



世 界 法 学 精 粹 文 库

冲突法的危机

THE CRISIS OF
CONFLICT OF LAWS

GERHARD KEGEL

[德] 格哈德·克格尔 著

萧凯 邹国勇 译



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

冲突法的危机 / 曹里著. — 北京: 武汉大学出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-307-06251-5

世界法学精粹文库

冲突法的危机

THE CRISIS OF CONFLICT OF LAWS

主 任 编 辑	编 译 校 对 员	编 者
主 任 编 辑	编 译 校 对 员	编 者
主 任 编 辑	编 译 校 对 员	编 者
主 任 编 辑	编 译 校 对 员	编 者

首 支: 曹里 校 对: 曹里 责任编辑: 曹里

法; 行 支 出
申)

印 刷: 湖北恒泰

ISBN 978-7-307-06251-5

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

凡购书者, 请向各书店索取, 如蒙惠顾, 不胜感荷。如有缺页, 请向各书店索取, 如蒙惠顾, 不胜感荷。如有缺页, 请向各书店索取, 如蒙惠顾, 不胜感荷。

图书在版编目(CIP)数据

冲突法的危机/(德)格哈德·克格尔著;萧凯,邹国勇译. —武汉:武汉大学出版社,2008.10

世界法学精粹文库

ISBN 978-7-307-06551-2

I. 冲… II. ①克… ②萧… ③邹… III. 冲突法—研究
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 148882 号

The publication of *The Crisis of Conflict of Laws* by Gerhard Kegel has been authorized by the Hague Academy of International Law.

《冲突法的危机》(格哈德·克格尔著)一书的出版已得到海牙国际法学院的授权,版权属于海牙国际法学院。

责任编辑:钱 静

责任校对:刘 欣

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:16 字数:225千字 插页:1

版次:2008年10月第1版 2008年10月第1次印刷

ISBN 978-7-307-06551-2/D·831 定价:28.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

《世界法学精粹文库》总序

我们正处于改革开放的时代，依法治国、实现法治是我们奋斗的目标，亦是国人一百多年来前赴后继，勉力将其推进，但仍有待于完成的大业。

实施法治除了可见的制度性建设一面之外，更为根本且尤难把握的是法治思想和观念的汲收、熏陶、培养、训练、辨识和传播；这种智识方面的建设积累工作是基础性的，它的有效进行将最终使得法治行为在社会生活中蔚然成风，使得法治精神在中国成为一个活理想，一种感召，一种诉求，一种强大的、指导人们活动的信念。这无疑是一个长期的、需要人们付出不懈的艰苦努力的过程。

本文库的目的是有选择地将国外有较高学术价值的法学著述译介过来，供国内读者研究、借鉴、批判地吸取之用。我们希望也相信读者会以正确的态度阅读这些著述，采集其精华，剔除其糟粕。我们期望通过我们的工作能为国家的法治建设添砖加瓦，略尽绵薄之力。

诚恳欢迎各界朋友对我们的文库提出批评和建议，以利于我们将这项基础性的工作做得更好。

武汉大学出版社编辑部

2002年10月

Vorwort

28. 7. 2005

Die Herren Zou Guoyong und Xiao Kai haben die Last geschultert, die Vorlesungen über “The Crisis of Conflict of Laws” ins Chinesische zu übersetzen, die ich vor gut 40 Jahren an der Hague Academy of International Law gehalten habe. Das Thema ist zeitlos und manchem Leser im Reich der Mitte wird die Schrift vielleicht gefallen. Ich kann nicht leugnen, daß mich die Übersetzung Stolz macht, und ich danke den hochbegabten Übersetzern mit Wärme.

Gerhard Kegel

前 言

邹国勇和萧凯先生不辞辛劳，将我 40 多年前在海牙国际法学院所作的关于“冲突法的危机”的演讲的讲义译成中文。该主题并不因岁月的流逝而失去其价值，中国的一些读者也许会喜欢本书。我无法掩饰本译著给我带来的自豪感，并为此衷心感谢两位才华横溢的译者。

