

继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择

——兼评《涉外民事关系法律适用法》第31条

沈 涓*

摘 要：国际私法历史中存在两种确定继承准据法的制度：同一制和区别制，它们在较长时期势均力敌。在区别制的弊害越来越明显以后，同一制逐渐为更多国家和地区接受。这一发展体现了国际社会对继承准据法确定的合理性的理性追求。但中国国际私法却与国际趋势相悖，在最新国际私法立法——《涉外民事关系法律适用法》——中仍坚持了继承准据法确定的区别制。中国立法中的区别制与英美法系的区别制在制度、理论和法系渊源等方面都不具同源性，更多的是迁就司法的便利，显示了不够理性的态度。

关键词：继承准据法 同一制 区别制 理性抉择 中国国际私法

在国际私法立法上，不同领域的准据法确定制度不尽相同。相比物权领域物之所在地法占绝对优势、合同之债领域崇尚当事人的意思自治、婚姻家庭领域认同属人法为先，继承领域在一段时期呈现区别制和同一制各领风骚之势。但20世纪中期以来，同一制有占上风之趋势，以至一些原来采行区别制的国家和地区纷纷转而纳行同一制。不过，中国不在其列，2010年通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）固守了继承准据法确定的区别制。^①中国国际私法法规在此方面一以贯之的主张在学理上有着怎样的解说，在立法上体现了什么样的利益权衡，在司法上接应了哪些需求，都应该进一步探究。特别是在开区别制之源的英国在理论和司法上都已抹淡了区别制的价值时，中国如此坚持的特殊意义何在，有必要去找寻。

一 继承准据法确定制度的发展趋势

继承的区别制和同一制在欧洲都有着长远的历史。区别制被认为源于封建时期，对土地的特殊控制强调了土地所在地法对土地继承的绝对效力，使土地的继承与动产继承分离而被另立规则。^②由此，动产继承和不动产继承在较长时期受到两种准据法确定观念的支配，对不动产继

* 中国社会科学院国际法研究所研究员。

① 该法第31条规定：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”

② 参见〔德〕马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培等译，法律出版社1988年版，第805页；沈涓：《冲突法及其价值导向》（修订本），中国政法大学出版社2002年版，第266-268页。

承,法律的控制重点是财产,对动产继承,法律的控制重点是人。在长期坚持区别制的英美法系,确定继承准据法分为两条路径,对不动产继承主张适用不动产所在地法,对动产继承主张适用被继承人住所地法。

基于封建制而重视不动产继承的同时,英美法系对于动产继承适用被继承人属人法(住所地法)始终没有给出很充分的解说。曾经有过的三个理由——动产随人、被继承人住所地法的域外效力和动产的概括继承——似乎都有明显缺陷而显得难以自圆其说或使人信服。

动产随人原则一直主要存在于物权领域,将这一原则适用于继承,显然缺乏对这两种关系的区别认识。萨维尼也认识到动产随人原则适用于继承存在含糊其辞和自相矛盾的问题。他指出,在继承中,赞成的观点认为被继承人的住所地法应适用于所有类型的物,而反对的观点认为住所地法只应适用于动产继承,对不动产继承应适用物之所在地法;而在物权中,赞成的观点认为物之所在地法应适用于各种类型的物,但反对的观点却又极力主张物之所在地法只应适用于不动产物权,动产物权应适用人的住所地法。^①这种无区别地对不动产物权和不动产继承都适用物之所在地法的观点既存在矛盾,也缺乏理智的思考。

以被继承人住所地法具有域外效力来解释动产继承适用被继承人住所地法,存在两个可质疑之处。第一,住所地法并没有较其他继承相关法更特殊的意义,如果可以认可住所地法的域外效力,同样也可以认可其他诸如动产所在地法或被继承人本国法等相关法的域外效力,如此就难以说清只适用住所地法的理由。第二,是因为被继承人住所地法具有域外效力才将其适用于动产继承,还是因为动产继承适用了被继承人住所地法才使其具有域外效力,答案会因为矛盾而无力。

至于概括继承,萨维尼提示它是罗马继承法的基础。^②概括继承制度最不适合作为区别制用以说明动产继承应该适用被继承人住所地法的理由。动产继承适用被继承人属人法只是概括继承制度的一部分内容,这项制度完整的内容是被继承人属人法应该概括性地适用于所有类型的财产继承,包括动产和不动产,这恰恰是为同一制作解释。区别制以概括继承制度支持动产继承适用属人法,会动摇自己的理论基础。原因在于,根据概括继承制度,动产继承固然应该适用属人法,不动产继承也应该适用属人法,而不是物之所在地法。

区别制对动产继承适用被继承人住所地法所给出的不清不白的理由,对区别制的发展产生了重大影响。由于对继承适用被继承人住所地法缺乏深刻的认识和充实的解释,区别制虽然也顾及住所地法,但从来没有像同一制那样给予被继承人属人法绝对的优势地位,这也是区别制在观念上被批评的主要方面。

正如萨维尼指出的那样,同一制源于罗马法的概括继承。在罗马法中,继承人是对被继承人身份和权利的继承,这种身份和权利是作为不可分割的整体存在的。在国际私法中,概括继承制度导引的继承准据法确定原则是继承适用被继承人属人法,不分动产和不动产。此即继承准据法确定中的同一制。

