

# 重回冲突法确定性?

——美国《冲突法重述（第三版）》草案初探

许庆坤\*

**摘要：**美国法学会2014年启动了《冲突法重述（第三版）》的编撰项目，迄今数章的草案已然成型。新版本的编撰以基于柯里教授“法律适用意愿分析说”的“两步分析模式”为指导，主要旨在系统提炼“冲突法革命”以来司法实践锤炼成型的新规则。相对于《冲突法重述（第二版）》中的法律选择规则，新规则细分不同争点，更加具体而微；具体规则后不再普遍带有例外条款，以凸显规则的确定性；法律选择的定位定位为找寻“最适当的法律”，而非“最重要联系”的法域。但是，新版本为法官摆脱具体规则的束缚主要提供了两条通道，一般例外条款和法律选择方法，旨在增加法律选择规则的适当灵活性和实现个案公平。新版本是否找到了冲突法确定性和灵活性的“黄金分割点”，尚有待最终定稿及其司法实践揭晓答案。

**关键词：**美国法学会 冲突法 重述 确定性 合同 侵权

## 一 引言

在美国，冲突法属于州法，而非联邦法。<sup>①</sup> 尽管库克（Walter W. Cook）教授很早就发现《联邦宪法》赋予了国会制定全国统一冲突法的权力，<sup>②</sup> 斯廷森（Edward S. Stimson）教授在1950年还为此拟定了完整的立法建议稿，<sup>③</sup> 但美国国会迄今尚无启动冲突法立法迹象。国会手握利器而惜用，为各州自创规则提供了舞台。深具大陆法传统的路易斯安那州，在《民法典》中设专编将冲突法体系化，<sup>④</sup> 俄勒冈州为合同和侵权领域的冲突法分别出台了单行法，<sup>⑤</sup> 而其余各

\* 上海政法学院国际法学院教授。本文为作者主持的2019年国家社会科学基金一般项目“我国国际商事法庭重大制度革新研究”（19BFX204）阶段性研究成果。

① 参见〔美〕彼得·海：《美国法概论（第四版）》，许庆坤译，北京大学出版社2020年版，第104页。

② 库克认为《联邦宪法》第1条中的“充分信任与诚信条款”赋予了国会这一权力。See Walter W. Cook, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Harvard University Press, 1942), p. 105.

③ See Edward S. Stimson, “Simplifying the Conflict of Laws: A Bill Proposed for Enactment by the Congress”, (1950) 36 *American Bar Association Journal* 1003, pp. 1005 - 1006.

④ 参见许庆坤：《论我国债权冲突法司法解释的制定——以美国路易斯安那州立法为镜鉴》，载《法学论坛》2013年第6期，第151—156页。

⑤ 参见许庆坤：《美国侵权冲突法立法的最新进展及其对我国的启示》，载《法学评论》2011年第4期，第100—103页。

州,则采用了特色各异的判例法,“法域选择”方法、“法律适用意愿分析”方法、“较好法”方法等数种传统和现代方法均现身其中,各领风骚。<sup>①</sup>因此,严格而言,不存在所谓“美国冲突法”。

各州冲突法的主要载体为判例法。完全采用判例法的州自不待言,即便制定了成文法的州,判例对于阐释成文规则亦至关重要。而判例法的一大弊端是,日积月累,渐趋浩繁,规则不甚明朗,甚至相互抵牾,一州之内如此,全美判例法更甚,恰似野草荒漫。<sup>②</sup>面对判例法的“野蛮生长”,法律人才群英荟萃的美国法学会(American Law Institute)对冲突法判例及时修整,系统编撰“冲突法重述”,担当起呵护冲突法判例健康成长的使命。

美国法学会迄今已编撰了两版“冲突法重述”。《冲突法重述(第一版)》(以下简称《重述一》)由哈佛法学院比尔(Joseph H. Beale)教授担任报告人(Reporter),起草工作历时11年(自1923年至1934年);<sup>③</sup>《冲突法重述(第二版)》(以下简称《重述二》)由哥伦比亚大学法学院里斯(Willis L. M. Reese)担任报告人,起草工作历时17年(自1952年至1969年)。<sup>④</sup>比尔恪守法律形式主义,立足于既得权说和法律属地性开创性地编撰了美国冲突法判例,作为当时世界上条文最多的冲突法文本,《重述一》以其规则的简明性和确定性征服了美国司法界。<sup>⑤</sup>但其理论瑕疵和脱节于涉外审判的弊端使其饱受学者批判,迫使美国法学会在第二次世界大战后启动《重述二》的起草工作。里斯坚守法律现实主义,在“冲突法革命”的风口浪尖折中调和各派理论与法院判例,《重述二》以其规则的灵活性和包容性成为当今美国司法界最流行的一套冲突法规则。<sup>⑥</sup>“冲突法重述”经由各州法院采用而成为具有拘束力的判例法,虽各州采用时会适当调适,但采用同一版“冲突法重述”的州,其判例法具有高度相似性。由于《重述一》和《重述二》在不同历史阶段各领风骚,在一定程度而言,“冲突法重述”可作为美国冲突法的象征。<sup>⑦</sup>

《冲突法重述(第三版)》(下文简称《重述三》)的起草工作已于2014年启动,如今第一章“一般规定”、第二章“住所”、第五章“法律选择”三章的草案已获得会员大会通过,第六章“侵权”和第八章“合同”两章的草案获得了理事会批准,第七章“财产”草案初稿的起草已经完成。<sup>⑧</sup>对于如此重要的美国冲突法文献,国内学界却波澜不惊,罕有对此深入研究者。即便有个别研究成果,其

① See Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2019: Thirty-Third Annual Survey”, (2020) 68 *American Journal of Comparative Law* 235, p. 259.

