

中國國際私法立法評析

洪莉萍*

國際私法主要是用來解決有關國家民商法律適用上的衝突及其相關問題的法的部門，它產生於大量而頻繁的國際民商交往之中。我國現行國際私法是在我國改革開放國策的施行下，對外民商交往不斷增強的產物。它主要由我國《民法通則》第八章、《民事訴訟法》第四編和其他法律、法規中的有關規定及為數不多的有關國際條約組成。¹

綜觀我國現行國際私法，筆者認為，它在體現國際私法的基本原則，如主權、平等、信守條約義務、保護弱者等方面很有特色；採用衝突規範時，亦不乏創新之舉，如對結婚、侵權、扶養以及屬人法連結點的規定上；²然它只是一個雛形，要使其適應我國社會快速發展的需要，尚有大量工作要做。特別是，在以下幾方面應有大的突破：

一、立法方式

從 1983 年至今，我國先後頒布了一系列含有衝突規範的法律、法規。其中，1986 年 4 月通過的《民法通則》第八章一改將衝突規範分散規定在有關法律、法規中的做法，轉而以專章的形式對涉外民事關係的法律適用及相關制度作了較系統的規定。1991 年 4 月頒布的《民事訴訟法》則在對試行了 9 年的《民事訴訟法》（試行）修改、補充的基礎上，對涉外民事案件的管轄權、國際司法協助，包括對外國法院判決、外國仲裁裁決的承認與執行作了進一步的規定。可見，我國現行國際私法混合採用了將國際私法規則分散規定在一些法

* 本文作者為上海大學法學院副教授。

¹ 洪莉萍：《當代中國國際私法研究》第 2 - 3 頁，華東師範大學出版社，1996 年 10 月出版。

² 同上，第 147 頁。

律、法規中以及在有關法律中設立專章或專篇的立法方式。這種較為初級的立法方式本身就決定了我國現行國際私法只能是粗線條的，且其相互之間亦不盡協調，缺乏必要的科學性、系統性。

從我國現狀來看，改革開放至今，我國對外民商交往日趨頻繁，其規模、程度均已今非昔比。這一現狀迫切要求有一部既具中國特色，又與國際接軌的系統完備的中國國際私法典。而在中國國際私法研究會的積極倡導下，經國內一些知名專家學者數年攻堅，並廣泛聽取了有關方面意見，幾經修改後形成的《中國國際私法（示範法）》（以下簡稱示範法），則為中國國際私法典的制訂提供了一個極具參考價值的藍本，使得該法典的制訂在具有了必要性的同時，亦具備了可能性。因此，筆者認為，改目前這種較為初級的立法方式為最先進之立法方式的時機已成熟，抓緊時機，因勢利導，在《示範法》的基礎上儘快制訂出一部系統完備的中國國際私法典已是當務之急。

二、立法體系及內容

由於我國現行國際私法未來用系統的法典形式，因此，其立法體系在我國現行法律中體現得不甚明瞭。從較能反映我國現行國際私法有關法律適用主要特徵的《民法通則》第八章來看，共 9 個條文。從結構上看，加上該法第 8 條的規定，其總則性規定僅 3 條，分則性規定才 7 條。從內容上看，它不僅對與法律適用有關的一些制度未作規定，如識別、反致、法律規避等；而且對一些重要的法律關係也未涉及，如不動產所有權以外的其他物權、遺囑繼承等；即使作出規定的 7 種涉外民事關係，有些也僅對其中一部分的法律適用作了規定，如僅規定了定居國外的中國公民的行為能力的法律適用，而對非定居國外的則未提及；僅規定了我國境內或境外的中外當事人之間的結婚、離婚，而對我國境內或境外的外國人之間及我國境外的中國人之間的結婚、離婚則均未涉及。可以說，過于簡單的結構體系決定了其內容的殘缺不全，立法的超前性亦無從談起。

鑒於此，對未來的立法，筆者主張：

(一) 體系上包括三部分，即：1. 涉外民商案件的司法管轄權；2. 法律適用；3. 對外國法院判決、外國仲裁裁決的承認與執行。其原因在於：

首先，司法實踐中管轄權優先於法律適用，且往往影響到法律適用的結果，關係到當事人權利的取得與否，因而受到各國的高度重視，成為國際私法的一項重要內容。

其次，使作出的判決在別國得到承認與執行，可謂是法律適用最直接的目的和任務，故此亦是國際私法的內容。

再次，仲裁裁決本與法院判決無甚關聯，然因仲裁具有國際民事訴訟無法比擬的優點，為當今絕大部分國際商事糾紛所採用，並由此逐步取得與民事訴訟基本相同的地位，從而使得對外國仲裁裁決的承認、執行亦成了國際私法的一項重要內容。

