

论国际私法的价值取向及其对我国立法的影响

赵振华

(西南政法大学研究生部, 重庆, 400031)

摘要: 国际私法的价值取向经历了由冲突正义向实质正义的变迁, 具体表现在: 引入了最密切联系原则; 更加重视对私人利益的保护; 在司法实践中更注重实质正义的实现, 更好地保护当事人的利益。国际私法的发展趋势, 给中国国际私法立法造成了影响。从最初的《民法通则》第八章, 到《中华人民共和国民法典》(草案)第九编, 反映了由冲突正义向实质正义的转变。但这一转变的幅度还不足以使中国的国际私法立法跻身世界先进水平的行列, 中国的国际私法立法还有很长的一段路要走。

关键词: 国际私法; 价值取向; 冲突正义; 实质正义

中图分类号: D997

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2008)03-0345-05

法的价值是指以法与人的关系作为基础的, 法对于人所具有的意义, 是法对于人的需求的满足, 是人关于法的绝对超越指向,^[1]一般包含自由、平等、效益、正义、秩序、安全、人权。法的价值包含着人类关于法律问题的良好价值追求, 它所追求的都是人类善良愿望和美好追求的集中反映^[2]。但是, 由于调整的社会关系不同, 各种法律部门对价值的侧重也相应不同。国际私法调整的是涉外民事争议中当事人之间的权利义务关系, 它是为解决因各国法律关于同一民事问题的不同规定而产生的法律适用冲突而存在的。国际私法特殊的调整对象和存在价值使其必须在当事人之间、国家与国家之间以及当事人与国家之间寻求一种平衡, 这也使人们对于国际私法的需求更侧重于自由、秩序与正义。

一、国际私法的价值取向及其变迁

所谓价值取向, 应该是当法的各种价值发生冲突时, 什么样的价值才是法的终极价值, 这个过程包含了人对法能够满足于其的各项需求的一种能动的选择。在国际私法的发展之路上, 从巴托鲁斯的“法则区别说”, 经过萨维尼的“法律关系本座说”, 再到“最密切联系原则”, 正义因其“本身乃是‘他者之善’或‘他者之利益’”, 也因其特有的包容性, 满足了人在不同的阶段要求国际私法具有的善的本质, 而当然地成为国

际私法终极追求的价值目标。

从法理上讲, 正义有形式正义与实质正义之分。形式正义是指法律作为一种普遍性规则应平等地适用于一切法律主体, 而实质正义则是指对任何具体法律关系中的法律主体适用法律应对象化、个别化、具体化, 应符合特定的目的需求^[3]。形式正义与实质正义反映在国际私法的正义价值上便表现为冲突正义(conflict justice)与实质正义(material justice)。如果在解决国际民商事案件时, 国际私法追求的是法律适用的可预见性、判决结果的一致性和稳定性, 发挥的作用在于确保每个涉外法律争议都按照与正义有最“适当”联系的国家的法律解决, 而且这种“适当性”不是依据法律的内容或法律解决争议的结果的性质来判断的, 而是空间或地理意义上的适当, 一旦某个国家与跨国争议的联系符合某种通常预设的冲突规则的标准, 适用该国的法律就被认为是正当的,^[4]那么此时国际私法所得到的正义便是冲突正义。而如果在解决国际民商事案件时, 法官根据每个具体的案件事实区别地适用某些国家的法律, 尽管可能会放弃所谓的判决结果确定性、可预见性和一致性的目的, 但却可以公正地解决案件, 并达到社会公正的目的,^[5]那么此时国际私法所强调的必然是实质正义。由于正义本身就是从社会经济关系所决定的利益上抽象出来的, 在不同的历史时期、不同的社会类型和不同的阶级背景之下, 人们对于正义价值若干方面的取向必然不同。同样,

