

初论建立适应社会主义市场经济的我国国际私法制度

李双元 胡振杰

关于如何建立适应社会主义市场经济的我国国际私法制度,是一个内容十分复杂的重大问题,本文着重分析当代国际私法趋同化倾向的产生及其表现,并初步探讨我国国际私法进一步发展的取向。

国际私法是在商品的国际交换出现以后,为适应国际经济贸易交往和人员往来的需要而逐步建立和发展起来的。随着这类交往的日益发达,当代国际私法已呈现出十分明显的趋同化倾向。研究国际私法发展的这一倾向,探讨它得以产生和发展的最深层原因,揭示其在改造传统冲突规范、立法模式以及推动国际私法的国际法源发展等方面的具体表现和作用,进而以此为标准分析我国国际私法的现状,讨论当前为满足建立社会主义市场经济的要求,应如何进一步完善和发展我国国际私法制度,无疑具有重大的理论价值和实践意义。

国际私法作为规范国际社会发生的各种平等主体之间的财产关系和人身关系的一个法律部门,对于促进和发展国际经济技术和文化的合作与交流,具有极为重要的作用。但在早期,国际私法受封建——属地主义的严重影响,仅有的少数几个国家(如法国、德国等)的有关立法,都十分强调适用自己国家的法律。因此,尽管国际私法的宗旨在于解决各国法律之间的抵触、求得国际民事生活的安全和稳定,却因彼此间国际私法制度仍有歧异而并未能收到实际的效果。所以,从18世纪中叶起,意大利政治家、法学家孟西尼(Mancini)开始倡导通过国际条约,制定统一的冲突法,以使各国法律适用制度得到协调。但因受到当时国际社会种种条件的限制,直到19世纪末、20世纪初,才有真正着手尝试统一的实践,而成效则甚微。

19世纪中叶以后,在国际私法学说方面,随着法则区别说影响的完全消失,国际上统一的或比较一致的国际私法理论便不复存在,一些具有不同观点的新学派相继产生,较有影响的如:普遍主义——国际主义学派、特殊主义——国家主义学派以及比较学派等。其中特别值得提到的是比较学派的观点。他们认为,国际私法这个法律部门每天要处理的都是涉及各国法律制度的一些问题,因而各国不但要适用自己的内国法,也要适用外国的内国法;它们在考虑自己的冲突法制度时,也不能不考虑有关外国的冲突法制度;在考虑自己的主权利益时,还要尊

重别国的主权利益,……。所以,在他们看来,在普遍主义与特殊主义之间并不存在某种不可逾越的鸿沟。他们特别强调通过寻求各国国际私法发展中的共同因素来形成一些能为国际社会所接受的新的冲突规则,并尽可能减少冲突的因素^①。比较学派的这些观点,固然从国际私法的固有特征,揭示了当代国际私法趋同化倾向得以加强的内在原因;但必须指出,当代国际私法趋同化倾向的加强,不但取决于它本身的特性,更是因为得到了当今国际经济联系不断加强这一不可抗拒的时代潮流的推动。

由于国际私法的调整对象是一种含有多国因素的社会关系,所涉国家的立法和司法管辖权便都可能对它发生作用。因此,尽管直到目前国际私法仍主要以国内法形式表现出来,但出于使在外的本国公民的民事权利得到其所在国法律的承认和保护的愿望,各国在制定自己的冲突规范时,不能不为承认和保护在本国境内的外国人的民事权利提供同等的条件;也就是说,各国在制定自己的国际私法规范时,不能不把求得国际民事交往的便利和安全放在十分重要的地位来加以考虑。正因为如此,可以说国际私法的产生,根本不在于保存各国法律之间的冲突,而在于求得它们在法律适用上的协调。因此,自二战以来,由于科学技术的迅猛发展,国家之间经济民事联系的大大加强,一国的国际私法制度是否和国际社会的普遍实践比较接近或一致,已成为衡量其国际私法制度健全和完善程度的主要标准之一,而且越来越成为各个国家共同追求的目标。

