

后果主义论证方法在“有利于”冲突规范中的应用

裴伊杰

西北政法大学国际法学院, 陕西 西安

收稿日期: 2022年10月8日; 录用日期: 2022年12月14日; 发布日期: 2022年12月21日

摘要

《涉外民事关系法律适用法》规定了“有利于”冲突规范, 审判实践中法官在适用此类冲突规范时, 面临运用传统法律选择方法无法证明其所选择之法具有实质合理性的困境。为了解决上述困境, 本文主张应采用后果主义论证方法来正当化“有利于”冲突规范的找法过程。后果主义论证方法有其正当性, 但也存在合法性与合理性危机。为弥补其不足, 应当在厘清传统法律选择方法与后果主义论证方法关系的前提下, 增加后果主义论证方法的检验方法, 从而保证判决合法性的同时, 实现法律选择的合理性和可预测性。

关键词

“有利于”冲突规范, 法律选择, 合理性, 后果主义论证方法

The Application of Consequentialist Demonstration Method in the Conflict Rule of “Favor”

Yijie Pei

Northwest University of Political Science and Law, Xi'an Shaanxi

Received: Oct. 8th, 2022; accepted: Dec. 14th, 2022; published: Dec. 21st, 2022

Abstract

The Law on the Application of Laws in Foreign Civil Relations stipulates the conflict rules of “favor”. In the trial practice, when judges apply such conflict rules, they are faced with the dilemma that

using traditional methods of law selection cannot prove the substantive rationality of the law they choose. In order to solve the above dilemma, this paper argues that the method of consequentialism should be adopted to legitimize the process of finding law that is “conductive” to conflict rules. The method of consequentialism argument has its legitimacy, but there is also a crisis of legitimacy and rationality. In order to make up for its shortcomings, we should add the testing method of the method of consequentialism demonstration on the premise of clarifying the relationship between the traditional method of choice of law and the method of consequentialism demonstration, so as to ensure the legitimacy of the judgment and realize the rationality and predictability of the choice of law.

Keywords

Conflict Rule of “Favor”, Choice of Law, Rationality, Consequentialist Demonstration Method

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2010年《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)规定了“有利于”冲突规范¹,旨在通过“有利于”冲突规范的适用达到对特定法律关系中的弱势群体给予倾斜保护的目的。但在我国的司法实践中该类型冲突规范的适用情况远未达到立法者的预期。如学者叶竹盛就认为“法官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”产生司法规避,而“《法律适用法》中的‘有利条款’就是司法规避的一个‘受害者’”[1]。张丽珍副教授经过统计指出,我国适用“有利于”冲突规范时存在“法院地法总是法院适用‘有利于’条款的选法结果”、“法律选择过程不明,法律适用理据不足”的现象[2]。本文认为,上述问题产生的原因主要是法官形式主义法律思维的影响,试图通过冲突规范与事实之间的逻辑涵摄来确定准据法,但这样的法律选择方法却无法保证法律选择的结果是否有利于保护弱者一方当事人的权益。面对这样一种困境,本文主张通过后果主义论证方法来解决传统法律选择方法无法证明法律选择实质合理性的困境。应当强调的是,“有利于”冲突规范的适用中引入后果主义论证方法也会带来合法性与合理性危机,应当坚持以形式主义法律观念为体,以后果主义论证方法为用的立场,同时增加对后果主义论证方法的检验方法,从而修正“有利于”冲突规范的适用。本文希望通过以上讨论,一是厘清“有利于”冲突规范适用中传统形式主义法律选择方法与后果主义论证方法的关系,二是能够有机地将两种方法统一起来,以实现法律选择的形式正义和实质正义,为法官在实践中适用“有利于”冲突规范给予方法论上的指引。

