

霍英东教育基金会资助项目

中国冲突法立法问题研究

肖永平 著

武汉大学出版社

霍英东教育基金会资助项目

中国冲突法立法问题研究

肖永平 著

武汉大学出版社

期限表

请于下列日期前将书还回

[illegible]

图书在版编目(CIP)数据

中国冲突法立法问题研究/肖永平著. ——武汉:武汉大学出版社,1996.8

ISBN 7-307-02248-6

I. 中…

II. 肖…

III. 冲突法—研究

IV. D997 D(9)97

武汉大学出版社出版发行

(430072 武昌 珞珈山)

武汉水利电力大学印刷厂印刷

1996年8月第1版 1996年8月第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:14.5 插页:5

字数:372千字 印数:1—1000

ISBN 7-307-02248-6/D·318 定价:18.80元

目 录

序·····	(1)
前 言·····	(1)

第一编 绪 论

第一章 中国冲突法立法概况·····	(1)
第一节 古代中国冲突法立法的遗迹·····	(1)
第二节 近代中国冲突法的畸形发展·····	(2)
第三节 台湾地区的冲突法立法·····	(3)
第四节 新中国冲突法立法的一般情况·····	(5)
第二章 中国冲突法立法的指导思想和基本原则 ·····	(15)
第一节 中国冲突法立法的指导思想 ·····	(15)
第二节 中国冲突法立法的基本原则 ·····	(18)
第三节 中国冲突法立法的基本思路 ·····	(29)
第三章 制定冲突法应考虑的主要因素 ·····	(33)
第一节 我国对外政策的实现 ·····	(33)
第二节 国际经济新秩序的维护 ·····	(34)
第三节 司法任务的简单化 ·····	(38)
第四节 判决结果的可预见性和一致性 ·····	(42)
第五节 具体案件的公正性 ·····	(44)

第二编 结构论

第四章 立法体例 (48)

第一节 三种立法体例 (48)

一 分散立法式 (48)

二 专篇专章式 (51)

三 单行法规式 (52)

第二节 冲突法立法的法典化趋势 (55)

一 客观表现 (55)

二 原因 (64)

三 特点 (68)

第五章 冲突规范 (73)

第一节 冲突规范的一般问题 (73)

一 冲突规范的概念、特点与性质 (73)

二 冲突规范的结构 (76)

三 冲突规范的类型 (78)

第二节 冲突规范的现状及发展趋势 (82)

一 冲突规范的现状 (82)

二 冲突规范的发展趋势 (87)

第三节 准据法 (92)

一 准据法的概念 (92)

二 准据法与自体法的区别 (96)

第六章 连结点 (99)

第一节 连结点的一些基本问题 (99)

一 连结点的法律意义 (99)

二 连结点的分类 (100)

三 连结点的选择 (102)

四 连结点的冲突 (106)

五 连结点的发展方向 (107)

第二节 国籍 (112)

一 国籍的概念 (112)

二 国籍的冲突及其解决 (112)

三 国籍作为连结点的利弊 (118)

四 国籍概念的延伸 (120)

第三节 住所 (121)

一 住所的概念 (121)

二 住所的冲突及其解决 (122)

三 住所作为连结点的利弊 (124)

四 住所、居所和惯常居所 (125)

第四节 物之所在地 (127)

一 物之所在地是确定物权准据法的基本连结点 (127)

二 物之所在地成为连结点的理由 (129)

三 物之所在地的确定 (131)

第五节 行为地 (134)

一 场所支配行为原则 (134)

二 行为地的具体表现形式 (135)

三 行为地的确定 (136)

第六节 当事人意思自治 (140)

一 意思自治的含义及理论 (140)

二 意思自治的限制 (142)

三 意思自治的新发展 (144)

第七节 最密切联系原则 (145)

一 最密切联系原则的思想渊源及目前的应用 (145)

二 最密切联系原则在中国 (150)

三 最密切联系原则的概念及其应用 (154)

第三编 内容论

第七章 冲突法的基本制度	(162)
第一节 识别	(162)
一 识别的概念	(162)
二 识别的冲突	(164)
三 识别的依据	(166)
四 “二级识别”问题	(169)
五 识别问题的立法现状	(171)
第二节 先决问题	(173)
一 先决问题的概念	(173)
二 先决问题准据法的确定	(174)
第三节 反致	(176)
一 反致概述	(176)
二 理论上的对立	(179)
三 立法上的分歧	(183)
第四节 法律规避	(189)
一 法律规避概说	(189)
二 关于法律规避的种种分歧	(190)
第五节 公共秩序保留	(194)
一 公共秩序保留概说	(194)
二 关于公共秩序的理论	(196)
三 关于公共秩序保留的立法	(201)
第六节 外国法的查明与错误适用	(207)
一 关于外国法的性质	(207)
二 外国法的查明方法	(209)
三 外国法无法查明时的解决方法	(210)
四 外国法错误适用的救济	(213)

