

論當代衝突法的實體取向

宋曉*

20 世紀，衝突法在世界範圍內的發展，可謂坎坷不平，走過了“穩定——革命——發展——漸趨穩定”的曲折路程。美國“衝突法革命”，無疑宣告了傳統衝突法遇到了深刻的危機。衝突法革命之後，當代衝突法的總體特徵和發展趨勢又是甚麼？這便是本文探討的問題。

一、“盲眼”規則與“衝突法革命”

（一）近代衝突法的雙邊主義方法

衝突法的中心任務在於解決不同國家的私法衝突，調整國際民商事法律關係。薩維尼(Savigny)一反已有五百年歷史的“法則區別說”的單邊主義(Unilateralism)方法，開創了衝突法的雙邊主義(Bilateralism)的新方法。¹他的“法律關係本座說”指引許多歐洲國家以雙邊衝突規則為基本形態，建立起獨立的部門法。英美衝突法起步較晚，受戴賽(Dicey)和比爾(Beal)的既得權理論的指導，也逐漸發展出大量以地域標誌為連結點的雙邊衝突規則。兩大法系最後殊途同歸。

* 武漢大學法學院、國際法研究所國際私法博士生。

¹ 單邊主義方法與雙邊主義方法是解決法律衝突的兩種基本方法。單邊主義從本國私法的具體規則的性質和內容出發，分析它的域內域外效力範圍；雙邊主義從產生糾紛的法律關係出發，為其尋找合理的管轄法律。關於單邊主義與雙邊主義方法的詳細論述，參看F.Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.32-43。

在衝突法歷史上，雙邊主義方法具有劃時代的意義。它第一次平等地看待各國私法，法院地法不再具有優先性，而是處於中立的地位。在雙邊衝突規則的指引下，各國私法都可平等的相互置換、相互適用。²衝突法的“國際性格”由此變得鮮明，這是它的調整對象即國際民商事法律關係的內在要求。雙邊主義方法的另一個至為重要的貢獻是克服了“法則區別說”法律適用的不周延性。“法則區別說”一般從本國私法規則的性質出發，探求它們適用的空間範圍和時間範圍。但是，一國具體的私法規則絕少明文規定在國際上可適用的空間範圍和時間範圍，大量規則的國際適用範圍無從加以推定；同時，許多國際民商事法律關係並不能在國內私法體系中尋找到一一對應的私法規則。雙邊主義方法從產生糾紛的法律關係出發，為每一種法律關係尋找有合理管轄權的私法體系，克服了“法則區別說”的不周延性。雙邊主義方法，奠定了近現代衝突法的基礎。

（二）“盲眼”規則（“Blind” rules）

但是，從 20 世紀 30 年代開始，美國衝突法學者站在現實主義法學派的立場上，開始了一場對近代（傳統）衝突法的革命，在二戰後到達批判的頂峰。現實主義法學派是美國 20 世紀影響最深遠最廣泛的法哲學思潮，批判法的概念主義、形式主義，主張應深入研究法在社會生活中的現實功能和實際效果。雙邊衝突規則因其內在的缺陷，幾乎受到了徹頭徹尾的批判。衝突法革命的全過程說明，傳統的雙邊衝突規則可以說是一種“盲眼”規則，看不到個案最終的實體結果。而導致這種“盲眼”結果的，是因為雙邊主義方法的下述缺陷：

1. 大前提的缺失

雙邊主義的本質在於平等地看待各國私法，法院地法處於中立地位，各國私法可以平等的相互置換，相互適用。但是，雙邊主義方法的創始人薩維尼，以“西方共同性”的觀念為其理論前提，“他將繼承羅馬法的國家看成在法律上被一種紐帶聯繫在一起的國家，這種紐

² F. Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.3。

帶便於各國在其各自的領土上適用外國法。基督教使這種共同性更加鞏固了，在薩維尼看來，基督教和羅馬法是組成西方各民族共同性的兩個因素。”³薩維尼從法律共同性中推斷出國家有義務承認外國的法律制度。正是基於這種認識，他才能較為徹底地拋棄“法則區別說”的屬地主義傳統，提倡在基督教和羅馬法傳統的國家之間適用雙邊衝突規則來解決法律衝突問題。因此，薩維尼的私法平等觀本質上帶有歐洲大陸中心主義（至少是西方中心主義）的印記。

