

20 世纪国际私法的“危机”与“革命”

宋晓

(南京大学 法学院, 江苏 南京 210093)

摘要: 20 世纪国际私法“革命”对传统国际私法的理论基础、冲突规则的形式和内容进行了彻底的批判。20 世纪国际私法“革命”的理论建构主要包括政府利益分析说、最密切联系原则和优法方法。当代国际私法的实体取向是传统方法与革命理论的合成。

关键词: 国际私法; 危机; 革命

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

在 19 世纪末和 20 世纪初, 两大法系在多边主义方法的基础上构造了国际私法的传统体系, 该体系与古典概念主义的、形式主义的法哲学思想相对应, 构成了一个封闭的规则体系, 法官似乎只要正确地进行法律推理, 就能获得合理的法律适用的结果。然而, 国际私法传统体系维持没有多久, 就迎来了越来越多的批判和否定, 最终酿成一场“危机”与“革命”。这场批判运动的主战场主要是在美国, 因此又被称为“美国冲突法革命”, 然而其影响与意义已经越出美国, 鉴于其深度和广度, 完全可以将这场运动称为 20 世纪国际私法的“危机”与“革命”。在过去数个世纪里, 主导国际私法理论发展的主要是欧洲大陆, 但在 20 世纪, 普通法系(尤其是美国)是国际私法理论发展的主要推动者。^[1]

美国冲突法革命一边猛烈地批判传统国际私法体系, 一边努力地构建新的国际私法方法, 批判抑或重构在不同的学者身上也有所侧重。革命始于 20 年代, 到 70 年代初的《第二次冲突法重述》的问世时告一段落。从 70 年代开始, 美国学者和世界各地的学者开始反思和总结这场理论的革命运动, 如同任何意义上的革命(包括政治的、经济的、文化的), 革命过后便开始了传统势力与革命的激进势力重新妥协、折衷、调和的过程, 革命的成功程度, 便要视革命势力在新组合的力量中所占的比例和分量。当代国际私法的实体取向, 便是冲突法革命与传统国际私法理论相互激荡、相互妥协的结果。本文内容就是以“批判——建构——妥协与融合”为具体线索展开的。

一、20 世纪国际私法的“危机”

20 世纪初形成的传统国际私法体系在美国受到了最系统最激烈的批判。美国学者对传统国际私法体系的批判, 是美国现实主义法学运动的组成部分, 而且在一定程度上还强化了这场运动的特征。其中, 除了对国际私法作为“法”的一般意义上的批判, 我们更应该关注对传统国际私法体系的特征的批判。

法哲学思想的发展具有历史性, 是对不断变化的历史情势中不断涌现出的时代任务的回应。具体看来, 17 世纪唯理的自然法学说和 18 世纪唯心的自然法学说, 由于片面强调法的理性和理念因素, 最终不得不被历史法学派, 进而被实证主义法学派所

抛弃，19世纪的法律实证主义肩负着一项历史使命：它必须重新思考法的实际存在，即法的实证性，但是极端的法律实证主义使审判者沦为概念主义和逻辑推理的工具，法律因此失去内在的生命力。¹因此，20世纪上半叶的法理学就普遍具有“反形式主义”的特征，美国法律现实主义运动就是其中的一种形式。²

在美国普通法传统的特定情境中，法律现实主义运动是围绕着司法过程展开的。法律现实主义者厌恶形而上学的和纯思辨的思想观点，反映了普通法的固有传统。美国法律现实主义运动的本质特征在于对法律逻辑和法律规则的深刻地怀疑，反对从形而上的基本原则出发构建规则体系。

美国法律现实主义思想的基本轮廓，大致包括如下三个方面：（1）反对从先验的、形而上的原则推演法律规则体系；（2）规则怀疑论；（3）根据法律的效果和各种政策目标来解释和适用法律。依据现实主义的思想武器，美国国际私法学者展开了对传统国际私法体系的批判。

（一）对先验的、形而上的既得权理论的批判

比尔从既得权理论出发，构建了本质上等同于大陆法系的多边法律选择规则体系，即国际私法的主要任务是判断法律赋予权利的地方。对既得权理论作为法律选择方法的指导原则，现实主义法学者开始了他们的否定性的批判。这些批判的论点主要包括如下方面：

第一，法律现实主义者认为，既得权利并不能反映现实中的法律，因为“法律是法官将要做什么的预言，‘权利’是预言的虚假托词”，库克教授从这个前提出发，证实法院在国际私法案件中并不是在“承认和执行外国法创设的权利”，权利是先验的、形而上的，诸如此类的法律拟制物，怎能成为解释司法活动的重要环节的基本原则？^[2]我们可以设想，假设法律现实主义运动也同样在德国展开，那么萨维尼有关法律关系的“本座”学说，也将会受到同样的批判，因为“本座”本质上也是先验的、形而上的。现实主义者反对从一切先验的、形而上的基本原理或大前提出发建构任何法律体系，认为“应采纳其他科学领域被证明为富有成效的研究步骤，也就是说，首先观察具体而微的现象，然后再行归纳”。劳伦森（Lorenzen）教授也坚持认为：“在国际私法领域，如果采用正确的思考模式（法律现实主义模式），就能除去一切拟制的东西，从而客观地分析事物。”^[3]

第二，比尔的目的是要寻求支配每类法律关系的法律体系，但在原则上必然会陷于恶性循环，因为他向问题本身寻求答案。法官在诉讼过程中被要求保护既得权，但他并不能预知既得权的存在，因为他仍然需要从可能支配案件的数个法律体系中选择其一，进而决定既得权是否存在。权利一经赋予就不允许侵犯，这样鲁莽的陈述并不能促进选择法律程序的过程。一旦准据法已经确定下来，在诉讼中被赋予的权利必须尽可能得到承认，但这一事实是不能被称为国际私法的“判决基础”的。^[4]

第三，在普通法世界中，既得权理论并不真实，因为许多法律选择规则要求承认的权利是准据法不予承认甚至是抵制的，例如：

一位法国籍遗孀要求获得她丈夫在英国的土地份额，这起诉讼与夫妻之间的继承权问题有关，或与夫妻之间的财产权利有关。如果英国法官将此问题识别为夫妻财产制，他就必须承认法国法的特定规则赋予死者配偶的任何权利。但是，如果法国法是将此问题识别为继承问题的，这就很可能意味着，英国法官执行了一项在法国不予承认的权利。^[5]

应该说，萨维尼的理论也存在着类似的缺陷，因为根据萨维尼的理论，案件适用法律关系“本座”所在地的具体法律规则的本身很可能拒绝适用于此类案件。

第四，比尔主张，一类法律关系只应由一个国家行使立法管辖权，其他国家只应承认和执行该国法律所产生的权利。这种主张在国际法上是站不住脚的。例如，关于侵权行为，只选择损害发生地国作为有立法管辖权的国家，而无视行为地国的立法管辖权，这是没有充分理由的。既然行为地国和损害发生地国都有立法管辖权，保护既得权说就不能解决法律选择问题。^[6]同样，根据萨维尼的理论，法律关系只在一个国家有其“本座”是先验的、没有根据的。

第五，比尔的既得权理论还存在另外一重内在的矛盾。比尔坚持认为，权利所由产生的法律必须得到适用，但只限于内国法，而该国的国际私法除外。这作为一般原则毫无疑问是正确的，但是，结果也常常导致一国法院承认和执行的权利并不符合相关的外国法所承认的权利。既得权理论从逻辑上不仅要求适用权利产生地国的法律体系的内国法，同时应包括它的冲突规则。这表明了既得权理论在反致制度上所存在的根本矛盾。其实，不仅在既得权理论内部，在萨维尼理论内部也存在同样的矛盾，反对反致和赞成反致的意见争执不下，是多边主义方法普遍具有的弊端。

以上五个方面，我们列举了美国现实主义法学者对既得权理论作为法律指导思想的批判的主要内容，从中我们可以看出，除了第二个方面，即逻辑上的恶性循环，属于既得权理论自身特有的弊端外，其他四个方面，包括形而上的先验原则、指向唯一法域、理论的不真实性和反致制度上的矛盾，也同样适用于对萨维尼“法律关系本座说”的批判。因此，对于多边主义方法的统一原理，现实主义法哲学都是竭力加以反对和抵制的。对于法律现实主义者来说，任何统一的原则加上演绎方法对解决问题都无济于事。既得权理论作为多边法律选择规则的指导原则在法律现实主义思潮中被驳得体无完肤，从此渐渐失去了它的影响力。时至今日，美国人即使是在保留传统多边冲突规则的情形下，也几乎忘记了既得权理论曾经是多边冲突规则的理论来源。

然而，当比尔着眼于权利被赋予的具体地点的“最后行为地”理论时，实际上已经开始摆脱他自身所倡导的既得权理论。“既得权”和“最后行为地”毕竟是两个极其不同的概念，前者是一个虚拟的概念，后者则要客观得多、真实得多。比尔及《第一次冲突法重述》的多边冲突规则体系，与其说是根据“既得权理论”制定的，毋宁说是根据“最后行为地理论”制定的。任何统一的、抽象的原理，包括既得权理论、法律关系本座说在内以及意思自治方法和所有其他法律领域的理论，在逻辑层面上和理论层面上都不可能是完美无缺的。美国多边主义的法律选择规则体系的致命的缺陷，虽和既得权理论有关，但并不在于此，而在于多边选择规则本身。³美国法律现实主义

运动正是通过揭示多边冲突规则在形式和内容两方面的缺陷，才指出传统方法的致命缺陷之所在，而且这一致命的缺陷也为萨维尼的多边主义规则所共有。

（二）对多边冲突规则形式的批判

法律现实主义者不仅痛恨先验的、形而上的法律原理，拒绝从此类原理出发推演出封闭机械的规则体系，而且，对于他们来说，“在法律世界中，所有宽泛的、抽象的规则都是可疑的，这是被日益证实和被日益接受的观点”。^[7]现实主义者之所以是规则怀疑论者，就是因为规则本身的形式主义特征及其过度抽象的性格，导致“机械地适用一个封闭的规则体系的教义，是与现实格格不入的”。

