

● 国际法

国际社会本位的理念与法院 地法适用的合理限制^①

李双元¹, 邓 杰², 熊之才³

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072; 2. 中南财经政法大学, 湖北 武汉 430074;
3. 湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410083)

[作者简介] 李双元(1927-), 男, 湖南新宁人, 武汉大学国际法研究所教授, 博士生导师, 主要从事国际私法学研究; 邓 杰(1972-), 女, 湖北松滋人, 中南财经政法大学国际法系讲师, 武汉大学国际法研究所博士, 主要从事国际私法学研究; 熊之才(1975-), 女, 湖南长沙人, 湖南师范大学法学院硕士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 在国际私法中, 适用法院地法几乎是各国的一种固有倾向, 晚近甚至还出现了一种“回家去”的趋势。然而, 过多地强调法院地法的适用显然不利于各国间开展正常的民商事交往与合作。因此, 随着国际民商事交往的日益密切以及国际民商事关系的日益发达, 对法院地法的适用加以适当的、合理的限制, 以建立健康、和谐的国际民商新秩序, 无疑是十分重要的。

[关键词] 国际社会本位理念; 法院地法; 合理限制

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)05-0517-09

在全球化到来的时代, 在政治上的联合国和经济上的“联合国”(WTO 世界贸易组织)的作用以及国际统一立法活动大大加强了的时代, 我们认为, 根据国际社会本位的理念, 在国际私法这个因其调整的对象属于人类最基本的社会关系——国际民商关系而日益显现出它将在整个国际法律体系中占有基础性地位的法律或法学部门中, 进一步研究与讨论法院地法适用的合理限制问题, 是有着重要的理论与实践意义的。

法律的“本位”, 原是民法中的一种概念。在民法由近代自由资本主义向现代垄断资本主义演进的过程中, 出现了从“个人本位”向“社会本位”的转变, 加强了国家对个人行使权利的绝对自由进行干预的现象。社会本位的特点在于国家通过强调社会利益, 对个人权利做出适度的限制, 使之不至于损害社会和第三人的公共的和合法的利益。到 20 世纪, 社会本位已成为各国私法立法的主导思想和重要原则。但是, 这种意义上的社会本位观念依旧只是从一个国家自身的利益和需要出发来考量的, 仍然局限于以某一特定国家的“社会”利益为“本位”。但现在人类社会正进一步向全球化方向发展, 全人类的利益的相关性、趋同性与共生性也在不断加强, 因而必然应该在民法的基本理念上出现由“国家本位”向“国际社会本位”的提升。这一走势大体上表现在两个方面, 即一方面, 在新的世纪里, 国际法将进一步渗透到某些传统上纯为国内法调整的社会关系中去, 一国的私法亦将遵循某些国际社会公认的准则, 从而为整个人

类的共同的可持续发展建立起一个良好的法律秩序;而另一方面,个人以至国家为民事法律行为或行使自己的权力(权利)时,都应考虑以不损害整个国际社会的利益和人类的共同福祉为基准。这是因为人类社会普遍联系和依存关系的加强,在高新科学技术迅猛发展的时代,个人的或国家的任何放任行为,都可能直接或间接给国际社会和整个人类带来破坏性以至灾难性的后果。

民法在全球化时代的这种“国际社会本位”理念,已开始在各国民事立法中逐渐得到贯彻,但在作为民法适用法的国际私法中,这种理念的贯彻,也是新的全球化时代的重要的共同课题。其不可或缺的方面,就是在法律适用上,法院地法的适用应有一个合理的适度的限制。本文即将着重以新世纪全球化时代所要求的“国际社会本位”理念为指导,从对国际私法历史发展进程的剖析中,来阐述这个观点。

