

法学方法论在涉外民商事裁判中的适用探析

张 建, 严 黎

(中国政法大学 研究生院, 北京 100088)

摘 要:涉外民商事司法审判中向来遵循特定的确定法效果的司法三段论。从法学方法角度审视,冲突规范的确定与适用过程属于“双重找法”。识别的过程是裁判者目光在规范与事实间交错的体现,受制于解释学循环的制约。准据法的正确解释与适用,则应以对“涵摄”概念的认知为前提。传统法律选择方法向现代化发展的脉络中,愈发突出强调在法的安定性与公正性之间的平衡。

关键词:法学方法论;涉外民商事裁判;冲突规范;准据法;司法三段论

中图分类号:D997

文献标志码:A

文章编号:1674-2494(2016)02-0031-05

正如罗马法学家 Celsus 所定义的,“法是善良和公正的艺术”^[1]。过往法学者无不从超验意义的角度关注法律所应有的“公正与善良”价值,却忽视了“艺术”之于法的重要性。所谓“艺术”,当属才能和技艺之意,笔者理解为内在天分的外在化。如舒国滢教授所言:不同于文学家或诗人,法律人的日常作业,更多地不在于激扬文字、呈现无限接近天空的浪漫想象,而在于以庖丁解牛般的手艺析出事实当中的法律问题,将现有法规范精准无误地适用于相关争议,以实现定纷止争^[2]。从这个角度来讲,循规蹈矩地戴着镣铐跳舞,不仅仅是法律人的宿命,也是一种自我坚守。而制约法律人不得在事实与法律间恣意妄为的“镣铐”即所谓的“法学方法论”,善良与公正的抽象价值只有经由此种技艺的发挥才能转化为具体的裁判标准。

作为与涉外民商事审判实践密切相联的国际私法,尤其是作为国际私法核心部分的冲突法,在其成型初期一度以“学说法”面目示人。该部门法向来以古怪的概念术语、冲突而繁杂的规则著称。就像普洛赛教授所讲的,冲突法的领地是一片阴郁的泥沼,遍布着颤动的泥潭,一群博学而乖戾的教授流连其间,用怪诞且令人费解的术语为神秘之物创设理论,而其他人一旦误入歧途则会迷失方向^[3]。问题本身就已经相当复杂,而中国的国际私法又属典型的舶来品,情况就更为诡谲,以致于有学者指出:中国的国际私法规范,更像是橱窗里炫目的展品,或者是福尔马林中的胚胎样本,现实未尝不是如此^[4]。但是话说回来,一个法律部门,一个法学学科,倘若大众乃至立法者、执法者都将其视为象牙塔里的阳春白雪,那么其价值和生命力都是令人堪忧的。如果这种情况一直延续,国际私法不仅无法充当各法律体系之间沟通的桥梁,反而会造成中外民商事正常交往的桎梏。暂且不论学术和立法的角度,从实践上去思考,不可否认在任何一个国家法院的案件当中,涉外民商事案件的数量比例确实不会太高,但是,少并不意味着就不重要,恰恰相反,涉外案件需要比国内案件裁判更高的法律技术与法律方法,往往能够代表一国民商事裁判技术的制高点,并且是其他国家了解该国司法状况的对外窗口,所以更为值得高度重视^[5]。基于此,本文旨在以我国涉外民商事司法审判中法学方法论的适用为切入点,探析当下中国涉外民商事法治

收稿日期:2016-02-28

基金项目:2015年度北京仲裁委员会科研基金项目“国际商事仲裁证据规则的制定与适用问题研究”(YJPKC06)

作者简介:张建(1991-),男,内蒙古赤峰人,博士研究生,主要研究方向为国际商事仲裁。

的现状,思考法律选择实践领域存在的问题,并提供建言。

一、涉外民商事争议解决的裁判逻辑及其方法论特性

与纯粹的国内案件有所差异,无论在诉讼中抑或仲裁中,涉外民商事争议的解决将触及不同法域实体法彼此间的法律冲突问题、不同法域的管辖权冲突问题,且管辖权的确立与程序规则的适用、域外法的效力互相牵连,相对比较复杂。大体上,涉外民商事争议解决可分为四阶段,即管辖→定性→选法→用法,当然,在选定应当适用的准据法之后还存在外国法的查明问题,在适用准据法的过程中还可能面临法律规避的认定或公共秩序保留问题,但这些可以通过制度性设计实现优化,暂且不论。抽离出来,归根结底,涉外民商事裁判的核心环节仍然以事实的认定与规范的适用为中心,裁判奉行司法三段论的整体逻辑:

大前提: $T \rightarrow R$ (R 适用于 T 所指之任何案件);

小前提: $S=T$ (S 是 T 所指之案件之一);

结 论: $S \rightarrow R$ (对于 S 应适用法效果 R)。

如宋连斌教授所言,抽象来看涉外案件的裁判逻辑与国内案件并无二致,即事实与规范的相互作用,但实务操作中二者却未必如此泾渭分明。法律必须经由解释,否则无从适用,这一点已为法律人所共知,但事实要素同样需要进行解释。即法庭对规范的事实构成进行解释,并对当事人所供给的要件事实进行认定,进而确认当事人的主张是否在该规范的事实构成范围内,继而宣告规范所述及的法律后果是否对当事人产生。在这一过程中,冲突法(或称法律适用法)的司法定位在于确定裁判所依赖的大前提,即“找法”与“释法”^[6]。

美国法官施特劳曾将准据法的确定流程喻为典型的三步曲,首先需就争讼问题进行识别,其次选择应予适用的冲突规范,最后依冲突规范指引确定实体准据法,毋宁说国际私法案件面临的是“双重找法”^[7]。为了精准确定案件所需援用的准据法,必须先行解决识别问题以及冲突规范的选择问题。冲突法意义上的识别,属于法官潜在的思维活动,是指依据一定的法律观念,对有关事实构成作出“定性”或“分类”,将其归入一定的法律范畴,并对有关冲突规范所使用的法律名词进行解释,从而确定应援用哪一冲突规范的认识过程^[8]。尽管对识别的对象与识别的依据有不同学说辩论,但识别的直接目的旨在将特定涉外民商事案件加以归类以确定应适用的冲突规范这一点殆无异议。而识别的过程最为鲜明地体现了拉伦茨所描述的规范与事实之间的对向交流过程,法官所知悉的法律规则与知识整体上构成相关裁判的抽象背景,即作为推理大前提的候选数据库,而识别的主体以“未经加工的案件事实”作为工作起点,择其中与法律判断有关者逐步形成作为陈述的案件事实,此即推理的小前提,继而以案件事实的抽象化涵射出大前提数据库中适用于个案情形的冲突规范,并同时以冲突规范的适用模式及法效果修正作为陈述的案件事实,二者同时进行,最终完成识别目标,即对具体涉外民商事争议应援用哪条冲突规范作出判断。这一思维理解过程,属于典型的“诠释学上的循环”。具言之,为了对实际发生的案件事实作法律上的判断,判断者必须将其陈述出来,陈述中又只能采择与其法律判断相关者,对法律判断是否具有意义,取决于可能适用于案件事实的法条,而从规整中就法条的选择乃至必要的具体化,又必须考量被判断的案件事实本身,二者相互穿透、相互解明,法官的目光在冲突规范与被识别的事实间往返流转,贯穿于整个识别阶段,以得到特定的某条冲突规范为终点^[9]。

法律选择之第二重找法的意图,本质上在于确定相关实体规范竞合的适用,并就本国法的域内效力与外国法的域外效力之间作出准据法的实体选择。最为常见的完全法条,应同时具备规范的构成要件与法律后果。由于涉外民商事法律关系主体、客体、法律事实所涉各国的国内法条在构成要件方面发生重合,导致同一涉外民商事案件事实往往被多数法条所指涉,这无疑属于法条竞合的特殊类型。在涉外民商事争议解决中,若相互竞合的各国规范法效果相互排斥,无疑应先行抉择二者间孰应让步;即便两国法条具有完全相同之法效果,仍需在二者中作出合乎冲突规范的选择,以保证用于裁判争议的法源的唯一性和稳定性;同时,在同一国国内法中,也有必要奉行高位阶优于低位阶法、新法优于旧法、特别法优

于一般法的基本方法确定应予适用的法条。当然,正如拉伦茨所言,法律中的诸多法条,其彼此并非只是单纯并列,而是以多种方式相互指涉,只有透过它们的彼此交织及相互合作才能产生一个规整,法秩序并非法条的总和而是规整的集合体。

