

论自由裁量主义在冲突法中的渗透

徐伟功

内容提要:传统冲突法多边主义方法的实质,是通过不同的连结点将各类国际民商事法律关系场所化或分配到特定的国家或地区中,最后适用该特定国家或地区的法律规定。这种方法忽视了法官自由裁量权的作用,遭到以美国为首的冲突法学者的尖锐批判。受此影响,各国在冲突法的立法中都赋予了法官一定限度的自由裁量权。自由裁量主义在冲突法中的渗透,成为冲突法立法发展的必然趋势。其渗透的主要方式是采用最密切联系原则,渗透的主要领域是合同和侵权。我们必须正确面对自由裁量主义在冲突法中渗透的现实,在冲突法的立法中适当赋予法官自由裁量权,以应对复杂多变的国际民商事关系。

关键词:自由裁量主义 最密切联系原则 法律适用

徐伟功,中南财经政法大学法学院副教授,法学博士。

冲突法所采取的自由裁量与严格规则相结合的模式,是20世纪冲突法革命后的理性选择。20世纪中后期,美国发生了轰轰烈烈的冲突法革命。欧洲虽然没有美国式的冲突法革命,但进行了一场静悄悄的演变。此后,冲突法理论在世界范围内告别了异彩纷呈但又喧闹混乱的“革命”时期,开始进入相对平静和成熟的发展阶段。与此同时,国际社会掀起了冲突法成文立法的高潮。学者们也开始思考和总结这场理论的革命运动,认为当代冲突法的理论和立法共同表现出来的总体特征是实体取向。当代冲突法的实体取向,是传统冲突法理论与20世纪冲突法的革命理论相互激荡、相互妥协而最终合成的产物。^[1] 进而言之,所谓“冲突法革命”又是严格规则主义和自由裁量主义斗争在冲突法中的反映,是克服法律局限性问题的结果,是自由裁量主义在冲突法中渗透的过程。

一 渗透的历程

冲突法产生于欧洲中世纪,意大利“法则区别说”的形成标志着冲突法的诞生。以巴托鲁斯为代表的后期注释法学家,从自然法的角度出发,希望建立解决法律冲突的普遍规则。他们根据意大利的法律状况,对城邦的法则进行分类,指出不同类型的法则有不同的适用范

[1] 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12及第75-76页。

围,并在此基础上将各城邦的法则区分为两类,即人的法则和物的法则。人法适用于本城邦公民,具有域外效力;物法适用于城邦内的人和物,具有域内效力。意大利法则区别说的核心就是实体规则有其固有的适用范围,通过分析实体规则的适用范围可以决定法律适用问题,从而最终解决多元法律体系之间的法律冲突。^[2] 意大利的“法则区别说”从法律规则到法律事实,为法律规则寻求对应的它所支配的法律事实,也就是说只要区别法则的性质,就能够处理相关的法律问题。这种单边主义的方法一般都拒绝给予法官自由裁量权,法官只需根据规则性质,适用相关法律处理案件。

到了19世纪,“法则区别说”寿终正寝,冲突法进入了立法阶段。19世纪的欧洲大陆基本上处于绝对严格规则主义的时代。此一时期,欧洲大陆法系各国相继制定了一批法典,形成了一场史家所称的法典编纂运动。^[3] 当时冲突法立法的理论基础是萨维尼的法律关系本座说,形成了传统冲突法多边主义方法,其实质是通过不同的连结点,将各类国际民商事法律关系场所化或分配到特定的国家或地区中,最后适用该特定国家或地区的法律规定。这种方法带有明显的形式主义特征,只注重法律选择的过程,没有考虑到案件所适用法律的正当性和合理性。由于受到当时严格规则主义的控制,冲突法立法也涂上了严格规则主义的色彩,追求冲突规范的简单及偏爱单边冲突规范都是严格规则主义影响所致。^[4] 法官的自由裁量权被约束到最小范围,法官的任务仅仅是按照规则规定处理涉外民商事案件。正如庞德所言:“19世纪的法学家曾试图从司法中排除人的因素,他们努力排除法律适用所有的个体化因素。他们相信按严谨机械地建立和实践的封闭的法律体系,在他们看来,在这一封闭的法规体系的起源和运用中承认人的创造性因素,在组构和确立这一封闭的法规体系的制度中承认人的创造性因素,是极不恰当的。”^[5] 法官的自由裁量权之所以在冲突法领域中被限制在极小的范围内,主要是因为资本主义希望用法制克服封建专制国家的最大缺陷——缺乏安全感,因为自由裁量权的行使会破坏法律安全价值,使法律效果与一定行为之间的因果关系的可预见性成为不可能,进而挫伤资本主义市场主体的积极性。

