

对外开放政策与中国国际私法

李双元 李玉泉

我国实行对外开放政策以来,对外经济民事关系得到了可喜的发展,国家为了适应发展国际经济民事关系的迫切需要,有计划地加强了国际私法的立法活动,国际私法的理论研究和司法实践也取得了丰硕的成果。到目前,我国国际私法已初具规模,有些制度已相当完善,并与国际上的普遍实践相接近或基本趋于一致。国际私法已经成为我国进一步推进国际经济民事交往的重要法律工具。作为一个长期被忽视甚至被曲解的特殊法律部门,国际私法在中国社会主义法律体系中的不可取代的地位,也得到了广泛的承认。本文试图结合我国对外开放政策和国际经济关系的发展,就中国国际私法的现状作一个理论上的概括,肯定我国国际私法的现有成就,增进国际社会对我国对外开放法制环境的了解,并对我国国际私法未来发展的基本趋向作些探讨。

—

当今世界,是一个国际交往关系十分发达的世界。就广义的国际交往而言,既可以从发生在不同平面上的各种关系着眼,把它划分为以国家与国际组织为主体的国际交往和以自然人与法人为主体的国际交往,也可以从具有不同的法律性质,受不同的法律调整着眼,把它划分为公法性质的国际交往和私法性质的国际交往。一般地说,以国家与国际组织为主体的交往多属公法性质,而以自然人与法人为主体的交往多属私法性质。由于发展已经成为世界性的潮流,发展各自国家的经济已成为现代国家的主要职能,而要发展,任何国家都不可能闭关自守,孤立存在;任何国家的科学和技术、经济和文化的昌盛与发达,都需要依靠国际社会的交流与合作,都需要借助国际资金、技术、货物、劳务和图书文化市场。因此,实际生活愈来愈表明,即使是公法性质的国际交往,也常常是直接或间接地为推进和扩大国家之间的私法交往关系服务的。我国在70年代末确立对外开放为国家的基本国策,其实质也主要是为了开放对国际社会的经济关系。既然要大力开放对国际社会的经济关系,那么以这种国际经济关系为调整对象的我国国际私法,自然也迅速地发展了起来,并且在我国社会主义法律体系中确立了自己的毋庸置疑的重要地位。我国国际私法的国内立法,经过多年的努力,已经形成了一个多层次的法律体系。

在我国国际私法的国内法制体系上,居于指导地位的当推我国宪法中的有关规定。其中少数是在宪法中直接加以规定的,但大多是我国宪法中许多有关公民的规定,有关社会经济和民事生活的基本原则的规定,有关我国发展国际经济技术合作和文化交流的基本方针的规

定, 都是我国处理国际私法关系时应该遵循的最基本的宪法原则。

在我国国际私法国内法制体系上, 居于第二个层次的便是包括《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国著作权法》等。当然应该看到, 在这些法律中, 有些是直接适用于涉外民事关系或涉外诉讼关系的实体法规范, 有些是指定有关涉外关系应适用法律和决定法院管辖权的冲突规范, 有些则是只有经冲突规范指定应适用中国法时才得以适用于涉外民事或诉讼关系的实体规范或程序规范。

构成我国国际私法国内法制体系的第三个层次的, 主要是全国人大常委会或国务院颁布的条例或行政法规中有关调整涉外民事或诉讼关系的规范。前者如相继于1989、1990年通过的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》等。后者如国务院为贯彻实施有关民事基本法律而发布的各种条例、细则、办法等, 如《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国著作权法》实施细则, 以及《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》等。当然, 在这一层次的立法中, 许多属于公法或经济法、行政法的范畴, 只有其中那些赋予外国人民事实体法或诉讼法地位以及指定应适用法律的规范(大多为只指定适用中国法的单边冲突规范)属于国际私法。此外, 国务院各部、委、局发布的有关办法或规定, 也可划入这一层次, 其中最重要的有如民政部1985年发布的《婚姻登记办法》、《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》、《华侨同国内公民、港澳同胞同内地公民之间办理婚姻登记的几项规定》等便属此类。

构成我国国际私法国内法制体系中第四个层次的, 是最高人民法院所作的大量司法解释。这包括它就个别重要涉外案件所作的批复, 就有关机关就个别涉外问题所作请示的复函, 以及就有关民事或民诉基本法律的贯彻适用所作的解答或提出的意见。由于我国国际私法的立法工作还存在许多具体问题, 或者还有一些重大的缺漏, 或者因为需要回答实践提出的新问题, 因而最高人民法院的这类司法解释成了我国国际私法的一个十分重要的组成部分。

