

文章编号:1671-6914(2006)05-0051-(11)

冲突法之本位探讨

徐崇利

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

〔摘要〕从冲突法的理论和实践来看,法律冲突的解决可归纳为以“私人”、“政府”和“社会”为本位三种情形。无疑,仅从法律逻辑上将无法对冲突法之本位的取舍做出完整的评估,就此,需要广泛地运用其他学科的理论。其中,依国际关系理论对这三种本位制进行分析,得出的结论是,“私人本位制”应成为各国冲突法立法的普遍选择;然而,以“私人”为本位的冲突法体系也应在有限的范围内或有限的程度上,以各种途径和方式有机地整合“政府本位制”和“社会本位制”的因素。同时,这也是健全和完善我国冲突法立法的一个重要方面。

〔关键词〕法律冲突;本位;国际关系理论

Abstract: As to the theories and practice, the conflict of laws can be solved on the three basis: “private”, “government” and “society”. In line with the legal thinking, it will fail to distinguish which basis is leading one in conflict of laws, so we must resort to other disciplines. Among them, the answer given by the international relations theory is that the “private-basis” ought to become the primary choice by conflict of laws. Certainly, at the same times, conflict of laws should take into account some elements of the “government-basis” and “society-basis” in various means. This is also the way to perfect the China’s conflict of laws.

Key Words: The Conflict of Laws; Basis; International Relations Theory

中图分类号:DF97 文献标识码:A

冲突法是一个充满争议的法律部门。1953年美国冲突法学者普罗瑟写到:“冲突法王国是一片迷茫的沼泽地,充满吡吡作声的泥潭,并居住着一批博学但古怪的教授,他们以不可思议和不可理喻的行话对神秘的事物进行理论探讨。普通的法院或律师一旦陷入或卷入其中,将完全不能自拔。”1975年,美国联邦法院的一位法官指出:“冲突法是一座名副其实的密林,身在其中,如能找到法律,也非引领至一项‘活用的规则’,而是一个嘈杂的领地。”直至1996年,美国学者戴恩称:“冲突法有时已像法律的精神病院。它是一个产生古怪的固恋癖和精神分裂症似幻觉的地方。”^①无疑,迄止,各种解决法律冲突的学说和方法异彩纷呈,无不与人们对冲突法之本位认识的差异直接相关。厘清冲突法之本位,不但构成有关冲突法基本原理研究的一个重要方面,而且对我国确立适当的冲突法立法模式,具有重要的现实意义。

一、冲突法本位之辨析

从冲突法的理论和实践来看,法律冲突的解决可归纳为以“私人”、“政府”或“社会”为本位三种基本情形。凡主张解决法律冲突为“私人权利”的取得过程者,为采“私人本位制”;“政府本位制”则视法律选择为对各国“政府利益”的分配过程;而在“社会本位制”下,法律适用表现为实现“国际社会利益”的过程。如所周知,社会利益系私人利益承受公共利益渗透或限制而形成^②。正因社会利益的这种混合性质,故尤其有必要厘清冲突法中“社会本位制”与“私人本位制”、“政府本位制”之间的关系。

一方面,从私人利益和社会利益之间的关系来看,私人利益可被理解为一种个人皆可享有的私法上的一般利益或平均利益;而社会利益往往系对社会关系中弱者的利益实行特殊保护所致,也可理解为是对

^① 以上两位学者和一位法官对冲突法的评论,均转引自 E. S. Fruehwald, *Choice of Law for American Court: A Multilateralist Method*, Greenwood Press, 2001, p. 1.

^② 有关私人利益、国家利益和社会利益之间关系的讨论,详见董保华等著:《社会法原论》,中国政法大学出版社2001年版,第1-6页。

收稿日期:2006-04-03

作者简介:徐崇利(1966—),男,汉族,浙江平阳人,厦门大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

社会关系中强者的权利加以限制而生。据此,在冲突法中,如果在法律选择过程中只考虑私人一般的私法利益,中性地对待相互冲突的各国实体法,即可视之为以“私人”为本位;如为了维护国际社会正义,以保护特定和非特定的人的特殊利益考虑来选择法律的,则可归之为以“社会”为本位^①。

萨维尼的“法律关系本座说”是对近现代欧洲传统冲突法立法具有重要影响的理论。该说主要是从分析私人之间的跨国民商事关系入手,来决定所应适用的法律,其采取的就是典型的“私人本位制”。依传统冲突规则中空间连结点的指引选择法律,考虑的实际上是一国法律的整体,而不再深究该国的实体法规则在个案中适用对当事人是否公正以及是否体现该国的政府利益。由此,德国冲突法学者克格尔认为,按传统冲突规则选择法律反映的是准据法所属国同一类人均可享有的“群体利益”;而对这些同一类人而言,此又乃一种“平均利益”。^{[1](P621-622)}显然,从本质上看,这种群体利益归根结底是一种私人利益。美国传统冲突法赖以建立的理论基础是比尔的“既得权说”,主张选择法律应体现对私人既得权的保护。可见,在对冲突法“私人本位制”的认同上,比氏和萨氏两大近代欧美冲突法巨匠的学说可谓同出一辙。

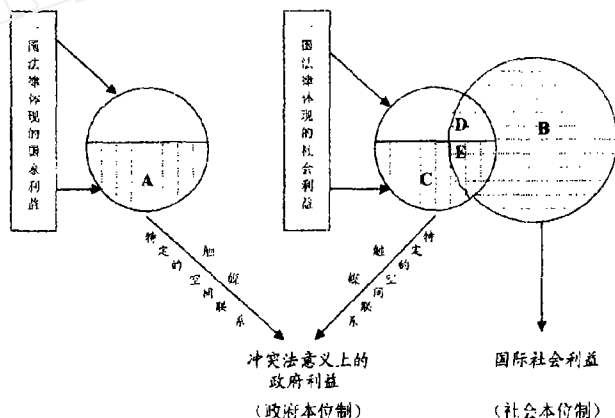
另一方面,从社会利益和政府利益之间的关系来看,在冲突法中,“政府利益”是一个特定的概念,包括一国的社会利益和国家利益两种源流,中国冲突法通常合称其为“社会公共利益”。无论是一国的社会利益,还是国家利益,只要能转化为该国冲突法意义上的“政府利益”,便构成冲突法“政府本位制”的基础。

以“政府利益分析”的方法解决法律冲突,包括两大基本的逻辑步骤:第一个步骤是,通过对发生冲突的各国法律所体现的社会利益或国家利益进行解释,以确定这些国家法律所隐含的适用范围,并结合具体案情来判断各国对纠纷有无冲突法意义上的“政府利益”。第二个步骤是,前述分析结果如表明仅有一个国家为对该纠纷具有冲突法意义上的“政府利益”,而其他国家均没有,则这是一种“虚假冲突”。在此情形下,具有冲突法意义上“政府利益”的那个国家的法律应予适用;如发现其中至少有两个以上的国家对该纠纷具有冲突法意义上“政府利益”,则属“真实冲突”;反之,如发现无任何一个国家对该纠纷具有冲突法意义上“政府利益”,则为“无着落案件”。真实冲突及无着落案件如何解决,是“政府利益分析”理论中最有争议之处,可谓仁者见仁,智者见智。美国现代冲突法中“政府利益分析”学派的鼻祖——柯里主张,在出现“真实冲突”和“无着落案件”的情形下,应优先考虑法