传统多边法律选择规则的基本结构是：“法律关系+连结点+特定法律体系（准据法）”，多边法律选择规则并不指向最后适用于案件的实体私法规则，即准据法，而是首先指向某个特定的法律体系。从这个基本结构中我们可以看出，最重要的方面也就是起到画龙点睛作用的是连结点，连结点本质上是构成一类法律关系或案件的全部事实中的极小部分的事实，这“极小部分的事实”能否决定整个法律关系或整个案件事实的性质及其最终法律结果，是令人颇为怀疑的。即使如此，我们能否准确无误地甄别出这具有决定意义的“极小部分事实”，谁也没有绝对的把握和信心。至于比尔理论只将这“极小部分事实”机械地囿于产生权利的一系列事实中的“最后行为”，其僵固性和形式主义的特征就可想而知了。

用“最后行为说”将案件事实场所化于单一的一国或一州常常是武断的、不合理的。在复杂事件的一连串过程中，找出具有决定意义的“最后行为”并非易事。例如，某人常年服用一种药物，该药有毒副作用且潜伏期长，数年后发现身体受损，此时根据重述的规定，损害赔偿请求权产生于毒性物质对人体发挥效力的地方，但很显然，要想在因果链中精确地决定有毒物质作用于人体的一环是十分困难的。而且，如果所涉国家的实体法规定的“最后行为”不同，也会产生问题。

根据萨维尼理论构建的多边法律选择规则和根据比尔理论构建的法律规则，具有相同的内部结构。虽然比尔规则中所选用的连结点的质量和数量方面均不及萨维尼规则，但有关于连结点的下述两个方面却在大体上是一致的：其一，它们为每一类法律关系都选择唯一的连结点，意味着一类法律关系只能场所化于唯一的国家；其二，它们都倾向于选择客观场所意义的连结点，而相对地忽视主观连结点，更不用说其他具有重要社会、经济意义的法律事实。因此，萨维尼规则只是在灵活性和丰富性的程度上胜过比尔规则，而在本质上两者却是一致的。

在美国冲突法革命的高潮时期，以柯里为代表的国际私法学者对规则的厌恶程度达到了顶点，明白地主张放弃冲突规则的形式。⁴他们几乎把立法和国际私法视为两个不能相容的概念，在国际私法形式方面转而采用了所谓的“方法”(Approach)。“方法”即是一种公式，并不预先设定具体的解决办法，只简单地列明应考虑的因素，在司法过程中进行个案分析。⁵

冲突法革命对多边法律选择规则的形式方面的批判结果是：从“规则”到“方法”。

（三）对多边冲突规则的实体内容的批判

法律现实主义者批评冲突规则的内容，主要集中在冲突规则的空洞、无内容、盲目性的内容特征上。其中，卡弗斯和柯里的批评最为深刻、最有影响。

卡弗斯将传统法律选择规则称为“立法管辖权选择规则”，立法管辖权选择规则只是在选择一个州或一个国家的法域，而不是选择它们的实体法，法官选择某个国家的法律用来作为案件的准据法时，并不需要顾及该法的实体内容。^[8]传统国际私法暗含一个前提假设，那就是在绝大多数案件中，适当的国家的法律就是适当的法律，应当从适当的国家中寻找准据法，而不是寻找适当的法律，更不是要寻找适当的结果。“适当性”并非依据准据法的内容来界定，也不是依据准据法所提供的解决方法的质量来界定，却是依据地理意义上或场所意义上的术语来界定。⁶我们依据卡弗斯的批判可以认为，离开对适当的实体规则及其适用结果，就不可能根据多边选择规则得出适当的国家或立法管辖权。从理论上说，在冲突规则和最后用来解决争议的具体实体规则之间，还横亘着遥远的距离，法官即使正确地适用了法律选择规则，接下来也会一步“跌入黑暗之中”，黑暗是就法官对冲突规则的适用结果茫然无知而言的。

柯里不仅如卡弗斯那般批判传统冲突规则对实体结果的漠视，还进一步批判传统冲突规则忽视规则本身所隐含的立法政策和立法目的，他的批判到达了美国冲突法革命的颠峰。他说：

“法律选择规则是法律世界的怪物，从不告诉我们结果将是什么，只告诉我们到哪儿去寻找结果，冲突规则的制定者并不能预见准据法规则……”^[9]

以卡弗斯和柯里为代表的国际私法学者，共同指出了传统多边法律选择规则在内容上的根本缺陷，那就是它的空洞、盲目、隐蔽和单一维度的特点。空洞，是因为它缺乏国内实体规则对利益的促进和保护；盲目，是因为它不能最终预见案件的实体结果；隐蔽，是因为它没有公开表明某种实体政策，甚至也没有明确地宣明冲突政策；单一维度，是因为无论案件和几个国家存在实质性的联系，它仅仅指向单个国家（法域）的私法体系。结合多边冲突规则在形式方面和实质方面的缺陷，柯里最终抛出了“没有法律选择规则，我们会更好”的激进的主张，表明了对传统多边法律选择规则近乎绝望的态度。美国冲突法革命正是在这种普遍的绝望的气氛中去寻找国际私法的新的希望的。

可以说，美国冲突法革命的倡导者对传统国际私法规则内容的批判，几乎可以全部搬用到根据萨维尼理论构建的多边选择规则，那么，为什么欧洲大陆对国际私法内容方面的反省和批判，一如在其规则形式方面，没有一场美国式的激进运动呢？这是因为，欧洲大陆的传统国际私法规则在形式方面的优点多少抵消了其内容方面的缺陷。另外一个直接的重要因素是，欧洲大陆的国际私法问题首先源于国际的交易或事件，而不是首先源于州际的交易或事件，在欧洲大陆情形下，适用机械的冲突规则被认为是必要的，其形式上的确定性、稳定性和一致性可以消除因为对外国诉讼的陌生而产生的恐慌。^[10]然而，事实上，欧洲国际私法在 20 世纪的“静悄悄的演变”同美国一样，也朝着更多地关注竞相适用的实体规则的内容方向发展，只是在程度上不及美国。可

以设想，随着 21 世纪世界全球化的迅速发展，以及欧盟一体化向纵深推进，各国国际私法，尤其是各欧盟成员国，将会如 20 世纪美国那般更多地面临改革传统冲突规则空洞的结构压力。

综观 20 世纪美国国际私法理论的发展，批判与革命的思潮此起彼伏，但大致来说主要经历了三个阶段。第一个阶段以库克为代表，全面批判了形而上的既得权理论；第二个阶段以卡弗斯和柯里为代表，批判了多边冲突规则的形式和内容两方面的弊端；第三个阶段可以说是美国冲突法革命的余波，虽没有柯里时代普遍的气氛，但在某些方面比前两个阶段更为深刻和激进，这就是以荣格教授为主要代表的学者，主张彻底抛弃法律选择思想，包括传统法律选择思想以及冲突法革命时期形成的新的法律选择思想。⁷学者们一边不遗余力地批判，一边也在尽其所能地构建新的国际私法理论。

二、 20 世纪冲突法革命的理论建构

美国现实主义法学者一边竭力否定传统国际私法体系，对传统法律选择规则的形式和内容进行了彻底的批判，一边又积极地探索能够取代传统国际私法体系的新的国际私法体系。然而，探索新理论并不能一蹴而就。最先的冲突法革命者，以库克、劳伦森和卡弗斯为代表，他们的成就主要表现在批判方面，建树都没有获得成功。库克的“本地法说”对法律选择方法而言简直可以说是空洞无一物，^[11]卡弗斯的“结果分析方法”完全从机械的立法管辖权规则一端走到了全部依赖法官自由裁量的另一个极端，^[12]只可以说为未来的理论发展指明了方向，其本身却不是真正意义上的法律选择方法。

20 世纪五、六十年代是美国冲突法革命的高潮时期，最主要的理论建构就是在这个时期提出来的，主要包括：柯里的“政府利益分析说”、里斯的“最密切联系原则”、巴克斯特（Baxter）的“政府利益比较损害说”、莱弗拉尔的“优法”理论、卡弗斯的“优先原则”、艾伦茨威格的“法院地法说”等。⁸其中，柯里的理论最具有革命性，在世界范围内最具有影响力，它在很大程度上可以等同于美国冲突法革命。政府利益分析方法重塑了美国国际私法的传统，从而成为美国新的国际私法传统的主要特征。⁹在这里，我们主要介绍柯里、里斯和莱弗拉尔的学说，它们分别发展了法律选择方法的单边主义方法、多边主义方法和优法方法。

美国冲突法革命的各种理论建构都建立在对传统国际私法规则的形式和内容两方面的批判的基础上，因此我们不难理解上述各种理论都具有如下三个方面的基本特征：

第一，在法律形式上，普遍放弃规则而转用“方法”。“方法”本质上是普通法的分析方法，从这个意义上说，美国冲突法革命是美国国际私法告别大陆法系的理论方法而向普通法方法的回归。¹⁰

第二，他们都从内容上尽力抛弃传统冲突规则空洞的结构，但各理论有不同的出发点。例如，柯里完全抛弃了传统多边主义规则，转而从实体规则内部含有的立法政策及相关州在实现这些立法政策时所具有的利益出发，提出他的政府利益分析方法；里斯则力图在多边主义方法的框架内缓减传统冲突规则的僵固性质，他发展的开放性冲突规则容纳了考虑社会、经济政策的空间；莱弗拉尔则更为直接地寻求最能实现案

