

# 应该重视对冲突法的研究

韩德培 李双元

冲突法一向是国际私法的主要内容,在英美国家,很多学者甚至就把国际私法称为冲突法。当然,国际私法所研究的问题,除冲突法外,还有其他一些有关的问题,例如依英美学者的主张,除冲突法外,还应有管辖问题与外国判决(及仲裁裁决)的承认和执行问题;依法国学者的主张,除冲突法外,还应有国籍,外国人的法律地位和管辖问题;再依苏联和东欧不少学者的主张,除冲突法外,还应有外国人的民事法律地位、国际民事统一规范,国际民事诉讼程序与仲裁程序等问题。但不管怎样,目前多数国际私法学者仍一致认为冲突法是国际私法应该研究的主要部分或基本部分。

由于历史条件的限制,在我国对冲突法理论和立法的研究,一直都是比较落后的。这种落后状况,在解放后,虽然有了很大的变化,但是与我国其他各重要法律部门相比,并未得到根本的改变。冲突法的制定,至今还未提到国家立法工作的日程上来;甚至对是否需要制定专门的冲突法这样的问题,还未开展过认真、深入的讨论。特别值得注意的是,对于我国在解决各种涉外民事案件时,是否有时应该适用外国法的问题,有不少人在认识上还是十分模糊的。有的人认为我们的法院或仲裁机关在处理涉外民事案件时去适用外国法是一种有损于主权的行为。也有人认为,没有成文的冲突法会更有利于在实际工作中作灵活的处理,从而争取尽可能适用我们的法律,这样会更有利于保护我们的国家与公民在涉外民事关系中的利益。还有一些从事国际私法教学与研究的同志,面对国际上直接调整商事贸易关系的统一实体规范日见增加的情况,对冲突法的作用与前途也抱怀疑态度,认为冲突法制度存在着各种固有的缺陷,已难于适应国际经济关系进一步发展的需要。由于存在上述种种看法,在冲突法这一领域,就理论研究方面来看,目前还几乎很难说已真正进入起步阶段;在国内各法学刊物上发表的有关冲突法的论文,可说是寥寥无几。以上这些认识和存在的情况,不但对健全我们的社会主义法制十分不利,而且对我国按平等互利的原则发展国际经济贸易关系与合作以及促进与各国人民之间的正常交往,也都是十分不利的。

为了克服各种思想认识方面的障碍,引起人们对研究冲突法的重视,本文拟就下面几个问题,谈谈我们的一些初步想法:

- (一) 正确认识在一定条件下承认与适用外国法的必要性;
- (二) 正确估计冲突法的发展前景;
- (三) 冲突法的研究方法问题。

## 一、正确认识在一定条件下承认 与适用外国法的必要性

冲突法是指在调整涉外民事法律关系时指定应适用哪一国法律来判定当事人具体权利义

务的全部冲突规范及有关制度。由于这种民事法律关系所包含的因素涉及两个以上国家间不同的法律规定，就有必要根据各种法律关系的性质以及案件的具体情况决定选择哪一国家的法律来进行调整。这就是冲突法所要解决的问题。例如，在一个涉及两个国家当事人的经济合同中，就需要由冲突法规定应适用哪一国家的法律来调整当事人的权利义务关系。如果认为，在有内国当事人参加的关系中，一律只许适用内国法，许多合同就无法签订或发生争议时就很难圆满解决，国家间平等互利的经济合作与贸易活动也就很难顺利进行。在其他涉外民事法律关系中也是如此。例如，对外国当事人依其本国法已取得的完全行为能力以及依其本国法规定的要件已完成的某种法律行为或已成立的某种法律关系，对当事人就其财产已依财产所在地法所为的某种处分等等，只要有关的外国法的规定不与内国的“公共秩序”相抵触，就不应该完全否认其效力，而应分别情况予以承认或适用。否则就会不合理地把许多已有效成立的含有涉外因素的法律关系推翻，这往往会给当事人造成不公正、不合理的后果，而对国家开展对外友好交往不但毫无裨益，反会产生障碍。这种在涉外民事法律关系中就内外国法律指示应适用哪一国法律的冲突法，从十三、十四世纪起，在意大利为了解决各城邦之间的法律冲突就已经产生。以后随着资本主义工商业的发展，国际经济贸易关系以及人员的来往也日益增多和频繁，于是解决国与国之间法律冲突问题的冲突法，也就在各国相继出现。而且在国际上，还制定了很多引人注目的统一冲突法公约。在法学领域内，冲突法或国际私法作为一个比较后起的法学部门，在许多国家都引起人们研究的兴趣，发表了很多有价值的论文和专著。许多学者对于在涉外民事法律关系中为什么有时必须适用外国法，曾提出种种解释，并形成不同的学派。例如，十三、十四世纪在意大利产生的“法则区别论”，十七世纪在荷兰产生的“国际礼让说”，十九世纪在德国产生的“法律关系本座说”和在英美产生的“既得权说”以及二十世纪三十和四十年代在美国产生的“本地法说”等等，尽管立论各不相同，但有一点却是人们不能不承认的，即在涉外民事法律关系中有时确实必须适用外国法或必须考虑外国法的存在。

