

关于中国国际私法近期发展的基本态势

李 双 元

本文论述了关于中国国际私法近期发展的基本态势,指出要在广泛吸收国际社会先进理论和普遍实践的基础上,建立有中国特色的国际私法和国际私法学;在加强基本理论研究的同时,要特别重视国家与国际社会的实践的紧密结合;根据国际形势的发展和人类面临的诸多共同问题,面向21世纪,通过国际私法建立协调和谐的国际民商法新秩序。

中国国际私法在经历了一个漫长而曲折的历程以后,近十几年来,终于因国家坚定不移地走上改革开放的道路而迅速发展起来,以国际私法及其相关问题为研究对象的中国国际私法学也步入了初步繁荣的阶段。在实行社会主义市场经济的今天,国际私法更获得了新的发展契机和强大的推动力,各种讨论重构我国国际私法体系、探讨市场经济与我国国际私法的进一步完善的问题以及研究国际私法统一化和趋同化问题的论著相继刊出。这一切都预示着中国国际私法理论研究正在孕育着一些新的重大的突破。本文结合当代国际私法的新发展和国际经济一体化进程的不断加强的趋势,提出对中国国际私法近期发展基本态势的一些看法。

一、当代国际私法的新发展

第二次世界大战后,随着国际市场的逐渐形成和经济一体化的不断推进,国际民商事流转关系的规模和范围进一步扩大,以国际民商事关系为调整对象的国际私法在各国国内和国际社会法律体系中的地位日趋提高,从而在世界范围内发生了很多新的变化,出现了许多新的发展,其中最主要的表现在以下几个方面:

1. 国际私法的调整范围不断扩大,内容也不断丰富

早期的罗马万民法,还只是就非罗马市民之间及罗马市民与非罗马市民之间的民事权利义务关系所作出的实体性规定,法律适用规范尚未产生。到13世纪,意大利半岛上城邦林立,彼此商业交往频繁,法律冲突增多,法律适用问题因而受到重视。但当时国际民商关系仍较简单,国际私法还很不发达。到19世纪末20世纪初,国际私法才逐渐对物权、合同、侵权、

婚姻、家庭、继承有所规定，不过各国国际私法立法最多的亦仅二三十个条文而已。这种状况一直延续到第二次世界大战以后，特别是 60、70 年代，因国际经济联系的进一步加强，国际民商活动领域不断拓展。这时，不但在国际商事活动，如国际公司、国际票据、国际信托、国际海商、国际保险、国际破产、国际劳务、国际投资、国际技术转让和国际知识产权等领域，相继有了国际私法上的国内法和国际法的规定，而且国际民事诉讼法、国际商事仲裁制度也有很大的发展，如 1978 年《奥地利联邦国际私法法规》对 1811 年《奥地利民法典》所未涉及的知识产权、银行业务与保险契约、交易所业务及相关的契约等作了规定。而 1979 年生效的瑞士国际私法除扩大了对实体民商事关系法律适用的调整范围外，还把国际民事管辖权、外国判决的承认和执行以及国际商事仲裁的基本制度，都规定在一个统一的法典之中，在国际立法方面，如海牙国际私法会议在二战前六届会议中所制定的公约，仅限于婚姻、家庭及民事诉讼程序方面的有限的几个问题，而第七届会议以后，才逐步将工作重点转移到解决国际民商事方面广泛领域的法律适用和程序问题。

与此相适应，研究国际私法的国际私法学的范围也不断扩大。这是因为，时代发展到今天，世界经济逐渐成为相互依存的一个整体，国际间的民事商事交往频繁而复杂，有一部分国际民商事关系迫切需要而且也有可能通过制定国际统一实体法予以解决。由于这种统一实体法不需要冲突规范的援引，只要不为当事人明确排除，便可直接适用于缔约国的当事人。因此，它避免了在不同国家法律之间作出选择，从而更直接、更彻底地解决了国家间民商法的冲突。从表面上看，统一实体法冲击甚至排斥着冲突法，但从国际私法的发展趋势来看，正是国际大市场的形成和经济一体化的进程，直接推动了国际实体法统一化运动。这种国际统一实体法进一步丰富和发展了国际私法的内容和体系，对国际私法的自我完善起到了积极的作用。因此，现代国际私法学的内容普遍出现了冲突法、程序法、实体法三者密切结合的趋势。最近，我国著名国际私法学家韩德培教授把这三者的关系形象地比喻为“主体和两翼”，即主体为冲突法，两翼为实体法和程序法，三者是密不可分、不应断然加以割裂的。

