

程松亮 著

冲突法的目的论分析

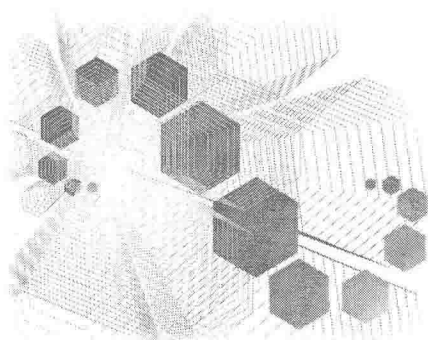
CHONGTUFA DE MUDILUN FENXI

长江出版传媒
湖北科学技术出版社

◎程松亮 著

CHONGTUFA DE MUDILUN FENXI

冲突法的目的论分析



长江出版传媒
湖北科学技术出版社

图书在版编目(CIP)数据

冲突法的目的论分析 / 程松亮著. — 武汉: 湖北科学技术出版社, 2014.4

ISBN 978-7-5352-6652-1

I. ①冲… II. ①程… III. ①冲突法—目的论—研究
IV. ①D997

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第079021号

责任编辑: 高诚毅

封面设计: 喻 杨

出版发行: 湖北科学技术出版社

电话: 027-87679468

地 址: 武汉市雄楚大街268号

邮编: 430070

(湖北出版文化城B座13-14层)

网 址: <http://www.hbstp.com.cn>

印 刷: 武汉三新大洋数字出版技术有限公司

邮编: 430072

850 × 1168

1/32

6 印张

130 千字

2014年4月第1版

2014年4月第1次印刷

定价: 36.00元

本书如有印装质量问题 可找本社市场部更换

前 言

人对于世界的思索,无非有两种思路,第一种是探寻事物的原因是什么,第二种则是探寻事物的目的是什么。前一种走向因果论,后一种走向目的论。在西方哲学中,无论是哪一种思路,如果发挥到极致,又都会指向同一个方向,即“上帝”^①,因为无论是第一个原因(第一动力)还是最后一个目的(终极目的),都是人类所无法达到和体验的,只能交给超越人自身的外来者。

近代的“科学主义”和“实证主义”兴起之后,因果论便开始了它对整个世界的数百年的绝对主宰,而目的的概念或多或少成为了一种陪衬,不能与因果论形成有体系的对抗。但因果论的基本倾向是一种历史倾向,凡事必以历史和过去为依据,这样,我们的将来就完完全全地被限制在这些过去发生的事件当中。然而人之所以为人,最关键的不在于他也臣服于大自然的因果链之中,而在于他能突破时空上的限制,创造出超自然的存在——目的。

出于这样一种哲理性的思考,本书将各种目的凝成一个有内在联系的稳固体系,即目的论体系,并运用到冲突法学

^① 需要指出的是,西方哲学中的“上帝”并不单纯是一种对神的迷信,而是对一系列终极性问题的解决理念,一种超越人的思维、认知极限的存在。

的思辩中,以期能在某种程度上克服冲突法学的某种盲目性。

冲突法的目的究竟是什么?如果按其字面含义理解,冲突法就是为了解决法律冲突,或以解决法律冲突为目的。但我们发现,冲突法在解决法律冲突的同时又产生了新的法律冲突——冲突法之冲突,这使“以冲突法解决法律冲突”的目的成为一种不可能完成的任务。因此,我们发现“判决结果一致”这一最主要的传统目的在近千年的实践中似只是一句空泛的口号。

在 20 世纪,美国发生了所谓“冲突法革命”,要求从“法域选择”转向“规则选择”。但转向“规则选择”之后,人们又发现一种悖论,这就是,既然要追求实体正义,要追求最好的规则,那么其本国法(或本地法)难道不是最好的规则吗?如果本国法真的不是最好的规则,造法者(美国的法官)应该想办法修正自己的本国法,而不是通过冲突规范在外国搜寻更好的法律。

