

中国国际私法法典化的再思考

——纪念《中华人民共和国国际私法示范法》制定十周年

丁 伟

制定一部体系完整、逻辑严密、内容全面的《中华人民共和国国际私法典》，是以当代中国国际私法学奠基人韩德培先生为代表的中国国际私法学界积极追求的崇高目标。20 多年来，国际私法学界同仁努力追随国际私法法典化的世界潮流，矢志不移地致力于推动中国国际私法法典化的立法进程，这种努力集中体现为由韩德培先生领衔的《中华人民共和国国际私法示范法》起草工作小组凝聚了我国国际私法学界专家、学者的共同智慧，历时 6 年，五易其稿，终于在 1999 年完成了示范法的起草和修改工作，并于次年正式出版。这部示范法的问世在中国国际私法学说史和立法史上留下了浓墨重彩的一笔。值此示范法制定十周年之际，我们抚今追昔，深切缅怀韩德培先生致力于中国国际私法法典化的不朽功绩。

一、中国国际私法法典化是完善中国特色社会主义法律体系的时代要求

近年来，我国以科学发展观为指导，积极致力于构建中国特色社会主义法律体系，立法工作迈入了高速发展的轨道。2008 年 3 月，吴邦国委员长在十一届全国人大一次会议第二次全体会议上宣布：中国特色社会主义法律体系已经基本形成，为了实现到 2010 年形成中国特色社会主义法律体系的目标，2009 年是关键性的一年，要在形成中国特色社会主义法律体系上迈出决定性步伐。为此，在提高立法质量的前提下，一要抓紧制定和修改在法律体系中起支架作用的重要法律，二要完成法律清理工作。随着国际私法所调整的国际/涉外民商事关系已成为我国法律调整的基础性法律关系之一，国际私法在我国整个法律体系中的地位将大大提升，这一独特的法律制度在我国改革开放和现代化建设中的重要作用与日俱增，国际私法无疑是中国特色社会主义法律体系中重要的支架性法律。按照协调发展的要求，既要坚持协调发展观，促进法律治理系统内部各领域、各部门法之间的协调发展，优先发展国际私法这一我国法律体系中相对滞后的部门法，又要确保国际私法立法的整体协调性以及国际私法与整个法律体系相互之间的协调一致。按照可持续发展的要求，必须坚持与时俱进的科学态度，正确处理法律的稳定性与改革的变动性之间的关系，既要认真总结 20 多年我国国际私法立法的成功经验以及司法与仲裁的丰富实践经验，充分吸收理论研究以及国外相关立法的最新成果，又要注意适时修改或废止国际私法立法体系中不适应现实状况和实际需要或与相关法律抵触的规定、司法解释，同时也要注意在立法中留有余地，使我国国际私法的立法始终保持持续发展的动力。

值得关注的是，按照十一届全国人大常委会确定的立法规划，条件成熟时将提请审议《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)。这一立法项目的启动，是继 2002 年 12 月九届全国人大常委会第 31 次会议分组审议《中华人民共和国民法》(草案)后我国国际私法立法的重大举措。然而，《法律适用法》的主旨在于规范法律适用问题，未将同属国际私法规范的管辖权、外国判决/仲裁裁决的承认与执行等程序性规范纳入其中，这意味着这一法律一旦出台，在今后相当长的时间内，中国国际私法学界

无法如愿以偿地期待一部体系完整的国际私法典在中国问世^[1](第1-11页)。鉴于《法律适用法》将以单行法的形式将现行有效的散落在《民法通则》第八章及一系列单行法规和司法解释中的法律适用规范囊括其中,该法审议出台后,其他载有法律适用规范的专门法、单行法并不当然失效,是否需要废止尚不得而知。倘若这些法律适用规定继续保留,将产生一系列悬而未决的问题:这些法律适用规范与《法律适用法》是什么样的关系?倘若这些法律适用规范需要废止,如何启动立法程序?这些问题并非虚拟!一旦启动《法律适用法》立法程序,将十分现实地摆在立法者面前,而制定一部中国国际私法典将一劳永逸地解决困扰我们的这些问题。在构建中国特色社会主义法律体系迈出决定性步伐的特定背景下,我们应当审时度势,站在整个国家法制发展的战略高度,重新审视中国国际私法立法的发展方向,以积极、有为的态度认真研究新的历史条件下国际私法法典化的必要性。

二、中国国际私法法典化是中国国际私法体系和谐发展的内在要求

中国国际私法立法的显著特征是立法体系的多层次,与此相适应,在立法模式上,不拘于单一形式,而是采取以专章、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》等单行法律中也列入了国际私法的有关规定。分散立法是特定历史时期中国国际私法立法的必由之路,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^[2](第128页)。然而,在充分肯定其历史作用的同时,应当清楚地看到其历史局限性,这一立法模式导致了现行我国国际私法立法体系支离破碎,致使一些领域国际私法的规定顾此失彼,前后矛盾,出现了一些立法上挂一漏万的现象。即将审议的《法律适用法》将采用集中编纂的方式对现行有效的法律适用规范进行系统梳理,并按照各种法律规范的性质、功能及其内在联系,对其进行科学的分类和排列,就《法律适用法》本身而言,这一相对集中的立法对于形成结构严谨、门类齐全、和谐协调的法律适用法的立法体系具有积极的作用。