第八章 自然人和法人	(215)
------------	-------

第一节 自然人属人法的标准	(215)
第二节 自然人权利能力的准据法	(218)
一 自然人权利能力的概念	(218)
二 一般权利能力的准据法	(219)
三 涉外失踪或死亡宣告	(223)
第三节 自然人行为能力的准据法	(226)
一 行为能力的概念	(226)
二 自然人行为能力的准据法	(227)
三 我国的立法及改进意见	(230)
四 禁治产宣告	(232)
第四节 法人的国籍与住所	(234)
一 法人的国籍	(234)
二 法人的住所	(238)
第五节 法人权利能力和行为能力的准据法	(239)

第九章 涉外物权关系的法律适用	(242)
-----------------	-------

第一节 不动产物权的法律适用	(242)
第二节 动产物权的法律适用	(244)
一 几种不同的理论	(244)
二 动产物权法律适用原则的发展	(245)
三 几类特殊动产的法律适用问题	(247)
四 我国的现行立法及改进意见	(250)
第三节 知识产权的法律适用	(252)
一 概述	(252)
二 专利权的法律适用	(255)
三 商标权的法律适用	(258)
四 著作权的法律适用	(261)

第十章 涉外债权关系的法律适用..... (264)

第一节 合同之债的法律适用 (264)

- 一 解决合同法律适用的统一论和分割论 (265)
- 二 合同准据法的历史发展 (270)
- 三 确定合同准据法的几种主要理论 (272)
- 四 合同法律适用原则的发展趋势 (286)
- 五 我国的现行立法及改进意见 (295)

第二节 侵权行为之债的法律适用 (302)

- 一 侵权行为的概念及其法律冲突 (302)
- 二 传统的侵权行为准据法 (308)
- 三 侵权行为准据法的新发展:侵权行为自体法 (322)
- 四 几种特殊侵权行为的准据法 (329)
- 五 我国的现行立法及改进意见 (339)

第三节 不当得利和无因管理之债的法律适用 (344)

- 一 概念 (344)
- 二 各国实体法的差异 (345)
- 三 法律适用 (346)

第十一章 涉外婚姻家庭关系的法律适用..... (349)

第一节 概述..... (349)

第二节 涉外婚姻关系的法律适用 (351)

- 一 涉外结婚的法律适用 (351)
- 二 涉外离婚的法律适用 (368)

第三节 涉外家庭关系的法律适用 (380)

- 一 涉外夫妻关系的法律适用 (380)
- 二 涉外亲子关系的法律适用 (385)
- 三 我国处理涉外家庭关系的立法和实践 (398)

第十二章 涉外继承关系的法律适用..... (401)

第一节 继承的法律冲突..... (401)

- 一 关于继承的性质的不同认识 (401)

- 二 关于法定继承的不同规定 (402)

- 三 关于遗嘱继承的不同规定 (409)

- 四 关于遗产税的不同规定 (414)

- 五 关于遗产管理和处理程序上的不同规定 (414)

第二节 法定继承的准据法 (415)

- 一 同一制 (416)

- 二 区别制 (418)

- 三 介于同一制和区别制之间的制度 (419)

- 四 遗产所在地法原则 (419)

第三节 遗嘱的准据法 (421)

- 一 遗嘱能力的准据法 (421)

- 二 遗嘱实质要件的准据法 (422)

- 三 遗嘱形式要件的准据法 (425)

第四节 我国对涉外继承的处理 (428)

- 一 《继承法》公布前的实践 (428)

- 二 《继承法》的有关规定 (430)

- 三 《民法通则》的有关规定 (431)

附录一 主要参考文献..... (432)

附录二 作者近年来在该问题上公开发表的论文..... (442)

附录三 Study of Legislation of Conflicts Law in China (444)

序

在当今国际私法领域，冲突法的法典化趋势在各国国内立法中表现得比较明显。我国自改革开放以来，先后在《涉外经济合同法》、《继承法》、《民法通则》、《海商法》、《票据法》等部门法中规定了一些冲突规范，但全面、系统的冲突法立法还没有开始。这种状况对于完善我国的涉外法律制度、促进我国进一步改革开放、建立社会主义市场经济体制都是不利的。在这种情况下，肖永平博士较早致力于这个问题的超前研究，发表了一系列论文，并写出了《中国冲突法立法问题研究》这本书，的确难能可贵。

作者在占有大量国内外资料的基础上，通过比较研究各主要国家的立法和司法实践，着重对我国现行的冲突法立法进行了反思，剖析了我国现行立法中的一些不足，进而提出了一系列可供参考的立法性建议。尤其可贵的是，作者在许多问题上的观点和理论阐述，对我国冲突法的研究与发展，具有学术价值。例如，作者关于冲突法立法的基本原则和价值取向，关于冲突规范的结构及其发展趋势，关于准据法的概念，关于连结点的选择和发展方向，关于最密切联系原则的应用等等，都有不同程度的理论突破和创新。这对我国今后在立法和司法实践方面都具有重要的参考价值。本书是一部系统、深入地研究我国冲突法立法问题的专著，不仅内容丰富、结构合理、理论联系实际；而且材料新颖翔实，言而有据。它的出版，无疑将会大大有益于我国冲突法立法的完善并加速其立法进程。

