别调整一般的父母子女关系与受特别保护的抚养关系, 那么根据“特别法优于一般法”原则, 适用第 29 条更符合适用逻辑。最后, 第 25 条与第 29 条解决问题的侧重点不同。《法律适用法》第 25 条解决的核心是父母子女关系的确认, 即父母子女主体资格问题, 而非父母子女的抚养义务关系[7], 而第 29 条侧重解决家庭成员间的扶养、赡养、抚养义务的法律适用。

综上, 司法实践中对该两个条文的适用存在较大任意性, 应当厘清“父母子女关系”与“抚养关系”的侧重点, 对于涉外未成年人抚养纠纷适用第 29 条, 充分发挥条文作用以达到维护被抚养人利益的立法目的。

4.2. 第 29 条与第 30 条的适用关系

4.2.1. 我国实体法中的监护与抚养

区分我国实体法中有关监护、抚养的规定是准确识别两类法律关系的前提。德国、日本等成文法系国家, 兼有亲权制度与监护制度, 并对二者严格区分, 将父母对子女的抚养作为亲权的延伸, 以亲权制度保护有父母的未成年人, 对于丧失亲权保护的未成年人和禁治产人, 则以监护制度保护其权益[8]。在大部分成文法系国家中, 并非所有未成年子女都被赋予监护人的保护, 而在普通法系国家, 如美国、加拿大等国, 没有设立亲权制度, 均以监护制度调整父母子女关系。我国立法体例中的“监护”, 采用了普通法系的监护制度, 而对于“抚养”的理解, 则更接近成文法系国家。

《民法典》施行前, 我国实体法规范对监护的实质性规定鲜少, 以“抚养”替代“监护”的表述屡见不鲜。《婚姻法》作为我国调整婚姻家庭关系的重要法律, 未引入亲权制度, 也没有规定监护制度, 仅使用“抚养”一词来描述父母子女关系。《民法通则》第 16 条至第 19 条规定了有关监护人的确立及其权利义务, 但内容未涉及具体的权利义务关系。《民法典》延续了《民法总则》第 26 条规定, 细设了“监护”, 相较以往的立法体例有了很大进步, 弥补了亲属法较少涉及监护的缺憾, 并将父母对子女的监护义务囊括为“抚养、教育、保护的义务”。同时, 《民法典》第 27 条规定, 我国对所有未成年子女都赋予监护人的保护, 作为被监护人, 其享有人身及财产被保护的权利; 作为监护人, 有权决定子女接受的教育, 有权处理代管财产的处分、收益等。可见, 在我国实体法规范中, 监护既是权利, 也是义务[9]。相比抚养, 监护的范围更广, 不仅包括父母对子女抚养的金钱给付义务, 还包括代理子女行使权利等。

4.2.2. 区分监护与抚养关系的冲突规范

由于我国实体法律规范中, “抚养”一词被赋予了广泛意义, 既包括其本身含义, 也可能是代替“监护”的表述, 所以并非所有定性为涉外抚养的案件都适用第 29 条寻找准据法, 应当从法律关系的性质确

定应当适用的冲突规范。

涉外未成年人抚养纠纷可分为抚养费纠纷和确认或变更直接抚养人纠纷。对于抚养费纠纷,显然是维持子女生活的经济抚养义务争议,属于第 29 条的适用对象,无需赘言。对于确定子女同何方共同生活的案件,即确认或变更直接抚养人的案件,为避免司法实践混乱,适用第 29 条为宜。受我国传统观念对子女的义务表述为“养”的用语影响,我国《婚姻法》第 36 条采用了“直接抚养”一词,确定离婚后或解除同居关系后子女跟随的共同生活方为直接抚养人。《民法典(草案)》第 1084 条也延续了这一表述方式。“直接抚养”不仅包括经济上的抚养义务,还包括教育、保护等权利义务,其实际意义更接近“监护”,故在理论上,应将其识别为监护,即适用第 30 条解决涉外确认直接抚养人案件更为合理。鉴于我国现行立法和即将生效的法律中仍采“直接抚养”的表述,没有更正为“监护”,如果追求法律适用的绝对正确,对确认直接抚养人的案件适用第 30 条关于涉外监护的规定,这将给法官处理涉外抚养或涉外监护纠纷设置理解障碍,牺牲司法效率。故此,从利益衡量角度而言,适用第 29 条未尝不可。

