

# 从反致制度的本质看我国关于反致制度的取舍

金彭年, 汪江连

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

**[摘要]** 反致是国际私法上特有的制度,它包含三种类型,即直接反致、间接反致和转致。考察反致的本质一般涉及四个方面的量度:历史案例、政治环境、经济条件和现实状况等,而其本质在这四个量度的综合作用下就表现为通过扩大本国法的适用范围来达到维护本国人的利益和本国的国家利益。此外,在国内外的理论界和实务界对反致制度的设置与否有两种对立的观点:赞成派和反对派。通过比较这两种观点来看,中国未来的立法和司法实践应该在借鉴西方经验的基础上设置这一制度,并且从反致的本质角度上讲既是必要的又是可行的。

**[关键词]** 反致; 本质; 利益

**[中图分类号]** D997      **[文献标志码]** A      **[文章编号]** 1008-942X(2004)02-0045-09

反致一词译自法语“Renvoi”,国内有学者译为“反据”、“反定”、“送还”或其他译名,不一而足,但多依法语原文所示含有“回翔”之意义而来<sup>①</sup>。还有的学者坚持认为:反致一词用法并不恰当,应为“移送”才对<sup>②</sup>。反致之发生,考其判例,可追溯到1841年的Collier诉Rivaz案和德国法院1841年的一个判决,真正引起学界重视是1878年法国的福果案之后[1]。也有学者主张反致发端于17世纪,但反致概念是在19世纪中才发展起来的<sup>③</sup>。反致制度来源于实践,大体上,其产生的原因有三点:一是法律条件,即各国之冲突规范对于相同法律问题规定了不同的连接点或者对连接点的解释不同,冲突规范之间亦存在着冲突;二是主观条件,即各国的冲突规范规定适用外国法之范围有不同[2](pp.24-30)。三是法院地国接受反致制度,并且具体涉外民事关系中存在着致送关系[3]。

反致(广义上讲)是指:对于某一涉外民事法律关系依内国冲突法规定,应适用某外国之法律,而依该外国冲突法之规定却应适用内国法或他国法时,即以内国法或他国法代该外国法之适用[4](p.51)。学界一般将反致分为直接反致,间接反致和转致等种类,另外还有一种仅存在于英国法院

**[收稿日期]** 2003-08-26

**[作者简介]** 1.金彭年(1963-),男,浙江宁波人,浙江大学法学院法律系教授,浙江大学城市学院兼职教授,主要从事国际法学研究; 2.汪江连(1975-),男,河南信阳人,浙江大学法学院法律系经济法硕士研究生,主要从事经济法学,涉外经济法学研究。

① 此番论述多见于台湾地区法学名著之中,如翟楚《国际私法纲要》,国立编译馆出版,正中书局印行,第230页;马汉宝《国际私法总论》;曾陈明汝《国际私法原理》等书。

② 参见阮毅成《我国国际私法制度中的“移送”问题》,载马汉宝主编《国际私法论文选辑(下)》,第461页。

③ 英国学者沃尔夫言:“1652年法国罗安地方最高法院,根据另一法国法域之国际私法规定适用了诺曼底法律,是最早的反致司法判例”。参见 Wolf: Private International Law, 2nd, 1950, p. 189。

的双重反致(又称作二重反致)制度<sup>①</sup>。直接反致是指:对于某一涉外民事关系,甲国(法院地国)根据本国的冲突法规范指定乙国的法律作准据法时,认为应包括乙国的冲突法,而依乙国冲突规范的规定却应适用甲国的法律,结果甲国法院根据本国实体法的规定判决案件;转致(台湾学者多称作转据反致),又叫二等反致或再反致,是指:对于某一涉外民事关系,甲国(法院地国)根据本国的冲突法规范指定乙国的法律作准据法时,认为应包括乙国的冲突法,而依乙国冲突规范的规定却应适用丙国的法律,结果甲国法院根据丙国的实体法判决案件;间接反致,是指对于某一涉外民事关系,甲国(法院地国)根据本国的冲突法规范指定乙国的法律作准据法时,认为应包括乙国的冲突法,而依乙国冲突规范的规定却应适用丙国的法律,而依丙国冲突规范的规定却应适用甲国的法律,结果甲国法院根据本国实体法律判决案件<sup>②</sup>。

