

试论我国国际私法 在市场经济下的完善与发展

董丽萍 薛波 赖晨野

本文着重阐述当今世界即相互依存又相互矛盾,充溢着激烈竞争和利益争夺的整体世界体系以及国内市场经济的建立与发展对国际私法的特性、作用和宗旨所产生的影响,同时对我国国际私法的现存立法完善和发展问题进行探讨。

我国现阶段进行的经济体制改革,肯定市场经济体制的发展,是以承认社会主义社会中利益主体的多样性为前提的,即承认集体利益、局部利益、个人利益都是客观存在的合理利益。这说明我国已意识到利益这一命题的重要意义和利益机制的重要作用。在市场经济条件下,经济主体的行为动机就是利益追求,营利性(趋利性或利益效应)是市场行为的典型特征,竞争性、平等性、自主性等其它特征都是由这一主要特征派生出来的。当今世界经济、法律等国际化运动无一不是各国利益机制运行下的结果,尤其是在当今世界各民族、各国家之壁垒逐渐被打破,转而相互依存与关联,但又相互矛盾与冲突,充溢着激烈竞争和利益争夺,势力均衡策略越来越为国际社会广泛重视和采用的局势下更是如此,例如:当前美国为维护自身的利益,已逐渐由过去按照关贸总协定原则的多边协定转向对等的双边协定,把注意力从全球转向与自己利益相关联的北美洲地区,以图通过建立北美贸易集团来提高美国趋于下降的经济地位。日本也在亚太地区寻求贸易圈以期得到区域保护与美国抗衡,实现均衡势力的目的,其结果便是当今我们面临的美、日、欧三足鼎立的国际经济环境。国际私法,作为调整各项国际民事法律关系之法,涉及许多独立的、平行的主权国家,涉及许多平行的互不相同的法律制度,因其各民族、国家的社会、政治制度、法律传统、经济发展水平、民族传统、法律习惯、法律的阶级属性不同而发生种种冲突,在法律冲突的背后始终存在着各国对本国利益的追求。作为调整各项国际民事法律关系之法的国际私法当然也就不可能不被深深地打上利益本位的烙印,其体现不难从以下几个方面看出:

(一)现代国际冲突法本身就包含着利益的排他性和冲突性。各国的冲突法首先是基于相互的司法合作关系而进行协商所产生的以法律选择规则为核心内容的结果。不同法域间的协商都有自己的利益出发点,协商在本质上是对不同法域间的有关利益关系的协调,作为协商产物的冲突法实际上是对不同法域协商当时既有利益关系的确认。随着不同法域之间各种社会往来活动的广泛和深入开展,不同法域之间的利益关系也随之发生冲突或互动,当发展到一定程度时就必须提出重新确认相互已经变化了的利益关系的客观要求,其结果当然是通过新的协商修改原有的冲突法。因而,利益问题在冲突法中是永恒的主题。

(二)从现代冲突法的发展趋势看,基于不同法域间司法合作关系的基本利益和立意要求,各国纷纷改变排斥和限制域外法的适用制度以期获得本国法在外国的适用。同时,对冲突法的灵活性要求也远远超过对其传统的确定性要求。如在合同领域,“当事人意思自治”和“最密切联系”方法正逐步取代传统的冲突规则,并在许多场合中,传统的双边冲突规则和单边冲突规则正在演变为选择性冲突规则和重叠性冲突规则。现代冲突法发展的另一趋势是扩大法院地法的适用和扩大与延伸本国法的适用。这种倾向不仅适应了冲突法实践对灵活性的要求,而且保持了对扩大适用法院地法和国内法的主观追求,以期获得本国利益的最大化实现。此外,追求具体案件的公正解决也是现代冲突法发展的显著趋势。因为不同法域对“公正”的释义不尽一致,任何法院都会坚持自己对案件的解决是公正的。这样,对具体案件的公正解决实际上就是法院审理冲突法案件时,既不需要同其他法域对案件的判决保持一致,也不需要同本法域其他法院对同类案件的判决保持一致,不论在传统上是成文法的法域还是判例法的各个法域,它只需要给予审理案件的法院以尽可能大的司法自由裁量权。在司法实践中“意思自治”最富弹性,是一些国家进行垄断意思统治的一种方式,为司法裁量开辟了更广阔的余地。在英格兰的实践中,与其说法院把契约自治原则当作法律技术方法用来确定具体当事人的真正思想,不如说它借助于探求“有理智的人们的假定意思”而把这个原则用来确定某种“客观原理”,以实现扩大其裁量的自由权,也是为实现其扩大管辖权和扩大“普遍法”的适用范围,试图迫使他国接受“普遍法”的统治利益的体现。英国法学家切希和诺斯就曾提出:“英国法院无疑希望他们按照裁量管辖权所作的判决将得到普遍的承认,然而他们并不总是准备承认外国在类似的情况下所作的判决。”这恐怕是他们只顾本国利益的最明确不过的说明了。

