

冲突法中自由裁量权的自由与限制

——《法律适用法》生效前后之对比

张美红

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 法官自由裁量权对于案件的公正审理、实现实质正义具有极其重要的作用。我国冲突法在保持传统冲突法形式正义价值取向的同时,又对其独尊形式正义的偏颇进行了合理的修正,这种情形在立法上表现为既赋予法官行使自由裁量权的自由,同时又对其进行合理的限制。本文以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)的生效为时间界限,从自由和限制两个方面分别对该法以及该法生效之前我国冲突法中关于法官自由裁量权的规定进行介绍、分析和评析,指出《法律适用法》赋予法官自由裁量权的自由更为广泛,对其限制更为合理,体现了我国冲突法在追求形式正义和实质正义之平衡的道路上又取得一定的进步。文章最后还针对《法律适用法》的缺陷提出了完善建议。

关键词: 最密切联系原则; 特征性履行说; 自由裁量权; 冲突法

中图分类号: DF972 文献标识码: A DOI: 10.3969/j.issn.1008-4355.2011.06.09

弗里伊德认为,“裁量通常是指受某规则管辖的某人有权在几种可采取的行为中作选择。”^[1]沃克在《牛津法律大辞典》中将法官自由裁量权(discretionary power)界定为“酌情作出决定的权力,并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官的权力或责任,使其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。”^[2]可见,法官自由裁量权是由法律授予的,其行使要受到一定的限制,并且其行使的目的

是为了实现公平、公正和正义。

世界上任何法律制度都存在着或大或小的自由裁量权,主要源于两个方面的原因:一是规则本身需要自由裁量作有益的补充。在人类社会的历史上,每一个政府和法律制度都会涉及规则和裁量。任何法律规则都不可能穷尽所有的事项。在没有规则或规则不完备的情况下,裁量的存在尤其必要。二是自由裁量有助于实现个别正义,即实质正义。法律规则的目标是实现一般正义,即形式正义。立法者在制定法律时,关注的往往是社会的普遍情况或典型情况,但是具体情况总是非典型的,因此,法律在实现形式正义时,可能会丧失实质正义。为了实现实质正义,必须引入裁量因素。

但另一方面,裁量权既可能失之宽泛,也可能失之狭隘。倘若过于宽泛,就会导致法官权力的滥

收稿日期: 2011-09-15

作者简介: 张美红(1973-),女,安徽蚌埠人,厦门大学法学院国际法学专业博士生,安徽财经大学法学院讲师。

用,不仅会破坏形式正义的价值取向,而且实质正义也难以实现;倘若过于狭隘,虽然维持了形式正义的价值取向,但却难以实现实质正义。

如所周知,形式正义与实质正义共同构成法的本体正义,冲突法也不例外,二者是对立统一的关系^①。忽视任何一种正义都有失偏颇。鉴此,要确保冲突法正义价值目标的充分实现,必须努力达成形式正义与实质正义之间的平衡。这就要求冲突法既要赋予法官一定的裁量自由,同时又要对其进行合理的限制。但无论如何,法官自由裁量权的大小抑或有无,都会通过法律规范的形式表现出来。

我国冲突法虽然起步较晚,但起点较高。为了实现实质正义,我国冲突法的许多领域都引入了法官自由裁量权,同时,为了防止因法官自由裁量权的滥用导致对形式正义的破坏,我国冲突法也对其进行一定的限制。本文以《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)的生效为时间界限,分析介绍该法以及该法生效之前我国冲突法中有关法官自由裁量权行使的自由与限制,并对其进行深入的评析。

一、《法律适用法》生效之前冲突法中自由裁量权的自由与限制

在我国《法律适用法》生效之前,我国冲突法在许多方面赋予了法官一定程度的裁量自由,同时又对其进行了必要的限制。

(一)《法律适用法》生效之前我国冲突法中法官行使自由裁量权的自由

在我国《法律适用法》生效之前,一些相关法律法规以及最高人民法院的司法解释^②都在许多方面赋予了法官一定程度的自由裁量权。法官行使自由裁量权的自由主要体现于合同、扶养、国籍、住所、营业所和侵权等领域,其行使自由裁量权的途径主要通过最密切联系原则^③和选择性冲突规范。

