

■国际私法

第三次冲突法重述:美国学者的新尝试

肖永平,王承志

(武汉大学 国际法研究所,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 肖永平(1966-),男,湖北麻城人,武汉大学国际法研究所教授,博士生导师,主要从事国际私法学研究;王承志(1977-),男,湖北鄂州人,武汉大学国际法研究所博士生,主要从事国际私法学研究。

[摘 要] 在 20 世纪末,美国冲突法理论及实务界展开了一场关于第三次冲突法重述的大讨论,它似乎预示着一场新的冲突法革命的开始。虽然第二次冲突法重述受到了美国司法界的欢迎,但随着冲突法的发展,理论界逐渐认识到第二次冲突法重述在结构和具体制度上都存在缺陷。如何理解最密切联系原则与属地规则的关系问题引起了学者们的广泛思考。第三次重述的成功与否,关键在于能否在冲突法的灵活性和稳定性之间实现平衡。

[关键词] 冲突法;第三次重述;最密切联系

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)01-0074-07

在美国,近半个世纪以来,冲突法的理论一直呈多样性趋势,导致其法律适用上的不确定性,引起了学者们对于冲突法是什么和应该是什么的争论。冲突法在性质上是多边的还是单边的?它怎样才能促使公正结果的实现?这些都是悬而未决的问题。

第一次冲突法重述(以下简称“第一次重述”)诞生于美国法学思潮由形式主义转向现实主义时期,第二次冲突法重述(以下简称“第二次重述”)则在“冲突法革命”时期出炉。因此,第二次重述自定稿至今 30 多年的时间里,理论界对其肯定和否定评价从未间断过。虽然第二次重述的历史评价尚难定论,但可以肯定的是,美国冲突法学界酝酿敲响第二次重述丧钟的呼声,或对最密切联系理论的修正,俨然已成为最新论战的焦点。

1999 年 1 月 9 日,美国法学院协会(Association of American Law Schools,简称 AALS)在新奥尔良召开年会,在冲突法的研讨会上,理论及实务界齐聚一堂,共同探讨现行冲突法中存在的各种问题,尤其讨论了第三次冲突法重述(以下简称“第三次重述”)能否或怎样才能提高冲突法的质量。涉及的问题包括:第三次重述能否克服第二次重述的缺点?第三次重述是否应在冲突法的规则和方法之间作出更明确的选择?第三次重述是否应在冲突法的各种相竞争的价值目标,如多边主义、单边主义、实体主义和当事人的期望等之间作出更明确的取舍?第三次重述是否应该更多地考虑制定法或国际条约中的冲突规范?国内和国际层面在管辖权、法律适用及判决的承认方面有何最新发展?

在前面两次冲突法重述的起草过程中,美国法学会(American Law Institute,简称 ALI)一直走在最前列,起着极大的推动作用。它在 1934 年第一次重述中坚决地站在了多边主义立场上,而在 1971 年第二次重述中采取了折中主义的方法。但是,对讨论中的第三次重述,美国法学会至今还未对启动第三次重述作准备工作。

冲突法历来是美国法中最麻烦、争议最大、最不受欢迎的分支。印第安那大学斯瑞弗(Gene R.

Shreve)教授就怀疑美国法学会之所以未将第三次重述提上议事日程,可能是因为这一工程令人望而生畏。毕竟,法学会的任务是提高法律质量并加强管理,如果法学会过早地开始第三次重述这一工程,冲突法的本性将使得这一目标的实现困难重重。

在研讨会上,并非所有与会者都赞同第三次重述,有的甚至反对冲突法中的重述方法,还有的学者对制定第三次重述的时机是否成熟提出疑问。即使支持第三次重述的学者也存在以下争议:支持规则反对方法和支持方法反对规则、政府利益分析和反政府利益分析、实体主义和反实体主义等。由此不难看出,美国冲突法学界关于法律选择的理论,至今仍处于众说纷纭的状态。

其实早在此次研讨会召开的前两年,在 AALS 的 1997 年年会冲突法讨论小组上,威廉姆特大学法学院院长西蒙尼德斯(Symeon C. Symeonides)教授就提出,现在是准备第三次重述的时候了。

