

【国际私法】

“有利于”类型冲突规范的适用模式及其论证方法

翁 洋

【摘要】作为《涉外民事关系法律适用法》采用的一种新的立法形式,“有利于”类型冲突规范在我国的适用情况并不理想,一方面司法实践中存在“司法规避”现象;另一方面由于对“有利于保护弱者权益的法”的认识存在偏差,学者所提出的适用方法也存在难以操作的问题。从法社会学的角度看,“有利于”类型冲突规范中引入“有利于保护弱者权益的法”的根本目的在于实现弱者权益保护的预期后果。将“有利于”类型冲突规范的适用区分为找法过程和法律选择正当化过程两个层面,可使“有利于”类型冲突规范的司法适用具备一个完整的、与法律实践更相契合的逻辑结构。为解决司法实践中存在的“司法规避”问题,应强化法官对裁判结果的论证,并通过可普遍性检验、一致性检验和协调性检验来保证后果主义论证的严谨性和合法性。

【关键词】“有利于”条款;适用模式;论证方法;“有利于”类型冲突规范

【作者简介】翁洋,西安交通大学法学院博士研究生(陕西 西安 710049)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2021.4.190~200,封3

【基金项目】国家社科基金项目(19BFX212)“涉外案件民事法律适用释法说理问题研究”。

2011年4月1日施行《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》)的一大亮点就是在第25条、第29条和第30条中采用了“有利于”类型的冲突规范。然而,从我国近些年的司法实践来看,相较于其他类型冲突规范而言,“有利于”类型冲突规范在我国司法实践中的适用情况并不理想,最为突出的问题是存在“司法规避”的现象,即法官会以明显不符合立法文本及目的的方式解释和适用法律,导致法律实质上被搁置不用。^①在部分学者看来,立法引入“有利于保护弱者权益的法”的目的在于适用最有利于保护弱者权益的法律,最有利于保护弱者权益的法律只有通过比较连结点所指向的各国实体法或比较适用各国实体法所得出的判决结果才能获取。司法实践中法官只是通过比较客观连结点的方式确定准据法,并不能证明法律选择的结果有利于保护弱者的利益,也没有体现出“有利于”类型冲突规范适用上的比较法特质。但这样的观点却遭到其他一些学者的质疑,认为这样的适用方法不仅难以操作,而且会增加法官查明外国法的负

担。可以看出,无论从司法实践,还是理论探索上来看,作为一种新的立法形式,“有利于”类型冲突规范在适用上仍存在诸多争议亟待解决。如应该如何理解和解释“有利于保护弱者权益的法”,如何解决理论与实践在“有利于”类型冲突规范适用方法上的脱节现象,如何摆脱司法实践中“司法规避”的现象等。

基于此,本文从“有利于保护弱者权益的法”的解释入手,首先论证实现弱者权益保护的预期后果才是引入“有利于保护弱者权益的法”的根本目的;其次厘清“有利于”类型冲突规范的适用过程既是依据传统法律选择方法找法的过程,同时也是通过后果主义论证方法正当化法律选择的过程;最后针对司法实践中所暴露出的“司法规避”问题,提出应加强“有利于”类型冲突规范正当化过程中法官的后果主义论证说理。本文希望通过对上述有关问题的讨论,一方面能正本清源,从理论上厘清“有利于”类型冲突规范的适用逻辑;另一方面能为法官正确适用“有利于”类型冲突规范提供正确的方法论指引。

一、何谓“有利于保护弱者权益的法”

“有利于”类型冲突规范的一个显著特点是在选择适用冲突规范的基础上引入“有利于保护弱者权益的法”。探求其立法目的和实现方式,对于我们认识和掌握“有利于”类型冲突规范的适用方法具有十分重要的意义。目前,对于“有利于保护弱者权益的法”,学者基于不同的视角对其有不同的解释,但其中仍存在诸多可商榷之处。

(一)“有利于保护弱者权益的法”的文义解释方法

目前,我国国际私法理论界有部分学者认为,“有利于”类型冲突规范属比较型冲突规范,他们从文义解释角度出发,认为“有利于保护弱者权益的法”是指客观连结点所指向的准据法中最有利于保护弱者权益的法律,也就是政策或目的上最能保护弱者权益的法律。从思想根源上,比较型冲突规范延续了美国现实主义法学派提出的“比较好的法”的思路,试图通过比较不同国家实体法的方法,得出有利于保护弱者权益的法律,以此来弥补传统法律选择方法在实现实质正义上所存在的缺陷。正如有学者认为的那样,“有利于规则是冲突法实体化趋势的显著体现,其运用需依赖比较法的思维,判断适用何种准据法可获得更有利于实体正义的结果,所表现出的浓厚比较法特质是其他冲突规范所不具备的”。^②在操作上,持比较型冲突规范观点的学者认为,法官在适用这类冲突规范时“不仅要求法院对所有可能适用的法律进行查明,而且还要对相关适用法律进行比较分析,从而适用对弱者一方当事人最为有利的法律”。^③可以看出,比较型冲突规范实质上是“有利于保护弱者权益”作为法律选择的一种价值判断标准来对待。然而,这样的理解和解释存在以下问题:第一,缺乏实践可操作性。有学者在《法律适用法》生效之初就对这样的立法提出质疑:“根据我国《法律适用法》的规定,在涉外扶养和监护的法律适用方面,不论是否最终适用外国法,都需要先查明可能被适用的数个国家的实体法,然后比较哪个国家的法律对‘一方当事人’有利。这种立法是否具有实践可操作性?这种规定虽然有体现冲突法实

质正义追求的积极意义,但也为法院查明和准确适用外国法增加了难度,不利于司法任务的简单化。”^④第二,“有利于”类型冲突规范的比较法气质也造成了其在司法适用中的最大难题——法官到底应以何种标准认定何地法律才是“有利的法”?是采取比较法方法吗?那判断的标准又是什么呢?如果任由法官自由裁量来决定准据法的话,其结果正如我国司法实践那样,法官最终会选择法院地法,并认为法院地法是有利于保护弱者权益的法律。^⑤导致这一结果产生的原因,正如有学者分析的那样,“如果是前者,则可能产生意识形态和文化传统的剧烈争议,因为在一些人看来,法律作为地方性知识,很难在一般意义上进行比较,而如果法官敢于认定外国法优于本国法,则可能被认为是放弃了司法主权主义,是对裁判职责更为彻底的放弃”。^⑥第三,从《法律适用法》颁布以来的司法实践来看,我国法院在适用“有利于”类型冲突规范时,基本上采用传统法律关系重心地的方法确定准据法,几乎没有案例是通过比较不同国家实体法得出准据法的。^⑦所以说,试图通过比较连结点所指向的实体法的方法来确定准据法的想法在司法实践中常常遭遇“司法规避”的窘境,这种现象进一步说明单纯从字面上来理解和解释“有利于保护弱者权益的法”与司法实践不符,并不能很好地指导法官具体的司法操作。