格哈德·克格尔

2005 年 7 月 28 日

危机还是革命？

——译者前言

《冲突法的危机》(以下简称《危机》)是当代德国国际私法一代宗师格哈德·克格尔教授评论美国冲突法革命的经典著作,是作者1964年在久负盛誉的海牙国际法学院(Hague Academy of International Law)的同题讲演。^①在该讲演中,克格尔教授批判了晚近美国冲突法理论的政治化倾向,站在传统欧陆国际私法^②的立场上回应了美国冲突法学者的“颠覆性”主张,在继承国际私法传统的基础上提出对国际私法的改良,比较有代表性地体现了欧陆国际私法学者对待美国冲突法革命的立场。甫一发表即获得世界性的声誉,广为引证,成为研究和反思美国冲突法革命的经典文本。

克格尔教授对美国冲突法诸多新理论的一个总体评价是:“冲突法目前经历的是一种危机而不是革命”,因为“原有的基本理念仍然难以撼动”,而且“惟有这些基本理念才足以支撑冲突法的理论大厦”。^③面对“危机”,克格尔教授对冲突法的发展保持乐观,认为“危机乃是生命演进之道”,^④大可不必过虑。在这里,克格尔教授以其利益法学的理论为基础,^⑤区分了冲突法利益和实体私

^① Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 91-268 (1964-II).

^② 值得注意的是,本文所称的欧陆国际私法只是一个方便行文的泛称,欧陆各国之间在国际私法上的差异是不容忽视的。

^③ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 91 (1964-II).

^④ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 268 (1964-II).

^⑤ 有关克格尔教授的利益法学理论可参见本书附录中杜涛副教授的论文。

法利益，进而主张冲突法利益应在制定和适用冲突规范中居于优先地位，对柯里和埃伦茨威格等美国冲突法理论的代表性学者的思想分别进行了介评。由于本书正文和附录已经涉及相关内容，自有读者诸君评判，这里不再赘述。借助译者前言的部分，译者不揣简陋，围绕“危机”和“革命”这两个主题，对美国冲突法革命的法理学基础以及冲突法革命的域外之影响稍作梳理，借以反思国际私法理论的变迁，为本书的读者提供一个背景的介绍。

一、理论革命与范式转换

克格尔教授在《危机》一书的起始段就区分了学术理论领域的革命和危机。他认为“特定领域的学术进展往往导致其基本理念的弱化”，这是一种“危机”，而“如果基本理念迅速转型，便是一种成功的‘革命’”。^⑥

克格尔教授的立论基础无疑是成立的，这和20世纪中叶科学哲学大家托马斯·库恩的范式论一脉相承。按照托马斯·库恩的解说，特定研究领域的理论综合如果为将来的连贯研究奠定了合理问题和方法，构成一种该领域研究的模型，且这个既有框架为学者所遵循并借以解决种种问题，则形成该研究领域的“范式”（paradigm）。^⑦而随着理论的演进，逐渐出现既有范式下无法解决的新问题，导致新的研究视角和方法的出现。不合既有范式的反常（即新问题）使得研究者不得不对原来的理论进行调整和修正，于是，范式发生改变，出现所谓的范式危机。^⑧与之相对，只有范式的转换才被称为革命。后者意味着原来的范式被新的范式所取代，

^⑥ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 Recueil des Cours 91 (1964-II).

^⑦ [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第9页。

^⑧ “所有的危机都始于范式变得模糊，随之而使常规研究的规则松弛。” [美] 托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第77页。

该领域的问题和方法重新得到确定。^⑨然而，新范式的成功并不在于它对该领域所有问题都具有解释力，仍有大量的扫尾工作需要做，以使范式更加明晰和精确。

库恩的范式论揭示了理论演进的结构变化原理，其解释框架对于理解和把握美国冲突法“革命”^⑩亦有重要的借鉴意义。对比克格尔的《危机》，无论是“危机”还是“革命”，我们有必要厘清美国冲突法诸多新理论是否构成新的范式并业已取代原来的范式。转换成法学领域的术语，需要进一步追问：美国冲突法革命的法理学基础是否以及如何发生转变？

二、革命：美国冲突法理论的法理学基础及变迁

考察美国冲突法理论的法理学基础，最佳的蓝本莫过于1934年所制定的美国《冲突法重述（第一次）》[以下简称《重述（第一次）》]。之所以选择《重述（第一次）》，一方面是因为《重述（第一次）》是由在美国司法界具有权威影响的美国法学会（ALI）所主持制定的，虽然只有民间草案的效力，但在实践中会极大地影响法官的裁判，故成其为一种间接的法典化努力。^⑪另一方面，《重述（第一次）》是美国冲突法新理论批判的矛头指向，代表着既有的“僵硬的”、“机械的”法域选择（jurisdiction selection）传统，既掩饰了法律选择背后的影响法官裁量的实体法因素，又舍弃