西蒙尼德斯教授认为,第二次重述从准备到起草持续了近 20 年,第一次草案在 1953 年出版,而最后文本是在 1969 年公布的。第三次重述的起草可能要持续更长一段时间,因此有及早进行第三次重述的必要,应开诚布公,允许百家争鸣,吸纳各种观点甚至包括反对第三次重述的观点。里斯也认为,法律重述是一项持续时间很长的工程,因此有就美国法院在第二次重述提出以后的运作情形加以重新整编的必要。对此,温特劳布(Russell J. Weintraub)教授持相反意见,他认为现在还不是着手起草第三次重述的时候,并认为只有当出现大量连贯的冲突法判例时,制定第三次重述的时机才算成熟,美国法学会才可以从这些判决结果中总结出冲突法的规则,制定新的冲突法重述。

一、第二次重述之检讨

(一)第二次重述的历史功绩

1934 年,第一次重述在一片批评声中诞生。里斯曾说过,在 20 世纪 30 年代,用重述统一美国冲突法的时机尚未成熟。第一次重述中硬性条款简单、武断的风格可能要归结于重述起草顾问组与报告员比尔之间的巨大分歧,这种分歧也体现在比尔解释规则的注释和评论中。就连一向谦恭的里斯都说,比尔采用的僵化的、普遍的属地规则表明他对冲突法的“流动性、复杂性和不确定性”一无所知。

这种批评不应针对第二次重述,不管理论批评家们怎么想,第二次重述如人们所期待的那样运转良好。1997 年,西蒙尼德斯教授曾对第二次重述的司法认知作了一个评估,结果显示:截至当时,有 21 个州在处理侵权法律冲突的管辖权时遵循了第二次重述,有 25 个州在处理合同法律冲突的管辖权时依据的是第二次重述。这些数目中包括一些重要的撤诉案件,在许多一审案件中,法院对第二次重述的信赖仍十分肤浅甚至模棱两可,它们适用第二次重述往往也是被动的或毫无诚意的。但不可否认的是,第二次重述在美国的冲突法领域仍然占据统治地位。

(二)第二次重述的缺陷

第一,第二次重述是陈旧的。这至少体现在两个方面:(1)在第二次重述的起草过程中,判例法及学术理论都在发生急剧变化。里斯瞄准的只是一个移动的靶子,在过去 20 年里,美国法院面临着越来越多的新型的冲突法案例,这一趋势仍在继续,而第二次重述对此往往缺乏规定或者规定不够充分。(2)它的一些硬性规范已经越来越成为时代的错误。

第二,第二次重述存在越来越多的缺口。第二次重述对于解决那些在它起草过程中以及起草之前常见的法律冲突的确起到了较好的作用。第二次重述对于解决交通事故或涉及乘客法规、家庭豁免以及慈善豁免等问题的法律冲突规定较多,但近年来涉及这些问题的法律冲突几乎销声匿迹,反而是其他类型的法律冲突日益凸显。这不仅限于因特网的应用所产生的法律冲突,还包括那些天天在法院进行诉讼的传统案件。例如,在过去 20 年中,有关环境污染保险责任范围的诉讼呈爆炸性增长。这些纠纷既复杂又十分重要,它们在不同的州涉及不同的风险,它们还关系到除了保险合同之外的涉案当事人的利益问题,第二次重述仅用简单的 1 条来涵盖所有这些问题显然是不够的。

第三,第二次重述还有一些硬性规则。第二次重述中的硬性规则是其历史时代的反映,这些规则虽然数量不多,但适用范围较广,它们大部分体现在重述有关“物权”问题的规定中——包括继承、夫妻财产制以及土地所有权等。这些规则固守传统的教条,在涉及财产的让与、婚姻财产以及无遗嘱或遗嘱继承等问题时主张适用不动产所在地法。

