

中山大學 法學文丛

The Latest Development of the Restatement of Conflicts of Law in America
美国冲突法重述之晚近发展

王承志 著



中山大學 法學文丛

美国冲突法重述之晚近发展
The Latest Development of the Restatement of Conflicts of Law in America

王承志 著



图书在版编目(CIP)数据

美国冲突法重述之晚近发展/王承志著. —北京:法律出版社, 2006. 7

(中山大学法学文丛)

ISBN 7-5036-6441-X

I. 美... II. 王... III. 冲突法—研究—美国 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 062914 号

© 法律出版社·中国

中山大学法学文丛

**美国冲突法重述之
晚近发展**

王承志 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 于 佳

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2006 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 19.25 字数 263 千

印次 2006 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6441-X/D·6158

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中山大學 法学文丛

编委会

主任 刘恒

副主任 周林彬 徐忠明

委员 马作武 王仲兴 刘星 杨建广

陈壁涛 黄建武 黄瑶 程信和

谢石松 慕亚平 蔡彦敏

总 序

2005年适逢中山大学法律学科百年华诞。发端于广东法政学堂的中山大学法科,在一个世纪的风雨历程中,由一所百余人的学堂发展成为享誉中外的法学院。中大法科走过了一百年自强不息、艰苦奋斗的创业史,谱写了一部追求理想、明辨笃行的光辉篇章。

中山大学法律学科诞生于清末救国图强的时代洪流中。清光绪三十一年(公元1905年),广东法政学堂与京师法律学堂、北洋法政学堂等第一批官办法律学堂一起揭开了中国法学教育近代化的序幕,专门化的法学教育在近代中国西学东渐的过程中应运而生了。

从辛亥革命探索民主共和道路到五四运动倡导民主科学精神,身处革命前沿的广东法政学堂见证了中国近代社会一系列的转型并且积极投身其中。1912年,胡汉民改广东法政学堂为广东公立法政专门学校。1923年,广东省省长廖仲恺改其为广东公立法科大学。1924年,并入国立广东大学,成立法科学院。1926年,国立广东大学改名为国立中山大学,原法科学院相应改名为国立中山大学法科学院。1931年,国立中山大学进行改

制,原法科改为法学院。1950年,国立中山大学改称中山大学,原法学院也相应改称中山大学法学院。1952年,全国高等学校院系大调整,原中山大学法学院被撤销,组建政法系,后被并入中南政法学院。1979年,经原教育部批准,中山大学复办法律学系。1993年成立中山大学法政学院,后于2001年撤销,并在此基础上复建中山大学法学院。在一个世纪的历史发展中,中山大学法律学科虽数易其名,但其师资力量却不断壮大,学科水平不断提升,为我国民主法制建设培养了大批优秀人才。

在一个世纪的社会变革中,中山大学法科始终关怀中华民族的命运,以推动民主宪政、法制进步为己任;在一个世纪的学术发展中,中山大学法科始终崇尚学术自由,坚持学术良心,献身学术事业,极大地推动了中国法学的进步。一百年来,中山大学法律学科见证了中国民主法制事业的起步与发展,见证了中国法律学术的草创与创新,也见证了中国近现代法学教育的曲折与繁荣。

广东法政学堂创办伊始,就有多名日本教员及知名学者出任法科教授,后来逐渐形成名师大家云集中大法科的壮观场面:时任广东都督的胡汉民开坛讲授行政法;新文化运动的领袖陈独秀主讲社会主义课程;中国共产党创始人之一的李达主讲法理学;“历充国际联盟万国会议中国代表者五次”的梁龙教授被聘为最早的科主任;拥有爱丁堡大学和巴黎大学博士学位,后成为国际法学界泰斗的周鲠生先生出任法科教授;被后人奉为中国民法第一人的史尚宽先生早年也执鞭于此;在当时著书立作且在学界颇有影响的程天固、何思源、何思敬、高廷梓、朱显祯、杨兆龙、曾昭琼等教授也执教中大法科。

改革开放以后,中山大学法律学科进入全新的发展阶段,成为我国第一批恢复重建的法学院。在这一历史巨变时期因大师云集而令人生发“极一时之盛”的感慨,这些大师无论在教学还是在学术研究方面都为我们留下了宝贵的精神财富。端木正教授在负笈巴黎圆满完成学业后,积极响应新中国的召唤,毅然舍弃国外优越的条件回到祖国怀抱,并在中山大学法律学系复办时出任首任系主任。作为享有盛誉的国际法专家,端木正教授在1985年被全国人大任命为香港特别行政区基本法起草委员会委员,后又被任命为最高