关于反致制度的设置与否,国际私法理论界一直存在两种对立的观点:赞成派和反对派。总体而言,两派争论的焦点大体集中在这几个方面:第一,外国法的不可分割性;第二,判决的一致性;第三,尊重各国主权的需要;第四,内国法适用的扩大[5]。无论主张赞成者还是主张反对者都无法提出足以说服对方的理由,并且他们的理由往往是一个焦点的两个角度或方面。这样,导致各国在立法和司法实践中,对反致的态度也是千差万别。如有的国家和地区既接受反致也接受转致,而且对反致的范围也没有限制,如奥地利、波兰、前捷克斯洛伐克、委内瑞拉和我国的台湾地区等<sup>③</sup>;有的只在有限的民事领域接受反致和转致,如英国、法国、德国、白俄罗斯和我国的香港地区等<sup>④</sup>;有的只接受反致不接受转致,如日本、泰国、瑞士、匈牙利、葡萄牙、前苏联、前南斯拉夫等<sup>⑤</sup>;有的既不接受反致也不接受转致,如希腊、埃及、摩洛哥、伊拉克、叙利亚、印度、秘鲁等国;有的过去不接受反致现在部分接受,如罗马利亚、列支敦士登、意大利、荷兰、巴西等国<sup>⑥</sup>。为什么会出现这种现象呢?笔者以为:某种程度上是因为对反致问题本质探讨的不够深入具体和分歧甚大之故,甚至关于反致本质的专著和论文也尚付之阙如<sup>⑦</sup>。鉴于此,本文试图通过对反致产生的历史和典型案例的阐述

① 反致之分类,国内外学者有不同的提法,但是大体上是以上三类。如卢峻将直接反致和转致称为一等反致和二等反致,参见卢峻《国际私法之理论与实际》,中国政法大学出版社1998年版,第91页;刘铁铮也从不同角度对反致进行了分类,如一部反致和全部反致,他还从连接点和法律关系之角度进行了分类,参见刘铁铮《国际私法论丛》中之《反致条款与判决一致》一文,第200-230页。双重反致是英国法独有的反致制度,是指:英国法官在处理特定范围的涉外民事案件时,如果依英国的冲突法应适用某一外国法作准据法,该英国法官将自己视为在该外国审判案件,采取该外国法院处理此案时会采取的做法,即适用该国的冲突规范,并根据该国对反致的态度,决定应适用的法律。参见李双元主编《国际私法学》,北京大学出版社2000年版,第221页。

② 这三类反致的内涵在海峡两岸几乎是公认的定义方式,大陆的学者如韩德培、李双元、黄进、赵相林等在其专著、论文和主编教材上都有类似的论述;台湾学者如洪应灶、翟楚、刘铁铮、马汉宝、曾陈明汝等也有近乎相同的见解。足见反致制度有公认的共性。

③ 参见《奥地利国际私法》(1978年6月15日颁布)第5条,第365页;《波兰国际私法》(1966年7月1日施行)第4条,第227页;《捷克斯洛伐克国际私法及国际民事诉讼法》(1964年4月1日施行)第35条,第221页。

④ 参见《英格兰冲突法》(1980年)规则1,第371页;《法国民法典国际私法法规(第三草案)》(1967年)第2284条,第310页;《德国民法施行法》(1896年)第27条,第320页;《白俄罗斯共和国民法》(1999年7月1日)第1096条,第298页。

⑤ 参见《日本法例》(1898年6月21日公布)第32条,第141页;《泰国国际私法》(1939年3月10日制定)第4条,第142页;《瑞士联邦国际私法》(1987年12月18日颁布)第14条,第411页;《匈牙利国际私法》(1979年公布)第4条,第257页;《葡萄牙民法典》(1966年11月25日制定)第18-19条,第358页;《南斯拉夫国际冲突法》(1982年制定)第6条,第242页。

⑥ 《罗马尼亚关于调整国际私法法律关系的第一百零五号法》(1992年9月22日通过)第4条,第271页;《意大利国际私法制度改革法》(1995年5月31日第218号法令)第13条,第344页;《列支敦士登关于国际私法的立法》(1996年9月19日)第5条,第433页;《荷兰、比利时、卢森堡关于国际私法统一法的公约(附<国际私法统一法>》(1951年5月11日订于海牙)第1条,第573页;瑞士之1874年12月24日《关于婚姻之联邦法律》规定:侨居外国的瑞士人民,其婚姻得依瑞士法或者举行地法,均属有效。上述所引之法律条文全部选自李双元、耿福永、熊之才编《国际私法教学参考资料选编》,北京大学出版社2002年版。

⑦ 笔者参阅了有关国内资料,学者除在自己的专著和论文中有过零星的讨论外,目前尚无专门的文章发表过。

切入, 并从政治、经济和现实等几个角度来分析反致的本质。并结合对国外立法和司法实践的现状和发展趋势的考察, 比较港澳台对反致制度的态度来论证我国在未来的立法和实践中对反致制度的取舍, 以求教于大家。