2. 对国际私法的各个分支学科的研究日益得到重视

随着国际民事商事关系的不断发展，国际私法调整范围的不断扩大和内容的不断充实，国际私法的各个分支学科必然也相对独立地发展起来。在早些时候，一本国际私法著作可以把所有的国际私法问题都包罗进去，而现在，即使仍有这类书籍，也只能起到“概论”的作用了。国际私法的许多问题，因实践和制度已向前大大发展和丰富了，都需要进行专门的研究，因而如专门研究冲突法基本理论和制度的专著，专门研究国际私法上的物权和知识产权的专著，专门研究国际私法上的合同总论和各种具体合同法律适用的专著，专门研究国际私法上的侵权行为的专著，专门研究国际私法上的婚姻家庭问题的专著，专门研究国际私法上的遗产继承的专著，专门研究国际民事诉讼法的专著，专门研究司法协助的专著，专门研究国际商事仲裁制度的专著，专门研究区际法律冲突问题的专著，以及专门研究国际私法统一化运动的专著，国内外均已陆续问世。因此，一个学者要想成为熟悉国际私法所有内容的通家已是越来越难以实现了。这主要是因为随着国际私法实践的不断扩展和深化，即使是在各个传统领域，许多过去仅仅用一个条文便可规定的对象，现在已经需要一个含有有关基本原则和众多条文的规范群来加以调整了，而且还因为科技的飞跃发展，不断出现新的国际民商事生活领域，在传统的国际私法学中是不可能找到现存答案的（如国际上为贯彻关于限制和减

少二氧化碳排放量的国际公约而由一些国家提出“联合履约”,它就既得解决好应适用的法律,也得研究一旦出现争议,能对争议行使的法院管辖权的问题)。在国际私法和国际私法学领域,知识更新的速度大大加快了!

为了适应国际民商事关系不断拓展的客观形势的需要,今日的国际私法学已正在逐渐成为一个由诸多分支学科组成的内容不断增加的学科群了,在国际私法学中以下十几个领域已经或正在形成相对独立性的分支学科:(1)国际私法史(含立法史、学说史,立法史中又可分各国国内立法史和国际立法或统一化运动史);(2)比较国际私法和比较国际私法学;(3)外国人法和外国人待遇制度;(4)国际私法上的国籍和住所(还含居所、习惯居所以及法人的营业所等);(5)冲突法的基本理论和基本制度;(6)国际私法上的自然人和法人;(7)国家及其财产在国际私法上的地位;(8)国际私法上的法律行为和代理;(9)国际私法上的物权法;(10)国际私法上的知识产权法;(11)国际私法上的合同制度(国际私法上的种种无名合同日见增加);(12)国际私法上的侵权行为(国际私法上的各种特殊侵权行为日见增加);(13)国际私法上的赔偿之债(不当得利和无因管理);(14)国际私法上婚姻家庭制度;(15)国际私法上的遗产继承制度;(16)国际统一私法和统一国际私法(前者指各种统一实体民商法,如现代商人法;后者如海牙国际私法会议100年来在程序法和冲突法上所制定的各种公约);(17)国际民事诉讼法;(18)国际商事仲裁制度;(19)区际私法。