件公正的“优法”。

第三，美国冲突法革命者更多地是在经验基础上具体考察真实的司法过程，他们都力图从真实的司法过程中建构现实有效的理论。美国的绝大多数案件都是州际冲突案件，因此美国冲突法革命的理论建构都不可避免地专注于州际法律冲突而不是国际法律冲突，因而更多地是州际法律冲突理论，而欧洲国际私法刚好相反，其主要任务是解决国际法律冲突问题。美国国际私法的州际性质的加强及普通法方法的回归，加大了大西洋两岸的国际私法的分歧。¹¹

（一）政府利益分析说

我们在理解柯里的政府利益分析说之前，首先应了解它的思想基础，即柯里对一般意义上的法的理解，以及他在提出自己理论之前对国际私法的一般看法。

柯里的法律思想源于库克及其他法律现实主义者，也将法律视为“社会控制的工具”，^[13]他倡导应将社会学法学的原理应用于国际私法的研究，^[14]认为立法者制定成文法以及法院形成普通法，都是为了实现可识别的“经济和社会政策”，^[15]他将立法过程看成是不同利益集团斗争的过程，每个利益集团出于自身的利益考虑竞相说服立法者采取它们所认为的公正的法律，最后形成的立法是立法者平衡各种利益的产物，是公共政策或公共利益的体现，然而具体立法不可能不偏不倚，总是体现了对特殊利益的保护，从而形成了一种特殊的政策，因此立法的公共政策中同样包含了私人群体的利益，两者是不可分的。^[16]柯里就是从这一前提出发，信心十足地认为可以从私法规则中发现立法者保护特定私人利益的政府政策，并由此形成他的单边主义的法律选择方法。

柯里理论具有一以贯之的核心思想，这是不容否认的，然而同样不容否认的是，他的思想也有自我修正和发展的过程。大致说来，柯里理论可以划分为两个阶段，后一个阶段缓和了前一个阶段的法院地法优先主义的倾向。¹²

1. 政府利益分析说：第一阶段

法官审理涉外案件的司法过程是柯里思考国际私法问题的切入点。尽管柯里时代的人员及财产的跨州流动有了显著增加，有关国际私法问题的先例仍然相对匮乏，“在美国法律史上，内国法案件是常例，而国际私法案件只是边缘性的”。^[17]柯里认为，法官援引外国法只是审理涉外案件的司法过程的需要，是为了寻找适当的判决规则，而且只有当事人提出援引外国法以取代法院地法时，法官才会考虑国际私法问题。¹³

一旦诉讼当事人提出援引外州法以取代法院地法问题时，柯里认为法院分析的起点应是：^[18]

“法院首先应查明法院地法宣示的政府政策——也许更有用的表述方式是社会的、经济的、管理的政策。法院接下来应探究法院地州和现有案件的联系，即和当事人、交易、标的物 and 诉讼的联系，探究该关系是否使案件包括在州政府关注事项的范围内，并且为认定州政府在适用该政策时拥有利益提供合法性基础。”

在柯里为法院设定的首要分析任务中，我们遇到了“政府利益分析说”的两个关键性概念：“政策”和“利益”。在柯里的语境中，政策和利益是不能相互置换的，它们具有不同的含义。¹⁴

对于一般意义的法，柯里认为，无论是制定法或普通法，最后都体现了对不同政策的平衡和取舍。柯里要求法院在国际私法案件中首先应予考虑的政策，实质就是柯里所认为的一般意义的法的社会、经济的和管理的政策，而这些政策均被比尔的法律选择理论所忽视了。然而，柯里也坦承，认定内国法中所包含的政策并不是一件简单轻松的司法任务，他甚至主张立法者应在内国法中明白地宣示立法政策。^[19]然而现实中很少有立法者阐明具体立法的法律政策。柯里认识到要准确无误地阐明立法政策是一件困难的任务，尤其对于普通法规则来说，“规则的立法目的或政策要么被历史烟雾所笼罩，要么陈腐过时，要么索性是不合理的”，^[20]同时他也意识到立法者时常“掩饰而非开宗明义地宣布其所采纳的立法政策”，或规则“根本不能实现其立法目的”，甚至产生“与其立法目的相反的效果”。^[21]尽管如此，柯里还是坚信法律表达了内国的社会的、经济的或管理的政策，法院通过司法分析是能够在绝大多数情况下判明其政策的。

在正确认定法院地法的政策后，并不能立即决定应否适用法院地法，因为立法者并没有表明该政策能否适用于国际私法案件，事实上，在一般情况下，立法者自始至终就未曾考虑过具体政策适用于国际私法的情形，^[22]这一难题只有留待司法过程来解决。柯里认为，要回答这个问题，法院必须探明将州政策适用于具体的国际私法案件时是否具有“政府利益”。柯里是这样来定义他的“政府利益”的：

“我所使用的‘利益’一词是两方面的产物：(a) 某项政府政策；以及 (b) 拥有政府政策的州和交易、当事人或诉讼之间存在适当的联系。”^[23]

从柯里对政府利益的定义中可以看出，政府政策与政府利益是两个不同层面的概念。政府政策无论是在国内法案件中还是在国际私法案件中指的是同一事物，即法律规则中包含的社会、经济和管理政策，而政府利益只是在国际私法的背景下才存在，即法院地州在具体政策适用于国际私法案件时所具有的利益。有政府政策，不一定有政府利益；有政府利益，则必定有政府政策。也就是说，政府利益是以政府政策为前提条件的。国家（州）可以通过立法行为创设某项政策，但不能自行创设政府利益。政府利益的有无并不完全以政府意志为转移，并不为政府所控制。¹⁵我们可以从柯里关于政府利益的陈述中概括出产生政府利益的三个条件：第一，州和交易、当事人或诉讼存在事实上的联系；第二，事实上的联系牵涉到了州的政策；第三，联系必须是适当的联系。只有适当的联系才能最终证明政府利益是合法的。¹⁶

当法院对政府政策作出肯定的认定后，柯里描述了法院该如何进一步认定政府利益的存在与否：

“法院接下来应探究法院地州和案件的联系是否足以为认定法院适用政策时具有政府利益。这一分析过程本质上接近于法律解释。正如我们通过解释程序来判断规则适用的时机以及判断规则如何适用于处于规则适用范围边界的内国案件，通过解释程序我们也可以决定为了实现立法目的，规则是否应当适用于含有涉外因素的案件。”^[24]

这就是说，法院应通过解释程序来判断法院在实现其立法政策时是否具有政府利益。毫无疑问，这种分析方法接近于普通法方法而不是大陆法方法。柯里将法律视为社会控制的手段，政府的目的在于保障其居民的社会福利，实现法律所包含的政策是政府责任之所在。政府政策与利益并不是政府直接干预私法的结果，它是通过私人之间的抗辩式诉讼过程实现的，因此我们不能认为政府利益分析理论混淆了公法和私法的界线。然而我们也应看到，在过分强调公法和私法的界线的大陆法系国家，是不可能产生政府利益分析学说的。柯里的理论一方面反映了普通法并不严格区分公法和私法界线的传统，“政府利益”这个从表面上看来十足是公法的词汇因而能够被适用于私法过程的分析，另一方面也反映了 20 世纪以来国家公共权力对私法介入的增多以及公法和私法日渐融合的现实。

柯里在其学术思想的第一阶段认为，如果适用法院地法时存在政府利益，那么只需适用法院地法，无需再考虑与案件有关的其他州的法律及其政策。^[25]

柯里通过对案件所涉各州法律的政策及利益的分析，认为存在三种冲突的情形：第一种冲突是“虚假冲突”，只有一州在适用自己法律时存在利益，¹⁷虽然各州的政策可能不同，但各自的利益并不冲突；第二种冲突是“真实冲突”，即“每个州的法律都表达了自己的政策，每个州和一方当事人都存在联系，以致把自己的法律或政策适用于案件时都存在合法的政府利益”，^[26]也就是说有一个以上的州在适用自己的法律时存在利益；第三种冲突是“无利益冲突”，即没有一个州在适用自己的法律时存在利益。¹⁸

对于“虚假冲突”，柯里给出了一条普遍性的国际私法规则：适用存在利益的那个州的法律。对于“无利益冲突”，柯里认为一般情况下应适用法院地法，只有当外州法存在有益的目的且适用该外州法能实现其目的时，才应适用外州法。^[27]至于“真实冲突”，柯里提出的方法最具争议性，也迎来最多的批评。

在真实冲突案件中，柯里认为，真实冲突是任何国际私法体系都无力解决的问题，说到底，柯里认为各州在法律适用问题上存在的真实的利益冲突，是一个政治问题，法院无权解决，而应由更高政治权威的立法机构即国会承担起这一职责。柯里认为，国会可以按照联邦宪法的充分诚信条款的授权行使这一权利。尽管认识到从 1790 年之后，国会从未根据充分诚信条款使用过这项权力，但柯里还是不遗余力地倡导应通过国会途经解决州际之间的真实利益冲突。^[28]

国会并没有从事这项工作，然而法院仍应担负审判现实案件的职责。柯里认为，各州乃至各个国家本质上都是自私的，有权最大限度地适用自己的法律以维护政府利益，所以柯里毫不犹豫地得出真实冲突应适用法院地法的结论：“结果依赖于法院地法，虽然不利于实现判决的一致性”。柯里也不满意于自己的结论，但他找不到更好的替代方法：“这一结果并不能令人满意，但理想却遥不可及，适用法院地法因此是最合理的、现实的方法，总比空中捞月要好。”^[29]

