

# 运用系统论研究国际私法

## ——兼论国际私法性质、名称

徐 国 建

自然科学的发展告诉人们,重大的科学进步常常在于正确的理论选择和科学方法的运用。社会科学包括国际私法在内也是如此。借鉴现代科学的新成果,运用系统论研究国际私法,可能会使国际私法研究有所突破。本文试图对此作点初步尝试。

### 一、系统论是研究国际私法的科学理论和方法

考察国际私法传统的研究方法,我们不难看出它具有这样的特点,或者更直接地说,是传统研究方法的缺陷。首先,传统方法采取先分析而后综合的方法,强调了部分却忽视了总体。尽管国际私法传统研究方法也采取分析与综合的方法,但是,它常常表现为外部的和机械的结合,往往强调分析,以分析为主。在研究某一问题时,先要把该问题在实际上或在思维中割断联系。把对象分解成各个独立的部分(单元、要素),逐一弄清它们在纯粹状态下的属性和因果关系,概括出一般原理,然后再按对象(问题)的具体条件把它们综合起来,复制出整体特性和具体规律,其公式是分析——综合。比如,对国际私法性质(主要是指国际私法是国内法还是国际法)的研究,传统方法总是把国际私法的各个组成部分(在系统论上称为要素)——国际法规范,国内法规范——从国际私法体系中割裂出来,分析在国际私法体系中是国际法规范占主要部分或起主要作用,还是国内法规范占主要部分或起主要作用,抑或二者数量相等,作用相同,由此,再行综合观察国际私法性质,承认前者,认为国际私法是国内法,为国内法学派;承认中间者,认为国际私法是国际法,为国际法学派;承认后者,认为国际私法既具有国际法性质,也具有国内法性质,为二元论者。仁者见仁,智者见智,意见分歧几个世纪不得统一,这样分析,“这个问题或许根本得不到解决<sup>①</sup>。”其次,把国际私法研究对象从其所处环境中割裂开来。从总体上说,国际私法产生于国际社会,也只有在国际社会这块土壤上才能存在和发展,人为地把它与整个国际社会隔离开来,或者把它局限于一国国内,或只把它放在国际生活中。而忽视其与国内的密切联系,都会使问题得不到正确的解决。总之,传统方法常常陷入形而上学的泥坑,只见树木,不见森林,抓取一点,不及其他,往往对问题得出片面性的结论。

有鉴于此,不少学者试图突破传统方法的束缚,采取能够克服传统研究方法弊病的新理论与方法研究国际私法。因而,近代除了加强对国际私法的比较研究外,产生了跨国法等方法作为一种研究方法,该方法产生较晚,其产生目的“在于打破国际公法学、国际私法学和比较法学间、以及国际法与国内法间互相隔绝的界限,探究国际法秩序的政治的兼及经济的侧面,强调国际法与国内法之间的相互渗透的作用。把个人、法人、国家或国际组组的国际交

易与关系的法律问题作为其研究对象,这种国际交易关系法,即形成调整国际经济的法律规范的总和,包括(一)涉外关系法——国内法(公法与私法),国际私法与两国间条约;(二)国际经济行政法——多国间条约②。”跨国法方法与系统论方法非常相似,可以认为,它是部分地运用系统论方法对国际社会法律规范进行研究的方法。跨国法是研究国际社会国际交易关系(international transactions and relations)的总方法,在一定程度上,也指明了国际私法研究应克服传统方法的缺点,运用新的方法总体地、综合地、联系地、动态地去研究国际私法,这种新理论和方法就是已为科学证明,可以运用于各门科学研究的理论、方法——系统论。

