2019 年中国国际私法学会年会

新中国成立 70 周年与中国国际私法的发展

会议论文集

主办单位：中国国际私法学会
承办单位：广西师范大学

中国 · 桂林 2019 年 7 月 4 日–7 日
Guilin, China 04–07 July 2019

目　录

第一部分　“人类命运共同体”与中国国际私法的新发展

1.2017-2018 年涉外家事领域国际私法年度研究报告.....袁发强　孙锦怡等(01)

2. 2017-2018 中国涉外家事司法实践报告.....袁发强　孙锦怡等(40)

3.人类命运共同体思想引领下绿色“一带一路“建设中的环境法律规制.....李贤森(62)

4.构建人类命运共同体的国际法基础研究 .....袁萍(68)

5.Party Autonomy in Chinese Courts With Special References to the Archangelos Gabriel Salvage Case.....Li xintong(75)

6.论公共秩序保留制度立法模式及发展趋势.....安朔(86)

7.法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系.....陈卫佐(94)

8.国际规则中的“民商事项”:范围之争与解释方法.....何其生(110)

9.国际商事合同中的经济制裁条款效力研究..... .....杜涛(126)

10.维生素 C 反垄断案中的外国法查明问题及对我国的启示.....甘勇(141)

11.跨出国内法思维的陷阱：论我国涉外民商事裁判的选法推理.....颜林(159)

12.中国国际私法的理论与实践.....李真心(171)

13.中国国际私法法典化的立法思考.....陆文斌(176)

14.论研究和建设马克思主义国际私法学.....吕岩峰(181)

15.论国际私法公共政策之人权内涵.....刘阳(189)

16.涉外民事关系法律适用法司法解释(一)第九条评析.....任宪龙(200)

17.先决问题的泛化与主要问题准据法调整范围的限缩.....王承志(203)

18.先决问题法律适用的本土化实证研究.....王兰　范泽京(208)

19.论我国涉外民事关系法律适用法的司法解释模式.....许庆坤(219)

20.浅析国际条约国内的适用.....杨建文(230)

21.法律选择标准的多维性及其价值伸张.....袁发强(234)

22.跳出外国法无法查明的怪圈:“大国司法理念”下的新思考.....张贻博(243)

23.非国家法能否基于当事人的选择成为国际商事合同准据法.....邹锴璐(257)

第二部分 “一带一路”建设中的国际私法问题

1.论我国国际商事法庭协议管辖规则——兼与各国国际商事法庭之比较.....范冰仪(272)

2.略论外国国际商事法庭判决在我国的承认.....刘音(283)

3.我国国际商事法庭构建中的涉外协议管辖制度反思.....刘元元(296)

4.我国国际商事法庭的建构及完善.....姚添(306)

5.The Establishment of BRI Dispute Settlement Mechanism.....朱伟东(316)

6.长臂管辖权对中国“一带一路”营商环境的影响和应对.....王祥修 左丽丽(330)

7. “一带一路” 倡议下中国-东盟争端解决机制的构建.....陈丽平(338)

8.“一带一路”倡议下互惠关系认定标准的重构.....王洪根(344)

9.“一带一路”背景下我国涉外劳动合同法律适用问题分析.....姚添(356)

10.“一带一路”背景下中国劳动者境外就业的法律问题及防控措施.....姚添(364)

11.“一带一路”倡议下国家间民商事争议调解机制研究.....战蔷(370)

12.“一带一路”企业涉外商事争端解决机制研究.....张彩云(378)

13. “一带一路” 视角下的调解调和定位及适用模式再探.....陈胜(388)

14.“一带一路”倡议下域外法查明途径的新发展.....张淑苹(400)

第三部分 国际商事仲裁制度的新发展

1.排除仲裁裁决司法追诉对仲裁协议效力的影响.....宋连斌 黄保持(407)

2.“有目的利用”标准对特别属人管辖权的限制——基于对 NTCH-West Tenn, Inc.v. ZTE Corp 等案的思考.....陈远哲(421)

3.跨境破产仲裁的理论依据与制度架构.....杜新丽 刘敏敏(427)

4.从 “一方俱乐部案” 看国际体育仲裁院裁决在我国的承认与执行.....傅攀峰(438)

5.被撤销仲裁裁决在我国承认和执行的路径选择.....高奇(446)

6.境外仲裁机构在中国境内仲裁的法律问题研究.....黄文旭(454)

7.论中国自贸试验区临时仲裁制度的构建.....李建忠(470)

8.国际商事仲裁新发展——美国证据保密制度的本土化借鉴.....李军(488)

9.国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁庭的设立与影响.....李智 刘永平(493)

10.我国国际商事仲裁协议的法律适用.....梁嘉敏(500)

11.自贸区临时仲裁制度裁决执行研究—以《横琴自贸试验区临时仲裁规则》为视角.....林娜(505)

12.仲裁协议效力异议期限设定之价值平衡.....刘沁予(512)

13.当前环境下提升我国仲裁机构公信力的“二元化”路径.....宫步坦 刘文昭(522)

14.改革开放四十年来中国涉外仲裁法律制度的发展.....刘晓红 冯硕(532)

15.改革中的国际投资仲裁与中国进路.....刘晓红 朱怡(552)

16.专利有效性仲裁裁决与行政认定的衔接机制比较研究……李珂珂(563)

17.国际商事法庭诉讼与仲裁、调解机制衔接问题研究……沈旦(571)

18.第三方资助国际仲裁合法性与信息披露研究……孙珺 王雨蓉(581)

19.我国涉自贸区仲裁中的“涉外性”认定……汤霞(587)

20.我国仲裁裁决国籍规定存在问题研究……王彩娇(594)

21.论我国海事仲裁协议效力认定规则之完善……王国华 佟尧(603)

22.论保密性弱化趋势下的仲裁员义务……王林叶(624)

23.一裁终局制度研究……岳学立(628)

24.人工智能时代国际商事仲裁的应用与挑战……张建雨(632)

25.第三方资助对国际商事仲裁的影响及其规制……张康(636)

26.中国将如何开放非 ICSID 投资仲裁……陈梦(648)

27.国际商事仲裁法的新发展……邹锦圣(659)

第四部分 国际与区际民事诉讼的新发展

1.粤港澳区际合作与法律冲突问题……蔡镇顺（673）

2.粤港澳大湾区建设背景下内地与香港区际私法的新发展……张建（679）

3.粤港澳大湾区建设中区际继承法律关系的冲突及解决……张誉戈（687）

4.香港与内地区际民商事司法互助现状---香港调研报告……沈涓 吴用 张美榕（696）

5.内地游客涉澳门消费合同纠纷诉讼法律适用问题探究……王章宇（716）

6.海峡两岸相互认可与执行民商事裁判文书制度新探……宋锡祥（723）

7.论《选择法院协议公约》在我国司法实践中的适用……官隆清（736）

8.论海牙国际私法公约的双边化适用趋势……王轲（747）

9.《海牙判决公约（草案）》中共同法院条款研究……钱振球 潘志芳（752）

10.海牙判决项目管辖协调之困境与前景……章 晶（762）

11.Article V(1)(B) of The New York Convention In China: Applying The Due Process Defense Without The Doctrine of Due Process……朱磊，肖永平（779）

12.我国加入《新加坡调解公约》的考量与对策……张周娟秀（801）

13.论 ISDS 中的法律适用规则……孙南申（809）

14.ISDS 机制改革再研究……崔佳文（820）

15.论国际民事诉讼中的必要管辖……白雪 邹国勇（830）

16.中国国际民事管辖权的立法体例：理论与实践……向在胜（838）

17.我国间接管辖权制度的构建——给予国际礼让理念……于飞(849)

18.存废之间——试论我国协议管辖制度中的“实际联系原则” ……陈南睿（858）

19.论不方便法院原则在我国协议管辖中的适用……刘艺（868）

20.损害赔偿救济适用于排他性管辖协议的可能与困局：以法律基础为核心的分析……徐伟功 曹潇潇（877）

21.国际民商事判决承认与执行的发展及其对我国的启示……张正怡（886）

22.外国法院判决承认和执行中互惠的认定标准……王雅菡（895）

23.未经承认的域外法院判决书在我国内地法院的使用……秦瑞亭（910）

24.论外国知识产权判决在我国的承认与执行……周童（919）

25.国际民事司法协助中中央机关的功能定位与制度完善……肖永平 濮云涛（929）

26.浅议离婚诉讼中涉外送达制度的完善……赵宁宁 吴慧萍（941）

27.自贸试验区“一站式”涉外商事争议解决平台的建构……薛源（945）

第五部分 海外国际私法新发展

1.中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对……龚柏华（954）

2.法律与外交视角下中美“贸易战”原因分析及应对策略——法律技术脱节和权力转移……孙舒（961）

3.中美银行信息取证合作中的困境与突围……刘桂强（969）

4.美国法院“长臂管辖权”中“商业交易”联系的实践扩张……桑佳淇(981)

5.论美国的”长臂管辖“及其合法性问题……徐梓文（987）

6.美国长臂法律研究……李珏(998)

7.美国《外国人侵权法》中公司责任问题晚近发展……张明耀（1008）

8.法国《遗产法典》的特点及其对中国文化遗产保护的启示……郭玉军 王岩（1019）

9.全球法律竞争的现象、规律和启示——基于新进竞争参与者视角的观察……薛童（1039）

10.欧盟反垄断私人执行的发展及其对我国的启示……单娟（1051）

11.人工辅助生育技术和变性人视角下的父母身份认定——评德国联邦最高法院 2017 年 11 月 29 日裁定……王葆莳（1063）

12.新兴生殖技术导致的国籍冲突问题研究——以跨境代孕为例……王萌（1067）

13.比较法视野下跨国代孕判决的承认研究……陈雨（1079）

14.境外保险合同的法律适用问题研究……蒋怡（1085）

15.通过跨国诉讼追索中国流失水下文物的问题与对策……余萌（1092）

第六部分 涉及其他议题的论文

1.大数据时代下个人信息保护法的域外效力边界……丁汉韬（1102）

2.数据跨境流动规制的模式及我国的因应……洪志远（1116）

3.涉外网络诽谤的法律适用……姜悠悠（1122）

4.论外国法人认许中的属人法问题……朱鹤（1134）

5.论最密切联系原则在涉外婚姻家庭领域的运用……马骁潇（1139）

6.我国涉外协议离婚法律适用规则的独立性思考……许凯（1149）

7.涉外夫妻财产纠纷适用域外法的司法弊病----以 10 例涉台案件的法律查明为视角……孙长刚 郑珠玲（1157）

8.浅析夫妻财产关系准据法的变更及其溯及力……林萌（1164）

9.论涉外网络著作权侵权的法律适用……王光英子 汪文涵（1172）

10.香港上市公司关联交易信息披露制度及其启示……艾相健（1178）

11.涉外信托关系在司法实践中应如何定性？——涉外信托冲突规范“零”适用的根源探索……郑珠玲（1189）

12.Concealed Risks of FinTech and Goal-Oriented Responsive Regulation: China's Background and Global Perspective……徐冬根（1202）

13.论涉外劳动关系认定的法律适用……黄晓原（1220）

14.中国自由贸易港通关便利化与贸易安全的辩证统一……王淑敏，冯明成（1227）

15.新外商投资法负面清单运作制度初探……伍俊颖（1236）

16.新《外商投资法》下我国外商投资国际私法规则的困境与转型……王怡然（1243）

17.2018 年国际民事诉讼年度综述……国际民事诉讼专题研究委员会（1251）

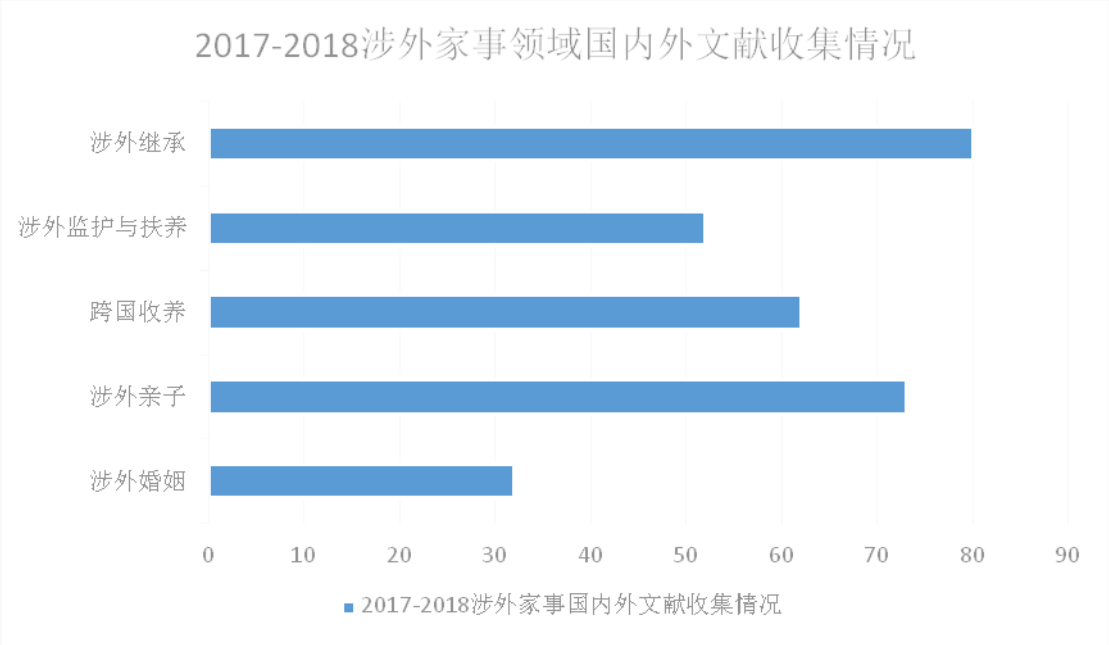
说明：本次会议论文集的排序为依照会务组收到论文的时间先后进行排序

第一部分："人类命运共同体"与中国国际私法的新发展

1.2017-2018 年涉外家事领域国际私法年度研究报告

袁发强、孙锦怡等*

本报告主要是对 2017-2018 年世界范围内有关涉外家事领域的国际私法活动的收集与整理。报告分为六大具体领域，分别是涉外婚姻、涉外父母子女关系、涉外收养、涉外监护、涉外扶养和涉外继承。[①]其中，就收集的国内外文献数量而言，涉外婚姻领域共收集 32 篇，涉外父母子女关系领域共收集 73 篇，跨国收养领域共收集 62 篇，涉外监护与扶养领域共收集 52 篇，涉外继承领域共收集 80 篇。



一 、涉外婚姻[②]

（一）国家立法与判决

1. 国家立法

国家立法这一板块主要围绕同性婚姻的新立法展开论述。

2017 年 6 月 30 日，德国联邦议院通过了同性婚姻合法化法案。[③]同性伴侣将可以在

---

* 袁发强：法学博士，华东政法大学国际法学院教授，博士生导师。
孙锦怡、黎喆、陈垚、张柽柳：华东政法大学 2018 级国际法专业硕士研究生。

① 特此鸣谢日本帝冢山大学法学院的黄韧霆教授为本报告提供日本国际私法在涉外婚姻与涉外监护板块的发展讯息。

② 以"涉外结婚"、"涉外离婚"、"涉外婚姻"为关键词进行检索，一共收集 2017-2018 年度发表的法学相关国内外文献共 32 篇，其中包括 6 篇外文期刊，11 篇外国案例，3 篇官方项目成果文件，12 篇中文优秀硕士学位论文。中文文献的统计对象主要来源于中国知网（CNKI），外文资料主要通过访问 Lexis 法律数据库、Heinonline 数据库、谷歌学术、谷歌浏览器收集获得。

③ Bundestag: Große Mehrheit stimmt für Ehe für alle" [Bundestag: large majority votes in favour of 'marriage for all']. Die Zeit (in German). 30 June 2017. Retrieved 30 June 2017; Smale, Alison; Shimer, David (30 June 2017). "Parliament in Germany Approves Same-Sex Marriage". The New York Times. Archived from the original on 3 July 2017. Retrieved 30 June 2017; "Germany's Bundestag passes bill on same-sex marriage". Deutsche Welle. 30 June 2017. Archived from the original on 1 July 2017; "German parliament votes to legalise same-sex marriage". Agence-France Presse. The Guardian. 30 June 2017.

德国登记结婚，并且享有领养子女的权利。德国成为了第 24 个同性婚姻合法化的国家。[①]

2017 年 12 月 5 日，奥地利最高法院裁定同性婚姻合法。该国同性伴侣可自 2019 年起登记结婚。奥地利成为第 27 个同性婚姻合法的国家。[②]

2017 年 11 月份，澳大利亚联邦议会通过了一项使同性婚姻合法化的法案。2018 年 11 月 29 日，这一法案已在澳联邦参议院获得通过。澳大利亚成为全球第 28 个同性婚姻合法的国家。[③]

2017 年 5 月 24 日，台湾地区“司法院”大法官针对同性婚姻是否违宪做出了解释，认为台湾现行“民法”中禁止同性别二人结合的规定是违背台湾“宪法”中关于保障婚姻自由与平等权内容的，并表示在两年内无论是否对婚姻法进行修改，同性伴侣都可以在台湾申请登记结婚。[④] 2019 年 2 月，台湾“行政院”同婚专法草案出台，草案名称为“司法院释字第 748 号解释施行法”，标志着同性婚姻在台湾地区正式合法化。[⑤]

在 2017 年的香港入境处同志案中，[⑥] 香港高级入境处主任与其男友在新西兰注册结婚，但其配偶在香港无法享受公务员家属的福利，也不能以夫妻身份进行合并报税。该入境处主任因不满政府拒绝承认跟他在新西兰结婚的同性伴侣，向高等法院申请司法复核。2017 年 4 月，就其配偶可享受公务员配偶的福利，法庭判决该入境处主任胜诉。

日本国会 2018 年 4 月 8 日审议通过了修改《人事诉讼法》和《家事事件程序法》的法案，并已于 2019 年 4 月 1 日施行。本次修改分别新增了人事诉讼（如离婚）和家事非讼案件的国际民事裁判管辖权的规定，[⑦]并在《家事事件程序法》中增加了有关外国家事裁判效力承认的规定。[⑧]修改后的《人事诉讼法》第 3 条之 2 统一规定了包括离婚诉讼在内的人事诉讼的国际裁判管辖权。以离婚诉讼为例，第 3 条之 2 第 1 项规定了被告住所地管辖；第 5 项规定了婚姻双方都为日本人时的本国管辖；第 6 项规定了原告住所地管辖，但以日本是夫妻最后的共同住所地为前提条件；第 7 项则规定了紧急管辖的情形。此次修改没有新增包括外国离婚判决等人事判决承认的规定，这被理解为维持以往实务上的做法，即对外国人事判决的承认全面适用有关外国民事判决承认的民事诉讼法第 118 条规定。而《家事事件程序法》中增加的第 79 条之 2 规定对外国家事裁判效力的承认“在不违反其性质的前提下，准用民事诉讼法第 118 条的规定”，该条文对何种程度上适用民事诉讼法第 118 条才属于不违反家事事件性质留下了一定的解释空间，留待今后的学说和判例进一步明确。

2. 判决

本报告整理出 2017 年度关于涉外婚姻的案件 5 个，2018 年度关于涉外婚姻的案件 4 个。

在 Stovall v. Preston 案中，[⑨]儿子想成为 83 岁母亲的监护人，并主张母亲与母亲的丈夫婚姻系无效的。儿子认为依据阿肯色州的法律规定，在阿肯色州之外缔结的婚姻若要有效

---

① 参见新闻：“各国同性婚姻合法化进程”，载美国新闻网，https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2017-11-15/where-same-sex-marriage-has-been-legalized-around-the-world，（最后访问日期：2019 年 4 月 26 日）。

② 同上注 3。

③ 同上注 3。

④ 邓学仁：《同性婚姻法制化之调查研究》，载《月旦法学杂志》2017 年第 5 期。

⑤ 参见新闻：“台湾同性恋合法”，载搜狐网，http://www.sohu.com/a/297289381_479136 （最后访问时间：2019 年 5 月 5 日）。

⑥ Leung Chun Kwong v Secretary for Civil Service, Judgment, [2018] 3 HKLRD 84, 1 June 2018.

⑦ 包括成年人监护、宣告失踪、收养、停止和剥夺亲权、扶养义务、承认和放弃继承、遗言检认和执行、意定监护、变更姓名等不可调解结案的所谓别表第一类型案件，以及未成年子女监护、变更亲权人、扶养顺位和方式、遗产分割等可调解结案的所谓别表第二类型案件。

⑧ 新旧条文对照版可于日本法务省网站（http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00217.html）下载，（最后访问时间：2019 年 6 月 3 日）。

⑨ 539 S.W.3d 638 (Ark. App. 2018).

则需满足“双方在缔结地真实居住过”这一条件。[①]本案中 83 岁母亲与其丈夫的婚姻在路易斯安那州缔结，但是他们从来没在该地居住过。按照法条，他们之间的婚姻应属无效。然而，由于此前阿肯色州最高法院在两个相似的案子中承认了婚姻的效力。本案法院遵循先例，也承认了 83 岁母亲与其丈夫之间婚姻的效力。

在 Blalock v. Sutphin 案中，[②]一对在结婚期间都住在阿拉巴马州的夫妇，在离婚之前，丈夫在田纳西州工作并且买了保险，并且指定当时的妻子和女儿为受益人。在离婚后，他并没有更换受益人。根据阿拉巴马州的法律规定，离婚自动废除对前妻作为保险受益人的指定。阿拉巴马州法院认为，田纳西州是合同缔结地，本应适用田纳西州的法律，但适用田纳西州的法律违反阿拉巴马州的公共政策，所以阿拉巴马州法院以此为由拒绝适用田纳西州的法律，并且作出有利于女儿的判决。

在 Adeleye v. Driscal 案中，[③]夫妻双方在尼日利亚通过委托代理人缔结婚姻，夫妻双方都没有出现在婚礼现场，并且也没有任何书面证据能够证明这段婚姻确实存在。即便如此，德克萨斯州法院仍然根据礼让原则（Comity）判决此段婚姻有效。[④]

在 Maghu v. Singh 一案中，[⑤]妻子认为由于其丈夫没有取得美国绿卡以成为美国居民，所以美国法院没有管辖权，不能受理他申请无过错离婚（no-fault divorce）的请求，并且妻子认为婚姻关系是合同的一种，所以应当以合同缔结地法作为准据法。[⑥]法庭认为，由于男方已经满足获得绿卡的所有要求，所以法院具有管辖权。此外，法院指出婚姻不同于普通合同，婚姻不仅涉及两人之间的问题，还涉及公共利益，所以“合同缔结地法”并不能适用于本案，仍应遵循美国成文法承认无过错婚姻的规定。法院最终判决夫妻双方离婚。

在 Cohen v. Shushan 案中，[⑦]以色列法认可妻子 Shushan 是丈夫 Cohen“事实上的配偶”（reputed spouse），并且幸存配偶可以继承已故配偶一半的财产。上诉法院认为“事实上的配偶”和真正结婚的夫妇还是有很大差别的，比如前者可以随时结束关系，甚至都不用通过离婚。[⑧]法院承认，在以色列法律下，尽管“事实上的配偶”和真实的夫妇的法律地位正在逐步接近，甚至几乎趋近于相同，[⑨]但法院同时认为两者之间还是存在明显区别，否认这一区别将会影响国家的司法主权。[⑩]

在 Veliz v. Department of Labor and Industries 案中，[11]判决书也提到了关于非正式婚姻的问题。这一段婚姻在墨西哥形成，这对夫妇在墨西哥共同生活了几年并且对外声称他们是夫妻。[12]然而，墨西哥法律给予这种形式的婚姻大多数正式婚姻享有的权利。在本案中，丈夫在华盛顿的一次工伤中高度伤残，问题在于丈夫能否被认定为已婚。如果是已婚人士，那伤残赔偿金将大大增加。美国法院认为他们之间并不形成婚姻关系。

在 Seng Xiong v. Vang 一案中，[13]一对老挝苗族的夫妻在泰国结婚移民到了美国威斯康星州，在美国共同居住了 25 年，最后在威斯康星州提起了离婚诉讼。被告辩称，他从未与

---

① ARK. STAT. § 9-11-107(a).
② 2018 WL 5306884 (Ala. 2018).
③ 544 S.W.3d 467 (Tex. App. 2018).
④ Adeleye, 544 S.W.3d at 476.
⑤ 181 A.3d 518 (Vt. 2018).
⑥ 无过错离婚指婚姻的解除不需要任何一方出现不法行为，法院可以根据任何一方的请求而允许离婚，而不要求请求人提供被告违反婚姻合同的证据。
⑦ Cohen, 212 So. 3d at 1122.
⑧ Cohen, 212 So. 3d at 1122.
⑨ Cohen, 212 So. 3d at 1122.
⑩ Cohen, 212 So. 3d at 1122.
11 199 Wash. App. 1051, 2017 WL 2957740 (2017).
12 Id. at *3 (Fearing, J., dissenting).
13 2017 WL 4797915 (Wis. Ct. App. 2017).

原告正式结婚过，并提供证据证明，泰国把他们视为非法移民，并且泰国不允许这样的非法移民结婚。原告辩称该结婚合法，因为双方是在泰国的难民，他们的住所地是老挝，而老挝承认传统的苗族婚姻。法院驳回了原告的主张，理由是：婚姻的有效性应当适用婚姻缔结地法而不是双方的住所地法。由于婚姻缔结地在泰国，这导致了婚姻无效。同时，法院认为他们之间构成一种推定的婚姻关系，结婚时双方都认为进入了一段在法律上有效的婚姻 。[①]

在 Falah v. Falah 一案中，[②]原被告双方在以色列以穆斯林的仪式进行结婚，然后移民到美国俄亥俄州，居住多年后搬回以色列，并在伊斯兰法庭离婚。伊斯兰法庭判决妻子支付拖延已久的嫁妆。在伊斯兰法庭的程序尚未结束时，妻子回到了俄亥俄州并且申请离婚。法庭驳回了妻子的申请，并且出于对伊斯兰法庭的礼让作出了判决。法庭分割了夫妻双方的财产，并要求丈夫给妻子付赡养费。上诉法院认为初审法院基于“礼让”作出的判决是错误的，[③]因为丈夫并没有提供以色列法律要求的以色列民事部门开具的证明。事实上，初审法院只是将丈夫提供的判决作为一种补充证据，用来证明夫妻双方决定终止关系。[④]该案反映了美国法院对待外国法院判决的态度，更多是将其视为一种补充证据，而不是出于“礼让”而接受其判决结果。

在 Tatsing v. Njume-Tatsing 案中，[⑤]当事人双方在喀麦隆结婚并移居俄亥俄州，丈夫在俄亥俄州提出离婚。随后，妻子在喀麦隆提出了婚姻无效的诉讼请求，但没有通知和送达传票给其丈夫。喀麦隆法院以该婚姻并没有按照喀麦隆法律的规定在当事人一方的出生地或住所地缔结为由，裁决宣告该婚姻无效。妻子随后将该判决提交到俄亥俄州法院“作为证据”以证明其喀麦隆婚姻无效，并要求法院驳回离婚诉讼。俄亥俄州初审法院支持了她的请求，上诉法院也维持了裁决。法院指出，“尽管喀麦隆的诉讼程序存在正当程序上的缺陷，比如向上诉人的送达等”，[⑥]但是喀麦隆的判决证明了当事人在喀麦隆的婚姻是无效的。不过，法院解释说，俄亥俄州法院的裁决并不是依据喀麦隆法院的判决而作出的，而是依据喀麦隆法律作出的。根据法院所理解的婚姻举行地法规则，婚姻如果在其举行地无效，那么“在任何地方”都无效。[⑦]因此，该婚姻在俄亥俄州也无效。[⑧]

（一）学术研究

1.国外学术研究

《2018 年美国法院司法实践中的法律选择：第 32 次年度报告》（Choice of Law in the American Courts in 2018: Thirty-Second Annual Survey）和《2017 年美国法院司法实践中的法律选择：第 31 次年度报告》（Choice of Law in the American Courts in 2017: Thirty-First Annual Survey）整理了美国法院在 2017 年与 2018 年与冲突法有关的案例。其中共有 9 个冲突法案例涉及涉外婚姻。

此外，有学者在文章中分析认为在涉外离婚案件中，在管辖权方面给予当事人意思自

---

① Id. at 2.
② 2017 WL 1148603 (Ohio Ct. App. 2017).
③ Id. at *5 n.2 (emphasis added).
④ Id. at *5.
⑤ 2017 WL 5164384 (Ohio App. 2017).
⑥ Id. at*1.
⑦ Id. at*4.
⑧ In Zewde v. Abadi, 529 S.W.3d 189 (Tex. App. 2017). 本案中，丈夫提起诉讼请求宣布其得克萨斯州婚姻无效，因为其妻子之前在厄立特里亚缔结的婚姻还没有通过厄立特里亚的诉讼程序被合法解除。但是，他未能提供足够证据证明厄立特里亚诉讼程序的无效性，因此不能推翻得克萨斯州法律赋予该婚姻的有效性。

治权利以选择法院是有必要的。[①]以欧盟法为例，由于欧盟法的规定具有碎片化的特点，一个涉外离婚案件的不同法律问题，比如财产，监护等，在欧盟法之下可能被不同法院取得管辖权，适用不同的法律，增加了管辖权和法律适用的复杂性。作者提倡在当事人双方能达成协议选择一个管辖法院的前提下，要尊重当事人双方的意思自治，让这个被指定的法院管辖离婚案件中的所有问题。

2.国内学术研究

从收集到的博士论文分析来，国内学者对涉外离婚的关注点主要集中在意思自治原则和不方便法院原则上。

关于意思自治原则，有学者提出迄今为止,我国关于意思自治原则适用于涉外婚姻家庭关系的规定主要见之于《民法通则》、《法律适用法》等民事立法之中。这些法律仅仅规定意思自治原则适用于涉外夫妻财产关系和涉外协议离婚关系,而对于意思自治原则是否可以适用于涉外结婚的形式要件、涉外夫妻人身关系和涉外扶养关系则无明确的法律规定。[②]

关于不方便法院原则，有学者提出从 2015 年《民事诉讼法解释》第 532 条关于不方便法院原则内容的规定来看，对于该原则的适用的态度是积极的。在英美法系国家中，不方便法院原则被较为成熟地应用。英美两国在司法实践中较多地将该原则运用到涉外离婚案件中。就中国而言，直接适用不方便法院原则的涉外离婚案件还未发生，但出现过法院以类似的原理驳回原告起诉的情况。不方便法院原则在涉外离婚案件中的适用，有利于限制离婚诉讼中的平行诉讼，减少国际案件的诉累情况；减少原告挑选法院，实现个案公平正义，着重保障婚姻关系中弱者的合法权益。当然，对不方便法院原则在涉外离婚诉讼中的适用，也不能一味地追求其优势而忽视了其弊端。通过客观分析，不难发现不方便法院原则的适用可能产生原告的诉讼权利得不到保障以及管辖权的消极冲突等弊端。既然英美国家在此领域中已有较为成熟的模式，那么我国就应该在此基础上结合我国司法实践情况完善对不方便法院原则的适用。除此之外，由于涉外离婚案件通常涉及到人伦等特殊性，在运用不方便法院原则时还应考虑妻子离婚后的救济情况、最有利于孩子成长的因素、夫妻共同财产分割等因素，使不方便法院原则的运用更具有系统性。综上所述，在涉外离婚诉讼中引入不方便法院原则对中国是有利的。

（二）小结

从收集到的资料上分析，近两年来世界范围内对于涉外婚姻的国家立法，除了日本在管辖权方面做出了新规定之外，其他都主要集中在对同性婚姻的规制上。而近年来学界围绕涉外婚姻领域的研究相对而言较少。

在研究方法上，外国学者着眼于案例，在案例中总结司法实务对涉外结婚离婚法律适用的态度。而国内学者会系统性地论述同一制度在外国的适用情况，并与中国的情况进行对比，最终得出一套中国方案。

二、涉外父母子女关系 [③]

（一）国家立法与判决

[①] Lara Walker (2018) *Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU*, Journal of Private International Law, 14:2, 225-261.

[②] 彭又平：《论意思自治原则在涉外婚姻家庭关系中的适用》，华中师范大学 2017 年硕士论文。

[③] 以“涉外亲子关系认定”、“子女利益”、“亲权”、“儿童福利”为关键词进行检索，收集 2017 年至 2018 年间世界各国以及相关国际组织在“涉外父母子女关系”方面的法律讯息以及学术文献共 73 篇，其中包括 6 份海牙国际私法会议文件，3 份欧洲人权法院文件，2 份欧盟委员会文件，51 篇国外学术研究，11 篇国内学术研究。文献收集主要通过访问 Lexis 法律数据库、HeinOnLin 数据库、牛津期刊现刊库法律分库、谷歌学术、谷歌浏览器收集获得，此外，通过查询海牙国际私法会议网站、欧洲人权法院网站以及欧盟委员会官网获取法律活动讯息。

1.国家立法

在商定关于政府资助的问题后，英格兰、威尔士和苏格兰法律委员会于 2018 年 5 月开始审查有关代孕的法律，对现有法律中无法与社会发展相匹配的的规定进行更新修改。[①]

对于代孕问题的规制，爱尔兰政府于 2017 年 10 月通过辅助生殖法令（The Assisted Reproduction Bill 2017）的基本方案以规制代孕等生殖问题，该方案建议在爱尔兰引入一个全面的代孕监管框架，要求所有代孕协议都由新的辅助人类生育监管局预先授权。[②]

意大利 2017 年通过颁布法案（The Italian Decree No7/2017）来规制外国同性婚姻和同性民事结合所涉及的具体国际的具体国际私法规则事项。[③]法案提议同性伴侣应该享有与异性伴侣同等的权利。例如，在父母身份方面，意大利法院在处理与国外建立同性父母关系的案件时，可能更倾向于采取“儿童的最佳利益”原则，对家庭中最弱势成员给予保护。[④]

2.判决

美国伊利诺伊州的地方法院于 2017 年 1 月 20 日对 A.H. v. Harlow H.案作出决定，[⑤]认为泰国法院关于这起案件的判决并没有违反伊利诺伊州的公共政策，并对该判决予以承认与执行。泰国法院在这起确认父母身份的判决中认为，被告作为一位长期居住在泰国的伊利诺伊州公民是在泰国出生的三胞胎的父亲，因为该三胞胎是在被告的同意下通过辅助生殖技术（Assisted Reproduction Technology,简称“ART”），将精子捐献给一位女性而诞生的。被告在抗辩中认为，根据伊利诺伊州的公共政策规定该判决不能被承认，因为他在捐献精子的时候已经与一位伊利诺伊州的女子结婚，被告援引伊利诺伊州亲子关系法的规定，即“在精子提供人向其妻子以外的女子提供精子进行人工授精的情况下，该捐精人在法律上不应该被视为通过此方式出生的子女的亲生父亲”。但本案法官却认为被告对该法律做了错误的解读，这条规定正确运用的情况应该是该子女的母亲已婚并且人工授精行为得到了其丈夫的同意。基于此，法院驳回被告的意见，承认并执行该外国判决。

澳大利亚家事法院在 2017 年审理一起本国夫妇通过代孕技术在泰国获得一对双胞胎的案件，判决结果不承认该夫妇作为双胞胎合法父母的法律地位。其中一位参与案件审理的法官认为立法是一项必要的改变，并且提出政府应该考虑能够阻止这种做法的措施，包括拒绝授予通过不道德的代孕协议或者是在对代孕没有严格规制的国家出生的孩子以公民身份。[⑥]

（二）国际立法

1.欧盟

欧盟委员会于 2017 年 11 月 16 日召开议题系关于人体组织和细胞的第二次专家会议，各相关利益方以及人类起源物质主管当局的代表参加会议。

---

① Surrogacy laws set for reform as Law Commissions get Government backing, 4th May 2018，https://www.lawcom.gov.uk/project/ （最后访问时间：2019 年 3 月 10 日）

② Lydia Bracken, *The Assisted Reproduction Bill 2017: An Analysis of Proposals to Regulate Surrogacy in Ireland*, 68 N. Ir. Legal Q. 577 (2017).

③ Italian Decree n' 7 of 19 January 2017, n. 7, amending the Italian law n 218/1995 of PIL rules (Official Journal n' 22 of 27 January 2017). https://crossborder.live/2017/01/16/forum-la-disciplina-in-ternazionalprivatistica-italiana-delle-unioni-civili5/ and comments published in the second issue of Genius, available at http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/genius-2016-02.pdf.

④ Eva de Gotzen, *Recognition of Same-Sex Marriages, Overcoming Gender Barriers in Italy and the Italian Law* No. 76/2016 on Civil Unions. First Remarks, 9 Cuadernos Derecho Transnacional 194 (2017).

⑤ IN RE PARENTAGE OF A.H., et al., v. HARLOW H.，2017 IL App (1st) 133703，410 Ill.Dec. 357.

⑥ Nicola Berkovic, Surrogacy Innocents in Legal Limbo, THE AUSTRAUAN，https://www.theaustralian.com.au/news/inquirer/surrogacy-innocents-in-legal-limbo/news-story/1a2ee2de5496828f003e0bdbcd32f0d4.（最后访问时间：2019 年 3 月 10 日）

在会议上，ESHRE 组织指出 ART 领域具有特殊性，对其的规制和管理上应当与将人体组织或细胞技术应用于患者的其他领域区分开来。ART 技术涉及医学和非医学原因的生育保护，包括一些代孕的需要，而后者未能在组织和细胞立法中得到解决。ESHRE 表示，他们认为在未来的立法中需要考量 ART 的特殊性，以此明确欧盟立法在 ART 领域适用的范围。[①]

2.海牙国际私法会议

海牙国际私法会议在过去的两年间共公开了关于亲子代孕问题的三份专家组报告。

在 2017 年 2 月召开的会议上，专家组指出，对于具有跨国性质的儿童合法父母身份的确立是当前国际社会关心的热点问题。专家组认为家庭模式的变化和医学科学的发展使得一些国家在关于亲子关系的立法上出现了新进展，而对父母合法身份的认定不仅仅关乎未成年人，这也涉及到所有人的切身利益。经过会议讨论，专家组最终对三个方面的问题达成了一致意见：一是从原则上讲，解决跨国亲子关系认定问题而制定一项有约束力的多边机制具有可行性，该机制涉及承认关于合法父母的司法判决，但具体要如何运行还需要进一步的讨论；二是由于在确定法律父母身份方面的方法以及在各国公共文件中对法定父母身份的承认规定多种多样，所以对于这个问题有必要进行进一步的审议和讨论；三是由于该议题的复杂性以及各国对于跨国代孕协议方面规定的不同，导致本次会议无法在制定可能用来解决跨国代孕协议（ISAs）中父母合法身份问题的国际私法规则、特殊的规定以及一些保障措施等方面得出明确的结论，但专家组对于该问题会展开更进一步的讨论。[②]

2018 年 2 月的专家组会议主要是对上一次会议留下的问题做进一步的探讨，焦点主要集中在通过法律规定承认外国司法裁决对父母合法身份，寻求在公共文件中记录法定父母时的可行性和可适用的办法以及在面对通过跨国代孕协议或者是生殖辅助技术（ART）出生的儿童时，是否需要对其给予特殊关注或区别对待。

在涉及对合法亲子关系的认定问题上，专家组确定了两个需要讨论的客体，分别是一个国家给予的合法父母身份之判决在另一国的承认以及促进缔约国之间的司法合作。专家组在是否应该规定承认非缔约国的合法父母身份的司法判决上意见不一。通过分析将非缔约国的判决纳入之后所产生的利弊，专家组最后决定将该问题纳入到下一阶段的讨论中。

专家组注意到各国用于记录合法亲子关系的文件，例如出生证明或者是其他公开的文件不尽相同，而法律上亲子关系的成立往往取决于法律的实施。因此，需要进一步考虑在没有对亲子关系作出司法裁决的情况下，是否可以承认亲子地位，如果是，又应该如何承认。为了使跨国亲子关系的确定更具有可预测性、确定性和连续性，在没有关于亲子关系的司法裁决的情况下，专家组考虑了三种可行性：建立统一适用的法律规制、接受外国出生证明作为可反驳的法律亲子关系证据以及通过“法律的运作”的方式承认。随后，在跨国代孕协议相关的问题讨论中，依据专家组之前的讨论意见，大部分观点认为应该着重审议能否将规制亲子关系合法性的一般国际私法规则运用到跨国代孕相关的问题上，一些专家认为最好应该只保留一套机制，主张建立另外一套能够普遍适用的规则来规制跨国代孕。相对地，另外一些专家认为应该在原有的机制内再分出一个部分来作为对跨国代孕协议的规定。国家间对于跨国代孕的不同规定对于希望确立亲子关系的当事方而言，无疑是一个阻碍。基于此，有专家支持将任择议定书适用于跨国代孕协议中的做法，并且还审议了选择加入和选择退出的机制，这些机制将会允许单个国家将跨国代孕协议纳入（或排除）适

[①] Ad-Hoc Meeting between Stakeholders and representatives members of the Competent Authorities on Substances of Human Origin Expert Group，(CASoHO E01718) . https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/blood_tissues_organs/docs/ev_20171116_min_en.pdf.

[②] REPORT OF THE EXPERTS' GROUP ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT (MEETING OF 31 JANUARY - 3 FEBRUARY 2017) https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf.

用于该国。此外，许多公共政策层面上的因素，例如跛足亲权的产生以及潜在的虐待儿童情况的出现也被专家组纳入考量，专家组认为公共政策以及儿童最佳利益作为关键问题值得在未来进行更多的探讨。[①]

2018 年 9 月 25 日至 28 日，亲子关系与代孕专家组在海牙举行第四次会议，会议有 21 名专家，一名观察员和海牙国际私法会议常设局成员参加。在这次会议上，理事会欢迎专家组所做的报告及其在 2018 年 2 月第三次会议结束时提出的建议。此外，理事会同意并且认为有必要召开第四次会议，重点讨论围绕普通情况下亲子关系合法性而展开的国际私法问题。第五次会议则专门针对跨国代孕中涉及的亲子关系问题进行讨论。概括而言，第四次会议主要讨论了四个方面的内容，分别是一国接受他国关于亲子关系公共文件的可能性；在没有司法判决的情况下承认涉外亲子关系合法的可能性；是否有必要，以及如果有必要的话，是否有可能就亲子关系确立的统一适用法律规制达成协议，包括如何将这些规则与公共文件一起运作；关于通过法律运作跨境承认涉及亲子关系的外国司法判决的条款。这次会议并没有强调关于跨国代孕协议的问题，而是将其规定在之后于 2019 年 1 月 29 日至 2 月 1 日召开的第五次会议中进行讨论。[②]

（三）国际司法实践

1.欧洲人权法院

在欧洲人权法院关于 2017 年案件总览的文件中，[③]法院将与《欧洲人权公约》第 8 条相关的 Paradiso and Campanelli v. Italy 案划分到“其他权利与自由”的分类之下。[④]
本案申请人均系意大利公民，其与一对已婚夫妇在俄罗斯签订了代孕协议，随后在莫斯科获得一名代孕子。莫斯科当局签发了出生证明，将申请人记录为父母，但未提及代孕。第一位申请人将孩子带回意大利，要求政府登记出生证明，但意大利法院却在孩子大约八个月大的时候下令将其相关信息从申请人处移除并安排领养。

此外，意大利当局拒绝接受出生证明以及将申请人列为孩子的父母。根据 DNA 测试结果，孩子和申请人一方没有生物学联系，并且在下令移除儿童相关信息时，意大利法院也关注了申请人违反该国法律的情形，即缔结代孕协议违反辅助生殖法以及将儿童带到意大利违反领养法，并且将代孕子认定为“被遗弃儿童”。

欧洲人权法院的裁决认为意大利政府没有违反案件中申请人基于《欧洲人权公约》第 8 条获得的私人的以及组建家庭的权利。裁决的关键在于，法院认可意大利政府迅速采取行动保障国家利益的行为以及儿童与申请人间不存在生物学上联系的观点。申请人采取的“建立亲权行为”以及其与儿童的情感联系不足以在《欧洲人权公约》规定下建立一种受保护的家庭生活。虽然说法院承认意大利政府的一些做法会侵犯这对夫妇的私人生活，但是这种做法依旧是具有合法性，不违背公约第 8 条的规定。[⑤]

与意大利规定相类似，法国民法典明确禁止代孕。[⑥]法国政府对辅助生殖技术的回应在某种程度上解释了其对跨国代孕所生子女的承认所持的严厉立场。在 2017 年的 Laborie

---

① REPORT OF THE EXPERTS’ GROUP ON THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT (MEETING OF 6-9 FEBRUARY 2018). https://assets.hcch.net/docs/0510f196-073a-4a29-a2a1-2742c95312a2.pdf.

② Report of the experts group on the parentage / surrogacy project (MEETING OF 25-28 SEPTEMBER 2018). https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf.

③ Overview of the Court’s case-law in 2017, https://www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_2017_ENG.pdf.

④ Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, ECHR 2017.

⑤ Kathryn Webb Bradley, *Surrogacy and Sovereignty: Safeguarding the Interest of Both the Child and the State*, 43 N.C. J. Int'l L. 1 (2018).

⑥ "Toute convention portant sur la procrdation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle." Code Civil [C.civ][Civil Code] art. 16-7 (Fr.).

v.France 案中，[①]一对法国已婚夫妇赴乌克兰通过代孕技术获得一对双胞胎并且在出生证明上登记为孩子的双亲。尽管申请人声称其代孕行为是发生在法国之外，因此不能认为无效或者是违反法国法律以及法国的公共秩序，但法国法院依旧采取一贯的态度拒绝承认其亲子关系的合法性。基于对先例情况的考察，申请人没有上诉到法国最高上诉法院，而是直接将案件提交给欧洲人权法院申请裁决。欧洲人权法院可能厌倦了对来自法国的类似案件进行审理，所以案件在提交之后，法院几乎是即刻宣布代孕所得儿童的私生活受到了侵犯。法国法院对该裁决作出了积极的回应，最后，法国法院承认了代孕案件中父母的身份以及其所拥有的国籍，并指出法国政府事实上已经在 2015 年 10 月给申请人的双胞胎颁发了国籍证书。

欧洲人权法院的一系列裁决传达出了一个强烈的信息，即保护儿童的权利优先于法律禁止代孕的规定。为了回应这个现象，法国法院已经制定了将代孕合同非法性的政策立场与这些案件中的儿童拥有法国生父的现实分隔的技术解决方案。可以看出，欧洲人权法院的态度对法国高等法院的立场有相当大的影响。法国法院对通过代孕出生的孩子的权利所采取的新立场再次引发了其国内关于代孕的争论，支持者对结果表示赞赏，而反对者则感到法国禁止代孕立场的不稳定。[②]尽管如此，法国政府仍向对此情形感到担忧的公民保证，政府无意支持废除代孕禁令。[③]

（四）学术研究

1.国外学术研究

国外学者的研究多偏向于对一国现有法律规定和典型案例的分析。在论证国内实体法规定对涉外父母子女关系的影响时，多采取与其他国家做对比的方法。对外国学者主要关注的方向进行分类，大致可以分为三个主题，分别是跨国代孕亲子关系的确认、多个父母模式家庭下亲子关系的确认、LGBT 人群与其子女的关系。

对跨国代孕亲子关系确定的讨论，在国外学者关于涉外亲子关系研究中占据很大的比例。相关的文章主要围绕对跨国代孕引发的法律问题以及一国当前用以规制该问题的法律实施情况等进行分析。如有学者在讨论印度的跨国代孕问题时，认为印度在过去无疑是跨国代孕意向父母的热门选择地，但近年来因为由跨国代孕引发的法律问题日益频繁，法院便要求政府澄清包括法定父母、商业代孕捐赠卵子的妇女、代孕母亲以及意向父母的法律地位和权利在内的代孕方面法律问题。[④]在对美国国内法进行分析时不难发现，美国不同的州对代孕的规定也不尽相同，有些州允许商业代孕而有些州将商业代孕协议的签订视为违反民法或是刑法的行为，但更多的州则选择对代孕行为不作出规定，例如在加利福尼亚州通过了“统一亲子法”，该法依据是否存在亲子关系来确定权利和义务，依据儿童是否具有合法地位来确定儿童权利，但这部法却没有对代孕协议作出规定，这个问题甚至也没有纳入法案起草者的考虑范围之内。[⑤]有学者对新西兰在监管代孕方面采用出生后转移父母权利的模式进行分析，认为由于相关机构对获得批准的代孕协议当事方提供教育服务，确保意向父母了解孩子出生能后要完成事项的步骤，故而监管模式对于外国意向父母而言还是存

---

① Laborie v. France, App. No. 44024/13 Eur. Ct. H.R. at 5 9 (2017), [perma.cc/BSM7-2CA7].

② Richard F. Storrow, *International Surrogacy in the European Court of Human Rights*, 43 N.C. J. Int'l L.38(2018).

③ La GPA Restera, supranote 82; *Marlne Schiappa: "Non, le gouvernement ne proposera pas la GPA,"* FRANCEINFO (Sept. 18, 2017) [perma.cc/V4PP-ML29].

④ Stellina Jolly, *Cross-Border Surrogacy: Indian State*, S.R. Garimella and S. Jolly (eds.), Private International Law, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017.

⑤ Kimberly M. Mutcherson, *Things That Money Can Buy: Reproductive Justice and the International Market for Gestational Surrogacy,* 43 N.C. J. Int'l L. 150 (2018).

在加大的吸引力。[①]

医学和社会的发展使得一个新的家庭模式的出现成为可能，在这个新的模式之下，可能涉及两个以上的成年人达成有效协议共同生育或抚养一个孩子。然而，传统的用以规制双亲权利与义务的法律不能给予多家长模式的家庭中的父母及孩子以足够的保护。概括而言，国外学者对这一现象的讨论主要围绕两个核心问题：一是确定在多父母模式下各方的法律地位；二是家庭法应该如何规制这种以合意为导向的多个父母模式家庭。[②]

有学者在研究时有涉及对多个父母模式家庭进行分类，认为新模式可以大致梳理为五种组合情形：辅助生殖科技家庭（Assisted Reproductive Technology Families）、共同抚养(Co-Parenting Families)、再婚家庭(Stepfamilies)、开放式收养（Open Adoption Families）、延续式亲属关怀（Extended Kinship Care）。[③]

在关系当事人的法律地位方面，目前为止，几乎所有的西方国家法律都认为一个孩子最大程度上只能拥有两位合法的家长。[④]血缘关联始终在确认亲子关系上扮演了一个重要的角色，但是当前的立法趋势也表明立法者逐渐认识到法律上的父母没有必要一定反映为生理上的父母，例如比利时的民法典修改规定，在 2015 年后对于女同性伴侣家庭中，若伴侣领养孩子，则承认一个孩子拥有两个法律上的母亲。[⑤]但与此同时，立法者也坚持了一个孩子不能在法律上拥有两个以上家长的原则。涉及如何对多个父母模式家庭做出规制时，学者们都建议考虑“儿童最大利益原则”以及重视生母权利的保护。

国外学者在对 LGBT 人群获取父母身份这一方面进行讨论时，都无一例外地 Obergefell v. Hodges 案进行了分析与评价。[⑥]这起由美国联邦最高法院判决的案件认可了同性恋婚姻权利受美国宪法的保护。在这起案件中，为同性伴侣争取婚姻平等的律师重点否认了同性伴侣结婚可能会伤害他们实际抚养的孩子这一说法。这个论点在最低程度上回应了对方律师声称的异性恋家庭才是最适合孩子成长并且同性婚姻禁令因其促进了异性婚姻中的生育而具有合宪性的主张。[⑦]

法律对 LGBT 人群获取父母身份模糊的规定主要可以概括为两个方面的原因。一方面是因为并非所有法官在处理父母身份认定纠纷时都愿意将异性恋家庭法的先例适用于同性恋育儿案件，通常而言，在判例法系国家，父母身份的确定取决于家庭法院对州或普通法学说的解释，若法官将异性恋育儿的先例扩展适用于同性案件中，那就意味着法官系按照“儿童最大利益”原则作出判决而不考虑父母的婚姻状况。另一方面是受社会舆论的影响，虽然许多调查报告都认为绝大多数群众是支持同性婚姻并且也支持他们的收养权利，但还要考虑到这种支持在个体与群体间可能存在较大差异，对于这一点要引起重视。[⑧]

以美国为例，实践中法院用以衡量是否给予同性伴侣以父母权利通常考虑适用平等保

[①] Debra Wilson, *Avoiding the Public Policy and Human Rights Conflict in Regulating Surrogacy: The Potential Role of Ethics Committees in Determining Surrogacy Applications,* 7 UC Irvine L. Rev. 653 (2017).

[②] Prof. dr. Ingrid Boone, *'Co-parenting before conception. The Low Countries' approach to intentional multi-parent families',* Family & Law February 2018, DOI: 10.5553/FenR/.000034.

[③] Haim Abraham, *A Family Is What You Make It: Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents,* 25 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 405 (2017).

[④] K. Sikorska, T. Kruger and F. Swennen, Meerouderschap enmeeroudergezag, Onderzoek uitgevoerd in opdracht van de staatscommissie Herijking ouderschap, Onderzoeksgroep Persoon & Vermogen University of Antwerp 2015, p. 19-39.

[⑤] Act of 5 May 2014 on the establishment of the filiation of the co- mother, Belgisch Staatsblad 7 July 2014, entry into force 1 January 2015.

[⑥] Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2600-01 (2015).

[⑦] Leslie Joan Harris, *Obergefell's Ambiguous Impact on Legal Parentage,* 92 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2017).

[⑧] Alison Gash, Judith Raiskin, *Parenting without Protection: How Legal Status Ambiguity Affects Lesbian and Gay Parenthood*, Law & Social Inquiry, Volume 43, Issue 1, 82-118, Winter 2018.

护条款。有学者在论证这一做法的合理性时认为，首先，平等保护原则是过去处理涉及种族和性别歧视的儿童抚养权纠纷时所基于的原则，故而如今将此原则衍生到同性伴侣家庭纠纷中具有逻辑性。其次，由于实践证明反性别歧视的法律能够防止给予性别认同的歧视出现，所以法官应该在使用平等保护条款下进行违宪与否的中间审查（Intermediate Scrutiny），得出“在作出儿童的监护决定时考虑父母的性向是非法的”这一结论。[①]

2.国内学术研究

在跨国代孕方面，国内学者对跨国代孕中亲子关系的讨论主要集中在对法律冲突与法律适用的分析方面。

在解释跨国代孕亲子关系认定之所以会产生法律冲突时，有学者从国际社会对于代孕子女身份认定的有关理论出发，分别介绍了分娩说、人工生殖目的说、基因说、子女最佳利益原则或子女福祉说，说明各国立法依据的理论差异。[②]也有文章在阐述该问题时，根据意向父母向孕母支付的报酬是否明显超出怀孕生产所需的合理费用，将其分为有偿代孕和无偿代孕，再进一步采取横向对比不同国家对于跨国代孕的法律规定，指出各国对代孕态度的区别主要是针对有偿代孕，但是完全禁止代孕的国家则是即禁止有偿代孕，也禁止无偿代孕。[③]正是由于世界各国对代孕的态度各不相同，由此产生认定代孕儿童的法定父母身份的不同做法。具体而言，可以分成两类：一是将意向父母认定为代孕儿童的法定父母，例如乌克兰《家庭法典》就规定意向父母是代孕儿童的法定父母，并禁止孕母申请确认其与代孕儿童的母子关系，并且在乌克兰、印度、美国以及俄罗斯等国家法律对于有偿代孕采取允许的态度，而在英国、希腊、新西兰、以色列、南非等国虽允许代孕，但仅限于无偿代孕，并且制定了相关立法进行规制；二是将孕母及其丈夫认定为代孕儿童的法定父母，这主要存在于法律或政策规定完全禁止代孕的国家，例如德国、法国、西班牙以及日本等国，在实践中若出现代孕纠纷则重合适用分娩主义与婚生推定来确认代孕儿童的法定父母身份。

法律适用方面的讨论可以分为三个部分。首先是国际立法部分，当前国际社会关于跨国代孕没有制定统一实体法或者冲突法，但是在区域立法方面，美国的一些州通过了代孕合同出生的代孕儿的亲子关系的问题立法，欧洲人权法院虽有受理相关代孕纠纷，但其判决数据显示还没有在婚姻关系下的代孕、传统代孕以及代孕者试图建立或维持父母地位的情形下考虑建立或承认父母子女关系。[④]其次是冲突法规则方面，在英美法系国家的实践中，由于外国出生证明不能被视为亲子关系认定的证据，因此在解决跨境代孕亲子认定时适用意向父母的本国法。[⑤]而在澳大利亚、哥伦比亚等国则基于跨国代孕中涉外因素适用法院地的冲突法来确定亲子关系的准据法。在这种情况下，有学者就指出采用普通的冲突法规则指定适用的准据法可能会导致接受国认定的法定父母身份与出生地国认定的法定父母身份相互冲突，最终使代孕儿童陷入身份不明的法律困境，因此有必要制定统一跨国代孕中法定父母身份认定的冲突法规则。[⑥]最后则是通过案例分析来讨论在跨国代孕判决承认中所要考虑的因素，简单而言，这关乎跨国代孕判决承认中的公共秩序与儿童最大利益之间的利益衡量。以对德国法院关于跨国代孕的实践分析为例，德国最高法院对公共秩序的适用和儿童最大利益进行了利益衡量，并赋予了儿童最大利益更大的比例，以避免因适用公共秩

---

① Charles Cohen, *Losing Your Children: The Failure to Extend Civil Rights Protections to Transgender Parents*, 85 Geo. Wash. L. Rev. 536 (2017).

②袁泉、罗颖仪：《跨境代孕亲子关系认定所涉及的若干国际私法问题》，载《国际法研究》2016 年第 6 期。

③ 高升、王洪根：《论跨国代孕中法定父母身份认定的法律冲突》，载《河南财经政法大学学报》2017 年第 4 期。

④ 严红：《跨国代孕亲子关系认定的实践与发展》，载《时代法学》2017 年第 6 期。

⑤ 同前注 65。

⑥ 同前注 66。

序而导致代孕儿童既无法与孕母形成有效的亲子关系，又不能与委托父母形成合法的父母子女关系。[①]然而，在进行利益衡量时，并非所有案件都能差强人意，如“蒙森案”中涉及到的三个判决结果都具有较大差别。基于此，国内有学者提出了意在消弭公共秩序之争的国际普遍公共秩序方法。[②]

在讨论非婚生子女的身份问题时，相关文章先介绍“非婚生子女准正制度”的概念，再指出由于各国法律对准正方式、准正要件等方面的规定多有不同，才会使得准则问题上的法律冲突不可避免。[③]在讨论非婚生子女准正的法律适用规则方面，有文章通过横向对比各国的做法，总结出世界各国在立法关于涉外非婚生子女准正的法律冲突之解决主要规定了两种方式：一种是不区分准正方式统一确定准正应该适用的法律，例如土耳其、希腊、塞内加尔等国，这些国家大都采用属人法的法律适用规则，但在具体适用的属人法上的规定不同；另一种就是区分三种不同的准正方式分别确定法律适用规则。总体而言，世界各国在处理该问题的法律适用时，逐渐从适用父母一方的属人法发展到适用子女属人法，最后陆续选择适用父母和子女属人法或适用更有利于准正的法律。

（五）小结

从海牙国际私法会议文件和欧洲人权法院审理的案件来看，近两年来国际对于跨国代孕中涉及到的涉外父母子女关系认定问题较为关注。海牙国际私法会议专家组在是否应该单独设立另外一套系统法律对代孕协议进行规制等问题上有较大的分歧，而欧洲人权法院则更多地分析亲子关系认定与人权的关系。

在学术研究领域，国内外学者对于涉外亲子关系问题的研究有各自的特点。首先，无论是国内抑或是国外，在讨论涉外亲子关系确认问题的时候大多都会关注跨国代孕问题，国内研究会侧重讨论跨国代孕案件的法律适用以及国内法院被要求承认与执行外国法院跨国代孕判决时应该采取的解决办法。相比之下，国外研究除了讨论上述问题之外，还会有涉及对一国国用以规制跨国代孕的法律进行分析并提出法规修改建议的内容。此外，将国内外文献做对比，可知国外学者在讨论涉外亲子关系问题时倾向于根据对象不同而做再次的划分，例如细分成 LGBT 家庭、多家长模式家庭等情况，而国内学者有可能是基于本国法律的实际状况，并未将上述情形作为单独的对象进行讨论。

三、跨国收养[④]

（一）国家立法

2017 年 4 月 21 日，在没有公布任何正式理由和发布有关暂停的正式通知的情况下，埃塞俄比亚总理宣布将暂停所有跨国收养。[⑤]

[①] 王吉文：《儿童最大利益原则在跨国代孕判决中的适用问题》，载《青少年犯罪问题》2018 年第 4 期。

[②] 王艺：《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心》，载《法商研究》2018 年第 1 期。

[③] 邓娴：《涉外亲子关系成立的法律冲突及解决》，上海师范大学 2017 年硕士学位论文。

[④] 以“涉外领养”、“跨国收养”、“国际领养”、“领养合作” 为关键词进行检索，一共收集 2017-2018 年度与跨国收养相关国内外文献共 62 篇，其中包括优秀硕士学位论文 4 篇，知网核心期刊 6 篇，海牙国际私法会议文件 2 份，联合国儿童委员会文件 18 份，外文学术研究 32 篇。中文文献的统计对象主要来源于中国知网（CNKI）、人大复印报刊资料全文数据库的收录，外文资料主要通过访问 Lexis 法律数据库、HeinOnLine 数据库、牛津期刊现刊库法律分库、谷歌学术、谷歌浏览器收集获得。此外，通过访问联合国儿童权利委员会官方网站，获得《儿童权利公约》缔约国中包括阿根廷、澳大利亚、比利时在内的 19 个国家提交的 2017-2018 年度国内儿童权利保护报告，其中均有提及该国境内跨国领养的现状及对其的规定。

[⑤] Jennifer S. Jones，*How Changes In Country Policy Affect International Adoption*，September 02, 2017, https://
adoption.com/how-changes-in-country-policy-affect-international-adoption（最后访问时间：2019 年 3 月 14 日）。

荷兰议会私法委员会于 2017 年 5 月开会讨论由其刑事司法和青年保护委员会编写一份报告，该报告认为跨国收养中存在过多的不规范操作以至于形成一种“跨国收养市场”，故而建议终止荷兰的跨国收养。[①]

爱尔兰当局于 2017 年 10 月 17 日签署了生效令，以落实“2017 年领养（修正）法”的规定。[②]2017 年“领养（修正）法”的主要目的是在与领养有关的范围内实施宪法第 42A 条与儿童权利相关的规定。[③]

印度妇女和儿童发展部门于 2017 年 1 月 4 日公布，印度国内对收养事务的管理增添了新的规制，其中第四章节是对于跨国收养程序的规定。这些规定已于 2017 年 1 月 16 日正式实施。[④]

澳大利亚自 2017 年 1 月 1 日起，将管理跨国收养事务的权限由司法部移转到社会服务部门（Department of Social Service），其主要职责包括评估申请、教育、准备和支持潜在的收养父母进行跨国收养，并为父母和收养者提供安置后的监督和支持。[⑤]此外，澳大利亚在 2018 年中期开展了跨国收养项目。该国际项目系澳大利亚与比利时、智利、中国、哥伦比亚、香港、拉脱维亚、菲律宾、波兰、南非、韩国、斯里兰卡、台湾和泰国这 13 个国家或地区展开合作。2018 年 8 月，儿童与家庭部门的部长助理向国家和领土部门的部长建议印度和澳大利亚的领养项目应该缩小规模，但目前为止澳大利亚还未能向印度发出新的收养申请。[⑥]

（二）国际立法

1.欧盟

欧洲议会于 2017 年 2 月 2 日依据自身主动立法的报告向欧盟委员会提出关于跨国收养方面的建议，大致包括以下几个方面：（1）认为迫切需要一项欧洲文书，涵盖自动承认在另一成员国进行的收养；（2）请求委员会根据《欧洲联盟运作条约》第 67 条第 4 款，在 2017 年 7 月 31 日之前提交一份条例提案，规定相互承认判决和决定以及该条约第 81 条第 3 款中涉及家庭法领域的措施；（3）采用特殊程序包括创建一份欧洲收养证书以加快承认进程；（4）强调在所有与收养相关的决定中，儿童的最大利益是最重要的，案件必须根据当事人个人情况加以评估。

2017 年 4 月 28 日，议会还根据向欧洲议会提出的请愿，通过了一项关于在整个欧盟维护儿童最大利益的决议。该决议强调，欧盟成员国在跨国收养决定等法律程序中若未能相互合作和保护儿童最大的权益，那么儿童就不得不受到伤害。基于此，决议再次呼吁成员国和委员会对承认欧盟其他国家国内收养作出规定。[⑦]

2.海牙国际私法会议

2016 年 9 月 21 日，常设局获悉加纳于 2016 年 9 月 16 日交存了 1993 年 5 月 29 日《关

---

① Robyn Wolfson Vorster，*The worldwide war on adoption* ,6 August, 2018.https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2018-08-06-the-worldwide-war-on-adoption/(最后访问时间：2019 年 3 月 15 日)。

② Adoption amendments come into force on Thursday - Minister Zappone signs the Commencement Order for the Adoption (Amendment) Act2017.https://www.dcya.gov.ie/docs/EN/Press-Releases-copy-dcya-gov-ie-2018/81/4445.htm.（最后访问时间：2019 年 3 月 15 日）。

③ Adoption Amendment Act 2017 - Summary of changes. https://www.aai.gov.ie/images/Adoption-Ammendment-Act-2017-Plain-English-Summary.pdf.（最后访问时间：2019 年 3 月 15 日）。

④ Ministry of women and child development notification. http://cara.nic.in/PDF/Regulation_english.pdf （最后访问时间：2019 年 3 月 16 日）。

⑤ Geoffrey Monahan; Jennifer Hyatt, *Adoption Law and Practice in Australia*, 30 SACLJ 484 (2018).

⑥ Adoptions Australia 2017–18，Australian Government, Australian Institute of Health and Welfare.

⑦ Cross-border aspects of adoptions，March,2017. http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-cross-border-aspects-of-adoptions(最后访问时间：2019 年 3 月 16 日)。

于跨国收养方面的儿童保护与合作公约》（以下简称《跨国收养公约》）的加入书，从而成为该公约第 98 个缔约国。《跨国收养公约》已于 2017 年 1 月 1 日对加纳生效。这是加纳加入的第一项海牙公约，也意味着加纳已成为第 149 个与海牙国际私法会议存在联系的国家。[①]美国对加纳的执行立法进行审查并且美国政府当局与加纳会晤后，美国国务院确定美国能够作为公约缔约国与加纳合作，并且于 2017 年 3 月 3 日开始处理与加纳有关的收养问题。[②]

根据 2017 年 12 月 1 日海牙国际私法会议的官方报道，1996 年 10 月 19 日制定的《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权，适用法律，承认，执行和合作公约》（以下简称《儿童保护公约》）于 2017 年 2 月 22 日在古巴交存加入书后对其生效。目前为止，该公约共有 47 个缔约方。《儿童保护公约》是在古巴生效的第二部“海牙公约”，此前第一部是《跨国收养公约》。[③]

2018 年 6 月 28 日贝宁在签署并提交正式批准文件之后，成为了《跨国收养公约》的缔约国。该公约目前为止共有 99 个缔约国。[④]

根据 2018 年 8 月 1 日国际海牙私法会议的官方报道，洪都拉斯于 2017 年 10 月 16 日正式交存《儿童保护公约》加入书，该公约于 2018 年 8 月 1 日正式对其生效，成为该公约的第 48 个缔约方。[⑤]虽然洪都拉斯尚未成为海牙国际私法会议的成员国，但它仍然积极参与海牙国际私法会议的相关活动，并且目前已经签署了四项海牙公约。[⑥]

3.儿童监察专员欧洲网络

儿童监察专员欧洲网络（ENOC）在 2018 年 9 月 21 日于巴黎召开的第 22 届例行会议上提出了有关跨国收养的态度声明。组织成员着重强调了依据《欧洲儿童权利公约》以及其他相关的规定和标准，对欧洲当前法律、政策以及实务操作进行重新考量与审核的必要性。组织成员根据各国实践中出现的收养人和送养人之间的矛盾以及成员国 2018 年的国内调研报告提出几点建议，分别是：（1）加强对收养相关信息的保护；（2）积极履行海牙公约项下的义务以及鼓励非缔约国加入公约；（3）对近年来跨国收养范围的新变化给予关注；（4）对欧洲各国已被领养儿童提供足够的支持；（5）确保跨国收养中每位儿童在收养过程中的权利；（6）尊重和确保儿童了解生理父母的权利；（7）避免对兄弟姐妹进行分离。[⑦]

（三）学术研究

1.国外学术研究

对于跨国收养相关法律问题的探讨，国外学者们所选取的研究角度不尽相同，将其归纳概括之后大致可以分为以下三类：跨国收养与人口贩卖、跨国收养与国际人权、同性伴侣与跨国收养。

[①] Ghana accedes to the 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption.https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=520.（最后访问时间：2019 年 3 月 16 日）。

[②] Adoption Information: Ghana，U.S. Citizenship and Immigration Services. https://www.uscis.gov/adoption/country-information/adoption-information-ghana.（最后访问时间：2019 年 3 月 16 日）。

[③] The Child Protection Convention enters into force for Cuba.https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=581.（最后访问时间：2019 年 3 月 16 日）。

[④] 1993 Hague Adoption Convention enters into force for Benin.https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=640.（最后访问时间：2019 年 3 月 16 日）。

[⑤] Honduras accedes to the 1996 Child Protection and 2007 Child Support Conventions https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=576.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[⑥] 这四项公约分别是：1961 年海牙《关于适用保护婴儿的法律公约》、1980 年海牙《诱拐公约》、1996 年海牙《儿童保护公约》以及 2007 年海牙《关于跨国追索扶养费和其他形式的家庭扶养公约》。

[⑦] European Network of Ombudspersons for Children (ENOC) Position Statement on “Intercountry Adoption” ,http://enoc.eu/wp-content/uploads/2014/12/ENOC-2018-statement-on-Intercountry-adoption-FV.pdf.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

跨国收养的国际性使得对领养的后续监管有一定的难度，再加上一些国家在儿童领养方面的法规不成熟，假借领养之名进行人口贩卖是跨国收养方面绕不开的难题。这一点在非洲国家就显得尤其明显。[①]

国际公约在规制跨国收养和打击人口贩卖问题方面主要有四个，分别为《欧洲儿童权利公约》、《跨国收养公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为》以及《海牙公约》。由此观之，联合国大会致力于将足够的权利给予世界范围内的儿童，无论是处于和平抑或是战争环境之下。联合国公约还引入并界定了儿童“最大利益原则”的实质性权利以作为基本的解释性法律原则和程序规则。除了上述提及的国际公约之外，有学者还认为一国在规制跨国领养和预防国际人口贩卖方面还应该考虑国际习惯法上的责任要求，并且在实践中应该注重对“儿童最大利益原则”的运用。[②]

在讨论跨国收养与国际人权的关系时，往往认为对于儿童的收养是出于人道主义的救助，客观上也是对被收养儿童权利的保障。然而，有学者通过对跨国收养现象与国际人权相关规定的起源与发展历程分析后，提出在跨国收养中也存在着对于国际人权规定违反的观点。[③]例如未能充分考虑被收养儿童与领养家庭之间的种族和宗教差异，抑或是对生活在危机状态下的儿童，想当然地认为为其寻找新的家庭是对他们而言最好的选择，而没有考虑到这些儿童想回到原生家庭的意愿。此外，那些与保障被领养儿童人权相关的权利也被提及，如养父母须具备经济与社交能力、获取文化能力，儿童获得国家积极保护的权利，被领养儿童能够获取新国籍且顺利融入当地生活的权利等。

此外，同性恋婚姻的特殊性，使得同性伴侣成为跨国收养问题讨论中不得不给予额外关注的对象。相关文献在探讨同性恋跨国收养儿童的问题时，或从大环境出发谈论同性恋群体收养儿童的处境以及有关的法律规定，或基于一国宪法所规定的原则对同性恋收养的判例和条文规定进行分析。

当前，欧洲地区各国对于同性恋收养儿童的法律规定有较大的差异。根据 ILGA（International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, and Intersex Association）的统计，截至 2017 年 5 月，只有 17 个欧洲国家完全承认同性恋领养的合法化，这些国家分别是安道尔、奥地利、比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、冰岛、爱尔兰、卢森堡、马耳他、荷兰、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典和英国。[④]爱沙尼亚、意大利、斯洛文尼亚和瑞士这四个国家，批准“继子女领养”，这允许已经进行亲权登记的父母对亲生子女甚至是继子女进行领养。至于附属领土，同性伴侣的共同收养在直布罗陀、格陵兰岛、马恩岛和泽西岛是合法的。克罗地亚允许“伴侣监护”，这在很大程度上与继子女的收养规定相当。在欧洲其他国家里，同性伴侣领养儿童的法律地位则未被给予规定或者是含糊不清的。[⑤]

[①] Sylvia Namubiru Mukasa; Kristen Cheney, *Embedding social justice in Ugandan adoption and legal guardianship cases*, CHILDHOOD IN AFRICA, Volume 4, Issue 1. Spring 2017.

[②] Michael D. Aune, *Unregulated Custody Transfers: Why the Practice of Rehoming Should Be Considered a Form of Illegal Adoption and Human Trafficking*, 46 Ga. J. Int'l& Comp. L. 185 (2017).

[③] Barbara Stark, *When Genealogy Matters: Intercountry Adoption, International Human Rights, and Global Neoliberalism*, 51 Vand. J. Transnat'l L. 159 (2018).

[④] International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, Carroll, A., & Mendos, L.R. (2017). State-sponsored homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: Criminalisation, protection and recognition. http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[⑤] Roberta Messina & Salvatore D'Amore , *Adoption by Lesbians and Gay Men in Europe: Challenges and Barriers on the Journey to Adoption, Adoption Quarterly,* (2018)21:2, 59-81, DOI: 10.1080/10926755.2018.1427641. https://doi.org/10.1080/10926755.2018.1427641.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

有学者认为，在讨论是否应允许同性恋伴侣领养儿童方面，要将其区分为已结婚的同性伴侣和未结婚的同性伴侣，进而与未结婚的异性伴侣领养儿童的相关规定进行对比分析。[①]美国联邦最高院于 2015 年 7 月就 Obergefell v. Hodges 一案中，判决承认在美国同性恋情侣具有结婚的权利，但在实践中，由于不是所有州都同意同性伴侣收养儿童，同性恋伴侣在通过领养儿童以组建家庭方面仍面临着被歧视的困境。例如犹他州的州法 HB393 以及犹他州婚姻主权法案（Marriage Sovereignty Bill of Utah），从本质上禁止同性伴侣领养儿童。[②]其他个别州在处理同性伴侣和异性伴侣领养儿童的问题上，依据领养人的性取向、性别、婚姻状况或所有这些特征而加以区别对待。对于异性伴侣而言，只要领养机构认为他们是“适格”父母就可以收养孩子。虽然对于未结婚的异性伴侣而言，领养孩子不太容易，但是许多州的州法律依然为其提供保障，例如美国加州、康涅狄格州、伊利诺伊州、印第安纳州、马萨诸塞州、新泽西州、纽约州、俄勒冈州、佛蒙特州和华盛顿特区。[③]基于此，有观点认为将未结婚的同性伴侣在领养儿童方面的规定与未结婚的异性伴侣在该方面的规定做比较可知，这实际上违反美国宪法修正案的平等保护条款，构成了歧视性对待。[④]

2.国内学术研究

2017-2018 年度国内关于跨国收养问题的研究大致可以分为两个部分，一是对他国在涉外领养上的法律规定进行研读，二是对欧洲地区收养法律与判例新发展的分析。

有学者曾指出，根据其多年在跨国收养领养的研究来看，我国当前涉外收养领域所面临的最大问题首先是收养的法律适用问题，其次是涉外收养跟踪机制的问题。当前我国涉外收养立法对被收养儿童出境后的跟踪调查和保障机制实质上并未作任何规定，存在法律疏漏，不利于保护在跨国收养中的被收养的我国儿童的利益。[⑤]基于此，部分国内学者希望通过对相关国家相对完善的跨国收养立法和管理进行梳理，以期获取完善我国涉外收养立法的启发。

相关文献在阐述该问题时均采取比较法分析的研究方式，但是切入的视角存在差异。有学者在实体法方面对外国法律和国内规定进行对比，再往下划分出“涉外收养的条件”、“涉外收养的程序规定”、“涉外收养的事后监管”、“涉外收养的国籍”等领域，主要选取德国、法国、美国以及英国的法律规定进行考察，指出我国关于跨国收养方面的规定与他国相比所显现出的利与弊。[⑥]也有观点认为应该关注各国跨国收养的冲突规范，探讨收养人和被收养人适格性这一实质要件和作为涉外收养形式要件的同意权，列举各国立法中有关收养关系解除情况与解除收养关系后的措施相异而导致的法律冲突，同时也从传统理论法学说出发，介绍了各国不同的处理冲突的方式所归属的不同流派，分别为：（1）传统的强制适用法院法主义，如美国的《冲突法重述》规定法院按照当地的法律来审理收养类的案件；（2）收养人的属人法主义，如 1978 年奥地利《国际私法》规定，收养关系由收养者的属人法确定，收养为家庭收养时，必须共同适用各自的属人法；（3）被收养人的属人法主

---

① Jasmine Hanasab Barkodar, *Gay Marriage Is Legalized, Now What: Discriminatory Adoption Regulations*, 26 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 131 (2017)

② RobertBoyd, *'Marriage Sovereignty 'Bill Proposed in Utah Could Infringe on Rights of Same- Sex Couples*, FOX 13 (FEB 18, 2016),http://foxl3now.com/2016/02/18/marriage-sovereignty-bill-proposed-in-utah-could-infringe-on-rights-of-same-sex-couples/.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

③ Adoption, unmarried equality, http://www.unmarried.org/parents-children/adoption/.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。.

④ Peter Gallucci, *Thou Shall Not Adopt: Sexual Orientation Discrimination in the Adoption Process*, 23 Cardozo J.L. & Gender 465 (2016).

⑤ 参见蒋新苗、张融：《我国涉外收养立法研究——湖南师范大学博士生导师蒋新苗教授访谈》，载《社会科学家 2018 年第 4 期，第 161 页。

⑥ 参见卫婷：《论我国涉外收养立法之完善》，西北大学 2017 年硕士学位论文。

义，目前如《跨国收养公约》、《美洲法律冲突公约》和《海牙涉外收养公约》都采取这一观点；（4）同时适用属人法主义，该观点的适用存在两种情况，一是重叠适用即双方都必须符合两方的属人法，二是分别适用即收养人和被收养人适用各自的属人法。[①]

从收集到的文献中可看出，绝大部分文章都是从他国既定的涉外领养规定的理论渊源出发，分析法条构成要素和适用情况。有文章分析了新修订的《关于儿童收养的欧洲公约》在六个方面的新变化。[②]此外，有学者对欧盟近年来关于外国收养判决承认进行分析，认为欧盟在承认外国收养判决之间接管辖权条件方面的态度发生变化。[③]一方面欧盟在承认一般涉外收养判决时逐步淡化间接管辖权审查，另一方面设定了新的适用于国内性质收养判决在跨国承认中的间接管辖权审查标准。

通过观察欧洲地区相关公约的发展和欧盟承认外国收养判决时考虑因素之变化可知，保护被领养儿童权利，充分重视儿童最大利益原则，甚至主张被收养儿童应取得与婚生子女相同的法律地位是当今国际社会关于跨国收养态度的发展趋势。

（四）小结

从现阶段收集到的资料来分析，无论是一国国内的法律规定抑或是国际层面的法律合作，在涉及到跨国收养问题时，“儿童最大利益原则”的落实推进始终是重点部分。虽同是出于对儿童的保护，但国家立法上却存在两种截然不同的价值取向——完全禁止跨国代孕和积极开展国际合作。

国内学者与国外学者在研究跨国收养问题时虽然研究目的存在共同点，但是两者的关注点有着比较明显的差异。国内学者在研究跨国收养问题时，围绕的更多是国际私法中的法律适用问题。而国外学者的研究不限于对法律适用的讨论，还会触及国际人权、国际人口贩卖以及同性恋婚姻等相关问题

四、 涉外监护[④]

（一）国家立法与判决

1. 国家立法

（1）匈牙利颁布新国际私法典

2017 年 4 月 22 日，匈牙利议会通过了新的 《国际私法典》(2017 年第 28 号法令)，[⑤]取代了 1979 年《国际私法》。《新法典》于 2018 年 1 月 1 日起生效。在监护方面，匈牙利新国际私法就确定管辖权和法律适用方面均作出了新的规定。

在管辖方面，1979 年《国际私法》仅有“为住所或惯常居住地在匈牙利的非匈牙利公民设置保佐人或者解除保佐”的相关规定，不仅管辖所涉及的对象单一，管辖范围也十分狭隘。《新法典》第 106 条规定：根据《2003 年 11 月 27 日欧洲理事会关于管辖权以及承认和执行婚姻事项判决和父母责任事项第 2201/2003 号条例》（以下简称《父母责任条例》）的规定，不再对被监护人的国籍是否为匈牙利籍进行区分，只要在匈牙利有惯常居所的，匈牙利法院对父母监护、接触权以及抚养程序具有管辖权。此外，《新法典》第 107 条规定：在因家庭法律关系和登记配偶关系而产生的有关父母监护、接触权和扶养程序中，儿童的

---

① 参见王文：《涉外收养法律问题研究》，上海社会科学院 2018 年硕士学位论文。

② 参见蒋新苗：《欧洲收养法律冲突解决的新方略》，载《社会科学家》2018 年第 4 期，第 7-16 页。

③ 参见刘阳：《论欧盟承认外国收养判决条件之新发展》，载《武大国际法评论》2018 年第 4 期，第 58-75 页。

④ 以“涉外监护”、“跨境监护”、“监护国际合作”等关键词进行检索，一共收集到 2017-2018 年度与涉外监护相关的法律咨询以及学术文献共 52 篇，其中包括 4 份海牙国际私法会议文件，2 份联合国儿童权利委员会报告，2 份欧盟委员会文件，36 篇国外学术文献，8 篇国内学术文献。

⑤ https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=106778&p_country=HUN&p_count=858&p_classification=01.03&p_classcount=5. （最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

惯常住所地或者儿童父母的婚姻所在地法院为外国法院的，承认外国法院的管辖权。这一改动扩大了匈牙利法院的管辖权范围，以加强其对本国公民在涉外监护方面的保护。

《新法典》在第三章家庭法中对监护的法律适用作出了大刀阔斧的改动。[①]1979 年《国际私法》在监护的设置和终止要件、监护人的义务范围这两方面均采取了属人法的系属公式，分别适用被监护人、监护人的本国法。监护人与被监护人之间法律关系的法律适用以作出监护命令机关所在国为连接点，但当被监护人惯常居所在匈牙利且匈牙利法对被监护人比较有利则直接适用匈牙利法。[②]《新法典》第 34 条规定：(一)监护父母与子女、监护人之间的法律关系除已满法定年龄和姓名的事项外，适用诉讼法院所在地的法律。(二)诉讼法院可以例外考虑适用与案件密切联系，且维护被监护人利益的他国法。据此，《新法典》大大简化了有关监护的法律适用规定，统一规定适用法院地法，同时法院额外考虑适用有利于维护被监护人利益的他国法，可见此次修订的《新法典》顺应了目前欧洲主流的立法趋势——冲突法是以结果为导向的法律选择，法律适用的结果是要让被监护人的合法利益得到保障。

（2）克罗地亚颁布新国际私法典

2017 年 10 月 4 日，克罗地亚议会通过了新的《国际私法》，并已于 2019 年 1 月 29 日正式生效，[③]完全取代了 1983 年《国际私法》。相比较之下，新法案在涉外监护方面的规定更加简单、明确，体现出克罗地亚国际私法在这三十多年的发展过程中深受欧盟和海牙国际私法会议等国际立法活动的影响。具体而言，主要体现在以下两个方面：

在管辖权方面，1983 年《国际私法》就监护事项没有直接规定，仅在第 69 条规定克罗地亚法院有权管辖剥夺、恢复父母权力、任命父母为儿童财产受托人等案件。新法案第 50 条规定，克罗地亚法院在父母责任、监护方面的管辖权适用《父母责任条例》以及《儿童保护公约》的规定。此外，新法案确定了儿童惯常居住地所在国行使儿童保护措施管辖权的基本原则，并同时规定其他有最密切联系国家的补充管辖权。这些改动都有助于在涉外监护事项中更好地保护未成年人的合法权益，同时也表明了新法案旨在与欧盟法规和相关国际条约保持一致，以减少涉外监护方面的法律冲突。

在法律适用方面，1983 年《国际私法》第 15 条是一条以被监护人的国籍为连接点的单边冲突规范，虽然简单方便，但就有关监护的所有事项统统适用被监护人的本国法容易导致法院在适用法律时存在一定漏洞。[④]《新法案》第 15 条则规定："关于儿童监护的一般规则，适用《儿童保护公约》。"这一改动体现了克罗地亚在加入海牙国际私法会议以后，在儿童保护领域重视国际合作，符合当前国际社会将保护儿童利益作为首要考虑因素的主流趋势。

2.判决

（1）欧盟案例

2018 年 4 月 19 日，欧盟法院（第六分庭）在"Saponaro 申请代表未成年子女放弃遗产授权"案中作出判决，[⑤]认定父母申请代表未成年子女放弃继承权不适用继承法律，而是属

[①]http://www.lawyee.org/PubPage/Detail?DataID=5567c62f1130560650000409&PageID=167&RowNum=1&CurrentPage=1&IsRecord=false. （最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[②] 1979 年匈牙利《国际私法》第 48 条规定：（一）设置监护和终止监护的要件，适用被监护人的属人法。（二）监护人执行监护的义务的范围，适用监护人的属人法。（三）监护人和被监护人之间的法律关系（包括监护人管理财产和作出计算的义务）适用作出监护命令的机关的本国法；如果被监护人居住在匈牙利，而匈牙利法对被监护人比较有利，应适用匈牙利法。

[③] https://www.zakon.hr/z/947/Zakon-o-me%C4%91unarodnom-privatnom-pravu.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[④] 1983 年《国际私法》第 15 条规定："有关监护及其终止的的法律，以及监护人和被监护人之间的法律关系，适用被监护人本国法。"

[⑤] *Proceedings brought by Alessandro Saponaro and Kalliopi-Chloi Xylina*, CJEU-C-565/16.

于父母责任范围内的监护事项。

本案原告 Sapanoro 先生与 Xylina 女士系未成年子女的父母，惯常居住地为意大利罗马，该未成年子女的外祖父死后未留下遗嘱，死亡时居住地为希腊，遗产包括位于位于希腊境内的车和船只。由于死者生前因欺诈被定罪，其继承人可能成为受害人提起的损害赔偿民事诉讼的对象。因此，死者的妻女均已放弃继承权，故原告向希腊小额索偿法庭提出申请，要求代表未成年子女放弃继承权。

此案主要涉及对《父母责任条例》第 12 条的解释。该条规定，本条例规定的父母责任事项的管辖权是根据儿童的最大利益而制定的。该条例第 1 条明确了其适用范围。[①]法院指出，儿童惯常居所成员国的管辖权如果与儿童最大利益相违背，也应当被排除在外，除非儿童居住地发生变化或根据父母责任人之间的协议进行更改。因此父母以其未成年子女的名义提出放弃遗产的申请属于父母责任范围，管辖法院作出的相关授权应当符合儿童的最佳利益。

欧盟法院认为，虽然本案具有继承背景，但其本质是父母为维护儿童的最大利益。以未成年子女的名义放弃遗产是属于父母行使管理、处置儿童财产的监护措施，是《父母责任条例》第 1 条第 1 款(b)项所指的责任范围内，同时体现了目前欧盟法院对于父母责任司法管辖权的转移事项必须要符合维护儿童最大利益的原则。本案中儿童的惯常居所在意大利法院和遗产所在地的希腊法院均具有相应管辖权，父母向希腊法院提起申请表明他们是明确接受该法院管辖，希腊法院授权父母代替未成年子女放弃其继承权的申请，符合儿童的最佳利益。

（2）美国案例

2018 年 10 月 12 日，美国佛罗里达地方法院在 Rivero 诉 Godoy 案中，[②]依据 1980 年 10 月 25 日海牙《关于国际儿童拐骗事件的民事问题的公约》的规定（以下简称《海牙诱拐公约》），判决 Godoy 女士应当归还孩子，使其回到其经常居住地——委内瑞拉。

本案中，Rivero 和 Godoy 没有婚姻关系，育有一子 MEC。2017 年之前，Godoy 和 MEC 一直生活在委内瑞拉，Rivero 和 Godoy 签有监护协议，协议规定 Rivero 拥有 MEC 的监护权，同时要求他要为孩子提供经济支持。2017 年 5 月 2 日，MEC 所住社区发生动乱，Godoy 带着 MEC 在仅有旅行签证的情况下前往迈阿密，并长期逗留，逾期没有返回委内瑞拉。Rivero 先生根据公约的规定请求法院判决 MEC 立刻返回委内瑞拉。法院认为，首先，根据公约认定父母的监护权是包括与照顾子女有关的所有权利，特别是确定儿童居住地的权利。其次，监护协议明确了 Rivero 享有对 MEC 的监护权。Rivero 先生平时与 MEC 经常保持联系并提供经济支持，实际行使了监护权。最后，Godoy 和 MEC 长期滞留在美国，符合《海牙诱拐公约》中规定的“非法将儿童带离经常居住地所在国”的情形。法院最终认为 Rivero 先生享有监护权，同时指出《海牙诱拐公约》的目的是恢复现状，以确保儿童能够迅速返回经常居住地所在国，消除被父母带离国境所造成的有害影响。因此，Godoy 女士的行为违反了《海牙诱拐公约》针对父母行使监护权的有关规定，应当即刻让 MEC 立即返回委内瑞拉。

（二）国际立法

[①]《父母责任条例》第 1 条规定：“1.本法规适用于与以下方面有关的民事案件：(b)父母责任的归属，行使、授权、限制或终止。2.第 1 条（b）款所述事项涉及：保护儿童与儿童财产的管理，保护或处置有关的措施。3.本规则不适用于：(f)信托或继承。”

[②] *Rivero v.Godoy*, 2019 US Dis.LEXIS. 3164118-23087-Civ-COOKE / GOODMAN https://advance.lexis.com/document/?pdmfid=1000516&crid=1e757ff6-04b4-45dc-b29a-07d2cb5e82c2&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fcases%2Furn%3AcontentItem%3A5VHV-62G1-K0BB-S0Y1-00000-00&pddocid=urn%3AcontentItem%3A5VHV-62G1-K0BB-S0Y1-00000-00&pdcontentcomponentid=6421&pdshepid=urn%3AcontentItem%3A5VHT-W361-DXC8-755H-00000-00&pdteaserkey=sr0&pditab=allpods&ecomp=1yrLk&earg=sr0&prid=0eebfc7a-e162-4162-9a02-adfb2f3759ad.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

1.海牙国际私法会议

2018 年 12 月 5 日至 7 日，在比利时布鲁塞尔，欧洲委员会和海牙国际私法会议联合举办了有关“对弱势成年人的跨境保护”专题会议。[①]会议指出，保护成年人的首要问题是尊重他的尊严和自主权。其次，各成员国讨论了 2000 年 1 月 13 日海牙《关于国际成人保护的公约》目前需要作出的一些切实可行的改进，[②]包括形成一系列良好的行为指南、典型范式以及司法指导，从而加强各国的信任与联系，在金融、保险和医疗领域建立起全面合作关系，有效落实对弱势成年人的跨境保护工作。最后，各成员国相互交流在此方面工作的经验，并且有些成员国提出了专门针对监护弱势成年人的议题：着力打造专业性的基于“支持决策”机制的监护管理机构，以在监护管理过程中为弱势成年人提供更多的自主权。

根据 2017 年 12 月 6 日海牙国际私法会议的官方报道，拉脱维亚于 2017 年 11 月 24 日交存了《成人保护公约》的批准书，并于 2018 年 3 月 1 日正式对拉脱维亚生效。拉脱维亚的加入使得该公约缔约方总数达到 10 个，是公约的一个重要里程碑事件。拉脱维亚自 1992 年以来一直是海牙国际私法会议成员，并且已经是 12 个其他海牙公约和一个海牙议定书的缔约方。此外，根据最新报道，该公约也将于 2018 年 11 月 1 日对塞浦路斯正式生效。[③]

2.欧盟

2017 年 6 月 20 日欧洲议会委员会和宪法事务政策部组织了一次“关于当前移民背景下，各国对失散儿童身份的确认以及监护问题法律适用”的研讨会。[④]本次研讨会聚焦于在移民不断增加的背景下，国际私法和移民法领域之间产生了许多重叠甚至冲突，明确各国要加强国际合作，统一国际管辖权，在监护问题上适用儿童惯常居所地法律。

欧盟委员会和欧洲议会理事会在 2017 年 12 月 4 日就保护移民儿童的问题举行了专题会议。[⑤]会议指出，随着抵达欧洲的移民儿童人数不断增加，各成员国移民管理工作和儿童保护系统面临的压力越来越大，在欧盟整体范围建立起一个欧洲监护网络，是保障移民儿童利益的关键措施。委员会在 2016 年改革欧洲共同庇护制度的报告中明确了监护人对保护移民儿童的利益方面发挥着关键性作用，他们可以帮助儿童，建立起信任关系。监护人应当防止儿童失踪或使其成为人口贩运的牺牲品。各成员国需要加强适用于儿童的具体保障措施。此次会议指出一些会员国的监护制度的运作存在重大缺陷，特别是在指定适当合格的监护人数量和任命的速度方面。因此，会议认为委员会接下来的工作重点主要为以下几方面：首先，通过加强欧盟的跨领域行动，建立起更有针对性的方法，包括建立欧洲监护网络，欧盟各成员国现有监护机构加强区域合作，交流并制定关于监护领域的优良措施。其次，在委员会和欧盟机构的支持下，鼓励各成员国针对移民儿童问题进行监护机构专项改革，确保移民中所有举目无亲的儿童的监护人能够迅速到位。最后，各成员国可以通过充分利用现有的跨境合作渠道，在欧盟内外都建立迅速有效的监护机制，以保障移民儿童的最大利益。

2018 年 2 月 13 日，欧洲区域委员会公开了一项有关保护移民中的儿童的报告。[⑥]该报

[①] Vulnerable adults–An important step forward https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=654（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）

[②] 2000 年海牙《关于国际成人保护公约》适用于个人能力受损或不足的成年人，在弱势成年人无法保护自身利益的情况下，各成员国司法或者行政当局需要将这些人群纳入规范的监护管理之下。

[③] Latvia ratifies the 2000 Hague Protection of Adults Convention https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=586.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[④] http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/events-workshops.html?id=20170607WKS00621. （最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[⑤] Opinion of the European Committee of the Regions - The protection of children in migration. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017IR2782.(最后访问日期：2019 年 3 月 20 日)。

[⑥] 同上注 116。

告指出，确定欧洲移民趋势中儿童的监护权是当前相关学界重点关注的话题。由于欧洲各成员国之间有关监护权的制度各不相同，使得儿童获得平等权利的机会也不尽相同。因此，委员会提出在欧盟范围内建立一项统一的制度：为移民中每位举目无亲的儿童，都指定一位专业监护人，监护人需要在无论儿童是否寻求庇护的情况下，都能代表儿童，并就法律事务发言，还要与儿童们建立信任关系并保护他们免受各种剥削和伤害，以保护他们的利益。目前，德国已经初步建立起此项制度。[①]报告中明确了专业监护人应当首先要经过主管机构或公共机构的相关培训，使其具有特定的知识技能和文化素养，才能充分地履行其专业监护人的职责，并且指定和培训相关人选的费用将由会员国政府支付。报告最后呼吁建立起专业监护人制度和欧洲监护网络，各成员国应当分享经验并制定细化相关准则，从而达到维护移民中儿童的最大利益的目的。

（三）学术研究

1.国外学术研究

2017-2018 年度，国外学者就涉外监护方面的研究，多聚焦于通过典型案例分析，比较不同法域或者不同国家监护制度的异同。此外，有关欧洲移民潮流，建立和完善移民儿童监护制度，也是学界广泛关注的重点问题。

(1)分析不同国家和地区的监护制度

在伊斯兰法域内，涉及到监护权的归属和争议主要受到传统伊斯兰法的管辖。[②]随着时间的推移，各传统伊斯兰国家的立法变化以及新的司法判例都体现出一个趋势：传统的伊斯兰宗教法律不再适合解决现代家庭事务争端。法院在处理儿童监护案件时常常会陷入解释传统伊斯兰宗教家庭法律原则过于僵化和狭隘的困境之中。因此,现在越来越多的法院经常会推翻原有伊斯兰宗教法律的传统解释，根据公正、正义和良知作出审判。在孟加拉国，这一趋势在法院适用儿童监护扶养方面的法律时表现的尤为明显。[③]

有学者以年代顺序分析了相关伊斯兰国家最高法院的监护案件的判决情况，归纳总结出在伊斯兰法域下，这些判决适用传统的伊斯兰儿童监护法律原则的判决比例在不断下降，推翻传统的伊斯兰法律原则的判决比例在不断上升。在推翻的案件中，法庭更多的是出于保护儿童的最佳利益的目的，这体现了相关伊斯兰国家就儿童监护事务的审判回归到以维护儿童最大利益为基点的国际主流趋势之中。

在尼日利亚，监护是涉外家事领域中的一个重要问题，是儿童事务的一个类别和一个方面，监护制度是关系到儿童福利和最大利益的重要保障。[④]《布莱克法律词典》将家庭法中的监护权定义为对儿童的照顾、控制和赡养。[⑤]因此，当地法院在授予监护权时，最大程度地维护儿童的利益是法院衡量的重要指标。有学者认为，根据 1989 年 11 月 20 日《联合国儿童权利公约》,“儿童可以通过行使一项程序性权利”来保护和促进其他权利的实现。具体而言，儿童的参与权是一件重要的权利，儿童参与《联合国儿童权利公约》所述监护事项的权利是对儿童享有人的尊严的补充，并有助于确定儿童的其他权利。[⑥]此外，对婚姻

[①] 例如，德国家事法院会听取青年福利办公室的意见，再根据当事人的个人情况、候选人的经济状况以及其他情况，选择担任专业监护人的人选。

[②] See N J Coulson, *A History of Islamic Law (EdinburghUniversity Press 1964) 164*; Wael B Hallaq, An Introduction to Islamic Law (CUP 2009) 115.

[③] See Judicial Trends in Child Custody Cases in Bangladesh: *Traditional Islamic Law Rules versus Welfare Considerations*. Asian Journal of Comparative Law, 12(2), 233-256.（2017）.

[④] See Chinazor Queen Umeobika:*Evaluation of the Rights of the Child to Participation in Divorce/Custody Matters in Nigeria*, 9 Nnamdi Azikiwe U. J. Int'l L. & Juris.122 (2018).

[⑤] 相关学者指出对儿童的监护权不仅意味着对儿童的控制，而且伴随着对儿童的保护和充分的照顾，这些具体体现在被监护人的人格、身体、精神、和道德上。监护的责任包括满足被监护人在食物、住所、衣服等方面的需要。尼日利亚法院指定的监护人需要为儿童的日常生活提供一切基本福利。

[⑥] See N Taylor et al:*International Models Child Participation in Family Law Proceedings Following Parental*

子女的监护、福利、晋升或教育，以子女的利益为首要考虑，法院在这方面享有广泛的自由裁量权。根据每个案件的特殊情况，法院均衡考量可以授予监护权的人选，维护儿童的最佳利益、福祉不仅仅是首要考虑因素，更是一个先决条件。[①]

儿童的参与对于确定授予子女监护权的亲生父母或其他个人很重要。近年来，各国儿童参与到监护案件的数量正在不断增加。参与监护扶养案件的权利使儿童有机会像成年人一样拥有选择结果的权利，并且采取行动实现其他权利，以协助法院作出符合儿童最大利益的适当判决。相关学者认为，“儿童参与”面临的主要挑战之一是在法律的实施方面，理论与实践之间存在着明显的差异。有学者主张修订实体法律和程序程序的有关规定，纳入“儿童参与”的要素，在监护案件中，儿童应被视为独立的当事方，独立派代表出席，了解他们的权利和适当的程序。[②]

相关学者希望美国在每个州都应设立专门的家事官员，以处理所有家庭事务，包括涉及的涉外监护事务。在涉及儿童利益或福利的程序事项中，或是在儿童是争议对象的情况下，加强儿童的参与程度。法院需要扮演更积极主动的角色，在每一宗有关儿童的个案中，均以儿童的最大利益为首要考虑，鼓励儿童发表意见，并听取他们的意见，同时就涉外监护事项就专家征求相关意见，并且出具权威儿童权益报告。

（2）移民潮中的儿童监护问题的讨论

有学者指出，虽然欧盟十分关注移民儿童的监护问题，每个欧盟成员国都有一个国家儿童监护系统，以移民儿童、被剥夺父母关怀的儿童提供保护。然而，现行的国家监护系统大多是将监护只能委托给了地方一级的社会服务机构，只有少数成员国在国家一级拥有中央监护权，这导致在各区域执行相关工作时将会履行不同的标准，缺乏统一的方法将会导致各儿童无法公平地享有其最佳利益。移民儿童的专业监护人需要确保其被监护的儿童的权利受到保障，主要包括让儿童得到适当的照顾、住宿、卫生保健、教育发展和心理健全方面的支持，同时要就法律事项要和儿童协商，并让决策当局接收到移民儿童的意见，最后要向儿童提供专业的咨询意见，使其随时了解自己的权利。这些是具体确定维护移民儿童最佳利益的有效解决办法。此外，通过建立移民儿童监护管理制度，在移民儿童与可能为儿童提供服务的机构之间有效建立联系，协助他们寻找家庭，是欧盟解决贩运移民儿童问题的关键举措。[③]

在美国《冲突法重述（第三次）》的编纂过程中，同样面临着如何处理跨境家庭事务的问题，包括在家事法领域中的国际法律文化和纯粹国内事务，尤其是有关儿童监护问题上如何对比分类。[④]《冲突法重述（第三次）》在这一领域的首要问题在于如何处理带有国际因素的事务和案例。有学者提出，在必要情况下首先承认国内和跨境儿童监护案件的不同之处，通过接受这种差异，以产生更加和谐一致的结果，让儿童顺利地从一国迁徙至另一国，维护他们最大利益，同时也不会引起重大的国际私法问题。[⑤] 因此，美国现阶段在进行对《冲突法重述(第三次)》的评估编纂工作，以发挥国际私法在协调涉外监护法律问题方面的作用，逐步减少与国内法的差异，最后得出强有力的普遍的解决方案。

Separation/Divorce, Op cit, pp. 645 - 673.

[①] Child Rights Act, 2003, s.75.

[②] See Nigussie Afesha: *Legal and Practical Aspects of Child Custody, Visitation and Maintenance: A Case Study inSNNP Regional State*, 11 Mizan L. Rev. 275 (2017).

[③]https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/guardianship_systems_for_children_deprived_of_parental_care_in_the_european_union_en.pdf（最后访问日期：2019 年 3 月 20 日）。

[④] See PRELIMINARY DRAFT No. 2§1.0, cmt. e (relation of Restatement of Conflicts to Restatement of Foreign Relations Law).

[⑤] See Sanchez, Mark; Arthur, Craig; Johnson, Lauren; Barthel, Nick; Alicie, Jo-Ellen. "Detainment, Dependency, and Deportation," Whittier Journal of Child and Family Advocacy 17 (2018): p. 106-137.

目前各国针对移民潮中为举目无亲的儿童确定监护人采用的维护儿童的最佳利益标准，这一标准不分性别，其优点是将重点放在对儿童最有利的结果上，承认父母双方对子女都有权利，从而促进父母之间的公平和平等。由此可以看出，最佳利益标准承认父母双方对子女都有权利，从而保障父母之间在争夺监护权时的公平和平等，但是其所具有的不确定性与鼓励诉讼这两项缺点也让此项标准饱受批评。[①]

2.国内学术研究

在涉外监护方面，国内学者对该问题的讨论主要集中在完善相关立法的分析方面。在讨论这一问题时，相关学者先从国际上不同的儿童监护立法情况的比较入手，以国际私法的三个基本维度“管辖权、法律适用和判决的承认与执行”为核心框架。

在管辖权方面，被监护人的惯常居所地是儿童监护最重要的管辖权基础，依据儿童的惯常居所地是各国立法关确定管辖权的普遍做法。相关学者通过比较国际上不同国家的不同做法，并介绍其他确定管辖权的依据，包括受理离婚案件的法院可以附带成为儿童监护诉讼的管辖法院、当事人的国籍国法院可以成为管辖法院。此外，在紧急情况下，儿童最后出现地法院也可以行使保护性临时管辖。[②]

在法律适用方面，儿童惯常居所地是各国关于涉外监护关系法律适用最普遍的连接点。不过，两大法系国家在连结点的选择上却不尽相同。在英美法系国家中，英国采用法院地法，将管辖权问题与法律适用问题一起考虑；美国则受政策影响较为严重，在实践中对儿童监护采用政策定向的法律选择方法。在大陆法系国家中，日本较为特殊，采用单边冲突规范，适用本国法。德国、瑞士、比利时等国是将儿童惯常居所地作为法律适用的主要连接点。[③]

在判决的承认和执行方面，欧盟国家形成了儿童监护裁决的区域性公约。具体而言，公约成员国直接适用公约的规定；而非公约成员国对相关裁决的承认和执行由内国法来调整，一般不承认判决超越私法权限、外国法院无管辖权、被告权利未得到保障、与境内未决程序相抵触、违背公共秩序的判决。值得注意的是，英国立法十分强调儿童利益最大化，外国监护裁决的效力只限于监护人可以在英国国内法承认的范围内行使监督权，如果外国监护人将儿童带离其本国境内，只要在英国境内没有被反对，那么该监护人可以在英国境内行使不超过英国国内法对儿童的监护权，但英国往往会对欧盟成员外儿童监护裁决进行实质性审查。

通过对各国的立法比较，结合我国《法律适用法》有关监护的规定，学者首先肯定了我国采取了“弱者保护”这一符合国际趋势的立法模式，但也提出因为采取“有利原则”这种描述模糊的立法标准，带来了法官自由裁量较大、儿童保护措施缺乏实质内容等立法问题，导致司法实践中出现了《法律适用法》第 25 条、第 29 和第 30 条被搁置不用的现象。[④]涉外监护的核心问题是要在相关备选的法律中选择出最合适或最适当的法律来确定当事人之间的实体性权利义务。因此，在某一涉外监护扶养案件中，若要保护我国当事人（特别是我国当事人是被监护方时）的合法权益，就必须在法律适用这一环节上凸显有关立法的科学性、先进性和适当性。针对上述问题，学者指出适用“有利原则”中涉及的比较法

---

① See Margaret Ryznar, The Empirics of Child Custody, 65Clev. St. L. Rev. 211 (2017).

② 孔源王继红：《论涉外儿童监护的立法评价及完善》，载《湖南科技学院学报》，2018 年第 3 期。

③ 同上注 130。

④《法律适用法》第 25 条：父母子女人身、财产关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。第 29 条：扶养，适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。第 30 条：监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。

问题，需要结合了宏观和微观两个层面，[①]既立足于具体问题的解决，又要调动不同法域中不同的法律思维与方法，还涉及如何在法院地程序法的框架内适用外国准据法中的实体法。“有利条款”在司法实践中常常受到规避，这直接导致一些重要的法学理论问题缺乏问题意识之源和司法素材，尤其是比较法研究。因此，法官不能随意以司法规避来躲避裁判职责，而要认真裁判个案，在此层面上建立清晰、具有可操作性的裁判规则，从而在司法实践中正确适用“有利条款”，保护具体个体的利益，同时促进相关理论发展。[②]

（四）小结

纵观过去两年国际私法有关涉外监护法律的发展，匈牙利、克罗地亚等国家修改了本国的国际私法典，就涉外监护的规定逐步与欧盟法规和相关国际条约保持一致。而国际立法发展稍显不足，未形成有关重要的国际性文件或报告。

随着全球经济格局的演变，发展中国家在各大国际组织中逐渐开始贡献自己的力量。海牙国际私法会议近年来的缔约国越来越多，大多数是发展中国家。欧盟方面将目光聚焦于儿童保护工作，针对贩运移民儿童问题，欧盟各委员会出台了一系列举措，指导各成员国制定专门的监护制度，维护儿童最佳利益，杜绝人口贩卖犯罪。 而美国法学会同时在进行《冲突法重述（第三次）》的编纂工作，以协调目前司法实践中面临的涉外监护法律问题，在处理带有国际因素的案例时，减少与国内法的差异。

学术研究方面，国内学者聚焦于《法律适用法》具体法条的分析和讨论，以完善相关立法工作。国外学者视角更为广阔，并不限于内国法的研究，还通过比较研究的方法，分析对比不同法域下涉外监护方面的法律问题和案例，为同业者提供了更广阔的研究思路。

五、涉外扶养[③]

（一）国际立法

在 2017 年-2018 年度，海牙国际私法会议推进了许多工作。在涉外扶养方面，如何在儿童家庭领域达成协议，并有效在外国执行追索扶养费是一个困难而复杂的问题。为解决该问题，海牙会议成立了跨境承认和执行涉及儿童家庭事务协议专家组。2017 年 6 月 14 日至 16 日，专家组成员小组在海牙举行第三次专题会议并设立常设局办公室。[④]本次会议的主要重点之一是讨论由常设局编写的《指导工具草案》，以及 2016 年理事会通过的相关结论和建议。《指导工具草案》的主要目的是根据《海牙诱拐公约》、《儿童保护公约》》以及 2007 年 11 月 23 日《关于跨国追索儿童扶养费和其他形式的家庭扶养公约》以及《关于扶养义务法律适用议定书》，提出如何在外国承认和执行涉及儿童的家庭法领域协议的最佳做法。除此之外，《指导工具草案》将有助于确定上述公约中可能存在的缺陷，以便更好地评估在该领域开发新的约束性文书的可能性和可行性。专家组讨论后，虽然现有的“海牙家庭法公约”确实鼓励友好解决家庭纠纷，但他们并没有考虑使用所谓的“一揽子协议”，来解决一些超出公约范围的问题。

[①] 宏观比较指的是比较“处理法律素材的一般方法，调解和裁决争议的程序，或者法律家从事法律工作时所使用的方法”;微观比较指的是“比较那些在不同的法律秩序中用以解决一定的具体问题或一定的利益冲突的规则”。

[②] 叶竹盛：《寻找“更有利的法”：比较型冲突规范的司法困境及出路》，载《现代法学》2017 年第 5 期。

[③] 以“涉外家庭扶养”“跨境扶养”、“扶养国际合作”等关键词进行检索，一共收集到 2017-2018 年度与涉外扶养相关的法律咨询以及学术文献共 22 篇，其中包括 2 份海牙国际私法会议文件，14 篇国外学术文献，6 篇国内学术文献。文献收集主要通过访问中国知网（CNKI）、北大法意、北大法宝、Lexis 法律数据库、Heinonline 数据库、牛津期刊现刊库法律分库、谷歌学术以及谷歌浏览器收集获得此外。同时通过查询海牙国际私法会议网站、欧盟委员会官网以及联合国官方网站获取法律讯息。

[④] See News from the Hague Conference on Private International Law: Permanent Bureau of the HCCH on Private International Law, Uniform Law Review, Volume 22, Issue 4, December 2017, Pages 984–995, https://doi.org/10.1093/ulr/unx035. （最后访问时间：2019 年 3 月 30 日）。

2016 年 9 月至 2017 年 9 月期间，白俄罗斯和加拿大签署了《海牙扶养公约》。此外，《海牙扶养议定书》现在约束了 30 个国家和地区，巴西和哈萨克斯坦在过去一年中批准或加入了该文书。常设局及其区域办事处通报了一系列世界各地区，包括非洲、亚太地区和拉丁美洲积极致力于批准和加入《海牙扶养公约》的国家。为进一步执行公约及议定书以解决全球儿童扶养债务，目前有 13 个国家参与了 iSupport 的开发，这是一个旨在促进“公约”实际运作的电子案件管理和安全通信系统。由海牙会议常设局协调并由欧洲联盟和其他 20 多个组织和国家慷慨资助的 iSupport 已经被葡萄牙和美国加利福尼亚州的案例工作者用于简化追索国外儿童扶养费的工作。[①]

2018 年 10 月 18 日和 19 日，“加勒比国际儿童保护会议——实施和运作海牙儿童保护公约”在牙买加金斯敦举行。[②]该会议的目标是促进 1980 年加勒比管辖区内的“绑架儿童公约”的实施和运作，并向该区域的中央机关官员和海牙网络法官提供培训。此外，会议还讨论《海牙收养公约》、《儿童保护公约》和 2007 年《儿童支助公约》的发展情况，以促进国际家庭调解事项的实施。会议使与会者能够就“绑架儿童公约”的实施和运作进行深入讨论并交换意见和经验，使之有机会评估其他海牙儿童公约在处理加勒比地区及其他地区跨境儿童保护案件方面的作用和益处，并讨论加入这些公约的好处。此次会议评估出所有可能的手段，以改进在各自管辖范围内生效的海牙儿童公约的实施和运作，并鼓励进一步评估可能加入其各自管辖范围内尚未生效的公约。

（二）小结

2017-2018 年度，国外学者就涉外扶养方面的研究与涉外监护多有重叠，主要集中在保护儿童，维护儿童最佳利益以及跨境追索扶养费纠纷的讨论上。国内相关学者通过比较各内国法中跨境扶养义务制度的异同，结合对相关海牙公约的分析，总结出目前跨境追索扶养费所面对的挑战，提出一些新的规则，例如建立专门性的扶养纠纷解决机制，以提供公平、高效的程序，保障跨国扶养纠纷顺利解决。[③]

其他涉外扶养内容，在涉外监护报告中或有重复，或没有检索到相关文件，不再赘述

六、 涉外继承[④]

（一）国家立法与判决

1. 国家立法

（1）匈牙利颁布国际私法典

匈牙利 2017 年颁布的新国际私法同样对涉外继承法律制度作出了较大变动。具体而言，主要包括以下三方面内容：

第一，涉外继承管辖权。新法典第十章对此作出了十分详细的规定：首先，第 88 条确立了匈牙利法院对“有关匈牙利国民在匈牙利的遗产的遗嘱认证程序”享有专属管辖权，

---

① https://academic.oup.com/ulr/article/22/4/984/4663009. （最后访问时间：2019 年 3 月 30 日）。

② https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=644. （最后访问时间：2019 年 3 月 30 日）。

③ Ilija Rumenov: *Contemporary Challenges of the Cross Border Maintenance Obligations System in the Repuof Macedonia*, 2 ECLIC 275 (2018).

④ 以“继承”、“涉外继承”、“跨境继承”、“涉外继承管辖权”、“继承法律适用”、“国际私法继承”、“具有涉外因素的继承”为主题、篇名、关键词和全文进行检索，在人大复印资料、北大法意、北大法宝、中国知网等中文数据库，加上 HeinOnLine、Westlaw、Lexis、Kluwer Law Online、谷歌学术等主要外文数据库，并通过谷歌搜索访问中国全国人大网站、欧盟委员会与欧洲议会官网，以及有关国家最高法院官网获取法律活动信息和法律判决，搜集到 2017—2018 年度的文献资料共 79 篇，其中包括法律修正案 5 份，国家判决书 5 份，欧盟法院判决 4 份，双边条约 1 份，欧洲议会报告 2 份，欧洲法学院会议报告 1 份，国外研究文献 42 篇，国内研究文献 19 篇。

基本延续了 1979 年《国际私法》第 55 条的做法。[①]第 102 条第(4)款还将法院对涉外继承诉讼的管辖事项延伸至与继承有关的婚姻财产法问题。其次，第 89 条 b)项又排除了匈牙利法院对“关于非匈牙利国民在匈牙利的遗产的遗嘱认证程序”的管辖权。最后，新法典第 98 条规定了“(1)如果死者死亡时是匈牙利国民，匈牙利法院也可以在继承程序中采取行动。(2)如果死者死亡时是匈牙利国民或遗产位于匈牙利，则匈牙利公证人可进行遗嘱认证程序。”如此一来便明确了涉外继承中匈牙利法院和公证人的管辖范围，有利于对匈牙国民及其遗产的保护。

第二，涉外继承的法律适用。1979 年《国际私法》第 36 条关于涉外继承法律适用问题的规定，[②]内容较为简单。《新法典》在第八章采用了两个条文涉外继承作出专门规定。首先，第 64 条明确了口头遗嘱及其撤销的法律适用，符合“尽量使遗嘱形式有效”的国际立法趋势。[③]其次，第 65 条增加规定了“国内无人继承财产”的法律适用：如果根据管辖继承的法律，位于匈牙利的遗产无人继承，匈牙利法律关于国家继承的规定应当管辖该财产的继承。此外，新法典还十分注重国际立法的影响，根据第 2 条的规定，[④]有关涉外继承的一般事项应当优先适用《继承条例》的法律规定。

第三，承认与执行外国涉外继承判决。《新法典》在系统地规定了“承认与执行外国决定”一般规则的情况下，又在第 115 条进一步强调了外国法院涉外案件的合格管辖权，规定“死者死亡时惯常居所地法院或国籍国法院”是对涉外继承诉讼具有管辖权依据的外国法院，其作出的判决匈牙利法院可以承认或执行。

（2）摩洛哥颁布国际私法法案

2017 年 6 月 22 日，摩纳哥国民议会通过了一项新国际私法法案（第 1.448 号法案）。[⑤]现已于 2017 年 7 月 28 日生效，主要目的在于将摩纳哥继承法与《继承条例》等国际立法措施相结合，以适应家庭及其遗产日益国际化的趋势，这一点突出体现在新法案第 5 章涉外继承的法律适用上：

首先，公民有权选择适用其国籍国法并拒绝反致。新法案第 57 条规定：“为了解决继承问题，个人可选择在其选择时指定其国籍国的权利。当事人的选择必须明确，应当以书面形式声明。”此外，第 24 条规定，“一国”的权利指的是该国法律的实质性规则，不包括国际私法规则。因此，摩纳哥公国居民现在将有权选择国籍国法来管理其动产和不动产，而不是默认摩纳哥法律作为最后住所地法的规则，并且还排除了反致规则的适用。不过，如果未具体选择其国籍国法，则适用死者死亡时居住国法律，这在大多数情况下即为适用摩纳哥法律。

[①] 1979 年《国际私法》第 55 条规定：“对于下列案件，匈牙利法院或者其他机关可以行使专属管辖权：（三）对匈牙利籍遗嘱人以下的匈牙利遗产的遗嘱检证诉讼。”

[②] 1979 年《匈牙利国际私法案》第 36 条规定：“（一）继承法律关系依遗嘱人死亡时的属人法。对期待遗产继承的购买和处分也适用该法。（二）遗嘱依遗嘱人死亡时属人法。遗嘱或撤销遗嘱，如果依照匈牙利法或者下列各法为有效，在方式上即认为有效：1. 遗嘱签署时或撤销时的行为地法，或者 2. 遗嘱签署时或撤销时或遗嘱人死亡时遗嘱人的属人法，或者 3. 遗嘱签署时或撤销时或遗嘱人死亡时遗嘱人的住所地法或惯常居所地法，或者 4. 在不动产继承的场合，不动产所在地法。”

[③] 匈牙利 2017 年《国际私法》第 64 条规定：“口头遗嘱及撤销口头遗嘱，如按照下列规定作出，即属有效：a)匈牙利法律；b)在订立时或撤销遗嘱时的行为地法律；c)立遗嘱人在订立或者撤销口头遗嘱时或者死亡时的属人法；d)立遗嘱人订立或撤销口头遗嘱时或死亡时在立遗嘱人住所或惯常居所的现行法律；e)如果口头遗嘱涉及不动产，适用不动产所在地的法律。”

[④] 匈牙利 2017 年《国际私法》第 2 条规定：“”本法的规定适用于不属于欧洲联盟一般适用的直接适用的法律行为或国际条约范围内的事项。

[⑤] 该新法案已与 6 月 28 日公布在摩纳哥官方公报（Journal de Monaco）。详见 https://journaldemonaco.gouv.mc /Journaux/2017/Journal-8337/Loi-n-1.448-du-28-juin-2017-relative-au-droit-international-prive，（最后访问时间：2019 年 3 月 23 日）。

其次，由“区别制”转变为“同一制”。过去，摩纳哥的判例法对涉外继承的法律适用采用“区别制”，即动产继承适用死者属人法，不动产继承适用不动产所在地法。《新法》第 56 条规定：“继承由死者去世时居住的国家的法律管辖。”这表明《新法》确定了“被继承人死亡时居住国法”的单一法律应当适用于整个继承事项，无论所涉资产的性质如何。

最后，214 信托法与继承问题的协调。新法案第 65 条规定“在个人构成信托或某人将财产置于信托的情况下，对信托的适用并不妨碍信托的适用。继承根据本法典管辖的法律。”由此可知，摩纳哥关于信托的第 214 号法律（1936 年）仍然有效，信托法也不排除根据新法典适用继承准据法，旨在确保摩纳哥居民可以在尊重摩纳哥手续的同时根据国家法律建立信托，以避免强迫继承。

值得注意的是，新法案的规定适用于所有未决事项和将来发生的事项，各个国籍的公国居民都必须考虑这项新立法对其现有财产和财务安排的影响。这有利于避免或者限制住所法规下的遗产争议，协调了某些法律冲突问题，符合《继承条例》的基本精神和原则，。此外，这一立法的深远影响将随时间而由判例法加以解释。

（3）克罗地亚通过新国际私法

克罗地亚 2017 年通过的新国际私法简化了涉外继承的有关制度，主要表现三方面：

首先，第 29 条作为继承权的一般规则，其规定继承权事项由《继承条例》决定；其次，第 30 条规定，有关遗嘱形式的法律适用依据《海牙遗嘱处分公约》确定。最后，不同于大多数国家对涉外继承案件专属管辖权的强调，《新法案》案第 46 条第 1 款、第 54 条规定，克罗地亚法院或其他机构在由继承关系引起的诉讼或争议的管辖权应通过适用《继承条例》来确定。此外，如果承认与执行外国涉外继承案件判决也受到该条例适用范围的管辖，则该条例也会优先于《新法案》案第四部分关于承认和执行外国司法判决的规定得到适用。

总之，克罗地亚新国际私法旨在与欧盟法规和相关国际条约保持一致，统一国际私法在涉外继承方面的法律规定，以避免和减少涉外继承法律冲突问题。

（4）瑞士计划修改国际私法

为了消除瑞士与其他国家（包括欧盟成员国）之间在国际继承问题上的管辖权冲突，瑞士联邦委员会于 2018 年 2 月 14 日启动了关于修订国际私法联邦法律(IPRG)的磋商程序并发布了修正案的初稿，[①]主要内容如下：

第一，管辖权的协调。首先，考虑到瑞士居民常常具有双重或多重国籍，修正案尽可能地调整管辖权限和认可规则，以肯定其他国籍国对继承案件的管辖权。例如第 86 条第 3 款规定：“拥有一个或多个外国国籍的居民，不论是否具有瑞士国籍，可以通过遗嘱处分和继承合同将其部分或全部遗产置于其中一个相关国家的管辖范围内。”其次，修正案认为管辖权问题的出发点是死者的最后居住地，故第 86 条第 4 款规定遗嘱人最后居住地的瑞士法院或当局对继承享有管辖权。最后，修正案在第 87、88 条中特别强调，瑞士法院或有关当局应始终对“死者是最后居住地在国外的瑞士国民的继承案件”以及“外国人位于瑞士的遗产”负责管辖。不过，由上述规定可看出，修正案虽然进一步认可了其他国籍国对涉外继承案件的管辖权，却并未完全依照《继承条例》的规定赋予当事人协议选择管辖法院的权利，而是一种“有限制的单方选择”。

其次，涉外继承的法律适用。修正案第 90 条允许双重或多重国籍居民选择适用其相关国家的家庭法作为准据法，又在第 91 条第 1 款强调了瑞士法律对瑞士居民境外财产的适用，除非立遗嘱人通过遗嘱处分或继承合同，使其遗产受到其最后居住地或其本国法律的约束。关于执行权的问题，从第 92 条第 2 款第 2 句可以看出，修正案最终选择了“统一适用”，

[①]See Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) - Vorentwurf. https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2018/ref_2018-02-14.html.（最后访问时间：2019 年 3 月 21 日）。

即这项权即利应特别包括保护和解决程序的措施，包括遗产管理或遗产执行的程序方面，以及遗产管理人或遗嘱执行人及其处置权的有关问题。不过，这一问题仍需进一步讨论。[①]

关于遗嘱处分和继承合同，修正案作出了较大程度的修订：第 94 条规定遗嘱处分适用遗嘱成立时死者居住地法；第 85 条规定继承合同适用合同签订时死者居住地法，而对多人继承合同采用了“重叠适用的冲突规范”，即两人或两人以上的继承合同必须符合每个人的居住地法或指定的家庭法。修正案还借鉴了国际通行做法，关于遗嘱处分形式的规定直接适用《海牙遗嘱处分公约》，有关继承合同的某些规定比照适用。必须强调的是，修正案明确将有关处置自由问题排除在继承准据法（包括遗嘱处分或继承合同）的适用范围之外。

最后，承认外国决定、措施和文件。修正案第 96 条规定，有关继承事项的决定，措施、文件，如果是在死者的最后居住国、居住国、本国、最后惯常居住国作出、签发、设立或者得到承认，则在符合该规定具体条件的情况下可以在瑞士得到承认。

目前，修正案尚处于完成磋商程序的初期阶段，委员会必须将该法案提交议会立法程序，以便对法案案文进行修改，修订后的法律最早可能于 2020 年或 2021 年开始生效。

（5）韩国修改国际私法管辖权

2018 年 11 月 20 日，引入国际管辖权规定的《国际私法（修正案）》获得国会通过。[②]具体而言，主要包括以下有关内容：

第一，新设国际裁判管辖决定的一般原则。2001 年《国际私法》仅规定了韩国法院对与韩国有“实质性关联”的案件才有国际裁判管辖，但并未明确具体的判断标准。修正案通过大法院判例总结出来的标准，明确规定：在判断法院是否对某一事件具有国际管辖权时，应当根据“当事人之间的公平、裁判的适当、迅速以及经济性”的标准作为一般原则，判断有无国际裁判管辖，它包含适用于每种事件类型的国际私法规则，例如亲属关系。

第二，新设涉外继承的管辖规定。修正案第 8 章第 77 条第 1 款规定了韩国法院对“继承和遗嘱活动的管辖权”享有国际管辖权的依据；第 2 款参照了《继承条例》的规定，允许当事人可以根据第 8 条就继承案件订立国际管辖权协议，并同时规定了除外情形；第 4 款确立了遗嘱继承管辖权，即韩国如果是立遗嘱人的遗产所在地国，则法院享有管辖权。

第三，修正案新设了与《民事诉讼法》中的管辖相对应的国际裁判管辖规定，包括与管辖权有关的一般规定，以及关联案件的管辖规定，还在第 11 条中新设了如何处理国际诉讼竞合的规定。据此，修正案对国际继承管辖权的规定将有利于收集资料从而推进审判程序高效开展，同时避免在多个国家进行诉讼导致判决相互矛盾或冲突。

2.判决

（1）欧盟法院

2017 年 10 月 12 日，欧盟法院在“库比卡公证遗嘱案”中作出了判决。[③]本案原告库比卡(Kubicka)是居住在德国法兰克福的波兰公民，丈夫是德国国民。夫妻双方婚后育有两个孩子，共同拥有现在居住的法兰克福土地。原告想通过公证人立下一份列入通过特定程序

[①]《联邦国际私法(遗产法)修正案—关于审讯草案的解释性报告》指出，对于遗产管理或执行的程序问题与遗嘱管理人或执行人的实体权利义务是否应当适用继承的准据法存在较大争议。See Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht) - Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, Januar 2018, p. 24.

[②]http://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTgyJTJGNDIxNTEyJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHIlM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMTMlMjZiYnNPcGVuV3JkU2VxJTNEJTI2c3JjaENvbHVtbiUzRCUyNnNyY2hXcmQlM0QlMjY%3D.（最后访问时间：2019 年 4 月 7 日）

[③] *Proceedings brought by Aleksandra Kubicka*, CJEU-C-218/16.

获得遗产(a legacy by vindication)的公证遗嘱使其丈夫和子女以平等份额继承其遗产，[①]并且明确排除了诉诸普通遗产程序(a legacy by damnation)的可能性[②]，因为这会给继承遗产的未成年子女在代理权以及额外费用方面带来困难。公证人依据德国民法典(BGB)第 968 条的规定拒绝起草载有原告要求的遗嘱，理由是创建一份包含这种遗产的遗嘱有悖于德国关于物权和土地登记权利的立法和判例法，必须根据《继承条例》第 1 条第(2)款第(k)和(l)项、[③]第 31 条予以考虑。[④]因此，这种行为是非法的。[⑤]原告反对公证人的决定，声称《继承条例》的规定应独立解释，并且本质上所有这些规定都没有证明通过剥夺遗产的实质效力来限制继承法的规定是合理的。欧盟法院最终认为，第 1 条第 2 款第(k)、(l)项和第 31 条必须解释为以下内容：如果拒绝的理由是立遗嘱人根据该条第 22 条第 1 款选择的继承法，遗产涉及位于该成员国的不动产所有权，而该成员国的法律没有规定继承发生时具有直接实质效力的遗产，则应当排除成员国当局拒绝承认通过法律程序获得遗产的实质效力。

2018 年 3 月 1 日，欧盟法院在“Mahnkopf 幸存配偶继承案”中作出判决，[⑥]认为幸存配偶基于夫妻共同财产应计收益获得的继承份额属于《继承条例》的适用范围，可以全文记录在欧洲继承证书（（the European Certificate of Succession，简称“ECS”）中。本案本案原告与上诉人为 Ms.Mahnkopf，其丈夫的遗产包括位于德国的资产和夫妻双方位于瑞典的共同所有财产的一半份额。应原告请求，对遗产事项享有管辖权的德国柏林地区法院依据德国 BGB 第 1371(1)段和第 1931(1)段的规定签发了一份国家继承证书。[⑦]随后，原告依据《继承条例》又向该法院申请 ECS 来登记确认他们在瑞典的遗产所有权。地区法院驳回了原告申请，理由在于原告继承的份额中有四分之一不属于《继承条例》的适用范围。[⑧]欧盟法院指出，BGB 第 1371(1)段并非系考虑配偶之间的财产分配，而是幸存配偶对已算作遗产的那部分资产的权利问题，所增加的四分之一份额属于已故配偶遗产的继承问题而非夫妻婚姻财产制度事项。《婚姻财产条例》第 1 条第 2 款(D)项也明确将已故配偶遗产的继承问题排除在其适用范围之外。[⑨]因此，《继承条例》第 1 条第 1 款必须解释为成员国关于配偶一方死亡时通过增加未亡配偶在遗产中所占份额的固定分配应计收益的国家规定属于条例的适用范围，该份额可以适用 ECS 并产生第 69 条所列之效力。

[①]A legacy by vindication: the asset to which a legacy related shall pass to a specified person upon the opening of the succession.

[②] A legacy by damnation: .the heir has an obligation to transfer theright in the property to the legatee, who may also enforce execution of the legacy by the heir.hal

[③] 第 1 条第 2 款规定：“应将以下内容排除在本法规的范围内：(k)物权的性质；(l)不动产或动产权利登记簿中的任何记录，包括此类记录的法律要求，以及记录或未能在登记簿中记录此类权利的影响。”

[④] 第 31 条规定：“如果某人援引其根据继承适用的法律和援引该权利的成员国的法律有权享有的对物权，则不知道该项权利。有关权利在必要时并在可能的情况下，应根据该国法律调整为与物权最接近的同等权利，同时考虑到目的和利益。对物的特定权利所追求的权利及其所附带的效力。”

[⑤] 公证人助理表明，在德国，受遗赠人只有通过载有包含继承人和受遗赠人之间转让不动产所有权协议的公证文书才能被记载于土地登记册。

[⑥] *Proceedings brought by Doris Margret Lisette Mahnkopf*, CJEU-C-558/16.

[⑦] 《德国民法典》（BGB）第 1371(1)段规定：“如果财产制度因配偶死亡结束，应计收益的均衡应通过将配偶比例增加四分之一的遗产份额来实现，无论配偶是否在个别案件中取得了累积收益。”第 1931(1)段规定：“作为死者无遗嘱继承人的幸存配偶与一级亲属相比，有权获得四分之一的遗产，并且相对于二级亲属或祖父母，有权获得二分之一的遗产。如果祖父母和祖父母的后代都在世，配偶还应获得根据第 1926 段的规定将传给后代的一半份额。”因此，幸存配偶在无遗嘱继承时的四分之一份额，又增加了四分之一。

[⑧] 地区法院认为，原告享有的一半继承份额，其中四分之一份额是基于第 1931(1)段管理遗产继承制度计算的，另四分之一份额则是依据《BGB》第 1371(1)段规定的婚姻财产制度而非继承制度获得，因此这四分之一份额不应当适用《继承条例》。

[⑨] 《婚姻财产条例》（全称为《欧洲理事会 2016 年 6 月 24 日关于管辖权、适用法律以及承认和执行婚姻财产制度决定方面加强合作第 2016/1103 号条例》）第 1 条第 2 款(D)项规定：“以下内容不在本法规的范围之内：（D）已故配偶遗产的继承；”

2018 年 6 月 21 日，欧盟法院在“文森特继承证书案”中作出一项判决，[①]认为《继承条例》第 4 条也确定了成员国签发国家继承证书程序的管辖权。本案被继承人阿德里安(Adrien)是一位法国国民，最后惯常居住地在法国，遗产分别位于法国和德国，有两个儿子，其中一个是文森特(Vincent)，系本案的原告与上诉人。应原告请求，法国地区法院签发了一份国家继承证书。随后，原告向德国柏林地区法院申请签发一份仅限于位于德国的遗产的国家继承证书以表明其继承权。原告认为，根据 FamFG 第 105 段以及第 343 条第(3)款第 1 句的规定，[②]地区法院是对被继承人的继承事项享有管辖权的法院。然而，地区法院宣称其不具有管辖权。[③]针对原告与地区在管辖权上的争议。欧盟法院最终认为，《继承条例》第 4 条应被解释为确定了对成员国有关当局签发国家继承证书程序的管辖权，并且必须被解释为排除国家立法中规定“虽然死者死亡时在该成员国没有惯常居所，但由于死者遗产位于该成员国或死者是该国的国民，该成员国的法院应保留在具有跨境影响的继承中发布国家继承证书的管辖权”。

（2）澳大利亚

2017 年 2 月 24 日，澳大利亚维多利亚州最高法院对“唐明正遗嘱认证案”作出最终了判决。[④]本案被继承人唐明正是澳大利亚公民，自 2003 年起在中国居住，在中国上海病逝，所有遗产均为动产，且大约四分之三位于中国。原告（被继承人的母亲，澳大利亚公民）声称，被继承人在病逝前留下一张中文手写纸条，表明将其在澳大利亚 Westpac 的两个银行存款账户仅供原告个人使用。由于该纸条未指定遗嘱执行人，作为唯一受益人的原告要求法院授予其所附遗嘱的遗产管理书。法院在综合各方意见后，明确本案的争议问题有三个：（1）法律选择问题，是适用中国法律还是澳大利亚法律？（2）被继承人留下的纸条（note）是否为有效遗嘱（testamentary）？（3）如果该纸条不是遗嘱，是否构成对原告的死因赠与？

针对第一个问题，法院认为，决定法律选择的核心是被继承人的住所，而住所则是通过在一国存在合法的居住事实加上无限期留在该国的主观意图而确定的，且后者具有决定性作用。本案现实证据有力地证明被继承人无留在澳大利亚的意图：首先，被继承人的绝大部分资产都在中国，并最终选择中国境内居住和工作，任何时候都未回澳大利亚生活。其次，与 Jamieson v Commissioner for Internal Revenue 一案形成鲜明对比的是，[⑤]没有证据表明被继承人具有通过与维多利亚州保持重要联系或申请返回维多利亚州的意图。最后，

---

① *Proceedings brought by Vincent Pierre Oberle*, CJEU-C-20/17.

② 根据《关于家庭事务的法律程序和受非诉讼程序管辖事项的法律》（FamFG）第 105 段规定：“在本立法其他法律程序中，如果德国法院拥有属地管辖权，则德国法院应具有管辖权。”另外，在德国法中继承事项的属地管辖权由 FamFG 第 343 段规定，其在 2015 年 8 月 17 日生效的《国际继承法和修订继承证书的规定》中规定：(1)死者在死亡时拥有惯常居所的地区法院具有属地管辖权。(2)如果死者死亡时在德国没有惯常居所，死者在德国有最后惯常居所的地区法院应具有管辖权。(3)如果在第(1)和(2)款之下没有管辖权，但死者是德国国民或部分遗产在德国，则地区法院应具有管辖权。

③ 地区法院认为，根据《继承条例》第 4 条和第 15 条，其不具有颁发国家继承证书的管辖权，法国法院是死者死亡时有惯常居所的成员国法院对包括原告的申请在内的整个继承事项享有管辖权，而非德国法院。

④ Supreme Court of Victoria Decision: Re Tang 2017VSC 59, 24 February 2017.

⑤ 在本案中，对于澳大利亚公民 Jamieson 的选择住所的确定，法院认为，Jamieson 在死前虽然在美国生活了大约六年，但其并未放弃原居地即新南威尔士州，原因如下：1）在美国居住期间，曾多次告诉其配偶他打算回到新南威尔士生活，且从未说过打算在美国度过余生；2）Jamieson 于死前两个月在新南威尔士申请了一份工作并在墨尔本参加了面试，虽然并未成功；3）Jamieson 持有澳洲护照，上一次是在 2003 年 8 月续期，返回新南威尔士约四周，看望他的母亲和他的孩子；4）他的遗嘱上写着他的地址将在新南威尔士州，并表示希望他的骨灰散落在悉尼港；5）Jamieson 在新南威尔斯保留不动产及银行户口，还持有新南威尔士中介银行私人医疗保险、新南威尔士建筑工人执照、新南威尔士驾驶执照，并且是 NRMA 成员和 TerryHills 高尔夫俱乐部成员。See Jamieson v Commissioner for Internal Revenue 2007NSWSC 324, 13(Gzell J).

纸条签立地也是中国。因此，被继承人的住所地在中国，该纸条的有效性必须适用中国法律来确定。

针对第二、三个问题，法院均采取了否定立场。就遗嘱而言，法院认为，“遗嘱形式可能符合中国国内法”的说法缺乏专家证据，并且该纸条不是在原告在场或任何其他人在场的情况下作出的，无法证明被继承人的签名及其笔迹。另外，从普通法的角度来看，一份只处理位于另一法域、约占被继承人四分之一遗产的文件被视为遗嘱是不同寻常的。此外，法院多次强调，原告必须提出关于遗嘱行为能力的证据，如果立遗嘱人缺乏遗嘱行为能力，或者对遗嘱不知情或不同意，或者在订立遗嘱过程中受到了不适当影响，法院便不能确信被继承人打算将该文件作为遗嘱。因此，法官认为原告关于该纸条应被承认为遗嘱的主张没有任何效力。就死因赠与而言，有效捐赠必须满足特定的法律标准。[①]而在本案中，关键在于如何证明标的物的交付或者转让。法官在综合考虑有关先例后最终认定：银行账户等无形财产的交付具有特殊性，尽管该纸条表明账户存折为原告所拥有，但是被继承人并未任何形式（包括说出、在该纸条上或其他纸张上写下）透露其中任何一个账户的密码，如此即表明没有交付或转让，不构成死因赠与。

综上，法院最终认为，原告关于该纸条构成遗嘱和死因赠与的陈述和主张不能成立，应当予以驳回申请。

（3）法国

2017 年 9 月 27 日，法国最高上诉法院在第 1004 号判决书对本国遗产保留与公共秩序之间的关系作出了澄清，[②]认定法国继承法为法定继承人保留遗产的规则不属于法国国际公共秩序的适用范围。[③]

本案被继承人迈克尔(Michel)于 1999 年 2 月 14 日在美国设立了一份遗嘱，将其所有财产将交给家庭信托，并规定幸存配偶为唯一受益人。随后，被继承人死于美国加州，遗产包括位于美国和法国的不动产和动产。继承人有配偶以及 6 个子女，其中 3 个子女系本案申请人。考虑到遗嘱信托认定幸存配偶系唯一受益人，申请人向法院提起了继承权诉讼，要求“行使继承遗产中为继承人保留的权利”，并且反对适用法国法律冲突规则“被继承人死亡时最后住所地法”指向的准据法——加利福尼亚法律，因为该法不承认遗产保留，不符合法国的国际公共秩序。该案经过一审和二审之后上诉到法国最高上诉法院。

最高上诉法院最终拒绝了申请人的上诉，并给出以下理由：首先，遗嘱人应当享有遗嘱自由，在国际形势下，法国法官不能仅以不承认遗产保留的理由拒绝适用外国继承法律。其次，对国际公共秩序保留的适用应当采取“结果标准”，加州法律作为冲突规则指定的准据法，虽然忽视了遗产保留，但该规定本身并不违反法国国际公共秩序，不能被驳回，除非在具体适用的情况下，导致与法国法律原则不相符的结果，则适用公共秩序保留是必要的。最后，法国继承事项现在确定适用于《继承条例》，其第 35 条规定只有在“明显”（apparently）的情况下才可以排除冲突规则指定的外国法律。

[①] 在“公共受托人诉布塞尔案”中，Cohen J 重申了有效捐赠的法律标准：1)捐赠必须是在考虑但不一定期望捐献者死亡的情况下作出的；2)必须向受赠人交付赠品的标的物，或者转让取得财产的手段或手段的一部分，或者有转让所有权的必要征象；3)赠与必须以捐赠者死亡时生效为条件，在该事件发生前可撤销。See Public Trustee v Bussell (1993) 30 NSWLR 111, 115 quoted in Hobbes v NSW Trustee & Guardian 2014 NSWSC 570, 22.

[②] Cour de cassation-Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2017:C101004, Arrêt n° 1004 du 27 Septembre 2017 (16-13.151),https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_68/1004_27_37690.html.（最后访问时间：2019 年 3 月 20 日）。

[③] 遗产保留(réserve héréditaire)，又称为“可用配额”、“必留份额”，是指根据保留继承人有权获得的最低继承份额，后者可以放弃它，或者相反，采取法律行动来强制执行其权利。该制度的目的是为了保护家庭的凝聚力和继承人（尤其是孩子）的继承权。

（4）西班牙

2018 年 2 月 19 日，西班牙最高法院作出第 242/2018 号判决，确认向非欧盟居民征收通过继承获得的西班牙遗产税的法律制度违反资本自由流动的原则，外国公民可以就遗产税歧视起诉西班牙政府请求退款。[①]这种遗产歧视的根源是西班牙地区的遗产税制。[②]事实上，欧洲委员会很早就注意到这种不公平的遗产税收待遇，并将案件提交给了欧盟法院。[③]欧盟法院裁定西班牙非法行事。[④]西班牙政府理解该裁判仅涉及欧洲经济区内的情况而进行了法律变更。然而，变更后的法律也没有规定非欧洲经济区居民在接受西班牙继承或赠与税时受到的不平等待遇，他们仍不得不继续根据中央州的规则计算其继承和赠与税，而不被允许从地区税收优惠中受益。由此可知，遗产税歧视的问题并未在西班牙得到真正解决。

最高法院在该判决中指出，西班牙向第三国居民征收高额遗产税的历史做法是非法的，即使第三国不在欧洲，政府有责任退还过去四年所支付的所有歧视性税款，故法院对西班牙遗产税的判决建立在资本自由流动的基础上。[⑤]因此，在最高法院看来，案件非常清楚，西班牙应该通过遵循对德国的判决中的明确陈述来解释对其继承规则的判决，换句话说，违反西班牙条款的行为严重到足以证明承认纳税人的损害赔偿是正当的。这项判决将对目前的西班牙继承和赠与税规则产生巨大影响。

（5）奥地利

2018 年 5 月 15 日，奥地利最高法院判决“在 ECS 中没有指定财产并不妨碍纳入此后指定继承人的财产权”。[⑥]本案申请人是德国公民，是在土地登记处登记为（共同）所有者的奥地利公民的继承人，其毫无保留地接受了继承，故申请在德国地区法院签发的 ECS 的核证副本中纳入他们按比例计算的财产权（整个遗产的四分之一）。下级法院驳回了该土地登记申请，其认为根据奥地利法律评估所有权的条件，ECS 要求根据相关规定指定每个继承人各自的财产数量和地域范围，而有关此类信息并未包含在所其中。最高法院维持了申请人的上诉申请。《奥地利土地登记法》将 ECS 作为继承成立基础的证书，其评估完全基于《继承条例》，则该证书将根据其措辞和目标进行解释。根据这一情况，最高法院认为, ECS 不仅构成将遗产记入会员国相关登记册的有效文件，其内容在条例中最后确定，而且也没有必要具体指定继承人登记请求所涉及的财产数量与地域范围。因此，即使没有这一指定，

---

① Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Roj: STS 550/2018 - ECLI: ES:TS:2018:550, Sentencia núm.242/2018.

② 根据该制度，西班牙地区当局在税务问题上拥有相当大的自主权，有权在死者居住所在地区适用减税。虽然大多数地区已批准大幅度减少垂直亲属关系中的遗产，但减免的标准差异很大。例如，马德里中央政府虽然强制征收遗产税，但长期以来一直向居住在该区的人及其继承人给予 99%的税收减免。当死者或继承人不在西班牙居住时，属于非居民，遗产税根据中央州规则计算，没有税收优惠。非居民收到位于西班牙的资产捐赠时也会出现类似情况，这显然是不公正的。例如，两位兄弟从已故的父亲那里获得相同遗产，需要根据他们的税务居住地征税：西班牙居民将受益于垂直税减免，非居民将被征收全额税而不予减少。
http://kluwertaxblog.com/2018/03/15/landmark-supreme-court-case-states-civil-liability-discrimination-third-country-residents-inheritance-taxation/,（最后访问时间：2019 年 4 月 12 日）

③ 委员会在 2010 年就对西班牙的资产税收制度提出了挑战，但西班牙出于政治原因不愿意干涉地区事务，无视委员会的改革。随后委员会将其提交给欧盟法院，在资本自由流动的基础上对西班牙提起了侵权诉讼。
https://www.step.org/news/foreign-nationals-can-sue-spanish-government-over-inheritance-tax-discrimination-following,（最后访问时间：2019 年 4 月 12 日）.

