

准据法确定中的价值衡量

刘益灯, 严文君

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 选择最优的准据法对保障国际民商事法律关系中主体权利具有重要的意义。准据法不仅包括实体法, 也包括程序法; 不仅包括国内法, 也包括国际法。在选择准据法的过程中, 我们应当考虑三个层次的价值: 选定价值、权衡价值和修正价值。而对秩序、利益、自由、效益和正义等因素的衡量, 则更有利于对三大价值的理解。

关键词: 准据法; 价值衡量体系; 选定价值; 权衡价值; 修正价值

中图分类号: D997

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2010)03-0032-06

一、准据法的确定

(一) 准据法确定的意义

因存在国际民商事法律关系而有冲突规则, 因有冲突规则而有准据法。显然, 作为冲突规则的指引对象, 准据法是最终有效确定关系人权利和义务的法律规范。这种法律规范, 其目的在于使国际民商事法律冲突得到公正、合理的解决, 因此准据法的确定有着以下重要意义: ① 实现冲突法的价值。准据法是冲突法中的特有概念, 没有冲突规范的指引不能称之为准据法。通说认为冲突规范由范围和系属构成, 准据法是系属的重要组成部分。而冲突规范的指引作用最后必须落到准据法的适用中来。因此, 没有归属的“指引”将毫无价值。② 准据法的确定直接关系到国际民商事关系主体的权利和义务的实现。法律的任务在于使法律关系主体适当地享有权利和履行义务, 在国际民商事法律关系中, 冲突法并不能直接调整主体间的权利和义务, 只有准据法才具有实体法的效能, 因此, 准据法的确定直接影响国际民商事法律关系内容的实现; ③ 在现代冲突法理论中, 已经由过去追求“冲突正义”转变为追求“实质正义”, 而这种实质正义不再体现在冲突规则之中, 而是直接体现在准据法之中。④因此, 准据法的确定也显得尤为重要, 并且在这种时代背景下讨论准据法的确定有着特殊的实践指导意义。

(二) 准据法的范围

为了准确的确定准据法, 我们首先必须界定准据

法的范围, 这样才能有的放矢。而关于准据法的范围在国内外学界是有着剧烈争论的。因为立场和角度的不同, 有人认为准据法只包括实体法, 程序法由于不具有确定当事人权利和义务的内容所以予以排除; 也有人认为准据法只包括冲突法指引的国内法, 国际法律不能作为冲突法指引的准据法予以适用。所以, 围绕以上的争论, 进行论证时必须从两个层面入手:

1. 准据法既包括实体法, 也包括程序法

实体法作为准据法, 从定义即见其特性完全符合准据法所要确定当事人之权利和义务这一最终目的。而程序法是否可作为准据法这一问题, 在国内的国际私法学界有着不同的认识。⑤笔者是支持程序法可作为准据法的, 首先从其形式上看, 冲突法指向一国具体法律这一规则严格来说不包括冲突规则, 但并不禁止指向一国的程序法。只是把程序问题运用法院地法这一国际上形成的惯常作法似乎把这一问题掩盖起来了。这一作法被普遍认为是符合法律正义的。权利和义务不能单纯地认为只包含实体上的权利和义务, 亦应包含程序上的权利和义务。其次, 从内容上看, 把在冲突法律关系中产生的具体问题以何种标准来区分实质问题和程序问题, 在国际上未有定论。如事实推定的问题, 英美法系国家一般视之为程序问题, 民法法系国家则视为实体问题, 这就使准据法的适用产生差异, 而这种差异的存在使得把程序法纳入准据法的范畴来研究变得必要。最后, 从准据法实现的意义上来讲, 程序法作为准据法也是必要的。任何一个具体法律问题经过审判或仲裁, 必须启用一定的正当程序, 这是现代法治的基本精神。与国内司法相同, 如果冲

突规则只是单一地指向实体法, 而不指向程序法, 则当事人在程序上所应当享有的权利可能被侵犯, 无论是出于意思自治还是出于公共利益的考虑。所以我们可以得出这么一个结论: 把程序法从准据法的范畴中抽离出来, 很可能就剥夺了准据法所应有的形式上的法律正义。