## 二

作为体现国际私法本质和发展新变化的反致制度的产生有一定偶然性。如戴西指出:“英格兰法中反致学说的历史就是一连串意外事件的历史。”[6](p.96)但是, 任何制度的形成都程度不同地始于一些偶然事件。正如苏力所言:“一个先例仅仅只是一个起点, 而只有在这一先例为后人所遵循且必须遵循后才成为制度。”[7](p.44)所以, 随着历史的演进、理论和实践的发展, 制度也会形成自身带规律性的和一定程度稳定性的东西, 即制度的本质。反致在萨维尼时代就有人论及过, 其本质的研究尽管经历了许多时代, 仍然有无法统一的不同看法, 笔者以为: 反致的本质应是通过尽可能的扩大本国法的适用范围来达到维护本国人的利益和本国的国家利益。本文将结合案例, 从历史到现实等诸多方面来论证和分析这一主张。

### (一) 反致本质的案例和历史分析

反致的适用在英国 1841 年、1847 年、1877 年有三个判例。其中 1841 年的 Collier 诉 Rivaz 案可称是反致适用的早期典型案例。争讼的是一个英格兰国民制作的遗嘱和 6 份遗嘱修改附录的形式有效性问题。案情是: 有个英格兰人死亡时从英格兰法意义上看是在比利时时有住所而在比利时法意义上讲时在英格兰有住所, 他的遗嘱和其中的两份附录是以比利时法的形式制作的, 且在英格兰被没有争议地通过检验。现在, 争论的焦点是: 另外 4 份以英格兰法形式做出的附录的效力问题。法官詹恩纳爵士认为, “在这里开庭决定这个问题的法院, 必须把自己看作是在该案的特定情况下在比利时开庭审理, 而根据比利时的冲突法: ‘在比利时没有合法住所的外国人制作的遗嘱的效力, 受他们本国的法律的支配’, 所以英国法院依英国法进行判决”[2](p.92)。

分析本案, 有几点启示和疑问: 第一, 它几乎是最早的英国法适用反致的判例[2](p.221)。反致在英国是因此案例而产生的, 所以说“反致学说是通过有关遗嘱形式方面的案例, 在英格兰法中立足的”[6](p.92)。第二, 再深入分析发现: 英国法官在“设身处地”的把自己“置”于比利时法院法官“地位”时, 竟然没有考虑到比利时法院也许会接受来自英格兰法的反致而适用比利时法的可能性, 所以, 这一所谓的直接反致是“半吊子”反致。那是不是英国的法官根本无法知道比利时法关于反致的态度或者是知道而故意不适用呢? 为什么“故意”不适用呢? 第三, 为什么本案英国法院不直接依据英国的冲突法进行审理却要走上许多弯路, 徒增麻烦地适用了直接反致呢?

上述问题的焦点在于: 英国法院在审理时最终是否适用本国法, 如果英国法院不是采用“半吊子”反致, 而是采用全部反致, 其结果是哪怕比利时法只承认直接反致都将导致比利时的实体法得到适用。此外, 英国法院如果不采用反致, 其结果一样是导致比利时法的适用。所以, 英国法院的法官绕了一大圈, “故意”装着对比利时反致制度的无知, 其目的是为了最终适用英国实体法。此后英国法院的许多案子也都采用这种“半吊子”反致进行审判足以佐证。(特别是在“安利斯案”中, 英国法官是在“有证据表明法国国会适用立遗嘱人的本国法即英国法”的前提下才接受英国法向法国法的反致[8](pp.181-191))。

英国在法律上采取这种态度也是可以理解的, 因为 19 世纪的英国是一个全球性的大帝国, 几乎在每一个洲都有殖民地, 为了维护帝国利益, 当然, 要尽量适用本国法了。那么大陆法系呢? 是不是反致这一“嘴脸”只是英美法系的特例呢? 不是的, 通过对大陆国家对于反致的态度的考察不

难找出这一问题的答案,最典型的便是法国的很受争议的福果案。

案情是:福果是一个具有巴伐利亚国籍的非婚生子,他5岁时随母亲移居法国直至68岁时死亡。福果死时没有留下遗嘱,在法国留有动产,其母亲与妻子也都已经故去,他本人也无子女。于是发生了其在巴伐利亚的母亲旁系血亲就能否继承该项动产的争议而讼请到法国法院的问题。根据法国的冲突规范,涉外继承关系依被继承人原始住所地法,即巴伐利亚法律。根据巴伐利亚的实体法规定,非婚生子的旁系亲属可以继承该非婚生子的遗产;但是如果依照巴伐利亚冲突规范的规定,继承依被继承人事实上的住所地法,即法国法。法国实体法的规定为,非婚生子的旁系亲属除同胞兄弟姐妹外均无继承权。于是,法国法院根据巴伐利亚的冲突法规定,反致适用了法国的实体法。判决福果的旁系亲属并非系福果的同胞兄弟姐妹,故无权继承该动产,该动产系无人继承财产,收归国库(法国最高法院民事庭1878年6月24日判决)<sup>①</sup>。

