

# 国际私法方法论的多元主义

胡永庆

(上海市第一中级人民法院,上海 200000)

**摘要:**本文从传统的法律选择方法出发,讨论跨国民商事案件中法律选择方法论多元主义的合理性,以及形成的历史和制度基础。首先,在国际私法方法论发展历程中,存在若干相应的对称性。其中包括:单边主义和多边主义、以规则为中心的方法(法则理论)和以法律关系为中心的方法、管辖权选择的方法和规则选择的方法、概念论的方法和目的论的方法、主观论的方法和客观论的方法、冲突法的方法和实体法的方法等。其次,利益主体的多元化,对国际私法方法论多元主义的形成起到了至关重要的作用。再次,此类方法论上多元主义并不是新近形成的现象,而只是其在当代国际私法发展中愈发显示出了其在理论和实践中的重要性。

**关键词:** 国际私法; 方法论; 多元主义

**中图分类号:** D9 **文献标识码:** A

国际私法领域内的方法论的多元主义是一种事实的存在,具有其自身的历史理性基础。在国际私法的历史发展中,在方法论的歧异和对立中具有相应的对称性。其中包括:单边主义和多边主义、以规则为中心的方法(法则理论)和以法律关系为中心的方法、管辖权选择的方法和规则选择的方法、概念论的方法和目的论的方法、主观论的方法和客观论的方法、冲突法的方法和实体法的方法等。这些不同类别的方法,都是从不同的角度研究如何解决法律冲突问题及其合理性的。这种现象的存在,一方面表明了法律冲突问题的解决涉及到的因素是多方面的,对于这些不同的因素,需要分别确定分析和解决的方法,使其得到适当的定位。而 在一个现实的跨国性民商事法律冲突案件中,由于其所处的法律领域不同,上述若干不同因素的体现是有所侧重的,这就要求我们在国际私法的立法和司法实践中,根据具体情况,选择与其相互契合的方法,制定适当的规则。另一方面,上述不同类别相互对应性方法的存在,表明在国际私法所追求的价值目标层面上,价值目标的建构是多元性的,而且存在着价值目标的冲突<sup>1</sup>。因此,在确立我国国际私法立法的制度和具体规则时,首先需要对我们在跨国民商事交流中所要追求的价值目标进行定位,以此来指导我国国际私法立法<sup>[1]</sup>。

## 一、 法论的多元化:历史理性基础和理论样式

### (一) 法论多元化的历史存在

我们首先是要在历史中寻找法律选择方法论多元化的踪迹,使得历史的方法及其解释的作用能够初步确立本文分析的理论架构。首先值得指出的是,在古代社会很难发现冲突法制度的踪迹<sup>2</sup>,尽管古希腊和罗马所达到的文明程度和所取得的跨国贸易方面的成就,实体法方法的采用使得法律冲突问题的重要性降低了。而冲突法制度看起来似乎在特殊的法律环境中能够发展得更好,巴托鲁斯、杜摩兰、达让特莱、胡伯、斯托雷、华赫特、萨维尼等人生活在不同的国家、不同的世纪、不同的知识背景中,但他们都生活在类似的法律环境中,即立法权是分立的,通过一种共同的分立传统而不是中央机关的命令使得法律成为整体性的规范体系。对于该学科的根本问题,即为什么法院要适用外国法的问题惊人地缺乏一致意见。首先抓住这个核心

问题的荷兰学者从模糊不清的礼让观念中寻找答案，萨维尼则提出了一种实用主义的推论，即判决结果统一性的需要。其他学者则提出了一些概念主义的解释，如既得权理论和本地法理论等。这些理论并不能够满意地解释为什么法院地国放弃其立法管辖权，而法律选择规则也不是利他主义的结果，其合法性是国际法要求的还是能够从纯粹实用主义的要素中得以合法化并不清楚。

在国际私法理论和制度中所体现出来的方法的多元性，这只是形式上的问题。而这种多元性存在的本身是否具有合理性，仍然需要进行讨论。国际私法方法多元主义的架构，在一定程度上是根源于相互冲突规则的不同类型，以及冲突中不同的构成因素。一方面，在规则冲突中，存在着公法和私法的划分、实体法和程序法的划分问题等，这就要求对不同的规则冲突适用不同的方法。另一方面，在法律冲突中，冲突的构成因素又是多样性的，存在着主权的冲突、文化的冲突、个体利益的冲突等。

但是，我们在此讨论的并不是每一方法存在的合理性，而是此种方法论多元性现象本身的合理性。显然，问题的答案是肯定的。因为，尽管某一方法以及以其为基础的规则在后来是受到了摒弃，并且受到了大力的批判，但在当时仍然是有其自身的客观目的性的。易言之，国际私法方法论多元性的历史理性基础就在于社会经济文化条件的决定性作用<sup>3</sup>。某一国际私法理论和方法的提出，在历史上都是根据其当时国家所处的社会经济基础形成的，否则就不能在当时得到肯定和采用。因此，在这一部分，本文就试图简要讨论具有代表性方法论所根植于的社会经济基础，从而阐明其存在的客观目的性。

其次，国际私法多元主义现象的存在并不是孤立的，而是因为我们所处的社会结构就是多元化的，当然其中所涉及到的多元化因素是纷繁复杂的。就在解决跨国性法律冲突问题中所产生的国际私法方法论的多元化来讲，其所涉及到的多元化因素主要包括法律的多元性、（法律）冲突的多元性、文化的多元性等。其一，就法律的多元性来讲，多元性的因素包括：公法和私法、国内法和国际法、成文法和判例法<sup>4</sup>。其二，法律冲突的因素和含义也是多方面的，其中最为重要的就是有关主权利益的冲突和个人利益的冲突。对于法律冲突的性质是主权利益的冲突还是私方当事人利益的冲突，仍然存在争议<sup>5</sup>。而该问题不同的解决结果必然会影响到对国际私法方法的定位，从而在国际私法立法和司法实践中都会产生不同的后果。其三，法律文化的冲突及其协调对国际私法方法论的定位有着不可或缺的影响，而其产生的作用具有基础性的意义。

国际私法存在之根据和理由，一方面在于国家法律之多样性和歧异性，另一方面也是由于国际社会中对解决法律冲突之适当方法的必要性。为了能够解决法律冲突之问题，我们可以通过两种方法来达到这个目的。其一是从某一法则出发来确定其适用范围；其二是首先预设某一法律关系，然后再确定可适用于该法律关系的准据法。在论述到上述第二种方法时，有人提及了最密切联系原则的应用。这两种方法是国际私法长期发展的历程中形成和完善起来的。为了论述的便宜起见，我们可简单地说明，第一种方法直到19世纪都占据了主导地位，后来的时间则是第二种方法得到充分发展和运用。而时至今日，这两种方法经常是同时得到采用，由此形成了国际私法中方法论的多元主义的状况。一方面，对于国际私法的研究，学者们都强调其理论的深奥性、抽象性以及复杂性，因为国际私法的问题所涉及的范围从国际公法到国内法（主要是民商法）的领域。另一方面，有学者将国际私法核心部分的冲突法制度只是作为法官处理跨国性案件的技术性手段，而不涉及到社会、政治、经济方面的因素<sup>6</sup>。尽管国际私法理论需要尊重国家主义的因素，但是国际性的趋向则是在所难免的。这一方面是各国法律共同发展和全球化进程的要求和结果，另一方面又是对个案判决统一性和协调性要求的结果。

尽管国际私法在目前主要是一种国内法的制度，我们一般称美国国际私法、中国国际私法等，但是国际私法作为一个法律部门，不应该被看做只是由国内法规则所构成的法律架构。我们可以说，国际私法包含的因素在国内法的属地性和国际公法的国际性之间摆动。尽管我们不能证明国际私法是国际公法的一部分，但不能忽视现实，在这二者之间存在的功能性联系和互动关系<sup>7</sup>，这是由国际私法所规制的跨国性社会关系所决定。如果去除了国际私法所支配社会关系的跨国性因素，国际私法也就失去了其存在的理由。

如果我们考虑到国际私法在当代社会中的功能，我们可能会认为，国家在其有关社会经济文化事项强制性同样对国际私法的发展有影响。然而，如果对各国国际私法上所体现的国际私法基本原则进行分析，我们就会发现它们并不完全一致。我们认为，在国际私法发展历史中，形成的理论和方法是多种多样的，尽管这些理论和方法在其后来都受到了不同程度的批评，但是这些理论和方法在当时的形成并不是凭空捏造的，而是根源于一定的社会经济基础的，其存在的历史合理性是不容否认的<sup>8</sup>。

概言之，国际私法理论和方法的多元主义只是一种形式，重要的是要寻找这一多元主义现象合理性基础。首先，这些理论和方法的提出，基本上都是从以本国为中心的视角出发的，立足于解决本国所面临的问题。其次，法律冲突问题的解决仍然只是形式性的，根本的是本国利益的实现，当然此类利益的表现是不同的。再次，根源于一定社会经济基础的国际私法理论和方法，这在当时确实包容了合理性的基础，表明我们今天构建中国国际私法的理论和制度时，亦须从这一角度出发。

## （二）多元方法论中的样式

尽管国际私法的方法论体现出了纷繁复杂性，但我们可通过一种样式范畴的分析，来确定其间的共通之处。在库恩对科学革命的历史研究中，样式（paradigms）具有一种循环的生命力<sup>9</sup>。然而，样式的扩张并不是无限延续的，遇到其不能解决的问题时，或者是只能依靠自我否定的例外才能解决此类问题时，此类样式的制度和理论必然要被替代。法律选择理论可能是相异于科学的模式的，但是库恩的理论可以作为理解20世纪国际私法中知识秩序混乱状态的有用工具。确实，当既得权理论的地位在20世纪上半叶受到撼动时，从而引发了国际私法领域内理论的革命。然而，这并没有形成一种具有体系性和制度整合性的国际私法理论。

在本文中，我们主要是选取了其中部分的视角来分析国际私法方法论多元主义问题，而无意于穷尽其所有的构成因素，涉及到的方面包括：单边主义和多边主义、概念论和目的论、直接的（实体法方法）和间接的（冲突法方法）法律选择方法、以当事人之私利益为中心的和以国家之公共利益为中心的法律选择方法。在具体分析过程中，本文将后二者结合起来进行分析，意在于从综合性的架构来厘清方法论多元主义的构成。

## 二、单边主义和多边主义

### （一）单边主义和多边主义的历史分野

在国际私法中，单边主义和多边主义的划分是较为基本的概念。从历史发展的角度来讲，大多数学者认为，单边主义的形成要早于多边主义的方法。而且，对于单边主义的起源，一般将其系属于意大利后期注释法学派的贡献，即法则理论（法则区别说）<sup>10</sup>。而正如我们所知，冲突法的真正起源就是在这个时期。通常，我们在冲突规范的层面上所讨论的相对应的一组概念，就是单边冲突规范和双边冲突规范，这都是冲突法方法范畴内的概念。有些学者则认为，单边主义的方法是和冲突规范的方法相互平行的方法，并不将其置于冲突法方法的范畴内，如意大利学者维他（Edoardo Vitta）。而且，维他认为，对冲突规范的方法起着辅助性作用的方法

法乃是“必须适用的法”方法（这种方法在德国被称之为“干涉法”理论，而在法国则称之为“直接适用的法”理论或者“警察法”理论）、特别的实体法方法等<sup>11</sup>。对于在这里所提出的单边主义(unilateralism)和多边主义(multilateralism)的概念，并不能够简单地混同为单边冲突规范和双边冲突规范之间的对应，也不能认为多边主义只是将双边冲突规范置于更为宽泛的国际性背景中所产生的结果。因为，如果将这两个方面的概念相互等同的话，可能会产生一些难以解决的问题。在对现代性理论的批判中，有学者认为其中包含了单边主义的因素，而这其中对冲突法方法的批判乃至否定是其主要特征所在。因此，我们在这里强调的是单边主义和多边主义之间的对立，主张这种分类法最为突出的代表是美国学者荣格(F. K. Juenger)。当然，他是将单边主义、多边主义和实体法的方法作为法律选择的基本方法来分类的<sup>12</sup>，并不着重于冲突法方法和非冲突法方法之间的关系问题，这在其他地方有所讨论。

然而，在较为传统的国际私法学者看来，对单边主义多采取批判的态度。究其原因，主要在于它听起来带有利己的和沙文主义的因素<sup>13</sup>，尤其是在强调法院地适用其自身法律的倾向时，利己性利益则体现得更为明显<sup>14</sup>。然而，单边主义是否就必然具有如此完全的自我利益趋向，仍然值得进一步讨论，尤其是在诸如反托拉斯法、金融监管等经济管制法规的域外适用性问题上仍具有适当的空间。之所以会产生这种认识上的误区，这在一定程度上是归因于没有能够区分司法单边主义(judicial unilateralism)和政治单边主义(political unilateralism)<sup>15</sup>。从某个方面来讲，冲突法理论中的单边主义和多边主义方法歧异的关键之处在于它们对并行性立法管辖权的不同态度<sup>16</sup>。冲突法理论中的单边主义方法只是关心法院地法是否可得以适用<sup>17</sup>。另一方面，多边主义的冲突法理论期图“从一开始就在相互冲突的法规之间作出选择，以便使得赋予某个国家法律之立法管辖权的决定的同时也是拒绝另一个国家立法管辖权要求的决定”<sup>18</sup>。

尽管传统国际私法的基础是多边主义的理论和方法，但单边主义应该是其中更为古老的方法，并且通常是和中世纪的法则学派联系在一起的。多边主义方法是从萨维尼1849年《现代罗马法体系》（第八卷）的出版而得以体系化，萨维尼提出了一种不同的法律冲突问题的解决方法。他所提出的理论不同于法则学派的方法，并不是从法律规则出发，并决定它该支配什么范围内的法律关系。萨维尼的理论是从法律关系本身出发，寻求“根据其自身性质，它所受支配于的法律（在这其中它具有其本座所在）”<sup>[2]</sup>。萨维尼对冲突法问题的重构成为了冲突法理论中的“哥白尼革命”<sup>19</sup>，因为通过主张每一法律关系都有其自身的法律本座所在，他也就是主张每一法律关系只是受一个国家的法律支配。他的目的乃是要达到冲突法判决的统一性：“在冲突法案件中，不管该案件是在哪一个国家进行审理，对同样的法律关系都期望得到同样的判决。”如果每一个国家的法院都是中立地确定某个法律关系自身本座所在，那么，不管案件审理的法院地在哪一个国家，都会适用同样的法律。萨维尼认为，某一个国家的法院有时也必须适用外国法，但是他认为外国法的适用是为了获得判决统一性过程中“主权国家之间的友好让步”<sup>[3]</sup>。

## （二）单边主义理论基础的多样性及其适用模式的变迁

我们一般将单边主义理论溯源至法则理论，但需要注意的是，在早先的单边主义理论和新单边主义理论之间并不存在必然的逻辑上的源流，因为这二者之间各自出发点是不同的<sup>20</sup>。就法则理论而言，其出发点只是为了要确定其法则的空间适用范围，从而解决法律冲突问题。而且，法则理论的单边主义乃是从分析法则本身的性质入手的，是在规范层面上进行运作的。而在利普斯顿(K. Lipstein)看来，这一方法在实践中并不具有可行性。有人认为，新近兴起的单边主义着重于对国家之主权利益的保护，因而这就和国际私法中的国际主义学派形成了对

照。德国单边主义者施奈尔等人认为，单边主义的理论就是为国家在涉外性案件中适用其法律的权能提供合法性的基础。而对于确定外国法的适用范围问题，法院地国需要根据国际法的规则来实施其确定相关外国法适用范围的权能，但是此类规则在国际法上是并不存在的<sup>21</sup>。在施奈尔之后，尼波耶同样也是认为，冲突规范乃是主权的表现，并不能够用来确定外国法的适用范围，因为这是属于相关外国自身主权权能的范畴<sup>22</sup>。他们认为，每一个国家在法律管辖范围之内都是主权的，没有国家能够作为其他国家之立法管辖权的国际裁判者。有人认为，每一国家的法律都不应该违反其意志而予以适用。但是，现代学者一般认为，某一国家的法律在外国法院得到适用并不会使其主权受到侵害。甚至是在相关的国家规定了不同的冲突规范时，这种主张亦为有效。当涉及到外国公法规则适用时，主权仍然保持其价值。在外国法适用的情况下，主权已经不再是一个充分而有效的标准了<sup>23</sup>。