(三)当代国际私法统一化加强的趋势也是各国自身利益驱使的结果。各国为了求得其经济的进一步发展,创造更有利于本国经济发展的国际法律环境,提高本国的国际竞争能力、实力和地位并占有更多更大的国际市场利益,都竞相加强本国的经济国际化进程和相应的国际私法统一化进程。所以,世界各区域经济共同体或联盟大都致力于法制趋同化,消除妨碍本经济共同体或联盟间经济往来合作中法律的歧异障碍,求得各区域自身利益的充分满足。

(四)被世界各国普遍采用的公共秩序保留原则更是以本国根本利益为首要基准的集中体现。尽管各国在立法上和司法实践中对此有种种灵活巧妙的解释,诸如:公共秩序,善良风俗、公共政策、道德标准、公共利益、制度基础、根本原则等,但无论怎样解释和采取什么立法方式来规定公共秩序保留制度,各国的理论和实践均以维护本国根本利益为目的并在法律上赋予本国法院灵活处理国际私法案件的权力。正如萨维尼所说:“除内国的道德,内国法之精神及目的为其解释外,一任法官之自由判断,别无其他良策”。另一位学者努斯巴姆也曾说过:“公共秩序是一种片面的自我满足性质的规范,法院将不承认有损他利益的外国法,

尽管他的本国法也同样有可能损害别国的利益”。可见,公共秩序保留是各国维护本国利益最强有力的和最具弹性的法律依据和武器。

(五)在程序法方面,国际私法的利益本位体现在管辖权争夺方面尤为突出。因为国际民事管辖权是在司法领域行使国家主权的表现,是各国通过审判来维护本国利益的体现,对管辖权的确定意味着能基本预见应适用的法律和审判的结果。所以,国际上争夺管辖权的斗争异常复杂激烈。双方当事人各自都希望由对自己有利的国家法院来管辖有关案件。当事人国家法院也为了更好地保护本国当事人的利益,总是希望有关的案件由自己管辖而尽可能最大限度地扩大自己的管辖权。从总体看,世界各国对管辖权的争夺可以说是针锋相对。在这方面,我国的司法实践也有相应的反映,如:我国深圳中级法院在处理涉外经济合同案件时就是以我国为主来确定合同争议案件的管辖权和法律适用问题的。凡是我国法院能管辖的案件,不论当事人是否在我国境内,都要由我国进行实际上的审理。凡是能适用我国法律的案件,不论法事的国籍如何,都必须适用我国法律。总之,要用一切可行手段力争管辖权,以确保维护我国的利益和法律尊严。从述上述看来,国际私法的利益本位性在某种意义上也可说是现代国际私法发展的一种特性。鉴于我国市场经济的建立和发展,迫切地要求我国国际私法立法须具有相应的利益效应分析原则,并以其特定的价值标准观察、研究、区分和协调国际社会各种利益关系,便于随时把握世界各种利益关系间的矛盾与对立、协调与整合,有利于确保我国利益的维护,促进我国市场、经济、法制与国际市场、经济、法制的最佳衔接。所以,我国国际私法立法应着眼于以下三个方面的利益效益分析原则:1.分析和预测法律规则立法的最后效果,即分析每项法律规则是否最终有利于我国利益和我国的经济发展等。2.分析和决定何种法律规定具有现实有效性,即面对当今各国激烈争夺管辖权的现实,我国应采取何种必要而有效的原则等;3.分析和预见未来法律规则的发展,这样可以避免有损于我国利益的滞后立法现象等。总之,我国经济能否腾飞为世界巨龙,在很大程度上取决于我国国际私法的改革、完善和发展。因此,我国国际私法在我国奋争实现其远大目标的航程中,肩负着不容推卸的引航、护航和护航的重任。

