

● 国际法

论区际法律适用中的一般问题^{*}

吴友明, 胡永庆

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 吴友明(1966-), 男, 湖北云梦人, 武汉大学法学院国际法学系博士生, 主要从事国际私法学研究; 胡永庆(1972-), 男, 江苏扬州人, 武汉大学法学院国际法学系博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 法律冲突问题是我国需要着重解决的一个问题, 而其中的法律适用问题更为重要。在解决区际法律冲突问题当中, 应该重视一般原则的重要性; 在区际法律适用过程中, 判例法是一个很重要的法律渊源; 宪法应该在其中发挥一定的作用。

[关键词] 区际法律冲突; 法律适用; 判例法

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001) 03-0268-06

一、解决区际法律适用问题的模式

对于我国内地而言, 香港、澳门以及台湾均是中国境内独立的法域。其中, 台湾的境况与香港、澳门又有些区别。这些独立法域之间的法律冲突属于区际法律冲突的性质, 那么, 对于直接适用调整国际法律冲突的冲突规范的恰当性就值得讨论。在这一问题上, 各国立法及其学说已提供了几种不同的模式, 中国学者亦提出了几种可供解决中国区际法律冲突问题中法律适用的模式。在此, 仅择其中具有代表性的例证加以比较分析^[1](第 238-242 页)。

1. 国际私法方式(或称类推适用国际私法方式): 这一主张认为, 中国境内事实上已经形成了四个独立的法域, 并具有其各自独特的法律制度和法律体系及法律概念, 它们各自有其适用范围和效力所及的空间范围, 因而无需制定专门的区际私法, 而直接援引各法域国际私法中的冲突规范处理区际法律适用问题。具体到内地与台湾之间的法律冲突问题, 有学者认为, 为避免“一国两法”情况下可能发生的双重规范、双重义务甚至双重制裁等问题, 海峡两岸间的法律冲突可采用国际私法方式和原则来处理, 亦即以涉外法律关系来对待, 类推适用本法域的国际私法规范加以解决。这一方法简便, 在实践上也为内地法院所采纳, 而且能在实际上解决一定范围之内的区际法律适用问题。但这一模式又缺乏针对性, 忽略了不同法域之间的差异, 存在着理论上和实践上的障碍。其障碍之一就在于国际私法的前提是双方均为主权国家, 如采之, 则显然有违“一个中国”的根本原则, 不符合现实情况及其发展趋势。其二是属人法的连结点问题。由于四个法域同属于一个国家, 各地人民均具有同一国籍, 这显然不能以国籍为连结点来解决各法域之间的有关法律冲突问题。

2. 英美法系国家冲突法方式(或称法律冲突理论方式): 这一主张认为, 英美法系国家把国内法域之

* 收稿日期: 2000-09-10

间的法律冲突视同国家之间的法律冲突,适用同一套冲突规范,因此,我国可采英美做法,以一般法律冲突理论来解决两岸间的法律适用问题。持反对意见的人认为,法律冲突理论即为国际私法理论,如同国际私法方式。这种方式不符合中国国情,因为主权国家之间的法律冲突和主权国家之内的法律冲突是有区别的,把两个不同范畴的问题按同一方式处理,并不是很恰当的模式。然而,英美国家处理区际法律冲突的方式也并不完全一致,这是由于宪法条款的限制,在某些领域内存在着联邦统一实体法等因素的影响,这些国家在实践上在一定范围内将国际法律冲突与区际法律冲突区分开来。