这是法国第一个适用反致的典型案例。关于这个案例的争议很大,有人指出,法院适用法国法做出的判决其实不符合死者的真实意愿[9](pp.124-131)。但这种反致之适用导致的结果和英国第一个反致案子一样:经过很多法律上的曲折达到适用本国法的目的。但是,问题是:为什么英国和法国的法院不怕麻烦费尽周折地适用本国法呢?通过考察两个案例我们不难得出这样一个结论:“采用反致原则处理案件,可使法院在根据本国冲突规范的指定适用某外国法,而该外国实体法的相关规定不利于法院作出足以保护本国利益的判决的情况下,通过一种并不令人反感的办法(即适用该外国的冲突规范去援引对己有利的法律),达到维护本国和当事人正当合法权益的目的。”[1]

英国法国是英美和大陆两大法系对反致的态度的典型代表[10](p.13)。而德国是首次在立法上承认反致的国家,它在1896年颁布的《德国民法施行法》第27条规定:“关于行为能力、婚姻、夫妻财产制、离婚及继承,依德国的国际私法原应适用某一外国法的法律者,如依该外国的法律却应适用德国法时,即依德国法决定之。”从本条规定一样可以推出本国法优先适用的规则。

## (二)反致本质的政治分析

政治是在主权国家才存在的概念。在存在着制度和意识形态差异的当代国际社会,第一位政治的是维护主权的独立,捍卫民族的尊严和利益。法律是根源于并服务于国家的。在今日“法律的本质是阶级性的,法是专门为统治阶级利益服务的工具。它体现统治阶级的根本利益和整体利益,维护统治阶级的经济关系,反映统治阶级的共同意志”[11]。

国际私法上的反致体现着“主权优位”的国际私法观念[12](pp.241-243)。尽管有人主张这种“主权优位”正在向“平位协调”转变,但是,作为最直接体现国际私法隐性特征即民族性的反致制度在目前仍然是“民族主义”的,这种民族性是国家主权的体现。无论所谓“国际主义”如何发展,在仍然存在主权国家和民族利益的前提下,在全世界的法律还没有统一之前,反致的本质只能是维护国家的最高利益和内国人的私人利益。

主权国家对居住在自己领土上的任何人都有法律上的管辖权。这种管辖权不仅体现在公法领域,国家立法和司法实践上同样倾向于在涉外的民事案件上也适用本国法来达到体现主权的独立性和实际效力性。对于诉争到本国法院的涉外民事案件,法院地国在识别时已经要体现本国法优先这一原则了。此外,法院地国法官会有意无意地甚至是出于一种职业的习惯和便利在选法时排除了外国法适用的空间。反致恰恰增加了这种排除外国法适用的合理性和可能性。因为,就广义反致的三种类型来看,除了转致会导致第三国实体法法律的适用外,直接反致和间接反致的结果最终都是导致法院地国实体法的适用。同时,反致软化了法律选择的方法,增加了选法的灵活性,在

<sup>①</sup> 本案例之详情请参见马汉宝《国际私法总论》第217页;王军主编《国际私法案例教程》,中国政法大学1999年版。

本国冲突规范承认反致的情况下,采用反致会达到在尊重外国法律完整性的幌子下最大限度地适用本国实体法的目的,以利于保护本国主权的独立性和国家利益。

### (三)反致本质的经济分析

一切争论最终都可以归结为利益之争,法的本质是调整利益关系的规范<sup>[13]</sup>。因此,反致本质上也是调整利益关系的。这种利益是主权国家之下的私人利益,而私人利益背后隐含着国家利益,内国人的利益就是国家的利益。有人主张:“反致制度导致的法律选择过程的曲折复杂会大大降低法律的可预见性和当事人选择法律的难度,只会妨碍当事人民事交往的效率而不是相反”<sup>[9]</sup>(pp.124-131)。即:适用反致的成本很高。但是,即使是一般的诉讼成本都高于“私了”和“黑社会”方式,那么,我们是否就因噎废食了呢?而况“诉诸法律”往往不仅仅以“经济利益”为惟一驱动,它还有“公正”和“权利”的主张之内涵,也即我们常说的“讨个说法”。退一步讲,国际私法本身就是司法成本很高的法律部门。正如韩德培先生所言:“不适用外国法则已,如要适用外国法,则不论其为实体规则,抑为国际私法规则,都是比较不便的。假如对于适用外国的实体规则可以容忍,则对于适用外国的国际私法规则,也实在没有什么不可容忍的重大理由。”<sup>[10]</sup>(p.26)因此,不能以适用反致的不便为由而影响甚至放弃对反致经济价值的获取。笔者这里讲的经济并不是法律经济学和制度经济学所讲的反致适用所耗费的“成本”的经济,而是指得到的收益,即:利益的维护、权利的主张和最后达到的对主权国家利益的保护。

