

The New Role of

国际私法程序中 礼让的新作用

◆[美]帕德罗·J.马丁内兹-弗拉加 著◆

◆李庆明 译 谢新胜 校◆

中国社会科学出版社

国际私法程序中 礼让的新作用

◆[美]帕德罗·J.马丁内兹-弗拉加 著◆

◆李庆明 译 谢新胜 校◆

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法程序中礼让的新作用/[美]帕德罗·J. 马丁内兹-弗拉加著,
李庆明译. —北京:中国社会科学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5161-0170-4

I. ①国… II. ①帕…②李… III. ①国际私法-研究
IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 196851 号

责任编辑 许琳 雁声

责任校对 郭娟

封面设计 大鹏设计

技术编辑 戴宽

出版发行 **中国社会科学出版社**

社址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮编 100720

电话 010—84029453 传真 010—84017153

网址 <http://www.csspw.cn>

经销 新华书店

印刷 新魏印刷厂 装订 广增装订厂

版次 2011 年 8 月第 1 版 印次 2011 年 8 月第 1 次印刷

开本 710×1000 1/16

印张 8

字数 12 千字

定价 32.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

献给我的母亲，

她教导我“不可能”只是一个单词而已。

致 谢

简短的致谢是必需的。在本书的完成过程中，我的学生们的思想与贡献发挥了关键性的作用。然而，增加一个免责声明是重要的。本书中可能存在的任何矛盾之处或愚蠢的想法均是我个人所为，与学生们那富有的贡献毫无关系。迈阿密大学法学教授迈克尔·H. 格雷哈姆（Michael H. Graham）先生一直是宝贵的顾问，用他那无与伦比的、才华横溢的方式提出意义重大的批评，让作者在考虑究竟是否换一份其他的工作抑或更加努力继续下去。而他的鼓励又让我选择了后者。我的同事 C. 瑞恩·瑞兹（C. Ryan Reetz）和丹尼尔·E. 维勒威尔（Daniel E. Vielleville）一直坚持不懈地对我提出非常宝贵的批评与鼓励，C. 瑞恩·瑞兹还慷慨地为本书作序，而丹尼尔·E. 维勒威尔与我一起用西班牙文合写一本类似的书。哈罗特·萨姆拉（Harout Samra），迈阿密大学一名非常聪明、有前途的法学院学生，在对我杂乱无章的手稿的编辑和结构

整理上起了很大的作用。最后，我的秘书玛丽·马科斯（Mary Marcos），在条件不怎么好的情况下，付出了无数的时间来协助完成这项工作。没有她，这些努力肯定不会成功。

题记

对于美德,处处皆是坦途 (Nulla Via Invia Virtuti Est)*

在我们学习原始民族向神献活祭的宗教史时，当我们读到印加人，这些比较文明的印第安人，甚至以非常残酷的方式将自己的子女放在他们所崇拜的祭坛上，让祭司切割受害者的乳房、拉出心脏，却仍然同时在欢呼雀跃；当我们在妄图了解家长是如何自愿承受这种惨剧本身时，我们又觉得惬意而感到安慰，因为我们生活在一个更加开明的时代，受到更高的宗教的祝福，它让我们深深体会到维护人的生命是至高无上的职责。

但是我们基督教文明的人们真的有权在道德上放松吗？我们真的可以认为，与秘鲁的原住民相比，我们自己有了如此巨大的进步？连同技术上所取得的最惊人的成绩一起，20 世纪我们给人类带来了两次世界大战，而两次世界大战造成的牺牲难道不是让异教徒印加人谋杀孩子更加

* 具体出处不详的罗马不完全句，即“对于美德，处处皆是坦途”。

黯然失色吗？难道我们可以拒绝理解这些印加人的父母，而我们自己却为将宝贵的青春花朵送上祭坛而骄傲，难道只是因为二者的区别在于没有任何宗教来为我们纯粹因民族主义的愚蠢而导致的流血进行辩护？

