

LAW OF LAW APPLICATION
OF FOREIGN CIVIL RELATIONS

主 编 齐湘泉
副主编 耿 勇 吴 钧 周黎明

涉外民事关系 法律适用法

LAW OF LAW APPLICATION OF FOREIGN CIVIL RELATIONS

人 民 出 版 社

涉外民事关系法律适用法

主 编 齐湘泉
副主编 耿 勇 吴 钧 周黎明

人 民 出 版 社

责任编辑:王能雄

版式设计:卢永琴

图书在版编目(CIP)数据

涉外民事关系法律适用法/齐湘泉主编;-北京:人民出版社,2003.8

ISBN 7-01-004002-8

I. 涉… II. 齐… III. 涉外案件-民事纠纷-法律适用-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 066074 号

涉外民事关系法律适用法

SHEWAI MINSHI GUANXI FALÜ SHIYONG FA

主编 齐湘泉 副主编 耿勇 吴钧 周黎明

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月北京第 1 次印刷

开本:787 毫米×960 毫米 1/16 印张:33.25

字数:562 千字 印数:1-6,000 册

ISBN 7-01-004002-8 定价:48.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序 言

中国涉外民事关系法律适用法的演进与勃兴

中国涉外民事关系法律适用法自我国实行改革开放政策以来,获得了史无前例的发展,特别是正在起草的《中华人民共和国民法典》把涉外民事关系法律适用法作为一编列入其中,将使我国的涉外民事关系法律适用法更加制度化、规范化。回顾我国涉外民事关系法律适用法的历史演进,有助于我们了解涉外民事关系法律适用法产生、发展的过程,总结涉外民事关系法律适用法立法经验,探讨涉外民事关系法律适用法立法、司法中存在的问题,推动涉外民事关系法律适用法的国际化及与各国法律的兼容,促进涉外民事关系法律适用法的发展和勃兴。

下面将中国涉外民事关系法律适用法的演进划分为四个历史时期进行探讨。

一、第一个历史时期从唐朝至清末,这一时期涉外民事关系法律适用法是以属地主义为主,属人主义为辅的历史时期

中国涉外民事关系法律适用法的历史渊源可以追溯到唐朝。我们知道,涉外民事关系法律适用法是商品经济社会的法律,这一法律产生的条件要求政治民主,经济自由,国家之间通商,各国人民之间相互往来。中国封建社会政治上是君主集权制,经济上是土地分封制,没有完全具备涉外民事关系法律适用法产生的条件。但是,唐高宗时期,中国的农业有了很大的发展,与之相应,手工业、商业也有了发展。商业以京城长安为中心,行业达 200 多个,手工业发达,正规工匠有 34000 人之多。^① 交通顺畅,有公路通往各主要城市,有七条道路通往印度、越南、朝鲜等周边国家,“弘舸巨舰,千舳万艘,交贸往还,

^① 《唐六典》卷七《尚书工部》。

昧旦永日”。^① 为管理对外贸易,设市舶使一职于广州。日本、新罗、南海诸岛国、印度、斯里兰卡、大食(阿拉伯)波斯等国蕃商经海来唐贸易,“南海舶,外国船也,每岁至安南、广州。师子国舶最大,梯而上下数丈,皆积宝货,郡邑为之喧闹。有番长为主领,市舶使籍其名也,纳舶脚物,禁珍异”。^② 经济发达,胡人来唐,京师长安达数万人之众。为调整涉外民事关系,公元651年在《永徽律》第一编《名例章》作了这样的规定:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”这是我国,也是世界最早出现的涉外民事关系法律适用法法律规范,这条规定在确定本国法律的属地效力的同时,确认外国法律的属人效力,开创了涉外民事关系法律适用立法之先河。

宋袭唐制,在立法指导思想上坚持“市舶之利,颇助国用,宜循旧法,以招徕远人,阜通货贿”^③。元丰年间修订了《广州市舶条法》,在司法方面,“蕃人有罪,谐广州鞠实,送蕃坊行遣”。^④ 在涉外继承方面规定:“诸商旅身死,勘问无家人亲属者,所有财物,随便纳官,仍具状申省,在后有认识勘当,灼然是其父兄子弟等,依数郤酬还”。宋刑统卷第十二《户婚律》还具体规定了蕃人及波斯人继承在我国的遗产份额。“死商客及外界人身死,应有资财货物等,检勘从前敕旨,内有父母、嫡妻、男亲侄男、在室女,并合给付。如有在室姊妹,三分内给一分。如无上件亲族,所有钱物等并合官收”。“死波斯及诸蕃人资财货物等,伏请依诸客例,如有父母、嫡妻、男女、亲女、亲兄弟元相随,并请给还。如无上件至亲,所有钱物等并请官收,要不牒本贯追亲族”。从这一规定可以看出,宋朝对蕃人、波斯人继承在我国的遗产是有区别的。^⑤ 元袭宋制,在涉外民事立法方面,“大抵皆因宋旧制而为之法焉”。^⑥