(二)“有利于保护弱者权益的法”的目的解释方法

目前,国内大多数学者认为,“有利于”类型冲突规范属结果导向型冲突规范之一种类型,他们从目的解释角度出发,认为“有利于保护弱者权益的法”是指判决结果上最有利于保护弱者权益的法,“有利于”类型冲突规范的适用过程实质上是弱者权益保护目的之实现过程。从思想根源上考察,结果导向型冲突规范是在现实主义法学对传统国际私法理论批判的背景下产生的。在现实主义法学看来,传统法律选择方法单纯依靠法律关系场所化的方式来确定准据法并不能保证判决结果的合理性,并不一定能实现所谓的实质正义。传统冲突规范只在法域间划分管辖权,与案件具有特定事实联系的法域的法

律通常情况下都会得到适用,法律适用的结果并不影响准据法的选择。然而,结果导向型规范却不似传统冲突规范那样在不同法律体系间严守“价值中立”,它鲜明地表达了对特定实体判决结果的好恶。通过将特定结果设置为法律选择的标准,结果导向型冲突规范将内国对公正、合理判决结果的理解引入法律选择的过程,并以此为标准对各法域相关法律的内容和适用结果进行评价。^⑧

在操作上,法官在运用结果导向型冲突规范时,需发挥自由裁量权,在查明相关法域法律具体内容的基础上,比较法律适用到个案中将会导致的各种结果,从中选择符合规则对实体判决结果指定的法律加以适用。可以看出,结果导向型冲突规范的适用过程是一种逆向的推理过程。所谓逆向推理或逆推法是指从判决结果出发,倒推应该采用哪一个国家的实体法作为准据法。将特定判决结果的达成明确地作为法律选择和适用的标准,是结果导向型冲突规范的本质特征,也是其区别于其他类型冲突规范的标志。^⑨

可以说,依结果来判断“有利于保护弱者权益的法”是目前学界多数学者赞同的做法,但这种做法同样面临如下质疑:第一,法官的结果判断具有很强主观性,这种主观性使得判断者的某些价值偏好常常在评价中起到作用。^⑩因此,以“结果判断”作为确定准据法的方法具有很大的不确定性。在冲突规范的适用过程中,价值判断一直是困扰法律选择获得正当性和确定性的重大难题。由于价值判断的主观性,不同国家的人对同一事物的判断会千差万别,在对法律问题的认识上更是这样;不仅如此,法律问题一旦涉足价值评价就会陷入哲学上所谓的“明希豪森三重困境”。^⑪第二,依结果判断会导致“有利于”类型冲突规范在其适用过程中,选法与外国法查明的顺序发生了倒置。准据法只有经过比较适用不同国家的实体法才能确定。依结果判断的做法不但不能减轻法官查明外国法的负担,而且还要求法官先适用不同的实体法得出相应的结果,然后再通过比较这些结果从而得出最终的准据法,这样的工作量某种程度上比单纯比较各国的实体法还要大。第

三,结果判断是追求当事人权益的最优化而非最大化。“有利于”类型冲突规范的立法目的在于实现弱者权益保护,而弱者利益保护原则追求的是弱者当事人利益的最大化而非最优化。最大化并不要求所有备选项都是可比较的,它只要求我们不去选择比另一个可以选择的备选项更差的选项。^⑫《法律适用法》规定“有利于保护弱者权益的法”的目的在于最大程度地满足弱者一方权益的保护,并非要求比较哪一个国家实体法好或适用哪一个国家实体法得出的结果好就适用哪一个国家的实体法。

相对于比较型冲突规范而言,结果导向型冲突规范从追求有利于保护弱者一方利益的实质正义角度看,更强调对判决结果的考量,这无疑是具有积极意义的。但同时我们也应注意到,结果导向型冲突规范在法律选择方法上仍然与比较型冲突规范一样,采用比较不同国家实体法适用结果的方式来原因“有利于保护弱者权益的法”,这样的结果难免又陷入比较法思维的窠臼。

(三)“有利于保护弱者权益的法”的法社会学解释方法

从上述分析可以看出,无论是采用文义解释方法还是目的解释方法,在解释“有利于保护弱者权益的法”时,单纯地采用比较法方法难免会陷入难以操作的难题。为克服这一难题,本文主张转换视角,采用法社会学解释方法来解读“有利于保护弱者权益的法”。

法社会学解释方法是随着20世纪社会学派产生以后形成的区别于文义解释、目的解释等传统法律解释的一种新的独立的法律解释方法,是社会学方法运用于法律解释领域的新成果。^⑬法社会学解释方法具有后果主义的色彩,体现着后果主义论辩的基本特征。实际上,后果主义论辩就是法官在现行法律体系的支持下,全面考虑各种裁决可能产生的不同影响,从诸多相互竞争的具体利益中作出选择,发现最令人满意的裁判规则和对规范的解释,从而得出最合乎情理的符合人民群众朴素正义观和价值观的判决结果。在德国,后果主义审判被称为“结果导向的法律解释和适用”,即在解释法律证成法律

裁判时,考量裁判的后果,并在具体案件或给定情况下,根据解释的后果来修正解释。^①在操作层面上,法社会学解释方法是当一个法律条文有复数(两种或两种以上)解释,而这些解释都在文义涵摄的范围内,从法律上看都似乎无可厚非。在难以抉择和判断时,法官可以采用重在考量其判决的社会影响或社会效果的一种法律解释方法。就“有利于”类型冲突规范的适用而言,《法律适用法》在规定父母子女人身关系和财产关系、扶养以及监护的冲突规范时,没有采用《海牙抚养义务法律适用议定书》等公约那样的有条件选择适用冲突规范,^②而是采用了“有利于”类型冲突规范这样一种特殊的立法形式,从法社会学解释的角度看,其根本目的在于实现弱者权益保护这一可欲后果。不同于比较型冲突规范和结果导向型冲突规范的操作规程,“有利于”类型冲突规范在操作上,法官应首先结合案件事实,预判哪些后果是可欲的;其次对这些后果进行评价与价值判断,多角度考量裁判后果,择一最优为取向;最后要挖掘相关联的法律规范,寻求支持理由,最终确定准据法。