院地国的政府利益,即单边适用法院地国法。

上述第一个逻辑步骤实际上意味着这样的判断过程:如纠纷与一国有特定的地域联系,表明其在该国法律体现的“社会利益/国家利益”所及的范围之内,则该国对纠纷就有冲突法意义上的“政府利益”;反之则无。简言之,一国冲突法意义上的“政府利益”= 该国法律所体现的社会利益/国家利益 + 纠纷与该国有特定的空间联系(触媒)。在该公式中,“纠纷与一国有特定的空间联系”是该国法律体现的社会利益/国家利益得以转化为该国冲突法意义上“政府利益”的“触媒”(如下图所示)。按照柯里的“政府利益分析说”,当有关的人、物和行为位于一国境内时,其往往就在该国法律所含政策的保护范围之内,即该国法律体现的社会利益/国家利益涉及该跨国民商事关系。正如柯氏自己所言:“的确,在确定一个州的利益范围以适用其法律和政策时,人们将发现冲突法规则中常见的许多‘连结点’都是相关的。”^{[2](P590)}

冲突法“政府本位制”和“社会本位制”及其关系示意图



为何一国法律所体现的社会利益/国家利益转化为该国冲突法意义上的“政府利益”需要一个触媒呢?道理很简单,一般而言,一国的某一项法律总是有特定目的的,立法目的特定性决定了该项法律所体现

① 现假设,甲、乙两国的借贷双方订立了一个借款合同,借款的年利率为10%。对该项交易,甲国法认定其为有效借款合同,但按乙国法,该借款合同会因利率过高而无效。乙国冲突法规定借款合同依贷款人住所地法,倘若该案起诉到乙国法院,乙国法院将该借款合同作为普通的借款合同看待,如贷款人住所地在内国,就适用内国法,判定该借款合同无效;如贷款人住所地在甲国,就适用甲国法,判定该借款合同有效。以这种方法解决法律冲突的,实行的就是“私人本位制”。倘若该案起诉到甲国法院,甲国法院在比较甲、乙两国法律之后,认为不管借贷双方的住所地在哪个国家,本案选择法律应从维护国际社会正义出发,采取保护弱者的政策,使得借款人不受贷款人高利贷合同的侵害。于是,甲国法院便选择了乙国法,判定该借款合同无效。由此,可以说,甲国法院是以“社会本位制”解决法律冲突的。就本案而言,在以“私人”为本位选择法律的过程中,乙国法官视双方当事人只是抽象的“贷款人”和“借款人”,而不是“社会本位制”下甲国法官眼中的“强者”和“弱者”。

的社会利益/国家利益只可能指涉与本国有特定空间联系的人、物或行为。既然如此,在某一涉外民事纠纷中,如果根本不存在与该国有特定空间联系的人、物或行为,那么,该国对纠纷就无冲突法意义上的“政府利益”可言^①。就此,可以强制性规则的适用制度为例进行分析。各国的强制性规则通常都强烈地体现了本国的社会利益/国家利益,但在依“政府利益分析”方法考虑其是否适用于涉外民事纠纷时,法院首先得查明纠纷是否在一国强制性规则“自我界定”的适用范围之内,实际上就是判定该强制性规则的所属国对纠纷有无冲突法意义上的“政府利益”;如果有,该国的强制性规则才能予以适用。

在“政府本位制”和“社会本位制”下,选择法律的路径不同。在“政府本位制”下,解决法律冲突仍然是一个“管辖选择”的过程,其强调的是“哪个国家”对纠纷有政府利益;而在“社会本位制”下,选择法律更注重的是在相冲突的各国法律中,“哪个法律”所体现的社会政策更好。^{[3](P253-254)}美国学者勒弗拉尔的“较好法说”就是采用“社会本位制”的典型美国现代冲突法学理论。顾名思义,依照该说,在对发生冲突的有关国家法律所体现的社会政策和社会利益进行评估之后,应选择适用其法律比其他有关国家法律都好的那个国家的法律;而这个“较好的”法律就是能适应当时国际社会经济发展需要,并能在个案中求得对当事人公正结果的那个国家的法律。

在冲突法中,“社会本位制”和“政府本位制”存在的主要区别是:首先,如上所述,一国冲突法意义上的“政府利益”既可能来自社会利益,也可能来自国家利益。如果冲突法意义上的“政府利益”系由一国法律体现的国家利益转化而来,而非从社会利益转化而来,那么,在这种情形下,“政府本位制”显然与“社会本位制”无关(如上图所示A部分)^②。其次,即使冲突法意义上的“政府利益”系由一国法律体现的社会利益转化而来(如上图所示B部分),那么,在以下两种情形下,“政府本位制”和“社会本位制”仍存在着区别,并由此可能带来不同的法律选择结果:

一种情形是,如果一国法律体现的社会政策和利益与国际社会正义标准不符,那么,在“社会本位制”下,该国法律就不可能得到适用,而在“政府本位制”下,仍有被选择的可能性(如上图所示C部分)。冲突法中的“社会本位制”强调的是普适的国际社会正义,而非一国法律中视界内的正义文本。具言之,对于一国际民商事纠纷的解决,各国法律所持的正义观可能各不相同,只有一国法律体现的社会政策和利益符合国际社会正义标准,才可能成为纠纷的准据法;

而当一国法律体现的社会政策和利益与国际社会正义标准相悖时,该国的法律就不可能成为选择的对象。然而,在这种情形下,依“政府本位制”,该国法律体现的社会政策和利益仍有可能通过触媒(特定的空间联系)转化为冲突法意义上的“政府利益”,从而使该国法律有可能得到适用^③。

另一种情形是,如果一国与纠纷缺乏“特定的空间联系”(触媒),那么,在“政府本位制”下,该国法律就不可能得到适用,而在“社会本位制”下,仍有被选

^① 需要说明的是,也有的学者认为,尽管法院地国与案件没有这种“特定的空间联系”(如特定的当事人并非法院地国居民),但法院还是适用了法院地国法,以使法院地国法中体现的社会公平和正义理念得以实现。在这个意义上,也可认定法院地国对该案具有“政府本位制”下的“政府利益”。然而,这种在缺乏触媒的情况下对“政府利益”的扩大解释,与柯里提倡的典型意义上的“政府利益”是不相符的,具有与“社会本位制”混同的倾向。参见 S. C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer Law International, 2000, pp. 65-66, 151-152.