明朝对外贸易政策发生了重大变化,严守海禁,限制朝贡贸易成了明朝对外贸易立法的主旋律,由于明朝各代政治经济状况不同,调整涉外民事关系的法律呈现一张一弛的变化。

清朝是中国封建社会闭关锁国政策集大成者,顺治十二年(1655年)首颁禁海令,禁止对外贸易。顺治十八年(1661年)、康熙元年(1662年)、康熙十七

① 《唐鉴·卷三》。

② 李肇:《唐国史补》卷下。

③ 《宋史·食货志》。

④ [唐]朱彧:《萍州可谈》卷二。

⑤ [宋]窦仪等撰:《宋刑统》,中华书局1984年6月版,第198—200页。

⑥ 《元史·食货二·市舶》。

年(1678年)三次下达迁海令,使数千里海岸线人烟绝迹。对外关系法律适用上,亦采取严格的属地主义,规定“凡化外人犯罪者,并依律拟断”。

在这一历史时期涉外民事关系法律适用法理论方面,法律适用的属地主义与法律适用的属人主义交锋激烈。唐朝的长孙无忌等人奉命对《永徽律》进行注释,编撰《唐律疏议》。在《唐律疏议》中对《永徽律》中涉外民事关系法律适用的规定作了如下解释:“化外人,谓蕃夷之国别立君长者,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。异类相犯者,若高丽与百济相犯之类,皆以国家法律论定刑名”。^①长孙无忌等人在充分肯定中国法律的属地效力的同时,承认外国法律在中国的效力,承认外国法律的域外效力。宋朝的汪大猷则认为,“既入吾境,当依吾法,安用岛夷俗哉”,^②主张法律适用的绝对属地主义。

在涉外无人继承财产归属理论方面,有“海商客死,官籍其货,满三月无妻子诣府,则没人”^③的主张。

中国是世界上最早制订冲突规范的国家,比在世界范围产生重大影响的《法国民法典》中的冲突规范要早1000多年。^④将《永徽律》与《法国民法典》中的冲突规则作一比较,我们不难发现,两部法典在法律属地效力方面的规定是相同的,在法律属人效力的规定上,《永徽律》规定的是承认外国法在中国具有法律效力;可以适用于在中国境内的具有相同国籍的外国人之间。而《法国民法典》强调的是法国法律的域外效力,主张人的身份、权利、能力等事宜,《法国民法典》可以适用于在法国境外的法国人。《永徽律》关于法律适用的规定比《法国民法典》关于法律适用的规定要先进得多。但是,涉外民事关系法律适用法毕竟是调整商品经济社会的法律,《法国民法典》适应社会发展的客观规律,成为不朽的经典,而中国封建社会的强盛与发达,使这一社会形态延绵两千余载,使得中国唐、宋、元朝涉外民事关系法律适用法的立法与学说成为一个“早产儿”,注定其必然夭折的命运,成为昙花一现的历史永恒。

① [唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,中华书局1983年第1版,第133页。

② 《宋史·汪大猷传》。

③ 《新唐书·孔癸尧传》。

④ 《法国民法典》第3条是冲突规范的规定,该规定有3款,即“有关警察与治安的法律,对住在法国领土上的所有人均有强制力。不动产,即使属外国人所有,仍适用法国法律。有关人之身份与能力的法律,适用于全体法国人,即使其居住在国外,亦同。参见罗结珍译:《法国民法典》,中国法制出版社1999年10月版,第1页。