但是通过冲突法去选择适用外国法，到底是否有损于国家的主权呢？是否会不利于保护我方当事人的利益呢？回答当然只能是否定的。

首先，冲突法本身的制定和适用本来就是内国主权的一种体现，它正是在内国享有独立自主的立法权与司法权的基础上产生与发展起来的。如果内国处于外国的统治或特权影响下，不能独立自主地制定冲突法或者虽然制定了也不能付诸实施，那才是内国主权不独立不完整的结果。内国法院或仲裁机构根据内国冲突法的规定对某一涉外民事案件，公正合理地选择适用某一外国法，这怎么会有损于内国的主权呢？冲突法作为社会上层建筑的一部分在国际经济和民事交往关系中，自应保护自己国家及公民的权益。国家主权原则固然要求在处理涉外民事关系时，必须贯彻“以我为主”的方针，但这里所讲的“以我为主”，绝不意味着在任何涉外民事关系中，都只应适用我们自己的实体法，而主要是指我们应该站在独立自主的立场上去考虑法律选择问题，任何他国都无权要求我们放弃自己的冲突法规则。各国除遵守国际法的一些基本原则外，都可依据自己的主权考虑，去规定涉外民事争议的管辖权，去规定自己的法律适用原则，去规定自己对涉外民事案件判决与仲裁裁决的承认与执行的条件等等。

其次，对冲突法的作用，也不应该作狭隘的理解，认为它仅仅在于保障内国在涉外民事关系中适用法律的主权权利。冲突法的任务还应该包括促进国家对外经济关系在平等互利基础上的发展，促进各国人民的友好交往。要做到这一点，除坚持主权原则外，在国际经济关系

及人员交往中，还应当按照平等互利的原则，承认与保护他国经济组织、企业与公民个人的合法权益。而这种承认与保护，也是自己的国家、经济组织、企业和公民个人寄期望于其他国家的。涉外民事关系对所涉及的国家来说是一种相互关系，一种对等关系，一种互利关系。在这种关系中，站在狭隘的民族利己主义立场来解决法律适用问题，表面上似乎维护了自己的利益，而实际上却有害于开展国家对外经济、文化、技术的交往与合作，因而最终对自己还是不利的。因此，在我们国家要求积极开展对外经济活动的新的历史条件下，必须加强对冲突法的研究，迅速健全与完善我国冲突法制度。在处理涉外民事案件时，在一定情况下，正确合理地选择适用外国法，不但不与国家主权原则相抵触，不但不与保护我方当事人利益的原则相抵触，相反，这正是国家为在国际民事关系中维护自己的权益，发展国家对外经济、文化与技术的联系所需要的。在这方面，冲突法为我们提供了一种独特的法律武器或法律制度。