本文主张,“有利于保护弱者权益的法”应采用法社会学解释方法来理解,将其解读为有利于实现弱者权益保护可欲后果的法,理由如下:第一,方法上可以避免比较型和结果导向型冲突规范在法律适用上存在的难题。“法律是实现社会目的的手段而非目的本身;因此任何法律都应该经常从法律的目的和效果审视,并且从目的和效果及其相互关系的角度加以评判。”^③与比较型和结果导向型冲突规范不同,采用法社会学解释方法解读“有利于保护弱者权益的法”,法官将法律之外的社会学因素作为考量,“通过衡量不同裁决的可能后果进行某种规范的选择和论证”。^④从判决结果所产生的社会后果出发,倒推应该适用哪一个国家的实体法作为准据法,这样的做法在一定程度上就可回避查明外国法和判断标准缺位的难题。第二,目的上符合弱者利益保护原则的立法目的。“有利于”类型冲突规范的适用过程,其实也是弱者利益保护原则的实现过程。然而,由于弱者的法律特征决定了^⑤弱者利益保护原则并不能直接作为法官判断有利于保护弱者权益的标

准,因为“虽然法律原则通常具有主导性法律思想的特质,其不能直接适用于裁判个案,毋宁只能借助于法律或者司法裁判的具体化才能获得裁判基准”。^⑥从法律原则到裁判规范的过程是一个原则不断具体化的过程,这个具体化的过程也是原则所蕴含的评价观点渗入具体案件的过程。^⑦所以说,在父母子女人身财产、扶养以及监护法律关系中,弱者利益保护原则只能通过具体化的方式渗入具体案件有利于保护弱者权益的判断中。有利于保护弱者权益的判断标准并不能通过立法的方式预先加以设定,而只能通过法官结合个案事实通过对话和商谈的方式来加以确定,而非仅仅是通过比较不同国家实体法或适用结果来决定准据法的选择。第三,效果上符合当前我国法律效果和社会效果相统一的司法政策。坚持法律效果和社会效果的有机统一是人民法院的审判理念,也是法律实施的理想境界。^⑧采用法社会学解释方法解读“有利于保护弱者权益的法”,其优势在于对社会效果和影响的重视。它强调的不仅是当下个案可能产生的影响,而且强调对案件之后的社会状况和案件判决后的社会效果事先进行预测和评估,对整个社会产生积极影响和有益的社会效应。司法实践中运用法社会学解释方法的价值和追求目标,就是通过利益衡量和价值判断,在法律的框架内实现社会公平和正义,使法理和情理相得益彰,进而实现法律效果和社会效果的统一。^⑨

法社会学解释方法可以化解结果导向型冲突规范适用中存在的难题,用“可欲后果”替代“判决结果”作为有利于保护弱者权益的判断标准,为我们重新认识“有利于保护弱者权益的法”在“有利于”类型冲突规范中的定位提供了一个新的视角。

二、重构“有利于”类型冲突规范的适用模式

当前在“有利于”类型冲突规范的适用问题上,理论与实践存在明显的背离现象,这种现象背后实际上隐含着两种不同法律适用观念之间的内在紧张关系。为解决当下“有利于”类型冲突规范适用过程中存在的诸多分歧,有必要仔细梳理“有利于”类型冲突规范的适用逻辑,重新构造“有利于”类型冲突规范的适用模式。

(一)检视当前关于“有利于”类型冲突规范适用方法上的理论分歧

目前,对于如何适用“有利于”类型冲突规范的看法并不统一,学者观点与司法实践之间存在明显的分歧。总的来看,主要有以下三种不同的主张:

第一种方法认为,“有利于”类型冲突规范“作为结果导向型的冲突规则,判断何地法律更有利于被抚养人的权益,实际上就是将两地法律分别适用于该案,根据两种可能的判决结果来判断何地法律更有利”。^③可以看出,这种主张受比较法思想的影响较大,认为比较型冲突规范的特征和适用规则就注定其与比较法是形影不离的,离开了比较法就无法适用“有利条款”。正如有学者认为的那样,所有法律领域中,也只有比较法能够指明“优法”的来源并奠定“优法”的合理性基础。^④但这样的方法存在的问题有:一是怎么来看待立法所规定的客观连结点的意义呢?“有利于”类型冲突规范不仅包含“有利于”条款,同时还规定有客观连结点,如果只是通过比较判决结果来判断何地法律更有利于弱者权益的话,那么客观连结点在“有利于”类型冲突规范中的意义是什么呢?难道仅仅是限制法官选法的范围吗?这显然有悖于客观连结点在法律适用中所应发挥的作用。二是判决结果的判断标准又是什么呢?正如前文所分析的那样,判决结果判断最难的是缺乏一个相对客观的判断标准。《法律适用法》并没有规定一个具体的判断标准,这就会导致法官在司法实践中难以操作。三是如何看待冲突规范在法律选择中的意义和作用呢?里斯教授认为,“当今冲突法中的一个重要问题是我们应当要规则还是要方法”。^⑤从追求结果的合理性角度看,这种方法无疑具有进步意义,但单纯依个案处理的方式进行法律选择,不仅会导致法律适用缺乏基本的确定性,还可能危及国际私法存在的必要性。

第二种适用方法,也是大多数司法实践中法官采用的方法。从学者对近些年的统计来看,在我国的司法实践中,法官主要采用传统法律关系场所化的方式,通过比较连结点的方式来进行法律选择。但这样的选法方法显然没有体现出《法律适用法》引

入“有利于保护弱者权益的法”的立法目的。存在的问题有:一是存在所谓的“休谟难题”,即从事实判断无法推导出价值判断,仅仅比较客观连结点的数量并不能判断判决结果是否有利于保护弱者当事人的利益;二是对于大多数案例而言,仅仅列出所援引的冲突规范,法官无法正当化其法律选择过程,因为“有利于”类型冲突规则的适用过程并非只是一个简单的演绎推理过程;三是缺乏有利于的证明方法,这也是学者诟病司法实践中法官“司法规避”的主要原因。可以说,通过比较连接点的方法适用“有利于”类型冲突规范的方法虽然固守传统,但法律选择的合理性值得质疑,也难以具有说服力。

第三种适用方法。还有学者提出应将上述两种方法结合起来,认为“政策定向的法律选择方法则不同,它要求法官不仅考察各个连结点,而且要对所有连结点指向的准据法内容都进行查明,并依据有关的政策标准去对各个准据法进行考察和比较,选出最符合该政策标准的一个准据法”。^⑥这种方法试图克服上述两种方法所存在的问题,将二者结合起来,以实现法律选择上冲突正义与实体正义。但这种简单化的处理方式,并未清楚地揭示出上述两种方法之间的关系,存在的问题有:一是两种方法之间的逻辑关系不清楚,简单地将两种方法并列起来,势必会导致实践中法官无所适从。二是结果导向型冲突规范的适用方法的特点是判决结果决定准据法的确定,而司法实践中法官是从客观连结点出发来确定准据法,两种方法的适用顺序正好是相反的,那么在适用上孰先孰后呢?三是将两种方法结合在一起并没有解决结果导向型冲突规范适用上所存在的法官查明外国法的负担和判断标准问题。

