

# 涉外法律适用的冲突正义

——以法律关系本座说为中心

徐 鹏<sup>\*</sup>

**内容提要：**将冲突正义的内涵设定为判决一致，不仅存在着实践中的困难，而且其作为外在工具性价值难以为双边冲突规范体系提供充分的正当性基础。将冲突正义理解为适用空间上最好的法律，也难以避免进一步的质疑。因此宜回溯到法律关系本座说，在萨维尼的私法体系、历史法学以及康德道义论伦理观等编织而成的整体脉络中探究冲突正义的内涵。对人的平等对待和自由意志的尊重构成了萨氏涉外法律适用的价值基础。自由和平等价值依赖于以罗马法和基督教为支柱的国际法律共同体的预设。伴随欧洲民族国家法典化进程和基督教的式微，冲突正义也面临着挑战。全球化背景下国际民商事交往中社会行动的复杂性以及与之相伴而生的主体行为的偶然性，需要与之相适应的合作体系。国家无法在所有的涉外民事关系领域主动地发挥参与和塑造功能，难以全面构建实质性公正标准并依其型塑主体的行为方式。秉持平等和自由价值，通过发现当事人自愿遵循或者经过商谈后合意确立的规范体系，可以实现当事人“期望的期望”的契合和相互调适。

**关键词：**冲突正义 判决一致 自由 平等 法律关系本座说

## 一、冲突正义内涵的现有理解：问题与研究路径

冲突正义与实质正义作为观察和分析涉外法律适用问题的基本范畴，<sup>〔1〕</sup>在我国国际私法学界得到广泛接受。然而，关于冲突正义内涵的现有理解在实践和理论层面仍存在着进一步探究的可能。

### （一）判决一致作为冲突正义内涵存在的问题

较之于实质正义在外延和内涵上的界定存在争议而言，冲突正义的涵义一般被认为比较明

<sup>\*</sup> 西南政法大学副教授，西南政法大学博士后研究人员。

本文为教育部课题“法律选择自由裁量权规制模式研究”（12YJC820121）和国家社科基金课题“外国法适用环境的对策研究”（13BFX154）的研究成果。感谢重庆市博士后科研特别资助项目（Xm201354）和西南政法大学2012年校级重点项目（2012-XZZD19）的支持。

〔1〕 Symeon C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Kluwer Law International, 2000, pp. 3-79. 需要说明的是，冲突正义通常聚焦于传统双边冲突规范应予承载的价值，如无特殊说明，本文所指的冲突规范限定于双边冲突规范的范畴。

确。冲突正义,是指在发生涉外民商事纠纷时,当事人无论在哪一法域的法院提起诉讼,都会获得相同准据法的适用,即可概括地理解为判决结果的一致性。<sup>[2]</sup>然而,从涉外纠纷解决的整体过程来看,判决一致性能否在实践中顺利实现,不无疑问。更为重要的是,判决一致性作为冲突正义的内涵,可否为涉外法律适用提供充分的正当性基础,也值得进一步商榷。

### 1. 判决一致在实践中实现的障碍

第一,判决一致性的实现,要求不同法域的法院将涉外民商事纠纷划分到相同的法律关系或者法律问题的范畴。然而,只有当各国超越本国社会经济条件和文化传统的制约,以相同的法律理念构建私法体系并采用相同的法律关系范畴和法律概念时,才能针对纠纷事实和冲突规范中的连结点进行相同的识别。这便产生一种悖论,即涉外法律适用的判决一致目标要求进行相同的识别,需要各国采用统一的私法体系、制度和概念,但伴随着各国私法体系的统一,法律冲突不再产生,冲突法存在和运作的基础将会丧失,判决一致会成为伪问题。<sup>[3]</sup>

第二,判决一致的目标未能考虑诉讼程序对冲突规范及其指向的外国法适用可能产生的影响。暂且不论冲突规范在不同国家适用方式的差异,即使能够统一各国的冲突规范,并依其指引相同的准据法,准据法的适用仍需在法院地的诉讼程序中予以实现。判决一致的目标仅仅着眼于各国涉外法律适用规则的统一,这就预设,民事诉讼法并无自身的运行规律和价值取向,完全是一种纯粹技术性的规定,与准据法的适用并无关联。然而,不同的诉讼构造和具体程序规则可能直接影响判决的实际结果。例如,曾有一段时间,美国大多数法院遵循与有过失规则,受害人的过失将会排除侵权人的责任。但在实践中,为减轻该规则的严苛和僵硬性,陪审团会漠视法官的指示,相应地减少而不是拒绝原告可能获得的补偿。实体规则与特定诉讼程序的结合导致了完全不同的法律后果。但是,相同争点的涉外案件由德国法院审理时,如果适用的冲突规范指向的是上述美国法中的侵权规则,德国法院如何才能获得同美国法院一样的判决结果?且不说德国民事诉讼程序并未规定陪审团的审理方式,即便仿效美国法院建立陪审团,德国的陪审团能否被期待作出如同美国陪审团一样的裁决?<sup>[4]</sup>程序规则与实体规则枝缠蔓绕,如果缺乏统一诉讼程序的支撑,冲突法的判决一致目标便有可能成为可望不可即的“水月镜花”。

第三,判决一致不仅依赖各法域的裁判者适用相同的冲突规范,而且要求裁判者对于

[2] 参见徐崇利:《冲突法之悖论:价值取向与技术系统的张力》,《政法论坛》2006年第2期,第96页;谭岳奇:《从形式正义到实质正义——现代国际私法的价值转换和发展取向思考》,《中国国际私法与比较法年刊》第2卷,法律出版社1999年版,第76页;杜新丽:《国际私法中法律选择方法的价值探究》,《政法论坛》2005年第6期,第140页;胡永庆:《国际私法方法论的多元主义》,《武大国际法评论》2003年卷,第124页,第127页,第135页;耿勇:《论国际私法的形式主义法律选择方法》,《理论月刊》2007年第11期,第98页;张丽珍:《冲突法的正义问题研究》,华东政法大学2014年博士论文,“内容摘要”第2页,正文第60页。值得注意的是,早期的著述采用了“形式正义”的提法,当美国学者西蒙尼德斯《20世纪末的国际私法——进步还是退步》(见前引[1])的总报告被引入之后,“冲突正义”的概念逐渐得到采用。同时需要说明的是,本文意图采用韦伯“理想类型”的方法,将判决的可预见性、稳定性、明确性等纳入“判决一致性”予以理想类型化表达。

[3] 参见[美]弗里德里希·荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐妮娜译,北京大学出版社2007年版,第102页。其他适用冲突规范的一般制度如反致、公共秩序保留、禁止法律规避等会在不同方面阻碍判决一致目标的实现,本文不再赘述。

[4] Friedrich K. Juenger, *General Course on Private International Law*, 193 Recueil des cours 204 (1985).

相同的冲突规范指定的外国法赋予相同的含义。为此,裁判者应将自己置于与外国法官相同的地位,如同该外国裁判者一样理解和适用外国法。〔5〕然而,文本中的法律与现实中的法律存在着较大反差。例如,法官可能倾向依据他们知道的或他们能够知道的外国法材料作出裁判,尽管他们对外国法所知有限或对外国法的推测会出现谬误。〔6〕有学者认为,设置较低的适用标准可以防止法院轻率地因为无法充分认知外国法内容而直接适用法院地法的倾向。就此而言,适用冲突规范指向的外国法即适用“正确的法”(right law)较之于正确地适用该法要重要得多。〔7〕但如此一来,外国法在实践中会被不同法域的法院赋予不同的涵义,判决一致性的实现会大打折扣。

概言之,如果将涉外纠纷解决中的法律适用作为不可分割的整体予以观察,就会发现识别等适用冲突规范的一般制度、民事程序的构造和规则以及外国法的解释和适用等,对于裁判结果的形成同样发挥着重要作用。将冲突正义理解为判决一致性,实际上是将涉外民商事案件法律适用的整体过程缩减为适用冲突规范选择准据法的单一环节,使得冲突规范取代其他规范,以“一己之力”独自支撑判决一致目标,这无疑构成了其无法承受之重。正是看到在目前各国法制迥异的条件下达成致一致性判决结果的非现实性,德国学者克格尔承认:对于单个国家的国际私法体系而言,判决一致性缺乏一个“可以信赖的基础”,所以,将判决一致性看作“国际私法正义的主要要素甚而将其看作是国际私法正义本身,是不正确的”。〔8〕