国际私法所表现出来的这种趋同倾向的加强,主要根植于国际政治、经济形势的新发展。当今的国际社会,“和平”和“发展”已成为两大潮流。而在这两大潮流中,发展无疑更具有决定的意义,起着更重要的作用。由于各个国家都面临发展经济文化和科学技术的艰巨任务,都要求有一个和平的国际环境,从而使维护世界和平也成为当今各国政府和人民的共同任务。要发展,就需要创造一个有利于发展的国际法律环境和国内法律环境。在国际经济竞争日益激烈的情况下,如果不经常注意改善自己国家的法律环境,那就会降低自己在国际竞争中的能力,使本来可以利用的因素得不到充分利用,使本来可以发挥的优势得不到充分发挥,国家经济的发展速度就会减慢下来。而就整个国际社会来看,如果要谋求共同的发展,不去努力建立起反映国际经济新秩序的国际法律环境,那也肯定达不到目的。正是在这一要求的推动下,在国际私法的发展中形成了种种为国际社会较普遍接受的实践。

国际私法趋同化倾向的加强,还由于为了求得经济的迅速发展,全世界各种区域性经济共同体或经济联盟不断涌现,它们都致力于消除妨碍经济联系的、因法律歧异所引起的障碍。

当前国际私法发展中所表现出的这种趋同化倾向的加强,更与法律文化的交流速度和规模随着国际社会的客观需要和信息资料的传播手段迅速发展而日见扩大,有着直接的关系。

国际社会法律文化的交流推动了国际私法的发展,在历史上也是有许多重要佐证的。这首先可以英国为例来加以说明。英国国际私法的发展,比欧洲大陆要晚两三个世纪^②。这一方面是因为在 1066 年诺曼人征服英国以前,不列颠岛上的中央政府软弱无力,各地虽属国王统治,其自治权却很大,在法律适用上均采属地主义。在被诺曼人征服后,诺曼底公爵威廉一世又宣称自己是英国每一寸土地的主人,从而建立起了强大的中央专制政府,同时也建立起了基本统一的法律。在这种情况下产生的普通法,对英国普遍适用,在内部各地区之间发生法律冲突的可能性不大。对于涉及欧洲大陆各国的法律问题,当时英国也基于一种排斥外国立法和司法管辖权的态度,一旦确定对某种案件英国有管辖权,便只适用英国的法律,根本不考虑外国法是否有不同的规定;对于自己认为无管辖权的案件,则概不允许在英国提起诉讼。但是,到了 17 世纪下半叶,英、荷海上争霸斗争加剧,多次进行战争,从而也沟通了两国间的联系。尤其是在

1688年英国资产阶级“光荣革命”之后,荷兰的执政者威廉三世既是荷兰都督,又成了英国国王,荷兰的法律思想和文化自然传入英国。于是,国际私法也就在英国传播开来了,并在其后逐渐得到了发展。