^⑨ “科学革命是指科学发展中的非累积性事件，其中就范式全部或部分地为一个与其完全不能并立的崭新范式所取代。”“范式之所以获得了它们的地位，是因为它们比其竞争对手能更成功地解决一些问题，而这些问题又为实践者团体认识到是最为重要的。”[美]托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社2003年版，第85、21页。

^⑩ 在这里，我们不过是仍然延续传统表述，将20世纪二三十年年代以来的美国冲突法诸多新理论的提出谓之美国冲突法“革命”，至于是否构成范式转变意义上的“革命”详见下文具体分析。

^⑪ 参见萧凯：《美国冲突法法典化的变迁》，载《中国国际私法与比较法年刊》2004年卷，法律出版社2005年版。

了对个案正义的追求。然而^⑫。宝商匪县谁重志代麻盟回似似房对
 变番《重述（第一次）》可谓是普通法系冲突法传统理论的集大成者。在美国的普通法中，传统的冲突法理论根植于主权的属地概念之中。按照主权的属地性，一国的法规仅在其领域内有效，换句话说，国与国之间的物理疆界同时也构成了法规空间效力边界。基于此，传统的冲突法表现为严格的地域性，其最为重要的规则就是：任何事件都受其发生地法律的支配。在此种法律观念的主导下，我们不难发现，《冲突法重述（第一次）》的法理学基础为法律形式主义，其指导原则是形而上的，其具体内容是规则导向的。^⑬

然而，《重述（第一次）》尚在制定之中，美国法律体系的基础已经发生了改变，法律现实主义的思潮横扫千军，原来的概念主义或形式主义的法理学面临重大挑战。^⑭

《重述（第一次）》所沿承的是19世纪以来的概念主义法理学，认为法律是一种逻辑的对称架构，一切都是精巧地吻合着。司法裁判的正误与否就是看所处理之案件是否符合这个逻辑架构，如果吻合，那么判决就是正确的。如此一来，立法者的规则体系成其为所有法学研究的中心，而司法裁判者不过是戴脚链的舞者，裁判行为和裁判结果都是可以预期的。柯里所批判的传统冲突法体系正是建立在这样一种“概念主义的立场”上，认为传统的冲突法不过是一个装置，一台机器。^⑮法官只是机械地操作冲突法机器，“当法院处理一个冲突法的案件时，它不应去审理该案——即，运用智识，探求所争诉的法律的理由、政策和历史，以及它们在本案

变番重全大齐球中其，书事对财果非印中编安学研奇革命革学将”^⑯

⑫ See Jeffrey M. Shaman, *The Vicissitudes of Choice of Law: The Restatement (First, Second) and Interest Analysis*, 45 Buffalo L. Rev. 329, 330 (1997).

⑬ “法律现实主义是对美国法律体系在20世纪上半叶所经历之危机的学术表述而已”。Grant Gilmore, *Legal Realism: Its Cause and Cure*, 70 Yale L. J. 1037 (1961). 法律现实主义反对概念主义和教义主义。法律现实主义所强调的是事实：案件的事实、经济情势的事实或者是生活的事实。但即便是事实，现实主义者也保持着内在的怀疑。

⑭ Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 138-140, 161, 165, 637 (1963).

中的适用，从而依据法律公平地对待当事人。相反，法官应该是将信息输入机器之中，运行某些标准程序，然后把机器得出的结论原封不动地写进自己的判决书。”^⑮

而在批判的法律现实主义者看来：法律并非静止而是动态的，随社会的变迁而改变。所谓逻辑规则的精巧对称架构并不存在，既定的法律规则难以解释司法裁判的基础。法官在一个案件中的判决是对独特事实状态的临时反应，援用相关法律规则不过是对这种法院个人临时反应的一种自觉或不自觉的理性化努力。法官反应的动机被掩盖或忽略了。研究案例的价值就在于对案件的事实判断：即特定之情势下，甲胜诉而乙遭败诉；这不是一个裁判中的理由。如此一来，过往案例对将来裁判的预期价值就不值一提了：先例的理论不过是聪明法官愚弄他人或者自我欺骗的把戏。研究法律规则或法律原理也就陷入贫困而近于荒谬。^⑯因此，法律现实主义者认为：有关法律和法律权利的主张不过是对过往之司法行为的描述，对将来之司法行为的预期而已。诚如霍姆斯（Holmes）大法官的经典名言：“对法院如何作为之预知实乃余之所谓法者，舍此无他尔。”^⑰是故，法律不能决定人们应该做什么，尤其也不能告诉法院应如何裁判。这样，司法裁判就不仅仅关乎对什么是法的确定，还必须包括对法律应该是什么的衡量。^⑱

