

程序法视野中冲突规则的适用模式

宋 晓^{*}

内容提要：程序法视角和程序法原理对于分析冲突规则依职权适用抑或任意性适用的问题虽必不可少，但程序处分主义和辩论主义均不能成为冲突规则任意性适用的基础。在法官依职权适用冲突规则的制度下，必须强化法官对冲突规则以及相关法律适用问题的释明义务，以防发生突袭裁判，并由当事人证明外国法。只有依职权适用而非任意性适用冲突规则，才能最大限度地维护当事人依据国际私法体系所享有的法律适用的权利。

关键词：冲突规则 程序法 依职权适用 任意性适用

一、程序法视角的研究意义

冲突规则应由法官依职权适用还是在当事人主导下任意性适用，既是国际私法的一个基础理论问题，也是我国当下紧张进行的涉外民事关系法律适用立法无可回避的一个重大现实问题。所谓冲突规则的任意性适用，是指在涉外民商事案件中，只有在当事人主动请求适用冲突规则或外国法时，法官才适用冲突规则，否则法官将直接适用法院地法。^{〔1〕}法官依职权适用法律以裁判当事人的纠纷，乃司法固有属性之要求，但在法学世界中，惟独国际私法风景独异，两大法系中支持冲突规则依职权适用的立法或司法实践，与支持任意性适用的立法或司法实践，各占半壁江山，理论纷争不断，几乎成为国际私法的学术“公案”。

数世纪以来，英国普通法主张冲突规则的任意性适用模式，并为其他普通法国家所效仿。^{〔2〕}但是，普通法世界对其任意性适用模式未有自觉的逻辑分析和理论建构，该模式建立在其司法惯例

* 南京大学法学院副教授。

本文系作者主持的教育部一般项目“国际私法与法哲学思潮的互动”（批准号：09YJC820054）的阶段性成果。

〔1〕 这源于对英美模式的概括，是冲突规则任意性适用的经典模式。有些国家的立法或司法实践虽大体上采纳了这一模式，但与经典模式有所偏差。例如，1979年匈牙利国际私法第9条规定：“当事人协商一致，可请求不适用本法指定的外国法，转而适用匈牙利法或当事人有权选择的其他法律。”又如，法国区分自由处分领域和非自由处分领域，只在自由处分领域承认冲突规则的任意性适用。关于该经典模式的各种变调，参见 Maarit Jantera-Jareborg, *Foreign Law in National Court: A Comparative Perspective*, 304 *Recueil des cours* 277-285 (2003)。本文所分析的任意性适用模式，若无特殊说明，是指此处正文所概括的经典模式。

〔2〕 See Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2006, p. 255.

和实用主义的基础上,是英国法官群体和律师群体的偏好最终塑造了它。^[3]与普通法的实践相反,大陆法系国家普遍认为冲突规则与一般法律规则无异,应由法官依职权适用。但是,在20世纪50年代末,法国最高法院出现了任意性适用冲突规则的判例,并在此后的半个世纪中,在依职权适用与任意性适用之间反复摇摆。最近认为,在当事人不能自由处分的领域,法官应依职权适用冲突规则,而在当事人可以自由处分的领域,法官享有自由裁量权以决定依职权适用抑或任意性适用。^[4]法国模式至少在观念上极大地冲击了大陆法系依职权适用的传统立场。^[5]

对于冲突规则的适用模式,德国立法和司法实践向来坚定地站在英美模式的对立面。然而,德国学者弗莱斯纳(Flessner)在1970年著文主张任意性适用模式,^[6]在大陆法系国家引起了广泛而热烈的讨论。20世纪90年代,荷兰学者德波尔(De Boer)以“任意性冲突法”为题,在海牙国际私法会议发表专题演讲,将任意性适用模式的观点和理论论证发挥到了极致。^[7]欧洲大陆学者对于冲突规则适用模式的理论探索,又激发普通法系国家的学者从实用主义的基点出发,努力用理论来证成他们任意性适用的实践立场。^[8]至此,冲突规则的适用模式问题成为两大法系国际私法学者共同瞩目的焦点问题。

我国国际私法立法至今没有明确冲突规则应依职权适用还是任意性适用。^[9]实践中,个案的判决之间分歧重重:坚持依职权适用者有之,主张任意性适用者亦有之。^[10]一审法院主张任意性适用的判决表述通常是:“各方都未提出适用外国法,本案适用中华人民共和国法律”;^[11]二审或再审法院主张任意性适用的判决表述通常是:“当事人在一审(或一审、二审)中对适用中华人民共和国法律未表示异议,故认定本案适用中华人民共和国法律”。^[12]司法实践在冲突规则适用模式上的混乱亟待澄清。

部分由于我国实践需求的呼唤,也部分由于外国学者的启发,我国学界近年来开始慎重对待该问题。讨论伊始,就形成了针锋相对的两派观点:一派坚持大陆法系依职权适用的正统立场,从国际私法现有的逻辑体系和理论体系出发,围绕国际私法的目的和宗旨、意思自治理论以及国际条约义务等方面,力证冲突规则应由法官依职权适用;^[13]另一派则采纳普通法系的正统立场以及弗莱斯纳、德波尔等人的学术观点,从民事诉讼程序的性质和功能出发,尤其以程序处分

[3] See Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 141.

[4] 关于法国最高法院的实践立场在过去半个世纪的曲折演进,参见前引[1], Maarit Jantera-Jareborg文,第273页以下。

[5] 其他欧洲国家如德国、奥地利、瑞士和意大利的成文立法坚持依职权适用的传统立场,拉丁美洲国家亦主张依职权适用,而斯堪的纳维亚国家接近法国现今的立场。同上文,第284页。

[6] See Alex Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht*, 34 *RabelZ* 547-584. 对该文详细的英文解读,参见 De Boer, *Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, 257 *Recueil des cours* 317-322 (1995).

