

DANGDAI
GUOJIFAXUE
LILUNYUSHIJIAN
YANJIUWENJI

当代国际法学理论与实践研究文集

国际私法卷

GUOJISIFA JUAN

丁伟 朱榄叶/主编

中国法制出版社

当代国际法学理论与实践研究文集

国际私法卷

主 编 丁 伟 朱榄叶

中国法制出版社

责任编辑：张桂龙

图书在版编目 (CIP) 数据

当代国际法学理论与实践研究文集/丁伟, 朱榄叶编.

—北京：中国法制出版社，2002.8

ISBN 7-80012-018-5

I. 当… II. ①丁…②朱… III. 国际法 - 文集
IV. D990-53.

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 063527 号

国际私法卷

GUOJISIFAJUAN

主编/丁 伟 朱榄叶

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/12.375 字数/306 千

版次/2002 年 8 月第 1 版

2002 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-018-5/D·984

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价：23.00 元

(发现印装问题请与本社发行部联系

电话：66062752)

(发现内容误差请与本社编辑部联系

电话：66078158)

目 录

世纪之交中国国际私法立法回顾与展望·····	丁 伟 (1)
自然人属人法的历史和现状研究·····	刘宁元 (20)
自然人民事行为能力和身份法律适用研究·····	刘宁元 (36)
论完善我国涉外劳动合同的法律适用问题·····	单海玲 (47)
论涉外合同责任与侵权责任竞合之债的国 际私法调整·····	刘晓红 (68)
论特征履行方法的价值与缺陷·····	薛 菲 (84)
再论因特网对传统冲突法的挑战及应对策略·····	王 勇 (94)
涉外产品责任法律适用之比较研究 ·····	林燕平 (107)
论我国涉外产品责任案件的司法管辖权和 法律适用 ·····	费立丽 (124)
涉外版权法律适用制度探析 ·····	刘 俊 (133)
知识产权法律冲突探微 ·····	张泽平 季如春 (144)
信托关系法律适用之探析 ·····	林 旋 (159)
《信托法》颁布后我国加入《关于信托的 法律适用及其承认公约》的可行性分析 ·····	李 嘉 (176)
竞争法域外适用及其法律冲突研究 ·····	林燕平 (188)
反垄断法域外适用机制之剖析 ·····	杨 军 (205)
信用证的管辖权与准据法 ·····	顾 婷 (221)
试析仲裁条款效力认定的准据法 ·····	邓 炯 (233)
禁止反言原则在美国仲裁司法实践中的 发展 ·····	徐 磊 (244)

论澳门(涉外)民事案件的司法管辖权制度	丁 伟 (263)
对“以不正当方法取得仲裁裁决”之情形	
应予司法监督	刘晓红 李晓玲 (275)
在线仲裁与现行仲裁制度的衔接与未来发展模式之设想	刘晓红 程伶俐 (291)
网络数字传输的司法管辖权问题初探	刘亚玲 (315)
Internet 与涉外民事案件的属人管辖权	范锡琴 (326)
国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究	丁 伟 (338)
国际民商事平行诉讼初探	张振军 (357)
对日民间索偿法律问题研究	丁 伟 (376)

世纪之交中国国际私法 立法回顾与展望

丁 伟

在当代中国整个法律体系中，实体法、程序法与冲突法三位一体，构成了我国社会主义法律体系的整体，但是，三者的发展极不平衡。其中，作为国际私法核心部分的冲突法的立法长期以来一直严重滞后于我国司法实践与改革开放的实践。然而，在中国法律发展的历史长河中，国际私法的立法有着灿烂辉煌的昨天。渊源流长的中国国际私法最早可以追溯到公元七世纪的大唐盛世，唐朝《永徽律》“名例章”中有关“化外人相犯条”的冲突法规定在立法技术上堪称一流，^①说明中国是国际私法立法最早的国家之一。但是，由于唐朝以后的历代封建王朝实行闭关自守的政策，唐朝形成的中国古代国际私法的萌芽未能延续下来，中国的国际私法立法一直沉寂了 1000 多年，直至 1918 年北洋政