国际私法尽管在其早期的历史上, 完全是以各国国内法制的形态存在的, 但从上世纪中叶起, 国际法制已越来越成为它的另一个重要渊源。我国国际私法的国际方面的渊源, 这几年也有了很大的发展, 近来更有许多新的突破。

1986年1月1日起, 我国已接受1940年通过(经1976年修订)的罗马《国际统一私法协会章程》, 成为该协会会员国。从1988年7月起, 我国又正式成为海牙国际私法会议会员国。此外我国还在联合国国际法委员会和联合国国际贸易法委员会中积极参加有关统一国际私法和统一私法的立法活动。

1980年我国签署了《联合国国际货物销售合同公约》, 1986年正式批准, 1988年1月1日对我国生效。在知识产权国际公约方面, 我国于1984年加入(翌年3月19日对我国生效)《保护工业产权巴黎公约》, 1989年5月29日决定加入《商标国际注册马德里协定》, 近来又明确表态即将加入版权方面的国际公约。

我国还于1974年加入了《国际民用航空公约》(又称芝加哥公约), 1975年加入了修订1929年10月12日在华沙签订的《统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》, 1979年加入了《联合国特权与豁免公约》和《专门机构特权与豁免公约》; 1975年和1979年先后加入了《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》; 1986年, 我国加入了1958年《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》); 1991年经全国人大常委会决定批准加入了1965年《关于向国外送

达民事或商事司法文书和司法外文书公约》。从1987年起,我国还逐渐加快了同外国签订司法协助协定的步伐。

由于签订或加入了大量的双边和多边的国际条约,又从国际法制方面大大丰富了我国国际私法的内容。我国除尚未缔结或加入纯粹属于法律适用的统一冲突法条约外,属于统一程序法和统一实体法的已有一定数量,而且这方面步伐还在进一步加快。

二

对外开放以来,国际经济关系的发展,加速了国际资金、技术、货物和人员的全面流动,这就要求国家全面建立和完善规范外国人民事法律地位的法制和指定各种涉外民事关系法律适用的法制。同时在这个国际社会,外国人的实体民事法律地位和他們所参加的各种实体民法关系,都有可能因各种各样的原因而滋生出种种民事权益上的争议,从而要求国家建立和完善国际民事诉讼和国际商事仲裁制度。经过多年的努力,结合我国国际私法的国内法源和国际法源来看,在上述几个方面都有了重要的发展。

就我国国际私法上有关外国人民事法律地位(包括民事诉讼法上的地位)的规定来看,在国内法上的,它是由宪法第18条和第32条的规定和各种涉外基本民事法律中的有关这方面的规定所构成的。依据这些规定,我国法律赋予外国人在我国按照国民待遇原则可享受人身权、亲属权、财产继承权、劳动和工作权、经营工商企业权、智力成果权、土地长期租赁使用权、司法救济和保护权等广泛的民事权利。更值得一提的是,我国在赋予外国人一般民事法律地位方面的国民待遇时,有些固然以有条约或互惠存在为前提,有些则并不以有条约和互惠存在为前提,而仅通过我国国内立法,以对等原则加以控制。如我国民事诉讼法规定,“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。”“外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和其他组织的民事诉讼权利,实行对等原则。”至于在国际立法方面,由于我们已与许多国家缔结了友好通商航海条约,鼓励和保护投资协定、领事条约,又参加了许多重要多边公约,给予外国自然人、法人和其他经济组织以国民待遇和最惠国待遇,已是相当普遍的实践。

我国国际私法的内容,在解决法律适用的冲突法制度方面更较完备。但这方面的内容基本上是通过国内立法和最高人民法院的司法解释得到表现的。

粗略统计,包括司法解释在内,对于涉外民事关系的法律适用,已有近40余条60余款冲突规则。其中民法通则共9条15款,涉外经济合同法4条6款。最高人民法院关于贯彻执行民法通则的意见共18条20款,关于适用涉外经济合同法的解答11条22款。这些规定已覆盖了冲突法的许多重要问题。如在总则方面,对公共秩序、反致、法律规避、外国法的查明、国籍和住所冲突情况下当事人本国法和住所地法的适用、时际法律冲突等,均已有所规定。在分则方面,对法律关系主体的行为能力、法律行为和代理、诉讼时效、不动产物权、合同、侵权、结婚和离婚、扶养、监护、不动产和动产的无遗嘱继承等,也均已设置条文,以解决它们的法律适用问题。