④ 欧盟法院认为，西班牙这些地区税收差异导致《欧洲联盟运作条约》(TFEU)第 63 条和《欧洲经济区条约》(EEA)第 40 条遭到无理违反。不过，该判决并未明确提及其对第三国居民的适用。See *European Commission v Kingdom of Spain*, CJEU-C-127/12.

⑤ 实际上，这一决定受到另一个欧盟法院案件的强烈影响，即同样具有歧视性的法国继承税制被裁定为非法。*Yvon Welte v Finanzamt Velbert*, CJEU-C-181/12, 12 June 2013.

⑥ OGH, 5 Ob 35/18k , 15.05.2018.

也应当以继承人的利益而纳入财产为基础。

（二）国际立法

1.中国和埃塞俄比亚的民商事司法协助条约的正式生效

2017 年 11 月 4 日，第十二届全国人大常委会第三十次会议决定批准《中华人民共和国政府和埃塞俄比亚联邦民主共和国关于民事和商事司法协助的条约》。[①]该条约签署于 2014 年 5 月 4 日，对两国关于涉外继承案件的管辖权作出了明确地规定："第二十五条：一、为本条约的目的，符合下列情况之一的，作出裁决一方的法院即被视为有管辖权：（九）在继承案件中，被继承人死亡时的住所地或者居所地或者主要遗产所在地位于该方境内；二、本条第一款不应影响双方法律关于专属管辖权的规定。为此目的，双方应当在本条约生效后，及时通过各自的中央机关，以书面形式相互通知本国法律关于专属管辖权的规定。"

由此可见，相较于我国之前与其他国家签订的双边民商事司法协助，该条约关于民商事司法协助的管辖权不仅继续体现了对"被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地"这两项连结因素与"不影响专属管辖权"原则的重视，还增加了"被继承人死亡时居所地"这一连结点，进一步加强了两国在涉外继承案件司法协助领域的合作，有利于协调两国关于涉外继承案件判决的管辖权以及其他司法协助方面存在的法律冲突。

2.欧洲议会发布关于《继承条例》自生效以来的执行情况

2017 年 11 月 20 日，欧洲议会公民权利和宪法事务政策司发布了对《继承条例》自 2015 年 8 月 17 日生效以来实施情况的两份评估报告，分别从不同的角度考察并确定《继承条例》是否实现了确保法律确定性的目标。

第一份报告《欧盟继承条例关于公共政策例外，普遍适用和反对，欧洲继承证书和登记册访问的规定的执行情况》的主要发现为：（1）《继承条例》具有普遍性，无论是否为成员国的法律，均应适用条例的规定。（2）《继承条例》采用了国际私法的传统机制，例如公共政策保留和反致条款，在特定情况下，这一适用改变了法律冲突规则依据继承法的统一和普遍性原则原本可能产生的结果。（3）为了方便协助跨境继承人员的工作，《继承条例》为其提供了获取和使用内部公共登记系统的适当资源——ECS，但也确定了成员国对所有权和记录所有权的公共登记册拥有唯一的管辖权。[②]

第二份报告《欧盟继承条例关于其范围，适用法律，选择自由以及法律与法院之间平行关系的规定的执行情况》的关键要素在于：（1）《继承条例》自生效以来已经开始管辖继承问题，该条例的法律确定性、可预见性和简化的目标在很大程度上已经实现了。（2）从国际私法的角度来看，统一继承法是向前迈出的重要一步。绝大多数情况下，根据该条例确定的单一法律可以适用于整个继承事项。大多数问题主要是与未加入《继承条例》的第三国（丹麦、爱尔兰和联合王国）有关的继承而产生的，这些国家都有自己的冲突法规则。有人试图在条例中考虑到这一点，特别是同意列入一条关于反致的具体条款，这值得肯定。然而，在许多情况下，这并不能防止继承的碎片化。（3）某些会员国的公证人在多数情况下必须适用另一会员国的法律，从而提出了获取法律内容的具体问题，特别是这项

[①] http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-11/04/content_2031582.htm.（最后访问时间：2019 年 3 月 15 日）。

[②] See Isidoro Antonio Calvo Vidal: *The state of implementation of the EU Succession Regulation's provisions on public policy's exception, universal application and renvoi, the European Certificate of Succession and access to registers*, European Parliament: Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 596.821, 20 October 2017.

法律属于第三国，因为以前的冲突规则会更多地被适用法院地法（至少对不动产而言），就像法国的情况一样。[①]

3.欧洲法学院（ERA）成功举办“规划跨境继承”的会议

2018 年 5 月 17-18 日，欧洲法学院组织了一次主题为“规划跨境继承”的会议。②本次会议讨论了规划跨境继承的实际问题，主要贡献在于：（1）跨境继承的连结点。有学者强调死者的惯常居所已被选为确定适用继承法的连结因素，这标志着很多成员国的“范式转变”，因为这些国家原本是将“国籍”作为相关的连结因素。不过，该学者同样认为在许多情况下，确定“惯常居所地”可能是一项艰巨的任务，且其还有两项适用例外，即第 22 条的法律选择条款与第 21 条第 3 款的逃避条款。（2）跨境继承税问题。会议的三位发言人在比较视角下介绍了国家遗产税以及避免双重征税的可能措施，并指出一种方法是避免双重或多重税收居所，且还应当促进各国共同税收制度的发展。（3）ECS 的实际问题。有学者认为欧盟法院对涉及 ECS 的几个案例作出的解释促进了法律规则的统一，澄清了《继承条例》的某些方面，但仍存在一些难以实施的情况亟待进一步解决，例如 ECS 与各国国内土地登记程序、私人信息保护与共享以及国家继承证书自由流动等问题之间的协调与平衡。（4）数字遗产问题。数字遗产在规划跨境继承方面具有重要性，会议上的两位发言人均认为继承律师和公证人在协助客户进行跨境房地产规划时应提高认识并考虑数字资产，在此方面应当关注并重视德国最高法院“Facebook 案件”对德国以及其他欧盟成员国的重要性。[③]

本次会议表明，婚姻财产法，继承法和遗产税法是三个密切相关的法律领域。如果税务从业者必须规划跨境继承，他们不应忽视有关婚姻财产和继承以及可能存在的数字资产的适用法律。因此，必须进行适当的税收规划以及密切监督欧盟税法的发展。

（三）学术研究

1.国内学术研究

国内学者的研究集中偏向于对涉外继承的法律适用和继承公证问题的分析、探讨及其完善。具体而言，可以分为以下四个方面：

（1）涉外法定继承的同一制与区别制之辩

《法律适用法》第 31 条表明了我国涉外法定继承的法律适用采用区别制。[④]实际上，在具体的制度层面，我国学者对区别制和同一制的优劣之争从未停止，尤其在国际立法普遍采用同一制的情况下，学术界出现了更加明显的呼吁适用同一制的趋势。[⑤]显然，学者们认为同一制更加符合现代国际私法的立法趋势，理由在于：一方面，区别制在实践运用中会增加案件的复杂性，提高诉讼成本，甚至会损害继承人合法权益，违背被继承人的意志，

---

① François Trémosa: *The state of implementation of the EU Succession Regulation's provisions on its scope, applicable law, freedom of choice, and parallelism between the law and the courts,* European Parliament: Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 596.822, 20 October 2017.

② See Vassilis Dafnomilis: *Report on the ERA conference "Planning Cross-Border Succession"*, EC TAX REVIEW 2018/5.

③ 德国最高法院(BGH)于 2018 年 7 月 12 日在“Facebook 案件”中作出了一项具有里程碑意义的裁决，裁定根据德国继承法的一般规则与普遍继承原则，无形货物和高度个人数据，如社会网络的用户帐户，可以由继承人继承。See BGH, 12.7.2018, Case III ZR 183/17. Cf.

④ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 31 条规定：“法定继承，使用被继承人死亡时经常居所地法律。但不动产继承，适用不动产所在地法律。”

⑤ 往年有关分析涉外法定继承区别制与同一制的文献可参见宋晓：《同一制与区别制的对立及解释》，载《中国法学》2011 年第 6 期；梅傲：《我国区际继承法律适用之比较——同一制抑或区别制》，载《北方法学》2012 年第 4 期；沈涓：《继承准据法确定中区别制与同一制的理性抉择——兼评<涉外民事关系法律适用法>第 31 条》，载《国际法研究》2014 年第 1 期；吴小平、欧福永：《欧盟 2012 年第 650 号涉外继承条例研究》，载《湖南科技大学学报(社会科学版)》，2015 年第 1 期；陈卫佐：《欧盟国际私法的最新发展——关于遗产继承的<罗马 IV 规则>评析》，载《国际法研究》2015 年第 2 期。

从而引发社会矛盾，[①]这些弊端凸显了同一制的科学性与相对合理性；另一方面，越来越多的国家和地区相互签订承认与执行外国法院判决的国际条约或者双边协定，加大了民事司法合作的力度，很大程度上削弱了同一制在承认与执行外国法院判决方面存在的不足。这种发展使得同一制更容易获得认可，于是很多原本采用区别制的国家和地区都转向了同一制。[②]

（2）当事人意思自治以及最密切原则的引入

近两年来更多学者则是将研究重点置于“我国涉外继承制度（尤其是涉外遗嘱继承）是否应当引入当事人意思自治原则以及最密切联系原则”的讨论之下。

从目前的研究趋势来看，虽然也有反对者表示在涉外继承领域引入意思自治原则很可能损害遗产债权人或享有特留份继承人的合法利益，不利于相关国家重大利益之保护，[③]但绝大多数学者还是支持“引入说”。有学者认为《法律适用法》第 32、33 条采用无条件选择适用的冲突规范虽使遗嘱尽量有效，[④]却给实践操作带来极大不便，不仅难以解决多个连接点所指引的法律规定不同甚至相反的实践问题，甚至还会导致法官因难以抉择连接点而最终选择适用法院地法，加强法院地主义倾向，并且忽视了遗嘱能力、遗嘱的撤销与变更以及遗嘱解释的法律适用问题。[⑤]另一方面，也有文章认为第 33 条实际上与“尽量使遗嘱有效的趋势”还有一定距离，仅规定了三种连结点，数量较少，缺乏灵活性，不利于遗嘱的有效成立；而且第 32 条的规定过于概括和模糊，没有作出进一步的划分和说明。[⑥]因此，引入意思自治原则可有效解决多个客观连结点带来的不确定性，并且有利于遗嘱自由的充分发挥以及保护特定继承人合法利益之目的[⑦]。

至于引入的方式，各学者的意见大致可以分为三类：一是仅分析了引入理由而未说明具体方式；二是明确意思自治原则的优先适用同时必须加以适当限制；三是建立独立的继承合同制度，[⑧]引入有限的意思自治原则以最大限度的保障当事人的合法利益，并以订立合同时被继承人惯常居所地为其连结点，以确保继承合同尽可能生效。[⑨]值得注意的是，各学者对于最密切联系原则的引入基本达成了一致意见，即应当引入最密切联系原则作为意思自治原则的补充，只有当事人未选择法律时才可考虑此原则。

（3）反致制度在涉外继承领域的价值探讨

虽然《法律适用法》第 9 条已经明确表明了对反致制度的反对立场，但有学者认为反致在涉外继承领域仍具存在价值：首先，反致不仅可以扩大法院地法的适用范围，也有利于维护当事人的合法权益，使案件得到公正合理地解决，且符合当今国际私法的发展趋势，

---

① 参见曹锐：《涉外遗嘱继承法律适用问题研究》，2017 级烟台大学专业学位硕士论文。

② 参见肖熊：《我国涉外继承的同一制与区别制之辩》，2017 级重庆大学硕士学位论文。

③ 参见杜焕芳：《跨国代孕与涉外继承的法律适用》，载伍晓梅主编：《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社 2018 年版，第 1046 页。

④ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 32 条规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”第 33 条规定：“遗嘱形式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律或者遗嘱行为地法时。”

⑤ 张思懿：《我国涉外遗嘱继承法律适用：现状、问题及对策》，载《黑龙江政法管理干部学院学报》，第 2018 年第 3 期。

⑥ 赵鑫玲：《美国遗嘱继承的法律适用问题研究》，辽宁大学 2017 级硕士学位论文。

⑦ 见前注 183。

⑧ 继承合同，又称为“继承协议”(Agreement as to Succession)，《继承条例》第 3 条第 1 款(b)项对其进行了界定：‘agreement as to succession’means an agreement, including an agreement resulting from mutual wills, which, with or without consideration, creates, modifies or terminates rights to the future estate or estates of one or more persons party to the agreement;

⑨ 杜焕芳：《涉外婚姻继承的法律适用》，载伍晓梅主编：《中国法律年鉴》，中国法律年鉴社 2017 年版，第 1019 页。

一定程度上也能增强不同国家或地区判决的承认与执行力。[①]其次，涉外法定继承领域冲突规范连接点的单一、区别制与同一制的矛盾冲突，也给反致带来了应用空间，应当适当接受反致。尽管反致存在着无限循环指引、增加法官负担和浪费司法资源等缺陷，但总体上是利大于弊，只要在适用时加以一定限制即可，例如仅承认直接反致以最终导致适用法院地国实体法。[②]

（4）跨境与区际继承公证有关问题

我国现行与公证有关的法律都制定地较早，受理范围小，且没有针对跨境继承公证的专门规定，实践中常常会因为各国或地区对继承证书的要求存在诸多差异，导致当事人必须额外履行相应手续，或者完全得不到域外承认，十分不利于保护当事人的合法权益，一些学者就将研究重点放在了区际继承公证上。例如，有人关注到证书的效力与形式等问题，认为《继承条例》创设的 ECS 极大地简化了跨国继承公证的程序，增强了欧洲跨境继承的统一化和各成员国之间的司法信任。作为有益经验，“一国两制三法系四法域”的中国有必要考虑通过创设“区际继承证书或类似证书来协调涉外继承公证法律冲突，做到“一证通行”，从而适应两岸四地日益频繁的民商事交往的需要。[③]

1.国外学术研究

国外学者的研究集中在对《继承条例》的重新审视，具体表现在以下五个方面：

（1）继承制度与物权法、婚姻财产法与税法等关联法律制度的界限与协调

各学者对物权法与继承法相互关系的讨论主要基于《继承条例》第 1 条第 2 款第(k)、(l)项，欧盟法院在“库比卡案”中对该条作出了一些解释。有学者认为，该判决作为第一个解释性决定，具有典型意义，同时表现了欧盟法院对公民提前组织和规划其继承事项的肯定态度，[④]包括遗嘱人可在制定遗嘱时指定其国籍国法作为管理整个继承的法律。[⑤]此外，也有学者指出，该案的背后是继承准据法与物之所在地法之间的兼容性问题。对此，首先必须明确根据条例确定的继承准据法管辖整个继承事项法律，被继承人的资产与权益作为继承的一部分，无论其性质与所处位置，都应当视为单一事项，原则上受制于单一法律的规制。从目的性解释来看，《继承条例》不仅希望避免继承的“领土分裂”，即根据遗产的不同性质适用不同法律，也要避免“物质或功能分裂”，即不同法律适用于单一、不同的继承问题。[⑥]

就婚姻家庭财产与继承的关系而言，各学者主要是通过“Mahnkopf 案”发表看法。有学者认为，欧盟法院的判决虽然明确指出幸存配偶继承权的法律适用受到继承法规而不是婚姻家庭法的影响，但是在婚姻经济法律制度与国际继承法之间具有相关性却又缺乏协调的情况下，从实质性角度来看，执行两项不同的法律可能导致某种混乱或不一致。对此，其中一个解决方案是由配偶选择适用的法律，没有选择时由法院遵循公平的标准，尽可能

[①] 韦昀希：《中国内地与香港地区法定继承法律冲突问题研究——粤版“小甜甜”争产案为例》，2017 级广西大学硕士学位论文。

[②] 见上注 188。

[③] 参见周强：《<欧盟涉外继承条例>对完善我国<涉外民事关系法律适用法>关于确定遗产继承准据法相应规定的启示》，载《中国公证》，2017 年第 3 期。

[④] See Fernando Pedro Meinero: *First Interpretation of the European Regulation on Succession: Comments on the Judgment of the Decision CJEU C 218/16 - Second Chamber,* Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil 1 Belo Horizonte, abr. jun. 2018, V.16, pp. 127-136.

[⑤] See Esperanza Castellanos Ruiz: *Scope of the lex successionis and ITS coordination with the lex rei sitae-lex registrationis: A Purpose of the Legacies by Vindication*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 70-93.

[⑥]见上注 188。

地使幸存配偶从继承权中受益。[①]也有学者指出，将幸存配偶的遗产份额增加四分之一列为继承法事项仍有较大争议，不同成员国的法院在资格审查过程中必然会得出不同的结果，同时认为 BGB 第 1371(1)节的目的并是为了实现婚姻或伴侣关系结束时应计收益的的固定比率均等化，因此可以有充分的理由支持将这一规定定性为夫妻关系问题，而非继承法问题。[②]

就继承法与税法的关系而言，国际组织、各国与学者关注的重点在于“如何取消跨境遗产的双重征税”。欧盟就这一问题进行公众咨询，[③]并发布了一份专家组报告。[④]有学者将专家组提出的建议总结为“一个继承一个税”规则：即如果是跨境继承，适用的税收制度应由死者死亡时惯常居所地国法律决定。这一建议虽然并未开辟避免遗产税的新方法，还排除了当事人选择其国籍国继承法管理其遗产继承的可行性，但是鉴于专家组是基于双重考虑而选择“惯常居所”这一连结点以确定遗产税的法律适用，具有合理性和现实可操作性，有利于避免双重征税，减轻行政税收负担。欧盟应当遵循专家组的提案并尽快通过一项条例。[⑤]

（2）跨境继承管辖权的范围界定

在跨境继承管辖权方面，有学者通过对相关国家国际管辖权与内部法律制度模式的不同法系和规定，与旨在取代成员国国际管辖权国内规则的《继承条例》进行了比较研究，认为《继承条例》规定的管辖权适用范围是否仅限于欧盟成员国之内并不能当然地得出肯定结论。具体而言，虽然在继承的情况下，根据该条例任何成员国法院的国内管辖规则显然不能适用，但这并不意味着该条例的范围只限于欧盟领域内的情况，其也适用于那些在法律和政治上与欧盟及其成员国有密切联系的非成员欧洲国家，例如挪威和瑞士；也同样不意味着成员国的国际私法规则可适用于本条例不适用的情况。[⑥]

（3）涉外继承法律适用

国外学者对跨境继承法律适用的研究重点可以分为两类：第一，连结点“惯常居所地”对有关国家的影响。有学者认为，根据英国法律，继承以“住所”为基础，不同于“惯常居所”，也不存在选择适用继承法的概念。如果《继承条例》导致对位于欧洲大陆国家的不动产继承适用英国法，则将引起实际问题。该学者建议，就原本居住在英国的死者而言，英国立法可以使其与条例相吻合，同时保持英国的“不选择加入”。为此，可以颁发一种类似于 ESC 的继承证书或者创建一种规定英国法律适用的标准形式的文件。[⑦]另有学者指出，乌克兰“死者最后居住地”这一连结点存在问题，认为《继承条例》选择的“惯常居所地”

---

① See Isabel Anton Juarez, *Matrimonial Property Regimen,: Succession Rights of the Surviving Spouse and European Certificate of Succession: An Explosive Combination*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, N' 2, pp. 769-780.

② See Lukas Rademacher: *Changing the Past: Retroactive Choice of Law and the Protection of Third Parties in the European Regulations on Patrimonial Consequences of Marriages and Registered Partnerships*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018), Vol. 10, Nº1, pp. 7-18.

③ 2010 年，欧洲委员会就解决欧盟内公民和中小企业跨境继承税障碍的可能方法向公众进行了咨询。在评估了解决现有问题的各种可能方案的影响后，委员会在 2011 年提出了关于对遗产双重征税的救济的建书，其中包括对成员国如何修改其现有国内减免双重遗产税的规则的建议。
https://ec.europa.eu/taxationcustoms/
individuals/personal-taxation/paying-inheritance-tax-twice_en，（最后访问时间：2019 年 3 月 28 日）。

④ 2014 年，欧洲委员会成立了一个专家组，旨在为确定从一个成员国到另一成员国的个人所面临的的税务问题提供独立的解决方案，专家组将工作的第二部分专注于继承遗产税，并作出了一份报告. See Inge JFA van Vijfeijken: *One Inheritance, One Tax*. EC TAX REVIEW 2017-4.

⑤ 见上注 197。

⑥ See Jose Manuel Velasco Retamosa: *International Jurisdiction Rules in Matters of Succession in the European Context.* Swiss Review of International and European Law, Vol. 28, Issue 3 (2018), pp. 317-336.

⑦ See James A. McLean: *The UK and the European Succession Regulation: Fog over the Channel - Potential Pitfalls for the Unwary,* Edinburgh University Press: The Edinburgh Law Review 22.1 (2018), pp. 86-165.

比“最后居住地”更为恰当，前者将根据案件的所有情况确定，是死者及其家人切身利益的中心、以永久生活为目的的居住地与主要资产所在地。[①]

第二，遗嘱效力问题。有学者认为，罗马尼亚公证人在解决国际继承问题时，应当根据《罗马尼亚民法典》或《继承条例》对遗嘱的效力性和形式进行调查，公证人亦可取得遗嘱登记册提供的死者国籍或居留国证明书。跨境继承的复杂性导致国外遗嘱产生了许多实际困难，这就要求公证人知道欧洲国家使用的遗嘱形式以及登记簿。此外，该学者也赞成“允许尽可能广泛的遗嘱在形式上有效的观点”，以确保法律确定性。[②]也有学者讨论了《继承条例》对共同遗嘱定性与有效性的影响，认为虽然西班牙民法典禁止共同遗嘱和继承协议，但也不能援引公共秩序排除适用共同遗嘱和继承协议的外国法律。[③]此外，由于欧洲国家对于将禁止共同遗嘱定性为实质性或形式上有效的问题得出了不同结论。该学者建议，为避免因这种定性问题产生的不确定性，立遗嘱人最好根据《继承条例》第 22 条选择适用的法律。[④]

（4）反致制度和公共秩序的作用与价值

反致制度和公共秩序都具有排除适用外国法律的功能。有学者认为，在欧盟法普遍排除反致的背景下，[⑤]《继承条例》例外地肯定了反致在跨境继承中的作用，这可能标志着欧盟法进入了一个新阶段，重新考虑了反致作为保障现有法律制度之间平衡的重要性，以确保国际一致性。[⑥]要实现这一目的，只有通过建立一种机制，不仅允许适用法院地的法律冲突规则，而且允许在法律制度中适用外国冲突法律规则。此外，《继承条例》第 34 条的做法也应当肯定。[⑦]

《继承条例》第 35 条规定，只有明显地与成员国的公共秩序不相符才能排除外国法的适用，但没有提供解释和说明“明显”的标准，这有可能导致各国实践在适用上的不统一。有学者通过分析公共秩序无法被接受和可以接受的假设以及其他相关因素，强调应当重视各国主管法院作出的公共秩序的定义。[⑧]

（5）ECS 涉及的相关法律问题

ECS 作为《继承条例》最大的创新之处，各学者对该问题的研究主要可以分为三类：

第一，保障 ECS 发挥应有作用的问题。有学者认为，ESC 不仅是国家文件的程序性认

[①] See Iryna A. Dikovska: *Collision Regulation of Succession Relations with a Foreign Element in Ukraine: Current State and Future Development*. the Journal of Eastern European Law, 2017. N2 36.

[②] See Gabriela Dumitrache: *Practical Reflection on the Will in Terms of EU Regulation No. 650/2012*. AGORA International Journal of Juridical Sciences, No. 2 (2018), pp. 17-24.

[③] See Juliana Rodríguez Rodrigo: *APLICATION PROBLEMS REGULATED BY THE EU SUCCESSION REGULATION*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 498-526.

[④] See Laura Nasse: *The Temporal Scope of the European Succession Regulation and the (in-) Validity of Joint Wills Under Polish Law: Commentary on the Judgement of the Schleswig Higher Regional Court of 25 April 2016, 3WX 122/15*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, ISSN 1989-4570. pp. 896-905.

[⑤] 例如《关于合同义务法律适用的第 593/2008 号条例》(罗马 I 号)第 20 条、《关于非合同义务法律适用的第 864/2007 号条例》(罗马 II 号)第 24 条、《关于加强离婚和法定分居法律适用合作的第 1259/2010 号条例》(罗马 III 号)第 11 条等均规定，根据条例适用一国法律是指该国现行的法律规则，而不是国际私法规则。

[⑥] 首先，条例序言(57)段对反致规则作出了肯定；其次，第 10 条规定：“本条例规定的第三国法律的适用，是指在该国有效的法律规则的适用，包括国际私法规则。只要这些规则导致：(A)适用于一会员国的法律；或(B)适用其本国法律的另一第三国的法律。”最后，第 34 条第 2 款规定了对反致规则的限制：i)只有当被移交法院的相互冲突的法律规则提到第三国的法律时，反致才有效；ii)实际上不仅承认一级反致，而且在某些情况下也承认二级反致。

[⑦] See Serban-Alexandru Stanescu: *The Decline and Upswing of Renvoi in the Private International Law of the European Union*. Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, Vol. 2017, pp. 180-185.

[⑧] 见前注 199。

证，还是具有实质性法律效力的自主欧洲文书，[①]明确了继承人和受遗赠人的身份，以及遗嘱执行人或管理人进入到另一会员国的权利义务。[②]另有学者指出，ECS 提到了解决跨界继承问题的可能简化办法，有助于克服执行过程中可能出现的差距，但是由于 ECS 的新颖性，其法律地位在解释和执行规定方面确实存在困难，[③]欧洲立法者对某些方面也没有具体和准确地加以规定，这可能导致实践适用不统一。[④]对此，有学者认为可以采取以下行动：在必要时向欧洲国家当局提供统一欧洲的公证和司法实践；加强对公民的法律保障；节约成本。[⑤]

第二，ECS 的任择适用。《继承条例》规定，ECS 的适用不是强制性的，且不会取代成员国内部用于类似目的的证书。[⑥]有学者认为，这表明了公证人可以根据继承人的申请按照成员国国内法签发国家继承证书或其他类似文件，以及按照《继承条例》签发 ECS。[⑦]也有学者认为，国家继承证书与 ECS 的等价性意味着，除其他情形外，如果 ECS 已经在各自的国家签发，则不能签发国家证书是不明显的。[⑧]然而，学者们同样注意到《继承条例》没有充分提供协调 ECS 与国家继承证书之间关系的解决方法，尤其在发生冲突时哪种程序应当优先考虑等问题可能导致法律的不确定性。[⑨]另有学者通过分析 ECS 与国家规定之间相互矛盾和主要冲突的三种类型，明确指出使 ECS 真正成为欧洲继承证明的决定因素在于成员国是否愿意在其国内法律体系中完全接受。[⑩]

第三，ECS 与财产登记之间的协调问题。有学者认为，这是《继承条例》最具争议的内容之一。[11]一方面，第 1 条第 2 款第(k)、(l)项明确将在国家登记册内记录财产的情况排除在条例适用范围外。另一方面，第 69 条第 5 款又规定适用 ECS 必须与第 1 条第 2 款第(k)、(l)项所述的规则相符合。[12]然而，这实际上是基于谈判阶段利益冲突而产生的悖论，特别是关于不动产登记的问题。对此，有学者认为，必须重新对这两条规定作出解释，为 ECS 进行财产登记确立有效的使用模式。[13]

（四）小结

纵观过去两年世界国际私法涉外继承法律的发展，涉外继承国际立法的统一发展虽然稍显不足，但是匈牙利、摩纳哥、克罗地亚、瑞士和韩国等国家的立法，澳大利亚、法国、西班牙和奥地利等国家相关法院的判决，以及欧盟判决、我国与埃塞俄比亚的双边协定等为消除涉外继承法律冲突作出了较大贡献，尤其是欧盟法院在相关判决中对《继承条例》作出的解释性决定，尽管仍然遗留下不少问题还需要得到进一步澄清。

在学术研究方面，国内外学者对于涉外继承问题的研究既有区别又有联系。首先，从整体上看，无论是国内抑或是国外，都主要集中在涉外继承法律适用与继承公证问题展开

---

① See Elise Goosens: A Model for the Use of the European Certificate of Succession for Property Registration. The Netherlands: European Review of Private Law 3-2017, pp. 523-552.

② OJ L 201, 27.7.2012, p. 107-134 .Art.63(1) of the Regulation.

③ See Veronica Stoica; Gabriela Dumitrache: Short Legal Foray on the European Certificate of Succession. AGORA International Journal of Juridical Sciences, No. 2 (2017), pp. 96-106.

④ See Isabel Anton Juarez: The Proof of the Condition of Heir in the European Succession Law: The European Certificate of Succesion. Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2018) Vol. 10, N' 2, pp. 179-210.

⑤ 同上注 212

⑥ The principle of ECS subsidiarity is reiterated in paragraph 3 of Article 62 of the Regulation.

⑦ 同前注 211

⑧ See Mariusz ZaŁucki: *BOOK REVIEW-Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì & Heinz-Peter Mansel (eds), The EU Succession Regulation. A Commentary.* European Review of Private Law 1-2019 , pp. 159-164.

⑨ 同前注 211。

⑩ 同前注 209。

11 同前注 209。

12 同前注 211。

13 同前注 209。

了深入分析：国内学者主要致力于探索新的法律适用方式以完善现有立法的不足；国外学者则主要围绕《继承条例》的适用规则和 ECS 的影响展开分析，以促进其与各国国内立法的协调，而对涉外继承的管辖权与承认与执行外国法院判决的理论成果较少。其次，从具体内容来看，国外学者在谈论涉外继承法律适用问题时更倾向于分析具体规则产生的不同后果及其对有关国家的影响，例如连结点“惯常居所地”对英国和乌克兰的影响；国内学者无论是在分析同一制与区别制之辩，还是意思自治原则和最密切联系的引入，以及反致制度等法律适用问题时，论证理由大同小异，基本立场和态度也并无差异。对继承公证问题的研究也仅仅涉及表象，缺乏系统、全面的基本理论基础。

2.2017-2018 中国涉外家事司法实践报告

袁发强、孙锦怡等*

本报告系对 2017-2018 年中国法院审理涉外家事案件的梳理。案例的收集主要通过中国裁判文书网、北大法宝、无讼、聚法案例等搜索引擎进行检索。以 2018 年 12 月 31 日之前官方发布的数据为准，报告共收集到 127 起案件。报告分为涉外婚姻、涉外亲子关系、跨国收养、涉外监护扶养与涉外继承五大板块。

2017-2018 中国涉外家事案件统计	
涉外婚姻	14 件
涉外亲子关系	2 件
跨国收养	1 件
涉外监护扶养	3 件
涉外继承	89 件

一、 涉外婚姻

本报告检索到 2017 年到 2018 年涉外婚姻案件 14 个。其中涉及判决承认与执行的案件有 2 个，分别认可了美国和我国台湾地区的判决。涉及管辖权的案例有 4 个，涉及不方便法院原则、集中管辖和对经常居所地的认定等法律问题。

（一） 管辖权

1. 集中管辖问题

高某、褚某婚姻家庭纠纷一案涉及集中管辖问题。[①]上诉人高某请求将本案移送至有管辖权的法院审理。高某认为，案件的双方均是澳门居民，涉外案件应当由中级人民法院受理。其次，案件的争议标的是房产，不动产纠纷应当由不动产所在地的人民法院管辖。因此，案件即使不由珠海市中级人民法院审理，也应当由珠海市香洲区人民法院审理，而珠海横琴新区人民法院根本无权审理。

上诉法院认为，根据《最高人民法院关于指定珠海横琴新区人民法院集中管辖珠海市

* 袁发强：法学博士，华东政法大学国际法学院教授，博士生导师
孙锦怡、黎喆、陈垚、张柽柳：华东政法大学 2018 级国际法专业硕士研究生。

① 广东省珠海市中级人民法院（2017）粤民辖终 126 号民事裁定书。

辖区一审涉外、涉港澳台民商事案件的批复》的规定，[①]原审法院集中管辖珠海市辖区内一审涉外、涉港澳台民商事案件。因此，原审法院对本案有管辖权，原审法院认定事实及适用法律正确，予以维持。

《最高人民法院关于指定珠海横琴新区人民法院集中管辖珠海市辖区一审涉外、涉港澳台民商事案件的批复》这一文件具有地域性，只适用于广东珠海。目前，我国对于涉外商事案件实行集中管辖制度，但对涉外民事案件未作规定。涉外商事案件和涉外民事案件均具有涉外性，在管辖权、法律适用、诉讼程序、司法协助等方面具有共性特质。在审判实践中，涉外民事案件分散在各个法院的民事审判庭审理，没有注意到涉外民事案件处理的特殊性，在程序和法律适用等方面出现了诸多问题，造成判案尺度不一的局面，不利于对涉外民商事案件进行整体把握、统一审理和专业指导。基于此，珠海法院将辖区内由各基层法院管辖的涉外涉港澳台民事案件指定至横琴新区人民法院集中管辖。

2. 级别管辖问题

邱某、屋某离婚纠纷涉及级别管辖问题。[②]上诉人邱某上认为，此案是重大涉外案件，超出了基层法院级别管辖范围，应由江西省南昌市中级人民法院管辖，一审法院未尽审查义务，裁定的作出在程序上不符合法律规定，请求二审法院撤销一审裁定，并裁定将本案移送南昌市中级人民法院审理。上诉法院审理称，案件系涉外离婚纠纷，根据赣高法发（2008）14 号江西省高级人民法院印发《关于全省第一审民商事案件级别管辖的规定》的通知及江西省高级人民法院《关于全省第一审民商事案件级别管辖的规定》第 3 条第（3）项“基层人民法院管辖第一审涉外、涉港澳、涉台婚姻、继承、人身损害赔偿、劳动争议等案件”的规定，南昌市东湖区人民法院受理本案并不违反级别管辖的规定，故上诉人的上诉理由不成立，驳回上诉，维持原裁定。

3. 不方便法院原则的适用

在 S 某与 M 某离婚纠纷案中，当事人在上诉意见中要求法院考虑不方便法院原则的适用。[③]上诉人 S 某要求将本案移交英国法院审理。上诉人 S 某认为根据民事诉讼法解释第 532 条规定，若涉外民事案件同时符合法律规定的六种情形，人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提出诉讼，而本案完全符合法定的六种情形。此外，S 某认为本案作为离婚案件必将涉及财产分配等问题，案件双方的主要财产系英国的一套房屋，不应适用中国法律。再者，S 某主张在 M 某物质条件明显优于其的情况下仍对 M 某提供便利，无视 S 某作为英国公民在上诉过程中的弱势地位则必然使其权利受到伤害。

在对案件管辖权进行分析时，上诉法院经审查认为，被上诉人 M 某自 2010 年 8 月起在中国科学院南京土壤研究所工作，其经常居住地为南京市玄武区，该地点属一审法院辖区，故一审法院对本案具有管辖权。由于被上诉人仅就离婚事项向一审法院提起诉讼，并不涉及财产分割及债务分担等内容，且双方离婚纠纷发生在被上诉人在中国工作期间，案件不完全符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第 532 条规定的“人民法院可以裁定驳回原告的起诉，告知其向更方便的外国法院提出诉讼”的情形。故上诉人 S 某的上诉理由不成立，上诉法院不予采纳。

（一）法律适用

庞某与刘某离婚纠纷案、[④]喊所与仔依伦离婚纠纷案、[⑤]郑某与林某离婚纠纷案[⑥]均体现

[①]（2014）民四他字第 60 号。

[②] 江西省南昌市中级人民法院（2017）赣 01 民辖终 262 号民事裁定书。

[③] 江苏省南京市中级人民法院（2018）苏 01 民辖终 1073 号民事裁定书。

[④] 广东省江门市江海区人民法院（2016）粤 0704 民初 1217 号之一民事裁定书。

[⑤] 云南省瑞丽市人民法院(2018)云 3102 民初 289 号民事裁定书。

[⑥] 湖北省武汉市江夏区人民法院(2017)鄂 0115 民初 3174 号民事裁定书。

了涉外离婚诉讼适用法院地法律的原则。在这三起案件中，法院均将案件认定为涉外离婚纠纷，应该根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 27 条的规定确定适用法律，即诉讼离婚的案件应适用法院地法律。[①]

（二）判决的承认与执行

1. 中国对美国法院判决的承认与执行

符某与 S 某离婚纠纷特别程序案件涉及美国法院判决的承认与执行。[②]上诉法院认为，因我国与美国之间没有订立有关相互承认和执行法院民事判决、裁定的司法协助协议，故本案的审查应依照最高人民法院《关于中国公民承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行。[③]根据最高人民法院《关于中国公民承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第 1 条“对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，中国籍当事人可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决”的规定，申请人符某作为中国公民，其申请承认美利坚合众国的离婚判决符合法律规定的申请条件。另外，美国加利福尼亚州洛杉矶高等法院 BD618647 号最终离婚判决不违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益，也不存在不予承认外国法院离婚判决的其他情形，故对申请人符某申请承认该离婚判决应予以承认。

该案判决书中并没有对承认美国判决的理由进行详细的阐述。然而，结合此前湖北武汉市中级法院作出的一项以互惠原则为基础承认了美国判决的实践进行推测，[④]该案法院在考虑了美国同我国之间并未缔结也未共同参加相互承认和执行民事判决的国际条约之情况后，依据互惠关系原则对申请人的请求进行了分析，并最终依照该原则对其给予了支持。

2. 中国内地对台湾地区判决的承认

王某与洪某申请认可台湾地区法院离婚判决案涉及到对台湾地区法院判决认可的问题。[⑤]被申请人洪某于 2012 年向台湾板桥地方法院提出离婚诉讼，申请人王某于 2012 年 9 月 5 日签收了由吉林省高级人民法院转发的台湾板桥地方法院的传唤通知，但因赴台不便而未能参加庭审。在得知台湾地方法院已判决双方离婚并进行公告送达后，王某申请认可离婚判决的效力。法院审查时，先确认了虽然申请人在此前离婚案件的审理过程中未出庭，但台湾地区板桥地方法院已经对其进行了合法传唤。随后法院认为台湾地区板桥地方法院 101 年度婚字第 1 号民事判决不存在《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 15 条所规定的不予认可台湾地区民事判决之情形，[⑥]且该判决真实并已经生效。进而法院再依照《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 16 条的规定，认可离婚判决的效力。

二、 涉外亲子关系

未查询到直接体现涉外亲子关系纠纷的案例，仅有两起与之相关的案件。这两起案件均表现为当事人因寻求跨国代孕服务而引发的合同纠纷。其中一起涉及当事人的管辖权异议，另外一起系当事人不认同法院在法律适用方面的决定。

（一）管辖权

在李咏梅与美中互利国际医疗有限公司、何伟的代孕服务合同纠纷案中，[⑦]上诉人美中

---

① 云南省瑞丽市人民法院(2018)云 3102 民初 289 号民事裁判书。
② 海南省第一中级人民法院(2017)琼 96 协外认 1 号民事裁定书。
③ 法（民）（1991）21 号。
④ 湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书。
⑤ 吉林省长春市中级人民法院(2017)吉 01 民初 39 号民事裁定书。
⑥ 法释[2015]13 号。
⑦ 江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏 02 民辖终 791 号民事裁定书。

互利国际医疗有限公司（以下简称“美中互利公司”）不服原审关于案件管辖权的民事裁定，进而向无锡市中级人民法院提起上诉。美中互利公司请求撤销一审裁定，告知当事人向有管辖权的法院起诉。上诉人宣称美中互利公司为香港公司，该案属于涉外诉讼案件且案件不适用中国大陆法律。此外，美中互利公司认为案件事实符合《民事诉讼法解释》第 532 条的规定，法院应该依据不方便法院原则进行判断，裁定驳回原告的起诉。

二审法院对案件进行分析时，首先依据《民事诉讼法解释》第 522 条关于涉外案件性质的规定，结合案件合同约定代孕行为的具体实施地系在美国的案件事实，认定该案为涉外民事案件。随后，法院在解释该案是否应由外国法院管辖的问题时，直接列举《民事诉讼法解释》第 532 条关于人民法院可以裁定驳回原告起诉的规定，认为案件原告李咏梅为中国公民，案件涉及中国公民的利益，故不符合第 532 条第 4 款的规定。在该案并非外国法院管辖的情况下，应适用中国法律规定确定管辖法院。在该案中，法院认为应该适用的中国法律系《中华人民共和国合同法》，随后法院依据该法第 23 条对于确定合同纠纷中的管辖法院之规定，判决认为原审法院将案件移送上海市浦东新区人民法院审理的裁定是正确的。

（二）法律适用

在深圳西尔斯国际商务咨询有限公司（以下简称“西尔斯公司”）与孙艳服务合同纠纷案中，[①]当事人之间签订了一份名为《美国自体移植（含 PGD）合同》的文件，该合同文件约定深圳西尔斯国际商务咨询有限公司在美国向孙艳提供代孕服务。深圳西尔斯国际商务咨询有限公司作为上诉人，不服一审判决。西尔斯公司认为原审判决认定事实不清、适用法律错误，请求撤销原判，驳回原告的全部诉请。西尔斯公司主张，涉案合同的名称虽然为《美国自体移植（含 PGD）合同》，但是合同内容及实际履行事项都是咨询服务性质的第三方中介服务，并无代孕服务，而一审法院以合同约定违反公序良俗原则判决合同无效，存在适用法律严重错误的现象。依照西尔斯公司的观点，涉案合同并未违反法律或行政法规的强制性规定，应当判定有效。且即使存在部分条款的约定违背公序良俗，也属于部分无而非全部无效，且无效条款并为实际履行，与双方争议无涉，应当以有效原则处理双方涉案争议。

二审法院认为本案双方当事人争议的事实是西尔斯公司是否在美国为孙艳提供完整且符合涉案《美国自体移植（含 PGD）合同》约定的相关代孕服务。案件争议焦点也可以归纳为涉案《美国自体移植（含 PGD）合同》的效力。法院首先依据案件有关产生、变更或消灭民法关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的事实，将案件识别为涉外服务合同纠纷。在确定应适用的法律时认为，双方当事人没有明确约定案件适用的准据法，根据《法律适用法》第 41 条关于合同债权的法律适用规定，认为案件双方当事人的住所地、涉案合同的签订地、部分合同的履行地都在中华人民共和国内地，法院依照最密切原则，确定了中华人民共和国内地法律作为本案的准据法。二审法院依据《中华人民共和国民法总则》第 8 条、《中华人民共和国合同法》第 7 条的条文规定说明我国民事主体在订立有关民事合同时不得违反我国社会的公序良俗。该案合同的主要内容是西尔斯公司以盈利为目的，为孙艳提供去美国代孕的各项前期准备及居间服务，而从事代孕有关的行为与我国传统的社会伦理、道德以及公序良俗的基本原则相违背，因此认定当事人之间签订的《美国自体移植（含 PGD）合同》无效。

小结

通过对法院的判决进行分析，可以发现法院并没有因为案件内容涉及跨国代孕而可能具备的特殊性对其加以区分，而是均将案件识别为涉外服务合同纠纷之后，再依照相关处

[①] 广东省深圳市中级人民法院（2018）粤 03 民终 9212 号民事判决书。

理涉外合同的法律规定解决纠纷。

在上述涉及管辖权异议的案件中，法院对于管辖权的确定实际上运用了不方便法院原则。但法院在分析中，只是简单地声称案件当事人是中国公民，案件涉及中国公民的利益，故案件不属于《民事诉讼法解释》第 532 条规定的不方便法院原则适用的范围。对于法院这种仅以案件涉及我国（内地或祖国大陆）当事人的利益为由，拒绝接受另外一方当事人基于不方便法院原则提出的管辖抗辩之做法存在狭隘的法院地利益保护之嫌疑。

在深圳西尔斯国际商务咨询有限公司与孙艳服务合同纠纷案中，虽然上诉人对法律适用提出异议，但其只是认为法院在适用具体的中国法上存在错误，而并非在是否应该适用中国法这个问题上存在错误。换言之，在这起涉及跨国代孕合同的纠纷中，案件当事人均认可法院将案件认定为涉外服务合同纠纷并且依照最密切联系原则将准确法确定为中国法的做法。然而，跨国代孕合同与其他涉外合同相比，代孕合同同时还具备了一定的人身关系性质。若法院简单地以解决涉外合同纠纷的思路对其进行审理，是否会忽视代孕合同本身的特殊性而造成另外一种审判不公，这一点还需做进一步的考量。

三、跨国收养

未查询与“跨国收养”直接相关的案件，仅查询到 1 件将“跨国收养的效力”作为先决问题予以审理的继承案件。

（一）法律适用

在陈某 1、陈某 2 继承纠纷二审案中，[①]原审原告陈某 2 向法院出具了一份《声明书》以证明其与被继承人具有收养关系。然而，案件上诉人陈某 1 认为陈某 2 提交的《声明书》不是收养关系公证，不具有合法性，不能证明被继承人与陈某 2 之间存在合法收养关系。陈某 1 主张该案原审判决对跨国收养关系有效性进行分析时存在法律适用的错误，其理由主要可以归纳为以下四点：1.被上诉人出示的《声明书》不符合 1979 年 6 月 5 日的《最高人民法院关于办理过继和收养关系公证的通知》规定，因而缺乏合法收养关系的证明力；2.被上诉人出示的《声明书》违反 1982 年 3 月 1 日司法部发布的《办理几项主要公证行为的试行办法》规定，应当认定为无效；3.一审法院判决所依据的《最高人民法院司法行政厅关于收养子女公证问题的函》系 1965 年 4 月 2 日发布，而本案中公证处作出公证《声明书》的时间是 1984 年 9 月 24 日，当时已经有了比较多的关于子女收养公证的法规政策，一审法院的判决存在明显错误；4.被继承人系菲律宾人，公证处出具公证的 1984 年，我国并无收养涉外民事法律关系应当适用的法律规定，依照上述规定，应当参照《法律适用法》第 28 条之规定，适用收养人经常居所地即菲律宾法律，来确定收养的效力。

二审法院在回答收养是否合法的问题时，认为根据案件事实，被继承人于 1984 年回国期间自愿办理收养陈某 2 的手续，此时陈某 2 虽已成年，但基本符合当时的收养政策及司法解释，可以认定被继承人与陈某 2 的收养关系于当时成立且具有法律效力。而对于陈某 1 上诉主张适用《法律适用法》第 28 条，即适用收养人陈永渺经常居所地菲律宾的法律来确定收养的效力，二审法院在判决书中认为由于该法系 2010 年颁布、2011 年施行，并不具溯及力，故法院不予采纳。最终二审法院仍认定被继承人与陈某 2 的收养关系有效。

小结

在这起陈某 1、陈某 2 继承纠纷案中，收养关系的合法性是案件争议之一。然而，判决书关于这个问题的法律适用让人产生疑惑。

首先，二审法院在认定被继承人与陈某 2 的收养关系具有法律效力时，先是列举了相关的案件事实，认为这些案件事实“基本符合当时的收养政策及司法解释”，但没有说明“当

[①] 福建省厦门市中级人民法院（2016）闽 02 民终 4876 号民事判决书。

时”具体指代的是什么时间段？“收养政策及司法解释”指的是中国的法律抑或是菲律宾相关的法律规定？若法院指的是适用中国的“收养政策及司法解释”，那么为什么菲律宾的法律规定在本案中不能适用？

其次，二审法院在回答上诉人陈某 1 主张依据《法律适用法》第 28 条适用菲律宾的法律来确定收养效力时，以该法系 2010 年颁布、2011 年施行，并且该法不具有溯及力为由，对陈某 1 的上诉理由进行了否定。然而，二审法院对于该理由的合理性以及推理过程的合理性都没有做任何的论证。

再者，正如陈某 1 提出的，依据《最高人民法院关于适用若干问题的解释（一）》（以下简称《适用法司法解释（一）》）第 2 条规定：“涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。”被继承人是菲律宾人，而且在公证处出具公证的 1984 年，我国并无收养涉外民事法律关系应当适用的法律规定，依照上述规定，应当参照《法律适用法》第 28 条之规定，适用收养人经常居所地即菲律宾法律，来确定收养的效力。但二审法院没有对陈某 1 的请求作出分析解释，径直适用中国法律的其他规定来确定收养关系的合法性。

综上，我们很遗憾地发现在司法实践当中，法院在处理涉外民事案件的先决问题时仍存在不够重视的现象，相关的法条引用和结论之间的论证不充足或是缺失，甚至对于当事人在法律适用方面提出的疑惑存在逃避论证的情形，这种做法让人难免对法院下一步分析案件主要问题时的准确性和公正性产生怀疑。

四、涉外监护与扶养

查询到涉外监护扶养案件三例。对此三个案例进行归纳分类，案由分别是变更抚养关系纠纷、追索抚养费纠纷以及确定抚养权和追索抚养费纠纷。其中一个案例涉及管辖权问题，其余两个案例涉及法律适用问题，没有涉及判决的承认与执行的涉外监护扶养案例。

（一）管辖权

司法实践中出现了一审法院对涉外扶养案例的管辖权定性不当的情况，当事人提出管辖权异议，二审法院支持上诉人姜某请求，撤销原裁定。在姜某与赵某变更扶养关系纠纷一案中，[①]姜某认为原审法院裁定管辖错误，理由在于该案属于身份诉讼，且被告以及被扶养人均为香港居民，原审法院没有正确认定被上诉人经常居住地位于香港。根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 22 条的规定，对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地法院管辖。二审法院经审查，认可姜某援引《民事诉讼法》第 22 条的法律依据，同时查明被姜某虽然户籍地在广东省福田区，但是并没有在深圳居住生活，而是在香港有固定住所，因此认定事实被上诉人赵某的经常居住地位于香港，符合姜某所述内容。南通市崇川区人民法院作为上诉人（一审原告）姜某住所地人民法院对本案具有管辖权，因此南通中院作出终审裁定，本案由南通市崇川区人民法院管辖，撤销原民事裁定。

从两审法院的判决中分析可知，一审法院定性管辖权不当的原因主要在于没有实质审查双方当事人的经常居住地，未查明案件中的涉外因素，从而导致援引法条错误。当事人提出管辖权异议，二审法院就事实问题和法律问题分别进行审议，认可上诉人的上诉请求，体现了法院的权威和公信力。近年来，当事人提出管辖权异议的涉外监护扶养案件很少，仍是以法院依职权说明其具备管辖依据为主。管辖权是国际私法三大核心内容之一，是正确审理案件的基础，对于司法实践出出现的管辖不当的问题应当高度重视，以保障争议公

[①] 江苏省南通市中级人民法院（2018）苏 06 民辖终 50 号民事裁定书。

正合理解决。

（二）法律适用

涉及法律适用方面，司法实践中在审理追索抚养费案件时，法院对案件的识别值得商榷，援引法条有一定的随意性。2018 年 5 月 2 日，佛山市中级人民法院在B抚养费纠纷案中，作出终审判决，驳回上诉维持原判。[①]一审法院查明被告B、原告R均为爱尔兰公民，根据《民事诉讼法解释》第 522 条规定，本案属于涉外民事纠纷。B与R的母亲李签订了《离婚协议书》，其中约定了B须每月支付R一定的抚养费，现B已拖欠六万元整，R请求B支付扶养费。一审法院根据《法律适用法》第 30 条有关“监护”的规定，适用中国法，并查明B已按照《离婚协议书》的约定支付了两笔抚养费，该行为印证了B 对《离婚协议书》的内容是完全知晓并且愿意按照协议的内容履行。此外，《离婚协议书》是双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，B应当履行协议。因此，一审法院支持了R的请求。B以自身不懂中文为由，其签订该协议书非出于本人真实意思表示，拒绝承担该项义务，提出上诉。佛山中院查明，B已经在中国生活多年，其作为完全民事行为能力人，对《离婚协议书》中自身的签名和指印真实性均无异议，根据日常生活经验，B知道或应当知道在《离婚协议书》上签名、按指印可能产生的法律后果。因此佛山中院认为B的上诉主张理据不足，不予支持，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，判决驳回上诉，维持原判。

值得关注的是，该案是追索抚养费纠纷，不涉及相关监护事项，但一二审法院均援引了《法律适用法》中针对“监护”的规定，直接适用中国法，没有任何说理过程。法院在司法实践中对此类案件的识别值得商榷。此外根据《法律适用法》第 30 条对“监护”的规定，法院应当就“有利于保护被监护人权益”的法律中进行实质比较，才能确定适用哪国法，一二审法院在就法律适用的论证中，均没有进行详细比较或阐述，直接适用中国法，很难令人信服。

同样是追索抚养费纠纷，在司法实践中，法院却会识别为不同的问题，援引了《法律适用法》中不同的规定。在张某与楚某抚养纠纷案中，北京市朝阳区人民法院作出判决，支持原告诉讼请求并驳回被告反诉请求。[②]原告张某向法院请求判决其与被告楚某的女儿张某某抚养权归她所有，同时向被告追索女儿的抚养费。被告楚某提出反诉：要求女儿抚养权归他，对方无需支付抚养费。法院查明，原告张某为美国国籍，根据《民事诉讼法解释》第 522 条规定，本案属于涉外民事纠纷。法院援引《法律适用法》第 25 条有关“父母子女”的规定、第 27 条有关“诉讼离婚”的规定，适用中华人民共和国法律审理该案。法院经审理，张某某自出生后一直跟随原告生活，从子女权益角度出发，判决张某某由原告张某抚养。在原告张某与被告楚某离婚以后，楚某没有证据证明其向张某支付给张某某的抚养费，法院支持原告张某要求被告楚某支付抚养费的诉讼请求。

上述两个案例，法院对于同一案由，案情相似的案件，却援引了不同的法律适用规定。针对这一现象，笔者追溯检索至 2014 年以来的涉外监护扶养案例，统计出以《法律适用法》

[①] 广东省佛山市中级人民法院（2018）粤 06 民终 2839 号民事判决书。

[②] 北京市朝阳区人民法院（2017）京 0105 民初 59332 号民事判决书。

第 25 条为裁判依据的案例共有 18 个，[①]以《法律适用法》第 29 条为裁判依据的有 6 个。[②]其中当案由为抚养纠纷或抚养费纠纷时，原告的诉讼请求为确认被抚养人的抚养权，同时要求被告支付抚养费的情况，法院通常适用第 25 条“父母子女关系”的规定。而在被告迟延或拒绝支付原、被告间约定的抚养费，法院通常适用第 29 条“扶养”的规定。在这些判决中，法院选择援引第 25 条而没有援引第 29 条，或者选择援引第 29 条并没有援引第 25 条均没有给出具体的说理过程，这体现出法院在引用法条时存在一定的随意性。

此外，在《法律适用法》第 25、29、30 条中均作出了比较法律以选定“最有利于的法”的要求，但是在司法实践中，法院均未实质比较准据法，有的只是通过被扶养人或被监护人常年居住在中国，故使用中国法来裁决案件更能保护其利益这类牵强的说理来援引法条，有的更是缺乏任何说明理由，这也意味着法院并未实质保护弱者利益，没有达到保护其合法权益的立法目的。在立法层面上，制定有利实现实质正义的法律规定，加强法律适用的稳定性，是解决此类司法实践问题的有效路径。

五、涉外继承

涉外继承领域共查询到 89 个案件符合条件。其中，基于《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》第 4 条的规定，[③]84%的案件都由基层人民法院作出。

本报告首先对这 89 件涉外继承案件的审级分布、纠纷类型、管辖权、法律适用和准据法、先决问题与其他问题等方面作以简要的统计分析。其次，则围绕 2017-2018 年中国国际私法涉外继承的司法实践状况，结合一系列案例，分别对这些方面的具体实施情况与存在的问题加以探讨和分析。相关统计情况如表 1~表 5 所示。

表 1　各级人民法院审理涉外继承案件的分布

[①] 民事判决书 12 份：广东省广州市白云区人民法院（2014）穗云法江民初字第 563 号民事判决书、福建省厦门市海沧区人民法院（2015）海民初字第 533 号民事判决书、广东省江门市新会区人民法院（2014）江新法民四初字第 88 号民事判决书、广东省珠海市中级人民法院(2016)粤 04 民终 470 号民事判决书、四川省成都市中级人民法院（2015）成民终字第 2731 号民事判决书、北京市朝阳区（2014）朝民初字第 40766 号民事判决书、广东省佛山市顺德区人民法院（2015）佛顺法民一初字第 473 号民事判决书、广东省开平市人民法院（2015）江开法民四初字第 391 号民事裁判书、福建省福州市中级人民法院（2015）榕民终字第 1624 号民事判决书、金堂县人民法院（2016）川 0121 民初 381 号民事判决书、广东省珠海横琴区人民法院（2015）珠横民初 101 号民事判决书、广东省珠海横琴区人民法院（2016）粤 0491 民初 170 号民事判决书。

[②] 浙江省杭州市中级人民法院（2016）浙 01 民终 593 号民事判决书、浙江省杭州市西湖区人民法院（2015）杭西民初字第 2496 号民事判决书、北京市第二中级人民法院（2014）二中少民终字第 08865 号民事判决书、北京市房山区人民法院（2014）房民初字第 12322 号民事判决书、广东省江门市新会区人民法院（2016）粤 0705 民初 1719 号民事判决书。

[③] 《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》第 4 条规定：“婚姻、继承、家庭、物业服务、人身损害赔偿、名誉权、交通事故、劳动争议等案件，以及群体性纠纷案件，一般由基层人民法院管辖。”见最高人民法院法发[2015]7 号通知。

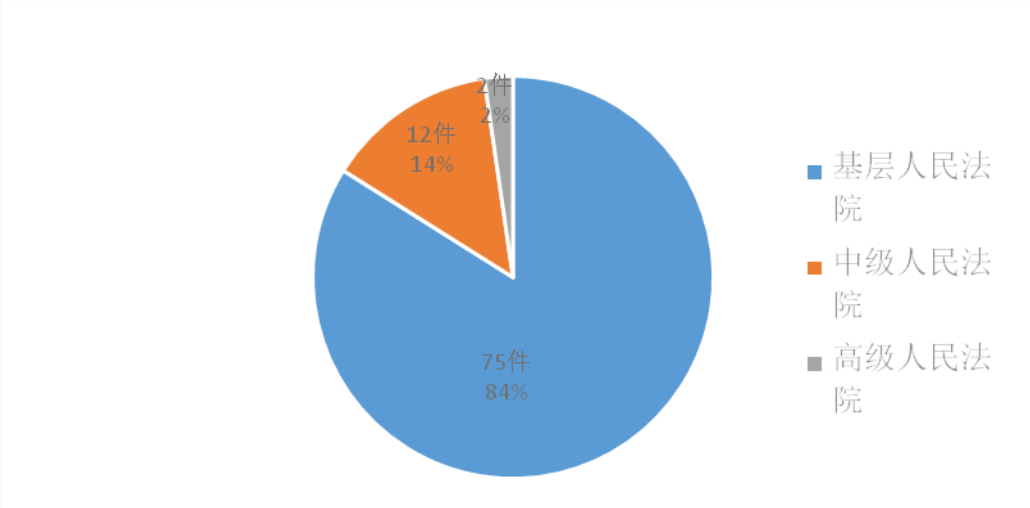

2件
2%
12件
14%
75件
84%
基层人民法院
中级人民法院
高级人民法院

表 2　涉外继承纠纷类型分布

类型	案件数量	比例
涉外法定继承纠纷[①]	58	65%
涉外遗嘱继承纠纷[②]	19	21%
部分遗嘱继承，部分法定继承	7	8%
涉外无人继承财产	1	1%
其他类型[③]	4	4%

表 3　　涉外继承案件管辖权

涉外继承管辖权	案件数量	比例
当事人管辖权异议	3	3%
法院裁定不具有管辖权	1	1%
法院自行说明管辖权及其依据	19	21%

表 4　涉外继承案件涉案国家（地区）与准据法

表 4-1　涉外继承案件涉案国家（地区）

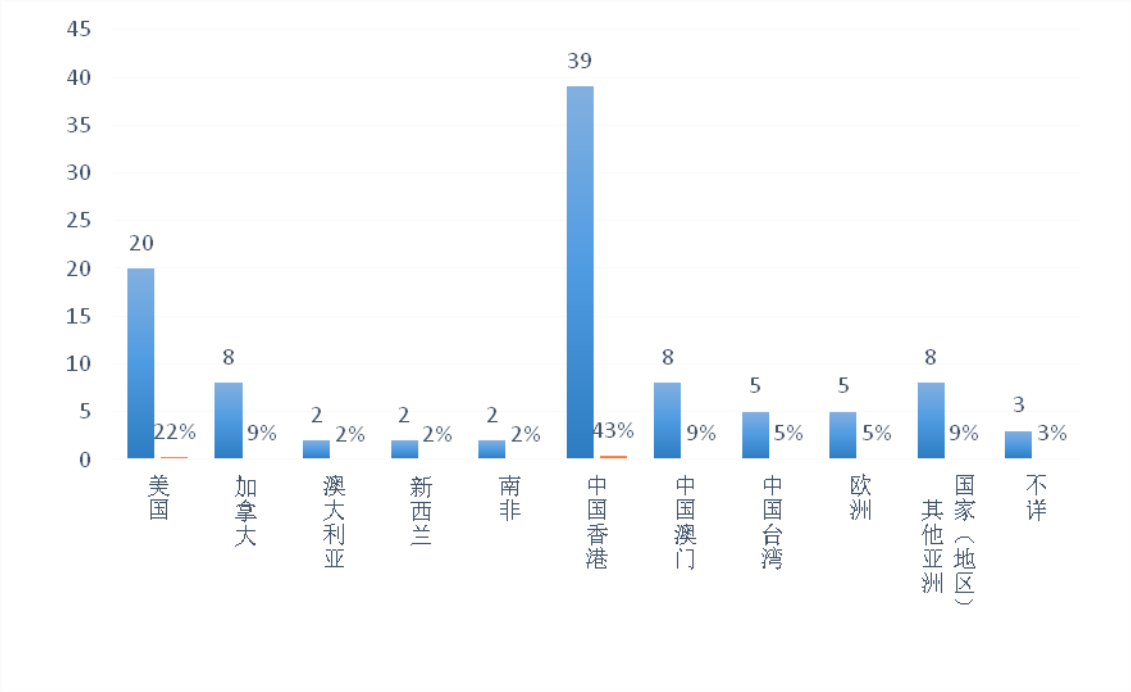


表 4-2　涉外继承案件适用的准据法

① “涉外法定继承案件”中，包括因法院认定遗嘱无效而由遗嘱继承转为法定继承的 6 件案例。

② 需要注意的是，在广东省高级人民法院（2016）粤民终 261-264 号民事判决书“翁诗雅、翁慧雅第三人撤销之诉纠纷案”中，法院认为本案有 3 个争议焦点，其中第 2 个争议焦点涉及“遗产管理纠纷”，法院为解决该问题，依据《法律适用法》第 34 条适用了遗产所在地法——中国法律。

③ “其他类型”中，均系仅具有继承背景、当事人主要争议焦点并非涉外继承的案件。

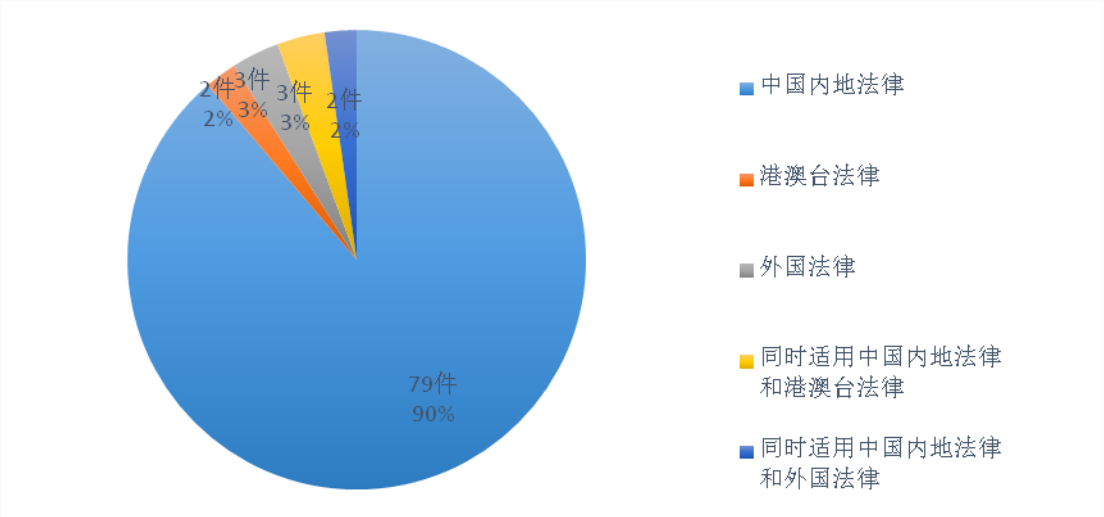


表 5 涉外继承案件的先决问题与其他问题

类型		案件数量（件）	比例（%）
先决问题	婚姻是否成立/有效	2	2%
	争议遗产权属问题	5	6%
	父母子女关系是否成立（包括继子女关系、收养子女关系)	3	3%
其他问题	必留份额是否强制性规定	1	1%
	诉讼时效问题	10	11%
	识别错误	9	10%

（一）管辖权

从表 3 可知，在涉外继承案件的管辖权而言，近两年来当事人提出管辖权异议的纠纷案件数量很少，较多地则是法院依职权主动说明本院的管辖权依据。从整体上来看，我国大部分法院能够正确理解和运用《民事诉讼法》第 33 条第 3 项的规定，即“继承遗产纠纷由被继承人经常居住地或主要遗产所在地法院专属管辖”，但目前仍然存在着一些值得关注的问题。

1. 法院对继承遗产纠纷的专属管辖权

在邓某与梁某 2 梁某 1 遗嘱继承纠纷案中，[①]原告请求继承位于佛山市顺德区的涉案房产的 50%产权，以及三被告协助原告办理过户手续。在审理过程中，被告向法院提出了管辖权异议。法院经审查后认为，关于本案的管辖问题，因原告为香港居民，本案属于涉港民事案件。根据《民事诉讼法》第 33 条第 3 项的规定，涉案遗产为不动产，其所在地位于佛山市顺德区，本院属于在本辖区内对涉港民事案件有管辖权的人民法院，且符合级别管辖的规定，本案应由本院管辖，故裁定驳回了该被告提出的管辖权异议。

根据《广东省高级人民法院关于调整第一审民商事纠纷案件级别管辖标准的通知》第 4 条的规定，[②]婚姻、继承案件一般由基层人民法院管辖，且根据《最高人民法院关于涉外民

① 广东省佛山市顺德区人民法院(2018)粤 0606 民初 3778 号民事判决书。
② 广东省高级人民法院粤高法【2008】111 号通知。

商案件诉讼管辖若干问题的规定》，[①]本案并非重大涉外纠纷，可由基层人民法院管辖，加之《民事诉讼法》第 33 第 3 项的规定，法院裁定驳回当事人管辖权异议并无不当。

2. 法院对纠纷定性不当导致管辖权依据错误

在广州省开平市人民法院审理的两起涉外继承案件——梁某 1 与梁某 2 洪某法定继承纠纷案、[②]余某与赖某 1 周某法定继承纠纷案中，[③]法官依职权主动地说明了法院对该案件的管辖权。就案件本身而言，并无特别之处：前案中原被告双方同意按照法定继承，基本无较大争议；后案中，原被告双方仅就继承份额未达成一致。值得商榷的是法院援引的管辖权依据，是《民事诉讼法》第 33 条第 1 项“不动产纠纷由不动产所在地人民法院专属管辖”。这表明，法院将“涉外不动产的继承纠纷”定性为“不动产纠纷”，因争议的不动产位于开平市，故应当由不动产所在地法院——开平市人民法院管辖。然而，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第 28 条明确“不动产纠纷”特指两类纠纷：物权纠纷和四类特殊物权合同纠纷。[④]换言之，并非所有与不动产有关的纠纷都可以认定为“不动产纠纷”，不动产纠纷主要解决的是双方当事人基于物权法律关系而产生的纠纷。虽然对不动产进行继承后，因权利主体的变更也必然会产生物权变动的法律效果，但是纠纷的产生并不基于当事人之间的物权法律关系，而是被继承人与继承人之间以及继承人相互之间的身份关系和财产关系，并不属于第 28 条界定的范围。

此外，在法律适用方面，法院将本案识别为涉港法定继承纠纷，并援引了《法律适用法》第 31 条“不动产法定继承适用不动产所在地法”，也即中国内地法律审理了案件。在同一案件中，法院就管辖权和法律适用分别进行了识别定性，前者识别为“不动产纠纷”，后者识别为“涉外法定继承纠纷”，这无疑是相互矛盾、不合逻辑的。从本质上而言，管辖权、法律适用，以及承认与执行外国判决共同构成国际私法的三大核心内容，三者应当是相互统一的，只有这样才能正确适用准据法，从而促进争议的公正合理解决。

3. 未正确区分管辖权与法律适用之间的关系

在庄某 1 与储某 1 储某 2 继承纠纷案中，[⑤]法院驳回了原告起诉和被告反诉的所有请求。本案是一起涉台继承纠纷和物权纠纷，原告居住在台湾省,请求依法分割其与被继承人王蓉共有的财产、依法继承本案所涉房屋中属于被继承人王蓉的遗产部分，以及由原被告共同承担被继承人的丧葬费用。次子庄某 2 称其为原告的监护人。针对原告的请求，被告分别就被继承人遗体以及遗物的处理、被继承人财产的继承提出了反诉。该法院经审查后，对本诉和反诉分别作出了分析：首先，关于本诉诉讼主体资格的问题。法院认为，庄某 2 提出的“关于认定其监护人身份”的裁定未向大陆人民法院申请承认，法院对该裁定的真实性无法确认，故根据《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的决定》第 16 条的规定，[⑥]原告起诉应依法驳回。其次，关于被告反诉请求的问题。法院认为，被告要求

---

① 最高人民法院法释[2002]5 号通知。

② 广东省开平市人民法院(2017)粤 0783 民初 1245 号民事判决书。

③ 广东省开平市人民法院(2017)粤 0783 民初 3267 号民事判决书。

④ 《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 28 条规定：“民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。”

⑤ 江西省九江市中级人民法院(2015)九中民三初字第 71 号民事裁定书。

⑥ 《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的决定》第 16 条规定：“人民法院经审查能够确认台湾地区法院民事判决真实并且已经生效，而且不具有本规定第十五条所列情形的，裁定认可其效力；不能确认该民事判决的真实性或者已经生效的，裁定驳回申请人的申请。裁定驳回申请的案件，申请人再次申请并符合受理条件的，人民法院应予受理。”见最高人民法院法释〔2015〕13 号文件。

分割和继承的遗产均在台湾，[①]且提交的有关资料均为复印件，根据《法律适用法》第 31 条的规定，法院不具有管辖权，故依法驳回被告的反诉请求。

由上述可知，法院认为其不具有管辖权的依据是《法律适用法》第 31 条，但这一规定是确定涉外法定继承应当适用何种法律的冲突规范，而不是确定管辖权的程序规范。冲突规范和管辖权规范的本质区别在于“解决的问题和法律依据不同”：管辖权规范解决的是法院能否受理案件的问题，其法律依据是各国国内民事诉讼法；冲突规范（又称为“法律适用规范”）则解决的是法院受理案件后应当适用哪个国家的实体法作出判决的问题，其法律依据是各国国内冲突法。因此，本案中法院确定其管辖权的依据应当是《民事诉讼法》，确切地说应当是第 33 条“遗产继承纠纷专属管辖权”。法院应当正确理解管辖权与法律适用的功能和区别，两者不能混淆。

（二）先决问题

国际私法涉外继承的先决问题主要包括婚姻关系的成立与效力、争议遗产的产权归属以及父母子女关系的确定。我国《适用法解释（一）》第 12 条规定：“涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。”[②]这明确表明，如果某一案件存在先决问题，法院需要为每一个具有独立性的争讼问题寻找准据法，而不是用主要问题冲突规范确定的准据法来解决案件中的所有问题。然而，实践中这一规定并未得到很好的实施。

1. 婚姻的成立与效力

婚姻是否有效在涉外继承法律关系中是判断配偶是否享有继承权、争议遗产是否为被继承人个人财产的前提。在黄某 1 与谢某等遗嘱继承纠纷案，[③]及其上诉案中，[④]一审法院与二审法院对“立遗嘱人与其配偶之间是否具有婚姻关系”这一问题的处理迥然不同。该案是一起涉港遗嘱继承纠纷，立遗嘱人系香港永久性居民，其“配偶”为谢某，但并未办理结婚登记。立遗嘱人于 2011 年 10 月 20 日立下了公证遗嘱，将其名下所有财产全部遗赠儿子黄某 1 并同时指定其为遗嘱执行人，同时规定遗嘱有关问题适用香港法律。黄某 1 在立遗嘱人死后持该遗嘱向香港高等法院申请了遗嘱认证并办理了内地的遗嘱公证证明以便继承。被告谢某及其他子女则认为该遗嘱应当系无效。本案中双方当事人的第一争议点即在于“立遗嘱人与谢某之间是否存在婚姻关系”。黄某 1 认为，谢某等人提出的证据无法有效证明谢某与立遗嘱人系夫妻关系，仅能证明双方为同居关系，而同居关系相互之间不具有继承权。谢某等人反对此意见，认为谢某在上世纪 50 年代就与立遗嘱人以夫妻名义共同居住生活，并分别于 70 年代以夫妻名义赴港共同生活直至立遗嘱人去世，双方虽未办理婚姻登记，但已构成了事实婚姻关系。

针对当事人的不同意见，一审法院认为，由于立遗嘱人与谢某共同生活在香港地区，故根据《法律适用法》第 21 条的规定，[⑤]双方婚姻关系确立与否应当适用当事人共同经常居所地法律——香港地区法律，而根据《香港法例》第 181 章《婚姻条例》规定的夫妻结婚形式，双方不属于该法规定的实质意义上的“夫妻”，即否定了谢某与立遗嘱人之间存在有效成立的婚姻关系。相反，二审法院并未将婚姻效力作为先决问题单独加以分析，而是

[①] 需要注意的是，本案被告反诉请求要求分割的财产并非全部位于台湾，其中请求 3 涉及反诉被告与被继承人在中国工商银行深圳工商银行存款 50 万元人民币。此外，原告请求分割和继承的财产既有位于大陆，也有位于台湾地区的部分。

[②] 最高人民法院法释〔2012〕24 号。

[③] 福建省安溪县人民法院（2016）闽 0524 民初第 5878 号民事判决书、

[④] 福建省泉州市中级人民法院（2017）闽 05 民终第 6970 号民事判决书。

[⑤] 《中华人民共和国法律适用法》第 21 条规定：“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”

在认定本案主要问题冲突规范的准据法为中国法律后，直接依此适用了我国《中华人民共和国婚姻法》的相关规定以及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（一）》第 5 条，认为谢某与立遗嘱人多年前即在安溪县按农村风俗举办婚礼并以夫妻名义共同居住生活，虽在大陆未办理婚姻登记，但是已经构成事实婚姻关系，一审法院事实认定不清，应予更正。

由上述可知，一审法院将“双方婚姻是否有效成立”这一问题作为先决问题单独进行分析，根据《法律适用法》第 21 条确定了香港地区法律为该先决问题的准据法，并据此认定双方不具有婚姻关系。而二审法院则根据查明的事实，直接依照案件主要问题冲突规范确定的准据法即我国法律的相关规定来解决这一问题，认定双方之间构成事实婚姻关系。虽然本案涉及的当事人众多，争议较大案件较复杂，但夫妻婚姻关系是否有效明显属于独立的待解决问题，夫妻财产关系、配偶继承权的认定均依赖于婚姻关系成立与否。暂且不论一审法院查明的香港地区法律的内容及其理解是否正确，但其将该问题单独予以分析、论证和说明，是处理先决问题的应有之义。

2. 争议遗产的产权归属

在涉外继承案件中，涉案遗产的产权归属问题，也即争议遗产是否为夫妻共同财产常常成为双方当事人的争议焦点，这类案件有 5 件，占 6%。法院对这一问题的定性主要有两类：一类是识别为不动产纠纷，比如在前述的黄某 1 与谢某等遗嘱继承纠纷上诉案中，[①]双方当事人的另一主要争议即为“涉案遗产是否为夫妻共同财产”，这一问题直接影响到涉案遗嘱的效力。二审法院将其认定为不动产物权纠纷，援引了《法律适用法》第 36 条“不动产纠纷适用不动产所在地法”确定本案的准据法为中国法律，而后依据《婚姻法》第 17 条的规定，认定涉案遗产为夫妻共同财产，因而判决涉案遗嘱处理配偶财产的部分无效。福建省高级人民法院也维持了二审的意见，同样将本案识别为不动产纠纷而适用了中国法律，从而驳回了原告的再审申请。[②]

结合前述管辖权依据的问题来看，在司法实践中有不少法院因争议遗产为不动产，而直接将其识别为不动产纠纷。然而，如前所述，根据《民事诉讼法解释》第 28 条的规定，并非所有与不动产有关的纠纷都可以认定不动产纠纷，其具有特定的范围，尤其在涉外婚姻、家庭继承领域的不动产财产受到身份关系的影响，具有强烈的人身属性，并不宜认定为不动产纠纷。这种识别定性不清的问题，需要引起各级法院的重视。

另一类则是识别为夫妻财产关系，有 4 个案件。在前述的黄某 1 与谢某等遗嘱继承纠纷案、[③]杨某 1 等与杨某 5 等继承纠纷案中，[④]法院援引了《法律适用法》第 24 条，选择了夫妻共同经常居所地法——香港法律为准据法，说理充分，法律适用正确。而在卢某 1 与黄某等法定继承纠纷案中，[⑤]原被告双方对被继承人的经常居所地是厦门还是香港意见不一。法院结合涉案房产购置时间、被继承人的出入境记录以及其配偶的实际居住情况，认为被继承人夫妇近年来的事业及生活重心在内地，并以厦门作为共同居住地，被继承人作为港籍人士定期返港走亲访友处理事务实属正常且符合常理，但并不构成相对连续居住状态的中断，认定厦门为夫妻双方的共同经常居所地。虽然法院并未就“涉案遗产是否夫妻共同财产”这一先决问题的法律适用作出具体分析说明，但结合判决中最后列明的法律依据——《法律适用法》第 24 条可知，法院仍是将这一争议作为先决问题独立适用了中国法

① 见前注 36。
② 福建省高级人民法院（2018）闽民申 2700 号民事裁定书。
③ 见前注 35。
④ 福建省厦门市思明区人民法院(2016)闽 0203 民初第 12034 号民事判决书。
⑤ 福建省厦门市思明区人民法院(2017)闽 0203 民初 5278 号民事判决书。

律作为准据法。在邝某等与陈某法定继承纠纷案，[①]法院同样未对该先决问题的法律适用单独进行分析，而是根据《法律适用法》第 31 条确定我国法律为准据法后，直接适用我国《婚姻法》第 17 条和第 18 条的规定，认定涉案房屋为个人财产而非夫妻共同财产。

涉外继承纠纷因为夫妻婚姻关系与财产关系等先决问题的存在，呈现出越发复杂的趋势，有的案件可能涉及到好几个法律关系，并且争讼问题的解决可能涉及到需要首先解决的另一法律关系，比如黄某 1 与谢某等遗嘱继承纠纷案便同时涉及了夫妻婚姻效力与夫妻财产关系两个需要首先解决的先决问题。这时先决问题的法律适用是法官必须率先加以考虑的，而不能把主要问题冲突规范的准据法适用到整个案件当中，把先决问题和主要问题混合到一起。法院应当正确适用先决问题的冲突规范，以免产生法律选择错误的结果。

3、父母子女关系的认定

在涉外继承案件中，当事人与被继承人之间是否存在合法的父母子女关系，也是认定当事人是否为适格继承人的前提条件。本报告涵盖的案件中，有 3 个案件涉及到对父母子女关系的争议。然而，无一例外的是，没有法院将父母子女关系的认定作为先决问题单独加以进行法律适用的分析，而是直接适用主要问题冲突规范确定的准据法，即我国法律的相关规定进行判断。比如在何某与佛山市顺德区乐从镇乐从社区居民委员会继承纠纷案中，[②]原告为香港居民，请求依法继承被继承人留下的房产，被告和第三人均未到庭答辩。法院认为，原告是否有权继承遗产，关键在于其与被继承人之间是否存在收养关系，但法院并未对这一先决问题作出分析，而是根据《法律适用法》第 31 条确定本案应当适用我国法律后，直接适用我国《收养法》认定双方之间不存在收养关系，而后又认为原告在被继承人无婚无子女的情况下对其尽了较多抚养义务的行为值得称赞，故判决该房产由原告继承。此外，在本案中，法院除忽视了先决问题的法律适用外，还存在着识别不准确导致法律适用错误的问题，理由在于：法院经审查后认定被继承人无婚无子女，父母也先于其去世，也即没有适格继承人，因此被继承人的遗产属于涉外无人继承财产，应当适用《法律适用法》第 35 条“涉外无人继承财产适用遗产所在地法”确定本案的准据法，而不是《法律适用法》第 31 条。

另外两起案件，即凌芝与凌敏等继承纠纷上诉案、[③]A 某与宗某等法定继承纠纷案中，[④]法院同样没有对有关当事人是否为被继承人的继子女这一先决问题作出法律适用分析，而是直接依据我国《继承法》的规定，[⑤]按照“有关当事人是否与被继承人共同生活并形成抚养教育关系”的标准加以判断。

虽然在涉外继承中，确定父母子女关系的准据法不仅要遵循保护弱者权益的原则，尤其在准据法为外国法时更需要对该外国法的内容进行查明，会增加案件的复杂性和法院的审理负担，故实践中法院通常直接适用法院地法进行认定。然而，是否构成父母与子女关系是确定当事人是否合法继承、能否享有继承权的关键问题，如若认定不当，则难以实现保护当事人合法权益的目的。因此，法院应当认识到这一问题的重要性，正确适用法律。

（三）其他问题

1．诉讼时效问题

关于诉讼时效问题的理论研究主要基于“时效属于程序问题还是实体问题”。程序问题

[①] 广东省江门市新会区人民法院(2016)粤 0705 民初 929 号民事判决书。

[②] 广东省佛山市顺德区人民法院(2018)粤 0606 民初 7389 号民事判决书。

[③] 广东省广州市中级人民法院(2016)粤 01 民终 6173 号民事判决书。

[④] 江苏省太仓市人民法院(2016)苏 0585 民初 7692 号民事判决书。

[⑤] 需要注意的是，本案涉及涉外遗嘱继承纠纷，法院对于本案的主要争议，即“遗嘱是否有效”也没有进行任何法律溯及力和法律适用的具体分析，直接根据《继承法》第 36 条的规定适用我国《继承法》认定遗嘱无效而转为涉外法定继承。

适用法院地法，这是国际私法的一般规则；实体问题则适用案件的准据法。大陆法系国家将时效分为取得时效和消灭时效，将时效识别为实体问题。英美法系国家则将时效分为阻碍原告寻求救济方法和取消原告权利，前者是程序性的，而后者为实体性的。英美法系国家将其识别为程序问题，一律使用法院地法，而不管准据法把该问题识别为程序法还是实体法。[①]我国《法律适用法》第 7 条规定："诉讼时效，适用相关涉外民事关系应当适用的法律。"这表明，我国认为时效是实体问题，适用案件的准据法解决有关问题。

在本次综述搜集的 89 个案件中，涉及诉讼时效的案件有 10 件，占 11%。值得注意的是，或许由于这些案件适用的准据法均为中国法律（包括未作出任何法律适用分析和因法律适用错误而直接适用中国法律的 3 个案件），法院在审理时并未就诉讼时效的法律适用单独作出说明和分析，而是直接根据我国《继承法》第 8 条，[②]最高人民法院《关于贯彻执行<中国继承法>若干问题的意见》第 18 条，[③]以及其他有关诉讼时效的国内法规定，来判断案件是否已过诉讼时效。撇开法律适用本身存在问题的 3 个案件不论，其他案件虽然并没有导致法律适用和判决结果的不一致性，但是从严格意义上来看，忽视对诉讼时效准据法的分析不仅会显得法院对案件的论证和说理不充分、不严谨，也可能会切实影响到当事人的合法利益能否得以维护。对此，实践中法院应当重视涉外继承诉讼时效的法律适用问题。

2、强制性规定与必留份额之间的关系

为特殊人群在遗产继承中保留一定份额，加以倾斜保护是各国继承法中明确规定的制度。在涉外继承案件中，也经常会涉及必留份额的问题，加之《法律适用法》第 4 条"强制性规定"的适用范围并不清晰、明确，故在遗嘱未保留份额时的情况下常常会引起当事人对遗嘱效力的争议，认为我国《继承法》第 19 条规定的"必留份额"属于"强制性规定"，必须直接适用而不得违反，无必留份额的遗嘱是无效遗嘱。在邓某与梁某 2、梁某 1 遗嘱继承纠纷案中，[④]法院就对这一问题作出了回应。法院首先依据《法律适用法》第 31 条认定本案的准据法为不动产所在地法即我国法律，其次明确了本案的主要争议焦点是"涉案遗嘱的效力问题"，且关键在于遗嘱中未规定必留份额是否会导致遗嘱无效。而根据我国《继承法》，涉案遗嘱为公证遗嘱，是遗嘱人真实意思表示，该遗嘱合法有效，即使存在未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额时，根据《最高人民法院关于贯彻执行<中国继承法>若干问题的意见》第 37 条的规定，遗嘱也并非因此无效，只是需在遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

综上所述，法院结合第 37 条的规定，认为《继承法》中的必留份额不属于强制性规定，缺乏必留份额并不必然导致遗嘱无效。虽然法院在法律适用以及准据法的确定方面存在瑕疵，即本案为涉外遗嘱继承，判断遗嘱是否成立以及有效应当依据《法律适用法》第 32、33 条确定的准据法，而非第 31 条涉外法定继承的规定，但是法院关于"我国《继承法》必留份额与强制性规定的关系"的分析具有一定的参考价值。

（四）外国法查明的司法实践

《法律适用法》颁布前，我国在立法上没有明确规定查明外国法是由法官负责还是由当事人负责，因此实践中由谁来查明外国法一直存在争议。[⑤]《民通意见》第 193 条仅规定了

---

① 丁伟主编：《国际私法学（第三版）》，上海人民出版社、北京大学出版社 2015 年版本，第 93 页。

② 《中华人民共和国继承法》第 8 条规定："继承权纠纷提起诉讼的期限为二年，自继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起计算。但是，自继承开始之日起超过二十年的，不得再提起诉讼。"

③ 最高人民法院《关于贯彻执行<中国继承法>若干问题的意见》第 18 条规定："自继承开始之日起的第 18 年后至第 20 年期间内，继承人才知道自己的权利被侵犯的，其提起诉讼的权利，应当在继承开始之日起的 20 年之内行使，超过 20 年的，不得再行提起诉讼。"

④ 广东省佛山市顺德区人民法院(2018)粤 0606 民初 3778 号民事判决书。

⑤ 黄进、杨灵一、杜焕芳：《2016 年中国国际私法司法实践评述》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第 20 卷），法律出版社 2018 年版，第 51 页。

查明外国法的途径，[①]而未明确负责查明外国法的主体。2007 年最高人民法院颁布的《涉外民商事案件若干问题的解释》（现已废止）第 9 条曾明确了外国法的查明主体以及不能查明时的处理。[②]《法律适用法》颁布后，在查明主体上采用“二分法”，分别明确了人民法院和当事人查明外国法的职责，同时还规定了不能查明外国法时的处理。[③]《适用法解释（一）》第 17 条还明确了如何认定不能查明的情形。[④]不过，这两部法律都没有对外国法的查明途径作出进一步的规定，因而对此应当继续适用《民通意见》第 193 条。尽管如此，由于我国外国法查明制度在法律渊源上的分散性、各国语言文字的差异，以及法律制度的区别，都增加了查明外国法内容的困难。

本次搜集的案件中，涉及查明外国法的案件有 6 件，占 7%。以查明的主体和途径划分，可以将这些案件划分为 3 类：一是当事人查明外国法不一致时的处理；二是法院依职权查明外国法；三是法院委托中外法律专家查明外国法。

1．当事人查明外国法不一致时的处理

在吕某 1、J 某 1 继承纠纷上诉案中，[⑤]双方当事人对遗嘱形式与效力、必留份额两个问题争议较大。上诉人梁伟音与吕某 1（立遗嘱人配偶与女儿）认为本案应当适用中国法，涉外遗嘱的形式和效力均不符合中国《继承法》对自书遗嘱和代书遗嘱的相关规定，即使适用美国法律，该遗嘱也不符合美国法律的规定，并就此提供了美国臧迪凯律师出具的意见，该律师根据《美国加利福尼亚州遗嘱检验法》第 21610、21611 条规定，认为立遗嘱人在遗嘱中没有分配财产给其尚存配偶和亲生子女，故对其遗漏配偶和子女来说，此份遗嘱无效，且其有权获得共同财产和独有财产的分配。据此，上诉人认为涉案遗嘱无效，本案应当按照法定继承办理。而被上诉人则主张本案可以适用遗嘱订立地和立遗嘱人国籍国法——美国法，并提供了美国加州法第 6110 条作为证据，认为“美国加州遗嘱的第一优选是 writing, 第二选择才是 holographic。holographic 意思的是遗嘱全用手写，可以反证出 Writing 的真实含义包含打印，遗嘱形式完全符合美国法律规定”，故打印签字的方式是美国加利福尼亚州的遗嘱检验法所首先支持的，并且遗嘱处分的是立遗嘱人的个人财产，内容合法，遗嘱的签署和认证过程也符合该法的规定，对此还提供了美国加利福利亚州切克麦特律师事务所执业律师薇薇安-陆出具的律师意见，该律师援引加州遗嘱法第 6110 条证明涉案遗嘱有效。

针对上述争议，一审法院认为，在法律适用上，根据《法律适用法》第 32 条、第 33 条的规定，被继承人国籍国、立遗嘱时所在地国为美国，死亡时经常居住地为中国，故该遗嘱只需符合美国法或中国法，均成立且有效，但是由于本案双方当事人均提供美国律师出具的意见书，意见不一致，加上客观上难予查明美国法律，且本案主要遗产为不动产，依《继承法》第 36 条的规定适用中国法较为妥当。在必留份额的问题上，一审法院认为吕

[①] 《民通意见》第 193 条规定：“对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；③由我国驻该国使领馆提供；④由该国驻我国使馆提供；⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。”

[②]《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 9 条：“当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国法律。”

[③] 《法律适用法》第 10 条规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”

[④] 《适用法解释（一）》第 17 条规定：“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。”

[⑤] 广东省广州市中级人民法院(2016)粤 01 民终 9704 号民事判决书。

某 1 系未成年人缺乏劳动能力又没有固定、独立的生活来源，应保留必要的遗产份额，结合被抚养人的年龄、法定监护人经济收入能力以及遗产价值等情况考虑，保留五分之一遗产较为恰当。二审法院则基本肯定了一审法院对本案法律适用的说理与论证和对吕某 1 合法权益的充分保障，维持了原审判决。

本案涉及的是法院对双方当事人查明的外国法不一致时的处理。现行法律并未这一问题作出具体规定，仅在《适用法解释（一）》第 18 条规定了法院应当审查当事人对适用的外国法的异议。[①]然而，本案的问题在于，《法律适用法》和《继承法》第 36 条本质上涉及时际法律冲突，《适用法解释（一）》第 2 条也明确了如何确定两者的效力范围，[②]而法院却在本案不存在法律溯及力问题的情况下，认为由于根据《法律适用法》第 32、33 条的规定适用外国法时，当事人提供的美国律师法律意见不一致，且客观上难以确定美国法的有关内容，故应当适用《继承法》第 36 条并以中国法律作为准据法，既未说明不能查明的具体原因，也没有对当事人提供的美国律师意见进行审查。法院的这一做法，既体现了其未能正确理解《法律适用法》与《继承法》第 36 条之间的适用界限，也反映了实践中因查明外国法存在较大困难和障碍，法院会尽可能地适用法院地法作为准据法的现象。外国法查明仍然是司法实践中难以解决的问题。

值得一提的是，一审法院在本案中对《继承法》“遗嘱亲笔书写的含义”作出了扩大解释，[③]顺应了“互联网+”时代背景下法律发展的新要求，为其他法院审理类似案件提供了新思路。

2．法院依职权查明外国法

在金某 2 等与金某 5 等继承纠纷案中，[④]二原告（系被继承人父母）请求依照法定继承被继承人的两套涉案房屋和公司股权，对被告提出的两份遗嘱均不认可。三被告（系被继承人配偶和子女）称被继承人留有录音遗嘱和书面遗嘱，两份遗嘱均符合法律规定，应当按照遗嘱由被告继承被继承人名下的全部财产。法院依职权查明美国马萨诸塞州总法在马萨诸塞州内具有普遍适用效力，该法第 190B 章规定了法定继承、遗嘱继承、监护关系、死亡及下落不明人的财产处理等事项。其中，第 2 条第 2-502 款、第 2-505 款明确规定：遗嘱应由至少两名无利害关系的年满 18 周岁的见证人签署，前述每个见证人应当见证了立遗嘱人的前述签署过程，或者见证了立遗嘱人对签字的认可，或者见证了立遗嘱人对遗嘱内容的认可。法院认为，本案为涉外继承纠纷，根据《法律适用法》第 32、33 条的规定，被继承人立遗嘱和死亡时经常居所地和国籍国均为中国，但遗嘱行为地位于美国马州，故应首先根据我国继承法及马州法律审查录音文件、书面文件是否符合前述法律之一所规定的遗嘱方式：就遗嘱是否符合我国《继承法》规定的遗嘱方式而言，录音文件中并未出现见证人的声音与身份信息，录音时间、地点也均不明确，而书面文件虽有见证人签

[①] 《适用法解释（一）》第 18 条规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”

[②] 《适用法解释（一）》第 2 条规定：“涉外民事关系法律适用法实施以前发生的涉外民事关系，人民法院应当根据该涉外民事关系发生时的有关法律规定确定应当适用的法律；当时法律没有规定的，可以参照涉外民事关系法律适用法的规定确定。”

[③] 就本案双方当事人对“打印方式是否符合遗嘱形式要件”的争议，一审法院认为，虽然《继承法》对打印遗嘱的法律性质以及效力没有作出明确规定，但随着电脑的普及，电脑打印代替手写的方式越来越普遍，对打印遗嘱一味否认既有悖于法律精神，也不为司法实践接受。当前司法实践对于法律规定的“亲笔书写”理解为既包括用笔书写，也包括使用电脑书写，两者之间仅仅是书写工具的不同，打印并不违反被继承人亲自书写的实质所在。对遗嘱效力的认定应考察遗嘱人的真实意思表示，即便遗嘱形式不完成符合法律规定，如可确认遗嘱为遗嘱人的真实意思表示，亦可认定为有效遗嘱。涉案遗嘱主体部分虽是打印，但由遗嘱人亲笔签名并且有两个人当场见证，可以确定该打印遗嘱是被继承人的真实意思，可认定为有效遗嘱。

[④] 北京市朝阳区人民（2016）京 0105 民初 8744 号民事判决书。

字，但遗嘱内容并非由见证人之一而是由被告代书，故两份文件军不符合我国法律规定的遗嘱方式。就遗嘱是否符合马州法律规定的遗嘱方式而言，根据查明的马州法律，录音非该法规定的遗嘱方式，而书面文件上一位见证人的签字并非其本人所签，另一位见证人经历了交通事故，其是否完整见证了被继承人的遗嘱签署过程存在较大不确定性，被告亦未提交其他证据证实在此情况下见证了遗嘱签署过程，故不符合马州法律规定的遗嘱方式。综合两者，法院最终认为遗嘱无效本案应当按照涉外法定继承处理，并适用了我国《继承法》的相关规定。

在吴某 1 与吴某 2 等继承纠纷案中，[①]原告请求按照被继承人（原告父母，澳大利亚国籍）于 1995 年在澳大利亚订立遗嘱继承涉案房屋。被告则以遗嘱所指房屋并非涉案房屋、遗嘱仅限于澳大利亚新南威尔士州内的财产且遗嘱应当进行更新、遗嘱未明确指定具体继承人等等为由，不同意原告的诉求。法院认为，根据《法律适用法》第 6、32、33 条规定，本案应当适用澳大利亚新南威尔士州法律进行审理。由于各方当事人均认可遗嘱形式符合该法规定，且与法院查明的情况一致，故法院直接对遗嘱形式予以确定。就遗嘱效力一节，当事人主要争议的是“遗嘱所载财产范围和遗嘱效力范围”。法院查明，新州《2006 年继承法》第 4 条、第 48 条和第 50 条对前述问题做出了明确的规定，并据此作出如下认定：第一，第 4 条第（2）项规定，无论签署遗嘱时，个人是否享有财产权利，均可以通过遗嘱来处理。被继承人虽在订立遗嘱时尚未取得涉案房屋的产权，但并不影响二人通过订立遗嘱处分涉案房屋。第二，第 50 条第（1）项规定：就第 48 条而言，在确定某遗嘱是否已依照某具体法律签署时，必须考虑该法律在遗嘱签署之时的程序要求，但如果该法律后来发生了变更，并影响到当时已签署的遗嘱，使得遗嘱可被视为有效遗嘱，则也可考虑该变更后的规定。即该项所涉及的前提为该法第 48 条，即在外国签署的遗嘱效力的一般规则，不同于本案被继承人在澳大利亚国内签署的遗嘱。第（2）项规定：如新州之外的法律适用于某遗嘱（无论是否涉及第 48 条），则该法律中“某类立遗嘱人必须遵守特别手续或遗嘱证人必须具备某些资格”的要求应仅被视为程序要求，不管是否有任何相反的法律规定，即该项所指前提为新州以外的法律审理遗嘱，有别于本案所指域外法审理遗嘱效力，且我国相关法律不承认反致或转致，在适用外国法时不应包括外国法的法律适用法。再次，庭审中，双方均认可遗嘱一经订立即发生法律效力，当地高级法院的认证仅是遗嘱执行的依据。第三，域外法规定遗嘱应及时更新的主张于法无据。综上，法院认定遗嘱有效。

3．法院委托中外法律专家查明外国法

在周某 1、王某某等与周某 2、张某 2 法定继承纠纷上诉案中，[②]上诉人称立遗嘱人周采萍于 2002 年 5 月 3 日在美国纽约州立下一份《周采萍的最后遗嘱》，并于 6 月 3 日进行了遗嘱认证公证，明确由四名子女共同、平均继承涉案房屋中属于立遗嘱人的份额，该遗嘱的形式和内容符合美国纽约州法律规定，系真实有效遗嘱。被上诉人则称立遗嘱人于 1990 年立下一份经律师事务所见证的遗嘱，将其享有的涉案房屋的产权留由其一人继承，并于 2004 年出具了委托书，明确表示 1990 年遗嘱继续有效，而 2002 年的遗嘱在起草、见证人见证以及认证过程的陈述存在诸多矛盾，故 2002 年的遗嘱无效。

在本案的法律适用上，一审、二审法院均认为，根据《法律适用法》第 32、33 条的规定，在订立 2002 年的遗嘱时，立遗嘱人立遗嘱时和死亡时经常居所地和国籍国均系美国，遗嘱行为地在美国纽约州，故针对本案最大的争议焦点——“2002 年的遗嘱是否有效”应当适用美国纽约州的法律予以确定，而解决这一问题的关键在于 2002 年的遗嘱的见证是否满足美国纽约州法中规定的“30 天内”的期限要求。一审法院认为，根据当事人提供的《纽

① 北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第 43956 号民事判决书。

② 上海市第二中级人民法院(2017)沪 02 民终 1359 号民事判决书。

约州遗产、权力和信托法》第 3-2.1 款（4）的规定，遗嘱有效要求至少有 2 名见证人在 30 天内认证立遗嘱人的签名，而 2002 年的遗嘱的认证时间确实已经超过了规定的“30 天期限”，故不符合其提供了美国纽约州法律的规定，该遗嘱应属无效。[①]

二审法院综合考察后，考虑到美国系判例法国家，而原审法院已经查明的美国纽约州法律仅限于《纽约州遗产、权力和信托法》第 3-1.1、3-2.1 款的规定，且原审法院对上述成文法的理解也受制于中文译本的表述，故二审法院在审理期间，依法委托了华东政法大学外国法查明中心就本案所涉的美国纽约州法律及该遗嘱的效力问题提供法律意见。中心组织专家出具了《法律意见书》，认为“30 天的要求是指两位见证人见证并签字的时间间隔，并非是见证人签字与立遗嘱人签字的时间期限。”[②]就该意见书，上诉人予以认可，而被上诉人以上诉人自己都不认可公证认证的系 2002 年 5 月 3 日《周采萍的最后遗嘱》为由，仅认可该法律意见书的法律解释部分而不认可其与本案的关联性。针对此异议，法院经审查后认为，2002 年 5 月 3 日《周采萍的最后遗嘱》构成成立之遗嘱的事实，不因上诉人认可与否而改变，更何况受限于对美国纽约州法律及语言文字的理解差异，上诉人对 2002 年 6 月 3 日版本的“遗嘱”予以认可的真实意思仍在于主张周采萍于 2002 年重新订立了一份有别于 1990 年遗嘱内容的遗嘱，故《法律意见书》中关于《纽约州遗产、权力和信托法》如何理解的内容与本案具有关联性，予以采纳。综上所述，本案在卷证据并不足以证明 2002 年的遗嘱存在不符合法律规定的有效要件的情况，应认定为有效。

本案涉及遗嘱形式和遗嘱效力的问题，以及对查明的外国法的理解问题。一审法院以 2002 年的遗嘱不符合美国纽约州法律要求的“30 天期限”为由，判决该遗嘱无效，二审法院则通过委托中外法律专家的途径查明了外国法，既便利了法官的查明工作、节约司法资源，又提高了外国法查明的成功率，保障正确理解和适用外国法，体现了法官和当事人的共同要求，[③]纠正了一审法院对外国法的不当理解，也详细地审查了当事人对查明的外国法与专家《法律意见书》的异议，并做到理由清楚，说理论证充分。

综上所述，无论是当事人提交的外国法，还是法院依职权查明的外国法，亦或是法院委托中外法律专家出具的外国法意见，均需要接受质证和审查程序。未经质证的外国法，不能直接作为法院裁判的依据，尤其在当时对查明的外国法存在异议的情况下，更需要审查所查明的外国法内容是否符合要求，否则难以作为案件的准据法加以适用。

（六）法律适用

到 2018 年，是《法律适用法》实施的第 8 年。从整体上来看，全国各级人民法院基本上可以正确运用《法律适用法》第 31 条至第 35 条、《继承法》第 36 条等有关涉外继承法律适用的相关规定，并能够灵活地适用涉外继承制度的各种法律选择方法，选择正确的冲突规范来选择准据法，促进涉外继承纠纷的公正合理解决，维护当事人的合法权益。然而，

[①] 参见中国上海市静安区人民法院(2015 年)静民一(民)初字第 1476 号民事判决书。

[②] 《法律意见书》认为：“2、依据纽约州《纽约州遗产、遗产分配权力与信托法》第 3-2.1 条，遗嘱的执行和认证；形式要求上，都应当采用书面形式，并且符合以下方式执行和认证；(4)至少应该有两个遗嘱见证人，他们可以在立遗嘱之后的三十天时间里在该遗嘱上签名，并且他们申明该遗嘱是在他们在场的情况下签名，或者，在立遗嘱人的要求下，他们在遗嘱的末尾签上自己的名字并附上居住地址。前句所述的三十天时间是几个见证人签字的时间间隔，但这并不是强制性要求。见证人未在遗嘱上附上其住址不影响遗嘱的有效性。在本案中，2002 年 6 月 3 日的遗嘱符合该条所规定的形式要件：该遗嘱有立遗嘱人的签字，并注明立遗嘱日期为 5 月 3 日，且两位见证人也于 2002 年 6 月 3 日同时见证该遗嘱，并签名且附上地址。因此，该遗嘱自有效认证之后成立，在形式要件上符合纽约州《纽约州遗产、遗产分配权力与信托法》第 3-2.1 条的规定。3、针对见证人和立遗嘱人签字的时间间隔问题，上述判例和纽约州《纽约州遗产、遗产分配权力与信托法》均显示，30 天的要求是指两位见证人见证并签字的时间间隔，并非是见证人签字与立遗嘱人签字的时间期限。”

[③] 王葆莳：《论外国法查明的程序规制——兼评<涉外民事关系法律适用法>第 10 条的应用》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第 15 卷），北京大学出版社 2012 年版，第 6 页。

随着涉外继承案件数量的增加以及法律适用问题的复杂化，仍然有一些法院在审理涉外继承案件时，还存在对案件识别定性错误导致法律适用错误，或者不作法律适用、法律选择方法的分析与说明等问题，反映出法官对涉外继承冲突规范理解不充分、运用不准确的现象，应引起实务界的重视。具体而言，主要存在以下几方面的问题：

1．不恰当地适用最密切联系原则

本次搜集的案件中，有 4 件涉及到适用最密切联系原则来确定涉外继承案件的准据法。其中，在广东省佛山市顺德区人民法院审理的三起案件——梁某 1 等与梁某 3 等法定继承纠纷案、[①]卢某 1 等与梁某 3 法定继承纠纷案、[②]李某 1 与李某 2 等法定继承纠纷案中，[③]并未援引《法律适用法》关于涉外继承法律适用的专门规定，而是依据《法律适用法》第 2 条，选择了与本案有最密切联系的法律作为案件的准据法，直接反映出法官对该条规定的理解不准确，理由在于：首先，《法律适用法》第 2 条将最密切联系原则作为宣示性条款规定在总则中，该条更像是一条法律原则而非具体的法律规则；其次，在我国现行法律规定中，虽然最密切联系原则的适用领域不断扩大，但该原则仍主要是在缺乏可适用的冲突规范的情况下作为兜底原则加以适用，如果存在可适用的冲突规范的规定则一般不会考虑该原则，《法律适用法》第 31 条至第 35 条专门规定了涉外继承的法律适用，应当首先适用，但法院却没有适用。最后，虽然我国很多学者也在建议在涉外继承的法律适用引入最密切联系原则，以增加法律适用的灵活性，弥补现有不足，但目前这一原则在我国涉外继承领域的法律适用规范中并未真正确立起来。因此，法官一方面应当注意区分法律原则和法律规则的适用顺序，另一方面也要正确理解涉外继承的法律适用条款和最密切联系原则的适用范围。

2.法院对当事人选择的考虑

虽然同最密切联系原则一样，当事人意思自治原则也未在我国涉外继承法律适用规范中真正得以确立，但在实践中法院在仍然会对当事人的同意与选择加以考虑，这类案件有 3 个，占 4%。在李京玉诉李文虎遗嘱继承纠纷案中，[④]原告李京玉（系被继承人的前妻）请求法院确认涉案遗嘱有效，被告李文虎（系被继承人的儿子）应当向原告支付被继承人的存款 1007600 元。被告则以涉外遗嘱在域外形成但未经有关部门鉴证和认证，其形式不合法，且遗嘱的内容意思表示不清楚为由，请求法院认定遗嘱无效。针对双方当事人的争议焦点，法院认为本案属于涉外民事纠纷案件，应当根据《法律适用法》第 33 条的规定确定准据法，由于双方当事人在庭审过程中均同意选择适用国籍国法律即中国法律解决争议，故法院确认中国法律为准据法。就本案而言，由于《法律适用法》第 33 条是一条无条件选择适用的冲突规范，确定遗嘱效力的法律选择方法有四种，且外国法查明在客观上存在较大困难，而本案部分当事人的经常居所地和国籍、涉案遗产所在地均在我国，法院在此基础上综合考虑了当事人的选择决定适用被继承人国籍国法即我国法律作为案件的准据，以便于案件审理的做法并无明显不妥。

另外两起案件则是由广东省佛山市顺德区人民法院审理的。[⑤]这两起案件的原告均请求法定继承被继承人的有关遗产，双方当事人无较大争议，但是法院在进行法律适用分析时，则首先考虑了“双方是否约定适用的实体法”，由于案件双方并未约定，故根据《法律适用法》第 2 条“最密切联系原则”确定中国法律为本案的准据法。可以看到，法院完全抛弃了我国目前涉外继承法律适用的有关规定，优先考虑了当事人的选择，因无约定则转而依

① 广东省佛山市顺德区人民法院(2017)粤 0606 民初 19212 号民事判决书。
② 广东省佛山市顺德区人民法院(2017)粤 0606 民初 19213 号民事判决书.
③ 广东省佛山市顺德区人民法院(2018)粤 0606 民初 8779 号民事判决书。
④ 吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2018)吉 24 民初 264 号民事判决书
⑤ 见前注 67、69。

据最密切联系原则来确定本案适用的实体法。根据我国《适用法解释（一）》第 6 条的规定，只有在我国法律明确规定了当事人可以协议选择适用的法律时，当事人的选择才有效，而我国现行法律并未规定当事人可以协议选择涉外继承适用的法律，并且第 3 条也明确了明示选择法律的方式。因此，这两起案件既不符合当事人协议选择准据法的适用范围，也不符合明示选择方式。虽然很多国际立法和各国国内法中将当事人意思自治原则纳入了涉外继承的法律适用，但是这种过于超前的做法并不符合我国现行法律规定，法院应当慎重适用这一原则。

3．错误地将涉外合同之债的冲突规范适用于涉外继承案件

在广州市珠海区审理的两起案件——简某甲与简树森、简树材等继承纠纷案中，[①]原告请求被告返还本应由各子女依法继承的父母股份收益。被告辩称原告未尽赡养义务，且目前施行的股份分配政策是完全依靠被告按时完成任务才能获得股份收益的责任地股份而不再是人口股份，加之案件已过诉讼时效，故请求法院驳回原告诉讼请求。显然，本案是涉外继承纠纷，但是法院在确定本案的准据法时，援引的是《法律适用法》第 41 条以及《适用法解释（一）》第 19 条的规定，认为涉案款项发生地及被告的居住地均在我国内地，故本案应适用我国内地法律。《法律适用法》第 41 条是有条件选择适用的冲突规范，[②]该条包含了当事人意思自治和最密切联系两项原则，解决的是涉外合同之债的法律适用问题。然而，本案并非涉外合同纠纷，并且根据前述两个问题的分析，无论是当事人意思自治原则还是最密切联系原则，均不能作为确定我国涉外继承准据法的依据。本案适用的冲突规范存在明显错误，法院援引该条完全是为了图“适用法院地法”解决纠纷之便，必须予以纠正。

小结

2017-2018 年的两年里，我国国际私法涉外继承案件的数量较多，大部分法院能够正确适用冲突规范，正确选择案件的准据法，对案件能够做出较为清晰合理的分析。即使在实践中外国法的查明上存在很多困难，但有些法院依然积极履行查明外国法的职责，通过法院依职权查明或者委托中外国法律进行查明等途径查明外国法，同时还对当事人查明的外国法进行详细地审查和认定，保障当事人的合法权益。

继承案件涉及到的国际私法问题较多，包括管辖权、先决问题、冲突规范等等各个方面。通过上述分析可以看到，实践中法院在解决涉外继承争议时在很多方面都存在问题：第一，不能正确理解和适用涉外继承管辖权的依据。第二，在对案件进行识别时，仅作语文意义上的识别而不是法律意义上的识别，错误地将涉外不动产继承纠纷识别为不动产物权纠纷，从而导致法律适用错误的情况；第三，先决问题作为应当单独考虑的问题，法院却没有单独考虑其法律适用，或者对先决问题本身的识别发生错误，对诉讼时效法律适用的重视程度也不够。第四，有的法院不能正确适用冲突规范，或者分析论证和说理不够充分，甚至还将明显缺乏法律依据的最密切联系原则和当事人意思自治原则纳入涉外继承的法律适用中，推理过程随意且不规范。虽然这些问题一方面反映出我国法律规定过于抽象，另一方面也反映出了法官对我国涉外继承的国际私法基础知识掌握不够深入，理解不够透彻，会出现某些明显的法律适用错误的现象。

[①] 广东省广州市海珠区人民法院（2016）粤 0105 民初 3086、3087 号民事判决书。这两起案件的当事人、基本案情、审理法院、判决结果与理由完全相同，区别仅在于被继承人不同。

[②] 《法律适用法》第 41 条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”

3.人类命运共同体思想引领下绿色“一带一路”建设中的国际环境法律规制

李贤森*

摘　要：“一带一路”建设已进入到了追求高质量发展的新阶段，绿色可持续成为“一带一路”建设高质量发展的关键，建设绿色“一带一路”成为落实绿色发展理念的重点。人类命运共同体是习近平“绿色治理”观的重要基础与关键内核，建设绿色“一带一路”应当以人类命运共同体思想为引领，秉持绿色发展理念，坚持可持续发展目标，传播生态文明精神。法治是绿色“一带一路”建设的可靠保障，国际法规制下的绿色“一带一路”建设就是要从立法、执法、司法、守法四个方面将生态保护与绿色发展理念融入“一带一路”建设的核心进程中。

关键词：人类命运共同体；绿色“一带一路”；生态文明；国际法治

Abstract: The construction of “One Belt and One Road” has entered a new stage of pursuing high-quality development. Green sustainable has become the key to the high-quality development of “One Belt and One Road”. The construction of green “One Belt and One Road” has become the focus of implementing the green development concept. The community of human destiny is an important foundation and key core of Xi Jinping's "green governance" concept. Building a green "Belt and Road" should be guided by the humanity's destiny community, adhere to the concept of green development, adhere to the goal of sustainable development, and spread the spirit of ecological civilization. The rule of law is a reliable guarantee for the construction of green “Belt and Road”. The green “Belt and Road” construction under the international regulations is to integrate the concept of ecological protection and green development into the “Belt and Road” from the four aspects of legislation, law enforcement, justice and law-abiding.

Keywords: Human Destiny Community; Green “Belt and Road”; Ecological Civilization; International Rule of Law

一、以人类命运共同体思想引领绿色“一带一路”建设

随着“一带一路”建设从“大写意”进入“工笔画”阶段，不断朝着和平、繁荣、开放、绿色、创新、文明的方向逐步走深走实，推进“一带一路”建设高质量发展成为关键。高质量发展离不开绿色可持续，在“一带一路”建设中落实绿色发展理念，打造绿色“一带一路”成为关键。绿色“一带一路”是指在“一带一路”建设中始终坚持以人类命运共同体思想为引领，秉持绿色发展理念，坚持可持续发展目标，传播生态文明精神，以推动基础设施绿色低碳化建设和运营管理为基础，以强调投资贸易的可持续发展为引导，以加强生态环境治理合作为支撑，帮助并支持沿线国家实现绿色可持续发展，为世界发展提供绿色动能，推进全球生态环境治理，使“一带一路”成为一条生态环保、绿色发展之路。[①]

人类命运共同体是习近平“绿色治理”观的重要基础与关键内核，绿色“一带一路”的

* 作者简介：李贤森系中国人民大学法学院博士生。
作者简介：李贤森系中国人民大学法学院博士生。

① 生态环境部. 第二届“一带一路”国际合作高峰论坛绿色之路分论坛在京举行[EB/OL]. 2019-04-13. http://www.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk15/201904/t20190426_701055.html.

建设应当以人类命运共同体思想为引领。[①]人类命运共同体思想深刻回答了“建设一个什么样的世界、如何建设这个世界”等关乎人类前途命运的重大问题。[②]人类命运共同体思想已经成为新时期中国特色社会主义事业建设与新时期中国重大国际政治参的核心指导思想。生态文明是构建人类命运共同体的天然组成与重要支柱，“一带一路”建设天然地具有绿色发展的基因。绿色“一带一路”建设作为服务于构建人类命运共同体的重大战略举措，应当落实人类命运共同体在环境领域的价值追求，以“建设清洁美丽的世界”为根本目标。2017 年 10 月，习近平总书记在十九大报告中明确指出中国要“坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体”，其中“坚持环境友好，合作应对气候变化，保护好人类赖以生存的地球家园”体现了中国构建人类命运共同体的绿色发展之路。[③]2018 年 9 月，习近平总书记在中非合作论坛北京峰会上指出“要把‘一带一路’建设成为和平之路、繁荣之路、开放之路、绿色之路、创新之路、文明之路。”在人类命运共同体思想的指导与引领下，“一带一路”不仅是一条开放包容的经济繁荣之路，更是一条生态环保的绿色发展之路。

二、 深入推进绿色“一带一路”建设的重大意义

（一） 建设绿色“一带一路”是构建人类命运共同体的必然选择

人类命运共同体是面向未来的，是属于世界的，人类命运共同体的构建必然是绿色环保、可持续发展的。习近平总书记在十九大报告中指出“人与自然是生命共同体，人类必须尊重自然、顺应自然、保护自然”。“生态兴则文明兴，生态衰则文明衰”，生态保护是世界各国共同面对的重要问题，生态文明建设必须以全球化视野展开国际合作。生态文明作为农业文明、工业文明之后更加高级的文明形式，是人类命运共同体思想的重要支柱。

“一带一路”是构建人类命运共同体的伟大实践，“一带一路”建设应当与人类命运共同体的核心精神与内在需求紧密契合。绿色“一带一路”建设充分体现了人类命运共同体思想中生态文明观，落实了中国应对全球气候变化的坚定承诺，践行了中国建设清洁美丽世界的宏大目标，展现了中国推动全球生态环境治理的大国担当，推动了人类命运共同体构建的全面进程。以绿色“一带一路”建设为引擎，中国携手沿线国家与世界各国共商绿色发展理念，共建绿色发展产业、共享绿色发展福祉、共创绿色美好未来，源源不断地为推动构建人类命运共同体注入了高质量、可持续发展的强劲新动力。

（二）建设绿色“一带一路”是推进全球生态环境治理的必然选择

建设绿色“一带一路”是中国积极落实联合国 2030 年可持续发展议程的重要举措，是中国对推进全球生态环境治理进程作出的巨大贡献。习近平总书记在十九大报告中将“坚持人与自然和谐共生”和“坚持推动构建人类命运共同体”共同列入新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略，明确指出要“建设美丽中国，为人民创造良好生产生活环境，为全球生态安全作出贡献”与“统筹国内国际两个大局，构筑尊崇自然、绿色发展的生态体系”。

中国愿意在建设本国生态文明的同时，与“一带一路”沿线国家共享绿色发展机遇，帮助其提升环境保护水平与生态治理能力，通过建设绿色“一带一路”在全球范围内播撒生态文明理念。建设绿色“一带一路”有利于提高沿线国家的绿色发展水平与环境治理能力，帮助他们以适合自身的方式实现绿色发展。通过建设绿色“一带一路”运用绿色发展理念统筹经济发展与生态保护，为全球生态环境治理的合作提供了创新思路与成功借鉴，展现了中国在生态环境领域中的大国性、变革性、引领性作用。

[①] 人民网. 习近平“绿色治理”观：世界认同体现中国担当——国际社会高度评价“绿水青山就是金山银山”论[EB/OL].2019-04-13. http://world.people.com.cn/n1/2017/0607/c1002-29322132.html.

[②] 杨洁篪. 推动构建人类命运共同体[N]. 人民日报,2017-11-19(006).

[③] 习近平. 决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告[R]. 北京：人民出版社, 2017.

（三） 建设绿色“一带一路”是实现高质量发展的必然选择

绿色可持续发展是实现“一带一路”建设高质量发展的必然选择。习近平总书记在纳扎尔巴耶夫大学演讲时指出“我们既要绿水青山，也要金山银山。宁要绿水青山，不要金山银山，而且绿水青山就是金山银山。” “两山论”科学论断了经济发展与环境保护之间的辩证关系，集中回答了我们为了谁发展、需要什么样的发展、怎样进行发展的重大命题。

首先，高质量的经济发展离不开充足的自然资源。自然资源是人类发展的基石，人类依靠自然而生存发展。在经济发展中应当注意合理利用自然资源保护生态环境，实现人与自然和谐共生。第二，经济发展绝不能以牺牲生态环境为代价。习近平总书记强调“生态环境没有替代品，用之不觉，失之难存。” “丝绸之路”上楼兰古城、罗布泊的消失让人警钟长鸣，无序开发、粗暴掠夺式的经济发展必将得不偿失、祸己及人。第三，不能将生态保护与经济发展简单对立起来，要形成辩证统一的绿色发展新思路。习近平总书记在全国生态环境保护大会上强调“绿水青山既是自然财富、生态财富，又是社会财富、经济财富。”。[①]绿色发展就是要将生态优势转化为经济优势，将生态保护与经济发展协调起来。环境污染生态破坏主要是由于粗放型经济发展模式所造成的问题，发展中的问题要依靠发展去解决。[②]推动绿色“一带一路”建设，贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，转变发展思路与发展方式是实现高质量发展的必然选择。

三、绿色“一带一路”中的共商共建共享

（一）共商绿色发展理念是核心

共商绿色发展理念是绿色“一带一路”的核心。习近平总书记指出“保护生态环境就是保护生产力，改善生态环境就是发展生产力”。 环境问题的关键是发展理念的问题，中国与“一带一路”沿线国家共商绿色发展理念，共同推进全球绿色发展进程。[③]“一带一路”应当是绿色环保之路、生态文明之明、美丽世界之路。在“一带一路”的建设中绝对不能以牺牲环境为代价换取一时的经济发展，坚决不能走西方国家“先污染后治理”的发展老路，否则“一带一路”既走不远也走不好。

在生态环境领域，中国推进“一带一路”建设，加强对外投资与经济合作，绝不仅仅意味着对共建国家自然资源的开发利用，更不是对全球自然资源的抢占掠夺。中国不仅重视自身生态环境的建设与保护，并且积极通过绿色“一带一路”推动沿线国家和地区提升环境保护意识，通过自身改革开放 40 年来所积累的技术、资金、人才帮助广大的沿线发展中国家提高生态环境治理能力与治理水平。[④]绿色发展已经成为“一带一路”建设的共识，各项建设都应当避免对自然资源的无度索取、对生态环境的肆意破坏，降低发生环境污染、生态破坏的可能性，减少后期环境治理中的政治、经济、社会负担。中国通过绿色“一带一路”建设的成功示范，在全球发展变革中有力地发出中国声音、提出中国方案、贡献中国智慧、实践中国行动、展现中国担当，为全球发展创造更多可持续绿色动能。

（二）共建绿色发展产业是关键

共建绿色发展产业是绿色“一带一路”的关键。习近平总书记指出“绿水青山就是金山银山”。“一带一路”建设项目应当遵循较高生态环境标准，既要为沿线国家带来金山银山，又要为沿线国家留住绿水青山。中国推进“一带一路”建设不是单纯的产业转移，更不是把高污染高耗能的落后产业过剩产能转移出去，而是要将高质量的绿色产业建设融入“一带一路”建设与各国的合作之中，共同实现绿色发展目标。

---

① 习近平. 推动我国生态文明建设迈上新台阶[EB/OL]. 2019-04-21. http://jhsjk.people.cn/article/30603656.
② 陆军.强化国家生态安全是我国实现可持续发展的需要[J].环境保护,2019,47(08):9-12.
③ 肖磊.绿色发展理念下生态扶贫法治保障研究[J].法学杂志,2019,40(05):39-47.
④ 汪万发,于宏源.环境外交:全球环境治理的中国角色[J].环境与可持续发展,2018,43(06):181-184.

中国在提出“一带一路”倡议之初，就坚定不移地坚持生态优先的发展理念，推动中国企业绿色运营，着力打造一批绿色合作项目，形成经济发展生态和谐的绿色产业。《关于推进绿色“一带一路”建设的指导意见》、《“一带一路”生态环境保护合作规划》等政策相继出台，指导中国企业在“一带一路”沿线国家的项目建设与经营应当注重生态环保，支持以环境投资与服务项目为代表的绿色环保产业在“一带一路”沿线国家落地生根。清洁能源、清洁交通、节能减排、节能环保服务、资源节约与循环利用、生态保护和适应气候变化、污染防治、采用国际惯例或国际标准的境外项目、节能低碳园区建设九大领域已经成为未来“一带一路”绿色产业建设的重点发展方向。[①]

（三）共享绿色发展福祉是根本

共享绿色发展福祉是绿色“一带一路”的根本。习近平总书记指出“良好生态环境是最公平的公共产品，是最普惠的民生福祉。”“一带一路”建设既要让当地人民提高收入又要让当地人民享受良好的生态环境，这是各国人民追求幸福生活的重要组成部分。在“一带一路”建设中，应当让沿线国家共享绿色发展机遇，为当地人民提供更多绿色公共产品，让不同区域、不同代际的人们共享绿色发展福祉。[②]

在生态环境领域，中国作为负责任的大国，一直为绿色国际公共产品的稳定供给贡献着不可替代的力量。[③]“携手打造绿色国际公共产品，在推动发展、改善民生的同时保护生态环境，是‘一带一路’建设向高质量发展的应有之义。”[④]从古代丝绸之路起，中国就有为世界提供国际公共产品的先例，并且随着中国经济的不断发展，中国提供国际公共产品的意愿和能力不断增强。[⑤]“一带一路”倡议不但成为“中国版”的国际公共产品的典型代表，而且已经成为全球规模最大、最受欢迎的国际公共产品。绿色环保是“一带一路”倡议的鲜明底色，中国通过绿色“一带一路”建设有效推动了 2030 年可持续发展议程的落实，为沿线国家及世界各国提供优质绿色公共产品，让当地人民与全人类共享绿色发展福祉。

四、以国际环境法治推动绿色“一带一路”建设

习近平总书记指出：“只有实行最严格的制度、最严密的法治，才能为生态文明建设提供可靠保障。”绿色“一带一路”建设是推动绿色发展方式、传播生态文明思想、塑造绿色价值观念的革命性变革与世纪性工程。要实现这一宏伟目标，必须依靠制度与法治。

（一）加紧完善立足于绿色“一带一路”建设的涉外环境立法

从国内法治建设看，应当加紧完善立足于绿色“一带一路”建设的涉外环境立法。绿色“一带一路”建设是落实国内国际两个绿色发展大局的重要实践，我国应当以完善的涉外环境法律制度作为配套措施，以强化对海外企业的环境监管，引导企业遵守海外环境规范。目前我国的涉外环境法律规范严重不足，存在数量少，层次低、效力弱的问题，特别是缺乏规范企业海外投资与建设行为的专项环境法律规范。[⑥]我国应当加紧出台《对外投资法》将促进绿色发展、共建绿色“一带一路”的先进理念与具体举措在其中全面展现，落实投资者母国的环境监管责任。同时，对《环境保护法》、《公司法》、《对外投资合作环境保护指南》等现行法律法规应当进行完善，吸收绿色发展理念与生态文明思想，强化企业

---

① 新华网. 慧眼中国环球论坛：“一带一路”绿色产业加速[EB/OL]. 2019-04-23. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1610040585031750836&wfr=spider&for=pc.

② 吴宁,刘玉新.论习近平总书记对生态文明建设重要论述的创新及其意义[J].湖南社会科学,2018(02):10-19.

③ 周国梅,解然,周军.明确目标 抓住重点 推动“一带一路”绿色发展[J].环境保护,2017,45(13):9-12.

④ 人民日报. 人民日报钟声：携手打造绿色国际公共产品——瞩望第二届“一带一路”国际合作高峰论坛[EB/OL]. 2019-04-23. http://opinion.people.com.cn/n1/2019/0422/c1003-31041397.html.

⑤ 范文仲.“一带一路”成为新时代国际公共产品[J].中国金融,2019(05):16-19.

⑥ 曹炜.国际环境法造法机制研究[J].中国人民大学学报,2016,30(05):113-121.

的环境保护责任，对企业的环保行为进行奖励，引导企业提高环保意识主动承担环境保护的社会责任。

(二) 密切关注国际环境法治发展对绿色“一带一路”建设的影响

从国际法治推进看，应当密切关注国际环境法对绿色“一带一路”建设的影响。国际环境条约、环境保护相关的多边或双边条约、外国环境保护法律三方面均应当密切关注。

首先，国际环境条约是国际环境法治的基础，国家与企业均应当重视。[①]《联合国人类环境宣言》、《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》、《约翰内斯堡可持续发展宣言》、《联合国 2030 年可持续发展议程》等国际环境条约反映了国际社会的共识，各国投资者应当严格遵循。同时，国际条约的发展对于投资者环境保护义务越发严格，国际投资争议中对投资者的要求不断提高，投资者应当防范于未然以更高标准规范自身行为。

第二，我国与“一带一路”沿线国家签订的多边或双边条约中应当反映绿色发展理念，具体规定环境保护问题。通过我国商务部条约法律司中所公布的双边投资保护协议文本可以发现，目前我国与“一带一路”沿线国家签订的双边投资协定中还很少对环境保护条款进行专门规定。[②]在推进绿色“一带一路”建设的过程中，有必要在条约中具体规定环保条款，细化“投资与环境”的义务。以此规范我国企业海外投资建设中的环境保护行为，既是对东道国的生态环境负责，也是对我国企业的投资风险负责。

第三，“一带一路”沿线国家的绿色发展意识增强，环境立法进程加快，环境保护标准提高。 “一带一路”沿线国家的环境法律涉及广泛，包括环境基本法、污染防治法、土壤污染防治法、自然资源保护法、矿产资源法、森林法、环境管理法、环境信息公开、环境影响评价和环境诉讼等多个方面，需要十分注意。[③]并且，沿线国家的立法进程加快，更加强调了外国企业在投资建设中的环境保护责任。例如，土耳其政府就加快了环境立法进程，制订定了《空气质量控制条例》《水体污染控制条例》《环境影响评估条例》等，这些环境立法都为外国企业投资设立了较高的环保门槛。这就要求中国企业应当熟悉并适应东道国的相关环境法律，否则投资难以进入当地市场或者项目经营中容易触犯相关规定导致经济损失。

（三）加强绿色“一带一路”建设中的涉外环境监管

习近平总书记强调“令在必信，法在必行。制度的生命力在于执行，关键在真抓，靠的是严管”。强化环境监管是保障绿色“一带一路”建设的有效方法。

首先，应当由环境行政主管部门负责我国企业对外投资中的环境监管。我国传统上由商务部等经贸部门为主负责企业海外投资建设中的环境监管，但这并非经贸部门的优势所在，所以实践中长期存在监管标准低、监督执行差的问题。以生态环境部为代表的环境保护行政主管部门具有专业优势，在国际环保标准确认、国际环保合作、国际环保监督等方面具有权威性，应当以其为海外环境监管的主要部门。

其次，应当实现更高标准的集约化环境监管。“严管即是厚爱”，环境保护行政主管部门应当更高标准地对海外投资企业实行集约化环境监管。过去我国企业在海外投资建设中的环境保护主要依靠企业自觉，没有形成稳定的监管制度，企业经常触碰环保雷区。[④]另外，在“一带一路”建设中，中国企业更多地采取组团出海的方式，在东道国设立工业园区集群发展，出现生态问题的风险更加突出。因此，监管部门应当充分发挥好监管职责，督促企业做好环保“合规”，建设一批具有示范作用的绿色工厂和园区。

[①] 余劲松.国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J].中国法学,2011(02):132-143.

[②] 中华人民共和国商务部条约法律司.双边投资保护协定[EB/OL]. 2019-04-26. http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/.

[③] 华瑀欣. “一带一路”沿线国家环境法概论[M]. 北京：中国社会科学出版社，2017:155.

[④] 巩固.“一带一路”背景下中资企业境外环境行为法律规制探析[J].环境保护,2017,45(16):39-42.

（四）尽快建立绿色“一带一路”环境纠纷解决机制

建立高效公正的国际环境纠纷解决机制是推动绿色“一带一路”建设的重要保障，让沿线各国能够在公平、公正、高效、专业的纠纷解决中及时化解矛盾。

首先，积极发挥法院的司法保障作用。司法诉讼居于纠纷解决体系的核心位置，在绿色“一带一路”建设中法院应当加强涉外环境案件的审判工作。涉外环境案件的审判工作专业难度高国际影响大，为了保障我国法院在绿色“一带一路”建设中纠纷解决的司法公信力与国际影响力，必须公正专业高效地审理好涉外环境污染和生态破坏案件，打造中国司法的绿色公信力。[①]并且我国法院应当积极开展与沿线国家的司法合作，共创开放包容合作共赢的司法环境，为绿色“一带一路”建设保驾护航。

其次，推动建立多元化国际环境纠纷解决机制。建立多元化国际环境纠纷解决机制是对司法诉讼机制的有益补充。中国与“一带一路”沿线各国以相互尊重的态度、国际化的视野、合作解决纠纷的理念共同推动建立多元化国际环境纠纷解决机制。充分尊重当事人的意思自治，由当事人自主选争议解决方式。着力推动诉讼、仲裁、调解等方式的有机衔接，推动争议解决结果的相互承认与执行。[②]采取开放包容的理念，邀请沿线国家共建“一带一路”纠纷中心并完善相关规则，在组织设立、人员构成、机构运作等方面均充分体现国际参与。

(五)促进企业在绿色“一带一路”建设中环境守法

我国企业在对外投资建设中的环境保护工作有了明显的进步，但是仍然存在一些不足，主要表现为环境守法意识不强，环境法规了解不足，环境法律服务使用不够。

首先，部分企业的环境守法意识仍然有待提高。企业以降低环境保护要求、破坏生态环境、违反环境保护法规为代价获取经济利益，不仅将极大引发企业的经营风险，而且与“一带一路”建设的绿色发展理念不符。绿色“一带一路”建设中的中国企业要做中国生态文明故事的讲述者、生态治理责任的担当者、环保大国形象的展现者、绿色发展理念的传播者。

第二，企业对于国外环境法律了解不足。中国企业的对外投资规划必须考虑国外环保规定，对东道国的环境法律规定进行准确了解，避免在不知情的情况违反相关规定。国外环境法律门类众多数量庞大，这需要我国政府及时发布相关信息，进行环境法律与政策的精准对接。[③]商务部所发布的《外商投资产业指导目录(2017 年修订) 》和《关于规范海外经营行为的若干意见》应当受到海外投资企业的充分重视。

第三，充分使用国际环境法律服务。多数企业没有专业的国际环境法律人才，也较少接受相关的专业法律服务，这是导致企业海外投资中环境法律风险的重要因素。一则应当加强内部法务人员的培训，使其能够胜任环境“合规”工作；同时聘请熟悉东道国法律的专业律师作为法律顾问，协助企业将东道国环境法律规定纳入项目规划中的考察；再者应当聘请东道国本国律师作为当地法律顾问，实际了解东道国环境法律的运行情况。

---

① 王旭光. 以习近平生态文明思想统领环境资源审判工作[N]. 人民法院报,2019-04-30(002).

② 袁达松,黎昭权.构建包容性的世界经济发展与环境保护法治框架——以“人类命运共同体”理念为基础[J].南京师大学报(社会科学版),2019(02):110-119.

③ 郭永园,张云飞.参照与超越:生态法治建设的国外经验与中国构建[J].环境保护,2019,47(01):57-62.

4.构建人类命运共同体的国际法基础研究

袁萍*

摘　要：构建人类命运共同体事关全世界各族人民的未来与福祉，本文以《联合国宪章》为出发点分析当今的国际秩序与国际体系，从多边贸易体系、世界人权保护体系和国际民商事法律体系方面研究构建人类命运共同体所处的国际环境，并在此基础上进一步探讨全球治理变革中的中国智慧。

关键词：联合国宪章;人类命运共同体；全球治理；国际法

Abstract: building a community of shared future for mankind is really about the future of the people around the world, to the United Nations charter as a starting point, the paper analyses the current international order and international system, from the multilateral trading system, human rights protection system in the world and international civil and commercial legal system to research international environment. On this basis to further explore Chinese wisdom in the reform of global governance.