所以,无论“法域选择”还是“规则选择”方法,它们对冲突法所设立的目的要么是冲突法无法实现的(形式正义),要么是无需通过冲突法或不应该通过冲突法而实现的(实体正义)。这样一来,冲突法似乎成为一种没有意义的东西。然而,立法者、司法者以及法学家们在近千年中的实践却乐此不疲地寻求冲突法的适用,冲突法的实践至今丝毫也没有被取代的迹象,这又说明冲突法必有其更深层次的意义,或者说是更深层次的目的。

另外,在面对来自欧美的各种层出不穷的理论时,我们也不禁困惑,似乎不同理论之间只是在简单地相互“否定”

着,比如“既得权说”否定了“国际礼让说”,“政府利益分析”又否定了“既得权”,而后“政府利益分析”又被新的理论所否定,现在“利益说”又将美国冲突法革命给否定。这种不断的否定,无穷的否定使我们应接不暇,而我国的国际私法研究似乎也在不知疲惫地介绍着这些无穷无尽的相互“否定”者,以至于我们似乎没有精力停下来反思,以至于在我们眼前似是一片混乱,理不清头绪,使我们感觉我国的国际私法研究在一片繁荣的背后似也颇为无序。

对此,我们试图以一种目的论分析来进行澄清,以期使那种简单的、无限的、“坏的”否定得到扬弃,从而找到冲突法理论中较稳固的支撑点。

目的论是一种十分宽泛的方法论,任何主张、目标、价值取向都可以说是一种目的,它们都可以成为目的论的素材。而从法则区别说时代开始,学者们就不停地为冲突法设立着各种目的。其目的在最开始比较单纯,就是为“本国”法官提供法律选择的规则或方法,帮助法官适用法律,但随着冲突法的不断发展,进入18世纪之后,它又被赋予了更为深层次的目的,比如寻求一种国际法律适用的统一秩序,追求判决结果一致,寻求“国际法共同体”的建立等等,我们认为这是对冲突法目的的一种形而上学化,而后来的学者则归纳为“形式正义”;另外,同时期的“国际礼让说”虽是在为适用外国法提供一种“原因”,但它也暗含着目的的种子,即寻求国家利益的最大化,而这也为后来的“政府利益分析说”等理论埋下了伏笔。进入近现代之后,先前的形而上的目的体系在一定程度上被突破,这主要反映在英、美等国的冲突法理论发展之中,其理论在经历了“礼让说”、“既得权说”、“法律现

实主义”及“本地法说”的洗礼之后,逐渐步入了由管辖权选择方法向规则选择方法的革命,新的学说层出不穷,也使我们看到了不断更新的目的体系。

然而,目的的分析与目的论显然不是相同的概念。目的论的主要目的是将各种主张、目标、价值取向整合在一个体系之中,为我们提供一种统一的哲学上的指引,这是本书的立论出发点。

基于上述考虑,本书由目的论的基本内涵展开,对冲突法的目的进行了比较系统的分析,主要内容分为五章。

第一章是概述。这一章对目的论及目的的含义进行了基本的界定。在这一部分的最后提出了目的网链的概念,指出目的论是各种不同的目的联结而成的有逻辑先后顺序的网链体系,这为全文的目的论分析提供了一种哲学框架。在这当中,我们所希望避免的一种认识就是冲突法只有一个单一的目的,本书不想为冲突法设计出某个唯一的目的,而是想将冲突法拥有的所有目的聚合在一起,形成一个有内在联系的目的体系。

第二章是在第一章的哲学性思考的基础上,对法学目的论和冲突法目的论的基本内涵进行了讨论,指出冲突法的目的论就是对隐藏在冲突法背后的各种目的进行分析,建立起一个由冲突法发散开来并指向终极的目的网链,使不同的学说、取向能统一在这一网链之中,从而能够建立一种统一的理性,使现今不断更新和相互否定的冲突法理论能够得到一种扬弃。