(二)反思“有利于”类型冲突规范适用上两种不同的法律观念

从上述分析可以看出,当前在“有利于”类型冲突规范的适用问题上理论与实践间存在一定程度的背离现象,这种背离现象背后实际上隐含着两种不同法律观念之间的紧张关系。如前所述,“有利于”类型冲突规范是在选择适用冲突规则的基础上引入“有利于保护弱者权益的法”,其目的在于弥补传统

冲突规范在实现实体正义上存在的不足。然而,由于“有利于保护弱者权益的法”的适用方法与传统法律选择方法之间存在明显的不同,现在将两种“风格迥异”的法律选择方法运用于同一个法律适用过程中,难免会扰乱人们对于“有利于”类型冲突规范适用过程的正确认识。为便于说明,我们不妨将“有利于”类型冲突规范拆解为两个独立的冲突规范。例如,将《法律适用法》第29条拆分为“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”(规则I)和“扶养适用有利于保护被扶养人权益的法律”(规则II)这两个单独的冲突规范。规则I是比较典型的选择适用冲突规范,而规则II可以认为是一种具有美国现实主义法学特征的冲突规范,这两个冲突规范无论是理论基础、适用方式和价值取向上都存在明显的差异。

第一,理论基础不同。规则I的理论基础源于萨维尼的法律关系本座说。传统国际私法理论主要采用法律关系场所化的方式,通过客观连结点将法律关系与某一国家的实体法联系起来。^②尽管受美国冲突法革命的影响,传统冲突规范经过“软化处理”,增强了法律选择的灵活性,但依法律关系重心地的方式选法仍然是法官实践中法律选择所采用的最主要的形式。而规则II的理论基础是美国现实主义法学派所提出的各种理论,如卡弗斯的“优先选择说”“比较好的法”以及“政府利益分析说”等。立足于实用主义的眼光,规则II更关注法律选择结果的合理性和可接受性。正如美国学者西蒙尼德斯所言,“虽然可以采用不同的形式,但它们共同的特点是旨在实现立法所希望的某一特定实质结果”。^③

第二,适用方式不同。规则I的适用过程,法官通常采取正向逻辑或正推法的方式来确定准据法,即将案件事实作为小前提,规则I作为大前提并通过演绎推理得出准据法。具体而言,按照传统法律选择方法,法官不仅要比较“各场所聚集的连结点的数量,而且应当考量个案中的实体正义和公共政策来选择应当适用的连结点,并在判决书中对选择连结点的理由做出说明,不能完全无条件地自由裁量”。^④而规则II的适用过程,法官通常采用的是逆

向逻辑或逆推法的方式来确定准据法,即要么是通过比较不同国家的实体法,要么是通过比较适用不同国家实体法,从得出的结果中选法。可以看出,规则II的适用过程实际上是一个逆向的推理过程,即从结果出发,倒推应该适用的准据法,这一点与规则I的适用过程正好相反。

第三,价值取向不同。规则I的适用主要使用一些具有空间场所意义或可场所化的事实因素来指定应适用的准据法。许久以来学者指责它虽具有法律规范所应有的确定性,却缺乏灵活性,它只追求“冲突正义”,而忽视“实体正义”。^⑤而规则II的适用,法官不是通过连结点的指引,而是主要通过比较不同国家实体法或适用结果的方式来确定准据法,强调法律选择的实体正义,注重对某些特定人群实体权益的保护。实际上,规则I和规则II体现了国际私法两种不同的价值取向。

通过上述对比分析,我们可以看出,“有利于”类型冲突规范适用中实际上隐含着两种不同的法律适用观念。当前我国理论与实践背离的一个重要原因在于:司法实践中法官基本上秉承传统观念,侧重于维护法律选择的稳定性;而学者坚持实用主义取向的现代观念,致力于实现法律选择的合目的性。传统观念存在的问题是无法体现弱者权益保护的立法意图,而现代观念虽然期望实现弱者权益保护的立法目的,但操作上采用比较法方法,由于评价标准的模糊又会使法律选择变得很不确定。

(三)“有利于”类型冲突规范法律适用的双重理性架构

如前所述,规则I和规则II的适用分别代表着两种不同的适用逻辑和方法,而我们真正面临的问题是,在适用《法律适用法》时,如果将规则I和规则II“糅合”成为一条规则时,应该如何协调两种不同法律适用观念之间的紧张关系。换言之,实践中法官能否兼顾法律选择的形式正义和实质正义,能否将两种方法有机地统一在同一适用过程中呢?本文认为,要解决这一问题,如果我们始终纠缠于是按照传统法律选择方法还是按照现实主义法学派所提出的各种法律选择方法来选法是无益于摆脱目前这种局

面的,而应当转换视角,从法律适用的一般规律入手,来探寻协调两种不同法律选择方法的可能出路。^⑤从法律论证的角度看,法律适用实际上包含“发现的过程(context of discovery)”与“证立的过程(context of justification)”两个层次。^⑥法的发现过程是指针对个案形成的法律结论或法律判断的过程,而证立的过程是指验证这一判断的正确性,并将其转化为结论的正当化过程。发现的过程和证立的过程并非相互对立的,而是有机地统一在一个过程中的。

就“有利于”类型冲突规范的适用过程而言,法官通过法律关系重心地的方式确定准据法,实际上只是针对个案适用何国法律形成的一个法律判断过程。这个过程实际上只是一个“发现的过程”或“找法”的过程,至于法官为什么要选择某一连结点并根据这一连结点的指向适用某一国家的法律,以及判决结果是否能够实现有利于保护弱者权益的目的,这些则有待通过“证立的过程”进一步验证。所以我们必须给“有利于”类型冲突规范的适用补充一个“证立的过程”过程,以正当化“发现的过程”的结果符合立法所设立的保护弱者权益的目的。那么,应当采用什么方法来完成“证立的过程”呢?本文认为,我们可以采用逆向推理的后果主义推理方法,而非比较法的方法来证立法律。正如前文所分析的那样,《法律适用法》引入“有利于保护弱者权益的法”的根本目的在于实现弱者利益保护的可选后果,可选后果实际上构成“发现的过程”是否正当的判断标准。通过后果主义推理方法来验证这样的选择是否符合立法目的,可以弥补“有利于”类型冲突规范适用中“发现的过程”所存在的不足与局限。如前所述,“有利于”类型冲突规范的显著特点是在选择适用冲突规范的基础上引入“有利于保护弱者权益的法”。选择适用冲突规范主要采用的是传统法律关系重心地的方法来确定准据法,但这种方法的缺陷是虽然能约束法官在法律所允许的范围内选法,但无法保证判决结果实现保护弱者权益的目的。这时我们就可以采用后果主义推理方法来验证传统法律选择方法所确定的准据法是否

