

# 准据法选择的新方法： 基于人本视角的研究

梅 傲

(西南政法大学 国际法学院, 重庆 401120)

**摘 要:**传统国际私法理论过于强调抽象的国家主权,却忽视了民商事关系中最重要的人的私权。为适应现代涉外民商事关系的发展,准据法选择方法的价值急需重构,规则亦需重建。“人本说”中的准据法选择方法在尊重各国主权的前提下,更重视对私权的保护,尊重人的主体地位,发挥人的主体作用,切实维护人的利益,关注人的价值,将内外国法律置于平等的地位,强调涉外民商事纠纷的合理解决,有效保护人的民事权利不受损害。

**关键词:**“人本说”;外国法;准据法;选择方法;保护私权

**中图分类号:**DF97 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2016)01-0064-08

## New Methods of Choosing Applicable Law: Based on the Research of Humanistic Perspective

MEI AO

(International Law School, Southwest University of Political Science of Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** Traditional theory often emphasizes the abstract national sovereignty not private rights. The value and rules of the method to choose applicable law need to be constructed. In the theory based on the protection of people and the private rights, The method to choose applicable law should be on the premise of respecting national sovereignty, which should attach more importance to the protection of private rights, respect the principal position of people, give play to the role of the body of the people, safeguard the interests of the people, pay attention to the value of people, be placed in the equal status of domestic and foreign law, emphasize the foreign-related civil and commercial disputes solved properly and protect the civil right from damage.

**Key words:** humanism theory; foreign law; applicable law; selection method; protection of private rights

### 一、引 言

自国际私法以降,各个时期、不同国家的学者们都对“为什么要适用外国法”与“如何适用外国

收稿日期:2015-11-02

**基金项目:**国家社会科学基金一般项目“法院地法倾向对策研究”(14BFX190);重庆市社会科学规划项目“国际私法之人本理论研究”(2015YBFX102);西南政法大学校级科研项目“新形势下海外追赃的司法协助研究”(2014XZQN-08)

**作者简介:**梅傲,男,西南政法大学国际法学院讲师,法学博士,主要从事国际私法研究。

法”这两个国际私法理论中心问题展开研究,他们试图从不同的研究视角探讨适用外国法与如何适用外国法。在国际私法的发展进程中,外国法究竟属于何种法律属性,在不同的时期曾有过截然不同的看法,特别是外国法究竟是“法律”抑或“事实”之辩,曾长期困扰着大陆法系和英美法系的学者。<sup>[1]</sup>21世纪以来,国际私法已然进入一个“后现代国际私法”时期,现代化已成为全球化背景下各国国际私法立法的当务之急和共同目标。<sup>[2]</sup>在全球化进程中,适用外国法是社会发展的必然结果,也是一国发展国际经济交往的客观需要。国际私法的产生初衷就是为了适用外法域地法,承认外国法效力是产生法律冲突的前提。否定了适用外国法,实质就是否定了整个国际私法的存在。但国际私法中又存在各种制度或方法来限制或排除外国法的适用。适用外国法与不适用外国法就好像一对矛盾共同体存在于国际私法的理论变迁史。“为何适用外国法”与“如何适用外国法”是国际私法历史发展中最重要的两个理论问题。

如何适用外国法是国际私法的核心问题之一,不同时代、不同国家的国际私法学者曾经提出过各种理论和学说。国内学者对法律选择方法的研究大多停留在对外国法律选择方法的引进和述评上。我国最早关于准据法选择方法的著作是《现代美国国际私法学说研究》和《美国现代国际私法流派》,二者结合西方的法哲学思潮分别对美国的国际私法各种学说及法律选择方法进行分类和评析。我国最早阐释准据法选择方法的论文可追溯到李双元教授的《论国际私法关系的法律选择方法》,该文将国外的法律选择方法概括为7种。但我国对于准据法选择方法的研究主要停留在引进或评述外国的各种理论学说,鲜少结合我国实践提出创新的准据法选择方法。西方的国际私法发展了上千年之久,其法律精神与法律制度一起深入其准据法选择方法的精髓。我国的准据法选择方法主要是移植西方的国际私法理论,而我国的法律思想和法律理念难以与之相匹配。因此,如何适用外国法应该有新的方法来引导。

## 二、准据法选择方法的理论发展

在国际私法的各种学说理论中,如何适用外国法,即准据法选择方法是其核心内容之一。国际私法的主要任务是解决各国法律之间的私法冲突,准据法选择方法就是解决私法冲突的关键。