二

我国原有的国际私法是建立在计划经济体制下的传统内国法基础之上的,其立法长期与实践和利益效应脱节,已经远不能适应当今国内外形势发展的需要,故而国际私法的改革重构和健全完善工作将是一项颇大的系统工程。

(一)我国国际私法在指导思想方面应尽快突破传统观念和传统思路的樊篱,增加立法利益效应观念,重申“成熟一个制定一个”、“需要什么制定什么”、“急用先立逐步过渡”、“宜粗不宜细”的指导思想,以一切有利于我国利益和我国经济发展为核心,坚持静态利益效应分析和动态利益效应分析相结合,坚持超前立法,同步立法,滞后立法相结合的指导思想;通盘考虑,能做到一步到位与国际惯例接轨的或立法国际规范化的,就不采取逐步过渡的方式,另外,转变绝对的“宜粗不宜细”或“宜细不宜粗”的立法观念。当前,我国正处于经济体制转型时期,旧的经济体制尚未完全消除,新的经济体制尚未健全,改革开放也不很均衡。为了保护我国利益,适应我国国情的经济发展,在制定一些原则性或弹性法规时,“宜粗不宜细”是具有可行性的。反之,当立法过于原则,使一些本应作出具体规定或可以作出具体规

定的，不仅没有作出具体规定，反而成为回避困难和矛盾的政策立法（有时还会形成既依靠法律又依靠政策的二元体制，在我国经济与世界经济趋向一体化、大量外商参与我国经济的情况下，政策不宜直接作为强制性或规范性的东西起作用），使一些法律形同虚设，缺乏应有的规范性、可操作性和权威性，造成立法空白，无法可依或法律适用困难，甚至形成欲简愈繁的结果，导致不必要的庞杂、重复和矛盾，直接影响了法律的立法效应和国家利益的维护，这时应采取“宜细不宜粗”的立法指导思想。总之，我国立法机构和人员应树立国际大市场观念，综合分析研究各种利益效应，进行废改取舍，重构和完善我国国际私法。

（二）我国国际私法在原则和制度方面，应加强基本理论和基本制度的研究。随着市场经济规模的不断向深度和广度发展，也迫切要求对我国国际私法进行广泛深入的理论研究；建构和完善计划经济所不具有的立法原则和立法制度。在此方面，除保留原有的主权原则、国际条约优先原则、尊重国际惯例原则、平等互利原则、保护弱方当事人和受害者当事人及其责任方面当事人正当权益原则外，还应制定对等原则、利益效应分析原则和一些有关新型涌现出的法律关系方面的制度，如：破产法律制度，证券法律制度，公司法律制度，物权法律制度等。对等原则是针对国际竞争中遇到显失公平或超越相互性的彼此平等获利条件时的对策立法原则，即前瞻性立法原则，如当前有些国家进行过分长臂管辖或采用超越最低限度的弹性法规而有损我国的法律尊严，或不利于我国法律的正当适用，或对适用我国法律的适用显失公平时，就应采取这种相应的立法原则。对等原则同利益效应分析原则一样，都是不可缺少的立法原则。另外，当今的国际经济形势是新旧秩序并存，其局面杂乱纷争。由于促进和维护国际新秩序的进程也是我国国际私法的义务之一，所以，我们还应将促进和维护国际经济新秩序原则纳入我国国际私法立法的基本原则之中。

