

# “人本”语境下连结点选择方法论

梅傲\* 罗迪\*\*

**内容摘要:**冲突规范在当代国际私法发展进程中需要围绕时代的理念趋势不断改进与优化,以实现二者的适配与融合。私权保护视域下的连结点选择应当遵循“原则+环境+规则”的体系公式。“原则”系指以私权利益保护和维护私法秩序为重的法律价值,其内含秩序价值和正义价值。“环境”是指由国家治理和司法裁量搭建起来的连结点选择的外部环境,其需要在遵循原则的基础上实现与私权自治的有效结合。“规则”是指冲突规范的具体构建,在私权自治的理念下充分尊重当事人的选法自由;在秩序价值的考量下尽可能运用硬性连结点以维护当事人的预见利益;在追求实质正义的基础上,采用最密切联系和有利原则进行规范。同时,在未来还要注重“范围”研究,从根本上实现冲突法规则结构化、体系化的目标。希望通过以上步骤,促成在私权保护理念下涉外民商事法律规则良性发展的愿景,帮助当事人在此框架下自由和幸福地发展,为国际民商事交往秩序的稳定建设助力。

**关键词:**冲突规范 私权保护 连结点 人本 “范围”革命

国际私法无疑是一门理论深度和逻辑密度都要求极高的法律学科,在历经数次学理争锋与实践洗礼之后,其渐渐走上了“冲突正义”和“实质正义”的平衡木,以“法律关系”+“连结点”+“特定法律体系”为基本结构的法律选择公式仍然占据重要席位。纵观国际私法近八百年的历史脉络,有关冲突规范立法理念的争论层出叠见,其在各种或批判争鸣、或继承发展、或激荡融合的学说中不断变革与演进。究竟是以建立解决国际民商事法律冲突的统一规则,并追求判决结果一致性为使命,还是以维护国家主权利益为导向,并在此维度上保障相关当事人权益为目标?显然,如果陷于这二者的争论框架,则势必会忽视国际民商事法律冲突的关键问题,即私人权益在发生冲突的多元法律体系间的保障。概言之,民商事法

\* 西南政法大学国际法学院副教授。

\*\* 西南政法大学国际法学院海外利益保护研究中心助理研究员。

本文系教育部哲学社会科学后期资助项目“我国《涉外民事关系法律适用法》实施研究”(项目批准号:20JHQ073)的阶段性成果。

是以保障私人权利、维护私人秩序为最终目标,而以不同法域间平等主体之法律关系为调整对象的涉外民商事法仍然应当以维护私人合法权利为首要,重视私人之需求满足与价值实现。因此,在重拾法律冲突之规则化解决进路的现代国际私法中,无论以何种联系选定法律关系之连结点,都应当从私法的人本价值出发,将其作为涉外民商事法解决冲突之统摄思想,并以此为本来指引连结点选择之术。<sup>①</sup>如此才能在选法设计和法律适用之间实现最终价值的统一,促使我国民商事交往朝向合法、有序和正义之路前进。

## 一、人本体现:连结点选择的价值取向

国际私法的主要目标是保证涉外民商事法律纠纷的合理解决,并对平等主体之间发生冲突的利益进行衡量,最终实现私人权利确定、义务分配和秩序稳定的任务。从所规范主体和调和利益的类型来说,国际私法自当属于以私人私权为核心的私法部门。其致力于打造平等稳定的国际民商事秩序,并以涉外民商事法律关系当事人间的自由与平等为诉求。冲突法中的法律选择方法,总体上可以归纳为联系标准和正义标准。联系标准包括客观地域和主观意志两种,而正义标准则意指个案结果的实质公平。<sup>②</sup>前者反映法律的秩序价值,即法的可预见性和稳定性,后者则体现法律的正义价值。在法律选择和适用之过程中,前述二者并非必然冲突,也绝非简单并列。相反,二者应当在共同的价值项下实现结合与平衡。这一共同的价值即是作为私法之目的、本源和尺度的“私权保护”,以此为连结点选择的价值取向则是私法之应然。

### (一)人本与自由的法理探析

#### 1.人本是法律的原生目的

法律是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,通过规定权利和义务的方式以维护社会秩序的特殊社会行为规范体系,<sup>③</sup>其本质是为了保障社会的安全和民众的幸福。之所以说人本是法律的原生目的,主要可从以下两个方面来进行解读:一方面,社会本身是由无数的个人构成的整体组织,其安全问题归根结底是言及社会内部的稳定秩序,人人依照既定的规范体系作为与不作为,违反体系者即会面临整体组织公认规则的谴责。因此,用以维护私人社会安全之秩序本质

<sup>①</sup> 参见梅傲:《“人本说”:国际私法一种新学说》,《现代法学》2015年第2期,第153-166页。

<sup>②</sup> 参见袁发强:《法律选择标准的多维性及其价值伸张》,《法律科学》2020年第4期,第73-83页。

<sup>③</sup> 参见付子堂:《法理学初阶》,法律出版社2015年版,第92页。

上是为组成社会之“人”所建立的,这里的“人”概指源于尊严、人格而形成的重要理论范畴,不是特指现实生活中的某个人,而是对人本质之法律抽象。故而要将此处所指的为“人”建立与为“个人之私”建立区别开来。民众幸福则是社会秩序得以遵守、规范和维护之结果。因此,从法律制定之期愿即社会安全与民众幸福的维度来看,人本即是法律之目的。另一方面,人是具有独立人格的法律主体,并且在道德哲学和法理学假设的范畴内,是一个自主自律的主体。<sup>①</sup>自主,即指人是具有理性思维和自主能力的,在法律上意味着人们能够理性地从事法律行为,合理安排自己的生活。<sup>②</sup>自律,表明人能够在一定的秩序框架内自我约束并自我负责,有选择权利和因此承担责任的能力。恰如康德所言:“人最适合于服从他给自己规定的法律——或者是单独给他规定的,或者给他与别人共同规定的法律。”<sup>③</sup>这里便揭示了人之责任并非来源于外部法律的施加,而是一个自律的主体自身所能预见并承担的。以上要素构成了人在法律框架内的行为逻辑和理论基础,如此一来,法律通过个人行为实现其预设之目的便具有了现实可行的理论依据。