而更为晚近的学者，则摒弃了将单边主义和主权权能联系在一起的理论趋向，更多地是将单边主义和其所适用于的实体规则联系在一起。其理论的出发点就是对以主权权能为基础的单边主义进行批判：内国法和外国法的适用范围不再是从国家的主权观念出发的了<sup>24</sup>。因为，在他们看来，单边主义方法的运作，应该是从其所指向的实体规则出发，根据其性质以及其自身的规定，来确定该实体法的适用范围。这一观点，不仅考虑到了法院地法可能会被其他国家的法律所替代，而且随着社会、经济、政治观念的发展和变化，法院地法相关规则的内容及其政策也是会变化的。因此，冲突法中单边规则的运作需要适应实体法变化了的情势。在这种理论背景下，确定相关外国法的适用范围最为适当的规则就是该外国本国的国际私法规则。当案件的情势并不在法院地法所主张的立法管辖权范围内时，如果相关外国的冲突规则确定其本国的实体法在本案件中具有立法管辖权，则可适用该相关外国的实体法。因此，这里就涉及到了具体的外国法规则在案件中适用所需要的调适（adaptation），以及法院地国和相关外国法律秩序之间的协调（coordination）的观念<sup>25</sup>。卡德里的理论是在意大利国际私法实证性制度的范畴之外发展起来的，因为其根本没有考虑到《意大利民法典》中的国际私法条款。那么，又是什么方面的因素促使他提出单边主义理论，并且是和意大利国际私法实证性规则形成明显的分野呢？他的理论并不是建立在国家主义的基础之上，他是将国家之内国法和国际私法作为一个整体来考虑的，从而构成了一个完整的法律秩序。而且，对外国法的适用并不是像先前的单边主义者认为的那样是对外国国家主权的尊重，而是根据同样是法院地法律秩序构成因素的调适和协调的观念。

根据单边主义的运作模式，立法者必定会确定其法律秩序和社会秩序的效力范围。那么，法律对于那些它并没有主张适用的人，是不能施加义务或者赋予权利的。因此，关于实体法规则之空间效力范围的规定成为了该实体法规则内在的组成部分。拉贝尔（Ernest Rabel）指出，一般所需要的并不是对某一法则的解释，而是划定该法则适用范围的国际私法规则<sup>26</sup>。一般而言，私法规范并未确定其所规范的适用对象。当然，确实有些私法规则可以确定其所规范的对象。例如，对某一特定群体的保护，则可确定其所规范的主体。不过，这一规范对象并不是通过属地性因素来确定的，而是通过该当事人在某法律关系中的特殊地位来确定的（例如，受雇佣者的弱方当事人地位）。在瑞士法中，消费合同受该消费者惯常居住地法支配，当事人所选择的与此不同的法律是不被允许的。这一法律选择方法是建立在立法者确定的合理政策因素之上的，即消费者应该依赖于其最为熟悉的法律，或者用一种更为抽象性的话来讲，即在消费合同中，价款的支付乃是合同的特征性履行。有关法律的适用范围并不只是从其各自的内容中确定的，还要有法律冲突因素方面的考虑。不可否认的是，一些私法规则包含有其适用范围的规范因素。当然，这其中至少要包括规定此类保护性规范适用条件的单边冲突规范。这一主张即使在有关公法规范或者准公法规范的情况中亦是适用的。

然而，在美国现代性理论中，从根本上来讲，其单边主义方法仍然是从主权因素出发的，但这就可能使我们忽视了跨国性交易要求有一种不同于纯粹内国性案件的解决方法，甚至那些过去强调国家理性而不是个人自由的国家反而支持传统的法律选择方法，它们对于美国法院判例中的判决理由也会感到惊讶，“我们是美国的一个法院，是执行美国法律 and 政策的机关。我们认为，我们没有权力——法律的或道德的——支持外国政府的内国利益而挫伤美国的利益”<sup>27</sup>。

在单边主义制度中，主要是由内国性的单边规则构成的，只是在其所处的法律制度中返回内向性的功用。当然，我们此处所指向的是狭义单边主义方法。另一方面，从广义的角度来讲，少数单边主义学者主张单边规则的外向性功能<sup>28</sup>。例如，阿果（Robert Ago）认为，在法院地法对涉外性案件并不具立法管辖权时，法院地则可确定相关外国法的可适用性问题<sup>29</sup>。我们必须予以承认的是，单边主义外向性的扩展会以一种中立的方式分配不同国家的立法管辖权。而单边主义内向性的效力，则会考虑社会政策的因素在国际私法规则中的逐渐渗入。立法者根据某种特定的社会、政治目标进行立法时，则会主张该法庭的适用范围，而该适用范围通常是通过附属于该实体法规则的单边冲突规则来确定的。

此外，在一部分学者看来，单边主义方法是解决法律冲突问题完全的方法和体系，而另一些学者则认为，单边规则并不是解决法律冲突问题排他性的方法和规则，而是和多边主义共存的<sup>30</sup>。而在当代国际私法中，对单边主义的适用，有国家认为其功用发挥的空间是有限的<sup>31</sup>。

### （三）对多边主义功能的批判

在美国和欧洲，存在着摆脱僵硬的多边主义规范，转而采用单边主义方法的趋势。尽管萨维尼的理论受到了批判，但他的影响至今仍然存在，法国学者迈耶（P. Mayer）认为萨维尼带来的“真理之光”启迪了当代国际私法精神。这首先是因为它平等地看待法院地法和外国法；其次，它提出的判决结果统一性目标很令人向往。并且，他的理论实用性很强<sup>32</sup>。

也许会有人认为，某一项法律选择规则无需每次都达到它所主张的价值目标，以体现对非规范化方法的优先性。然而，传统的方法甚至没有实现基本的判决结果统一性的价值目标。那么，萨维尼的理念只能是一种幻影，因为多边主义方法是建立在错误的思想基础之上的。萨维尼相信他的理论最终会被各国采用，这种期望证明是不现实的。曼西尼（Mancini）对国籍原则的鼓吹使国籍和住所这两个连结点的歧异历史性地存在，而且还存在其他众多的差异。萨维尼认为“强制性规范”是一种不正常的规范，并希望它的地位将随着国家的逐步演进而减弱。而国家干预的增强和强制性法规的发展证明萨维尼的设想是错误的。其结果留给多边主义方法的空间逐渐缩小，而单边主义方法则发展得很快。<sup>33</sup>

由于缺乏法律选择规范，则导致多边主义方法产生了内在的矛盾，从而会动摇我们对采用概念主义方法解决跨国法律问题功用的确信力<sup>34</sup>。只有当各国以同样的方式制定其私法规范并加以分类时，多边主义方法才可能实现判决一致的目标。然而，是历史的因素而不是逻辑的因素决定各国法律的制度。萨维尼相信他的分类法是永恒的普遍真理，因为他认为罗马法制定的法律规范和制度是属于更高级的、更纯粹的概念世界，具有永恒的有效性。实际上，比规则的层面上缺乏统一性的问题更为严重的是，多边主义方法只是形式方面的，而其所依据的理论基础则多种多样的，这就使得多边主义方法在其目标实现不能如其主张的那样成功，至少不具有统一性。

因此，多边主义方法对某些虚构性的校正性制度的依靠就是不可避免的了。例如识别、反致、先决问题、法律规避、公共秩序等。以识别制度为例证来讲，虚假的结果和不能令人信服

的校正方法并不是识别制度的唯一特征，识别制度本身的冲突所无法回避的。对于识别过程应依照什么法律进行，并没有能够取得一致性意见，有法院地法说、准据法说、比较法说等<sup>[4]-[5]</sup>。识别过程唯一值得重视的地方在于鼓励虚假识别的倾向，识别作为“规避工具”在美国法院的实践中得到了验证<sup>35</sup>，把许多问题识别为程序性事项等，以回避适用外国法。也许法院取得合理的实体结果，但是这种性质的目的论是需要付出代价的，他们必须牺牲其智识的诚实性。更为重要的是，这会挫败多边主义方法对不同法律秩序平等性对待的基础。巴丹（von Batin）认为，各国制定其法律规范方式的歧异，将永远困扰着追求判决统一性目标的多边主义者<sup>36</sup>。

多边主义方法假设了所有法律制度的平等性，认为法官会平等地适用外国法和内国法。这在中世纪的意大利可能是有道理的，因为当时城邦法则的歧异并不大。同样，美国法院在州际案件中适用外州法并没有不可逾越的障碍，并没有语言和观念上的因素影响法官对外州法的理解和适用。但即使在美国，也能听到法官抱怨适用外州法的困难所在，更何况在国际性案件中，语言的因素和法律文化的差异会使问题更难以解决。

如果一个法官认为法院地国的冲突规范要求适用某外国法，那么又该如何查明该外国法的内容呢？萨维尼作为一个理论家，并没有解决这个问题。斯托雷认为，外国法必须作为事实来证明。我们可能认为这个论断有些不可理解：如果能够区分法律和事实，那么这种区分应该同样适用于外国法律和事实。问题在于，根据这一理论，应该是由当事人而不是法官来承担查明该外国法内容的责任。同时，外国法的适用很可能会产生歪曲的情势<sup>37</sup>。因为，支配案件的法律规则并不是孤立的部分，应该是其法律制度的一部分，在一个完全不同的法律文化环境中适用该规则，是否就是其自身制度要求的那样，并不是很确定的。例如，实体和程序问题的区分可能会发生误导。多边主义方法确定的外国法和内国法平等性的论断并不能真正实现，最终则可能会导致案件审理的不公正<sup>38</sup>。多边主义方法的运作状态是多变的：它在跨国性案件中取得合理而公正的结果可能只是一种偶然性因素或者是法官有意识规避的结果<sup>39</sup>。他们坚守这种看上去简单的方法论，而该制度产生了许多人为的问题，从而又必然产生一些人为虚构的解决方法。结果，它使得该方法更为抽象。事实上，从冲突法在离婚问题上的发展可以看出，选择性的规则可以比多边主义方法产生更为合理的结果。即使最为坚定的传统主义者也意识到了这种方法的缺陷。然而，他们无视历史发展的教训，认为这种方法是无可替代的。他们在讨论冲突法的“危机”时，并不涉及到多边主义方法的缺陷，而是认为危机来自其他企图打破这种理论束缚的理论创新，如美国冲突法革命。

多边主义在面临着对其作出批判的情况下，甚至是完全摒弃多边主义的方法，本身也是从理论和制度的两个方面作出了变革。其中主要包括：（1）在对法律关系进行分类时，将比较宽泛的法律范畴替换成较为特定化的观念，以使其能够适应特定案件情势的要求；（2）用灵活性的、开放性大连结点代替硬性连结点<sup>[6]</sup>；（3）对非价值化的体系作出了修正，给政策取向的作用留下了更多的空间，并且对单边主义方法并不是那么水火不相容地反对了等。毫无疑问，此类修正性的理论割裂了传统方法的确定性、可预见性和统一性目标。不过，这种理论在两个方面仍然坚持了多边主义的方法作为其基础：它仍然是以采用使法律关系场所化的规则为基础；其次，尽管它也考虑了一些属人性的因素，但主要还是依靠属地性的连结点。或许，我们可以认为这是“变革”（reform）对“革命”（revolution）的修正，使得其对传统多边主义方法的批判不甚激烈。但是，这里存在着一个危险，就是有可能使得多边主义方法的体系成为一个支离破碎的混合体。其根基仍然是从法律关系场所化出发，而不是有关的实体性价值目标。另一方面，多边主义方法功能运作的因素仍然是地域性因素，而不是实质正义。因此，就有人批判改革后的多边主义仍然将地域性因素提升至正义之上，从而不能产生合理的结果。但是，这可能会对传统多边主义方法的僵硬性规则体系作出一定的修正，使得法律印象主义有时在其中起

到一定的缓冲作用，但它并不能够完全根除这种僵硬性。

#### （四）单边主义和多边主义的相对性

在国际私法历史中，不管是单边主义还是多边主义都没有能够达到完全的至高无上性。而在今天的国际私法中，尤其是在美国，这二者不但能够共存，而且能够相互影响。对此，莱弗拉尔（Robert A. Leflar）指出，当代国际私法判例援引的范围很广，不只是依赖于某个单一的法律选择理论，而是融合了几种不同的理论来取得案件的结果<sup>40</sup>。对于法官的这种做法很好理解，因为这些方法之间都存在某种程度上的联系，而事实上工作繁忙的法官们并没有时间研究这些所有的理论。法院融合多边主义和单边主义的方法，并不是由于他们不能够把握这二者之间的区别，而是因为这些理论本身也是折衷主义的。

萨维尼认为存在着不受多边主义方法支配的法律规则，这也正是现代单边主义者所主张的。例如，巴克斯特就拒绝以法院地法来解决真实冲突的方法，而同时他又强调促进判决统一性目标的实现，并且要设法防止挑选法院。从这里出发，他提出了“比较损害原则”。但是，以多边主义方法来弥合单边主义方法缺陷的并不是一种全新的观念，法国学者毕耶（Pillet）就曾提出过这种方法<sup>41</sup>。

单边主义的方法看上去使得法律规则的适用范围只是依赖于一种简单的设想。事实上，越是进一步的考察，越是表明，尽管这两种传统的方法被认为是截然不同的方法，但仍然有其共同的前提和基础。所以，为了同目的论的观点相比较，把这二者归为一类是合适的。如果我们要对法律选择领域内地域取向的方法和价值取向的方法作出区分，就需要我们审查传统方法所依靠的假设合理性。

尽管单边主义和多边主义的出发点不同，要求不同的分析方法，便会产生一些不同的结果，但这二者都建立在这样一个基础之上，即跨国性法律问题的解决系之于立法管辖权的分配。这二者都是地域趋向的方法，产生了类似的理论和实践中的问题。

##### 1 “场所化”功能的捉摸不定

单边主义方法讨论法律规则的适用范围，而多边主义方法则讨论法律关系的本座、场所之所在。而法律关系场所化的观念在理论和实践中具有一定的误导性，跨国性的法律关系是不可能在一个地方场所化的。事实上，单边主义和多边主义一样依靠一些虚拟的连结点来把某一特定的法律关系和一个特定的法律制度联系起来<sup>42</sup>。这种连结点可能是属人性的，也可能是属地性的，因为法律规范的适用既有属人性的，也有属地性的，所以选择某一连结点是属人的或是属地的都可能是武断性的。

换句话说，正是法官来决定法律关系场所化所在和法律规范的管辖范围。这种决定的根据可能并不明显，因为某些连结点具有一些根植于潜意识的直觉。无论怎么解释某一连结者优先于另一连结点，这种优先性是随着情势的变化而变化的。曼西尼成功地实现了用本国法代替住所地法，因为这正是符合上个世纪的沙文主义的需求<sup>43</sup>。柯里厌倦于传统的属地主义观念，他的属人法原则看起来对于美国冲突法革命者有足够的吸引力。不同的多边主义就不同的连结点之优点所产生的歧见，只是法则区别说就法则之属人性和属地性的争论经历了几世纪以后的再现。此类讨论的内容贫乏表明，寻找一个用来决定法律关系场所之所在以及某一法律规范适用范围的原则都是毫无助益的。

##### 2 对一致性无助的希望

正如道路交通规则那样，法律必须依靠强行性的选择，其间可能并不涉及到什么价值判断



的问题，而只是为了确定一个秩序的存在<sup>44</sup>。每一个人都会同意，为了避免混乱状况，有必要采取一些强制性的规定。同样，我们可以认为，确定性和可预见性对于“场所化”规则采用的合法化界定是很重要的。然而，实质上这个最为平常的目标也很难达到。

就多边主义方法而言，在连结点问题上所表现出来的歧异性肯定不仅会使得统一性目标在跨国性范畴内难以实现，而且在内国意义上也难以得到保证。反致、识别、先决问题、公共秩序等观念只是多边主义方法不能实现其目标的征兆。用开放性的连结点来替代僵硬性的规则，企图使得冲突法摆脱这种问题的困扰，但事实上可能只是引入了更多的不确定性因素。

单边主义方法的境遇并不更好。它分割了支配跨国交易的法律，并且同时产生了其本身的问题。为了解决这些问题，单边主义方法必须依赖于法院地法优先性的方法，或者依赖于多边主义方法的介入。所以，上述两种传统性的方法都不能保证确定性和可预见性。

### 3 法院地法优先性的不可避免

多边主义方法和单边主义方法都同样认为，冲突法的功能正是从众多相互冲突的法律中选择适用于法律关系的法律。这种规定表明，所有的相关法律规范在支配跨国性案件上是处于同等的地位。但即使在象美国这样的联邦国家中，平等性也是很难取得。如果某一法律选择方法，不考虑某一内国法律规范的内容而直接适用，必然会产生一些不合理的后果。用冯·迈伦（Arthur T. von Mehren）的话来讲，“如果希望在跨国性案件中所取得的结果，既要满足正义之观念以及当事人正当期望的标准，而且要象内国案件那样取得的结果，则注定是要失望的”<sup>45</sup>。

