

# 论冲突法上的例外条款： 表象、概念及特征<sup>\*</sup>

马海涛 涂开阳

**【提要】**冲突法上的例外条款是双边冲突规范的适当灵活化,以实现冲突法正义作为其价值目标。例外条款应作狭义界定,专以法律选择领域为限。例外条款是冲突规范的完善或延伸,与冲突规范具有同质性。例外条款以存在应当严格适用的冲突规范为前提,具有适用的从属性。例外条款的适用受到多重限制,以确保其“例外”地存在。法官的自由裁量限于双边冲突法框架,判断能否构成例外的因素局限于冲突正义领域,而不应该受到实体结果的影响。例外条款应尽量避免与已有的排除冲突规范指引的制度发生概念的混淆和功能的重合。

**【关键词】**例外条款 冲突规范 冲突法

**【中图分类号】**DF0 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2016)04-0125-05

法律规则,是具有普遍性和确定性的行为规范,是确定行为人权义务的准则,是社会生活的参与者共同遵守的行为模式,承担对主体行为的调整和预测功能。在此意义上,法律规则必然具有一般性和抽象性。而事实上,任何规则创制者都无法预见社会生活的方方面面,所以难免出现这样的情形:抽象的规则整齐划一地适用于案件,可能会造成个案的不公正。由此,在确定的规则之外,客观上需要司法的能动性,由法官对个案的法律适用加以矫正,赋予法律以“力量和生命”。<sup>①</sup>冲突规则更是如此,作为指引法官解决法律冲突、间接调整跨国国民商事关系的规范,机械的法律适用会脱离案件实际,不仅无法实现实质正义,而且也会危及冲突正义。所以,冲突法中长久以来就存在矫正法律选择和法律适用结果的例外机制,

如公共秩序保留、法律规避、当事人选择法律、以及识别和反致等,<sup>②</sup>20世纪50年代起又出现了一种全新的例外机制——例外条款。<sup>③</sup>

我国学者对于该主题的研究一直以来都存在一些分歧,这些分歧的核心或关键在于,例外

\* 基金项目:本论文得到西北政法大学青年创新团队项目支持。

① 关于司法裁量权的成因及限制,参见贾敬华:《司法自由裁量权的现实分析》,《河北法学》2006年第4期;李静:《抽象正义与具体正义的冲突与选择》,《当代法学》1999年第5期。

② F. Mosconi, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, 217 *Recueil des Cours* 19-214 (1989-V) .

③ 英美法学者多采用 exception clause 或 escape clause (逃避条款);在法语世界中与此类似也多采用 clause d'exception 或 clause échappatoire (逃避条款)。

条款与其他法律选择机制如何区分,如何对其进行概念界定并归纳其特征。有鉴于此,本文通过表象来对例外条款进行大致的范畴界定,并归纳出其特征,希望对例外条款的基础研究有所拓展。

## 一、例外条款的表现形式

(一)判例。瑞士联邦法院早在1950年的一个案件中,就在立法和判例规则没有任何授权的情况下,例外地排除了代理合同本应适用的履行地法,转而适用当事人的共同住所地瑞士法。<sup>①</sup> 法国法院第一次适用例外条款的案件是1991年2月6日凡尔赛上诉法院的判决,该案涉及法国公司和意大利公司之间的保证合同,法院认为保证合同具有独立性,由于合同的语言和被保证人的住所等少数几个连结因素位于意大利而援引例外条款适用了意大利法。<sup>②</sup> 1993年荷兰最高法院在一个跨境诈骗侵权案件中,采纳了例外条款排除侵权行为实施地的法律。德国法院也在竞争法领域排除一般规则,即市场地法的例外,转而适用住所地法。<sup>③</sup>

(二)国内立法。例外条款的国内立法,更多地表现为特殊例外条款。如在物权法律适用方面,德国1999年《关于非合同债权和物权的国际私法立法》第46条规定:“如果存在比第43条至第45条所确定的法律具有更密切联系的另一国法律,则适用该国法律。”

立法中最早规定“例外条款”的是1989年《瑞士国际私法典》。<sup>④</sup> 该法第15条第1款规定:“如果从全部情况来看,案件明显与本法所指定的法律仅有很松散的联系,而与另一法律却有密切得多的联系,本法所指定的法律即例外地不予适用”。<sup>⑤</sup> 此外还有1991年《魁北克民法典》第3082条、1999年《斯洛文尼亚国际私法和诉讼的法律》第2条、2001年《立陶宛共和国国际私法》第1.11.3条、2001年《韩国改正国际私法》第8条和2004年《比利时国际私法典》第19条,但这些大都是瑞士立法的翻版。1992年8月隶属于荷兰司法部的私法立法机构曾公布了《国际私法通则》(Outline of a Gener-

al Statute on Private International Law),其中第8条第2款规定了“根据合理和公平原则”排除外国法。<sup>⑥</sup>