人本是法律的原生目的,在“法律”界定的范围之上有着深刻的意义。其一,就人与法律规则本身的关系而言,法律是由组成国家、社会之群体组织的人制定而成的,法律制定的目的最终也回溯到人之本身。其二,就人与国家、社会之间的关系而言,国家和社会是为了给人们创造幸福生活的安全、经济和制度条件而存在的。人本是法律之目的,尤其应当是私法之目的。私法本身即是为了确定私人利益分配和维护私人权利而制定的。同样分属私法部门的国际私法也应当贯彻人本这一目的。揭开人本实为私法目的之面纱,遂表明了国家和社会不可忽视人本利益之维护,应当给予私人权利和诉求以相当的尊重,并在此基础上稳固人与人之间平等思想的扎根,进而促成整个私人社会的平等交往与协调合作。<sup>④</sup>因此,人本是法律不得不考虑的主观要素,也是国家和社会不得不予以尊重的客观存在。

## 2.自由是私法的主要价值

在传统法学研究中,法律所追求的基本价值主要有自由、秩序和正义,再加上

---

① 参见[英]科斯塔斯·杜兹纳:《人权的终结》,郭春发译,江苏人民出版社2002年版,第3页。

② 参见胡玉鸿:《以人为本的法理解构》,《政法论丛》2019年第1期,第24-35页。

③ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第26页。

④ 参见梅傲:《准据法选择的新方法:基于人本视角的研究》,《浙江工商大学学报》2016年第1期,第64-71页。

法经济学中引进的效率价值,对以人为本的法理探析可以围绕这四项价值各自的作用与关系予以展开。价值本身就是一个由多种要素构成、以多元形态存在的体系。<sup>①</sup>“秩序”在这一体系中,往往承担着“工具性”价值的角色,服务于自由、正义和效率价值,并为这些价值目标的实现提供基础条件。“正义”是法律价值体系的中心,是法律制度普遍追求的目标,也是人们最为熟知和公允的价值。“效率”,作为经济学上的基本概念,通常被作为另一视角来探讨权利分配的问题,并最终回归到公正法律体系的塑造之上。无论是正义、秩序还是效率价值,都存在并依赖于社会的良好运行。而自由意志是法律内在规定性的必然要求,<sup>②</sup>其主要依托于人的独立、自律与自主。在私法领域中,正义、秩序与效率价值所营造的都是良好的社会环境和适当的人际界限,共同服务于人自身舒适而自主的生活,即人之自由。从这个角度来说,法律是承载着多元价值的综合规范体系,除了维护正义之外,自由也是其崇尚且追求的核心价值。自由之于整个价值体系也当然占据非常重要的地位。这一论点也可以借助阿马蒂亚·森关于“以自由看待发展”的理论予以论证。该理论认为自由基于评价性和实效性这两个原因而处于发展的中心。前者指对社会进步的评判以人们的自由是否得到增进为首要标准,后者指发展的实现取决于人们自由的主体地位。<sup>③</sup>私法的发展自然属于广泛意义上所指发展的应有之义。因此,自由是评判一项私法制度进步与否的主要标准,而私法的发展进步也依赖于人们主体自由的实现。私法始终为人制定,也与人为伴,人所关注的舒适、自由之生活也自然成为了私法不得不关注的因素,如何打造并实现人们向往的自由生活最终还是要落脚于“人”本身来加以思考。社会变迁或法律革新,很少能够符合或促进所有人的共同福祉,法律只能提供最基本的需求。<sup>④</sup>就私法领域而言,在秩序、正义、自由和效率当中,自由显然是人们所追寻的最为基本的需求,人们需要能自主决定自己的私人关系,寻求个人最为向往的生活。“自由是私法主要的价值”则是自不待言的。

从人本是私法的原生目的,再到自由是私法的主要价值,都是为了揭开私人本位之于法律的重要性。涉外民商事法律规范作为法律体系的组成部分,其必然也需要贯彻“以人为本”的基本准则,并以保护私人权益、维护私法秩序为中心思想。作为冲突法核心的连结选择方法便能够在这一思想下实现秩序价值与

① 参见张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第166页。

② 参见杨震:《法价值哲学导论》,中国社会科学出版社2004年版,第208页。

③ 参见[印度]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贇、于真译,中国人民大学出版社2002年版,第2页。

④ 参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2009年版,第114-116页。

正义价值的平衡。

## (二)私权视角下的价值发展

社会秩序是与法律永远分不开的话题,而正义却是任何法律规则都力求达到的最为显性的目标。二者之间并不是相互冲突、弃车保帅的关系,但在冲突法的理论发展和实践做法中确实因价值侧重点的不同而形成了传统冲突法学和现代冲突法学的分水岭。<sup>①</sup>然而完全倒向一边的价值取向并不能得出有关冲突法学绝对正确的规范设计结论。在以人为本的思想框架下,秩序价值与正义价值相互激荡,再相互融合后,或许能为连结点的选择注入新的思路。