## 2. 判决一致性构成工具性价值,难以提供充分的正当性基础

虽然判决一致的实现存在着诸多难以逾越的障碍,其在涉外纠纷解决过程中实效的匮乏会削弱其作为冲突正义内涵的说服力,但是,对于理想主义者而言,道之所在,“虽千万人吾往矣”;明知事不可为而为之,毕竟可以生成些许悲剧美的意蕴。况且,将判决一致作为孜孜以求的美好愿景,应能感召和激励各国立法者和裁判者朝向这一位于遥远彼岸的理想而不懈努力。然而,更为严重的问题在于,即便放弃考虑实现的可能性,判决一致提供的也仅仅是一种工具性价值而非内在固有价值,这使其为双边冲突规范提供正当性基础的使命难以顺利实现。

价值可以区分为外在工具性价值和内在固有价值。按照拉兹的观点,如果某种事物的价值源自它有可能导致的某些结果,或者它有助于产生某些特定的结果,那么,这一事物就是在工具意义上有价值的。如果某种事物的价值与实际或者可能的结果无关,也即它不是因为被用于产生或者被用于诱发性地产生任何结果,这一事物便具有内在价值。〔9〕工具性价值与内在价值有着明显差异,它具有外在性和依附性的特点。将冲突正义设定为判决一致性,是将其界定为一种外在的工具性价值,这会侵蚀冲突规范存在和运作的基础。

一是,设定冲突正义的工具性价值,虽然不一定意味着要否定冲突规范的重要性,但是,如果冲突规范存在和适用的价值依赖于它在何种程度和范围之内能够实现外在目标,

〔5〕 Christian von Bar & Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Band 1., 2. Aufl., 2003, Verlag C. H. Beck, S. 419. 具体可参见徐鹏:《外国法解释模式研究》,《法学研究》2011年第1期,第196页以下。

〔6〕 M. Jaenterae-Jareborg, *Foreign Law in National Courts*, 304 Recueil des cours 310 - 311 (2003).

〔7〕 同上文,第308页。

〔8〕 Kegel & Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9 Aufl., 2004, Verlag C. H. Beck, S. 140.

〔9〕 参见[英]约瑟夫·拉兹:《自由的道德》,孙晓春等译,吉林人民出版社2011年版,第187页。

那么它就成为一种可替代的手段。当存在更好的实现判决一致目标的工具时,冲突规范的重要性就会降低,其适用的正当性不可避免地会遭受质疑。美国学者柯里曾尖锐地指出,如欲获得传统冲突法的目标,不如在裁判过程中依据字母的顺序选择法律,因为依照字母顺序规则完全可以更加经济和便利地实现判决一致的目标。<sup>[10]</sup>按照此种思路,我们无需费尽心机地去构建冲突法体系,只要确定纠纷所涉及的国家,然后依照这些国家的名称在英文字母表中的位置,根据字母排列的先后顺序就可直接确定在每一涉外案件中应予适用的法律,其间当然无需考虑识别、反致等一系列复杂制度的适用。柯里的建议看似荒诞不经,但仔细思量却发现其直指工具主义价值观的命门:当存在着更为高效和经济的替代性手段达致判决一致性目标时,为何一定要抱残守缺执着于冲突规范?

二是,将冲突正义设定为外在工具性价值,意味着冲突规范的重要性会随着外在目标的变化而相应发生变化。外在价值的设定言人人殊,可能在不同时空之下被赋予不同内涵;外在价值目标之间的冲突也会“殃及池鱼”,使得冲突规范自身受到牵连而陷入困境。既然价值目标可以设定为判决一致,那么为什么不能改弦更张,将外在价值理解为判决的公平和合理?难道仅仅因为案件具有了涉外要素,裁判者就必须放弃对公平、合理判决结果的追求,退而满足于独特的或较低层次的正义观念?<sup>[11]</sup>判决一致被认为仅仅是一种形式性的价值,无法与判决应予追求的实质正义相提并论,这在柯里毫不掩饰的嘲讽中可见一斑。<sup>[12]</sup>在工具性价值的内涵出现分歧时,当判决一致性被判决的公正合理性所攻击时,冲突规范存在和适用的正当性就会备受质疑。如果冲突正义源于外部而非立足于冲突法体系自身,冲突规范就宛如建立于流沙之上,缺乏牢固基础的支持。

由此,超越外在工具性价值,发掘冲突正义的内在固有价值就至关重要。作为内在固有的冲突正义应该具有独立性,是一种非派生性的价值,“也就是独立于其工具性价值的价值”。<sup>[13]</sup>换言之,冲突正义是否实现,不应依赖于外在的判决结果一致性或者准据法适用结果的实质公正性,即便不能实现以上外在价值目标,也不应影响冲突正义的内在价值。

## (二) 冲突正义内在价值的研究路径

在西方国际私法学界,一般认为德国学者克格尔较早提出了冲突正义的概念。在他看来,国际私法与实体法之间的界线如同楚河汉界般分明,“实体法以达成实体上最好的解决方案为目标,而国际私法致力于获得空间上最好的解决方案”。<sup>[14]</sup>在不同国家法律存在差异的情况下,就正义而言,应予适用的不是实体上最好的法律,而是空间上最好的法律。克格尔认为更为准确的表述是,应适用行为人或者承受者所归属的那个国家的法律,抑或是行为或者事件发生地的法律。因此,国际私法的正义在功能上优先于实体私法的正义。<sup>[15]</sup>这一观点可以被归纳为适当的国家的法律就是适当的法律,是否适当,不是依据准据法的内容予以界定,也不是根据准据法所提供的解决方案的质量来确定,而是由地理意义或场

[10] B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, p. 776.

[11] 参见前引[1], Symeonides书,第45页。

[12] 参见前引[10], Currie书,第707页。

[13] 前引[9], 拉兹书,第164页。

[14] Gerhard Kegel, *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, 27 Am. J. Comp. L. 616 (1979).

[15] 前引[8], Kegel & Schurig书,第131页。

所意义上的概念来决定。<sup>[16]</sup>显然,依据克格爾的观点,冲突正义存在于适用冲突规范进行法律选择的过程之中,并不取决于冲突规范所指向的准据法的适用结果,不论其是形式上的一致性还是实体上的公正合理性。与外在工具性价值相对,冲突正义应当是一种内在的固有价值。

但是克格爾对于冲突正义的理解未能消除疑惑:如果认为冲突正义是适用空间上最好的法律,那么进一步的疑问便纷至沓来:一是,为什么适用空间上最好的法律会构成冲突正义的内涵?针对冲突正义的探究是否应该武断地终止论证?<sup>[17]</sup>二是,从功能视角界定冲突正义,仍然会在不经意间滑向工具主义的泥沼。所谓“国际私法的正义在功能上优先于实体私法的正义”,在相当程度上显示出克格爾试图从功能的角度区分国际私法与实体正义观念的差异。但是,法律的功能需要解决的是“我们为什么需要法律以及法律为社会提供了什么”的问题。<sup>[18]</sup>冲突法的功能更加关注法律适用规范如何发挥具体的、外显的和直接的作用,而冲突正义需要探究支撑冲突规范运作的较为抽象和隐性的、有关价值层面的正当性和合理性依据。如果从功能的角度理解冲突正义,那么,价值层面的冲突正义与冲突法功能之间的界限会模糊不清,从而又可能与冲突正义的外在工具主义价值相混淆。三是,冲突正义的内涵易与法律选择方法产生重叠。依据克格爾的观点,冲突正义要求适用空间上最好的法律,保证适用于每类多边法律争议的法律与该争议存在最适当的联系,这可能更多地被理解为一种法律选择方法或者法律选择规则。冲突正义原本是用来提供涉外法律适用规则的正当性基础,但现在却用法律选择规则证立冲突正义,这就难逃循环论证的指责。

如此看来,将冲突正义理解为适用空间上最好的法律,与其说是解决了正义内涵的问题,不如说又由此引发了更多的疑问。问题的症结大概在于,西方国际私法学者可能对冲突正义内涵赖以构建的历史演进脉络以及蕴含其中的价值基础“久处其中而不觉”。我们不应将其提出的冲突正义的内涵视为天经地义的论断而作为分析问题的起点,而是需要针对域外学者视域中“习焉而不察”的理论基础予以细致和全面的考察和审视。如要更加深入地理解克氏的“适用空间上最好的法律”的演进脉络,我们不妨追溯历史,将视线投向萨维尼的法律关系本座说。萨氏的理论被认为是国际私法上的“哥白尼革命”,直接扭转了涉外法律适用的固有思维方式,开启了将法律关系“分配至不同法域法律管辖”的法律适用思路。然而,在某种意义上,萨氏就像是一位“熟悉的陌生人”,国际私法学界关注更多的乃是法律关系本座说的重要意义,并将萨氏理论化约为简洁公式,未能充分认识到萨氏是在《当代罗马法体系》的系列著述之中讨论国际私法问题并将其视作宏大私法体系的不可

