



国家社科基金
后期资助项目

中国国际私法的制度生成

The Establishment of Chinese Private
International Law

宋晓 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中国国际私法的制度生成

The Establishment of Chinese Private
International Law

宋晓 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国国际私法的制度生成/宋晓著. —北京:北京大学出版社, 2018. 1
(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-301-29067-5

I. ①中… II. ①宋… III. ①国际私法—研究—中国 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 328435 号

- 书 名 中国国际私法的制度生成
ZHONGGUO GUOJI SIFA DE ZHIDU SHENGCHENG
- 著作责任者 宋 晓 著
- 责任编辑 王 晶
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29067-5
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者 北京大学印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 16.5 印张 287 千字
- 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录

序言	1
第一章 冲突规则的适用模式	13
一、引言	13
二、实体处分论和意思自治	16
三、程序处分权或辩论主义不能证成任意性适用模式	21
四、依职权适用冲突规则的突袭裁判风险及法官释明	25
五、外国法查明的实践难题与当事人程序利益的保障	31
六、结论	37
第二章 识别的对象与识别理论的展开	39
一、识别问题的界定	39
二、识别的对象：事实、诉因、法律关系抑或法律规则？	44
三、“法院地法说”“准据法说”的合理逻辑与理论困境	50
四、超越“法院地法说”与“准据法说”	54
五、识别制度的重负：原初目的之外	58
六、结论：理论应进取，立法当无为	60
第三章 最高法院对外国法适用的上诉审查	62
一、序言	62
二、三种审查模式	64
三、最高法院作为上诉裁判机构对外国法适用的审查	69
四、最高法院作为法律发展机构对外国法适用的审查	74
五、结语	80
第四章 属人法的主义之争与中国道路	82
一、序言	82

二、本国法主义与住所地法主义的思想基础	84
三、本国法主义与住所地法主义的政策与功能	91
四、惯常居所原则:第三条道路?	99
五、中国道路之抉择	104
第五章 同一制与区别制的对立及解释	109
一、区别制与同一制的历史根源	110
二、区别制的制度运行	116
三、同一制的制度运行	122
四、涉外遗嘱继承的特殊问题	128
五、结论	132
第六章 意思自治与物权冲突法	133
一、问题之提出	133
二、“物之所在地法规则”的确立	135
三、物权冲突法引入意思自治的根据和范围	139
四、意思自治的实现路径	144
五、结论	147
第七章 涉外债权转让法律适用的法解释路径	149
一、涉外债权转让法律关系的性质	150
二、转让人与受让人的意思自治	154
三、适用被转让债权的准据法	158
四、适用债务人或转让人的住所地法	161
五、系属比较与我国的法解释路径	164
第八章 特征履行方法及其运用	168
一、问题与现状	168
二、特征履行理论溯源及其运用	171
三、空间法律选择方法抑或功能法律选择方法	177
四、从推定规则到一般规则	182
五、特征履行方法的替代方法	186
六、结论	188

第九章 双重可诉规则	191
一、双重可诉规则的“兴”与“衰”	192
二、双重可诉规则的法律功能	195
三、双重可诉规则所遇批判	198
四、双重可诉规则废止后的“复辟”	202
五、结论	208
第十章 侵权冲突法一般规则之确立	211
一、对比分析《罗马 II 条例》与中国侵权冲突法一般规则之意义 ...	211
二、侵权行为实施地抑或损害结果发生地	213
三、共同属人法之例外	219
四、最密切联系原则之补充作用	224
五、意思自治的适用范围	230
六、结语	234
附记：中国国际私法的“怕”与“爱”	235
一、前言	235
二、中国国际私法之“爱”	236
三、中国国际私法之“怕”	243
四、结语：超越与使命	250
主要参考文献	252