① 公元 651 年唐王朝颁布的《永徽律》“名例章”中规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本族法；异类相犯者，以法律论。”《唐律疏议》解释说：“化外人谓蕃夷之国别立长者，各有风俗，制法不同，其有同类相犯者，须问本国之制，依其俗法断之；异类相犯者，如高丽与百济相犯之类，皆以国家法律论定刑名。”由于中国古代法律刑、民不分，这一条文既是国际刑法的规则，又是国际私法的规则。这种区分法律关系主体的不同种类分别适用不同法律的冲突法规定在其他国家同一时期的法律中未曾出现。

府颁布《法律适用条例》。^①新中国成立后，由于历史的原因，我国国内立法步履蹒跚，国际私法的立法更是裹足不前，成文的国际私法长期阙如，直到实行改革开放政策的第七个年头，具有中国特色的国际私法规范才正式登上立法的舞台。

在人类跨入新世纪及中国即将进入 WTO 的历史转折关头，回顾中国国际私法立法的曲折历程，正确评估与分析立法现状，对于完善我国国际私法的立法，促进我国社会主义法律体系的协调发展，确保我国依照 WTO 的规则正确地行使权利、承担义务，无论在理论上还是实践上，都具有十分重要的现实意义。

一、当代中国国际私法立法的特点

现代意义上的国际私法作为一种“舶来品”，属于国际通用的“游戏规则”，与一般的国内法迥然不同。国外的一些国际私法同行总是用一种怀疑的眼光来看待中国的现行立法，不相信中国也具有现代意义上的国际私法规范，除了偏见以外，更多的是缺乏对中国国际私法的了解，国内的有些学者也妄自菲薄，总以为中国的国际私法一无是处。当然，从总体上看，中国现行国际私法落后于国际社会国际私法发展的平均水平，但相当部分的法律规定与其他国家的国际私法相比，各有千秋，有些条文甚至不乏创新之举，与国际私法立法水平先进的国家相比，毫不逊色。在短短的 15 年中，中国的国际私法经历了从无到有，从少到多的历史性变革，具有中国特色的国际私法的法律框架已初步形成。与其他国家的国际私法相比，中国的国际私法呈现出以下显著的特点：

^① 有关中国国际私法的立法沿革参见丁伟主编《冲突法论》，法律出版社 1996 年出版，第 38—39 页。

第一，立法起步晚，但起点很高，一些国际私法的规定借鉴了现代国际私法立法的先进经验以及国际私法理论研究的最新成果。

国内学者一般认为，新中国成文的国际私法立法始见于1985年3月、4月我国相继颁布的《涉外经济合同法》与《继承法》，这两部法律分别规定了涉外合同与涉外继承的准据法。但从严格意义上讲，当代中国国际私法成文的法律规定最早出现在国务院1983年发布的《中外合资经营企业法实施条例》中，该条例第15条规定：“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决，均适用中华人民共和国法律。”虽然这是一条单边冲突规范，但意义非同寻常，标志着中国告别了缺乏成文的国际私法的时代。尽管中国国际私法的起步较晚，但客观上为我国立法借鉴、移植国外及国际上国际私法的最新的立法成果创造了条件。如有关涉外合同的准据法制度，采用了最密切联系原则这一当代国际私法最新的理论，最高人民法院的有关司法解释更是采纳了推定最密切联系点的“特征性履行说”（Theory of Characteristic Performance），并对通常情况下如何按最密切联系原则推定十三种合同的准据法一一作了具体规定，其中有些规定是直接来自1985年海牙国际私法会议通过的《关于国际货物买卖合同法律适用公约》中移植过来的。这种区分合同的不同种类，分别确定准据法的方法反映了合同准据法发展的趋势。再如，《民法通则》第148条将最密切联系原则适用于扶养关系，并以与被扶养人而非扶养人有最密切联系的法律作为涉外扶养关系的准据法。第146条则将当事人共同的本国法、住所地法作为侵权行为之债法律适用的补充原则。这些规定不仅在立法上颇具新意，同