本书作者在作硕士和博士研究生期间，我曾担任他的导师。在本书付梓之际，特志数语，以为序。

韩德培

一九九六年五月

前 言

第二次世界大战以后，特别是 60 年代以来，随着国际经济交往日益频繁，国际民事关系日趋复杂，各国普遍加强了对涉外经济生活的干预。体现在冲突法的国内立法方面，许多国家，尤其是大陆法系国家纷纷制定了法典式的冲突法法规，如波兰、原捷克斯洛伐克、奥地利、匈牙利、前南斯拉夫、前联邦德国、前民主德国、瑞士，等等。即便是判例法国家，由学术团体或权威学者整理出来的例规，如美国《第二次冲突法重述》，形式上与法典也颇为相似。可以说，冲突法的法典化已成为一个相当明显的趋势。这些法典式立法自成体系，便于查阅和适用，对提高法律适用的预见性、明确性、稳定性和针对性，都是非常有利的。

在我国，冲突法立法主要分散于《民法通则》、《涉外经济合同法》、《海商法》、《票据法》等部门法之中，这些规定过于原则和抽象，且多不完整，有些规定还相互矛盾。因此，我国的冲突法立法亟待完善和充实。但现有法规如何协调，矛盾之处如何消除，重复之处如何删除，遗漏之处如何补充，都是值得深入研究的问题。为此，作者将在比较主要国家立法的基础上，既立足于我国目前的立法和司法实践，又从前进和发展的观点出发，对我国的冲突法立法提出一系列修改或补充意见，期望引起立法部门的注意和学者们的深入研究，为我国未来的冲突法立法作一些思想上和理论上的准备。

众所周知，“冲突法”是英美法系国家惯用的术语，而大陆法系国家常称之为“国际私法”。对于这一法律部门的范围，则历来存在着较大分歧。英美法系国家从法院司法的角度出发，把审理涉外民事案件的管辖权问题、外国法院判决的承认与执行问题，同

法律适用问题一起,包括在冲突法的范围之内,这是有其存在的理由和根据的。同样道理,一些大陆法系国家从立法和法学研究的角度出发,主张国际私法应包括规定国籍的规范,确定外国人法律地位的规范,冲突规范和国际民事诉讼程序规范,这也有其存在的根据和理由。我国是有制定法典传统的国家,公元前5世纪的《法例》便是一部成文法典。目前,我国的根本大法和重要部门法都以法典形式出现。作为一个重要法律部门的国际私法理应制定法典,如果我们将其范围局限在冲突规范,显然不符合我国的实际。因此,作者一贯主张适当扩大国际私法的研究范围,将统一实体法规范纳入国际私法的范围^①。因为,调整涉外民事关系的实体规范与冲突规范之间,本来就是一种相互依存、互为补充的关系,这种关系不仅体现在一些国家的国内立法当中,也直接反映到国际条约中来了。当然,国际私法的核心问题,仍然是如何确定准据法,如何解决法律冲突。因此,本书研究范围仅限于法律适用问题,但这并不表明作者对国际私法范围的看法。对于其他问题,作者计划以后再作深入研究。

本书是以建立和完善我国的冲突法立法为轴线来安排写作体系的。全书由三编十二章组成。

第一编为绪论。主要分析我国冲突法立法的历史和现状,着重阐述我国进行冲突法立法应遵循的指导思想、基本原则和其他一些应该考虑的因素。

第二编是结构论。它对立法体例、冲突规范、连结点进行系统深入的探讨,并着重揭示它们的发展趋向。

第三编叫内容论。它对冲突法的主要内容,如冲突法的基本原则和基本制度,涉外物权、债权、婚姻家庭、继承的法律适用问题进行比较研究,剖析各种制度的利弊,并对我国的相应立法

进行归纳、总结和检讨,进而提出一些建设性意见。

本书的写作是在我所尊敬的导师韩德培教授的悉心指导下完成的。数年来,作者围绕本课题进行了艰苦细致的资料搜集整理和研究探索活动,并发表了一系列论文。本书初稿写就后,韩德培教授仔细核阅了书稿并加以斧正,倾注了大量心血,学生只有竭尽愚鲁,在学业上不断进取,才能报答先生的培养之恩。在此书写作期间,李二元教授、黄进教授给予了多方面的帮助和指导。中南政法学院的张仲伯教授、王献枢教授对全书进行了审阅并提出了许多宝贵意见。同时,本书还得到了梁西教授、刘丰铭教授等校内专家的关心和帮助。武汉大学出版社张琼同志为本书的出版付出了许多辛苦。作者在此一并致以衷心感谢!

最后,我还要感谢我的妻子喻术红同志,没有她多年来对我生活上的关照,精神上的鼓励与鞭策,以及文字上的推敲和润色,我就不能完成本书的写作。

尽管作者在写作过程中得到了多方帮助,但由于冲突法立法所涉及的范围极为广泛,加上笔者才疏学浅,漏洞和差错在所难免,希望得到有关专家和读者的指正。

本书是作者获得霍英东教育基金会资助项目的一部分,它的出版还得到了武汉大学出版社的帮助。在此也一并致谢。

肖永平

1996年2月28日于
武汉大学国际法研究所

^① 详见黄进、肖永平:《中国国际私法领域内重要理论问题综述》,载《中国社会科学》,1990年第6期,第195—196页。

第一篇 绪 论

第一章 中国冲突法立法概况

翻开历史的画卷，人们很快就会发现，中国是冲突法的故乡，它在我国历史上走过了一条漫长而曲折的道路。让我们沿着这条道路回顾与反思一下，必定能得到一些历史经验和教训。

第一节 古代中国冲突法立法的遗迹

早在公元六七世纪，唐朝法律（永徽律）便有了历史上最早的冲突规范：“诸化外人同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”其疏议称：“化外人，谓蕃夷之国别立君长者，各有风俗、制法不同，须问本国之制，依其俗法断之。异类相犯者，如高丽之与百济相犯之类，皆以国家法律论定刑名。”由于当时的法律是刑民不分，这条规定当然适用于涉外民事案件，至少应适用于涉外侵权案件。