序 言

大约十年前,我的研究重心从国际私法的宏观理论研究,转向了国际私法的具体制度研究。自从1980年代初我国恢复国际私法研究以来,我的老师辈们已经就国际私法的基本知识体系、基本原则、欧美国际私法的发展历程等,作出了富有成效的研究,奠定了这个学科发展的基础。然而,他们的历史使命或许就在于开拓与奠基,还无暇对许多关键制度作出更为精细和深入的研究。2000年之后,新的历史时代呼唤新的较为全面的国际私法立法,以全面取代《民法通则》中极不完整的立法规定,这无疑对具体制度研究提出了更高的要求。正是在这样的时代要求的感应下,我与许多同道,投入了中国国际私法的制度研究。

但这并不是说,我国国际私法研究长期效仿的对象,即欧美国际私法,没有成熟的可供借鉴的制度研究,也并不是说,一个部门法的制度研究能够脱离基础理论研究而独立进行。欧美国际私法的具体制度尽管也处于不断变革之中,但其成熟和稳定程度要远远超出我国。然而,不管我们需要在多大程度上借鉴欧美国家国际私法的具体制度,这些外来的制度在中国都需要一个“落地生根”的过程,即起源于欧美的外来制度,在中国需要一个重新证成的过程。在这个过程中,有些制度可能大部分保留了外国的原有样态,有些制度可能因应中国的现实需要而被大幅度修正了。无论如何,他们都在我们自由独立和批判性地审视下贴上了中国国际私法的标签,转而成了中国国际私法的制度。

美国国际私法基于现实主义的法学运动,其法律选择理论也与欧洲大陆渐行渐远。然而,尽管处于上层的基本理论会对中下层的具体制度和具体规则产生深刻的影响,但是,欧美国际私法基本理论样态的差异,更多表现为体系的差异和法律推理方法的差异,而许多具体制度和规则,特别是针对许多具体问题的解决方案,却并没有渐行渐远,许多领域反而是彼此趋近的。因此,当我们研究具体制度和具体规则时,完全没有必要拘泥于法律选择方法的差异。具体制度的研究具有相对独立性,可以摆脱极端的理论教条的约束而享有更大的自由探求空间。从根本上说,社会现实对于一个学科的制度研究的限制,至少等同于该学科的基础理论对于制度研究的限制。

过去十年中,我尽量跳出令人目眩神迷的法律选择理论的争议,更多以功能主义的方法探讨欧美国际私法的制度是如何被引入中国的,在中国是否经历了变异的过程,以及促进变异的原因是什么,还有中国国际私法是否存在不依傍任何外国法资源而独创的制度。在像我国这样的成文法国家,制度研究和成文立法是紧密联系在一起的,我的研究自然也不例外。当我国存在具体立法规定时,我会依据相关的制度原理对具体立法提出批判性分析,并尽可能在解释论的框架中寻求制度的完善之道。当穷尽解释论的方法而仍然无法完善相关制度时,我干脆会抛开现有的立法框架,去寻求和论证立法论意义上的答案。大体来说,在我国《涉外民事关系法律适用法》颁布之前,因立法现状之残缺,我的国际私法制度研究更多具有立法论研究的色彩;而当该法颁布之后,才大比例加重了解释论的成分。

本书名之曰“中国国际私法的制度生成”,似乎在暗示本书重心在于描述和解释国际私法的具体制度在中国萌芽、发展和变异的历史过程。历史过程的描述,对于制度研究来说是必不可少的,它有助于我们把握一项制度的动态发展历程,而在所展现的动态发展过程中,很可能就会自然闪现我们孜孜以求的一项制度的内在本质和发展规律。然而,本书尽管重视一项制度的外国法源流,及其引入中国的背景和发展的历史过程,但本书重心绝不在于动态的历史描述,恰在于偏向静态的分析论证。因为中国国际私法的已有制度,特别是体现在《民法通则》中的相关制度,许多是在仓促间被引入中国或在中国建立起来的,本就缺乏充分的历史根据,况且这些制度在中国的历史很短,相关的历史资料也非常贫乏。在这样的背景之下,静态的分析论证往往要胜过动态的历史研究。

