

# 冲突法视域下实质正义规则化的立法标准

王 艺\*

**摘要:**冲突法语境下的实质正义要求公平、公正地裁判涉外民商事案件。这一主张固然合理,落实却殊为不易。可行的方案之一是将对实质正义的追求融入冲突规则之中,形成“结果导向规则”。在肯定立法创新的同时,也应看到实质正义规则化过程中存在的风险。以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第12条第2款为例,不难发现一些结果导向规则的设置尚未真正满足实质正义的要求,甚至可能导致有失公平的个案判决。为解决此问题,应考虑为实质正义的立法实现提供必要的指引。通过思想溯源,可以证明实体法方法、单边主义方法和多边主义方法从不同角度孕育了将实质正义入法的尝试。探索、批判、整合上述三大法律选择方法有关公平、公正的认识与实践,可以形成实质正义规则化的立法标准。以此为据,既能客观揭示现有规则的不足,又可为未来的立法活动提供有效指引。

**关键词:**实质正义 结果导向规则 法律适用法 自然人民事行为能力

作为与“冲突正义”相对的正义观,冲突法论域下的“实质正义”有其特殊的涵义。它打破了由德国学者萨维尼奠基的不挑选法律内容、不干涉法律适用结果的冲突法传统,尝试通过控制法律冲突的解决过程,使涉外民商事案件获得公正的裁判。就现有尝试来看,实质正义的实现路径不外乎两种:一是司法主导模式,主要表现为肇端于美国的各种法律适用方法;二是立法主导模式,结果导向规则<sup>①</sup>是此种实践的重要成果。本论主要讨论后者,即如何藉由冲突规则的制定实现实质正义,或者说,实质正义的规则化。需要特别说明的是实质正义规则化与结果导向规则之间的关系。前者侧重于描述动态的立法过程,后者则可视为这一过程的产物。本文将视情况交替使用这两个表述。

我国实现实质正义主要采取立法主导模式。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

\* 中国社会科学院大学法学院讲师  
基金项目:中国社会科学院大学课题(20190009)

<sup>①</sup> 结果导向规则也被学界称为结果选择规则,此类规则的特点是将预置的法律适用结果嵌入冲突规范,法院将以实现此结果为导向选择准据法、解决法律冲突。“结果导向规则”也因此特点而得名。See Symeon C. Symeonides, Result-Selectivism in Conflicts Law, 46(1) Willamette Law Review, 10(2009).

(下文简称《法律适用法》)出现了多条结果导向规则,受到学界的普遍关注。称赞立法创新者有之,<sup>①</sup>剖析规则设置利弊得失者有之,<sup>②</sup>分析实际运用效果者有之<sup>③</sup>,但却鲜少论著拷问实质正义的要求与立法规定之间的落差。具体说来,“实质正义”是一个高度抽象的价值表述,必须藉由立法者的转化,才能将其融入冲突规则之中。然而经此一转化,实质正义是否得到了精准呈现?更确切地说,结果导向规则中具体的、针对特定法律关系的“预置结果”能否真正体现实质正义?经分析发现,一些规则中设定的结果看似公正,实则不然,实践中甚至可能导向并不公平的判决。本文旨在揭示此现象,进而讨论实质正义规则化的立法标准问题,也即满足什么条件的预置结果才符合冲突法论域下的实质正义。让我们从实质正义立法实现方式的自身特点说起。

## 一、实质正义规则化的特点与风险

### (一)实质正义规则化的优缺点分析

实质正义的实现方式分司法主导和立法主导两种。美国学者提出的各种法律适用方法——诸如卡弗斯的“结果选择方法”、拉弗拉尔的“较好法律说”、荣格的“目的论”方法等——是司法主导的典型代表。其共同特点在于要求法官从达成公正判决出发,根据个案的实际情况灵活运用法律选择方法。在此思想指导下,司法裁量权得以充分地施展;相应的,法律的选择也会较多地受到法官个人判断的影响。由此导致的一个不利后果是,不仅判决的质量参差不齐,裁判结果也缺乏稳定性可言。对此,国外学者多有反思,德国学者弗洛因德甚至将法官判断的主观性归咎于“人性的弱点”<sup>④</sup>。反之,如果采用立法主导方式,则可以在很大程度上避免此问题。冲突规则明确地以预置的结果为选法标准,要求司法者据此选择并适用法律。此时对于法官来说,选法的依据不再是抽象的、有着极大解释空间的实质正义,而是已经设定好的具体的法律适用结果。如此一来,法官的个人判断对法律选择的影响得到了最大限度地排除。可见与司法主导相比,立法主导的突出优点是确定性。

不过,辩证地看,立法实现方式的优点也恰恰是其短板;相对的,司法主导的方法虽然具有明显的缺点,但也未尝不具有合理之处。如上所述,司法方法给予法官非常大的裁量空间,虽然导致判决确定性的缺失,但是也带来了灵活、易于变通的好处。这让法官得以充分结合案件的实际情况,考虑如何实现个案公正。反观立法实现方式,其确定性的优点建立在严格束缚司法裁量权的基础之上。在结果导向规则的指引之下,法官只被允许选择能实现设定结果的法律,而无法结合个案情况便宜行事。因此,最终的判决是否公正很大程度上受制于立法者能否完成实质正义的立法转化,此过程包含着显而易见的风险。抛开立法固有的滞后性、缺乏针对性等特点不谈,“实质正义入法”本身就殊为不易,一些看似公正的预置结果未必就是实质正义的反映,也不一定

<sup>①</sup> 参见陈卫佐:《中国国际私法立法的现代化——兼评〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉的得与失》,《清华法学》2011年第2期。

<sup>②</sup> 参见叶竹盛:《寻找“更有利的法”:比较型冲突规范的司法困境及出路》,《现代法学》2017年第5期。

<sup>③</sup> 参见秦红嫂:《我国法院适用“有利于保护被监护人权益的法律”之实证分析》,《武大国际法评论》2021年第2期。

<sup>④</sup> See Otto Kahn-Freund, General Problems of Private International Law, Collected Courses of the Hague Academy of Int'l Law (Vol. 143), A. W. Sijthoff, 1974, p.467.

