中国国际私法国内法制的发展

白　映　福

本文用历史考察与比较的方法,研究中国国际私法国内法制的过去,揭示其长期落后的历史根源;评议中国国际私法国内法制的现状,在肯定改革开放以来中国国际私法取得丰硕成果的同时,也指出了其现行立法中存在的诸多问题;最后探讨了中国国际私法国内法制的未来。

中国社会主义市场经济要求建立平等自主、安全和信用的法律机制。中国国际私法是调整涉外民事关系的部门法,当然也有一个完善与发展的问题。因此,研究中国国际私法国内法制的历史,探讨中国国际私法国内法制的现状和未来,无疑具有重大的理论和实践意义。

一

中国国际私法萌芽于唐、宋时期。据《资治通鉴》记载:"胡客留长安久者,或四十余年,皆有妻子,买田宅、举质取利"①。朱彧在《萍洲可读》中也说到"广州蕃坊,海外诸国人居住,置蕃长一人,专门招邀蕃商"②,"蕃人有罪,诣鞫定,送蕃坊治遣,徒以上罪,则广州决断"③。这说明当时外国人在中国不仅享有通婚、购置不动产、开当铺等权利,而且在他们集中的地方,也享有一定的自治权。在法律适用上,《唐律疏议》规定"诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论"④。由于唐律民刑不分,故该规定属国际私法的内容。明、清时期,在立法中重刑轻民,属地主义倾向严重,明律遂把上述规定改为"凡化外人犯罪者,并依律拟断",其不仅只适用于犯罪,并不分化外人是"同类相犯"或"异类相犯",概依明律裁断。1840年鸦片战争以后,随着一系列不平等条约签订,英、美等20余国先后在中国攫取了治外法权。故此,1918年北洋政府仿效《德国民法施行法》和《日本法例》制订的《法律适用条例》就没有什么意义。

1949年中华人民共和国的成立,为制定切实保障中国人民利益的国际私法奠定了基础。1949年9月,中国人民政治协商会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》规定了中国政府将尽力保护国外华侨和国内守法外国侨民的利益,中国愿在平等互利的基础上与世界各国发展通商贸易关系。在实践中,我国长时期都是依据一些内部批复或指示来贯彻上述立法精神。其涵盖的内容:(1)涉外婚姻关系,如1951年10月16日内务部《关于暂行处理外侨相互间及外侨与中国人婚姻问题的批复》;(2)涉外继承关系,如1955年3月1日《外交部关于在处理外国人在华遗产继承问题中所提出的一些具体问题的答复》;(3)涉外财产关系,如1957年8

月 26 日《最高人民法院关于夏××与吴××在香港发生的债务应否保护问题的批复》;(4)涉外民事诉讼程序方面,如 1960 年 7 月 4 日最高法院《关于苏联国籍的侨民与在中国境内的中国人离婚的处理手续问题的批复》等。

长期以来,我国这种依靠一些内部批复或指示来调整涉外民事关系的作法,主要是由于当时特殊的历史环境,如帝国主义对我国实行经济封锁等,以后又由于我们长期实行对外封闭的政策,国际私法的立法始终未提上议事日程。

二

十一届三中全会以来,国家推行改革开放政策,国际经济贸易活动和民间往来空前活跃,国际私法的国内法制也有了重要成果。在外国人民事法律地位方面,依据 1982 年《宪法》第 18 条和第 32 条,国家先后颁布了《合资经营企业法》、《外资经营企业法》、《专利法》、《民事诉讼法》等法规、条例。据此,外国人在我国享有人身权、民事交往权、劳动和工作权、智力成果权、经营工商企业权、土地长期租赁使用权和广泛的司法救济和保护权。

我国国际私法的国内法制,在冲突法方面,最初是 1985 年 3 月颁布的《涉外经济合同法》,规定了涉外合同的法律适用原则,以后是 1985 年 4 月颁布的《继承法》,对涉外遗产的继承设置了条款。但更具意义的是 1986 年 4 月颁布的《民法通则》,以专章 10 条 15 款就《民法通则》的适用范围、民事行为能力、不动产、合同、侵权、结婚、离婚、扶养和遗产的法定继承等作了规定。另外,最高人民法院还颁布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》(以下简称《解答》),和《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〉》(以下简称《意见》),对上述两法规定的涉外民事关系的法律适用问题作了多方面的司法解释,并补充了有关法律规避、外国法查明、监护等内容。最后,1992 年 11 月颁布的《海商法》也以专章 8 条 13 款就有关船舶所有权、船舶抵押等涉外关系的法律适用作了规定。