他不是作为一个活跃的政治家，而是作为一个简单的作家，试图在争取世界和平的斗争中履行自己的义务，后者的职责绝对不逊于前者。为了不妥协的伟大理想，他必须将自己的假设与政治上的可能相适应；这意味着，对于昨天可能的而言，不是因此就成了今天真正实现的——天知道，这是没有多少的。他的计划也不是指向只有在遥远的未来才能实现甚至根本不大可能实现的目标；这样是虚幻的，因此在政治上也就约等于零。一个认真有良心的作家，他必须在仔细审视过政治现实之后直接提出可能会被明天认可的建议，尽管这也许在今天看来似乎还没有可能。否则就没有进步的希望。他的计划不应该涉及国际关系的革命，而是通过改善在这一领域占优势地位的社会技术而改革国际关系秩序。

国际法正是规范各国之间关系的秩序的具体技术。希望以一种现实的方式实现世界和平目标的人，必须十分清醒地对待这个问题，将其作为渐进而稳定地完善国际法律秩序的一部分。

《以法律求和平》(*Peace through Law*) —— 汉斯·凯尔森 (Hans Kelsen)

序

在艰难时世里，一部研究美国法律上的礼让概念的作品往好里说是不相关的，往坏里说是残酷讽刺的。有人指责美国在国际领域的表现是前所未有的单边主义，大大超越其合法的司法和立法管辖权，甚至随意无视其条约义务。表面上看，美国好像几乎没有将其珍贵的礼让授予其他主权者。然而，正是这些情况才需要及时认真地分析礼让这一原则。由于需要解决因政府的其余部门不断膨胀的行动所造成的冲突，所以，美国法院也就比一个世纪之前更需要借鉴普通法，用以处理不同主权实体的相互冲突的要求、利益、管辖依据以及法律。在著作《国际私法程序中礼让的新作用》中，帕德罗·J. 马丁内兹-弗拉加（Pedro J. Martinez-Fraga）分析了反映单一的法律建设不同方面的法理——“礼让”原则——并证明了这一原则的发展与适用对今天的国际法律争议所具有的可预见性以及规范性价值。

在 1895 年的希尔顿诉盖特 (Hilton v. Guyot)^① 这一标志性案件中，最高法院首次对“礼让”一词下了一个经典定义。最高法院解释说，礼让：

在法律意义上说，一方面，既不是绝对的义务问题，另一方面，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，也考虑到本国法律所保护下的本国公民或其他人的权利。

对马丁内兹-弗拉加而言，这一概念的界定在美国法学上创造了一种“新的规范性空间”，“一个位于两端之间的半阴影，一端是绝对的义务，另一端是遵从给予源于主权行为的单纯的礼遇”。此外，这种新的法理概念不仅适用于希尔顿诉盖特案（在美国执行外国判决），也适用于与外国主权者的利益直接或间接有关的各种各样的争议。

礼让所占据的这一独特空间已经随着法理观点的不断变迁而发展了。根据法学家曾经所主张过的自然法理论，法院遵循简单、没有弹性的规则，而这些规则看上去是从“事物的自然秩序”中流出的。因此，国家的权力和管辖权的属地性观念起源于这样一种观点，即主权者有权在自己的领土范围内（而且只能在自己的领土范围内）获得广泛的接受。然而，大多数被确认为自然法结果的原则实际上依赖于其所被考虑的情形。因此，随着经济相互依存加深，有一点越来越明显，即一国边界之外的行为对境内有着显著的影响，对国际法理进行严格的属地界定似乎不再明显的是“自然法”的结果。同样，主权这一概念本身也在不断演变。在现代，主权国家不再被视为具有神圣权利或社会契约下的无限权力；

① 159 U. S. 113, 16 S. Ct. 139, 40 L. Ed. 95 (1895) .

相反的，主权的权力范围受到个人或社会的其他组成部分的权利的限制。此外，国家成为更加重要的国际商业行为者，不断地进入其他国家的领土，而相应的国家商业行为者需要市场地的规则。随着主权的“自然法”地位下降，国家权力的属地模式已不再是不证自明的。

另一方面，属地模式的不断衰弱增加了国家权力之间的潜在冲突。如果一国边界不再是国家权力的合法限制，那么这些限制又是什么？实证法学提出政府有权颁布法律，但并没有对一个以上的主权者主张该权力提供一个满意的答案。随后的方法更少强调合法权力的范围，更注重主权者或法院强制执行该权力的能力。因此，下面三者之间的张力日趋增加：（1）国家在行使管制权力时的愿望与利益；（2）一旦取消属地模式，权力主张之间的冲突；以及（3）各国在边界之外执行自己愿望的权力有限，导致需要一个务实而又有原则的解决方案。