② 参见许庆坤:《美国法学会“法律重述”及其对我国民间法研究之镜鉴》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第6期,第53—54页。

③ See The American Law Institute, *Restatement of the Law of Conflict of Laws* (American Law Institute Publishers, 1934), pp. x, xiii.

④ See The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws 2d* (American Law Institute Publishers, 1971), pp. vii, ix.

⑤ 关于《重述一》的法理根基,参见许庆坤:《美国冲突法理论嬗变的法理——从法律形式主义到法律现实主义》,商务印书馆2009年版,第51—78页。

⑥ 关于《重述二》的法理根基,参见许庆坤:《美国冲突法理论嬗变的法理——从法律形式主义到法律现实主义》,第242—298页。

⑦ 恰如西蒙尼德斯教授教授所言:《重述一》统一了美国冲突法。尽管各州的冲突法有所不同,但从此人们可以谈及美国冲突法。See Symeon C. Symeonides, “The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputation?”, (2007—2008) 32 *Southern Illinois University Law Journal* 39, p. 77.

⑧ See “Status Chart”, ALI official website, [https://www.ali.org/projects/show/conflict-laws/#\\_status](https://www.ali.org/projects/show/conflict-laws/#_status). 后文有关《重述三》的相关信息,除非特别注明,均来自美国法学会官方网站,不再一一标注网址。本文引用的网络信息已于2021年12月18日核对,不再专门注明访问时间。

内容亦是浮光掠影，不乏舛误。<sup>①</sup>这与国内冲突法学界动辄美国冲突法云云之现象形成鲜明反差。

基于现有草案内容，本文探究《重述三》的编撰思路，以侵权冲突法和合同冲突法草案为例呈现新规则的特点，分析其如何平衡冲突法的确定性和灵活性。从整体上本文尝试回答一个基本问题：《重述三》要重回《重述一》中冲突法的确定性吗？如何处理冲突法的确定性和灵活性，这是冲突法学界数百年来挥之不去的难题，<sup>②</sup>值得借此契机深入探讨。

## 二 《冲突法重述（第三版）》编撰思路

《重述三》旨在对《重述二》升级改造。《重述二》完成于轰轰烈烈的“冲突法革命”时期，多种冲突法思潮激烈交锋，新规则不断涌现和更替。在此时代背景下，《重述二》采取了折中主义立场，提供了一套灵活性有余而确定性不足的规则体系。其第6条“法律选择原则”足以包容多种冲突法思想；除了在个别事项上规则明确而严格，绝大部分规则为开放性规则，最重要联系原则发挥着关键的矫正作用。<sup>③</sup>因此，尽管《重述二》成为美国最为流行的一套法律选择规则，但伴随时代变迁，其缺陷日益凸显。罗斯福（Kermit Roosevelt III）教授将其缺陷总结为三个主要方面：（1）其规定过于模糊和难以确定，其提供的规则只是一种推定，仍需法官基于案情和第6条罗列的多种冲突法政策灵活确定合适的准据法；（2）个案权衡增加了法官的负担，降低了法律适用的可预见性和一致性，而且容易导致法律适用舛误；（3）缺乏理论根基，所谓“最重要联系原则”并未明确为何以及如何确定一个法域与特定争点存在最重要的联系。<sup>④</sup>对于立场折中和过分灵活可能带来的弊端，《重述二》报告人里斯其实当年就有预见，但苦于形势所迫而无力克服，因此他自己坦陈《重述二》“只是一个过渡文本”，期待实践经验足够丰富后新版“冲突法重述”能总结出更加细化且符合特定领域政策要求的新规则。<sup>⑤</sup>经过五十年左右的司法实践，《重述三》报告人认为，美国已经积累了足够多的运用《重述二》和其他现代法律选择方法的样本，在大多数领域已经出现里斯所预料的判决趋同化，将此类判决提炼为规则的时机已经成熟，而准确归纳这类规则就是《重述三》的主要目标。<sup>⑥</sup>罗斯福教授等也曾更直白地宣称：《重述三》项目旨在完成里斯教授未竟的事业，实现其理想。<sup>⑦</sup>

① 例如，有学者称《重述三》以“法律关系地域化之方法作为其理论基础”。参见梁艳艳：《冲突规则的重构——以美国〈第三次冲突法重述〉为视角》，载《政法论坛》2017年第4期，第156页。其实，《重述三》采用了基于柯里（Brainerd Currie）“法律适用意愿分析说”的“两步分析模式”。

② See Symeon C. Symeonides, “Private International Law at the End of 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress?”, in Symeon C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress?* (Kluwer Law International, 2000), pp. 21–22.

③ 参见许庆坤：《美国冲突法理论嬗变的法理：从法律形式主义到法律现实主义》，第250—251页，第285—286页。

④ See Kermit Roosevelt III and Bethan Jones, “What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do”, (2016–2017) 110 *American Journal of International Law UNBOUND* 139, p. 141.

⑤ See W. Reese, “American Trends in Private International Law: Academic and Judicial Manipulation of Choice of Law Rules in Tort Cases”, (1980) 33 *Vanderbilt Law Review* 717, p. 734.

⑥ See Kermit Roosevelt III, Laura E. Little, Christopher A. Whytock and Pauline Toboulidis, “Conflict of Laws: Introduction to Draft”, <https://thealiadviser.org/conflict-of-laws/conflict-of-laws-introduction-to-draft>.

