

浅论中国国际私法立法模式

江宇轩

(武汉大学法学院, 湖北 武汉 430072)

【摘要】我国《法律适用法》的立法形式采取了单行立法的形式,符合国际私法独立化的立法趋势,然而,该法的名称却限制了其调整范围;《法律适用法》在立法内容上亦存在较大缺漏,其关于法律适用的规定不全面,且未对管辖权问题和外国判决的承认与执行问题加以规定。因此,有必要重新进行立法,制定一部符合国际立法趋势、满足司法实践需要的国际私法法典。

【关键词】国际私法;立法模式;法典化

【DOI】10.12294/j.issn.1673-0992.2022.06.054

引言

中共中央在十九届四中全会通过的关于国家治理的决定中提出了如下要求:“加强国际法研究和运用,提高涉外工作法治化水平。”据此,有必要进一步完善旨在对涉外领域进行法律调整的国际私法,以提升我国对于涉外领域的治理能力。当前,由中国国际私法研究会主导的中国国际私法法典(学会建议稿)的起草工作,便正在如火如荼地进行之中。为完善我国国际私法立法模式,本文将从立法的形式与内容两个方面展开评述,并试提出完善建议。

一、国际私法立法模式的域外考察

关于国际私法的立法模式的分歧,可以区分为立法形式与立法内容两个方面。

(一) 立法形式

观诸各国立法实践,国际私法立法形式的类型大抵有三。其一,分散立法式。此种立法模式始于十八世纪与十九世纪之交的国际私法最初从学说走向立法之际,国际私法规范被零星嵌入民法典或其他民事单行法中,故内容缺漏较多。其二,专编专章式。二十世纪初,为使关于国际私法的立法更集中化,有些立法将零星的规定系统整理为法典的专编专章。此种立法模式之代表为美国路易斯安那州的民法典中关于冲突法的一卷以及加拿大魁北克省民法典中关于国际私法的一卷;而值得注意的是,尽管这两部立法在形式上仍属于民法典的专篇专章,却结构完整、自成一体,几乎等同于单行立法。^[1]其三,单行立法式。二十世纪中后期,许多国家开始为国际私法专门制定单行立法,形成了以瑞士《关于国际私法的联邦法》为代表的国际私法单行立法。即便是秉持着演进理性的美国,尽管其并未通过国会就国

际私法制定正式的成文法,其法学会所起草的重述却以权威学术研究成果的特殊形式在美国这个成文法与非成文法并重的国家间接地实现了国际私法单行立法的效果。^[2]可见,独立化、系统化是国际私法立法形式的发展趋势。

这一趋势背后的深层原因,在于国际私法与民法间的差异性。首先,民法是实体法,而国际私法是冲突法和程序法,^[3]潘德克顿式民法的总则在逻辑上无法作为适用于国际私法的公因式。^[4]其次,国际私法与民法的调整对象分别是涉外民商事关系与内国民事关系,国际私法与民法的主要调整方式分别是间接调整方法与直接调整方法,故两者显然属于不同的部门法。再次,相较于重视民族性的民法,国际私法有着更加浓厚的国际化色彩,故而即便是同一法律概念,在两者的视域下亦很可能表现为不同的内涵与外延,如果规定于同一立法中会导致不协调。^[5]因此,只有对国际私法进行单行立法,才能更好地实现对涉外民商事关系的调整。

(二) 立法内容

观诸各国立法实践,国际私法立法内容的类型大抵有二。其一,仅规定冲突规范。德国《民法典施行法》便是一典型立法例;而其之所以采此种立法模式,是因为其在国际私法理论上的传统观点是“小国际私法”,即认为国际私法的目的专旨在法律冲突的解决故在范围上不应包括国际民事诉讼程序之规定。^[6]其二,兼有规定法律适用规范、管辖权规范、外国判决的承认与执行规范等内容;此种立法模式是“大国际私法”的体现。具体而言,此种立法模式又可进一步划分为三种类型。第一种以瑞士《关于国际私法的联邦法》为代表,按不同类型的涉外民事关系划分章节,并对每一部分都分别