有许多原因表明，一种简单的选择性的冲突规则比大多数的冲突法方法更能发挥其功用，这种以法院地法为中心的规则使得诉讼简单化，排除适用某些不适当的外国法规则，并且允许法院适当调整内国法规则以适应跨国性的需求。在侵权案件中，不合理的赔偿限额或者是完全禁止此类赔偿的规则是会经常出现的，依赖于选择法院地法作为最适当的法律使得受害人有挑选法院的动机。这就解释了在美国冲突法中，具有法院地优先倾向的单边主义比多边主义能够取得更为合理的结果。当然，这种制度破坏了多边主义方法追求判决统一性的目标<sup>46</sup>。有鉴于此，这种传统的法律选择方法也在一定程度上考虑了相互冲突的法律规范的内容在法律选择过程中所起的作用。赋予法院排除相关外国法规则适用的权力，表明内外国法在法律选择过程中毕竟不是处于同等的地位，而其法律选择过程并不是完全非价值化的，多边主义方法和单边主义方法一样，最终会依赖于法院地法优先性的倾向来避免一些不公正的结果。

利益分析的方法使得不同法律制度中法律规范的分裂更为加剧，因为单边主义要求，对可能适用的不同国家法律规范的适用范围进行个别的分析，如果法官被允许采用整合性的判决规则时，那么法官不能形成裁决争议规则就有可能不会发生。

### 4 主权的烙印

受到法律实证主义和主权观念的影响，单边主义方法和多边主义方法一样认为，跨国性交易不应该受超国家的法律规范支配。确实，这两种学派是从不同的角度考虑这个问题的。多边主义方法是把主权作为一个需要克服的障碍来看待的<sup>47</sup>，这就解释了诸如礼让观念、既得权理论、本地法说等规则了。

相反，单边主义方法则遵从主权者的意志来确定法律适用问题的解决方法。所以，如果不止一个主权者要求其法律的适用时，单边主义者就会感到无所适从。最终会导致华赫特和柯里的法院地法优先性的境地<sup>48</sup>。用德国学者纽豪斯（H. Neuhaus）的话来讲，主权观念在国

际法中的功用已经是变得令人怀疑了，至少在国际私法中并没有实现其功用。

以前，美国最高法院认为其宪法并没有对各州法院在州际案件中适用本地法的权力施加限制。为了对在法院地法只有利益的情况下就予以适用而加以补偿，最高法院允许采用确定不同法律选择规范和方法的自由，这在实际上就使得一州法院会擅越另一个州的权力。在其他情势中，法院认为应该是当事人的利益和社会经济因素，而不是国家理性应该在跨国性案件中起主要作用<sup>49</sup>。大法官伯格在扎巴塔（*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*）案中指出，如果我们坚持所有的案件都应该在美国法院审理，并且应该适用美国法律这样一种狭隘的观念，那么美国商业和贸易的扩张将很难进行<sup>50</sup>。这即强调了国际贸易的需求，而不是主权的因素在国际私法中起到了主要作用。

## 5 挑选法院

利用一些许可性的或者甚至是一些过度的管辖权规范，就可能破坏国际私法中判决统一性的目标，但当这两种传统的方法都不能实现其目标时，也考虑到相关国家的利益。单边主义通过许可挑选法院，也允许当事人促进和实现法院地的政策和利益。同时，这也提供了一定程度可预见性，因为当事人的律师会建议当事人在最有利于他的法院地提起诉讼。

此外，还有一个两难问题。在传统方法的中立性不能产生合理结果时，单边主义方法狭隘的法院地优先性观念通过挑选法院和剔除不合格的外国法规范，而提升了正义的实现程度和判决统一性。上述扎巴塔案表明，传统的判决统一性目标可能会混乱法律选择过程，但这并没有说明单边主义方法在理论上的至高无上性，只是表明选择性的规则可能会比对外国法规则不加分析的方法能够产生更为合理的结果。而且，这种方法的有利之处只是那些有挑选法院机会的当事人能够享有。

## 6 复杂性和混乱的情势

普罗赛（William L. Prosser）认为，冲突法学者所使用的奇怪和难以理解的术语表明了法律和语言之间的关系，亦是其所遇到的逻辑难题的表征。当然，并不是所有的人都认为抽象、晦涩难解的术语是其缺陷所在<sup>[8]</sup>。

在欧洲大陆学者看来，国际私法对于大多数的法官而言仍然是艰深难解的，适用国际私法规规范所缺乏的可预见性乃是其主要因素之一。在许多情势中，案件的国际性不被承认或者是有意地被忽视，从而期图能够适用法院地法。此外，即使在适用外国法的情势中，也会发生曲解，从而使得国际私法的功能受到侵蚀。

诸如此类的反应既不新鲜，也不是不寻常的。传统的方法没有从提升跨国性案件正义目标重要性的角度来考虑问题，而是从一个先验性的观念即立法管辖权的概念出发。

## 三、概念论之于目的论的法律选择方法

现代理论对传统国际私法制度的批判，从理论形态上来讲，主要是对其拘泥于建立一个完全概念论（conceptualism）的体系不满，期图用目的论（teleology）的体系来替代概念论。当然，我们需要注意的是，一方面，目的论对概念论体系的批判，或者说这二者之间的争论并不只是限于国际私法领域，而是两个不同法学流派之间的争论在国际私法领域内的反应罢了。因此，我们在此对这一理论分歧的一般性和特殊性都将作出讨论。另一方面，尽管目的论对概念论的批判只是19世纪末的事情<sup>[9]-[10]</sup>，但是目的论的方法在国际私法领域的运用并不只是在这个时期产生的，而是可以追溯到国际私法学科产生的时期。意大利后期注释法学派学者阿尔德古（Magister Aldricus）认为，在相互冲突的法律规则中，应该适用“更好的”和“更有用的”

法律<sup>51</sup>。

### （一）国际私法领域内概念论体系的确立

尽管注释法学派时代阿尔德古已经提出了目的论的法律选择方法，然而阿尔德古在意大利北部和法国南部的继承人却一反目的论的模式，转而采用概念主义的方法解决法律冲突问题，及至后来在传统国际私法中确立了概念主义方法论的主导地位<sup>52</sup>。在概念主义方法论的范畴内，我们并不寻求从实体规则在案件中的适用结果作为评价解决方法的出发点，而是研究法则的空间适用范围。如果某项法则规定臣民应服从帝国的命令，这表明国家和其公民之间的属人性联系是决定性的。因此，一个国家的法律适用于其臣民，而不管他们在什么地方，但不适用于外国人。然而，中世纪城邦之间的界限表明其法律规则既有属人限制，也有属地性限制<sup>53</sup>。所以，学者们就开始讨论城邦的法则是否可以适用于其境外的臣民，以及其法律是否可以适用于在境内的外国人。

及至后来，国际私法学者们都力图确立一种理论，使其能够作为国际私法之自足性的理论基础。这在克格尔（Kegel）对所谓“冲突法正义”和“实体法正义”作出划分的理论中即可明确，使得法律选择从其所依赖的实体法制度中分离开来，力图能够在法律选择层面上确立其独立性的体系。从价值层面上来讲，有人认为国际私法制度范畴内的价值目标主要是确保法律选择结果的国际统一性，而这又是要通过各国采用统一的国际私法规则来达到这一目标。就其实现这一目标所采取的方法来讲，且不论各国事实上并不能够采用统一的国际私法规则，即使能够采用统一的国际私法规则，在解释和适用上也是会导致分裂情势的出现。再者而言，强调冲突法层面价值目标的至上性，必然会使得实体性价值目标不能得到实现，正义之情势就会受到挫败<sup>54</sup>。从而，这样即可将冲突法和实体法分离开来，实现冲突法理论和制度的自足性。然而，这样做的合理性是值得怀疑的。正如卡弗斯（David Cavers）所讲的，法官选择法律的真实目的乃是在于解决争议，实体性的价值问题是不可避免的。

从法律选择过程的层面上来讲，概念论的架构也得到了充分体现，力图在其所强调的法律选择程式中解决法律选择问题。卡弗斯把这种建立于地域性连结点基础之上的传统法律选择方法称之为“管辖权选择方法”，并且是一种“机械性”的方法。这种方法依赖于一些抽象的、并不一定切合实际的冲突规范，法官可以闭着眼睛去千篇一律的适用法律。传统的法律选择过程是一种三步曲的方法<sup>[11]</sup>，它是以对某特定的法律关系或法律问题的识别开始，依照所识别的法律范畴，选择连结点并加以解释，然后就依此连结点在众多地域联系构成的地图中寻找找到某特定国家，至此，该法律关系或法律问题场所化的过程就完成了，法院就会适用该法律关系或法律问题场所化了的国家的法律来解决争议，温特劳布把这种方法称之为“地域性联系的方法”<sup>55</sup>。

然而，即使是在传统国际私法中，概念论体系的缺陷也受到了学者的注意。因此，诸如反致、公共秩序等校正性制度的形成和适用就在所难免了。可见，即使是在以概念论作为基础的传统国际私法中，概念论体系的实施本身也是遇到了不完全性的阻滞因素。由于传统的冲突法理论和方法所关心的只是管辖权的选择，而不考虑被选择法律的内容及其适用结果。因此，对具体案件的法律适用可能是盲目的。在许多情况下就会使一方当事人承受不公正的结果，或者危害法院地国家的相关利益。尽管在传统的方法中采取了某些措施防止这种后果的发生，如公共秩序保留制度等，但是卡弗斯提出了这样的疑问：为什么我们不能直接地去重视法律选择的结果，而是拐弯抹角、节外生枝地用公共秩序保留等这样一些制度来限制某种结果的发生呢？他认为完全可以抛弃这些不必要的制度，只要丢开管辖权选择的方法，通过直接的“法律选择”便可实现“结果选择”的目的<sup>56</sup>。其实，依照现代的观点，在尚未选定应适用的法律以前，就得对有关国家的实体法进行分析，既要了解它们的内容，又要了解其适用的结果，然后才能

决定应适用哪一个国家的法律。在连结因素选定以后，还要进一步把它适用好，取得比较圆满的结果，任务才算完成<sup>[12]</sup>。冲突规范从开始进行识别时起，一直到适用实体法解决了案件争议时为止，它的任务一直没有中断，必须把问题圆满解决以后，它的任务才告结束。

再从具体的例证来讲，尽管概念论体系试图去建立一个自足的理论和制度体系，但是其并不能很好地说明这个问题。反对意思自治的学者对其所作出的批判之一，就是认为当事人意思自治不符合逻辑。巴尔曾经指出，当事人之间的协议要具有决定所应该适用法律的效力，首先必须解决用什么来赋予此类协议以效力的问题。如果说这个法律就是当事人所择定的法律，这就陷入了循环论<sup>57</sup>。如果说该项法律是法院地法或者是作出法律选择的行为地法，那么所谓合同准据法与当事人自主选择，就成了一句毫无疑问的空话。

一些学者为了回避这种逻辑上的难题，拒绝采用当事人意思自治原则，其理由之一是认为私方当事人缺乏立法权。这种观点不仅忽视了国际商事交往的要求，而且没有注意到法院几个世纪以来已经允许当事人选择适用于合同的法律<sup>[13]</sup>。无论如何，从概念主义的角度反对当事人意思自治原则是不合适的。即使诸如缔约地法和合同履行地法起支配作用，当事人仍然能够有效地择定适用于合同的法律，例如在他们希望适用的法律所属的国家履行其合同等。不管其理论上有多少缺陷，但它在现实中带来了鲜明的好处。同“合同履行地法”这一系属不一样，当事人意思自治原则并不会使合同分割，除非当事人希望如此。同时，当事人意思自治原则使得法院解除了解决法律选择问题的负担，而且促进了判决结果的统一性和可预见性价值目标的发展。合同的稳定性对于合同当事人双方和国际社会整体而言都是非常重要的，传统的硬性法律选择规则并不能够达到结果的确定性和可预见性，而当事人意思自治原则可以促进这些价值目标的实现。尽管它存在着逻辑上的缺陷，但在实践中比一些准规则如最密切联系原则运作良好。由此可以看出，概念论在处理法律选择问题上，其不充分性和不适当性就是显然的了。

## （二）目的论在国际私法领域内的运用

目的论方法在国际私法领域内的适用，将功能主义和工具主义引入了国际私法的方法论中。不管其是否对传统的冲突法方法形成了所谓的“危机”，抑或“革命”，还是“变革”，其事实上的存在是不容否认的，从其积极的方面来讲，丰富了国际私法的方法论。

### 1 目的论作为校正性的工具

前文提到，在传统国际私法的早期发展中，曾经有人提起目的论方法的运用。尽管其作为一般性的法律选择方法被否弃了，但是其作为校正性工具的方法仍然是存在的，这就是公共秩序等制度的功用所在。在现代性理论中，目的论的地位被置于一般性的法律选择方法之上。然而，其体现的形式是各不相同的，这只要考察一下美国现代性理论中的功能主义方法的歧异性即可明了。而在欧洲大陆，目的论在现代国际私法理论中的影响，使得“直接适用的法”理论成为一个重要的理论趋势。

那么，对于目的论的这两种适用形态之间是否存在歧异性，是需要我们进行讨论的。对于目的论作为一般性法律选择方法之基础的适用来讲，我们则是以欧洲大陆的“直接适用的法”理论以及美国现代性理论中的利益分析学派作为基础，因为它们均是以国家之立法政策及其利益作为分析的出发点，可能会和作为目的论校正性因素的公共秩序制度产生混同。首先，就目前的发展而言，两个概念分别隶属于不同的制度范畴<sup>58</sup>。公共秩序是冲突法制度中的概念，它是为了纠正冲突规范作用的结果而设立的，仍然属于冲突法的制度。目的论的方法则是试图脱离冲突法方法的束缚，成为和冲突法方法相互平行的制度。当然，这在欧美的表现是不尽相同的。在欧洲大陆，目的论方法希望能够和冲突方法取得相互平行的地位。而在美国现代性理论

中，尤其是政府利益分析说，则是希望以其完全取代冲突法的方法。

其次，公共秩序是属于一般性的和抽象性的概念范畴，表现了法院地国家法律和道德的基本精神，后者则是注重某特定实体规则所服务于的特定目的<sup>59</sup>。

再次，在适用公共秩序之前，法院地冲突规范已经在法律选择过程中发挥了作用，只是因为其所指向的外国法内容或适用结果与法院地国公共秩序相冲突，从而被排除适用，因而就全部或部分地抛弃了冲突规范的指引。而在一般性的目的论方法中，根本就没有注意或者说是漠视了冲突规范的作用，冲突规范并没有在法律选择过程中发挥作用。

此外，前文提到，公共秩序的功用体现在法律选择过程逻辑顺序的末端，而一般性的目的论方法则恰恰相反，它在法律选择过程的开端就发挥其效用。还有，由于体现在公共秩序中的法律和道德基本原则过于抽象化，不能给出其明确的概念和范围，法官的职能就至为紧要。但在一般性的目的论方法中，成文法的指引和立法者的意图占有重要地位，而尽管仍需要法官分析法律背后的政策、利益和立法者的目的等<sup>60</sup>。

## 2 作为一般性法律选择方法论的目的论

尽管存在学说上的反对意见，但这并不能够排除目的论在冲突法历史上所起到的作用。尽管注释法学派阿尔德古的观点没有发展成为系统的理论，但他的建议一直在发挥作用，巴托鲁斯也有类似的看法。立法者并不直接面对其法律选择规范所产生的结果，并不面对当事人，并不知晓跨国性案件的真实情势，与真实争议之间存在相当的距离，所以他们并不能够像法院那样感受到跨国性案件的真实需求。在立法中，目的论方法会采取多种表现形式，如连结点的软化、单边主义方法以及选择性的方法等<sup>[15]</sup>。

开放性的连结点在欧洲有着很大的适用范围。例如，《瑞士联邦国际私法法规》第15条就把最密切联系原则作为一种例外性的规定，使得“较好的法”方法得以有适用的空间。对于连结点的软化是否合理的讨论，几乎是对社会经济生活逐渐增长的复杂性不可避免的反应，这是调整冲突法原则以适应社会变迁的努力。《瑞士联邦国际私法法规》中包含了“直接适用的法”规范和一些开放性的例外性方法，从而通过给予法官以自由裁量权空间，而进一步促进了目的论方法的发展。德国马普所的观点则认为存在着促进目的论方法的多种趋向，如强调住所连结点的的作用、扩大当事人意思自治原则的适用、支持选择性冲突规范的发展、确定宽泛的管辖权规范以及外国法院判决承认和执行的规范，从而期望取得更为合理的结果<sup>61</sup>。

在国际性的国际私法法典化进程中，大多数的学者深刻地认识到了目的论方法取向的需要。有人认为，法律选择规范必须使法官有发挥其创造性才能的空间，以使其能够在一些例外性案件中脱离硬性法律选择规范的束缚<sup>62</sup>。

尽管概念论的多边主义方法注重判决结果的统一性，同时也注意到了要防止适用不合理的外国法规范，从而规定了公共秩序保留的制度。斯托雷指出，在一个国家内，肯定存在许多不适合于移植到其他国家的法律制度和习惯，那么其他国家在适用该国的受其自身道德观念、正义、利益和政策影响的法律、制度或习惯时会遇到一定的困难<sup>63</sup>。或者正如克格尔指出的，即使冲突法上的正义因素原则上具有优先性，但在一些情势中，它仍然需要依从于实体法上的正义因素。从此可以看出，多边主义方法把目的论的方法看作是在例外情势中适用的校正手段。尽管单边主义方法也在讨论政策问题，但他们反对对相互冲突的政策因素进行批判性的评价。