在法律适用法即冲突法方面,我们的国内法制不但已较完备,而且有的还颇具特色。特别应提到的是经最高人民法院就涉外经济合同法第五条规定所作出的解答后形成的涉外经济合同法律适用制度,更是十分具有特色并相当完善和先进的。

之所以称它颇具特色，是它照顾到了中国实行的是有计划的商品经济，同时中国又是发展中国家，所以在采用意思自治原则的同时，规定在中国履行的中外合资经营企业合同，中外合作经营企业合同和中外合作勘探和开发自然资源的合同，只允许适用中国法（涉外经济合同法第5条和民法通则第145条）。同时在合同成立的形式要件方面，也作了一条直接适用中国法律的规定（涉外经济合同法第7条）。

之所以称它相当完善和先进，主要表现在它首先采用意思自治原则作为基本的或首要的原则，并结合适用最密切联系原则来确定涉外经济合同的准据法。关于合同的法律适用，大体经历了以下三个阶段：适用合同缔结地法的早期阶段；适用意思自治原则的第二个发展阶段；适用以英国的“自体法”为代表把意思自治原则和最密切联系原则结合在一起确定合同准据法的第三个发展阶段。从现今许多外国新的立法来看，在合同法律适用上尽管仍有各种差异，但大都采用第三种方法，我国已形成的涉外经济合同法律适用制度亦复如此。

采用这种方法，合同当首先适用当事人协议选择的法律。当事人未选择法律时，适用有最密切联系的法律。但适用最密切联系的法律是一个法官自由裁量规范，哪一国法律与合同存在这种最密切联系，全由法官判定。为了不失去法律适用的可预见性和稳定性，一些国家目前多由法律直接推定不同性质的合同与特定地方存在最密切联系，从而适当限制法官的自由裁量权。最高人民法院的解答也持此立场，规定了13种合同于当事人未选择法律时所应适用的最密切联系的法律，并且允许在法官依实际情况发现某一合同确与其他地方的法律有更密切联系时，不适用该解答所推定的法律。这样做，就可以更好地把原则性和灵活性结合起来，不致有所偏颇。

在推定何为最密切联系的法律时，该解答还采用了当前比较合理并已为许多国家的国内立法和国际立法所接受的“特征履行学说”。本来为了判定何地法律与合同有最密切联系，在历史上曾提出“合同重心地”、“因素相对集中地”等多种学说，但何为合同“重心”，何为因素“相对集中”，亦很难确定。所以后来又提出了“特征履行说”，即主张合同于当事人未能协议选择法律时，应即适用特征履行地或特征履行行为方住所地或营业地的法律。这一学说，目前已被广泛接受，尽管对于何方履行为特征履行，以及在判定了合同双方何方履行为特征履行后又应适用特征履行地法还有特征履行方的住所地或营业所所在地或国籍国法，其争论仍然不断。虽然有些合同确也很难说其中哪一方的履行属于特征履行（尤其是互易、动产租赁、技术转让等合同），但从大多数种类合同的社会、经济的功能出发，基本上应认为合同一方的履行足以使此种合同与彼种合同在性质上区别开来的一方，其履行行为即属特征履行，并且在大多数情况下，以适用特征履行方的住所地或营业所所在地法为宜，少数亦可适用特征履行行为地法，最高人民法院关于适用涉外经济合同若干问题的解答对于13种合同的最密切联系法律的推定，不管是否自觉地采用了这一理论，但它显然是参考了目前许多国家这方面的立法而提出的，而这些国家（其中尤其瑞士）是明确采纳这一学说的。

此外，最高人民法院的解答在采用当事人意思自治原则时，不承认默示的选择，不允许选择冲突法（以排除合同法律适用上的反致）、允许当事人到开庭审理前还可就法律的适用达成选择的协议，也都是很有特色或比较先进的。

我国国际私法在程序法方面的内容更是为完备。这又可分别从诉讼制度和仲裁制度两个方面来考察。

在诉讼制度方面，国内法中大体已有90余条约120款规定。其中民事诉讼法中直接适用于涉外民事诉讼的有35条40余款。此外该法尚有关于国内民事案件管辖制度的规定可扩大适用