[7] 参见前引[6], De Boer文,第223-427页。

[8] 其中, Fentiman教授的著作最引人注目。参见前引[3], Fentiman书。

[9] 民法通则第142条第1款规定:“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。”这是否表明我国的冲突规则是依职权适用的,尚不清楚。

[10] 关于我国司法实践的分歧,参见黄进、李庆明:《2006年中国国际私法司法实践述评》,《中国国际私法与比较法年刊》2007年卷;黄进、胡炜、王青松:《2007年中国国际私法司法实践述评》,《中国国际私法与比较法年刊》2008年卷;黄进、胡炜、杜焕芳:《2008年中国国际私法司法实践述评》,《中国国际私法与比较法年刊》2009年卷。

[11] 如“河北圣仑进出口股份有限公司与津川国际客货航运有限公司、津川国际客货航运(天津)有限公司无单放货纠纷案”,天津海事法院(2002)海商初字第144号民事判决书。

[12] 如“富春航业股份有限公司、胜惟航业股份有限公司与鞍钢集团国际经济贸易公司海上运输无单放货纠纷再审案”,最高人民法院(2000)交提字第6号民事判决书。

[13] 参见宋晓:《论冲突规则的依职权适用性质》,《中国国际私法与比较法年刊》2007年卷;郭玉军:《近年有关外国法查明与适用的理论与实践》,《武大国际法评论》第7卷,武汉大学出版社2007年版。

权、辩论主义和保障当事人的程序利益为理论基础,认为在当事人享有自由处分权利的法律领域(如合同、侵权等),冲突规则应是任意性适用的,但在当事人不享有自由处分权利的法律关系领域(如婚姻、扶养等),法院应依职权主动适用冲突规则及其指向的外国法。^[14]

然而,迄今为止,无论中外,两派结论虽然针锋相对,但彼此并没有给予对方足够的同情与理解。一者从国际私法的内部理论体系出发,另者从国际私法的外部体系即程序法的视角出发,在各自的论证展开过程中并没有实现真正的交锋。坚持依职权适用模式的学者并没有从对方的程序法视角出发,成功说服对方为什么程序法原理不足以支持任意性适用模式;主张任意性适用模式的学者也没有从对方的逻辑体系出发,成功说服对方为什么以萨维尼理论为基础的国际私法体系不必拘泥于依职权适用模式。但是,各派只有从根本上推倒对方结论据以形成的理论基础,才能最大限度的夯实己方的论证过程和结论;如果不能推倒对方的理论基础,就必须承认其合理性,反躬自省并修正自己的论证过程和结论。惟有如此,学界在这一基础性问题上才能取得更多的共识。

没有辩论与交锋的学界是一潭沉寂的死水,无法取得共识的学界是一盘可悲的散沙。本文立足于国内的理论争议,同时也以与中国理论争议“骨肉相连”的西方理论争议为背景,对依程序法视角得出任意性适用的观点进行系统的检讨和反驳,并最终认为程序法这一外部视角虽可极大深化人们对冲突规则适用模式这一理论难题的认识,但无法从根本上颠覆依据国际私法逻辑体系所得出的冲突规则应依职权适用的结论。

二、程序处分权或辩论主义与任意性适用模式

中外主张任意性适用的学者都以程序处分权和辩论主义为最根本的理论依据。程序处分权是民事诉讼法的基本原则,与实体处分权一起源于私法自治原则,但程序处分权与实体处分权不是简单的对应关系,程序处分权有其独立的内容。在没有实体处分权的民事领域,当事人在诉讼中仍然享有程序处分权,如决定是否起诉。因此,在论述程序处分权是否构成冲突规则任意性适用的法律基础时,不能将程序处分权与实体处分权混同在一起。如果认为程序处分权构成冲突规则任意性适用的法律基础,就应主张所有领域的冲突规则都是任意性适用的,而不论具体领域是否承认实体处分权。^[15]如果主张只有在当事人有实体处分权的领域冲突规则才是任意性适用的,^[16]那么这究竟是以实体处分权还是程序处分权为其立论基础,就存有疑问。

即使承认在有实体处分权的领域冲突规则应任意性适用,也难以在个案中确定实体处分权的边界。各国私法对于实体处分权的边界划分并不统一,^[17]那么在涉外民事诉讼中,在决定是

[14] 参见徐鹏:《论冲突规则的任意性适用——以民事诉讼程序为视角》,《现代法学》2008年第4期;杜涛:《“任意性冲突法”理论研究》,载孙南申、杜涛主编:《当代国际私法研究——21世纪的中国与国际私法》,上海人民出版社2006年版;杜涛:《法律适用规则的强制性抑或选择性——我国涉外民事法律适用法的立法选择》,《清华法学》2010年第3期。杜涛博士在其2006年的论文中主张彻底的任意性适用模式,但在2010年发表的论文中修正了其立场,除了主张区分自由处分领域和非自由处分领域之外,还强调任意性适用和法官释明相结合。

[15] 德波尔从程序处分权出发,认为所有领域的冲突规则都是任意性适用的。与区分自由处分领域和非自由处分领域的理论相比,德波尔的任意性适用理论更为彻底,逻辑上更为周密。参见前引[6],De Boer文,第335页以下。

[16] 法国现今的司法实践、芬兰学者Maarit Jantera-Jareborg、我国学者杜涛和徐鹏均主张区分两个领域,并认为在可自由裁量领域应采用任意性适用模式。参见前引[1],Maarit Jantera-Jareborg文,第258页以下;杜涛:《法律适用规则的强制性抑或选择性——我国涉外民事法律适用法的立法选择》,《清华法学》2010年第3期;前引[14],徐鹏文。

[17] 强制规则与任意规则的边界之争是各国私法面临的最为棘手的问题之一。《国际商事合同通则》尝试在商事合同领域对强制规则与任意规则进行分类,但也只能从总则的层面进行,无法就具体规则进行界定。参见国际统一私法协会:《国际商事合同通则》,第1.4条(强制性规则),商务部条约法律司编译,法律出版社2004年版,第19页。强制规则与任意规则的边界在商事合同领域尚不确定,在其他私法领域就更不明朗了。

否应依职权适用冲突规则之前,应该依据哪国法律来判断案件所涉领域有无实体处分权?此时准据法尚在待定之中,似乎只能依据法院地法,但各国法律不仅未能清晰划定强制规则与任意规则的界线,而且这条界线随着社会条件的变迁而变迁,甚至随着个案的变化而变化,最终只能依赖于法官的自由裁量。在一个强调法律确定性的成文法国家如中国,将如此关键事项全部委任给法官的自由裁量,实在是不合适的。^[18]而在身份领域,夫妻财产制和扶养协议都在相当程度上承认当事人的实体处分权,该领域的冲突规则似乎不应全部依职权适用。^[19]可见,这种区分方法将会引发一系列难以克服的技术难题。