二、第二个历史时期从清末至中华人民共和国建立之前,这一时期是以日本《法例》为模式的法理学的涉外民事关系法律适用法时期

这一时期中国涉外民事关系法律适用法的立法、理论与研究与取消帝国主义国家在中国的领事裁判权息息相关。我们知道,中国封建社会到清朝末年已成为一个行将就木的老人、病夫,任凭西方列强蹂躏、宰割了。1843年10月,英国政府强迫清政府与其签订了《中英五口通商章程》,通过该章程,英国最早在中国攫取了领事裁判权。该章程第13条规定:“凡英商禀告华民者,必先赴管事官处投禀,候管事官先行查察谁是谁非,勉力劝息,使不成讼。间有华民赴英官处控告英人者,管事官均应听诉,一例劝息,免致小事酿成大案。其英商欲行投禀大宪,均应由管事官投递,禀内倘有不合之语,管事官即驳斥另换,不为代递。倘遇有交涉词讼,管事官不能劝息,又不能将就,即移请华官公同查明其事,既得实情,即为秉公定断,免滋讼端。其英人如何科罪,由英国议定章程、法律发给管事官照办,华民如何科罪,应治以中国之法”。继英国之后,美国、法国、瑞典、挪威、俄国、德国、葡萄牙、丹麦、荷兰、西班牙、比利时、意大利、奥地利、日本、秘鲁、巴西、墨西哥等国先后通过不平等条约在中国获取了领事裁判权。清政府与外国签订的不平等条约中的领事裁判权的内容大同小异,归纳起来主要有两点:

(一)华洋混合之民事案件,由中外官员各自调处,如调处不成,则由中外官员会同讯断。

(二)纯粹外人案件,或外人混合案件,中国官员均不得过问。^①

为挽救清朝覆灭的命运,1898年,光绪皇帝接受康有为、梁启超等改良派人士建议,变法维新,实行“新政”。以慈禧那拉氏为首的晚清统治集团是中国历史上最腐朽、最反动、最保守的政治势力,为维持极端专制统治,拒绝任何革新与改良,血腥镇压了“百日维新”运动,使其旋即夭折。1900年义和团运动从根本上动摇了清朝的统治。迫于内外剧变的压力,特别是英国提出修律的要求,允诺“一俟查悉中国律例情形及其案断办法,及一切相关事实,皆臻妥

^① 吴昆吾著:《不平等条约概论》,商务印书馆1933年版,第9—13页。

善,英国允弃领事裁判权”^①后,清政府为维护其摇摇欲坠的统治,缓解内外矛盾,批准了直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞“将一切现行律例,按照通商交涉情形,参酌各国法律,妥为拟议,务期中文通行,有裨治理”奏折,^②1902年,命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣修订中国之法律。

沈家本根据清朝政府发布的“务期中外通行”的修律方针,确立了“参考古今,博辑中外”、“汇通中西”的修律思想,^③把翻译外国法律看做重中之重,“欲明西法之宗旨,必研究西人之学,尤必编译西人之书”。^④在沈家本的主持下,翻译出几十种外国的法律法规和法学著作。新型法律使人们耳目一新,形成沟通中西法制的热潮。在移植外国法律的同时,“出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚,法政学堂如雨后春笋,法政期刊杂志百家争鸣,法学著译如火如荼,法学成为中国之‘显学’”。^⑤在移植外国法律的过程中,19世纪末主要翻译英美法律,20世纪初转向以罗马法系为渊源的日本法律,通过对英美法系与罗马法系的比较,特别是中国与日本源远流长的历史、文化关系,中国最终以罗马法系取代了英美法系,使晚清新制定的一系列法律明显带有罗马法系的特征。

修律没有改变中国社会的基本矛盾,1911年爆发了辛亥革命,宣告中国封建社会寿终正寝。辛亥革命也引发了中国第一次法律革命,中国开始了从封建专制主义法律秩序向近代民主主义法律秩序的历史转变。

中国民族资产阶级先天不足,不堪领导中国革命的重任,革命成果很快被袁世凯篡夺,中国进入北洋政府时期。北洋政府时期虽然政局动荡,民主政治由激昂归于消隐,但这一时期法律的发展是令人瞩目的,北洋政府时期改变了清末以来“固有法与继受法”的二元对立,以渐进的方式推进了固有法与继受法的融合。在涉外立法方面,北洋政府于1918年制定了中国历史上第一部调整涉外民事关系的法律——《法律适用条例》,1923年起草了《法律适用条例草案》(未公布)。