### (四)反致本质的现实状况分析

现实的不理想和不符合所谓理论的逻辑性往往令我们始料不及,反致亦然。“在20世纪70年代之后,在国际上通过的大部分公约不接受反致的同时,国内立法却较多地接受了反致”<sup>[14]</sup>(pp.148-149)。大体而言,有如下原因:第一,从历史因素看,20世纪70年代后,政治的多极化和经济的全球化并存。二战后独立的民族国家为了对抗发达国家的制度渗透而纷纷立法,从而形成一股新生的力量。在反致上的表现是大量的发展中国家有这方面的立法。第二,从立法目的看,“反致制度是维护国家利益的有力工具”,适用反致一般来说对法院地国总是有利的。通过适用反致达到选择本国实体法或者所希望适用的实体法来实现自己国家的和私人的利益,这也是司法实践中多运用反致的根源<sup>[14]</sup>(pp.150-152)。

现实的状况是主权国家仍然存在,世界的经济一体化受到诸多的挑战;南北差距越来越大,多级并存,美国一枝独大;法律的趋同化刚刚起步,法律的统一特别是涉及身份的法律的统一还步履维艰;大陆法系和英美法系在本国法还是住所地法作为属人法的连接点上还难以统合;全球利益、国家利益和集团利益中国家利益还是处于第一位。那么,国际私法上的反致制度在这一现实下是什么样子呢?正如有人说的“在全世界无法统一国际私法的情况下,反致仍将发挥其作用”<sup>[5]</sup>。反致仍然维护着主权国家的利益。笔者甚至以为:正如一切国际冲突规范都根源于区际私法冲突规范一样,即使全球“大同”,主权国家已成历史时,只要没有统一的实体法,反致仍然存在于“球”际私法之中,作为维护不同“地区”和“集团”的利益而存在着。

法有应然的法和实然的法之分。应然的法是自然法,而实然的法即法律。如果对法律再分为实然的法和应然的法,那么,应然的法律是制定法或曰成文法,实然法律是法律适用的结果即社会法<sup>[15]</sup>。反致在本质上也有应然和实然两个层面。应然的反致本质是:追求判决的公正、合理、正义,达到最大化保护当事人的利益和国家利益;但实然的反致本质是:维护本国人的利益和本国的法益,甚至往往表现为追求本国法的适用。任何一种制度都是人类对社会规律的表达和规范化,都有产生、发展和灭亡的历史过程,反致也不例外。作为国际私法的一种制度甚或者一种法律机制,

它的本质也在动态的变迁之中。笔者以为它的变动轨迹是:追求本国法的适用——追求维护本国的国家利益——追求维护本国私人的利益——追求判决的公正合理,最大化地适用最好的法律保护当事人的利益。而最后一个阶段是对反致的否定和反动,因为反致源于对本国利益维护的需要,所以,到了这一阶段,反致将趋于消亡。

### 三

我国内地立法中,没有关于反致制度的规定。不过在《民法通则》的起草过程中曾经涉及到反致与转致制度的问题。当时,该法第八章“涉外民事关系的法律适用”征求意见稿对反致和转致是这样规定的:“依照本章适用某外国法律,而依该外国法律又应适用中华人民共和国法律的,则适用中华人民共和国的法律,依本章规定,应当适用某外国法律,而依该外国法律又适用另一外国法律的,则适用另一外国法律”。这一条款是借鉴了我国台湾地区的反致立法,采用了对反致的三种类型都接受的肯定立法模式。但是,有些学者认为反致不符合冲突法的宗旨,反对采用,最终导致1986年的《民法通则》没有对反致制度问题进行规定。

