



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文

阅读次数: 872

## 关于美国现代国际私法中法律选择方法的法哲学思考

李金泽

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

美国现代国际私法是相对于19世纪及本世纪四、五十年代以前的传统国际私法而言的。美国传统国际私法由联邦最高法院法官、哈佛大学教授斯托雷（Joseph Story）奠基，他被誉为“英美国际私法之父”，其学说是“国际礼让说”与“属地主义”的混合产物，理论的核心内容为：一个国家在其自己的领域内享有绝对的主权和管辖权，所以一国法律只在该国的领域和管辖范围内才有效力，只有在“国际礼让”时方有外国法在内国领域内发生效力。斯托雷奠定的传统国际法理论基础一直延续到20世纪三、四十年代。1934年比尔（Joseph H. Beale）报告美国《第一次冲突法重述》（Restatement of the United States, Conflict of Laws, First, 1934），仍囿于斯托雷的传统和引进英国学者戴西（Dicey）19世纪末提出的“既得权说”（Vested Rights Theory），比尔还巧妙地把荷兰学者胡伯（Ulricus Huber）提出的“国际礼让说”溶入了自己的学说，他曾说：“外国的权利系根据礼让而获得承认。”（1）可见，美国传统国际私法从斯托雷到比尔，都是以欧洲大陆或英国19世纪末的国际私法理论为基础，并沿袭他们的轨迹发展起来的。

美国现代国际私法中各种法律选择方法学说的崛起以批判传统国际私法理论为先声。本世纪三、四十年代美国国际私法学界跳出了企图彻底摧毁传统国际私法方法的法学教授库克（Cook），他在1942年出版的《冲突法的逻辑学与法律基础》（The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws）提出了本地法学说（Local Law Theory），成功地从五个方面批判了“既得权说”。（2）他强烈反对从法理学逻辑推理中获得应适用的冲突规则，而主张应考察、总结法院在处理法律冲突时实际上是怎样做的，从而得出应适用的规则。早在库克提出“本地法说”之前，哈佛大学国际私法教授凯佛斯（Davie Cavers）于1933年在《哈佛大学法学评论》上发表了《法律选择过程》（A Critique of the Choice-of-law Process），指责传统的冲突法制度只作“管辖权选择”，而不问法律的具体内容和适用可能的结果，因而这样很难选择到较好的法律。他主张放弃这种只作“管辖权选择”的传统制度，代之以“规制选择”或“结果选择”的方法，自此开始了旷日持久的法律选择方法学说向传统国际私法理论的挑战。1965年凯佛斯发表了《法律选择程序》（The Choice-of-Law Process）提出了解决法律冲突案件的“优先选择原则”（Principle of Preference）。他指出，优先选择原则的适用，不应重蹈选择管辖权的覆辙，而应该建立在对有关法律的分析基础之上，它应“给审理案件的任何法院以充足的独立审判空间。”（3）

二十世纪四、五十年代在批判传统制度的浪潮中产生了具有深远影响的柯里（Bruinerd Currie）的“政府利益分析说”（Governmental Interests Analysis Theory），主要思想反映在其1963年整理出版的《冲突法论文选集》（Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963）。柯里企图彻底摆脱传统国际私法方法的束缚，不厌其烦地指责传统国际私法理论是“概念式的”、“毫无头脑的”、“冷酷无情的”、“令人讨厌的”、“毫无用处的”、“独断专横的”，它是“一件器械”、“一架机器”，“是一个诡辩的神秘的和失败的领域”（4）。他说，“我们完全有能力彻底废弃用以决定审判规范的法律选择规范体系，尽管我们并不怀有一个新的体系将产生并且取代它的奢望”。（5）柯里的“政府利益分析说”的基本问题是政策