《法律适用条例》能在北洋政府时期出台也是有其深刻的政治、经济原因

① 光绪二十七年(1901)《中英追加通商航海条约》第12条。

② 《清史稿刑法志注解》,第28页。

③ 《寄簃文存》卷六《重刻明律序》。

④ 《寄簃文存》卷六《新译法规大全序》。

⑤ 直隶高等审判厅编:《华洋诉讼判决录》,中国政法大学出版社1997年12月版,第11页。

的。在领事裁判权之下,中国主权受到严重损害,涉外案件的司法管辖权丧失殆尽,领事裁判权理所当然地受到中国人民的强烈反对,中国历届政府也为取消帝国主义国家在华领事裁判权作出了努力。1902年《中英马凯条约》提出一俟中国法制完备,英国即撤销在中国的治外法权。1903年《中美商约》、《中日商约》、1904年《中葡条约》、1908年《中国瑞典条约》亦有相同的规定。1909年《中墨条约》到期后未续订,墨西哥事实上放弃了在中国的领事裁判权。1917年,中国相继废除了德国、奥匈帝国在中国的领事裁判权。1919年1月召开的巴黎和会上,中国代表提出撤废领事裁判权之要求,西方列强未予实质性讨论。1921年10月召开的华盛顿会议上,中国代表再次提出撤废领事裁判权,西方列强会商决定,调查中国司法状况之后再作决定。^① 20世纪20年代,俄国、葡萄牙、丹麦等国撤销了在华领事裁判权。经过坚持不懈的努力,中国在1943年在形式上彻底废除了帝国主义列强在华领事裁判权,但在事实上废除外国在华领事裁判权是中华人民共和国成立以后的事情了。^②

在经济方面,英法联军的尖船利炮打开了文明古国的大门,丧权辱国的中国被强行推入开放的世界经济之中。自清道光二十二年(1842年)至民国十三年(1924年),中国政府先后对外开放112处商埠(依照条约开放77处,自行开放35处)。自道光二十五年(1845年)至民国六年(1917年),西方列强强行在华开设租界29处,租借地5处,外国人居留地14处,铁路附属地商埠15处,^③ 这些地区首先成为中国近代经济的增长点。1914年至1918年间,是中国近代经济大发展的历史时期,以传统方式经营的小农经济占国内总产值的61.8%,传统、半传统的工商业经济占35.5%,近代产业经济占2.7%,^④ 社会经济基础发生了变化,新的社会关系产生了。为了调整新的社会关系,需要创制有效的法律规范,在这种条件下,《法律适用条例》应运而生。

在半封建半殖民地社会,中国的主权完整和司法管辖权的恢复,不是一部单行法规所能完成的,领事裁判权的存在,使《法律适用条例》形同虚设。《法律适用条例》的颁布很大程度上表明中国要求主权完整,恢复对涉外民事案件管辖权的决心。

① 严如平、熊尚厚主编:《民国人物传》,中华书局1995年第8卷《顾维钧》。

② 张国福著:《中华民国法制简史》,北京大学出版社1986年版,第51—52页。

③ 张洪祥著:《近代中国通商口岸与租界》,天津人民出版社1999版,第321—333页。

④ 周俊旗、汪丹著:《民国初年的动荡》,天津人民出版社1996版,第150页。

《法律适用条例》于1927年8月12日被南京国民政府下令暂准援用。

从清末到新中国成立这一历史时期,中国涉外民事关系法律适用法的理论获得了空前的发展,先后出版了20余本关于涉外民事关系法律适用的书籍,^①传播了各国主权平等、各国法律地位平等、各国法律适用平等的思想。

从清末到新中国成立这一历史时期我国涉外民事关系法律适用法的立法与理论发展呈现以下特征:

1. 移植性。在西方国家,涉外民事关系法律适用法与国际公法几乎是同时诞生的。在古罗马法时代就有万民法,私法的发展要比公法早一些。^②中国的情况不是这样,当时的政府为了对付西方列强的武力威胁和各种主权要求,比较注重国际公法的移植,1864年,丁韪良翻译的《万国公法》就在中国出版了。对于一个传统上忽视国民个人权利和利益的中国来说,不可能热心于涉外民事关系法律适用法的制定与适用,只是迫于中国的主权完整和司法管辖权的恢复,取消帝国主义在华的领事裁判权,北洋政府才以日本《法例》为蓝本制定了《法律适用条例》。^③我国的涉外民事关系法律适用法理论、学说、著作,也是在同样的历史背景下移植到中国的。