人民法院副院长、审判委员会委员。如最高人民法院肖扬院长所指出的：端木正先生为国家和民族的法学教育事业，为社会主义法制事业和法制进程所作出的卓越贡献将永载中国法律史册。当今世界的经济、科技和信息发展出现了全球化和国际化的趋势，这势必向传统的以国界为空间范畴的法政教育提出挑战。这就需要法学教育实现与国际接轨，博采众长、兼容并包。广州地处我国对外开放的前沿，毗邻港澳，中山大学法律学科也因此地缘优势而更具开放性，更具活力。在法律学科的早期，其教育方针就体现了相当宏阔的国际视野和开放性，以摄取世界各国法律政治经济诸学之精义，研究中国有史以来各种制度之变迁，融会东西古今之文化，理论联系实际作为其历史使命。在新时期的发展中，中山大学法律学科以培养高素质法律人才为己任，致力革新教学方法，大胆引进先进教育理念，充分发挥毗邻港澳的地缘优势，进一步加强同港澳的合作，为中国法治在“一国两制”的背景下顺利发展作出了巨大贡献。

百年基业，来之不易。历史既给了我们馈赠，也给了我们新的使命。新世纪的中山大学法律学科欣逢盛世，处于中华民族经济、政治和法律的历史性转型进程中，也处在全球经济一体化和政治多元化的世界进程中，所有这些都为中山大学法律学科提供了前所未有的机遇和挑战。

在全面建设小康社会和构建社会主义和谐社会的当代中国，加强民主法治、追求公平正义已成为时代的最强音，这既为我们法学教育注入了新的时代内涵，同时也预示着法律学科的光明前景。为了纪念中山大学法律学科百年沧桑与辉煌，为了弘扬中山大学法律人的学术创新精神，为了见证中山大学法学院为推动中国法学事业进步所作的努力，在隆重庆祝中山大学法律学科百年华诞之际，中山大学法学院推出“中山大学法学文丛”，以此作为中大法科百年华诞的献礼。

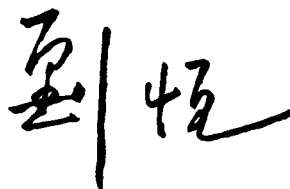
另外，组织出版该法学文丛也得到了中山大学“985工程”项目港澳研究的资助，同时它也是中山大学“211工程”建设的阶段性成果。中山大学法学文丛的问世昭示着中山大学法学院的盎然生机和中青年学者的迅速成长，中山大学法律人将传承中山大学法学百年的学术薪火，追求中国法律学术和法

4 美国冲突法重述之晚近发展

学教育卓越与创新。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

院长:

A handwritten signature in black ink, consisting of the characters '刘恒' (Liu Heng) in a cursive style.