20世纪中后期,冲突法立法走上了严格规则与自由裁量相结合的道路,这种道路的选择主要是为了克服法律的局限性,实现冲突法的实质正义。法律的局限性是法律基于其防范人性弱点工具的特质,在取得其积极价值的同时不可避免要付出的代价,是法律由于其技术上的特点而不能完善地实现其目的的情况,包括不合目的性、不周延性、模糊性和滞后性等。历史上关于如何克服法律局限性问题的种种探讨,无不围绕法(严格规则)与人(自由裁量)两个因素的关系展开。绝对的自由裁量主义使人民失去安全,并破坏法制的统一;而绝对的严格规则主义又使法律陷入僵化而不能满足社会生活的需要,并牺牲了个别正义。因此,人们只得摆脱这两种极端主张而寻求严格规则与自由裁量相结合之路。^[6] 所以,在第一次世界大战以后西方国家就逐渐出现了以反思辨、重经验、重现实为特征的哲学运动,并在第二次世界大战后进入高潮。这场运动的主体是实用主义哲学,其精髓在于“存在就是有用”,如美国大法官霍姆斯所说:“法律的生命不是逻辑,而是经验”。法官不是从法哲

[2] 参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,第24页。

[3] 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第152页。

[4] 参见李金泽:《关于美国现代国际私法中法律选择方法的法哲学思考》,《江苏社会科学》1996年第3期,第37页。

[5] [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,曹玉堂等译,华夏出版社1989年版,第123页。

[6] 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,第133-195页。

学的信条出发,而是从社会实证的社会状况出发,强调法律适用过程的重要性,不注重法规的逻辑运用,而主张在行动中发现和创制法律。^[7]反映到冲突法中,就是自由裁量主义在冲突法中的渗透,即赋予法官以相当大的自由裁量权。美国现代冲突法的变革正是以此为哲学基础,以追求具体正义为根本价值取向。凯佛斯、柯里、里斯、利费拉尔等人的学说无不反映了这一点。欧洲大陆国家也或多或少地受到了影响,在立法中都赋予法官一定的自由裁量权,如1979年《奥地利联邦国际私法法规》、1988年《瑞士联邦国际私法法规》等。我国冲突法立法也在不同程度上赋予了法官一定范围自由裁量权。

二 渗透的方式

综观各国冲突法立法,自由裁量主义在冲突法中渗透的主要方式是最密切联系原则以及选择性冲突规范。但在这两种主要方式中,最密切联系原则不仅作为具体的选择方法,还可以作为立法的指导原则。基于此,本文主要论述最密切联系原则。

最密切联系原则是指法院在审理某一涉外民商事案件时,不按原来单一、机械的连接因素来决定应适用的法律,而是考察并权衡各种相关因素,找出并适用与该案有最密切联系国家的(或地区)的法律。该原则是从美国“奥汀诉奥汀”和“巴布科克诉杰克逊”等案中发展而来,^[8]认为在进行法律选择时,哪一个国家或地区与案件有关的各种因素和当事人有着最密切的联系,就以这个国家或地区的法律作为准据法。^[9]1971年里斯编纂的美国第二次《冲突法重述》(以下简称《第二次重述》)以此为理论根据。至此,最密切联系原则正式确立起来。该原则一经确立,便对冲突法的立法产生了重大影响,被各国冲突法的立法和司法实践广泛接受,并不断加以完善。

可以说,最密切联系原则的产生是自由裁量主义在冲突法中渗透的必然结果,符合当代经济发展的要求。21世纪是以硅、电脑、网络为基础的信息时代。^[10]在新技术革命直接促成的新的世界经济环境下,国际分工和合作不断发展,国际经济贸易规模扩大,速度加快,范围更广。随着网络的应用,整个国际社会的交往愈来愈不受地域的限制,涉外民商事法律关系的主体日趋多元化,各种关系越来越复杂。现代通讯工具、交通工具的广泛使用,不仅使得涉外法律行为的时间流程大为缩短,还使得涉外法律行为的空间地位变得极不稳定。^[11]正因为如此,传统的冲突规则越来越不适应发生了巨大变化的涉外民商事法律关系,而代表着灵活性、公正性(实质上就是赋予法官自由裁量权)的最密切联系原则则成为了那些不满足现状的法学家和法官们相对理性的选择。