于涉外诉讼的条款19条25款。另外最高人民法院还有《关于涉外海事管辖权的具体规定》和同样适用于涉外海事诉讼的《关于诉讼前扣押船舶的具体规定》共36条66款等。因此,几乎可以说,在这一领域除了证据制度等少数问题,还未有立法或司法解释涉及外,凡法院管辖权及其豁免、外国人民事诉讼地位制度(包括诉讼费用担保、诉讼代理人等)、送达、取证、司法协助、期间、外国诉讼程序在内国的效力(特别是一事数诉)、判决的承认和执行等,大多均已见端倪或颇为详尽。

在仲裁法和仲裁程序规则方面,尽管就仲裁法而言,尚仅见在涉外经济合同法和民事诉讼法第4编中有所规定(共8条9款),而且比较简略,但由于中国贸促会下设的两个仲裁委员会都在1988年发布了新的仲裁规则,加上我国还加入了1958年纽约公约,这个方面的制度也是比较完备的。

我国国际私法有关程序制度方面的规定,因为1991年新民事诉讼法的颁布和两个仲裁委员会于1988年制定了两个新的仲裁规则,在许多方面,也与国际上当前普遍的实践保持同步发展的态势。

如就国际民事诉讼法院管辖权制度而言,在它包括的专属管辖、平行管辖和排除管辖三种基本类型中,只要不过份扩大自己国家专属管辖案件的范围,在设置平行的或竞争的管辖制度时,适当多增加一些连结因素,只会使排除管辖即拒绝管辖的范围缩小,显然在国际经济民事交流大规模发展的今天,是十分有利于当事人寻求司法保护的。从今年颁布的新民事诉讼法来看,这种观点得到了反映。我国民法(试行)规定了四种专属管辖案件,新民法在总结法院实践的基础上,减去了一种,增加了一种,仍是四种。而且新增的一种即在中国履行只受中国法律支配的三种涉外经济合同纠纷,虽在诉讼上要由中国法院专属管辖,但允许当事人通过仲裁协议将争议提交给中国或外国仲裁机构仲裁,仍是十分灵活的。

在一般管辖或普通管辖方面,新旧民法除少数几种特殊案件,均以被告住所所在地在中国为行使管辖权的根据,国籍在确定管辖权方面,基本上不起太大作用。这就为外国人利用我国的司法诉讼程序提供了极大的方便。对于合同和其他财产权益纠纷,新法第243条还对住所不在中国领域内的被告向中国法院起诉,又提供了其他六种连系因素,即合同签订或履行地在中国境内,诉讼标的物在中国境内,在中国领域内有可供扣押的财产,被告在中国境内设有代表机构,侵权行为地在中国。

在协议管辖方面,试行的民法中仅规定了涉外商事争议可协议管辖。新民事诉讼法不但规定了涉外合同或财产权益纠纷,当事人可协议选择中国或外国法院管辖,而在选择中国法院管辖时,只要不违反该法关于级别管辖和专属管辖的规定即属有效,同时还增加了自愿接受中国法院管辖的制度,即一般涉外诉讼的被告不对中国法院的管辖表示异议,并应诉答辩的,视为承认中国法院有管辖权。这也是与普遍实践大体一致的。

就内外国法院作出的判决的相互承认和执行的制度来看,新民事诉讼法的改动,赋予当事人直接向内外国有管辖权的法院申请承认和执行,从而并不仅限于通过法院间的委托,这无疑也是一个重大的进步或发展。

就国际商事仲裁制度而言,虽然目前民法上的规定仍很粗略,因而现在正在起草仲裁法,但两个新仲裁规则,却向国际上的普遍实践进一步靠近了。这主要反映在受理案件的范围的扩大、仲裁员名单的扩大并聘请一定数量的外国人为仲裁员、仲裁委员会分会的设立、首席仲裁员指定程序的简化、仲裁员的回避制度、裁决在国内外的请求承认和执行渠道的增加等诸多方面。

为了对我国国际私法制度的现状获得一个更具体的观念,这里不妨依国际上普遍承认的国际私法所包括的法院管辖权、法律适用和外国判决的承认和执行三类规范的观点(目前许多国家的国际私法立法均采此观点)作一统计,我国国际私法涉及这三方面的立法和司法解释条文,已有约130条180款。而现在国际上,在上述意义上的国际私法立法,最长的当数瑞士1987年的新冲突法,但它也只有189条300余款,南斯拉夫的冲突法次之,为109条200余款。因此,现在应是根本抛弃中国无国际私法或中国国际私法还十分不完备的观点的时候了。

中国的对外开放也推动了国际私法的司法实践和理论研究的发展。

三

上面我们总结了我国国际私法制度的发展成就,但是这并不是说它已臻于至善的程度,并且能充分适应当前进一步改革开放的需要。应该承认,我国国际私法还面临着亟待进一步完善的艰巨任务。

