

论国际私法中法律适用问题的 新发展与我国的实践

林 欣

法律适用问题在国际私法中占有重要地位。它是指一个具有涉外因素的民商事案件应该适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利与义务,从而解决他们之间的争议。现在国际经济和贸易关系越来越发展,各国之间人员来往越来越频繁。在这种情况下,各国之间具有涉外因素的民商事纠纷也日益增多。各国在解决这些纠纷的实践中,发展了国际私法中的法律适用问题。现就侵权行为、合同(契约)和婚姻家庭关系的法律适用的新发展与我国的实践作一论述。

一、侵权行为

对具有涉外因素的侵权行为案件的法律适用问题,从前有两种主张:一种主张适用侵权行为地法,另一种主张适用法院地法。

主张适用侵权行为地法的法学家,如英国的威斯特勒克认为,被告人的侵权行为扰乱了当地国家的社会秩序,因此这个国家的法律是处理这类案件最有权威的法律。^①

主张适用法院地法的法学家,如19世纪德国著名的法学家萨维尼认为,侵权行为的责任与刑事责任有相似之处,而行使刑事管辖权只适用本国的刑法,不适用外国的刑法。因此对侵权行为应该适用法院地法。^②后来,萨维尼的主张遭到一些法学家的反对,他们认为民事侵权行为与刑事犯罪有重大的区别,对民事侵权行为不能机械地采用行使刑事管辖权的法律适用原则。

这样,过去各国对具有涉外因素的侵权行为的法律适用便形成了如下原则:适用侵权行为地法,如果这种法律违反法院地的公共秩序,则适用法院地法。

至于什么是侵权行为地,当侵权行为和损害不在同一个国家或者同一个法域发生时,就有两种不同的理解:一种理解,如德国、奥地利和前苏联等国把侵权行为实施地视为侵权行为地。1978年的奥地利国际私法法规第48条第1款规定:“非合同的损害求偿权,依造成此种损害的行为实施地国家的法律。”另一种理解,如美国把损害发生地视为侵权行为地。美国第一部《冲突法重述》(1934年)第377节关于侵权行为过错地点规定:“过错地点是指行为人需要对其侵权行为负责的最后事件发生地。”该《重述》解释说,最后事件发生的州就是损害发生的

① 戴赛、莫里斯:《法律的冲突》第2卷,1980年,伦敦,英文第10版,第928—929页。

② 麦克洛德:《法律的冲突》,1983年,加拿大·阿尔伯塔,英文版,第528页。

州。^①

据《美国比较法杂志》介绍,其他许多国家,如意大利、法国、西班牙、荷兰、芬兰、波兰和南非等国所说的侵权行为地法,究竟是指侵权行为实施地法还是指损害发生地法则不明确。^②

现在在欧洲有一个发展趋势,那就是把侵权行为实施地和损害发生地都视为侵权行为地。欧洲共同体法院在1976年11月30日的判决中指出,侵权行为的损害事件发生地,或者是损害发生的地点,或者是引起损害事件的地点。^③1983年英国在修订其最高法院规则第11号法令规则一时,明确了侵权行为的含义。旧的规则只规定,关于在管辖区内发生的侵权行为的诉讼,英格兰法院有裁量管辖权。新的规则则规定,有关侵权行为的诉讼(损害发生在管辖区内,或者行为发生在管辖区内),英格兰法院有裁量管辖权。^④这就是说,损害发生地或者侵权行为实施地都是侵权行为地。从发展的趋势来看,把侵权行为实施地和损害发生地都视为侵权行为地的观点将获得普遍承认。

原来美国对具有涉外因素(即州际或国际)的侵权行为案件都适用损害地法,如果这种法律不违反法院地的公共秩序的话。后来,由于汽车和航空运输事业的迅速发展,具有涉外因素的侵权行为案件日益增多。在汽车和航空运输中发生的侵权行为案件,其损害地往往带有偶然性,许多案件与损害地没有直接关系,有些则难以确定损害地。如果法院机械地适用损害地法,而不考虑其他有关的各种因素,就可能作出不一定合理的判决。