5. 涉外抚养案件法律适用的完善路径

5.1. 第 25 条与第 29 条的适用关系

涉外未成年人抚养案件的法律适用存在许多疏漏,这些问题的出现表明,我国涉外未成年人抚养纠纷法律适用的立法与司法救济层面亟待提升。

5.1.1. 明确第 29 条“扶养”之涵义

在实体法对“扶养”理解不一的情境下,《法律适用法》对“扶养”的涵义应当予以明确。第 29 条仅简单规定“扶养”,没有详涉如扶养的权利义务产生、变更、终止的具体内容,缺乏严谨性,这也是第 25 条、第 30 条等冲突规范的通病,加之我国实体法律规范中“扶养”概念不一,无法从中推导出《法律适用法》中“扶养”的正确理解。故此,可以通过司法解释细化第 29 条“扶养”的涵盖范围,以理论上普遍认为的广义理解为宜,提高法条用语的严谨性,明确法官选法的使用工具。

5.1.2. 优化第 29 条之“有利于”标准

“有利于”条款虽体现了保护弱者利益的人文精神,展现了选法的实质正义,但过于弹性灵活,缺少法律语言的严谨性^[10]。理论很圆满,实践很困难。《法律适用法》第 29 条适用机制繁复——除了要查明连结点对应的所有域外法,还须将其代入案件中逐个筛选出对被抚养人最有利的法律规则,这使司法实践中出现有意规避的情况,也为法律适用错误埋下了伏笔。法院查明义务负担过重,加之“有利于”之选法标准本身模糊,往往使争议主体望而却步,也使得法官陷入莫衷一是的状态,最终更倾向于选择第 25 条中“共同经常居所地”这一确定的连结点寻找准据法。故此,为该条能更好地运用在实践中,有必要明确其适用标准,使法官行使自由裁量权更有据可循。可以通过颁布司法解释、筛选指导案例的行使,指导法官从家庭伦理、经济因素、子女意愿等方面,为法官提供裁量角度,对“有利于”设置量化标准。

5.1.3. 以被抚养人属人法及抚养人主要财产所在地法为连结点

解决抚养关系法律适用的主要类型包括以扶养义务为本位的抚养人属人法、以被抚养人利益为主导的被抚养人属人法、兼顾抚养双方利益的抚养一方的属人法,从各国司法立法趋势来看,逐步从适用第一类到第二类、第三类的过渡^[11]。

《法律适用法》第 29 条的法律选择方法包括任意一方当事人的属人法,并增设了主要财产所在地法律,该类立法模式较为先进,也使适用法律多样化、灵活化,但是就保护被抚养人利益的立法初衷而言,

将扶养人的属人法纳入法律选择范围意义不大。“扶养制度系为扶养权利人利益而设置”[12],适用被扶养人属人法更能体现保障被扶养人基本生活的价值导向。一方面,被扶养人属人法同被扶养人的联系最为紧密,具有可操作性,根据子女最佳利益原则,更符合保护被扶养人的价值取向;另一方面,缩小了外国法查明范围,比较被扶养人属人法所指向的实体法中更有利的法,从扶养的范围、顺序、费用高低等方面全面考量,减轻了司法实践中查明多国法律的负担,大幅提高了司法效率与司法审理质量,对处于亟需救助状态的被扶养人而言意义非凡。同时,仍然保留“主要财产所在地法”这一法律选择方法。“扶养”包括父母对子女的抚养、子女对父母的赡养、夫妻之间的扶养,这些扶养关系在法律上多体现为经济义务,不免涉及金钱支付,如果一方主要财产所在地法律更有利于被扶养人主张权益,那么适用该地法律更为科学。综上,应该考虑放弃适用扶养人一方属人法,而适用被扶养人属人法,并以扶养人主要财产所在地法为补充,以期实现对被扶养人利益的最佳保护。