一、传统国际私法中法院地法适用的途径与机率

本来,国际私法的诞生,就意味着法院地法的适用应受到限制。但从国际私法诞生时起,它既是属于国内法的范畴,加上国际私法案件也一直均由各国国内法院审理,因而即使在其最早建立于自然法学派基础之上并具有强烈的普遍主义——国际主义色彩的意大利法则区别说的理论中,也并不认为法院地法的适用是必须受到排斥或限制的,因为这种主张同样是不符合国际私法的性质,不符合普遍主义——国际主义精神的。但在他们对“法则”做不同性质的划分时,首先还是把程序法分离出来,主张凡属程序性质的法则,在其制定者的法院中是一定要加以适用的。后来在把实体法则进一步区分为物法、人法与混合法则时,法院地法的适用仍大大多于外国法适用的机会。直到 19 世纪中叶,萨维尼法律关系本座说的提出,主张要平等地对待内外国法律的思想之后,在法律适用上的法院地法主义仍长期比内外国法律平等说处于优势地位。比如说,对于程序问题,一直到现在,一些国家仍笼统地规定,只适用法院地的诉讼法。这方面的例证,甚至包括到 1995 年才颁布的意大利国际私法制度改革法案^[1](第 503 页)。它的第 12 条就规定:“在意大利法院进行的民事诉讼程序,应由意大利法支配。”这与该国 1942 年民法典关于冲突法的规定“管辖与程序问题,适用法院地法”完全一样。其次,在传统上过去许多国家都规定:1. 凡因公共秩序保留制度而排除了本应适用的外国法后,则代之以适用法院地法;2. 凡外国法不能查明因而导致无法适用外国法时,亦代之以适用法院地法;3. 反致与间接反致制度的作用,也是为了达到适用法院地法适用的目的;4. 更属特别的是,正因为自古以来由于对程序问题都公认应适用法院地法,因而过去许多国家的法院为了达到适用自己法律的目的,把一些本属实体法性质的问题和外国的法律规则或法律制度通过识别而定性为程序性质的问题或程序性质的法律规则或法制制度,以排除有关外国法的适用;等等。

近来,在扩大法院地法的适用上,又出现了一些新的方法和实践。

1. 在学说或理论上,如柯里的“政府利益分析说”的具体操作,在多数情况下,就是导致法院地法的适用的。他认为,根据政府利益分析,如在审查时,发现只有一个州有这样的利益,而其他州无利益,法院便应适用这惟一有利益的州的法律;如果发现两个州存在着明显的利益冲突,法院便需反复审查,是否有可能对其中一个州的政策和利益做出限制性的解释以及其他可以避免冲突的方法,否则,便应适用法院地的法律;而在法院地无利益的情况,不可避免的冲突只存在于他州之间,且法院又不能以公正为理由拒绝审理该案,它也应适用自己的法律,直至人们能够提出更好的办法;由于诉讼地的不同,对同一问题州际之间的利益冲突,可能会得出不同的结果,但是,如果在有关的具体问题上,为求判决的一致,而将严重损害本州重大利益,法院便不应轻率地做出决定而牺牲自己州的合法利益。这时,它可以留待国会根据充分诚实和信用条款,来决定哪一州的利益应该优先。柯里和凯弗斯均主张的区分“真实冲突”和“虚假冲突”的观点,固有许多令人耳目一新之处,使法官不至于盲目地陷入无休止的对法律冲突的纠缠,但其具体操作,亦在多数情况下,为法院地法的适用寻找借口。其中他们所主张的在外国法只是作为“判决的资料”而不是作为“判决的根据”时所发生的虚假冲突,就更给法院地法的“堂堂正正”的适

用找到一个借口。美国艾伦兹威格更公然提出适用法院地法应是一条基本原则的“法院地法论”(lex fori approach)。这些新理论的出现,被总称为在法律适用上新出现的 homeward trend(回家去的倾向)。

2. 许多新的思想开放的法典,虽已尝试把当事人的意思自治扩大到合同以外的其他领域,但目前这种开放度还是有极严格的限制的。而最常见最主要的限制就是只要该争议与法院有涉,便明文规定只允许通过协议选择适用法院地法。这一作法即使在备受人称誉的瑞士新国际私法法规中亦可见到。如它的第 96 条第 2 款规定: 外国人可以遗嘱或继承契约使其继承受其本国中之一国的法律支配。但如在其死亡时,他不再具有该国国籍或已取得瑞士国籍的,这种选择便是无效的,则必须适用瑞士法。它的第 132 条,对侵权行为更直接规定“当事人可在侵害事件发生后的任何时候约定适用法院地法”。

3. 更为重要的是,由于国际社会发展的不平衡以及各个国家都有一些特殊的利益要加以保护,因而如前面所说,一方面各个国家都有一些“直接适用的法”,摆脱冲突规范的约束而在涉及该国的民商事法律关系中直接加以适用(如我国合同法关于在中国履行的三种外商投资合同,便规定它们必须适用中国的合同法);一方面国际私法也出现了一种于必要和合理时保障自己的具有社会法性质的公法或强行法在具有涉外因素的案件中得到直接适用的新倾向。当然,这一要求也须通过于必要和合理时同样的适用所涉外国公法或强行法来实现的。而在过去,扩大法院地法适用的常用的借口之一,就是借识别认定被自己冲突规则指定的外国法具有公法的性质,而公法一直被认为不具域外适用的效力和可能性的。这种“直接适用的法”和支持此种立法具有直接适用效力的理论,在过去本是以公共秩序对内国法所发挥的“积极的”“肯定的”理论面目出现的,现在则称为“直接适用的法”,并被认为它的适用,既不受公共秩序的制约,甚至也为国际条约所允许。