符合弱者权益保护的目。在司法实践中,通过对后果的预测和评价,经由法官依靠经验、直觉预测出可能的相关后果,再借助一定的评价标准中选取可选的后果,这些后果可以成为法官判断准据法是否符合弱者权益保护的评价标准。由于这一过程引入了法官的价值判断,强调对社会、道德、政策等法外因素的考量,可以“超越法律”寻找案件的结果,进而有助于实现裁判的社会效果。可以看出,通过上述安排,我们可以合理地协调“有利于”类型冲突规范适用过程中传统法律选择方法和后果主义推理方法之间的关系,使二者各司其职,各自发挥出自身的优点,共同作用,以平衡法律选择上的冲突正义和实质正义。这里应当申明的是,传统法律选择方法与后果主义推理方法在“有利于”类型冲突规范的适用中并非相互孤立,实际上在用传统法律选择方法进行连结点的比较衡量过程中,也伴随着可选后果的预判过程,法官也需要根据案件事实进行利益衡量和价值判断。在这个过程中,法官也会根据案件事实,在双方当事人的参与下,共同完成对可选后果的预判,从而为之后判断准据法是否符合弱者权益保护的目打下基础。所以说,两种法律选择方法是相互贯穿在同一个适用过程中的,二者的关系是你中有我,我中有你,不能割裂开来对待。

传统和现代两种法律适用观念并非彼此对立,而是可以辩证统一在同一法律适用过程中,两个理性推理过程保证了法律适用的正当性(合理、合法)。其中传统法律选择方法主要是展示找法的过程,而后果主义推理方法则承担验证法律选择正当性的任务。在这一观念下,我们就可以理解《法律适用法》在“有利于”类型冲突规范中规定客观连结点的意义在于为找法确定根据,而引入“有利于保护弱者权益的法”的意义则是为法官验证法律选择的正当性而提供判断标准。这样,我们在学理上就能够在很好地理顺“有利于”类型冲突规范中两种不同法律适用观念关系的同时,找到破解当前理论与实践脱节的可能途径,为“有利于”类型冲突规范的法律适用设计出更为合理的操作步骤。

(四)“有利于”类型冲突规范适用中的可操作性问题

可操作性问题一直是“有利于”类型冲突规范适用中所要解决的一个重要问题,也是当前理论与实践分歧比较大的问题。“有利于”类型冲突规范适用中的可操作性问题涉及两个方面:一是查明外国法的负担问题;二是“有利于”的判断标准问题。比较型冲突规范和结果导向型冲突规范之所以遭受质疑的原因之一,就在于没有妥善处理好适用过程中查明外国法和判断标准缺位问题。

那么,在“有利于”类型冲突规范的适用过程中采用后果主义推理方法来正当化法律选择过程,法官又怎样来解决实践中的可操作性问题呢?对于这一问题,我们可以区分不同情况,根据案件的不同类型确定具体的适用步骤。实际上,以后果主义推理方法所得出的可欲后果能否从找法过程所确定的准据法中直接推导出来为划分标准,我们可以将案件区分为简单案件和疑难案件。所谓简单案件是指后果主义推理方法所得出的可欲后果能够从找法过程所确定的准据法中直接推导出来的案件;所谓疑难案件是指后果主义推理方法所得出的可欲后果并不能直接从找法过程所确定准据法中直接推导出来的案件。在简单案件中,由于可欲后果这一判断标准是从案件事实中经过法官预判获得的,再加之传统法律选择方法主要围绕连结点展开,这样法官就免除了查明和比较外国法的负担。只有在疑难案件中,由于后果主义推理方法得出可欲后果并不能从找法过程所确定的准据法中直接推导出来,这时法官才有必要重新调整策略,通过比较和分析相关国家的实体法所得出的结果,看后果主义推理方法所得出的可欲后果与适用哪一个国家实体法得出的判决结果所产生的后果最为吻合。可以看出,在简单案件中,由于按照传统法律选择方法确定的准据法能够产生弱者权益保护的预期后果,这时就可免除法官查明和比较不同国家实体法或结果的负担。司法实践中,大多数情况下法官处理的实际上都是简单案件。

在这样的认识下,“有利于”类型冲突规范适用

过程可以划分两个步骤进行:第一,法官按照传统法律选择方法,通过比较分析客观连结点的方式确定应该援引什么样的法律作为准据法,然后再去查明和适用这一准据法,看适用的结果是否与保护弱者权益的可欲后果相符。如果法官判断按照准据法得出的结果与保护弱者一方当事人权益的可欲后果要求相符,则法官可以径行作出判决。这样,相当数量的案件就可以这样一种相对简便的方式“了结”,一方面大大减轻了法官查明外国法的负担,另一方面也在一定程度上避免了法官去比较不同国家实体法的内容。如果法官判断按照准据法得出的结果与立法所追求的保护弱者一方当事人权益的可欲后果不一致,则法律适用须进入第二个步骤。第二,法官通过查明和比较相关国家的实体法,看适用哪一个国家的实体法得出的后果与后果主义推理方法所预判的可欲后果相符,则适用哪一个国家的实体法作为准据法,并依据这一准据法作出判决。

通过比较上述两个步骤可以看出,在第一个步骤中法官无须查明和比较不同国家的实体法,因为通过找法过程可以证明这一步骤得出的后果与保护弱者一方当事人权益的预判后果相一致,这样也就免去了进入第二个步骤的必要性。在第二个步骤中,由于法官通过传统法律选择方法无法验证第一个步骤中法律选择的正当性,所以这时他必须调整策略,通过比较分析相关国家实体法的方法,看适用哪一个国家的实体法得出的结果与保护弱者一方当事人权益的可欲后果相符,以此来证明法律选择的正当性。需要强调的是,传统法律选择方法仍然是适用“有利于”类型冲突规范进行法律选择所应采用的基本方法。在大多数情况下,法官通过第一个步骤就可以确定准据法,并得出符合立法目的的结果,因为客观连结点的比较衡量也是带有价值导向性的。第二个步骤的启动是附条件的,只有在处理“疑难案件”时,也即在双方当事人对于可欲后果存在较大分歧或者判决结果明显偏离立法目的情况下,法官才有必要进入第二个步骤。

通过以上分析可以看出,将法律选择过程作找法过程和法律选择正当化过程的划分,不仅可以很

好地理顺“有利于”类型冲突规范适用中两种不同适用观念之间的逻辑关系,为法官正确适用“有利于”类型冲突规范提供可操作的方法论指引,同时也在相当程度上缓解了司法实践中法官查明外国法的负担。

三、“有利于”类型冲突规范适用过程中的论证方法

目前,从学者对于“有利于”类型冲突规范适用的案例统计分析看,法院在判决书中很少对选法过程未进行说理,很少给出任何选法的依据和标准。也就是说,实践中法院“直接认定”应当适用中国法的情况还是比较常见的。^③这种情况说明在当下我国的司法实践中,法官在适用“有利于”类型冲突规范时并未清楚地认识到自身所应承担的论证义务,也未掌握正确的论证方法。