1. 法官通过最密切联系原则行使自由裁量权,其自由的范围主要涵盖合同、扶养、国籍、住所、营业所等领域

在合同领域,关于合同的法律适用,我国《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。”我国原《涉外经济合同法》第5条、《合同法》第126条、《海商法》第269条都作了类似的规定。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。

在抚养领域,关于扶养的法律适用,我国《民法通则》第148条规定“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”

除合同和扶养领域外,关于国籍、住所和营业所的积极冲突的解决,我国立法者也是通过规定最密切联系原则的方式给予法官裁量自由:

第一,关于国籍的积极冲突的解决。1988年最高人民法院《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》(以下简称《意见》)第182条规定“有双重或者多重国籍的外国人,以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。”

第二,关于住所的积极冲突的解决。《意见》第183条规定“当事人的住所不明或不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住

^① 在冲突法的价值取向中,形式正义与实质正义共同构成冲突法的本体正义,二者是对立统一的关系。冲突法的形式正义是指冲突规则本身在适用过程中涉及的公正问题,主要是指应依适当的空间连接点的指引,选择与跨国民事关系在空间上有最密切联系的国家的法律,其强调冲突规则适用的一致性、普遍性和稳定性;冲突法的实质正义是指按照冲突规则援引的民商实体法适用之结果,应公正地调整当事人之间的跨国民事权利义务关系,其强调冲突规则适用的灵活性。

^② 这些相关法律法规和司法解释主要有:1986年《中华人民共和国民事诉讼法》、1992年《中华人民共和国海商法》、1995年《中华人民共和国票据法》、1999年《中华人民共和国合同法》;1988年最高人民法院《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》、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》、1987年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》。

^③ 最密切联系原则是指法院在审理某一涉外民事案件时,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(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,其后在世界上绝大多数国家的合同法领域都规定了最密切联系原则。(详见:黄惠康,黄进.国际公法国际私法成案选[M].武汉:武汉大学出版社,1987:325-327,329-332.)

所。”

第三 关于营业所的积极冲突的解决。《意见》第 185 条规定“当事人有二个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准。”

2. 法官通过选择性冲突规范行使自由裁量权,其自由的范围主要是侵权法律适用领域

迄今为止,在我国国际私法立法及司法解释中,仅发现一条选择性冲突规则,即侵权领域关于侵权行为地的认定。1988 年《意见》第 187 条规定:“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用。”^①

不过值得注意的是,除了在上述具体法律适用领域赋予法官自由裁量权之外,我国冲突法中的几种基本制度并没有充分发挥自由裁量权的作用。例如,关于识别问题,我国立法尚无明确规定,虽然在实践中以法院地法为主要依据。又如关于反致,虽然 1987 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解答》(以下简称《解答》)明确规定反对反致^②,但该司法解释已经失效,而且主要针对合同领域,并没有明确在其他领域的情况。再如关于公共秩序保留,1986 年《民法通则》第 150 条和 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》第 268 条虽有明确规定,但总体影响力不大,没有达到其应有的地位。

我国《法律适用法》生效前,除了相关法律法规以及最高人民法院的司法解释中赋予法官程度不同的自由裁量权之外,还有一部民间国际私法法典——《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)不容忽视。该《示范法》开创了我国民间立法之先河,是在总结我国国际私法的立法经验,并在吸取外国国际私法先进立法经验的基础上制定出来的。该《示范法》在管辖权和法律适用方面都适当地给予了法官自由裁量权^③,对中国未来国际私法的国家立法起着借鉴作用。

综上所述,在《法律适用法》生效之前,我国冲突法在某些领域赋予了法官一定的自由裁量权,以期实现实质正义的价值目标。但是,如果要使法官自由裁量权行使的结果既能实现实质正义又不偏

离形式正义,必须对其进行合理的限制。因为:

第一 权力具有扩张性。自由裁量权作为法官在司法审判活动中运用的一种权力,对于案件的公正审理具有极其重要的作用。但自由裁量权作为一种司法权力,与其他权力一样,“在它未受到控制时,可将它比作自由流动、高涨的能量,其效果往往具有破坏性。”^[3]权力的无限扩张必然损害权利,也不可避免地产生“权力制约”,正如孟德斯鸠在其《论法的精神》中指出的那样“一切有权力的人都易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^[4]

第二 法官具有主观上的局限性。法官毕竟是主观的“动物”,其价值观和法律观要受到一定政治、经济、文化和社会环境的影响,赋予法官较大的自由裁量权,其结果往往违背立法者的初衷,不仅形式正义遭到破坏,就连实质正义的目标也大打折扣。

鉴此,现代冲突法一方面赋予法官一定的自由裁量权,另一方面又对其进行合理的限制,以使法官的自由裁量权沿着形式正义和实质正义平衡的轨道运行。我国冲突法也不例外。

(二)《法律适用法》生效之前我国冲突法中法官行使自由裁量权的限制

在我国《法律适用法》生效之前,对法官自由裁量权的限制主要表现为合同领域的特征性履行说^④、扶养领域的简单列举方法等。

1. 通过特征性履行说规定法官行使自由裁量

^① 2011 年 4 月 1 日起施行的《法律适用法》第 44 条规定“侵权责任,适用侵权行为地法律,但当事人有共同经常居所地的,适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后,当事人协议选择适用法律的,按照其协议。”

^② 1987 年《解答》第 2 条第 5 款规定“当事人协议选择的或者人民法院依照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律,是指现行的实体法,而不包括冲突规范和程序法。”

^③ 详见《示范法》第 14 条、第 50 条、第 51 条、第 52 条、第 60 条、第 62 条、第 91 条、第 101 条、第 112 条、第 137 条、第 140 条。

^④ 特征性履行说(characteristic performance),又称特征性履行原则或特征性债务原则(the doctrine of performance, the doctrine of characteristic obligation),它由瑞士学者施耐策(Schmitzer)提出,是用来确定最密切联系地的一种方法。其基本含义是指在涉外合同当事人未选择合同的法律适用时,根据合同的特征性履行性质来确定合同法律适用的一种理论和方法。其目的是与最密切联系原则相结合,克服最密切联系原则在实践中的盲目性,使合同准据法的确定具有确定性和可预见性。这是大陆法系国家在接受最密切联系原则时所采取的限制法官自由裁量权的一种措施。(参见:丁伟. 国际私法[M]. 上海:上海人民出版社,2004: 301.)

权的限制

由于“最密切联系原则”起源于美国现代冲突法,囊括了诸多的美国现代法律选择方法,其考量因素的庞杂性往往带来法律适用的过度繁琐以及难以驾驭;同时在自由裁量时各取所需的结果,容易造成该原则的滥用^[5]。因此,有必要对法官自由裁量权予以限制。欧洲大陆国家在确定最密切联系地时,是通过“特征性履行说”来限制法官的自由裁量权的^[6]。我国也是通过特征性履行说规定法官行使自由裁量权的限制,其主要体现于合同领域:

1987年《解答》中对最密切联系原则的运用比较合理。《解答》第2部分第(6)项首先规定“如果当事人未选择合同所适用的法律时,对于下列涉外经济合同,人民法院按照最密切联系原则确定所适用的法律,在通常情况下是:……。”这样,在涉外经济合同领域就确立了最密切联系原则的补缺性功能地位,接着为了防止法官享有过分的自由裁量权,又运用特征性履行说对法官判断合同的最密切联系地进行限制,明确规定了13类合同的最密切联系地。例如,“保险合同,适用保险人营业所所在地的法律。”最后因担心规定得太死,又确立了最密切联系原则的矫正功能,即以“但书”的形式规定:“但是,合同明显地与另一国家或地区的法律具有更密切的联系,人民法院应以另一国家或地区的法律作为处理合同争议的依据。”^①