[16] 前引[1], Symeonides书,第43页以下。西蒙尼德斯有关冲突正义内涵的阐述也得到国内一些学者的赞同,可参见熊育辉:《国际私法上的“冲突正义”和“实质正义”》,《浙江社会科学》2007年第3期,第86页。需要特别说明的是,宋晓在其专著《当代国际私法的实体取向》最后一章中虽然引用了西蒙尼德斯总报告中关于冲突正义内涵的观点,但又结合委内瑞拉国际私法学者阿兰古伦的论述,提出了自己的创新性观点,认为“维护多元私法体系的平等与民主”才是“冲突正义”的本质所在。参见宋晓:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第350页以下。

[17] 参见阿列克西关于“明希豪森——三重困境”的阐述。[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第1页。

[18] [美]史蒂文·瓦戈:《法律与社会》,梁坤、邢朝国译,中国人民大学出版社2011年版,第13页。

分割的组成部分。与此同时,萨氏的历史法学派的理论背景,他所受到的康德道义论伦理学的影响等,尚未被纳入到研究其国际私法理论的视野之中。

本文尝试提供分析冲突正义的另一种研究视角。本文努力将法律关系本座说置于萨氏的私法体系、历史法学理论以及康德的伦理学说等编织而成的整体脉络中予以探究,揭示其学说所蕴含的有关涉外法律适用的内在价值。在此基础上,进一步指出萨氏学说中冲突正义赖以存在和运作的理论预设及其面临的挑战。文章最后试图论证,萨氏冲突正义所包含的平等和自由价值在失去形而上理论基础的同时,却可以在全球化背景下的社会生活土壤中获得深厚的根基。

## 二、萨维尼法律关系本座说蕴含的冲突正义内涵

萨氏指出,在解决涉外法律适用问题上存在两种不同的思维方式,一是严格划分各法域法律的支配范围,以确定不同法律适用的界限;二是从涉外纠纷涉及的法律关系出发,寻找支配它的法律规则。如果从萨氏理论的整体来看,他放弃了从确定法律自身支配范围以解决涉外法律适用问题的路径,提出了自己的法律关系本座说。在萨氏理论体系的整体脉络中,可以发现平等和自由构成了其涉外法律适用的内在价值支柱。

### (一) 平等价值

从法律关系的根本属性出发探究应予适用的法律,是将法律关系中的人,而非一国立法者意志的践行或者主权的维护置于涉外法律适用的核心地位。依萨氏之见,“每一种法律关系的‘中心’应该是在该法律关系中享有权利和利益的当事人”。更为具体地说,“法律规则最初的直接适用对象是人:首先,人的一般品性决定了他是所有权利的主体与核心,而且,也正是由于人在许多极为重要场合下的自由行动,产生了或帮助产生了法律关系”。<sup>[19]</sup>在涉外民商事交往中,人扩展自己的活动空间,不再将自己的行为局限在自己的国籍国或者住所地,与来自其他法域的人建立具有涉外因素的法律关系。在此情形下,不同法域的人的法律地位和权利的平等对待,构成了正义观念的重要内涵之一。

#### 1. 人的平等保护

萨维尼关于法正义的理解植根于“康德的人格及其伦理意志之自律性的伦理学”,认为法的任务仅在于裨益于“人类本质上的伦理性规定”。<sup>[20]</sup>在社会交往中,每一个人在规划和实施自己的行为时,不应将自身之外的其他人作为一种工具性的手段,而应该将他们视作为同样具有自身合法目的的行动者。<sup>[21]</sup>立足于康德的道义论伦理观,作为自治的权利享有者,一切个人在道德上被赋予同等价值。每个人被看成具有内在的理性能力和道德行为能力的人,应该以同样的尊重与尊严相待。<sup>[22]</sup>概言之,人自身的存在就应该受到尊重,每

[19] [德]萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社1999年版,第66页,第6页。

[20] [德]维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2005年版,第349页,第350页。

[21] [美]撒穆尔·伊诺克·斯通普夫、詹姆斯·菲泽:《西方哲学史:从苏格拉底到萨特以后》,匡宏、邓晓芒等译,世界图书出版公司2009年版,第283页。

[22] [美]布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治:历史政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第42页。

个人原则上都是平等的。法律制度的构建和法律权利的设定应致力于保护此种平等。<sup>[23]</sup> 以人的尊重和人格平等为内涵的伦理观体现在萨氏的国际私法理论之中。平等的观念不允许将涉外法律关系中的人通过国籍予以武断区分。人无法自由决定自己的出生地，当然更无法依照自己的意志决定导致自己出生的父母的国籍；他在出生时，不得不接受特定国家国籍法采用的出生地主义或者国籍主义等所施加的国籍。法律关系中的主体不应因为在自己自由意志支配范围之外的事由受到不同对待。萨氏认为，现代法律已逐渐趋向承认本国人和外国人之间的完全的法律平等。<sup>[24]</sup>

但是，将伦理观中人的平等理念直接照搬到涉外法律适用中，仅仅作出内、外国人平等的抽象宣示，并不能导致不同国籍主体的权利获得真正实现。萨氏同时代的学者魏希特认为，法官的职责在于维护本国法律体系的权威性和统一性，不应超越本国法律去考虑所谓的礼让、公平、便利以及国际交易安全等没有实在法支撑的抽象观念，否则会减损本国主权者的权力。<sup>[25]</sup> 他认为，法院地的法律所蕴含的精神和目的应该得到裁判者的遵循，法院地法也应作为剩余规则成为定分止争的依据。<sup>[26]</sup> 如此一来，涉外法律关系的主体依据外国法获得的权利在法院地有可能被视而不见，祛除国籍差异，平等对待内、外国人将会成为无法企及的遥远梦想。萨氏面临的挑战就是如何突破主权观念对涉外法律适用的束缚，将源自于康德伦理观的人的平等观念，在涉外法律适用中予以贯彻。此时，内、外国法平等在其国际私法体系中就呼之欲出了。

## 2. 内国法与外国法的平等对待

在德国浪漫主义的视域下，法律是“民族集体潜意识中悄然孕育出来之整体文化的一部分”，浪漫主义的倡导者赫尔德所持有的民族文化与法律的有机联系观念在萨氏身上留下深刻的烙印。<sup>[27]</sup> 每一个民族在特定的气候、土壤等构成的自然环境中生成并在共同生活历程中逐渐形成了自己的语言、传统、宗教、礼仪和风俗等社会要素。不同民族的文化自成一体，具有自己独特的内在价值和外在形式。在赫尔德眼中，“不同的人应该生活在自然的群体中，也即由共同的文化整合而成的社会之中。自然创造的是民族而非国家，并且没有使得一些民族天然地优越于其他民族。”<sup>[28]</sup> 不同的民族完全平等，不能因为生活方式和伦理习俗上的差异去设定各民族地位上的高低优劣。

萨氏清晰地阐述了历史法学视域下民族、国家和法律之间的有机联系。国家不是如同某些学者想象的那样，由个人通过社会契约而成立；与之相对，“国家原始地、自然地在民族中、通过民族并且为了民族而产生”。换句话说，“国家始终是以国家的有机形式出现的民族”，“精神性的民族共同体的实在形态就是国家”。<sup>[29]</sup> 不难看出，萨氏秉持的历史法学

[23] [挪] G. 希尔贝克、N. 伊耶：《西方哲学史：从古希腊到二十世纪》，童世骏等译，上海译文出版社2012年版，第451页。

[24] 前引[19]，萨维尼书，第14页。

[25] 前引[3]，荣格书，第44页。

[26] Waechter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, in: AcP 24 (1841), S. 239, 261, 265. 对魏希特学说详尽的论述和评价，可参见杜涛：《德国国际私法：理论、方法和立法的变迁》，法律出版社2006年版，第98页以下。

[27] 前引[20]，维亚克尔书，第353页。

[28] Isaiah Berlin, *Vico and Herder: Two Studies in the History of Ideas*, Chatto & Windus Ltd. 1980, p. 163.