第三章是对冲突法目的论的历史分析,全章根据冲突法的各历史阶段分为四节。第一节围绕“法则区别说”对冲突

法的原始目的进行了讨论。在这一节中首先对法律冲突的基本内涵进行了分析,提出了法律场冲突的概念。法律冲突不单纯的是一种法律差异,同时也是由这种法律差异所引起的一种社会矛盾,而這種社会矛盾,我们将其界定为一种法律场的冲突。简单而言,某一法律在某一地域范围内具有一种实际的影响,这种影响可被称之为“法律场”,而存在于这一地域范围内的主体或客体会受到这种法律场的影响,从而像存在于磁场中的铁沙一样,被法律场所磁化,从而在自身之上形成一种法律场,而当这些主体与客体在不同的地域之间运动和交流时就形成一种法律场的冲突。因此,我们认为冲突法的初始目的就是解决这种法律场的冲突。而具体而言,法律可以通过设定完全权利能力的年龄而使个人产生一种对年龄判断的依赖性,在该年龄之下的人可以放心地玩乐而不必担心人生的责任,而在该年龄之上的人则自觉或不自觉地要学会自己对自己负责,要自主参与到社会关系之中;另外法律还将道德标准及政治利益也贯注在对人的评价之中,教化人们按其引导的方式行为,而更重要的是这种教化不仅会影响人们某些个别行为,还是一种系统的影响,并最终会在人们心中设立起一种思维方式,一种价值体系,一种习惯。而在此基础上,本节进一步对法则区别说所表现出来的“趋同”和“趋异”取向进行了分析,并指出法则区别说在某种程度上克服了法则的属地性,通过适用外域法表现出一种相互的法律认同,而这实现上是一种“趋同”的取向,也正因为如此,各种法则区别说都在各自的地域内形成了统一的民族国家,如意大利、德国、法国;另一方面,在民族国家形成之后,为了调和法则区别说内在的“趋同力”与民族国家的独立

性倾向之间的矛盾,就产生了“国际礼让说”,使法则区别说成为一种并入了“趋异”的“趋同”。而趋异与趋同与是本书的写作的两条主线。

第三章的第二节对传统的冲突法学说进行了研究,主要是“法律关系本座说”、“既得权说”和孟西尼的三原则,主要分析了它们所包含的形式化的取向,指出法律关系本座说和既得权说都是以某种单一的理性来决定法律选择,法律关系本座说是以法律关系为标准,而既得权说是以权利为标准,这都简化了冲突法的形式,有利于冲突法的形式正义的实现。关于孟西尼的“三原则”,我们认为其国籍原则是对属人法的一种简化,有形式上的意义;而意思自治原则同样促进了可预见性、确定性和判决一致这些形式上的追求。

第三章的第三节对美国的冲突法革命进行了讨论,分析了在这一革命中呈现出来的两种取向,即实质取向和实体取向,并对二者的区别进行了分析。然后对第二次冲突法重述也进行了讨论,认为它是对传统的形式取向及现今的实质取向的一种综合。实质取向追求所考虑的是不同的法律在同一案件中的影响力,它追求的是一种冲突法意义上的个案公正,“政府利益分析说”是其代表;而实体取向则是不论法律冲突如何,直接追求实体效果上的公平正义,“优法方法”是其代表。

第三章第四节对克格尔的利益说进行了评价,指出它是对美国冲突法革命的一种回应。而在实质上,“利益说”仍然是一种传统观点,该学说认为应该克守冲突法的秩序利益,尊重冲突法的基本形式,维护一种国际私法上的公正,因此从这一意义上而言,它也是对美国冲突法中实体取向的一种

否定。

第四章则是在第三章分析的基础上,对所有已经被认知的目的进行体系化的分析。该章由冲突法的自体目的开始,逐渐发散到终极目的,构建出冲突法目的论的一个总体体系,提出冲突法的自体目的包括冲突法的实质正义与形式正义,在此基础上存在冲突法的实体取向和程序取向,而这些目的取向又都服从于冲突法的外在目的——促进民商事交往和维护国别利益,最后它们共同指向终极化的目的——趋同与趋异。