2. 政府利益分析说的第二阶段

柯里在其学术思想的第二个发展阶段并没有改变第一阶段的核心思想，即解决法

律冲突问题必须从政府政策和政府利益出发，但他对第一阶段的思想明显地进行了修正。直至他去世时，其思想也仍在发展之中。

柯里在第二阶段有意识地在一定程度上克服了早期的法院地法中心主义。他对早期理论的修正主要体现在两个方面：第一，法院在认定或解释本国或本州法院的政策及适用利益时，应考虑相关的外国或外州的与之冲突的政策或利益，并尽可能地对法院地国的政策或利益作出限制性解释，最大可能地避免“真实冲突”，而在其理论的第一阶段，法官首先只需单方面地考虑本国或本州的政府政策或利益，只有在本州不存在政府政策或适用利益时，才有必要去考虑其他州的法律政策及政府利益；第二，柯里对于法院无权衡量政府利益之间的“真实冲突”的观点有所缓和，他后期的理论重新赋予了法院衡量两种冲突利益的权力，即考虑竞相冲突的政府政策和政府利益，尽量对法院地法的政策和利益进行限制性解释，因此，柯里后期同样主张法院应通过法律解释程序进行某种程度的利益权衡。

在柯里对其早期的“实验模型”进行修正之后，许多原本属于真实冲突的情形，通过对法院地法的政策及利益的限制性解释，转化成了虚假冲突，因此降低了法院地法的适用机会，从而削弱了他的广受批评的法院地法中心主义的倾向。这是柯里的晚期理论较之早期理论的一大进步，它使国与国之间、州与州之间在国际私法问题上能够采取宽容、相互尊重和妥协的态度，有利于国际范围内不同法律体系的协调。

法院可以通过弹性解释机制来限定政策及利益的适用范围，那就意味着真实冲突和虚假冲突之间不存在泾渭分明的界线，¹⁹因而柯里理论存在发展的空间。柯里，这位20世纪最深刻最富新思想的国际私法学者，在其去世前一年（1964年）最后一次表述了他的政府利益分析学说：

“（1）当事人提出法院应适用与法院地法不同的外州法时，法院应探明相关各州法律所表达的政策，进而深究适用各政策时各州的利益。在作出这些判断时，法院应采用通常的解释程序。

（2）如果法院查明只有一个州在案件中适用其政策时具有利益，而另外的州没有利益，法院只应适用那个存在利益的州的法律。

（3）如果法院查明两州的利益之间显然存在冲突，法院应该重新审查，对其中一州的政策或利益进行更加温和的、限制性的解释，或许就能避免冲突。

（4）法院重新审查之后，如果查明两州的立法利益之间的冲突无法避免，就应适用法院地法。

（5）如果法院地州不存在利益，但其他两州之间的利益冲突是无法避免的，并且法院不能合理地拒绝裁判此案，法院应适用法院地法，至少当法院地法与其中一州的法律相符时应该如此。作为替换方法，法院在解决冲突时可以公正无私地运用自由裁量权，就如它相信有权决定哪个利益应该退让的最高立法机关将会作出的决定一样。

（6）州际之间的利益冲突将会导致对同一问题的不同的处理方法，取决于诉讼在

哪里进行。如果在特殊问题上，判决不一致严重损害了国家在判决一致性方面的重大国家利益，法院不应试图作出临时决定以牺牲本州的合法利益，而应将该问题留给国会，由国会根据充分诚信条款行使其权力，对哪个州的利益应作出让步的问题作出规定。”²⁰

柯里的政府利益分析方法已经成为美国冲突法的新的传统，这注定他的思想将在国际私法生生不息的历史长河中留下不可磨灭的印记。

3. 政府利益分析方法与单边主义方法

柯里本人并没有申明其政府利益分析方法属于单边主义方法或多边主义方法。然而今日的绝大多数学者都将政府利益分析方法视为单边主义方法，²¹现在让我们进一步考察这种说法的合理性程度。

单边主义方法的出发点是实体规则，特别是实体规则中隐含的适用范围，从这个意义上说，政府利益分析方法可以称为单边主义方法。²²柯里理论是对多边主义方法的“革命”，虽然我们不能草率地得出非此即彼的结论，但柯里确是在不经意之间回到了中世纪的法则区别理论的出发点，即从规则的内容出发来解决法律冲突问题，从这种貌似巧合中我们多少可以发现单边主义方法与多边主义方法是作为国际私法的相对的基本方法而存在的。

然而，柯里方法并不是对法则区别理论的简单回归。法则区别理论首先关注法则的基本内容，但为了从法则中直接得出法则的适用范围，却走向了形式主义的道路，只将法则机械地划分为人法、物法、混合法，且不说三分法牵强附会，最终归于失败，其划分方法实际上已经渐渐脱离具体法则的内容。可以说，法则区别理论的出发点是单边主义的，但其最终结局与单边主义方法的精神实质背道而驰。相比之下，政府利益分析方法是更为彻底、更为纯粹的单边主义方法，因为它自始至终围绕着具体实体私法规则的内容而展开。

单边主义方法所面临的最大挑战是：如何从具体的实体私法规则中发现它的适用范围？^[30]我们已经看到，法则区别理论面临这一挑战最终是在整体上失败了。政府利益是真实存在的吗？德国著名学者拉贝尔（Rabel）为驳斥从规则的内容中发现适用范围的可能性时说道：“它们（实体私法规则）纯粹是中立的，答案（空间适用范围）并不在其中。”²³

适用范围最终由政府利益决定，所以这一难题在柯里理论中就转化为：如何从具体的实体规则中发现其隐含的政府利益？

对柯里来说，法律适用取决于政府利益，政府利益又取决于实体规则中的政府政策，从规则出发到决定是否适用该规则的过程，是一种分析和解释的过程，并不是适用成文规则的过程。在整个分析和解释过程中，柯里首先需要克服的难题是：如何认定规则所体现的政策，即“社会的、经济的、管理的”政策？虽然柯里也认识到判定政策的困难，但他对最终的可能性持肯定的态度。

如果我们在此暂时承认法律规则最终表达了某种压倒性的政策，那么就国际私法

而言更为关键的是，柯里又是如何从政策迈向政府利益这一决定性的一步的。显然，规则中包含的政策并不能直接决定政府利益，柯里也没有承认实体私法规则中直接包含了立法者关于空间适用范围的意图。他坚持个案的分析和解释方法，认为具体规则中所包含的政策是否适用于含有涉外因素的案件，本质上和在纯国内案件中将政策扩展适用于“边缘性”案件是一致的，唯一不同的是需要增加一重考虑因素，即相关各州的法律政策及实现其政策时所具有的政府利益。如果法官在纯国内案件中能够成功地决定政策是否扩展适用于“边缘性案件”，那么法官也能胜任在必要时将同样的内国法政策扩展适用于含有涉外因素的案件。因此我们可以说，政府利益分析方法与法律解释融为一体。然而法官在政府利益分析方法的解释过程中享有的主观能动性，要远远大于在一般法律解释中的主观能动性。由此可见，政府利益分析方法只能是普通法传统的产物，也只能在普通法的背景中全面展开。

（二）最密切联系原则

最密切联系原则在 20 世纪广为传播，是传统多边主义方法在 20 世纪最显著的发展，当今任何一部国际私法法典或国际私法条约，几乎都不能缺少最密切联系原则。美国冲突法对最密切联系原则的发展起到了承上启下的关键性作用，上承英国合同自体法理论中的最密切联系原则，下启许多国家的立法将最密切联系原则全面扩及国际私法各个领域，成为国际私法的基本原则和指导原则。

最密切联系原则最初是在合同国际私法领域中形成的，英国国际私法学者发挥了主要的作用。为了使合同在缺乏意思自治时从默示意思推定和机械僵固的两难困境中解脱出来，英国学者韦斯特莱克（Westlake）首先提出了“最真实联系”（the most real connection）的学说。²⁴我们可以发现“最真实联系”和“法律关系本座”的神似之处。两者都是关于法律选择的印象主义的公式。

《第一次冲突法重述》受到批判和冷落之后，美国学者也急于寻找合同法律选择规则的替代方法。他们为克服“合同缔结地法”的僵固的规则，提出了合同应适用“合同重心所在地”法的观点，²⁵“合同重心所在地”（center of gravity），这一术语首先是由吉尔克（Gierke）提出来的，表达了与韦斯特莱克同样的思想。²⁶纽约上诉法院在 1954 年的一个案件中援引了“合同重心所在地”的说法，同时在一个案件中还归纳了另外两个术语，即“连结因素聚集地”（grouping of contacts）和“最重要连结因素”（the most significant contacts），²⁷最后一个术语演化成风靡《第二次冲突法重述》的“最重要联系”原则。就这样，最密切联系原则或最重要联系原则在两个最重要的普通法国家中的合同国际私法领域中确立下来了。

最密切联系原则并不囿于合同国际私法领域，它开始显示其顽强的生命力，向着侵权国际私法领域扩散。自从最重要联系原则或最密切联系原则在合同和侵权两大领域确立下来之后，它向其他领域乃至全部国际私法领域的扩展无论从逻辑上还是从其他方面来看就都是顺理成章的事了。《第二次冲突法重述》及其他 20 世纪最后四分之一时期有重大影响国际或国内立法都证明了这一点。

1. 最重要联系原则与美国《第二次冲突法重述》

最重要联系原则是贯穿《第二次冲突法重述》的一根红线，^[31]它在重述中的运用可以分为四个层次：第一个层次主要体现在第 2 条中，该条规定最重要联系原则是冲突法的主旨所在，可以说是将最重要联系原则置于冲突法的金字塔顶尖；第二个层次是在各主要法律领域内规定最重要联系原则的核心地位；²⁸第三个层次是具体问题直接适用最重要联系原则，最重要联系原则此时成为一般意义上的弹性连结因素或连结节点；第四个层次是最重要联系原则履行例外条款的功能，只有当具体规定不能产生最密切联系的法律时，才援引与案件有“更重要联系”的法律。最末两个层次的运用在重述中比比皆是。后来规定最密切联系原则的立法不同程度地仿效了重述。一般说来，最密切联系原则在其他立法中的应用也不外乎以上四种方式。