^② 这种情形可以我国《合同法》第126条第2款有关中外合资合同的法律适用规则为例。该款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营合同、中外合作经营合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”需要指出的是,这不是一条普通的单边冲突规范,其具有强制性,不容当事人通过意思自治予以排除。如以“政府本位制”分析之,一方面,我国有关这三类合资合同的立法,不仅仅涉及私法,而是包括了大量的反映国家利益的外资管理法;另一方面,这三类合资合同的履行地、中方当事人的住所地均在中国境内。同时,依这些合同设立的中外合营企业的登记地和住所地、企业管理活动中心地也在中国境内。这些特定的空间连结点显现,所涉三类合资合同毫无疑问在我国外资法的适用范围之内;换言之,以这些特定的空间连结点作为触媒,将我国外资法所体现的国家利益转化为了我国对这三类合资合同在冲突法意义上的“政府利益”,且我国的该项“政府利益”非常强烈,故必须适用中国法。就这三类合资合同的法律适用而言,就不存在以“国际社会”为本位比较我国有关法律与外国法律孰优孰劣的问题。

^③ 兹以挪威最高法院1953年判决的 Irma - Mignon 案为例。在该案中,一德国妇女起诉一挪威男子,要求法院以生物学的方法鉴定她的儿子是该挪威男子在德国服役期间与其所生的私生子。就此类情形,德国和挪威两国法律体现的社会政策存在着根本的差异:德国法律不允许做这样的亲子鉴定,目的是维护当事人现行婚姻和家庭的稳定;而挪威法律则从保护未成年人利益出发,允许进行这种鉴定行为。就该案,挪威最高法院判决应适用挪威法律,其主要理由是选择法律应促进法院地国法意在保护的特定目的。挪威学者海格·休尔认为,该案挪威最高法院法官运用的实际上就是以“社会”为本位的勒弗拉尔的“较好法”分析方法;较之德国法律规定,该案挪威法律的规定更符合保护弱者的国际社会正义标准,故应取挪威法而舍德国法。参见 S. C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, 2000, pp. 65-66, 151-152, 320.

然而,假如该案按照以“政府”为本位的柯里“政府利益分析”方法选择法律,结果将截然不同。一方面,从该案挪威法律规定来看,其立法之社会政策和目的范围是保护作为弱者的本国未成年人之利益;然而,该案的未成年人并非挪威人,而是德国人,并一直在德国长大。因此,挪威对该案根本无“政府利益”可言。另一方面,从该案德国法律规定来看,其立法之社会政策和目的范围是保护本国婚姻和家庭的稳定,作为该案原告之妇女是德国人,其婚姻和家庭均在德国,故德国是对该案具有“政府利益”的国家。这是一个典型的“虚假冲突”案件,依“政府利益分析”方法,应适用对该案唯一具有“政府利益”的德国的法律。

择的可能性(如上图所示 D 部分)。在“政府本位制”下,哪怕一国法律体现的社会政策和利益符合国际社会的正义标准,倘若该国与纠纷缺乏“特定的空间联系”(触媒),其法律体现的社会政策和利益将无以转化为该国冲突法意义上的“政府利益”,该国法律也就失去了适用的机会。而在“社会本位制”下,选择法律就没有一国必须与纠纷存有“特定的空间联系”(触媒)的前提条件,即只要一纠纷为该国的涉外民商事纠纷,且其法律体现的社会政策和利益符合普适的国际社会正义标准,便有得到适用的可能。^{[4](P364)}这一区别暗示着,在“社会本位制”和“政府本位制”两种不同的冲突本位制下,一国与纠纷是否存在“特定的空间联系”(触媒),往往会带来法律选择结果的不同^①。

当然,在特定情形下,依“社会本位”和“政府本位”两种不同的冲突法本位制选择法律,可能产生殊途同归的结果:当一国冲突法意义上的“政府利益”源于该国的社会政策和利益,而该国的社会政策和利益又符合国际社会正义标准时,无论是采取“政府利益分析”的方法,还是因循“较好法”的选择途径,该国的法律都有可能得到适用(如上图所示 E 部分)^②。

二、冲突法本位之选择

总的来看,在“政府本位制”、“社会本位制”和“私人本位制”三个选项中,各国冲突法的普遍选择应当是“私人本位制”。

在自由资本主义时期,古典自由主义盛行,国家对经济活动和社会生活采取自由放任的政策,反映在法律领域,民商法被定性为纯“私法”,国际民商事法律冲突的解决完全可以“私人”为本位制。然而,自资本主义进入垄断阶段以来,尤其是二战之后相当长的一段时期内,古典自由主义趋于衰亡,西方国家进入了“凯恩斯时代”,政府不断扩大对私人领域的干预,“私法公法化”和“法律社会化”的现象有增无减。在这一背景下,从 20 世纪 30 年代开始,美国出现了冲突法革命,并在 60~70 年代达到高潮。期间先后登场的各种美国现代冲突法理论,主张通过对民商实体法进行“政策定向”的途径来选择法律,这些理论带有明显的“政府本位”/“社会本位”色彩。然而,到了 20 世纪 70 年代,曾经风靡一时的凯恩斯主义因无法解决西方国家经济发展中的滞胀等问题,渐显败迹,从而引发了新自由主义的回潮。进入 20 世纪 90 年代之后,在全球化趋势的推动下,新自由主义思潮开始主导当代西方国家的意识形态,“市场至上”和“私法自治”的理

念再度兴盛,冲突法中的“私人本位制”重新从当代政治、经济和社会现实中获得了坚实的基础。

对于国内民商法的本位,我国学界曾有“私人本位论”和“社会本位论”之争。与国内民商法相比,冲突法受“社会本位”和“政府本位”的影响要小于国内民商法,亦即冲突法的“私人本位”的色彩要比国内民商法浓厚。支持这一结论的一个有力的论据是,国内公共秩序和国内民商法中的强行法规则未必构成冲突法上的国际公共秩序和国际强

^① 现以 1973 年美国明尼苏达州法院判决的 Mikovich v. Saari 案子以说明。该案 Milkovich 和 Saari 都是加拿大安大略省居民。1968 年 11 月 8 日, Milkovich、Saari 和另一名共同被告 Rudd 一起驱车前往美国明尼苏达州的图鲁斯城购物并观看表演。车主为 Saari,车子的保险地在安大略省。在明尼苏达州境内,由 Rudd 开车发生车祸,造成 Milkovich 受伤。后 Milkovich 在明尼苏达州法院起诉 Saari 和 Rudd。本案加拿大安大略省制定有“乘客法规”,明尼苏达州则采用普通法的侵权规则。

假如该案明尼苏达州法院采取以“政府”为本位的柯里“政府利益分析”方法选择法律,那么,首先要确定本州和加拿大安大略省对该案有无“政府利益”。该案明尼苏达州采用普通法的侵权规则,规定搭车者可以诉求车主赔偿。此类规则的立法目的是旨在保护受害人(搭车者)的利益,并促使车主谨慎行车以减少交通事故。从这项法律规定的目的分析,只要受害人住所地在明尼苏达州,则该案就在其适用范围之内。然而,该案受害人是加拿大安大略省居民,在明尼苏达州并无住所,故明尼苏达州对该案无“政府利益”;该案加拿大安大略省的“乘客法规”则规定,除非车主故意加害或有重大过失,否则受害人不得诉求车主损害赔偿。这项立法的社会目的在于:一则阻止搭车者忘恩负义之举,保护车主的利益;二则是为了防止车主和搭车者合谋,蓄意制造事故,骗取保险人的赔偿。据此,只要车主或保险人为该省居民,这项法律就将给予保护。该案车主和保险人恰恰均为加拿大安大略省居民。因此,加拿大安大略省对该案具有“政府利益”。总之,该案只有加拿大安大略省有“政府利益”,属于“虚假冲突”,美国明尼苏达州法院应适用加拿大安大略省的“乘客法规”。这就是说,尽管明尼苏达州普通法体现的保护侵权行为受害人的社会政策和减少交通事故的社会利益更符合美国社会的正义标准,但在该案中,明尼苏达州因与案件缺乏作为触媒的“特定的空间联系”(受害人非本州居民),该州法律体现的社会政策和利益无法转化为其冲突法意义上的“政府利益”,在“政府本位制”下,作为对案件没有“政府利益”的州,明尼苏达州的法律就不可能得到适用。