从1963年起,美国各州相继放弃了损害地法原则,转而采用最重要关系原则或称利益分析原则。这种改变的转折点是1963年纽约州上诉法院的一个判例(巴勃科克诉杰克逊)。该案的原告人是被告人(车主兼司机)的客人,双方都是纽约州的居民。他们从纽约开车去加拿大度周末,在安大略省,由于被告人的过失,汽车出了事故,使原告人受了重伤。当时安大略省的客人条例规定,如果是免费带载乘客,汽车出了事故,使乘客的人身或财产受到损害,车主或司机免除责任。纽约州的法律则没有这样的规定。如果此案适用损害地法,那末被告人就不需要赔偿损害。但在判决中,纽约州上诉法院没有适用损害地法,而适用了纽约州的法律。法院认为双方当事人都是纽约州的居民;旅行从纽约州开始,又在纽约州结束;汽车是在纽约州登记并保险的;所以纽约州与此案具有最重要的关系。^⑤

最重要关系原则来源于美国法学会提出的第二部《冲突法重述》(1953年提出试行初稿,1971年定稿公布)。第二部《冲突法重述》总结了第一部《冲突法重述》公布以来美国国际私法理论和实践的发展。在法律适用方面,第二部《重述》以最重要关系原则取代了第一部《重述》的以既得权学说为基础的一些原则。在侵权行为的法律适用方面,即以最重要关系原则取代了损害地法原则。第二部《重述》第145节规定:

(1)当事人对侵权行为中的问题的权利与责任,由同此事及当事人关系最重要的州的法律决定。

(2)在确定问题应适用何种法律时,应考虑的联系是:

① 里斯·罗森堡:《法律的冲突:判例与资料》,1978年,纽约,英文第7版,第423页。

② 《美国比较法杂志》,1990年第3期。

③ 《共同市场法律评论》(英文),1983年10月号,第543页。

④ 诺斯·福西特:《切希尔与诺斯国际私法》,1992年,伦敦,英文第12版,第190—203页。

⑤ 马丁:《法律的冲突:判例和资料》,1984年,波士顿,英文第2版,第176—179页。

- (a) 损害发生地;
- (b) 引起损害的行为的发生地;
- (c) 当事人的住所、居所、国籍、公司的地点和各当事人的营业地点;
- (d) 各当事人之间关系集中的地点。

要按与特定问题的相对重要性来估价这些联系。

实践表明,最重要关系原则使美国法院对法律适用具有更大的灵活性。在侵权行为的法律适用方面,以最重要关系原则取代损害地法原则,实际上是以灵活性取代了确定性,这种改变同法律的特性是不符合的。我们知道,法律要求确定性,以便当事人能预见其权利与义务。

为了使侵权行为的法律适用具有一定的确定性,1972年纽约州上诉法院在诺伊迈尔诉屈尔纳一案的判决中规定了以下三项规则:

(1) 当客人——乘客和主人——司机住在同一个州,汽车也在该州登记,主人对客人应负的照顾责任,由该州的法律决定。

(2) 当司机的行为发生在他的住所地州,而该州不认为他要对该行为负责,即使按照受害人的住所地州的侵权行为法认为他要负责,他也不该负责。反之,当客人在他的住所地州受伤,而该州的法律允许赔偿,进入该州的司机,除非有特殊情况,不得以他本州的法律为自己辩护。

(3) 当乘客和司机住在不同的州时,一般适用事故发生地州的法律;如果能证明适用其他的法律能增进实体法的目的而不损害多州制度的顺利运作,或者产生很大的诉讼不确定性,也可以适用其他的法律。^①

1985年纽约州上诉法院在舒尔茨诉美国童子军公司一案的判决中,还把侵权的行为事项的适用法律与损害赔偿事项的适用法律加以区分。^②一般来说,侵权的行为事项适用行为实施地法;损害赔偿则适用另一种法律,比如说适用当事人双方的共同住所地法,如果他们住在同一个州的话。

紧跟纽约州的实践,路易斯安那州于1992年通过了该州的冲突法法典。该法典关于侵权行为适用法律的规定就是纽约州上诉法院上述两个判例的综合。该法典也把侵权的行为事项的适用法律与损害赔偿事项的适用法律加以区分。

关于侵权的行为事项的适用法律,路易斯安那州冲突法法典43条规定:

(1) 适用行为实施地州的法律,如果损害也发生在该州,或者损害发生在另外的州,而该另外州的法律没有规定更高的行为标准。

(2) 适用损害发生地州的法律,如果加害人可预见其损害将在那个州发生的话。

(3) 第2款不适用于行为实施地和加害人的住所地是同一个州,或者加害人同行为实施地州有密切联系,他虽然不住在行为实施地州。

关于损害赔偿事项的适用法律,路易斯安那州冲突法法典第44条规定:

(1) 当损害发生时,被损害人和加害人住在同一个州,适用该共同住所地州的法律。

(2) 当损害发生时,被损害人和加害人住在不同的州:

(a) 行为和损害发生在同一个州,适用该州的法律;

(b) 行为和损害发生在不同的州,也适用损害发生地州的法律,如果被损害人的住所

^① [美]《东北地区判例法报告》第2编第286卷,第457—458页。

^② 同上,第480卷,第679页。

在那个州,同时该州的法律比行为实施地州的法律为被受害人规定了更高的财务保护。

关于侵权行为的法律适用问题,在美国除了纽约州和路易斯安那州采用较具确定性的规则以外,其他各州可分两种情况:一种是加利福尼亚州,它从1978年开始采用“比较损害法”(comparative impairment approach)来决定侵权行为的适用法律。采用比较损害法确定的适用法律,实际上类似于纽约州上诉法院的诺伊迈尔案的规则。另一种是其他州仍然采用第二部《冲突法重述》中规定的最重要关系原则,但在实践中,绝大多数判例也采用了纽约州的诺伊迈尔案的规则,尽管许多判例解释的理由仍然采用最重要关系的说法。美国伊利诺斯大学教授彼得·海研究了这些州仍然采用最重要关系原则的16个判例以后,他发现除了一个判例以外,其余15个判例都采用了纽约州的诺伊迈尔案的规则。^①由此可见,在美国,关于侵权行为法律适用问题的新趋势是从灵活性向确定性方向发展。

美国采用的具有灵活性、但是缺乏确定性的关于侵权行为的法律适用原则——最重要关系原则,对欧洲大陆民法法系国家的影响很小。这些欧洲国家仍然采用原有的较具确定性的规则。欧洲大陆国家在这方面的新发展是,1987年通过的瑞士国际私法法规允许当事人双方同意法院地法为侵权行为的准据法。该法规第132条规定:“当事人双方可于损害事件发生后的任何时候,同意适用法院地法。”否则,适用加害人和受害人的共同惯常居所地法,如果他们在同一个国家有惯常居所的话。如果他们的惯常居所不在同一个国家,则适用侵权行为发生地法。如果结果在另一个国家发生,并且加害人能预见损害将在该国发生,则适用该国的法律(第133条)。

我国关于涉外侵权行为适用法律的规定也采用较具确定性的规则。我国《民法通则》第146条规定:“侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。”关于侵权行为地法律的确定,我国最高人民法院1988年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第187条规定:“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用。”我国的这些规定符合国际私法法律适用问题新发展的潮流。

二、合同(契约)

美国的最重要关系原则在侵权行为的法律适用方面对欧洲大陆国家的影响不大,然而这个原则在合同(契约)的法律适用方面则对欧洲大陆国家产生很大的影响。

涉外合同应适用的法律,一般为当事人所选择的法律。如果当事人没有选择适用的法律,或者他们所选择的法律没有被有关的国家所认可,过去各国的做法差别较大。有些国家根据自己的法律确定应适用的法律。有些国家则根据与合同有关的情况,如合同使用的文字,合同订立地、履行地,当事人的住所地、国籍,约定支付的货币所属国等等,选择其中某一因素,推定适用的法律。这种推定,法官的主观因素很大,推定的结果有时与合同的客观情况相去甚远,颇不合理。

对此,美国第二部《冲突法重述》(第188节)采用最重要关系原则加以解决。它规定:如果当事人没有有效地选择所适用的法律,那末当事人对合同中问题的权利与义务,由同此交易和

^① [美]《国际律师》杂志,1993年第2期。

当事人具有最重要关系的州的法律决定。在确定问题应适用的法律时,应考虑的联系包括:

- (1) 合同订立地;
- (2) 合同谈判地;
- (3) 合同履行地;
- (4) 合同标的物所在地;以及
- (5) 当事人的住所、居所、国籍、公司所在地和当事人的营业地。

要按与特定问题的相对重要性来估价这些联系。

该《重述》还规定,除了关于土地权益的合同以外,如果合同的谈判地和履行地是在同一个州,那末合同的适用法律为该州的法律。

美国关于涉外合同的最重要关系原则被许多欧洲大陆国家所采纳,只是名称有所不同,欧洲共同体和德国、瑞士等国叫做“最密切联系”原则,奥地利则称为“最强联系”原则。

最重要关系原则有一个特点,那就是灵活性有余,确定性不足。这个特点不符合法律的要求。为了弥补这个缺点,欧洲国家采用了根据当事人承担履行具有特性的义务,确定各种合同应适用的法律。这些欧洲国家的法律把它称为特性履行(characteristic performance)。

根据特性履行来确定涉外合同的准据法,这是受到德国著名法学家萨维尼的观点的影响。他于1849年出版了《现代罗马法制度》一书,该书第8卷是论述国际私法的。他在这一卷中提出合同的履行是当事人的希望所在,认为合同履行地比缔结地(订立地)与当事人的利益有更密切的关系,所以主张合同履行地法优先主义。萨维尼的观点在德国、奥地利和瑞士等国有很大的影响。

欧洲共同体于1980年6月19日在罗马签订的《关于合同义务的法律适用公约》就是以特性履行来补充最密切联系原则,从而使涉外合同的准据法较具确定性。该公约规定,合同应适用当事人选择的法律(第3条第1款)。如果当事人没有选择适用的法律,那末合同应适用与其具有最密切联系的国家的法律(第4条第1款)。

对于什么是与合同具有最密切联系的国家的法律,该公约第4条就不同种类合同作了明确的规定。

该条第2款规定,除本条第5款另有规定外,应推定,在合同订立时,承担履行该合同具有特性的义务的当事人一方有其惯常居所的国家,或如为法人团体或非法人团体,则有其中央管理机构的国家,为与合同有最密切联系的国家的法律。然而,如合同系在当事人进行与其职业或专业有关的活动过程中订立的,则与之有最密切联系的国家的法律应为主营业所所在的国家,或如根据合同的条款,合同的履行地是主营业所所在地以外的其他营业所所在地,则应为其其他营业所所在的国家。

该条第3款规定,如果合同的标的物是有关不动产的权利,或者是使用不动产的权利,应推定与合同有最密切联系的国家的法律为不动产所在地国家的法律,本条第2款的规定,不适用之。

该条第4款规定,货运合同不适用本条第2款进行推定。在此种合同中,如在合同订立时,承运人的主营业所所在国,也是装货地或卸货地所在国,或者也是托运人的主营业所所在国,应推定这个国家为与合同有最密切联系的国家的法律。

该条第5款规定,如果特性履行不能确定,则第2款不得适用;如果从总的情况来看,合同与另一个国家具有更密切的联系,则上述第2、第3和第4款的规定均不适用。

1978年的奥地利国际私法法规,1986年的德国民法施行法(国际私法法规是它的一个组

成部分)和1987年的瑞士国际私法法规关于当事人没有选择适用法律的涉外合同准据法的规定,都是以特性履行来补充最密切联系原则,从而使涉外合同的准据法较具确定性。

从以上的分析可以看出,关于涉外合同的法律适用问题的新趋势,也是由灵活性向确定性方向发展。

我国《民法通则》和《涉外经济合同法》规定,涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外;涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系国家的法律(《民法通则》第145条,《涉外经济合同法》第5条)。

至于什么法律是与合同有最密切联系国家的法律,我国立法未作任何规定。这比美国第二部《冲突法重述》中的规定更缺乏确定性。这样的规定实在使人无所适从。为了弥补这个缺点,我国最高人民法院于1987年发布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》。该《解答》第二节(关于处理涉外经济合同争议的法律适用问题)第6条规定,如果当事人未选择合同所适用的法律时,对于下列涉外经济合同,人民法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律,在通常情况下是:

(1)国际货物买卖合同,适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的,或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的,或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的,则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。

(2)银行贷款或者担保合同,适用贷款银行或者担保银行所在地的法律。

(3)保险合同,适用保险人营业所所在地的法律。

(4)加工承揽合同,适用加工承揽人营业所所在地的法律。

(5)技术转让合同,适用受让人营业所所在地的法律。

(6)工程承包合同,适用工程所在地的法律。

(7)科技咨询或者设计合同,适用委托人营业所所在地的法律。

(8)劳务合同,适用劳务实施地的法律。

(9)成套设备供应合同,适用设备安装运转地的法律。

(10)代理合同,适用代理人营业所所在地的法律。

(11)关于不动产租赁、买卖或者抵押的合同,适用不动产所在地的法律。

(12)动产租赁合同,适用出租人营业所所在地的法律。

(13)仓储保管合同,适用仓储保管人营业所所在地的法律。

但是,合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的关系,人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。

该《解答》还规定,当事人有一个以上的营业所的,应以与合同有最密切关系的营业所为准。当事人没有营业所的,以其住所或者居所为准。

将来在修订我国有关国际私法问题的立法时,应该将最高人民法院的《解答》和实践经验加以总结,在立法中明确规定具有最密切联系国家的法律的具体内容。

三、婚姻家庭关系

家庭是社会的基础。婚姻是维系和组成家庭的纽带。由于人类文明的提高,社会的进步和国际交往的频繁,婚姻家庭状况也随之发生变化。这种变化必然要反映到国际私法的领域中

来,并促进婚姻家庭关系法律适用问题的发展。这种新发展主要表现在以下几个方面:

(一) 男女平等的原则被引进冲突法的领域

社会主义国家的法律一向规定男女平等的原则。我国《婚姻法》规定:我国“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”(第2条);“夫妻在家庭中地位平等”(第9条);“夫妻双方都有各用自己姓名的权利”(第10条);“子女可以随父姓,也可以随母性”(第16条)。

但是,许多资本主义国家的法律长期存在重男轻女的规定,特别是在冲突法的领域中。现在这些国家也逐步地把男女平等的原则引进冲突法。德国和日本就是突出的例子。

根据德国旧《民法施行法》(1896年批准,1900年生效)的规定,夫妻关系适用夫之本国法,如夫妻财产制,依夫之本国法(第15条);离婚,依起诉时夫之本国法(第17条)。德国新《民法施行法》(1986年生效)则规定:婚姻的一般效力适用配偶双方国籍所属国法律,或者配偶双方共同惯常居所所在国法律(第14条);夫妻关系适用支配婚姻一般效力的法律(第15条);离婚,适用离婚请求提出时,支配婚姻一般效力的法律(第17条)。

日本旧《法例》(1898年公布,同年施行)在第二次世界大战以后虽然经过两次修改,但是男女不平等的原则始终没有改变。旧《法例》规定:婚姻的效力,依丈夫本国法(第14条);夫妻财产制,依结婚当时丈夫本国法(第15条);离婚,依其原因事实发生时丈夫本国法(第16条)。日本新《法例》(1990年1月1日生效)对婚姻的效力、夫妻财产制和离婚,则根据男女平等的原则采用三步法:第一步,适用配偶双方的共同国籍所属国法律;如果他们没有共同的国籍所属国,则第二步,适用配偶双方的共同惯常居所所在国法律;如果他们没有共同的惯常居所,则第三步,适用与夫妻双方有最密切联系地的法律(第14、15、16条)。

(二) 注意保护儿童的合法利益

保护儿童的合法利益已成为国际私法发展的又一个新趋势。德国新《民法施行法》增加了保护儿童合法利益的条款,该法关于婚生子女的第19条中规定:如果子女的最大利益受到损害时,应根据子女惯常居所所在国法律采取保护措施(第19条第3款)。但是该法对非婚生子女则没有这样的规定。

对非婚生子女的问题,社会主义国家的法律远比资本主义国家的先进。我国《婚姻法》明确规定:“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不准加以危害和歧视”。(第19条)不过德国新《民法施行法》对非婚生子女准正的条件比旧《民法施行法》有所放宽。它规定:通过后来结婚准正非婚生子女,适用支配婚姻一般效力的法律;如果配偶国籍不同,但根据其中一国法律该子女可得准正,则他便获准正(第21条第1款)。