系统论既是科学理论,又是科学方法。系统论认为,客观世界存在无数的系统,既有总系统,又有子系统,还有次子系统。而所谓系统可定义为处于一定的相互关系中并与环境发生关系的各组成部分(要素)的总体(集)。系统有两个主要特征,一是它的整体性,系统由若干部分(元素)构成,并且有其组成部分在孤立状态中所没有的整体特性。要素在组成系统时,要失掉某些原来固有的性质和获得新的性质。系统形成后,会产生出许多从前根本不曾有过的新的性质。二是系统内部各元素之间存在着广泛的相互作用。这种作用表现为,它们既相互联系又相互矛盾,而且处于不断变化和发展的动态之中。由于系统的诸要素之间有密切联系,所以,其中一个要素的改变往往会引起另一些要素甚至整个系统的改变。系统论把科学的研究对象作为一个系统,用系统的观点去认识或改造它。系统方法有三条原则,一是总体性,即把研究的对象作为一个有机的整体、一个复杂的系统,从总体上去认识该系统的性质、作用以及其与环境的关系。把研究对象作为一个有机的整体看待,是系统论的核心。二是综合性即把认识事物的着眼点,从一开始就放在它作为一个集合或综合体的系统性质上。三是动态性,系统论认为,现实的具体系统不是静态的,而是动态的,系统方法不仅要求把研究对象作为一个有机整体来看待,而且还要着眼于系统的运动和发展,在动态中把握系统,从中揭示系统的运动规律。

## 二、国际私法是一个完整的系统

大约在十三世纪初叶,国际私法在当时经济、文化比较发达的意大利产生。经过几个世纪的发展,从宏观的角度来看,它已经发展成为一个体系完备、内容广泛的法律部门。从系统论观点看,它是一个完整的系统。该系统中有若干子系统,以及诸多的组成元素。例如,冲突法系统,实体法系统,而冲突法系统又由国内冲突规范、统一冲突规范组成,实体法系统也由国内实体法规范、统一实体规范构成。

国际私法作为一个完整的系统,与相关法律系统既彼此区别、又紧密联系相互作用。

(一) 国际私法与跨国法。所谓跨国法(Transnational Law),按照美国学者杰塞普(P·Jessup)的解释,是“包括调整跨越国界的行为和事件的所有法律,无论国际公法,还是国际私法都包括在内”,“传统的国际公法、国际私法、关于国家契约的法律以及国际行政法等,均将构成跨国法的各个独立的分支③。”至于跨国法是否是“一个完全独特的法律体系”或“一个独立的法律秩序”,是既不属于国际法体系,也不属于国内法体系的“新的法律秩序”或“第三法律秩序”,学术界意见不一。但是,我们认为,跨国法是调整国际交易关系的所有法律的总称,从系统论意义上讲,是一个调整国际交易关系的法律系统。它与国际私法的关系,是主系统与子系统的关系。跨国法是一个总系统,国际私法是它的一个子系统。

(二) 国际私法与国际公法的关系。国际公法与国际私法都是调整国际交易关系的法规部

门,都自成系统。但是,它们都是跨国法主系统中的组成要素,是跨国法系统中并列的子系统。它们紧密相联,互相作用。例如作为国际私法国际渊源的统一实体法与统一冲突法条约的签订程序,批准、生效、废除以及退出等原则与制度皆适用国际公法中条约法的原则与制度。当代国际私法的发展,统一性规范占了相当比例,从某种意义上说,国际私法中统一性规范的发展、扩大也就使得国际公法范围相对缩小。国际公法主要调整国家间的关系,而国际私法则主要是规定与两个以上国家有重要关系的案件应适用什么法律的一个法律部门,主要调整跨越国界的民事法律关系。但是,某一国际私法案件的解决,常常需要国际私法及国际公法原则、规则双管齐下,因为,公民有国家为其后盾,不同国家间的关系会影响国际关系,国际私法案件会转化为国际公法案件,而且,国家偶尔也作为主体参加跨国民事活动。

(三) 国际私法与国际经济法的关系。“国际经济法是国际社会关于经济关系和经济组织的法律规范的总和,即关于国际经济交往中商品生产、流通、结算、信贷、投资、税收等关系及国际经济组织等法规和制度的总称<sup>④</sup>。”我们认为,国际经济法与国际私法、国际公法一样,是“构成跨国法这一独立法学部门的各个分支<sup>⑤</sup>。”国际私法与国际经济法对于跨国法来说是子系统,而它们二者之间则是并列的系统。那种认为国际私法包括在国际经济法中的所谓“大国际经济法”观点<sup>⑥</sup>,我们实难苟同。