兩次世界大戰打破了西歐的霸權和中心觀念，東方國家及其他不同法律傳統，不同宗教信仰的國家硬生生地進入了西方人的“世界”觀中，而對急劇擴大化了的世界範圍內的私法衝突，那些基督教和羅馬法傳統的國家再也不能平等地看待各國的私法了。薩維尼的思想方法一旦超出基督教和羅馬法傳統的國家，就顯得過於理想化和不切實際。由於這一大前提的缺失，現實主義法學者才對傳統衝突法提出了深刻的質疑。

2. “重程序、輕實體”

雙邊衝突規則通過地域性的連結點，將國際民商事法律關係分配到特定國家的私法體系內。連結點是法律關係“本座”的具體化，薩維尼學派認為，它反映了法律關係與一定地域的法律之間存在實質的聯繫或隸屬的關係⁴。連結點是法律事實的一部分，法律關係又以法律事實為基礎，因而適當的連結點確實可以反映整個法律關係的性質，依此指引的私法體系也最適合。但是，這通常是一種理想狀態，在大部分的法律關係中，所有法律事實混同一體，並不能輕易地析出一部分具有決定意義的法律事實，所以也尋覓不到具有決定意義的連結點。國際民商事法律關係中，同時具有決定意義的法律事實常常分散數國，根本無法集中固定於一國。因此，薩維尼的雙邊衝突規則帶有濃厚的先驗主義色彩。

既然法律關係對特定私法體系的歸屬缺乏正當性，那麼，法律選擇和實體法適用之間就必然出現不可逾越的鴻溝。雙邊衝突規則只注

³ 〔法〕巴迪福：《國際私法總論》，陳洪武等譯，中國對外翻譯出版公司1989年版，第331頁。

⁴ 參見〔德〕薩維尼：《法律衝突與法律規則的地域和時間範圍》，李雙元等譯，法律出版社1999年版，第67頁。

重法律選擇的程序，而對實體法律的適用無能顧及，更不能保證實體法律適用結果的公正性。雙邊衝突規則重程序、輕實體，明於程序、盲於實體的弊端，是凱弗斯（Cavers）首先發難，開始衝突法革命的理由。他說：“無論是理論上的衝突規則，還是實在法上的衝突規則，只努力地把法律問題分配到地域管轄範圍內，而不是致力於特定案件的公正解決……法院的職責不是隨意地選擇法律，而應是解決特定爭議……對法律選擇將怎樣影響爭議解決的問題視而不見，又如何作出明智的選擇呢？”⁵雙邊衝突規則無法預見個案的實體結果，這種“盲眼”的特性可以說是傳統衝突法致命的弱點。

3. 適用雙邊衝突規則的技術難題

在雙邊衝突規則的適用過程中，遇到許多不易克服的技術難題，加劇了雙邊衝突規則的“盲眼”程度。這和前述問題同時有緊密的聯繫。雙邊衝突規則原本適合於共有羅馬法和基督教傳統的區域，此區域的各國私法具有共通性，在相互置換適用時，準據法的確定、解釋和法律的推理論證過程，均大同而小異。一旦西方的“世界”擴展為全球的世界，法律概念、法律思維乃至整個法律傳統有很大的差異和分歧，雙邊衝突規則為解決一個具體問題的法律衝突，卻迎來了更大更難以克服的全面衝突。對此，雙邊衝突規則是無能為力的。況且，雙邊衝突規則通過連結點，並不直接指向具體的準據法，而是指向一國的整個私法體系，可謂“一步躍入黑暗的深淵（A leap into darkness）”⁶。由於不同的法律傳統，要在一個龐大的外國私法體系中尋找衝突規則指引的準據法，談何容易。所以，雙邊衝突規則只給法官指引了一小半的路程。

雙邊衝突規則的一般性問題，包括識別、反致、先決問題和準據法的調整（adaptation）等，都過於抽象而不易掌握，等於在衝突規則和具體準據法之間，豎立一道道令人望而生畏的障礙。即使在西方，傳統衝突法也是一高深的象牙塔，更不必說在中國這般剛剛繼受西方

⁵ D.F.Cavers, “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, 47 Harv. L.Rev. (1933). Also see G.Parra-Aranguren, General Course of Private International Law, Recueil des cours (1988-III), p.161.