能导向公平的判决。

虽然以规则制定的方式实现实质正义并不完美,但是对于有着成文法传统的国家来说,以规则制定的方式实现实质正义仍是最为实际的做法。如果要在冲突法领域实现公正判决,那么有意义的不是讨论立法方式是否可行,而是发现风险并提出切实可行的防范预案。为证明这种风险确实存在,我们来看以下这则自然人民事行为能力宣告申请。

## (二)规则设定与实质正义之间的偏差

《法律适用法》第12条第2款要求法院在自然人的经常居所地法和行为地法中,选择并适用能够承认其具有完全民事行为能力的法律。可见,“承认自然人的民事行为能力”便是规则设定的法律适用结果。通说认为,该条款的目的在于维护国际经济秩序、保护交易对方的合法权益,是实质正义在涉外民事交易中的体现;而促成自然人民事行为能力获得法律承认,有助于达成此目的,应该得到实现。<sup>①</sup>但是,《法律适用法》第12条第2款中这个看似合理的预置结果却可能导致显失公平的裁判。

广东省某法院受理了这样一起案件。被申请人刘某为中国澳门特别行政区(以下简称澳门)永久居民,成年后因交通事故致其大脑严重受损。经澳门特别行政区政府评估,认定残疾类别(级别)为“智力残疾(重度)”,并为其核发《残疾评估登记证》。事故发生后,刘某遭妻儿离弃,在内地随父母生活。后刘某与案外人罗某签订房屋买卖合同,将自己名下的一处房产低价售于罗某。因刘某未履行卖房手续,罗某另案起诉了刘某。<sup>②</sup>该案审理过程中,罗某向法庭隐瞒了刘某的精神状况。法庭在传唤未果的情况下,缺席判决刘某须将房屋交付罗某并配合办理相关手续。宣判后,刘某及其家人皆未收到判决书,罗某也未申请强制执行。数年后,刘某的家人才得知有此判决。刘某之母何某遂提起本案之诉,要求判定其子刘某为限制民事行为能力人,以便就前一判决提出再审申请(以下简称“刘某某案”)<sup>③</sup>。人民法院认为,这是一起涉澳申请,需要先解决法律适用问题。本案被申请人刘某虽为澳门居民,但现以内地为经常居住地,其与案外人罗某签订合同、交易房产的行为也发生在内地。既然自然人经常居所地、行为地皆指向内地,那么根据《法律适用法》第12条的规定,应适用内地法判断刘某的行为能力。最终,人民法院根据内地法的有关规定,裁定驳回申请,不认定刘某为限制民事行为能力人。

此案并不复杂,但只要我们将本案的事实情况略作改动,便会发现一个令人深思的问题:假设刘某在事故发生后并没有随父母在内地生活,而是仍在澳门生活。在这个假设的案件中,刘某的经常居所地变成了澳门,交易行为地则仍在内地。对其行为能力应依据何法认定?显然,此时人民法院便需要从澳门法(自然人经常居所地法)和内地法(行为地法)中选择。依照澳门法的规定,刘某为限制或无民事行为能力人,且有澳门《残疾评估登记证》为证;然而按照内地法,刘某并不被认定为限制民事行为能力人。根据《法律适用法》第12条第2款的规定,此时应以内地法为准。答案显而易见,却非理所当然。笔者以为至少可从以下两个角度提出质疑:(1)根据澳门法的规定,刘某属于限制民事行为能力人。在其理解和辨识能力未有改变的情况下,将始终不具备

<sup>①</sup> 参见黄进、姜茹娇:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉释义与分析》,法律出版社2011年版,第61页;万鄂湘:《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法条文理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第100页。

<sup>②</sup> 参见广东省佛山市顺德区人民法院(2008)顺法民一初字第00588号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见广东省佛山市顺德区人民法院(2013)佛顺法民一特字第15号民事判决书。

完全的民事行为能力,不承担与其认知能力不相匹配的法律 responsibility,以达到保护限制民事行为能力人的立法目的。现在,仅因刘某在内地从事了房产交易,就要剥夺其经常居所地法给予的特殊保护,重新根据行为地法认定其行为能力,这是否合理?(2)案外人罗某以较低的价格购买房产,且在诉讼中有意隐瞒刘某的精神状况,是否存在故意利用刘某失智之嫌?根据《法律适用法》第12条第2款的规定选择准据法,会否助长罗某的恶意而方便其攫取不当利益?

理论上说,预置的结果应该是实质正义的具体体现,然而通过对“刘某案”的思考可见,一些看似合理的预置结果并不必然导向公正的裁判。究竟哪里出了差错,才会导致立法目的与规则实际运用效果之间出现偏差?欲解答这一疑问,需要先分析实质正义规则化过程中蕴含的特殊风险。

### (三)实质正义规则化过程中蕴含的风险

由于实质正义具有高度抽象的特点,无法直接指导法律的选择与适用,因此必须由立法者对其加以转化,诀窍便是将对公正判决的追求融入选法标准之中,具体表现为提前设定的法律适用结果。例如,《法律适用法》第12条第2款要求为“自然人民事行为能力”选择“承认自然人具有完全民事行为能力”的法律、第29条指出“扶养关系”应适用“有利于保护被扶养人权益”的法律、第30条规定以“有利于保护被监护人权益”的法律管辖“监护关系”等。这些皆是实质正义规则化的尝试。可见,预置结果为实质正义“入法”提供了可能。不过,此方法虽然可行,但是隐含一定的风险。理由如下:

任何法律关系中都存在基本利益之间的冲突,公平解决纠纷的要义在于“平衡”,即让各方当事人的利益都得到恰如其分的保护。但是,以实现实质正义为目标的预置结果却常常“一边倒”地选择保护某种利益——如《法律适用法》第12条第2款、第29条、第30条所示,而将利益平衡的任务交给准据法。这种做法其实存在较大的风险。