如果说这种坚持传统的做法在 20 世纪 60 年代是可以理解的话,如今它已成为前进道路上的障碍。因为没有合理的理由可证明所有涉及土地的问题都应适用其所在地法。虽然财产所在地州对土地的使用和所有权的划分及保障等问题有着合法的利益,但是对于处分人的能力、继承人和受遗赠人的能力、配偶或未承认配偶的利益、继承令、遗嘱或土地处分的形式有效性等问题则没有利益。揭穿“财产所在地禁区”的假面具的时间还很长,新的重述应该能够为此创造条件。

第四,第二次重述只是传统的文件。第二次重述诞生于从僵化的属地主义方法向灵活的政策定向方法过渡的时期,它的起草工作始于 1953 年,完成于 1969 年。它的主要起草人里斯也承认:这将是一个过渡性的工作。它写于一个混乱和危机四伏的时期……各种理论竞相争鸣,相互诘难,各种怀疑都指向了它的实用性。虽然里斯相信,“冲突法和其他法律部门一样,规则的明确表述应该是其追求的目标”,但同时他也意识到,在当时有关侵权和合同的冲突规则仍不成熟。这就是为何在这两个领域,第二次重述只是试图“提供足够开放的表述公式以使得法律能够进一步的发展”。但里斯依然坚信,在适当的时候这些表述公式将有助于冲突规范向“更明确”和精确方向发展。

里斯关于第二次重述过渡性的观点得到了莱弗拉尔的认同,尽管莱弗拉尔(他也是第二次重述侵权章的起草者之一)承认第二次重述是面向未来并致力于持续性发展的。西蒙尼德斯教授认为,美国冲突法现在正好就处在“那里”的位置。第二次重述已经成功地完成了它的任务,推动美国冲突法界打破了传统理论,开创了新的思维方法。但是,第二次重述并没有也不可能在巩固过渡阶段所学知识方面获得成功,这将是新重述所要完成的任务。

温特劳布教授则悲观地认为,第二次重述对法院和律师的指导是支离破碎,残缺不全的,因为重述本身就是失败的,它是一个早产儿。第二次重述是属地主义倾向与各种相互冲突的法律内容奇怪的混合体,误导法院将许多原本十分简单的属地规则转换成令人头脑麻木的各种属地连结点的组合,法院在选择法律时也不考虑所选择法律的内容,法官们经常是从律师的陈词和辩论中得到一些有用的启示。

第五,第二次重述的规定模棱两可。第二次重述的过渡性主要体现在有关侵权和合同冲突规范中那些极度模棱两可的半命令条款或“非规则”上。实际上,对于这些法律冲突,第二次重述不是建议适用一些假设的或可替代的规则,暂时地指引所要适用的准据法,而是授权法院适用另一州的法律,如果法院确定该州与案件有更密切的联系。在许多案件中,第二次重述作用的发挥很有限。它仅仅只提供了一个指示器,告诉我们通常将适用某一州的法律。然而,在更多的案件中,对于第二次重述的起草者而言,“通常”似乎变成了无条件的适用。这就解释了为什么他们决定用一种完全临时性的方法来处理这些案件,而将法律选择的任务留给法院,通过考虑这些任意性的、无先后顺序之分的客观连结点来选择所要适用的准据法。

尽管遭到大家的质疑,但第二次重述的起草者们还是决定将这一模棱两可的态度留给侵权和合同冲突法领域。显然,这一决定在当时是明智的。因为根据当时法律的流动性,采用硬性规则是不可取的。第二次重述灵活性的非规则将法院从第一次重述的紧身衣中释放出来,而不是用新的紧身衣代替它。在这一点上,第二次重述是成功的。它有助于将法院从第一次重述的限制中解放出来,而不是将它们置于另一个禁锢中。但与此同时,第二次重述又为司法主观主义打开了方便之门,放纵印象主义的思维方式,这在社会科学上也许可以让人接受,但是在法律上却是不能接受的。因此,美国需要一套新的法律选择规范,以解决或避免美国法院运用第二次重述进行法律选择时出现混乱^[1](第 33 页)。