再次，还应该指出，在涉外民事关系中，如需要保护我方当事人的正当权益，也并不意味着，在任何情况下，都只有通过适用自己的实体法才能达到。英国莫里斯在其《冲突法》一书中，曾举了这样一个假想的案例：一个20岁的英国人在奥地利的一个店铺里购买了货物，依英国法18岁为成年，而依奥地利法21岁才成年，在这种情况下，如果因这种行为的有效性而在奥地利法院涉讼，奥地利法院便可以完全不考虑自己的法律所规定的成年年龄，一定而适用英国法，以便保障发生在奥地利的交易的安全。反之，如果在该英国人的行为能力上，要适用奥地利法，那倒是不符合自己的利益了<sup>①</sup>。事实上，这样的事例在外国法院的判例中是并非少见的。在我国实践中也曾有适用外国法对我方当事人有利的例证。1973年，我国一轮船与希腊“神皇号”轮在马六甲海峡相撞，造成对方四百八十万英镑、我方五十万英镑的损失。希腊轮在新加坡对我轮提起诉讼，在协商过程中，对方首先提出希望按过失分摊，各负50%的损失（这样我方应净赔对方二百一十五万英镑）。后经查证事实，对方在这次海事中责任大于我方，如希腊轮按70%、我轮按30%来承担责任，仍对我轮不利（我方仍须净赔对方一百零九万英镑），并不能使案件得到公正的解决。最后我方提出应适用新加坡法律（因碰撞在新加坡海域发生，案件在新加坡法院起诉，可适用新加坡法律），于是根据该国法律中关于船东责任限制条款的规定，我轮终于以赔偿希腊轮三十二万英镑结案。

还有，在冲突法体系中还可规定公共秩序保留条款，其作用在于一旦发现依自己的冲突规则指引的外国法，如适用的结果会与自己的法律或道德的基本原则发生严重的抵触时，就可排除这种外国法的适用。在冲突法方面，这是维护国家法律主权的一项重要制度。过去资本主义国家的法院常利用它作为一种司法手段，来抵制和排除进步的外国法的适用，并对不同性质的所有权制度实行歧视。我们虽是社会主义国家，为了保障我们国家的利益与基本法律原则不被破坏，我们对公共秩序保留这种条款在必要时也是可以而且应该运用的。自然，我们运用这种制度，与过去资产阶级法院运用这种制度，有着本质上的不同。

总之，把处理涉外民事关系时应该允许适用外国的法律同国家的主权与我方当事人的利益完全对立起来的观点，是一种十分片面的观点。

## 二、正确估计冲突法的发展前景

在我国，从五十年代后期开始泛滥的法律虚无主义，曾经给冲突法戴上种种罪名，把它说成是超阶级的，唯心主义的，形而上学的，从而使我国解放后刚刚开始冲突法教学与理论研究的工作遭受到巨大的摧残。目前，虽然再说冲突法是超阶级的，唯心主义的，形而上学

的人，已经不多见了，但是，不适当地过分地夸大冲突法本身存在的一些缺陷，因而认为冲突法的发展前途不大或相当暗淡的观点，恐怕仍然是存在的。因此，正确估计冲突法的发展前景，也是有利于扫除在思想上不重视冲突法研究的那种障碍的。

国内曾有同志认为，冲突法制度本身存在着一些难以克服的固有的缺陷，如它与实体法规范相比，过于简单，“不能构成当事人的行为准则”；不能据而预见行为的结果，因而缺乏法律所应具有预见性和明确性；加上还有一系列与冲突规范相联系的制度（如识别、反致、外国法内容的查明，公共秩序保留等），从不同的角度来限制它的效力，因而大大地“削弱了冲突规范的稳定性”；以及由于冲突规范所指定的实体法都是各有关国家依据国内政治经济条件和法律传统制定的，不是专门适用于涉外民法关系的，因而这样指定的法律，往往缺乏“针对性”。在涉外民事法律关系随着国际交往的发展而益趋频繁与复杂的情况下，本身存在着如此种种缺陷的冲突法制度已难以适应并促进这种关系的发展了。因此有些从事国际私法教学与研究工作的同志，似乎都把研究的重点转移到直接适用于涉外民事关系的各种实体法上去了，而对加强我国冲突法理论研究及从立法上健全与完善我国冲突法制度则抱消极的态度。

对传统的冲突法的缺陷抱类似的甚至更为激进的观点的，目前在外国学者中也不少见。在国外，有人认为传统的冲突法制度正处在一个“危机”时期，并且认为这种“危机”主要来自两个方面。一个方面是美国的一些学者认为传统的冲突法制度既然采用的是各种机械地规定了空间连结点的冲突规范，它就不能适应实际生活中复杂多变的情况，因而试图彻底推翻整个冲突法制度，而完全代之以一些选择法律时供考虑的因素或标准。另一个方面则来自苏联、东欧国家的一些学者，他们认为随着调整涉外民事关系的实体规范不断增加，因而主张打破传统的国际私法只限于冲突法的旧体系，而把直接适用于涉外经济贸易关系的实体法也包括进来（有的主张只包括国际统一实体规范，有的主张包括国际统一实体规范和用于涉外民事关系的国内实体规范）。他们当中还有人主张这种实体法应成为国际私法的主要规范，其次才是冲突规范。