法律文化的国际交流,对推动中国国际私法的发展和进步,其作用也是十分明显的。

中华法系本是历史上最古老的法系之一,但因它是在商品经济很不发达的环境中产生的,尽管刑事法律制度较早完备,民商事法律却很不发达。直到上世纪末、本世纪初,中外法律文化发生了第一次大交流,才传入民商法,国际私法也同时被吸收进来。但当时国家主权既被西方列强宰割侵袭,这种传入和吸收不能不带有极其浓厚的殖民主义色彩。到本世纪中叶,中外法律文化在无产阶级领导的新民主主义革命和社会主义革命在中国取得了伟大胜利之后,发生了第二次大交流。这时由于旧中国的六法全书被彻底废除,而以美国为首的一些西方资本主义国家又对我采取敌视封锁的政策,这次的交流主要不过是以苏维埃法律思想为代表的苏联法律文化的全面被移植入中国,其历史功绩是使中国社会主义法律文化和制度得以形成。但是,苏联的法律文化当时是完全建立在斯大林僵硬的计划经济模式之上的,我国当时的经济体制亦深受这种模式的影响,不但国内商品生产和市场经济很不发达,国际经济贸易关系的开展也极其有限,因而民商法仍得不到应有的重视和发展。国际私法虽在五十年代初试图着手建立,也深受苏联学说中严格的属地主义影响,基本上不考虑是否需要通过一些较为灵活的制度,以求得内外国法律抵触的协调问题。到1957年,国际私法的教学与研究更被完全窒息,直到1978年以后中外法律文化进行第三次大交流。这时,国家开始了经济体制的改革,并且大力推行对外开放政策。为了加强社会主义民主和法制建设,为了建立一个对国际资金、技术的流入具有吸引力的法律环境,在这次大交流中,才使新中国于认真着手建立民商法制度的同时,也逐步建立起了中国的涉外经济法和国际私法制度。因此,尽管在这次中外法律文化大交流中,也不免有某些消极因素的传入和萌生,但它所已经产生的积极成果和随着改革开放的进一步深入和扩大而在将来还要取得的成果,是必须予以充分肯定的。而且可以肯定地说,随着中国经过深入改革而形成的崭新的社会主义市场经济的建立,根植于这一经济基础之上的、具有中国特色的社会主义法律文化和法律制度必将得到进一步的发展和完善。而在其中,中国国际私法亦将与国际社会的普遍实践更趋协调和一致,从而更有利于我国国内市场和广泛的国际市场的融合和接轨,大大促进我国广泛的国际经济联系。

二

基于上述原因,国际私法的趋同化倾向在国际私法的各个方面都得到了充分的表现。在各国的国内立法中,这种倾向对各个领域都有不同程度的影响。

首先,在改造传统的冲突规范上,这种表现是极为明显的。传统冲突规范具有两个显著的特点,就是十分强调法律适用的一致性和稳定性^③,并且主要是一种管辖权选择方法。由于它的这两个特点,使它不可避免地带有僵固性和呆板性。为克服传统冲突规范的这些缺点,增强法律规范的时代感和灵活性,国际上逐渐形成了一股对冲突规范进行软化处理的潮流。除了在运用传统冲突规范进行法律选择过程中形成的识别、反致、外国法内容的查明、公共秩序保留等制度,都是从消极方面对冲突规范进行软化处理的最初形式之外,其方式和途径目前更常见的还有以下几种:

1、用灵活的、开放型的系属公式代替僵硬的、封闭型的系属公式。主张合同准据法应由双

方当事人自主选择的意思自治原则的产生,迈出了在合同准据法的选择上由僵固的、封闭型的系属公式向灵活的、开放型的系属公式转变的第一步。而“最密切联系”原则的问世,又使软化处理的方法进入了一个新的更高阶段。目前,更有用“利益分析”和“政策导向”的方法来构成开放型冲突规范的主张。

采用灵活的、开放型的连结点的作法,虽始于合同领域,现在却已远远超出这一范围。例如,在保护消费者、劳动者和妇女儿童的利益方面,许多国家不但增加了适用他们自身属人法的机会,目前还明确地规定在有几个法律可以适用时,应适用对他们更为有利的法律。

2、增加连结点的数量,从而增加可供选择的法律。在冲突规范中规定两个或两个以上的连结点,可以增加连结点的可选性,也是软化处理的一种在目前越来越被更多国家采用的简单而有效的方法。例如,1982年土耳其最新立法规定,法律行为的方式适用行为完成地法,但同时也可以适用调整该行为效力的法律。此类规定还见于波兰、奥地利、前南斯拉夫等国的立法中。

3、对同类法律关系进行划分,依其不同性质规定不同的连结点。例如,在合同领域,许多国家都把合同划分为不同的种类并规定了相应的法律选择原则。这方面有代表性的是1982年的南斯拉夫法,它将合同首先区分为动产合同和不动产合同,然后在动产合同中依其性质又划分为20种合同,在当事人未选择应适用的法律、而案件的具体情况也未指向其他法律时,对这20种合同分别规定了指引准据法的不同连结点。连结点的这种从简到繁、从单一到多样的发展,无疑是国际私法上的具有普遍意义的重大进步。