法律适用都有正义、安全、效率、灵活、简练、稳定、结果的一致性与可预见性、国际秩序、法院地利益、当事人正当期望等多种价值取向,立法者与司法者都期望每种价值取向的最大化。然而,法律诸价值之间又存在互克性,其中一项价值得到充分体现,肯定会在一定程度上牺牲、否定或侵蚀其他价值。传统冲突法规则具有僵化、机械、呆板的缺陷,只照顾到大部

[7] 参见吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版,第36页。

[8] 参见黄惠康、黄进编著:《国际公法国际私法成案选》,武汉大学出版社1987年版,第325-327、329-332页。

[9] 参见张仲伯:《国际私法学》(第二版),中国政法大学出版社2007年版,第46页。

[10] 参见甄炳喜:《信息革命与资本主义世界经济第五长周期》,《国际问题研究》1998年第2期,第8-13页。

[11] 参见郑自文:《最密切联系原则的哲学思考》,《法学评论》1994年第6期,第33页。

分情况,对特殊情况缺乏变通,因而不能保证个案的公正性,但同时却又代表着稳定性、明确性和可预见性的一面。最密切联系原则克服了传统冲突规则的机械性,具有很强的灵活性,但灵活性既是它的优点,也是它的缺点,因为若无对法官自由裁量权的限制,则法官很容易利用这种权力来适用法院地法,从而极大破坏法律的统一性。受一定限制的最密切联系原则是在法律确定性与灵活性之间所作的一种选择,试图协调国际私法诸价值。赋予法官一定限度的自由裁量权,正是现阶段法律之所需。

最密切联系原则还具有冲突法立法补缺及矫正硬性冲突规则所引起的不合理现象的功能。前者如1979年《奥地利联邦国际私法法规》第1条:“(1)当外国有连结的事实,在私法上,应依与该事实有最强联系的法律裁判。(2)本联邦法规所包括的法律适用规定,应视为体现了这一原则。”^[12] 项规定表明最强联系原则是奥地利冲突法的立法基本原则,该法制定出的各冲突规则都是该原则的具体体现。如果对于某些案件在法律中找不到相应的具体冲突规则,那么最强联系原则就可以从幕后转到前台,转化为一个法律选择方法,直接决定其法律适用。后者如1988年《瑞士联邦国际私法法规》第15条第1款:“根据所有情况,如果案件与本法指定的法律明显地仅有松散联系,而与另一法律却具有更密切联系的关系,则作为例外,不适用本法所指定的法律。”^[13] 此规定将法律选择方法的硬性、软性规定以原则和例外方式有机地结合起来。具体地说,在审理涉外民商事案件时,首先适用现行的具体冲突规则;但若采用现行冲突规则显失公平或不合理,就可以将最密切联系原则作为一种例外来加以矫正。

自由裁量主义在各国立法中渗透的程度不同,最密切联系原则的构造也不一样,主要有三种立法模式:其一为自由裁量式,即重视法官的作用,主张由法官根据各种因素综合分析,找出与案件有最密切联系的法律。其二为规则推定与自由裁量相结合的方式,即推定传统规则指引的法律与案件有密切联系,但根据具体案件,法官有权自由裁量还存在一个与案件有更密切联系的法律,从而对推定规则的机械性予以调节。其三为规则推定式,即推定传统冲突规则所指引的法律与案件有最密切联系,较少赋予法官自由裁量权。

最密切联系原则是为了实现个案公正而给予法官自由裁量权,与传统方法的区别在于它的灵活性和对传统连结点以外因素的考虑,其最突出的优点是其法律运用的灵活性,使法官容易应付各种例外情况,使个案公正得到充分的保障。但是它在很大程度上依赖于法官的分析和判断,给法官以较大的自由裁量权,往往导致法院地法的适用,破坏法制的统一性。所以,各国在采用最密切联系原则时,一般都对此原则所给予法官过大的自由裁量权加以必要限制,使法官自由裁量权在合理的范围内行使。