2. 准据法既包括国内法律, 也包括国际法律

这里需要明晰“国际法律”的概念, 它的内涵是指在调整国际民商事法律关系时, 以之确定当事人权利和义务的条约和惯例^⑧。国内有些学者因为国际法律的直接适用性而不将国际法律纳入准据法的范畴, 这种观点是不明智的。因为国际民商事法律纠纷适用国际法律, 无非是两种情况, 一种是签约国本国具有管辖权的法律冲突。这种情况等同于具体法律冲突指向了一国的内国法, 再经此国国家机关放弃本国的法律适用转而适用国际法律, 只是这种放弃发生在签约之时而不是法律适用之时。再有一种就是非签约国自愿适用国际法律, 这一过程的实质就是由于当事人基于意思自治原则选择的“连结点转移”而导致了适用国际法律。前者实际上是国家选择法律, 后者则是当事人选择法律。这两种法律选择的过程实质上是符合冲突规则的精神的。这是出于两点考虑: 第一, 一国的法律体系既包括其内国法, 也包括其受约束的国际法律。这两种法律都是一国法权的体现, 国家在接受或构建国际法律的时候, 就是有意识地把内国法权外化。在国内法律不尽完善的情况下, 国家可能通过加入适合自己的国际法律体系来弥补国内法律的不足和漏洞。可见, 如果准据法只涉及一国的国内法而不涉及国际法律, 是很难实现一国法律的协调性和完整性的; 第二, 冲突规则指向国际法律, 是冲突法发展的趋势。国际民商事法律冲突的产生, 正是因为缺少统一协调而有约束力的法律体系, 现在越来越多出现的国际统一实体法和统一程序法实际上正是为了解决这一根本问题产生的。这不但能够更好地体现国家集体间的统一意志, 符合多数人的利益,^⑨而且免除了循环选择法律的痛苦和大量时间的耗费, 节约了司法资源, 促进了法律效率的实现。而这一趋向, 正是准据法所内含的目的性追求之一。

二、准据法确定中的价值衡量因素

准据法范畴的确定只是为我们廓清了冲突法指向的对象, 使我们在法律选择中找到了目标。而在世界范围内, 各国关于调整国际民商事法律关系的立法目

的是各有倾向的, 有的国家倾向于保护当地的民商事法律秩序, 有的国家倾向于保护当事人权利和义务的公平实现, 有的国家倾向于促进当地经济发展……总之, 各国准据法体现的价值不尽相同, 也为如何找出最优准据法提出了问题。那如何能更加合理、合乎法义地去选择最优的准据法? 关键在于选择。在客观选择的过程中, 我们通常会受到许多主观价值判断的影响。如何找到最优的准据法, 关键就在于最优的价值决断。^⑩那么准据法确定过程中存在的主要价值因素又有哪些呢? 在法律的世界里, 价值取向没有高低之分, 只有轻重之分。下面以五种价值因素为例, 简述其在准据法确定中的体现。

(一) 秩序

古罗马人有一句法谚“只要有社会就会有法律”(ubi societas, ibi ius)。而法律的使命就是要构建和维护秩序。这种秩序被用来描述法律制度的形式结构, 特别是在履行其调整人类事务的任务时运用一般性规则、标准和原则的法律倾向。^[2]而这种倾向, 则意味着某种程度的一致性、连续性和确定性。因此, 选择的准据法应该代表了国际民商事法律关系存续的一致性、连续性和确定性。这种性质在准据法确定的范畴内如何体现? 其一体现于准据法所要维护的本身的法律程序。冲突法的精髓就是协调和权衡, 冲突规则指向的准据法(是指理想的准据法)是为了给这个协调与权衡找到一个准点, 以妥善解决这些法律冲突。其本身所要维护的是这种涉外民商事法律秩序, 使得这种活动得以正常、流畅地进行, 并维护相关的法律正义。有人认为秩序所涉及的是社会生活的形式, 这一观点在这一层面来说无疑是正确的。在国际民商事交往尚未有权威、统一的法律调整时, 秩序要求的倾向就显得尤为重要, 因为这种秩序是极其有利于权威、统一的法律体系的形成。其二体现于准据法的确定实质上也是在追求一种价值秩序。亦是说, 在准据法确定的三次选择层次中实质上都是在寻找一种更符合处理国际民商事法律关系的价值秩序, 尽管这种秩序在不同的时间、不同的领域会有所不同, 但价值秩序的实现至少意味着顺序或地位上的平等。在实质正义未能完美达到的情况下, 人们当然更愿意把自己置于有序的、可预见的、稳定的法治中。直至期望遵守这种秩序能得到应有的保护, 而违反这种秩序则得到必然的惩罚。