4、对一个法律关系的不同方面进行分割,分别采用不同的连结点。这种被称为分割规则的、适用于合同领域的方法,早已有之。传入美国后曾受到批评,但美国新的冲突法理论,却主张回到分割规则的实践。美国第二次冲突法重述(1971年)规定,合同当事人缺乏法律选择时,可依最密切联系原则对当事人的缔约能力、合同形式、合同用语的解释、履行的细节等方面,分别适用不同的准据法。这种分割方法,目前几乎为所有国家在不同程度上所采纳。

其次,当代国际私法的趋同化倾向在改造传统立法模式上的表现,也很突出。传统的立法模式因受特殊主义的严重影响,因而存在种种缺陷。主要是:1、受法国民法典的影响,许多国家的国际私法立法仅只在民法典中集中或分散加入几条冲突规则,不但极其简单,涉及的事项或调整的范围也十分有限。这些仅有的国际私法规定,多以—个硬性的单向连结点构成,因而又十分封闭。2、在传统的国际私法单行立法中,均只有涉及法律适用的规范,关于国际民事诉讼管辖权和外国判决的承认与执行问题多付阙如,而由国家的民事诉讼法另作规定^⑥。3、极少见有在解决法律适用问题时,应优先适用有关国际条约的规定。

这些缺陷的存在,已使早期的国际私法越来越不能适应当今时代迅速发展国际经济联系的需要了。因此,二战以后、特别是六十年代以来,很多国家纷纷修订或相继制定其国际私法。在这一过程中,大都不同程度地反映出寻求法律适用、法院管辖权和民事诉讼制度上国际协调的倾向。而且,许多国家的国际私法扩大了调整范围,从而使解决法律冲突、寻求法律适用的一致,扩展到民事生活更广泛的领域。

新近颁布的这些国际私法典,在结构上大都抛弃了过去只对法律适用问题加以规定的简单作法,而将法院管辖权、法律适用和外国判决的承认与执行为—体。认为国际私法应包括这三个方面的内容,本是英美国家的主张,但晚近许多欧洲和拉美国家在其成文立法实践中,都采用了这一体系。如前捷克斯洛伐克、匈牙利、阿根廷、土耳其、前南斯拉夫等国家,都有这样的实践。

此外,在法典结构上,一些最新法典还都象民法、刑法这些基本法—样,总则、分则均有规

定。而且,总则部分所涉及的问题,过去仅见于有关国家的国际私法学说或法院判例。法规总则部分内容的增加,对于提高冲突法在调整涉外民事关系、解决法律适用问题时的作用,无疑是很大的。

再次,当代国际私法趋同化倾向在涉外民事关系的法律适用和国际民事诉讼程序的具体制度上,也由于国际经济贸易关系的发展,出现了积极寻求协调和统一的趋势。例如:

1、在关于主体的法律适用方面,欧洲大陆法系国家本来广为采用当事人本国法作属人法;而存在复合法域的英美法系国家和一些南美国家则恪守古制,以住所地法作当事人属人法。但是,从当前的国际实践来看,两大法系在属人法方面的传统分歧和对立,已出现殊途同归的倾向。这首先表现在一些大陆法系国家新近颁布的国际私法典一改往常以本国法作属人法的传统,而以当事人住所地法确定属人法,如瑞士1987年的立法便规定:民事行为能力由住所地法支配。其次,也表现在欧洲一些新法典多兼采本国法与住所地法作属人法,如1978年《奥地利国际私法》、1979年《匈牙利国际私法》等便是如此。再次,晚近一些国际私法典和国际私法公约,更提高了习惯居所的地位。如阿根廷本以住所地法作属人法,但在它1971年颁布的国际私法草案中,却建议把习惯居所作为认定人的住所所在的首要标志;而德国惯以本国法作属人法,在它1986年颁布的新法中,也以习惯居所作为解决国籍的积极和消极冲突的首要标志。最后,对于法人的权利能力和行为能力,现在也多主张主要应适用其属人法(或为其本国法,或为其住所地法)来加以解决,但同时还允许用行为地法加以控制。