时也体现了当代国际私法立法所创导的保护弱者利益的原则。^①

第二，在国际私法的立法模式上，不拘于单一形式。

我国现行国际私法采取了以专章、专篇系统规定国际私法规范为主，以有关单行法中列入相应国际私法规范为辅的立法模式。在《民法通则》第八章（涉外民事关系的法律适用）中集中规定了一系列冲突规范，在《民事诉讼法》第四编中系统规定了涉外民事诉讼程序的特别规定，在《仲裁法》中也专门载入“涉外仲裁的特别规定”一章。与此同时，在《合同法》、《继承法》、《票据法》、《收养法》、《民用航空法》、《海商法》以及《海事诉讼特别程序法》等单行法律中列入了国际私法的有关规定。这种分散立法的方式虽然存在不少弊端，但在国际私法的立法体系不完善，立法缺乏规划的情况下，客观上有助于及时填补国际私法立法上的空白。

第三，国内立法体系多层次。

中国国际私法的国内立法体系由四个层次组成。其中，第一层次是宪法中有关公民的规定，有关社会经济和民事生活的基本原则的规定，有关我国发展国际经济技术合作和文化交流的基本原则的规定，这是我国国际私法国内立法的最高层次，对于我国制定和适用国际私法的各项规定具有指导作用；第二层次是以《民法通则》、《民事诉讼法》为核心的各种民商事法律、法规，这是我国国际私法国内立法的基本层次；第三层次是国务院、中央政府各职能部门为实施全国人大及其常委会制定的国际私法规范而制定的有关行政法规，如《中外合资经营企业法实施条例》、《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》等。第四层次是最高人民法院对有关国际私法规范所作的司法解释和批复。后两

^① 参见洪莉萍《中国国际私法研究》，华东师范大学出版社1996年初版，第146-147页。

个层次为我国国际私法国内立法的补充层次。这些规定构成了中国国际私法国内立法多层次、全方位的立法体系。^①

第四，法律渊源多元化。

在中国国际私法的法律渊源上，有关国际私法的国内立法为国际私法的国内渊源，而国际条约、国际惯例则为国际私法的国际渊源。尽管我国学者大都不承认判例是我国国际私法的渊源，但是，从我国司法实践来看，《最高人民法院公报》上刊载的国际私法案例对各级人民法院审理涉外民、商事案件具有直接的指导作用。最高人民法院对于有关国际私法规范所作的大量司法解释更是对下级法院具有普遍的约束力。值得关注的是我国有关国际私法的最新著述已明确将司法解释列入我国国际私法的法律渊源中。^②

第五，国际私法的立法轮廓已初步形成。

经过将近 15 年的努力，中国国际私法的立法有了长足的发展。现行立法对于不动产、票据、合同、侵权行为、结婚与离婚、扶养、遗产继承以及海商海事等领域的法律适用作了明确的规定，有关的程序法与仲裁法也配套齐全，从而有效地缓解了涉外民、商事案件无法可依、无章可循的矛盾。

二、当代中国国际私法立法的缺陷与不足

尽管中国国际私法的立法成绩斐然，但审视现行立法，无论是立法的总体水平、法律体系与结构，还是法律条文的具体内容

① 参见李双元所著《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 118—120 页；徐冬根、薛凡所著《中国国际私法完善研究》，上海社会科学院出版社 1998 年出版，第 110—112 页。

② 黄进所著《国际私法学》（2000 年全国律师资格考试指定用书），法律出版社 2000 年出版，第 10—11 页。

以及法律解释,都存在重大的缺陷。

第一,国际私法的立法严重滞后于理论研究。

法学理论研究超越立法是一个一般规律,但在国际私法领域这一问题尤为突出。中国国际私法的理论研究起始于20世纪70年代末、80年代初。被视为中国国际私法拓荒之作的姚壮、任继圣所著的《国际私法基础》初版于1981年,由韩德培教授主编的全国第一部统编教材《国际私法》初版于1983年,基本上奠定了中国国际私法学的体系、结构。而成文的冲突法规范到1985年才开始出现。1986年《民法通则》施行后,除一些单行法规中出现一些零星的国际私法规范外,中国冲突法的立法再无实质性的发展。反观理论研究领域,在20年的时间里,中国国际私法的理论研究无论在深度上还是广度上都有了突破性的发展。