收稿日期: 2007-11-12

作者简介: 赵振华(1982-), 男, 四川成都人, 西南政法大学助教, 西南政法大学博士研究生, 主要研究方向: 国际经济法, 国际私法。

虽然国际私法始终以正义为其价值取向,但随着国际社会的变迁,各国对国际私法所追求的正义的理解也必然会发生相应的变化。

(一) 传统国际私法正义价值观

就国际私法而言,传统的观点认为,国际私法的任务在于确保含有涉外因素的民商事争议均依与争议具有最“适当”联系的国家的法律予以解决。从此意义上来看,国际私法被视为具有“技术性”特征,其扮演了指引当事人和法院寻找最终处理案件实质争议的路标的角色。^[6]冲突法的一个任务是解决有关法律适用的“事前问题”。如果案件的事实证明一个以上的法律适用是合理的,就不审视这些法律的内容或当事人的实质利益,而是由被选择的法律来决定在眼前的案件中什么是公正的,也就是被人们所称的冲突正义。人们更多地会认为如果实现了冲突正义与程序正义,则实质正义就有了保障。传统的国际私法始终强调的都是法律适用的一致性和稳定性。^[7]在这样的情况下,各国立法者通过连接点这种“路标”对不同案件的法律管辖权进行了分配,即使是不同国家的法官,在审理案件时,只要沿着相关的“路标”,也能够迅速地找到应使用的法律,至于这个法律的内容如何,法官并不一定知晓。具体案件所涉及的当事人是否能得到实质公平的处理结果也不被关注。

(二) 实质正义的价值观

国际私法不应旨在追求一种较低的正义——所谓的冲突正义,而应追求与国内立法一样的正义。这一观点否定了传统思想中冲突法规则选择的国家的法律就是最合适的法律的主张,而是直接考虑可适用的法律的内容以确定该法是否能产生适当的结果。实质正义观主张,涉外案件本质上与国内案件并无什么不同之处,且公平合理地解决争议的法官责任,在当法官面对一个具有涉外因素的案件时也不会消失。以对当事人实质公平和平等的方式解决此种争议应如同国内法一样是国际私法的一个目标。国际私法不应仅满足于一个不同或更少的正义性质——冲突正义,还应当追求实质正义或实体正义。此种观点是对传统冲突正义观的一种修正。超越冲突正义,追求实质正义,是20世纪中叶以来涌现出来的许多崭新学说的一种极其明显的倾向。^[6]

(三) 冲突正义价值观向实质正义价值观的嬗变

公元14世纪,“法则区别说”的代表人物巴托鲁斯提出以一种双边的意义来探讨人法、物法的适用原则。他将意大利各城邦的法则进行分类,认为城邦人法决定城邦居民的法律身份,城邦居民不论在何处均受其

城邦人法的支配;城邦物法支配城邦内的不动产,而不论该不动产的所有人是否为城邦居民。到19世纪,萨维尼提出了“法律关系本座说”,他认为对于每一种法律关系应适用其本座所在地的法律,他将法律关系进行了分类,即身份法、物法、债法、继承法、家庭法(家庭法又区分为婚姻、父权、监护),他还对本座进行了归纳,即法律关系所涉及的人的住所、法律关系的标的物所在地、法律行为实施地、法院所在地。虽然这两种学说的切入点不同,但它们在解决法律冲突时都较多地使用了单一连结点的硬性冲突规范的方法,这种传统的冲突规范具有明确性、稳定性的优点,并且还能够划分案件的法律管辖权,保证结果的一致性。但传统冲突规范仅依靠某一连结结点来指定应适用的法律,具有僵固性、机械性和呆板性,其折射出的冲突正义越来越受到人们的评判。进入20世纪后,伴随着资本主义经济关系发展的是国际民商事交往的蓬勃开展,特别是二战之后,经济全球化的潮流势不可挡,经济利益在国际决策中占据越来越重要乃至核心的地位,国际利益不再是国际民商事交往中的惟一利益主体,当事人个人的利益开始得到重视,个案正义的理念被普遍地接受,实质正义也逐渐成为各国国际私法新的价值取向。

1. 最密切联系原则的引入

最密切联系原则,是指“在选择法律时,应当根据各种联系的相对重要的程度,确定在特定问题上与案件有关的最密切联系国家或地区,并适用其实体法的一种方法或原则”^[8]。最密切联系原则抛弃了机械、呆板的单一连结点的分析方法,要求对具体案件所涉及的各种客观因素进行分析和筛选,要求法官考察相关国家实体法的具体内容及其对案件的具体影响,注重对国际民商事关系中的多元化和复杂化的利益关系的协调。^[9]因为最密切联系原则本身的模糊性,所以其外延是开放的且有弹性的,这为国际私法各种不同价值的兼容和协调留下了巨大的空间。该原则作为当代冲突法的崭新理论,与不断拓展其适用范围的传统国际私法法中的意思自治原则一起,共同构筑了现代国际私法体系,成为支撑现代国际私法学的两大支柱。