2. 传统形式主义法律选择方法之困

在我国的司法实践中,法官在经过对规范的解释和案件的定性之后,按照司法三段论就可以获得准据法,但适用“有利于”冲突规范则需要法官对所选之法给出实质性理由,这一理由司法三段论无法给出。因此在实践中产生了以下问题:

第一,选法方法单一,大部分案件倚仗法律关系重心地的方法通过比较客观连结点的数量选择准据

¹本文所称“有利于”冲突规范是指《法律适用法》第25、29、30条这样的在条文中明确规定“……关系,适用……中有利于……的法”的冲突规范。

法。笔者在中国裁判文书网上经过检索²，并结合叶竹盛的统计数据³发现法官在处理涉及《法律适用法》第25条、29条、30条的案件时，几乎都使用了法律关系重心地的方法，通过比较客观连结点的数量来为法律选择提供理由，进而通过涵摄确定准据法。这种选法方法从形式上看符合形式逻辑司法三段论的要求，但形式逻辑无法证明结果最有利于保护弱者权益。

第二，法官的法律选择具有很强的法院地倾向。直接以法院地法作为准据法草率结束案件。这种做法在实践中十分常见，比如叶竹盛统计数据中的案例一共指向了9个法域⁴，但无论是通过“经常居住地”、“国籍国”、“财产所在地”这些客观连结点，还是通过最密切联系原则、有利于弱者权益保护原则这些主观连结点，唯一的目的是让案件与中国内地产生联系，从而绕开“有利于”条款，直接选择中国法作为准据法。法官似乎是在为适用中国法而挑选连结点，而不是为了找到准据法来寻找连结点，这种法院地法倾向只是法官为了结案而采取的一种应对措施，至于法院地法是否真的是有利于弱者权益保护之法语焉不详。

第三，实践中法官没有额外说明法律选择的实质理由，导致不能证明准据法是有利于保护弱者权益之法。检索到的相关案例里少数几个对所选之法有利于弱者权益保护说明理由的案例中，所谓的说理也只浮于表面，往往只是案件事实要素的堆砌。比如孙×1等抚养费纠纷案⁵，法官就只是以诉讼时原告的经常居所地为中国作为理由，就将中国法堂而皇之地作为本案中有利于保护被抚养人权益的法。

3. 用后果主义论证方法破解形式主义法律选择方法之困

形式主义方法无力证明所选之法是有利于保护弱者权益的法，但是法官又不能拒绝裁判，那该如何是好？本文主张运用后果主义论证方法，从判决产生的社会效果入手，通过后果衡量得到可欲后果，并以此为所选之法是有利于保护弱者权益的法提供实质性理由。

3.1. 在“有利于”冲突规范中应用后果主义论证方法的必要性

同美国冲突法革命中的各种学说为了实现判决的实质正义一样，运用后果主义论证方法也是为了在“有利于”冲突规范适用过程中实现判决的实质正义，其必要性有两方面：

第一，为选择的法更有利于保护弱者权益提供实质性理由，证明所选择的准据法就是个案中更有利于保护弱者权益之法。后果主义论证方法将弱者权利保护原则细化，从而使法律选择正当化过程具有可操作性。有利于保护弱者权益实际上就是判决所想要达到的一种预期后果，但是这种预期后果过于宽泛，法官需要更加细分化的后果来在个案中确定这个预期后果到底为何、指向何处。后果主义论证方法就是这种达到细分化后果的手段，将预期后果通过司法方法的程序性步骤以及适当的衡量标准予以具体化，这个具体的、细分化的后果被称为可欲后果。得到可欲后果就能将“有利于”的判断转化为可欲后果的判断，从而使得法律选择正当化过程具有可操作性。

第二，后果主义论证方法的“逆向”推理与形式主义方法的“正向”选择一起构建起一个同时实现合法性与合理性的法律选择模式。经过后果主义推理得出的可欲后果，为依据冲突规范进行法律选择提供了一个参考标准。此时法官需要依法律关系重心地的方法，以可欲后果为指引，根据连结点的援引先入为主地得出一个“初步”的选法结果，这个“初步”的选法结果要不断与可欲后果比对才能最终得到