上文已经提到，作为一般性法律选择方法论之基础的目的论，其在欧美国际私法中的表现主要是以“直接适用的法”和“政府利益分析说”为代表的。或者，更为准确地讲，这是欧美国际私法中功能主义方法的集中体现。当然，也有学者反对将这二者归入到目的论方法的范畴内。就

前者而言，他们认为，“直接适用的法”理论主要只是关注法院地法在特定案件中的适用，即涉及到该国具有强制适用效力的法律规范，法院无需援引法院地的双边冲突规范，依照该规则自身确定适用范围，而必须迳自直接适用于该案件<sup>64</sup>。而且，这一理论所指向的规则并不是一个完整的体系。因此，也就不能将其作为一般性法律选择方法的目的论来看待。对于后者，麦克杜格尔（Luther L. Mcdougal III）认为，柯里关心的只是法院地州对相关州就其法律得到适用与否方面体现出来的政策，而并不是关注判决结果所确定要维护或者摒弃的实体价值目标和政策<sup>65</sup>。因此，这一方法仍然是停留于“注释”的层面，不能成为真正的目的论方法。

在这方面，荣格（F. K. Juenger）和麦克杜格尔都认为，美国所谓的冲突法“革命”乃是以“结果选择”为出发点的，但是其中并不是所有的理论都以实体价值目标作为考虑的中心，目的论在其中大多只是考虑的因素之一<sup>66</sup>。尽管如此，我们还是认为这二者仍然属于目的论的范畴。

当然，另外一种目的论的方法，即是前述阿尔德古的理论，而至后来有莱夫拉尔提出的“较好的法”理论<sup>67</sup>。而有学者称之为“特殊的实体法方法”（*méthode des normes matérielles ad hoc*），即在个案中根据法律之目的来确定裁判案件的实体规则，这种实体法方法并没有得到持续的重视和适用<sup>68</sup>。杰塔（Josephus Jitta）、阿尔方森（Alfonsin）、斯登多夫（Steindorff）、兰根（Langen）都赞成采用实体法的方法，然而这些学者也是把实体法的方法看作传统法律选择方法的补充手段。一般认为特定的实体法规范最适合于支配国际商事交易，尽管维他、索夫普兰和茨威杰特赞成一种“较好的法”方法，但他们仍然认为这是一种辅助性的方法，而不是解决法律冲突的主要方法<sup>69</sup>。卡弗斯在其早期论文中曾经指出，要重视阿尔德古的方法，但后来明确反对采用“较好的法”方法<sup>70</sup>。结果选择的方法并不是美国国际私法所特有的，法国的司法实践表明了欧洲法院通过一些灵巧的手段来取得合理结果的例证。法国最高法院在著名的Soulie案中，采用反致的手段而避免适用美国路易斯安娜带有种族歧视性质的法律，该法可能会限制当事人的继承权。在Ca raslanis案中，法院把希腊法律中要求宗教婚姻仪式的规定识别为形式要件，而不是实质性的要件，从而在此案件中承认了希腊人依照法国法举行的民事婚姻仪式的有效性<sup>71</sup>。拉贝尔指出，美国法和法国法中结果选择方法的例证并不是独一无二的，而存在着一种扩大的趋势，为避免由那些漠视价值取向的法律选择规范所带来的不利后果，一般都会依赖于适用一些例外性的手段。

在美国，促使一些高等法院变革其冲突法方法的原因包括了理论和实践两个方面的因素。法院通过用法律印象主义的最密切联系原则来替代硬性的连结点，以及适用单边主义的利益分析方法，加大了对州际法律冲突案件中受害人的保护。除了那些受莱弗拉尔学说影响的州，大多数的美国法院仍然在公开采用结果选择的方法上迟疑不决<sup>72</sup>。在侵权领域内，新方法中隐含的“回家去”的趋势使得当事人“挑选法院”情势的发生不可避免。即使原告的律师没有能够选择最为有利的法院地，但适用自体法方法和利益分析方法的目的论方法作为解决冲突法案件出发点，则能够为法官提供充分的灵活性因素。

然而，不管是采取传统的例外性方法，还是采用一些非规则性的方法，都不是解决冲突法案件完全令人满意的途径。尽管自体法方法和利益分析方法给予法官裁量性的权力，但却没有提供行使这些权力的导引。而且，那些根除了可预见性目标的理论并不见得能够带来合理的判决。在选择性的冲突规范中，实体性的价值目标在解决跨国性争议中起到了决定性的作用。例如，在有关侵权行为地法的确定中，经常发生的是侵权行为实施地和损害结果发生地之间的冲突，在过去的处理方式中，一般是由法官在其中作出选择任何一地的法律适用都可以。如果说在侵权行为领域内，对受害人的保护和赔偿乃是一般性的立法目的的话，那么由法官作出此种

选择，则很有可能会是违背这一目的。因而，新近的立法则干脆避免了由法官作出选择，而是径直采用损害结果发生地法作为侵权行为的准据法。这无疑是倾向于确定性的价值目标。当然，问题的解决并不止于此，如德国的新国际私法规定，如果受害人认为侵权行为实施地法对其更为有利，可根据受害人的请求，而适用侵权行为实施地法。首先，这里将选择的权利从法官那里转到了受害人这里，更能够实现上述侵权行为立法目的<sup>73</sup>。其次，立法者这么做的目的，可能还在于将国际私法传统目标和现代性理论所主张的实体性价值目标结合起来。

### （三）概念论和目的论方法在国际私法中地位之比较

如果在法律选择过程中完全引入目的论的方法，在相互冲突的规则中选择更为符合正义要求的规则，形成规制特定个案的特殊实体法规则。正如罗马外事裁判官那样，从跨国性情势出发，形成现代“万民法”的体系<sup>74</sup>。那么，这种完全采用目的论方法论的法律选择方法，在实践中的适用必然会产生不同的影响和结果。

#### 1 目的论方法之于概念论方法的优点

用目的论方法代替传统方法的好处是多方面的。第一，冲突法和法律选择方法得以重新定位，使得适用外国法的问题得以简单化和理性化。同单边主义和多边主义方法一样，目的论方法并不认为法官能够像处理内国法问题那样来面对外国法。从外国法中引入的法律规范并不是作为一种不可变更的信条，而是法官用来构建解决跨国性争议的规则时所应该考虑的。这就使得法官免于探究外国法背后的政策因素，而且法官也无需考虑该规则所属国的法院是如何适用该规则的。

第二，分割法现象也寻找到了适当的解释：在跨国性案件中适用的规则并不必然和内国法在的规则一致。传统方法受法律实证主义和国家主权观念的影响，并不能够包容这个明确的结论<sup>75</sup>，他们就会遇到这样一个两难问题，即跨国性案件的结果可能会和相关规则在纯内国性案件中的适用结果并不相同。

第三，除了理论因素以外，法官在评价相互冲突的法律规则内容时，运用批判性的方法并不会遇到特别的困难。多边主义方法要求法官或者不管其结果如何就适用相关的外国法规范，或者是就该外国法规范违反法院地的公共政策而排除其适用，而单边主义方法却对外国法的适用留下了很小的空间<sup>76</sup>。另一方面，采用目的论的实体法方法给予了法官一种创造性自由的空间。

第四，目的论方法通过在跨国性案件中追求结果的合理性，从而为主张外国法的适用提供了“对价”，而传统的方法没有这方面的优点。当多边主义方法遇到了一些不合理的外国法规范时，法院或者是接受这个违反其正义观念的结果，或者是援引一些例外性的方法来避免适用“恶法”规范。或者相反，法院必须依靠单边主义方法适用较好的外国法规范<sup>77</sup>。“较好的法”方法就避免了这种无用的考虑程序，而后者是传统方法的实证主义哲学和法官构建解决跨国性争议的自然倾向之间冲突的必然结果。

第五，在目的论方法的运作过程中，要求对相互冲突的法律规范作批判性分析评价，这一过程更好地调适了司法实践中的矛盾之处，甚至反对目的论方法的学者也承认这一点。对相关法律规范内容进行比较分析，比诸如反致、真实冲突、法律关系之本座等一些虚构性的问题有用。正如弗罗恩德指出的冲突法判例可以被认为是填补内国法缺陷的途径<sup>78</sup>。目的论方法通过指出内外国法规范的缺陷之所在，促发了学者、立法机关和法院对相关法律改革动机。

第六，这种特殊实体法的方法提升了判决结果的确定性、可预见性和统一性，而这是传统

的方法所一直在强调不能达到目标。一旦法院认为某些法律规则最适合于解决跨国性案件，那么就有可能出现新的“万民法”。当然，这种统一法规范要求一般性的一致，而我们会预见到并不是所有的法院在所有特定的规则上都会意见一致。但提出一些建设性的意见，并会提出需要修改的条款。

最后，即使发展一种超国家的跨国性实体法是一种虚幻的制度，实体法方法仍然比传统的方法优越。法官在处理跨国性案件时有意识的适用更为合理的法律规范，而这肯定会比其他方法产生更为理性的结果。同时，这种方法避免了伪善和迷惑。公正和法律确定性从目的论方法中能够得到更多的实现。

## 2 概念论对目的论的批判

在目的论方法最为极端的表现形式中，它要求法官在国际性实体私法规范的形成过程中发挥积极的和开放性的作用，也有学者建议设立特别法院以审理跨国性案件<sup>79</sup>。然而，如果法官没有可能自身实现目的论的方法，那么就有其他的方法帮助他寻找实体法的方法。在合同和遗产继承领域内长期适用的选择性规则也可适用于其他领域，这种方法并不要求对相互冲突的法律规则进行无引导性的分析和评价，而是一开始就规定了特定的价值目标，即所要保护的利益因素，此类规则就把传统的方法转变到了一种价值定向的方法。因为选择性的方法是变革性的，而不是革命性的，甚至传统方法的支持者也不认为这种方法是需要反对的。

传统主义者强调结果定向的方法与传统的地域取向方法之间的差异。美国单边主义者认为，法院缺乏在跨国性案件中确保实质正义的手段。而直到最近，柯里的追随者也没有能够证明政府利益的存在。而一些学者之所以认为目的论方法和冲突法的正义不相符合，一般是借用了萨维尼的理论基础，即地域因素优先于公正因素，个人通过其与某个国家的诸如国籍、住所以及其他联系而依附于该国法律<sup>80</sup>。换句话说，诸如“冲突法的正义”和“政府利益”等概念正是用来对一些预设的方法在语词上（verbal）进行正当化的工具，这种预设的方法认为法官应该在一种不受社会环境影响的“真空环境”中审理案件。这些方法并没有自己独立的价值，它们只是归附于某一种传统的法律选择理论。

大多数的反对意见认为，法官并没有能力进行实体法方法所要求的价值评价程序。如果考虑一下是谁提出这种反对意见的，就不会过于相信这种反对意见的说服力了，这些学者竭力维护概念性的工具主义（instrumentalism）在法律选择过程中的主导性作用。然而，即使这些观点是正确的，目的论方法的适用仍然有其自身的空间，而无需法官利用宽泛的自由裁量权来实现。传统主义者认为，立法者为了特定的价值目标而采用选择性的法律选择规则是可行的。事实上，尽管它也是一种结果选择的方法，一些多边主义者也支持这种方法<sup>81</sup>。但采用这种方法的立法者一般是相信法官作出合理评价的能力，例如匈牙利国际私法第46条要求法官适用“最有利于儿童”的法律。

有人认为，法院一般会歪曲甚至是滥用“较好的法”方法，因为法官总是认为内国法优先于外国法适用<sup>82</sup>。然而，到目前为止的时间把目的论方法的适用无需建立在狭隘的法院地优先性的趋势中。确实，在美国冲突法革命中的有关法律冲突问题的判例是存在法院地优先性的倾向，但其中并不都是因为狭隘的保护主义产生的<sup>83</sup>。其中的大多数案件涉及到侵权问题，而原告定律师一般会建议不在那些实体法律不利于其对私人利益的地方起诉。而在某些情况下，法官会优先适用外国法，因为从比较法的角度来看，外国法的规定更为合理，适用外国法可以促使内国法的变革，但出于这个原因而优先适用外国法的案件并不多见。

在许多国家，对于确定法律冲突案件判决结果的动因并不加以公开化，并且传统的法律选



择方法使得法官在审理过程中使用一些例外性的方法，从而隐藏了其裁决案件的最终原因所在。另一方面，尽管欧洲国家国际私法判例表现出了法条主义的传统，但其中一些判例仍然表明法官清楚地认识到在某些情况下脱离硬性法律选择规则的必要性。在其中一个最为典型的判例中，法国法院认为在案件中的国际合同执行金约款的规定确有必要。此外，法院适用外国的“直接适用的法”规则也是这种理论的表现形式。

在能够陈述其选择法律的真实理由的方法中，法官则不会遇到这种困难。在采用莱弗拉尔方法的州，法院明确拒绝采用例外性的方法以及对法院地优先性不合理的依赖。法官会认为，如果某些其他州的法律已经不合时宜，他们会尽力适用合理的法院地法。如果内国法在案件中的适用并不合理，他们会适用能带来合理结果的外国法。

那些认为法官没有能力进行实体分析的学者显然忽视了现实情势，但是有另一种理论认为法官采用目的论方法显然超越了司法权限。我们认为，法院在相互冲突的法律之间作出选择可以受到其自身正义观念特质的影响。而且，如果法院完全依赖于结果选择的目的论方法，则会以法院的裁量权替代法律规范的作用。某些学者担心法律的安全性和确定性受到侵害，但他们另一方面又忽视了传统概念主义方法直到现在仍然没有形成保证确定性和可预见性卓有成效的方法<sup>84</sup>。当然，上述的担心大多是来自于大陆法系的观点，而普通法的传统并不认为法官的司法创造性会和法律稳定性相互冲突。

同时，我们也意识到司法造法并不是英美法所特有的现象。例如在法国，司法行为主义也是有所表现的，而法国国际私法渊源最主要地还是存在于判例法中<sup>85</sup>。商人法发展的历史表明，很久以前法官在处理法律冲突问题中，就认识到如何发展了的从国家的实体法规则。同样，美国冲突法革命的经验还表明，依赖于不同法律选择理论和方法的判例法可以事实上形成一种新的实体法规范。如果缺乏确定性和可预见性，问题并不在于案件的具体情势，而是在于观点的陈述并没有表明其选择的真实理由<sup>86</sup>。克格尔抨击目的论方法的观点认为，破坏了传统的法律选择方法会带来一些很不合理的结果。国际私法的规定及其适用已经很复杂，而这种复杂性来源于传统法律选择规则的不清晰性和不易于理解。多边主义的结构性缺陷造成了国际私法总论部分中确立的一些虚构性的制度，如单边主义方法拟制的虚假冲突等概念。而结果定向的方法则无需采用这些非正常的校正手段，美国的实践表明法院作出实体性的价值判断是并不困难的。

我们认为，问题并不在于目的论方法是否合适，而是它和传统概念主义理论相比较而言的地位如何。结果选择的方法之所以还没有得到理论上普遍性的赞同，其原因在于学者们并不愿意把传统的法律选择方法所占据的统治性的地位打破，从而确立一些可供选择的方法。从冲突法产生之初起，就受到学者的绝对性影响，而且这种影响至今仍然存在。对于这一因素的存在，我们可以从以下现象中考察出来：法官在跨国性案件中所采用的学术性语词、法官在判决中大量援引学者的著作、对学者观点的尊重等。学术思想对国际私法的影响不仅限于案件审理过程中，而且也见诸国际私法的国内立法和国际公约中。

所以，直到学者们改变其自身的思想和观念，传统的法律选择方法仍然会继续指导国际私法的立法例和司法实践。然而，学者们一般并不愿意重新考虑其理论的基础。目的论方法的实践范围虽然很广泛，但仍然是受到了众多的批判。甚至是美国学者，他们比欧洲大陆学者更为注重个案公正性和实用主义因素，但也是倾向于忽视司法实践的具体情况。在美国冲突法革命中，法院若要避免适用那些不合理性的实体法规则，则可能会通过改变其所采用的法律选择方法来实现，并不只是关注于某单一的理论<sup>87</sup>。

#### 四、国际私法方法论视野中的个人之于国家：结合直接的和间接的法律选择方法作出的样式分析

##### （一）样式分析的构建

任何法律选择理论都应该使得法官能够就案件的准据法作出决定。然而，在对法官作出决定的裁量权方面，以及是采用规则还是方法的问题上，是存在理论分歧的。而且，存在着直接的法律选择和间接的法律选择两种类型。前者意图从对相互冲突的法律的比较分析出发，确定适用于案件的法律规则。后者则是依靠连结点的作用，即一种媒介因素的作用，确定该适用于案件的法律。或者，我们可把前者称之为第一层面的法律选择（the first order choice of law），将后者称之为第二层面的法律选择（the second order choice of law）<sup>88</sup>。

