

国际私法人本论

梅傲著

集结西南政法大学国际私法教学科研人员及学子的思考，致力于对国际私法的内生型、法理型反思，力求展示一种我们认同的国际私法品味。

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL

刘想树
主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南国际私法文丛
THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL

刘想树
主编

国际私法人本论

梅傲 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法人本论 / 梅傲著. —北京:法律出版社,2015.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8266 - 0

I. ①国… II. ①梅… III. ①国际私法—研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 179550 号



梅傲著

责任编辑 李天一

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 6 字数 155 千

版本 2015 年 8 月第 1 版

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8266 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南国际私法文丛

THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ARCHIVE OF SWUPL

- 《近代中国国际法学的生成与发展》 刘 畅 著
- 《冲突法理论的中国阐释》
——关于为何适用外国法的思考》 周 江 著
- 《国际私法演义：问题、方案与修正》 张春良 著
- 《法律选择权研究：审视冲突法的权利视角》 江保国 著
- 《国际私法人本论》 梅 傲 著

梅 傲 法学博士，现为西南政法大学国际私法教研室教师。主要研究方向为国际私法。曾在《现代法学》等核心刊物上发表十余篇学术论文。

问题导向，逻辑缜密。文治图攻，钩玄提要。
烛照幽微，宏贯脉理。国际视域，中国关怀。

西南国际私法文丛编委会

主 任 刘想树

委 员 邓瑞平 丁丽柏 江保国 茅友生
林广海 裴 普 石现明 宋渝玲
王玫黎 徐 泉 徐 鹏 袁成第
禹华英 张春良 周 江

总 序

中国的学术进路是艰难的,因为在中国学术之上有一个挥之不去的西方“情结”,不论是赞成抑或反对,它作为评价中国学术之是非真伪、优劣高下的“准据法”似乎确实存在。中国的学术进路又是满载着希望的,因为中国的学人明白了,这“准据法”只具有相对合理的意义,我们既不应回避它,也不应止于它,而应穿越它。这穿越之路,既是中国学术的生路,也是中国国际私法学术的生路。

细思量,国际私法在中国西风东渐以来既是发展的,也是停滞的。中国国际私法学人已经有了自己的精神家园,并且在韩德培、李双元等老一辈学者的范导下取得了一系列堪称辉煌的成就,推动了国别国际私法的研究、完成了《中华人民共和国国际私法示范法》的编撰并实质性推动了《涉外民事关系法律适用法》的出台。现时代,一批新人开始崭露头角,一系列国际私法著述开始规模化出现,一个中国气象的研究风格开始成型。

这一切都昭示着,中国国际私法正在渐入佳境!就

此而言,中国国际私法是发展着的。但与此同时,正如费希特在“论社会的人的使命”中所言:“共同的完善过程就是我们的社会使命,这个过程一方面是别人自由地作用于我们,造成自我完善的过程,另一方面是我们把他们作为自由生物,反作用于他们,造成别人完善的过程。”^[1]我们必须清醒地意识到,中国国际私法更多的还只是一个受众,尚处在被完善的过程中,亦未形成足以完善他人的中国理论。简单地说,中国国际私法似乎还远未建构出自己的主体性。这并不是否认前辈们的功绩,不同的时代有不同的使命,中国国际私法前辈们业已完成了他们那个时代的使命。现在的问题是,现时代的中国国际私法学人是否业已意识到并自觉地承担起反向促进、共同完善的历史责任?

基于上述考虑,《西南国际私法文丛》度时而动,她以西南政法大学国际私法学人为智识支持,集结西南政法大学国际私法教学科研人员、优秀学子的学术贡献,力求展示一种我们认同的国际私法品位。

《西南国际私法文丛》应当是法理型的,这是我们对她的基本定位。西南国际私法走法理型的研究进路既源于外在的客观要求,也源于内在的主动抉择。国际私法的研究进路可以有多种选择,从规则与比较层面研究国际私法,学界前辈及同辈已颇有建树。至于国际私法的法理研究,虽不断有学者振臂呼吁并亲力践行,但终因启动较晚而仍有广阔空间。源于对国际私法研究法理型进路的认同,我们愿意并尝试为此贡献自己的智识。