(三)国际和地区立法。欧共体主导制定的1980年《合同债务法律适用罗马公约》第4条是关于当事人未选择法律时合同准据法的规定,第2到4款是对合同特征履行的规定,第5款规定:“如果全部情况显示合同与另一国家的联系更为密切,则排除第2、3、4款的推定。”<sup>⑦</sup> 2007年7月11日通过的《非合同之债法律适用条例》(罗马II)第4条第3款规定:“如果全部情况导致损害事实与第1或2段所指以外国家存在明显更加密切的联系,则适用该另一国家的法律。通常,明显更加密切的联系可能基于当事人之间已经存在的关系,如合同,与争议损害事实存在密切的联系”。<sup>⑧</sup> 1989年《海牙死者遗产继承的准据法公约》第3条第3款、1986年的《国际货物销售合同法律适用公约》第8条第3款、1978年《代理法律适用公约》第6条第2款、1985年《信托法律适用和承认公约》第13条都包含有例外条款的规定,只是影响没有欧盟统一立法那么大。

## 二、例外条款的概念界定

狭义的例外条款针对冲突规范的指引本身,当适用冲突规范确定的准据法时就个案而言如

① ATF 76 II 45 (48), Unitrade A.-G. c. Cem S. A., arrêt du 7 mars 1950.

② Versailles, 6 février 1991, Rev. Crit. 1991, p. 745, note P. Lagarde; Clunet 1992, note J. Foyer; JCP, 1992, II, 21972, note Osman; D. 1992, p. 174, note Mondoloni.

③ D. Kokkini-Latridou, Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity. Kluwer Academic Publishers. 1994, 7, p. 53.

④ 李冬梅、任宪龙:《法律选择中的例外条款》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2008年第2期。

⑤ 李华成:《论冲突法中最密切联系例外条款》,《大连海事大学学报(社会科学版)》2011年第4期。

⑥ NIPR 1992, pp. 452-476.

⑦ 欧共体委员会正在寻求将该公约“共同体化”。

⑧ 欧洲议会和欧盟理事会于2007年7月11日通过《非合同之债法律适用条例》(Règlement (CE) n° 864/2007),又称为《罗马II》(Rome II)。

果与案件缺乏事实和法律上的联系，那么法官基于自由裁量权将适用更密切联系的法律。国际私法立法既要坚持冲突规则确定性的理念，又要追求灵活性以便适应复杂的国际关系需要。例外条款赋予法官自由裁量权以矫正冲突规范的指引或减损冲突规范的效力，其设计目标是在赋予法官较大的自由裁量权以实现灵活性目标的同时，不至于因自由裁量权限过大而造成法典既有确定性遭到破坏。<sup>①</sup> 狭义的例外条款与冲突规范具有同质性，只是冲突规范的完善或延伸。

广义的定义方法把冲突法中授权法官例外地排除冲突规范适用效果的机制统称为例外条款，甚至包括了公共秩序保留、法律规避、当事人选择法律、以及识别和反致等等。持此种观点的学者认为，法官在进行准据法指引时，无论是任意或者强制的冲突规范的适用将导致不正义或不公平的后果，则基于自由裁量权而矫正或者调整冲突规范指引的规则都可以称为例外条款。<sup>②</sup>

本文认为例外条款应作狭义界定，因为对例外条款的宽泛界定会导致两方面的重大缺陷。首先是理论上的混乱，例外条款如果做广义界定的话，将会与冲突法传统排除准据法适用的现有制度功能重叠，如公共秩序保留、直接适用的法、以及坚硬条款等。其次是实践中的困境，是否适用例外条款如果受到个案实体结果的影响，将破坏法律选择的中立性、确定性和可预见性，导致冲突法从“规则”走向“方法”。<sup>③</sup>

例外条款的作用范围应限于双边冲突规范，以实现冲突法正义作为其价值目标。它的定义应把握如下三方面：首先，例外条款启动于个案的法律选择阶段，而非法律适用阶段，其次，排除冲突规范指引而适用例外条款的依据是个案与准据法之间缺乏必要的事实或者法律联系，基于法律选择中立性原则，准据法的实体内容及适用结果不应被考虑。再次，例外条款的内涵和外延都不应包涵传统的排除冲突规范指引的制度，比如公共秩序保留等等。