二、法律选择的目标变迁及其方法论基础

在布雷斯托召开的20世纪最后一次国际比较法大会上,以西蒙尼德斯教授领衔的全球权威国际私法学者对冲突法的五大基本主题作了深入的反思与检视,即多元化法律选择方法的对立与并存、法律选择确定性与灵活性之间的张力、分配立法管辖权的法律选择方法与结果/内容为基础的法律选择方法的共生、冲突正义与实体正义的两难困境、国际一致性目标与保护本国/本州利益间的冲突^[10]。正如邓正来教授所总结的,传统国际私法流派力求贯彻简单、方便的原则,以追求判决结果的确定性、可预见性和一致性为目标,采用“单一要素”方法确定与特定案件有实质联系的法域^[11]。而这种目标在历经美国冲突法革命后,逐步转变为国际私法应着力在具体个案中主张公正并扩大适用法院地法,而与此相伴随的是多元化法律选择方法的并存。

有人质疑说,冲突法可能是一门历史不足一页白纸的少数学科之一,但事实却证明,凡是值得尝试者,都已经以某种名义尝试过了^[12]。纵观冲突法历史,无非三类重要的法律选择方法:其一,实体法方法,即制定一系列裁判规则直接调整跨国交易;其二,单边主义方法,即通过确定潜在的可适用的本地法的属地与属人适用范围来确定特定案件的准据法;其三,多边主义方法,即在处理涉外争议时通过运用法律选择规则指引不同法律体系的适用^[13]。其中相比较而言,第一类被称为目的论式的选法方法,而后两者统称为概念论式的选法方法,以凸显实体法方法的优法色彩,其中尤其以莱弗拉尔“更好的法”(better law)模式为典型范例。在单边主义引导下,优先适用法院地法的倾向催生了挑选法院现象的加剧,因为管辖权的确定将直接影响法律适用,而理性经济人的假设使各方争先在有利于自身诉求的国家起诉,于是就反而在一定程度上加剧了法律适用的不确定性,对法律适用的可预见性目标而言可以说适得其反^[14]。在多边主义方法框架内,形成了以萨维尼的“法律关系本座说”为代表的以逻辑分析为特征的方法论,和以柯里的“政府利益分析说”为代表的以功能论为特征的方法论。前者以冲突规范作为中心,将法律关系作分类后通过连接点与其本座所在法域的规则相链接,属于地域导向的选法方法;后者则旨在彻底抛弃法律选择规则,单纯以法院地法和案件有关法域的立法背后所旨在保护的利益为中心,通过自由裁量权实现权衡利益,属于结果导向的选法方法^[15]。但遗憾的是,由于各国冲突规范本身的不一致、法院自由裁量权的行使及优先适用法院地法的单边主义趋势等因素,致使多边方法也无益于实现裁判结果一致性的终极追求,反倒是对判决协调性的过分关注致使涉外民事争议解决实践中一度漠视对实体正义的思考。

这种论断被某些知名案例所证实。例如,在2004年包头空难案中,遇难者家属并未选择在侵权行为地的中国境内起诉,而是选择在美国加利福尼亚州洛杉矶郡高级法院提起诉讼,原因在于加州对空难案件的赔偿额更高,而如此一来中国的冲突法就难有用武之地。再如,1963年美国纽约州上诉法院富德法官审理的贝科克诉杰克逊案中,一审法院以侵权行为地法判定加拿大安大略省“乘客法则”应当适用,免费乘客不得就驾车人的过失侵权要求索赔,二审法院却以最密切联系地的纽约州法判定驾驶人应予赔偿,裁判结果堪称天壤之别,一度引发学界热议。

对法律选择功能目标的定位失准,直接影响了涉外民商事审判裁判文书的撰写。经过归纳、分析、总结,有学者已经开始意识到:大部分涉外民商事裁判文书没有援引冲突规范说明选法的理由,而径直适用法院地法,此种适用法律的方法偶尔也能得出正确的结果,但在法律推理方面却存在严重不足;即使有的涉外案件裁判文书说明选法的理由,但选法的过程往往很机械,理由也过于简单,不周延^[16]。笔者认为,诱发弊病的源头之一即在于对司法说理的逻辑定位认识偏差。当然,某些学者已经开始尝试新的法学思考模式,图尔敏所发展的法律论证理论即为其中之一,他尤其提及:一个完整的论证架构包含6个