自1933年美国哈佛大学一位叫凯弗斯(Cavers)的法学教授在一篇题名《法律选择问题批判》(A Critique of the Choice-of-Law Problem)的文章中<sup>②</sup>，对传统的冲突法制度进行了全面的抨击之后，在美国掀起了一阵彻底摧毁旧的冲突法的汹涌浪潮。凯弗斯认为，旧的冲突法，由于它只作“管辖权选择”，只指定适用某一国家的法律来解决有关的争议，而不管该国法律对于争议中的法律关系作何具体规定，因此，直到法律被选出之前，法院还不知道该国法律的有关内容，这显然是不可能使人作出恰当的选择，也不可能导致案件的公正合理的解决的。他主张抛弃旧的冲突法只作这种“管辖权选择”的方法，而改用“规则选择”方法或“结果选择”方法，亦即要求法院从有关国家的法律的具体规则的内容入手，或从具体规则的适用将取得怎样的结果入手，直接就有关国家间的实体法作出选择。

美国的另一法学家柯里(Currie)则抱更为激进的态度，而主张“彻底抛弃”整个冲突法制度。他认为，在涉及多州(或多国)的民事法律关系中，只要依据“政府利益的分析”，便可以直接决定应该适用谁的法律。因此，传统的指引法律选择的冲突规范，以及与冲突规范的运用相联系的各项制度，统统可以废除。<sup>③</sup>

美国出现的这种新理论，尽管在揭露传统的冲突法制度的缺陷方面，提出了许多发人思考的问题，但从整个来看，终究是不可能为实践所接受的。冲突规范的产生与确立，其目的在于指出在处理涉外民事关系时应如何选择适用某一国家的法律，这在民族国家还存在，各国民

事法律不可能完全统一的情况下，是解决法律冲突不得不采取的一种方法。因此，不仅凯弗斯的“规则选择”，而且柯里的“政府利益分析”，归根结底都只不过是提供应如何选择法律的一种标准或方法。例如柯里认为，在表面上存在着法律冲突的案件中，应该直接去分析所涉各国法律所体现的政策，并判定在案件中，有关国家对于实施其法律，是否存在“政府利益”。他还认为，在现实生活中，大量的包含着法律冲突的案件，往往只有一个国家对实施其法律具有“政府利益”，因此这种法律冲突都属于一种“虚假冲突”(False conflict)。在“虚假冲突”的情况下，法院应迳行适用这唯一有“政府利益”的国家的法律。当然也有一部分案件，两个甚至两个以上国家对于实施其法律均有利益，这时便构成一种“真实冲突”(True conflict)。在“真实冲突”的情况下，法院则应视自己国家是否有利益，或在法院国无利益时应视其他各国利益之大小，而决定适用谁的法律。因此，柯里的“政府利益分析”一旦上升为规范，便仍将只是一些指导法律选择的冲突规范。只要国家还存在，只要在国际上各国的民事法律还不能统一或不能完全统一，法院在处理涉及两个以上国家的法律关系时，是只能依靠这种以某种连结点或连结因素作指引法律选择标准的间接的冲突规范，才能去考虑别的国家的实体法的内容和它们所体现的政策与利益的。所以，虽然美国这种新学说以彻底批判和抛弃传统的冲突法制度为目的，但正如莫里斯所指出，就象澳洲的一种土著民族的飞镖一样，它在被抛掷出去以后又会飞回来的。<sup>④</sup>美国的这种新学说，尽管把冲突法制度贬得一无是处，但是它并不能给冲突法带来真正的危机。这种学说所揭露的传统冲突法制度的一些缺陷，将通过并正在通过其他途径而得到改善或克服。这在美国1971年出版的《冲突法重述》(第二次)中，已经有所反映。该《重述》提出的依“最重要联系原则”选择法律的方法，在弥补传统的冲突法制度的缺陷方面，已开始起到一定的作用。在欧洲的一些最新的冲突法典和条约中，这一原则也得到了广泛的采用。