根据上述考虑，本文认为例外条款是指：在适用双边冲突规范时，当冲突规范指引的准

据法与个案缺乏必要的事实或法律联系时，在不考虑准据法的内容及适用结果的情况下，授权法官在法律选择阶段可以排除冲突规范的指引，例外地适用更密切联系的法律的条款。

### 三、例外条款的特质

(一) 例外条款是冲突规范的完善或延伸，与冲突规范具有同质性。有关例外条款的《瑞士联邦国际私法草案》第14条第1款包含“假定”和“处理”二要素，是一条不折不扣的法律规则。该条款发生作用的条件是冲突规范指定的法律与争议法律关系联系不足，并且存在与之联系更为密切的法律；一旦满足这两个条件，则排除通常应适用的法律，当然我们可以进一步推论，这时得到适用的是“联系更加密切的法律”。尽管这种推理略显牵强，混淆了法律适用规范和冲突规范的差别，但这反映了例外条款与冲突规范之间的密切关系。

从立法技术上，例外条款完善了双边主义冲突规范的法律指引功能。从国际私法的“哥白尼革命”以来，法律选择规范立法的基本模式，是在案件事实中选取最能体现法律关系本质或最能回应争议解决需要的因素，上升为一般的连结因素，用以指引跨国民商事关系的“地域化”。众所周知，这种立法可以有效实现法律选择的效率、稳定性和可预见性，但却失之灵活，例外条款可以弥补双边冲突规范的这一弱点，允许法官在遵守统一指引的同时考虑个案的差异，实现法律选择的个别化 (*in concreto*)，是对双边主义立法方法的发展。

在具体的选法过程中，例外条款是冲突规范的延伸，接受例外条款意味着承认冲突规范指引的相对性。如同普通法中需要衡平的矫正、大陆法中允许“但书”存在一样，抽象的冲突

① 李冬梅、任宪龙：《法律选择中的例外条款》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2008年第2期。

② D. Kokkini-Latridou, *Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity*. Kluwer Academic Publishers. 1994, 7, p. 48.

③ 崔相龙：《论法律选择中的例外条款》，《武大国际法评论》2011年第1期。

规则不可能关照涉外法律适用的所有方面,对特殊法律关系以及法律关系的特殊方面可以适用不同于冲突规范指引的法律。

例外条款不同于冲突法中现有的例外机制,它直接作用于冲突规范,与冲突规范融为一体,嵌入选择准据法的过程当中。因而,例外条款的运用离不开冲突规范,二者为实现法律指引的目标是一致的,只是冲突规范是通常的指引形式,而例外条款是完成指引的非常态形式。

(二)例外条款具有适用的从属性。作为对双边主义冲突规范的“精细化”,例外条款作用于冲突规范的指引,其基本功能是确保选择体现真实联系的实体法,这就决定了它不能脱离冲突规范而“无的放矢”,它以存在应当严格适用的冲突规范为前提,这是例外条款的从属性。

例外条款的从属性是相对于冲突规范而言的。首先,在特定涉外案件中能否援引例外条款,首要的前提是该案的解决是否依赖于冲突规范,也即通过冲突规范指引应适用的法律间接地调整纠纷。若冲突规范得不到适用,如根据统一实体法或直接适用的法解决的案件,调整当事人权利义务的法律不需要冲突规范指引,则矫正冲突规范的例外条款无从适用;同样的道理,若涉外案件被视为与国内案件相同,采用与国内案件一样的利益分析解决,也没有运用例外条款的必要。其次,在需要采用例外条款修正冲突规范指引的案件中,例外条款也不是主动、先在地适用的。判断案件适用何国法,最基本的标准是冲突规范的指引,这是冲突法解决的常态;只有个案显示该指引明显不当时,才能考虑例外条款的方法,考察能否排除冲突规范的抽象指引,例外条款的作用在逻辑上要后于冲突规范的指引。再次,例外条款适用的效果从属于冲突规范。案件事实与应适用的法律联系不足,说明冲突规范的指引脱离个案实际,但这只是提供了适用例外条款的可能性,若无法找到联系更加密切的法律作为替代,则仍应遵守冲突规范的指引。<sup>①</sup>