(二) 效益

国际民商事法律关系可大致分为两部分, 即民事法律关系和商事法律关系。这种分类的依据是民商法律关系所偏向的性质特点。当然, 这种划分在民商不分的国家或地区是不多见的, 而且在实践中民事活动

和商事活动也经常地混合在一起,这个划分只是基于下面的论述需要。从实践来看,因为商事行为最直接体现的就是效益,在全球化浪潮中,商业活动越发频繁,各种资源高速流动,对效益的要求变得十分的突出。从理论来看,当下出现的法经济学一派更是把经济理念作为衡量法律的一个重要标准。这种理论的核心概念是成本和效益。如果一个法律能达到以最小的成本而获取最大的收益,那从法经济学的角度看,这项法律无疑是完美的。把经济学纳入法学的视野中考虑,至少可以反映出法律价值考虑的一种发展方向。在准据法的范畴中,我们并不考虑准据法本身具有的经济性,我们只考虑运用何种准据法而能达到商事行为所期望达到的经济效益。这种通过效益的衡量来达到冲突正义的实现已经在法经济学的繁荣中得到了越来越多的肯定。而类似情况在现实中是很常见的,例如在船舶碰撞的案件中,受损方可能会因为赔偿诉讼的耗时过多而放弃在正义的角度而言所应去参加的赔偿诉讼,而争取时间去弥补对交易商家的信用伤害;又如某一小企业因合同纠纷而与实力雄厚的大公司进行诉讼,但因实际赔偿数额远不足以填补其用于应诉的花费而放弃诉讼。在这种时候,对效益的追求往往使法律冲突偏离了道义所宣称的(如正义、平等、自由所应取向的)运行轨道。况且现代的趋势是民商关系混合,^[3]在过去单纯的民事活动中也越来越体现出效益的影响力,所以效益愈加成为准据法确定过程中不可忽视的因素。

(三) 利益

利益从来就是和法律如影随形的,无论是资产阶级所提倡的法律是利益协调的工具,还是无产阶级所主张的法律是统治阶级的意志的体现,都是认为法律在实质上代表着某种利益。不同的是法律在不同的时空中表现为不同的倾向。利益对准据法的确定的影响是十分明显的,从历史发展上看,从管辖权选择到规则选择,从意思自由选择到直接适用公共政策排除,法律适用的冲突实际上是各种不同的利益因素在冲突。从内容上看,如一般意义上的平等地位的自然人、法人之间的私权利冲突,如人类商业利益与环境保护利益的冲突,又如商事仲裁中自由意志利益与法院承认与执行的公权利冲突。然而这种情况的产生也是必然的,这与人类社会的性质息息相关——因为利益是促使人类生产、发展的一个重要驱动力。于商业,商人好利,攫取最大的利润是商事活动的初衷;于政治,政治家权衡利弊,为了国家利益可以随时转换朋友与敌人的角色,这两种国际上最重要的交往活动都带有如此浓厚的趋利性,国际法作为这样的经济