随着我国《合同法》的生效,原来的《涉外经济合同法》、《解答》也随即失效,有关合同法律适用部分的规定也失效。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法律适用若干问题的规定》(以下简称《规定》)使合同的法律适用具有很强的操作性^②,一定程度上弥补了《解答》失效带来的问题。但正如《解答》一样,它只是司法解释,法律效力低,还有待上升为一般法律。

2. 通过简单列举方式确定最密切联系地的考量因素,对法官行使自由裁量权进行限制

在扶养领域,关于扶养的法律适用,我国《民法通则》第148条规定“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”该条规定意在强调保护弱方当事人的利益,实现实质正义,符合国际私立法

法潮流。但是,该条赋予法官太大的自由裁量权,没有限制机制,在实践中极易导致法官权力的滥用。故在《意见》第189条对该条文作了如下解释:“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,在一定程度上限制了法官的自由裁量权。

除合同和扶养领域外,对于国籍、住所、营业所等领域法律冲突的解决,尤其是对于侵权行为地的认定,我国立法者赋予了法官较大的自由裁量权,因此,也有必要对其进行一定的限制。

综上所述,在《法律适用法》生效之前,我国冲突法并没有一味推崇传统冲突法形式正义的价值取向,而是对其进行了一定的修正,将实质正义也作为冲突法的价值取向。修正的途径便是在冲突法的某些领域赋予法官一定的自由裁量权,同时又对其进行必要的限制,力图实现实质正义与形式正义之间的平衡。但从总体上看,这时的冲突法的价值取向还是偏向形式正义的,法官行使自由裁量权的自由还是有限的。实质正义与形式正义之平衡目标远没有实现。

二、《法律适用法》中自由裁量权的自由与限制

2011年4月生效的《法律适用法》作为我国第一部关于国际私法方面的单行法,在赋予和限制法官自由裁量权方面,与我国之前的冲突法立法相比,呈现出许多变化。这种变化主要体现在该法关于最密切联系原则的地位的规定和保护弱者利益原则的引入。

^① 1987年《解答》第5条首先规定“当事人未选择合同争议应适用的法律的,适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。”接着运用特征性履行方法明确规定了17类合同的最密切联系地,最后又以“如果”的形式规定“如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的,适用该另一国家或者地区的法律。”

^② 《规定》第5条对与17类合同有最密切联系的合同加以明确规定,对法官自由裁量权予以合理的限制,同时又以“但书”的形式对这些硬性规则进行了矫正,使其保有一定的灵活性。

(一) 通过在总则和分则中规定最密切联系原则赋予法官行使自由裁量权更广泛的自由

1. 总则中关于法官行使自由裁量权的自由

我国《法律适用法》在总则中确立了最密切联系原则的补缺性功能地位,赋予法官更广泛的行使自由裁量权的空间。《法律适用法》第2条第2款规定“本法或者其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”

由于传统上我国立法者深受大陆法系国家和萨维尼“法律关系本座说”的影响,在制定冲突规则时,比较重视法律适用的稳定性和普遍性,即崇尚形式正义。但过分尊崇形式正义会导致法律适用的机械性和僵硬性,难以实现实质正义。

《法律适用法》第2条第2款虽然只是将最密切联系原则作为一项对我国国际私法中具体冲突规则的补缺性原则,但作为一条总则性规定,它赋予了最密切联系原则以突出的地位,使法官在民事关系法律适用领域行使自由裁量权方面有更大的自由空间。

此外,最密切联系原则还体现于总则中的第6条,其规定“涉外民事关系适用外国法律,该国不同区域实施不同法律的,适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”这说明了《法律适用法》在区际冲突规范与准据法的确定上也引入了最密切联系原则。

2. 分则中关于法官行使自由裁量权的自由

除总则外,最密切联系原则还体现于分则中的国籍、有价证券以及合同等法律适用领域。

关于国籍的法律适用,《法律适用法》第19条规定“依照本法适用国籍国法律,自然人具有两个以上国籍的,适用有经常居所的国籍国法律;在所有国籍国均无经常居所的,适用与其有最密切联系的国籍国法律。自然人无国籍或者国籍不明的,适用其经常居所地法律。”