以概括继承为理由,同一制一开始就被赋予了鲜明和稳定的学理解释,这种解释扎根于罗马法。根据罗马法的精神,概括继承“最内在和最重要的特点是:被继承人原来的关系仍继续保

① 参见〔德〕萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围——现代罗马法体系(第8卷)》,李双元等译,法律出版社1999年版,第95页。

② 参见〔德〕萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围——现代罗马法体系(第8卷)》,第161页。

持,因而那些本不能以其他方式转移的权利也得到继承,而且对于一切被取得的权利来说,被继承人的取得名义仍在继承人身上保持不变。”^①从国际私法角度论,保证被继承人权利完整不变地为继承人所继承的最好方法就是使继承整体不被分割地受同一个法律支配,否则,被继承人权利的整体性有可能被破坏,从而违背概括继承精神。这种对个人的私权利的全力维护,在私法——民法和国际私法——中很容易得到认可以至达成共识。这正是同一制在晚近渐居上风的重要原因,特别是在区别制所倚据的封建制崩解后,概括继承便成为最主要的确定继承准据法的理论支撑。于是,一些以前采用区别制的国家转而采用同一制,其原因也就不难理解。因此,从一定程度上说,晚近在继承准据法确定中,同一制起到了主导作用。

长达四个多世纪的时间里,区别制和同一制在确定继承准据法中分庭而治,势均力敌:英美法系国家采用区别制,大陆法系国家采用同一制,但早期的法国、奥地利、匈牙利、荷兰等国除外。但从20世纪中期开始,同一制日渐获得更多认可,而区别制无论是在理论上的合理性方面还是在司法上的法律适用的统一性方面都受到越来越多的怀疑和批评。一些早期采用区别制的国家在新的立法中弃区别制不用,转而采用了同一制,如法国、奥地利、匈牙利、荷兰等国。现在,在可考察的范围内的统计表明,采用区别制的国家和地区至少有18个,包括中国、泰国、马达加斯加、中非、罗马尼亚、俄罗斯、英国、美国(含属于大陆法系的路易斯安那州)、哥斯达黎加、加拿大魁北克省、保加利亚、朝鲜、加蓬、比利时、白俄罗斯、立陶宛、乌克兰。采用同一制的国家和地区至少有44个,包括日本、韩国、约旦、阿拉伯也门共和国、阿拉伯联合酋长国、也门民主人民共和国、土耳其、蒙古、埃及、塞内加尔、多哥、突尼斯、波兰、马其顿、荷兰、德国、意大利、希腊、葡萄牙、奥地利、瑞士、列支敦士登、智利、乌拉圭、阿根廷、秘鲁、巴拉圭、委内瑞拉、卡塔尔、斯洛文尼亚、哈萨克斯坦、西班牙、吉尔吉斯、阿塞拜疆、卡塔尔、阿尔及利亚、南斯拉夫、丹麦、芬兰、冰岛、挪威、瑞典、中国台湾、中国澳门。此外,1989年的海牙《死者遗产继承的准据法公约》也采用了同一制。

上述统计虽不完全,但足以看到国际社会一些重要国家和地区对确定继承准据法的态度。显然,目前在继承领域,同一制受到了越来越多的认可,这是继承准据法确定原则的发展趋势。除了更多国家和地区采用同一制之外,继承准据法确定的发展趋势还有另一种表现——即使一些国家采用了区别制,但这些国家的理论和立法都显示,区别制早已没有了以前那样稳固的地位。

一些区别制国家和地区虽然主张不动产继承适用不动产所在地法,但在立法中却也给不动产继承适用被继承人属人法留下了空间。如采用区别制的保加利亚、比利时、罗马尼亚、加拿大魁北克省的国际私法法规都规定,被继承人可以选择其属人法适用于所有遗产,包括动产和不动产。尽管此种情况下不动产继承适用被继承人属人法的实现要依赖被继承人的选择,但至少可以看出,对不动产继承适用被继承人属人法在区别制国家和地区并不是不可接受的。这样的立法应该可以被视为区别制向同一制靠近的一种表现。因被继承人的选择而对不动产继承适用属人法,与冲突规则直接对不动产继承指定适用属人法之间,没有实质性障碍。

另一方面,在理论上,区别制国家学者也早有认识,在大多数国家采用同一制时,区别制也失去了原来的意义。如英国学者戴西(Dicey)和莫里斯(Morris)认为,1926年以前英格兰法律采用区别

^① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第420页。

制决定继承准据法，但此后似乎再没有适用过。在其他国家都对不动产继承采用同一制时，不动产所在地法规则已经过时，在英国已不再有意义，应该以被继承人的住所地法取代之。在现代法中，完全没有必要对动产继承和不动产继承采用不同的冲突规则。^① 英国学者对区别制意义的否定动摇了区别制的理论基础。区别制在英国司法中的少用甚至不用，也表明这项制度已经停止了其发展步伐。

由此可见，在今天，同一制和区别制之间的差别已不再体现均势的状态，同一制正在获得更大发展，而区别制却日渐式微。从国际私法力图使各国法律趋近的追求而言，对区别制的坚持已显得不够理智。