4. 法院地法的适用在知识产权的保护上,本从 1893 年通过《保护工业产权的巴黎公约》之后,一直到现在,都是不可动摇的。其理论根据就是知识产权具有严格的地域性,各国赋予的知识产权均只在该国领域内有效,且只具有本国法所赋予的内容,过去是长期不承认这一领域有发生法律冲突的可能的。但自上述巴黎公约通过以后,开始实行一国取得的工业产权根据国民待遇原则,持有人还可分别向其他缔约国申请此项权利。而在这种工业产权被侵犯时,有关缔约国虽应承担保护的义务,但每个缔约国的法院都并不顾其他缔约国工业产权的内容有什么不同,均只依自己的法律所赋予的权利内容行使保护(故又称“保护独立”或“独立保护”原则)。随着知识经济时代的到来,只要这一保护原则存在,法院地法适用于这一领域的机会也只会不断增加。

实际上,在任何一个国家,对涉外民商事案件,适用法院地的法律来最终判决涉外案件的,无疑要比适用外国法判决的案件不知多了多少倍。就是翻阅一下我们国家改革开放以后法院及仲裁机构受理的涉外民商事案件的纪录,真正适用外国法的也是相当少见的。这也是不足为怪的。对法院地法的优先适用,其理论上的根据主要仍如过去的许多学者所称: 法院适用自己的法律是司法主权上的需要,是主权独立的保障。当然在更长远的时代以前,像古代罗马法的一些法学家本来就认为只有罗马法是最完善的法律,其他民族的法律都根本不能与之相比,所以在罗马法院适用自己的法律,也可说是适用最好的法律。其实,并不用做什么理论上的深究,最明白不过的事实就是内国的法官无疑最熟悉自己的法律。他们适用自己的法律,轻车熟路,简便易行,而且大多可以做到不出解释上的错误。更何况许多国家的法官,经训练培养以后,就会认为适用自己的法律是实现审判公正的保障。因而在各种案件中,只要找到可以适用自己国家的法律的根据和借口,或者只要双方当事人都不坚持适用外国法,又有几个法官愿意舍易就难,经过一道道工序(识别——连结点的解释和认定——反致——外国法的查明和解释与定性——公共秩序制度——外国法的适用等),才能判决一个涉外案件呢? 这一点,恐怕是搞国际私法理论,倡导内外国法律平等,构筑国际民商新秩序的学者们所都不愿意直视却不能回避的事实。

二、无节制地扩大法院地法的适用不符合国际民商关系新发展的要求

既然如此,国际私法又何必花那么大的气力,来专门研究法律冲突和法律选择的问题?不如干脆根据古老的属地主义习惯或者干脆接受当代一些学者所提倡“回家去”的主张,在国际私法重新确立不管它是纯内国民商案件或国际民商事案件,仍旧按照“谁受理便适用谁的法律”的原则;或者把国际私法的重点从解决法律适用上的冲突,转移到以解决国际民事管辖权的划分为本体,并确立“谁管辖便适用谁的法律”的原则;或者在法理学中重申任何一个国家的法律都是该国统治阶级意志的体现,即它不能容忍自己国家的法院在审理涉外案件时把反映自己意志的国内法搁置一旁,而去适用(或“屈从”)作为另一国统治阶级的意志体现的法律;或者重申国家主权不但是至高无上的,也是不可分割,不可加以任何限制的,因此,它既不会在处理涉外民商事关系中让自己国家主权的至高无上性受到损害,也不能容忍对自己的属地优越权与属人优越权加以任何形式的分割与限制。但是这种完全与国际社会本位相对立的观念,在现代社会,尤其是在知识经济和全球化时代,以上种种主张,都是不能服人的。因为这样做,只有妨碍国际交往关系的发展。

这首先是因为,尽管上述种种现象表明,法院地法主义的倾向仍在据守自己的阵地,但终究还没有发展到法律适用上全部“回家去”的程度。只要查阅一下各个国家的国际私法法典或者多边的与双边的、世界范围的与地区范围内的有关国际私法的条约或规定,人们会看到,主张平等对待内外国法律的,主张尊重当事人自主选择的,主张适用最密切联系原则的,主张不可进行不诚实的识别的,主张不得滥用公共秩序保留制度的,主张不得在借公共秩序排除本应适用的外国法后概代之以内国法的,主张在外国法不能查明时不可不问青红皂白一概代之以适用法院地法的,主张扩大双边冲突规范的适用范围的……等等,等等,还是占据着主导地位。这中间一个最简单而又自觉或不自觉被人们所遵循的道理,就是任何一个国家的法院,即使在它想出各种办法达到适用自己的法律的目的以后,它也不得不认真考虑的一个问题就是自己做出的判决,能不能在有关外国继续保持其效力,甚至能不能得到外国法院的协助执行。如果每一个国家的法院在处理涉外案件时根本不考虑这个后果,那么实际上它也就把自己的国家置于外国人、外国商品、技术、资本与服务最不愿意进入的境地。这显然是当今时代每一个对人民、对国家、对国际社会采取负责任的态度的政府所不愿陷入的困境。