只是在最高人民法院有关司法解释中有两条涉及反致的条款:一条是最高人民法院1987年发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第2条第5款的规定:“当事人协议选择的或者人民法院按照最密切联系的原则确定地处理合同争议所适用的法律,是指现行的实体法,而不包括冲突规范和程序法。”一般认为,该规定说明我国在涉外合同的法律适用方面不采用反致。另一条是最高人民法院1988年发布的《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)》第178条第2款的规定,“人民法院在审理涉外民事案件时,应该依照民法通则第八章的规定来确定适用的实体法”,这一条隐含着不适用反致的意思。新颁布的《中华人民共和国合同法》也没有反致的规定。实际上,国际上通行的做法也是仅对于涉及人的身份如婚姻、家庭、扶养、继承之类的法律关系才适用反致,而合同和涉外侵权领域很少适用。综上所述:中国大陆没有明确地关于反致的立法,司法解释也不承认反致。因为,我们是成文法国家,所以,至今在司法实践上也没有相应的案例[16](p.268)。但是,并不能据此断言,我国国际私法对反致立法上采一概否定的态度,充其量也只能说明我国在涉外合同法律适用法方面拒绝反致[17]。

值得注意的是,2003年的《中华人民共和国民法典》草案第九编“涉外民事关系的法律适用法”部分基本采用了《示范法》对于反致的建议。该草案第九编第2条规定:“依照本法规定应当适用的法律是有关国家的民商事实体法,而非冲突法,但对于自然人的法律地位和身份关系,依照本法规定应当适用某外国法律,而依照该国冲突法又应当适用中华人民共和国法律的,可以适用中华人民共和国法律。”但是,在适用的范围上,《民法典》草案采用了限制比《示范法》还要严格的立法方式,即仅适用于自然人的民事身份领域,而排除了法人和非法人组织的涉外民事身份领域争议的适用。

有的学者提出了自己的不同主张,如,有人主张“依本法(中华人民共和国国际私法)规定,该涉外民事关系应适用外国法时,而该外国的国际私法却规定应适用中华人民共和国法律或其他国家的法律时,只要这种规定对该涉外民事关系是公正和合理的,我国法院也可以考虑采用反致或转致,但是,法律另有规定的除外”[18];还有学者主张我国未来的反致立法应规定为:对于外国法律的指定,除依当事人协议选择法律或依最密切联系原则选择法律者外,包括其冲突规范,如果外国法冲突规范反致时,可以适用中华人民共和国法,如果外国法冲突规范规定适用第三国法律,可以适用第三国国内法,也可以对第三国冲突规范的进一步指定给予尊重,但以运用第一次受到反致时的国家的国内法或未指定任何其他法律的某外国国内法为限[19]。

综合以上三种意见,我们主张:在反致适用范围上应采用一般禁止加例外允许的立法方式,即

反致适用于涉外民事身份领域;在反致类型上,赞成有限的反致,即仅包括直接反致、转致和间接反致这三种类型。因此,笔者赞成这样规定:“本法规定适用的法律是指现行有效的民事事实法律,不包括冲突规范,但本法另有规定的除外。在民事身份领域,冲突法指定的外国法包括其冲突规范,如果外国法冲突规范反致时,可以适用中华人民共和国实体法,如果外国法冲突规范规定适用第三国法律,可以适用第三国内实体法,也可以对第三国冲突规范的进一步指定给予尊重,但以运用第一次受到反致时的国家的国内实体法或未指定任何其他法律的某外国国内实体法为限。”笔者这一主张在反致本质上的根据和理由是:

第一,从历史上看,反致制度产生于国际经贸往来频繁之后,涉及身份的涉外纠纷增多,各国的规定差异很大,为了保护本国人的合法利益才适用这一制度来达到尽量适用本国法的目的。对于中国来说,这一制度很有意义。因为,我们的国民在涉外交往中相对来说是弱者,信息的不对称使我们无法了解到外国法的本质内涵,而适用熟悉的本国法更有利于保护自己的利益。

第二,从政治上看,中国是一个主权独立的发展中国家,中国是相对意义上的弱国。一般的国际法和政治学原理是:弱国倾向于采取保护主义。特别在当前这种制度的影响日甚一日的时候,我们进行反致立法,导致本国法的适用更有意义,以保障我们的主权独立性和制度独立性。

第三,从法理上看,反致的采用实际上校正了我们国家的国际私法之理论和实践上的陈旧法理观念,即追求判决的确定性、一致性和可预见性。反致还兼顾了追求判决的具体正义性和维护内国人和适当地维护外国人的利益。因为反致增加法律选择的多样性,所以设立反致制度更符合法学理论的新变化。

第四,从经济上,上文的分析可以看出:适用反致比不适用反致更易导致本国法的适用。本国法往往偏好于保护本国人利益和内国的国家利益,在法律上,为内国人从事涉外民事活动提供了好的制度保障。即,设置反致有利于中国的经济建设。