美国冲突法“革命”中的理论创新者正是深受现实主义法理学的影响，并以此解构了传统的冲突法体系。不了解现实主义法理学或者完全站在国际私法的角度，也就无从领会美国冲突法“革命”的新主张的合理性所在。例如，在批判《重述（第一次）》的

^⑮ Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 138-139 (1963).

^⑯ Grant Gilmore, *Legal Realism: Its Cause and Cure*, 70 *Yale L. J.* 1037 (1961).

^⑰ O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 461 (1897).

^⑱ Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 *Colum. L. Rev.* 809, 840 (1935).

基础——既得权理论时,^{①9} 不仅既得权理论中严格的地域性被抛弃, 而且尊重外国权利的义务论也受到否定, 这直接动摇了普通法系中长久以来适用外国法的核心基础。英特马 (Yntema) 认为, 法院适用外国法并非存在承认外国权利的义务, 而只是因为本国 (州) 政策要求适用外国法。^{②0} 库克 (Cook) 则进一步明确主张: 适用外国法完全出于本地动机, 法院根本不能执行一个外国权利, 适用外国法事实上不过是产生了一个类似于外国法院所创设的法律权利的本地法律权利。^{②1} 事实上, 库克的本地法说 (*lex fori*) 的法理学基础即是其法律现实主义观: 即认为关乎法律和法律权利的主张不过是对司法裁判者之行为的描述和预期。^{②2} 由于这些主张只是描述性的, 故而也就不可能产生规范性的结论, 所以, 也就不可能告诉法官如何裁判。基于这一点, 库克认为承认外国权利 (一个描述性的主张) 不可能形成规范性的强制力要求法院适用外国法。^{②3}

不仅如此, 冲突法“革命”中论者“回家去 (*homing trend*)”的主张——即强调法院地法的优先地位, 也可以从现实主义法理学中找到根基。后者认为权利仅当得到执行之时才存在, 所以他们将权利与法院紧密相联。而将权利与法院相关联, 这些冲突法论者所秉持的是司法裁判应促进法院地政策这一主张。进而, 由于现实主义法理学认为司法裁判的中心所系在于裁判者的伦理观, 只有裁判者的个案具体裁断才构成现实主义观的“法”, 故所有的法律都是本地法。同时, 另一方面, 考虑到法官之伦理观并不必然认为法院

^{①9} 既得权理论的出发点是回答法官为什么有时适用外国法, 认为法官不是适用外国法, 而只是实施在域外所取得的权利。转化过来形成的理论是: 如果一项权利依据外国法所取得, 该权利在其他地方也应得到承认。

^{②0} Yntema, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, 37 *Yale L. J.* 468, 478 (1928).

^{②1} See Walter Wheeler Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, 20-21, 222 (1942).

^{②2} *Id.*, at 33.

^{②3} *Id.*, at 35-36.

地的政策是最优先的选择，因此，现实主义法理学在内容上也可以包容反对法院地法主义以及促进外州利益的冲突法理论。

上述对现实主义法理学基础上的冲突法理论的解说也有助于我们对柯里政府利益分析说的理解。柯里的政府利益分析说考察的是准据法背后的立法意图，其出发点仍然是作为裁判者的法官的自由裁量权，只不过影响法官裁判的权衡因素放在了立法政策的探求上。按照柯里的理论，法官在适用外州法时，需要考虑的不是冲突规范的指引，而“应探求各自法律中所体现的政策，以及在什么情形下所涉各州实施这些政策而具有的利益”。^④事实上，现实主义法理学对结果正义的追求，^⑤正是强调司法的主旨在于促进裁判者所在州的政策，从而导致对法院地法的优先适用。只有当法院缺乏其适用本州法的利益时，法院才有可能适用外州法。在法院地法与外州法存在真实冲突、外州法之间存在真实冲突时都是优先适用法院地法，这在现实主义法理学的视角下均不难理解了。