3. 国际私法的趋同化倾向日益明显^①,比较国际私法学得到迅速发展

在当今国际社会,和平与发展已成为时代的两个主旋律,其中发展具有决定性意义。而各国要谋求发展,必须创造一个有利于国际民商交往的国际、国内法律环境。国际私法的作用应在于协调不同的法律体系以及它们所体现的不同政策,找到解决或消除它们之间的规范国际民商事活动上冲突和矛盾的方法。因此,许多世界性和地区性的国际组织,如联合国及其有关机构、海牙国际私法会议、欧洲共同体、美洲国家组织等,都致力于国际私法的统一化工作,为解决法律冲突和管辖权冲突,发展彼此的司法协助关系的双边活动,也越来越受到各国政府广泛的重视。许多实行市场经济和开放政策的国家,还在国内立法中十分注意吸收和采用国际社会的普遍实践,据以改善自己的法律制度,积极创造能促进国际民商交往的软环境。所以,完全可以肯定,国际经济一体化的趋势乃是当代国际私法趋同化倾向不断加强的内在根本原因。

在国际私法趋同化倾向不断加强的进程中,各国法律思想文化的相互交流和影响也起了不可忽视的作用。这是因为,要实现国际社会国际私法的协调发展,比较法是必需的。

在国际私法学说中,一向存在着普遍主义(或国际主义)或特殊主义(或国家主义)两种倾向,普遍主义者以先验的国际私法理论解决法律冲突,从自然法演绎出国际私法原则,似乎原本有一个统一适用于世界各国的国际私法体系,这显然是不切合实际的。特殊主义者则认为各国对国际私法的内容,只应根据国家主权原则自主决定,国际私法都只是各个国家的国内法,并对内国法与外国法在适用上采取不平等态度。这对发展国际交往显然是不利的。因此,比较国际私法学派应运而生。这个学派从肯定各国不同的冲突规则的事实出发,采取比较方法进行研究,以期发现其异同,并予以协调。他们还主张就各国的实体法进行比较。这样做,既有利于认识国际私法的性质和目的,也有利于找到合适办法使涉外民商事争议问题得到公平妥善的解决。因此,比较国际私法学也是具有越来越广阔的前景的。

4. 受国际私法趋同化的影响，对传统冲突法和冲突法学说的改造正在不断深化

传统的冲突法是一种管辖权的选择方法，强调法律适用的前后一致性和稳定性，它常利用一个法定的空间连结点指引一个特定的法律，但被指引作为准据法的法律，不一定为法院所了解，也不一定切合案件的合理解决，还有相当大的盲目性，可能导致对当事人不公正的后果。因此，许多国家的学者主张对传统冲突法加以改进，即通过各种途径和手段，把法律适用上的一致性、稳定性和灵活性与合理性结合起来考虑，以实现公正、合理地解决冲突为追求的主要目标，以便使传统的冲突法能够适应现代科学技术的发展所带来的国际经济、民事关系日益复杂化的形势。

改造传统的冲突法的理论基础的研究工作也在许多国家有了长足的发展。过去的“法则区别说”、“国际礼让说”、“法律关系本座说”、“既得权说”及“本地说法”等均被认为已是历史上的陈迹。我国国际私法学界提出的“平等互利说”已呈现出强大的生命力。

二、中国国际私法学近期发展基本态势

改革开放以后，国际私法学已越来越受到党和政府的高度重视，国际私法在整个国家法律体系中的地位已大为提高，中国国际私法理论研究工作也有了很好的发展，但对国际私法学缺乏认识即使在法学界内部仍有人在。因此，必须首先解决这样一个认识问题，即在和平和发展已成为当今国际社会两个主要潮流的时代，在我国确立以建立社会主义市场经济体制作为经济改革的目标以后，国际民商事关系必将不断发展，并日益扩大其规模，而国际私法这个直接以这种国际民商关系为自己特有的调整对象的一个法律部门，它的地位和作用是其他任何法律部门所不能取代的。

