

美国冲突法中的分割方法评析

徐伟功 蔡 鑫

[摘 要] 分割方法作为冲突法中一种处理复杂案件的方法,长期以来未得到应有的重视。随着传统冲突法理论的改造,分割方法在处理复杂冲突法案件中发挥出越来越重要的作用。分割方法在美国有其适用的理论基础,但中国在适用分割方法上存在许多障碍。

[关键词] 分割方法;问题接问题分析

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)03-0299-05

一、分割方法的基本含义

分割方法(*dépeçage*),也被称之为“picking and choosing”^[1](第 56 页)。“*dépeçage*”一词源自法语“*dépeçer*”,意为“切开、割开、划分”。在美国,对于分割方法的定义根据其所涵括的范围由宽到窄,有如下三种:第一,在特定案件中,适用不同州的法律来调整案件的不同问题;第二,在特定案件中,适用不同州的法律来调整案件中的不同实质问题(substantive issues);第三,在特定案件中,适用不同州的法律来调整案件中的不同实质问题,而这样的法律适用得出单独适用前述任一州的法律所不能得到的判决结果。

美国学者里斯(Reese)认为,这三种定义都存在着不同程度的缺陷^[2](第 58-59 页)。第一种定义的涵盖面似乎过于宽泛。依照这种定义,国际私法中一条被普遍接受的原则“程序问题适用法院地法”也会被划入分割方法的范畴中;第二种定义的缺陷在于它向接受分割方法的法院提出了一个难题,即如何区分实质问题与程序问题。目前,冲突法学界对这一问题仍存在着很大争议,在实践中对此问题的处理也没有一个被普遍接受的做法,而且在某些情况下适用法院地法来解决所有程序问题也是不合适的;第三种定义则只涵盖了适用分割方法所产生的最极端的情况,采用这种定义将使一些普遍认为应归属于分割方法的情况被排除在外,对于从理论上理解以及实践中操作都会产生不利的影响。

目前,美国冲突法理论界以及法院的实践大都采用了第一种定义,将分割方法定义为:“在解决法律争议中,法院对案件中不同的问题分别适用不同州的法律;建立在一个问题接一个问题分析基础之上冲突法方法。”采用这种定义的优点在于它包含了适用分割方法的各种情况,有利于对这一方法进行全面的分析。

由于适用分割方法通常会得出一个单独适用某一与案件有联系州法律所不能达到的结果,有时会使人产生这样的疑问,即根据分割方法,法院是否创制了一种在各州法律中都不存在的混合实体规则?分割方法是否仍属于传统冲突法的范畴?

一般认为,现代冲突法有三种基本方法:单边方法、多边方法、实体方法。从严格意义上而言,分割方法不能被绝对地归入其中任意一种的范畴。法院如果采用分割方法,那么在处理特定案件时,一方面在分析时首先要将一个较为复杂的案件分割成不同的子问题,在决定如何对这些子问题进行法律适用时,法院将要考虑到与该问题有关的不同州的法律所包含的立法目的、政府政策,进而决定具体适用何州法律。因此,分割方法有单边方法的特征,因为它在决定具体问题的法律适用时,是从分析可能适用的具体法律规则的适用范围基础上进行选择。但分割方法又不完全等同于单边方法,它还要求在决定具体适用的法律时考虑到适用的结果。同时,适用分割方法往往结合了多州的法律解决同一案件,从这一角度说,它又带有实体方法的特征。

二、分割方法理论基础的演进

分割方法对于冲突法而言并非一种新理论,为什么上个世纪中期以来它在侵权等领域得到了越来越广泛地运用?为回答这个问题,我们就必须了解分割方法的理论基础。

(一)比尔既得权说和美国《冲突法重述》(第一次)

由比尔(Beale)作为报告员制定的美国《冲突法重述》(第一次)[以下简称《重述》(第一次)],采用了由斯托雷(Story)从胡伯(Huber)的国际礼让说中接受,后由比尔发展的既得权理论(vested right theory)作为其理论基础^[3](第 443-445 页)。该理论认为侵权行为地是一切侵权案件的准据法。从表面上看,这种严格规定与分割方法所要求的对案件中的具体问题分别适用法律格格不入,然而即使在这样的严格的规定之下,《重述》(第一次)仍为分割方法留下了生存空间。

1. 注意的标准(standards of care)

根据《重述》(第一次)第 379 条规定,损害发生地法作为一般注意标准(general standards of care),决定侵权是故意或是过失。但第 382 条第 2 款规定,如果此“一般标准”是由特定情况下行为地的法律或司法决定所确定的,那么应由法院来决定这一标准的适用。这一规定提出了一般注意标准和特殊注意标准的区分,从而为分割方法提供了滋生的土壤。