我国国际私法的国内法制,在涉外民事诉讼方面的立法早于冲突法。1982 年 3 月颁布的《民事诉讼法(试行)》用专编规定了涉外民事诉讼程序,1984 年 8 月最高人民法院又发布了《关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》。1991 年 4 月颁布的《民事诉讼法》,直接就涉外民事诉讼和商事仲裁所规定的条文达 35 条 40 余款,还有关于国内民事案件管辖制度的规定可扩大适用于涉外诉讼的条款 19 条 25 款。在涉外海事诉讼方面,最高人民法院还于 1980 年 11 月发布《关于涉外海事诉讼管辖权的具体规定》17 条 41 款,《关于诉讼前扣押船舶的具体规定》6 条 30 余款;我国的国际商事仲裁程序规则也因 1988 年两个仲裁委员会的仲裁规则的颁布而更趋完善。

从以上可以看出,中国国际私法的国内法制发展到今天,已经初具规模,内容比较丰富,在许多方面与国际上当前普遍的实践保持同步发展的趋势。当然,我们也应该看到,我国的上述立法还是建立在传统的计划经济模式之上的,况且这十几年来,国家的经济生活也处于不断变革之中,我们的立法和司法部门对改革开放中出现的新情况、新问题也有一个认识和再认识过程。表现在一些法典、法规和司法解释中就难免有一些立法不周严、可操作性欠缺甚至相互脱节、重叠的问题:

〈1〉关于人的能力。《民法通则》第 143 条规定"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。"为了提高该规定的可操作性,最高人民法院又将其补充为"定居国外的我国公民的行为能力,如其行为是在我国境内所为,适用我国法律;在定居国所为,可

以适用定居国法律。”“外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而按我国法律为有民事行为能力，应当认为有民事行为能力。”“无国籍人的行为能力，一般适用其定居国法律，如未定居的，适用其住所地国法律。”从此规定和当前的司法实践看，可以认为该条在以下几个方面缺乏周严性：

首先，在国际私法中，自然人的权利能力和行为能力及其身份问题，包括结婚、婚姻的效力，收养、亲子、扶养、继承等应适用有关当事人的属人法。关于人的权利能力，从资产阶级革命取得胜利并宣布“天赋人权”以后，奴隶制及“民事死亡”等剥夺一部分人民事权利能力的制度在法律上就不复存在，各国民事立法都承认人生来具有权利能力。而自然人的行为能力是行使权利能力的资格，是权利能力的直接实现，它必然以自然人享有权利能力为前提和基础。因此，自然人的行为能力与他的身份地位有着直接的关系，而自然人的身份地位当然包括他的自然状况和他的法律地位。《民法通则》第八章的规定，具有国际私法基本法的地位，但对人的能力问题的规定显欠全面。

其次，《民法通则》的该条行文和最高法院的上述解释明显包含“人的行为能力依本国法”这一基本原则。定居国法律、行为地国法律都是作为变通处理的补充原则提出来的。可是在立法上，“人的行为能力依其本国法”这一原则却未得到表述。因而，尽管最高人民法院试图通过司法解释来提高该条款的可操作性，却仍因其周严性的欠缺而很难完全达到这一目的。

关于人的能力的法律适用问题，如按以下行文：人的权利能力适用其本国法律，但也可适用各该民事关系的准据法所属国的法律；人的行为能力，适用其本国的法律，中华人民共和国公民定居国外的，在国外为民事行为，其行为能力亦可适用定居国的法律；外国人在中国境内为民事行为，如依其本国法律为无民事行为能力而依中国法律有民事行为能力，应该认为有民事行为能力。但上述规定不适用于依亲属法和继承法所为的法律行为，以及对在国外的不动产所为的法律行为；无国籍人的民事行为能力适用其定居国或其住所地国的法律。