关于有价证券的法律适用,《法律适用法》第39条规定“有价证券,适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。”

关于合同的法律适用,《法律适用法》第41条规定“当事人可以协议选择合同适用的法律。当

事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”

在这些条款中,我国立法者通过规定最密切联系原则赋予法官一定的裁量自由,体现了自由裁量对严格冲突规则的修正,避免了我国冲突法一味追求形式正义、忽视实质正义的弊端。

(二) 通过继续保留特征性履行说以及在相关领域引入保护弱者利益原则,对法官自由裁量权进行合理的限制

在合同法律适用领域,《法律适用法》依然保留了之前的特征性履行方法对法官自由裁量权予以限制,在此不再赘述。

对弱者利益予以保护是现代冲突法的价值内核。现代国际私法一般将消费者、雇员、儿童、被扶养人、被监护人、承租人、托运人等视为社会弱者,大多数国家的国际私法立法都将保护弱者利益的原则作为对法官行使自由裁量权的限制。其目的是为了实现在社会公正,也是冲突法追求实质正义价值取向的体现。

我国《法律适用法》在父母子女关系、抚养、监护等法律适用领域规定了保护弱者利益原则,对法官自由裁量权进行合理的限制,体现了我国冲突法追求形式正义与实质正义之平衡的价值取向。

在父母子女关系的法律适用方面,我国《法律适用法》第25条规定“父母子女人身、财产关系,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律。”该条款前半部分“父母子女人身、财产关系,适用共同经常居所地法律”体现了法律适用的稳定性、一致性,有利于实现形式正义的价值取向;后半部分“没有共同经常居所地的,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律”既赋予法官一定的裁量自由,使法官有权在“当事人经常居所地法律”和“国籍国法律”中进行选择,同时又对法官的这种选择自由予以合理的限制,规定所选择的法律必须是“有利于保护弱者权益的法律”,既保持了法律选择的稳定性,又具有一定的灵活性,使冲突法的价值取向在形式正义与实质正义之间达

到了平衡。

在扶养、监护法律适用领域,《法律适用法》第29条规定“扶养,适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律。”第30条规定“监护,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护被监护人权益的法律。”

综上所述,我国《法律适用法》通过最密切联系原则在总则中的引入和在分则中的具体规定,又在分则的有关条款中规定了有利于保护弱者利益的原则,既赋予法官在司法活动中一定的自由裁量权,以期实现实质正义的价值目标;同时为了防止法官权力滥用导致形式正义的缺失,又对法官的自由裁量权予以合理的限制,使我国《法律适用法》在一定程度上实现了形式正义与实质正义的平衡。这表明,随着涉外民事关系的不断发展,我国冲突法也越来越具有进步性。

三、对冲突法中关于自由裁量权规定的评析

(一)对《法律适用法》生效之前我国冲突法中关于法官自由裁量权规定的评析

如上所述,我国冲突法虽然起步较晚,但起点很高。通过既赋予法官行使自由裁量权的一定自由,同时又对其进行必要的限制,力图实现冲突法价值取向中实质正义与形式正义之间的平衡,符合现代国际私法的立法潮流。但笔者以为,还存在着以下一些缺陷:

1. 赋予法官自由裁量权的自由有限

第一,最密切联系原则并没有成为我国冲突法立法的基本原则。我国冲突法虽然通过最密切联系原则赋予法官一定裁量的自由,但是这种裁量权的自由行使仅仅局限于合同、扶养、国籍、住所、营业所等领域,并没有覆盖更广的范围。我国冲突法并没有将最密切联系原则上升为我国立法的基本原则,从这种意义上说,其赋予法官的自由裁量权并不广泛。

当前随着对外经济、民事交往的日益扩大,新的涉外民事关系将不断出现,我国冲突法不可能处处为其预备相应的法律适用规则。在这种情形下,

有必要将最密切联系原则确立为我国冲突法立法的基本原则,赋予法官更大的裁量自由,由法官根据实际情况选择适当的准据法,对案件作出公正的审理。已有国家将最密切联系原则规定为国际私法立法的基本原则,如奥地利。^①