最後，自第二次世界大戰後，特別是 60 年代後，不少國家制訂的國際私法典，其體系幾乎都包括了上述三部分。

(二) 結構內容應加以補充完善

結構上，可將我國國際私法作總則、分則之分。總則中，應對我國國際私法的宗旨、任務、基本原則、調整對象、範圍及有關制度作出明確規定，以保證對內、外國法律的正確適用。

分則中，首先應對管轄權、法律適用、外國法院判決及外國仲裁裁決的承認、執行這三部分的現有內容加以補充完善。特別是，對法律適用部分，要作重大的修改、補充，以使目前大量的法律關係之法律適用無法可依的狀況有一個根本的改變。

其次，需消除立法中的矛盾點，提高法律的系統協調性，進一步完善立法。

最後，鑒於我國目前正由計劃經濟開始轉向社會主義市場經濟，而現行法律則是計劃經濟的產物；因此，我國未來的國際私法典不僅要剔除計劃經濟的痕跡，面對經濟體制轉軌時期的現實，還要具有一定的超前性，以反映成熟的市場經濟的客觀要求。

值得一提的是，《示範法》對上述問題作了積極有益的探索。具體例安排上，包括了三大部分，共 160 條，分為五章。雖然該示範法亦有其不盡人意之處，然因其結構體系較科學，內容甚詳，較好地反映了社會主義市場經濟的發展要求，故筆者認為，該示範法對今後的立法極具參考價值；應儘快組織人員，在對《示範法》作必要修改、完善的基礎上，制定我國的國際私法典。

三、立法技巧

從我國現行法律來看，其立法技巧不甚成熟，主要表現在採用了粗泛的處理方法，具體體現在：

（一）國際慣例的覆蓋面過寬

根據《民法通則》第八章第 142 條的規定，我國國際私法的淵源有國際條約、國內民事法律、國際慣例；其適用順序首先是國際條約，其次是國內立法，當兩者均無規定時，則適用國際慣例。鑒於迄今為止我國幾乎未參加有關法律適用方面的國際條約，而有關法律適用的國內立法亦為數不多；因此，大量留存的立法上的空白都將由國際慣例加以填補。如此規定，既不現實，又易造成概念上的混淆。

應該指出的是，《民法通則》第 142 條與第 150 條中的國際慣例，其含義是不同的。前者作為國際私法的淵源，且置於第八章法律適用部分，自應指法律適用上的國際慣例；後者則指的是作為準據法被適用的國際慣例，即實體法上的國際慣例。然而，無論從國際私法的理論還是實踐來看，均難以確認這種法

律適用上的國際慣例之存在。即使依認為衝突法上存在國際慣例的波卡（Fousto Pocaf）的觀點亦只承認存在三種國際慣例。³而其中，意見自治原則已為我國立法所採用，僅靠一、二種國際慣例去填補立法留下的法律適用上的大量空缺，則是無法辦到的。換言之，對國際慣例的採用，並未能解決大量涉外民事關係在法律適用上的無法可依狀況，反倒容易造成概念上的混淆；因此，不如去之。

（二）彈性連接點的廣泛採用

《民法通則》第八章共有 7 條分則性規定。其中，兩條採用了最密切聯繫原則，且未設立任何標誌；對涉外合同的法律適用亦只作了原則的規定；第 145 條、第 146 條又分別採用了補充性、選擇性連結因素。此外，類似外交辭令的“可以”一詞也不時出現在法律條文中，以加大連接點的彈性。

無疑，上述方法的採用增大了法律選擇的靈活性，給法院留下了較大的迴旋餘地，有其可取之處；然這種立法上的不確定也給司法實踐帶來了諸多困難，容易導致司法裁量權的擴大，助長法官任意解釋連結點的傾向，影響公正司法。

筆者認為，這種粗泛的處理方法不宜繼續採用。未來的立法應在考慮法律適用規則適當靈活性的同時，亦要考慮其應有的確定性。由此，筆者主張，第一，在採用最密切聯繫原則時，以同時設立若干標誌為宜。如《示範法》在合同、侵權法律適用上的規定。第二，可將“凱格爾梯級”這一梯級法律適用的方法從離婚的領域引入其他領域，⁴並可與最密切聯繫原則適當結合使用。第