美国主要是通过列举运用最密切联系原则时所考虑的因素来限制法官的自由裁量权。《第二次重述》第6条第2款列举了所要考虑的七大因素:(1)州际及国际体制的需要;(2)法院地的相关政策;(3)其他利害关系州相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益;(4)对正当期望的保证;(5)特定领域法律所依据的政策;(6)结果的确定性、可预见性和一致性;(7)将予适用的法律易于确定和适用。^[14] 从上下文联系来看,该条款是整个《重

[12] 余先予主编:《国际私法教学参考资料》,中央广播电视大学出版社1986年版,第132页。

[13] 徐冬根等编:《国际公约与惯例》(国际私法卷),法律出版社1998年版,第590页。

[14] 徐冬根等编:《国际公约与惯例》(国际私法卷),法律出版社1998年版,第358页。

述》的中心,确定了“最密切联系”的具体要求,对法官在处理具体案件时确定最密切联系地起指导作用,亦即对法官行使自由裁量权起到必要的限制作用。在前面提到的“巴布科克诉杰克逊案”中就运用了该条例第(2)(3)项标准来确定该案中的最密切联系地。《重述》同时也对确定特定问题最密切联系地时应考虑的连结点给予列举,在一定程度上也限制了法官的自由裁量权。如《重述》第145条列举了侵权行为适用最密切联系原则所要考虑的4种因素;第188条列举了合同适用最密切联系原则所要考虑的5种因素。不过,美国这种列举最密切联系原则所要考虑之因素的做法,虽对法官的自由裁量权起一定的限制作用,但其限制的效果不是很明显。

欧洲大陆国家在接受最密切联系原则时,对于赋予法官较大的自由裁量权持谨慎态度,一般都在立法中加以必要限制。例如,前述1979年《奥地利联邦国际私法法规》第1条首先规定了最强联系原则,以此原则贯穿整个立法过程;接着又规定该法所有冲突规则都体现这一原则,表明了立法者的自信,极大地限制了法官自由裁量权。另外,在确定最密切联系地时,欧洲大陆的“特征履行说”也限制了法官的自由裁量权。特征履行说最初为瑞士学者施尼泽所提出,认为在国际商事合同当事人未选择合同准据法时,应按合同特征履行性质确定合同的法律适用。

美国对自由裁量权的限制过松,而欧洲大陆法系国家的特征履行说对法官自由裁量权的限制则过紧。海牙国际私法会议1985年制定的《国际货物销售合同法律适用公约》(以下简称1985年《海牙公约》)结合了两大法系的限制方法,其第8条第1款规定:如果合同当事人未选择法律,合同受卖方在订立合同时设有营业所的国家法律支配。第2款列举了应适用买方缔约时营业所的国家法律的3种情况。第3款则规定:作为例外,如果根据整个情况,合同明显地与本条第1或第2款规定适用的法律之外的另一法律有更密切的联系,则合同受该另一法律支配。^[15]总的看来,该条第1款、第2款采取了特征履行说,体现了欧洲大陆法系国家的限制性做法,第3款则体现了英美法系国家的灵活性做法。

三 渗透的领域

自由裁量主义在冲突法中渗透主要是在合同和侵权领域。

(一) 合同

确定适用于合同的法律,被认为是冲突法中最复杂、最混乱的领域之一。合同关系具有高度人为的性质,既不像身份关系那样,以血缘和自然作为基础,也不像物权那样具有对特定物直接的、排他的利用和支配关系,以物之所在地为基础,因而往往不容易判定哪一个连结因素具有决定意义。在合同法律适用问题上出现了主观论和客观论以及统一论和分割论的对立。但目前各国基本上是采取主观论和客观论相结合的做法,即首先适用当事人协议选择的法律,在当事人没有选择法律的情况下,适用与合同有最密切联系的法律。也就是说若当事人在合同中没有选择合同所适用的法律,一般都运用最密切联系原则来确定合同的准据法。

