

■ 国际法

论国际私法总则体系的构建

徐伟功, 杨冠灿

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430074)

[作者简介] 徐伟功(1970-), 男, 江苏镇江人, 中南财经政法大学博士后流动站研究人员, 法学院副教授, 法学博士, 主要从事国际私法研究; 杨冠灿(1981-), 男, 湖北荆州人, 中南财经政法大学国际法硕士生, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 国际私法总则的构建必须采取体系化方法, 这样才能使国际私法的基本原则、价值理念贯穿于国际私法的始终, 从根本上克服国际私法总则规则分散、缺失的弊端, 有助于保证国际私法规范的稳定性。国际私法总则体系的构建标准主要有: 内容标准、价值标准、逻辑标准。我们必须在比较各国国际私法总则立法的基础上构建符合我国实际情况的国际私法总则体系。

[关键词] 国际私法; 总则体系; 构建

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)02-0250-05

建立国际私法总则体系直接关系到国际私法典的构建与完善。可以说, 在整个国际私法典的立法过程中, 总则体系的构建无疑是难度最大。如果将整个国际私法典比喻为一条龙的话, 那么总则体系无疑就是龙的眼睛, 起着统帅和整合整个国际私法规范的作用。目前, 我国对于国际私法总则部分问题的研究无论是在理论上还是在立法实践上都刚刚起步, 对于总则体系的研究则更是处于空白。我国目前正在进行国际私法的立法活动, 因此, 构建我国的国际私法总则体系便具有非常现实的意义。

一、国际私法总则体系化的意义

国际私法总则的构建方法就是要采取体系化的方法, 所谓体系化方法是通过法律的形式逻辑和价值判断将具体的法律规范或者内容组合为一个有机的、内部和谐的整体技术过程。如果法律一旦定型化为某种规范体系, 它能否成功地反映社会需要, 便首先“取决于立法艺术能否使法律达到内部的和谐一致”^[1] (第 260 页)。因此, 法律的生命虽然不在于体系化的构建, 但是没有了体系, 法律的生命将是不堪一击的。正是因为如此, 国际私法在进行法典化的过程中就需要利用这种体系化的方法, 使得调整国际民商事法律关系的规则都能合理地从属于国际私法体系的统摄, 形成一个结构严谨、内在协调的有机整体。国际私法作为一门特殊的部门法, 其内部既有冲突法规范、实体法规范还包括了程序法规范, 各种规范在性质上差异巨大, 所以体系化方法对于国际私法总则具有特别重要的意义。

第一, 总则的体系化是国际私法典的内在要求。法典作为最高形式的成文法, 是追求体系化和严密逻辑性的法典。因此, 作为现代范式法典类型中的重要组成部分的总则部分如果不具有体系化的特征, 国际私法典体系的构建无疑将会受到质疑。综观各国的国际私法典, 总则的产生除了法典化趋势加强这个形式上的因素之外, 关键还在于对于浩如烟海资料进行的整理, 并在此基础上对概念与规范进行

体系化的抽象。正如民法学者所说,“民法典就是以体系性以及由之所决定的逻辑性为重要特征的,体系是民法的生命,缺乏体系性和逻辑性的‘民法典’只能称为‘民事法律汇编’,而不能成为民法典”^[2](第30页)。虽说这句话是描述民法的,但在这里同样可以用于我们对国际私法总则体系化特征的理解。由此可见,探求总则的体系是由于国际私法典的内在属性决定的。

第二,总则的体系化使得国际私法的基本原则、价值理念能贯穿于国际私法的始终。价值追求是法律的使命,应该是贯穿于国际私法规则的始终的。各国的实践告诉我们:立法者往往通过总则中的宗旨和原则将之在一部法典的开端开宗明义的告知。而原则和宗旨作为体现价值追求的精神格调,又是整部法典内容据以展开的依据。因此,总则部分对于原则宗旨的取舍、安排将很大程度上关系到整部法典的价值取向。只有通过运用辩证推理的逻辑方法在总则部分解决好价值理念之间彼此的冲突和矛盾,才能实现整部法典的和谐融洽。

第三,体系化有利于从根本上克服国际私法总则规则的分散、缺失的弊端。我国目前国际私法总则立法实践上存在着比较严重的分散和缺失,造成这种现象的原因主要是以下两点因素:其一是规则本身是不同历史阶段上改革的产物,或是特定目的和政策下所采取的权宜之计;其二是囿于民法体系的框架,国际私法总则性的规定更多的是冲突规范的一般规则,因此国际私法总则规则必然会表现出分散、重叠和内容缺失的特征。国际私法典的体系化恰恰可以在协调管辖权、法律适用、司法协助的基础上通过归纳的方法建立一个从具体到一般的体系结构。通过这种归纳法形成的总则必然能在逻辑上克服总则规范的分散与缺失、不严谨与不周延的弊端,从而形成一套和谐的国际私法总则规范。

