



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 460

关于国际私法总则的若干思考

黄 进 杜焕芳

在全世界掀起国际私法法典化浪潮的同时,我们可以看到,除了国际私法立法技术的日益精湛、立法体例的日益完善、立法内容的日益丰富之外,各国日益重视和加强对国际私法总则的规范,也是一个明显的特征。特别是进入20世纪90年代以后,各国所颁布的国际私法典,更是注重对国际私法总则的规定和完善。应当说,这与总则在国际私法中的地位和功能是分不开的,也是国际私法立法更加完善的重要标示。本文主要运用历史的、比较的方法,对国际私法总则的含义与意义、演进与模式、内容与功能等作了分析和探讨,在此基础上,对中国国际私法总则的制定提出了若干看法和建议。

一、国际私法总则的含义与意义

(一) 国际私法总则的含义

国际私法“总则”名称的起源,无论是在法律上还是在著作中,都不是很明确。我们所知道的国际私法真正开始于12世纪罗马法的复兴,其发展至今已有近900年历史,但国际私法学者和立法者一直没有像民法学者和立法者对民法总则的关注那样,对国际私法总则投入过多的精力,更多的时间用于讨论和规范适用外国法的根据、如何进行法律选择和确定管辖权等问题上去了。不过,随着国际私法立法法典化浪潮的兴起,特别是进入20世纪90年代以来,各国所颁布的国际私法典,也越来越重视对国际私法总则的规范。国际私法总则是对法律选择和法律适用(甚或管辖权和司法协助)中具有统领性和全局性意义的普遍性的基本原则、基本制度和和其它一般问题所做的规定,是国际私法立法的重要组成部分。大陆法系国家一般称之为总则或一般规定(General Parts, General Provisions),美国的教科书中称之为普遍问题(Pervasive Problems),英国的论著中称之为基本问题(Preliminary Matters, Preliminary Topics)或一般考虑(General Considerations)。

(二) 国际私法总则的意义

在国际私法中设置总则,是人类思维能力进步和立法技术水平提高的产物,也是立法者深思熟虑的结果。总则在国际私法中居于统帅地位,从总体上说它是整部法典一以贯之的灵魂和核心,是对事关法典全局的根本性内容的概括和综合。它由法典分则的实际材料提炼升华而成,源于分则又高于分则。其主要意义在于:第一,总则的内容具有高度的抽象性和概括性,这样就为法官日后的自由裁量和法律解释留下充足的空间,保证整部法典的弹性和灵活度,增强其与时俱进的进化能力和适应能力,实现法典的灵活、简练和安全价值。第二,总则对于整部法典具有整合化一的功能,法典有了总则就有了一个“一以贯之”的精神格调和指导原则,法典的全部内容据此展开也就得以前后贯通、和谐统一,从而成为一个有机联系的整体。第三,总则可以拓展法典的涵盖面,提高其内容的全面性和完整性,弥补法典调整空间在细节上的不足,从而克服立法的不周延和滞后。

二、国际私法总则的演进与模式

(一) 从无到有

一是从无总则性规定到有总则性规定。1756年《巴伐利亚法典》和1794年《普鲁士一般法典》是近代最早的国际私法立法,两部法典都根据法则区别说所主张的一些原则制定了若干法律适用规则,但并没有国际私法的总则性规定。而对后世国际私法的发展产生深远影响的1804年《法国民法典》,虽然国际私法条文不多,但已出现3条国际私法的总则性规定。受《法国民法典》的影响,而后的许多民法典在规范国际私法规范的时候,也已有了总则性的规定,但并不多,主要是有关公共秩序的条款。而作为19世纪国内

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

国际私法立法最高成就代表的1896年《德国民法施行法》和1898年《日本法例》也已有了总则性规定。前者主要规定了公共秩序（第30条），后者不仅规定了公共秩序（第30条），而且还规定了反致（第29条）和习惯法的效力（第2条）。