市场经济是一种按经济自身规律运行和发展的经济，人们所能作的只是顺应其客观规律，采取各种宏观调控措施并以各种公法和私法为手段，为它提供种种顺畅而有序运作的条件而已。完全可以肯定地说，在 21 世纪，市场经济将为全世界更多的国家所采用。而且，由于新的世界贸易组织的成立，国际社会的自由贸易将得到进一步的发展，市场一体化的程度也势必越来越高。而市场经济，从法律的角度看，本来就是架构于民事权利义务基础之上的，商品生产的一切要素的配置以及整个市场的运作，全都得以民事流转形式进行。虽然由于科学技术的发达和可能影响市场的变数会大大增加，国家对市场的宏观调控和行政管理在下一世纪也必然会加强，但其目的将更加明确地集中于实现国家的经济职能，而绝不会削弱、限制甚至否定以民法为核心的整个私法（包括国际私法在内）在调整市场经济中的基本法的作用。在 21 世纪，各个国家将会更加重视以民法为核心的私法的作用，还由于经济的发展应以推进社会的全面发展为终极目的，而社会的发展又必然会以人的全面发展为核心。人的社会生活最基本的是民事生活，人的最基本的社会关系也是民事关系，随着人的全面发展的推进，物质生活和精神生活的领域将更为拓展，民事生活的内容也将更加丰富，更加复杂。因为民商法作用的加强，主要以国际民商法律关系为调整对象国际私法，不但在各国民商法律体系，而且在整个国际法律体系中的地位的提升，自然是不可改变的发展趋势。而中国国际私法学的研究必将更为国家所重视，也应是毫无疑问的。

在近期，我国国际私法学的发展，将呈现出以下基本态势：

1. 在广泛吸收国际社会先进理论和普遍实践的基础上,将进一步形成具有中国特色的国际私法和国际私法学

在下一时期,市场经济体制的建立和对外开放的扩大将加快我国经济与国际经济的衔接,加快我国国内市场与国际市场的接轨,从而必然会推进我国国际私法与国际社会的普遍实践的衔接,使我国的国际私法与国际社会的普遍实践保持同步发展的态势。对此,根据邓小平同志提出的和平与发展已成为当今国际社会的两大主流的理论,早在“七五”末期,我们就提出了“国际私法趋同化倾向将不断加强”的论断。此后,又在国家社科基金和国家教委哲、社博士点基金项目中,开展了“中国与国际私法统一化运动”和“市场经济与当代国际私法趋同化问题研究”两个课题的研究工作。国内探讨这种趋势的论文也已陆续见到。在实践中,我国在不断加强和改进国际私法的国内立法的同时,于1987年加入了海牙国际私法会议,并陆续加入了几个重要的国际私法公约,从而使我国国际私法的国内法源和国际法源呈出互为补充、互相渗透的局面。完全可以肯定,随着我国市场经济的进一步发展和发达,国际条约、国际惯例和国际社会的普遍实践在我国国际私法法源中将进一步增加,作用也将不断加强,在此基础上,具有中国特色的国际私法规范体系和学说体系必将逐渐建立起来。受主客观条件的限制,我国以前的国际私法学主要介绍外国的立法、司法实践和理论学说。近些年来,这种状况已有了很大的改变。但是所谓具有中国特色的国际私法和国际私法学,绝非仅仅是在国内立法中,结合中国的国情,采纳一些国际社会的普遍实践和增加国际条约和国际惯例在我国国际私法法源中的比重便可以实现。笔者认为,首先还必须观念上的更新,必须探讨国际私法是否应该以及如何从传统观念和传统制度的束缚中进一步解放出来。美国的“冲突法革命”一度曾甚嚣尘上,而现今却沉寂下来,根本原因恐即在此。