⁶ F.Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.36。

法律的國家，其在司法實踐中的影響可想而知。

（三）美國“衝突法革命”的建樹

美國衝突法革命開始於 20 世紀 30 年代，至 70 年代第二次《衝突法重述》落下尾幕。期間湧現了凱弗斯、柯里（Currie）、艾倫茨威格（Ehrenzweig）和里斯（Reese）等數位知名的衝突法學者。他們都對以雙邊衝突規則為主體的傳統衝突法進行了徹底的批判，並提出了自己的學說。⁷

“革命”，總是意味 破壞多於重建。美國衝突法革命關於法律選擇的理論，最後都無一例外地傾向於法院地法，被稱作“回家去的趨勢”。平等地對待各國私法，儘量使法院地法處於中立地位，這是衝突法的生命力之所在。“回家去的趨勢”，無疑標誌 傳統衝突法的衰落，也是衝突法在革命破壞和理性重建的過渡階段的暫時選擇。當今世界，各國私法體系仍然自主獨立，國際民商事法律關係比以往有了更大的發展，私法衝突不是減少了，而是增多了，傳統衝突法必須加以革新，承擔起更大的歷史使命。

美國衝突法革命最大的意義，在於使雙邊衝突規則為主體的傳統衝突法認識到自己最大的不足，即注重法律選擇程序，忽視實體法適用結果的弊端。在法律文化和法律傳統仍然相隔的今天，要徹底消除衝突法的“盲眼”是不可能的，但衝突法自身必須作出足夠的努力。事實上，衝突法革命並未動搖和毀壞傳統衝突法的根基，相反，傳統衝突法對之進行了積極的回應，因這場“革命”而煥發了新的生機。近二十年來，許多國家又掀起了國際私法的立法高潮，⁸在保留雙邊主

⁷ 柯里提出了“政府利益分析說”，艾倫茨威格的理論主張法院地法的適用是衝突法的基本原則，被稱為“新法院地法說”，里斯提出了著名的“最密切聯繫原則”。關於美國“衝突法革命”較為詳細的中文論述，參見李浩培：《美國的國際私法革命》，載《李浩培文選》，法律出版社2001年版，第390-423頁。

⁸ 其中有 代表性的國內立法有：美國1971年的第二次《衝突法重述》，1986年進行了修改，1978年《奧地利國際私法》，1986年中國《民法通則》第8章，1986年和1999年德國對《德國民法施行法》的兩次修改，1987年《瑞士聯邦國際私法》，英國1990年《合同法律適用法》和1995年《國際私法法案（雜項條款）》等；有代表性的國際立法除海牙國際私法會議在近二十年制訂的系列公約之外，有1979年的《蒙得維德亞國際私法公約》，1980年的《羅馬國際合同義務法律適用的公約》等。

義傳統的基礎上，對之進行積極改造，同時也吸收了衝突法革命貢獻的優秀學說。近二十年發展的總體趨向，是克服“盲眼規則”的弊端，縮短法律選擇程序和實體法適用結果的距離，這就是當代衝突法的實體取向。

二、實體取向之一：雙邊規則的有限排除

從衝突法的視角出發，一國的法律體系可劃分為三類規則：第一類規則完全排除衝突規則的指引，拒絕衝突規則為它們劃定適用的時間範圍和空間範圍，即公法和程序法規則，具有嚴格的屬地性；第二類規則需要衝突規則為它們在國際範圍內劃定時空範圍，私法規則即是；第三類便是衝突規則本身。

當代衝突法為克服“重程序、輕實體”的“盲眼”弊端，對上述劃分作了小小的變動，從第二類私法規則中再劃出一小部分規則，進一步排除雙邊衝突規則的適用，從而予以直接適用，保證這部分規則的實體結果的實現。按照“政府利益分析說”的觀點，這部分規則反映了政府的重大利益，必須優先予以直接適用。傳統公共秩序條款便是這種進一步排除的間接方法，當今又發展出了兩種直接排除的方法，即因憲法限制的排除和因“直接適用的法”的排除。

（一）公共秩序條款的間接排除

如果雙邊衝突規則指向外國準據法，適用的實體結果違反法院地國的道德基礎和法律的基本原則，則會直接排除該外國準據法的適用，也等於間接排除了雙邊衝突規則的適用。在傳統衝突法中，所有雙邊規則最後帶來的實體結果，只由一條公共秩序條款來審查控制。可是公共秩序條款相當模糊，法官擁有很大的自由裁量權，各國衝突法一般加以嚴格控制，否則，過度濫用公共秩序條款，等於顛覆了雙邊主義的基礎，也等於取消了衝突法。