但沿袭到宋代以后，直到明朝时期，绝对属地主义的法律思想得到了发展，唐律中的上述规定遂改易为：“凡化外犯罪者，并依法律拟断。”其理由是：“言此等人，原虽非我族类，归附即是王民，……并依常例拟断。示王者无外也。”清朝基本上沿用旧制，直到清末，冲突法仍没有发展。

上述历史表明：1. 冲突法的产生与发展，都是依赖于一定的社会经济生活条件。唐朝是我国封建社会的鼎盛时期，对外比较开放，来华贸易和求学的外国人甚多，因而产生了大量的涉外民

事法律关系。因此,与现代国际私法的精神颇为类似的冲突规范便应运而生了。唐朝以后,由于封建统治者长期奉行闭关自守政策,自给自足的自然经济占了主导地位,中外人民长期隔绝,冲突法也就失去了进一步发展的客观基础。2. 与闭关自守的政策相适应的绝对属地主义的法律观念是冲突法发展的最大障碍。在我国封建社会,统治阶级认为“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”,还谈什么适用外国法呢?

第二节 近代中国冲突法的畸形发展

1840年鸦片战争以后,许多帝国主义国家在中国取得了领事裁判权,在一些不平等条约中,虽有类似法律适用的规定,但均在于排除中国法律的适用。例如,1858年英法联军攻陷大沽后签订的《天津条约》便明确规定:“凡同国籍的外国人之间的案件,不论刑民,均由所属国领事依其本国法审判;凡中国人与外国人的案件,如被告为外国人,不论刑民,均由被告所属国领事依其本国法审判。”这时,中国主权丧失殆尽,就涉外案件而言,已无法法律冲突可言,自然就没有调整法律冲突的冲突法^①。

但在长期的反帝反封建斗争中,中国人民始终要求废除领事裁判权,保障中国主权的完整。在时代剧变的情势下,为顺应地主阶级改革派和洋务派,资产阶级改良派和革命派的需要,西方冲突法学说同西方民商法学说一并被引进到了中国,这些思想与学说对法律的绝对属地主义观念形成了挑战。正是在这样的历史背景下,北洋政府于1918年颁布了《法律适用条例》,该条例分为总则、关于人之法律、关于亲族之法律、关于继承之法律、关

^① 参见马汉宝主编:《国际私法论文选辑》,五南图书出版公司,1984年第1版,第1—6页;肖永平:《旧中国国际私法之一瞥》,载《法学杂志》,1991年第2期,第36—37页。

于财产之法律、关于法律行为方式之法律和附则,共7章27条。尽管它是北洋政府在日本人主持下抄袭德、日的国际私法立法而出笼的,但它在客观上反映了中国人民反对帝国主义对华侵略,要求主权独立与平等的愿望。与同时期资本主义国家的国际私法单行法相比,它是条文最丰富、内容最详尽的立法之一,也是我国历史上第一次系统的冲突法立法。然而由于它脱离了当时中国的国情和经济基础,套用西方资本主义国家的立法原则,结果仅仅是形同虚设,不可能得到真正的执行。正如台湾学者马汉宝所说:“此一法规之制定,毋宁在表示我国收复司法权之决心,而未必为应付实际上之需要。”^②总而言之,完整的主权是冲突法赖以生存与发展的政治基础,旧中国的冲突法立法深深地打上了半殖民地的烙印。

第三节 台湾地区的冲突法立法

中华人民共和国成立以后,中国内地与台湾地区实行着不同的法律制度,内地废除了1918年的《法律适用条例》,但该条例在台湾地区继续有效。直到1953年,国民党政府全面修正了1918年的《法律适用条例》,改名为《涉外民事法律适用法》^②,目前仍在台湾适用。同1918年的《法律适用条例》相比,1953年的《涉外民事法律适用法》作了如下重大修改:

1. 在结构上取消了按章排列的作法,条文数量从27条增加到31条,条文排列的先后次序也作了较大变动。
2. 增加了一些新的内容,主要有关于债权让与对于第三人效力(第7条)、夫妻财产制之准据法(第13条)、离婚之效力(第15条)、外国人死亡之遗产处理(第23条)、涉外民事法

^① 参见马汉宝:《国际私法总论》,五南图书出版公司1982年第7版,第11页。

^② 参见陆东亚:《国际私法》,正中书局发行印刷1979年版,第225—250页。

律之适用顺序（第30条）等内容。

3. 基本上保留了1918年《法律适用条例》所规定的内容，但有些条文详尽得多。例如，关于无国籍者本国法之确定问题，1918年《法律适用条例》第2条只简单规定：“当事人无国籍者，依其住所地法；住所不明时，依其居所地法。”而1953年《涉外民事法律适用法》第27条则规定：依本法应适用当事人本国法，而当事人无国籍时，依其住所地法，住所不明时，依其居所地法，当事人有数住所时，依其关系最密切之住所地法，但在台湾有住所者，依台湾法律。当事人有数居所时，准用前项之规定，居所不明者，依现在地法。