关于合同的法律适用,英国采取“合同自体法”理论。在戴赛和莫里斯的《冲突法》第

[15] 参见徐冬根等编:《国际公约与惯例》(国际私法卷),第258页。

10 版中,是这样表述的:“合同自体法”是当事人意欲使合同受其支配的法律,而在当事人无此明示选择,且不能依情况推定当事人选择的意图时,应是那个与合同有最密切、最真实联系的法律。^[16] 对最密切联系原则,有学者加以指责,认为采用最密切联系原则会给法官造成一种错觉,即与合同有密切联系的国家,就是连结因素最稠密最集中的国家,结果使这一方法成了简单的数学计算。况且,如果案件中数个因素均匀地分布在几个国家时,认为某一个或某几个因素高于其他因素,也未免过于武断。再者,它也为法官滥用权力提供了条件,因为既然最密切联系地由法院来确定,那么法官便可以此时强调某一个或某几个因素,而认为甲国是最密切联系地;彼时强调另一个或另几个因素,而认为乙国是最密切联系地,供判断的因素越多,也就越容易掺杂法官的主观的意见。^[17] 虽然存在以上指责,但最密切联系原则在英国合同的法律适用中还是取得了其应有的地位。

美国也是采用主观论与客观论相结合的做法。《重述》第 187 条规定了意思自治原则;第 188 条规定了最密切联系原则,即当事人未作有效选择时的准据法。当事人与合同的某个问题有关的权利义务,适用在该问题上(按照第 6 条规定的原则)与该交易及当事人有重要联系的那个州的本地法。当事人未对法律做有效选择时,适用第 6 条原则以确定准据法时应考虑的联系包括:(1)合同缔结地;(2)合同谈判地;(3)合同履行地;(4)合同标的物所在地;(5)当事人的住所、居所、国籍、公司成立地及营业地。对这些联系将按照其对该特定问题的重要程度加以衡量。以上规定表明,美国实践所确定的最密切联系原则是作为意思自治原则的补充。因该原则赋予了法官很大的自由裁量权,所以有必要在立法中对法官自由裁量权加以限制。限制从两个方面进行:一方面确定了最密切联系原则的指导原则(《重述》第 6 条);另一方面确定了合同最密切联系地所要考虑的 5 个因素。不过,这种单列要素的方法限制力度不大,法官仍然享有极大的自由裁量权,极易导致法院和法官的主观专断。

由于最密切联系原则赋予法官极大的自由裁量权,崇尚法律稳定性的欧洲大陆法系国家难以接受;但随着科学技术、国际经济的发展,又不得不赋予法官一定限度的自由裁量权。欧洲大陆国家在接受最密切联系原则的同时,对其加以了一定程度的限制,主要方法就是采用了特征履行说理论。特征履行说是推定最密切联系地的根据,要求法院根据合同的性质,以何方的履行最能体现合同的特征来决定合同的法律适用。特征履行说是为了防止法官主观臆断,限制其过度行使自由裁量权,克服合同由与其最密切联系的法律支配这种较为空泛的规则所带来的法律适用的不稳定性和不可预见性,而由立法规定何为最密切联系地。在立法中,主要有三种形式:一是根据合同不同的性质,按特征履行确定各种合同的法律适用,如 1926 年《波兰国际私法》。二是首先规定合同适用与之有密切联系的法律,然后规定若干主要合同固定的冲突规则,并认为这些固定规则就是最密切联系原则的具体化,如 1979 年《奥地利联邦国际私法法规》。三是明确在条文中将特征履行一方的法律推定为与合同有最密切联系的法律,如 1988 年《瑞士联邦国际私法法规》。^[18]

以上三种特征性履行的规定方式,实质上就是立法者对法官自由裁量权的不同态度。

[16] [英]J·H·C·莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》,李双元等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 1114 页。

[17] 参见肖永平:《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社 2002 年版,第 199-211 页。

[18] 参见韩德培主编:《中国冲突法研究》,武汉大学出版社 1993 年版,第 252-253 页。

第一种方法极大限制了法官的自由裁量权,在涉外合同当事人没有选择法律时,明确具体规定各种合同的准据法,不给法官自由裁量权留下任何余地。第二种方法对自由裁量权也是持特别谨慎的态度,并没有赋予法官多大的自由裁量权。第三种方法既规定了法官享有自由裁量权,又对其作了必要的限制。笔者认为这种方法最为合理,既不否认自由裁量权的作用,也不过分夸大自由裁量权的作用,把法官的自由裁量权限制在合理范围之内,达到了法律的稳定性与变动性的有机统一。