正如马丁内兹-弗拉加所表明的，这一解决方案就是美国法院发展出的礼让原则。各国相互竞争权力主张的问题出现在法律的许多不同领域，而且正如马丁内兹-弗拉加所指出的，各个法院已经提出了各自的原则——尽管并不总是明确、清晰或者一致的。在很有节奏地分析了从立法管辖权到主权豁免再到国际司法协助的许多问题后，马丁内兹-弗拉加追溯了涉及国际利益的很多法律发展，并且表明礼让原则是如何塑造每一领域的因与果。

美国的普通法制度为该原则的发展提供了肥沃的土壤。逐案裁判的普通法方法允许在不同的背景中并根据情势的变迁而对一个法律问题进行考虑，逐步地制定规则。这种司法造法的渐进方式促使形成了一个灵活的、不断发展的原则，以适应主权、国家权力、合法的国家利益以及国际法律秩序概念的不断变迁。例如，马丁内兹-弗拉加对法院承认外国主权豁免的发展的追溯，从起初的几乎绝对豁免的决定到现代解释（并

提供复杂的司法判例介绍)《外国主权豁免法》的规定。在这一分析过程中,他将美国最高法院 1812 年在斯库诺交易号诉麦克法登案(The Schooner Exchange v. McFaddon, 以下简称“交易号”案)^① 的判决作为现代礼让原则的重要基础之一。虽然“交易号”案的判决宣布了外国主权在美国法院诉讼的(老式)绝对豁免规则,但也为新的规范性的礼让概念奠定了分析基础,而最高法院将在近 80 年后对此进行阐述。这两个领域的后续发展(前案受到影响,但并非完全取决于《外国主权豁免法》的颁布),证明了普通法制度的创造力和灵活性。

同时,普通法方法的局限性也影响了礼让原则的发展。逐案裁判意味着该原则远未全面确切地形成,更不用说得到阐述了。在普通法制度中,很少有机会宣布全面的规则,因为对于呈现在面前的案件没有提出的情形,法院无法作出判决。此外,普通法决策相对分散,因为不同的法院需要决定不同的问题,其结果是没有一个单一的视角来强调特定原则的发展。普通法的这些限制有时会导致不一致和混乱,对于最高法院在法国国家航空宇航公司案(Aerospatiale)^② 中的判决(关于《海牙取证公约》与美国法院的证据开示)和第九巡回上诉法院在廷伯莱恩案(Timberlane)^③ 中的判决(关于立法管辖权),马丁内兹-弗拉加都对其进行了批评,证明了一个更全面、统一的方式将导致更好的结果。

但是,普通法的这种方法,与美国制度的性质所施加的限制(包括宪法对政府各部门的限制和权力分立原则)相结合,导致了在某种程度上,该原则的发展与其本身的实质性内容相平行。这种发展一直是一个制度、利益和原则的和解过程(process of reconciliation),试图适应美国

① 7 Cranch 116, 3 L. Ed. 287 (1812) .

② Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court, 482 U. S. 522, 107 S. Ct. 2542, 96 L. Ed. 2d 461 (1987) .

③ Timberlane Co. v. Bank of America, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976) .

的司法制度、外交政策、私人当事人和外国国家及政府的需要，虽然这不是“义务”。僵化、绝对的规则的不存在或者废除，已经让法院有更大的灵活性，以视情况而达到看起来公平的结果，并且探索新的规范性概念，既低于义务，又高于单纯的礼遇。

什么是马丁内兹-弗拉加的礼让观点？它不是一个完全的法律义务，既不依赖实在法，也不依赖自然法。它既不是一个单纯的礼遇，也不是对衡平原则（equitable principles）的简单适用。它不是一项主权固有的具体权利，同时，也不是简单地由国家的相对权力所界定。相反的，它占据“一个新的规范性空间”，因此是一个规范性的法律原则：一个必须注意的原则。最重要的是，它是一个统一的法律原则，适用于一系列的法律问题，并作为“和解的准则，将不同的法律传统与文化的规范和习性以及国际社会各成员之间的外交关系与利益和谐地融合”。