〈2〉关于物权关系。《民法通则》仅在第 144 条规定“不动产的所有权，适用不动产所在地的法律。”尽管后来最高人民法院在有关《意见》中，把不动产所在地法解释为除适用于不动产所有权外，还适用于不动产的买卖、租赁、抵押和使用等民事关系，但对动产的法律适用却始终未见规定。可是人们公认，随着当前经济的发展，动产在国际经济民事关系中，已享有越来越重要的地位。一些国家新近颁布的国际私法如 1978 年《奥地利联邦国际私法》第 31 条—第 33 条，1987 年《瑞士联邦国际私法》第 100—107 条均要么不区分动产或不动产，就物权的法律适用作统一规定；要么把动产与不动产进行区分，分别就动产法律适用的一般原则，运送中物的法律适用，运输工具的法律适用，旅行者随身携带的个人用品的法律适用等作了多方面的规定。而且，在实际生活中，许多动产与不动产是紧密联系在一起的，尽管《意见》给不动产定性为“土地、附属于土地的建筑物及其它定着物、建筑物的固定附属设备，”但是对“土地的建筑物及其定着物”，各国的理解并不一致，如建筑物及其附属物，森林及栖息在森林中的野兽、池塘及池塘中的鱼类等等。当前国际社会的普遍实践是对动产与不动产的定性适用财产所在地国家的法律。所以，我们在司法审判实践中，一旦遇有这类情况，只有不动产的法律适用有法可依，对于动产则无法可依，无章可循，这显然不利于涉外民商事关系的发展。

关于物权关系的法律适用，假如改成以下行文：动产和不动产的所有权以及其它物权适用物之所在地法律；已经登记的船舶、飞机的财产权的成立、保持和终止，适用其旗帜或标志国法。运输中动产的物权以目的地法，但是这类财产的强制出售、贮藏和抵押物权的效力适用物之所在地法；旅行者随身携带的个人用品的物权依其属人法。

〈3〉关于涉外结婚和离婚。《民法通则》第147条规定："中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法，离婚适用受理案件的法院所在地国的法律"，最高人民法院在贯彻执行《民法通则》的意见中，对该条补充规定为"我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。"显然，这里在结婚方面是仅调整中国人和外国人在中国境内外的结婚问题，而对外国人在中国境内和中国人在中国境外结婚的问题则没有规定。那么，在现实生活中是否就没有这类婚姻呢？随着当前各国人民交往的频繁，我国公派出国、自费留学、向国外提供劳务的人会越来越多，外国人来我国旅游，办企业，留学的也会逐步增多，在他们之间相应地会产生大量的涉外婚姻问题。而按照我国的上述立法在这方面却无任何规定，这必然造成许多跛脚婚姻。法律调整对象的如此不周严性，必然给我国司法实践带来诸多不便，如此这般立法也是近来各国国际私法国内立法所很少见到的。

对于涉外结婚和离婚，可否改为以下行文：婚姻成立的实质要件，适用各方当事人缔结婚姻时住所地法；即使依申请在中国结婚的当事人的住所地法具备结婚的实质要件，如依中国法认为该当事人存在着近亲、精神上无能等婚姻障碍，仍不应允许结婚；婚姻的形式要件，依婚姻缔结地法；离婚依起诉时夫妻双方共同住所地法；如起诉时夫妻双方没有共同住所地，并行适用其各自的住所地法；如依上款确定的法律不能解除婚姻，而夫妻中一方起诉时在中国有住所，依中国法。

〈4〉关于侵权问题。《民法通则》第146条虽分3款就侵权民事关系的法律适用作了规定，但对随着科学技术革命而出现的国际产品责任、交通事故、商业上不正当竞争等大量特殊侵权案件的解决没有设置条款。同时，对国外发生的行为是否为侵权行为要由我国法律加以识别的规定，也显得过于绝对化而在许多案件中并无意义。即使退一步，我国立法者认为应对在国外发生的行为依我国法律在定性上加以控制，也已在《民法通则》第八章中有了公共秩序保留的规定，实无必要再作这种叠床架屋的规定。真欲有所控制，不如仿效德国立法的规定，仅着眼于在赔偿范围或限额上加以限制性规定，以适当保护在国外为侵权行为的中国公民或法人的利益。