2. 我国国际私法学在加强基本理论研究的同时,将特别重视我们国家和国际社会实践的紧密结合

作为独立的法学学科,国际私法学在其发展过程中,经过了许多不同的理论形态,如法则区别说、国际礼让说、法律关系本座说、既得权说、本地法说等等。这些理论对不同时期都产生过很大的影响。有的学者甚至认为,从13、14世纪国际私法产生的时候起,直到18世纪上半叶,国际私法本是以各个时期的理论形态存在和发展的,虽说已是一个法律部门,但还处于“学说法”的阶段,即使18世纪以后,国际私法开始出现制定法,但学说对各国的立法与司法实践仍有很大影响。在英美法系国家,权威学者的学说的影响就更大了,它们至今仍是国际私法的一个重要渊源。正是因为有如此丰富的理论和学说,国际私法才充满活力。在我国,国际私法学的研究虽已有了很大的发展,但具有世界水平的学术专著还不多见。因此,我国国际私法理论界应该在加强基础研究的同时,特别重视对我国法制建设和当代国际社会共同面临的重大实践问题的研究。我国国际私法在改革开放以来之所以能取得很好的发展,最重要的一点,就是国际私法界的理论工作者和立法司法工作者有这样一个共识,即国际私法必须为国家改革开放服务,必须为保障和促进国家的对外开放政策与国际经贸关系的发展服务。今后,我国国际私法生命力仍然取决于这一点。在早几年,我国国际私法还几乎均以介绍外国的学说和判例为主,而近年来,研究中国与国际社会国际私法种种重大理论问题和具体制度的著作已越来越多,从而已使我国国际私法更贴近我国的实际生活,更贴近国际社会的实际生活。

3. 在进一步加强中国国际私法研究的基础上，根据国际形势的发展和人类面临的诸多共同问题，面向 21 世纪，国际社会应如何通过国际私法建立起协调和谐的国际民商法新秩序的课题，将逐渐成为学术界关注与研究的热点

国际私法本来就是在国际民商交往活动大量发生的历史环境中产生的，但后来因为长期囿于国际私法只是各个国家的国内法和仅在相互冲突或抵触的两个或多个法律之间选择其中之一加以适用为己任的传统观念。尽管在过去，有些国际私法学家也提出应以追求判决结果的一致为目的，但各个国家出于自身的利益，仍然自行其是，不但法律冲突未能解决，反而又出现了“冲突规范的冲突”。这在有越来越多的国家实行市场经济之后的今天和未来世纪，已成为国际民商事活动的重大障碍。我国国际私法学界已开始思考，既然国际公法和国际经济法都以建立国际政治经济新秩序为崇高目标，国际私法当然也应该以建立起协调与和谐的国际民商法新秩序为崇高目标。

根据以上基本态势，中国国际私法理论界关注的热点课题，将主要分布如下：

1. 市场经济与中国国际私法立法、司法进一步完善的问题

改革开放以来，我国国际私法立法尽管取得了很大的进展，但它是在计划经济体制尚未完全破除的历史条件下形成的，打下了计划经济思想的许多烙印。所以，我们应该在充分肯定和高度评价已有的立法司法成果的前提下，进一步探讨市场经济与国际私法的关系，研究我国国际私法立法的历史发展和现状，阐明完善我国国际私法的基本思路、基本原则和基本取向，并在借鉴国外国际私法新发展的基础上，结合我国建立市场经济体制和司法实践的需要，对国际私法的基本制度和基本内容逐一进行归纳、总结和检讨，进而提出明确具体的立法司法建议，进一步确立完善而系统的中国国际私法立法司法体系。

2. 21 世纪国际私法发展趋势的问题

国际私法从国际民商事关系发展到一定阶段而产生以来，随着国际经济交往的不断扩大，已走过了传统国际私法（纯粹冲突法）到现代国际私法（除冲突法外，还包括各种有关的实体法和国际民事诉讼法与国际商事仲裁制度）的演进历程。但是它基本上还停留在各国国内法的阶段；它的基本功能也仍主要在于就相互抵触的法律在适用上作出选择。在未来国际社会，因国际经济一体化进程的进一步加强，适应国际化大市场运作的需要，它必将呈现出许多新的特征，并将以求得国际民商事法律的新秩序为自己追求的目标（正如国际公法和国际经济法以追求实现国际经济新秩序为目标一样）。这种趋势目前已露端倪，在近期的重点课题中，这个问题的研究应占有一定地位。