²笔者在中国裁判文书网以“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十五条”“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十九条”“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十条”为关键词共检索到相关文书40篇，其中28篇运用了法律关系重心地的方法。

³分析叶竹盛的统计数据，可以发现这种方法在统计案件中占比高达62%。参见叶竹盛：《寻找“更有利的法”：比较型冲突规范的司法困境及出路》，第157页“附表一”。

⁴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》，第157页“附表一”。

⁵北京市第二中级人民法院(2014)二中少民终字第08865号民事判决书。

依据冲突规范的法律选择结果。因此，可以说，后果主义论证方法实现判决实质正义的两个方面是同时发挥作用的，在找到依冲突规范的法律选择结果的同时也完成了对其正当性的论证。审判实务中，法官的目光需要来回穿梭在可欲后果和形成“初步结果”的过程之间。

3.2. 后果主义论证方法在“有利于”冲突规范法律选择中的正当化步骤

后果主义论证方法毕竟不是法官熟悉的“顺推法”，而是从裁判可能引起后果的预测和评价来“逆向”影响法律选择。正如玛蒂娜·德克特所说：古典法教义学(形式主义)通过结合案件事实并借助给定的规则来解释法律进而控制裁判，而后果取向则通过对裁判所导致之效果的期待来解释法律和调控裁判。⁶因此，要将后果主义论证方法应用于“有利于”冲突规范之中，必须明确其特殊的适用步骤。

1) 预测可能的后果

“某个裁决将导致何种后果，离不开法官依据经验的预测。这一步骤需要界定哪些后果将纳入考量范围之中，以及借助何种方法使预测风险最小化”[3]。后果主义论证方法的第一步需要法官借助先见并抛开现有法律规范，以“白纸状态”⁷对后果进行预测，其中明确后果的性质尤为重要。

a) 后果主义中的后果性质

法律后果与事实后果。法律后果是指通过事实与规范要件之间的涵摄依据法律规范而产生的既定后果，法律规范的结构通常表现为“如果 T 则 R”，法律后果通常就蕴含在 R 之中。事实后果则是超出法律规范后果之外的后果，他可能包括裁判结果对社会、经济、政治、舆论的影响。“后果主义法律论证所依据的后果并非通过语词的相互指称或逻辑关系的判断就能够确定，而必须满足‘可行性’的要求，即该后果必须是能够通过经验加以证明的事实上的可能后果”[4]，因此后果主义中的后果是事实后果而非法律后果。

2) 后果选择

选择的目的在于将符合法秩序的后果从众多后果中挑选出来。经过前见的大致预判后，有许多后果会进入法官的视野，但是并不是所有的后果都会最终成为可欲后果，法官要结合案件具体事实，通过后果选择将不合法秩序的后果剔除在外。比如在田某甲索要抚养费案中，对于被抚养人的抚养费范围，香港通过判例形成的约束性规范就规定旅游费、玩具费、照料人员的费用以及礼物和外出就餐费等娱乐性费用属于抚养费给付的范围。⁸这些娱乐性费用在价值趋同的内地法官看来，属于明显不合理的因素，因此要在后果选择中应将这些因素排除在外。

3) 后果评价

如果说选择是对后果的分离，那么评价就是对后果的融合。评价的目的在于对挑选出来的后果进行位阶排序，从而得到可欲后果。评价中对后果的位阶排序，并不是像庞德那样在一般意义上建立一张“门捷列夫式利益分类表”[5]，而是要贴合案情形成一个针对个案的后果位阶。在后果评价中可欲后果的范围已经确定下来，要做的就是对这一范围内的后果进行评价，此时就需要有评价标准。本文主张以经济学和博弈论的标准作为后果评价的标准，将经济分析方法和博弈论作为评价工具，从微观上量化测算后果的位阶，这样法官就能从抽象的道义中解放出来，通过实在的利益标准来评价后果。

4. “有利于”冲突规范后果主义论证方法的隐患

运用后果主义论证方法能够为“有利于”冲突规范中的法律选择提供实质性理由，使法律选择结果

⁶Martina R. Deckert, “Folgenorientierung in der Rechtsanwendung”, (1995) 3 München: C. H. Beck'sche verlagsbuchhandlung.