4. 1918年《法律适用条例》中的一些封建残余得到了肃清，但很不彻底。特别是在亲属法领域仍带有明显的封建法制残余。

自从1978年中国共产党在十一届三中全会提出并确立了争取和平统一祖国的大政方针以后，“一国两制”的构想也写进了《中华人民共和国宪法》。这一基本方针同时得到了台湾广大民众的积极响应与支持。1987年11月，台湾当局开放台胞回内地探亲，稍后又同意内地人民赴台奔丧。两岸在经济、文化、体育和科技等领域的合作也有了新的发展。据统计，1979年到1988年，两岸的间接贸易累计额达82亿美元；到1989年，台湾同胞到内地探亲访友大约有180多万人次，内地同胞去台湾探病奔丧的有3000多人次^①。随着两岸人民交往的频繁，由此衍生的各种民事法律关系也越来越多。为及时调整两地区间的各种民事法律关系，解决两岸间因法律制度不同而产生的法律冲突，台湾“法务部”基于法律冲突理论，先后草拟了20条两岸法律相互适用原则^②，并明确规定了两岸法律适用的一般原则：台湾地区人民与内地人民

间之民事案件，除上述20条另有规定外，适用台湾地区法律之规定；内地人民相互间及其与外国人间之民事案件，除上述20条另有规定外，适用内地之规定。1989年10月台湾“行政院大陆工作会议”通过的《台湾地区与内地人民关系暂行条例（草案）》第三章基本上采用了“法务部”的上述草拟条文。纵观《台湾地区与内地人民关系暂行条例（草案）》，由于它以立法的形式规范两岸关系，坚持了一个中国的立场，因而把区际法律冲突问题提到了议事日程上。作者认为，制定两岸间的民事法律适用原则，既要尊重历史，又要面向未来，并以有利于“一国两制”的顺利实现，有利于两岸交往，有利于两岸民事法律纠纷的解决为宗旨，由两岸人民充分协商和协调，以避免法律适用规范之间的冲突，最终达到制定全国统一的区际私法的目的。

第四节 新中国冲突法立法的一般情况^①

新中国成立以后，我国废除了帝国主义强加给我们的所有不平等条约，取消了外国人在华的一切特权，为独立自主地进行对外交往，乃至建立完善的冲突法制度创造了良好的政治条件。然而，由于美国实行禁运和封锁，并相继发动朝鲜战争，这就阻碍了我国同西方国家发展关系。我国虽然先后与许多国家建立了外交关系，但基本上处于一种封闭或半封闭状态。涉外民事关系虽偶有发生，但在当时的历史条件下，凡在中国发生的法律关系或诉讼基本上按中国法处理。因此，我国立法机关对冲突法立法没有加以重视，除1959年中苏领事条约有一条冲突规范外^②，直到1979年，在我国缔结或参加的国际条约中再也找不到其他的类似

^① 引自梁建达、蔡银喜：《论台湾当局应当赋予大陆人民与台湾人民平等的继承权》，载《法学与律师》，1990年第1期，第26—27页。

^② 参见台湾《联合报》，1990年6月21日报道。

^① 参见肖永平：《我国国际私法立法现状及对策研究》，载《法学评论》，1991年第6期，第37—40页。

^② 参见《中华人民共和国条约集》第8集（1959年），法律出版社1960年版，第24页。

规定。关于冲突法的国内立法则完全是一片空白。

1978年党的十一届三中全会以后,我国实行了对外开放政策,涉外民事关系迅速发展,这在客观上推动了我国冲突法的立法。在应尽快改善我国民法起草工作的呼声日益高涨的情况下,加强冲突法的研究和立法工作也越来越受到重视。1983年,我国著名国际私法学家韩德培教授和李双元教授合作发表了《应该重视对冲突法的研究》,这篇文章在国内外同行中引起了较大的反响,对推动我国的冲突法立法也起了很大的促进作用。从此以后,我国法律中已陆续有了一些冲突法条款。例如,1983年颁布的《中外合资经营企业法实施条例》第15条,1985年颁布的《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条和《中华人民共和国继承法》第36条以及《中华人民共和国技术引进合同管理条例》第5条。特别是1986年通过的《中华人民共和国民法通则》专设第八章“涉外民事关系的法律适用”,比较系统地规定了法律行为、合同、侵权行为、结婚、离婚、扶养、继承等问题的法律适用原则,并肯定了公共秩序保留制度,从而标志着我国冲突法立法已初具规模。此后,《中华人民共和国海商法》和《中华人民共和国票据法》均以专章规定各自领域内的冲突规范。

系统总结上述立法内容,其特点可归纳为:

1. 坚持马列主义、毛泽东思想的理论指导,立足于我国国情。马列主义、毛泽东思想的基本理论是科学的世界观和方法论,是我们一切工作当然包括冲突法立法工作的指南。例如,实事求是马列主义的一个基本观点和方法,我国冲突法立法无论在形式上还是在内容上都体现了这一原则。

