

# 外国公法在美国法院的效力和适用

卜璐\*

**摘要：**美国法院在面临外国公法适用的情形下，一如其扩张国内法的域外效力时不顾忌法律规范的性质一样，在规范层面并没有对外国公法进入冲突法领域进行任何限制。但这并不意味着美国法在对待外国公法上采取了和欧陆国家及英国截然不同的立场，实则美国法没有将此问题独立出来，而是在冲突法体系的既有框架内解决外国公法的适用与否问题。美国法院将礼让原则作为解决法律冲突的基石，也作为是否承认和适用外国公法的指导原则。受冲突法确立起来的“存在真实冲突→政府利益分析”选法思路的影响，美国法院发展出“多要素礼让分析”的方法去处理涉及外国公法冲突的案件。美国法院对外国公法的尊重或采用是个系统工程，在国家行为原则、事项管辖权、证据披露义务等程序问题上也会考虑承认外国公法的效力。

**关键词：**外国公法 礼让原则 反域外适用推定 多要素礼让分析

凭籍扩张的管辖权和强大的执法力，美国频频将其《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act, 简称FCPA）、《国际紧急状态经济权力法》（International Emergency Economic Powers Act, 简称IEEPA）等具有公法性质的法律的实施效力扩及至域外当事人，立法管辖权的边界似乎在逐步淡化。与此相对，外国具有公法性质的法律能否在美国法院得到尊重和适用？普通法上根深蒂固的“公法禁忌”（Public Law Taboo）原则是否也构成美国法院拒绝适用外国公法规范的天理理由？

在法律冲突领域素有不适用外国公法的理论认知，这一认知经冲突法反复实践被《戴赛和莫里斯论冲突法》归纳为“规则3—英格兰法院不会受理为了执行（无论直接地还是间接地）外国的惩罚性法律、税法和其他公法而提起的诉讼。”<sup>①</sup>该规则随着普通法的扩张而具有世界级影

\* 苏州大学王健法学院副教授，江苏高校区域法治发展协同创新中心研究人员。本文受2018年度中国法学会部级法学研究课题“国际商事法院的构建和功能解构”（项目号：CLS（2018）C34）资助。

① Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (London: Sweet & Maxwell, 15th edn., 2012), pp. 107 - 108, sec. 5R - 019. 1896年戴赛在《关于冲突法的英国法摘要》的规则40中首提“不执行外国公法”原则时，仅针对“为了直接或间接执行外国惩罚性法律（penal law）而提起的诉讼。”1922年同样内容在该书第三版“规则54”中出现时，在惩罚性法律之后增加了“税法”（revenue law）。1927年，协助戴赛教授编写第二版、第三版《冲突法》的基思（Berriedale Keith）教授，在其独立担纲的第四版《冲突法》“规则54”下援引 *Emperor of Austria v. Day and Kossuth* 案指出，为执行政治性法律（political law）提出的权利主张有别于私有财产权，这里提出的政治性法律成为《冲突法》后续版本中“其他公法”（other public law）的源头。1958年《冲突法》第七版为了回应曼（F. A. Mann）在《外国国家的特权和冲突法》（*Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws*）一文中提出的批评——“《戴赛论冲突法》一书想把一个从法国借鉴来的令人遗憾的术语‘political’引入英国国际私法”，在“规则21”中开始使用“其他公法”替代政治性法律。此后，“惩罚性法律、税法和其他公法”的提法一直沿用至2012年的第15版。

响力,逐渐演变成在国际私法案件中排除外国公法适用的一般例外。美国学者洛温费尔德(Lowenfeld)将其总结成“公法禁忌”原则,具体指:“如果争议所涉的外国法是公法性质的法律,例如刑法、税法、反垄断法或证券法等,法院将不会适用该法判决案件,也不会执行外国法院适用这些法律作出的判决。”<sup>①</sup>他认为传统上“一国的法律被其他主权国家承认和适用存在着一些基本前提”,即这些法律是私法性质的,如果“这些法律是有关税法、贸易管制法或惩罚性赔偿的,情况就会大不一样”。<sup>②</sup>

美国虽同属英美法系,却未像英国那样发展出详尽的不适用外国公法的规则。无论是《第一次冲突法重述》建立起的立法管辖权选择规则体系,还是《第二次冲突法重述》建立在最密切联系原则之上的灵活选法方法,都没有在规范层面限制外国公法进入冲突法领域。但这并不意味着美国法在对待外国公法上采取了和欧陆国家及英国截然不同的立场,实则美国法没有将此问题独立出来,而是在冲突法体系的既有框架内解决内外国公法的适用问题。美国法院仍主要基于礼让原则处理外国公法的适用问题。<sup>③</sup>并且受冲突法确立起来的“存在真实冲突→政府利益分析”选法思路的影响,在民事诉讼程序领域,当美国诉讼程序规范与外国公法发生真实冲突时,美国法院通过“多要素礼让分析”(Multi-Factor Comity Analysis)来决定是否允许当事人服从外国法的规定。

## 一 公法禁忌原则在美国缺失的原因

对于如何对待外国公法,美国立法和实践皆没有发展出一个可概之以接纳或者排斥的明确态度,而是一如其在冲突法领域主张的“没有法律选择规则,我们会更好”那样,通过分析方法来个案判断是否适用外国公法。公法禁忌原则没有在美国法中占据一席之地,从根本上说,是因为美国法不存在大陆法系那样根植于罗马法的公私法划分传统;从实践上说,是因为美国冲突法案件中,州际法律冲突占据主导,姊妹州的公法冲突从性质上有别于内外国公法冲突;从冲突法理论层面说,以方法替代规则的冲突法精神排斥对外国公法适用与否采取僵硬规则的做法。

### (一) 缺乏公私法划分的法律传统

作为普通法系的一员,美国法并未将公私法划分作为其法律概念体系的中心,也未像大陆法系那样赋予公法这一概念以法理和实践意义。从学术角度看,公法和私法的分类虽然也间或得到美国学者的采用,但这一概念对法学研究架构和内容的影响仍旧非常微弱。

如果对这种现象追根溯源的话,普通法和大陆法在法律思维上的差异是最直接的解释。与大陆法更为看重法则与原理的演绎不同,普通法传统意味着注重实际经验胜于抽象法则。具体到美国的法律传统和实践,美国没有走欧洲国家走过的从封建专制到民主法治的发展道路,因此美国

<sup>①</sup> William S. Dodge, “Breaking the Public Law Taboo”, (2002) 43 *Harvard International Law Journal* 161, p. 161.

<sup>②</sup> Andreas F. Lowenfeld, “Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interaction”, (1979) 163 *Recueil des Cours* 311, pp. 322 - 326.

<sup>③</sup> See Janet Walker, “Foreign Public Law and the Colour of Comity: What’s the Difference between Friends?”, (2003) 38 *Canadian Business Law Journal* 36, pp. 50 - 56.