然而,《法律适用法》能否突破分散立法的藩篱,实现法律适用法领域的统一立法,关键在于如何处置其他法律中载有的法律适用规范。从理论上讲,《法律适用法》的出台并不意味着其他法律、法规中的法律适用条款当然失效。从我国立法实践来看,《民法通则》第八章对涉外合同关系、涉外继承关系、涉外扶养关系作出规定,并未影响《合同法》、《继承法》、《收养法》及相关行政法规对同类法律关系的法律适用另行作出规定。我们似乎可以得出这样的结论:在《法律适用法》未作出相反规定,在我国立法机关不采取后续措施废止其他法律、法规中相关法律适用条款的情况下,《法律适用法》依循的仍然是传统的分散立法的模式,甚至将进一步加剧和固化我国国际私法立法体系破碎化的状况。

在《法律适用法》与其他法律、法规中的法律适用条款并列的情况下,势必出现规制同一法律关系存在不尽相同的两套或多套法律规范的现象,将形成中国国际私法立法体系内不同等级效力及相同等级效力之间的法律规范混杂的不和谐局面,严重影响立法体系的和谐发展。如何处理两者之间的关系,取决于如何判断这些法律、法规的效力等级。从这些法律的制定机关来看,属于全国人民代表大会制定的法律主要有《法律适用法》、《民法通则》、《合同法》、《继承法》,属于全国人民代表大会常务委员会制定的法律主要有《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《收养法》。根据《立法法》第八十三条的规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”第八十六条第(一)项规定:“同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决”。然而,全国人大与全国人大常委会是否属于“同一机关”?全国人大与全国人大常委会制定的法律是同位法,还是有上位法和下位法之分?我国《宪法》、《立法法》对此未作明确规定,实践中争议不断。从理论层面分析,全国人大与其常委会是否“同

一机关”、两者制定的法律是否属于“同位法”属于宪法规范与解释的问题。根据《宪法》规定,全国人大和全国人大常委会并非两个平行的国家机构,全国人大选举产生常委会,后者对前者负责和报告工作,因此,从宪政学角度说,两者并非“同一机关”。但是,从立法学角度看,两者制定的法律是否有效力高低之分,尚存在疑义。如果这一判断是准确的话,那么,《立法法》规定的“特别规定优于一般规定”、“新的规定优于旧的规定”的规则尚不足以处理《法律适用法》与其他法律中法律适用规范的关系。唯有采取国际私法法典化的立法模式,全面清理和整合现行有效的国际私法的各种法律资源,才能“毕其功于一役”,确保国际私法体系的协调发展。

三、中国国际私法法典化不存在不可逾越的障碍

尽管中国是个成文法占主导的国家,但新中国建国以来尚未制定“法典”,立法机关对于制定中国国际私法典似乎心理准备不足。据了解,国家立法机关未采纳国际私法学界倡议的法典化的立法模式,主要考虑到法典化是一项系统工程,牵一发而动全身,不可能一蹴而就。按照立法部门的解释,如果采用法典化的立法模式,将有关管辖权、判决/裁决承认与执行等程序性规范纳入国际私法典后,将面临如何处理《民事诉讼法》第四编(涉外民事诉讼程序的特别规定)、《仲裁法》第七章(涉外仲裁的特别规定)的难题,如果去除这些编章,那么缺乏涉外民事诉讼程序的特别规定的《民事诉讼法》、缺乏涉外仲裁的特别规定的《仲裁法》还算不算完整的法律?如果保留这些编章,那么中国国际私法立法体系中将存在国际私法典和《民事诉讼法》、《仲裁法》这两套规范并存的现象,两套规范的内容相同,是否具有实际意义?两套规范的内容不同,则将发生法律效力的冲突。在笔者当时看来,这些理由是充分的。然而,当深层思考《法律适用法》对于中国国际私法立法体系的影响时,不免产生疑惑:《民法通则》第八章、《海商法》第十四章、《票据法》第五章不也同样采用专章的方式对法律适用问题作出规定,似乎未见立法机关担心《法律适用法》出台后难以处理该法与《民法通则》、《海商法》、《票据法》等相关法律的关系。如果采取昨是今非的态度恐难服众。从立法技术层面来分析,制定国际私法法典时应优先适用该法作出特别规定,在此原则下,对现行有效的其他法律、法规中的法律适用条款不宜采取全盘废止的简单做法,而可以根据需要和可能,按照轻重缓急,从容不迫地对这些法律适用条款进行甄别、界定,根据需要分别采取或保留、或修改、或废止的处理方法。

法典化具有确定性、稳定性、内在逻辑性和和谐性等优点,追随世界立法潮流,致力于中国国际私法的法典化是中国国际私法学界的崇高目标,制定《法律适用法》只是我国国际私法立法的阶段性目标,而制定中国国际私法典,使之成为中国特色社会主义法律体系中的支架性法律之一,则是我国国际私法立法的终极目标。《法律适用法》的审议不啻重新燃起学界推动中国国际私法法典化的炽热激情。笔者认为,在我国立法机关积极致力于完善中国特色社会主义法律体系的新的历史背景下,在《中华人民共和国民法》(草案)已经初审、《法律适用法》(草案)已经形成、《中华人民共和国国际私法示范法》已经问世并受到国内外专家学者广泛赞誉的现实条件下,启动中国国际私法法典的条件已经日趋成熟。

[参 考 文 献]

- [1] 丁 伟:《论中国国际私法立法与理论研究的良性互动》,载《当代国际法论丛》第6卷,北京:北京大学出版社2006年版。
- [2] 丁 伟:《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》2001年第3期。

(责任编辑 车 英)