### 1.传统冲突法学的国家本位

“本位”是一种以基本观念、基本目的、基本作用和基本任务等作为核心内涵的工具性分析方法或研究模式。<sup>②</sup>传统冲突法以国家主权和利益作为规则和理论构建的出发点,因此称之为“国家本位”。意大利法则区别说围绕本地法律进行“人物法两分”的研析,本意是在探求本国法律的适用范围和背后主权国家的利益。受主权学说影响颇深的胡伯,就是基于对国家主权的认识和研究,考察国家关系和国家利益,形成了外国法律适用的国际礼让说。既得权说在一定条件下承认依据外国法产生权利的同时,否定了外国法的效力,不论该理论最终的结论合理与否,其国家本位的色彩的确更加浓厚。库克的“本地法说”则规定了不受限制的主权权力,并以法院地法作为国际私法的效力渊源。而对国际私法冲突法学说产生重要影响的萨维尼之“法律关系本座说”,虽然作出了国际法律共同体的假设,并在此基础上探索解决国际法律冲突的统一规则,追求国际范围内同案判决结果的一致性。<sup>③</sup>但深究该理论本质,其目的在于解决国家之间的法律冲突,调整国家之间的关系,其作用在于划分国家主权涵射的范围。因此,传统冲突法范围内甚是活跃的各种学说,实际上或直接或间接地都受到了国家主权、国家利益之于国际私法的影响。可以说以国家为本位,崇尚分配国家立法权是这个阶段学说和理论的共同价值追求。它们强调冲突规范的确定性,进而更加追求冲突法的形式正义。

从价值取向的角度来分析,这个时期的冲突法学说主要侧重于对法律秩序价值的追求和确立。一方面,它们都基于国家的立场,把冲突法的设计和制定当做实现本国统治,建立和维护有利于统治阶级利益之秩序的工具。另一方面,一旦

<sup>①</sup> 此处的传统冲突法学和现代冲突法学的区分是基于价值取向的不同而作出的,为了描述的便利和清晰进行。

<sup>②</sup> 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第281-282页。

<sup>③</sup> See Yasamine J. Christopherson, *Conflicted about Conflicts?: A Simple Introduction to Conflicts of Law*, 21 S. Carolina Lawyer 35 (2009).

实现了冲突法自身的公平,适用适当国家的法律取得适当的结果,最终保证同样类型的案件在国际领域内能实现判决结果的一致性,就能维护国际范围内多元法律体系共生的秩序。此时,对法律秩序价值的偏重更能解决宏观层面上“法律冲突”的集合。如此的价值取向便决定了其并不关注个案的实质公正结果。因此,随着 20 世纪美国冲突法“破规则,重方法”之革命浪潮的掀起,冲突法的发展开始转向冲突正义和实体正义的融合之路,价值取向也从国家本位出发的秩序为先,转到从私人本位出发的个案正义。

## 2. 现代冲突法学的私人本位

主张私人利益神圣不可侵犯,关注个人至上,并且认为法律是以促进、实现和维护个人自由为目标的就是私人本位。私人本位观念自 17、18 世纪萌芽并得到持续发展,崇尚个人价值、自由和权利。现代冲突法学由于受到冲突法革命的洗礼,开始剖析冲突法规则背后的立法目的,重视个案具体正义的落实和相关利益的维护。再加上私人本位价值观念的影响,这个时期的冲突法学说开始关注个人利益,在私人关系之间或是考虑共同利益,或是寻找公平。<sup>①</sup>从价值取向的角度来说,侧重于法律的正义价值,尤其是为私人谋取个案公正。指导性原则是使得冲突规则契合所指引的实体法背后之目的。例如,在侵权领域,侵权法规则设计的首要目的是帮助被侵权者恢复其所受损害,在当事人之间达到公平,而不是首要关注社会公益。因此,冲突规则的设计也回应实体法的要求,不将公共利益作为侵权领域冲突规范的基础或首要考虑因素,而是回归到个人利益的保护之上。

许多具有私权保护意义的现实做法在这个时期得以涌现。首先,有利原则开始在冲突规范中滋生并不断发展。在国际民商事交往中,虽然交往、交易双方是法律地位平等的私人主体,但由于社会地位和经济水平的差异,导致两方主体间必会存在强弱之分。因此,要主张“个人至上”就不得不考虑法律关系弱方权益的倾斜保护。各种保护弱者利益的规则如“有利于消费者”“有利于受雇者”“有利于被扶养人”等遂获得规范认可并得以确立。其次,选择性冲突规范的大量采用。传统冲突规范常常设置单个连结点以实现案件的地域联系,但其强调空间上的最优解决,无法实现案件结果的实质正义,<sup>②</sup>更无法保障涉外民商事法律关系当事人自身的利益保护。因此,在合同、遗嘱、身份关系和行为能力等诸多当事人极其关心且利益重大的领域采取选择性冲突规范,设置多个连结点,并以“符合

<sup>①</sup> See David P. Stewart, *Private International Law, The Rule of Law, and Economic Development*, 56 Villanova Law Review 607-630 (2011).

<sup>②</sup> 参见梅傲:《“人本”语境下的规则冲突与冲突规则》,《现代法学》2012 年第 4 期,第 143-150 页。

其一即可”作为法律适用的触发条件,以期促成此类法律关系的成立。最后,当事人合意选法和最密切联系原则的采用。前者最大程度尊重了当事人对法律关系的自治处分,后者则能在硬性连结点无法合理解决案件时起到补充或兜底的保护作用。

从冲突法学发展至今,追求规则确定性或是灵活性的争论不休。但以私人作为本应是贯穿其中的主线思路,应得到明示的认可和不懈的坚持。尽管由于价值取向的侧重,造成了传统冲突法学和现代冲突法学的分界。传统冲突法学是站在国家主权的层面上运用秩序价值,但现代冲突法学发展则应站在私权立场上解读秩序价值。私法领域也应当以私权秩序为重,因为当事人对于规则结果的预见性利益与个案结果的公正处理一样,都是极其重要并需要尊重的。甚至在法律选择开始之前,当事人心中对于既定规则的利益分配结果更加关注,一旦此种结果指向不明,则会给当事人带来极大的不安。因此,在私人本位的总体思路下,秩序价值和正义价值当是相互融合的,二者也要共同服务于私人利益的保护。