这首先是因为中国国际私法的立法,多年来,基本上是根据立法或司法部门感到什么最急需或者认为什么已具备条件的想法,按块块模式进行的。比如虽早在1982年的民事诉讼法(试行)中,便已有了关于国际民事诉讼程序制度较系统规定,但是直到1986年才在民法通则中设立了很简短一章就涉外民事关系的法律适用规定了九个条文。待到1988年最高人民法院才在其贯彻执行民法通则的意见中,补充了18个条文。这样做的结果,目前归纳起来看,我国国际私法的体系虽大体确立了下来,但整体性较差,块块之间发展也很不平衡,程序制度比较完备,而法律适用法方面尚有不少缺漏。

纵观当代各国国际私法的立法模式,大体上可区分为两种:一种是纯粹的涉外民事关系的法律适用法或冲突法,如奥地利联邦1976年国际私法法规是其代表;一种是熔国际民事法院管辖权制度、涉外民事关系法律适用制度和外国判决的承认和执行制度于一炉,这种制度虽为英美所首倡,但真正见之于成文法的,乃欧洲若干国家的新近颁布的国际私法。这种立法模式,当是更先进、更符合司法工作的需要的。而且国外采这两种不同模式的立法,均分别设有总则和分则,内容相当完备。早在1986年,我国便有主张采第二种模式处理国际私法的立法问题的,但未能被接受。这虽与当时的客观条件有关,更重要的还是主观上当时还没有能认识到健全的国际私法制度,是必须包括这三个方面的内容的。为了应付实际工作的需要和弥补立法上的不足和缺漏,只得运用大量的司法解释来代替立法。而司法解释也因就事论事,不免会有与立法不相一致的地方。这方面最显著的可以有关国际惯例适用方面的立法规定和司法解释之间的矛盾为例。

《中华人民共和国民事诉讼法通则》曾在涉外民事关系的法律适用一章中规定,对于涉外民事关系的法律适用,“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”《中华人民共和国涉外经济合同法》关于涉外经济合同的法律适用也规定,“中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例”,从而表明我国国际私法还有国际惯例这个渊源。但对这一规定应如何理解,似乎还难作出明确、具体的回答。

首先,如果严格地从这两个条文规定的上下文来看,都应该仅指法律适用法即冲突法上的国际惯例。但在这一领域,尽管随着国际经济民事生活的发展,各国国内立法和若干国际条约常有一些共同采用的冲突规则,但多数学者都不承认在法律适用上有某种国际私法关系必须适用某国法律的国际惯例,充其量只能说有了一些国际上比较普遍的实践或习惯作法。

其次,更令人困扰的是尽管最高人民法院在关于贯彻执行民法通则的意见(试行)中,未就民法通则所指的国际惯例作出解释,但在它对适用涉外经济合同法若干问题的解答中,则是明确指出,有关的涉外经济合同在应适用中国法律时,如果中国法律没有相应的规定,才可以适用国际惯例。这一解释是明确地认为上述立法中所称的国际惯例,只是实体法方面的惯例,并不是指法律适用法或冲突法方面的惯例。当然如果这样理解,这种实体法方面的国际惯例,是存在的。但从民法通则和涉外经济合同法的前述条文的上下文及字面上的含义来看,无疑是与这种解释不相一致的。

这里还有必要指出,国内若干年来,从上到下,常见有对我国十分广泛的各种涉外经济和民事关系适用国际惯例的许诺,但对何为国际惯例,在所涉及的具体领域是否存在国际惯例,以及即令存在国际惯例,其适用条件如何等等问题,均未加深究,以至在涉外民事判决中亦有在诉讼程序问题上以所谓国际惯例为根据的。对于这种滥用国际惯例的现象,从国际私法的角度看,确是到了应该加以纠正的时候了。

国际惯例,依我国国际法学界的观点,是指国家间的一种默示协议,是各国重复类似的行为并被认为是具有法律拘束力的结果。所以,它是由两个要素组成,即一为各国重复的类似行为,二为被各国认为具有法律拘束力(前者称为“物质因素”,后者称为“心理因素”)。许多国家的学说对国际惯例的解释,亦是如此。故《国际法院规约》第38条将其定义为“作为通例之证明而经接受为法律者”。