2. 实质问题与程序问题

在《重述》(第一次)中,另一处会引起适用分割方法的规定是有关实质问题(substantive issue)和程序问题(procedure issue)的处理。由于《重述》(第一次)同样采用了“程序问题适用法院地法”这一原则,规定在冲突法案件中有关程序的问题适用法院地法,而实质问题则根据法律选择决定其法律适用。程序问题适用法院地法是一条为各国所普遍接受的原则,但如何确定实质问题和程序问题的界限尚未有定论。

一般来说,有关审判程序、送达等问题是程序问题,应适用法院地法已被普遍接受。这些问题适用法院地法一般不会影响案件的最后结果。即使在某些特殊的情况下,在这些问题上适用法院地法会得到一个与对案件全部问题完全适用实质问题的准据法所不同的结果,但由于原、被告接受了法院的管辖,同时这类规则对于原、被告而言都是中立的,不存在偏袒某一方的问题,不会像实体规则那样会从根本上决定案件的结果。因此,对于这类问题适用法院地法,而案件的其他实质问题适用法院具体进行法律选择所确定的准据法没有争议。也就是说,在这种情况下,适用分割方法没有争议。但对于另外一些问题,诸如举证责任、时效、推定(presumption)问题,以及赔偿等问题究竟属于实质问题还是程序问题存在争议。如将它们识别成程序问题适用法院地法,那么案件的最终结果可能会受到影响,产生一个单独适用有利益的任何一州的法律所不能达到的结果。在这种情况下,适用分割方法存在着争议。另外,在解决某些冲突法案件时,其实质问题的准据法关于实质问题的规定和程序问题的规定,内容是相互关联的,在这种情况下,只有结合相关的程序规定才能达到该法律整体的目的。如果仍旧坚持适用法院地法来处理这些程序问题,无疑会扭曲所适用准据法的意图,也会使案件得到错误的判决。

从上文分析可以看出,在既得权理论之下也存在着分割方法的生存空间,但只是作为例外情况出现。因此,将既得权理论作为分割方法的理论基础无疑是不合适的。既得权理论作为一种传统的冲突法理论,在进行法律选择时只是根据僵硬的连结点,并没有考虑到其选择法律的内容、隐含的目的以及所选择的法律是否与案件有着实质的联系,对分割方法最重要的分割过程没有提供任何可行的指引,使处于既得权理论和《重述》(第一次)指导下的分割方法具有盲目性、混乱性,在分割过程中极易扭曲所适用的法律。

(二)本地法说

本地法说(local law theory)是由库克所提出并发展的。这种学说仍然强调法律的属地性,认为在一般情况下法院应该适用法院地法,但如果该案件中有根据外州法产生的权利,可以把该权利转化为法院地法产生的权利予以承认,即将该外州法“并入”法院地法中。本地法说实质上是将相关的外州法作为指引,仿照它创造出类似的法院地法,从而作为判决的依据。由外州法所产生的权利法院不必全部接受或拒绝,可以接受其中某些部分,拒绝其他部分,将该外州法作为创造法院地相关权利的一个模型。因此从这个角度看,本地法说对于分割方法是持接受态度的。库克认为,在侵权领域,作为侵权适用侵权行为地法的例外,配偶之间的豁免问题应该由他们的共同住所地法所决定。这种观点实际上是在涉及到有关配偶间豁免的侵权案件,采用分割方法对案件分别进行法律适用。但同既得权说一样,本地法说同样不能为分割方法提供良好的指引。

对分割方法的应用程度较少取决于应如何适用外国法这一问题,而更多取决于影响法律选择的因素以及对于法律背后政府利益的考虑。法院在进行法律选择中应该考虑相关的具体因素,如何实现有利益州的政府利益。这些因素决定了法院如何对案件进行分割,以及分割后对具体问题的法律适用,而如何适用外国法对这一分割过程并无指导作用。

库克的本地法说恰恰仅回答了法院应如何适用外国法,而对于如何进行法律选择却没有提供相应的标准。卡弗斯(Cavers)认为这种方法同既得权理论一样,仍属于管辖权选择,在选择法律时并未考虑所选择法律的适用后果。

本地法说尽管在涉及到夫妻间豁免的问题上支持了分割方法的适用,但在其他类型的侵权案件中,对于如何适用分割方法没有提供有效的指引。因此,本地法说同样不是分割方法合理的理论基础。