3. 区际冲突方式:这一主张认为,区际冲突法的产生早于国际私法,由于区际冲突法的许多原则和制度与国际私法中的原则和制度相同或相似,因而,采用区际冲突法的模式符合我国国情,同时又可消除类推适用国际私法方式所可能产生的负面效应。采用此种模式无异于承认了各个独立法域的存在,避免了政治问题的纠葛,确保“一个国家”的根本原则,为公正平等地解决区际法律适用问题提供了前提条件。在此种模式下,应有两个途径或步骤可采取,即各法域分别制定各自的区际法律适用规范,以及制定全国统一的区际法律适用规范。就前者而言,多数学者采取反对的态度或对其效力的评价不太高,有学者认为,采取这一方法弊端甚多,又过于繁琐,而且还会产生识别、反致、法律规避等复杂的法律问题^[2](第53页)。对后一种方法,尽管它能促进各法域法律制度之间的协调一致,又能避免同时采用不同的冲突规范所产生的各法域冲突规范间的冲突,有利于增强区际法律冲突案件中法律适用的统一性、明确性和可预见性。但这种方式的实施存在着众多制度和实际操作中的阻滞因素。我国宪法、香港特别行政区基本法及澳门特别行政区基本法对此问题均未加以规定,而有些联邦国家在其宪法中明确规定哪些属于联邦管辖的事项应由联邦立法支配。凡未明确交由联邦或中央管辖之事项,得由地方或成员邦立法来管辖。从我国现行立法来看,中央立法机关是无权制定全国统一的区际法律适用规范。另外,仓促地制定全国统一的区际冲突法有违“一国两制”的主旨^[3](第421-422页)。

4. 由于解决内地与台湾之间的法律冲突问题有其特殊性,所以,有学者提出了一些特殊的解决模式。这其中主要有德国模式(亦称德际私法的模式)、中立区模式、中介团体模式等。就德际私法的模式而言,在两德统一之前,由于对联邦德国来说,民主德国不是外国,所以两个法域之间的法律冲突属于区际法律冲突的性质,不能直接适用调整国际法律冲突的民法施行法,但这种法律冲突又不同于联邦德国境内各州之间的法律冲突,因而德国学者就使用德际私法这一名词,这显得更适应当时德国的情况。德际私法不像中际私法那样可选择多种法律制度,它只能在两种法律制度之间作出选择,这就是德际私法的特殊性^[4](第364页)。人们的任务是要借助于一种较好的区际法律冲突法争取国家早日实现统一。这不仅是一个法律问题,也是一个政治问题。此外,东西德在统一之前,为解决一系列重要事项,通过相互协商,达成了若干民商事方面的协定,在法律关系上逐渐发展为事实上的承认^[5](第176-178页)。德际私法的模式有许多可取之处,解决我国海峡两岸法律冲突问题可予以借鉴,尽管二者又有若干实质性的差异。

二、解决区际法律适用问题的一般原则

在讨论制定我国区际冲突法的基本原则时,学者们一般多强调以下一些内容,诸如坚持维护国家统一的原则、坚持“一国两制”、和平共处原则、坚持平等互利的原则、促进和保障正常的民商事交往的原则。但具体到区际法律适用问题上,笔者以为,上述原则应具体化为以下一些内容。

1. 各法域的民商事法律处于平等的地位。各法域在立法上和司法实践中要彼此承认其他法域民商事法律的效力,这一点是至关重要的。承认各法域民商事法律的平等地位既是产生区际法律冲突的前提条件之一,这种平等的结果必然是各法域不歧视其他法域的民商事法律,彼此出于互利的考虑承认对方的民商事法律在本地区的域外效力,承认依其他法域法律所产生的既得权,从而导致不同地区的法律选择或适用问题的产生。同时,这又是解决区际法律适用问题时必须遵循的原则。对于内地方面来讲,要

破除这样一种观念,即认为内地的民商事法律的效力高于其他法域的民商事法律的效力,或者认为前者和后者是中央立法和地方立法的关系,这种观念的存在是不利于正确解决区际民商事法律适用问题。