第二层面的规则限制了法院的裁量权，并且使其裁量权的行使增强了透明度，而第一层面的法律选择方法则是赋予了法院很大的裁量权<sup>89</sup>。我们认为，支持先验性规则体系的理论是第二层面的法律选择方法，即间接的法律选择，其他的则属于第一层面的法律选择方法，即直接的法律选择。

这同样也是符合卡弗斯对管辖权选择的规则和结果选择的方法之间的划分<sup>90</sup>，这是法律现实主义对既得权理论批判的核心所在<sup>91</sup>。间接的方法依赖于预先（ex ante）规定的具体化的规则体系，而直接的法律选择则是依赖于一种事后的（ex post）裁量权行使。既得权理论中的形式主义使得决定论的产生不可避免。这就导致了柯里认为的，如果没有规则，我们会更好<sup>92</sup>。然而，对规则体系的青睐在不少学者的理论和立法例、判例中得到了体现。其中最为积极的是布雷迈尔，她认为作为第二级原则的国际私法规则体系是确保法律适用公正性的工具<sup>93</sup>。这同样在官方的和民间的立法机构中得到了支持，试图使得案件解决实体结果能够具有可预见性<sup>94</sup>。然而，这一价值目标的成功依赖于第二层面的国际私法规则体系的内容。

其次，这一内容又是依靠法律选择理论规范性（normative）层面的确定：是支持当事人的利益，还是国家的利益，这就涉及到了样式分析中的另一方面的构成因素，即当事人的利益和国家的利益。对某一利益层面的关注和重视则会赋予国际私法规则体系以规范性实质内容。考虑到私益诉讼的性质，所有的法律选择方法必然试图要在私方当事人的利益和案件中所涉及到的相关国家的利益之间作出调和。

采取国家利益倾向的法律选择理论，首先必须确定用来决定什么国家在某特定案件中存在利益的方法，其次则要确定在不同国家的利益主张之间作出选择的方法和模式<sup>[16]</sup>。

如果某一国家的法律被选择作为案件的准据法，该国家的利益就会得到实现。而在如何具体确定和承认某一国家利益的存在及其优先性问题上，理论的歧异是必然的。单边主义的主权理论只是承认法院地国利益的重要性和优先性。而倾向于适用法院地法的理论则可被划入到单边主义的阵营中<sup>95</sup>。而有条件地承认其他国家利益的理论则是多边主义的，主权国家利益的相互调和则是礼让的规则中所固有的<sup>96</sup>。然而，多边主义的立足点和礼让是不同的：与某外国利益的存在得到承认，而存在两个或者两个以上外国国家的利益情况下该如何作出选择，理论的歧异就产生了。既得权理论是一种多边主义的主权理论，它承认多个国家利益存在的可能性，而且并不直接地倾向于支持某一国家利益的优先性。既得权理论这一模式的实现，是通过其采用了严格的属地主义的主权观念，并且根据先验性的规则体系来确定某特定类型案件中具有优先性利益的国家。形式主义决定论使得我们无须在特定案件中作出特定性的选择。在实践中，诸如识别和反致等例外性方法的存在，扩展了裁量权在规则体系中的适用。

同既得权理论一样，利益分析的理论所建立于的基础，也是根据国家利益的确定来作出法

律选择。然而，它是以一种不同的主权利益理论为基础的，而这种理论显得是既更为宽泛，又更为狭窄。说其宽泛，是因为这一国家利益的理论不再依赖于属地性的因素来确定，某一国家可能对并不在其领域内发生的案件存在利益主张。说其是狭窄的，是因为在存在多个国家利益主张时，其明显地倾向于主张法院地国的利益要求。外国法的适用只有当法院地没有利益时才有可能，这就使得其和既得权理论相比具有更多的单边主义特性。

而在现代性理论中，主张以对当事人利益的保护作为法律选择合法性基础的观点，是在对利益分析进行批判的基础上形成的，这其中包括了荣格和布雷迈尔等人。这一权能的行使则会受到相关规范性标准的限制<sup>97</sup>。如果国家利益本身具有合法性，对其的支持才能得到接受。在一个纯粹内国性案件中，利益或者政策则可能用来确定法律适用范围，因为国家适用其法律的能力是不会受到怀疑的。而在跨国性案件中，这一权能的行使是受到相关规范性标准的限制的。

因此，问题就在于对那些注重当事人利益理论的具体化和明确化了。正如布雷迈尔一样，有人可能会从政治理论中寻找其理论的根据和合理性所在，从而限制使当事人利益依附于国家利益的主张。同时，我们也可以采用经济分析中的效益理论作为指导法律选择的根据。布雷迈尔曾经批判结果主义的方法是和保护当事人利益的理论不相互符合的。事实上，她将结果主义（consequentialism）和国家利益等同起来了<sup>98</sup>。然而，在法律选择领域中是可能就法律选择对当事人利益的影响和结果进行分析的，正如我们在内国法中就法律对当事人的财富最大化的效果进行分析一样。法律的经济分析研究法律对社会福利的影响。但是，社会福利抑或财富的最大化并不应该等同于国家的利益。社会福利只是对聚合性的私方当事人利益的概括<sup>99</sup>。国际私法领域内的经济分析方法，可能会和主张国家利益优先性的理论产生不一致性。

我们习惯于作出一种二分法的分类学指引，以此来分析国际私法方法论的类同性和歧异性，而且这也是我们在论文的其他部分所已经作出的努力。这种方法能够在一定程度上分析其合理性基础，但可能会产生一种不全面的理解。而事实上，国际私法的理论和方法并不可能依照一种二分法的方法来加以分类，往往是有着相互交叉的影响。根据我们在上文所提出的一种国际私法方法论样式分析的构成因素<sup>100</sup>，对多元性的国际私法方法论作出一种类型学上的分析。

我们根据上述因素作出一种尝试性的分类：

第一种类型的理论和方法：支持国家和政府利益的间接性法律选择理论和方法；第二种类型的理论和方法：支持国家和政府利益的直接性法律选择理论和方法；第三种类型的理论和方法：支持当事人利益的直接性法律选择理论和方法；第四种类型的理论和方法：支持当事人利益的间接性法律选择理论和方法。

## （二）支持政府利益的第二层面（间接）的法律选择方法

我们将这一类型的方法确定为第一类型的理论和方法，这一类型的理论之特性在于对国家主权作出地域限制的分析。那些限制一般地是在不考虑其所地域性限制的法律的实体性特征而加以确认的。既得权理论则属于这一类型的理论、以及其他方面的理论和方法。

既得权理论起源可以追溯到胡伯的理论中<sup>101</sup>，他将其理论建立在主权的严格地域性限制的基础之上的。胡伯一开始将其表述为：根据礼让原则，各国统治者都承认，已在其本国境内实施的法律应该到处保持其效力，只要这样做不至于损害该统治者的国民。因此，行为地法应该确定和管辖该权利及其相关的义务，法律选择规则也即需要确定该行为地所在。正如上文所述，权利的地域限定赋予了该理论的多边主义特性<sup>102</sup>。

法律现实主义反对既得权的理论基础<sup>103</sup>，认为诉讼的法律动因乃是预测法官在遇到此类法律事实时会如何行为。那么，直到确定了法院地，然后法院地又确定了所适用的法律，并且该

法律承认所谓既得权的存在，在这之前讨论既得权的存在是没有意义的。而诸如侵权行为地法这样的特殊法律选择规则，被批判为是一种武断的规则，其所谓的逻辑基础也是受到了批驳。

间接的法律选择方法另一方面的合法化因素乃是确定性和可预见性。然而，既得权理论则很难实现这样的价值目标<sup>104</sup>。此类法律选择乃是根据一定的法律范畴而确定的，如侵权、合同、不动产等。而这样的规则很可能是一般性的，因为它们期图用单一的规则来涵盖由不同的异质成分构成的案件情势。脱离了价值取向性因素的理论肯定会受到主张采用直接的法律选择理论的学者的批判，其中一个显明的缺陷在于这些规则有时候是相互排斥的，也就是说不只是一个规则主张其在案件中的立法管辖权。在这些规则之间的学者依赖于对案件性质的分类或识别<sup>105</sup>。这就赋予了法官更大的裁量权，使得原告能够更有机会在确定诉讼的权利主张方面起到了更为重要的作用。而在发生有关问题竞合的情况下，如双方当事人之间曾经存在合同关系，而后来在此基础上发生了侵权行为，从而产生了契约责任和侵权责任竞合的问题，这在法律适用方面产生的问题就较为难以处理。因为既得权理论的论证是从形而上学的形式入手的，从而使得其缺乏能够解决该问题的规范性理论。

法律现实主义指出了诸如反致、实体问题和程序问题之区分、先决问题等例外性手段的存在<sup>106</sup>。上述例外性工具的运用扩大了法院地法的适用范围，并且使得法官能够把实体结果的比较作为裁判的考虑因素。和识别一样，这些方法使得既得权理论成为一种以第二层面的法律选择规则和政府利益的多边主义观念为基础的法律选择方法。

其次，英国的法律选择理论和欧洲大陆的理论比较起来，则发展得较晚。英格兰统一的中央政府体制结合起来使其形成了独特的法律选择理论。英国中央集权的宪政架构使其和那些产生了重要的国际私法理论的国家形成了对比。荷兰的法律选择理论主要是在尼德兰各独立省架构下形成的<sup>107</sup>。同样，大多数的美国冲突法理论也是针对其国内的州际法律冲突而提出的。英国民事诉讼程序的对抗制表明当事人在诉讼的许多方面有其更为重大的影响，这就同纠问制的诉讼制度形成了对比。总而言之，英国法院在诉讼争议的解决中占据了一种较为消极的地位和作用。这也同美国法院的地位产生了类同性，从较早的时候起，美国宪法就使法院遇到了州利益和私方当事人利益之协调的政策性问题。

那么，除了一些理论上的惯性力量外，为什么间接的第二层面规则的方法在英国比美国更为具有持久性？其中存在两个方面的原因。首先，英国法院倾向于承认直接的第一层面的理论和方法作为基础性的间接规则方法的例外，从而又有一定的适用范围，而不是像美国学者那样抛弃整个的间接规则的理论体系。这和英国法院在传统上所具有的被动性特征是联系在一起的<sup>108</sup>。一个很好的例证是Wilberforce勋爵在Boys v Chaplin案中的论证<sup>109</sup>，它承认了在侵权案件中侵权行为地法适用的一个灵活性的例外。同样，其中的一些规则适用的具体性则有所减弱，不再是依照诸如缔约地或者履行地这样的特殊事实而预先确定法律选择规则，而是试图去寻找与案件有最密切联系的法律制度。那么，灵活性的因素就更为明显了。其次，有人主张，英国法院更为倾向于可预见性的、更少偏见性因素的法律选择规则，有使得英国成为国际商事争议解决更具吸引力的法院地。英国法院对法律选择条款和法院地选择条款的肯定性态度冲淡了其所能要实现的、政策、利益的重要性。尽管其在理论上根源于既得权理论，但具有第四种类型理论的特性。

再次，在美国支持以法院地法作为法律选择基本原则的是以埃伦茨威格为代表的<sup>[17]</sup>。他认为，在当事人没有作出不同的法律选择时，法院地法应该是一般性的法律选择规则<sup>110</sup>。埃伦茨威格本人还认为，接受该理论的中心所在就是要关注合理的管辖权原则之发展，因为这将保证

法院地在诉讼过程中的适当性。因此，尽管它的法院地法优先的倾向，该理论并不比 既得权理论具有更多的单边主义特性，因为它更为关注法院地选择过程的适当性。然而，在 该理论中仍然有外国法适用的空间，埃伦茨威格认为传统的冲突规则仍然是有效的，但只是 例外性的规则。

埃伦茨威格对传统的冲突规则作为例外的承认使其理论建立在间接规则的基础之上的因素就有所减少。事实上，莱夫拉尔则主张其方法的个案化<sup>111</sup>。而且，埃伦茨威格所认为的管辖权原则能够限制无效率的挑选法院的观点只不过是一种只是如此的声明（‘just so’statement）<sup>112</sup>。

在不同法院地之间产生不同结果的法律选择方法肯定是无效率的法院地选择的结果，因为原告选择一个能够确定更大限度的赔偿额的法院地比当事人在该法院地所要付出 的诉讼成本这一利益具有更大的重要性。假定所有其他的因素都是同样的，法官则能够所有 法院地法，对管辖权则是持肯定性的意见，而不是拒绝管辖。

### （三）支持国家和政府利益的直接性法律选择理论

这一现代性理论是从对法律形式主义和既得权理论的不满中发展出来的，在该类型的理论中，利益分析则是基础性的因素。

首先，柯里提出的政府利益分析说是受到独立法律现实主义对既得权理论批判的影响。柯里 阐释了法院在解决多州诉讼中的政治功用。在与案件相关的不同州的合法利益之间，为了确定哪一州的利益具有优先性的地位，从而对其进行评价则是一个更高的政治机构的政治功能。在柯里看来，法院在宪法架构中依从于立法机关的地位使得该功能在民主制度中不应该赋予法院所有<sup>113</sup>。与之相应的则是，法院有义务适用适当的法院地法。一般来讲，柯里认为 法律选择问题的解决应该是根据对各州在其自身法律的适用上所体现出的利益进行分析而实现的。为达到这一目的，我们必须确定可适用的实体法规则，分析立法者在制定该法律规则 时的政策，决定该州通过法律得到适用而使其政策得到保护方面是否具有合法利益。这种方法在两个方面是建立在一级规则的基础之上的：它考察了特定规则的立法政策，并且分析这 些政策在本案件中的关联性及其重要性。如果法院地在案件中有合法利益所在，法院必须适 用法院地法。只是在法院地在法律适用上不具有合法利益时，外国法才可能得到适用。柯里 的方法在美国司法实践中有着很大的影响，并且是直到20世纪80年代仍然是美国冲突法 学界占据主导地位的理论。

政府利益分析说也是遭到了众多的批判。也许最为严厉的批判是布雷迈尔提出来的，她认为柯里所提出的“利益”之概念并不是在经验主义的分析层面获得的，而是一种假设性的判定<sup>114</sup>。例如，该理论认为某州在其侵权法适用上的地域性限制方面有其利益所在。

为此目的，有必要提及三个更为深层次的批判，它们都涉及到的是政府利益分析说对法院地 法优先性问题的倾向。第一，单边主义对法院地法优先的倾向使得管辖权规则具有更大的重要性，因为它们赋予了那些能够选择法院地的当事人以更大的好处<sup>115</sup>。当事人对各自从法 院地选择上所获得利益的关注则可能会产生更多的诉讼，因为双方当事人都要掌握法院地选 择的主动权。而且这会产生更多的无效率的法院地选择，因为原告边际利益所得可能会少于 被告的边际成本。第二，有学者认为，对政府利益的积极追求和其立法域外适用的扩张，并 不会促进个人利益的最大化<sup>116</sup>。第三，利益分析的不具体性，以及案件准据法的确定依赖 于法院地的最终确定，说明了法律权利和义务可能具有很大的不确定性。法律规则的不确定 性可能会危及法律所要实现和保护的立法政策。但是，各州可能会在促进交易之发展上有其 利益所在，在这种情况下，各州不可能通过法律来禁止此类交易，除非是一种明显受到禁止 的交易<sup>117</sup>。在这种情势中，该州的利益是不能忽视的。

此外，克拉墨也提出了他的批判观点<sup>118</sup>。克拉墨提出了在多州案件中政府利益的更为经验

主义的概念。在缺乏立法规范的内在的或者外在的因素足以证明其政策时，克拉墨则使用了解释的方法来证明相关利益的存在。克拉墨的方法比传统的利益分析的方法更为灵活<sup>[18]</sup>。另一方面，法律解释的方法在法律选择结果的合理性方面具有更大的影响。

在论及对利益分析的批判时，波斯纳指出，问题之所在并不是利益，而是哪个州的法律最适合于案件争议的情势<sup>119</sup>。对于波斯纳来讲，属地性方法将经常是优先适用的，因为它们更有可能和比较利益所在地相互吻合。他批判利益分析的方法缺乏属地性。然而，他的分析和利益分析的方法具有某种共同的特性，因为他的理论强调政府的利益及其与案件争议的关系<sup>120</sup>。这种方法依赖于对法律规则的目的的分析，而这也是利益分析方法的理论支撑点。此外，波斯纳批判此类的概念主义是非实用主义的<sup>[19]</sup>。