关于自然人民事行为能力,至少有3类基本利益需要得到法律的“平衡”:一是交易的秩序,二是交易对方的合理预期,三是给予特殊自然人特别的保护。可能有人会认为,三者具体如何协调属于实体法的范畴,冲突法无须过问。这种看法并不正确。因为冲突规范事实上已经介入了利益的冲突,它旗帜鲜明地表达了对第一种和第二种利益的偏好,相应地,第三种利益的受保护力度自然降低。这种选法态度怎能不对法律适用结果产生实质影响?因此,从传统“价值中立”角度进行辩护是站不住脚的。可能还有人认为,即便适用承认自然人民事行为能力的行为地法,该地法律应该也不会对特殊自然人的权益全无照顾,因此判决结果未必不公。这种观点看似有理,实则不然,理由有三:(1)各法域的法律规定千差万别,有些法律对特殊自然人的保护比较到位,有些则不尽如人意。以承认自然人具有完全民事行为能力为导向的冲突规范,实质上表达了对后一类法律规定的青睐。涉外交易本就比国内交易复杂,对于智能不足却从事了涉外交易的自然人,不给予更好地保护,反而“将就”较低的标准,且不论具体的判决结果,此举本身公正与否,就值得商榷。(2)自然人与其经常居所地的关系实质而密切,与行为地的联系则多属偶发。否定经常居所地法对于自然人行为能力的认定,转而适用行为地法,从冲突法角度来看,也不尽合理。(3)如果交易对方明知或应该知晓自然人不具有完全民事行为能力,还故意与之发生交易以谋求不当利益,那么此举明显与法理不合,不应得到支持。而适用承认自然人具有民事行为能力的行为地法,则在客观上为此类不当得利大开方便之门,就如前文对“刘某案”的分析所示。

综上,实质正义的规则化就如同在钢丝上行走:一方面要在彼此冲突的利益之间进行抉择,

并明确表达对某种利益的偏好;另一方面,又不能使判决结果因为上述抉择而失去基本的公平、公正,其风险可想而知。但有意思的是,虽然包括我国在内的多个国家积极尝试以立法方式实现实质正义,但是学界却几乎没有关于立法风险防控的讨论。如以上对《法律适用法》第12条第2款的分析所示,此类研究非常必要。那么具体应该如何进行?笔者以为,还是需要回归实质正义规则化本身,分析其背后的学理基础。

## 二、实质正义规则化的思想溯源

美国学者尼德尔曼曾在1963年断言,在冲突法领域“所有值得一试的都已经尝试过了,只不过打着相同或不同标签而已”。<sup>①</sup>若此言非虚,则实质正义规则化是什么理论或方法的现代翻版?不少学者可能会迅速联想到美国冲突法革命前后的各家之说,诸如拉弗拉尔的“较好法律说”、卡弗斯的“结果选择方法”(或称“优法原则”)、荣格的“目的论”方法或者麦克道格尔的“最好法律方法”等。例如,美国学者西蒙尼德斯在总结当代实现实质正义的各种立法尝试时,就认为是上述美国学说将实现公正判决的要求引入冲突法,并发展出了“结果选择主义”,而相关立法尝试便是对该主义的具体实践。<sup>②</sup>

但问题在于,美国学说是不是实质正义规则化的思想起源?这显然不大可能。理由有二:(1)美国直到20世纪以后才开始在国际私法学术史中占据一席之地,就历史而言无法与欧陆国家相提并论。即便美国冲突法学说确实刺激了实质正义规则化实践,美国学说自身也不应该是无源之水,它所凭借的理论资源又是什么?如果前述尼德尔曼发表于美国冲突法革命如火如荼之时的论断所言非虚,那么上述美国学说就不可能是结果导向规则最初的学术源头;毕竟到了这些学说出现的年代,“所有值得一试的都已经尝试过了,只不过打着相同的或不同的标签而已”。(2)虽然都以实现公正判决为目标,但是立法实现与司法实现毕竟是两种迥异的方式,无论是主导者身份、具体操作思路还是实际运用效果,都存在显见的差异。是什么导致“非美式”进路的出现?仅从美国学说找原因显然是不够的。带着上述疑问,让我们以冲突法的三大法律选择方法——实体法方法、单边主义方法、多边主义方法——为线索,重新梳理实质正义规则化的思想起源。

### (一)追求判决的公正性:与实体法方法不二的目标

实体法方法主张藉由实体规范直接调整涉外民商事法律关系。学界通常将该方法的大规模运用追溯到古罗马时代。根据荣格的考证,古罗马于公元前242年设立了“外事裁判官制度”,专门处理涉及非罗马公民的诉讼。外事裁判官一般依“诚信”裁断,在司法裁判过程中逐渐形成了后来的万民法。<sup>③</sup>究竟什么是万民法?盖尤斯的《法学阶梯》明确地告诉我们,所谓万民法是指自然理性为全人类确立的、所有民族同等遵守的法律。<sup>④</sup>这类法律以实体法的形式呈现,作为

<sup>①</sup> Nadelman, Marginal Remarks on the New Trends in American Conflicts Laws, 28 (4) Law and Contemporary Problems, 860 (1963).

<sup>②</sup> See Symeon C. Symeondies, Result—Selectivism in Conflicts Law, 46(1) Willamette Law Review, 3—9 (2009).

<sup>③</sup> 参见[美]荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐丽娜译,北京大学出版社2007年版,第11页。

<sup>④</sup> 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

“各民族法律的公分母”,<sup>①</sup>“既是罗马人应当遵守的法律,也是罗马境内的异邦人应当遵守的法律”。<sup>②</sup> 万民法是以实体法方法处理涉外纠纷的重要尝试。

到了现代,实体法方法的价值得到了新的发现。尤其值得注意的是荣格提出的“目的论”方法,这一理论深得万民法精髓。荣格的著作《法律选择与涉外司法》蜚声海内外。该书在批判单边主义和多边主义法律选择方法的同时,以万民法为榜样,提出了复兴实体法方法的宏愿。在他看来,无论多边主义还是单边主义方法,都没有抓住问题的本质,即涉外民商事案件本身具有超出单个法域范围的“超法域性”,因此任何一种已有的国内实体法,都不能最为妥善地解决“涉外”案件。那么怎样才能达到最好的处理效果?荣格认为,必须放弃“削足适履”的法律选择思路,代之以法官主导的“目的论”方法,即由法官以达成公平、正义为最终目的,对相冲突的实体法规则进行质量评估,选择甚至创制真正符合个案审理需要的法律。<sup>③</sup> 可见,这种荣格命名为“目的论”的方法寄望于重建“外事裁判官制度”以发展现代万民法。