二 区别制与同一制的认识

区别制的日益衰落，除了其倚据的封建制早已崩解之外，更重要的原因是区别制在不动产继承方面不顾属人法，并且人为制造了法律适用及其结果上的不一致。

对不动产适用物法，可以追溯至巴托鲁斯的“法则区别说”。根据这一理论，法则可分为人法和物法，人法决定在施行这个法则的国家内有原籍或者有住所的那些人的法律上身份。物法处理坐落在这个国家内的不动产的一切权利。在物权领域，物法对不动产物权有着绝对的适用优势，甚至对大部分动产物权也有适用优势，这一点自“法则区别说”产生至今至少有动摇。而在身份关系中，如婚姻家庭关系，人法占据优势地位。这本是很分明的。但应该说，这种区分尽管分明，却过于简单。有些领域是难以很分明地要么归于人法调整范畴、要么归于物法调整范畴的，比如继承领域，再比如合同领域。

继承关系同时具有人身性和财产性双重性质。那么，继承特别是不动产继承究竟应该受人法调整还是受物法调整，同一制和区别制给出了不同答案。事实上，继承区别于一般物权关系的最大特征就是包含其中的人身性。法定继承在具有亲属关系的人之间进行，只有与被继承人有人身关联的人才能继承其遗产，财产继承以身份继承为前提。区别制对不动产继承适用物法，无疑是对继承的人身性的重大违背。

区别制的一个重要考虑是使不动产受所在地法控制，这实际上是对继承准据法的调整范围的误解。继承准据法并不应该调整单纯的物权关系，它所要决定的是继承人的范围、继承顺序和继承份额等问题。至于与继承相关联但并不属于继承范畴的问题，如继承人是否可以因继承而取得特定不动产所有权、不动产遗产所有权以何种方式从被继承人转移至继承人等，并不属于继承准据法调整的范畴，还是应该适用物之所在地法。如此区分，可知对区别制的顾虑是完全不必要的，因为对继承适用人法并不会影响到不动产遗产所在地国对该不动产的立法控制。

一个可以支持这一解释的正确理解是，在国际私法中，并非所有涉及不动产的关系都唯一地受不动产所在地法调整。以合同关系为例。在合同领域，具有优先适用效力的准据法是当事人选择的法律，即使涉及不动产的合同也如此。涉及不动产的合同是当事人之间的合意，合同中的权利义务内容由当事人决定。涉及不动产的物权中的权利义务内容由法律规定。因此，尽管都涉及不动产，但合同

^① See Lawrence Collins et al. (eds.), *Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (London: Stevens & Sons Limited, Eleventh Edition, 1987), p. 1007; John Humphrey Carlile Morris, *The Conflict of Laws* (London: Stevens & Sons Limited, Second Edition, 1980), p. 337.

关系不等同于物权关系，物权应该由物之所在地法调整，而合同则没有理由也受物之所在地法调整。

再以夫妻财产关系为例。夫妻关系适用当事人属人法是各国普遍做法，即使其中的夫妻财产关系涉及不动产，各国也指定属人法作为夫妻财产关系的准据法，甚至允许当事人选择其财产关系的准据法。夫妻关系的人身性是选择这种关系准据法时的决定性因素，属人法在夫妻关系中占绝对优势。在司法中，法官在处理夫妻财产案件时，无疑应选择有关夫妻财产关系的冲突规则，而不是有关物权关系的冲突规则。^①

同样道理，即使涉及不动产，继承关系仍然是建立在人身关系基础之上，不是单纯的物权关系。继承准据法调整的是身份问题，不是财产所有权的取得、变更等问题。因此，萨维尼说：“有关继承的法律是人法。”^②可见，用物法调整继承关系同样也是没有理由的。

区别制的另一个严重缺陷是使同一项继承关系可能受不止一个法律调整。当被继承人既留有动产，又在住所地国和国籍国以外国家留有不动产时，这种可能性便成为现实。如果被继承人在住所地国和国籍国以外多国留有不动产，继承将受更多法律调整。这种状况因为没有使法律冲突得以解决，即没有在多个相冲突的法律中确定一个法律适用于继承，因而也就无法使法律对继承关系的调整获得一致结果。这种做法也许成就了不动产所在地法对不动产的控制，却严重损害了当事人在继承中的利益。这应该是以前采用区别制的一些国家转而采用同一制的主要原因。似乎还没有发现以前采用同一制的国家转而采用区别制的例子。如果不能通过对多个法律之间的冲突进行有效调整而最终使法律关系受一个法律支配，那么法律冲突仍然将直接影响到法律适用结果，并给当事人利益带来重大损害。这对国际私法的作用无疑是一种削弱。

与法定继承相比，在遗嘱继承领域采用区别制会有更多弊害。立遗嘱人可能在一份遗嘱中同时对动产和不动产作出处分，如果在立遗嘱能力、遗嘱方式和遗嘱效力等方面采用区别制，更会因为分别适用多个法律而导致对能力、方式和内容的不同认定，从而对遗嘱效力有不同认定。正如沃尔夫所说：“在统一制度之下，一个遗嘱或者是有效的，或者是无效的；在分割制度之下，同一个法院可以认为同一个遗嘱对于坐落在甲国的土地是有效的，而对于坐落在乙国的土地或者对于在任何地方的动产是无效的。”^③区别制导致的这种荒唐结果可能使遗嘱继承难以进行或难以按照立遗嘱人生前意愿进行。这种后果势必严重损害当事人利益，与法律尽量使立遗嘱人生前处分财产的愿望得以实现的宗旨相违背。所以，确定遗嘱继承准据法更不应采用区别制。