（三）我国国际私法的立法体系也应随着国际形势的变化不断改革，优化自己的国际私法制度和体系，构建适宜我国参与国际竞争和经济发展的竞争性立法体系，即建构一种既可攻又可守的弹性与原则性相结合的灵活体系，确保我国在国际大市场中自由、平等、有效的竞争活力。例如：在法渊方面，我国国际私法可以将重要的带有特征性和权威性的判例纳入其内，这一法渊的弹性特征有助于我国在司法实践中灵活掌握和处理涉外案件，也有助于我国灵活协调国际上各种利益冲突关系。目前，我国仅靠成文法已远不能满足国际私法实践的需要。现在世界上许多国家（包括欧洲成文法国家）的判例在国际私法中都发挥着不可忽视的渊源作用，诸如除以判例为著称的英国、美国外，还有法国、日本等国。此外，随着新型国际民事关系的大量涌现和迅猛发展，以及世界各国国际私法相互影响、交融、渗透和趋同化发展，我国国际私法系统应不失时机、尽快改变法典立法的缺位状态，制订一部具有科学性、系统性而又严谨、灵活、高起点、高标准体系结构的国际私法法典，以适应现代世界各国国际私法立法模式的专门化、法典化趋势，彻底解决我国国际私法立法体系现存的严重“缺”“散”“乱”问题。此外，我国国际私法立法技术也需改进提高，其主要缺陷表现在条文的结构和表述方面：1. 条文的结构分布不科学、不合理，如：在国际私法各种层次法律共约170—180条规定中，其司法解释占据了一半左右，而诉讼和仲裁程序的规定几乎占了2/3；2. 条文表述模糊、不规范，如：我国《涉外经济合同法》规定，“订立合同必须遵守中华人民共和国法律”（第4条），“违反中华人民共和国的合同无效”（第9条）。那么，这一规定中的“中华人民共和国法律”，对外商来说是不清楚其中包不包括适用于国内企业的那些法律和法规的。如果回答是肯定的，那么，外商恐怕难以遵从，如果回答是否定的，那就否认了我国法

律的效力。所以,作为立法文件,其条文表述必须简洁、清晰、准确。既要反映立法本意,又要符合法学基本原理,还要符合语言和逻辑规范。总之,我国急需制订一部具有一定立法技术的融系统性、完备性、科学性和灵活性为一有机立法体系的国际私法典。

(四)我国国际私法立法内容也面临着改革、完善和国际标准化(或国际规范化)问题。我国国际私法现存以下几个方面的问题:1. 立法内容粗糙单薄,例如,在对人的能力法律适用问题上只规定了定居国外的中华人民共和国公民的行为能力的法律适用,而对因出国留学,探亲而暂时逗留国外的中国公民的行为能力的法律适用未加规定。关于自然人的权利,法人的权利能力和行为等也缺乏其法律适用问题的规定。另外,在物权和继承方面的法律适用问题上,我国《民法通则》第144条也只规定:“不动产所有权,适用不动产所在地法。”而对动产所有权的法律适用未加规定。《民法通过》第149条仅规定了遗产的法定继承的法律适用,而始终未对遗嘱继承,无人继承等的法律适用加以规定等等,类似这样挂一漏万,单薄的立法缺陷还有许多,急需尽快改革充实;2. 立法内容矛盾模糊,如:我国《涉外经济合同法》第40、41条规定:“对该法施行前订立涉外经济合同,仍按原合同执行”,但“经当事人协商同意可以适用本法”。而最高人民法院的《解答》第3条又规定:“当事人协议选用的或者人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律,只指现行的实体法”。这里,究竟何者为最密切联系原则的确立标准模糊不清,另外,关于“国际惯例”在《民法通则》和《涉外经济合同法》中的规定也是立法内容模糊不清且矛盾的表现;3. 立法内容交叉重复,如:在地域管辖方面,新《民事诉讼法》第24—33条的规定,与其第四编关于涉外民事诉讼程序特别规定中的第243条和第244条间存在着严重的交叉重复现象。在继承问题的法律适用方面,《民法通则》第149条和《继承法》第36条中的有关规定间(如对继承的种类,住所地的确定和适用范围方面的规定)也存在着明显的交叉重复现象;4. 立法内容缺陷滞后,这也是我国国际私法立法现存缺陷较突出的问题,许多法律、法规亟待研究制订和完善,如:关于客籍权问题、区际私法问题、外国判决的承认和执行问题、识别问题、先决问题、反致和转致问题、外国法查明问题、不当得利问题、无因管理问题、技术转让问题、贸易转让问题、信息转让问题、国籍问题、住所居所问题、他物权问题、代理问题等方面的法律适用问题。此外,对有关新型涌现出的涉及各个领域方面的法律问题也应予以制定,如:涉外公司法、涉外企业制度法、国际票据法、国际保险法、国际破产法、国际知识产权法、国际证券法、国际期货交易法、国际技术投资法、国际借贷法、国际环境污染损害赔偿法、国际劳动法、国际通讯法、国际产品责任法等等。就产品责任法而言,国外在这方面的法律规定已相当具体详尽,且许多国家都相继修改制定了这方面的法案,而我国在这方面的立法却仍付阙如。20世纪以来,世界上许多国家,如英、美、法、德、日、荷、意、奥等西方国家都相继制定了产品责任法,其中尤以美国为突出,其具有代表性的产品责任法是1979年制定的《统一产品责任法草案》,这一草案基于三个原则:绝对责任原则,过失责任原则和保证(或称担保)原则。美国是在加利福尼亚最高法院审理格林曼诉尤巴电动产品公司案时确立的产品责任法的严格责任原则,之后,许多国家的产品责任法和司法都采纳了这一原则。1985年欧共体通过的《产品责任指令》也吸收了严格责任原则,并要求各成员国在三年内对其产品责任法进行改革,实行严格责任制。英国在1987年制定的《消费者保护法》正式确定了产品责任的严格责任原则。德国是在1968年11月审理“鸡瘟”案件中首次把严格责任原则引入德国产品责任法之中的。法国的1989年根据欧共体《产品责任指令》制定的《产品责任