Key words: the UN Charter; Community ; Global governance; International law

一、构建人类命运共同体之国际环境

(一)　《联合国宪章》主导的国际秩序与国际体系

联合国自成立以来，作为全球最大的国家间政府组织，在推动各国政治经济交流与合作过程中发挥着积极作用，既集中体现了联合国之和平与发展精神，其基本宗旨与原则又促进了全球化发展，亦为构建以合作共赢为核心的新型国际关系奠定了良好的国际法律基础。

1.《联合国宪章》与新型国际关系

在国际社会“经济全球化、世界一体化”的重要转型时期，中国提出了独具特色的新方案，即构建新型国家关系。该理论的提出，一方面是对现有国际秩序与国际体系的反思与总结，另一方面则是对未来国际社会秩序的发展与展望。将该方案向世界推广以使其得到国际社会更为广泛地承认与接受，就必须发挥联合国的地位与优势，通过《宪章》使其合理化与合法化。

首先，构建新型国际关系的核心是合作共赢，这与《宪章》之宗旨相互契合。《宪章》宗旨主要体现在第一条，其倡导维护国际和平安全及发展国家间平等关系，以解决国际纷争，甚至在保护人权方面都有所作为，均与构建新型国际关系之目标密切相关。从另外一个角度来看，这恰好印证了新型国际关系的内涵是科学的，同《宪章》之精神不谋而合。其次，平等与包容作为其指导原则，与《宪章》基本原则亦有共通之处。《宪章》第二条是在第一条之基础上进一步阐述而所规定七项原则：例如“本组织系基于各会员国主权平等之原则”体现了“平等”；而“各会员国应秉持善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国加入本组织发生之权益”则强调了“包容”，二者彼此相通。最后，实现各国共同利益是构建新型国际关系的目标所在，这与《宪章》的“促进人类共同发展”亦相辅相成。人类的共同发展离不开共同利益的实现，共同利益的实现推动了人类的共同发展。

2.《联合国宪章》与人类命运共同体

为了顺利推动人类命运共同体的构建与完善，国际社会形成了一些公认并切实有效的基本原则。如通过平等协商来和平解决国际争端原则、国家主权平等性原则、平等适用国

* 袁萍，女，中南财经政法大学国际法专业 2018 级硕士研究生。

际法原则以及国际命运由人类共同主宰原则等。[①]这与《宪章》之内核是一脉相承的。

《宪章》精神所宣扬的是构建一个和平与发展的国际社会，使各个国家能够在和平的基础上进行商业贸易和政治文化交流，而人类命运共同体则是中国在遵循《宪章》精神下进一步提出的符合全人类共同利益的思想理论。国际社会发展史亦证明了人类为了实现这一梦想所作的努力与决心，无论是《威斯特伐利亚合约》或《日内瓦公约》的诞生，还是《宪章》和万隆会议精神的形成，都为构建具有良好秩序的国际社会提供了正确的制度基础和理论保障，亦对推动人类命运共同体之建设具有启迪意义。

由《宪章》精神主导下形成的国际秩序和国际体系总体上来说是具有较好秩序的、是推崇公平和正义的，这也为人类命运共同体的实现营造了良好的国际环境。

(二) 以《WTO 协定》为中心构建的多边贸易体系

随着科学技术的迅猛发展和社会生产水平的显著提高，世界各国之间的经贸往来日渐频繁，任何国家都无法彻底脱离世界经济体系而独自发展。1994 年世界贸易组织（WTO）相较于关贸总协定（GATT）来说，覆盖性更广，全球性更强。并通过了《建立世界贸易组织协定》（WTO 协定）以及在 WTO 基础性文件统领下所达成的“一揽子协议”（共 28 个）。[②]自此便成为当今最重要的国际经济组织之一，亦因其在世界经济交往中所扮演的重要角色，故有“经济联合国”之称。但无论是中美贸易摩擦还是单边主义和保护主义的盛行，都表明了以《WTO 协定》为中心构建的多边贸易体系前途迷茫，呈举步维艰之势，故必须改革 WTO 体制及其多边贸易体系。

1.以《WTO 协定》为核心构建的多边贸易体系是对 GATT 的继承和发展

以 WTO 协议为核心所组成的近 30 个协议构成了当今国际贸易体系的法律基础，使国际贸易规则更具科学化、体系化。《WTO 协定》不仅完整规定了世贸组织的宗旨、原则，还进一步发展并完善了 GATT 时所形成的多边贸易体系。之所以用“多边”而非“全球”，是因为虽然绝大多数国家都已加入 WTO，但还有少数国家并未“入世”，而“多边”正是相较于其他区域性或由少数国家所进行的国家间经济活动而言，所以自 GATT 时起便形成的是多边贸易体系，以《WTO 协定》为中心所构建的亦是如此。

多边贸易体系最重要目的便是消除各国间的贸易壁垒，在尽可能不产生弊端的情况下促进世界贸易的自由流动，以促进经济发展。多边贸易体系虽然内容庞杂繁复，但亦有几条主要规则贯穿其中。[③]与 GATT 相比，以《WTO 协定》为核心构建的多边贸易体系则是在考量当今世界经济新形势的基础上进一步发展起来的。

首先，“以可持续发展为目标，使世界资源得到最适宜地利用，寻求对环境的保护和维护”，强调了在保护环境和可持续发展前提下促进经济发展，具备合理性；其次，既接受了“扩大货物生产和货物贸易”规定，同时还增设“扩大服务贸易”条款，与国际贸易新趋势同步发展，具备时代性；再次，加大对发展中国家经济贸易的保护力度，关注发展中国家在 WTO 中的地位与作用，体现了国家间在经济上的平等性，使得多边贸易体系由前期的形式平等向如今侧重实质平等的转变；最后，《WTO 协定》所建立的多边贸易体系是一体化的，不仅将农产品和纺织品都纳入到 WTO 的调整范畴，还使服务贸易、知识产权和国际投资等重要经济领域都受其规范，并通过科学的评审机制和争端解决措施对多边贸易体系提供保障。[④]《WTO 协定》的通过标志着一个更具生命力的多边贸易体系的诞生。

[①] 梁周敏，姚巧华：论构建人类命运共同体的基本遵循[J]，学习论坛，2017，33(04)：第 5 页。

[②] 李双元编著：世贸组织（WTO）的法律制度：兼论中国“入世”后的应付措施.北京，中国方正出版社，2001.9：第 8 页。

[③] 如非歧视性原则、可预见性原则、公平竞争原则、更自由的贸易流动原则和鼓励发展和经济改革原则等。

[④] 李双元编：世贸组织（WTO）的法律制度：兼论中国“入世”后的应付措施.北京：中国方正出版社，2001.9：第 9-10 页。

2.以《WTO 协定》为核心构建的多边贸易体系亟需改革

特朗普政府蓄意违反 WTO 规则，采取严重单边贸易制裁方式，此举标志着以《WTO 协定》为核心所构建的多边贸易体系面临崩盘危机。在目前严峻的国际形势下，对多边贸易体系进行改革是保障全球经济继续良好发展的必然举措，若听之任之则极有可能使当今的多边贸易体制全面崩溃，这会给世界经济的发展带来毁灭性的打击。面对某些国家极力宣扬的单边主义或保护主义，我国坚持多边体制的立场很明确，并已与欧盟等成员国建构平台商议改革方案。[①]2018 年初，特朗普政府以单方面行动宣布违抗 WTO 多边贸易体系规则，仅以美国法律来制裁来自中国、欧盟以及加拿大等国的对美产品输入，导致中国及其他 WTO 成员国均采取反措施来抵制美国的做法，“中美贸易战”成为国际经济焦点，此举亦使国际经济贸易陷入混乱状态。除此之外，特朗普政府多次阻挠 WTO 上诉机构的正常运行程序，使得国际经济贸易纠纷得不到有效解决，致使 WTO 争端解决机制几乎陷于瘫痪境地，WTO 及多边贸易体系面临严重挑战。之所以出现该结果主要有以下原因：

首先，以中国为代表的新兴国家迅猛发展，对传统西方大国的利益造成威胁，担心利益外流的大国，如美国急需扭转形势，才会选择单方面破坏 WTO 及多边贸易规则；其次，现有 WTO 及多边贸易体系注重实质公平的原因，使发展中国家在加入 WTO 时会有较多的保护措施，随着经济往来的日益频繁，发展中国家从 WTO 及多边贸易体系中所获利益也越来越大，引发有些发达国家的不满；最后，虽然 WTO 在 GATT 的基础上取得了较大的发展，但其根本的“合约”属性并未改变，WTO 并未成功转型为全球经济治理组织，这也是导致多边贸易体系愈法滞后与僵化的根本原因。

虽然 WTO 及多边贸易体系存在无法回避的问题，但其在未来很长一段时间内，仍是全球最重要的国际经济组织之一，多边贸易体系在全球经济贸易交往中亦将继续扮演重要角色。应以发展的眼光看待 WTO 及多边贸易体系改革，为其注入新活力，可从以下方面着手：其一，坚持维护《WTO 协定》的根本宗旨和基本原则，如提高有效需求、坚持走可持续发展道路、积极努力确保发展中国家以开放、平等、互惠原则消除贸易壁垒，促进经济往来，践行非歧视原则或有效性原则等；其二，坚持维护发展中国家的权益不动摇，这是 WTO 及多边贸易体系注重实质公平的体现，利益的天平表面上倾向于发展中国家，但实际上却是发达国家和发展中国家在全球经济贸易交往中得到“共赢”的结果，更多发展中国家的积极加入亦能使全球经济进一步融合。[②]其三，坚持民主与效率相融合原则，现行 WTO 体制坚持“协商一致”原则，其虽提倡和发扬了民主精神，但弊端也不容小觑——只要任何成员国持反对意见，WTO 就无法通过重要决策，导致任何决策都需要经过反复磋商（还并不一定都能通过）。即便该决策是符合绝大多数利益的。所以，在 WTO 及其多边贸易体系改革中，一方面要继续坚持“协商一致”的原则，以提高发展中国家在 WTO 体制中的话语权和决策权，另一方面，也要注重提高效率和权威，以促进其向全球性经济治理体制的转变，这也是 WTO 及其多边贸易体系改革的重要目标。

(三)以两个人权公约为核心建立的世界人权保护体系

人权，顾名思义，是人之所以为人而本应享有的权利。[③]促进和保障人权被视为国际社会的一项基本原则，人权维护的程度亦成为评判国家或民族的重要标准之一。

对人权的重视不仅体现在许多国家将人权保护纳入国家宪法之中，还体现在国际社会通过许多旨在保障人权的宣言和国际条约之中。以 1948 年《世界人权宣言》为标志，1966

[①] 参见：习近平于 2018 年 11 月 30 日在阿根廷布宜诺斯艾利斯第十三届 G20 峰会上的讲话,题为:《登高望远,牢牢把握世界经济正确方向》。

[②] 世界贸易组织秘书处编：《贸易走向未来——世界贸易组织（WTO）概要》，法律出版社，1999 年版，第 102 页。

[③] 夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 4 页。

年通过的两大人权公约[①]则在此基础上做出了重要的补充和细化，将《世界人权宣言》的人权规定以法律规则的形式确立下来，使之拥有更高的法律效力和执行力，上述国际人权公约相结合形成了“国际人权宪章”。联合国以《世界人权宣言》和《联合国宪章》为核心建立了世界人权保护体系。[②]

1.《联合国宪章》为世界人权保护体系奠定基石

《宪章》作为联合国精神之代表，有“恐后世再遭……，重申基本人权，人格尊严与价值……”的规定，使“人权保护”作为一项重要原则和目标得以真正确立下来。在《宪章》的具体条文中，共有六处与人权保护相关。[③]这些规范大致包括了基本人权、发展权及民族自决权等方面。

《宪章》对人权的规定虽然较为简洁，但却为《世界人权宣言》及其他国际人权文书的出现界定了基本的价值遵循。其一，非强制性，《联合国宪章》对于人权的条文规定均以形成国际社会人权保护氛围为目的，并未使用任何强制性文字来硬性规制，即没有责任承担；其二，适用对象的广泛性，对于联合国各成员国来说，都必须遵循其基本大法，即各成员国均可适用；其三，主体的明确性，即国家，排除了联合国和个人，国际法的主体排除了个人，所以联合国也不直接对个人授予权利，其基本法《宪章》亦不会将个人直接视为人权法的享有者。其价值取向不仅体现了二战后国际社会高度重视人权的决心，还强化了国家在人权保护领域的主体作用，提高了成员国对于国内人民人权的重视程度，是世界人权保护体系的里程碑，在国际人权发展史上具有划时代意义。

2.《世界人权宣言》为世界人权保护体系架构框架

1948《世界人权宣言》是国际社会共同制定维护和保障人权的第一份国际性文件，它的出现不仅展现了二战后国际社会对于人权保护的倾向，而且其提倡的人权规则和基础亦为后来的国际人权领域实践提供了具体标准，对世界各国人民争取、提高及完善人权地位产生了积极影响。

《世界人权宣言》由序言和 30 项具体条款所组成，继承和发展了人类有关遗产法律中自由与平等的观念，尤其是近代西方国家所宣扬的人权观，其中有十九条涉及到公民和政治权利，六条则与经济、社会和文化权利相关，将人权保护提升至新高度。与《联合国宪章》对人权稍显笼统的规定相比，《世界人权宣言》无论是在范围上还是效力上，都取得了显著进步，主要体现在：首先，对人权主体的规定更加具体。明确规定了“所有人”均享有人权，不得被非法限制和剥夺；其次，对人权的领域规定更加宽泛。内容涵盖了经济、社会、文化和公民政治权利等各个方面；再次，不仅规定了人权之权利，亦规定了人权之义务。否定决对权力，将权利和义务相结合；最后，强调要建立能够保障人权得以实现的载体，以协调各国行动之中心。反对侵略和压迫等严重破坏人权的暴行。《世界人权宣言》对世界人权保护体系提供了基本的发展思路和价值取向，在国际人权保障的具体实践中得到良好的援引和遵循。[④]

(四) 以海牙国际私法条约构筑的国际民商事法律体系

[①] 即 1966 年《经济、社会和文化权利国际公约》和 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》。

[②] 中国人权研究会编：中国人权年鉴：2000~2005 年，团结出版社，2007.04，第 1717 页。

[③] 分别为第一条第三款对全体人类权利与自由的激励；第十三条第四款的对经济、社会及文化等人权方面的促进；第五十五条对于民族平等与自决权利的规定；第六十二条第二款的为保障人权而要求经济及社会理事会提出建议案；第六十八条为保障人权而要求设立的经济与社会部门及各类委员会；第七十六条对托管制度为保护人权之基本目的而激发世界人民相互维系之规定。参见刘杰：《世界人权宣言》的产生过程及其意义[J].人权，2018(05)：第 22 页。

[④] 刘杰：《世界人权宣言》的产生过程及其意义[J].人权，2018(05)：第 30-32 页。

近年来，海牙国际私法会议[①]的立法重点由传统的冲突法领域转向程序法领域，对国际民事诉讼领域有所涉猎，且立法目标也由解决国际民事领域纠纷向国际商事方面转移，最终以解决国际民商事法律冲突为目标。例如海牙国际私法会议于 2009 年由特委会商讨《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称《送达公约》），《关于从国外调取民事或商事证据公约》（《取证公约》），《国际司法救助公约》（《救助公约》），《取消要求外国公文认证公约》（《认证公约》），在“结论及建议”部分明确规定送达公约中关于“民事或商事”的概念问题，由海牙国际私法会议独立自主解释，而非按照请求国或者被请求国法律解释。可以看出海牙国际私法会议对于其立法重心——国际民商事法律关系，具有独立考量标准。由于海牙国际私法会议及其国际条约的影响力，当今国际民商事法律体系是以此为基础构筑的，特点如下。

第一，将惯常居所地作为连接点广泛应用于国际私法条约的制定当中。二战后，以国籍作为重要连接点的传统逐渐没落，而作为属人连接点的惯常居所地由于更多偏向事实认定，不仅可以解决国际民商事法律适用问题，还可以灵活协调管辖权选择，有助于国际民商事纠纷的高效解决，因此被海牙国际私法会议采纳，继而出现在相关国际条约中。如 1956 年《关于适用儿童抚养义务的法律公约》（《儿童抚养公约》），1958 年《关于承认和执行儿童抚养义务判决的公约》（《儿童抚养判决公约》），均采用惯常居所地作为其连接点。第二，条约更侧重对实体结果的关注。与程序正义相比，海牙国际私法条约更关注其实体结果的目标实现，如前文所述，《儿童抚养公约》以惯常居所地而排除国籍作为其决定性的连接点，就是为致力追求保护儿童利益这一实体目标的实现。且该公约规定，如果根据公约的惯常居所地法律导致儿童不能获得合理抚养，则儿童有权利进行再度选择。此外，1961 年《关于遗嘱处分形式的法律冲突公约》（《遗嘱处分公约》），肯定了能使遗嘱有效的形式问题。1970 年《关于承认离婚和分居的法律公约》（《离婚及分居公约》），则引入多个连接点以使离婚获得公约的最大认可。1978 年《关于庆祝和承认婚姻有效性的公约》（《婚姻效力公约》），规定只要符合婚姻缔结地法律，婚姻即有效。这些公约无一不体现了对实体公正结果的追求。第三，注重意思自治原则在国际民商事中的运用。1955 年《关于国际货物销售的法律适用公约》（《国际货物销售公约》），首次将意思自治原则引入到国际销售之中，此后，该原则在多个海牙国际私法条约中均有体现。如 1978 年《关于婚姻财产制度的法律适用公约》，1989 年《关于死者遗产继承的法律适用公约》，及 2007 年《关于抚养义务的法律适用议定书》，都肯定了当事人的意思自治。2012 年《海牙国际合同法律选择原则》，则彰显了意思自治在国际合同法律适用领域的新发展。[②]尽管只是不具法律约束力的示范性文书，但其充分肯定国际合同中当事人意思自治的倾向，影响了包括我国在内的许多国家的立法。第四，合理限制公共秩序保留[③]的适用。一方面，因为该制度可有效保护本国利益，所以得到了大陆法系和英美法系国家的普遍承认，应用十分广泛；另一方面，若运用不当则会造成法院

[①] 海牙国际私法会议于 1893 年成立，是专门研究和缔结国际私法条约的政府间国际组织。1893 年至 1951 年，海牙国际私法会议仅是临时性的国际会议，而在 1951 年第七届海牙国际私法会议通过的《海牙国际私法会议章程》，使其从之前的政府间临时性国际会议转变为政府间国际组织，同时其成员国迅速增加，逐渐发展成全球性的国际组织。海牙国际私法会议成立迄今，各届会议共通过了涉及国籍、外国人民事法律地位、夫妻关系、抚养、儿童地位与保护、继承、信托、合同、物权、侵权、国际司法及行政合作、以及外国判决的承认与执行等领域内的 39 个统一国际私法条约，其中很多公约已经被许多国家认可并接受，成为在统一国际私法和缔结国际私法公约方面最有成效、最有影响力的国际组织。参见刘仁山：《国际私法》（第 5 版）[M].北京：中国法制出版社，2012.1：第 52-54 页。

[②] 刘仁山：国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展—《海牙国际合同法律选择原则》述评[J].环球法律评论，2013，35(06)：第 146-157 页。

[③] 即法院依本国法律规定本应援引外国法作为准据法时，但因其与法院国的重大利益、道德、法律原则相抵触而被排除适用的制度。参见刘仁山：《国际私法》（第 5 版）[M].北京：中国法制出版社，2012.1：第 140 页。

国不尊重外国法或法国法院判决的承认与执行不力问题，而国际私法会议作为旨在统一国际私法的国际组织，其在缔结国际条约过程中便限制该制度的运用范围。[①]

海牙国际私法会议由区域性演变为全球性国际组织的发展史，侧面反映了国际私法逐渐统一化的历程，由其制定并通过的各项国际条约亦丰富并完善了国际民商事法律体系的建构。无论是为各类国际民商事法律问题的发生预先作出科学规定，还是为合理解决国际民商事纠纷提供有效的解决措施，都产生了深远影响。

二、 全球治理趋势下治理体系变革之中国智慧

全球治理包含着三个基本要素：其一是多元主体的共同参与，即全球治理的主体不仅包括主权国家，还包括由主权国家构成的国际组织，以及全球公民社会组织，还有部分学者认为，全球精英亦是全球治理的主体之一；[②]其二是有一个共同参与、协商合作的运行机制，以共同解决国际社会面临的各种问题；其三是有解决人类共同面临的问题指向，以维护国际社会的正义与公平、人的自由与尊严。[③]

二战结束后国际社会一直奉行西方主导的全球治理格局，以美欧作为全球治理引领者。但随着世界多极化的深入发展，许多新兴国家也寻求提高在全球治理格局中的话语权，这便导致了与原有治理大国发生的利益冲突与碰撞；除此之外，近年来美国政府愈发明显的霸权主义与单边主义也饱受他国诟病，不仅带头违反和践踏国际法规则，还逃避本应在全球治理中的责任承担。给全球治理格局带来了巨大危机。当规则的制定者率先破坏规则，当原有的秩序已经土崩瓦解，便不得不重新制定新的规则，全球治理格局亦是如此。

当前全球治理中存在的问题正如托尼·麦克格鲁（Tony McGrew）所言，“当前的全球治理体系存在着一个致命的核心问题——各参与方对于民主信任的缺失以及主体之间的极端失衡性：或许这就是其被视作扭曲的全球治理体系的原因所在。”[④]

（一）人类命运共同体创造全球治理新途径

二十一世纪以来，中国在全球治理过程中不仅积极承担责任义务，同时还发挥着越来越大的作用力与影响力。[⑤]面对严峻的国际经济政治旧秩序，中国提出解决全球治理问题的新方案——构建人类命运共同体，不仅打破了之前以西方大国为主导的全球治理之传统格局，还体现了新兴国家对全球政治经济平等地位的追求。为了扭转当前全球治理不容乐观的现状，我们可以从“人类命运共同体”的精神内涵中获取灵感，对其进行合理改革。

第一，坚持人类命运共同体的精神指向。在尊重各国核心利益的基础上坚持平等协商，以共同解决全球治理格局中存在的问题。在全球化发展的今天，各国已然形成了休戚与共的命运共同体。第二，树立兼容并包、权责一致的价值理念。同处于世界舞台的各国，无论大小强弱，都不能回避全球治理的国际责任，坚持责任与权利对等与共同但有区别原则，有利于共同发挥传统大国与新兴国家的集体力量，给所有国家平等参与全球治理的机会；第三，坚持“共商、共建、共享”原则。[⑥]第四，坚持交流互鉴和可持续发展原则。在全球治理体系中，各国应积极交流、借鉴彼此的优势与长处，以互为补充、共同进步；坚持绿色低碳与可持续发展原则，从各国自身做起，为全球治理体系之变革奠定良好的生态基础。

---

① 如在 1956 年《关于适用儿童抚养义务的法律公约》中规定，只有在显明违背法院地国的重大利益时，方可引用公共秩序保留制度，以限制本应根据公约援引适用的法律。

② 俞可平：全球治理引论[J].马克思主义与现实，2002(1):25,25：第 25-26 页。

③ 孙宽平，滕世华：全球化与全球治理[M].湖南人民出版社，003.7：第 41-46 页。

④ 参见托尼·麦克格鲁：“走向真正的全球治理”，《马克思主义与现实》，2002 年第一期。

⑤ 中国的发展如王毅外长指出的，我们的国家从未像现在这般如此地接近世界舞台的中央。

⑥ “共商”就是为了彻底改变以往由西方大国操纵全球治理的局面，通过平等协商让所有国家参与到全球治理的过程中来；“共建”则是在“共商”的基础上，各国发挥各自优势，集思广益、众志成城，为全球治理目标之达成贡献出各自的力量；“共享”则是共赢的结果，各国共同享有全球治理目标达成之成果。

（二）新型国际关系打造全球治理新平台

2008 年金融危机给全球经济带来了沉重影响。为了尽快缓解由于金融危机导致的经济萎靡，许多传统的西方大国率先采取贸易紧缩政策，纷纷出台贸易保护措施，置经济全球化大背景之下其他国家的经济状况于不顾，使国际政治经济格局更加紧张。除此之外，愈发频繁的恐怖袭击事件、海盗猖獗及中东难民的安置等问题都极大地威胁了国际社会的安全，[①]这些严峻的态势与新世纪“和平与发展”的时代主题格格不入，面对威胁与挑战，我们必须及时回应，以维护良好的国际环境。中国亦积极承担大国责任与义务。2014 年习近平总书记再次强调要把合作共赢的理念贯穿到政治、经济及文化与安全等各个方面，构建以合作共赢为核心的新型国际关系。由此，中国便成为世界上第一个倡导以合作共赢为手段来处理国际关系的国家。

构建以合作共赢为核心的新型国际关系，首先要准确把握其内涵。人类只有一个地球，各国必须通力合作，方能守护好共同的家园。合作共赢的核心思想符合时代发展的特征和国际社会的长远利益。如何构建新型国际关系，关键是要处理好两对矛盾。即大国与大国的矛盾、大国与小国的矛盾。关于前者，要坚持对话不对抗，在合作共赢中构建新型大国关系；关于后者，要坚持主权平等，在相互尊重中发展合作伙伴关系。[②]

（三）共同体国际法规则创新全球治理新机遇

国际法作为调整各国在国际交往中的行为规范，并不是从来就有的，它是随着国际社会的发展而出现的。1648 年五月至十月在威斯特伐利亚地区签订并通过的一系列条约，不仅标志着在欧洲持续近八百年宗教战争的结束，还标志着近代国际法规则雏形的诞生。而由第二次世界大战催生的联合国，则在《宪章》中确立了一系列的国际法规则，如国家主权平等原则，不干涉内政原则及和平解决争端原则等，成为评价当代各国在国际社会交往中行为是否合法、是否符合和平与发展时代主题要求的重要标准，更奠定了当代国际法规则发展的基础。

之后，无论是 IMF[③]和 WTO[④]，还是 EU[⑤]或 ASEAN[⑥]，都是在国家合作的基础上推动经济及政治社会的联合发展，而法律与政治之间，从来便无法将其彻底区分，无论是从法律哲学还是政治哲学层面，都不得不承认两者之间存在着无法割裂的纽带。[⑦]政治经济的国际合作必然要以国际法律法规为依托，故而国际法体系也在国际组织的促进下愈发完善。但这种国际合作组织只是局部的国家合作，相较整个人类社会，它只是狭小范围内的合作概念，亦仅以提高组织内部成员国的政治经济水平为依归，这种合作是带有显明局限性和区域性的。除此之外，霸权主义与强权政治仍严重阻碍了国际社会朝着经济全球化与世界多极化方向的发展，部分西方强国对新兴国家的出现表示出了强烈不满，从而导致其凭借强国的身份率先践踏国际法规则，以单边主义对抗多边主义的行为亦屡见不鲜。所以，当前的国际组织并没有代表整个国际社会的共同利益，在此基础上形成的国际法规则之合作呈现出显明局部性，伴随国际政治经济体系的进一步发展，其会出现更大的矛盾与冲突。

为了避免该矛盾，国际法规则的合作要与人类命运共同体相结合。人类命运共同体是将发展整个人类社会的共同利益为目标，代表着全体人类的共同福祉和共同期望，将人类命运共同体中“合作共赢”精髓与国际法规则相结合，有利于促进国际法规则朝着共同体

---

① 董雯：论新时代新型国际关系[J].学理论，2018(08)：第 62 页。

② 吴涧生：在合作共赢中推动构建人类命运共同体.北京：中国言实出版社，2018.5：第 25-27 页。

③ 国际货币基金组织

④ 世界贸易组织

⑤ 欧洲联盟，简称欧盟

⑥ 东南亚国家联盟，简称东盟

⑦ [美]杰克·戈德史密斯、埃里克·波斯纳：《国际法的局限性》,龚宇译.法律出版社,2010 年版:第 194 页。

方向发展，可以有效解决由局部国际法规则合作所带来的冲突。同时，共同体国际法规则与人类命运共同体之间是相辅相成、互相促进的关系，人类命运共同体理念的出现推动了国际法规则由局部合作到共同体合作的转变，反之亦然，共同体国际法规则能够为人类命运共同体的发展和完善提供更全面的国际法律保障，主要体现在。

其一，深化共同体权利和共同体义务，使国际社会融为一体。共同体国际法规则要求各国在国际经济与政治的交往中坚持共同体的价值取向—合作共赢，以实现人类社会共同利益为目标。而坚持共同体的国际法规则，意味着在国际法体系中拥有一个作为“共同体”而产生的权利和义务关系，不仅可以让各国保持既有的法律文化，还有利于使各国基于“共同体”的角度形成一种全球性、普遍性的法律文化，也就是以超越国家的普遍视角来构建更为理想的国际法律秩序，使国际社会更为紧密地结合在一起。

其二，贯彻国家主权平等原则，在坚持对话协商中实现国际关系法治化目标。无论是联合国还是其他国际性组织，无一例外地在其章程中明确了国家主权平等原则，甚至将之作为国际交往的前提，共同体国际法规则正是在将国际社会视为一个“共同体”的基础上而形成的。各国为了实现整体利益的最大化而构建的命运共同体，在坚持对话协商中实现合作共赢的目标指向，而“对话协商”的基本要求便是各国之间能够在国际社会中处于平等的地位。

其三，维护国际和平与发展，为国际关系法治化营造良好的环境氛围。共同体国际法规则体现的不仅是利益共同体，还是责任共同体，要求各国都必须遵守和履行“共同体”的权利和义务，只有共建共商，方能成就共赢共享。基于共同的责任和目标，国际社会便能达成统一意识，这不仅有利于维护国际社会永续的和平，还有利于保障国际政治、经济及文化的长期发展需要，为实现国际关系法治化提供良好的国际环境秩序。

将人类命运共同体的价值取向与全球治理体系之变革相结合是时代发展所需，要求各方主体为其共同努力。世界上本不存在修昔底德陷阱，[①]不能因为过往的错误实践便将之视为真理，导致谬误反而甚嚣尘上，霸权主义与强权政治才是造成国际灾难的源头。构建人类命运共同体更契合当今国际社会“一荣俱荣、一损俱损”的时代特征，不仅有利于推动国际社会的共同发展，还能真正促进世界和平与发展目标的早日实现。

5.Party Autonomy in Chinese Courts: With Special References to the Archangelos Gabriel Salvage Case

Xintong Li*

Abstract; *From the perspective of “Archangelos Gabriel” salvage case, this article probes into the application of party autonomy by Chinese courts in cases with foreign elements.* The case,

[①] 修昔底德陷阱，是指一个新崛起的大国必然要挑战现存大国，而现存大国也必然会回应这种威胁，这样战争变得不可避免。此说法源自古希腊著名历史学家修昔底德，他认为，当一个崛起的大国与既有的统治霸主竞争时，双方面临的危险多数以战争告终。参见修昔底德.《伯罗奔尼撒战争史》.商务印书馆,2013.

* Ph.D. candidate of Private International Law at Shandong University, China. LLB (ZhongNan Univ.y of Economics and Law). LL.M. (Chinese Univ. of Hong Kong). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1121-5635. I would like to express my gratitude to Professor Xu Qingkun for his insightful advice and comments. The author may be contacted at: lixintong15@163.com / Address: No.72 Binhai Road, Qingdao(Jimo) City, Shandong Province, China. Post Code: 266237.

finally decided by the SPC, shows many judicial innovations and draw great concerns in both the Chinese judicial community and academia. However, *it also shows a common judicial phenomenon that the improper timing of choice by parties and wrong choice-of-law rule invoked by the courts lead to the uncertainty of the applicable law and the judges could not deal with the implied choice cases properly, which give rise to an urgent choice-of-law problem that the principle of party autonomy just empowers parties to choose the state of applicable law but not a particular law of a state. It is inconsistent with the nature of party autonomy and may further turn the party autonomy to a rule with the same nature of "choice of jurisdiction".*

Keywords: Choice of Law; Party Autonomy; Salvage Contract; Chinese Foreign-Related Judicial Practices

1. Introduction[①]

On August 12, 2011, *Archangelos Gabriel*, a Greek oil tanker, ran aground in the North Waterway of the Qiongzhou Channel, China.[②] After the accident, the shipowner immediately authorized its representative office in Shanghai to make a contract with the Nanhai Rescue Bureau of the Ministry of Communications ("NRB") for providing salvage, transport, and guarding services.[③] Due to the change of the rescue plan from towing to guarding and standby,[④] however, the disputes regarding the salvage contract and rewards arose between the NRB and the shipowner. As a result, the NRB brought a suit against the shipowner.

This case was tried by three Chinese courts, i.e. the Guangzhou Maritime Court as the court of first instance (hereafter trial court), the Guangdong High People's Court as the court of appeal, and the Supreme People's Court ("SPC") as the retrial court. The retrial which concluded on July 7, 2016 drew great concerns in both the Chinese judicial community and academia. On the one hand, the whole process of retrial was broadcasting live via online video and officially reported on the China Court Website.[⑤] The decision of the retrial was finally uploaded on the Chinese Maritime and Commercial Law Reports as a classic Chinese maritime case.[⑥] On the other hand,

---

① The full name of the case is "Nanhai Rescue Bureau of the Ministry of Transport vs. Archangelos Investments ENE and Another" [交通运输部南海救助局与阿昌格罗斯投资公司、香港安达欧森有限公司上海代表处海难救助合同纠纷案]. It will be hereinafter referred to as *NRB v Archangelos*, (2012) Guang Hai Fa Chu Zi 898 [(2012) 广海法初字第 898 号] (trial Court, China) (first instance); (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117 [（2014）粤高法民四终字第 117 号] (Court of appeal, China) (second instance); (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61 [(2016) 最高法民再 61 号] (SPC, China) (retrial).

② The retrial judgment mentioned: "The ship was stranded with a 3 degree tilt on the left side. Its tip tank cracked under the water line and the seawater entered the cabin. The ship and the cargo (crude oil) were both in dangerous, which seriously threatened the marine environmental safety." *See, NRB v Archangelos*, (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 2.

③ Upon the request of the shipowner, the NRB sent three salvage tugs (NHJ 201, NHJ 116 & NHJ101) and a group of diving crews to provide rescue service at a stipulated rate of rewards. *Id.*

④ Before the salvage operation began, the shipowner decided to refloat 'Archangelos Gabriel' by an off-loading operation. *Id.*

⑤ [中国法院网] The SPC Heard the "Archangelos Gabriel" Salvage Case and Sentenced in Court(Chinese version only and translated by the author)[最高人民法院今天公开开庭审理并当庭宣判"加百利"轮海难救助合同纠纷再审案],*available at* http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/07/id/2013578.shtml (last visited on Aug.6, 2018).

⑥ Nanhai Rescue Bureau of the Ministry of Transport V Archangelos Investments ENE (The "Archangelos Gabriel") - [2016] 7 CMCLR 1, Chinese Maritime and Commercial Law Reports, Nov. 10, 2016, *available at* https://maritimeintelligence.informa.com/searchlisting?searchText=Archangelos%20Gabriel%e3%80%81 (last visited on June 26, 2018)

the legal issues such as the formation and validity of the salvage contract, the principle of "no cure no pay" and the allocation of salvage rewards reflected by the case have attracted close attention and active discussion among Chinese scholars of the maritime law.[①]

Although the key issue of this case was about the amount and allocation of salvage rewards, what really affected the final decision were not the rules of the Maritime Law of the People's Republic of China (hereafter Maritime Law), but the classification of the contract and the applicable law. To decide a foreign-related case, the first step is to determine the applicable law. For *NRB v. Archangelos*, all the three courts considered that the Chinese law should be applied based on the principle of party autonomy.[②] However, which particular substantive law should be applicable was neither uncontroversial among the courts, nor totally determined via the parties' choice. According to the retrial decision of the SPC, the judge identified the salvage contract as an employment salvage contract, which was different from the classification (salvage contract) by the trial court and the appellate court.[③] In addition, unlike the lower courts applying the relevant provisions of the Maritime Law to the case, the SPC held that an employment salvage contract was different from a salvage contract and therefore not subjected to the Maritime Law.[④] Moreover, because China currently has no special rules on employment salvage contract, the SPC ultimately applied the People's Republic of China Contract Law (hereafter Contract Law) to determine the amount and allocation of salvage reward.[⑤] However, the provisions and policy of the two substantive laws related to this case are totally different. It means that the classification and choice of applicable law significantly changed and influenced the outcome of the decision and the vital interests of the parties. Also, the applicable law determined by the SPC seems to be a surprise to the parties because both parties invoked the Maritime Law as the legal basis in the whole litigation process.

Notably, the application of party autonomy in this case is typical. It reflects a common judicial phenomenon of Chinese foreign-related trials that the improper timing of choice by parties and the wrong choice-of-law rule invoked by the courts lead to the uncertainty of the applicable law. Moreover, the Chinese judges could not properly deal with the application of party autonomy especially for the case in which there is no express choice of law. It also gives rise to a choice-of-law problem that principle of party autonomy just empowers the parties to choose the *state* of applicable law rather than the particular *law* of a state.[⑥] [Emphasis added] Moreover, such problems embark rethinking the gap between the principle of party autonomy in book and

---

① *See, e.g.*, Hai Li [李海], *Considerations on certain issues regarding the "Archangelos Gabrie" salvage case* [关于"加百利"轮救助案若干问题的思考], 3 CHINESE. J. MAR. L. [中国海商法研究], 24 (2016); Wei Li [李伟], *Analysis of the representativeness of the "Archangelos Gabrie" case* ["加百利"轮案典型性分析], 2 J. OCEAN UNIV. CHINA (Social Sciences) [中国海洋大学学报（社会科学版）] 13 (2017); Liang Zhao, *Maritime salvage under contract: a comparative study of Chinese law and the International Salvage Convention*, LLOYD'S MAR. & COM. L. Q. 286 (2017).

② NRB v. Archangelos; (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 6 &10; (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 8-9.

③ (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 9.

④ *Id.*

⑤ *Id.*

⑥ In most cases, the parties usually choose 'Chinese law' which is a very general and vague concept as the applicable law. However, choosing 'Chinese law' is not an explicit choice because one legal relationship may involves more than one Chinese substantive law, in practice. Therefore, if the judges could not properly deal with the implied choice case but arbitrarily decide the particular applicable law, then the choice by parties will only validate geographically. For details *see* Section 4(B) of this paper.

that in action. Therefore, taking the retrial decision of *NRB v. Archangelo* as a starting point, this article will present and analyze the existing problems of Chinese judicial practice in civil and commercial cases with foreign elements.

The article will be divided into five sections including Introduction and Conclusion. Part two will discuss the classification of the contract and the applicable law in *NRB v. Archangelos*. Part three will then make comments on the choice of law issues of *NRB v. Archangelos*. Part four will examine the nature of party autonomy and what negative impacts will be caused if its function is improperly limited.

2. Classification of the Contract and the Applicable Law

In terms of vital facts, the shipowner and the NRB signed a salvage agreement through e-mail which clearly stipulated the salvage reward rate (RMB 3.2/horsepower hours) no matter whether the NRB can successfully assist the Gabriel's refloating or not (the salvage reward clause).[①] However, after the salvage the shipowner refused to pay for the salvage in accordance with the agreement, arguing that the pre-stipulated reward rate was excessive for the services actually provided by the NRB.[②] The shipowner asked for not only the reduction of the reward rate, but also the allocation of the salvage reward between the owners of the salved ship and salved goods on board in proportion to their respective salved values.[③] The NRB accepted the adjustment of the reward decided by the trial court but rejected the allocation of the salvage reward in proportion to the saved value of ship and goods because the agreement was an employment salvage contract.[④]

Thus, the two important issues of *NRB v. Archangelos* were the nature of the contract and the allocation of salvage reward. The SPC decided that there was a delicate relation between the two issues, i.e., the former determines the latter. Only the Maritime Law provides a regime of salvage reward allocation and decides the application regime following the contract. As a result, only the salvage contract (not the employment salvage contract) shall be governed by the Maritime Law. Therefore, it is the classification and the applicable law that finally determined the substantive outcome of the case.

A. Improper Classification of the Contract by the SPC

The SPC initially classified the agreement in *NRB v. Archangelos* as salvage contract, which is the same with the classification in the previous trials. However, regarding the type of the salvage contract, the SPC was sharply turning to point out that in accordance with the salvage reward clause which was an exception to the principle of “no cure no pay,” the contract is no longer a salvage contract stipulated by the Maritime Law, but a salvage employment contract.[⑤] As a result, the varied classification of the contract by the SPC seemed to change the applicable law. Actually, the reason for the new classification is the special reward clause, though the reasoning is not so convincing.

The court of appeal, for dismissing the NRB’s claim that the agreement was an employment

---

① (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 3-4.
② *Id*, at 2.
③ *Id*, at 9.
④ (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 6-7.
⑤ *Id.* at 8-9.

salvage contract for the special payment clause in it,[①] hold that the payment for salvage means any reward, remuneration or compensation for salvage operations paid by the salved party to the salvor according to the Article 172(3) of the Maritime Law.[②] Moreover, special reward clause can be an exception to the principle of "no cure no pay" according to Article 179 of the Maritime Law.[③] Therefore the reward clause did not change the nature of the contract. Comparing to the court of appeal, the reasoning of the SPC is obviously less reasonable and appropriate in terms of the classification of the contract.

B. Different Provisions and Legal Effects of the Two Applicable Laws

Based on the new classification of the contract without relevant rules on employment salvage contracts in China, the SPC held that the Contract Law instead of the Maritime Law should apply to the case. The applicable law determined by the SPC was different from the one (Maritime Law) applied in the previous two trials, which also leads to an opposing substantive outcome on the issue of salvage reward allocation. Because the Article 183 of the Maritime Law provides that salvage reward shall be allocated in the proportion of the value of the ship and goods which is absent in the Contract Law.[④], Under the Contract Law without a rule of salvage payment allocation, however, the NRB can get all sum of the payment calculated on the rate reduced by the trial court instead of the appeal judgment with a proportion of 38.85 percent of that amount due to the payment allocation under Article 183 of the Maritime Law.[⑤]

Therefore, the facts and courts' decisions show that the various provisions of the different applicable laws significantly influence and change the parties' substantial interests behind the *prima facie* outcome. Obviously, the rule of salvage reward allocation benefits the shipowner considering that the NRB still need to claim the rest of the reward from the goods' owner after obtaining the judgment of appeal with tremendous judicial costs, which, otherwise, will on the shipowner's part.[⑥] However, what is confusing, in this case, is that although the SPC confirmed the effectiveness of parties' choice according to the choice-of-law rule of party autonomy, the particular applicable law was finally chosen by the SPC rather than the parties. It is in fact contrary to the meaning and of the principle of party autonomy and will be analyzed in the following section.

3. Application of 'Party Autonomy' in Chinese Courts

In the foreign-related case, the application of the principle of party autonomy in this case reflects the status quo in Chinese courts. It can be inferred from the decisions of three courts that the

---

[①] The NRB argued that the payment stipulated in the agreement is the remuneration or commission rather than the salvage reward provided for in the Maritime Law. Therefore, the contract was an employment salvage contract that should not subject to the reward allocation rule in the Maritime Law. *See* (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 9.

[②] *Id.* at 12. PRC Maritime Law, art.172(3). It stipulates: "Payment means any reward, remuneration or compensation for salvage operations to be paid by the salved party to the salvor pursuant to the provisions of this Chapter."

[③] (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 11. PRC Maritime Law, art. 179. It stipuates: "Where the salvage operations rendered to the distressed ship and other property have had a useful result, the salvor shall be entitled to a reward. Except as otherwise provided for by Article 182 of this Law or by other laws or the salvage contract, the salvor shall not be entitled to the payment if the salvage operations have had no useful result."

[④] PRC Maritime Law, art.183. It stipulates: "The salvage reward shall be paid by the owners of the salved ship and other property in accordance with the respective proportions which the salved values of the ship and other property bear to the total salved value."

[⑤] (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 13-4.

[⑥] PRC Maritime Law, art. 183.

applicable law (Chinese law) was chosen by the parties "during the trial."[①] The courts at three levels confirmed the effectiveness of parties' choice based on Article 3 of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships (hereinafter Law on Choice of Law), which is a general rule of party autonomy.[②] Therefore, the choice-of-law approach, in this case, was to implement the principle of party autonomy, which should be finally connected to Chinese law. However, the whole case actually involved two substantive laws (Maritime Law and Contract Law) which would lead to the opposite substantive outcomes to the parties due to their different contents. Meanwhile, the change of the applicable law from the Maritime Law to the Contract Law in the retrial was based on the SPC's classification to the contract, rather than on the parties' intention. Therefore, the parties only enjoy the right to choose the state of applicable law and the particular substantive law of the chosen state is still determined by the court. This case reflects at least three common problems regarding the application of the principle of party autonomy in Chinese courts.

A. Timing of Choice of Law by Parties

In *NRB v. Archangelo*, the parties chose the (Chinese) law to apply *during the trial*, which is a rather common phenomenon in Chinese foreign-related trials.[③] A Chinese scholar examined 43 cases applying the principle of party autonomy from April 1, 2011 to December 31, 2016 by three high courts of such as Shanghai, Henan province and Shanxi province. This research shows that the parties chose Chinese Law as the governing law during the trial in 36 cases (83.72%).[④] Another research examined 120 cases applying the principle of party autonomy from 2008 to 2015 by the High People's Court of Shanghai. It shows that, in 98 cases (81.67%), parties chose Chinese Law as the governing law during the trial.[⑤]

Although it is valid for the parties to choose the applicable law during the trial according to the current Chinese provisions,[⑥] the timing's reasonableness should be questioned. Generally speaking, a rational choice of law requires the parties not only to fully understand the content of the laws of the relevant countries or regions, but also to compare which law would be more beneficial to specific issues. Considering that the ascertainment of foreign laws is really comprehensive and time-consuming, it may be very difficult for parties to make rational choice of

---

[①] As regard the choice of law, the trial court judged: "since all parties chose to apply the laws of the People's Republic of China during the trial ...," which is the same with decision of the SPC in the retrial. Based on the premise, "the parties did not object to the applicable law of this case in the first instance," the court of appeal confirmed the choice-of-law result of the trial court. *See* NRB v Archangelos; (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 6 & 10; (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 9.

[②] *Id.*

[③] Junke Xu, On the Application of Party Autonomy in the Cases with Foreign Elements, [论涉外审判中当事人意思自治的实现],1 CONTEMP. L. REV. 68 [当代法学] 69 (2017).

[④] Qingkun Xu, *A Review of the Judicial Practice of the Law on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships in China* [我国《涉外民事关系法律适用法》司法实践之检视], 2 CHINESE REV. INT'L. L.102 [国际法研究] 108-9 (2018).

[⑤] Yanping Lin & Weiyang Lou, *The Application of Party Autonomy in Foreign-Related Trials of Shanghai Courts* [意思自治原则在上海涉外审判中的运用], 12 L. SCI. [法学] 143. (2015).

[⑥] On the timing of choice of law by parties, the Interpretations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning Application of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-Related Civil Relationships (I) (herein after Interpretations (I)), art.8 (1). It provides: "Where the parties agree to choose or change the choice of applicable law before the ending of the court debate in the first instance, the people's court shall permit it."

applicable law at court.[①] Therefore, it is doubtful that whether an express choice of law made by parties during the trial reflects the parties' true will.

B. General Provision of Party Autonomy

As an important choice-of-law principle, party autonomy is widely adopted by the Law on Choice of Law in fourteen articles which cover the five major areas such as civil subjects, marriage and family, real rights, creditor's rights and intellectual property rights.[②] In particular, Article 3 (general provision) is regarded as one of the prominent innovations in the development of Chinese law on conflicts.[③] However, the effect of the general provisions may not be as significant as they appear, but symbolic.[④] In Chinese laws, general provisions demonstrate the "spirit and guidelines" of legislation.[⑤] Article 3 provides: "The parties may *explicitly* choose the laws applicable to foreign-related civil relations in accordance with the provisions of law." [Emphasis added] This general and manifest provision implies that the parties enjoy such a right to make a choice of law only when a special conflicts rule permits them to do so.[⑥] Therefore, this rule is inclined to make general explanations about the application of party autonomy for the courts and parties. Further, Chinese scholars usually consider Article 3 as a 'declaratory provision' that aims to clarify "legislative principle and purpose" and it should not be directly applied to the individual case if there exist the rules of conflict resolution in the related chapters.[⑦]

As to *NRB v. Archangelos* involving a contractual dispute, the courts should not have applied Article 3 to ascertain party autonomy because the choice-of-law rule for contract is available even if the current Chinese conflicts law does not provide special conflicts rule for the salvage contract with foreign elements.[⑧] However, the contemporary Chinese courts maintain another common judicial practice of applying party autonomy principle for confirming the effectiveness of parties' choice of applicable law based on the general provision of Article 3.

In practice, how to find the appropriate regulations for application between the general provisions and the special conflicts rules has been a conundrum for the judges since the Law on Choice of Law enacted.[⑨] If improperly applying the general choice-of-law principles or provisions, it makes a very serious problem in Chinese foreign-related judicial practice. In addition to Article 3, the courts could apply Articles 2 and 4 improperly.. According to the research mentioned above, 8 decisions (9.52%) among 84 cases applied the three general previsions in total.[⑩]

---

① Xu, *supra* note 27, at 109.

② PRC Law on Choice of Law, arts.16 (2), 17, 18, 24, 26, 37, 38, 42, 44, 45, 47, 49 & 50.

③ Qingkun Xu, *The Codification of Conflicts Law in China: A Long Way to Go*, 65 AM. J. COMP. L. 931 (2017).

④ *Id.*

⑤ LIXIA FENG, A COMPARATIVE STUDY OF CODIFICATIONS [法典编纂论：一个比较法的视角] 322-4 (2002).

⑥ Xu, *supra* note 32.

⑦ JIN HUANG & RUJIAO JIANG, LAW ON CHOICE OF LAW FOR FOREIGN-RELATED CIVIL RELATIONSHIPS: INTERPRETATIONS AND ANALYSIS [《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》释义与分析] 13 (2011). *See also* TAO DU, COMMENTS ON THE LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA ON CHOICE OF LAW FOR FOREIGN-RELATED CIVIL RELATIONSHIPS [涉外民事关系法律适用法释评] 128 (2011).

⑧ PRC Law on Choice of Law, art. 41. It stipulates: "The parties concerned may choose the laws applicable to contracts by agreement. If the parties do not choose, the laws at the habitual residence of the party whose fulfillment of obligations can best reflect the characteristics of this contract or other laws which have the closest relation with this contract shall apply."

⑨ Jin Huang, Panfeng Fu & Huanfang Du, *Chinese Judicial Practices in Private International Law: 2011 [*2011 年中国国际私法司法实践述评], 15 CHINESE Y.B. PRIVATE INT' L. L & COMP. L. 597 638 (2013).

⑩ Xu, *supra* note 27, at 111-2.

C. Uncertainty of the Application of Law

The above deficiencies in the application of party autonomy may further lead to the uncertainty of the application of law. Take *NRB v. Archangelos* as an example. In this case, all the courts depended on the same rule for the choice of law - the general provision of party autonomy (Article 3) and have not changed the facts ascertained by themselves during the trials. It implies that, in principle, the applicable law should have been chosen by the parties based on their full understanding of the policy and content of a certain substantive law as well as the recognition of their own interests influenced by the choice. However, in reality, the entire case shows that the parties' right to choose the law is only limited to the Chinese Law as a whole.

The uncertainty in the application of law may further signify that the role of party autonomy principle may not be fully achieved in judicial practices. The principle that allows parties to choose the applicable law, either before or after the dispute, is designed to promote certainty, predictability and convenience of litigation for both parties and courts.[①] However, the parties could not choose the applicable law on their real intention or the applicable law to a certain case or issue may not be chosen by the parties under the principle of party autonomy in reality. In *NRB v. Archangelos*, although the courts ambiguously concluded Chinese substantive law as chosen by the parties, the parties' preference to the applicable law might be the Maritime Law on the basis of following facts. On the one hand, both parties cited the Maritime Law as the legal basis for claims and defenses during the three trials. Among them, the shipowner quoted the typical Maritime Law regimes, such as the principle of "no cure no pay" and the rule of "salvage payment allocation", to support his claims and replies at the courts at all levels.[②] On the other hand, neither party doubted or raised objections to the application of the Maritime Law in the previous trial during the appeal and the retrial. Even if the NRB argued that the agreement is an employment salvage contract in both the reply to the court of appeal and the claim in the retrial, no party raise any objections to argue against the application of the Maritime Law as the applicable law.[③] Therefore, although the parties' choice of law was not 'explicit' as referred to Article 3 the judges' intention to choose the Maritime Law was more explicit than to apply the Contract Law.

However, the SPC, disregarding the parties' genuine intention, changed the applicable law from Maritime Law to Contract Law based on the improper classification to the nature of the contract rather than the parties' objection to the application of the Maritime Law in the retrial. In addition, considering the differences of the content and policy between the Contract Law and the Maritime law and their opposing impact on the parties' interests, the SPC's practice of changing the applicable law in retrial may exceed or violate the parties' expectation to the applicable law. Also, it should not be regarded as a proper discretion, but a limitation to party autonomy.

4. The Improper Limitation on Party Autonomy and Its Negative Impacts

The freedom and limitation are actually the two sides of a coin, which means that any improper freedom should be limited. This also applies to the principle of party autonomy which protects the parties' free choice of law within certain limitations.

A. What the party autonomy protects for?

Prior to World War II, the traditional theory of legal conflicts had long paid much more attention

---

① S. Symeonides, *Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress?*, *in* PRIVATE INTERNATIONAL LAW AT THE END OF 20TH CENTURY: PROGRESS OR REGRESS 38-9 (S. Symeonides ed., 2000).

② (2014) Yue Gao Fa Min Si Zhong Zi 117, at 2 & 9.

③ (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 8.

to the geographical relationship between the applicable law and the case rather than the content of substantive law, such as Savigny's 'seat' theory and the vested rights theory prevailed in the civil law and the common law system, respectively.[①] Therefore, the choice of law rules formulated on the basis of these traditional theories were usually the rules of "choice of jurisdiction," called the 'blind rules' by some Chinese scholars.[②] However, compared to the defects of the traditional choice of law rules, party autonomy, an ancient principle predating the 20th century by several centuries, allows the parties to pre-select the law of a certain jurisdiction for the case under a full recognition to the content and policy of the selected governing law.[③] Therefore, party autonomy may be the best way to protect the parties' legitimate expectation. As the parties have the right to choose the applicable law, they can not only pre-arrange their transactions, but also predict the solution of a dispute based on their understanding of a certain substantive law.

However, in order to make sure that the choice of applicable law is a real consensus of all parties' expectation, the equal bargaining power of parties may be a precondition to party autonomy as some scholars suggested.[④] Accordingly, if bargaining power is unequal, the stronger party may use his advantages to coerce the other party. The apparent agreement on choice of law may not reflect the parties' real expectation.

B. The proper limitation on party autonomy

The freedom of choice for parties shall be also subject to some certain limitations in order to preserve the predictability to choice the law.[⑤] Such limitations on party autonomy include at least four aspects.

1. Public Policy. It means the application of law should not be prejudiced by the social and public interests of the forum which may be the most uncontroversial limitation accepted by the choice-of-law rules and regulations in most countries;[⑥]
2. Mandatory Rules. It means the issues related to the choice-of-law should be what the parties could resolve by agreement. Conversely, for the matters or issues governed by mandatory rules of the forum or a third country, the parties may not choose applicable law;[⑦]
3. Substantial Relationship;[⑧]
4. Bona Fide. It means that the choice of law clause should not be the consequence of fraud or illegality.[⑨]

Therefore, once the parties choose a law in the field where they are not allowed to do so, such a choice will be constrained because of its possible infringement to the interests of a third party or

---

[①] Xiao Song, *On the Substantial Orientation of Contemporary Private International Law* [论当代国际私法的实体取向], 5 CHINESE Y.B. PRIV. INT' L. L & COMP. L. [中国国际私法与比较法年刊] 103-5 (2002).

[②] *Id.*

[③] Symeonides, *supra* note 40.

[④] F. Vischer, *General Course on Private International Law*, 232 RECUEIL DES COURS 127 (1993).

[⑤] P. HAY ET AL, CONFLICT OF LAWS 1085-6 (5th ed. 2010).

[⑥] *Id*. at 1098-108. This kind of limitation reflected by the Article 21 in Rome I regulation of EU law, was also accepted by Article 5 in PRC Law on Choice of Law.

[⑦] *Id.* at 1088-90. *See also* P. BEAUMONT & P. MCELEAVY, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 456-7 (3d ed. 2011). This kind of limitation was reflected by the Article 4 of PRC Law on Choice of Law.

[⑧] *Id*. at 1090-198. This kind of limitation may be seen from Article 7 of the Interpretation (I) in China.

[⑨] P. NORTH, PRIVATE INTERNATIONAL LAW PROBLEMS IN CONMEN LAW JURISDICTION 112 (1993). This kind of limitation was reflected by Article 11 of the Interpretation (I) in China.

the public policy. However, it is worth noting that the judges enjoy the discretion to determine the freedom and limitations of party autonomy. Here, the judges' discretion will affect the works of the rule to a large extent. Moreover, the current judgments show that the judges would be unable to correctly deal with the application and limitation on party autonomy. In *NRB v Archangelos*, changing the applicable law from the Maritime Law to Contract Law by the judges of the SPC may not be a proper discretion but impose an undue limitation on party autonomy.

The basic facts show that no such consideration of limitation on party autonomy mentioned above existed in this case. On the one hand, the case referred to a salvage contract whose main issue was the allocation to the salvage payment under the scope of private law. As there are no mandatory rules for the issues, the parties can independently determine the governing law. Meanwhile, choosing the Maritime Law will neither infringe on the public policy of the country nor prejudice any interests of a third party. On the other hand, there is no obvious disparity of the bargaining power between the parties in this case, who were freely making the consensus to choose the applicable law.

Further, due to the SPC's practice of changing the applicable law, the parties' choice would be only validated geographically. It means that the parties just enjoy the right to choose the state of applicable law, while the particular substantive law is determined by the court. Obviously, it is inconsistent with the legislative intent of the Law on Choice of Law which stipulates that the parties may choose *the law* applicable to the foreign-related civil actions (such as contracts) rather *the state* to which the potential applicable law belongs.[①] As a result, both parties would select the applicable law in advance following content-oriented rather than necessarily result-oriented rules. It means that the rule is not designed to produce a specific substantive result.[②] In *NRB v. Archangelos*, however, the SPC's choice of the Contract Law as the applicable law via an improper classification of contract just makes the party autonomy only a tool for parties to choose a jurisdiction and for the court to ensure the substantive result that the NRB could get the full amount of the salvage payment could achieve.

As mentioned above, it is a common practice for the parties to choose the Chinese law in the court procedure and for the judges to decide a particular applicable law, respectively. And, such practice also shows a situation that there is no express choice of applicable law by parties. In this case, the judges need to further interpret the parties' intention of applicable law. In such a condition, the parties should not find what applicable law the judges have imputed to the case. In this term, judges should not ask themselves what law should apply,[③] but, instead, they have to look at the terms of the contract and all the circumstance of the case to see if the parties chose the applicable law even though they did not expressly spell it in their contract in advance.[④] However, Chinese judges could not properly deal with such implied choice. In deciding *NRB v. Archangelos*, the SPC ignored the circumstance of case, which shows the parties' intention to choose the

---

① PRC Law on Choice of Law, arts. 3 & 41. [Emphasis added] Both Article 3 (general provision of party autonomy) and Article 41 (choice-of-law rule for contracts) of PRC Law on Choice of Law stipulate: "The parties may (expressly) choose the ***laws*** applicable to the foreign-related civil relations (contracts) by agreements…" Here, the ***laws*** refer to particular substantive laws of any countries or districts, as well as the International treaties and practices. *See* HUANG & JIANG, *supra* note 36, at 12-3 & 226 (2011).

② Symeonides, *supra* note 40.

③ BEAUMONT & MCELEAVY, *supra* note 49, at 448.

④ *Id.*

Maritime Law[①] and improperly classified the nature of the contract. These mistakes may not only reflect the judges' misunderstanding to the nature of party autonomy, but also turn the party autonomy to a rule of "choice of jurisdiction".

5. Conclusion

After four years of trial in three courts, *NRB v. Archangelos* was finally settled in 2016 by the SPC. The application of party autonomy principle, in this case, is a mirror of the current situation of Chinese courts. The improper timing of choice by parties and the wrong "choice-of-law" rule invoked by the courts lead to the uncertainty of applicable law. Also, the function of party autonomy has been limited by the courts because the parties cannot really choose the applicable law in their own intention. Unlike traditional "choice-of-law" rules mainly focusing on geographical affiliation between the applicable law and the case rather than the content of substantive law, the principle of party autonomy allows the parties to pre-select the applicable law under a full recognition to its content and policy subject to certain limitations. However, the application of party autonomy in Chinese courts shows a converse situation that the choice by parties is uncertain and the judges could not deal with implied choice appropriately. It may not only reflect the judges' misunderstanding to the nature of party autonomy, but also turn the party autonomy to a rule with the same nature of "choice of jurisdiction".

This case shows many questions and judicial innovations. For example, the whole process of retrial in the SPC was broadcasting live through online video, which reflected the openness and transparency of the Chinese judiciary. The judgment of Guangzhou Maritime Court, a special court dedicated to maritime disputes, which tried this case, shows that the judge had detailed reasoning when determining the rate of salvage reward. What's more, the decision of the first instance presented the minority opinion of the panel together with the majority opinion, which indeed received so much praise from the scholars.[②] Clearly, all the above progress shows the determination and achievements of the Chinese judicial reform in recent years.

However, the improper application of party autonomy principle in this case is also striking. For example, the timing and the result of the choice of law are determined inappropriately and ambiguously; the judges invoked the inappropriate conflicts rule as the legal ground with few reasoning in their judgment. The SPC, the highest court in Chinese judiciary, should have made a more reasonable decision when dealing with such intricate "choice-of-law" rules. In this case, there was no express choice of the governing law by parties, either. Under such condition, the judges should seek the parties' actual intention from the nature of the contract as well as the whole circumstance of the case.[③] However, the Chinese judges always ignore the cases' circumstance and interpret the choice of 'Chinese law' on their own will to make sure the law preferred by the court could apply. This will not only violate and improperly limit the function of party autonomy, but also make the principle become a facade for the "choice of jurisdiction."

Nevertheless, in terms of the substantial result, the application of the Contract Law may be an expedient for the SPC to ensure the salvor a larger amount of salvage reward because the rescue itself is not just a purely commercial behavior, but also related to a certain degree of public

---

① Section 3(C) of this paper.

② Hai Li, *supra* note 7, at 24-5 (2016).

③ COLLINS OF MAPESBURY ET AL., DICEY, MORRIS & COLLINS ON THE CONFLICT OF LAWS 1777 (15th ed. 2012).

interest that should be encouraged and advocated.[①] However, it is not wise in the long run for the following grounds. First, the SPC should have recognized that this substantial result could have been achieved even under the condition that the Maritime Law applied to the case,[②] and the court need not and should not have ensured it on the price of imposing improper limitations on the party autonomy. Second, once the SPC defined the contract as an employment salvage contract and applied the Contract Law to the issue, then the nature of salvage reward may also turn to employment remuneration that belongs to an ordinary contractual obligation, instead of a claim entitled to maritime liens. Therefore, the SPC's judgment is actually not so favorable to the salvor from the perspective of judgment enforcement. Third, the SPC's judgment in the retrial is the final decision in Chinese civil procedure which means that the parties can no longer challenge the applicable law determined by the court through judicial channels. Therefore, it is unfair for the shipowner to bear the unfavorable result of the judgment. Lastly but not the least, because the SPC is the highest court in China, the judgment including the "choice-of-law" approach will have a significant influence on the lower courts when facing a similar case in the future. All in all, from *NRB v Archangelos*, we could understand that there is still a long way to go for improving the judicial quality and authority of Chinese foreign-related trials.

6.论公共秩序保留制度立法模式及发展趋势

安朔

摘　要：公共秩序保留制度是承认法律域外效力的例外，是外国法适用排除的重要制度之一，也是国家主权的高度体现。它的渊源可以追溯到意大利法则区别说时期。由于我国的特殊国情和所处的国际环境，我国对于是否应用公共秩序保留制度一直保持积极肯定的态度。《民法通则》、《民事诉讼法》与《涉外民事关系法律适用法》中均有相关法规的设立。随着经济全球化和国际私法趋同化的发展，公共秩序保留作也在走向新的历史阶段。本文从公共秩序保留制度的现状和内容入手加以分析，对公共秩序保留制度发展趋势进行总结和预判。

[①] According to the judgment of the retrial, the SPC firstly identified the case referring to the dispute of salvage contract emphasizing that China has accepted and approved the 1989 International Salvage Convention, so that the purposes of the convention - to ensure adequate incentives for persons who make major contribution to the safety of vessels and other property in danger and to protect the environment by undertaking efficient and timely salvage operations - should be advocated in this case. *See* (2016) Zui Gao Fa Min Zai 61, at 8. This phrase may shows that by changing the applicable law the SPC truly intends to protect the salvor from being subject to the provision of salvage reward allocation in PRC Maritime Law

[②] According to the Article13 (2) of the 1989 International Salvage Convention, although the salvage reward shall be allocated in proportion to the salved values of ships and goods, "a State Party may in its national law provide that the payment of a reward has to be made by one of these interests, subject to a right of recourse of this interest against the other interests for their respective shares…." Considering current legislative situation in China, although Article183 of PRC Maritime Law stipulates the allocation of the salvage reward, it does not prescribe the payment method. This means that there is still a space for the SPC to exercise its power of judicial interpretation to this provision in individual cases. For the purpose of ensuring a whole amount of salvage reward to the salvor, the SPC could have ordered the shipowner to pre-pay all sum of salvage reward to the NRB with a right of recourse against the owner of the saved goods. After all, compared to the salvor, it is fairer for the shipowner to get the reimbursement from the owner of the saved goods because of their closer affiliation. Moreover, it will be more reasonable for the SPC to make decision in favor of salvor under PRC Maritime Law system than changing the applicable law by re-classification.

关键字：公共秩序保留 外国法排除 发展趋势 限制适用

法律选择及法律适用是国际私法的最重要内容，甚至是唯一的组成部分。[①]法律冲突的前提条件是受案法院所属国承认外国法律效力。可以说，承认法的域外效力是国际私法学科形成的基础条件。而公共秩序保留制度与之相对，它否认了外国法在其国内的效力并排除其适用，看似与国际私法理论基础相悖。而事实远非如此，公共秩序保留不仅没有与国际私法理论相矛盾，反而与国际私法学科相伴而生，成为了国际私法领域一项重要且历史悠久的法律制度，有着不可撼动的地位与作用。公共秩序保留是在适用外国法出现危险时的有效补救措施。所以，许多学者把其称为适用外国法的“安全阀”，认为它是“一道防线”、“一个护身符”。深入了解公共秩序保留立法模式，准确判断其未来发展趋势，对于国际私法的发展和国家主权的维护有着至关重要的作用。

一、公共秩序保留制度概述

公共秩序保留作为一项古老的国际私法基本制度，其起源可以追溯到国际私法产生之时。时至今日，公共秩序保留已成为各国国际私法体系中不可缺少的一部分，被绝大多数国家以立法形式加以确认和运用。对于它的内涵和起源的研究探索从未间断，一直是国际私法领域重要的课题。

（一）公共秩序保留制度概念

公共秩序保留制度是指一国法院依本国冲突规则本应适用外国法时，因该外国法的适用会危及法院地国的重大社会或公共利益、基本政策、法律和道德的基本理念或基本原则而排除其适用的一种保留制度。

虽然对公共秩序认识不同，但是综合各国学者学说，公共秩序保留包括以下四重含义：1、在依法院地国或者国际公约中的冲突规范本应适用某外国实体法作准据法时，因其适用与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或者法律的基本原则相抵触而排除其适用；2、依据冲突规范应当适用的外国法，如果予以适用，将违反国际法的强行规则、内国所负担的条约义务或者国际社会一般承认的正义要求是，因为该外国法违反国际社会公共秩序而不予适用；3、法院地国认为自己的某些法律具有直接适用于涉外民商事关系的绝对效力，从而不适用与之相抵触的外国法；4、法院在被请求承认或者执行外国法院所作的发生效力的判决或者外国仲裁机构做出的裁决时，如其承认或者执行将违反法院地国的公共秩序，则可不予承认与执行。[②]

国际私法学界和各个国家充分肯定了该制度的作用和意义。公共秩序保留是一种极富弹性的制度，它可以消除隐含在适用外国法情况下的某种危险性，从而起到保护本国利益的目的和作用。具体而言，公共秩序保留具有两方面作用：一是消极的否定态度。当本国冲突规范指向的外国法的适用与本国公共秩序相抵触时，公共秩序保留制度可以起到排除外国法适用的否定或者消极作用，也称“直接的公共秩序保留”。二是积极的肯定作用。对于涉及本国国家和社会的重大利益或者法律和道德的基本原理的特定的涉外民商事法律关系必须直接适用本国法律中的强制性规定，从而排除外国法适用，也称为“间接性的公共秩序”。

（二）公共秩序保留制度起源与发展

公共秩序这一制度的起源，一直可以追溯到国际私法的源头。14 世纪意大利的巴托鲁斯首创“法则区别说”，他把法则分为人法和物法两大类，认为物法只具有域内效力，人法还具有域外效力，人法中那些“令人厌恶的法则”可排除其在域内的适用。这是公共秩序

[①] 狭义国际私法认为，国际私法除了冲突规范以外，再也没有任何其他规范了。

[②] 李双元主编：《国际私法学》，北京大学出版社 2000 版，第 226 页。

保留观念的最早形态。[①]

最早的关于公共秩序的完整论述是 17 世纪荷兰学派作出的。该理论是建立在国家主权观念上的国际礼让说。荷兰的胡伯提出了国际私法上有名的“胡伯三原则”。在第三项原则中，胡伯认为，每一国家的法律已在其本国领域内实施，根据礼让，其他国家可以让它在自己国家境内保持效力，只要这样做不会损害自己国家的主权权力及臣民的利益。美国学者斯托雷继承了这一学说，他提出，一国的法律要在另一个国家要产生无论怎样的权利和义务，都取决于另一个国家的态度。因此，一旦当外国法的适用会“给自己的国家和公民带来损害”，或者“使主权和平等收到破坏和威胁”时，主权者在任何时候，都可以援引公共政策来予以排除，而且无论任何人都不能反对它这样做，因为这是从主权独立这一原则派生出来的权利。

这种建立在“礼让说”基础上的理论，强调了国家主权在处理国际事物时的主导地位，但是也直接扩大了公共秩序适用的范围。任意援引必然会导致公共秩序保留制度的滥用，从而导致国家之间交往产生障碍与摩擦。英美学者对此批评尤为尖锐。例如戴西就指出，这种观念会导致适用外国法的反复无常和专断任意。[②]戴西把公共秩序保留与保护“既得权”联系起来，并提出了“法律政策”的概念。他认为有三种依外国法所取得的权利不在英国保护之列：一是与英国成文法相抵触的权利；二是与英国法律政策相抵触的权利；三是与英国主权利益相抵触的权利。可以看出，戴西虽然批判“礼让说”理论，但是并未主张限制公共政策的运用。

19 世纪中叶，德国法学家萨维尼提出“法律关系本座说”。萨维尼认为，在一定条件下可以排除外国法的适用。这是因为任何国家的强行法可以分为两种：一种是纯粹为了保护个人利益的，如那些根据年龄或性别而限制当事人的行为能力的规定。这种规定虽不能因个人的约定而排除其适用，但在根据冲突规范须适用外国法时，它就应让位于外国法。另一种是根据社会道德或基于政治、警察、国民经济等公共利益而制定的。这类法律则在制定该法律的国家内绝对适用，排除外国法适用的可能性。

萨维尼之后，意大利法学家孟西尼主张国际私法的基本原则为国籍原则，意思自治原则和公共秩序原则。孟西尼把公共秩序提到了基本原则的高度，他也是从分析法律的性质入手来阐释什么是公共秩序的，并将法律分为两类：一类是为个人利益而制定的，应以国籍为标准确定适用于其所属的所有公民,，另一类是为保护公共秩序而制定的，必须依属地原则适用于其所属国家领城内的一切人。

二、公共秩序保留立法模式与实践

在冲突法中，同时是关于外国法适用的相关制度，反致和公共秩序保留却又着不同的境遇。实践中，对于反致有着采用和不采用之分。但是关于公共秩序保留，作为直接或者间接排除外国法的手段，却得到了各个国家的一致肯定。尽管如此，由于对公共秩序内容理解不同，在世界范围内关于公共秩序保留的实践也有着明显的差别。

（一）关于公共秩序保留的名称

如前文所述，公共秩序保留制度是指一国法院依本国冲突规则本应适用外国法时，因该外国法的适用会危及法院地国的重大社会或公共利益、基本政策、法律和道德的基本理念或基本原则而排除其适用的一种保留制度。此种表述是学界普遍接受的关于公共秩序保留的基本模式。但是此模式过于笼统模糊，对于制度本身并没有详细描述，尤其是对社会公共利益这一关键词没有准确界定，公共秩序保留内涵也一直处于争议状态。

[①] 赵相林主编：《国际私法》，中国政法大学出版社 2014 版，118 页。

[②] [英]戴西著：《冲突法》，1932 年第 5 版，第 10-11 页。

事实上，各个国家对于公共秩序具体内容一直没有达成共识，即便名称，也未能达成一致。在英美法系，该制度被命名为公共政策（Public Policy）；在大陆法系国家一般称为公共秩序（Police Order）、保留条款或者排除条款（Vorbehaltsklausel 或者 Ausschie bunqsklausel）。[①]在不同法律中，该制度所指向的内涵也有所不同。例如在乌拉圭的部分法律中，单用“公共秩序”这一含义；在日本，该制度则包括“公共秩序与善良风俗”；葡萄牙等西方国家也将这项制度的内涵定义为“国际公共秩序”；捷克法的“社会、政治的制度和法律的原则”等法律称谓也是指这项制度。

对于公共秩序保留制度界定无法达成一致，原因在于各国法律赋予社会公共利益不同的法律内涵，对它的理解复杂而多样，这为理解制度的内涵增添极大难度。公共秩序本身是一个含糊抽象的概念明，而模糊与抽象，本身就是该制度的一大特性，过多的限定和严格的规范化固定化反而会使该制度僵化，失去原有的作用。所以，公共秩序保留制度又称为“弹性制度”。正如英国的莫里斯所说：在法律冲突法案件中，公共秩序保留是必要的，但是为了规定这个保留的界限所做的尝试从来没有成功过。[②]

（二）关于公共秩序保留适用范围

关于公共秩序保留的适用范围，甚至同一个国家的国际私法学者也会由不同的观点和理解。例如英国学者格雷维森提出了“公共政策”，“英国关于公正和道德观念”，“排除外国刑法的适用”，“排除外国财政法的适用”等概念。具体来说，英国只有在以下情形中才能援引公共政策制度排除外国法适用：向友好国家中叛乱一方提供贷款或者援助的契约；对敌贸易的契约；限制贸易和职业的契约；承担终生抚养非婚生子女的义务。此外，他当然还认为某一行为依照的准据法有效，但是与英国关于公正和道德的观念严重抵触，那也不会被英国法院所承认。比如依照其准据法认为有效的帮诉协议、串通的离婚协议、未给被告以出庭辩护的宠粉机会而做出的判决以及外国对财产的没收与征用。《戴西和莫里斯论冲突法》则认为，在英国，公共政策主要适用与两类案件：一是涉外契约案件，一类是因刑事或者歧视性法律而产生的身份关系是英国法所没有的。

美国对公共政策适用在各州之间的关系上是严格加以控制的，但是在美国与外国之间则不同。这主要是因为美国在调整各个州之间的法律冲突时，要受到美国宪法上关于“宠粉忠诚信任条款的限制”。正如 1971 年美国第二部《冲突法重述》第 103 节所指出：“美国某一州法院所作的判决，因其对一州重大利益有不适当的干扰，而且根据忠诚与信任原则并不要求承认与执行时，可不予承认和执行。”由此可以看出，公共政策在各州之间适用还是比较严苛的，一州法院的判决多会被另一州法院承认与执行。但是对于外国法适用和判决承认与执行则经常适用，以此来保证本国公共利益。

（三）关于公共秩序保留适用标准

各个国家关于公共秩序保留的适用范围有着不同的规定，同样，各国在其本国适用范围内，对于公共秩序保留也有着着不同的适用标准。公共秩序保留适用标准，即何为违反公共秩序。换句话说，在何种情况下外出外国法适用。关于此项问题，学界提出了两种不同的主张：

1．主观说

主观说认为，法院以本国冲突规范本应适用某一外国法，如果外国法本身规定与法院地国的公共秩序相抵触，即可排除该外国法的适用，耳不问具体案件适用该外国法的结果如何。主观说强调的是外国法本身的有害性，而不注重法院地国的公共秩序是否因适用该外国法而受到损害。例如，1978 年《意大利民法典》第 31 条规定“在任何情况下，外国的

[①] 李双元：《国际私法（冲突篇）》，武汉大学出版社 2001 版，第 262 页

[②] [英]莫里斯著:《法律冲突法》，中国对外翻译出版公司 1990 年版,第 46 页。

法律法规，一个组织或者法人的章程或者规定，以及私人间的约定或协议，如果违反公共秩序或者善良风俗，在意大利领土上无效。”

2．客观说

客观说不重视外国法本身是否不妥，二是注重个案与外国法的联系和适用外国法的结果是否违反法院地国的公共秩序。客观联系说认为，外国法是否排除使用，除了该外国法违背公共秩序的概念外，还应该看个案与法院地国是否有实际联系。如果有实际联系，应当排除其适用。客观结果说认为，外国法的适用，如果仅仅是内容上的违背，不足以导致其被排除适用。只有外国法的适用结果危及到法院地国的公共秩序时，才可以将其排除。

相比较而言，主观说适用上比较方便，但是存在片面性。首先，外国法本身内容与法院地国公共秩序相违背的情况比较少见。即使存在这种情况，该外国法适用结果也并不一定威胁到当地的公共秩序，完全排除其适用的做法过于武断。另外，该学说只考虑到外国法本身具有危害性的情况，并没有意识到外国法本身没有危害性时的潜在威胁。而在更多情况下，外国法本身并没有与法院地国公共秩序相悖，但是如果一旦适用，将会对本国的公共秩序造成很大冲击。所以，基于以上原因，客观说既能维护法院地国的公共秩序，又有利于个案的公正合理解决，因此得到了大多数国家的采纳。

（四）关于公共秩序保留具体规定

在立法实践中最早以成文法形式明确规定公共秩序制度的，应首推 1804 年的《法国民法典》。该法典第 6 条规定:“个人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”该规定本来是在国内案件中适用于契约的，但在后来，成为对涉外民事案件是否适用外国法的一个标准。此外,《法国民法典》第 3 条第 1 款和第 3 款还从公共秩序的积极功能出发做了规定，凡属于该法第 3 条第 1 款规定情形的，即为“直接适用的法”具有排除相关外国法适用的效力。随后，1865 年《意大利民法典》则更加明确地规定了对外国法律的适用可援用公共秩序予以排除，1896 年的《德国民法施行法》作为当今世界第一部单行国际私法也在其第 30 条中明文规定:“外国法之适用,如违背善良风俗或德国法之目的时，则不予适用。”此后，许多国家的立法都把公共秩序保留作为一项基本制度规定下来。

纵观各国关于公共秩序保留的规定，主要分为以下三种：

1、间接适用外国法适用的立法模式。此种模式只采取公共秩序的积极功能，即在有关法律中明确规定该国内立法是强制性的直接适用于有关涉外民事法律关系，从而表明它具有排除外国法适用的效力。采取此种模式立法的国家，其相关法条往往以一种单边冲突规范的形式出现。

2、直接限制外国法适用的立法模式。此种模式只采取公共秩序的消极功能，即在本国冲突规范中明确规定，凡是外国法适用与内国的公共秩序相抵触，则不予采用。此种方法灵活性较大，给予法官更大的自由裁量权，得到了世界范围内的广泛认可。

3、合并限制外国法适用的立法模式。此种模式同时采用了以上两种规定方式，既在相关法律中直接适用强制性规定，同时也赋予了法官在法律规定出现空白时援用公共秩序来排除外国法适用。此种立法更为完善和科学。法国民法典早在 1804 年颁布时时率先在公共秩序上采取合并限制的规定方式。

三、公共秩序保留发展趋势

随着时代的变迁，经济全球化不断深入，国际私法各个领域也在不断的发展以适应社会的不断变化。同样，公共秩序保留制度也在不断变化。这些变化趋势主要从现今阶段各国关于公共秩序保留实践体现出来，预示着公共秩序保留制度完善和变革的方向。

现在，公共秩序保留的表现趋势，主要在以下几个方面：

首先，公共秩序保留的适用逐渐范围扩大。国际私法形成的前提和基础在于承认法的

域外效力。而最早的涉及到法的域外效力问题，是法则区别说中的“人法”。早期的国际交往更多地体现在人的流动方面，国际私法上的许多重要制度也都以此成为因人而存在的制度。公共秩序保留制度也主要是体现在与法律关系主体因素有关的婚姻法家庭法继承法等传统的民事领域。

随着社会的发展，国际间交往中商事领域日渐频繁。商事领域的国际私法问题已经成为国际私法的主要研究领域。因此，公共秩序保留也更多地适用于商事领域。如在贸易保护形势下，法律适用中的贸易保护，往往可以通过公共秩序保留这样的具体法律制度加以实现。公共秩序保留成为国家或地区保护不同利益的制度需要。因此更具有使用上选择的必然的合理性。甚至，公共秩序保留也不再是仅仅适用于法律适用方面，现在也适用于外国法院判决和国际商事仲裁裁决的合同承认和执行等司法协助事项。因为实际上，公共政策在方案与选择方法上已经有了彻底变化，包括国家和社会的作用范围扩大了。

另外，越来越多国家的立法和司法实践中认同运用公共秩序标准的客观说或结果说。运用公共秩序保留的标准国际上分为主观说和客观说。正如前文所述，主观说认为判断外国法是否违反法院地国的公共秩序，是由该外国法本身的内容决定的。而客观说不仅考虑该外国法的规定是否不妥，还要考虑适用该外国的结果是否与法院地国的公共秩序相抵触。客观说将那些外国法本身无危害性，但是一旦适用便存在潜在威胁的情况也纳入适用范围之中，扩大了公共秩序保留的适用范围。

其次，也是最明显的趋势是公共秩序保留的使用逐渐谨慎。

范围扩大不意味着使用不谨慎。应当充分考虑公共秩序所具有的例外的，消极的作用，必须慎重地适用这种规定。由于公共秩序保留制度具有弹性的这一特点，法官因此可以行使广泛的自由裁量权。但是，同时公共秩序保留也易遭滥用。所以，即便是公共秩序保留具有维护国家主权的功能，各个国家也在注意防止在滥用公共秩序保留的问题。现如今，国与国之间民商事交往频繁，滥用公共秩序保留制度无疑会对国际交流制造障碍。介于此原因，各国采取措施不断完善公共秩序保留制度，该制度也呈现出来谨慎适用的趋势。

2014 年，欧洲人权法院在一起跨国代孕案“蒙森案”中最终判决法国败诉引起了欧洲社会的普遍关注。也将公共秩序保留原则的适用问题推向风口浪尖。由于法国民法明文禁止代孕，[①]本案的原告法国公民蒙森夫妇于 2000 年前往美国加利福尼亚州寻找代孕机会。该州是世界上少数承认商业代孕合法性的法域之一。夫妇俩通过中介机构找到了代理孕母，并与之签订了代孕协议。其中约定蒙森夫妇为孩子的父母。此后，含有丈夫精子的受精卵成功植入代理孕母体内。妊娠期内加利福尼亚州最高法院作出一份判决，不仅承认代孕协议有效!而且判定提供精子的丈夫多米尼克为胎儿的父亲，其妻子也因与多米尼克之间的夫妻关系而成为母亲，二人共享监护权。

当夫妇俩携代孕所产双胞胎回国时，法国有关机构就其境外代孕行为的合法性问题展开了审查。因为有美国法院就同一事项作出的判决在先，法国法院需要考虑美国加利福尼亚州最高法院所作判决在法国的承认问题。根据承认外国法院判决效力的原则与有关规定，只要美国法院判决的内容不与法国公共秩序相抵触，法国法院便应予以承认。法国最高法院作出了不承认美国法院判决的决定。判决书中提到，虽然本案中代孕所出两个孩子的利益需要得到保护，但《法国民法典》明确规定：为维护本国公共秩序之目的，代孕协议无效。基于公共秩序保留这一国际私法上的一般原则。法国不承认美国法院判决的效力。随后，蒙森夫妇将法国作为被告向欧洲人权法院起诉。欧洲人权法院最终裁决：法国最高法院的裁定侵害了本案中代孕所出子女基本人权，违反了《欧洲人权公约》相关规定，法国最高法院所作裁决无效。

[①] 参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社 2010 年版，第 4 页。

此案件已经判决，从根本上颠覆了传统的公共秩序保留制度。客观上讲，法国最高法院援用公共秩序保留处理此案件并无不妥之处。按照传统的公共秩序保留理论，此案中的情形应该排除外国法适用以防止对本国公共秩序的冲击。但是随着世界格局的变化和国际交往的频繁，传统公共秩序保留理论已经不能满足社会发展的需要，坚持传统理论只会社会发展相脱节，为经济全球化制造障碍。欧洲人权法院的判决，标志着世界范围内对公共秩序保留弱化的态度。严格限制公共秩序保留已成为该制度未来发展的最明显趋势。限制公共秩序保留的适用的趋势，主要体现在以下几个方面：

第一，各国立法和国际公约的用语体现了限制公共秩序保留制度援用的趋势。近年来，许多国家和国际公约运用公共秩序保留时一般都强调“显然违反”或“明显违反”。如 1982 年土耳其《国际私法》第 5 条规定：“应当适用于个别案件之外国法律条款明显违背土耳其之公共秩序时，不适用之。”1991 年《加拿大魁北克民法典》第 3081 条规定:“外国法律规则”, 如果其适用将会导致一种与国际关系中公认的公共秩序明显相背离的结果,则应排除适用。”1980 年欧共体《合同义务法律适用公约》第 16 条规定:“凡依本公约所适用的任何国家的法律，只有在其适用明显地违背法院地国的公共秩序时，方可予以拒绝适用。” 1986 年《国际货物销售合同法律适用公约》第 16 条规定:“凡依本公约规定所适用的任何国家的法律，只有适用明显违背法院地国的公共秩序时，方可予以拒绝适用。”无论是各国冲突规范，还是国际公约，这些立法都不约而同地使用了“明显违背”或“明显违反”的措词，提高了公共秩序保留援用的标准，即只有可能产生严重后果的情况下，不得已才能适用。虽然这仍是一个弹性的概念，可操作性不大，但不可否认，这种措辞的本身就体现了一种发展态势，国际社会的关注将迫使各国在运用公共秩序保留时持慎重的态度。

第二，越来越多国家的立法和司法实践中认同运用公共秩序标准的客观说或结果说。客观说扩大了公共秩序保留的适用范围，但是这种扩大并不等同于滥用，结果说的采用更加使公共秩序保留制度收到了限制。结果说重视个案的实际情况，既能维护法院地国的公共秩序，又有利于个案的公正合理解决，因此为各国普遍采用。显然，采取客观说，从步骤上更加复杂，确定援用公共秩序保留的条件更加苛刻，虽然扩大了公共秩序保留的适用范围，但是采用客观说能够限制公共秩序保留制度的滥用，这也反映了国际社会对该制度进行限制的一种努力。

第三，严格区分国内民法上的公共秩序与国际私法上的公共秩序，明确后者的内涵以限制公共秩序的适用。瑞士法学家布鲁歇提出了“国内公共秩序”和“国际公共秩序”的概念，指出只有属于“国际公共秩序”的法条才存在排除外国法适用的情况。这里的“国际公共秩序”指的就是国际私法上的公共秩序。《布鲁斯塔曼法典》也在第 3 条使用了国内公共秩序法和国际公共秩序法的概念，把法律和规则分为三类：一是属人法或国内公共秩序；二是属地法、当地法或国际公共秩序；三是任意法或私的秩序法。该法典第 4 条进一步规定了“宪法上的法则属于国际公共秩序法”这里所称的“国际公共秩序”指的也是国际私法上的公共秩序，尽管它是国内法律的一部分，但这种区分注意到了国内民事关系与国际民事关系的区别，严格了公共秩序的适用条件。虽然国际私法上的公共秩序本来也是从国内法的立场上去作规定的，但由于它所要解决的是国际民商事法律关系的法律适用问题，与一般国内民法上的公共秩序就有所不同。许多在处理纯国内民法关系时为强行性的规定,在处理国际私法关系时，就不一定是强行性规定了。一般来说，国际私法上的公共秩序的适用范围比国内民法上的公共秩序的范围要狭窄，条件也更为严格。

第四，运用公共秩序排除本应适用的外国法后，并不能一律代之以法院地国的内国法，从而防止了公共秩序保留制度的滥用。适用公共秩序保留排除外国法被滥用的其中一个原因在于方便法官适用本国法律，因为适用本国法律对于法官来说更加熟悉和方便，同时，基于本国社会环境所指定的法被适用，有利于本国的利益。如果适用公共秩序的结果并不

一定导致内国法的适用，法官适用公共秩序的积极性就会受到抑制。目前，许多学者均主张应尽可能限制法院地法取代的作法，因为只有这样，才更符合国际私法的基本精神。从近年国际私法的立法实践看，己有些国家开始对法院地法的直接适用有所限制，如 1982 年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第 5 条规定:“应适用外国法时，如果外国法的规定违反土耳其的公共秩序,则不适用该外国法的规定。必要时,可适用士耳其法律”。

四、结语

公共秩序保留制度作为国际私法的古老制度之一，在现今国际交往中保护本国利益的作用不可替代。它在适用外国法存在潜在威胁时所扮演的角色是积极的，当法律冲突不可协调时，就须适用公共秩序保留作为最后的防卫手段。但它的滥用又会强化各国法律差异的不协调，阻碍各国法律内容和观念的共识和趋近。随着经济全球化和法律趋同化的发展，通过各国在立法与司法实践上，我们可以看出各国已经采取措施来表达相互协作的态度。所以我们应该尊重客观事实发展规律，顺应时代潮流发展，沿着公共秩序保留客观发展趋势，在确保公共秩序保留制度重要地位的同时谨慎适用，才能合理解决法律冲突，并促进国与国之间往来与交流。

参考文献

[1]赵相林主编：《国际私法》，中国政法大学出版社，2014 年版
[2]李双元：《国际私法（冲突篇）》，武汉大学出版社，2016 年版
[3]齐湘泉：《《涉外民事法律关系适用法》原理与精要》，法律出版社，2011 年版
[4][英]莫里斯著:《法律冲突法》，中国对外翻译出版公司，1990 年版
[5]金振豹：《国际私法上公共秩序保留制度之比较研究》，载于《比较法研究》2004 年第 6 期
[6]任际：《国际私法中公共秩序保留的综合要素及适用趋势》，载于《武汉大学学报》2013 年 11 月第 6 期
[7]吴蔚波：《论公共秩序保留制度中的法官自由裁量权》，载于《西安文理学院学报》2017 年 4 月第 2 期
[8]王艺：《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心》，载于《法商研究》2018 年第 1 期
[9]张婧祎：《我国公共秩序保留制度的立法分析及完善建议》，载于《法制与社会》2017 年第 2 期

7.法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系

The Relationship between Conflict Rules of the Forum State's Domestic Law and International Treaties

陈卫佐*

Chen Weizuo

摘　要：法院地国家国内法的冲突规则和已对该国生效的国际条约的冲突规则同属该国国际私法的渊源。多数国家的国际私法制定法均有优先适用国际条约的冲突规则的规定，但其国际私法分则对国际条约的冲突规则的处理方式各不相同。各国国际私法制定法在解决这两种不同类型的冲突规则的抵触问题上主要有三种不同的立法模式。在裁判涉外民事案件的实践中，实体法解决办法有别于冲突法解决办法。对涉外民事案件有国际管辖权的一国法院必须首先审查国际统一实体私法条约的适用条件，仅在案件不符合国际统一实体私法条约的适用条件的情形下，才能依法院地国家国内法的冲突规则确定准据法。涉外合同的双方当事人选择已对法院地国家和其他缔约国生效的国际条约并不等于选择了合同准据法。而如果涉外合同的双方当事人选择了尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约，则只能视为对无法律约束力的“非国家规则”的选择，法院仍须依法院地国家国内法的冲突规则确定合同准据法。由于“程序问题适用法院地法”的缘故，涉外民事案件的程序事项既不适用冲突规则，也不适用实体私法规则。法院地国家国内法的冲突规则不会同国际条约的国际民事程序法规则发生抵触。

关键词：法院地国家；国内法；国际条约；冲突规则

Abstract: Conflict rules of the Forum State's domestic law and those contained in international treaties that have entered into force in the State comprise sources of its private international law. Private international law statutes of most States contain provisions that prioritize the application of conflict rules of the Forum State's domestic law, yet special parts of their private international law consider differently conflict rules contained in international treaties. In private international law statutes of various States, there are three primary legislative models dealing with conflict between the two different types of conflict rules. In the practice of adjudicating civil cases involving foreign elements, resolutions of substantive law differ from those of conflict of laws. Courts enjoying international jurisdiction over a civil case involving foreign elements have to examine first the application conditions of international uniform substantive private law treaties. Only if the case does not comply with the application conditions of such treaties may the applicable law be determined based on conflict rules of the Forum State's domestic law. The choice of an international treaty that has entered into force in the Forum State and other contracting States by the parties to a contract involving foreign elements is not equal to the choice of the law applicable to the contract. Further, if the parties to a contract involving foreign elements

* 作者陈卫佐，男，1967 年出生于广西南宁市，清华大学法学院教授、博士生导师，清华大学法学院国际仲裁与争端解决项目（IADS）联合主任。荣获洪堡基金会所授予的“有经验的科学家研究奖学金”，自 2012 年 1 月 1 日至 2014 年 9 月 15 日以“洪堡学者”身份在位于德国汉堡的马普外国私法与国际私法研究所从事研究工作，自 2019 年 1 月 8 日至 2 月 23 日以“洪堡学者”身份在德国波恩大学德国、欧洲和国际家庭法研究所从事研究工作。电子邮件地址：chenwz@mail.tsinghua.edu.cn。本文已发表于《法学研究》2013 年第 2 期，第 173—189 页。

have chosen an international treaty that has not yet entered into force in the Forum State but has entered into force in two or more foreign States, they are deemed to have chosen legally non-binding "non-state rules". Courts still have to determine the law applicable to the contract in accordance with conflict rules of the Forum State's domestic law. Due to the principle that "procedural matters shall be governed by *lex fori*", procedural matters are governed neither by conflict rules nor by substantive private law rules. Conflict rules of the Forum State's domestic law are not in conflict with international civil procedure law rules contained in international treaties.

Keywords: Forum State; domestic law; international treaties; conflict rules

目次

一、关于法院地国家国内法与国际条约的关系的"二元论"和"一元论"
二、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的关系
（一）法院地国家国内法的冲突规则和已对该国生效的国际条约的冲突规则同属该国国际私法的渊源
（二）解决法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的抵触问题的三种不同立法模式及其对中国国际私法立法的启示
1. 解决法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的抵触问题的三种不同立法模式
（1）多数国家的国际私法制定法的模式
（2）瑞士、波兰、意大利、比利时等国的国际私法制定法的模式
（3）德国《民法典施行法》的模式
2. 对中国国际私法立法的启示
（三）优先适用国际条约的冲突规则的中国司法实践
三、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的实体私法规则的关系
（一）国际统一实体私法条约的直接适用——以《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的直接适用为例
（二）关于涉外合同的双方当事人是否可以选择已对法院地国家和其他缔约国生效的国际条约为准据法的问题
（三）关于涉外合同的双方当事人是否可以选择尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约为准据法的问题
四、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的国际民事程序法规则的关系
五、结论

在交通工具和通讯条件越来越迅捷、便利的今天，贸易、投资、金融和跨国公司的生产经营前所未有地全球化，跨越国境的民事（含"商事"，下同）往来日益频繁，含有涉外因素的民事纠纷与日俱增。在通常情况下，平等主体的自然人、法人相互间的涉外民事案件由有国际管辖权的一国法院或其他机关受理。在国际私法和国际民事程序法[①]上，有国际

[①] 本文所称"国际私法"是狭义的国际私法，指一国的法律体系中指定涉外民事关系应适用何国法律体系的那部分法律规范的总和。而与涉外民事案件有关的裁判豁免权规则、国际管辖权规则、关于外国人在国际民事程序法上的地位的规则、关于外国判决的承认与执行的规则、关于司法协助的规则以及国际商事仲裁规则属于另一个法律部门或分支——国际民事程序法。

管辖权的法院、行政机关和其他非裁判机关（如户籍登记机关、婚姻登记机关、公证机关）所在或所属国家被称为广义的“法院地国家”。由于涉外民事案件具有国际性（即与一个以上外国法律体系有联系），从而不同于纯粹国内的民事案件，有国际管辖权的机关不能简单地径直适用法院地国家的实体私法规则对涉外民事案件的实质进行裁判。在此情形下，作为“间接规范”的冲突规则所起到的作用主要是指定某一国家的法律体系（法院地法或外国法）为涉外民事关系的准据法。鉴于冲突规则既可能存在于法院地国家的国内立法和法院判例中，也可能存在于已对法院地国家生效的双边或多边的国际条约[①]中，涉外民事案件的受理机关有必要处理好法院地国家国内法的冲突规则（也叫“自主的冲突规则”）与国际条约的冲突规则何者优先的问题。然而，涉外民事案件的国际性并不必然导致冲突规则（无论是法院地国家国内法的冲突规则还是国际条约的冲突规则）的适用。当一个涉外民事案件符合已对法院地国家生效的某一国际统一实体私法条约的适用条件时，可能会导致该国际统一实体私法条约的直接适用。此时，法院地国家国内法的冲突规则必须让位于国际条约。有鉴于此，一国的立法者在制定其国内法的冲突规则时，不可不考虑它们与国际条约的关系。可见，法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系问题不仅具有重大的理论意义，而且具有很强的实践意义。

本文在简单地论述关于法院地国家国内法与国际条约的关系的“二元论”和“一元论”之后，主要在法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的关系、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的实体私法规则的关系这两个层面上探讨法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系问题。鉴于与涉外民事案件有关的双边或多边条约既可能含有冲突规则和实体私法规则，也可能含有国际民事程序法规则，本文也简单地附带论及法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的国际民事程序法规则的关系。

一、关于法院地国家国内法与国际条约的关系的“二元论”和“一元论”

各国在法院地国家国内法与国际条约的关系问题上所采取的学说不尽相同，主要存在“二元论”与“一元论”的理论分野。在正式讨论法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系之前，有必要简单地论述这两种学说。

采“二元论[②]”的国家（如德国、奥地利、意大利）认为，国际条约和法院地国家的国内法分别属于两个不同的法律秩序。因此，国际条约的规定必须先转化为国内法的规定才能得到内国法院和其他有管辖权的机关的直接适用。例如，德国是典型的采“二元论”的国家，《德意志联邦共和国基本法》第 59 条第 2 款第 1 句规定：“调整联邦的政治关系或与联邦立法的客体有关的国际条约，必须分别得到对联邦立法有管辖权的各机关以联邦法律为形式的同意或协助。”经转化为国内法的国际条约的规定成为联邦法律的组成部分。

另一些国家（如法国、瑞士、波兰）在法院地国家的国内法与国际条约的关系问题上采“一元论”，即认为国际条约和法院地国家的国内法属于同一个法律秩序；国际条约的规定在一定条件下（如在宪法机关业已批准并予以公布的前提下）优先于国内法的规定，因而无须转化为国内法即可直接地在内国得到适用。以法国为例，《法兰西第五共和国宪法》第 14 条第 1 句称，法兰西共和国忠于其传统并恪守国际公法规则。第 55 条规定，经正当地批准或赞同的国际条约或协定，自其公布之日起，具有优先于法律的效力。这一宪法规定不但规定了国际条约优先于普通国内制定法的位阶关系，而且隐含着国际条约无须转化为国内法即可得到直接适用的立法旨趣。因此，法国总统依宪法第 52 条所批准的国际条约

[①] 本文所称“国际条约”，是由至少两个国际法主体缔结的、旨在规定它们相互间的权利义务的书面国际协议。参见李浩培：《条约法概论》（第 2 版），法律出版社 2003 年版，第 3 页。

可直接地在内国予以适用[①]。

三、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的关系

（一）法院地国家国内法的冲突规则和已对该国生效的国际条约的冲突规则同属该国国际私法的渊源

作为一个独立法律部门或分支的一国国际私法既有国内渊源，也有国际渊源。以中国国际私法为例，一方面，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《涉外民事关系法律适用法》）自 2011 年 4 月 1 日起施行后，其冲突规则（第 7 条、第 11 条至第 50 条）构成了中国国际私法的主要国内渊源。此外，一些现行法律和行政法规中的冲突规则[②]以及最高人民法院所制定的包含冲突规则的司法解释[③]也是中国国际私法的国内渊源。另一方面，已对中国生效的国际条约的冲突规则（无论是多边条约的冲突规则还是双边条约的冲突规则）则构成了中国国际私法的国际渊源。然而，作为中国国际私法国际渊源的国际条约至少应受以下两点限制：首先，有关国际条约必须已对中国生效。否则，基于条约相对性原理（即国际条约只在缔约国之间发生法律约束力，而对非缔约国无法律约束力），有关国际条约对中国没有国际法上的约束力，有国际管辖权的中国法院和其他机关自然没有适用或执行该国际条约的义务。其次，有资格充当中国国际私法国际渊源的国际条约，仅指含有冲突规则的双边或多边条约（如 1982 年 12 月 23 日对中国生效的《联合国关于难民地位的日内瓦公约》第 12 条），因为已对中国生效的国际条约还可以是国际统一实体私法条约（如 1988 年 1 月 1 日对中国生效的《联合国国际货物销售合同公约》），甚或是纯粹的国际民事程序法条约（如 1987 年 4 月 22 日对中国生效的 1958 年 6 月 10 日《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》），但只要它们不含有冲突规则，就不是中国国际私法的国际渊源。例如，《联合国国际货物销售合同公约》关于国际货物买卖合同的统一实体私法规则构成了中国合同法的一部分，因而是中国合同法的国际渊源，但不是中国国际私法的国际渊源。

在多边条约中，成立于 1893 年的海牙国际私法会议所制定的统一冲突法公约和其他含有冲突规则的海牙公约占有最重要的地位。迄今为止，适用于中华人民共和国的领土单位的含有冲突规则的海牙公约[④]有：（1）1956 年 10 月 24 日《关于儿童扶养义务准据法的海牙公约》（自 1999 年 12 月 20 日起继续适用于澳门特别行政区）；（2）1961 年 10 月 5 日《关于未成年人保护方面的机关管辖权和准据法的海牙公约》（自 1999 年 12 月 20 日起继续适用于澳门特别行政区）；（3）1961 年 10 月 5 日《关于遗嘱处分形式方面的法律冲突的海牙公约》（自 1997 年 7 月 1 日起继续适用于香港特别行政区）；（4）1985 年 7 月 1 日《关于信

---

① Wolfgang Meyer-Sparenberg, *Staatsvertragliche Kollisionsnormen*, Duncker & Humboldt, Berlin 1990, S. 44.

② 如：《中华人民共和国民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”（第 142 条至第 150 条）、《中华人民共和国收养法》（第 21 条）、《中华人民共和国海商法》第 14 章“涉外关系的法律适用”（第 268 条至第 276 条）、《中华人民共和国票据法》第 5 章“涉外票据的法律适用”（第 94 条至第 101 条）、《中华人民共和国民用航空法》第 14 章“涉外关系的法律适用”（第 184 条至第 190 条）、《中华人民共和国合同法》（第 126 条）、1999 年 5 月 25 日由中华人民共和国民政部发布施行的《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》（第 2 条、第 3 条）和《中华人民共和国公司法》（自 2006 年 1 月 1 日起施行，第 218 条）等。

③ 如：1988 年 1 月 26 日《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（第 178 条至第 195 条）、2007 年 6 月 11 日《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（自 2007 年 8 月 8 日起施行，第 1 条至第 12 条）和 2012 年 12 月 10 日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（自 2013 年 1 月 7 日起施行）等。

④ 中华人民共和国加入了 1965 年 11 月 15 日《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的海牙公约》（1992 年 1 月 1 日对中国生效）、1970 年 3 月 18 日《关于在外国调取民事或商事证据的海牙公约》（1998 年 2 月 6 日对中国生效），并且是 1993 年 5 月 29 日《关于跨国收养方面的儿童保护及合作的海牙公约》的签字国和当事国（该公约已于 2006 年 1 月 1 日对中国生效）。但这些海牙公约均不含有冲突规则。

托准据法及其承认的海牙公约》（自 1997 年 7 月 1 日起继续适用于香港特别行政区）。

作为法院地国家国际私法的国际渊源，已对该国生效的双边或多边条约的冲突规则不应被审理涉外民事案件的法官或其他法律适用者所忽视，因为国际条约一经对该国生效，即对该国具有法律效力，该国即承担相应国际义务，确保该国国际条约在其境内得到正确适用或执行。在已对该国生效的某一国际条约的冲突规则不同于该国国内法的冲突规则的情形下，自然会提出国际条约的冲突规则与法院地国家国内法的冲突规则究竟何者优先的问题。

（二）解决法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的抵触问题的三种不同立法模式及其对中国国际私法立法的启示

1. 解决法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的抵触问题的三种不同立法模式

从比较国际私法的视角看，各国的国际私法制定法无一例外地会遇到国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则何者优先的问题。对于这样一个问题，各国在立法过程中所采取的具体做法不尽相同。除极少数国家的国际私法制定法对此问题不做规定外，绝大多数国家的国际私法制定法均就其自身与国际条约的关系做出了明文规定。概括起来说，大体上有以下三种解决国际条约的冲突规则与国内法的冲突规则的抵触问题的立法模式。

（1）多数国家的国际私法制定法的模式

第一种模式是目前多数国家的国际私法制定法所采取的模式，即仅在国际私法总则中原则性地规定国际条约的冲突规则优先。

例如，保加利亚 2005 年 5 月 4 日《国际私法法典》第 1 编第 1 章第 3 条第 1 款[①]规定："本法典的规定不影响已对保加利亚共和国生效的国际条约或其他国际法文件或其他法律中就含有国际因素的私法关系所做的规定。"土耳其 2007 年 11 月 27 日《关于国际私法和国际民事程序法的第 5718 号法律》第 1 条 2 款[②]规定："以土耳其共和国为条约当事国的国际条约的规定，不受本法的影响。"乌克兰 2005 年 6 月 23 日《关于国际私法的法律》第 1 章第 3 条[③]规定："已对乌克兰生效的国际条约的规定同本法所做规定不同的，适用该国际条约的规定。"2011 年 5 月 19 日的荷兰民法典第 10 编第 1 条[④]规定："包含于本编和其他法律文件中的关于国际私法的规定，不影响对荷兰有约束力的国际文件和欧盟文件。"此外，捷克共和国 2012 年 1 月 25 日新的《关于国际私法和国际程序法的法律》第 2 条[⑤]、2011 年 10 月 1 日生效的罗马尼亚新民法典第 7 编第 2557 条第 3 款[⑥]、马其顿 2007 年 7 月 4 日《关于国际私法的法律》第 2 条[⑦]、2005 年 6 月 14 日的越南民法典第 759 条第 2 款[⑧]、2004 年 6 月 30 日的卡塔尔民法典第 33 条[⑨]、2002 年 6 月 6 日的摩尔多瓦民法典第 5 编"国际私法"

---

① *RabelsZ* 2007, 458.

② *IPRax* 2008, 283.

③ *StAZ* 2006, 116.

④ Dutch Civil Code Book 10 – On the Conflict of Laws (19 May 2011) (translation by M.H. Ten Wolde/J.G. Knot/N.A. Baarsma), *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), p. 657.

⑤ Peter Dobiáš, Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts in der Tschechischen Republik, *RIW* 2012, 671-677.

⑥ "在以罗马尼亚为条约当事国的国际条约、欧洲联盟法或特别法律的规定不另有规定的限度内，本编的规定予以适用。" *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 459.

⑦"本法第 1 条所称关系被其他法律或国际条约所规定的，本法的规定即不适用于它们。"*IPRax* 2008, 158.

⑧ "越南社会主义共和国缔结或参加的国际条约有与本法典不同的规定的，适用国际条约的规定。" 见《越南社会主义共和国民法典（2005 年版）》，吴远富译，厦门大学出版社 2007 年版，第 190 页。

⑨ "特别法律或已对卡塔尔生效的国际条约在内容上与上述条文的规定相抵触的，不适用上述条文的规定。"*IPRax* 2007, 154.

第 1586 条[①]、2002 年 1 月 10 日的蒙古民法典第 6 章“国际私法”第 1 节“一般规定”之第 539 条第 2 款[②]、2001 年 11 月 26 的俄罗斯联邦新民法典第 3 编第 6 章“国际私法”第 66 节“一般规定”之第 1186 条第 1 款第 1 项[③]、2001 年 7 月 1 日生效的立陶宛新民法典第 1.10 条第 1 款[④]、阿塞拜疆 2000 年 6 月 6 日《关于国际私法的法律》第 1 条第 2 款[⑤]、斯洛文尼亚共和国 1999 年 6 月 30 日《关于国际私法和国际程序的法律》第 4 条[⑥]和匈牙利 1979 年 5 月 31 日《关于国际私法的第 13/1979 号法令》第 2 条[⑦]也有类似规定。

（2）瑞士、波兰、意大利、比利时等国的国际私法制定法的模式

第二种模式是瑞士、波兰、意大利、比利时等国的国际私法制定法所采取的模式，即虽然其总则或本国宪法含有关于国际条约的冲突规则优先于国内法的冲突规则的一般规定，但在确定某些类型的法律关系的准据法时，只简单、明确地援引那些含有冲突规则的应予普遍适用的多边条约，而不再在分则中制定与此种国际条约相平行的国内法规定。所谓“含有冲突规则的应予普遍适用的多边条约”是指这样的多边条约：即便其冲突规则所指定的法律体系是非缔约国的法律体系，此种冲突规则也应予以适用[⑧]。

例如，瑞士 1987 年 12 月 18 日《关于国际私法的联邦法律》第 1 条第 2 款含有一条总则性规定：“国际条约的规定予以保留。”但该规定只是宣示性的，其作用在于提醒瑞士司法或行政机关：已对瑞士生效的国际条约应予以优先适用，因为瑞士是采“一元论”的国家，瑞士联邦或其宪法机关所批准并已对瑞士生效的国际条约无须转化为国内法即可在内国得到瑞士司法或行政机关的直接适用。在该法分则中，第 83 条第 1 款规定：父母子女间的扶养义务，适用 1973 年 10 月 2 日《关于扶养义务准据法的海牙公约》。第 49 条就配偶间的扶养义务明确地援引了同一海牙公约。第 85 条第 1 款规定：就儿童而言，瑞士司法或行政机关的管辖权、准据法以及外国判决或措施的承认与执行，适用 1996 年 10 月 19 日《关于父母责任和儿童保护措施领域的管辖权、准据法、承认、执行及合作的海牙公约》；第 85 条第 2 款规定：就成年人保护而言，瑞士司法或行政机关的管辖权、准据法以及外国判决或措施的承认与执行，适用 2000 年 1 月 13 日《关于成年人国际保护的海牙公约》[⑨]。第 93 条第 1 款规定：遗嘱的形式有效性，适用 1961 年 10 月 5 日《关于遗嘱处分形式方面的法律冲突的海牙公约》。第 118 条第 1 款规定：动产买卖，适用 1955 年 6 月 15 日《关于国际

[①] “以国际条约不另有规定为限，适用本法典的规定。”Bergmann/Ferid/Henrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Moldau* (Stand: 11.6.2004).

[②]“国际条约的规定优先于本民法典的规定，但以其不与蒙古基本法的规定相抵触为限。”*IPRax* 2003, 381.

[③]“涉及外国自然人或法人或含有其他涉外因素的民法关系（包括民法关系的客体在外国的情形）所适用的法，由俄罗斯联邦所缔结的国际条约、本法典、其他法律（第 3 条第 2 款第 2 项）和俄罗斯联邦所承认的习惯予以确定。” *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 182.

[④]“以立陶宛共和国所缔结的国际条约、当事人的协议或立陶宛共和国的法律规定民法关系应适用外国法为限，民法关系适用外国法。”*IPRax* 2003, 298.

[⑤]“与外国有联系的民法法律关系所应适用的法，除由本法的规定予以确定外，由相应的其他法律、阿塞拜疆共和国所缔结的国际法上的条约、国际习惯法或当事人的协议予以确定。”*IPRax* 2003, 386.

[⑥] Prešo Puharič, Private International Law in Slovenia, in: *Yearbook of Private International Law*, Volume 5 (2003), p. 158.

[⑦]“本法令不适用于为国际条约所调整的问题。” *Revue critique de droit international privé*, 1981, p. 161.

[⑧] 含有冲突规则的应予普遍适用的多边条约所指定的法律体系不限于缔约国的法律体系，因而完全不以缔约国之间的互惠为条件。晚近的含有冲突规则的海牙国际私法公约均属于此种应予普遍适用的国际条约。例如，2000 年 1 月 13 日《关于成年人国际保护的海牙公约》关于准据法的确定的第 3 章第 18 条就该公约的普遍适用性做出了以下规定：“即使本章的规定所指定的法律是非缔约国法律，本章的规定也予以适用。”Vgl. Franz Matscher/Kurt Siehr/Jost Delbrück, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen – Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 14, 52.

[⑨] Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Supplément à la 4e édition, Bâle, 2011, article 85.

性有体动产标的买卖的准据法的海牙公约》。此外，第 134 条还就因道路交通事故而发生的请求权明确地援引了 1971 年 5 月 4 日《关于道路交通事故领域的准据法的海牙公约》；自 2007 年 7 月 1 日起新增加的第 149c 条第 1 款则就信托准据法明确地援引了 1985 年 7 月 1 日《关于信托准据法及其承认的海牙公约》[①]。又如，根据波兰宪法第 91 条第 2 款和第 3 款，国际条约的规定是波兰法律体系的一部分，具有优先于包括 2011 年 2 月 4 日《关于国际私法的法律》在内的波兰法律的效力。可见，波兰也是采“一元论”的国家。已对波兰生效的国际条约的规定（包括国际条约的冲突规则）无须转化为国内法即可在内国得到直接适用。在波兰《关于国际私法的法律》的分则中，第 34 条就因道路交通事故而发生的请求权明确地援引了 1971 年 5 月 4 日《关于道路交通事故领域的准据法的海牙公约》，第 56 条和第 59 条就亲权、同儿童的接触、监护和保佐明确地援引了 1996 年 10 月 19 日《关于父母责任和儿童保护措施领域的管辖权、准据法、承认、执行及合作的海牙公约》，第 66 条就遗嘱的形式有效性明确地援引了 1961 年 10 月 5 日《关于遗嘱处分形式方面的法律冲突的海牙公约》[②]。从立法技术上说，分则的这些规定的作用在于提醒有国际管辖权的波兰法院或其他机关在各该具体事项上注意相关海牙国际私法公约的存在和优先适用性，同时又不必在波兰国内立法中重复这些国际条约的规定。又如，意大利是采“二元论”的国家，其宪法机关所批准并已对意大利生效的国际条约必须先转化为国内法才能在内国得到直接适用；经转化为国内法的已对意大利生效的国际条约优先于普通国内法律。1995 年 5 月 31 日《关于改革意大利国际私法制度的第 218 号法律》第 2 条第 1 款[③]含有一条总则性规定：“本法的规定不影响已对意大利生效的国际条约的适用。”该规定只是宣示性的，表明已对意大利生效的国际条约应予以优先适用。该法分则第 42 条第 1 款[④]、第 45 条[⑤]分别就未成年人保护、家庭中的扶养义务的准据法明确地援引了相关的海牙国际私法公约，而不再制定与这些国际条约相平行的国内法规定[⑥]。

（3）德国《民法典施行法》的模式

第三种模式是德国《民法典施行法》所采取的模式，即虽然其总则含有关于国际条约的冲突规则优先于国内法的冲突规则的一般原则，但同时也在分则中制定出在内容上和已对德国生效的、含有冲突规则的国际条约几乎完全相同的条款，从而将相关国际条约的冲突规则并入《民法典施行法》中。

根据《民法典施行法》第 3 条第 2 项，国际条约的冲突规则——以它们已成为直接地可予适用的国内法为限——优先于《民法典施行法》的冲突规则（第 3 条至第 47 条）。在德国国际私法学者冯霍夫曼和托恩看来，《民法典施行法》第 3 条第 2 项的规定不但符合联邦普通法院在有关民事裁判中所确立的解释规则，而且具有学理上的依据，因为国际条约的冲突规则的属人适用范围和事物适用范围通常较为有限，它们作为“特别规则”而优先于德国立法者在国内立法程序中所制定的国内法的冲突规则（“特别法优于一般法”），更不必说对德国生效时间在后的国际条约的冲突规则作为“新的规则”而优先于之前已生效的

---

① Andreas Bucher, *Commentaire Romand. LDIP/CL*, article 1 LDIP, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, n° 34.

② Tomasz Pojor, The New Polish Act on Private International Law, *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), p. 387.

③ *Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 174.

④《关于改革意大利国际私法制度的第 218 号法律》第 42 条第 1 款规定：“在所有情形下，未成年人保护，适用 1980 年 10 月 24 日第 742 号法律所批准的 1961 年 10 月 5 日《关于未成年人保护方面的机关管辖权和准据法的海牙公约》。*Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 182.

⑤《关于改革意大利国际私法制度的第 218 号法律》第 45 条规定：“在所有情形下，家庭中的扶养义务，适用 1980 年 10 月 24 日第 745 号法律所批准的 1973 年 10 月 2 日《关于扶养义务准据法的海牙公约。”*Revue critique de droit international privé*, 1996, p. 183.

⑥ Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, § 1 III 2.

国内法的冲突规则（“新法优于旧法”）[①]。这样一来，在已对德国生效的多边和双边条约的适用范围内，原则上不再适用《民法典施行法》的冲突规则。事实上，《民法典施行法》的冲突规则不仅让位于国际条约的冲突规则，而且让位于欧盟法的冲突规则（《民法典施行法》第 3 条第 1 项），所以有国际管辖权的德国法院在适用国内法的冲突规则之前，有必要审查一下，看是否存在应予优先适用的欧盟法的冲突规则和国际条约的冲突规则。由于德国是采“二元论”的国家，就国际条约的冲突规则而言，该项原则是以“它们已成为直接地可予适用的国内法”为限的。至于国际条约的冲突规则如何成为直接地可予适用的国内法，则是一个立法技术问题。德国立法者所采取的办法是：通过制定出在内容上跟已对德国生效的、含有冲突规则的国际条约几乎完全相同的条款，将相关国际条约的冲突规则并入《民法典施行法》中。例如，关于合同之债的《民法典施行法》原第 27 条至第 37 条的规定在很大程度上是 1991 年 4 月 1 日对德国生效的 1980 年 6 月 19 日《关于合同之债准据法的罗马公约》第 1 条至第 21 条的翻版[②]；而关于遗嘱处分形式的《民法典施行法》第 26 条第 1 款至第 3 款则基本上“复制”了 1961 年 10 月 5 日《关于遗嘱处分形式方面的法律冲突的海牙公约》的相关条文。当然，这一做法容易造成法院地国家国内立法中的冲突规则与国际条约的冲突规则在内容上的重复，况且这样做是否真正符合其他缔约国的意愿是甚有疑问的，因为德国立法者在制定相应的冲突规则时，常常会做一些技术处理，使得制定出来的国内法的冲突规则可能与国际条约的冲突规则并不完全吻合。不仅如此，德国立法者的这一做法的一个显而易见的弊端是，德国法官在适用这些冲突规则时常常忘记它们的国际条约来源[③]。

采取以上三种立法模式的国家的共同点是，它们的国际私法制定法只要就国际条约的冲突规则与国内法的冲突规则的关系做出规定，无不在总则中宣示国际条约的冲突规则优先于国内法的冲突规则这一原则。但它们在如何落实该项原则的具体做法上各不相同，有些国家不再在其国际私法分则中提及国际条约，有些国家的国际私法分则只是简单地直接援引那些含有冲突规则的应予普遍适用的多边条约，而德国《民法典施行法》则通过在国际私法分则的某些事项上“复制”有关国际条约的冲突规则而将它们并入德国国际私法制定法中。

笔者逐一统计了在 21 世纪初（自 2000 年 1 月 1 日至今）对冲突规则进行了法典编纂的 20 个国家[④]的国际私法制定法，发现在国际私法总则或本国宪法中原则性地规定优先适用国际条约的国家有 16 个（阿塞拜疆、立陶宛、俄罗斯联邦、摩尔多瓦、蒙古、比利时、卡达尔、保加利亚、越南、乌克兰、土耳其、马其顿、波兰、罗马尼亚、荷兰和捷克共和国），占 80%；其中只有采“一元论”的波兰在其宪法中原则性地规定国际条约优先于国内制定法，其余 15 个国家均在其国际私法总则中制定了“国际条约优先条款”。相比之下，对此问题完全未做规定的只有韩国、爱沙尼亚、日本和中国这 4 个国家，仅占 20%。

2. 对中国国际私法立法的启示

现代各国在制定其国内法的冲突规则时，无不需要借鉴其他国家国际私法立法的成功

---

① Bernd von Hoffmann und Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2007, § 1 Rn. 72-82.

② 自 2009 年 12 月 17 日起，德国《民法典施行法》原第 27 条至第 37 条已完全被欧盟关于合同之债准据法的确定的《罗马 I 规则》所取代。

③ Alfred E. von Overbeck, The Hague Conference and Swiss Private International Law, in: *NILR* 1993, pp. 93-104.

④ 按国际私法法典编纂的时间先后顺序依次为：阿塞拜疆、立陶宛、韩国、俄罗斯联邦、爱沙尼亚、摩尔多瓦、蒙古、比利时、卡达尔、保加利亚、越南、乌克兰、日本、土耳其、马其顿、中国、波兰、罗马尼亚、荷兰和捷克共和国。

经验[1]。“他山之石，可以攻玉。”中国立法者在制定《涉外民事关系法律适用法》的冲突规则时也同样可以从比较法中获取养分和受到启发。就法院地国家在其国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的关系问题上所应采取的立法模式而言，上述德国《民法典施行法》的模式因不适合于中国的情况而显然不可取。瑞士、波兰、意大利、比利时等国的国际私法制定法所采取的模式也不完全可取，因为它们既在国际私法总则或本国宪法中宣示国际条约应予以优先适用，又在国际私法分则中就某些具体事项简单、明确地援引已对本国生效的国际条约的冲突规则，有时未免挂一漏万，加之到目前为止，除了上文提到的“海牙儿童扶养义务公约”、“海牙未成年人保护公约”、“海牙遗嘱处分形式公约”和“海牙信托公约”继续适用于香港特别行政区或澳门特别行政区外，已对中国生效的含有冲突规则的多边条约仅有《关于难民地位的日内瓦公约》第 12 条等为数极少的例子。因此，上述第二种模式对中国的实际意义并不大。相比之下，中国立法者本可以借鉴目前世界上多数国家的国际私法制定法所采取的上述第一种模式，即仅在国际私法总则中原则性地规定国际条约的冲突规则应予以优先适用。这样做的好处是，在强调已对中国生效的国际条约的冲突规则的优先适用性的同时，又不必在国内立法中重复国际条约的规定[2]。尽管迄今为止已对中国生效的含有冲突规则的国际条约为数不多，但随着我国对外开放程度的不断提高和国际性民事往来的日渐频繁，我国势必会缔结和批准更多的含有冲突规则的多边条约（特别是海牙国际私法公约）和双边条约，况且我国同外国签订并已生效的国际条约（无论是多边条约还是双边条约）中的冲突规则总是应当予以足够重视和正确适用的。在此情形下，制定出一条赋予国际条约以优先地位的总则性条款无疑有助于增加涉外民事关系法律适用的明晰性和确定性。

2002 年 12 月第九届全国人大常委会第三十一次会议初次审议的《中华人民共和国民法（草案）》涉外民事关系的法律适用法编（第九编）第 3 条第 1 款曾规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，应当适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外 ”。在全国大会常委会法工委民法室所草拟的《涉外民事关系法律适用法》草案之 2010 年 6 月 28 日修改稿[3]中，也曾有一条涉及国际条约的适用的条文即第 13 条[4]。在立法研讨过程中，曾有学者建议在该法中制定一条旨在处理该法与国际条约的关系的条款[5]。甚至在该法草案于 2010 年 8 月 23 日至 28 日提交全国人大常委会第十六次会议进行第二次审议时，也有常委委员建议在该法中规定国际条约

---

[1] 唐表明：《比较国际私法》，中山大学出版社 1987 年版，第 26 页。

[2] Vgl. Franz Matscher/Kurt Siehr/Jost Delbrück, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen – Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 130-136.

[3] 《涉外民事关系法律适用法》草案之 2010 年 6 月 28 日修改稿的条文见陈卫佐：《比较国际私法——涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社 2012 年版，第 464～492 页。

[4] 《涉外民事关系法律适用法》草案之 2010 年 6 月 28 日修改稿第 13 条曾规定：“在中华人民共和国生效的国际条约，已经转化为国内法的，适用该国内法；没有转化为国内法的，可以适用该国际条约，但当事人依照规定排除适用的除外。”

[5] 有学者曾建议在《涉外民事关系法律适用法》第一章“一般规定”中制定这样一条赋予国际条约以优先地位的总则性条款：“本法不影响已对中华人民共和国生效的国际条约的适用，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”其理由是：已对中国生效的国际条约的适用与否通常取决于各该条约的适用条件（包括各该条约的事物适用范围、空间适用范围、时间适用范围和属人适用范围等），而不取决于作为国内法的《涉外民事关系法律适用法》。“不影响已对中华人民共和国生效的国际条约的适用”意味着：当已对中国生效的双边或多边条约的冲突规则就涉外民事关系所应适用的法律体系有规定时，如案件的事实情况符合条约自身所规定的适用条件且不属于中国已声明保留的情形，则应依国际条约的冲突规则确定有关涉外民事关系的准据法。有了这一“国际条约优先条款”，就能在立法上为法院等法律适用机关正确处理《涉外民事关系法律适用法》与国际条约的关系提供明确的指南，使之在适用该法的冲突规则之前，时刻不忘记审查是否存在优先于该法的国际条约的冲突规则。但这一建议最终未被立法者采纳。参见陈卫佐：《比较国际私法——涉外民事关系法律适用法的立法、规则和原理的比较研究》，法律出版社 2012 年版，第 472、494 页。

的适用问题[①]。但立法者最终还是决定不在该法中就此问题做出明文规定。”[②]

从逻辑上说，如果《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）、《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）、《中华人民共和国民用航空法》（以下简称《民用航空法》）等并非专门以涉外关系的法律适用为内容的法律尚且就它们与国际条约的关系做出明文规定，那么，一部专门以涉外民事关系的法律适用为内容的单行法律似乎更有必要就此问题做出明确规定，因为《涉外民事关系法律适用法》的冲突规则可能导致适用外国法或作为法院地法的中国法，而已对中国生效的国际条约的冲突规则也可能导致适用外国法或作为法院地法的中国法，遇有这两种不同的冲突规则指定不同法律体系、从而可能导致不同的裁判结果的情形，自然会提出到底应依何种冲突规则确定涉外民事关系的准据法的问题。

（三）优先适用国际条约的冲突规则的中国司法实践

在《涉外民事关系法律适用法》自身未就该法与国际条约的关系做出规定的情况下，对涉外民事案件有国际管辖权的中国法院等法律适用机关在遇到已对中国生效的国际条约的冲突规则不同于该法的冲突规则的情形时该怎么办？由于中国宪法至今未就国际条约在国内的适用做出规定[③]，这一问题的答案只能在《涉外民事关系法律适用法》以外的其他法律中寻找。鉴于《海商法》第 268 条第 1 款[④]、《票据法》第 95 条第 1 款[⑤]、《民用航空法》第 184 条第 1 款[⑥]分别规定在已对中国生效的国际条约的规定不同于本法的规定的情形下优先适用国际条约的规定，如有关涉外案件属于《海商法》的适用范围，则应依《海商法》第 268 条第 1 款优先适用国际条约的冲突规则；如属于《票据法》的适用范围，则应依《票据法》第 95 条第 1 款优先适用国际条约的冲突规则；如属于《民用航空法》的适用范围，则应依《民用航空法》第 184 条第 1 款优先适用国际条约的冲突规则。此外，虽然《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第 36 条第 3 款含有关于中国“与外国订有条约、协定的，按照条约、协定办理”的条款，但依照《涉外民事关系法律适用法》第 51 条，自 2011 年 4 月 1 日起，《继承法》第 36 条第 3 款实际上已不再被适用。就不属于上述单行法律的适用范围的其他情形而言，只能诉诸比它们更具一般性的《民法通则》的第 142 条第 2 款。

《民法通则》第 142 条第 2 款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这一典型的“国际条约优先条款”[⑦]位于目前在中国法律体系中仍具有民事基本法律地位的《民法通则》，且因其本身具有一般性而可适用于其他民事法律。不仅如此，

---

① 陈丽平：“不规定国际条约的适用”，载法制日报 2010 年 10 月 26 日第 7 版“关注涉外民事关系法律适用法草案”专栏。http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1117/2010-10/26/content_1600729.htm（访问日期：2019 年 5 月 27 日）。

② 关于不在该法中就此问题做出规定的理由，立法者称：“有的常委委员和专家建议在本法中规定国际条约的适用问题。法律委员会经同最高人民法院和有关专家研究，国际条约涉及面广，情况复杂，对国际条约的适用问题，各方面有不同意见，实践中也有不同做法。在本法中对国际条约的适用问题不作规定为宜。本法对该问题不作规定，民法通则、民事诉讼法等法律中有关规定仍然适用，以后在其他法律中还可以再作规定。”参见胡康生：《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）〉主要问题的汇报》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2010 年第 7 期，第 643～645 页。

③ 左海聪：“直接适用条约问题研究”，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 93 页。

④ 《海商法》第 268 条第 1 款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

⑤ 《票据法》第 95 条第 1 款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

⑥ 《民用航空法》第 184 条第 1 款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

⑦ 赵建文：“国际条约在中国法律体系中的地位”，载《法学研究》2010 年第 6 期，第 202 页。

它还是一条包含“构成要件”和“法律效果”两个组成部分的法律规范。德国已故著名法学家拉伦茨（1903-1993）所著的《法学方法论》一书指出：“如果具体的事实情况 S 具备了构成要件 T，那么，就该事实情况而言，发生法律效果 R。”[①] 相应地，关于法律规范的结构的一条有名的公式是：如果（具体的事实情况 S 具备了法定构成要件 T），那么（发生法律所规定的法律效果 R）。按照法学方法论的这一公式，《民法通则》第 142 条第 2 款的构成要件和法律效果可表述为：（如果）中国缔结或参加的国际条约同中国的民事法律有不同规定（构成要件），（那么）优先适用中国所未声明保留的国际条约的规定（法律效果）。就《涉外民事关系法律适用法》而言，关键的问题是它是否属于这里所说的“民事法律”？仅在可对这一问题做出肯定性回答的情形下，才能将《涉外民事关系法律适用法》“涵摄”于《民法通则》第 142 条第 2 款的构成要件，从而得出优先适用国际条约的法律效果。笔者认为，在中国现有法律体系中，《涉外民事关系法律适用法》无疑属于民事法律，理由如下：首先，2002 年 12 月提交第九届全国人大常委会第三十一次会议初次审议的《中华人民共和国民法（草案）》将涉外民事关系的法律适用法编作为未来民法典的第九编，表明《涉外民事关系法律适用法》被中国立法者视同“民事法律”。其次，全国人大常委会 2008 年及以后的立法规划也是将《涉外民事关系法律适用法》作为一部民事法律来对待的。2008 年 11 月 15 日《全国人民代表大会常务委员会公报》所公布的《十一届全国人大常委会立法规划（共 64 件）》的第一类项目是“任期内提请审议的法律草案（49 件）”，其中“民法商法类（6 件）”即包括《涉外民事关系法律适用法》[②]。既然《涉外民事关系法律适用法》属于《民法通则》第 142 条第 2 款所称“民事法律”，则在它同中国所缔结或参加的国际条约有不同规定时（构成要件），自应适用中国所未声明保留的国际条约的规定（法律效果）。

总之，在《涉外民事关系法律适用法》自身未就它与国际条约的关系做出规定的情况下，有国际管辖权的中国法院和其他法律适用机关完全可以根据《民法通则》第 142 条第 2 款的“国际条约优先条款”得出以下结论：如果已对中国生效的国际条约的冲突规则不同于《涉外民事关系法律适用法》的冲突规则，则优先适用国际条约的冲突规则。在本文完稿时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》已于 2012 年 12 月 10 日由最高人民法院审判委员会第 1563 次会议通过，并已自 2013 年 1 月 7 日起施行[③]，其第 4 条规定：“涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的，人民法院应当根据《中华人民共和国民法通则》第 142 条第 2 款以及《中华人民共和国票据法》第 95 条第 1 款、《中华人民共和国海商法》第 268 条第 1 款、《中华人民共和国民用航空法》第 184 条第 1 款等法律规定予以适用，但知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的除外。”根据最高人民法院的这一最新司法解释，就不属于《海商法》、《票据法》和《民用航空法》的适用范围的涉外民事关系的准据法确定而言，在涉及国际条约的适用的司法实践中，中国法院将以《民法通则》第 142 条第 2 款为法律依据，赋予已对中国生效的国际条约的冲突规则以优先适用的地位。

三、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的实体私法规则的关系

（一）国际统一实体私法条约的直接适用——以《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的直接适用为例

虽然一国法院在裁判涉外民事案件时可能会遇到国际统一实体私法条约的直接适用问题，但国际统一实体私法条约与法院地国家国内法的冲突规则的关系在本质上不同于上文

---

① Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage, Springer-Verlag, Berlin 1991, S. 271.

② 《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2008 年第七号（总号：273），第 777～778 页。

③ 感谢最高人民法院民四庭法官高晓力博士向笔者提供了该草案之 2012 年 8 月第三稿并利用在德国汉堡进行访问研究的机会，于 2012 年 10 月底在马普外国私法与国际私法研究所与笔者就该草案进行了讨论和修改。

所讨论的已对法院地国家生效的国际条约的冲突规则与该国国内法的冲突规则的关系，因为国际统一实体私法条约规则是典型的能够直接确定当事人权利义务的实体私法规则，而法院地国家国内法的冲突规则仅仅指定某涉外民事关系应适用何国法律体系，并不能确定当事人的权利义务，是典型的“间接规范”。因此，国际统一实体私法规则与法院地国家国内法的冲突规则是两套完全不同的规则体系。

在法院地国家有国际管辖权的法院裁判涉外民事案件的实践中，纵使一个民事案件含有涉外因素或具有国际性（即与至少一个外国法律体系有联系），也并不必然导致法院地国家国内法的冲突规则的适用。以具有国际性的货物买卖合同所引起的争议为例，如果中国法院对系争案件有国际管辖权，则法官应首先审查该案件是否同时符合《联合国国际货物销售合同公约》的以下六个适用条件[①]：（1）双方当事人订立了关于货物（即有体动产）的买卖合同（第 1 条第 1 款）。供应尚待制造或生产的货物的合同应视为买卖合同，但订购货物的一方当事人有义务供应制造或生产所需的重要部分原料的除外（第 3 条第 1 款）。（2）该货物买卖合同不属于该公约第 2 条所列举的不适用该公约的买卖类型（购供私人、家庭或家计使用的买卖[②]，经由拍卖的买卖，基于强制执行措施或其他裁判上的措施的买卖[③]，公债、股票、投资证券、流通票据或货币的买卖，船舶、船只、气垫船或飞机的买卖以及电力的买卖），也不属于该公约第 3 条所规定的不适用该公约的合同类型（订购货物的一方当事人有义务供应制造或生产所需的重要部分原料的供应尚待制造或生产的货物的合同，以及供应货物的一方的绝大部分义务在于供应劳动力或其他服务的合同）。（3）双方当事人的营业地位于不同缔约国[④]（第 1 条第 1 款 a 项）[⑤]。（4）在合同订立时，该公约已对货物买卖合同的双方当事人营业地所在的缔约国[⑥]生效（第 100 条）。（5）双方当事人未依该公约第 6 条排除该公约的适用[⑦]。（6）所争议的法律问题属于买卖合同的订立、出卖人和买受人因买卖合同而产生的权利义务，但不属于合同的有效性或任何合同条款的有效性或任何惯

---

① Sascha Gruschwitz, *IPR – leicht gemacht*, Ewald von Kleist Verlag, Berlin 2013, S. 60; Schlechtriem/Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Verlag C. H. Beck/Helbing Lichtenhahn Verlag, München/Basel 2008, S. 41-156.

② 但出卖人在合同订立前或订立时不知道也非应当知道货物系购供私人、家庭或家计使用的除外（第 2 条 a 项）。

③ 如破产财团的强制拍卖。

④《联合国国际货物销售合同公约》迄今已有 89 个缔约国。
见 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html（访问日期：2019 年 5 月 27 日）。

⑤ 或者国际私法规则导致适用某一缔约国的法律体系（第 1 条第 1 款 b 项）。但由于中国已依该公约第 95 条对第 1 条第 1 款 b 项做出了保留（截至 2013 年 4 月 11 日，依第 95 条对第 1 条第 1 款 b 项做出了保留的缔约国包括中国、亚美尼亚、新加坡、斯洛伐克、捷克共和国、美国、圣文森特和格林纳丁斯），所以中国法院无须再考虑或审查法院地国家的国际私法规则（即冲突规则）是否导致适用某一缔约国的法律体系。Vgl. Erik Jayme/Rainer Hausmann, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, Nr. 77, Anm. 16.

⑥ 由于中国已依该公约第 95 条对第 1 条第 1 款 b 项做出了保留，所以对中国而言，这里所说的“缔约国”仅指国际货物买卖合同的双方当事人营业地所在的缔约国，而不包括法院地国家的国际私法规则（即冲突规则）导致适用其法律体系的缔约国。

⑦ 在国际货物买卖合同的双方当事人选择《联合国国际货物销售合同公约》的某一非缔约国的法律体系（如英国法）的情形下，通常会导致排除该公约的适用。但如果双方当事人选择了某一缔约国的法律体系（如德国法），却不能当然地得出该公约的适用已被自动地排除的结论，因为该公约往往被视为其缔约国的法律体系的一部分，况且在法院地国家未依该公约第 95 条对第 1 条第 1 款 b 项做出保留的情形下，恰恰由于双方当事人选择了某一缔约国的法律体系而使该公约的适用条件之一得以具备。因此，双方当事人对该公约的适用的排除必须足够清楚地从合同条款中看出来。例如，双方当事人可以在其国际货物买卖合同中明示地订立这样的排除适用该公约的条款：“本合同完全不适用《联合国国际货物销售合同公约》。”或：“《联合国国际货物销售合同公约》不适用于本合同。”或：“本合同适用中国法，但不包括《联合国国际货物销售合同公约》。”Thomas Rauscher, *Internationales Privatrecht*, 4. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2012, § 10 Rn. 1132.

例的有效性以及合同对所售货物的所有权可能产生的效果（第 4 条），也不属于出卖人对任何人因货物而引起的死亡或人身伤害的责任（第 5 条）。总之，如果案件所涉及的买卖合同同时符合上述六个适用条件，则有国际管辖权的中国法院应直接适用《联合国国际货物销售合同公约》，而不再考虑《涉外民事关系法律适用法》的冲突规则所指定的法院地法或外国法[①]。在“美国联合企业有限公司诉山东省对外贸易总公司烟台公司购销合同纠纷案”中，最高人民法院正确地支持了山东省高级人民法院关于营业所分别位于中美两国[②]的当事人之间的货物买卖合同争议案件应直接适用《联合国国际货物销售合同公约》的观点，驳回了上诉人认为该案件应依法院地国家冲突规则的指定而适用美国法的主张[③]。

如果法院地国家有国际管辖权的法院所审理的具有国际性的货物买卖合同争议案件符合《联合国国际货物销售合同公约》的适用条件，则可由该公约的实体私法规则直接确定双方当事人的权利义务（此为实体法解决办法），而无须经由法院地国家国内法的冲突规则先指定适用某一国家的法律体系（此为冲突法解决办法），再由作为准据法的该国法律体系的实体私法规则确定双方当事人的权利义务。反过来说，如果有国际管辖权的法院决定依法院地国家国内法的冲突规则确定国际货物买卖合同的准据法，则一定意味着法院已审查了《联合国国际货物销售合同公约》的适用条件并排除了该公约的适用。

因此，在法院地国家有国际管辖权的法院决定是否适用其国内法的冲突规则之前，必须先审查所受理的涉外民事案件是否符合像《联合国国际货物销售合同公约》这样的国际统一实体私法条约的适用条件。如答案是肯定的，则须采取实体法解决办法，通过直接适用国际统一实体私法条约来确定当事人的权利义务，因为在涉外民事案件符合国际统一实体私法条约的适用条件的情形下，意味着案件所涉及的两个或两个以上国家的法律体系在该国际统一实体私法条约的空间适用范围内实现了私法的统一，也就是说在特定私法事项上已不存在法律冲突，从而不给冲突法解决办法留下任何余地。仅在对上述问题做出否定性回答的情形下，才能采取冲突法解决办法，先依法院地国家国内法的冲突规则（属“间接规范”）确定某一国家的法律体系为准据法，再由该法律体系的实体私法规则确定当事人的权利义务。

（二）关于涉外合同的双方当事人是否可以选择已对法院地国家和其他缔约国生效的国际条约为准据法的问题

有一种观点认为，涉外合同的双方当事人可以选择像《联合国国际货物销售合同公约》这样的已对法院地国家和其他缔约国生效的国际条约为准据法。这种观点值得商榷。理由如下：

首先，对于任何含有涉外因素或具有国际性的合同争议来说，在法院地国家的机关有国际管辖权的前提下，有可能被直接适用的国际条约，要么是已对法院地国家生效的含有冲突规则的国际条约，要么是已对法院地国家生效的国际统一实体私法条约。在这里，可先予排除的是已对法院地国家生效的国际民事程序法条约的适用，因为国际民事程序法条约只能解决与涉外民事案件有关的裁判豁免权、国际管辖权、外国人在国际民事程序法上的地位、外国判决的承认与执行、司法协助以及国际商事仲裁等国际民事程序事项，而断不能解决争议的实质问题或准据法的确定问题。

其次，如果涉外合同的双方当事人被赋予自主选择合同准据法的权能，则意味着国际私法上的当事人意思自治原则已经起作用，表明所使用的是冲突法解决办法而非实体法解

---

① 见 1987 年 12 月 10 日《最高人民法院转发对外经济贸易部〈关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题〉的通知》。

② 《联合国国际货物销售合同公约》于 1988 年 1 月 1 日对包括中国和美国在内的最初 10 个缔约国生效。

③ 最高人民法院民事判决书，（1998）经终字第 358 号，法公布（2000）第 25 号。关于该案件的评论，参见左海聪：“直接适用条约问题研究”，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 94 页。

决办法，因为如果存在采取实体法解决办法的前提条件，法院地国家有国际管辖权的机关早已通过直接适用实体私法（包括国际统一实体私法）去确定双方当事人的权利义务，而不会给冲突法解决办法留下任何余地。如上所述，在适用国际统一实体私法条约的情形下，案件所涉及的两个或两个以上国家的法律体系在该条约的空间适用范围内实现了私法的统一，在特定私法事项上已不存在法律冲突。既然现在采取的是冲突法解决办法，那一定意味着有国际管辖权的机关已对像《联合国国际货物销售合同公约》这样的国际统一实体私法条约的适用条件（如该条约的事物适用范围、空间适用范围、时间适用范围和属人适用范围）进行了审查，并已排除了适用此种国际统一实体私法条约的可能性，又怎么会再准许双方当事人选择此种国际统一实体私法条约为“准据法”呢？在此情形下，即便合同的双方当事人声称他们“选择了”《联合国国际货物销售合同公约》为“准据法”，法院也照样应依法院地国家国内法的冲突规则确定合同所应适用的某一国家的法律体系（合同准据法），最多可以认定双方当事人将该公约的某些规定并入了合同条款中，借以明确他们之间的部分权利义务。之所以说“部分权利义务”，是因为根据该公约第 4 条，该公约只适用于买卖合同的订立、出卖人和买受人因买卖合同而产生的权利义务，而不适用于合同的有效性或任何合同条款的有效性或任何惯例的有效性，也不适用于合同对所售货物的所有权可能产生的效果。然而，认定双方当事人将该公约的某些规定并入合同条款中借以明确他们之间的部分权利义务是一回事，确定合同准据法是另一回事。正是由于合同的有效性（如合同是否因当事人欠缺行为能力、违反法律禁止性规定或违背公序良俗而无效的问题）、任何合同条款的有效性或任何惯例的有效性以及合同对所售货物的所有权可能产生的效果（如动产所有权的转移、所有权保留）被第 4 条排除在该公约的适用范围之外，所以它们无法依该公约得到合理解决，而只能依合同准据法予以解决。

再次，由于《联合国国际货物销售合同公约》本身的任意法性质，即便双方当事人将该公约在某些事项上的规定（如关于国际货物买卖合同“形式自由原则”的第 11 条第 1 款[①]）并入了合同条款中，如果合同准据法所属国家的法律体系就同样的事项（如特定合同的形式）有强制性规定，则法院仍须适用该国法律体系的强制性规定，而不考虑该公约的相应规定[②]。

最后，能够充当合同准据法的，只能是法院地国家国内法的冲突规则或国际条约的冲突规则所指定的某一特定国家的法律体系，确切地说，是该特定国家除冲突法以外的实体私法体系，即该国实体私法规则的总和。

（三）关于涉外合同的双方当事人是否可以选择尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约为准据法的问题

在当事人根据法律规定有自主选择涉外合同准据法的权能的情形下，如果合同的双方当事人选择了尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约，法院应否予以支持呢？尚未对法院地国家生效的国际条约有两种情形，一种是对任何国家均未生效的国际条约，另一种是尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约。后者的例子如在海事海商审判实践中经常遇到的当事人在提单中所载明的 1978 年 3 月 31 日《联合国海上货物运输公约》（即《汉堡规则》[③]）。根据条约相对性原

---

① 《联合国国际货物销售合同公约》第 11 条第 1 款规定：“买卖合同无须以书面予以订立或证明，且不受任何其他形式条件的支配。”

② Schlechtriem/Schwenzer, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Verlag C. H. Beck/Helbing Lichtenhahn Verlag, München/Basel 2008, Art. 6, Rn. 41.

③《联合国海上货物运输公约》（即《汉堡规则》）迄今有 34 个缔约国，但不包括中国。见 http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html （访问日期：2019 年 5 月 27 日）。

理，凡尚未对法院地国家生效的国际条约，无论它是否已对（不论多少个）外国生效，均对法院地国家无法律约束力。笔者认为，尚未对法院地国家生效的国际条约，包括尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约，可视同不具有法律约束力的“非国家规则”。属于此种不具有法律约束力的“非国家规则”的还有一些国际组织所草拟的“示范法”、国际统一私法协会（UNIDROIT）所制定的《国际统一私法协会国际商事合同通则》（1994 年第 1 版[①]、2004 年第 2 版[②]和 2010 年第 3 版[③]）、《欧洲合同法原则》（1999 年和 2003 年）以及商业惯例或国际惯例等。但不应把当事人选择此种“非国家规则”的行为等同于合同准据法的选择，因为此种“非国家规则”不具有法律约束力，根本不是“法律”或“法律体系”，故不存在真正的法律选择，也无法律适用可言。在裁判涉外合同争议案件的实践中，可以将当事人对此种“非国家规则”的选择理解成双方当事人将它们并入合同条款中并明确其相互间的权利义务的一种手段。换言之，选择了此种“非国家规则”并不意味着确定了合同准据法。当事人完全可以在选择此种“非国家规则”的同时，明示地选择某一特定国家的法律体系为合同准据法。在当事人未明示地选择合同准据法的情形下，审理涉外合同争议案件的一国法院原则上应根据最密切联系原则确定合同准据法。因此，当事人固然可以明示地选择尚未对法院地国家生效的国际条约（不论其是否已对外国生效，也不论其已对多少个外国生效）、一些国际组织所草拟的“示范法”、《国际商事合同通则》、《欧洲合同法原则》以及商业惯例或国际惯例等“非国家规则”，并把它们并入合同条款中以明确其相互间的权利义务（其适用将与法院地国家公共秩序相抵触的除外），但法院地国家的法院仍须依其国内法的冲突规则确定合同准据法。

在比较国际私法上，欧盟关于合同之债准据法的确定的《罗马 I 规则》第 3 条第 1 款第 1 句规定：“合同，适用双方当事人所选择的法”。这就以毫不含糊的方式排除了双方当事人选择“非国家规则”的可能性，因为“非国家规则”没有法律约束力，根本不属于“法”的范畴。作为欧盟国际私法最新立法文件之一的《罗马 I 规则》的这一鲜明态度在相当程度上代表了当代国际私法在合同准据法的确定问题上的最新发展趋势。此外，日本《关于法律适用的通则法》自 2007 年 1 月 1 日起施行以来，日本学者的通说也认为，“非国家规则”或商业惯例不能被当事人选择为合同准据法[④]。

总之，法院地国家的国际私法固然应对尚未对法院地国家生效的国际条约（包括尚未对法院地国家生效、但已对两个或两个以上其他国家生效的国际条约）等“非国家规则”采取开放的态度，即准许当事人明示地通过选择此种“非国家规则”来明确其部分权利义务，但当事人对此种“非国家规则”的选择不得与法院地国家的公共秩序相抵触。这在自 2013 年 1 月 7 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 9 条有所体现，它规定：“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性

---

① International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome: UNIDROIT, 1994.

② Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, third edition, The Hague: Kluwer Law International, 2005; Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

③ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*, Rome: UNIDROIT, 2010.

④ Yuko Nishitani, Party Autonomy and Its Restrictions in Japanese Private International Law: Contractual Conflicts Rules, in: Basedow, Baum and Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 87.

规定的除外。”应指出的是，适用“非国家规则”并不是法院地国家法院和行政机关的任务，因为在合同准据法的确定问题上，如无当事人的法律选择，法院地国家法院和行政机关至少还可以适用与涉外合同有最密切联系的某一国家的法律体系，而根本无须求助于无任何法律约束力的“非国家规则”。

四、法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的国际民事程序法规则的关系

国际民事程序法规则是涉外民事案件的受理机关、当事人及其代理人均须遵守的法律规则。法院地国家的国际民事程序法规则既可能包含于该国的国内立法和法院判例中，也可能包含于已对该国生效的国际条约中。含有国际民事程序法规则的双边条约的例子是中国与一些外国所缔结的含有国际民事司法协助条款的双边条约，如 1987 年 5 月 4 日《中华人民共和国和法兰西共和国关于民商事司法协助的协定》、1987 年 6 月 5 日《中华人民共和国和波兰共和国关于民事和刑事司法协助的协定》、1989 年 8 月 31 日《中华人民共和国和蒙古共和国关于民事和刑事司法协助的条约》、1991 年 5 月 2 日《中华人民共和国和西班牙王国关于民商事司法协助的条约》；含有国际民事程序法规则的多边条约的例子如 1954 年 3 月 1 日《关于民事诉讼的海牙公约》（1967 年 8 月 31 日对葡萄牙生效，1968 年 4 月 23 日由葡萄牙扩展适用于澳门，自 1999 年 12 月 20 日起继续适用于澳门特别行政区）、1965 年 11 月 15 日《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的海牙公约》（1992 年 1 月 1 日对中国生效）、1970 年 3 月 18 日《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（1998 年 2 月 6 日对中国生效）以及 1958 年 6 月 10 日《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》（1987 年 4 月 22 日对中国生效），等等。

国际条约的国际民事程序法规则与法院地国家国内法的冲突规则在目的、性质和任务上各不相同。一方面，国际民事程序法规则所规定的是涉外民事案件的程序事项（包括诉讼和非诉事项），如裁判豁免权、国际管辖权、外国人在国际民事程序法上的地位、外国判决的承认与执行、司法协助以及国际商事仲裁。按照“程序问题适用法院地法”这一在国际民事程序法上久已确立的基本原则，涉外民事案件的程序事项无一例外地应依法院地国家的国内立法、法院判例中的国际民事程序法规则和已对法院地国家生效的国际条约的国际民事程序法规则予以解决，这意味着这些程序事项既不适用冲突规则，也不适用实体私法规则。另一方面，法院地国家国内法的冲突规则旨在指定某一国家的法律体系为涉外民事关系的准据法。然而，法院在依法院地国家国内法的冲突规则确定涉外民事关系的准据法和依准据法所属国家的实体私法规则就涉外民事案件的实质问题进行裁判以前，必须先依法院地国家的国际民事程序法规则解决对该涉外民事案件是否有直接国际管辖权的问题[①]。

因此，法院地国家国内法的冲突规则不会同国际条约的国际民事程序法规则发生抵触，许多国家的国际私法制定法中的“国际条约优先条款”所称“国际条约”并不及于含有国际民事程序法规则的双边或多边条约。

结论

法院地国家国内法的冲突规则的最终目的，乃是就各种与外国法律体系有联系的民事关系，确定最为适当的某一国家的法律体系（法院地法或外国法）为准据法。确定最适当的准据法的重要前提就是选择和适用正确、合宜的冲突规则，包括法院地国家国内法的冲

[①] 李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 4～5 页、第 192 页。

突规则和已对该国生效的国际条约的冲突规则。而要选择和适用正确、合宜的冲突规则，不可不先解决好法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系问题。

作为旨在确定涉外民事关系的准据法的法律部门或分支，一国国际私法的适用对象具有很强的涉外性或国际性。较之任何其他国内制定法，一国的国际私法制定法更有必要解决其国内法的冲突规则与国际条约的冲突规则的关系问题。就中国新的国际私法制定法而言，虽然立法者在立法过程中放弃就此问题做出明文规定，但法院等法律适用机关在实践中仍须面对此问题并妥善地予以解决。在该法自身未就它与国际条约的关系做出规定的情况下，有国际管辖权的中国法院和其他法律适用机关仍可由《民法通则》第 142 条第 2 款的“国际条约优先条款”推断出以下结论：在该法的冲突规则与已对中国生效的国际条约的冲突规则发生抵触时，应优先适用国际条约的冲突规则。自 2013 年 1 月 7 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 4 条只不过重申了中国法院优先适用国际条约的冲突规则的司法实践罢了。尽管立法者未在该法中就法院地国家国内法的冲突规则与国际条约的关系问题做出明文规定，留下了一定的缺憾，但这一缺憾在中国法院优先适用国际条约的冲突规则的司法实践中仍可得到相当程度的弥补。

在裁判涉外民事案件的司法实践中，实体法解决办法有别于冲突法解决办法。对涉外民事案件有国际管辖权的一国法院必须首先审查国际统一实体私法条约的适用条件。如果涉外民事案件符合国际统一实体私法条约的适用条件，法院等法律适用机关将直接适用国际统一实体私法条约以裁判案件的实质；仅在案件不符合国际统一实体私法条约的适用条件的情形下，才能依法院地国家国内法的冲突规则确定准据法。涉外合同的双方当事人对国际条约规定的选择不等于对合同准据法的选择，而如果国际条约尚未对中国生效，则最多只能作为“非国家规则”处理，法院仍须根据当事人意思自治原则或最密切联系原则确定某一国家的法律体系（法院地法或外国法）为合同的准据法。最后，由于“程序问题适用法院地法”的缘故，法院在依其国内法的冲突规则确定涉外民事关系的准据法以前，必须先依该国的国际民事程序法规则（包括已对该国生效的国际条约的国际民事程序法规则）解决对该涉外民事案件是否有直接国际管辖权的问题，所以法院地国家国内法的冲突规则不会同国际条约的国际民事程序法规则发生抵触。

8.国际规则中的“民商事项”：范围之争与解释方法

“Civil or Commercial Matters” in International Instruments: Scope and Interpretation

何其生*

目录

一、“民商事项”术语的使用与分歧 112
（一）“民商事项”术语的使用 112

* 何其生，北京大学法学院教授、博士生导师。本文是司法部司法协助交流中心课题《中外司法协助立法与实践问题研究》和北京大学科研项目《判决流动全球性规则的博弈》的中期成果之一。
本文将发表于《北大法律评论》2019 年第 1 期。

（二）“民商事项”的分歧及成因 112
二、“民商事项”的认定标准 114
（一）依法院的性质 115
（二）依当事人的性质 115
（三）依法律关系的性质 115
三、“民商事项”的自治性解释 118
（一）自治性解释的方法 118
（二）自治性解释的效果 121
四、“民商事项”在中国的运用与解释 122
（一）中外双边司法协助协定中的“民商事项” 122
（二）“民商事项”的识别依据和认定标准 123
五、结论 126

摘要：在晚近私法领域国际法律文书的制定中，“民商事项”这一术语经常被使用，决定着国际法律文书的适用范围。在对“民商事项”的判断上，以法律关系的性质作为标准得到了国际社会的普遍认可。但以海牙公约为代表更进一步主张自治性地解释这一概念，独立于请求国或被请求国的国内法。自治性解释是目的解释、自由解释，旨在尽量扩大公约的适用范围，尤其在公私法交叉的灰色区域，近年来通过海牙公约特委会的解释，渐趋纳入公约的适用领域。在民商事案件性质的判断上，我国实践中亦是以法律关系的性质作为标准，并应以我国法律作为认定和解释的依据。但在不违反我国法律基本原则的情况下，应逐步扩大民商事领域的合作范围。

关键词：民商事项；国际法律文书；自治性解释；司法协助

在私法领域国际法律文书的制定中，经常会使用“民商事项”一词，[①]其英文表述为“civil and commercial matters”或“civil or commercial matters”，or 和 and 的变化没有实质意义的不同。[②]但如何理解这一术语，并在实践中保持一致性和适当的灵活性，一直是各国争议的问题。晚近，在国际组织海牙国际私法会议所主持的《承认与执行外国法院判决公约（草案）》（以下简称《海牙判决公约草案》）谈判中，美国代表团就要求针对该术语尽可能提供一些指引，原因是这一术语所涵盖的范围过于广泛。[③]在 2017 年欧洲法院（the Court of Justice of the European Union）审理的 Pula Parking d.o.o. v Sven Klaus Tederahn 案[④]中，“民商事项”的判断成为该案争议的焦点。在中国所缔结已经生效的 39 个双边民事司法协助协定中，“民事”“民事和商事”是经常使用的术语。在《海牙判决公约草案》的谈判过程中，刑事附带民

[①] 本文所讨论的国际规则主要包括民事诉讼程序性法律文书，尤其是司法协助方面的国际公约，也涉及联合国贸易法委员会和国际统一私法协会少量实体性的法律文书，但不包括公法领域的一些国际公约，如 1950 年《欧洲人权公约》第 Art. 6(1) 条提到“民事权利和义务”，1969 年《美洲人权公约》第 8(1) 条提到“民事性质的权利和义务”。

[②] See HCCH Permanent Bureau, Annotated Checklist of Issues to Be Discussed by the Working Group on Recognition and Enforcement of Judgments: Glossary, January 2013.