#### （四）支持当事人利益的直接性法律选择理论

上述两种类型的理论强调政府利益的重要性，并且要求对这些利益的概念性描述，如对既得权的形式抽象化和利益分析的具体化。理论界已经转向了以私人利益作为法律选择理论的基础。第三种类型的理论采用了直接性的法律选择方法，其中赋予了法院更大程度的裁判裁量权来个案性地确定法律选择的结果，从而符合当事人利益的要求。

首先，其中可作为例证的乃是“较好的法”方法，这一理论是在利益分析的方法促发下形成的。莱夫拉尔则认为，应该根据相关法律在案件中的适用结果，来适用其中“较好的”实体法规则。这种方法有其古老的渊源<sup>121</sup>，并且得到了荣格教授的支持<sup>122</sup>。然而，莱夫拉尔则是把“较好的法”作为影响法律选择的因素之一。其他的因素则是包括结果的可预见性和司法任务的简单化等。荣格对间接性的第二层面规则持更为严厉的批判态度，并且否认它们能够产生更为可预见性的结果<sup>123</sup>。

我们曾经认为，这种方法需要一种普遍性的价值取向，但都只是提供了一种正义的特殊观念，通常是支持赔偿额的最大化。此外，这些理论令人怀疑地认为，正义只能是在法庭里得到主张<sup>124</sup>。一级规则的方法则是减少了结果的可预见性。但是法律义务的稳定性和可预见性应该是对于跨国性正义问题是又有实质性意义的，不仅仅是表明了理论上的可塑性，而且对公比的伦理观念起到了导引作用。

在这种理论类型中，一般认为跨国性案件中的正义问题类同于纯粹内国性案件中的正义之需要<sup>125</sup>。这其中就包含了不同层次的利益主张和价值取向，那么，我们该如何选择其中的哪些价值取向作为法律选择的标准，并未有确定性的理论<sup>126</sup>。

效益要求当事人应该有权就其之间的关系确定可适用的法律，当然需要受到某些方面的限制。但仍然存在很多情况，当事人不能就法律适用达成协议。一些种类的合同不允许或者禁止当事人选择法律，而侵权案件中也很少有法律选择的空间。问题在于，法院在此类案件中是应该以间接性的规则还是以更为只有价值目标倾向性的直接性的方法来解决法律选择问题。

尽管法律选择的推定在国际性案件中的适用既不是完全不合理的，也不是与案件情势不契合的<sup>127</sup>，但这种方法的运用是有限的。首先，同其他一统规则的方法一样，它使得法律义务的内容不明确。其次，它会增加诉讼的期限和复杂性，降低法院诉讼争议解决的效率。第三，这种方法对于法院所可能获得的信息量有很高的要求。

#### （五）支持当事人利益的间接性法律选择理论和方法

由于传统国际私法理论的缺陷，又由于现代性理论的极端性，有学者主张在传统国际私法理论和现代性理论之间作出调和，由此形成了第四种类型的理论。根据这一理论和方法，当事

人利益具有一定的优先性，但认为由间接性的第二层面规则来确定法律选择问题的解决，则能够取得更好的结果。

首先，布雷迈尔提出了所谓法律选择的政治权利理论 (political rights theory)。她从对政府利益分析说的批判开始，认为某实体法规则的适用必须在政治理论上是立得住脚的。为了证明某一实体法规则适用的合法性，必须在制定该法的国家和该要管辖的个人之间存在适当的联系。这种方法乃是在争议解决之前所需要满足的条件。既然该方法是一种否定性的要件，那么也就不能在有若干法律制度主张其在本案件中的合法管辖权时，而能作为法律选择的适当基础。

布雷迈尔对于某一法律规则的合法适用的标志乃是同意 (consent)。而且同意对于结果主义理论(consequential theory) 也是有吸引力的，因为对于由同意而作出判决的执行很可能是使得福利最大化的。首先必须确定何方当事人将因此法律规范的适用而承受负担，其次则应考虑使得该方当事人受该法律的支配是否公平。所以，就必须在当事人和适用法律之间确立一种合法性的联系，而此类联系的标准，明示同意和住所因素是居于第一位次的，而属地性因素是居于第二位次的。不过，在其理论中隐含的不可协调性使其不能有很大范围的可适用性。

许多学者对当事人合理期望的关注，表明了其对当事人利益的重视，并且是主张采用间接性的法律选择方法，因而可归入这一类型范畴内<sup>128</sup>。正如克拉墨认为的，许多法律选择方法掩盖了就法院和学者认为的当事人之合理期望的因素<sup>129</sup>。对当事人合理期望赋予最大分量的是澳大利亚学者奈夫。

#### (六) 方法论分类学的相对性

从功能性的角度来讲，这些理论主要是在四个方面区分开来。其一是法律选择规则引发挑选法院的程度，从而也就是管辖权规则在法律选择过程中的重要性程度。其二是法律域外适用的范围。其三是法律选择规则运用的不确定性。其四是该被选择的法律和当事人意志及其合意之间的关系。

冲突法理论最近60年的发展，主要是要填补法律现实主义在破坏了传统理论的哲学基础之后所留下的理论真空。现在让我们再来分析一下两种对既得权理论进行批判的现实主义理论。首先是对既得权的本体论和领土主权的形式主义观念的功能主义的批判。其次是在考虑一些社会价值选择规范的情况下，对由传统的间接性法律选择规则所产生结果的批判。

大多数的美国冲突法理论都涉及到了对法律选择理论基石的批判。柯里则是从民主政府的角度入手的；“较好的法”理论则采用了正义论的观念；布雷迈尔依赖于政治哲学的分析，而这些对法律选择过程中基石性原则的探寻最终都是徒劳的<sup>130</sup>。正如霍姆斯指出的，一部宪法中不可能包括了所有的特殊性理论<sup>131</sup>。我们则怀疑，在国际私法中是否有或者应该有统一性的原则。在上文中，我们指出，法院会在合作和冲突之间穿梭。随着现代技术的发展、跨国贸易的迅猛发展、利益集团影响日趋增强、ADR方式的产生等，冲突和合作的决定因素就会发生变化。因此，寻求其间平衡的行为也变得很难预测。国际私法乃受到了更为巨大力量的影响，于是乎就期望在国际私法中会有一些原则性的东西得以受到遵守。

而欧洲学者所提出的现代性理论在某种程度上具有一种实用主义方法的性质，从而避免对国际私法基础理论进行分析。教条主义使得欧洲国际私法理论具有了某种向后看的特性，而这又是实用主义的向前看的特性不相符合的。但是欧洲的实践表明，在国际私法基础理论中经得住推敲的理论在实践中也是运作良好的，而且比学者提出的其他方法要有实践中的可操作性<sup>132</sup>。

因为英国冲突法理论比当代美国冲突法理论更为接近于既得权理论所支持的法律选择方法，所以我们就必须重新考虑法律现实主义批判的动因。其中的主要因素是三方面的。其一，诸如识别这样的例外性方法削弱了间接性法律选择规则的作用和确定性。其二，诸如侵权行为地法等规则的适用产生了武断性的结果。其三，间接性的法律选择规则是不关心其所选择的法律实体内容的。

这些批判看起来还是支持采用直接的法律选择方法。但是这种看法在两个方面是经不住推敲的。首先，现实主义缺乏衡量其批判性理论的重要性，以及评价采用直接法律选择规则所带来的结果的工具。其次，学者们直到最近才考虑存在着这么一种可能性，即使更为灵活的法律选择原则优越于既得权理论所支持的二级规则，而考虑到价值和政策取向的间接性法律选择规则会更好一些<sup>133</sup>。

因此，重要的是要理解利益分析是作为一种可信的理论出现的，因为现实主义的注重法律选择结果的主张是较为纯粹的。不管是柯里，还是他的继承人，都没有试图使利益分析的方法作为一种至上的理论来适用<sup>134</sup>。而更为重要的合法性因素被赋予了从民主理论中衍生出来的国际私法之基础性理论，而这也是美国学者在20世纪50年代所通常主张的<sup>135</sup>。这也解释了，自法律现实主义以来，为什么理论争议远离了对理论同一性的坚持，并且是也不再主张改进以既得权理论为基础的法律选择方法。因此，对政府利益分析说中政府利益和政策之作用作出批判的学者，要么是如“较好的法”理论那样主张无法律规制时正义理论的决定性作用，要么是如布雷迈尔那样潜意识地全盘抛弃结果主义理论的重要性。

在过去的五十年里，尽管批判性的观点是较为强烈的，一些学者还是认识到了属地性理论和多边主义方法的优点<sup>136</sup>。当时，法院对于复杂的跨国侵权案件的处理显得束手无策，在保险和产品责任案件中，直接性法律选择方法的运用主要是采取了支持被害人主张更多赔偿的请求。因此，问题的中心在于，如何在国际私法多边主义理论的架构内结合了对法律适用结果分析的重要性因素。

## 五、冲突法方法和实体法方法

### （一）实体法方法的引入和传统冲突法方法的发展

为了论述上的便宜起见，我们在本文中把国际私法历史进程中所表现出来的法律选择方法的一组形式概述为多边主义方法、单边主义方法和实体法的方法，而前二者则可归为传统的冲突法方法，即形成冲突法方法和实体法方法的对应<sup>137</sup>。多边主义方法则是来源于萨维尼的理论，这种传统性的方法多被批判为一种管辖权选择的方法、地域取向的方法<sup>138</sup>、无价值分析的方法，其主要方法就在于在其所面对的法律关系和法律制度之间置入某一类型的法律选择规则。单边主义方法就是从跨国性案件中相关的法律规则的域外适用性及其适用范围出发，单向度地考虑该规则是否应该适用于该案件，即在法律选择过程中最为重要的任务就是确定可能得到适用的法律规则属人或者属地的适用范围。而实体法的方法则在于制定直接支配跨国性法律关系的实体规范，无论这种规范的性质是国际性的抑或是国内性的。

一般认为，传统国际私法所主要依靠的是多边主义的法律选择方法，当然我们并不能依此来判断多边主义方法在这几种方法中最为历史久远。在传统的多边主义方法受到大力批判的今天，单边主义方法和实体法的方法的发展得到了更多的重视，而那些传统主义者则大力鞭挞这种情势，认为那些所谓的新单边主义方法（neo unilateralism）和新法则理论（neo statist approach）的形成和发展危及到了冲突法方法的发展<sup>139</sup>。无可否认，这种现象的存在是客观现实，但有些学者所称之为的“冲突法的危机”在根本上是否源于单边主义理论和实体法方法



的发展呢？这些所谓新方法的形成和传统的多边主义方法一样都是社会规制的领域，都是要受到其所属于的社会关系的支配和控制，所以我们的注意力应该放在社会关系的领域，传统的法律选择方法所遇到的危机并不是源于新方法的形成和发展，而是在于社会情势的变化以及传统方法本身所根植于的基础的缺陷。毕竟新方法的存在是客观现实，我们所要考虑的问题在于这些新方法是否是和传统的方法相互冲突的，如果能够相互融合，协调的方法就显得尤为重要。

即使从理论上不能解释冲突法上的难题，萨维尼提出的判决结果统一性的现实目标也许可以保证外国法的适用。但是，如果认为防止挑选法院的发生是冲突法真实的存在理由，那么法律选择规则事实上是否能够保证跨国案件中判决结果的统一性也是值得怀疑的。如果我们认为可以达到判决结果的统一性，那么这就会使得法院承担查明和适用外国法的繁重工作的重要目标，但这并不能够保证法院正确适用外国法中的概念和规则。

考虑到法院依照其不熟悉的法律规则解决争议可能会发生的错误，结果的一致性和统一性肯定不是法律适用的惟一价值目标<sup>140</sup>。古社会解决跨国问题的出发点之一就在于对实质正义的追求，而这个因素并没有完全地脱离今天的冲突法。如果我们这个学科必须关注判决结果，那么这个限制就应该同判决结果的统一性目标进行协调，也就是说实体法的方法应该和传统方法加以协调。所以，问题仍然在于什么样的方法最适合于达到国际私法所追求的价值目标。这三种方法的多元化并存的现象自中世纪以来就已经存在，尽管方法的多元化并不是新的现象，但在当代仍有其重要性所在。在美国和欧洲存在着摆脱僵硬的多边主义规范，转而采用单边主义方法的趋势，同时，以一种具有跨国法性质的规则体系来解决跨国性法律问题的观念已开始普遍化<sup>141</sup>，所以方法论的问题至关重要。

可以看出，在此之前所产生的实体法方法是市民社会分层的结果。一个独立的自治性的社会阶层的跨国性贸易实践，以及由其所产生的争议解决方式的自治性形成了跨国性实体法体系<sup>142</sup>，为跨国争议解决的非国内化提供了结构性例证。在国家观念加强之后，打破了这种自治性的法律体系，各国法律的分界成为实体法方法适用的首要阻滞因素，一种间接调整的法律选择规范形成的必然性不可避免。因此，在一种国家化的社会中，适用于跨国性案件的实体法方法必须采取新的表现形式，从而能够在国家的控制和跨国性语境中的自治性这两个维度之间运作自如。

## （二）实体法方法中国家主义和国际主义视角的对立

在近现代国际私法发展历程中，同两种传统方法即单边主义方法和多边主义方法相比较而言，实体法的方法并没有得到持续的重视和适用。按照传统的法律选择方法，总是要适用某个国家的内国法，而这种法律也只是最适合于解决内国性案件，是为内国情势所规定的。如果以一种脱离纯粹内国法体系的法律规范来处理跨国性案件的话，适当性和公正性则是显而易见的。尽管许多学者，如杰塔（Josephus Jitta）、阿尔方森（Alfonsin）<sup>143</sup>、斯登多夫（Steindorff）、兰根（Langen）都赞成采用实体法的方法，然而这些学者也是把实体法的方法看做是传统的法律选择方法的补充手段。一般认为特定的实体法规范最适合于支配国际商事交易，尽管索夫普兰和茨威杰特赞成一种较好的方法，但他们仍然认为这是一种辅助性的方法，而不是解决法律冲突的主要方法。不过，在近现代国际私法上，实体法方法的运用表现出两种不同的价值取向，即世界主义的视角和国家主义的立场。

首先，从世界主义的角度来讲，在经历了16~19世纪商人法的国内化阶段以后，商人法的国际性的回归成为必然<sup>[20]</sup>。施米托夫指出，商人法发展的总趋势在于摆脱国内法的限制，朝

国际贸易法这个普遍性的和国际性的概念发展，即现代商人法<sup>144</sup>。其原因首先是在于变化了的国际贸易环境要求减少各方面的障碍，包括法律方面的因素。其次，存在着各国都能够接受的共同的或相似的基本原则和制度。而在国际合同领域内，出现了合同法律适用的“非国内化”倾向，以确保合同准据法的中立性和公正性<sup>145</sup>。此外，在跨国性案件解决的程序法上，当事人更多地是依赖仲裁的形式来解决，这使得非国内法的适用更为可能<sup>146</sup>。

现代商人法是作为调整国际商事交易的不属于国内法律制度的具有跨国法性质的规范体系。现代商人法所依存的国际社会是由主权国家组成的，这区别于中世纪商人法所赖以建立的社会基础，因而主权国家的因素在它的概念构成中应有影响，并与现代商人法的普遍性协调一致。尽管中世纪的商人法中也有惯例汇编，但是它的发展仍然是自发的不成体系的。前文已经提到，在现代商人法的形成过程中，有组织的、有计划的造法行为发挥了重大作用。从其渊源方面来看，主要包括一般法律原则、国际商事统一法及示范法、国际贸易惯例（其中包括标准格式合同等）。

其次，在实体法方法中国家主义视角下，尽管美国冲突法革命是由注重跨国性案件实体结果的要求产生的，但大多数的学者却对把目的论的方法作为解决跨国性案件中的一个因素表示了沉默。尽管里斯曾经提出把个案公正作为法律选择过程中的考虑因素<sup>147</sup>，但在第二次冲突法重述中却没有提及。卡弗斯在其早期的论文中曾经提出重视阿尔德古的方法，但后来明确反对“较好的法”方法<sup>148</sup>。弗罗恩德的情况也是如此<sup>149</sup>。而主张“较好的法”理论的莱弗拉尔认为，目的论的方法只是影响法律选择过程的众多因素之一<sup>150</sup>。

### （三）冲突法方法和实体性因素的融合

冲突法方法和实体性因素融合的最主要的表现形式在于结果选择和政策定向因素的体现，并且会在立法技术方面得到反映，即在规则和方法的对立中形成择衷主义。而此种融合并不是美国国际私法所特有的，法国的司法实践则表明了欧洲法院通过一些灵巧的手段来取得正确结果的例证。法国最高法院在著名的Soulie案中，采用反致的手段而避免适用美国路易斯安那带有种族歧视的法律，该法可能会限制当事人的继承权。在Caraslanis案中，法院把希腊法律中要求宗教婚姻仪式的规定识别为形式要件，而不是实质性的要件，从而支持案件中希腊人依法国法举行的民事婚姻仪式<sup>151</sup>。