(三)美国冲突法的重新定位

虽然倡导新冲突法的主要原因之一就是要将新规则清楚地表述出来,但它不是惟一的原因。第二

次重述在影响司法观念方面获得的巨大甚至是出人意料的成功,表明与那些得不到司法支持的却被学术评论员认为是先进的法律选择方法论相比,法院更愿意将注意力放在得到美国法学会认可的文件而不是任何法律评论性文章上,即使它是由天才所作。典型的例子就是卡弗斯和柯里,他们两位仅仅被视为已故的巨匠而被人们所提起。如此一来,一部新的重述将成为极佳的媒介,借助它的理论观点将有助于在新的世纪对美国冲突法进行重新定位。

毋庸置疑,那些对新的冲突规则充满希望并认为切实可行的人更盼望有一部新的重述。西蒙尼德斯教授认为,在美国冲突法革命后的前30年里,美国冲突法患有严重的“反规则综合症”。但他同时又认为,这里所倡导的不是制定法的规范而是重述的规则。重述的规则不同于制定法,也有别于司法判例所确定的规则,它们不具备法律约束力。如果它们有用处,就会被法院采纳;如果它们毫无用处,将会被忽视。此外,还存在着第三种可能性,即它们在修改之后被采用。因此,重述规则在本质上是无风险的。而且,他所倡导的不是旧式的僵硬的规则,而是嵌入了许多灵活性的规则,它赋予法院足够的自由在特殊情况下背离这些规则。

虽然美国冲突法界已经放弃了第一次重述中的规则,并一致认为第二次重述为这一结果的实现作出了重大贡献,但是,越来越多的人对美国冲突法的现状感到失望,正像一位观察员所说:美国的冲突法开始变得像“一千零一夜”的故事集,仿佛每一个具体案件的判决和解决方案都是独一无二的,导致判例法上结果的相互矛盾与混乱。然而这种结果在冲突法革命的早期是可以预见和理解的,现在的问题是,30年多年后的今天,这种随心所欲的实验法,这种“直观主义司法”(impressionnisme juridique)或者“司法直观论”的做法是否持续得太长,是否美国的冲突法需要进行合并和标准化?其答案应该是肯定的。正如罗森伯格(Maurice Rosenberg)所解释的,第二次重述放弃了传统理论中的“不合理规则”而采用了“不受拘束的合理规则”,后者应该为“有原则的合理规则”所取代。法院需要而且也应该被赋予比第二次重述更多的指导,“冲突法的可预见性和实体法同等重要”。回顾里斯的第二次重述,和其它法律领域一样,规则的明确表述也是冲突法的目标之一。规则的表现形式是实现其可预见性的手段,一部新的重述是讨论和阐明这些规则的最好的论坛。

二、第二次重述的理论困境

虽然第二次重述在司法实践中运转良好,但这并不意味着重述的结构良好。刚好相反,第二次重述含糊、开放的规定能有助于法官根据自己的理性和直觉作出合理的判决,这也是它饱受批评之处。第三次重述应该在提高冲突法判决的合理性和科学性方面有所改进。

温伯格(Louise Weinberg)教授在1999年年会上提出,如果要想第三次重述工作良好,就应该对第二次重述的结构予以调整和完善。没有人愿意走第二次重述的老路,把法官当小孩子一样对待,强迫他们一遍又一遍地打印出毫无结果的冲突法规则。第二次重述第一次将“最密切联系地”作为冲突法领域的一个普遍概念来指导法院选择准据法。虽然,博登海默在研究了美国司法实务对法律选择理论的适用情形后指出,在美国司法制度中,最受重视的是柯里的“政府利益分析理论”(governmental interests analysis),其次才是第二次重述中的方法论^[2](第49页)。但无论如何,最密切联系理论已成为当今国际私法界共通的语言与趋势,并被某些国际私法学者奉为至高无上、神圣不可侵犯的理论。甚至,奥地利、瑞士和德国晚近的国际私法立法可谓是以最密切联系原则作为“帝王条款”或“至上条款”。

最密切联系理论之所以能获得欧洲大陆学者,甚至是其他成文法国家学者的青睐,是因为相比较政府利益分析理论而言,最密切联系理论的革命色彩显然较为柔和。美国学者及法院醉心于“政策”、“利益”的追逐与比较,往往令大陆法系学者不敢苟同,外国学者通常较美国学者重视国际礼让(international comity),他们无法接受具有浓厚法院色彩的沙文主义(forum chauvinism)的利益分析。因此,对欧洲大陆学者而言,他们既不满意传统法律选择理论无法适应现代社会,又对政府利益分析说所