[③] See Note on Article 1(1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term “Civil or Commercial Matters”, drawn up by the co-Rapporteurs of the draft Convention and the Permanent Bureau, Preliminary Document No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, December 2016. (Hereinafter Note on the Term “Civil or Commercial Matters”).

[④] Case C-551/15, JUDGMENT OF THE ECJ (Second Chamber), 9 March 2017.

事赔偿、反垄断、涉及国家的民事诉讼，是否被纳入“民商事项”的范围，也是中国代表团关注的重点。本文主要从比较法的视角，探讨对于“民商事项”的判断标准和解释方法。[①]

一、“民商事项”术语的使用与分歧

（一）“民商事项”术语的使用

在民商事领域国际规则的谈判中，除非议题特别具体（如离婚、扶养、收养等），相关法律文书通常会涉及“民商事”“民事”“商事”所涉范围的界定问题，实际上直接关涉法律文书的适用范围。总结现有的国际法律文书，其对于“民商事项”规制的主要方式如下：

一是在适用范围中使用“民商事项”一词，但不作具体界定，也不排除具体的事项。1905 和 1954 年的《民事诉讼公约》、1965 年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称《海牙送达公约》）、1970 年《关于从国外获取民事或商事证据公约》（以下简称《海牙取证公约》）是这方面的代表。

二是在适用范围中使用“民商事项”一词，但随后详细罗列具体排除事项。这些被排除的事项主要是因为各国有重大关切，或不适合适用目前的条约，或已经有专门性的条约。例如，1971 年《外国民商事判决承认和执行公约》[②]和 2005 年《选择法院协议公约》[③]等，均使用了术语“民商事项”，而且罗列了一些具体的排除事项，诸如自然人身份和能力、家庭法、继承、破产、核损害责任等。

三是没有使用“民商事项”这一全称表述，使用“商事”或其他术语，实践中需要对这些术语所涵盖的范围进行判断。例如，《国际商事合同通则》仅适用于商人或商事交易；《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》）不仅涉及“契约性和非契约性纠纷”的解决，而且允许缔约国进行商事保留。

中国不仅是上述《海牙送达公约》《海牙取证公约》《纽约公约》等的缔约国，而且中国缔结了三十多个民事、民刑或民商事双边司法协助协定。例如，1993 年签署的《中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的决定》（下文简称《中保加利亚民》）聚焦于“民事”领域，而在解释时，“民事”一词包括由民法、商法、家庭法和劳动法调整的事项。[④]这一解释能否理解为我国官方就“民事”所下的定义，值得深究。而在标题含有“民商事”的表述时，特别强调民事包含劳动方面的事项。[⑤]“民法”“商法”“家庭法”“劳动法”通常都是比较大的概念和范围，在履行公约时，如何解释这些概念，需要有效的解释方法。[⑥]

（二）“民商事项”的分歧及成因

上述双边和多边性国际法律文书没有对民商事的范围进行界定，并非是公约起草者的疏忽。事实上，在《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的制订及实施过程中，确曾有些国家要求明确民事或商事的含义，但经过反复讨论，终难取得一致意见。[⑦]以至于实践中，

[①] 对于这一问题，目前国内除了少量的关于司法协助学术专著对此进行介绍和讨论外（例如，徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年第 2 版，第 13~20 页；何其生：《域外送达制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 125~129 页；乔雄兵：《域外取证的国际合作研究》，武汉大学出版社 2010 年版，第 39~46 页），专门性的研究非常薄弱。

[②] 参见该公约第 1 条第 2 款。

[③] 参见该公约第 2 条。

[④] 《中保加利亚民》第 1 条。

[⑤] 《中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约》（下文简称《中阿根廷民商》）第 1 条。

[⑥] 另外，就中国区际司法协助而言，2006 年《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》（法释[2006]2 号，2006 年 2 月 13 日最高人民法院审判委员会第 1378 次会议通过）规定了安排适用于民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括劳动民事案件）、刑事案件中有关民事损害赔偿，但不适用于行政案件。2019 年 1 月内地与香港签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》也规定适用于“民商事案件”，其第 1~3 条还就民商事案件进行了界定。实际上，中国区际法律冲突和区际民事司法协助的范围均涉及民商事范围的界定，而且由于香港是普通法的传统，而澳门又承继了葡萄牙的法律体系，研究国际规则中“民商事项”的界定，对于我国区际案件的处理和司法协助的开展也具有一定的借鉴意义。

[⑦] 参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年第 2 版，第 14 页。

各公约关于“民商事项”的理解不一。而各国分歧最直接的体现是：以英美为代表的普通法系国家认为，除刑事案件外，其他所有的诉讼案件包括行政案件，都属于民商事范畴。而大陆法系国家则认为，不仅刑事案件不属民事范畴，行政和税收案件也不能与民商事相提并论。[①]之所以有此巨大的差异主要与各国的法律传统有关，同时，也与晚近公法和私法的交织融合有关。

一是法律传统上差异。英美国家由于其特有的法律传统，只有判例法与制定法、普通法与衡平法之分，立法上没有民法与商法的概念。[②]在诉讼程序上，美国的实践是除刑事以外，其他的诉讼都是民事诉讼。[③]行政法并不是一个明确的专门性法律领域，美国也没有专门处理行政诉讼的法院系统，相关法律纠纷依靠一般法院。[④]而美国法院是一般管辖权的法院，它没有像德国那种单独分开的法院系统，对劳动法、行政法或社会福利法等领域具有专门管辖权。[⑤]因此，有学者认为：“美国的民事司法并非一般意义上的民事司法。实际上，以我们的观点言之，它包括了三种类型的诉讼案件：一是民事、经济诉讼案件，二是行政诉讼案件，三是宪法诉讼案件。美国法院除刑事案件的解决依照刑事诉讼程序法外，其余案件的解决一概依循民事诉讼程序。”[⑥] 在英国，也是将“民商事项”界定为除刑事以外的事项。宪法、行政法和税法的事项是“民法”范围。[⑦]因此，英美国家对“民商事”的界定范围相对较宽泛，一般可囊括刑事以外的情形。[⑧]

在大陆法系，源于罗马法,法律常区分为公法和私法。作为区分的首创者，古罗马著名法学家乌尔比安在其著作中写道：“它们有的造福公共利益，有的造福于私人。公法见之于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中。”[⑨]查士丁尼钦定的《法学阶梯》明确肯定：“法律学习分为两部分，即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”[⑩]罗马法的传统与继承，最终形成了公法和私法在大陆法系国家的二元传统。进一步而言，对于私法领域民事和商事规范，又可以分为民商分立和民商合一两种立法模式。一些大陆法系国家认为商事事项是民事的次级事项；其他一些国家则认为它们是相互独立的事项。[11]在民商分立国家，二者是不同的法律部门，民法调整民事关系，商法调整商事关系。此种立法模式以法国、德国和瑞士为代表，这些国家都有单独的商法典。在以瑞士为代表的民商合一的国家，商事关系是民事关系的一部分，民事观念是商事观念的立法基础。因此，除民法典外，不另定商法典。[12]尽管商事法在各国的立法中大量存在，但目前还没有国家的立法对商法的概念和范围予以明确的界定，学术界的理解也不一致。[13]商法主要涉及个人利益，因此当属私法,但现代商法越来越多地规定商事罚则条款和一些处罚性规定。尽管如此，“我

[①] 同上，第 14 页。

[②] 当然，这并不是说明英美国家没有相关的法律制度。英美国家的商事法律制度分散规定于财产法、契约法、代理法、侵权行为法、公司法、合伙法、担保法、票据法、保险法、海商法、破产法、竞争法之中，兼具判例或制定法的形式表现出来。参见陈本寒主编：《商法新论》，武汉大学出版社 2009 年版，第 30 页。

[③] Restatement (Third) of Foreign Relations Law (American Law Institute, Restatement of the Law, Third: The Foreign Relations Law of the United States, St. Paul 1987), § 471 comment f, as regards the Hague Service and Evidence Conventions (Hague Convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, 658 UNTS 163, and Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, 847 UNTS 241).

[④] [美]彼得·哈伊著：《美国法律概论（第二版）》，沈宗灵译，北京大学出版社 1997 年版，第 207 页

[⑤] 同上，第 39 页。

[⑥] 汤维建著：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，中国法制出版社 2001 年版，第 72 页。

[⑦] Report by Professor Dr Peter Schlosser on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice [hereinafter, the “Schlosser Report”], OJ 1979 C 59/03, para. 24. (Hereafter “Schlosser Report”).

[⑧] Jürgen Basedow, *et al*, Encyclopedia of Private International Law (Edward Elgar Publishing, Inc. 2017) , p. 346.

[⑨] [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 9 页。

[⑩] [意]查士丁尼：《法学总论：法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 5 页。

[11] Trevor Hartley and Masato Dogauchi, Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention (HCCH Publications 2013), para. 49. (hereafter Hartley/ Dogauchi Report).

[12] 参见张国键：《商事法论》，台湾三民书局 1987 年版，第 6~7 页。

[13] 参见范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 3 页。

们应该明白商法只是一般私法中的一个特殊的组成部分，我们不能仅仅从商法规范本身来理解和适用商法”。[①]考虑到立法形式的不同，2005 年《选择法院协议公约》选择使用“民事”和“商事”事项，旨在满足那些将“民事”和“商事”视为两个单独法律制度国家的需求。而对于那些将商事诉讼视为民事诉讼的次级类型的国家，也不会带来伤害。[②]

二是公法和私法的交织与融合。20 世纪后半期，随着经济的发展和国家干预经济生活的需要，公法私法化表现明显。[③]政府不但在管理公共事务的行政活动中引进私法理念和管理制度，还日益参与到私法关系中去，成为私法活动中的主体。随着公法对私法价值和制度方面的吸收，现代公法在利益上兼顾公益与私益。另一方面，19 世纪末 20 世纪初所发生的一系列的经济危机，使国家开始广泛干预经济生活，介入传统的私法领域，私法公法化现象出现。为了维护交易安全和社会公共生活秩序的目的，公法对私人活动的控制增强，使传统的私法概念、制度和原则发生重大变化。[④] 公法私法化和私法公法化是公法私法二元划分传统下大陆法系国家法律出现的新变化，使私法领域出现了许多管理性和处罚性规范。[⑤]尽管立法中这些强制性规范并没有改变民法或商法属于私法的本质属性，但却使民商事项的划分日益复杂，对于一些灰色领域很难将其简单地归类为私法。

具体在“民商事项”的判断上，分歧的焦点主要集中在能否将行政诉讼案件和涉及公法与私法之间的“灰色区域”包括在民事范围之内，[⑥]如下述一些情形：（1）刑事附带民事赔偿。此类诉讼主要是刑事案件，因犯罪行为所导致的损害常常和刑事诉讼一起进行，由于民事赔偿被刑事诉讼所吸收，因此具有模糊性；（2）惩罚性赔偿。惩罚性赔偿超越民事损害的补偿性质，具有惩罚性功能，其是否属于私法范畴，各国争议很大；（3）管理权行为：当一国在从事商业活动而非运用其公权力（public powers）进行管理活动时，一般不享有主权豁免，其是否被纳入民商事的范围内，因国家及其机构相关活动性质的模糊性而产生认识上的差异；（4）税法。虽然财政税收一般会被明示排除在民商事的范围以外，但税收行为的界定仍然非常有争议。比如欧洲法院在 *Sunico* 案[⑦]的裁判中便表明，税收机关因欺诈追讨偷税漏税的行为，就不应被排除在民商事的范围之外；（5）反垄断行为。现今不少观点认为，只要是私人（个人或集体）而非政府对反垄断采取行动，就应当落入民商事的范畴。[⑧]但这一观点并没有得到普遍的接受。另外，像破产、知识产权、不正当竞争等领域能否纳入民商事的范围，都存在着比较大的争议。

二、“民商事项”的认定标准

判断“民商事项”的范围，其话语语境通常相对于行政和刑事事项而言，其实质是在讨论私法事项和公法事项的区分。在某种程度上“民商事项”的判断标准就是公私法划分的标准。而这一领域的讨论毫无疑问汗牛充栋。[⑨]在国际规则谈判和具体的司法实践中，讨论最多的有三种标准，即依法院的性质、依当事人的性质和依法律关系的性质。[⑩]

---

① [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 240 页。

② Hartley / Dogauchi Report, para. 49.

③ 参见袁曙宏：《论建立统一的公法》，载《中国法学》2003 年第 5 期，第 25 页。

④ 参见刘翀：《大陆法系公法私法二元传统的新变化及评价》，载《辽宁行政学院学报》2009 年第 5 期，第 29 页。

⑤ 关于公法私法化和私法公法化的现象，详细讨论可参见何其生、孙慧：《外国公法适用的冲突法路径》，《武大国际法评论》2011 年第 14 卷第 1 期，第 191-194 页。

⑥ Jürgen Basedow, *et al*, Encyclopedia of Private International Law (Edward Elgar Publishing, Inc. 2017), pp. 355-357.

⑦ *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v Sunico ApS and Others*, C-49/12, Judgment of the Court (Third Chamber), 12 September 2013.

⑧ See Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, para. 41.

⑨ 关于公私法的区别标准，“瑞士人荷灵加（Holliger）在其学位论文《公法与私法的区别标准》（**Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem offentlichen Recht und dem** Privatrecht, Inaugural Dissertation 1904）中举出十七种不同的学说；马尔堡（Marburg）的私讲师华尔兹（Walz）在就职演讲《关于公法的本质》（Vom wesen des öffentlichen rechts, 1928）中亦举出十二种不同的学说。”参见[日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 23-24 页。

⑩ See Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, paras. 4~8.

（一）依法院的性质

如果法院系统是按照公私法划分的方法建立，依法院的性质来区分公私法无疑是一种简单易行的标准。“19世纪，民法法系各国先后建立了双重法院系统——普通法院系统和行政法院系统，进一步确立了公法和私法的分离。”[①]然而，这种标准现今无疑应该是最先排除的标准，前述英美国家的司法案件主要是民事案件和刑事案件，而民事案件中包含了大量的公法案件。民事诉讼程序尚且如此，法院系统的区分就更笼统了。目前世界各国法院设立纷繁复杂，千变万化，难以有统一的标准，确定其性质并非容易。

因此，在《海牙判决公约草案》早期的谈判过程中，起草公约的特别委员会（通常简称“特委会”）就表示，公约的适用并不取决于法院的性质，公约应适用于刑事法庭所审理的民事赔偿案件。[②]该解释已经明确刑事附带民事赔偿纳入到公约的适用范围。

（二）依当事人的性质

依当事人的性质决定公私法的差别，即“主体说”。“公法所规律的法主体，最少有一方是国家或是由国家予以国家的公权者，反之，私法所规律的法主体，直接地都是个人或非‘国家公权的主体’的团体。”这是早期区别公法和私法的基本标准。[③]作此区分的核心理由是公法是直接关于国家的法，其以保护国家利益或社会公共利益为任务；私法是个人相互间的意思和利益交涉的法，其以保护个人利益为主要任务，原则上由社会本身的力量维持。但现代国家也从事大量的商业活动，如发行债券、从事投资等。依当事人的性质就可能导致这部分民商事关系划归到公法的范畴，违背法律关系本身的性质。

在《海牙判决公约草案》谈判过程，与会各国代表同意，不能仅仅因为如下事实，即国家，包括政府、政府部门或者代表国家行事的人是诉讼的一方当事人，就将判决排除在公约的适用范围之外。而且，关于诉讼的定性不得仅因为诉讼请求转移给另外一个人，拟或是义务由另一人承担，而变换其性质。例如，如果一个私人主体将其诉讼请求转让一个国家、政府或政府机构，诸如在一个国家保险计划下，私人机构诉讼权利的转移，其民商事性质并不因此而变化。[④]因此，如果一个国家或者国际组织作为原审国诉讼程序的当事人，本身并不阻止公约的适用。[⑤]

（三）依法律关系的性质

以法律关系的性质作为公私法的区分标准一直以来为学者们所推崇，“公法关系是权力者与服从者间的关系，私法关系是对等者间的关系”。[⑥]实践中，公法关系不仅要有公共机构为主体，而且要有公权力的介入。在此方面，欧盟的实践颇丰，而海牙判决公约在起草过程中又对此进行了发展。

欧盟“民商事项”的规定开始于 1968 年的《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》（通常简称《布鲁塞尔公约》）。[⑦]该公约第 1 条第 1 款的原始版本只提及了“民商事项”，并没有排除条款。出现在欧盟《关于民商事管辖权及判决的承认与执行的第 44/2001 号条例》（通常简称《布鲁塞尔条例 I》）[⑧]中的第二句话：“公约不适用税收、关税或行政事项”，是

[①] 吕芳：《公法与私法的二元论及双重法院系统》，《法律适用》 2000 年 11 期，第 17 页。

[②] “Preliminary Draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar”, Prel. Doc. No 11 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001, in Proceedings of the Twentieth Session (2005), Tome II, Judgments, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2013 [hereinafter, the “Nygh / Pocar Report”], paras. 23 & 27.

[③] [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 36 页。

[④] Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, para. 8.

[⑤] Note on the Term “Civil or Commercial Matters”, para. 7.

[⑥] [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，周旋勘校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 40 页。

[⑦] Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Brussels (OJ 1972 L 299).

[⑧] Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12).

1978 年《丹麦、爱尔兰和联合王国加入公约》[①]中加入的。该加入公约的解释报告指出："关于民商事项和公法事项的区别，为欧共体原始成员国的法律制度所认可；尽管有一些重要的不同，但整体上标准相似。"[②]但在英国和爱尔兰，则并不存在上述欧共体原始成员国的标准。英国和爱尔兰的民法主要是相对于刑法而言的。除此有限的意义外，公法与私法并没有像欧共体原始成员国法律制度那样的区分。宪法、行政法和税法都被包括在民法中。[③]因此，为了说明不同，新的句子加入到原始文本。这一例外背后的意图是：私法事项是指民商事项；公法或刑法事项是国家以主权者身份而行为的事项。[④]这一表述不仅为 2007 年的《洛迦洛公约》所接受，[⑤]而且重复使用于 2012 年修订的《关于民商事管辖权及判决的承认与执行的第 1215/2012 号条例》（以下简称《布鲁塞尔条例 I（重订）》）中。[⑥]

迄今为止，欧洲法院已有不少案件涉及"民商事项"的认定，并形成了一般性的规则。一是"民商事项"是一个独立的概念，应该自治性的解释，并不参考某一成员国的国内法。二是本质上来说，民商事项的范围由争议当事人间法律关系的特征性元素决定。[⑦]这就意味着为了确定案件是否与民商事项有关，必需对争议当事人间法律关系进行定性，审查其基础和适用于诉讼的具体规则。[⑧]

而对于公私法交叉的领域，总结已有的案例，下述事项被纳入了民商事项的范围：公立学校的教师责任[⑨]、消费者保护组织提起的诉讼[⑩]、公共机构通过社会援助方式支付补助费用的追索权之诉[11]、政府和保险公司之间的担保合同之诉[12]、专利侵权争议的惩罚性支付令[13]、税收机关基于欺诈所提起的诉讼[14]、因违反欧盟竞争法而产生侵权的损害赔偿之诉[15]、公共债务[16]等。

下列事项则被排除在民商事项范围之外：欧洲航空安全组织的费用诉讼[17]、负责公共水路管理的代理人为移除沉船而产生费用的追偿诉讼[18]、针对一缔约国武装力量行动而产生的损害赔偿之诉[19]、因违反竞争法所涉罚款数目的返回之诉[20]。

[①] Convention on the accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (signed on 9 October 1978 – 78/884/EEC).

[②] See Schlosser Report, above n. 23, para. 23.

[③] *Ibid*, para. 24.

[④] *Ibid.*, paras 25-28..

[⑤] Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Lugano(OJ 2007 L 339), replacing the Convention of 16 September 1988 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, concluded at Lugano(OJ 1988 L 319). 洛迦洛公约主要适用于欧盟（包括丹麦）、冰岛、挪威和瑞士之间。

[⑥] Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), entered into force 1 January 2015 (OJ 2012 L 351).

[⑦] *E.g.*, C-645/11, at 32.

[⑧] *E.g.*, C-49/12, at 35; C-302/13, at 26; C-102/15, at 35.

[⑨] Volker Sonntag v Hans Waidmann and Others, C-172/91. 该案是在一次学校组织的旅行中，因为老师的疏忽导致学生受到伤害。法院认为老师的行为与行使公权力无关。

[⑩] Verein für Konsumenteninformation v Karl Heinz Henkel, C-167/00.该案中消费者保护组织请求禁止贸易者在其合同中使用不公平条款。法院认为其与行使公权力无关，而且主要受私法规制。

[11] *E.g.*, C-271/00; C-433/01.法院认为此类案件主要适用的是关于扶养的法律规则。

[12] *E.g.*, C-266/01.

[13] *E.g.*, C-406/09；C-4/14.

[14] *E.g.*, C-49/12.本案中，一公共机构针对私人的税务欺诈行为提起损害之诉。法院认为，该诉讼并不是基于英国的增值税法，而是共谋欺诈，因此，应适用侵权法。

[15] *E.g.*, C-302/13.

[16] *E.g.*, C-226/13, C-245/13, C-247/13 and C-578/13. 政府债务的私人持有者针对发行国所提起的合同履行之诉等。

[17] *E.g.*, C-29/76. 欧洲航空安全组织要求使用特定的装备和服务，这种装备和服务是义务性的和排他性的。而且收费的费率、计算方法、收费的程序均由该组织单边制订。此案的争议是该组织单方面规定了义务履行地在其登记的办公室。

[18] *E.g.*, C-814/79.

[19] *E.g.*, C-292/05.

[20] *E.g.*, C-102/15.

最近颇有影响的是 2017 年欧洲法院审理的 Pula Parking d.o.o. v Sven Klaus Tederahn 案[①]。该案被告 Tederahn 是德国居民。2010 年，被告在克罗地亚普拉镇停车 8 天，没有缴纳停车费。5 年后，受委托负责管理该停车场的公司 Pula Parking d.o.o. （以下简称普拉停车场公司）请求克罗地亚的公证人针对被告发出执行令，要求被告支付停车费（大约 13 欧元）及延期利息。2015 年 4 月 21 日，被告对该执行令提出异议，案件转交给了普拉市法院。普拉法院向欧洲法院请求咨询的问题之一就是：申请人是普拉镇所拥有的公司，受委托管理、维护和清洁停车场，并收取一定的停车费，该案是不是“民商事”案件，以及是否属于 2012 年修订的《布鲁塞尔条例 I》的适用范围。

《布鲁塞尔条例 I（重订）》序言第 10 段声明，条例主要调整的是民商事案件。其第 1 条第 1 款明确规定“本条例适用于民商事案件，而不管法院或法庭的性质。本条例特别不适用于税收、关税或行政事项或者在行使国家权力中的作为和不作为（主权行为）所引发的国家责任。”普拉法院、克罗地亚、瑞士政府和欧洲委员会认为，此案的法律关系主要是民事性质。[②]欧洲法院认为，为了保证《布鲁塞尔条例 I（重订）》在其所有成员国和公民间平等和一致的适用，“民商事项”的解释不应仅参考某一国家的国内法，而是应考虑条例的目标和范围以及国内法律体系中的一般原则。[③]为此，需要鉴别法律关系，审查诉讼的基础和所适用的具体规则。本案中，管理停车场、收取停车费，是普拉停车场公司为了当地利益而承担的任务。尽管该公司权力来源于公共当局的授权行为，但收取具有契约性质的未付停车费和因此而产生的债务诉讼，均在于维护私人利益，适用私人之间关系的法律规定，并不要求普拉镇或普拉停车场公司行使公权力。普拉公司所主张的停车债务不涉及任何惩罚性的赔偿，仅仅是其所提供服务的对价。[④]因此，该案是私法关系，是“民商事项”的所辖范围。[⑤]

普拉停车场公司案和其他一些案例之所以在欧盟产生争议，主要是因为一方当事人是国家或公共机构，其共同的特色是行使公权力的机关。在公私身份不明的情况下，影响案件性质的判断也就成为必然。对于此类主体，如果其是以私人身份提起诉讼，即使争议缘起于国家的行为，相关事项原则上也应该是民商法性质。而如果争议缘起于国家或公共机构在行使公权力的行为或不行为，则不属于民商事项的范围。[⑥]因行使公权力行为而产生的赔偿请求或损害请求是公法上的事项。[⑦]法院在提及“公权力”时使用了不同的公式化表述，诸如“相较于那些适用于由私法所支配关系的规则，公权力是其例外的权力”；“对于那些适用于私人关系的规则，公权力是超出这些规则的权力”；“对于那些适用于私人关系的普通法律规则，公权力是超出这些规则范围之外的权力”。[⑧]这些公权力在一些国家的表现是：即无需诉诸普通法院而具备实施和执行请求的能力。[⑨]

对于国家及其机构以私人身份从事相关行为的判断，在讨论 2005 年《选择法院协议公约》对于国家的适用时，公约的解释报告认为，“作为一般性规则，如果公共机构正在做一个普通公民能做的事情，该案件就可能涉及民商事项。而如果该公共机构正在行使普通公民并不能享有的政府权力，此案件就可能不是民商事案件。”[⑩]在《海牙判决公约草案》的谈判过程中，与会各国代表同意并不因为国家介入诉讼而改变其性质。在判断国家的私人行为时，公约的解释报告列出了三个核心标准：（1）诉讼请求所基于的行为是私人所从事的行为；（2）当事人所声称的损害是私人所承受的损害；（3）所请求的救济是私人针对相行为所产生的同类损害而寻求的那一类型救济。尽管精确的限制很难穷尽，上述标准是在国

---

① Case C-551/15, Judgment of the ECJ (Second Chamber), 9 March 2017.

② *Ibid*, para. 30.

③ *Ibid*, para. 33.

④ *Ibid*, para. 34~36.

⑤ *Ibid*, paras. 38~39.

⑥ *E.g.*, C-266/01, at 22; C-292/05, at 31; C-645/11, at 33; C-302/13, at 30; or C-226/13 at 50.

⑦ See, *e.g.*, C-814/79, at 13-15; C-292/05, at 41; C-102/15, at 40.

⑧ See, *e.g.*, C-167/00, at 30; C- 420/07, at 44; C-302/13 at 30.

⑨ See, e.g., C-49/12, at 39. 例如，在法国，政府和共有公司订立的行政合同，如地铁建设、土地开发等，政府和公有公司并非以私人身份行事。如果对方当事人不履行合同，它们不一定需要到法院诉讼，而是可以单独地通过行政行为实施制裁。See Schlosser Report, above n. 23, para. 26.

⑩ Hartley / Dogauchi Report, para. 85.

家或政府涉及诉讼时界定案件是否属于民商事性质的重要标准。[①]

综上所述，欧盟和海牙公约提及“民商事项”的主要目的是区分私法事项和公法事项。为了识别一个争议与“民商事项”是否相关，法律关系的性质起到了决定性因素，尽管欧盟普拉停车场公司案和其他一些案例均考虑了其他一些因素，包括公共机构是否行使了公权力，适用的法律是公法还是私法等。[②]然而，不管是海牙公约还是欧盟的条例，本身没有直接规定“依法律关系的性质”来确定“民商事项”的范围，而是在后来的实践中要求自治性地解释这一术语。因此如何理解自治性解释以及其与“法律关系的性质”这一判断标准之间的关系就成为实践中一个重要的问题。

三、“民商事项”的自治性解释

国际文书所规定的术语通常需要根据自身的规则来解释，在自身没有规定的情况下，则需要考虑国际条约的解释方法，具体则体现在联合国《条约法公约》的规定之中。而在相关术语或约文含义依据上述解释方法依旧模糊不清的情况下，具体实施公约的缔约国法就尤为重要。就前述的海牙公约而言，本身均未规定解释规则。对于“民商事项”的自治性（in an autonomous manner）解释是 1989 年《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会正式提出的，[③]但特委会及之后海牙国际私法会议的相关国际规则均未对这一概念进行界定。不过，从国际公约的解释方法以及海牙国际私法会议的一些文件中，依旧可以发现这一术语的基本涵义。

（一）自治性解释的方法

关于国际条约的解释，联合国《条约法公约》在其第三编第三节规定了三条内容，即第 31 条“解释的通则”、第 32 条“补充的解释资料”[④]和第 33 条“以两种以上文字认证之条约之解释”。与本文主题相关的主要是第 31 条的规定。该条第 1 款规定“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”这一规定概括了条约解释中的三个主要因素：条约约文、它的上下文、条约的目的和宗旨，并确立了条约解释的三个基本原则。

首先是善意解释。善意原则源于《条约法公约》第 26 条条约必须遵守（pacta sunt servanda）的规定，解释是履行条约的一部分。因此，解释条约需从善意履行条约的角度进行。其次，用语的通常意义。条约当事国按照条约所使用词语的通常意义进行理解，这是约文解释的精髓。[⑤]“因为合理的假定是，至少直到有确立的相反表示为止，通常意义是最可能反映当事国意图的内容的。”[⑥]再次，词语的上下文并参考该条约的目的和宗旨。“词语的通常意义不应抽象地予以决定，而应按该词语的上下文并参考该条约的目的和宗旨予以决

---

① Nygh / Pocar Report, paras. 43-45.

② 在其他一些国际法律文书中，也常常考虑多项因素，例如，2016 年《国际商事合同通则》就采纳了当事人的性质和法律关系性质双重标准，其序言第 2 款指出：

对“商事”合同的限定，并非照搬某些法律体系中对“民事”和“商事”当事人和/或这两种交易的传统界定，即《通则》的适用仅依赖于当事人是否有正式的“商人”身份，和/或交易是否具有商业性质。……《通则》对“商事”合同并没有给予任何明确的定义，只是假定对“商事”合同这一概念应在尽可能宽泛的意义上来理解，以使它不仅包括提供或交换商品或服务的一般贸易交易，还可包括其他类型的经济交易，如投资和/或特许协议、专业服务合同，等等。

③ Report on the work of the Special Commission of April 1989 on the operation of the Hague Conventions of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters and of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, drawn up by the Permanent Bureau, available on the Hague Conference website at < www.hcch.net > under “Service Section”, Conclusion No 26. (Hereinafter “Report of the 1989 SC”).

④ 第三十二条 解释之补充资料

为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

（甲）意义仍属不明或难解；或

（乙）所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。

⑤ 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年第 2 版，第 351 页。

⑥ [英]安托尼·奥斯特：《现代条约法与实践》，江国青译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 204 页。

定，这是常识和善意的要求，也是折衷地采纳了目的解释。”[①] 需要指出的是，与条约的文本解释相比，条约目的与宗旨更多的是为了确认一项解释，也即如果一项解释与该条约的目的和宗旨不符，其可能是错误的。[②]借鉴上述维也纳《条约法公约》解释规定，对于海牙公约中“民商事项”的自治性解释可作如下理解：

其一，自治性解释是公约解释的自治，既要考虑公约的目的也要考虑公约的文本。对于“民商事项”一词，广泛的分歧也体现在适用什么样的法律决定其内容上，一些国家提出应该由请求国法来决定，而另一些国家则主张由被请求国法律来决定。这对于扩大公约适用和自身影响力的海牙国际私法会议来说，无疑不是其所希望看到的。于是，海牙公约的特委会提出以自治方式解释“民商事项”一词，避免单纯地指向适用请求国法律或被请求国法律，或重叠适用两国法律，[③]从而实现解释上的自治。自治性解释应考虑公约的目标，而不是各国国内法的规定。这一方法保证公约能够在所有缔约国间统一解释和适用。[④]另一方面，《条约法公约》所规定的文本解释中，词语的上下文包括序言和附件，同时还包括“全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定”等。[⑤]在海牙国际私法会议所通过的公约中，通常在公约的制定过程中会指定专门的专家起草公约的解释报告，这些报告不仅与公约一起公布，而且会在谈判过程中反复修改。“这些解释性报告为这些公约的解释提供了一种非常宝贵的指导，而应当被理解为缔结这些公约的‘上下文’的一部分”。[⑥]例如，2005 年《选择法院协议公约》在其解释报告中专门指出：“‘民商事项’有其自治性的涵义：并不需要参考国内法或其他法律文书。民商事的国际公约均有此类限制，主要用于排除公法和刑法事项。”[⑦]从这一规定来看，自治性解释首先独立存在，不需要考虑缔约国国内法或其他国际法律文书的规定；其次，自治性解释的目的是排除公法和刑法事项。

其二，自治性解释作为独立于缔约国国内法的解释，体现于公约的审议机构在其报告和建议中不断发展这一概念。海牙公约通常规定要对公约执行情况进行审查，即海牙国际私法会议秘书长应当定期做出安排以便审查公约的执行情况，包括任何声明。[⑧]实践中，秘书长经常召开公约的特委会对于公约的执行情况进行审议，同时对于公约的发展进行总结，包括对公约的有些术语进行解释。委员会的这种解释是以报告的形式作出，而报告的本身又是各国政府专家一起起草的，不同于各国政府的解释，其是公约的权威性解释。[⑨]综观海牙公约的情况，特委会关于“民商事项”的解释主要体现在对《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的审议中。

《海牙送达公约》的解释报告指出，该术语产生了一些困难，尤其是在普通法系它没有具体的含义。[⑩]无论是在起草公约的过程中，还是在 1977 和 1989 年特委会上，都进行了激烈的争论。在 1977 年的特委会上，与会专家意识到对该术语的解释将导致在不同法系间产生严重的分歧。例如，许多普通法系国家并不刻意去区分公法与私法，或至少这种区分没有什么意义。对于这些国家，不是刑事的就是民事或商事。而民法法系国家则习惯上将刑事、税收和行政法排除在民商事件之外。专家们发现，实践中，中央机关是非常自由的，常常愿意送达公约体制下没有义务送达的一些文书，以向文书的接收者提供援助。大多数中央机关仅在是刑事和税收案件的情况下拒绝送达文书。出于上述情况的考虑，推荐一个为所有成员国所接受的统一的解决方案是不行的。专家们建议尽可能以最自由的方式来处

---

① 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年第 2 版，第 351 页。

② 参见[英]安托尼·奥斯特：《现代条约法与实践》，江国青译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 205 页。

③ *See* Report of the 1989 SC, Conclusion No. 26.

④ See Hartley /Dogauchi Report, para. 49.

⑤ 《条约法公约》第 31 条第 2 款。

⑥ [英]安托尼·奥斯特：《现代条约法与实践》，江国青译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 208 页。

⑦ See Hartley /Dogauchi Report, para. 49.

⑧ 参见《选择法院协议公约》第 24 条。

⑨ HCCH, Supporting Documents for Information Document No. 4, Document for the attention of the Special Commission of June 2016 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, June 2016, para. 63.（hereinafter “HCCH, Supporting Documents for Information Document No. 4”）

⑩ 公约的起草者最后决定不处理这个问题，留待成员国来解决。See V. Taborda Ferreira, “Rapport explicatif sur la Convention Notification de 1965”, in *Actes et documents de la Dixième session (1964)*, Tome III, *Notification*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1965, pp. 365-366.

理公约所适用的事项。[①]

1989 年，关于《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会达成了如下结论：

（1）委员会认为，“民商事项”适合于自治方式（autonomous manner）进行解释，而不是单独地参考请求国法或者被请求国法，或者重叠适用两国的法律；

（2）对于私法和公法之间的灰色区域，发展的趋势是对民商事项进行灵活解释，破产、保险和雇佣均属于这一概念的范围；

（3）相反，对于大多数国家所认为的属于公法的事项，例如，税收事项，并不因这一趋势而视为公约所适用的范围；

（4）缔约国仍可不受妨碍地在其相互关系中将《海牙送达公约》和《海牙取证公约》适用于公法案件，且不必以同一方式适用两公约。[②]

之后，2003、2009 和 2014 年特委会不仅鼓励自由和自治地解释“民商事项”的概念，[③]而且自 2003 年起特委会改变了 1989 年的观点，鼓励在《海牙送达公约》和《海牙取证公约》间一致性地适用公约。[④]

其三，自治性解释是一种自由的解释，其以法律关系的性质为标准，并适度向公私法交叉的领域扩张。这种扩张最明显的体现是：即使对那些依据法律关系的性质来进行判断后依旧模糊不清的事项，保留纳入公约适用的范围。在 2003 年《海牙送达公约》和《海牙取证公约》特委会上，委员会希望鼓励对于“民商事项”进行扩大性解释，以涵盖和证实 1989 年的结论，即对于公法和私法之间的“灰色区域”，发展趋势是对该词给予更为灵活的解释。[⑤]而且，2003 年特委会还特别提及了在一些国家，税收问题、追回犯罪所得等事项亦属于公约的适用范围。[⑥] 2009 年特委会的报告将自由解释和自治的方式放在一起，即规定“liberally and in an autonomous manner”。[⑦]2009 年和 2014 年的特委会提出对于民商事项的判断要聚焦于诉因的实体性质，而不是提出请求的机构。特委会鼓励实践中灵活的做法，焦点并不是寻求救济的性质（如惩罚性赔偿诉讼），也不是当事人的身份（如国家部门是一方当事人的诉讼）以及诉讼程序开始或即将开始的司法机构的身份（如破产法院开始的诉讼）。[⑧]实践中，这种自由的解释使公约下的民商事项呈现扩张的趋势。

尽管自治性解释独立于国内法而自治，但海牙公约的“民商事项”决定了其属于私法性条约，具体履行和实施依赖于各缔约国的法院或中央机关。虽然公约的特委会强调公约的统一解释和适用，但实践中由于各国法律制度和传统的巨大差异，公约特委会虽试图扩大公约的适用范围，但不可能强迫缔约国违背自己的法律来提供司法协助。一方面，由于公约并未具体界定“民商事项”，对于提出司法协助请求的缔约国来说，它有权根据自己的法律提出在其他国家不属于“民商事项”的请求，这既是请求国的自由，也不违反公约自治性解释的规定；另一方面，请求国的请求是否得以执行取决于被请求国对于“民商事项”范围和性质的认识，否则，被请求国就可能拒绝提供司法协助。为此，特委会鼓励各国的中央机关之间加强交流，在请求书中阐明诉因的性质。[⑨]因此，自治性解释本身就是一个悖论，一方面它不特别参考某一国国内法来解释，另一方面它又需要依靠缔约国的国内法来实施。尽管如此，自治性解释确实在一定程度上扩大了公约的适用范围。

---

① Report on the Work of the Special Commission on the Operation of the Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, Drawn Up by the Permanent Bureau, December 1977.

② See Report of the 1989 SC, No. 26.

③ Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention, 3rd ed., The Hague, 2016, para. 52.

④ See Conclusions and Recommendations of the Special Commission on the practical operation of the Hague Service, Evidence and Access to Justice Conventions (20-23 May 2014), C&R No 40 [hereinafter, “C&R of the 2014 SC”], available on the Hague Conference website at < www.hcch.net > under “Service Section”. 然而实践中，许多缔约国并没有采纳这一做法。

⑤ *See* Report of the 1989 SC, Conclusion No. 26.

⑥ C&R Nos 69~71 of the 2003 SC.

⑦ See C&R No. 40 of the 2014 SC.

⑧ See C&R No. 14 of the 2009 SC; C&R No. 41 of the 2014 SC.

⑨ C&R No. 14 of the 2009 SC.

（二）自治性解释的效果

在上述自治性解释的界定中，目的解释、自由解释都是扩大性解释。公约特委会也特别关注公约的新发展和新突破，上述特委会的报告、建议和结论都充分地说明了这一点。实践中，即使是将自治性解释限制于被请求国的自主性解释，实际上由于公约缔约国法律制度的多元性，其在一定程度上也是扩大性解释。因为在一国不认为是民商事范围内的事项，在另一国可能被认为是民商事项。这种差异性结合公约特委会强调自由解释和扩大性适用的趋势，使越来越多的事项纳入了公约的适用范围。现有一些争议领域的突破基本上都来自于被请求国法院的认可。例如，下述一些事项：

（1）破产。在 Arcalon v. Ramar 案[①]中，荷兰最高法院认为，应该对海牙取证公约的适用事项和范围作广义的解释，加利福尼亚破产法院所发出的证据请求书属于民商事的范畴。在 Pickles v. Gratzon 案[②]中，澳大利亚新南威尔士最高法院同样执行了一起破产程序的取证请求书。

（2）惩罚性赔偿。在一起惩罚性赔偿的诉讼中，德国的中央机关拒绝了美国法院送达的请求，理由是“惩罚性赔偿”不属于民商事的范畴。不过，1989 年巴伐利亚上诉法院拒绝了中央机关这一立场，认为“惩罚性赔偿”诉讼也是一个民事案件。在 1992 年针对美国法院的另一起惩罚性赔偿的案件中，[③]德国法院再次认为属于《海牙送达公约》的适用范围，尽管它认为诉讼请求数额有些过分，但债权争议的数额并不能作为区分民事和刑事的一个恰当标准。[④]同样，德国塞勒上诉法院在一起根据美国 1970 年《反犯罪组织侵蚀合法组织法》（RICO Act）主张“三倍赔偿”的诉讼中，认为该案依旧属于公约第 1 条所规定的“民商事项”范围。[⑤]

（3）反托拉斯。在 Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.案[⑥]中,英国上议院认为在伊利诺斯州发生的这起违反反托拉斯法的案件是民事案件。

（4）商标侵权和不公平竞争。在一起关于《海牙取证公约》适用的案件中，南澳大利亚最高法院认为，美国加尼福尼亚州的商标侵权和不公平竞争案件是民商事范围，裁定根据公约执行请求书。[⑦]

上述争议领域因被请求国法院的认可而进行了突破。而且即使是重叠适用请求国和被请求国法，由于缔约国的多样性，也可能扩大公约的适用。在 Re State of Norway’s Application 案的裁决中，英国上议院需要对一份取证请求书是否属于民商事范围作出认定。该案是以民事诉讼的形式提起，但包括挪威政府针对死者的遗产征收继承税的诉讼请求。英国上议院认为双重识别制度应该适用，即应根据请求国法和被请求国法来进行双重识别。而无论是在挪威还是在英国，都将税收视为“民商事项”。因此，该案取证的请求属于公约的适用范围。

民商事范围在自治性解释下的扩大化趋势在税收案件中表现非常明显。1989 年的特委会明确表明，公约扩大化的趋势“并不导致将大多数国家都视为属于公法范畴的其他案件，如税收案件等，解释为属于公约适用范围之内；”[⑧]但在 2003 年的特委会上就软化了立场，因为特委会注意到在一些国家“税收问题被视为是公约的适用范围之内”。[⑨]

总之，在海牙公约缺乏超国家法院作为监督者统一解释公约的情况下，公约解释报告所要求的自治性解释兼顾了《条约法公约》的善意解释、目的解释和文本解释，同时鼓励了成员国信息交流和交换，扩大了公约的适用范围。这一解释最大程度保证了公约的和谐适用，同时也是实现公约目标最好的方法。

---

① HR 21 February 1986, NJ 1987, 149; RvdW 1986, 50.

② (2002) 55 NSWLR 533.

③ OLG Munich, 9 May 1989, Published in part in RIW, 1989, Heft 6, p. 483.

④ OLG Munich, 15 July 1992, IPRax 1993, p. 309.

⑤ OLG Celle, 14 June 1996, IPRax. 类似的案件还有 OLG Dusseldorf, 22 July 2007, No I-3 VA 9/03, and OLG Frankfurt am Main, 8 February 2010, No 20 VA 15/09.

⑥ [1978] 1 All ER 434.

⑦ Re the Matter of the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters 1970 [2008] SASC 51 (29 February 2008).

⑧ Report of the 1989 SC, Conclusion No 26.

⑨ C&R No.70 of the 2003 SC.

四、“民商事项”在中国的运用与解释

（一）中外双边司法协助协定中的“民商事项”

截至 2019 年初，在中国所缔结的涉及民事的双边司法协助协定中，已经生效的有 39 个，其中 21 个协定对民事或民商事的范围没有进行界定，18 个协定在其第 1 条中设置专门款项对于“民事”或“民事和商事”进行了界定。

在“民事和商事”司法协助协定中，只有两个条约对于民商事范围进行了规定。《中阿根廷民商》规定“民事”一词包括劳动方面的事项；《中华人民共和国和巴西联邦共和国关于民事和商事司法协助的条约》（下文简称《中巴西民商》）则规定“民事包括劳动法事项”。

单独使用“民事”一词或者“民事和刑事”一起使用的中外双边司法协助协定有 16 个，其通常的规定形式为：

一是强调是某一类型法律所调整的对象。例如，1994 年签署的《中华人民共和国和希腊共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 1 条规定“民事”一词包括由民法、商法、家庭法和劳动法调整的事项；在目前生效的双边协定中，有 3 个协定进行了此类的规定。[①]

二是指某种类型的案件，但此种规定又可分为两种：一类直接是指某种类型的案件，如 1997 年签署的《中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条规定“民事案件”包括经济、婚姻家庭和劳动案件。在目前生效的双边协定中，有 7 个协定采用了此类规定的模式，占比较高。[②]另一类是指某种类型法律所调整的案件，如《中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条中规定，“‘民事案件’系指民事法、婚姻法、商法和劳动法方面的案件”；《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 1 条中规定，“民事案件”包括“商法、婚姻法和劳动法等范围内有关财产权益和人身权利的案件”。

三是直接规定是某种事项。如《中华人民共和国和越南社会主义共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条规定，“民事”一词应理解为包括“商事、婚姻、家庭和劳动事项”。在目前生效的双边协定中，有 4 个协定采纳了此类规定。[③]

上述规定方式尽管大同小异，在内容上没有实质的区别，但出于条约案文一致性的考虑，我国的相关表述应采纳第三种表述较好。对于某种类型法律所调整的“事项”或“案件”，由于现代商事法律经常规定一些行政或刑事法则，相关事项可能并不完全属于民商事范畴。而直接罗列民商事的范围较为简单明了。对于其具体内容，在规定民商事范围的 18 个双边司法协助协定中，相关术语的涵盖范围如下表：[④]

序号	条约	民事	商事	经济	婚姻家庭	劳动
1	中白俄罗斯民刑	√	√	√	婚姻家庭	√
2	中越南民刑	√	√		婚姻、家庭	√
3	中保加利亚民	√	√		家庭法	√
4	中比利时民	√	√		婚姻	√
5	中波兰民刑	√	√		婚姻	√
6	中俄罗斯民刑	√	√		婚姻家庭	√

① 另外两个协定是《中保加利亚民》第 1 条、《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第 1 条。

② 另外 6 个协定为：《中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和吉尔吉斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条。

③ 《中越南民刑》第 1 条、《中华人民共和国和比利时王国关于民事司法协助的协定》第 1 条、《中华人民共和国和立陶宛共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条、《中华人民共和国和蒙古人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约》第 1 条。

④ 图表简写的中外双边司法协助协定，在本文中均可以找到全称。表中的“婚姻家庭”“婚姻”“家庭”是协定中所使用的术语。

7	中意大利民	√	√		婚姻	√
8	中哈萨克斯坦民刑	√	√	√	婚姻家庭	√
9	中吉尔吉斯民刑	√	√		婚姻家庭	√
10	中立陶宛民刑	√	√		婚姻、家庭	√
11	中蒙古民刑	√		√	婚姻	√
12	中塔吉克斯坦民刑	√		√	婚姻家庭	√
13	中罗马尼亚民刑	√	√		婚姻	√
14	中乌克兰民刑	√	√	√	婚姻家庭	√
15	中乌兹别克斯坦民刑	√		√	婚姻家庭	√
16	中希腊民刑	√	√		家庭	√
17	中阿根廷民商	√	√			√
18	中巴西民商	√	√			√

从上表可以看出，民事是基本范畴，商事、婚姻家庭、劳动事项得到了基本的肯定，而经济事项则只在 18 个协定中的 5 个事项中得以规定。尽管如此，这类规定并不是官方对于民事的界定，而是谈判中的折中和妥协。

首先，尽管我国没有专门的《商法典》，但“商事”事项包含进中外民事司法协助协定的范围并无分歧。对于双边协定中没有言明“商事”事项的，相关国家主要是民商合一国家，民事包含商事事项；而特别突出“商事”的主要是民商分立的国家，避免在概念上产生过多的分歧而使用。“‘商法’这一概念应该理解为系指我国调整平等主体之间在生产经营活动中产生的财产关系的经济法律规范，但不包括调整经济行政关系的法律规范。”[①]

其次，考虑到行政法并不属于“民事”的范畴，因此，关于中外司法协助协定中“经济”事项应该理解为与经济有关的私法事项，而不应该包含经济行政法所调整的内容。

再次，关于婚姻家庭事项，传统而言，民事应该自然包含婚姻家庭方面的事项，但由于各国在“婚姻法”“家庭法”“亲属法”上理解有着重要分歧，因此，在罗列时也有着很大的差异。有意思的是，由于我国婚姻法[②]含有外国家庭法所规定的内容，“我国与外国缔结的司法协助条约中对这一概念的表述，中文文本为‘婚姻法’，外国文本则一般采用‘家庭法’一词。缔约双方在谈判中确认，中文文本的‘婚姻法’与外文文本的‘家庭法’的实质含义是一致的。”[③]

最后，关于劳动事项，尽管表述中有“劳动案件”“劳动法调整的事项”“劳动事项”或“劳动方面的事项”，但更多的是指与雇佣合同有关的案件，而不包括行政机关处理的劳动纠纷案件或者当事人与劳动行政管理部门之间的行政诉讼案件。[④]

综上 18 个规定民商事范围的司法协定中，其所涵盖的范围尽管表述不一，但均包括民商事项，术语的不同更多的是因为谈判对象的差异而有所区别，在实质内容和范围上，和那些没有具体界定“民商”“民事和商事”的司法协助协定没有本质的区别。采用列举的形式简要概括民事的范围，主要是“使有关缔约方不致由于本国法律部门的划分不同而缩小民事司法协助所应当包括的范围。”[⑤]但这些协定在侧面上也反映了我国的立场，即除相关的刑事和行政案件外，其他事项应该属于民商事的范畴。至于具体的某一案件是否属于民商事范围，仍需要由我国的法院或相关机关来进行认定。当然，标准和依据依旧是客观之需。

（二）“民商事项”的识别依据和认定标准

在涉外案件的处理中，一个案件是什么性质，是个识别问题，首先需要找到识别的法律依据，然后根据该法律规定的判断标准来定性案件的性质。而根据《涉外民事关系法律适用法》第 8 条的规定：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”根据这一规定，对于我

[①] 徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年第 2 版，第 14 页。
[②] 参见《婚姻法》第 3 章第 13-30 条。
[③] 徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年第 2 版，第 19 页。
[④] 同上。
[⑤] 同上，第 18 页。

国法院审理的民事案件是何种性质的法律关系，主要是适用我国法律的规定。进一步而言，由于“民商事项”的权衡涉及到公私法的划分，涉及到我国民事、行政和刑事的范围，是法律制度层面最基础性的内容，属于法律基本原则的范畴。且公私法交叉的灰色区域，大都属于一国强行法规则的范畴。根据《涉外民事关系法律适用法》第 4 条的规定，中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。这些规定无疑都是适用我国法律的理由和依据。

就司法协助而言，尽管我国《民事诉讼法》第 260 条规定，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定”，考虑到前述所讨论的国际公约和中外双边司法协助协定中并没有对“民商事项”的范围进行明确界定，尽管海牙公约规定了自治性解释，实践中无疑有待我国相关机关具体落实和处理。进一步来说，人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。[①]对于不属于我国民事诉讼程序法规定范围内的程序行为，而是属于行政诉讼程序或刑事诉讼程序范围内的事项，我国可以拒绝司法协助。因此，作为被请求国的法律，其依旧是我国在协助外国进行司法活动时判断是否属于民商事项的最终依据。

关于案件性质的判断，前述介绍了三种认定案件性质的标准，结合我国法律和法院的实践可分析如下：

一是法院的性质。在我国法院审理涉外案件或向国外请求司法协助时，若依法院的性质进行判断，则很难认定案件的性质。就法院的审判业务庭来说，2006 年《人民法院组织法》规定了我国基层人民法院可以设刑事审判庭、民事审判庭和经济审判庭；除前述三个审判庭外，中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院还可以设置其他需要设置的审判庭。[②]2018 年修订的《人民法院组织法》去除了关于审判庭设置的规定，但在第 2 条中规定人民法院审判“刑事案件、民事案件、行政案件以及法律规定的其他案件”。由此可以看出，我国法院的案件主要由刑事、民事和行政案件组成。各级人民法院都有审理这些案件的职能。近年来，我国设立了越来越多的专门人民法院，包括军事法院和海事法院、知识产权法院、金融法院、互联网法院；[③]最高人民法院还专门设立了巡回法庭、国际商事法庭等。[④]有些专门性的法院专门审理刑事案件，如军事法院；而有些则只能审理民事和行政案件，如金融法院和互联网法院；而知识产权法院在设置时似乎考虑了三审合一的情形，即民事、行政和刑事三审合一。[⑤]由是观之，仅根据法院的性质或法庭的性质很难判断一起案件是民事、行政还是刑事案件。在中国法院请求司法协助时，外国法院也很难知悉中国法院的性质设置。同样，在对外提供司法协助时，不管是我国的联络机关还是负责的法院，也都难以了解外国法院的性质；

二是当事人的性质。在我国，以国家作为一方当事人的案件来说，既涉及行政赔偿之诉，也涉及刑事赔偿。[⑥]而国债权利确认纠纷、国债交易纠纷、国债回购合同纠纷又属于民事案件的范围。[⑦]因此，以当事人的性质为标准也难以就此区分案件的性质。

三是法律关系的性质。根据最高人民法院关于案由的规定，目前主要分为民事、刑事、行政和执行案件，以民事涵盖相关的商事纠纷。2011 年最高人民法院发布了修改后的《民事案件案由规定》[⑧]，该规定以民法理论对民事法律关系的分类为基础，结合现行立法及审

---

① 《民事诉讼法》第 279 条。

② 2006 年《人民法院组织法》第 18、23、26、30 条。

③ 参见 2018 年《人民法院组织法》第 15 条。

④ 参见 2018 年《人民法院组织法》第 19 条。

⑤ 《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》虽主要规定了民事和行政案件，但在第 2 条中也保留了“最高人民法院认为应当由知识产权法庭审理的其他案件”的规定。参见《最高人民法院关于知识产权审判工作情况的报告》，2012 年 12 月 25 日发布。

⑥ 具体可参见《国家赔偿法》的规定。

⑦ 参见最高人民法院《民事案件案由规定》的“二十四 证券纠纷”。

⑧ 2007 年 10 月 29 日最高人民法院审判委员会第 1438 次会议通过；根据 2011 年 2 月 18 日《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》（法〔2011〕41 号)第一次修正。

判实践，将案由的编排体系划分为十大部分作为第一级案由。[①]关于案由的确定标准，最高人民法院特别说明：

“民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。鉴于具体案件中当事人的诉讼请求、争议的焦点可能有多个，争议的标的也可能是多个，为保证案由的高度概括和简洁明了，修改后的《民事案件案由规定》仍沿用 2008 年《民事案件案由规定》关于案由的确定标准，即对民事案件案由的表述方式原则上确定为‘法律关系性质’加‘纠纷’，一般不再包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。”[②]

从上述案由规定可以看出，我国确定民事案件的案由主要是依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。在刑事附带民事诉讼的情况下，案由会出现“附带民事赔偿纠纷”或根据最高人民法院《民事案件案由规定》来确定。在需要外国执行时，刑事和民事部分是可以分割的，因此，也是可以依据双边司法协助协定来进行执行的。

而对于行政案件，其案由的构成要素和确定方法与民事案件不同，行政案件的案由分为：作为类案件、不作为类案件、行政赔偿类案件。前两类案件与民事案件容易区分，而对于行政赔偿案件，其可以分为两种情况，即一并提起行政赔偿和单独提起行政赔偿。首先，对于一并提起的行政赔偿案件，在被诉具体行政行为案件案由后加“及行政赔偿”。例如，“工商行政登记及行政赔偿”“诉公安机关不履行保护人身权法定职责及行政赔偿”。其次，对于单独提起行政赔偿的案件，案由的确定方法为“行政管理范围+行政赔偿”。以税务工作人员在执法中致人伤亡单独提起行政赔偿之诉为例，如“税务行政赔偿”等。[③]这些表述清楚地表明其不属于民商事的范围。有意思的是，我国近年来也表现出利用海牙公约扩大寻求司法协助的趋势。例如，2004 年 7 月 20 日，最高人民法院办公厅通知指出：“对于需要向海牙民商事送达公约成员国送达涉外行政案件司法文书的，可参照 1965 年订立于海牙的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》和我国国内相关程序向有关外国提出司法协助请求，通过公约规定的途径送达。”[④]这一通知的目的很清楚，即当今世界的一些国家并没有特别区分民事和行政诉讼程序，并不反对利用《海牙送达公约》送达行政案件的相关文书，海牙公约是一个可以利用的送达渠道。[⑤]这一规定并不意味着我国扩大“民商事项”的范围。

针对前述国际社会普遍关注的国家和政府作为一方当事人所参与的诉讼中，我国《国家赔偿法》对刑事赔偿、行政赔偿作出了明确规定，与民事案件在国内的诉讼法上区分比较清晰。但在国际范围，我国目前的行政赔偿可能存在是否属于“民商事项”的认定问题。毕竟，在英美法系国家，行政赔偿依旧适用的民事诉讼程序；而且在欧盟，许多传统的行政案件也有着新的突破。在此问题上，首先，就主体而言，国家应该和国有企业区分出来，后者即使在某种程度上提供公共服务，但依旧是市场中的商业主体。而且国家与国有企业的区分，也是我国在处理涉外纠纷中的一贯立场。[⑥]其次，对于国家和政府机关所参与的案件中，如果一方当事人是以行使公权力行事，则争议就不能识别为“民商事项”。而对于“公权力行事”则可以适当考虑海牙判决公约在起草过程中所曾经达成的标准，即（1）诉讼请求所基于的行为是私人所从事的行为；（2）当事人所声称的损害是私人所承受的损害；（3）所请求的救济是私人针对相同行为所产生的相同损害而寻求的那一类型救济。

总体而言，“民商事项”的界定关涉到民事、行政和刑事的划分。按照我国目前法院的组织机构以及诉讼实践，以法律关系的性质不仅契合我国当前的司法实践，也是国际社会的共通做法。在对具体案件性质判断上，我国法律应该是履约机关作出判断的法律依据。“法律关系的性质+被请求国法”模式应该是我国处理涉外案件判断“民商事项”范围的最终选择。当然，实践永远会走在理论的前边，对于一些特殊的涉外案件，本国的法律制度是判断的

[①] 即人格权纠纷，婚姻家庭继承纠纷，物权纠纷，合同、无因管理、不当得利纠纷，劳动争议与人事争议，知识产权与竞争纠纷，海事海商纠纷，与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷，侵权责任纠纷，适用特殊程序案件。

[②] 参见《最高人民法院关于印发修改后的<民事案件案由规定>的通知》，2011 年 2 月 18 日。

[③] 《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》，法发[2004]2 号，2004 年 1 月 14 日。

[④] 《最高人民法院办公厅关于向外国送达涉外行政案件司法文书的通知》，法办[2004]346 号，2004 年 7 月 20 日。

[⑤] 参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年第 2 版，第 20 页。

[⑥] 参见韩德培主编：《国际私法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社 2014 年版，第 72 页。

法律依据，在此前提下，顺应公约的自治性解释，扩大司法协助的范围也应是我国寻求国际司法合作的趋势。

五、结论

从上述的讨论可以看出，在国际社会，由于各国法律传统的不同，“民商事项”既牵涉到公法和私法的划分，也牵涉到民事、刑事和行政诉讼的区别。在大陆法系认为属于公法领域的案件，例如行政案件，在英美等国则经常被纳入民事诉讼的范畴。在此基础上，要形成国际上统一的规则似乎不具有可行性。

鉴于此种情形，不仅是区域性国际组织的欧盟还是全球性国际组织的海牙国际私法会议等，都要求自治性地解释“民商事项”。自治性解释实际上在某种程度就是自由的解释，也是一种扩大的解释，它不依靠某一国的国内法，不论该国是请求国还是被请求国。但由于相关国际文书缔约国法律制度的多元性，在一国不认为是民商事项在另一国在可能是民商事范围的内容。再加上公约的特委会比较关注公约适用范围的扩张，经常收集公约的新发展和新突破，在某种程度上扩大了公约的适用范围，也扩大了“民商事项”的范围。

在具体的判断标准上，法院的性质、当事人的性质已经被放弃，法律关系的性质成为判断案件的性质的核心标准，但现有的实践中依然会进一步考虑当事人诉讼的基础、适用法律的性质等因素。而对于最为复杂的国家或政府机关作为一方当事人的案件中，并不因为其身份而识别为公法事项，具体要以其是否以“公权力行事”来进行判断。如果所从事的是私人能够从事的行为，且并不涉及公权力，则依旧属于“民商事项”的范围。

作为国际社会的一部分，我国的实践并没有过多的特殊之处。“被请求国法+法律关系的性质”是我国判断民商事范围的基本模式。尽管现有的双边司法协助协定对于“民事”的概念进行了一些罗列，但这并不是官方的定义，而是谈判中的需要和妥协。但考虑到我国近年来所主张的深化改革开放、“一带一路”倡议、自由贸易区的建设等大的政策背景中，在维护法律基本原则的底线下，逐步扩大民商事领域的合作也是国家发展之需。可以预见，民商事范围不断扩张也应该是我国未来民事司法国际合作的发展趋势之一。

9.国际商事合同中的经济制裁条款效力研究

杜涛*

摘要：近年来，联合国、欧盟、美国等国际组织和有关国家越来越频繁地对一些国家和机构实施严厉的经济制裁，给国际商事交易带来了很多不确定风险。这些经济制裁措施通常是禁止有关国家的公司和自然人向有关国家提供特定商品和服务。由于商事交易的全球化，交易商很难保证自己的交易伙伴不会卷入与受制裁国的交易，从而使自己遭受惩罚。为了避免这种风险，一些交易商在合同中增加了经济制裁条款，主要目的是要求合同对方不得卷入与受制裁国之间的交易，否则将承担合同所有责任。从国际私法角度看，这种经济制裁条款是否具有效力，取决于法院地、合同准据法和制裁来源的不同而有所不同。在国际交易中，当事人在合同中设置经济制裁条款时，应妥善地安排法律选择条款并选择适当的法院地。

关键词：经济制裁；制裁条款；合同准据法；不可抗力

Effect of the Economic Sanctions Clause in International

* 杜涛，男，1971 年生，华东政法大学国际法学院副院长、教授、博士生导师。 邮箱：2518@ecupl.edu.cn, 电话：18964606902；地址：上海市万航渡路 1575 号 40 号楼 202，邮编 200042

项目来源：本文为中国法学会 2017 年度部级法学研究重点委托课题《金砖国家应对国际经 济制裁法律政策协调机制研究》（项目号：CLS[2017]ZDWT19）成果。

Commercial Contract

Du Tao

Abstract：The use of sanctions clause has become a problematic issue for banks involved in international trade transactions and particularly letters of credit. Sanctions are imposed by the United Nations, the EU Council and individual countries. Sanctions may prohibit dealings with specific countries, persons, ships, aircraft or goods especially with respect to import and export licensing of technology or controlled goods. The enforceability of sanctions is a question to be decided by courts or national regulators or administrative agencies and is not an issue that can be addressed by rules of banking practice. Banks that operate in many different countries and jurisdictions are often subject to many conflicting regulatory requirements, and as such formulate policies to mitigate these legal risks. It is often not obvious that a bank operating in one country may be subject to regulations of another country that will affect their ability to complete a transaction containing cross-border elements.

Keywords：economic sanction, sanction clause, applicable law of contract, force maje ure

一、经济制裁法律风险与制裁条款

经济制裁是一种非暴力的强制力。二战后联合国成立，废除了武力作为国家间解决冲突 的手段。但是通过外交和法律等和平手段解决国际争端总有失灵的时候，于是国际法上便出 现使用经济强制措施的需要。根据《联合国宪章》第七章，安理会可以采取行动维持或恢复 国际和平及安全。根据《宪章》第 41 条，安理会可以采取的强制办法包括一系列可供选择
的不涉及使用武力的经济制裁措施。自 1966 年以来，安理会共设立了 26 个制裁委员会。[①]

美国学者霍夫鲍尔把经济制裁定义为“蓄意的、由政府发起的断绝或威胁断绝惯常贸易
或金融关系的行为。”[②] 一般来说，经济制裁包括冻结制裁对象国的账户存款、其它资产和预期应得的经济利益(援助款项等)，取消制裁对象享有的优惠贸易条件和受援项目，限制、禁止与对象国的部分或全部商品交易以及其它经贸往来等繁多的方式。经济制裁包括集体经济制裁和单边经济制裁。集体经济制裁是指由联合国安理会根据《联合国宪章》的有关规定所实施的经济制裁行动。单边经济制裁则是指由单个国家根据国内法对他国实施的经济制裁。[③]美国财政部下设的“海外资产管制办公室”（OFAC）专门负责对外国和恐怖主义组织的制裁计划。目前，美国仍然对朝鲜、古巴、伊朗、俄罗斯、叙利亚等国家实施经济制裁，同时对多个国际恐怖主义团体和毒品走私团体实施经济制裁。[④]欧盟也将对外经济制裁作为共同外交政策的一部分。目前，有数十个国家都被列在欧盟对外经济制裁的名单之中。[⑤]

[①] 参见联合国安理会制裁委员会官方网页：https://www.un.org/sc/suborg/zh/sanctions/information，2018 年 2 月 20 日访问。

[②] 霍夫鲍尔等著：《反思经济制裁》（第三版），杜涛译，上海人民出版社 2011 年版，第 1 页。

[③] 杜涛：《国际经济制裁的国际法问题研究》，法律出版社 2015 年版，第 30 页。

[④] 参见美国财政部官方网站：
https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/faq_10_page.aspx，2018 年 2 月 20 日访问。

[⑤] 参见欧盟官方网站：https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/restrictive_measures-2017-08-04.pdf，2018 年 2 月 20 日访问。欧盟迄今仍然对中国实施武器禁运。

经济制裁的威力并不亚于传统的武力打击，因此也被视为“看不见的战争”。[①]伊拉克前驻英国、美国和联合国大使阿尔·安巴里（Al-Anbari）就深有体会地说：“实际上，经济制裁从来就不是和平的,而是比军事行动更为致命和更具有破坏性”。[②]正因如此，美国及其他西方国家在冷战后越来越频繁地运用经济制裁作为推行其对外政策的有效手段。

我国正在大力推行的“一带一路”倡议致力于“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”沿线国家的互联互通，实现沿线各国多元、自主、平衡、可持续的发展。“一带一路”倡议的实施将推动沿线各国发展战略的对接与耦合，发掘区域内市场的潜力，促进投资和消费，创造需求和就业，增进沿线各国人民的人文交流与文明互鉴，让各国人民相逢相知、互信互敬，共享和谐、安宁、富裕的生活。然而我们应当看到,“一带一路”沿线国家恰恰是目前受到联合国和西方国家经济制裁影响最多的国家。联合国安理会所设立的 26 个制裁委员会针对的国家几乎全部位于“一带一路”沿线。美国和欧盟制裁的重点国家，除了古巴等少数国家之外，也大都位于“一带一路”沿线。

层出不穷的经济制裁措施给参与“一带一路”建设的国际贸易当事人带来巨大的法律风 险。经济制裁作为一种外交手段服务于政治和经济目的，具有强制效力。我国作为联合国安 理会常务理事国，对于安理会通过的经济制裁措施，有义不容辞的履行义务。我国政府部门 也及时地向我国企业通报联合国制裁措施，我国企业违反我国经济制裁措施的法律风险是很 小的。[③]但是我们要看到，美国和欧盟等西方国家实施的单边经济制裁措施往往超越了联合 国授权的范围，成为这些国家实现国内政治目的的工具，一些中国企业往往会在无形之中成 为这些制裁措施的牺牲品，主要原因在于：一方面，由于不同国家实施不同的经济制裁措施， 国际贸易商有时候很难判断到底应该遵守哪个国家的制裁措施。另一方面，由于国际贸易交 易当事人来自不同国家或地区，不同国家制定的经济制裁措施具有不同的地域和时间范围， 针对不同的对象，国际贸易商需要在交易之前预先判断自己的交易活动或交易对象是否属于被制裁范围，这使得交易商疲于应对。此外，有些国家所制定的经济制裁法令具有所谓的域外效力，可以约束非本国企业和个人。这更使得国际贸易中的经济制裁风险具有不可预测性。

比如，2017 年 11 月发生的“永嘉轮”向朝鲜输油被韩国扣押事件中，“永嘉轮”虽然是港籍船舶，属于中国香港永嘉船务有限公司所有，但是该船被注册于马绍尔群岛公司的台湾比利恩油品公司租用。比利恩优品公司非法向朝鲜船舶输油的行为违反了联合国对朝鲜制裁的决议，但是，香港永嘉船务有限公司却成了本案中的“替罪羊”。永嘉船务有限公司在将船舶租赁给比利恩公司的时候，就承受了经济制裁的风险。我国中兴通讯、长城工业总公司、新时代科技有限公司、北方工业公司、洪都航空工业公司、中国机电进出口公司、中国冶金设备总公司、中国电子进出口总公司、中国航空技术进出口总公司和淄博贝特化工设备公司等数十家中国企业实施过类似制裁措施。

为了化解上述各种法律风险，国际上一些大的交易商开始在合同中制定出一些专门针对经济制裁的格式条款以免除自己可能面临的法律责任。这种条款被称为“经济制裁条款”（Economic Sanction Clause）或简称为“制裁条款”（Sanction Clause）。比如在买卖合同中，卖方可以在买卖合同中加入这样一项制裁条款：“买方宣布已知悉由美国、联合国和欧盟所实施并随时更新的所有经济制裁法律、反禁运法律和贸易限制措施，并保证在履行本合同

[①] Joy Gordon, Invisible War: The United States and the Iraq Sanctions, Harvard University Press (April 15, 2010).

[②] A. Amir Al-Anbari, The Impact of United Nations Sanctions on Economic Development, Human Rights and Civil Society, in United Nations Sanctions and International Law, Vera Gowlland-Debbas ed. (2001), p.371.

[③] 例如，为了执行联合国安理会第 2375 号决议，中国人民银行发布了《关于落实执行联合国安理会相关决议的通知》，银发[2017]187 号；商务部和国家工商行政管理总局也发布了《关于执行联合国安理会第 2375 号决议关闭涉朝企业的公告》，商务部公告 2017 年第 55 号。

时遵守之。此项保证适用于但不限于所指定的船舶，无论其归何人所有、控制、运营或承租，也适用于买方的任何跟单指示和中间银行以及任何与履行本合同有关的其他个人、公司或企业。如果买方或买方根据本条款所做保证中涉及的任何个人、公司和实体违反了上述经济制裁法、反禁运法和/或贸易限制措施，无论是有意还是无意，从而给卖方或其委托人或分支机构造成损害，买方应向卖方给予赔偿并使其免受任何损害。本合同任何条款都不得被解释为要求任一方当事人实施某项行为从而可能使其不遵守或违反上述法律或限制措施。卖方任何时候都有权拒绝或撤销对指定船舶的接受，只要发现接受对该轮船的指定会使其或其分支机构不遵守或违反上述法律或限制措施。买方在此情况下应另行指定一艘完全符合合同的替代船舶。”

二、经济制裁条款的形式和内容

（一）国际贸易支付中的制裁条款

经济制裁除了贸易禁运以外，最为严厉的当属金融制裁（Financial Sanctions）。美国凭借着美元在国际金融和贸易中不可替代的地位，将金融制裁作为最有效的制裁手段。其他国家的金融机构一旦被列入美国制裁名单，会对银行的金融业务带来严重风险。2012 年美国政府宣布，中国昆仑银行因为与伊朗银行有业务往来而被列入制裁名单。该银行被控与伊朗银行进行了交易并为其提供金融服务，而伊朗银行属于美国的制裁对象。美国财政部表示， 将切断昆仑银行与美国金融系统的联系，禁止其涉足美国金融体系。美国政府还要求任何在 这两家银行开设账户的金融机构必须在 10 天之内关闭。2017 年 6 月 29 日，丹东银行也因涉嫌为朝鲜政府洗钱而被列入美国制裁名单。

银行等金融机构为了规避制裁风险，开始在交易中设置制裁条款。以信用证为例，根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600，2007 年版）第 2 条，信用证（Letters of Credit）意指一项约定，无论其如何命名或描述，该约定不可撤销并因此构成开证行对于相符提示予 以兑付的确定承诺。根据信用证的表明真实性原则，银行只要审查单证一致，就应当向提示 人支付信用证项下的款项，而不需要对交易的内容进行审查，也不对交易本身是否违法承担 责任。但是，欧美国家的经济制裁措施却对信用证的这一特性构成了挑战。银行一旦承兑了 来自受制裁国家企业提交的信用证，就可能会违反有关国家的制裁法令，从而自己也会受到制裁。

为了规避这一风险，2010 年 3 月，国际商会银行委员会反洗钱工作组发布了《关于在受 ICC 规则支配的与贸易有关业务中（例如信用证、跟单托收和担保）使用制裁条款的指导意见》，其中对信用证中的制裁条款做了统一规定。该《指导意见》中列举了几种制裁条款：

1、简单的通告式制裁条款：“信用证如果违反了应遵守的反抵制、反洗钱、反恐怖、反毒品走私和经济制裁的法律和条例，则该信用证的提示将不被接受。可适用的法律因交易的不同而有别，包括联合国、美国以及/或本地法律。”[①]

2、排除银行义务的制裁条款：“（银行）遵守美国、欧盟和联合国发布的国际制裁法律和条例（以及适用于开证机构的本地法律和条例）并促进该法律和条例的执行。（银行）在某些情况下采纳了超出该法律和条例要求的格式条款。因此，如果出现了美国、欧盟、联合国或本地制裁名单上的任何人（自然人、公司或政府），或者牵涉到古巴、苏丹、伊朗或缅甸或任何这些国家的政府代理人，则（银行）不承担本信用证项下的支付义务或者履行

[①] Guidance Paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products (e.g. Letters of Credit, Documentary Collections and Guarantees) subject to ICC Rules, Document prepared by the Anti Money Laundering Task Force, ICC Banking Commission, Document No.470/1129 rev – 26 March 2010.

本信用证（包括但不限于处理单据或通知该信用证）。”[①]

3、更复杂的制裁条款：“政府、政府机构或部门、监管者、中央银行和/或跨国组织（包括联合国和欧盟）发布的贸易和经济制裁措施对涉及以下国家或这些国家境内居民的交易产生影响：巴尔干地区、白俄罗斯、科特迪瓦、黎巴嫩、利比亚、卢旺达、塞拉利昂、索马里、叙利亚、刚果民主共和国、乌兹别克斯坦、阿富汗、伊朗、伊拉克、缅甸、朝鲜、古巴、津巴布韦和苏丹。开证行及其所有相关分支机构均应遵守并受该制裁措施的制约。在出示单据给开证行议付或承兑任何与本信用证有关的交易之前，如果该信用证涉及制裁措施所针对的国家或个人，请联系开证行予以说明。与开证行有关的交易或金融服务如果受到制裁措施的影响，无论是直接还是间接，由此导致的任何损失或损害，开证行不承担任何责任。不能要求开证行履行本信用证项下的任何义务，如果开证行经过审慎判断发现会违反或触犯任何制裁措施。即使与国际商会跟单信用证统一惯例有不一致之处，本条款亦应适用。”[②]

（二）保险合同中的制裁条款

金融制裁对保险业务也有很大影响。联合国安理会第 2321 号决议就规定：“所有会员国都应禁止从本国领土或由受其管辖的个人/实体为与朝鲜进行贸易提供公共和私人金融支持以用于与朝鲜的贸易，包括向涉足此类贸易的国民或实体提供出口信贷、担保或保险。”[③]联合国安理会第 1929 号决议也要求成员国在有合理存疑时不向伊朗提供包括保险和再保险在内的金融服务。[④]美国 2010 年《综合伊朗制裁、问责和撤资法》和《伊朗金融制裁条例》禁止向伊朗石油交易提供保险、再保险和其他金融服务。[⑤]欧盟通过的对伊朗制裁的第 2010/961 号条例禁止向伊朗个人或企业提供保险服务。[⑥]克里米亚危急之后，美国和欧盟等国对俄罗斯实施的经济制裁包括对俄罗斯金融机构的限制。2014 年 4 月 1 日，摩根大通公司拒绝俄罗斯驻哈萨克斯坦大使馆向俄罗斯索盖斯保险公司（Sogaz）转账汇款，其中的理由就是这可能违反美国等国对俄罗斯的制裁措施。

国际上很多保险公司和保险公会为了规避制裁风险，也颁布了自己的格式制裁条款。其中，国际保险业协会（International Underwriting Association）与劳埃德市场委员会（LMA）于 2011 年联合发布了一项“制裁限制与排除条款”（ Sanction Limitation and Exclusion Clause），其规定如下：“如果保险人或再保险人的理赔会导致保险人或再保险人遭受联合国决议项下的任何制裁、禁令或限制措施或者遭致欧盟、英国或美国法律或规章项下的贸易和经济制裁，则保险人或再保险人可以不予提供理赔或承担支付保险金的义务。”[⑦]2015 年，国际保险业协会又推出了一项“国际制裁条款”（International Sanctions Clause），规定：“（再）

[①] Guidance Paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products (e.g. Letters of Credit, Documentary Collections and Guarantees) subject to ICC Rules, Document prepared by the Anti Money Laundering Task Force, ICC Banking Commission, Document No.470/1129 rev – 26 March 2010.

[②] Guidance Paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products (e.g. Letters of Credit, Documentary Collections and Guarantees) subject to ICC Rules, Document prepared by the Anti Money Laundering Task Force, ICC Banking Commission, Document No.470/1129 rev – 26 March 2010.

[③] UN S/RES/2321（2016），第 32 段。

[④] UN S/RES/1929 (2010), 第 21 段。

[⑤] Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act 2010, Sec. 102; Iranian Financial Sanctions Regulations, Sec. 561. 201.

[⑥] Council Regulation (EU) 961/2010, Art. 5, 26.

[⑦] No (re)insurer shall be deemed to provide cover and no (re)insurer shall be liable to pay any claim or provide any benefit hereunder to the extent that the provision of such cover, payment of such claim or provision of such benefit would expose that (re)insurer to any sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the EuropeanUnion, United Kingdom or United States of America. 参见国际保险业协会官方网站：
http://www.iuaclauses.co.uk/site/cms/contentDocumentView.asp?chapter=5，2018 年 2 月 20 日访问。

保险人不会提供赔付、承担任何赔偿责任或提供任何保险利益，如果那样做会使该（再）保险人（或者其母公司、直接或间接控股公司等）承受任何所适用的贸易和经济制裁法律或条例中所规定的惩罚或限制（包括那些与保险人或再保险人所适用的法律不相抵触的具有域外效力的惩罚或限制）。”[①] 德国保险人协会（GDV）也制定了自己的“制裁条款”（Sanctions Clause）[②]正如国际保险业协会在其解释报告中所说，这种制裁条款的目的是为了确保保险合同能够明确遵守各种制裁法律。它表明，保险合同的缔约方在订立合同时已经关注到对各种经济制裁措施的服从，并且规定了违反制裁措施的合同法上的责任。[③]

（三）租船合同中的制裁条款

由于联合国和美国以及欧盟近年来加强了对伊朗、朝鲜、叙利亚等国的经济制裁，给国际海运当事人也带来了很大的法律风险。比如，安全理事会 2017 年 9 月 11 日第 8042 次会议通过的第 2375(2017)号决议规定如下：“13.决定所有会员国须禁止经由本国领土或由本国国民，或使用悬挂本国国旗的船只或飞机，直接或间接向朝鲜供应、销售或转让任何冷凝液和液化天然气，而不论它们是否源于本国领土，决定朝鲜不得采购这些物资；14.决定所有会员国须禁止经由本国领土或由本国国民，或使用悬挂本国国旗的船只或飞机，直接或间接向朝鲜供应、销售或转让所有精炼石油产品，而不论它们是否源于本国领土，决定朝鲜不得采购这些产品。”上述条文表明，受该决议限制的对象包括“本国国民，或使用悬挂本国国旗的船只或飞机”。就“永嘉轮”而言，由于它悬挂了中国国旗，因此从表面上看就违反了联合国上述决议。2017 年 6 月 29 日，中国大连宇联船务有限公司也被美国财政部列入受制裁名单，理由是该公司涉嫌向朝鲜运输违禁品。

另外，根据美国 2010 年《全面伊朗制裁、归责和撤资法》[④]，外国企业被禁止向伊朗销售或提供精炼石油产品，船东在将船舶提供给承租人时，必须调查清楚承租人所从事的运输业务不涉及上述受制裁的行为，否则船东也将受到制裁。

为了应对这种法律风险，各国船东都纷纷修改自己的租船合约，增加制裁条款以规避可能的法律责任。制裁条款的目的是帮助船东评估可能遭受的制裁风险并作出应对。

波罗的海国际航运公会（BIMCO）[⑤]与船东保赔协会国际集团(International Group of P&I Clubs)合作起草了一项定期租船合约中的标准制裁条款（BIMCO Sanctions Clause for Time Charter Parties）供其会员选择采用。[⑥]该条款也称“OFAC 服从条款”（OFAC Compliance Clause），它是从有利于船东的角度来制订的。它规定，如果任何运输、贸易或航运活动导致船舶、船东、管理人员、保险人或再保险人遭受有关国家或联合国或其他国际组织的制

---

① The (re)insurer will not provide cover, be liable to pay any claim or provide any benefit if to do so would expose the (re)insurer (or any parent company, direct or indirect holding company of the (re)insurer) to any penalty or restriction [including extraterritorial penalties or restrictions so far as such do not contradict laws applicable to the (re)insurer], arising out of any trade and economic sanctions laws or regulations which are applicable to it.

② 参见德国保险人协会网站：http://www.tis-gdv.de/tis/bedingungen/avb/sanctions_clause.pdf，2018 年 2 月 20 日访问。

③ International Sanctions Clause (Commentary), IUA 09-065.

④ HR 2194 号法令。

⑤ 波罗的海国际航运公会，英文全称为 The Baltic and International Maritime Council, 简称 BIMCO，是一个具有 100 多年历史且目前是世界上最大的、运营最多样化的国际航运组织。作为一个知名的航运非政府组织（NGO），BIMCO 与其他海运组织联系非常紧密，在诸多联合国机构中担任观察员，如国际海事组织（IMO）、联合国经济及社会理事会（ECOSOC）及国际商会（ICC）等。同时，BIMCO 与欧盟、美国及亚洲的海运管理者、政策制定者以及其他利益方之间也始终保持着密切的沟通。目前，BIMCO 已有 120 个成员国，2500 多个会员，其中 955 个船东会员、1413 家船舶代理和经纪会员、46 家保险公司和保赔协会会员和 94 家其他航运组织会员。值得一提的是，BIMCO 的船东会员共拥有 1.4 万多艘船舶，5.25 亿载重吨的运力，约占世界海运业总运力的 65%，在全球航运业中具有举足轻重的地位。

⑥ 该条款可在波罗的海国际航运公会网站下载：https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses；2018 年 2 月 20 日访问。

裁或限制，则船东可以不受租船合同的约束。租船人或货主也可以从自身利益角度来制订其他内容的制裁条款以免除自身的制裁责任。

三、经济制裁条款法律效力的类型分析

合同中的经济制裁条款是通过合同条款的方式单方面免除一方当事人的合同法律责任。这种条款是否有效？一些学者在研究这一问题时，直接以合同法上的合同落空（frustration）或不可抗力（force majeure）等理论来进行分析。[①]但是，这种分析进路没有考虑到与国际经济制裁相关联的合同都是涉外合同。在处理涉外合同时，首先要考虑到法院地（仲裁地）位于何处；其次要考虑到合同准据法是哪一国法律；最后还要考虑到所涉及的经济制裁来自何处。

在法院地（仲裁地）位于其他国家的情况下，需要逐一对各个国家的立法和判例进行研究，这远远超出了本文的范围，[②]因此下文中，我们主要研究法院地（仲裁地）位于我国的情形。此时，我们只需要考虑以下两个变量：（1）合同准据法；（2）制裁来源（国家或国际组织）。

（一） 合同准据法为我国法律

如果合同准据法为我国法律，根据经济制裁措施来源不同，可以区分为以下几种情形：

1、制裁措施来源于联合国安理会决议

如果合同准据法为我国法律，而相关制裁措施是联合国安理会决议，则此时的问题就是

联合国安理会决议在我国的执行问题。根据《联合国宪章》第 41 条，联合国安理会可以采取包括经济制裁在内的强制措施来执行其通过的决议。尽管对于安理会决议的法律属性尚有争论，[③]但实践表明，安理会决议对所有成员国都具有法律约束力。不过，安理会决议在成员国境内的执行方式必须经由各成员国通过国内法的程序予以自行决定。

我国国内法对于如何执行安理会决议尚无立法层面的一般性规定，[④]实践中主要是通过外交部发布通知，然后由国务院其他部委将该通知转发给各有关下级单位，再由各相关单位予以具体执行。[⑤]但是，这种执行方式存在法律程序上存在严重缺陷，其中最重要的就是它们的法律层级不高。根据《中华人民共和国立法法》第 80 条，国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。因此，外交部的这种通知，最多只能算是部门规章。《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》[⑥]第 4 条规定："民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。"第 6 条规定："对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。"可见，外交部通知作为部门规章对法院不具有直接的法律约束力，法院必须对其合法性进行审查，经认定合法有效的，也不能直接引用，而只能作为裁判说理的依据。

---

① 刘征宇："国际经济制裁对租约的法律影响"，《上海海事大学学报》，2016 年第 1 期，第 17 页；刘孝堂："论国际经济制裁对海上保险的影响"，《中国海商法研究》2014 年第 1 期，第 20 页。

② 在国外进行的商事仲裁中，情况可能更为复杂，因为国际上重要的仲裁机构所设立的仲裁庭可以在世界上任何地方进行仲裁，不受某一特定国家的约束，仲裁员可能来自任何国家，政治观点也不尽相同，仲裁 庭所适用的法律也比较灵活。国际上还有临时仲裁，情况更为复杂。

③ 卢月："联合国安理会决议的法律属性探讨"，《法学》2014 年第 6 期，第 245 页。

④ 我国香港特别行政区则专门制定了《联合国制裁条例》，专门用于实施联合国安理会的经济制裁决议。

⑤ 黄风："联合国安理会金融制裁措施的国内法实施程序"，《法学》2006 年第 4 期。

⑥ 法释（2009）14 号。

正是由于安理会决议在我国的实施缺乏直接的法律依据，导致我国法院在司法实践中即使遇到涉及安理会经济制裁决议的案件，也很少会给予关注。

在天津市高级人民法院审理的“天津瑞福能源销售有限公司与北京中咨货运代理有限公司天津分公司、北京中咨货运代理有限公司、滨海海运香港有限公司海运欺诈纠纷案”[①]中，经中咨天津公司介绍，瑞福能源公司与案外人坎顿公司于 2011 年 4 月 2 日签订航次租船合同。合同约定由 BIIS 公司所拥有的涉案马其他籍船舶“TEEN”轮承运瑞福能源公司的货物约四万吨煤，从加里曼丹港至上海港，租约项下的任何纠纷在香港适用英国法律仲裁。但 BIIS 公司并未履约，“TEEN”轮没有按期到达装运港，致使原告瑞福公司受损。原告向法院起诉被告欺诈，理由是：2010 年 6 月 9 日，联合国安理会通过 1929 号决议，对伊朗伊斯兰共和国航运公司（Irisl，以下简称伊朗航运公司）及其关联公司、船舶实施制裁，BIIS 公司及其涉案船舶均属于被制裁对象。这些公司和船舶采取了改变船籍、设立壳公司（包括本案中的坎顿公司）等方式逃避制裁，但也被发现并施加了更严厉制裁措施。在这种情况下，中咨天津公司介绍瑞福能源公司与坎顿公司签订的涉案两份租船合同根本不能履行，不仅无法退回预付的运费定金，还造成瑞福能源公司驳船滞期费损失。因此，原告认为中咨天津公司等四公司具有欺诈的主观故意。同时，中咨天津公司等四公司具有欺诈的行为。法院审理后认为：瑞福能源公司虽提交了联合国安理会第 1929 号决议，但该证据不足以证明坎顿公司及其涉案船舶因此受到制裁从而丧失履约能力，更不能证明中咨天津公司、中咨公司在明知坎顿公司不能履约而故意隐瞒重要事实或提供虚假情况。最终，法院认为，就瑞福能源公司在本案中提出的海运欺诈主张，因欠缺欺诈行为这一基础事实而不能成立。

该案法院并没有对联合国安理会第 1929 号决议的内容进行审查。事实上，联合国安理会第 1929 号决议是 2010 年 6 月 9 日安全理事会第 6335 次会议通过的一项决议，旨在对伊朗进行核试验的行为实施经济制裁。中国政府对该决议投了赞成票。第 1929 号决议附件三列明了伊朗伊斯兰共和国航运公司拥有或控制或代表其行事的实体，其中包括本案所涉及的伊朗伊斯兰共和国航运公司（Irisl）。第 1929 号决议第 19 段规定：“决定第 1737(2006)号决议第 12、13、14 和 15 段规定的措施也应适用于附件三所列伊斯兰共和国航运公司的实体和任何代表它们或按其指示行事的人或实体、由他们拥有或控制、包括通过非法手段拥有或控制的实体……”。而安理会第 1737(2006)号决议第 12 段则规定：“所有国家都应冻结于本决议通过之日及此后任何时间在本国境内，为附件指认的人或实体，以及安全理事会或委员会指认的其他从事、直接参加或支持伊朗扩散敏感核活动或发展核武器运载系统的人或实体，或代表他们或根据其指示行事的人，或由他们拥有或控制的实体，所拥有或控制的资金、其他金融资产和经济资源，包括通过非法手段拥有或控制的资金、其他金融资产和经济资源”。具体到本案而言，本案租船合同当事方坎顿公司是 BIIS 公司的壳公司，而 BIIS 公司是伊朗共和国航运公司所控制的公司，因而，如果安理会第 1929 号决议在我国具有法律效力的话，我国法院应当判定双方当事人的租船合同因违反该决议而无效。

鉴于联合国安理会的经济制裁决议尚不能被转化为我国国内法，因此不能依据《合同法》第 52 条以合同违反我国法律强制性规定为由主张合同无效。有西方学者提出，联合国或其他国际组织的制裁决议构成一种“国际公共政策”或“国际强行法”，具有高于国内法的效力。[②]这种观点不具有现实性。因为我国是安理会常任理事国，历来不太支持采用经济制裁手段解决国际争端。安理会通过的很多制裁决议是在我国做了让步并投弃权票的情况下才得以通过的，这些决议在我国尚不能构成所谓的“国际强行法”或“国际公共政策”。

就本案情形而言，像福瑞公司这样的租船方要想避免遭受本案中的制裁风险，可以考

[①] （2014）津高民四终字第 77 号。

[②] Garima Shahani, Impact of Sanctions under the CISG, ASA Bulletin, 2015, Vol.33, No. 4, p.849.

虑在租船合同中加入一项上文提到的有利于租船方的“制裁条款”。但这种制裁条款是否被我国法院承认有效，是有疑问的，因为尽管我国目前缺乏实施安理会决议的国内法机制，但从国际法法理上看，安理会决议在我国应当具有法律约束力。

2、制裁措施来源于第三国。

在湖北省随州市中级人民法院审理的“广西易德科技有限责任公司与湖北耀星国际贸易有限公司买卖合同纠纷二审案”[①]中，原、被告签订了一份《出口产品购销合同》，约定被告购买原告生产的轻卡驾驶室暖风及空调系统装置，该装置用于出口伊朗。后因被告未向原告 支付货款，原告诉至法院。被告则提出，因美国、欧盟制裁伊朗，导致被告暂停对伊朗客户 出口，无法及时付款。本案中，美国和欧盟对伊朗的制裁能否作为被告主张合同无效或不履行合同的理由呢？

本案与前述“天津瑞福案”不同之处在于，被告所主张的对伊朗制裁措施来源于美国和欧盟。此时，所涉及的问题的实质是：合同应当适用我国法律的情况下，美国和欧盟对伊朗的经济制裁是否具有高于合同的效力？对于这个问题，可以区分为两种处理模式：

（1）将外国经济制裁作为法律对待。如果将外国经济制裁作为法律问题对待，问题就转化为：美国和欧盟的经济制裁法令在我国是否具有域外效力？我国法院是否要予以遵守？ 对此，我国外交机关的态度是十分明确的：美国以违反美国国内法为由对中国企业和公民实 施制裁，是单边主义做法，违反了国际法的基本原则，中国政府坚决反对。[②]我国法院在实践中历来不会遵守外国具有公法性质或具有强行性质的法律规范。对美国和欧盟等国所实施 的具有域外效力的单边经济制裁自然不会接受。上述“广西易德案”中，法院也没有采纳被告所提出的主张，仍然判令被告承担违约责任。因此，即使本案中当事人在买卖合同中订立“制裁条款”来免除自己违反欧美国家经济制裁的法律责任，我国法院通常也不会承认其效力。

（2）将外国经济制裁作为一个事实问题对待。此时面临的问题是：外国的经济制裁是否构成我国法律中的不可抗力？《民法总则》第 180 条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”我国《合同法》第 117 条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。” 因此，外国的经济制裁是否构成不可抗力，取决于该经济制裁是否符合“不能预见、不能避免并不能克服”的条件。如果符合，则制裁条款可以被认定有效。否则，则无效。这一问题属于对我国国内法的解释，本文不做具体分析。[③]

（二） 合同准据法为国际条约，制裁措施来源于第三国

在“阿尔达卡卡贸易公司与福建鼎丰机电制造有限公司国际货物买卖合同纠纷案”[④]中，尽管原告是一家叙利亚企业，合同约定原告从被告那里进口一批水泵，因为叙利亚受到美国等西方国家经济制裁导致被告未能履行合同，但是法院仍然根据《联合国国际货物销售合同 公约》判令被告构成根本违约，应承担违约责任，并没有因美国对叙利亚的制裁而免除原告 的合同义务。

尽管本案法官没有提及，但本案还是涉及到一个有争议的问题：经济制裁是否可以作

[①]（2015）鄂随州中民二终字第 00072 号。

[②] 王珂：“美制裁中国企业扰乱国际贸易秩序”，《人民日报》2013 年 2 月 14 日第 2 版。

[③] 关于我国法律中不可抗力的构成要件，参见刘凯湘、张海峡：“论不可抗力”，《法律研究》2000 年第 6 期；叶林：“论不可抗力制度”，《北方法学》2007 年第 5 期。

[④] 福建省宁德市中级人民法院（2015）宁民初字第 10 号。

为《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称为 CISG）第 79 条所规定的免责情形？[①]这里关键是如何理解第 79 条第（1）款中“障碍”这一用语的含义。需要注意的是，该用语不同于我国《合同法》第 117 条的“不可抗力”，也不同于英美法上的“合同落空”或者德国法上的“履行不能”等类似概念。而且公约第 7 条规定：“在解释公约时，应考虑到公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要”。根据学术界的权威解释，构成可以免责的“障碍”必须满足两个条件。第一个条件是“非他所能控制”，通常包括以下三种情形：（1）自然灾害和一般的风险事故，如台风、地震和交通事故等；（2）政府政策和社会变故，如政府的贸易禁运、贸易管制、征用、战争、罢工等；（3）对某些特殊合同有影响的障碍。[②]可见，经济制裁措施符合“非他所能控制”这一条件。第二个条件是“没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果”。不是所有的经济制裁都能够满足不可预见性的要求。比如，联合国安理会对朝鲜核试验已经实施了多轮制裁措施，但朝鲜并未终止核试验，当事人就应当预见到安理会或有关国家将来很有可能会继续对朝鲜追加进一步制裁措施。此时，当事人就不能援引 CISG 第 79 条作为抗辩。相反，某个国家突然实施的经济制裁措施则可能是不可预见的。比如，在 2014 年俄罗斯和乌克兰突然爆发冲突后，欧盟和美国等国家对俄罗斯实施的经济制裁就具有突发性和不可预见性。针对此种情况，如果当事人在合同中事先订立经济制裁条款，将某些国家可能实施的经济制裁行动作为可免责的事项，则可以提高 CISG 第 79 条适用的可能性。

（三） 准据法为国际惯例，制裁措施来源于第三国

在国际贸易中，当事人通常会在合同约定适用国际商事惯例，比如在信用证中约定适用
国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP），在托收中约定适用《托收统一规则》，在提单中约定适用《海牙规则》或《海牙/维斯比规则》等。此时，如果交易中某个环节或某个当事方违反了联合国或欧美国家的经济制裁法令，则会引发该经济制裁法令与国际惯例规则之间 的冲突。

以信用证中的制裁条款为例。信用证具有独立性，只要单据和信用证的条件和条款严格 相符，银行就必须接受并付款。[③]然而，在基础交易或其他相关交易（运输合同等）违反经济制裁法令的情况下，如果银行仍然坚持严格的单证相符原则，支付信用证项下的款项，自 身就会违反制裁法令。例如，2009 年，国内 G 银行作为中间行承办了一项信用证下的出口业务，开证行是欧洲某国银行的孟加拉分行。出口商为中国公司，进口商是孟加拉国某公司，卸货港也在孟加拉国。G 银行在审单后认为单证相符，将单据寄给了开证行。开证行收到单据后在内部审核中发现，该业务承运人为伊朗航运公司，被列入美国制裁名单。因此，开证行不能支付该笔款项，只好把单据寄回 G 银行。[④]银行拒绝付款的做法遵守了美

[①] CISG 第 79 条规定如下：(1)当事人对不履行义务，不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。(2)如果当事人不履行义务是由于他所雇用履行合同的全部或一部分规定的第三方不履行义务所致，该当事人只有在以下情况下才能免除责任:(a)他按照上一款的规定应免除责任，和(b)假如该项的规定也适用于他所雇用的人，这个人也同样会免除责任。(3)本条所规定的免责对障碍存在的期间有效。(4)不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果该项通知在不履行义务的一方已知道或理应知道此一障碍后一段合理时间内仍未为另一方收到，则他对由于另一方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。(5)本条规定不妨碍任何一方行使本公约规定的要求损害赔偿以外的任何权利。

[②] 李巍：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2002 年版，第 351 页。

[③] 参见金赛波、李健：《信用证法律》，法律出版社 2004 年版，第 132 页以下。

[④] 王腾：“长臂管辖原则之不期而至的‘制裁例外’原则”，《中国外汇》2010 年第 12 期，第 28 页。河北调解中心也受理过类似案例，参见孙保国：“因经济制裁而引发的争议调解——从具体案例看调解理念和技巧”，中国国际贸易促进委员会官方网站：
http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3388/2014/1225/437774/content_437774.htm，2018 年 2 月 20 日访问。

国等国的制裁法令，但是却违背了 UCP600，对委托方构成违约。

银行为了规避违约责任，常常会在信用证中加入前文所述的“制裁条款”。制裁条款试图打破信用证的独立性，使得银行可以援引基础交易违反经济制裁法令为由拒付信用证款项。即使在信用证与单据相符的情况下，开证行仍然可以以此为由规避自己的法律责任。但这样做对于信用证其他当事人而言则是巨大的风险。中间银行在不了解开证行所在国的制裁规定的情况下，如果兑付或者议付了出口单据，而该单据的内容违反了有关国家的制裁法律，则开证行可以拒不偿付议付行。这是对 UCP600 第 7 条 C 款开证行偿付责任的公然违背。

有鉴于此，国际商会银行委员会反洗钱工作组发布的《关于在受 ICC 规则支配的与贸易有关业务中（例如信用证、跟单托收和担保）使用制裁条款的指导意见》中明确建议：“制裁条款不能给银行信用证项下的义务带来任何质疑。”

不过也有观点指出，UCP 规则只是国际商会制定的惯例规则，不具有法律的效力，其被并入信用证之后，与信用证中的制裁条款具有同等的法律地位。因此，当事人在信用证中订入制裁条款能否排除自己在 UCP 项下的责任也无可厚非。我们认为，这种观点尽管有一定道理，但不符合我国目前的法律规定。我国《民法通则》第 142 条第 3 款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》[①]第 2 条也规定：“人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例。”很显然，我国法院是将国际惯例作为准据法来对待的，而不仅仅是合同条款。根据《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第 9 条，只有当开证申请人、开证行或者其他利害关系人发现有信用证欺诈的情形，并认为将会给其造成难以弥补的损害时，才可以向有管辖权的人民法院申请中止支付信用证项下的款项。而根据该规定第 8 条，构成信用证欺诈的只有以下几种情形：

（1）受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据；（2）受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值；（3）受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据，而没有真实的基础交易；（4）其他进行信用证欺诈的情形。银行依据他国的经济制裁法令拒绝支付，很难归入到上述信用证欺诈情形。因此，制裁条款并不能从法律上免除银行违反 UCP 项下的付款义务。

另一种观点是把经济制裁视为不可抗力，从而来对抗国际惯例。此时，应当看相关国际惯例本身对不可抗力的规定或解释。就国际商会所制订的惯例规则而言，似乎还无法得出经 济制裁构成不可抗力的结论。UCP 本身也没有把经济制裁列为不可抗力。在国际商会第 613 号出版物[②]第 336 号案例中，受益人在信用证规定的时间内提交了相符单据，但是由于美国 政府对前南斯拉夫的经济制裁，信用证在制裁期间过期，开证行以经济制裁为由，并引用 UCP400 第 19 条[③]不可抗力的规定拒绝支付备用信用证项下的款项。国际商会在答复中说：“由于政府禁令和制裁是个较新的概念，在 UCP 的起草和制定的过程中，其制定者并没有考虑这个问题。”[④] 国际商会后来修订出版的 UCP600 第 36 条规定，不可抗力包括天灾、暴动、骚乱、叛乱、战争、恐怖主义行为或任何罢工、停工或银行无法控制的任何其他原因，仍然没有把经济制裁归入不可抗力的范围。

因此，在适用国际惯例的交易中，订入的制裁条款最多只能约束当事人双方。此时，

---

① 法释〔2005〕13 号。

② Opinions of the ICC Banking Commission 98-99 Queries & Responses on UCP 500, 400, URC 522.

③ 在 UCP600 中为第 36 条。

④ Opinions of the ICC Banking Commission 98-99 Queries & Responses on UCP 500, 400, URC 522.

对制裁条款的遵守完全取决于对方当事人的态度。一旦对方当事人接受了含有制裁条款的信用证，那么他承担了一种内部的诚信义务，但这种义务不具有法律上的强制效力。此时，对于中间行来说，就要承担很多额外的负担，不仅要了解信用证当事各方的资信状况，还要调查基础交易各方当事人是否受到有关制裁措施的牵连。对于可转让信用证，转让行也要面对同样的复杂情况。为了落实第二受益人是否受制裁，转让行在转让信用证前，最好把第二受益人的信息通知开证行，在开证行批准后，方可将信用证转让给第二受益人，以避免开证行事后拒付。

对于《跟单托收统一规则》和《海牙规则》等其他商事惯例，情况也大体如此。

（四） 准据法为外国法

1、准据法为外国法，制裁措施来源于我国国内法

我国迄今为止并没有类似于美国的对外经济制裁法律法规，我国政府历来也反对对其他国家实施单边经济制裁行动。有学者认为，中国在历史上对某些国家实施过经济制裁措施，例如在中国对越自卫反击战期间，中国对越南实施过一定程度的经济限制；在 20 世纪 90 年代因法国向台湾出售武器而对法国实施过经济制裁；20 世纪 80 年代对阿尔巴尼亚实施的削减援助行动；中国限制对西方国家的稀土出口等。[①]但是严格来讲，该学者所列举的这些所谓的经济制裁措施都不是本文所指的法律意义上的经济制裁。一方面，这些措施中很多都是正常的商业措施，比如削减对外援助、限制稀土出口灯。有些措施则是特殊情况下对对方违法行为的对等报复措施，比如对法国的贸易报复。另一方面，中国政府从未正式颁布法律来实施这些行动，也从未承认这些措施是经济制裁。即使在中国与韩国之间发生“萨德事件”后，中国政府也没有正式发布过对韩国的经济制裁措施。中国外交机关也否认对韩国进行经济制裁。[②]中国与菲律宾之间在南海争端发生后的情况也大致如此。中国企业和个人对菲律宾和韩国的抵制行为属于民间行为。

我国现行法律中也没有对外实施经济制裁的特别规定。无论是《对外贸易法》、《反洗钱法》、《反分裂国家法》、《国家安全法》中，都找不到对外实施经济制裁的条款。[③]即使在《反恐怖主义法》第 11 条中规定了我国法院对境外发生的针对我国的恐怖主义犯罪活动可以行使域外刑事管辖权，但该法中也没有规定对境外恐怖主义分子实施经济制裁的措施。[④]

有鉴于此，在国际商事交易中，当事人目前暂时不用担心违反中国对外经济制裁法律的风险。但是这种情况也许很快会发生改变。2017 年 6 月，商务部正式公布了《中华人民共和国出口管制法（草案）》，并向社会征求意见。[⑤]虽然《出口管制法》并不完全是经济制裁法，但该法（草案）中的一些规定可以作为我国将来对外实施经济制裁的法律依据。例如，《草案》第 11 条[管制政策]规定：“国家出口管制主管部门根据国家安全和发展利益的需要，会同有关部门制定出口管制政策，重大政策报国务院或国务院、中央军委批准。”第 12 条[紧急状态管制]规定：“在战时或国际关系中的其他紧急情况下，国家为维护安全利益，可以对
任何货物、技术和服务的出口采取必要的管制措施。”

在《出口管制法》出台后，如果当事人在国际商事合同中约定制裁条款试图规避我国

---

① 阎梁：“中国对外经济制裁：目标与政策议题”，《外交评论》2012 年第 6 期，第 16 页。

② 参见外交部发言人耿爽 2017 年 3 月 3 日答记者问。

③ 我国《对外贸易法》中所规定的反倾销、反补贴、反垄断等贸易救济措施不属于本文意义上的经济制裁范畴。

④该条规定：“对在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家、公民或者机构实施的恐怖活动犯罪，或 者实施的中华人民共和国缔结、参加的国际条约所规定的恐怖活动犯罪，中华人民共和国行使刑事管辖权，依法追究刑事责任。”

⑤ 参见“商务部关于就出口管制法（草案征求意见稿）公开征求意见的通知”，商务部网站：http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201706/20170602594467.shtml，2018 年 2 月 20 日访问。

《出口管制法》的适用，该条款是无效的。因为我国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条规定："中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。"《出口管制法》显然属于该条所规定的强制性规定，不能被合同准据法排除，也不能由当事人协议排除。当然，当事人在合同中订立制裁条款可以在当事人之间发生内部效力。

2、准据法为外国法，制裁措施也来源于该外国法

如果国际商事合同准据法为外国法律，而制裁措施也来源于该外国法律，则情况会演变为对该外国法的解释问题，即该国所颁布的经济制裁措施是否具有高于该国民商事法律的效 力。在国际私法上，大多数国家都规定，合同准据法不能违反本国强制性规范（loi de police） 或公共秩序（order public）。[①]关键在于，经济制裁规则是否属于本国公共政策？在这方面， 各国法院会根据案情做出不同的解释。

英国上诉法院 2011 年审理的"阿拉什船运公司诉安盟保险公司案"[②]涉及欧盟对伊朗制裁条例的适用范围以及保险合同中制裁条款的效力问题。该案中，原被告之间的保险合同于 2010 年 5 月初订立。合同约定适用英国法律。合同项下的保险标的是伊朗的石油船队。原告（上诉人）是海上保险合同的被保险人，是一家塞浦路斯公司，但由一家伊朗企业控股。 被告安盟保险公司（GROUPAMA TRANSPORT）是保险合同的主承保人，住所位于法国，它代表所有承保人被诉。保险合同包括一项伊朗制裁条款："如果被保险人使保险人遭受到或在保险人看来可能遭受这样的风险，即成为船旗国、英国或美国和/或欧盟和/或联合国对伊朗实施的任何形式的制裁、封禁或其他不利行动的对象，则保险人可以决定采用书面通知的方式取消本保险合同项下所承担的保险责任。如果被保险人在运输、贸易或航行中所雇用的任何船舶无论以何种方式可能使保险人遭受船旗国、英国和/或美国和/或欧盟和/或联合国所实施的针对伊朗的任何形式的制裁、封禁、管制或其他不利行动的风险，则保险人在本保险合同项下承担的责任将立刻终止。保险人将根据保险人所承担保险责任的期间按比例收 取截止到依照本条款所确定的终止或停止日期之前的保险费。"

合同签订 5 个月后，欧盟委员会于 2010 年 10 月 25 日通过了对伊朗实施进一步经济制裁的第 961/2010 号条例（以下简称为《伊朗制裁条例》）。其中第 26 条第 1 款规定："禁止向伊朗政府、伊朗公共机构、公司及其代理人提供保险和再保险；禁止向伊朗自然人以外的其他法人、企业或团体提供保险和再保险；禁止向代表前款所指的法人、企业或团体行事的自然人、法人、企业或团体提供保险和再保险。"本案原告是伊朗控股企业，正好属于该条例制裁的对象。由于英国是欧盟成员国，《欧盟制裁条例》在英国具有直接效力，因此，英国法院应当遵守该制裁条例。该案所争议的问题是：被告是否有权基于根据合同中的制裁条款解除合同，从而免除欧盟《伊朗制裁条例》的责任？一审商事法院的伯顿法官于 2011 年
4 月 20 日作出判决认为：被告根据保险合同制裁条款解除保险合同的通知有效。原告上诉 后，二审法官最后判决认为，保险合同及其制裁条款都应当被视为一个整体，被告基于保险 合同条款终止合同于法有据，最终驳回了原告的上诉，维持原判。

本案中，英国法院之所以承认了制裁条款的效力，一方面在于英国作为欧盟成员国，必 须执行欧盟对伊朗的制裁政策；另一方面也在于对当事人合同的尊重。法官在判决书最后尤 其强调："在欧共体法律和英国法律中没有任何一项原则能够赋予上诉人一项比合同中所规 定的更大的或不同的权利。"[③]

这一点在另一起案件"伊朗伊斯兰共和国航运公司诉汽船互保协会（百慕大）有限公

[①] 肖永平、龙威狄："论中国国际私法中的强制性规范"，《中国社会科学》2012 年第 10 期。
[②] Arash Shipping Enterprises Company Limited v. Groupama Transport, [2011] EWCA Civ 620.
[③] Arash Shipping Enterprises Company Limited v. Groupama Transport, [2011] EWCA Civ 620.

司油污损失和责任赔偿案”[①]中也有明显体现。

2009 年 11 月 1 日，伊朗伊斯兰共和国航运公司（以下简称“伊朗航运”）所属“祖立克”轮（ZOORIK）在浙江舟山海域触礁，发生严重漏油事故，造成大面积海域污染。中国宁波海事法院审理了由此引发的损害赔偿诉讼。英国汽船互保协会会员是伊朗航运的保险人，本次事故属于保险合同的赔偿范围。但是就在事故发生前不久，英国财政部于 2009 年 10 月 8 日根据 2008 年反恐法案的授权发布了第 SI 2009/2725 号对伊朗的金融限制令，该限制令于 2009 年 10 月 12 日生效，伊朗航运公司属于被限制的公司。汽船互保协会根据该限制令单方面宣布解除与伊朗航运的保险合同，由此也给中国法院进行的事故损害赔偿诉讼程序造成障碍。后来伊朗航运向英国法院提起诉讼，要求汽船互保协会继续履行保险义务。英国法院审理认为，伊朗航运已经向汽船互保协会支付了保费，有关损失没有得到赔偿，根据《2001 年国际燃油污染损害民事责任公约》，保险人必须对船舶燃油泄漏造成的污染承担保险赔偿责任。履行保险合同的合法条款是商业社会的应有之义，不能基于合同落空理论（frustration）免除保险人的履约义务。从上述案例可见，英国法院尤为尊重当事人的合同条款。在对合同中有争议的条款进行解释时，也尽量向着有利于合同继续履行的方向努力。

3、准据法为外国法，制裁措施来源于第三国法

如果准据法为某一外国法律，而该案件所涉及的经济制裁措施来源于另一外国法律，此时要考虑到准据法所属国法律中是否将第三国的经济制裁措施视为“不可抗力”。比如在荷兰法院 1982 年审理的“传感器案”。[②]该案中，原告是一家法国公司，被告传感器公司（Sensor）是一家由美国公司控股的荷兰公司。原告向被告购买一批传感器用于苏联天然气管道建设。但美国政府颁布了对苏联的制裁法令，禁止美国公司及其控制下的海外分公司向苏联出口使用来源于美国的技术生产的产品。被告根据该禁令拒绝履行合同，原告在荷兰法院起诉。法院认为，合同当事人未选择准据法，根据最密切联系原则，合同应适用荷兰法律。被告主张，自己作为美国公司控制下的外国子公司，必须服从美国出口管理条例的管辖，不得向苏联出口该批产品，因此美国的禁令构成了不可抗力。被告据此援引荷兰《国际货物买卖法》第 74 条要求免除自己的违约责任。法院认为，美国的禁令不能被荷兰法院采用，因为本案的情况与美国根本没有任何联系。因此，美国的禁令不构成荷兰法中的不可抗力。

此时还要考虑一种更为特殊的情况，即一些国家为了对抗他国的域外经济制裁，专门颁布所谓的“阻却立法”（blocking statutes），禁止本国人遵守外国的此类法律。[③]比如 1970 年 代阿拉伯国家发起对以色列的禁运行动，任何外国企业与以色列进行贸易都会受到阿拉伯国 家的联合制裁。在美国犹太人协会的呼吁下，美国于 1977 年 6 月 22 日通过了《出口管理法修正案》，[④]规定了“反抵制条款”（anti-boycott provisions），禁止任何美国人遵从阿拉伯国家针对美国友邦的制裁法令，否则将给与民事和刑事惩罚。[⑤]美国商务部下设了一个“遵守反抵制办公室”（Office of Anti-boycott Compliance），专门负责执行该反抵制条款。[⑥]

另一些国家借鉴美国经验并“以其人之道还治其人之身”，也颁布了类似法律来对抗美国

[①] Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited，[2010] EWHC 2661（Comm）.

[②] Compagnie Europeenne des Petroles v. Sensor, 17 Semptember 1982, in RabelsZ 47 (1983).

[③] Deborah Senz/Hilary Charlesworth, Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation, 2 Melb. J. Int'l L.（2001）, p.69.

[④] The Export Administration Amendments of 1977, Pub. L. No. 95-52, 91. Stat. 235.

[⑤] Export Administration Act of 1979 , 50 U.S.C. §2407 (2000)

[⑥] 参见该办公室官方网站：http://www.bis.doc.gov/complianceandenforcement/antiboycottcompliance.htm

所实施的域外制裁措施。1980 年英国就颁布了《保护贸易利益法》[①]、加拿大 1985 年《外国域外管辖措施法》（FEMA）[②]、澳大利亚 1984 年《外国诉讼程序（过分管辖权）法》[③]、墨西哥 1996 年《保护贸易和投资不受外国违反国际法的法律影响的法律》[④]以及欧盟 1996 年《反对第三国立法域外适用的条例》[⑤]等。在国际商事合同中，如果相关交易属于这些立法的适用范围，则当事人会面临双重法律风险：一方面，如果不遵守美国经济制裁法律，会承担美国法律的制裁风险；另一方面，如果遵守美国的经济制裁法律，则会面临法院地阻却立法的制裁风险。这会让国际贸易当事人进退失据，顾此失彼。在这种情况下，即使当事人在合同中订立制裁条款，也难以发挥应有的效用，因为该条款即使规避了来自一方面的风险，也难以规避来自另一方面的风险。

在这种情况下，问题就演变为两个国家的经济对抗措施之间的冲突。我国法院或仲裁机构到底应当服从哪个外国国家的强制措施？当事人在合同中订立的制裁条款是否有效？我们认为，此时应当根据《涉外民事关系法律适用法》第五条的公共秩序保留条款，从整体上对我国的外交政策和国家利益进行考量，再结合个案情况，来决定取舍。

四、结论与建议

进入全球化时代的国际社会，虽然地球变得越来越小，但国家与国家之间的差距却并未随之缩小。一些国家没有从全球化中收益，甚至成为“失败国家”，从而成为国际社会冲突的来源，尤其是成为恐怖主义活动的根据地。而发达国家尤其是美国为了转移国内社会矛盾，在国际上也越来越趋向保守主义立场，越来越倾向于采用单边主义手段解决国际争端。这是近年来经济制裁等贸易限制措施层出不穷的主要原因。联合国和欧盟、美国等国家已经出台了数十项针对他国和恐怖主义团体的国际制裁项目，这些制裁所针对的国家、企业和个人分布于“一带一路”沿线许多地区。这些制裁措施往往条文繁琐，内容复杂，让当事人很难确定自己的交易对象在制裁名单之内。我国企业在海外交易过程中要全面了解这些制裁的对象和范围是非常困难的。而违反国际制裁可能会带来严重后果。法国巴黎银行因与伊朗、苏丹、缅甸和古巴进行交易被美国罚款 89 亿美元，中兴通讯也因向伊朗出口而被迫向美国支付近十亿美元“和解费”，这都是鲜活的例证。很多企业对这些制裁措施深感恐惧，以至于出现了“过度遵守”的趋势。越来越多的企业在合同中采用经济制裁条款就是其体现。

经济制裁条款从性质上是合同当事人之间契约自由的体现，如果确实是当事人双方自愿的结果，原则上对当事人之间应当具有约束力。但是，是否所有的制裁条款都可以起到预防经济制裁风险的效果？实践证明并非如此。经济制裁条款的效力需要考虑到各种不同情况。

综合本文上述分析，我们将经济制裁条款有效性总结为以下表格：

合同准据法	制裁来源	制裁条款有效性
中国法	安理会决议	原则上无效
	第三国法	作为法律：无效

① Protection of Trading Interests Act of 1980. ch. 11, [20th March 1980].
② Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., ch.F-29, §5 (1) (1985).
③ Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act of 1984, §13-14.
④ Mexico: Act to Protect Trade and Investment from Foreign Norms That Contravene International Law, 36 I.L.M. 133 (1997); Mexican Senate Approves "Antidote" to Helms-Burton, Reuters, N. Am. Wire, Sept. 19, 1996,
⑤ Council Reg. (EC) 2271/96, Art. 1, in: (1996) O.J.L. 309 (29 Nov.).

		作为事实：不可抗力？
国际公约（CISG）	第三国法	取决于对公约条款的解释，比如是否构成 CISG 项下的“障碍”？
国际商事惯例（UCP）	第三国法	取决于具体惯例规则，在 UCP 项下无效
外国法	我国法	无效
	同一外国法	取决于该外国法的解释
	第三外国法	取决于该外国法是否反对第三国制裁措施

尽管上述表格仍然没有穷尽所有的情形，但仍然可以从中看出，在实践中，制裁条款在大多数情况下都可能被判无效。这主要是因为经济制裁措施要么属于联合国安理会决议范畴，得到各成员国广泛遵守，要么属于区域性国际组织的共同外交政策而被成员国强制遵守，要么属于欧美发达国家国内强行法范畴，具有较高的效力层级。当事人试图通过合同条款来规避这种制裁措施往往徒劳无功。

不过我们也看到，在特定情况下，经济制裁条款也有可能会被某些国家法院采纳，尤其是在国际货物买卖合同的情况下，如果合同准据法是《联合国国际货物销售合同公约》或者某些国家合同法，则有可能依据不可抗力原则来规避有关国家的经济制裁。但是在信用证、托收和提单等领域，相关国际惯例大多对制裁条款持否定态度，认为这种制裁条款会对国际贸易的顺利进行产生不利影响。

在实践中，我国很多银行等金融机构已经在信用证等法律文书中大量采用制裁条款。使用制裁条款确实有一定的积极意义，它至少起到风险提示的作用，提醒各方当事人注意违背经济制裁法规的严重后果。对我国法院而言，如果制裁措施来自于欧美等国的单方面行为，我国法院不应受该制裁措施的约束，可以认定合同中的制裁条款有效。

制裁条款是否起作用关键还要看合同双方当事人的相对地位。一般而言，合同的强势方倾向于采用制裁条款以逼迫弱势方接受，弱势合同方一般也不得不接受制裁条款。相反，弱势方如果在合同中也订入对自己有利的制裁条款，则会遭到对方当事人的拒绝。

总之，国际商事交易的所有当事人都必须认真评估自己面临的制裁风险，建立健全风险防范机制，做好尽责调查，才能有效规避制裁风险。有关政府机构或社会组织也应利用发达的大数据技术提供有关经济制裁的全面检索信息。2017 年 9 月 29 日，欧盟今就推出了一套“互动线上地图”系统，以协助企业和官员分辨目前全世界哪些地区存在经济制裁的高风险，从而帮助企业避免与相关企业和个人交易。我国有关部门在“一带一路”建设过程中，可以借鉴这种做法，为我国的海外企业提供法律风险防范服务。

10.“维生素 C 反垄断案”中的外国法查明问题及对我国的启示

甘　勇*

摘　要：“美国动物科学产品公司诉河北维尔康药品公司等”案历经美国联邦地区法院，美国联邦第二巡回法院，美国联邦最高法院三审后，再度发回第二巡回法院重审，其中外

* 武汉大学法学院、武汉大学国际法研究所副教授、法学博士、硕士生导师。

国法也即中国相关法律的查明问题是该案反复的争议问题所在。由于美国普通法有关外国政府声明效力的模糊以及对美国《联邦民事诉讼法》第 44.1 条规定的不同解读，地区法院和巡回法院对中国法内容的解释截然相反，其理由也针锋相对，最高法院则一锤定音，对查明外国法中外国政府声明的地位确立了新的规则，即外国政府作出的说明本国法内容和解释本国法的声明，并不必然具有绝定性效力，而应结合具体情况来判断声明的有效程度。要促进中国涉外司法审判，中国法院应该借鉴美国法院对外国法查明的慎重态度和专业精神，同时，我国外国法查明制度设计上的瑕疵也应该引起重视和得到纠正。

关键词：维生素 C 反垄断案；外国法查明；外国政府声明；实质性尊重；高度尊重；启示

2018 年 6 月 14 日，美国联邦最高法院对“动物科学产品公司等诉河北维尔康药品公司等”反垄断诉讼上诉案（又称“维生素 C 案”）作出判决，撤销联邦第二巡回法院的判决，将案件发回重审，二审胜诉的中国维生素 C 生产企业遭遇重大挫折，耗时十三年的反垄断案再添风云。

在该案中，最高法院撤销巡回法院判决的主要理由涉及外国法查明，即中国相关法律的查明问题。在地区法院和巡回法院的诉讼中，中国法律是否强制要求中国维生素 C 生产出口企业以特定价格和特定数量出口维生素 C 是双方争议的关键所在，地区法院和巡回法院对此问题的回答截然相反。地区法院基于原被告的起诉状、答辩状、中国商务部作为“法庭之友”提交的声明，以及当事人双方提交以及自行查明的各种证据和非证据材料，认定中国法律没有强制要求中国维生素 C 生产企业以特定价格和特定数量出口维生素 C；巡回法院则主要基于中国商务部的声明认定中国法律对中国企业出口维生素 C 的价格和数量做出了强制要求。联邦最高法院的判决，虽未就中国法律是否存在强制要求作出判断，但对第二巡回法院不顾诸多相反证据，以中国商务部的声明作为认定中国法内容的唯一决定性证据，属于对外国法的不当查明，因此将案件发回重审。

本文结合美国外国法查明制度的历史发展、基本法理，以及三级法院的判决理由，对该案中的中国法查明问题进行分析，揭示了该案对美国联邦法院查明外国法制度的发展，并就该案对我国外国法查明制度的启示做了探讨。

一、案件事实及法律问题

维生素 C 案是一桩反垄断案件，涉及美国法院是否应该对中国维生素 C 生产企业以限价控量的方式对国际市场出口维生素 C 的行为适用美国反垄断法的问题。该案历经联邦法院三审，时间延拓十数年，基本情况如下。

（一）案件事实

2005 年 1 月，美国的维生素 C 产品购买商包括动物科学产品公司（Animal Science Products Co.）和兰尼斯公司（Ranis）等在美国不同法院对中国维生素 C 生产出口企业及相关公司提起诉讼，其中维生素 C 生产企业主要包括河北维尔康药业有限公司、东北制药公司、华源集团江山制药公司，卫生制药公司。[①]美国公司指控中国企业从 2001 年 12 月起对外国市场包括美国市场销售维生素 C 时形成价格联盟，通过控制出口数量和销售价格，导致原告购买维生素 C 产品的实际价格高于正常市场价格，违反了美国反垄断法包括《谢尔曼法》第 1 条和《克莱顿法》第 14、15 条。原告还主张被告中国企业在中国药品与保健品

[①] 其他被告包括并不生产维生素 C，但是与主要被告之间具有持股控制关系，主要有江山美国公司（江山制药公司的美国子公司），石家庄药业美国公司，卫生制药公司的下属公司，中国药业集团。华北制药集团，华北制药集团有限责任公司，华北制药集团进出口贸易公司，（合称华北制药集团被告），维尔康是华北制药集团有限责任公司部分拥有的公司，华北制药集团是华北制药集团有限公司的股东。这些公司从中国维生素 C 生产企业包括维尔康购买维生素 C。

进出口商会的帮助下形成了卡特尔。这些不同的诉讼最后合并到纽约东区法院进行审理。[①]

被告中国企业请求地区法院驳回美国原告的诉讼请求，被告并不否认其控制价格和出口数量的行为违反美国反垄断法，但主张其行为系中国法律的强制要求，因此，根据美国法上的国际礼让原则、外国主权强制原则以及国家行为原则，美国反垄断法不能适用。这三项抗辩理由，虽然法理基础相异，但适用与否均取决于中国法律是否强迫中国企业被告形成了价格同盟。[②]中国商务部作为“法庭之友”专门出庭，并提交声明，支持被告中国企业的抗辩理由，其声明指出，商务部是中国管理对外贸易的最高行政机关，中国医药保健品进出口商会维生素 C 分委员会是在商务部直接指导和积极监督下，负责管理维生素 C 出口的专门机构，美国原告所指控的控量保价行为实质上是中国法律所强制要求的行为。

针对中国被告的抗辩和中国商务部的声明，美国原告主张，中国法并没有强制要求中国企业进行价格操纵。美国原告还主张，中国商务部没有指出任何成文法律、行政法规明示规定中国企业应该协商出口价格；为此，原告提供了多种证据和证明材料，旨在证明中国法律并无强制当事人达成协议，被告企业的限量保价行为系自愿进行。

地区法院最终认定中国法没有强制要求中国维生素 C 出口企业限量控价。[③]案件交付陪审审判后，陪审团裁定中国企业违反了美国反垄断法。[④]根据陪审团的认定，2008 年 11 月 6 日，原告获赔三倍损害赔偿金——高达 1.47 亿美元的损害赔偿，并发布禁令，禁止中国企业继续从事限量控价行为。中国企业上诉至第二巡回法院，该院于 2016 年 9 月 20 日作出判决，撤销地区法院判决，认为中国法律的确强制要求中国企业限量保价，因此，根据国际礼让原则，美国反垄断法不应适用于被告行为，法院对该案没有事务管辖权，驳回原告诉讼请求。一审原告上诉至美国联邦最高法院，最高法院与 2018 年 6 月 14 日判决推翻二审判决，将案件发回重审。

（二）法律问题

本案涉及的关键问题，就是被告进行的限量保价行为是否是中国法律所强迫的，为了解决这一问题，中国政府对中国相关法律的解释声明应该赋予何种地位对查明中国法具有至关重要的作用。

维生素 C 案涉及美国反垄断法的域外适用。本案中国被告对他们在中国境内的限量保价协议违反了美国反垄断法并不否认；被告抗辩的是，由于他们的行为是中国法律所强制规定的，因此可以根据美国法上的外国主权强制，国际礼让以及国家行为原则，美国反垄断法不应该适用。[⑤]

对美国反垄断法域外适用的三大抗辩理由，包括礼让原则、外国主权强制原则，以及国家行为理论，其基本法理略有差异。根据礼让原则，美国联邦最高法院在“哈特佛德案”中确立，如果外国法和美国法之间的冲突达到“真实冲突”的程度，则美国法院应该适用礼让原则，拒绝对案件行使事务管辖权。[⑥]外国主权强制原则是指被告同时受到两个国家相互矛盾的法律规定的约束的情形。美国最高法院在“哈特佛德案”中仅承认外国主权强制可以构成适用礼让的理由，从而将外国主权强制作为礼让原则适用的考虑因素之一。但也有联邦法院将外国主权强制作为适用反垄断法的单独抗辩理由。[⑦]根据美国司法部的反垄断

---

① *In re Vitamin C Antitrust Litig., 416 F. Supp. 2d 1352 (Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 2006).*

② *In re Vitamin C Antitrust Litig., 584 F. Supp. 2d 546，at 550.*

③ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 237 F.R.D. 35, 2006 U.S. Dist. LEXIS 73064. (E.D.N.Y., 2006)；In re Vitamin C Antitrust Litig., 584 F. Supp. 2d 546；In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522.*

④ *Animal Sci. Prods. v. Hebei Welcome Pharm. Co. (In re Vitamin C Antitrust Litig.), 837 F.3d 175, (2nd Cir. 2016).*

⑤ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，524.*

⑥ *Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 798 (1993).*

⑦

指南，被告要证明外国主权强制被告，必须证明被告怠于遵守外国主权的命令将受到刑罚或者其他严厉惩罚。[①]国家行为原则作为普通法规则，是指美国法院对某一案件的处理结果取决于外国国家发布命令的合法性时，美国法院应该拒绝行使管辖权。这一原则的理由最初也是基于礼让考虑，但是现在则侧重于分权的认识，即司法机关不应该对外交事项进行干预的分权理论。国家行为原则适用的前提条件是法院为了作出判决，需要宣告外国主权者的官方行为或法律是无效的。[②]适用上述三项抗辩的核心问题，是要判断中国法律是否强迫中国被告从事被指控的垄断行为。而要了解中国法的规定，则必须通过外国法查明来实现。这就使外国法查明在本案中具有特殊重要的地位。

维生素 C 案中外国法查明问题的要害，乃是美国法院对中国商务部解释中国法的声明应该给予何种程度的尊重。地区法院采“实质尊重论”（），认为中国商务部的声明虽然应该尊重，但不具有结论性的效力；而巡回法院采“高度尊重论”（），认为中国商务部提供了法庭之友声明，并委派代理律师出庭说明，该声明对中国法内容及其解释具有合理性，因此，应该具有结论性的效力。最高法院最终裁决，认为在查明中国法时，中国商务部关于中国法内容和解释的声明不应该具有决定效力，法院应该考虑其他相关因素来确定中国政府声明的效力，因此赞同地区法院的意见。

美国法院应该赋予中国政府解释本国法的声明以何种效力，是美国联邦法院外国法查明制度重要内容，既与美国联邦法院的外国法查明制度密切相关，也受美国法院对待外国政府声明传统判例法和联邦成文法的影响，并与该案具体情况联系紧密。

二、美国联邦法院的外国法查明制度

美国联邦法院的外国法查明制度经历了一个发展过程，在 1966 年发生较大变化，这是本案中外国法查明问题产生的重要背景。

（一）美国外国法查明制度的发展

美国外国法查明制度经历了从“事实证明”到“司法认知”到“法律查明”的发展过程。

1. 事实证明

传统上，美国普通法将外国法视为事实，应该由当事人在起诉状或答辩状中加以主张，并根据证据规则加以举证证明。在这种制度下，外国法或外州法的查明并无分别，都是作为事实，必须由当事人加以主张和证明。当事人未能主张适用外国法时，法院就直接适用法院地法，不会考虑外国法的适用问题。当事人主张外国法的适用但不能证明外国法时，法院可以驳回当事人的诉讼请求或直接适用美国法的规定。[③]对外国法查明问题的决定权在陪审团，对外国法查明问题的上诉，也采用对事实问题的上诉审查标准，即在一般情况下上诉法院不能审查这一问题，只有在“明显错误”时，上诉法院才能审查。

将外国法作为事实证明的方法有较多弊端，一方面是各州法院实行的证据规则和联邦法院证据规则不尽相同，导致同样的外国法作为事实查明时差异较大；另一方面证据规则适用于查明外国法时过于僵化，有一些对查明外国法有利的材料因为不符合证据规则的要求而不得援用，影响了对外国法的有效查明。

2. 司法认知

随着实践发展，查明外国法的做法发生了变化，产生了通过司法认知查明外国法的成文法规定。首先，根据这些成文法规定，外国法作为事实并不必须要由当事人证明，而是

---

① *U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation §3.32 (2017).*

② *W.S. Kirkpatrick & Co., Inc. v. Envtl. Tectonics Corp., Int'l, 493 U.S. 400, 405 (1990).*

③ William M. Richman & William L. Reynolds, *Understanding Conflict of Laws,* 3rd, 176-177 (2003).

可以由法院将其作为“众所周知的事实”（Common Knowledge），主动通过司法认知加以查明；同时，产生了对外国法和外州法区别对待的做法。美国统一州法全国委员会通过了两项统一法，《外国法司法认知统一法》（the Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act）以及《统一州际和国际程序法》。其中《外国法司法认知统一法》规定外州法作为众所周知的事实（Common Knowledge），可以由法院通过司法认知加以查明。而《统一州际和国际程序法》则规定无论外州法还是外国法都可以由法院通过司法认知加以查明。

其次，在各州司法实践中，对外国法通过司法认知加以查明也有不同的做法。有的州规定，外国法如果和美国的法律体系类似，或者是基于英国法而发展的起来的法律体系，法官对该种外国法可以通过司法认知的方式查明。[①]有一些州尽管规定对所有的外国法都要求法院通过司法认知查明，如马塞诸塞州、纽约州，但在司法实践中，法院一般将这些规定解释为司法认知不是法院的义务，而是属于法院的自由裁量权，即法院可以对外国法进行司法认知，但是也可以选择不进行司法认知。[②]

3. 法律查明

1966 年，《美国联邦民事诉讼规则》修改，增订第 44.1 条，以成文法对外国法查明进一步作出明确规定。该规定明确将外国法视为法律问题，规定应该由法院负责查明，法院可以参考任何资料来决定外国法的内容，而不受证据法规则的限制，法院关于外国法的决定可以上诉，并接受上级法院的审查。从而实现了外国法查明制度质的转变。

（二）《联邦民事诉讼规则》下外国法查明制度的发展

1966 年《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条引入的现行外国法查明制度，[③]规定三个方面的内容：一，当事人如果要主张适用外国法，必须及时通知法院和对方当事人，通知可以起诉状、答辩状或者其他书面形式作出。二，法官查明外国法时，可以考虑任何相关资料和渊源，包括证人证言，不管这些资料和渊源是否由当事人提交，以及根据《联邦证据规则》是否可以作为证据接受。三是法院对外国法的决定是一个法律问题的判决。

第 44.1 条的规定和普通法上的外国法查明制度具有很大的差异。首先，在普通法上外国法是事实问题，需要当事人在起诉状或者答辩状中明确主张，否则法院不会适用外国法。但根据第 44.1 条，外国法是法律问题，当事人即使没有主张外国法适用，法院仍然可以决定适用外国法。[④]在适当情况下，当事人不必一定在诉状或答辩状中主张法律适用，而是在诉答阶段结束后还可以提出外国法适用的申请。[⑤]其次，因为普通法上外国法是事实问题，上述法院进行上诉审查时，采取的标准是“明显错误”标准，该标准是《联邦民事诉讼规则》第 52 条规定的对事实问题的上诉审查标准。而根据第 44.1 条，外国法是法律问题，其上诉标准是“重新审查”标准（de novo review）。[⑥]最后，将外国法作为事实问题证明时，法院只能就当事人提交的证据进行判断，而不能自行引入其他证明手段。而根据第 44.1 条，法院在查明外国法时可以考虑任何相关资料和渊源，因此能自行调查外国法。

---

① William A. Kolodgy, *Evidence -- Judicial Notice -- Law of Foreign Countries*, 12 U. Miami L. Rev. 114，115 (1957).

② William A. Kolodgy, *Evidence -- Judicial Notice -- Law of Foreign Countries*, 12 U. Miami L. Rev. 114，116 (1957).

③ Rule 44.1. Determining Foreign Law：A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination must be treated as a ruling on a question of law.

④

⑤ *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank, N.A., 660 F2d 854, 32 Fed R Serv 2d (Callaghan) 982 (2d Cir. N.Y. 1981), cert. denied, 459 US 976, 103 S Ct 313, 74 L Ed 2d 291 (U.S. 1982).*

⑥ *First Nat'l City Bank v. Compania De Aguaceros, S. A., 398 F2d 779, 11 Fed R Serv 2d (Callaghan) 1110 (5th Cir. C.Z. 1968).*

在具体司法实践中，上述规定有了更加丰富的内容，主要表现在下列方面。

1. 当事人主张适用外国法的通知

为了防止诉讼中的突然袭击，第 44.1 条第 1 段规定主张适用外国法的当事人应该书面通知法院和对方当事人，且通知必须在合理的时间内作出，否则法院可以直接适用法院地法。[①]

首先，主张适用外国法的通知必须是书面的。通知可以包含在诉状中，也可不包含在诉状中，另行书面通知。在该规定产生前，当事人是否必须根据《联邦民事诉讼规则》第 8（a）条有关诉状的规定在诉状中主张外国法，存在较大的不确定性；第 44.1 条的规定消除了这种不确定性。按照该规定，如果外国法的适用显而易见，则对外国法的调查可以在起诉答辩期间完成，在交换起诉答辩状期间就可以通知外国法的适用。但在有些情况下，如果外国法是否相关、是否适用并不确定，一定要求当事人在诉答期间就主张外国法的适用，等于要求当事人在提起诉讼之前就进行很多调查取证，这样会迫使一方当事人进行繁琐的外国法取证工作，浪费时间精力。在这种情况下，即使在提交答辩状之后，当事人还可以另行书面通知法院和对方当事人其希望适用外国法的意图。

其次，对法院或对方当事人的通知在时间必须合理。第 44.1 条对当事人提出适用外国法的主张没有明确的时间限制，而是规定了合理性标准。法院判断合理性时要考虑当事人通知外国法适用时案件所处的阶段，提出外国法适用主张的当事人未能尽早给予通知的原因，以及外国法适用问题对案件的重要性。另外，如果一方当事人给出了适用外国法的通知，其他当事人就不用重复这一通知，根据这一通知，所有的当事人都可以就外国法的证明提供相应材料加以证明。

2．法院确定外国法的参考资料和进行程序

第 44.1 条第 2 段规定了法院在决定外国法时可以参考的资料。该条通过前，地区法院一般根据《联邦民事诉讼规则》第 43（a）条有关取证的规定来决定查明外国法的证据，[②]在有些情况下，还会借助特定州的证据规则。由于州法的不统一，有些程序规则非常耗时、昂贵且低效。在许多情况下，有助于确定外国法内容的相关材料常常因为和证据规则相矛盾而无法采用。第 44.1 条规定不同于以前的做法，其允许法院考虑任何相关资料，包括证人证言，而不论这些资料根据美国《联邦民事诉讼规则》有关取证的第 43 条以及证据规则是否可以接受。

第 44.1 条第 2 段还规定法院在确定外国法内容时可以不限于当事人提供的证据和资料，而是可以自行研究，以及考虑任何可以寻找的资料。上述规定的理由在于，相比律师提供的资料而言，法院可能拥有更好的确定外国法的资料。法院可以考虑使用当事人提供的相互矛盾或者细节上并不完善的资料，法院也可以坚持要求当事人完整提供相关外国法资料。

对法院自行取证的程序及其法律效力，司法实践也有发展。首先，法院自行研究外国法时，在程序上不需要正式通知主张适用外国法的当事人；法院可以自行确定当事人没有提出的涉及外国法查明的问题，不需要通知当事人；法院自行查明外国法时不需要随着研究进展随时通知当事人；这些规定的主要理由是为了避免通知当事人会导致程序僵化，加大确定外国法的困难和成本。但是如果法院发现的材料和当事人提供的资料有出入，法院应该通知提供外国法证明资料的当事人，法院应该给当事人时间来分析和反对法院意图主张的外国法观点。

值得注意的是，第 44.1 条没有规定美国法院必须对外国法进行司法认知，因为这会给

[①] *Commercial Ins. Co. v. Pacific-Peru Constr. Corp., 558 F2d 948, 24 Fed R Serv 2d (Callaghan) 454 (9th Cir. Haw. 1977).*

[②]《联邦民事诉讼规则》第 43 条是关于取证的一般规定，该条规定和《联邦证据规则》相结合来确定民事诉讼中的取证问题

法院审判带来压力；该条也没有使用“司法认知”这一概念，因为这一概念会在含义上具有模糊性。但是，这一规则规定了出示和利用外国法资料的弹性程序，有利于获得对当事人公平的结果。

3. 法院确定外国法内容决定的性质

根据第 44.1 条第 3 段，法院确定外国法的决定是关于法律问题的决定，而不是事实问题的决定，这对外国法查明的上诉问题以及决定机构都有影响。就查明外国法的机构来说，在普通法上，由于外国法是事实，需要由陪审团决定；而随着对外国法进行司法认知的制度发展，外国法的决定任务转移到了法院；如《统一州际和国际程序法》第 4 条第 3 款规定由法院而不是陪审团决定外国法的内容。[①]第 44.1 条规则没有明确规定到底是法院还是陪审团决定外国法；在实践中，很长一段时间里，大部分州都把这一问题交由法院来处理；联邦法院在最近几年考虑这一问题时采取同样的做法，由法院决定外国法的问题。[②]

其次，就上诉问题而言，因为外国法是法律问题，对外国法决定内容的上诉，不再是于《联邦民事诉讼规则》第 52（a）条规定的对事实问题的上诉审查标准，即“明显错误”标准（clearly erroneous），[③]而是采取了针对法律问题的“重新审查”标准（de novo review）。这一规则和 1962 年美国统一州法委员会通过的《统一州际和国际程序法》第 4 条规定类似。

总之，第 44.1 条提供了有关查明外国法的统一、宽松的程序，不需要受到州法和联邦法相互矛盾规则的影响。

三、维生素 C 案中查明外国法涉及的问题

维生素 C 案中的外国法查明问题，就涉及到《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条以及相关判例法的解释。尽管上诉审查标准问题、资料来源问题、外国法决定的性质问题等，在该案中均有体现；但核心争议问题，乃是中国商务部作出的有关中国法内容和解释的声明应该给予何种程度尊重，具有何种效力的问题。对这一问题，地区法院和上诉法院从两个方面进行了讨论：一是外国政府声明在外国法查明中应该具有的地位；二是应该如何解读原被告对中国法相互矛盾的解释。关于这两个问题，地区法院和巡回法院的判决理由不同，判决结果迥异。而最高法院在上诉审查中仅仅就第一个问题推翻了巡回法院的决定，对第二个问题并没有作出判断。

（一）外国政府声明的作用

地区法院和巡回法院关于外国政府声明作用的认识截然相反。地区法院认为《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条改变了之前的判例法；在第 44.1 条引入后，外国政府声明虽然应该给予实质性的尊重，但是不应该赋予其在确定外国法内容上的决定性地位，尤其是外国政府声明和当事人主张内容不一致时，更应如此。这种主张，我们可称其为“实质尊重论”。[④]巡回法院则认为，第 44.1 条没有改变之前的判例法；外国政府通过律师或者其他方式，直接参与美国的诉讼程序，对其本国的法律法规的解释和效果提供宣示声明，只要该声明是合理可信的，该声明应该具有决定性作用，美国法院应该受其约束。[⑤]对这种观点，我们可以称其为“高度尊重论”。

1. 地区法院的“实质尊重”论

地区法院认为，当外国政府就其法律的内容和解释提交声明时，美国法院对该声明给予的尊重程度有不同的做法，以 1966 年的《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条通过为标志，美

---

① *Article IV of the Uniform Interstate and International Procedure Act.*

②

③ Article 52 (a)(6) of Federal Rules of Civil Procedure.

④ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 584 F. Supp. 2d 522, 557.*

⑤ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 837 F.3d 175,189 (2d Cir. 2016).*

国法院的立场发生了变化。

在第 44.1 条通过之前，关于外国政府声明地位的普通法规定体现在 1942 年联邦最高法院判决的“平克案”，该案认定外国政府声明对解释外国法律的作用应该是结论性的，[①]在该案中，法院要考虑的问题是俄罗斯 1918 年保险行业国有化法律是否具有域外效力。该案中的证据包括专家证言和大量有关 1918 年法令应该如何具有域外效力的其他证据，其中包括俄罗斯政府的官方声明，该声明解释俄罗斯政府意图使国有化法令具有域外效力。法院接受俄罗斯政府关于其国有化法令具有域外效力的声明，并认定该声明对认定俄罗斯的法律具有决定性作用。在“加拿大轿车注模公司诉美国容器公司案”中，[②]俄罗斯政府声明私人可以经过授权后代表政府达成转让和免除债务的合同，法院认定该声明具有拘束力，这一声明在美国法院具有决定性地位。

地区法院认为，第 44.1 条通过后，情况发生了变化，外国政府声明在确定外国法时不再具有结论性作用。根据第 44.1 条，确定外国法是一个法律问题，在确定外国法时，法院可以考虑任何相关的资料和来源，包括证人证言，不论其是否为当事人所提交，也不论其根据联邦证据规则是否可以接受为证据。如果专家们关于外国法的解释具有争议，这种争议不是事实问题，不应该由陪审团决定，而是法律问题，应该由法院自行决定。

第 44.1 条通过后，司法部的意见和第二巡回法院的判决都与“平克案”的立场产生了差别。

首先，美国司法部对于外国政府声明的立场是有条件的尊重。根据美国司法部发布的《国际经营活动反垄断指南》，如果外国政府正式声明拒绝遵守其规定将会招致刑罚或者其他严厉制裁，且这些声明中包括的细节足以让司法部能清楚的了解这种强制在当地法律下是如何实现的，则美国司法部可以认定这样声明足以表明反垄断诉讼中所涉及的行为是外国法强迫进行的。但如果外国法实施强制的权力来源和机制并不清楚，则司法部需要进一步探究外国政府作出声明以及被告的具体情况，并要求提供更多的信息，以决定外国政府声明是否具有决定性效力。[③]

其次，判例法也在发生变化。第二巡回法院在其判决的“卡拉哈博大斯案”中，指出，外国政府关于其法律的观点值得尊重，但是并不一定会得到尊重。该案采纳印尼政府关于印尼法下争议基金的多数所有权的声明，但是关于一部分基金则得出了相反的观点。[④]

正是根据“卡拉哈案”，地区法院的崔格法官认为中国商务部的法庭之友声明值得实质性尊重，但不能作为确定中国法存在强制的结论性（conclusive）证据，尤其是考虑到当事人提交的法律文件的语义与商务部的立场矛盾。崔格法官援用“卡拉哈案”，认为“平克案”和“美国容器公司案”发生在第 44.1 条通过之前，因此，不能作为适用第 44.1 条有约束力的法律渊源。

他还认为，“卡拉哈案”是第二巡回法院的法律，而且已经为其他案件所遵循。[⑤]“卡拉哈案”发生在第 44.1 条通过之后，而在“里格斯国民附属公司案”中，[⑥]法院提及第 44.1 条和类似税收法院规定，并指出，法院对将外国政府解释其法律的行为当作国家行为理论下的“国家行为”表示犹豫，因为这种观点和现行程序规则要求上诉法院将外国法查明问题时作为法律问题进行重新审查的观点相矛盾。

---

① *United States v. Pink, 315 U.S. 203, 220 (1941).*

② *Agency of Canadian Car & Foundry Co. v. American Can Co., 258 F. 363, 368-69 (2d Cir. 1919).*

③ US Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines in International Operations, April 1995.

④ Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara ("Pertamina"), 313 F.3d 70, 92 (2d Cir. 2002)

⑤ Villegas Duran v. Arribada Beaumont, 534 F.3d 142, 148 (2d Cir. 2008), vacated on other grounds, 130 S. Ct. 3318, 176 L. Ed. 2d 1216 (2010).

⑥ Riggs Nat. Corp. & Subsidiaries v. C.I.R., 163 F.3d 1363, 1368, 333 U.S. App. D.C. 371 (D.C. Cir. 1999).

另外，尽管“卡拉哈案”对外国政府声明所给与的尊重低于司法部立场所主张给予的尊重，但这仅仅是一个程度问题。卡拉哈案和司法部的指南，都明确考虑了“平克案”。在“詹尼斯广播公司案”中，[①]法院指出外国政府关于其国内法的含义和存在的声明一般被认为是结论性的，但并不是在任何情况下都要给予绝对的决定性的尊重，在特定情况下应该允许法院作进一步调查。

最后，地区法院特别强调，在维生素 C 案中，中国政府所颁布法令的条文语义和中国商务部解释声明的立场是明显相反的，而中国商务部和专家证人沈四宝教授都没有讨论这一法律规定的条文语义。在这种情况，法院必须考虑政府法令的语义。尽管法院认为根据法令条文语义对法律所做的解释并不一定准确反映了中国法的规定，但是在没有解释为什么应该忽略的情况下，法院不应该无视法律条文的文义而径直给予外国政府解释以决定性尊重。

2. 巡回法院的“高度尊重”论

巡回法院认为，当外国政府对其法律作出解释，只要其解释是合理的，美国法院就应该给予该声明以决定性效力。巡回法院的理由包括两方面：一是解释第 44.1 条的判例与普通法之间存在冲突，法律规定具有不确定性；二是地区法院关于第 44.1 条的解释存在三点错误。

首先，巡回法院仅承认美国法不同渊源之间存在冲突，但这一冲突没有改变美国法尊重外国政府声明问题上的传统立场，而是存在不确定性（？）。如前所述，在 1942 年判决的“平克案”中，美国联邦最高法院需要考虑俄罗斯 1918 年保险行业国有化法律是否具有域外效力的问题，尽管该案中的证据包括了专家证言和有关 1918 年法令是否具有域外效力的其他证据，以及俄罗斯政府的官方声明，美国最高法院拒绝对所有的证据进行审查，直接认定官方声明对该法令域外效力的解释具有终局性。[②]

“平克案”之后，美国法院也在一些案件主张外国政府关于其法律内容与解释的声明具有结论性。比如在“达安其罗诉墨西哥石油公司”案中，[③]作为墨西哥政府官方声明，墨西哥总检察长有关该国国有化法令效果的意见，得到法院接受，法院援用 “平克案”作为其决定的理由。在“德尔嘎多诉壳牌石油公司案”中，[④]菲律宾司法部的意见作为菲律宾政府的声明也被法院认定具有结论性，该声明对菲律宾国有化法令的范围和效果进行说明。

巡回法院同时承认，其他巡回法院存在相反案例。如第五巡回法院在“爱克瑟斯通讯公司诉MCI通信公司案”中，[⑤]法院认为虽然美国法院对有权解释美国法律的政府机关的解释一般都给予尊重，也可能对外国政府机构的解释给予尊重，但这并不意味着美国法院一定要给没有出庭的所有外国政府机构的意见以尊重。第七巡回法院在“阿美卡迪石油溢出案”中也持相同的观点，[⑥]在该案中，当事人双方对法国法的解释相互冲突，美国法院认为对法国政府解释本国法律的声明应该给予实质性的尊重，给予外国政府声明的尊重低于给予美国政府机构的尊重不可接受。

总之，就外国政府声明应该受到何种程度尊重这一问题而言，美国法的不同渊源之间存在冲突，美国法在此问题上具有不确定性。

[①] Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., (No. 83-2004), 1985 WL 669667, at *23 ("Matsushita Amicus Br.")

[②] United States v. Pink, 315 U.S. 203, 220 (1942).

[③] D'Angelo v. Petroleos Mexicanos, 422 F. Supp. 1280, 1284 (D. Del. 1976), aff'd, 564 F.2d 89 (3d Cir. 1977).

[④] Delgado v. Shell Oil Co., 890 F. Supp. 1324, 1363 (S.D. Tex. 1995), aff'd, 231 F.3d 165 (5th Cir. 2000).

[⑤] Access Telecom, Inc. v. MCI Telecomms. Corp, 197 F.3d 694, 714 (5th Cir. 1999), cert. denied, 531 U.S. 917 (2000).

[⑥] In re Oil Spill by the Amoco Cadiz, 954 F.2d 1279, 1312 (7th Cir. 1992).

其次，第二巡回法院认为，尽管不同巡回法院判例之间相互矛盾从而导致了不确定性，地区法院依据的三项法律渊源——即：即联邦民事诉讼规则第44.1条，第二巡回法院判决的“杜伦案”[①]以及“卡拉哈案”[②]——并不足以改变美国法的立场。

地区法院认为在颁布《联邦民事诉讼规则》第44.1条后，美国法院改变了对外国政府声明给予尊重的程度，即由 “绝对尊重论”变为 “实质尊重论”（substantial respect），外国政府声明不再具有“决定性”（conclusive）。第二巡回法院对此不予认同，其理由有三个方面：一是第44.1条没有对该问题作出明确规定；二是判例法也并没有因为第44.1条而出现地区法院所认为的“实质性改变”；三是“对等”原则要求赋予外国政府声明以高度尊重。

巡回法院认为《联邦民事诉讼规则》第44.1条没有直接规定外国政府声明的地位，因此，没有改变美国法院对外国政府解释其法律的声明应该给予的尊重。巡回法院的逻辑是，第44.1条仅规定，在确定外国法时，法院可以考虑任何资料和渊源，包括证言，不论是否为当事人提交，或者根据证据规则是否可以接受。根据咨询委员会的评论，第44.1条有两个目的：一是使外国法的确定成为法律问题，而不再是事实问题；二是放宽证据标准，创立解释外国法的统一程序。咨询委员会的评论还指出这一规则是为了解决外国法查明中的程序僵化问题，并为法院提供更多理解解释外国法的工具。因此，巡回法院认为，第44.1条仅仅明确规定了法院在查明外国法时可以考虑的任何资料和来源，但是对法院应该如何分析这些资料和来源，应该赋予这些资料来源以何种效力则保持沉默，因此，法院必须根据个案的具体情况对他们进行评估。[③]

其次，判例法并不支持地区法院的观点。对相关判例的认识，第二巡回法院和地区法院并不相同。巡回法院认为，地区法院所援用的判例法，或者不适用本案，或者没有改变“绝对尊重”的规则。地区法院依赖“维拉格斯案”来主张第二巡回法院对外国政府声明采用了弱化尊重的观点。在该案中，第二巡回法院拒绝承认智利政府的书面证言的效力，该声明旨在说明上诉人根据智利法律享有儿童监护权。巡回法院认为该案不适用于本案有两个理由，一是智利政府并没有在案件中作为当事人或者法庭之友出庭；二是“维拉格斯案”已经被联邦最高法院推翻，[④]因为美国最高法院在另一桩案件“阿伯特案”[⑤]中，事实上认定智利有关儿童抚养权的法律就是在“维拉格斯案”中智利政府证言所证实的那样。

地区法院还依赖“卡拉哈案”，在该案中第二巡回法院主张外国政府的解释并不在每一个案件中具有结论性。在该案中，一家印尼政府拥有的石油天然气公司的债权人寻求强制执行其在纽约的信托账户的基金，印尼政府作为利害相关方加入上诉程序，并寻求解释印尼的相关法律以及印尼政府和油气公司的关系，第二巡回法院在该案中援用了第五巡回法院和第七巡回法院的观点，指出外国政府关于其法律解释的观点虽然值得一定程度的尊重，但是并不一定会得到这种尊重。第二巡回法院还指出，如果对一项模糊的法律有两种矛盾的解释，而外国政府的声明支持其中一种解释，那么外国政府的声明就提供了解决这种解释困境的合理支持。尽管在“卡拉哈案”中，巡回法院建议外国政府声明不一定是决定性的，但法院判决结果最终还是接受了印度尼西亚政府对其法律的解释。[⑥]

---

① Villegas Duran v. Arribada Beaumont, 534 F.3d 142 (2d Cir. 2008).

② Karaha Bodas Co., 313 F.3d 70.

③ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 837 F.3d 175, 187* (2nd Cir. 2016).

④ Duran v. Beaumont, 560 U.S. 921(2010).

⑤ Abbott v. Abbott, 560 U.S. 1 (2010).

⑥ *Animal Sci. Prods. v. Hebei Welcome Pharm. Co. (In re Vitamin C Antitrust Litig.), 837 F.3d 175, 188-189* (2nd Cir. 2016).

因此从上述判例的结果来看，还没有一桩案件中，在外国国家出庭作出声明后，美国法院最后采纳和外国政府主张相反的解释。

巡回法院认为，在没有相反的法律渊源的情况下，第44.1条没有改变法院分析外国法的标准，因此，第44.1条没有废除、缓和或改变美国法院对出庭外国政府所作声明应该给予的尊重程度。

第二巡回法院因此认为，当外国政府通过律师或其他方式直接参与美国法院的庭审程序，就该国法律的解释和效果提供经过宣誓的证言，且其宣誓根据提供的情况是合理的，美国法院必须对这些声明予以尊重。如果这种尊重具有任何意义，它意味着美国法院不应该对外国政府的任何声明进行挑战，即使这些声明和其法律根据美国法解释的原则是不一致的。[①]

最后，第二巡回法院还指出，不给于外国政府声明“高度尊重”有违对等原则，如果美国法院不给于他国政府声明以尊重，则美国政府在外国法院所做的声明可能也无法得到相应的尊重。

基于上述理由，第二巡回法院确认了其给予外国政府声明高度尊重原则的合理性。

3. 最高法院对“高度尊重论”的确认

最高法院在最后的上诉判决明确推翻了第二巡回法院的结论，认为对外国政府的声明应该给予一定的尊重，但是不一定赋予决定性效果。最高法院提出了三个方面的理由，分别是：（1）第44.1条规则改变传统的查明外国法方式，规定法院在确定外国法时可以参考任何相关资料，给予外国政府声明以绝对尊重和上述规定相矛盾。（2）“平克案”是一个例外，不适用一般情况，也不适用维生素C案。（3）对等原则不足以要求给予外国政府声明以高度尊重。[②]

首先，最高法院从外国法查明制度的历史发展说明了对外国政府声明不能给予绝对尊重。最高法院虽然承认巡回法院所说的对外国政府声明应该给予何种程度的尊重并没有明确规定，但认为第44.1条改变了传统的外国法查明方法中给予外国政府声明的尊重程度的法律。最高法院援用了“国家航空工业公司诉美国联邦地区法院衣阿华南区法院”案，[③]认为根据国际礼让的精神，联邦法院的确应该认真考虑外国政府关于其法律含义的观点。但是，对外国政府解释其法律的观点应该给予何种程度的尊重，应该根据个案的具体情况加以对待。联邦法院并不一定完全受外国政府声明的拘束，也不应该忽略其他任何资料。如果外国政府所作的声明相互矛盾，且其中一种是在诉讼背景下做出的，法院在评估其声明的时候应该谨慎行事。考虑到世界各国法律制度和体系不同，外国政府提出声明的情况各异，一律给予高度尊重的简单规则不能适应这些不同情况。因此在考虑应该给予何种程度的尊重时，应该考虑“声明是否清晰、透彻和有无证据支持；声明上下文及目的，外国法律制度的透明度、提供声明的机构或官员的地位和权限，声明与外国政府过去的立场的一致性等”。[④]最高法院认为，给予外国声明以决定性效力既不符合上述44.1条的规定，因为该条规定法院可以参考任何相关资料；而第二巡回法院未能考虑其他证据比如中国政府对世界贸易组织的声明。同时，给予外国声明以决定性效力也不符合美国法院对美国各州政府声明的一贯做法，因为美国法院对各州总检察长的观点只是给予合理尊重，而不是绝对的尊重。

---

① *Animal Sci. Prods. v. Hebei Welcome Pharm. Co. (In re Vitamin C Antitrust Litig.), 837 F.3d 175, 189* (2nd Cir. 2016).

② Animal Sci. Prods, Inc. III), No. 16-1220, slip op. (U.S. June 14, 2018).

③ Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States Dist. Court for Southern Dist. of Iowa, 482 U. S. 522, 543, and n. 27 (1987).

④ Animal Sci. Prods, Inc. III, No. 16-1220, slip op., 9 (U.S. June 14, 2018).

其次，最高法院认为 “平克案”只是一个例外情况，不能作为对外国政府声明赋予决定性效力的依据，理由有三：一是“平克案”发生在1966年第44.1条通过之前；二是“平克案”中涉及的外国政府声明是美国政府提交给法院的，而美国政府是通过外交渠道获得该声明的；三是“平克案”中俄罗斯政府的声明和当事人提供的专家证言是一致的。[①]

再次，对等原则的考虑不足以支持给予外国政府声明绝对效力的观点。对第二巡回法院提出的在考虑外国政府声明时还应该考虑对等原则，即考虑美国政府声明在外国法院的地位，最高法院承认这一考虑有其合理性，但是认为，美国法院没有在任何涉外案件中主张受案的外国法院必须接受美国政府其法律的解释，也没有要求外国法院不再考虑任何其他资料来源。[②]事实上，在最高法院的口头辩论中，柯根大法官就专门提出中国法院是否绝对尊重外国政府对本国法律解释的问题，对这一问题，律师未能给予肯定答复，且没有指出任何其他国家采用这一规定。因此，最高法院认为对等原则不足以支持给予外国政府声明以决定性效力的要求。最后，作为进一步的证据，最高法院认为，给予外国政府解释其法律的声明以一定的尊重，但不是决定性效力的做法与两个国际公约——1968年的《关于外国法信息的欧洲公约》以及1979年的《关于外国法证明和信息的美洲公约》的实践也是一致的。[③]

因此，经过三级法院审判，美国联邦最高法院最终一锤定音，对外国政府声明应该采用“实质尊重论”，而非“高度尊重论”。

（二）中国政府声明与中国法的查明

由于地区法院和巡回法院对美国法院应该给予中国政府声明何种程度的尊重认识不一，其查明中国法的逻辑和理由也大相径庭。

1. 地区法院查明中国法的结论和理由

针对被告的三大抗辩，包括国际礼让、外国主权强制、国家行为理论和政府行为，地区法院认为抗辩是否成立的关键在于确定中国法律是否强制被告进行被指控的垄断行为，具体的说，就是中国商务部 2002 年建立预核签章制度的通知（后文简称“2002 年通知”）和 2003 年的重申该制度的通告（后文简称“2003 年通告”）是否强制中国企业从事被指控的垄断行为。[④]

在确定中国法是否强制中国企业进行限量保价行为时，地区法院考虑了诸多证据和其他资料来源，不仅包括原告被告向法院提交的证据，中国政府作为法庭之友向法院提交的声明及所附的证据，还包括法院自行查明的中国政府对世界贸易组织的声明等。这些材料中，既有作为证据提交给法院的材料，还有法院认为不构成证据，但对查明中国法也有作用的材料。

如前所述，本案争议焦点就是 2002 年通知及 2003 年通告将预核签章制度规定的出口企业的自我约束机制是否具有强制性。原告主张既然是“自我约束”，这就意味着中国法律并没有强迫中国企业进行限量保价的行为，这些行为是中国企业自愿从事的活动；而被告和中国商务部的声明则主张这个自我约束机制实质上是具有强制性的，因此将预核签章制度建立前的 1997 年建立维生素 C 分委员会的通知，1996 年《关于处罚低价出口行为暂行规定》等法律规定作为证据提出，试图说明 2002 年制度与 1996 年的强制性法律规定具有延续性和继承性，实质上是一致的。

地区法院在确定中国法是否强制中国企业进行限制竞争行为时，不仅考虑了被告所主张的相关法律的规定，为了确定该法律的具体含义，还考察了大量的相关实践，对法律规

---

① Animal Sci. Prods, Inc. III, No. 16-1220, slip op., 10-11 (U.S. June 14, 2018).

② Animal Sci. Prods, Inc. III, No. 16-1220, slip op., 11 (U.S. June 14, 2018).

③ Animal Sci. Prods, Inc. III, No. 16-1220, slip op., 12 (U.S. June 14, 2018).

④ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，525.

定与相关实践进行了深入分析，最后认定中国法律没有强迫被告从事被控的垄断行为。

地区法院考虑的中国法资料，具体来说主要有：（1）有关中国医药保健品进出口商会成立情况的文件资料；（2）1996 年外经贸部《关于处罚低价出口行为暂行规定》；（3）1996 年初外经贸部的会议和报告；（4）1997 年《外经贸部和国家医药管理局关于维生素 C 生产出口的通知》[①]和 1997 年维生素 C 分委员会章程；（5）2002 年，商务部和海关总署发布了建立预核签章的出口制度。该通知于 2002 年 5 月 1 日生效；（6）2003 年 11 月 29 日商务部发布的通告；[②]（7）2002 年修订的《维生素 C 分委员章程》；（8）2002 年 5 月份维生素 C 分委员会的协议；（9）2003 年通告中预核签章制度的取消以及 WTO 专家组报告查明的事实；（10）2003 年商会章程；（11）有关商会与外经贸部关系的材料，包括 1991 年外经贸部《社会组织管理办法》，1994 年通知以及商会章程。（12）中国政府对 WTO 和美国政府所做的声明。（13）商务部对本案中“自我约束”的含义所做的声明；（14）1998 年国家经贸委关于行业自律价格的意见。[③]

除了上述法律规定，法院为了获得对相关法律的准确解释，还对被告及相关市场参与方的实践进行了考察，以确定这些法律在实践中是如何解释的。这些实践包括：（1）1997 年通知在 1997 年通知通过后至 2001 年 4 月间的执行，主要通过维生素 C 分委员的一系列会议来观察这一制度是如何实施的；（2）向 2002 年通知确立的预核签章制度的转变；（3）2002 年预核签章制度下的实践，这包括维生素 C 分委员会的一系列会议和协议，企业达成价格协议和数量限制协议的自愿性证据，有关最低价格的证据，卫生医药公司违反 2004 年减产协议的情况；（4）起诉后的证据：包括中国法的潜在变化，[④]被告行为自愿性的证据，一审中商会强迫被告达成限量保价协议的证据，最低价格证据，适用预核签章制度实施数量强制的证据，出口配额证据等。[⑤]

在上述证据和有关资料中，有些是法院自行收集的，比如世界贸易组织对中国原材料出口案的专家报告；[⑥]有些根据联邦证据法不能作为证据，但是地区法院依然考虑并认为对解释中国法具有作用的资料，比如被告员工王琦（音）的笔记，商务部官员手写便签和对预核签章制度的一些个人思考文字材料。[⑦]这些材料根据联邦证据规则不构成商业记录，从而不能作为证据接受，但地区法院依然对这些材料进行了考虑。

通过上述内容广泛的证据和资料，地区法院认定中国法没有强制被告从事被指控的行为，其理由如下。

首先，地区法院认定中国商务部的声明虽然应该予以尊重，但不能赋予决定性效力，因为中国政府声明与原告提交的证据以及法院自行寻找的证据相矛盾，法院要进一步考虑中国政府作出声明的背景，最终法院认定中国政府的声明不是对本国法律作出的直接坦率的说明，而是精心措辞的诉讼立场文件，因此不认定中国政府声明具有决定效力。[⑧]

其次，地区法院认定原告指控被告的限量保价协议最早是 2001 年 12 月份达成的，因此应该适用的法律是 2002 年通知和 2003 年通告，其他法律如 1997 年通知并不是被告实施指控行为期间应该适用的中国法，不属于本案要查明的外国法。[⑨]

---

① 《对外贸易经济合作部、国家医药管理局关于加强维生素 C 生产、出口管理有关事项的通知》，1997 年 11 月通过，1998 年 1 月 1 日生效。

② 《商务部、海关总署 2003 年第 36 号公告》；《关于对柠檬酸等 36 种商品试行出口预核签章管理的通告》。

③ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522, 526-533.

④ 《商务部、海关总署 2008 年第 33 号公告》废止《商务部、海关总署 2003 年第 36 号公告》。

⑤ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，533-540.

⑥ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，526-27, 530.

⑦ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，530.

⑧ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，552.

⑨ In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522，553.

第三，地区法院根据 2002 年通知和 2003 年通告的字面含义，联系中国政府加入世界贸易组织所做的声明，[①]以及通过证据开示程序所揭示的中国被告的会议纪要、管理人员和一般雇员的证词，结合中国商务部声明和专家证人沈四宝教授的证言，最终认定中国法并没有强制被告实施限量保价行为。

地区法院的主要逻辑是，解释 2002 年通知及 2003 年通告时，由于当事人所主张的有关解释存在矛盾，需要法院依职权确定何种解释为对中国法的适当解释。法院首先考察了 2002 年通知中的中止条款，即规定在国际市场发生剧烈变化时，维生素 C 分委员会成员可以在成员会议批准后，并向海关报备的情况下，中止出口价格的审查。[②]由于商务部的法庭之友声明，2009 年中国商务部声明以及被告专家证人沈四宝教授都没有对这一条的内容进行解释，[③]法院从逻辑上认定该条款赋予分委员会成员单方取消预核签章制度，因此，这个制度对被告是没有强制性的，从而不能根据外国主权强制等提起抗辩。

法院进一步分析，尽管中国法中的“中止条款”已经足以认定被告行为不为中国法律所强制，本案中还存在许多其他否定中国法强制被告从事垄断行为的证据，分别包括：（1）预核签章制度仅适用于出口价格，而不适用于出口数量限制；实际上，该制度仅要求被告不得以低于成本的价格出口，即不得倾销，法院援用中国著名反垄断法专家王晓晔教授的法律论文，[④]指出预核签章制度主要是为了解决中国企业以低于成本价格出口产品，从而频频遭遇外国反倾销调查的问题制定的，并不是为了防止在成本价格以上自行协商价格的行为设计的。[⑤]（2）2002 年通知建立的自我约束制度对违反行业协商出口价格的企业缺乏有效的惩罚措施，从而没有必要的强制性。在 2002 年之前，不遵守协议价格和数量会导致剥夺会员资格，从而失去出口权。尽管 2002 年通知明确规定，维生素 C 出口企业如果不遵守协议价格，面临剥夺出口权的处罚。但是，因为 2002 年以后出口维生素 C 不再需要一定是商会成员，这也就意味着即使某一企业违反根据预核签章制度而被剥夺会员资格，该企业仍然有权继续出口维生素 C，因此剥夺出口权的惩罚措施已经是形同虚设，一纸具文。[⑥]（3）尽管 1996 年《暂行规定》具有惩罚措施，但该法并不适用于维生素 C 的出口，且仅适用于最低价格的确定。在被告被指控从事垄断行为期间，1996 年《暂行规定》作为一般法并不适用于维生素 C 出口活动，维生素 C 出口活动适用的是 2002 年通知和 2003 年通告。因此，尽管世界贸易组织专家报告在相关的世贸组织申诉案件中，认定中国五矿协会成员企业对特定原材料出口价格的协商是中国政府强制的，这一结论并不适用于维生素 C 案。[⑦]（4）即使假定预核签章制度具有强制性，也仅限于防止倾销和低于成本的定价，而不会对出口方在高于成本时协商定价予以强制。[⑧]

最后法院根据法律规定的字面含义和相关事实进行对照分析，认定（1）预核签章制度并不强制要求被告以特定价格对外出口，只要在成本价格之上被告实际上可以自行决定出口价格；（2）预核签章制度也不对产品出口数量作出强制性要求；（3）预核签章制度并没有惩罚措施，因此不具有强制性。[⑨]

[①] WTO, Transitional Review under Art. 18 of the Protocol of Accession of the People's Republic of China, G/C/W/438 (2002); WTO, Statement by the Head of the Chinese Delegation on the Transitional Review of China by the Council for Trade and Goods, G/C/W/441 (2002).

[②] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d 522, 555.

[③] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 551.

[④] Wang Xiaoye, The Prospect of Anti-Monopoly Legislation in China, 2002 Wash. U. Glob. Stud. L. Rev. 201, 208-09.

[⑤] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 554-556.

[⑥] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 557-558.

[⑦] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 559-560.

[⑧] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 560-561.

[⑨] In re Vitamin C Antitrust Litig., 810 F. Supp. 2d at 564-567.

总之，从地区法院的判决理由来看，其逻辑起点是《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条改变了传统的普通法规则，根据该规则，地区法院以中国政府声明与当事人主张存在矛盾，且政府声明对中国法的强制机制解释不清，从而使的法院有理由结合更多材料进一步查明中国法。法院然后在全面分析当事人提供的各种证据材料的基础上得出了结论。不得不承认，地区法院的判决逻辑自足圆满，其结论自有其合理性。

2. 巡回法院查明中国法的结论和理由

巡回法院根据对外国政府声明应该给予高度尊重的法律规则，认为应该认同中国被告和商务部的主张，认定中国法律强制被告从事指控的垄断行为，其理由如下：

首先，巡回法院认为中国商务部的声明对 2002 年通知确立的预核签章制度的解释是合理的。巡回法院认为，2002 年通知要求维生素 C 出口商被告参与预核签章制度的执行，要求维生素 C 生产商只有遵守行业协议价格才能出口维生素 C，尽管 2002 年通知没有说明行业协商价格是如何形成的，法院认为商务部就这一问题解释是合理的，即被规范的行业成员被要求谈判并就价格达成协议，法院认为，没有法律规定维生素 C 生产企业遵守最低价格，在政府法令中包含“行业协商价格”这样的概念就是毫无意义的。另外，尽管“行业自律”（industry self-discipline），“协作”（coordination），“自愿限制”（voluntary restraint）等用语可以理解为法律并不必然要求被告同意行业协商价格；但是法院尊重中国商务部的合理解释，即这些用语是中国法的术语，意味着政府期望企业积极自我规范以达到政府的政策目标，从而减少政府通过更加强迫的方式进行干预的必要。法院认为，在这一背景下，商务部通过商会规范维生素 C 的出口，尊重维生素 C 出口商，并采纳他们的协商价格作为出口价格，将这种预核签章制度视为一种非集权式的规范方式也是合理的。因此，通过指导维生素 C 生产商协调出口价格和数量，并将其标准纳入到规范制度中，中国政府实际上要求中国企业违反美国谢尔曼法。[①]

其次，中国法律制度的特殊性决定了尊重中国商务部解释的重要性。法院考虑到中国法律制度的独特性，即中国法不像美国法或者其他议会制或者宪制政府的法律一样透明，中国法的特点在于其成文法并没有法典化，政府往往通过制定各种规章来制定法律，而有些企业或者私人被授权代表政府。这些特点使得尊重中国商务部的解释尤其重要。此外，巡回法院还特别指出了地区法院根据法律规范的字面含义解释法律的危险性，即仅仅根据政府法令的语句作出的解释可能无法准确地反映中国法的内容，因为地区法院所依赖的证据只是翻译件，而且使用的是中国法特有的术语。[②]

再次，巡回法院指出地区法院的推理存在三个缺陷。地区法院的分析没有将中国法律规定的模糊性作为尊重中国商务部意见的理由，而是力图确定被告在中国维生素 C 市场管理体制中的法律地位，由于中国商务部的解释和美国原告对中国法的解读相互矛盾，地区法院认为应该进一步确认被告行为的自愿性，并且最终认定被告可能是自行确定价格以后，然后要求政府给予认同。[③] 巡回法院认为，地区法院的逻辑存在三个错误：第一个错误是将中国法律是否对被告具有强制性与被告是否请求中国政府批准其行为相联系，认为如果是被告请求中国政府批准，则不存在强制，反之，则存在强制；第二个错误是认为中国价格控制的法律如果没有得到执行，就意味着价格控制的法律不存在；第三个错误是认为如果中国法没有强制被告进行所指控的垄断行为，就不存在中国法律和美国法律的“真实冲突”。

对于第一个问题，巡回法院认为，一方面，被告是否在中国政府限制价格的决定中发挥作用和中国法是否强制要求被告从事垄断行为没有关系；另一方面，深究中国政府以特

---

① *In re Vitamin C Antitrust Litig.), 837 F.3d 175, 190* (2nd Cir. 2016).

② *In re Vitamin C Antitrust Litig., 837 F.3d 175, 190* (2nd Cir. 2016).

③ *In re Vitamin C Antitrust Litig., 837 F.3d 175, 191-192* (2nd Cir. 2016).

定方式规范维生素 C 市场的动机不符合国家行为理论。“本质上看，国家行为理论作为法律原则，主要就是防止一国司法机关对外国的法律、政府官员的行为、国家事务和政策以及其内在原因、外国政府行为的动机进行探究。”[①]国家行为理论禁止美国法院讨论中国政府是否将维生素 C 分委员会以及预核签章制度当做一种随机的保护主义制度，为私人价格联盟提供政府背书。地区法院斤斤计较于被告在这一管理制度中的角色，而非管理制度本身，错误地要求被告证明政府实质上违背被告的意愿强迫被告进行价格设定，以显示中国法和美国法之间存在冲突。巡回法院认为，只要中国法实际上强制了这种行为，不管被告是否从中受益，是否实际遵守该规定，或者甚至主动参与制定这一强制规定，都不影响强制的存在。因此，被告是否在价格决定机制中发挥作用，中国为什么用这种方式规范维生素 C 的出口，不是法院应该关心的，法院应该集中探讨中国法到底是怎么要求的。

对第二个问题，巡回法院认为讨论中国政府是否实际执行预核签章制度混淆了中国法规定是什么以及相关规定是否执行之间的区别。原告主张有充分证据证明被告在出口维生素 C 的时候没有首先获得政府签章，被告曾经以低于政府指导价的价格出售过维生素 C，并且没有因此受到相应的惩罚，所以中国政府并没有实际要求被告遵守中国法律。巡回法院认为中国政府执行预核签章制度的意愿和能力问题与预核签章制度是否对被告构成强制没有关系。

最后，巡回法院认为，地区法院犯了一个概念性错误，即混淆了外国强制和真实冲突。地区法院认同原告主张，即有证据证明被告经常同意以高于协商价格的价格出口维生素 C，所以被告的垄断行为就不是强制的。巡回法院认为，即使被告的特定行为不是《2002 年通知》所强迫的，这种强迫对于认定两国法律存在“真实冲突”也不是必须的。只要同时遵守两国法律是不可能的就足以认定存在“真实冲突”。因此，被告是否事实上采用高于协商价格的价格，对确定预核签章制度是否明文规定要求被告违反美国反垄断法并无相关性。

根据上述分析，巡回法院认定中国法律强制被告从事违反美国反垄断法的行为，因为被告不可能同时遵守美国法和中国法关于维生素 C 出口的规定，在美国法和中国法之间存在“真实冲突”。

巡回法院对分析，具有浓厚的法理学意味，其核心可以归结为什么是法律的问题，即到底法律是作为法律渊源的规范性文件上的文字，还是实践中相关利益方的客观行为。巡回法院批判地区法院将法律规定内容与法律规定的实践相混淆了，在巡回法院看来，法律规定的内容应该和法律执行的实践区分开来，法律应该仅限于对作为法律渊源的规范文件的文字所做的合理解释。

3. 最高法院的意见

最高法院对中国法内容的查明未予置评。如前所述，最高法院对巡回法院赋予中国商务部声明以决定效力表示反对，认为违反了第 44.1 条规定的法院可以参考任何资料和渊源，并特别指出，巡回法院没有能够考虑中国政府对世界贸易组织的声明。这实际上是对地区法院的部分决定性法律理由给予了肯定。可以预见，案件发回巡回法院重审，巡回法院根据最高法院的意见，将一定要考虑中国政府对世贸组织的声明，或者还有其他地区法院考虑过的与中国被告和中国商务部声明立场相反的证据，在这种情况下，极有可能作出和之前判决完全相反的判决。事实上，巡回法院在其判决中曾经承认，如果不是受制于其所认为的美国法的传统立场，应该给予派遣代理律师出庭作证的政府声明以高度尊重的规则，巡回法院认为地区法院的判决是完全正确的。[②]

总之，在维生素 C 案中，对中国政府声明的尊重程度和查明中国法内容密切关联。对

[①] O.N.E. Shipping Ltd. v. Flota Mercante Grancolombiana, S.A., 830 F.2d 449, 452 (2d Cir. 1987).

[②] *In re Vitamin C Antitrust Litig., 837 F.3d 175, 190* (2nd Cir. 2016).

中国政府声明的尊重直接关系到了对中国法是否强制被告进行被指控的垄断行为的定性。

（三）维生素 C 案中涉及的其他外国法查明问题

除了前面的争议问题——对外国政府声明应该赋予的效力——以及由此导致对中国法解释的不同认识以外，维生素 C 案还涉及其他的外国法查明问题，包括：（1）对外国法解释出现矛盾时的决定主体；（2）法院查明外国法的资料；（3）外国法决定的上诉审查标准。这些问题也值得提出来加以注意。

对外国法解释出现矛盾时，应该由谁作出决定的问题，曾经在一审程序作为争议问题出现，最终一审法院决定由法院，而不是陪审团对这一问题作出判断。

关于查明外国法的资料问题并非争议问题，但是在维生素 C 案中得到了生动体现。一是法院不限于当事人提供的证据来决定外国法问题，案外人如作为法庭之友的中国商务部在提交声明时提供了大量证据，一审和二审判决在很大程度就是对这些证据资料进行考虑。二是法院可以考虑不能作为证据的资料来决定外国法，有一些不能作为证据出示的材料也成为法院确定中国法的重要依据。三是法院也可以自行研究这个问题，在维生素 C 案中法院自行寻找一些证据，如一审中援用的中国政府对世贸组织的声明，二审中援用的中国驻美国大使馆对美国国务院提出的外交照会。

关于外国法查明问题的上诉审查标准，这主要在二审判决提及，在本案中并非争议问题。第二巡回法院在其判决中也对这一问题进行了说明。[①]根据《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条的规定，查明外国法是一个法律问题，因此对其上诉审查采用的是“重新审查”标准（review de novo）。即上诉法院可以对外国法内容重新进行审查，不受下级法院判断该问题所依证据材料的约束，而是可以自行收集新的证据和其他材料。在普通法上，因为外国法是事实问题，外国法查明的上诉审查标准也采用的是对事实问题的上诉审查标准。即所谓的“明显错误”标准（clearly erroneous）；上诉法院对事实问题进行审查时，必须在下级法院据以作出判决的证据范围内，不能够超出这些证据作出判决，只有根据下级法院作出判决的证据，下级法院对事实问题作出的判断明显是错误的，上诉法院才可以将案件发回重审。同时，上诉法院对法律问题的判决构成判例，具有拘束力，但是对事实问题的判断则不具有拘束力。

四、对我国外国法查明制度的启示

美国法院在维生素 C 案中对外国法查明问题的探讨，提供了解决查明外国法问题的生动例子，对我国的相关立法和司法实践具有很好的启发作用。

我国外国法查明制度规定在我国《涉外民事法律关系适用法》第 10 条以及相关的司法解释中。[②]其主要内容是规定了涉外案件中涉及外国法查明时，当事人和法院均负有查明责任；查明外国法的途经主要有根据司法协助条约设立的外国中央机关，外国驻我国使领馆、我国驻外国使领馆，以及中外法律专家，当事人提供和法院自行查明。近年来，随着我国民事诉讼中诉讼当事人主义影响日盛，我国外国法查明制度对当事人证明外国法的责任逐渐加重，对法院查明外国法的责任有所忽视。在实践中，中国法院在查明外国法时，存在着不适当加重当事人的证明外国法责任和减轻法院自身查明外国法的责任的不良倾向，导致一部分案件中外国法查明制度形同虚设，最终法院往往武断决定外国法无法查明，转而

[①] Animal Sci. Prods. v. Hebei Welcome Pharm. Co. (In re Vitamin C Antitrust Litig.), 837 F.3d 175, (2nd Cir. 2016).

[②] 焦燕：《我国外国法查明新规之检视——评<涉外民事关系法律适用法>第 10 条》，载于《清华法学》2013 年第 2 期，第 163—174 页。

适用中国法解决问题。[①]我国法院外国法查明实践中存在的很多问题，既有观念上的原因，也有制度设计的不足，维生素 C 案中美国法院查明中国法的实践，对我国法院具有几个方面的启示。

首先，要充分认识认真查明外国法是关涉司法公正的重要法律问题。外国法查明是一项费时费力而结果有时不甚乐观的工作，在我国涉外审判任务繁重，法院审理案件需要受到期限限制的情况下，要法院承担查明外国法的复杂繁重工作，确实会有很多实际困难。但是，审判作为社会正义的最后防线，涉外审判作为彰显中国司法公正的独特窗口，其公正性要求应该超越其他考虑。外国法查明的瑕疵虽然并不一定影响案件的公正审理，但是在程序正义成为人们普遍追求的今天，查明外国法上存在的问题，一定会影响法院判决结果的正当性。因此，在司法实践中，要慎重对待外国法查明的不足。维生素 C 案典型体现了美国司法机关注重细节的谨慎态度和专业精神，体现了对司法公正的不懈追求，值得我国法院学习。

其次，和主要法治国家包括美国相比，我国外国法查明制度也存在几个方面的具体制度设计问题需要解决。

第一，我国的外国法查明制度过分强调当事人的证明责任，而忽视了法院的查明责任。在主要法治发达国家都在倾向于强调法院和法官在外国法查明中的重要作用的趋势下，[②]我国的这种规定显然不符合实践需要，事实上也导致较多困难。首先，当事人无法证明外国法时，法院自己查明外国法的动力不足，往往以外国法无法查明为由，直接适用中国法。[③]其次，我国法律所规定的司法协助条约下外国中央机关提供，外国驻我国使领馆提供和我国驻外国使领馆提供的查明路径在实践中往往忽略，法律规定沦为具文。

第二，我国的外国法查明制度则抽象机械，实践性不强。我国法律规定对实际问题较少明确规定。在我国的法院实践中，出现当事人对要查明的外国法各执一词争论不下的情形，我国有些法院往往直接认定外国法无法查明，而最终适用中国法。这种情况既有法院自由裁量权过大，作出决定比较随意的问题，还有外国法查明问题的上诉机制失效的问题。比如在多起涉及外国法查明的案件中，一方当事人提供了证明外国法的资料，法院却置若罔闻，直接裁定外国法无法查明；而上诉法院对这种做法视而不见，甚至曲为之词，予以维护。

美国外国法查明制度具有很强的实践性，美国法上由于有长期的实践基础和法学界持续的理论关注，形成了较为系统的处理查明外国法争议的制度，其主要内容已如前述。尤其是晚近以来，美国法将外国法查明作为法律问题，而上诉法院能够对外国法查明问题进行审查，从而在适用外国法上形成了较多的判例，并在判例里积累了丰富的外国法知识，这也进一步丰富完善了美国的外国法查明制度。而在我国，由于认识的偏差和实践中的困难，法院对待外国法查明往往是避之犹恐不及，更不用说主动处理，积极面对，出现了很多令人遗憾的现象。

[①] 林燕萍、黄艳茹：《外国法为何难以查明——基于<涉外民事关系法律适用法>第 10 条的实证分析》，载于《法学》2014 年第 10 期，第 119-123 页。肖芳：《我国法院对外国法无法查明的滥用及控制》，载于《法学》2012 年第 2 期，第 103 页；郭玉军：《近年来中国有关外国法查明与适用的理论与实践》，载于《武大国际法评论》（第 7 卷），武汉大学出版社 2007 年版，第 1—20 页。

[②] 徐鹏：《外国法查明：规则借鉴中的思考——以德国外国法查明制度为参照》，载于《比较法研究》2007 年第 2 期，第 65-69 页；霍政欣：《美国法院查明外国法之考察》，载于《北京科技大学学报（社会科学版）》2007 年第 4 期，第 78—79 页；孙健：《中美外国法查明义务分担问题比较研究》，载于《南开学报（哲学社会科学版）》2015 年第 1 期，第 151-152 页。宋晓：《外国法：事实与法律之辩》，载于《环球法律评论》2010 年第 1 期，第 16-17 页。

[③] 林燕萍、黄艳茹：《外国法为何难以查明——基于<涉外民事关系法律适用法>第 10 条的实证分析》，载于《法学》2014 年第 10 期，第 119-123 页。肖芳：《我国法院对外国法无法查明的滥用及控制》，载于《法学》2012 年第 2 期，第 103 页。

例如，在有的案件中，我国法院能够查明相关的外国法，可是在其他案件中，涉及到相同的外国法查明问题时，又有法院称外国法无法查明。这种情况的发生就反映了我国相关制度的问题。在美国法上，如果涉及到相同的法律，前案查明的外国法可以在本案中主张。如在“上诉人北京颖泰嘉和生物科技有限公司与被上诉人美国百瑞泰德公司居间合同纠纷案”中，[①]北京市高级人民法院认为，北京颖泰嘉和生物科技有限公司选择适用美国特拉华州法律，并提供了《美国代理法重述》以及美国特拉华州最高法院类似案件的判决书、案件意见书以及法学著作的节选片段。然而，法院认为，北京颖泰嘉和生物科技有限公司没有提供有效的美国法律或判例，致使法院无法查明适用本案的美国法律或判例，最后适用了中国法。而实际上在另一桩案件中，法院却查明了同样外国法的内容。

第三，我国的外国法上诉审查机制没有得到切实的贯彻。很多一审法院在当事人已经提供相应的外国法资料证明的时候，对这些证据资料视而不见，武断认定外国法无法查明。这种判决本应该通过上诉法院的审查机制加以制止，但是上诉法院未能很好的履行上诉审查的职责。比如在“交通银行香港分行与丰悉国际有限公司、广东阳江纺织品进出口集团公司、李孔流、黄小江、阳江市人民政府借款担保纠纷案”中，[②]当事人约定适用香港法律，尽管原告在一审中提交了相关的香港法律规定，一审法院却以原告没有提交相关法律文本而径直适用中国法。案件上诉到二审法院时，法院在承认应该适用香港法的情况下，以法律规避为由拒绝适用香港法律，而适用了大陆法律。在理应查明香港法律的前提下才能适用法律规避的情况，二审法院对香港法律并未查明，直接采用法律规避适用了中国大陆的法律。这样的案件典型地体现了上诉法院的上诉功能未能得到有效的发挥，从而进一步造成并纵容了一审法院忽略甚至无视外国法查明制度的问题。

维生素 C 案涉及的法律问题并不复杂，但是因为该问题的性质，当事人可以一直上诉到联邦最高法院，而联邦最高法院并不以问题轻微，而是积极直面，作出判决。从而丰富发展了美国联邦法院的外国法查明制度。

改革开放四十年来，我国涉外审判工作取得长足的发展，对外国法查明问题的讨论本身也是这一进步的表现。随着我国涉外审判的迅速发展，我们相信，这些问题必将在实践中得到解决。本文通过对美国查明外国法实践的研究，希望能抛砖引玉，引起对这一问题更多关注和更深入研究，最终能够有力促进我国涉[③]外审判的健康发展。

11．跨出国内法思维的陷阱：论我国涉外民商事裁判的选法推理

颜林*

摘　要：在涉外民商事裁判实践中，准据法的遴选、确定与适用需要经过逻辑严密的推理过程，这是由冲突法制度本身的复杂性所决定的，它要求裁判人员必须掌握冲突法的思维方法以胜任这一要求。但在我国涉外民商事裁判实践中，基于身份、观念及受教育背景等因素而形成的国内法思维往往对冲突法上的选法推理产生干扰，这主要表现为对法律关系的识别错误、忽视了法律选择问题的存在、裁判说理的逻辑不够严密、对外国法内容及其效力存在误解等四个方面。通过强化涉外民商事裁判人员的冲突法思维、加强涉外民

[①] 北京市高级人民法院（2013）高民终字第 1270 号。
[②] 广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 137 号

* 颜林，法学博士，南京师范大学法学院副教授，主要从事国际法及国际私法领域的研究。

商事裁判中的指导案例和典型案例制度的建设、切实提高外国法查明的质量及权威性，可以有效提高涉外民商事裁判中选法推理的严密性和裁判质量。

关键词：涉外民商事争议　法律选择推理　冲突法思维

Abstract: In the practice of foreign-related civil and commercial adjudication, the selection, determination and application of the applicable law need to go through a logical reasoning process, which is determined by the complexity of the conflict law system itself and requires the judges to have this thinking ability. But in china, based on some factors such as the education background, notion and identity, thinking methods based on domestic law tend to interfere method of conflict law reasoning. This kind of interference has shown in issues such as the making mistake while characterization, ignoring the existence of the problem of choice of law, making mistake in legal-reasoning, the misunderstanding of the contents of foreign law its legal effects. By strengthening the conflict law thinking methods, strengthening the construction of guiding cases and typical cases in foreign-related civil and commercial adjudication system, and effectively improving the quality and authority of foreign laws, we can effectively improve the rigor of reasoning and quality of adjudication of foreign-related civil and commercial adjudication.

Keywords: foreign-related civil and commercial disputes, legal-reasoning in choice of law, thinking-methods in conflict of laws

自民族国家诞生以来，立法权被视为主权的体现而被予以特别重视，不同国家的法律制度也因此呈现出不同的形态和内容。被誉为“现代国际私法之父”的德国法学家萨维尼曾指出，“法律规则的功用在于支配法律关系……实在法在世界范围内并非一致，各民族国家与国家之间有所不同，其原因在于，在任何社会中，实在法部分源于人类共同的原则，而部分源于专门机构的运作。实在法的这种多样性决定了有必要严格划分它的支配范围，以确定不同实在法各自的界线。[①]因此，在一个跨国的民商事争议中，确立涉案各国法律的空间适用范围便成为司法机关不得不面临的法律难题。[②]自 2013 年我国提出“一带一路”倡议以来，对外经济贸易交流与合作蓬勃发展，涉外民商事争议也日益增多，[③]中国法院适用域外法律作为争议准据法的情形也大大增加。在域内外法律具有竞相适用性时，法院对争议的审理中必然会面临复杂的法律选择过程，而识别、先决问题、法律规避、外国法的查明、公共秩序保留、直接适用的法等冲突法制度又会进一步增大选法的难度，法律选择的逻辑推理是否周延、严密便成为决定裁判质量的重要因素。但从我国近年来审理涉外民商事案件的司法实践看，很多裁判文书在选法的说理论证中仍然存在逻辑上的错漏、扭曲乃至断裂。本文旨在通过对近年来司法机关所审理的相关案例的分析，指出这一不足的表现及其原因，并对法律选择的推理逻辑作初步的探索。

一、冲突法制度的复杂性与准据法的选择

在民商事案件的裁判中，涉外性争议与非涉外性争议有重要的区别，在选法的过程中，

---

① [德]弗里德里希•萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社 1999 年版，第 1-2 页。

② [美] 弗里德里希•荣格：《法律选择与涉外司法》（特别版），霍政欣、徐妮娜译，北京大学出版社 2007 年版，第 19 页。

③ 近五年来，我国与沿线国家货物贸易进出口总额超过 5.5 万亿美元。截止 2018 年 5 月，我国已与 24 个国家和地区签订了 16 个自由贸易协定，其中约一半是“一带一路”沿线国家。另外，我国已与 100 多个国家和国际组织签署了共建“一带一路”合作文件。见新华社通讯：《大道致远，海纳百川——习近平主席提出“一带一路”倡议 5 周年记》，http://www.xinhuanet.com/2018-08/26/c_1123330829.htm，访问日期：2019 年 2 月 22 日。另据统计，2013-2018 年期间，我国各级人民法院审理的一审涉外民商事案件多达 7.5 万起。参见最高人民法院周强院长在 2018 年 3 月 9 日第十三届全国人大第一次会议上的所作的工作报告之相关部分。

必须对这些问题予以足够的重视，否则极易导致法律适用的说理出现逻辑错误。这些问题至少包括如下内容：（1）“涉外性”的确定；（2）法律关系的识别和冲突规范的选择；（3）先决问题、法律规避、公共秩序保留、直接适用的法等冲突法制度的适用；（4）法律适用中的分割方法；（5）外国法的查明及所查明的外国法之性质及效力。

首先，争议具有“涉外性”是裁判机关利用冲突法制度选择准据法的前提，以“主体、客体及法律事实”为基础的传统“三要素论”可以准确地认定绝大部分案件是否具有涉外因素，但是在我国积极融入世界发展潮流的背景下，在个案裁判中，裁判机关是否有必要对上述三要素之外的其他涉外性因素给予足够的重视，便成为足以影响法律选择的重要因素。

例如，在“朝来新生公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”[①]与“西门子国际贸易（上海）有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”[②]中，当事人同样是外商投资的中国籍法人，但前者的受案法院认为此案不具有涉外性，后者的受案法院却认为该案为具有涉外性。[③]在“天津公司与山东新华医药集团有限公司合作纠纷案”中，一审法院淄博中院认为该案不具有涉外因素，从而否定了中国国际经济贸易仲裁委员会对该案裁决的效力，[④]山东高院复议维持这一立场，但最高院却在再审中认为该案具有涉外因素，从而间接认可了该裁决的效力。[⑤]上述裁判实践表明，涉外性的准确判定或极大地影响案件的裁判结果。

其次，在冲突规范的选择中，法院应该对争议性质及当事人之间法律关系的准确判定（即所谓的“识别”），对于正确选择法律选择条款和确定准据法具有重要意义。一般而言，鉴于国内法制度体系严谨而具有内在的自洽性，非涉外案件的审理一般并不存在法律关系的认定冲突，在裁判文书中也不需要对此予以特别解释。但在涉外的民商事争议中，法院首先应准确判定当事人之间的法律关系及争议的性质，然后依据这一判定结果选择冲突规范并准确理解其内涵，最终确定应适用的准据法。

第三，相比于纯粹的国内案件，对涉外民商事案件的审理应在选法过程中仔细甄别该案当事人是否存在法律规避行为。除了事实认定影响法律选择外，所适用的外国法是否会损害我国的公共秩序、我国在冲突法立法中是否将所涉争议纳入“直接适用的法”的适用范畴等，这些都影响着法律选择的最终结果。

第四，在国际私法上，学界一般将认为案件所有争议均应具有统一的准据法的观点称为“统一论”，而将认为应对同一案件中不同的争议适用不同法律适用规则的观点称为“分割论”。[⑥]在某一个涉外民商事争议中，如果该案当事人众多，且不同当事人之间的关系或具有涉外性，或不具有涉外性，则是否应根据“分割论”的观点，分别确定准据法？又如在涉外继承中，确认各继承人与被继承人是否具有父母子女关系或夫妻关系构成了继承关系的“先决问题”，则是否应该根据案件的具体情况分别适用相应的冲突规范以确定各个法律争议的准据法？

第五，若经冲突规范的指引，将某一外国法作为争议的准据法，则查明该外国法的内容便成为解决争议的一个重要问题。例如，在“羊某某 1 与英国嘉年华邮轮有限公司、浙

---

① 北京市第二中级人民法院(2013)二中民特字第 10670 号裁定书。

② 上海第一中级人民法院（2013）沪一中民认（外仲）字第 2 号民事裁定。

③ 汤霞：《我国涉外自贸区仲裁中的“涉外性”认定》，载《国际经贸探索》2017 年第 12 期。

④ 淄博市中级人民法院(2012)淄仲执字第 44-1 号执行裁定。

⑤ 最高人民法院（2013）执监字第 182 号裁定。

⑥ 我国冲突法中适用“分割论”的典型立法有两个条款，其一是《法律适用法》司法解释（一）第 13 条：案件涉及两个或两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。其二是该司法解释第 12 条：涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。

江省中国旅行社集团有限公司海上、通海水域人身损害责任纠纷案”[①]中，当事人溺水的事实发生在英国籍邮轮“蓝宝石公主”上，而案件发生时，该船舶位于公海领域，侵权行为地并无相关的法律可以援引解决争议。再如，在普通法国家，不同层级、不同地区、不同时间的法院所作判例及其规则的效力是不同的，如何正确地援引普通法国家的判例便成为决定法律选择成败的关键。

二、涉外民商事争议中选法推理的常见错误

（一）法律关系识别错误

1.识别错误的常见领域之一是涉外婚姻中的不动产产权分割领域，我国法院对这一问题的识别大致有两种模式：认为属于物权纠纷或认为属于夫妻财产纠纷，而这两种模式下，又各有两种不同的法律适用推理。

有法院将此类争议识别为物权纠纷。比如在“郭淑敏诉林春妗等房屋买卖合同纠纷案”[②]中，受案法院认为，涉外婚姻存续期间所取得不动产的产权争议及离婚后的不动产分割争议应适用《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 36 条“不动产物权，适用不动产所在地法律”确定准据法。另外，在“谭炳华诉梁树珍、谭濠江所有权确认纠纷”[③]案中，法院虽然认为此类案件属于不动产物权纠纷，但应适用《民法通则》第 144 条“不动产的所有权，适用不动产所在地法律”的规定确定准据法。[④]

除识别为物权纠纷外，也有法院将此类案件识别为夫妻财产制的争议。例如，在“张振权诉石某离婚财产纠纷案”[⑤]、“朴某某与金某某离婚后财产纠纷案”[⑥]中，受案的延边中院将涉外离婚案中夫妻共有不动产的分割识别为夫妻财产争议，认为应适用《法律适用法》第 24 条[⑦]确定准据法。而在该院所审理的另一起类似案件“许某某与李某某之间离婚后财产纠纷案”中，法院虽然对法律选择的推理过程语焉不详，但潜在的思路是将该案识别为夫妻财产争议，同样应适用《法律适用法》第 36 条确定中国为该夫妻共同经常居所地，并适用中国法予以判决。在“梁吕枝与程秀英确认合同无效纠纷案”[⑧]中，一审法院认为夫妻关系存续期间所购房屋的产权问题应适用《法律适用法》第 36 条，而二审法院却认为应适用《法律适用法》第 24 条。在“徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案”[⑨]中，受案法院对于识别此类争议的性质予以了详细的说理，认为“（该案）从形式上看是对不动产权属的确认之诉，……（但）双方的争议是基于确认当事人之间具有合法婚姻关系的基础上，具有更强的身份特征或属人特性”，此案最终适用第 36 条选择了准据法。

此外，有些法院虽然承认此类案件系夫妻财产纠纷，但却有不同的法律选择逻辑。例如，在“胡某与 W 某离婚后财产纠纷案”[⑩]中，一、二审法院均认为，“根据《法律适用法》第 27 条规定，诉讼离婚，适用法院地法。该规定适用于因离婚所产生的夫妻人身、财产分割等关系。是双方基于离婚而产生的财产分割争议，应当适用法院地法。”事实上，第 27

---

① 上海海事法院（2016）沪 72 民初 2336 号判决书。

② 见厦门市海沧区人民法院（2013）海民初字第 172 号判决书。

③ 见佛山市南海区人民法院（2013）佛南法民三初字第 696 号判决书。

④ 当然，这两种选法逻辑的差异实质上是源于《民法通则》和《法律适用法》相关条款在适用中的协调问题，因与本文主题无关，在此不予讨论。

⑤ 见珠海市中级人民法院（2016）粤 04 民终 2814 号判决书。

⑥ 见延边朝鲜族自治州中级人民法院（2015）延中民三初字第 973 号判决书。

⑦ 该条款规定，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。

⑧ 见东莞市中级人民法院（2013）东中法民一终字第 496 号判决书。

⑨ 见上海市第一中级人民法院（2016）沪 01 民终 2237 号判决书。

⑩ 见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 4772 号判决书。

条所指的“诉讼离婚适用法院地法”，仅指诉讼离婚中解除婚姻关系的条件、依据及程序等事项，并不包含夫妻财产关系问题，上述判决错误地理解了该条款含义。[①]

2.在我国法院，另一常见的识别错误出现在涉外遗嘱继承中关于不动产继承的处理。在涉外继承中，如果被继承人就其遗产分割订立了有效的遗嘱，则无论动产或不动产，所有遗产均应根据遗嘱内容分割。但是在“杨某与曹某遗赠纠纷案”[②]中，曹某 1 于 2012 年 8 月 3 日订立自书遗嘱，将自己名下的某一不动产由其子女曹某与保姆杨某均分继承。后因房产继承及分割问题产生纠纷。一审法院将本案争议识别为不动产继承纠纷，认为应根据《法律适用法》第 31 条中“不动产法定继承，适用不动产所在地法律”的规则确定中国法作为准据法。二审法院则将本案正确识别为涉外遗嘱继承纠纷，认为遗嘱继承中的财产分割问题应按照遗嘱继承处理，而本案中立遗嘱人曹某 1 所立自书遗嘱合法有效，故诉争房屋应按该份遗嘱的内容予以执行。

在“谢某、黄某 1 遗嘱继承纠纷案”[③]中，被继承人黄某 1 系香港地区永久居民，在遗嘱中将自己名下所有财产均确定由其子黄某 5 继承，其他继承人诉至法院，要求确认遗嘱无效，并按法定继承予以处理。在二审判决中，受案法院一方面认定遗嘱合法有效，另一方面又指出，“《法律适用法》第 36 条规定，不动产物权，适用不动产所在地法律。因诉争房产位于安溪县，故对诉争房产的归属认定应适用中国法律。”这一立场是前后矛盾的，因为在遗嘱有效的情况下，房产的归属并不存在法律适用问题，而是应该依据遗嘱内容予以分割。法院应以争讼财产系不动产为由适用前述第 36 条确定不动产继承的准据法是错误的。

（二）忽视了法律选择问题的存在

在一些涉外民商事争议的审理中，裁判机关常常会对案件核心问题的法律适用作出确定，但是对于其他同样存在法律适用问题的争议点却予以忽视。这一情况的产生有时是源于案件当事人的人数众多且各法律关系复杂、争议点较多；有时是因为案件存在“先决问题”，从而出现认识的误区。[④]

例如，在前述“杨某与曹某遗赠纠纷案”中，曹某 1 因在遗嘱中将其房产的一半指定由其子女曹某（英国公民）继承，其遗嘱具有涉外性。在曹某 1 立有多份遗嘱时，各遗嘱的效力应根据《法律适用法》第 33 条关于遗嘱效力法律适用规则予以解决，但一二审法院均对遗嘱效力的法律适用没有任何分析，而是直接适用了中国法的相关内容。[⑤]

在“范焕明、范书昭、凌志清等与范荣富遗产继承纠纷案”[⑥]中，范荣富系郑某之子，在范奂轮与郑某在香港结婚后，范荣富随郑某与范奂轮在香港共同生活。对于范荣富是否具有对范奂轮遗产的继承权，受案法院认为，“根据法律规定，……继子女与继父母间相互享有继承权的前提条件，是彼此之间形成实际扶养关系。如果继子女与继父母实际发生扶

[①] 无独有偶，在“黄某某与苏某某离婚纠纷案”中，受案法院也错误地认为，诉讼离婚中的财产分割应适用《法律适用法》第 27 条的规定确定准据法。见重庆市南岸区人民法院(2014) 南法民初字第 05050 号民事判决书。但因该案所涉夫妻财产系动产，与上述胡某案略有不同。

[②] 见北京市第一中级人民法院（2017）京 01 民终 4165 号判决书。

[③] 见泉州市中级人民法院（2017）闽 05 民终 6970 号判决书。

[④] 比如法定继承中，继承人与被继承人是否具有夫妻关系或父母子女关系等。但需要说明的是，国际私法意义上的“先决问题”具有严格而复杂的成立条件，本文此处仅指一般意义上“某一问题的解决须以另一问题的解决为前提”的情形，并非严格意义上的“先决问题”。

[⑤] 该案一审法院指出，“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，没有公证遗嘱的，以最后所立遗嘱为准。自书遗嘱需由遗嘱人亲笔书写，签字，注明年、月、日。2013 年曹某 1 所书材料落款处欠缺日期而不符合自书遗嘱的法定形式，不具有遗嘱效力。2012 年所书材料符合自书遗嘱的法律形式，且是曹某 1 的真实意思表示，具有遗嘱的效力。该院认定该遗嘱合法有效。”这一说理明显是依据中国法关于内容相互冲突时遗嘱效力的认定规则予以判定的。二审法院认可了这一说理，故在判决中只简单指出，“本案中，曹某 1 于 2012 年 8 月 3 日订立自书遗嘱，符合遗嘱的法定形式，属合法有效，……”。

[⑥] 见上海市第一中级人民法院 1999）沪一中民初字第 393 号判决书。

养教育关系，继子有权以法定继承人的身份继承其继父母的遗产。”法院认定范奂轮与范荣富不构成抚养教育关系，最终确认范荣富不具有遗产继承权。但在本案中，因范奂轮与范荣富在香港共同生活，其是否构成具有继承权的继父母与继子女关系应根据香港的相关法律予以判定。受案法院忽视了这一身份关系所具有法律适用问题而直接适用内地的法律而予以认定，这一说理是存在瑕疵的。

在“澳化太平洋公司（AUSCHEM PACIFIC GROUP PTY. LTD.）诉青岛盛弘环宇进出口有限公司、QINGDAO S.H.HUANYU IMP.&EXP.CO.，LTD.（马绍尔群岛）国际货物买卖合同纠纷案”[①]中，受案法院认为青岛环宇公司与马绍尔环宇公司在人员、业务、资金上存在高度混同，已丧失独立人格，构成人格混同，因此应共同作为合同相对方承担本案合同责任。但是，对于一家在中国登记注册的公司是否与一家在马绍尔群岛登记注册的公司存在人格混同，其本身即存在法律适用问题。法院在此适用判定公司混同的一般方法和基本理论，从而规避了对法律适用问题的探讨。[②]“雷迪(中国)有限公司与上海雷迪机械仪器有限公司国际货物买卖合同纠纷案”[③]同样涉及公司人格混同的认定。该案原告主体的住所地在香港，受案法院认为当事人之间主要争议（合同关系）应适用中国法，但是对于各当事人之间是否存在人格混同，法院则根据我国《公司法》第 217 条的规定，分析了关联公司的经营情况和业务活动，并认定两者存在人格混同问题。在该案中，作为在案件主要问题的合同争议适用中国法并不当然意味着公司法人格混同的认定也适用中国法，根据“分割论”的逻辑，是否应适用中国公司法的相关条款应通过法律选择规则加以认定。

（三）裁判说理的逻辑不够严密

在涉外民商事争议的裁判中，严格遵循法律选择的推理逻辑是正确选择准据法的重要条件，相反，如果裁判人员概念混乱、思路不清、逻辑错误，则极容易为争议选择错误的准据法。虽然鉴于冲突法立法中的“法院地法优先主义”（forum law favoritism），[④]错误的法律适用逻辑或许也会选出合适的准据法，但裁判文书的说理显然是无法获得当事人及其代理人认同，这无疑会损害裁判文书的权威性和法律效力。在我国涉外民商事争议的裁判实践中，司法机关对一些案件的选法推理存在着逻辑上的缺陷，从而极大地影响了案件的裁判质量。在此仅试举数例说明。

1.在“上诉人王某乙、王某丙、王某甲与上诉人李某、黄某继承纠纷一案”[⑤]中，死者系英国公民，于 2008 年自杀，死前留下遗嘱一份，要求本人名下房产归父母继承，孩子由丈夫抚养，后因继承争议诉至法院。在本案中，法院首先根据关于时际法律冲突的规则确定《法律适用法》及其司法解释（一）不能适用于本案；然后鉴于双方争讼标的为不动产，

[①] 见青岛市中级人民法院(2013)青民四初字第 207 号判决书。

[②] 我国学界一般认为，我国公司法虽然未明确何为关联公司，但《企业所得税法实施条例》第 109 条规定：“企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或个人：（一）在资金、经营、购销等方面存在直接或间接的控制关系；（二）直接或间接地同为第三者控制；（三）在利益上具有相关联的其他关系。”2012 年修订的《税收征收管理法实施细则》第 51 条也作了类似规定，并且国家税务总局发布的《特别纳税调整实施办法（试行）》第 9 条列举了八种构成关联关系的情形，对《税法实施条例》中规定的三个方面的关联关系作了细化规定，更具有可操作性。我们认为，在公司法尚未对关联公司作出明确法律界定的情况下，可以参考上述规定认定关联公司。

[③] 上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民四（商）初字第 30 号判决书。

[④] 该取向又被称“回家去（homeward trend）”，指立法者通过多种制冲突法度的设计，从而增大本国法适用概率的情形。See Symeon C. Symeonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? Kluwer Law International, 2000, P73.

[⑤] 见南京市中级人民法院(2015)宁民终字第 1775 号判决书。

法院认为应根据我国《继承法》第 36 条[①]确定争议的准据法为中国法；最终，法院根据中国法得出了遗嘱有效的结论。这一法律选择的推理存在三个方面的逻辑错误：第一，在死者生前留有遗嘱的民商事争议中，遗嘱是否有效是正确分配遗产的前提，遗嘱有效则应根据遗嘱继承加以处理，而遗嘱无效则应根据法定继承加以处理。在本案中，裁判机关首先应确认遗嘱的有效性问题而不是先确认不动产继承的法律适用规则。第二，在涉外遗嘱继承纠纷中，遗嘱效力存在法律适用问题，但本案的受案法院并没有适用关于遗嘱效力的冲突规则而径直适用中国法判定其有效。第三，受案法院在确认遗嘱有效之后，应根据遗嘱的内容分割财产，而不应一方面承认遗嘱有效，另一方面又根据《继承法》第 36 条关于不动产法定继承的法律适用规则，适用不动产所在地法（即中国法）作为遗产分割的准据法。

2.在“亚太公司诉金基公司等案外人执行异议纠纷案”[②]中，受案法院首先根据《法律适用法》司法解释（一）第 13 条及第 12 条，适用了当事人所选择的香港特别行政区相关法律规范，并据此认定《新船建造协议》合法有效。但法院认为协议中关于法律适用的条款仅确定了协议本身的法律适用规范，未明确约定船舶及船用设备的转移之物权变动法律关系应当适用的法律。对于物权转移问题，法院认为应根据《法律适用法》第 37 条[③]确认内地法律为该问题的准据法，并据此认定该船舶所有权已经转移。随后，法院进一步认为，“案涉船舶所有权转移是否产生对抗第三人效力”这一问题同样应适用内地关于物权领域的法律确认英国《国籍登记证书》的效力。

在本案中，法院坚持了我国物权法上的区分原则，将本案中《新船建造协议》识别为原因行为，而船舶所有权的变动识别为物权变动行为，并据此对这两个法律关系分别适用了准据法。但是，此处的逻辑错误在于：第一，我国物权法上的区分原则源自大陆法系传统的债权、物权二元分割理论，英美法系并无此类规则，受案法院在确认争议的准据法之前，即先入为主地根据我国物权法的立法原则将争议划分为存在债权和物权两个争议；第二，在前一错误的支配下，即使协议中存在物权转移的约定，即使《法律适用法》第 37 条明确规定“当事人可以协议选择动产物权适用的法律”，法院仍然认为协议中所选择的准据法仅得适用于债权关系而不能适用物权关系，而本案中的物权争议不受当事人协议中所选择的香港法律的支配。这不仅违背了当事人在协议中对物权转移所约定的准据法，也违背了《法律适用法》第 37 条在物权关系的法律适用中适用意思自治原则的规定。

另外，从理论上来说，在以法律行为引起物权变动的情形中，原因行为为法律行为，物权变动行为为事实行为，物权变动的效果意思存在于原因行为中。[④]两者本身虽存在性质的差异，但却具有时间及效力等方面的相承相因性，如果在法律选择中过于强调两者差异性而割裂其相承性，则不仅人为拔高了对当事人法律素养的要求，不利于保护当事人合理

[①] 该条款规定，中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

[②] 珠海市金湾区人民法院（2016）粤 0404 民初 751 号判决书。该案的基本案情是：原告亚太公司住所地在英属维尔京群岛，其与珠海云辉游艇公司等于 2010 年 11 月 15 日签订了《新船建造协议》，并约定承建人云辉公司等在收到第二阶段付款后该游艇属于原告所有，《协议》适用香港法。原告于 2011 年 4 月第二期付款支付完毕后，云辉公司于当年 9 月为原告签发了建造者证书，书面确认了该游艇的船东为原告。2011 年 10 月 11 日英国政府为该游艇签发了国籍登记证书。但在债权人金基公司与债务人云辉公司的系列执行案件中，由于云辉公司未履行偿债义务，法院查封了位于云辉公司厂房内为原告所建造的游艇及相关船用设备。原告认为该查封侵犯了其合法权益，遂以金基公司和云辉公司为被告提起执行异议之诉。

[③] 该条款规定，当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的，适用法律事实发生时动产所在地法律。

[④] 参见梁慧星：《物权法解释：意义、对策、创新与不足》，载《中国民事立法评说》，法律出版社 2010 年版，第 95-96 页。

预期，也容易使法院判决陷于冗赘晦涩，人为地增加了司法成本。[①]

3.在“东方置业房地产有限公司与安徽省外经建设（集团）有限公司、哥斯达黎加银行、中国建设银行股份有限公司安徽省分行保函欺诈纠纷案”[②]中，当事人在独立保函中约定适用国际商会颁布的《见索即付保函统一规则》（URDG458），一审法院一方面认为根据当事人意思自治原则，该法律选择应当遵守，另一方面又将该案识别为侵权争议，认为根据《法律适用法》第 44 条的规定，本案保函欺诈的认定与止付标准应直接适用侵权行为地法（即中国法律）。而在判定“关于保函欺诈的认定问题，URDG 以及我国法律、司法解释并无明确规定”后，法院参考适用了联合国《独立保函与备用信用证公约》予以裁判，这一法律选择逻辑得到了二审法院的支持。[③]但这一逻辑的错误在于：第一，法院在认可了独立保函中的法律选择条款的同时，又将争议识别为侵权纠纷并适用中国法，但在合同争议和侵权争议竞合的情形中，法院应根据当事人的诉求判定争议的性质，且对案件性质的认定应具有唯一性；第二，我国并未加入《独立保函与备用信用证公约》，在此情形下，根据《法律适用法》司法解释（一）第 9 条的规定，该公约的适用须以当事人在合同中约定且不违反我国社会公共利益或相关规强制性规定为前提，本案中当事人并未作出这种法律选择，因此裁判机关在本案的选法逻辑存在明显不足，说理也无法自洽。

4.在“裴×1 与裴×2 等遗嘱继承纠纷案”[④]中，受案法院在确认案件性质为涉外遗嘱继承纠纷后，认为根据《法律适用法》第 3 条规定：当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。而本案中，“各方当事人可选择本案所适用的法律。因原审中各方当事人均援引中国法阐述诉、辩意见，且均未对原审法院适用中国法审理本案提出异议”，因此，法院可以根据《法律适用法》司法解释（一）第 8 条的规定默示推定当事人已选择中国法作为争议的准据法。这一法律选择的逻辑错误在于，根据《法律适用法》第 3 条的规定，只有在法律允许当事人对其争议进行法律选择时，当事人才拥有这一权利，这也是前述第 8 条得以适用的前提，而我国现有冲突法立法并没有允许当事人在涉外遗嘱继承或法定继承中选择准据法。因此，在涉外的遗嘱继承中，因法律并没有赋予当事人以意思自治的权利，即使当事人在诉讼中均援引某一国的法律，也不宜将被援引的法律作为争议的准据法。

（四）对外国法内容及其效力存在误解

当根据法院地的冲突规范确定准据法之后，法律选择工作并没有完全结束，裁判人员的任务将转为查找确认准据法中适用于争讼问题的具体规则及其解释方法等事项，在国际私法上，这一问题一般被认为属于“外国法的查明”范畴，但其在广义上同样属于法律选择问题。在争议的准据法是法院地的实体法时，完成这一任务通常不会存在困难，但是如果以外国法作为准据法，则对该外国法相关条款的查找、确证及解读通常会成为困扰裁判

[①] 另外，在微信公众号“国私案例研究”中，学者关琳琳在《<涉外民事关系法律适用法>第 37 条的理解与适用——以亚太公司诉金基公司等案外人执行异议纠纷案为例》一文中，认为基于物权的公示效力，当就物权变动的争议涉及到合同当事人之外的第三人时，当事人之间所约定的动产物权变动的方式不可对抗第三人。因此，对于本案中当事人关于船舶所有权转移的约定是否可以对抗第三人的问题，当事人协议选择的香港法不应该予以适用。此时，法院应该根据《法律适用法》第 37 条的指引适用我国相关规定。笔者认为这一观点是值得商榷的，因为这一观点仍然是基于中国法对相关问题的理解，而且基于冲突法上的“既得权保护”原则，法律对于案外第三人利益的保护应以该第三人在当事人作法律选择时已存在实际利益且当事人知晓该第三人利益为限，在本案中，当事人作出法律选择时，在该船舶上并无第三人利益，当事人更无从知晓该利益的存在。

[②] 安徽省高级人民法院（2014）皖民二终字第 00389 号判决书。该判决于 2019 年 2 月被最高人民法院列入第 22 批指导案例，编号第 109 号。

[③] 二审法院指出，“URDG458 以及我国国内法均没有对保函欺诈的认定及保函欺诈例外作出规定，而《独立保函与备用信用证公约》反映的则是国际贸易实践中独立保函和备用信用证运作的一般规则，这些规则已经得到国际社会的普遍认可，即使不加入该公约，其规则对于运用独立保函的当事人的指导作用也是不容否定的，故原审法院参照《独立保函与备用信用证公约》关于保函欺诈的规定处理本案并无不妥。”

[④] 北京市第二中级人民法院（2015）二中民终字第 11660 号判决书。

人员的难题。鉴于错误地查证或解释外国法的具体内容同样会导致裁判出现瑕疵乃至错误，这一事项的重要性显而易见。在此试举两例说明之。

在“香港泉水公司诉深圳宏柏公司确认仲裁条款有效案”[①]中，当事人约定适用美国加利福尼亚州的实体法对所签合同进行解释和执行，但在争议解决中既约定了诉讼又约定了仲裁方式。因此，美国加州的法律如何确认此类仲裁条款的效力便成为案件的核心问题。裁判机关在确认加州相关法律时明确援引了美国《联邦仲裁法》（the United States Arbitration Act）、《加利福尼亚州民事诉讼法》（California Code of Civil Procedure）等成文法和一些相关判例。这些判例是由多个不同层级、不同系统的法院作出，包括隶属联邦法院系统中的加州中部地区法院（United States District Court Central District of California）北卡莱罗纳州上诉法院（N. C. App）、联邦第五、第二、第十巡回上诉法院、纽约南部地区法院（South District court of New York）、华盛顿西部地区法院（Western District of Washington）、犹他州地区法院（District of Utah）。其中，《加利福尼亚州民事诉讼法》由加州议会于 1972 年通过，是适用于加州境内的成文法。而《联邦仲裁法》制定于 1925 年，在 Southland Corp. v. Keating 案[②]中被联邦最高法院确认为宪法性规范，从而使得联邦法院和州法院都可以对其援引适用，但该法仅适用于涉及到州际贸易的案件。对于上述判例，根据美国联邦法院系统与州法院系统的关系，联邦法院（除联邦最高法院外）所作出的判决对于州法院系统而言并无法律拘束力。因此，纵观本案的法律适用，《加利福尼亚州民事诉讼法》的相关条款是最适合于本案的准据法，《联邦仲裁法》的适用范围虽然与本案案情并不完全相符，但作为参照亦无不可，而被援引的上述各判例均无必要[③]。尤其是犹他州联邦法院的判例与其他判例的观点完全相反（犹他州联邦法院的判例认为此类争议选择条款无效，其他判例认为有效）的情况下，受案法院在裁判文书中花费了大量笔墨论证该案所确立的规则不予适用的理由，这一分析实属画蛇添足。

2.在“蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司与中化国际（新加坡）有限公司买卖合同纠纷案”[④]中，双方当事人签订了买卖石油焦的合同，并约定“合同中应当根据美国纽约州当时有效的法律订立、管辖和解释”。在履行合同发生争议后，一审法院（江苏省高院）认为双方在庭审中都援引了《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）的相关条款，因此应视为当事人对合同准据法重新进行了选择，但最高人民法院在二审中认为当事人的援引只是因为美国是 CISG 的缔约国，并未重新进行法律选择。因此，“本案应适用 CISG，而对于审理案件中涉及到的问题《销售公约》没有规定的，应当适用当事人选择的美国纽约州法律”。但这一选法说理涉及到一个更深层次的问题，即美国缔结或参加的条约是否当然是美国法的一部分，且可以直接援引？

根据美国《联邦宪法》第 6 条第 2 款的规定，美国缔结或参加的条约具有法律拘束力，应在国内予以适用，[⑤]但拥有宪法解释权的联邦最高法院在长期的司法实践中却对这一条款解读为只有“自动执行”条约才具有直接适用的效力，而“非自动执行条约”并不能在美国法院

---

① 深圳市中级人民法院（2015）深中法涉外仲字第 91 号民事裁定书。

② Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1 (1984)

③ 根据美国判例法制度，一方面，上述判例是联邦法院系统的判例，这些判例所确立的规则对加州而言并没有先例拘束力，另一方面，上述部分案例系联邦基层法院的判例，此类判例所确立的规则仅对本法院本身具有先例拘束力，对其他任何法院都没有先例拘束力。

④ 见最高人民法院（2013）民四终字第 35 号判决书。该判决于 2019 年 2 月被最高人民法院列入第 22 批指导案例，编号第 107 号。

⑤ 该条款规定：本宪法及依宪法所制定之合众国法律；以及根据合众国的授权已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国的最高法律；每个州的法官都应受其约束，不管任何一州宪法或法律中有任何相反的规定。该条款因列举了三项高于州法的“全国最高法律”，因而通常被称为“至上条款”（the Supremacy Clause）。

直接适用。[①]因此，CISG 是否构成“美国法的一部分”并在前述蒂森克虏伯案中加以援引，这本身便是一个需要进一步论证的问题。严格说来，最高院在本案的选法推理中应该进一步证明 CISG 在美国法院被认为是自动执行条约，并在裁判中可以直接加以援引。这一选法说理的逻辑缺陷或许是受国内法观念的影响，因为在我国的司法实践中，CISG 是可以直接适用于国际货物买卖纠纷的。

三、法律选择推理错误的原因及其纠正

（一）法律适选择理错误的原因

在涉外民商事裁判中出现选法推理的错误，其原因是多方面的，但从前述援引之案例可见，裁判人员缺乏冲突法思维、对国内法中的法律选择条款存在错误理解以及对外国法的不了解导致出现选法逻辑错误的主要原因。

1.缺乏冲突法的思维，仍然以国内法思维审理涉外案件是导致选法逻辑错误的重要原因。

囿于教育背景、身份意识、观念认同等原因，我国法官在审理涉外民商事案件中往往从国内法的概念、制度和分析框架去理解涉外民商事争议中的各个争议要点，而有意无意地忽略涉外民商事争议在争议性质、概念解释、选法推理及说理逻辑等方面与国内法争议的差异性。这种依照国内法的概念体系和推理模式去理解涉外民商事争议的思维方式就是选法推理的“国内法思维”。

如前所述，法律选择问题是涉外民商事裁判中所独有的问题，它在纯国内性争议的裁判中并不存在。以国内法的概念体系作为确定准据法的“脚本”乃至逻辑起点的推理，这种“刻舟求剑”的思维模式必然会导致法律选择的南辕北辙。冲突法思维则意味着在确认裁判机关拥有案件的管辖权之后，首先需要确认当事人之间的法律关系和识别争议的性质。正确识别争议的性质是正确选择冲突法条款的基础，而这需要以正确厘清当事人之间的法律关系为基础。在存在“先决问题”的疑难复杂案件中，不仅要具备“分割论”理念，将不同法律关系的认定、不同争议准据法的选择作为具有内在逻辑联系的整体予以通盘考量，更要通过解决各争议点及其法律适用问题的先后顺序进行编排整理，从而实现争诉问题的完整解决。与此同时，还要对案件中当事人是否存在法律规避行为、准据法的适用是否会损害法院地的公共秩序、法院地法中是否存在“直接适用的法”等问题予以特别关注。

例如，在涉外离婚所引起的财产性争议中，首先要确认财产的性质是否属于夫妻共同财产，这就涉及当事人是否存在有效的婚姻，只有在确认婚姻有效后，才能对夫妻共有财产的分割选择准据法。在涉外的继承案件中，首先要确认是遗嘱继承还是法定继承，如果是遗嘱继承，则涉及到遗嘱的有效性问题；如果是法定继承，需要根据与身份争议有关的法律适用规则确认夫妻关系、父母子女关系是否存在。在解决上述这些问题之后，再适用关于法定继承的准据法解决继承问题。

另外，冲突法思维还意味着裁判机关既要坚持“分割论”的理念，不能以主要问题的准据法解决所有的争议要点；也不能有意无意的利用国内法的观念概念、知识体系乃至理论认知去处理本来具有法律适用问题的争议点。在前述澳化太平洋公司案中，裁判机关在确认分别位于境内外不同注册地的两家公司是否存在人格混同问题时，即完全忽略了法律选择事项而径直用中国公司法上的相关理念予以认定。

2.错误地选择冲突法条款进行选法推理，是导致在解决争议中适用法律错误的另一重要原因。出现这一错误的原因大致有两个方面：

[①] 对于联邦法院确立此项规则的源流及其具体内容，可参见彭岳：《国际条约在国内适用的制度僵化及其解决》，载《中国法学》2014 年第 4 期。

其一是由于裁判人员对争议性质存在识别错误，例如将离婚后的财产分割识别为物权争议，将继承中的财产分割识别为物权争议等。对案件性质的错误解读，与裁判人员的专业素养不够、思维能力不足和知识水平欠缺有关，在此不予赘述。

其二是裁判人员对相关冲突法条款的用语用词存在理解错误。由于冲突法旨在解决涉外民商事争议中的法律选择问题，其遣词用句的语义语境也着眼于此，对这些条款的解读与国内法也因此不尽相同。例如，《法律适用法》第 26 条“协议离婚”和第 27 条“诉讼离婚”，是指离婚的条件、方式及程序等问题，并非指离婚时财产的分割、子女的抚养等事项；而对于第 31 条的“法定继承”，自然也应解读为遗产的范围、继承人的范围及财产分割等事项，因为各国关于继承制度的法律冲突主要集中于这些领域。

3.在一些案件的审理中，裁判人员会因为缺乏对外国法的了解而出现选法逻辑的错误。当适用域外法律作为准据法时，正确地选择、确认该外国法中的相关规则不仅仅是“外国法查明”问题，更涉及到裁判人员对准据法所属国的司法制度、法律体系的构成乃至整个国家的法律文化理念的理解。如果裁判人员缺乏对准据法所属国上述事项的理解，则可能会使得选法的说理逻辑不够严密，甚至援引不适当的法条或判例。在前述泉水公司案和蒂森克虏伯公司案中，裁判机关在适用美国法相关制度中的疏漏即是源于对美国判例法制度中的先例拘束原则（stare decisis）、美国的司法体系、条约在美国国内的适用规则等事项缺乏认识。

（二）完善涉外民商事裁判中的选法推理机制

涉外民商事裁判中法律选择问题关涉裁判结果的合法性以及司法正义的实现，司法机关在此类案件的裁判中应予以足够的重视，并采取有效措施以在裁判中选择正确的准据法，与此同时，也应该在裁判文书中提高法律选择推理及相关说理的逻辑性。

首先，应努力强化涉外民商事裁判人员的冲突法思维，切实提高其法律选择的能力。在前述《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中，最高院要求将各级法院裁判文书的制作和释法说理作为考核法官业务能力和审判质效的必备内容。为此，人民法院可以考虑定期组织开展涉外民商事裁判业务的培训，并积极与高校的国际私法法专家联系，聘请在该研究领域声誉卓著的专家为顾问，从而加强司法人员与专家学者的合作交流。另外，各地律协也可以通过各种方式组织律师参加此类培训，在涉外法律诉讼服务中帮助裁判人员提高处理选法问题的能力。

其次，应加强涉外民商事裁判中的指导案例和典型案例制度的建设。最高院在迄今所颁布 22 批的指导案例中，仅有第 107 号和第 109 号等少数案例[①]涉及到涉外民商事纠纷中准据法的选择争议。而在最高院分别于 2015 年和 2017 年所颁、布的十八个涉“一带一路”典型案例中，虽然各案例都存在法律选择事项，但这些案例入选的主要原因是争议本身的典型性，而不是由于其法律选择问题的复杂性。在各地方人民法院所发布的涉外民商事审判白皮书中，[②]所选择的典型案例也是如此。因此，可以考虑在指导案例和典型案例的遴选中，有意识地适当选择一些在法律选择问题上逻辑严密、说理充分的判例，以供各级人民法院在涉外民商事裁判中加以学习和参考。

第三，应该努力提高外国法查明的质量及权威性。目前，为应对“一带一路”蓬勃发展的需要，很多司法机关或与高校的科研力量联合建立外国法查明中心，或自行组建专门

[①] 截止 2019 年 2 月 25 日，最高院一共颁布了 22 批指导案例，其中涉及法律适用争议的指导案例有前述第 107 号和第 109 号指导案例。另有部分涉外民商事指导案例因其不存在法律选择的争议，故不纳入讨论范畴。

[②] 如上海市高院于 2017 年 9 月发布 2012－2016 年度上海法院涉外、涉港澳台商事审判白皮书及十大典型案例，青岛市于 2016 年 6 月发布 2013-2015 年度涉外、涉港澳台商事审判十大案例等。

的法律查明机构，从而为司法机关或当事人提供外国法的查明等服务。[①]这些查明机构受司法机关委托，在很多涉外案件的审理中协助查明外国法的内容，为提高我国外国法查明的质量作出了重要贡献。[②]各级司法机关及政府相关部门应该积极鼓励这些机构的设立、为其业务开展提供必要的支持，加强与其在外国法查明领域的合作。

另一方面，我们也应该认识到这些机构查明外国法在本质上仍然属于“专家查明”方式，其权威性或存在不足。有鉴于此，最高人民法院等机关应该加强与外方相关部门的司法协助，在需要适用某一外国法作为裁判依据时，尽量由该国的法院系统或司法行政部门等权威机关提供准据法内容的查明方式，从而提高裁判中法律选择的质量。在“一带一路”的建设中，可以首先从域外法律查明入手，缔结关于法律查明协助的合作备忘录乃至缔结相关条约，从而构建一带一路”建设参与国的法律数据库，并以此为契机，逐步推进沿线国家司法协助的范围和深度，构建全方位的司法协助体系。

结语

在涉外民商事争议的裁判中，国内法思维是导致法院裁判中出现选法的说理逻辑出现断裂扭曲的重要原因，这一方面源于裁判者身份角色和意识观念所导致的惯性思维，另一方面，也受我国涉外民商事争议的审理经验不足的影响。冲突法制度中所独有的识别、先决问题、外国法的查明、公共秩序保留、直接适用的法等制度和国内法制度存在巨大的差异，并在选法推理中又进一步增加了确定准据法的难度。笔者认为，通过强化裁判人员的冲突法思维，提高其对冲突法制度的理解深度，将有助于其破除运用国内法的意识观念去理解涉外民商事争议的窠臼；而继续坚持指导案例和“一带一路”典型案例的建设，尤其遴选一批存在法律适用争议并予以正确推理的判例，能够形成示范效应，加强裁判机关在涉外民商事争议中选法推理的逻辑性。另外，在适用域外法律作为争议准据法时，裁判人员也应该破除运用国内法的观念体系去解读准据法内容的潜意识，而应从该域外法自身的概念体系和法律观念中去解读其相关制度。

在涉外民商事争议的裁判中，国内法思维是导致法院裁判中出现选法的说理逻辑出现断裂扭曲的重要原因，这一方面源于裁判者身份角色和意识观念所导致的惯性思维，另一方面，也受我国涉外民商事争议的审理经验不足的影响。冲突法制度中所独有的识别、先决问题、外国法的查明、公共秩序保留、直接适用的法等制度和国内法制度存在巨大的差异，并在选法推理中又进一步增加了确定准据法的难度。笔者认为，通过强化裁判人员的冲突法思维，提高其对冲突法制度的理解深度，将有助于其破除运用国内法的意识观念去理解涉外民商事争议的窠臼；而继续坚持指导案例和“一带一路”典型案例的建设，尤其

[①] 在司法机关与高校合作方面，最高人民法院民事审判第四庭与中国政法大学共建的“外国法查明研究中心”、上海市高级人民法院与华东政法大学共建的“华东政法大学外国法查明研究中心”，最高法院在西南政法大学设立的中国-东盟法律研究中心，厦门市中级人民法院与厦门大学共建的“台湾地区法律查明研究中心”；在自行组建独立的查明机构方面，最高人民法院设立专门的查明机构，如深圳前海的“中国港澳台和外国法律查明研究中心”等

[②] 在“陈仁春诉方以雄等股权转让纠纷案”（(2015)宁民初字第 540 号）中，宁德市中级人民法院委托中国政法大学外国法查明研究中心提供蒙古国法律关于合同的效力、重大误解、可变更合同、外国投资、有限责任公司股东股权转让、股权变更登记等相关规定。该中心受理后，以法律查明意见书的形式提供了《蒙古国民法典》《蒙古国公司法》等法律，从而为案件的顺利审理提供了有力的智力支持。

遴选一批存在法律适用争议并予以正确推理的判例，能够形成示范效应，加强裁判机关在涉外民商事争议中选法推理的逻辑性。另外，在适用域外法律作为争议准据法时，裁判人员也应该破除运用国内法的观念体系去解读准据法内容的潜意识，而应从该域外法自身的概念体系和法律观念中去解读其相关制度。

12.中国国际私法的理论与实践

李真心

摘　要：国际私法在每个国家法律体系中都是不可或缺重要组成部分。对一个国家国际司法领域的深入研究,是对法治建设的强烈回应,在学术领域是一种不可阻挡的法治潮流，在实践领域更是深远的现实意义。现代法治精神对全球范围内法治国家提出了新的要求，而对国际私法领域的研究是对一个国家法治建设的深刻辉映，纵观全球法治建设发展史也有深远的政治意义。自中国改革开放之后，经济迅猛发展，对于法制建设的诉求也越来越强烈。笔者留学中国研习法律已有一段时间，在此过程中我对中国国际私法理论与实践、历史与发展有了一定的了解，本文将做一个简单梳理与讨论。

关键词：国际私法；冲突法；法律评价

一、中国国际私法的历史

国际私法是指在国际民事关系交往过程中形成的，体现一国或国际协调意志的，用来调整具有法律冲突或法律适用的国际民事关系的产生、变更、终止和处理争议的，规定在国内法、一些国家的判例法、国际条约和国际惯例中的，关于外国人民事法律地位规范、冲突规范、国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范的总称。在中国法律发展的历史长河中，国际私法的历史源远流长。

（一）中国国际私法立法史

1．古代中国国际私法立法萌芽

渊源流长的中国国际私法最早可以追溯到公元 7 世纪的大唐盛世，唐朝《永徽律》“名例章”中有关“化外人相犯条”的冲突法规定在立法技术上堪称一流：公元 651 年唐王朝颁布的《永徽律》“名例章”中规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本族法；异类相犯者，以法律论。”《唐律疏义》解释说：“化外人谓蕃夷之国别立长者，各有风俗，制法不同，其有同类相犯者，须问本国之制，依其俗法断之；异类相犯者，如高丽与百济相犯之类，皆以国家法律论定刑名。”由于中国古代法律刑、民不分，这一条文既是国际刑法的规则，又是国际私法的规则。这种区分法律关系主体的不同种类分别适用不同法律的冲突法规定在其他国家同一时期的法律中未曾出现。这是古代中国国际私法的立法萌芽，也说明中国是国际私法立法最早的国家之一。

2．民国时期的中国国际私法立法

由于唐朝以后的历代封建王朝实行闭关自守的政策，唐朝形成的中国古代国际私法的萌芽未能延续下来，中国的国际私法立法一直沉寂了 1 千多年，直至 1918 年北洋政府颁布《法律适用条例》。北洋政府 1918 年颁布的《法律适用条例》标志着中国调整涉外民事关系成文单行法的诞生。

其内容共分为七章、27 条,具体是:第 1 章总纲 、第 2 章“关于人之法律”、第 3 章“关于亲族之法律”、第 4 章“关于继承之法律”、第 5 章“关于财产之法律”、第 6 章“关于法律行为方式之法律”以及第 7 章附则。受日本和德国的影响,《法律适用条例》在人的身份、能力、亲属、 继承等法律关系的准据法确定问题上采本国法主义。

3.新中国国际私法立法

新中国成立后，由于历史的原因，我国国内立法步履蹒跚，国际私法的立法更是裹足不前，成文的国际私法长期阙如，直到实行改革开放政策的第 7 个年头，具有中国特色的国际私法规范才正式登上立法的舞台。

现阶段，中国现存的成文法中涵盖国际司法领域的包括：《民法通则》第八章涉外民事关系的法律适用，《民通意见》178-195 条，《继承法》第三十六条，《收养法》第二十一条，《婚姻登记条例》第二条、第四条、第五条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条，《民事诉讼法》第四编涉外民事诉讼程序的特别规定，《民诉意见》13-16 条、308-320 条，《票据法》第五章涉外票据的法律适用，《海商法》第十四章涉外关系的法律适用，《民用航空法》第十四章涉外关系的法律适用。

（二）中国国际私法理论发展史

1．旧中国国际私法学

清末光绪年间始有著述，且以介绍西方国际私法学说为主；民国时代研究工作有进展，主要学习大陆法系国家的做法，以 1918 年法律适用条例为主线来阐述问题。

2．新中国国际私法学

（1）废兴并举（1949-1956）

新中国成立后，废除了国民党 1918 年《法律适用条例》，开始着力于翻译前苏联国际法学家著作，但联系中国实际很少，简单化趋向明显

（2）由兴到废（1957-1976）

此段时期，受极左路线的干扰，中国国内对法学理论研究较少，国际私法学理论也停滞不前。

（3）革兴并重（1976 年至今）

中国国际私法理论研究领域真正发展起来是从实行改革开放政策之后开始的，改革开放后，国内学者翻译著作、资料工作取得很大进展，科研成果极大地促进了中国国际私法立法的发展，尤其是在跨入新世纪及中国加入 WTO 的历史转折后，无论在理论上还是实践上，都取得了十分重要的进步。

二、中国国际私法的实践

（一）外国人的民事法律地位的规范

民法通则第 8 条：在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。因此，对在中国境内的所有外国人、无国籍人，其人格尊严、姓名、名誉等不容侵犯，其宗教信仰自由、通讯自由等应受中国法律的保护。

婚姻家庭权：《民法通则》147 条：中华人民共和国公民同外国人结婚，适用婚姻缔结地法律。1988 年执行《民法通则》意见 188 条：中国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用中国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。

财产继承权：中国《继承法》第三十六条第一款规定“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”《民法通则》第八章涉外民事关系的法律适用第 149 条有同样的表述。

知识产权：根据中国颁布的有关知识产权的法律及中国参加的国际条约，外国人和外国企业，依法在中国取得的专利权、商标权、著作权受中国法律的保护，凡中国参加的条约成员国的国民，在知识产权方面，享有中国法律赋予的各种权利的国民待遇。《著作权法》第二条：外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议

或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。

劳动权：除极少数行业的工作不允许外国人担任外，外国人可以在中国境内从事各种社会劳动，可以同中国公民一样有获得劳动报酬和劳动保障的权利。

《外国人在中国就业管理规定》第一章第二条：本规定所称外国人在中国就业，指没有取得定居权的外国人在中国境内依法从事社会劳动并获取劳动报酬的行为。

民事诉讼权：《民事诉讼法》第五条 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。《仲裁法》第七章涉外仲裁的特别规定：外国企业或组织也有权把其经贸纠纷和海事争议，通过与争议另一方达成的仲裁协议，提交中国的仲裁机构仲裁。

（二）冲突法及冲突法体系

“冲突法”有两层含义，其一是指一种法学理论而言，是法学的一个学科，严格来讲应该是“冲突法学”；其二是指冲突法规范本身，是法律的一个部门。冲突规范又称法律适用规范法律选择规范，有的国际条约中称“国际私法规范”，它是由国内法或国际条约规定的，指明不同性质的涉外民商事法律关系应适用何种法律规范的总称。

1．中国冲突法体系的基本原则

（1）最密切联系原则

《法律适用法》第 2 条所规定：“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。” （兜底原则/补充规则）当年，人大常委会副秘书长沈春耀在审议草案会议上的发言中提到该法的草案二次审议稿的一般规定中有这么一条：“涉外民事关系适用的法律，应当与该涉外民事关系有最密切联系。”尽管这一条最终被拿掉了,但还是可以看出,最密切联系原则仍然贯穿整个体系, 不仅直接而明确地规定在一些领域中,而且是构建许多传统形式的冲突规范的基础。

（2）当事人意思自治原则

《法律适用法》第 3 条规定：“ 当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”须注意的是，这一条款并不意味着当事人有权就任何一种涉外法律关系自由选择准据法，限制在于：当事人必须“依法”选择。因此，当事人只能在法律允许的范围内选择准据法。其结果是,这一原则看似不能像最密切联系原则那样得到广泛的适用, 因为后者是整个体系的默认原则,适用于各种涉外民事法律关系。但如果检阅整个《法律适用法》,就会立即发现，当事人自治原则已经在很多事项上得到了广泛的接受，它通常是为这些事项确定准据法的首要冲突规则,如代理、信托、仲裁协议、婚姻财产关系、协议离婚、动产、一般合同、消费者合同、侵权后的争议、不当得利和无因管理、知识产权的转让和许可、知识产权侵权后的争议。

（3）保护弱者原则

《法律适用法》的一个革新在于将保护弱者原则纳入了中国冲突法体系。这一政策可能来自于这样一种理念:冲突法在追求冲突正义的同时,也同样要追求实质正义。在国际私法领域通过冲突法方法来保护弱者很早就是欧盟的一项立法政策。在欧盟立法中,那些弱者,如消费者、劳动者以及被保险人, 不仅在法律选择方面而且在管辖权方面都被给予了特殊保护。2007 年最高法院关于合同准据法的司法解释一出台, 就有人呼吁涉及消费者及劳动者等弱者的合同应该与其他合同区别开来, 并应对其给予特别保护。这一政策并没有被 2007 年《解释》采纳，但现在被采纳进了《法律适用法》。在这一新法中,消费者合同和劳动合同与其他合同脱离开来并受单独规定的冲突规范调整。此外,这一保护弱者的政策还在产品责

任案件和总是可能涉及弱者保护的婚姻家庭事项中得到体现，如扶养，监护和父母子女关系。

2.备受关注的不动产及动产的冲突规范

因为在一国领域内的不动产可能与该国的国家利益有着极大的关系,如土地等,与不动产有关的任何问题都依物之所在地法似乎已经是一项得到普遍承认的冲突原则。如同在以往法律中所规定的, 这一原则在新的《法律适用法》第 36 条再次得到了确认："不动产物权,适用不动产所在地法律。"但第 36 条的表述有些朦胧,的确,诸如取得或转让不动产的行为能力, 转让不动产的形式有效性和实质有效性等问题,一般都应当由物之所在地法调整。但是,涉及有关不动产的合同的一些事项,如合同的形式和实质有效性,当事人缔结合同的行为能力,可能会由当事人选择的法律或另一个有别于不动产所在地法律的法律来调整。《法律适用法》没有对不动产法律适用的相关细节作出安排, 有待中国法院在将来的具体实践对其进一步细化。

（三）国际统一实体私法

国际统一实体私法,是调整平等主体之间的国际民商事法律关系的统一实体法律规范的总和，或者说是调整国际私法关系的统一实体法律规范的总和。

中国于 1985 年加入国际统一司法协会，在联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会等国际组织的造法活动中十分活跃，不仅主动推介中国的有关立法，而且开始尽量让有关国际立法反映自己的立场和观点。中国先后在《继承法》（第 36 条第 2 款）、《涉外经济合同法》（第 6 条）、最高人民法院《关于适用<涉外经济合同法>若干问题的解答》（第 2 条第 8、9 款）和《民法通则》（第 142 条第 2、3 款，第 150 条）、《海商法》（第 268 条）、《票据法》（第 96 条）中，对国际统一实体司法条约和国内法的关系做了明确规定。以《民法通则》最具代表性，其第 142 条第 2 款规定："中华人民共和国缔结或者参加的国际条约痛中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。"第 3 款规定："中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"第 150 条规定："依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。"

三、《涉外民事关系法律适用法》的法律评价

新中国冲突法的立法经历了从个别法律条文的规定到专章置入民法通则，再到 2010 年 10 月 28 日十一届全国人大常委会第十七次会议表决通过、2011 年 4 月 1 日生效实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，标志着当代中国国际私法立法迈入了法典化的轨道。这是新中国立法史上的一个里程碑，反映了当代中国涉外民商事交往的需要。综观《涉外民事关系法律适用法》的规定，国际私法的最新理论成果被法律化，有其优特点，但也有值得商议之处。

（一）立法亮点

1．立法范围科学化

中国国际私法学者多持"大国际私法"的观点，也就是认为国际私法应当涵盖外国人民商事地位规范、冲突规范、国际统一实体规范、国际民事诉讼与国际商事仲裁规则共四个方面的内容。

2．立法体例完善化

《法律适用法》共八章五十二条，分为总则、分则以及附则三大部分，在体例安排上完善而科学。

3．一般制度体系化

在《法律适用法》颁布之前，中国国际私法立法关于国际私法上的一般制度一直没有

系统、完善的规定，以至于在司法实践中争议不断。《法律适用法》第一章集中规定了国际私法的一般制度，包括公共秩序保留问题、识别问题、强制性规则的直接适用、外国法的查明问题以及反致问题，一方面总结了中国三十年来的相关立法与司法实践经验，另一方面弥补了中国立法中关于相关制度的空白。

4．立法理念开放化

《法律适用法》广泛吸收了国际上的先进立法理念，体现了开放的国际主义原则。第一，从立法原则来看，《法律适用法》明确地规定了在国际上广为接受的当事人意思自治原则及最密切联系原则，并将弱者保护原则引入到具体的规则之中，充分地展示了立法者自信、开放的姿态；第二，从一般规定来看，《法律适用法》首次就“强制性规则的直接适用”作出明确规定，引入了“直接适用的法”的理论，体现了立法者先进的立法理念；第三，从具体规则来看，《法律适用法》制定了不少具有创新意义的规则，如将“经常居所”作为自然人属人法的首要连结点、赋予当事人选择动产物权准据法的权利、将当事人意思自治原则引入无因管理、不当得利领域等，这在世界范围亦属罕见。

（二）立法质疑

学者提出的主要问题包括：

第一，重要概念尚待厘清：《法律适用法》将“经常居所”作为属人法的主要连结点，但并没有对这个重要术语作出明确的界定，这必然会为今后的司法实践造成一定的困难。

第二，适用范围善待明确：关于《法律适用法》与中国其他单行法中的冲突规范之间的关系，《法律适用法》第二条尽管作出了规定，但规定过于模糊，可能导致司法实践的混乱。

第三，所谓“强制性规则”没有明确的范围，只能由法官自由裁量，可能会导致法官权力滥用。

但不能否认的是它是中国历史上系统处理冲突法问题的首部立法 ，该法不仅对中国自身有着极为重要的意义，同时也会对那些与中国有着密切民事交往的国家产生深远的影响。

[参考文献]

[1]韩德培：国际私法问题专论[M]武汉：武汉大学出版社，2004（01）.

[2]韩德培、肖永平：市场经济的建立与国际私法立法的重构.[J]法学评论.1994 年第 5 期.

[3]肖永平：国外国际私法的新发展与中国国际私法学的发展方向.[J]中国法学.1996 年第 1 期.

[4]沈娟：国际私法学的新发展[M].北京：中国社会科学出版社，2011（04）.

[5]余敏友:：论 21 世纪以来中国国际法的新发展与新挑战.[J]理论月刊.2012 年第 4 期.

[6]宋渝玲：21 世纪中国国际私法的发展与展望.[J]西南政法大学学报.2003(05)第 3 期.

[7]车英、郭玉军：研讨实施适用法律问题推进国际私法立法工作——中国国际私法学会 2011 年昆明年会综述.[J]武汉大学学报（哲学社会科学版）.2012 年第 2 期.

[8]车英、郭玉军：研讨涉外民事法律适用问题展望中国国际私法发展前景——中国国际私法学会 2012 年大连年会综述.[J]武汉大学学报（哲学社会科学版）.2013 年第 1 期.

[9]车英、郭玉军：研讨中国国际私法变革历程展望中国国际私法发展前景——中国国际私法学会 2013 年兰州年会综述.[J]武汉大学学报（哲学社会科学版）.2014(3)第 2 期.

[10]涂广建：解读我国《涉外民事法律适用法》[J].时代法学.2011（04）第 2 期.

[11]王晶：中国国际私法发展史及对当代的启示.[D].大连:大连海事大学.2003 年.

13.中国国际私法法典化的立法思考

陆文斌

摘　要：随着我国经济贸易的国际化和对外开放程度的提高，成为国际经济贸易的发起体、中心体之一，带动了“一带一路”沿线国家的经济发展。国际人员和经济的交互，使得国际民事环境的复杂化，我国在其中发现的涉外民事法律问题愈多。目前我国的国际私法立法仍是十分碎片化，采取专篇、专章的立法模式，同时部分内容分散在单行法中，虽然对涉外的民事法律关系尚能稳步处理，但是存在很多漏洞，在遇到在各国经济贸易关系愈加密切的形势下，我国的国际私法必须进一步完善和体系化，填补法律空白和提高周延性，是否应该顺应国际私法法典化的立法趋势，使得外国放心我国的涉外民事环境。

关键词：涉外民事法律关系；国际私法；法典化

Abstract: With the internationalization of China's economy and trade and the opening up to the outside world, it has become one of the initiating bodies and centrosome of international economic and trade, and has led the economic development of the countries along the belt and road. The interaction between international personnel and economy complicates the international civil environment, in which China finds more and more foreign-related civil law problems. At present, China's private international law legislation is still very fragmented, adopting a special and special legislative model, while part of the content is scattered in the single law. Although the civil legal relationship concerning foreign affairs can still be dealt with steadily, there are many loopholes. In the face of the increasingly close economic and trade relations in various countries, China's Private International law must be further improved and systematized to fill in. Whether the blankness of law and the improvement of extensibility should conform to the legislative trend of codification of private international law, so that foreign countries can rest assured of China's foreign-related civil environment.

Key words: Foreign-related Civil Legal Relations; International private law; Codification

一、国际私法的立法历程及国内需求

（一）各国国际私法的立法模式

世界上并没有统一的国际私法，国际私法都寄存于国内民商法中。从国际社会的发展历程来看，可以分为三个阶段：18 世纪末，大部分国家采取分散式立法的模式；19 世纪中期，出现了专篇专章式的立法模式；20 世纪初开始，部分国家达到了把国际私法法典化的成就。不难看出，国际私法的立法趋势就是一个从分散到集中的过程。

1.分散式立法

1804 年制定的《法国民法典》无疑为国际私法开创出一个新的时代，属于典型的分散式立法的立法模式。分散式立法指的是不制定专门的法典和单行法规，将调整涉外民商事关系的法律适用规范分散在法典以及单行法规中有关的篇章里。国际私法立法雏形阶段，规定的领域较为分散，本身也不足以形成单行法规和法典，在现有的民法典中制定若干法律适用规范，立法较为简易，立法成本低，随时可以根据国际民商事关系中出现的情况调整和添加适用规范，也符合当时的立法条件。

虽说《法国民法典》中国际私法的立法内容过于松散，没有形成一个系统，但法条之间有一定的逻辑关系。《法国民法典》制定后，奥地利、荷兰等国纷纷效仿法国的立法模式，如奥地利共和国 1978 年《关于国际私法的联邦法》，荷兰王国关于债务关系和物权关系的两条法令，可谓是掀起了一股国际私法立法浪潮。它的制定标志着国际私法空间领域的扩

大，并不局限在一国的国内法当中，确立了成文的国际私法规范。但是分散式立法模式除了没有形成体系外还有许多不足之处：受制于依托的单行法或法典，不能够拥有国际私法自身的原则、纲领性规定，也不能针对调整的民事法律关系进行划分整理；缺乏整体性，各分散法律规范没有联系；本身的冲突规范分散混乱，在适用时容易形成漏洞，同时需要在各个单行法或法典中的章节去寻找冲突规范，对涉外民事关系的处理效率极低。

2.专篇、专章式立法

专篇、专章式立式介于分散式立法模式和法典式立法之间，属于一个过渡立法阶段。《德国民法施行法》、《俄罗斯联邦民法典》、《白俄罗斯共和国民法典》都是典型的代表，还有立陶宛、摩尔多瓦和吉尔吉斯等国家都属于专篇专章式立法，主要集中分布在 19 世纪末 20 世纪初。在这个阶段里，我们能看到国际私法的法律规范仍寄存在民法典之下，较分散式立法来说，法律规范集中程度虽然更高，但是却还是不能满足近代社会经济快速发展的需求。我国便是采取专篇专章式立法模式，当前大多数国家也是如此。

3.法典式立法

法典式立法指的是以专门的法典或者单行法的形式整合冲突规范，形成一套完备的体系。这是每一个国家都向往的立法目标，标志着这个国家的国际私法进程有了质的飞跃，想要完成这个目标必须经过长远的立法准备，耗费大量时间、金钱和精力。其中《奥地利国际私法》、《瑞士联邦国际私法》和《列支敦士登关于国际私法的立法》都是法典式立法模式的代表。它们的内容一般都包括总则、管辖权问题和各编规定，较为完善健全的还会包括外国法院的承认和执行、仲裁等，涉及了人身、婚姻、合同、公司、继承、侵权和知识产权等诸多领域。

（二）编纂中国国际私法法典的需求性

每个国家的发展程度不一，在对外关系的政策和立法制定也不一致。部分国家对于冲突规范的适用并不重视，认为只要国家之间的民事法律关系发生冲突只要适用法院地法即可，所以本身的立法重心便不在于此，无需制定一部成文的国际私法法典。同时，英美法系与大陆法系对于法律规范的成文化需求不一致。英美法系的国家并不热衷于将法律规范成文化，更侧重于法官思维与实际案例的结合，通过判例的形式形成制度，灵活性程度高；大陆法系倾向于将法律规范法典化，将所有的法律规范归纳其中，涉及法律关系的每一个层面，想要达到这样的程度是十分困难的，不可避免存在未规定或者与规定中不一样的问题，只能通过修改法典或增加指引性规范。法典化能构建一个稳定的法律框架，有利于增强国家之间的信任度。形式的固有化是否有利于中国国际私法的发展。

1.国际私法立法方向的顺应

法典化具有确定性、稳定性和体系性等优点，当代国际私法的立法模式也是呈现着专门化和法典化的趋势。虽说英美法系和大陆法系在发展历程上采取的立法模式不一样，但是在全球化时代下，两个法系都在汲取对方的优点，相互融合往法律趋同化发展，而法典化的集中性、趋同性正是这一内容的体现。

2.复杂国际民商事环境的应对

随着国际交往的进一步加深，国际格局也发生了许多的变化。传统型产业的资本垄断导致新型产业不断兴起，例如互联网工作、保险索赔、国际破产等，尤其是诸多民商事关系的网络化，由于地域的限制和网络技术的进步，劳动力、消费、交易的线上化，难以界定连接点，比如一个位于甲国国际公司的乙国员工是做丙国相关线上工作的，发生法律冲突时应适用哪一个国家的法律。专业化的程度也大大提高，涉及医疗、科技和知识产权等领域。跨国人员的持续增加和文化的多元化交流。我国经过十几年的深化改革，虽然人均 GDP 还是不高，但是已经成为世界上重要的经济大国，是世界第一大的货物出口国。每个国家对公私关系的划分，个人还是国家主权案件概念都不一，民商事关系复杂化却没有一

套完备的冲突规范去解决，对于立法的要求更为苛刻。

3.“一带一路”的建设需求

2004 年我国法院受理的涉外民商事案件进一步增加，随着我国对外交往程度的加深这并不奇怪，并且涉外民商事案件的上升比率会一年比一年更高。习近平总书记提出共建“一带一路’以来，自 2011 年 12 月发布了第一批最高人民法院第一批指导性案例以来，最高人民法院至今已经发布到第 21 批指导性案例，其中涉外商事及海商类指导性案例 11 个[①]。最近一批的指导性案例包括国际货物买卖合同、货物运输合同、保函欺诈、海滩救助、信用证开证、海事赔偿责任，不难看出其中的专业化程度较高，公布此类指导性案例有很好的指引作用。指导性案例终究还是起着补充性作用，我国属于大陆法系国家，判决依据首先以法律规定的为主。想要增强我国对国际民商事规则的话语权，首先国际私法要向着法典化的目标迈进。

4.人类命运共同体的内涵表现

当今国际社会，谋求和平和发展是所有国家都达成的共识。想要构建一个和谐的国际民商事环境，各国必须在利益上有所取舍。人类命运共同体指在追求本国利益的时候兼顾他国的利益，谋求共同发展。任何一部法律的制定，都需要考虑到各方的利益需求，尤其是国际私法的制定，还要从其他国家的角度上出发，达到协调才能更好的调整国际民商事关系。现有的专篇专章式立法模式，没有达到各国的投资期望。制度的完备化使得各国提高对该国的信任度，有利于国际交往与合作。国际私法的发展历程上，法国内部各地方的协调统一，使得《法国民法典》成功诞生。当代的国际私法带有明显的国际法成分，不局限于一国的国内法，各国的法律趋同化，虽然存在着一定的差异性，我们可以通过把国际社会的普遍立法实践结合国内立法，接轨国际社会，与之相协调、接近。国际私法作为解决民商事法律冲突的重要法律规范，其谋求的不只是任何国家的单个利益，而是整个国际社会的共同利益，正因为国家间需要进行合作交流，才会产生国际社会，在法律冲突时适用其他国家的法律，产生准据法。在人类命运共同体提出的背景下，有必要在国际私法领域明确自身的定位，通过将国际私法法典化将我国的对外政策制度化、系统化。

二、中国国际私法法典化的影响因素研究

（一）中国国际私法法典化具备的条件

1.民法典编纂过程的借鉴

民法典编纂的各分编包括：物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编、人格权编和继承编，不设立涉外民事关系法律适用编。总体的计划分两步走，第一步的《民法总则》已经完成，接下来就是要完成各分编的工作。有学者认为《涉外民事关系法律适用法》应纳入民法典的编纂范围之内，涉外民事关系法律适用规范和民法的调整对象、内容有一定的联系，都调整的是法人、自然人之间的人身关系和财产关系。但严格来说，二者之间还存在着国家主权的因素，调整的具体规则也不一样，涉外民事关系法律适用法属于国际私法的范畴，受尊重国家主权原则、重点保护弱方当事人合法权益等原则的指导。 民法典各分编审议通过后，分散在《合同法》、《收养法》、《继承法》等现行民法中的涉外民事关系法律适用规范将会被一一废止，现行的《涉外民事关系法律适用法》并没有这些单行法中的相关法律规定，在废止的同时立法机关要着手于将这些内容添加到《涉外民事关系法律适用法》中，即将提上议程，由此对于中国国际私法法典有着重要的作用，可以说完善后的《涉外民事关系法律适用法》是中国国际私法法典的缩小版剪影，有利于以后法典的编纂。中国国际私法的编纂可以借鉴民法典的编纂过程，分为两步走：第一步是整合、优化

[①]《中国最高法发布一批涉“一带一路”建设指导性案例》——中青社.2019.2.25

或者编纂《涉外民事关系法律适用法》，形成一部崭新的《法律适用法》，其中应包括《合同法》、《继承法》和《票据法》等单行法中的涉外民事关系法律规范；第二步，将《民事诉讼法》中的管辖权、承认和执行外国判决/仲裁裁决等程序性问题列入《法律适用法》中。最后，确立法律原则，调整章节和内容，增强各章之间的逻辑关系。

2.国际私法多年的立法基础

唐朝《永徽律（名例章）》："诸化外人同类相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。"[①]在古代的唐朝，第一次出现了冲突法规范，在封建时期国际私法并没有得到很好的发展，国际私法是建立在国家主权至上的。一直到 1918 年北洋军阀政府所颁布的《法律适用条例》，虽说是迫于人民的压力所编纂，但是内容相当的详尽，包括总则、人之法律、继承之法律、财产之法律、关于法律行为方式之法律和附则。新中国时期，我国开始着手国际私法的立法工作，1985 年 3 月 21 日，《涉外经济合同法》正式通过，标志着成文的冲突规范正式登上了我国的立法舞台，由此便从各单行法的分散立法到如今的专篇专章立法。中国国际私法学会经过多年努力完成的《中国国际私法示范法》，是我国国际私法学者的智慧结晶，是我国国际私法的阶段性成果，虽说是学术性的法律文件并且内容相对不是非常的完备，但《示范法》打开了国际私法法典化的新潮流，至今无数国际私法学者都在为此坚持和奋斗。2002 年 12 月，第九届全国人大常委会第 31 次会议分组审议通过将"涉外民事法律关系"列为《中华人民共和国民法（草案）》的第九编，不利于我国国际私法的法典化进程。2011 年 4 月《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》开始施行，《法律适用法》的体系结构相对较为完整，涉及的民事法律关系较广，对其进一步优化、完善，确定其立法原则、理念，借助民法典编纂的契机同步完成更新。

3.各国国际私法的优秀成果

法典式立法的模式虽然是由英美国家开始提倡，但是其后真正完成法典化的大多都是大陆法系的国家，[②]符合大陆法系国家成文法的司法工作需要。德国、奥地利和瑞士等国家经过长期立法实践所得出的成果，必然在逻辑性、体系性上都有所建树，同样是大陆法系国家的我国，在立法层面有很多值得可借鉴之处，尤其是现代的国际私法立法，由传统走向现代的接轨。同时，我们不仅可以借鉴各国国际私法法典的编纂过程，还可以学习各国民法典法典化的优秀经验。至于国际私法发展至今累积的诸多成果,西蒙尼德斯曾经经典地归纳为如下五个方面：一是单边、双边和实体方法之间的对立或并存;二是法律的确定性与灵活性之间的张力关系以及法律选择规则与法律选择方法之间的对立或并存;三是管辖权选择规则与内容导向规则或者方法之间的对立或并存;四是冲突正义与实质正义之间的两难问题;五是国际统一目标的需要和保护国家权益的需要之间的冲突。[③]

（二）现存的缺陷和阻碍

1.规定不科学、注重内国利益

前文说到我国现代以来得国际私法发展是在 20 世纪 80 年代新中国成立后不久的时期，这个时期便实行了计划经济的体制，所以国际私法的法律规范明显带有计划经济的色彩，注重于保护本国的经济和企业，民商事方面带有较强的国家控制，突出表现为其立法具有浓厚的法律属地主义倾向。[④]现在的市场经济体制转为自由市场为主导，国家宏观调控为辅，充分发挥契约自由和意思自治的原则。实际上我国国际私法的法律规范中并没有太多给予当事人的选择余地，只能按照准据法所指向的冲突规范。而在整个国际私法体系中我国的程序法规范远远超过冲突法的规范，大多数适用的最后还是我国的实体法而不是外国的实

[①] 李双元主编.国际私法学[M]北京：北京大学出版社,2000,81.

[③] 刘想树.中国国际私立法问题.河北法学,2009 年 4 月;

[④] 丁伟.世纪之交中国国际私法立法问题与展望[J].政法论坛,2001（3）；132.

体法，也没有增强冲突法规范立法意图，毕竟就目前适用法院程序法来看，更有利于保护内国的利益，在考虑国际利益的时候还是有所欠缺。

2.立法重心的偏移

与宪法、民法、刑法和行政法等法律相比，由于起步和发展较晚，并且国际私法调整的对象较其他法来说特定的主体更少，所以国际私法的地位相对来说还是比较低，立法的重心和成本主要集中在其他部门法里。国际私法法典化需要的立法成本、程序资源和人力资源等，都要合理地进行配置和提高效率才能节约成本去完成国际私法法典化的目标。在立法资源有限的情况下要进行取舍，突出重点，把我国国际私法法律规范中不合时宜需要重点改进的地方加重研究力度。国际私法缺乏长期的立法目标和计划，国际私法对国际民商事关系一直都是进行粗略的规定，将各国都通篇采用的准据法规范纳入，目前还是处于在对外交往过程中出现什么问题我们再完善这个问题。在立法前就应该将各方的利益和规定的效益考虑在内，这样才会具有前瞻性，达到预期的效果。

3.国际私法的碎片化

我国目前仍使专篇专章式的国际私法立法模式，同时部分法律规范分散在各单行法中。不成立法体系，存在重叠、遗漏的立法规定。比如在继承遗产的准据法规定上，只规定了法定继承的准据法而没有规定遗嘱继承的准据法；只规定了不动产物权的准据法而没有规定动产物权。缺乏识别、外国法查明、反致等总则部分重要的法律制度，在《涉外民事关系法律适用法》中也缺少破产、保险、不当得利和无因管理等方面的内容。

有些学者认为，我国现在还不具备制定国际私法法典的条件，各方面立法都不够成熟有待提高，即使成功编纂出来法典，也会存在许多缺点和法律空白，没有真正覆盖到涉外民商事领域的各个方面。但是，又有哪个国家能制定一部完美无缺的国际私法法典？法典制定之后并不阻碍它的继续完善，我们不能将法典的立法理念和法律条文固定化、框定化，任何事物都是处于变化发展的过程，正是因为我国的国际私法不完美，我们才要将其集中化，再通过修订和完善使其完美，同时现在也正是制定中国国际私法法典的良好时机，立法者各国际私法学者们必须直面当前的困难。

三、中国国际私法法典化体系构建

（一）立法理念

完成一部优秀的国际私法法典，在体系结构上一定要注重立法理念的构建。国外国际私法如此多的成果，基于我国国际私法立法的发展空间，我们完全可以大胆借鉴，但是要筛选出符合我国国情的先进经验。在构建前，可以考虑以“由下到上”、“部分到整体”的立法策略，设定近期、中期、远期的立法目标，最后再确立整个国际司法体系。立法理念是整个法律体系的精神支撑，国际私法的立法理念公平和效率之间的选择，想要兼顾公平和效率是不现实的。公平是立法中首先要考虑的因素，公平一直是法律规则制定、评判的标准，尤其要注意其中的冲突正义和实体正义，效率最大化需要在公平的前提下去谋求。在国际私法的案件中，如果要追寻实体正义便会变得十分复杂，很多涉外案件的利益分析使法院变的无能为力，因为每个民商事法律关系的连结因素过多，多边的冲突规范还会涉及到两个及两个以上国家的实体法，无论是适用法院地法还是适用其他国家的法律，都很难做到实体正义，所以我们要把冲突正义做到最好，我国现行的冲突规范有很多空缺，不够完整、全面。

（二）立法结构

我们要明确的是，编纂国际私法法典并不是将现有的国际私法规范全部推倒重来，而是在此基础上进行完善修改，我国的国际私法立法体系已经存在初步的模型，其中大多数的冲突规范也被多国所承认、社会所熟知。在周延性上有两个要求：第一，国际私法的法

律规范在总体上应该覆盖所有涉外民事关系，不应存在空缺；第二，立法在空缺时，应当构造出一套完整的冲突规范体系以弥补这一空缺，避免出现无法可依的现象。

一个法律部门的结构是否完整和形成体系，要对它各规范之间的联系性和各章节直接的逻辑性进行衡量。大陆法系国际私法的立法习惯往往是通过强行添加、移植来组建法律体系，各规范内部是繁而不实。英美法系使用过个案的判例经验累积，从点到面形成一系列的法律关系网。在国际私法的司法解释下，我国的司法解释还是过于发达了，与单薄的基本立法形成鲜明对比，司法解释应该是立法的补充，发达程度若是大于了立法权，就必须好好审视两者之间的关系.两者之间无法避免会发生碰撞，也影响了法律制度的权威性、稳定性和有效性，通过编纂将司法解释也纳入到国际私法法典中，使其规范化和制度化，有助于增强法律制度的稳定性。国际私法法典必须具有独立性，保证国际私法体系能与中国特色社会主义法律体系协调一致，与同位阶的法律之间保持独立的地位。国际私法立法的内部结构还需要进行调整，拿《涉外民事关系法律适用法》来说，是否要学习民法典的各分编顺序还有待商榷，从《涉外民事关系法律适用法》的全文编排顺序来看，各章节之间的内部结构零散破碎，缺乏统一性和逻辑性。

民法典编纂工作的启动，是中国国际私法法典化的一个绝佳契机。国际私法学者们要抓住此次机会，审时度势，重新把握国际私法的发展方向，符合时代要求，完成一部具有中国特色的国际私法法典，实现中国国际私法跨越式的发展。

[参考文献]

[1] 赵相林主编.中国国际私法立法问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
[2] 李双元著.走向世纪的国际私法一一国际私法与法律趋同化[M].北京法律出版社,1999.
[3] 丁伟.民法典的编纂与中国国际私法的法典化发展.政法论坛,2008 年 1 月第 36 卷第 1 期
[4]丁伟.论民法典编纂对我国国际私法立法的影响.暨南学报,2015 年第 9 期
[5]丁伟.中国国际私法法典化的再思考—纪念《中华人民共和国国际私法示范法》制定十周年.武汉大学学报，2009 年 11 月第 62 卷第 6 期
[6] 陈小云 屈广清 苏继权.日本国际私法发展历程研究.大连海事大学学报,2005 年 6 月第 2 期
[7] 章成.论国际私法的法典化.社会科学学科研究
[8] 杨宏 董蔚.从国际私法的发展过程看国际私法的性质.唐山学院学报,2007 年 7 月第四期
[9] 刘想树.中国国际私法立法问题论略.河北法学,2009 年 4 月第 27 卷第 4 期
[10] 刘晓丹.我国国际私法立法博弈论研究[J].广东外语外贸大学,2006 年 4 月.
[11]http://sh.qihoo.com/pc/9166d091bd4dd4619?cota=4&sign=360_e39369d1&refer_scene=so_1

14.论研究和建设马克思主义国际私法学①

吕岩峰* 秦晓雷**

① 本文系国家社科基金后期资助项目“现代国际私法体系研究”[批准号：14FFX048]的阶段性成果。
* 吕岩峰，法学博士，吉林大学教授、博士生导师，中国国际私法学会副会长，中央马克思主义理论研究和建设工程首席专家。
** 秦晓雷，吉林大学法学院国际法专业博士研究生，研究方向为国际私法学。

摘　要:马克思主义国际私法观，是马克思主义对于国际私法理论和实践问题的根本立场和根本观点。研究和建设马克思主义国际私法学，就是一方面运用马克思主义的立场、观点和方法观察、分析和解决国际私法的理论和实践问题，另一方面要对既往的国际私法理论和实践加以评析、研判，将其精华与真理作为马克思主义国际私法学的来源。中国特色社会主义理论尤其是习近平新时代中国特色社会主义思想，是我们研究和建设中国特色马克思主义国际私法学的思想源泉和指导方针。

关键词：马克思主义；中国特色社会主义理论；习近平新时代中国特色社会主义思想；国际私法学

马克思主义经典作家没有关于国际私法的直接的和专门的论述，在到目前为止的马克思主义经典作家的著述中，甚至不曾出现过“国际私法”一词，而且在此之前几乎没有人把马克思主义和国际私法二者结合起来、联系起来加以考察和思考。只是在马克思主义中国化、时代化、大众化的背景下，在中央实施马克思主义理论研究和建设工程的推动下，我们才开始自觉地思考和探索马克思主义国际私法学问题，开始系统地“研究和建设”马克思主义国际私法学，开始深入地探讨和认识马克思主义国际私法观。因此，怎样研究和建设马克思主义国际私法学？怎样探讨和确立马克思主义国际私法观？这是首先应该在认识上解决的问题。

一、如何识别马克思主义国际私法观

不能说马克思主义经典作家没有论述过国际私法问题，就不存在马克思主义国际私法观，这种情况恰恰说明我们负有构建马克思主义国际私法学的神圣使命，恰恰说明研究和建设马克思主义国际私法学的必要性，说明马克思主义理论研究和建设工程的意义和价值。

我们认为，马克思主义国际私法观，是马克思主义对于国际私法理论和实践问题的根本立场和根本观点，是运用马克思主义的基本原理和基本方法分析和解决国际私法的具体问题所得出的认识和结论，是对国际私法领域各种问题的马克思主义解释和解决。研究和建设马克思主义国际私法学，就是要根据马克思主义的基本原理认识和理解国际私法，就是要运用马克思主义的立场、观点和方法看待、把握和处理国际私法的理论和实践问题。

二、怎样研究和建设马克思主义国际私法学

用马克思主义指导国际私法学的研究和建设，既不是要我们援引马克思主义经典作家们的片言只语来证明自己观点的正确性，也不是要我们生搬硬套马克思主义的一般原理和有关国内法的理论来推演国际私法问题，而是要求我们注意把马克思主义同国际私法的具体特点结合起来，同中国改革开放和社会主义建设的实践结合起来，做到一切从实际出发，实事求是，具体问题具体分析。[①]

可以形象地说，中国国情（尤其是中国涉外民商事交往与民商事法律的实际）和马克思主义的基本立场、基本原理及基本方法，是我们研究和建设马克思主义国际私法学的坐标轴和经纬度，因而我们的目标的准确表述应该是“研究和建设有中国特色的马克思主义国际私法学”。

研究和建设马克思主义国际私法学不是简单地否定过去，标新立异，也不是一味的照搬既往，食古不化，而是扬弃，是批判地继承。众所周知，马克思主义本身也不是无源之水，无本之木，它是在充分吸收人类一切优秀文化遗产的基础上建立和发展起来的，更是以人

[①] 参见吕岩峰：《马克思主义与国际法研究》，载《当代法学》1991 年第 3 期，见《吕岩峰论国际法》，吉林人民出版社 2005 年版，第 3—9 页。

类的物质生活及其变化为根基，实事求是，解放思想，与时俱进地建立和发展起来的。正如列宁指出：马克思主义“绝不是离开世界文明发展大道而产生的一种固步自封、僵化不变的学说”，而“是哲学、政治经济学和科学社会主义极伟大的代表人物的学说的直接继续”，“马克思学说是人类在 19 世纪所创造的优秀成果——德国的哲学、英国的政治经济学和法国的社会主义的当然继承者。”[①]

因此，研究和建设马克思主义国际私法学，就是一方面运用马克思主义的基本立场、基本观点、基本原理和基本方法观察、分析和解决国际私法的理论和实践问题，从而有所发明、有所创造；另一方面要对既往的国际私法理论、学说、观点、主张和实践加以由此及彼、由表及里的评析、研判，去粗取精，去伪存真，将其精华与真理作为马克思主义国际私法学的来源，进而有所发现、有所前进。在这里，尤其要强调把马克思主义的基本原理同中国国际私法的具体问题联系起来，把马克思主义的理论精髓和实践品质渗透到国际私法的本体当中，在运用马克思主义研究和解决中国国际私法理论和实践问题的过程中，建设马克思主义国际私法学，构建中国特色马克思主义国际私法学体系，从而丰富马克思主义法学理论宝库，乃至发展和完善马克思主义，发展和完善中国特色社会主义理论体系。

三、中国特色马克思主义国际私法学的初步思考

“研究和建设有中国特色的马克思主义国际私法学”，实质上就是以中国特色社会主义理论尤其是习近平新时代中国特色社会主义思想为指导构建国际私法的理论体系、学科体系和教材体系，并运用马克思主义的立场、观点和方法分析和解决中国国际私法的实践问题，尤其是中国国际私法法律体系的构建问题。“在当代中国，坚持中国特色社会主义理论体系，就是真正坚持马克思主义。”[②]中国特色社会主义理论就是当代中国的马克思主义，它是针对中国建设、改革和发展的实际情况并为解决中国建设、改革和发展过程中所面临的实际问题而形成和发展起来的。其中的许多内容对国际私法的理论和实践有着重大的意义和深远的影响。中国特色社会主义理论是我们研究和建设中国特色马克思主义国际私法学的思想源泉和指导方针。

（一）“一国两制”的天才构想为中国特色马克思主义国际私法学注入了理论和实践基因。

研究和建设有中国特色的马克思主义国际私法学，必须面向现实，联系实际，研究中国改革开放、建设发展过程中遇到的新情况和新问题，尤其是研究我国涉外民商事交往、民商事关系和民商事法律实践所特有的情况和问题，提出新观点和新主张，或者提出解决我国所面临的特殊问题的切实可行的办法。从实际出发，具体问题具体分析，既是发展马克思主义的根本途径，也是研究和建设马克思主义国际私法学的不二法门。[③]

基于邓小平同志提出的“一国两制”的伟大构想，我国已先后于 1997 年和 1999 年恢复对香港和澳门行使主权。自此，我国在法律制度上出现了“三法系四法域”的局面：内地属于社会主义法系，香港属于英美法系，澳门属于大陆法系，台湾也属于大陆法系，它们各有自己独立的法律制度和终审权。在这种情形下，内地与香港、澳门之间以及大陆与台湾之间的民商事交往和经济贸易往来必将日益频繁，民商事纠纷也会时有发生，从而不同法域之间的区际法律冲突也将不可避免。在“一国两制三法系四法域”的背景之下，如何

[①] 列宁：《马克思主义的三个来源和三个组成部分》，见《列宁专题文集·论马克思主义》，人民出版社 2009 年版，第 66-67 页。

[②] 胡锦涛：《高举中国特色社会主义伟大旗帜　为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》。

[③] 参见吕岩峰：《建立有中国特色的冲突法学》，载《中国人民银行管理干部学院学报》，1991 年第 1 期，见《吕岩峰论国际法》，吉林人民出版社 2005 年版，第 88—92 页。

调整各个法域之间的民商事关系，如何解决各个法域之间的民商事争议，既涉及许多复杂的理论问题，也涉及许多复杂的实践问题。回答和解决这些理论和实践问题，既需要马克思主义和中国特色社会主义理论的指引，也需要遵循国际私法及区际私法的一般原理和一般规则。“一国两制”的伟大构想，造就了“三法系四法域”的奇妙现实，并且使得中国的区际法律冲突及其解决有着更多的特殊性和复杂性，但是，毫无疑问，作为中国特色社会主义理论重要内容的“一国两制”伟大构想既是解决中国区际法律冲突的根本指针，也必将会在解决中国区际法律冲突的实践中丰富其内涵和价值，从而成为中国特色马克思主义国际私法学的理论和实践基因。

（二）“和谐世界”理念为中国特色马克思主义国际私法学确立了最高价值目标。

胡锦涛同志提出的“和谐世界”理念，是中国特色社会主义理论的重要内容。以和谐世界理念指导国际私法研究是以中国特色社会主义理论指导国际私法研究的一个重要切入点，说到底是以马克思主义指导国际私法研究的一个重要切入点。运用和谐世界的理念探讨和思索现代国际私法问题，也将有助于深化和丰富对这一理念的内涵和价值的认识和理解。从和谐世界的视角观察和分析现代国际私法问题，不仅会提升国际私法的思想境界和价值位阶，而且会加强对和谐世界的体悟和把握，是对和谐世界理念的一种运用和实践。尝试运用和谐世界的理念来解决国际私法体系中存在的矛盾和问题，进而构建能够在世界范围内得到认同的具有中国特色的现代国际私法体系，应该成为研究和建设马克思主义国际私法学的重要目标。[①]

为了实现和谐世界的最高价值目标，我们认为也应该以和谐世界建设为导向制定中国的国际私法法典，构建中国国际私法的法律体系，使中国国际私法立法成为马克思主义国际私法观的实践载体和现实反映。

建设和谐世界之于中国国际私法法典的制定，既是一种观念指导，又是一种价值追求。它是我们解决制定什么样的中国国际私法法典和为什么要制定这样的中国国际私法法典、怎样制定中国国际私法法典和为什么要这样制定中国国际私法法典等问题必须予以尊重的一个基本思想前提和客观背景。

我们认为，中国国际私法法典的原则、规则、规范和制度设计应该以建设和谐世界为基本取向。国际私法的调整对象是国际民商事关系，其任务是解决国际民商事交往过程中所产生的争议。建设和谐世界的理念与实践，决定了以促进各国经济繁荣和社会发展为目标的国际民商事交往在国际关系中的主导地位及其在国际社会建设中的基础作用，也决定了国际民商事交往的内容、类型、方式、特点及其价值取向，从而决定了进行国际民商事交往以及解决国际民商事争议应该遵循的原则、规则、规范和制度，决定了中国国际私法法典应该怎样确定其原则、规则、规范和制度。因此，建设和谐世界的理念与实践必然从根本上和总体上影响中国国际私法法典的内容和体系的确定。以和谐世界理念为指导完善中国的国际私法立法，必将有助于我们解决立法过程中遇到的各种问题，同时使得中国国际私法法典成为和谐世界理念的一个重要思想成果，成为中国致力于和谐世界建设的重要保障措施，成为中国人民对和谐世界的意志与追求的一种反映。

为此，我们应该统筹兼顾国际和国内两种情势，一方面，要深入开掘蕴藏在和谐世界理念中的思想内涵，充分把握构成和谐世界的基本要素，全面探究建设和谐世界过程中存在和可能出现的跨国民商事问题，从而为中国国际私法法典的制定提供理念资源和现实参照；另一方面，要以中国国际私法法典的制定为目标，系统梳理其中需要解决的理论和实

[①] 参见吕岩峰：《和谐世界视阈中的国际私法观照——以现代国际私法体系的构建为焦点》，《法学》2007 年第 8 期。

践问题，考察各该问题的性质和状况，找准问题的成因和症结，以和谐世界理念为指引，以和谐世界建设为导向，寻求解决问题的答案和途径，从而使中国国际私法法典成为建设和谐世界的一种切实依据。

和谐世界理念，是中国人心目中的世界图景，是有着悠久历史的中国对未来世界的憧憬，是植根于中国传统文化的世界理想。在中国已然以雄健的步伐走向世界、走向未来、谋求中华民族伟大复兴的历史征程中，我们应该不忘初心，抓住机遇，以高度的时代责任感和历史使命感，努力打造一部科学的、现代的中国国际私法法典，为和谐世界建设铺路搭桥。我们应该从和谐世界的角度观察、评价跨国民商事交往过程中发生的各种问题，通过中国国际私法法典的制定，把和谐世界的理念渗透到协调跨国民商事关系、解决跨国民商事冲突、实现跨国民商事利益的各个环节和整个过程，使得中国人民关于和谐世界的意志和追求在中国国际私法法典中得到足够的反映。

以建设和谐世界为最高价值目标研究和解决中国国际私法法典制定问题的过程，也是深化和丰富我们对和谐世界理念的内涵和价值的认识和理解的过程。这个过程不仅会使中国国际私法法典的制定更加科学与合理，而且会使我们对和谐世界及其建设问题的体悟和把握更加深刻而全面，同时也是对和谐世界理念的一种运用和实践。这种从实践到认识，又从认识到实践的过程，正是马克思主义的研究方法，也是深化和拓展对马克思主义国际私法学的认识和把握的基本途径。

（三）习近平新时代中国特色社会主义思想是研究和建设中国特色马克思主义国际私法学的指路明灯，也是中国特色马克思主义国际私法学的思想源泉。

习近平新时代中国特色社会主义思想涵盖并贯穿治国理政各个领域，实现了马克思主义基本原理与中国实际相结合的又一次飞跃，开辟了马克思主义新境界，为发展马克思主义作出了原创性贡献，在马克思主义中国化进程中具有里程碑意义。这一思想始终坚持马克思主义立场观点方法，继承和吸收中华民族优秀传统文化，充分吸收人类文明有益成果，“洞察时代风云，把握时代大势，站在人类发展前沿引领时代潮流，积极探索关系人类前途命运的重大问题，为应对当今世界面临的全球性挑战、解决人类面临的共性问题贡献了中国智慧和中国方案。”[①]

习近平新时代中国特色社会主义思想的创立、形成和发展过程，既体现了坚守真理、传承文明的继承性，又体现了与时俱进、引领未来的创新性，更体现了实事求是、把握规律的科学性，其本身即为我们研究和建设马克思主义国际私法学树立了典范，提供了引导，具有重要的方法论意义。其积极探索规律、自觉遵循规律、按照客观规律要求处理现实问题、谋划事业发展的求真务实作风和勇于创新精神，为我们研究和建设马克思主义国际私法学提供了理性支撑和思想启迪。习近平新时代中国特色社会主义思想的精神实质和丰富内涵必将成为我们研究和建设马克思主义国际私法学的取之不尽、用之不竭的思想源泉，尤其是习近平总书记关于“构建人类命运共同体”的主张，为中国特色马克思主义国际私法学研究和建设拓展了广阔的实践视野和思想空间。

2013 年以来，习近平主席在多个国际场合多次谈及“人类命运共同体”问题，提出了一系列引起国际社会广泛关注和高度认同的论断。2017 年 1 月 18 日在联合国日内瓦总部，习近平主席以《共同构建人类命运共同体》为题发表演讲，“同大家一起探讨构建人类命运共同体这一时代命题”，系统全面深刻地阐述了“人类命运共同体”思想。他明确提出：“让和平的薪火代代相传，让发展的动力源源不断，让文明的光芒熠熠生辉，是各国人民的期待，也是我们这一代政治家应有的担当。中国方案是：构建人类命运共同体，实现共赢共享。”

[①] 刘云山：《深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想》，载《党的十九大报告辅导读本》，人民出版社 2017 年 10 月第 1 版第 9 页。

至此，“人类命运共同体”不再仅仅是一种认识理念，而且是中国用来促进世界和平发展和人类文明进步的实践方案。在党的十九大报告中，习近平总书记把“明确中国特色大国外交要推动构建新型国际关系，推动构建人类命运共同体”作为新时代中国特色社会主义思想的一项重要内容，把“坚持推动构建人类命运共同体”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一，并在报告的第 12 章专门就“坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体”进行了系统深入的阐述。这些论述是我们研究和建设马克思主义国际私法学的宝贵思想资源。

“构建人类命运共同体”这一时代命题，为中国特色马克思主义国际私法学研究和建设拓展了广阔的实践视野。基于这一命题，我们观察和思考国际私法问题，就不应该局限于一个国家、一个地区，也不应该局限于国与国之间、地区与地区之间，而必须放眼世界、胸怀天下，以超越民族国家和意识形态的“全球观”去发现和分析国际私法问题，去审视和评价国际民商事交往中的纠纷，以“实现共赢共享”为目标，寻求解决问题和纠纷的办法。要把国际私法原则、规则、规范、制度的制定和实施同构建人类命运共同体方案的实践联系起来，使国际私法成为构建乃至维护人类命运共同体的一项重要的保障措施和法律武器，使人类命运共同体成为国际私法的核心关切和价值追求。为此，在国际私法的实践中，必须牢固树立和恪守主权平等、有约必守、诚实信用、平等互利、沟通协商等原则，保障国际民商事关系朝着有利于人类共同利益的方向发展。“法者，治之端也”。习近平主席指出：“法律的生命在于付诸实施，各国有责任维护国际法治权威，依法行使权利，善意履行义务。法律的生命也在于公平正义，各国和国际司法机构应该确保国际法平等统一适用，不能搞双重标准，不能‘合则用、不合则弃’，真正做到‘无偏无党，王道荡荡’。”

“构建人类命运共同体”这一时代命题，为中国特色马克思主义国际私法学研究和建设拓展了广阔的思想空间。“宇宙只有一个地球，人类共有一个家园”“各国相互联系、相互依存，全球命运与共、休戚相关”。国际民商事交往也反映了人类共同的需要和利益，维系着人类共同的命运和福祉。应该把人类命运共同体理念渗透和贯穿到国际民商事交往的全过程，使之成为国际民商事主体及其所从事的国际民商事活动的自觉意识，成为调整国际民商事关系、解决国际民商事问题、处理国际民商事纠纷的价值取向，成为研究和建设中国特色马克思主义国际私法学、构建现代国际私法体系的哲学指引。

“构建人类命运共同体”，意味着不同文明之间要交流互鉴、开放包容。习近平主席指出：“‘和羹之美，在于合异。’人类文明多样性是世界的基本特征，也是人类进步的源泉。世界上有 200 多个国家和地区、2500 多个民族、多种宗教。不同历史和国情，不同民族和习俗，孕育了不同文明，使世界更加丰富多彩。文明没有高下、优劣之分，只有特色、地域之别。文明差异不应该成为世界冲突的根源，而应该成为人类文明进步的动力。每种文明都有其独特魅力和深厚底蕴，都是人类的精神瑰宝。不同文明要取长补短、共同进步，让文明交流互鉴成为推动人类社会进步的动力、维护世界和平的纽带。”法律作为人类文明的载体和表现形式，也同样具有多样性的特征。国际私法正是建立在世界各国、各地区之间民商事法律的差异基础之上的，它以尊重民商事法律的差异为前提，以协调民商事法律的差异和消除民商事法律的差异为使命。秉承“构建人类命运共同体”理念，无论是尊重差异，还是协调差异，抑或是消除差异，都应该把握人类利益和价值的通约性，寻找国与国关系的最大公约数，在追求本国利益时兼顾他国合理关切，在谋求本国发展中促进各国共同发展，在共同发展中寻求各方利益的交融点，增进人类共同利益。

“构建人类命运共同体”，倒逼着全球治理的升级，呼唤着世界观念的转变。国际私法作为全球治理的一种手段和国际法治的一种依据，也必须因应“构建人类命运共同体”的需求，更新观念，革新范畴，重构体系，重塑价值，超越时空束缚，以整体意识、全球思维、

人类视角，重新考量国际社会的民商事活动，作出有利于世界各国和全体人类持续发展和共同繁荣的制度安排。

“人类命运共同体”理念，意味着虽然当今世界仍然存在着不同国家利益、不同宗教信仰、不同意识形态、不同社会制度的分歧甚至对立，但是无论怎样，我们是共同的人类，人民是历史活动的主体。不同信仰、制度和民族国家可以和平共处、有序竞争，让共同利益压倒分歧对立，让人类理性选择世界的未来。人类可能超越个人、国家、民族，可能超越制度、观念、信仰，去拥抱一个更辽阔的世界。[①]国际私法应该成为“以人为本的适当法”；“适当”与“和谐”应该成为国际私法的重要范畴。[②]

“人类命运共同体”理念，意味着“世界命运应该由各国共同掌握，国际规则应该由各国共同书写，全球事务应该由各国共同治理，发展成果应该由各国共同分享。”因此，国际私法的制度和规则，应该越来越多地由各国共同参与制定，通过谈判协商找到平衡点，寻求各方利益的最大化，实现国际民商事关系的和谐稳定，应该积极倡导并推动统一私法规范的形成和完善，使之成为联结和凝聚人类命运共同体的牢固纽带。

“人类命运共同体”理念，意味着在国际民商事交往中必须树立正确的义利观，“人人为我，我为人人”，讲求权利义务的均衡，共享利益，共担风险，做到弘义融利，绝不损人利己。要建立公正合理的民商事法律秩序，保障国际民商事关系协调健康的发展。

(四)国际私法的理论积淀和中国国际私法学者的理论探索为中国特色马克思主义国际私法学研究和建设提供了理论资源。

列宁指出：“马克思主义这一革命无产阶级的思想体系赢得了世界历史性的意义，是因为它并没有抛弃资产阶级时代最宝贵的成就，相反却吸收和改造了两千多年来人类思想和文化发展中一切有价值的东西。”[③]研究和建设马克思主义国际私法学，也应该借鉴和吸收古今中外国际私法理论和实践的一切优秀成果。古今中外的国际私法理论和实践也是人类精神文明和制度文明的一个组成部分，既反映了世界各国的国际私法人为调整国际民商事关系、促进国际民商事交往而进行的艰辛探索，也表达了古今各国对如何调整国际民商事关系及如何解决国际民商事争议等问题的主张和态度。研究和建设马克思主义国际私法学，就必须注意借鉴和吸收古今中外的国际私法理论和实践的一切优秀成果，考察国际私法的品格，把握国际私法的精神，阐释国际私法的内涵，阐发国际私法的意蕴，阐明国际私法的本体，融会精华，推陈出新。只有吸收关于国际私法的全部真理性认识，才能构建马克思主义国际私法学。马克思主义国际私法学就是关于国际私法的真理性认识的总括与结晶。

国际私法一向有“学说法”之称。自 13 世纪至 19 世纪，先后出现了“法则区别说”“既得权说”“国际礼让说”“当事人意思自治说”“法律关系本座说”等著名的国际私法学说。即使在现代，国际私法的理论学说仍然方兴未艾，20 世纪中叶的美国冲突法革命更是涌现了“本地法说”“政府利益分析说”“最密切联系说”等极具影响的国际私法学说。[④]这些学说的出现及其相互间的争鸣，深化了对国际私法的认识，也推动了国际私法的进步。这些都是我们研究和建设马克思主义国际私法学的理论来源。

更为重要的是，改革开放以来，中国国际私法的理论与实践都获得了良好的发展环境和机遇，中国国际私法学者也开始把构建自己的理论体系作为繁荣和发展中国国际私法学

[①] 国纪平：《为世界许诺一个更好的未来——论迈向人类命运共同体》，2015 年 5 月 17 日。

[②] 吕岩峰：《和谐世界视阈中的国际私法观照——以现代国际私法体系的构建为焦点》，《法学》2007 年第 8 期。

[③] 中共中央编译局.列宁全集：第 39 卷[C].北京：人民出版社，1986：332.