在上述四个层次中，最重要联系原则的作用及其意义显然存在差别，从第一个层次到第四个层次，其作用范围逐渐递减，适用条件愈益严格。单就第一个层次而言，我们简直可以说整部重述的具体法律选择规则均是最重要联系原则的推定，各具体规则的基础必须获得该原则的认可。单就第四个层次而言，最密切联系原则局限于具体法律选择规则所面临的问题，只有充分地证明“有一个国家的法律较冲突规则指引的法律存在更密切联系时”，最密切联系原则才能作为例外条款加以适用。因此，从灵活性角度考察，从第一个层次到第四个层次也呈现出逐级递减的规律。

最重要联系原则不仅在不同应用层次上具有不同的功效和灵活程度，在不同的法律领域也具有不同的作用。虽然最重要联系原则贯穿重述的始末，覆盖各个领域，但一般来说，那些传统冲突规则久已确立而且还能较好地适应新的时代条件因而争议较少的领域，最重要联系原则的意义相对微弱，例如物权（财产）法律关系领域；相反，那些缺乏普遍认可的冲突规则的领域，或冲突规则虽久已有之但却严重滞碍当前国际民商事交往的领域，最密切联系原则就备受青睐，例如合同和侵权领域。重述如此，其他国家的立法也是如此。

最重要联系原则缺乏精确的内容，只是一个指向性的原则，如果不能给予法官必要的指导和具体适用标准，那么讥讽该原则为“虚无规则”（non-rule）的批评就是入木三分的。虽然我们不能说重述对最重要联系原则没有规定任何实质性的指引，但较之欧洲大陆对最密切联系原则作“特征履行”推定的较为精确的方法，²⁹重述中的相关规定就不能被视为最密切联系原则的适用方法。^[32]《重述》对最重要联系原则一般地进行了两个方面的指引，其一如在第 145 条之中，列举了一些需要考虑的连结因素，其中，侵权行为的连结因素包括损害发生地、加害行为发生地、当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和营业地以及当事人之间有联系时其联系最集中的地方，合同的连结因素包括合同缔结地、合同谈判地、合同履行地、合同标的物所在地以及当事人的住所、居所、国籍、公司成立地及营业地，如此大杂烩似的将所有可能发生作用的连结节点并到一处，实质上并未给出任何答案，重述要求“对这些联系将按照其对该特定问题的重要程度加以衡量”，归根结底也是空洞无物的；其二是在适用最密切联系原则时应一律遵照第 6 条所规定的原则，³⁰我们为此需要特别关注第 6 条的具体规定，因为它最终决定了最重要联系原则在整部重述中的成败命运。

然而，对第 6 条的最终考察结果是令人失望的。第 6 条所列举的七项考虑因素既

综合了美国冲突法革命期间涌现的各种主要思潮，又力图维护传统冲突法的价值基础。七项考虑因素只是简单地并列在一起，并没有进行任何实质上的综合，各项政策之间的矛盾之处并没有获得哪怕是最低限度的协调。对于在内容、逻辑或价值方面都可能引发冲突的各项政策，首要的是政策定向的“方法”如何与立法管辖权选择规则和谐并存，^[33]前者指柯里政府利益分析方法的单边主义方法，后者指传统多边冲突规则及最重要联系原则。既然七项考虑因素不存在适用次序的位阶排列，那么法院就可能为了完全相反的目的而援引第6条。^[34]

将不同的基本方法的考虑因素，尤其是单边主义方法和多边主义方法，简单地罗列在一起，并不能取得“综合”的效果，《重述》最终并未能取得清晰的、连贯一致的法律选择方法。³¹“最重要联系原则”力图从第6条中获得适用上的指引，最终不可避免地失败了。

2. 最密切联系原则是多边主义方法的发展

最密切联系原则在《重述》中并没有获得稳健的运用方法，但并不妨碍它作为国际私法全部领域的一项冲突规则向20世纪最后四分之一时期的各立法扩散，尽管不同的立法对该原则委以重任的情形不同。³²最密切联系原则是传统多边主义方法对冲突法革命期间的激烈批判的回应，是力图保持多边主义方法的基本结构，同时又最大可能地克服自身的僵固性和机械性的产物。从法律形式的角度看，最密切联系原则染上了那个时代的特征，重“方法”而轻“规则”，在相当程度上依赖于个案解决的“方法”。最密切联系原则归根结底是多边主义方法，理由如下：

首先，最密切联系原则的表述本身就脱胎于萨维尼的法律关系本座说。法律关系本座理论主要探讨具体法律关系和某一特定地域的实质上的联系，最密切联系亦然，只是后者比前者更加直观，更加感性而已。因此，最密切联系原则也以法律关系或具体问题为出发点，通过特定连结因素将法律关系“分配”到特定的法域，这是多边主义方法的最本质的特征。

其次，最密切联系原则完全保留了传统多边法律选择规则的基本结构，即“法律关系（具体问题）+连结点+法律体系”。所不同的是，传统规则的连结点固定的、机械的，而最密切联系原则最终所采纳的连结点需要法官依据更为具体的标准在个案中加以认定和补充。

最后，最密切联系原则虽然可以容纳一定限度的社会、经济等内容的考虑因素，但它主要仍是侧重于空间或场所意义的。英国学者诺斯指出，最密切联系原则主要是用来判断具体案件与某个“国家”的密切联系程度，而不是用来判断具体案件与某个“法律体系”的密切联系程度。^[35]美国在《重述》中试图使最密切联系原则包容政府利益分析方法，最后证明是不可行的，以后各国立法中的最密切联系原则也都表明它主要是一种灵活的、富有弹性的多边主义法律选择规则。

最密切联系原则较之“法律关系本座”更为直观和感性，而且容纳了一定限度的社会经济内容的考虑因素，除此之外，两者还存在着一个很大的不同。虽然萨维尼将

“法律关系本座说”视为他的多边主义规则体系的思想基础，但他认识到“法律关系本座”本身是形式的、空洞的，³³只能隐身于具体规则的幕后，也就是说，具体法律选择规则虽以法律关系本座说为思想基础，但一经确定，就具有确定的法律效力；与此相反，最密切联系原则在现代国际私法体系中不仅直接露面，充当“统帅”的作用，而且还常常“身先士卒”，直接作为具体法律关系或问题的法律选择规则，不仅如此，几乎一切具体规则的法律效力在最密切联系原则面前都是动摇不确定的，它们所指引的准据法随时有可能被另一个“更密切联系的国家的法律”所取代。因此，如果最密切联系原则缺乏明晰的具体的适用标准，如果不能和当代的其他三种法律选择的基本方法相辅相成地并存，那么它在增加传统法律体系的灵活性的同时，其本身“虚无规则”的性质可能最终会损害国际私法的基础，也就是说，它的消极意义可能要大于许多将它奉若神明、视为万能公式的人所认为的那种积极意义。³⁴

（三）20 世纪“优法方法”的复活

诺麦耶认为，中世纪意大利学者阿尔德里克斯是第一个真正提出国际私法问题的人，他所给出的答案既非是单边主义的，也非是多边主义的。他认为审判员在审理多边案件时应适用“更好的、更为有用的法律”，^[36]即优法方法。然而阿尔德里克斯的优法方法是异常模糊的，“优法”究竟是以法律的内在质量为标准，还是参照其他标准？这位著名的学者并没有为我们留下哪怕是稍微详细、系统的阐述。优法方法就这样在国际私法的早期历史上一闪即逝，直至 20 世纪再也没有得到学理的确立和认可。

在美国冲突法革命的浪潮中，优法方法至少在理论上得到了强有力的回应。20 世纪的优法方法是和莱弗拉尔（Leflare）、麦克杜格尔（McDougal III）和荣格等数位著名学者紧密联系在一起的。其实，卡弗斯早在其 30 年代的著名批判性文章《法律选择问题批判》中就已经为优法方法开辟了道路，他号召克服传统立法管辖权选择规则的盲目性，关注竞相适用的法律规则的具体内容，这也是莱弗拉尔等人的优法方法的出发点。优法方法是对“不同的法律”的选择，而不是卡弗斯所提倡的对“不同的结果”的选择，因而更多地去除了结果选择方法中过多的主观因素和“人治因素”，加强了“法治因素”。但在实践中，优法方法与目的论的结果分析方法的差距并不如理论所显现的那么遥远。

为什么要考虑竞相适用的法律的“好”与“坏”、“优”与“劣”呢？莱弗拉尔说道：

“法官与其他任何人一样，可以认识到某些领域的法院地法滞后于时代的发展，是在‘后拽文明的外衣’，其他法域的法律或者也有同样落伍愚昧的特征。当法院发现自身是在两个国家的法律之间作出选择，两国都和相关案件事实存在实质性的联系，但其中一个国家现行有效的法律是不合时宜的法律，而另一个国家的法律是更加现实而具实际效用的现代规则，如果法院不倾向于选择那个更为优秀的法律，那就让人大惑不解了。”^[37]

如果法院充分认识到法律和社会需要之间的关系，充分认识到其中一国的法律规则优越于另一国的法律规则，那么即使不合时宜的法律恰是法院地法，莱弗拉尔相信，

法院也会义无反顾地选择那个更具理性的法律。^[38]事实上，在传统国际私法体系中，法院常常通过操纵传统多边冲突规则，其中包括利用识别、反致和公共秩序等国际私法的基本制度，来实现对某个特定法律的选择，卡弗斯早在莱弗拉尔之前详尽地阐述了这一点，并斥之为不诚实的司法行为。^[39]莱弗拉尔更是强调指出，法院不应隐藏自己选择优法的意图，而应开宗明义地如此行事，优法方法与其他四个法律选择的考虑因素相比，被讨论得最少，也最隐蔽，更没有被清晰地界定过，现在我们强调优法方法，是在还原其本来面目，还给它应有的地位，虽然在事实上它仍然是五个主要的考虑因素之一，在某些案件中很重要，而在另一些案件中则可能要次要一些，在某些案件中几乎具有决定意义，而在另一些案件中则隐退于黯淡的背景之中。^[40]