3. 国际私法的统一化、趋同化问题的研究

本世纪 20 年代以来，国际私法的统一化运动有很大的发展，国际私法统一法源不断增加。我国政府对参加这种私法的统一活动也是持明确肯定的态度的。国际私法统一化进程的加速表明国际私法趋同化倾向大大加强。因此，中国国际私法学的任务之一是持续对这种国际私法统一运动作追踪研究，为政府参加有关国际立法活动提供理论咨询，并且从理论和实践两个方面解决中国法律如何与已有的国际公约协调、中国法律如何与已形成的国际惯例接轨、中国法律与外国法律的冲突问题，以及中国如何更好地借鉴、吸收外国先进的国际私法制度。理论工作者还应进一步剖析国际私法趋同化倾向加强的原因、特点、表现形式和实现方式等问题，并要以跨越世纪的眼光来构思符合世界潮流的中国国际私法制度。

4. 比较国际私法的研究

国际私法既是解决不同国家民商法适用冲突的,因而从其诞生起,它就直接建立在比较法的基础上。正是基于这一特性,一些外国学者曾称“比较法乃国际私法之父”。用比较的方法来研究外国法,就其他许多部门法学来说,大都只在于如何借鉴和吸收外国法中好的理论和制度,而就国际私法而言,则是它自身得以存在和发展的根基。

近些年来,国内国际私法方面的比较法论著,虽已有所见,但因受外文资料不足的限制,部分研究人员外语水平的限制,应该说还是严重滞后的。因此,“九五”期间应大力扶植几个有重大理论和实用价值的比较国际私法课题。必须认识到,对国际私法的基本理论、基本制度、基本规则进行比较,进而对有关国家的民商实体法进行比较,并从立法、司法实践和学说理论等角度多层次地进行全方位比较研究,从而揭示各国国际私法和有关国家的民商法的一些共同点和发展趋势,这是加强国际私法基础理论问题研究的有效途径。

5. 冲突法、国际民事诉讼法、国际商事仲裁制度实证分析

由于国际私法涉及广泛而复杂的生活领域,并容易受到国际政治和经济活动的影响,因此,不管成文法如何发达完备,都不可能完全消除法院或法官造法(judge-making law),更何况我国的国际私法立法还不完善。因此,判例的作用在我国国际私法法学研究中是不可或缺的。我们必须通过大量的调查研究,系统总结和归纳我国法院的司法实践,并着重探讨国际私法上各种制度、规则和理论在我国法院是如何运作以及应该如何运作,从而不断加强和丰富中国国际私法领域内的实证研究。

6. 在“一国两制”下,中国不同地域法律或法律程序的协调与合作的问题

随着香港和澳门即将要回归祖国,台湾总有一天也会与大陆实现统一,我国的不同地区法律冲突问题,自然会应运而生。因此,分析我国不同地区法律冲突的特点,讨论其解决步骤和方法,研究不同地区法律程序(包括法院管辖权以及民事、刑事、行政司法等程序)的协调与合作,不仅是一个很重要的理论问题,还是一个十分重要的现实问题。目前国际私法学界仅限于研究私法冲突和民事司法协助,显然是不够的,必须适当扩大领域,以求得在“一国两制”下,我国不同地域法律与法律程序的充分协调与合作。如果说,在未来世纪,国际社会也在争取实现国际民商法律协调和合作的秩序,在祖国大家庭中,国际私法理论工作者更应担负起这一光荣任务,以实现由这四大法域地区组成的“经济圈”更大规模的腾飞。

注 释:

- ① 对于当代国际经济联系和一体化进程的不断加强,各国为解决许多社会持续发展的问题而必须共同努力协调国际社会的民商法制所产生的法律趋同化倾向。在国内一些论著中,也被称为法律的“国际化倾向”。本文作者对国际社会法律趋同化的概念曾有明显界定,并且不主张把这种趋势叫作国内法的“国际化倾向”(可参看《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》第1章。武汉大学出版社1995年第1版)。