首先,对外开放是中国共产党十一届三中全会确立的基本国策,因此,冲突法立足于这一伟大的实践,把保障对外开放的顺利进行作为冲突法的中心任务,及时制定了一系列的冲突法规。

其次,考虑到我国对外开放的时间不长,大规模的国际经济

合作和民事交往只是近几年的事,调整和处理涉外民事关系的方式方法还处于不成熟、不稳定的阶段,立法和司法的经验也比较少。因此,当用单行法典来制定国际私法规范已成为世界上的普遍趋势时,1986年4月,我国仍采用了一种传统的方式,在《民法通则》中用专章的形式规定了我国“涉外民事关系的法律适用”。

再次,我国冲突法立法总结了我国自50年代以来处理涉外民事案件的经验。一些行之有效的经验,在我国的立法中都有很好的体现。例如,1985年颁布的《中华人民共和国继承法》第36条的规定,就是在总结1954年外交部、最高人民法院颁布的《外人在华遗产继承问题处理原则》和1955年外交部关于在处理外人在华遗产继承问题中提出的一些具体问题的答复的基础上制定出来的。

2. 既坚持对外开放,又坚决维护我国的主权和利益。例如,我国《民法通则》第142条一方面规定:“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”,同时又加上一个但书:“但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这是在同一条中对两个方面的规定。另一种情况是在第145条中规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。”同时又在第150条中规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”这两条规定可以说是互相制约,共存一体,这既有利于对外开放,又能维护我国主权和利益。

3. 大量吸收冲突法学中的正确见解。建国初期,我国就十分重视国际私法的教学和研究工作。当时,苏联隆茨的《国际私法》被翻译出版,并成为大学法律系的主要教材。在1949—1979年间,我国冲突法立法一片空白,冲突法学的一些理论就直接成为司法的指南。1979年以后,有关冲突法的立法,特别是《民法通则》第八章的规定,无一不是在学者的参与下制定的,这就必

然体现我国建国以来,特别是十一届三中全会以来冲突法学的研究成果,例如《民法通则》关于不动产所有权、涉外合同法律适用的规定,关于公共秩序保留的规定,都体现了我国学者的主张和共识。

4. 注意吸收外国冲突法立法的有益成分,尊重国际惯例。法律文化在世界国有相通之处,特别是涉及外国法适用的冲突法部门更是如此。一个国家的国际私法不可能孤立于世界法律制度之林,它不仅要受到本国法律历史传统的影响,还要受到其他国家法律制度的影响,特别是国际惯例的影响。因此,我国冲突法立法不得不考虑国外的有益经验和世界上的大趋势。例如,“最密切联系原则”在最近的理论和实践中得到越来越多的肯定,1978年《奥地利国际私法法规》,1987年《瑞士联邦国际私法法规》以及目前欧洲许多国家的冲突法典,都接受了这一原则。因此,我国《民法通则》第145条第2款和第148条都接受了这一原则。同时,《民法通则》第142条第2款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”这就在立法中明确肯定了国际惯例在我国适用效力。

5. 立法方式和立法技术在不断发展。从立法方式上看,在《民法通则》颁布以前,我国采取的是分散式立法,即在有关的法律、法规中规定一二条冲突法规范。但是,随着涉外民事关系的多样化和复杂化,涉外民事案件逐年增加,司法实践迫切要求有一些基本原则和基本制度作指导,少数的分散条文是不足以解决问题的。因此,1986年4月,我国《民法通则》以专章形式集中规定了9条冲突法规范,这不能不说是我国冲突法立法方式上的一大飞跃。

从立法技术上看,我国立法机关在使冲突法逐步完善的过程中,增加了双边冲突规范的比重;同时,根据不同情况选择不同类型的冲突规范。以《民法通则》第八章为例,第144条、147条、148条、149条都是属于双边冲突规范,第143条是单边冲突规范,

第145条、第146条是选择性的冲突规范,第146条同时也是重叠性冲突规范,这说明我国已经摆脱了过去只要涉及到我国公民的民事案件就力争适用中国法律的做法。表现在立法技术上就是不再以单边冲突规范为主,而是大量启用双边冲突规范和选择性冲突规范,从而在维护国家主权和平等互利的前提下适用外国的法律。这就更有利于促进我国国际经济合作和民事交往的顺利进行,最大限度地发挥冲突法规范的效益。

从另一角度来看,我国在借鉴外国先进立法经验时,注重结合我国实际,从而使我国冲突法立法既体现了国际上的新趋向,又不乏创新。例如,从立法的角度来考察和比较《民法通则》第145条和第148条关于“最密切联系的国家的法律”的规定,我们可以看出:这两条规定既不同于《奥地利联邦国际私法法规》第1条所要求的对所有同外国有连结的案件,都应根据与各该案件具有“最强联系”的法律去解决,也不同于《瑞士联邦国际私法法规》要求“根据所有情况,如果案情与本法指定的法律明显地仅有松散的联系,而与另一法律却具有更密切的关系,则作为例外不适用本法所指定的法律。”^①而是仅在涉外合同争议和涉外扶养两大类涉外民事案件上才适用“最密切联系原则”。与此同时,我国对这两类案件又区别对待,处理涉外合同争议是以“意思自治原则”为主,有条件地适用“最密切联系原则”。而对涉外扶养是无条件地适用“最密切联系原则”。这说明我国的立法技术已经有了很大的进步。