同一制的最大优势是可以避免区别制这两大弊害。同一制使继承唯一适用被继承人属人法，将属人法置于绝对权威的地位，既给予了人法最充分的关照，又消除了法律冲突对继承关系当事人利益的影响。

同一制重视继承关系的人身性，这是正确的确定继承准据法的思路。一个留下遗产的个人，在他的亲属中哪些人可以继承他的遗产、以什么样的顺序继承、能够继承多少份额，应该只有他的属人法才具有裁决的权威。这种权威在属人法确认他的国籍或住所的效力、赋予他在婚姻和家庭关系中的地位时就已形成。属人法之外的法律则不具有这样的权威。因此，在继承准据法确定

① 近期多次被国内相关法院咨询：审理涉外夫妻财产案件时，如果涉及不动产，应该适用我国2010年《涉外民事关系法律适用法》第24条关于“夫妻财产关系”的规定，还是适用第36条关于“不动产权”的规定？答案应该是适用第24条的规定。

② [德]萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围——现代罗马法体系（第8卷）》，第160页。

③ [德]马丁·沃尔夫：《国际私法》，第807页。

中,如果不为法律适用的有效性所困,对继承适用属人法的合理性是无法动摇的。

同样,同一制的另一个合理性的表现也得到越来越多的认可并得到巩固,那就是同一制使继承从整体上受同一个法律调整,这能在很大程度上消减法律冲突的可能危害,保证法律适用结果的一致性。对此,精研英格兰法的沃尔夫也认同:“统一原则的优点是它具有比较大的单纯性。在死亡者于几个国家都遗有不动产的情形下这些不动产和他的动产一起,组成一个单一的整体,它的每一部分都同样处理。”^①对于以减少以至消灭法律冲突为使命的国际私法,这样的优点无论如何不应该被轻视。

同一制所遭遇的最严重的质疑是法律适用的有效性,即担心依此制度所作的判决在不动产所在地国家得不到承认,因为这种判决没有适用不动产所在地法,于是判决将会落空。仔细分析可知,这种担心并不非常必要,而且是完全有方法去除的。

在各国法律中,拒绝承认外国判决的条件都不包括外国法院作出判决时没有适用内国法。一般而言,判断是否拒绝外国请求的条件主要是:管辖是否正当、诉讼程序是否公正、判决是否确定和合法、其他相关国家是否已就同一案件作出判决、承认判决是否违背内国公共秩序、请求国和被请求国之间是否存在互惠等。请求国作出判决时是否适用了被请求国实体法,并非各国决定是否拒绝请求的普遍条件。因此,在继承领域,不动产所在地国家通常不会因为非不动产所在地国家在作出判决时没有适用内国法而拒绝承认该判决。那么,究竟什么原因可能使不动产所在地国家拒绝非不动产所在地国家的判决呢?在上述判断是否拒绝请求国承认判决的请求的条件中,管辖是否正当是重要条件,这或许就是问题的关键。

沃尔夫用一个案例描述了同一制下判决可能成为一纸空文的情形:

“一个在丹麦有住所的荷兰人,在哥本哈根和阿姆斯特丹都有房屋,死亡时留下的遗嘱根据荷兰法是有效的,而根据丹麦法是无效的。依照荷兰的国际私法,应该适用荷兰的国内法;所以荷兰法院必须认为遗嘱所指定的继承人某甲是全部财产的所有人,包括两处房屋在内。另一方面,丹麦法院将根据丹麦的法律冲突规则适用丹麦的国内法;因此,在丹麦将认为死亡者在死亡时没有订立遗嘱,从而法定继承人某乙应该继承两处房产。某甲对于在哥本哈根的房屋请求权和某乙对于在阿姆斯特丹的房屋请求权,在律师的文件夹外边有没有现实的意义呢?”^②

此案的情形是:荷兰法院不仅对位于国内的房屋的继承实行了管辖,还对位于外国(哥本哈根)的房屋的继承实行了管辖。同样,丹麦法院也不仅对位于国内房屋的继承实行了管辖,还对位于外国(阿姆斯特丹)的房屋的继承实行了管辖。从两个国家都只适用了内国法、而没有适用位于外国的不动产所在地法即外国法的情况可以推知,两国都是采用同一制的国家,不过丹麦采用的是住所标准,荷兰采用的是国籍标准。

根据这个案例,可以分析出同一制和判决被承认之间的关系。如果非不动产所在地国采用同一制,当它对位于外国的不动产继承实行管辖时,它将适用属人法,而不适用不动产所在地法,所作判决还将请求不动产所在地国承认和执行。如果该不动产所在地国也采用同一制,并且也对该不动产继承实行管辖,那么,它也将适用属人法,这时,不动产所在地国作出的判决

① [德] 马丁·沃尔夫:《国际私法》,第807页。

② [德] 马丁·沃尔夫:《国际私法》,第808页。

就很可能与非不动产所在地国作出的判决一致。这样，虽然不动产所在地国仍然可能拒绝承认非不动产所在地国作出的判决，因为它自己已经对此项继承案件实行了管辖并作出判决，但它将执行自己作出的与非不动产所在地国作出的判决相同的判决，其结果并无二致。如果该不动产所在地国采用区别制，在它对其境内不动产继承案件实行管辖后将适用不动产所在地法，而不适用于属人法，作出的判决很可能与非不动产所在地国作出的判决不一致，它当然不会承认非不动产所在地国作出的判决。