美国法和法国法中结果选择方法的例证并不是独一无二的，拉贝尔指出，存在着一种扩大的趋势，为避免由那些漠视价值取向的法律选择规范所带来的不利后果，一般都依赖于适用一些例外性的手段<sup>152</sup>。即使是外国法都不能禁止法院在跨国性案件中追求正义之利益，何况学者们所主张的判决结果统一性目标和所谓冲突法上的正义情势。

#### 1 主观性和客观性的分离

促进目的论方法的一个途径就是使用住所作为法律适用的连结点，而不是使用一种属地性的连结点或者是适用本国法。既然诉讼经常是在当事人居住的地方进行，那么这种变化就减少了外国法适用问题的产生。而且，住所连结点潜在的模糊性使得它成为一种软化了的连结点。住所只有两个构成因素，其一是当事人与某一地域的事实上的联系，其二是当事人的久居意图<sup>[21]</sup>。在这二者之间强调重点的不同很可能导致案件结果的不一样，法院有时强调主观因素，有时强调客观因素。在这个方面住所连结点和自体法方法有许多共同的地方。同住所一样，最密切联系原则融合了主观因素和客观因素，法院通过强调其中不同的因素可以得到不同的结果。强调心理因素而不是地理因素的法官并没有被缺乏当事人明确意思表示的证据而难倒，他们可以查明当事人的默示的意思表示。这个概念的适用并不限于通常的合同领域，杜摩兰在提

出默示协议观念的时候，就是把它适用于婚姻财产制的争议中，而美国法院在有关信托争议的案件中也是适用该原则的<sup>[22]</sup>。依靠当事人的意思表示——虚构的或者是真实的，将产生超出由硬性连结带来的结果。因而，学者们提倡在冲突法中扩大适用当事人意思自治原则的领域则是不足为奇的。

## 2 政策定向的作用

显然，传统的法律选择方法是允许在法律选择过程中引入实体性的因素的。事实上，考虑到传统方法这些方面的问题，美国冲突法革命可以被认为是一种最不寻常的发展。有许多因素促发了这个有深远意义的理论转向，首先，革命发生在侵权领域，在此领域中僵硬性的规则占据了主导地位。其次，由于在美国州际法律冲突是经常发生的现象，所以适用侵权行为地法原则将会导致一些不合理的后果<sup>[23]</sup>。再次，美国最高法院在有关工人赔偿案件中的观点表明其并不赞成多边主义方法的核心理论。最后，学者们对法律规则表示了怀疑主义的态度，相反则是依赖于一些例外性手段和方法来解决争议。

我们可以发现，在美国促使一些高等法院变革冲突法方法的原因包括了一些现实原因和理论因素的综合。法院通过用法律印象主义的最密切联系原则来替代硬性的连结，以及适用单边主义方法的利益分析方法，加大了对州际法律冲突案件中受害人的保护。除了那些受莱弗拉尔学说影响的州，大多数的美国法院仍然在公开采用结果选择的方法上迟疑不决。在侵权领域中，新方法中隐含的“回家去”的趋势使得当事人挑选法院的发生不可避免。即使原告的律师没有能够选择最为有利法院地，但适用自体法方法和利益分析方法的目的论方法为那些有公正观念的法官提供足够的灵活性因素。

## 3 规则和方法的对立抑或协调：非规则性方法的不足

然而，不管是采取传统的例外性方法还是采用一些非规则性的方法都不是解决冲突法案件的令人满意的途径。尽管自体法方法和利益分析方法给予法官裁量性的权力，但却没有提供行使这些权力的导引。而且，那些根除了可预见性目标的理论并不见得能够带来合理的判决。

在莱弗拉尔看来，“诚实是更好的政策”，事实上，采用莱弗拉尔提出的影响法律选择的考虑因素的理论的法院在审理跨国性案件中很少遇到困难，除了在少数案件中法官认为法院地的政府利益的因素高于正义的因素。然而，结果选择性无需是在莱弗拉尔理论中明确提出来，它能够通过法官的真实理性在传统法律选择规范中得以适用<sup>153</sup>。选择性的冲突规范既不是新鲜的事物，也不是一种例外性的方法。

正如这些例证所表明的，实体法方法可以采取多种表现形式。我们可以认为，在选择性的冲突规范中，实体性的价值在解决跨国性争议中起到了决定性的作用。毫无疑问，法官是愿意采用目的论方法的。事实上，在政府利益分析方法背后是存在着一个明显的“司法化”的趋向。

### 结语：法律选择方法多元化的制度选择

从上文的分析来看，尽管方法论多元主义的存在，但是其在各国国际私法制度中的运作状态是不同的。问题在于其要能够和各国法律制度的整合性联系起来，否则其功用的发挥就不理想，甚至会导致其在制度上被摒弃。这在美国冲突法“革命”的进程中就得到了体现<sup>[24]</sup>，其起因就是对既得权理论的批判。由于既得权理论的制度采用了大陆法系概念主义的体系，更为适合于大陆国际私法的制度，而并不适合于美国国际私法的制度。由此，从某个层面上来讲，国际私法制度在各国法律体系中的制度适应性是很重要的。

在传统国际私法中，法律选择方法的确立主要是依赖于德国法学大儒萨维尼的贡献。这种

传统的法律选择方法的出发点是首先对其所面对的法律关系和法律概念进行分类和识别,从而确定适当的连结点,并根据该连结点的指引使该法律关系场所化,并进而适用该法律关系场所化地方的法律。由于这种方法所注重的法律关系是预设的、抽象的法律关系,而不是具体案件中的法律情势,所以在美国冲突法“革命”进程受到了人力的批判<sup>154</sup>。在此进程中,学者们提出了各种形式的法律选择理论和方法,并在实践中都有所适用。暂且不论该各种方法内容本身的合理性,对于多种法律选择方法并存的这种现象,许多学者提高出了质疑,另一个关注的焦点在于传统的法律选择方法是否已经完全没落,抛弃冲突法的方法是否可取。在一个多元化的国际社会中,跨国性的交易和事件的具体情势是多种多样的,其中涉及到的利益主体也是多元化的。因此,讨论跨国民商事案件中法律选择方法多元化的合理性就显得固然必要,但在具体立法技术操作层面上的问题亦为重要。

立法者并不直接面对其所制定的法律选择规范所产生的后果。由于其并不面对当事人,并不知晓跨国性案件的真实情势,由于其与真实争议之间的遥远距离,所以他们并不能够像法院那样感受到同样的压力。在立法中,目的论的方法领域采取多种表现形式,如连结点的软化、单边主义的方法以及选择性的方法等。

开放性的连结点在欧洲有着很大的适用范围。例如,《瑞士联邦国际私法法规》的第15条就把最密切联系原则作为一种例外性的规定,使得“较好的法”方法得以有适用的空间。此外,《奥地利国际私法》也是一个例证<sup>155</sup>。

即使反对结果选择方法的学者也是认为这是当前冲突法的发展主题。正如弗罗恩德所认为的,只是简单的哀叹在可预见性目标衡平方法中受到了牺牲,或者是批判这种虚无主义的趋势是无用的。连结点的软化是否合理的讨论,几乎是对社会经济生活逐渐增长的复杂性的不可避免的反应,这是调整冲突法原则以适应变化了的环境的一种努力,这种努力有时是成功的,有时是失败的。

法律印象主义并不是立法者用来调和规则之需求和正义之要求的惟一途径,一些法规包含了适用法院地法的规则。《美国统一商法典》(UCC)第1105(1)规定,在缺乏有效的法律选择条款时,UCC则适用于与该州有适当联系的交易。该条款的官方评论指出,法典在此情势中适用的正当化理由在于其综合性、统一性的政策、以及它是跨越州际社会甚至是国际社会的商业领域内普遍承认的商人法的重述。该法把“适当的联系”的定义的权力交由法官自由裁量,从而明确鼓励法官不按确定的法律选择规则来解决争议。即使没有立法的明确指引,法官在司法实践中也是能够对法院地法的域外适用作扩大性解释的,美国最高法院在有关人身赔偿案件中,以及国际法院在博尔案(Boll case)中都采用了这种方法。目的论的因素也有助于解释直接适用的法理论,在诸如“国家的政治、社会、经济组织的保护”等毫无意义的表述背后存在着这样一个简单的概念<sup>[25]</sup>,即法院地法所承认和保护的重要实体性价值目标是不能够通过维护判决统一性目标而得到牺牲的。

然而,立法机关有时并不愿意把事情交由法院去决定。UCC并不是惟一的规定其自身在跨国性案件中扩大适用的立法,德国《贸易限制法》第98条采用了单边主义方法的客观属地性原则,以确保德国竞争法规则的域外适用。在私法领域内,《法国民法典》第31115条规定也是直接适用规范的例证。其他的方法则是法院地法的补充性适用,即在其他法律的适用不能产生合理和公正的结果时,则适用法院地法。

立法机关也会对不同方法的结合作出了规定,如《瑞士联邦国际私法法规》第18条。有趣的是,第19条允许法官考虑相关外国的直接适用的法规范,而排除本应适用的法律的适用。换

句话说,该条款允许瑞士法官通过对内国政策的分析来规避适用多边主义的法律选择规范,在这个意义上讲,该法鼓励法官采用类似于美国利益分析方法的结果选择方法。

一些立法例不是采用这种促进目的论方法的间接途径,而是明确采用那些最适合了重要的实体性政策的法律。实现这种目标的一个方法就是扩大当事人意思自治原则适用的领域,另外一种更为直接的方法就是通过采用选择性的法律选择规范以有利于某一特定的当事人或者是选择某一特定的结果。此种立法例在家庭法领域内表现地最为突出<sup>[26]</sup>。一个很好的例证就是《法国民法典》第31116(1)条。在形式有效性问题上广泛存在着选择性连结点适用的空间,尤其是在合同领域。德国判例法中在侵权问题上的实践也吸引了立法的动议。

在新近欧洲国际私法法典化的过程中经常出现的一种模式表明了立法方式上倾向了结果选择方法的趋势。从硬性的国籍原则转向灵活的住所原则,而且这些法典化例证通过把国际私法总论部分的规定得以法典化,使得法官不再关注于一些隐存的例外性方法。像瑞士这样的国家的国际私法中还包含了直接适用的法规范和一些开放性的例外性方法,从而通过给予法官以大量的司法自由裁量的空间而进一步促进了目的论方法的发展。

此外,关于管辖权问题以及外国法院判决的承认和执行方面的自由规则使得挑选法院的可能性更大。尽管德国最近的立法表明其忽视了这一点,但德国马克思—普朗克外国私法和国际私法研究所的观点则认为存在着通过强调住所连结点、扩大当事人意思自治原则的适用、选择性冲突规范的适用、宽泛的管辖权规范以及外国法院判决承认和执行的规范来获取合理的结果<sup>156</sup>。

在国际性的国际私法法典化进程中,大多数的评论深刻地认识到了目的论方法取向的需要。有人认为,法律选择规范必须给予法官发挥其创造性才能的空间,以使其能够在一些例外性的案件中脱离硬性的法律选择规范从而避免不合理的结果。在冲突法的革命、蜕变和重新定向之后,支配法律冲突的规范应该尽可能地以对有关法律规范的实体性价值的比较分析为基础。

上述例证应该能够表明目的论方法可以以成文法规范的形式表现出来,并且当前的实在法律表明我们这个学科并不是非价值化的。促进实体性价值目标的冲突规范可以服务于许多重要的目的,首先至为重要的是它们给予法官以明确的指引。此外,此种方法可以比传统的法律选择方法能够获得更大程度的统一性和可预见性。就特定的实体性价值目标的广泛性和多样性而言,结果定向的规范促进了跨国案件中判决的整合性,而目的论方法能够促发新的地区性或者是全球性的万民法的产生,这正是法律选择方法多元化趋势发展最为重要的影响所在。

## 参考文献

[1]肖永平.中国冲突法立法问题研究[M].武汉:武汉大学出版社,1996.33-47.

[2]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.现代罗马法体系(第八卷)[M].北京:法律出版社,1999.1-4,13-17.

[3]同[2]14-15.

[4]黄进.国际私法[M].北京:法律出版社,1999.250-258.

[5]同[1] 166-168.

[6]韩德培.中国冲突法研究[M].武汉:武汉大学出版社,1993.132-140.

[7]陈隆修.美国国际私法新理论[M].台北:五南图书出版公司,1987.4.

- [8]埃德加·博登海默.法理学：法哲学及其方法[M]. 北京:华夏出版社1987.103-105.
- [9]杨仁寿.法学方法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.62-68.
- [10]同[6] 18-19.
- [12]同上35.
- [13]肖永平、胡永庆.法律选择中的当事人意思自治[J].中国国际法年刊,1996:228-229.
- [14]同[6] 132-140.
- [15]黄进,胡永庆.现代商人法论[J].比较法研究,1997(2):158-160.
- [16]张翔宇.现代美国国际私法学说研究[M]. 武汉:武汉大学出版社,1986.66-75.
- [17]徐崇利.冲突规则的回归[J].法学评论,2000(5):105-106.
- [18]波斯纳.法理学问题[M].539-540.
- [19]同[15] 150-152.
- [20]同[4] 183.
- [21]肖永平,胡永庆.法律选择中的当事人意思自治[J].法律科学,1997(5):75-83.
- [22]韩德培,韩健.美国国际私法（冲突法）导论[M]. 北京:法律出版社,1994.142-159.
- [23]同[16] 16-18.
- [24]胡永庆.论公法规范在国际私法中的地位[J].法律科学,1999(4):90-99.
- [25]同[6]135-138.

## The Pluralism of Methodology of Private International Law

HU Yong-qing

(The First Senior Court of Shanghai City,Shanghai 200000,China)

**Abstract:** This paper examines the rationality of the pluralism of methodology of private international law from the standpoint of traditional choice of law method, along with its historical and instrumental basis. First, during the development of private international law, there exist several symmetries, such as unilateralism and multilateralism, jurisdiction selection and rule selection approach, conceptualism and teleology, conflict of law approach and substantive law approach, etc. Second, the pluralisation of social interest have been played a great important role in the formation of the pluralism of private international law methodology. Third, while the pluralism of methods is not new phenomenon, it has assumed renewed importance in our day.

**Key Words:** private international law; methodology; pluralism

收稿日期: 2003-01-15;

作者简介: 胡永庆(1972-), 男, 江苏人, 上海市第一中级人民法院法官, 法学博士。

<sup>1</sup> Cf Henri Batiffol, *Aspects philosophiques de droit international privé*, 190-193 (1956).

<sup>2</sup> See F. K. Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 58-62 (1993).

<sup>3</sup> Cf P Arminjon, *Précis de droit international privé*, 10 (1925).

<sup>4</sup> Cf F Schwind, *Aspects et sens du droit international privé*, 187 *Recueil des cours* 9, 33-41 (1984 IV).

<sup>5</sup> Cf J P Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 15-16 (1928).

<sup>6</sup> See Panel Kalensk, *Trends of Private International Law*, 1-2(1971).

<sup>7</sup> See Serzy Makarezyk, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 26-28(1998).

<sup>8</sup> See Hessel Yntema, *The Historic Bases of Private International Law*, 2 *Am J Comp L* 297(1953).

<sup>9</sup> See Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, 2-8(2nd ed.1970).

<sup>10</sup> Cf Edoardo Vitta, *Cours général de droit international privé*, 162 *Recueil des cours* 9, 147-148(1978 IV).

<sup>11</sup> Cf Edoardo Vitta, *Cours général de droit international privé*, 162 *Recueil des cours* 9, 86-162 (1978 IV).

<sup>12</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 46 (1993); William Tetley, *A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice*, 38 *Col um J Transnat'l L* 299(1999).

<sup>13</sup> 甚至是那些更为支持单边主义方法的学者, 如温特劳布等, 也曾经采用了这样的术语来评价单边主义的方法, 关于此可参见 Russell J Weintraub, *Choosing Law with an Eye on the Prize*, 15 *Mich J Int'l L* 705, 709(1994). 不过, 在此, 我们需要注意的是, 温特劳布所主张的乃是一种“外向性”的单边主义(external unilateralism), 即要对与案件相关国家之法律的内容及其适用结果均作出评价后, 选择其中最为适当的法律来适用, 可参见 Russell J Weintraub, *The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea: Whose Time Has Not Come*, 75 *Ind L J* 679, 685-686(2000).

<sup>14</sup> See William S Dodge, *Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*, 39 *Harv Int'l L J* 10 1, 139-152(1998).

<sup>15</sup> *Ibid.*, 106-107

<sup>16</sup> *Ibid.*, 107

<sup>17</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 13 (1993).

<sup>18</sup> See L Brilmayer, *Conflict of Laws*(2nd ed), 77(1995).

<sup>19</sup> 这是 Kahn Freund 对萨维尼在国际私法中的贡献所作出的评价。See O Kahn Freund, *General Problems of Private International Law*, 105(1985).

<sup>20</sup> Cf Edoardo Vitta, *Cours général de droit international privé*, 162 *Recueil des cours* 9, 148-149 (1978 IV).