³ “Public International Law Solutions for Conflict of Laws Problems”，見 *Italian Yearbook of International Law*. (1975)，P179 以下。

⁴ 凱格爾（Kegle）原係海德堡大學教授。“凱格爾梯級”即其提出的涉外離婚法律適用的方法；另參見《國際私法評論摘要》，第 1 頁以下。

三，將現行立法中如“可以”一類含混不清的詞語或改成“應該”，或乾脆去之，以免造成法律適用上的混亂。

四、立法思想

勿庸諱言，立法思想的不明確及由此產生的“宜粗不宜細，留有餘地”的落後觀念，很大程度上造成了我國現行國際私法的結構過於簡單，內容殘缺不全，從而不得不過分地依賴於司法解釋。通過或對現行法律無規定的加以補充規定，或對現行法律的適用範圍不同程度地加以擴展，“司法解釋”則演變成“司法造法”，用於填補大量的立法空缺，實際上起到了立法的作用。這一做法在其便於司法的同時，則又超越了法院的職權範圍，使“有法可依”進入了重大的誤區。

可見，正確的立法思想，是完善法制、實現法制的必要保證。這對國際私法來說，尤其如此。因此，筆者認為，要制訂一部先進完備的中國國際私法典，則必須進一步解放思想，強化法律意識，正確地理解，把握“有法可依”的全部內涵，以科學的立法思想指導立法。要從依法治國的高度着眼，既要從我國實際出發，又要大膽借鑒別國的有益經驗；既要尊重經濟體制轉軌時期的現實，又要敢於適當超越現狀，預測市場經濟體制建成後的前景，以保持法律的先進性和科學性，完善立法，避免過分依賴司法解釋。

筆者認為，要使我國國際私法適應我國社會快速發展的需要，則在實現上述大的突破的同時，加強下述工作亦是十分重要的：

首先，應加強對國際私法基本理論的研究，如國際私法的調整對象、範圍、體系等。因為不少立法上的分歧，往往源於對上述問題的不同認識。如前面提及的國際慣例能否作為國際私法的淵源之爭，首先就源於對統一實體規範是否國際私法的規範之不同見解。因此，加強對國際私法基本理論的研究，有助於統一認識，減少分歧，完善立法。

其次，應加強對國際私法判例的研究。因為判例是普通法系國家國際私法的主要淵源，即使在成文法國家，也占有重要的地位。它對新的衝突規範的形成，特別是衝突規範的改變和適用範圍的改變，有不可低估的影響。所以，加強對國際上國際私法判例的研究，對完善我國立法之重要性自不待言。同時，又因我國國際私法的原則。制度也需通過自己的判例加以發展，所以，亦應重視對我國國際私法判例的研究。

再次，應加強學術機構與實際部門的聯繫，使學術界的研究成果儘快地被實際部門所採納，促成《示範法》之類的科研成果向社會實際效益的轉化。

最後，應加強內地與港、澳、台學者間的合作研究，並積極參加國際立法。

由於歷史的原因，上述地區之間既有不同法系的區別，又有各自不同的文化傳統，在處理法律適用及其相關問題上，各有自己的經驗和特色；因此，加強上述地區學者間的合作研究，對於熟悉不同法系的有關做法，博採眾家之長，趨利除弊，制訂一部既具中國特色，又與國際接軌的中國國際私法是極其重要的；同時，亦有利於我國區際私法的研究和制訂。因為，一方面，區際私法和國際私法是既相區別又相聯繫的兩個法律部門；另一方面，鑒於港、澳、台地區長期來不在我國主權實際控制之下的歷史及現狀，國內不少學者主張將我國國際私法准用於我國的區際法律衝突，亦有學者主張我國未來的國際私法中衝突規範的採用應儘量與上述地區的有關規定保持一致，為今後區際私法的制訂創造有利條件。無論從准用論還是趨同論來看，都表明了加強上述地區學者間的合作研究之重要性。只是對於趨同論，筆者主張應採用比較分析後，趨利除弊的做法，而不是簡單的趨同，更不能因強調與上述地區的趨同，而影響我國國際私法的自身特色及其與國際社會立法的接軌。

從完善我國國際私法的立法來看，我國還應積極參加國際私法的國際立法，這也是充分發揮我國在國際立法中的作用，維護我國和第三世界國家利益的需要。

綜上所述，筆者認為，我國現行國際私法只是一個雛形，要使其適應我國社會經濟的快速發展，則必須在四個方面有大的突破；同時，做好四方面的工作，亦是極其重要的。