从横向来看,国际私法理论研究的范围不断扩大。尽管有关国际私法的范围问题在理论上还存在争议,^①但持广义概括主义的学者作为主流派主张从实际出发,用发展的观点看待国际私法的范围问题。^②我国著名国际私法学家韩德培教授所提出的“一

① 有关国际私法范围争议的焦点是国际私法的规范中是否应包括直接调整涉外民事法律关系的实体法规范,这一问题学界众说纷纭,可大体归为三种学说:第一种为限制主义,又称“小国际私法”,主张国际私法规范仅限于解决法律冲突的冲突规范;第二种为一般概括主义,又称“中国国际私法”,主张国际私法规范主要包括解决法律冲突的冲突规范和避免法律冲突的统一实体法规范;第三种为广义的概括主义,又称“大国际私法”,主张国际私法规范包括冲突规范、统一实体法规范和国际惯例、国际民事诉讼程序规范以及国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范。

② 参见肖永平所著《冲突法专论》,武汉大学出版社1999年5月第一版,第302-304页。

机两翼”的理论，形象与科学地勾画出了国际私法的范围。^①最新出版的几部国际私法统编教材字数最多的达 80 多万，其内容几乎涵盖了整个国际民商、经济领域所有的法律问题。^②

从纵向来看，国际私法各个领域的理论研究都在不断地深化，已经或正在形成十几个相对独立的分支学科，国际私法学正在逐渐成为一个由诸多分支学科组成的学科群。^③

值得一提的是，中国国际私法学界多年来一直致力于推动国际私法立法的进程，这种努力集中体现为中国国际私法学会凝聚了我国国际私法学界专家、学者的共同智慧，历时七年，五易其稿，终于在 2000 年 6 月正式出版了《中华人民共和国国际私法示范法》。该示范法采取法典的模式，分为总则、管辖权、法律适用、司法协助、附则五章，共 166 条，对国际私法的各项制度作了较为全面、系统的规定，并在立法指导思想上具有相当的超前意识。目前该示范法已呈交全国人民代表大会，相信对我国立法部门将产生发聋振聩的影响。

第二，国际私法的立法缺乏规划，随意立法的现象严重。

长期以来，我国立法机关一直未将国际私法的立法纳入计划，在立法指导思想上存在等待、观望的消极保守倾向。有关国际私法的立法基本上是“头痛医头”、“脚痛医脚”，致使一些领

① 韩德培教授将国际私法描绘成一架飞机，其内涵是飞机的机身，其外延是飞机的两翼。内涵包括冲突法、统一实体法以及国内法中直接适用于涉外民事法律关系的实体法。两翼之一是国籍及外国人民事法律地位的制度，这是处理涉外民事法律关系的前提；另一翼是解决法律冲突时采用的国际民事诉讼及仲裁程序规范，包括有关管辖权、司法协助、外国判决与裁决承认与执行的规范。

② 参见李双元主编《中国国际私法通论》，法律出版社 1996 年出版；韩德培主编《国际私法新论》，武汉大学出版社 1997 年出版；黄进主编《国际私法》，法律出版社 1999 年出版。

③ 参见李双元所著《走向 21 世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社 1999 年 8 月第 1 版，第 79-80 页。

域国际私法的规定顾此失彼，前后矛盾。如 1985 年颁布的《继承法》第 36 条规定在确定有关继承的准据法时没有区分法定继承与遗嘱继承，而次年颁布的《民法通则》第 149 条则仅规定遗产法定继承的准据法，却遗漏了遗嘱继承的准据法，从而引发了学术界有关两个法律相互之间关系的无谓争论。^① 这种立法上挂一漏万的现象值得我们引以为戒。