2. 单一性。这一时期的立法和学说,将涉外民事关系法律适用法局限于冲突规范的范围,且主要涉及国籍与住所、外国人民事法律地位、冲突规范三大块,对涉外民事关系法律适用法的其他内容涉及甚少。19世纪80年代,江南制造局出版了费利摩巴德(英)英文原著、傅兰雅(英)译、钱国祥校的《各国交涉便法论》,这本书出版的时间不详,发现的翻印本是光绪二十四年(1898)上海书局出版的排印本,^④该书对住所、居所、国籍、人身权、婚姻、离婚、监护权、物权、合同、票据、继承、涉外诉讼程序等方面的法律适用都作了论述,这本书内容翔实,但对我国产生的影响不大。

3. 雷同性。《法律适用条例》翻版于日本的《法例》,涉外民事关系法律适

① 参见章尚锦、张秀珍:《20世纪末以前中国国际私法学术论述和著作目录》,2002年中国国际私法学会年会论文汇编。

② 何勤华:《略论民国时期中国移植国际法的理论与实践》,载《法商研究》2001年第4期,第140页。

③ 翟楚编著:《国际私法纲要》,国立编译馆出版,正中书局印行,1967年11月第6版,第40页。

④ 李贵连、俞江:《简论中国近代法学的翻译与移植——以我国第一部国际私法译著为例》,汪汉卿等主编:《继承与创新〈法律史论丛〉》第八辑,第777页。

用法理论、学说、著作同样“克隆”于日本学者的理论、学说、著作,而且我国学者之间相互承袭,出现了涉外民事关系法律适用法的理论、学说、著作千孔一面的现象。

北洋政府于1918年制定了中国历史上第一部调整涉外民事关系的法律——《法律适用条例》,1923年起草了《法律适用条例草案》。为什么还将清末至中华人民共和国成立之前这一时期称为以日本《法例》为模式的法理学的涉外民事关系法律适用法时期呢?这是因为这部法律从公布之日至1927年8月12日被南京国民政府下令暂准援用这段时期里没有适用过,涉外民事关系法律适用法在中国仅限于理论上的研究和探讨。

三、第三个历史时期从中华人民共和国成立后至1978年,这一时期是以苏联的涉外民事关系法律适用法为模式的法理学的涉外民事关系法律适用法时期

中华人民共和国是用枪杆子挑落青天白日旗,用暴力铁拳砸碎旧政权法律制度的桎梏而诞生的,这一特定条件下产生的新国家,必然“以蔑视与批判态度对待国民党六法全书及欧美、日本等资本主义国家一切反人民的法律……收集与研究人民自己的统治经验,制定出新的较完备的法律来”,^①推动半封建半殖民地法律秩序向新民主主义及社会主义法律秩序的历史更替。从1949年9月中国人民政治协商会议第一届全体会议开始,到1956年中国在总结根据地法制建设的基础上,借鉴、吸收了苏联的立法经验,创制了社会主义类型的法律体系,揭开了法制现代化进程新篇章。

由于历史的原因,中华人民共和国一成立,就成为“社会主义大家庭”的一员,制定了向苏联“一边倒”的基本国策,全面移植了苏联的司法制度和法学教育体制。涉外民事关系法律适用法学也不例外,无论是理论研究和学校教学,无不尊崇苏联模式。1950年我国翻译出版了一套苏联法学研究丛书,其中一本是《苏联国际私法》^②,这是新中国最早的涉外民事关系法律适用法方面的

① 《董必武法学文集》,法律出版社2001年版,第15页。

② 汪毓源、徐步衡编译:《苏联国际私法》,上海三民图书公司发行,1950年8月初版。

书籍;1951年10月,人民出版社出版了隆茨著、顾世荣译的《国际私法》^①;1951年上海大东书局出版了隆茨著、陆丰译的《苏联国际私法教程》(这两本书的中文名称虽不相同,但都译自隆茨同一原著);1956年8月,中国人民大学出版社出版了苏联乌·姆·柯列茨基著、刘文宗、刘慧珊、王荣宅译的《英美国际私法的理论和实践概论》。从1950年至1957年,我国在涉外民事关系法律适用法教材方面,使用的多是翻译过来的苏联学者的教材,我国未正式出版过我国学者编写的教材。为了教学工作的需要,我国一些高等院校编写校内用教材,如1953年中国人民大学外交系国际私法教研室编印了《国际私法教学提纲》;1954年又编印了《国际私法教学大纲》;1956年至1964年间,外交学院国际私法教研室编写了《国际私法讲义》,油印出版;1957年5月,中南政法学院印发了张仲伯编写的《国际私法纲要》;1957年东北人民大学出版科印发了高树异编写的《国际私法教学大纲讲义》,^② 这些教材在很大程度上借鉴了苏联教材的内容。