2. 越来越强调私人利益(特别是弱者利益)的保护

对私人利益特别是弱者利益的保护是一种人文关怀的体现,而这种人文关怀又恰恰是国际私法永恒的主题^[10]。在国际私法发展的早期,人文关怀这一主题被国家间的势力划分所掩盖,直到20世纪30年代美国国际私法学者凯弗斯倡导“规则选择”和“结果选择”方法之后,人文关怀才重新成为指导国际私法中法律

选择的一种重要原则,成为立法者制订国际私法规则和法官处理涉外民商事案件的重要考虑因素。这表现在:

第一,有利于某种法律行为能力有效的规则的出现。设计有利于某种法律行为能力有效的以结果为导向的规则在20世纪已经多元化并且适用范围逐步扩大。例如:①遗嘱(有利于遗嘱的效力)。通过授权法院适用列举的一系列可替代适用的多国法律,维护遗嘱的有效性,实现遗嘱的效力;②合同的效力。有效规则允许按照三个潜在的不同法中任何一个法律使行为有效:行为地法、支配行为实质问题的法律或附属于当事人一方或双方的法律。现在,这种有效规则甚至被运用到主体能力问题中来。

第二,有利于某种身份地位有效的规则的出现。①婚生。在20世纪之初,非婚生具有受歧视和被污辱的法律和社会效果。在国内法中,婚生被赋予优先的身份地位。这种优先反映在国际私法中便是确认婚生的规则有其严格的限制,其实质便是对非婚生的歧视。到20世纪末,对非婚生子女歧视性对待在许多国家内已被宣布为不合宪法。②父子关系的确认。也许婚生与非婚生之间的区别将会消灭,但法律仍然会提供若干结果选择型规则来确定由婚生或非婚生子女的法律地位衍生出来的后果,此时一般法官会适用更有利于子女的法律来支持该法律地位。③结婚和离婚。在20世纪初,各国对结婚和离婚的实质有效性遵循严格的条件,国际私法也一样。结婚的实质有效性或排他地按照单一法或重叠按照夫妻双方的属人法来判断。离婚也排他地由单一法,通常是夫妻的惯常住所地或国籍国法来支配。在20世纪末,大部分国家的实体法已经取得了更加多的自由,国际私法也随之跟进。就结婚来说,有利于结婚的理念已经获得更加广泛的承认,并通过拥有可替代连结因素的法律选择规则达致。关于离婚,有利于离婚的政策在20世纪后半期已经获得更加广泛的承认。以更激进或先进的形式出现的这种政策可在美国看到,在其他国家,有利于离婚的更温和的政策,通过法院地法可替代地适用而贯彻,如果这个法律允许并至少当事人中的一方与法院地国有某种附属关系。

第三,有利于一方当事人的规则的出现。这方当事人可能是侵权受害人、抚养权利人、消费者、雇员或任何其他法律秩序认为是弱者或他的利益被认为值得保护的当事人。维护该方当事人利益的具体方法包括:①或在引起争议的案件发生之前或在之后,赋予他适用较灵活的法律选择规则的权利,从超越一个国

家的法律中选择争议所适用的准据法,或允许法院为有益于这方当事人而做出选择。如侵权领域,允许一方当事人有权选择适用法的规则是以结果为导向的,因为这方当事人可能选择他认为是最好的法律。②保护当事人免受潜在强制或一致法律选择所产生的不利结果的影响,这又主要是为保护消费者或雇员免受不利的法律选择条款所造成的结果的影响。通过保护消费者和雇员免受他们自己被潜在强制的或一致的法律选择条款所产生的不利结果的影响,而有益于消费者和雇员,而该种法律选择条款通常是在更强有力合同当事人的指导下被并入合同中的。^[11]

3. 实质正义的价值取向开始在司法实践中发挥主要作用

以上主要论述了在制定法律选择规则过程中实质正义所产生的影响,但并非只是立法者易受这种影响。事实上,法院更容易受此种影响,因为法官在考虑是否援引例外条款时,亦即是否运用避免由管辖权选择规则所产生的结果的古老机制(比如识别、公共秩序保留和反致)时,实质正义一直在起着作用。