二是从无总则规定到有总则规定。20世纪以前的国际私法立法基本上是在民法典里加以规定，虽然已有国际私法的总则性规定，但还没有比较集中的专门的国际私法总则规定。总则规定主要是随着国际私法规范从民法典中逐渐分离而逐渐出现的，特别是第二次世界大战以来，世界各国的国际私法立法得到迅速发展，其中一个重要的发展趋势就是，在许多新的国际私法立法中，已有总则和分则之分。如《波兰国际私法》（1966年）、《奥地利联邦国际私法法规》（1978年）、《土耳其国际私法》（1982年），而1986年联邦德国国际私法的立法改革的重要一点就是增加了国际私法的总则规定。美国1971年《冲突法第二次重述》第一章“序言”也规定了美国冲突法的总则。20世纪90年代以后，新近通过的许多国际私法立法几乎都有专门关于国际私法总则的规定。

（二）从分散到集中

一是在民法典里专编专卷专章规定国际私法规范的模式。从早期在民法典里分散规定国际私法的总则性内容，到现在，已经比较集中地规定国际私法的总则内容。如法国，1804年《法国民法典》对国际私法总则性内容的规定比较分散，但在其1967年《法国民法典国际私法法规（第三草案）》第4编中已有了“关于国际私法的法律适用的总则规定”，包括公共秩序、反致、国籍、区际冲突、外国法的查明等内容。又如美国路易斯安那州，该州原来的冲突规范散见于1808年制订的民法典中，但该州于1991年颁布的第923号冲突法法案作为民法典的组成部分，编入民法典新增设的第4编之中，其中第1节即为总则部分。

二是采取单行国际私法法规或国际私法法典的模式。当代大多数国家的国际私法立法已经纷纷放弃了在民法典里分散规定国际私法规范的做法，转而采取单行的国际私法法规或涉外民事关系法律适用法模式，而更多的是采取国际私法法典的模式，有总则与分则之分。如奥地利，1811年《奥地利民法典》对国际私法规范做了分散规定，而1978年率先制定了单行的《奥地利联邦国际私法法规》，其第1章即是对国际私法总则所做的规定。1987年《瑞士联邦国际私法法规》第1章总则部分不仅对法律适用的原则和制度做了规定，而且对管辖权也做了总的规定。

（三）从简陋到逐渐完善

从一国范围来看，韩国在1962年1月15日颁布的《关于涉外民事法律的法令》中，总则性内容只有5条，而2001年4月7日通过的第6464号法令《韩国2001年修正国际私法》中，不仅单独规定了总则，而且条文数也增加到10条。中国1987年颁布的《民法通则》第8章“涉外民事关系的法律适用”中，总则性内容只有2条，而2002年12月23日全国人大常委会一读通过的《民法典》（草案）第9编“涉外民事关系的法律适用法”第1章不仅单独规定了总则，而且条文数大大增加，一般性规定共计16条，内容比较全面。

从国际上来看，早期国际私法的总则性内容无论是在民法典中规定，还是在单行的国际私法法规中规定，其条文数都不多，进入20世纪以来，国际私法的总则内容无论仍然是在民法典中规定，还是在国际私法法规或国际私法典中规定，其条文数量都有了增加。特别是20世纪90年代以来通过的国际私法立法，总则内容几乎都有10条左右。比如，1995年《朝鲜人民民主主义共和国涉外民事关系法》有15条，1996年《列支敦士登国际私法》有11条，1998年《委内瑞拉国际私法》有10条，等等。