在法学教育方面,经中国政府的邀请,从1950年开始,苏联开始向中国人民大学、西南政法大学、华东政法大学、中央政法干部学校等法律院校派遣法学专家担任主干课程的授课教师。^③ 一些高校还聘请苏联专家直接培养中国涉外民事关系法律适用法方面的高级人才。如中国人民大学从1950年开始聘请三位苏联专家培养中国研究生,先后招生3届,培养了10名研究生。^④

在采取“请进来”方针的同时,我国还实行“走出去”的政策。从20世纪50年代开始,我国开始向苏联派遣留学生,中国人民大学、中国科学院政治法律研究所、西南政法学院、华东政法学院等高校和研究所均向苏联派出了优秀教师或研究人员,学习法律知识,攻读法学学位。

1957年下半年,中国开始了反右派运动,刚刚建立起来的法律秩序受到践踏,法律虚无主义思潮弥漫大地,一些法律院校的涉外民事关系法律适用法

① 隆茨著、顾世荣译:《国际私法》,人民出版社1951年10月版。

② 章尚锦:《我国国际私法和国际私法学发展的历史与现状》,《法学家》1999年第5期,第30页;章尚锦、张秀珍:《20世纪末以前中国国际私法学术论述和著作目录》,2002年中国国际私法学会年会论文汇编。

③ 何勤华:《关于新中国移植苏联司法制度的反思》,载《中外法学》2002年第3期,第258页。

④ 章尚锦:《我国国际私法和国际私法学发展的历史与现状》,《法学家》1999年第5期,第30页。

课程被砍掉,教师转业,教材和文章受到批判。

1957年中苏关系交恶,我国从一个极端走到另一个极端,全面否定了苏联的政治制度、法律制度,同样,对我国引进的苏联涉外民事关系法律适用法也全面予以否定。

1966年开始持续10年的史无前例的“文化大革命”,使中国的法制建设受到空前的浩劫,涉外民事关系法律适用法遭受的摧残更为严重,法律院校(系)被解散,仅北京大学、吉林大学两所学校保留了法律系;从事涉外民事关系法律适用法教学的教师和从事涉外民事关系法律适用法研究的研究人员几乎全被调散;收集、积累的图书资料损失殆尽;法苑中刚刚绽放的涉外民事关系法律适用法这朵小花很快凋零。

从1949年到1978年这30年里,我国没有开展涉外民事关系法律适用法的立法工作,对涉外民事关系的法律适用,通过行政机关的行政规章及最高人民法院的司法解释、批复加以规定,而且数量极为有限。

从1949年到1978年我国只是以苏联涉外民事关系法律适用法为“蓝本”开展了涉外民事关系法律适用法的教学和科研活动,所以这一时期称为以苏联的涉外民事关系法律适用法为模式的法理学的涉外民事关系法律适用法时期。

四、第四个历史时期从1978年至今,这一时期是“借鉴、移植、吸收、承继”各国先进的涉外民事关系法律适用法,全面与国际社会接轨,中国涉外民事关系法律适用法走向勃兴的历史时期

中国涉外民事关系法律适用法的发展用“一波三折”这个词来形容再贴切不过了。《永徽律》颁行1300多年后的1978年,中国这头沉睡的雄狮醒来了,中国打开了国门,走向了世界。与1978年改革开放相伴而生的是中国的法律革命,中国开始了从传统的计划经济体制下的法律秩序向现代市场经济条件下的法治型法律秩序的历史性变革与转型。在这场变革中,发展最快的是涉外民事关系法律适用法的立法和涉外民事关系法律适用法的理论。

在立法方面,经过20多年的努力,我国已经初步建立了涉外民事关系法律适用法体系。这一体系首先表现为我国的国内立法,其次表现为我国缔结或加入的国际条约。

我国涉外民事关系法律适用法的立法始于1985年《中华人民共和国涉外

经济合同法》(现已废止);继后,1985年的《中华人民共和国继承法》;1986年的《中华人民共和国民法通则》;1991年的《中华人民共和国收养法》;1992年的《中华人民共和国海商法》;1995年的《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国民用航空法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国保险法》;1996年的《中华人民共和国拍卖法》;1999年的《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投标法》;2001年的《中华人民共和国信托法》、《中华人民共和国税收征收管理法》等法律中都有涉外民事关系法律适用法的规定。