⑦ See Kermit Roosevelt III and Bethan R. Jones, “The Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: A Response to Brilmayer & Listwa”, (2018–2019) 128 *The Yale Law Journal* 293, pp. 295, 298.

既然《重述三》是对《重述二》的升级改造,那么前者既有对后者的承继,也有对后者的创新。二者承继关系突出体现在篇章结构上。《重述三》基本保留了《重述二》的架构,整体上分为管辖权、法律适用和判决的承认与执行三个方面,具体划分为15章。这15章的标题依次为:“一般规定”“住所”“司法管辖”“判决的承认与执行”“法律选择”“侵权”“财产”“合同”“复杂诉讼”“信托”“遗产管理”“家庭”“代理与合伙”“商业公司”和“合众国中州与联邦关系的问题”。相对于《重述二》的14章,《重述三》删除了“对司法管辖权行使的限制”,将“程序”这一章扩展成了新版的第五章“法律选择”,增加了“复杂诉讼”和“合众国中州与联邦关系的问题”两章,原来的“非法行为”和“身份”分别修改成了“侵权”和“家庭”,同时将“财产”和“遗产管理”的顺序适当提前。<sup>①</sup>

《重述三》作为新版,当然重心不在对《重述二》的承继,而在对其推陈出新上。这方面主要体现在对冲突法确定性和灵活性的处理上,《重述三》更加注重规则的确定性。罗斯福教授认为,若“规则”意味着确定性、可预见性和便于适用,而“方法”意味着灵活性、法官自由裁量权、无可预见性和缺乏确定性,则《重述二》应归属于“方法”的阵营;《重述二》因其规则缺乏确定性而备受批评,因此《重述三》的重要变化是以确定性的“规则”为主导,而非以“方法”为主导。<sup>②</sup>在表现形式上,《重述二》绝大部分规则辅以最密切联系原则的例外规定,甚至对一些法律关系和争点规定直接适用最密切联系原则,这一点尤其体现在一般侵权法律适用的规定上。适用最密切联系原则,意味着法官要斟酌个案所涉及的相关政策和当事人利益,强调个案公平和法律适用的灵活性,而非法律适用的确定性。比较而言,《重述三》普遍采用确定性的规则,在具体规则后面不再辅以免外规定。虽然在一般规定中有总的例外条款,但该条款的适用条件严格,仅在个案中出现了起草人没有考虑到的因素或连结节点时,法官方能自行探求更适当的法律。

### 三 《冲突法重述(第三版)》草案的新规则举隅

侵权领域曾居于“冲突法革命”的“风暴眼”,学者们讨论激烈,相关判例众多,西蒙尼德斯教授等学者的研究成果丰硕,并起草了学者建议稿。因此,这一部分在法律适用的各具体领域中最先进展到理事会批准阶段。同时,对于实践中常见的合同争议的法律适用,《重述三》第八章草案已获得理事会批准。下文将以这两个领域的法律适用规则为例,展示新规则的特点。

#### (一) 侵权冲突法

相对于《重述二》的规定,《重述三》的侵权冲突法部分,无论是编撰理念和架构,还是规则形式和内容,均有了显著变化。

##### 1. 编撰理念和架构

在编撰理念上,《重述三》区分不同的侵权和争点分别拟定不同的冲突法规则,更加强调规

<sup>①</sup> See Kermit Roosevelt III, Laura E. Little and Christopher A. Whytock, “Conflict of Laws”, <http://thealiadviser.org/conflict-of-laws/>.

<sup>②</sup> See Kermit Roosevelt III and Bethan R. Jones, “The Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: A Response to Brilmayer & Listwa”, (2018–2019) 128 *The Yale Law Journal* 293, pp. 299–300.

则的确定性。这一点与《重述二》的侵权冲突法部分有了根本的不同。《重述二》中的侵权冲突法抛却了《重述一》的“最后事件发生地规则”（last event rule），改而考虑侵权行为发生地、损害结果发生地、当事人住所和当事人关系的重心地四种连结点，同时以第6条的冲突法原则为指导，指引法院适用与事件和当事人有最重要联系地的法律。其一般规则直接采用最重要联系原则，而特别规则也通常附以该原则，或首先适用该原则，显然都具有相当强的灵活性。其灵活性在确保个案公平的同时，也导致了法官适用规则的困难，影响了规则指引功能的发挥。如今，美国司法实践、学界观点以及一些立法已渐趋一致。通过总结实践经验和学界智慧，《重述三》区分行为规制和损失分配的不同争点，分别拟定不同的规则。行为规制（conduct regulation），若侵权实施地与结果发生地均属同一法域，则该地对这一争点最为关注，因此应适用该地的法律。同理，损失分配（loss allocation）应适用当事人共同住所地法。<sup>①</sup>

《重述三》在章节架构上的变化也令人耳目一新。《重述二》的标题为“不法行为”，包含的三节分别为“侵权”“非法致死之诉”和“工人赔偿”，这种三分法被《重述三》彻底打破。《重述三》的标题改为了“侵权”，包含两节，分别为侵权冲突法“一般规则”和“具体侵权和争点”。《重述二》中后两节的“非法致死之诉”和“工人赔偿”成为了《重述三》中第二节的最后两个条文。《重述二》第一节“侵权”部分，“一般原则”被《重述三》修改为第一节“一般规则”，条文数量由1条扩展为10条；<sup>②</sup>“具体侵权行为”中的“人身伤害”“有形财产损害”和“导致损失的虚假陈述”在《重述三》中被删除，但《重述三》新增了“产品责任”“环境侵权”“不正当竞争”等新型侵权行为；“重要争点”中的19项，除了第171条的“赔偿金”（damages）被修改为“惩罚性赔偿金”（punitive damages）并被置于《重述三》“一般规则”中以外，其余部分均在《重述三》中不再独立成文。