法并非诞生于专制主义的政治生态中，类似大陆法中对涉及君主统治权的法律关系和平等主体之间法律关系的区分并未对美国法的形成和发展造成太大影响，而且美国司法实践中也不存在像法国那样因为法院系统而有界定公法或行政法定义的必要。因此，面对劳动法、消费者保护法、贸易管制法等兼容公法因素和私法因素的法律领域在当代剧烈增长的现象，美国法并没有陷入法律概念上的困境。<sup>①</sup>

## （二）州际法律冲突占据主导地位

美国冲突法规范主要是在解决州际法律冲突案件的基础上产生和发展起来的，后来逐渐适用于国际法律冲突案件。从近年实践数据看，美国州和联邦法院年均判决冲突法案件 5000 件左右，这一数字远远高于其他国家，但这些案件中的绝大部分属于州际冲突法案件。<sup>②</sup>正因为美国冲突法案件的主要类型是州际法律冲突案件，所以可以说美国冲突法的首要任务是解决州际法律冲突而非国际法律冲突。而法院地州法律和外国法之间的差异要远大于其和姊妹州法律之间的差异，这也正是呼吁进行第三次冲突法重述的美国学者期望立法考量的关注点之一。<sup>③</sup>地理上的隔阂意味着法律政策上的差异，这在公法领域尤为显著，因此主要围绕州际法律冲突解决的美国冲突法并未在理论和实践中特别关注外国公法的适用问题。对于州际冲突法案件涉及的公法冲突问题，可以在美国国内法框架内协调或解决。

美国联邦宪法中“充分信任和尊重条款”可以成为州际冲突法案件中适用外州公法的理由。《美国宪法》第 4 条第 1 款规定：“各州对其他州的公共法令、记录和司法诉讼程序应给予完全的信任和尊重。”在布拉德福德电灯公司诉克拉珀案 (*Bradford Electric Light Company, Inc. v. Clapper*)<sup>④</sup> 中，一名弗蒙特州居民受雇于布拉德福德电灯公司，在新罕布什尔州工作过程中死亡，他的遗产管理人在新罕布什尔州法院以公司存在疏忽为由提起诉讼。弗蒙特州工伤赔偿条例规定了任何由弗蒙特州雇佣关系产生的工伤，无论其发生在何处都应给予排他性救济 (exclusive remedy)。案件上诉至联邦最高法院，联邦最高法院认为，尽管在侵权法律冲突领域，主流观点是适用损害发生地法律，在本案中新罕布什尔州是侵权行为地和法院地，但弗蒙特州工伤赔偿条例属于强制性法律，不论准据法为何都应根据其自身适用范围予以适用，从而纠正了下级法院忽略弗蒙特州工伤赔偿条例的做法。联邦最高法院认为，新罕布什尔州和该事故之间只存在偶然的联系，因此应给予弗蒙特州工伤赔偿条例以“充分信任和尊重”。

但在冲突法案件中，脱离利益分析去单纯运用“充分信任和尊重条款”也会导致外州法对法院地法的压制。“充分信任和尊重条款的目的不是要使一州为其他州立法，或者将其法律设计成超越州界的规范以阻止其他州规制发生于本州境内的法律行为。”<sup>⑤</sup>所以当法院地州和其他州

① See Charles Szladits, “The Civil Law System”, in René David (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume 2, Chap. 2: *Structure and the Divisions of the Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Brill, 1974), pp. 52–56.

② Symeon C. Symeonides, *Choice of Law* (New York: Oxford University Press, 2016), p. 7.

③ Ralf Michaels, “The Conflicts Restatement and the World”, (2016) 110 *American Journal of International Law Unbound* 155, p. 157.

④ *Bradford Electric Light Company, Inc. v. Clapper*, 286 U.S. 145 (1932).

⑤ *Pacific Employers Ins. Co. v. Industrial Accident Comm'n*, 306 U.S. 493, 504–505 (1939).

的法律都强制性地使同一法律行为纳入自身规范的调整范围时，即存在真实政府利益冲突的情况下，“充分信任和尊重条款”便无法发挥作用。这说明，对于冲突法案件而言，不宜采用一以贯之的法律规则指引方法，即便是对公法冲突而言，法律选择仍是核心。

在早期姊妹州强制性法律发生冲突的情况下，美国联邦宪法中的“充分信任和尊重条款”可以成为适用外州公法规范的理由。然而，这一理由无法在国际冲突法案件中成立，也无法在存在真实政府利益冲突的州际案件中采用，所以不会成为美国法院解决公法冲突的主要方法。这并不意味着对于美国这样一个以解决州际法律冲突为主要立法和实践考量的国家而言，联邦层面的统一立法不能发挥作用。恰恰相反，公法冲突问题之所以在美国并不凸显，是因为大多数可被归入公法类别的法律规范都属于联邦立法，而美国冲突法案件的主体是州际冲突法案件，所以此类案件中极少面临外州公法规范的适用问题。如反垄断领域的《谢尔曼反托拉斯法》（Sherman Antitrust Act）《联邦贸易委员会法》（Federal Trade Commission Act）和《克莱顿法》（Clayton Act），环境保护领域的《全国环境政策法》（National Environmental Policy Act，简称 NEPA）《资源保护和恢复法》（Resource Conservation and Recovery Act，简称 RCRA），证券法领域的《1933年证券法》（Securities Act of 1933）以及出口管制领域的诸多禁令等，皆属此类。公法领域大量联邦立法的存在，弱化了作为美国冲突法案件主体的州际冲突法案件中公法冲突的解决需求，这也成为美国没有发展出独立的外国公法适用规则的原因。

### （三）当代法律选择方法的灵活化

冲突法革命使美国冲突法编撰与实践走上了一条由规则向方法转向的灵活化道路。而包括公法禁忌原则在内的一些冲突法例外制度，如法律规避制度、公共秩序保留原则，实际上都是增加法律选择灵活性手段。既然法律选择规范本身已经灵活化了，那么例外制度作为增强法律选择灵活性手段的地位必然下降。实际上，当代美国法除了保有公共秩序保留原则适用的少量案例外，很少出现适用国际私法例外制度的案例，也极少用到反致、程序和实体问题划分这些国际私法上的技术措施。<sup>①</sup>

## 二 冲突法领域公法规范的适用情形

在冲突法领域，美国虽然缺乏类似于欧陆国家那样的明确规范依据，但在实践层面，域外公法规范在美国法院适用的情形和大陆法系国家及英国有一定的相似性。已经得到判例法确认的公法适用情形可分为以下两类。

### （一）法院地公法规范的适用

对于法院地公法规范，无论其性质如何，只要具有强制适用的效力，美国法院都可以适用。即便是依照《第一次冲突法重述》确立的僵硬选法规则，法院地强制性法律在美国法院的适用也不存在任何障碍。以施密特诉德里斯科尔酒店有限公司案（*Schmidt v. Driscoll Hotel*，

<sup>①</sup> George A. Bermann, “Public Law in the Conflict of Laws”, (1986) 34 *American Journal of Comparative Law Supplement* 157, p. 172.

Inc.，以下简称施密特案)<sup>①</sup>为例，两个明尼苏达州居民在该州的一间酒吧喝醉酒，随后驾车前往威斯康星州，汽车在那里发生了翻车事故，车上乘客因此受伤。乘客选择在明尼苏达州法院起诉酒吧老板，因为明尼苏达州法律规定：“受醉酒之人伤害的人有权以其本人名义起诉那些非法售卖、交换或赠与烈酒致人醉酒的人，由此造成的一切损失可获法院支持。”1934年美国《第一次冲突法重述》第378条规定：“侵权行为的成立适用侵权行为地法。”第377条将“侵权行为地”界定为：“被诉侵权行为造成的最终损害后果发生的地方。”<sup>②</sup>如果依此规定，施密特案应当适用使乘客身体遭受伤害的翻车事故地威斯康星州的法律，从而判断原告对酒吧老板主张的侵权损害赔偿能否获得法院支持，但威斯康星州法律并未规定此种情形下的侵权损害赔偿。法院在考虑冲突规范适用于该案产生的结果后，没有沿循《第一次冲突法重述》的指引，而是强调售卖烈酒行为和明尼苏达州之间的密切联系，从而适用了明尼苏达州法律，支持了原告的诉求。

《第二次冲突法重述》采用以利益分析为中心的灵活选法方法，进一步消除了体现法院地强烈利益诉求的法院地强制性规范适用的障碍。与施密特案相映成趣的一个案件是伯恩哈德诉哈拉俱乐部案（*Bernhard v. Harrah's Club*，以下简称伯恩哈德案）。<sup>③</sup>该案中两名加利福尼亚州（加州）居民驾车前往内华达州的一间酒吧，醉酒后返程途中在加州撞到了一名加州居民，伤者在加州法院起诉内华达州酒吧老板，按照当时加州的法律，酒吧老板需承担侵权责任，但是依据内华达州法律，酒吧老板不需要承担责任。加州法院仅仅确认了加州和内华达州在民事责任认定上存在相互冲突的政策，进而认定姊妹州法律的适用给内华达州政策造成的损害要小于给加州政策造成的损害，因为内华达州法律存在对售卖酒类给醉酒之人的行为施以刑事处罚的规定，因而免于追究售酒侵权行为的民事责任。加州法院最终适用了法院地加州的法律支持了原告的诉求。伯恩哈德案和施密特案相同之处在于侵权人的售酒行为和造成受害人人身伤害的交通事故分别发生在不同的州。两案的不同之处在于：施密特案中酒吧位于法院地州；而伯恩哈德案中，酒吧所在地也即侵权行为发生地不在法院地州，所以伯恩哈德案并没有采用施密特案的思路来分析售酒行为和法院地州的联系程度，而是采用了巴克斯特（Baxter）的比较损害方法，比较如果适用另一州法律，加州和内华达州立法政策因此遭受的损害，这种分析方法可以被看作是柯里（Currie）政府利益分析方法的镜像，因为损害其实就是对利益损失的描述。