在上述情形中，无论不动产所在地国采用同一制抑或区别制，它都有可能拒绝非不动产所在地国作出的判决，拒绝的理由并不是非不动产所在地国没有适用不动产所在地法，而是非不动产所在地国对案件实行了不当管辖或者不动产所在地国对同一案件已作出或将作出判决，这是拒绝的两个普遍理由。这种情况下，两国法院没有平行管辖权，因为它们相互不认可对方的管辖权，特别是不动产所在地国不会认可非不动产所在地国对不动产继承案件的管辖权，所以，它不会根据“一事不再理”原则放弃自己的管辖权，也不会承认非不动产所在地国的判决。

所以，导致非不动产所在地国的判决成为一纸空文的原因并非它采用了同一制，而是对境外不动产继承案件的不当管辖。也就是说，即使非不动产所在地国采用区别制并适用不动产所在地法作出判决，该判决也仍然有可能被不动产所在地国以管辖不当为由拒绝承认。可见，从采用同一制还是区别制的角度讨论判决能否被承认没有太大意义，管辖才是关键。也就是说，某甲不能实际获得位于哥本哈根的房屋的所有权，某乙不能实际获得位于阿姆斯特丹的房屋的所有权，并非因为荷兰和丹麦都采用同一制，都没有适用房屋所在地法，而是因为它们都对位于对方境内的不动产实行了管辖，其判决可能得不到对方承认。

针对这种情况，不动产继承案件由不动产所在地国专属管辖逐渐成为共识的原则。根据这一原则，非不动产所在地国不对位于外国境内的不动产继承案件实行管辖，不动产所在地国也只应管辖境内不动产继承案，不应管辖位于外国境内的不动产继承案。而且，不动产所在地国管辖境内不动产继承案时，也不应适用不动产所在地法，而应适用属人法，否则，多个不动产所在地法院管辖境内不动产继承案，分别适用多个不同的不动产所在地法，会导致同一个被继承人的遗产继承的法律适用结果不一致。如果非不动产所在地国不对境外不动产继承实行管辖，各不动产所在地国只对境内不动产继承实行管辖，并统一适用被继承人属人法，那么，既不会出现非不动产所在地国的判决被不动产所在地国拒绝的后果，也不会出现同一个被继承人的继承案件适用了多个法律后果。这就是解决问题的方法。

由此可见，解决判决被承认难题，不应该从法律适用着手，而应该从管辖权着手。由不动产所在地国对不动产继承案件实行管辖，就避免了非不动产所在地国的判决必须得到不动产所在地国承认的情况，也就避免了判决被拒绝而成为一纸空文的可能。

但是，这时不动产所在地国又要面对新的难题，即在同一制下，不动产所在地国不应适用不动产所在地法即内国法，而应适用被继承人属人法，当被继承人具有外国国籍或在外国有住所时，这个法律会是一个外国法。这或许才是一些国家不愿采用同一制的真正原因。

对境内不动产继承实行专属管辖，并适用作为不动产所在地法的内国法，这对立法者和司法者都是一个太大的诱惑，以致他们不想顾及合理性。所以，要达成合理性和有效性兼顾，必须使继承准据法的确定统一在同一制下。如果各国都采用同一制，在不动产所在地国适用被继承人属人法就成为普遍现象，外国法的适用就不再难以接受。更何况，国际私法自巴托鲁斯开始，就努

力提倡一国法院应平等选择和适用内国法和外国法。如果直到今天，一国立法者和司法者仍然害怕或不愿适用外国法，这实在不是一种理性的态度。

沃尔夫所举的例子还揭示了另一种冲突现象，即各国在规定继承适用被继承人属人法时采用了国籍和住所两个不同的连结点，所以，荷兰法中的属人法和丹麦法中的属人法并不是同一个法律，荷兰法院和丹麦法院分别适用了不同的被继承人属人法，对同一项继承案件作出了完全不同的判决。这种情形使同一制下的不合理性与区别制下的不合理性类同，极大降低了同一制的价值。

沃尔夫认为反致在继承准据法确定中起到了独特的作用。^① 对此可以加以分析。假设被继承人具有甲国国籍，在乙国有住所，在甲国和乙国都留有不动产。第一种情形：甲国审理境内不动产继承案时，其冲突规范规定继承适用被继承人住所地法，即指向乙国法；而乙国冲突规范规定继承适用被继承人本国法，反致了甲国法，这是冲突规范的消极冲突现象。甲国接受了乙国的反致，用甲国国内法作为继承准据法。另一方面，乙国对境内不动产继承实行管辖时，根据本国的冲突规范，应该适用作为被继承人本国法的甲国法。这样，在反致制度的作用下，两国统一适用甲国法来处理继承问题，似乎说明接受反致可以解决国籍和住所确定属人法方面的冲突。但事实上，这种考察是不全面的。在另外几种情形下，结果也许会不同。