笔者曾言,双边冲突规范是所有冲突规范中最基本的规范^[2](第 124 页)。其实,这一论断完全可以扩而大之地说:任何国际关系都是以双边关系为其最基本的形态的。凡是研究国际私法的人,从这中间应该悟出一个朴素的道理:如果认为自己国家的法院应只适用自己的法律,对方国家也采这种作法,这两个国家之间的民商事交往肯定就不能顺利进行,国际民商事交往也就失去了法律上的便捷与安全保障。这里不妨以国际破产为例做一简单说明。在国际破产法上有地域破产主义(或复合破产主义)和普及破产主义(或单一破产主义)的区分。所谓地域破产主义乃指一个企业或一个人在甲国申请破产宣告,则这种宣告只及于债务人在宣告国境内的财产,如果要将在乙、丙、丁各国的财产归入破产财团,必须再去其他几个国家的法院分别申请破产宣告(故又称“复合破产主义”)。但是如果采取普及破产主义,承认外国法院破产宣告的域外效力,则只需要在一国法院申请破产宣告,即可得到债务人其他有财产所在国家的承认,并允许将位于其他国家境内的财产均归入破产财团,国内外债权人的利益都可得到平等的保护(故又称单一破产主义),显然这是极其有利又极其节省的制度。加上目前国际民商活动的规模及范围日趋扩大,国内的经济和民事生活日益增加了国际的或跨国的或涉外的内容,更需要在根据国际社会本位观念,适当限制法院地法适用的共识之下,致力于构筑一个和谐、协调、合作与有效的国际私法环境,因而,尽管前述若干现象或理论继续存在,但各个主权国家常通过自己的国内立法,自动地对自己的属地或属人优越权加以适当的限制,或通过彼此之间的国际条约,共同对各自的属地或属人优越权加以适当的限制,已成为一种积极的潮流。这些在我们过去论及当代国际私法学与当代国际私法立法的新发

展时,都已有说明。

在国际私法上,尤其是就正进入全球化时代的国际私法来讲,既不能简单地认为凡适用法院地法就不符合国际私法上述功能的要求,只有遇事便适用外国法才符合这种要求,也不能简单地认为,适用法院地法便不能保证判决的公正解决,只有适用外国法才能达到这个要求。但当代国际私法越来越要求必须平等地对待内外国法律,即在应当适用法院地法时去适用法院地法,而在应当适用外国法时,也应毫不犹豫地去适用外国法。从理论与实践上去衡量当今一个国家的法律适用法(或冲突法)是否先进或进步时,在相当大的程度上,就看它在决定法律选择方面是否充分而又合理与科学地贯彻了这一原则。

因此,尽管“国际公法,并不含有一个在私法范围内‘分配权力’的原则”,亦即并不含有一个对各国立法权的各自范围加以划分的原则,而人类距离最终的目标——全世界冲突规则的统一尚很遥远,而且在独立国家存在的时代可能是永远达不到的。国际私法的立法者,必须记住“全体个人”或“人类社会”这个事实。这和我们这里所说的“国际社会本位的理念”完全一样。但这绝不是一种“超国家”的或纯粹理想主义的观点。如果忽略这个理念,尤其是忽视人类社会的共生关系已经大大加强了的这个全球化时代的本质特征,他们就不单能制定出既有利于个案的公正解决,又有利于维护每个国家的合法权益,同时又能大大便利国际交往的法律适用规则。在讨论冲突规范的基本类型时,我们早就指出过,一个国家之所以在它的法律适用法或冲突法中常常需要同时运用:(1)明确指出在何种场合只适用内国法的单边冲突规范;(2)既可导致内国法的适用也可导致外国法适用的双边冲突规范;(3)重叠适用两个国家法律的冲突规范(其中往往有一个就是法院地国的法律)以及(4)供法官做依次选择或做任意选择的冲突规范,就是因为国家对不同的涉外民商事关系的成立或解除,常常需要采取不同的政策——在认为对某些涉外民商事关系需要采取宽松的政策时,多采(2)(4)种类型的冲突规范,而在认为应对某些涉外民商事关系采取从严的政策时(当然有时也是为了使有关的涉外民事法律关系不至轻易被有关外国所否定),便多取(1)(3)种类型冲突规范^[2](第14页)。现在看来,这个论断仍然是正确的。但由于知识与全球化时代的到来,我们认为在国家做这种政策考虑时,已不宜只从自己国家的权力或利益着眼,而应进一步在国家制定冲突法为政策考虑时,更要关注和平与发展已经成为时代的主题这一科学的论断,更注意贯彻“国际社会本位”的观念,以营造一个有利于各国或全球共同可持续发展的国际法律环境着眼。如果这些观念或理念得到贯彻,无疑这个国家的国际私法就必然会以平等对待内外国法律的双边冲突规范为主要的冲突规范类型(重叠性冲突规范与选择性冲突规范均是双边冲突规范的变形),就应该更自觉地把法院地法的适用限制在合理的范围之内,并克服“回家去”的倾向。