基础和政治制度的表现,协调利益冲突这一功能的影响可想而知。在准据法的确定过程中,我们的焦点经常放在处理好个人利益与集体利益、局部利益与整体利益、眼前利益与长远利益、私法利益与公法利益的关系上。近代美国学者柯里在准据法确定的领域提出依据政府利益分析决定法律的选择学说,可以说是把利益作为法律选择的支点的理论的代表作,具有颇大程度的说服力。在我们不能直接实现各种利益所蕴涵的价值时,通过对利益的选择以达到相对正当的目的,在实践中具有重大的意义。

(四) 自由

黑格尔认为“精神自由是人的最独特的特征”^[4],而且,这种自由的精神已经外化到了人的行为。法律在某种意义上是在人类社会这一有机整体的共同权利不受损抑的情况下最大程度地实现个人自由的公器。人类追逐自由脚步经常在个人权利与集体权利、私有权利与公有权利之间徘徊,这种自由在准据法确定的领域是有重要体现的。其代表理论如意思自治说,这种由当事人意志自由选择准据法的理论实际上是准据法确立方法当中的异类,不由法律本身或法律关系本身的性质去寻找适当的准据法,而是把权利回归到人,这是思维方式的突破,也体现了个人自由在冲突法范畴的价值。意思自治说本身就有个发展过程,最初产生于合同准据法的选择,后来扩散用于侵权准据法,再后来与最密切联系原则结合而成合同自体法。据论者理解,意思自治理论中的自由可区分当事人自由和审判者自由。前者属于放任式自由,即法无明文规定即自由,这种特质很符合国际民商事法律关系自身的特点。后者则属于一种限制性的自由。这种自由具体体现于法官的自由裁量权,法官一般来说对自由裁量抱以相当克制的态度。^⑥我们一般更多地讨论当事人自由,而审判者自由则容易为人忽视。实际上后者的自由权利在具体案件的审理中对如何判断适用何种准据法是相当关键的。因为无论是适用最密切联系原则还是结果选择原则等需要运用自由裁量权的时候,这种限制性自由的合理、合法的运用至关重要。而对这两种自由的保障和相应的救济是使自由价值在准据法确定中得以体现的关键。意思自治原则在准据法确定的范畴内的重要性不言而喻,其影响也越来越大。在现实生活中,意思自治原则已经逐渐在以下7个方面成为准据法的选择方法:① 合同;② 侵权;③ 婚姻家庭;④ 信托;⑤ 继承;^[5]⑥ 海事;⑦ 商事仲裁。当然,意思自治原则并非能无限制地适用,但毫无疑问的是,在未来法治日益发达的国际社会中,自由价值将会得到更多的体现。

(五) 正义

正义在很多时候被认为是法律追求的终极目标, 所以是具有高度的抽象性和概括性的, 因此也具有了一张普罗透斯的面孔, 很难有人能够给正义下一个完美的定义。譬如平等价值在与人格权相关的领域颇为显著, 但在侵权行为领域则其主导地位可能为利益与安全所替代, 又如合同领域里推崇意思自由, 而具体到知识产权就可能让位于秩序。而在这些特定领域里, 平等、利益、安全、自由或者秩序的实现就在某种意义上意味着法律正义的实现。正义价值因素在国际民商事法律领域中的体现有一个发展的过程, 传统的冲突法中诸如“不动产依不动产所在地法律”“行为地法”“属人法”“法院地法”等依据其规则的性质以满足冲突法的“形式正义”的寻找最优准据法的方法, 而且这些方法在过去很长时间内占据着冲突法发展思想史的主流地位。然而, 今天冲突法的“形式正义”正在逐渐为冲突法的“实质正义”所取代, 逐渐由“规则的选择”走向“结果的选择”。传统的规则选择有着其不可回避的缺陷, 比如说“挑选法院”和“法律规避”现象等弊端, 这是因为规则的选择仅仅是一种局限于分配立法管辖权的方法。而结果的选择方法则通过超越了冲突法而直接指向准据法, 从而实现准据法的正义——即实质的正义, 这是正义在冲突法的发展过程中所被赋予的含意的一种质的飞跃。实质正义的实现通常是在具体的准据法选择中考虑特定弱者的权利、强行法的规定、“直接适用的法”等方式去实现的。在理论界, 以美国为例, “政府利益说”“优先原则说”“较好法律说”“功能分析说”和公共政策学说等一大批强调结果选择的正义性的理论已经成为主流, 对法律选择实践的影响也越来越大。这无疑彰显了正义价值因素在准据法确定过程中的价值考量。