第五,从现实看,首先,国际私法的趋同化和统一化还是道路漫长的事情,在民事身份领域统一更难。我们可以通过加入国际统一私法公约来排除反致,但是,我们还有些领域没有加入国际公约,还要和没有加入公约的国家交往,这些场合适用反致会更好解决涉外民事法律冲突。其次,有许多国家采用了反致制度,如果我国不采用反致。则势必导致内国人的利益受到采用反致国的侵犯之可能,而对内国利益的侵犯简直是必然的事情。即使有的国家不采用反致,我国一旦采用,将更有利于保护内国人的利益。最后,中国还存在一个区际私法冲突的问题。随着香港、澳门的回归,台湾的未来统一,中国将出现“一国两制四法域”的举世没有的现象[20]。现在的问题是:香港、澳门和台湾都不同程度上有反致的法律规定,我国如不采用反致,将不仅在具体案件中无法达到判决的一致,且由于适用内地法机会的减少,对本国人利益特别是大陆居民的利益保护不利。而立法上规定反致制度是顺应国际潮流的需要。

#### 四

当然,最后要说明的是:第一,随着国际私法的发展,只有身份关系与本国利益相关程度更高,这些领域适用本国法更利于保护内国人的利益。而在合同和侵权等领域,当事人选择的法律或者与合同最密切相关的法律更有利于保护当事人的利益。因为,根据理性人的假设理论,当事人自主选择法律往往是他认为最大化保护本人利益的法律。中国采用反致将打破当事人的合理预期,可能有损于他们的利益。所以,反致的范围一定应该限制在涉及身份关系的领域。第二,反致的本质体现着法律的阶级性,但同时也应兼顾法律的社会性。因此,反致更比较接近于合理和正义,也符合外国法适用的法理和逻辑。第三,在适用反致会导致原为有效或者产生效力的法律行为变为

不完全有效或者不生效力,或者使原为正当身份状况变为不正当身份状况时,则停止反致的适用。因为,这符合“与其使其无效不如使其有效”这一古老的法律原则。第四,当反致的适用将有损于本国根本利益、社会道德以及法律的基本原则时,我们可以援用公共秩序保留制度排除之,以保护内国国家利益和法律的独立性[17]。

综上所述,我国立法应该设置反致制度,只要在反致适用范围和类型上进行明确规定,通过限制反致的次数和反致的国家来克服反致理论上的“网球论”的弊端,反致的适用就完全可行。

### [参 考 文 献]

- [1] 周黎明.论反致问题[J].河南大学学报(社会科学版),2002,(6):83-88.
- [2] 李双元.国际私法·冲突法篇[M].武汉:武汉大学出版社,2001.
- [3] 陈康.反致制度存在的基础及其前景评析[J].焦作工学院报(社会科学版),2002,(4):7-11.
- [4] 洪应灶.国际私法[M].台北:中国文化大学出版社(印行),1982.
- [5] 徐新燕.论国际私法的反致制度[J].中央政法干部管理学院学报,1999,(2):40-41.
- [6] [英]J.H.C 莫里斯.戴西和莫里斯论冲突法;上[M].北京:中国大百科全书出版社,1998.
- [7] 苏力.阅读秩序[M].济南:山东教育出版社,1999.
- [8] 韩德培.国际私法新论[M].武汉:武汉大学出版社,1997.
- [9] 赵喜臣,许庆坤.关于反致制度的反思[A].中国国际私法与比较法年刊:总第4卷[C].北京:法律出版社,2001.
- [10] 韩德培.国际私法上的反致问题[A].韩德培.韩德培文选[C].武汉:武汉大学出版社,1996.
- [11] 李双元,李金泽.世纪之交对国际私法性质与功能的再考察[J].法制与社会发展,1996,(3):36-48.
- [12] 吕世伦,文正邦.法哲学论[M].北京:中国人民大学出版社,1999.
- [13] 窦家应.法的本质:利益关系调整论[J].当代法学,2000,(5):1-5.
- [14] 于飞.反致制度反思与展望[A].中国国际私法与比较法年刊:总第四卷[C].北京:法律出版社,2001.
- [15] 徐刚.论法律的应然与实然[J].贵州大学学报(社会科学版),2001,(7):24-29.
- [16] 黄进.国际私法[M].北京:法律出版社,1999.
- [17] 梁丹妮.反致制度在我国国际私法中的法律价值再探[J].广西政法管理干部学院学报,2000,(4):47-49.
- [18] 易俊.我国应对反致制度进行改革和利用[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),1998,(6):96-97.
- [19] 金宁.论反致与我国国际私法的立法[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),1988,(3):137-143.
- [20] 金宁.区际私法中的反致问题初探[J].法律科学,1991,(2):66-71.