国际私法与国际经济法既区别又联系。联系是比较明显的,它们都是调整跨国关系的法律部门,它们有时互相吸收,有时也需联合起来一起调整具体跨国关系。比如,国际投资法中的“特许协议”制度就涉及国际私法中法律选择、法院选择等规则。二者的主要区别是:(1) 国际经济法的主体主要是国家与法人,而国际私法主体主要为个人法人。(2) 从调整关系上看,国际经济法主要调整跨越国界的经济关系,国际私法则调整跨越国界的民事法律关系,其中包括人身关系,如婚姻、继承关系等。(3) 从调整方法看,国际经济法是直接调整国际经济关系中的权利与义务关系,属于实体法规范。而国际私法则直接和间接调整涉外民事法律关系,其作用主要是协调法律冲突及法律适用问题。

(四) 国际私法与国内民事法律的关系。这里所说的国内民事法律,指国内的涉外民事法律如国内冲突法规范,有关调整涉外民事法律关系的实体规范以及诉讼程序规范。这些规范旨在调整跨越国界的民事法律关系,是国际私法的组成部分。调整涉外民事法律关系的国内实体规范与国内冲突法规范一样,目的是调整涉外民事法律关系,即跨越国界的民事法律关系,而且,它所调整的法律关系的主体通常是外国公民、法人,这种规范一般是关于外国公民、法人在该国享受人身、财产方面的权利,并承担相应义务的规定。从更深一层意义讲,这类规范也是协调跨国民事关系引起法律适用的冲突,换句话说,它是在一个国家范围内协调这种冲突。

总之,国际私法系统是跨国法主系统的子系统,而这子系统又包含有互相交差的若干次子系统,主要有国际法系统,国内法系统,冲突法系统,实体法系统,程序法系统以及构成这些系统的若干元素,如规定外国人法律地位的规范,法律选择规范,国内实体规范,涉外诉讼程序规范。这些系统及元素彼此矛盾,相互作用,既区别又联系,形成国际私法系统的运动和发展变化。

### 三、运用系统论考察国际私法性质

国际私法性质问题的争论,可以说从国际私法产生开始,伴随其发展,直至现在。争论

的内容主要是：国际私法是国内法，还是国际法，或者既是国内法也是国际法；以及，国际私法是私法还是公法，是程序法还是实体法。但鉴于学术界讨论的焦点是，国际私法是国际法性质抑或国内法性质，故本文主要讨论此问题。正如我们前面所述，考察国际私法性质的传统方法，是一一分析国际私法的各个组成元素，包括国际私法调整的法律关系的主体、客体，国际私法中的国际法规范，国内法规范，统一实体规范，诉讼程序规范等等，考察各组成要素在国际私法中所占比例或所起作用；然后，再把它们综合起来，归入国际私法体系，并权衡上述各要素中哪个或哪些在国际私法中份量最大或作用最大，进而以这些份量最多、作用最大的一个或一些规范的性质确定国际私法的性质。一旦无法确定一个或一些规范比重大或作用大，换句话说，即各元素在国际私法中意义相当，则认为国际私法具有所有其组成元素的性质。因此，关于国际私法性质问题，学术界就存在三大学派：第一是“一元论”（monism），这又可分成两派，主张国际私法中国际法性质要素占主要地位，国际私法是国际法性质的是国际法学派；而主张国际私法中国内法因素占主要地位，国际私法是国内法性质的是国内法学派。第二是“二元论”（dualism），认为国际私法中国际法性质的因素与国内法性质的因素地位相当二者缺一不可，由此决定国际私法既具有国际法性质，也具有国内法性质。第三是“多元论”（Pluralism），这一学派比二元论更为直接和坦率，索性认为，国际私法的各个组成部分都决定它的性质。所以，国际私法既是国际法又是国内法，既是公法又是私法，既是程序法又是实体法……。我们认为以这样一种简单的定量分析的方法来分析、考察国际私法这一复杂系统的性质是不科学的，因为它以偏盖全，或只见树木不见森林，犯了形而上学的错误。