(二) 侵权

侵权行为传统的冲突规则主要是侵权行为适用侵权行为地法。这是古老的冲突法原则“场所支配行为”在侵权领域的具体化。“侵权行为地法,乃是国际私法最早确定的原则之一。”^[19]20世纪50年代以前,该原则一直在起作用。究其原因,主要是该原则具有简单、确定与结果可预见性的特点。

第二次世界大战以后,现代科学技术广泛应用于商品生产、交通运输、新闻出版等行业,涉外交通事故层出不穷,国际诽谤案件屡见不鲜,跨国界的不正当竞争时有发生,都使得传统的侵权行为准据法理论显得软弱无力,无法公平合理地解决国际侵权行为诉争。主要表现在:第一,侵权行为地作为连结因素的偶然性不断增大,作为连结点的价值日趋下降,若所有的侵权案件都适用侵权行为地法,会导致在某些案件中出现不公正的结果,这在交通设施意外事故中尤为明显。第二,对侵权行为地的认定有着技术上的困难。例如,某商品在A国生产,B国登记专利,C国销售,D国使用,E国发生损害,侵权行为地不易确定。第三,当侵权行为发生于公海、公空时,适用侵权行为地法成为不可能。第四,该原则过分强调了法律的属地性,忽视了法律的属人性,常常使判决结果可能与普通常识有违。第五,由于科技发展,侵权案件种类日趋繁多,用一种冲突规则来处理复杂的侵权案件,显得力不从心,没有针对性。

传统规则的简单、确定及结果可预先性等特点不能抛弃,但对其僵硬性、不灵活性必须加以改造。发造方法便是引入法官自由裁量权,对其进行软化处理,于是出现了“侵权行为自体法”(最密切联系原则)理论。侵权行为自体法,主要是指侵权行为应适用与侵权案件有密切联系的法律。该理论是英国学者莫里斯在1951年发表的《论侵权行为的自体法》一文中提出的。他认为尽管大多数情况下,仍然有适用侵权行为地的必要,但是应该有一个足够广泛而且足够灵活的冲突规范,以使其能顾及种种例外情况。^[20]侵权行为自体法是对侵权行为地法、法院地法、当事人本国法等准据法的糅合,其并不排除侵权行为地这一因素的考虑,但改变了对侵权行为地这一连结因素的考虑角度,即从地理环境的角度转变到社会环境的角度,亦即引入了人的因素。法官在审理涉外侵权案件中享有一定限度的灵活性,从而完成了对传统规则的扬弃。所以,该原则自提出以来,得到了相当程度的国际承认。

20世纪50年代后期至70年代初的美国冲突法变革也正是从侵权法领域首先掀起来的。这场“变革”的结果便是产生了《第二次重述》。该《重述》是当代美国国际私法演变的一面镜子,其成功之处在于以最密切联系原则代替早先的“既得权”学说,其在侵权行为的法律适用方面也采用最密切联系原则,亦即采用“侵权行为自体法”作为法律适用原则。《重

[19] [法]巴迪福:《国际私法各论》,曾陈明汝译,正中书局1979年版,第225页。

[20] 参见 Morris, *Conflict of Laws*, Stevens and Sons, 1984, p. 310。

述》第 145 条规定：“(1)对有关侵权行为当事人的权利和义务，依第 6 条的原则，应适用与侵权行为事件当事人的有最重要联系的那个州的实体法。(2)在依据第 6 条原则决定应适用的法律时，应当加以考虑的因素有：1)损害发生地；2)加害行为发生地；3)当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和营业地；及 4)当事人之间有联系时其联系最集中的地方。上述因素是按其对特定问题的重要程度加以衡量。”^[21]这样规定，就赋予法官极大的自由裁量权，何为最密切联系地完全由法官主观判断。奥地利、土耳其等国以及一些国际公约纷纷采取此学说，主要因为该学说以较具弹性的“侵权行为自体法”取代刚性的“侵权行为地法”，符合国际私法选择准据法的原则——以最适当国家的法律作为案件的准据法。侵权行为自体法可补救刚性原则之弊，赋予法官较多的自由，以寻求最公平、合理的准据法。