困难的是在涉及到海峡两岸民商事案件中进行法律选择时,双方如何对对方的民商事法律定位的问题。在台湾“两岸人民关系条例”拟定过程中,这个问题的争议颇大,台湾各界学者提出了各种不同观点和主张^[6](第 59 页),现列举几种代表性的观点如下。(1)法律承认说:这一主张认为,内地是一个独立的政治实体,内地法律是台湾现行法律外另一法域的法律,这是客观事实。完全否认内地法律的效力是于事无益的,因此,应该通过制定特别法和或者颁布行政命令的方式有条件地予以承认。(2)事实承认说:这一主张认为,直接承认内地法律有违台湾现行“宪法”,为避免对内地法律的直接承认,可将内地法律作为证明“既得权利”存在的法律事实加以承认。(3)事实规范说:即内地的法律是一种“事实规范”,与法律存在着区别。(4)区别承认说:即认为,从两岸交往的实际需要来看,应该承认内地法律,但必须区别不同情况、不同法律,有条件地予以承认,即对内地法律的适用范围加以限定。

各法域的当事人的民事法律地位平等。该原则要求各地区自然人和法人在法律上一律平等,都享有平等的民事法律地位和诉讼地位,对他们的合法权益都应予以同等的法律保护,以利于各地区的合作和人民的团结。台湾“两岸人民关系条例”却违背了该项原则,对内地公民、法人的民事主体资格总的立法态度是实行差别待遇,对内地人民实行种种限制,这种限制既有政治限制,也有职务限制和商务限制。相反,内地的《建议草案》的规定实行的则是平等待遇原则,如第 4 条规定:台湾地区与内地居民应承担与内地居民同等的义务。第 12 条规定:台湾地区居民可以在内地依据中华人民共和国有关的法律、法规申请商标专用权、著作权和专利权。在继承问题还上,对台湾地区人民的继承权未作限制。这些规定不仅未对台湾地区人民实行差别待遇,而且在投资贸易等方面有更多的优惠,其目的是为了促进两岸人民民事交往的自由。

3. 限制法院地法优先的倾向。亦有学者在讨论这个问题时,也谈到了类似的看法,即“放弃法律适用的向内性”。目前,内地法院在处理区际法律冲突问题时,常常忽视这一特性,往往直接适用内地的实体法,这在实质上并不能一定完全地保护当事人的合法权益,却在形式上造成了法院地法优先的倾向,容易造成挑选法院的现象。此外,各法域的民商事法律都体现了该法域一定的政策和利益导向。所以,适用其他法域的法律,实质上是贯彻了该法域的政策,是对该法域政策的一种尊重。20 世纪 50 60 年代的冲突法理论多主张适用法院地法来维护本法域的利益,体现了法律选择的向内性。近年来美国冲突法学界倾向于强调在一定条件下扩大适用其他法域的法律,尊重其他法域的政策,这种理论认为,解决区际法律冲突时,在一定条件下适用冲突对方方法域的法律会使对方方法域在处理其他案件时采取平等互利的行动。所以,法律冲突的互利解决对双方都有益,而并不一定是一方得益而另一方受损。于是,区际法律适用的结果必须在长远意义上使各法域的利益均取得最大值^[7](第 45 页)。

三、区际法律适用与宪法及各特别行政区基本法

(一) 宪法限制的模式选择

在存在区际法律冲突的国家,宪法对区际法律选择的影响和限制尤为突出,在我国立法和司法实践中也有必要对这种经验加以借鉴。由于各国的立法、司法体制及法律文化传统的差异,宪法制约冲突法的具体表现各异,概括起来主要有如下几种模式^[8](第 254 页)。宪法就区际法律适用问题作出原则性的规定,以此制约法院在法律选择过程中的行为,该种模式主要为美国和澳大利亚采用。在美国,现今的主张认为,宪法只是对各州在冲突法案件中可适用自己法律的范围作了限制。《美国联邦宪法》中的正当程序条款、充分诚信条款、特权与豁免条款、平等保护条款和其他一些条款本来都可与法律选择联系起来,但在实践中,最高法院只联系了其中少数条款。宪法只规定国内各法域的立法权限不得超出域外,并且对各法域立法所涉事项作了原则性的约束,从而制约区际冲突法中的诸多问题。加拿大采此种方法。加