规定其管辖权、法律适用以及外国判决的承认与执行。第二种以罗马尼亚的立法为代表，其内容结构安排大致为一般规定、法律适用、国际民事诉讼程序、最后条款，其中国际民事诉讼程序部分包含了管辖权、判决的承认与执行等内容。第三种以意大利的立法为代表，其各章分别为总则、管辖权、准据法、外国判决和法律文书的效力、过渡条款与最后条款。

在前述立法例中，意大利立法例条文简洁、内容完整、实用性强，相对较为合理。我国学者认为，国际私法作为一个有着完整运转流程的系统，只有在其体系完整、规范协调之时，才能在整体上起到“一加一大于二”的效果；^[7]因此，我国学者大多持“大国际私法”之观点。在前述“大国际私法”的立法例中，瑞士立法例的不同部分间有较多重复表述造成法典过分冗长，不符合立法简洁化之要求。罗马尼亚与意大利立法例条文简洁、少有重复；而其区别则在于，两者将关于管辖权与外国判决的承认与执行的规定放置在了不同的位置。这种不同的背后的原因在于，罗马尼亚立法例遵从了传统大陆法系国际私法学说对于国际私法规范的分类；意大利立法例则主要遵从了英美法系国际私法学说对于国际私法规范的分类，符合法官在审理案件时找法的需要，故而实用性更强。^[1]事实上，凝聚了我国学界共同智慧的《中华人民共和国国际私法示范法》（以下简称《示范法》）也基本采取了意大利的模式，其各章分别为总则、管辖权、法律适用、司法协助、附则；^[8]《示范法》的此种立法模式对我国今后的立法有很高的参考价值。



二、国际私法立法模式的中国实践

（一）立法形式

我国的国际私法立法形式经历了与域外类似的演变历史，也即逐渐变得独立化、系统化。改革开放之初，法律适用规范分散嵌入于《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）等单行法之中。而后，在制定《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）时，由于韩德培、费宗祯等学者的据理力争，法律适用规范被作为单独的一章规定于其中。^[9]此后，在制定2002年的民法草案时，学界为借此机会早日完成国际私法的立法，又让法律适用规范“搭车出台”，将其规定为单独的一编；^[10]但由于该草案内容复杂，全国人大常委会转而采取分编立法的策略，通过了单行法形式的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）。^[11]目前，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）已于2021年生效，《民法典》中不含法律适用编已成定论。可见，伴随着我国对外开放进程的深化，我国国际私法规范逐渐独立，并最终确定为单行立法的形式，而这是符合国际私法国际立法趋势的。

然而，尽管我国《法律适用法》已然采取了单行立法的形式，该法的名称却限制了其调整范围，使其无法包含关于管辖权和外国判决的承认与执行的规定，从而只能作为法律适用法的单行立法而不能作为国际私法的单行立法。

（二）立法内容

《法律适用法》是我国目前在国际私法领域唯一的单行立法，而其在内容上却存在着重大缺漏。一方面，仅就法律适用规范而言，由于在《法律适用法》出台之前我国长期采取分散的嵌入式立法，我国在《民法通则》《继承法》等法律中均分散有法律适用规范；而在《法律适用法》出台后，为了避免大量的修法，该法便在第二条及第五十一条中规定，该法虽然优先于《继承法》的相关规定以及《民法通则》的部分相关规定，却劣后于其他法律的相关规定，而这无疑加剧了立法的碎片化。而在《民法典》生效后，《民法典》第一千二百六十条对于《民法通则》的废止更是导致了立法真空地带的出现，在新法填补空缺之前可能只能由司法为立法“打补丁”从而导致所谓“司法立法”现象之产生。^[12]另一方面，在制定《法律适用法》时，为避免涉及《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等法律的修订问题，《法律适用法》的内容仅涉

及法律适用规范,而国际民事诉讼程序规范则交由国际条约以及其他法律和司法解释加以规定,造成了法官引法上的困难。应当认识到,从立法宗旨和调整范围的角度视之,涉外民事诉讼程序对于《民事诉讼法》而言不过是一个特别制度,对于国际私法而言却是不可或缺的基本制度,因此不应认为涉外民事诉讼程序既已规定在《民事诉讼法》中便应一直规定在其中。^[13]对于立法者而言,相较于修法成本,更重要的应是法律的实施效果。瑞士^[14]、荷兰^[15]等国在制定国际私法法典的过程中,争论焦点也主要集中在是否应制定国际私法法典,而不在于是否应将国际民事诉讼程序规范纳入其中。综上所述,《法律适用法》在立法内容上存在较大缺漏亟待完善。