[④] 参见吕岩峰：《准据法及其理论与方法论纲》，载《吉林大学社会科学学报》2004 年第 5 期。

的重要目标，出现了“一机两翼说”“国际民商新秩序理论”“适当-和谐论”“国际交往互利说”等具有原创性的理论和学说。

“一机两翼说”，是韩德培先生对国际私法范围问题所作的一种形象的说明。其基本含义是：“国际私法就如同一架飞机一样，其内涵是飞机的机身，其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上，这内涵包括冲突法，也包括统一实体法，甚至还包括国家直接适用于涉外民商事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题，这是处理涉外民事关系的前提；另一翼则是在发生纠纷时，解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序，这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。”[①]

“国际民商新秩序理论”，是李双元先生提出来的关于“国际私法的重新定位与功能转换”的系统理论主张，按照他自己的概括：当代国际私法趋同化走势的不断加强是该理论的起点；构建全球化时代的国际民商新秩序是该理论追求的目标；“国际社会本位理念”是该理论的支撑或基础。[②]

“适当—和谐论”（亦称“适当论”），是吕岩峰教授提出的关于现代国际私法体系构建的理论见解和主张。它以“适当”与“和谐”为基本理念和价值准则，观察、评判、探讨国际私法的各种问题，主张以适当的规则和方式协调国际民商事关系，以和谐的机制和环境发展国际民商事利益，根据国际民商事关系的性质和特点，寻找和确定“适当的法”（appropriate law，proper law），以便公正合理地调整国际民商事关系、解决国际民商事问题，妥当地维护当事人及有关方面的正当权益，追求国际民商事交往的和谐发展；认为“适当”是国际私法的基石范畴，“和谐”是国际私法的核心范畴，现代国际私法体系乃是一个“适当”而“和谐”的构造；现代国际私法，是以不同方式调整国际民商事关系，从而保障、促进和实现国际民商事交往和谐发展的适当法规范体系。[③]国际私法的“适当-和谐论”强调，统一私法是到目前为止国际私法为调整国际民商事关系所寻找到的一种最“适当的法”（适当法），是国际民商事关系“自己的法”（自体法），是名副其实的“国际”“私法”，因而它理所当然地应该属于国际私法的组成范围；统一私法，萌发于国际私法“世界和谐”的理念，作用于“和谐世界”的建设。[④]“适当-和谐论”的提出，“正是遵循实事求是的思想路线，运用马克思主义的辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观和方法论观察和研究国际私法问题所取得的重要理论成果。”[⑤]

“国际交往互利说”，这是上个世纪八十年代末我国学者提出的关于“适用外国法的理论”。这种理论认为，一国的司法机关和其他机关处理涉外问题时适用另一国法律，这是社会发展到一定历史时期出现的现象。由于国际贸易关系的发展，国与国之间经济、文化联系的加强，各国民间交往的规模日益扩大，超越一国范围的民事案件越来越增多，国

---

① 参见肖永平：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版，第 27 页。

② 李双元主编：《国际私法学（第二版）》，北京大学出版社 2011 年版，第 93 页。

③ 参见吕岩峰：《英国“适当法理论”之研究》，《吉林大学社会科学学报》1992 年第 5 期；吕岩峰：《“适当论”：国际合同法律适用理论的归结与扬弃》，《法制与社会发展》1999 年第 5 期；吕岩峰：《论国际合同法体系》，《吉林大学社会科学学报》2006 年第 1 期；吕岩峰：《论国际物权关系的适当法——物之所在地法原则之理析》《吉林大学社会科学学报》2007 年第 1 期；吕岩峰：《和谐世界视域中的国际私法观照——以现代国际私法体系的构建为焦点》，《法学》2007 年第 8 期；吕岩峰：《论国际侵权关系的适当法体系》，《社会科学战线》2013 年第 10 期。肖永平教授在马克思主义理论研究和建设工程重点教材《国际私法学（送审稿）》中把“适当论”作为“中国的法律适用理论”专门予以介绍，见 2016 年 8 月稿第 101—102 页，2017 年 9 月稿第 121—122 页。

④ 参见吕岩峰：《私法自治与国际私法——兼论国际私法的性质和范围》，《法制与社会发展》2000 年第 1 期，见《吕岩峰论国际法》，吉林人民出版社 2005 年版，第 323 页；吕岩峰：《和谐世界视域中的国际私法观照——以现代国际私法体系的构建为焦点》，《法学》2007 年第 8 期，第 81-83 页。

⑤ 吕岩峰：《以马克思主义为指导构建国际私法学科体系》，载吕岩峰：《循着信念的呼唤》，吉林人民出版社 2014 年版，第 57 页。

家的统治阶级为维护自身的利益，需要发展对外关系（包括民事、商事关系），因而产生了在一定范围内适用外国法的必要性。首先，在国际交往中，需要依外国法确定对方作为涉外民事关系主体的资格，承认对方依外国法所取得的一定的民事权利；第二，为了发展对外交往，就应维护依外国法所形成的法律关系的稳定性；第三，适当适用外国法律，可以促使对方在某些情况下适用内国法律，这有利于保护内国及其公民、法人的利益；第四，根据国家主权原则，一国的法律对其境内的一切人、物和行为都有效（享有豁免权者除外），从互相尊重主权原则出发，各国应相互尊重对方国家法律在其域内的效力，从而就应当要求在外国所完成的法律行为要符合该外国法律的规定。可见，在一定限度内适用外国法是在相互有利的条件下进行国际交往的需要。[①]

国际私法的理论体系是国际私法学者关于国际私法的基本问题、基本原理、基本概念的独到思考、深刻阐发和系统论证，是学者个人关于国际私法体系的见解和主张的有机构造和逻辑整体。它既是学者个人思想境界和学术状态的反映，也是一个国家、一个时代国际私法发展水平的标志。当代中国国际私法学者的理论建构，无疑是研究和建设马克思主义国际私法学的有益探索，是马克思主义中国化、时代化、大众化的一种尝试，也应该进而成为构建马克思主义国际私法理论体系、学科体系和教材体系的理论资源。

研究和建设马克思主义国际私法学，创立马克思主义国际私法学体系，是一项前无古人的事业。它对于确立先进的国际私法理念，推动国际私法体系的变革和创新，促进国际私法立法、司法的科学发展，实现对国际民商事关系的适当调整和国际民商事纠纷的适当解决，建立公正和谐的国际民商事秩序，有着重要的意义和深远的影响；对于丰富和发展马克思主义，推进马克思主义中国化、时代化、大众化，也有着重要的意义和深远的影响。

15.论国际私法公共政策之人权内涵

刘阳*

摘　要：传统上，国际私法公共政策的内涵和考量因素主要根植于保护国家利益，而非保护个人利益。但公共政策的内涵具有可变更性，现代国际私法逐渐在传统公共政策的基础上，将人权保护作为公共政策的考量因素,赋予其“保护伞”的功能。当外国法的适用结果或外国判决的承认与执行明显违反人权保护时，将依据公共政策拒绝适用外国法或拒绝承认与执行外国判决。此种做法一方面有助于实现国际私法实质正义价值取向，另一方面面临着违反禁止实质性审查、影响外国判决的自由流动、公共政策与审查程序公正的重叠、动摇公共政策的例外性质以及多元化人权保护理念下公共政策之滥用风险等诸多困境。

关键词：公共政策；人权；法律选择；判决的承认与执行

The Human Rights Connotation of Public Policy in the Private International Law

Abstract: Traditionally, the consideration of public policy in private international law is mainly rooted in protecting national interests rather than personal interests. However, the connotation of public policy is changeable. On the basis of retaining the traditional factors, modern private international law gradually regards human rights protection as a consideration of

[①] 余先予主编：《冲突法》，法律出版社 1989 年版第 103—104 页。

* 中南财经政法大学 2017 级国际私法博士研究生。本文系 2014 年度国家社科基金项目“涉外民商事诉讼中的法院地法优位问题研究”（14XFX013）的阶段性成果。

public policy and gives it the function of “protective umbrella”. Public policy will be invoked if the result of the application of a foreign law or the recognition and enforcement of a foreign judgment manifestly infringe the protection of human rights. On the one hand, this practice contributes to achieving the substantive justice value orientation of private international law; on the other hand, it will face numerous problems, such as violation of the prohibition of substantive review, threaten the free flow of foreign judgments, the overlapping of public policy and procedural justice, shake the exceptional nature of public policy, and the risk of abusing public policy under the diversified concept of human rights protection in various countries, etc.

Keywords: public policy; protection of human rights; choice of law; recognition and enforcement of foreign judgments

一、 问题的提出

公共政策是国际私法最古老的制度之一。早在 13 世纪意大利学者巴托鲁斯（Bartolus）提出的“法则区别说”中提到，如果外国法的内容“令人厌恶”，则可以拒绝适用。同时，公共政策也是在国际私法中得到最牢固确立的制度之一，时至今日仍发挥着重要的作用。由于公共政策是属地主义被突破后为内国利益所设的最后防线，[①]所以公共政策的内涵和传统考量因素主要根植于保护国家利益，而非保护个人利益。[②]然而，人权保护逐渐影响和改变着公共政策的运用，使得现代国际私法公共政策被赋予人权保护的内涵。

将人权保护作为涉外法律适用和判决的承认与执行领域公共政策的考量因素，其主要理论依据是为了实现国际私法实质正义价值取向。虽然目前对于什么是实质正义并不存在明确的判断标准，但由于国际私法以国际民商事关系为调整对象，以确定和实现当事人的民商事权利为基本功能，冲突法的本质是为了追求个人权利的实现，[③]因此在法律选择过程中，只有将当事人的基本权利保护作为法律选择的考量因素之一，才不会偏离国际私法实现实质正义价值取向。在判决承认与执行领域，外国判决的承认与执行不仅涉及到国家主权问题，是一个国家在特定条件下做出的主权“退让”行为，[④]而且更关系到当事人合法权益的切实保护，因此，在依据公共政策拒绝承认与执行外国判决时，有必要将当事人的权利保护作为适用公共政策的考量因素。

公共政策内涵的广泛性、弹性以及可变更性，对将人权保护纳入国际私法公共政策的考量因素之中提供了有利的制度基础。[⑤]虽然公共政策具有模糊性，但这种模糊性有时被视为灵活性和一种力量，[⑥]这有助于将人权保护作为公共政策的考量因素。博登海默（Bodenheimer）曾言，“一个有效的、富有生命力的法律制度，还必须服从时代进步所提出的正当要求。如果死死抱住上个时代的观念不放，便可能无法有效地发挥作用。”[⑦]将人权保护作为公共政策的考量因素，体现了国际私法公共政策的内涵具有时间上的可变性。

二、涉外法律适用领域公共政策之人权内涵

---

① 沈涓：《法院地法的纵与限》，《清华法学》2013 年第 4 期，第 161 页。

② 宣增益：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 80 页。

③ 沈涓：《冲突法及其价值导向》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 19 页。

④ 钱锋：《外国法院民商事判决承认与执行研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 1 页。

⑤ James J. Fawcett, Máire Ní Shúilleabháin & Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, （Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 650, p.866.

⑥ Ben Juratowitch, “The European Convention on Human Rights and English Private International Law”, (2007) 3 *Journal of Private International Law* 173, p. 196.

⑦ ［美］E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》（修订版），邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 340 页。

（一）涉外法律适用领域公共政策对婚姻缔结权之考量

1.《德国基本法》第 6 条之适用："西班牙人案"

"西班牙人案"（*The Spaniard case*）争议的焦点在于：由于西班牙法律规定西班牙人不能与已经离婚的人缔结婚姻，那么德国法院是否应适用西班牙法？[①]对此，德国联邦宪法法院认为，德国冲突规范作为国内法应当合乎宪法的要求，而且如果冲突规范指向适用外国法，那么该外国法的适用结果也应当合乎德国宪法。根据《德国基本法》第 6 条的规定，不仅德国国民享有德国宪法保障的婚姻缔结权，而且应该承认外国人的此项权利。《欧洲人权公约》第 12 条明确规定达到结婚年龄的男女享有结婚并成立家庭的权利，德国已经加入《欧洲人权公约》，因此，本案不应将西班牙法律作为准据法，而应适用德国法，以防止西班牙法律影响德国法律秩序。

该案表明，当依据冲突规范本应适用外国法，而外国法的适用结果违反法院地国宪法所保护的基本权利时，将拒绝适用外国法。此外，在立法上，2010 年《德国民法典施行法》第 6 条也明确地强调将宪法基本权利作为法律适用领域公共政策之重要组成部分。

2.《德国基本法》在德国公共政策中的作用

从"西班牙人案"和 2010 年《德国民法典施行法》第 6 条可以看出，《德国基本法》中的人权条款在德国国际私法中扮演着双重作用：一方面，冲突规范不能违反人权条款；另一方面，当依据冲突规范适用的外国法违背《德国基本法》中的基本权利时，将依据《德国民法典施行法》第 6 条之公共政策条款排除外国法的适用。实际上，在界定基本权利的内容和范围时，除了可以关注德国宪法中规定的基本权利条款外，也可以参考国际公法中的最低人权标准，尤其是欧洲人权法院所采纳的人权标准。[②]

正因为德国将宪法基本权利作为公共政策的考量因素，所以公共政策也被称为《德国基本法》在国际私法中的一个"突破口"。[③]换言之，公共政策是将《德国基本法》与国际私法联结起来的纽带或桥梁。同时，该案也表明法律选择中的人权保障离不开宪法的监督。[④]

（二）涉外法律适用领域公共政策对非歧视原则之考量

1.《欧洲人权公约》第 14 条之适用："法布里斯案"

"法布里斯案"（*Fabris v. France*）争议的焦点在于：对非婚生子女的继承权予以区别对待，是否违反《欧洲人权公约》第 14 条之非歧视权？[⑤]

欧洲人权法院认为，本案继承关系发生在 1994 年，早在 1983 年原告就与其母亲确认了亲子关系，本案存在着因为原告是非婚生子女就扣减其继承份额，因此，法国蒙彼利埃上诉法院排除适用新《亲子关系法》的规定，对原告的继承权予以区别对待，违反了《欧洲人权公约》第 14 条。保护非婚生子女免遭歧视是欧洲公共政策的一项保护标准。

2.《欧盟基本权利宪章》第 21 条非歧视原则对公共政策之影响

2010 年《欧盟理事会关于离婚和司法别居法律适用领域加强合作的第 1259/2010 号（欧盟）条例》序言第（25）条、2012 年《欧洲议会和欧盟理事会关于在遗产继承领域的管辖权、准据法、判决的承认与执行、公证书的接受与执行，以及关于欧洲遗产继承证书的设

---

① The Spanard, German Constitutional Court, Decision of May 1971, NJW, Vol.24, P.1509. 转引自王葆莳：《德国联邦最高法院典型判例研究：国际私法篇》，法律出版社 2015 年版，第 1 页。

② Rainer Hofmann, "Human Rights and the Ordre Public Clause of German Private International Law", (1994) 12 *Tel Aviv University Studies in Law* 145, p. 153.

③ 徐国建：《德国司法实践中的"公共政策"问题：现状与趋势》，《全球化背景下私法的冲突、协调和统一——国际私法与比较法论集》，法律出版社 2010 年版，第 392 页。

④ 刘仁山、粟烟涛：《法律选择中的人权保障问题——基于两大法系司法实践的比较研究》，《法商研究》2007 年第 2 期，第 123 页。

⑤ *Fabris v. France*, Decision of 7 February 2013, Application No. 16574/08, available at European Court of Human Rights – Annual Report (2013), pp. 128—129.

立的第 650/2012 号（欧盟）条例》序言第（58）条均强调根据公共政策拒绝适用外国法时，尤其应考虑《欧盟基本权利宪章》第 21 条规定的禁止任何形式的歧视。[①]

总之，非歧视原则对适用公共政策条款具有重要的意义[②]，对于冲突规范和外国实体法规则发挥着额外审查的作用。[③]此外，挪威等国家也将非歧视原则作为法律适用领域公共政策之考量因素。[④]

（三）涉外法律适用领域公共政策对其他个人权利之考量

第一，法律适用领域公共政策对财产权的考量。例如，“科威特航空公司案”（*Kuwait Airways Corpn v. Iraqi Airways Co.*）中，尼科尔斯（*Lord Nicholls of Birkenhead*）法官认为，伊拉克颁布的“369 决议”并不是一国政府简单地在其领域内征收财产，而是旨在强行性入侵科威特吞并其财产，明显违反了人权保护这一国际法基本原则。[⑤]如果外国法明显违反国际法基本原则，那么将违反英国的公共政策。因此，英国法院将不会承认“369 决议”的效力。可见，当外国法违反人权保护等国际法原则时，将被视为违反英国的公共政策。

第二，法律适用领域公共政策对公民身份权的考量。例如，在“奥本海默案”（*Oppenheimer v. Cattermole*）中，该案争议的焦点在于：英国法院是否应该承认具有惩罚性质的 1941 年德国法令的效力？[⑥]因为 1941 年纳粹德国曾颁布一项法令规定：当该法令生效时，如果犹太人的经常居住地在国外，那么该犹太人将丧失德国公民身份。克罗斯法官（*Lord Cross of Chelsea*）认为，1941 年德国法令并没有剥夺所有移居者的德国国籍，仅仅剥夺了犹太移民的市民权，而剥夺他们的市民权其实是没收他们财产的一个借口。此法具有惩罚性，严重侵犯人权，应依据公共政策拒绝承认其效力。

三、外国判决承认与执行领域公共政策之人权内涵

（一）判决承认与执行领域公共政策对儿童最大利益原则之考量

保护儿童权利的思想萌芽于早期犹太教、基督教的教义，以及近代启蒙思想、浪漫主义和博爱主义。[⑦]国际私法不仅充分运用弱者利益保护原则对儿童给予特殊保护，而且还将儿童利益最大化原则作为公共政策的考量因素。

1.欧盟国际私法公共政策对儿童利益最大化原则之考量

（1）《欧洲人权公约》第 8 条之适用：“曼利森案”

“曼利森案”（*Mennesson v. France*）争议的焦点在于：法国依据公共政策拒绝承认代孕儿童与其父母之间的亲子关系，是否违反《欧洲人权公约》第 8 条？[⑧]欧洲人权法院认为，亲子关系是该双胞胎身份的重要因素，拒绝承认亲子关系将影响本案双胞胎在法国的身份，而且将影响她们获得法国国籍和继承权等。法国以违反公共政策为由拒绝承认当事人之间

---

① 2016 年《欧盟理事会关于婚姻财产制事项的管辖权、法律适用以及判决的承认与执行的第 1103/2016 号（欧盟）条例》第 38 条单独将非歧视权作为婚姻财产制判决承认与执行的条件，表明欧盟国际私法公共政策对非歧视原则的重视。

② Jerzy Jakubowski, “Poland: Covenants on Human Rights and Regulation of Questions of Private International Law in the Polish Legal System”, (1980) 10 *Polish Round Table* 213, p. 216.

③ Rufat Babayev, *Choice of the Applicable Law and Equal Treatment in the European Union*, (Durham theses: Durham University, 2012), p. 195.

④ Tone Linn Waerstad, “Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces”, (2016) 3 *Oslo Law Review* 51, p. 60.

⑤ *Kuwait Airways Corpn v. Iraqi Airways Co*, [2002] UKHL. 19.

⑥ *Oppenheimer v. Cattermole*, [1972] 3 All ER 1106.

⑦ 何海澜：《善待儿童——儿童最大利益原则及其在教育、家庭、刑事制度中的运用》，中国法制出版社 2016 年版，第 25—35 页。

⑧ *Mennesson v. France*, Decision of 26 June 2014, Application No. 65192/11, European Court of Human Rights – Annual Report (2014), pp. 131—132.

的亲子关系，没有充分考虑儿童利益最大化，法国的做法违反了双胞胎的私人生活权。

可见，欧洲人权法院在家事判决中判断成员国适用公共政策是否具有合理性时，将儿童利益最大化原则作为重要的考量因素。

（2）《布鲁塞尔条例IIa》第 23（a）条公共政策之适用："P 案"

关于父母责任判决的承认，《布鲁塞尔条例IIa》[①]第 23（a）条也明确将儿童利益最大化原则作为判决承认与执行领域公共政策之重要考量因素。在 2015 年的"P 案"（*P v. Q*）中，欧洲法院对公共政策的解释也再次强调，《布鲁塞尔条例IIa》第 23（a）条公共政策条款必须考虑儿童的最大利益以及是否违反被请求国的基本法律规则或基本权利，而且公共政策仅仅在例外情形下适用。因为依据公共政策拒绝承认执行外国判决，损害了判决承认与执行的相互信任原则，也阻碍了《布鲁塞尔条例IIa》之判决自由流动这一基本目标的实现。[②]

（3）对儿童利益最大化原则影响判决承认与执行的质疑："安东尼案"

"安东尼案"（*Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*）涉及儿童返还判决的承认与执行。[③]该案争议的焦点在于：西班牙毕尔巴鄂法院在作出判决时未听取被返还儿童的意见，那么德国法院是否应拒绝承认与执行该西班牙判决？德国法院是否拥有对成员国判决符合《欧盟基本权利宪章》进行审查的权力？

欧洲法院认为，执行国法院不能反对承认与执行成员国法院作出的儿童返还判决。理由如下：首先，从相互信任原则的角度看，根据《布鲁塞尔条例IIa》，成员国对判决的承认和执行应以相互信任原则为基础，相信各成员国的法律制度能够对《欧盟基本权利宪章》中的基本权利提供同等和有效的保护，不承认的理由应当保持最低要求。而且，《布鲁塞尔条例IIa》序言第（17）条规定，在不当滞留儿童的案件中，必须执行返还儿童的判决且无需任何特别程序；其次，从文义解释的角度看，《欧盟基本权利宪章》第 24 条和《布鲁塞尔条例IIa》第 42 条第（2）款（a）项并不是指必须听取儿童的意见，而是指给予儿童听审的机会，听取儿童意见并不构成绝对义务。虽然上述规定并不要求判决来源国法院在每个案件中都听取儿童的意见，但是当判决来源国法院决定对儿童进行听审时，应采取适合安排儿童听审的一切措施，以确保这些规定的有效性，并为儿童表达观点提供真实有效的机会；最后，从审查主体的角度看，尽管原始成员国法院作出的判决可能违反《欧盟基本权利宪章》第 24 条和《布鲁塞尔条例IIa》第 42 条，但对是否存在此类侵权的评估完全属于原始成员国法院的管辖范围。[④]

可见，将儿童利益最大化原则作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素时，面临着禁止对外国判决进行实质性审查的质疑。

2.儿童利益最大化原则对海牙公约体系中公共政策的影响

由于儿童诱拐和收养等问题与儿童的人权保护息息相关[⑤]，因此海牙国际私法会议特别强调将儿童利益最大化原则作为公共政策的考量因素。

（1）1980 年海牙儿童诱拐公约中公共政策的规定

1980 年《国际诱拐儿童民事方面的公约》第 20 条规定了交还儿童的例外情形：如果被请求国关于保护人权和基本自由的原则禁止依照公约第 12 条规定作出交还儿童的裁定，则被请求国可以拒绝作出该裁定。该条也被视为拒绝返还儿童的"公共政策"条款。之所以

---

① Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

② *P v. Q*, Case C-455/15 PPU, Court of Justice of the European Union Annual Report (2015), p. 36.

③ *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, Case C-491/10 PPU, para. 15 .

④ *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, In Case C-491/10 PPU, para. 46, para. 66, para. 75.

⑤ Claire Fenton-Glynn, Review Article: "Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy", (2014) 10 *Journal of Private International Law* 157, p. 168.

第 20 条这一拒绝交还儿童的例外情形并不明确，其模糊性可能是起草者故意为之，因为它是公约中有争议的方面。[①]

（2）1993 年海牙收养公约和 1996 年海牙公约中公共政策的规定

1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》第 24 条专门将儿童利益最大化原则作为公共政策的考量因素，规定只有当对一项收养的承认明显违反一缔约国考虑到儿童最佳利益在内的公共政策时，该国才能拒绝承认。

2016 年 10 月，预防和解决非法跨国收养工作组强调，收养问题必须将儿童最大利益置于首要的考虑。关于儿童最大利益的确定，可以通过列举一些最低标准来指导收养是否符合儿童最大利益的具体判断。而关于哪些标准应被列入最低标准，工作组强调还需进一步努力。[②]总之，1993 年海牙收养公约是注重儿童权利保护的“最佳利益公约”。[③]

1996 年《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行及合作公约》第 23 条第 2 款第 4 项也强调将儿童利益最大化原则作为公共政策的考量因素。

（3）跨国代孕中公共政策的解释问题

由于盲目依据公共政策拒绝承认代孕儿童的亲子关系，将导致儿童经常处于跛脚的亲子关系和国籍等身份问题，因此 2014 年海牙国际私法会议在《关于跨国代孕协议问题的研究报告》中主张国家在解释和适用公共政策拒绝承认代孕儿童的亲子关系时，尤其需要考虑国际人权公约和区域性人权公约的规定[④]，应注重实现一国制定的公共政策条款与充分保护儿童权利和福利之间的平衡。[⑤]

2015 年 3 月，海牙国际私法会议亲子关系/代孕项目专家组指出，国家和国际人权保护义务要求适用公共政策时尤其应参考儿童最大利益，同时也需要考虑身份权、人格权和代孕母亲的健康权等权益。[⑥]

可见，为了进一步巩固对儿童权利的保护，国际社会普遍主张在适用公共政策时应将儿童利益最大化原则作为其中的考量因素。[⑦]但是，究竟何为儿童利益最大化，其判断标准并不明确，有待于进一步完善。

（二）判决承认与执行领域公共政策对公正审判权之考量

1.欧盟国际私法公共政策对公正审判权之考量

公正审判权包含的权利内容具有广泛性：在对抗制诉讼程序中应听取双方的意见、平等对待双方当事人，当事人有权对所有影响法院判决的证据或对提交的答辩进行了解并作

---

① *J.S. v. R.M.* [2012] A.J. No. 779, para. 42.

② Conclusions and Recommendations of the Working Group on Preventing and Addressing Illicit Practices in Intercountry Adoption (2016), p. 2, https://assets.hcch.net/docs/536b1d4d-6ed1-4d42-8511-e1676d17464a.pdf, 最后访问时间：2018 年 12 月 21 日。

③ Sara Dillon, “Making Legal Regimes for Intercountry Adoption Reflect Human Rights Principles: Transfoming the United Nations Convention on the Rights of the Child with the Hague Convention on Intercountry Adoption”, (2003) 21 *Boston University International Law Journal* 179, p. 208.

④ A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (2014), p. 47, https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf, 最后访问时间：2018 年 12 月 21 日。

⑤ The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/ Surrogacy Project (2014), p. 23, https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf, 最后访问时间：2018 年 12 月 21 日。

⑥ Background Note for the Meeting of the Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project (2016), p. 10, https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf, 最后访问时间：2018 年 12 月 21 日。

⑦ 实际上，其他国家也采取了将儿童利益最大化原则作为判决承认与执行领域公共政策之重要考量因素。例如：捷克斯洛伐克《关于国际私法与国际民事诉讼规则的法律》第 66 条第 1 款第 3 项规定：有关儿童的安置或探望的外国判决，出于最有利于儿童的考虑，承认该判决将明显违背捷克斯洛伐克公共秩序的，可不予承认与执行。

出评论。[①]

“克龙巴赫案”（*Dieter Krombach v. André Bamberski*）争议的焦点在于：对于未亲自出庭应诉的被告人，禁止其委托辩护人代其出庭应诉，能否视为违反《布鲁塞尔公约》第 27 条第 1 款之公共政策？[②]

关于是否应依公共政策拒绝承认与执行法国判决，德国法院向欧洲法院进行了请教。欧洲法院认为，辩护权是公正审判的基本要素，不能仅仅因为被告未出庭应诉就丧失此项权利。对于未出庭应诉的被告人，否认其辩护权，构成明显违反基本权利。当外国判决不足以充分保护被告的辩护权时，可以在例外情形下适用公共政策条款拒绝承认或执行外国判决。根据欧洲法院的上述解释，德国联邦最高法院最终认为，法国巴黎巡回法院禁止未亲自出庭的被告委托律师出庭辩护，在没有考虑被告克龙巴赫辩护权的情况下就判定其有罪，承认与执行巴黎巡回法院判决将违反辩护权这一基本权利，因此应依据《布鲁塞尔公约》第 27 条第 1 款之公共政策拒绝承认或执行法国判决。[③]

总之，上述案件将公正审判权作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素。当外国判决违反公正审判权，尤其是外国判决中被告未充分行使辩护权和法定听审权时，将依据公共政策拒绝承认或执行外国判决。

2.公正审判权对海牙公约中公共政策的影响

2005 年《选择法院协议公约》第 9 条第（e）款规定：当存在以下情形时，将拒绝承认或执行外国判决：承认或者执行将会与被请求国的公共政策明显相悖，包括判决的具体诉讼程序不符合被请求国程序公正的基本原则的情形。可见，第 9 条第（e）款规定的公共政策涉及了两个方面的内容：一是一般或传统意义上的公共政策；二是重点关注具体案件的程序瑕疵，违反程序正义的基本原则也被认为构成违反公共政策。[④]

根据公约解释报告，《选择法院协议公约》第 9 条第（e）款将程序公正原则作为公共政策的一部分，是因为程序公正原则（例如正当程序、自然正义或公正审判）在一些国家是基于宪法的要求。如果承认或执行违反程序公正原则的外国判决，将可能违宪。[⑤]

2015 年，《海牙第五工作组判决项目草案》第 7 条第 1 款第（c）项和 2018 年 5 月《特别委员会关于承认与执行外国判决公约草案》第 7 条第 1 款第（c）项关于公共政策的规定，延续了 2005 年《选择法院协议公约》的做法，也特别强调将程序公正原则作为公共政策的一部分。

（三）判决承认与执行领域公共政策对言论自由权之考量

作为一项公民权利，言论自由权象征着从附属地位到负责任的公民的政治解放。[⑥]《美国宪法第一修正案》之言论自由权影响着判决承认与执行领域公共政策之运用。

1.《美国宪法第一修正案》之适用：“印度海外出版公司案”

“印度海外出版公司案”（*Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc*）争论的焦点在于：英国伦敦高等法院的判决是否违反《美国宪法第一修正案》中的言论自由权？美国

---

① Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 6——Right to a Fair Trail (Civil Limb) (2013).

② Case C -7/98 *Dieter Krombach v. André Bamberski* [2000] ECR I -1935.

③ Case C -7/98 *Dieter Krombach v. André Bamberski* [2000] ECR I -1935, paras 39-44.

④ Peter Arnt Nielsen, “The Hague Judgments Convention”, (2011) 80 *Nordic Journal of International Law* 95, p. 114.

⑤ Trevor Hartley and Masato Dogauchi, Explanatory Report of Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (2013), p. 71, https://www.hcch.net/upload/expl37final.pdf, 最后访问时间：2018 年 12 月 21 日。

⑥ 【奥】曼弗雷德·诺瓦克：《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》，孙世彦、毕小青译，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，第 48 页。

纽约法院能否基于公共政策拒绝承认与执行该英国判决？[①]该案涉及到被告印度海外出版公司在印度报纸和其他媒体上刊登有关报道时，原告认为报道的内容对自己构成诽谤。伦敦高等法院判令被告赔偿损失和律师费用。被告认为，英国判决违反了《美国宪法第一修正案》中的言论自由权和纽约的公共政策，于是请求美国纽约法院拒绝承认与执行该英国判决。

美国纽约法院认为，伦敦高等法院根据英国《诽谤法》的规定，要求被告证明案件事实并证明享有报纸出版和广播公司的资格。对于媒体而言，由他们承担证明责任不符合宪法规定。因为对责任的担心可能阻碍他们发表言论，会导致"寒蝉效应"，此种"寒蝉效应"不符合保护言论自由的规定。外国判决承认与执行领域之公共政策包含在《美国宪法第一修正案》或者《纽约宪法》之中，拒绝承认外国判决也可被视为是宪法的强制性规定。[②]

该案表明，在分析国际私法公共政策时，宪法基本权利发挥着重要作用。[③]当外国判决违反言论自由权这一宪法基本权利时，将依据公共政策拒绝承认与执行外国判决。

2.对宪法基本权利影响判决承认与执行的质疑："大野直子案"

将宪法基本权利作为判决承认与执行领域公共政策的一部分，其前提在于肯定外国判决的承认与执行受执行国宪法的约束，但 2013 年"大野直子案"（*Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church*）对"外国判决是否受执行国宪法的约束"这一问题提出了质疑。[④]

大野直子案涉及《美国宪法第一修正案》中的宗教信仰自由。之所以外国判决不应受执行国宪法的约束，美国联邦第九巡回上诉法院法官贝松（*Berzon*）在该案中提出了以下理由：第一，从判决本身看，加利福尼亚法院承认和执行日本判决并没有使外国判决转变为国内判决，因此不受宪法审查的制约；第二，从政府行为的角度看，日本法院是日本国家机关，外国政府不受加利福尼亚宪法的约束；第三，从适用的法上看，日本判决的基础仅仅是日本法，而不是美国联邦政府或美国各州的法；第四，对外国判决进行广泛和过度的宪法性审查，不符合判决承认与执行领域之礼让原则和尊重主权原则；第五，一国法院执行外国禁令的行为可以被视为政府行为，但加利福尼亚法院执行日本金钱判决并不属于一国法院执行外国禁令之政府行为，因此不应受执行国宪法的约束。[⑤]

总之，将宪法基本权利作为公共政策的考量因素时涌现出的上述问题，实际上也反映了人们对于应依何种人权立法来判断外国判决违反人权保护的争论。

（四）判决承认与执行领域公共政策对其他人权之考量

2000 年《欧盟理事会关于破产程序的第 1346/2000 号条例》第 26 条规定：任何成员国当承认在另一成员国开始的破产程序或执行在该程序中所作判决的结果将明显违背公共政策，特别是基本原则或者受宪法保障的权利和个人自由时，则可以拒绝承认与执行。2012 年，欧洲议会、理事会与欧洲经济社会委员会对 2000 年《破产条例》第 26 条公共政策的

---

① *Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc*, 585 N.Y. S.2d 661 (1992).

② *Ajitabh Bachchan v. India Abroad Publication Inc*, 585 N.Y. S.2d 661 (1992), p. 2, pp. 6-8 .

③ Jan L. Neels, "External Public Policy, The Incidental Question Properly So-Called and the Recognition of Foreign Divorce Orders", (2010) 4 *Journal of South African Law* 671, p. 676. 将宪法基本权利作为国际私法公共政策的考量因素也得到了其他学者的支持。例如，学者查尔斯·W·蒙多拉（Charles W. Mondora）指出，美国各州《统一外国金钱判决承认法》之公共政策条款，在决定外国判决是否符合《美国宪法第一修正案》时扮演着重要角色。（Charles W. Mondora, "The Public Policy Exception, 'the Freedom of Speech, or of the Press', and the Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act", (2007) 36 *Hofstra Law Review* 1139, p. 1176.）学者 L. 琳恩·霍格 （L. Lynn Hogue）指出，国际私法公共政策具有宪法基础。当依据公共政策来拒绝承认讨厌的状态时，依据的是宪法。（L. Lynn Hogue, "Examining a Strand of the Public Policy Exception with Constitutional Underpinnings: How the Foreign Marriage Recognition Exception Affects the Inter jurisdictional Recognition of Same-Sex Marriage", (2004) 38 *Creighton Law Review* 444, p.463.）

④ *Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church*, 723 F. 3d 984 (2013).

⑤ *Naoko Ohno v. Yuko Yasuma and Saints of Glory Church*, 723 F. 3d 984 (2013), pp. 12—18.

规定持肯定态度。[①]2015 年，《欧洲议会和欧盟理事会关于破产程序的第 848/2015 号（欧盟）条例》（重新修订）第 33 条关于公共政策的规定延续了 2000 年《破产条例》第 26 条的规定。

可以看出，欧盟《破产条例》规定了广泛的权利空间，意味着所有的宪法性权利和自由都有可能被作为欧盟破产领域公共政策之考量因素，进一步丰富了国际私法公共政策之人权保护内涵。

四、国际私法公共政策人权内涵之适用困境

（一）保护人权与禁止对判决进行实质性审查的冲突

将人权保护作为公共政策的考量因素之一，将不可避免涉及到对外国判决是否符合人权保护进行实质性审查。那么，这是否与禁止对外国判决进行实质性审查相冲突？学者简·奥斯特（*Jan Oster*）认为，各国都具有强制性的人权保护义务，因而主张在判决承认与执行领域，法院可以全面审查外国判决是否违反人权。[②]

笔者认为，人权保护附属适用模式，即将人权保护作为国际私法公共政策之考量因素，可以巧妙地回避对外国判决进行了人权保护之实质性审查的争论。因为就目前的立法来看，虽然禁止对外国判决进行实质性审查，但是实际上都允许对外国判决是否违反公共政策进行审查。这也体现了与将人权保护独立作为承认与执行外国判决条件相比，将人权保护内附于公共政策适用的优越性。

（二）人权保护下公共政策与审查程序公正的重叠

关于公正审判权对国际私法公共政策的影响，主要是通过判断外国判决是否赋予被告充分行使辩护权和听审权的机会。如果外国判决中被告未充分行使辩护权和法定听审权，那么也就相应地违反了判决承认与执行领域之公共政策。传统上，普遍将审查程序公正或自然正义与审查公共政策分别作为不同的拒绝承认与执行的条件。为防止公共政策适用范围的扩大，一般不允许公共政策来代替其他拒绝承认与执行的理由。因此，将公正审判权作为判决承认与执行领域公共政策之考量因素，将导致公共政策与审查程序公正的混同。

关于如何解决人权保护下公共政策与审查程序正义之间的重叠，主要存在以下两种做法：第一，2005 年《选择法院协议公约》解释报告采取同时适用的方法。解释报告中指出，由于第 9 条第（c）款、第（d）款和第（e）款都是关于拒绝承认或执行条件的规定，都关乎程序公正，因此如果因原告欺诈，导致令状未送达给被告或他未意识到诉讼程序，将可能适用第（c）、（d）、（e）款规定的拒绝条件。第二，当两者发生重叠时，优先适用判决承认与执行之程序公正条件，将公共政策作为兜底条款或补漏条款。[③]此种做法是基于公共政策比判决承认与执行之自然正义抗辩的范围更广。后者仅仅处理外国缺席判决中被告没有充分时间安排辩护，这仅仅是违反公正审判权的一个方面，而公共政策可以处理瑕疵送达之外的其他违反公正审判权的情形。[④]

笔者认为，由于外国判决承认与执行制度的独立的价值导向是程序性的秩序价值，即用确定的程序正义在世界范围内最大限度地实现相对的实体正义[⑤]，因此将公正审判权作为国际私法公共政策之考量因素有其合理性。而 2005 年海牙公约采取的同时适用的方法并不

[①] Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, (2012), p. 13.

[②] Jan Oster, “Public Policy and Human Rights”, (2015) 11 *Journal of Private International Law* 542, p. 553.

[③] 向在胜：《欧盟国际民事诉讼法判例研究》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 218-219 页。

[④] James J. Fawcett, Máire Ní Shúilleabháin & Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, （Oxford: Oxford University Press, 2016), p. 239.

[⑤] 沈涓主编：《国际私法学的新发展》，中国社会科学出版社 2011 年版，第 156 页。

合理，因为此种方法将导致公共政策条款与其他拒绝承认与执行条件界限上的模糊性，而且导致公共政策被滥用的风险。因此，相比较而言，第二种方法更为合理。

（三）保护人权对判决自由流动目标的阻碍

在国际范围内实现判决的自由流动，不仅是判决承认与执行领域之基本价值导向，而且也是诉讼当事人的理想和愿望。鉴于人权保护对判决承认与执行的影响，我国学者刘仁山教授担忧，如果人权法规则过度介入判决承认与执行领域，将影响判决自由流动目标的实现，因而呼吁实现二者之间的平衡。[①]

但学者库伯（*Jan-Jaap Kuipers*）认为，虽然外国判决的承认与执行制度的本质旨在实现保护被告的辩护权和加快判决的自由流动之间的平衡，但是不能为了效率而牺牲公正审判权等人权保护。[②]在前述“克龙巴赫案”中，欧洲法院也认为，尽管《布鲁塞尔公约》的目的是为了简化承认或执行外国法院判决的手续，但不允许为了实现这一目标而损害公正审判权。“马罗尼埃案”（*Maronier v.Larmer*）也提到，为了不使判决自由流动的目标落空，执行国一般强烈推定其他成员国判决的诉讼程序符合《欧洲人权公约》第 6 条，但这并不意味着成员国判决绝不会违反公正审判权。可见，司法实践中倾向于采取将基本人权保护的价值位阶置于判决自由流动的目标之上。[③]

笔者认为，虽然将人权保护作为承认与执行外国判决的考量因素，将在一定程度上影响判决的自由流动目标，但二者并非根本对立。理由在于：首先，相互信任原则是有条件的，信任不同于忠诚，相互信任原则的前提条件之一是判决来源国法院能够有效保护基本权利[④]；其次，传统上，关于判决自由流动目标的实现，主要依赖于执行国对判决来源国的充分信任或礼让。但是，“充分信任”和“礼让”都是建立在执行国的主观意愿基础上，缺乏稳定性和可预见性。外国法院只有通过保障判决的“质量”，在判决过程中充分考虑人权保护的因素，才能为顺利实现判决的承认与执行打下更加坚实的基础。

（四）保护人权对国际私法公共政策例外性质之动摇

传统上，各国普遍强调对公共政策进行严格解释，只有在“明显违反”公共政策的情况下，才能例外地适用此制度。“明显违反”，旨在将公共政策定性为最终的补救措施。[⑤]之所以如此，其原因主要包括：一是由于公共政策在本质上取代了其他法律选择规则[⑥]，过度适用具有裁量性质的公共政策将危害现存的国际私法规则和违反法治原则[⑦]；二是由于公共政策具有内容上的模糊性，适用此制度将无法形成统一的结果；三是为了实现相互信任和判决自由流动目标。2014 年“阿克斯案”（*Akers v. Deputy Commissioner of Taxatio*）中也提到应对公共政策进行严格解释，只有当涉及执行国的根本和重要事项时才能例外地适用公共政策。[⑧]学者劳伦斯 R. 基斯特拉（*Louwrens R. Kiestra*）担忧将人权作为公共政策的考量因素，将

---

① 刘仁山：《人权保护对国际民商事判决承认与执行的影响——以〈欧洲人权公约〉之适用为中心》，载《法学评论》2015 年第 3 期，第 19 页。

② Jan-Jaap Kuipers, “The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments”, (2010) 6 *Croatian Yearbook of European Law & Policy* 23, p. 47.

③ *Maronier v.Larmer*, [2002] 3 WLR 1060, p. 2 .

④ Katalin Raffai, “The Principle of Mutual Trust Versus the Child’s Right to be Heard: Some Observations on the Aguirre Zarraga Case”, (2016) 1 *Hungarian Journal of Legal Studies* 57, p. 85.

⑤ Th.M. de Boer, “Unwelcome Foreign Law: Public Policy and Other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community”, in A.Malatesta (eds), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, (Milan: CEDAM, 2008), p. 1.

⑥ Andrew Koppelman, “Same-Sex Marriage, Choice of Law, and Public Policy”, (1997) 76 *Texas Law Review* 921, p. 937.

⑦ Alex Mills, “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, (2008) 4 *Journal of Private International Law* 201, pp. 204-206.

⑧ *Akers v. Deputy Commissioner of Taxatio*, [2014] FCAFC 57, para. 40.

导致公共政策被经常适用。[①]

随着人权保护对国际私法公共政策的影响，学者简·奥斯特（*Jan Oster*）提出，为了保护人权，公共政策条款不应该被严格局限于例外情形下适用，“明显违反”的标准只适用于不涉及人权保护的一般意义上的公共政策。[②]

笔者认为，公共政策的横向适用领域可能会随着社会的发展而拓宽，但不能改变对公共政策谨慎适用和局限于例外情形下适用的传统态度。因为过度适用公共政策将阻碍判决自由流动的实现，而且也将阻碍正常的民商事交往的顺利进行。此外，由于各国的文化传统、民族心理、生活习俗和价值观念等各不相同，不同国家对于人权的认识也会存在差异，因此在目前人权保护的标准尚未形成一致认识的情况下，不宜基于保护人权就盲目改变公共政策例外适用的性质。在评估公共政策时谨慎适用人权法，不仅可以实现人权保护，而且有助于提高国际私法公共政策的清晰性。[③]

（五）各国多元化人权保护理念下公共政策之滥用风险

虽然保护人权是国际社会所普遍坚持的一项基本原则，但由于各国的文化传统、民族心理、生活习俗和价值观念等不同，因此形成了人权保护观念的差异性和多样性。[④]在现代国际私法公共政策中增加人权保护的价值考量，其关键就在于判断外国法或外国判决是否违反人权保护，因此各国人权保护理念的差异性将会影响到将人权保护作为国际私法公共政策考量因素之具体运用。那么，在各国人权保护理念差异性的背景下，如何防范公共政策的滥用？

首先，通过权利本身的限制来防止公共政策的滥用。虽然人权保护原则是国际社会普遍坚持的一项基本原则，但人权保护具有相对性。[⑤]例如，虽然《欧洲人权公约》第 8 条原则上要求执行国法院承认外国家事判决，但这项义务不是绝对的。在考虑限制承认和执行外国判决时，比例原则发挥着重要作用[⑥]；其次，将人权保护作为公共政策之考量因素时，通过依旧秉持将公共政策局限于例外情形下适用的谨慎态度，以减少公共政策被滥用的风险；最后，尝试选择那些已经获得广泛认同或已经形成通行判断标准的基本人权作为公共政策之考量因素，也有助于降低公共政策滥用的风险。

结语

公共政策是国际私法中一项古老的制度，一直以来都因作为“维护国家利益的安全阀”而被各国广为接受。而现代国际私法公共政策逐渐被赋予了人权保护的内涵，即在确定是否违反公共政策时，增加了人权价值考量。这不仅是现代国际私法公共政策的最大发展，而且也印证了国际私法公共政策具有可变性这一法律特征。公共政策也因此成为连结国际私法和人权法的纽带和桥梁。[⑦]

[①] Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, (Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2014), p. 179.

[②] Jan Oster, “Public Policy and Human Rights”, (2015) 11 *Journal of Private International Law* 542, p. 555.

[③] Tone Linn Waerstad,“Harmonising Human Rights Law and Private International Law through the Ordre Public Reservation: the Example of the Norwegian Regulation of the Recognition of Foreign Divorces”, (2016) 3 *Oslo Law Review* 51, p. 71.

[④] Lucas Lixinski,“Comparative International Human Rights Law: an Analysis of the Right to Private and Family Life across Human Rights ‘Jurisdictions’ ”, (2014) 32 *Nordic Journal of Human Rights* 99, p. 101.

[⑤] Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, (Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2014), p. 291.

[⑥] Louwrens R. Kiestra, *The Impact of the ECHR on Private International Law: an Analysis of Strasbourg and Selected National Case Law*, (*Amsterdam*: Springer, 2014), p. 265, p.273.

[⑦] Veerle Van Den Eeckhout, “Corporate Human Rights Violations and Private International Law”, (2012) 4 *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 178, p. 193.

虽然现代国际私法公共政策体现了对人权保护的考量，但并不意味着完全舍弃之前传统的考量因素，而是在保留公共政策传统考量因素的基础上，将人权保护也作为公共政策的考量因素。因此，即便现代国际私法公共政策被赋予人权保护的内涵，也并非根本动摇公共政策在国际私法中的“安全阀”功能。

总之，国际私法对涉外人权保护发挥着潜在的促进作用。[①]虽然目前相关司法实践主要是将家庭生活权、非歧视权和儿童利益最大化等实体性人权以及公正审判权等程序性基本人权作为国际私法公共政策的考量因素，但不排除其他人权在未来将对国际私法公共政策产生影响。

16.涉外民事关系法律适用法司法解释（一）第九条评析

任宪龙*

摘　要：为形成统一认识，正确的适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，最高人民法院制定《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》，其中第 9 条规定应当理解为当事人在其合同中并入国际条约与合同的其他条款一起调整当事人之间的合同关系及权利义务，而非当事人以国际私法选法手段选择尚未对我国生效的国际条约作为合同准据法。尚未对我国生效的国际条约应当理解为构成当事人之间合同的组成部分，据以确定当事人之间的权利义务，这与对第一个问题的分析结论一致，体现对当事人意思自治的尊重与鼓励。对于是否要规定当事人援引的尚未对我国生效的国际条约违反我国社会公共利益或我国法律、行政法规强制性规定予以排除上，因可能产生的不利后果主要由当事人自己来承受而非社会来承受，主要影响的是当事人的实体权利义务，而社会公共利益，对此但书规定实属值得商榷。

关键词：涉外民事关系法律适用法司法解释；尚未生效的国际条约；当事人意思自治

为更好地指导法院在审理涉外民商案件，形成统一认识，正确的适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，对该法拟定司法解释的工作于 2012 年初正式列入最高人民法院司法解释计划。经过近一年的努力，司法解释几易其稿，最终于 12 月 10 日经最高人民法院审判委员会第 1563 次会议讨论通过。正式定名为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2012〕24 号，以下简称《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》），于 2013 年 1 月 7 日施行。其中，该司法解释第 9 条规定：“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”该条规定是旨在允许当事人以国际私法选法手段选择尚未对我国生效的国际条约作为合同准据法，还是允许当事人在其合同中并入国际条约与合同的其他条款一起调整当事人之间的合同关系及权利义务？尚未对我国生效的国际条约属于何种性质？我国法院如何来看待尚未对我国生效的国际条约？适用该尚未对我国生效的国际条约产生的风险如何防范等一系列问题需要进一步深入分析。

一、第 9 条为当事人选法还是合同中并入实体规则

当事人能否在合同中选择非国家的法律？传统上认为当事人协议选择的合同所适用的

[①] Veerle Van Den Eeckhout, “Promoting Human Rights within the Union: The Role of European Private International Law”, (2008)14 *European Law Journal* 105, p. 107.

* 盐城师范学院法政学院，讲师，法学博士，研究方向：国际私法、海商法。邮箱 renxianlong@live.cn

法律是指某一外国法，且该外国法应当是实体法，而非法律适用法。《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 9 条的规定属于旨在允许当事人以国际私法选法方式选择国际条约作为合同的准据法？对此，在欧盟《罗马条例Ⅰ》起草制定和海牙国际私法会议《国际商事合同法律选择通则》的规定中都有触及和体现。

（一）欧盟《罗马条例Ⅰ》起草中的讨论

当事人能否选择非国家的法律作为合同准据法，《罗马公约》第 1 条的规定中已明确体现出不允许选择非国家的法律。[①]在《罗马条例Ⅰ》起草过程中对于是否允许当事人协议选择非国家的法律上，欧盟委员会在提案表示支持，而欧盟理事会则持反对意见。《罗马条例Ⅰ》的《立法意见》第 13 条则指出“本条例并不妨碍当事人在合同中援引一个非国家实体的法律或某国际公约”。“援引”应要求至少在合同中有关于这个特殊条款。[②]由此，引发对《罗马条例Ⅰ》第 3 条规定的“任何法律”的理解。当然，此处只是在说明《立法意见》第 13 条表述中“当事人在合同中援引一个非国家实体的法律或某国际公约”并非构成选法条款，而是合同中并入非国家实体的法律或某国际公约与合同其他条款一起调整当事人之间的权利义务。

（二）海牙国际私法会议《国际商事合同法律选择通则》中的规定

《国际商事合同法律选择通则》第 3 条规定：“当事人所选择的法律可以是国际、跨国家或区域范围内作为一套中性、平衡规则被普遍接受的法律规则，除非诉讼地法律另有规定。”海牙国际私法会议对《国际商事合同法律选择通则》第 3 条的评论来看，该条扩大了第 2 条第 1 款中当事人意思自治的范围，可选的法律不仅指国家法，还包括如《联合国国际货物买卖公约》、罗马国际统一私法协会的《国际商事合同通则》在内的法律规则（rules of law）。[③]从《国际商事合同法律选择通则》的规定来看，显然第 3 条的规定与《罗马条例Ⅰ》的《立法意见》第 13 条规定不同，构成了当事人以国际私法选法方式选择非国家的法律作为合同的准据法情形。

我国《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 9 条的规定从最高院答记者问来看，反映的是实践中当事人存在的在提单中载明适用《海牙规则》、《汉堡规则》等国际条约的相关内容的情形。对该条规定情形似与欧盟《罗马条例Ⅰ》的《立法意见》第 13 条的情形类似，而非如同海牙国际私法会议《国际商事合同法律选择通则》第 3 条之规定，因此，本文认为，该规定是指当事人在其合同中并入国际条约与合同的其他条款一起调整当事人之间的合同关系及权利义务，而非当事人以国际私法选法手段选择尚未对我国生效的国际条约作为合同准据法。做这样的区分实属必要，成为合同的准据法则要调整当事人的缔约能力、合同的效力等事项，而作为并入合同的国际条约内容，则与其他合同条款一起规定当事人的实体权利义务。

二、尚未对我国生效的国际条约的性质

第 9 条规定下当事人援引对我国尚未生效的国际条约，该条约对我国没有拘束力，不能将其作为裁判的法律依据，即我国法院不能将其作为国际条约予以适用，这一点是明确的。但我国法院如何对待当事人选择的尚未对我国生效的国际条约？

在最高院的答记者问中提到对此产生的三种不同观点。一种观点认为，这种情形可以作为当事人约定适用“外国法律”的情形对待。该观点将尚未对我国生效的国际条约等同于外国法律，也即旨在承认了这种方式为当事人以国际私法选法手段选择尚未对我国生效的国

---

① 《罗马公约》第 1 条“公约的适用范围是任何涉及选择采用不同国家法律的情况的合同之债”。

② [比]海尔特·范·卡尔斯特. 欧洲国际私法[M]. 许凯译. 法律出版社, 2016: 151-152.

③ HCCH. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135. 2015-03-19. 2019-06-10.

际条约作为合同准据法，但接下来因尚未对我国生效的国际条约对我国不具有拘束力，缺乏权威的解释渊源，易导致不确定性产生。[①]第二种观点认为，可以把这类国际条约视为国际惯例。该观点显然混淆二者。不能直接将尚未对我国生效的国际条约等同为国际惯例，除非该尚未对我国生效的国际条约被国际商事主体广为反复的遵行。而非只是在合同中援引即可构成国际惯例。第三种观点认为，把这类国际条约认为构成当事人之间合同的组成部分，据以确定当事人之间的权利义务，这样也可以解决如何对待当事人援引一些不具有拘束力的国际示范法、统一规则等产生的问题。该观点将援引对我国尚未生效的国际条约看成并入合同的规定实体权利义务的组成部分而非法律选择条款，显然理解上更加合理，也符合合同当事人在其合同中并入此类国际条约真实意图和目的，从而也解决了为什么法院要承认当事人援引尚未对我国生效的国际条约对我国无约束力而法院又要对此承认的基础，其实反映出的就是尊重和鼓励当事人意思自治。

三、《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 9 条但书部分的理解

《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 9 条但书部分规定，“但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”意指当事人在合同中援引的尚未对我国生效的国际条约在适用中，违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的予以排除。为此，最高院答记者问中提出，由于国际条约的复杂性，不能将条约内容简单地等同于当事人之间的合同内容。对我国生效的国际条约，我国往往会通过声明保留排除对我国可能会产生不利影响的条款的适用，而对我国尚未生效的国际条约，很有可能存在这方面的问题，在不将该国际条约作为“外国法”对待的情况下，可以排除外国法适用的公共秩序保留条款不能发生作用，因此，还应当增加对违反我国社会公共利益的情形的限制性规定。最高院担心当事人援引的尚未对我国生效的国际条约内容在适用中可能与我国的公共利益相悖，而此种情形又无法启用公共秩序保留制度，故而增加该部分但书条款，以起到如同公共秩序保留一样的作用。但这种规定是否确有必要值得思考，因为合同中援引对我国尚未生效的国际条约可能产生的不利后果主要由当事人自己来承受而非社会来承受，也即主要影响的是当事人的实体权利义务，而社会公共利益。因此，此规定是否确有必要，值得商榷。

四、结论

《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 9 条的规定，应当理解为当事人在其合同中并入国际条约与合同的其他条款一起调整当事人之间的合同关系及权利义务，而非当事人以国际私法选法手段选择尚未对我国生效的国际条约作为合同准据法。尚未对我国生效的国际条约应当理解为构成当事人之间合同的组成部分，据以确定当事人之间的权利义务，这与对第一个问题的分析结论一致，体现对当事人意思自治的尊重与鼓励。对于是否要规定当事人援引的尚未对我国生效的国际条约违反我国社会公共利益或我国法律、行政法规强制性规定予以排除上，因可能产生的不利后果主要由当事人自己来承受而非社会来承受，主要影响的是当事人的实体权利义务，而社会公共利益，对此但书规定实属值得商榷。

[参考文献]

[①] Andreas Schwartze, New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective, 12 U. St. Thomas L.J. 87, 96 (2015).

[1] [比]海尔特·范·卡尔斯特. 欧洲国际私法[M]. 许凯译. 法律出版社, 2016.

[2] HCCH. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135. 2015-03-19. 2019-06-10.

[3] Andreas Schwartze, *New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective*, 12 U. St. Thomas L.J. 87 (2015).

17.先决问题的泛化与主要问题准据法调整范围的限缩

王承志*

摘　要：《涉外民事关系法律适用法》相关司法解释并未对先决问题的内涵作出界定，仅对其适用条件及法律适用作出了规范。先决问题在涉外司法中呈现日益泛化的趋势，主要问题准据法的调整范围不断受压限缩。法官主动介入先决问题不仅有侵犯当事人诉权之虞，还恐引发管辖权的积极冲突。杜绝先决问题“搭便车”，让主要问题准据法的调整范围回到其应有的边界，将是涉外司法走向科学的必由之路。

关键词：法律适用；先决问题；主要问题；准据法

引　子

一对祖籍广东汕头的男（张某）女（杨某）在内地缔结婚姻，育有一双儿女，后举家迁往香港，在香港定居并取得香港居民身份。2001 年，杨某罹患癌症，后在内地未留遗嘱死亡。杨某死后，张某每月仅向杨某父母（以下简称杨父、杨母）每人支付 2000 元生活费。杨父、杨母在获悉女儿生前与女婿张某夫妻名下拥有巨额财产后，一纸诉状将张某诉至汕头中院，要求继承女儿名下遗产。①

本案为一起典型涉港遗产继承纠纷，曾引起媒体广泛关注，被称为“粤版小甜甜案”。对于本案继承纠纷的法律适用问题，双方各执一端，成为法庭审理的焦点。该案历时近十载，经一审②、二审③、发回重审一审④、二审⑤，广东省高院在终审判决中认为张某、杨某夫妻共有不动产的范围是本案不动产继承必须解决的先决问题，进而根据《涉外民事关系法律适用法》第 24 条的规定，以香港法作为调整夫妻二人财产关系的准据法。本文拟以此案为蓝本，探析法律适用中的先决问题与主要问题准据法的调整范围之间的关系问题。

一、先决问题之界定

先决问题是一个普遍存在于各个法律领域的法律概念，而非国际私法上的特有概念。只要满足先决性、附属性和独立性三个特征，就是法律意义上的先决问题。⑥近年来，国内法律理论及实务界对“先决问题”术语的使用呈泛化趋势：有的将先决问题移植入国内民事诉讼领域，将其与中间裁判结合起来研究⑦；也有的关注民事、刑事、行政交叉案件中的

---

* 中山大学法学院副教授，法学博士。

① 有关该案的介绍，可参见新浪新闻中心：“亿万富婿月给 2 千元养老，丧女父母怒索 6 千万遗产”，http://news.sina.com.cn/s/2011-02-24/031322004071.shtml，2019 年 5 月 5 日访问。

② （2009）汕中法民一初字第 2 号。

③ （2012）粤高法民一终字第 26 号。

④ （2013）汕中法民一重字第 1 号。

⑤ （2015）粤高法民一终字第 69 号。

⑥ 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 22 页。

⑦ 参见傅郁林：“先决问题与中间裁判”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 155 页。

行政先决问题[①]；还有的关注知识产权纠纷或股东除名纠纷等个案中的先决问题。[②]在此语境下，先决问题实为需先行解决之问题，其表现形式具有多样性，既可以是国际法和国内法中的先决问题，也可以是公法和私法上的先决问题，还可以是不同法律部分之间出现交叉的先决问题。[③]

而在国际私法语境下，先决问题与主要问题相伴而生。当一项涉外争议的解决需要以解决另外一个问题为先决条件，该争议问题即为“本问题”或“主要问题”，而需要首先解决的问题则为“先决问题”或“附随问题”。[④]

通说观点认为，先决问题由三个要件构成：（1）主要问题依法院地冲突规范必须以域外法作为准据法；（2）需要先行解决的问题具有相对独立性，可以作为一个单独的争议向法院提起诉讼，并有自己的冲突规范可供援引；（3）在确定先决问题准据法时，法院地的冲突规范和实体规范与主要问题准据法所属国的冲突规范和实体规范均不相同，从而会导致不同的判决结果。[⑤]

不过，对于先决问题的构成要件，学界也有不少质疑之声。同时满足上述三个要件的先决问题在实践中并不多见。正如莫里斯所言，在英国、英联邦和美国的判例中，涉及先决问题的判决甚至无约束力的法官意见都极为罕见。[⑥]有学者认为通行观点对先决问题含义之广泛性、构成要件之复杂性、解决方法的多样性认识不足，建议对先决问题的构成要件进行重新审视。[⑦]还有学者认为，先决问题依主要问题准据法所属国冲突规范确定准据法的主张在理论上和实践中都存在弊端。[⑧]也有学者认为，传统观点中先决问题的定义和构成要件在逻辑上存在问题，对先决问题的解决不应仅仅局限于先决问题准据法的确定，而首先应解决管辖权的问题。[⑨]

先决问题原本是冲突法实践中发展出来的一个实践性问题。从历史的角度来看，其源于分割方法。[⑩]在 1930 年代以前，法院一般采用分割方法依照法院地的冲突规范确定其应适用的法律。随着德国学者 Melchior、Wengler 等人将这一问题引入英美法国家，先决问题才被作为国际私法上的一个重要问题加以研究。[11]

二、先决问题泛化之表现

实践中，先决问题往往在解决与身份相关的财产纠纷类型案件中被提及，尤以涉外婚姻、继承纠纷为甚。其中，身份关系多为需要解决的先决问题，而财产纠纷则为主要问题。在前述涉港遗产继承纠纷中，法院将张某、杨某夫妻共有不动产范围的界定作为不动产继承这一主要问题的先决问题值得商榷，反映了先决问题在涉外审判实践中泛化的趋势。

[①] 参见黄海涛、赵卉：“民事诉讼中的行政先决问题之考量”，载《人民法院报》2017 年 8 月 30 日第 7 版；马生安：“刑事诉讼中的行政诉讼——刑事诉讼行政先决问题之司法审查”，载《司法改革论评》（第 24 辑），第 248-259 页；王葆莳：“行政法案件中的国际私法先决问题和外国法查明”，载《国际法研究》2015 年第 1 期，第 51-62 页。

[②] 参见陈磊、李昌超：“知识产权法院审理中的先决问题研究”，载《中南大学学报》2016 年第 5 期，第 33-39 页；周建军：“股东除名之诉中先决问题的司法判断”，载《山东审判》2014 年第 4 期，第 95-99 页。

[③] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 23 页。

[④] 参见肖永平：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版，第 99 页。

[⑤] 参见[英]J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 63 页；韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社 2000 年版，第 130-131 页；李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社 2001 年修订版，第 224 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 1999 年版，第 299 页；刘铁铮、陈荣传：《国际私法论》（修订 5 版），台湾三民书局 2011 年版，第 534 页；陈隆修：《比较国际私法》，台湾五南图书出版公司 1989 年版，第 33 页。

[⑥] 参见[英]莫里斯：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年版，第 492 页。

[⑦] 参见肖永平、王葆莳：“国际私法中先决问题的理论重构”，载《武大国际法评论》，武汉大学出版社 2005 年版，第 35-58 页。

[⑧] 参见齐湘泉：“先决问题的构成要件与法律适用”，载《法治与社会发展》2003 年第 2 期，第 113 页；齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法总论》，法律出版社 2005 年版，第 138-146 页。

[⑨] 参见吴一鸣：“国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视”，载《西部法学评论》2013 年第 1 期，第 127-132 页。

[⑩] 关于先决问题与分割论之间关系的认识，可参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 63-66 页。

[11] See Dicey & Morris, The Conflict of Laws (10th ed., 1980), p.35.

我国《涉外民事关系法律适用法》并未规范先决问题，2012 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《司法解释一》）第一次对先决问题予以了明确，该司法解释第 12 条规定：涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。该条并未对先决问题的内涵作出界定，而仅对先决问题的适用条件及法律适用作出了规范。结合上述规定，我们可从以下几个方面来理解先决问题泛化的表现。

（一）主要问题和先决问题的涉外性

在国际私法语境下，主要问题具有涉外性是先决问题产生的基础，也是讨论先决问题的逻辑起点。但有观点认为，主要问题是否具有涉外性，不是先决问题的本质特征，不影响先决问题的成立。即使主要问题没有涉外因素，先决问题仍可能具有涉外性，此时应强调先决问题的独立性，用国际私法的方法予以单独处理。[①]

虽然实践中存在此种可能性，但上述处理方法并非解决先决问题的规范模式，其本质仍是先决问题泛化的体现。众所周知，对国内诉讼与涉外诉讼，各国诉讼程序法大多会从管辖权限、送达取证、审判机制等方面予以分别规定，区别对待。将具有涉外因素的先决问题加入正在进行的国内民事诉讼程序，在实践中显然是行不通的。

先决问题有自己的冲突规范可供援引，涉外性既是其内在要求，也是其区别于普遍法律意义上先决问题的重要特征。然而，涉外纠纷总是复杂多样的，如果 A 在法院地所属国与 B 缔结婚姻后在境外与 C 结婚，A 死亡后，B、C 因继承 A 在法院地所属国的遗产而发生纠纷，法院在认定 B、C 是否有继承权时均涉及对 A 与 B 及 A 与 C 婚姻效力的判断问题。对受案法院而言，后者具有涉外性而前者则不具有，这意味着 A、C 之间婚姻效力问题是解决继承纠纷的先决问题，而 A、B 之间婚姻效力问题则不属于先决问题。

在本示例中，涉外性的有无已成为判断是否构成先决问题的决定性因素了。一方面，这样的认定标准及结论并不总能让人信服；另一方面，若放宽对“涉外性”的限定，恐怕将回到“广义先决问题”的轨道之上了。由此可见，主要问题欠缺涉外性，先决问题就成了无本之木。而对先决问题苛求涉外性，无益于主要问题的解决。

（二）先决问题之诉程序的适当性问题

《司法解释一》第 12 条要求主要问题的解决须以另一涉外民事关系的“确认”为前提，明确将先决问题之诉限定为确认之诉。确认之诉，以当事人之间对某一法律关系（如人与人之间的身份关系、财产关系或人与物之间的权属关系、支配关系等）是否存在争议为基础，通过诉讼由法院对该法律关系存在与否作出司法认定。[②]为解决主要问题而由受案法院主动对先决问题所涉确认之诉作出实体裁判，虽有助于提高纠纷解决的效率，但在以下二个方面恐生龃龉：

其一，法官主动介入先决问题有侵犯当事人诉权之虞。民事诉讼秉持不告不理的基本原则，当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。当事人在其实体权利受到侵犯或就某一实体权利与他人发生争议时，是否诉诸法院，完全由当事人自行决定。在确认之诉中，当事人是否适格是法院需要优先解决的问题，对原告诉的利益的衡量贯穿其中。当原告法律地位现实地处于不安全或者危险状态，且确认之诉作为解决手段具有妥当性时，原告对被告才具有诉的利益。[③]只有在具有诉的利益的原告提起诉讼后，诉讼程序才启动，法院既不能强令当事人起诉，更不能在当事人不起诉的情况下主动进行审理。法院判决也须以当事人的起诉为前提，以双方争议为基础，以对抗和辩论为裁判要件，法院的裁判权应以当事人处分权为基础并受辩论主义制约。[④]

另外，法院对先决问题所作裁判还将剥夺当事人就该裁判结果寻求救济的权利。因为法院对先决问题的处理结果仅存在于法院判决文书中的“判决理由”部分，而不在“判决主文”之内。法院判决的既判力只限于对主要问题的判断，而不及于对其中先决问题的回

[①] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 35-36 页。

[②] 德日学者往往将法律关系文书的确认纳入确认之诉的适用对象，如[德]奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》（第 27 版），周翠译，法律出版社第 185 页；[日]高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 59 页。

[③] 参见崔玲玲：《诉的类型研究》，法律出版社 2018 年版，第 43 页。

[④] 参见傅郁林：“先决问题与中间裁判”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 160 页。

答。[1]在判决理中对先决问题作出司法判定，最致命的缺陷是其效力的不确定性和救济途径的缺失，这不仅对于实践问题的解决存在着多方面的局限性，而且在制度的整体协调性和理论逻辑上导致紊乱，引发其他问题。[2]

由此可见，法官为了求得主要问题的解决，而主动审理与之牵涉的先决问题，在诉讼程序上有失范之嫌。

其二，法官对先决问题的审理还会引发管辖权的积极冲突。法院审理先决问题应该具备合格的管辖基础。管辖权来自诉讼法的规定，法院在处理先决问题时应当像处理主要问题一样，首先应基于诉讼法的规定考察其对先决问题是否有管辖权。[3]只有确认了管辖权，才能推进后续的实体审理程序，否则只能中止主要问题的诉讼程序，由当事人将先决问题向有管辖权的法院申请裁决。[4]虽然先决问题的解决是处理主要问题的逻辑前提，但并不能因此而赋予法院对先决问题无差异性地管辖权。在冯迈伦教授看来，“把管辖权和法律选择关联在一起所产生的规则和原则，与将二者视为单独领域的法律秩序相比，明显缺乏正义”。[5]

多数国家采取区分原则，将管辖权规则和冲突规则分别归类为程序法和实体法部门，除非法律另有明确规定，否则因解决主要问题的需要而赋予法院对先决问题的管辖权，恐将引起不必要的管辖权冲突。尤其是，当受案法院对先决问题的审理与当事人就先决问题达成的法院选择协议、仲裁协议相冲突，或与受案法院自身或其他法院有关级别管辖、专属管辖等规定相抵触时，受案法院行使对先决问题的管辖权显然就缺乏正当性了。

为了协调上述矛盾，有的国家通过立法予以明确，处理主要问题的法院有权处理先决问题。如法国、意大利等国的国际私法规定，如果对先决问题或其他不属于本国法院管辖范围问题的处理，对于本国法院诉讼为必要，则法院享有附带的审判权。[6]因为先决问题的解决而概括性地赋予本国法院管辖权，这既是管辖权扩张的体现，也是先决问题泛化的结果。

（三）主要问题准据法的发展倾向

主要问题的准据法为外国法是先决问题的第一构成要件。如果主要问题准据法是法院地法，则法院地的冲突规则和主要问题准据法所属国的冲突规则相重合，判决结果自然一致，先决问题便形同虚设，毫无实际意义。[7]

对于主要问题准据法须为外国法这一观点，学界一直存有质疑。我国台湾学者吴光平教授认为，即使主要问题依法院地冲突规范以法院地法为准据法，但如果在适用法院地法律时出现有涉外因素的先决问题，则仍然要用国际私法的方法处理这个先决性的问题，这也是一个国际私法上的先决问题。[8]德国学者克格尔认为，主要问题准据法为外国法并非先决问题的必要特征。冯迈伦教授则进一步指出，无论主要问题的准据法是法院地还是外国法，均存在先决问题，甚至在纯国内案件中也存在先决问题。[9]

在前文涉港遗产继承案件中，广东省高院根据《涉外民事关系法律适用法》第 31 条的规定，认为涉案不动产继承这一主要问题的准据法为不动产所在地法。由于本案不动产所位于法院所在地，主要问题准据法为不动产所在地法，亦即法院地法，而非外国法。法院将张某、杨某夫妻共有不动产的范围认定为涉案不动产继承必须解决的先决问题，实际上是对前述先决问题概念的背离。

实际上，在涉外审判中，先决问题是否具有涉外性或者主要问题的准据法指向何处并非法官关注的问题。正如莫里斯教授所言，先决问题不能用一种机械的方法解决，每一个

---

[1] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 182 页。
[2] 参见傅郁林：“先决问题与中间裁判”，载《中国法学》2008 年第 6 期，第 165 页。
[3] 参见齐湘泉：“先决问题的构成要件与法律适用”，载《法治与社会发展》2003 年第 2 期，第 114-116 页。
[4] 参见刘卫国：“论国际民事关系中先决问题的冲突法适用”，载《法商研究》1998 年第 1 期，第 75 页。
[5] 参见[美]阿瑟·冯迈伦：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社 2015 年版，第 25 页。
[6] 参见王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 181 页。
[7] 参见裴蕾：“论国际私法上的附随问题”，载《法学评论》1992 年第 6 期，第 19 页。
[8] 参见吴光平：“国际私法上的先决问题”，载《法律评论》第 96 卷，第 40 页。
[9] See von Mehren & Trautman, The Law of Multistate Problems 439-441 (1965)。转引自王葆莳：《国际私法中的先决问题研究》，法律出版社 2007 年版，第 35 页。

案件可能都依赖于所涉及的特定因素。[①]法官大多从实用主义的角度出发，为解决主要问题而将牵涉的需要先行解决的问题予以解决，这既能起到定纷止争的作用，也能提高效率，达致“两便”。先决问题，在某种程度上沦为法官一揽子解决纠纷的工具，国际私法领域的先决问题与其他法律部门所言之先决问题并无实质性差别，先决问题呈泛化之势也就不足为奇了。

三、主要问题准据法调整范围之限缩

顾名思义，准据法的调整范围，就是准据法调整和规范的涉外民商事关系。随着先决问题的泛化，主要问题准据法的调整范围不断被挤压，呈限缩之势。根据冲突规范的指引寻找确定当事人实体权利义务关系的准据法，是法律适用的关键环节。在先决问题出现之前，争议双方当事人因主要问题所生之实体争议皆受主要问题的准据法支配。引入先决问题之后，原本受主要问题准据法调整的部分民商事关系被划入先决问题调整的范畴，进而由先决问题的准据法支配。这种调整对象的流动是先决问题带来的必然结果，属正常现象。在某种程度上，先决问题准据法的适用与主要问题准据法的适用是此消彼长的关系。但是，由于界定先决问题的标准不甚明确，容易滋生以先决问题之名，逃避主要问题的准据法而寻求适用其他法律的乱象。尤其是，当主要问题准据法为外国法，而先决问题的准据法为法院地法时，这种风险会更大。毕竟，在法律适用上，法院地法从来最受法官青睐。

以涉外遗产继承纠纷解决为例，继承准据法一般支配继承的开始、继承人、继承的财产、继承份额、继承的承认与放弃、遗产管理等方面的问题。其中，遗产的构成以及遗产的转移问题由继承的准据法确定，即被继承人的哪些财产构成遗产，以及遗产经过何种程序转移给继承人均由继承准据法决定。

由继承的准据法来确定遗产的范围本是继承法律适用的应有之义，但在前述涉港遗产继承案中，法院将夫妻共有不动产的范围认定为不动产继承的先决问题，并根据夫妻财产关系冲突规范的指引寻找准据法，以此确定被继承人的遗产范围。原本由不动产所在地实体法即可一并解决的问题却不得不拆分成两个问题分别处理，导致援引不同的冲突规范，适用不同的准据法。如果出现二级甚至多级先决问题，法律适用还将更加复杂。

对于先决问题准据法的确定，历来存在两种不同主张，一是适用法院地冲突规范，二是适用主要问题准据法所属国的冲突规范。莫里斯通过对英格兰、加拿大、澳大利亚和美国司法实践的考察，得出结论认为在很多情况下先决问题“是依据支配主要问题的外国法的冲突规则，而不是法院地的冲突规则确定的”。[②]沃尔夫教授也持同样观点，他认为适用主要问题准据法所属国的冲突规则，如反致一样，在某种程度上有助于取得判决的一致性。[③]

《司法解释一》一方面引入“先决问题”这一术语但却不界定其范围，另一方面又坚持用法院地法冲突规范确定准据法，这不仅会诱使法院借先决问题之名扩张管辖权，不断侵蚀主要问题准据法的适用范围，还会造成判决结果的不一致，使得涉外纠纷的解决进一步复杂化。

结 语

先决问题自被关注后，理论及实务届对其一直争议不断。涉外纠纷原本复杂多样，解决方式的选择也是见仁见智，难成定论。随着先决问题在《司法解释一》中的确立，法官以先决问题之名管辖、审理、裁判与主要问题牵涉之其他纠纷自此有了合法性、正当性。加之《司法解释一》对分割方法的首肯，[④]使得法官手中多了两把人为切割涉外民商事关系的利刃。分割方法追求的是法律适用的精确性，但却以牺牲司法效率为代价。先决问题条款在某种程度上发挥了与分割方法条款同等的作用，均系将与案件纠纷相关的不同方面交由不同的冲突规范，指向若干未知的准据法。

[①] 参见[英]J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 67 页。

[②] 参见[英]J.H.C. 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》（上），李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 65 页；[英]莫里斯：《法律冲突法》，李东来等译，中国对外翻译出版公司 1990 年版，第 494 页。

[③] 参见[德]马丁·沃尔夫：《国际私法》（第 2 版），李浩培、汤宗舜译，第 234 页。

[④] 分割方法体现在《司法解释一》第 13 条，该条规定：案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。

最高法院在《涉外民事关系法律适用法》司法解释中增加对先决问题及分割方法的规定，而不在《民事诉讼法》相关司法解释中对先决问题及分割方法所涉管辖权问题予以明确，实际上反映了涉外司法在追求法律适用的精确性与司法程序的效率性两个不同价值目标之间的徘徊与摇摆。

凯撒的归凯撒，上帝的归上帝。任何法官不能包揽与当事人争讼相关的所有纠纷，其作为中立裁判者，应秉持“民不告、官不究”的基本精神，在当事人诉请范围内依法裁判。这既是对当事人诉权的尊重，也是对自身司法权的尊重。凡涉及与正在审理的案件相关的其他问题需要先行解决之时，抑制司法冲动，告知当事人另行起诉，并中止本案的审理才是理性的选择。杜绝先决问题“搭便车”的行为，让主要问题准据法的调整范围回到其应有的边界，将是涉外司法走向科学的必由之路。

18.先决问题法律适用的本土化实证研究

王兰 范泽京

摘　要：先决问题法律适用的现有国内研究对中国司法实践的关注远远不够。考察先决问题法律适用在我国司法实践中的实际运行样态，这种本土化的实证研究方法，对于我国先决问题法律适用的特点分析、问题发现、理论反思和制度完善，具有重要的方法论意义。建立在扬弃传统构成要件、总结司法实践经验基础上的先决问题构成“四要件说”，既实现了先决问题含义与构成要件的理论统一，又保证了先决问题法律适用理论、立法和司法实践的统一。依据法院地关于先决问题的冲突规范确定先决问题准据法的作法具有理论和实践上的双重优越性。考虑到我国法院国际私法实施能力和水平不足的现状，在厘清理论、完善立法的基础上，由最高人民法院专门就先决问题的法律适用发布指导性案例对于指导和规范先决问题法律适用的司法实践具有重要意义。

关键词：先决问题；构成要件；法律适用；本土化；实证研究

An Indigenized Empirical Research Regarding the Application of Preliminary Question’s Conflict of Laws

Wang Lan　Fan Zejing

Abstract: Existing domestic studies of the application of preliminary question’s conflict of laws pay little attention to China’s judicial practice. Investigating Chinese judicial practice of preliminary questions is an indigenized empirical research method, which has an important methodological significance especially in the characteristic analysis, problem finding, theoretical reflection and improvement of the system of the application of preliminary question’s conflict of laws. Basing on abandoning the traditional constitutive requirements, summarizing the practical experience of the preliminary questions, the theory of four constitute requirements realized theoretical unity of the preliminary question’s meaning and constitutive requirements, ensuring that the theory, legislation and practice related are consistent. Deciding preliminary question’s proper law according to the lex forum’s conflict of laws has dual superiority both in theory and

practice. Considering the current situation that our court's implementation ability and level of private international law are insufficient, on the basis of clarifying the theory and improving the legislation, the Supreme People's Court issuing guidance cases about the application of preliminary question's conflict of laws has important significance on guiding and regulating the judicial practice of the application of preliminary question's conflict of laws.

Keywords: Preliminary question; Constitutive requirement; Application of conflict law; Indigenization; Empirical research

国际私法是一门充满争议的学科。以法律适用为中心，国际私法上的先决问题从含义、构成要件到准据法的确定均存在分歧。法律的生命在于经验，而不在于逻辑，因此，法学研究必须关注实践，尤其是司法实践；国际私法在本质上属于国内法，所以，国际私法学研究必须立基于中国的司法实践，然而，现有的关于先决问题的理论研究对中国的司法实践关注远远不够。本文拟采取本土化的实证研究方法，从中国的司法实践出发，考察先决问题在我国司法实践中的实际运行样态，以此为基础，反思先决问题法律适用的相关理论，以期为先决问题法律适用的制度完善提出具有可操作性的建议。

一、先决问题法律适用的司法实践

按照传统理论，国际私法上的先决问题（Preliminary Question）是指在涉外民商事案件中，当事人诉请法院解决的问题以另一个问题的解决为前提，当事人诉请法院解决的问题是主要问题（Principal Question），另一个问题就是与主要问题相对而言的先决问题。承袭英国法学家莫里斯（J·H·C·Morris）的观点，一般认为先决问题的构成要件有三个：一是，依据法院地冲突规范的指引，主要问题的准据法是外国法；二是，先决问题具有相对独立性，既可以作为独立的争议向法院起诉，又有关于它的独立的冲突规范可以适用；三是，主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范与法院地关于先决问题的冲突规范不同，按照这两个不同的冲突规范确定的准据法不同，进而得出的结果也不一样。正如有学者所言，先决问题的传统定义所表达的内涵明显大于其传统构成要件所指向的内涵。[①]由此引发了关于先决
问题的定义和构成要件的理论争议。再进一步，某一问题被认定为先决问题之后，就其法律适用，又有依据主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范、依据法院地关于先决问题的冲突规范、依据国际私法基本原则和通过个案分析确定其准据法等不同的观点。[②]

脱离实践的理论是空洞的理论，先决问题的理论研究，应当以实践为出发点和归宿。通过案例研究这一法学实证研究的首要方法，考察先决问题在我国司法实践中的实际运行样态，发现其法律适用的特点和问题，对于认识、分析和解决先决问题的理论分歧，具有重要意义。

（一）先决问题法律适用的实践样态

通过对在无讼网和中国裁判文书网上检索到的涉及先决问题法律适用的十四个案例的

[①] 参见吴一鸣：《国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视》，载《西部法学评论》2013 年第 1 期。
[②] 参见王立志：《先决问题的理论、实践与探索》，载《当代法学》2003 第 5 期。

类型化分析，[①]基本上可以掌握先决问题法律适用在我国司法实践中的运行样态。

1.先决问题的构成要件——第一个和第三个构成要件

十四个案例中只有四个案例中的先决问题符合第一个构成要件——依据法院地冲突规范的指引，主要问题的准据法是外国法，即黄艺明、苏月弟与周大福公司等股权及债权转让合同纠纷案，谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案，王某乙等与李某、黄某继承纠纷案以及林某 1 与周某（擅自处分夫妻共同财产）侵权纠纷案。

我国不接受反致，即涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的冲突法，因此，这四个案例中主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范，法院均未考察，也就是说，涉案先决问题是否符合第三个构成要件，无法从案例中知晓。

2.主要问题和先决问题是否具有涉外因素

十四个案例中有十三个案例的主要问题和先决问题均有涉外因素，一个案例的主要问题有涉外因素而先决问题没有涉外因素，即季某、谢某 1 与谢某 2、詹妮弗继承纠纷案，没有一个案例属于主要问题没有涉外因素而先决问题有涉外因素的情形。

在季某、谢某 1 与谢某 2、詹妮弗继承纠纷案中，主要问题是法定继承问题，先决问题是季某和被继承人谢志勇的第三段婚姻关系是否有效（如果有效，则季某和其与前夫的儿子谢某 1 就享有继承权，否则，二人就没有继承权），该婚姻关系没有涉外因素。

3.主要问题和先决问题的性质

有七个案例的主要问题是合同，其中买卖合同一个，民间借贷合同、海上货物运输合同和股权转让协议各两个。继承权和侵权责任作为主要问题的案例各三个，侵权案例中，两个案例涉及侵害不动产所有权，一个案例为不动产异议登记不当损害责任。最后一个案例的主要问题是申请撤销注册商标的行政争议，可见，在行政案件中，也存在先决问题的法律适用问题。

就先决问题的性质而言，有八个案例的先决问题为夫妻财产关系，根据夫妻财产关系的认定，或者确定配偶一方是否应对另一方所负的债务承担连带责任，或者确定配偶一方能否取得另一方名下财产的共有权；两个案例的先决问题为能否根据法定继承权取得亡父名下的财产所有权；两个案例的先决问题为保险人能否根据保险合同或代理关系取得代位求偿权；另外四个案例的先决问题分别为能否根据婚姻的效力取得配偶身份、能否根据离婚协议的效力取得离婚财产的所有权、能否根据法人的权利能力和行为能力成为注册商标权利人和不动产所有权的归属。

4.先决问题的数量

十个案例各有一个主要问题和先决问题，其余四个案例中均存在两个先决问题。其中，

[①] 按照终局裁判文书裁判日期由近及远的顺序，这十四个案例分别是：孔永萍与刘家智民间借贷纠纷案[深圳前海合作区人民法院（2017）粤 0391 民初 2792 号民事判决书]，谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案[泉州市中级人民法院（2017）闽 05 民终 6970 号民事判决书]，林某 1 与周某（擅自处分夫妻共同财产）侵权纠纷案[福州市马尾区人民法院（20 十四）马民初字第 347 号民事判决书]，季某、谢某 1 与谢某 2、詹妮弗继承纠纷案[天津市高级人民法院（2016）津民申 1888 号民事裁定书]，刘林生与苏连凤等民间借贷纠纷案[中山市第一人民法院（2016）粤 2071 民初 5860 号民事判决书]，安联公司与恩艾驰易船务公司海上货物运输合同纠纷案[天津市高级人民法院（2016）津民终 138 号民事判决书]，林郑秀李等与深圳市中技公司等股权转让纠纷案[深圳市中级人民法院（2013）深中法涉外初字第 74 号民事判决书]，曾子元与张璇异议登记不当损害责任纠纷案[（2015）粤高法民一提字第 18 号]，黄艺明、苏月弟与周大福公司等股权及债权转让合同纠纷案[最高人民法院（2015）民四终字第 9 号民事判决书]，王某乙等与李某、黄某继承纠纷案[南京市中级人民法院（2015）宁民终字第 1775 号民事判决书]，松田浩德与松田江美、黄淑芳确认买卖合同无效纠纷案[福州市晋安区人民法院（20 十四）晋民初字第 641 号民事判决书]，人保宁波公司与北京兴贸公司、斯皮姆公司多式联运合同纠纷案[天津市高级人民法院（20 十四）津高民四终字第 40 号民事判决书]，布克公司与无赛本社公司、国家工商行政管理总局商标评审委员会商标争议行政纠纷案[最高人民法院（20 十四）行提字第 5 号行政裁定书]和李裕斌、张清芬与河南建总公司（不动产所有权）侵权纠纷案[河南省高级人民法院（2010）豫法民三终字第 00115 号民事判决书]。

两个案例（黄艺明、苏月弟与周大福公司等股权及债权转让合同纠纷案和林郑秀李等与深圳市中技公司等股权转让纠纷案）中的先决问题为并列关系，两个先决问题分别为：一个原告能否依据法定继承取得主体资格，另一个原告可否按照夫妻财产关系取得主体资格。

另外两个案例（谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案和季某、谢某 1 与谢某 2、詹妮弗继承纠纷案）中的先决问题为依次关系，即第一个先决问题的解决以第二个先决问题的解决为前提，也就是学者们所说的“二级先决问题”。

5.主要问题和先决问题的法律适用

（1）有三个案例未提及先决问题及其法律适用，直接适用了主要问题准据法所属国的实体规范解决先决问题。其中，王某乙等与李某、黄某继承纠纷案的主要问题和先决问题法律适用均错误。该案的主要问题是遗嘱继承的效力，不应适用《中华人民共和国继承法》第 36 条“中国公民继承在中国境内的外国人的遗产，或者外国人继承在中国境内的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律”的规定，因为该案继承人既有中国公民，也有外国人；可参照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 33 条“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法”的规定，适用英国法，但法院适用了中国法。该案先决问题是夫妻财产关系，应参照《法律适用法》第 24 条的规定适用作为夫妻共同经常居所地法和共同国籍国法的英国法。

李裕斌、张清芬与河南建总公司（不动产所有权）侵权纠纷案的主要问题法律适用正确，先决问题法律适用错误。该案主要问题是侵权责任，根据法律关系发生时的冲突规范的规定，主要问题的准据法是当事人共同住所地法或共同国籍国法——中国法；先决问题是不动产所有权的归属，应适用不动产所在地法——法国法，法院未提及该先决问题及其法律适用，直接适用了主要问题准据法所属国的实体规范——中国法解决先决问题。

人保宁波公司与北京兴贸公司、斯皮姆公司多式联运合同纠纷案主要问题法律适用正确，先决问题及其法律适用未提及，但先决问题法律适用结果正确。该案主要问题多式联运合同适用当事人协议选择的中国法，先决问题为保险人能否根据保险合同取得代位求偿权，根据最密切联系原则也应适用中国法。

（2）有十个案例提及先决问题的法律适用。其中，一个案例主要问题和先决问题法律适用均错误，四个案例主要问题法律适用正确而先决问题法律适用错误，其余案例五个案例主要问题和先决问题法律适用均正确。

曾子元与张璇异议登记不当损害责任纠纷案的先决问题和主要问题法律适用均错误。该案主要问题是侵权责任，应适用侵权责任的冲突规范，然而法院却适用了不动产物权的冲突规范；该案先决问题是夫妻财产关系，可参照《法律适用法》第 24 条的规定，如无当事人共同经常居所地，应适用当事人共同“国籍国法”即香港法，而初审法院适用了不动产物权的冲突规范，二审法院又未指明究竟是适用香港法还是内地法。

谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案主要问题法律适用正确，但先决问题法律适用错误，由此导致判决结果错误。该案主要问题是遗嘱的方式和效力，应适用香港法。该案有两个需要依次解决的先决问题：为确定被继承人的遗嘱是否处分了其配偶的财产，须先解决被继承人名下的财产是否属于夫妻共同财产这一夫妻财产关系问题，而夫妻财产关系的判定又以被继承人与其配偶的婚姻手续是否合法为前提。对于婚姻手续这一先决问题，可参照《法律适用法》的规定适用婚姻缔结地法即内地法认定结婚手续合法，即婚姻关系有效；对于夫妻财产关系这一先决问题，可参照《法律适用法》的规定适用当事人共同经常居所地法和共同“国籍国法”即香港法，按照香港实行的夫妻分别财产制，被继承人名下的财产不属于夫妻共同财产。由此，被继承人在遗嘱中并未处分其配偶的财产，遗嘱方式合法、内容有效，应予尊重，被继承人与其配偶“各自享有 50％的遗产份额”这一判决结果是错

误的。

季某、谢某 1 与谢某 2、詹妮弗继承纠纷案也属于上述情形，即主要问题法律适用正确，但先决问题法律适用错误，进而造成判决结果错误。该案主要问题是法定继承，应适用被继承人死亡时经常居所地法即中国法。该案也有两个需要依次解决的先决问题：为确定季某和其与前夫所生之子谢某 1 是否有法定继承权，先要解决被继承人与季某的第三段婚姻是否有效，而该段婚姻的效力又取决于被继承人与詹妮弗的第二段婚姻是否已经依法解除。法院以外国法院判决未被我国法院承认为由，未认可“经公证并经我国驻多伦多总领事馆认证的加拿大安大略省高等法院的判决书及翻译件”，该判决书为被继承人与詹妮弗的离婚判决书，争议对方当事人也认可该证据的真实性。显然，法院混淆了“外国法院判决的效力的承认”和“在中国领域外形成的证据的认可”两个问题。[①]

安联公司与恩艾驰易船务公司海上货物运输合同纠纷案主要问题法律适用正确，先决问题法律适用结果也正确，但确定先决问题准据法时援引的冲突规范错误。该案先决问题是：卡尔公司代安联公司进行保险赔付后，安联公司能否依据其与卡尔公司的代理关系取得代位求偿权。先决问题应适用《法律适用法》第 16 条关于代理关系的冲突规范，而法院却误用了第 41 条关于合同关系的法律适用规范，虽然依据这两条冲突规范确定的准据法都是德国法。

林郑秀李等与深圳市中技公司等股权转让纠纷案主要问题法律适用正确，一个先决问题法律适用错误。该案主要问题是股权转让协议，法院依据最密切联系原则适用了内地法。该案也有两个先决问题，一是被继承人之子能否根据法定继承权取得主体资格，二是被继承人的妻子能否根据夫妻财产关系取得主体资格，这两个先决问题之间是并列关系。第二个先决问题应适用夫妻共同“国籍国法”即台湾法，但法院却根据最密切联系原则和妻子的单方选择，适用了内地法。

（3）有一个案例提及先决问题的法律适用，但是却混淆了先决问题和主要问题的法律适用——用先决问题准据法所属国的实体规范解决主要问题的法律适用。

在孔永萍与刘家智民间借贷纠纷案中，主要问题是民间借贷，应根据《法律适用法》第 41 条涉外合同关系的冲突规范确定其准据法。先决问题是夫妻财产关系，即一方以个人名义的借款按照夫妻财产关系是否应被认定为夫妻共同债务。法院在认定先决问题为夫妻财产关系后主张，该案应适用先决问题准据法所属国的实体规范解决主要问题，显然是混淆了先决问题和主要问题的法律适用。在确定先决问题的准据法时，在没有共同经常居所地的情形下，应适用共同“国籍国法”即香港法，然而法院曲解了经常居所地的含义，错误地将内地认定为共同经常居所地，适用了内地法。

（二）先决问题法律适用的特点和问题

分析上述先决问题法律适用的实际运行样态，可以发现在我国司法实践中，先决问题的法律适用呈现出以下五个特点：

第一，先决问题的所谓三个构成要件，除第二个构成要件——具有相对独立性之外，其他两个构成要件纯粹属于脱离中国实际的主观臆想。十四个案例中只有四个案例中的先决问题符合第一个构成要件，由于我国不接受反致，所以，这四个案例中的先决问题是否符合第三个构成要件，法院均未审查；而其他十个案例中的先决问题既不符合第一个构成要件，也不符合第三个构成要件。换言之，全部十四个案例中的先决问题要么第一和第三个构成要件均不符合，要么是否符合第三个构成要件法院均未审查。可见，对于先决问题第一和第三个构成要件的理论探讨没有任何实践意义。

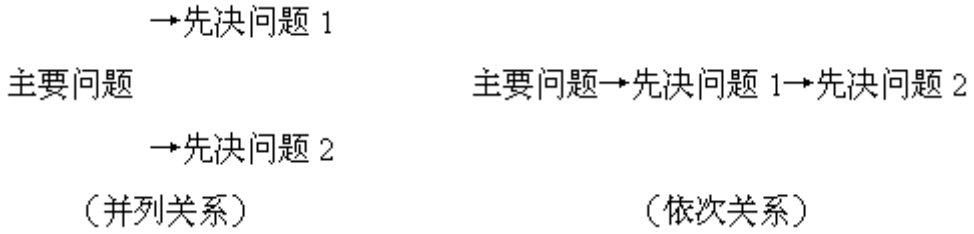
第二，根据主要问题和先决问题是否含有涉外因素，可以将先决问题类型化为四种情

[①] 参见黄海涛等：《未经承认之外国判决的效力分析》，载《人民司法》2013 第 22 期。

形，即主要问题和先决问题都不涉外、主要问题涉外而先决问题不涉外、主要问题不涉外而先决问题涉外以及主要问题和先决问题均涉外。有学者认为，只有后两种情形才属于国际私法上的先决问题。[①]然而，十四个案例中有十三个案例的主要问题和先决问题均有涉外因素，一个案例的主要问题有涉外因素而先决问题没有涉外因素。按照上述观点，这种情形下的先决问题不属于国际私法上的先决问题，不需要解决其法律适用问题。事实上，在这种情形下，如果主要问题的准据法是外国法，该外国法关于先决问题的规定和法院地法的相关规定不一致，就应当分别解决主要问题和先决问题的法律适用问题。否则，法院既可以适用法院地法解决先决问题，也可以适用主要问题准据法所属国关于先决问题的规定，两者的结果有可能不同。简言之，实践中，主要问题和先决问题中只要有一者具有涉外因素，就是涉外民商事案件，就需要分别解决主要问题和先决问题的法律适用，就属于国际私法上的先决问题。

第三，一般认为，涉外家事纠纷是先决问题的主战场。然而，考察司法实践可以发现，先决问题广泛存在于各种涉外民商事案件甚至行政案件中。十四个案例中，有五个案例系家事纠纷，八个案例为合同或侵权纠纷，另有一个案例为申请撤销注册商标的行政争议。就先决问题自身的性质而言，十案例中的先决问题为家事问题，其余四个先决问题为保险人的代位求偿权、法人的权利能力和行为能力以及物权问题。

第四，从先决问题的传统定义上看，先决问题和主要问题之间是一一对应关系。然而，社会生活是复杂多变的。十四个案例中，有四个案例中有两个先决问题。其中两个案例中的先决问题之间是并列关系，即一个先决问题的解决不以另一个先决问题的解决为条件，也就是说一个主要问题对应了两个相互独立的先决问题。另外两个案例中的先决问题之间是依次关系，即与主要问题对应的第一个先决问题的解决，以与第一个先决问题对应的第二个先决问题的解决为前提。



第五，对于先决问题的法律适用，不少学者主张，应考虑先决问题的管辖权，“以确定先决问题管辖法院为基础，解决先决问题法律适用”。然而，在我国的司法实践中，没有任何一个法院在解决先决问题的法律适用时会考察其对先决问题是否具有管辖权。这或许表明，这种方法又是一种不切合中国实际的理论构想。

我国先决问题法律适用的司法实践，除了呈现出以上几个特点外，还反映出了一个非常突出的问题：与不存在先决问题的一般涉外民商事案件的法律适用相比，先决问题法律适用错误或瑕疵的情形比较多。十四个案例中，五个案例中的先决问题法律适用正确，七个案例中的先决问题法律适用错误，两个案例中的先决问题法律适用存在瑕疵，即法律适用结果正确，但是或者未区分先决问题与主要问题，从而未提及先决问题及其法律适用，如人保宁波公司与北京兴贸公司、斯皮姆公司多式联运合同纠纷案，或者确定先决问题准据法时援引的冲突规范错误，如安联公司与恩艾驰易船务公司海上货物运输合同纠纷案。整体上，先决问题法律适用错误或瑕疵的比率达到 64%。

从实践上看，先决问题法律适用错误或瑕疵的原因主要有两个，一是，法官国际私法意识薄弱，没有意识到应区分先决问题和主要问题及其法律适用，或者将两者混淆，有四

[①] 参见王葆莳：《国际私法中先决问题的理论重构》，载《武大国际法评论》2005 年第 1 期。

个案例都属于这种情形。二是，法官运用冲突规范解决复杂涉外民商事案件法律适用问题的知识和能力不强。一方面，当涉外民商事案件涉及两个以上法律关系时，对于“识别”这一知识点的运用能力不足。例如，对于夫妻之间不动产的所有权归属问题，按照特别法优于一般法的法理，应将其识别为夫妻财产关系，适用《法律适用法》第 24 条的规定，然而，不少案例中，法官往往将其识别为不动产物权关系，适用了《法律适用法》第 36 条的规定。谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案二审法院的法律适用错误即属于这种情形。另一方面，在涉外民商事关系的法律适用采取分割论的情形下，应区分同一法律关系中不同性质的问题，分别适用不同的冲突规范解决各自的法律适用问题。比如，结婚是否需要登记，属于“婚姻手续”这一结婚的程序要件，应适用《法律适用法》第 22 条的规定，但是，在谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案中，一审法院却将其认定为“婚姻条件”这一结婚的实质要件，适用了《法律适用法》第 21 条的规定，把本来依据第 22 条应认定为有效的婚姻认定为无效。

二、先决问题法律适用的理论反思

先决问题法律适用的理论分歧主要体现在两个层面，一是先决问题的含义和构成要件，也即在某个涉外民商事案件中是否存在先决问题；二是如果存在先决问题，其准据法如何确定。先决问题法律适用在我国司法实践中体现出来的特点和问题表明，国内现有关于先决问题的理论研究脱离中国司法实践的问题比较严重。本文拟在总结我国司法实践经验的基础上，反思先决问题法律适用的相关理论。

（一）先决问题的含义和构成要件

先决问题的传统构成要件所指向的内涵明显小于其传统定义所表达的内涵。构成要件和含义上的这一理论冲突导致先决问题认定实践对理论的悖离：实践中法官只依据传统构成要件中的第二个构成要件（先决问题具有相对独立性）认定是否构成先决问题，而对第一和第三个构成要件不予审查。

对于第一个构成要件——依据法院地冲突规范的指引，主要问题的准据法是外国法，十四个案例中只有四个案例符合这一条件，其余十个案例中的主要问题的准据法均为法院地法——中国法，但在这些案件中确实存在先决问题，需要解决其法律适用问题。以安联公司与恩艾驰易船务公司海上货物运输合同纠纷案为例，该案主要问题为海上货物运输合同关系，其准据法为当事人协议选择的中国法，先决问题为卡尔公司代安联公司进行保险赔付后，安联公司能否依据其与卡尔公司的代理关系取得代位求偿权。与先决问题有最密切联系的德国法和法院地法中国法关于代理关系的规定不一致，根据德国法可认定代理关系存在，安联公司取得代位求偿权，按照中国法难以确证存在代理关系，安联公司不能取得代位求偿权。[①]可见，在解决先决问题的法律适用时，主要问题的准据法是外国法还是法院地法无足重轻，关键是法院地关于先决问题的实体法与“有可能适用于先决问题的其他相关国家的实体法”的规定不一致，依据这两个实体法对先决问题的认定结论不同，最终导致对主要问题的裁判结果不同。鉴于各国关于先决问题法律适用规定的复杂性，“有可能适用于先决问题的其他相关国家的实体法”，或者是基于法院地关于先决问题的冲突规范的指引，或者是基于主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范的指引，或者是主要问题准据法所属国关于先决问题的实体法，或者是对先决问题具有管辖权的国家的实体法，或者基于对先决问题具有管辖权的国家的冲突规范的指引等等。因此，先决问题的第一个构成要件没有存在的必要。

[①] 参见李彤等:《涉外民商事案件中的先决问题及域外法的查明——对安联公司海上货物运输合同纠纷一案的评析》，载《天津法学》2018 年第 3 期。

对于第三个构成要件——主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范与法院地关于先决问题的冲突规范不同，按照这两个冲突规范确定的准据法不一样，进而对先决问题的裁判结果也不同，就我国而言，也没有必要存在。首先，我国不接受反致，因此法官没有义务审查主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范。其次，即便“主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范”与“法院地关于先决问题的冲突规范”相同，也有可能基于对连结点的不同理解等原因，而导致先决问题的准据法不同。最后，在解决先决问题的法律适用时，重要的是法院地关于先决问题的实体法与“有可能适用于先决问题的其他相关国家的实体法”的规定不一致，“有可能适用于先决问题的其他相关国家的实体法”，如前所述，并不限于主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范指引的实体法和法院地关于先决问题的冲突规范指引的实体法。

有观点认为，先决问题具有相对性，不能排除二级、三级……先决问题存在的可能性，若法院循此逐个审查，必将导致司法资源的极大浪费，也不符合常理。[①]对此，一方面，虽然理论上不排除三级、四级……先决问题存在的可能性，但实践中，十四个案例中只有两个案例涉及所谓二级先决问题；另一方面，按照不告不理原则，法院不处理当事人不存在争议的先决问题，以谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案为例，该案中的二级先决问题是谢某与被继承人之间婚姻关系的效力，理论上既要审查实质要件婚姻条件，又要审查程序要件婚姻手续，然而，对于实质要件，当事人没有争议，所以法院无需审查。可见，这种顾虑实践意义不大。

综合先决问题法律适用在我国司法实践中的特点，本文认为，先决问题的构成要件可提炼为四个层面，即先决问题构成“四要件说”：第一，国际私法上的先决问题存在于涉外民商事案件中，即主要问题或先决问题两者之一或者两者均具有涉外因素；第二，主要问题的解决以先决问题的解决为前提条件；第三，先决问题具有相对独立性，既可以作为独立的争议向法院起诉，又有针对它的独立的冲突规范可以适用；第四，当事人对先决问题存在争议。继而，先决问题的含义可界定为，国际私法上的先决问题是指，在涉外民商事案件中，当事人诉请法院解决的问题以具有相对独立性的其他问题的解决为前提条件，当事人诉请法院解决的问题是主要问题，其他问题就是与主要问题相对而言的先决问题。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释（一）》）第 12 条规定，涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。两相比较可以发现，本文主张的先决问题的含义和四个构成要件和《解释（一）》第 12 条的规定可互为佐证，实现理论、立法与司法实践的统一。

（二）先决问题准据法的确定

传统理论关于先决问题准据法的确定主要有两种观点，一是强调先决问题的附随性，主张主要问题适用哪个国家的法律，先决问题也应当适用哪个国家的法律，也就是按照主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范确定先决问题的准据法，先决问题的经典案例布伦特伍德婚姻登记员案即遵循这种观点；二是强调先决问题的独立性，依据法院地关于先决问题的冲突规范确定先决问题的准据法。我国司法实践中，凡是提及先决问题及其法律适用的案例均采取这种作法。

第一种观点的致命缺陷在于法律逻辑错误。该观点强调先决问题的附随性，主要问题适用哪个国家的法律，先决问题也应当适用哪个国家的法律。以布伦特伍德婚姻登记员案为例，主要问题适用了瑞士法，先决问题也适用了瑞士法。表明上看，这种作法顾及了先决问题的附随性，保证了先决问题和主要问题法律适用的统一性，维护了主要问题准据法

[①] 参见向明：《冲突法中“先决问题”的质疑》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010 年第 12 期。

所属国（瑞士）法律体系的完整性。然而，细究之，该案中，主要问题根据法院地国英国的冲突法适用了瑞士的实体法，先决问题根据瑞士的冲突法适用了意大利的实体法，实际上既割裂了法院地国英国的冲突法和实体法，又肢解了主要问题准据法所属国瑞士的实体法和冲突法。倘要真正追求先决问题和主要问题法律适用的统一，维护相关国家法律体系的完整，应当主要问题适用哪个国家（英国）的冲突法，先决问题也适用这个国家（英国）的冲突法；主要问题适用哪个国家（瑞士）的实体法，先决问题也适用这个国家（瑞士）的实体法。一个国家的冲突法和实体法本就是两个相对独立的体系，法院地国法律体系的完整性和主要问题准据法所属国法律体系的完整性本就不可兼得，非要保障所谓法律适用的统一性或相关国家法律体系的完整性，只能是削足适履、顾此失彼。

第一种观点存在的其他问题，如不承认反致制度的国家，无法采用这种观点；与客观事实不符，布伦特伍德婚姻登记员案中的意大利男子已在瑞士取得了瑞士法院适用瑞士关于离婚的冲突规范作出的离婚判决，英国法院适用瑞士关于离婚的冲突规范却认定其离婚无效；在实践中行不通，英国法院认定意大利男子离婚无效的判决不会被相关国家（如瑞士）所承认；违背一事不再理原则，学者们多有论及，[①]本文不再赘述。

基于第一种观点所存在的各种不足，强调先决问题法律适用问题的附随性的学者们还提出了依据国际私法基本原则、通过个案分析或者考虑先决问题的管辖权以确定先决问题准据法的主张。国际私法基本原则本就是见仁见智的问题，这种方法与个案分析法确定先决问题的准据法一样，难以保证法律适用的确定性这一基本价值。

考虑先决问题的管辖权以确定先决问题准据法的观点认为，如果主要问题的管辖法院根据本国的管辖权规定或者国际民事案件管辖权的一般原则，对先决问题没有管辖权或专属管辖权，则可以要求当事人就先决问题向有管辖权的法院起诉，待该法院裁判后，再视该外国法院判决的承认和执行情况解决主要问题。[②]这种“以确定先决问题管辖法院为基础，解决先决问题法律适用”的方法，最大的问题在于不切实际。第一，没有考虑当事人以最小的成本解决争议的实际需要。仍以谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案为例，该案主要问题是遗嘱的方式和效力，准据法为香港法，因为遗嘱人立遗嘱时或死亡时经常居所地法、国籍国律或遗嘱行为地法均为香港法。该案有两个需要依次解决的先决问题：一级先决问题是为了确定被继承人的遗嘱是否处分了其配偶的财产，须先解决被继承人名下的财产是否属于夫妻共同财产即夫妻财产关系问题，而夫妻财产关系的判定又以被继承人与其配偶的婚姻手续是否合法这个二级先决问题为前提。按照“以确定先决问题管辖法院为基础，解决先决问题法律适用”的方法，法院首先可要求当事人就婚姻手续这个二级先决问题向有管辖权的香港相关法院（婚姻关系当事人均为香港居民、经常居所地均在香港）起诉，待该法院裁判后；再要求当事人就夫妻财产关系这个一级先决问题向有管辖权的香港相关法院（系争房屋位于内地）起诉，待该法院裁判后；再要求当事人向内地相关法院申请承认或执行这两个判决；然后根据这两个判决的承认或执行情况，按照主要问题的准据法香港法，解决主要问题。冗长的陈述意图表明，这种观点根本没有顾及当事人依此观点为解决一个遗嘱继承纠纷所需耗费的时间、精力、人力和物力成本。

第二，没有考虑我国司法机关的国际私法实施能力。如前所述，由于法官国际私法意识、知识和运用能力的不足，先决问题法律适用错误或瑕疵的比率高达 64%。在这种现实条件的制约下，考虑先决问题的管辖权这种过于复杂的先决问题准据法确定方法，只能导

[①] 参见齐湘泉：《先决问题的构成要件与法律适用》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期。

[②] 参见刘卫国：《论国际民事关系中“先决问题”的冲突法适用》，载《法商研究》1998 年第 1 期；齐湘泉：《先决问题的构成要件与法律适用》，载《法制与社会发展》2003 年第 2 期；吴一鸣：《国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视》，载《西部法学评论》2013 年第 1 期；向明：《冲突法中“先决问题”的质疑》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2010 第 12 期。

致实践对理论的继续悖离。

第三，没有考虑国内民商事案件中“先决问题”管辖权确定的司法实践。除了国际私法上的先决问题，国内民商事案件中同样存在“先决问题”。在国内民商事案件中，当事人诉请法院解决的问题以具有相对独立性的其他问题的解决为前提条件，当事人诉请法院解决的问题是“主要问题”，其他问题也是与“主要问题”相对而言的“先决问题”。比如为了确定被继承人的遗嘱是否处分了其配偶的财产，须先解决被继承人名下的财产是否属于夫妻共同财产即夫妻财产关系问题，而夫妻财产关系的判定又以被继承人与其配偶的婚姻手续是否合法为前提。我国实行夫妻共同财产制，对此当事人不会有争议，所以，这里遗嘱继承纠纷的解决只需解决婚姻手续是否合法这个“先决问题”。如法院对国内民商事案件中的“主要问题”取得管辖权，没有人会质疑法院对“先决问题”的管辖权，因为“主要问题”的解决以“先决问题”的解决为前提条件，两者之间存在的制约关系即一种牵连关系，使得法院在取得“主要问题”的管辖权时，自然取得了“先决问题”的管辖权。对此，有学者试从合并管辖、默示协议管辖的角度予以了论证。笔者认为，合并管辖情形下，诉讼请求有关即可合并，而“先决问题”与“主要问题”不仅有关，而且前者对后者起制约作用，也就是说，法院基于对“主要问题”的管辖权而取得对“先决问题”的管辖权的逻辑依据更科学。以此类推，在涉外民商事案件中，法院享有对涉外民商事案件中主要问题的管辖权的前提下，自然可行使对国际私法上先决问题的管辖权。考察我国司法实践，凡是提及先决问题及其法律适用的案例，没有任何一起案例中的当事人或法官质疑对主要问题具有管辖权的法院对先决问题的管辖权，进而没有任何一个法院在解决先决问题的法律适用时会考察其对先决问题是否具有管辖权。可见，这种质疑本身就是一个脱离实践的伪命题。

综上，“以确定先决问题管辖法院为基础，解决先决问题法律适用”的观点是一种不切合中国实际的理论空想。反观按照法院地关于先决问题的冲突规范确定先决问题准据法的观点，理论上契合了先决问题的相对独立性，实践中又具有可行性，应作为我国确定先决问题准据法的方法。

三、先决问题法律适用的制度完善

考察我国先决问题法律适用的实际运行样态、分析其特点和存在的问题、反思相关理论，最终目的是为我国先决问题法律适用的制度完善提出具有合理性和可行性的建议。

（一）完善先决问题法律适用制度的理念

先决问题法律适用制度的完善应贯彻以下理念：

首先，理论层面，一方面应观照先决问题的相对独立性。相对于主要问题，先决问题既具有相对独立性，又具有附随性。但相对独立性是“主要矛盾和矛盾的主要方面”。先决问题除了“既可以作为独立的争议向法院起诉，又有针对它的独立的冲突规范可以适用”之外，从产生时间上看，先决问题先于主要问题产生；从法律效果上看，先决问题的解决是解决主要问题的前提条件。当两者无法兼顾时，应舍“附随性”取“相对独立性”。

另一方面要保障先决问题法律适用的确定性、统一性和我国法律体系的完整性。国际私法的基本价值包括保证涉外民商事案件法律适用的确定性和统一性，维护法院地国法律体系的完整性。按照国际私法的基本原则或个案分析法确定先决问题的准据法具有绝对理想主义的色彩，并无益于实现先决问题法律适用的确定性、统一性；依照主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范确定先决问题的准据法没有真正实现先决问题法律适用的统一，又有碍于维护法院地国法律体系的完整性。

其次，立法层面，先决问题的法律适用制度应与反致制度相协调。我国不接受反致制度，由此，依照主要问题准据法所属国关于先决问题的冲突规范确定先决问题的准据法不

具备在我国适用的法律条件。

最后，实践层面，先决问题法律适用制度既要考虑当事人以最小的时间、精力、人力和物力成本解决纠纷的实际需要；又要考虑我国法院国际私法实施能力不强、实施水平不高的物质制约性；还要考虑国内民商事案件中“先决问题”管辖权的确定与涉外民商事案件中先决问题管辖权确定的协调性，毕竟同一个法官，既要审理涉外民商事案件，又要审理国内民商事案件，并且后者的数量远较前者多。申言之，“以确定先决问题管辖法院为基础，解决先决问题法律适用”的作法至少在我国现阶段不可取。

（二）完善先决问题法律适用制度的措施

完善我国先决问题法律适用制度的具体措施可从以下三个方面着手：

第一，提升法律位阶，在《法律适用法》中规定先决问题的法律适用。

《法律适用法》中没有规定先决问题的法律适用，相关内容规定在《解释（一）》第 12 条和第 13 条中。从严格意义上讲，最高人民法院的司法解释并不是我国的法律渊源，最高法对“法律”中没有规定的内容予以“解释”也有越权之嫌。

先决问题的法律适用并不是一个“温室的花朵”。倘若法院在审理涉外民商事案件时，不依据我国关于先决问题的冲突规范专门解决先决问题的法律适用问题，当事人不服法院判决，还可基于先决问题的相对独立性，就该问题另行向有管辖权的法院起诉，此时受案法院必须依据关于先决问题的冲突规范专门确定先决问题的准据法，由此得出的两个判决——针对先决问题的判决和之前针对主要问题的判决关于先决问题的认定结论可能不一致，势必因“同案不同判”而损害法院判决的权威性。所以，先决问题的法律适用问题在实质上也有必要在我国国际私法典——《法律适用法》中规定。

第二，整合先决问题的含义和构成要件，优化现行规定，制定先决问题的法律适用规范。整合本文提出的先决问题的含义和构成要件，优化《解释（一）》第 12 条和第 13 条的规定，关于先决问题的法律适用规范可表述为：涉外民事案件中，当事人请求人民法院解决的争议以具有相对独立性的其他争议的解决为前提时，人民法院应当根据本法关于先决问题的法律适用规范确定其应当适用的法律。这一表述融合了先决问题的含义和四个构成要件，涵盖了主要问题没有涉外因素而先决问题有涉外因素和有两个以上先决问题的情形，在措辞上又顾及到与《法律适用法》上下文的协调。

第三，发布关于先决问题法律适用的指导性案例。国际私法理论复杂、立法不易、实践艰难，国际私法上的先决问题更是难上加难。我国司法机关国际私法实施能力不强，导致先决问题法律适用错误或瑕疵的比率相对较高。以安联公司与恩艾驰易船务公司海上货物运输合同纠纷案为例，该案天津市高级人民法院合议庭的组成人员已经注意到先决问题及其法律适用，并专门撰写了学术论文《涉外民商事案件中的先决问题及域外法的查明——对安联公司海上货物运输合同纠纷一案的评析》探讨涉外民商事案件中的先决问题，然而该案先决问题的法律适用仍然存在瑕疵，误将先决问题定性为保险合同关系而非代理关系。可见，就先决问题的法律适用而言，在厘清理论、完善立法的基础上，还应当选取典型案例，由最高人民法院发布专门的指导性案例，指导和规范先决问题法律适用的司法实践。

本文所述“谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案”就属于关于先决问题法律适用的典型案例。该案为涉外家事纠纷，属于先决问题的多发地；主要问题“遗嘱方式和效力”的准据法为香港法，涉及区际法律冲突；有两个需要依次解决的先决问题，即存在所谓一级先决问题“夫妻财产关系”和二级先决问题“婚姻手续”；一审法院对二级先决问题的法律适用错误，二审法院对一级先决问题的法律适用错误；最终造成主要问题的判决结果错误。笔者拟从指导性案例的选编角度另文分析该案先决问题的法律适用。

结语

本文首先考察了先决问题法律适用在我国司法实践中的实际运行样态，在此基础上，分析我国先决问题法律适用的特点和问题，反思和重构先决问题的含义和构成要件，论证依据法院地关于先决问题的冲突规范确定先决问题准据法的理论和实践优越性，最后提出完善我国先决问题法律适用制度的理念和具体措施。

我国法院国际私法实施能力和水平本就不足，而先决问题法律适用又相对复杂，因此在厘清理论、完善立法的基础上，选取典型案例，专门就先决问题的法律适用由最高人民法院发布指导性案例，对于指导和规范先决问题法律适用的司法实践具有十分重要的意义。笔者拟就文中述及的“谢某等与黄某 5 遗嘱继承纠纷案”，从指导性案例的选编角度，进一步深入分析先决问题的法律适用问题。

[参考文献]

[1]李彤等.涉外民商事案件中的先决问题及域外法的查明——对安联公司海上货物运输合同纠纷一案的评析[J].天津法学，2018（3）.

[2]赵秀文，杜焕芳．国际私法学原理与案例教程[M].北京：中国人民大学出版社，2016.

[3]黄海涛等．未经承认之外国判决的效力分析[J].人民司法，2013（22）.

[4]吴一鸣．国际私法中的先决问题：逻辑学上的重新审视[J].西部法学评论，2013（1）.

[5]向明．冲突法中“先决问题”的质疑[J].黑龙江省政法管理干部学院学报，2010（12）.

[6]王葆莳.国际私法中先决问题的理论重构[J].武大国际法评论，2005（1）.

[7]王立志．先决问题的理论、实践与探索[J].当代法学，2003（5）.

[8]齐湘泉．先决问题的构成要件与法律适用[J].法制与社会发展，2003（2）.

[9]刘卫国．论国际民事关系中“先决问题”的冲突法适用[J].法商研究，1998（1）.

19.论我国涉外民事关系法律适用法的司法解释模式

许 庆 坤*

摘　要：2012 年《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国涉外民事关系法律适用法＞若干问题的解释(一)》之后其余司法解释的“难产”，折射出我国现行涉外民事关系法律适用法司法解释模式的困局。比较分析域外制定冲突法规则的流程，欧美和我国台湾地区冲突法规则的制定过程虽然各有特色，但有鲜明的共性。据此，本文提出了突出冲突法专业性的具体优化司法解释规程的详尽建议，论证了我国应采用与案例指导制度相配适的渐进型司法解释模式，即建构涉外巡回审判制度为冲突法指导性案例的生成提供源头活水，然后逐步制定合同、非合同之债以及其他领域的司法解释。。

关键词：涉外民事关系法律适用法；司法解释；案例指导制度

自 2012 年 12 月 28 日《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国涉外民事关系法律适

* 上海政法学院国际法学院教授，上海政法学院上海合作组织法律服务研究咨询中心主任。

用法＞若干问题的解释(一)》发布，迄今已 6 年有余，针对“一般规定”之外其余部分的司法解释迟迟没有面世。相对于 2012 年 8 月修订之《民事诉讼法》和 2012 年 3 月修订之《刑事诉讼法》的全面司法解释的快速出台，[①]2010 年《涉外民事关系法律适用法》（下文简称《法律适用法》）后续司法解释的“难产”不得不令人深思，国际私法学界理应探究其解决之道。

基于冲突法学界的优秀研究成果，借力于国外先进合同冲突法立法，敏锐地回应司法实践的迫切需求，我国最高人民法院曾将简陋的合同冲突法立法逻辑合理地演绎成一套洋洋大观的规则体系，最终呈现的成果并不逊色于世界一流立法。反之，囿于冲突法法学界的陈腐之见，昧于国外冲突法立法的新进展，盲于我国冲突法和相关实体法立法之真义与司法实践的客观需要，同一个司法解释主体创制出了有违立法精神和有悖常理的法律规避制度。前一成功实践有其必然性：合同冲突法国外立法趋同性显而易见，国内研究成果相对成熟，起草者与学术界有效互动；后一失败之举也非偶然：法律规避制度国外立法规定悬殊，国内相关成果高下难辨，起草者自以为是而闭门造车。《涉外民事关系法律适用法》已经吸收了冲突法学界的基本成果，充斥着不乏闪光点的众多先进制度。下一步的司法解释需要结合国内外的一流立法和研究对其精雕细琢，如此专业精深的任务当由我国相应冲突法领域的一流专家承担。

因此，现行的行政化司法解释规程亟需转向专家主导的司法解释规程。2006 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》在系统总结 1997 年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》实施经验的基础上，全面细化了司法解释工作规定。从立项、起草与报送、讨论，到发布、施行与备案以及编纂、修改和废止，全部流程均有了具体规则可循，司法解释的规范化有了长足进步。这一行政化色彩浓厚的新规定可能适合于其他法律领域，最高人民法院内部的高素质人才通过总结司法实践经验可提炼出优良规则，但对于理论底色鲜明的冲突法领域而言，专家主导性地位无从体现，新规定显然难以避免类似创立法律规避制度之类的舛误。冲突法涉及众多相关领域，深奥复杂，非苦读精研者无法窥其奥妙。专家主导冲突法司法解释实乃此类法律之特性所致。

下文首先比较分析域外制定冲突法规则的流程，以佐证冲突法规则的特殊性与不同法域规则制定之实践的共性，在此基础上提出优化我国冲突法司法解释规程的建议，最后论证我国应采用与案例指导制度相配适的渐进型司法解释模式。

一、冲突法规则制定的比较考察

作为美国冲突法的代表并为法院广泛接受的“冲突法重述”，其编纂是一个专业而民主的过程。首先，美国法学会指定顶尖专家作为报告人，报告人在助理的帮助下从事研究并提出草案初稿。其次，组建报告人的顾问小组，顾问通常为在该领域有专长的法官、律师或学者，是报告人的合作者；报告人将草案初稿提交顾问小组，征求修改意见。[②]再次，草案初稿经顾问们定期开会讨论修改后，将被提交给理事会审议，这是一个由大约 60 位知名法官、律师和学者组成的常设机构；理事会审议后，可以将修改稿退回报告人和顾问小组进一步修改，也可以将其提交给会员大会供研讨。再次，理事们审查通过后的修改稿将作

[①] 前者的司法解释为 2014 年 12 月《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5 号），后者的司法解释为 2012 年 12 月《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国刑事诉讼法＞的解释》（法释〔2012〕21 号）。

[②] 报告人和顾问之间的沟通方式有所变化。在美国法学会成立之初，报告人直接将其初步草案提交顾问个人。后来，这一做法改为召开会议讨论，报告人和顾问直接面对面交流，逐字逐句商讨，甚至在会议上直接重写。报告人可以获得适当的酬金，而顾问们只获得小额报酬。See G. Wichershanm, The American Law Institute and the Projected Restatement of the Common Law in America, 43 *L. Q. Rev.* 449,466(1927).

为“初步草案”（Tentative Draft）提交给每年 5 月召开的会员大会讨论修改并向社会公布；会员大会可以在讨论修改后批准该草案，也可以将其退回报告人和顾问小组进一步修改。最后，通常经过多次提交“初步草案”并充分吸纳各方意见后，报告人提交“最终建议草案”（Proposed Final Draft）供理事会和会员大会讨论通过，通过后的草案将作为正式文本付梓发行。在整个过程中，报告人是“重述法律”的主导者、裁判者和执行者，他可以自由决定是否接受他人的建议，包括顾问或会员的意见。[①]《冲突法重述（第一版）》（下文简称“《重述（第一版）》”）的报告人比尔（J. Beale）是哈佛法学院教授，当年美国冲突法权威学者，其撰写的三卷《冲突法判例精选》，汇聚了美国和英国的 400 个判例和其他国家的 70 个案例，出版后受到高度赞誉，被称为“法学教育史上的巅峰之作”。[②]《重述（第二版）》的报告人里斯为哥伦比亚大学法学院教授，是一位睿智的法律现实主义者和长于归纳综合的集大成者。他一直密切关注美国的涉外审判实践和各种冲突法理论的最新进展，不时清醒地指陈其中的利弊；他行文简洁明快、切中要害、不温不火而立场却一直鲜明坚定。[③]美国法学会选择里斯作《重述（第二版）》的报告人可谓独具慧眼、知人善任。

美国最新冲突法成文法的制定依然沿袭了专家主导而民主决策的传统。俄勒冈州分别于 2001 年和 2009 年通过了《合同法律适用法》和《侵权法律适用法》，其起草工作由“俄勒冈州法律委员会”（下文简称“法律委员会”）完成。成立于 1997 年的“法律委员会”是别具一格的州立机构，办公地点设在威拉米特（Willamette）大学法学院。[④]“法律委员会”从 2000 年开始起草涉外合同和涉外侵权领域的冲突法，并为此成立了专门的冲突法工作组（下文简称“工作组”）。在起草中，“工作组”比较分析了欧美的最新冲突法立法，[⑤]数易其稿，[⑥]充分考虑到美国法院涉外审判中的成败得失，最终出炉了独具特色的两部冲突法草案。在推动俄勒冈州冲突法成文化的过程中，这两部立法的报告人纳夫齐格和西蒙尼德斯教授积极倡导并具体负责起草工作，厥功甚伟。纳夫齐格教授长期关注俄勒冈州冲突法的发展，主张走出冲突法困境的最终解决之道是以“一套清晰、全面的冲突法规则取代过去俄勒冈州法院创制的一堆模糊而多变的判例法”。[⑦]在他的倡导下，成立不久的“法律委员会”便决定将制定冲突法作为第一个立法项目，并邀请西蒙尼德斯教授加入立法工作。[⑧]西蒙尼德斯教授长期倡导冲突法的成文化，早期曾支持美国法学会编纂“复杂诉讼方案”，并负责起草了路易斯安那州和波多黎各共和国的成文冲突法。他不无自豪地宣称：“若有人认

---

① See J. Frank,The American Law Institute: 1923-1998, 26 *Hofstra. L. Rev*.615, 619-620, 631 (1997-1998).

② See S. Symeonides, The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputation? 32 *S. Ill. U. L. J*. 39, 44-45 (2007-2008).

③里斯的同事斯密特（Smit）教授称里斯的写作风格简明直接、切中要害，颇具海明威的精湛技巧。See H. Smit, In Memoriam, Willis Livingston Mesier Reese,91 *Colum. L. Rev.* 1 (1991).

④ 关于该机构的一般介绍，可参见其官方网站：http://www.willamette.edu/wucl/olc/index.php。

⑤ 俄勒冈州 2001 年《合同法律适用法》的起草借鉴了欧盟的“罗马公约”、德国冲突法立法、瑞士冲突法立法、波多黎各共和国冲突法立法草案以及路易斯安那州冲突法立法，尤其是波多黎各共和国的立法草案。西蒙尼德斯为《侵权法律适用法》的起草准备了一份立法资料汇编，该汇编涵盖了路易斯安那州、波多黎各共和国和 18 个国家的立法、5 个国际公约、《重述（第二版）》、美国法学会的《复杂诉讼方案》、“纽美尔”规则以及 8 位学者的建议条文。See J. Nafziger, Ogregon’s Conflicts Law Applicable to Contracts, *38 Willamette L. Rev*. 397,399 (2002); S. Symeonides, Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis, *88 Or. L. Rev*. 963,973 (2009), Note 50.

⑥ 俄勒冈州 2001 年《合同法律适用法》的草案先后 7 次修改，2009 年《侵权法律适用法》的草案有 12 稿之多。See J. Nafziger, Ogregon’s Conflicts Law Applicable to Contracts, *38 Willamette L. Rev.*397,407, “Report” (2002); S. Symeonides, Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis, *88 Or. L. Rev*. 963,972 (2009).

⑦ See J. Nafziger, Ogregon’s Conflicts Law Applicable to Contracts, 38 *Willamette L. Rev*. 397,398 (2002).

⑧ See J. Nafziger, Oregon’s Project to Codify Chice-of-Law Rules, 60 *La. L. Rev*. 287, 1189-1190 (1999-2000).

为我偏爱规则，我不会感到惊讶。”[①]可以说，这两部立法是二人心血的结晶，并深深地打上了其冲突法思想的印迹。

欧洲冲突法规则的制定同样遵循类似做法。举世闻名的 1980 年《罗马公约》起始于多国专家组成的工作组的成立，1970 年该工作组决定优先审议米兰大学朱利安诺（M. Guiliano）教授负责完成的“合同及非合同之债的法律适用”报告。1978 年，该工作组又审时度势决定将冲突法公约的内容限定在合同的法律适用，经历 14 次全体会议和 3 次特别会议的民主讨论后，于 1979 年提出了《合同之债法律适用公约》最终草案，并通过了由朱利安诺教授和巴黎第一大学的拉加德（P. Lagarde）教授撰写的公约报告，该报告成为公约的权威解释文本。[②]颇具特色的奥地利 1978 年《国际私法联邦法》肇始于联邦司法部委托该国当代最权威的国际私法学者施温德（F. Schwind）起草的立法草案。[③]号称比利时国际私法史上“哥白尼革命”的 2004 年《国际私法法典》是由 6 位知名教授组成的起草小组历经数年完成的，而后又经司法部门、专业团体、机构的民主研讨方获得议会通过。[④]

我国台湾地区制定冲突法规则的历程也颇值得称道。其 2010 年《涉外民事法律适用法》启动于“司法院”1999 年组成研修委员会，委托台湾权威冲突法学者马汉宝和刘铁铮作为召集人。该委员会于 2003 年提出草案第一稿，并在网上公告和征求社会意见；为与国际立法相接轨，该委员会部分委员还通过国际研讨会听取国内外学者的高见。此后，该委员会多次开会针对草案条款“几乎逐字讨论”，而后该草案最终获得顺利通过。[⑤]

上述欧美和我国台湾地区冲突法规则的制定过程虽然各有特色，但有鲜明的共性。其一，规则制定由获得委任的权威冲突法学者主导，而非外行的官员直接操刀，以确保所制定规则的专业性和合理性。其二，规则制定程序民主而公开，草案文本经多次专家研讨论证，充分汲取多方面的意见和建议。

二、司法解释规定的程序优化

我国司法解释表面上固然不同于上述冲突法立法，但其规则续造部分实质上也属于规则制定，即便其中的立法诠释也有创造性成分，而且无论规则续造还是规则诠释，至少在冲突法领域其难度甚至超过立法本身。笔者曾对我国冲突法立法缺陷例证分析，[⑥]表明当前我国冲突法立法具有典型“框架法”属性，具体规则的简陋缺失使其可操作性大打折扣。对如此立法通过司法解释的立法诠释和续造进而使我国冲突法规则达至先进立法水准，其难度不亚于甚至超过规则的制定，恰如对破败的成衣修补同样需要高超的技艺。与此同时，我国 2015 年修正后的《立法法》对最高人民法院的司法解释提出了更高且明确的要求：所谓审判工作中“具体应用法律的解释”，“应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。”[⑦]这意味着以往脱离具体法律条文的司法解释实践应有所改变，司法解释的针对性和技巧性应有所提高。

司法解释难度的提高和冲突法本身的艰深复杂客观上要求最高人民法院应更加注重汲

---

① See S. Symeonides, The Need for a Third Conflicts Restatement (and a Proposal for Tort Conflicts), 75 *Ind. L. J.* 437, 446-447 (2000).