## 二、人本保护:连结点选择的治理环境

冲突法的理论争锋经历了从“规则”到“方法”再回归“规则”的变革,<sup>①</sup>也经历了从国家本位逐步过渡到私人本位的过程。历史证明,连结点选择的规则方法仍然是解决涉外法律冲突的卓越方案。法理检视,以私人利益为主,维护私人社会秩序也是规则制定和设计的首要思路。虽然国际民商事关系主要是平等主体之间的交往关系,但其仍然处于国家治理的社会结构中,也同样处于司法审判的法治环境下。对于我国来说,应当促成私人本位的主线思路与国家治理、司法裁量之间有效结合与互动的形成,在不涉及本国重大利益的领域内注重私人关系的权利保护,实现内外国人的平等对待,保证私人本位的理念能在一而终。进而打造连结点选择的有机治理环境,营造开放、友好与公平的营商环境。

### (一) 私法自治与国家治理的互动

#### 1. 国家治理对私法自治的内部催化

国家治理系指一国之内的治理,是国家治理者借助一定的理念、机构、规范和

---

<sup>①</sup> 第一个“规则”与“方法”的分界是美国20世纪冲突法革命,这期间的理论主张在法律形式上抛弃规则而注重“方法”。第二个“方法”与“规则”的分界是20世纪70年代以后,美国冲突法革命浪潮逐渐平息之后,基于个案分析方法带来的不确定性让当代国际私法重拾对规则的信心。从美国《第二次冲突法重述》及这段时期以后的欧洲立法可以明晓。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135-136页。

人员等对国家的运行进行综合整治的活动。<sup>①</sup>理性推进国家治理对于营造国泰民安的社会秩序,创造人民福祉具有重要的意义。而私法自治实际上就是我们所熟知的意思自治,是私法领域的基本精神,以保证私人主体在法定范围内享有充分的自由为基本目的,其在合同、物权、婚姻、继承等不同领域皆有不同程度的体现。然而当今社会的不平衡发展已经导致许多现实的问题,诸如就业歧视、社会福利等。因此,绝对的私法自治已不符合当前的社会需要,因为各私主体的权益维护在此观念下都仅仅只有形式公平,而无法达致实质公平,公共利益和弱势群体将无法得到应有的维护和救济。因此,国家治理体系在良法善治的基本价值框架内,更加倾向于追求私法领域内的实质平等。加之现代国家治理以法治为基本模式,公权力会基于维护公共利益、平衡弱者权益的考量而介入平等主体之间的法律关系。国家治理注重人的利益、幸福和发展,对私法自治进行适当限制的做法实际上构成了二者之间的良性互动。因此,从这个意义上讲,国家在给予私法自治以公法上限制的同时,实际上是在拓宽其自治范围,并对其进行有倾向性的保护。如此,更能够帮助私法自治在国家治理的外部大环境中实现有效的内部催化。因此,在冲突法领域中也出现了诸如公共秩序保留、直接适用的法以及保护弱者利益等制度和思想的身影。这些制度的实际运行能够帮助涉外民商事关系的内外国当事人的利益维护和正义伸张,进而促进内外国民商事交往的进行。

## 2. 私法自治对国家治理的外围限制

私法自治原则之所以能够成为私法领域内的基本原则,就在于其能够给予私人受法律保护的,决定自己权利、事项的自主权,符合人对于自由发展的愿望。通常情况下,私法领域内部活动都是主体基于自由、自愿和自主意识参与的,其内在的隐含着不受不当干预和自己行为自己负责的要求。其中,“不受不当干预”既包括除行为主体以外的其他私主体不可有妨碍、侵害之行为,也包括公权力机关不可对其进行不当限制。因为国家公权力对私法领域的介入往往带有限制之意,为了防止对私法自治的过度干预,公权力的介入应当保持谦抑性,在合理的边界内予以介入。<sup>②</sup>何谓“合理的边界”?这需要从公权力介入的内容和形式上进行分别定义。一方面,就形式而言,国家公权力对于私法自治的限制应当以法律明确规定的形式确定下来,如此才能对抗当事人基于自由意志形成的协议关系。另一方面,就内容而言,国家公权力的干预必须是基于国家治理、社会秩序等涉及公共利

<sup>①</sup> 参见向玉乔:《国家治理的伦理意蕴》,《中国社会科学》2016年第5期,第120-135页。

<sup>②</sup> 参见齐恩平:《私法自治与民事政策的互动及检视》,《政法论坛》2021年第1期,第54-67页。

益的考虑,是为了社会群体共生共存之必要才对私法自治下的自由予以相应程度的限制。概言之,形式与内容上的双重要求,也是私法自治对国家治理过程的外部限制。对应到国际私法视域里,无论是作为国际私法“安全阀”的公共秩序保留制度,还是保护弱者权益的规则制定,都在法律中作出了明确的规定,后者还在连结点的具体设计上作出了调整。如此一来,囿于私法自治的理念,国家治理的范围和限度才能得以界定和明确,国家治理与私法自治之间也能形成一种平衡模式。

## (二)私权处分与司法裁量的平衡

### 1.自由裁量权:私权保护检视之秤

尽管在私人领域内,个人之间可以依据自由意志,按照自己的意思去设立、变更或终止法律关系。但很多情况下双方当事人并不能就权利义务的分配与履行情况完全达成一致,一旦双方发生纠纷就需要诉诸法院以寻求公正判决。众所周知,立法总是滞后的。无论是国内民商事法律还是涉外民商事法律都无法预见所有法律关系中的全部情形,而且现有规则也无法保证所有同类案件都能在既定框架内寻找到公正合理的结果。此时,个人利益的维护就来到了司法裁量这个关键环节,要想实现私权利益保护和秩序维护的目标价值,就要在私权处分与司法裁量之间做好平衡。一方面,要赋予规则应用和裁决的司法者一定的自由裁量权,允许其根据具体案件的具体情况,作出最为公正的裁决。在冲突法领域则体现为允许法官在选择性冲突规范或最密切联系地的判定中享有充分的自主权,可以根据实际情况选择案件最能得到公正处理的法律。另一方面,自由裁量权要始终贯彻私权保护的思想和理念,防止裁量的随意性。因此,营造一个以人本关怀为指导思想的私权领域的外部司法环境,是实现私权保护的重要因素。