但《国际法院规约》所称的国际惯例,都是就国际公法来说的,这种惯例具有强行法的性质。我国上上下下现在在国际投资、贸易、海商关系中所许诺适用的国际惯例,与前者是有所不同的,应仅指“商事惯例”。这种惯例,既不是国际条约,其本身也不是一种法律规范,对双方当事人并不能直接发生法律上的强制力或拘束力,只有在当事人于合同中加以引用或申明适用时,才具有拘束力。因而在国际商事关系中,不可在论及某一法律问题或经济运作时,贸然肯定国际惯例的存在,甚至动辄以适用国际惯例相许。根据商事惯例的上述性质,我国著名国际私法学者李浩培教授曾直接将其称为“自发法”。因而其法源地位,应在各案中作具体的分析与确认。这一点,就是对国际贸易惯例作出解释通则的国际商会也一再向人们提出警告,不可轻率地肯定其具有法源的地位或法律拘束力。

对于国际惯例的适用,一般认为必须符合三个条件,即:(1)须经接受为法律;(2)须法律所未规定的事项;(3)须不违背公共秩序。就前引我国有关的两个立法来看,也是如此。可是这些为立法所规定的条件,常被人们所忽视。

以上还只是就调整国际商事关系可起实体法作用的国际惯例而言的。在诉讼程序法的适用方面,我国前后两个民事诉讼法,都未规定可以适用国际惯例来填补我国立法和我国所缔结或加入的条约未及规定事项的空缺。这就不能不提出这样的问题,即为什么我国立法仅在上述两个实体法中规定可以适用国际惯例,而在民事诉讼程序事项上,却不规定可以适用国际惯例?答案只可能有以下两个,就是或者在国际民事诉讼程序上不存在国际惯例,或者是即使存在,我国立法也不允许适用。通观最高人民法院《关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》、《关于在经济审判工作中贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》、《关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的意见》等重要文件,也均未见有可以适用国际惯例的提法。只是在1989年该院发布的《全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要》在讲到诉讼保全问题时说:“诉讼保全的目的在于能使以后生效的判决得到执行。但是,采取诉讼保全措施既不能违反我国法律的规定,也不能违反我国缔结或参加的国际条约和国际上通行的

惯例。”姑且假定该《座谈纪要》的上述提法，在我国法律或法规上确有所本，则尚有两个问题需要解决：其一，采取诉讼保全措施方面的“国际上通行的惯例”是否即指“国际惯例”？其二，适用这方面的“国际上通行的惯例”是否仍以我国法律未及规定的事项为限？近来我国国际私法学界和司法界常有人在谈论海事诉讼中的扣船问题时认为，在海事诉讼中，即使已在某一中国法院起诉应诉之后，于诉讼进行之中，外国被告仍有权脱离原审中国法院的管辖而去其他任何国家的法院隐瞒已在中国成诉等情况申请扣押中国原告的船舶，是一种国际惯例。这种观点，一旦成立，会不会完全偏离我国涉外民事诉讼程序的立法规定，而开创一个滥用“国际惯例”，损害国家司法主权的先例？这一有关国际惯例的适用问题，无疑应在我国国际私法的立法、司法和理论研究工作中，作出进一步明确的回答。

因此，摆在我们面前的首要的任务，在国际私法发展到今天这样规模的情况下，当是着手国际私法的编纂，把已有的国际私法规范加以系统的整理，删去大同而小异的重复的规定，使相互抵触的规定得到统一，补充那些应加规定而未作规定的制度。应该认为，在现有制度的基础上，完成这样一件十分有意义的立法和研究活动，并不是不切实际的空想。

我们还应该加强我国的区际法律冲突的研究。在“一国两制”的构想下，我国于收回香港、澳门的主权和使台湾回归之后，势必会出现几个不同的法域，引起大陆与港、澳、台之间及港、澳、台相互之间的法律冲突。因此，合理妥善地解决中国的区际法律冲突，正确及时地处理大陆与港、澳、台之间所发生的经济、民事关系的法律适用问题，已是迫在眉睫之事了。

四

在当代国际社会中，任何国家要求得经济技术的迅速发展，都必须致力于创造一个良好的国际法律环境和国内法律环境，以利于资金、技术和人才的交往和交流。在当前国际竞争日益激烈的情况下，如果不经常注意改善内国的法律环境，并不断求得法律制度方面的协调，使之对国际资金、技术、商品、人才流向内国具有更大吸引力，就必然会降低内国在国际竞争中的地位，使本来可以发挥的优势得不到发挥，从而影响国民经济的发展。国际私法的趋同化倾向便正是在这种各国竞相改善自己国内、国际法律环境的活动中不断加强起来的。具体表现在：