问题、利益问题以及判断何者利益应该让位的方法、步骤。他认为，在要求法院去适用不同于法院地的外国法时，法院便应审查这一法所体现的政策及有关州能合理主张它对于在案件中执行这些政策存在着利益的情况。他进一步指出：“冲突法的核心问题或许可以说是……当两个或两个以上州的利益存在冲突时，确定恰当的实体规范问题，换言之，就是确定何州利益将让位的问题”。〔6〕

在柯里大声疾呼抛弃传统国际私法制度时，艾伦茨维格（Albert A. Ehrenzweig）和利弗拉尔（Robert A. Leflar）各自另辟蹊径以“较好的法律规范”作指导选择法律的因素，殊途同归地走上了“返家趋势”（homeward trend），加利福尼亚大学国际私法教授艾伦茨维格在六、七十年代提出了与柯里“政府利益分析说”齐名的“法院地法学说”（The Doctrine of Lex Fori）。其观点呈现一定的阶段性，不便于概括。他把法院地法置于首要要位，强调选择“真实规范”，并为了避免当事人任意选择法院提出应有“适当的法院”管辖。斯考乐教授把艾伦茨维格早中期的“法院地学说”总结为：在法院地实体法规范并不明确有适用于涉外案件时，而且法院的宪法性规范或法律选择规范也未要求适用外国法律规范，那么法律选择的问题就必须取决于法院对法院地实体法规范的解释。如果这种解释也未能导致适用外国法律规范的话，那么法院就应当把法院地实体法规范作为剩余法律来适用。〔7〕由于艾伦茨维格对“法院地法”赋予高度关注，以致他认为传统国际私法的诸多基本制度如识别、先决问题、反致、法律规避、外国法查明、公共秩序等制度都是达到适用法院地法的手段，因此当“法院地法”成为最根本原则时，则许多的传统国际私法制度也就可以抛弃了。

为探讨走出传统国际私法机械的、呆板的法律选择方法，阿肯色大学和纽约大学国际私法教授利弗拉尔归纳了五个影响法律选择的因素，主要体现于1959年发表的专著《冲突法》，1961年载于《纽约大学法律评论》第44卷上的论文《冲突法中影响法律选择的考虑》（Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law, 1966）及同年《加利福尼亚法律评论》第54卷上的《冲突法：再论影响法律选择的考虑》（Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations, 1966年）。五点考虑可概括为：结果的可预见性、维持州际和国际秩序、司法任务的简单化、法院地政府利益的优先、适用较好的法律规范。利弗拉尔希望通过这5个因素的考虑来取代机械性规范和特意设计的种种迂回方法，达到给法官在具体案件的法律选择中以普遍性指导。五点因素虽似简明，然而最后一个因素——“适用最好的法律”标准不定，而留给法官自由裁量，因此以维护法院地利益为己任的法官自然偏爱上法院地法。利弗拉尔自己也不得不承认，法官总是倾向认为法院地法是世界上最好的法律，理所当然地应被选用。最终与艾伦茨维格的“法院地说”殊途同归。

利弗拉尔的“最好法律规范”因素为冯o梅伦（Von Mehren）和特劳特曼（Trautman）的“功用分析说”所吸收了。他们两位以《多州法律问题》（The Law of Multistate Problems, 1965）奠定了理论基础，该方法也采用了利益分析方法，权衡几个法域的利益，企图摆脱柯里“法院地法首要原则”，提出以下指导原则：应选择最强大理由的政策州的法律、能体现较为具体的政策、能最好实现其所包含的政策的法律，并避免选择一条会使基本政策遭到侵害的法律。〔8〕温特劳布为进一步满意地、准确地解决真实冲突，提出了较前两位的原则更为具体的原则，即法院解决真实冲突时，应当促进国际私法发展中的明显趋势、应当防止对被告作不公正的、令人意想不到的判决、应当防止选择过时的或者陈腐的法律规范、应当指向“外国”法域的法律选择规范以决定该法域的利益范围。〔9〕很显然这里的四项原则仍未摆脱不确定、不可预测的窠臼，且大大增加了法院的分析任务。此外，还有美国著名国际私法教授贝克斯特（Baxter）的“比较损害说”（Comparative Impair Theory），是从柯里分析最大利益州的相反方向去考虑问题，即比较不适用某州的法律，而分析比较这些州的利益损害的程度何者更大。还有直接来源于审判实践的“肯塔基方法”，该方法坚持“足够或充分联系”原则，要求对案件与两个有关州的联系作一分析，法院只需考察有关州与案件之间的客观联系，而不要求考察其同案件的联系是否符合法院地法的政策或目的，该方法相对其他方法更为简单些，但也崇尚法院地法的适用。