基于前文的解读，我们不难发现，美国冲突法理论在20世纪二三十年代至六七十年代的确出现了新的范式，旧有的以法律形式主义为基础的既得权理论已经完全被抛弃，取而代之的是法律现实主义影响下的新的选法理论，谓之“革命”实不为过。

然而，为何克格尔教授仍称之为“危机”，认为冲突法的基本理念并未被撼动？答案在于：克格尔教授是站在欧陆国际私法的立场来解读美国的冲突法革命，其考察的不是美国冲突法理论自身是否发生“革命”，而是美国冲突法的新理论是否对欧陆国际私法带来革命性影响？对此，克格尔教授坚持的是否定的答案，这和其他一些欧陆学者的见解也大略相同。美国冲突法革命之所以对欧陆国际私法之影响并未触及根本，在于欧陆国际私法的基础范式是萨

^④ 63 Col. L. Rev. 1242-1243 (1963).

^⑤ 柯里在批判既得权理论的冲突法学者时，指出这些人“回避了问题；对于这个初始的问题，至少这样一个问题——即在属地主义者建构各种虚假问题的大厦之前的问题：到底什么是正义的结果？” Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 104 (1963).

维尼的法律关系本座说。虽然法律关系本座说的法理学基础也是概念主义法学，但与既得权理论不同，萨维尼的理论是寻求一个具体法律关系的“本座”——即场所化的过程，而这种场所化的过程是根据所涉特定法律关系的具体特性来判定的。^{②⑥} 萨维尼的本座说与既得权理论的分野主要是对于法律范畴（legal category）的界定和作用上。^{②⑦} 尽管在普通法中也有合同、侵权等法律范畴，但在冲突法领域，这些法律范畴的区分基本没有理论上的分析，也很少用于法律选择。^{②⑧}

反观欧陆国际私法，在法律范畴这一点上，欧陆的传统是分析其特定理论基础以及社会功能，并在此基础上确定连结点。而且由于欧陆国际私法中的“法律关系”的界定源自国内实体法，因此往往会借用国内实体法中对该特定种类的法律关系的基本原则的分析。也正是这个原因，相应的该法律关系的法律选择也存在基本原则的分析，而且经常是对该法律关系之冲突规则在社会功能上的考量。如早在1949年，法国国际私法的权威学者巴蒂福尔就曾总结在设计冲突规则时需要考量的主要因素，其中包括：当事人的利益、（在立法和判例中所体现出来的）法院地的政策以及国际社会的和谐运作。^{②⑨} “利益”、“政策”、“立法主旨”等冲突法革命中耳熟能详的术语事实上在欧陆也有强调。

所以，美国冲突法革命的对象是美国《重述（第一次）》，而不是一以概之的“传统国际私法”。其新理论所解构的是美国原有的冲突法框架，所谓“规则”或“方法”的二元选择只有美国国内的解释力。换句话说，美国冲突法革命所革的主要是“美国传

^{②⑥} 参见萨维尼的《现代罗马法体系》第八卷。

^{②⑦} 法律范畴的划分源于罗马法，是民法体系的重要特征之一。这也是为什么萨维尼的冲突法理论是放在评论罗马法的框架内的原因。

^{②⑧} 例如：身份这一民法体系中重要的法律范畴，在普通法中就仅得到非常有限的承认。参见 I Rabel, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., 110 (1958).

^{②⑨} 参见 [法] 巴蒂福尔：《国际私法》（法文版），1949年版，第286页。转引自 Bernard Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, 27 Am. J. Comp. L. 589, 593 (1979).