三、合理限制法院地法的适用已成为当今国际私法趋同化的一个重要表现

尽管上述观念或理念能使所有国家的国际私法学家和立法者所接受,但在实践中必然还要有一个过程,即对全球化的必然到来要有一个认识过程,以及它对人类整体共同可持续发展的积极影响也要有一个认识过程,并在这一过程中,需要不断去克服“全球化”这把双刃剑给发展中国家或欠发达国家所带来的负面效应,因而不容否认,尽可能地保证法院地法的优先适用,至少在相当长时期内还是必然会以各种各样的形式出现的,但现在到底已越来越显现出往正确方向发展的势头。

(一)在程序法方面,虽然萨瑟早在1967年他的巨著《国际民事诉讼法比较研究》一书中,曾尖锐指出,许多学者之所以主张诉讼程序问题一概适用法院地法乃“普遍性的规定”和“一般原则”,一是认为外国的诉讼程序规范在理论与观念上已被预先排除(priori excluded);一是因为外国诉讼法不能被有效地适用或基于诉讼的方便。但他认为这都是不能成立的。他的结论是:尽管在国际民事诉讼法中,在许多情况下,还是要适用法院地法中的诉讼规范的,但“能作为普遍原则的”,仍然“只能是最密切联系原则”^[3](第313页)。可见在这里,萨瑟着重反对的只是把程序问题适用法院地法当做一项普遍的原则,而主张用“最密切联系原则”来取代它,以使程序法在适用上更富有灵活性,更可以让法官有一个自由裁量

的活动空间,因为他同时已经明确地指出:“在许多情况下”是“要适用法院地法中的诉讼规范”的。对于“在许多情况下,要适用法院地法中的诉讼规范”,是能够用许多朴素易懂的理论来加以论证的。比如受到萨瑟批判的“基于诉讼的方便”就不能不认为是一个重要的理由。这在本文第二部分末尾已有阐述;其次,人们还可设想,任何一个法院(包括国际法院)或者任何一个“类司法机构”(如仲裁机构、调解机构)都不能没有自己的程序规则。各自依自己的程序规则进行活动,毫无疑问,是有利于检验这些法院或机构的日常司法或准司法活动是否规范——而这对这些机构得以建立起司法公正的权威感和信任感以及诉讼活动的方便,无疑是十分重要的;反之,如果在形形色色的程序问题上,要完全像实体争议那样,逐个去决定它们各自应适用的法律,不但必须考虑诉讼当事人是否真正有这个要求(当事人如果对法院或“类”司法机构的程序规则的正当性和公正性有怀疑,他就不会到那里去寻求司法保护了),还需要考虑实现这种要求对保证审判的公正性到底有多大的必要性。如果对大多数程序问题,当事人要求去适用其他国家的程序法,法官查明外国法的任务便不知道要增加多少倍,从而势必使涉外诉讼的最终解决,花费去许多无谓的时间和精力,诉讼费用恐怕也得大大增加了。正是基于这些最基本的考虑,应该认为,萨瑟的上述主张是很有价值的。看看最近的一些法典,虽然它们都还没有接受萨瑟的上述提法,在诉讼程序问题的冲突规则中,改为“程序问题,适用与该诉讼有最密切联系的法律”,但较之传统的观点,已有了相当程度的松动。

在美国的第二次《冲突法重述》中,它的用词则带有更大的灵活性。如它虽作为一般原则也首先规定,司法诉讼程序应如何进行,法院“通常”适用自己的法律,用来决定:(1)有关的涉外诉讼请求,应由它的哪一法院审理;(2)有关涉外诉因的请求权,究应依何种诉讼程序进行;(3)什么人可以及必须作为诉讼的当事人;(4)送达的程序与通知;(5)辩论与诉讼行为;(6)抵消、反诉或其他抗辩;(7)审判的方式(即由法院或由陪审团进行);(8)确保服从法院裁判的方法;(9)判决之执行;(10)免除;(11)举证责任;(12)充分证据;(13)外国法之通知及证明;(14)证人;(15)证据;(16)不得曳漏之消息等等。该重述在解释对这些问题为什么“通常”(而非“一律”)要适用法院地法的诉讼规则时,所持的理由,就与我们在本文前面对此问题所作的论述在很大程度上具有共识。它解释的大意也是:每法域都有就其法院如何向其提起诉讼以及对诉讼的如何审理的程序作出的规定,尽管案件的实体问题可能要考虑其他州的法律,但法院如果不关心它本身的司法组织功能与程序制度的管理,而去适用其他州的法律,就会常常导致诉讼程序的中断或发生种种的困难。而且在诸如起诉、送达、答辩、取证、审理、判决的执行和费用等等事项上,如果不适用自己的程序规则,其经济负担可能是非常巨大的,而且还可能改变判决的结果。