### 2.私权保护思想:裁量权补阙之理

司法实践中自由裁量权的行使边界实际上也不是能够被简单定义或穷尽列举的。从优势上来讲,其能够弥补现有规则的僵硬和呆板,在规则缺失或空白时起到填补作用。客观来说,自由裁量权有使案件结果走向更为正义的可能性。但反过来,法官的自由裁量权在没有被合理限制之前是存在缺陷的。案件中哪怕只有部分环节需要自由裁量,都会增加当事人的不确定感。一旦结果不利于某一方,该方不信任、不服从裁决的可能性也会上升,进而损害法律的公信力,影响私权保护的司法环境构建。因此,应当以一种既能串联起私权与公权,又能贯穿法律制定、适用和实施全过程的统领思想以作补阙之用。在私法领域中,私权保护思想便当然成为这一角色。因为,私法是为人制定,以服务于人的自由和发展为宗旨,以合理分配、保护私人利益,解决私人纠纷,维护私人社会秩序为最终目标。享有自由裁量权的司法者是整个私权保护体系中最为活跃的因素,私权保护

思想可以与此种活跃性和不确定性进行中和,从而实现整个体系的稳固。在冲突法领域,由于最密切联系原则的入法,法官在保护弱方利益等各种情况下享有根据情况判定适用何种法律的自由裁量权。<sup>①</sup>此时以私权保护思想作为裁量权补阙之理才能够回归到最密切联系原则入法之目的上,并最终使案件结果走向正义。

### 三、人本导向:连结点选择的规则体系

纵观冲突规范的发展历程,传统冲突法学过于追求冲突规范的确定性,但却走向了因规则僵固而被诸多学者批判的道路。<sup>②</sup>现代冲突法学虽然更加强调冲突规范的灵活性,却也走上了因弹性连结因素过于泛滥而面临“规则无效,原则至上”的困境。故开始出现了最密切联系原则的特征性履行方法和对意思自治设定一定限制的做法。这就说明了绝对的硬性连结点或弹性连结点都不符合冲突法的发展现实。连结点选择的规则构建应当在以私人利益为重、维护私法秩序的前提下进行优化,兼顾法律的秩序价值和正义价值。因此,连结点选择的规则体系将产生三个适用位次。首先,出于私权自治的基本内涵,应当尊重当事人选择法律的权利,在处理案件时优先适用当事人自己选择的法律。其次,在法律关系明了清晰的传统领域,应当考虑当事人对于规则预见性和法律安定性的期望,广泛应用硬性连结点便于当事人预知自己及他人行为之后果,能明知自己在法定范围内所能拥有的自由限度。最后,为了保证个案实质正义的落实,可以适用最密切联系原则等增强规范灵活性,并与同样需要以私权保护作为指导思想的司法自由裁量环节结合起来。以上遂成为私权保护思想之下,连结点选择规则体系的搭建路径。

#### (一)第一顺位:尊重私人自主处分之合意选法

从罗马公私法划分之际,私法原则即被认为是可以由当事人协议予以变更的法律,即任意性规范。私法自治之意义在于其给个人提供受法律保护的自由,使得个人有自主决定自己事项、权利的可能性,这同时也是私法自治的优越性。<sup>③</sup>该原则天然地包括了排除不当干预、自己责任和以公共政策为边界等内涵。私法自治原则当然辐射至含有私法属性的所有领域。因此,私法自治也是涉外民商事冲突规范内意思自治原则的理论依据。明确提出当事人合意选择连结点的思想最

<sup>①</sup> 参见梅傲:《外国法适用新理论:“人本说”》,《湖北社会科学》2014年第6期,第152-157页。

<sup>②</sup> 参见宋晓:《国际私法与民法典的分与合》,《法学研究》2017年第1期,第175-195页。

<sup>③</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第143页。

早见之于17世纪,杜摩兰主张在合同领域运用“意思自治”原则。直至19世纪,在自由资本主义鼎盛发展的背景之下,意思自治原则与当时盛行的“契约自由”观念相一致,由此获得了众多法学家的支持。尤其是孟西尼在基于私法是属人领域,并服务于私人利益的思想之下,将意思自治原则发展为其理论中的“自由原则”。即“契约当事人有权选择契约应适用的法律”。由此可见,私法自治原则到冲突法领域的合意选择连结点的演变是自然且必然的。这一点从意思自治原则在冲突法领域的发展和扩张也得以明见,其已经辐射到合同领域以外的其他法律关系,诸如侵权、动产物权、遗嘱和夫妻财产等。私权领域是意思自治原则天然的生长土壤,意思自治也符合人在私权领域自主处分事项和追求自由全面发展的期望。因为意思自治原则之所以能得到世界范围内各国的普遍认可也在于其支持当事人对合同所适用法律之可预见性和确定性的追求。<sup>①</sup>但无论意思自治如何,当涉及国家、社会重大公共利益和弱者利益保护时,其应该受到一定程度的限制,如此才能完全符合私法维护的实质公平和私人社会的稳定秩序。