法学研究应该更加重视经验,尤其是特定时代特定国家的经验,还是应该更加重视逻辑,这可能是法学理论中恒久争议的问题。本书关于国际私法的制度生成的研究,冠以“中国”二字,给人以注重中国特殊经验研究的感觉。我的研究最初也想兼顾逻辑和经验,但最后却仍不可得。中国经验,广而言之,大致包括中国的立法、中国学者的独特性论著和中国的司法经验,而最后一项尤为关键和重要。我在研究过程中也尽可能地去利用公开的判决书,去观察立法和理论在司法实践中是如何展开的,以及中国的司法实践提出了哪些具体问题和要求,但是,最后我仍然失望,因为公开的涉外民商事判决文书少之又少,远远不敷学术研究的需要。当然,这两年司法公开有了可喜的进步,相信今后中国国际私法的经验研究会有根本的改观。在经验研究缺乏现实条件的情形下,我只好更加关注国际私法的逻辑分析和体系分析。因此,本书的逻辑分析和体系分析,要远过于经验分析,其长处在此,其短处也必隐

于其中。

我最初希望本书覆盖尽可能多的国际私法的重要制度,研究虽断续跨越了十年,无奈学识谫陋,最后所研究的重要制度的数量仍然有限。在这有限的数量中,我首先针对我国理论界有争议的制度问题展开讨论,例如冲突规则是否应依职权适用、我国属人法应采用本国法主义还是住所地法主义、涉外继承应采同一制还是区别制等;其次是针对我国学术界已有讨论但我认为还存在模糊之处的制度问题,例如涉外物权领域是否应该或在多大限度内承认意思自治、最高人民法院在多大范围内可以审查外国法的错误适用等;最后是针对我国学界重视不够但我认为对我国理论体系或实践具有重要意义的制度问题,例如涉外债权转让的法律适用问题等。《涉外民事关系法律适用法》制定前后,学界讨论热烈和争执的地方,更是触发我写作许多专题的机缘。

粗略翻看本书目录,则会给人一个印象,认为本书只是多个具体国际私法专题的汇编而已,专题与专题之间似乎缺乏紧密的逻辑关联。诚然,除却本书“序言”和“附记”,本书确实是由十个专题构成的,但这些专题之间并非缺乏逻辑统帅,其逻辑关联处主要表现在以下两点:其一,它们共享一个主题,即“中国国际私法的制度生成”,是关于国际私法的重要制度的研究;其二,它们并非随意选择的专题,而是精心选就的,每个专题尽管表面上都从一个“点”切入,但他们都是一个“面”的最关键的“点”之所在,解决了这个“点”的问题,这个“点”所属的“面”的其余问题大多可以迎刃而解,因此,每个专题从研究的目的来说是致力于解决“面”的问题的。本书各个专题,大致涵盖了国际私法的总则(一般问题)、继承、物权、债权、侵权等各领域中的核心制度问题。总之,本书可以视为是一串“珍珠链”,它努力将我国国际私法的众多“战略要点”(核心制度)串联在一起,而成为一个关于我国国际私法制度研究的整体。

当然,如同刚才所言,因专题数量有限,这串“珍珠链”也有不少断裂之处,例如,总则部分缺乏对分割制度、反致制度和强制性规则的研究;“债权转让的法律适用”一章也不能解决所有无形物的法律适用问题;侵权部分也没有发展出关于特殊侵权法律适用的一般分析框架;知识产权的物权及债权的法律适用问题,本书也没有涉及。我国学界对上述制度尽管已经有了许多研究,但我认为还是有进一步研究和深化的必要。本书的这些缺憾只能留待今后寻机加以补充完善了。为了读者诸君的阅读便利,现就本书已有的各个专题,依次摘要如下:

(1) 冲突规则应由法官依职权适用,还是在当事人主导下任意性适用,

这是国际私法的一个基础理论问题,其答案也是解释我国《涉外民事关系法律适用法》的全部冲突规则的基石。数世纪以来,英国普通法主张任意性适用模式,德国立法和司法实践向来坚定地站在英美模式的对立面,我国学界新千年之后始慎重对待该问题。讨论伊始,就形成了针锋相对的两派观点:一派回应了大陆法系依职权适用的正统立场,力证冲突规则应由法官依职权适用;另一派回应了普通法系的正统立场及部分大陆法系著名学者的观点,从民事诉讼程序的性质和功能出发,认为在当事人享有自由处分权利的法律范畴,冲突规则应是任意性适用的,但在当事人不享有自由处分权利的法律关系领域,法院应依职权主动适用冲突规则及其指向的外国法。

本书则认为,国际私法是各国法律体系不可分割的一部分,同等地享有法的尊严和价值,应由法官依职权适用。从实体自由处分权或意思自治出发的推导,或从程序处分权或辩论主义出发的抽象演绎,以及对当事人程序利益的现实关怀,都不能证成冲突规则应是任意性适用的。然而程序法之维昭示我们,民事诉讼程序的视角必须内在于冲突规则适用模式问题的分析过程之中。在规定法官依职权适用冲突规则的同时,必须强化法官对冲突规则以及相关法律适用问题的释明义务;同时,为保障当事人的程序利益,最好由当事人自己负责证明外国法,并保障当事人在证明外国法过程中的选择权利。

冲突规则的依职权适用,归根结底近乎一种“程序设计”,其根本的制度功能和目的,是在当事人没有积极主动地援引冲突规则或相关外国法时,法官积极主动地对法律适用的问题进行释明,敦促当事人对法律适用问题作出深思熟虑的决断,以防止当事人因无知、无能或懈怠而错失了援引冲突规则及其指引的准据法的权利,以防止他们因草率而放弃了援引冲突规则及其指引的准据法的权利。冲突规则只有在依职权适用而非任意性适用的情况下,才能最大限度地维护当事人依据国际私法体系所享有的法律适用的权利,从而最大限度地维护当事人在涉外民商事案件中的实体权利。我们开宗明义地承认冲突规则的依职权适用的性质,视各国私法体系为平等的存在,依托国际私法而非更多地依托法院地法去维护国际的私法秩序,这将会是我国的大国雅量之象征。

(2) 以《涉外民事关系法律适用法》为代表的我国国际私法立法,仍是坚持以多边主义方法为主体,识别问题无从回避。识别问题只和涉外民商事案件的法律适用有关,而和涉外民商事案件的管辖权问题无关。识别问题是一切冲突规则适用过程中的普遍性的问题,其最复杂之处是识别外国法规则与解决识别冲突问题,尽管在实践中大多数国际私法案件中并不会发生识别冲突。

国际私法的识别冲突是令人望而生畏的理论难题,但是,只要抓住识别的对象是实体法律规则(主要是外国法规则),即当事人据以陈述或裁剪事实并据以提出权利主张的法律规则,只要深刻认识到识别过程本质上是法律规则(主要是外国法规则)和法院地国的冲突规则的对向交流关系,就能较容易地理解各种识别理论或方法的展开逻辑及其力量与弱点。“法院地法说”执着于对向交流关系中的冲突规则的一端,而“准据法说”执着于实体法律规则(主要是外国法规则)的另一端,各自反映了真理的一面而忽略了另一面。“比较法与分析法学说”,以及新法院地法说,努力涵摄对向交流关系中的两端,试图超越“法院地法说”和“准据法说”。相比之下,“比较法与分析法学说”过于浪漫理想,“新法院地法说”最能反映识别问题的本质,最为深切著明。

解决识别问题必须游动在冲突规则和实体法律规则(主要是外国法规则)之间,对于不同的案件,钟摆最后应当停在两端之间的哪个位置,这依然是一个灵活的、难以确定的问题。因此,识别问题天然不应通过立法方法来解决,只应强化理论、原则和方法对法官的指导。理论应进取,立法当无为。《涉外民事关系法律适用法》第8条机械地规定了识别适用法院地法,但愿通过司法实践和司法解释,第8条能够发展成为“新法院地法说”的法律渊源。