运用系统论方法考察国际私法这个复杂系统的性质，可以看出，国际私法既不是国际法也不是国内法，既不是公法也不是私法……，也就是说，不能把国际私法这个系统简单地以其某一组成部分的性质定夺。它是一个由国际法性质元素、国内法性质元素、程序法性质元素、实体法性质元素等构成的一个复杂系统。站在更高角度考察，是一个跨越这些元素之上、当然也是以这些元素为基础的独立的法律部门。借用跨国法理论的术语，国际私法具有跨国法性质。当然这样表述国际私法性质并不十分确切，因为它可能使人误解，认为国际私法性质就是其各组成元素性质的总和。前面提及，系统论方法有几条主要原则，即考察对象时的总体原则、综合性原则和动态性原则。下面我们运用这些原则具体地考察国际私法性质。

（一）根据总体性原则，我们在分析国际私法性质时，一开始就应把眼光放在有机统一、而且是相当复杂的国际私法这个系统上，从其总体上去认识国际私法性质。这样我们首先看到的是国际社会存在着的国际私法这一完整的法律秩序，其目的是调整跨越国界的民事法律关系，协调由于跨国民事法律关系引起的不同国家法律适用上的冲突，实质上也就是协调不同国家利益的冲突；而不是首先看到世界各国存在的国际私法规范，或国际上存在着的国际私法条约，因此，我们得出，国际私法作为一个系统，其性质是它的各个组成部分在孤立状态中所不具有的，而且，国际私法的一些要素在组成国际私法这一系统后，失掉某些原来固有的性质并获得新的性质。譬如，国际私法条约孤立地看是国家间条约，属国际公法性质。然而，在国际私法系统中，它就不再是纯粹国际公法性质了，因为国际公法并不调整私人间的关系。再如，国内冲突法规范单独地看，纯属国内法性质，但纳入国际私法体系后，它则具有跨国法性质。

（二）系统论综合性原则要求我们在考察国际私法性质时，不是象传统研究方法那样，在分析的基础上综合，而从一开始就着眼于作为一个综合体的系统的性质上，在此前提下再分

析各个组成元素。我们在考察国际私法性质时，需要分析其各子系统与元素的性质，它综合了各子系统与元素的性质，“只要我们知道一个系统所包含的所有部分以及它们之间所有的关系，系统的行为就可以从部分的行为中推出来”<sup>⑦</sup>，关于系统的性质也是如此。但是，这种“推”，这种“综合”决不是“二元论”或“多元论”简单的堆砌，而是兼收并蓄后形成新的性质，即跨国法性质。

(三)系统方法的第三条原则是动态性。按照系统论的观点，现实的具体系统不是静态的，而是动态的。系统方法不仅要求把研究对象作为一个有机整体来看待，而且还要着眼于系统的运动和发展，在动态中把握系统。根据这一观点来看国际私法，其跨国法性质在加强，这主要是因为，随着经济、文化、科学技术的发展，国际社会交往日益频繁，国际社会不断通过法律方式协调各国民事法律的冲突，因而，国内的以及国际的国际私法规范都并驾齐驱发展。

对国际私法性质问题的解决在理论和实践上都具有重要意义。在理论上，国际私法性质的确定，可以解决若干相关的理论问题，如确切地定义国际私法，准确地给国际私法取名。在实践上，该问题的解决与否，会影响国际私法自身的发展及其作用的发挥。“一元论”扬一贬他，必然不利于国际私法的全面发展；“二元论”“多元论”面面俱到，抹杀了它的特殊性和整体性，对国际私法以及国际私法学体系的建立是有害的。