(三)政府利益分析说

随着对传统的既得权理论及《重述》(第一次)的批判,无论是在理论或实践中都普遍认识到传统的“管辖权选择规范”在选择法律时没有考虑到所选择法律的内容、目的,只是盲目的根据僵硬的连结点进行选择。由于实证主义哲学(positivism)的兴起,传统理论的冲突法基础也受到了动摇,现代的冲突法理论更加关注对案件处理的结果的考虑。

美国学者柯里创立的政府利益分析说(governmental interest analysis)要求法院在处理冲突法案件时考虑到相关各州的利益,只要法院地州有利益就只适用法院地法。时至今日,柯里的法院地优先理论在美国多数法院遭到拒绝,但柯里所提出的以分析相冲突的各州立法所包含的政府政策、利益的方法已被法院所普遍接受^[4](第372页)。应该认为,正是这种对于“利益”的探求,促进了分割方法的发展。

首先,柯里的政府利益分析说认为传统的冲突法规则只是根据僵硬的连结点进行法律选择,而忽视了被选择的法规所体现的政府利益。因此他认为解决法律冲突最好的办法就是对政府利益进行分析。如果我们采用柯里所要求的方法来分析冲突法案件会发现,在多数冲突法案件中有数州对案件有适用自己法律的政府利益。从表面上看这构成了柯里所称的真实冲突(true conflict)。然而如果我们采纳现代冲突法方法所普遍要求的对案件中的逐个分析解决,即采用一种“问题接问题分析”的方法进一步对这一“真实冲突”进行分析,会发现相“冲突”的几州的法律很可能仅对案件中的部分问题要求适用,那么这样一来,这个“真实冲突”就会被分解成为几个虚假冲突(false conflict),同时分割后对每个问题分别适用有利益州的法律又同时增进了相关各州的政府利益。因此,这种要求分析法规背后隐含的政府利益的方法倾向于使用分割方法来解决冲突法案件。

其次,上文已经分析了既得权理论和本地法说都关注于怎样适用外国法这个问题,而没有回答影响法律选择的考虑因素,这样它们无法对分割方法的分割过程进行有效的指引,而政府利益分析说则将增进政府利益作为法律选择的出发点,在法律选择中纳入了对实体结果的考虑,回答了既得权理论和本地法说所未能回答的问题,因此,政府利益分析说在分析案件时探寻相关法规所隐含的政府政策又对分割方法给予指导。

综合来说,政府利益分析说一方面要求分割方法的适用,另一方面是能对分割方法的具体操作给予指导,因此政府利益分析说是分割方法的理论基础。

三、对分割方法的批评及回应

现代美国冲突法方法的一个重要特征就在于要求对案件中的不同问题逐个分析,同时在处理具体冲突法案件时都要考虑相关法律的政府利益,这种做法促成了分割方法的大量使用。但同时分割方法并非为所有人所接受,也遭受了诸多批评。这些批评部分是由于批评者对于分割方法的错误理解,部分是由于分割方法理论本身的某些不确定性,了解这些不同的意见有利于我们对分割方法进行更好的理解。

(一)适用分割方法会产生单独适用某一州法律所不能达到的结果

批评者认为,适用分割方法一般会产生一个单独适用某一与案件有相关利益的州的法律所达不到的特殊结果。它在结果上实质上是结合了数州的法律规定,以一种“混合实体规则”来处理一个冲突法案件。从这个角度看,将分割方法归类于“立法”较之于“法律选择”更为恰当。这一点是反对者批评分割方法的焦点所在。荣格(Juenger)将分割方法的所导致的这种结果作为他反对政府利益分析说的原因之一。他认为,由于适用分割方法是采用政府利益分析说的必然结果,因此一方面强调政府利益,而另一方面接受一个适用任一个有利益州法律所不能得到的结果,无疑是奇怪的^[5](第116页)。

从表面上看,这种批评有很强的说服力,但仔细分析这种批评,其存在着自身的漏洞:首先,州际案件中由于含有涉外因素,其本质是与州内案件不同的,所以得出一个不同的结果也无可厚非;其次,这种观点的根本错误在于其对于法律选择的认识还停留在传统的“管辖权选择”之上,认为法院在冲突法案件中只能进行一次法律选择,而所选择的法律就应毫无疑问的适用于案件的所有实质问题,没有考虑到选择的法律是否要求适用于解决案件的所有问题。现代冲突法方法已逐步从这种“管辖权选择”向“规则选择”所过渡。在法律适用时要考虑到所选择的法律是否因为其适用而达到了立法者本来的目的,是否增进了政府利益。在许多冲突案件中,尽管数州有适用法律的利益,但它们可能仅分别对案件中的某个问题有适用的利益,而不要求适用于案件的所有问题。这样,适用分割方法从表面上达成了一个单独适用一个有