(3) 最高人民法院在国际私法的上诉案件中,应否审查外国法的错误适用,这不仅关乎对外国法适用的本质的理解,也关乎最高人民法院在一国司法结构中的地位及其透显的司法理念。如果将国际私法中外国法的适用,仅视为平衡双方当事人权利义务的权宜之计,并且认为法官只是暂时中断自己的固有角色,去完成一项对当事人意义重大却无关本国法律体系发展的艰巨任务,那么作为司法金字塔顶端的最高人民法院,正当汲汲投身于透过个案去发展本国的法律体系,确实不必抽身去从事外国法适用的上诉审查。这一观念为拒绝审查模式铺平了道路,然而它主要是19世纪国际私法发展的产物,过分迷信法律的实证主义和法律的客观性,似乎法官完全可以抛开国内法律体系所赋予他们的主观性,完全可以获取外国法的客观结论,从而实现完全意义上的适用外国法。

时至21世纪,我们不再固守极端的法律实证主义。法官无论是适用国内法还是适用外国法,其中蕴含的法律主观性是客观存在的,而且它对于法律发展来说也有着积极意义。法官适用外国法所具有的主观性,归根结底就是他沐浴其中的本国法律体系的基本结构、基本概念以及整个体系透射和追求的法律正义观念所赋予的。法官适用外国法,需要调和外国法律体系所赋予外国法的客观意义和本国法律体系所赋予外国法的主观意义。具体调和

的比例和方法,正是一国国际私法应该重点关注和发展的对象。因而无论从最高人民法院的上诉裁判功能出发,还是从其发展法律的功能出发,最高人民法院都应像审查国内法的适用那样,去审查外国法的适用,其中并不存在两国司法权威乃至国家主权的冲突。相反,最高人民法院在国际私法案件中解释和适用外国法,正可趁机深入外国法的肌理,摄取外国法的形式技艺和精神价值,将它们有机地融入本国法律体系中,丰富和发展本国法律体系。这将有助于一国最高法院增进包容和开放的精神,对于略显封闭的中国最高人民法院来说,其中意义尤为重大。

(4) 在过去一百多年里,属人法的主义之争,即本国法主义与住所地法主义的对抗,这道“铁幕”始终横亘在两大法系的国际私法之间。我国属人法方法从本国法主义向经常居所原则的根本转变,只有放在两大法系属人法之争的背景中,才能明晰其意义和未来演变方向。无论是本国法主义,还是住所地法主义,都坚持所有属人法律关系都应适用同一个法律,各自通过对国籍或住所的法律建构,来阐发各自的精神内涵。本国法主义的思想基础可以概括为民族主义、人格完成和精神解放这三项,其核心是民族主义。住所地法主义的精神追求,正是赋予个人通过选择住所而选择属人法的自由,以及与之伴随的私法自治的权利,因而住所地法主义奠基于个人自由主义的基石之上。

本国法主义的历史形成具有单边色彩,倾向于扩大法院地国属人法的支配范围,伴有鲜明的道德判断,可使其国民的属人法不随住所的变动而变动,有利于母国保护其国民的基本民事权利。住所地法主义带有属地主义的印记,主张生活在同一片土地上的不同国家的人适用同一个法律,以消除彼此民事身份与地位法律适用的差异,最终促使他们的民事身份与地位趋于平等和一致,这就在客观上促进了同一国家内的族群融合。本国法主义的体系性功能总体不如住所地法主义。

惯常居所原则主要是国际公约的妥协产物,其弊端是割裂了个人与特定国家间的精神联系,销蚀了属人法的精神属性。经常居所是惯常居所的中国表达,但司法解释赋予了经常居所一定的特殊含义。经常居所未来应进一步“住所化”,考虑我国国民跨国流动的现实,实现住所地法主义的价值追求。