## 2. 规则形式和内容

在规则形式上，《重述二》中四处充斥最重要联系原则的灵活侵权冲突法规则在《重述三》中已踪影难觅，而代之以具有明确连结点的侵权冲突法规则为主流。两版对于具体侵权的不同规定可充分体现这一点。例如对于侵害隐私权，《重述二》第152条规定：“在侵害隐私权之诉中，侵害地的实体法决定当事人的权利和义务，除非对于特定争点，依第6条所述原则，另一法域与事件和当事人具有更重要联系，此时适用另一法域的实体法，但符合第153条规定情形的除外。”<sup>③</sup>该条的规定“例外条款”之中又包含法条互见的“例外情形”，还要考虑第6条规定的法律适用原则，结构复杂，适用之难显而易见，在追求个案公平的同时牺牲了法律适用的确定性和可预见性。比较而言，《重述三》对此的规定简单明了：“侵害隐私权的责任适用侵害发生地法。”<sup>④</sup>再如对于在多地侵害原告的隐私权，《重述二》第153条规定：“侵害原告的隐私权，体现于任何一本书、一份报纸，或任何一次广播、电视播放、电影放映，或类似的公共传播，由此

① See *Restatement (Third) of Conflict of Laws*, Chapter 6 Torts, “Introductory Note” (Am. Law Inst., Council Draft No. 4, Sept., 2020) [hereinafter Draft Restatement 2020].

② 这10条的标题依次分别为：“行为规制和损失分配”“行为规制的争点”“损失分配规则”“行为规制：行为实施与结果发生在同一法域”“惩罚性赔偿金”“损失分配：共同的住所”“损失分配：住所地不同，行为实施与结果发生在同一法域”“跨境的侵权”“兜底规则”“当事人的法律选择”。See Draft Restatement 2020.

③ *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 152 (1971).

④ Draft Restatement 2017 § 6.14.

产生的权利和责任适用针对具体争点,依第6条所述原则,与事件和当事人具有最重要联系的法域的实体法。最重要联系地通常为侵害当时的原告住所地,条件是被诉的侵权之事传播于该地。”<sup>①</sup>相对于第152条,该条赋予了法官更大的自由裁量权。《重述三》对此的规定却更加简明扼要:“侵害原告的隐私权,体现于单次出版、广播或其他公共传播,由此产生的责任适用原告所属地的法律,条件是隐私传播于该地。若非传播于该地,则法律适用依第一节的一般规则。”<sup>②</sup>

《重述三》在规则内容上的显著变化主要体现于第一节“一般规则”和第二节中新增的具体侵权行为法律适用规则。第一节“一般规则”,除了区分行为规制和损失分配的不同争点分别规定了不同的法律适用规则,还采用了兜底规则和意思自治原则。第二节具体侵权和争点新增了“产品责任”“环境侵权”“不正当竞争”的法律适用规则,并界定了网上行为的所在地。

将各种争点区分为行为规制和损失分配两大类,前者主要适用行为地法,后者主要适用共同住所地法,这可谓第一节“一般规则”的最大特色。西蒙尼德斯教授曾断言:区分损失分配和行为规制并分别采用不同法律适用规则,“可谓美国冲突法思想的重大突破之一,而且可能成为其对世界冲突法思想的重大贡献之一。”<sup>③</sup>这种涉外侵权法律适用方法在“冲突法革命”进程中逐步为美国法院采用,现已普及于接受《重述二》或其他现代冲突法方法的法院,并进入路易斯安那州和俄勒冈州的立法以及欧盟的《罗马条例II》等美国内外的立法中。<sup>④</sup>因此,《重述三》采用这种方法可谓采撷国内外立法和实践精华的明智之举。

但此种法律适用方法的理论争议焦点和实践难题在于两种争点的具体区分。有学者甚至尖锐地指出:所有的侵权实体法规则不仅旨在分配损失,也意在规制行为。对此,《重述三》反驳道,在冲突法上区分二者,并非追求两类规则的准确界分,而是探寻属地连结点 and 属人连结点在不同纠纷中的各自作用;虽然将具体的侵权法规则准确划入哪一类别存在争议,但对于大部分问题,法院和学者还是基本可以达成一致。<sup>⑤</sup>为了避免纷争,并提高法律适用规则的确定性和可预见性,《重述三》用两个条文明确了行为规制的争点和损失分配的争点。详言之,前者包括行为或安全标准、行为是否构成侵权或权益是否受到法律保护、严格责任、惩罚性赔偿金、原告是否负有义务、责任的范围、否认行为非法性的抗辩、承担责任的条件以及采取行为的义务或特权;后者包括慈善免责、家庭成员间的责任豁免、替代责任、赔偿金限额、连带责任、侵权人之间的分摊和赔偿、比例过失和原告促成过失、诉讼的延续、乘客法以及对工人赔偿的豁免。<sup>⑥</sup>

《重述三》不止于简单地区分争点,而且区分了不同案情,详尽规定了不同情形下的涉外侵权法律适用。行为规制的争点,若侵权行为实施地与损害结果发生地位于同一法域,则适用该侵权行为地法。<sup>⑦</sup>损失分配的争点,若当事人住所位于同一法域,则适用当事人共同住所地法;若当事人住所位于不同法域,但侵权行为实施地和损害结果发生地位于同一法域,则适用侵权行为地法。<sup>⑧</sup>

① *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 153 (1971).