拿大宪法不同于美国宪法,它没有调整国内各法域关系的各种原则性条款。但为促进各省或区相互间的和谐与合作,协调省际间的利益和履行加拿大联邦的国际义务,加拿大枢密院司法委员会和加拿大最高法院已不时地对宪法加以解释,对加拿大某一省或区的法院不考虑其他省或区的利益以及加拿大联邦国家的利益的行为予以限制。这一方法表明,加拿大宪法的规定可以成为冲突法领域内各法域的最低的地方性标准。大部分案件往往涉及加拿大各省或区的专属立法管辖权问题,因为加拿大宪法将各省或区的立法管辖权限制在省内的事项上。可见,加拿大各省或区不具有域外立法管辖权,立法管辖权的属地性就可以作为制约各省或区的冲突法规则的宪法性工具。此外,联邦最高法院可以检视各省法院对其本地法的解释。宪法无直接涉及冲突法问题的条款,但法院(主要是指宪法法院)通过裁决是否违宪来制约区际法律选择过程及其结果。这种模式的主要代表是德国、意大利、法国和奥地利等国,既可解决区际法律冲突,也可适用于国际法律冲突。它是以国内统一的民商事实体法和统一的区际冲突法为前提,考虑到我国的具体情况,这种模式对我国的区际法律适用问题的助益并不很大,这里就不详论之。

上述三种模式中,以第一种模式最为系统,它立足于国内区际法律冲突的特定情势,同时各法域的立法、司法机关也有较大的独立性,因此,为了保证各法域人民得到平等保护、防止各法域的相互歧视,在宪法条文中作了明确的原则性限制。第二种模式的任意性相对较强,其实施的有效性依赖于司法体制上的配合。在考虑我国区际法律选择过程中引进宪法限制的因素时,可以参考第一种模式。由于香港、澳门两法域的立法、司法权的独立性都较高,那么在如何协调法域间的关系上,宪法应该发挥其应有的作用。目前的宪法及各特别行政区基本法只有“一国两制”的规定,无涉及冲突法的任何条款,宪法完全有必要设置一些原则性的条款来制约各法域的法律选择方法。随着我国各区域间的民商事交往活动的日益频繁和深入,民商事法律冲突将频繁化和复杂化,仅靠法院间的非规范性和单边性的协调显然不能适应现实的需要。另外,各特别行政区的立法权和司法权的独立使得很多民商事领域的实体法、程序法及冲突法等立法与执法都无法通过最高立法、司法机关来协调。这种状态如无一定的宪法限制,极易导致国内的区际法律冲突等同于国际法律冲突,使得一法域的居民在另一法域合作得不到平等的保护,司法上的无法协调及冲突的升级完全有可能影响到各法域间的友好交流,甚至危及国家主权的统一。第三,我国尚无宪法法院,因此,以冲突法为背景的间接违宪问题将难以得到普通法院的落实,这显然不利于法治的施行。当然,我国宪法在借鉴外国经验的同时,也不必囿于其具体规定,应该结合我国的法制传统及独具特色的区际法律冲突之实际,应注意下述问题:(1)条文的设定上仍应坚持原则性,不宜把冲突法上过于具体的问题作出限制,应体现“一国两制”的根本原则。(2)在具体规制上,应涵盖中央立法与各特别行政区立法权限的划分、内地与特别行政区法域的民商事法律的地位及其相互承认、各法域中裁决的相互承认与执行、各法域中司法机关在一般诉讼程序上的相互协助以及域外居民的待遇问题上应遵循的原则。(3)既要坚持基本法域是由中央立法与司法所构筑而成,又要注意特别行政区在民商事领域的立法和司法与其他法域的平等关系。因此,在确立宪法的原则性条文时,不可机械地照搬外国的立法、司法体制的铁特色。