(5) 《涉外民事关系法律适用法》在涉外继承领域既没有全面采用同一制,也没有全面采用区别制,而是牺牲了一以贯之的理论逻辑,富有特色地划分法定继承和遗嘱继承,前者适用区别制,后者适用同一制。两者相比,遗嘱内容取决于立遗嘱人的意思自治,因而同一制主要作用于遗嘱的效力,而法定继承的区别制却几乎作用于法定继承的全部,因此,《涉外民事关系法律适

用法》中区别制的比重大于同一制。

无论是对继承法律关系本质的理论分析,还是对同一制与区别制的历史根源的探求,都表明同一制较之区别制更具制度优势。同一制和区别制的立法抉择,归根结底是决定不动产所在地法在涉外继承领域的命运。在涉外物权领域,动产随人观念已被破除,无论对于动产还是不动产,物之所在地法全面战胜了属人法。但在涉外继承领域,“动产随人原则”仍具旺盛的生命力,“随人原则”还继续扩大到了不动产继承领域。属人法而非物之所在地法,将在两大法系继承冲突法的未来发展中取得支配性地位,然而目前《涉外民事关系法律适用法》的涉外继承规则却例外于这一趋势。

无论是同一制还是区别制,立法结构不可谓不简明,但在各自的制度展开和实践运行过程中,简明的立法公式都只是一种表象,表象背后却是一系列复杂的难以具体规范的法律问题。对于同一制来说,面临着如何保护本国继承人对于不动产的继承利益、如何保护本国非继承利益以及如何面对外国区别制国家的既有判决等问题;对于区别制来说,则面临着如何进行跨国遗产债务的分配、如何在法定遗产权等问题上面对境外继承结果以及如何取舍反致制度等问题。

《涉外民事关系法律适用法》既然同时容纳了区别制与同一制,未来司法实践也将招致上述所有问题。解决上述问题的总体思路是,区别制的制度运行有时需要同一制的思维方式以为补充,同一制的制度运行需要格外注意不动产所在地法的积极作用。

(6) 在迈入 21 世纪前后,当意思自治在合同冲突法中稳固确立并大肆向其他领域进军时,似乎一切国际私法领域承认意思自治都是可能的,《涉外民事关系法律适用法》第 4 条无疑就传递了这种乐观态度。

同一制在 19 世纪中叶全面取代了之前的区别制,不论动产还是不动产,统一适用物之所在地法,这成为物权冲突法的基本规则。物之所在地法规则符合物权的对世属性,具有稳定性、明确性和可预见性的优点。但是,物之所在地法规则过分强调了物权的独立性和对世属性,掩盖了物权更多时候是从债权中分割出来并与债权有千丝万缕关系的特点,忽略了对双方物权争议和三方物权争议的不同情形的区分。无论是双方之间的物权争议的特殊所在,还是物权与债权的密切联系,都为物权冲突法承认意思自治奠定了合理基础。然而,只有动产的法律适用才关乎意思自治,而不动产物权关系,无论是双方之间的争议的还是三方之间的争议,都不可能承认意思自治。因此,面对意思自治,今日的物权冲突法又隐然回到了古老的区别制时代。

当双方之间的动产物权争议引入意思自治时,物权冲突法本质上是将双

方之间的绝对的物权关系还原为相对的债权关系,与其说是物权冲突法承认意思自治,不如说是还原而成的那部分特殊的双边债权关系适用意思自治。当出现第三人时,被还原而成的相对债权关系就不复存在了,物权关系又全部恢复了它的对世属性,此时不再有理由允许意思自治,而只应恢复适用物权冲突法的一般规则,即物之所在地法规则。因此,物权冲突法虽可承认意思自治,但意思自治不得对抗第三人。在物权冲突法中,涉及第三人的情形也很普遍,三方之间的物权争议并不少见,更兼意思自治极易受到物权法中的直接适用规则或强制性规则的限制,因此,物权冲突法虽可承认意思自治,但不应高估其地位和作用。物权冲突法中的意思自治,和合同冲突法中的意思自治,归根结底是无法相提并论的。

