

中国冲突法法典化的理论探索与创新

——评《中国冲突法立法问题研究》

笪 恺

在当今国际私法领域,冲突法的法典化已成为一个日益显著的趋势,而我国全面、系统的冲突法立法还没有开始。目前,我国的冲突法规范仍主要分散于《民法通则》、《涉外经济合同法》、《继承法》、《海商法》、《票据法》等部门法中。这些分散的规定过于原则和抽象,且多不完善,有些规定还相互矛盾。这种状况对完善我国的涉外法律制度、促进我国进一步改革开放、建立社会主义市场经济体制都是极为不利的。武汉大学法学院教授肖永平博士本着高度的责任感和历史使命感,致力于中国冲突法立法问题的超前研究,其新著《中国冲突法立法问题研究》(武汉大学出版社1996年版),就是一部系统研究中国冲突法立法问题的专著。纵览全书,我认为,该书具有如下特色:

一、全书以立法为线索,布局精心,结构严谨

该书在形式和内容上,自始至终贯穿着“立法”这根主线。作者不是静态地研究中国冲突法立法现状,而是动态地研究冲突法的立法、完善和发展。该书分为三编:绪论、结构论和内容论。绪论讨论对冲突法立法具有指导意义的问题,如中国冲突法立法应遵循的指导思想、基本原则和价值取向等。这一编的内容有的通过法律条文具体规定,如基本原则;有些则要贯穿在整个立法过程中,并通过具体的法律条文来反映,如指导思想和价值取向。作者在肯定超前立法的前提下,于结构论中对冲突法的立法体例、冲突规范、连结点等问题进行了系统深入地探讨,并着重揭示它们的发展趋势,使立法者在进行冲突法立法时能吸收、借鉴国际上冲突法的最新发展,为立法的超前性提供理论基础。内容主要研究冲突法,如冲突规范的基本制度和各种具体涉外民事法律关系的法律适用问题。

在研究方法上,作者以比较研究为基础,对我国现有的冲突法立法进行剖析,对现有法规如何协调,矛盾之处如何消除,重复之处如何删减,遗漏之处如何补充,提出了一系列修改或补充意见,作者甚至对立法的技巧和文字表达提出了自己的见解。例如,作者对我国关于自然人行为能力的冲突规范进行了分析,指出我国的立法同国际上的通行做法相比,存在很大差距;在自然人行为能力的法律适用上,国外多适用当事人的属人法,我国无类似规定;在连结点的选择上,国际上普遍适用“住所”、“惯常居所”,我国使用了法律意义不甚明确的“定居”一词。针对上述问题,作者提出了具体的立法建议。这样的例子全书还有很多。

二、勇于创新,敢为天下先

开拓创新是学术研究应有的品位。对中国冲突法立法作系统、全面、深入的研究,从我国目前的研究现状来看,本身就是该书的创新之处。而最能体现创新的是,该书探讨了中国冲突法的许多新问题,也提出了许多新的见解。这里试述几例:

1. 关于制定冲突法应考虑的主要因素。按照萨维尼的“法律关系本座说”建立起来的传统冲突规范,主要是一种立法管辖权的选择方法,强调法律适用的一致性和稳定性,因而具有一定程度的机械性和盲目性,可能导致对当事人不公正的结果。因此,传统冲突规范受到不少学者的非难,激进者甚至要求完全抛弃冲突规范。而多数学者的态度是在保留冲突规范的前提下,通过各种途径和手段改进它。对冲突规范的态度直接