如果不拘泥于实体处分权和程序处分权的划分,规定所有领域的冲突规则都是任意性适用的,如同英国普通法,那么程序处分权是否可以成为其理论基础?德波尔给出了肯定的回答。他认为,当事人没有提及冲突规则和外国法的适用问题,表明当事人对此已经作出了程序性的处分,法官应着眼于当事人之间明确提出的争议,而不必顾及冲突规则和外国法的问题,否则就违反了当事人自行处分的结果。^[20]我国有学者以更加抽象和概念化的方式表达了与德波尔同样的观点,认为当事人是否提出涉外事实,是否主张适用外国法,涉及当事人对特定诉讼资料的控制权和对法律适用的参与权,属于程序处分权的范畴,据此,冲突规则最终适用与否应在当事人的处分范围内。^[21]这些观点涉及两个程序法上的问题,其一为诉讼资料的控制权,其二为法律适用的参与权,需要分别探讨它们与程序处分权的关系及其对冲突规则适用模式的影响。

依据一般观念,程序处分权是指原告享有可以要求审判、特定并限定审判对象的权能,以及当事人可以按照自己的意思,不经判决,通过撤诉、放弃请求、认诺请求、诉讼和解、撤销上诉以及放弃上诉权等方法终结诉讼的权能。^[22]程序处分权的对象是“请求”,而非请求所依据的“事实”,后者落于辩论主义的范畴。处分权主义是赋予当事人在请求方面特定审判对象的权能的原则,而辩论主义是从事实方面限定审判对象的原则。^[23]当事人有权控制诉讼资料,表明应由当事人而非法官“为裁判创造事实基础”。^[24]诉讼资料关乎事实问题,显然属于辩论主义而非程序处分原则的范畴。因此,当事人的诉讼资料控制权与其说是程序处分权的问题,不如说是辩论主义的问题。

在一个客观上具有涉外事实因素的案件中,涉外事实因素是辩论主义涵盖的主要事实,而非法官可以不经当事人的主张而直接用作判决基础的间接事实与辅助事实,^[25]因为涉外因素是所有冲突规则的法条构成要件所列举的不可或缺的要件事实之一。例如,依据我国法律,凡案件所涉法律关系的所有要素中的任何一个具有涉外因素的,就是冲突规则调整范围内的国际私法案件。^[26]因此,涉外事实是决定适用冲突规则这一法律效果发生与否的必要事实,除非涉及公共政策,依据辩论主义原则,它们只有出现在当事人所提供的诉讼资料中才能作为适用冲突规则的

[18] 法国之所以能在冲突规则适用模式问题上区分自由处分领域与非自由处分领域,是和法国国际私法高度依赖法院判例分不开的。法国虽为成文法国家,但其国际私法的主要渊源至今还是最高法院及其下属法院的判例。参见[法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德:《国际私法总论》,陈洪武等译,中国对外翻译出版公司1989年版,第22页。

[19] 杜涛博士认为整个身份领域不应采用任意性适用模式。参见前引[16],杜涛文。关于涉外夫妻财产制的法律适用问题,参见焦燕:《婚姻冲突法问题研究》,法律出版社2007年版,第138页以下。

[20] 参见前引[6],De Boer文,第336页。

[21] 参见前引[14],徐鹏文。

[22] 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第229页,第238页。

[23] 同上书,第239页。

[24] 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第123页。

[25] 关于主要事实与间接事实的区分,参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第340页以下。

[26] 参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条第1款。

基础。未经当事人主张，法官不能依据职权探知主义查明涉外事实因素，并据此适用冲突规则。

如果涉外事实因素不是出现在诉讼资料中，而是出现在证据资料中，结论是否相同？例如，在一个货物买卖合同纠纷中，当事人双方在提供诉讼资料和辩论中都没有提及涉外事实因素，而在一方当事人用来证明货物不存在瑕疵的一份清洁提单中，法官发现了标的物运自外国这一涉外事实因素。法官是否仍需遵循辩论主义原则而将案件定性为纯国内案件？如果双方当事人均未依据该份提单主张这一涉外事实因素，并且双方都未对这一事实展开攻击防御措施，那么法官若将此证据资料用来补充诉讼资料，武断地作出涉外案件的事实认定，无疑会对双方当事人造成突然袭击。^[27]因此，在证据资料而非诉讼资料中出现的涉外事实，法官不能违反辩论主义原则而主动地予以认定。

在一个客观上具有涉外因素的民商事案件中，当事人基于辩论主义原则，不管出于无知、无能或懈怠，还是出于绕开国际私法问题的真实本意，当然都可以在诉讼资料和辩论过程中将涉外事实因素从整个案件中剥离出来，从而使案件完全等同于一般的纯国内案件，法官也不能基于职权探知主义从证据资料中认定涉外事实，此时冲突规则是否适用的问题根本无从引发。因此，当事人控制诉讼资料中的涉外事实，本质上涉及辩论主义与职权探知主义的对立，是一切民事诉讼的共通问题，而非国际私法独然。此时没有适用冲突规则的前提，无从探讨冲突规则的适用模式问题。辩论主义与冲突规则的适用模式问题没有直接关联，在基于辩论主义讨论涉外事实的提出问题时，冲突规则还正待浮出地平线。

任意性适用论者常认为，只有在当事人提出适用外国法时，法官才适用外国法，这是程序处分权的表现和结果，法官应尊重这一结果；同时这也是当事人对于涉外法律适用的参与权，可借此促进法官和当事人在法律适用上的协同合作。^[28]若从反面说，当事人在涉外案件中主动提出何种诉讼请求，主动提供哪些证据资料，这些主导权实际上是在特定法律观点的支配下展开的，如果法院独占冲突规则的确定、解释和适用，当事人在涉外案件中的程序处分权就会落空。^[29]诚然，在高度复杂的现代社会，法律已经融入社会生活，描绘真实世界而不借助法律和法律概念并不总是可能的。^[30]当事人依据程序处分权提出具体诉讼请求，同时依据辩论主义原则提供裁判的事实基础，这一切确实很有可能是在法律观点的支配下展开的，但也有可能是在当事人对法律知之甚少的情況下展开的。程序处分权和辩论主义无论从逻辑上还是经验上都可以独立于法律或法律概念。