第五章首先对全书进行总结评价,然后结合我国具体国情,分析我国现阶段所应该强调的目的取向,提出应该以实质为引导,立足于形式,克制程序上和实体上的取向,并应认清国别利益(国家主权)与交往利益(适用外国法)之间的辩证关系;本章最后则运用目的论分析的方法对冲突法中的两个一般性问题进行了讨论。

目 录

第一章 目的论之界定	(1)
第一节 目的论的基本内涵	(1)
一、渊源	(1)
二、目的论的两个层次	(2)
三、目的的基本内涵	(6)
第二节 目的的基本分类	(9)
一、先位目的与后位目的	(9)
二、正常意识目的与潜意识目的	(9)
三、显性目的与隐性目的	(11)
四、个体目的与群体性目的	(12)
第三节 目的运动规律与目的网链	(13)
一、目的派生	(13)
二、目的反思	(15)
三、目的网链	(16)
四、终极目的	(17)
五、目的的“异化”	(18)
第二章 法学目的论与冲突法目的论	(20)
第一节 法学目的论的基本内涵	(20)
一、法律目的	(20)

二、法学目的论的历史发展	(22)
第二节 法学目的论与法学理论	(28)
一、法学理论发展进路的梳理	(28)
二、对不同法学理念的目的论分析	(40)
三、综评	(43)
第三节 冲突法及冲突法目的论	(44)
一、冲突法的含义及其适用范围	(44)
二、冲突法目的论	(54)
第三章 冲突法目的论的历史分析	(57)
第一节 冲突法之产生——冲突法的原始	
目的	(57)
一、法律冲突的基本含义	(58)
二、混沌期——“法则区别说”	(64)
三、趋同	(66)
四、趋异	(67)
第二节 传统——冲突法目的的形而上学化	(69)
一、从“法则区别说”到“法律关系本座说”	(69)
二、“既得权说”	(77)
三、孟西尼的“三原则”	(81)
第三节 革命——实质正义与实体正义	(83)
一、极端形式的虚无与无效	(83)
二、抛弃规则——实质取向与实体取向	(85)

三、综合与折中——《第二次冲突法重述》···	(90)
第四节 回应——克格尔的“利益说”·····	(95)
第四章 冲突法价值取向的目的论重构·····	(98)
第一节 法的自体目的——正义·····	(98)
一、正义·····	(99)
二、形式正义与实质正义·····	(102)
三、程序法正义、冲突法正义、实体法 正义·····	(106)
第二节 冲突法的自体目的——冲突法正义···	(109)
一、冲突法的实质正义·····	(109)
二、冲突法的形式正义·····	(117)
三、“理性欲”和“理性恶”与“形式正义”和 “实质正义”·····	(122)
第三节 冲突法的实体取向与程序取向·····	(124)
一、冲突法的实体取向·····	(124)
二、冲突法的程序取向·····	(131)
三、意思自治——实质正义、形式正义及 实体正义与程序正义的相对统一·····	(133)
第四节 冲突法的外在目的·····	(138)
一、促进国际民商事交往(“交往”目的)·····	(139)
二、维护国别利益·····	(146)
第五节 终极目的·····	(149)

一、趋同	(150)
二、趋异	(152)
第五章 中国与冲突法的目的论分析	(156)
第一节 冲突法目的论分析对我国的适用	(156)
一、国别利益与交往利益的辩证关系	(158)
二、对实体取向与程序取向的有意识 克制	(161)
三、以实质为引导、立足于形式	(162)
第二节 冲突法目的论对有关冲突法一般问题 的分析	(163)
一、识别的目的论分析	(163)
二、反致的目的论分析	(165)
结语	(167)
参考文献	(170)

第一章 目的论之界定

第一节 目的论的基本内涵

一、渊源

“目的论”一词(teleology)来自希腊文 τελος(目的)和 λογος(学说)两个词,原意是指“关于目的的学说”^①,这是最通俗的理解,可以泛指一切以目的为研究对象的理论学说。但人们通常所说的目的论,一般是指下面两种含义:第一种是指一种认识论与方法论,即将目的作为研究事物运动的一种基本要素,试图由事物中所包含的“目的”来推导事物的运动规律或解释事物的形态;第二种则是指一种世界观,即认为“目的”是事物运动的一种根本动力,是世界的本源。本书所说的目的论取上述两种含义中的第一种,即把它视为一种认识论与方法论。