（四）从国内到国际

随着国际民商事关系的进一步发展，国际社会迫切需要共同的规则，以解决国际贸易、国际产品、国际交通、国际知识产权保护、国际收养、扶养、婚姻等领域的法律问题。而国际私法统一化运动真正始于19世纪下半叶，在20世纪得到了全面的发展，并取得了有效的成果。但在国际私法总则方面取得进展的，主要是一些统一国际私法的地区性组织。一是1928年拉丁美洲国家制订通过的《布斯塔曼特国际私法典》，共有435条，内容包括“绪论”、“国际民法”、“国际商法”、“国际刑法”和“国际程序法”五个部分，其中“绪论”部分规定了国际私法的“一般规则”，有8条，主要包括外国人的地位，法律规则的分类，国际公共秩序法，法律规则的解释，属人法，国际公共秩序保留等内容。二是1979年美洲国家组织制订通过的《美洲国家间关于国际私法通则的公约》，这是到目前为止唯一一部专门对国际私法总则做出立法的国际公约，共有17条，第1-9条是国际私法总则的实质性条款，主要包括条约优先适用，外国法的执行，上诉，公共秩序，法律规避，既得权，先决问题，法律协调等内容，第10-17条是公约的批准程序和语言等规定。该公约有助于消除或避免美洲国家间处理国际私法总则问题时的分歧，从而促进美洲国家间国际私法的逐渐统一。

三、国际私法总则的内容与功能

（一）内容分类

1. 基本原则

（1）公理性原则。公理性原则是从社会关系的本质中产生出来的、得到广泛承认并被奉为法律的公理。平等互利原则，公平合理地保护中外当事人合法利益原则就是这种公理性原则，它们集中反映了国际私法所调整的国际民商事社会关系的特性，使国际私法的基本原则区别于其它部门法的基本原则。凡有国际民商事活动和国际民商事关系存在的地方，这些原则都是共同的。比如，1979年《匈牙利国际私法新法规》第1条规定：“本法令的目的是为发展和平的国际关系而解决。”

（2）法源性原则。法源性原则是指除了国内国际私法立法本身之外，其它具有法律渊源的国际条

约、国际惯例和其它规定的效力地位及其适用的原则。国际条约是国际私法重要的国际法渊源，在国内国际私法立法中，对国际条约的效力及其适用做出规定的国家也越来越多。例如，1986年《联邦德国国际私法》第3条第2款规定：“国际协定如果已成为直接适用的内国法，则其规定优先于本法。欧洲共同体制定的法规保有其效力。”国际惯例是国际私法的又一国际法渊源，它主要是指通常所说的国际商事惯例。但到目前为止，立法上将国际惯例规定在国际私法立法中的只有朝鲜和中国等少数国家。其他法源主要是一般法律原理、原则。例如，1939年《泰国国际私法》第1条规定：“本法及其他泰国法未规定的法律冲突，依国际私法的一般原理。”

(3) 强制性原则。近年来，越来越多的国家规定某些涉外民事关系必须适用某些特别法、强行法、禁止性规范或标准合同，从而排斥外国法的适用，这是国家加强对社会经济生活干预在国际私法法律适用领域中的一个突出表现。最早引入这一强制性原则的是1987年《瑞士联邦国际私法法规》。进入20世纪90年代以来，许多国家的国际私法总则规定了这一强制性原则，不仅本国的强制性规定必须适用，而且外国的强制性规定也必须适用。但外国强制性规定的适用往往有一定限制，一般必须是与所涉法律关系有密切联系，并考虑此种规定的目的及其适用的后果。如1998年《突尼斯国际私法典》第38条，1999年《白俄罗斯国际私法》第1100条，2002年《俄罗斯联邦民法典》第1192条，等等。

(4) 例外性原则。例外性原则即替代原则，或更密切联系原则，它起源于20世纪50年代的欧洲，其最早倡导者是奥地利学者F. Schwind教授。这种例外性原则最早适用于合同领域，后来扩展到侵权等其它领域，如罗马尼亚、美国路易斯安那州、澳大利亚、德国等国家就是在部分领域中采用了这一原则。而将例外性原则作为一般性原则在国际私法总则中加以规定的则肇始于1987年《瑞士联邦国际私法法规》。该法第15条规定：“根据所有情况，如果案件与本法指定的法律明显地仅有松散的联系，而与另一法律却具有更密切的关系，则作为例外不适用本法所指定的法律。”1991年加拿大《魁北克民法典》第3082条与瑞士立法一样，将例外性原则作为一般条款加以规定。当然，这种例外性原则不适用于当事人已有法律选择的场合。