日本新《法例》对儿童是否婚生比旧《法例》也放宽了要求。旧《法例》规定:儿童是否婚生,依其出生时母之丈夫本国法,如母之丈夫在儿童出生前死亡,依其丈夫最后所属国法(第17条)。新《法例》则规定:儿童是否婚生,适用父或母之国籍所属国法;在儿童出生时,父或母之国籍所属国中有一国之法律承认该儿童为婚生,则该儿童为婚生(第17条)。

关于父母与子女之间的关系,日本旧《法例》规定,依父之本国法;如无父时,依母之本国法(第20条)。新《法例》则考虑到适用子女方面的法律。它规定:父母与子女之间的关系,适用父母与子女的共同国籍所属国法律;如果他们没有共同的国籍所属国,则适用父母与子女的共同惯常居所所在国法律;如果他们没有共同的惯常居所,则适用与他们有密切联系地的法律(第21条)。这个规定也包含有保护儿童合法利益的意思。

(三) 防止跛行婚姻的新措施

涉外婚姻成立及其效力的最古老的准据法是婚姻举行地法,亦称婚姻缔结地法。那时候,对涉外婚姻成立的要件不分实质要件与形式要件,认为在举行地有效的婚姻到处有效,在举行地无效的婚姻到处无效。这种制度的优点是简便易行。它的缺点是当事人容易规避其本国法或住所地法的禁止性规定,到那些没有这些禁止性规定的国家去结婚。

为了克服这个缺点,后来一些欧洲大陆民法法系国家就把涉外婚姻成立的要件分为实质要件与形式要件,规定实质要件适用当事人的本国法,形式要件适用婚姻举行地法。实质要件一般是指男女双方的结婚能力,即是否达到法定的结婚年龄;双方当事人之间的关系是否属于禁止结婚的范围;双方当事人是否患有禁止结婚的疾病等等。形式要件一般是指当事人双方到婚姻登记机关进行登记并领取结婚证书,或者需要有正式的仪式,需要有适当的人主持结婚仪式等等。

英国原来对涉外婚姻的成立要件也不分实质要件与形式要件,一律适用婚姻举行地法;从1858年开始,它才作了区分,前者适用当事人的住所地法,后者适用婚姻举行地法。

这种制度的优点是使当事人无法规避其本国法或住所地法的禁止性规定。但是它也有缺点。由于各国对实质要件与形式要件有不同的识别,有些问题在一个国家被认为是实质要件,而在另一个国家则被认为是形式要件。例如关于未成年人结婚的问题,英国的婚姻法规定,未成年人结婚,须征得其父母的同意。法国民法典第148条规定,未成年人非经其父母同意,不得结婚。看起来英、法两国法律对这个问题的规定是一致的。但是按照各自的法律进行识别,其结果则相差甚远。按照英国法识别,这是婚姻形式问题,适用婚姻举行地法。按照法国法识别,这是婚姻实质要件问题,适用当事人的本国法。同时各国对住所的定义及住所的设立与变更又有不同的规定。这样,这种制度就容易产生跛行的婚姻,即在一个国家有效而在另一个国家无效的婚姻。由于跛行婚姻的存在,就可能出现一个人可以同在不同国家的两个以上的配偶维持着所谓的“一夫一妻”制婚姻的奇怪现象。^①

美国和许多拉丁美洲国家,在解决涉外婚姻成立要件及其效力的法律冲突时,仍然采用婚姻缔结地法制度,因为这些国家都有大量的外国移民,采用婚姻缔结地法,能为外来移民提供方便,从而吸收他们前来这些国家参加开发和建设。

为了防止当事人规避其住所地法的禁止性规定,美国于1912年颁布了《统一防止婚姻规避法》(只有一小部份州采用它作为法律)和其他各州的一些法律规定,如果男女双方的住所都在其他州,而根据住所地法,他们的婚姻是无效的或者是可以撤销的,那末他们就不能在这个州缔结婚姻,即使缔结了也是无效的。