早在五十年代，因诸种法律选择方法学说的冲击，美国法学会于1952年撤销了1934年发表的《第一次冲突法重述》。由里斯（Willis Reese）和斯科特（Austin W. Scott）负责起草《第二次冲突法重述》。在《第二次冲突法重述》中里斯采纳了他所倡导的“最密切联系说”（The Doctrine of the Most Significant Relationship），并提出指导法律选择的七项因素：州际和国际制度的需要；法院地的有关政策；在决定特别问题时，其他有利益州的有关政策及其相应利益；公正期望的保护；构成特别法律领域的基本政策；法律的确定性、可预见性和统一性；法律易于认定和适用。〔10〕里斯在确立“最密切联系原则”的同时，也尽量地限制于侵权、合同等少数领域，其他许多领域仍保留了《第一次冲突法重述》的法律选择方法思想，是美国现代国际私法中诸多法律选择方法的折衷，它既谋求改进传统冲突规范的机械性、盲目性，又不象柯里的冲突虚无主义——主张彻底抛弃传统冲突规范，因此灵活的“最密切联系原则”被约束到有限的范围，恰如兰多所指出的：“美国法学会在《第二次冲突法重述》1960年草案提出的重力中心地说是在凯佛斯、柯里、利弗拉尔、冯o梅伦和特劳特曼以及政策中心方法的其他支持者所主张的各种方法之间，选择了一个折衷的方法。”〔11〕这一方法也同样赋予法官高度的自由裁量权和繁多的分析工作。七项原则中前几项都与法官的裁量紧密联结，极易导致“法院地法”的广泛适用。“事实上，当一

个法官被邀来估价案件与哪一个法律具有最密切联系，他有权得出结论与案件具有最密切联系的法律“是法院地法”。〔12〕

上述美国现代国际私法中的诸多法律选择方法学说，在美国国际私法理论和实务界产生了强烈的反响，也引起了其他国家国际私法界的关注，尽管其中有的学说实践意义不大或影响时间不长，但这众多方法中诸如柯里的“真实冲突”、“虚假冲突”的分析及里斯的“最密切联系说”等至今在美国国际私法界仍有很大的市场，其他国家新近的国际私法法规和有关国际条约中也可见到它们的痕迹。

## 二

从法哲学角度来看，美国现代国际私法中的法律选择方法是以实用主义为哲学背景，以追求具体正义为根本价值取向，是自由裁量主义在国际私法领域的体现，也反映了国家干预法律选择的膨胀。