[29] [德] 萨维尼：《当代罗马法体系》第1卷，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第28页，第23页。

持有完全不同于法律实证主义的对法的认识：法律不能视作一国立法者专断意志的创造物。法律如同语言、行为方式和基本的社会组织体制，为一定民族所特有，其并非各自孤立存在，而是各独特民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向，借助民族发展过程中内在的、默默作用的力量而逐渐形成。<sup>[30]</sup>既然不同民族和作为民族外观形式的国家是平等的，那么，凝聚民族精神和信念的各国的法律当然也是平等的。由此，困扰诸多学者的内国法与外国法是否平等的难题在萨氏的历史法学视域下迎刃而解。

概言之，法律关系本座说将人的平等保护作为冲突正义的基本内涵之一，为在涉外法律适用中实现这一价值，需要平等对待内国法与外国法。

## （二）自由价值

萨氏将涉外法律适用问题归结为：“为每一种法律关系找到其在本质上所属的地域”，也就是“为每一种法律关系寻找一个确定的本座”。<sup>[31]</sup>只有确定法律关系的本座，才能适用其本座所在法域的法律去厘定涉外民商事争议中当事人之间的权利义务。这一观点形象生动，萨氏的国际私法理论被直接简化为“法律关系本座说”。然而，“法律关系的本座”甫一问世，便引发了激烈的争议。学者们试图用更加清晰的措辞，例如“重心”、“最密切联系”等，来替代这一具有“印象主义”色彩的比喻。沃尔夫尝试为萨氏辩护，认为法律家不是数学家，不可能使用绝对清晰的概念进行工作。尽管一个法律关系的“本座”究竟位于何处，的确会引发疑问，但是“萨维尼已经尽力用一个概括的公式来指出解决的方法了”。<sup>[32]</sup>沃尔夫的辩解恰恰反映出后世学者对萨氏学说进行分析和认知的缺憾，即剥离萨氏国际私法学说的深刻内涵和严谨论证，使之与原初的深厚理论基础分离，将其化约为高度概括性的空洞公式，最终使之成为无生命力的理论标签。笔者认为，要把握法律关系本座说，不能只着眼于经过高度浓缩后的只言片语，而是要将其置于萨氏理论体系的整体脉络之中，探究法律关系的本质属性以及本质属性与特定法域的法律体系之间的勾连。在此过程中，作为冲突正义内涵的另一重要支柱即自由，自然而然会浮出水面。

### 1. 法律关系的本质属性在于保障个体的自由空间

法律关系以社会生活关系作为素材，但只有特定类型的生活关系以及特定的构成要素才能被纳入法律关系的范畴。纷繁复杂和变动不居的生活关系需要经过筛选，剥离应该由伦理规范或者社会舆论调整的部分，然后将剩余的那部分生活关系经过法律规则的萃取和提炼，才最终成为由法律支配的人与人之间的法律关系。萨氏非常明确地指出，“所有的具体法律关系就是通过法规则而界定的人与人之间的联系”。在这种不同于生活事实关系的规范关系中，法规则界定了个人意志作用的领域，在此指定的领域范围内，“个人意志独立于所有其他人的意志而居于支配地位”。<sup>[33]</sup>法律关系的本质此时昭然若揭，即被确定为个人意志独立支配的领域。

明确了法律关系的本质之后，接踵而来的问题便是，这一自由空间如何才能界定？萨氏没有接受纯粹的自由意志论，拒绝将人的意志作为生成法律效果的唯一来源。在他看来，

[30] [德] 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第11页，第7页。

[31] 前引[19]，萨维尼书，第61页。

[32] [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社2009年版，第39页。

[33] 前引[29]，萨维尼书，第258页。

“每个法律关系都处于相应的作为其原型的法律制度之下”，受到法律制度的支配；而所有的法律制度相互关联形成了一个有机的和整体性的法体系。<sup>[34]</sup> 据以确定主体间自由界限的规则就是法，法的任务乃是“保障内在于所有个人意志中的道德力量的自由展开”。<sup>[35]</sup> 质言之，法体系提供了法律关系中主体间意志践行的界限，从而保障了道德自由的实现。

## 2. 通过自愿服从确定自由意志的支配空间

在国内民商事交往中，法律关系主体自由意志的保障当然应当诉诸国内法律体系。但在涉外民商事交往中，个体活动的空间通常不再局限于某一特定法域，不同法律体系被牵涉进入主体的交往之中。如果武断地将法律关系一概置于法院地法律体系的支配之下，显然会与萨氏在其私法体系框架下坚持的保障意志自由的理念相背离。如前所述，涉外民商事关系的主体应当得到平等对待，不应依其国籍的差异而遭受歧视，而且不同国家的法律也应处于平等地位，可以提供不同的划分主体间意志自由界限的方案，那么，依据法律关系的本质确定其本座，就可以理解为如何确定能够保障法律关系中主体意志支配空间的那一法域的法律。

萨氏认为，尽管存在一定限制，但是法律关系的准据法“在很大程度上受到有利害关系的当事人意志的影响”。他重点论证的是一个在现代国际私法看来非常奇特的概念——“自愿服从”（freiwillige Unterwerfung）。他确信，“自愿服从某一地方实体法的做法，可以在不同方式和不同程度上得到证明”。<sup>[36]</sup> 萨氏详细论证了如何依据自愿服从确定不同法律关系的本座：物权由物之所在地法判定，与人的身份适用住所地法的理由相同，均源自自愿服从；决定债的本座及其管辖权的同一个自愿服从也同样应该被接受用以决定支配债的本地法；夫妻财产制依夫妻双方的自愿服从适用丈夫住所地法等等。<sup>[37]</sup>

## 3. 自愿服从践行理性自由

法律关系本座说中的自愿服从，是萨氏所接受的康德伦理哲学中的自由观念与他所秉持的历史法学相互结合的产物。萨氏有关法律关系本质的界定几乎直接采纳了康德对于自由内涵的理解。在康德看来，自由是独立于他人的强制意志，并且依从普遍法则，能与所有人的自由并存，自由乃是每个人基于其人性而具有的与生俱来的和原生的权利。<sup>[38]</sup> 在康德的道义论伦理观中，自由的核心在于自律。人的存在具有双重属性，作为感性存在的人属于经验世界，其行为由欲望、感情、利益等因素所驱动，人此时受到外在客观因果律支配，无法实现真正自由。而作为理性存在的人，应能摆脱外来种种感性条件的束缚，只接受和遵循理性自身所发出的命令，能够实现作为理性生物者的自由。在康德那里，来自理性的实践法则构成一种无法减损的绝对命令，不论人处于怎样的情势之下，也不论人受到怎样的感性条件和感性事物的诱导和制约，自由理性都应对之置之不理，人只依从理性法则自身形成意志和实施行动。<sup>[39]</sup> 概言之，只有在自律性的普遍理性法则而非他律性的感性法则支配下形成的意志，才是真正的自由意志。这种理性法则具有普遍性，为一切理性主

[34] 前引〔29〕，萨维尼书，第13页。

[35] 同上书，第257页。

[36] 前引〔19〕，萨维尼书，第61页。需要说明的是，萨氏之所以不赞成使用“自治”的概念，是因为该概念已在长久使用中有了相对固定的含义，不宜直接照搬到国际私法领域。见前引〔19〕，萨维尼书，第63页。

[37] 前引〔19〕，萨维尼书，第93页，第135页，第177页以下。

[38] [德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第50页。

[39] [德]康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社2002年版，第69页以下。

体所遵循；在理性自由的领域内，每一个主体的理性意志都能与其他人的理性意志和谐共存。康德的道义论伦理观在萨氏的法律关系本座说中留下了深刻印记。在论证法律关系的本座时，萨氏将自愿服从建立在理性自由基础之上，没有聚焦于以人的自然本能为前提，由情绪和欲求所驱使的变动不居和捉摸不定的率性自由。由此，他未纠缠于具体涉外民事争议中特定当事人的主观动机和目的，而是努力超越个案当事人的具体意图和目标，探寻某一类型的法律关系中的主体所秉持的客观意志。易言之，理性自由成为诠释法律关系本座说为何从每一类型的法律关系出发，探究当事人自愿服从的客观性和普遍性系属的钥匙。

理性自由的标准来自于共同体内在精神和长期实践交互作用所铸就而成的法律。萨氏秉持的历史法学认为，法律的素材不是经由专断的意志偶然地塑造而成，法是由民族的整个过去给予的，深深地扎根于民族自身内在的秉性及其历史的深层本质之中。<sup>[40]</sup>在萨氏看来，历史的产物才是必然且具有理性的。<sup>[41]</sup>历史法学视域下关于法的生成及其基本属性的理解决定了，自由的理性标准如要获得客观性和普遍性，只能立足于共同体的历史精神和持久实践所形成的规则体系。这样的规则体系所确定的理性标准，超越了具体法律关系特定当事人的视野范围，成为民族构成者共同立场、观念和思维模式的聚合体，在漫长的历史长河中得以传承和演进。无数个人的实践不仅赋予理性以原初的内涵，而且在不断的试错和修正过程中逐渐强化和完善其合理性。此种合理性不断地积聚，最终蕴含于共同体成员的惯习之中，成为可以共同分享和践行的规范。以这样的观念为指引，萨氏详尽细致地考察了每一类型的法律关系涉及到的所有可能的法律适用规则，并将其置于生成和演进的整个历史过程中进行深入分析，以阐释自愿服从所包含的理性自由内涵，从而确定依照不同法律关系本质所应适用的法律。例如，在债的一般法律适用规则的探讨中，萨氏回溯了早期的实践，列举了一些主要罗马法教科书对于适用规则的观点，考察了对债的履行地法的见解，最终得出债的本座所指向的法律。<sup>[42]</sup>