1. 以规则为导向的准据法选择方法。传统国际私法理论是通过“空间”或“场所”等连接点找到一个最适当的国家或地区,并适用该国或该地区的实体法,其选择法律的方法也只限于立法管辖权的分配。传统准据法选择方法强调规则适用的一致性,将实现结果的一致当作国际私法的首要目标。法官只需要沿着连接点的指引,按部就班就能找到准据法。至于适用该准据法后的结果,法官在选择的时候无需考虑。<sup>[3]</sup>在国际私法起源的欧洲传统国际私法理念中,国际私法只是一种纯属中立的技术性规范,是根据特定的涉外民商事法律关系与相关国家的地理连接关系,通过各种外在的连接点选择应适用的准据法。传统法律选择方法强调确定性、稳定性、可预见性,并未顾及纠纷在实体法上是否能得到公平公正的解决。“法则区别说”与“法律关系本座说”都是以规则为导向的准据法选择方法。以规则为导向的法律选择方法采用“三部曲”的节奏:首先解决识别问题,其次是选定连接因素,最后是法律的查明及适用。

2. 以结果为导向的准据法选择方法。“结果选择”理论是相对于“法域选择”理论而提出的。“法域选择”理论是指依据特定的连接点找到对该法律关系具有立法管辖权的国家,其首要目标是找到“适当的国家”,而“结果选择”最为主要的目标是适用“适当的法律”以及获得“适当的结果”。“适当的国家”的法律与“适当的法律”之间是否存在必然的关系,则应该从法律适用的实质意义上而不是法律适用的空间意义上来界定。美国的冲突法革命对于世界范围内的国际私法产生了重要的影响。比尔教授

负责起草的美国《第一次冲突法重述》是以“既得权”理论为基础,本意是为了调和外国法的适用与国家主权的矛盾,关注的是法律适用的确定性和判决结果的一致性。而美国学界对于美国《第一次冲突法重述》展开猛烈抨击,认为美国《第一次冲突法重述》的法律选择方法过于僵硬、机械和教条,压抑了法官追求个案公正的自由,限制了法官思考案件的空间等。以结果为导向的准据法选择方法由美国学者卡弗斯于1933年发表在《哈佛法学评论》上的《法律选择问题批判》中首次提出,他主张全面审查案件事实,不再局限于单一的连接因素;权衡多个相关的法律及其适用的结果,而不再只分析一种法律;最后根据是否对当事人公平和符合社会政策决定适用的法律。卡弗斯的“优先选择原则”将批判的矛头直指传统国际私法的法律选择方法,主张抛弃传统的选法方法,认为传统方法只是关注如何选择管辖权,而不关心选择规范后所指向的法律内容及判决结果。里斯主持编写的美国《第二次冲突法重述》给法官提供了不受约束的自由裁量权,法官在审判过程中可以自由选择准据法,因此受到了美国法官的热烈欢迎,在美国的冲突法实践中占据了主导地位。<sup>[4]</sup>里斯将最密切联系原则贯穿于《第二次冲突法重述》之中,避免了机械公式化的法律选择模式,运用较为灵活的法律选择方法,对世界各国的准据法选择方法起到了深远的影响。美国《第二次冲突法重述》中的法律选择方法重视灵活性而非确定性,是以最密切联系原则为核心,综合考虑各法域相关政策的一种现代法律选择方法。<sup>[5]</sup>但美国的冲突法研究主要是基于本国的州级法律冲突,而一个主权国家内的区际法律冲突尽管与国家之间的法律冲突有相似之处,但州级法律冲突与纯粹的国家间的私法冲突还是存在差异。因此,美国的冲突法理论不可能完全照搬到我国适用。