就冲突法来说，虽既它并不直接规定当事人间的权利义务关系的具体内容，但并不能据此而否定它也是一种行为规范。法律规范的形式是多种多样的，但就它作为统治阶级意志的反映并且以国家强制力作保证要求人们去遵循这一点来说，这却是所有各个法律部门都同样具备的。冲突规范当然也不例外。当事人意欲成立某种涉外民事法律关系，却违反了内国冲突法所指定的法律，肯定是不能构成内国法院所承认的有效法律关系的。至于说冲突规范缺乏法律所应具的预见性、明确性和稳定性，这种情况，如果与实体法相比较，则确然是存在的。正因为它存在，所以冲突规范才成为一种不同于实体规范的间接规范。正因为它存在，所以各国国际私法理论工作者，长久以来就一直试图就这一方面作出改进的努力。在合同关系中，当事人自主选择法律的“意思自治”原则的采用，“法律关系本座”说的提出，“既得权保护”说的鼓吹，以及当前“最密切联系”原则的采纳，可以说，也都是为了提高涉外民事关系中法律适用的预见性、明确性与稳定性的。此外，如主张法律的选择应有利于判决在国外的承认与执行，以及当前美国冲突法学说中主张把“国际或州际”民事关系体制的协调与维持、“结果的可预见性”、“当事人正当期望的保护”等作为选择法律时需要考虑的几种重要因素，也都是着眼于法律适用上的预见性、明确性与稳定性的。至于通过冲突规范指定适用某国实体法于特定的涉外民法关系，只要这种指定是依据客观的合理标准作出的，也不能说完全没有针对性。例如对人的能力一般指定其属人法，物权一般指定物之所在地法，行为方式一般指定行为地法，程序问题指定法院地法，就不能说，经这样指定的实体法，对相关的问题是缺乏针对性的。再说由于各国实体法方面的抵触有时是十分严峻的，于是在运用冲突规范的长期过程中，又逐渐产生了识别、反致、公共秩序保留等制度，从而使冲突规范的运用

也能保有相当大的灵活性。国际私法所调整的民事法律关系，既然超出了一国的范围，而在国际上，社会制度的对立，意识形态的分歧，文化传统和宗教信仰的不同，彼此政治经济利益的矛盾，是十分复杂多样的。如果要求冲突法也具有调整纯国内法律关系的其他实体法那样的预见性、明确性与稳定性，则不但是客观上不可能的，而且也似乎自冲突法产生以来为任何主权国家所不取的。冲突法毕竟是解决国际生活中所产生的涉外法律关系的，它不能不在极大程度上受国家对外政策的制约。国家在调整这种涉外法律关系时，既需要坚定地维护自己的正当权益，又需要在无损于自己权益的前提下，发展平等互利的对外关系。因而，它需要一种比较精巧的法律制度能够随着客观形势的变化而能同时实现上述两方面的任务。冲突法如果运用得当，是可以有助于实现这样的任务的。因此，从这个意义上讲，冲突法不象一般国内实体法规范那样明确、具体，而保留有一定的灵活性，这不但不是它的缺陷，而且可以说正是它的特点与优点之所在，正是为实现上述的特殊任务所需要的。

不过，这里也需要指出，目前在外国有一种对传统的冲突法的批判，倒不是认为它缺乏预见性、明确性和稳定性，而是恰好相反，认为它过于机械，过于追求适用法律的稳定性和结果的一致性。本来，在欧洲大陆法国家，一向是比较强调法律的明确性、预见性和稳定性的，而不愿赋予法官以过大的自由裁量权。这表现在一方面，欧洲大陆法国家都通过成文法来制定冲突规范，而在另一方面，在成文的冲突法中，也多采用目前被称为“硬性规范”（black-letter conflict rules）的规定方式。目前欧美的新思潮正不遗余力地攻击说这样的冲突规范是“僵固的”（rigid），“缺乏灵活性”的，因而也是不能适应各个案件的具体情况。这种新思潮主张通过采用一种“灵活性冲突规范”（open-ended conflict rule）来对传统的“僵固的”，“缺乏灵活性”的冲突规范进行“软化处理”（softening process），而这种“软化处理”的关键就是在冲突规范中用“最密切联系原则”来取代传统的固定的空间连结点，从而使选择法律的灵活性得到加强。