(二) 宪法限制的若干相关因素

1. 基本公平和实质正义的因素。这个因素对保护各法域当事人之间的平等互利的交往、当事人的正当期望以及各法域地方整个利益都是至关重要的,这个因素在美国宪法限制中均有明确体现,这主要是由该国宪法中的正当程序条款来实现其功用的。在宪法中对区际法律适用作出这个因素的限制,并不是表明它将强制各法域适用特定的法律而只是限制了法律选择规定,因而所面临的问题是它该如何限制法律选择的结果。台湾“两岸人民关系条例”就有违背该项要求的规定:民事法律关系之行为地或者事实发生地跨连台湾地区与内地者,以台湾地区行为地或者事实发生地为依据(第45条)。这显然有违基本公平之要求,在前述《示范条例》的草拟过程中也曾考虑并入此项类似条款,但考虑到这有不公平之嫌,所以在最后定稿中删除了此条款,而改成较为科学和公平的规定:民事法律关系的行为地或事实发生地跨连两个或者两个以上地区的,以行为或事实结束地为行为地或事实发生地。

2. 域际礼让和利益平衡。这一因素主要针对的是外域法的法律效力,以及当事人根据外域法形成的权利的效力问题。在这一问题上,可借鉴美国、澳大利亚等国宪法中的充分诚信条款,然而一州法院给予另一州“公共法令”(包括成文法规和判例法)充分诚信的要求并不是强制法院地在每一个案件中采纳和适用其他州的法律。在中国区际法律适用案件的法律选择过程中,该如何借鉴充分诚信条款,考虑域际礼让和利益平衡的因素是值得重视的。首先,它要求法院地不能拒绝给予另一法域法律以效力,这其中可以从两个方面来考虑。一方面,考虑到法律选择的明确性、可预见性的要求,法院在审理某种类型的案件时都应尽量运用相同的法律选择规则,以使案件的审理并不因受理法院地的不同而能取得一致的判决结果,这就要求承认外域法的法律效力。

四、判例在区际法律适用中的地位

(一) 判例法方法在各国法律冲突法领域中的作用

无论是在英美,还是在欧洲大陆,判例法与成文法的分立对峙变得并不那么重要了,原因是近百年来判例法与成文法趋向合一的过程越来越明显,越来越深入,但这从另一方面说明了判例的重要性并未趋弱,而是增强了^[9](第 23-28 页)。严格地说,判例并不是法,判例法的本意是所法在判例中司法实践中形成的规则在判例中得到了确认,立法机关制定的规则在判例中得到了充实。

在论述判例法方法在各国法律冲突法领域的重要作用之前,让我们先简略考察一下判例法的若干特性:(1)判例法的约束力。约束力的问题并不是判例法的一个实质性问题,那种认为贯彻先例原则,就必须弄清什么判例对什么法院有约束力的认识,仅仅是一种形式上的看法。实质性的问题并不是判例的约束力,而是法律的约束力。法律一旦制定出来,在一定的时间和范围之内就有约束力。法律规则一旦从一系列的判例中产生,也在一定的时间和范围内有约束力,它们都是作为一般意义上的法而有约束力,并不因为采取了不同的形式而在效力上有强弱之分。(2)判例法的说理性。把判例看成法,把判例中的法的约束力理解成为判例的约束力。这就导致了关于判例是否该有约束力的无穷无尽的辩论。其实,判例法是反复论证和说理的过程,而并不是一般人所理解的形式逻辑三段论。在判例法的方法下,法院审理案件实现不是问法律原则是什么,而是摆在面前的问题是什么,判决理由是一个案例的核心,是判例法的精髓,而在此过程中,不同的意见在一起交锋,法官、学者、权力机关和公共社会都会参与近来,把说理推向更深入的阶段。(3)判例法的稳定性。如果把判例法理解成是单个案例的集合,人们当然有理由怀疑其是否稳定。但是,当人们正确地认识到判例法是一种运作法律的方法时,就会发现它是维护法律规则稳定性的最有效的手段。后来的判例包括了过去的判例,又成为新判例的基础,在一系列的判例中形成了法律规则前后相接,前者作为后来判案的标准,构成一个遵循先例的法律体系,它旨在排除法官判案任意性,为人们预见其行为的法律后果提供了基础。(4)判例法的能动性。遵循先例的原则并不是叫人机械地遵循过去的判决,而是强调能动性。判例是法律规则与案件事实经过说理过程的结合,法律规则稳定,但事实则千差万别,针对某些特定事实而确立的法律规则,对于变化了的事实就不一定适用。法律规则在实践中被法院充实、丰富和发展。旧的原则不能适应发展了的社会经济现实,加以改造的要求必然会被提出,法院发挥着积极作用,判例法的方法提供了这种可能性^[10](第 1-12 页)。