(一)“有利于”类型冲突规范适用中法官的论证义务

如前所述,《法律适用法》引入“有利于保护弱者权益的法”的目的在于实现保护弱者利益这一可欲后果,司法实践中仅仅列出准据法不加以说理和论证,并不能证明准据法得出的判决结果是否与保护弱者权益的可欲后果相符,这也是学者认为构成“司法规避”的原因之一。本文认为,法官之所以在适用“有利于”类型冲突规范时要承担论证和说理义务,主要原因在于:第一,从适用过程看,“有利于”类型冲突规范的适用过程实际上包含“发现的过程”和“证立的过程”两个层次。在“发现的过程”中,由于“有利于”类型冲突规范包含多个连接点,因此法官在客观连结点的选择上既要考量连结点的数量,也要考量个案的实体正义和政策。而在这一过程中,法官到底采用哪种方法来选择连接点以及如何判断是否有利于弱者一方利益,这些并不能通过演绎推理的方式得出结论,而只能经由“论题学”方式得到结论,即经由一种“特殊的问题讨论程序”,为结论找出一些“足以”使其正当化的观点与依据,因而这种说理活动比较富有“论辩—对话”色彩。^④鉴于“有利于”类型冲突规范“证立的过程”采用的是后果主义推理方法,因此法官在具体个案说理时,应从“可欲

后果”出发,论证支持选择某一国家实体法作为准据法的连结点有哪些?其背后的理由又有哪些?需要强调的是,“有利于”类型冲突规范说理是一种合理性和可接受性论证,因此,法官在论证时除了要听取双方当事人的意见外,还需考虑判决结果的社会效果如何,能否为以后法院处理类似情况提供参考,而不能仅仅由法官的主观意志决定。第二,从论证方法看,“证立的过程”所采用后果主义推理方法本身的特点决定了法官应当承担说理义务。后果主义推理方法主要基于道德、公共利益、公众意见等法律外的因素考量,通过对相关后果的预测,找到凸显性因素,运用不同的价值评价标准对可供选择的裁判规则可能导致的后果进行考量,并选出最契合后果考量的裁判规则。但是后果主义推理带有法官个人主观色彩,而且这种主观性无法被完全排除;如果没有有效的限制,法律选择很可能演变成法官个人专制。从可欲后果的评判标准上来看,不同评判标准的存在使后果主义论证在证立判决结论的过程中具有一定程度上的不确定性。^⑤在司法实践中,“有利于”类型冲突规范采用后果主义推理方法来论证法律选择的正当性,就是要求法官在“有利于保护弱者权益的法”的判断上,给出充分且有说服力的理由。第三,从论证目的看,“有利于”类型冲突规范采用后果主义论证的目的在于保障法律选择的可接受性——包括合法性和合理性。追求法律选择的可接受性是“有利于”类型冲突规范论证的出发点和归宿,“有利于”类型冲突规范论证就是围绕这一目的进行论辩和说理的过程。“有利于”类型冲突规范把法律选择的可接受性视为最重要的考虑因素,主张通过严密的证成才能为所选准据法的可能后果提供合法性和合理性论据,从而提高裁判结果的可接受性。法官的法律选择不是一经做出就是唯一正确的答案,而是要确定合适的准据法,在“有利于”类型冲突规范所欲实现的弱者利益保护的支配下给出具有说服力的理由使事实和法条结合在一起,从而得出合法、公正的裁判结论。

由此可见,法官应矫正观念,充分认识到“有利于”类型冲突规范适用中法官应承担的论证义务,加

强“有利于保护弱者权益的法”的论证过程,不仅要列出所援引的准据法,而且必须充分地论证其找法过程的正当性。

(二)强化“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证

针对当下我国司法实践中所存在的“司法规避”问题,本文认为,法官对于“有利于保护弱者权益的法”的论证可以从以下方面展开:第一,可欲后果的预判。“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证是一种向前看的司法活动,其关注的是适用连结点所指向的某国实体法所可能产生的各种影响。在多数情况下,法官对于可欲后果的预判不过是一种或然性的推测或猜想,并且将法律之外的道德、政策等后果考虑在内。实践中,法官在后果预测时应注意以下几点:首先,“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证所趋向的后果是以一定评判标准为基础的可欲后果,亦即“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证所基于的可欲后果及其评判标准是法律语境和法律职业思维下的后果及其标准。其次,“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证是“场域依存”的,^⑨要依据弱者权益保护的立法目的来预测可能产生的后果,而不能任意选择,必须考虑涉外案件的具体情况。最后,可欲后果的预测要引入商谈和对话程序,通过当事人的广泛参与确定可欲后果,而不能仅凭法官自己的主观偏好决定。第二,后果评价与价值判断。“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证本质上是一种基于可欲后果的推理,它将法律选择的正当理由寄托于某个可欲后果之中。在后果预测时,法官需要先行考虑如何在各种可能的后果中作出评价性选择。这一过程无疑会引入价值判断,无论是法官个人的价值偏好,还是评价标准中所蕴含的价值或原则,它们都将透过后果考量进入并决定准据法的选择。在后果主义推理中,对后果的评价并不是依据单一的标准,而是依据多元的价值展开的判断。各种价值或标准之间,往往不具有可比性或可通约性。实践中,法官需要识别后果所体现的价值是否为“有利于”类型冲突规范所欲追求的目标。如果后果的价值与“有利于保护弱者权益

的法”的目标之间并不一致,那么依据该后果作出的选择就可能是一种不符合弱者利益保护原则的法律选择。由此,人们可以根据评价的内容和理由,将各种评价标准加以类型化来更好地辨析彼此之间的差异。第三,多角度考量法律选择后果,择一最优为取向。法官在进行“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证中进行价值判断无可避免。多角度考量法律选择可能带来的各种后果,判断存在哪些价值冲突,权衡利益轻重而择一最优是“有利于”类型冲突规范法律适用最关键的一步。现代社会是一个价值多元的社会,涉外案件隐含着不同的利益要求和权利主张。实践中,法官在多角度考量法律选择后果时,应尽量做到以下两点:(1)要对“利益”这个概念作一定的界定,明确可衡量的范围。应明确,只有法律应给予保护的利益(即合法的利益)才能纳入此范畴;(2)要确定利益衡量的一般性标准。此一般性标准不同于普遍标准,是指基础的、原则上的判断标准。一是价值优越性标准,诸如生命权、人格尊严优于一般财产权这类世人所能达成共识的价值位阶标准。二是比例原则,主要体现为目的与手段之间的张力。对于所欲追求的特定目的,即使其合法合理,也不能以超越正常容忍度的不合理的手段作代价,两者间应维持适当的关系,以使侵害降至最轻微的程度。第四,寻求支持理由。在作出法律选择后果考量之后,法官应立刻着手比对依照传统法律选择方法所确定的准据法,寻找在准据法规定下可以支持后果考量结论的理由,使看似不正当的论断尽快步入正当化的轨道中来。如前所述,“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证本质上是一种基于可欲后果的推理,它将法律选择的正当理由寄托于某个可欲后果之中。法官比对准据法的过程可以分为二个步骤,第一步是将可欲后果与通过比较连结点方式得出的准据法进行比对,看可欲后果能否从准据法中推导出来;如果能够直接推导出来,则为准据法的确定找到了法律上支持的理由;如果不能直接推导出来,则法官还需查明相关国家的实体法规则,看哪一个国家的实体法能够推导出预判的可欲后果,这样才能最终为适用这个国家的实体法作为准据法找到