这样的历史性转变使我们的眼光不再囿于冲突法的选择的局促圈子里, 可以抽身出来对准据法本身所体现的价值来进行是否正义进行评判, 也促使我们进入到一个可以在不同的价值因素中进行选定、权衡和修正的价值体系中去寻找更接近的“最终正义”。

三、准据法的价值衡量体系

同一个准据法可能包含了不同的多个价值因素, 或者不同的准据法可能代表了特定的优势价值因素, 那我们如何在复杂的准据法当中确定一个最优的准据法呢? 这就需要一些方法, 并且这些方法本身就指向了准据法所应有的价值。一般来说, 我们要讨论法的

价值时, 通常要从两方面入手: 一是法本身所具有的价值; 二是法对于人的价值。前者我们可以理解为法本身存在的形式价值, 因为法总是以一定的社会规范的形式出现去调整特定的社会关系的; 而后者我们则又可分为法对人的行为的评价价值以及法对个人及人类社会所存在的目的价值。选定——权衡——修正三个价值由前到后、由初步到高级构成了准据法确定的价值体系。

(一) 准据法的形式价值——“选定价值”

法律冲突的解决一般是经过这么一个过程: 涉外民商事法律冲突——冲突法律——准据法。显而易见, 准据法是冲突法指引的最终能够“解决问题”的法律, 这种法律在内容上在一国范围内等同于内国法律, 但形式上却截然不同。内国的具体法律规范虽然也是用以确定民商事法律当事人的权利和义务的, 无论是承认或是否认, 无论是奖励或是惩罚, 无论是允许或是禁止, 但这种形式价值只能是确认。而准据法则不同, 准据法离开了冲突规则就失去了意义, 所以它天生就是被指引的对象, 其形式价值中除了“定”, 还有“选”。正是这一“选定价值”, 构成了准据法特有的精神和魅力。这种通过分析冲突规则的核心因素而去追求运用最适当的准据法的路径, 正是古往今来无数法律工作者之沿革。如法则区别说, 通过对法律规则本身性质的考虑, 划分为“人的法则”“物的法则”和“混合法则”三大类, 分别在各自特定的领域适用, 这也成为了冲突法历史上第一次的法律选择方法, 其影响持续了整整 500 年。而如今, 虽然存在着各种各样的法律选择方法, 但许多方法在各自特定领域已成为法律冲突的解决相对公正、相对稳定的连结因素, 从而形成了公认的系属公式。而选定价值也越来越多地体现在众多日益固定的系属公式当中。这些系属公式凝结了某种恒久的法律精神, 如“物”的准据法为物之所在地法, 这一思想源于古谚“物上自由权利”; 如债的准据法为债的履行地法, 这一思想源于古谚“场所支配行为”。而这些法律精神则是以这些特定的形式体现的。从过去的“法则区别说”到“意思自治说”, 从“法律关系本座说”到“最密切联系原则说”, 从“管辖权选择说”到“结果选择说”, 都是通过寻找最合乎法律理性的法律选择方式去确定准据法。这种把选择方式形式化的过程, 笔者理解为“准据法的初次选择”。^⑦

(二) 准据法的评价价值——“权衡价值”

准据法的评价价值是指准据法对于某一具体国际民商事法律关系进行的价值判断时所遵循的准则。把准据法的评价标准作为一个评价工具去论证其价值, 这一工具性价值即为“权衡”。在准据法进行初次选择