由此可见，自愿服从与强制屈从形成了尖锐的对立，它明确反对将涉外民事关系的主体置于其无法合理期待、由外在立法者专断意志直接指定的法律的强行支配之下，强调应由涉外民事关系的主体依理性确定意欲服从的法律。正因为理性标准来自于共同体的普遍精神和持久实践，而涉外民事关系主体作为共同体不可分割的成员，已在日常的社会生活和交往中将此种理性内化为自己的意识和态度，实现了个人的内在理性与共同体的集体意识的相互交融，从而跨越了原先横亘于个人内在意愿与立足于共同体普遍意识的法律之间的鸿沟。当涉外民事关系主体的理性与其作为成员的共同体的法律中的理性实现有机统一之时，法律中的理性就已转变为主体自身的意志。这样，自愿服从充分体现了柏林关于自由的积极内涵的界定：主体自己的选择，能够由其本身来决定，而不取决于外界的强制力量；主体能够成为自身意志而不是别人意志的工具；主体能够成为真正的主体，而不是他人行为的对象；主体自身行为出于自己内化于心的理性、有意识之目的，而不是出于外来

[40] [德] 萨维尼：《历史法学派的基本思想》，郑永流译，法律出版社2009年版，第20页。

[41] [德] 施罗德：《萨维尼的生平及其学说》，许兰译，载许章润主编：《萨维尼与历史法学派》，广西师范大学出版社2004年版，第295页。

[42] 前引[19]，萨维尼书，第110页以下。萨氏针对适用债的履行地法进行了严谨的论证：从法律关系的性质出发强调尊重当事人的自由，到接受当事人自愿服从的法律，一直到尊重当事人的意图以确定债的履行地，萨氏对于当事人自由意志的尊重得到全面体现。

的压迫性原因。<sup>[43]</sup>

总体而言，萨氏提出的涉外法律适用规则并非通常所想象的那样，只是一个由僵硬的和先验的、以分配立法管辖权为目标的技术性规范组成的集合体。相反地，以平等和自由价值为核心，萨氏在平等对待不同国籍的主体的同时，力图以自愿服从为基础，构建起一个能够真正实现主体理性自由的有机规范体系。平等和自由的价值相互勾连、相辅相成，共同构成冲突正义的核心内涵，成为其涉外法律适用体系的两根支柱。

### 三、萨氏冲突正义的预设前提及其面临的挑战

萨氏广泛采用的自愿服从以康德伦理观中的理性自由为内核，而理性自由的实现需要法律关系的主体服从具有客观性和普遍性的自律命令。在萨氏看来，这样的自律命令源于由民族的共同意识和长久实践所凝结而成的法，涉外法律关系中主体的自由界限由此得以厘定。以上的论证过程表面上看无懈可击，但仔细追究，难免会产生深层次的疑问：主体自愿服从的准据法是否就可以等同于普遍性的自律命令？例如，针对债的一般法律适用规则，萨氏认为当事人自愿服从的通常是履行地法律，此结论可以通过考察共同体法律的历史演进过程获得。关键在于，萨氏考察的是哪一个共同体的法，该共同体的法律反映的是哪一民族的共同精神和实践？如果仅仅是法院地所在共同体的法律，那么，其他法域是否同样可以诉诸其所在民族共同体的法，不是将债的履行地法而是以债的发生地法作为当事人自愿服从的法？果真如此，所谓理性自由的内涵和标准不就因地制宜，根本无法实现其标榜的普遍性和客观性吗？更进一步地，既然不同法域的法律在萨氏看来是平等的，为何应当将某一法域关于理性自由的法律判断标准凌驾于另一法域的评判标准之上呢？这些问题不解决，萨氏冲突正义的自由和平等内涵会欠缺说服力。

要回答以上问题，不能忽视萨氏所秉持的信念，即正义要求超越仅仅维护法院地国立法者自己绝对权威的狭隘观点，因为在立法和司法实践中存在着法律共同体的倾向，针对涉外民事纠纷的处理，应该根据争议本身的性质和要求，适用国际社会存在的普遍共同体法来进行处理，而不管国家和法域的限制。<sup>[44]</sup>这就揭示了，萨氏是以罗马法和基督教为支柱的国际法律共同体为前提来构建其涉外法律适用体系及其价值内涵的。

#### （一）罗马法作为国际法律共同体的规范基础

在17、18世纪学说汇纂现代运用时期，罗马法看似失去了其作为欧洲共同法的地位，“法学阶梯”的创作者们已不再讨论罗马法本身，而是讨论罗马法与不同法域地方法的结合问题，比如罗马—荷兰法、罗马—苏格兰法、罗马—西班牙法或者罗马—萨克森法。“然而，早已昭然若揭的事实是，它们终究不过是一个本质相同之主题在区域或者国度上的变化而已，即一个共同法律传统的不同表达。”<sup>[45]</sup>罗马法为西欧和中欧的司法提供了基础，并成为一种共同法。按照历史法学派的理解，个人在世界上生来逝往，作为民族精神组成部分

[43] 参见 [英] 柏林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社2011年版，第179页。

[44] 前引 [19]，萨维尼书，第71页。

[45] [德] 赖因哈德·齐默尔曼：《罗马法、当代法与欧洲法：现今的民法传统》，常鹏翱译，北京大学出版社2009年版，第7页。

的法律却生生不息，法律由先前的整个历史所生成，其素材无法与过去的历史切割。萨氏执着于罗马法的研究，借助《当代罗马法体系》的鸿篇巨著，推导出罗马法的指导原则，形成一系列重要的一般思想、理论和释义学上的法律概念。正是以罗马法为素材，他区分作为“规则”的客观法规范与作为“意志权力”的主观权利；系统地提出了法律关系、法律制度和法律体系的基本范畴并厘定三者之间的有机关系。<sup>[46]</sup>作为深嵌于他所构建的当代罗马法体系中的组成部分，萨氏的国际私法及其蕴含的平等和自由观正是深深扎根于罗马法体系的概念、制度和基本思想中：一方面，以罗马法作为共同基础，不同国家的私法体系本质上是相似的，可以提供大同小异的有关涉外纠纷的解决方案，彼此之间具有互换性，当然可以被赋予平等的地位。另一方面，正是诉诸其在构建罗马法体系时提出的法律关系概念及其本质属性的界定以及法律关系、法律制度和法律体系彼此之间的有机关联，萨氏顺理成章地将关注的焦点投向作为涉外法律关系主体的人，使得冲突正义的内涵即人的平等对待和自由意志支配空间的保障得到论证。更进一步地，萨氏相信罗马法已经一劳永逸提供了法律体系结构、法律关系分类、法律概念界定的解决方案，各国法律上的歧异并不是实质性的，而是可以最终在共同的罗马法渊源中找到相同的基础。针对作为共同法的罗马法的探究，当然能够超越不同法域法律的表面分歧，发现能够真正反映理性自由从而由当事人自愿服从的法。

## （二）基督教作为国际法律共同体的信仰支柱

国际法律共同体的存在不能仅仅依赖法律制度的外约束，内在的共同信仰及其衍生出的有关人的生命和价值、人与人之间以及人与更为广泛的周遭环境的关系的立场、看法和态度，是将共同体成员结合在一起的内在黏合剂。萨氏将基督教作为国际法律共同体的另一重要支撑。萨氏的理性自由观经由康德的伦理哲学在基督教中获得更加深厚的根基。在康德的道德哲学体系中，“通过至善理念这一纯粹实践理性的对象和最终目标，道德律通向了宗教，也就是认识到所有的责任都是神圣的命令。它们不是约束或者说一个外在意志的任意命令……而是每一个自由意志自身的本质性规律。不过这必须被看作最高存在者的命令，因为只有从一个道德完备并且是全能的意志那里……我们才能指望达到最高的善，道德律使我们的责任将这最高的善作为我们努力的目标。”<sup>[47]</sup>沿循这一立场，萨氏认为，法的任务可以回溯到人类本质的道德规定，而这样的道德规定已经蕴含于基督教的生活观之中。基督教不能仅仅被认为是生活的规则，更为重要的是它还改变了世界，即使人的所有思想看似与基督教完全无关，甚至看似与基督教相对立，然而它们事实上都被基督教所支配和渗透。<sup>[48]</sup>萨氏笃信上帝意志构成了法和道德的深层基础，道德将与上帝意志的一致性界定为善。但自由既可能生成善，也可能生成恶，为了防范和惩罚与上帝意志相背离的恶，法就要发挥功能，使得自由能够生发出善的结果。<sup>[49]</sup>在涉外民商事交往中，萨氏认为尽管存在着不同民族间的悬殊差异，但是基督教作为一种共同的信仰已经成为“大多数民