第一、一项新的、进步的国际私法制度在一个国家被采用以后，在很短的时间内便会很快为其他国家所仿效。例如在涉外契约方面，英国的韦斯特莱克曾主张当事人不能选择法律，而应根据“最真实联系”决定应适用的法律，但英国和美国的许多其他学者多主张首先应允许当事人协议选择法律，在当事人未作选择时，则视哪一个地方或国家与案件和当事人有最重要的联系，便适用该地区或该国家的法律。这一原则自1971年被采纳于美国《第二次冲突法重述》之中之后，很快风靡全世界，相继为一系列国家的立法所采纳，如1979年奥地利联邦国际私法法规、1979年瑞士冲突法草案、1979年匈牙利国际私法典、1982年南斯拉夫法律冲突法、1986年联邦德国关于改革国际私法的立法等。在国际私法公约中采这一原则的，最重要的则有如1980年关于合同债务法律适用罗马公约，1986年年国际货物买卖法律适用海牙公约，1987年死者遗产继承法律适用海牙公约等。1985年我国涉外经济合同法和1986年民法通则等也都相继采纳了这种作法。

这种为了改善自己国家发展国际经济民事关系的法律制度和法律环境而积极吸收国际上

新的进步的要素的趋势加强,使世界各国国际私法国内立法中具有共同性的内容不断扩大。从当今各国国际私法立法的技术和内容来看,这些具有共同性的东西,几乎表现在从指导法律选择的基本方法到各种具体的民事关系的法律适用的整个领域。就指导法律选择的基本方法来看,早先那种试图仅运用某一种方法去决定国际私法中碰到的一切问题的法律适用的观点,已完全被抛弃,代之而起的是运用多种方法,考虑多种因素,去具体地解决各种不同的问题。由于国际经济民事关系的大规模发展,其种类和性质都越来越趋于复杂,单一的僵硬的冲突规范已不足以适应现实生活的需要,代之而起的是弹性连接因素被广泛采用。现在许多新颁布的国际私法国内立法,几乎在处理许多法律问题上,都出现一种对传统的“僵固的”缺乏灵活性的冲突规范进行软化处理的趋势。其共同采用的方法大致是:(1)用灵活的开放性的连结点取代传统冲突规范中的僵固的封闭性的连结点;(2)增加连结点的数量,规定复数连结点,以提高可供选择的法律体系的数量;(3)对同种法律关系,又区分其各种不同性质(如将合同区分为各种不同的合同,将扶养区分为抚养,扶养和赡养等),分别规定不同的选法连结点;(4)对同一法律关系的不同方面作出分割,分别适用不同的法律;(5)意思自治原则被进一步扩大适用于其他领域,即除允许当事人协议选择适用于合同的法律之外,已有立法允许在侵权案件中适用当事人协议选择的法律。在1988年通过的《死者遗产继承法律适用公约》更允许被继承人指定某一具体国家的法律作他的遗产继承的准据法。尽管这两个立法对当事人的选择都作了较严格的限制,但作为一种趋势来看,当事人自主选择除了不得规避有关国家的强行法以外,凡属任意法领域,必将逐渐扩大意思自治原则的适用。

至于在对各种具体涉外民事关系的法律适用方面,如民事主体权利能力适用他们的属人法或各该法律关系的准据法;民事主体的行为能力适用他们的属人法或行为地法或各该法律行为本身的准据法;代理应区别本人与代理人、本人与第三人、代理人与第三人三种不同关系分别定准据法;不动产适用不动产所在地法;动产适用当事人属人法或实际所在地法;知识产权适用平等保护原则;合同除适用意思自治原则外,以最密切联系原则作为当事人未选择法律或选择无效时的补充原则,并依特征履行学说定最密切联系;侵权适用侵权地法或与之有最密切联系的法律;对劳动合同、消费买卖合同、结婚和离婚、夫妻身份关系和财产关系,子女的法律地位及父母子女关系以及扶养关系等方面,充分考虑保护弱方当事人的利益;遗产继承中尽可能求得同一制和单一制的协调等,也已为许多国家的立法和司法实践作为一种原则加以接受,从而使彼此在传统上十分歧异的各国立法,不断出现寻求协调和一致的倾向。