利益州法所无法得到的结果,但实质上却同时满足了有利益的各州法律适用的要求,它更关注于“实质正义”能否实现,因此,并不如反对者批评的那样,是“奇怪的”。

(二)适用分割方法,法院将相关州的法律中的部分条款抽出来适用于案件可能会扭曲该法的本来目的

批评者认为,立法者在起草制定一部法律时,通常考虑的是法律会作为一个整体得到适用。因此在一部法律中,每一条款之间都存在着密切的联系,适用分割方法后将部分条文抽出单独适用是一种断章取义的行为,它扭曲了立法者的意图,其结果也不能达到法律本来的目的。批评者提出了这样的例证:假设 A 州对于交通事故规定了过失责任,但同时规定赔偿没有上限。而 B 州对于交通事故规定了严格责任,但对于赔偿有最高限额的规定。这样,在一起涉及到 A、B 两州的交通事故案件中,法院如果适用 B 州的严格责任来决定被告的行为是否构成侵权,同时适用了 A 州的无限额赔偿规定给被告加以无最高限额的赔偿义务,无疑是扭曲了两州的立法目的。因为具体分析两州有关交通事故侵权的规定,虽然他们的规定不同,但都给予赔偿做出了一定的限制,不同的是 A 州是通过给侵权者规定严格责任,而给赔偿授予限额;B 州则是通过加强对责任的限制,但同时未规定最高限额。从整体上说,这两州的相关规定都是相互联系的,只有完整适用才能达到立法者本来的目的。因此在这种情况下适用分割方法是不合理的。

对于这类批评,首先我们要看到它确实指出了适用分割方法会产生的某些问题。适用分割方法的必然结果是适用某一有利益州的法律来调整案件中的特定问题,而非将这一法律适用于案件的全部,这样不可避免导致对所适用法律进行拆分。然而我们更应进一步的看到,解决这一问题关键在于法院对案件分割后考虑对各个问题进行法律选择时,要考虑所适用法律的特定部分与该法的其他规定之间是否存在着密不可分的联系。如果法院经过考察认为,一旦单独适用该规定就会扭曲整部法律的目的,那么此时继续坚持适用该部分规定无疑是不合理的。因此,这种批评实际上是针对错误的适用分割方法的情况,造成批评者所说的不合理结果的原因不在于分割方法本身。

(三)适用分割方法可能会有损当事人的期望

有批评者认为当事人接受特定管辖权提出诉讼,一般会按照法院地的冲突规则来预先判断对于其案件会适用某一特定州的法律。而法院如果采纳了分割方法,则会在案件的处理过程中出现诸多不可预知性,因为法院可能会适用多州的法律来处理案件,这样不利于对当事人期望的保护。

对于这种批评要认识到法院适用分割方法的目的是为了使案件能够得到公正的处理,其所作的分割也是在这个大前提的指导之下进行的。只要法院没有错误的适用分割方法,那么当事人的“正当期望”是不会受到影响的。进一步而言,采用分割方法还能够避免当事人利用某些州的冲突规范进行挑选法院(forum shopping)。

(四)法院对于案件的分割应该划分到何种程度没有明确的标准,这就造成法院对于案件的法律分析过于复杂化

批评者认为在许多情况下,对案件(尤其是对某些复杂案件而言)中问题的划分似乎是一个无休无止的过程。正如斯蒂文森(Stevenson)所言:“当法院确定了一个问题并将要决定以何州法律来解决此问题时,他们会发现此问题中包含着另外的问题”^[6](第 319 页)。这样,毫无疑问会加重法院对案件处理的难度。

这类批评夸大了分割方法的难度,实际上,分割方法将复杂的案件分割成子问题分别适用法律一定程度上减轻了法院的负担。上文已经提到,很多时候适用分割方法会使原来的“真实冲突”分解为数个虚假冲突,而对于“虚假冲突”而言适用有利益州的法律就可以解决,这样一来就避免了解决真实冲突所带来的权衡相关州政府利益大小的难题。

(五)适用分割方法导致案件的不确定性

在 *Boomsma v. Star Transport, Inc.* (202 F. Supp. 2d 869, 879, E.D. Wis. 2002.) 一案中,法院将适用分割方法比喻成一个彩票系统(lottery system),这个比喻无疑反映出适用分割方法所带来的案件处理结果的不确定性。但这种批评过分强调了得出统一的判决结果的重要性。作为一种灵活的处理案件的手段,适用分割方法不可避免的要求发挥法官的主动性,但只要法院正当的适用这种方法使案件能够得到公正的处理,即使在某种程度上牺牲案件的可预见性,也是可以接受的。