第二种情形：在上述背景下，毫无疑问，乙国在审理境内不动产继承案时，也会遇到甲国冲突规范的反致，如果乙国也接受反致，它将会适用自己的法律，而不是甲国法，与甲国适用甲国法的结果就不一样了。第三种情形：甲国和乙国都不接受反致，它们将分别适用对方的法律，判决结果也不一样。第四种情形：甲国冲突规范规定继承适用被继承人本国法，乙国冲突规范规定继承适用被继承人住所地法，它们将分别适用自己的法律，结果自然也会不同。这种情形属于冲突规范的积极冲突，不发生反致状况。沃尔夫所说的发生在荷兰和丹麦之间的案例就是这种情形。

在上述四种情形中，只有第一种达成了判决结果一致，这种可能性只有四分之一。所以，将解决国籍和住所冲突的希望寄托于反致制度，效果不容乐观。

因此，努力的方向还应该在进一步统一确定属人法的标准。在此方面，晚近属人法的确定标准的发展已使属人法统一成为希望很大的期待，即现在已有越来越多的国家以惯常居所作为确定属人法的标准，其中既有采国籍标准的国家，也有采住所标准的国家。

今天，同一制和区别制的利弊损益早已清晰，为每一个了解这两种制度的人所认识。所谓同一制会不利于判决得到承认也被认识到不是真实的，而且是完全有办法改善的。但认识是一回事，抉择却是另一回事。每一个坚持区别制的国家可能都有坚持的理由，即使这理由已经不是这项制度产生之初所依据的。在这些国家中，中国的情形也许是比较独特的。

三 中国立法的视角

中国虽然在唐朝或更早就已经有了调整不同法域之间民事关系的冲突规范，^② 但直到20世纪初，还没有一部系统的国际私法法规。1918年中国产生了第一部现代意义上的系统且独立的国际私法法规——《法律适用条例》。这部法规施行至1949年时，发展路径发生了偏离。随着新中国政府

① [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，第280-282页。

② 参见沈涓：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社1999年版，第38-49页。

对旧法的废除，这部法规在中国绝大部分地区的施行效力被中断，只在台湾地区继续施行。1949年至1979年，中国大陆有长达30年的国际私法立法空白期。直到20世纪80年代初，中国大陆才开始在多个相关部门法中制定冲突规范。2010年10月，中国大陆诞生了新的、系统的、独立的国际私法规。

在这个历史过程中，中国国际私法立法关于继承准据法的确定经历了一次变化。在1918年的《法律适用条例》中，确定继承准据法采用的是同一制，但在1985年的《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）和1986年的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）中，确定继承准据法采用的却是区别制，2010年的《涉外民事关系法律适用法》也沿用了区别制来确定继承准据法。这其中有着许多令人不解之处：中国确定继承准据法的原则何以从同一制变为区别制？中国的区别制与英美法系的区别制是否具有相同的制度基础？中国现代国际私法中对继承准据法的确定采用区别制的理论解释是什么？

如前所述，英美法系的区别制产生于封建制度的基础上，衰落于20世纪中期以后。中国在长期的封建时期，由于基本上处于对外交流的封闭状态，尽管产生过若干先进的冲突规范，但难以发展出系统的和成熟的国际私法规。在封建时期结束后，中国从西方引进了现代国际私法的观念、体例，形成与西方国家相似、甚至更先进的国际私法规。因此，中国国际私法规是封建时期以后的产物。这是中国国际私法接受继承准据法确定中的同一制的历史基础。

1985年的《继承法》和1986年的《民法通则》是更远离封建时期的立法，2010年的《涉外民事关系法律适用法》更是处于国际社会同一制日渐占据继承准据法确定制度优势的时期的立法，这三个立法采用区别制显然不是建立在封建制度基础上，并且明显与1918年立法观念不同，也与晚近国际私法越来越多的国家采用同一制的趋势相背。因此，对中国近30年的立法中的区别制，在制度基础上无法获得与英美法中区别制相同的解释。或许正因为中国的区别制与英美法系的区别制不具有相同的制度渊源，在封建制崩解之后，英美法系的区别制失去了制度支撑，便有可能转而采用同一制，而中国的区别制并不建立在封建制基础上，所以，即使封建制已不存在，区别制仍然可以在中国被坚持下来。

1918年的《法律适用条例》是在引进西方观念和体系基础上制定，但西方始终存在英美法系和大陆法系两个不同法系。从1918年《法律适用条例》内容看，这部法规基本上复制了1898年的《日本法例》，而日本这一法规又复制了1896年的《德国民法施行法》。沃尔夫认为，德国采用同一制是深受萨维尼影响。^①这是可信的。萨维尼在精研罗马法的基础上得出的许多观点都很深刻地影响了当时和后来的德国民法和国际私法。^②《德国民法施行法》产生于萨维尼逝世35年后，萨维尼关于继承的准据法应该是人法这一观念在这部法律中得到采纳，该法主张继承适用被继承人本国法。萨维尼使德国法成为最早也最坚决地采用同一制的法律，并进一步影响了欧洲其他国家法律，甚至亚洲国家的法律，比如当时日本和中国的法律。日本国际私法和中国国际私法承继了德国国际私法的主张，对继承适用被继承人本国法。这是典型的大陆法系对继承准据法确定的态度：同一制和国籍连结。