对于这种潮流，我们应该密切地加以注意，并且研究它的产生的根据和发展的方向。从新近出现的许多冲突法方面的国内立法与国际公约大都接受这一原则的情况来看，它不是没有生命力的，因而在建立我们自己的冲突法时，似乎更不应过分地去指责传统的冲突法缺乏明确性、预见性和稳定性，而应该相反去注意它的呆板、机械、僵固的一面，使我们在处理涉外案件时有依据不同案件的具体情况作灵活处理的可能。

在苏联，东欧国家，许多学者则从另外一个方面向传统的国际私法提出了挑战。这些国家，都属于经互会国家；从这一特定条件出发，他们几乎一致主张把调整相互经济贸易关系的国际统一实体法包括进国际私法的范围。在苏联，早在30年代，克雷洛夫便提出过国际私法应该包括调整涉外民法关系的实体规范的这样的观点。但是，这种观点得到苏联、东欧国家大部分学者的支持，却是经互会成立以后的事。这种观点，尽管目前仍遭到一些学者的非议，但作为国际私法的一种新动向、新趋势或新发展，却是不容忽视的。这样形成的国际私法新体系，虽已超出了传统上国际私法仅限于冲突法的范围，但它并没有从实质上改变国际私法的性质，也不能说给冲突法已造成什么“危机”。

法律作为一种社会规范，它是不可能不随着变化和发展了的社会生活而变化和发展了的。十九世纪上半叶以前，人们从来只认为冲突法完全是一个国家的国内法，对于通过国际努力来制定统一冲突规范以求得法律适用的一致，可以说是想都没有想过的。但是自意大利孟西尼和荷兰阿塞尔（Asser）等人倡导以来，特别是自从20世纪初起，通过国际条约制定统一冲突规范，在欧洲和美洲均已取得可观的成就，从而使冲突法增加了一个新的内容。在国际经济贸

易关系进一步发展的基础上, 20世纪以来, 人们又进行努力, 尝试通过制定统一实体规范, 以便直接适用于某些涉外经济贸易活动, 这样来解决或消除法律冲突问题。这种现象(就是一种更高的规定方式来解决某方面的法律冲突问题), 应该看作是国际私法发展的自然进程, 是国际私法发展日趋完善的一个合乎逻辑的阶段。这种国际统一实体法的出现与发展, 虽使解决法律冲突与适用问题多了一种新的手段或方法, 但并未丝毫削弱冲突法在调整其他涉外民事关系方面的地位与作用。因为远非在社会关系的一切领域内, 都可能和适宜采取这种方法。例如在婚姻家庭和继承以及其他方面一些问题上, 不仅在不同类型的国家之间, 就连在同属社会主义的国家之间, 实体规范仍有很大的差别, 因而通过采用冲突规范来调整这方面的社会关系, 仍然具有重要意义。在国家消亡以前, 法律冲突是不会因为在一部分国家之间在某些方面产生了若干统一实体规范而完全消除的。在许多方面, 冲突法仍将保留它的重要地位和作用。而且, 即使在某些涉外经济贸易关系方面, 已经通过某些国际公约制定了一些统一实体规范, 但是参加这些公约的国家, 往往只是世界上部分国家, 而不是所有的国家。因此, 对非缔约国来说, 在有关的问题上就不会适用这种实体规范, 而必须仍然适用冲突法来处理。还有, 缔约国还往往对公约中的某些规定声明保留, 因此在那些保留的问题上, 对该缔约国来说, 这种实体法也不能适用, 而必须适用冲突法来解决。再说, 公约对它所要解决的问题, 也不一定作出全面和明确的规定, 对公约未能解决的事项, 仍应按照冲突法来解决。例如联合国1980年通过的《联合国国际货物销售合同公约》第7条第2款就规定: “凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题, 应按照本公约所依据的一般原则来解决, 在没有一般原则的情况下, 则应按照国际私法(指冲突法)规定适用的法律来解决。” 在这些情况下, 可见冲突法仍然有着广阔的适用余地。