（一）美国现代国际私法中诸多法律选择方法说是以美国实用主义哲学为基础，是美国现代社会法学等实用主义法学思潮在国际私法领域的反映。

十九世纪欧陆上盛行的狂热理性主义对这一时期掀起的制订法典的热潮有重大的动力作用，导致了立法可穷尽未来一切的认识倾向，抹杀了人文系统与自然系统间的区别。同样，这种哲学思想及其制约的思维方法也渗入到了国际私法领域，追求冲突规范的简单明确及偏爱单边冲突规范，成为欧陆国际私法立法中的流行色，而以欧陆国际私法为基础的美国传统国际私法亦难逃此劫，一直延续到1934年比尔报告美国《第二次冲突法重述》。在19世纪末，美国已开始孕育与传统理性主义相对立的实现主义哲学思潮，并在本世纪初逐渐流行开来，三十年代已深入美国法哲学领域。实用主义哲学的精髓在于“存在就是有用”，“有用就是真理”。曾为皮尔士俱乐部成员之一的美国大法官霍尔姆斯（Oliver Wendell Holmes）是将实用主义哲学运用于法理学和法学实践的杰出代表。他把法律理解为“大体上相当于社会方便的东西”，或者说当前社会所需要的东西；他曾说“法律的生命不是逻辑，而是经验”；法官不能从法哲学的角度的信条出发，而要以社会实证的社会状况出发，强调法律的适用过程的重要性；不注重法规的逻辑运用，主张在行动中发现和创制法律。〔13〕继霍尔姆斯之后的庞德、弗兰克、卢埃林光大了霍尔姆斯的实用主义哲学。庞德提出“为了适应新的道德观念和变化了的社会政治条件有时或多或少采取无法的司法”。〔14〕弗兰克有过之而无不及，认为法律永远是不确定的，原因在于法律行为应付的是人类关系最为复杂的方面，在法律面前的是混乱的、使人感到变化莫测的整个人生；他嘲笑追求确定性的法律观，认为流行的法律的确定的要求之所以无法满足，乃因为它是一种超乎实践可能和必要的东西。〔15〕这些观点都要求法官放弃过去坚持的永恒不变的法律信条和法学原则，应高度重视社会的现状和经济的发展，而不该盲目地信仰无所不包的、固定不变的法律规则；法律的适用不是如何运用法律，而是能否达到法律的社会目的，即公平正义地适用法律；另外应赋予法官特殊的地位，法官在司法中要立足司法裁判与流动的社会整体相结合，充分发挥自己的创造性，把握通行的社会价值标准进行裁判。

上述法哲学思想在美国现代国际私法选择方法学说上得到充分的体现，因为从凯佛斯、柯里、艾伦茨维格、利弗拉尔到里斯都强调：1. 在法律选择过程中，法官应充分对案件中有关的具体利益进行分析，而不应受缚于传统的僵化的冲突规则；2. 法官选择法律不能仅依冲突规范的指定，而应权衡具体的正义价值能否得到实现，宁可背叛陈旧的规则，也不能牺牲具体的正义；3. 法院地法颇受青睐，也是基于对法院地政府利益的维护，这是对19世纪自由资本主义条件下选择方法--抵制政府采取的任何向社会妥协措施的重大挑战，反映了实用主义的法哲学思想。正由于法律选择方法的学说以实用主义为支柱，我国国际私法学者李浩培教授提出：凯佛斯、柯里和艾伦茨维格三人提出的学说应归为经验主义--实用主义流派（empirismpragmatism school），因为他们三人都认为应当在没有指导性的观念和原则的情况下，按照实用主义的观点或者从纯粹“唯实主义”的立场出发，根据经验来建立冲突法体系。〔16〕

（二）追求法院认为的具体正义，是美国现代法律选择方法的最根本的价值取向。

法律适用（不管是实体规范的适用，还是冲突规范的适用）都有正义、安全、效率、灵活、简练等多种价值取向，立法者与司法者都期望每种价值取向的最大化。然而，法律诸价值之间又存在互克性，其中一项价值得到充分实现，势必在一定程度上牺牲、否定或侵蚀其他价值。在国际私法的法律选择中，即适用冲突法的过程中，同样遇到这一问题。综观美国国际私法法律选择方法诸学说，都倾向于以追求法院承认的具体正义为根本的价值取向。

关于正义的含义在历史上众说纷纭，但不管如何定义，正义的目的在于最优化地体现个人的需要满足及其与社会需要之间的协调。对于不同的评价者，可能有不同的正义与非正义的结论，正义的评价渗入了评价者的主观因素。在法院受理涉外民商事案件过程中，如何选择适用法律，也面临着产生不同正义评价的结果。涉外民商事案件由多元的利益组合而成（包括不同的当事人利益、法院利益、法院地政府利益、