第四,总则的体系化有助于保证国际私法规范的稳定性。由于存在国际民商事关系的复杂性、立法者的不完全理性、法典的固有滞后性等因素,使得国际私法典不可能适时的将各类新出现的现象都加以规定。要使国际私法典不因纳入新的具体规范而出现混乱,就必须在国际私法总则中根据调整国际民商事法律关系的根本属性构筑一个框架,惟有通过这种体系化的框架才能使整个国际私法典获得长久的生命力,不因具体规则的变动而动摇整个体系。

二、国际私法总则体系构建的标准

国际私法总则的立法不应仅是一大堆规则、原则、制度的简单堆砌,而应是由这些要素,按照一定的体系标准、主次关系平衡配置、优化组合而成的完整、开放的有机体。这就需要按照形式理性的要求进行科学设计,按科学的标准编排、配置。这些科学的标准具体表现在:首先,要对于国际私法调整范围内的内容要尽可能的覆盖;其次,体系的构建需要满足一定的逻辑体系的统一;最后,对于国际私法中的各种价值取向做一种立法上的协调。此外,总则体系的构建还要结合一定社会立法发展的实际。

第一,内容标准。一般而言,法典的总则部分是指专门设定对整部法典具有统领性和全局意义的基本制度和基本原则的组成部分,具体包括编纂法典的目的、依据、法典的基本原则、法典的效力、法典的适用范围和有关制度性规则等。目前在世界各国的国际私法立法中,依据国际私法法典所涉及的范围不同,国际私法总则主要可以分成三部分:第一部分是适用于整个国际私法分则(冲突规范与程序性规范等)的总的原则和制度。具体包括:国际私法的宗旨和目的、国际私法的适用范围、国际私法的调整对象、外国人的民事法律地位、国际私法的效力范围、国际私法的具体原则、国际私法的时效问题;第二部分则是仅能适用于冲突规则本身的一般制度。具体的规则有很多,主要包括:定性(可以包括对于程序问题的识别)、连结点的确定、反致(转致)、先决问题、准据法的确定和解释、法律规避、公共秩序保留等内容;第三部分则是关于程序问题(管辖权和判决的承认与执行等)的一般制度。

第二,价值标准。体系的存在只能说明国际私法总则在形式上具有优良的品质,而只有价值追求才是国际私法创制的目的与宗旨,只有一个包含了价值追求的国际私法总则体系才能是一个具有生命力的体系。同时,由于具体的国际民商事法律关系是迅速发展的,而法典这种成文立法的模式又不可能完

全摆脱成文立法相对理性的痼疾,因此就难免会导致大量的规范被排除在国际私法法典体系之外,使得国际私法对于国际民商事法律关系的调整出现真空,这是不利的。价值追求则可以引导法官在日后的自由裁量中把握法律适用的尺度,是对于法律规则体系适用的一种延伸。国际私法的价值简单而言就在于通过调整涉外民商事法律关系,达到对秩序、公平、正义、效率、自由等这些对人类有益东西的保护和促进。对于总则而言,立法上一方面要体现上述价值以保证国际私法所关注的诸种价值得以顺利实现,同时也要特别注意对冲突法正义、实体法正义和程序法正义的协调,而国际私法总则中的制度对于上述三种正义的调整是各有侧重的。

第三,逻辑标准。在法典的编纂过程中,体系化的内容一般是根据调整的人类行为或社会关系本身的内在逻辑顺序来布局的。而“事物本身的发展遵循两种模式。第一种是渐进式,即事物自身的发展有一个循序渐进的延伸过程;第二种是同步式,即事物的各个组成部分之间同步或平行发展,没有时间先后和程度深浅之分”^[3](第 327 页)。例如民法总则中的民事主体、客体、法律行为、诉讼时效、期间的规定就是按照同步式的内在逻辑顺序进行划分的;而在诉讼法中通常就是按照立案、起诉、审判的逻辑顺序来进行划分的。这两种逻辑方法没有优劣之分,而是对法律所要调整的关系的本质的揭示,对于国际私法总则进行立法同样需要利用这两种模式,并依据总则内容的性质来决定其立法上的排列顺序。

