

论在我国建立国际私法判例制度的构想 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022__E8_AE_BA_E5_9C_A8_E6_88_91_E5_c36_53169.htm 摘要：判例在国际私法中，具有独特的重要地位。在我国，判例不是国际私法的渊源，但随着两大法系的日益融合，法、德、日等国纷纷以判例作为国际私法的补充，故本文认为我国应该建立国际私法判例制度，并对此项建立的理论基础及现实基础进行了简要的分析，最后还提出了若干建议。关键字：判例 国际私法

判例作为主要的法律渊源，在国际私法这一部门法中发挥着重要且特殊的作用。在英美等普通法国家，判例是最主要的法律渊源，自然也是国际私法的渊源。大陆法系国家虽然传统上不承认判例是其法律渊源，但是随着两大法系的相互融合，判例在大陆法系国家的司法实践中日趋重要，法官和律师援引法院的判决以支持自己的主张也并不鲜见。至少在国际私法领域，法国、德国、荷兰、日本等国都很重视判例的作用，在这些国家，当处理具体案件缺乏成文的冲突规范时，法院可以援引最高法院的判例作为判决依据，从而在事实上确立了判例的国际私法法源地位。但是在我国现行的司法体制下，判例不是法律的渊源，不能作为法院处理案件的法律依据，而只有指导、参考作用，是为“间接渊源”，兼之国际私法的立法又尚欠规范、完善，因此带来了很多问题。为此，已有不少学者呼吁加强对国际私法判例的研究，有学者还提出“在必要时，应该允许法院通过判例来弥补成文法的缺漏”，¹笔者对这种大胆的提法深表赞同，依笔者拙见，我国应该建立国际私法判例制度，并且也已经具备了此项建

立的基础。一、建立我国国际私法判例制度的理论基础 由于各部门法的调整对象各各不同，调整手段各具特殊性，故在考虑建立国际私法判例制度的理论基础时，不能不顾及国际私法这一部门法的个性。成文法的局限性、判例制度的优越性、以及判例受到国际社会广泛关注的趋势等本身并不必然成为此项建立的全部理论依据，而更多的，是应当考虑判例对国际私法的特殊功用。（一）判例是国际私法原则、制度、规范的生长点 正如英国著名法社会学家梅因所说，判例先于习惯，司法先于立法。这一事实表明，司法具有独立于立法的品格，在一定意义上，法是由法的完成者即法官创造出来的：从成案到先例，从先例到规则，再从规则到原则，或许这就是法典形成的过程，它符合从具体到抽象的思维逻辑。司法判例不仅是法的最初表现形式或渊源，而且是法赖以生长的依托点，只有通过它，并通过既相似又有差别的反复出现的同类案件，这种特殊的解决纠纷的原则和方法才能日益成熟并变成一项正式的法的规则。对于国际私法，更是如此。国际私法虽说是国内法，但是它所调整的是涉外民商事法律关系，要解决的是不同国家间的管辖权冲突及法律冲突，正因为如此，没有哪一个部门法像国际私法那样涉及极为广泛而且复杂的生活领域，也没有哪一个部门法像国际私法那样容易受到政治事件和经济活动的影响，因此，为了扩大对外交往，同时最大限度的维护本国的利益，必然需要确定有关管辖权和法律选择的规则，以及适用外国法的各项制度。而相关的规则、制度及规范，只能在各国对外民商事交往过程中逐渐产生、发展并成熟，经过司法实践经验的累积固定下来，最终才上升为法律。像最密切联系原则，就是由美