其他相关政府的利益等），而美国的现代法律选择方法学说都立足于法院承认的具体的正义的实现，因此有可能导致当事人利益、其他相关政府利益的受损。从法律选择方法诸学说的内容来看，都重视分析州际国际秩序、法院地政府利益等等，这与法官个性及法官的主观分析相融合，虽然克服了传统冲突法用固定连结点对法律选择的僵硬性、封闭性的不足，但也不可避免地导致法律中安全、效率等价值受损害，即一方面使当事人难以预见法律后果，另一方面可能因法官的繁重分析而影响法律适用的效率。尤其是法院法官在利益分析中的自由裁量权大大加强了案件裁判的正义对法院承认的具体正义的依附性。

（三）美国现代国际私法中诸多法律选择方法普遍重视分析，但不是从众多的利益主体的角度出发，而只是重视相关立法者及其政府利益分析，因此其结果必须染上浓厚的国家干预的色彩。

在法律选择过程中关系到多种利益主体，但是美国现代法律选择方法都着眼于法院地政府利益，如在美国具有广泛影响的柯里的“政府利益分析方法”便是将法院地政府利益及相关政府的利益置于首要地位，而不同当事人的利益被搁置一旁，当事人所期望的判决可预测、公正等利益需要遭受冷落。里斯报告的《第二次冲突法重述》第6条法律选择原则中第二款的前三项：州际和国际制度；法院地有关政策；在决定特别问题时，其他有利益州的有关政策及其相应利益等，均未出“政府利益”之格，以致里斯指出，保护当事人的合理意志只是法律选择方面的一个原则，所以有时它也会被其他法律的原则所替代。（17）美国现代法律选择方法都把政府利益推到首要的位置，可以看出：其一，本世纪二战后，国际私法理论与实践适应了垄断资产阶级走“法外统治”之路的需要。尽管制定法体系也是政府利益的反映，但毕竟是有过去政策的局限性，而不如抽象的政府利益更能通过法官的裁量机动地表现政府意志。其二，借助法官分析的政府利益也确实更能适应现代资本主义社会复杂多变的情况，立法技术具有一定的先进性与合理性。其三，政府利益在法律选择上的显要地位及具体当事人利益的隐退，正是个人本位的法向社会本位的法的转化在国际私法制度中的具体表现。因此，也可以说适应了垄断资本主义时期，社会矛盾日益复杂化需要优先维护社会利益的需要。

当然，对于“政府利益分析说”，英国及欧洲大陆学者持有怀疑态度，莫里斯便指出偏重政府利益分析有如下不便：“冲突法主要涉及私法，关注的是私人的利益，而不是政府利益。各国政府对于在法律冲突的场合适用其法律是不是有利益关系，这值得怀疑，除非一个国家的政府确实是诉讼一方当事人，而且在这种情况下，该政府也可能根据自己的利益主张应该适用外国法而不适用自己的法律。”（18）

（四）美国现代国际私法中的法律选择方法是自由裁量主义在国际私法领域中的体现。

自由裁量主义是与严格规则主义相对立的一种法律思想。19世纪的欧陆基本上受严格规则主义控制，并且给英美法系国家带来很大的影响。庞德曾指出：“19世纪的法学家曾试图从司法中排除人的因素，他们努力排除法律适用所有的个体化因素。他们相信按严谨逻辑机械地建立和实践的封闭的法律体系，在他们看来，在这一封闭的法规体系的起源和适用中承认人的创造性因素，是极不恰当的。”（19）很显然，19世纪的严格规则主义立足于以下几方面因素：其一，希望资本主义法制克服封建专制国家的最大缺陷——缺乏安全性，因为“法外用刑”或“法外施恩”的出现，都会破坏法律的安全价值，使法律效果与一定行为之间因果关系的可预见性成为不可能，进而挫伤资本主义市场主体的积极性。其二，基于各种权力握有者都有可能受到权力的腐蚀而滥用权力，因此希望在立法、司法、行政三种权力之间建立一定的制衡机制防止权力运用者的异化，而法官权力的限制亦极为重要。其三，严格规则主义还建立于认为立法可以穷尽未来社会关系的认识论基础之上。