上述两则案例如果按照强制性规范理论去解释，很容易把法院地法关于售酒者对醉酒人所造成损害后果承担赔偿责任的规定定性为具有优先效力的强制性规范，从而应予直接适用。但是美国法院无论在《第一次冲突法重述》下，还是在《第二次冲突法重述》下，都没有分析法律规范的性质及其适用的效力范围，取而代之的是在施密特案中基于侵权行为和法院地之间的客观联系分析，在伯恩哈德案中基于法院地立法政策受到的损害分析，作出了最终的法律选择。上述两案判决形成于美国冲突法革命的时代背景下，《第一次冲突法重述》中形成的侵权损害赔偿适用侵权行为地法的规则正逐渐失去束缚力，扩大法院地法适用的“回家去趋势”（home trend）占

<sup>①</sup> *Schmidt v. Driscoll Hotel, Inc.*, 249 Minn. 376, 82 N. W. 2d 365 (1957).

<sup>②</sup> *Restatement of Conflict of Laws (1934)*, § § 377, 378.

<sup>③</sup> *Bernhard v. Harrah's Club*, 16 Cal. 3d 313, 128 Cal. Rptr. 215, 546 P. 2d 719, cert. denied, 429 U. S. 859 (1976).

据主导,<sup>①</sup>这无疑深刻地影响了两案的判决结果。

但上述两案同时也清晰地呈现出,在涉及法院地具有强制性或者惩罚性的法律规范时,美国法院的选法过程和其他冲突法案件并无二致,法律规范本身的性质没有在法律选择过程中成为考量因素。造成这种现象的原因有两方面:一是美国法的概念体系中没有划分公私法的传统;二是美国冲突法案件中的选法方法可以作为公法禁忌原则的替代品发挥效用。

## (二) 外国公法规范的适用

内国公法在美国法院可以通过既有的冲突法体系得到适用,取得和法院地强制性规范直接适用方法同样的效果。那么外国公法在没有相关制定法依据的前提下,在美国法院能否取得和欧洲国家同样的适用效果呢?不仅答案是肯定的,而且美国法院透过其灵活性的选法方法和扩张性的管辖权基础,在司法实践中面临着更多的公法冲突,以及对外国公法尊重与否的考量。

在美国,明确规定可以适用外国公法的情形是《第二次冲突法重述》第202条:“1. 违法性对合同的影响,依适用第187条和第188条规则所选择的法律。2. 在履行地履约属违法时,合同通常被拒绝履行。”<sup>②</sup>据此可以产生两类适用于合同的外国公法:一类是按照《第二次冲突法重述》第187条意思自治原则和第188条最密切联系原则适用于合同的准据法中,影响合同效力的违法性规定。第二类是合同履行地法律中,关于合同履行行为的违法性规定。当这两类法律指向外国法时,关于合同违法性的规定大多属于公法规范或强制性法律规范,根据《第二次冲突法重述》,这类外国公法能够在美国法院得到适用。这与戴赛《冲突法》一书中提到的直接执行和间接执行以外外国公法的适用情形极其类似。<sup>③</sup>《第二次冲突法重述》第202条实际上规定了在合同法律适用领域,准据法所属国强制性规范和作为合同履行地的第三国的强制性规范的适用问题。

但上述领域以外的外国公法适用问题,在美国法律和实践中找不到明确的指引。司法实践中美国法院并没有对涉及外国公法的法律冲突采取区别对待的方式,而是在既有的国际礼让原则下应对这一问题。

## 三 美国处理公法冲突案件的礼让原则

国际礼让原则(International Comity)是美国对外关系法的基石。美国法中所有用来处理美国法律规范和域外法律规范冲突的法律原则,都是国际礼让原则的具体表现。从冲突法到反域外适用推定原则(Presumption Against Extraterritoriality),从限制美国法院在涉外案件中行使管辖权到承认外国法院判决,从国家行为原则(Act of State Doctrine)到国家豁免理论,无一不位于国际礼让原则的统辖之下。因此,外国公法能否得到美国法院的适用或承认,怎样得到美国法院的

<sup>①</sup> 参见徐伟功:《美国法律适用“回家去的趋势”及我国法律适用中的法院地法倾向》,载《河南财经政法大学学报》2013年第5期,第67—75页。

<sup>②</sup> *Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971)*, § 202.

<sup>③</sup> See Lawrence Collins (with Specialist Editors), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* (London: Sweet & Maxwell, 15th edn., 2012), pp. 110-111, sec. 5-024.

适用和承认，从理论上说也由国际礼让原则控制。

威廉·道奇（William S. Dodge）教授根据礼让对象的不同，总结了国际礼让原则在美国法中适用的三种具体形态：第一种是规范礼让（prescriptive comity），是指对外国立法者的礼让，通过限制法院地立法者制定的法律规范的适用，来礼让外国立法者制定的法律规范。美国法院在实践中通过冲突法、国家行为原则、反域外适用推定原则等，来实现规范礼让的效果，实质上是对外国主权者立法权的礼让。第二种是司法礼让（adjudicative comity），是指对外国法院的礼让，在实践中通过限制美国法院行使管辖权、给外国法院的证据开示提供司法协助、承认外国法院判决，来礼让外国主权者的司法权。第三种是主权当事人礼让（sovereign party comity），是指外国主权者作为国内民事诉讼的当事人享有的豁免特权，即根据国家豁免理论给予外国国家及其财产在管辖和执行上豁免的特权，实质上是对外国主权者身份的礼让。<sup>①</sup>

外国公法的适用不仅仅以规范礼让的形态出现，而且在涉及国际民事诉讼程序的司法礼让事项上，涉及国家豁免的主权当事人礼让事项上也可能援引或适用外国公法。例如，在外国国家相关实体作为被告的情况下，美国法院可能会援引该实体所属国有关政府机构设置的公法规范作为判断其在法院地法下是否享有国家豁免的因素之一。但实践中，外国公法的适用主要涉及前两种礼让形态。

### （一）规范礼让

规范礼让包含两类情形：第一类是抑制美国法律适用于涉外行为，例如国家行为原则拒绝根据美国法审查外国的国家行为，反域外适用推定原则将没有明确域外适用意图的美国法推定为只适用于美国领域范围内发生的事项，这类情形是拒绝将美国法适用于境外事项，但并不回答该事项应受何法律管辖，因此不会导致外国公法的适用。第二类是通过冲突法解决争议事项由哪国法律管辖，在此情况下才会触及外国法，由此引发外国公法的适用。因此，在规范礼让形态下，这一问题简化成能否通过冲突法指引外国公法的适用。对此，美国法院在艾尔玛莉亚契诉中国银行案（*Elmaliach v. Bank of China Ltd.*，以下简称艾尔玛莉亚契案）<sup>②</sup>的前两审判决中给出了肯定的答案。

该案的发生背景是，在2006—2007年间，巴勒斯坦的激进武装派别伊斯兰吉哈德和哈马斯在以色列发动了恐怖主义爆炸和火箭袭击，导致大量平民伤亡，随后受害者或其家属在美国法院对中国银行提起了多起诉讼。因为伊斯兰吉哈德和哈马斯早在1997年就被美国列为外国恐怖组织，自2001年起被列为“特定全球恐怖分子”，美国政府为了切断其从事恐怖活动的经济来源，对这类组织发布了最严格的经济制裁，禁止银行对其提供金融服务。原告指称这两个恐怖组织的代理人在中国银行位于广州的分支机构开设了两个账户，通过中国银行在美国的分支机构分批将数百万美元电汇至这两个账户，最终上述账户根据伊斯兰吉哈德和哈马斯的指令将资金转给其在以色列的领导人，用于策划和实施恐怖袭击。恐怖袭击的受害者或其家属在美国法院分别针对包

<sup>①</sup> See William S. Dodge, “International Comity in American Law”, (2015) 115 *Columbia Law Review* 2071, pp. 2099–2199.