在这一领域,1979年匈牙利国际私法也规定,匈牙利法院或其他机关的诉讼程序应适用匈牙利法,但该法也同时表明,如它另有规定,则不适用上述原则。1992年新颁布的《罗马尼亚国际私法》也坚持这种立场,规定:“若无其他明文规定,罗马尼亚法院在审理国际私法案件时适用罗马尼亚诉讼法”,对某一法律问题具有程序法或实体法的性质,却要由罗马尼亚法律决定(识别),但该法已明确规定:诉讼当事人的行为能力适用他的本国法;起诉的标的、诉因、当事人的资格,均由引起争议的法律关系的准据法确定;在证据方面,对法律行为的证据以及书面材料的证明效力,应适用法律行为实施地法或当事人选择的法律;对事实的证明,适用事实发生地法;有关婚姻状况的证明及婚姻状况法律证明文件的证明效力,适用有效证明文件做成地法,等等。1974年《阿根廷国际私法(草案)》更在其第二章“关于程序问题的国际私法”中,包括对外国文件的权威性,管辖权的确定,司法协助问题,都给外国程序法的适用留下了相当广阔的空间。1964年前捷克斯洛伐克国际私法与国际民事诉讼法在其有关诉讼程序及司法协助等的规定中,也在诸多情况下允许适用外国法,尽管它也作为一项原则首先规定了它的法院与公证机关,应根据捷克斯洛伐克国际私法与国际民事诉讼法进行审理及有关活动。

为了限制程序性问题只适用法院地法,而开放实体问题使之可选择其他国家的法律做准据法,国际私法学从后期注释学派开始,便力求找到区分二者的明确界线。如后期注释学派就提出应区分程序方面的问题(ordinatoria list)与判决方面的问题(decisoria list),对前一方面的问题,主张适用法院地法,而

对后一方面的问题,应适用实体争议的准据法。还有学者继承上述理论,主张把诉讼权利区分为诉讼的形式权利(formal right of action)和诉讼的实体权利(substantive right of action),分别与上述程序争议与判决争议相对应。美国的斯托雷也认为,ordination list的概念与“法律补救方法”的概念相当,属程序问题,而 decisoria list概念与“实质”“实体”“诉因”(merits, substance, cause of action)等概念一致,二者应分别适用不同的法律,不可一概视为程序问题而仅适用法院地法。

对于这个问题,我们认为,应适用实体法律关系的准据法所属国的程序规则,而不宜用法院地法的程序规则:

1. 在普通程序中,法律保护形式的要件。如是否有提起一个宣告之诉或确认之诉的利益存在;是否有采取法律保护的必要;反诉,共同诉讼的主客观诉因;参与诉讼;给第三人的通知;诉讼的撤回。
2. 对案件实体问题的判决具有决定性影响的证据法则。如举证责任;推定;初步证据;举证方法的可否接受(当然对其中的某些问题,也还有必要考虑行为地法或法院地法的程序规则)。
3. 构成诉讼基础的消灭时效;权利的丧失;应依法给予赔偿的损害数额的计算;非物质损害的责任问题;第三人共同责任的成立;损害事件索赔人的连带责任。
4. 仲裁协议的合法性与效力问题。
5. 某一请求是否有充分的根据;是否有权提起诉讼或允许提起诉讼的问题(有时也应考虑法院地法)。
6. 某种诉讼行为虽与该诉讼相联系或由该诉讼派生出来的,但仍不属诉讼关系(如法院外的调解;某一由外国法支配的合同规定由某一外国法律专家承担诉讼中提出法律意见的义务)。
7. 实体法上抗辩。如对缺乏实体权利能力或达成交易的能力的抗辩;对错误、诈欺和胁迫的抗辩;抵消的抗辩^[4](第 335页)。