因此，利用公共秩序條款增強衝突法的實體效果，並不理想。公共秩序條款的適用，雖間接地排除了雙邊衝突規則，防止出現令法院地國憎惡的實體結果，但外國準據法被排除之後，究竟應適用何種法律，邏輯上仍無落，實踐中也頗有爭議。究其實質，公共秩序條款

只是極其例外情況下的被動的預防措施，而並非能夠主動地去爭取特定的實體結果。但憲法限制和“直接適用的法”的情況，卻是相反。

（二）因憲法限制的排除

在少數私法領域，法院地國爲了特定的政策目的或追求特定的實體結果，排除雙邊規則的指引，徑行適用憲法的具體規定。憲法在一國法律體系中居於“最高法（Supreme law）”地位，衝突法爲一國的部門法，因而憲法的具體條款得以排除相關的衝突規則。憲法對衝突法的限制和排除存在兩種類型，一是私法和衝突法不統一國家的類型，主要服務於維護和鞏固聯邦的政策需要；二是私法統一國家的類型，目的是強化憲法中關於保護基本人權的實體條款⁹。

前者以美國爲典型。美國各州擁有自己的私法體系和衝突法，聯邦憲法對各州衝突法構成限制，最著名的是聯邦憲法第 14 條修正案的第 1 款“正當程序條款”（Due Process Clause）和第 4 條第 1 款的“充分誠信條款”（Full Faith and Credit Clause）。兩條款的主要目的在於維護和鞏固聯邦，協調各州私法，同時也保護被告免受毫無關聯的私法剝奪他的利益。現今，兩條款的適用標準漸趨統一，法院在“全美保險公司訴哈格”¹⁰案中提出如下標準：“一州的實體法得以按憲法允許的方式被選擇適用，該州必須和訴訟案件存在重要的聯繫或一系列重要的聯繫，該法律適用必須同時捍衛了該州的利益，以免法律選擇的武斷和根本上的不公正。”¹¹由此可以看出，兩聯邦憲法原則的適用標準，吸收了柯里的政府利益分析說和里斯的最密切聯繫原則，如果州衝突規則與此兩原則相抵觸，則應被排除而直接適用憲法原則。

至於私法統一國家內憲法對衝突法的限制和排除，德國爲一典型。二戰以後，德國受美國衝突法革命的影響，才開始注重憲法對衝突法的限制和排除，以取得直接的實體效果。這充分表現在德國基本法中賦予公民基本人權的條款，直接排除或更改傳統衝突法規則而予以直接適用。特別是在婚姻家庭法領域內，那些以丈夫國籍或住所爲單一連結點的衝突規則，因其忽視男女平等的憲法規定，而被直接排

⁹ P.E.Herzog, Constitutional Limits on Choice of Law, Recueil des cours (1992-III), p.249-257.

¹⁰ Allstate Insurance Co.V. Hague, 449US (1981).

¹¹ Peter. Hay, Conflict of laws (2nd. ed), West Publication Co. (1994), p.223-234.

除。同樣，那些取決於父母的因素而忽視子女利益的衝突規則，也被德國基本法取而代之。¹²

我國存在四大法域，有四個相互衝突的私法體系和衝突法體系。但由於歷史條件，憲法和港、澳基本法均缺少協調四大法域私法和衝突法的憲法性規定，不能不說是我國憲法和兩部基本法的缺陷。我國憲法司法化正處於起步階段，憲法條款排除衝突規則以追求實體目的的問題，正待深入討論。

（三）因“直接適用的法”的排除

在所有國家的私法體系中，有一些實體私法規則，鑑於其性質和立法目的，必須繞開雙邊衝突規則而直接予以適用。薩維尼已經觀測到這一事實，並稱是他的全部衝突法理論中最為棘手的問題。此後，法國和意大利國際私法學界則將此視作公共秩序積極作用的表現¹³。直至二戰之後，國家對經濟的干預增多，處於傳統公法和私法的邊界區域的規則驟然增加，要求繞開衝突規則直接適用於國際民商事案件。然而，公共秩序條款的適用普遍受到嚴格的限制，其內容大多和基本道德或基本法律原則相聯繫，況且，其消極否定的作用更為人們所注重。公共秩序條款難以應付二戰後出現的新規則。

鑑於此，法國學者弗蘭西斯卡基斯（Francescakis）於1958年提出了“直接適用的法”的理論。他認為，“直接適用的法”包含四個特性：a）其適用不是衝突規則指引的結果；b）其範圍是立法者根據單邊主義方法確定的（即根據規則本身的性質、內容和立法目的）；c）它們既可以是屬人的規則，也可以是屬地的規則（從傳統的“法則區別說”的視角看待）；d）它們是調整私法關係的例外規則，但在保護國家利益方面發揮了重要的作用。¹⁴

“直接適用的法”有權排除雙邊衝突規則，要求在國際民商事案

¹² F. Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.97.