<sup>②</sup> *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 2011 WL 10997479, 110 A. D. 3d 192 (2013), 24 N. Y. 3d 1113 (2015).

括中国银行在内的多家银行提起了诉讼,<sup>①</sup> 艾尔玛莉亚契案就是其中一起在纽约州法院提起的案件。

这系列案件面临着共同的法律选择问题, 纽约州法律和以色列法律关于侵权责任构成的规定存在差异。根据以色列法律, 被告侵权责任的成立取决于对行为后果的可预见性; 并且以色列法律还允许对违反议会制定法的任何行为主张私权诉讼, 而纽约州法律并无此规定。纽约州最高法院上诉庭认为, 纽约州法律和以色列法律关于侵权责任的这两点差异会导致案件出现不一样的结果, 特别是考虑到违反制定法而产生的侵权责任对于以色列这样一个国家来说具有特殊意义, 因为以色列专门立法规定, 禁止通过为恐怖组织提供资金支持的方式来协助恐怖组织。而依据纽约州法律, “银行对因其客户故意侵权行为遭受损害的非客户不承担责任”。<sup>②</sup> 因此, 法庭认为, 纽约州法律和以色列法律在争议事项上存在真实的冲突。<sup>③</sup>

艾尔玛莉亚契案的原告也因此选择依据以色列法律主张权利。原告依据以色列 1968 年《民事侵权法》<sup>④</sup> 对其主张提出了两点依据: 一是该法第 35 条和第 36 条规定的“过失责任”, 侵权人因其行为(或不作为)对他人造成损害, 而在同样情况下理性人则不会如此, 侵权人应承担侵权责任。二是该法第 63 条规定的“违反法定义务的责任”, 对违反任何旨在保护他人利益或权利的制定法应承担侵权责任。原告主张, 中国银行违反了以色列《反恐法》第 4 条、<sup>⑤</sup> 以色列《刑法》第 145 和 148 条<sup>⑥</sup>和以色列《(紧急时期)国防法规》第 85 条,<sup>⑦</sup> 这些法条都规定了对给恐怖组织提供实质性支持的行为予以刑事处罚。<sup>⑧</sup>

在包括艾尔玛莉亚契案在内的以色列受害者诉商业银行系列案件中, 美国法院在法律选择问题上遵循了一致的分析思路: 先证明纽约州法律、以色列法律、商业银行所在地国法律之间存在真实的冲突; 再采用利益分析方法来看哪一法律在争议事项上存在更大的利益, 从而适用该法律来判断商业银行是否因提供金融服务而对原告承担侵权责任。但一致的分析方法却没有指向同一法律适用结果: 在伍尔茨诉中国银行 (*Wultz et al v. Bank of China Limited.*) 案中, 纽约南区联邦地区法院西恩德林 (*Scheidlin*) 法官决定适用以色列法律;<sup>⑨</sup> 在里奇诉黎巴嫩加拿大银行 (*Licci v. Lebanese Canadian Bank*) 案中, 第二巡回上诉法院对事实情况类似的案件却适用纽约州普通法;<sup>⑩</sup> 受此案影响, 伍尔茨案的西恩德林法官经重新考虑决定转而适用中国法;<sup>⑪</sup> 而在艾尔玛莉亚契案中, 纽约州最高法院和纽约州最高法院上诉庭认为侵权行为应该适用的法律是以色列

① See *Wultz et al v. Bank of China Limited.*, 865 F. Supp. 2d 425 (S. D. N. Y. 2012); *Licci v. Lebanese Canadian Bank*, 672 F. 3d 155 (2d Cir. 2012); *Licci v. American Press Bank Ltd.*, 971 N. Y. S. 2d 504 (N. Y. App. Div. 2013); *Zahavi et al. v. Bank of China Ltd.*, No. BC396714. in Superior Court of the State of California, Los Angeles County.

② See *In re Terrorist Attacks on Sept. 11, 2001*, 349 F. Supp. 2d 765, 830 (S. D. N. Y. 2005), on reconsideration in part, 392 F. Supp. 2d 539 (S. D. N. Y. 2005), aff'd, 538 F. 3d 71 (2d Cir. 2008).

③ See *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 110 A. D. 3d 192, 197 - 203 (1st Dept 2013).

④ *Civil Wrongs Ordinance (new version)*, 5728 - 1968.

⑤ *Prevention of Terrorism Ordinance No. 33 of 5708 - 1948*, Sec. 4.

⑥ *Penal Law*, 5737 - 1977, Sec. 145 & 148.

⑦ *Defence (Emergency) Regulations, 1945*, Sec. 85.

⑧ *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 2011 WL 10997479, p. 6.

⑨ See *Wultz et al v. Bank of China Limited.*, 811 F. Supp. 2d 841, 850 - 53 (S. D. N. Y. 2011).

⑩ See *Licci v. Lebanese Canadian Bank*, 672 F. 3d 155, 156 - 58 (2d Cir. 2012).

⑪ See *Wultz et al v. Bank of China Limited.*, 865 F. Supp. 2d 425, 427 - 430 (S. D. N. Y. 2012).

法,<sup>①</sup> 但这一判决已被纽约州上诉法院撤销,<sup>②</sup> 后续未有新的进展。这也许正是美国冲突法以方法取代规则后, 无法避免的弊病。西蒙尼德斯 (Symeonides) 教授针对此系列案件的意见是: “如果纽约州法律不认为银行的行为构成侵权, 而以以色列法律认为银行行为构成侵权, 则法院应该审查银行是否可以预见在以色列发生的损害后果。如果能够预见发生损害后果, 则适用以色列法律是合理的、适当的。”<sup>③</sup>

在艾尔玛莉亚契案中, 被美国法院作为准据法的是以色列实体法, 当事人和法院都未在《民事侵权法》和《反恐法》《刑法》《(紧急时期) 国防法规》之间进行性质上的区分。虽然受害人的权利请求是直接建立在以色列《民事侵权法》中“违反法定义务的责任”之上, 但是《反恐法》《刑法》《(紧急时期) 国防法规》中规定的法定义务得到了间接适用, 并未因其公法规范的性质而在适用上产生障碍。甚至纽约州最高法院上诉庭在对纽约州法律和以色列法律进行利益分析时, 就已经考虑了关于反恐的公法规范对于以色列这样一个特殊国家在私人权利保障上的重要意义。<sup>④</sup> 足由此可见, 对于艾尔玛莉亚契案的初审和二审而言, 以色列的公法规范和《民事侵权法》第 63 条一起得到了美国法院的整体适用。从外国公法的适用途径上看, 这属于准据法所属国公法的适用。因此在美国法院, 准据法所属国的公法规范同样可以经由其私法规范中的引致条款, 作为准据法的一部分由法院地国采用。

## (二) 司法礼让

在涉及包括公法规范在内的外国法时, 美国法院不仅在法律选择问题上进行这种利益分析, 在诉讼程序事项上遇到当事人依据外国法提出主张或抗辩时, 同样会在国际礼让原则的统领下进行利益分析, 以决定是否适用外国法。

对于与艾尔玛莉亚契案事实情况近似的伍尔茨案, 法院在证据披露阶段, 根据礼让原则分析了是否要强制中国银行违背中国法律的规定提供文件资料。原告伍尔茨在哥伦比亚特区联邦地区法院针对中国银行提出了两类诉求: 一是根据美国《反恐法》, 被告行为构成国际恐怖主义行为以及协助、支持国际恐怖主义的行为; 二是非联邦诉讼请求 (nonfederal claim), 要求被告承担疏忽责任、违反法定义务的责任和连带责任。<sup>⑤</sup> 第二类请求中的疏忽责任和违反法定义务的责任被地区法院适用中国法驳回;<sup>⑥</sup> 要求被告承担连带责任的请求被地区法院以超出诉讼时效驳回。<sup>⑦</sup> 但基于美国联邦法提出的违反美国《反恐法》<sup>⑧</sup> 的诉讼请求一直在进行, 此间原告向法院申请强制中国银行提供其掌握的材料, 而中国银行一直主张相关材料应该通过《海牙取证公约》规定的渠道, 在中国境内获取; 原告向中国司法部提出代为取证的请求后, 获取资料的要求未能得到充分满足, 于是继续主张法院强制被告提交文件资料。

中国银行掌握的文件资料披露一直是该案进行中双方争议的焦点问题。原告要求披露的文件

① See *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 2011 WL 10997479, 110 A. D. 3d 192, 200-01 (2013).