中山大学法学院

2005 年 11 月 13 日

目 录

绪论 /1

第一章 重述:美国统一冲突法的方法 /5

第一节 美国法学会 /6

一、美国法学会概况 /6

二、美国法学会的基本工作 /8

三、美国法学会工作评价 /11

第二节 美国冲突法中的重述方法 /15

一、法律重述方法 /15

二、重述方法在冲突法中的运用 /21

第三节 《第一次冲突法重述》介评 /25

一、《第一次冲突法重述》的理论基础 /25

二、《第一次冲突法重述》在实践中的运用 /29

三、《第一次冲突法重述》失败原因的法哲学分析 /39

小结 /49

2 美国冲突法重述之晚近发展

第二章 《第二次冲突法重述》介评 /51

第一节 《第二次冲突法重述》概览 /51

一、《第二次冲突法重述》的诞生背景 /51

二、《第二次冲突法重述》的结构 /54

第二节 《第二次冲突法重述》在美国司法实践中的运用 /61

一、《第二次冲突法重述》在美国各州运用概况 /61

二、美国法院运用《第二次冲突法重述》的实践考察 /64

三、美国法院运用《第二次冲突法重述》的模式选择 /74

第三节 《第二次冲突法重述》之理论反思 /77

一、《第二次冲突法重述》结构之批判 /77

二、《第二次冲突法重述》第6条之反思 /80

三、最密切联系原则之定位 /97

小结 /103

第三章 第三次冲突法重述的尝试 /108

第一节 美国冲突法统一的道路选择 /108

一、美国冲突法统一的理论基础——冲突规则的回归 /108

二、统一冲突规则的途径 /115

第二节 第三次冲突法重述出台的时机问题 /128

一、第三次冲突法重述的提出 /128

二、对第三次冲突法重述出台时机的讨论 /130

第三节 第三次冲突法重述的规则体系——以侵权为例 /138

一、行为规范争讼点 /141

二、损失分担争议 /143

三、惩罚性损害赔偿 /146

四、产品责任的法律适用 /147

小结 /149

第四章 美国冲突法重述中方法论的演进 /152

第一节 法学方法论的一般知识 /152

一、从“方法”到“方法论” /152

二、法学方法论的含义 /153

三、法学方法论的本体 /155

第二节 美国冲突法重述中方法论的演进 /158

一、《第一次冲突法重述》中的方法论 /159

二、《第二次冲突法重述》中的方法论 /161

三、第三次冲突法重述中方法论走向探讨 /164

第三节 美国冲突法重述中的实证分析方法 /165

一、实证分析的内涵 /165

二、实证分析方法在冲突法中的必要性 /167

三、实证分析方法在美国冲突法重述中的应用 /174

第四节 美国冲突法中的比较法方法 /179

一、比较法与冲突法关系概述 /180

二、比较法方法在冲突法中的运用 /182

三、比较法方法在美国冲突法中的应用考察 /186

小结 /194

第五章 美国冲突法重述与欧洲国际私法之互动 /196

第一节 现代欧洲冲突法的发展历程 /197

一、20 世纪六七十年代的混乱期 /197

二、20 世纪七八十年代的嬗变 /198

三、20 世纪末欧洲冲突法的法典化趋势 /201

第二节 欧洲冲突法和实体法的双重协调及其交互影响 /204

一、冲突法的协调 /204

二、实体法的协调 /206

三、交互影响 /207

第三节 美国冲突法重述与欧洲国际私法法典化之比较 /209

一、欧洲国际私法法典化的模式 /209

二、欧洲国际私法法典化的法哲学基础 /211

三、美国冲突法重述的法哲学基础 /213

第四节 欧洲冲突法对美国“冲突法革命”的回应 /217

4 美国冲突法重述之晚近发展

一、政府利益分析方法和“直接适用的法”的理论 /217

二、例外条款 /221

三、冲突规范中的实体因素 /223

四、最密切联系原则与欧洲国家的侵权冲突立法 /225

小结 /227

第六章 美国冲突法重述对我国的启示 /229

第一节 美国冲突法重述方法与我国冲突法立法模式选择 /229

一、美国冲突法重述方法回顾 /229

二、我国冲突法立法模式选择 /231

三、《示范法》与《第二次冲突法重述》之比较 /234

第二节 美国冲突法重述与我国法律选择方法 /237

一、冲突法重述中的法律选择方法 /237

二、我国现行法律选择方法 /239

第三节 美国冲突法重述与我国的冲突法规则 /252

一、美国冲突法重述中的规则 /252

二、我国现行冲突规则与美国冲突法重述规则之比较 /256

小结 /266

附录一：案例索引 /269

附录二：外国人译名对照表 /275

参考文献 /280

后记 /291

绪 论

冲突法于我们而言属舶来品,每每谈起冲突法理论则言必称欧美。在现代冲突法的发展史中,美国扮演了开路先锋的角色。从《第一次冲突法重述》(以下简称《第一次重述》)到“冲突法革命”及至《第二次冲突法重述》(以下简称《第二次重述》),美国冲突法的理论与实践如此紧密地相依相偎着。新理论的出台,必将引起立法的躁动,司法实践的需要又催生着新理论的诞生,后者又为新法的制定夯实了基础,如此螺旋式地上升,使得美国冲突法理论成为各国国际私法学者关注的焦点。

《第二次重述》起草于“冲突法革命”正酣之际,在此背景下,它不得不在各种竞争的理论中寻求妥协,综合了诸子百家的观点,里斯的最密切联系理论和重述第6条就像一个兼容并包的大口袋。这一方面暂时平息了理论上的纷争,另一方面也为日后矛盾的重现埋下了伏笔。由于《第二次重述》对灵活性的推崇,迎合了判例法体制下“法官造法”的需要,备受司法界的欢迎。但是,这种没有有效机制约束的灵活性使得法院的判决结果千奇百怪,如同一千零一夜的故事形态各异。这与传统冲突法对判决结果的确定性和一致性的追求背道而驰。

并在一定程度上助长了法官自由裁量权的膨胀。因此,理论界开始反思《第二次重述》的种种弊端。正是在这种背景下,在美国法学院协会和美国法学会的推动下,学者们开始撰文尝试新的冲突法重述,讨论的范围扩及制定第三次冲突法重述(以下简称第三次重述)的时机、重述的结构、具体制度的设计等问题。这一切似乎预示着一场新的冲突法革命即将到来,点燃其导火索的无疑将是理论的先行者们。