⁷所谓“白纸状态”是指法官“有意识地将既存的法律排除在外，首先以全部白纸的状态对这一事件应该如何处理加以考虑”。段匡：《日本的民法解释学》，复旦大学出版社 2005 年版，第 261 页。

⁸相比之下，中国内地法的规定抚养费范围主要包括教育、医疗、生活三类，在一些判例中也没有将娱乐性费用纳入抚养费的范围。参见秦某、耿某 1 抚养纠纷案((2016)粤 01 民再 131 号)，广东省广州市中级人民法院民事判决书。

具有实质正当性，但不得不承认后果主义论证方法的运用也存在一定隐患，如果不加限制地使用这种方法可能会导致合法性和合理性危机。

4.1. 合法性危机

在“有利于”冲突规范中运用后果主义论证方法，其每一个步骤中法官都有着一定的自由裁量权，此外后果主义论证方法还将法外因素引入司法裁判过程，这些都加聚了对裁判结果合法性的质疑。因此所谓合法性危机就是指若对后果主义论证方法不施加以(程序或实体)限制，会使现有的法律体系变成法官依据自身喜好决定裁判结果的粉饰工具，从而产生司法虚饰论，进而瓦解法治社会下法律的权威性。关于后果主义论证方法有观点认为其抛开规则，将赋予裁判正当性的本源直指后果，而这个具有明显价值色彩的词眼为法官将其个人喜好融入裁判打开了“后门”。以上观点不无道理，若任凭后果主义在司法裁判中不加限制地任意使用，久而久之必然造成法官不顾法律而只考虑后果作出裁判的风气，当“纸面上的法”在裁判中被有意忽略，而“行动中的法”被过分强调时，司法虚饰论的产生也就不可避免。可见若不加限制地使用后果主义论证方法，不仅不能为法律选择提供更加明确、正当的结果，反而会瓦解司法权威和法治信仰。

4.2. 合理性危机

可欲后果的实质正当性和多元论据的完整性之间有着天然的矛盾，“有利于”冲突规范的后果主义论证方法中引入了多元衡量论据来论证可欲后果的实质正当性，但是论据的来源越多，完整收集每一来源论据的难度就高，多元论据的完整性就越难以达成。因此所谓合理性危机就是指后果主义论证方法中对后果的预测和评价存在许多不确定因素，新出现的情况可能改变后果主义论证方法的推论，影响可欲后果的实质正当性，从而导致裁判结果的不确定性和不合理性。从本质上来讲后果主义推理是具有开放性的可辩驳性推理，可辩驳性推理是将可辩驳性与推理结合起来形成的一种新的推理模式，“可辩驳推理是多元的非单一性推理，充满着对话与论辩、论证与反论证的丰富对话过程”[6]。在可辩驳推理的语境下，法律推论也是具有可辩驳性的，即“原先推论的结果一旦在推论中增加新的前提，其就无法被推出的现象”[7]。推论的可辩驳性一种是证伪(推翻)，另一种是削弱，但无论是证伪还是削弱都会对后果主义论证方法的合理性造成影响。

5. “有利于”冲突规范司法适用的修正

在“有利于”冲突规范的适用中，形式主义方法仍是法律选择的基本方法，我们要做的不是抛弃形式主义方法，而是要为法律选择添加一个正当化过程。因此为了修正“有利于”冲突规范的司法适用，应先在观念上厘清形式主义与后果主义的关系，后在制度上约束后果主义论证方法的运用。