② See *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 24 N. Y. 3d 1113 (2015).

③ Symeon C. Symeonides, *Choice of Law*, p. 247.

④ See *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 110 A. D. 3d 192, 203 (1st Dept 2013).

⑤ See *Wultz v. Islamic Republic of Iran*, 755 F. Supp. 2d 1, 18 (D. D. C. 2010).

⑥ See *Wultz v. Bank of China Limited.*, 2012 WL 5431013, pp. 2-6.

⑦ See *Wultz v. Bank of China Limited.*, 306 F. R. D. 112, 114 (S. D. N. Y. 2013).

⑧ See 18 U. S. C. § 2333.

范围非常广泛，这些文件资料来源于中国境内，不仅包括了所谓的恐怖组织领导人控制的账户信息，还包括中国银行和监管机构之间的沟通记录、中国银行就此事的内部调查报告等。根据美国《联邦民事诉讼规则》第34条，一方当事人有权请求另一方当事人提供属于第26(b)条规定的证据披露范围内的材料。被告辩称，中国的银行保密法禁止中国银行提供原告要求的资料，具体而言是指中国的《反洗钱法》第5条第1款，<sup>①</sup>《金融机构反洗钱规定》第7条、第15条第2款和第16条，<sup>②</sup>《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》第6条，<sup>③</sup>《保守国家秘密法》第3条。<sup>④</sup> 纽约南区联邦地区法院就中国银行是否及在多大范围内需向原告提供资料，先后作出了三个裁决。<sup>⑤</sup> 这三份裁决探讨的共同核心问题是：是否应该责令被告在违反中国法律规定的情况下遵守美国民事诉讼规则对证据披露的要求。

产生这个问题的根源是中国关于银行保密的法律规定与美国联邦法院民事诉讼程序规则之间的冲突。中国关于银行保密的法律规定显然属于公法规范，但在伍尔茨案中，这些法律规范的公法性质依然没有对美国法院的分析构成任何干扰。地区法院在考虑是否需要尊重中国法律对金融机构的保密要求时，依然在国际礼让原则下采取了多要素分析的方法，去权衡是执行美国法的证据披露要求，还是执行中国法的银行保密要求。在分析中，地区法院根据第二巡回上诉法院此前的判例考虑了七点因素：①请求提供的文件或其他资料对调查和诉讼的重要性；②取证要求的明确性；③该信息资料是否来源于美国；④是否有其他获取信息的替代方法；⑤不服从该取证要求会对美国重要利益造成多大损害，或者服从该取证要求会对证据所在国的重要利益造成多大损害；⑥遵守取证要求对掌握该证据的当事人或证人的困难度；⑦抵制取证要求的当事人的诚信度。<sup>⑥</sup>

在上述七个因素中，“最重要的因素是国家利益平衡，因为其直接影响主权国家之间的关系”。<sup>⑦</sup> 在伍尔茨案中，法院认为，美国法律在反恐上的利益要大于中国法律在规制银行业有序发展上的利益。甚至在知识产权侵权案件中，美国法院也认为美国在知识产权保护上的利益要大

① 《中华人民共和国反洗钱法》第5条第1款规定：“依法履行反洗钱职责或者义务获得的客户身份资料和交易信息，应当予以保密；非依法律规定，不得向任何单位和个人提供。”

② 《金融机构反洗钱规定》第7条规定：“中国人民银行及其工作人员应当对依法履行反洗钱职责获得的信息予以保密，不得违反规定对外提供。中国反洗钱监测分析中心及其工作人员应当对依法履行反洗钱职责获得的客户身份资料、大额交易和可疑交易信息予以保密；非依法律规定，不得向任何单位和个人提供。”第15条第2款规定：“金融机构及其工作人员应当对报告可疑交易、配合中国人民银行调查可疑交易活动等有关反洗钱工作信息予以保密，不得违反规定向客户和其他人员提供。”第16条规定：“金融机构及其工作人员依法提交大额交易和可疑交易报告，受法律保护。”

③ 2006年《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》第6条规定：“金融机构及其工作人员应当对报告可疑交易的情况予以保密，不得违反规定向任何单位和个人提供。”

④ 《中华人民共和国保守国家秘密法》第3条规定：“国家秘密受法律保护。一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业单位和公民都有保守国家秘密的义务。任何危害国家秘密安全的行为，都必须受到法律追究。”

⑤ See *Wultz v. Bank of China Limited.*, 910 F. Supp. 2d 548 (S. D. N. Y. 2012), 2013 WL 132664, 942 F. Supp. 2d 452 (S. D. N. Y. 2013).

⑥ 前五个要素来源于法国航空工业公司诉爱荷华州南区联邦地方法院案；后两个要素来源于明佩科公司诉康提康摩的提服务公司案。See *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 107 S. Ct. 2542, 2556 (1987), footnote 28; *Minpeco S. A. v. Conticommodity Servs., Inc.*, 116 F. R. D. 517, 523 (S. D. N. Y. 1987).

⑦ *Wultz v. Bank of China Limited.*, 910 F. Supp. 2d 548, 558 (S. D. N. Y. 2012).

于中国规制银行业有序发展上的利益。<sup>①</sup>

不仅对中国的银行保密法如此，伍尔茨案进展到后来，中国银行依据美国《联邦民事诉讼规则》第30(b)(6)条向法院申请传唤案外人——以色列工人银行，要求其提供关于恐怖分子的账户交易、工人银行和以色列政府之间就该账户和反洗钱、反恐怖主义筹资问题上的沟通等方面的证言。以色列工人银行向法院申请驳回传唤的理由之一也是违反以色列法律，具体而言指有关银行和客户间特权的法律和实践、调整商业银行和银行管理机构之间关系的《以色列银行法》《反洗钱法》《反恐怖主义融资法》。地区法院在判断中国银行的证据披露请求是否需要服从这些以色列法律的规定时，依然采用了“法律冲突→多要素分析”的思路。法官认为，美国证据开示的法律规定和《以色列银行法》《反洗钱法》《反恐怖主义融资法》之间存在着真实的冲突，接下来运用上述7个要素去分析，认为美国在反恐上的利益要高于以色列在商业银行保密要求上的利益，尽管有违以色列法律规定，但仍命令以色列工人银行派员参加庭外作证。<sup>②</sup> 在本轮交锋中，中国银行以彼之矛攻彼之盾的意味十分明显，且取得了显著的效果。

值得注意的是，与采取规则导向冲突法立法的国家不同，美国司法实践中，外国公法进入美国法院的情形要复杂得多，不仅在传统的法律选择阶段当事人可以援引外国公法，在民事诉讼程序事项上也可以援引外国公法，这显然是美国法院管辖权域外扩张的后果。外国法的公法性质对于美国法院是否对其加以考虑并无干扰。在某一具体事项上，如果外国法律和美国法律之间存在实质性冲突，即当事人不可能在服从美国法要求的同时满足外国法的规定，则美国法院基于国际礼让原则，采取“多要素礼让分析”来判断何者居于优先地位。