第三，国际私法的体系与结构尚不完整，各类法律、法规严重失衡。

由于立法缺乏必要的规划，必然导致有关法律、法规的失衡，这种失衡表现在下列几方面：

其一，冲突法与程序法失衡。有关国际民事诉讼的程序规范早在 1982 年颁布的《民事诉讼法》（试行）第五编中就有了系统的规定，1991 年颁布的《民事诉讼法》第四编使程序法的规定更臻完善。反观冲突法的规定，1986 年颁布的《民法通则》有关冲突法的规定只有寥寥九个条文，且长期以来一直不作补充、修订。

其二，总则部分与分则部分失衡。我国国际私法分则部分（即各类涉外民、商事关系的法律适用）相对来说较为完整，而有关识别、转致、反致、法律规避、等总则部分的法律制度则迟迟不作规定，就连内容包罗万象的司法解释中也无法寻觅这类规定。

其三，成文法与司法解释失衡。如有关合同之债准据法的立法规定仅 1 条 3 款，而最高人民法院的有关司法解释却不厌其详。再如，《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”部

^① 一些学者认为，根据特殊法的效力优于普通法的原则，《继承法》的规定应优先适用；另一些学者认为，根据新法优于旧法的原则，《民法通则》的规定优先适用。

分仅9条13款，而1988年最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见（试行）对于该部分的解释却包括了18个条文。

其四，国内立法与国际公约失衡。如前所述，中国国际私法的国内立法已初具轮廓，但中国缔结或参加的国际公约为数甚少。实行改革开放政策以来，中国相继接受或加入了一些统一实体法和程序法方面的国际公约，但迄今为止尚未参加或缔结任何专门的有关法律适用的国际公约或双边条约。^①

第四，同属国际私法渊源的国际条约与国内立法的关系尚未理顺。

有关国际条约与国内法的关系理论上素有一元论和二元论之争。^②我国《民法通则》第142条第2款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”该条款实际上把国际条约置于优先于国内法的地位。但仔细推敲，在有关国际条约与国内法关系问题上仍存在一些疑惑：

其一，上述《民法通则》第142条第2款的规定具有局限性。整个第142条规定在《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”之中，且该条第1款规定：“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。”是否可以理解为第142条第2款的规定只适用于《民法通则》第八章规定的定居国外的中国公民的民事行为能力、不动产的所有权、合同争议、侵权行为的损害赔偿、涉外结婚与离婚、扶养以及遗产的法定继承等七种法律关

① 参见黄进所著《中国国际私法》，三联书店（香港）有限公司1997年出版，第43页。

② 一元论分为国际法优先说和国内法优先说两大派；二元论则持国际法与国内法对等说或互不隶属说。

系？而由一些单行法调整的涉外民事法律关系在涉及国际条约和国内法关系时，能否援用《民法通则》第 142 条第 2 款的规定处置？更有甚者，《民法通则》第八章所规定的只是我国冲突法的规定，按照上述广义的概括主义的观点，国内法中直接适用于涉外民事法律关系的法律亦属国际私法范围，这类国内实体法与国际条约发生冲突时能否也适用《民法通则》第 142 条第 2 款处置？

其二，我国法律尚无将条约纳入国内法的明确规定。上述《民法通则》第 142 条第 2 款以及《民事诉讼法》第 238 条等我国规定国际条约与国内法关系的法律条文如出一辙，都规定条约与法律发生冲突时适用条约的规定，在司法实践中也倾向于把条约与国内法存在冲突作为适用条约的前提条件，如此理解将导致比国内法的规定详细、具体但与国内法并无冲突的条约规定无法适用。在我国司法实践中也出现过应该适用条约而未适用条约的案例。^①