但在该案中,美国明尼苏达州法院真正运用的是以“社会”为本位的勒弗拉尔“较好法说”。法院认为,显然,该案只有加拿大安大略省有“政府利益”;虽然如此,但从适用较好的法律规则这一中心因素来看,美国明尼苏达州普通法中有关侵权损害赔偿责任的规则比加拿大安大略省“乘客法规”的规定要好。对此法院进一步解释道,因害怕车主和搭车人合谋制造事故骗取保险以及为防止搭车人忘恩负义的行为而制定“乘客法规”,以严格限制车主的赔偿责任,该理由难以立足。况且在现行的法律制度中,没有这样的过分规则照样可以揭露此类欺诈诉讼;而适用美国明尼苏达州的普通法规则,要求有一般过失的车主须对受损害的搭车人提供赔偿,法院并未感到有何为难和不妥之处。虽然明尼苏达州与案件并无“政府本位制”下的“特定的空间联系”,最后法院仍决定选择较好的本州普通法,而不是依“政府利益分析”应适用的加拿大安大略省的“乘客法规”。

^② 例如,一国法律如体现了保护弱者的社会政策,且受该法保护的主体为本国人,则该国对纠纷具有冲突法意义上的“政府利益”;同时,保护弱者的立法政策得到了各国普遍认同的国际社会正义的支持,故该国法律也属“较好法”。

制性规则。^{[5](P208-209)} 因为一个国家不能将自己国内民法上的社会公共政策全盘照搬到国际社会, 应该做到“内外有别”, 否则就会过分限制外国法的适用, 从而破坏涉外民商事关系应有的稳定性。

与其他部门法相比, 冲突法的一大鲜明特色是, 既有极强的技术性, 同时自其产生的那天起在基本理论上又充满着无尽的争议。人们对冲突法机理认识的巨大差异, 源于法律选择是一种深嵌于广泛的国内和国际政治、经济和社会背景之中的复杂过程。由此, 对于冲突法本位这样一个法律适用上的“元问题”, 需要采取法学理论与其他相关学科交叉的研究方法, 才能完整地加以评估。

从法理学的角度分析, 以“私人”为本位的欧洲传统冲突法理论, 其法理学基础是古典自然法学派和分析实证主义法学派; 而以“政府/社会”为本位的美国现代冲突法理论则得到了社会法学派的支持。在美国, 传统冲突法以“私人”为本位向现代冲突法以“政府/社会”为本位的移转, 只不过是美国法理学从古典分析实证主义以及古典自然法理论向现实主义流变的一股顺势径流而已。^{[6](P161-173)} 然而, 随着晚近社会法学在美国“一派独大”局面的销解, 美国的法理学进入了多元化的时代。在美国现代法理学中, “政府/社会本位制”下的美国现代冲突法理论虽然继续得到了体现“美国精神”的现实主义法学思想的撑持, 但已有独木难支之势; 相反, 以“私人本位制”为特色的冲突法理论却得到了新自由主义、新自然主义以及新分析实证主义等各种法学流派的广泛支持。^{[7](P1191-1217)}

从学科交叉的角度来看, 当代冲突法“私人本位制”优选地位的获得, 除了应探明其法理学上的缘由之外, 还应运用国际关系理论、社会学理论、政治学理论、经济学理论等其他学科的知识加以论证, 才能作出完整的评估。其中, 国际关系理论为分析冲突法的本位问题提供了一种独特的和非常有价值的视角, 此乃因为: 其一, 各国之间的法律冲突本身构成国际关系的一部分, 以国际关系理论分析冲突法的本位问题, 可突显其“国际”的性质, 而这正是法学以及其他学科研究所不逮之处; 其二, 从国际关系理论研究方法来看, 系整合政治学、社会学、经济学以及哲学等各相关学科知识和方法而形成的“工具箱”。相应地, 经由国际关系理论这一“传输带”, 可以更广的学科维度探讨冲突法的本位问题。

1. 冲突法中“政府本位制”的现实主义国际关系理论分析

冲突法中的“政府本位论”认为, 选择法律实际上是一种“政府利益分析”的过程。冲突法中的这种“政府本位论”与二战后兴起的国际关系理论中的现实主义学派有着一脉相承的关系, 二者均尊奉国家利益; 而且构成冲突法“政府本位论”法理学基础的现实主义法学派与现实主义国际关系理论学派的哲学立场都强调实用主义, 而非理想主义; 强调功能主义, 而非概念主义^①。根据现实主义国际关系理论, 自国家出现以来, 国际社会一直处于“无政府状态”(特指缺乏一个权位在各各国之上的“世界政府”)。在“无政府状态”的国际体系中, 只有国家, 才是国际关系的主体; 每个国家都是理性和自利的主体, 均以追求各自权力和利益为永恒的目标。而典型的冲突法中的“政府本位论”(如柯里的“政府利益分析说”)具有强烈的扩大法院地国法适用和保护法院地国居民利益的倾向, 这与现实主义国际关系理论的要义可谓不谋而合: 一方面, 现实主义国际关系理论强调各国以实现本国国家利益最大化为归依。与之相对应, 冲突法中的“政府本位论”认为, 一国的实体法体现的是本国的政策和利益, 为了维护本国利益, 法院应优先适用本国的法律; 另一方面, 在现实主义国际关系理论看来, 在外交决策中, 一国国家的利益和偏好与本国私人的利益和偏好可以通约, 前者往往是后者的反映。而冲突法中的“政府本位论”也恰恰主张, 法律选择应注重对本国居民利益的保护, 实际上这与维护本国的国家利益相一致。

然而, 一般认为, 现实主义国际关系理论比较适合于分析国家与国家之间安全事务等“高级政治”, 而跨国私人之间的经济、社会、文化等关系属于“低级政治”的范畴, 历来难登该派理论的“大雅之堂”。因之, 作为“低级政治”的一种, 国际民商事关系的法律适用实难从现实主义国际关系理论中获得坚实的理论基础。从本质上看, 国际民商事法律冲突毕竟属于“私法”的范畴, 在其解决过程中, 应牢牢抓住指涉“私人权利”的本质, 而不是动辄将之抬升至“政府利益”的高度去认识。正如英国著名冲突法学者莫里斯所指出的那样: “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。各国政府对在法律冲突场合适用其法律是否感兴趣, 这是值得怀疑的, 除非一个国家的政府确

^① 有关冲突法中“政府利益分析说”与国际关系理论中现实主义学派之间关系的论述, 详见 L. Brilmayer. Conflict of Laws, Little, Brown and Company, 1995, pp. 41-46, 115-118.