追根寻源可知，20世纪初中国从西方引进国际私法时，渠道不是英美法，而是大陆法，同时同一制也被引入1918年中国第一部系统的国际私法立法。这部立法后来为我国台湾地区加以修改而

① [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，第806页。

② 参见沈涓：《冲突法及其价值导向》（修订本），第93-97页。

成1953年“涉外民事法律适用法”，在继承准据法确定方面，同一制和国籍连结点仍得到承接。2010年5月，我国台湾地区颁布了新的“涉外民事法律适用法”，完全沿用了1953年立法中关于继承准据法确定的规定，无一字修改。而在一脉相承的中国大陆，虽然废除了旧的法律体系，但其民法和国际私法体系仍基本上采自大陆法系，在这样的体系中，继承准据法确定的规定却突兀地采用了英美法系的区别制。显然，对中国现在的立法采用区别制的原因也不能从法系的渊源上获得解释。

对于1985年《继承法》以后中国国际私法立法一直采用区别制的原因，相关立法部门始终没有提供理论解释。这不难理解。因为中国的区别制既不是源于历史上的封建制度，也不是源于英美法系，在制度渊源和法系承继方面都无法找到合乎情理的解釋。在合理性依据方面，如前所述，从对继承关系的人身性的重视到法律适用的统一性、结果的一致性，同一制的优势已广为人知，如果不能说明区别制有着高于同一制的合理性，那么，对区别制的合理性的解释也是难以令人信服的。

既然从理论上找不出很好的解释，能否从立法和司法的角度进行解释？

中国现有绝大多数立法都是在改革开放后完成。在调整涉外民商事关系的立法中，重视中国的经济发展是重要的立法指导思想，从原则到规则，都体现了中国对涉外民商事关系中财产，特别是不动产的立法控制。在《民法通则》中，属于国际私法规则的条文仅有9条，其中就有两条规定了对不动产适用物之所在地法，一条是关于不动产所有权，另一条就是关于不动产的法定继承。可以作为佐证的是，这9条规则中没有关于动产所有权的准据法确定的规定。对不动产立法管辖的重视，使中国国际私法立法不顾法律选择和适用的合理性，也不顾法律体系的整体协调，对继承准据法的确定采用了区别制。在改革开放初期，中国经济发展处于初级阶段，经济力量薄弱，加强对境内不动产的立法管辖有利于国家发展；另一方面，当时中国也处于法制建设初期，观念和体系都有待发展和完善。但经过30多年的发展，中国的经济力量已得到很大加强，立法指导思想应该从重在保护内国利益向重在维护各国利益平衡和国际社会整体利益过渡。而且，中国的法制发展也使立法更趋成熟和理性，法律选择和适用的合理性也应该得到更充分的重视。

从司法环节看，中国采用区别制的一个最可能的原因是不愿意适用外国法。如前所述，同一制会带来一个难题，即当被继承人的国籍或住所不在不动产所在地国之外时，适用被继承人属人法这一规则将使不动产所在地国不得不适用外国法。应该说，这其实是各国都不太愿意的，不仅仅是中国。

同样情形也发生在合同领域。在承认当事人意思自治的前提下，外国法常常通过当事人的选择而成为合同准据法。各国都对当事人的选择进行了一些甚至过多的限制，其中当然主要是针对当事人选择外国法的限制。中国的做法表现在立法和司法两个方面。立法上，设置广泛的排除当事人选择准据法的合同范围，此范围之广，在其他国家立法中找不到同例；^①司法上，在当事人选择了外国法作为合同准据法时，法院常常以无法查明该外国法为理由，劝说当事人放弃适用该外国法。在其他领域，中国法院根据与案件的一定程度的联系对案件实行管辖，选择法律时，都可以根据冲突规范或最密切联系原则找到适用中国法的理由。只有在合同领域，法院的管辖往往和当事人对法律的选择无关，法院的管辖权不能决定准据法的确定。所以，只有对当事人选择外国法加以严格限制，才能减少适用外国法的可能。根据相关调查统计显示，多年来，中国审理的涉外案件中，大约80%以上是各类合同案件，在这些案件中，适用外国法的比例少有高于4%，而适用中国法的比例多高于94%。极端的例子是，在对2008年中国法院审理涉外案件情况的调查统计中，适用中国法的比

① 参见《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第8条。

例高达 97%，而适用外国法的案件居然为 0。^① 当然，一国审理涉外案件时，大多还是适用内国法，这本无可厚非，也属正常。但在合同案件占涉外案件的绝大多数的情况下，没有一个案件适用了外国法，这实在不能说正常。这使人不得不相信当事人在万般无奈中放弃适用外国法的说法。

在合同领域，立法不能通过直接规定排除当事人选择的法律的方法来消除适用外国法的可能性，一是因为意思自治原则在当今国际私法中已具有极高普遍性，各国晚近国际私法规几乎无一例外地在合同领域纳入了意思自治原则，而不像采行同一制的国家只是多数派，还有少数国家采行区别制；二是立法者还指望意思自治原则能引导当事人选择内国法，使内国法的适用名正言顺。从法院方面获得的说法可以证明这第二个原因。在当事人选择了外国法时，法院便消极对待该外国法的查明，将这一责任完全委于当事人，虽然立法也要求法院承担查明外国法的责任。在当事人缺乏查明该外国法的渠道而进退两难时，法院便劝说当事人放弃适用外国法，同意适用中国法。面对不得不解决纠纷的当事人，这一方法非常奏效。^②

