

美国冲突法理论嬗变的法理

——从法律形式主义到法律现实主义

许庆坤 著

 商务印书馆

美国冲突法理论嬗变的法理

——从法律形式主义到法律现实主义

许庆坤 著

商 务 印 书 馆

2009年·北京

D997

X883

图书在版编目(CIP)数据

美国冲突法理论嬗变的法理:从法律形式主义到法律现实主义/许庆坤著. —北京:商务印书馆,2009

ISBN 978-7-100-06693-8

I. 美… II. 许… III. 冲突法—研究—美国 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 109874 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到

山东大学人文社会科学青年成长基金(后期资助项目)资助

美国冲突法理论嬗变的法理

——从法律形式主义到法律现实主义

许庆坤 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-06693-8

2009年12月第1版

开本 880×1230 1/32

2009年12月北京第1次印刷

印张 10 1/4

定价: 22.00 元

序 一

可以肯定地说,改革开放三十多年来,我国国际私法研究已渐入佳境。我们还记得,改革开放之初,我国国际私法学界比较多地讨论国际私法的一般问题,比如,国际私法的概念、性质、范围、特点、作用,国际私法与国际公法、国际经济法、民法的关系等。当年刚刚步入国际私法领域的我也是如此,比较热衷于国际私法的基本理论问题,比如,曾对国际私法的国际性质、冲突法体系等问题有浓厚的兴趣。后来,随着我国改革开放的深入发展,许多国际私法学者认识到国际私法仅仅研究空虚的理论是不够的,还要注重解决实际问题,我也曾倡导“少谈些主义、多谈些问题”,大家便把研究逐渐转向国际民商事交往中以及我国涉外司法实践中的一些具体问题。国际私法的研究成果不再只局限在宏观的、框架性的、基础性的研究,而是在一些具体领域逐步深入展开。比如,国际统一实体私法的研究进入了实质性的阶段,不仅初步澄清了国际统一实体私法的基本理论问题,而且在国际货物买卖、国际货物运输、国际代理、国际知识产权和国际收养等具体领域取得重大进展;国别国际私法研究取得了丰硕成果,扛鼎之作就是韩德培教授与韩健教授合著的《美国国际私法导论》,一些博士生也先后完成了瑞士、澳大利亚、加拿大、荷兰、德国、俄罗斯等国的国际私法研究;区际法律冲突问题的研究更加具体、务实和深入,尤其注重对

具体领域的区际法律冲突解决方案的研究；国际民事诉讼与国际商事仲裁法律问题的研究空前活跃，涌现了一批重要研究成果。

进入新世纪以后，我们意识到有必要重新重视国际私法基本理论问题的研究，因为对许多基本理论问题缺乏深入的研究，在学界难以形成共识，这就影响了整个国际私法学科的发展：不能上升到一个很高的角度来研究具体的问题，从而使理论的升华受到了很大的限制。因此，我们有必要深入讨论国际私法的基本理论问题。可喜的是，国内国际私法学界一批年轻学者甘于寂寞、埋头苦读，致力于具体问题与现象的理论升华，致力于国际私法基本理论问题的探索，比如，对当代国际私法的实体取向的研究，对示范法的比较研究以及对冲突法的经济分析等。这样，在国际私法新领域逐步拓展和对中国国际私法实践的研究逐渐深化的同时，我国国际私法研究的理论深度也得到了提升。可以这样说，我国国际私法学界正在进入抽象理论研究和具体实践研究双翼齐飞的新阶段，这和国际私法既有高度理论性又有高度实践性的特点恰好吻合。

读者面前的这部著作是许庆坤博士潜心理论研究的结晶。虽然美国冲突法理论早在改革开放之初就受到我国国际私法学界的重视，但本书没有停留在早期成果的简单介绍和评价层次，而是深入到法理层面论证美国冲突法理论的来龙去脉。为了完成这部著作，作者曾在美国跟随著名学者 Peter Hay 教授学习一年，并收集了大量一手英文资料。数年来，作者始终坚持博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之，终成此书。

综观全书，可以看出其三个突出特点：

一是视角独特、观点明确。本书以美国法理思潮的演变为起点，首先阐明了美国法律现实主义的真正内涵，然后论证早期的法

律现实主义者库克、安特马和凯弗斯等对传统冲突法理论和制度的批判,最后精选五种最有代表性的现代冲突法理论剖析其法律现实主义根基。全书紧紧围绕“从法律形式主义到法律现实主义”这条美国冲突法理论嬗变的红线展开论证,主题十分鲜明。