在法学部门中以解决法律冲突为己任的国际私法也涂上了严格规则主义的色彩，追求冲突规范的简单及偏爱单边冲突规范都是严格规则主义影响所至。19世纪的美国国际私法因其理论渊源于欧陆国际私法，也难逃严格规则主义束缚，因此，传统的美国国际私法是盲目的机械的，法官裁量权被约束到最小范围。与此相反，美国现代法律选择方法蕴含了丰富的自由裁量主义思想。从凯佛斯到里斯以及冯·梅伦和特劳特曼都强调发挥法官的自由裁量功能，他们把自由裁量主义的以下精髓运用于法律选择方法中去：1. 反对法律规则过于明确、僵化，认为案件是现在和将来发生的，而法律是过去的；2. 注重法律的适用过程，充分发挥法官运用法律的积极性、创造性，并可为追求案件的具体公正、正义而背离一般性原则、规则或判例。凯佛斯抨击传统的国际私法方法（管辖权选择方法）中法院选择法律时的无所事事、消极被动、会导致不公正的后果和虚假的冲突。法官应该去积极地分析可能适用法律的后果，从而作出明智的选择。

（20）柯里的“政府利益分析说”、利弗拉尔的“法律选择五点考虑”、里斯的《第二次冲突法重述》中最密切联系说都强调法院法官的分析作用，是否有利益联系及联系程度都取决于法官的自由裁量。正因为如此，温特劳布（DoJoWeintranb）对法官在利益分析中享有的广泛自由裁量权表示忧虑，认为法院在解决真实冲突问题时，若是对两个冲突的利益或政策分析进行一般的裁量，这只会导致主观判定，而不会对真实冲突问题的解决带来满意的结果。（21）因此他提出前文已叙及的适当约束自由裁量的司法权分享的有关原则，实际上，其中第一、三项原则仍落入了自由裁量主义的俗套。

美国现代国际私法中诸多法律选择方法学说的兴起已受到各国国际私法学界的极大关注，猛烈抨击者有之，赞誉者也有之。但不容置疑，这些方法对现代国际私法理论和实践具有一定的启发意义。首先，美国现代法律选择方法的共性--灵活性，有助于减少传统国际私法方法的机械性和盲目性，即使不能导致传统国际私法中固定连结点的全面灵活化，但还是有益于推动法律选择规范的多样化、开放化，以利于尊重具体案件的事实构成的复杂性，实现个别正义。正如莫里斯所说，美国的分析方法没有一种适合于美国的法院在审理国际性案件中运用，但其中“法律规则应该灵活”的教训还是应该记取的。（22）实际上，在新近的国际私法立法或国际条约中，可以看到一些美国现代法律选择方法学说的痕迹。如1978年《奥地利联邦冲突法规》第22条便是从利益分析角度确定的冲突规范；而且该法总则部分中第一条确定了“最强联系原则”（Grundsatz der stärksten Beziehung），这一原则与里斯的“最密切联系原则”是一致的。1987年《瑞士联邦国际私法》也采纳了“最密切联系原则”。此外，葡萄牙1977年11月25日法令及1986年联邦德国关于改革国际私法的立法中都有“最密切联系原则”的痕迹。其次美国现代国际私法中的利益分析方法及突出法院地利益保护的思想对于区际法律冲突的解决富于启发意义。因为区际法律冲突在一国主权范围内，因民商事因素交流频繁，而远比国际法律冲突经常化，为了求得案件的具体正义和维护各种法域中的社会利益、社会秩序，所以充分发挥法官的积极性分析案件具体情况是很有必要的，这也会促进国内民商事因素的顺畅交流、优化组合。再次，高度重视法院对政府利益进行分析，从认识论角度看，有助于我们认识国际私法中法律冲突产生及其解决方法选择的本质，进而正确地理解具体的法律选择规范。尤其是与国际私法有关的条约中，倘能从各相关政府政策的视角出发，可以避免签约的盲目性和科学地作出保留条款，可借助公共秩序制度排除某些冲突规范的适用。最后，从国际私法学的发展来看，美国现代法律选择方法直指国际私法的核心问题--法律选择，突出了在世界划分为许多独立主权国家的情况下，如何适用外国法律问题的重要性。这种专门化的系统的新技术研究推动了国际私法理论向纵深发展，同样也对法院管辖权、外国法院判决的承认与执行问题的研究有启发作用。那种认为现代美国国际私法的理论只在法律选择方法问题上咬文嚼字，而没有任何实质的突破的看法是狭隘的、片面的。笔者认为莫里斯的看法比较现实：“近五、六十年代中，美国出了大量的有关冲突法理论和方法的著作，有的写的很生动，有的写得很深刻。这种现象在其他任何国家，在这门学科许多世纪以来的漫长历史的其他任何时期，都没有见到过。到目前为止，这些著作对英国作者、英国法院在法律冲突问题上的态度，只产生微弱的影响。但在急剧缩小的世界，我们再不能完全忽视美国的贡献了”。（23）