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适用外国法而不是自己的法律。”“假设隐藏在实体法规则背后的目的是如此的清晰,没有含糊不清以及如此的单一,以期在不会出错和具有一定稳定性的司法过程中找到它们,是不现实的。就法院地国实体规则而言,是这样;对于外国法的实体规则来说,更是如此。一个法律规则经常是相冲突的社会、经济、政治就法律压力作用的结果。它是各种相冲突的利益的混合体,它不可能排除掉其他所有的利益而以一种单一的‘政府利益’的形式表现出来。”^①

2. 冲突法中“社会本位制”的理想主义国际关系理论分析

冲突法中的“社会本位论”主张,法律选择应以实现当事人之间的实体正义为导向。例如,勒弗拉尔就坚称,应以社会正义为标准选择“较好”的法律适用于涉外民商事关系,这种冲突法学说实际上是建立在“善”和“道德”的理论基础之上的。^[8]如果从国际关系的角度看法律冲突的解决,冲突法中的“社会本位论”显然与理想主义国际关系理论相匹配。传统的理想主义国际关系理论鼎盛于两次世界大战之间,该派学者主张可对人性进行由恶到善的改造,国家也是如此,其政治行为同样可以改变,以致在国际关系中放弃强权政治,追求正义,崇尚道德。因此,该学派又被称为“法制主义—道德主义”国际关系理论。随着以个人主义为基础的自由主义思潮的勃兴,当代西方理想主义国际关系理论不再像传统理想主义学说那样,将重心放在正义和道德对“国家与国家”之间关系的作用上,而是强调“全球个人正义”的实现。^{[9](P112)}在冲突法的价值取向中,同样有“国家之间的正义”和“个人之间的正义”之分,而以勒弗拉尔“较好法说”为代表的“社会本位论”所持的正是当代理想主义国际关系理论所主张的“全球个人正义观”。^{[10](44)}

以理想主义国际关系理论支撑冲突法中的“社会本位论”同样缺乏应有的力度。在国际关系理论的发展史上,理想主义学派虽曾盛极一时,但随着国际联盟的破产和二战的爆发以及战后冷战铁幕的拉开,理想主义被视为“乌托邦”的代名词,本身退出了西方国际关系理论的主流学派。毋庸讳言,在处于“无政府状态”的现行国际关系中,正义这一基础角色不应被无限制地张扬和夸大。在当今国际社会,各国间的政治、经济、文化等仍存在着相当大的差异,对正义的理解也充满着争议,国际正

义就像一张普鲁透斯的脸,变幻无常。在缺乏应有的“正义环境”的国际社会^②,^[11]恐难生成普适于国际民商事关系法律适用的各种具体的正义准则。像勒弗拉尔“较好法说”这样的以“社会”为本位的冲突法学说,本来主要用以解决美国国内的州际法律冲突。即便如此,该等学说的“软肋”也是有目共睹,其所主张的作为判断“较好法”标准的所谓“主导性正义理论”,恰如美国冲突法学者克雷默所指出的那样,其基石只是“一些漫无边际的、有关客观之善的理论”;而“对于相互冲突的不同州法律中体现的正义,迄无一种可用以衡量的普遍理论的出现”。^{[11](P148)}正因如此,在美国国际法律冲突实践中,法官在运用勒弗拉尔学说时,往往只能以本州法律中的正义标准裁决何为“较好法”,从而表现出了偏好法院地国法适用的“恋家情结”。即便像勒弗拉尔自己主张的那样,判断“较好法”的正义标准应建立在符合“现代社会和经济条件”的基础之上,但“现代社会和经济条件的性质又足以引发争议,由此,在一定情形下,潜在的相关条件典型地表现出非常宽泛的范围,表明用以判定较好法的该要素通常是极不清晰的”。^{[12](P280, 339)}倘若像在美国这样的一国内都难以找到用以确定州际冲突法“社会本位”之普适的正义标准,更何谈超越一国,在诸国林立的国际社会针对国际法律冲突而为之,就每个案件四处寻找为各国所普遍认同的国际正义准则。

3. 冲突法中“私人本位制”的新自由主义国际关系理论分析

在现行的主流国际关系理论中,新自由主义是20世纪80年代之后蓬勃发展起来的一大学派。该学派在批判新现实主义学派“国家中心论”的基础上,提倡“全球中心”主义,强调非国家行为体对国际关系的影响。与新现实主义国际关系理论相反,在安全事务等“高级政治”领域,新自由主义国际关系理论谈不上是一种具有高强解释力的学说;但对于跨国私人交往等“低级政治”,该派理论则显具优势。因而,我们认为,新现实主义国际关系理论可成为跨国民商事领域法律冲突“私人本位论”一个颇有说服力的理论源流。在新自由主义国际关系

① 以上两段引言分别见 D. McClean, Morris: *The Conflict of Law*, Sweet & Maxwell, 2000, pp. 549-550, 551.

② 参见 K. Hutchings, *International Political Theory: Rethinking Ethics in a Global Era*, SAGE Publications, 1999, p. 38. 罗尔斯认为,只有人们之间相互依赖,且资源相当稀缺,才需要有一些公平分配物质的原则;反之,在一个资源十分充裕或每个人彼此间完全处于分离的状态下,就不存在“正义环境”。

理论流派中,“全球治理”理论晚近大有渐成显学之势。随着全球化趋势的不断深化,仅仅依赖以国家强制力为后盾的单一“统治”方式,已难以有效地应对日益复杂的各种跨国问题;更何况在处理这些跨国问题时,还可能出现“政府失灵”的现象。由此,就需要承认“全球市民社会”的地位和作用,打破国家在处理国际事务时的垄断地位,实行权力在各种国际关系行为体之间的多元分配,并以多维的调节方式对各种跨国问题实行“软性”的治理。于是,全球市民社会的形成为全球治理提供了基础。

在西方国家国内,随着自由主义资本主义时代的到来,政治自由主义和经济自由主义为“市民社会”与“政治国家”的分离构造了明确的思想框架。强调市民社会中私人自由、自主和自治,无疑是对“国家主义”的否定和反动,旨在抵制国家对私人事务的不当介入。反映在法律上,自此便有了公民法之分野,其中作为社民社会的法律,民商法(个人权利)制约着政治国家的权力。自20世纪80年代以来,沉寂多时的社民社会理论再度复兴,而全球市民社会理论又成为该理论一个引人注目的新枝^①。正是新自由主义思潮和全球化趋势分别从“市民社会”和“跨国”两个角度催生了全球市民社会。按照哈贝马斯的观点,市民社会可分为私人领域和公共领域。在全球市民社会中,其主要活动主体是跨国非政府组织,它们的活动具有明显的公益目的和公益色彩^②。虽然新自由主义国际关系学派中的全球市民社会理论侧重点是全球市民社会的组织化和公益性特点,但从本质上反映了全球化时代国家面临的能力危机和国家主权所受的限制。基于对这一本质的认识,我们可以从全球市民社会的另一面——其私人性和自主性的角度观察法律冲突问题,由此得出的结论必然是:国际民商事关系的法律适用属于全球市民社会内部的私人事务,不应受到以各国政府为代表的公共权力的过分干预。^{[13](P28)}也就是说,在与国家分离的性质上,全球市民社会的公益活动和对私权的保护具有相合性:跨国非政府组织代表全球市民社会开展公益活动,是从“积极”的角度弥补各国政府能力的缺失;而主张全球市民社会内部私人事务的自治,则是从“消极”的角度划定跨国市民阶层的应有领地,防止各国国家权力的肆意染指。这就从全球市民社会理论上强有力地支持了法律选择的“私人本位制”。