但是,冲突法仍然是我国法制建设中的一个相当薄弱的环节,它不仅落后于国内其他部门法,更严重地落伍于其他国家的冲突法。这不仅与我国在世界上的大国地位不相称,影响我国在世界事务中发挥更大的作用,也不能满足我国国内司法实践的需要。具体地讲,我国冲突法还存在以下问题:

^① 参见韩德培、李双元主编:《国际私法教学参考资料选编》(上),武汉大学出版社1991年版,第326页。

1. 以法律适用规范为中心的冲突法体系还没有形成,许多重要的领域形成了立法上的“盲点”和“真空”。《民法通则》第八章只有9条,简则简矣,许多该规定的内容却没有规定。例如,法律适用的指导思想,识别制度,反致、转致,法律规避制度,外国法的查明,时际冲突的解决,法人的民事能力,动产所有权,无因管理,夫妻人身关系和财产关系,亲子关系,涉外无人继承财产等一系列涉外民事法律现象在其中得不到反映,这与其基本法的地位是不相称的,它还直接导致了司法实践中无法可依的现象。因此,我国冲突法的立法现状已经不能适应对外开放的需要。

基于上述原因,最高人民法院不得不在1988年1月26日发布《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》^①,对涉外民事关系的法律适用问题补充了18项意见,内容涉及行为能力的法律适用,国籍冲突时当事人本国法的确定,住所冲突时当事人住所地的确定,法人属人法的确定,营业所冲突时如何适用营业所所在地法,不动产的识别及不动产法律关系的法律适用,侵权行为地的确定,离婚及无效婚姻之诉的法律适用,父母子女间、夫妻间及其他扶养人间扶养关系的法律适用,监护的法律适用,无人继承财产的处理,国际私法与区际私法的关系,外国法的查明,法律规避,诉讼时效,等等。这说明我国现有的冲突法立法远远不能满足在对外开放形势下调整和处理涉外民事关系的需要。我们认为,最高人民法院的司法解释通过实践检验以后,如果切实可行,就应该及时地上升为法律,以充实不详尽的冲突法立法。

2. 除了立法上的疏漏以外,我国冲突法立法还比较模糊。长期以来,我国立法机关奉行的指导思想是宁缺勿滥,宜简不宜繁。它们认为,条文太多不利于群众掌握,也不利于法院灵活办案。其实,从立法学的角度考虑,外延越小,其内涵也就越丰富。所

以,条文越少越简单,其概括性就会越高,对条文的理解也就越难,这对法院和当事人都是不利的。例如,《民法通则》关于人的能力的法律适用主要有两条规定:其一是第8条:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国的法律,法律另有规定的除外。本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外。”其二是第143条:“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。”在这两条规定中,我国不用住所、居所等法律概念,而是用“在领域内”、“定居”等比较含糊的概念,这就难免造成混乱。因为“在领域内”是一个比较短的时间概念,到我国旅游、探亲,或是飞机经过我国作短暂停留,或是来我国应诉,都可以说是“在我国境内”。“定居”虽然是一个较长的概念,但也是不确定的,如果我们以这种不确定的偶然因素来决定人的行为能力,有时会造成不合理的结果。假如一定居外国的华侨,在我国领域内涉诉,依第8条规定应适用我国法律,依第143条规定则应适用外国法,这就造成了混乱。除此之外,《民法通则》关于动产所有权的法律适用问题,关于属人法的连结点问题,关于侵权行为地的确定问题,关于遗嘱继承的法律适用问题都是非常含糊的。

3. 由于冲突法的立法比较分散,《民法通则》第八章的规定与遍布于其他法律中的冲突法规范在内容上往往不一致,很不协调。

例证一,关于涉外合同的法律适用问题,《涉外经济合同法》第5条和《民法通则》第145条都有规定。《涉外经济合同法》第5条是:“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”《民法通则》第145条是:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

^① 载《中华人民共和国最高人民法院公报》,1988年第2期,第34—36页。

比较这两条规定，我们可以看出：

(1) 两者的适用范围是不同的。从字面上看，“涉外经济合同”和“涉外合同”并不是一回事，“涉外经济合同”比“涉外合同”的范围要小得多，从《涉外经济合同法》第2条关于适用范围的规定可以看出：“涉外经济合同”仅是指中华人民共和国企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或个人之间订定的经济合同（国际运输合同除外），而《民法通则》第142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。”这说明第八章所调整的范围不仅仅是《民法通则》第2条所规定的“平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”，还包括社会主义的劳动关系、婚姻家庭关系等等。因此，中国公民与外国企业、经济组织或个人签订的合同也在其调整之列。与此同时，“涉外经济合同”以外的其他“涉外合同”都是《民法通则》第八章的调整对象。