相互关联的要素,即主张、论据、保证、佐证、程式与反驳,这对涉外民事审判体制改革的启发存在深远的现实意义^[7]。在涉外民事诉讼与商事仲裁中,法律适用的参与主体即原告、被告、法院/仲裁员三方皆必须采取理性的法律论述,其论述应依循内部证成和外部证成之要求,既要符合逻辑有效性又要提出实质上可供支持之识别定性之依据。同时,裁判主体在论证中应避免适用冲突规范的盲点,尽量将法律论证过程清晰化,以符合论证结构之要求。

三、准据法之解释与适用的方法论分析

自1987年1月1日《中华人民共和国民事诉讼法通则》施行以来,中国国际私法立法始终以“散见式”或“专编专章式”呈现,因其碎片化与不成体系化而为涉外案件的法官带来了冲突规范援引(第一重找法)与准据法指引(第二重找法)的不便。2011年4月1日《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》)的施行,不仅标志着几代国际私法立法者与学者的付出得以回报,同时向世界宣告兼具开放性、包容性、系统性的中国特色的涉外民事法律体系基本确立起来^①。前文第二部分与第三部分已分别就识别问题与冲突规范的适用问题作了阐释,从司法实务的角度,接下来需要论证准据法适用阶段的方法论意义。

如前所述,涉外民事案件司法审判的裁判逻辑奉行确定法效果的三段论法。法官在就案件事实进行正确识别,并从互有竞合的冲突规范中确定适用于特定个案者后,将对准据法的实体法加以适用,此时比较重要的是“涵摄”概念的妥当运用。从逻辑学的角度讲,涵摄特指一种将外延较窄的概念划归至外延较宽的概念之下的推演。在这种推演中有若干关键步骤,首先必须准确界定涵摄者与被涵摄者,继而确定上位概念的全部要素皆在下位概念中全部重现,下位概念的外延之所以较窄,是因除了具备上位概念的全部要素外,下位概念还必须至少满足另一要素的限制^②。但在准据法适用中的涵摄并非外延宽窄概念之间的归属关系推演,而特指将作为陈述的案件事实涵摄于法律所描述的构成要件之下。在准据法适用的涵射推演中,要求法律的解释主体经由长期习得已获取特定规整的“先前理解”,并熟练掌握“先前理解”在个案中的意义期待。这意味着,从规范适用的角度思考,解释主体既要考量立法者当时拟规整的情景是否仍然存在,也必须充分解决规范的一般性与个案的特殊性之间的隔阂。新制定的法规范会经由法的适用程序而得以具体化,但为适用规范而为之法律解释则不具备规范本身的确定性,法官为实现规范在法律脉络中应被理解的意义及个案特殊性,如先例或最高法院所为之解释无法维持,则有时不得不放弃旧的解释,但这种对先例的背离仍然属于例外而非常态。基于法的安定性的考量,对“相同案件相同处理”的正义原则的落实仍需尊重先例中已有的法解释。

四、结语

国际私法作为涉外民事争议解决之行为规则,只能是在各种社会力量的折冲和社会生活的实践中向前推进,学术研究也应以现实关怀为己任。涉外裁判文书作为争议解决过程及结果的载体,是系统运用解释学技术与法学方法论的集中体现。但遗憾的是,如某些学者所批评的,中国国际私法学界对“法官言说”的研判还不彻底,有关著述多停留在概念表层而欠缺实证论证^[8]。导致这种状况的症结,归根结底离不开涉外司法审判中对法学方法的漠视,以及对冲突规范司法定位的失范。

颇值一提的是,这种状况正在逐步被认知并得以纠偏。近年来,我国法院所审理的“中威”案、新加坡中华环保科技集团股东出资纠纷上诉案、阿尔斯通技术有限公司申请承认和执行新加坡国际仲裁中心

^①当然,任何立法产物都存在时代性,《法律适用法》的规范也不例外,基于本文主题所限,不在此就其利弊得失进行评议,相关立法优劣、规范述评,见黄进主编《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。