二是资料新颖、注释详尽。作者充分利用其出国学习的有利条件,资料收集得相当详尽,在写作中引用了近 50 部英文著作和近 150 篇英文论文,其中不乏国内罕见的资料,这在同类著作中并不多见。这充分展现了作者研究的认真态度和求实文风。全书注释相当充分,基本做到了重要事实和观点均有据可凭。这使本书中的一些新观点具有很强的说服力。

三是逻辑严密、论证充分。或许是因为长期阅读英文资料并在美国和英国学习过,作者深具英美学者行文的风格。不仅“导言”部分首先交待清楚全书的论点和思路,而且每一章甚至每一段同样首先阐明作者的观点和思路,然后再详尽论证。这种写作方法使全书思路清楚、逻辑缜密、论证充分。

在同许庆坤博士的交往过程中,我深感他勤奋好学、治学认真。以前在中国国际私法学会年会召开之际,他曾多次同我讨论国际私法问题。一年前,他到武汉大学国际法研究所做博士后研究,我们有了更多的交流。作为他的合作导师,我很高兴看到他这些年在学术上所取得的进步。当然,许庆坤博士作为一位步入学术殿堂不久的年轻学者,学术功力毕竟有限,本书难免会有一些瑕疵,但我期待他能以本书为起点,在未来的学术之旅中刚健不息,取得更大的进步。

黄 进

2009 年 8 月 1 日于北京

序 二

多年来,法律形式主义、法律现实主义这些词汇,对我国专事法理学研究的学人而言,并不陌生。但我国法理学者比较熟悉的,不过集中在诸如法律形式主义的主张者布莱克斯通、兰德尔,法律现实主义的主张者霍姆斯、卢埃林、弗兰克等几个人的思想上。从法律形式主义到法律现实主义作为一场颇具声势的法律运动,作为美国乃至整个西方世界 20 世纪以来法律变革的一条基本线索,它不仅牵涉到法理学,而且直接影响着“部门法学”,更冲击着既有的司法理念,甚至法律理念。所谓司法克制和司法能动的分野,就是在司法领域对从法律形式主义到法律现实主义运动的事实回应。

这种情形,与我国法学发展形成明显对照。或许是我国法学处于草创期,处于对外域法学的吸收和消化期,或许是我国体制变革尚没有明确朝着法治的路线前行,致使法理学的发展对法学全局性的影响有限,对整个法制发展的影响更是如之。这进一步导致一种法学理论在我国的提出,很难形成法学界的整体性呼应、反思与批判,也难以获得法制实践的首肯和回应,因之,法理学和“部门法学”之间以及法律实践之间常常画地为牢、孤芳自赏,同时也相互埋怨,或怨对方不提供“有价值”的理论,或怨对方不尊重既有的研究成果。

此种法理学和“部门法学”之间、法理学和法律实践之间的脱节,恐怕是造成目下我国法理学界在研究国外的一些影响甚大的法学理论时,只见树木、不见森林,只见几条观点、不见具体论证,只见法理学上的主张、不见“部门法学”上的回应……的原因所在。因之,相关的研究,说挂一漏万,恐不为过。这对中国法学更系统地消化外来的法律思想、引入外来的法律文化,不可不说是一种学术自觉方面的阻力。这要求在法学研究中,特别是在介绍外域的法学成果方面,法理学者们不但要关注法理学视角的一些宏观主张,更要关注这些主张在其他“部门法学”上的回应,关注其在法律实践中的反响。与此同时,在具有本土特色的法理原创中,不仅要关注法理观点的惊世骇俗,更要关注这种观点可能在“部门法学”中、在法律实践上的回应和反响,把法理置诸细节之处,使法理学的实践品格得到更好的呈现。

令人欣喜的是:近些年来,在新一代法学学人的孜孜努力下,我国法学不论是对外域法学学术的介绍,还是本土法学学术的原创,都呈现出越来越细化的特征。关注法律学术的细节,并在细节关注中寻求法律学术的突破,是新一代法学学者学术研究的特点之一。设法打通法理学和部门法学之间的鸿沟,搭架法学和法律实践之间的桥梁,也是这一代法学学者所自觉努力的方向。在这一努力中,读者不时可发现一些令人眼前一亮的法学作品。