3. 准据法选择方法的“法院地法”趋势。1932年亚瑟·努斯鲍姆第一次提出了“回家去的趋势”,它是指在冲突法的规则或原则中出现法院地法优先适用的倾向从而影响法院法律选择的态度。<sup>[6]</sup>准据法选择方法的“法院地法”从国际私法产生之初就存在,但其趋向日益严重也是美国冲突法革命所带来的。柯里的“政府利益分析说”通过认定实体规则的适用范围来解决法律适用问题,属于单边主义的范畴。但柯里的“政府利益分析说”克服了“法则区别说”形式主义的僵硬性,注入多边主义的因素而具有更多的灵活性。<sup>[7]</sup>依据此种理论,法院在大多数情况之下,会认为本国在案件中有合法的利益,使得法院地法优于外国法而得以适用。艾伦茨威格的“法院地法说”主张在通常情况下应当首先适用法院地法,而外国法只是一种例外情形下的适用。他认为法律冲突的解决是法院地实体法的解释问题,可根据对法院地法的解释结果决定适用的法律,而通常情形下法院地法会得到适用。法院地法得以适用的标准应该是法院地法与法律关系之间的密切联系,以及当事人利益的特殊需要,而不是为了立法管辖权和司法便利。国际私法所最追求的最高目标就是无论当事人在何国起诉,法院所适用的法律都是同一国家的法律。但是,准据法选择方法的“法院地法”趋势导致这种目标渐行渐远。

4. 以当事人利益优先为导向的实用主义。实用主义理论将法经济学理论带到国际私法领域,对于国际私法采用一种更具“交易性”的方法,认为解决法律的冲突将会产生各种经济效应,同时对双方当事人关于缔结合同、财产权的行使等各个方面发生连带效应。如果当事人认为根据冲突规则的指引而适用的准据法不符合他们的利益需要,或者将会导致他们在不便利的法院进行诉讼,那么,理性当事人会在合同谈判时考虑到这些因素,当事人将会在缔结合同时约定有利于双方当事人的准据法及管辖法院。<sup>[8]</sup>实用主义理论不再强调主权国家的利益,而是强调当事人与当事人之间的经济利益,主张国际私法的主要功能是促进私人秩序,双方当事人的选择优先于其他法律选择方法。此种理论对于准据法的选择方法而言,将经济学理论与国际私法中的意思自治理论相结合,提供了另外一种研究视角。

5. 最密切联系地选择方法。美国法官福德在审理“奥顿诉奥顿案”和“贝科克诉杰克逊案”中,采用“重力中心地”或“关系聚集地”的法律选择方法,在此种方法中,法官将与具体案件有最密切

联系地相结合,作为选择法律的的决定性因素。此种选择法律的方法后来逐渐发展成最密切联系方法。最密切联系方法具有相当的灵活性,由法官根据具体案件行使自由裁量权,要求法官综合考量个案差异,不限于本应适用的冲突规则,透过各种连接因素的表层去分析该连接因素与特点的民商事关系的关联性,以适用最能体现该民商事关系本质的法律。最密切联系方法实现了法律适用的确定性和灵活性之间的协调,是在法律秩序价值与公正价值之间的平衡选择。它突破了传统选择方法静态的公式化模式,有利于实现制度层面的弹性化、体系的开放化、个案的公正化。<sup>[9]</sup>灵活性是最密切联系方法的优点,但如果法官利用此种自由裁量权来尽可能的适用法院地法的话,那么,这也可能会成为该种方法致命的缺陷。最密切联系方法是以实用主义为哲学背景,以追求实质正义为价值取向,是自由裁量主义在国际私法领域中的具体体现。大多数国家将最密切联系方法作为与其它客观连接因素并存的补充性连接点,以增加法律适用的灵活性。<sup>[10]</sup>最密切联系方法对法院没有强制约束力,法官可以根据具体案情和有关法律决定是否采用与案件具有最密切联系的那个地方的法律。

6. 后现代国际私法法律选择方法。后现代主义始于20世纪中期,是一种席卷全球的新学术思潮,并形成一场声势浩大的后现代文化活动。后现代主义不是指时间性及操作程度上可视的手段和方法,而是一种哲学视角的方法论意义上的表征,本质上是一种精神或一套价值模式。20世纪下半叶,后现代主义思想逐渐渗入国际私法领域,形成后现代国际私法思潮,主要表现在以下几个方面:第一,后现代国际私法方法提倡国际私法的多元价值观,倡导法律选择方法的多样化,它提出一系列新的国际私法理念,要求“规则”与“方法”的有机结合、软化客观性冲突规范的连接点、运用有利原则、引入替代条款等,这些理念对现代国际私法的发展有着深远的影响。第二,后现代国际私法理论排斥法律选择方法的统一性,强调个案的差异性,要求对弱方及女性当事人给予特别保护。它极为强调当事人之间的不平等,社会成员之间应该互助互爱,对弱势一方实施倾斜保护,此后逐渐发展成国际私法中的弱者权益保护原则,各国立法也纷纷响应,对于消费者、雇员等弱方实施倾斜保护。<sup>[11]</sup>后现代主义法哲学观认为女性与男性相比,男性是规则导向,而女性是感情导向,二者存在性别差异,需要重新发掘及确认女性的价值。在国际私法中,对女性的特别保护主要表现在婚姻家庭关系中,各国立法在涉外婚姻家庭的法律适用中都体现了尊重女性的后现代主义价值观,规定了应适用有利于保护女性的法律。第三,后现代国际私法认为法律不具备统一的本质,主张法官行使自由裁量权,重视个案差异,灵活处理涉外案件。后现代国际私法突破了传统国际私法的思维模式,强调多维度与多视角的探索国际私法问题,以批判性的眼光重新审视国际私法已有的原则与规范,对全球范围的国际私法理论具有重大促进作用,对当代国际私法学者具有启发意义。