《西南国际私法文丛》还必须是内生型的。从方法论角度看,任何学术研究可分为两类:一是外延扩大再生产,二是内涵扩大再生产。国际私法的研究也不外于此。外延扩大再生产是指一种逐奇猎新的研究方式,它胜在信息把握的全面、前沿和及时更新,往往败在贪多不嚼,难免“消化不良”;浮于人云亦云,所提方案往往“水土不服”。内涵扩大再

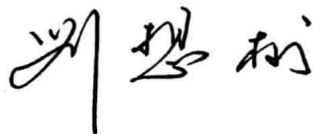
[1] [德]费希特:《论学者的使命 人的使命》,梁志学、沈真译,商务印书馆1984年版,第23页。

生产则要求通过不断深入的反思实现研究成果的深度拓展,特别要求在面对域外经验或成功制度时要有主体性的鉴别意识,而不是简单的拿来主义。内生型的研究方法不仅始终操持一种理性反思的姿态,而且还始终立足于中国问题的地方处境来进行理性反思的姿态。这理当是《西南国际私法文丛》所应秉持的品格。

经由法律的治理来造福生民,这是古今中外的人类实践所共同肯认的最佳方案。中华民族的伟大复兴与和平发展也必须要以法治为支点。国际私法是实现涉外民事法治的基本法律手段,是关于各国法律体系间和谐的基本法律方案,以多林格观点看,国际私法“能增进组成国际共同体的各民族的相互理解”,“导致各民族的趋同,并为他们的和平共处作出贡献”。在此意义上,中国国际私法之进展盛衰实足成为衡量中国拓展世界影响和未来建构能力的尺标。以之为路径,《西南国际私法文丛》愿荐西南学子之才智,为之孜孜而求。这是时代的使命,也是西南国际私法学人该当的责任。

或许有读者谓上述理想虽“志存高远”却难以践行,不啻为学术的“乌托邦”。对此我们以为,即便是“乌托邦式”的思考,也是应为之事。毕竟,乌托邦的意义并不在于乌托邦本身,而在于告诉我们距离理想还有多远。

是言以励志,是言以为序!

Handwritten signature in black ink, reading '刘建刚' (Liu Jianguang).