随着国家对外经济贸易活动在整个国家经济生活中占有越来越重要的地位, 国内实体法中用于调整涉外经济贸易关系的部分也日渐增多。但是, 这类规定中除具有行政法性质的可以直接适用于涉外经济贸易关系外, 其余部分要得到适用, 也离不开冲突法的指定。例如捷克斯洛伐克的《国际贸易法典》便是调整捷克斯洛伐克对外贸易活动中各种法律关系的实体法, 它在第3条中便规定, 只有在国际私法指定应适用捷克法, 特别是在当事人选择了捷克法的条件下, 才应该适用该法典中的实体规则。所以, 从这个意义上来看, 一个国家直接调整涉外关系的实体法要得到适用, 也是离不开冲突法的。正由于冲突法在现代国家的涉外关系中越来越清楚地显示出它的重要性, 所以自六十年代以来, 苏联、东德、匈牙利、波兰、捷克等国都相继制定了新的冲突法典, 或者在民法、婚姻家庭法典中设立专篇, 就冲突法问题作了系统的规定。

由于我国实行对外开放的经济政策, 我国参加国际经济贸易以及文化、技术合作的活动将日益增加, 我国与外国公民与法人之间的交往也将格外频繁, 再加上沿海一些经济特区的建立, 需要处理的涉外民事关系必然会越来越多, 越来越复杂, 因而在加强与健全我国社会主义法制的过程中, 重视并加强对冲突法的研究应该是刻不容缓的了。近年来, 我国对外经济贸易合同已日渐增多, 在合同谈判中, 关于适用哪一国法律的法律选择问题, 也就是解决法律冲突的问题, 已经越来越成为重要的争论问题, 迫切地需要加以解决。关于这一点, 一位日本律师不久前作过如下的评论。他说: “中国合同法随着经济合同法的制定, 其内容更加充实明确了。据了解, 经济合同法只适用于中国国内法人之间的贸易……。至于涉外经济合同, 则参照该法的原则和国际惯例, 而适用另行制定的条例。一般地说, 作为适用于涉外经济贸易的法律, 应首先制定国际私法(这里是指冲突法——引者注), 以确定适用哪一国法律。”

而目前中国是否准备制定国际私法中的有关规定，还不得而知。关于涉外经济合同，各国采取的原则大多是承认当事人有指定准据法的自由。因此，中国如果既不承认这种选择的自由，而又要使中国的合同法适用于所有涉外合同，那么肯定会引起混乱。因为当涉外合同在中国法院争讼和在外国法院争讼时，必然会导致适用不同法律的后果。”<sup>⑤</sup>这一观点是有参考价值的。

此外，还应该看到，随着台湾的回归祖国和香港主权的收回，我国冲突法还将可能有一个解决地区间法律冲突问题的任务。这就是说，解决我们国内不同地区之间的法律冲突的所谓“区际私法”，也将可能在我国国际私法中占一席重要的地位。

综合以上的种种情况来看，认为在我国冲突法没有什么重要性，它的发展前途不大或暗淡的想法，也是没有充分根据的。

### 三、冲突法的研究方法问题

由于第三世界国家历史上遭受欧美殖民主义的侵略，长期处于殖民地半殖民地状态，外国人往往在这些国家享有种种特权如领事裁判权等，因而法律冲突问题事实上不可能提出，而解决此种法律冲突问题的冲突法自不能得到发展。冲突法的理论，过去也主要只分为大陆法学派与英美普通法学派。表现在研究方法上，大陆学派主要侧重于从理论的探讨出发，去试图推演出各种普遍适用的冲突原则，而英美学派则以研究分析本国的判例为主，也试图从中归纳出一些带共同性的原则。在十九世纪，前者最著名的代表如德国的萨维尼(F. C. von Savigny)，后者最著名的代表如美国的斯多雷(Joseph Story)。这两种研究冲突法的方法，目前虽有逐渐结合的趋势，但大陆学派与英美学派在方法上的基本差异仍未完全消失。这两种不同的研究方法，既各有可取之处，也各有不足的地方。法学应该首先是一门实践科学，它不只是来源于实践，并且也是为了进一步去指导实践。冲突法的理论与制度，只有在涉外民法关系已经发生，在处理这类涉外关系时需要解决法律冲突问题的过程中，才会产生和发展。因此，研究冲突法不能离开对本国（当然也包括其他国家）实际案例的分析与研究。但是冲突法的研究也离不开一定的理论和原则的指导。而且此种研究的目的，就在于把实践中的东西上升为理论和原则，从而抽引出各种具有普遍指导意义的规则。所以，理论和实践在实际上是不可分割的，二者必须密切地结合起来。过去只强调理论的大陆法学派的许多冲突法理论之所以常常充满唯心主义的说教，其原因即在于此；而只强调判例的英美学派，也往往陷入实用主义的泥坑，不能通观全貌，不能对归纳出的一些原则作理论上一贯的解释。我们应该采取理论与实际联系的研究方法。目前，就我国的情况来说，为了开展冲突法的研究，应赶快着手整理和分析我国处理涉外民事案件特别是与对外经济贸易有关的案件的实际材料（包括司法机关、仲裁机构、外经、外交、及其他部门所掌握的具体材料），总结我们的经验和教训，以供今后立法工作的参考。实在说，案例的整理和分析，在我国的法学研究中，似乎还未引起足够的重视。在冲突法的研究方面，那更不必说了。这种情况应该有所改变。