大洋彼岸的同行们关于第三次重述的讨论正如火如荼,而国内却鲜有这方面的评介。我们的理论研究更多地在关注“规则”与“方法”、冲突正义和实体正义以及单边主义、多边主义等理论问题,这些研究对于我们深入理解冲突法的本质确有裨益。尤其是国内同期也在进行着我们自己的民间甚至官方的冲突法立法,开展比较研究,对于完善我国的冲突法理论,科学地进行冲突法立法是很有必要的。

在美国本土,理论上关于《第一次重述》和《第二次重述》,尤其是后者的正反评价从未间断过。《第一次重述》秉承戴赛的既得权理论,将冲突规范僵化成法官手中的一种机械性工具,这种理论和方法无疑与美国的判例法传统相悖。因此,《第一次重述》甫一出台,就饱受批评。随之爆发的“冲突法革命”,从理论和方法两个层面冲击着传统的冲突法理论,《第二次重述》遂应运而生。它以其诱人的灵活性而受到法官的推崇,为此,西蒙尼德斯教授专门撰文介绍了《第二次重述》在司法实践中被接受的情况,他自1993年起每年都对冲突法在美国法院中的实际运作情况进行调研,并撰写相关的报告,直至2002年(1988、1989年他也参与了调研)。正是基于这种经验主义的研究,西蒙尼德斯教授在1997年的美国法学院协会冲突法研讨会上率先提出了第三次重述的问题。一石激起千层浪,两年后在新奥尔良召开的冲突法研讨会专门以第三次重述为议题展开了讨论,理论及实务界人士齐聚一堂,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?

在研讨会上,并非所有与会者都赞同第三次重述,有的学者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、支持政府利益分析和反对政府利益分析、实体主义和反实体主义等。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。

本书将以美国冲突法重述为研究对象,力图通过对重述方法在美国冲突法领域的运作情况的介绍,重点阐述《第二次重述》的历史作用及学者关于第三次重述的探讨,通过方法论的分析,为我国冲突法的立法从方法到具体规则上指出可资借鉴之处。

为了能准确把握两次冲突法重述的评价,本书将对《第一次重述》、美国“冲突法革命”、《第二次重述》以及学者关于第三次重述的尝试进行系统的介绍和分析,而这一任务的完成将借助历史研究和实证分析的方法逐一展开。同时,在研究美国冲突法重述时,一个不容忽视的问题是,美国的冲突法理论及立法对欧陆各国的渗透和影响,因此,需要通过比较研究的方法,从旁观者的角度客观分析二者的互动关系,只有这样才能为我国的理论及立法提出可行性的建议。

冲突法的理论在学者们的执著追求下已渐趋成熟和完善,国内外学者晚近研究的重点已接近理论上即将消失的地平线,全书虽侧重理论性研究,恐难在基础理论上有所突破。由于国内学者对于美国冲突法的比较研究多停留在《第二次重述》及美国冲突法革命的基础上,对正在进行的第三次重述的讨论关注不多,文中所谓“创新”,也不过是站在巨人的肩膀上将理论研究的时间维度进行了拓展,“美国冲突法重述中方法论的演进”相关章节尝试着将各种研究方法与冲突法的理论进行结合,全书的落脚点在于为我国冲突法立法及司法完善提出管窥之见,聊做“创新”吧。

本书以美国冲突法重述为研究对象,因而许多理论问题需要通过比较的视角进行研究,囿于收集资料的限制,尚不能穷尽国外学者在相关问题上的

最新研究成果,即使对于所占有外文资料,由于文化背景的差异及语言理解上的障碍,难免在理解时出现偏差甚至错漏,这当属本书写作中的最大障碍。同时,由于国内学者对美国第三次重述关注不多,因此,在评介新问题引入新理论的时候恐失之偏颇。此外,限于自身水平,在对冲突法有关理论进行历史研究和比较研究的时候唯恐驾驭不够,以致贻笑大方。

第一章 重述：美国统一冲突法的方法

在美国,法律统一的进程从客观效果上看其实就是制定法壮大发展的进程,这种进程在很大程度上是由民间力量来推动的。除了美国制定法发展史上三个里程碑外,^①美国法学会无疑也是加快美国制定法步伐的主导力量之一,而且,就其影响与作用而言,其委实在纽约州法律修改委员会之上而与美国统一州法全国委员会相媲美,并真正具有里程碑般的意义。由于美国法学会卓绝的工作,促使美国法日益发展成为与英国法并驾齐驱的普通法两大分支之一。美国法学会通过重述方法对美国普通法进行的系统梳理,开创了美国法律统一的新进路。因此,全书将以对美国法学会的介评为起点开始探讨美国冲突法重述的发展历程。

^① 第一个里程碑是1848~1865年间菲尔德法典的颁布,第二个是1892年美国统一州法全国委员会的诞生,第三个是1934年纽约州法律修改委员会的成立。