② *Draft Restatement 2017* § 6.15.

③ See Symeon C. Symeonides, “The Third Conflicts Restatement’s First Draft on Tort Conflicts”, (2017) 92 *Tulane Law Review* 1, p. 7.

④ See *Draft Restatement 2020*, § 6.01, Reporters’ Notes.

⑤ See *Draft Restatement 2020*, § 6.01, Reporters’ Notes.

⑥ See *Draft Restatement 2020*, § § 6.02, 6.03.

⑦ See *Draft Restatement 2020*, § 6.04.

⑧ See *Draft Restatement 2020*, § § 6.06, 6.07.

在其他情况下，侵权行为实施地和损害结果发生地不在同一法域的跨境侵权（cross-border torts），不论是行为规制的争点还是损失分配的争点，均适用侵权行为实施地法；但是，若被告可预见到损害结果发生于另一法域，而且受害人选择适用损害结果发生地法，则适用损害结果发生地法；不过，无论受害人如何选择法律，被告是否负有做出某种行为的义务始终适用行为实施地法。<sup>①</sup>

对于明确的规则无法涵盖的争点，《重述三》提供了兜底规则。其内容简略，赋予了法官广泛的自由裁量权。详言之，侵权争点适用对于该争点具有更强法律适用意愿的法域的法律，而判断该意愿，法院应考虑法院地和相关法域的政策、法律适用意愿的强弱对比以及当事人的正当期望。<sup>②</sup>

在侵权冲突法领域引入意思自治原则是《重述三》的又一个亮点。《重述二》对侵权的法律适用没有规定当事人享有选择法律的权利，但在司法实践中，无论是侵权发生之后的当事人选法，还是侵权发生之前的当事人选法，均有法院予以认可。参考俄勒冈州的立法和欧盟《罗马条例 II》的相关规定，《重述三》允许当事人在侵权发生之前或之后均可选择法律。<sup>③</sup>

对于具体侵权行为，《重述三》增加了“环境侵权”“不正当竞争”和“产品责任”的法律适用规则。破坏环境的行为发生在一地，而损害结果发生在另一地，由此产生的侵权责任适用损害结果发生地法，但原告有权选择适用环境侵权行为实施地法。这一规定赋予受害人单方面法律选择权，体现了对受害人的特别保护。不正当竞争的侵权责任适用受影响的市场所在地的法律，但若不正当竞争行为针对的是单个竞争者，则依据第一节“一般规则”确定准据法。相比之下，产品责任法律适用规则更为复杂和精妙。产品导致损害的责任认定依次适用：向首位最终用户交付产品所在地法，条件是该地同时也是原告主要住所地（central link）、损害发生地、产品生产地或被告的主要住所地，并且产品可在当地通过正常商业渠道购买；原告主要住所地法，条件是该地同时也是损害发生地、产品生产地、被告主要住所地，并且产品可在当地通过正常商业渠道购买；产品生产地法，条件是该地同时也是损害发生地、被告主要住所地，并且产品可在当地通过正常商业渠道购买；若以上条件均不符合，则适用侵权一般规则；赔偿问题适用有关赔偿的规则或侵权一般规则。<sup>④</sup>

## （二）合同冲突法

在合同冲突法领域，《重述三》基本继受了《重述二》中有关意思自治原则的规定，同时又对当事人未有效选法时的法律选择规则进行了大刀阔斧的革新，采用了梯度式法律选择流程。

在价值取向上，《重述三》将法律适用的可预见性置于核心地位。《重述二》中的意思自治原则显然符合这一价值追求，长期广为美国法院采用且在实践中运作良好，因此得以保留。但《重述二》中的最重要联系原则，无论是作为当事人未选择法律时的补充规定，还是在具体合同和争点的法律适用中作为例外规定，均在实践中效果不佳。法院适用该原则较为主观和随意，类似案件的判决结果悬殊，当事人难以预见法律适用的结果。<sup>⑤</sup> 因此，对于当事人未选择法律时如何增强法律适用规则的可预见性便成为《重述三》着力解决的难题。

① See Draft Restatement 2020, § 6.08.

② See Draft Restatement 2020, § 6.09.

③ See Draft Restatement 2020, § 6.10.

④ Draft Restatement 2017, § 6.10.

⑤ See *Restatement (Third) of Conflict of Laws* (Am. Law Inst., Council Draft No. 5, Sep. 20, 2021) [hereinafter Draft Restatement CD5, 2021], Chapter 8 Contracts, “Introductory Note”, p. 5.

《重述三》采用的梯度式法律选择流程如下：如果当事人未作出有效的法律选择，那么法院应首先考虑适用针对五种具体合同的法律适用规则；如果案件所涉合同不属于五种合同中的任一类型，那么法院应考虑主要合同行为地的法律；若仍无法确定合同准据法，则法院应斟酌相关连结点和政策以确定一个最适当的法律（the most appropriate law）。