2. 基本制度

冲突规范援引的准据法，可能是内国法，也可能是外国法。当准据法为内国法时，内国法院毫无疑问地适用本国的法律；相反地，如准据法为外国法，则可能会发生许多难以克服的实际困难，从而形成了如何运用冲突规范的所谓识别、反致、法律规避、外国法的查明、公共秩序保留等一系列限制或排除适用外国法的基本制度，这是国际私法特有的制度。晚近国际私法立法总则中均规定有这些基本制度，尽管各国在具体规定上有所差异，但趋同化现象日益明显。以下主要阐述识别、反致和公共秩序等问题。

(1) 识别。识别作为法院处理国际民事案件的第一步，在实践中是经常的事，在理论上有不同的认识，但在国内立法中规定识别条款的并不多。1991年《魁北克民法典》第3078条和1979年《匈牙利国际私法新法规》第3条均规定根据法院地法识别。1998年《突尼斯国际私法典》第27条和1992年《罗马尼亚国际私法》第3条则分别规定根据突尼斯法律和罗马尼亚法律识别。值得指出的是，美国前后两部冲突法重述也规定有识别条款，区别在于1934年第一次重述只是简单地规定根据法院地法识别，而1971年第二次重述区分了冲突法概念和本地法概念，前者一般依法院地法，后者依支配有关问题的法律。

(2) 反致。一些欧洲学者认为，近年来国内立法者建议的各种解决方法表明，用一种满意的方式解决反致问题的困难性。他们进一步认为，如果目标在于体系之间的较好协调，反致、识别或者附属问题就不应被纳入国内立法。但不论这些观点，国内立法中反致的前景仍然相当积极。1978年《奥地利联邦国际私法法规》第5条，1987年《瑞士联邦国际私法法规》第14条（只限于国际私法立法明确规定的事项），1992年《罗马尼亚国际私法》第4条，1995年《意大利国际私法制度改革法》第13条等，均接受法院地法或第三国法的反致。而反致在法国和英国法院司法实践中的地位早已经显示。美国第二次冲突法重述第8条对反致规定有三种规则，其基本规则是接受反致，但须考虑实际可行性。

(3) 公共秩序。公共秩序或公共政策条款在每一部民法典、国际私法立法中几乎无一例外地存在，其目的在于排除与法院地的公共秩序相冲突的外国法在内国的适用。例如，1991年《加拿大魁北克民法典》第3081条，1992年《罗马尼亚国际私法》第8条，1995年《意大利国际私法制度改革法》第16条，等等。实质上，公共秩序的保留表明了冲突正义的传统追求和公平需求之间的张力，这两种价值在多州

(国) 案件中时常相冲突。当然，随着国际社会由各国相互分离和对抗逐步走向相互合作和发展，在国际私法的立法和实践中，各国为促进国际私法的发展，普遍从严规定和适用公共秩序。

3. 其他规定

国际私法总则中除了上述基本原则和基本制度以外，还规定其他一些问题。如时效问题，区际冲突、人际冲突、时际冲突的解决等。

(二) 功能分析

1. 立法准则的功能

国际私法总则的制定，为分则的具体规定指明了方向，总则中的基本原则在一定程度上制约着分则中冲突规范的选择，是单边的、双边的、选择性的还是重叠性的，同时也制约着管辖权规范和外国判决的承认和执行规范的制定。国际私法总则规定得越开放、越开明，分则内容也相应地趋于开放、开明，反之亦然。比如，基本原则的规定是着眼于一国利益还是国际社会利益，决定着分则中的法律规则采取的是单边主义、双边主义还是多边主义。

2. 司法准则的功能

法官在处理国际民商事案件,适用法的过程中,除了要遵循国际私法分则所涉及的具体规定外,还必须根据总则的规定进行裁量,尊重各项基本原则,遵循各项基本制度和其他一般规定,无论是案件性质的识别,反致、规避问题的处理,还是外国法的查明,公共秩序的保留,无一例外。另外,如有区际、人际、时际冲突的,还要遵循解决区际、人际、时际冲突的一般规则。