涉及到冲突法立法的价值取向：是追求法律适用的可预见性和稳定性，还是追求司法任务的简单化，或是以判决结果的一致性或公正性为标准？这是二战以来国际私法学者所关注的问题，也涌现出各种理论，如卡弗斯提出的“优先原则”说，就是一种结果选择；柯里提出的“政府利益”说，实际上扩大了法院地法的优先权。这些理论都只注重于一个方面，在实践中往往难以实行。作者以这些学说为基础，但不拘泥于这些学说，创造性地提出了冲突法立法所应考虑的各种因素，包括国家对外政策的实现，国际经济新秩序的维护，司法任务的简单化，判决结果的可预见性和一致性以及具体案件的公正性。作者进一步指出：“立法实际上是一种权威性的社会选择。每一条冲突规范都是立法者在众多的备选者中，最终选择出来的一个。这就要根据社会生活的实际情况和各类案件的不同形态决定取舍，否则就会造成不合理的结果。因此，上述五项考虑因素中，没有一项是至高无上的，它们的相对重要性总是随着案件的不同而发生变化。”全面考虑上述各因素并寻求恰当的平衡点，就是立法者在制定每一条冲突规范时应该精心考虑的问题。

2. 关于准据法的概念。准据法是冲突法的一个特有概念。作者的定义是：“准据法是指经冲突规范指引用来确定国际民事关系的当事人的权利义务关系的具体实体法规范。”这一定义有以下优点：（1）它明确界定准据法的内涵和外延。准据法只能是实体法，其范围不仅包括国内的实体法规范，在某些情况下也包括国际统一实体法规范，但不包括未经冲突规范指引而直接适用的法律。（2）准据法不是笼统的法律制度或法律体系，而是具体的实体法规范或法律文件。（3）它表明了准据法和自体法的关系。自体法是某一法律关系客观上要求适用的法律，而准据法的确定则是一国法院主观认识的结果。在主观认识和客观要求相符时，准据法才是自体法。

3. 关于连结点的选择及发展方向。冲突法立法，就是要选择恰当的连结点，将各种不同的涉外民事法律关系与特定的法律联系起来，以确定应该适用的准据法。连结点的选择从来就不是任意的，而是有其客观依据。作者从历史的和发展的眼光考察连结点，认为一个新的连结点的形成与发展有其客观依据，它与一国政治、经济，特别是国际经济活动的发展密切相关；同时，一国对某一连结点的选择也不是一成不变的，而是要考虑多种因素，并随着客观情况的变化而变化。随后，作者又颇有见地地提出了连结点的发展方向：由僵化向灵活方向发展，由简单向复杂方向发展，连结点含义的多样化趋势，从而进一步论证了冲突规范软化处理的方法和手段，对立法者在制定冲突规范时选择连结点具有重要的指导意义和参考价值。

4. 关于最密切联系原则的主体和客体。最密切联系原则已成为各国普遍接受的新理论。虽然没有学者专门论述最密切联系原则的主体和客体，但在各国的立法中，对该原则表述的不同，已表明了人们对最密切联系原则的主体和客体的理解存在差异。作者十分敏锐地注意到这个问题，认为法官在适用最密切联系原则时，不仅要考虑到与法律关系主、客体相联系的连结因素，还要考虑到与法律事实相联系的连结因素。更为重要的是，法官还必须根据各种连结因素的相对重要程度作出质量分析，以确定在特定问题上与该问题有最密切联系国家的法律。至于最密切联系的客体，作者反对将国家与法律相分割的理解，认为只强调场所化的连结因素或只侧重主观开放的连结因素都是片面的，最密切联系的客体应该既包括“国家”，也包括“该国的法律”。我认为，作者的这种理解反映了作为灵活连结点的最密切联系原则的一种自我限制，即连结点的数量对连结点数量的限制、客观性连结因素对开放性连结因素的限制。正是因为这一点，最密切联系原则才具有勃勃生机，能广泛地运用于冲突法的众多领域，甚至作为冲突法的一项基本原则确定下来。

由此可见，《中国冲突法立法问题研究》一书充分注意到了各种不同的理论和见解，对一些理论上有争议的问题提出了自己的看法；对一些重要的概念、原则、规则从理论上剖析、阐述其应有的含义，并揭示其形成、确立和发展变化的背景及原因。本书构筑了中国冲突法立法的理论体系，而且提出了许多富有建设性的立法建议，使本书在具有较高学术价值的同时又具有很大的立法参考价值，很值得一读。

作者：笄 恺，武汉大学法学院博士研究生，武汉，430072。