[46] 陈爱娥：《萨维尼：历史法学派与近代法学方法论的创始者》，《清华法学》2003年第2期，第71页以下。

[47] 前引[21]，斯通普夫等书，第285页。

[48] 前引[29]，萨维尼书，第47页。

[49] 朱虎：《法律关系与私法体系：以萨维尼为中心的研究》，中国法制出版社2010年版，第195页。

族精神生活的共同约束，已更多地将各民族的特性差异扫入历史陈迹”。<sup>[50]</sup>就此而言，萨氏秉持的自由价值不是凭空而生，已经超越了学者自身的主观想象和意愿，具有了其所处时代的更为广泛和扎实的思想根基。

正是将罗马法和基督教作为国际法律共同体的支柱，萨氏相信“在存在国际交往的国家中存在一个跨国性的普通法；由于这一观点对我们考虑的所有问题具有真正的便利，而且也必然受到基督教普遍道德教义的影响，因而这一观点随着时间的推移必然会得到广泛的认识”。<sup>[51]</sup>法国学者巴蒂福尔是少数洞悉萨氏国际私法学术脉络的学者，他敏锐地指出，萨氏“很自然地将继承罗马法的国家看成是在法律上被一种纽带联系在一起的国家，这种纽带将便于各国在其各自的领土上适用外国法。基督教使这种共同性更加巩固了。基督教和罗马法是组成西方各民族共同性的两个因素”。<sup>[52]</sup>质言之，自由和平等作为萨氏冲突正义的核心内涵，实际上扎根于萨氏的“相互交往的国家组成的国际法共同体”中，而维系这个共同体的是作为共同信仰的基督教和构成西方法律传统的罗马法。

### （三）萨氏面临的挑战

然而，对于历史的力量抱有崇高敬意的萨维尼遭到了历史的背叛。在构建当代罗马法的宏大体系之时，欧洲大陆已有数国颁布了成文法典，这已昭示着民族国家从本国社会情势出发建立法律体系的立法浪潮拉开了序幕。随着以主权为内核的欧洲民族国家的成熟和发展，立法者意图改变本国领域内不同法源的法律犬牙交错、法制四分五裂的状况，经由法典的编纂促进政治统一的思潮也波涛汹涌。成文法系国家法律的内容趋向于依赖立法者的活动，法律逐渐脱离了萨氏期待的由历史共同意识和民众实践静默发展演进的轨道。在此过程中，以罗马法为核心的具有普遍性和统一性的欧洲共同法开始瓦解。<sup>[53]</sup>

与此同时，随着18世纪启蒙观念的逐渐流行和广泛接受，宗教在不同国家的本土化和不同流派的多元化以及欧洲以外的文化影响——特别是伊斯兰教的介入，在现代西方社会，基督教的公开影响力不断削弱。<sup>[54]</sup>基督教的式微和凋落，无法担当起架设不同民族之间伦理纽带和道德桥梁的功能，难以为不同法律价值的“诸神之争”提供最后的整合规范。有学者曾指出，冲突法的基本假设被认为是法律秩序包含着分化中的统一，这意味着法律秩序要求适当地认可地方立法所反映的区域性利益和实践，再按照统一标准在准据法选择过程中进行整合。<sup>[55]</sup>这在萨氏国际私法学说得到体现，欧洲共同法和相同的宗教信仰能够确立自由和平等的正义观念，将看似碎片式的不同民族国家法律重新整合在一起。在当下，萨氏想象的国际法律共同体的支柱——罗马法和基督教——已经难以为继，法律地方化态势的形成和共同价值的付之阙如，使得不同法律体系之间沟壑纵横，各国秉持的价值观念也四分五裂。当平等和自由的价值无法依赖由共同法和相同宗教构筑的共同体时，冲突正义的内涵在当下可以继续存在吗？

[50] 前引〔19〕，萨维尼书，第9页。

[51] 同上书，第15页。

[52] [法]亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德：《国际私法总论》，陈洪武等译，中国对外翻译出版公司1989年版，第332页。

[53] 前引〔45〕，齐默尔曼书，第7页。

[54] [德]霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年版，第55页。

[55] Hessel E. Yntema, *The Historic Bases of Private International Law*, 2 Am. J. Comp. L. 298-299 (1953).

#### 四、自由和平等的冲突正义内涵对现代社会生活条件的回应

经过韦伯所说的“除魅”之后，现代法律的正当性已无法继续诉诸宗教、传统以及其他一些无法言说的神秘力量，萨氏的国际私法体系所面对的不是其独有的问题，而是现代法律不得不面对的共同挑战。如果将关注的目光转向法律赖以存在和演进的社会生活土壤，不难发现，萨氏的理论在丧失了形而上理论预设的同时，却可以在全球化背景下国际民商事交往的相互依赖中获得更加牢固和坚实的社会根基。平等和自由价值由此显示出顽强的生命力，可以为现代国际私法成文法系中的双边冲突规范提供正当性基础。

##### （一）全球化背景下社会行动的复杂性要求与之相适应的合作体系

人类创造的法律命题作用于并规制着现实的社会关系。但是人无法随心所欲地任意创造法律，法律命题通常是被现实的社会关系以特定的方式决定：“法律命题的最终渊源或根据，不仅存在于现实的社会生活之中，而且还被现实的社会生活所决定，这是法律命题的本来面目，也是它的宿命”。<sup>[56]</sup> 涉外法律适用的冲突正义究竟应当包含何种价值，从根本上取决于它赖以存在的社会条件。具有国际要素的社会交往必然要求与之相适应的社会合作体系。社会交往可以分解为社会行动，一个完整的社会行动包括相互关联的诸个要素：（1）行动者；（2）行动者行动意图实现的目标；（3）行动者为实现目标而具有的各种手段；（4）影响行动者设定目标和选择手段的各种情境条件；（5）制约行动者的各种价值观念、规范和其他理念；（6）在理念和情境条件限制下行动者为选择实现目标的手段所作出的主观决定。<sup>[57]</sup> 显而易见，行为人在实践中不是在与社会生活条件相隔离的真空中确定目标、形成意愿并实施行为，而是受到所在社会环境的物质条件以及精神条件如观念、制度和规范等的制约和限制：一方面，特定的社会物质条件直接决定了当事人意图实现目标的限度、范围和领域以及目标确定之后可予利用手段的种类、成本和方式；另一方面，主体存在于特定社会的价值、规范体系等编织而成的无形而又真实存在的社会网络之中，并自觉和不自觉地将之吸收和内化，成为影响自己行为方式的精神要素，构成自己认知、感受和理解周遭社会现象的基本视角和范畴。

在萨氏所处的时代，社会物质条件的制约使得国际民商事交往大多以欧洲为中心展开，他构想的是一个以西欧文明为中心的国际法律共同体，由此不仅将社会行动限定在西欧文明辐射的区域之内，而且将持有其他宗教信仰或者无神论的族群，以及没有继受或实施罗马法的群体排除在行动者范围之外。在这样一种理想型的同质共同体中，社会行动在某种意义上呈现出地理范围上的有限性和交往内容上的单一性，与之相对应的则是行动者所具有的价值上的一元性和文化上的相对封闭性。

但是，全球化的飞速发展，对于社会行动赖以存在的物质和精神条件形成巨大冲击，显现出一种完全迥异于萨氏生活年代的格局。交通和通信技术的飞速发展，使得跨越不同地理空间所耗费的时间大幅缩短，而时间的压缩又拉近了空间的距离。原先横亘在不同地