(2) 《涉外经济合同法》第5条第2款对在我国履行的三种重要涉外经济合同作了特别规定，要求适用我国法律。而《民法通则》第145条只是笼统规定：“法律另有规定的除外。”因此，它的限制除上述特别规定以外，到目前为止，还有三处：一是《中外合资经营企业法实施条例》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，均应适用中国的法律。”二是《深圳经济特区涉外经济合同规定》第35条要求在特区履行的合资经营合同、合作经营合同和自然资源的合作开发合同，在仲裁处理合同纠纷时，必须适用中华人民共和国的法律。三是《中国银行对外商投资企业贷款办法》第25条规定，除中国银行同意者外，外国投资企业与中国银行签订的借款合同所适用的法律为中国法律^①。

^① 参见韩德培主编：《国际私法（修订本）》，武汉大学出版社1989年版，第166页。

(3) 《涉外经济合同法》和《民法通则》都将涉外合同关系的法律适用局限在“合同争议”上，但根据最高法院的司法解释，“合同争议”应作广义的理解，即包括合同的签订、履行等问题，但这就与《涉外经济合同法》第4条关于“订立合同，必须遵守中华人民共和国法律”的规定相矛盾，我们不可想象依中国法律订立合同而依外国法律解决争议。

例证二，关于涉外财产继承的法律适用问题，《中华人民共和国继承法》第36条规定：“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。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，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。”而《民法通则》第149条规定：“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。”比较两条，它们有如下差别：

(1) 从继承的种类来看，《继承法》第36条的规定包括了遗嘱继承，而《民法通则》对遗嘱继承的法律适用则付之阙如。

(2) 从对“住所地”的确定来看，《民法通则》明确规定是“死亡时住所地”，而《继承法》对“住所地”则没有进行必要的限制。

(3) 从其适用范围来看，《继承法》只规定了主体涉外和标的物涉外两种情况，对法律事实涉外的情况就没有规定。这样，对中国公民继承在我国境内的中国人（但在外国有住所）遗产和外国公民继承在外国境内的外国人（但在中国有住所）的遗产如何处理，就没有规定。《民法通则》第149条则包括了这种情况。

总之，这两条规范形成了一种交叉关系，它们都是现行的有法律约束力的法律，法院在处理涉外继承案件时，根据“特别法优于普通法”的原则，就得引用《继承法》第36条；但根据“后法优于前法”的原则，法院又必须引用《民法通则》第149条。因

此,这种立法上的不协调给司法实践带来了极大的不便。

总而言之,我国冲突法立法受到了绝对的法律属地主义思想的制约。在《民法通则(草案)》的讨论过程中,有人认为整个国际私法只要三条就够了,即:一是在中国发生的民事活动适用中国法;二是在外国发生的民事活动适用外国法;三是适用外国法如果违反中国的公共秩序,则不承认其效力。1985年8月15日的《中华人民共和国民法通则(征求意见稿)》就是这种思潮的反映,它显然不利于涉外民事纠纷的顺利解决。因此,《民法通则》专辟一章规定了“涉外民事关系的法律适用”,但属地主义思想的影响仍然存在,该法第8条规定:“在中华人民共和国领域内的民事活动,适用中华人民共和国法律,法律另有规定的除外。”据此,除《民法通则》第八章的规定外,其他在中国发生的民事活动都应适用中国法,但最高人民法院在1988年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》中所规定的有些内容已经突破了上述规定。因此,《民法通则》第8条第1款是没有必要的。

历史已经证明,我国冲突法立法是密切适应改革开放形势的需要而逐步展开的。既然改革开放是我国的既定国策,我国的对外开放将全方位地开展,我国立法机关就必须着手冲突法的编纂,系统整理已有的冲突法规范,删去大同小异的重复规定,使相互抵触的规定得到统一,补充那些应加以规定而未作规定的制度,以充实和完善我国的冲突法立法,使涉外民事关系的当事人和我国司法机关有法可依,有章可循,从而达到稳定国际民事交往和促进我国对外开放的目的。

第二章 中国冲突法立法的指导思想 and 基本原则

立法总是时代的反映,立法的指导思想和基本原则总要随着时代的嬗变而嬗变。因为一定的立法指导思想是一定的政权进行立法活动的理论根据,它反映执政阶级根据什么思想立法和立什么样的法。而立法的基本原则则是立法指导思想在立法实践中的重要体现。在我国历史上,奴隶制社会立法是在神权和宗法思想指导下进行的;作为这种指导思想在立法活动中的重要体现,奴隶制立法坚持了“王权神授”、“代天行罚”和“亲亲”、“尊尊”等基本原则。在汉以后的封建社会,立法依据封建正统思想——儒家思想进行;作为正统思想在立法中的体现,封建立法坚持了以家族为本位、皇权至上、等级森严和德主刑辅等基本原则。执政阶级在立法中之所以要以一定的思想为指导,坚持一定的基本原则,是因为立法活动既是政治活动,又是科学活动,只有以一定的思想为指导,坚持一定的基本原则,执政阶级才能通过立法活动,把自己的意志上升为政权意志,使所立的法能有效地维护自己的统治^①。

第一节 中国冲突法立法的指导思想

新中国成立以后,我国立法工作一贯以马列主义、毛泽东思想为指导。早在1949年的《中国人民政治协商会议共同纲领》的

^① 参见周旺生:《立法学》,北京大学出版社1988年版,第221—222页。