因此，关于涉外侵权关系的法律适用，可否改为以下行文：a. 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者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；对于发生在外国的侵权行为，不得对中国公民提起比中国法律规定更高的赔偿请求。b. 基于产品的缺陷或有缺陷的产品说明而提出的诉讼请求，由受害人选择以下法律：(1)侵权行为人营业地，或无营业地时他的习惯居所地国家的法律；(2)获得产品所在地国家的法律，除非侵权行为人证明该产品未经其同意而在该国销售；(3)基于产品的缺陷或有缺陷的产品说明而提出的诉讼请求由外国法律支配时，不得对中国公民提起比中国法律规定更高的赔偿请求。c. 基于不正当竞争行为而提出的诉讼请求，由这种行为所由产生的市场所属国家的法律支配，如果这种行为专门影响着某一特定竞争者企业方面的利益，应适用受损害者营业所在地国家的法律。

〈5〉关于继承问题。在我们已掌握的几十个外国国家的国际私法国内立法中，如日本、德国、意大利、阿根廷、瑞士、秘鲁等，均是在立法方式上只规定"继承"应适用的法律，而对于遗嘱包括立遗嘱能力、遗嘱形式、遗嘱的解释和撤销等，则另外规定应适用的法律。象我国《民法通则》只规定法定继承的法律适用的，唯有土耳其一国。

必须指出，继承准据法的适用范围，尽管各国实践可能有某些不一致的地方，但它至少应

用来支配：继承的开始和原因，继承人的范围和顺序，这又包括继承的准据法应定什么样的人可以成为继承人，被继承人可否通过遗嘱指定继承人，允不允许通过继承契约来处理遗产继承或放弃继承等问题，继承开始的效力，被继承人通过遗嘱处分其财产的权利，所以，无论法定继承或遗嘱继承，以上这些问题都要受继承的准据法约束，继承的准据法并无法定继承和遗嘱继承的区分。正是由于这个原因，在规定继承的准据法时，只规定法定继承的准据法是不科学的，这样的规定，只能给人造成一种错觉，即似乎在继承的开始和原因、继承人的范围和顺序与被继承人可否指定继承人继承开始的效力、以及被继承人通过遗嘱处分其财产的权利上，在遗嘱继承中，可以改变或背离继承准据法的效力。

因此，科学的周严的方法，只应如上面提到的那些国家把关于继承的法律适用和遗嘱的法律适用分别加以规定，遗嘱属于一种财产所有人生前单方处分其死后遗产的特殊的法律行为，它主要受行为法则的支配。而继承属财产法的范围，它要受被继承人属人法或遗产所在地法的支配，而不应该象现在这样，只规定法定继承，在法条上既不表明继承的准据法同样要适用于遗嘱继承，也不规定遗嘱应适用的法律。

关于涉外继承的法律适用，假如改成以下行文：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；遗嘱的能力，依立嘱人立嘱时的住所地法；立遗嘱的方式，适用遗嘱人立遗嘱时或死亡时住所地法律；或遗嘱人立遗嘱地的法律；或遗嘱人死亡时习惯居所地法律；或遗嘱人立遗嘱时或死亡时国籍国法律；或在涉及不动产时，不动产所在地法律。

〈6〉关于涉外民事案件的管辖问题。依据《民事诉讼法》第237条和第22条，我国对涉外民事案件的普通管辖采用"原告就被告住所、居所"的原则，并为弥补普通管辖在一些案件中的不足，该法从24—33条又对几类案件规定了特别管辖，这本是十分普遍而又科学的立法形式。但在具体行文上，《民事诉讼法》在24—31条规定的特殊管辖中又把被告的住所一一列出，特别是该法第32条、第33条在同属特殊管辖的因海难救助费用案件和因共同海损案件中却又没有规定被告住所地法院管辖权，这似乎在向我们提示，该法第24—33条规定的特殊管辖与22条的一般地域管辖在关系上不是相互补充而是相互排斥的，从而同时意味着对该法第32条关于因海难救助费用提起的诉讼和第33条关于因共同海损提起的诉讼，它既未规定被告住所地法院可行使管辖，则只能把这类案件理解为救助地或被救助船的最先到达地法院与共同海损案件中的船舶最先到达地、共同海损理算地或航程终止地法院享有专属的管辖权，在原告不能利用上述特殊管辖根据却可以向被告住所地法院起诉时，也不得利用被告住所地即一般地域管辖的根据来提起诉讼。显然，这在民事诉讼法的理论和实践中都是很难讲得通的。