### 三、“人本”法律选择方法

也许从形式上来看,法学研究的对象是法律现象,而实质上,法学研究的对象和目的都应是人,是对人和人的命运的关注和关怀。人在生物意义上是感性的存在,人通过感觉、知觉和表象形式去感受和把握外部世界。但人除了是生物的感性存在之外,也是社会的理性存在。人生活在两个世界,即自然的世界与社会的世界之中,是自然和社会属性的集中体现者。<sup>[12]</sup>人类社会是人的自然属性与社会属性的有机统一。人类在展示自己自然属性的同时,又受制于自己的社会属性,这是人类社会的真实与本质。人的社会属性的一个方面就体现为法律上的人。人的社会行为的最基础特征是行为的规范性与秩序性,受到规范性与秩序性制约的人即是法律的人。人遇到的现象极其多样、复杂、矛盾,解决问题,必须将之投射到一个更大的平面图上。因此,不应当在人的个人生活中而应该在人的政治和社会社会中去研究人。<sup>[13]</sup>人类的生物本性与社会理性经常发生矛盾和冲突,对于两者之间的关系需要

一个价值判断,这一价值最初的表现形式是习惯和道德,后来逐渐发展为法律。法律上的人是超越人生命现象的一种社会存在,已脱离自然之人的本质,转换为一种价值的永恒。法律上的人不会随着时间的流逝而死亡,只会随着社会的发展而变化。现代权利观念是从个人观点来谈论什么是公平,什么是正义,它表达的是尊重个人,尊重人的尊严和价值,尊重人的主体地位。人类所有的经济、政治、文化、法律等制度的出发点无论是为整个世界或是国家或是私人,归根结底都是使人获得满足,保护人的权利。“人本说”与国际私法的其他学说不同,其他学说是建立在国家主权理论之上,而“人本说”是建立在私权之上。<sup>[14]</sup>“人”是私权的载体,私权是国际私法首要保护的權利,准据法选择方法的价值重构是为了更好地保护私人及其私权。“人本说”中的准据法选择方法,在尊重各国主权的前提下,更重视对私权的保护,关注人的价值,将内外国法律置于平等的地位,保护人的民事权利不受损害,促进经济要素的顺利流通,保障物质资源的合理配置,维持国际民商事活动有序进行。“人本”选择方法具有强烈的现实性、政策引导性、实践操作性,重视对私权的保护,强调涉外民商事纠纷的合理解决,平等保护当事人的私权。

法官在审理涉外民商事案件时,可能会陷入选择的困境。一方面,法官要从自身的利益和需求出发,有目的地审查案件,对客观现实中的各种真实性作出主观的选择;另一方面,法官在发挥主观能动性时又不能无限制的放大主观意愿,而忽视客观规则的制约。法官在审理涉外民商事案件时,应依据国际私法的宗旨和目的,在特定范围内行使自由裁量权。如果超出特定范围的限制,滥用法官自由选法的权利不仅会瓦解国际私法的确定性,还会丧失国际私法的灵活性,个案的公正得不到彰显,甚至会导致国际私法价值体系的崩塌。