此外,如果总则体系的构建仅考虑上述内容、价值、逻辑标准,那么这种构建只能说还停留在形式主义理想的层面上。综观各国的立法,立法机关的现实考虑对于各国国际私法总则乃至整个国际私法的构建具有至关重要的作用的。立法机关往往从社会立法资源,各部门法之间相互协调以及现实发展的迫切需要的角度出发,对于国际私法的立法有这样或那样的限制,可能会产生国际私法各部分(冲突规范、程序规范)分别立法的现象。

三、国际私法总则体系构建的模式

目前各国国际私法总则的立法,存在两种不同的立法模式,即分割模式和合并模式。

第一种以《意大利国际私法改革法》为代表,它将统率整个国际私法部分总的制度与统率法律适用部分的总则分割开来,在法典开篇将范围和国际公约作为总则的内容,而对于反致、外国准据法的查明、外国法的解释和运用、公共政策、强制性规定、非统一法律制度、无国籍、难民、多重国籍人问题则作为第三篇准据法之下的总则部分,即另外设立冲突规范的小总则。这种总则立法逻辑清晰、价值取向明确,是一种先进的立法模式;

第二种是以《瑞士联邦国际私法法规》和《中华人民共和国国际私法示范法》为代表,这种总则模式的特点在于它将统率整个国际私法部分的总的制度和统率法律适用、程序规范部分的一般制度不作区分的一并写入总则。例如《瑞士联邦国际私法法规》的第一篇总则就包括适用范围、管辖、法律适用、住所和国籍、外国法院判决的承认与执行。虽说这种合并的总则模式在目前各国的国际私法立法中是占据优势地位的,然而其在价值和逻辑方面是存在着问题的。这种合并模式产生的原因大致如下:(1)在理论上,国际私法学界对国际私法的范围问题历来存在争论,有大、中、小国际私法学说之分,但学界对冲突规范应属于国际私法问题却是少有争论,这也使得国际私法在立法过程中,这往往会使得立法者产生对于统率整个国际私法总的制度与统率法律适用的一般制度的混淆,从而统一的进行规定;(2)在传统上,国际私法的立法是发轫于冲突规范的立法的,这种对与国际私法总则和统率法律适用部分一般制度的混淆自国际私法立法初创之日就有,且影响一直延续;(3)在技术上,反致、识别等制度与一般的冲突规则不同,它们在规则的结构、功能上都与一般的冲突规则存在的较大差异,必须单独出来另行规定,而某些立法者则是出于立法成本的考虑,将其直接归入总则中来。

如果人为地忽视统率整个国际私法的总的制度与统率一般法律适用部分的制度之间的差异,而笼统地将两者不做区分统一归入总则部分是极为不妥的。这不仅会导致逻辑体系的混乱、价值取向的不

协调,同时也反映了国际私法在立法技术上的幼稚。所以,我国未来的国际私法总则的构建应该采取分割的立法模式,不应采用合并模式,其主要理由如下:

首先,逻辑上,在统率整个国际私法总的制度中,主要是体现着同步式的特征,具体的内容(如宗旨和目的、适用范围、调整对象、具体原则等规范)之间并不存在一种时间上和程度上的递进或延伸关系,而是一种平行排列。它们之间的排序更多的是出于对现存其他部门法立法经验的借鉴或是对于传统习惯的一种继承。而统率法律适用部分的一般制度明显的体现出了一种渐进式的趋势,如1999年的《白俄罗斯共和国民法典》中的第七编国际私法中的总则部分体现的就较为明显,其具体顺序为:涉外民事法律关系准据法的确定——法律概念的识别——外国法律规范内容的查明——反致与对第三国法律的转致——规避法律后果——互惠原则——公共秩序——强行规范的适用——多法域国家法律的适用——报复措施。很明显立法者试图通过立法来模拟司法实践中涉外法律关系参与人的思维流程^[4](第33页)。当然这出于各国的实际情况的不同,这种逻辑的渐进式难免会出现一些不同之处,但这种渐进的逻辑方式的方向是正确的。

其次,价值上,统率整个国际私法总的制度与统率法律适用部分的一般制度的价值取向并不是完全一致的。统率整个国际私法总的制度由于其具有高度的抽象性和概括性,且置于法典之首,因此它可以被立法者用来对于涉外民商事关系调整时一般的价值追求的宣示,如秩序、自由、公平、正义等价值;同时,对于诸种价值中处于最为核心地位的正义价值的不同表现形式——冲突法正义与实体法正义之间的矛盾,总则可以通过各种原则在总体上进行很好的协调。而统率法律适用部分的一般制度由于其并非经由分则内容抽象、概括而来,更多的是在法律选择时的一种制度,因此它难以负担宣示立法者价值取向的任务;同时它作为冲突规范的一部分,它的存在必然是为实现冲突法正义而服务,虽说有些制度有时也体现了一种实体法的导向或者有时表现为一种“逃避机制”,但这种实体导向归根到底是存在于冲突规范基础上的,与总则运用原则宣示的方式是不同的。