## (二)第二顺位:符合私人预期利益之既定规则

### 1.规则预见性是构建私法秩序的内在要求

良好的社会秩序有赖于法律规范的指引作用。明确、稳定的法律能够让身处社会集群中的个人清楚作为与不作为的后果,也能判断和衡量他人行为合法与否,从而避免各行为主体之间的摩擦和碰撞。人人遵守规则法定的权利边界,用文明的方式解决冲突,社会由此进入有序状态。因此,秩序应当是生活在社会中的个体要寻求自由、安定、有序和合法生活的保障,构建具有可预见性的确定规则即是达成此种秩序的内在要求。然而这些本质上都是为了满足人之需求,保护人之利益。对于涉外民商事法律关系的任何一方当事人来说,规则的确定性或许是最先也是最快能满足他们需求的方式。如果自己之行为可能会受到他国法律的规范,那么在行为之前能通过既定的规则知晓行为之后果,则能减轻因个人面对未知之法律调整的无所适从。<sup>②</sup>可以说,案件的正义与否是前述需求完成以后才会加以考虑的,而且法律规则的稳定最终也能指向正义的弘扬。有鉴于此,排除当事人能够通过自觉选法预测行为后果的合同、继承等领域外,对于发生频次极高的诸如婚姻、侵权、物权等传统领域,应当首先保证规则的确定性和可预见性,以符合保护私人利益之私人本位的要求。

<sup>①</sup> See Mo Zhang, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, 20 *Emory International Law Review* 511-562 (2006).

<sup>②</sup> See Thomas G. Guccj, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law: A Comparative Analysis with Modern American Theories*, 39 *The American Journal of Comparative Law* 661-697 (1991).

## 2. 法律安定性是私人权利关系的外部保障

私人的权利关系在根据法定规则或内心合意成立的同时,就会进入现行法律框架所允许和支持的权利义务分配阶段。双方此时基于诚实信用原则和对法律公信力的信赖,根据现有关系进行利益安排。一旦规则发生改变,就会对原本已定的利益格局和当事人合理的预期后果产生不利影响。因此,法律的安定性也在于要求国家行为的安定性,<sup>①</sup>意味着国家公权力机关也不能朝令夕改,要遵守严格立法程序,以此保障公民的信赖利益和基本权利。如此,在冲突法领域,内外国法律的冲突规范制定更要尊重当事人对于法律后果可预测性的要求和对法律权益的合理期待。既要保证规则的明确性,又要保证整个法律适用过程中权力机关不恣意干涉。如果涉外法律关系的任一方在既有规则的指引下知晓自己的权利、财产乃至交往关系能够得到内外国法律相同的尊重,就更加能够促进涉外民商事交往的积极性。因此,基于对私人权利义务关系进行充分外部保障的考虑,也应当在传统领域尽可能适用指向更加明确的硬性连结点,保证法律的安定性。

### (三)第三顺位:维护私人切实正义之两大原则

在传统国际私法理论与 20 世纪冲突法革命相互激荡的影响之下,国际私法呈现出“冲突正义”和“实质正义”的双螺旋发展结构。简而言之,就是在依据特定的连结因素将案件场所化于特定法域的同时,使案件的法律适用向着特定的实体方向发展。<sup>②</sup>通过对规则灵活性和开放性的追求,对内容目的性和政策性的考量,来达成实质正义的目标。与此同时,采用各种方式充分考虑个案公平,能最大化实现私人利益,也符合冲突规则需要以私人作为本位的统领思想。因此,作为软化冲突规则的两大原则,必然会登上冲突法发展的历史舞台。除了当事人合意选法的连结点外,最密切联系原则和有利原则也是强化实质正义的强力武器。

#### 1. 最密切联系:促进私人的利益维护

连结点冲突规范“范围”中所要解决问题之实质,通常在与之有最重要联系的要素中进行比对选用。<sup>③</sup>因此,适用与法律关系有最密切联系的国家的法律,本身就是连结点的要求。为法律关系设定系属,并以连结点作为法律选择的公式枢纽是自萨维尼“法律关系本座说”时代就开启的法律选择方法。而其所使用的“本座”实际上也是含义最贴适于“最密切联系地”的表述。因此,最密切联系原则本身即是连结点选择的思想之源。最密切联系通常都会作为兜底条款而被加以原则性的规定。首先,是因为它代表连结点选择的背后实质。其次,是因为它体现

① 参见戴建华:《论法的安定性原则》,《法学评论》2020年第5期,第41-46页。

② 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149页。

③ 参见崔相龙:《论连结点的孤立与矫正》,《法律科学》2011年第5期,第172-182页。

了冲突规范的软化趋势,增强了规则的灵活性、客观性和合理性,有助于实现案件的实质正义。最后,也是最为重要的原因就是它深刻地体现了以当事人的合理期待和利益目标为重的思想。因为私法案件的最终解决都是以定纷止争,对当事人之间的利益分配做合理处理,维护私人秩序为目标的。而这一目标的实现不仅需要规则思想上的提炼与贯穿,同时需要外部司法环境的推动,因为是由司法者通过自由裁量的方式来实现规则思想和实质正义之间的对应作用。因此,还是要对其进行一定的限制,诸如特征性履行方法的使用,才能真正实现软化规则以致实质正义之目的。否则,即会使当事人的利益走向反而变得不够清晰和确定。

## 2.有利原则:实现私人的平等保护

涉外民商事法律关系的当事人虽然法律地位平等,但必然会因为经济水平、文化程度等多种因素导致当事人之间出现现实上的强弱之分。如果忽视客观存在的现实不平等,而仅仅考虑规则上的形式公平,就会使整个社会走向不公平的结果。同时,基于人本关怀的立场,实质公平才更加符合人长期发展和追求自由、幸福的期望。然而,要想实现私人社会的实质公平,就必须通过法律规则对这些“弱势群体”予以倾斜性的保护。<sup>①</sup>对弱者权益予以保护的规则化表现形式主要有两种:其一,是直接对连结点做细致化、特定化的处理。在我国《涉外民事关系法律适用法》(以下称《法律适用法》)中的典型表现是针对消费者和受雇者,在其对应的合同关系中做倾斜性保护规定。其二,是在选择性冲突规范中增设“有利于”的表述。在我国《法律适用法》中的典型表现是针对被扶养人、被监护人的规则。此种方式在保证规则适用结果具备确定性、可预见性和一致性的同时,又增加了冲突规范的灵活性,使其更加贴近弱者利益保护之目的。有利原则的规则化更加符合规范软化和实质正义追求的目标,对于弱者利益的保护也应当在人本关怀的理念下持续进行,从而促进冲突规范向更加合理和客观的方向发展。