目前,我国涉外审判中的“法院地法”趋势最主要的弊端是阻碍判决的承认与执行。由于各国的历史、文化、风俗等不同,一国法院的判决要得到外国的承认与执行本就有诸多障碍。我国法院判决大量地适用法院地法这种做法更会增加判决在国外得到承认与执行的难度。造成“法院地法”趋势主要有以下三个原因:首先,受主权本位理念的影响。国际私法从产生之初,主权原则就以不可动摇的地位凌驾于其他原则之上,各种理论学说都不约而同地夸大法律的属地性。<sup>[15]</sup>由于每个国家都认为自己的法律是最好及最适合本国国情的理念影响,导致法官在选择法律时,会选择本国法而不愿意选择本国以外的法律。其次,法官素质和法院体制的影响。法官对于国际私法知识的缺乏造成司法实践中难以合理运用冲突规范,再加上法院体制对于法官审判亦造成诸多影响。以我国目前的司法实践为例,法官的业绩、工资与错案率挂钩,适用不熟悉的外国法可能会因为对外国法的文化、语言等障碍造成理解的偏差或者解释上的错误,从而导致错案率上升。出于现实的目的,选择适用最为熟悉的法院地法就成为了常态,而适用外国法则成了一种例外。最后,由于冲突规范的任意性适用。在法院的实际审判中,如果当事人没有提出该案应依据冲突规范的指引去适用准据法,法官则忽略案件的涉外因素,不考虑冲突规范的存在而直接适用本国法。这种对于冲突规范的任意性适用,无从考究法官们对于冲突规范的性质为何认定为是任意性的,但这与冲突规范的立法本意矛盾是毫无疑问的。<sup>[16]</sup>即使法官们适用本国法,那也应是依据“某某情形适用法院地法”这一冲突规则而适用的,并不是无视冲突规则的存在,直接跳过冲突规则无视案件的涉外因素。

“人本”选择方法最重要的是凸显当事人选择法律的优先性。在涉外民商事纠纷中,意思自治是选择之首要规则,法官首先应该适用当事人自己选择的准据法。只有在当事人没有选择或当事人之间对选法没有达成一致,法官才依据冲突规则的指引寻找准据法,在寻法及适用准据法的过程中,法官还需要考虑有利于保护弱方权益的法律。在整个法律选择的过程中,需要尊重人的主体意思,需要充满人文关怀,需要有利于保护人的私权。

## 四、准据法选择方法的规则建构

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,试图去一劳永逸地调整不断发展的国际民商事法律秩序,也是不可能完成的任务。<sup>[17]</sup>任何准据法的选择方法,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局,附着着缺陷的产生,准据法的法律选择方法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,民商事交往已经跨越地域的限制,新的法律问题层出不穷,传统法律选择方法在协调民商事冲突方面已经显得力不从心,崇尚人本关怀的社会价值也需要得到确认与弘扬,这就要求准据法选择方法的规则必须重新整合。

### (一) 发挥人的主体作用——意思自治原则

意思自治原则是私法自治在国际私法领域中的集中体现,当事人可以通过合意,自主选择调整涉外民商事关系的准据法。意思自治在成为确定涉外合同准据法的首要原则的同时,出现了意思自治原则在国际私法中的扩张趋势,主要表现在其适用领域的扩大、当事人选法范围的增加、当事人选法时间段的延长、突破实质性联系的束缚、赋予默示选择效力、例外条款不适用于意思自治等。<sup>[18]</sup>但意思自治原则并不是没有限制的,这种对意思自治的限制不是侵犯当事人选择法律的权利,而是为了更好的保护大多数人的权利,使得适用准据法后获得更为公平正义的结果。<sup>[19]</sup>意思自治原则的限制主要体现在强制性规范的限制、基于保护弱方权益的限制、公共秩序保留的限制。意思自治原则的扩张与限制是“人本”思想在国际私法中最为直接的体现,恰当的将形式正义与实质正义相结合,生动的展示了国际私法的确定性与灵活性。

### (二) 切实维护人的权利——最密切联系原则

传统国际私法强调法律适用的稳定性、一致性、可预见性,关注的重点是通过法律适用规范产生准据法的过程是否适当、公平和正义,不管适用该准据法所产生的结果是否适当、公平和正义。现代国际私法不仅要达到法律选择方法在形式上的公平和正义,还需要实现法律选择结果实质上的公平和正义。最密切联系原则为实现个案公正而赋予法官一定的自由裁量权,能够使得案件结果吻合“结果选择”理论所追求的实质正义。对公正的追求应该是法律选择的根本,也是法官判决的根本,个案公正应是法官在选择准据法时首先考虑的因素。最密切联系原则在国际私法中适用的领域扩展到各个领域,在我国国际私法立法中还将其作为兜底条款最密切联系原则最大的优势是可以避免传统冲突规则的僵化,灵活处理涉外民商事法律关系。