读者面前的这部作品——《美国冲突法理论嬗变的法理——从法律形式主义到法律现实主义》,就是新一代法学者努力的结果之一。作者站在冲突法的视野上,把在法律形式主义到法律现实主义这一运动中,美国冲突法学者的相关论述作出了具体、

仔细的分析 and 梳理。在该书中,读者可以发现以前我国法学者们在中文世界很难看到的一些学者、观点和资料。并会由此进一步发现:这些学术观点,上承现实主义法学运动的一般学术理念,下启美国的冲突法实践,真正体现着所谓“实践理性”的学术精神。读者从中不但可以领略到一种冲突法理论在美国的展开,而且由此进入,在法理学视角上更深地领会法律现实主义运动的细节问题。

作者在攻读博士学位期间,曾赴美一年,对美国法律现实主义运动在冲突法领域里的表达多所涉猎。因之,文中有关美国冲突法学界对现实主义法学的回应和贡献的梳理、总结,都是建立在其所收集的第一手资料基础上的。在论文写作中,作者无论在行文、逻辑上,还是在材料、观点上,都精益求精、力戒舛误。这正是读罢该书,能够让人获得现实主义法学在细节上的一些观点和论述的原因。

正是专注于再现美国冲突法学界对法律现实主义的回应,专注于在学术思想史的梳理中体现,或者自然表达作者自身的主张,因此,初览此书,读者或许会感觉:作者究竟持有何种观点,似乎所获不多。不过仔细阅罢后,读者也许会改变看法,会发现作者巧妙地将自己的观点寓于细则陈述中的能力。换言之,会发现作者对相关问题的细节性陈述、编排和运用,本身在表达着作者自己的思考、见解和学术洞察力。

该书作者许庆坤君,是笔者所指导的已获得博士学位的第二位硕士阶段出身于“部门法学”的博士生。其研究内容,既没有远离他所从事的专业,也和我从事的法理学学科紧密相关。在就学期间,他不嗜功利,笃志于学;毕业之后,其仍孜孜以求,探寻新知。

在其作品于商务印书馆付梓之际,我匆匆赘言如上,是期待庆坤君能百尺竿头,更进一步;守凌云志,力争上游。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

2009年5月9日

目 录

导 言	1
第一章 美国冲突法理论嬗变的法理基石	9
一、美国法律现实主义兴起的背景	10
二、美国法律现实主义的主要内容	17
(一)规则怀疑主义	21
(二)法律功能主义	29
(三)规则细化主义	38
三、小结	44
第二章 冲突法领域的法律形式主义	51
一、《冲突法重述(第一次)》和既得权理论	52
(一)《冲突法重述(第一次)》	52
(二)既得权理论	59
二、比尔规则和理论的法理基础与时代背景	63
(一)比尔规则和理论的法理基础	63
(二)比尔规则和理论的时代背景	68
三、小结	71
第三章 法律现实主义者的早期反击	79
一、库克的“本地法说”	82
(一)库克的现实主义法律观	84

(二)库克的“本地法说”	87
(三)小结	95
二、安特马和劳伦森的批判与反思	99
(一)安特马的批判与反思	100
(二)劳伦森的批判与反思	106
(三)小结	109
三、凯弗斯的“规则 and 结果选择说”	111
(一)批判法域选择规则	113
(二)规则和结果选择说	117
(三)小结	121
第四章 规则怀疑主义与特别的政策分析方法	126
一、“法律适用兴趣分析说”的建构思路	131
(一)柯里对比尔规则的批判	133
(二)法律适用兴趣分析方法	136
二、“法律适用兴趣分析说”的法律现实主义之维	144
三、小结	150
第五章 寻找真实的规则	157
一、批驳普遍主义法学派与寻找“真实规则”	159
二、法院地法与适当法院	168
三、小结	175
第六章 从规则到原则	183
一、“优先选择原则说”的价值取向与哲理基础	187
(一)“优先选择原则说”的价值取向	187
(二)“优先选择原则说”的哲理基础	194
二、“优先选择原则”的主要内容	198