¹³ G.Parra-Aranguren, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1998-III), p.121-123.

¹⁴ G.Parra-Aranguren, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1998-III), P.129.

件中直接予以適用，它體現了法院地國的政府利益和實體政策，也是當代衝突法實體取向的一個表現。

“直接適用的法”理論的展開，最困難之處在於對它們的具體認定，因為一國的法律規則極少明文規定在國際民商事案件中直接適用的性質，只能由法官根據它們的性質、內容和立法目的逐案判斷。一般而言，“直接適用的法”大多包括以下一些規則：規範市場秩序的規則，例如反不正當競爭法、反壟斷法、進出口限制規則、外匯平衡規則、證券批露規則等；保護國家土地利益規則的法律，例如禁止外國人購買本國土地、保護農地規則；以及其它勞動法和環境法中的一些保護性規則。這些規則既是政府利益的反映，同時也極大影響了私人利益。

“直接適用的法”還大量分布在合同法領域，又常被稱為“強制性規則”。合同的強制性規則與合同的任意性規則相對應，是當事人不能通過合同安排減損其效力的規則。但並非所有的合同強制性規則都是“直接適用的法”。合同強制性規則又分為國內強制性規則和國際強制性規則。¹⁵國內強制性規則仍在衝突法指引的範圍內，即國內合同的當事人不能通過合同減損其效力，但是國際合同的當事人仍可通過衝突規則排除其效力；而國際強制性規則是國際合同雙方當事人不能通過協議選擇合同準據法所能規避的，這才是合同法領域的“直接適用的法”。

如果衝突規則指向某外國私法，也應首先適用其“直接適用的法”。至於法院地國家和準據法國家之外的第三國，如和案件有密切聯繫，其“直接適用的法”是否也應予以考慮？對此問題，理論界爭執未定，而實際立法目前還趨於保守。¹⁶

以上我們分析了三種排除衝突規則適用的情況，均表現了當代衝突法的實體取向。公共秩序的排除是傳統的、間接的排除，對公共秩序條款的適用，世界範圍內持愈益嚴格和謹慎的態度。憲法限制和“直

¹⁵ T.Hartley, *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, (266) *Recueil des cours* (1997), p.346.

¹⁶ 1980年歐共體《羅馬國際合同義務法律適用的公約》第七條第一款雖規定應考慮第三國的“直接適用的法”，但英、法、德等主要國家均對此作出保留。海牙國際私法會議在1985年制定《海牙國際貨物買賣合同法律適用公約》時，以微弱多數反對公約考慮第三國“直接適用的法”。參見G.Parra-Aranguren, *General Course on Private International Law*, *Recueil des cours* (1998-III), p.133.

接適用的法”的排除是二戰後出現的直接的排除方法，直接反映了法院地國對具體實體結果的追求。但是，較之衝突規則的適用，後二者的排除也是例外和有限的排除，如果加以濫用，勢必會毀損衝突法的基本價值。

三、實體取向之二：雙邊衝突規則的改造

傳統雙邊衝突規則的結構過於簡單，由“範圍”和“系屬”兩部分組成。¹⁷國際民商事法律關係限定範圍，系屬則包括地域性的連結點及連接點指向的私法體系。從這一結構可以看出，傳統雙邊規則重在國家與國家之間私法體系的選擇，而非解決爭議的具體實體法之間的選擇。從一國的私法體系到具體產生實體結果的準據法之間，還有遙遠的距離。傳統雙邊規則沒有克服這個難題，導致適用衝突規則的法官“一步踏入黑暗的深淵”。所以傳統雙邊規則是一種“盲眼”規則。