法》也正式在立法上明确肯定了严格责任原则。奥地利也采纳了严格责任原则。挪威已拿出了产品责任法草案，瑞典、瑞士以及东欧其他国家也正着手起草和修改其产品责任法案。除上述外，在美国的产品责任赔偿诉讼中，我们还会看到很多连美国本土制造商都罕见的问题，如1. 在诉讼中，原告的专家证人非常有力，他们通常是美国本土训练的工程师，是专门以在法庭作证谋生的。他们呈上法庭的报告很容易被陪审员接受；2. 伤亡原告律师在审讯中为打动陪审员的同情心，一般都将伤者描写成一个无辜的美国人，而被告是一个毫无商业道德，只顾金钱利益的劣货进口商；3. 外国制造商在制造过程中力求成本降低，品质简化，且大都没有详细的文件说明；4. 外国制造商没有购买美国制造商的产品责任赔偿保险，一遇到诉讼便由自己支付诉讼赔偿。在美国，产品赔偿损失是由法院陪审员判赔款项数目的，往往动辄十几、几十万，加上律师费用支出，数目相当惊人。例如，在1977年，我国出口到美国的烟花在点放时炸伤了一个小孩的眼睛，其家长依美国产品责任法对我国公司提起诉讼，索赔金额达600万美元，然而，我国立法在这方面的空白不仅对类似的外诉案件无法处理，而且使许多我国受害者原告的合法权益和损害赔偿得不到应有的保护。由此看来，改革和完善我国国际私法的立法内容已迫在眉睫。

三

当今发展中国家经济发展程度和发达国家经济发展程度差距悬殊，国际经济秩序混乱，南北关系矛盾冲突，国际竞争和利益相争日益激烈，加之关贸总协定约束下的世界贸易格局对我们发展中国家亦存在不少困难，此外，全球更多的国家并不那么规规矩矩地按照关贸总协定和现有法律去制定经济政策和贸易政策，尤其是在当前世界自由化和贸易保护主义同时发展的趋势下，各个国家特别是发达国家都打着平等互利的旗号，利用关贸总协定的缝隙，大打“擦边球”，这对中国来说风险更大。所有这些都对我国国际私法的建构、完善和发展提出了严峻的挑战。一个法制不健全、不完善的国家，参与国际竞争是很困难的。国际私法现有两大必然发展趋势：1. 协调和规范国际管辖权争夺问题，弹性扩大本国法适用问题以及外国判决的条件性承认与执行问题；2. 协调与整合国际社会整体利益、他国利益与本国利益关系间的冲突问题。面对于此，我国国际私法将如何完善和发展，如何正视其新的历史使命，将是一个无法回避的大课题。

（责任编辑 车 英）