### （三）多要素礼让分析

礼让构成了支配美国国际私法程序基本原则适用的首要和最重要的基础。<sup>③</sup> 虽然上述三种礼让类别都可能涉及外国法律的适用，规范礼让已通过《冲突法重述》完成体系化和具体化的选法指引，主权当事人礼让的制度和程序已通过1976年《外国主权豁免法》明确规定。因此在实践层面，在这两个领域给予外国法规范或外国主权者礼让时更多地依赖立法及相关案例的指引，很少再回溯至礼让原则的具体适用，所以鲜见对礼让原则适用与否的具体分析。但在美国民事诉讼程序遭遇与外国法律之间的冲突时，却缺乏针对性的法律规范，所以仍需依赖个案对礼让原则适用的分析。而在民事诉讼程序领域，被当事人援引用来对抗美国民事诉讼规则要求的外国法基本上都是外国公法，因为私法规范的任意性不足以成为当事人拒绝履行美国民事诉讼程序要求的理由。

由于美国民事诉讼采取当事人对抗主义的诉讼模式，所以诉讼程序需要依靠当事人提出动议(motion)来推进。无论是在涉及管辖权、证据披露、判决执行等程序问题的动议中，还是在涉及诉讼请求等实体问题的动议中，当事人都可以援引包括公法规范在内的外国法提出主张或抗辩。在联邦法院系统，“外国法，尽管曾经被作为事实问题对待，现如今被认为是法律问题，可

<sup>①</sup> See *Tiffany (NJ) LLC v. Forbse*, 2012 WL 1918866 (S. D. N. Y. May 23, 2012).

<sup>②</sup> See *Wultz v. Bank of China Limited.*, 298 F. R. D. 91, 103 (S. D. N. Y. 2014).

<sup>③</sup> [美] 帕德罗·J. 马丁内兹-弗拉加：《国际私法程序中礼让的新作用》，李庆明译，谢新胜校，中国社会科学出版社2011年版，第6页。

通过包括证言在内的任何相关材料来确定”。<sup>①</sup> 这导致美国法院不仅在实体问题的法律适用上会遭遇外国公法，在民事诉讼程序问题上也可能遭遇外国公法，因为美国法上并未对此作出限制规定。这时需要具体分析是否根据礼让原则，抑制美国民事诉讼程序规范的适用。

但正如斯托里（Story）所言，“礼让是，并且永远是不确定的”，其适用“必须取决于各种情况，而不应被降格为任何明确的规则”。<sup>②</sup> 抽象且含义模糊的礼让原则显然无法精准解决所有的外国法适用问题，受冲突法以“方法代替规则”的方法论影响，在具体问题上考虑是否要根据礼让原则尊重外国法规定时，第二巡回上诉法院发展出了“多要素礼让分析”（Multi-Factor Comity Analysis）的方法。这一方法不仅被用在类似伍尔茨案那样的证据披露问题上，也常常被用于管辖权问题。因为美国作为世界第一大经济体在市场管制上具有强有力的话语权，其经济领域的反垄断法、证券法等都有显著的域外效力，因域外行为在美国联邦法院提起诉讼时，管辖权争议往往首当其冲。

### 1. 礼让分析的前置要素：真实的冲突

在判断是否可以根据国际礼让原则裁决撤销案件上，美国第二巡回上诉法院在动物科学产品公司诉河北维尔康制药有限公司案（*Animal Science Products, Inc. et al v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. et al*，以下简称维生素C反垄断案）<sup>③</sup> 中，提出了十项考虑要素。在这十项要素中，外国法律和外国法律在规制同一行为上是否存在“真实的冲突”（true conflict），是法院是否愿意抑制其对反垄断诉讼行使管辖权的关键。

关于“真实冲突”在国际礼让原则适用中的地位和作用，存在三种观点：第一种观点以哈特福德火险公司诉加利福尼亚案（*Hartford Fire Ins. Co. v. California*，以下简称哈特福德案）<sup>④</sup> 为代表，美国联邦最高法院将美国法和外国法之间的冲突程度作为判断国际礼让原则是否限制对由境外行为引起的反垄断诉讼行使管辖权的实质标准，如果法律之间不存在真实的冲突，则不能适用国际礼让原则。第二种观点认为，哈特福德案虽然因为法律冲突的程度不够而导致美国法院拒绝适用国际礼让原则，但不能反向推知，法律冲突的程度是国际礼让原则运用的唯一标准，其地位应该是一个前提性考虑因素，在满足冲突程度的要求后还考量其他方面的因素。<sup>⑤</sup> 第三种观点更加弱化法律冲突程度这一考量因素，并不将其作为其他考量因素运作的前提，而只作为考量因素之一。例如，在穆希卡诉艾尔斯坎有限公司案（*Mujica v. Airscan Inc.*）中，法院认为，

<sup>①</sup> *United States v. Peterson*, 812 F.2d 486, 490 (9th Cir. 1987). Also see *Federal Rule of Civil Procedure* 44.1.

<sup>②</sup> Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic* (London: A. Maxwell, 2nd edn, 1841), § 28, p. 34.

<sup>③</sup> *Animal Science Products, Inc. et al v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. et al*, 584 F. Supp. 2d 546 (E. D. N. Y. 2008), 837 F.3d 175 (2nd Cir. 2016). 美国联邦最高法院只是在外国法查明问题上推翻了第二巡回上诉法院的认定，未考虑礼让、真实冲突、管辖权问题。*Animal Sci. Prods, Inc. III*, No. 16-1220, slip op. (U. S. June 14, 2018).

<sup>④</sup> *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U. S. 764 (1993). 在该案中，哈特福德火灾保险公司是英国一家再保险公司。在该案中，它被指控与美国一家保险公司在英国制定保险单时存在着共谋行为。虽然哈特福德公司和英国政府认为，这种共谋行为在英国是合法的，但美国联邦最高法院认为，英国法没有强迫企业必须进行共谋行为，因此，美国法和英国法在这个问题上没有冲突。根据这个判决，美国反托拉斯法域外适用中的礼让原则仅适用于特殊的情况，即外国法中必须明文规定，企业必须进行某种与《谢尔曼法》相背离的行为，以致企业不能同时遵守本国法和美国反托拉斯法。哈特福德火灾保险公司一案的判决至今有着很大的争议。

<sup>⑤</sup> Harold Hongju Koh, *Transnational Litigation in United States Courts* (New York: Foundation Press, 2008), p. 80.

“哈特福德案并没有将证明真实冲突作为援引礼让原则的前提，至少在涉及司法礼让的案件中如此。”<sup>①</sup>

第一种观点和第二种观点的区别在于：前者将真实的冲突作为礼让原则适用的前置条件，没有达到这一条件，则无法启动礼让原则适用与否的分析；而后者是礼让原则适用与否的多分析要素之一，是在启动礼让原则分析后，才会讨论真实冲突的存在与否，且其在礼让原则适用的多要素分析中居于首要位置——这一要素的缺乏将否定其他要素存在的意义。这两种观点表面上的分歧在于，存在真实冲突是否作为启动礼让多要素分析的按钮，但在本质上对案件是否遵从外国法的分析结论没有影响。其思路都是在存在真实冲突的前提下，综合衡量其他礼让原则的适用要素。但第三种观点与前两种存在本质差异，这种观点的本质是否定存在真实冲突是适用国际礼让的前提，认为在不存在真实冲突的情况下，如果其他礼让分析要素显示应尊重外国法的规定，则仍然可以适用国际礼让原则，以抑制美国法的适用或美国法院管辖权的行使。

对于这一问题，在美国法院实践中尚未形成一致意见。纽约南区联邦地区法院在伍尔茨案<sup>②</sup>中讨论是否要强制以色列工人银行派员参加庭外取证时，其分析思路显然是在认同第一种观点。西恩德林法官首先论证了真实冲突的存在，在此基础上进而分析作证的重要性、是否存在其他证据来源、美国和以色列之间利益的平衡等。