美國衝突法革命極端地想要拋棄“盲眼”規則，最終沒有成功。於此同時，世界其他地方，尤其是歐洲，對美國所批判的對象悄悄地進行漸進性的改造，成績斐然¹⁸。對雙邊衝突規則改造的實質，是縮短它和實體結果之間的距離，使雙邊衝突規則成為實體取向的規則，具體表現在如下三類新型的雙邊衝突規則和逃避條款的普遍採用。

（一）選擇性衝突規則

選擇性衝突規則是系屬中有兩個或兩個以上連結點，可以選擇其中之一所指引的私法來調整某一國際民商事法律關係。採用選擇性衝突規則，為的是放寬某些法律行為有效性的形式要件或實質要件，例如遺囑、結婚、締結普通合同等行為；或者使某些法律上的身份關係更容易成立，例如未婚女子的準正及其他親子關係、夫妻關係等；甚至也可以使某些法律上的身份關係更容易解散，例如離婚。總之，只要其中一個連結點指引的私法體系滿足法院地國預先設想的實體結果即可，而不論其他連結點指引的私法體系是否規定了與之衝突的實體

¹⁷ 參見黃進主編：《國際私法》，法律出版社1999年版，第233頁。

¹⁸ Symeon C. Symeonides, *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* General report, Kluwer Law International (1988), p.26.

結果。

（二）重疊性衝突規則

與選擇性衝突規則相對立的，便是重疊性衝突規則，系屬中有兩個或兩個以上的連結點，經它們指引的兩個或兩個以上國家的私法必須同時適用於某一國際民商事法律關係。採用重疊性衝突規則，為的是對某些實體結果的產生從嚴掌握，只有同時滿足兩個或兩個以上國家的私法規定，才能產生特定的實體結果。一般而言，重疊適用的兩個或兩個以上國家的私法，其中一個便是法院地國的私法規定，法院地國的某些實體政策，因為夠不上公共秩序和“直接適用的法”的標準，就轉而在重疊性衝突規則中表現出來。

（三）保護性衝突規則

當代各國私法，無一例外地給予那些在社會、經濟上處於弱勢地位的弱者以特殊的保護。受保護的對象通常包括特殊侵權行為的受害者、消費者、受雇傭者以及被扶養人等最終被法律確認為弱者的人們。私法上的保護政策同時延伸到了衝突法領域，可通過選擇性衝突規則賦予弱者選擇對自己有利的私法的權利，也可通過保護性衝突規則實現保護的目的。所謂保護性衝突規則，是指在衝突規則中明確表示適用有利於弱者的私法或可能有利於弱者的私法。與弱者單方面有密切聯繫的國家的法律，例如弱者的國籍國法、慣常居所地法，通常被認為是可能有利於弱者的私法，要求優先得到適用或重疊得到適用。

就規則結構而言，上述三類衝突規則，與傳統單一結構的雙邊衝突規則相比較，我們可以將它們稱作“擴展的雙邊衝突規則”。就內容而言，它們力圖克服傳統雙邊衝突規則的“盲眼”缺陷，努力實現法院地國既定的實體政策。但是，上述三類衝突規則所追求的實體政策，應該是國際社會廣泛認同的，¹⁹而不能狹隘地用來保護本國或本國私人的利益而損害他國或他國私人的利益。

¹⁹ F. Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.121.

（四）逃避條款（Escape clause）

面對千變萬化的社會現實，法律不可避免地具有一定程度的機械性和僵固性。只要衝突法仍以私法平等的雙邊原則為基礎，即使作出最大的改造努力，也無法徹底消除其規則的機械性和僵固性。當法院不滿意於本國衝突規則所指引的實體法帶來的結果，就尋求借助於立法手段逃避這一結果，因此才有衝突法上的逃避條款。

1. 傳統衝突法的逃避條款

嚴格說來，傳統衝突法的逃避條款只有公共秩序條款，它間接地排除本應適用的衝突規則，從而實現逃避的目的。但只有在嚴苛的條件下才能適用公共秩序條款，因此法院常常尋求別樣的手段，通常利用反致和識別制度來實現逃避的目的，²⁰但設置反致和識別制度的立法本意不在於此，這一“曲徑通幽”的不誠實做法，已被今日各國所放棄。

2. 當代衝突法的逃避條款

最密切聯繫原則同時作為當代衝突法的一項基本原則和主要的逃避條款，已漸被各國理論和立法所接受。在任何部門法中，基本原則較易作為擺脫規則僵固性的逃避條款，因為原則富有彈性，外延大，具體規則被認為是原則的體現，原則在必要時可以糾偏規則帶來的不公正的結果²¹。在衝突法領域，最密切聯繫原則亦然。當法院不滿意於具體衝突規則指引的實體法，常推論認為存在與具體案件更為密切聯繫的國家的法律，法院轉而適用該國的法律。