5.2. 完善域外法查明与释法说理

外国法查明困难的境况,掣肘了法官对涉外未成年人抚养案件法律的正确适用[13]。根据法律规定《解释(一)》第15条规定,外国法查明的途径包括但不限于当事人查明、查明已对我国生效的国际条约规定、中外法律专家等“合理途径”,另有学者更详细地提出可分为当事人自主查明、法官自主查明、当事人或法官委托中外法律专家、法院委托机构查明以及通过外交途径或“中央机关”途径查明[14]。

5.2.1. 丰富和完善外国法查明数据库

从中外法律专家提供查明方法入手,调动专家发挥特长与优势的积极性,并联合大数据技术人才,开发专为本国法院及其他法律工作者使用的外国法查明数据库。整合高校、科研机构、国内外专家等资源,拓展外国法查明的合作机制[15]。优化法官与外国法查明专家取得联系的途径,为较为繁杂的外国法查明问题提供多元化帮助。2019年11月,最高人民法院推出了域外法查明统一平台,向各法院、律师、当事人及其他有需要的企业开放查询[16]。该平台有效破解了司法实践中外国法查明难的瓶颈,不仅能为法院的外国法查明减负,提高法官办案的效率,更有利于对当事人利益保护有更为全面的衡量,使公正司法深入人心。通过扩充数据库涵盖范围,并及时补充空缺数据,为法律工作者检索相应外国法提供便利。

5.2.2. 法院依职权主动查明与利益衡量

尽管法律规定的外国法查明手段多元,从检索案例最终适用均适用中国(内地)法律的结果来看,其实际效用却极为有限。究其原因,从立法层面来看,责任分配与查明标准较为笼统。目前有关外国法查明的规定为《法律适用法》第10条有关查明责任与查明不能的处理以及《解释(一)》第15条查明途径的规定,一方面,该两条文仅规定法院、行政机关或当事人可作为查明主体,但对何种情况下何方对外国法查明的负责未予明晰;另一方面,对无法查明的认定标准,法院仅规定一种,即当事人未在合理期限内提供外国法律,但司法实践中不能查明的原因除此之外,更多表现为法官怠于查明或利用准据法“逃避”查明义务。从司法层面来看,也凸显出法院自由裁量空间过大,且缺乏相应监督机制。由此,完善外国法查明制度是落实涉外未成年人抚养案件法律适用需要做出的突破。

针对涉外未成年人抚养纠纷的外国法查明,为了做出最有利于被抚养人利益之选择,须以法院依职权自主或委托查明为原则,可由当事人辅助查明。另外,由于现有法律对外国法查明费用的负担主体并未明确,可由法官根据案件情况决定法院自行承担或列入当事人诉讼费用之中,但本文倾向于认为涉及弱者利益保护的案件,公益属性较强,以法院自行承担成本为宜。对于成本与查明外国法之间如何做利益衡量,需要法官考虑查明的时间成本与经济成本,避免因查明困难导致诉讼程序久悬不决、查明费用高昂,反造成被抚养人利益无法得到及时救济。

5.2.3. 明确法官考量因素与提高证成要求

我国《法律适用法》为法官自由裁量权留下了较大发挥空间[17]。从检索的案件来看,法院大量以不当的准据法寻找与中国(内地)相关连结点,甚至对涉外因素避而不谈径行适用国内法,这是否真正有利于被抚养人利益存疑,但明显可推知法官在涉及外国法查明时存在消极畏难情绪。

然而,随着我国域外法查明平台的不断丰富和完善,曾经掣肘法院查明域外法的障碍逐渐转变为有利因素,司法者也应该改变惯用法院地法、淡漠选法的观念。法官在立法者制定的规则基础上,以其享有的自由裁量权灵活演绎出应当适用的准据法,须遵循合法、合理、客观、融贯的行为准则[18]。对此,可通过立法解释明确涉及涉外未成年人抚养纠纷中,应当适用《法律适用法》第29条寻找最有利于被抚养人利益的法,而法官对“有利于”考量因素包括关注被抚养人的健康、幸福与尊严,并关注其生存发展权[19]。同时,可通过下发文件,要求释法说理必须体现域外法查明的过程,查明各连结点指向的冲突规范、对比择优,使当事人利益得以更好保障,制衡适用法律的任意性。