从对分割方法的批评中可以看出,分割方法遭到反对主要原因在于对如何应用分割方法没有明确的标准。这样一来,一方面法院在适用分割方法的时候可以它为掩饰,达成自己所欲得出的判决结果,将分割方法作为一种避法工具(escaping device);另一方面,由于缺乏对分割方法的限制,法院在适用它时缺乏指引,可能会扭曲所适用法律的目的。因此,对分割方法给予限制是十分重要的。一般而言,对分割方法的限制有两方面:第一,对案件进行分割后,对于各个子问题选择法律的范围应限于对案件有利益的州,并且选择的法律适用能够增进该州的政府利益;第二,在适用分割方法时,应从整体着眼,考虑到所适用的法律的特定部分与该法其他规定之间的联系,避免断章取义的适用法律。

上述两点是正确适用分割方法最基本的考虑,但对分割方法进行限制是十分困难的。由于冲突法案件的多样性、复杂性,要对冲突法案件中如何适用分割方法进行具体的规制是不现实的。上文的两点限制也是从宏观的角度出发所作

的原则性的限制。分割方法在适用中的灵活性、不确定性一直是批评者攻击的热点。反之,这也正是分割方法之优点所在,适用分割方法能够使法官根据个案的具体情况,为案件的每个问题选择适当的法律,充分发挥法官的能动性,保证案件能够得到合理的判决。

分割方法作为一种建构在政府利益分析说以及“问题接问题分析”方法之上的方法,尽管受到了种种抨击,但其在美国侵权领域中的适用却呈扩大趋势。究其原因,在于适用分割方法能够将某些看似复杂的案件分解成较为简单的子问题处理,化“真实冲突”为数个虚假冲突,有利于案件的公正处理。

我国能否适用分割方法?依笔者意见,目前中国适用分割方法上存在着三重障碍:第一,理论基础的障碍。分割方法的关键在于对案件中的不同问题适用不同的法律,这就要求对涉案的多州法律的政策、利益进行分析。因此,它是和政府利益分析说所提出的要求在处理案件时分析相冲突的各州立法所包含的政府政策、利益的方法相一致的。而我国并未接受这种理论,这样在适用分割方法时就无法对法官的分割过程给予有效的指引;第二,立法层面的障碍。美国《冲突法重述》(第二次)明确要求对不同的问题进行分别分析,进而选择适用的法律。而我国现行的立法及司法解释都没有相关的立法规定。第三,司法层面的障碍。适用分割方法要求授予法官较大的自由裁量权以便对案件进行分割,从某种程度上而言,其是与普通法相适应的一种方法。而我国作为成文法传统的国家,法官的自由裁量权受到很大的限制,这样在司法实践中给分割方法的适用造成了障碍。同时还有学者指出,分割方法与司法任务简单化是一对内在的矛盾,适用分割方法势必加重法官的负担。因此,从这几个角度而言,我国现阶段在侵权领域全面适用分割方法的时机尚未成熟。

[参 考 文 献]

- [1] Cheshire & North. 1987. *Private International Law*. London: Butterworth, 11th ed.
- [2] Reese. 1973. “DépeÇage: A Common Phenomenon in Choice of Law,” *Columbia Law Review*, (73).
- [3] Juenger. 1984. “A Page of History”, *Law Review*, (35).
- [4] [美] 西蒙尼德斯:《二十世纪末的国际私法——进步还是倒退》,宋晓译、黄进校,载《民商法论丛》2002年第3号。
- [5] Juenger. 2001. “How Do You Rate A Century?” *Willamette Law Review*, (37).
- [6] Stevenson, 2003. “Christopher G. DépeÇage: Embracing Complexity to Solve Choice-of-Law Issues,” *Indiana Review*, (37).

(责任编辑 车 英)

On Picking and Choosing of American Conflict of Laws

Xu Weigong, Cai Xin

(Law School, Zhongnan University of Finance & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Abstract: DépeÇage, as an effective method to solve complicated choice of law problems, has largely been ignored by writers and courts for a long time. As the traditional choice of law theory has undergone a rapid transformation, dépeÇage began to attract the attention of scholars and judges. There has theoretical foundation to adopt the dépeÇage in America, but there have many obstacles to adopt the dépeÇage in China.

Key words: dépeÇage; issue-by-issue basis; conflict