三

当前，我们正在建立社会主义市场经济，认真总结我国现行立法，求得建立科学完善的国内法制体系，对保障和促进我国经济更好地参与国际经济贸易循环圈和中国大经济发展圈是至关重要的。

因此，我们应该扎根于社会主义市场经济的沃土，尊重世界经济的经济国际化、区域集团化在国际私法领域出现的趋同化倾向不断加强的事实，致力于中国国际私法的完善和发展。在方法上，认真总结西方资本主义国家几百年来在建立和完善市场经济的法律机制方面积累起来的经验，大胆借鉴外国已有的有关法律及相关机制，甚至"移植"符合市场经济的客观规律并

具有跨社会制度性质的法律。在步骤上，当务之急是着手国际私法的编纂，把已有的国际私法规范加以系统的整理，删去大同小异的重复规定，使相互抵触的规定得到统一，补充那些应该规定而未作规定的制度，从而制定出一部单行的国际私法法规。在内容上，它至少应该包括：(1)总则。除已有的"适用范围"(《民法通则》第142条)，"公共秩序保留"(《民法通则》第150条)，"法律规避"(《解答》第194条)，"外国法的查明"(《解答》第193条)，"反致"(《解答》第178条)，"时际冲突"(《解答》第195条)，"区际冲突"(《解答》第192条)，还应规定：〈a〉如果在法律诉讼中对于事实或关系的性质有争议，依法院法；〈b〉自然人的属人法应该是该人所属国家的法律。如一人除具有外国国籍，又具有内国国籍，以内国国籍为准。其它具有多重国籍者，应以其有住所或者与其有最密切联系国家的国籍为准；无国籍人、或国籍不能确定的人，其属人法应是其住所地法，无住所时，依习惯居所地法律；法人或其他任何能享受权利或承担义务的社团或财团，依其登记地国家的法律为准据法。(2)分则。除前面已论述的"人的能力"、"物权"、"合同"、"侵权"、"结婚和离婚"、"继承"等内容，至少还应包括：(a)失踪和死亡宣告，依失踪人最后为人所知的属人法；如果被宣告失踪和死亡的当事人在中国拥有财产，其配偶或其中一位继承人具有中国国籍，可以适用中国法律。(b)婚姻的效力由配偶双方有住所国家的法律支配；如果配偶双方在同一国家没有住所、婚姻的效力由与案件有最密切联系的住所地国家的法律支配；夫妻财产关系适用支配婚姻一般效力的法律；配偶双方可以选择适用于其夫妻关系的法律。(c)不当得利，依不当得利发生地国家的法律。但在履行法律义务或关系的过程中发生的不当得利，依支配该法律义务或关系的国家的实体法；无因管理，依无因管理行为的实行地法，但是，如与另一法律义务或关系有密切联系，依支配该法律义务或关系国家的实体法。最后，关于公司，破产和证券的法律适用问题。建立社会主义市场经济，在当前，首要任务之一就是转换国营大、中型企业的营运形式，实行股份有限公司和有限责任公司，并把其推向市场，从而在市场竞争机制下就会产生大量的破产问题。在证券方面，1992年国务院成立了证券委员会，并下设中国证券监督管理委员会，证券交易在中国由深圳和上海逐步向全国展开，对于这些在市场经济体制下出现的新情况、新问题，也要求国家尽快制订相应的法律。

建立社会主义市场经济和重返关贸总协定，从而全面参与国际市场的竞争，将对我国国际私法产生广泛而深刻的影响。当前，国际私法的专门化和法典化已经成为世界各国立法的普遍趋势。我们未来也应该在国际私法单行法规的基础上，制定充分反映国际私法最新立法成就，尽可能兼顾我国各法域实际情况的包括涉外民事案件管辖规范、涉外民事关系法律适用规范、国际民事和商事程序和仲裁程序规范在内的统一的中国国际私法典，以保障、促进中国大经济发展圈的共同繁荣。

注　释：

① 《资治通鉴》卷二三二，唐纪回人，宗贞元三。

②③ (宋)朱彧《萍洲可谈》卷2，第十九。

④ 《从唐律疏议》卷六

(责任编辑　车　英)