三、国际私法立法模式的完善建议

就立法形式而言,我国应专门制定一部国际私法法典。《民法典》开创了我国以法典命名法律之先河,这已然表明法典形式之立法对于我国立法者而言并非不可接受;^[11]因此,为提升立法的系统性,使国际私法真正单行立法化,我国亦应开始尝试国际私法法典的编纂。由于我国关于法律适用、国际民事诉讼程序等方面的立法虽然分散但总体内容已较为齐全,且我国也有了以《示范法》为代表的学术成果积累,故无论是在实践还是理论层面上,我国均具备了开展法典编纂工作的基础。此外,我国亦可借重新立法来实现国际私法的立法层级的提升。《法律适用法》作为我国当前在国际私法领域唯一的单行立法,其本应作为基本法律由全国人大加以制定,然而实际上却因时间紧迫之故,由全国人大常委会加以制定,从而使其地位被定性为非基本法律。这不仅使我国国际私法立法与其应有的立法层级不符,而且导致《法律适用法》第五十一条关于法律规定不一致时优先适用该法的规定存有违反上位法优于下位法之规则的嫌疑。^[16]因此,由全国人大制定一部国际私法法典,亦有助于我国国际私法拥有其本应具备的立法层级。

就立法内容而言,我国将来制定的国际私法法典应对《法律适用法》的法律适用规范进行完善,并且纳入管辖权及外国判决的承认与执行规范。为此,我国需要将散见于其他法律中的法律适用规范和国际民事诉讼程序规范收纳入国际私法法典中,并对其他法律中的旧有规范予以删除。至于具体的修法方式,相较于逐个、逐步删除,不若仿照十一届全国人大常委会第九次会议关于修

改和废止部分法律的决定,对有关法律作出一揽子的修改和废止的决定。^[13]此外,我国亦可借重新立法在内容上呼应民法的新发展。相较于我国此前的民事单行立法,《民法典》有不少变动之处,特别是新增了以往未曾有过系统规定的人格权编;因此,有必要在内容上注重使国际私法法典与民法典相呼应,从而便利涉外民商事案件中的法律适用。

参考文献:

- [1] 韩德培,杜涛.晚近国际私法立法的新发展[J].中国国际私法与比较法年刊,2000,03:12-14.
- [2] 徐冬根.论欧、美国国际私法法典化的不同进路及其法哲学思想[J].河南省政法管理干部学院学报,2004(3):61-63.
- [3] 梁慧星.对民法典编纂若干理论问题的思考[J].河南社会科学,2017(4):8.
- [4] 黄进.中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿及说明[M].北京:中国人民大学出版社,2011:123.
- [5] 刘仁山.中国国际私法立法应独立于民法典的编纂[N].法制日报,2015-05-06(010).
- [6] 杜涛.德国国际私法:理论、方法和立法的变迁[M].北京:法律出版社,2006:16.
- [7] 肖永平.中国国际私法立法体系初探[J].法学评论,1995(5):40.
- [8] 中国国际私法学会.中华人民共和国国际私法示范法[M].北京:法律出版社,2000:3.
- [9] 肖永平,毕小婧.中国国际私法学四十年回顾与展望[J].武大国际法评论,2018(6):61-62.
- [10] 刘晓红.中国国际私法立法四十年:制度、理念与方向[J].法学,2019(10):10.
- [11] 丁伟.《民法典》编纂催生2.0版《涉外民事关系法律适用法》[J].东方法学,2019(1):31-33.
- [12] 齐湘泉.《涉外民事关系法律适用法》原理与精要[M].北京:法律出版社,2011:21-22.
- [13] 丁伟.中国国际私法和谐发展研究[M].上海:上海社会科学院出版社,2009:34-36.
- [14] 陈卫佐.瑞士国际私法法典研究[M].北京:法律出版社,1998:1-21.
- [15] 屈广清,陈小云.国际私法发展史[M].吉林:吉林大学出版社,2005:254-260.
- [16] 王伟.全国人大常委会立法的法律位阶探析——以《涉外民事关系法律适用法》为例[J].东北大学学报(社会科学版),2014(2):183-185.