无论是距今 2000 多年的万民法还是当代“目的论”方法,皆以“公正裁判涉外案件”为导向,并为此授予法官创制实体法的权力。实质正义规则化虽然没有如此放权,但是与实体法方法有着根本一致的目标。荣格曾专门讨论目的论方法与结果导向规则的相似性,认为与法官独立实施“目的论”方法相比,以预置实体结果为导向的选择性冲突规则能够为法官提供更多的指导,可以视为前者的“简单机制”。<sup>④</sup> 事实上,通过规则制定实现实质正义精髓就在于将对公正实体结果的关照融入法律选择的过程。可见,实质正义的规则化与实体法方法看似天差地别,实则有着共同的旨归,可以说是“殊途同归”。

## (二)实现法院地政策:与单边主义方法共同的考量

单边主义方法通过确定法院地法的适用范围解决法律冲突。<sup>⑤</sup> 该方法可以追溯到 13 世纪的意大利“法则区别说”。该学说的集大成者巴托鲁斯作为“注释法学派”(或称“评注法学派”)学者,习惯于对古罗马法的条文进行逐字逐句地注释,以便“澄清词句的涵义并且得出这些词句蕴含的真义”。<sup>⑥</sup> 运用注释法,巴托鲁斯主要从两个方面讨论城邦法则的管辖范围:(1)城邦的法则能否约束本邦内的异邦人;(2)城邦法则的效力能否延伸至城邦之外。<sup>⑦</sup> 概言之,巴托鲁斯假定每条法则都预设了自身的管辖范围,通过注释便可明确其能否适用于特定的涉外争议。<sup>⑧</sup> 虽然巴托鲁斯没有明确说明,但还是可以从其理论中发掘出关于实现城邦政策的考虑。例如,在解答“城邦的法则能否约束本邦内的异邦人”这个问题时,巴托鲁斯以侵权为例分析认为,即便禁止性法则属于本城邦的特殊规定,也可以对本邦内的异邦人适用;除非异邦人在本城邦只作短暂停

① 徐国栋:《万民法诸含义的展开——古典时期罗马帝国的现实与理想》,《社会科学》2005 年第 9 期。

② 李建忠:《论国际私法在古希腊、罗马社会的起源》,《兰州学刊》2006 年第 10 期。

③ 参见[美]荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐丽娜译,北京大学出版社 2007 年版,第 217~228 页。

④ 参见[美]荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐丽娜译,北京大学出版社 2007 年版,第 249~251 页。

⑤ 参见杨利雅:《冲突法语境中的单边主义》,《当代法学》2010 年第 3 期。

⑥ 参见[葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 90~91 页。

⑦ See Bartolus, Translated by Joseph Henry Beale, Bartolus on the Conflict of Laws, Humphrey Milford Oxford University Press, 1914, p.17.

⑧ 参见李建忠:《革新与融合:巴托鲁斯的冲突法理论述评》,《法学评论》2011 年第 6 期。

留,不知晓或不应该知晓本城邦有此规定。<sup>①</sup>可见,城邦的禁止性法则背后一定包含维护本邦秩序、使本邦人免受不法行为侵害的政策考量;即便行为人非本城邦居民,对其发生在本邦内的不法行为课以惩罚,仍然有利于实现城邦的上述政策。因此,只要不至显失公平,本邦法则便可约束本邦内的异邦人。

因萨维尼“法律关系本座说”的出现,单边主义方法相对沉寂了一段时期。不过,到了20世纪中期,单边主义方法又因美国学者的贡献而重回聚光灯下。柯里的“政府利益分析说”不仅备受学界的关注,也一跃成为当代美国最重要的法律适用方法之一。其基本观点可大致归纳如下:首先,确定法院地法背后的本地政策;其次,结合案件事实判断适用法院地法能否实现本地“政策利益”,(1)如果能,那么就适用法院地法,(2)如果不能,再考虑适用外域法。该学说建立在法院地法政策分析的基础之上。根据柯里自己的说明,所谓政策分析,就是对法条进行解释。<sup>②</sup>可见,“政府利益分析说”实际上就是通过法律解释发掘法院地法背后的立法意图——柯里称之为“本地政策”,并在此基础上结合案件的具体情况判断适用法院地法能否实现本地政策。如果答案是肯定的,那就说明适用法院地法可以实现本地的政策利益,而“实现本地政策利益”反过来又为适用法院地法提供了充分的理由,如此也就确定了法院地法的管辖范围。这种选法思路可说是深得单边主义法律选择方法的精髓。

无论“法则区别说”还是“政府利益分析说”,单边主义方法的核心要义在于结合本地政策确定法院地法的适用范围。表面上看,实质正义规则化与单边主义方法毫无关联,但实则不然;换个角度来看,结果导向规则恰恰便是法院地政策的载体。例如,保护被扶养人、被监护人或非婚生子女的权益,又或是承认婚姻或遗嘱形式有效等,这些都是此类规则常见的预置结果;它们既是实质正义的体现,同时也清楚地表明了法院地保护弱者、尊重私法自治的政策。在实现法院地政策方面,实质正义规则化与单边主义方法可谓一脉相承。只不过,前者将法院地政策明确地表达在冲突规则之中,并以之为法律选择的标准;而后者则必须藉由法则注释或法律解释,探求法院地法背后的立法政策。

### (三)平等对待内、外域法:与多边主义方法一致的立场

德国法学家萨维尼是多边主义方法的奠基人。在《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》中,萨维尼以对“法则区别说”等的评述、批判为基础,建立了自己的冲突法学说体系——“法律关系本座说”。他认为,法律适用应从分析法律关系而非法则入手,通过探索不同法律关系自身的性质,找到它们各自的“本座”,从而确定法律关系应该受什么法律支配。<sup>③</sup>例如就物权而言,在萨维尼的认知中,既然物可以被感知并占有一定的空间,那么物存在的地域就是围绕物建立起来的法律关系的“本座”;因此关于物权的取得、使用等就应该适用“物之所在地法”。<sup>④</sup>再如合同之

<sup>①</sup> See Bartolus, Translated by Joseph Henry Beale, Bartolus on the Conflict of Laws, Humphrey Milford Oxford University Press, 1914, pp.23—24.