²⁰ 例如，法院地國A國的衝突規則指向B國，因法院地國不滿足於B國準據法的適用結果，於是利用B國的衝突規則重新指向A國或C國，以求得法院地國滿意的實體結果，這就是利用反致來實現逃避的目的。又例如，某國際民商事爭議本應被識別為甲法律關係，但因為法院地國調整甲法律關係的衝突規則指引的準據法，不能讓法院地國滿意，於是法院地國故意錯誤地將其識別為乙法律關係，最後取得法院地國滿意的實體結果，這就是利用識別來實現逃避的目的。

²¹ 例如，誠實信用原則常常作為合同法具體規則的逃避條款。

最密切聯繫原則部分作為當代衝突法的逃避條款，無疑反映了法院地國追求特定實體結果的意圖。但是，作為逃避條款的最密切聯繫原則的適用，應該是一個例外的情況，如果加以濫用，勢必會削弱衝突法的基礎。

四、實體取向之三：意思自治領域的擴展

契約自由是各國私法公認的最基本的原則，契約自由在衝突法領域的表現，便是意思自治原則，即當事人通過合意，自主地選擇適用於國際民商事合同的實體法。意思自治是各國衝突法關於合同法律選擇的最基本的原則。它可以直接預見國際商事交易的法律結果，不同國家的當事人可以圍繞預見的結果協商談判，從而減少交易成本，增強交易的穩定性。同時，意思自治避免了使複雜的國際合同同時受制於不同國家法院和不同國家私法管轄的危險。鑑於意思自治的優點，在當代衝突法中，它的適用範圍呈現出不斷擴展的趨勢。

（一）意思自治原則在傳統衝突法領域的擴展

意思自治主要適用於合同領域。對於一般商事合同的意思自治，目前的主要趨勢是放寬對它的各種限制。主要表現在越來越多的國家承認默示選擇條款，以及允許當事人選擇與合同或合同當事人無關的法律，這樣才有利於當事人選擇對他們最為有利的法律，實現整個合同效益的最大化。但並不意味合同領域當事人的意思自治漫無邊際，對一般衝突規則的排除理由同樣可以排除當事人選擇的法律，同時，意思自治原則也受到少量保護性衝突規則（如雇傭合同的保護性衝突規則）的限制。總的說來，擴展的領域顯然大於限制的領域。

在合同領域之外，意思自治也正在逐步擴展其適用範圍。如果案件僅僅涉及到當事人之間的利益，而與第三者的利益無關，就沒有理由阻止當事人選擇合意的實體法來迅捷地解決他們的糾紛；況且，各國私法平等乃是衝突法的基本價值所在，當事人在平等的各國私法之間進行選擇，符合衝突法的價值追求。以上兩點理由是意思自治在合

同法領域之外擴展的合理性基礎。²²目前，在侵權領域、婚姻家庭領域、繼承領域和信託等領域內，都出現了意思自治原則適用的立法例。²³但需要特別指出，與合同領域的意思自治相比較，以上諸領域的適用受到很大限制，它並沒有成為以上諸領域首要的法律選擇方法，而且大都只限定在與案件具有密切聯繫的幾個法律體系之間，允許當事人自由選擇。

（二）意思自治原則在“直接適用的法”和公法領域的擴展

當代衝突法面臨一個艱難的理論問題，便是外國公法的可適用性問題。該問題的提出，主要是二戰後國家對經濟的管制和干預加強，在傳統公法和私法的邊界區域創造了具有公、私法混合性質的法律區域。傳統公法從一開始就被“法則區別理論”拋開在衝突法體系之外，²⁴迄今為止的衝突法仍作如是觀。所以問題的實質乃是，外國管制、干預經濟生活的法律能否在本國援引適用。而這部分法律，其實就是上文所指的“直接適用的法”的一部分。

本國“直接適用的法”應該排除衝突規則而優先予以適用，如果衝突規則指向某外國法，也應顧及該國的“直接適用的法”，至於第三國“直接適用的法”的地位，目前各國大都採取保守的態度。現在的問題是，當事人能夠合意選擇一國“直接適用的法”，特別是管制和干預經濟的那部分法律嗎？

有些國家，例如美國，在國際仲裁法律適用的問題上給予了肯定的答覆。至於在法院訴訟場合，有一種觀點認為，應該區分發達國家和發展中國家不同的情況。發達國家經濟管制法律制度相對完善和齊備，如果允許他們的當事人選擇，就可能規避了那部分法律，從而損

²² F. Vischer, General Course on Private International Law, Recueil des cours (1992-II), p.127.