可能导致的混乱后果甚为担心,所以,最密切联系理论自然成为最佳选择。

用最密切联系来软化传统的使用单一连结点选择准据法的僵硬方法,这是第二次重述的主要贡献,但是该原则后面跟着一系列枯燥的可能密切的连结点,毫无疑问,这将又回到第一次重述的属地主义的老家。第二次重述通常假定存在这样一个地方,由其法律支配所涉及的民商事关系,也许第一次重述已经对这个地方做出了选择,这无异于重复劳动。

如果某一案件代表的仅仅只是虚假冲突,结果又会怎样呢?根据第二次重述,在实践中法官往往十分厌倦解决这种虚假冲突。譬如,在 1997 年米勒诉怀特案中,双方当事人都在法院地都有住所,法官面临的选择是适用法院地法给原告充分的救济还是根据损害结果地魁北克法给原告有限的行政救济。可想而知,佛蒙特州法院结果为原告敞开了大门。法院为何要根据第二次重述通过无聊的分析来解决这一连新手都一眼可以看出来问题呢?第三次重述应该另辟蹊径,避免法院在特定案件中在决定相关各州利益时卷入这种冗长的公式化的分析中。

从理论层面来分析,法院拙劣地适用第二次重述将很难实现第 6 条的政策目的。冲突法的任务是选择法律,而不是选择地方。第二次重述中假定的属地规则其实就是管辖权选择规则,这不符合现代冲突法的理念。这种方法太过抽象,不能反映问题的实质,因而饱受批评。

法官适用第二次重述似乎能得出合理的结果,但这并不能使人感到安慰。实际上,第二次重述只是给他们提供了一些采取措施的借口。不管你想得到什么样的结果,都能从重述中得到支持。法官并不是受重述的指导,他们只是根据自己的一般理性和直觉做出判决。

根据第二次重述,法官被告知要适用最密切联系地的法律,但那个地方究竟在哪儿呢?重述的确也为迷失的心灵提供了一个指南针,但是它的指针却是固定的,而且固定在一个错误的地方。里斯曾在其著作中提到法院应该考虑的几个政策之一是:寻求适用占支配利益的州的法律,这一观点就转化成重述的核心理论,即最密切联系地法。

正像大家所看到的,第二次重述十次有九次将我们带到了事件发生地,而第一次重述早就对该地做出了选择。尽管第二次重述的作者大胆地批评第一次重述的属地选择完全是个错误,但柯里曾分析认为,事件发生地可能与冲突法案件之间存在很少或完全没有利益。在现实生活中,法院往往会适用自己的法律,并能为此提供一个合理的解释。如果本地的法律或普通法的规则谋求适用于在境外发生的事件,法院会毫不犹豫的适用自己的法律,这是法院地法得以适用的主要原因,和其他州相比,法院更偏爱自己本地的政策。正所谓,亲眼看到香肠是怎么做成的人是绝对不会再吃它的。悲哀的是,每天都要看到无数“冲突法”的香肠被加工,使得我们食欲大减。

在 *Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines* 案中, Wilkey 法官认为,如果有合理的解释,法院的任务就是适用自己的法律。这种狭隘、偏见的观点显然不符合国际礼让。大多学者都认为在法律选择过程中应坚持礼让,里斯在第二次重述中很少考虑法院地的利益,仅仅在第 6 条有所提及,他并没有将法院地的利益置于重述最显著的位置,他理想地认为法院会公正无私地选择所要适用的法律。但后来他逐渐认识到,这在现实生活中是不可能的,也不存在所谓中立的法院。可以想象,如果原告的住所在法院地,怎么可能指望法院是中立的?但是,第二次重述仍固执地认为法院高尚无私,仿佛双方当事人是在火星上接受审判。