五种具体合同均可见于《重述二》中相关条文，但《重述三》的规定相对于旧条文，已有显著不同。这五种合同包括服务合同、人寿保险合同、责任保险和财产保险合同、不动产权益买卖合同、动产权益转让合同。《重述二》中的“土地权益转让合同”“有关土地权益转让契据的合同义务”两条规定在《重述三》中被合并到一条“不动产权益买卖合同”；旧条文中“当事人未作出有效的法律选择时”的表述，以及采用最重要联系原则的例外条款统统被删除，新条文区分了合同争点和财产争点，前者采用梯度式法律选择流程，依次适用当事人共同住所地法、合同谈判和交接地法、合同签订和交接地法，以及依第 8.12 条确定的最适当的法律，后者适用不动产所在地法。<sup>①</sup>《重述三》对服务合同、人寿保险合同、责任保险和财产保险合同的规定，凸显确定性的风格与之类似。详言之，服务合同，适用主要服务提供地的法律；人寿保险合同，适用被保险人住所地法；责任保险和财产保险合同，适用投保人投保时住所地法。<sup>②</sup>有关动产权益转让合同的规定较为特殊，《重述三》注重与《统一商法典》相衔接，即，凡法院地的《统一商法典》涵盖范围内的此类合同之争点，均适用《统一商法典》中的法律选择规则，而其不能涵盖的争点，则适用下文所述第二梯度和第三梯度的规则。<sup>③</sup>

对于不在这五类之列的合同，第二梯度的法律选择规则采用了连结点分组理论。申言之，若主要的合同谈判地和主要的合同履行地位于同一法域，则该法域的法律适用；若不存在上述情况，但合同签订地和主要的合同履行地位于同一法域，则该法域的法律适用。<sup>④</sup>

若以上规定均不适用，则兜底条款为合同适用最适当的法律。确定最适当的法律，应考虑的连接点包括合同的主要履行地、主要谈判地、当事人主要所属地、主要标的物所在地、合同签订地以及选择法院条款指向的法院所在地。这些连接点的相关性应结合如下政策予以权衡：促进合同自由和交易安排、维护当事人正当期望、维护相关法域规制合同的意愿、保护弱势当事人、尊重选择法院条款中隐含的当事人选法意愿。<sup>⑤</sup>这一条与俄勒冈州《涉外合同法律适用法》第 9 条结构和内容均有类似之处，但相关连结点和政策的表述有所不同。

## 四 一般例外条款和法律选择方法

上述侵权和合同领域的冲突法规则看似表明，《重述三》在某种程度上要重回《重述一》的冲突法确定性，尽管前者采用的连结点更加多样化，而且针对的是具体争点。不过，两者的相似仅是表面现象。《重述三》起草人充分汲取了《重述一》因规则过分僵硬而导致实践效果不佳的教训，在采用相对于《重述二》更加确定的规则的同时，至少为法官追求个案公平提供了两条通道。其中一条是“明道”，即一般例外条款；另一条是“暗道”，即整体上的法律选择方法。

① Draft Restatement CD5, 2021 § 8.09. Cf. Restatement, Second, Conflict of Laws, § § 189-190 (1971).

② Draft Restatement CD5, 2021 § § 8.06-8.08.

③ Draft Restatement CD5, 2021 § 8.10.

④ Draft Restatement CD5, 2021 § 8.11.

⑤ Draft Restatement CD5, 2021 § 8.12.



## （一）一般例外条款

与瑞士《国际私法联邦法》类似,<sup>①</sup>《重述三》草案针对具体法律选择规则规定了一般例外条款。《重述三》草案第5.03条规定:“如果案情独特而意外,使得适用另一法域的法律明显更加适当,那么根据本《重述》中具体规则所选择的法律,不应适用。在此情况下,法院应适用明显更为适当的法律。”<sup>②</sup>

作为冲突法的一般例外条款,该条显然赋予了法官相当大的自由裁量权,使其可摆脱具体冲突法规则的束缚,追求个案公平。“案情独特而意外”与否,完全由法官个案裁量。“适当”与否,亦是主观标准。该条“评论”部分,虽指引法官在判断另一法律是否更为“适当”时,应针对具体争点,考虑法院地和其他相关法域的政策、法律适用意愿,<sup>③</sup>以及对当事人正当期望的保护,但“政策”“法律适用意愿”“正当期望”此类措辞均缺乏明确的具体内涵,法官自由发挥的天地广阔。

当然,由于《重述三》的编撰思路是提供确定性的法律适用指引,因此起草人在该条的措辞和内涵上也颇费心力,试图适当限制法官的自由裁量权,避免该条被滥用。其要求适用该条的案情应“独特而意外”(exceptional and unanticipated),意指个案中出现了具体规则起草时未曾考虑到的连结因素,例如第六章侵权冲突法规则,规定了侵权行为实施地、侵权结果发生地和当事人住所地的各自角色,但若个案中出现了当事人事先形成的法律关系本座地,而且无比重要,则该连结点可能就成为援引该条例外规则的触发因素。<sup>④</sup>在“适当”之前加上“明显”(manifestly)限定词,起草人避免该条被滥用的良苦用心更是呼之欲出。“评论”部分明确指出,该限定词旨在为援引该条设定高门槛,法官对相关因素的权衡得出与《重述三》法律适用指引不同的结论,不足以成为援引该条的理由。<sup>⑤</sup>

不过,该条是否被滥用,尚需历经将来司法实践的考验。《重述二》的现实遭遇可为参照。《重述二》虽然整体上偏向灵活性,但其也有数量众多、具体明确的规则。然而,在司法实践中,广受法官喜爱的是其开放性的一般规定,具体明确的规则常被冷落一旁。例如在引用《重述二》“侵权”冲突法部分的判决中,引用有关具体侵权行为条文的判决仅占引用第145条一般规定的71.3%,若再去掉引用第146条的判决则仅占51.6%。<sup>⑥</sup>由于“法律重述”并非官方立法,各州法院可自行选用,出现此类情况无可指责。对于《重述三》将来是否会面临“例外吞噬规则”的情况,布里迈耶(Lea Brilmayer)教授已明确表示担心并提出了警告。<sup>⑦</sup>

① 2017年瑞士《国际私法联邦法》第15条有两款,分别为:“如果根据所有情况,案件显然与本法所指引的法律仅有较松散的联系,而与另一法律却有更为密切的联系,则本法所指引的法律例外地不予适用。”“如果当事人进行了法律选择,则不适用前款规定。”邹国勇译注:《外国国际私法立法选译》,武汉大学出版社2017年版,第380页。

② See *Restatement (Third) of Conflict of Laws*, Chapter 5 Choice of Law, Topic 1 “Introduction” (Am. Law Inst., Preliminary Draft No. 7, Oct. 2021) [hereinafter Draft Restatement PD7 2021], § 5.03.