在冲突法的研究中，历史的方法也是十分重要的方法。它能够帮助我们正确地了解冲突法产生和发展的历史条件，揭示不同冲突法原则产生的社会背景与历史作用，使我们能够透过各种似乎是纯粹抽象的原则，深刻地了解它们都是取决于各个时代和各个国家的政治、经济及社会条件的。冲突法本来就是12—14世纪在意大利北部城市国家之间首先发展起来的，它反映了当时新兴的资本主义商品生产对自由劳动和自由贸易的需要。16世纪法国“法区区别说”的代表人物之一杜摩兰(Dumoulin)提出“意思自治”原则，明显地代表了法国南部



资本主义进一步发展的要求。而同时代的另一代表人物达让特莱 (d'Argenter'e) 却与杜摩兰的观点形成尖锐的对立；他特别强调法律的属地性质，主张除极少的场合外，法律的适用应与领土主权管辖的范围严格一致，则纯出于保护北部封建势力的利益。17世纪荷兰学派强调以“国际礼让”作为承认外国法域外效力的根据，表明他们对刚从西班牙统治下争得的独立主权和发展海外贸易的重视，这一学说到19世纪上半叶为美国国际私法学家斯多雷所继承，这与刚获得独立不久并且迫切要求发展国际贸易的美国的利益也是十分相吻合的。其他如德国萨维尼提出“法律关系本座说”，意大利孟西尼特别强调国籍原则在国际私法中的重要地位，英国戴西 (Dicey) 鼓吹“既得权”理论……，莫不可以从他们当时有关国家的政治、经济情势中去找出它们产生的根源。我们研究冲突法就应该采取历史的方法，在世界范围内，从冲突法发展的历史过程中去弄清楚它的来龙去脉，以正确认识它在促进我国社会主义四化建设中的作用和价值，以及它的未来发展的道路和前途。

在冲突法的研究中，比较的方法，也具有十分重要的意义。这是因为，冲突法的研究，不仅常常要求对有关国家的冲突法进行比较研究，从中吸取有用的东西，作为自己的借鉴，而且还常常需要把有关国家的实体法加以比较研究，以便于预测解决法律冲突问题的最后结果。

冲突法所要调整的法律关系，是涉及许多独立的平行的主权国家，涉及许多平行的互不相同的法律制度的。在解决法律冲突问题时，必须从有利于发展平等互利的关系出发。尽管在每一具体问题上并不都以互惠为前提，但从整体来看，都是离不开平等互利这个基本原则的。因此，在解决法律冲突问题时，每个主权国家都是不可能不顾及各个时期国际上通行的作法的。这就要求冲突法的研究，必须充分运用比较的方法才能通观国际全局的情况，对具体问题提供最好的解决方法。这一点，就决定了比较研究的方法，必然在冲突法研究工作中占有十分突出的重要地位。

我们相信，在马列主义、毛泽东思想的总的指导思想下，运用理论联系实际、历史的、比较的研究方法，我们一定会逐步建立起具有我国自己特色的冲突法理论和规范，使之既有利于保护我国国家、经济组织与公民在涉外民法关系中的正当权益，又有利于促进国际经济合作和人民之间的友好交往。

#### 注释：

- ① 莫里斯：《冲突法》，1980年英文版，第230页。
- ② 凯弗斯：《法律选择问题批判》，载《哈佛大学法学评论》，1933年第47期。
- ③ 柯里：《冲突法论文选》，1963年英文版。
- ④ 莫里斯：《冲突法》，1980年英文第2版，第516页。
- ⑤ 参看《中国的外贸经济法》，载《外国法学译刊》1982年第11期。