② 参见凡启兵：《〈罗马条例 I〉研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 4-5 页。

③ 参见杜涛：《国际私法的现代化进程：中外国际私法改革比较研究》，上海人民出版社 2007 年版，第 124-125 页。

④ 参见杜涛：《国际私法的现代化进程：中外国际私法改革比较研究》，上海人民出版社 2007 年版，第 167 页。

⑤ 参见刘铁铮、陈荣传：《国际私法论》，三民书局 2010 年第 5 版，第 585-587 页。

⑥ 参加许庆坤：《得于宏旨，失于细节——评<涉外民事关系法律适用法>中的侵权冲突法》，《中国国际私法与比较法年刊》（第 14 卷），北京大学出版社 2012 年版，第 9-17 页。

⑦ 我国《立法法》第 104 条。

取域外冲突法规则制定的成功经验，突出司法解释的专业化和民主化。但是，现行的 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》无法体现这一要求。如果说现行一般规定或许可以适用于其他法律领域的话，那么这一规定在冲突法领域则难免外行率尔操觚的旧例，重蹈不良规则出台的覆辙。因此，有必要针对冲突法的特殊性具体优化司法解释的规程。

在优化冲突法司法解释规程中应特别注重发挥中国国际私法学会作为专业团体的作用。中国国际私法学会是国内唯一的冲突法领域全国学术团体，汇聚了该领域的高校教师、研究人员、法官和律师等理论界和实务界人才，曾起草了《中华人民共和国国际私法示范法》和《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿》。[①]当前冲突法学发展迅速，难有学者对各领域均精深研究，而冲突法司法解释所涉领域众多，需要该学会遴选相应领域的专家并组织专题研讨，以提炼各方智慧。

（一） 立项

当前司法解释的立项来源多种多样，但在冲突法领域难以体现专业性。依据现行规定，最高人民法院审判委员会、最高人民法院各审判业务部门、各高级人民法院和解放军军事法院、全国人大代表和全国政协委员、有关国家机关和社会团体均有权提出司法解释的要求或建议，甚至普通公民或社会组织也史无前例地享有了提出司法解释建议权。[②]这种体现群众路线的立项来源多样化规定的确可以为最高法院增加“民意政治分数”，消减司法解释面临的“所谓合法性危机”。[③]但是，这种罗列的合理性值得商榷，既然普通公民或社会组织均有权提出立项建议，其他国家机关便无需赘言。同时，这种主体的多元化恰好将真正有实力提出冲突法司法解释立项建议的中国国际私法学会和学者泯然于众人，使其地位和作用无法凸显。与其他法律领域不同，冲突法法理底蕴深厚，号称“法中之法”，“术语多而生僻，其规范形态与调整方法以及理念比较特殊，甚至晦涩不堪。”[④]因此，冲突法司法解释的立项建议权并不适于普遍授予众多主体，限定于最高人民法院审判委员会、最高人民法院和各高级人民法院的涉外审判部门、中国国际私法学会和冲突法学者似乎更为妥当。

最高人民法院对冲突法司法解释的立项应更加主动。当前立项方式有直接立项和审查立项两种。最高人民法院审判委员会提出的司法解释制定要求，可以直接立项；对其他主体提出的司法解释要求或建议，由最高人民法院研究室审查决定是否立项。[⑤]其实，现今最高人民法院审判委员会中罕有冲突法专家，即便有个别精通冲突法者也难于形成该委员会的立项建议，因此冲突法司法解释的直接立项机会微乎其微。最高人民法院和各高级人民法院的涉外审判部门业务繁忙，冲突法理论深厚者比较少见；即便有素养高超的法官，其是否有意愿和精力提出司法解释建议也令人怀疑。因此，虽然不排除上述主体提出高水平冲突法司法解释建议的可能性，但其真正的可行性确实值得进一步推敲。目前，更为可行的途径是最高人民法院主动委托中国国际私法学会针对涉外审判实践中的问题提出司法建议，而非只是被动地“坐等上门”。中国国际私法学会一直关注司法实践问题，至今已经发表了十数篇中国国际私法司法实践年度述评。其基于多年的实践总结和专业人才荟萃的独特优势，若受托则有可能提出高水平的司法建议。此外，最高人民法院也可以通过科研项目投标方式邀请全国冲突法学者提出不同立项建议，然后择优而从。

---

① 参见中国国际私法学会官方网站：www..cspil.org，2019 年 6 月 8 日访问。

② 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 10 条。

③ 参见沈岿：《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》，《中国社会科学》2008 年第 1 期，第 107 页。

④ 参见宋连斌：《再论中国国际私法的实践困境及出路》，《中国国际私法与比较法年刊》第 6 卷，法律出版社 2003 年版，第 88 页。

⑤ 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 11 条。

（二） 起草

现行规定对于冲突法司法解释的起草在专业性、民主性和公开性方面均有明显缺陷。与域外普遍采取专家小组负责冲突法规则的制定不同，我国是由最高人民法院涉外审判业务部门负责。[①]虽然在企业破产法司法解释和保险法司法解释的起草中，曾由最高人民法院的法官和下级法院的法官以及部分学者甚至律师联合组成起草小组，[②]但这不是现行规定中的强制性要求，也没有成为冲突法司法解释的普遍实践。即便组成由专家参加而由最高人民法院涉外审判庭负责的联合起草小组，在中国浓厚的官本位氛围下专家发挥的作用也值得怀疑，这与域外专家主导的模式其实还是存在本质区别。现行规定要求起草者应“深入调查研究，认真总结审判实践经验，广泛征求意见。”[③]从最近冲突法司法解释起草实践看，最高人民法院涉外审判庭主要征求的是涉外审判法官而非学界的意见。就笔者视野所见，众多冲突法学者甚至难于获得草案的文本，更无从提出草案的修改建议。个别司法解释草案也可能面向社会公开征求意见，但这必须是“涉及人民群众切身利益或者重大疑难问题的司法解释”，而且在程序上要“经分管院领导审批后报常务副院长或者院长决定”。[④]此种面向社会征求意见尚未出现在冲突法司法解释工作中，这可能与冲突法的专业性强，普通民众很少关注有关系，也可能与起草人员意识不到“重大疑难问题”存在关联。现行规定还要求司法解释送审稿应当送最高立法机关有关部门征求意见。[⑤]对于冲突法司法解释而言，这一要求可能收效有限。

最高人民法院起草司法解释应力戒非专家主导的立法舛误，而应遵循域外惯例，将解释权切实下放给冲突法专家。最佳做法是成立由涉外审判经验丰富的法官、权威冲突法学者以及部分涉外业务精湛的知名律师构成的专家小组，由权威冲突法学者担任报告人，并且区分不同领域分批出台司法解释，这样有利于发挥不同领域冲突法专家的特长。新规定应要求报告人在起草中广泛征求冲突法和相关领域的学者和实务界人士的真知灼见，并及时在网上公开其每一稿草案以及具体理由和讨论情况，以增强工作的透明度和民主化。

（三） 讨论和备案

现行规定所要求的讨论仅限于在最高人民法院审判委员会内部，并无冲突法学者的旁听或参与。这可能会造成原由专家起草的司法解释文本不被审判委员会的委员理解进而被随意增删。因此，在最高人民法院审判委员会讨论阶段，负责起草的专家应与会对起草情况以及内容进行说明。若审判委员会有意对草案中的规则增删或修改，则其应听取专家意见并说明增删或修改的具体理由。对于争议较大的问题，为保证草案达到世界一流水准，最高人民法院也可以通过自行或委托中国国际私法学会举办专题国际研讨会，公开听取国内外专家的意见。

现行规定要求司法解释自发布之日起 30 日内报全国人民代表大会常委委员会备案。[⑥]其法律依据是我国 2006 年《各级人民代表大会常委委员会监督法》，该法将最高人民法院的司法解释作为“规范性文件”，与行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章一道

---

① 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 16 条。

② 参见沈岿：《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》，《中国社会科学》2008 年第 1 期，第 104-105 页。

③ 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 17 条第 1 款。

④ 我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 17 条第 2 款。

⑤ 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 18 条。

⑥ 参见我国 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 18 条。

接受权力机关的备案和监督。[①]全国人大常委会对司法解释的备案审查权经 2015 年修改之《立法法》进一步确认。[②]这一立法规定虽然明确具体，但鉴于全国人大常委会法律废、立、改的任务繁重而人员有限，加之冲突法的专业性，此种备案审查的具体成效尚需观察。虽然至今未有冲突法司法解释因此种备案审查权的行使而被修改或废止的先例，但是这一备案审查制度已呈现出的昭示和警示意义不容小觑。它一方面昭示全国人民代表大会及其常委会最高权力机关的地位，另一方面警示最高人民法院制定司法解释不得同法律规定相抵触。全国人大法律委员会和有关专门委员会若认定司法解释违背法律规定，则可提出要求最高人民法院予以修改、废止的议案，或者提出由全国人大常委会作出法律解释的议案，由委员长会议决定提请常委会审议。[③]

若要发挥司法解释备案审查制度的实效，则必须提升全国人大常委会监督机制的专业化和公开化。备案审查制度建立在全国人大常委会全能的假设之上，但实际情况可能如学者所言，其“缺少足够职业化、专业化的人才，法律人才的欠缺导致全国人大根本无力承担起司法解释的备案审查工作。”[④]若此种结论适用于一般法律领域，则在冲突法领域专业人才匮乏的问题可能就更加严重。因此，在现有监督体制下，引入第三方冲突法学者参与备案审查实为形势所需。全国人大常委会可以对争议颇大的冲突法司法解释采取项目委托的方式获取权威学者的意见。为减少运作成本，在项目委托之前应对司法解释文本加以遴选。具体途径可通过网上公开司法解释文本以及解释理由，各方评议意见也随之公开，专业评议分歧较大者可作为项目委托的考虑对象。因为此种借助第三方智力资源的运作方式成本较低，在累积经验的基础上，全国人大常委会甚至可以考虑采用同样方式建立司法解释前置审查制度。[⑤]

三、与案例指导制度相配适的渐进型司法解释模式

案例指导制度虽然已经正式发轫成行，但其地位仅为辅助性的法律适用制度。案例指导制度的规定主要体现于2010年《最高人民法院关于案例指导工作的规定》和2015年《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》。虽然有学者称案例指导制度为“具有中国特色的判例制度”并乐观地期待其运作可创制规则，[⑥]甚至有学者主张其取代司法解释制度，承担起统一全国法律适用和解释的重任，[⑦]但从现行规定考察，此种过高期待很难实现。最高人民法院已经明确发布指导性案例旨在指导审判工作、统一法律适用标准和维护司法公正。[⑧]这与提出该制度构想的最高人民法院2005年《人民法院第二个五年改革纲要》预定目标基本上一脉相承。[⑨]这意味着案例指导制度是法律适用制度的一种，其主要功能并非创制规则。对于普遍性的实践问题，最高人民法院还是需要通过司法解释形成“规范意义上

---

① 我国 2006 年《各级人民代表大会常委委员会监督法》第 31 条：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当自公布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。”

② 我国 2015 年修订之《立法法》第 104 条第 2 款：“最高人民法院最高人民检察院作出的属于审判检察工作中具体应用法律的解释，应当自公布之日起 30 日内报全国人民代表大会常务委员会备案。”

③ 参见我国 2006 年《各级人民代表大会常委委员会监督法》第 33 条

④ 谢小剑、占承春：《论人大对规范性司法文件备案审查制度的完善》，《人大研究》2014 年第 1 期，第 19 页。

⑤ 目前对于是否建立司法解释前置审查制度的分歧较大。参见张榕：《司法能动性何以实现——以最高人民法院司法解释为分析基础》，《法律科学》2007 年第 5 期，第 49 页；谢小剑、占承春：《论人大对规范性司法文件备案审查制度的完善》，《人大研究》2014 年第 1 期，第 21 页。

⑥ 参见陈兴良：《案例指导制度的规范考察》，《法学评论》2012 年第 3 期，第 117 页。

⑦ 参见宋晓：《裁判摘要的性质追问》，《法学》2010 年第 2 期，第 96、127 页。

⑧ 参见我国 2015 年《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 1 条。

⑨ 该纲要提出：“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”

的法律适用规则”；指导性案例是司法解释规则的“重要来源和事实依据”，两者的关系是“成文司法解释为主，指导性案例为辅”。[①]

受制于法官素养和审判体制等多方面因素，案例指导制度迄今尚未在冲突法领域彰显成效。在最高人民法院发布的指导性案例中，仅有少数案例为涉外案件。即便其中最高人民法院裁决的案件，其冲突法适用的妥当性甚至正确性也令人质疑。[②]与之对比鲜明的是，我国冲突法立法简陋缺失，司法实践中问题众多。[③]冲突法领域的指导性案例并非不存在现实需求，而是客观上难以生成。这从一个侧面反映出倚赖指导性案例解决冲突法适用问题在现行审判体制下难度很大，制定规范性的司法解释规则还应成为主要途径。同时，鉴于指导性案例在实践中不可替代的重要作用，如何打通体制障碍促成更多有价值的指导性案例产生是首要值得探讨的问题。因此，下文首先分析如何通过改良现有制度提炼出指导性案例，然后论证渐进型司法解释模式之建构。

（一） 冲突法指导性案例的生成

1.冲突法指导性案例难以生成的原因

冲突法指导性案例难产的表层原因是高水平典型判决的匮乏。当前，我国不少法官对于涉外案件动辄适用中国法，毫无冲突法意识，[④]以致最高人民法院不得不专门下文强调冲突法规则的重要性[⑤]。

就个案判决而言，最高人民法院的判决应当代表了我国法官的较高水准，但在入选《中华人民共和国最高人民法院公报》的“中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案”判决如此适用冲突法中的法律规避基本制度：[⑥]

> 当事人虽然在担保契约中约定适用香港的法律，但由于香港特别行政区与我国内地分属于不同的法域，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第 194 条规定所确立的原则，涉外合同当事人选择法律适用时，不得规避我国强制性或者禁止性法律规范。我国内地对于对外担保有强制性的规定，本案担保契约如果适用香港法律，显然规避了上述强制性规定，故本案当事人关于担保契约适用香港法律的约定不发生法律效力，本案纠纷应适用我国内地的法律作为准据法。

一方面，该判决没有对我国内地对外担保的强制性规定的“强制性”予以分析和论证，说理并不充分。另一方面，该判决没有证成当事人规避法律的意图，而这一点恰是判定法

---

① 参见胡云腾、于同志：《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》，《法学研究》2008 年第 6 期，第 9 页。

② 例如 2016 年 7 月最高人民法院“交通运输部南海救助局诉阿昌格罗斯投资公司、香港安达欧森有限公司上海代表处海难救助合同纠纷案”再审判决中的冲突法部分：“各方当事人在诉讼中一致选择适用中华人民共和国法律，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条的规定，本院适用中华人民共和国法律对本案进行审理。”显然，该判决本应适用《法律适用法》中的第 41 条合同法律适用的特别规定，而不应适用“一般规定”中的第 3 条；更准确而言，该判决理应适用特别法——《海商法》第 269 条。

③ 关于我国冲突法立法存在的问题，详见前文第一章第二节；关于司法实践中的问题，参见黄进、周园、杜焕芳：《2012 年中国国际私法实践述评》，《中国国际私法与比较法年刊》（第十六卷），法律出版社 2015 年版，第 431 页。

④ 例如南京鼓楼区法院 2014 年审理的“原告 Francklin Beyard 与被告 DON MACKYTA、IKENGUISSI AYESSACARL 名誉权纠纷案”（（2014）鼓民初字第 1581 号）。双方当事人都是刚果人，属典型涉外网络侵权案件，应适用《涉外民事关系法律适用法》第 44 条确定准据法，但法官却径直适用《民法通则》判案。

⑤ 2003 年 7 月最高人民法院《关于我国法院审理涉外商事案件适用法律情况的通报》特别指出：“绝不能无视法律适用问题而想当然地适用本国法，也不能只得出关于适用法律的结论而对原因不予阐述。”。

⑥ “中银香港公司诉宏业公司等担保合同纠纷案”，最高人民法院（2002）民四终字第 6 号，《中华人民共和国最高人民法院公报》（2005 年卷），第 299 页。

律规避行为的关键要素。[①]判决书对如此关键要素完全忽略，仅凭“本案担保契约如果适用香港法律，显然规避了上述强制性规定”一句话就轻而易举地认定了存在规避法律行为。如此推理的判决不仅无法达至优秀判决的说理水准，即“立足事理，严守法理，引用学理，佐以情理，善用文理”，[②]而且违反了法律规避制度的基本常识。

如果部分判决在某个时期存在问题可归责于少数法官素质不高或法院管理不到位等，但若是一个法律领域的判决书普遍且长期地存在问题则不得不令人深思涉外司法体制问题。冲突法指导性案例难产的深层原因可以说与当前涉外司法体制的重大缺陷关系密切。现行涉外审判体制可谓分散管辖的司法体制，涉外商事、海事案件与涉外婚姻、家庭和继承案件分别由不同层级的法院和民事审判庭管辖。涉外海事案件由专门的海事法院管辖，[③]其他一般涉外案件基层人民法院管辖，中级人民法院管辖重大的涉外民事案件。[④]最高人民法院曾意识到分散管辖的弊端，为适应我国加入世界贸易组织的形势需要和提升我国国际司法形象，2001 颁布了《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》，将涉外案件集中到省会城市、经济特区、计划单列市等少数中级人民法院和国家级经济技术开发区基层人民法院等，此所谓涉外商事案件的集中管辖制度。[⑤]但是，后来由于涉外商事案件的迅速增加，最高人民法院不断增加拥有涉外审判权的法院数量，截止到 2014 年 10 月底，全国已有 203 个中级法院、204 个基层法院具有涉外商事案件管辖权。[⑥]在最高人民法院 2015 年涉外商事审判改革意见中，最高人民法院研究将第一审涉外商事案件管辖权原则上下放至所有中级人民法院，并制定相应的级别管辖标准。[⑦]这意味着涉外民商事案件集中管辖的“集中度”正逐步下降。从上述当今判决书的实际状况观察，原本寄望集中管辖制度催生一批涉外审判经验丰富的法官和提升判决水准的设想并未实现，看来该制度推出之时学者对其所做的批判不无道理。[⑧]

2.冲突法指导性案例的生成路径

当前正在推行的巡回审判制度打开了涉外审判机制改革的新大门。2014 年中共十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出：“最高人民法院设立巡回法庭，审理跨行政区域重大行政和民商事案件。探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院，办理跨地区案件。”[⑨]2015 年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》正式确定了最高人民法院巡回法庭运行的具体规则，先设立第一巡回法庭和第二巡回法庭，分别设在深圳和沈阳，各巡回三个省，但以后可以根据需要增设巡回法庭；巡回法庭可以在巡回区内巡回审理案件、接待来访。[⑩]如果说原来涉外审判制度改革的方向为集中管辖正确的话，则其失误之处在于集中度尚不充分。这种不充分一方面受制于当前法院按照行政区分设置，另一方面原来集中管辖的案件限于涉外商事案件，涉外知识产权、房地产、婚姻、家庭、继承案件均被排除在外。[11]比较而言，采用巡回法庭的形式

---

① 参见韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社和北京大学出版社 2000 年版，第 132-133 页。

② 参见胡云腾：《裁判文书的说理艺术》，《法制日报》2007 年 6 月 17 日第 14 版。

③ 参见我国 1999 年《海事诉讼特别程序法》第二章“管辖”。

④ 参见我国 2012 年《民事诉讼法》第 17-18 条。

⑤ 参见我国 2001 年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第 1 条。

⑥ 参见罗沙：《全国法院 4 年来审结涉外商事海事案件超 28 万件》，“中国涉外商事海事审判网”，www.ccmt.org.cn，2016 年 8 月 7 日访问。

⑦ 参见我国 2015 年《最高人民法院关于全面推进涉外商事海事审判精品战略为构建开放型经济体制和建设海洋强国提供有力司法保障的意见》第 23 项。

⑧ 参见宋连斌：《再论中国国际私法的实践困境及出路》，《中国国际私法与比较法年刊》第 6 卷，法律出版社 2003 年版，第 80-87 页。

⑨ 我国 2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第 4 部分之（二）。

⑩ 参见我国 2015 年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第 1、9 条。

11 参见我国 2001 年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第 3-4 条。

可以打破地区界限，同时可以将所有涉外案件均集中管辖，根据案件多少决定巡回法庭数量，灵活确定管辖的集中程度。巡回法庭设立时面向全国招聘高素质的法官，可以彻底扭转当前涉外审判法官素质有限的问题。巡回法庭单独建制，也不受其他法院人员变动影响，可以在长期专职审理涉外案件中积累审判经验。

当前的巡回审判制度尚需深化改革方能适应涉外审判的需要。目前最高人民法院巡回法庭数量有限，仅作为最高人民法院的常设派出机构，且不受理涉外商事、海事海商案件，[①]其功能集中在分流最高人民法院案件、方便当事人诉讼和涉讼信访的处理、加强最高人民法院与地方人民法院的联系、司法改革的试验田四个方面。[②]但是，最高人民法院已经确立涉外商事海事审判精品战略，决定充分利用司法改革“天然试验田”的优势，大力推进制度创新，争取先行先试，进一步完善涉外审判机制。[③]未来的巡回审判制度可着眼于涉外审判的需要，将当前零散分布于各地法院的涉外商事案件管辖权集中到巡回法庭，由各省级人民法院设立享有初审权的跨区巡回法庭，最高人民法院设立上诉审的跨区巡回法庭，法官单独招聘和管理。待经验成熟后，涉外婚姻、家庭和继承案件可再纳入巡回审判制度。鉴于冲突法和涉外审判的高度专业化的要求，未来涉外巡回审判制度的改革应充分利用 2016 年《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》的规定，不拘一格选拔优秀的法学专家和律师加入法官行列，而不应局限在法院内部挑选巡回审判法官，确保从事涉外审判的法官冲突法理论素养深厚和涉外法律经验丰富。

改革后的涉外巡回审判制度可为冲突法指导性案例的生成提供源头活水。最高人民法院案例指导办公室可进一步联合中国国际私法学会建立冲突法指导性案例委员会，对巡回法庭推荐的或其他来源的备选案例审查和出具专家意见。对争议较大的新型案例可以召开国内或国际专题研讨会，听取国内外学者的高见。在确定了冲突法指导性案例后，最高人民法院案例指导办公室还应做好案例的公布、编纂和适用监督工作，以便充分发挥精挑细选之案例的指导作用。

（二）渐进型冲突法司法解释模式

上述设计优良的涉外巡回审判制度和案例指导制度若能付诸实施，就能在一定程度上降低最高人民法院制定司法解释的紧迫性和必要性，使其可从容不迫地应对真正的疑难冲突法问题。由于法官素养所限，司法解释中的一些规则或批复其实发挥的是普及冲突法知识的效用。比如，《〈法律适用法〉解释（一）》第 6 条规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”这是对《法律适用法》第 3 条规定的“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律”的解释。其实，对《法律适用法》立法背景和意思自治原则稍有了解的法律人应该正确理解立法中的规定，对其再作司法解释并无多大必要性。但是，在当前的涉外司法体制和法官现状下，这一条司法解释确实还有其特别的必要性。再比如，最高人民法院在一份对甘肃省高级人民法院请示报告的批复中，不厌其烦地解释何为涉外合同争议以及法律选择协议与法院选择协议的区别。[④]若将来高素质的涉外审判法官执掌司法权，则此类普及型的司法解释完全可以消退到历史幕后。

即便暂时尚无说理透彻的指导性案例从侧翼减轻司法解释的压力，日趋收紧的法律规定也使最高人民法院司法解释很难如过去那般信马由缰。2015 年《立法法》要求最高人民

---

① 参见我国 2015 年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第 4 条。

② 参见刘贵祥：《巡回法庭改革的理念与实践》，《法律适用》2015 年第 7 期，第 37 页。

③ 参见我国 2015 年《最高人民法院关于全面推进涉外商事海事审判精品战略为构建开放型经济体制和建设海洋强国提供有力司法保障的意见》第 2 项。

④ 参见《最高人民法院关于甘肃省乡镇第三产业公司诉德国阿丝德有限公司、香港欣季实业有限公司合作合同无效纠纷案的请示报告的复函》，法经[1995]273 号。

法院所作具体应用法律的司法解释，“应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第四十五条第二款规定情况的，应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。”[①]上述规定至少表明了四个方面的明确要求：（1）司法解释限定在“具体应用法律”领域；（2）司法解释“应当主要针对具体的法律条文”，不得过分偏离法律规定创制规则；（3）司法解释需“符合立法的目的、原则和原意”，即便为了实践需要也不得背离法律另立新规；（4）遇有法律规定需要进一步明确具体含义或者针对立法后新情况需要明确法律依据的，最高人民法院应请求全国人大常委会制定立法解释或提出立法、修改法律的议案，而非代行立法。如果严格依照上述规定，则现行司法解释中的部分规定当属违法而理应废除。比如《〈法律适用法〉解释（一）》中的法律规避制度完全没有对应的具体立法条文，[②]属于典型的另立新规。有学者针对《立法法》的新规，甚至主张最高人民法院不得制定“实体性规定”。[③]若按照此类极端观点，则未来冲突法司法解释将极难展开。因此，笔者不赞同过度压缩司法解释空间的一孔之见，该学者论断的前提条件之一——全国人大及其常委会应当担负的提高立法质量责任——在冲突法领域实难具备。从前述我国冲突法立法的简陋缺失不难看出我国司法解释其实是现行立法体制下迫不得已的次优选择。正如一位学者对中国式司法解释出现缘由的精彩描述至少可以很妥当地适用于冲突法领域：

> ……社会对高质量立法的需求让代议机关力不从心。进而，必然要有那么一些机构，勇敢地拉起“法律解释”的大旗，通过富有智慧的工作，使法律在立法机关未来得及补充或修改之前，得以不断地展现其可能具有的意义，甚至以“法律解释”为名创制规则，机变地解决各式各样的新问题，从而适应和推动社会变革。

其实，现行立法还是为造法性司法解释预留了一定空间。上述《立法法》规定司法解释“主要”针对具体的法律条文，意味着可以有少量现实确实需要，而且最高人民法院思虑充分的规则用以补充立法。《立法法》从其标题中显示其针对的是立法活动，但将司法解释本身纳入规范对象从一个侧面也表明了立法者允许最高人民法院创制规则。同时，《各级人民代表大会常务委员会监督法》也将司法解释作为规范性文件纳入备案审查的范围。[④]当然，更为理想的方式是最高权力机关意识到冲突法的特殊性，而对冲突法司法解释网开一面。

但是，在现行法律规定下，未来冲突法司法解释应该是渐进型或回应性的。最高人民法院不必为求得与立法条文的对应，而将实践中未出现的问题也预先规定在司法解释中。在《立法法》严格规定面世前出台的《〈法律适用法〉解释（一）》尚有情可原，但将来的司法解释应回应客观的司法实践所需，根据理论成熟度分批次逐步推出新的司法解释文本。

渐进型司法解释模式的另一个合理依据是当前我国许多冲突法领域的理论成果尚有欠缺。近年来冲突法教材和专著尽管不断涌现，看似琳琅满目，但精品力作少见；冲突法学者人数众多，但有精深独到研究者凤毛麟角。多年前所言冲突法研究“仍然存在着许多空白，特别是很多基本理论问题还缺乏深入的探讨”，[⑤]这一论断到今日依然大体成立。在此研究状况之下，与理论界尚存隔膜的司法界主导制定全面的司法解释，期望“毕其功于一役”，显然易出缺憾之作，甚至一些舛误难免。最近出台的冲突法司法解释中的法律规避

[①] 我国 2015 年《立法法》第 104 条第 1 款。
[②] 参见我国《〈法律适用法〉解释（一）》第 11 条。
[③] 参见刘风景：《司法解释权限的界定与行使》，《中国法学》2016 年第 3 期，第 216 页。
[④] 参见我国 2006 年《各级人民代表大会常务委员会监督法》第 31-33 条。
[⑤] 参见韩德培主编：《国际私法问题专论》，武汉大学出版社 2004 年版，第 48 页。

制度就是典型例证！未来司法解释起草者应慎重考虑具体规则的理论发展态势，明辨良莠不齐学术成果的优劣，勿蹈误信误判的覆辙。

未来冲突法司法解释可首先立足于合同领域，然后解决非合同之债法律适用问题，再次扩及于其他领域。从涉外审判的实践考察，涉外合同纠纷常年占据我国涉外案件的主流。有学者的统计数据显示涉外合同纠纷占比达到八成多。[①]与之对比鲜明的是，我国合同冲突法立法过分简陋，亟需司法解释予以明晰和完善。我国本来有比较成功的合同法司法解释，但 2007 年《涉外合同规定》因为与 2010 年《法律适用法》相冲突已经被明确废止。[②]但该司法解释除了连结点与新法不一致以外，大部分内容依然具有合理性。最高人民法院可以结合最新立法和理论研究成果，斟酌过去合理规定，首先制定出合同冲突法司法解释，以解司法实践燃眉之急。在合同纠纷之外，最常见的是非合同之债纠纷，尤其是其中的侵权纠纷。[③]我国立法对此规定同样有诸多不足，该领域的理论研究相对成熟，因此，对非合同之债的司法解释可列入合同冲突法解释之后。至于其他领域的法律适用问题，最高人民法院可以先尝试以指导性案例或批复予以解决，待时机成熟后再择机制定即可。

浅析国际条约国内的适用

杨建文

摘　要：国际条约作为国际法的重要渊源之一，其在一国内部如何适用，已成为国际法学者们共同关注的课题之一。条约在我国适用存在的问题及其解决就显得尤为重要，就条约在我国的适用，一方面考验着我国国内法律制度是否健全，法律位阶是否明晰。而且条约在我国的良好适用可以使国内审判时有法可依，更好的保障公民的合法权益。另一方面，条约在不违反我国基本法律原则的前提下，亦展现出了我国是一个负责任大国，有利于维护国际秩序。而这一切依赖于各国、特别是像我国这样的发展中国家，进一步完善、深层次构建相关法律制度。在本文中，通过对条约在适用中所出现的一些问题，需要结合国内外两个大环境，对相关的法律法规对其进行完善。

关键词：国际条约；条约适用；转化方式；纳入方式

一、条约与条约适用的理论与实践

（一）国际条约概述

1969 年《维也纳条约法公约》第 1 条规定："条约者谓国家间所缔结而已国际法为准之

[①] 参见郭玉军、徐锦堂：《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》，《中国国际私法与比较法年刊》（第 11 卷），北京大学出版社 2008 年版，第 125 页。最新的冲突法实践年度报告也显示涉外合同占据主流。参见黄进、连俊雅、杜焕芳，《2014 年中国国际私法司法实践述评》，《中国国际私法学会年会论文文集（上册）》，第 22 页。

[②] 参见我国 2013 年《最高人民法院关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》"目录"中第 76 项。

[③] 参见郭玉军、徐锦堂：《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》，《中国国际私法与比较法年刊》（第 11 卷），北京大学出版社 2008 年版，第 125 页。

国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何。”1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》规定：“条约指（1）一个或更多国家和一个或更多国际组织间，或（2）国际组织相互间，以书面缔结并受国际法支配的国际协议，不论其载于一项单独的文书或两项或更多有关的文书内，也不论其特定的名称为何。”[①]

一般国际法意义上的国际条约是指，国际法主体之间，主要是国家之间，以国际法为准则而为确立其相互权利和义务而缔结的书面协议。在国际社会中，各国学者关于国际条约的法律地位有不同的观点，主要有一元论和二元论之分。

一元论认为国际法和国内法属于同一法律体系。包括国际法优先说和国内法优先说[②]。国际法优先说认为只存在一个法律体系，且国际法高于国内法，是因为在同一法律体系中，各类规范的效力来自于更高的原则，即“条约必须遵守原则”。根据这一理论，每个国家都可以为保护自己的利益，改变或甚至取消国际法。

二元论又叫平行说，是指国际法和国内法是两个单独、互不交叉的法律体系。国内法是国家主权意志在内部的体现，它的主体是一国国民；国际法是国家主权意志在外部的体现，它的主体是国际关系中的国家自身。两者的平行关系致使国际法不能在国内直接适用，要想适用国际法，就必须要经过确定的法律标准将国际法转变为国内法。

（二）条约适用理论与实践

条约的执行就是条约适用，③条约在一国国内得到怎样的运用，通过何种方式使得条约的运用达到较好的效果。“一元论”和“二元论”的理论分类，对于条约在一国国内适用问题提供了理论基础，由此，条约适用的方式一般学术界分为“转化”和“纳入”两种，这两种方式各具特色，在不同国家发挥不同功效。

1.转化方式

转化方式主要源于“二元论”的理论体系，即认为国际法和国内法分属于不同的法律体系当中，因此，国际法的组成部分国际条约不能当然的成为国内法的一部分。所以，转化方式是指，当一个国家接受某一国际条约后，先由国家的立法机关通过立法活动将该条约转化为国内法，从而以后条约就可以直接在国内适用，其效果是与适用国内法的效果相同的。通过“转化”方式适用国际条约的国家主要有英联邦国家和意大利。

国际条约适用的具体实践在不同国家有不同的适用方式。在实践中的适用方式主要有以下三种，第一种，在批准或加入条约前后，专门制定针对国际条约的国内法。第二种，审查国内法，从中找出国际法与国内法不相一致或冲突的地方，用国内法覆盖国际条约。最终也达到直接适用国际条约的效果。第三种，将需要适用的国际条约用附录列明，该附录位于已经通过的适用国际条约的国内法当中。

事实上，转化方式解决履行世界性义务和国家主权之间的矛盾。虽然程序较为繁琐，但在确保国家主权方面以及对国际条约的审查方面都有着不可忽视的作用。这种方式为条约在国内适用提供了灵活性与可操作性。对于我国目前的国情而言，在当前复杂的国际政治经济大环境中，条约在国内的适用仍需谨慎对待。而转化作为灵活性较强的条约适用方式，仍在我国国条约适用方式的考虑范围之内。

2.纳入方式

纳入方式，即如果一个国家签署或者加入了某一国际条约，该条约无需转化便自动成

[①] 王勇，《条约在中国适用之基本理论问题研究》：北京大学出版社，2007：1-2.

[②] “国内法优先说”认为，国内法先于国际法产生，国际法源于国内法，国内法是国际法的上位法。国际法只是国家处理对外关系的手段。该学说的片面性与偏激性遭到了其他学说尤其是与其相对的“二元论”的抨击。最终因其与现实相脱节，缺乏实用性，被国际法学界普遍摒弃。

[③] 李浩培.《条约法概论》，法律出版社，2003 年版，第 313 页。

为国内法体系的一部分，国际条约在国内的适用也就同国内法在国内的适用一样，直接可以在国内法院予以适用。德国、美国是较为典型的采取纳入式方式的国家。“纳入”依照其直接适用的效果较好的实现了节约司法资源这一目的，并且具有处理紧急问题的救急功效。例如：在《联合国气候变化框架公约》中，将气候变暖问题以“纳入”模式进行实施，将会提升讨论的成果与实效

二、国际条约在中国的适用

（一）适用现状

中国现行宪法性法律，包括《宪法》、《立法法》、《条约缔结程序法》，对条约的纳入和适用方式并无明确规定。但在总体上，有以下特点：第一，“优先适用条约规定”是一条总原则；第二，保留条款不适用的重大例外，因此保留条款的适用空缺应当由国内法填补；第三，法律的规定并不因与条约规定的抵触而失去效力；第四，条约不是我国法律渊源，也没有规定条约转化为国内法的形式。目前约有 90 余部法律法规和部门规章，其中全国人大和全国人大常委会指定的法律（45 件）、国务院行政法规（25 件）、部门规章（10 件）、以及有关司法解释（15 件），参照了上述有关条款对条约适用作出了规定。

由于目前我国既没有规定“纳入”的条约适用方式，也没有规定“转化”的条约适用方式，导致了条约在我国适用问题上出现混乱适用的局面。所以，我国既存在“纳入”方式适用的条约，又存在以“转化”方式适用的条约。这些条约在国内与国内法之间的关系，令人难以捉摸。到底是条约优先还是国内法优先。这个问题一直尚未得到真正解决。

（二）条约在我国适用存在的问题

1.国内条约适用方式不明确

关于条约在中国适用方式不明确的问题前文也有提及。我国存在以“纳入”方式适用条约，如《票据法》、《民事诉讼法》等。这些法律规定中与条约不同的地方，适用条约的规定。另一方面，我国也有以“转化”适用条约的方式，如对《联合国海洋法公约》的适用，我国就依照公约，重新对与海域和毗连区域相关的法律法规进行了调整。由于未对条约适用的方式进行明确的分类，最终不可避免增添了条约适用的难度。

究其原因，主要与我国庞大的法律体系是密不可分的。其次，随着我国加入的国际条约不断增多，条约类型也随之增多。不同类型的条约在中国国内适用方式自然要相得益彰。最后，我国现代法制起步较晚，尚未形成一套符合我国国情的国际条约适用方式。

2.条约法律位阶不明确

在我国的《立法法》第五章“适用与备案”中，规定了我国的法律法规的法律位阶，从高到低为宪法、法律、行政法规、地方法规自治条例等，但在这些规定中，并未对国际条约的具体位阶作出规定。《宪法》也未对国际条约的适用作出明确指示，对比以美国为代表的西方发达国家，多数即在《宪法》中规定了条约的具体地位。上一章节所论述的美国的 1787 年《宪法》第 6 条即已经规定：“宪法、合众国法律、条约，皆为全国之最高法律;任何一州宪法或法律中的任何内容与之抵触时，均不得有违这一规定”。[①]其明确了条约的法律位阶等同于联邦法律，均高于州法。而我国《立法法》对法律位阶规定很有层次性，却不给予国际条约适当的位阶，这样的疏漏与立法法的缜密性并不匹配。

3.国际条约与国内法发生冲突的解决方法不明

国际条约与国内法发生冲突的解决方法不明国际条约与我国国内法发生冲突的情况在实践中经常发生。[②]而当两者发生冲突时，我国并没有一个系统性的解决方法，而是在各部

---

① 《美国宪法全文（中文译文）》，见：http://www.douban.com/note/21765469/

② 余民才：《国际法专论》，中信出版社 2003 版，第 20 页。

法律中个别规定，最为常见的是民商事领域的规定："本法的规定与条约不一致时，依照条约的规定"；而在《领事特权与豁免条例》、《对外贸易法》中，常见的表述方式却为"本法有规定的，适用本法的规定，本法没有规定的适用条约的规定"。[①]对于国际条约与国内法发生冲突的解决方法，也是具体情况具体适用，没有规则可言。

三、我国条约适用法律制度的完善

(一)规范条约适用方式

考虑到本国国情以及瞬息万变的国际形势，我国在签订条款同意遵循相关国际法律法规和义务时一定要谨慎。转化法和纳入法是最为常见的两种方式。转化方式是国际条约内化的最为主要的形式。当国内法律与国际法律相似或相同时，则无需转化，遵循国内法律即可。纳入方式也会被运用到实践中，但是像一些保密性强的条约那么则应该采取转化措施，因为这涉及国家的安全和公民的隐私。我国应当有一套具体区分"转化""纳入"做法的规则，从而做到在条约适用方式的区分上更规范。

（二）明确条约在我国的法律位阶

国内研究状况就我国目前而言，我国学者针对条约适用相关问题有着许多不同的看法。就条约位阶问题，王铁崖的观点为"不能断言条约高于国内法，也不能笼统地说国内法与条约同等法律效力"，"条约优先于国内法仅表明了我国法律制度的一种倾向"。[②]学者李浩培则认为"条约的执行在国内的环境中，能够被细化为三个环节进行，也就是条约的接收方法、执行方法和法律地位三个，通过确定该三个环节，从而使条约能够更好地在国内实行。"陈卫东强调了"规定自执行条约与非自执行条约问题的必要性。"

但充分考虑到我国国情，我国应当在充分平衡"条约必须遵守"与"我国主权不可侵犯"两个原则的关系的前提下，规定条约不得与宪法相抵触，也即在 78 条中需要明确条约与法律、行政法规、地方性规章等法律渊源一样，不得抵触宪法。将条约位阶限定为低于宪法，以此保障我国国家主权。

（三）国际条约与国内法发生冲突的解决

在我国目前许多部单行法规中，均在条文中有如下的表述："本法的规定与条约不一致时，依照条约的规定"，该种规定很明显地显示了条约与国内法发生冲突，条约具有更高的效力；而相对地，亦有："本法有规定的，适用本法的规定，本法没有规定的适用条约的规定"，此种规定又可以推论出，在"本法有规定时，如果条约规定不同，适用本法的规定"，显示了，国内法比条约具有更高的效力。面对两种不同的冲突时的规则，究竟选择何种冲突解决办法，应当还是根据适用条约的不同情况以及所适用法律内容的不同进行区分。虽然"条约必须遵守原则"需要信守，但是"国家主权原则"同样重要。

面对冲突，最主要的还是需要预防冲突的发生。预防冲突机制最重要的对条约的审核，一方面起到预防针的作用，一方面可以减少摩擦，增进效率。为了减少条约适用与国内法之间的冲突，一般先阶段采用的方法是"提出保留"和"暂缓批准条约"。这两种解决办法都需要前期对条约做大量研究工作并且对我国国情作出准确评估。所以，可以成立评估小组，在条约适用形成体系后，根据体系，对国际局势进行评估。另外，进一步完善条约在我国适用的法律制度，通过制度，对应找到相应的法律依据，从而将条约落实到法律，再将法律落实到实践中。

四、结束语

国际条约是国际政治、经济、外交领域的重要工具，也是国际法最为主要的渊源，国

[①] 王勇.《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社，2007：1-2.

[②] 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版

际条约在国际舞台上发挥着不可忽视的作用。随着我国的改革开放，我国对外缔结条约的数量不断增长，这便要求我国建立一套完整的国际条约适用机制。条约的适用影响深远、意义重大。条约是联系各个国家的纽带，同时也与国内法之间有着难以逾越的矛盾和冲突。因此，建立一套完整有效的条约适用机制在我国就显得尤为重要。这对于我国解决国际间的纠纷，稳定国内的局势有着重要意义。

21.法律选择标准的多维性及其价值伸张

袁发强*

摘　要：当代冲突法中的法律选择方法呈现出多样性，但总体上可归纳为联系标准和公正标准。地域联系标准表现为客观地域联系和主观意志联系；公正标准表现为法律选择的目的性要实现一定社会公正。冲突法作为法的一个部门，同样需要体现法的内在价值和外在价值。因此，法律选择标准需要体现内外价值的平衡。联系标准能够很好地反映法的外在价值，即法的稳定性和可预见性，同时也能体现一定程度的公正，因而是法律选择的基础标准，具有普遍适用性。同时，在特定的涉外民事关系领域，冲突法还需要顺应实体法对公正的较高要求，因而需要在基础标准之上辅以公正标准。法律选择标准的多维性体现了冲突法价值伸张的多元化。因应不同涉外民事关系对冲突法内外价值伸张的不同追求，联系标准和公正标准在冲突法中呈变量波动状态。

关键词：法律选择标准；法律价值；冲突法

The Multidimensional Criterion of the Choice of Law and its Value Promotion

Author: Yuan Faqiang

Abstract: Although the approaches of modern choice of law appears to be diversity, they can be concluded into contact criterion and fair one. The contact criterion include the contact in region and the one by subjective will. The fair criterion means the purpose of the choice of law should reflect social justice. As a department of law, the conflicts of law should also mirror the external and internal value. The choice criterion should balance this two values. The contact criterion is a basic one as it is good for the external value of law by its clarity and predictability and also may reflect the justice on some extends. So it can be used in almost all civil relationship. Meanwhile, in some particular field, the conflicts of law should comply with a higher requirement on justice by the substantive law, so the fair criterion should be an additional one. The multidimensional criterion of the choice of law reflects the diversity of its value promotion. For this reason, the contact criterion and the fair one fluctuate variable in different civil relationship.

Keywords: the criterion of the choice of law；　legal value；conflicts of law

经过冲突法革命的洗礼，美国国际私法学界沉浸于“要规则，还是要方法”的总结思考中。[①]国内学术界大多跟从西蒙里德斯教授的认识，认为国际私法从传统上只重视选法的形式正义转向了也同时重视实质正义。[②]不过，这种认识仍无法解决“规则”与“方法”的统一或者说融合。[③]其原因在于没有深入分析从形式正义转向实质正义背后的价值驱动；更没有对体现转向的具体方面进行深入的原因分析；对当代欧洲大陆国际私法的发展缺乏法理层面的深层次研究。[④]这也反映出，我国国际私法学研究的法理学层面并未取得重大突破，原创性的思想和观点尚未形成。事实上，当代国际私法所追求的内在价值不是简单的“正

* 作者：袁发强，男，1966---，湖北武汉人，法学博士，华东政法大学国际法学院教授，博士生导师。主要研究领域：国际私法、国际商事仲裁。邮箱：york000618@163.com

① See Willis L.M.Reese,*General Course on Private International Law*,44 Recueil des Cours 1,(1976－II).

② Symeon C.Symeonides,*The American Choice- of- Law Revolution:Past,Present and Future*,.Martinus Nijhoff Publishers,2006,p.404.

③ 参见翁杰：《法律论证视野下国际私法之“规则”与“方法”的融合》，载《河北法学》2016 年第 8 期。

④ 许多国内学术文章和著作都将当今欧洲国际私法的发展总结为“人本化”、“弱者权益保护”等，认为是实质正义追求在国际私法中的体现。这不过是全盘接受了美国国际私法学者的看法。

义”二字所能解决的，[①]而是法律“公平”价值观在法律选择标准中的体现。

一般说来，冲突法的众多法律适用理论大体可以分为两类：一是回答为什么可以适用外国法，如国际礼让说和既得权说；二是回答如何适用法律，如法律关系本座说、最密切联系说等。如何适用法律的学说或理论虽然各不相同，但都围绕选法标准的确定展开。通过对各种法律适用理论的分析，可以看出，国际私法的选法标准经历了从单一的联系标准到多种标准并存的发展过程。当代国际私法选法标准的多维性反映了其背后不同的法理价值伸张，反映当代国际私法不再仅仅追求稳定性和可预见性这一外在的一般法特征， 同时也在塑造部门法特有的“正义”与“公平”理念，追求多元价值伸张在国际私法领域的协调。

一、选法标准从单一走向多维

法律选择标准不同于法律选择方法。多个法律选择方法可以体现相同的法律选择标准。从公元十三世纪国际私法产生直到十九世纪末，国际私法不论是学说法还是国家立法，都以单一的联系标准确立法律选择方法。这种状况直到美国冲突法革命后才得以改变。

（一）单一法律选择标准

从国际私法产生的历史看，法律选择标准曾经是单一的。不论是巴托鲁斯的法则区别说，还是萨维尼的法律关系本座说，都只以一个标准确定法律选择的规则。这个标准就是“联系”。

从讨论城邦立法的性质，即“法则”（statuta）的性质入手，分析城邦法则的地域适用范围，是国际私法之父巴托鲁斯（Bartolus）使用的法律选择方法。所谓“法则区别说”即是划分城邦法则和习惯法的法律性质，根据不同性质，探讨其适用范围。这其中自然包括了地域适用范围或者说地域效力的讨论。

巴托鲁斯详细分析了不同类型法则能否适用于外邦市民，以及在其他城邦适用的情形。[②]例如，关于契约的法律适用。他区分契约的形式、契约权利的实现分别讨论。他认为，关于契约的形式，应当适用缔约地的法则或习惯法；至于契约签订后的履行延迟或疏忽，则适用履行地的法则和习惯法。[③]这自然隐含了“联系”的标准，只是他没有明确提及这一词汇，而是以不同法则本身的地域效力或地域管辖权为视角。

在那个“主权”概念还没有产生的时代，[④]巴托鲁斯与其他注释法学派学者一样，并没有当然限制法律的地域管辖权范围，而是着重于研究不同性质的法则应当与什么地域范围建立联系。虽然，这些学者没有直接使用“联系”的提法，而是从自然法的角度分析法律的合理适用范围，但其中隐含的联系标准不言而喻。这种“联系”并非直接的地理联系，而是从“形而上”的法哲学角度，[⑤]探索和总结法律适用的形式规则。

明确提出地理联系标准的是十九世纪末德国法学家萨维尼（Savigny）。萨维尼承继了以往法理学者对法律规则效力的讨论，将法律规则效力划分为地域范围和时间范围。[⑥]他认为，“民族和地域”是“特定实在法支配人的基础”，同一民族或地域的人民之间存在共同的法律信念和法律生活共同体。[⑦]与巴托鲁斯不同的是，萨维尼在提出协调法律冲突的具体解决方法或规则时，不是以实体法律规则本身为中心，而是以法律关系入手。通过对民事法律关系进行分类，按照不同类别民事法律关系与不同地域之间的联系程度确定具体的协调法律冲突的规则，从而提出了“法律关系本座说”。

[①] “公平”和“正义”都是法律应当追求的价值目标。从某种意义上说，广义的“公平”涵盖了多种“正义”的价值标准，也是“正义”在具体部门法中的体现。反过来，单纯以“正义”作为具体部门法价值追求，无法体现部门法的特征和实现正义的结果。

[②] 参见李建忠著：《古代国际私法溯源》，法律出版社 2011 年版，第 167-198 页。

[③] 同上，第 168-169 页。

[④] 一般认为，16 世纪的法国政治思想家博丹（也被翻译为布丹，1530-1596，Bodin Jean）是第一个明确提出和定义主权概念的学者。参见任晓：《论主权的起源》，载《欧洲研究》2004 年第 5 期，第 71 页。另见江国华：《主权价值论》，载《政治学研究》2004 年第 2 期，第 61 页。

[⑤] 这里只是一种借喻的使用，并非是对“形而上学”的理解。参见宋晓：《20 世纪国际私法的“危机”与“革命”》，载《武大国际法评论》，2004 年 00 期，第 177-178 页。

[⑥] [德]弗力德里希•卡尔•冯••••萨维尼著：《法律冲突与法律规则的地域与时间范围》，李双元、张茂、吕国民、郑远民、程卫东等译，法律出版社 1999 年版，第 3 页。

[⑦] 同上，第 1 页。

总体上看，不论是巴托鲁斯的法则区别说，还是萨维尼的法律关系本座说，都是以法律规则与一定地域的法律联系来确定具体法律适用规则的。相对于以后出现的当事人意思自治说而言，这种联系标准可以被称为客观的地域联系标准。

（二）主观联系标准的出现

早在 16 世纪，法则区别说传入法国南部的时候，巴黎律师杜摩林（Dumoulin）就在《巴黎习惯法评述》中提出了应当允许商人协议选择适用某地的习惯法的主张。[①]他认为，当事人意图使他们之间的合同受某一地区习惯法支配的意愿应当被支持。

1851 年 1 月，意大利法学家孟西尼（Mancini）在都灵大学发表《国籍乃国际法基础一文，提出了法律适用的三原则，即民族主义原则、公共秩序保留原则和意思自治原则。[②]其中的意思自治原则是指当事人可以通过协议选择适用的法律。当然，一国法院也可能以公共秩序保留的名义排除当事人协议选择的法律，以维护本国的公共秩序。这项原则在合同关系领域迅速被世界各国接受，此后逐渐扩大适用到侵权、家庭财产继承等。

意思自治原则之所以能够被世界各国广泛接受，当然有支持当事人对合同可适用法律的明确性和可预见性的追求，[③]以体现法律适用的稳定性。这表明当事人意图将合同与某一地区法律联系起来，受其支配。这种主观联系的建立得到了法律的认可。随着意思自治原则在大多数涉外民事法律关系领域被认可，主观联系标准得以确立，成为与客观地域联系平行的另一法律选择标准。

另一体现主观联系标准的法律选择方法则是美国学者里斯提出的最密切联系说。[④]这一“墙内开花墙外香”、为美国之外的世界各国所普遍接受的法律选择方法可以说主观与客观相结合的联系标准的体现：由法官在与案件的法律关系存在联系的几个国家法律之间根据联系的紧密程度选择法律适用。最密切联系法律选择方法的基础仍然是在与案件有地域联系的国家法律之间进行选择，只不过加上了法官对哪个国家法律与案件有最密切联系的主观判断。因此，称之为主客观联系统一的法律选择方法并不为过。

当然，欧洲出现的特征性履行说则加强了对法官主观判断的限制，[⑤]从立法上先验地设定了不同类型合同案件的“最密切联系地”，看起来降低了联系标准的主观色彩，实则更多体现了立法者的主观认定色彩。

（三）多维法律选择标准并存

直到美国冲突法革命之后，选法标准才多样化起来。多样化的过程，实际上是对冲突法价值的再发现过程。

在美国学者库克（Cook）对传统法律选择规则进行批判之后，[⑥]杜克大学的的卡弗斯（Cavers）在《哈佛法学评论》上发表了题为《法律选择问题批判》一文。[⑦]他没有理会库克对美国州或外国国家主权的过分强调，而是从法院或法官处理实际案件的思维出发，主张法律选择的目的应当符合对当事人公正和实现一定社会目的的效果。卡弗斯提出，在法律选择过程中存在一个基本概念问题：法院在处理一个涉及外国法（或外州法）也可适用于该案的争议时，它是在不同法律制度之间进行选择呢？还是在不同的具体法律规则之间进行选择？如果是在前者之间进行选择的话，那么直到法律制度被选择以后，从理论上讲，法院还不知道具体规则的内容。因此，这是一种盲目的“法域选择规则”或称“管辖权选择规则”（jurisdiction-selecting rule）。他认为，只有在不同国家（或不同州）的具体法律之间进行选择时，才能比较法律适用的后果，得出合理的结论。为此，他提出了 5 项“法律优先

---

① 参见李先波：《合同准据法的含义及其历史演变》，载《法学杂志》2000 年第 5 期；又见许军珂：《国际私法上的当事人意思自治》，武汉大学博士论文，第 16 页。

② See Kurt H. Nadelmann, *Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality Versus Domicile*,17 AM. J. COMP. L. 418 (1969).p.423-428.Also see *Nishitani, Y. Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht: eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zulage killisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis, 2000*Revue Critique de Droit International Privé, 92:209-212.2003 .

③ See Mo Zhang,*Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, 20 Emory Int'l L. Rev. 2006,p512.

④ Reese,*Comment on Babcock v. Jackson*, 63 Colum.L.Rev.1963.

⑤ 参见徐冬根：《国际私法特征性履行方法的法哲学思考》，载《上海财经大学学报》2011 年第 3 期。

⑥ *See* Walter W. Cook, *The Logical and Legal Bases of Conflict of Laws*, 33YALE LJ. 457 (1924).

⑦ *See* David F. Cavers, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 Harv. L. Rev., 173 (1933).

选择原则”。

卡弗斯的“法律优先选择原则”是一项伟大的革命，从根本上推翻了传统法律选择中的地域联系标准，主张直接以“公正”为衡量法律选择方法的价值考量。自此之后，美国的司法实践虽然没有直接采纳他的法律优先选择原则，[①]但接受了以“公正”为价值标准的其他法律选择方法，如“政府利益分析”方法、 “较好的法”等。[②]

在柯里（Currie）的“政府利益分析”方法中，法律选择的标准看起来是比较不同州或国家法律背后的立法利益或者说是立法管辖利益，但也从根本上脱离了联系标准。至于莱弗拉尔（Robert Leflar）观察美国各州司法实践后得出结论认为，美国的司法实践其实是在选择结果更有利于个案公正的法。他认为法院与其这样，还不如明确表达说他要选择好的法律；将“较好的法”（better law）明确作为选法标准。[③]

对于美国冲突法革命中出现的林林总总的法律选择方法，西蒙里德斯教授归纳总结为“政策导向”和“结果导向”的法律选择方法。[④]这些选择方法原始驱动力就是实现社会公平和个案结果正义。这些新出现的法律选择方法发生并应用在侵权领域的法律关系中，而美国冲突法革命的思想火花在传到欧洲以后，却在传统的民事家事领域获得了成功。[⑤]

直接以“公正”或“正义”作为法律选择标准，虽然造成了强烈的视觉冲击，却并没有导致联系标准完全退出历史舞台。联系标准通过弹性化的法律选择规则也在焕发出新的活力，不过是退守到了物权、商业交易等领域。因此，当代法律选择标准不再是单一的联系标准，所谓实质正义标准也没有取代联系标准占领所有涉外民商事关系领域，出现了多维标准并存的局面。这表明，冲突法需要体现的法理价值伸张不是单一的，而是多元的。在不同民商事法律关系中，需要伸张的法理价值追求侧重点不完全相同。

二、冲突法的价值伸张

美国国际私法学界将冲突法选法方法的转变总结为从形式正义走向实质正义。[⑥]这种看法也许并不为错，但却不够准确，甚至并不深入。所谓不够准确在于，当代冲突法并没有在所有民商事领域都采用政策导向和结果导向的法律选择方法。所谓实质正义追求的转变只是发生在有限的民事领域，因而转变只是局部的；所谓不够深入，在于这种看法没有解释清楚为什么到了 20 世纪，冲突法的法律选择方法开始局部抛弃联系标准，直接以公平正义为标准。从某种意义上说，美国国际私法学界虽然率先运用实用主义法学思潮检视冲突法的传统理论和法律选择方法，但却忽视了法的外在价值与内在价值平衡、忽视了“正义驱动”在立法、司法层面的传动，忽略了法价值伸张的多元表现。

（一）联系标准与冲突法的外在价值

法应当具备外在价值，即明确性、可预见性和稳定性。冲突法当然也不例外。[⑦]

所谓“明确性”是指法应当能够被公众或者说守法者所知晓，否则就不能起到让守法者自觉遵守的效果，不能发挥法作为社会关系调整器的作用。同时，如果法律不具备明确性，也会导致不同司法者在裁判尺度上不统一，造成司法不公的现象。这种明确性的法价值追求在冲突法领域表现为立法中选法规则或标准应当是明确的，即对于不同涉外民商事关系的法律选择适用规定明确的选法规则；或者在判例法的背景下，法官选择法律的规则或方法是可以通过判例得知的。从明确性角度看，美国冲突法革命带来了负面后果。由于美国司法实践抛弃了《第二次冲突法重述》所确立的传统联系标准，又没有建立起新的具有明确性的冲突法规则，出现了所谓“要方法、不要规则”的现象，导致美国各州涉外民

---

① Symeon C. Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*, 46 WILLAMETTE L. REV. 1 (2009).

② *See* Robert A. Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 N.Y.U. L. REV. 267 (1966); Robert A. Leflar, *Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations*, 54 **CAL.** L. REV. 1584 (1966).

③ See Robert A. Leflar, *Choice of Law: A Well-Watered Plateau*[J], Law & Contempary Problem, 1977, (41):10-26.

④ See Symeon C. Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*, 46 WILLAMETTE L. REV. 1 (2009).

⑤ See Edoardo Vitta, *The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution*, 30 AM. J. COMP. L. 1 (1982).

⑥ See Symeon C. Symeonides, *The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons*, 82 TUL. L. REV. 1741 (2008).

⑦ See F. VISCHER, *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, 143 Recueil des cours 1 1974.Also see P. Hay, *Flexibility versus Predictability and Uniformity*, 226 Recueil des cours 282 1991.

商事司法实践不统一。冲突法作为法的明确性功能缺失，法官为了所谓“实质正义”裁判结果而任意选择法律适用方法，导致美国司法实践的不可预见性。[①]

如果法缺乏明确性，自然也就缺乏可预见性。冲突法的可预见性要求之所以被美国司法实践所忽视，一个主要的因素在于其作用的发挥主要在法官的司法裁判中。似乎冲突法不需要被守法者所预见，或者说可预见性没有实际意义。这种错误认知带来的结果是，法律选择的明确性被破坏了。对于一个在美国法院审理的跨州或涉外民商事案件，在判决没有出来之前，无法预知法官会适用什么地方的法律，从而也无法预估案件的实体裁判结果。[②]这种情形反过来刺激了守法者对于管辖法院的选择，鼓励和增加了“挑选法院”现象的发生，[③]造成对司法权威的破坏。美国法院对于涉外民商事案件管辖权行使的争抢和不确定性证明了这一点。[④]

由此，不明确、无法预见的法律选择方法还导致了美国冲突法司法活动的不稳定性。正因为如此，近期美国的国际私法学者在反思冲突法革命的成效时，不得不发出失败的哀叹。[⑤]忽略冲突法的形式价值，只根据“实质正义”标准选择法律的结果是法律选择失去了实际意义，冲突法丧失了生命力。相反，在欧洲，不论是欧盟，还是其成员国的国际私法，却在吸取美国冲突法革命的营养时，保留了对冲突法形式价值的重视，从而焕发出新的活力。不仅国际私法立法活动频繁，而且新规则在司法实践中发挥了重要的作用，成为影响世界其它地区国家国际私法立法的榜样。

可见，冲突法如同其它部门法一样，都需要体现法的外在价值。实际联系标准下的各种法律选择方法都极容易诞生明确的法律选择规则，即冲突规范。不论是客观联系标准，还是主观联系标准，都已经被纳入各国的国际私法立法中，表现为不同涉外民商事法律关系应当遵守不同的选法规则。美国冲突法革命前的法律选择方法和标准，或许对内在价值追求重视不够，但在维护法的外在价值方面却是应当予以肯定的。仅仅因为要重视实质正义，就抛弃外在价值伸张，会导致冲突法失去“法”的一般特征。

（二）“公平”、“正义”标准与冲突法的内在价值

自然法要求实在法应当符合社会对正义价值的追求，否则就是“恶法”，而“恶法”是不应当被遵守的。[⑥]这种自然法思想同样影响到了涉外司法裁判过程。联系标准所产生的普遍性选法规则无法回避所指向的准据法可能在法院地国家法律观念看来是“恶法”或者不能体现公正的法。如果完全遵守这样的选法规则可能产生极不公正的裁判结果。这是因为，20 世纪前的世界各国民事法律，特别是婚姻家庭继承领域的实体法差异极大。这是世界各国发展程度不同所导致的。在这样的情况下，反致制度和公共秩序保留制度成为为数不多的可用手段，以回避适用法律选择规则可能指向的“恶法”。

因为各国民商事实体法的差异，所以有了协调民商法律冲突的国际私法。不过长期以来，国际私法学和国际私法立法都没有去评价各国民商事实体法的“好”与“恶”，“先进”与“落后”，只是在科学地设计如何适用法律。[⑦]是否科学和恰当的标准就是判断所适用的法律与争议的法律关系之间的联系。如果联系是恰当的，那么就象适用本国法那样适用外国法。在大陆法系国家看来，极其不公正的法律适用结果已经能够通过反致和公共秩序保留制度得以避免。冲突法作为法官司法的工具和方法，在绝大多数情况下并不直接涉及公正话题，也无需为案件裁判结果负责。

这种思维或观念导致的司法结果就是法官机械地套用冲突规范，盲目地适用不同国家的实体法。冲突法成为僵化的数学公式。国际私法也就成为死气沉沉的部门法。这种只有法的外在形式价值，缺失内在公平正义价值的传统观念之所以被美国冲突法革命所打破，正是因为这种观念和表象违背了法的一般特征。冲突法作为法的一个有机组成部门，也需

---

① See Symeon C. Symeonides, *The choice-of-law revolution today*, 298 Recueil des cours 89 (2002).

② See Robert A. Leflar, *Choice of Law: A Well-Watered Plateau*[J], Law & Contempary Problem, 1977, (41):10-26.

③ 参见乔雄兵：《美国民事诉讼中的挑选法院问题研究》，载《比较法研究》2007 年第 2 期。

④ 同注释③。

⑤［美］拉夫·迈克尔著，袁发强译：《美国冲突法革命的衰落与回归》，载《华东政法大学学报》2011 年第 6 期。

⑥ 参见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆，1965 年，第 199 页。

⑦ HESSEL E. YNTEMA, *The Historic Bases of Private International Law*, 2 Am. J. Comp. L. 297 1953.

要体现法的内在价值才能具有生命力。

单纯考察冲突法立法中的选法规则，联系标准不论表现为客观的实际联系，还是主观联系，都很难看出依照标准选出的实体法裁判结果是否公正。这样必然会破坏司法裁判的宏观使命。就每一个民商事案件的裁判而言，司法的目的在于通过个案裁判实体结果的公正性实现人民对法治的信心和司法的尊重。简单将裁判的不公正归咎于立法，特别是适用外国立法的结果，并不能让人民心中释然。否则，这与案件在外国法院处理又有何区别呢？希望通过选法标准的国际统一性实现裁判结果在各国法院的统一性也许是一个美好的愿望，但也可能是一个不现实、也不必要的幻景。[①]

传统民法本来就追求公平。“公平”被视为民法的基本原则。[②]古典民法所重视的公平只是“法律上的”公平，而现代民法则通过对特殊法律关系的特别调整，使实体权利向一方当事人特别倾斜的方式追求实质公平，从而实现实质正义。[③]冲突法应当顺应民商事实体法价值伸张的这一变化。

美国冲突法革命在司法实践中的体现集中在涉外侵权的法律适用方面。[④]这是因为，传统的侵权冲突规范强调适用侵权行为地法，而侵权行为地的实体法可能在某种特殊侵权行为是否构成、或者是否应该赔偿，以及赔偿范围方面不能令人满意。于是，背离侵权行为地法的适用公式，适用侵权责任成立、能够让被侵权人充分得到赔偿的法院地实体法成为法院适用法律的选择，认为这样才能满足“正义”的法律价值追求。

其实，将之完全归结于“正义”价值追求并不准确。在侵权、合同法律关系领域，“正义”价值并不独立体现在立法中，而是通过“公正”折射出来。换句话说，在侵权、合同等法律关系领域，对“正义”的理解应当与“公平”联系起来。不公平，也就不正义。[⑤]反过来，过分追求正义，可能导致不公平的结果。因此，立法需要对法律关系双方当事人的权利义务进行平衡。在婚姻家庭、继承法律关系领域，由于各国实体法差异巨大，“正义”在“公正”中的地位显得更为重要和明显一些。然而，这却在美国的冲突法实践中被忽视了。美国冲突法革命的各种新选法方法很少出现在传统的婚姻家庭和继承领域。这从反面也证明，“正义”价值并没有独立体现在美国的冲突法司法实践中。只有在极端案例情况下，才通过“公正”价值反映出来。

（三）冲突法内外价值的平衡与协调

总体说来，冲突法在历史上曾长期侧重于法的稳定性和可预见性，体现了法的外在价值，对内在价值追求的重视程度不够。之所以说重视程度不够，而不是忽视了内在价值，根本原因在于选法的联系标准本身已经能够反映一定的公正价值。只不过，这种反映是整体上的，不能体现不同涉外民商事法律关系对“公正”价值的不同程度追求。

以地域联系标准为例，不论是法律关系本座说，还是最密切联系说，都要求所适用的法律与具体争议的法律关系存在地域上的联系。毫无疑问，人不可能、也不应该遵守与其法律关系没有任何联系的法律。[⑥]这正是公正价值在法的选择标准上的体现。另一方面，如果法律关系的当事人协议选择适用某一法律，则体现出当事人对该法律公平性的总体评价。当事人意图使他们之间的法律关系受这一法律的支配，反应出他们认可该法律的公平性。[⑦]因此，不论是地域联系标准，还是主观联系标准，从冲突法的角度看，都满足了最低限度的公正性。只不过，这种最低限度的选法公正性可能不适应一些对正义价值追求较高的法律关系领域。

鉴于上述原因，笼统地以最低公正价值追求作为一切选法标准的基础，不能满足特定

---

① See Symeon Symeonides, *American Choice of Law at the Dawn of the 21st Century*, 37 WILLAMETTE L. REV. 1.

② 参见赵万一：《论民商法价值价值取向的异同及其对我国民商立法的影响》，载《法学论坛》2003 年第 6 期。

③ 参见梁慧星著：《从近代民法到现代民法》，载《民商法论丛》（第 7 卷），法律出版社 1999 年版，第 235 页。

④ 参见袁发强著：《人权保护与现代家庭关系中的国际私法》，北京大学出版社 2010 年版，第 45 页。

⑤ 参见贾佳：《民法与商法的公平价值之辨》，载《光明日报》2014 年 11 月 19 日，第 16 版。

⑥ HESSEL E. YNTEMA, *The Historic Bases of Private International Law*, 2 Am. J. Comp. L. 297 1953.p.303.

⑦ Mathnis Reimann, *Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century*, 39 Va. J. Int'l L. 571 1998-1999.p576.

领域冲突法的内在价值伸张。所谓“实质正义”的选法趋向在这些领域具有特殊重要的意义。否则，只能频繁动用公共秩序保留制度维持司法公正的底线。而频繁动用公共秩序保留制度的副作用也是明显的，不利于不同国家间人民的民事交往活动。

当然，冲突法不应对正义价值过分追求。过分追求正义价值的伸张只会使冲突规范成为空洞的革命口号，不能解决现实问题，反而丧失了冲突法的外在价值体现。正是因为美国司法实践过分关注实质正义话题，导致了“要规则，还是要方法”的伪命题，使得冲突法规则被抛弃。以至于美国学者总结认为，美国司法实践中的选法乱象实际上是法官在选择一个对于案件裁判结果“较好的法”。[①]更有甚者，出现了主张适用“最好的法”的呼吁。[②]

因此，冲突法仍然需要保持联系标准的适用。否则，冲突法的选法标准将变得不可预见和不可捉摸，或者说成为适用法院地本国实体法的赤裸裸的借口。美国冲突法革命的司法实践中的结果在一定程度上预示了这种悲剧。不论是采取政府利益分析的方法，还是“较好的法”，最终法律适用的结果都是适用了法院地的实体法。

当代欧洲国际私法的成功之处就在于混合了联系标准和公正标准，将之双维度地适用于特定法律关系领域。所谓混合，就是在联系标准基础之上，附加公正导向的标准。例如，在涉外扶养关系方面，适用扶养人住所地法、被扶养人住所地法中能够让被扶养人得到扶养的法。[③]这样，一方面通过联系标准确定几个与该涉外民事关系有实际联系的连接点，实现法律选择的稳定性和可预见性，另一方面为这些连接点的最终选择再次确定结果导向选择标准，实现法律选择的正义结果。通过这种混合方法，同时满足冲突法作为法的外在价值和内在价值伸张，从而实现冲突法内外价值的协调和平衡。

三、选法标准在不同涉外民商事关系领域的伸张差异

当代各国冲突法中，法律选择标准是多维的，即以联系标准为基础，以公正标准为导向，双维度地调整各种涉外民商事法律关系。这种双维度的标准因应不同类别的民商事法律关系对冲突法外在价值和内在价值追求层度的不同而呈现出变量的浮动。

（一）民、商实体法的分离与内在价值驱动

尽管国内学术界存在大民法观和“民商分离”的不同学术主张，但通观主要发达国家的立法实践，民商分别立法已成主流。这其中一个重要的原因是普通民事法律与商事法律在内在价值伸张方面存在差异。

当代民事法律越来越重视实质公正。这主要表现在除物权法外的合同法、侵权法和婚姻家庭法、继承法等领域。在这些领域，公正观不是民事法律关系的当事人可以自己选择和判断的，而是国家意志下的公正观。传统的公平观念强调当事人双方实体权利义务的对等，而没有考虑到现实生活中实际上的地位不平等，也没有特别明确要求伸张特殊价值。以合同领域为例，在一般商业合同中，当事人虽然在具体交易合同中的实际谈判地位不一定平等，但法律并没有为其中一方当事人附加特别义务；而在消费者合同情形下，法律将消费者视为谈判地位上的“弱者”，[④]规定了某些类型的合同条款无效，对商品生产者和经营者附加了许多限制性义务。法律的天平在权利方面向消费者倾斜。由此，合同法对于消费者合同项下当事人的权利义务进行了特别规定。

在婚姻家庭法和继承法领域，特殊的价值伸张成为当代立法变革的主要驱动力。在实现平等保护的基础之上，法律还对妇女、儿童进行特殊保护。在婚姻家庭法方面，男性在女性怀孕期间不得提出离婚；非婚生子女不再受到歧视，与婚生子女享有同等的权利；在

---

① See Robert A. Leflar, *Choice of Law: A Well-Watered Plateau*[J], Law & Contempary Problem, 1977, (41):10-26.

② See Luther L. McDougal, T*oward Application of the Best Rule of Law in Choice-of-Law Cases*[J], Mercer Law Review,1984,(35):483; Also see Friedrich K. Juenger, *Choice-of-Law and Multi-state Justice* [M], Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers,1993:326.

③ 见 1961 年海牙《遗嘱处分方式准据法公约》第 1 条的规定。

④ See Rosler, Hannes, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-Level Private Law* , 18 Eur. Rev. Private L. 729 2010.

子女抚养和监护方面，要求贯彻儿童利益最大化原则。[①]在继承法领域中，男女平等继承权、特留份、也体现了平等保护和特殊保护的实质公正倾向。

相对于民事法律的巨大变化，商法则维持了传统的平等立场，没有过分追求实质公正。这是因为，商法的内在价值在于维护交易秩序、降低交易风险、提高交易效率。[②]国家立法者将是否公平的的判断主要交由商业关系的当事人，除非合同条款触及立法中的强制性或禁止性规定，原则上尊重当事人在合同中约定的权利义务安排。由此，对合同条款是否“显失公平”的判断并不一定影响合同的效力，而只是赋予了一方当事人请求撤消的权利，且应当在一定期限内行使。[③]法律也没有完全否定对赌协议在股权投资交易中的效力。[④]在海上货物运输中，谁持有不记名的提单，谁就可以向承运人主张提货的权利。

在商法领域，即使国家立法通过强制性规定介入当事人的合同约定，也主要不是对交易当事人的约定是否正义的价值考察，而是从维护交易秩序和公共利益的目的出发，干预交易的种类内容和交易条件。例如，要求从事金融业务的企业应当达到一定的资本充足金；[⑤]在股市交易中限制每天的涨跌幅度等。这些主要是从维护交易安全和交易秩序的角度进行的限制性规定。还有法律规定限制银行对二套房购买者发放贷款，以抑制房屋价格，则是为了社会公共利益的考量。这些限制性或禁止性规定本身并直接涉及对交易双方当事人权利义务是否公平的判断。立法者无意对交易的某一方当事人的利益特别倾斜。当然，也可以泛泛地认为，这种干预体现了立法者宏观调控社会正义的公共政策。因此，商法在内在价值上要体现一定程度的社会正义，而不是特别强调实现具体交易关系中的实质正义。这也是立法者无法判断的。维护交易规则的安全性和透明度，充分体现法的外在价值在商法中具有特别重要的意义。

（二）冲突法选法标准的因应

由于民商事实体法价值伸张的不同，协调各国民商法冲突的冲突规范在价值伸张方面也不一样。当代冲突法的主要变化主要集中在需要特别反应内在价值即公正价值的民事冲突规范方面。物权领域的冲突法选法标准基本没有变化。尝试将当事人意思自治引入物权法律适用领域的冲动反而会破坏物权关系的稳定性，[⑥]从根本上妨碍对世权的实现。而且，这种变化本身也并不涉及实质正义的彰显，而是能否将主观联系标准作为确定物权法律适用标准的问题。

在涉外合同领域，由于民事合同和商事合同的不同，当代冲突法对于跨国消费者合同、劳动雇佣合同的法律适用立场采取向消费者和劳动者倾斜的方式。因为，消费者和劳动者被视为合同谈判地位上的“弱者”，需要特别保护。[⑦]这种“弱者”不仅在合同实体权利义务的谈判上处于弱势谈判地位，还因为对不同国家消费者法律或劳动保护法律知情权上的弱势，而被看作为法律选择上的“弱者”。[⑧]因此，欧洲一些国家和我国立法限制当事人意思自治选择法律适用的权利，或者赋予消费者和劳动者单方面选择法律适用的权利，[⑨]以此达到保护消费者和劳动着实体权利的目的。

侵权领域的变化也主要是由跨国产品质量侵权造成人身伤害的纠纷所引起。冲突法的

[①] 见陈苇、谢京杰：《论“儿童最大利益优先原则”在我国的确立——兼论<婚姻法>等相关法律的不足及其完善》，载《法商研究》2005 年第 5 期；夏吟兰：《民法典未成年人监护立法体例辩思》，载《法学家》2018 年第 4 期；王洪：《论子女最佳利益原则》，载《现代法学》2003 年第 6 期。

[②] 参见王建文：《我国商法的核心价值：逻辑展开与实践运用》，载《法学杂志》2012 年第 1 期，第 73-75 页。

[③] 参见我国《合同法》第 54、55 条的规定。

[④] 在海富投资诉甘肃世恒对赌协议案中，最高人民法院在判决书中认为，投资者与目标公司对赌协议无效，但与目标公司股东之间的对赌协议有效。参见最高人民法院（2012）民提字第 11 号民事判决书。

[⑤] 例如，《巴塞尔协议III》规定，银行资本结构的最优情况应该是平均一级核心资本、其他一级资本和二级资本占比分别 71.4%，9.5%和 19.1%。

[⑥] 参见宋晓：《意思自治与物权冲突法》，载《环球法律评论》2012 年第 1 期；杜焕芳：《论我国涉外物权法律适用的完善》，载《当代法学》2013 年第 2 期。

[⑦] See Daniel D. Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, 76 U. Colo. L. Rev., Winter 2005, pp139-241.

[⑧] See Giesela Ruhl, *Consumer Protection in Choice of Law*, 44 Cornell Int'l L.J. 569 2011.

[⑨] 例如，我国《涉外民事关系法律适用法》第 42 条规定：“消费者合同，适用消费者经常居所地法律；消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的，适用商品、服务提供地法律。”

选法方法侧重于适用让受害人得到赔偿或者得到更多赔偿的法。[①]

如前所述，对正义价值追求较高的领域主要是婚姻家庭和继承领域。从客观现实看，各国在这些领域的实体法差异也最大。当今还出现了同性婚姻能否得到外国承认、[②]跨国代孕子女权益保护的问题。[③]在家庭关系方面，扶养与监护方面的实体法差异仍然明显。此类差异往往不是权利义务内容多少的程度差异，涉及到法律的基本原则，如儿童利益最大化原则、保护妇女和老年人原则等等，具有强烈的是非道德感，甚至涉及到宪法层面。在继承领域，根据遗产的性质划分动产与不动产分别确定不同的法律适用标准，看起来是对继承判决能否得到不动产地国家承认和执行的担忧，但却有违平等权在继承领域的实现。[④]

所以，当代冲突法变化最大的其实是婚姻家庭和继承领域。来自国际人权法、宪法的传导影响是这个领域冲突法发生变革的内在原因，而美国冲突法实践对司法结果公正的追求则是直接动因。由此，欧洲国际私法的成功转型没有象美国那样停留在涉外侵权领域，而是在婚姻家庭的冲突法方面普遍开花结果。通过宪法男女平等原则的干预，德国国际私法中摒弃了单纯以丈夫的国籍作为确立夫妻关系冲突规范连接点的做法，改之以双方国籍；[⑤]通过人权保护的解释，欧洲国际私法还实现了对扶养和监护冲突规范的改造。[⑥]联系标准和结果导向标准同时出现了一条冲突规范中。[⑦]这不仅为冲突法带来了鲜明的实质公正色彩，而且证明可以同时保留联系标准的规范优势。相对于美国冲突法抛弃法律选择规则的乱象而言，挽救了冲突规范的外在价值伸张，使冲突法焕发出新的活力。

（三）多维选法标准的变量波动

当代欧洲冲突法的发展证明，单一选法标准不能协调和平衡冲突法外在价值和内在价值，单一选法标准统领一切法律关系领域的时代结束了。对应不同涉外民商事法律关系，可能需要不同的选法标准，甚至需要重叠适用两种以上选法标准，以满足多元的价值追求。同时,任何一种新出现的选法标准都不可能完全取代传统选法标准的地位和作用。联系标准是法律的基础标准，而公正标准则是衍生标准。

联系标准是最能体现法的稳定性和可预见性的选法标准，也是基础的选法标准。不论是法律关系本座说或最密切联系说都是联系标准中的地域联系标准。在现实的物理空间中，地域联系标准能够很好地解决可选法律的范围。最密切联系说不仅仅是对法律关系本座说选法唯一性的矫正，更能适应物理空间与网络空间的互动。通过最密切联系标准确定冲突法规则，更有利于网络空间中发生的合同、侵权等跨国争议的解决。当事人意思自治这个主观联系标准已经成功地被运用到合同领域之外的侵权、婚姻家庭和继承领域，反映出法律适用的可预见性和公平性互动。从选法标准适用范围看，地域联系和主观联系的选法标准几乎可以适用于一切涉外民商事关系领域，因而是基础性的选法标准。当然，在联系标准中，客观联系标准的适用范围广于主观联系标准。

应该说，联系标准能够满足冲突法最低限度的公正价值追求。在那些对实质公正没有特别要求的法律关系领域，单纯的联系标准已经足以应付冲突法内在价值追求的需要。例如，在涉外物权关系领域，不论是哪一种类的物权争议，运用联系标准选择物之所在地法并不会导致人们对司法裁判公正的怀疑。在涉外物权关系领域之外的民事行为与代理、跨国商业交易关系中，同时安排地域联系标准和当事人意思自治的选法标准，基本上也能满足大部分公正性要求。

公正标准作为一种衍生或附加的选法标准，并不能孤立存在，而是对联系标准体现出

[①] See Symeon C. Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution*, 298 Recueil des cours 357 2002. pp.397-405.

[②] 参见袁发强：《同性婚姻与我国区际私法中的公共秩序保留》，载《河北法学》2007 年第 3 期。

[③] 章敏丹、胡金冰：《代孕子女的法律地位及其监护权确认》，载《人民司法》2017 年第 2 期。

[④] 参见宋晓：《同一制与区别制的对立及解释》，载《中国法学》2011 年第 6 期。

[⑤] 参见袁发强著：《宪法对冲突法的影响》，法律出版社 2007 年版，第 270-274 页。

[⑥] 参见袁发强著：《人权保护与现代家庭关系中的国际私法》，北京大学出版社 2010 年版，第 121-130 页。

[⑦] 例如，1973 年海牙《儿童抚养义务法律适用公约》规定，扶养义务应当适用的法律为扶养权利人的惯常居所地法。惯常居所地变更时，从变更时起，依变更后的惯常居所地法。如果依惯常居所地法权利人得不到扶养时，则依扶养权利人及扶养义务人双方共同的本国法。如依共同的本国法也得不到扶养或没有共同的本国法时，依受理机构的内国法。

的选择性冲突规范进行选法定向。[①]选择性冲突规范一般会有两个以上的连接点，从而可能指向两个以上国家的实体法。公正标准引导法官通过价值伸张判断，在实体法之间进行选择。可见，孤立的公正标准会产生没有可选范围的现象，也就无法达到价值判断的目的。公正标准的引入只能是在特定涉外民事关系领域，甚至是特定民事关系中的特定方面，而不能是概括的一般性适用。例如，在涉外父母子女关系中，不能笼统地规定选择适用有利于保护弱者的法。[②]对于扶养人相互之间的争议，与被扶养人的利益并不直接关联，判断是否有利于被扶养人存在困难。

总体上，联系标准和公正标准在涉外民商事关系领域的适用与具体民商事实体法外在价值和内在价值的伸张保持同一性。商事实体法在追求基本公正的前提下注重法的稳定性和可预见性，因此，商事冲突法主要运用联系标准，基本上不涉及公正标准；在合同、侵权方面，基于民、商性质的不同，在民事合同和侵权方面，虽然没有明确附加公正标准，但在联系标准的基础之上通过特殊的选择方法实现定向的选法效果；婚姻家庭继承实体法对实质正义有较高的要求，因此，这些领域的民事冲突法在联系标准的基础之上还附加了公正标准。这就是多维选法标准的变量波动。波动的动力源于不同性质法律内在价值伸张的要求层度。

结 语

虽然冲突法中引入了公正标准以实现选择较好的法的目的，但公正标准的层度仍然应该是一种政策性的，而不是结果性的。公正标准的引入不应破坏冲突法外在价值的体现。正是因为冲突法需要反映法的外在价值和内在价值，才有了多维选法标准的并存。也因为不同涉外民商事冲突规范对外在价值和内在价值追求层度的不同，因而多维标准在具体涉外民商事法律关系领域呈现出变量波动的态势。在制定具体冲突规则条文时，应当充分考量不同涉外民商事关系领域需要伸张的法价值。既要与时具进，及时反映民商事实体法对公正追求的变化，又要避免因理想主义的冲动而拟定司法效果背离立法初衷的选法规则。冲突法的生命力不在于冲突规范表面的革命性，而在于涉外司法裁判的可操作性和结果公平性。

22.跳出外国法无法查明的怪圈：“大国司法理念”下的新思考

张贻博

摘　要：我国的大国地位决定了我国司法实践必须贯彻大国司法理念，并运用大国司法制度应有的内涵完善我国的国际民事诉讼活动。随着改革开放的不断深化和“一带一路”战略的不断实施，我国涉外案件的数量日益递增，外国法查明制度的重要性得到进一步的凸显。优质高效的外国法查明是高质量的涉外司法判决不可或缺的前提和保证,有利于提升一国涉外审判公信力,更是大国在司法领域应做出的表率。长期以来，“外国法查明不能”一直困扰我国涉外民商事案件的审判，责任分配的表述不清、认定无法查明的标准模糊、查明的成本比较高昂以及配套制度的供给不足均是亟待突破的“瓶颈”问题。我国应以更加积极主动的姿态，通过重塑外国法查明主体责任分配的规则、明确外国法无法查明的认定标准、降低当事人查明外国法的成本、确立法官查明外国法的激励与免责机制、发挥使领馆查明外国法的近水楼台优势、完善查明外国法的司法协助条约途径、设置专家查明外国法方式中的配套制度等方法，及时完善外国法查明机制，从而跳出外国法无法查明的怪圈。

关键词：大国司法理念；涉外民商事案件；无法查明；外国法查明机制

[①] See P. Hay, *Flexibility versus Predictability and Uniformity*, 226 Recueil des cours 282 1991.

[②] 参见袁发强：《有利的法：实质正义的极端化》，载《现代法学》2015 年第 3 期。

作者简介：张贻博（1994.01—），男，山东滕州人，上海对外经贸大学法学院国际法专业 17 级硕士研究生，研究方向：国际经济法、国际私法，Email：tcbdbl@163.com。

To Avoid the Failure of Ascertaining Foreign Law——New Thinking under the Idea of Justice in a Large Country

Zhang Yibo
（Law school, Shanghai University of International Business and Economics, Shanghai 201620, China）

Abstract: As a great power in the world, China should make its judicial practice implement the idea of judicial system of a large country and use the judicial system connotation of large countries to develop international civil procedure.With the deepening of reform and opening up and the implementation of the "Belt and Road" strategy, the number of foreign-related cases in China has been increasing continuously and the importance of ascertaining foreign law has been further highlighted. High quality and efficient ascertainment of foreign law is an indispensable prerequisite and guarantee for good foreign-related judicial decisions.It is conducive to enhancing the credibility of a country's foreign-related trials, and it should also be made on a large country's own initiative in the judicial field.For a long time, "foreign law can not be ascertained" has been bothering the foreign-related trial of civil and commercial cases in our country.The ambiguous distribution of responsibilities, the unclear criteria for failure of ascertainment,the high costs of proving and the lack of supporting measures are bottleneck problems in urgent need of breakthrough.Therefore, China should take more proactive measures to avoid the failure of ascertaining foreign law by revising the rules for the allocation of responsibilities, clearing the identification standard for failure of ascertainment, reducing the cost of of proving, establishing the encouraging and exemption mechanism of judges, giving full play to the location advantages of embassy and consulate, developing the methods through international judicial assistance agreements and design supporting measures for experts.

Keywords: the idea of justice in a large country；foreign civil and commercial case；failure of ascertainment；mechanism of ascertaining of foreign law

众所周知，法治作为一个国家成功的标志，是大国软实力的重要组成部分。中国用 40 余年的时间从一个国际民商事领域立法几乎空白的国家走向一个符合现代法治标准和法治理念的、国际民商事法律制度基本完备的国家，国际民事诉讼受案量名列世界前茅，这些进步是有目共睹的。比如，近些年来，上海法院涉外、涉港澳台商事案件呈现涉“一带一路”沿线国家案件逐年增多、新类型纠纷逐年增多、大标的案件增长明显的“三多”特征。[①]但是，不能忽视的现实是与世界发达国家特别是西方大国相比，中国国际民事诉讼制度与实践仍较为落后，与当前的大国地位并不相匹配。因此，秉承大国司法理念，运用大国司法应具备的制度内涵完善现行的国际民事诉讼制度并指导涉外审判实践，是中国实现“一带一路”新时期国家战略的必然要求，也是进一步提升中国司法全球公信力、影响力和竞争力的有力保障。

[①] 《高院发布 2012－2016 上海法院涉外、涉港澳台商事审判白皮书及十大典型案例》，上海法院网：http：//shfy.chinacourt.org/article/detail/2017/09/id/3001681.shtml，2018 年 12 月 5 日访问。

何为大国司法理念？按照徐显明教授的标准，一个大国必须在制度上给人类作出贡献，只有当一个国家在制度上作的贡献能够被其他国家所借鉴、所模仿的时候，才是真正的全球性大国。[①]所谓大国司法理念，即在争议解决服务领域能够提供优质服务的大国，其司法制度和司法实践所具有的一些共同性的价值观念。除司法制度本身应具备公正、效率、合作、服务等基本特点外，司法实践中充分尊重并广泛接受现代国际法，平等对待内外国法律体系，公平公正地处理涉外民商事纠纷，弘扬包容的司法文化，尽最大努力查明并正确适用外国法律，为国际经济交往创造稳定的和可预见的法治环境均构成大国司法理念的内涵。[②]从某种角度而言，一个国家的国际民事诉讼制度是国际民商事案件的当事人可供选择的化解争议的服务。如果当事人在调研过某国的制度及判例后发现其国际民商事争议解决机制不具有一定的优势，则很难对其产生吸引力，也有可能阻止其在该国从事更多的跨国民商事活动。司法功能理念上突出的服务性要求之一是在充分尊重当事人意愿的基础上，在内国司法活动中尽力查明和准确适用外国法，除非该外国法明显违反本国的公共利益。这既是一个国家司法制度开放、包容的标志，也意味着外国法查明方面大国司法应做出表率。然而，由于立法本身的不足及实践中的现实问题，外国法查明机制在我国司法实践中所取得的成效不容乐观，“外国法无法查明”如同一个怪圈令相关各方难以避免地屡陷其中，这就不能满足当事人的需求和适应中国的大国地位。因此，本文以大国司法理念为背景，结合我国现行法律法规和司法实践，在前期相关研究的基础上，全方位地分析我国外国法查明机制在当下亟待解决的主要问题，进而有针对性地为健全和完善我国外国法查明机制建言献策。

一、我国外国法查明的法律规制与司法现状

所谓“外国法查明”，在德国被称为“外国法内容的确定”，在英美法系国家被称为“外国法的证明”，是指一国法院审理涉外民商事案件时，经本国冲突规范或国际条约指引而确定准据法为外国法的情况下，如何证明该外国法的存在及具体内容的真实有效性，由谁通过何种方法或途径提供该类证明材料，以及如何加以认定的制度。外国法的查明攸关冲突法本身的存亡，具体到我国的司法审判实践中，这既关系到特定涉外案件的法律适用，进而影响案件的判决结果及各方当事人权利义务的分配，又对保证判决的稳定性、统一性和可预见性有着至关重要的意义，并关系到我国法院在维护公平正义方面的国际声誉。为此，最高人民法院曾明确指出，准确查明和适用外国法律，增强裁判的国际公信力是为“一带一路”建设提供司法保障的措施之一。[③]

（一）我国外国法查明的法律规制

我国最早关于外国法查明的规定见于 1988 年《最高人民法院关于贯彻执行＜中华人民共和国民法通则＞若干问题的意见(试行)》（下称《民通意见》），其第 193 条列举了五种外国法查明方式。[④]为统一裁判尺度，2005 年最高人民法院出台了《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》（下称 2005 年《会议纪要》），其第 51、52、53 条对外国法的查明做出了相应规定。[⑤]之后，2007 年最高人民法院制定了《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（下称《涉外民商事合同规定》），其第 9 条对《民通意见》进行

---

① 肖永平：《提升中国司法的国际公信力：共建“一带一路”的抓手》，载《武大国际法评论》2017 年第 1 期。

② 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017 年第 5 期。

③ 见《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，最高人民法院官网：http：//www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14900.html，2018 年 12 月 5 日访问。

④ 第 193 条：对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：（1）由当事人提供；（2）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（3）由我国驻该国使领馆提供；（4）由该国驻我国使馆提供；（5）由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

⑤ 第 51 条：涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。第 52 条：当事人提供的外国法律经质证后无异议的，人民法院应予确认。对当事人有异议的部分或者当事人提供的专家意见不一致的，由人民法院审查认定。第 53 条：外国法律的内容无法查明时，人民法院可以适用中华人民共和国法律。

了填补和提炼。[①]直到 2010 年 4 月，《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》（下称《法律关系适用法》）的颁布实施才结束了我国没有单行、统一的法律适用法的局面，其第 10 条对外国法的查明主体进行了“二分法”的规定。[②]《法律关系适用法》实施两年多后，2012 年 12 月最高人民法院通过了《关于适用涉外民事关系法律适用法若干问题的司法解释》（下称《＜法律关系适用法＞解释一》），其第 17、18 条使我国的外国法查明制度得以进一步充实。[③]自 2013 年“一带一路”倡议提出以来，最高人民法院又相继发布了一系列为“一带一路”保驾护航的重要司法文件，包括：2015 年 7 月公布的《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》[④]、2015 年 12 公布的《关于海事诉讼管辖问题的规定》[⑤]、2016 年 6 月公布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》[⑥]以及 2017 年 1 月公布的《关于为自贸区建设提供司法保障的意见》。[⑦]这些司法文件中的要求同样也是我国在完善外国法查明机制中的应有之义，理应加以高度重视。

（二）我国外国法查明的司法现状

从司法实践来看，涉外民商事案件有关外国法查明和适用的情况在我国并不理想。据初步统计，截至 2016 年 10 月 15 日，自 2011 年《法律关系适用法》付诸实施以来，实际援用该法第 10 条涉及查明外国法律的案件仅有两位数，计 42 宗。其中，外国法查明不能转而适用中国法律的比例占其总数的 90%，高达 38 个之多。而在无法查明的案件中，由于当事人选择法律而无法适用的占其总数的 58%，有 22 件。法院依职权无法查明的占其总数的 42%，有 16 件[⑧]。且不论当事人是否选择适用外国法，上述数据从一定程度上反映出我国法官在审判实践中并未充分、积极地履行查明并适用外国法的职责，而是将外国法查明的义务更多地附加给当事人，并尽可能地选择适用中国法，在法律适用上体现出明显的“返乡趋势”。

二、我国外国法无法查明的主要症结及分析

就目前而言，我国外国法查明的相关立法有待改善，相应的配套措施供给不足，这使得现行法律运行时不免捉襟见肘，有时窒碍难行。尤其是在与“一带一路”沿线国家共同打造国际法律共同体的背景下，我国外国法查明机制的层次不够清晰，查明的附加成本较高，认定无法查明的标准笼统而模糊，查明途径缺乏实用性，可操作性不强，使“外国法

[①] 第 9 条：当事人选择或变更选择合同争议应适用的法律为外国法时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律。当事人和法院通过适当的途径仍未能查明的，法院可以适用我国法律。

[②] 第 10 条：涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。

[③] 第 17 条：人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。第 18 条：人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。

[④] 该意见要求人民法院必须综合考虑法律关系中的各种涉外因素，并以当事人的意思自治为基础，积极查明和准确适用外国法，从司法层面上化解国际商事交往中当事人的担忧。

[⑤] 该规定就司法改革的深化、我国司法国际影响力和公信力的提升、“一带一路”建设的司法需求的逐步满足提出了要求。

[⑥] 该意见就构筑和健全“一带一路”建设的多元纠纷解决机制、提升我国在国际规则制定中的话语权以及积极参与相关国际规则的制定并提供具有中国特色的方案等方面做出了具体而翔实的规定。

[⑦] 其第 11 条对建立合理的外国法查明机制作出了新的规定：建立合理的外国法查明机制。人民法院审理的涉自贸试验区的涉外民商事案件，当事人约定适用外国法律，在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律；人民法院了解查明途径的，可以告知当事人。当事人不能提供、按照我国参加的国际条约规定的途径亦不能查明的外国法律，可在一审开庭审理之前由当事人共同指定专家提供。根据冲突法规范应当适用外国法的，人民法院应当依职权查明外国法。

[⑧] 宋锡祥、朱柏燃：《“一带一路”战略下完善我国外国法查明机制的法律思考》，载《上海财经大学学报》2017 年第 4 期。

无法查明”成为被滥用的工具。归结起来，我国外国法无法查明的主要症结如下：

（一）责任分配表述粗略造成推诿

《法律关系适用法》第 10 条对外国法的查明主体进行了“二分法”的规定，在查明外国法方面的分工的重要“分水岭”就是“当事人是否选择适用外国法”。该条文看似责任分配明确，实则使得法官和当事人对于其查明责任孰轻孰重难以判断，导致司法实践无所适从。传统国际私法理论认为对外国法的定性直接影响或决定着外国法查明责任的分担，但笔者从“事实说”与“法律说”①的角度进行研究后发现，法律概念通常由理论家从其本国法律制度中提炼出来，其内涵和外延由其赖以产生的法律规范或司法判例所定义，因而这些理论概念并非能够直接用于一般性地定义或解释中国的相应制度。“事实说”与“法律说”的概念化归类仅仅是划定权限边界的一种工具而已，各国之间其实并不存在定义“事实问题”与“法律问题”的普适性标准。所以，我国外国法查明机制须整合本国诉讼模式对法官与当事人角色的基本定位、司法制度对外国法查明的功能预期、司法理论对事实问题与法律问题的一般定义等多重因素，按照我国现行立法和司法实践的实际状况来进行归纳、设计和调整。这与外国法的性质没有必然联系。

通过研究我国诉讼模式可知，当前在事实调查方式和事实调查权限方面，法官的权限几乎没有形成当事人主义的意识或理念，法官的事实调查权和裁判权完全可以超越当事人双方的事实主张或对抗范围或制约，更不必说法官在法律适用方面的绝对权力不受当事人法律主张的影响了。由此可见，我国的民事诉讼基本上尚未超越职权主义模式，法官仍在多个层面承担着查明事实真相的职责。所以，即使将当事人选择的外国法纯粹作为事实问题而由当事人负担证明责任，也不能免除法官依据最高法院关于涉外法律适用和证据规则等相关规范的明确规定在特定情形下承担的查明义务。差异仅仅在于，作为法律问题，法官要主动承担完全责任；而作为事实问题，法官要在当事人书面请求时承担责任。在此意义上，将外国法视为事实问题抑或法律问题的差异仅仅在于解释方法不同，作为事实问题则该外国法规范（证据）须与案情事实之间存在“关联性”，作为法律问题则该外国法规范须与案情事实之间存在“涵摄”关系。②因此，在中国语境下，即便《法律关系适用法》第 10 条第 1 款第 2 句和《＜法律关系适用法＞解释一》第 17 条第 2 款的表述看似是免除了法院在当事人不能提供外国法之后继续查明外国法的义务，也不能认为这是将外国法查明完全依赖于当事人举证，特别是法院在能够轻易查明却未亲自经其他任何途径查明、也不说明任何理由的情况下，轻易地以当事人举证不能为由认定外国法不能查明。

以上分析表明，我国陷入外国法不能查明怪圈的第一个症结就是在我国诉讼模式转型、法官与当事人之间权利义务结构调整的过程中出现局部紊乱现状下，相关法律规范对外国法查明责任分配的表述不准确、语焉不详，对查明主体“一刀切”、未体现立法本意中应有的主次之分，令法院和当事人都不知晓各自对查明外国法在何种程度上应负担责任，从而造成了各种踢皮球或懈怠的现象。

（二）无法查明标准模糊引发滥用

尽管表述不甚准确，但我国立法对外国法查明责任分配是有所规定的。而在外国法无法查明的认定标准的方面，无论是法律还是司法解释对此都可谓惜墨如金了。笔者认为，应当从两个层面进行评判是否查明，分别是“查”的层面和“明”的层面。从“查”的层面看，责任主体不能按照规定查到或提供外国法内容，则被认定为无法查明；从“明”的层面看，若责任主体查到或提供了外国法的材料，但进一步分析后发现该材料从形式和内容上不能满足于争议问题的解决，则仍被认定为无法查明外国法。

在我国，有关当事人的“查”的层面唯一能找到的依据便是《＜法律关系适用法＞解释一》第 17 条第 2 款规定的当事人不能按时提供外国法则可以被认为不能查明，即“合理期限”标准。至于合理期限为多久、其考量的实际因素是什么，该司法解释并没有明确做

---

① “事实说”大多被英美法系国家采用，理论渊源是国际礼让说。它们将外国法定性为“事实”，依据“法官运用法律，当事人证明事实”这一原则，由当事人担负查明外国法的责任。“法律说”主要由大陆法系国家采用，理论渊源是法律关系本座说。它们将外国法视为与内国法一样的法律，根据“法官知法”这一原则，认为法官有查明外国法的职责。除此之外，在事实说与法律说之间的折衷又产生了特种法律说，更侧重于法官的调查，但在法官不知道或很难知道外国法的情况下，可以责令当事人予以协助。

② 傅郁林：《民事裁判思维与方法——一宗涉及外国法查明的判决解析》，载《政法论坛》2017 年第 5 期。

出回答或给出具体的实施标准，这就意味着将期限的判断标准等问题完全交给了法院，法官对此享有很大的自由裁量权。即使是公正的法官也无法真正摆脱适用内国法的现实诱惑，所以这就造成了很多法官在合理期限上做文章、以“当事人未按期提供外国法”为由转而适用中国法。另外，我国目前尚未对法院这一责任主体在“查”的层面进行正式规定。唯一有所关联的便是最高人民法院民四庭负责人就《＜法律关系适用法＞解释一》答记者问时称该司法解释本意并不要求人民法院在穷尽《民通意见》第 193 条列举的五种查明途径均未果的情况下，才能认定不能查明外国法律。然而他又称，实践中多有认为应当穷尽上述五种途径的误解，因此，《＜法律关系适用法＞解释一》第 17 条第 1 款仅对司法实践中常用的三种途径进行了列举，并明确规定经这些合理途径仍不能获得外国法律的可以认定为不能查明外国法律。①这就引发了新的问题，上述对“五变三”的解读是意味着只需要穷尽常用的三种途径，还是这三种途径亦不必穷尽呢？该负责人最终并没有给出明确的说法。笔者认为，由于法院是择一查明无果即可还是需穷尽查明无果方可作为认定无法查明的认定标准目前尚无定论，实践中缺乏统一标准或正式规范，法院经常仅适用其中一种最简单的途径——由当事人提供，并在当事人不能提供外国法时，即轻率地认定“不能查明外国法”，这必然造成了当前司法审判之乱象。

在“明”的层面导致外国法无法查明的情况是，即便查找到了相关的外国法的资料，法院也可能拒绝采纳这些结果。在我国的司法实践中，当事人提供的外国法普遍地被作为事实证据来对待②，基于这一事实性导向，法院往往从证据的三个基本属性——真实性、关联性、合法性的角度对外国法资料的证明效力进行判断。法院从这三个方面去审查后很可能基于以下原因拒绝采信当事人提供的外国法证明资料：第一，专家法律意见书中缺乏有力的法律根据。如果当事人提供的仅仅是对外国法适用的主观意见而非外国法律本身，则会因为其无法证明外国法内容的客观性而被法院认定为无法查明。第二，所查明的法律与案件纠纷解决之间欠缺必要的关联性。比如当事人所查到的是非外国法中解决争议事项的规范，不能证明该外国法与待决案件事实之间的具体联系。第三，当事人提供的外国法不符合我国民事诉讼程序对于证据形式的若干要求。尽管我国立法中并未对查明外国法的程序事项作出规定，但在当事人将外国法的内容提交至法院时，法院会根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》③对它认为不符合要求的外国法予以排除。而在法院负担查明责任时，由于法院认为其查找外国法的过程本身已经包含了对外国法内容真实性、关联性和合法性的考查，所以它不会主动在“明”的层面否定自己查找到的外国法资料，因此被拒绝采纳的都是当事人提供的外国法。

总而言之，由于我国《民事诉讼法》尚未对当事人提供的外国法专门规定采信标准，所以未达证据要求就成了通过当事人提供的途径查明外国法时，我国法院常用的认定外国法无法查明的理由。这给法院留下了较大的自由裁量空间，在大量的司法实践中出现了法院滥用“当事人未提供外国法”这一新借口，在“明”的层面进行限制适用外国法。

（三）法经济学成本高昂导致消极

假如上述的这些在我国外国法查明制度中的瓶颈问题得到了有效解决，那么外国法查明机制是否便不再失灵？笔者对此所持的观点是否定的，从经济学原理的视角看，外国法查明的责任主体应被视为理性人。趋利避害的本性会使理性人在感觉查明外国法的成本高于收益时，更倾向于消极不查明外国法；反之，则会倾向于积极查明外国法。结合法经济学的理论进行分析，在个案中外国法查明的成本过高或许才是使得外国法查明机制失灵的症结所在。

首先，一国法官尚且至多精通其本国法，绝大多数当事人在法律方面的非专业性自不必言。因此，由当事人提供外国法的路径在实践中都离不开外国法专家的参与。对当事人

① 《最高人民法院民四庭负责人就<关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）>答记者问》，最高人民法院官网：http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-4966.html，2018 年 12 月 5 日访问。

② 例如 2016 年最高人民法院《涉外商事海事裁判文书写作规范》中要求将外国法查明的客观事实与案件查明的客观事实一起，置于“九、根据质证认证情况，对业经查明认定的基本事实进行综合陈述”之下。

③ 第 11 条：证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证。第 12 条：当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

来讲，外国法查明程序自身消耗的成本主要涉及金钱和时间，以聘请外国法专家或委托专业法律服务机构查明为例，从当事人联系专家，到专家查询外国法，到出具专家意见书，到出庭参与质证等环节，高昂费用的发生在所难免。此外，为了查明外国法，当事人还需投入更多的时间精力，被诉讼拖累是难免的事。相比于成本，外国法查明在许多个案中的收益则并不明显，在各国民商法渐渐趋同的情况下，适用外国法未必能给具体案件带来更多商业利益。因此，当冲突规范指引的准据法是外国法、法院要求当事人查明时，当事人出于对成本上的考量而选择妥协，消极地等待法院宣布“不能查明外国法”转而适用对其不会带来太大不利后果的本国法便是最经济的做法了。至于当事人合意选择外国法的情形，如果其选择只是谈判妥协或标准合约的产物，则当事人因畏惧查明域外法等原因而主动放弃适用的行为便无可厚非了。

其次，部分法官因制度性因素而存在畏难和排斥心理，从而负面地影响理性人的行为，造成了涉外司法中普遍存在的“返乡趋势”。这一心理的成因除国际私法意识薄弱、面对积案压力不愿自添麻烦、由于专业训练和语言文化等方面的隔阂而难以自信准确地面对外国法外，便是外国法查明的司法制度附加成本比较高昂。[①]司法资源本就紧张，不言而喻，涉及外国法查明的具体案件肯定会使承办法官所将承受较重的工作负担。就算法官足够勤勉、迎难而上查到了外国法，发生外国法查明的偏差或错误也是在所难免的。一旦产生此类偏差或错误，案件很可能遭遇当事人的挑战。而即便上述假设没有发生，在后续适用外国法的过程中，法官依然会面临挑战，比如按照法律适用一致性的要求，国际私法理论要求法官解释准据法时须按照所适用外国法法域的理念来进行。以具有较强灵活性的英美判例法的适用为例，英美法从业人员就同一法律争议点存在较大分歧甚至持相反观点的判例并不罕见。要求中国法官于动辄上百页的外文判例中精确地找到法律规则、原则，继而如英美法法官那般进行司法的论证与推理绝非易事，难以保证在该过程中不会出现法律适用偏差。倘若此类偏差或错误会被计入年终考评，审理法官所要承受的心理压力不言自明。对于理性人，查明并适用外国法的劳动成果非但不意味着可以得到确切的正面评价，而且还承担如被二审纠偏、扣奖金、影响晋升等负面评价的风险，这就表现出一些案件中外国法查明的成本显大于收益，法院特别是承办法官必定会因该等制度的附加成本而对外国法查明持消极懈怠态度。

归根结底，因为语言障碍、地域差异、法律文化不同等客观因素的存在使查明外国法本质上就是“一项需要高昂成本的艰巨任务”，从法经济学的角度来分析，这一现实问题是使所有意欲查明外国法的主体陷入外国法不能查明怪圈的根本原因，在该原因的基础上，选择妥协或懈怠似乎是人之常情。

（四）配套措施供给不足雪上加霜

通过查阅披露外国法查明方法的案件可知，尽管立法中外国法查明途径是多元的，但是实践中能够得到有效运作的却非常有限。承接上文，依法经济学的解释，这说明外国法查明配套制度的实际有效供给显然不足，加大了外国法查明的成本，是造成外国法查明不能的不可忽视的原因。

第一，由使领馆提供外国法（外交途径）的规则的设计初衷是想通过使领馆协助法院更快更好地查明外国法，遗憾的是，该初衷未能在司法实践中得以实现。因为使领馆不是司法部门，其传统职能既不要求对本国法律了如指掌，也不负责查明所驻国的法规或判例，且外交人员欠缺法律专业知识，对案件了解有限，故由它们提供外国法本身难度就很大，可操作性不强。有案件显示我国法院曾向新加坡驻华大使馆发函请求代为调查、协助提供与所列举的案件争议问题相关的新加坡法律。苦等数月后，新加坡驻华大使馆却复函称，新加坡是判例法国家，因此无法回答哪条法律适用于法院所提出的问题。由于这些问题没有指明与哪些新加坡法规或案件有关，故即使要回答这些问题，也只能告知我国法院新加坡有关部门对法律的理解。并建议我国法院要求当事人提出证据，以证明哪些是他们据以认为是适用他们案情的法律条款。[②]这样耗时数月的法律查明问题等于又走回到原来的起点上，没有查明的成效。同样，日本法院在通过外交途径查明外国法方面的实践与我国的现

---

① Jinske Verhellen, Access to Foreign Law in Practice: Easier Said Than Done, 12 Journal of Private International Law, 2016, pp. 281-300.

② 杨苏：《涉外合同纠纷案件适用法院地法的实践及其完善》，载《法治论丛》2004 年第 1 期。

状相似，两国学者均感觉到由使领馆查明外国法有些事与愿违。[①]另一方面，笔者运用了北大法宝高级搜索功能，仅搜寻到一起法官通过我国驻外使领馆提供的途径查明外国法的案例[②]，虽然北大法宝法律数据库存在一定的局限性，难以做到 100%的精确统计，但这一结果几乎可以表明法院通过外交途径查明外国法的方法的确是“有名无实”。

第二，由订立司法协助协定的对方中央机关提供外国法的途径（条约途径）在现实中的效果并不理想。我国目前虽已与 30 个国家缔结双边民商事司法协助条约，但通过对这些条约的考察，不难发现，其中对于外国法的查明仅有少篇幅的规定，更没有单独的外国法查明司法协助条约。在我国司法实践中，运用条约途径来查明外国法的情况罕见，其原因就在于：首先，双边司法协助条约中只是象征性地规定了缔约双方的中央机关应当“交换法律情报”，并没有与之相关的程序规定或具体的操作规则。[③]我国通过双边司法协助来查明外国法的规定仅具有一般的指导性作用，缺乏实际可操作性，外国法查明这一制度没有得到应有的重视。其次，适用困难体现在语言障碍上。司法协助查明外国法的请求书及其所附文件中必须附有被请求的缔约一方的文字译文,或者相应的英文或法文的译文。在翻译的过程中，除非译者对外国法所在的社会环境、立法目的、价值取向、法系等一系列的社会背景有所了解才能减少翻译的误差。翻译的投入势必会带来法院查明成本的增加。因此，法院通过条约途径查明外国法的方法尚未广泛采用。

第三，由外国法专家提供外国法的方式存在不足之处。在披露查明方法的案件中，外国法专家提供外国法被经常运用并为实践所证明是行之有效的查明方式。但是我国现在对这方面缺乏成体系的配套规则设计，这必然影响专家作用的发挥。采用专家查明外国法的司法实践暴露出该方法存在下列问题：一是因委托主体的不同，外国法专家意见可能存在可采信程度方面的差异。法院依职权委托专家查明外国法时，为了节约成本和尽快解决案件争议，只要专家意见不存在违背公共秩序或法律规避的情况，在当事人无法提供能够推翻案件性质的情形下，法院一般都会采纳。当事人聘请的专家出具专家意见时，法院一般会采取与审查有所不同的质证程序。此时可能存在当事人虽已提交专家意见书，法院仍判定无法查明外国法的情况。[④]此外，实践中还存在双方当事人均已提供外国法专家意见书，而当法律意见存在异议时，法官径直判令外国法无法查明的案件。[⑤]二是我国目前尚未对外国法专家资格加以规定，而外国法专家的声誉和资质对外国法的查明与确认具有不容忽视的影响。当事人之所以在提供外国法后可能仍无法得到法院的认证，同这点不无联系。三是专家查明外国法的重点，不仅在于要找到具体的外国法的资料，还在于协助法官证明外国法的内容客观存在以及准确适用之。令人遗憾的是，我国司法实践并没有足够地细化外国法查明程序，也没有确立外国法专家意见的认证模式。这导致当专家由一方当事人聘请时，法官可能顾虑其专家意见因利益关系而缺乏中立性，从而难以判断外国法是否已获查明，也就出现即便是在当事人已提交专家意见的情况下，仍可能被法院认定为无法查明的现象。

综上所述，外国法查明在实践中被空置的原因无外乎两个，一个是规定本身的问题，

[①] 在 2007 年海牙国际私法会议上，日本学者关于外国法适用的报告就曾指出，日本外交部虽然可以通过日本驻各国的使馆来获得外国法信息，但是该方法往往耗时很长而且最后获得的结果又往往不能令人满意，因此在实践中很少采用。

[②] 在 JP 摩根大通银行诉海流航运公司船舶抵押合同纠纷案中，法官通过电话联系中国驻巴哈马大使馆，得到了该大使馆快递至国内的《巴哈马商船法》。

[③] 比如，我国与意大利的民事司法协助的条约规定：缔约双方应该相互提供诉讼所需的有关立法或者判例方面的情报。我国与匈牙利的民事司法协助条约规定：缔约双方应该相互提供本国现行的法律以及其司法实践的情报等资料。我国与法国关于民事司法协助的条约规定：缔约一方应当根据请求提供关于本国现行的和过去施行的法律的情报，对于本国民事、商事方面司法实践的情报也属于提供的范围。此外，两国主管机关可以通过双方中央机关的相互要求，相互免费提供有关法院裁决的副本。

[④] 参见北京颖泰嘉和生物科技有限公司与美国百瑞德公司（BioredoxInc）居间合同纠纷上诉案（2013）高民终字第 1270 号。

[⑤] 参见陈某与某公司财产损害赔偿纠纷上诉案(2012)沪一中民一(民)终字第 1265 号。

一个是规则配套机制的问题。规定本身主要涉及外国法查明义务分配模式的法理解读问题，配套制度则主要涉及外国法查明方法在运用中的问题。虽然我国的法律规则中列举了多元的查明手段，但立法没有将外国法查明活动纳入到民事诉讼环境下，规范的表述没有分清义务的承担和权力的边界，且相关配套措施仍处于缺失状态，这都是使得我国外国法无法查明的问题进一步地凸显的主要症结。

三、“大国司法理念”下完善我国外国法查明机制的构想与建议

伴随着我国“自贸区”建设的进一步深化和“一带一路”战略的不断实施，可以预见我国涉外案件的数量将不断增加，而运作良好的外国法的查明与适用机制并将关系到我国的大国司法形象。从上述对外国法查明主要症结的分析不难看出，我国基于逻辑推理建构起来的外国法查明机制在实践中难以真正发挥效用，进而引发了理论和实践的争论与诟病，这些问题的存在无疑会给我国国际民事诉讼的发展造成阻碍。因此，切中要害，对症下药，使我国尽快跳出外国法无法查明之怪圈乃是当务之急。

（一）重塑外国法查明主体责任分配的规则

我国《法律关系适用法》第 10 条首次明确了外国法查明主体的责任分配规则，但司法审判的实际情况似乎与立法本意背道而驰。根据前述分析，《法律关系适用法》及其司法解释对于外国法查明责任分配的表述不免有些“泾渭分明”，使在当事人选择适用外国法的情况下，我国法院倾向于认为其没有查明外国法的义务，无法查明外国法的法律后果应由当事人承担。反观 2005 年《会议纪要》第 51 条中的表述体现的主次分配似乎更具合理性，然而 2010 年 12 月发布的《最高人民法院关于认真学习贯彻执行<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>的通知》第 4 条规定：“《涉外民事关系法律适用法》实施后，最高人民法院制定的司法解释中关于涉外民事关系法律适用的内容与《涉外民事关系法律适用法》的规定相抵触的，不再适用。”依据法的位阶原理，第 51 条作为《会议纪要》自然难逃被“冷冻”的命运。结合当前“一带一路”背景下解决涉外商事纠纷的实际需求和我国目前的民事诉讼模式，笔者认为，未来《法律关系适用法》作为涉外篇章进入正在编撰的《民法典》时，对外国法查明主体的责任分配应当做如下规定：涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院查明该国法律。人民法院认为确有必要主动查明的，应当依职权查明。如此规定的理由是：我国法院在查明外国法律方面的确存在着现实的困难，司法任务十分繁重。而选择外国法的当事人自身或者比较熟悉该外国法，或者已经对该外国法进行了较为深入的了解和研究，由其承担查明其自愿选择适用的外国法会比法院查明具有更大的优势和动因。另一方面，当事人承担查明外国法的责任虽有利于减轻法院的查明负担，但当事人因为查明能力或经济实力的差别而在查明结果上会有所区别，所以应明确规定法院在当事人尽最大努力仍不能查明后采取“兜底查明”行动，避免“轻易认定无法查明”卷土重来进而使外国法查明制度的价值丧失殆尽。当然，对于依法应由当事人负责查明外国法律的场合，如果当事人和法院均查明不了外国法，可由当事人承担举证不能的后果。最后，在经济全球化下的涉外合同争议中，我国一些重要的国有企业往往作为争议的一方主体，其涉及的财产纠纷可能关乎我国商事主体的重大利益或我国社会公共利益。因此，应当通过立法来明确由法院主动查明外国法或赋予法院决定是否亲自查明外国法的裁量权，让法官得以逾越当事人提供的外国法材料范围进行查明和认定外国法，避免当事人基于自身成本的考量和程序处分权而放弃查明本应适用的更有利的外国法进而给国家带来更大的损失。

（二）明确外国法无法查明的认定标准

现行法律对认定当事人不能查明外国法的标准仅有“合理期限”，没有量化标准，其他

考量因素不明，难免失之于宽，在实践中难以操作和把握，且缺少法院告知、释明环节，也未给予补充提供的机会，不利于当事人全面行使诉讼权利的保障。因此我国有必要在将来的司法解释中将“合理期限”的时间予以明确、细化。考虑到外国法查明问题的复杂性，可以参照举证期限和答辩期限的相关规定对查明外国法的期限进行适当延长，比如规定有义务提供外国法的当事人应在接到法院“提供外国法告知书”后 30 日内提供相应的外国法，若在期限内提供外国法确有困难，可以向法院书面说明理由并申请延期，但最长不得超过 60 日。法院对当事人提供的外国法应组织各方质证，并进行初步审查，在形式、内容、专家资格等各方面对方当事人有异议或法院认为不足以适用的应进行告知，并给予有义务提供外国法的一方当事人补充提供的机会，补充提供的期限也以 30 日为限。[①]

此外，对于法院不能查明外国法的标准，即查明方法是否需要穷尽的问题，应当在相应的法律规范中予以明确，而不仅仅是停留在口头表述上。对此，笔者认为应当穷尽司法解释规定的查明方法后才能够认定不能查明。因为虽然法律明确了法院等部门负有查明外国法的义务，但是缺乏关于人民法院等部门是否需要亲自履行义务的规定。根据最高人民法院司法解释的规定，人民法院可以通过多种途径查明外国法，其中既包括承担亲自查明的义务，也包括承担不亲自查明的义务。在这些查明途径中，最容易被法院采用的就是“由当事人提供”。经多年的司法实践证实，由于法官肩负十分繁重的司法任务，他们通常要求当事人查找和提供外国法而非亲自查明外国法，使得当事人提供外国法的途径成为中国法院采用最多的外国法查明途径。如果不要求法院穷尽查明方法并在判决书中详细说明具体流程，将不利于有效改变法院以“无法通过其他合法途径获得相关外国法”来含糊带过的现状。另外，《民通意见》第 193 条和《＜法律关系适用法＞解释一》第 17 条在规定了多种查明途径后强调“通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律”和“通过……等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律”，如果将这些条文解读为仅通过以上几种途径之一无法查明便转而适用中国法，则不免给人以曲解法律之意，因为“‘仍’不能查明”、“‘仍’不能获得”的措辞已经在文义中明确地包含了“穷尽”多种途径的要求。

至于法院以当事人提供的外国法材料不符合证据采信要求为由认定外国法不能查明的问题，笔者建议应对当事人提供的外国法证明材料专门规定采信标准。因为这类材料是当事人查到的外国法律内容及其理解的意见，目的是帮助法官查明外国法，并非用于证明当事人身份或案件客观事实，因此可以不必办理公证、认证手续。退一步讲，即使将外国法作为事实问题来证明，其证明标准也不应与实体事实的证明标准相同，而应采取较低的程序事项证明标准。毕竟外国法不能查明的后果与事实真伪不明的后果并不相同：依照证明责任的分配规则，事实真伪不明可直接导致负有证明责任的一方当事人败诉，而不能查明外国法只会导致外国法不被适用转而适用中国法。

（三）降低当事人查明外国法的成本

为了尽量平衡当事人正当期望和合理利用司法资源，建立既使得当事人无需负担高昂费用又有利于准确查明外国法的第三方平台是具有可行性的选择。近年来，我国建立了多家外国法查明中心，如西南政法大学中国—东盟法律研究中心、中国政法大学外国法查明研究中心、华东政法大学外国法查明研究中心、深圳市蓝海现代法律服务发展中心、厦门大学法律查明中心以及与上海海事法院签署了外国法查明合作协议的上海海事大学。最高人民法院也正在考虑在上海政法学院设立上合组织外国法查明研究中心。首先，一方面，虽然无论平台引入的途径是由法院依职权自主进行引入，还是法院根据当事人申请而进行引入，这两种方式均需由当事人承担查明费用[②]，但此类机构能够缓解查明责任主体与专家之间的信息不对称问题，查明需求方可通过合作机构联系到外国法专家，使查明成本有所降低。另一方面，上述第三方平台大都依托事业单位而建立，而非独立的公司或合伙企业，那么若想使它们在维持正常运转的前提下降低收费标准，缓解当事人的成本压力，则需要主管部门稳定的资金支持。国家财政部门应该研究讨论为主要的外国法查明中心设立专项

[①] 董琦：《论我国外国法查明制度的完善》，载《东南学术》2017 年第 4 期。

[②] 黄漫山：《域外法查明引入第三方法律查明平台的可行性及问题分析》，载《特区经济》2016 年第 6 期。

经费补助，以各中心每年接受委托的案件数目为标准进行发放，来降低当事人提供外国法的成本，提高当事人查明、适用外国法的积极性。其次，政府应当鼓励社会设立类型多元化的第三方法律查明平台，不单依托于高校智库，还可依托于行业协会或知名法律服务机构。比如，2017 年 11 月，由上海市律师协会、上海市浦东新区法律服务业协会共同筹备的上海东方域外法律查明服务中心在上海成立，中心提供的主要服务包括为中外企业投资、经营提供域外法律查明服务，为法院、仲裁机构等处理涉外案件提供域外法律查明服务。[①] 此外，我国一些知名律所的国际化程度日渐增强，开拓了诸如“外国法查明与合规调查”之类的涉外业务，它们拥有对域外法律的某一领域精通并能够充分胜任外国法查明任务的精英团队，可以更高效、快捷地帮助查明责任主体完成查明任务，节省下时间成本。通过鼓励建立形式多元的第三方平台，能够在市场竞争环境中带来优胜略汰的效果，这必然会导致第三方平台在查明效率、服务质量、专家资源、专业化程度、查明费用等方面的自我改进与完善，为当事人提供质优价廉的外国法查明服务。最后，我们应该使外国法查明机制在企业对外投资或贸易前的“风控环节”发挥作用。外国法查明不应仅仅在当事人发生涉外纠纷时被想到，对于即将采取的任何行为来说，在发生之前都要进行合法性评估，这是应养成的一种法治思维。现实表明，几乎当前所有的研讨都是关于企业出现诉讼案件后的外国法查明而鲜有将外国法查明作为一种预防风险的前置程序。这就导致了当事人需要在“合理期限”的压力下被动地进行外国法查明，增加了查明的成本。所以，要想建设好第三方法律查明平台，争端发生后的外国法查明仅能是其业务的一个组成部分，除此之外还需开拓帮助当事人进行法治环境评估、法律风险管理服务，提供法律数据分析报告、外国投资领域指南和一定领域的法律咨询论证等业务。这一点，蓝海中心做得很好，它提供的法律查明服务不限于传统意义上的用以诉讼的外国法查明，还为企业走出去提供先期的法律支持，甚至还在为立法机关借鉴国外立法经验方面大有作为。

（四）确立法官查明外国法的激励与免责机制

出于自我保护的需要，将查明责任推给当事人或尽量适用中国法成了一些主观上有畏难和抵触情绪的法官在法经济学下的“理性”选项。这反映了制度附加成本的某种外化，只有努力使司法制度附加成本尽量降低，使配套制度得以完善，才能使部分法官在个案中的本国法倾向得到更好的规制。因此，笔者建议法院引入激励机制。比如将法官依法查明并适用外国法案件的数量计入到其年终考核体系中，同时，对涉外案件的结案率做必要的宽松处理，最好是放宽实然的审限时间限制。相关法院还可以将高质量的外国法查明与适用案件用精品案例的形式进行宣传，以此在司法系统上下形成正面的示范效应，发挥有效的激励功能。另外，法院需要引入免责机制。单单强调法官的外国法查明与适用义务，却不改变因错误而产生的负面评价，会使得法官内心的担忧恐难以彻底消除。相比于虽偶有错误但积极查明，消极的不查明更令人难以接受，因为前者能够使国际私法处于正常运作状态，是更符合国际私法精神和大国司法理念的。免责制度需要既能阻止部分错误被上升为错案，又可消除实践中可能存在的如将改判归于负面考评的种种负面影响。对于依职权主动查明外国法的法官来说，只要其能严格依照法律，勤勉尽责地开展外国法查明工作，即便发生查明与适用外国法有误的结果也应考虑对其免责。法官是否在查明工作中足够地努力，是否在查明方法和流程上符合相关程序，这些可以作为判断其是否勤勉尽责时主要考虑的因素。例如，在当事人委托的外国法专家的意见具有异议时，法官应积极地引导当事人改用更为合适的查明方法，或充分运用互联网、大数据等现代信息技术主动查找相应的外国法，而非草草地宣布外国法不能查明。最后，在外国法查明的有效供给得到不断提

[①]《上海筹备成立东方域外法律查明服务中心》，东方网：http://sh.eastday.com/m/20171119/u1a13436349.html，2018 年 12 月 8 日访问。

升的情况下，可以规定法官若不尽职查明外国法则应当被问责，例如，将其草率地结束外国法查明程序的判决书在二审中予以纠正，并在年终考核中给予其负面评价。

（五）发挥使领馆查明外国法的近水楼台优势

使领馆作为国家主权的延伸部分，坐落于最接近外国法的外国境内。它们作为外事交流与收集情报的平台，在与外国官方或民间交往中，无论信息对称还是力量平衡上都比本国法院或当事人更有优势。但是如上文所述，使领馆毕竟不是专门从事司法专业的机关，其在查明外国法的实践中往往不尽人意。笔者在对数个我国驻外使领馆的机构设置与人员构成进行研究后发现，这些使领馆中并无以“外国法查明”为职能的机构，更没有相关负责人员。[①]这是令“由我国驻该国使领馆提供外国法”在实践中没能充分发挥作用的直接原因。使领馆位于各国的首都或大城市，具有收集外国法规、判例的近水楼台的先天优势，故笔者对于激活驻外使领馆帮助本国法院查明外国法的功能进行了如下构想：我国外交部可以同司法部进行合作，从本部门拥有国际法或外国语专业背景的人员中遴选或从涉外律师群体中招聘驻外使领馆“法律专员”，授予其外交职衔，派往我国各驻外使领馆，由其专门负责收集、汇总所在国当地的法律情报，并在使领馆接到本国法院的委托时，牵头查明外国法的工作。再者，华人留学生现已遍布世界大多数国家，其中法学院的留学生是最接近该国法规、判例文献、法学教授的宝贵的人力资源。我国驻外使领馆的法律专员可以与他们取得联系，通过授予证书及少量奖学金的激励方式，邀请部分优秀学生作为其查明外国法的助手，这既大大提高了使领馆查得外国法的效率和准确率，也给中国留学生提供了宝贵的深入学习、尝试运用该国法律的机会和难得的为国效力的经历。依此思路，相关工作开展初期可围绕与我国经贸往来较频繁的国家进行，如 G20 国家和“一带一路”沿线重要国家，待试点顺利后再不断完善并扩大到其他有条件的国家。

（六）完善查明外国法的司法协助条约途径

签订双边司法协助如同是在国家间铺架了一座联系与合作的法律之桥，运用该种方法能够使外国法院、外交部门或驻外使领馆获取外国法的方式具有国际法渊源和依据，使其提供的相关外国法资料的权威性有所保障。然而正如前文所述，目前我国双边司法协助条约中查明外国法的规定仅具有一般的指导性作用，并没有与之相关的程序规定或具体的操作规则，因而通过条约途径查明外国法在现实中的效果并不理想。所以，为了给外国法的查明提供便利条件，我们很有必要去完善我国现有的双边司法协助查明途径。总的来说，可以从以下两个方面来完善：一是完善现有司法协助条约中的查明制度。要对外国法查明这一制度给予充分的重视，譬如在双边司法协助中对此内容单独编章，编章下的内容应该包含“法律情报”的界定、提供外国法的具体的程序以及效力和费用规定等，使其具有可操作性。二是在有条件和需要的情况下，缔结专门的外国法查明的双边司法协助条约。比如仿照 1985 年德国以《关于提供外国法资料的欧洲公约》（下称《伦敦公约》）为样本同摩洛哥签订互相提供法律信息协助的双边公约的方式制定我国外国法查明双边司法协助公约范本。[②]三是鉴于欧洲国家在外国法查明的司法合作上已有较为成熟的《伦敦公约》，且该公约接受非欧洲理事会成员国作为缔约国，所以我国可以考虑加入该公约，以便相互间提供外国法查明的司法协助合作。再者，既然外国法查明的国际合作机制已珠玉在前，作为他山之石，“一带一路”沿线国家外国法查明的国际合作机制也可作构建。

（七）设置专家查明外国法方式中的配套制度

由专家提供外国法的方法被实践证明是行之有效的查明方式，在未来应当得到更多的重视。然而我国目前却缺乏成体系的配套规则所建立的制度，这必然影响专家意见制度作

[①] 以中国驻美大使馆为例，参见中华人民共和国驻美利坚合众国大使馆官网：http://www.china-embassy.org/chn/sgxx/jgsz/，2018 年 12 月 8 日访问。

[②] 何小颖：《外国法查明的国际合作机制研究》，2017 年湖南师范大学硕士学位论文，第 33 页。

用的发挥。笔者认为应该在下列方面弥补配套制度的不足：第一，明确外国法专家资格，编制专家名册。我国应将语言能力、教育背景、职称、域外职业资格、研究领域、相关科研成果等作为外国法专家资格的考评因素。在此基础上，有关部门可进行编制外国法专家名册（含境内外专家），并逐渐在全国范围内推广。第二，制定专家查明外国法的程序。一方面，它有助于当事人和法官得到更为明确的外国法专家查明与适用的指引；另一方面，良好的内部制度设计也能够在一定程度上降低外国法整体查明成本。第三，确定外国法专家意见的认证模式。在法院依职权查明并委托外国法专家提供的情况下，应允许双方当事人对查明的结果进行充分地发表意见。无论当事人是确认、补足，亦或提出反对外国法意见，法官基于自由裁量权作出最终的认定时均有必要给双方当事人以详细的说理；如果是由当事人来提供专家意见，那么应让当事人在彼此之间进行有针对性的充分的质证。若可以达成统一的意见，那么法院便可予以确认。若尚有无法达成一致之处，此时则需法院不同情况不同解决，而非一味作出无法查明的判断。比如，对于双方当事人最终无法达成一致的部分，法院可自行查阅并核实矛盾的具体内容，或是通过合作机制来委托外国法查明中心予以查证。第四，允许专家通过“视频会议”方式接受交叉盘问。2012 年，以色列特拉维夫家事法院审理的一起涉及到香港法问题的涉外案件中，法庭允许了专家通过实时视频方式接受盘问，提升了审理的效率。[①]因此，我国应在时机成熟时允许位于另一国的需要出庭接受当事人盘问的专家不出庭，通过视频在线对话方式接受庭审参与各方的提问并作出相应回复，这将在相当程度上缓解了外国法查明成本陡增的问题。[②]

结语

改革开放 40 余年来，中国以经济为龙头，综合国力得以迅速发展，如今已成为毫无争议的世界大国，在全球众多领域扮演着极其重要的角色。作为举世瞩目的经济大国，中国有必要借助国际民事诉讼制度在全球范围内保护相关利益；作为改革转型的法治大国，中国应当继续提升司法服务水平，不断增强本国司法制度在全球争议解决市场上的吸引力和竞争力。一言蔽之，当前我国的大国地位决定了我国的司法实践必须贯彻大国司法理念，并运用大国司法制度应有的内涵进一步指导和完善我国的国际民事诉讼活动。其中，优质高效的外国法查明是高质量的涉外司法判决不可或缺的前提和保证，这势必有利于提升一国涉外审判公信力，同时更是大国在司法领域应做出的表率。

从习近平总书记在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲中可以看出，有效共建“一带一路”是中国在今后推动建设开放型世界经济的时期内的核心利益和战略利益之所在，而有效共建“一带一路”亟须提升中国司法的国际公信力。随着我国涉外案件的数量日益递增，我国国际私法的实施将更为频繁，外国法查明制度的重要性也将得到进一步的凸显。因此，作为“一带一路”的倡议者和引领者，我国只有以更加积极、主动的姿态和多管齐下的方法来及时完善外国法查明机制，通过跳出长期以来的外国法无法查明的怪圈，才能营造一个有利于国际民商事交往的法治环境，真正提高我国国际民事诉讼的全球竞争力。

[参考文献]

[1] 习近平．让“一带一路”建设造福沿线各国人民［EB/OL］.（2016-08-17）［2018-12-12］. http://news．xinhuanet．com/politics/2016-08/17/c_1119408654．htm．

[2] 习近平．齐心开创共建“一带一路”美好未来——在第二届“一带一路”国际合作

① Ploni v. Almonit, Family Case (Tel-Aviv)45419-05-10, Nevo electronic database(27 March 2012).

② Talia Einhorn, Treatment of Foreign Law in Israel, in Treatment of Foreign Law: Dynamic Towards Convergence? ed. by Yuko Nishitani, Springer, 2016, p.9.

高峰论坛开幕式上的主旨演讲［EB/OL］.（2019-04-26）［2019-05-04］. http://www.xinhuanet.com/world/2019-04/26/c_1210119584.htm.

[3] 黄进，杜焕芳．外国法的查明和解释的条文设计与论证［J］. 求是学刊，2005（2）：69-76.

[4] 杜涛．国际私法原理［M］. 上海：复旦大学出版社，2014:88.

[5] 林燕萍，黄艳如．外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析［J］. 法学，2014（10）：116-126.

[6] 何其生．大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展［J］. 中国社会科学，2017（5）：123-140.

[7] 石俭平．外国法查明："一带一路"背景下的新思考［J］. 理论与现代化，2016（6）：99-104.

[8] 王徽，沈伟．论外国法查明制度失灵的症结及改进路径—以实证与法经济学研究为视角［J］. 国际商务——对外经济贸易大学学报，2016（5）：135-149.

[9] 卜璐．无法查明外国法：认定标准和滥用防控［J］. 苏州大学学报（法学版），2016（3）：18-27.

[10] 郑新俭，张磊．中国内地域外法查明制度之研究［G］. 我国区际法律问题探讨．北京：中国政法大学出版社，2012：191.

[11] 深圳市蓝海现代法律服务发展中心．法律查明规则（试行）［EB/OL］.（2015-01-19）［2018-12-12］. http://www.bcisz.org/html/cmpt/.

[12] 最高人民法院．法（2015）205 号最高人民法院关于全面推进涉外商事海事审判精品战略为构建开放型经济体制和建设海洋强国提供有力司法保障的意见［EB/OL］.（2015-07-19）［2018-12-12］. http: / /www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-17452.html.

[13] 新华社．中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立"一带一路"国际商事争端解决机制和机构的意见》［EB/OL］.（2018-06-27）［2019-03-15］. http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/27/content_5301657.htm.

[14] 律商联讯，中国公司法务研究院．2016-2017 中国企业"走出去"调研报告［EB/OL］.（2017-04-09）［2018-12-15］. https://hk.lexiscn.com/marketing_news.php?id=127.

[15] 蔡倩怡．"一带一路"背景下我国外国法查明制度研究［J］. 法制与社会，2019（8）：21-22.

[16] 李建忠．论我国外国法查明方法规定的重构［J］. 法律科学，2019（1）：133-143.

[17] 刘艳娜．得与失:外国法查明责任分配之困［J］. 河北法学，2018（9）：122-128.

[18] 逯悦．外国法查明下法院主动查明问题探究——以当事人选择适用外国法模式为例［J］. 河北工业大学学报（社会科学版），2018（3）：16-21.

[19] 刘婷．"一带一路"战略下涉外民商事案件法律适用的审判实务研究——以"本地法化"现象为视角［J］. 天津法学，2018（3）：11-18.

[20] 王梭妮．论我国外国法查明制度的完善［D］. 西北大学硕士学位论文，2018：23-31.

[21] 徐俊杰．国际私法中外国法查明问题研究——以我国涉外民商事审判为视角［D］. 广东外语外贸大学硕士学位论文，2018：43-55.

[22] 最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要（2019—2023）［N］. 2019-02-28.

[23] 刘敬东．大国司法：中国国际民事诉讼制度之重构［J］. 法学，2016（7）：4-6.

[24] 肖永平．提升中国司法的国际公信力:共建"一带一路"的抓手［J］. 武大国际法评论，2017（1）：3-7.

[25] 马明飞，蔡斯扬．"一带一路"倡议下外国法查明制度的完善［J］. 法学，2018（3）：

125-130.

[26] 黄克玉．全面开放新格局下外国法查证的国际本位理念与规则再塑［J］．法学评论，2018（1）：151-156.

[27] 孙建．中美外国法查明义务分担问题比较研究［J］．南开学报（哲学社会科学版），2015（1）：149-157.

[28] 管俊兵．外域法查“明”的失范与规制路径探究［J］．河北法学，2018（7）：63-69.

[29] 李茁英．域外法查明在中国的实务应用——以深圳市蓝海现代法律服务发展中心法律查明案例为视角［J］．晟典律师评论，2018.

[30] 张建．涉外民商事审判中的外国法查明问题研究［J］．盛京法律评论，2017（2）.

[31] 王艳梅．全面开放新格局下外国法查明制度的完善［J］．人民法治，2018（22）：48-50.

[32] Foreign Law by Jurisdiction［EB/OL］.（2016-04-21）[2019-04-21]http://nyulaw.libguides.com/content.php?pid=637582&sid=5275431.

[33] Richard A. Posner, Economic Analysis of Law［M］. Aspen Law & Business, 1998.

[34] Matthew J.Wilson．Demystifying the Determination of Foreign Law in U.S. Court：Opening the Door to a Greater Global Understanding［J］. Wake Foreign Law Review，Vol.46，2011：902.

23.非国家法能否基于当事人的选择成为国际商事合同准据法

邹锴璐*

摘　要：非国家法能否成为合同准据法这一问题越来越受到国际私法学界的关注，对于这一问题的研究也具有理论和实践的双重价值。本文从国际商事合同领域切入，重点关注非国家法能否基于当事人的选择成为国际商事合同的准据法这一问题。首先将从对非国家法的定义入手，梳理国际私法学界在该问题上的学理分歧，并考察仲裁和诉讼领域中这一问题在国际社会的历史发展与沿革，然后着重分析目前我国法律中与该问题有关的条文以及我国仲裁和诉讼司法实践中对待这一问题的做法，最终提出笔者的看法。

关键词： 非国家法；准据法；国际商事领域；当事人选择

Abstract: The issue of whether non-state law can become the applicable law of contracts is more and more concerned by the private international law scholars. The research on this issue has both theoretical and practical value. This paper explores the field of international commercial contracts, focusing on the issue of whether non-state law can become the applicable law of international commercial contracts based on the choice of the parties. First of all, it starts with the definition of non-state law, sorts out theoretical debates both for and against the application of non-state law, and examines the history of this issue in the fields of both arbitration and litigation in the international community. Then it analyses the current provisions of China's laws related to this issue and the methods of dealing with this issue in China's arbitration and litigation practice, and finally puts forward the author's views.

Keywords: Non-state law; governing law;the field of international business; choice by parties

*作者：邹锴璐（1998—），女，福建漳州人，南开大学法学院 2016 级本科生。

一、非国家法的定义

近二三十年来，西方法学界逐渐开始关注到法律多元问题，法律多元理论对传统的以国家为中心的法律一元理论提出挑战，越来越多的学者开始注意到非国家法，并从不同角度对非国家法展开研究。有学者总结了涉及非国家法的法律多元理论发展的三次浪潮分别为：殖民主义、国内法律多元主义、全球化法律多元主义。[①]而本文所探讨的非国家法能否被当事人选择作为准据法的问题则是在全球化法律多元理论下开始受到关注的。

非国家法这一名称是相对于传统以国家为中心的法律一元而产生的，但在笔者所阅英文文献中，对于非国家法的称呼尚未统一，常见的主要是：non-state law, [②]rules of law,[③]lex mercatoria, [④]non-national law[⑤]等。而非国家法的定义更是不尽相同，学界至今尚未达成共识。丹麦著名比较法学者 Lando 教授确定了构成非国家法律的八个要素：国际法、统一示范法、一般法律原则、国际组织的规则、不成文习惯或惯例、国际组织汇编的成文习惯或惯例，格式合同以及仲裁裁决报告。[⑥]有学者认为尽管这是目前最全面的定义或者说列举，但仍未穷尽所有的非国家法，并提出在考虑其在国际私法上的地位时，不同类型的非国家法因具有不同的特性需要被区别对待。[⑦]著名的德国比较法、国际私法学者 Basedow 教授则给出了区别于习惯法和国家法的传统二分法理论，以一种更贴近于现实规则和法律功能的方式，将管理经济生活的非国家规则具体分为四类：自发性惯例、私人制定的习惯和规则、避免

---

① Hertogh, Marc, *What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World* (July 2007). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1008451 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1008451.pp.4-17.

② Tang, Zheng Sophia, *Non-State Law in Chinese Choice of Law Rules* (October 21, 2011). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2079244 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2079244; Tang, Zheng Sophia, *Non-State Law in Party Autonomy – A European Perspective* (June 9, 2012). International Journal of Private Law, Vol. 5, No. 1, pp. 22-39, 2012. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2080559；Saumier, Genevieve and Gama, Lauro, *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (December 12, 2011). EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION REGIONAL, pp. 41-66, D.P. Fernandez Arroyo, J.J. Obando Peralta, eds., Editorial Juridica Continental, 2011. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1971302；Michaels, Ralf, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (January 27, 2014). Festschrift, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2386186.

③ 主要见于一些法律文件中，如 *UNCITRAL Arbitration Rules*(2010), *Arbitration Rules of International Chamber of Commerce*(1988), *Mexico: Commercial Code*, *the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* etc.

④ Symeonides, Symeon, *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't* (November 19, 2006). Festschrift für Konstantinos D. Kerameus 1397-1423 (Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers 2009).. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=946007 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007；Michaels, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* (August 27, 2008). Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, No. 2, 2008; Duke Law School Public Law & Legal Theory Paper No. 220. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1259979.

⑤ Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.

⑥ 转引自：彭思斯.意思自治中对非国家法律体系的选择适用[D].中国青年政治学院,2016，第 8 页.原出处为：Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, American International Law Review, volno.3(1999), pp.657-734.英文原文表述为：public international law, uniform law, the general principles of law, the rules of international organisation, uncodified custom and usage, codifications of custom and usage by international organisations, standard-form contracts and reported arbitral awards.

⑦ Tang, Zheng Sophia, *Non-State Law in Party Autonomy – A European Perspective* (June 9, 2012). International Journal of Private Law, Vol. 5, No. 1, pp. 22-39, 2012. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2080559.p.23.

国家干涉的惯例和私人规则以及得到国家支持的惯例和私人规则。[①]荷兰学者 Marc Hertogh 则对非国家法进行了两个维度的划分，即根据“非国家法”中的“非国家”区分出国家之内(within the state)和国家之外(without the state)和“非国家法”中的“法”区分出行为规则(rules of conduct)或裁决规范(norms for decision)从而将“非国家法”细化为四个领域。[②]概括来说，欧美国家国际私法理论一般认为，非国家法是指国际惯例以及本身尚未生效或尚未对法院地国家生效的国际条约和国际示范法，因为它们具有均非由主权国家立法者制定，但在国际商事交往中起着类似主权国家法律的作用这样的共同特征。[③]

在非国家法理论尚未发展成熟、学界尚未形成统一或主流观点时，要给非国家法下一个准确的定义目前尚且十分困难，本文欲在欧美国际私法一般理论框架下探讨非国家法。但在后文涉及我国具体的情况时，会根据相关立法和司法解释限缩非国家法的讨论范围，避免在解决我国实质问题时流于泛化。

二、关于非国家法能否作为合同准据法的理论分歧

（一）非国家法具有不确定性、模糊性与不可预测性？

作为非国家法的组成部分之一——国际惯例，尤其是不成文的国际惯例，在能否作为准据法这一问题上被批评得最严重的一点便是它的不确定性和模糊性——没有明确的白纸黑字的条文可以作为依据，并且尚处于不断变动和发展过程中。即使是成文化的惯例，其质量也可能并不令人满意、达不到作为准据法的要求。[④]

但与此同时，也应该注意到的是，非国家法中也包含了国际条约，不论国家是否缔结或参与，这些国际条约的起草往往充分咨询了有关专家的意见，经过了严格的起草程序，其条文明确规定了当事人权利义务关系。[⑤]特别是经国家缔结或参加的国际条约，往往需要经过转化为国内法等程序从而能为国内法院所援引，从这一角度来说，这些国际条约在作为准据法的实质条件上已经达到质量标准了。

再考察非国家法的另一渊源——国际示范法，譬如《国际商事合同通则》，它在大量案例中被法院援引以支持适用国内法所指向的解决方案，解释国内法、国际法或统一法律文件，以及补充适用的法律，但有趣的是没有法院认为《通则》过于模糊或不够明确这样的情况发生。[⑥]这或许能表明关于类似《通则》这样被国内法院所广泛援引的国际示范法是不明确或模糊的论断在实践中是不成立的。

因此，区别于不成文的国际惯例，国际条约以及国际示范法常常是具有确定性的一类非国际法。换言之，并非所有的非国际法均是不确定或模糊的，因此不应一概而论，而是

---

① Basedow, Jürgen. *“The State's Private Law and the Economy: Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making.”* The American Journal of Comparative Law, vol. 56, no. 3, 2008, pp. 703–721. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/20454638.p.708.作者将管理经济生活的规则总共分为八类，其中包括四类非国家规则和四类国家规则。四类非国家规则的英文原文表述为：spontaneous custom, privately generated custom and rule-making, state-avoiding custom and private rules, state-supported custom and private rules.

② Hertogh, Marc, *What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World* (July 2007). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1008451 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1008451.pp.17-21.

③ 转引自：秦瑞亭：《中国国际私法实证研究》，南开大学出版社 2017 年版，第 123 页。原出处为：Peter Nygh,*Autonomy in International Contracts*,Oxford:Clarendon Press,1999,p.14.

④ Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.pp.5-6.作者以欧盟委员会 2005 年制定的 *the proposed Rome I Regulation* 第三条第二款的规定为例：虽然允许当事人选择非国家规范，但这些规范必须获得国际或欧盟这种水平级别的承认，以防止由于编纂质量低而可能造成的不足。

⑤ Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.pp.5-6.

⑥ Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.p.5.

要区别对待。而随着国际商事交往越来越密切、频繁，相关的国际商事惯例被得到广泛重视和越来越充分的发展，譬如《跟单信用证统一惯例》（UCP）被包括我国在内的缺少相关信用证规定在内的国家的法院作为准据法适用。总体上，国际惯例也是朝着成文化和确定性方向发展，因此关于非国家法尤其是国际惯例具有不确定性和模糊性的观念未来可能会被更新。

关于不可预测性的问题，文献资料表明，部分反对者所主张的非国家法的不可预测性主要是由于其不可强制执行性[①]或者说主要在于其效力的不可预测性上。[②]具体而言，非国家法作为准据法在各国国内法院不被认可，不具备法律的强制执行效力，当事人选择非国家法作为准据法的真实意图在纠纷发生提起诉讼时能否得以实现将很难预知。另一方面，非国家法文本的不确定性和模糊性也可能带来不可预测性的问题。

对此，有学者指出，已有仲裁判例解决了这个问题：非国家法特别是成文化的，在仲裁过程中常能被清楚查明；即使是面对未成文的非国家法，仲裁员也能使用“理性和逻辑”来解释商业环境中的规则以及商业界的共同价值观。[③]因此，清晰易懂的非国家法应该足矣。[④]当事人自己选择准据法的理论依据在于当事人自治原则，若从当事人自治角度来看，如果允许当事人选择国内法，那么也应当允许其选择明确、易懂的非国家法。[⑤]而允许当事人选择非国家法作为准据法，就可以通过使非国家法对这些当事人具有强制执行力来提高可预测性。[⑥]这一点在实践中也得到证明，以国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》为例，随着当事人各方和裁决者对之越来越熟悉，它不再像过去一样被谴责具有不确定性和不可预测性的危险。[⑦]

[①] Quoted from Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.p.3.文章介绍部分指出“软法”有时又被称为“非国家法”，因此本文统一用“非国家法”代替原文出现的“软法”。文章认为转向非国家法会带来不确定性，因为非国家法的不可强制执行性削弱了其可预测性。

[②] Saumier, Genevieve and Gama, Lauro, *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (December 12, 2011). EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION REGIONAL, pp. 41-66, D.P. Fernandez Arroyo, J.J. Obando Peralta, eds., Editorial Juridica Continental, 2011. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1971302.p.65.作者同时也是《国际商事合同法律选择原则》工作组成员，认为拒绝在非国家法能否作为准据法的问题上更进一步无异于继续陷入这样的恶性循环之中：选择非国家法的风险仍会很大因为它的效力不具有可预测性。

[③] Quoted from Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.p.14.原出处为：Gabrielle Kauffman-Kohler, Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity, 1 J. INT’L DISPUTE SETTLEMENT 283, 295-98 (2010). Cf. Abul F.M. Maniruzzaman, The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, 14 AM. U. INT’L L. REV. 657, 711 (1999).原文表述为：Even when drawing from uncodified bodies of soft law, arbitrators have been able to use “reason and logic” to interpret the rules from the business context and common values shared by the business community.

[④] Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.p.14.作者认为在某些情况下，“软法”甚至可能提供比“硬法”更明确的行为准则，譬如在国际投资仲裁领域。

[⑤] Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.p.14.

[⑥] Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.p.38.

[⑦] Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.p.18.