3. 行为准则的功能

法律是社会关系的调整工具,以人们的社会活动为规制对象。而遵守法律是人们应尽的义务,也是法律具有强制性效力的体现。人们因国际民商事活动而产生国际民商事关系,在这一过程中,人们必须以国际私法为行为准则,特别是要遵循国际私法总则中的基本原则和基本制度。国际民商事活动必须符合公理性原则,选择法律不得规避强行法,不得与强制性规定相冲突,也不得违反公共秩序,查明外国法还要当事人出面或得到当事人的配合。

4. 克服立法局限性的工具

成文法有其自身难以克服的局限性--不确定性,这种不确定性可以通过必要的立法技术处理和立法完善工作,引入一般性的基本原则就是一个比较好的方法。国际私法的基本原则,具有内容的抽象性,适用的灵活性。"立法者有意使用一些笼统的词语,或给予法官以衡平权,或要他们参照习惯或自然法,或使法律规范的实施从属于善良风俗或公共秩序的需要,从而明确了法律的界限。没有一个立法制度能够不用这些矫正剂或解脱术,否则在法与正义之间就可能产生不能容许的脱节。"法律走向极端,就会导致极端的不正义。

四、中国国际私法总则的制定

(一)《民法通则》第8章

1986年《民法通则》第8章的规定非常简单,共9条,其中有关国际私法一般性或总则性的规定只有2条,即第142条和第150条。与同时期的国内国际私法立法相比,《民法通则》中的国际私法规范不仅总体上比较落后,而且总则性规定分散、不详尽,远远不能适应和满足对外开放形势下调整和处理涉外民商事关系的需要。鉴于此,最高人民法院于1988年发布了《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),对涉外民事关系的法律适用问题做了18项补充意见,涉及一般性规定的有4项。1990年12月5日最高人民法院通过的上述意见的修改稿中,又增加了1项关于外国法解释的规定。但是上述意见及其修改稿从性质上而言只是司法解释,而非真正立法,因此只是权宜之计。

(二)《示范法》第1章

《示范法》是中国第一部有关国际私法的民间立法,它采取法典模式,适应了国际私法立法的世界潮流。其立法技术、立法水平和立法内容堪称与新近通过的许多国内国际私法法典相媲美。正如起草主持人韩德培教授所言:"示范法是在总结中外立法和司法经验、分析比较许多国家的立法条款和有关国际公约并结合我国实际情况的基础上制定的,规定是比较科学合理的。"《示范法》前后数易其稿,最后定稿为第6稿,共分为5章,即第1章"总则",第2章"管辖权",第3章"法律适用",第4章"司法协助",第5章"附则",共166条。就国际私法的"总则"而言,这是首次专章规定,其内容比较全面,共有18个条文,其规定也比较合理。

(三)《民法典》(草案)第9编第1章

尽管国际私法立法的法典化已被中国国际私法学界和民法学界所认同,但是出于各种主客观原因,中国官方的立法机构没有采纳学界的主张,而是在目前起草制定民法典的同时,在1987年《民法通则》第8章"涉外民事关系的法律适用"的基础上起草"涉外民事关系的法律适用法"作为民法典的第9编。2002年12月23日九届全国人大常委会第31次会议上,新中国的第一部《民法典》(草案)首次提请审议。但《民法典》(草案)包括作为其第9编的"涉外民事关系的法律适用法"还需要进一步讨论、论证和审议。就国际私法总则部分而言,《民法典》(草案)第9编第1章在《示范法》的基础上做了专门规定,但与《示范法》有关规定相比,还存在一些差异和不足。

(四)对《民法典》(草案)第9编第1章的几点看法和建议

1. 总体协调性问题。

《民法典》(草案)第9编第1章对涉外法律关系法律适用法的一般规定,在编排上还存在一些问题。例如,有关外国人民商事法律地位的条款应置前;几个法律适用制度的顺序应调整,外国法的查明条款应放在公共秩序保留条款之前等。另外,与20世纪90年代以来通过的各国国际私法立法相比较,一些先进的立法条款没有被吸纳,比如强制性规范;一些应有的立法规定付之阙如,比如法律规避。这也反映了"涉外民事关系法律适用法"的不足,需要在今后的讨论和审议中加以解决。