即使当事人完全是在特定法律观点的支配下行使程序处分权并提供裁判的诉讼资料，这也只是表明他意欲通过限定请求和限定事实来间接地限定法官适用法律的范围，但面对特定化的请求和事实，法官应该考虑哪些具体的法律条文，应当怎样解释这些法律条文，具体案件事实是否满足法条抽象的事实构成，这一“法律发现的过程”是专属于法院的事务，并不受当事人法律观点的约束。^[31]因此，特定法律或法律概念影响下的程序处分权并不能被视为是一种法律适用的参与权。当事人主张或不主张适用冲突规则也不能看成是程序处分权所对应的“请求”，因为当事人指示审判对象的请求，即使是依据特定法律形成的，也和它所依据的法律相分离，否则当事人直接处分的就不仅是审判对象，而且还包括审判法律，这就根本违背了程序处分权的基本法律功能。因此，当事人主张或不主张适用冲突规则，既非程序处分权的表现和结果，严格说此时也不

[27] 参见前引 [22]，新堂幸司书，第 308 页。

[28] 参见前引 [6]，De Boer 文，第 336 页；前引 [1]，Maarit Jantera—Jareborg 文，第 259 页。

[29] 参见前引 [14]，徐鹏文。

[30] 参见 [英] J. A. 乔罗威茨：《民事诉讼程序研究》，吴泽勇译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 146 页。

[31] 参见前引 [24]，尧厄尼希书，第 123 页。

存在当事人和法院在法律适用上的协同合作关系，不能据此限制法院依职权适用冲突规则。

简言之，除了国际私法赋予双方当事人合意选择法律的情形，^{〔32〕}无论在国内案件还是在涉外案件，法官对于法律适用都有决定意义的主导权。因此，当事人的程序处分权并不能决定国际私法的法律适用问题，更不能决定冲突规则是否依职权适用的问题。无论是程序处分权还是辩论主义，均不能成为冲突规则任意性适用的法律基础，甚至可以说，二者与冲突规则的适用模式并没有直接的关联。

三、突袭裁判的风险与法官释明

民事诉讼程序中奠基性的两大原则，即程序处分主义和辩论主义，既然都不能有效地证成冲突规则是依职权适用抑或任意性适用，程序法视角对于分析冲突规则的适用模式是否就是多余的？为深入分析，先来假设涉外民事诉讼中的下述三种情形：

情形一：当事人向法院呈交诉讼资料时，不经意间将案件所具有的涉外因素（不论是国籍、住所、标的物所在地、合同履行地还是侵权行为地）纳入其中，但双方当事人均未意识到涉外因素乃冲突规则的法条构成要素，更没有预见到依据相关冲突规则案件可能适用外国法。而且在整个诉讼进行过程中，直至法官作出裁判之前，双方当事人既未依据外国法也未明确依据法院地法进行权利主张与抗辩，只是依据各自的公平观念和有限的法律常识来阐明他们的主张和请求，法官也未明确指明法律适用问题。最后法官认定了涉外事实因素的存在，依职权适用了冲突规则，并依据冲突规则指引的外国法，在当事人的请求范围内对双方实体权利与义务作出判决。

情形二：当事人呈交的诉讼资料中包含了涉外事实因素，但双方当事人均未提及相关冲突规则的适用与否，更未涉及相关冲突规则指向的准据法。在整个案件诉讼过程中，直至法官作出裁判之前，双方当事人均明确援引法院地法进行权利主张和抗辩，法官对双方当事人援引法院地法的行为也未作出任何反对指示，甚至还在庭审过程中要求当事人进一步阐明其权利主张或抗辩与法院地法的具体规则的关系。最后法官认定了涉外事实因素的存在，依职权适用了冲突规则，并依据冲突规则指引的外国法，在当事人的请求范围内对双方实体权利与义务作出判决。

情形三：大致等同于情形二，只是将情形二设定为初审过程，并且法官没有依职权适用冲突规则及其指向的外国法，而是径直适用了法院地法。随后当事人向终审法院提起上诉，在终审过程中同样没有主张适用冲突规则及其指向的准据法，并且仍然依据法院地法进行权利主张或抗辩，终审法官也未提及冲突规则的问题。最后终审法官认定了涉外事实因素的存在，依职权适用了冲突规则，并依据冲突规则指引的外国法，在当事人的请求范围内对初审法院的实体判决作了改判。

在上述三种情形中，法官裁判没有超出当事人的请求范围，因此没有违反程序处分主义原则；法官依职权适用冲突规则也建立在诉讼资料中所包含的涉外事实因素的基础之上，因此没有违反辩论主义原则。但是，任何一个稍具理性的人都会对法官在上述三种情形下的法律适用表达强烈的异议：法官的最终裁判构成了突袭裁判！而构成突袭裁判的直接导火线就是法官依职权适用冲突规则。于是中外主张任意性适用冲突规则的学者认为，为降低突袭审判的风险，冲突规则

〔32〕 我国国际私法只在合同领域承认当事人的意思自治，但意思自治规则也应由法官依职权适用。除了承认明示的合意选择，《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第4条第2款还规定，“当事人未选择合同争议应适用的法律，但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的，应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择”。该款是有关默示选择的特殊规定，不能视为是任意性适用的规定。

原则上应任意性适用而非依职权适用。^[33]对此,需要分析两个问题:其一,国际私法案件较之国内民商事案件,在法律适用环节遭遇突袭裁判的风险是否尤重?其二,假设风险尤重,改变法律依职权适用的一般属性而采用任意性适用的方法,是对症下药吗?

冲突规则较之于内国实体私法规则,只是指明了具体涉外民商事法律关系应该适用的法律,并不直接决定当事人的实体权利与义务,因而是一种间接的法律规则。传统冲突规则的弊端集中于其“盲眼规则”的特征,过多注重冲突正义而忽视了实体正义。^[34]当代国际私法在扬弃传统国际私法的基础上强化了实体取向的特征,大量冲突规则不再是单纯的“媒介”,而是主动融入了实体政策的考量。^[35]尽管如此,冲突规则本质上依然是间接规则。即使当事人预见到相关冲突规则的适用,也未必能够预见到其指引的准据法对案件的调整结果,突袭裁判的风险不可避免。如果当事人没有遇见到相关冲突规则的适用,法官依职权适用冲突规则所带来的突袭裁判的风险更会成倍地增加,前述三种情形就集中说明了这一点。而在国内民事诉讼中,当事人只要预见到相关实体规则的适用,一般也就自然预见到了其适用的结果。