目 录

概要 / 1

导论 / 5

一、问题的提出 / 5

二、文献综述 / 9

三、研究进路 / 17

第一章 “人本说”之本体论 / 20

第一节 “人本说”的主要内容 / 21

一、明确保护私权是国际私法的中心任务 / 21

二、提高“人”在国际私法中的地位,确立意思自治
原则为选法之首要规则 / 23

三、保护弱方权益应渗透到更多层面 / 25

四、引入例外条款,限定最密切联系原则的适用范
围 / 26

五、给予法官和当事人更具确定性和可预见性的冲
突规则 / 29

第二节 “人本说”的理论依据 / 30

一、“人本说”的法哲学基础 / 30

二、“人本说”的经济基础 / 32

三、“人本说”的社会基础 / 34

四、“人本说”的政治基础 / 35

第三节 “人本说”的理论建构 / 37

一、私权才是国际私法应该主要保护的對象 / 37

二、国际私法本质上是私法 / 44

三、“人本说”符合目前的实践需要 / 48

第二章 “人本说”之价值论 / 54

第一节 文明的冲突与法律的冲突：人本不同 / 55

一、造成法律冲突的原因：人本不同 / 55

二、人本不同理念下欧洲国际私法学说的理论变迁 / 56

三、人本不同理念下美国的冲突法学说的理论变迁 / 62

四、“人本说”理念下的人本不同 / 65

第二节 文化的认同与价值的趋同：人本相同 / 67

一、全球化背景下文化认同的重要性 / 67

二、文化认同与价值趋同 / 68

三、人本相同是价值趋同的表现 / 70

第三节 “人本说”的价值取向：以人为本 / 72

一、国际私法中的自由价值 / 73

二、国际私法中的平等价值 / 74

三、国际私法中的正义价值 / 75

四、以人为本的价值整合 / 77

第三章 “人本说”之方法论 / 83

第一节 “人本说”之为何适用外国法 / 84

一、外国法适用的理论变迁 / 85

二、为何适用外国法的理论创新 / 88

第二节 “人本说”之如何适用外国法 / 92

- 一、准据法选择方法的历史变迁 / 93
- 二、“人本”法律选择方法 / 98
- 三、准据法选择方法的规则建构 / 101

第四章 “人本说”之规则论 / 106

第一节 意思自治作为选法之首要规则 / 107

- 一、国际私法中的意思自治 / 107
- 二、意思自治原则的扩张 / 109
- 三、意思自治原则的限制 / 114
- 四、意思自治原则扩张与限制的内涵 / 119

第二节 例外条款与最密切联系原则的各司其职 / 123

- 一、“结果选择”理论推动了国际私法的规则发展 / 123
- 二、最密切联系原则与特征性履行方法 / 125
- 三、引入例外条款 / 130

第三节 有利原则与保护弱方权益原则的多层次渗透 / 132

- 一、有利原则及其表现方式 / 132
- 二、保护弱方权益是有利原则的最直接的体现 / 134
- 三、有利原则与保护弱方权益原则的多层次渗透 / 136

第四节 法官自由裁量权的限与扩 / 137

- 一、赋予法官的自由裁量权的意义 / 137
- 二、法官的自由裁量权的扩张 / 138
- 三、法官的自由裁量权的限制 / 140

第五章 “人本说”之实践论 / 143

第一节 “人本说”之涉外民商事案件的管辖权 / 144

- 一、涉外民事诉讼管辖权的界定 / 145
- 二、确定涉外民事诉讼管辖权的根据及其发展 / 145

三、“人本说”之管辖权冲突的解决方法 / 150

第二节 “人本说”之外国法院判决的承认与执行 / 151

一、承认与执行外国法院判决的意义 / 152

二、承认与执行外国法院判决的条件 / 153

三、实现我国涉外民商事判决的“走出去” / 155

余 论 / 158

参考文献 / 162

后 记 / 180

概 要

法律是相对静止的,而国际民商事领域是迅速发展的。任何一种法律规范,哪怕是相对完善的规范,试图一成不变、一劳永逸地规制好不断发展的国际民商事法律秩序,那也是不可能完成的任务。任何法律选择方法,都有它本身所不能克服的局限或缺陷,正是伴随着局限的困惑、缺陷的产生,国际私法的基本理论才在此消彼长的整合中得以发展和完善。随着时代的发展、新技术革命的影响,整个国际社会的交往已经摆脱了地域的限制,涉外民商事关系出现主体多元化、法律行为空间偶然化的特征,如何将国际民商事交往中崇尚人本关怀的社会价值加以确认与弘扬,这就要求国际私法的原则、规则适时进行调整。

导论通过分析国内国外研究现状,认为在涉外民商事交往如此频繁的今天,我国学界对于解决涉外民商事纠纷最为重要的部门法——国际私法却缺乏应有的尊重和热忱。虽然也有开拓性的研究,但更多的是对外国理论学说的引进及述评。导论开宗明义,提出“人本说”,并框定为:“解决涉外私权争议是国际私法的存在

基础;明确保护私权是国际私法的中心任务;弱化国家主权在国际私法中的影响;提高‘人’在国际私法中的主体地位,确立意思自治原则为选法之首要规则;保护弱者权益的人文关怀应渗透到国际私法的更多层面;应在总则中引入例外条款,限定最密切联系的适用范围;给予法官和当事人更具确定性和可预见性的冲突规则。”

第一章,“人本说”之本体论。本章阐述“人本说”的主要内容是什么,理论依据是什么,中心思想是什么。“人本说”认为国际私法作为解决涉外民商事纠纷的部门法,私人与私权才是国际私法关注的中心,解决涉外私权争议才是国际私法存在的基础;其基本原则应是意思自治原则和弱方权益保护原则,它所贯穿的价值诉求是自由与平等;冲突规则必须是确定的、可预见性的,不能过于弹性;在双方当事人处于明显不平等的情形下,冲突规则的制度设计应该向弱方倾斜;例外条款可避免个案差异,矫正可能造成的个案不公。“人本说”认为选择法律的顺序是:首先,应该适用当事人选择的法律;其次,如果双方当事人没有选择法律时,应适用冲突规则所指引的准据法;最后,由于个案存在差异,当冲突规则所指引的准据法被适用后,可能造成不公正的情形发生,应以例外条款的方式赋予法官自由裁量权来进行矫正。当然,双方当事人之间选择的法律不能违反法院地国的强制性规定,也不能违背法院地国的重大公共利益。