2. 公理性原则的缺失

《示范法》第1条对国际私法的宗旨和基本原则做了规定,即"为了保障当事人在平等互利基础上进行国际民商事交往的合法权益,公平合理地解决国际民商事争议,促进国际民商事关系的正常发展,特制定本法。"其中就包括了公理性原则,这样规定不致使整部国际私法典失去制定的方向,能够使之发挥立法准则、司法准则和当事人行为准则的功能,同时还能起到补充法律漏洞的作用。

3. 法律规避制度的缺失

如果当事人为了某种特定的目的,利用连结点的设立和变更进行法律规避,显然不利于法律秩序的稳定,也不利于国内法律政策的贯彻实施。因此有必要在立法上予以明确。另外,国际私法上的法律规避应既包括规避本国法,也包括规避外国法。因此作为立法上的表述,可以这样规定:"当事人故意规避中华

人民共和国法律或规避根据冲突规则的指定应适用的外国法律的行为无效，在此情况下，适用依照本法规定应适用的国家的准据法。”

4. 强制性规范的缺失

晚近国际私法规范的发展呈现出柔性化与刚性化两大相互对立的趋势，前者主要表现为确立弹性规则，对传统冲突规范和机械规则进行软化处理，后者主要表现为国家介入国际私法领域，撇开冲突规范而将强制性规范直接适用于国际民商事案件。这些强制性规范在诸如国际保险、国际金融、反不正当竞争等与社会经济生活和经济秩序相关的领域中发挥着特殊的作用。越来越多的国际私法立法对强制性规范做出了反应，中国立法也应在此方面做出努力。具体可作如下表述：“本法规定，不影响中华人民共和国法律中的强制性规范的效力，而不论冲突规则如何指定。依本法规定适用外国法时，法院可以适用该国法中的强制性规范，而不论准据法为何，只要有关情况与该国有密切联系。同时，法院应考虑此种规范的目的和性质以及适用的后果。”

5. 公共秩序保留后的救济问题

外国法因公共秩序保留被排除后，毕竟还要选择一定的法律来解决有关的国际民商事纠纷，因此，在立法上做出一定的安排是必要的，也是一种积极的做法。从各国的立法来看，大都以法院地法取而代之，这固然比较方便实用，但也必须加以限制，应根据个案的具体情况，妥善加以处理。作为立法上的完整表述，可这样规定：“依照本法规定适用外国法律或者国际惯例，如果其适用结果明显违反中华人民共和国的社会公共利益，则不予适用，必要时可以适用中华人民共和国相应的法律。”

6. 外国法查明问题的完善

查明外国法是适用外国法的前提，但实践中也可能会发生无法查明某一外国法的情况，此时应怎么解决？我国立法在此问题上有些细微变化。“可以参照我国相应的法律处理”（最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第11条）--“适用中华人民共和国法律”（最高人民法院《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》第193条）--“适用与该外国法律类似的法律或者中华人民共和国相应的法律”（《示范法》第12条）--“可以适用中华人民共和国相应的法律”（《民法典》草案第9编第12条）。我们认为《示范法》的规定比较切实可行。

五、结论

国际私法总则作为国际私法立法的重要组成部分，对其加以总结、规范和完善，是第二次世界大战以后各国国际私法立法的一个重要发展趋向。对国际私法总则的重视，与其在国际私法司法实践中的功能日益彰显息息相关，也是国际私法立法日益进步、完善的重要标示。目前的中国社会，政治、经济、法律和文化等各方面正经历着急剧的变化和发展。吸纳西方法律文化的精髓，弘扬中华法律文化的传统，对中国国际私法的总则予以总结并加以完善，不仅是国际民商事关系日益发展的现实要求，也是国际私法典化潮流的时代要求。

（本文摘自中国国际私法学会2003年黄山年会论文集）

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)