以上论证足以表明,“私人本位制”是当代冲突法的适当选择,但建立在“私人本位制”基础上的当代冲突法不可能是一个完全封闭的系统,而对其

他本位制采取绝对的“临床隔离”政策;“政府本位制”/“社会本位制”必将在一定的范围内和一定的程度上对当代冲突法产生影响。当代冲突法“私人本位制”的非纯粹性同样可从其赖以建立的理论基础难以周全的特性中得到论证。

在当代西方的意识形态中,作为冲突法“私人本位制”元理论基础的新自由主义虽取得了主导地位,但这并不意味着“历史的终结”。且不论新自由主义仍然受到以“社会”为本位的社群主义的强力挑战,其本身也不再像古典自由主义那样主张个人的绝对自由,即并不排斥适度的政府干预,突出了政府作为“守夜人”制定规则、维护社会公正和秩序的重要性。这些都为“政府本位制”/“社会本位制”影响当代冲突法留下了空间。

在当代,主流法律学诸派之间本身也出现了“高度综合”的趋势,彼此吸收、渗透的现象非常明显。^{[14](P25)(15)(144)}作为冲突法“政府/社会本位制”法理学基础的社会法学派之地位虽已不再像以往那样显赫,但其影响力仍不可低估;而新自由主义法学派、新自然法学派以及新分析实证主义法学派虽为冲突法的“私人本位制”提供了宽泛的法理学基础,但这些法学流派从社会法学派那里吸收的思想也培育了“政府/社会本位制”对当代冲突法影响力的滋养成分。

如前所述,在国际关系理论中,新自由主义学说可作为冲突法“私人本位制论”的基本理论背景,但这并不意味着新现实主义学派以及理想主义学派对于冲突法本位的理论阐释因之而全然黯淡无光。在特定情形下,将法律冲突这样的“低级政治”因素上升到国家利益的高度去考虑也不为过,当代冲突法不可能完全斩断“政府本位制”的情结。此外,对于法律冲突的解决,固然不能过于“理想化”地普遍以国际社会正义为基准,但也不能以国际社会正义的“虚无主义”处之。在全球化趋势的推动下,各国间的相互依赖关系不断加深,在国际社会应当能够形成一个足以确保“最低限度社会正义”实现的初级共同体;在各国对一些“最低限度社会正义”

^① 有关晚近市民社会理论的复兴和市民社会跨国化的论述,详见 P. Hamel, H. Lustiger-Thaler, J. N. Pieterse & S. Roseuil, *Globalization and Social Movements*, Chapter 3 “Retrieving Civil Society? Social Movements and the Challenge of Global Politics from Below”, Palgrave, 2001, pp. 63-69.

^② 跨国非政府组织的主要活动方式是从事特定问题的研究;教育和知识、信息的传播;宣传自己的政策主张;游说、影响及监督各国政府和政府间组织的决策;参与拟定议事日程;以及参加国际人道主义救助;等等。

存有共识之处,冲突法中的“社会本位制”仍可影响法律选择。从支持“私人本位制”的全球治理及全球市民社会理论来看,全球治理虽以全球市民社会为基础,但并未排除各国政府在全球治理中的作用。进一步来看,市民社会与政治国家的分立,并不意味着二者之间相互联系、相互作用的阻隔以及相互补充、相互制约关系的丧失。由于社民社会本身存在着“不自足性”,任由私欲(个人的特殊利益)膨胀,将带来内部矛盾和冲突的加剧,从而褪变为遵循“丛林法则”的自然状态,最终导致自身的溃跨。为化解社民社会自我衰弱之困境,需要国家基于公共的普遍利益予以调解和干预。^{[16](P39-40)}就全球市民社会而言,即使不能说其只是初现端倪,但也可谓之始处于新生状态,远未达到国内市民社会的成熟度。因此,较之国内市民社会,全球社民社会与国家之间的联系可能更加密切。全球市民社会存在的“失灵”现象以及引入公共权力之必需,为“政府本位制”/“社会本位制”因素渗入当代冲突法打开了一条理论通道。

三、冲突法本位之整合

冲突法之本位是整个冲突法制度赖以建立的基础,然而,面对错综复杂的法律冲突问题,任何一种本位制都不可能冲突法中取得绝对“垄断”之地位,具有“一统江湖”的普适功力。换言之,作为冲突法的“基本理念”,而非“绝对理念”,任何一种冲突法之本位必有其不逮之处。而这些不逮之处恰恰就是在解决法律冲突时应当予以优先考虑的“例外”情形。如前所证,“私人本位制”可成为当代冲突法的优选对象,但对其“排异反应”应有所控制,使之能适度地吸纳并融入“政府本位制”和“社会本位制”的修正和补充因素。鉴此,在“私人本位制”得到确立之后,当代冲突法立法的关键已不是要不要承认“政府本位制”/“社会本位制”因素影响的问题,而是要厘清应在多大范围和以何种方式接受其影响的问题。迄止,“政府本位制”/“社会本位制”因素渗入以“私人”为本位之当代冲突法的主要途径有二:

第一,在有限的范围内,“政府本位制”/“社会本位制”因素在以“私人”为本位的冲突法中发挥作用。其作用的具体领域又可分为冲突法和实体法两大层面:

一方面,在特定的冲突法领域,晚近兴起了“现代法律选择方法”和“现代法律选择规则”。首先,对于某些类别的法律冲突,如果情形复杂多样,

无法以一种本位制定于一尊,就可能采取复合本位制。例如,对于合同、国籍、住所和营业所以及发生区际法律冲突时准据法的确定等方面的法律选择,我国冲突法立法和司法解释规定应适用最密切联系原则,而最密切联系原则就是一种以复合本位制(兼采“私人”、“政府”和“社会”本位)为特征的“现代法律选择方法”。其次,对于某些类别的法律冲突,如果“政府本位制”/“社会本位制”非常凸显,并以“政策定向”为选择法律基础的,则会将其固化为相应的“现代法律选择规则”。“现代法律选择规则”虽采用“规则”的形式,但与传统冲突规则“形似而神不似”,后者以“私人”为本位,且以“管辖分配”为特点。“现代法律选择规则”可大致分为以下两类:

第一类是政策定型规则,即对某一类法律关系中的特定情形进行专门处理,制定反映“政府本位制”/“社会本位制”的现代法律选择规则。诸如:其一,“从属性法律选择规则”,通常是指,就某一类法律冲突,在确立普适的传统冲突规则之后,又根据该类法律关系项下的特殊构成,制定相应的现代法律选择规则予以补充。例如,对于侵权行为的损害赔偿,我国《民法通则》第146条第1款首先原则上规定,应适用侵权行为地法律;紧接其后,该款又引入了一项从属性法律选择规则,即“当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或住所地法律”。此等从属性法律选择规则与美国司法实践中依“政府利益分析”等方法选择法律得出的普遍结论相同,具有明显的“政府”本位性质。^[18]其二,“种属性法律选择规则”,通常也是先就某一类法律关系规定普适的传统冲突规则,再针对其中某一种或某几种特定的法律关系制定相应的现代法律选择规则。例如,在合同领域,德国、奥地利、瑞士、意大利、列支敦士登及罗马尼亚等诸多国家的冲突法立法,都将“特征履行”作为一般的冲突规则,但对于消费合同、雇佣合同等,则从保护社会弱者利益出发,以“社会”为本位,规定应适用消费者、雇员习惯居所地国法律。又如,我国《合同法》第126条第1款规定,当事人可以选择合同准据法;当事人没有选择的,适用与合同有最密切国家的法律。但针对三类中外合资合同,该条第2款又特别规定应适用我国法律,如前所述,这是一项以“政府”为本位的现代法律选择规则。其三,“分割化法律选择规则”,是指将一法律关系的某一方面或某一环节分割出来,就该部分规定特殊的现代法律选择规则。例如,我国

《民法通则》第146条第1款规定,侵权行为的损害赔偿一般应适用侵权行为地法;同时,该条第2款又补充规定,我国法律不认为在域外发生的行为是侵权行为的,不作侵权行为处理。一般认为,此类要求对侵权行为的认定重叠适用法院地国法的规定,反映了“特别用来促进当代国家利益”(“政府本位制”)的需要。^{[17](P69, 389)}

第二类是结果选择规则,即以“政府”/“社会”为本位,将事先设定的实体结果作为法律选择的标准。此类“现代法律选择规则”主要有两种:第一种是旨在保证某些法律关系成立或解除的冲突规则。这种结果选择规则被各国广泛用于促进遗嘱、准正、认领、收养、婚姻、合同等法律行为的有效或身份关系的成立,从而有利于保护当事人的正当期望,维护社会公平;或被西方国家用以选择有利于婚姻关系解除的国家的法律,以体现其“解放婚姻”的社会政策;等等。第二种是旨在保证选择有利于一方当事人法律的冲突规则,其立法目的主要是保护社会弱者(如消费者、雇员、被扶养人、承租人、托运人等),这样的结果选择规则往往建立在“社会本位制”之上。例如,我国《民法通则》第148条规定:“扶养适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。”该条规定中“与被扶养人有最密切联系国家的法律”实际上就是指对被扶养人最有利的法律。

另一方面,在特定的实体法领域,出现了以“政策导向”为适用方法的强制性规则。晚近,作为国家干预社会经济生活的结果,在国际私法中,强制性规则应运而生,此类规则可细分为两类:一类是直接体现国家利益的、具有明显“公法”性质的专门立法,如外汇管理法、进出口管制法、反托拉斯法等;另一类是一些体现社会政策的、“半公法半私法”性质的立法。这类立法是“私法公法化”的产物,如规定产品质量的绝对责任原则、最低工资标准、租金的最高界限以及承运人不能免责的条件等方面的法律条款,目的在于保护社会关系中的弱者。就法院地国强制性规则而言,虽不经普通冲突规则的指引即可直接适用,但其本身明示或默示地含有关于适用范围的规定。如前所述,这种“自我定界规则”表明,只有当涉外民商事关系与法院地国存有“特定的空间联系”(触媒)时,法院地国强制性规则才能得到适用。由此可见,无论法院地国强制性规则体现的是国家利益,还是社会利益,其适用均反映了对法院地国冲突法意义上“政府利益”的考虑,即采“政府本位制”。此外,晚近一些国家

的冲突法立法和有关统一冲突法国际条约规定,对于外国的强制性规则,在特定条件下,经“政府利益分析”,内国法院也可考虑予以适用。值得注意的是,我国现行冲突法立法均未对强制性规则的适用制度作出明确的规定,显属有待弥补的立法缺漏。

第二,在有限的程度上,“政府本位制”/“社会本位制”因素在以“私人”为本位的冲突法中发挥作用。其具体情形又可分为消极抵御型和积极矫正型两种“逃避功能”及“补缺功能”:

首先是传统公共秩序保留制度的消极抵御型“逃避功能”。在传统冲突法中,如果依以“私人”为本位的硬性冲突规则选择适用外国法的结果,将严重损害法院地国的国家利益或社会政策,那么,法院就会启用公共秩序保留这一“安全阀”,拒绝适用该外国法。就此,对“政府本位制”和“社会本位制”因素的考虑,使得公共秩序保留制度发挥了对“私人本位制”下法律选择的“逃避功能”。然而,公共秩序保留制度所起的只是消极防御的作用,即只能被动地用于对外国法在特定纠纷中适用的结果进行审查,而非以内外国法中包含的政府利益和社会政策为基准主动作出法律选择。^{[17](P73)}

其次是现代最密切联系原则的积极矫正型“逃避功能”及“补缺功能”。这两种功能是指,当依传统硬性冲突规则选择法律有偏颇或有缺漏时,便可将灵活的最密切联系原则从“预备役”中“征招”出来,送上法律选择的“前线”,发挥其纠偏和补缺的作用。虽然最密切联系原则和公共秩序保留制度都能在特定情形下起到否定硬性冲突规则的作用,但是包容“政府本位制”/“社会本位制”的最密切联系原则是通过对各国实体法的内容(体现的国家利益与社会政策)进行分析,直接寻找合适的准据法,以取代以“私人”为本位的硬性冲突规则原应适用的法律,因而该原则发挥的是一种积极的矫正功能。在这种情形下,被取代的原应适用的法律既可能是外国法,也可能是法院地国法,而为公共秩序保留所否定的只可能是外国法;同时,依最密切联系原则直接选择法律,也可填补法律适用的间隙,而这是传统公共秩序保留制度所不具有的功能。

晚近,已有越来越多的国家在冲突法立法中确立了最密切联系原则对各种传统硬性冲突规则的逃避功能及补缺功能。诸如,1978年《奥地利国际私法》第1条第1款、1988年《瑞士联邦国际私法》第15条第1款以及1994年《魁北克民法典》第3082条等;最新的立法动向是2002年《俄罗斯联邦民法典》第3部分第1186条第2款以及2004年