最后,内容上,统率法律适用部分的一般制度虽属于冲突规范的范围,但有其特殊性。一部完整的国际私法典并不是仅由冲突规范所组成的,它往往还需要包括程序性规范(如管辖权、判决的承认与执行)。因此,立法者不能因为它无法被并入普通的冲突规则且节约立法资源的理由,就将其作为整个总则的一部分,这样是不符合法典体系化的形式理性要求的。

四、一点思考

一部完整的国际私法典是包含冲突规范与程序规范,因此真正作为统率整个国际私法部门法的总则也理应构建在冲突规范与程序规范的基础之上。然而从目前我国立法实践上看,立法者从立法的实际情况及立法资源角度出发认为,尽快的制定尽可能多冲突规范才是当务之急,与此同时,国际私法学者也受到了这种思想的影响开始逐步妥协并赞同在民法典中制定单独一编的做法。因此似乎现在再谈构建国际私法的总则体系是不合时宜的。

实际上,国际私法总则体系的构建并不仅仅只是国际私法学人的一种理想,一种象牙塔里的东西,它对于目前的立法仍然是具有一定的现实意义。理由有如下两点:第一,国际私法原本就是一个包含程序、冲突规范的整体,虽然现阶段先采用部分立法,但制定统一的国际私法典确是一种必然的发展趋势。因此,立法者在制定法律适用法部分时务必要从调整涉外民商事关系的全局出发,对于整个国际私法典的总分体系做总体的考虑,只有这样才能避免各种(程序、冲突)规范间的相互抵触、矛盾,也将为未来制定国际私法典奠定良好的基础;第二,与国内民法调整国内的民事法律关系不同,国际私法是调整国际民商事法律关系独立的部门法,两种法律在价值、逻辑上存在很大的差异,这种差异在总的制度、原则方面体现的尤为明显,因此国际私法需要有自己独立的总则来统一规定。而目前的立法实践是将法律适用法作为民法典分则的一部分,统率整个国际私法总则由于民法典体系的框架限制而无法独立进行规

定,但有些总则的制度对于法律适用部分的影响十分重大是不可缺少的,例如调整范围、公约、惯例等内容,因此折中的做法是将统率整个国际私法总的制度中的某些制度归入法律适用部分的一般制度中来,但这种作法仍然需要按照总则体系构建的标准来进行,但目前的民法草案第九编在这个方面就处理不好,逻辑的顺序、价值的取向上存在较多矛盾的地方。

国际私法总则体系的构建,是一项复杂的工程,它不仅是具体制度的规定不断完善的过程,同时它也是在逻辑、价值等因素共同作用的产物,立法上理想与现实间的矛盾也常常左右它的发展。如何在不断完善国际私法总则内容,满足涉外民商事法律关系发展需要的同时构建适合国际私法总则的体系,是国际私法立法必然要面临的一个问题。因此,立法者与学者们应在注重对于国际私法总则体系下的各项原则、制度、规范的理论探讨的同时,兼顾对于总则体系的探究,才能使得未来的国际私法典的构建兼具形式美与实质美的特质,从而具有保持长久的生命力。

[参 考 文 献]

- [1] 李静冰. 民法的体系与发展[M]. 北京:中国政法大学出版社,1991.
- [2] 王利明. 关于我国民法典体系构建的几个问题[J]. 法学,2003,(1).
- [3] 封丽霞. 法典编纂论[M]. 北京:清华大学出版社,2003.
- [4] 徐伟功. 涉外民事案件中的法官思维流程[J]. 律师世界,2002,(4).

(责任编辑 车 英)

On the Construction of General Principles System of Private International Law

XU Wei-gong, YANG Guan-can

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, Hubei, China)

Biographies: XU Wei-gong (1970-), male, Doctor, Post-doctoral Researcher, Associate professor, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in private international law; YANG Guan-can (1981-), male, Graduate, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in private international law.

Abstract: The construction of general principles of private international law must take systematic method. The systematization of general principles of private international law helps us have a thorough knowledge of basic principles and value notion, and overcomes some shortcomings (such as scarcity and decentralization) of general principle of private international law at all, and makes for ensuring the stability of general principles of private international law. The main standards of constructing the general principle system of private international law are: content standard, value standard and logical standard. Through comparing with others nations, we should construct our general principles system of private international law according to Chinese practice.

Key words: Private International Law; general principles system; construction