美国第二部《冲突法重述》第283节(婚姻的效力)总结了美国全面的实践经验。该节规定,婚姻符合缔结地州的要件,在任何地方都被认为有效,除非它违反了另一个州的强硬的公共政策,而这个州同夫妻双方和该婚姻具有最重要的关系。在这里,婚姻成立的要件,没有区分实质要件和形式要件,一律适用婚姻缔结地法。至于具有最重要关系的州,据美国法学家里斯等解释,是指结婚时夫妻双方中有一方的住所在那个州,并且结婚后双方立即到那个州去居住。^②

阿根廷、哥伦比亚、玻利维亚、秘鲁、乌拉圭和巴拉圭六国于1940年3月19日在蒙得维的亚签订了《关于国际民法的条约》。该条约对涉外婚姻的规定,一方面采用婚姻缔结地法制度,

①② 沃尔夫:《国际私法》,1988年,法律出版社中文版,第495—496页。

③ [美]《冲突法重述》(第二部)第2卷,1971年,美国·圣保罗,英文版,第238页。

另一方面又注意克服其缺点。该条约第 13 条规定：自然人的结婚能力、结婚方式、结婚的事实及其有效性，依行为实施地法；但是有下列任何情况之一者，缔约国没有义务承认其婚姻：

- (1) 婚姻当事人一方不足婚龄，男方最低婚龄为 14 岁，女方为 12 岁；
- (2) 直系血亲或姻亲关系，不论是否婚生；
- (3) 婚生或非婚生的兄弟姐妹之间的亲属关系；
- (4) 以与未亡配偶结婚为目的，作为主犯或同谋者，杀死一方当事人的配偶的事实；
- (5) 未经合法解除先前婚姻。

为了防止跛行婚姻的产生，海牙国际私法会议吸取了美国和拉丁美洲国家的实践经验，于 1978 年 3 月 14 日通过了《结婚仪式和承认婚姻有效公约》。该公约对涉外婚姻成立的要件及其效力均适用婚姻举行地法。该公约第 2 条和第 3 条是确定婚姻成立的要件的。第 2 条规定，婚姻的形式要件，依结婚仪式举行地国的法律。第 3 条规定，缔结婚姻必须：

(1) 未来的配偶双方符合婚礼举行地国国内法的实质要件，并且配偶一方具有该国国籍或在该国设有惯常居所；或者

(2) 未来的配偶各自符合婚礼举行地国法律选择规则所规定的国内法的实质要件。

关于婚姻的效力，该公约第 9 条规定，依婚礼举行地国法律缔结的有效婚姻，或者后来依该国法律成为有效的婚姻，各缔约国均应认为有效。

该公约同时也对防止这种婚姻制度的缺点作了明确规定（第 11 条）：缔约国只有在结婚当时依其法律有下列情况之一者，得拒绝承认其婚姻效力：

- (1) 配偶之一方已婚；或者
- (2) 配偶之间是直系血亲或养父母子女，或是嫡亲及因收养而成为兄弟姐妹；或者
- (3) 配偶一方未达结婚的最低年龄，又未获得必要的特许；或者
- (4) 配偶一方在智力上缺乏同意的能力；或者
- (5) 配偶一方并未自愿应允结婚。

但对第 1 款所规定的情况，如果后来由于解除或取消前一婚姻而有效时，不得拒绝承认。

我国对涉外婚姻成立的要件也不分实质要件与形式要件，一律适用婚姻缔结地法。该法同时也是涉外婚姻效力的准据法。我国《民法通则》第 147 条规定：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”这种制度的优点是简单易行，方便婚姻当事人，又可防止跛行婚姻的产生。它也有缺点，例如可能发生重婚，因为现在世界上还有实行一夫多妻制的地方。我国立法对这种制度的缺点则未作任何防止性的规定。这是一个不足之处。另一个不足之处是只规定我国公民和外国人结婚的情况，至于男女双方都是我国公民在外国结婚，以及男女双方都是外国人在我国结婚的情况则未作规定。这也不适应对外开放的需要，因为在对外开放的条件下，这种情况是经常发生的。今后我国的立法应该借鉴国际上的实践经验，对这些不足之处作出规定，以完善我国的国际私法立法。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：林 炎