²³ 參見肖永平：《衝突法專論》，武漢大學出版社1999年版，第194-198頁。

²⁴ 巴托魯斯（Bartolus）的“法則區別說”，首先區分了公法、程序法和私法，公法和程序法不具有域外效力，其次才對私法作了“人法”和“物法”的區分，分別討論它們的域外效力。參見〔法〕巴迪福：《國際私法總論》，陳洪武等譯，中國對外翻譯出版公司1989年版，第303-308頁。後來的衝突法沿襲了這一做法，一直將公法和程序法排除在衝突法體系之外。

害發達國家的社會公共利益，所以應予否定。相反，發展中國家經濟管制的法律制度相對落後，有些方面還是嚴重欠缺，如果允許他們的當事人選擇，就可以藉此直接引進發達國家完善齊備的法律制度，所以應予肯定和提倡。²⁵

上述觀點指出了發展中國家和發達國家經濟管制法律制度建設的差距，無疑是客觀的，發展中國家允許當事人意思自治，確有可能直接引進發達國家先進的法律制度，也是實情。但是，上述觀點無疑是站在西方中心主義的立場上。發展中國家只有努力學習發達國家的具有共性的經濟管制法律制度，制定和完善自己的相關法律，才能最終從根本上解決問題。而如果依賴當事人的意思自治加以引進，雖一時一地的解決了問題，但從長遠來看，它將使本國的法律處於附庸地位，阻礙本國法律的完善，得不償失。

所以，除了國際商事仲裁領域，意思自治原則不宜擴展到公法和“直接適用的法”領域。

（三）意思自治擴展帶來的實體取向

意思自治原則在合同衝突法領域和其他衝突法領域的擴展，進一步擺脫了僵固的雙邊衝突規則，讓當事人直接預見了實體法律結果。意思自治的擴展是當代衝突法實體取向的重要方法。

但意思自治帶來的實體取向的意義與其他方法不同。借助於衝突規則的排除和傳統雙邊規則的改造，法院地國將自己的實體政策加入其中，從而帶來衝突法的實體取向。一國允許當事人意思自治，並沒有藉此實現自己國家的實體政策，相反，當事人只為自己的實體利益進行選擇。²⁶意思自治最終使不同國家的私法，包括法院地國的私法，處於平等的待選的競爭狀態。

²⁵ P.J McConaughay, The Scope of Autonomy in International Contracts and its Relation to Economic Regulation and Development, Columbia Journal of Transnational Law, Vol.39, No.3, 2001, p.655-656.

²⁶ Symeon C. Symeonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? General report, Kluwer Law International (1988), p.40.

五、結語

因為傳統衝突規則“盲眼”的內在缺陷，引發了美國的“衝突法革命”，革命並未動搖和毀壞傳統衝突法的根基，相反，傳統衝突法對之進行積極的回應，煥發了新的生機。當代衝突法的實體取向，便是這場回應的主要結果。

當代衝突法的實體取向主要包括三個方面，分別是衝突規則的有限排除、雙邊衝突規則的改造和意思自治領域的擴展。前兩個方面隱含了法院地國的實體政策，後一個方面是當事人對實體結果的自主選擇。

當代衝突法的實體取向在形式上增加了法律選擇的靈活程度，在價值取向上經歷了從“衝突正義”（Conflicts justice）向“實質正義”（Material justice）的邁進。前者注重程序上的法律選擇和追求判決結果的一致性；後者更加強調當事人合理期望的實現和個案的公正解決。

當代衝突法實體取向的結果，同時改變了傳統衝突法以雙邊衝突規則為主的單一扁平的結構。當代衝突法除雙邊衝突規則之外，還包括憲法限制條款、“直接適用的法”、選擇性、重疊性、保護性雙邊衝突規則、適用領域擴展的意思自治條款、逃避條款等新型的規則。總之，“革命”衝擊之後的衝突法，是規則豐富、多層次、多架構的法律部門，也是當今中國衝突法的努力方向。