将判断内国法和外国法之间是否存在真实的冲突作为礼让分析的起点是合理的。因为礼让不管对象是谁，本质都是在司法程序中对自身权力的抑制。在礼让外国法时，抑制的是自身的立法权；在诉讼程序事项上适用礼让原则，是抑制自身的司法权；而礼让外国主权者是对自身司法管辖权的抑制。如果同外国法之间不存在真实的冲突，意味着和外国法之间的冲突程度并不剧烈，外国法并无适用于待决事项的强烈意愿，则无需对自身权力进行抑制。

那么如何判断内外国法律之间是否存在真实的冲突呢？在规范礼让中，按照柯里的“政府利益分析说”解释，真实的冲突是指不同法域在将其法律适用于争议问题上皆存在利益。在司法礼让中，美国判例法业已建立的标准是“同时遵守内国和外国法律规定是否不可能”。<sup>③</sup>

## 2. 礼让分析的方法化：多要素并存

“法律意义上的礼让既非一种绝对的义务，但也不只是对他方的礼貌和善意，这是一国在其领域内对其他国家立法、执法和司法行为给予的承认，这一承认既归因于国际责任和互利，也归因于该国国民或其他受其法律保护之人的权利。”<sup>④</sup> 礼让原则介乎于义务和礼遇之间，并没有提供具体的实施程序和实体规则。如果该原则要在国际私法中发挥重要的实质作用，必须将其提高到“调和规则”（precept of reconciliation）的地位，将来源于不同法律传统与文化的规范和习惯，以及国际社会各成员之间的外交利益关系和谐地交汇。<sup>⑤</sup> 把抽象模糊的礼让原则适用到具体案件，需要细化的指引，或许是受冲突法领域放弃规则求助于方法的影响，无

① *Mujica v. Airscan Inc.*, 771 F. 3d 580, 600 (2014).

② See *Wultz v. Bank of China Limited.*, 298 F. R. D. 91, 100-103 (S. D. N. Y. 2014).

③ *Filetech S. A. v. France Telecom S. A.*, 157 F. 3d 922, 932 (2d Cir. 1998).

④ *Hilton v. Guyot*, 159 U. S. 113, 163-64 (1895).

⑤ [美] 帕德罗·J. 马丁内兹-弗拉加：《国际私法程序中礼让的新作用》，第35页。

论是在规范礼让层面，还是在司法礼让层面，礼让原则在具体适用上也呈现出方法化的趋势。

第一，在规范礼让层面，即使就已编撰成文的冲突规范而言，也没有完全用规则去取代多要素分析的方法。美国《第二次冲突法重述》第6条是指导州法院进行法律选择的总体原则，该条第2款规定：“与适用于选择法律的规则有关的因素包括：①州际及国际体制的需要；②法院地的相关政策；③其他利害关系州的相关政策以及在决定特定问题时这些州的有关利益；④对正当期望的保护；⑤特定领域法律所依据的政策；⑥结果的确定性、可预见性和一致性，以及⑦将予适用的法律易于确定和适用。”<sup>①</sup>

第二，在司法礼让层面，美国基于礼让原则限制自身管辖权时也会运用多要素分析的方法。首先，美国法院适用不方便法院原则时遵循了多要素分析的方法，法院平衡的利益要素包括公共利益和私人利益两个方面的因素：私人利益因素是指诉讼当事人和证人等诉讼参与人参加诉讼的便利性及成本支出，如获得证据资源的相对容易性、强制程序对不愿意出庭作证证人的可适用性等；公共利益因素是指法院行使管辖权给法院的司法程序和法律适用带来的实际困难。美国联邦最高法院在海湾石油公司诉吉尔伯特案（*Gulf Oil Corp. v. Gilbert*）<sup>②</sup>中列举了私人利益因素和公共利益因素的考量要素，但这里最高法院提出的考虑因素仅仅是列举，并不包括适用不方便法院原则的所有考量因素，下级法院根据案件的具体情况可以自由裁量决定平衡哪些与案件相关的因素。<sup>③</sup>

其次，在判断是否可以根据国际礼让原则否认事项管辖权（subject matter jurisdiction）从而撤销案件问题上，美国联邦第二巡回上诉法院在维生素C反垄断案中，列举了十个分析要点：①本国与外国法律或政策的冲突程度；②当事人的国籍、公司的地理位置或主营业地；③被控行为违法对本国造成的损害和对外国造成的损害进行比较；④各国法律获得遵守的执行力度，国外是否提供救济以及国内是否存在未决诉讼；⑤是否存在损害或影响美国商业的意图及此后果的可预见性；⑥如果法院行使管辖权并给予法律保护给对外关系造成的影响；⑦如果内国法院判决给予法律保护，是否会置当事人在他国履行非法行为的地位、或陷入两国相互矛盾的要求；⑧法院命令能否得到有效执行；⑨在同样的情况下如果外国法院判决给予法律保护，内国能否接受这一结果；⑩是否会影响内国在此事项上缔结的条约。通过分析这十个要素，第二巡回上诉法院因为被告是在直接履行中国法律要求的价格串通行为，而认定中国相关法律和美国反垄断法存在真实的冲突，在多要素礼让分析的基础上决定拒绝行使管辖权。<sup>④</sup>

最后，“反域外适用推定原则”的复苏并未否定多要素分析方法的运用。在莫里森诉澳大利亚国民银行案（*Morrison v. National Australia Bank*，以下简称莫里森案）中，斯卡利亚（Scalia）大法官重申了联邦最高法院在美国香蕉公司诉联合水果公司案（*American Banana Co.*

① *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (1971) § 6.

② See *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508-509 (1947).

③ 参见徐伟功：《美国不方便法院原则的典型判例评析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第6期，第61页。

④ *Animal Science Products, Inc. et al v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. et al*, 837 F.3d 175, 184-85 (2nd Cir. 2016).

*v. United Fruit Co.*)<sup>①</sup> 中确立起的“反域外适用推定原则”，使这一美国法上由来已久的原则重新焕发生机。“除非有相反的意思表示，国会通过的法律应意味着仅适用于美国属地管辖范围以内，这是美国法律一项长期存在的原则。”<sup>②</sup> 受到 2010 年美国联邦最高法院莫里森案和 2013 年柯欧贝诉荷兰皇家石油公司案 (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 以下简称柯欧贝案)<sup>③</sup> 的影响，美国法院在涉及《证券交易法》第 10 (b) 条和《外国人侵权法》的域外适用案件中，会直接援引“反域外适用推定原则”驳回当事人的诉求，导致不再需要进行礼让原则适用的具体分析。

“反域外适用推定原则”虽在一定程度上限制了美国立法管辖权和司法管辖权的域外效力，但并非意味着多要素分析的方法完全失去作用。一方面，美国联邦最高法院也认为，即使不依靠反域外适用推定原则，凭借多要素分析的方法在柯欧贝案中也可以得出相同的结论。布雷耶 (Breyer) 等四名大法官认为：《外国人侵权法》规定的管辖权行使需要满足以下条件：①被诉的侵权行为发生在美国本土；②被告是美国国民；或者③被告行为实质上会对美国国民利益造成严重损害，这些利益中包含了防止美国沦为施虐者或其他人类公敌的安全港。他认为，只有当明显涉及美国利益时，才适用《外国人侵权法》规定的管辖权。<sup>④</sup> 另一方面，对《证券交易法》第 10 (b) 条和《外国人侵权法》以外的领域，在缺乏美国联邦最高法院案例指引的情况下，能否适用“反域外适用推定原则”是存在争议的。例如在维生素 C 反垄断案中，面对美国《谢尔曼法》和《克莱顿法》的域外适用问题，第二巡回上诉法院仍旧依靠多要素礼让分析的方法。

美国法上协调美国法律制度和外国法律制度之间关系的法律原则几乎都是国际礼让原则的具体表现。<sup>⑤</sup> 由于冲突法的发展和普及，现在美国法院在冲突法案件中已经很少去阐释外国法适用的理论基础了。但不可否认的是，国际礼让原则跟随英国普通法进入美国后，经由斯托里在《冲突法评注》一书中确立为美国冲突法的基础，<sup>⑥</sup> 长期以来在美国冲突法中一直处于理论基石的地位，并逐步扩及用于抑制美国法院行使管辖权、证据披露、外国判决的承认执行、国家管辖豁免等领域的理论阐释。<sup>⑦</sup> “被用来防止美国法律和其他国家法律之间发生意外冲突”<sup>⑧</sup> 的反域外适用推定原则，也未动摇礼让原则理论基础的地位。但礼让这个概念，数百年后仍没有一个精确和普遍接受的定义。<sup>⑨</sup>

美国联邦最高法院在希尔顿诉盖约特案 (*Hilton v. Guyot*)<sup>⑩</sup> 中首次对“礼让”一词下了经典定义：“在法律意义上说，礼让既不是绝对的义务问题，也不是单纯的礼遇和好意。但是它承认一国在其领土内允许另一国的立法、行政或司法行为，既适当考虑到国际义务和便利，也考虑

① See *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U. S. 347, 357-59 (1909).