自从中世纪的阿尔德里克斯提出优法方法的观念之后，作为法律选择方法的优法方法至少在理论上就一直处于沉寂状态。法官在国际私法案件中常常通过操纵传统冲突规则及利用国际私法的基本制度，实现适用他们心目中的“优法”的目的，但这种曲径通幽的方法是隐蔽的、不公开的，在传统国际私法语境中甚至被认为是“不道德的”、“不合法的”。莱弗拉尔第一次继阿尔德里克斯之后正面地、直接地阐述优法方法问题，并赋予它在国际私法体系中的“合法地位”。麦克杜格尔和荣格在莱弗拉尔之后，将优法方法的理念推得更深更远，甚至超出了法律选择的范畴。

麦克杜格尔认为，无论是在州际法律冲突或国际法律冲突中，美国法院都应寻求适用“最好的法律规则”，所谓最好的法律规则（**the best rule of law**），是“能够从总体上最大程度地促进长期的普遍的利益”的法律规则。^[41]他后来对“最好的法律规则”从另一个角度作出了新的界定：

“法院可用审理内国法案件的相同的方式来解决州际和国际案件：确定何种法律最适合于当代社会经济条件的情理，并用它来解决案件。”³⁵

换句话说，所谓最好的法律规则，即是最符合当代社会经济政策的法律。麦克杜格尔甚至认为，“适用最好的法律规则”才能带来一场“真正意义上的冲突法革命”。

麦克杜格尔所提倡的“最好的法律”仍然没有超越法律选择的范围，本质上仍然是从与案件具有实质联系的竞相适用的法律体系中选择其一。然而，他的理论渐渐地超越了国际私法的法律选择范畴，倡导直接发展和适用能够符合“跨国社会的政策需要”的跨国法。在他的理想中，实际上是用新的万民法（**jus gentium**）来取代法律选择的国际私法，直接用它们来解决多边案件。^[42]美国著名学者荣格在其著作中对此思想有着更为详尽而坚实的分析。

荣格对传统法律选择思想的批判，可谓集美国冲突法革命的全部批判之大成，但与卡弗斯和柯里等人不同，他放弃了发展新的法律选择思想的企图，而是在莱弗拉尔和麦克杜格尔的基础上，将优法方法推行得更远，主张法官在审理国际私法案件时，应向古罗马的外事法官及英国早期的海商法法官学习，从个案中直接归纳出国际性质的、专门的法律规则，他将他的方法称之为“实体法方法”（**the substantive law approach**）：

“实体法方法并不像单边主义方法和多边主义方法那样认为法官能像适用内国法一般来适用外国法。外国法规则提交给法院，并不是不可改变的律令，而是法院在构建恰当的多边判决规则时应予考虑的模式。”^[43]

只有实体法方法而不是法律选择的国际私法方法，才能最终实现“多边正义”，这可以说是荣格思想的主旨所在。如果我们将优法方法仍然限定在对有关国家法的优劣比较进而作出选择的范围内，那么显而易见，荣格所倡导的实体法方法已经远远超出了优法方法的范围，实际上等于超出了国家实证法及国际私法的范围，虽然荣格的思想方法和优法方法有着一脉相承的地方。

三、传统方法与革命理论的合成：当代国际私法的实体取向

20世纪70年代以来，以美国为原生力量的冲突法革命渐渐平息下来，国际私法开始面临真正的困惑和难题：国际私法将何去何从？美国冲突法革命动摇了多边主义方法的根基；新单边主义方法虽然没能全面取代传统多边主义方法，但已深入人心；意思自治方法的合理性已不容置疑，而且已成为一种独立的基本方法，并向着合同之外的领域挺进；优法方法被证明是国际私法历史发展过程中的一股巨大的潜流，在今日获得了“合法”地位。面对这种情形，国际私法只应该容纳其中的一种方法吗？还是该容纳两种以上的方法？而且当这些方法存在矛盾和冲突时，国际私法又该如何作出抉择？

除了面对方法论抉择的困难之外，国际私法还面临着法律形式抉择的困扰。在自然法思想的影响下，法则区别学说仅仅依赖少数含混不清的原则解决法律冲突问题，如今更是行不通了；从法典化时代以来，国际私法在形式方面走向了“规则”的时代，然而美国冲突法革命却揭露了传统冲突规则致命的缺陷，一举废弃了“规则”而代之以“方法”的法律形式。那么，在法律形式方面，国际私法究竟应采用“规则”还是“方法”呢？

法律发展依循的是经验和特定历史时期社会、经济和文化发展的需要，对于国际私法来说，无论是法律形式方面的抉择，还是基本方法论的抉择，最终是由国际私法的根本目的和现实需要决定的，当代国际私法的发展充分证明了这一点。无论是传统多边主义方法，还是冲突法革命所推崇的单边主义方法、优法方法，或是实践中取胜的意思自治方法，只要它们有助于实现国际私法的基本目的，都会在未来的国际私法发展中占据一席之地，虽然它们之间容易产生分歧，但可以在发展过程中弥合它们的分歧并且将它们更加坚固而自然地综合在一起。法律形式的发展亦然。当代国际私法的发展，从总体上来说，便是反刍和消化冲突法革命涌现的新理论、将传统理论和革命理论综合在一起的过程，通过综合而形成一种新的理论特征，便是当代国际私法的实体取向。

（一）重返规则

美国冲突法革命的目标是要彻底抛弃规则，而全面地代之以“方法”。然而，有两个重要的事实足以让我们对“方法”论者产生怀疑。其一，就在同一时期的现实主义

运动过程中，其他领域的法律并没有放弃规则的形式而采用“方法”的形式，为什么只有国际私法在法律形式方面的革新走得那么远？^[44]其二，在一段时间内，“方法”被视为是万能的，可以解决所有问题，而不必借助于规则的帮助，甚至不必借助那些应用先例所产生的规则。从那个时候开始，美国冲突法看上去像是“一千零一个”案件的神话故事，对每一个案件的判决仿佛都是唯一的、初次露面的，^[45]然而这种个案分析方法产生的不确定性的危险和代价，即使普通法世界的人们也深感失望，更不用说是欧洲大陆的成文法国家的人们了。于是，当代国际私法对规则的不信任感又慢慢地消逝了，无论是美国《第二次冲突法重述》，还是欧洲以及世界其他地方掀起的国际私法立法浪潮，都证明人们重新焕发了对规则的信心。这两个基本事实需要我们解答如下两个问题：冲突法“革命”对规则形式的批判是否过激而有失公允？我们究竟需要一种什么样的规则形式？

针对规则怀疑论者对自己的批评，哈特在晚年指出，规则怀疑论者对规则存在着误解，他们认为规则是“非全则无”（all or nothing）的东西，规则要么不折不扣地按其字面含义全部适用于特定案件，要么弃置不用，总之规则一旦被制定出来，自身就没有任何发展的空间和余地。哈特认为，情况正好相反，法律规则可以具有足够的灵活性，可以在适用于不断变化的社会现实的过程中得到发展。^[46]那么，冲突法革命者对传统冲突规则的批判，是否也存在如哈特所言的误解呢？

冲突法革命者指出，连结点只是构成法律关系的全部事实中的部分事实，甚至是极小部分事实，冲突规则凭借该极小部分事实就决定整个案件的法律适用，结果显然是不全面的，而且此案中的关键性事实在他案中就不再是关键性事实了，因此传统规则是机械的。连结点一般来说只是空间场所意义上的事实，其认定是客观的，与社会变动中的其他现实无关。可以说，以单个连结点为枢纽的冲突规则确实是“非全则无”的事物，其本身不存在发展的空间和余地。

其他法律领域的规则没有引发形式危机，根本原因在于它们存在着发展的空间，存在着灵活性的空间以备法官应付新现实的需要。现实主义法哲学，究其实质，在于摆脱对规则内容的机械的、僵固的解释，而倡导一种合目的论的功能主义的解释方法。法律过程不仅仅是制定规则，还应包括解释规则。无可非议，多边冲突规则中最起决定作用的连结点只存在事实认定的问题，而不存在任何可给予合目的论的或功能主义解释的空间，然而这是冲突规则的“内容”的过错，而不是冲突规则的“规则形式”本身的过错。美国学者布莉梅尔（Brilmayer）一针见血地指出：那些主张抛弃规则形式的论者，混淆了规则的内容和形式两方面，他们在批判冲突规则内容的时候，却错误地认为应从根本上放弃国际私法的规则形式。^[47]规则并不必然是机械的、僵硬的，规则既可因其内容而变得机械、僵硬，也可因其内容而变得自由、灵活。

法律事业是规则的事业，国际私法也不例外。当代国际私法的实践证明，国际私法也能和其他领域的法律部门一样，成功地运用规则的形式，当代国际私法的法典化浪潮就是其中最主要的证明。国际私法在运用规则形式时，应力求克服规则内容的僵硬和机械，给规则的解释和发展留下必要的空间。冲突规则解释和发展的空间的大小，便是冲突规则的灵活性程度。当代国际私法的立法，无一例外都赋予较之传统国际私

法更大的灵活性。不同的法律领域需要不同的灵活性，而且不同法律文化与政治制度将赋予同一法律领域的规则以不同的灵活程度。虽然当代国际私法普遍趋于规则的法律形式，但在平衡确定性和灵活性时，美国视灵活性重于确定性，而欧洲大陆则视确定性重于灵活性。^[48]