2、在法律行为方面,目前普遍的倾向是主张把“场所支配行为”原则当作任意法来对待,因而不但对法律行为的实质要件用各自的准据法来支配,对其形式要件也主张在法律适用上予以放宽,或受行为地法支配,或受法律行为自身的准据法支配,甚至允许受行为人的属人法支配。就代理的法律适用而言,过去极少见在国际私法中加以明确规定,而现在由于国际商事、海事代理大量发生,不但已有这方面的国际私法公约,在一些国家的国内立法中,也开始有相应的规定。而其共同的趋势是主张把代理人和被代理人的关系、代理人和第三人的关系、被代理人和第三人的关系加以区分,分别适用不同的准据法。

3、在物权方面,传统的“物权依物之所在地法”的原则,由于其适合物权的特性,所以一经提出即逐渐为国际社会所接受,如法国、奥地利、意大利等国较早的民法典都有这样的规定。不过,其中的“物”仅指不动产。就动产而言,巴托鲁斯及其追随者们都认为这种物权应依其所有人的住所地法,且一直有“动产随人”之类的法律格言。因此,一些国家在其立法中规定动产适用属人法。但从19世纪末叶开始,许多国家相继在立法和司法实践中抛弃了“动产随人”这一不适应经济发展形式的古老法谚,转而主张不分动产与不动产,物权关系一律适用物之所在地法。而自本世纪以来,物之所在地法更已成为解决有关动产物权法律冲突的基本原则。

4、在合同法方面,由于受“场所支配行为”原则的影响,曾长期适用合同缔结地法,而现在则已普遍采用以当事人“意思自治”为主、“最密切联系”为辅的方式来解决其法律适用问题。在合同法律适用方面,当前普遍的趋势还表现在把国际经济贸易关系中经常出现的各种重要合同加以区分,分别解决它们的法律适用问题。

5、在侵权行为的法律适用上,早先的只适用侵权行为地法(而且或只适用加害行为地法,或只适用侵害结果发生地法)的机械作法,已受到越来越多的批判。目前的普遍趋势是主要强调对受害人的利益加以保护,因而侵权行为准据法的确定也已日趋灵活。

6、由于在国际经济贸易关系中,技术贸易占有日益突出重要的地位,过去长时期被认为只适用属地保护原则、不存在法律选择的知识产权的法律适用问题,也已引起国际社会的普遍关

注。比较一致的观点是把权利的取得和内容作为准物权对待,适用权利发生地法;而把权利的转让和许可使用,作为合同法上的一个特殊问题对待,从而推动了国际社会对技术合同法律适用制度的深入研究和讨论(联合国有关组织一直在致力于技术转让合同法律适用问题的研究)。

7、在婚姻家庭问题上,由于国际经济交往的大量发生,必然伴随着人员的交流,不同国家的公民临时进入对方领域,在对方领域内定居或常住,甚至改变国籍,因而异国公民间结婚、收养他国子女及离婚等现象,已常有所见。这就给传统的婚姻家庭观念带来了种种冲击,国际私法制度尽管在这一领域一向是十分保守的,如何把保证婚姻家庭的稳定和方便人员的国际流动结合起来考虑,也已提到了各国国际私法进一步改造的日程上来了。其中还有一个最值得注意的共同倾向,就是在放宽结婚离婚的条件、放宽家庭关系法律适用制度的同时,都特别强调保护妇女儿童的利益。

8、在财产继承制度方面,目前出现的一个共同趋势是如何把“同一制”和“分割制”更好地结合起来,以克服传统上单只适用“同一制”或单只适用“分割制”所带来的不可避免的困难。而在遗嘱方式上,当今的发展也已走向宽松和灵活。如1969年美国《统一遗嘱验证法》给书面遗嘱方式的法律适用,规定了五个连结点;而1967年海牙《遗嘱处分方式法律冲突公约》在遗嘱处分方式的准据法选择上,也规定了五个连结点,由于许多国家先后批准了该公约,并在其国内立法中作了相应的规定,这就使国际私法的趋同化倾向在这方面也出现了很强劲的势头。