[责任编辑 曾建林]

## The Alternative Application of Remission System in China

JING Peng-nian, WANG Jiang-lian

(Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

**Abstract:** Remission (or Renvoi) is a special system in private international law. It contains three aspects: direct remission, indirect remission, and transmission. This article discusses the alternative application of the remission system in China. The authors study the nature of the remission system in four perspectives: historical cases (two famous cases: the 1841 Collier appealing Rivaz Case in Britain and the 1978 Fuguo Case in France), political environments, economic conditions and current situations.

At the beginning, the authors analyze different scholars' theories of remission. Then, they summarize

various viewpoints of the foundation of the remission system in different countries. The two opposite attitudes of the scholars to deal with remission application are: approval or disapproval in resolving potential conflicts of laws.

Besides, the authors demonstrate the essence of the remission system and reach the conclusion of "protecting people's benefits, the nation's benefits and the independency of the sovereignty by means of enlarging the applicable fields of the domestic law."

Finally, the authors review the legislative and judicial practices of the remission system in Hong Kong, Marco and Taiwan through comparative studies and conclude that it is necessary and feasible to establish a Chinese remission system in its future legislation as well as legal practice based on the successful experiences of the Western countries.

**Key Words:** remission; characters, national benefits

## 高校合并成效及其评价的基本准则

高校合并已有时日,成效究竟如何?探讨这个问题颇不容易,但又不能回避。合并成效一词虽常在有关文献中出现,但得出的概念却还是含糊不清的。笔者认为,成效的涵义是功能、效果和效率几方面的集合,所谓合并的成效主要就是指合并在一定时间内对预期功能的实现程度。

高校合并的功能目标,概括起来讲,主要有规模经济效应、资源配置效应、组合协同效应、体制变动效应等几个方面。评估高校合并成功还是失败,不可能简单地和财务数字打交道。高校的发展是一个综合的概念,它不仅指学校规模的扩大,也包括结构的优化、质量的提高、效益的增进和社会适应性的增强。合并达致目标的客观量度往往有技术上的困难,及理念上的争议,似乎没有能被所有人接受的统一的评价标准。合并成效评价的制约因素主要来自于三方面:1.教育机构产出衡量的困难性;2.高等学校缺乏确切的效率标准;3.无法进行合并的对比实验。尽管存在诸多的困难,但是并不意味着合并成效是不可以认识和把握的,也并非在认识合并成效时就无客观性可言。下列的两个基本准则可作为高校合并成效评价的思维框架。

一、合并成效的评价要界定宏观、中观还是微观视阈。高等教育是一个多目标体系,高校合并功能目标具有多层次性。从宏观层面上评价合并政策的实施效果,与评价具体高校的合并效果,方法是不一样的,结果也可能是不一样的。既要避免以偏概全,也要避免不合理的主观推定。

政府主导高校合并是着眼于公共利益或者国家利益的,因此宏观层面上对合并成效的关注,着重于整个高等教育资源的配置效率、结构布局,以及高等教育在实现国家政治、经济、科技目标中的作用程度。中观层面对高校合并成效的评价,主要看合并对于区域性高等教育资源配置、结构调整、发展目标的达成程度,以及高等教育在实现地方区域经济政策及产业政策中发挥作用程度。微观层面的合并成效,即是从具体参与合并高校的角度来衡量的。这需要评估高校本身固有的价值(参与合并高校之和),以及通过合并后整合管理所创造的价值或毁损的价值。

高校合并的功能目标具有多层次性,宏观、中观和微观等不同层面上所要实现的功能目标,可能是一致的,也可能是不一致的、矛盾的,甚至是冲突的。这就是高校合并为什么会充满争议的根本原因所在。以宏观目标为根本,建立自上而下的目标定位体系,微观目标服从中观目标,中观目标服从于总体目标,这是讨论合并成效的必要前提。

二、合并成效评价要充分考虑到成效显现的非即时性。成效有显在的与潜在的之分,简单地、过早地下结论可能导致谬误。因为合并成效显现的非即时性,在评价合并成效时,不仅要看到合并直接的和当前的成本、利益,同时要看到长期的功能。评价的要点是抓住更广泛、更长期的利益和成本。这与人们的洞察力和预见性有很大的关系。

几个高校合并后,学生人数、学科专业数量、学位点数量、科研经费等总是比合并前任何一个高校都来得多,但是我们不能就此认为合并取得了成效。不管是何种类型的合并,都会带来一定的合并创伤,有的甚至较为严重,但我们也不能就此认定合并是失败的。因为,合并后短期内的衰退是十分常见的现象。类似于外科手术患者术后的恢复期。这个过程有长有短,只有数年之后,合并后的高校从磨合期中走出,才有可能恢复和超过从前的“生产力”水平。但如果合并的高校需要一个漫长的磨合期,才能从合并创伤中走出,这样的合并就很难说是成功的。

(刘继荣, 马庆国)