5.1. 以形式主义法律观念为体，以后果主义论证方法为用

形式主义法学的标签已被人弃置，形式主义法学的思想却深入人心。前文指出形式主义在“有利于”冲突规范适用中的困境，但这并不意味着形式主义毫无用武之地，相反“依法裁判”仍是司法追求的重要价值目标，这是法治稳定性和司法权威性的要求。虽然形式主义的司法方法无力解决何为有利于弱者权益保护之法的问题，但是形式主义恪守法律规范性并严格依“法”裁判的法律观念却为后果主义论证方法解决“有利于”冲突规范的适用难题提供了基本的观念立场，即法官必须受到法律规则的约束，不能突破法治底线进行后果主义推理，通过后果主义推理方式得到的结论必须受到法律的检验，因为“无论一个判决在后果主义考量看来多么易于接受或者令人心驰神往，都必须同时找到法律上的依据才行”。

⁹事实上也是如此，没有哪一个法官能宣布自己纯粹依据对后果的考量做出裁判。在“有利于”冲突规范的适用中，经过后果主义论证方法得到的可欲后果，必须能够在依据形式逻辑推理得出的结论中有所体现，至少要做到不与依据形式逻辑推理得出的结论相悖，这样才有依据冲突规范的法律选择结果与可欲后果进行比较的空间。

后果主义论证方法是依据冲突规范得到法律选择结果提供指引和实质性理由，法律选择结果仍要通过形式主义得出。换句话说，如果把法律选择看作是一种“双重理性架构”，即将涉外民事法律选择分为法的发现过程和法律选择正当化过程的话^[8]，那么后果主义论证方法就是为了法律选择正当化过程服务，形式主义法律观念就是为了法的发现过程服务。比如在“有利于”冲突规范中，法官依照可欲后果的指引根据法律关系重心地方法找到准据法，这个过程是一个依据三段论推理的简单的法律判断过程，即法的发现过程，至于所选之法是否为有利于保护弱者权益之法，以及能否实现“有利于”冲突规范的立法目的，则必须经过法律选择的正当化过程，通过后果主义论证方法得出可欲后果后，以可欲后果为法律选择结果提供实质性理由。

5.2. 增加对后果主义论证方法的检验

后果主义论证方法中产生可欲后果的方式毕竟是评价性的，为了限制法官运用后果主义论证方法时的自由裁量，增加后果主义论证方法的合法性与合理性，有必要对后果主义论证方法进行一致性、融贯性的检验。

一致性检验。“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”。一致性要检验可欲后果是否符合法律规范，并与法律规范体现的价值目标或政策取向相一致。因此首先，可欲后果至少要与现有的法律规范不相抵触。在后果主义推理中，可欲后果被法官赋予了实现个案正义的功能，但实现个案正义的方式必须符合法律规定，换句话说就是可欲后果中的后果至少不能为法律所禁止。其次，可欲后果还要与法律原则背后所体现的一般价值相一致。具体来说，就是要从案件所涉的特定法律原则出发，挖掘其背后的一般价值或政策目标，作为一致性检验的标准。比如《法律适用法》第25条、29条、30条体现的是弱者权益保护原则，而弱者权益保护原则背后体现的则是“保护人权”的一般价值，因此对于弱者权益倾斜性保护的同时，也要注意对案件其他当事人人权的保护，也就是说，对弱者权益的倾斜保护不得对其他当事人造成不当损害。