② *Morrison v. National Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

③ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

④ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1671 (2013).

⑤ William S. Dodge, “International Comity in American Law”, p. 2072.

⑥ Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic* (2d ed., Boston, Hilliard, Gray & Co., 1841), § 28, p. 34.

⑦ See William S. Dodge, “International Comity in American Law”, pp. 2087-2095.

⑧ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244, 248 (1991).

⑨ [美] 帕德罗·J. 马丁内兹-弗拉加：《国际私法程序中礼让的新作用》，第 5—6 页。

⑩ *Hilton v. Guyot*, 159 U. S. 113 (1895).

到本国法律所保护下的本国公民或其他人的权利。”<sup>①</sup>但依据这一定义很难提出具体的权利请求或抗辩，多要素分析方法的采用使礼让原则具有了实质性内涵，可以调和礼让原则适用中不同的考虑因素，促进国际民事诉讼中实体和程序问题的可预见性和一致性，使礼让原则真正地发挥了作用。

## 四 美国处理公法冲突案件的方法

既然美国法律文化中缺乏明确的公法定义，因此美国冲突法没有给予公法特别的对待和定位就不足为奇了。<sup>②</sup>但这并不意味着美国在冲突法案件中对待外国公法的态度和大陆法国家或者采用“不执行外国公法”的英国法院截然不同，应该说在涉及外国公法的案件中，美国法院在实用主义的导向下，运用既有的单边主义方法和政府利益分析发展出了处理涉外国公法案件的方案。

### （一）单边主义方法

美国法院对待外国反垄断法和证券法等经济管制类法律的方法，是典型的单边主义选法方法。美国法院只会根据本国反垄断法确立的适用范围，决定美国反垄断法能否适用于发生在国内外市场的各种垄断情况，而不管外国反垄断法的规定和效果。如果争议案件不属美国此类法律的适用范围，美国法院也不会适用相关外国法来替代美国法，而是直接驳回诉讼请求。<sup>③</sup>

### （二）政府利益分析

所有涉及到法律选择的案件从本质上都面临着同样的问题：哪些规范或何国法律可以用来管辖待决的争议问题或法律关系？涉及外国公法适用的案件也是如此。传统上说，大陆法系的国际私法关注法律关系，通过法律选择规范将法律关系和可适用的法律制度之间联系起来。与此相反，绝大多数美国冲突法理论关注实体规范及其背后的政策，以判断它们是否希望适用于特定问题。这种功能主义的范式是对美国冲突法革命最好的定义，在政府利益分析方法的指引下，外国规范的公法性质并不成为美国法院对其加以考虑的障碍，最终决定外国公法适用与否的仍是立法意图和政府利益。

### （三）分割争点分析法

分割争点分析法（issue-by-issue analysis）是从美国冲突法历史上最富革命意义的案件巴布科克诉杰克逊案（*Babcock v. Jackson*）<sup>④</sup>中提炼出来的。在该案中，纽约州上诉法院质疑，“对

<sup>①</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U. S. 113, 163-64 (1895).

<sup>②</sup> George A. Bermann, "Public Law in the Conflict of Laws", (1986) 34 *The American Journal of Comparative Law* 157, p. 158.

<sup>③</sup> See Andreas F. Lowenfeld, "Antitrust, Interest Analysis, and the New Conflict of Laws", (1982) 95 *Harvard Law Review* 1976, p. 1978.

<sup>④</sup> *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279 (N. Y. 1963).

侵权行为提供的救济是否总是适用”<sup>①</sup> 侵权行为地法？西蒙尼德斯教授认为，“总是”（invariably）一词恰恰体现了法院并没有寻求全面抛弃侵权行为适用侵权行为地法规则，只是寻求将这一规则适用于相关州法律确实存在冲突的特定争议点上，<sup>②</sup> 所以该案判决书中认为，“产生于一个侵权之诉的所有争点（issues）都必须援引同一法域的法律去解决是不合理的。”<sup>③</sup> 自巴布科克诉杰克逊案以后，这种分割争点的思维模式成为美国冲突法革命中产生的各种理论的必备特征，并且被 40 多个在侵权和合同冲突法领域已抛弃《第一次冲突法重述》的州所采用。<sup>④</sup>

分割争点分析法是指，如果案件（或者更准确地说是诉讼请求）包含不止一个争议点，所涉国家的实体法在同一争点上存在冲突，各争点应该分别进行法律选择分析。如果分析结果是对不同争点适用不同国家的实体法，那么此种现象被称为分割。因此，分割是指对同一诉因的不同争点适用不同国家的实体法，分割只是分割争点分析法的可能产物，但并非必然产物。<sup>⑤</sup> 美国法院在法律适用问题上广泛采用分割争点分析法，使得其可以将私法案件中的公法冲突问题独立开来，和整个案件的法律选择问题区别对待，进而在礼让原则下进行多要素分析，以决定美国法院能否适用或承认外国公法，美国法院不需要像英国法院那样从争议案件适用法律的角度，去处理外国公法适用问题。

## 结 语

美国法院对外国公法的尊重或采用是个系统工程，不仅体现于在国际案件中对发生的公法冲突进行法律选择，还通过应对国际民事诉讼管辖权积极冲突的不方便法院原则、以及对于一国制定的法令或在其领域内实施的官方行为不就其有效性进行司法审查的国家行为原则，来对遵从外国公法的行为不予干涉或给予认可。外国公法在美国法院的适用也不局限于法律选择问题，在事项管辖权、证据披露义务等程序问题上也可以考虑给予外国公法以效力，并且在这些领域决定是否适用外国公法时，美国法院依然在礼让原则的统领下采取类似于政府利益分析说的多要素分析方法，来决定是否允许当事人服从外国公法的规定。这使得美国和奉行制度化的欧洲国家相区别，选择了一条更加灵活的外国公法适用路径。

① *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279, 280 - 81 (N. Y. 1963).

② Symeon C. Symeonides, “Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect”, p. 752.

③ *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279, 285 (N. Y. 1963).

④ Symeon C. Symeonides, “Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect”, p. 752.

⑤ Symeon C. Symeonides, “Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect”, p. 755.

## The Effect and Application of Foreign Public Law in the United States Courts

*Bu Lu*

**Abstract:** Just as its attitude to expand the extraterritorial effect of domestic public law, the US does not care about the public nature of legal norms when respecting the effect of foreign law. The United States has not imposed any prescriptive restrictions on the application of foreign public law in the field of private international law. However, it does not mean that the US law adopts a position different from that of European continental countries and the United Kingdom in dealing with foreign public law. In fact, the distinction between public law and private law does not exist in the United States. By borrowing the conflicts law approaches, the US courts use the principle of international comity to determine the effect and application of foreign public law. In the influence of the exist of real conflicts and governmental interests analysis, which was established by the conflict of laws, the US courts take *Multi-Factor Comity Analysis Test* to decide whether to allow the parties to comply with foreign public law in civil proceedings. The application of foreign public law by US courts is a systematic mechanism, and the effect of foreign public law will also be considered in procedural issues such as Act of State Doctrine, subject matter jurisdiction and the disclosure of evidence.

**Keywords:** Foreign Public Law, International Comity, Presumption Against Extraterritoriality, Multi-Factor Comity Analysis

(责任编辑:李庆明)