相应的法律保障理由。

(三)对“有利于保护弱者权益的法”论证过程的检验方法

麦考密克指出,后果主义论证形式本质上是“评价性的”,它具有主观性。评价性的特性使得后果主义论证不是借助单一的指标进行判断,它的主观性则使判断者的某些价值偏好常常在评价中起着重要的作用。^⑥因此,为了保证“有利于保护弱者权益的法”的后果主义论证的严谨性与合法性,在通过后果确定准据法后,法官还需要对其进行可普遍化性检验、一致性检验和协调性检验。

第一,可普遍化性检验方法。法律规范的可普遍化性使法官负有某种责任,对与“有利于”类型冲突规范所预设的对象和情形在类似情况下要作出相一致的价值判断。在“有利于”类型冲突规范的适用过程中,可普遍化性为形式正义原则提供了证成,它要求法院在处理纠纷时同样的案件应当得到同样的处理。法官“最起码的责任,就是遵照与当下案件的要点相同或相近的先例进行裁判”。^⑦实践中,在“有利于”类型冲突规范的后果主义论证中,引入可普遍化性检验的目的在于引导法官的后果主义的证立活动符合论辩理性原则,保障其法律选择的正当性和可接受性。从形式正义的视角来看,“有利于”类型冲突规范的适用应当符合同样案件应该同样对待的观念。对于法律选择理由的形成而言,可普遍化性检验能够对司法上的法律选择结论以及对在得出结论的过程中所提出的法律规则进行审视,以确定它们是否符合具有普遍性的正当理由的应有品质。

第二,一致性检验方法。一致性检验方法要求“有利于”类型冲突规范的适用必须以现行有效《法律适用法》为界限,以后果考量为前提,且不与所援引的法律规范相冲突。当所援引的准据法有明确规定的时候,后果考量必须严格服从法律的规定,才能满足实质合法性的要求。也就是说适用“有利于”类型冲突规范所得出裁判结果既要满足个案正义的需求,也要满足法律体系的应然价值目标要求。如果个案正义与法律统一价值间无法达成一致,无论支持这个法律选择结论的准据法与最优的后果主义论

辩结果是多么的吻合,只要它与现行有效规则存在冲突和抵触,那么就不能被采纳。可以说,一致性检验方法既是对后果主义论证方法的限制,也是检验法律选择正当性的必然要求。如果所援引的准据法不能与法律规范体系相一致,那准据法就失去了作为裁判规则对事实进行评判的正当资格。当下司法实践中“司法规避”的现象,存在一个最突出的问题就是法院判决从形式上看准据法是通过演绎推理得出的,但没有去证明判决结果是否与立法所追求的保护弱者一方权益的目的相适应。法官必须验证所得出的判决结果能够从准据法中推导出来,不仅仅在形式上与法律符合,而且在价值上与法律相统一。

第三,协调性检验方法。协调性论辩指“在于一系列法律规则没有冲突的情况下,裁判结论还应当明确体现法律体系中的某种价值目标或政策取向”。^⑧协调性论辩着眼于准据法在法律体系中的定位,准据法以及其所得出的裁判结论必须满足弱者利益保护原则的要求。实践中,协调性论辩要求法官在进行后果主义论证时应尽可能以来源更广、数目更多的依据为基础,并且论证过程以及论据之间必须尽可能地排除矛盾,做到协调一致和前后连贯。^⑨在适用“有利于”类型冲突规范的论证过程中,协调性检验可分为三个层次:第一个层次是看法律适用中某一争议点(如连结点的选择或“有利于”的判断)的论证是否融贯。当然,这个层次的融贯明显是不够的,因为案件在客观连接点的确定以及“有利于”的判断上可能存在多个争议点。第二个层次是从整体上看,各争议点之间的论证是否融贯,也即从有利于保护弱者一方权益的角度来把握和发现个案的最佳选法方法或连结点。第三个层次是倘若不同争议点之间的论证存在冲突,无法在整体上得以协调、解决,就必须求助于法律以外的标准,例如求助效益最大化的功利原则,以寻求更高层次的融贯。^⑩

四、结语

有学者指出,对于法律判决的形成方式来说,选择什么样的方法,各种方法的关系如何以及如何运用这些方法,在很大程度上依赖于法律判断形成的模式。^⑪作为一种新的立法形式,“有利于”类型冲突

规范在我国存在理论与实践脱节的现象,究其原因,一方面是由于对于“有利于保护弱者权益的法”的认识存在偏差;另一方面是没有处理好“有利于”类型冲突规范适用中所隐含的两种不同法律选择方法之间的紧张关系。从法社会学角度来解读“有利于保护弱者权益的法”,实现弱者权益保护的可欲后果应当是《法律适用法》引入“有利于保护弱者权益的法”的根本目的,也是追求法律选择社会效果的一种表现。“有利于”类型冲突规范的法律适用模式实际上包含找法过程和法律选择正当化过程两个层次,其中传统法律选择方法主要是负责找法,而后果主义论证方法则承担验证法律选择正当性的任务。为“避免在增加法律选择灵活性的同时,丧失法律选择的确定性和可操作性”,^⑧将“有利于”类型冲突规范的适用过程作这样的区分,可以使得“有利于”类型冲突规范的司法适用具备一个完整的、与法律实践更相契合的逻辑结构,从而为解决目前理论与实践脱节探索出一条可能的途径。针对当下司法实践所存在的“司法规避”现象,我们应该加强“有利于”类型冲突规范适用的正当化过程研究,充分理解后果主义论证方法在“有利于”类型冲突规则适用中的意义和限度。为扭转当前我国司法实践中法官在适用“有利于”类型冲突规范时不说理或说理不充分的现状,我们应该强化法官的说理论证义务,^⑨细化“有利于”判断的说理论证过程,因为法官“在判决书中对他选择的理由作出说明,将法律选择过程的合理性彰显于外,才能确保个案公正的实现”。^⑩

注释:

①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,第145页。

②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,第147页。

③徐伟功:《〈涉外民事关系法律适用法〉实施研究》,法律出版社2019年版,第339页。

④袁发强:《有利的法——实质正义的极端化》,《现代法学》2015年第3期,第151-157页。

⑤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,第147页。

⑥S. C. Symeonides, Result-Selectivism in Conflicts Law, *Willamette Law Review*, Vol. 46, 2009, p. 2.