马丁内兹-弗拉加的远见，作为和解原则的理论阐述，非常适合礼让问题，它实际上是从问题的声明中产生的。但是，和解的目的是什么？和解的性质并不能决定和解是必须如何实现的。大概涉及礼让的某一特定法律争议双方在实体问题上都有可取之处。是不是在他们之间的选择天然是武断的？和解让人想起美国国会会议委员会负责对同一事项的竞争性法案之间的“调和”（“reconciling”）——或者更可能的是选择。在某种程度上，这个过程涉及在原则、结果之间进行厚此薄彼的选择，该如何选择从而促进更广泛的和解的目标并不是那么显而易见的。

在马丁内兹-弗拉加看来，该解决方案取决于所要作出的裁判的实体。法院必须考虑并尝试平衡四个要素：（1）美国的利益；（2）争议中的外国国家利益；（3）国际社会维护和发展公平和可预见的国际法律制度的利益；（4）当事人的利益。适用这些考虑因素的和解分析，使得法院的判决不受追求具体化的国家利益（包括反射性的自利）的影响，并

且增强了判决的正当性——而这反过来又服务于更宽泛的利益，让各国和各个法律制度之间实现更普遍的和解。当一个以上国家的利益发生冲突时，这样做，以及出于分析的目的而将外国国家的利益与国内利益一视同仁，法院将最大限度地减少，而不是加剧必然导致的紧张结果。

适用马丁内兹-弗拉加提出的解决方案最终会促进其主要目标，即可预见性、统一性、意思自治、合理性以及司法克制吗？对此，既可以提出理由支持也可以提出理由反对。可以肯定的是，迄今为止，礼让的司法适用对法理上这一“新的规范性空间”的发展与阐述是宝贵的，但并没有一贯地支持这些目标。法院也没有制定一个统一的礼让理论，将礼让视为一个超越所产生的各种范围的问题的单一概念，以及将利益和解作为自己的根本宗旨的原则，也没有承诺简化和理顺一直是法理中困难和混乱的部分。

C. 瑞恩·瑞兹 (C. Ryan Reetz)^①

于迈阿密，佛罗里达州

2006年11月27日

① C. 瑞恩·瑞兹 1984 年毕业于哈佛大学，获文学学士学位（优等生，magna cum laude），1987 年毕业于波士顿大学法学院，获法律博士学位（优等生，summa cum laude），在波士顿大学法学院求学期间，是《波士顿大学法律评论》（the Boston University Law Review）的执行主编。他现在是迈阿密大学法学院兼职教授，教授国际诉讼与跨国仲裁课程。瑞兹先生对美国程序法与国际私法以及国际仲裁相关的许多问题都做过专题演讲和著述。

缩略语表

A. 2d	Atlantic Reporter
Am. Bus. L. J.	American Business Law Journal
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Am. R. Int'l Arb.	American Review of Internal Arbitration
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
C. D. Cal.	U. S. District Court, Central District of California
Cath. U. L. R.	Catholic University Law Review
Cir.	United States Court of Appeal
D. Del.	U. S. District Court, Delaware
D. Or.	U. S. District Court, Oregon
Dall.	Dallas United States Reports

DCA	District Court of Appeal
D. P. R.	U. S. District Court, Puerto Rico
E. D. N. Y.	U. S. District Court, Eastern District of New York
Eng. Rep.	English Reports
F. , F. 2d, F. 3d	Florida Reporter
Fla.	Florida District Court
Fed. R. Civ. Pro.	Federal Rules of Civil Procedure
FSIA	Foreign Sovereign Immunities Act
F. Supp.	Federal Supplement
Geo. Wash. Int'l L. Rev.	George Washington International Law Review
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.	George Washington Journal of Int'l Law & Economics
Harv. Int'l Law J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
I. L. O.	International Labor Organization
L. Ed.	Lawyer's Edition
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
N. D. Cal.	U. S. District Court, Northern District of Cali- fornia
N. D. Ill.	U. S. District Court, Northern District of Il- linois
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S. D. Fla.	Florida District Court

S. Exec. Doc.	Senate Executive Documents
S. Tex. L. J.	South Texas Law Review
So. 2d	Southern Reporter
Stat.	United States Statutes at Large
Syracuse J.	Int'l L. and Com. Syracuse Journal of International Law and Commerce
T. I. A. S.	Treaties and Other International Acts Series
U. S.	United States Reports
U. S. C.	United States Code
U. S. T.	United States Treaty and Other Interna- tional Agreements
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Wheat.	Wheaton United States Reports
W. H. O.	World Health Organization
W. T. O.	World Trade Organization