1982年的《中华人民共和国宪法》;1980年的《中华人民共和国国籍法》;1986年的《中华人民共和国外资企业法》;2000年的《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》;2001年的《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》等法律对外国人在中国的法律地位、国籍的取得、丧失等法律问题作了规定。

在程序法方面,1991年的《中华人民共和国民事诉讼法》;1994年的《中华人民共和国仲裁法》;1999年的《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》等法律对我国涉外民事诉讼、涉外海事诉讼、涉外商事仲裁程序作了规定。

中华人民共和国国务院及各部、委根据我国的有关立法及我国的实际情况,颁布了一系列涉外行政法规,以规范涉外民事关系。

我国各省、自治区、直辖市立法机关及政府根据本地区的实际情况也制定了相应的涉外民事关系法律适用法规。

我国最高人民法院根据司法实践的需要,相继颁布了一批具有涉外民事关系法律适用法内容的司法解释,针对具体涉外民事案件中的涉外民事关系法律适用问题,作出了具体的批复、复函。这些司法解释、批复和复函中的有关涉外民事关系法律适用法的规定,也是解决涉外民事纠纷的依据。

我国缔结、加入了一系列具有涉外民事关系法律适用法内容的国际条约。我国1991年加入了海牙国际私法会议1965年7月3日订立的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》;1997年加入了海牙国际私法会议1970年3月18日订立的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》;1986年加入了《承认与执行外国仲裁裁决公约》;1992年加入《解决国家与他国国民间投资争议公约》。截至2002年3月,我国共与29个国家签订了民商事司法协助协定。我国1953年参加的《国际货物联运协定》、1968年参加的《统一国际航空运输某些规则的公约》、1980年参加的《国际油污损害民事责任公约》等条约中均有涉外民事关系法律适用法方面的规定。我国加入的国际公

约是我国法律的组成部分。

我国正在起草《民法典》，涉外民事关系法律适用法已作为一编列入其中，这是我国涉外民事关系法律适用法从分散立法走向法典化的重要的一步。

在司法实践、仲裁实践中，我国法院、仲裁机构也比较注重适用涉外民事关系法律适用法确定准据法，适用国际条约、中国法律、国际惯例、外国法律解决涉外民事关系当事人之间的争议和纠纷。

在涉外民事关系法律适用法理论方面，这一时期可谓百花齐放、百家争鸣，截止至 2002 年底，我国出版的各种涉外民事关系法律适用法教学大纲、提纲、讲义、教材、专著、论文集和译著共 300 部左右，各种杂志、报刊发表涉外民事关系法律适用法论文 3000 余篇。这些著作和论文，涵盖了涉外民事关系法律适用法的各个方面的内容，从历史到现今、从中国到外国、从立法到司法、从民事到经济、从实体到程序、从理论到实践，几乎无不涉猎，有一些研究成果已具有较高的水准。

我国立法、司法和理论方面的丰硕成果展示了涉外民事关系法律适用法的繁荣与勃兴。

五、我国涉外民事关系法律适用法勃兴亟待解决的几个问题

2001 年 12 月 11 日，我国正式加入世界贸易组织，我国经济融入世界经济一体化之中，我国的法律也面临着与世界通行规则进一步接轨的问题。作为调整涉外民事关系的涉外民事关系法律适用法，与世界通行规则接轨首当其冲。涉外民事关系法律适用法在其国际化过程中，应注意解决好以下几个问题：

1. 兼容性问题。兼容性涉及以下几个方面：

一是法律体系兼容问题。我国涉外民事关系法律适用法是舶来品，1918 年的《法律适用条例》是以日本为传播渠道间接输入了大陆法系国家的法国法、德国法；1950 年，苏联涉外民事关系法律适用法传入我国；1978 年以后，英美法系国家的涉外民事关系法律适用法传入我国，这样一来，我国并存三种法律体系。移入我国的各法律体系之间有一个融合问题。从我国目前立法实践来看，采用的是大陆法系国家的体系，分散于各单行法规中规定涉外民事关系法律适用法规范。中国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》采用的是英美国家的法律体系，从管辖权入手来设定涉外民事关系法律适

用法规范,^① 这样,涉外民事关系法律适用法就成为法院受理涉外民事案件之后所适用的一种法律,这种立法模式是否符合我国国情暂且不论,这种将涉外民事关系法律适用法的范围局限于“法官法”是值得商榷的。