### (三) 实现人的平等保护——保护弱方权益原则

在国际私法层面上,弱方是指在涉外民商事关系中处于弱势地位或不利地位的当事人。一方当事人可能是由于自身年龄、社会地位、家庭身份等原因处于弱方,也有可能是因为经济地位知识技能处于劣势。<sup>[20]</sup>保护弱方权益原则既实现了对弱者的关怀与保护,又可以限制意思自治原则的滥用,还将人性关怀与连接点的软化和谐地交融。保护弱方权益原则主要体现于父母子女关系、收养关系、抚养和扶养关系、监护关系、消费合同关系、产品责任关系、雇佣合同关系等领域。如在家庭关系中,子女、被监护人、被收养人、被抚养人、被扶养人往往处于弱势,不能有效保护自身权益,利益容易受到强势一方的侵害。<sup>[21]</sup>给予弱方倾斜性保护,是现代民商法和国际私法共同的价值取向,是“人本”思想在法律领域最直接的表现。保护弱方权益原则体现了准据法选择方法突破了形式平等的桎梏,根据当事人所处具体社会关系的不同而灵活转变,若一方当事人在特定社会关系中明显属于弱势一方或处于不利地位,将对其给予特殊的或者倾斜性的保护,以达到实质上平等保护人的私权不受损害。

#### (四) 尊重人的主体地位——有利原则

冲突规范的连接点从单一向多个转换、从固定向弹性转移,有利于实现当事人的意愿及有效促成民事行为成立的选择性规范大量被采用,且在冲突规则的制度设计中体现有利于保护弱方的权益。法官在选择准据法时,可以根据个案情况的差异,灵活做出最为恰当的选择。<sup>[22]</sup>现代国际私法理论顺应人类文明演进的趋势,注重冲突规则的灵活性,强调私权保护,新的法律适用原则应运而生,即国际私法中的有利原则。有利原则主要是为了促进法律行为或身份关系的有效成立及有利于保护弱方权益,如有利于遗嘱的成立,有利于婚姻的有效、有利于保护未成年人的权益。在现代冲突规则中,提供多个连接点的选择性冲突规则成为潮流,有利原则伴随选择性冲突规则的发展而成立。例如我国《涉外民事关系法律适用法》第32条规定了遗嘱方式的的成立,提供了遗嘱人立遗嘱时经常居所地、死亡时经常居所地、国籍国、遗嘱行为地四个连接点,只要符合任意一个国家的法律,遗嘱均为成立。此种提供多个连接点的冲突规则实质是尊重遗嘱人的意思表示,使得遗嘱生效,实现死者的愿望,有利于促进法律行为的成立。有利原则作为一项新的规则,它体现了尊重人的主体地位,维护私权的有效成立,应纳入我国国际私法的理论与实践范围之列。

#### (五) 平衡人的利益需求——例外条款

国际私法中的例外条款是指当某一涉外民商事法律关系与另一法律有更密切的联系时,排除与该法律关系有密切联系的法律的适用。任何预先制定的法律,不管制定时立法者如何谨慎明智,其最后的结果都可能与制定该法时的初衷相反。例外条款能够法律的稳定性与灵活性之间、结果的可预见性与个案的公正性之间寻求到恰当的平衡。<sup>[23]</sup>由于冲突规范的普遍性与个案的差异性存在矛盾,例外条款恰当地平衡了此种冲突,能矫正由于普遍性规则造成的个案不公。现代国际私法理论为确保与社会的动态发展相适应,实现个案的公平正义,平衡人的利益需求,例外条款不可或缺,这在瑞士《关于国际私法的联邦法》、德国《民法典施行法》、斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼的法律》等法规中皆有体现。如瑞士《关于国际私法的联邦法》第15条第1款规定了例外条款的适用情形;德国《民法典施行法》第41条规定,在不当得利之债、无因管理之债、侵权行为之债的涉外民事关系中,如果某一国家的法律比本应适用的法律存在实质性的更密切联系,则适用该国的法律;斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼的法律》第2条规定了实质性更密切联系作为例外条款的适用,且意思自治可突破例外条款的适用。我国相关立法目前没有规定例外条款,但为了平衡法律的确定性与灵活性的冲突,也应该引入例外条款,同时借鉴国外的规定,例外条款不适用于当事人已经进行法律选择的情形。