笔者始终认为,国际私法价值取向的变化并不代表国际私法将冲突正义与实质正义视为两个相互对立的概念,在冲突正义与实质正义之间永远都不存在“非此即彼”的选择。在一定程度上,实质正义是需要冲突正义来保证的。在经济全球化背景下,国际私法的价值取向应以追求或实现公平与正义为目标。其所追求的正义由传统的冲突正义开始向实质正义价值取向的转换,并不表明传统的冲突法规则因为要追求实质正义而被舍弃,而且,冲突正义与实质正义之间的冲突也是完全可以得到衡平的。国际私法的根本目的在于通过调整国际民商事关系中当事人的合法权益来保障国际民商事新秩序的健康运行和发展,因此,必须明确追求和实现冲突正义的根本目的是实现更高层次的实质正义。

二、国际私法价值取向对我国国际私法立法的影响

我国对国际私法的研究起步较晚。在此之前,“法则区别说”“法律关系本座说”“国际礼让说”等国际私法学说,都已对世界国际私法立法产生了深刻的影响;并且,在经历了美国1934年以“既得权说”为理论基础的“第一次冲突法重述”和1971年以“最密切联系说”为基础的“第二次冲突法重述”后,世界各国的国际私法立法也开始逐步由传统的冲突正义的价值取向向实

质正义的价值取向转变。然而,由于受当时意识形态和特殊国情的影响,最初我国国际私法的立法并未反映世界国际私法研究的发展趋势,而是经历了一个较为曲折的发展历程。

(一) 中国国际私法立法的开端

1986年的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第八章开创了中国在民商事法律中专章规定法律适用问题的历史,它是中国第一次比较系统地制定国际私法中的冲突规范。但第八章的规定非常简单,共9条,第142条和第150条是对国际私法一般性或总则性的规定,包含有四个方面的内容:适用范围、国际条约优先原则、国际惯例补缺原则、公共秩序保留条款。另外7条,即第143~149条,则分别涉及行为能力、不动产、合同、侵权、婚姻、抚养和遗产。此后,最高人民法院于1988年发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(试行)(以下简称《若干问题的意见》),对涉外民事关系的法律适用问题做了补充,涉及涉外民事关系的认定、区际法律冲突、外国法的查明、法律规避和诉讼时效,以及对法人、不动产、侵权、婚姻和抚养的补充规定,新增对无人继承的外国财产的规定,共计18项。

笔者认为,纵览《民法通则》和《若干问题的意见》有关涉外民商事争议法律适用的相关条款,可以得出这样的结论:立法机构追求的是传统意义上的冲突正义的价值取向,实际上更多考虑的是国家利益,而忽视了当事人的利益。从形式上讲,《民法通则》第八章和《若干问题的意见》对于涉及具体案件的法律适用的相关条款,即冲突规范,多是一种运用单一连结点的硬性冲突规范,甚至在一些目前看来没有必要的领域使用了单边冲突规范;从内容上讲,虽然《民法通则》第145条、第148条规定了最密切联系原则,《若干问题的意见》也增加了2种可以适用最密切联系原则的情况;另外,由第189条对《民法通则》第148条进行了补充,列举了与被抚养人、被抚养人有最密切联系国家的法律所包含的内容,但其只涉及当事人营业所、合同、抚养、区际司法等4个方面,根本无法真正地保护涉案当事人的利益。

(二) 冲突正义向实质正义转变的体现

2002年12月23日在第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。《民法典》(草案)第九编共8章94条,是“涉外民事关系的法律适用法”。笔者认为,《民法典》(草案)的诞生距《民法通则》的通过已有近20年的时间,

在这段时间里,我国加强了与国际社会的合作,我国的涉外民商事交往进入了高度发展的时期,而我国的国际私法研究通过与世界各国的学术交流,也取得了重大的突破,最关键的是,我国政府更加注重公民权利的保护,“以人为本”的治国理念,映射在法律制度上就是提倡实质正义,以健全的制度来保护公民的利益,特别是对弱势群体的保护。这种价值取向的转变也真实地体现在我国国际私法的立法上。

第一,从总体上看,《民法典》(草案)第九编无论在章节的编排还是在内容设计上,都要比现行的《民法通则》和《若干问题的意见》要科学得多:立法者安排了8章94条,内容包括一般规定、民事主体、物权、债权、婚姻家庭、继承和侵权,已经涉及到了涉外民事关系的各个方面,有利于当事人维护自己的利益。

第二,在形式上,《民法典》(草案)第九编没有采纳《民法通则》和《若干问题的意见》使用只有单一连结点的冲突规范的立法方式,而依据实践中出现的各种情况,科学地运用含有复数型连结点的冲突规范,并将其与单一连结点冲突规范有效地结合在一起,使对冲突正义的追求与对实质正义的追求达到一个平衡。同时,对含有复数型连结点的冲突规范的使用,让当事人对涉外民商事纠纷的处理有了更多的选择,也使法官在处理案件时可以在相对宽泛的范围内选择一个更利于案件解决的国家的法律,保证个案的公正,从而保护当事人的利益。