《比利时国际私法典》第19条。^[20]最密切联系原则之所以能全面地发挥其矫正功能及补缺功能，有赖于该原则的普适性，而该原则的普适性又来源于其对冲突法“政府本位制”、“社会本位制”以及“私人本位制”兼收并蓄的特点。在我国的冲突法司法实践中，最高人民法院在1988年发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第二部分第6条中，曾将最密切联系原则的矫正功能及补缺功能运用于合同法律冲突领域。我们认为，为了确保我国涉外民商事关系法律适用的准确性和合理性，有必要沿续并延伸该条司法解释的精神，将最密切联系原则的矫正功能推广到我国冲突法立法的全领域，运用该原则矫正依现行所有硬性冲突规则选择法律可能引起的不合理现象。另者，我国的冲突法正处于创制和发展阶段，现行的立法并没有详尽规定我国涉外民商事关系法律适用的所有方面；何况随着对外经济、民事交往的日益扩大，新的涉外民商事关系将不断出现，我国冲突法不可能处处为其预备相应的法律适用规则，从而也就非常需要最密切联系原则发挥其补缺的功能。^{[18](P19-29) [19](P53-55)}然而，正在起草的《民法典草案》第9篇（涉外民事关系的法律适用法）以及中国国际私法学会提出的《国际私法示范法》均未见全面确立最密切联系原则矫正功能及补缺功能的条款，因此必将使我国的冲突法立法失去以“私人本位制”整合“政府本位制”和“社会本位制”因素的一条佳径，实乃立法的一大缺憾。

需要强调的是，经由以上两种途径，“政府本位制”和“社会本位制”因素并非杂乱无章地进入以“私人”为本位的当代冲突法体系，而是三种本位制的一种有机整合。“政府本位制”和“社会本位制”因素只是在有限的范围内或在有限的程度上在冲突法体系内发挥作用，不会损及该体系“私人本位制”的根基。从第一种途径来看，以“政府本位制”/“社会本位制”为本位的“现代法律选择方法”/“现代法律选择规则”和强制性规则虽具有“必用”的性质，但其在适用范围上是有限的。其中，“现代法律选择方法”/“现代法律选择规则”只是针对一些特定的涉外民商事关系；而强制性规则本身数量有限，且只可能通过“分割”的方式适用于相应的涉外民商事关系的一些或某些方面。^[23]反之，从第

二种途径来看，公共秩序保留制度和最密切联系原则虽可普遍作用于冲突法的一切领域，但只担当“备用”的角色，其得到实际运用的机会有限。此其一。

其二，从中也可看出，以上两种途径在相当程度上存在着互补的关系，即在程度上是“必用的”，在适用范围上却只能是“有限的”；而在适用范围上是“无限的”，在适用程度上则只能是“备用的”。进一步来看，这两种途径内部的各具体情形之间也存在着相互联系、互为补充的关系。在第一种途径内部，“现代法律选择方法”/“现代法律选择规则”是在冲突法层面上发挥作用的；而强制性规则则在实体法层面引入了“政府本位制”/“社会本位制”因素。在第二种途径内部，“政府本位制”/“社会本位制”因素通过传统公共秩序保留制度发挥着消极抵御的作用；而现代最密切联系原则则具有积极矫正型的逃避功能及补缺功能。此外，在以上两种途径中，“政府本位制”/“社会本位制”因素起作用的方式具有“软硬相济”的特点。“现代法律选择规则”和强制性规则的适用是刚性的，是对“政府本位制”/“社会本位制”因素影响所致结果的定型化和结晶化；而公共秩序保留制度和最密切联系原则（直接作为“现代法律选择方法”或作为备用的“逃避条款”和“补缺条款”）则都是弹性地发挥作用，在个案中灵活地决定“政府本位制”/“社会本位制”因素对复杂的法律冲突情形的影响。

总之，“政府本位制”/“社会本位制”因素融入以“私人”为本位的当代冲突法体系的各种途径及方式不可或缺，且存在着相辅相成的关系。正因如此，对其中的任何一种途径及方式，我国的冲突法立法均不应偏废。对于各国比较公认的“现代法律选择规则”，我国冲突法立法应更多地引进；对于作为“现代法律选择方法”的最密切联系原则，我国冲突法立法可适当扩大其适用范围；对于已有的公共秩序保留制度，我国冲突法立法应“推陈出新”，更多地融入现代冲突法“政府本位制”/“社会本位制”的理念；对于强制性规则的适用制度，我国冲突法立法应尽早予以确立；最为重要的是，对于最密切联系原则的现代“矫正功能”及“补缺功能”，我国冲突法立法应当全面予以肯定。

参 考 文 献

- [1] G. Kegel. Paternal Home and Dream: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, 1979.
- [2] B. Currie. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Duke University Press, 1963.
- [3] 利·布里梅耶, 杰克·戈德史密斯. 冲突法: 案例与资料 [M]. 北京: 中信出版社, 2003.
- [4] P. J. Borchers. The Choice - of - Law Revolution: An Empirical Study. *Washington and Lee Law Review*, Vol. 49, 1992.
- [5] D. McClean. *De Conflictu Legum, Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century*. *Recueil Des Cours*, Vol. 282, 2000.
- [6] 肖永平. 肖永平论冲突法 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2002.
- [7] P. Dane. Vested Rights, "Vestedness", and Choice of Law. *Yale Law Journal*, Vol. 96, 1987.
- [8] J. W. Singer. Real Conflicts. *Boston University Law Review*, Vol. 69, 1989.
- [9] P. Jones. *International Justice Among Whom*. T. Coates, ed. *International Justice*. Ashgate, 2000.
- [10] R. L. Felix. Leflar in the Courts: Judicial Adoptions of Choice - Influencing Considerations. *Arkansas Law Review*, Vol. 52, 1999.
- [11] K. Hutchings, *International Political Theory: Rethinking Ethics in a Global Era*, SAGE Publications, 1999, P. 28.
- [12] L. Kramer. Rethinking Choice of Law. *Columbia Law Review*, Vol. 90, 1990.
- [13] G. J. Simson. Resisting the Allure of Better Rule of Law. *Arkansas Law Review*, Vol. 52, 1999.
- [14] J. Wiener. *Globalization and the Harmonization of Law*. Pinter, 1999.
- [15] 沈宗灵. 现代西方法理学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1992.
- [16] 何勤华. 西方法学史 (第二版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [17] 邓正来. 社论理论的研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [18] B. Flanotian, the American conflicts Revolutiona and European Tort choice - of - Law Thinking, *American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1982, PP. 89 - 92.
- [19] S. C. Symeonides, ed. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer Law International, 2000.
- [20] S. Lebedev, A. Muranov, R. khodykin & E. kKabatova, new Russian Legislation on Private International law; J. Erauw, Brief Description of the Draft Belgian Code of Private International law, in P. Sarcevic & P. Volken (ed.), *yearbook of Private International law*, vol. 2, Kluwer Law International, 2003, p. 120, 125; P148, 150.
- [21] 徐崇利. 全面运用最密切联系原则——健全和完善我国冲突法立法的一大抉择 [J]. *法学*, 1993, (2).
- [22] 徐崇利. 规则与方法——欧美国际私法立法政策的比较 [A]. *中国国际法年刊 (1999年卷)* [C]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [23] A. N. Zhilsov. Mandatory and Public Rules in International Commercial Arbitration. *Netherlands International Law Review*, Vol. 52, 1995.

(本文责任编辑 刘克毅)