第二章,“人本说”之价值论。本章通过人本不同、人本相同、以人为本这三条平行并重的主线,探索国际私法的源起、发展及基本价值理念。由于每一个人所在的国家或地区的政治、经济、文化、历史、风俗、信仰等各个方面皆存在一定的差异,导致每个国家民商事法律的规定也不同,即“人本不同”,才会产生规则冲突,国际私法才应运而生。在“人本相同”的理念下,国际私法必须平等保护每一个人,每个人的私权都应该得到保护,每个人的意愿应该被尊重。“以人为本”强调的是意思自治原则和弱方权益保护原则所贯穿的价值诉求是自由与平等,只有实现了自由与平等,国际私法才能达到形式正义与实质正义的完美契合。

第三章,“人本说”之方法论。本章主要探讨“为何适用外国法”与“如何适用外国法”这两个国际私法历史发展中最重要理论问题。通过分析国际私法本质是上私法,主要解决的是私人纠纷,重点保护的是私权,认为适用外国法的理由是为了更优地解决民商事争议与更好地保护私人权利。在如何适用外国法中的规则构建中,提出以下五个原则:发挥人的主体作用即意思自治原则;切实维护人的权利即最密切联系原则;实现人的平等保护即保护弱方权益原则;尊重人的主体地位即有利原则;平衡人的利益需求即例外条款。

第四章,“人本说”之规则论。本章详细论述了国际私法在法律选择时必须遵循的规则。在涉外民商事纠纷中,应赋予意思自治原则为选法之首要规则,尊重当事人之间选择的法律,法官不能运用最密切联系原则或例外条款排除其适用,除非违反法院地国的强制性规范或严重影响法院地国公共利益。在国际私法总则中,应引入例外条款来替代最密切联系原则的地位,同时限定最密切联系原则的适用范围。保护弱方权益原则应渗透到国际私法的各个领域,遵循有利原则的精神,促成民事行为的有效、实现当事人的意愿、平等保护各方当事人。对于法官的自由裁量权的限制抑或扩张应持谨慎态度,在通常情形下,法官必须通过冲突规范的指引适用准据法,只有当适用准据法后会严重影响个案公正,法官才可以援引例外条款行使自由裁量权,并据此否定本应适用的准据法。

第五章,“人本说”之实践论。该章主要探讨国际私法上的两个重要的诉讼程序问题,即管辖权和判决的承认与执行。如果将保护私人权利落到实处,很多情形下判决需要得到原判决国之外的其他国家的承认与执行。而法院判决与仲裁裁决不同,在缺乏有效国际条约的前提下,内国法院的判决要得到外国法院的承认与执行极为困难。“人本说”通过倡导极其朴素的普世价值入手,提倡各国合理使用管辖权,将案件交予最为恰当的法院审理,受诉法院适用恰当的准据法,特别是遵循当事人双方选择的法律以及据此作出的判决,将有利于判决得到承认与执

行,判决也不会成为一纸空文。

文章专设余论部分,主要是抒发笔者以“人本说”为题研究国际私法问题的感念。传统与突破成为国际私法领域中两个关键词。正是在重新认识与改善国际私法的基本理论过程中,国际私法焕发了全新的面貌及生命的活力,使得国际私法这门古老的学科依旧散发着年轻的光彩。“人本说”并非刻意推出一个新理论,恰恰相反,笔者所致力,不过是唤起学界对一些极为朴素观念的尊重,重塑其应有的“尊身”。学术研究没有终点,“人本说”仅仅是一个开始。

关键词:“人本说”,私人,私权,意思自治,弱方权益,有利原则