^②例如,《法律适用法》第42条所指称的范围涉外消费者合同关系,相对于第41条的涉外合同关系而言,前者的外延比后者要窄的多,原因在于其必须满足主体、交易目的、交易法律效果等一般合同所不具备的特殊要素限制。所有定义上位概念的必要且充分要素,都在下位概念中穷尽性地一一重现,再如拉伦茨所举的哺乳动物与马的例子,见卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆,2004年版,第152页。

仲裁裁决案等一批重大涉外民商事案件的妥善审理和执行,在国际上树立了我国良好的法治形象,彰显了我国司法的公信和权威。美国罗宾逊直升机公司产品责任纠纷案、德国旭普林公司仲裁条款效力确认案等生效判决、裁定相继在美、德等国得到承认与执行,司法在解决跨国商事纠纷中的主导地位和作用更加凸显。总体上,我国涉外司法审判现状可概括为:涉外案件受案数量持续攀升;法院审理涉外案件的能力增强,既体现在效率上亦不失公正;涉外民商事司法裁判的国际认可度逐步凸显。但是从个案审理中亦不难看出我国涉外司法审判中存在诸多问题尚待解决,如涉外案件管辖权冲突的协调、司法协助的落实、涉外案件法律适用中对国际条约的失准适用、行政色彩的嵌入、涉外民商事裁判文书的制作等,或是困扰我国法院已久的难题,或是全球化时代无法回避的困境,从方法论角度理性回应这些问题,殊为必要。

参考文献:

- [1]黄 风. 罗马法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009:12.
- [2]舒国滢. 法学方法论[M]. 厦门:厦门大学出版社,2013:1.
- [3]Prosser. Interstate Publications[J]. 51 MICH L REV,1953:959-971.
- [4]韩德培. 国际私法问题专论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2004:68.
- [5]梁 西,宋连斌. 法学教育方法论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2007:179.
- [6]宋连斌. 涉外案件的实务流程及裁判的逻辑[N]. 人民法院报,2007-12-26(005).
- [7]霍政欣. 识别对象的再认识[C]//中国国际私法与比较法年刊:第九卷. 北京:北京大学出版社,2007:280-283.
- [8]韩德培. 国际私法新论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2003:126.
- [9]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译,北京:商务印书馆,2004:162-163.
- [10]西蒙尼德斯. 20世纪末的国际私法——进步还是退步?[J]. 民商法论丛,2002(24):366-370.
- [11]邓正来. 美国现代国际私法流派[M]. 北京:中国政法大学出版社,2006:25.
- [12]弗里德里希·K·荣格. 法律选择与涉外司法[M]. 霍政欣,译,北京:北京大学出版社,2007:8.
- [13]Friedrich K Juenger. Choice of Law and Multistate Justice[M]. New York:Transnational Publishers,2005:45.
- [14]霍政欣. 冲突法之谜的经济分析[C]//中国国际私法与比较法年刊:第十二卷. 北京:北京大学出版社,2009:164-166.
- [15]杜新丽. 法律选择方法研究[D]. 北京:中国政法大学,2004.
- [16]宋连斌,赵正华. 我国涉外民商事裁判文书现存问题探讨[J]. 法学评论,2011(1):115-120.
- [17]曾丽凌. 法律论证思维与冲突法之契合——方法论的实践智慧[J]. 公民与法:法学版,2012(12):10-15.
- [18]杜焕芳. 中国国际私法学术之转型:立场、方法与视野[J]. 华东政法大学学报,2013(1):94-106.

The Analysis of Legal Methodology in Foreign-Related Civil Litigation and Commercial Arbitration

Zhang Jian, Yan Li

(School of Postgraduate Students, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Foreign-related civil and commercial judicial trial has always followed the specific method to determine the effect of the judicial syllogism. From the viewpoint of the legal methods, the determination of conflict rules and its application process belongs to double finding law process, in which the judge need to keep an eye on alternating between norms and facts, subject to the restriction of hermeneutische circle. The suitable application of *lex causae* should be on the premise of the cognition of subsumtion. When the traditional choice of law method was transformed to the modern development, it was increasingly highlighted in the balance between stability and integrity.

Key words: legal methodology; foreign-related civil litigation and commercial arbitration; choice of law rules; *lex causae*; judicial syllogism

(责任编辑 张春生)