## 四、人本发展:连结点选择的时代新思

### (一)私权保护:新兴领域选法困境的破解进路

如前所述,连结点是将法律关系与特定法域联系起来的关键枢纽。在传统国际私法建立在以地缘为界划分的国家权力的管辖范围的基础上,其连结点的选择,不可避免地打上了“地理定位”的烙印。<sup>②</sup>因此,在传统理论上,为每一种法律关系寻找最真实联系的地域似乎是冲突规范产生作用的必备条件。然而,互联网

<sup>①</sup> 参见梅傲:《论涉外民商事审判中的选法规则》,《北方法学》2016年第2期,第110-121页。

<sup>②</sup> 参见肖永平:《肖永平论冲突法》,武汉大学出版社2002年版,第418页。

的兴起不可避免地给现有冲突规范的运行常态带来阻碍。互联网是现实物理世界在网络空间的延伸,但其法律关系的变幻却不是现实世界的简单转换。相反,国际法律行为的时间流程大幅缩短,空间连结也充满了偶然性和多变性。诸如,人工智能的发展给传统侵权领域带来了冲击,“侵权行为地”的认定也因互联网传输介质的特性而变得复杂。指引现有领域法律关系的硬性连结点无法完全适配网络空间,而更多未知关系还有待新技术革命的发掘。由此,产生了冲突法范围内的“新兴领域”概念。现行规则无法有效解决此种矛盾时,选法困境便由此产生。破解困境的进路当然是厘清新兴领域的个中法律关系,探寻该法律关系的“最重要事实”,更新冲突规范的连结点。然而新兴领域之所以称之为“新兴”,其根本原因在于法律关系的复杂性和未知性与解决此类纠纷的及时性和迫切性之间的矛盾。立法总是滞后的,在调整该类法律关系的适当冲突规范制定出来之前,应当以怎样的规范对其予以调整呢?很显然,因应之道是要遵循私权保护的思想,灵活运用“最密切联系”之连结点,在法律适用过程中回归到对法律关系双方当事人利益衡量与保护之上。当然,这个过程绝不是“口号式”的号召即能实现的,它依赖于司法实践中以最大程度保障私人权利为裁判原则的“自由裁量权”。同时,它还需要“原则+环境+规则”的体系作用,才能更加顺利地展开。以此暂解新兴领域选法之困,为后续规则的更新预留思考的空间与时间。

## (二)范围革命:私人关系全面保护的未来之势

纵观冲突法的发展历程,其研究中心几经变革,由意大利到法国、荷兰、德国和英国,再到现如今的美国,<sup>①</sup>其中学说理论也各有见地,多有建树。<sup>②</sup>时至今日,我国学者对于冲突法基本理论和规则制定的研究仍然层出叠见、常谈常新。但是,绝大部分的研究都集中于关注“系属”本身的选法理论、构建思路或其中连结点的选取和变换,<sup>③</sup>而同样作为冲突规范结构组成部分的“范围”研究却还未见成

① 参见许庆坤:《美国冲突法理论嬗变的法理——从法律形式主义到法律现实主义》,商务印书馆2009年版,第2页。

② 意大利巴托鲁斯(Bartolus)的法则区别说被公认为是国际私法诞生之标志,并以此为研究中心展开了冲突法理论的研究。后又有法国杜摩兰(Dumoulin)和达让特莱(D'Argentré),荷兰胡伯(Huber)、德国萨维尼(Savigny)和英国戴西(Dicey)。到“二战”以后,美国冲突法焕发新生并逐渐成为研究中心。不仅有众多学术理论,诸如柯里(B. Currie)政府利益分析说、莱弗拉尔(Leflar)优法理论、里斯(Reese)最密切联系原则,还有以《冲突法重述》(目前已启动到第三次)编纂为研究成果的革新之作。

③ 关于近年来冲突法研究的视角与方法,参见张春良:《体系选法论:在规则与方法之间》,《政法论坛》2019年第5期;袁发强:《法律选择标准的多维性及其价值伸张》,《法律科学》2020年第4期;梁艳艳:《冲突规则的重构——以美国〈第三次冲突法重述〉为视角》,《政法论坛》2017年第4期;等等。

效。如今,作为规制国内民商事领域法律关系的《民法典》几经打磨已然问世,而以涉外民商事关系作为规制对象的《涉外民事关系法律适用法》此时则已实施近10年。相比《民法典》明确且精细的条文规定,仅仅包含52个条文的《法律适用法》未免相形见绌。尽管现有选法理论的多元化确实成为了当前冲突法发展的现象,并引导着选法规则在确定性和灵活性、形式正义和实质正义之间寻求平衡,<sup>①</sup>进而探寻选法体系的优化与进路。然而以上问题的探讨最终都会回归到连结点的选择和优化之上。现有连结点无论做怎样排列组合的设置,都是在现行《法律适用法》的范围框架内进行,其既不能匹配当前《民法典》多元精细的体例、结构和规则,无法实现对所有私法关系的完整保护;又不能应对人工智能发展给国际私法传统范围划分带来的冲击。鉴于此,在不断掀起的冲突法革命浪潮中,“范围”革命是其能焕发新生的助推之力,又是能丰富连结点数量和类型的活水之源,更是实现全面保护私人权益,打造良好国际民商事秩序的因应之法。