因此,冲突规则的间接性质确实增加了突袭裁判的风险,但如果同时指责冲突规则的不确定性也必然增加突袭裁判的风险,^[36]那就似是而非了。诚然,冲突规则大量引入了选择性连结点、弹性连结点等工具,在提高灵活性的同时也伴生了不确定性的风险。然而灵活性与确定性的矛盾与斗争贯穿整部法律史,横跨所有法律领域,^[37]为何惟独在国际私法领域,一旦面临不确定性的风险,就要让冲突规则偏离法律依职权适用的一般轨道呢?更何况,近20年国际社会的国际私法立法表明,国际私法在处理冲突规则的灵活性与确定性的紧张关系方面已经更加成熟,更加得心应手。

因此,国际民商事诉讼中隐含着更大的突袭裁判风险,这种风险是由冲突规则固有的间接性质引发的。国际私法无论如何自我完善和发展,都不可能改变冲突规则的间接规则的属性,因而国际私法归根结底无法在其自身体系中克服这一缺陷,必须从体系外寻求技术支持。单从国际私法体系出发论证冲突规则的依职权适用,就不可能解决突袭裁判的风险问题。相反,从程序法视角出发,可以将冲突规则的间接性质所潜伏的以及被其依职权适用性质所放大的内在缺陷充分揭露出来,这就是程序法视角的价值所在。

如果诉诸冲突规则的任意性适用,在双方当事人均未明确主张适用冲突规则或相关外国法时,法官径直适用法院地法,这一制度安排确实在最大限度内避免了突袭裁判的风险,尤其是在前述情形二和情形三之中。但是,为了降低冲突规则潜伏的突袭裁判的风险,最后采取的方法却是抛弃它们,这不仅根本偏离了法的依职权适用的一般轨道,而且完全毁损了冲突规则的价值基础。^[38]况且,依据法国式的处理方法,在当事人不享有实体处分权的领域,冲突规则必须由法官依职权适用,那么此时又该如何降低突袭裁判的风险?

在程序法框架中清晰暴露出来的问题,在程序法框架中解决最为适宜。在民事诉讼程序中,

[33] 参见前引〔6〕, De Boer文,第324页;前引〔14〕,徐鹏文;前引〔16〕,杜涛文。

[34] 参见〔美〕卡弗斯:《法律选择问题批判》,宋晓译、宋连斌校,载梁慧星主编:《民商法论丛》第27卷,金桥文化出版(香港)有限公司2003年版。

[35] 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第139页以下。

[36] 参见前引〔14〕,徐鹏文。

[37] 关于法律灵活性与确定性的精致而深刻的分析, See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2d ed., Clarendon Press, 1994, pp. 124-147.

[38] 国际私法的价值基础源于其对冲突正义与实质正义的追求与践行。参见〔美〕西蒙尼德斯:《20世纪末的国际私法——进步还是退步?》,宋晓译、黄进校,载梁慧星主编:《民商法论丛》第24卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版。

突袭裁判主要是由两个原因引发的,其一是事实层面的,即法官违反辩论主义原则,将当事人均未主张的事实作为裁判基础;其二是法律适用层面的,即裁判所依据的法律观点是当事人从未主张过的,而法官亦未事先告知当事人。从前述三种情形来看,造成突袭裁判的显然是后者。依据各国民事诉讼法的一般法理,为避免法律适用的突袭裁判,最普遍的方法是强化法官对于法律适用的释明义务,或者说是法律观点的指出义务,^[39]而绝非动辄偏离一般法理,将相关规则拟制为任意性适用规则。依此方法,如果在当事人所呈交的诉讼资料中发现了涉外事实因素,而双方当事人均未主张适用冲突规则或相关外国法,法官就有义务及时告知当事人应该适用冲突规则及其指向的准据法,并初步阐明适用相关冲突规则的意见,同时要求双方当事人就此展开评论。

为什么法官负有此项释明义务?在当事人均未主张适用冲突规则或者相关外国法时,我们可以对比两种结果:一是法官适用了法院地法;二是法官释明之后,当事人转而提出适用冲突规则或相关外国法的主张,最后法官适用了冲突规则及其指向的外国准据法。显然,适用外国法的结果很可能不同于适用法院地法的结果,当法官释明将使判决结果发生逆转之盖然性较高的时候,法院就有义务进行释明。^[40]而且,法官在涉外民商事诉讼中对法律适用问题进行释明,一般不会存在过度释明的情况。^[41]因为法官只是指出了相关冲突规则的适用与否,鉴于冲突规则的间接性质,准据法远未查明,支配案件的具体规则尚在视线之外,冲突规则指引的准据法既可能有利于原告,也可能有利于被告,所以释明不存在对一方当事人不公平的情形。纯国内案件与之不同,法官就法律适用问题稍作释明,就有可能为一方指明胜诉的道路,从而打破释明前双方当事人间的平衡。

在前述三种情形中,诉讼资料中虽然出现了涉外事实因素,但当事人均未主张适用冲突规则或相关外国法,也无意使这些涉外事实因素构成适用冲突规则的事实基础,所以当事人均不会致力于证明这些涉外事实因素的真实性和完整性。但如果法官要依职权适用相关冲突规则,就应当建立在这些事实因素的真实性和完整性的基础之上。为此,法官可以进行必要的释明,敦促当事人更为完整和充分地主张涉外事实并进行相应的举证活动。只有基于完整而真实的事实陈述,才能够确认真实的权利状态。^[42]当然,法官必须意识到,在这一事实层面的释明只是对辩论主义的补充和修正,不得违反辩论主义。此时法官的释明不仅针对事实问题,同时也针对冲突规则的事实构成要件,^[43]其目的就是为了依职权适用冲突规则。^[44]

在双方当事人均未主张适用冲突规则或相关外国法时,法官为了依职权适用冲突规则,应当及时向当事人开示相关冲突规则的可适用情况,以及这些冲突规则可能指向的准据法。同时,法官必须维护当事人就此展开辩论的权利,让当事人之间、当事人与法院之间就冲突规则的适用问题展开充分的讨论。这对于法官和当事人都是大有益处的:当事人在辩论时就已经知道法官的法