相同的情形——有可能适用外国法和不愿适用外国法之间的矛盾对立——在继承领域出现时，事情就简单多了，不必那么大费周章，只需在立法中直接规定不动产继承适用不动产所在地法即可，彻底消除了适用作为被继承人属人法的外国法的可能性。中国国际私法立法一面顺应不动产案件由不动产所在地国专属管辖的趋势，一面采行区别制，于是，中国法院在对境内不动产继承案件实行专属管辖时，只可能适用中国法，没有可能适用外国法。这样，既不用担心判决得不到承认，又不必害怕会适用外国法。既然还是有少数国家采用区别制，那么中国就加入这少数国家。至于法律选择和适用的合理性，那只能舍弃了。

由此，便不难找到中国立法在确定继承准据法方面坚持采用区别制的真正原因，那就是司法的需求。通过对法院审理涉外民商事案件的情况的调研可知，适用外国法的最大困难是查明应适用的外国法。^③ 在中国法院，查知外国法的困难已成为延滞案件审理期限的最主要原因，严重妨害了审理案件的迅捷和便利，因此，司法者都希望能够尽量少地适用外国法。^④ 立法者或多或少要考虑这种希望。

对外国法的排斥，特别是追求法律适用的便利是司法者常有的心态。理性地看，立法对这种心态和司法有效性的追求应该适当关照，但不应过分迁就。立法的功用不仅是给司法提供依据和标准，更应该提升司法的理性和境界。

在继承准据法确定中，有一个现象值得注意。根据区别制方法，无论法定继承还是遗嘱继承，都区分动产和不动产分别确定准据法。如前所述，这是区别制的一个更大的不合理之处。这一方法将使一份对动产和不动产遗产同时作出处理的遗嘱被多个不同法律调整，其效力有可能被认定不一致。这种结果对合理性和一致性的破坏大于法定继承。或许因为如此，各个采用区别制的国家在提到对遗嘱继承采用区别制时，都表现得含糊和不够理直气壮。如戴西说：“不动产遗嘱的能力由什么法支配，英国没有权威判例，可能应该由物之所在地法支配。”^⑤ 于是，可以看

① 参见黄进、胡炜、杜焕芳：《2008 年中国国际私法司法实践述评》，载《中国国际私法与比较法年刊》（第 12 卷），北京大学出版社 2009 年版，第 415 - 479 页。

② 参见沈涓：《中国法院审理涉外（涉港澳台）民商案件情况》，载黄东黎主编：《国际法研究》（第 8 卷），社会科学文献出版社 2013 年版，第 337 - 367 页。

③ 关于外国法查明的困难另行讨论，在此不加详述。

④ 参见沈涓：《中国法院审理涉外（涉港澳台）民商案件情况》，第 337 - 367 页。

⑤ Lawrence Collins et al. (eds.), *Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, p. 1010.

到,在采用区别制的各国立法中都没有明确规定对遗嘱继承采用区别制确定准据法,而是采用同一制。这也说明,区别制国家其实已经认识到区别制的严重缺陷。但如此一来,常常会有这样的情形,即在一国国际私法法规中,对法定继承采用区别制,对遗嘱继承却采用同一制。这样的立法上的不一致更显露了区别制的弊端。

在 2010 年以前,中国国际私法立法没有对遗嘱继承准据法的确定作出规定,最新立法弥补了这一空白。与其他区别制国家一样,中国新的立法也没有对遗嘱继承采用区别制确定准据法,对遗嘱方式和遗嘱效力准据法的确定都采用了同一制。这又是照猫画虎,未得其中真解,在新的立法中留下明显的硬伤。为了达成对法定继承和遗嘱继承准据法确定的一致原则,中国也应该放弃法定继承准据法确定中的区别制。

在对同一制和区别制各自的利弊作了如上所述的分析和论证之后,不难得出结论,中国在如此新近的立法中对继承准据法的确定仍然采用区别制,实在不是理性的抉择。面对查知外国法的困难,立法的理智选择应该是确定切实可行的查明外国法的渠道和方法,而不是不当限制外国法在内国的适用。遗憾的是,中国新的立法在合同领域之外,再一次迁就了司法对便利的需求,破坏了继承准据法确定的合理性、法律适用结果的一致性,阻碍了中国国际私法立法向大多数国家趋近。

Rational Choice of Applicable Law of Succession Between Unitary System and Scission System

——Comment on Article 31 of the Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of P. R. China

Shen Juan

Abstract: There are two systems to determine the applicable law of succession in the history of private international law: unitary system and scission system, and they are evenly matched in a comparatively long term. With the defect of scission system being more and more obvious, the unitary system was gradually accepted by more and more countries and regions, which reflects the international community's rational pursuit of justifiability to determine the applicable law of succession. However, China's legislation is inconsistent with the international trends, with the Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of P. R. China still insisting on the scission system. China's legislation does not have the same homology in system, theory and sources of law and other aspects of scission system with the legislation of common law system. The reason for the scission system adopted in the China's legislation is for the convenience of judicial practices, which does not show enough rationality or justifiability.

Keywords: Applicable Law of Succession, Unitary System, Scission System, Rational Choice, China's Private International Law

(责任编辑:李庆明)