<sup>②</sup> See Brainerd Currie, Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws, 2 Duke Law Journal, 178 (1959).

<sup>③</sup> 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元、张茂、吕国民等译,法律出版社1999年版,第14~15页。

<sup>④</sup> 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元、张茂、吕国民等译,法律出版社1999年版,第100~112页。

债,萨维尼认为债权不仅无形,而且涉及债权人、债务人双方之间的关系,因此较之物权更加难以确定其本座。尽管如此,通过对债权的形成、履行过程的分析,还是可以发现“债的履行”最能反映债权的固有本质,所以原则上应该以履行地为债权的“本座”。<sup>①</sup> 以上就是多边主义方法的精髓。

自意大利“法则区别说”确立以来,冲突法领域虽不时有思想火花迸发,但解决法律适用问题的基本视角一直没有改变,即单边主义立场;而单边主义,说穿了就是法院地法中心主义。“法律关系本座说”则完全颠覆了“法院地中心主义”视角,通过把握法律关系的性质客观地看待、分析、解决法律冲突,法院地法不再受到特殊偏爱,而是和外域法平等地一同备选。国际化的视野使“法律关系本座说”站到了前所未有的高度,为国际私法学术史添上了浓墨重彩的一笔。

回头来看实质正义规则化,它同样给予内、外域法同等的“中选”机会。在规则划定的选法范围内,任何法律只要能够实现预置的结果,就可以得到适用,与该法的“身份”——是内域法还是外域法——没有任何关系。以《法律适用法》第 12 条第 2 款为例,根据该条款的规定,法院应该从自然人经常居所地法与行为地法中选择承认自然人具有完全民事行为能力的法律,至于符合此标准、最终得以适用的准据法是否为法院地法,则完全在所不问。

以上追本溯源的考察结果说明,实质正义规则化不仅如实体法方法一样,致力于实现公正的判决结果;而且将单边主义方法对法院地政策的追求纳入法律选择的过程;还与多边主义方法保持一致的基本立场,平等对待内、外域法。因此,这一立法尝试虽然兴起于当代,实则每个特质都有源可考、有本可循,这也印证了前述尼德尔曼的观点。不过,传承并不等同于守旧。恰恰相反,实质正义“入法”的尝试真的的确是一个全新的事物,其新颖之处就在于“融合”,即能够在坚持多边主义立场的同时,以实现法院地政策为手段追求公正的判决结果。它的出现证明法律选择的三大方法并非如同“油与水”一般不可调和。

为什么实质正义规则化会发生奇妙的融合效果? 答案其实非常简单:因为它不仅仅是“实质正义”而已,还指定了实现方式的“实质正义”。与“实质正义”的司法实现方式相对的,本文研究的是被规则化了的“实质正义”。“规则化”意味着秩序,具体到冲突法领域便是“冲突秩序”。因此,实质正义“规则化”必然引发实质正义与冲突正义的融合。可见,以三大法律选择方法为线索,对实质正义规则化进行追本溯源地考察,不仅可以发现后者的思想源头,而且能够揭示其足以融合两大争锋相对的正义观的深义。

上述分析不仅使我们得以深入理解实质正义规则化的基本特征,也为接下来关于立法标准的讨论提供了基础。

### 三、立法标准的理论阐释

如上所述,看似彼此对立的三大法律选择方法实则从不同角度滋养着实质正义的立法实现。对于何谓“正义”、如何实现“正义”,实体法方法、单边主义方法和多边主义方法各有其独到的理解。正因如此,在逐一分析、批判的基础上取其合理之处,再加以适当的整合,应不失为建立实质

<sup>①</sup> 参见[德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社 1999 年版,第 113~127 页。

正义规则化立法标准的可行路径。需要注意的是,“实质正义规则化”必须解决的问题有二:一是如何认识、把握“实质正义”;二是“规则化”,即如何使实质正义秩序化,能够在个案审理中反复实现。因此,本论将在这两个层面上以三大法律选择方法的“正义观”及其实现方式为镜鉴。

### (一)实体法方法带来的启示

实体法方法与实质正义规则化皆以实现公正判决为己任。就此目标的实现而言,实体法方法有何经验可供借鉴?我们先尝试回答这样一个问题:在实体法方法看来,实质正义到底指什么?对此,现代实体法方法的领军人物荣格给出了答案。他认为,实质正义是公正的判决结果,而公正的判决结果应该能够反映国际社会共同的价值追求。<sup>①</sup>当然,这仍然是一个抽象的答案,无法直接“致用”,但至少指明了思考的方向。我们大致可以从两个维度把握“国际社会共同的价值追求”:(1)各国实体法的发展趋势。例如,观察现代以来家事法领域的法律演化进程,可以发现配偶平等、儿童保护等皆为各国普遍接受的法理念,这就反映了国际社会在家事法领域的共同价值追求。因此,在涉外家事纠纷中,以此为法律适用的标准,当不失为实质正义的体现。荣格本人也认为,通过与实体法发展趋势保持一致,可以从涉外法治角度推动实体法的统一;这也正是实体法方法的优势所在,它“预示着全新区域普通法乃至世界普通法的出现”。<sup>②</sup>(2)国际公约或统一实体法表达的价值追求。例如,《儿童权利公约》反映的儿童权利保护、《承认及执行外国仲裁裁决公约》表达出支持仲裁的倾向、《扶养义务法律适用公约议定书》主张被扶养人权益的保护等,皆可为我们把握国际社会的共同需要提供指引。

除正向启示外,我们也不应忽视实体法方法带来的反面教训。该方法受人诟病之处主要在于司法判决无法做到前后连贯。导致此现象的原因在于,实体法方法过于依赖法官个人对于“公平、公正”的理解。抛开滥用司法裁量权的可能,即便每个司法者都恪尽职守,以达成内心确信的公正结果为唯一追求,也还是无法保证A法官眼中的“公正”与B法官完全一致。如此一来,不同法官对同类案件的判决就极易出现差异。正如有学者指出的,实体法方法指导之下的“公正”是单个法官事后的、具体的判断,即便怀抱最大的善良意图,也不容易避开主观主义的危险。<sup>③</sup>