那么,“范围”革命的开山之径应当如何呢?这就需要回归到冲突法与实体法的有机关系之上加以思考。冲突法在整个国际私法中起着指向标的作用,通过连结点的设置,为每一涉外民商事关系确定相应的准据法,进而解决法律冲突。实体法则是真正涉及当事人具体权利义务的法条,经过冲突规范的指定即成为前述所说的准据法,其间往往蕴含了法律规制目的和私权保护理念,体现了立法者之于文化、经济和社会背景的诸多考量。因此,实体法的学说与体系构造往往会影响冲突规范的设置。故而立足于实体法的体例结构,考虑法律规制之目的,对于拓宽“范围”、对焦“连结点”,进而形成更加精细、明确和专业的冲突规范来说大有裨益。围绕这一思路,“范围”革命的具体开展可以有以下两种路径:其一,对焦与细化。以现有的《法律适用法》规则为出发点,从学理上对规则设置的“范围”与“系属”进行检视界定,实现彼此之间的对焦与细化。有学者已在涉外代理领域开展了对此种路径的探索,其从功能识别和目的识别的思路出发,回归代理权的学说立场和理论分类,具体是将《法律适用法》第16条第1款的“代理”精准定位到“意定代理”之上。<sup>②</sup>基于前述实体法的学理分析结果,进一步对“代理行为地”和“意思自治”这两个连结点进行细致界定。对前者辅以推定、拟制和补漏等规则,

<sup>①</sup> 参见梁艳艳:《冲突规则的重构——以美国〈第三次冲突法重述〉为视角》,《政法论坛》2017年第4期,第150-160页。

<sup>②</sup> 基于对《法律适用法》第16条“代理”解释的两种观点(其一认为第16条第1款是“代理”的上位概念,而第2款仅指委托代理;其二认为按照各国普遍做法,机关代理、诉讼代理和法定代理不属第16条规制范围),采用学理分类,运用功能和目的分析方法对意定、机关和法定代理做分别阐述,最终将16条定位于“意定代理”。参见林强:《涉外代理关系的准据法》,《法学研究》2020年第6期,第186-206页。

对后者加以文义和扩张解释等方法,帮助本条主客观连结点的运用。再比如,合同本身就是一个内部门类众多的庞大体系,对其可以从立法目的之角度开展细化、分类规定的工作。《法律适用法》已然考虑到了部分特殊情形,诸如要对消费者、劳动者予以倾斜保护,因而采取了对消费者合同和劳动合同作出单独规定的处理,以实现保护弱方利益的目的。除此之外,对合同的学理划分进行深入研究应该也能发现其中存有特殊的地方,进而对该领域的“范围”进行细化和拓宽。其二,比较与革新。一方面,结合《民法典》的编章体例,进行“范围”和“系属”的对应设置,进而保证国内私法关系都能在冲突法中找到归类,使得国内实体法和冲突法间形成有效的呼应体系;另一方面,还需要进行域内外私法关系的比较,使冲突规范的概念辐射范围更广,以确保整个体系的“无漏洞化”。如此一来,冲突规范能加速实现专业化、结构化和体系化的进程。冲突规范的“范围”得以精细化和广泛化的同时,相应的连结点数量也会上升。整个冲突法领域的研究即会呈现螺旋式前进的局面,既能满足现实关系的需要,又能突破理论研究的桎梏。私权保护的价值需求能够得到更为充分的保障,涉外民商事关系当事人也能更好地追求个人的自由与正义。

## 五、结语

坚持私权保护,促进人的全面发展不仅是法律目的之法理学解构,也是中国现代法律体系建设的核心思想。涉外民商事法律也因其天然的私法属性而应当以保障私人权利,维护私人秩序为首要。如此,构建冲突法规则和法律适用过程的基本价值取向应以私权保护为主导思想,同时要致力于达成法律之秩序价值和正义价值的协调一致。在此理论基础之上,冲突法不仅要以形式正义为先导,达成实质正义的结果,还要在保证此结果的同时,以人对于规则与结果的预见利益,事先规范自身和评价他人行为的需要为中心。是故,坚持连结点选择的三个适用位次是应有之义。然而,无论规则的设计和制定如何变化,都不能脱离私权保护的根本思想。我们既要以此为核心思想,不断深入系属规则的研究,又要开拓“范围”革命的疆场,为未来更加广泛的、精细的冲突法体系构建输送智力支持。我们期待同时也畅想在私权保护法律价值的引导下,未来涉外民商事交往更加积极开展,全球范围内经济文化更加频繁地交流,整个私人社会的国内与国际秩序都和谐有序,人们最终都能在此框架下实现自由、平等和幸福的追求。

## On the Methodology of the Choice of Connection Points in the Context of Humanism

**Abstract:** In the development process of contemporary private international law, conflict rules need to be improved and optimized according to the concept trend of the corresponding times in order to realize the compatibility and integration of the two. The selection of connection points in the view of private right protection should follow the system formula of “principle + environment + rules”. “Principle” refers to the legal value of protecting and maintaining the order of private law with the interests of private rights, which contains the value of order and justice. “Environment” refers to the external environment selected by the connection points built by national governance and judicial discretion, which needs to be effectively combined with the autonomy of private rights on the basis of following the principles. “Rules” refers to the concrete construction of conflict norms, which fully respects the parties’ freedom of choice under the concept of private autonomy. Under the consideration of the value of order, we try our best to use the hard connection points to maintain the foreseeable interests of the parties concerned. On the basis of pursuing substantial justice, the most closely related and favorable principles are adopted to regulate. At the same time, we should pay more attention to the research of “scope” in the future, and fundamentally achieve the goal of structuring and systemizing the rules of conflict of law. It is hoped that through the above steps, the vision of benign development of foreign-related civil and commercial laws and rules under the concept of private rights protection can be promoted, the parties concerned can develop freely and happily under this framework, and help the stable construction of international civil and commercial exchanges order.

**Key words:** conflict rules; private rights protection; connection point; humanism; the “scope” revolution

(责任编辑:乔雄兵)