《涉外民事关系法律适用法》第3条宣告性地将意思自治提高到了基本原则的地位,继而在第37条中规定意思自治作为动产法律适用问题的首要规则,这些都难以摆脱盲目冒进之嫌疑。因而在司法实务中,我们应对第37条进行限制性解释:意思自治只应限定于双方之间的动产物权争议,而不能对抗第三人。物之所在地法规则仍然是物权冲突法的基本规则,意思自治只是其有益补充。

(7) 债权转让既具有合同内容,又具有物权内容,债权转让法律适用的核心是其物权内容的法律适用。若统一适用最具竞争力的几个系属之一,包括适用转让人与受让人意思自治的法律、债权准据法或转让人的住所地法,皆有其醒目的优势,又有明显的软肋。债权转让似乎根本不能采纳单一和统一的系属,而应根据不同的问题适用不同的法律。这种将问题分割的方法,表面上发挥了不同系属的长处,同时回避了不同系属的缺陷,但是,这种方法只是表面上掩盖了矛盾,而骨子里仍然没有解决问题。如果诉争涉及债权转让中的所有利害关系人,包括转让人、受让人、债务人、转让人的债权人和受让人的债权人,各个主张适用不同的法律,那么不同的准据法产生矛盾和冲突,哪个应该优先适用呢?这个深层次的矛盾是无法解决的。

意思自治最能促进债权转让的商业效率,适用转让人的住所地法最能创设静态安定的物权秩序,而适用被转让债权的准据法介于效率和秩序安定这两个价值目标之间,因此,综合各主体之利益保护和诸物权问题的法律适用的分析,如果一定要从这三个最具竞争力的系属中选择一个,那么非被转让债权的准据法这个系属莫属。诚然,适用被转让债权的准据法可能会伴随法律适用的不确定性,但也不能高估这种不确定性,因为在现代跨国商业交易中,绝大多数合同之债都在合同中通过意思自治约定了准据法,债权的准据法由此就是确定的,即使在少数合同中,当事人没有约定准据法,但随着合同

客观准据法方法的完善,被转让债权的准据法在很大程度上也是可以预先判断的。同时不可否认的是,适用被转让债权的准据法更适合单个债权的转让,而不能满足打包转让的商业需要,打包转让和国际资产证券化的发展就不能寄望于冲突法,而只能寄望于各国内法和国际统一实体法的发展。

在涉外债权转让的法律适用问题上,最为现实和合理的选择是适用被转让债权的准据法,而在《涉外民事关系法律适用法》的框架中,这恰恰是可以通过法律解释方法实现的。法官在处理涉外债权法律适用的个案时,首先可以将涉外债权的法律适用解释成合同层面的法律适用和物权层面的法律适用,前者适用合同的冲突规则,后者适用被转让债权的准据法。无论被转让债权为合同之债、侵权之债、无因管理之债或不当得利之债,《涉外民事关系法律适用法》都作出了相应的规定,这就意味着法官可以全部在法解释的框架内解决涉外债权的法律适用问题。

(8) 国际合同的客观法律适用问题的理论与实践难点,在于是否采纳或如何运用特征履行方法问题。特征履行方法是欧洲大陆国际私法传统的产物,直接源于萨维尼学说,是瑞士国际私法学说与判例的产物。现代社会的交易通常是以货币为媒介的,即一方支付金钱,另一方交付货物或提供服务,特征履行方一般是非支付金钱的另一方,据此特征履行方较易认定,没有必要建立在具体合同分类的基础之上,否则会引发结构性重复与累赘,并带来更加棘手的识别困难。依据特征履行理论,合同应进一步场所化于特征履行方的惯常居所地法,欧盟 2008 年《合同之债法律适用条例(Rome I)》(以下简称《罗马 I 条例》)较之 1980 年欧共体《合同之债法律适用公约》(以下简称《罗马公约》),特征履行的场所化法方法向属人连接点进一步推进,无疑是值得肯定的。