[39] 本文将“法律适用的释明义务”和“法律观点的指出义务”等同处理。部分学者倾向于将后者从前者中独立出来,参见前引[25],高桥宏志书,第368页。

[40] 同上书,第360页。

[41] 关于法官有效行使释明权的一般探讨,参见前引[22],新堂幸司书,第314页以下。

[42] 参见前引[24],尧厄尼希书,第134页。

[43] 高桥宏志教授指出,释明与其说是针对事实本身作出的,毋宁说与法的观点构成问题紧密相关。参见前引[25],高桥宏志书,第365页。

[44] 杜涛博士在主张任意性适用模式的大前提下,也认为法院有释明义务。参见前引[16],杜涛文。这一观点向依职权适用模式趋近了一步,但在任意性适用模式的大前提下却自相矛盾。释明义务是法官依职权适用冲突规则的产物,在任意性适用模式下,法官既然没有依职权适用冲突规则的义务,怎么会有释明的义务?普通法国家和其他采纳任意性适用模式的国家的司法实践,都未自相矛盾地对法官科以释明义务。在任意性适用模式中,法官“巴不得”当事人不去主张冲突规则或外国法的适用,又怎会如此“矫情”地通过释明促使当事人提出冲突规则或外国法的适用问题呢?

律意见,不必在不知情的情况下作无谓争辩;法官也可以从当事人那里得到建议,其法律适用的观点可以在判决前就经受批判式的检验,有助于取得当事人的理解。^[45]法院就法律适用作出释明,其重心在于“指出法的观点并与当事人进行讨论”,但法院并不受其与当事人讨论结果的约束。^[46]因此,法官是否适用冲突规则,适用何种冲突规则,最后仍取决于法官而非当事人。即使当事人在法官释明过程中的作用可以被拔高为“法律适用参与权”,这种参与权绝不能被进一步拔高到主宰冲突规则适用模式的程度。

在前述第一种情形中,当事人未提出冲突规则的适用问题,大半是出于当事人的无知、无能或懈怠,此时法官进行冲突规则的适用情况的释明,无疑是雪中送炭,提供了当事人渴求的法律知识和法律经验。^[47]在前述第二种情形中,即使双方当事人不约而同地援引法院地法进行权利主张和抗辩,法官也必须以法律体系的整体指令(其中包括国际私法的指令)为基础,不应以当事人援引的某些法律或法律规则为基础,^[48]即须依职权适用冲突规则并进行释明。至于前述第三种情形,初审法官未依职权适用冲突规则,其判决属于法律适用的错误,终审法官当然不受其错误判决的约束,应当在终审中依职权适用冲突规则并进行及时的释明。在后两种情形中,法官释明之后,当事人既可以坚持主张适用法院地法,也可以改变之前的观点,转而主张适用冲突规则及其指引的外国法。经过对法律适用的释明,无论法官最后适用法院地法还是冲突规则指引的外国法,都不再超出当事人关于法律适用的预见范围。

总之,在涉外民事诉讼中,只要法院对法律适用进行正确的释明,依职权适用冲突规则就不会招致突袭裁判的风险。2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条第1款规定:“诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”据此,我国法官在涉外民事诉讼中完全可以合法地对法律适用问题进行释明。

四、外国法查明与当事人程序利益的保障

除了突袭裁判的风险之外,任意性适用论者还指责冲突规则的依职权适用损害了当事人的程序利益,严重降低了诉讼的程序效率。按此观点,如果冲突规则指向外国法,依职权适用模式会无谓地增加法官的释明义务,使诉讼直面外国法查明的实践难题,延耗诉讼时间,增加诉讼成本。^[49]而采用冲突规则的任意性适用模式则可以鼓励当事人主动降低诉讼成本,促使当事人衡量适用外国法获得的收益和查明外国法所支付的成本,当成本大于收益时,当事人就可以放弃请求适用冲突规则而直接依据法院地法提出诉求。^[50]并且,如果法官依职权适用外国法,当事人一般就丧失了将案件上诉至一国最高法院的机会,因为一国最高法院一般拒绝审查外国法的错误适用问题。^[51]总之,这种观点认为,冲突规则的任意性适用较之依职权适用能够更好地保障当事人的程序利益。

[45] 前引 [24], 尧厄尼希书, 第 123 页。

[46] 前引 [25], 高桥宏志书, 第 367 页。

[47] 英国学者 Hartley 特别指出, 在当事人无以获得高质量的法律服务和法律代理时, 依职权适用和任意性适用会带来案件结果的不同。See T. C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*, 45 I. C. L. Q. 292 (1996).

[48] 前引 [30], 乔罗威茨书, 第 147 页。

[49] 参见前引 [6], De Boer 文, 第 324 页。

[50] 参见前引 [3], Fentiman 书, 第 293 页; 前引 [14], 徐鹏文。

[51] See Frank Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 Recueil des cours 88 (1992).

民事诉讼程序应最大限度地保障当事人的程序利益，这是毋庸置疑的。为保障当事人的程序利益，就应简化诉讼程序，避免繁琐和缺乏实益的程序以节省劳力、时间和费用。涉外民商事案件适用外国法，必然会造成劳力、时间与费用的耗费，但这是否一定损害了当事人的程序利益？另外，外国法的实践难题是否是冲突规则依职权适用的必然产物？当事人基于个案的程序利益与冲突规则依职权适用所要追求的国际私法的宗旨、目的之间就不能最终取得平衡吗？

外国法的查明最初被认为是程序性质和附属性质的，但在实践需求和学界的推动之下，它已经成为国际私法的另一基础性问题。^[52] 如果该问题不能得到解决，国际私法的法律选择方法就会失去基础，国际私法孜孜以求的理想就会宣告破产。^[53] 尽管现代社会已进入信息时代，但外国法的查明和适用仍然是国际私法案件所面临的难题，“法官适用外国法时难免畏畏缩缩，像个一知半解的初学者，而他们在适用法院地法时却是信心百倍的专家和主权者”。^[54] 在可见的将来，外国法的实践难题不可能得到根本的解决，尤其是对中国这样法治有待完善的国家而言。因此，外国法的实践难题源于外国法自身的性质而非冲突规则。外国法是冲突规则指引的对象，如果冲突规则是任意性适用的，确实可以在当事人没有主张适用冲突规则的情形下避开外国法的查明，但这仅仅是回避问题而已，对解决问题本身没有任何贡献。