（二）融入实体因素

传统国际私法只在乎实体私法规则的空间适用范围，致力于在国际范围内划分各国实体私法规则的空间适用范围。一般来说，传统国际私法自觉或不自觉地去触及实体规则的内容或规则背后的立法目的和政策，更不会关注适用冲突规则的实体法上的结果，从这个意义上说，传统国际私法规则是十足“中立”的规则。

冲突法革命的全部理论建构，一个共同的核心观念是注重国际私法对实体规则的内容、立法目的和立法政策的吸收和回应，认为国际私法和其他部门的法律一样，不应该是实体价值中立的法律。

多边主义方法、单边主义方法、意思自治方法和优法方法，个个有其合理性，在某一方面特别符合国际私法的目的。也就是说，国际私法的传统理论和革命理论都具有合理的价值。近四分之一世纪各国国际私法的发展表明，当代国际私法既没有简单地沿袭冲突法革命的理论，更没有简单地回复到冲突法革命前的理论状态，而是走上了一条妥协与融合的中间道路，在保持传统国际私法基本理论框架的同时，吸收和融合了冲突法革命理论的内核，在按多边主义方法进行法律选择的同时，加重考虑实体规则的内容、立法目的和政策。

因此，传统理论与革命理论综合的结果，可以简要地概括为：在选择竞相适用的实体规则之前，考虑它们的具体内容、立法政策和目的。如果单从传统理论的视角出发，根据空间意义上的连结点来指引案件“所属的”法律体系，就不能也不必考虑可能适用的法律的具体内容及其立法政策；如果单从革命理论的视角出发，解决法律冲突问题就应彻底放弃根据空间意义的连结点来指引法律的方法，而应根据竞相适用的规则的内容、立法目的或规则自身的优劣与合理程度来决定多边案件的法律适用。总之，传统理论与革命理论即使不是截然相反的，但至少是不能轻易综合在一起、融合在一起的。说到底，前者侧重于追求国际私法的“冲突正义”，即依据形式意义上的标准，将案件均衡地分配到不同的法律体系中去，各法律体系相关实体规则的内容是次要的、不具有决定意义的，以此维护多元法律体系之间的平等及促进国际判决的一致性；相反，后者侧重于追求国际私法的“实质正义”，即多边案件应适用那些能够用来促进国家利益、社会利益的法律，或能够给案件的实体结果带来公正的法律，而多边案件（法律关系）在不同法律体系之间的分配及多元法律体系之间的平等问题则是次要的、不具有决定意义的。

当代国际私法试图综合国际私法对两种正义的要求，在对竞相适用的法律按照空间联系紧密程度作形式判断的同时，也对竞相适用的法律按其内容进行价值判断，二者不可偏废。要进行形式判断，便须继续保持多边主义方法；要进行价值判断，便须采纳单边主义方法、优法方法和意思自治方法。因此，当代国际私法综合和融通传统

理论和革命理论的努力，归根结底是调适四种基本方法在同一个体系中的共处问题。总的来说，当代国际私法便是在这个具体的可操作的平台上构造而成的。

传统理论与革命理论的妥协、合成与融通，其实质是国际私法的四种基本方法的妥协、合成或融通。在传统国际私法体系中，多边主义方法“独霸天下”，当代国际私法发展的方向便是在传统国际私法体系中融入日渐增多的单边主义方法、优法方法和意思自治方法，虽然不同国家对融入后三者的比例和程度有不同的认识和实践。无可非议，四种基本方法各自之间存在着分歧和矛盾，不容易使之磨合无间，当代国际私法正是在竭力保持和发扬每种基本方法的固有优点的同时，竭力克服它们之间的抵触给整个体系带来的不利影响，也就是说，当代国际私法是在营造四种基本方法在同一个法律体系中的“生态平衡”。

（三）当代国际私法的实体取向

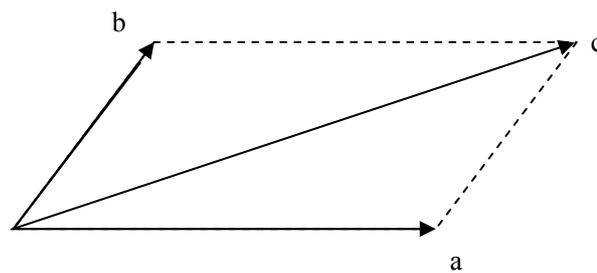
上面我们阐述了当代国际私法发展的总体特征和一般趋势，我们可以将这种总体特征和一般趋势概括为“当代国际私法的实体取向”。当代国际私法的实体取向包含如下三个基本特征：

（1）实体取向的国际私法以规则为基本的法律形式，同时注重增加规则的灵活性和开放性；

（2）实体取向的国际私法要求在法律选择过程中探明竞相适用的法律或可能适用的法律的内容、立法政策或目的，甚至要求在法律选择过程中直接促进特定的法律结果或法律目的；

（3）实体取向的国际私法综合了四种基本方法，即多边主义方法、单边主义方法、意思自治方法和优法方法。

当代国际私法的实体取向既不是对传统国际私法的回归，也不是对国际私法革命理论的延续，而是传统国际私法理论和 20 世纪国际私法革命理论相互激荡、相互妥协、相互融通而成的产物。传统国际私法、20 世纪国际私法革命理论和实体取向的国际私法三者之间的关系，大致符合力的平行四边形的平衡法则，可以图示如下：



- a. 传统国际私法理论
- b. 20 世纪国际私法革命理论
- c. 当代实体取向的国际私法

国际私法的实体取向，不仅限于某个国家或地区，而是当代世界范围的国际私法理论和立法表现出来的总体特征和一般趋势。然而，不同国家、不同地区的国际私法在实体取向的道路上迈出的远近程度是不同的，而且同一国家的国际私法在不同的具体领域的实体取向的程度也是不同的。

国际私法的实体取向，是“冲突正义”与“实质正义”两种正义的共同要求。传统国际私法倾向于追求冲突正义，20世纪的国际私法革命理论则倾向于追求“实质正义”，当代国际私法的实体取向是对两种不同正义要求的平衡。因此，当代国际私法的基本结构是“冲突正义”与“实质正义”的“双螺旋结构”。

参考文献

- [1] Cheshire and North. Private International Law(13th ed. 1999) [M].20.
- [2] Cavers. A Critique of the Choice -of-Law Problem[J]. 47Harv. L. Rev. (1933).173-175.
- [3] 同[2]179.
- [4] Cook. Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws (1942) [M].18-19.
- [5] 同[1]21.
- [6] 李浩培.美国的国际私法革命[J].李浩培文选.北京:法律出版社,2000.396.
- [7] 同[2]173,180.
- [8] 同[2]173,189,195.
- [9] Brainerd Currie. Selected Essays on the Conflict of Laws[M]. Duke University Press,1963. 170.
- [10]同[2]173,198.
- [11] Hessel E. Yntema. The Historical Bases of Private International Law[J]. 1Am. J. Comp. L. 297(1953). 315-316.
- [12] 同[2]173,193.
- [13] [15]同[9] 64.
- [14] 同[9] 183.
- [16] Herma Hill Kay. A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis[J]. 215 Recueil des cours 9 (1989). 39-42.
- [17] 同[9] 82.
- [18] 同[9] 189.
- [19] 同[9] 171-172.
- [20] 同[9] 81.

- [21] 同[9] 413-414.
- [22] 同[9] 83-84.
- [23] 同[9] 621.
- [24] 同[9] 183-184.
- [25] 同[16] 61-62.
- [26] 同[9] 107-108.
- [27] 同[9] 156. 同[16] 67-68.
- [28] 同[16] 66.
- [29] 同[9] 120.
- [30] Vischer. General Course on Private International Law[J].232Recueil des cours 9(1992).13-16.
- [31] Peter Hay. Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law[J].215 Recueil des cours 281 (1989).359.
- [32] 同[31]361.
- [33] 同[31]372.
- [34] 同[31]373.
- [35] Dicey and Morris. The Conflict of Laws(13th ed.)[M]. Sweet & Maxwell,2000. 1235.
- [36] Friedrich K. Juenger. Choice of Law and Multistate Justice [M], note52. Martinus Nijhoff Publishers,1993.12.
- [37] Leflar. Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law[J].41 N.Y.U.L. Rev. 267(1966). 299-300.
- [38] 同[37]300.
- [39] 同[2]173.
- [40] 同[2]304.
- [41] Luther L. McDougal Ⅲ. Toward Application of the Best Rule of Law in Choice of Law Cases[J]. 35 Mercer. L. Rev. (1984).483.
- [42] Luther L. McDougal Ⅲ. Private International Law: Jus Gentium versus Choice of Law Rules or Approaches[J]. 38 Am. J. Comp. L. (1990).521, 521, 532, 537.
- [43] Friedrich K. Juenger. Choice of Law and Multistate Justice[M]. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.192.
- [44] Lea Brilmayer. The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules[J]. 252Recueil des cours 9, 1995.
- [45] [美]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(3).379.
- [46] H. L. A. Hart,. The Concept of Law (2nd ed.)[M], Postscript,1994. 254-262.
- [47] 同[44] 54-55.
- [48] 同[45]386-387.

The “Crisis” and “Revolution” of Private International Law in the 20th Century

SONG Xiao

(law school, Nanjing University, Nanjing210093, China)

Abstract: The traditional PIL, especially its doctrinal basis, the form and content of conflict rules, was criticized thoroughly during the “revolution” of the PIL in the 20th century. The major achievements during the “revolution” include “the government interest analysis”, “the doctrine of the most significant relationship” and “the better-law approach”. The interaction between the traditional theory and the revolutionary theory has led to the substantial orientation of contemporary PIL.