法律体系兼容还涉及我国传统的法律体系与外国法律体系的兼容及与国际惯例的兼容。我国承认自己是一个发展中国家,但传统的中华大一统的观念在中国人的骨子里是存在的,并没有因为中国经济相对落后而减弱,表现在涉外民事关系法律适用法立法方面就是过分强调公共秩序,在我国的法律中,只要有涉外民事关系法律适用法的条款就有公共秩序保留的条款存在,削弱了涉外民事关系法律适用法的效力。

二是法律制度兼容。我国的许多法律制度也是从外国移植进来的,当一项法律制度分别移植于不同的国家,该法律制度就产生了兼容问题。以涉外代理制度为例,1986年《民法通则》规定的代理制度是以大陆法系国家的代理制度为模式制定的,^② 而1999年《合同法》则引入了英美法系的隐名代理制度,^③ 这两种代理制度具有排斥性,这无疑为涉外代理的法律适用提出了一个难以解决的问题。

三是法学体系的兼容。自我国最早的涉外民事关系法律适用法书籍《通商章程成案汇编》(光绪十二年,1886年)问世以来,^④ 我国已经出版了数百个版本的涉外民事关系法律适用法书籍。这些书籍在中华人民共和国成立以前多移植于大陆法系国家,中华人民共和国成立后,移植于苏联,我国实行改革开放政策后又大量移植了英美法系国家的书籍。我国学者所撰写的涉外民事关系法律适用法书籍,多为以苏联模式为主体,融入一些英美法系国家的内容。这样一来,涉外民事关系法律适用法著作、教材越来越厚,甚至一本教材也要多达八九十万字,涉外民事关系法律适用法成为一种玄学,既不利于读者阅读,也不方便学生学习。涉外民事关系法律适用法成为阳春白雪,当然和者盖寡。总结移植经验,结合我国涉外民事关系法律适用实际情况,创制中国涉外民事关系法律适用法法学体系,也是我国涉外民事关系法律适用法学者面

① 中国国际私法学会:《中华人民共和国国际私法示范法》,法律出版社2000年8月版。

② 见《中华人民共和国民法通则》第63条。

③ 见《中华人民共和国合同法》第402、403条。

④ 直隶高等审判厅编:《华洋诉讼判决录》,中国政法大学出版社1997年12月版,第II页。

临的任务。

2. 司法问题。改革开放以来,特别是我国加入世界贸易组织以来,涉外民事关系法律适用法在司法、仲裁的实践越来越受到重视,总体看来,对涉外民事关系法律适用法的适用,仲裁好于司法,在司法系统,沿海地区的法院好于内陆地区的法院,经济发达地区的法院好于经济相对落后地区的法院。涉外民事关系法律适用法在实践中如不受司法机关的重视,其存在的价值将受到怀疑。应当承认,我国法院审理涉外民事案件,相当一部分法官法律意识薄弱,片面强调对中国当事人的保护,忽视涉外民事审判的公正性。法官审理涉外民事案件,基本上适用中国法律,有时参照国际惯例,适用外国法的情况很少。在涉外案件的审理中,法官根本不提、甚至根本不知道涉外民事审判有一个法律适用问题。法官对当事人选择的外国法,不愿采取查明外国法的程序,不愿适用一个自己不熟悉的法律,一味追求司法简单化。^① 加强涉外民事关系法律适用法实务的研究与引导,提高中国涉外民事关系法律适用法的法制建设水平,是至关重要的,也是我国经济融入世界经济一体化的重要保证。

3. 涉外民事关系法律适用法的理论研究问题。涉外民事关系法律适用法是“花拳绣腿,好看不中用”,在司法实践中不被重视,除了我国法制建设水平、司法人员素质等因素外,涉外民事关系法律适用法自身一些理论问题未得到解决也是重要的原因。以涉外民事关系法律适用法的性质为例,涉外民事关系法律适用法规定在《民法通则》、《合同法》等实体法中,但它不是实体法,不确定当事人之间的权利义务。在法理上,我国学者不承认涉外民事关系法律适用法是程序法,当一种法律游离于一国实体法和程序法之外,它的强制力就要大打折扣,法官可以把它当作一种可适用、也可以不适用的法律。在涉外民事案件审判过程中,即使不适用涉外民事关系法律适用法,法官不需为此承担责任。重视涉外民事关系法律适用法理论问题研究,解决悬而未决的理论争议,是发展涉外民事关系法律适用法的当务之急。

六、本书写作的几个特点

本书撰写过程中,突出了以下几个特点:

^① 汪金兰:《拿来主义到本土化——中国国际私法发展之路》,《法制与社会发展》2002年第4期,第77页。