#### 四、“跨国法律协调法”是国际私法合适的名称

美国国际私法学家埃仁茨威格(Ehrenzweig)曾指出，国际私法学科十分令人困惑的性质，影响了其名称。事实确实如此，国际私法自产生开始，直至目前，由于对其性质的不同理解，也就给她取了各种不同的名称。如“法则区别法”、“法律的区域界限法”、“外国法的适用”、“私国际法”、“冲突法”、“国际私法”，东德的威曼(wiemann)曾建议用“国际经济法”(internationales wirtschaftsrecht)和“国际民法”(Zwischprivatrecht)来代替国际私法这一名称；东欧另二位学者彼勒特斯基(Pereterski)和克拉洛夫(Krylov)在1959年为国际私法取了一个新名称“国际财产法”(international Law of property)；近几十年跨国法理论产生后有人又给国际私法取名“跨国私法”(Private Transnational Law)。光这众多的名称就使人困惑，可能也因为这个原因，美国前最高法院法官卡多佐(N·Cardozo)称这门学科为“法学中最令人莫名其妙的学科”。

国际私法既存的如此众多的名称中，没有一个是大家满意的，因为它们既没有反映国际私法性质，也没有反映国际私法的目的及特点。尽管“国际私法”最广泛地被接受，这只是由于它完全已成为一种习惯，而且人们所提出的别的名称也并不更确切，实在是事出无奈，在理论上，它首先遭到国内法学派的抨击；其次，它也不能为社会主义国家所承认，因为社会主义国家“不承认任何私法<sup>⑧</sup>。”因而我们认为，既然国际私法所有既存的名词都是不科学的，那么，根据上面对国际私法性质问题的确定，我们冒昧地给她取一新名“跨国法律协调法”(Transnational Harmony of Laws)，这一名称至少比较清楚地表明以下几个问题：

(一)该名称中“跨国”一词，清楚地表明国际私法是跨国法性质的法律部门，它调整的是一种跨国法律关系。

(二)这一名称表明国际私法任务，是在国际社会协调各国法律对某一具体民事法律问题规定不同，而又由涉外因素作为媒介引起的法律冲突。由于国家法律是统治阶级意志的体现，反映了国家的利益，所以“跨国法律协调法”实质上就是协调各国利益的冲突。这种协调

是通过两种方法来实现的。一是间接协调方法或称消极协调方法，既通过冲突规范进行调整的方法；二是直接协调方法，或称积极协调方法，即由实体规范协调的方法。

(三)这一名称表明国际私法特点，是一种协调各国法律间冲突的法律。

以“跨国法律协调法”来命名国际私法，强调了国际私法是一种积极的协调法律冲突的法律，而不只是一种消极的“法律适用法”、“冲突法”，从而有利于各国积极主动地通过国际条约谋求法律的协调统一，从而避免法律适用上的冲突。

总之，国际私法从名称到很多具体问题都存在争论，意见的分歧，严重影响了国际私法以及国际私法学的发展，影响了国际社会法律的协调发展。积极研究，争取消除冲突，实现统一是国际私法工作者的当务之急；然而，传统的研究方法禁锢了我们的思想，束缚了我们的手脚，在老框框中兜圈子决不能使国际私法研究有大的进展。系统论是现代科学为我们提供来研究国际私法的新理论和方法，是“协调”国际私法上意见“冲突”的理论与方法。我们坚信运用这种理论和方法研究国际私法，现在“不同观点，在个别情况下甚至是对立的观点，看来随后会趋于一致，其中一方后来将成为另一方的特殊情况，或者它们被证明是相同的，或者互为补充的⑥。”未来的国际私法将不再是一个意见分歧重重的法律学科，而是一个自身也得到协调的“跨国法律协调法。”

注释：

① A. A. Ehrenzweig, *Conflict in A Nufshell*, 3rd ed. 1974. 9. 13.

②③ 转引自姚梅镇《国际经济法的理论与实践》，第33、23页。

③⑤ Tessup, *Transnacional Law*, 1956, P. P. 2. 3. 15.

④⑥ 姚梅镇“国际经济法是一个独立的法律部门”，《中国国际法年刊》(1983)年 第373，314—315页。

⑦ L. V. Bertalanffy, *General system Theory*, N. Y. 1968, P. 55.

⑧ 《列宁全集》第36卷，第587页。