<sup>21</sup> Cf Erik Jayme, *Le droit international privé postmoderne*, 251 *Recueil des cours* 91-92(1995 I).

<sup>22</sup> Cf Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 11(1928).

<sup>23</sup> See F Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 *Recueil des cours* 9, 39(1992 I).

<sup>24</sup> Cf Edoardo Vitta, *Cours général de droit international privé*, 162 *Recueil des cours* 9, 150-151(1978 IV).

<sup>25</sup> Cf P Gothot, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, 50 *Rev crit* 1, 17(1971).

<sup>26</sup> See Ernest Rabel, *The Conflict of Laws*, vol 1, 103(2nd ed 1958).

<sup>27</sup> See F. K. Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 121-122 (1993).

<sup>28</sup> See F Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 *Recueil des cours* 9, 37-38(1992 I); Edoardo Vitta, *Cours général de droit international privé*, 162 *Recueil des cours* 9, 152-153(1978 IV).

<sup>29</sup> Cf. Robert Ago, *Regles générales des conflits de lois*, 58 *Recueil des cours* 243, 303-306(1978 IV).

<sup>30</sup> See F. K. Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 143-146 (1993).

<sup>31</sup> See K Boele Woelki, *Dutch Private International Law at the End of the 20th Century: Pluralism of Methods*, *Netherlands Reports to the 15th International Congress of Comparative Law*, 206(1998).

<sup>32</sup> See F. K. Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 154-155 (1993).

<sup>33</sup> See G Parra Aranguren, *General Course on Private International Law*, 210 *Recueil des cours* 9, 9(1988 III).

<sup>34</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 70 (1993).

<sup>35</sup> Cf. Bertrand Ancel, *L'objet de la qualification*, 107 *clunet*, 227(1980).

<sup>36</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 74 (1993).

<sup>37</sup> Cf. Yvon Loussouarn & Pierre Bourel, *Droit international privé*, 333(1980).

<sup>38</sup> Cf. Erik Jayme, *Le droit international privé postmoderne*, 251 *Recueil des cours* 93(1995 I).

<sup>39</sup> See H H Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 92-

95(1989 III).

<sup>40</sup> See Robert A Leflar, The Nature of Conflicts law, 81 Colum L Rev 1080(1981).

<sup>41</sup> See F K Juenger, A Third Conflicts Restatement? 75 Ind L J 403,408-409(2000).

<sup>42</sup> See G Parra Aranguren, General Course on Private International Law , 210 Recueil des cours 9, 163 (1988 III).

<sup>43</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 155 (199 3).

<sup>44</sup> See Cass R Sunstein, Problems with Rules, 83 Cal L Rev953, 970(1995).

<sup>45</sup> See Arthur T von Mehren, Choice of Law and the Problems of Justice, 41 L&Contemp Probs27, 42(1977).

<sup>46</sup> See F Mosconi, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules , 217 Recueil des cours 9, 27 30(1989 V).

<sup>47</sup> Cf H Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé, 196-198(1956).

<sup>48</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 159-160 (1993).

<sup>49</sup> See Joel R Paul, Comity in International Law, 32 Harv Int'l L J 1, 76-78(1991).

<sup>50</sup> The Bremen v. Zapata Off Shore Co., 407 U.S.1(1972).

<sup>51</sup> See Yntema, The Comity Doctrine, 65 Mich L Rev 9, 12(1966).

<sup>52</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 11-12 ( 1993).

<sup>53</sup> Cf Y Loussouarn & P Bourel, Droit international privé, 83-85(1993).

<sup>54</sup> See 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, 61-68(1995 II).

<sup>55</sup> See Russell J Weintraub, Functional Developments in Choice of Law for Contracts, 187 Recueil des cours 239, 249-251(1984 IV).

<sup>56</sup> See David Cavers, The Choice of Law: Selected Essays, 17-19(1985 ).

<sup>57</sup> See P E Nygh, The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to Choice of Law in Contract and in Tort, 251Recueil des cours 269, 297-300(1995 I).

<sup>58</sup> See F Mosconi, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules , 217 Recueil des cours 9, 142 143(1989 V).

<sup>59</sup> Cf Fritz Schwind, Aspects et sens du droit international privé, 187 Recueil des cours 9, 63-64(1984 IV).

<sup>60</sup> See Thomas Guedj, Theory of Lois de Police, 39 Am J Comp L 661, 667-69(1991).

<sup>61</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 178-181 (1993).

<sup>62</sup> Cf Yvon Loussouarn & Pierre Bourel, Droit international privé,192-196(1980).

<sup>63</sup> See Alan Watson, Joseph Story and the Comity of Errors, 66-68(1992).

<sup>64</sup> Cf Edoardo Vitta, Cours général de droit international privé, 162 Recueil des cours 9, 118-120(1978 IV)

<sup>65</sup> See Luther L Mcdougal III, "Private" International Law: Jus Gentium versus Choice of Law Rules or Approaches, 38 Am J Comp L 521, 529 -530(1990).

<sup>66</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 170-172 (1993).

<sup>67</sup> 尽管目的论的方法在莱夫拉尔的“较好的法”理论中得到了体现,但是目的论在其所提出的影响法律选择因素中,只是其中之一,而不是全部。

<sup>68</sup> Cf Edoardo Vitta,Cours général de droit international privé, 162 Recueil des cours 9, 118-119(1978 IV).

<sup>69</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 170-172 (1993).

<sup>70</sup> See D Cavers, The Choice of Law: Selected Essays, 149-179(1985).

<sup>71</sup> Cf Paul Lagarde, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, 196 Recueil des cours, 160-162(1986 I).

<sup>72</sup> See Symeon C Symeonides,Choice of Law in the American Courts in 1997, 46 Am J Comp L 233, 253-259(1998).

<sup>73</sup> See Peter Hay, From Rule Orientation to "Approach" in Germany Conflicts Law, 47 Am J Comp L 633, 638-640(1999).

<sup>74</sup> See Luther L Mcdougal III, "Private" International Law: Jus Gentium versus Choice of Law Rules or Approaches, 38 Am J Comp L 521 ( 1990); F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 169 (1993).

<sup>75</sup> Cf Paul Lagarde,Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain,196 Recueil des cours, 56-60 (1986 I).

<sup>76</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 192 (1993).

<sup>77</sup> Cf Edoardo Vitta, Cours général de droit international privé, 162 Recueil des cours 9, 147-150(1978 IV).

<sup>78</sup> See Kahn Freund, General Problems of Private International Law, 153(1980).

<sup>79</sup> See Siehr,Special Courts for Conflicts Cases: A General Experiment, 25 Am J Comp L 663(1977).

<sup>80</sup> Cf Yvon Loussouarn & Pierre Bourel, Droit international privé,73(1980).

<sup>81</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 195-198 (1993).

<sup>82</sup> See Symeon C Symeonides,Choice of Law in the American Courts in 1997, 46 Am J Comp L 233, 253-259(1998).

<sup>83</sup> See 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, 19(1995 II).
- <sup>84</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 200-208 (1993).
- <sup>85</sup> Cf Yvon Loussouarn & Pierre Bourel, *Droit international privé*, 23- 24 (1980).
- <sup>86</sup> *Ibid.*, p25
- <sup>87</sup> See Luther L McDougal III, "Private" International Law: Jus Gentium versus Choice of Law Rules or Approaches, 38 *Am J Comp L* 521, 528 -530(1990).
- <sup>88</sup> See David F Cavers, A Critique of the Choice of Law Problem, 47*Harv L Rev* 171(1933).
- <sup>89</sup> See F Schauer, Playing By the Rules, 162(1994).
- <sup>90</sup> See David F Cavers, A Critique of the Choice of Law Problem, 47 *Harv L Rev* 171(1933).
- <sup>91</sup> [ZW()] See B Currie, *Selected Essays in the Conflict of Laws*, 131(1963 ).
- <sup>92</sup> *Ibid.*, p.183
- <sup>93</sup> See L Brilmayer, Rights, Fairness, and Choice of Law, 98*Yale L J* 1277(1989)
- <sup>94</sup> 例如，罗马公约第4(2)条，英国1995年《国际私法(杂项规定)法》第11和第12条的规定。
- <sup>95</sup> 当然，在法律选择中法院地法的优先性和单边主义规则之间的联系，在一定程度上是和管辖权规则有密切联系的。相关内容可参见 Michael S Green, *Legal Realism, Lex Fori, and the Choice of Law Revolution*, 104 *Yale L J* 967(1995)
- <sup>96</sup> See Fruehwald, A Multilateralist Method of Choice of Law, 85 *Kentucky L J* 347(1996).
- <sup>97</sup> See L Brilmayer, Rights, Fairness, and Choice of Law, 98 *Yale L J* 1286(1989)
- <sup>98</sup> *Ibid.*, p.1285
- <sup>99</sup> See R Posner, *Overcoming Law*, 22(1995).
- <sup>100</sup> 当然，其中还有其他不同的样式分析的构成因素，诸如法律现实主义和法律形式主义、以及自然法和实在法等，因为这些构成因素在本文的其他部分已经有了一定的讨论，在这些就主要讨论直接的法律选择之于间接的法律选择、以及对国家利益和当事人利益的重视这些构成因素的交叉性。关于法律现实主义和法律形式主义、以及自然法和实在法在样式分析中的模式可参见[美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第11-31页。
- <sup>101</sup> 不过，尽管既得权理论在胡伯理论中并没有得以具体化和明确化，但已经存在于其礼让论的观点中了，并继而对英国的既得权理论产生了深远的影响。参见[英]马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培等译，法律出版社1988年版，第54-55页。
- <sup>102</sup> See Fruehwald, A Multilateralist Method of Choice of Law, 85 *Kentucky L J* 347, 349-351 (1996).
- <sup>103</sup> See Perry Dane, Vested Rights, "Vestedness" and Choice of Law, 96 *Yale L J* 1191(1987).
- <sup>104</sup> See Michael S Green, *Legal Realism, Lex Fori, and the Choice of Law Revolution*, 104 *Yale L J* 967, 973-76 (1995).
- <sup>105</sup> See C Forsyth, *Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws*, 114 *LQR* 141(1998).
- <sup>106</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 70-85 (1993).
- <sup>107</sup> See Hessel Yntema, The Historic Bases of Private International Law, 2 *Am J Comp L* 297, 306 (1953).
- <sup>108</sup> See R Posner, *Law and Legal Theory in England and America*, 31- 37(1996).
- <sup>109</sup> [1971] *A C* 356, 391
- <sup>110</sup> See A Ehrenzweig, The Lex Fori Basic Rule in the Conflict of Laws, 58 *Mich L R* 637,669(1960).
- <sup>111</sup> See R Leflar, Choice Influencing Considerations in Conflicts Law, 41 *N Y U L Rev* 267, 269(1966).
- <sup>112</sup> See Kobayashi & Ribstein, Contract and Jurisdictional Competition, in Buckley(ed), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*(1999).
- <sup>113</sup> See B Currie, *Selected Essays in the Conflict of Laws*, 182(1963 ).
- <sup>114</sup> See L Brilmayer, *Conflict of Laws*(2nd ed), 116-17 (1995).
- <sup>115</sup> See William S Dodge, Extraterritoriality and Conflict of Law Theory: An Argument for Judicial Unilateralism, 39 *Harv Int'l L J* 101, 113-118(1999).
- <sup>116</sup> See O'Hara & Ribstein, Interest Groups, Contracts and Interest Analysis, 48 *Mercer L Rev* 765(1997).
- <sup>117</sup> See A T Guzman, Choice of Law: New Foundations, UC Berkeley School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No 28, 10-12(2000).
- <sup>118</sup> See L Kramer, The Myth of the Unprovided for Case, 75 *Virg L Rev* 1045(1985).
- <sup>119</sup> See R Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed), 587(1992).
- <sup>120</sup> See M E Solimine, An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law, 24 *Georgia L Rev* 49(1989).
- <sup>121</sup> See Hessel Yntema, The Historic Bases of Private International Law, 2 *Am J Comp L* 301-302 (1953).
- <sup>122</sup> See F K Juenger, Choice of Law and Multi-State Justice, 12 (1993 ).
- <sup>123</sup> See F K Juenger, The Complex Litigation Project's Tort Choice of Law Rules, 54*Loyola L Rev* 907(1994); Juenger, A Hague Judgement Convention, 24 *Brooklyn J Int'l L* 111, 116-122(1998).
- <sup>124</sup> See R Rabin, Law for Law's Sake, 105 *Yale L J* 2261(1996) .

- <sup>125</sup> See G Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrance and Corrective Justice*, 75 *Texas L Rev* 1801(1997).
- <sup>126</sup> See M Gergen, *Equality and the Conflict of Laws*, 73 *Iowa L Rev* 893(1988).
- <sup>127</sup> *Coast Lines Ltd v. Hudig & Veder Chartering NV* [1972] 2 Q B 34
- <sup>128</sup> See P Kincaid, *Justice in Tort Choice of Law*, 18 *Adelaide L Rev* 191(1996); G R Schreve, *Choice of Law and the Forgiving Constitution*, 71 *Ind L J* 271(1996).
- <sup>129</sup> See L Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 *Colum L Rev* 27 8, 336-37 (1990).
- <sup>130</sup> Cf F Rigaux, *Cours général de droit international privé*, 213 *Recueil des cours* 9, 126-131(1989 I).
- <sup>131</sup> *Lochner v. New York*, 198U S 45(1905).
- <sup>132</sup> See G Kegel, *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and American Reformers*, 27 *Am J Comp L* 616-618(1979).
- <sup>133</sup> See L Kaplow, *Rules Versus Standard: An Economic Analysis*, 42 *Duke L J* 557, 557(1992).
- <sup>134</sup> See H H Kay, *A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis*, 215 *Recueil des cours* 9, 102-106 (1989 III).
- <sup>135</sup> See A R Amar, *Law Story*, 102 *Harv L Rev* 688(1989).
- <sup>136</sup> See Symeon C Symeonides, *Choice of Law in the American Courts in 1997*, 46 *Am J Comp L* 233, 837 (1998); See L Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 *Yale L J* 1277(1989).
- <sup>137</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 56-59 (1993).
- <sup>138</sup> See Russell Weintraub, *Functional Developments in Choice of Law for Contracts*, 187 *Recueil des cours* 239, 257(1984 IV).
- <sup>139</sup> See K Lipstein, *Principles of the Conflict of Laws: National and International*, 28(1981).
- <sup>140</sup> See Peter Hay, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law*, 226 *Recueil des cours* 281, 334-40 (1991 I).
- <sup>141</sup> *Ibid.*, p298
- <sup>142</sup> 这里指称的跨国性或者世界性，其中最为根本的原因还是在于商业的国际性特征，但是说中世纪的商人法具有世界性的特征，并不表明它是全球统一的，如在海事法方面，由位于第勒尼安海的意大利海岸的阿马尔菲共和国采用的一个海事法汇编《阿马尔菲表》(Amalfitan Table)，其权威逐渐被意大利所有的城市共和国所承认；由《罗德岛法》发展而来的《海事法汇编》(Consolato del Mare)汇集了巴塞罗那领事法庭所遵行的海事习惯，流行于地中海各商业中心，《维斯比法》成为波罗的海国家中的支配性法律，而《奥莱龙法》成为英国海事法的基础。
- <sup>143</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 170-172 (1993).
- <sup>144</sup> [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，第12-15页。
- <sup>145</sup> See Georges A L Droz, *Cours général de droit international privé*, 229 *Recueil des cours* 9, 342-349 (1991 IV).
- <sup>146</sup> See Thilo Rensmann, *National Arbitral Awards*, 2 *J Int'l Arb* 3 7-65(1998); 韩健：《现代国际商事仲裁法的理论和实践》，法律出版社1993年版，第205-208页。
- <sup>147</sup> See Willis L M Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, 57 *Corn L Rev* 315, 315-18 (1972).
- <sup>148</sup> See David F Cavers, *The Choice of Law Process*, 65-75(1965).
- <sup>149</sup> See O Kahn Freund, *General Problems of Private International Law*, 1-19 (1985).
- <sup>150</sup> See R Leflar, *Choice Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 *NYU L Rev* 267, 268-272 (1966).
- <sup>151</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 173-178 (1993).
- <sup>152</sup> See Ernest Rabel, *The Conflict of Laws*, vol 1, 98 (2nd ed 1958).
- <sup>153</sup> See F K Juenger, *Choice of Law and Multi-State Justice*, 177-178 (1993).
- <sup>154</sup> See Harlod L Korn, *The Choice of Law Revolution: A Critique*, 83 *Colum L Rev* 772(1983).
- <sup>155</sup> Cf FS chwind, *Aspects et sens du droit international privé*, 187 *Recueil des cours* 9, 105 (1984 IV).
- <sup>156</sup> See Dopffel & Siehr, *Thesen zur Reform des Internationalen Privatrechts*, 44 *RechtsZ*, 344(1980).