统冲突法规则”的命运，其对欧陆国际私法中以萨维尼本座说为基础的冲突规则并无太大的冲击力和解构力。^⑳甚至有法国学者还认为，美国冲突法革命之后的《冲突法重述（第二次）》是缩小了而不是扩大了欧美之间在国际私法上的差异。^㉑

三、危机：美国冲突法革命对欧陆国际私法的影响

美国冲突法的理论实际上源于欧陆国际私法，在19世纪上半叶由斯托里（Story）通过其巨著《冲突法评论》引入欧陆国际私法理论，从而奠定了美国联邦体制下的冲突法框架。^㉒此后直至冲突法革命，美国的冲突法理论基本是对欧陆国际私法理论的移植。除了斯托里对胡伯三原则的继承外，《冲突法重述（第一次）》的报告人比尔（Beale）教授的既得权理论也是从戴西（Dicey）那里传来的。^㉓即便是冲突法革命的新理论，似乎也都能找到欧陆国际私法的渊源。埃伦茨威格的理论与德国学者韦希特尔（Wächter）的主张雷同，^㉔莱弗拉尔（Leflar）结果选择的较好法说让人回想起12世纪后注释派学者阿尔德里库斯（Aldricus）的观点，^㉕而早在柯里的通过确定实体私法的空间效力进而构建单边冲突规则的方法论提出18年前，法国的皮朗科（Pilenko）和意大利的夸特里

^⑳ “比尔式的法律选择规则和欧陆的法律选择规则的相似性很大程度上是表面上的，对前者的批判很难适用于后者。而且，对于批判既得权理论所阐发的冲突法分析路径很多已经包含在欧陆冲突法规则或方法之中了。” Bernard Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, 27 Am. J. Comp. L. 589, 598 (1979).

^㉑ 但这种见解受到了美国学者的质疑，参见 Arthur Taylor von Mehren, *Comments*, 27 Am. J. Comp. L. 605 (1979); Friedrich K. Juenger, *Comments*, 27 Am. J. Comp. L. 609 (1979).

^㉒ Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws* (1934).

^㉓ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 106 (1964-II).

^㉔ Baade, *Forward*, 28 *Law & Contemp. Prob.* 673, 675 note 9 (1963).

^㉕ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 110 (1964-II).

(Quadri) 就已有类似的主张。³⁶ 对于柯里的核心观点——政府利益分析说, 也有学者论证指出, 即便是传统的冲突规则, 也并非忽略政府利益的任意建构。³⁷ 这就像纳德尔曼 (Nadelmann) 所言: 所有值得尝试的办法业已试过, 不过名目不一罢了。³⁸

这样看来, 似乎美国冲突法的理论革命, 在欧陆国际私法中早有发声, 与其说美国冲突法革命对欧陆国际私法的影响, 毋宁说欧陆国际私法自身也在发生新的变化。相较于欧陆国际私法, 美国的冲突法革命至多是一种“所见略同”, 强化了或间接推动了欧陆国际私法已有的反思。

国内学界一般认为, 欧陆国际私法的传统是萨维尼的法律关系本座说, 直到现今依然秉承。萨维尼的方法论有三大特征: 其一, 对国际私法采普遍主义之概念的立场; 其二, 采纳双边规则, 而双边规则的制定不必考虑各种实体法所体现的实体正义;³⁹ 其三, 预期判决的一致性是一个能够实现的目标。但就欧陆现今的国际私法理论来看, 尤其是欧陆“直接适用的法” (*lois d'application immédiate*) 等单边规则的兴起,⁴⁰ 已经突破了萨维尼的理论预设。正如美国学

³⁶ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 200 (1964-II).

³⁷ Alfred Hill, *Governmental Interest and the Conflict of Laws—A Reply to Professor Currie*, 27 *U. Chi. L. Rev.* 463, 502-04 (1960); Alfred Hill, *The Judicial Function in Choice of Law*, 85 *Colum. L. Rev.* 1585 (1985).

³⁸ Nadelmann, *Marginal Remarks on the New Trends in American Conflicts Law*, 28 *Law & Cont. Prob.* 860 (1963).

³⁹ Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, 112 *Recueil des Cours* 95, 198 (1964-II).

⁴⁰ 欧陆国际私法在 20 世纪五六十年代的新发展主要体现在“直接适用的法”概念的提出。传统上认为法律选择适用于所有跨国或涉外的情形, 但随着福利国家的出现以及国家干预的常态化, 越来越多的法律直接规定适用于跨国的情形, 这也被称之为“空间限定”规则或是“立法场所化” (*legislatively localized*) 的规则。其结果是: 这些规则的适用不再取决于冲突规则。甚至, 即便有些法律在空间上并未限定, 法院可以不借助冲突规则实现其域外适用。对此, 法国学者多称之为“警察法 (*lois de police*)”, 是借用《法国民法典》第 3 条的提法。参见 Bernard Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, 27 *Am. J. Comp. L.* 589, 601-603 (1979).