③ See Draft Restatement PD7, 2021 § 5.01 cmt. c.

④ See Draft Restatement PD7, 2021 § 5.01 cmt. b.

⑤ See Draft Restatement PD7, 2021 § 5.01 cmt. c.

⑥ See Patrick J. Borchers, “Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note”, (1997) 56 *Maryland Law Review* 1232, p. 1244.

⑦ See Lea Brilmayer and Daniel B. Listwa, “Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: One Step Forward and Two Steps Back”, (2018–2019) 128 *Yale Law Journal Forum* 266, p. 289.

## (二) 法律选择方法

《重述三》草案中的具体冲突法规则普遍简单而明确，但其能在何种程度上实现冲突法的确定性，尚需将其置于整体的法律选择方法中去考察。《重述三》采用的法律选择方法看似简单，其实中间环节众多。法官在其中多个环节，都可巧妙操纵，从而避开具体规则，而追求其心中的个案公平。这一整体方法由于并非表现为明确的例外规则，因此可谓实现个案公平的“暗道”。

《重述三》草案整体上采用的法律选择方法称为“两步分析模式”(two-step model)，意指法律选择就是两个步骤的分析过程。具体而言：(1) 法律选择第一步是找到针对特定争点的相关法域的法律，(2) 在相关法律均可适用时，或曰两个或两个以上的法律的适用范围出现重叠时，第二步就应确定哪一个法律被优先考虑，成为解决特定争点的准据法。<sup>①</sup>

第一步找到相关法律，需要分析相关法律的适用范围，判断其适用于哪些人(对人效力)、哪些地域(空间效力)、哪些事项(对事效力)；对相关法律的适用范围分析之后，可能只有一个法律能适用于特定争点，而另一个法律不适用于该争点，这样就出现了虚假冲突，也就无需进入下一步的法律选择过程。分析法律的适用范围其实就是通常的法律解释过程。在解释中，法院地对当地法律的适用范围具有最终决定权；同样，外法域对其法律的适用范围也拥有最终决定权或解释权，法院地应对该权力给予尊重。但是，外法域的法律选择规则和判决，通常无关该法域的法律的适用范围之界定。<sup>②</sup> 此处的“法律的适用范围”，其实即柯里教授“法律适用意愿分析说”中的“法律适用意愿”。之所以改换称谓，是为了使表述更加通俗易懂；大部分律师和法官不清楚“州的意愿”(a state interest)，但他们清楚法律的“适用范围”。<sup>③</sup> 对法律适用意愿的分析，需要法官考察相关法律的内容、法律包含的政策以及立法者的意愿等，主观色彩鲜明，可谓横岭侧峰。<sup>④</sup> 法官若想避开具体冲突法规则，则可在此环节有意作出偏爱的解释。

第二步是在相冲突的法律之间做出选择。选择法律首先应遵从法院所在地的成文法，但适用成文法的前提是该法并未违宪。<sup>⑤</sup> 若无成文法，则采用《重述三》的法院应适用其中的具体法律选择规则。具体的适用过程分为三步：(1) 区分实体问题和程序问题，程序问题适用法院地法，实体问题适用相应的法律选择规则；(2) 对争议事项进行识别，进而找到相关的法律选择规则；(3) 根据相关规则找到准据法后，法院应斟酌，该案是否属于特殊情形，以致应适用另一法域的法律，或者适用该准据法是否违反法院地的公共政策。<sup>⑥</sup> 与《重述二》一样，《重述三》要求法律选择针对特定的争点(issue)，即采用法律选择上的分割法(dépeçage)。<sup>⑦</sup> 在第二步中，判断成文法是否违宪，实体问题与程序问题的区分、争议的识别、是否援引例外条款或采用分割法等，均不乏主观因素掺杂其间，法官在任一环节都可巧妙处理。

① See Draft Restatement PD7, 2021 § 5.01.

② See Draft Restatement PD7, 2021 § 5.01 cmt. b, c.

③ See Kermit Roosevelt III and Bethan Jones, “What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do” (2016 – 2017) 110 *American Journal of International Law UNBOUND* 139, p. 142.

④ 关于柯里的法律适用意愿分析方法，参见许庆坤：《美国冲突法理论嬗变的法理——从法律形式主义到法律现实主义》，第136—144页。

⑤ See Draft Restatement PD7 2021 § 5.02 cmt. b.

⑥ See Draft Restatement PD7 2021 § 5.02 cmt. d.

⑦ See Draft Restatement PD7 2021 § 5.02 cmt. f.