在早期的西方哲学中,目的论(teleology)是一种认识论与世界观的混合体。一般认为,最早对目的论进行系统论述的是亚里士多德,他在归纳了柏拉图等人的理论后认为,目

^① 郭华庆. 大自然的智慧——现代目的论[M]. 济南:山东教育出版社,1998:4.

的论有两种形态,第一种是“外在目的论”,第二种是“内在目的论”。其中,“外在目的论”是将事物的目的解释为某个超然的存在所设立的东西——如上帝对世界所设立的目的。由于这种目的是由外在于事物的上帝所设立的,它外在于事物本身,因此被称为“外在目的论”。柏拉图就是“外在目的论”的持有者。亚里士多德更倾向于“内在目的论”,认为事物的目的来源于事物内部,是事物产生时具备的固有特质,并不是由某个外在的上帝所设立的。亚里士多德的“内在目的论”与柏拉图的“外在目的论”的主要区别在于:“内在目的论”并不去假定一个超自然的存在(如主宰宇宙的万能的上帝),而认为目的是事物本身所固有的,“外在目的论”则需要一个外来的上帝为万物设定目的。

但无论是“内在目的论”还是“外在目的论”,其所理解的“目的”与我们通常所理解的“目的”并不太一样。我们通常所理解的目的实际上是人一种主观上的追求,而这种追求可以能动地指引人们的行为;而“内在目的论”或“外在目的论”中所理解的“目的”实际上是指一种在客观事物之上存在的一种“发展方向”,而这一“发展方向”客观地决定了某一事物现在的具体形态。

为了区别这两种内涵,我们认为“目的论”应该分为两个层次。

二、目的论的两个层次

第一个层次为客观目的论,或客体目的论,是以客观事物所存在的某种确定发展方向为研究对象。这一层次的目的论强调目的的客观性,主要任务在于揭示某种事物在过去

或现在表现出来的种种特征与将来某一时间所要发生的事情之间的决定关系,即将来要发生的事情决定了事物现在的形态。“内在目的论”与“外在目的论”实际上都是这类目的论。而这类目的论所理解的“目的”可以被称为“客观目的”。

“客观目的”并不简单地是事物发展的必然方向,而是一种可以决定事物现在形态的未来事件;如果没有这种“将来决定现在”的决定关系,某种方向就不能说是一种目的。例如,在“进化论”出现之前,人们对于长颈鹿的长脖子的一种解释是,长颈鹿有长脖子是因为它要吃高处的树叶,这种解释就是一种客观目的论的解释,即认为长颈鹿之所以有长脖子,是因为它有要吃高处树叶的客观“目的”,而这一“目的”就决定了长颈鹿的长脖子。在这当中,“外在目的论”会认为这一“目的”是上帝所设立的,“内在目的论”会认为这一“目的”是长颈鹿所固有的。

这样一种“客观目的论”对于解释长颈鹿的长脖子显然有一定意义,但人类却并不能满足于这种解释,因为如果说长颈鹿长长脖子是受“吃高处树叶”这一“目的”所控制的,那么作为我们人类,可以对这种规律施加怎样的影响呢?我们可以去改变和影响这一“目的”吗?对于这一问题的回答显然是否定的,因为这一“目的”要么是上帝设立的(外在目的论),要么是长颈鹿固有的(内在目的论),我们找不到任何可以施加影响的突破口——“目的”在这里变成了一种存在于“将来”的不由人能控制的东西,因为人永远不能穿越时空去影响将来。而且,这种目的论中的“目的”大多数情况下只是一种猜想——因为它存在于将来,而我们任何人都不能真正去预见将来,我们所能确定知道的只有历史与过去,我们每