之时,实质上是预先以一种特定的标准去排除了其他价值因素。这种即使在形式上近乎完美的选择实际上可能会因为识别不同、连结点错误或是法的际冲突而导致最后运用的不公,如著名的 Maldonado 案,^[6]仅仅是因为准据法的定义不同,则可能导致三种不同的准据法适用。在现代司法技术不断发展和对案件公平审判要求日益提高的国际社会,我们可以也应该对准据法确定的价值因素进行优次选择。在可能选择的准据法之中,每一个准据法都可能会更突显地去实现某一种价值,如选择 A 国的内国法可能更多地实现公平目标,选择 B 国法则可能是效益,而选择 C 国法则可能是自由。这样,在面对各种价值因素的冲突情况下,笔者建议应该改变过去先排除后选择的做法,变为先权衡后选择的方式,这样对法官的要求更高,但得出的判决则更趋向正义。当然,这种权衡原则应该具体到每一案件的特定时间、特定空间、特定背景和特定需要当中。权衡价值是一种消极性价值和限制性价值。在初次选择已经符合正义的要求时,权衡价值在此次确定过程中就没有了存在的必要;只有初次选择与正义的诉求不符时,权衡价值才应被体现出来。而同时,权衡价值只是在初次选择不正义或显失公平的时候出现,而非在任何情况下运用都是恰当的,这种时候权衡价值更多的表现出一种限制性的工具特质。美国学者卡弗斯提出的依规则方法决定法律的选择,又称为“结果选择方法”。^[7]虽然他也认为在进行准据法的选择过程中应该权衡各种准据法为当事人所带来的利益而去决定应该适用哪种法律,但是这种权衡所针对的是具体的实体规则,和论者说的准据法的第二层次价值是有区别的,权衡价值是考虑各种价值取向最终为当事人所能带来的正义。^⑥比如说按前一种说法中所产生的最正义规则的适用不一定能在不承认和执行相关判决或裁决的地域产生效果。而根据后者则会把这种产生不了效果的实体规则搁置,转而考虑可能不能达到这种程度正义的次级正义,但这种次级正义却能产生实际效果,则它的现实价值会比前一方法所谓的最高正义更有现实意义。所以结果选择方法只能归结到准据法选择的第一阶段,而“权衡价值”则居于准据法确定的第二阶段。这一价值也是现行社会所能达到而又应能达到的准据法价值,在不远的未来应该是准据法价值所主要体现的一个方面。

(三) 准据法确定的目的价值——“修正价值”

目的价值是准据法确定的价值体系中最高层次的价值。在各种不同的价值取向中,其终极的价值按不同的法学家而言意味着不同的概念。^⑦诸多价值取向很可能在准据法的确定当中产生根本的冲突,甚至尖锐

到无法在再次选择(即权衡过程中)中解决,这样准据法的确定则应进入到第三层次的选择——修正价值阶段。在这一阶段中,即使在初次选择中法律选择方法确定无疑的情况下,也会产生以一种价值取代另一种价值的可能,甚至以一种价值去排除冲突中的另外两种价值,以求达到法律冲突的最正义解决。譬如说在未来的一个案子中,合同准据法的意思自治原则具体适用到特定案件中已完全不符或显失公平之时,法官将需要以特征性履行或强制适用任意另一选择方法所指向的准据法,并能达到更好的效果。但是这一阶段出现的条件是,冲突规范在某一具体适用领域内消失或准据法直接指向行之有效的国际统一法,否则法官无法通过改变准据法实现法律的实质正义,这种不能实质上改变权利和义务的权力不能称为完全意义上的自由裁量权,法官将不可能进行价值转换的法律论证,更不可能推翻长久的、行之有效而又获得公认的价值取向。这种价值是积极性的,因为法官可以主动地去发现价值,并且可以根据价值中符合法律理性的因素去考虑是否要进行价值取代或价值创新,从而主动地改变准据法选择当中可能出现的不正义现象的状况。然而,正如其条件的不具备,以及自由裁量权受法官所接受的法律教育和所处的法律环境影响的限制,这种正义在目前来说几乎不可能实现,但不失为准据法确定研究所追求的终极方向。