[56] [日] 川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社2004年版，第218页。

[57] [美] 乔纳森·特纳：《社会学理论的结构》，邱泽奇等译，华夏出版社2001年版，第31页。

区和国家之间的边界不再成为国际民商事交往的巨大障碍,货物、技术、信息、资本、人员乃至观念在世界范围内流动的速度得到提高。全球相互联系的广度和强度的不断提高也意味着国际交往的不断加速,而交往的广度、强度和速度的提升进一步促进了本土与全球交织程度的深化。<sup>[58]</sup>我们身处其中的是一个去中心化的全球化进程,以众多交织在一起的全球网络为内容,以多方向的联系和文化流动为特征。<sup>[59]</sup>在此背景下,构成国际民商事交往的社会行动具有以下特点:(1)行动主体的背景具有多样性。国际民商事交往的触角早已突破了萨氏构想的以西欧为中心的国际法律共同体而扩展到了整个世界,行动者来自于不同政治体制、社会 and 经济发展水平、宗教信仰和文化传统的国家和地区,他们无法侧身于全球化进程之外,而是主动参与或被动裹挟到涉外交往之中。(2)物质条件的演化和发展使得行动者可选择的目标和手段范围更为广泛和丰富。在相对封闭的共同体中,个体通常只能在自己所处社会提供的物质条件下规划行动目标并在有限范围内挑选实现目标的手段。不断发展的物质和技术条件打破了不同区域之间的界限,促进了生产和生活要素的跨境流动,使得人们可以凭借自己的知识和能力,超越地方性条件的限制,在更为广阔的空间内选择社会行动的目标和手段。(3)观念和利益诉求的多元性。萨氏诉诸康德的伦理观,通过追溯至上帝意志的自律抑制人的主观利益、欲求和情感,给自由意志套上了冰冷的镣铐。此种形而上的伦理预设如被推向极致,就会压制人的真正本性和真实意志。在全球化进程中,涉外交往开辟了更为开放的空间,使得人可以接触来自不同地域的不同观念。在此过程中行动者可以重新审视自我,回归本我,而不是一概地以康德伦理哲学中确立的超越凡尘生活的超我标准来规制自己的意志。他们可以根据个人的目的、欲求、偏好和利益来作出适合本人需要的选择。在物质条件和精神条件的交互影响下,行动者具备更多条件和机会能够“通过自由、公开地选择生活形式(forms)、模式(models)和方式(ways),人们享有和行使各种权利,包括伸展自我的权利,建构适合自我独特生活的权利,以及实现和扩充自我的权利”。<sup>[60]</sup>

具有差异化背景的“陌生人”、丰富和充裕的物质手段和条件以及不同规范框架下形成的个殊化欲求和利益,这些要素的相互作用不可避免地造就了国际交往中社会行动的高度复杂性。此种复杂性映射到个体身上,就会凸显出个人行为的高度偶然性。国际民商事交往中,个人基于其在成长过程中受到开放的社会环境影响而形成的主观意识和态度,在面对纷繁多样的物质条件和手段时,他对于行为目的和实现途径的规划千差万别,个人行动由此具有高度“偶然性”。与此同时,个人在国际民商事交往中不是孤立地存在,作为相对方的他人也是具有独立意志的主体,同样可以根据所在环境和自身的欲求决定行动的目的和手段,其行动也呈现出“偶然性”。哈贝马斯看到了社会交往中行动偶然性的叠加或冲撞可能引发的后果。他明确指出,就行动者而言,每个情境都提供了多于他可在行动中实现的可能性。在每个互动参与者想根据成功期待从可选择范围中作出特定选择时,这些独立选择之间的不确定结合会产生出一种持久的冲突。而从各种不同被期待利益立场和成功计

[58] [英] 戴维·赫尔德等:《全球大变革——全球化时代的政治、经济与文化》,杨雪冬等译,社会科学文献出版社2001年版,第22页。

[59] [英] 安东尼·吉登斯:《社会学》,李康译,北京大学出版社2009年版,第48页。

[60] [美] 弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第2页。

算之间的不确定的冲突中，是无法生成社会秩序的。<sup>[61]</sup>

如果具有涉外要素的社会行动中唯一的确定性就是会出现无法预期的偶然性，那么国际民商事交往就会举步维艰。罗尔斯笃信，每个人的福祉都依赖于一个合作体系，没有这个合作体系，所有人都不会有满意的生活，因此，利益的安排应当能够使得每个人自愿地加入到合作体系中。<sup>[62]</sup>当宗教信仰、伦理习俗等社会规范在除魅之后无法担当起支撑和塑造合作体系的重任时，法律应该发挥其特有的整合功能：“现在，法律规范在社会合作的基石破损之后存留下来；如果所有其他的社会整合机制都被耗尽，法律仍然能够提供一些工具将复杂的和离散的社会整合起来，从而避免其陷入崩溃”。<sup>[63]</sup>

## （二）国家型塑国际民商事交往秩序的不可行性

曾有德国学者从政治法学派的理念出发，认为国家与社会的分立无法延续，私法与公法之间的界线难以清晰划分。国家在经济、社会和政治领域内的权力不断扩展，工业化的国家已经承担起经济、金融、社会和行政范畴参与者的角色，传统的冲突法从以前的私人法律领域向商事、劳动、经济、行政和金融等法律领域拓展，萨氏的理论面临着深刻的危机，甚至可以说已经“死亡”。国际私法要实现功能转变，不能仅仅考虑对私人的保护，而且还要考虑到国家的社会特征，承担起新的时代背景下所产生的任务，即解决不同国家在涉外案件中为实现其社会制度上的利益而发生的冲突。<sup>[64]</sup>这种观点试图迎合特定历史时段私法公法化的思潮，意图确立国家在国际民商事交往中的核心地位，强化法律促进特定利益和政策的工具功能，从而实现塑造国际民商事交往形态的目的，最终从根源上减少乃至消除社会行动的偶然性。

必须承认，在国际民商事交往中，国家有责任保障自己的重大经济利益和基本的社会福利。萨氏在构建国际私法体系时，就已考虑了适用强制性规则排除外国法的例外情形，现代成文国际私法体系更采用“直接适用的法”来保障本国的重大利益和基本政策。问题的关键在于，国家是否应该全面致力于国家利益和社会政策的促进，在所有的涉外民商事关系领域主动地发挥参与和塑造功能，确立实质性公正标准并依其构建公平的行为模式，要求当事人予以遵循和接受，以解决寓含于国际民商事行为之中的偶然性和复杂性？

萨氏的批判者实际上是寄望国家具有一种全能的理性建构能力。这种能力曾在卢梭笔下得到生动描述：“为了发现能适合于各个民族的最好的社会规则，就需要有一种能够洞察人类的全部感情而又不受任何感情所支配的最高的智慧；它与我们人性没有任何关系，但又能认识人性的深处；它自身的幸福虽与我们无关，然而它又很愿意关怀我们的幸福；最后，在时世的推移里，它照顾到长远的光荣，能在这个世纪里工作，而在下个世纪里享受。要为人制定法律，简直是需要神明。”<sup>[65]</sup>国家毕竟不是无所不知无所不能的神明。在开放和流动的国际社会中，国际民商事交往网络的形成，不是特定国家人为设计或规划的结果，而是来自不同法域的无数个人自发行为的产物。其原因至为明显，不存在由主权国家

[61] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店2014年版，第81页。

[62] [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2003年版，第15页。

[63] Juergen Habermas, *Between Facts and Norms: An Author's Reflections*, 76 Denv. U. L. Rev. 937 (1999).

[64] 前引[26]，杜涛书，第349页以下。

[65] [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第49页。

构建的超国家组织能够规划和实现一个满足所有人目的的秩序，也没有一个国家具备足够的理性建构能力，将分散于个人的所有信息或数据完整收集起来，拼接成一个无缝整体，并在此基础上塑造一种可欲的社会秩序。<sup>[66]</sup> 国家无法精确地认知来自不同法系的当事人的个别化利益和欲求，难以全面取代个体在涉外民商事交往中的决定，也无法在所有法律关系领域设定统一的行为模式并确立普适性的实质公正标准。换言之，国家不能将人视作国际民商事交往系统中的齿轮，要求他们被动接受和实施从外部施加的具体指令，型塑一种国家意图的利益格局和实质公正秩序。显然，法政治学派对萨氏的批判漠视了相互依赖的国际民商事交往在全球化进程中自生自发的现实状况，忽略了分散的个体在彼此交往中对平等和自由的需求。西蒙尼德斯承认，在欧洲成文法系国家，除了诸如涉及到税收、反垄断或者其他公法的例外事项外，国际私法并不牵涉公共利益，萨维尼仍然得到尊崇，其经典的国际私法理论仍然占据着支配地位。<sup>[67]</sup>

### （三）平等和自由价值对现实社会条件的回应

国际民商事关系具有与纯粹国内民商事关系明显不同的特点，其构成要素跨越不同法域的流动性、来自不同法律体系的主体所具有的社会背景的多元性以及主体借助跨境民商事交往意图实现利益的多样性，要求涉外法律适用法通过双边冲突规范采用一种与之相适应的冲突正义。萨氏理论体系中蕴含的平等和自由内核能够满足不同背景的主体参与国际民商事关系的意愿，容纳主体所秉持的差异性价值观念，提供不同主体进行互动以协调彼此利益的基本条件。简言之，萨氏构建的以自由和平等为基本价值的双边冲突规范体系，具备足够的生命力回应变化的社会生活条件所生成的挑战。