9、在国际民事诉讼制度方面,无论传统上偏重地域管辖原则的大陆法系国家,还是以有效原则和自愿接受原则为主的英美法系国家,目前都表现出在一定条件下设法扩大自己的国际民事管辖权的倾向。而且,国际民事诉讼制度的趋同化倾向,还体现在有关这方面的国际公约的日见增多上。

10、在国际商事仲裁方面,当今各国仲裁立法的普遍趋势是使之更加灵活^⑧。这体现在各国新近纷纷修订或制定的仲裁法中,当事人被赋予了极大的决定仲裁程序的自治权,而法院的作用却受到了更多的限制。例如,1987年瑞士新国际私法、1979年英国仲裁法、1985年荷兰仲裁法等,都赋予当事人极大的决定程序规则的自由。

最后,当代国际私法趋同化倾向更明确地表现在它的国际法源正在迅速增加,因而越来越多的国家在其国内立法中都首先明确规定,凡有本国缔结或参加的国际私法条约,得首先确认适用国际条约上的规定。这是在国际私法的晚近发展中出现的一个重要趋势,它表明国际私法的国际法源在国家处理涉外经济民事关系方面,具有越来越重要的作用。这类立法正逐渐增多,如土耳其国际私法规定,“土耳其参加的国际条约有不同规定的,不适用本法”,秘鲁、前南斯拉夫等国都有此类规定。这还仅是就冲突规范来规定国际条约或国际协定之优先适用的。此外,匈牙利的新国际私法则更从国际民事诉讼法和冲突法两方面作出这种规定。如匈牙利国际私法在第1条规定它是一并解决法律适用、法院管辖权和程序问题的之后,紧接着在第2条规定,“本法令不适用于国际条约规定的问题”。德国和我国在国际私法的立法中,也均有与此十分相似的规定。

三

当代国际私法的趋同化倾向,无疑对推动国际私法的统一化进程,也产生了巨大影响。这可从以下两方面得到证实:

1、世界规模的国际私法统一化运动不断加强。

当代国际私法 趋同化倾向的加强,更直接地表现在国际私法的统一化活动日趋发展上。这种统一化活动除在各国之间不断产生一些有关国际私法的双边条约之外,更重要的是世界规模的多边国际私法条约愈来愈多、致力于这项工作的普遍性国际组织也在增加。当今国际私法统一化运动的特点主要表现在:

首先,从内容上看,二战以后,统一国际私法的努力十分明显地表现出工作重点已从亲属法、继承法等传统领域,逐渐扩及国际经济贸易关系与侵权行为责任这些新领域,且有向更广泛的领域全面铺开之势。

其次,在新的统一国际私法的活动中,统一化的方式也逐渐灵活多样。这突出地表现在大陆法系国家与普通法系国家之间在属人法方面,本地法和住所地法的截然对立得到了一定程度的调和,而调和的方式也是多样的。其中一种如 1955 年《关于解决本国法与住所地法冲突的公约》那样,或运用反致制度(第 1 条),或适用共同指定的住所地法(第 2 条)或本国法(第 3 条)。另一种是如 1988 年通过的《关于死者遗产继承的准据法公约》那样,突出惯常居所地、最密切联系和当事人自主意思的地位。

最后,在统一国际私法的新近许多国际公约中,都规定有公共秩序保留条款。这种规定的普遍出现,似与国际私法趋同化倾向和制定这类公约的宗旨不符,但允许这种灵活性的存在,无疑对于吸引更多国家参加到统一国际私法的国际努力中来极为有利。这也同时表明,我们所说的国际私法趋同化倾向正在不断加强且将成为其未来发展的基本取向,并未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、民族传统和法律习惯的不同而存在的种种差异,也未否认法律的任何阶级属性。

2、区域性国际私法统一化运动方兴未艾,成果显著。

由于各国在经济上相互依赖关系的加强,在世界范围内不断涌现出区域性经济共同体和经济联盟,它们在推动国际私法向趋同化方向发展方面,起着不容轻视的作用。这里仅举欧洲经济共同体和欧洲理事会在统一国际私法方面所取得的成就为例,便足以说明这一点。