法院忽视自己立法机关的要求是十分错误和危险的。当第二次重述贬低法院地的利益时,正义的利益也将随之贬值。受损害的原告,经常捉襟见肘,往往选择在自己家里提起诉讼,希望适用自己的侵权行为法使自己得到补偿,对此,就不应将其视为挑选法院者。然而,重述却对他们依自己的法律所提的合理要求视而不见。总之,第二次重述的最密切联系地的公式以及随之而来的属地选择的假定是错误的。温伯格教授建议对第二次重述进行全面的改革,包括对其主要的理论基础——最密切联系原则进行改革,并进一步改革其属地主义的冲突规则。

三、小 结

总的来说对于第三次重述的内容和形式仍意见不一。西蒙尼德斯教授认为,这种意见的不统一是不可避免的,也是十分有益的。与其坐在一起哀悼现状,不如公开、坦率地讨论这些不同意见。认真总结第一次重述失败的经验教训,努力解决第二次重述中已经被证实的各种问题,这些争议就一定会迎刃而解。第一次重述的失败告诉我们,基于教条而不是经验的僵化规则注定要失败。第二次重述的经验则告诉我们,法院需要更多的指导,而不能仅限于各种因素和连结点的罗列。

第二次重述虽已成为美国司法实务中各州法院最经常引用法律选择的根据,但考察法院判决的内容,忠实运用第二次重述的却不多见,法院往往以重述之名,行利益分析、较佳法则、结果导向之实。传统的法律选择理论受预先设定好的抽象连结点的制约,对于具体法律关系的实体内涵欠缺考虑,往往使案件失之于个案公正性。为弥补个案公正性而提出的最密切联系理论,虽然它有助于实现公正的判决结果,然而由于法律选择标准的虚无飘渺,往往以牺牲稳定性为代价,使案件又失之于判决一致性。简而言之,传统的法律选择理论与现代的法律选择方法,在个案公正性和判决一致性这国际私法的两大要求之间呈现顾此失彼的窘境。但若能在现代法律选择方法已经具备灵活性的基础上,发展稳定性的原则,或为稳定性基础上的传统法律选择理论注入灵活性的因素,则能实现二者的平衡。因此,为稳定性而舍弃灵活性,或为灵活性而放弃稳定性,对于国际私法体系的建构都是不可取的。

主张法院应选择与涉讼案件有最密切联系法域的法律作为准据法,虽无不当,但如何确定“最密切联系”的法律则是问题的关键。第二次重述在寻找最密切联系地时以第6条为依据的,但因为第6条标准模糊,在判断最密切联系的诸因素中,政府利益往往具有凌驾一切之上的重要性,最密切联系往往是根据有关法律的目的和政策推导出来的。这种将政府利益的分析融入最密切联系理论的做法,虽然为最密切联系原则的运用提供了一条新的指导方法,但这一方法也有一定的不足之处,政府利益表达的是立法者的政治目标,政府利益分析理论要求法官在审理案件过程中不得不考虑法律规范的政治目的,而国际私法所涉领域为传统私法领域,诉讼的目的是公正维护当事人的利益,因而不宜以政府利益作为其出发点。

在英国,由诺斯、科林斯等学者组成英格兰和苏格兰法律委员会联合工作小组曾就侵权行为的准据法问题提出了一份报告。在报告中,他们在坚持最密切联系理论的同时,指出了若干法律推定,分别从对身体及财产的损害、死亡和毁誉三个方面,通过几种细化的推定来约束最密切联系原则的适用,使一些重要类型的侵权行为的法律适用有章可循,但又并非一成不变,最密切联系原则同样可以排除这些细化规则的适用,只要能够证明另一最密切联系地的存在。与此同时,大陆法国家的立法趋向以“特征性履行”模式作为调和。然而何谓“特征”,欧陆各国立法似乎又回归到属地主义的老路上,这对于实体法律争议,则难免有所忽略。