第二,选择性冲突规范数量少。如上所述,在我国《法律适用法》生效之前,在我国国际私法立法及司法解释中,仅发现一条选择性冲突规范,即关于侵权行为地的认定。在其他领域,我国冲突法没有规定更多的选择性冲突规范,限制了法官灵活运用法律公正地处理案件。

今后,对于同一类涉外民事关系,如在立法时难以在两个或两个以上连结点之间作出取舍,则应尽可能把它们制定成选择性冲突规则,从而给法院留出更大的可自由裁量的空间,以便依个案作出恰当的法律选择^[7]。

2. 对法官行使自由裁量权的限制规定不完善

第一,有些领域没有规定法官行使自由裁量权的限制。这主要是指国籍、住所、营业所等领域,尤其是关于侵权行为地的认定,我国立法者赋予法官较大的自由裁量权。如关于侵权行为地的认定,《意见》第187条规定人民法院可以选择适用,即人民法院可以选择侵权行为实施地的法律,也可以选择侵权结果发生地的法律。这种选择是任意的,完全凭法官的主观臆断和自由裁量,显然对当事人可能造成不公正、不合理的结果。所以,对该条规定法官过大的自由裁量权应适当加以限制,可以将选择对受害人最有利的法律作为法官行使自由裁量权的限制。

第二,没有将有利于保护弱者利益的原则明确规定为一种对法官行使自由裁量权的限制。如上所述,关于扶养的法律适用,我国《民法通则》第148条规定了适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。随后,《意见》第189条又对与被扶养人有最密切联系地进行了推定,规定“扶养人和被扶养人

^① 1979年《奥地利联邦国际私法法规》第1条规定:(1)与外国有连接的事实,在私法上,应依与该事实有最强联系的法律裁判。(2)本联邦法规所包含的法律适用规定,应视为体现了这一原则。”这项规定表明最强联系原则是奥地利冲突法立法的基本原则,该法规定的各种冲突规则都是该原则的具体体现。

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。”该条规定虽然在一定程度上限制了法官的自由裁量权,但是法官仍然可在如此多的最密切联系因素中拥有较大的裁量自由,其结果仍有可能导致案件审理的不公正。理想的方法应将选择对被扶养人最有利的法律作为法官在“国籍、住所以及供养人的财产所在地”中进行选择的依据,即法官选择准据法不能超越“有利于保护弱者”这个限制。

因此,在我国《法律适用法》生效之前,我国冲突法在追求实质正义与形式正义之平衡的价值取向方面,虽然通过既赋予又限制法官自由裁量权的方法取得了一定的进展,但从总体上看,这时的冲突法还是偏向形式正义的,因为法官行使自由裁量权的自由还是有限的。

(二)对《法律适用法》中关于法官自由裁量权规定的评析

与之前的冲突法相比,我国《法律适用法》中关于法官自由裁量权的规定,在许多方面都较之前进步,主要体现在以下几个方面:

1. 将最密切联系原则确立为立法的基本原则,具有较大的进步性

之前的冲突法将法官行使自由裁量权的自由仅仅限制在合同、扶养、国籍、住所、营业所及侵权等具体领域。《法律适用法》将最密切联系原则明确确立为立法的基本原则,以该原则补缺该法和其他相关法律对涉外民事关系法律适用规定的疏漏和不周延之处,具有较大的进步性。这就赋予法官更大的自由裁量权,在司法实践中不至于出现案件无法可依,使当事人的合法利益得不到维护的现象。同时,随着我国法官个人法律素养、专业素养以及审案质量的提高,赋予法官更大的自由裁量权,也有利于实质正义的实现。

2. 在对法官自由裁量权的限制方面,引入了保护弱者利益原则,具有较大的合理性,有利于实现社会公正

如上所述,《法律适用法》在父母子女关系、扶养、监护等法律适用领域,引入了保护弱者利益原则作为对法官行使自由裁量权的限制,在一定程度上弥补了我国冲突法的缺憾,具有历史进步性,这