欧共体在进行法律协调和统一方面,采用了一些颇具特色的方法。首先,共同体制定得予一般适用、具有实质约束力、且对每一个成员国直接适用的“规定(Regulations)”,此类“规定”无疑是实现共同体法律一体化最为有效的法律文件。其次,共同体制定“指令(Directives)”,根据《欧洲经济共同体公约》之规定,成员国可以采取不同的形式和方法执行这种法律文件。再次,《欧洲经济共同体公约》还规定,在一些情况下,成员国间可以签署国际条约,而其中有关国际私法的条约也就成了欧共体实现私法协调与统一的法律文件。这类公约已有《关于民、商事管辖权和判决执行公约》等数个。此外,欧共体尚草拟了《关于破产、结业、清理、债务了结以及此类程序的公约(草案)》。

而欧洲理事会则已在近半个世纪的时期里,共签署了 80 多个公约和协定,其中大部分虽涉及公法问题,有关私法问题的也为数不少,主要有:《关于专利申请形式的欧洲公约》等 3 个专利法方面的公约;《关于适用欧洲国际商事仲裁公约的协定》等 2 个仲裁方面的公约;《关于旅店店主对顾客财产责任的公约》等 3 个涉及民事义务的公约;以及《关于建立公司的欧洲公约》、《关于外国法证明的公约》和起草的《关于儿童收养的欧洲公约》等约 11 个国际私法方面的公约。

所以,可以说统一国际私法的国际立法活动,目前已日见增多,而且,这些活动必将反过来促进国际私法趋同化倾向的进一步发展。

如前所述,当代国际私法趋同化倾向正不断加强,且将成为其未来发展的基本取向,这已得到有力的证实。面对国际私法发展的这种趋势,为了使我国国际私法的发展更加适应社会主义市场经济的需要,为了有利于我国国内市场与国际市场充分衔接,我们必须检讨我国已有的国际私法的立法和司法实践,并从理论上深入探讨其未来发展的正确取向。

我们知道,我国国际私法是在中断多年以后,为适应改革开放的新形势而迅速发展起来的,并已初具规模,体系框架已大体确立,内容覆盖已较为广泛,有些制度也已相当完善,并与国际上的普遍实践相接近或基本趋于一致^⑥。但必须指出,我国已经建立的国际私法制度,终究还是计划经济或计划指导和市场调节相结合的产物,用今天的社会主义市场经济理论来衡量,其存在的缺陷和不足之处,是非常明显的,至少表现在以下几个方面:

1、在立法的指导思想上过于保守、思想解放不够,并明显受属地主义和计划经济的影响,因而在总体上我国国际私法还存在保守的一面。例如,在我国国际私法中有大量单边冲突规范,其所指引的准据法只能是中国实体法。又如,在关于涉外经济合同的形式方面,《涉外经济合同法》第7条规定:“当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字,即为合同成立。通过信件、电报、电传达成协议,一方当事人要求签订确认书时,签订确认书后,方为合同成立。中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准的合同,获得批准时,方为合同成立”。本条规定如结合该法总则部分第4条即订立合同必须遵守中国法律来看,应属强制性规定。这是一条比较落后的规定,不利于对外经济贸易活动的开展。该条第2款尤其显得缺乏灵活性。在当今通讯手段、交通运输高度发达,国际竞争十分激烈的情况下,一个涉外合同的订立有时必须果断迅速,若要通过繁琐的审批程序,往往是事过境迁,从而导致竞争的不利。

2、在立法模式上,仍采分散式立法,有关国际私法的规范散见于许多不同层次的法律法规之中。这就造成了立法上的许多缺漏和矛盾,加之立法部门在国际私法立法上的保守倾向,更使许多本应具有的基本国际私法规范都未予规定。为弥补其不足,实践中只得靠大量司法解释代替立法,造成了事实上的“司法立法”,这与《最高人民法院组织法》第33条的规定不符,且加剧了立法上的矛盾。例如,《涉外经济合同法》第41条规定:“本法施行之日前成立的合同,经当事人协商同意,可以适用本法”。但在最高人民法院公布的司法解释中,却规定当事人协议选择的或人民法院按最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律,是指现行实体法。两者之间的矛盾就在于,对《涉外经济合同法》生效前成立的合同,依该法之规定,当事人可协议选择原合同规定应适用的法律(即被本法所废除的法律),或者是本法(即现行实体法);而依司法解释中的规定,当事人却只有现行实体法一种可供选择。