## 五 结语

《重述一》将冲突法的确定性发挥到极致，丰富多彩的民事关系被简化为行为这一类，进而适用相应权利取得地的法律；《重述二》诞生于喧嚣的“冲突法革命”时期，当时各种法律选择方法大行其道，法院纷纷冲破僵硬冲突法规则的束缚，因此《重述二》也以规则灵活的风格呈现于世人面前；《重述三》尚在起草之中，但从其多版本的草案看，其对《重述二》规则不确定性的批判可谓严厉，其本身对规则确定性的追求显而易见。从《重述一》到《重述三》，三版“法律重述”的变迁，恰好走完了冲突法规则风格从突出确定性，到张扬灵活性，再到强调确定性，这样一个完整的否定之否定发展历程。

尽管《重述一》因规则过分僵硬饱受批评，但其报告人比尔教授其实在20世纪30年代就深刻认识到了法律确定性与灵活性的变化：

总之，整部法律史就是使法律更加确定和使法律更加灵活交替变换的历史。借用庞德院长更加出色地阐明的理论体系，在严格法（strict law）时期，法律的目的之一就是确保精确性和确定性；接着进入衡平和自然法时期，这一时期的法律旨在将公平和道义的成分融入法律，因而用灵活性调和严格法的精确度，以使法律更加公正地发挥作用。随后就是法律的成熟期，在这一时期，为使法律更加确定，衡平救济的边界法律化，该救济也被限定在标准和原则构成的规矩之下，衡平和自然法时期的灵活性在一定程度上受到约束。需要注意的是，尽管相对于自然法时期，成熟期的法律恢复了确定性，但它并未重回更早时期的精确度，而是保持了比严格法更加灵活的成分。随后，又是一个再次强调更加自由地实施法律的时期；一个我们生活其中的时期，人们难以容忍过分僵硬地适用法律规则和原则，渴望个案公平。这个时期，法律没有呈现之前衡平和自然法时期的极端灵活性，因为每一时期都对随后的法律留下了时代痕迹。<sup>①</sup>

恰如比尔教授所言，“每一时期都对随后的法律留下了时代痕迹”。《重述三》虽然旨在恢复法律的确定性，但并未重拾《重述一》规则的僵硬性，而是一定程度上带有《重述二》规则的灵活性。在《重述三》中，法律选择规则针对不同的争点，例如在侵权冲突法部分区分了行为规制和损失分配的不同争点；法律选择规则带有例外条款，例如第五章第5.03条就是法律选择规则的一般例外条款，但凡特殊案情使得另一法域法律的适用，而非法律选择规则指向的法律的适用，明显更加适当，则法院应适用另一法域的法律；法律选择规则主要源自司法实践，因此更加具体而微，而非像《重述一》中许多规则不过是既得权理论的演绎结果，规则宽泛粗疏；所有的规则均被视为运用“两步分析模式”找到的最适当的法律，<sup>②</sup>而“两步分析模式”基于注重个案公平的“法律适用意愿分析说”。

但是，“两步分析模式”是否真正能够统领所有规则，值得进一步探究。“两步分析模式”

① Joseph H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws* (Baker, Voorhis & Co., 1935), Vol. 1, § 4.13, p. 50.

② See Draft Restatement PD7 2021 § 5.02 (3).

所基于的柯里“法律适用意愿分析说”强调个案中的相关法域政策和法律适用意愿的分析，注重个案的公平，本质上与规则的普遍适用存在内在张力，而且该学说的创立者柯里教授长期反对规则的编撰。对此，布里迈耶教授等尖锐地指出：通过考察美国全境的判例法，提炼出冲突法规则，这与基于“两步分析模式”确定个案中相关法律的适用范围，绝非一回事。<sup>①</sup>《重述三》报告人注意到布里迈耶教授等人的批评，并对此撰文回应：“两步分析模式”旨在释明法律选择过程，揭示不同法律选择方法的共性，从而使冲突法更容易为普通人理解；该方法本身并不指导制定特定的规则，法律选择规则来自于适用该方法的司法判决。<sup>②</sup>

目前，《重述三》尚在起草之中，绝大部分章节还未得到美国法学会理事会和会员大会的批准，部分已面世的章节也在不断推陈出新。因此，其报告人能否妥善解决“两步分析模式”与法律选择规则的内在紧张关系，真正找到冲突法确定性与灵活性之间的“黄金分割点”，答案将在未来的最终定稿及其司法实践中揭晓。答案具体为何，值得我们拭目以待。

## Return to the Certainty of Conflicts Law?

### ——Comments on the *Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws*

Xu Qingkun

**Abstract:** The American Law Institute initiated drafting of the *Restatement (Third) of Conflict of Laws* in 2014. The drafts of several chapters have been approved until now. The new restatement adopts the “two-step model” based on the Professor Currie’s “governmental interest analysis” and mainly aims to systemically generalize the new rules developed in judicial practices since the beginning of conflicts “revolution”. In contrast to the choice-of-law rules of the *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, the new rules differentiate issues and become more concrete and particular; the escape clause no longer frequently follows the specific rules in order to enhance the certainty; the choice of law endeavors to select the most appropriate law rather the state with which the dispute has the most significant relationship. However, the new restatement provides at least two approaches for users to depart from the specific choice-of-law rules. One is the general escape clause. The other is the choice-of-law model. The two approaches inject some flexibility to specific rules and help courts to achieve individual justice. If the new restatement obtains the “golden mean” between certainty and flexibility, the answer will appear in the final draft and its practices.

**Keywords:** American Law Institute, Conflicts Law, Restatement, Certainty, Contracts, Torts

(责任编辑：李庆明)

① See Lea Brilmayer and Daniel B. Listwa, “Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: One Step Forward and Two Steps Back”, (2018–2019) 128 *Yale Law Journal Forum* 266, p. 283.

② See Kermit Roosevelt III and Bethan R. Jones, “The Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: A Response to Brilmayer & Listwa”, (2018–2019) 128 *The Yale Law Journal* 293, pp. 312–313.