其三，纵观世界各国宪法，大都对国际法与国内法的关系作出明确规定，而我国尚未建立关于国际法与国内法关系的宪法体制，我国《宪法》虽规定了缔结或参加国际条约或协定的宪法程序，但对于生效的条约或协定与国内法的关系则未作规定，因而无法从总体上解决国际法与国内法的关系。中国加入 WTO 后，对 WTO 规则所包含的一揽子协议、附件、决定和谅解必须全单照收，我国最高人民法院几位领导也在多个场合宣布人民法院应优先适用 WTO 规则，^② 建立中国有关国内法与国际法关系的宪法体制已经刻不容缓。

^① 参见陈寒枫等《国际条约与国内法的关系及中国的实践》一文，载于《政法论坛》2000 年第 2 期，第 120-121 页。

^② 参见最高人民法院副院长万鄂湘《WTO 规则在我国法院的适用问题》一文，载于《国际商报》2000 年 11 月 19 日。

第五，立法内容残缺不全，严重滞后。

长期以来，我国有关立法部门立法不作为的现象严重，随着改革开放全方位、深层次地推进，对外经济贸易和人员往来不断增多，我国参与国际民、商事法律关系的形式日趋复杂，范围日益扩大，现行国际私法的规定相形见绌，除了上述国际私法总则部分的内容遗漏外，有关保险、信托、代理、法人的民事行为能力、不当得利、无因管理、公司、破产、产品责任、技术转让、知识产权以及法律的时际冲突、区际冲突等日常生活中频繁发生的法律冲突的准据法仍然是空白，一些新型商事、海事，特别是与internet有关的纠纷中出现的法律冲突问题更是无从解决。

第六，法律条文过于笼统，立法技术粗糙，法律规范不周延的现象比比皆是。

由于受“立法宜粗不宜细”的立法指导思想的误导，加之我国国际私法立法经验有限，立法人员不足，立法信息不全，立法手段落后，立法技术粗糙，国际私法规范缺乏周延性的现象十分严重。

其一，有关人的能力的法律适用。《民法通则》第143条只是规定，“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的法律。”首先，纵观各国国际私法，有关人的行为能力大都以适用本国法作为一般原则，定居国法律只是补充原则。该条文只规定了补充原则，而丢掉了一般原则，不免有本末倒置之嫌；其次，该条文对于外国人在中国领域内所作的民事行为以及无国籍人的民事行为能力未作规定；最后，该条文只规定了行为能力的准据法，而遗漏了人的权利能力的准据法。

其二，有关物权的法律适用。《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法。”对于不动产所在地法适用于不动产的哪些具体领域，则不作具体列举。对于动产的法律适用，《民法通则》似乎视而不见。

其三,有关涉外结婚与离婚的法律适用。《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律,离婚适用受理案件的法院所在地法律。”然而,该条文无法适用于同样属于涉外婚姻关系范畴的中国公民双方在国外的结婚与离婚以及国籍相同或不同的外国人双方在中国的结婚与离婚。

其四,有关涉外继承的法律适用。《继承法》第36条第1款规定:“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产,或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产,动产适用被继承人住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。”该条款貌似严谨,但仍然没有穷尽所有的涉外继承关系,无法适用于同样属于涉外继承关系的侨居国外的中国公民继承中国境内中国公民的遗产。《民法通则》第149条虽然用“遗产的法定继承”一词涵盖了所有的涉外继承关系,但不知有意还是无意未对遗产的遗嘱继承作出相应的规定。

其五,有关国际惯例的适用。尽管我国学者无例外地将国际惯例作为我国国际私法的渊源,但是,我国法律与司法解释并未对“国际惯例”的含义作出解释。从我国国际私法的具体规定来看,只有《民法通则》、《合同法》中的冲突规范规定:中国法律未作规定的,可以适用国际惯例。而我国前后两部《民事诉讼法》却未对国际惯例的适用作出规定。据此是否可以认定我国国际私法中所指的“国际惯例”仅指冲突法上的国际惯例?难怪有的学者质疑国际私法所涉及的国际民事诉讼程序中是不存在“国际惯例”,或者即使存在,我国立法也不允许适用。^①

第七,过多地依赖司法解释。

^① 参见李双元所著《走向21世纪的国际私法:国际私法与法律的趋同化》,法律出版社1999年出版,第127-130页。