表明我国开始运用法官自由裁量权将保护弱者利益的理念贯穿于司法实践中。之前的冲突法在扶养领域并没有将有利于保护弱者利益的原则明确规定为一种对法官自由裁量权的限制。

3. 在基本制度方面,对法官自由裁量权的限制规定更明确

在公共秩序保留方面,之前的冲突法规定了该项基本制度,生效后的《法律适用法》继续保留了该项制度。该制度给予法官较大的自由裁量权,既可以维护我国的公共利益,也有利于案件的公正解决。

关于识别问题,在《法律适用法》生效之前,我国冲突法立法对识别问题并无明确规定,在实践中则以法院地法为主要依据。我国《法律适用法》第8条明确规定识别依据为法院地法,从而对法官自由裁量权的行使进行了明确的限制。

关于反致问题,如上所述,《解答》明确规定反对反致,但该司法解释已经失效,而且主要针对合同领域,并没有明确其他领域的情况。《法律适用法》在总则的第9条不但明确规定反对反致,而且将其适用于涉外民事关系的所有领域,而不仅仅适用于合同领域。这就明确限制了法官的自由裁量权在反致方面的行使。

综上所述,我国《法律适用法》在关于法官自由裁量权的规定方面较之前的冲突法具有更大的进步性、合理性和明确性。但笔者认为,《法律适用法》并没有达到理想的境地,其仍然存在以下缺陷:

1. 最密切联系原则在总则中的地位,仅仅发挥的是一种补缺功能,矫正功能缺失

当前,我国冲突法仍属创制和发展阶段,随着时间的推移,现行的硬性冲突规则可能会因不合时宜而暴露出某些欠妥之处,因此有必要确立最密切联系原则的矫正功能地位,将最密切联系原则的矫正功能贯穿于所有的涉外民事法律适用领域。合理的方法是在《法律适用法》第2条第1款^①下增加

^① 《法律适用法》第2条第1款规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定”;第2款规定:“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”

一款“但是,涉外民事关系明显地与另一国家或地区的法律具有更密切的联系,人民法院应以另一国家或地区的法律作为处理涉外民事争议的依据。”这就在一定程度上通过法官自由裁量权对硬性冲突规则的“软化”,使我国冲突法的价值取向不至于偏向形式正义一方。

2.《法律适用法》没有将有利于保护弱者利益的原则规定在总则中

有利于保护弱者权益的原则体现了实质正义的价值取向,是现代冲突法的价值内核,我国应该顺应时代发展潮流,将其作为冲突法的一条基本原则,规定在我国《法律适用法》的总则中。

3.在某些基本制度方面,没有适当地赋予法官一定的自由裁量权

在基本制度方面,《法律适用法》虽然在总则第5条的公共秩序保留方面赋予法官一定程度的自由裁量权,但在第8条的识别和第9条的反致问题上却明确限制法官自由裁量权的行使。与《法律适用法》生效之前的冲突法相比,虽然《法律适用法》在识别、反致问题上对法官自由裁量权的规定更为明确,但是两者都有一个共同的特点,即都限制法官自由裁量权在识别、反致问题上的行使。

在识别问题上,一律采用法院地法进行识别,未免偏颇,因此,有必要赋予法官一定的裁量自由。在反致问题上,因反致可以导致本国法律的扩大适用,有利于本国公共秩序和利益的保护,故我国应在一些方面适当地赋予法官一定的自由裁量权,以维护我国的法律尊严和公共利益。

此外,还有关于有价证券的法律适用需要明确“其他与该有价证券有最密切联系的法律”的范围,以便对法官自由裁量权予以合理的限制。

通过上述对《法律适用法》生效之前我国冲突法中关于法官自由裁量权的规定和《法律适用法》中关于法官自由裁量权的规定比较评析可以看出,《法律适用法》在总体上赋予了法官更为广泛的自由裁量权,对其限制也更为合理,体现了我国冲突法在追求形式正义和实质正义之平衡价值取向的道路上又取得了一定的进步。