Key words: private international law; crisis; revolution

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 宋晓, 南京大学法学院讲师, 法学博士。

¹ 参见[德]考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》, 郑永流译, 法律出版社 2002 年版, 第 8~9 页。

极端的实证主义思想促使法律或沦为极权统治的工具(如纳粹法律)或走向自我毁灭(如中国文革时期的法律虚无主义), 参见宋晓:《西方社会法与道德的结构置换》, 载《外国法学研究》1998 年第 4 期, 第 12 页:“直接促使(对实证法思想)反思的展开是基于 20 世纪的两大灾难。它们完全是人为的灾难, 和史无前例的技术文明一道爬上了历史的顶峰。首先, 两次大战反映了西方现代性、技术性、形式主义的危机已暴露无疑, 实在法的法律思想及其制度到了该进行历史总结的时候了。其次, 意识形态与国家力量的结合使法律沦为它的表达工具, 意识形态的实质, 在于它成就了人本启蒙思想路线的发展顶峰, 即理性堆积到了它的至高点, 法律遭到了近乎它在中世纪的命运, 更有甚者, 有些国家还曾一度摧毁全部的法律机器。两大灾难也不仅仅与法律思想及其制度有关, 但从这个角度出发, 两大灾难表现了法学思想的两个极端, 但两个极端是紧紧纠缠在一起的, 都表现为对法本质的偏离(如果法本质确实存在的话)。”

² 在欧洲大陆表现为自由法运动、社会法学, 以及斯堪得那维亚的法律现实主义运动, 参见[爱尔兰]凯利:《西方法律思想简史》, 王笑红译、汪庆华校, 法律出版社 2002 年版, 第 340~352 页。

³ 我国学者李浩培指出,“(既得权理论)虽然就作为解决法律空间适用范围的原则来说, 该理论的缺点很多, 但其致命弱点仍然是萨维尼所指出的恶性循环。”参见李浩培:《美国的国际私法革命》, 载《李浩培文选》, 法律出版社 2000 年版, 第 398 页。这是不对的, 我们判断一种理论的成功与否, 不应过多地着眼于其自身在内部逻辑和理论上的统一, 而更应注重实际效果, 即该理论在构建实际的法律规则方面的成功程度。

⁴ See Brainerd Currie, *Comments on Babcock v. Jackson*, 63 Colum. L. Rev. 1233, 1241 (1963), 转引自[美]西蒙尼德斯:《20 世纪末的国际私法——进步还是退步?》, 宋晓译、黄进校, 载《民商法论丛》2002 年第 3 号(总第 24 卷), 第 435 页, 注释 75。

⁵ 参见[美]西蒙尼德斯：《20世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译、黄进校，载《民商法论丛》2002年第3号（总第24卷），第378页。

⁶ 参见[美]西蒙尼德斯：《20世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译、黄进校，载《民商法论丛》2002年第3号（总第24卷），第395页。

⁷ 因此，荣格的思想只有在我们介绍完了冲突法革命的各种理论建构之后才能涉及。

⁸ 在同一时期，法国学者弗兰斯卡基斯的“直接适用法”理论和英国学者莫里斯的“侵权行为自体法”理论均是20世纪冲突法的重大发展，我们也可以将它们纳入20世纪冲突法革命的范围内。

⁹ “至少在学术领域渐渐地形成了新的传统，它主要受柯里思想的影响”，参见Lea Brilmayer, *The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules*, 252 *Recueil des cours* 9, 20 (1995)。“柯里的核心思想虽不是所有冲突法学者都接受，但很明显，自从柯里提出他的学说之后，所谓的‘冲突法’这门黑暗的学科再不同于以往了”，哈佛法学院道森(Dawson)教授在为柯里的著作致颁奖词时(The First Triennial Book Award)如是说道，转引自Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 21 (1989)。

¹⁰ 斯托雷和比尔深受欧洲大陆国际私法理论和学说的影响，美国冲突法革命的代表人物受欧洲大陆学说的影响程度则显然要低得多，尤其对于柯里来说，“没有任何迹象表明，柯里教授曾注意过美国之外的先辈们的理论，更没有从他们身上吸取什么”。参见[美]西蒙尼德斯：《20世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译、黄进校，载《民商法论丛》2002年第3号（总第24卷），第371页。

¹¹ See Mathias Reimann, *Domestic and International Conflicts Law in the United States and Western Europe*, in Patrick J. Borchers & Joachim Zekoll eds., *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger* 109 (Transnational Publishers, 2001)。

¹² 柯里第一阶段的思想集中在他论文集的前六篇文章里，第七篇文章代表他的思想发展的第二阶段，对第一阶段的思想有所修正，柯里本人直至去世时仍在发展其思想。See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Duke University Press, 1963); Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 48 (1989)。

¹³ See Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Duke University Press, 1963), 73, 75. 柯里同时论及了当事人请求适用外州法和外州法证明的问题。

¹⁴ Kay认为，对柯里思想的许多批驳，根源于混淆了“政策”和“利益”的不同含义，参见Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 50 (1989)。

¹⁵ Kay在解释柯里的理论时也强调了这一点，参见Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 53-54 (1989)。

¹⁶ 柯里最终认为，在美国州际冲突的背景下，事实联系是否“适当”，州的政府利益是否合法，归根结底都必须由宪法标准来决定。在既得权理论之外，柯里重新强化了冲突法和宪法的关联性。

¹⁷ 虚假冲突还包括一类案件：所涉各州的法律是一致的，或即使不一致，最后也会得出一致的结果。对此，柯里并没有明确地进行分析，参见[美]西蒙尼德斯：《20世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译、黄进校，载《民商法论丛》2002年第3号（总第24卷），第427页，注释31。

¹⁸ Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* 152-156 (Duke University Press, 1963)。“真实冲突”和“虚假冲突”是在同一篇论文中(第二章)提出的，“无利益冲突”是在第三章中提出的。

¹⁹ 柯里认为虚假冲突和真实冲突构成了两个极端之间的系谱，参见Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* 764 (Duke University Press, 1963)。

²⁰ 柯里关于政府利益分析方法的最后陈述，参见Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 66-67 (1989)。

²¹ 例如，当代著名学者荣格、维希尔、德波尔、克格尔、布莉梅尔等都将政府利益分析方法视为单边主义方法，他们称其为“新单边主义方法”或“新法则区别学说”，以区别于中世纪意大利学者提出的法则区别理论的单边主义方法。柯里最有力的支持者Kay，只是在一定程度上赞同将政府利益分析方法归属于单边主义方法。

²² Kay承认，“柯里理论中唯一的单边主义倾向，是将竞相冲突的法律的内容作为分析冲突法案件的出发点”。See Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 95 (1989)。

²³ See 1 E. Rabel, *The Conflict of Laws* 103 (2nd ed. 1958), cited in Herma Hill Kay, *A Defense of Currie's*

Governmental Interest Analysis, 215 *Recueil des cours* 9, 117 (1989).

²⁴ Westlake, *A Treatise on Private International Law* (1922), at 288, cited in Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* 57 (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), note 394.

²⁵ See *Barber Co. v. Hughes* (1945); *Rubin v. Irving Trust Co.* (1953). See Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* 57 (Martinus Nijhoff Publishers, 1993).

²⁶ See *id.*

²⁷ *Auten v. Auten* (1954), see *id.* at 57.

²⁸ 《第二次冲突法重述》第七章：过错行为（第 145 条）；第八章：合同（第 188 条）；第九章：财产（第 222 条）；第十一章：身份（第 283 条）；第十二章：代理和合伙（第 291 条、第 294 条）。

²⁹ 特征履行理论是由瑞士学者 Schwander 提出的，它在合同法领域作为最密切联系原则的推定方法，在《瑞士联邦国际私法》及《罗马合同法律适用公约》采纳之后广为传播。值得注意的是，近年来对“特征履行”理论及实践的批评一浪高过一浪，否定的呼声高于肯定的呼声。See Cheshire and North, *Private International Law* 570 (13th ed. 1999). 1994 年《美洲国家间国际合同法律适用公约》虽以 1980 年罗马《合同之债法律适用公约》为原型，但坚决地放弃了“特征履行”理论，参见该公约第 9 条、第 10 条。

³⁰ 《第二次冲突法重述》第 6 条：法律选择的原则

(1) 法院，除受宪法约束外，应遵循本州关于法律选择的立法规定。

(2) 在无此种规定时，与适用于选择法律的规则有关的因素包括：

- a. 州际及国际体制的需要；
- b. 法院地的相关政策；
- c. 其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益；
- d. 对正当期望的保护；
- e. 特定领域法律所依据的政策；
- f. 结果的确定性、可预见性和一致性；以及
- g. 将予适用的法律易于确定和适用。

³¹ See Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 *Recueil des cours* 9, 59 (1992). 美国国际私法学界为此而正在酝酿《第三次冲突法重述》。

³² 有关最密切联系原则在 20 世纪最后四分之一时期的各主要立法中的规定，参见[美]西蒙尼德斯：《20 世纪末的国际私法——进步还是退步？》，宋晓译、黄进校，载《民商法论丛》2002 年第 3 号（总第 24 卷），第 382~385 页。

³³ See Savigny, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1849), trans. by William Guthrie, at 120, 121; Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, 36-37 (Martinus Nijhoff Publishers, 1993).

³⁴ “问题不在于最密切联系原则所引入的灵活性是否是集中的、不受约束的，而在于它是否毁损了法律安全的基础。” See Peter Hay, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, 215 *Recueil des cours* 281, 362 (1989).

³⁵ See Luther L. McDougal III, *The Real Legacy of Babcock v. Jackson: Les Fori Instead of Lex Loci Delicti and Now It's Time for A Real Choice of Law Revolution*, 56 *Alb. L. Rev.* 795, 805 (1993); see also William Tetley, *A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice, Especially in the Light of the American Legal and Social Systems (Corrective vs. Distributive Justice)*, 38 *Colum. J. Trans. L.* 299, 316, note 56 (1999).