第二、国际私法的国际立法活动日益发展,并涉及众多的领域,成果日趋丰富。本来,实现涉外民事商事案件法律适用的统一以保证判决结果的一致,一直是国际私法学家追求的目标。19世纪50年代便已揭开了国际私法统一化运动的序幕。这一运动发展到现代,更已有了相当庞大的规模,不仅同时有许多区域性的国际组织积极从事区域性国际私法的统一化工作,一些普遍性的国际组织,如联合国所属的国际贸易法委员会、国际海事组织、国际航空组织等,也都有出色的富有成效的活动。其中尤其值得一提的是,目前世界上最主要的统一国际私法的国际组织——海牙国际私法会议在统一国际私法方面的突出成就。

海牙国际私法会议开始于1893年,起初仅属特设的外交会议,其成员国也仅限于欧洲大陆法系国家。随着国际政治、经济形势的迅速发展,在1951年第七届海牙会议上,起草和通过了海牙国际私法会议章程,将海牙国际私法会议改为一个拥有独立组织的常设性机构,并且先后接纳属普通法系的英国、美国等加入组织,使成员国达35个。成员国的增多,虽意味着统一国际私法难度的增大,但同时也显示出国际私法统一化运动规模的扩大。截止目前为

止,海牙国际私法会议共制定了32个公约,其中有18个已经生效。我国亦首先作为观察员于1986年11月、1987年3月,参加了海牙国际私法会议特别会议。从1987年9月又正式作为海牙国际私法会议的成员国参与讨论《死者遗产继承准据法公约》的制定,并向会议表述了我国的立场与观点。此外,上文也讲到,我国还正式加入了一个海牙公约。

但是,有必要强调指出,我们在这里所说的国际私法的趋同化倾向的加强,并将成为未来发展的一个基本走向,并不否认各国在采用同一立法原则、同一制度时,因各国政治制度、经济发展水平、民族传统、法律习惯等方面的不同而存在这样那样的差异,也不否认法律的任何阶级属性。同时,也正如我们多次加以阐述的那样,国际私法在相当长的历史时期内,它仍将主要以国内法的形式存在。虽由于各国发展国际经济民事交流和合作的关系的共同愿望所推动,为减少这种交流和合作的法律障碍而加强的国际私法趋同化的影响,各国国际私法中接近的、比较协调一致的东西和属于国际法的因素会不断增加,但不应期望国际私法会完全演变成国际法,更不能否认各国国际私法因社会、政治制度和法律传统的不同而必然具有的民族特征。



(上接117页)

⑦ 乔好勤:《关于目录学的理论基础》,载《河南图书馆学刊》,1987年第3期,第21~22页。

⑧ 陈传夫:《论目录学的理论基础——现状与体系》,载《湖北高校图书馆》,1986年第2期,第24~36页。

⑨ 葛民:《大众传播理论与目录学》,载《图书与情报》,1990年第1期,第74~78页;杨河源:《目录学的理论基础是文献信息学》,载《图书情报知识》,1991年第2期,第12~13、18页。

⑩ 彭斐章、郭星寿:《加强马克思主义文献目录学的研究》,载《图书馆杂志》,1983年第1期,第4~7页。

⑪ 陈国铎:《略论专科文献目录学》,载《四川图书馆学报》,1984年第4期,第22~24、29页。

⑫ 黄景行:《论专科学目录学的研究对象与内容》,载《江苏图书馆学报》,1984年第2期,第1~5页。

⑬ 柯平:《略论目录学分支学科的建设》,载《河南图书馆学刊》,1988年第1期,第33、34~36页。

⑭ 穆立平:《略论比较目录学》,载《图书馆学刊》,1983年第4期,第41~46页。

⑮ 柯平:《中西目录学比较研究》,载《河南图书馆学刊》,1990年第1期,第33~37页。

⑯ 许文霞、刘迅:《书目计量学的理论与实践》,载《中国图书馆学会目录学专题讨论会论文》,1983年。

⑰ 黄俊贵:《书目控制简论》,载《图书馆学通讯》,1989年第3期,第35~37页。

⑱ 彭斐章等:《概论书目控制论》,载《图书情报论坛》,1990年第2期,第2~7、13页。

⑲ 彭斐章:《迎接信息时代的科学——目录学的现状与未来》,载《图书与情报》,1989年第4期,第2~6页。

⑳ 乔好勤:《当代目录学研究者的使命》,载《湖北高校图书馆》,1986年第3期,第51~53页。

㉑ 彭斐章:《评新中国成立四十年来的目录学研究》,载《图书情报知识》,1989年第3期,第2~6、31页。

㉒ 彭斐章:《书目情报需求与服务研究》,武汉大学出版社,1990年,第274页。