那么，美国现代国际私法的“法律选择方法”是否如柯里等冲突法虚无主义者所声称的：足以彻底摧毁传统国际私法方法？事实上，这些法律选择方法在取得较传统方法的某些优势时，也伴生了难以解脱的自缚。从法律选择方法的价值取向来看，美国现代国际私法的法律选择方法诸学说把个别正义列为根本的价值取向，严重侵蚀了法律的安全、效率价值，必然背叛法治之根本目的，在正义与安全的二律背反中陷入两难的尴尬之境。

法律的安全价值指“法律应对各种行为的法律后果加以明确预示从而使法律有可预见性，使人们在行为之前即可预料法律对自己行为的态度，不必担心来自法律突如其来打击，从而起到防范其权力阶层人性的弱点的作用”。（24）安全与正义紧密联系，安全的获得本身就是正义的要求，同时安全涉及到延长享受正义的时间和可能性，以致霍希斯说：“人民的安全是最高法律”。但法律的安全与正义又是矛盾的，尤其是与个别的具体的正义，这是因为：一方面人们对未来预测的不可周全性，导致立法不可能保证特定案件正义的要求，因而需要法官在特定的时候以牺牲法律的安全创造个别正义，另一方面人本身的认识能力及干扰认识能力等诸因素容易导致法官错误地认定正义，以致“正义”与安全价值错位，所谓的“正义”侵蚀法律的安全价值；同时，安全往往与稳定性、普遍性相联系，而正义又往往有个别性、具体性和动态性的属性，这两对对立的属性奠定了安全与正义二律背反的基础。在国际私法的法律选择方法模式的确立上也不可避免地蕴含了法律的安全与正义价值的互克互生矛盾。正如前文提及的美国现代法律选择方法诸学说都以法院认为的具体正义作为根本价值取向，所谓的“政府利益分析”、“最好的法律规范”、“最密切的联系原则”都构成对法制的根本目标之一--安全的威胁。在有关合同国际条约中曾有过两种价值取向的拉锯战。1980年欧共体《关于合同义务法律适用公约》与1955年海牙《国际有体动产买卖法律适用公约》相似，即“最密切联系原则”是当事人未选择法律时，确定合同准据法的基本原则，该公约第4条第1款明确宣布：“凡未……选择适用法律的合同依与之有最密切联系的国家的法律”。而1986年订于海牙的《关于国际货物销售合同法律适用公约》第8条第1款规定，在当事人没有选择时，合同受卖方在订立合同时的营业所所在地法支配，确立了可预测的“卖方地法”原则。这又回到了传统的固定连结点的作法上去了。可见以追求具体正义为己任的美国现代法律选择方法中的“最密切联系说”在合同法领域内被以安全和可预测为重的“卖方地法”原则所取代了。正由于安全与正义的互克互生，在追求这种价值上的任何偏激做法都可能遇到挫折。