(二) 借鉴判例法方法借鉴区际法律适用问题

实施判例法的国家十分重视司法机关的作用,实现成文法的国家则更为强调立法机关的作用。所谓判例法的方法,说到底,就是法院或者司法机关与立法机关在发展法律的过程中发挥相辅相成的作用,关键在于二者关系如何协调。

我国区际法律冲突涉及到的问题极为广泛而复杂,立法机关对这么多复杂问题恐怕难以事先都作出明确而详尽的规定。如果通过制定统一的区际法律冲突法的途径来解决我国区际法律冲突问题,至少还会遇到立法权限的问题,而判例法的方法提供了一种选择的可能性。有学者认为,单由某一区域的法

院来处理区际法律冲突案件,仍然会产生冲突,从而主张建立区际法律冲突法院,这种设想也是不够现实的。考虑到司法水平的不断提高,不能够达到实行判例法方法的普通法系法官的水平,但并不能因此而废除判例法方法在我国区际法律适用问题中的作用。近年来司法水平也在不断提升,毕竟高等法院的司法水平也应是值得信赖的,因此,由最高法院制成的判例也是一个考虑的因素。另外,还要建立判例汇编制度。判例汇编是判例法方法存在和发展的先决条件,判例汇编把判例系统地汇编起来,为法官和律师寻找与自己审理或者代理的案件相类似的先例提供了方便。只有在此基础之上,先例约束力才能得以实现,遵循先例原则才能得以定型化。因此,我们要运用判例法方法来解决区际法律冲突问题就要建立判例汇编制度。有两种方法可供选择:一是在《最高人民法院公报》中开辟专栏公布区际法律冲突判例;二是出版专门的判例汇编。

[参 考 文 献]

- [1] 黄 进. 区际冲突法研究 [M]. 上海: 学林出版社, 1991.
- [2] 蓝 天. “一国两制”法律问题研究 (香港卷) [M]. 北京: 法律出版社, 1990.
- [3] 韩德培. 中国冲突法研究 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1993.
- [4] [德] 乌里希·德鲁普尼希. 德国统一后的德际和区际冲突法问题 [J]. 拉贝尔外国私法和国际私法杂志, 1992, .
- [5] 余先予. 从国际经验看中国海峡两岸法律冲突问题的解决方法 [J]. 中德经济法研究所年刊, 1992, .
- [6] 宋 浚. 台湾“两岸人民关系条例”评析 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1994.
- [7] 张 湄. 浅谈中国区际私法中的法律适用问题 [M]. 政治与法律, 1993, (3).
- [8] 韩德培, 韩 键. 美国国际私法导论 [M]. 北京: 法律出版社, 1994.
- [9] [法] 勒内·达维德. 当代主要法律体系 [M]. 上海: 上海译文出版社, 1984.
- [10] 陈大刚, 魏 群. 论判例法方法在我国法制建设中的借鉴作用 [J]. 比较法研究, 1988, (1).

(责任编辑 车 英)

General Problems in Interregional Conflict of Laws

HU Yong-qing

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography WU You-ming (1966-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in private international law; HU Yong-qing (1972-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in private international law.

Abstract The inter-regional conflict of laws problem has gotten more and more importance in China. Among all these problems, this article only gives its attention on the general problems, such as legislative model in inter-regional conflicts law, the general principles which are applied in the inter-regional conflicts law, the role of case law in the inter-regional conflicts law, and the constitutional limits in the inter-regional conflicts law, etc.

Key words interregional conflict of laws; applicable law; case law