融贯性检验，可欲后果的融贯性可以分为内部融贯性和外部融贯性。“一个融贯的信念体系中的每一个信念都在不同程度上得到来自其他信念的支持”，¹⁰可欲后果是一系列后果的集合，在这一集合中可能包含着数个不同价值的后果，内部融贯性检验就是要保证可欲后果集合中不同后果之间的价值趋同性，即都要有利于弱者权益的保护。其次，外部融贯性要求可欲后果与法治理念、社会道德、文化传统等评价体系相融贯性。“后果主义裁判思维也并不是和现有的法律体系、法治理念相脱离的，相反，其和当前法律的基本原则、法治基本理念具有内在的一致性”。¹¹在外部融贯性中，法律原则发挥着重要价值，如果将法律整体上比喻成如语言一样存在“确定核心”和“边缘地带”的开放结构的话，那么规则就是法律的“确定核心”，原则就是法律的“边缘地带”，原则承担着法律与其他社会评价体系交流的媒介，从而为可欲后果与其他社会评价体系的融贯性提供了桥梁，比如，“有利于”冲突规范中的弱者利益保护原则，它体现的是一种对弱势群体的特殊保护，这与我国妇女儿童优先的公共道德和尊老爱幼的文化传统是一脉相承的，因此可欲后果通过弱者利益保护原则与其他社会评价体系达成了融贯。

⁹[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101页。

¹⁰参见侯学勇：《法律论证的融贯性研究》，山东大学出版社2009年版，第198页。转引自张斌峰、肖宇：《法律论证如何“融贯”？》，载《政法论丛》2012年第6期，第59页。

¹¹陈锐、王文玉：《论司法裁判中后果主义的适用定位与论证路径》，载《河北法学》2021年第6期，第39-40页。

6. 结语

党的十八届四中全会指出“加强涉外法律工作”¹²，习近平总书记也强调“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治”¹³。修正“有利于”冲突规范的司法适用对加强《法律适用法》在涉外民事关系领域的正确适用有着重要作用，这对于完善涉外法治建设意义重大。在“有利于”冲突规范的适用中形式主义方法的形式逻辑推理有着明显不足，正如学者所言：“形式逻辑并不产生新的知识，基于形式逻辑裁决疑难案件只会导致法律的封闭和僵化，无益于法律体系的不断完善”^[9]。后果主义论证方法为修正“有利于”冲突规范的适用提供了新视角，其不仅能避开形式主义方法价值判断不能和逻辑推理不通顺的问题。还能以可欲后果为所选之法更有利于弱者权益保护提供实质性理由，使法律选择具有实质正当性。同时也应当警惕其带来的合法性和合理性危机，认识到仅有后果主义论证方法是不够的，形式主义方法仍是法律选择的基本方法，在此基础上的后果主义，才能避免后果主义论证方法落入主观主义陷阱。

参考文献

- [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[J]. 现代法学, 2017, 39(5): 144-160.
- [2] 张丽珍. 《法律适用法》“有利于”条款实施研究[J]. 西部法学评论, 2015(6): 70-80.
- [3] 赵力. 论裁判后果主义推理的运作原理[J]. 东方法学, 2020(1): 149-160.
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20200115.002>
- [4] 王彬. 司法裁决中的“顺推法”与“逆推法”[J]. 法制与社会发展, 2014, 20(1): 73-88.
- [5] 徐继强. 衡量的法理——各种利益衡量论述评[J]. 法律方法, 2009, 9(2): 331-349.
- [6] 邱成梁. 法律中的可辩驳思维与法治[J]. 金陵法律评论, 2014(1): 176-204.
- [7] 蔡琳. 法律论证中的融贯论[C]. 法律逻辑与法学教育——第十五届全国法律逻辑学术讨论会论文集. 2007: 46-55.
- [8] 翁杰. 论涉外民事法律选择模式的双重理性架构[J]. 政法论丛, 2016(3): 115-121.
- [9] 王彬. 逻辑涵摄与后果考量: 法律论证的二阶构造[J]. 南开学报(哲学社会科学版), 2020(2): 33-43.

¹²《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过。

¹³《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调坚定不移走中国特色社会主义法治道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载求是网，http://www.qstheory.cn/yaowen/2020-11/17/c_1126751743.htm (最后访问时间 2022 年 12 月 1 日)。