三、小结	206
第七章 揭示“行为中的法”	213
一、“五点考虑因素说”的具体内容	216
(一)结果的可预见性	217
(二)维护州际和国际秩序	217
(三)简化司法工作	218
(四)增进法院地的法律适用兴趣	220
(五)适用较好的法律规则	224
二、“五点考虑因素说”的具体运用及其理论渊源	227
(一)“五点考虑因素说”的具体运用	227
(二)“五点考虑因素说”的理论渊源	229
三、小结	234
第八章 从政策分析到规则构建	242
一、里斯的冲突法思想——规则导向的政策分析	245
(一)里斯对主要冲突法理论的评论	245
(二)里斯的主要冲突法观点	251
(三)里斯冲突法思想的法律现实主义根基	265
二、《冲突法重述(第二次)》的编撰思路、主要 内容和特点	269
(一)《冲突法重述(第二次)》的编撰思路	270
(二)《冲突法重述(第二次)》的主要内容	272
(三)《冲突法重述(第二次)》的特点	281
三、小结	286
结 语	299
参考文献	307
后 记	328

导 言

抛开冲突法理论,将无从理解冲突法的制度和实践。冲突法是个古老而又年轻的学科。古老,是言其历史久远,可追溯至 12 世纪甚至更早;^①年轻,是言其常谈常新,新理论和新制度至今仍不断面世。在冲突法演变的历史长河中,一直是理论在提供源源不竭的动力。相对于其他法律领域,冲突法对学术理论的依附更加令人瞩目。成文法,无论是国际条约还是国内立法,背后常有学者的影子,甚至由学者直接执笔;^②判例法中充斥着对学术著作的引用,律师为胜诉也不得不分析相冲突的各种法律选择方法。^③美国学者凯(H. Kay)甚至宣称:

冲突法不是一个法律的领域,而是学者的领地。欧洲冲突法为理论家和专著作者所支配,以至于其历史可以按照学

① 荣格将冲突法的真正起点定于 12 世纪罗马法在意大利的复兴,最早的冲突法学者就是研究罗马法的注释法学者。但他同时谈到了古希腊和古罗马解决法律冲突的早期实践和零星规定。See F. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 6-11.

② See O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, Leyden: Sijhoff, 1976, pp. 128-136.

③ See J. Westbrook, "Survey and Evaluation of Competing Choice-of-Law Methodologies: The Case for Eclecticism", *Missouri Law Review*, Vol. 40, 1975, p. 411.

者关于法律选择的不同方法写就。美国冲突法的历史支持相似的方法……^①

第二次世界大战以后,美国冲突法理论独领世界风气之先。自最早的冲突法理论——法则区别说问世至今,冲突法研究的中心随着世界经济核心区的变化几度迁移。从意大利到法国,再到荷兰、德国与英国,冲突法学术巨匠的天才妙想辉映在欧洲的学术天空。^② 美国早期作为英国的殖民地,没有本土的冲突法理论资源。19世纪哈佛大学法学院的斯托雷(Story)教授借用了荷兰胡伯的国际礼让说,正式开始了美国冲突法理论的拓荒之路。^③ 19世纪末20世纪初,同为哈佛大学法学院教授的比尔(Beale)基于英国戴西的理论创建了既得权说。第二次世界大战之后,美国冲突法研究局面焕然一新。欧洲的战火硝烟迫使一批欧洲冲突法学者避乱于美国,为美国本土意外带来了海外智力资源;^④20世纪初,美国法律现实主义运动为冲突法学者准备了锐利的思想武器;

① H. Kay, "Ehrenzweig's Proper Law and Proper Forum", *Oklahoma Law Review*, Vol. 18, 1965, p. 233.

② 意大利的巴托鲁斯(Bartolus)、法国的杜摩兰(Dumoulin)和达让特莱(D'Argentré)、荷兰的胡伯(Huber)、德国的维希特(Wächter)和萨维尼(Savigny)、意大利的孟西尼(Mancini)、英国的戴西(Dicey)这些中世纪和近代的欧洲冲突法学者奠定了现代冲突法大厦的根基。See F. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht; Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 11-42.

③ 美国第一部冲突法著作《论不同州和国家实体法差异带来的问题》为利弗莫尔(Livermore)所著,但由于该书企图引进欧洲开始抛弃的法则区别说,在美国影响不大。美国冲突法理论构建真正开始于斯托雷的国际礼让说。See F. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht; Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 29-30.