3、立法技术尚不成熟。这一方面表现在我国国际私法的现有立法,虽然涉及到了国际私法上许多重要的制度,但这些规定往往只是点到为止,缺乏可操作性;另一方面,虽然涉外民事法律关系的许多内容在我国冲突规范中都有所体现,但往往仅就该法律关系的某一方面加以规定,紧密相关的其它问题则未予规定。例如,《民法通则》第149条仅规定了遗产的法定继承的法律适用问题,对遗嘱及遗嘱继承则未作任何规定,而遗嘱和遗嘱继承在市场经济的社会中,较之法定继承是更为重要的。

4、已有立法整体性、科学性差,内容仍显单薄。首先,我国有关国际私法的各种层次的法律中虽约有170余条国际私法规范,但其中存在大量的重复立法,每一条所涉及的内容也不完

整,大部分都只有一两款,显得粗糙、含糊,且其中还包括最高人民法院的司法解释和具体规定近90余条。其次,从这些条文的分布来看,关于程序制度的就占了几乎三分之二,显得极不平衡,且不符合实际的需要。最后,我国国际私法虽然已涉及许多方面的问题,但仍存在大量未予规定的内容。例如,关于产品责任方面,未见有任何国际私法规定,而在商品交换日益国际化的情况下,却有大量这方面的涉外纠纷产生。再如,有关公司、破产、证券的法律适用问题都没有规定,而当前建立社会主义市场经济体制的首要任务之一就是要改变国营大、中型企业的营运形式,实行法人财产制,设立股份公司,推行破产制度当是主要选择;而且,外国公司在我国境内开展业务、我国在境外设立公司,事实上早已大量出现,并将成为更加普遍的现象。因此,这方面的立法亟待完善。

国际私法中这些问题的存在,现在既已严重束缚了我国国际经济贸易活动的顺利开展,更不能适应我国今后建立社会主义市场经济体制、大力发展国际经济贸易活动的需要,因而应抓紧予以完善和发展。至于如何完善和发展我国国际私法,我们认为首要之点就在于把握当代国际私法趋同化倾向不断加强这一基本取向,大胆借鉴和“移植”在国际社会的共同实践中形成的、经过检验是行之有效的、带普遍性的规则和制度。我国当前建立社会主义市场经济体制的改革目标的确立,为这种“移植”的合理性提供了客观依据。因为,这些规则和制度,是在按照市场经济的要求所形成的国际市场的激烈竞争中逐步形成和确定的,它基本符合国际经济贸易交往的需要。所以,我国国际私法引进这样的一些规则和制度,也应该有利于我国在市场经济体制下开展大规模的国际经济贸易活动。而且,在我国国际私法的未来发展中,除了应该重视这些业已形成的行之有效的规则和制度外,还要积极参加到统一国际私法的国际活动中去,使我国的立场和观点在国际立法中得到较多体现,从而使这样形成的新的规则和制度更能为我所用。

注 释:

- ① 李双元著:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社1987年第1版,第107~108页。
- ② 威希尔和诺思:《国际私法》,1979年英文第10版,第33页。
- ③ 拉沛尔:《冲突法——比较研究》,1958年英文第1版第1卷,第46页。
- ④ 参见李双元、谢石松著:《国际民事诉讼法概论》有关章节,武汉大学出版社1990年第1版。
- ⑤ 查里斯·庞塞特和伊曼纽尔·盖勒德:《瑞士:国际仲裁法评介》(英文),载《国际法律资料》1990年第3期。
- ⑥ 李双元、李玉泉:《对外开放政策与中国国际私法》,载《武汉大学学报》(社会科学版)1992年第2期。

(本文责任编辑 车 英)