国的两个经典案例1954年的“奥顿诉奥顿”案（Auten V. Auten）和1963年的“巴贝克诉杰克逊”案（Babcock V. Jackson）发展而来。在一些大陆法系国家，判例对于许多重要制度在本国的确立，也发挥了重要作用，以法国为例，1878年法国最高法院审理“福尔果案”（Forgo case）后，反致制度即在法国得以确立下来，而1878年法国最高法院的“鲍富莱蒙诉比贝斯科案”（Bauffremont V. Bibesco）和1922年法国法院的“弗莱案”（Ferrai case），则使法律规避制度得以确立并初步完善。事实上，在这些大陆法系国家，许多成文的国际私法规则就是直接由判例发展而来的。有的法国学者甚至认为，法国国际私法就是以《法国民法典》第3条为基础，并采用法院判例建立起来的。在前两个世纪，判例对国际私法的发展做出了不可磨灭的贡献，许多重要的原则、制度、规范都是由判例发展而来，而在今后，它依然会发挥这样的重要作用。现今电子商务的蓬勃发展、网络的大行其道……都为传统国际私法带来了挑战，从管辖权的确定到法律的选择，出现大量的立法空白。而判例正是规则的先行者，只有依靠判例，才能找到合适的做法，像美国就通过一系列的网络纠纷案奠定了新一轮的规则。我国国际私法的立法和理论研究相对落后，可以说与我国不重视判例的地位和作用、未加强相关研究有关。今后，我们不但要借鉴别国的成功立法，更要注重培养本土的判例资源，只有建立起我国国际私法的判例制度，才能真正使其受到足够重视，从而发挥出应有的作用。（二）判例是国际私法规范的重要补充 因为国际私法的调整范围十分广泛，成文法难免会出现空白或者漏洞，又因为它调整的是涉外民商事法律关系，容易受到各国

政治外交和经济生活的影响，故较之一般法律部门，它对立法灵活性的要求更高，所以，对于国际私法而言，无论怎样强调成文法，判例对规范的重要补充及完善作用都不容小觑。比如在法国，《法国民法典》中仅有寥寥数条规范涉及到涉外民事诉讼管辖权和法律选择，于是在很多时候不得不倚仗国际私法判例的作用，法官也可以援引最高法院的判例作为判决的依据。我国现行的国际私法立法散见于单行法规和《民法通则》的第八章，从整体上讲，立法分散且过分简单，已经越来越不能适应我国对外民商事交往蓬勃发展的需要了。一方面既没有如瑞士般概念明确、条理清晰、结构严谨的国际私法成文法体系，另一方面又不像英美等普通法国家及法、德、日等大陆法系国家那样，用判例来弥补立法的不完全性和法律漏洞（Gaps in law），这在一定程度上促成了我国国际私法立法上司法解释大量充斥、司法实践主要依靠司法解释的局面。可以说，司法解释在我国现行的国际私法立法中占有独特的地位，这些司法解释，无论在数量上还是内容上都已经远远超过了相关立法，其所涉领域，既包括实体法的方方面面，也包括涉外民事诉讼程序；其所含内容，既包括了国际私法的基本原则和制度，如调整范围、反致、公共秩序保留等，也包括了国际私法分则的内容，如涉外合同、侵权、婚姻、继承等；究其性质，既有对现行法律法规所作的补充性修改和说明性解释，也有“立法性”解释。司法解释行为本无可厚非，但是，至少在国际私法这门学科，目前这种由它独当一面的状况，却带来了一些问题：1、前述“立法性”解释实际上已具有“创造”法律的功能，而且在国际私法上为数不少。如《民法通则》中只有9条关于涉外民事

关系的法律适用，而《最高人民法院关于适用 民法通则若干问题的解答》中共有12条“解释”属于这种性质³。这些“解释”非是一般意义上的司法解释，它们行使了创设法律的功能，甚至创设了一些本该是由立法规定的基本规范。虽然其他法律部门也存在类似情形，但这一现象在国际私法领域却异常明显、异常突出，这种“立法性”解释违反了立法与司法相分离的制约原则，其合法性也应受到质疑。

2、相关司法解释的适用存在一些问题。除开其中不适应社会发展的需要，或相互矛盾、难于操作者不谈，一些司法解释的适用时效性也没有引起立法者的注意。新《合同法》已经生效，根据法律规定，《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术转让合同法》同时废止，但在司法实践中最高人民法院对《涉外经济合同法》的解释却仍在适用，而且还是对新《合同法》的重要补充，而立法对在这种情况下司法解释是否“自动失效”缺乏明确规定，实在叫人费解。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com