四、结语

世界上任何法律制度要想实现正义的价值目标,都必须处理好规则和裁量的关系。强调规则忽视裁量会使法律的价值取向偏向形式正义;而强调裁量忽视规则必然会使法律的价值取向偏向实质正义。对二者之间关系的正确态度应该是:规则是必要的,而裁量同样也是不可或缺的。取消所有的裁量权既不可能,也不可取。理想的目标,就是“在规则与裁量之间达成适当的平衡”^[8]。

就法官自由裁量权而言,在《法律适用法》生效之前,我国冲突法主要通过具体法律适用领域如合同、扶养、国籍、住所、营业所等领域规定最密切联系原则,以及在侵权领域规定选择性冲突规范,赋予法官一定的行使裁量权的自由,对其限制主要采取在合同领域规定特征性履行说和在抚养领域简单列举最密切联系地的考量因素的方式。但从总体上看,法官自由裁量权行使的自由并不广泛,对其限制也不完善,这时的冲突法价值取向是偏向形式正义的。

与之前的冲突法相比,2011年4月1日生效的《法律适用法》在法官自由裁量权的规定上具有较大的进步性,突出表现在最密切联系原则在总则中的补缺性功能地位的确立以及保护弱者利益原则在相关具体领域的引入。这两个突出表现表明,《法律适用法》较之前的冲突法,一方面赋予法官更大的自由裁量权,另一方面又对其进行更为合理的限制,体现了我国冲突法在追求形式正义和实质正义之平衡价值取向的道路上又取得一定的进步。当然,我国冲突法还远未达到尽善尽美的境地,发展的脚步不能就此停止,《法律适用法》本身还有待进一步完善。未来应在总则中确立最密切联系原则的矫正性功能地位,同时应将保护弱者权益的原则确立为《法律适用法》的一条基本原则。此外,在关于识别、反致等方面也应适当考虑给予法官一定的裁量自由,但须以不损害我国公民的合法权益和社会公共利益为限。JS

参考文献:

- [1] 劳伦斯·M·弗里德曼. 法律制度——从社会科学角度观察[M]. 李琼英, 林欣, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 36.
- [2] 戴维·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 邓正来, 等, 译. 北京: 光明日报出版社, 1989: 261.
- [3] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1987: 344.
- [4] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上册[M]. 张雁深, 译. 北京: 商务印书馆, 1961: 154.
- [5] 徐崇利. “最大空间吸引力原则”: 整合多维正义的一种冲突法新说[J]. 中国法学, 2008 (6): 128.
- [6] 徐伟功. 论自由裁量主义在冲突法中的渗入[J]. 环球法律评论, 2009 (6): 19.
- [7] 徐崇利. 规则与方法——欧美国际私法立法政策的比较及其对我国的启示[J]. 法商研究, 2001 (2): 28.
- [8] 刘晴. 自由与裁量主义——读戴维斯《裁量正义——一项初步的研究》[J]. 政法论坛, 2011 (1): 150.

On Freedom and Restriction of Discretionary Power of the Judge in the Conflict of Laws in Our Country

ZHANG Mei-hong

(Law School of Xiamen University , Xiamen 361005 , China)

Abstract: The judge's discretionary power plays a very important role in guaranteeing just results of cases and achieving the substantive justice. As to the conflict of laws in China, while keeping the value orientation of formal justice of the traditional conflict law, rational revision has been carried out to amend its bias, namely, regarding formal justice as the only orientation. All these have been reflected in laws and regulations, that is, the judge is endowed with discretionary power, but on the other hand, his discretionary power is restricted. This paper regards the Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China as a watershed, analyzes and reviews the judge's discretionary power provided in the conflict of laws in China from two aspects, freedom and restriction respectively. And it concludes that the discretionary power introduced into the Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China has more freedom and more rational restriction than before, which reflects that the conflict of laws of China has made progress in pursuing the balance between formal justice and substantive justice. At last, this study proposes some suggestions to improve the defects of the Law under discussion.

Key Words: the doctrine of the most significant relationship; characteristic performance; discretionary power; the conflict of laws

本文责任编辑: 邵海