者冯·梅伦教授所指出的，如果仍将现今的欧陆国际私法界定为对萨维尼传统的坚持那就过于简单化了。^④

然而，更重要的是，欧陆学者对于国际私法之萨维尼范式的改变，是渐进且温和的，并没有完全推倒重来。无论是对双边冲突规范的重视、对冲突案件的功能主义框架的限定，包括对“直接适用的法”所体现的单边主义立场，也多是探讨法院地的“直接适用的法”，只是部分取代了双边冲突规范。可以说，欧陆国际私法中依然随处可见萨维尼的影响，其主导的分析框架并没有被舍弃。^⑤而反观美国的冲突法革命，现代美国冲突法理论已经完全抛弃了比尔时代所倡导的普遍主义立场上的国际私法观，规则选择代替了法域选择（jurisdiction selection），而且判决的一致性也不再成其为真实冲突中的既定目标。换句话说，由于法理学基础的变化，比尔式的传统冲突法理论彻底丧失了其学理和实践上的意义，新的范式出现，而这正是前文所阐述的“革命”所指。因此，若对美国冲突法革命细加考量，这个所谓的“革命”很大程度上是一个“美国的”革命，是对建立在既得权理论上的“美国传统”冲突法的革命。

无论是革命还是危机，欧美当代国际私法理论亦具有一些共同特征：（1）所兴起的单边冲突规则的理论反映了对于不同实体法正义的考量；（2）判决一致性的重要性日渐式微；（3）均不再认可国际私法的普遍主义（或国际性）。^⑥尽管存在普通法和大陆法两大法系的差异，但实践中对于法官能动性（自由裁量权的范围）和对于法律确定性的需求，两大法系日渐融合，彼此趋近，并不存

^④ Arthur Taylor von Mehren, *Comments*, 27 Am. J. Comp. L. 605 (1979).

^⑤ 同样是合同领域的最密切联系原则，在欧陆展开的是“特征性履行理论”，依然落脚在冲突规则上；而美国则成为法院自由裁量权行使的指导原则。规则和方法的泾渭分明可见一斑。

^⑥ Arthur Taylor von Mehren, *Comments*, 27 Am. J. Comp. L. 605, 608 (1979).

在显著的差别。^④

在这些共同的潮流下，美国的革命也确实对欧陆国际私法产生了影响。^⑤如法国学者奥迪特（Audit）就曾总结，美国冲突法革命对欧陆国际私法至少有三方面的借鉴：（1）适用利益分析能够对欧陆国际私法中的法律欺诈的原则提供新的解释。传统的法律欺诈的理论有三个主要的困难：第一，没有提供改变连结因素的合理界限，即什么时候连结因素的改变成其为脱法行为；第二，对本应适用的“正常”的准据法未能作出指导；第三，司法实践中很少适用。所以在普通法系的冲突法中法律欺诈基本上没有提及。而在强行法盛行的时代，规避强行法而诉诸另一外国法在实践中非常普遍。这样，借助虚假冲突的分析就可以免除在具体问题上利益较小的法律的适用，从而不必在法律规避的界定上徒增烦恼。（2）美国冲突法革命在方法论上的讨论，至少使欧陆学者重新审视冲突法规则背后的价值或政策问题。萨维尼主导的欧陆国际私法思维，过于理想主义，以至于抽象得脱离了人间烟火。（3）在实践的层面上，当代美国冲突法的理论可以在侵权问题上发挥较大的作用。欧陆国际私法在侵权领域依然遵循传统的侵权行为地法规则，纠缠于侵权行为发生地和损害结果发生地之间的选择，赋予原告这种选择权。但这仍然无法回避实体法上的问题，对此，利益分析以及连结因素的衡量似乎更能够得出合理的裁判。即除了侵权行为地之外，还考量其他一些权衡因素，当这些其他权衡因素共同指向一地时，该地的法律也可以取代侵权行为地法得到适用，比如《海牙交通事故准据法公约》即是如此。^⑥

^④ Friedrich Juenger, *American and European Conflicts Law*, 30 Am. J. Comp. L. 117, 125-129 (1982).

^⑤ Edoardo Vitta, *The Impact in Europe of the American "Conflicts Revolution"*, 30 Am. J. Comp. L. 1 (1982).

^⑥ Bernard Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, 27 Am. J. Comp. L. 589, 598-601 (1979).