### 五、结 语

国际民商事关系一直发展变化着,决定了选择准据法的理论和方法也是与时俱进。经济全球化作为新时代最重要的特征,将不断跨域空间阻碍,对法学产生不可低估的影响。在全球化的进程中,国际民商事关系作为国际关系中的基础地位日益受到重视。与此同时,调整国际民商事关系的国际私法在整个法律体系中的地位也会日渐重要。中国作为最大的发展中国家,在世界政治与经济舞台将扮演重要的角色。中国国际私法应反映时代特色,顺势而为,抓住历史契机,成为现代国际私法理论构建的先行者。如何适用外国法,即准据法选择方法是国际私法的核心理论。准据法选择方法的发展与创新是为了更合理的解决涉外民商事纠纷,通过冲突规范的指引寻找到恰当的准据法,最大可能的实现法律的正义和社会的公平。“人本说”中的准据法选择方法具有强烈的现实性、政策引导性、实践操作性,在尊重各国主权的前提下,更重视对私权的保护,尊重人的主体地位,发挥人的主体作用,切实维护人的利益,关注人的价值,将内外国法律置于平等的地位,强调涉外民商事纠纷的合理解决,保护人的民事

权利不受损害,构建和谐国际民商事秩序。

### 参考文献:

- [1] 宋晓. 外国法:“事实”与“法律”之辨[J]. 环球法律评论, 2010(1):14-21.
- [2] 陈卫佐. 中国国际私法立法的现代化——兼评《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的得与失[J]. 清华法学, 2011(2):97-105.
- [3] DAVID P S. Private International Law, The Rule of Law, and Economic Development[J]. Villanova Law Review, 2011, 56:607-630.
- [4] SYMEON C S. The Judicial Acceptance of Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing[J]. Maryland Law Review, 1997, 56:1269-1277.
- [5] 王承志. 美国冲突法重述之晚近发展[M]. 北京:法律出版社, 2006:237.
- [6] DE BOER T M. Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law[J]. Hague Academy of International Law, 1996, 257:225-427.
- [7] 王思思. 柯里的利益分析理论研究[M]. 武汉:武汉大学出版社, 2012:91.
- [8] 迈克尔·J·温考普, 玛丽·凯斯. 冲突法中的政策与实用主义[M]. 阎恩, 译. 北京:北京师范大学出版社, 2012:6.
- [9] 徐冬根. 国际私法[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:145.
- [10] 贺万忠. 冲突法的理念嬗变与立法创新[M]. 北京:世界知识出版社, 2012:106.
- [11] PETER N, JAMES F. Cheshire and North's Private International Law[M]. London: Butterworths, 1999:857.
- [12] 陈根法, 汪堂家. 人生哲学[M]. 上海:复旦大学出版社, 2005:186.
- [13] 恩斯特·卡希尔. 人论[M]. 甘阳, 译. 上海:上海译文出版社, 2004:89.
- [14] 梅傲. “人本”语境下的规则冲突与冲突规则[J]. 现代法学, 2012(4):143-150.
- [15] 弗里德里希·K·荣格. 法律选择与涉外私法[M]. 霍政欣, 徐妮娜, 译. 北京:北京大学出版社, 2007:5.
- [16] ANDREA S. Tales, Techs and Territories: Private International Law, Globalization, and the Legal Construction of Borderlessness on the Internet[J]. Law and Contemporary Problems, 2008, 71:129-151.
- [17] JACCO B. The Reach of Rights: The Foreign and The Private in Conflicts-Of-Laws, State-Action, and Fundamental-Rights Cases with Foreign Elements[J]. Law and Contemporary Problems, 2008, 71:39-71.
- [18] 梅傲. “人本说”:国际私法一种新学说[J]. 现代法学, 2015(2):153-166.
- [19] PAUL HEINRICH N. Legal Certainty Versus Equity in the Conflict of Law[J]. Law and Contemporary Problems, 1963, 28:795-807.
- [20] LARRY K. Rethinking Choice of Law[J]. Columbia Law Review, 1990, 90:277-365.
- [21] RONALD A B. The European Magnet and The U. S. Centrifuge: Ten Selected Private International Law Developments of 2008[J]. ILSA Journal of International & Comparative Law, 2009, 15:367-393.
- [22] RUSSELL J W. Commentary on the Conflict of Laws[M]. New York: New York Foundation Press, 2001:53.
- [23] IAN B. Principles of Public International Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2003:297.

(责任编辑 陶舒亚)