外国法的实践难题与冲突规则的依职权适用确实紧密关联，但两者是不同层面的问题，完全可以分开处理。^[55] 如果外国法的实践难题在其自身制度范围内无论如何都不能解决，都会损害当事人的程序利益，那么通过扭曲冲突规则的依职权适用性质，借助任意性适用方法回避这一难题，就具有一定的合理性。但是，如果完善外国法查明制度能够在很大程度上有效缓解这一实践难题，那么冲突规则的任意性适用就失去了基础。纵览各国立法和实践，外国法查明无非两种基本模式，即法官查明和当事人证明。^[56] 那么在冲突规则依职权适用的前提下，两种查明模式对于当事人程序利益的保障各是如何的？

如果冲突规则指向外国法，而外国法由法官负责查明，那么相应的劳力和费用自然由法院承担，当事人不会因劳力和费用的问题遭受程序上的不利益。但是，由法院查明外国法，或多或少会延长诉讼时间。在等待法院查明的过程中，如果当事人既不能达成和解，又期待法官尽早作出裁决，那么较之国内民事诉讼而言，当事人确实在时间效率方面遭受了程序上的不利益。基于法官依职权适用冲突规则和主动查明外国法的制度前提，当事人即使请求法官终止外国法的查明程序转而适用法院地法，也不会得到法官的允许。在这种情况下，当事人确实不能自主地摆脱诉讼效率方面的程序不利益。

在冲突规则指向外国法时，如果外国法由当事人负责证明，那么查明的劳力和费用自然由当事人自己承担，至于诉讼时间拖延的长短则取决于当事人证明工作的努力程度。对那些主张适用

[52] 对此问题的推动，在学术界贡献最大的当属英国的 Fentiman 教授。参见前引 [3]，Fentiman 书。

[53] See Fentiman, *English Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, in Symeon C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, 2000, pp. 187-188.

[54] See Zweigert, *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law: What Is Justice in the Conflict of Laws?*, 4 U. Colo. L. Rev. 283, 293 (1973).

[55] 杜涛博士认为，冲突规则的适用模式与外国法的查明模式是一个硬币的两面，外国法的“事实”或“法律”性质决定了冲突规则的适用模式，“事实”性质对应于任意性适用模式，“法律”性质对应于依职权适用模式。参见前引 [16]，杜涛文。但是，外国法的“事实”或“法律”性质只能有限地推导出外国法的查明模式（法官查明抑或当事人证明），而无法推导出冲突规则的适用模式、外国法错误适用的救济方法和外国法无法查明时的法律适用方法等一系列问题。因此，外国法的抽象性质及其所决定的查明方法与其他相关问题是可分离的。详见宋晓：《外国法：“事实”与“法律”之辩》，《环球法律评论》2010年第1期。

[56] 前引 [47]，Hartley 文，第 271 页。

冲突规则以及相关外国法的当事人，这种劳力、费用和时间的耗费是他们自主选择的结果，因此不存在程序利益受损的情形。同理，在当事人因无知、无能或懈怠而没有主张适用冲突规则或相关外国法时，在法官对法律适用进行释明之后，如果他们开始积极主张适用冲突规则并进而主动证明外国法，这种情形亦不会对他们的程序利益构成损害。若当事人不约而同地依据法院地法进行权利主张和抗辩，在法官对冲突规则或相关外国法的适用进行释明之后，如果当事人积极主动地迎合法官的释明，主动证明外国法，那么同样也不会导致当事人的程序利益受损；但是，在法官释明之后，如果当事人对法官的释明无动于衷，仍然希望适用法院地法，而法官此时还要将查明外国法的任务强加于当事人，那么当事人为此所付出的劳力、费用和时间就违背了他们的自由意愿，其程序利益就受到了极大的损害。

为了确保当事人的程序利益，就必须确保当事人在证明外国法事项上的自主选择权利：无论当事人从诉讼一开始就主张适用外国法，还是在法官就法律适用进行释明之后主张适用外国法，他们都可以选择去证明外国法，也可以从一开始就拒绝证明外国法，或者在从事证明一段时间之后放弃证明，并撤回已经提交给法院的部分证明资料。^[57]无论当事人从一开始还是在进行过程中放弃证明外国法，都视为当事人没有证明外国法，法官接下来就应当适用法院地法。^[58]由此可见，只要保障当事人的选择权利，外国法由当事人证明较之由法官查明更能够全面地保障当事人的程序利益。^[59]

据此，在冲突规则依职权适用的制度前提下，当事人一样可以对外国法的证明成本和适用收益进行权衡，享有依据权衡结果作出选择的机会。主张冲突规则的任意性适用，实际上是通过直接赋予当事人对冲突规则适用与否的选择权利，以间接实现当事人对是否证明外国法的选择权利。而主张冲突规则的依职权适用，则可以通过外国法证明的制度安排，直接赋予当事人对是否证明外国法的选择权利。两相对照，任意性适用的方法是迂回的，扭曲了冲突规则本应依职权适用的性质，付出了沉重的代价；而依职权适用的方法正道直行，又不必付出制度扭曲的代价。

从结果上看，如果当事人最终放弃了对外国法的证明，那么无论冲突规则依职权适用还是任意性适用，都导致了同样的结果，即适用法院地法。但是，此时两种适用模式的展开过程却存在实质的不同：在任意性适用的制度下，当事人因无知、无能、懈怠或草率而未主张适用冲突规则的，会错失行使国际私法所赋予其的法律适用权利的机会；相反，在依职权适用的制度下，案件的涉外性质得以真实地展现，法官须慎重考虑冲突规则及相关外国法的适用可能，并通过释明敦促当事人认真对待法律选择问题，当事人得以圆满行使国际私法所赋予他们的法律适用的权利。

诚然，各国最高法院通常拒绝审查外国法的适用。^[60]从表面上看，法官依职权适用国内法，

[57] 事实上，在规定外国法由当事人证明的国家，当事人都享有选择证明或放弃证明的权利。参见前引〔2〕，Lawrence Collins 书，第 255 页以下。

[58] 在当事人不能证明外国法和法官不能查明外国法的情形下，各国一般适用法院地法，我国亦复如此。参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 193 条；《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 9 条第 3 款。

[59] 遗憾的是，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 193 条并没有确立当事人证明模式，而且当事人与法院之间的查明责任不明，构成司法实践中的一大问题。《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 9 条在明晰当事人与法院的查明责任问题上有所进步，但并未确立当事人证明模式。当然，我国若要全面确立当事人证明模式，须以完善我国的专家证人制度为前提条件；另外，为促进区际法律之间的沟通与融合，区际案件所涉域外法应由法官依职权查明。