④ 努斯鲍姆(Nussbaum)、劳伦森(Lorenzen)、纳德尔曼(Nadelmann)、拉贝尔(Rabel)等著名的美国冲突法学者均来自欧洲。

繁荣的国际和州际贸易导致涉外判例激增,为创新冲突法理论提供了丰富的素材;早期法律现实主义者对既得权理论的批判为开辟新道路作了充分的铺垫。美国冲突法舞台的大幕徐徐拉开,在20世纪下半叶上演了一场轰轰烈烈的冲突法革命。凯弗斯(Cavers)、柯里(B. Currie)、艾伦茨威格(Ehrenzweig)、莱弗拉尔(Leflar)和里斯(Reese)等一批天才巨星纷纷登台上场,“优先选择原则说”、“法律适用兴趣分析说”、“法院地法说”、“五点考虑因素说”等创新理论令人炫目地扑面而来,令国际学界为之震惊。欧洲学者甚至惊叹:“理论,长期被视为欧洲大陆法学的一个鲜明特色,至少在冲突法领域已经成为一种美国人的特权。”^①与之相比,曾经长期占据冲突法理论舞台的欧洲学界在第二次世界大战后鲜有大的起色。

如今,美国冲突法理论成为了西方冲突法学界的显学之一。在作为冲突法研究晴雨表的海牙国际法演讲台上,一大批美国学者纷纷登台献艺。^②过去欧洲学者几乎垄断海牙演讲的局面不见了,即使登上海牙演讲台的欧洲学者也鲜有不论及美国冲突法理论者。克格尔(Kegel)于1964年以“冲突法的危机”为题对美国冲突法革命中的主要理论作了梳理和评论,是欧洲早期研究美国冲突法革命的奠基之作,其影响深远。在海牙演讲之外,美国冲突法理论也是现代学者的热门话题。1981年在冲突法的发源地——

① K. Siehr, “Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 30, 1982, p. 71.

② 如凯弗斯、艾伦茨威格、温特劳布(Weintraub)、里斯、彼得·海(Peter Hay)、凯、布里梅耶(Brilmayer)、西蒙尼德斯(Symeionides)等美国学者均登上过海牙国际法演讲台。

意大利召开了美国冲突法革命的专题研讨会,欧美学者集中对美国冲突法革命的内涵、利弊和对欧洲冲突法的影响予以正面交锋。荷兰学者德·波尔(M. de Boer)以一部专著《超越侵权行为地法》对美国冲突法革命在侵权领域的影响作了专题研究,成为该领域的权威之一。瑞士学者维舍(Visher)长期跟踪研究美国冲突法革命及其之后的理论和实践进展,并将自己的研究心得用于瑞士《国际私法法典》的编纂之中,使其成为现代冲突法国内立法中最为完备和成功的法典。

相形之下,我国学界对美国冲突法理论的研究尚处于起步阶段,存在诸多空白甚至谬误,尤其缺乏法理分析。清末以降,冲突法学同中国变革求强的征途一样命运多舛。19世纪下半叶,冲突法学就伴随通商口岸对外开放传入中国。^①在战乱频仍的年代,近代的冲突法研究浅尝辄止于对国外制度和理论的简单介绍和模仿,涉及美国理论部分概莫能外。^②1949年以后,当美国冲突法革命风起云涌之时,我国内地时而全盘苏化,时而盛行法律虚无主义,政治干扰使得成长于民国时期为数不多的冲突法学者无法顾及美国冲突法理论的新发展。20世纪80年代后,学术环境虽然有所改善,但外文资料的匮乏和畸形的科研体制,导致不少冲突法

① 据考证,1864年丁韪良翻译的《万国公法》中涉及冲突法;1898年傅兰雅(John Fryer)翻译的《各国交涉便法论》是一部关于国际私法的专著。参见刘正中:“中国国际私法词源考”,《中国国际私法与比较法年刊》总第10卷,北京大学出版社2007年版,第210—211页。

② 坊间可见的卢峻所著《国际私法之理论与实际》出版于1936年,现被列入“二十世纪中华法学文丛”重新出版。该书当年被郭云观教授称为“当代国际私法难得的佳作”,曹建明称卢峻对大陆法系和英美法系国际私法作出了“独到的比较研究”,但书中对美国斯托雷学说的介绍仅仅短短的四行字。参见卢峻:《国际私法之理论与实际》,中国政法大学出版社1998年版,第44—45页。