第三,在《民法典》(草案)第九编中,体现我国国际私法的价值取向开始由冲突正义向实质正义转变的标志之一,就是最密切联系原则的适用范围由原来的当事人营业所、合同、抚养、区际司法等4个方面扩大到了民事主体、物权、债权、侵权等领域,包括当事人营业所、合同、抚养、区际司法、国籍、住所、信托、占有、海滩救助、侵权等方面,从内容上保证了法官能够权衡各方利益,公正地解决涉外民事案件。

第四,草案第九编的第72条是属于有利于某种特定的司法行为有效性的规则;第61条、62条、67条是属于有利于某些身份地位有效性的规则,这些都是当代国际私法由冲突正义迈向实质正义的主要表现。然而,笔者认为,《民法典》(草案)第九编中最能彰显实质正义、最能体现法律对人的关怀的是:第65条对适用有利于保护弱者的法律的规定、第67条对适用有利于非婚生子女认领成立的法律的规定、第69条对适用最有利于被抚养人的法律的规定,以及第78条对适用有利于受害人的法律的规定。这4条不仅表明我国

的国际私法立法已经开始同世界接轨，同时也表明我国的国际私法立法真正地将人作为其终极的价值目标，这是实质正义的价值取向在我国国际私法立法上最闪光的体现。

三、结语

通过对《民法通则》和《若干问题的意见》以及《民法典》(草案)第九编的比较，笔者发现我国涉外民商事立法取得了实质性的突破。这主要是因为我国国际私法的价值取向从冲突正义走向了实质正义，而这种转变体现了现代国际私法对弱者权利的尊重，反映了现代国际私法立法蕴涵的人文关怀，展示了国际私法价值取向的高度文明性。但《民法典》(草案)第九编与由中国国际私法学会集体起草的《中华人民共和国国际私法示范法》比起来，还有明显的不足。由于种种原因，《示范法》只能以民间立法的形式存在，然而它的许多方面都值得《民法典》(草案)第九编借鉴，特别是在对实质正义的追求方面，可以说是真正地做到了在符合中国国情的前提下与世界先进立法的接轨，在理论水平上达到了相当的高度。因此，中国的国际私法立法还有一段很长的路要走。

参考文献：

- [1] 卓泽渊. 法理学[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 109.
- [2] 卓泽渊. 法的价值论[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 11.
- [3] 谭岳奇. 从形式正义到实质正义——现代国际私法的价值转换和发展取向[J]. 法治与社会发展, 1999, (3): 23-28.
- [4] 邹国勇. 国际私法的价值取向——利益协调[J]. 法学研究, 2004, (5): 41-45.
- [5] 肖永平. 中国冲突立法问题研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996: 45.
- [6] Pierre Sauve. Tendency of international private law [EB/OL]. http://www.law-star.com/psearch?rjs2_id=27261/2007-08-10.
- [7] 李双元. 中国与国际私法统一化进程[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1993: 155.
- [8] 卢松. 论最密切联系原则——确定性与灵活性间的选择[J]. 中国国际法年刊, 1989: 163-167.
- [9] 宁建文. 论国际私法的价值取向选择[J]. 广西社会科学, 2001, (5): 22-25.
- [10] 徐冬根. 人文关怀与国际私法中弱者利益保护[J]. 当代法学, 2004, (5): 18-22.
- [11] Richard Brown. International Protection of consumer's rights [EB/OL]. <http://www.chinalawedu.com/news/2005/12/ma5071414162215002304.html/2007-08-10>.

On value orientation of international private law and influence on China's legislation

ZHAO Zhenhua

(Department of Postgraduate, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: The value orientation of international private law has changed from conflict justice to material justice, which includes the application of the principle of closest relationship, the emphasis on the protection of individual interests and the realization of the material justice in judicial practice. This essay explains the influence on the legislation of China international private law based on an analysis of the development trend of international private law. The process, from the 8th chapter of the general principles of civil law to the 9th section of civil code of People's Republic of China (bill), reflects the transformation from conflict justice to material justice. But the transformation awaits further improvement. The legislation of China international private law still has a long way to go.

Key words: international private law; value orientation; conflict justice; material justice

[编辑：苏慧]