特征履行方法基本上是一种空间法律选择方法,致力于实现冲突正义,却不能很好地实现实体正义。当特征履行方法上升为合同客观法律适用的一般规则,为了实现法院地国家在合同领域的特定的实体目标和实体政策,就应有意识地在特征履行方法的一般规则之外,去制定实现特定实体政策的合同法律适用规则。如何具体处理特征履行方法和最密切联系原则之间的关系,这对于合同的客观法律适用规则的构建至关重要。《罗马公约》及其影响下的我国 1987 年《最高人民法院关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》和 2007 年《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》,将特征履行方法附属于最密切联系原则,过分损害了法律适用的确定性和可预见性,并非是科学合理的安排方式。

我国《涉外民事关系法律适用法》以和稀泥方式规定可以适用特征履行

方法或最密切联系原则,这等于放弃了对两者关系的探索,回避了最不应回避的问题。相比之下,《罗马 I 条例》将特征履行方法上升为一般规则,最密切联系原则降至补充性质的撤销规则的地位,这是迄今对两者关系的最合理安排,理应成为我国未来合同国际私法发展的指南。总之,特征履行方法尽管有许多缺陷,但对于成文法国家来说,它仍是解决合同客观法律适用问题的最好选择。

(9) 如果我们要在多边主义的冲突法框架内寻求侵权冲突法问题的解决之道,就不可避免地会纠缠于侵权行为地法、法院地法和最密切联系原则这三个系属公式之间。双重可诉规则及其例外规则无非是以一种独特的方法来调和这三个系属公式。无论是双重可诉规则在普通法世界中走向主导地位,还是在 20 世纪末期趋于普遍的衰落,还是在诸如诽谤领域的坚守阵地,还是通过程序与实体的识别技术以实现双重可诉规则目的的暗渡陈仓,还是双重可诉规则在中国国际私法中的进退问题,实质上都反映了上述三个系属公式在侵权冲突法领域此消彼长的互动过程。

双重可诉规则在侵权冲突法体系中的兴衰、沉浮与进退,几乎全由法院地法这一系属公式在侵权冲突法中的地位升降引发的。涉外侵权成立与否适用双重可诉规则,实际上重叠适用法院地法和侵权行为地法,过分偏袒了被告而极其不利于原告,这是不符合现代平等保护的法律原则的。在普通法的双重可诉规则中,法院地法除了在侵权成立问题上发挥作用之外,还全面地支配了以损害赔偿为中心内容的侵权效果问题。但是,现代侵权法的功能主要是补偿和风险分配,而非规诫与惩罚,为实现惩罚性质的政策控制而在涉外侵权领域适用法院地法,这就愈来愈不合理了;相反,侵权行为地法是双方可以共同预见到的,据此来实现风险分配和侵权补偿相对就更为合理了。

因此,无论是对于涉外侵权的成立,还是对于涉外侵权的效果,侵权行为地法都应上升为全面支配涉外侵权的一般规则。然而,尽管侵权法的功能愈益接近合同法的风险分配和利益补偿功能,但客观上侵权法所包含的公共政策较之合同法所包含的公共政策要浓烈得多,这就意味着法院地法或双重可诉规则不可能全部退出涉外侵权领域。目前有两个领域,其一是涉外诽谤侵权,其二是赔偿最高限额问题,应继续适用双重可诉规则,使被告不至于承担完全不可预见的外国准据法所规定的赔偿数额。

无论是适用双重可诉规则,还是适用侵权行为地法,只要依据空间意义的法律事实设定连结点,就不可避免地会在某些情况下导致规则的僵化。因此,即使国际私法立法将侵权行为地法确立为侵权冲突法的基本规则,我们仍需依据最密切联系原则设定例外规则,但作为例外规则的最密切联系原则