6. 结语

我国《法律适用法》第29条是弱者利益保护原则在我国立法规范中的具体体现。不过,该条文存在所述“抚养”、“有利于”的概念模糊、标准不清,以及将任意一方当事人之属人法作为法律选择方法过于繁杂等问题。司法实践中也常出现错将涉外抚养案件识别为涉外监护案件、虚置第29条“有利于被抚养人利益”的准据法、忽视涉外因素径行适用本国法律等问题,限制了第29条发挥保护被抚养人利益的条文优势。鉴于此,从立法的角度看,须明确《法律适用法》第29条规定之“抚养”包括赡养、抚养、平辈间的“抚养”,并更改被抚养人属人法及抚养人主要财产地法为连结点,为法律适用者提供直接、准确的准据法,实现对被抚养人的最佳利益保护。同时,在已经为域外法查明开辟便捷渠道的基础上,明确涉外未成年人抚养纠纷中,以法院依职权自主或委托查明为原则,法官对从时间、经济等因素方面对查明域外法与成本之间进行利益衡量,考量因素包括但不限于被抚养人之健康、幸福与尊严,生存发展权。法官释法说理必须体现域外法查明的利益衡量与过程,保证法律适用的严谨性,使司法裁判更具说服力。

参考文献

- [1] 张丽珍.《法律适用法》“有利于”条款实施研究[J].西部法学评论,2015,118(6):70-80.
- [2] 秦红嫄.我国法院适用“有利于保护被监护人权益的法律”之实证分析[J].武大国际法评论,2021,5(2):92-113.
- [3] 张丽珍.涉外抚养案件法律适用的实证考察——以《法律适用法》实施以来的案例为研究对象[J].中国国际私法与比较法年刊,2016(1):76-93.
- [4] 夏吟兰.民法典未成年人监护立法体例辨思[J].法学家,2018(4):1-15+191.
- [5] 李洪祥.论我国民法典立法之亲属法体系构建的价值取向[J].社会科学战线,2012(12):176-183.
- [6] 黄进,李建坤,杜焕芳.2017年中国国际私法司法实践述评[J].中国国际私法与比较法年刊,2018,22(1):99-157.
- [7] 袁发强.我国国际私法中弱者保护制度的反思与重构[J].法商研究,2014,31(6):98-106.
- [8] 刘功文.论亲权的行使与保护[J].当代法学,2003(6):154-156.
- [9] 王竹青.论父母离婚后对未成年子女的监护[J].北京科技大学学报(社会科学版),2006(1):89-93.
- [10] 王艺.《法律适用法》第29条司法问题探因——基于法语言学的实务分析[J].大连海事大学学报(社会科学版),2019,18(6):62-66.
- [11] 杨立民.国际私法“弱者保护原则”的实现方式评析——以我国《涉外民事关系法律适用法》为中心[J].云南大学学报(法学版),2014,27(6):165-170.
- [12] 浦伟良.试论涉外抚养的法律适用问题[J].西北政法学院学报,1988(2):93-96.

-
- [13] 林燕萍, 黄艳如. 外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析[J]. 法学, 2014(10): 116-126.
- [14] 李建忠. 论我国外国法查明方法规定的重构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2019(1): 133-143.
- [15] 邓杰. 我国外国法查明的实践困境与破解路径——基于 43 个海事案例的实证分析[J]. 江西社会科学, 2021(2): 182-191.
- [16] 最高人民法院网. 最高人民法院域外法查明统一平台今天正式上线启动[EB/OL]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/11/id/4697254.shtml>, 2022-11-20.
- [17] 翁杰, 李蕊. 论我国涉外民事法律适用中法官自由裁量权的适度空间[J]. 时代法学, 2021, 19(4): 31-38.
- [18] 翁杰. 论涉外民事法律适用中法律选择准则问题[J]. 中国国际私法与比较法年刊, 2014, 17(1): 49-58.
- [19] 秦红嫒. 我国监护制度的发展、问题与完善建议——兼评《民法典(草案)》总则中的相关规定[J]. 浙江理工大学学报(社会科学版), 2020, 44(3): 307-319.