不过,这种区分是不容易取得各国的共识的,甚至像英国与美国在从上述对诉讼中的哪些问题应依有关的准据法,哪些问题要依法院地的程序法的划分,也不很一致。

(二)与适度限制程序问题只适用法院地法的趋势正在增长的同时,在实体问题的准据法选择上,适度限制法院地法的思想观念也在不断扩大其影响。首先,各国法律适用中的一些过去力求保证法院地法适用而对外国法的适用却层层设防性质的基本理论和制度已不断地在发生变化,一些旧有的保守的主张和观点已逐步被突破。首先“不诚实的”以及只用法院地法进行“识别”已开始受到各方面的限制(当然也仍有少数国家明确规定识别只依它自己的法律进行。如 1992年《罗马尼亚新国际私法》第 3条,就仍然规定,“如果对于所适用法律的确定取决于如何对某一司法制度或某一法律关系进行识别,则依罗马尼亚法律所作的识别为起决定作用的法律识别”)。但如 1979年匈牙利国际私法第 3条关于法律关系性质,虽仍要求首先依匈牙利法律规则和概念来做出决定,但它的第 2款却有一项例外,即:“如果匈牙利法律未规定某种法律制度,或者以另一种形式或名称承认该法律制度,并且不能仅从解释匈牙利法律规则予以确定,在决定它的法律性质时,也应斟酌规定这种法律制度的适当的外国法规则”。再如美国的第二次重述关于识别问题,不但规定比较细微,而且相当开放。如在它的第 7条的第 1款中“识别”被定义为“涉及对法律概念和术语的分类与解释”;它的第 2款规定,就冲突法的概念和术语的分类与解释,除第 8条的规定外,概依法院地法。其第 8条是关于反致的规定,即关于适用另一法域的法律选择规则时,识别原则上应依该另一法域之法律为识别;它的第 3款又进一步规定:在对内国法(Local law)的概念与术语进行分类与解释时,要依支配争讼问题(即支配实体争议问题)的法律作出。这个第 3款,实际上就是采识别依据“准据法说”的一例。其次,对外国法不能查明时以适用法院国法来取代这一过去被许多国家采用的制度,目前一些新法典也加上了一定的限制。如 1995年《意大利新国际私法》第 14条规定:“……如果即便在当事人的协助下,法官(仍)无法查明指定的外国法,他(便)应根据就同一问题能提供的其他连结因素而确定应适用的法律。如没有其他连结因素,则适用意大利法。”

对于因公共秩序而排除了原应适用的外国法律之后,像新意大利法也规定了必须先根据就同一问

题可能提供的其他连结因素来确定替代适用的法律。只有在没有其他连结因素时,才允许适用意大利法。

(三)对反致与转致制度,由于反致可以导致经冲突规则指定本应适用外国法而终可改为适用内国法,故多为一些国家所接受,但转致却因其会导致第三国法律的适用,接受者不多。但从 1995 年新的意大利国际法来看,它不仅接受对意大利的反致,在它所规定其他许多情况下,还接受外国国际私法对另一国家法律的转致从而又增加了适用外国法的可能。

这里值得指出的是,也许是瑞士新国际私法到底比意大利新法早出台七八年,在这些问题上的规定,都不如意大利法先进。如它对外国法的不能查明的处理,则无别的活动余地,只规定适用瑞士法以代之;不过,对于反致,它倒是规定:“当可适用的法律反致给瑞士法或另一国法律(转致)时,该反致只有在瑞士法有明确规定时才予以考虑。”过去的德国的民法施行法本就以大多只指定适用德国法的单边冲突规范所组成,而且为了扩大德国法的适用,对它仅有几条指定亦可适用外国法的冲突的规则,即都允许反致给德国法。但到了 1986 年德国新国际私法时,对反致却有了限制。它规定:若适用某外国法,应包括该外国的冲突法,但适用该外国的冲突法将违反该外国法的意图时,不得适用该外国冲突法。其次,它还限制,在当事人有权选择准据法时,一概只允许选择外国实体法。

这种新的限制不适当地扩大法院地法适用机会的趋势,虽还只在许多的新法典中分散见到,但到底表明,这个趋势是国际私法上十分值得肯定的,并已在(或必将)逐渐取得主导地位。

因此,我们在研究各种选择法律的方法时,应该进一步指出,在进行法律选择时,不应该站在扩大法院地法适用机会的立场上,而应始终着眼于内外国法律平等的观念的贯彻,始终着眼于构筑一个新的更有利于各国人民民商交往的国际法律秩序的观念的贯彻。萨维尼早在 19 世纪上半叶出版它的《现代罗马法体系(第八卷)》时就强调指出过:绝对主权原则要求该国法官只根据本国法律来判决案件,而不管与此类案件有关的外国法的规定。然而这种限制无法在任何国家的立法中找到。它之所以缺乏,是由于随着国际交往关系日趋频繁活跃,人们愈加坚信这种严格的规则并不适宜。故而应代之以相反的原则,而世界各国和整个人类的共同利益决定了在处理(国际私法)案件时,最好采取互惠原则,并坚持内外国人之间的平等和内外国法律的平等。