因而，美国现代法律选择方法在追求正义的价值取向时，仍难逃正义与安全二律背反的劫数，所以只要社会是法治社会，安全的价值便不可能被抹杀掉，因此不管美国现代法律选择方法学说在昨天或今天是

何等兴盛或影响深远，即便在美国这片土地上也不可能彻底地取代传统国际私法制度。

从美国现代法律选择方法的适用过程来看，法官自由裁量权大大增强，权力的累积和膨胀必然导致权力腐败，授予法官绝对的裁量权，无疑为司法专横打开了大门。法官自由裁量的拓展也紧密了法官个人的能力、品性与案件结果的正义实现间的联系，增大了司法维护社会公正的主观性、风险性。

法院地法在美国现代法律选择方法中的特殊地位引起各国国际私法界的注意，有的称之为“返家趋势”（homeward trend）。过于强调法院地法最首要的实践障碍便是判决难以得到外国的承认和执行；另外，法院地法与法官的自由裁量相联结还极易损害与法院地属民或在法院地从事民商行为的一方当事人的正当利益。在当今世界，国际经济一体化和各国民商交流日益频繁，而法院地法与法官自由裁量的结合势必会妨碍国际民商事因素的交流与合作，也不利于国际法律秩序的协调和发展，最后，还可能带来当事人挑选法院的后果，这是国际私法制度的最忌讳的问题之一。

正由于美国现代国际私法中诸多法律选择方法蕴含了法律基本价值间互克的不可避免的矛盾，同时法官的自由裁量权的膨胀和“法院地法”的泛滥都在不同程度上制约了美国现代法律方法走向国际社会。

注释：

（1）参见柯列茨基：《英美国际私法理论和实践概论》，1956年中译本，第16页。

（2）参见李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社，1987年版，第96页。

（3）凯佛斯：《法律选择程序》，1965年，第136页。

（4）〔18〕〔22〕〔23〕参见莫里斯：《法律冲突法》（中译本），中国对外翻译出版公司，1990年版，第522、526、540、508页。

（5）〔6〕柯里：《冲突法论文选集》，1963年，第183-187、613-614页。

（7）参见斯考乐和波得海：《冲突法》，1982年，第20-21页，转引自邓正来《美国现代国际私法流派》，法律出版社，1987年版，第148页。

（8）参见冯o梅伦和特劳特曼：《多州法律问题》，1965年，第76页。

（9）〔21〕参见温特劳布：《冲突法评论》，1980年，第二版，第345-346页。

（10）参见美国《第二次冲突法重述》（1971年）。

（11）兰多：《贝考克杰克逊案报告》，载《哥伦比亚法律评论》第63卷，1963年，第10页。

（12）维特：《美国“冲突法革命”对欧洲的影响》，载《美国比较法杂志》第30卷，1982年，第4页。

（13）参见吕世伦主编：《西方法律思潮源流论》，中国人民公安大学出版社，1993年版，第36页。

（14）庞德：《依法审判》，载《哥伦比亚法律评论》，第13卷。

（15）参见沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社，1983年版，第91页。

（16）参见：《中国大百科全书--法学卷》第331页。

（17）参见里斯：《冲突法主要领域的讨论》，载《海牙国际法演讲集》，1964年，第一版，第348-349页。

（19）庞德：《法律史解释》（中译本）华夏出版社，1989年版，第123页。

（20）参见凯佛斯：《法律选择问题批判》，1933年。

(24) 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社,1992年版,第328页。

原载于《江苏社会科学》1996年第3期

---

### 相关文章:

---

[加拿大外国银行分行准入制度及其对我国的启示](#)

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)

---