⑦相关统计材料可参见张丽珍:《〈法律适用法〉结果选择规则实施考察》,中国国际私法学会:《新时代中国国际私法的使命——2018年中国国际私法学会年会论文集》,第244-245页。

⑧王艺:《结果选择理论研究:以涉外产品责任领域为例》,光明日报出版社2014年版,第155-156页。

⑨王艺:《结果选择理论研究:以涉外产品责任领域为例》,光明日报出版社2014年版,第165-166页。

⑩[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第90页。

⑪“明希豪森三重困境”是指,假如一个人支持自己结论的理由是另外一个或一套命题,那么这个或这套新的命题就会相应地接受人们的不断追问。这个追问过程将会一直进行下去,直到出现下面三种结果:第一,无穷地递归(无限倒推),以至无法确立任何论证的根基;第二,在相互支持的论点(论据)之间进行循环论证;第三,在某个主观选择的点上断然终止论证过程,例如通过宗教信条、政治意识形态或其他方式的“教义”来结束论证的链条。见舒国滢:《走出“明希豪森困境”(代译序)》,载[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第1页。

⑫[印度]阿马蒂亚·森:《后果评价与实践理性》,应奇译,东方出版社2006年版,第410页。

⑬时显群:《社会学法律解释方法研究》,知识产权出版社2019年版,第7页。

⑭王彬:《司法裁决中的“顺推法”与“逆推法”(下)》,《法制与社会发展》2014年第1期,第81页。

⑮《海牙抚养义务法律适用议定书》(缔结于2007年11月23日)规定涉外抚养可以从三个可供选择的法律中选择一个予以适用,并且选择只能依次进行,即首先应当选择适用被抚养人的惯常居所地法;在被抚养人的惯常居所地法不能使被抚养人实现抚养目的时,再适用被抚养人和抚养人共同本国法;前述两种法律均不宜适用时,则适用法院地法。

⑯K. Llewellyn, Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound, *Harvard Law Review*, Vol. 44, 1931, p. 1236.

⑰杨知文:《基于后果评价的法律适用方法》,《现代法学》2014年第4期,第28页。

⑱关于弱者身份的法律特征,学者的观点并不一致,有学者将弱者身份的特征总结为:多重性、法定性、移动性、例外

性、独立性、社会性。洪艳蓉：《现代民法中的弱者保护》，《河南政法管理干部学院学报》2000年第4期，第49-52、116页。还有学者认为弱者身份具有七种特性，包括多重性、法定性、可变性、独立性、社会性、相对性及不易识别性。屈广清：《国际私法保护弱者的间接方法及其立法完善研究》，中国国际私法学会：《2006年中国国际私法年会论文集》，第21页。

①[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第353页。

②李鑫：《法律原则适用的方法模式研究》，中国政法大学出版社2014年版，第61页。

③《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，法发(2018)10号，2018年6月1日发布。

④时显群：《社会学法律解释方法研究》，知识产权出版社2019年版，第186页。

⑤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，第153页。

⑥[德]K.茨威格特、[德]H.克茨：《比较法总论》，潘汉典译，法律出版社2004年版，第7页。

⑦Willis L. M. Reese, *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours*, Vol. 150, 1976, p. 48.

⑧万鄂湘主编：《〈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217页。

⑨孙尚鸿：《国际私法的逻辑体系与立法定位》，《法学评论》2019年第2期，第146-147页。

⑩S. C. Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*, *Willamette Law Review*, Vol. 46, 2009, p. 4.

⑪肖永平、丁汉韬：《论〈法律适用法〉中无条件选择性冲突规范的适用》，《法律科学》2017年第4期，第173页。

⑫李双元、欧福永主编：《国际私法》，北京大学出版社2019年版，第99页。

⑬关于传统法律选择方法与美国现实主义法律选择方法之间的关系，国际私法学界曾展开过“规则”与“方法”之争的讨论，将传统法律选择方法与现实主义法律选择方法有机结合起来，是当今国际私法发展的基本方向。这一点也印证了“有利于”类型冲突规范的适用而言，将传统法律选择方法与美国现实主义法律选择方法有机结合起来思路是解决当下“有利于”类型冲突规范适用问题上理论与实践脱节的可能途径。相关讨论见Symeon C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer

Law International, 2000, p. 48.

⑭焦宝乾：《法律论证：思维与方法》，北京大学出版社2010年版，第126页。

⑮从学者对于我国法院适用“有利于”类型冲突规范的案例统计分析看，一些案件忽略或无视冲突规范中的“有利于”字眼，直接适用法律选择规范之中的某一连结节点所指引的法律而对案件作出判决；并且，选择的标准往往就是看哪一个连结节点在我国，最终法院实际适用的就是法院地法即我国法律（或大陆法、内地法）。具体数据详见张丽珍：《〈法律适用法〉结果选择规则实施考察》，中国国际私法学会：《新时代中国国际私法的使命——2018年中国国际私法学会年会论文集》，第244-245页。

⑯陈林林：《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》，中国政法大学出版社2007年版，第35-36页。

⑰杨知文：《法律论证具体方法的规范研究》，中国社会科学出版社2013年版，第174-178页。

⑱“场域依存”这个术语取自图尔敏的论述，具体请参见[荷]伊芙琳·T. 菲特丽斯：《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》，张其山、焦宝乾、夏贞鹏译，商务印书馆2005年版，第38页以下。

⑲[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第99-100页。

⑳[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第71页。

㉑[英]尼尔·麦考密克：《修辞与法治：一种法律推理理论》，程朝阳、孙光宁译，北京大学出版社2014年版，第195页。

㉒Neil MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, *Aleksander Peczenik, Theory of Legal Science*, D. Reidel Publishing Company, 1983, pp. 235-236.

㉓Luc J. Wintgens, *Coherence of the Law*, *Archiv fur Rechts und Sozial Philosophie*, Vol. 79, 1993, pp. 483-519.

㉔郑永流：《法律判断形成的模式》，《法学研究》2004年第1期，第140页。

㉕郭玉军：《涉外民事关系法律适用中的婚姻家庭法律选择规则》，《政法论坛》2011年第3期，第26页。

㉖这也是2018年最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》所要求的。

㉗肖永平、丁汉韬：《论〈法律适用法〉中无条件选择性冲突规范的适用》，《法律科学》2017年第4期，第179页。