既然国际私法调整的是涉外民商事法律关系,不同于纯国内的民商事法律关系,当然也就不应也不能只考虑内国法的适用。任何国家为了避免孤立,都要极力开展对外交往,而对外交往的平等性、互利性、长期性和整体性决定了法院在许多时候不应该一厢情愿地或为了一案的利益去适用本不该适用的本国法律,这也是其妥当调整对外利益关系、协调内国法律体系和外国法律体系冲突的必然要求^[6](第 4 页)。而且不容忽视的是,仅适用法院地法也未必总能最好地保护法院国及其当事人利益,这对于那些法制尚不够发达和健全的国家来说,尤其如此^[5](第 6 页)。何况,即便法院适用外国的实体法,也是依法院地的冲突法的指引而适用的,而其冲突法无疑是法院地国依其主权和政策利益的需要自主制定的,并当然构成法院地整个法律体系中一个有机的组成部分。此外,还应当看到,随着各国法律的趋同化发展,在一些各国实体私法实现了统一的领域或方面,强调法院地法的适用也失去了意义。当然,这类情形在目前还较为有限,但却体现着未来一种不可逆转的基本走向。

综上所述,我们可以得出以下几点结论:1. 当今的国际社会仍是一个主权国家林立的社会,国家主权和民族利益仍需得到充分的尊重与维护,从而为法院地法的适用保留了广阔的空间和舞台;2. 平行的主权之间是相互独立的,但独立“并不是一个国家为所欲为而不受限制的无限自由,国家是国际社会的成员这个事实就限制了它的行动自由,因为许多有拘束力的国际习惯法规则和许多条约义务都影响它对国际事务的处理”^[6](第 295 页),更何况独立也绝不等于孤立和封闭。生存和发展、繁荣与和平,已成为整个国际大家庭的共同事业,它将每一个成员紧密地联系在一起。全球化已使各个民族、各个国家的共生关系日益明显。因此,在由各国法律体系共同组成的国际法律社会里,每一次法律选择都应是客观的、

公允的。不能任凭法官的主观和任性而牺牲国际社会的全局利益,破坏国际交往的整体的和谐与有序。这无疑说明对法院地法的适用应加以必要的、审慎的克制; 3. 在当今世界经济一体化发展的大潮中,谁也无法倒行逆施,谁也不应背道而驰,在以互利和共益为基础的社会里,国家本位的观念必然要向国际社会本位的观念转换。随着国际经济联系的空前加强,国际私法为保障国际民商事活动的正常进行、法律的公平选择与适用、促进国际民商事交往的健康发展的性质和目的已越来越凸现和鲜明起来。于是,一国法院在审理涉外案件时,应尽可能地不受某些偶然因素(如案件在一国法院审理)或者人为因素的支配,而去选择那些最适合于案件公正合理解决的法律,以便在国家主权利、当事人的合法利益和整个国际社会和谐的民商法律秩序的建立三者之间寻找到一个合理的结合点,使这三者之间的矛盾得到完美的统一,互为基础、相得益彰,当是 21 世纪国际私法重要的价值取向。

[参 考 文 献]

- [1] 李双元,徐国建. 国际民商新秩序的理论建构 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998.
- [2] 李双元. 国际私法(冲突法卷) [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1987.
- [3] 李双元,谢石松. 国际民商诉讼法概论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1990.
- [4] 李双元. 走向 21 世纪的国际私法——国际私法与法律趋同化 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [5] 韩德培,李双元. 应当重视对冲突法的研究 [J]. 武汉大学学报, 1983, (6).
- [6] 奥本海. 奥本海国际私法(第 1 卷第 1 分册) [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995.

(责任编辑 车 英)

Theoretical Concepts of International Society Standard Reasonable Restriction on Lex Fori Application

LI Shuang-yuan¹, DENG Jie², XIONG Zhi-cai³

(1. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China; 2. Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, Hubei, China; 3. Hunan Normal University Law School, Changsha 410083, Hunan, China)

Biographies LI Shuang-yuan(1927-), male, Professor, Doctoral Supervisor, Wuhan University Law School, majoring in private international law; DENG Jie(1972-), female, Lecturer, Zhongnan University of Economics & Law; Doctor, Wuhan University Law School, majoring in private international law; XIONG Zhi-cai(1975-), female, Post-graduate, Hunan Normal University Law School, majoring in private international law.

Abstract In private international law, there almost exists an inherent incline to apply lex fori. In recent years, there even appeared a kind of "homeward trend". However, too much emphasis on the application of lex fori is obviously harmful to the civil-and-commercial contact and co-operation between countries. Therefore, as international civil-and-commercial contact becomes much closer, and international civil-and-commercial relationship becomes further developed, it's very important to impose appropriate and reasonable restriction on the application of lex fori, so as to develop a new international civil-and-commercial order.

Key words the theoretical concepts of international society standard; lex fori; reasonable restriction