(三)例外条款的适用受到多重限制,以确保其“例外”地存在。由于例外条款直接作用于冲突规范,不受控制的灵活化将从根本上破

坏法律指引的可预见性。所以在依靠程序法限制法官自由裁量的同时,例外条款制度本身就暗含自我限制的条件,以保持其个案例外适用的性质,而不是取代规则。

首先,例外条款的适用需要满足积极条件和消极条件。前者是指通常的连结因素与案件联系不足,后者是指证明存在联系更加密切的法律。其次,证明联系不足和更密切联系的程度不是高度或然性标准,而应达到“明显”的程度,或曰达到排除合理怀疑的标准;在二者势均力敌的情况下,推定冲突规范指定的法律与案件之间存在密切的联系,这也从另一个方面说明了例外条款的从属性。再次,例外条款本身对于典型连结因素作出规定,从立法上限定排除冲突规范指引的自由度。《瑞士联邦国际私法》第15条是关于例外条款的规定,其第2款明确规定“在当事人自愿选择法律的情况下,本条不予适用”;同样的做法可见于欧盟《非合同之债法律适用条例》第4条,该条第3款前半段是关于例外条款的规定,同时在后半段规定:“明显更加密切的联系可能基于当事人之间已经存在的关系,如合同,与争议损害事实存在密切的联系。”这些条件都大大缩小了法官自由裁量的范围。

(四)例外条款运用过程中,所有权衡因素限于确定案件与应适用的法律之间联系所必要,这是对例外条款的内容限制。也就是说,法官的自由裁量限于双边冲突法框架,判断能否构成例外的因素局限于冲突正义领域,而不应该受到实体结果的影响。

姆斯柯尼(F. Mosconi)认为,“例外条款属于冲突法方法的范畴,……它发生在查明准据法内容之前,因而更关注争议事件与冲突规则指定的法律之间联系的重要性。”<sup>②</sup>对于例外

<sup>①</sup> 《瑞士联邦国际私法》第15条第1款规定了排除冲突规范指引的效力,没有涉及替代性法律,但杜布雷认为尽管立法仅规定了例外条款的消极效果,但从立法条文中推知,法官应当为排除的法律找到与争议法律关系“联系更加密切”的替代法律。César. E. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève: Georg, 1983, p. 30.

<sup>②</sup> F. Mosconi. *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*. 217 *Recueil des Cours*. 189 (1989-V) .

条款的考虑因素，可以从时间上划分，即准据法确定之前和确定之后。在准据法确定之前的因素，如当事人的国籍和住所、行为发生地、物之所在地、法律行为的形式、标的物、语言等法律关系组成部分，都可以作为判断联系的依据。相反，准据法确定之后出现的要素，如应适用的实体法的内容、潜在的判决结果等都不能作为适用例外条款的标准。

例外条款的这一特征使它区别于公共秩序保留、准据法的调整等“例外”，因为后两者发生在准据法查明以后，由于适用准据法的效果会发生违背常理或者违反法院地公共法律基本政策的结果，法官直接针对本应适用的实体法作出另外的处理。同时，例外条款也区别于灵活性选法方法，如美国《第二次冲突法重述》确定的最密切联系原则，后者运用过程中需要考虑相关州的政策等实体利益冲突，已经超越了双边法律选择的范畴，而例外条款只在严格限定的条件下背离双边法律选择规则，是适应法典法系国家处理一般冲突规范与个案特殊性

矛盾的需要的，应防止其过分影响法律选择的确定性和可预见性。

总之，所有这些特征可以归结为一点，例外条款是双边冲突规范的适当灵活化。而早在例外条款进入立法之前，欧洲各国的法院就已经在事实上运用例外条款的方法纠正可能导致个案不公的法律选择。在这些早期案例中，我们可以发现法官据以推翻冲突规范指引的依据形形色色，有实现特定实体结果的考虑，也有宽松解释例外条款的“创举”。但正是这一不断“试错”的过程，才带来立法和学说对例外条款相对一致的认识，甚至进入国际和地区层面的统一立法。

本文作者：马海涛是法学博士，西北政法大学国际法学院讲师；涂开阳是辽宁大学中国民生法治研究中心教授、博士生导师

责任编辑：赵俊

## On Exception Clauses of Conflict Law: Representation, Concepts and Characteristics

*Ma Haitao Tu Kaiyang*

**Abstract:** Exception clauses of conflict law are the appropriate flexibility of bilateral conflict rules, with the aim to fulfill its value and mission of conflict law justice. Exception clauses should be narrowly defined, and limited to the context of choice of law. Exception clauses are the perfection or extension of the conflict rules and are homogeneous with conflict rules. Exception clauses are featured subordination, and based on the premise that there exists strictly applied conflict rules. The application of exception clauses is limited variously to ensure that they are “exceptional”. Judges’ discretion is limited to the framework of bilateral conflict law, and whether or not an exception clause should apply is mainly confined to conflict justice, and should not be affected by the result of individual case. The application of exception clause shall avoid conceptual confusion and functional conflict with the existing systems which escape conflict rules.

**Keywords:** exception clause; conflict rules; conflict law