第一，萨氏的规范体系立基于自由价值，为克服国际民商事交往中的偶然性提供了解决途径。在国际民商事交往中，不同主体行为偶然性的叠加，需要适应其特点的、更为复杂的期望结构，这种期望结构密切依赖于“期望的期望”这个前提条件。<sup>[68]</sup> 既然涉外民商事关系的偶然性基于当事人在特定社会条件下的自由意志而产生，那么仍然需要诉诸当事人自身，通过他们彼此间期望的契合或者相互调适来克服行动的偶然性带来的交往障碍。

如前所述，萨氏承认当事人可以通过合意选择法律，更花费了大量笔墨论证当事人未明示选择法律时，如何通过自愿服从推定当事人的自由意志。这就提供了在全球化背景下践行自由价值、实现主体合理期待的两种途径，即根据法律关系的复杂性、稳定性和流动性等特征，将其划分为不同的范畴，分别考虑弥合行为偶然性、实现合理期待的方式：

一方面，在涉及到相对稳定的民事主体地位和能力等法律问题时，可以延续萨氏关于自愿服从的论证思路。立法者在全面细致地梳理涉外法律适用实践，并经过法律职业共同体商谈和论证之后，发现并采用在通常情况下反映主体一般性意愿的连结点。例如，萨氏在其法律关系本座说中，将住所作为属人法的连结要素，以尊重当事人选择其意欲服从的法律体系的意愿。在随后欧洲国际私法成文立法的浪潮中，立法者在确定属人法时，基于政治和政策的考虑，更加青睐孟西尼大力推崇的国籍国法。然而在当代成文国际私法中，住所以及与之

[66] [英] 哈耶克：《法律、立法与自由》第1卷，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第11页。

[67] Symeon C. Symeonides, *The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons*, 82 Tul. L. Rev. 1790 (2008).

[68] [德] 尼克拉斯·卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社2013年版，第73页。

存在内在联系的经常居所地又有卷土重来之势。在我国涉外民事关系法律适用法中,经常居所地更取代国籍而在属人法体系中占据着核心地位。<sup>[69]</sup> 在此种趋势背后,对当事人自由意愿的考量不可小觑。不难看出,国际民商事关系中个人自由意志的实现,并非只能由当事人通过彼此之间的合意明示选择法律而实现。立法者在制定双边冲突规范时,可聚焦于国际民商事交往的实践,从纷繁复杂的多样性行为方式中提炼出能够一般性地反映不同当事人意愿的连结要素,其指向的法律在通常情况下应该是当事人意欲遵循的法律。当事人可能并未有意识地深入探究和思考行为的意义,但包含该连结点的系属构成了协调不同主体行为的未阐明的概念性背景。它使得跨越不同法域的共同行为模式得以形成,“这些行为模式帮助人们在无须思考的情况下就能预期他人的行为,由此形成了人们之间的互动”。<sup>[70]</sup> 如此,立法者不是通过自己的理性主观建构特定的行为方式,并以此为模板整齐划一地规制当事人的行为,而是努力探究实践中当事人如何在特定场域中以一种相互关联的方式行动,从中发现行为主体自愿接受和遵循的规范体系,以此克服跨境交往行为的偶然性。

另一方面,针对具有较强灵活性和较大弹性的法律关系,可以直接由当事人通过彼此间的商谈和沟通调整各自的期待,从而克服行为的偶然性。国际民商事关系的当事人不仅要预见自己行为将会被相对方所赋予的意义,而且还要预见相对方实施对应行为时所抱有的期待,从而在此基础上调整己方的立场和相应的行为。通过不同当事人对彼此行为以及行为目标的不断调整,达致行为相互期待的契合,最终克服不同法域当事人由于自身背景差异而导致的价值立场、利益诉求和行为方式不同所产生的阻碍。这种沟通行动不同于个体利用包括法律在内的环境条件而实现自身目标的策略行动。<sup>[71]</sup> 当事人必须认识到,如果他们仅仅依赖各自所属社会的规范体系或者坚持依据对其自身有利的规范体系认知彼此行为的意义,主体之间行为“偶然性”就会成为交往过程中难以逾越的鸿沟。为此,当事人需通过有效的商谈和沟通寻找到双方都能接受的特定规范体系,并在其意义脉络中协调彼此之间的权利义务。

不论采取何种方式,涉外法律适用中冲突正义关注的是,主体如何能够克服其所处的社会环境所引发的行为偶然性,实现彼此期待的相互契合。在此过程中,法律不是从外部强行施加特定的行为模式并贯彻特定的实体政策和利益,而是力图发现当事人自愿遵循或者经过商谈后合意确立的规范体系。正是在此过程中,萨氏意图实现的自由价值经由回应社会生活条件的变迁而得到彰显。

第二,构成萨氏体系的双边冲突规范通过其中立性实现对主体的平等保护。冲突正义中自由内涵在实践中的实现,需要平等理念的支撑。在物质条件多样化、文化多元化和利益诉求分散化的背景下,法律对人们的调整,就是要使每个人以一种与所有其他人的自由相一致的方式来行使他自己的自由,因为所有其他人也都应当一视同仁地被视作是目的本身。<sup>[72]</sup> 每一个人都被视作平等的主体,“不论他是谁,不论他的特点和兴趣如何,都应受

[69] 关于属人法不同主义之争及其背后深层要素的讨论,可参见宋晓:《属人法的主义之争与中国道路》,《法学研究》2013年第3期,第189页以下。

[70] [美]布赖恩·塔玛纳哈:《一般法理学:以法律与社会的关系为视角》,郑海平译,中国政法大学出版社2012年版,第263页以下。

[71] [比]马克·范·胡克:《法律的沟通之维》,孙国东译,法律出版社2008年版,第272页。

[72] [美]庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社2003年版,第140页。

到平等对待的权利的的实现是靠这样的事实，这就是没有人能够借助于与其他人不同来保证自己得到更好的处境”。<sup>[73]</sup> 国际民商事交往中的主体不能仅仅依靠其国籍、住所或者其他条件的差异就被直接给予更多优势和利益，他们必须被赋予相同的资格和地位，从而能真正地依照自己的意愿自由参与国际民商事交往。在此过程中，他们对自己行为产生的结果所抱有的合理期待会得到同等对待，并能在平等的基础上致力于彼此间期待的相互契合。

平等保护在萨氏的双边冲突规范中得到真正体现。双边冲突规范长久以来被认为是“盲眼规范”，是抛弃了价值内涵的纯粹技术性规范，它通过自己的独特构造容纳和践行了平等价值。双边规范通过抽象和概括的唯一连结将范畴和系属予以连结，实践中只有将连结点与个案事实相结合才能确定具体案件中应予适用的准据法。双边规范的构造屏蔽了抽象主体的特殊背景状况，隔离了法院地的特殊政策和利益，立法者完全无法事先预料抽象的连结点会在具体个案中指引适用哪一个特定法域的法律。为了避免本国主体将来遭受到歧视性的法律适用后果，成文法系的立法者必须秉持平等保护的理念，超越个殊化的环境条件，只从普遍性视角出发，在双边冲突规范中将抽象的法律关系与概括性的系属连结起来。

萨氏法律关系本座说已经衍生出现代成文国际私法体系。这样的法律适用体系就像孕育的胎儿一样，虽然割断了与萨氏预设的共同法和宗教信仰的脐带，但在脱离学说的母体之后仍然保有平等和自由的价值基因，并能够扎根于深厚的社会生活土壤而获得持久的生命力。

---

---

**Abstract:** Conflict justice should not be understood as the uniform application of law, because it is not only confronted with the practical obstacle, but, as an instrumental value, also unable to provide sufficient justification for the conflict law system. Neither equating conflict justice with the application of the spatially best law can avoid further questioning. The content of conflict justice should be explored in the whole context of Savigny's private law system, historical jurisprudence and Kant's deontology ethics. The equal treatment of subjects and the respect for their free will constitute the basic value of application of law. Along with the codification of law in European states and the decline of Christianity, conflict justice is also facing challenges. In the process of globalization, the complexity of social activities in international civil and commercial relations and the incidental behaviors of subjects demand corresponding cooperation system. The state does not have the capability to participate in all foreign-related civil relations, and it has difficulty in constructing substantive standards of justice and shape the behavior pattern of subjects. The "expectation on expectation" of the parties can be achieved in the legal system which is agreed on and followed by the parties after communication. Anchored in social life, the conflict justice, which is composed of equality and freedom, can obtain its lasting vitality.

**Key Words:** conflict justice, uniform application of law, freedom, equality, theory of the seat of legal relationship

---

---

[73] [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第241页。