因此,我们可以发现准据法价值体系中有三种正义价值^⑧: ① 选定正义; ② 权衡正义; ③ 修正正义。选定正义已经在各种具体的选择方法中各自得到某种程度的体现,也是现代及以前大部分冲突法律选择学说所触及到的正义探求。修正正义在未来很长一段时间里是难以达到的,因为技术上和实践上的难度无法在短期内克服。相信在现在至未来一段时间里,工具性的“权衡正义”将是准据法确定学说研究及实践发展的方向。权衡正义并不直接体现最终的正义,不过却是通向最终正义的桥梁。论者认为,通过对准据法确定过程中各种价值取向的预先审视,根据具体的条件和特定的时空去综合考虑各种价值,在达到最好状态的前提下最终选择准据法,这虽有难度但却是可行的。人类对于正义的追求相信会促使人类从初次选择阶段推进到再次选择阶段。准据法作为冲突法中特有的概念,在这三种价值中必然具有鲜明的特性,并且由这三种价值构建了准据法独特的价值体系。

虽说法律只调控现在不涉及未来,而这个价值体系似乎倾向于学理上的理想性分析,但是在实践中已经出现相对成势的共同做法以及理论界相关学说已经慢慢积累成流的基础上,前人走一小步,我们当继续

前行。

注释：

- ① 当然, 无论如何直接体现于准据法之中, 我们知道冲突法和准据法还是不可分离的, 因为无论任何一种法律选择方法都无法使准据法脱离冲突法中关于连结点的约束, 尽管这些连结点或有形或无形、或静态或动态、或具体或抽象。
- ② 认为程序法可作为准据法的学者如李双元, 具体论述可见李双元:《国际私法(冲突法篇)》, 武汉大学出版社2001年版, 第156页。而认为程序法不可作为准据法的学者如肖永平, 具体论述可见肖永平:《法理学视野下的冲突法》, 高等教育出版社2008年版, 第65页。
- ③ 举例而言: 条约如《联合国货物买卖合同统一公约》, 惯例如《国际商事合同公约》。
- ④ 因为正义在某种意义上表现为多数人的意志, 尤其是民主社会。
- ⑤ 加上找出最优的价值判断的方法, 基本就组成了准据法确定的核心内容。
- ⑥ 有如美国一位学者的表述“法官的自由裁量和创造法律是在法律的缝隙中跳舞”。
- ⑦ 这一价值在传统的冲突法理论多有论述, 在此不再展开。

- ⑧ 具体的价值取向在下节将会进行阐述。
- ⑨ 亚里士多德谓之理性, 霍布斯谓之利益, 康德谓之自由, 边沁谓之安全, 耶林谓之目的, 还有诸如正义、秩序、公正和平等等。
- ⑩ 这里是以正义作为法律的最高的抽象化价值作为前提来论证的。

参考文献：

- [1] 黄进. 国际私法(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 221.
- [2] E·博登海默. 法理学·法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 227, 272.
- [3] 刘定华, 屈茂辉. 民法学[M]. 长沙: 湖南大学出版社与湖南人民出版社, 2002: 26.
- [4] 黑格尔. 权利哲学[M]. 伦敦: 克莱顿出版社, 1952.
- [5] 徐崇利. 我国冲突法立法应拓展意思自治原则的适用范围[J]. 政治与法律, 2007, (2): 134.
- [6] 徐文超. 准据法新说[J]. 南京财经大学学报, 2004, (1): 99.
- [7] 卡弗斯. 法律选择程序[M]. 哈佛: 哈佛大学出版社, 1995.

Value measurement in the progress of determining the Applicable Law

LIU Yideng, YAN Wenjun

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: To choose the optimum applicable law is important to protect the right of legal subject in international civil and commercial legal relationship. Applicable law includes substantive law and procedure law, domestic law and international law. In the process of choosing applicable law, we should consider three values: selective value, balancing value and amended value. In fact we can properly understand the three values by balancing such relating factors as order, interest, freedom, efficiency and justice.

Key Words: applicable law; the system of value balancing; selective value; balancing value; amended value

[编辑：苏慧]