那么,实体法方法的弊端能够带来什么启示?答案呼之欲出:在实质正义规则化的过程中,应确保预置结果明确、具体。若规则设定的结果缺乏确定性,则无法为法官提供确切的选法指引,以致严重影响判决结果的前后一致。例如,《法律适用法》第29条从此意义上来说就不能算一个成功的示范。它所提出的“有利于保护被扶养人权益”是一个内涵丰富、存在弹性、需要司法解释的结果。什么样的判决有利于被扶养人?是经济上的富足还是情感上的慰藉?如果二者不能同时满足,那么应该怎样取舍?又如,在实际照顾人非血亲父母的情况下,“血缘关系”和“实际照顾”在子女抚养权确定方面各自权重几何?总之,“保护被扶养人权益”并不是一个明确到不容法官“作二想”的选法标准。而上述种种不确定,必将对判决结果的稳定性产生不利影响。

可见,实体法方法为建立实质正义规则化的立法标准提供了两点重要参考:(1)实质正义的具体内涵,应该是国际社会共同的价值追求;(2)在将实质正义规则化时应尽量保证预置结果具

<sup>①</sup> 参见[美]荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐丽娜译,北京大学出版社2007年版,第247~248页。

<sup>②</sup> [美]荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐丽娜译,北京大学出版社2007年版,第236页。

<sup>③</sup> See Symeon C. Symeondies, Result - Selectivism in Conflicts Law, 46(1) Willamette Law Review, 31 (2009).

体、明确,以提高判决结果的稳定性。

### (二)单边主义方法提供的镜鉴

单边主义方法同样有其关于正义的独特理解。结合相关学说来看,在涉外案件中优先考虑并尽量实现法院地政策利益,就是单边主义方法视域下的公正判决。虽然实现法院地政策是单边主义方法与实质正义规则化的共通之处,但是我们也应该注意到在相似的表象背后二者不尽相同的旨归。单边主义方法实现法院地政策,目的无他,就是为了保护本地利益;而适用本地法,则是保护本地利益的手段。它并不考虑本地法的内容是否优于外域法,也不论非本地居民或外法域的利益能否得到满足。这一点正是单边主义方法的偏狭之处。实质正义规则化却与此截然不同,它也试图实现法院地政策,但目的不是为了扩大法院地法的管辖范围,也不是保护狭隘的本地政策利益,而是为了切实保护当事人的权益、达成实质公平的判决。因此,它追求的必然是法院地政策与国际社会共同价值的交集。上述差异提示我们,在设置实质正义的立法标准时需要特别关注以下两点:(1)通过实质正义的规则化实现的法院地政策,不应该是狭隘的本地政策,而应该是契合国际社会共同利益的、具有国际视野的法院地政策。这与实体法方法带给我们的启示具有本质上的相似性,即以国际社会的共同追求为追求。(2)考虑外法域的相关政策利益,这是跳出狭隘本地政策的必然要求。事实上,柯里的学说对此也有一定的认识。“政府利益分析说”提出,如果当事人要求适用外域法,法院将基于以下因素判断应否听从当事人的意见:首先,分析本地政策利益,如果本地确有政策需要实现,那么就只能适用本地法;其次,如果本地没有政策利益有待实现,而外法域存在政策利益,那么可以考虑适用外域法。<sup>①</sup>这说明在优先实现法院地政策的同时,柯里也认可适当地考虑其他法域的政策利益。这可以视为单边主义理论为适应当代多边主义潮流而做出的自我修正。对于实质正义的规则化来说,容纳外法域的政策利益则显得更为重要。原因有二:首先,只关注本地政策而不顾其他法域政策的纯粹单边主义在当今国际社会已经站不住脚,实质正义的立法实现更是不能只考虑法院地政策。其次,虽然同样体现法院地政策,但是以实质正义为导向的规则毕竟不同于单边主义方法,前者在实现法院地政策的同时,还应该为内、外域法提供平等的适用机会,惟“优法”是用,而非惟本地法是用。这就要求立法者在实现法院地政策的同时,认真考虑外域法背后的外法域政策。

“实现法院地政策”是实质正义规则化与单边主义方法的共通之处,但二者迥异的旨归又提示我们,立法时不能从狭隘的本地政策出发,而应该做到以下两点:(1)求得法院地政策与国际社会共同价值的交集,实现体现国际社会共同价值的法院地政策;(2)考虑外法域的政策利益。

### (三)多边主义方法引发的思考

多边主义方法致力于实现判决结果的一致性;从逻辑上来说,“一致性”的实现离不开判决的可预见性。虽然有学者认为,各国在识别、反致、属人法认定标准等方面的差异,都可能让判决的可预见性成为水中花、镜中月,<sup>②</sup>但是无可否认,提出判决应该可以预见,是使涉外民商事案件的

<sup>①</sup> See Brainerd Currie, Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws, 2 Duke Law Journal, 178 (1959).

<sup>②</sup> See Robert A. Leflar, Choice—Influencing Considerations in Conflicts Law, 41 (2) New York University Law Review, 300—301 (1966).