西蒙尼德斯教授试图去说明为何要用一部新的重述来取代第二次重述,并试图在新重述侵权章节中提出自己的建议规则。这些规则以问题为导向,综合考虑了实体法内容的冲突,并在适当的情形下给受到影响的当事人以选择的机会。虽然这些规则并不能涵盖所有形态的侵权法律冲突,仅仅涉及日常范围内争议相对较小的案件,但这些规则还是具备一定程度上的灵活性。虽然它们以一种直接、迅速的方式决定所要适用的法律,但通过例外条款的设置,从而允许法院在特殊情形下偏离这些规则。

美国、英国甚至包括欧洲大陆法系国家侵权冲突法的发展轨迹体现了人们在法律稳定性和灵活性之间寻求平衡的尝试与努力。美国冲突法从比尔时代由僵硬的极端向主张完全灵活性和排斥冲突法规则的另一个极端发展,法律的稳定性遭到破坏。美国学者第三次重述的主张是冲突规则在美国回归的体现,但这次回归不是传统冲突规则“卷土重来”^[3](第109页),再次推翻现代法律选择方法,而是冲突规则找到自己新的定位,试图与现代法律选择方法进行融合。尽管它获得了比“冲突法革命”更多的稳定

性,但同时也保留着更多的灵活性。第三次重述的成功与否,关键在于能否准确找到二者的平衡点。

虽然美国学者酝酿着敲响第二次重述的丧钟,但一场新的冲突法革命仍未到来。西蒙尼德斯也坦言,他并不是建议现在就应该有一部新的冲突法重述,而是倡议为新的重述做准备工作。起草新的重述既是一项阶段性任务,也是一项系统的工程。第二次重述历经 16 年,才最终获得美国法学会的批准,而且,它诞生于美国冲突法革命之时,各种理论的交锋无疑为最后文本的确定铺平了道路。在 30 年后的今天,在缺乏这种革命性理论突破时,新的重述能否点燃新一轮革命的导火索呢?抑或是新的重述将在温情脉脉的改良中诞生?毫无疑问,无论是哪一种,其过程都将是漫长的。

它山之石,可以攻玉。美国冲突法的异动,似乎向我们昭示:冲突法前进的车轮从未停过,从规则到方法,从方法回归规则,冲突法的理论也正是在这种螺旋式的上升中日趋成熟。相比较我国的冲突法立法,从民法通则到示范法再到如今讨论中的民法典草案,中国冲突法究竟将驶向何方?应该说,我国的冲突法缺少的不是稳定性,它以传统的冲突规则为主体,在有限的范围内,融入了一些现代灵活的法律选择方法,如最密切联系理论,现在问题的关键是如何在成文法的框架下增强其灵活性。这似乎回到了美国冲突法第一次重述向第二次重述过渡的历史时期,但这并不表明我们理论的滞后,而是成文立法的特点使然。我们应该跨越美国第二次重述发展的历史阶段,在现有的法律体系下,努力实现美国冲突法学者孜孜以求的目标——规则与方法的有机结合。

[参 考 文 献]

- [1] 许兆庆. 国际私法上“最重要关联原则”之理论与管理[J]. 东海大学法学研究, 2000, (16).
- [2] 陈隆修. 美国国际私法新理论[M]. 台北:五南图书出版公司, 1987.
- [3] 许崇利. 冲突规则的回归——美国现代冲突法理论与实践的一大发展趋向[J]. 法学评论, 2000, (5).

(责任编辑 车 英)

The Attempt of the Third Restatement of Conflict of Laws

XIAO Yong-ping, WANG Cheng-zhi

(International Law Institute, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: XIAO Yong-ping (1966-), male, Professor, Doctoral supervisor, International Law Institute, Wuhan University, majoring in private international law; WANG Cheng-zhi (1977-), male, Doctoral candidate, International Law Institute, Wuhan University, majoring in private international law.

Abstract: At the end of 20th century, a discussion on a third restatement of conflicts law in America was held between the practical and academic level which seems like another conflicts revolution. Although the Restatement (Second) is welcomed to American courts, with the development of the conflicts of law, the academic theory is realizing there are some gaps in its structure and content. How to understand the doctrine of “the most significant relationship” and the territorial rules have aroused wide consideration. The key factor of a successful third restatement is the balance of flexibility and certainty of conflicts law.

Key words: conflicts law; the third restatement; the most significant relationship