1984 年，英国法律委员会和苏格兰法律委员会的联合工作小组就侵权行为的准据法问题提出一个报告，并提出了两个新的侵权行为准据法模式。^[22]模式一以侵权行为地法为主，辅之以最密切联系原则。在此模式中，以传统规则作为主导，并固定了侵权行为的连结因素，避免了侵权行为地常遭非议的不确定性，发扬传统规则的稳定性，同时又采用最密切联系原则，赋予法官一定限度的自由裁量权，以应付各种个案的特殊情况，重视了法律的灵活性。模式二完全采纳最密切联系原则，但对该原则赋予法官较大自由裁量权进行钳制，钳制的方式就是对几种侵权行为的最密切联系地作了推定。通过这种作法，就在很大程度上克服了最密切联系原则的不确定性。这种模式比美国 1971 年第二次《冲突法重述》用列举因素的方法来钳制最密切联系原则的不确定成分更为成功，因为开清单的做法并不能有效地约束最密切联系原则的不稳定性。上述报告直接影响了英国侵权准据法的立法。1995 年《英国国际私法(杂项规定)》第 11 条(准据法的选择：一般规则)规定：(1)一般规则是准据法乃导致侵权或不法行为之事件发生地国家的法律。(2)如此类时间的某些因素发生在不同国家，依一般规则准据法应为：1)对导致个人人身伤害或因人身伤害而造成死亡所提起的诉讼，乃该个人遭受伤害地法；2)因对财产损害而提起的诉讼，乃财产遭受损害时所在地法；及 3)在其他案件中均适用最密切联系地之法律。该法第 12 条(准据法的选择：对一般规则的取代)规定：在所有的情况下，经比较把侵权或不法行为依上述一般规则应适用其法律的国家相联系的因素的重要性和任何把侵权或不法行为与其他国家相联系的因素的重要性，如果在实质上更适合于适用来解决案件中的问题或任何此类问题的，应是该其他国家的法律的，则一般规则应被取代，而适用该其他国家的法律来解决(案件可能发生的)所有问题或某个问题。该法的规定实际上就是采用上述模式一的做法。

四 对中国的影 响

自由裁量主义在冲突法中的渗透同样也影响了我国冲突法的立法。我国现行法律法规以及最高人民法院的司法解释中在许多方面都给予了法官一定的自由裁量权。

关于中国冲突法的法律文件主要有 1986 年《中华人民共和国民法通则》(以下简称

[21] 参见徐冬根等编：《国际公约与惯例》(国际私法卷)，第 381 页。

[22] 参见英国两法律委员会联合工作小组：《国际私法：侵权行为和不法行为的法律选择》，第 263 - 265 页。转引自肖永平：《中国冲突法立法问题研究》，武汉大学出版社 1996 年版，第 326 - 327 页。

1986《民法通则》)、1988年的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)、1992年《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)、1995年《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)、1999年的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)以及2007年《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》(以下简称《规定》)。这些法律法规规定的自由裁量权条款表现为层次多、范围广两大特征。不仅在《民法通则》一般法中有所规定,而且在《合同法》、《海商法》、《票据法》等特别法中也有规定,如《合同法》第126条、《海商法》第269条。同时在司法解释中也有规定,如《意见》第182条、第183条、第185条及第187条以及《规定》第5条。

关于合同的法律适用,《民法通则》第145条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”《合同法》第126条、《海商法》第269条也都作了类似规定。这几条规定表明,我国涉外合同的法律适用首先采用意思自治原则,在当事人没有选择法律时,采用最密切联系原则;何为最密切联系国家的法律需由法官自由裁量。这样规定过于简单,法院在适用时享有太大的自由裁量权,会造成在适用时无所适从,破坏法律的统一性。应该对该规定所赋予法官过大的自由裁量权进行适当钳制,钳制的方法不妨借鉴1988年的《瑞士联邦国际私法法规》和1985年的海牙《国际货物销售合同法律适用公约》中的有关规定。

关于扶养的法律适用,《民法通则》规定适用与被扶养人有最密切联系的国家法律,意在强调保护弱方当事人的利益。但是,该条赋予了法官太大的自由裁量权,没有钳制机制,故在《意见》中进行解释:“父母子女相互之间的扶养,夫妻之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养,应适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养人的财产所在地,均可视为与被扶养人有最密切的联系。”该解释用简单列举方式确定最密切联系地的考虑因素,一定程度上限制了法官的自由裁量权。