[60] 详细理由参见前引〔55〕，宋晓文。

当事人最终可以寻求最高法院审查法律适用问题,而相形之下,法官依职权适用冲突规则进而适用外国法,而该外国法的适用问题却无法上诉至最高法院,这岂不是减损了当事人的上诉利益?但是,这种似是而非的指责不能得到认同。各国最高法院因其政治职能和司法职能,普遍拒绝审查下级法院关于外国法的适用,而不管外国法是依职权适用冲突规则所指引的,还是任意性适用冲突规则所指引的。任意性适用冲突规则,并不是说在所有情况下都会适用法院地法,只要当事人提出适用冲突规则或外国法,最后还是很有可能适用外国法。因此,任意性适用冲突规则固然能够扩大法院地法的适用概率,进而扩大一国最高法院审查法律适用的几率,但不能从根本上改变一国最高法院对外国法的态度。

况且,现阶段我国最高法院不同于西方国家的最高法院,常常积极主动地审查下级法院关于外国法的适用,^[61]因此,依职权适用模式减损当事人上诉利益的表面现象在我国并不存在。即使我国最高法院未来将重心转向“疑难案件”或涉及重大政策因素案件的“法律审”,但只要外国法查明制度采取当事人证明模式,最高法院还是可以变相地审查外国法的适用。最高法院虽不宜直接宣布下级法院错误地适用了外国法,但可以宣布下级法院对当事人所提供的外国法的文本材料和解释材料认定有误,从而将外国法的适用错误问题转变为外国法的证明错误问题。后者是国内程序法的问题,最高法院自然可以审查,由此可以实现对错误适用外国法的纠正。

因此,在当事人证明外国法的制度前提下,法官依职权适用冲突规则并不会减损诉讼的程序效率和当事人的程序利益,任意性适用论者的相关指责均不成立。即使在当事人最终放弃外国法证明的情形下,法官依职权适用冲突规则和释明的过程造成了一定程度的程序浪费,但用这点小小的代价换取国际私法对当事人法律适用利益的全面保护,无论如何也够不上是对当事人程序利益的减损。而且,它昭示和指引更多的当事人在未来案件中认真对待国际私法所赋予他们的法律选择的权利,从一开始就积极主张相关冲突规则和准据法的适用,国际私法的目的和宗旨也就最大限度地得到了伸张。如此,法院就可以将个案的纠纷解决和透过个案捍卫法律的整体秩序、发展法律这两个目标完美地统一于涉外民事诉讼之中。^[62]

结 论

国际私法是各国法律体系不可分割的一部分,同等地享有法的尊严和价值,冲突规则应由法官依职权适用。从程序处分权或辩论主义出发的抽象演绎以及对当事人程序利益的现实关怀,都不能证成冲突规则应是任意性适用的。然而程序法之维昭示着,民事诉讼程序的视角必须内在于冲突规则适用模式问题的分析过程中。在规定法官依职权适用冲突规则的同时,必须强化法官对冲突规则以及相关法律适用问题的释明义务;同时,为保障当事人的程序利益,最好由当事人自己负责证明外国法,并保障当事人在证明外国法过程中的选择权利。

法官依职权适用冲突规则并非完全弃当事人法律适用的意愿于不顾,弃当事人对外国法查明成本与外国法适用收益的权衡于不顾,而一味强制性地适用冲突规则所指引的外国法。冲突规则的依职权适用,归根结底近乎一种“程序设计”,其根本的制度功能和目的,是在当事人没有积

[61] 例如,在“富春航业股份有限公司、胜惟航业股份有限公司与鞍钢集团国际经济贸易公司海上运输无单放货纠纷再审案”(最高人民法院民事判决书(2000)交提字第6号)中,最高人民法院对下级法院适用巴拿马海商法进行了审查;又如,在“美国总统轮船公司与菲达电器厂、菲利公司、长城公司无单放货纠纷再审案”(《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第5期,第175页以下)中,最高人民法院对下级法院没有适用美国海上货物运输法和联邦提单法进行了审查。

[62] 关于纠纷解决与发展法律这两大目标在民事诉讼程序法中的关系,参见前引〔30〕,乔罗威茨书,第319页。

极主动地援引冲突规则或相关外国法时，法官对法律适用问题进行释明，敦促当事人对法律适用问题作出深思熟虑的决断，以防止当事人因无知、无能或懈怠而错失了援引冲突规则及其指引的准据法的权利，防止他们因草率而放弃了援引冲突规则及其指引的准据法的权利。冲突规则只有在依职权适用而非任意性适用的情况下，才能最大限度地维护当事人依据国际私法体系所享有的法律适用的权利，从而最大限度地维护当事人在涉外民商事案件中的实体权利。

Abstract: Private international law, an indivisible part of each legal system, should have the same dignity and value as any other legal field. Consequently, conflict rules should be applied by judges *ex officio* rather than at the mercy of the parties. Neither the dispositive principle nor the adversarial principle nor a practical caring for the procedural interests of parties provides a strong argument for the facultative application of conflict rules. From the perspective of procedural law, however, the related rules of civil procedure should be taken into consideration in the analysis of the application mode of conflict rules.

When the conflict rules are applied by judges *ex officio*, it is the judges' responsibility to disclose to the parties any information about the related conflict rules and the applicable law referred to. On the other hand, the parties should bear the duty to prove foreign law. The procedural interests of both parties will be best protected by this approach. The *ex officio* application of conflict rules does not mean any mandatory application of foreign law which conflict rules refer to. This mode does not neglect the will of parties on whether to apply foreign law, nor does it disregard the weighing of the costs and gains of applying foreign law by parties.

The *ex officio* application of conflict rules is proximately a "procedural process". Its crucial function or purpose is that, when conflict rules or the applicable foreign law does not invoked by the parties initiatively, judges will disclose the law application problem to the parties and urge them to think it carefully. Consequently, the parties' right to apply foreign law will not be renounced due to their ignorance, incompetence or negligence. This mode will mostly protect the parties' rights under both international private law and substantive law.

To make it clear to accept the *ex officio* application of conflict rules, which denotes to regard foreign legal systems as equal to ourselves and protect international private law order on conflict law rather than *lex fori*, will serve as a symbol of the magnanimity which China should show to the outside world as a great power.

Key Words: conflict rule, procedural law, application *ex officio*, facultative application