审判有序化的重要尝试,也是多边主义方法重要的理论贡献。<sup>①</sup> 结果导向规则也能让判决具有可预见性,从而在追求实质正义的同时,不破坏冲突法的“秩序”。不过,多边主义方法和实质正义规则化所实现的可预见性的具体内容却不尽相同,这是由二者不同的选法机理导致的。要说清个中差异,需要从分析可预见性的内涵说起。

判决的可预见性至少包括两个层面:一是指满足适用什么法律的预期;二是可以预判法律适用的结果。二者之间存在一定的关联性,但区别也很明显。多边主义方法实现的主要是前一个层面的可预见性,往往不能达到第二个层面;而这一特点又与该方法的内在机理有关。多边主义方法以事实联系为纽带,为法律关系匹配法域,并以该法域的法律为准据法。因此,当事人或利益相关人可以轻松预见法院将会适用什么法域的法律,如侵权纠纷将适用侵权行为地法、缺乏有效选法意思表示的合同纠纷将适用特征性履行地法等。但是,多边主义方法却无法让判决结果也具有可预见性,因为侵权行为地法具体如何规定、特征性履行地法的适用结果到底怎样,这是多边主义方法无法控制的。事实上,得出当事人完全无法预见的实体结果,恰是以多边主义方法为基础的法域选择规则备受诟病之处。美国冲突法革命时期的学者通过分析诸如“巴布库克诉杰克逊案”<sup>②</sup>“科尔伯格诉东北航空公司案”<sup>③</sup>等,对此已有较为充分的讨论与批判。

实质正义规则化或许不能保证上述第一层面的可预见性,却可以在技术层面保障法律适用结果的可预见性。这同样取决于这种法律适用方式的内在机制。为了达成预置结果,结果导向规则无一例外地设置了两个或两个以上可供选择的连接点,故当事人或利益相关人虽然可能无法准确预判法院最终会选择适用哪个法域的法律,但是他们可以大致判断法律适用的结果,因为这一结果白纸黑字地呈现在冲突规则中。例如,《法律适用法》第22条允许法院从婚姻缔结地法、一方当事人经常居所地法或国籍国法中选择承认结婚手续有效的法律。当事人虽不能确知法院会选择适用上述法律中的哪一个,但基本可以预测最终的判决结果会承认婚姻形式有效。

可能有人认为,判决结果的可预见性是结果导向规则的必然效果,无须在讨论立法问题时予以考虑。这种看法并不正确。理由在于:规则预设结果虽然为结果的可预见性创造了条件,但是立法者设定的结果本身也有合理与不合理之分。换言之,如果预设的结果不符合当事人的合理预期,那么即便已经明白地表达在规则之中,也不能认为其具备可预见性。故而,立法时仍有必要讨论如何保障当事人的合理预期。具体来说,要注意以下两个要点:(1)各方当事人、利益相关人的合理预期都应得到适当的考虑,不可为了达成特定的目的而忽视对某方面合理预期的保护,尤其要注意避免显失公平的情况。(2)得到照顾的预期必须是合理的,相应地,不合理的预期不仅没有理由得到保护,反而应该受到遏制。

综上,实体法方法、单边主义方法和多边主义方法为实质正义的立法实现提供了不同角度的启示。整合之后,可以得出如下立法标准:(1)实现国际社会共同价值,(2)预置的结果具体、明

<sup>①</sup> 参见[德]格哈德·克格尔:《冲突法的危机》,萧凯、邹国勇译,武汉大学出版社2008年版,第168~170页。

<sup>②</sup> See *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963). 学者关于此案的讨论, See David F. Cavers; Elliott E. Cheatham; Brainerd Currie; Albert A. Ehrenzweig; Robert A. Leflar; Willis L. M. Reese. *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963), 63 (7) *Columbia Law Review*, 1212-1257 (1963).

<sup>③</sup> See Brainerd Currie, *Conflict, Crisis and Confusion in New York*, 1963 (1) *Duke Law Journal*, 2-22 (1963).

确,(3)考虑外法域的政策利益,(4)恰当地保护当事人、利害关系人等的合理预期。以上4点立法考虑因素各有侧重,不存在顺位区别,适用时应予以平等地考虑。

## 四、立法标准的实践检验

实质正义规则化的4点考虑因素能否为立法实践提供现实指引?以下试以《法律适用法》第12条第2款为例来评估其实际效果。

### (一)《法律适用法》第12条第2款的检视

#### 1. 国际社会共同价值

国际社会共同价值至少可以从两个方面考虑:其一是实体法的发展趋势,其二是国际公约或统一实体法表达的价值追求。这两点在自然人民事行为能力问题上皆应得到考虑。(1)就实体法发展趋势而论,保护特殊自然人的权益,是各国民法创设民事行为能力制度的主要目的之一。由此可见,《法律适用法》第12条第2款若能将行为能力赋予根据其属人法不具有完全行为能力的自然人,并不符合实体法的发展趋势。(2)就国际公约或统一实体法表达的价值追求来看,保护跨国交易秩序应该是现代国际社会普遍认可的重要利益。对此,《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等皆有所反映,而尽量承认自然人具有完全民事行为能力可以保护国际交易有序进行。因此,就国际公约或统一实体法表达的价值追求而言,《法律适用法》第12条第2款的规定有利于保护国际交易秩序,符合国际社会共同需求。因此,在运用国际社会共同价值这一因素评估《法律适用法》第12条第2款时,出现了对立的结论。

#### 2. 预置的结果具体、明确

严格来说,实质正义本身并不要求规则预置的结果必须具体、明确,但规则化后的实质正义却必须如此呈现。若以弹性的语言表达抽象的实质正义,则无法给予司法者切实的指导。那么《法律适用法》第12条第2款预置的结果是否足够具体、明确呢?答案是肯定的。该条体设定的结果为“承认自然人具有完全民事行为能力”,并要求法院以此为标准选择准据法,这个结果足够确定、清晰,不留任何模糊地带。

#### 3. 外法域的政策利益

这要求我们分别考虑经常居所地和行为地的政策利益。自然人以经常居所地为当下生活的中心地,二者之间的密切联系自不待说。如果经常居所地法律认为生活在其辖区内的某自然人不具有完全民事行为能力,那么很显然该地希望通过适用本地法给予其特别的保护。而《法律适用法》第12条第2款却要求法院根据行为地法做出相反的认可,这显然否定了经常居所地适用本地法保护本地居民的政策利益。反观行为地法,如果行为地即法院地,那么行为地法的政策利益是否得到满足,不在“外法域的政策利益”的考虑范围内;如果行为地非法院地,那么行为地的政策利益能否藉由本地法的适用得到实现?对此须具体情况具体分析。行为地关于自然人民事行为能力的规定一般有两个目的:(1)保护本地智能不足的自然人。由于《法律适用法》第12条第2款只针对经常居所地与行为地两分的情况,因此自然人的生活中心一定不在行为地,行为地法没有必要为该自然人提供保护。(2)保护本地交易秩序。由于系争行为在行为地发生,承认其有效性符合行为地利益。从这个角度来说,适用行为地法可以实现上述目的。