除了上述领域外,《意见》第182条、第183条及第185条还对国籍积极冲突的解决、住所的积极冲突的解决、营业所的积极冲突的解决采用了最密切联系原则。这种做法符合现代冲突法的发展趋势,理应在今后的冲突法立法中上升为国家立法。

以上分析表明,我国冲突法有关自由裁量权条款的规定,有其合理之处,但整体水平还不高,法官自由裁量权规定模糊、过大,且多规定在司法解释中,没有上升为一般立法。另外,许多领域如信托都没有加以规定,形成了立法上的真空。这种现状已不适应中国对外开放的需要。我们必须正确地面对现实,在未来冲突法的立法中适当赋予法官一定限度的自由裁量权,以应对复杂多变的国际民事关系。

第一,将最密切联系原则作为法律适用的基本原则,指导我国冲突法的立法。具体条款可以这样行文:“(1)本法所规定的法律适用具体规则,应认为体现最密切联系原则。(2)根据所有情况,若案件与本法所指定的法律联系并不紧密,而与另一项法律的联系明显地更为密切的,即可作为例外,不适用本法所指的律。(3)若本法没有规定,则直接适用与该民事关系有最密切联系的国家法律。”第1款是一般性的规定,表明了法律适用是基于萨维尼模式,也即依每一法律关系的本座决定该法律关系所应适用的法律。萨维尼所称之“本座”,可理解为与每一法律关系有最密切联系的地域或国家,所以他的学说实际上主张对每一类法律关系应适用与之有最密切联系国家的法律。第1款如此规定,是把冲突法稳定性、

结果的可预见性价值放在首位。第2款是一例外条款,借鉴了1988年《瑞士联邦国际私法法规》,赋予法官一定限度的自由裁量权,引进了一些灵活性,法官可以根据具体情况,适用与案件有最密切联系国家的法律,避免适用硬性规定所导致的对案件当事人不公平的结果。适用例外条款必须有两个条件:一是案件与被指定的法律联系不紧密;二是案件与另一法律之间有密切得多的联系存在。第3款规定则起到补充立法不足的作用。

第二,整合现有的立法规定,借鉴《中华人民共和国国际私法(示范法)》(以下简称《示范法》),^[23]制定符合我国实际情况的具体自由裁量权条款。将《民法通则》第145条、《合同法》第126条以及《规定》中的条款进行调整,纳入到新的立法中;将《意见》第182条、第183条、第185条及第187条等上升为国家立法。《示范法》规定最大的特点就是最密切联系原则的广泛运用。《示范法》第14条关于公共秩序保留制度的规定、第60条关于国籍冲突解决的规定、第62条关于住所冲突解决的规定、第64条关于营业所冲突解决的规定、第91条关于信托的法律适用的规定、第101条关于合同法律适用的规定、第113条关于侵权行为的法律适用的规定以及在婚姻家庭里关于弱者权利保护的规定,都可以经过适当的修改,被新的立法吸纳。^[24]

[Abstract] The essence of multilateral approach adopted by traditional conflict of laws is to localize various international civil and commercial relationships through different links or allocate them to a certain state or region, and ultimately apply the law of that state or region. Such approach overlooks the role of judicial discretionary power, and therefore, is sharply criticized by scholars of conflict of laws, particularly in the USA. Influenced by the ideas embodied in the revolution of conflict of laws, the discretionary power of judges has been established in legislation of various states. The gradual penetration of discretionary power has become an inevitable trend in the law-making in conflict of laws, with the principle of proximate relationship as the main pattern and the contract and torts as the main subjects. At present, the legislation of conflict of laws in China is at its critical moment. We, therefore, need to correctly face the reality of this trend, to confer discretionary power on judges in the legislative efforts in the area of conflict of laws, so as to be able to cope with the complex and changing international civil and commercial relationships.

(责任编辑:廖凡)

[23] 《中华人民共和国国际私法(示范法)》是中国国际私法学会制定的民间立法,其第六稿在2000年由法律出版社出版。

[24] 需要指出的是,在2002年《中华人民共和国民法》(草案)第九编涉外民事关系的法律适用法中关于自由裁量条款的规定,与《示范法》的规定基本一致。