#### 4. 恰当地保护当事人、利害关系人等的合理预期

在关于自然人行为能力的争议中,当事人的合理预期是什么?表面上看,《法律适用法》第12条第2款无疑符合本项要求,因为该条款设置的的目的之一就是为了保护涉外交易中对方当事人的合理预期,避免其因自然人出人意料的民事行为能力认定而遭受损失。但实际情况远非如此简单。首先来看交易对方的合理预期,这里需要特别注意的是“合理”二字。对此需要分两种情况来讨论:(1)如果交易对方就自然人不具有完全民事行为能力之事毫不知情,那么《法律适用法》第12条第2款确实可以保护对方达成合法交易的合理预期;(2)如果交易对方明知或应该知道自然人民事行为能力有限,还故意加以利用以谋求不当利益,那么交易对方即便对判决结果有预期,也难谓合理,更不应该得到法律的保护。其次,再来分析利害关系人的合理预期。这里主要讨论与自然人行为能力的认定有直接利害关系的人,如其监护人或家人等。对于利害关系人而言,如果经常居所地法已经将自然人判定为限制或无民事行为能力人,那么除非自然人的理解或辨识能力出现实质好转,否则这就应该是一种相对稳定的状态。现在,若要根据行为地法重新评定自然人的行为能力,甚至要求其涉外交易行为承担原本无须承担的后果,则显然超出利害关系人的合理预期。

综上所述,以本文提出的4点因素评估《法律适用法》第12条第2款,效果并不十分理想。

## (二)完善方案及其评估

究竟应该怎样规制自然人民事行为能力的法律适用,才契合实质正义的要求?事实上,以上评估结果已为如何完善立法指明了方向。它提示我们,即便国际交易秩序必须维护,也不可忽视以下4点:(1)给予智能不足自然人适当的特殊照顾;(2)考虑经常居所地的政策利益;(3)防止交易对方借机谋取不当利益;(4)保护监护人或利害关系人的合理预期。有鉴于此,以对方当事人不知晓或不应该知晓自然人根据其经常居所地法无完全民事行为能力为前提,限制行为地法的适用,应是可行方案之一;即只有在对方当事人不知晓或不应该知晓自然人根据其经常居所地法无完全民事行为能力的前提下,才能适用行为地法,承认根据其经常居所地法无完全民事行为能力的自然人具有完全民事行为能力。国外一些立法例便采取此限制。例如,根据《罗马条例I》第13条的规定,如果当事人在同一国家缔结合同,依照合同缔结地法为有民事行为能力的自然人不得依据另一国的法律主张自己无行为能力,除非合同的另一方当事人在订立合同时明知或因为疏忽而不知其无民事行为能力。德国、瑞士、意大利、韩国、加拿大魁北克省等国家和地区的国际私法法规也有类似的规定。

增加上述限定能否使规则的设定更加符合本论提出的立法标准的要求,进而增加导向公正判决的几率?答案是肯定的。作为对以上4点提示的呼应,可列举理由如下:(1)如此限定可以有效防止智能不足的自然人遭到交易对方故意的、不道德的利用,保护其权益,以弥补《法律适用法》第12条第2款预置结果对实体法发展趋势的照顾不周。籍此,“国际社会共同价值”要素将得到更好地实现。(2)以上限制能增加经常居所地法的适用概率,使其给予本地居民的保护在涉外案件中得到更多的认可。“外法域的政策利益”要素也因而能够获得一定的满足。(3)可以遏制交易对方利用自然人智能不足谋求不当利益,从而在维护“当事人合理预期”的同时,杜绝不合理预期获得实现的可能。(4)能够避免轻易地推翻自然人经常居所地法对其民事行为能力的认定结果,从而更好地保护自然人的监护人或其他利害关系人的合理预期,这同样可以照顾到“恰当地保护当事人、利害关系人等的合理预期”要素。可见,《法律适用法》第12条第2款若能规定在适用行为地法时,以对方当事人不知晓或不应该知晓自然人为限制或无民事行为能力人为限,

则可在实现交易秩序的同时,更加符合本论提出的 4 点立法标准,提高实质正义的立法转化率。

## 五、余 论

涉外民商事案件的解决中曾经存在“楚河汉界”:冲突规范负责选择准据法,后者则负责调整实体权利义务关系。然而,实质正义规则化的尝试打破了这种冲突法和实体法各自为政的状态;冲突规则处理法律冲突并积极干预法律适用的结果。不过,受制于自身的特点,冲突法无法如民法那样,系统全面地协调法律关系中彼此冲突的利益,而只能表明自己的倾向,如优先保护特殊的权益,又或是尽量承认特定的法律地位或行为的效力等。做出利益取舍未必不合理,甚至对于冲突规范来说,这是关照实体结果的不二之选,但过于简单绝对的“站边”可能引发顾此失彼的后果。实质正义的立法实现贵在平衡,保护某些利益不应以忽视或贬抑其他利益为代价,而应该让合理的权益都得到恰当的考虑和公平的对待。

---

**Abstract:** Material justice in the context of conflict of laws requires the realization of fair judgment in foreign—related civil cases. Though the idea is reasonable, the implementation is difficult. One possible solution is to integrate the pursuit of material justice into result—oriented rules. While affirming the legislative innovation, we should also see the risks. Taking Article 12 (2) of the Law of the Application of Law for Foreign—related Civil Relations of the People’s Republic of China as an example, it can be clearly seen that there is still some deviation between the presetting result of the rule and the requirement of substantive justice. In order to solve this problem, we can provide necessary guidance for the legislative realization of material justice. Through theoretical tracing, we may find that substantive law method, unilateralism method and multilateralism method have nurtured and nourished the rule of substantive justice from different angles. Therefore, exploring, criticizing and integrating the cognition and practical experience of “just judgment” in the above three law application methods can provide practical standards for the legislative realization of substantive justice, which can not only objectively reveal the shortcomings of existing rules, but also provide effective guidance for future legislative activities.

**Key Words:** material justice, result—oriented rule, the law of application of laws, civil capacity of a natural person

---

责任编辑 何 艳