针对这一问题，更有学者指出，即便准据法是国家法，纠纷裁决结果的可预测性水平通常也非常有限。这一点尤其体现在国内法院面临的准据法是外国法的情况下：国内法院对外国法的适用不熟悉，因此通常采用简单、初级的方法适用外国法，就是在当事人双方提出的对立且明显自利的两种法律版本中进行选择。因而国内法律体系，特别是当由外国法院适用时，本质上比非国家规则更适合解决纠纷，且国内法律体系对于发端于国际贸易的问题更具可预测性因此应该成为其准据法的观点是值得怀疑的。该学者认为真正重要的区别可能在于：国内法有更多公开的、为人所知的判例，且法官适用国内法的经验更为丰富。[①]并进一步指出，对于当事人而言可预测性的价值也不应该被高估，它根据情况的不同而不同。即使适用国内法结果更具可预测性，但这可能是以牺牲质量为代价，国内法律并非总能最好地解决商事纠纷，特别是国际领域的商事纠纷。[②]

综合以上学者观点来看，非国家法不确定性问题的解决一定程度上能缓解不可预测性问题。但关于通过允许选择非国家法即由国内法院赋予其强制执行力能够提高其可预测性的观点也遭到了其他学者的质疑。[③]笔者认为，由于当事人选择准据法仅仅是解决其未来真正发生的纠纷的第一步，法官掌握的自由裁量权也是导致不可预测性的重要因素之一。若从这一角度来看，赋予非国家法作为准据法的选择可执行性可能对于提高非国家法可预测性的可能性不大。并且，适用于法官而言相对陌生的非国家法反而可能导致法官的自由裁量权的扩大。但正如上文有学者指出的那样，非国家法不可预测性问题的严重度对于其作为准据法被适用有时候可能是被高估了。对非国家法提出对于国内法以及国内法院适用外国法尚不能完全达到的可预测性标准也是不合理的，并且将不利于非国家法的发展。

（二）非国家法非冲突法意义上的“法律”？

传统上，国际私法只承认经过民主立法程序、以主权国家为基础制定的“法律”，而非国家法，不论是国际条约、国际示范法还是国际惯例等等均未经过类似的民主立法程序，更不是由主权国家有立法权限的机关制定的，因此缺少成为传统意义上的“法律”的民主性基础，不具备“合法性”。

对此，有学者提出不同的观点：在西方世界，所谓合法性一般是建立在制度信任的基础之上。诸如由领先的政府间机构颁布并被普遍接受、或作为商法典的非国家法，其合法性均来源于制度信任。但与此同时，也存在其他获得合法性的方法：譬如国家法律明确批准非国家法的适用，但这在实践中并不常见；或者非国家法本身具备公正性，对于此处所述的公正性“必须以形式而非实质的方式加以理解”，允许非国家法“只有当它由对于当事方而言是中立的机构制定时才能被选中”，即如果“一个机构可以声称代表所有各方或不代表任何一方”则可认为满足这一要求。[④]因此这些机构不仅包括政府间组织，还包括一些公正的私人组织和学术组织。概括来说，非国家法若被普遍接受，并由受尊敬的独立、无偏的组织颁布，或着明显具有公正性，即可认为它具有合法性。[⑤]如果认为法律的价值在于实现公正的话，那么不论是经过民主程序选出的立法机关还是公正无偏的其他组织制定的“法

---

① Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.p.11.

② Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.p.12.

③ Michaels, Ralf, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (January 27, 2014). Festschrift, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2386186.p.22.

④ Michaels, Ralf, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (January 27, 2014). Festschrift, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2386186.p.16.

⑤ Schwarcz, Steven L., *Soft Law as Governing Law* (January 29, 2019). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series Paper No. 2019-8. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3307418 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307418.pp.19-24.

律”，都应该肯定其合法性与正当性基础。

除此之外，也有学者承认传统法律理论并没有为非国家法作为独立法源留下任何空间，并对一般意义上的法律理论基础和非国家法律理论之间的争论能否达成共识持消极态度。但同时也指出，民主的合法性与各种法律相关，甚至是与只和特定社会组织或经济部门相关的条款，然而对于这些组织的成员，尽管国家立法机关具有民主性质，但这最终可能只会表现为对其内部事务的干涉。因此确实存在一些问题有必要留给国家法律规定解决，但对于另外一些领域的问题，由包括非国家法在内的私人规则规定解决更具有比较优势。[①]

还有学者从法律的功能角度出发，拒绝在冲突法中赋予“法律”一种严格僵化的定义，认为非国家规范具有相似的规范性力量，可以在国际背景下发挥国家法律的功能。[②]因此从这一角度来看，就应该认可能够发挥传统法律功能的非国家法作为准据法的选择。

对于非国家法是否是准据法意义上的“法律”或者说是否具有合法性这一问题，笔者认为：正如 Ralf Michaels 教授指出的那样，当我们谈论没有国家参与的法律时，我们会想象这样一种法律，它重现了我们从国家了解法律的方式，具有成文规范和裁决决策者的等级制度。[③]在现行关于合法性理论框架下给非国家法寻找安身立命之隅，或者在传统的国际私法框架下打破准据法必须满足具备合法性这一条件，在理论上可能较难实现，对于全球化背景下非国家法的发展可能反而会有过度的限制作用。对于非国家法的研究或许应该采取一种不完全类比于或者说不完全迁移自国家法的理论视角，因为法律的概念和内容是在社会历史的发展过程中不断变动、丰富的，而关于合法性这一概念在全球化背景下可能也需要被更新。

（三）非国家法具有不完备性？

关于非国家法的另一大争议涉及非国家法的完备性问题。反对意见认为，在选择国内法的情况下，结果常是一套相对全面的规则和原则，并且具有相对较高程度的内部一致性；而在选择非国家法的情况下，结果必然是不完整的法律体系，因此，选择非国家法必然会导致需要再适用其他规则。[④]换言之，由于非国家法调整的法律关系范围有限，难以形成完整的覆盖所有法律问题的法律体系。因此，选择非国家法将可能使合同落入“法律的真空”的危险。[⑤]

事实上，《海牙原则》的条款中针对这一问题已经给出了一种比较可行的解决方案，其第二条第二款即规定：当事人既可以选择适用于整个合同或仅适用于部分合同的法律，也

[①] Basedow, Jürgen. *“The State's Private Law and the Economy: Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making.”* The American Journal of Comparative Law, vol. 56, no. 3, 2008, pp. 703–721. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/20454638.p.719.

[②] Quoted from Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.p.6.原出处为：FJ Juenger, *“American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”* (1995) 28 Virginia Journal of International Law 487, 490–492; H Heiss, “Party autonomy” in F Ferrari, S Leible (eds), Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (Sellier European Law Publisher, 2009) p 10.

[③] Michaels, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* (August 27, 2008). Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 14, No. 2, 2008; Duke Law School Public Law & Legal Theory Paper No. 220. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1259979.p.468.

[④] Michaels, Ralf, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (January 27, 2014). Festschrift, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2386186.p.20.

[⑤] 彭思斯.意思自治中对非国家法律体系的选择适用[D].中国青年政治学院,2016，第 26 页。

可以针对合同的不同部分选择不同的法律。[①]这种方法在国际私法原理中可以被称为分割方法，即法院在确定准据法时，对同类民商事关系进行划分，依据其不同性质确定不同冲突规则，甚至对同一民商事关系的不同方面或环节进行分割，分别确定其应适用的法律。[②]在国际商事合同的法律适用中，既然允许当事人以分割方式就合同的不同部分适用不同的主权国家法律，那么也不应否定当事人选择非国家法律作为准据法。[③]但不容忽视的是，这种方法也并非完美，用这种方法确定当事人之间的权利义务关系时可能会带来相互冲突和矛盾的风险。[④]

也有学者从仲裁的角度出发，根据非国家法在国际商事仲裁领域作为准据法以排除国内法的适用这一已经较为普遍的现象推断出此类规则已经足够完整和准确，能够为跨国争端提供合适的解决方案，特别是成文的和自足的规则体系，例如《国际商事合同通则》。[⑤]

事实上，对于主权国家制定的法律体系而言，单纯用某一国家某一具体法律去解决复杂的国际商事贸易合同纠纷几乎也是不可能完成的任务，从这一角度来看，国内法也不具备完备性，同样有出现“法律的真空”的可能。甚至在某些情况下，相比之下，相关行业领域专业的国际团体更了解完整、详细的国际商事贸易流程和运作机制，其制定的非国家法可能更符合现实的合同当事人的需要，并且也朝着越来越全面、规范的方向发展。

（四）小结

从目前国际社会和国际商事交往发展的势头来判断，非国家法在国际商事合同领域正在发挥着越来越重要的作用，其本身也在不断趋于成熟。从非国家法的发展角度来看，允许其在仲裁和诉讼中被当事人选择作为准据法将有利于其内容和规则被仲裁庭和法院在一次次的案例中得以被了解从而不断发展和完善；但从国家角度来看，允许非国家法作为准据法确实可能会触碰国家主权在司法领域的“奶酪”，并且由于现阶段非国家法存在的一些如上所述的不完美之处，对于国家法院和法律体系而言都可能会是一场风险不小的尝试。

但笔者认为，尽管现阶段看来，非国家法作为准据法的支持者很难从理论上完全地、逐一地击破反对者提出的种种质疑从而证成自己的观点，但从法社会学的角度来看，人类的历史从原始时代一直发展至今，集体单位或者说政治单位也是在动态的变化过程中，目前各主权国家对这一问题确实会比较趋于保守，但非国家法作为准据法是适应社会发展所需，是能起到规范社会秩序以及解决争端的作用的，因此笔者对未来非国家法能成为准据法还是持比较乐观的态度。

三、非国家法在国际商事仲裁与诉讼中的适用

（一）非国家法在国际商事仲裁中的适用

1. 非国家法作为准据法的的国际商事仲裁实践

由于仲裁的性质，仲裁庭在案件审理过程中更加尊重当事人的意思自治，相对于法院而言较为开放，因此，非国家法作为准据法的选择在仲裁庭常能被支持；并且，仲裁庭以

[①] 这种方法在 *the Hague Principle Commentary* No 2.6 中被称为 dépeçage。Available at: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135.最后访问时间：2019 年 5 月 5 日。英文原文为：The parties may choose:(a)the law applicable to the whole contract or to only part of it; and(b)different law for different parts of the contract.

[②] 转引自：彭思斯.意思自治中对非国家法律体系的选择适用[D].中国青年政治学院,2016，第 22 页。原出处为：肖永平：《国际私法原理》，法律出版社，2007 年版，第 18 页。

[③] Tang, *Zheng Sophia, Non-State Law in Party Autonomy – A European Perspective* (June 9, 2012). International Journal of Private Law, Vol. 5, No. 1, pp. 22-39, 2012. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2080559.p.32.

[④] See the Hague Principle Commentary No 2.6. Available at: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[⑤] Radicati di Brozolo, Luca G., *Non-National Rules and Conflicts of Laws* (June 23, 2012). Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2089822.p.10.

非国家法作为准据法的裁决也能够得到法院的承认和执行。

以《国际商事合同通则》（以下简称："《通则》"）为例，根据 UNILEX 数据库的统计，截止到笔者访问的日期，其适用的方式有多种：作为合同条款纳入合同中、补充和解释国内法或国际统一实体法、指导起草合同、解释国际合同、作为国内或国际立法的示范等等，而其中在国际仲裁庭中由当事人明示选择作为合同准据法而适用的案例有 21 件。[①]

这些案件可以被大体划分为如下几类：第一类，也是在较多案件中出现的是当事人在协议中明确选择了适用《通则》。当争议提交仲裁庭时，仲裁庭直接根据《通则》中的相关规定作出裁决。[②]譬如，在当事人国籍未知的涉及谅解备忘录的纠纷案[③]中，案件摘要显示，当事人要求仲裁庭应根据当事人双方之间的协议作出决定，并在其认为必要和适当的范围内适用《通则》，最终仲裁庭在其裁决中特别适用了《通则》中的两项规定，即第 4.5 条和 5.4（2）条分别得出谅解备忘录整体而非仅涉及销售合同订立有关的部分有效，以及双方宣布打算进行谈判以达成建立装配厂的协议将意味着有责任尽最大努力实现这一目标的结论。

第二类情形是当事人在合同中未选择准据法，待争议产生并提交仲裁裁决时，当事人自行或在仲裁员的建议下同意选择适用《通则》。[④]例如，在国际商会国际仲裁法院第 12889 号案例[⑤]中，独任仲裁员注意到合同中未选择准据法，因此仲裁一开始便邀请双方商定适用于实体争议的法律。并且，由于各方对马达加斯加法律的适用存在分歧，根据相关的法律冲突规则，独任仲裁员请各方考虑选择《通则》解决实体争议，双方最终同意。

第三类见于另外一些案件中，当事人选择适用国际公约或国内法，同时又选择《通则》在必要时进行补充适用。仲裁庭认可了当事人的这一选择，并在最终裁决中引用《通则》中的相关条款进行解释以支持当事人的主张或其仲裁裁决。[⑥]例如，在国际商会国际仲裁法庭第 10114 号案例[⑦]中，一中国公司诉一东欧汽车制造商违反合同约定并要求同时给付补偿金和惩罚性赔偿金。案件提交仲裁后，双方同意中国法为案件争议的准据法，但同时要求仲裁庭也适用《通则》，并将之视为国际惯例的一种表达形式。因此，仲裁法庭最终根据中国法和包括《通则》在内的国际惯例作出裁决。

另外在一些案件中，当事人双方选择了特定国家的法律，但在仲裁过程中，一方当事人援引《通则》中的个别条款以支持自己的主张，其中有一个案件仲裁庭驳回其请求，认为《通则》的适用必须经过双方的同意，[⑧]而在另一个案件中，仲裁法庭请双方就一方当事

---

① 参见 http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

② 2009 年常设仲裁法院：一欧洲公司与一国际政府组织的许可协议纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/1473、2002 年国际商会国际仲裁院第 11739 号案例，参见 http://www.unilex.info/principles/case/1687、1997 年 1 月 20 日俄罗斯联邦工商会国际仲裁院：一俄罗斯贸易组织与一香港公司销售合同纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/623，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

③ 参见 http://www.unilex.info/principles/case/647，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

④ 2002 年 1 月 25 日洛桑工商会国际仲裁院：两个比利时人与一西班牙公司咨询合同纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/863；1996 年 12 月 1 日米兰国际仲裁处：一意大利公司与一美国公司商业代理合同纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/622；纽约临时仲裁庭：联合国组织与一欧洲公司关于非洲维和特派团货物供应合同纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/994，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

⑤ 参见 http://www.unilex.info/principles/case/1398，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

⑥ 1997 年 4 月 21 日巴黎临时仲裁庭：一俄罗斯贸易组织与一美国公司贷款协议纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/651；2008 年 5 月海牙国际仲裁法庭第 14663 号案例，参见 http://www.unilex.info/principles/case/2114，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

⑦ 参见 http://www.unilex.info/principles/case/696，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

⑧ 1999 年 5 月 28 日俄罗斯联邦工商会国际商事仲裁院：一比利时公司与一俄罗斯公司销售合同纠纷案，参见 http://www.unilex.info/principles/case/1384，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

人提出的、可能有助于争端解决的《通则》中的某些条款发表意见，由于被告不反对适用原告提到的《通则》中的条款，因此仲裁庭决定可以认为双方同意适用这些条款。[①]

从上述这些案件中可以看出，不论是在争议合同中作出还是在仲裁开始后才作出，双方当事人明确选择适用《通则》均能被仲裁庭所接受；甚至在合同中未选择准据法或者选择各自国内法作为准据法相互冲突时，仲裁庭会根据案件实际情况建议当事人选择适用《通则》作为准据法。因此，虽然《通则》是目前接受度较高的非国家法之一，其适用情况不能充分代表所有非国家法，但它足以揭示类似于《通则》这样成熟度高、接受范围广的非国家法在国际仲裁庭上基于当事人的选择作为准据法是一种较为普遍的做法。

2. **国际商事仲裁立法对非国家法作为准据法的认可**

在相关仲裁规则方面，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）1985 年版本的《国际商事仲裁示范法》首次将“the law”的表述改为“the rules of law”（“法律规则”），官方对这一修改给出的解释是：通过指称选择“法律规则”而不是“法律”，示范法扩大了当事人在指定对争议实体事项所适用的法律的选择范围。例如，当事人可约定采用已在某一国际论坛上详细制定但尚未被纳入任何国内法律制度中的法律规则。当事人还可直接选择某一文书作为管辖仲裁的整套实体法，例如《联合国国际货物销售合同公约》，而不必依照该公约任何缔约国的国内法。[②]

在这之后，这一表述扩展到其他的国际仲裁法律文件中，譬如 ICC 国际商会 2017 年版本的仲裁规则中也适用了“the rules of law”（“法律规则”），第二十一条第一款规定：“当事人有权自由约定仲裁庭处理案件实体问题所应适用的法律规则。当事人对此没有约定的，仲裁庭将决定适用其认为适当的法律规则。”[③]而今，“the rules of law”这一提法在仲裁立法和仲裁机构规则中占据了垄断地位。[④]譬如，美国仲裁协会（“AAA”）下设国际争议解决中心（“ICDR”）2014 年版的国际仲裁规则中亦有相同的条款。[⑤]在国家仲裁立法中，典型的是英国 1996 年的仲裁法，其中第四十六条第一款第二项“允许当事人自由地适用一套本身并不构成法律制度的规则或原则”，而且“这种选择可能包括非国家法律原则（例如 1994 年国际统一私法协会的《国际商事合同通则》），或者更广泛地说，一般的商业原则法律或商法(lex mercatoria)”。[⑥]此外，法国民事诉讼法典第一千五百一十一条也规定：“仲裁庭应根据当事人选择的法律规则来裁决争议，或者在当事人没有做出这种选择的情况下，根据其认为适

[①]2002 年国际商会国际仲裁院第 11174 号案例，参见 http://www.unilex.info/principles/case/1399，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[②] 参见《贸易法委员会国际商事仲裁示范法 1985 年（附 2006 年通过的修正案）》第 33 页，Available at: http://59.80.44.47/www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/ml-arb/07-86997_Ebook.pdf. 最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[③] Available at: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_21.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[④] Saumier, Genevieve and Gama, Lauro, *Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (December 12, 2011). EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACION REGIONAL, pp. 41-66, D.P. Fernandez Arroyo, J.J. Obando Peralta, eds., Editorial Juridica Continental, 2011. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1971302.pp.47-48.文中作者搜集并列举了一些国家与仲裁相关的法律规定，如墨西哥商法典第 1445 条：“仲裁庭应适用当事人选择的法律规则对争议进行裁决”；巴西 1996 年《仲裁法》第 2 条第 1 款：“当事人可以自由选择适用于仲裁的法律规则，前提是其选择不违反良好道德和公共政策”；日本 2003 年《仲裁法》第 36 条：“仲裁庭应根据当事人协议选择的法律规则对实体争议进行裁决”等相关规定。

[⑤] 参见 https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules.pdf，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[⑥] 参见 UNILEX 数据库中收录的在英国高等法院的案例：穆萨维诉 R.E.国际（英国）有限公司等案，其摘要中提及了英国 1996 年版仲裁法中第 46（1）（b）条的相关规定，http://www.unilex.info/case.cfm?id=1633，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

当的法律规则来裁决争议。在任何一种情况下，仲裁庭都应考虑贸易惯例。”[①]

上述相关条文表明了非国家法基于当事人的选择作为合同准据法已经越来越受到国际仲裁规则和国家仲裁立法的认可，从立法层面上肯定了非国家法在裁决争议上的作用。可以推测，未来类似的允许当事人选择非国家法作为合同准据法的条文将会出现在更多的仲裁规则和仲裁立法中。

（二）非国家法在国际商事诉讼中的适用

对比之下，在诉讼领域，冲突法中明文规定当事人可以选择非国家法作为准据法的国家却很少见。巴拉圭是第一个通过正式的立法程序采纳并实行《海牙原则》的国家。其 2015 年的《国际合同法律适用法》的第五条直接采纳了《海牙原则》中的非国家法条款，允许当事人选择非国家法。[②]在诉讼实践中，当事人将非国家法作为准据法的选择也很难得到法院的认可。

而在国际层面上，近几十年来也出现了将非国家法作为准据法的选择纳入国际公约或者其他相关国际法律文件的尝试。包括 1994 年的《墨西哥公约》和欧盟委员会 2005 年公布的《罗马条例Ⅰ》草案，但针对前者，有人指出其规定实际上并未明确当事人可以选择非国家法作为准据法，[③]而后者最终因在学界和实务界引起的争议过大，[④]相关条款最终在 2008 年正式官方版本中未被采纳。

海牙国际私法协会 2015 年通过的《国际商事合同法律选择原则》可以说是国际层面上不能不提的一次跨步较大、极富创新精神的大胆尝试，其中被学者称为“非国家法条款”的第三条规定：当事人所选择的法律可以是国际、跨国家或区域范围内作为一套中立、平衡规则被普遍接受的法律规则，除非诉讼地法律另有规定。[⑤]《海牙原则》是没有法律强制约束力的“软法”，起草工作组希望能通过这种方式鼓励各个国家结合其各自实际情况以合适的方式将《海牙原则》纳入其国内法律制度中。[⑥]

《海牙原则》旨在扩大当事人自治，但“非国家法条款”的内容却受到了学界的一些批评。“非国家法条款”一方面确立了当事人选择非国家法作为准据法的权利，另一方面又对此作出了限制。有学者认为，“一套法律规则”、“中立、平衡规则”、“被普遍接受”、“除非诉讼地法律另有规定”等规定均具有不同程度的不合理之处。[⑦]其所反映出来的问题可能也正是在立法中明确非国家法作为准据法的适用所会遇到的立法技术难题，而这一难题的存在一部分来源于目前非国家法概念的不确定及其边界的模糊性，另一方面是由于非国家

[①] 英文原文表述为：The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law chosen by the parties or, where no such choice has been made, in accordance with the rules of law it considers appropriate. In either case, the arbitral tribunal shall take trade usages into account. 参见 https://1.next.westlaw.com/Document/I6490a3f0aa0611dea1fdcfac36af2fc8/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default).最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[②] 杜涛：《国际私法国际前沿年度报告(2014—2015)》，载《国际法研究》2016 年第 2 期,第 122 页。

[③] 黄瑞焰.《国际商事合同法律选择原则》第 3 条研究[D].浙江工商大学,2018,第 26 页.其脚注中指出《墨西哥公约》第九条第二款：“法院应考虑合同的所有主客观因素，以确定与之具有最密切联系的国家的法律。国际组织认可的国际商法的一般原则也应予考虑。”第十条：“除前述条款的规定外，为满足特殊案件的公正及公平的要求，也可以适用国际商法中的准则、习惯和原则以及普遍接受的商业惯例和习惯。”此外，学者 Tang, Zheng Sophia 在其文章 *Non-State Law in Party Autonomy – A European Perspective* 中也持该观点。

[④] 具体评论可参见网站：http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[⑤] 英文原文表述为：The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise. Available at:https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135.

[⑥] See *Principles on Choice of Law in International Contracts*, p.25. Available at: https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6353&dtid=3.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[⑦] Michaels, Ralf, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts* (January 27, 2014). Festschrift, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2386186.pp.14-18.

法尚处于不断发展的动态变化中，究竟该向所有的非国家法开放还是应该限制一定范围存有争议；进一步说，如果采取的是限定范围的方式的话，又该如何进行限定也是一个争议很大的问题。《海牙原则》草案中采用的是“开放式”的表述方法，即对可以选择的非国家法不予以任何实质的限制，唯一的限制是所选法律必须是一套规则(a body of rules)。[①]但这一提法由于争议过大，最终工作组不得不作出妥协，在最终版中对可以被选择的非国家法进行了如前所述的限制。

四、非国家法在我国的适用

（一）非国家法在我国涉外仲裁领域的适用

目前为止，我国相关仲裁立法和司法解释中均未明确规定当事人可以选择非国家法作为准据法。而相关仲裁规则中涉及到非国家法的有我国两大常设涉外仲裁机构——中国国际经济贸易仲裁委员会 2015 年版仲裁规则以及中国海事仲裁委员会 2018 年版的仲裁规则，其中关于“裁决的作出”的条文中都明确规定了一个相同的条款，即“仲裁庭应当根据事实和合同约定，依照法律规定，参考国际惯例，公平合理、独立公正地作出裁决”[②]。但仔细分析这一条款可以发现：它是从仲裁庭在裁决时应当考虑的规则范围角度做出的，而不是从当事人意思自治的角度出发直接规定当事人可以选择国际惯例作为准据法；并且，其规定的仅是“参考国际惯例”，换言之，国际惯例起到的更多的仅是补充解释、填补法律漏洞的作用。因此，这一规定和当事人可以选择非国家法作为准据法实质上相去甚远。

尽管我国仲裁立法和仲裁规则中未给出明确规定，但在具体的仲裁实践中，非国家法的适用方式仍是不一而足，其中也出现了仲裁庭同意当事人将非国家法作为合同准据法的选择。UNILEX 数据库收录了两个相关案例。其中一个是发生在 2004 年的厦门象屿集团股份有限公司诉瑞士米歇尔贸易公司销售合同纠纷案。摘要显示，两公司签订的钢铁贸易合同中的仲裁条款约定：“本合同的适用和解释应受《联合国国际货物销售合同公约》的管辖。本公约未涵盖的问题，适用《国际商事合同通则》（1994 年版）。”几个月后，当发生争议时，瑞士公司提请仲裁。厦门象屿公司又向厦门市中级人民法院申请质疑仲裁协议的有效性。最终，法院驳回了申请并确认了仲裁协议的有效性。[③]而在另一个案例中，即 2014 年的瑞士 flame 股份有限公司诉韶关嘉盟燃料有限公司限售合同纠纷案，两公司签订了煤炭销售合同，并选择了《国际商事合同通则》（2004 年版）作为准据法。双方还同意将合同产生的争议提交香港国际仲裁中心进行仲裁。仲裁裁决颁布后，瑞士公司申请确认裁决的约束力，而被告应诉称存在程序上的缺陷即仲裁程序与当事人协议不符。韶关中级人民法院没有处理以《国际商事合同通则》为准据法的法律选择条款的有效性问题，也没有在决定中提及，而是以程序不违反案件所应适用的香港国际仲裁中心的仲裁规则为由确认了仲裁裁决的有效性。[④]从这两个案件可以看出，不仅仲裁庭尊重当事人明确将非国家法作为准据法的法律选择条款，而且法院也承认具有相关内容的仲裁协议或者根据相关仲裁协议作出的仲裁裁

[①] See *Report on Third Meeting of the Working Group on Choice of Law in International Contracts,*Available at: https://assets.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[②] 参见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》（2015 版）第 49 条第 1 款，http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id=14.检索时间：2019 年 4 月 20 日。
《中国海事仲裁委员会仲裁规则》（2018 年版）第 54 条第 1 款，http://www.cmac.org.cn/wp-content/uploads/2018/10/2018%E4%BB%B2%E8%A3%81%E8%A7%84%E5%88%99%E4%B8%AD%E6%96%87-%E5%89%AF%E6%9C%AC.pdf.最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[③] 福建省厦门市中级人民法院*(2004)厦民认字第* 81 *号。*参见 http://www.unilex.info/case.cfm?id=1121，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

[④] 广东省韶关市中级人民法院(2013)*韶中法民三认字第 1 号。*参见 http://www.unilex.info/case.cfm?id=2133，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

决的有效性。[①]

（二）非国家法在我国涉外诉讼领域的适用

我国立法以及司法解释均未明文规定当事人可以在诉讼中选择非国家法作为准据法。在国际私法领域，我国的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）在制定过程中，由于立法技术问题，特别是国际条约适用的复杂性，全国人大常委会法工委未对国际条约、国际惯例的适用做出规定。最高人民法院后颁布实施的《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“《法律适用法司法解释一》”）对此问题进行解释和回应：在涉外民事关系法律适用法没有就国际条约、国际惯例的适用做出新的规定的情况下，仍应当适用上述《中华人民共和国民法通则》第一百四十二条、《中华人民共和国票据法》第九十五条、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条、《中华人民共和国民用航空法》第一百八十四条的规定，解决司法实践中面临的适用国际条约、国际惯例的法律依据问题。[②]

1.已对我国生效的国际条约——《民法通则》第一百四十二条第二款

有学者认为第一百四十二条第二款中的国际条约显然当为民商事领域的统一实体法[③]。但另有不同观点认为，由于该条款未详细说明国际条约的种类，因此很有可能包括所有解决民商事问题的条约。[④]

对于《民法通则》第一百四十二条第二款或者说对我国已生效的国际条约包含的范围和种类的不同理解，也导致了实践中法官在具体诉讼中采用的方式尚不统一。有学者将实践中常见的适用方法进行总结并分为三大类：[⑤]第一种被概括为“条约优先于冲突法”，在具体的法院司法实践中表现为直接适用国际条约而不考虑根据冲突法确定的准据法是中国法还是外国法。这种方法在适用 CISG 时最为常见；此外，也可见于对与承运人义务相关的国际公约的适用。其适用的逻辑前提是该条款中对我国已生效的条约不仅限于民事实体法，还包括冲突法等规范。有学者主张，条约缔约国的“条约必须信守”义务要求国内法院必须适用已对本国生效的国际条约，换言之，这是一种直接适用方法，法院在国际条约适用范围内，在审理某一涉外民商事案件时直接根据国际条约的相关规定作出裁判，而不需要任何冲突规范的援引。[⑥]若从这一角度来理解，当事人没有自主选择对我国已生效的国际条约作为准据法的空间。法院的直接适用也不能被理解为是将非国家法作为准据法，因为通过目的解释可知，这一条款的目的是明确“条约必须信守”的义务在司法实践中的要求和落实，而非作为冲突规范为法院解决涉外民商事案件指引准据法。

第二种适用方法的逻辑前提则是该条款中的对我国已生效的条约仅限于民商事实体条约，它被概括为“条约优先于中国国内实体法”。在司法实践中，法院运用这一方法适用国际条约的过程可以被简化为三步：首先根据中国的冲突法确立的法律选择规则确定准据法，若适用的不是外国法而是中国法，再采取第二步，即考虑中国法是否与中国缔结或参加的

[①] 另有学者认为，前一个案件法院的裁决明确肯定了《通则》可以依据合同的明示约定而成为实体争议的准据法，但后一案件则不能，因为法院本身并未标明对选择《通则》作为准据法的态度。参见刘瑛、杜蕾：《论国际民事诉讼中<国际商事合同通则>的明示选择适用》，载《武大国际法评论》2017 年第 4 期，第 93-94 页。

[②] 高晓力：《最高人民法院<关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)>解读》,载《法律适用》2013 年第 3 期，第 40 页。

[③] 李健男：《论国际惯例在我国涉外民事关系中的适用——兼评<涉外民事关系法律适用法>》载《太平洋学报》2011 年第 6 期，第 19 页。

[④] Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910. p.27.

[⑤] Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.pp.12-26.

[⑥] 许军珂：《当事人意思自治原则对法院适用国际条约的影响》，载《法学》2014 年第 2 期，第 40-41 页.。

国际条约的规定相冲突，若二者规定不同则适用国际条约。[①]

第三种方法则是将国际条约作为准据法，譬如，在涉及乘客运输合同的汪忠良诉港龙航空有限公司人身损害赔偿案中，原告乘坐从上海经香港飞往马尼拉的航班途中食用被告提供午餐中的色拉食物被混杂其中的容器碎片损伤咽部受伤，遂起诉该航空公司造成对其损害。运输合同规定：争议适用 1929 年《华沙公约》或 1955 年《海牙议定书》，取决于哪一个适用于本案。法院承认《民航法》和《民法通则》都允许当事人自治，并承认当事人可以选择国际公约作为准据法。然而，法院认为，第一百四十二条仅允许条约在与中国实体法不同的情况下才能被适用。由于民航法的有关规定借鉴于经修订的《华沙公约》和《危地马拉议定书》，这些规定与国际条约一致，法院遂适用《民航法》而非《华沙公约》。可以看出，在判决中，法院并未反对当事人选择中国加入的国际条约作为准据法。[②]然而深入分析后该学者发现，并没有一个法院真的将当事人指定的国际条约作为独立的准据法，因为法院在适用对我国生效的条约前都会采用和第二种方法相同的步骤检验条约是否可适用。

通过上述分析可以看出，正如部分学者所主张的那样，第一种方法可能更有利于我国遵守其条约义务。[③]因此可以认为，对我国已生效的国际公约可以作为法院判决涉外民商事案件的依据，但不能成为国际私法中所定义的准据法。[④]

2.国际惯例——《民法通则》第一百四十二条第三款

在笔者检索资料范围内，关于第一百四十二条第三款的规定是否表明国际惯例能否作为合同准据法主要存在两种不同的观点。第一种观点认为，在依客观连结点确定准据法时，只能指向某一具体国家或地区的法律，而不可能指向某一具体国际惯例，因此国际惯例不可能成为准据法。不过，《法律适用法》第三十七、四十一、四十四条和《民法通则》第一百四十五条等冲突规范允许当事人协议选择涉外民事关系的准据法，将当事人双方或多方的主观合意明确规定为确定准据法的连结点。由于当事人主观合意这种主观连结点本身的特点，其可以指向某一具体国际惯例，因此，仅在当事人协议选择准据法时，国际惯例才可能成为准据法。但同时，国际惯例要成为准据法还必须满足的条件是：它属于合同当事人可以选择的“法律”。[⑤]

尽管国际惯例是否能成为冲突法意义上的“法律”尚存在争议，但司法实践中存在法院基于当事人的选择将国际惯例作为准据法的案例映证上述观点。譬如在上海赛风国际贸易有限公司与中国工商银行股份有限公司常州分行、CANARABANK 国际托收纠纷案[⑥]中，法院认为，“根据《中华人民共和国合同法》第一百二十六条之规定，当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。本案中，涉案托收面函对 URC522 的适用做了明确约定，被告常州工行将托收面函的客户联放在原告上海赛风公司位于常州工行的回单箱内，该种交付行为符合银行交付单据的交易习惯，被告印度银行亦收到前述托收面函，故应认定原告上海赛风公司、被告常州工行、被告印度银行就 URC522 的适用做了明确约定，且该约定不违反我国法律的有关规定，故应为有效约定，URC522 对原告上海赛风公司、被告常州工行、

---

① Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.p.18-19.作者指出，这种方法适用的情形包括国际公约的规定与中国的实体法不同且后者是争议的准据法，以及没有更新的中国国内法处理有关争议。

② 上海市长宁区人民法院(2000)长民初字第 233 号。

③ Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.p.27.

④ 秦瑞亭：《中国国际私法实证研究》，南开大学出版社 2017 年版，第 121 页。

⑤ 秦瑞亭：《中国国际私法实证研究》，南开大学出版社 2017 年版，第 122 页。

⑥ 常州市中级人民法院（2006）常民三初字第 26 号。

被告印度银行均有约束力……综上，URC522 及中华人民共和国法律均应为本案准据法。”

第二种观点则认为，该条款是对国际惯例补充适用的规定，即当冲突规范指向中国法但中国法律或中国缔结或参加的国际条约未规定时才适用国际惯例。而由于这种补充适用为法律所规定，因此被适用的国际惯例的效力相当于法律，换言之，国际惯例作为准据法的效力源于法律的规定，而非基于当事人的选择。①

司法实践中也有能映证这一观点的案例。在马来西亚统一（KUB）电力公司诉中国光大银行股份有限公司沈阳分行担保合同纠纷一案②中，一审法院认为，“独立性保函是指一种独立于基础合同，仅以保函自身条款为付款责任确定依据的保函，而从属性保函是指将保函项下义务的履行取决于相应的基础商业合同。由于我国没有有关涉外独立性银行保函的具体法律规定，而且我国缔结或者参加的国际条约也没有相关规定，所以依据《中华人民共和国民法通则》的相关规定适用有关的国际惯例，即国际商会 1992 年正式公布的第 458 号出版物---《见索即付独立保证统一规则》（Uniform Rules for Demand Guarantees）对此进行判定。”法院明确写明将《见索即付独立保证统一规则》作为判决依据，即该国际惯例在本案中被作为准据法适用。③

立法的不明确导致了学术理解上的差异以及司法实践的不统一。但可以观察到的是，相较于国际公约而言，不论是在学术领域还是在司法实践中，学者和法院对于国际惯例能否作为准据法的态度似乎较为开放。此外，亦有观点认为，该条款规定的国际惯例也包括一些尚未对我国生效的国际条约。④在司法实践中，也不乏法院这么做。譬如，在中国·安徽省服装进出口股份有限公司与法国·薛德卡哥斯公司、中国·安徽外运直属储运公司、法国·国家塔丽娜航运公司海上货物运输合同货损纠纷案⑤中，法院认为，“提单背面条款规定本案的争议应适用法国 1966 年 6 月 18 日法律及相关法律解释或者适用《海牙－维斯比规则》，本院选择《海牙－维斯比规则》为本案的准据法。”

3.尚未对我国生效的国际条约——《法律适用法司法解释一》第九条

尽管国际惯例可以涵盖一部分尚未对我国生效的国际公约，但并不能涵盖全部，例如一些接受度较小的尚未对我国生效的国际公约就不足以成为国际惯例而依据《民法通则》第一百四十二条第三款被适用。2013 年最高人民法院颁布实施《法律适用法司法解释一》，其中的第九条对这一问题做出了明文规定：“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”

通过文义解释可知，条文中“违反中华人民共和国社会公共利益的除外”规定的是公共秩序保留制度，而根据国际私法理论，该制度是在内国法院依本国冲突法规范适用外国法时才可能适用，据此对该法条应该这么理解：当事人可以在合同中约定将尚未对中国生效的国际条约作为准据法；但若看另外半句即“违反中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外”，由于当事人选择外国法作为合同准据法的法律后果之一即是排除我国法中任意性和国内强制性法规的适用，因此如果认为这条表明上述结论成立，那么就不需要再多此一举；而该条特别突出地规定了合同当事人选择的国际条约不得违背我国法律和行政法规的强制性规定，因此可以认为其实质是将当事人援引尚未对我国生效的国际条约的合

① 刘瑛、杜蕾：《论国际民事诉讼中<国际商事合同通则>的明示选择适用》，载《武大国际法评论》2017 年第 4 期，第 95 页。

② 沈阳市中级人民法院民事判决书[2004]沈中字（4）外初字第 12 号。

③ 秦瑞亭：《中国国际私法实证研究》，南开大学出版社 2017 年版，第 127 页。

④ 刘瑛、杜蕾：《论国际民事诉讼中<国际商事合同通则>的明示选择适用》，载《武大国际法评论》2017 年第 4 期，第 99 页。

⑤ 武汉海事法院(2001)武海法商字第 19 号。

同条款视为实体法意义上的合同并入条款，即当事人选择的尚未对我国生效的国际条约性质上属于合同的一般条款，而非具有“法律”性质的准据法。通过以上的文义分析可以发现，这两个半句所表达的意思是相互矛盾的。

再看司法解释起草者对这一条款作出的说明：“把这类国际条约认为构成当事人之间合同的组成部分，据以确定当事人之间的权利义务，更为合理，这样也可以解决如何对待当事人援引一些不具有拘束力的国际示范法、统一规则等产生的问题。”[①]司法解释起草者的态度很明确，他们更倾向于将当事人援引的尚未对我国生效的国际条约视为合同的并入条款。事实上，这种做法也是其他国家较普遍采用的做法，如学者指出，在国家立法机关尚未明确类似非国家法在国内法律体系中的地位以及学界相关争议得到解决之前，将之视为合同并入条款不失为一种比较合适且明智的过渡方法。[②]

五、 结论

本文讨论的一般意义上的非国家法在国际商事合同仲裁领域不论是在法律规则还是在仲裁实践中基于当事人的选择而成为准据法已经不存在多大问题了。但在诉讼领域这一问题目前在学界和实务界仍然存在很大争议。而对于争议的几大问题，理论界支持者更多地从功能主义以及全球化法律多元主义等角度出发进行论证，不过可能尚不足以打破反对者基于传统法律理论提出的种种质疑。但与此同时，国际社会特别是私法协会等也在不断尝试推进，尤具有代表性和创新性的便是《海牙原则》第三条即“非国家法条款”的尝试。

我国立法针对当事人能否选择非国家法作为准据法并未给出明文规定，仅有《民法通则》第一百四十二条以及《法律适用法司法解释一》第九条对非国家法中的已对我国生效的国际条约、国际惯例以及尚未对我国生效的国际条约的适用分别作了规定。结合立法和司法解释的相关规定以及司法实践，综合学理观点，笔者认为，针对已对我国生效的国际公约我们应该遵从“条约必须信守”的义务坚持条约的直接适用，而不需经过当事人的明示选择或经过冲突规范的援引，但不排除当事人可以根据条约的规定作出排除条约适用的约定；针对部分发展比较成熟的、得到国际商事领域普遍接受与承认的国际惯例，可以允许当事人选择其作为准据法；而对于本可包含于国际惯例中的尚未对我国生效的国际条约，由于司法解释已经对此做出了解释，按照其中的规定及起草者给出的解释，应该将当事人选择的尚未对我国生效的国际条约视为合同并入条款。

笔者认为，这是目前根据现有立法能够总结出的比较合乎立法者意图又不过分背离国际私法原理且能比较明确地指导司法实践的一种解释。但若未来这一争议得以解决并且非国家法也得到了足够的发展，笔者认为还是统一规定非国家法能够基于当事人的选择成为国际商事合同的准据法会更好。

---

① 参见最高人民法院民四庭负责人就《关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》答记者问，http://fxh.wuxi.gov.cn/doc/2014/02/07/559284.shtml，最后访问日期：2019 年 5 月 5 日。

② Tang, Zheng Sophia, *International Treaties in Chinese Private International Law* (May 31, 2012). (2012) 42 Hong Kong Law Journal 597-632. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2977910.p.35.

第二部分 “一带一路”建设中的国际私法问题

1. 论我国国际商事法庭协议管辖规则

——兼与各国国际商事法庭之比较

范冰仪*

摘 要：随着国际商事仲裁的传统优势逐渐淡化，作为专门性司法机构的国际商事法庭在全球范围内引起瞩目。协议管辖制度对于国际商事法庭管辖权的启动至关重要，通过与各国国际商事法庭协议管辖规则之比较，能够为我国国际商事法庭协议管辖的发展提供进路。我国国际商事法庭协议管辖规则呈现出与各国国际商事法庭颇为不同的特点，以施加实际联系的限制为代表。究其原因，主要在于国际商事法庭现阶段案件负担能力及审判经验的不足，以及实际联系在我国的固有地位难以改变。若要完善我国国际商事法庭协议管辖规则，应首先明确我国国际商事法庭的定位，将建设中立化的国际商事争议解决中心作为最高目标，同时兼顾现实情况，力求平稳过渡。其次，应为当事人提供管辖协议格式文本或示范条款。最后，从理论角度而言，实际联系的限制应当被取消，但结合实际来看，短期内在司法实践中有意识地放宽实际联系限制的做法更为可取，长期内可考虑彻底取消实际联系的要求。

关键词：国际商事法庭；协议管辖；实际联系；商事争议解决

Abstract: Given the decline of the traditional competitive advantages of international commercial arbitration, international commercial court has attracted attention in the worldwide. Choice of forum regime matters a lot to the start of jurisdiction of international commercial court. By the comparison of choice of forum rules of states' international commercial courts, it helps to provide methods for development of China International Commercial Court. Choice of forum rules of China International Commercial Court have several characteristics which are different from other international commercial courts to a certain degree, representing by imposing the limit of substantial connection. The causes are mainly the weak ability to deal with caseload and lack of experience in the early stage of China International Commercial Court, along with difficulties to change the traditional position of substantial connection in China. To improve choice of forum rules of China International Commercial Court, the orientation of the court should be specified at first. The supreme goal should be the construction of a neutral international commercial dispute resolution centre, along with consideration of current situation, striving for smooth transition. Secondly, the template document or model clause should be provided for parties. Finally, in theory, the limit of substantial connection should be canceled. But given the current circumstances, it is more appropriate to relax the restriction of substantial connections intentionally in judicial practice in the short term, considering to cancel the limit of substantial connection in the long term.

Keywords: International Commercial Court; Choice of Forum; Substantial Connection; Commercial Dispute Resolution

引言

随着国际商事活动变得愈加普遍，国际商事纠纷的数量激增，情况亦日趋复杂。目前，国际商事仲裁是解决国际商事纠纷的最主要途径，因其保密性强、方式灵活、证据开示受

限、可选任仲裁员等特征广受当事人青睐。但随着国际商事仲裁实践的日益丰富，这些优势逐渐演变成为了局限所在。例如，少量的证据开示一般能够提高便利性，但在特定类型的纠纷中（如持续增长的反垄断纠纷），范围广泛的证据开示对申请人履行举证责任实为必要，有限的证据开示并不利于裁决的公正性；费用低、效率高这样的传统优势也难以维系，因为随着争议金额的显著增加，当事方倾向于在仲裁中运用诉讼策略，由此提高了费用，也延长了进程；[①]另外，仲裁程序的保密性虽曾广受推崇，但长期实践证明，这种不公开使行业监管变得困难，且裁决缺乏一致性和可预见性。由此可见，传统的争议解决途径难以应对新形势下的国际商事纠纷，国际商事纠纷解决机制滞后于国际商事活动的发展。[②]在此背景下，国际商事法庭[③]作为专门性的国际商事纠纷司法裁判机构，陆续在全球范围内引起瞩目。目前，英国、德国、新加坡、迪拜、阿布扎比、卡塔尔、荷兰、法国、哈萨克斯坦、比利时等地相继设立了国际商事法庭，我国也不例外。为了使“一带一路”倡议的深化获得坚实的司法保障，2018 年 6 月 29 日，最高人民法院第一、第二国际商事法庭分别在深圳和西安设立，7 月 1 日，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》开始施行，标志着我国国际商事法庭制度正式确立。

2018 年 12 月 29 日，最高人民法院国际商事法庭依据《中华人民共和国民事诉讼法》（下文简称《民事诉讼法》）第二十条、第三十八条，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（下文简称《国际商事法庭规定》）第二条之规定，正式受理第一批国际商事纠纷案件。[④]上述三个条款均关乎我国国际商事法庭的管辖权。管辖权作为案件受理的依据和判决承认执行的前提，对于国际商事法庭的构建至关重要。协议管辖是国际商事法庭主要的管辖权来源。协议管辖制度最初起源于英美法系国家。从 1972 年美国最高法院审理的 Bremen 案起，协议管辖制度正式确立。[⑤]在现行国际商事法庭制度体系中，协议管辖被普遍纳入。本文将对我国国际商事法庭协议管辖权的特点及其原因作出阐释，结合与其他国际商事法庭的对比分析，尝试提出我国国际商事法庭协议管辖制度的完善路径。

一、我国国际商事法庭协议管辖规则评释

《国际商事法庭规定》第二条规定了国际商事法庭受理的案件类型，其中第（一）款即指向协议管辖；第三条则对第二条中的“国际商事案件”进行了界定，这两个条款共同构建了我国国际商事法庭的协议管辖制度。虽然协议管辖在现存的国际商事法庭中得到了普遍性的认可，但对于协议管辖的具体要求、范围、形式和限制，各国国际商事法庭的规定并不相同。我国国际商事法庭的协议管辖设置亦存在诸多特点。根据《国际商事法庭规定》第二条第（一）款，国际商事法庭通过当事人协议选择取得管辖权需满足四项条件：一是当事人协议选择最高人民法院管辖；二是当事人的协议选择应依据《民事诉讼法》第三十四条；三是标的额为人民币 3 亿元以上；四是第一审国际商事案件。对于标的额的设置，比较研究的意义不大且具体实效有待检验，故在此不予讨论。针对其余三项条件，下文将逐一阐明并与现行国际商事法庭情况展开对比。

（一）协议选择最高人民法院管辖

*吉林大学法学院国际法专业本硕博连读研究生，研究方向：国际私法，邮箱：260347062@qq.com，联系方式：15543679998，地址：吉林省长春市前街大街 2699 号吉林大学前卫南校区。

① See Margret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, 2008, pp.3-5.

② 参见谷浩、林玉芳：《中国国际商事法庭构建初探》，2018 年第 4 期。

③ 亦有国家称为“国际商事法院”，性质相同，为行文方便，统称为“国际商事法庭”。

④ 《最高法院国际商事法庭已受理一批国际商事纠纷案件》，最高人民法院国际商事法庭：http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1150.html，最后访问日期：2019 年 4 月 27 日。

⑤ See Symeon C. Symeonides, American Private International Law, Kluwer Law Interantional, 2008, pp.37-38.

根据《国际商事法庭规定》第二条可知，在协议管辖的情况下，当事人合意选择的是最高人民法院。换言之，我国国际商事法庭协议管辖中当事人选择的管辖主体并非该专门机构，而是设立该机构的本国法院。在这一问题上，我国国际商事法庭独树一帜，与其他国际商事法庭的普遍做法均不相同。新加坡国际商事法庭（Singapore International Commercial Court, 简称 SICC）是新加坡高等法院（Singapore High Court）的一个分支，从设立机制来看，其与我国国际商事法庭相似度较高，但在新加坡国际商事法庭的程序规则中，协议管辖的条件仍然是当事人约定选择 SICC 的管辖，而非新加坡高等法院或最高法院。对于迪拜国际金融中心法院（Dubai International Financial Centre Court，简称 DIFCC）这类专门为特定区域而设立，适用独立法律法规的国际商事法庭，便涉及不到此种情况，当事人在管辖协议中直接选择该法庭即可，[①]卡塔尔金融中心民商事法院（Qatar Financial Centre Civil and Commercial Court，下文简称 QFC）也是如此。[②]

我国国际商事法庭之所以对当事人协议管辖设置这一要求，而不像其他国际商事法庭那样直接规定当事人协议选择本机构，原因在于，《民事诉讼法》第三十四条规定为“当事人可以书面协议选择……的人民法院管辖。”依此条款，当事人协议选择的只能是人民法院。若严格遵从《国际商事法庭规定》第二条，实践中可能会普遍出现的一个问题即：若当事人在协议中明确约定争议由国际商事法庭管辖，是否符合国际商事法庭对协议管辖的规定。笔者认为，在这种情形下，国际商事法庭对案件同样享有管辖权。从实然角度来看，国际商事法庭系由最高人民法院设立的专门性常设审判机构，当事人选择了国际商事法庭，即等同于接受了最高人民法院的管辖，并且当事人所提交案件的实际审判机构亦为国际商事法庭，因此这样的协议管辖并不存在谬误。从应然角度来看，首先，需要明确国际商事法庭制度设计的特征。其本身就是一种“仲裁化”的诉讼程序，充分借鉴国际商事仲裁“去国家化”的特征，同时又吸纳了仲裁程序尊重当事人意思自治的优势。[③]因此，整个程序应在合法范围内尽可能地避免司法权力成为当事人意思自治的桎梏，正如国际商事仲裁领域普遍认可的仲裁协议解释规则之一为有效解释规则，意指在仲裁协议（或仲裁条款，下文同）存在争议的情况下，相对于使得仲裁协议失效或不存在的解释路径，使得仲裁协议保有效力的解释路径应当优先被采取。[④]其次，国际商事法庭的功能也应被纳入考虑范围，我国国际商事法庭致力于广泛吸引国际商事纠纷案源，提高我国在推进“一带一路”建设进程中的司法竞争力，自然不宜刻板限制协议管辖的条件。基于以上原因，过分拘泥于文义解释，有失审慎地否定当事人的协议管辖，有悖于最高人民法院设立国际商事法庭的初衷。况且，将当事人协议选择国际商事法庭认定为当事人协议选择了最高人民法院，本身也不构成对文义解释的突破。

（二）将实际联系作为限制条件

《国际商事法庭规定》第二条中引入了《民事诉讼法》第三十四条，由此确定了我国国际商事法庭当事人协议选择的管辖法院须与争议有实际联系。在涉外协议管辖中要求实际联系原则，本质上是对当事人选择法院的自主权的一种限制性条件，要求当事人所选择的法院必须与案件存在某种客观上的实际联系，能够避免由于当事人任意选择管辖法院导致的对本国管辖权的不当排除，以及可能出现的对本国当事人权益的潜在损害。[⑤]在最高人

[①] DIFC Courts Jurisdiction, https://www.difccourts.ae/about-courts/difc-courts-jurisdiction/, 最后访问日期：2019 年 5 月 3 日。

[②] Article 9.2 of the Qatar Financial Centre Civil and Commercial Court Regulations and Procedural Rules.

[③] 参见卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018 年第 5 期。

[④] See Emmanuel Gaillard, John Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, pp.258-259.

[⑤] 参见王吉文：《理论偏失与制度困境——评“实际联系原则”在我国协议管辖中的全面纳入》，《云南大学学报法学版》2014 年第 6 期。

民法院审理的“山东聚丰网络与韩国 MGAME 公司案”[①]中，当事人协议约定纠纷接受新加坡司法管辖，但法院认为，新加坡既非当事人住所地，又非合同履行地、合同签订地、标的物所在地，当事人协议选择适用的法律也并非新加坡法律，上诉人亦未能证明新加坡与本案争议有其他实际联系，因此当事人关于争议管辖的约定应属无效规定。可见，如果当事人协议选择的管辖法院与纠纷之间的实际联系无法得到证明，协议管辖的约定将会被法院排除。

在英美法系，一般认为当事人意思自治可以排除实际联系的要求，允许当事人选择与争议事项无关联的法院，从而保持所选法院的中立性及公正性。在考量管辖协议是否具有可执行性时，法院主要会援引不方便法院原则行使自由裁量权。[②]美国 1947 年的 Gulf Oil Corp. v. Gilbert 案[③]是运用不方便法院原则的标志性案件，该案判决中首次提出了不方便法院原则的适用流程：首先判断是否存在一个适当的替代法院，其次从公共利益和个人利益角度综合审视法院的方便性。然而，在当时，美国还没有正式承认当事人协议管辖的效力，因此不方便法院原则和协议管辖之间未建立起真正的联系。直到在 1972 年的 Bremen 案中，[④]法院支持了当事人对一个与案件无关的中立法院的选择，并指出只有当诉讼权利的行使达到了严重不方便的程度，相当于被剥夺之时，协议管辖才得以被排除。由此可见，在管辖协议业已存在的情形下，不方便法院原则的启用也需要较高的门槛。

由于英美法系国家在协议管辖制度中不设置实际联系的限制，因此在新加坡国际商事法庭、迪拜国际金融中心法院、阿布扎比全球市场法院（Abu Dhabi Global Market Courts，简称 ADGM）等采用英美法体系的国际商事法庭中，协议管辖的实质联系要求均不存在。然而，值得注意的是，并非只有采取英美法系或在英美法系国家设立的国际商事法庭才对协议管辖的实际联系保持开放的态度，即使是在荷兰商事法庭（Netherlands Commercial Court，简称 NCC）、德国国际商事法庭（German Chamber for International Commercial Disputes）这样适用大陆法系的国际商事法庭中，实际联系也并未成为协议管辖的限制条件。荷兰国际商事法庭甚至在管辖权部分明确规定：“本法庭受理与荷兰或荷兰法不存在联系的外国人当事人之间的纠纷。”[⑤]多数国际商事法庭的做法是未在协议管辖部分提及实际联系，即等同于没有增加实际联系的限制，而荷兰国际商事法庭明示宣告了法庭对不存在联系的外国当事人之间的纠纷同样具有管辖权，相当于对协议管辖的无限制性进行了强调和重申。

由此可见，除我国国际商事法庭外，现行国际商事法庭基本均未对协议管辖施以实际联系的限制，但较为特别的是卡塔尔金融中心民商事法院。《卡塔尔金融中心民商事法院程序规则》中规定该法庭对《卡塔尔金融中心法》第 8.3 条（c）项的事项具有管辖权，其中四款管辖内容均涉及与 QFC 之间的关联。[⑥]依据此条款，与 QFC 不存在关联的外国当事人之间的纠纷是被排除在管辖范围之外的。QFC 通过对管辖权的穷尽式列举表明了其管辖案件均须与该机构有实际联系，这种规定模式不同于我国国际商事法庭对实际联系的明示要求。作为除我国之外惟一一个未在协议管辖中开放实际联系限制的国际商事法庭，QFC 的目标定位与现行规则存在着一定距离。QFC 致力于成为世界级的、国际上领先的国际商事法庭和争议解决中心。按照这一目标，QFC 取消对协议管辖的实际联系要求也仅是时间问

---

① （2009）民三终字第 4 号。

② 参见刘晓红、周祺：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期。

③ Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S.501, 508(1947).

④ The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S.1(1972).

⑤ Jurisdiction of the Netherlands Commercial Court, https://netherlands-commercial-court.com/jurisdiction-netherlands.html，最后访问日期：2019 年 5 月 7 日。

⑥ Art.9.1 of the Qatar Financial Centre Civil and Commercial Court Regulations and Procedural Rules; Art.8.3(c) of Qatar Financial Centre Law, Law No.(7) of 2005.

题。[①]并且，QFC 也明确表示，其未来很可能会修改这一要求，从而受理没有联系因素的案件。[②]

（三）国际商事案件的认定

依照《国际商事法庭规定》第二条，当事人协议管辖的案件性质必须为国际商事案件，第三条又对国际商事案件的范围进行了确定。国际商事法庭的管辖权强调的是管辖案件的“国际性”与“商事性”。然而，我国国际商事法庭对于国际商事案件的认定只涵盖了“国际性”，但并未考量“商事性”，这与其他国际商事法庭的做法略有不同。《国际商事法庭规定》第三条移植了《最高人民法法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第一条对“涉外民事关系”的认定，同时删去了第（五）项——“可以认定为涉外民事关系的其他情形”这一兜底性条款从而使得国际商事案件的类型变得有限（但这种范围限制仅仅体现在“国际性”方面），加上《民事诉讼法》第三十四条对协议管辖案件类型的要求，我国国际商事法庭允许协议管辖的国际商事案件范围即被限定为满足《国际商事法庭规定》第三条的“合同或者其他财产权益纠纷”。不同于我国国际商事法庭，新加坡国际商事法庭规则中对“国际性”和“商事性”均进行了规定。对于“国际性”，SICC 认为：如果当事人营业地位于不同的国家；当事人营业地均不在新加坡；至少一方当事人的营业地位于与商事关系实质义务履行地或与主要争议最密切联系地不同的国家；当事人明确同意主要争议与一个以上国家相关，在上述条件满足其一的情况下，案件即具有国际性质。[③]对于“商事性”，SICC 将货物买卖、货物运输、经销协议、商业代理、建筑工程、投资、银行、保险等领域引发的纠纷均纳入了商事案件的范围，还将当事人明示认可主要争议系商事性质的案件也认定为商事案件。[④]伦敦商事法院（London Commercial Court）则未规定“国际性”，只规定了“商事性”，法院程序规则中以完全列举的方式将与商业单据或合同、货物进出口、货物运输、自然资源开采、保险、银行与金融服务、市场交易、货物买卖、船舶铸造、商业代理和仲裁相关的纠纷认定为商事争议。[⑤]荷兰国际商事法庭管辖的商事纠纷包括合同、侵权、物权法和公司法引起的争议，且允许当事人协议约定争议的性质。[⑥]

我国现行法律体系中并未纳入“商事”这一概念，但我国也曾对商事法律关系进行过专门定义。《纽约公约》第 1 条第 3 款允许缔约国在加入时作出商事保留，因此最高人民法院曾于 1987 年面向全国各级人民法院发布有关公约的执行通知（下文简称《通知》），指出我国“仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约”，并对“契约性和非契约性商事法律关系”进行了界定：所谓 “契约性和非契约性商事法律关系”，具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。[⑦]该定义中列举的案件类型也并非全部，只要满足“经济上的权利义务关系”关系即可，仅有外国投资者与东道国政府之间的争端被明确排除在外。最高人民法

---

① See Stephan Wilske, International Commercial Courts and Arbitration——Alternatives, Substitutes or Trojan Horse, Contemporary Asia Arbitration Journal, 2018(11), pp.163-164.

② 参见蔡伟：《国际商事法庭：制度比较、规则冲突与构建路径》，《环球法律评论》2018 年第 5 期。

③ Supreme Court of Judicature Act(O.110, r.1)(2)(a).

④ Supreme Court of Judicature Act(O.110, r.1)(2)(b).

⑤ Article 58.1 of the Civil Procedure Rules.

⑥ Jurisdiction of the Netherlands Commercial Court, https://netherlands-commercial-court.com/jurisdiction-netherlands.html，最后访问日期：2019 年 5 月 7 日

⑦ 最高人民法院《关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》。

院也曾在新闻发布会中对国际商事案件的界定进行回应，[①]指出这类案件应为“平等主体之间的民商事纠纷”，并强调国际商事法庭受理的国际商事案件排除了两类情况：一是国与国之间的贸易或投资争端，二是东道国与投资者之间的投资争端。这一回应与《通知》中对“契约性和非契约性商事法律关系”的界定并不存在实质性差异，因此可以考虑在《国际商事法庭规定》中吸纳《通知》的内容以对国际商事案件进行进一步明确。但值得注意的是，《通知》涉及的海事海商、知识产权案件与我国海事法院和知识产权法院（法庭）等专门法院的管辖范围存在一定交叉，仍然需要有相关法律法规对各自管辖的商事范围作出明确界定。[②]

二、我国国际商事法庭协议管辖规则成因厘析

由前文可知，我国国际商事法庭的协议管辖制度与其他国际商事法庭相比，具有一定的独特性。从具体的建设情况来看，各国均对本国的国际商事法庭进行了专门立法，有些国家对既有法律进行了修正，有些国家则是通过修改宪法的方式，例如新加坡就为国际商事法庭创设的国际法官制度而修改了宪法。[③]我国采取的做法则较为保守，这种保守的做法存在一个宏观角度的原因，即与现行法保持一致的效率性考量。该原因不仅针对协议管辖规则，更是针对我国国际商事法庭的整个规则体系。我国修改法律的难度大，耗时长，程序复杂，且建立国际商事法庭的构想于 2018 年 1 月 23 日才被中央全面深化改革领导小组提出，[④]起步相对较晚。从时效性的角度来看，这样旷日持久的修法过程将会延缓我国国际商事法庭的设立与运作。出于这种考虑，我国国际商事法庭采取了与其他国际商事法庭均不同的做法，既没有修改现有法律，也没有修改宪法，而是依托《国际商事法庭规定》设立了隶属于最高人民法院的常设性审判机构。《国际商事法庭规定》的性质属于司法解释，直接由最高人民法院各部门分工，完成起草、审核、讨论、发布等一系列流程即可，简单便捷且显著缩短了时间。基于这种程序上的便利，在我国建设国际商事法庭的构想被正式提出的五个月后，第一、第二国际商事法庭就得以挂牌设立，法庭运作的依据——《国际商事法庭规定》随即施行，整个过程十分高效。然而，除了这一着眼于国际商事法庭整体的宏观原因之外，我国国际商事法庭的协议管辖规则之所以被如此设定，还存在着两个与协议管辖制度直接关联的具体原因。

（一）案件负担能力及审判经验的不足

我国国际商事法庭的协议管辖制度之所以形成这样的规定设置，与我国国际商事法庭乃至我国法院的经验、能力和负担情况相关。虽然我国国际商事法庭成立和运行的时间不长，但由于其隶属于我国的法院系统，审判人员也多来自于人民法院，因此，该机构可能面临的问题从我国法院涉外民商事审判的困境中即可窥见。我国《民事诉讼法》在有关涉外民商事协议管辖的规则中均使用了“人民法院”一词，不论是在统摄了涉外协议管辖与国内协议管辖的第三十四条中还是在专门针对涉外民事诉讼程序的第二百六十五条中皆是如此。由此可见，我国涉外民商事诉讼协议管辖制度是立足于争议当事人对我国法院的选择而展开的。在这一前提下，保留协议管辖中的实际联系限制更符合我国司法裁判机构的

[①] 《新闻办就<关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见>举行发布会》，中华人民共和国中央人民政府，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/28/content_5301832.htm#2，最后访问日期：2019 年 6 月 6 日。

[②] 吴永辉：《论国际商事法庭的管辖权——兼评中国国际商事法庭的管辖权配置》，《法商研究》2019 年第 1 期。

[③] 参见傅成伟：《域外国际商事法庭建设最新发展及启示》，中国国际贸易促进委员会：http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2018/0223/967387/content_967387.htm，最后访问日期：2019 年 5 月 1 日。

[④] 《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》。

现实需求，具体而言，作用有二：第一是控制案件的数量，防止负担过重。我国国际商事法庭并不像伦敦商事法庭和 SICC 那样对国际商事纠纷的处理得心应手，作为一个运行之初的专门性国际商事纠纷解决机构，如果案件大量涌入，不仅容易导致案件的积压，还会拖慢案件的进程，甚至影响案件的审理质量，不利于我国国际商事法庭在国际上建立良好的声誉。第二，弥补审判经验的不足。如果没有实际联系作为限定条件，我国国际商事法庭将更多地被选择为中立性的第三方裁判机构来解决与本法庭无关的国际商事争议。虽然受理这种与本法庭乃至本国无联系的案件有助于国际商事法庭的发展和成长，也是一国国际商事法庭得到当事人认可的重要标志，但不得不承认的是，中立性的第三方裁判机构对法官的能力要求很高，单单从适用外国法这一方面来说，由于一国法律的适用属于争议与一国有实际联系的常见情况，因此一旦我国被选为与争议无关的中立裁判机构，就说明该争议的准据法必然为外国法律。然而，在我国，本国法一直是涉外民商事审判法律适用的“宠儿”，外国法的适用机会经常被不当地剥夺，一个重要原因就在于，适用外国法意味着法院要面对陌生的语言文字、不甚了了的法律规定、迥异的法律文化等因素，[①]如果未受过专门性的训练，缺乏丰富的经验和高度的敏感性，法官很难具备正确解释和适用外国法的能力。若不在协议管辖中要求实际联系，解释和适用外国法的需求很可能会陡增，起码在目前看来，我国司法裁判机构是难以满足当事人的这种需求的。

虽然在现阶段，取消实际联系可能会给国际商事法庭带来繁重的负担。然而，从长期发展的角度来看，我们应当对国际商事法庭的审判能力秉持乐观的态度和充足的信心。最高人民法院为国际商事法庭的运行成立了国际商事专家委员会，特聘了 31 名中外专家作为首批专家委员。国际商事专家委员会的成员在相关的国际法和本国法领域都有相当深的造诣，且来自不同法系，不同国家和地区，因此具有广泛的代表性，专家委员会的工作职责包括提供相关专家意见，有关法律方面的意见，有关国际法内容或相关法域法律内容，提供外国法查明的意见。[②]在专家委员会的支持下，国际商事法庭审判成员在相关方面的知识水平和专业程度都能得到优化，国际商事法庭的案件负担能力、审判水平与案件质量也能得到稳步提升，待时机成熟之后，因取消实际联系限制而带来的司法负担将不再是国际商事法庭的顾虑。

（二）实际联系在我国的固有地位

在我国国际商事法庭的现行制度中，对当事人协议选择管辖法院影响最为显著的规定即实际联系的限制。《民事诉讼法》第三十四条明确要求合同或者其他财产权益纠纷的当事人协议选择的管辖法院须与争议有实际联系。客观来讲，对于国际商事法庭而言，这样的规定容易成为其吸引诉讼的掣肘，不利于提高本国的司法竞争力。但我国仍然选择了异于其他国际商事法庭的做法，将实际联系原则纳入了国际商事法庭的规则体系中，原因除了保持现有法律体系能够使得国际商事法庭尽早设立和运作之外，还在于实际联系原则在我国的固有地位。在我国，从 1991 年《民事诉讼法》开始，协议管辖规则经过了长期的整合和发展，实际联系的要求至今仍然存在。2013 年《民事诉讼法》甚至将国内协议管辖与涉外协议管辖的规则合并，统一施加了管辖法院应“与争议有实际联系”这一限制，尽管这种做法在学界颇受争议，[③]但足见实际联系在我国协议管辖制度中的重要地位。

[①] 参见王艺：《法院地法扩大适用探因——中、美两国比较研究》，《现代法学》2015 年第 3 期。

[②] 《新闻办就<关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见>举行发布会》，中华人民共和国中央人民政府，http://www.gov.cn/xinwen/2018-06/28/content_5301832.htm#2，最后访问日期：2019 年 6 月 6 日。

[③] 参见吴放：《试论涉外协议管辖制度的完善》，《人民司法（应用）》2010 年第 3 期；焦燕：《法院选择协议的性质之辩与制度展开》，《法学家》2011 年第 6 期；刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，《法学研究》2018 年第 4 期；王吉文：《理论偏失与制度困境——评“实际联系原则”在我国协议管辖中的全面纳入》，《云南大学学报法学版》2014 年第 6 期。

协议管辖制度是当事人意思自治原则在程序法方面的产物，实际联系则是为了对当事人意思自治进行适当的限制。当事人双方在进行法律选择时，通常仅考虑其自身的得失，而不会考虑其选择可能对第三人或者法院地的影响，这就无法避免发生因法院选择而侵害法院地国的重大利益、基本政策以及公共秩序的问题。在涉外协议管辖制度中要求实际联系地标准是维护国家司法主权的必然要求。[①]这是实际联系在协议管辖制度中的积极意义。然而，在国际商事法庭的运作模式下，这一积极功能会有多大的发挥空间，是值得各国重新审视的。

我国立法始终未摒弃实际联系原则的原因，除了维护国家司法主权之外，还见于另外两个方面：首先，实际联系原则发挥着保护弱者利益的功效。虽然国际民商事交往的主体同为自然人或法人，调整国际民商事关系的国际私法强调的也是当事人地位的平等，但是在实际交易过程中，由于市场的作用和其他相关因素的影响，当事人地位失衡的情况屡见不鲜。虽然我国尚未正式在涉外协议管辖方面建立起弱者利益保护制度，但通过对涉外协议管辖施加实际性联系的限制，能够在一定程度上为处于劣势地位的当事人提供保护。在实际联系原则的观照下，当一方当事人因其弱势地位不得不接受明显对其不利的协议管辖条款，造成形式上平等而实质上不平等，其合法权益无法得到有效保护，从而有悖于协议管辖的价值取向的情况下，管辖协议的效力可能被否定。[②]其次，还存在一个消极意义上的附带原因：海牙《选择法院协议公约》的折中性规定也使得我国并不面临取消实际联系的刚性需求。2015 年 10 月 1 日，我国全程参与谈判的海牙《选择法院协议公约》正式生效，2017 年 9 月 12 日，我国签署了该公约，但尚未批准。公约在“限制管辖权的声明”一条中提及了实际联系，[③]但该条款对实际联系秉持的态度不带有任何强制性，仅仅指出法院可以根据实际联系的不存在而拒绝受理排他性选择法院协议适用的争议。公约这一规定模式是为了平衡英美法系与大陆法系对实际联系所持的不同立场。英美法系一般不适用实际联系原则，法院对选择法院协议的自由裁量权一般基于不方便法院原则，而大陆法系国家多要求协议管辖法院与争议之间存在实际联系，由此限制当事人的任意选择权，但在以德国、瑞士为代表的一些大陆法系国家也渐有淡化实际联系的趋势。[④]因此，两大法系的两种立场并非是静态的和绝对的，公约意图对二者进行调和。最终，公约选择了折中模式，其规定与我国现行法律并无冲突之处，因此我国不必为了加入这一 21 世纪国际社会最重要的管辖权和判决承认与执行公约[⑤]而修改法律，取消实际联系的限制。

基于上述原因，实际联系原则得以在我国法律体系中保留至今。正如前文所提到，我国在扩大国际商事法庭国际性和维护本国司法主权的权衡中采取了较为保守的做法，由此可见，至少在目前，我国在国际民商事纠纷解决机制建设方面的价值取向并不完全呈开放性。在这一前提下，保留实际联系的做法既有利于保护弱者利益和平衡当事人地位，又不会与我国计划加入的重要国际公约相抵触，因此也无可厚非。问题在于，在国际民商事争议解决遍地开花的大环境之下，这种价值取向是否会出现滞后性。

三、我国国际商事法庭协议管辖完善路径

（一）明确我国国际商事法庭的定位

若要完善我国国际商事法庭的协议管辖制度，首先需要明确的就是我国国际商事法庭

[①] 袁发强、瞿佳琪：《论协议管辖中的“实际联系地”——立法目的与效果的失衡》，《国际法研究》2016 年第 5 期。

[②] 参见林欣宇：《涉外协议管辖中实际联系原则的理性思辨与实践探索》，《法律适用》2018 年第 24 期。

[③] 《选择法院协议公约》第十九条。

[④] 参见刘晓红、周祺：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期。

[⑤] 参见肖永平：《批准<选择法院协议公约>的利弊分析及我国的对策》，《武大国际法评论》2017 年第 5 期。

的定位，因为国际商事法庭的一切制度设计均是为这一定位服务的。如果我国国际商事法庭意图发展为一个中立的、先进的、跻身于世界前列的国际商事争议解决中心，那么现行协议管辖制度中的一些内容势必要进行调整。如果我国国际商事法庭的设立仅仅旨在为我国国际商事纠纷解决机制提供一个新路径，并不希望过多受理与本国无实际联系的案件，现行协议管辖制度的问题就不那么明显。我国国际商事法庭虽然未在其官方网站上具体列明其定位，但是从其他国际商事法庭的定位与构想来看，只要设立了国际商事法庭，其目标便不可能止于为有关本国的国际商事争议解决提供新思路。

SICC 在“国际商事争议解决”的基本目标中指出，基于新加坡国际商事仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre，简称 SIAC）的成功经验，SICC 致力于进一步发挥新加坡司法体系的价值，打造一个在法律服务和国际商事纠纷解决领域发挥引领作用的法庭。近年来，SICC 已经确定了为不同国家当事人提供中立审判机构的定位。[①]QFC 的宗旨是建设一个世界级的国际商事法庭和争议解决中心，并有志于成为在国际民商事纠纷解决方面位居世界前列的法庭。[②]NCC 则指出，本法庭对协议管辖的设置使其成为外国当事人寻求商事纠纷解决中立法院的一个富有吸引力的选择。[③]至于 DIFC，其最初是专门为了解决与迪拜国际金融中心相关的案件而建立的，由于运行成功而声名远扬，因此 DIFC 于 2011 年 10 月将管辖权扩大至所有协议选择了该机构的民商事案件。[④]由此可知，DIFC 的定位也并非是纯粹限于本地区的纠纷解决专门机构，否则其在目标已经实现的情况下，便没有必要采取扩大管辖权的做法。那么，我国国际商事法庭的定位是否需要完全效仿前述国际商事法庭呢？总体而言，国际商事法庭的定位应当与本国的法律传统、国际商事法庭规则及国际商事法庭的成熟程度相配适。世界范围内的国际商事法庭无一例外地在沿循英国商事法庭的发展模式，而我国从法律传统和司法制度上看较缺乏国际商事法庭发展的适宜土壤，因此构建一个差异化、特色化的国际商事法庭是我国在“一带一路”倡议下国际商事法庭运作的合理定位。[⑤]另外，我国国际商事法庭处于设立初期阶段。笔者认为，在这一时期，平稳过渡比高瞻远瞩更为重要。如果在定位问题上完全效仿其他运作已久的国际商事法庭，可能会出现案件大量涌入的情况，而现行国际商事法庭规则还不够具体和全面，在实践中可能会陷入困境，有因噎废食之风险。

虽然我国在现阶段不宜完全效仿 SICC 等国际商事法庭的目标定位，但成为一个中立的国际商事争议解决中心应当是我国建设国际商事法庭的最高目标，因此同样不容忽略。笔者认为，明确我国国际商事法庭定位的正确做法应是：将建设中立化、国际化的国际商事纠纷解决中心作为大方向，同时兼顾现实条件，不可操之过急，在国际商事法庭建设初期以提升案件管理能力为主要目标，争取在现有的规则体系下最大程度地发挥好国际商事法庭的争议解决功能。

（二）提供管辖协议示范文本

我国国际商事法庭要求协议管辖以书面形式进行，但暂未提供管辖协议范本，无论是格式文本还是示范条款。在现行国际商事法庭中，SICC 和 NCC 两个法庭为争议当事人提供了协议管辖文本。SICC 在其示范条款第一条中即规定了基本管辖权条款，包括两种情况：一是当事人在争议发生前协议将管辖权提交至 SICC，二是当事人在争议发生后协议将管辖

---

① Establishment of the SICC, https://www.sicc.gov.sg/about-the-sicc/establishment-of-the-sicc，最后访问日期：2019 年 5 月 10 日。

② About Us, Qatar International Court and Dispute Resolution Centre, https://www.qicdrc.com.qa/about-us，最后访问日期：2019 年 5 月 6 日。

③ Jurisdiction of the Netherlands Commercial Court, The Netherlands Commercial Court, https://netherlands-commercial-court.com/jurisdiction-netherlands.html，最后访问日期：2019 年 5 月 7 日

④ Frequently Asked Questions, DIFC Courts, https://www.difccourts.ae/faq/，最后访问日期：2019 年 5 月 3 日。

⑤ 卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018 年第 5 期。

权提交至 SICC。此外，SICC 还对这两条示范条款添加了注释说明：首先，如果当事人选择将管辖协议更改为非排他性，那么将无法享有海牙《选择法院协议公约》中有关判决承认与执行的利益。其次，如果当事人通过书面协议选择了 SICC 的管辖，SICC 将不会仅仅基于其与争议并无联系而拒绝行使管辖权，无论这一管辖权协议是排他性的还是非排他性的。[①]NCC 也对类似的格式条款进行了规定，与 SICC 不同的是，NCC 将协议管辖的格式条款规定在"属人管辖权"（personal jurisdiction）中，因此需要在荷兰的诉讼法框架下展开，NCC 的格式条款中还允许当事人对案件的类型进行定义。[②]

笔者认为，完善我国国际商事法庭协议管辖制度的重要路径之一即为当事人提供管辖协议范本。这种做法具有必要性，原因在于：我国国际商事法庭的协议管辖制度并不是仅在当事人达成合意的情况下就能够启动的，而是施加了一定限制。格式文本或示范条款能够帮助意图选择我国国际商事法庭作为案件审判机构的当事人一次性地提交符合要求的管辖协议。更进一步说，这种服务当事人的做法符合我国国际商事法庭的建设目标，我国国际商事法庭已在其主要特色中明确指出："以公正、高效、便利、低成本作为目标。"[③]提供管辖协议范本的做法，使得高效、便利、低成本三项目标均得到了落实和贯彻，可谓一举三得。

我国国际商事法庭在提供管辖协议范本时应当吸纳 SICC 和 NCC 的先进做法。首先，应当在范本中明确该协议的排他性。我国《民事诉讼法》没有对管辖协议的排他性与非排他性进行规定，需要明确协议排他性的原因在于，英美法系和大陆法系对于当事人的管辖协议是否具有排他性持不同的立场。大陆法系国家一般认为当事人之间的管辖协议具有排他性，因此只要管辖协议符合要求，除被选择法院之外的有管辖权的法院一般情况下也不会行使管辖权。而英美法系国家一般不认为管辖协议具有绝对排他性，即使当事人之间存在选择法院的协议，有管辖权的法院仍然可以行使管辖权。[④]鉴于两大法系的差异，我国国际商事法庭应考虑到不同法系国家当事人的不同立场。在全球化背景下，我国国际商事法庭应当对不同法域的文化有足够的敏感性，才能增进国际法治认同。[⑤]具体的做法可效仿 SICC，在文本中推定管辖协议具有排他性，除非当事人明确约定为非排他性管辖。虽然我国是大陆法系国家，但在涉外商事诉讼中也存在当事人约定非排他性管辖的先例，在"周大福代理人公司案"[⑥]中，各方即约定由香港法院行使非排他性管辖，被上诉人认为，排他性管辖协议已经表明了各方对管辖权"清楚列明的意向"，且香港地区与本争议具有实际联系，因此香港法院对争议具有管辖权。但一审法院[⑦]和二审的法院均认为，非排他性管辖的约定不能排除其他有管辖权法院的管辖权，只不过对于广东省高院是否具有管辖权，一审法院和二审法院观点不同。最终，二审法院肯定了广东省高院对案件的管辖权。非排他性管辖协议虽不能排除其他有管辖权法院的管辖权，但当事人仍然通过意思自治体现出了明确的选择，如果任意地推翻这种选择，那么当事人之间的管辖协议相当于被架空了，这种做法同样不可取。非排他性管辖协议容易使得管辖权的确定出现争议，因此在示范文本中

---

① Singapore International Commercial Court Model Clauses, SICC, https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/guide-to-the-sicc/sicc_model_clauses.pdf, 最后访问日期：2019 年 5 月 10 日。

② Personal Jurisdiction in the Netherland——Template Clauses under Dutch Law, The Netherlands Commercial Court, https://netherlands-commercial-court.com/personal-jurisdiction.html, 最后访问日期：2019 年 5 月 7 日。

③ 国际商事法庭简介，最高人民法院国际商事法庭，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/19/141/index.html， 最后访问日期：2019 年 5 月 10 日。

④ 参见林欣宇：《涉外协议管辖中实际联系原则的理性思辨与实践探索》，《法律适用》2018 年第 24 期。

⑤ 参见沈红雨：《凝聚中外专家智慧 助力国际商事争端解决机制建设》，《人民法院报》2018 年 11 月 21 日，第 007 版。

⑥ （2011）民四终字第 32 号。

⑦ （2010）粤高法民一初字第 72 号。

将管辖协议推定为排他性，而以非排他性管辖协议为例外的做法，有助于增强可预见性，节约成本，提高纠纷解决的效率。其次，应当在文本中明确非排他性管辖协议引发的后果，这样做的目的也是为了给当事人提供更强的可预见性。例如 SICC 的管辖协议示范条款已经明确，若当事人选择将管辖协议更改为非排他性，将无法享有海牙《选择法院协议公约》中有关判决承认与执行的利益。这一内容同样值得我国国际商事法庭在示范文本中借鉴，但实际操作性与我国对《选择法院协议公约》的批准直接关联。最后，管辖协议范本中应允许当事人约定纠纷的性质。这样既能够实现对当事人意思自治的充分尊重，又有助于弥补我国现行立法未规定“商事”具体范围的这一空白。

（三）放宽实际联系的限制

虽然实际联系原则在我国协议管辖立法中存在已久，但从理论角度来看，这一限制实则应当被取消。原因主要在于两方面：首先，受理和法院地不存在实际联系的离岸诉讼（offshore case）是国际商事法庭的主要特点。各国国际商事法庭的设立都意图去吸引和法院地无实际联系的案件，这正是国际商事法庭以中立地位去审理跨国争议的意义所在。[①]其次，在协议管辖的情形下，当事人选择的法院即为纠纷解决的“适当法院”（appropriate forum），因此不能被实际联系的要求所排除。适当法院应为纠纷解决的自然法院（natural forum）。在英国法中，适当法院是与争议有最真实和最实质性联系的法院。[②]笔者认为，在当事人之间不存在管辖协议时，适当法院应当适用这一考量标准，但在当事人协议选择了管辖法院的情况下，当事人意思自治应当被优先考虑。在现代国际私法立法中，当事人意思自治原则的作用开始向司法管辖领域渗透，对国际民商事案件管辖权的确定，成为了当事人意思自治原则扩及的另一个重要领域。[③]因此，当事人意思自治在国际民商事案件管辖权领域的地位应当与法律选择领域中相同，得到裁判机构的充分尊重。当事人选择的法院即为适当法院，不应受到实际联系的左右。

另外，实际联系的认定本身也存在着争议，究竟应当采用客观标准还是主观标准，设置何种具体条件，这些问题都有待进一步明确。在国际商事法庭中，SICC 判定实际联系的经验最为丰富。虽然 SICC 在协议管辖制度中没有对实际联系的规定，但却在程序规则中专门规定了离岸诉讼，旨在对这类案件作出外国律师代理等程序性区分，而离岸诉讼即以实际联系为判断标准。SICC 规则将离岸诉讼定义为与新加坡没有实质联系的诉讼（不包括《高等法院法案》中的对物诉讼）。[④]对于如何判定实际联系是否存在，法庭规则通过否定列举的方式明确了实际联系不存在的两种情形：一是新加坡法并非争议的准据法，并且争议的主要问题并不受新加坡法的规制；二是本争议与新加坡之间的仅有联系即当事人选择新加坡法律作为准据法以及当事人将争议提交至本法庭管辖。[⑤]虽然 SICC 规则中已经对实际联系的具体判断进行了规定，但这种否定式列举的规定模式并不能穷尽实践中出现的情形。在 Teras Offshore 一案[⑥]中，SICC 指出，法庭规则中并未对实际联系进行正面定义，在本案中，实际联系的规定无法适用，因为合同系由新加坡法调整，毋庸置疑的是，本案不能满足规则中两种否定性情况的任何一种。最后，SICC 结合《诉讼指引》对这一问题进行了释明。《诉讼指引》对 SICC 规则中的实际联系规定进一步具体化，指出证人位于新加坡、与争议相关的文件位于新加坡、与争议有关的资金流经新加坡或位于新加坡的银行账户内、当事人在新加坡境内拥有与主要争议无关的财产、一方当事人属于新加坡当事人或新加坡

[①] 参见卜璐：《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，《求是学刊》2018 年第 5 期。

[②] See William Martin Finch, Forum Convenience and Forum Non Convenience——Judicial Discretion and the Appropriate Forum, Queensland University of Technology Law Journal, 1990(6), pp.77-94.

[③] 参见吕岩峰：《论当事人意思自治原则之扩张》，《法学评论》1997 年第 6 期。

[④] Article.3.5.1 of SICC Procedural Guide.

[⑤] Supreme Court of Judicature Act(O.110, r.1)(2)(f).

[⑥] Teras Offshore Pte Ltd v. Teras Cargo Transport(America)LLC(2106), SGHC(I)02.

股东等因素均不能单独构成争议与新加坡之间的实际联系。[①]SICC 认为，规则中使用了 action 一词，而《诉讼指引》中使用的 dispute，前者指代诉讼，后者指代案件、争议或纠纷，含义并不相同。规则中规定的是诉讼与新加坡没有实际联系的情况，而《诉讼指引》中规定的则是不构成争议与新加坡之间的实际联系的因素。诉讼包括了争议本身，但不止于争议本身，因此在考虑诉讼与新加坡的实际联系时，不仅仅针对争议本身，也包括《诉讼指引》29 条第 3 款中列举的程序性或行政性因素，这些因素单独或者共同作用，至少能够佐证诉讼与新加坡之间存在实际联系。由此可见，即使 SICC 规则中对实际联系作出了专门规定，《诉讼指引》中又进行了相应的补充阐释，但在解释适用的过程中依然面临障碍。我国国际商事法庭规则中仅对实际联系进行了笼统的要求，并未规定其具体含义和判定标准，实践中难免出现问题。然而，要细化这一规定本身就颇具难度，更何况细化之后可能会出现 SICC 面临的情况，再度解释和论证的工作将会更加任重而道远。

然而，正如前文所提到的，我国国际商事法庭协议管辖规则的成因之一就是出于对现阶段案件负担能力、法官经验及水平的综合考量，从现实角度而言，取消实际联系限制的做法未必合适。除了负担过重、经验及能力不足之外，鉴于我国国际商事法庭现处于运行之初的阶段，势必需要一段时间来实现平稳过渡，且取消实际联系之后，我国现行法律也需进行相应调整，否则将出现不配适的情况。这样看来，至少在目前，直接取消我国国际商事法庭协议管辖的实际联系要求是难以实现的。笔者认为，适宜的做法是：在短期内，有意识地限制实际联系对协议管辖的排除，在实践中先尝试逐步放宽实际联系的要求，避免将实际联系的门槛设定得过高，具体而言，首先，不能将实际联系的范围限定为几个有限的连结点，将这几个连结点之外的选择全盘排除，而应当尽量寻求当事人选择的法院与争议之间的联系，在解释的过程中，有意识地让约定的管辖法院向实际联系标准靠拢。其次，亦可参照 SICC 的做法，将与诉讼有关的程序性和行政性因素也纳入实际联系的考量范围，扩大解释为“与争议有关”，将这些因素也作为寻求实际联系的可循之路。从长期来看，待实际联系在实践中被逐步淡化到失去了原有地位之时，可以考虑完全取消实际联系的规制。这样的做法比直接删去实际联系的限制具有更强的可操作性，也更容易取得良好的实效。

2.略论外国国际商事法庭判决在我国的承认*

刘 音

摘　要：国际商事法庭，是晚近兴起的特殊的国内审判组织。国际商事法庭及其诉讼，具有国际商事仲裁（庭）的自治性和国际性的特点和优势。与此同时，缺乏类似《纽约公约》（1958）的多边民商事协助条约，以切实保障国际商事法庭判决在世界范围内的承认与执行，则是当前国际商事法庭及其诉讼面临的重大（制度）挑战。我国现行国际民商事司法协助机制，尤其（事实）互惠原则和实际联系原则，无法满足和保障国际商事诉讼的自治性和国际性特点。批准《选择法院协议公约》，是解决我国承认外国国际商事法庭判决的最佳方案。其次，与外国国际商事法庭签署多边或双边相互承认和执行判决指南，可作为

[①] Article 29(3) of Singapore International Commercial Court Practice Directions.

* 本文系最高人民法院“一带一路”司法研究中心“服务和保障‘一带一路’建设”征文稿件之一，仅限会议期间交流使用，谢绝引用。

批准《选择法院协议公约》前的过渡方案，或替代方案。再次，若坚持我国国际民商事司法协助机制现状不变，则可研究国际商事法庭判决裁决化办法的可行性，以便我国国际商事法庭判决在境外被承认和执行。

关键词：国际商事法庭；互惠原则；实际联系原则；选择法院协议公约；判决裁决化

2018 年 7 月，我国国际商事法庭（China International Commercial Court，CICC）宣告成立，旨在依法公平公正及时审理国际商事案件，平等保护中外当事人合法权益，营造稳定、公平、透明、便捷的法治化国际营商环境，服务和保障“一带一路”建设。[①]这是继迪拜国际金融中心法院（Dubai International Financial Centre Courts, DIFC Courts, DIFCCs, 2004）、[②]卡塔尔国际法院暨卡塔尔金融中心民商事法院（Qatar International Court and Dispute Resolution Center, QICDRC, also known as the Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre, QFC, 2009）、[③]阿布扎比全球市场法院（Abu Dhabi Global Market Courts, ADGMCs, 2015）、[④]新加坡国际商事法庭（Singapore International Commercial Court, SICC, 2015）、[⑤]阿斯塔那金融中心法院（Astana International Financial Centre Courts, AIFCCs, 2018）、[⑥]荷兰商事法庭（Netherlands Commercial Court, NCC, 2018）、[⑦]法兰克福国际商事法庭（Chamber for International Commercial Disputes at the Landgericht Frankfurt am Main, 2018）、[⑧]巴黎国际商事法庭（International Chambers within the Paris Commercial Court and the Paris Court of Appeal, 2018）、[⑨]（正在筹建中的）布鲁塞尔国际商事法庭（Brussels International Business Court, BIBC, 2020）[⑩]之后，又一根据国内法设立，解决国际商事争议的、特殊的国内法院（national courts）或混合法院（hybrid courts）。[11]

一、国际商事法庭相互承认判决的必要性

（一）国际商事法庭

简言之，（晚近兴起的）国际商事法庭是根据国内法设立，选任外籍法官、适用当事人协议选择的实体法和英美普通法、使用英语作为诉讼语言、解决国际商事争议，具有自治性和国际化特点的，特殊的国内审判组织。其中，最具代表性的国际商事法庭，非 DIFCCs 和 SICC 莫属。又，迪拜国际金融中心（DIFC）和新加坡系离岸金融市场，故有国外学者

[①] 参见《最高人民法院关于设立国际商法庭的若干问题的规定》，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-104602.html，发布日期：2018 年 6 月 29 日，访问日期：2019 年 1 月 12 日。

[②] https://www.difccourts.ae/about-courts/legal-framework/

[③] https://www.qicdrc.com.qa/

[④] https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/home/

[⑤] https://www.sicc.gov.sg/about-the-sicc/establishment-of-the-sicc

[⑥] http://aifc-court.kz/legislation

[⑦] https://netherlands-commercial-court.com/

[⑧] https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-frankfurt-am-main/lg-frankfurt-am-main/chamber-international

[⑨] https://www.morganlewis.com/pubs/paris-commercial-court-court-of-appeal-to-allow-pleading-and-exhibits-in-english, posted February 14, 2018, accessed January 13, 2019.

[⑩] Giesela Ruehl, *The Belgiuan Government unveils its plan for the Brussels International Business Court (BIBC)*, http://conflictoflaws.net/2018/the-belgian-government-unveils-its-plan-for-the-brussels-international-business-court-bibc/, posted May 22, 2018, accessed January 7, 2019. 不过，BIBC 提案最近遭遇比利时国内的政治阻力，建设前景尚不明朗（详见 Xandra Karkramer, *The International Business Courts Saga Continued: NCC First Judgment – BIBC Proposal Unplugged*, http://conflictoflaws.net/2019/the-international-business-courts-saga-continued-ncc-first-judgment-bibc-proposal-unplugged/, posted March 27, 2019, accessed May 4, 2019）。

[11] 本文使用“国内法院”（national courts）一词，以区别于一般内国法院（domestic courts）。

把 DIFCCs、SICC 等这一类特殊的国内法庭，称为“离岸法庭”（offshore courts）。[①] “离岸法庭”源于“离岸金融中心”（offshore financial centers, OFC）一词。所谓“离岸金融中心”，特指“金融机构向非本国居民提供金融服务（the provision of financial services by banks and other agents to non-residents）的场所”。[②]相应地，设立在离岸金融中心，包括自由贸易区内，受理该区域内产生的或国际民商事争议、适用非内国法（包括程序法）、选任外籍法官、使用英语作为诉讼语文，特殊的国内法院（courts）或法庭（tribunals），可谓“离岸法庭”。从这个意义上讲，英格兰商事法庭（England and Wales Commercial Court），不是国际商事法庭之一。英格兰商事法庭并不区分内国商事争议和涉外商事争议，不专门针对涉外商事诉讼另做特殊安排，其涉外商事诉讼程序不具有“国际化”特点。相反地，英格兰商事实体法和诉讼程序法，正在经由其他国家设立的国际商事法庭走向国际化，而其他国家的商事实体法和商事诉讼法正在英格兰法化。故，不宜将英格兰商事法庭与晚近兴起的国际商事法庭（hybrid courts），例如 DIFCCs、SICC、NCC 相提并论。

我国有学者以受案范围作准，把国际商事法庭分为三大类：涉外商事法庭、混合商事法庭和离岸商事法庭。其中，涉外商事法庭的国际性最弱，受案范围以与法院地有实质联系的国际商事争议为限，例如 NCC；混合国际商事法庭（hybrid courts），既受理内国商事争议，又受理国际商事争议，例如 DIFCCs、ADGMCs；离岸商事法庭（offshore courts），即不考虑案件是否与法院地有实质性联系，且不审理内国商事争议的法庭，例如 SICC。[③]这一说法和分类是不可取的。首先，绝大多数国际商事法庭，包括 NCC，取得管辖权都不以“实际联系”为原则或根据，而以当事人协议选择为原则（——我国国际商事法庭除外），管辖范围往往以国际商事争议为限。其次，国际商事法庭之所以具有“混合性”特点，根本原因不在于受理的争议具有涉外性或国际性，而在于法官的选任、诉讼程序（法）、诉讼语文等类似国际商事仲裁，混合有外国因素，具有国际化特点，显著区别于一般或传统涉外民事诉讼。再次，离岸法庭的特点不在于管辖争议与法院地不具有实际联系，而在于其设立的区域及其诉讼制度安排的特殊性，例如，DIFCCs 和 SICC。国际商事法庭的具体管辖范围，取决于各相关法域的具体规定，包括对“国际（性）”和“商事”的解释。

国际商事法庭的历史，可以追溯至英格兰商事法庭。晚近兴起的国际商事法庭，均在此基础之上演变而来。从这个意义上讲，英格兰商事法庭可谓国际商事法庭的雏形。大陆法系国家建立的国际商事法庭，往往移植英格兰商法（实体法和诉讼法）用于国际商事诉讼，实现其本土化。例如，DIFCCs 几乎完全采用英格兰法，选任英国法官，系阿联酋境内的普通法法域，以服务于把迪拜建设成为中东、北非地区金融中心的国家战略目标。与此不同，普通法系国家建立的国际商事法庭，例如 SICC，由于地处亚洲，志在建设成为亚洲地区国际商事争议解决中心，故选任隶属于大陆法系国家的外籍法官，力图融合大陆法系内容，以兼顾区域内大陆法系国家及其当事人的需求。可见，不同国家国情各异、需求各异，各国际商事法庭的定位及其制度建设因此各异。故，研究国际商事法庭的制度建设，宜在深刻认识和理解国际商事诉讼的自治性、国际性特点（仲裁化）的前提下，结合国际商事法庭的定位及其宗旨，具体问题具体分析，不宜搞所谓“类别化”、“模式化”等文字游戏，掩盖具体问题。

（二）国际商事诉讼的特点和优势：自治性和国际性

[①] Nicolas Zembrana-Tevar, *Overview of Offshore Courts in Central Asia and the Persian Gulf*, presented to Asia-Pacific Colloquium of “Journal of Private International Law”, Doshisha University Research Center for International Law Transaction and Law (RECITAL), Kyoto, December 10-11, 2018.

[②] International Monetary Fund, *Offshore Financial Centers, IMF Background Paper*, Monetary and Exchange Affairs Department, June 23, 2000.

[③] 参见丁凤玲：“‘一带一路’建设中创设中国国际商事法庭的理论探索”，载《南京大学学报》（哲学•人文科学•社会科学版）2018 年第 5 期，第 70 页。

长期以来，仲裁一直是解决国际商事争议的首选方法，不可谓不成功。国际商事仲裁的最大优势，即裁决的强制执行性（enforceability）由《纽约公约》（1958）背书。此外，仲裁还具有自治性、灵活性和保密性等优势。然而与此同时，仲裁亦不乏临时性、不稳定、不可预见性等局限性，[①]对于建设和完善国际商事法治而言，它似乎又乏善可陈。碎片化的国际商事仲裁机制（patchwork of international arbitration regime），不仅不能完全满足市场需求，[②]而且与建立具有权威性、正当性的国际商事法律制度，便利和优化国际贸易与投资环境，实现世界可持续发展的国际社会总体目标相去甚远。这是催生国际商事法庭和国际商事诉讼的历史背景和动因所在。因此，作为解决国际商事争议的新平台和新方法，国际商事法庭及其诉讼，注定应当具有仲裁的优点，并保有涉外民事诉讼的优势以弥补仲裁的先天不足。国际商事诉讼结合仲裁和民事诉讼的优势，一方面为愿意公开解决国际商事争议的当事人，提供仲裁和传统诉讼之外的选择，[③]另一方面在充分尊重当事人意思自治的同时，通过公开、公平、公正、灵活、便捷、国际化的诉讼制度安排，协调和解决（各国）商事实体法、商业惯例和商业伦理之间的冲突，[④]促进全球商事实体法和程序法的趋同化，以及国际商业伦理的建设和发展，完善贸易与投资环境。要言之，相比较涉外民事诉讼而言，国际商事（法庭）诉讼具有国际商事仲裁的自治性和国际性两大特点和优势，可谓仲裁化的诉讼。

（三）相互承认判决：国际商事诉讼特点的切实保障

国际商事法庭相互承认和执行判决，是国际商事诉讼的落脚点，也是国际商事诉讼自治性和国际性特点的切实保障。目前，全球范围内尚无类似《纽约公约》（1958）的多边民商事司法协助公约，广泛确保国际商事法庭相互承认和执行判决。因此，国际商事诉讼与涉外民事诉讼一样，无法回避民商事判决的相互承认和执行问题。尤其，承认国际商事法庭判决的特殊困难之处，还在于国际商事法庭的组建根据，及其特殊的运作机制往往难以查明。[⑤]我国现行国际民商事司法协助机制，无法满足国际商事法庭相互承认和执行判决的需要。继续坚持保守的（事实）互惠原则和实际联系原则，拒绝以开放的态度对待外国国际商事法庭判决，则国际商事法庭及其诉讼的自治性、国际性特点及其意义势必落空，这是当前我国国际商事诉讼面临的最大挑战所在。[⑥]

---

① Paul Friedland, *2018 Survey of International Arbitration: The Evolution of International Arbitration*, https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration, p. 2, post May 9, 2018, accessed January 8, 2019.

② Denise H Wong, *The Rise of the International Commercial Court: What Is It and Will It Work?*, 33 Civ. Just. Q. 205, 217 (2014).

③ 国际商事诉讼与仲裁互为补充，满足不同的市场需求。例如，英国和新加坡，既是国际商事仲裁中心，又是国际商事诉讼中心，国际商事仲裁与诉讼业务齐头并进、相得益彰。

④ Sundaresh Menon, *International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution*, https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---difc-lecture-series-2015.pdf, paragraph 14, p. 10, accessed January 8, 2019 (“Arbitration was conceived as an ad hoc, consensual, convenient and confidential method of resolving disputes. It was not designed to provide an authoritative and legitimate superstructure to facilitate global commercial. It cannot, on its own, adequately address such things as the harmonization of substantive commercial laws, practices and ethics.)

⑤ SIFoCC, *Report on the first meeting*, London, May 4-5, 2017, p. 21, https://www.sifocc.org/wp-content/uploads/2018/03/First_SIFOCC_Report_-_FINAL.pdf, accessed January 13, 2019. 例如，AIFCCs 不隶属于哈萨克斯坦司法系统，其判决性质尚未可知。（Paragraph 2, Article 13 of *AIFC Constitutional Statute 2015*: “ The AIFC Court is independent in its activities and is not a part of the judicial system of the Republic of Kazakhstan.” http://laws.aifc.kz/storage/files/47ba42d60f3e4766/Unofficial%20English%20translation%20of%20the%20Constitutional%20Statute%20On%20the%20AIFC%20as%20amended%20.pdf, accessed January 15, 2019）

⑥ Anselmo Reyes, *Recognition and Enforcement of Interlocutory and Final Judgments of the Singapore International Commercial Court*, 3 Journal of International Comparative Law 227, 338 (2015).

二、我国承认外国民商事判决的现状和发展动向

（一）现状：被承认的外国民商事判决屈指可数

根据我国《民事诉讼法》（2012）第 281—282 条、《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 544 条的规定，国际条约和互惠原则是我国承认和执行外国民商事判决的法律依据。截至 2018 年 12 月，我国已与法国、比利时、波兰等 36 个国家签订（有效的）双边民商事司法协助协定。[①]此外，我国政府与澳大利亚政府签订的双边投资保护协定，[②]以及我国加入的《国际油污损害民事责任公约》，[③]亦有关于承认和执行外国民商事判决的内容。迄今，我国根据双边民商事司法协助协定，承认和执行的外国民商事判决（——离婚判决除外）屈指可数；[④]适用“互惠原则”承认和执行的外国民商事判决，更是寥寥无几，[⑤]原因在于，立法和司法解释均未建立“法律互惠”标准，以致司法实践中“事实互惠”大行其

不过，我国有学者对此不以为然，称既然管辖法院也是当事人协议选择的结果，则当事人应该乐于自觉履行判决，就像乐于履行裁决一样（参见蔡伟：“国际商事法庭：制度比较、规则冲突与构建路径”，载《环境法律评论》2018 年第 5 期，第 190 页；另见 Kannan Ramesh, *International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles*, addressed Conference on the Rise of International Commercial Courts, Doha, Qatar, May 13, 2018, paragraph 28, p. 16, https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/international-commercial-courts-unicorns_23108490-e290-422f-9da8-1e0d1e59ace5.pdf, accessed January 10, 2019）。但是，当事人之所以自觉履行裁决，其原因不必然在于仲裁是其自愿选择的争议解决方法，而可能在于裁决在世界范围内具有强制执行性。据最新一期《国际仲裁报告》（见前注（15））显示，仲裁之所以是解决国际商事争议的首选方法，其中最主要和最重要的原因，正是其在全球范围内的强制执行性。倘若自治性果真可以确保当事人自觉履行裁决，裁决的强制执行性又何以显得如此重要？SICC 法官 Kannan Ramesh，认为 SICC 判决的域外承认和执行不成其为问题，这可能是事实。但是，这不是由于管辖权根据来自当事人的协议选择，而是新加坡完善的国际民商事司法协助机制所致（详见本文脚注（72））。与 SICC 形成鲜明对比的，是 DIFCCs 尝试通过把判决转化为仲裁裁决，以便其判决在阿联酋境外被承认和执行。此外，值得一提的是，即使对于像新加坡这样较少遭遇民商事判决承认困难的国家而言，SICC 首席法官 Sundaresh Menon，也表示判决的承认和执行问题（enforceability），乃现阶段国际商事法庭面临的最为重大的法律挑战（legal challenge），参见 Sundaresh Menon, *International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution*, paragraph 58, p. 34.

① 这些国家包括法国、比利时、意大利、西班牙、保加利亚、泰国、匈牙利、摩洛哥、新加坡、突尼斯、阿根廷、韩国、阿联酋、科威特、秘鲁、波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、土耳其、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、埃及、希腊、塞浦路斯、吉尔吉斯、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、越南、老挝、立陶宛、朝鲜、俄罗斯、波黑、巴西、阿尔及利亚。其中，我国与阿根廷、科威特、立陶宛之间的双边民商事司法协定尚未生效，我国与泰国、新加坡、韩国之间的民商事司法协助协定，不涉及民商事判决的承认与执行内容。我国与澳大利亚签订的投资保护协定，内含相互承认和执行判决的约定（Article V (c) & Article X (3) of *Agreement between the Government of Australia and the Governments of the PRC on the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments 1988*）。

② Article V (c) & Article X (3) of *Agreement between the Government of Australia and the Governments of the PRC on the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments 1988*, https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/148.

③ Article X of *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06/6-07/civil-liability-oil-pollution-consolidated.xml.

④ 意大利 B&T Ceramic Group s.r.1.有限公司申请承认和执行外国判决案（《人民法院报》2004 年 6 月 9 日第 3 版）、法国公民安托瓦纳·蒙杰尔请求广州中级人民法院承认和执行法国普瓦提艾商业法院对法国百高洋行破产案{（2005）穗中法民三初字第 146 号}、波兰弗里古波尔股份有限公司申请承认和执行波兰共和国法院判决案（《人民法院报》2015 年 7 月 8 日第 3 版。其中，第三起案件入选最高人民法院“第一批人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的典型案例”（http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/163/641.html）。

⑤ 2016 年 12 月 9 日，南京市中级人民法院适用互惠原则（新加坡承认我国判决在先），裁定承认和执行新加坡高等法院的一项民事判决{（2016）苏 01 协外认 3 号}。这是我国法院首次援引互惠原则，承认和执行外国判决。该案入选最高人民法院“第二批人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的典型案例”（http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/163/639.html）。

道。[①]这一局面显然不利于“一带一路”建设，不利于我国国际商事法庭的建设和发展前景。

目前，在设有国际商事法庭的国家中，我国与德国、新加坡已建立（事实）互惠关系，与法国、哈萨克斯坦和阿联酋订有双边民商事司法协助协定。其中值得一提的是，由于 AIFCCs 不隶属于哈萨克斯坦司法系统，AIFCCs 判决的性质未定，故我国与哈萨克斯坦之间的民商事司法协助协定是否适用于承认 AIFCCs 判决，尚未可知。

（二）发展动向：由“事实互惠”转向“法律互惠”

最高人民法院在《关于人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的若干意见》（以下简称“《意见》”）中，表示要“加强‘一带一路’沿线各国的国际司法协助，切实保障中外当事人合法权益。……，推动缔结双边或多边司法协助协定，促进沿线各国司法判决的相互承认与执行。要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，……，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系……”[②]

《第二届中国—东盟大法官论坛南宁声明》（以下简称“《声明》”），进一步提出：“七、区域内的跨境交易和投资需要以各国适当的判决的相互承认和执行机制作为其司法保障。在本国国内法允许的范围内，与会各国法院将善意解释国内法，减少不必要的平行诉讼，考虑适当促进各国民商事判决的承认和执行。尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家，在承认和执行对方国家民商事判决的司法程序中，如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例，在本国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系。”[③]《声明》首次尝试以司法共识的方式建立与东盟国家一定条件下的“推定互惠”关系，对拓宽建立互惠关系的渠道，例如（通过外交途径）做出互惠承诺、签署司法谅解备忘录或共识等，[④]具有里程碑式的意义。

最高人民法院在《关于承认和执行外国民商事判决若干问题的规定》（征求意见稿，2017.10）中，摈弃“事实互惠”，确立“法律互惠”标准，即根据外国法院地法的规定，在同等情形下我国民商事判决可以在该外国得到承认和执行，并增加“法院所在国与我国达

2017 年 6 月 30 日，武汉市中级人民法院适用互惠原则（加利福尼亚法院承认湖北省高级人民法院判决在先，Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co. Ltd., and Hubei Pinghu Cruise Co. Ltd., v. Robison Helicopter Company Inc., (2:06-cv-01789-FMC-SSx).），裁定承认和执行美国加利福尼亚洛杉矶高等法院做出的股权转让判决｛（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号｝。此前，南昌市中级人民法院则以中美之间不存在互惠关系为由，拒绝承认美国宾夕法尼亚州费城法院做出的民事赔偿判决｛（2016）赣 01 民初 354 号｝。

[①] “事实互惠”，把外国法院承认和执行我国法院判决在先，甚至没有拒绝我国法院判决的先例，作为认定存在互惠关系的标准。但是，拒绝承认和执行我国法院判决的原因，不必然在于对方国家法院不尊重我国司法司主权，而可能在于我国法院判决符合其拒绝承认和执行外国判决的法定情势（例如不符合法院地间接管辖权规则、不符合法院地公序良俗等）。“事实互惠”只重结果，无视过程的做法，不利于建立国际司法互信，不符合国际合作（《联合国宪章》序言、第一条第 3 款、第五十六条）。

[②] http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14900.html, posted July 7, 2015, accessed January 10, 2019.

[③] http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-47372.html, posted June 9, 2017, accessed January 10, 2019. Nanning Statement of the 2nd China-ASEAN Justice Forum (original): “VII Regional cross-border transactions and investments require a judicial safeguard based on appropriate mutual recognition and enforcement of judicial judgments among countries in the region. Subject to their domestic laws, Supreme Courts of participating countries will keep good faith in interpreting domestic laws, try to avoid unnecessary parallel proceedings, and consider facilitating the appropriate mutual recognition and enforcement of civil or commercial judgments among different jurisdictions. If two countries have not been bound by any international treaty on mutual recognition and enforcement of foreign civil or commercial judgments, both countries may, subject to their domestic laws, presume the existence of their reciprocal relationship, when it comes to the judicial procedure of recognizing or enforcing such judgments made by courts of the other country, provided that the courts of the other country had not refused to recognize or enforce such judgments on the ground of lack of reciprocity.” (https://www.chinajusticeobserver.com/nanning-statement-of-the-2nd-china-asean-justice-forum, accessed January 10, 2019).

[④] 沈红雨：“外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究”，载《法律适用》，2018 年第 5 期，第 15 页。

成国际司法合作共识等”，作为可以认定存在互惠关系的情势。[①]

由此可见，我国承认外国民商事判决的制度环境，正在朝着宽松化的方向发展，这对于我国国际商事法庭的建设和国际商事诉讼的发展，无疑具有积极意义。然而，不改变我国国际民商事司法协助思路，继续坚持把“（事实）互惠原则”作为承认外国民商事判决的主要依据之一，以及继续把“实际联系原则”作为（直接和间接）管辖权根据之一，仍然是横阻在我国承认外国国际商事法庭判决通道上的两大屏障，不符合国际商事诉讼的自治性和国际性特点和要求。

三、我国承认外国国际商事法庭判决的屏障

（一）互惠原则

最高人民法院由“事实互惠”转向“法律互惠”的发展动向固然可喜，但这并未改变互惠原则的立法现状，它仍然是我国承认和执行外国判决的主要依据之一，且“法律互惠”标准缺乏确定性，其建立不足以确保我国承认外国国际商事法庭判决。鉴于当前我国与世界经济、社会、法律发展现状，继续把“互惠原则”作为承认和执行外国判决的依据之一，不利于国际商事法庭判决的承认，不符合为“一带一路”建设提供司法服务和保障，完善我国贸易与投资环境的法治目标。

“互惠”源出 reciprocity，但 reciprocity 的含义不限于“互惠”，还包括报复，[②]即对等和相互性（mutuality）。所谓“互惠原则”，实为“对等原则”。早在二十多年前，李浩培教授就曾深刻地指出：“把互惠原则（“对等原则”）用于承认和执行外国法院判决，是不合理也是不可行的……第一，……互惠原则实质是报复原则，即由于外国不承认和执行己国的裁判，所以己国也不承认外国的裁判，以示报复。但是这里报复的对象完全错误了，因为报复的结果受损害的不是裁判做出国，而是在外国诉讼中胜诉的个人。而这个胜诉的个人有时还是拒绝承认和执行国的本国国民。第二，期望以报复迫使裁判做出国也承认和执行己国的判决，这种期望在很大程度上是会落空的，因为对裁判做出国来说，不承认和不执行对它的法院的裁判对它不会有重大损害。第三，查明他国是否在同一程度上承认和执行己国判决是很困难的，从而这个条件很难实行。所以现在虽然还有不少国家以缺乏互惠为理由不承认和执行外国裁判，这是于己无利而妨碍国际往来的措施。”[③]

欧美国家早已弃用互惠原则。[④]日本虽然（在立法上）保留互惠原则，但适用条件宽松，不以对方国家承认日本民商事判决为承认要件之一（“推定互惠”）。司法实践中，日本法院承认和执行外国民商事判决是常态，拒绝承认我国民商事判决则是例外。[⑤]韩国与日本类似，

[①] 《最高人民法院关于承认和执行外国判决的若干规定》（2017.10）第 18 条：“当事人向人民法院申请承认和执行外国法院民商事判决，该法院所在国与中华人民共和国之间没有缔结或共同参加国际条约，但有下列情形之一的，人民法院可以认定存在互惠关系：（一）根据该法院所在国法律的规定，在同等情形下人民法院做出的民商事判决可以得到该国法院的承认和执行；（二）根据该法院所在国与我国达成的国际司法合作共识等可以认定两国之间存在互惠关系的其他情形。”

[②] 例如，我国拒绝承认日本民商事判决在先（“五味晃案”），日本随后拒绝承认我国民商事判决。自此，中日两国陷入相互拒绝承认和执行民商事判决的僵局。

[③] 李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 140-141 页。

[④] 德国图宾大学（University of Tuebingen）法学教授 Martin Gebauer，在出席“《国际私法学刊》2018 亚太研讨会” 期间（Asia-Pacific Colloquium of Journal of Private International Law, Doshisha University Research Center for International Law Transaction and Law (RECITAL), Kyoto, December 10-11, 2018 ），曾明确提到互惠原则是毫无用处的（useless），早已被德国和欧盟其他国家弃用。

[⑤] Beligh Elbalti, *The Sino-Japanese Reciprocal Judgment Relationshin in Light of the Recent Developments of the Chinese Recognition Practice - Will the Vicious Circle Be Broken?*, Asia-Pacific Colloquium of Journal of Private International Law, Doshisha University Research Center for International Law Transaction and Law (RECITAL), Kyoto, December 10-11, 2018. 据 Beligh Elbalti 教授统计，1985—2015 年间，日本共接收 38 项申请承认外国民商事判决的请求，其中 36 起判决获准承认和执行，其余 2 起遭拒绝承认的判决均系我国法院判决。这一研究结果，佐证了“互惠原则实质是报复原则”之说（李浩培）。

立法保留互惠原则，但适用条件同样宽松。[①]早在十多年前，韩国法院就适用互惠原则，承认了我国民商事判决。然而近年来，我国竟然出现有法院以缺乏互惠关系为由，拒绝承认韩国民商事判决的案例。[②]可见，查明外国是否实际承认和执行我国判决实属不易。不仅如此，甚至连查明我国与外国之间是否订有双边民商事司法协助协定，亦属不易。据香港大学顾唯遐教授的研究结果显示，即使由与我国订立有双边民商事司法协助协定的国家的法院做成的判决，也往往遭我国法院拒绝承认，其主要原因在于我国法院对相关条约一无所知（ignorant）。[③]诚如李浩培教授所言，把互惠原则适用于承认外国判决是不可行的。

我国有学者顾虑“一带一路”沿线国家在承认外国民商事判决方面保守，以及我国法院曾有拒绝承认相关国家，例如马来西亚，民商事判决的先例，担心一旦弃用“互惠原则”，甚至采用“推定互惠”将损害我国司法利益。[④]这一担心不无道理，但如此一来势必重蹈“事实互惠”覆辙，与为“一带一路”建设提供司法保障的法治目标背道而驰。我国是传统的礼仪之邦，更是新时期提出建设“国际命运共同体”的大国，理应以“己所欲者，先施于人”的气度，先行承认和执行“一带一路”沿线国家的判决，[⑤]以实际行动积极推动与相关国家建立司法互信。

（二）实际联系原则

外国法院不具有适格管辖权，即间接管辖权，往往是其判决遭拒绝承认的理由之一。我国国内法没有关于间接管辖权根据的规定。直接管辖权规则，包括“实际联系原则”，实际支配间接管辖权。在我国与外国签订的双边民商事司法协助协定中，间接管辖权根据因条约而异，可分为三类。其一，“简单规定方式”，即适用被请求国的法律，例如我国与阿根廷（第 18 条）、保加利亚、波兰、法国、古巴、蒙古、罗马尼亚等国之间的双边民商司法协助协定。其二，“专属管辖排除方式”，即请求国法院仅在被请求国法院享有专属管辖权之时，不具有间接管辖权，例如我国与哈萨克斯坦（第 21 条）、俄罗斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌克兰等国之间的双边民商事司法协助协定。其三，“列举方式”，即列举若干间接管辖权根据，同时要要求请求国行使间接管辖权不得与被请求国专属管辖权相冲突，例如我国与波黑（第 24 条）、老挝、塞浦路斯、突尼斯、西班牙、意大利、越南等国之间的双边民商事司法协助协定。[⑥]其中，值得一提的是，我国与阿联酋签订的双边民商事司法协助协定未采用上述任何一类，而把请求国法律作为间接管辖权根据(——缺席判决除外）。[⑦]

---

① Kwang Hyun Suk, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgment in the Republic of Korea*, 15 Yearbook of Private International Law(2013-2014), p. 421.

② Seoul District Court, Korea Export Insurance Corporation v. Industrial Bank of China, November 11, 1999, Docket No 99 kahap 26523, see Beligh Elbalti, *Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark But not Much Bite*, 13 Journal of Private International Law (2017), p. 240.

③ Weixia Gu, *The Recognition and Enforcement of Foreign Civil and Commercial Judgments in China: Past, Present and Future*, Asia-Pacific Colloquium of Journal of Private International Law, Doshisha University Research Center for International Law Transaction and Law (RECITAL), Kyoto, December 10-11, 2018.

④ 例如菲律宾对外国民商事判决，采实质审查标准，以维护国家主权为由，原则上拒绝承认外国判决，参见杜涛：“推定互惠关系促进‘一带一路’诉讼纠纷解决”，《人民法院报》2017 年 6 月 15 日第 2 版。

⑤ 刘力：“‘一带一路’国家间法院判决承认与执行的理据和规则”，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 45 页。

⑥ 参见《最高人民法院关于承认和执行外国法院判决的若干规定》（意见征求稿，2017 年 10 月）第 20 条【说明】。

⑦ Article 20 of the *Agreement between The People's Republic of China and the United Arab Emirates on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters*, 2004:

最高人民法院《关于承认和执行外国法院民商事判决的若干规定》第 20 条拟规定："根据中华人民共和国法律，做出判决的外国法院对案件无管辖权的，人民法院应当认定该法院不具有管辖权。"[①]根据我国法律及司法解释，不动产争议、港口作业争议、继承争议由特定法院专属管辖；[②]当事人协议选择法院的，该选择法院所在地必须与争议具有实质或实际联系，即"实际联系原则"。[③]当事人协议选择我国国际商事法庭作为管辖法院的，亦不例外。[④]

从我国目前的司法实践现状看，坚持"实际联系原则"具有一定的积极意义。[⑤]然而，该原则显然与国际商事诉讼仲裁化潮流相悖（——当事人协议选择准据法，早已不适用实际联系原则）。当前，各大国际商事法庭——DIFCCs、[⑥]SICC、[⑦]NCC、[⑧]AIFCCs，[⑨]无一不把当事人协议选择作为法院取得管辖权的主要根据之一，且无一不放弃"实际联系原则"，或把当事人的协议选择视为法院与商事争议之间的实际联系之一，充分尊重当事人意思自治。

国际立法方面，《海牙选择法院协议公约》（*Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*，以下简称"《选择法院公约》"）、《布鲁塞尔条例 I》（*Brussels I Regulation*

"Subject to the provisions of this Agreement, the Court of the Contracting Party requested to recognize or execute a decree shall, when examining the grounds of jurisdiction exercised by the Courts of the other Contracting Party, be bound by the facts stated in that decree and on which jurisdiction is based, unless the said decree had been passed in absentia." (https://www.difccourts.ae/2016/10/27/difc-courts-guide-mutual-recognition-enforcement-civil-commercial-judgement-prc-courts/, posted October 27, 2016, accessed January 12, 2019)

① The Supreme People's Court's *Fifth Draft Interpretation of the Recognition and Enforcement of Foreign Civil and Commercial Judgments*, Article 21:"In any of the following circumstances, a Chinese court shall determine that the foreign court given the judgment has no jurisdiction:

(A) The case shall be subject to the exclusive jurisdiction of Chinese law;

(B) The case has no foreign-related factors; or the foreign-related factors exist but there is no real and substantial connections with the foreign court in dispute;

(C) The parties to the case have entered into a valid arbitration agreement and have not given up the arbitration clause;

(D) The foreign court does not have jurisdiction over the case in accordance with the law of the State of the forum;

(E) Other circumstances determined by Chinese courts."
(Song Jianli, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China: Challenges and Developments*, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/203/1048.html, posted August 30, 2018, accessed January 10, 2019.)

② 《民事诉讼法》第 33 条。

③ 《民事诉讼法》第 34、127、265、266 条；《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的解释》第 531 条。

其中，《民事诉讼法》第 34 条，要求协议选择的法院与（合同或财产权益）争议具有**实质联系**。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的解释》第 531 条规定，当事人协议选择外国法院的，该外国法院与争议具有**实际联系**。

④ 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第二条（一），http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-104602.html, posted June 29, 2018, accessed January 11, 2019.

⑤ 刘仁山："我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策"，载《法学研究》2018 年第 8 期，脚注 39。

⑥ Article (5) A-2, Law No. (16) of 2011 Amending Certain Provisions of Law No. (12) of 2004 Concerning Dubai International Financial Center Court, https://www.difccourts.ae/wp-content/uploads/2017/10/Dubai_Law_No.16_of_2011_English.pdf. 该修正案（2011）通过之前，DIFCs 不受理 DIFC 区域外产生的民商事争议。

⑦ http://www.moj.gov.jm/sites/default/files/laws/Judicature%20%28Supreme%20Court%29%20Act.pdf.

⑧ ' https://netherlands-commercial-court.com/jurisdiction-netherlands.htm.

荷兰商事法院（NCC）管辖权来源于当事人协议选择，争议必须具有国际性，且当事人的协议选择不得违反荷兰专属管辖规定。

⑨ http://aifc-court.kz/legislation.

2012, EU Regulation No 1215 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, recast），亦不再把“实际联系原则”作为协议选择法院的前提条件之一，限制当事人意思自治。这样做的可取之处，显而易见。其一，充分尊重当事人意思自治，符合私法自治精神；其二，便于当事人选择中立的法院，有利于公平、公正地解决争议；其三，（尽管可能增加法院工作量）有助于激励商事司法竞争，促进商法的进化和趋同化，甚至一体化。相反，继续坚持“实际联系原则”，则不仅不符合私法自治原则，甚至作茧自缚，限制我国国际商事法庭的管辖范围，且不利于中外国际商事法庭相互承认判决，不足以切实保障国际商事诉讼的特点和优势。这实在是“于己无利而妨碍国际往来的措施”。

四、化解我国承认外国国际商事法庭判决屏障的方案

近年来，国际民商事司法协助制度和国内民事诉讼制度推陈出新，例如《选择法院公约》、常设国际商事法院论坛（Standing International Forum of Commercial Courts, SIFoCC）、Memorandum of Guidance（MoG）、DIFCCs 判决裁决化等，为推动各国相互承认商事判决积累了宝贵经验。

（一）方案一：批准《选择法院公约》，弃用互惠原则和实际联系原则

《选择法院公约》于 2015 年 10 月 1 日生效，（空间）效力范围及于欧盟成员国（27）、黑山共和国、墨西哥、新加坡和英国（2019 年 4 年 1 月生效）。[①]

《选择法院公约》，以统一缔约国民商事管辖权规则、外国民商事判决承认和执行规则为己任，旨在促进全球贸易和投资发展。[②]根据公约规定（第 8 条第 1 款），缔约国应当承认由当事人协议选择的另一缔约国法院做成的民商事判决，确保缔约国法院民商事判决在全体缔约国境内的强制执行性。《选择法院公约》与《纽约公约》（1958）有异曲同工之妙，其适用范围、[③]拒绝承认判决的理由与后者相似，[④]堪称《纽约公约》的诉讼版（litigant counterpart），[⑤]是实现世界各国相互承认和执行判决的多边主义方法和最为理想的方案。不仅如此，《选择法院公约》许可保留的范围比《纽约公约》（1958）更大，[⑥]其适用更灵活，更尊重缔约国（司法）主权。故，（批准）《选择法院公约》对我国造成的（潜在）法律风险更小。

我国全程参与《选择法院公约》的起草和谈判，充分表达了我国立场，[⑦]并于 2017 年 9 月 12 日签署公约。一经我国批准，《选择法院公约》即可有效改善我国承认外国民商事判决的现状，尤其有助于改善我国与英国、德国、荷兰、新加坡之间相互承认和执行判决的现状，这对于未来我国国际商事法庭与英国商事法庭、法兰克福国际商事法庭、荷兰商事

---

① https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98, accessed January 9, 2019.

② 公约序言。

③ Article 2 of the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

④ Article 9 of the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

⑤ Ronald Brand and Paul Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008, p. 3.

澳大利亚联邦法院（Federal Court of Australia）首席大法官 James Allsop “over the coming years, as the adherence to the Hague Convention on Choice of Courts increases, national commercial courts will begin to have the same regime of enforcement as does arbitration for its awards.”(*Commercial and Investor-State Arbitration*, p. 48), re-quoted from Kannan Ramesh, *International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles, addressed Conference on the Rise of International Commercial Courts*, Doha, Qatar, May 13, 2018, paragraph 36.

⑥ Article 21 of the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

⑦ 高晓力：“海牙国际私法会议〈选择法院协议公约〉与对我国涉外民商事审判的影响”，载《人民司法》2006 年第 3 期，第 85 页以下。

法庭、新加坡国际商事法庭之间相互承认和执行判决，意义重大。[①]

根据《选择法院公约》的相关规定，当事人协议选择管辖法院的，（原则上）该法院对当事人之间的争议享有专属管辖权，[②]缔约国应当承认该法院判决。[③]其中，选择法院协议具有独立性，[④]适用当事人协议选择的法院所在地法（包括冲突法）。[⑤]可见，选择法院协议的准据法的确定并不禁止反致，我国有学者认为这一做法不符合“意思自治原则”的精要，担心“意思自治”被架空。[⑥]这一担心固然可以理解，却似乎忽视了诉讼之于国家的主权利益。窃以为，反致的适用，正是国际商事诉讼区别于国际商事仲裁的特点和优势所在，即协调、平衡商事主体的私利和法院所在地的公益之间的冲突。首先，反致充分体现了《选择法院公约》对缔约国主权的充分尊重，这符合海牙国际私法会议一贯的立场。选择法院协议由选择法院所在地法支配，兼顾承认缔约国承认或不承认反致的事实，尊重缔约国司法主权，尤其缔约国的专属管辖权。在尊重当事人意思自治的同时，反致可适当兼顾缔约国的主权利益。其次，反致有助于实现国际商事判决的一致性，减少法律规避的现象，维护法律关系的稳定性。诚然，当事人协议选择的法律不包括冲突法，国际商事仲裁通常亦不采用反致。然而，选择法院协议不是法律选择协议，不当然禁止反致。此外，无论《纽约公约》（1958），还是《联合国国际商事仲裁示范法》，都无明文拒绝反致。即使仲裁庭没有义务适用，或从不适用仲裁地的冲突法，这也不意味着国际商事法庭应当禁止反致，适用当事人选择的法律，或当事人协议选择的法院所在地实体法确定选择法院协议的效力。相反，作为国内司法审判机关（AIFCCs 除外），国际商事法庭有适用法庭所在地法（包括冲突法）的义务，法院地法禁止反致的除外。

国际商事诉讼尽管是仲裁化的诉讼，但其本质毕竟不同于仲裁，注定有不同于仲裁的价值取向、社会职能和作用。除却解决具体的国际商事争议之外，国际商事诉讼更负有（通过国际商事司法协助）建设国际商事法治（包括实体法和程序法的趋同化，甚至一体化），完善全球贸易和投资环境，促进世界经济和社会可持续发展的重任。在国际统一冲突法形成之前，反致可以作为解决缔约国冲突法之间的冲突的可行之计，有助于确保判决一致，实现国际商事法治统一和《选择法院公约》的宗旨。要言之，《选择法院公约》不禁止反致的立场，不应该成为我国批准该公约的障碍。

（二）方案二：签署《国际商事法庭相互承认和执行判决备忘录指南》⑦——批准《选择法院公约》的替代方案

2017 年 5 月，经英国商事法庭前任法官 Lord Thomas 倡议和筹备，常设国际商事法庭

---

① 尽管我国与法国、比利时之间订立有双边民商事司法协助协定，与德国和新加坡之间存在“事实互惠”关系，但是，体现更高合作标准和规格的《选择法院协议公约》，显然更有利于民商事判决的相互承认和执行。关于我国批准《选择法院公约》的可行性讨论，可参见 Zheng Sophia Tang, *Effectiveness of Exclusive Jurisdiction Clauses in the Chinese Courts —A Pragmatic Study*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 61/Issue 02/April 2012, pp. 481-483. 该文特别论及内地与香港民事司法协助安排（2006），指出该安排与《选择法院公约》类似，其成功经验可作为证明《选择法院公约》可行性的有力证据。2019 年 1 月 18 日，最高人民法院与香港特别行政区律政司，签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》。该安排生效后，两地民商事判决基本可以实现异地“流通”（https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/01/id/3709194.shtml，发布日期：2019 年 1 月 18 日，访问日期：2019 年 2 月 17 日）。

② Articles 1 & 2, 3 (a) & (b), the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

③ Article 8 (1), the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

④ Article 3 (d), the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.

⑤ Article 5 (1), 6 (a) & 9 (a), the *Hague Convention on Choice of Court Agreements*.; Trevor Harley and Masato Dogauchi, *Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, http://assets.hcch.net/up-load/exp137.pdf, paragraph 125, accessed January 9, 2019.

⑥ 刘仁山：“我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策”，载《法学研究》2018 年第 8 期，第 190 页。

⑦ SIFoCC, *Report on the first meeting*, London, May 4-5, 2017, https://www.sifocc.org/wp-content/uploads/2018/03/First_SIFOCC_Report_-_FINAL.pdf, accessed January 13, 2019.

论坛（Standing International Forum of Commercial Courts, SIFoCC），于伦敦正式成立，旨在强化国际商事司法合作，提升发展中国家商事司法能力，满足市场需求，促进全球商事关系法治化。[①]SIFoCC 成员遍布世界各地，包括 DIFCCs, SICC, AIFCCs, ADGMCs, QIC、NCC 等新兴国际商事法庭，以及英国商事法庭、日本最高法院、新加坡最高法院、马来西亚上诉法院、斯里兰卡最高法院、我国最高人民法院等。

SIFoCC 的主要工作内容，包括制作《国际商事法庭相互承认和执行判决备忘录指南》（Multilateral Memorandum of Guidance, MoG，以下简称“《指南》”），供其成员参考和签署。《指南》介绍、解释 SIFoCC 成员所在地承认和执行外国民商事判决的原则、规则和制度，研究（在各成员所在地现行法律制度下）最为便捷、高效的国际商事判决的承认和执行办法。[②]有必要指出的是，《指南》是认识和理解 SIFoCC 成员所在地的相关法律制度的文件资料，不是具有法律拘束力的国际条约。[③]制作和签署《指南》，可以作为批准或加入《选择法院公约》的替代办法，推动建立国际商事司法互信。

目前，SIFoCC《多边指南》还在制作中。[④]《双边指南》则多见于 DIFCCs 与其他 SIFoCC 成员，例如香港高等法院、赞比亚高等法院、马来西亚联邦法院、韩国最高法院、哈萨克斯坦最高法院、新加坡国际商事法庭、纽约南区联邦地区法院（US District Court of the Southern District New York）、澳大利亚联邦法院、新南威尔士州最高法院、英国商事法院等签署的《双边指南》。[⑤]此外，DIFCCs 还就其判决在我国的承认和执行发布指南（*DIFC Courts Guide on Mutual Recognition and Enforcement of Civil and Commercial Judgments with PRC Courts*）。[⑥]

（三）方案三：DIFCCs 判决裁决化——传统国际民商事司法协助机制下的新课题

终局判决裁决化，是 DIFCCs 一项大胆的制度创新，它综合诉讼和仲裁两种商事争议解决方法，用于解决 DIFCCs 判决的域外承认与执行问题。阿联酋不是《选择法院公约》的成员国之一，无可援用的多边民商事司法协助条约，且双边民商事司法协助条约的作用有限。

---

① Aims of SIFoCC, http://www.sifocc.org.

② A Unique Gathering of Commercial Courts, https://www.judiciary.uk/announcements/a-unique-gathering-of-commercial-courts/, posted May 15, 2015, accessed January 12, 2019.

③ SIFoCC, *Report on the first meeting*, London, May 4-5, 2017, p. 23, https://www.sifocc.org/wp-content/uploads/2018/03/First_SIFOCC_Report_-_FINAL.pdf, accessed January 13, 2019.

④ Michael Hwang (from personal email message to Professor Akira Saito on December 5, 2018),“One of the first practical projects undertaken by the Forum was to work on producing a Multilateral Memorandum of Guidance that will explain how under the current rules, judgments of one commercial court might most efficiently be enforced in the courts of other countries. … … A draft Multilateral Memorandum on Enforcement of Commercial Judgments for Money was presented and discussed … …”, re-quoted from Akira Saito, *Recognition and Enforcement of a Foreign Judgment Revisited: Is It Really a Matter of International Convention?*, Asia-Pacific Colloquium of Journal of Private International Law, Doshisha University Research Center for International Law Transaction and Law (RECITAL), Kyoto, December 10-11, 2018.

⑤ https://www.difccourts.ae/courts-programmes/protocols-and-memorandums-of-understanding/.

⑥ https://www.difccourts.ae/2016/10/27/difc-courts-guide-mutual-recognition-enforcement-civil-commercial-judgement-prc-courts/, posted October 27, 2016, accessed January 14, 2019.

[①]为此，DIFCCs 2015 年 2 号指令（Practice Direction No 2, 2015），开创性地把“判决履行争议”（judgment payment dispute）作为可仲裁的争议之一，许可当事人协议将因债务人不履行生效金钱判决，或履行不能产生的判决履行争议提交仲裁，将终局判决转化为裁决，以便外国法院适用《纽约公约》（1958）承认和执行 DIFCCs 判决。根据该指令，所谓“判决履行争议”（Judgment Payment Dispute），即“债权人与债务人之间因 DIFCCs 判决履行期满，而产生的任何金钱争议或请求（含利息和费用），包括因债务人不履行生效判决，或履行不能产生的争议，但因判决的法律效力和实体问题，以及因履行雇用合同和消费者合同判决产生的争议除外。[②]

为确保 DIFCCs 判决的强制执行性，DIFCCs 建议当事人协议把判决履行争议提交仲裁，建议“仲裁协议”文本如下：

“Any Judgment Payment Dispute (as defined in DIFC Courts Practice Direction No 2 of 2015) that satisfies all of the Referral Criteria set out in the Practice Direction shall be referred to and be finally resolved by arbitration under the Arbitration Rules of the DIFC-LCIA Arbitration Centre, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. There shall be a single arbitrator to be appointed by the LCIA Court pursuant to Article 5.4 of the DIFC-LCIA Arbitration Rules. The seat, or legal place of arbitration, shall be the Dubai International Financial Centre. The language to be used in the arbitration shall be English.

This agreement for submission to arbitration shall in all respects including (but not limited to) its existence, validity, interpretation, performance, discharge and applicable remedies be governed by and construed in accordance with the laws of the Dubai International Financial Centre.”[③]

DIFCCs 判决裁决化机制，对于国际民商事司法协助机制尚不完善的国家而言，包括我国，具有一定的积极意义。它利用《纽约公约》（1958）的广泛适用性，通过把 DIFCCs 判决转化为仲裁裁决，以便该判决在阿联酋境外得到承认和执行，不致因缺乏司法互信，或阿联酋有拒绝承认外国民商事判决的先例而遭拒绝承认。不过，这一制度创新的最大的局限性，在于转化前提取决于当事人的合意。如果当事人无法达成协议，把判决履行争议提交仲裁，则 DIFCCs 判决在阿联酋境外的强制执行性仍未可知。其次，其他国家不必然像阿联酋一样，认为不履行判决（non-payment of judgment）可以构成争议而适用仲裁，故仲裁协议、裁决不必然有效。再次，无论仲裁是否涉及判决的实体问题，判决裁决化机制（mechanism）都将损害判决的强制执行性。该机制是否可行有待时间检验，其成败与否将取决于当事人的选择、仲裁员的选任办法，以及外国法院如何看待判决“判决履行争议”

[①] 新加坡与阿联酋不同。首先，新加坡是《选择法院公约》成员国之一。在新加坡与其它成员国之间，适用《选择法院公约》相互承认和执行判决。其次，新加坡与澳大利亚、文莱、印度、马拉西亚、新西兰、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、斯里兰卡、英国、向风群岛和香港等多个法域订有双边民商事司法协定，以便相互承认和执行判决。再次，新加坡是普通法系法域，普通法系法域之间适用债务说，相互承认和执行判决。最后，新加坡与大陆法系国家之间，没有建立条约关系的，例如我国和日本，适用互惠原则（推定互惠）相互承认和执行对方判决（参见 Kannan Ramesh, *International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles*, addressed Conference on the Rise of International Commercial Courts, Doha, Qatar, May 13, 2018, paragraphs 29-33, pp. 17-19）。

[②] *DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration*, https://www.difccourts.ae/2015/02/16/difc-courts-practice-direction-no-2-2015-referral-judgment-payment-disputes-arbitration/, posted February 16, 2015, accessed January 12, 2019; Also see *Michael Hwang, Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration*, posted May 27, 2015, accessed January 12, 2019.

[③] *Michael Hwang, Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration*, posted May 27, 2015, accessed January 12, 2019.

是否可仲裁等。[①]

五、结语

国际商事法庭判决的相互承认和执行，是我国国际商事法庭建设和发展中的重大挑战。当前，我国国际商事法庭判决承认的主要问题，在于坚持不合理、不可行且早已过时的“互惠原则”和“实际联系原则”。继续坚持该两大原则，势必妨碍国际往来，不符合“一带一路”建设目标，不利于实现国际商法趋同化、一体化和国际商事法治化建设。放弃坚持该两大原则，乃国际商事诉讼仲裁化之大势所趋。解决中外相互承认国际商事法庭判决问题的最佳方案，即批准《选择法院公约》，弃用互惠原则和实际联系原则。弃用互惠原则和实际联系原则，有助于改善我国与外国（——无论是否《选择法院公约》缔约国）相互承认和执行民商事判决的现状。其次，积极参与 SIFoCC 活动，签署相互承认和执行判决的多边或双边备忘录指南，推动与其他国际商事法庭建立司法互信。“指南”可作为《选择法院公约》的替代方案，解决我国国际商事法庭与其它 SIFoCC 成员之间相互承认和执行判决的问题。再次，在不改变我国国际民商事司法协助思路和机制现状的前提下，研究国际商事判决裁决化机制的可行性，通过衔接诉讼与仲裁，便利我国国际商事法庭判决在境外被承认和执行。此外，作为“一带一路”沿线国家的新生事物，AIFCCs 颇值得关注和研究。

3.我国国际商事法庭构建中的涉外协议管辖制度反思

刘元元*

摘　要：我国国际商事法庭的管辖权主要来源于当事人之间的管辖协议，而我国立法对当事人涉外协议管辖的规定过于严格，导致国际商事法庭的管辖范围受限，不利于实现“一带一路”倡议下我国国际商事法庭的目标和定位。在国际商事法庭制度的构建中，需要突破现行立法的规定，新的时代背景下，应对实际联系原则做扩大解释或摒弃实际联系原则，并加快《海牙选择法院协议公约》的论证与批准，充分利用国际公约，实现我国涉外协议管辖制度的优化。

关键词：涉外协议管辖；实际联系原则；国际商事法庭；《海牙选择法院协议公约》

一、引言

随着全球化进程的加深，国际民商事法律关系愈加复杂。当事人意思自治成不仅成为实体法、冲突法的重要原则之一，在国际民事诉讼的管辖权领域，协议管辖成为当事人实践中普遍采取、各国立法和司法实践普遍接受的管辖权确定依据。

国际商事争议解决的主流途径有诉讼、仲裁。国际商事仲裁的优势在于双方当事人的意思自治是其核心精神，以及国际仲裁裁决承认与执行的国际机制—《承认及执行外国仲

① Christopher Mainwaring-Taylor, Yacine Francis, DIFC Courts introduces unique mechanism to convert DIFC money judgments into arbitral awards, http://www.allenovery.com/publications/en-gb/lrrfs/middleeastandafrica/Pages/DIFC-Courts-introduce-unique-mechanism-to-convert-DIFC-money-judgments-into-arbitral-awards-n.aspx, accessed Jan 1, 2019.

* 西南政法大学讲师，法学博士，研究方向为：国际民事诉讼法、冲突法、文化遗产法。联系方式：beffalc2003@163.com。

裁裁决公约》的保障。[①]相反，国际民事诉讼因审理机关、审理程序的国家主权属性，以及判决承认与执行的多边公约数量有限且缔约国寥寥等原因，制约了国际民事诉讼纵深发展，远远无法形成与国际商事仲裁平分秋色的格局。然而，没有哪一种制度是完美的。经过多年的实践，国际商事仲裁亦显现出自身发展的局限性，如当事人对“一裁终局”的诟病、仲裁程序的过于冗长以及高昂的费用等。[②]随着国际商事仲裁和国际民事诉讼的各自优劣的显现，各国寻求一种介于仲裁与诉讼之间的灵活、兼具优势的争议解决方式，国际商事法庭（法院）[③]应运而生。国际商事法庭着眼于专门处理国际商事纠纷，进而成为各国司法竞争的新领域。截至 2018 年，采取商事法院或商事法庭模式的国家包括但不限于以下国家或地区：传统的英国（英国商事法院）、美国（如特拉华衡平法院）、法国（商事法院系统）、澳大利亚（维多利亚州最高法院商事法庭），以及新兴的卡塔尔（卡塔尔国际法院与争议解决中心）、阿联酋（迪拜国际金融中心法院和阿布扎比全球市场法院）、新加坡（新加坡国际商事法庭）、印度（新德里最高法院商业法庭）、哈萨克斯坦（阿斯塔纳国际金融中心法院）、荷兰（荷兰商事法庭）等。[④]

随着“一带一路”倡议的深化，我国国际商事法庭的雏形初现。2018 年 6 月 25 日，最高人民法院审判委员会审议通过了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》），2018 年 6 月 29 日，最高人民法院第一国际商事法庭、第二国际商事法庭分别在深圳市和西安市揭牌。这标志着一个专门从事国际商事纠纷解决的司法机构在我国正式诞生。同年 12 月国际商事法庭已经依据《规定》受理一批国际商事纠纷案件。[⑤]2019 年 3 月，最高人民法院第一国际商事法庭申请人运裕有限公司（Luck Treat Limited，住所地在英属维尔京群岛）、北京港中旅维景国际酒店管理有限公司、深圳维景京华酒店有限公司、新劲企业公司（Newpower Enterprises Inc.，住所地在英属维尔京群岛）与被申请人深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力三案[⑥]，进行询问。2019 年 5 月 15 日下午，第二国际商事法庭在最高人民法院本部就原告泰国华彬国际集团公司（Ruoychai International Group Co.，Ltd.）与被告红牛维他命饮料有限公司及第三人红牛维他命饮料（泰国）有限公司（Red Bull Vitamin Drink (Tailand) Co.，Ltd.）股东资格确认纠纷一案[⑦]，以及原告泰国华彬国际集团公司（Ruoychai International Group Co.，Ltd.）与被告红牛维他命饮料有限公司及第三人英特生物制药控股有限公司（Inter-Biopharm Holding Limited）股东资

① 截止 2019 年初该公约成员国高达 159 个。参见联合国官方网站数据 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en.

② Stephan Wilske, International Commercial Courts and Arbitration-Alternatives, Substitutes or Trojan Horse, 11 Contemp. Asia Arb. J. 153 (2018), p.155.

③ 为了行文方便，文章统一使用“国际商事法庭”。

④ 何其生课题组：《当代国际商事法院的发展 ——兼与中国国际商事法庭比较》，《经贸法律评论》2019 年第 2 期。

⑤ 第一国际商事法庭受理了亚洲光学股份有限公司、东莞信泰光学有限公司与日本富士胶片株式会社、富士胶片（中国）投资有限公司、富士胶片（中国）投资有限公司深圳分公司、富士胶片光电（深圳）有限公司不当得利纠纷案，广东本草药业集团有限公司与意大利贝思迪大药厂产品责任纠纷案，英属维尔京群岛运裕有限公司与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力案，北京港中旅维景国际酒店管理有限公司、深圳维景京华酒店有限公司与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力案以及英属维尔京群岛新劲企业公司与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力案等案件。第二国际商事法庭受理了英特生物制药控股有限公司与红牛维他命饮料有限公司公司盈余分配纠纷案，泰国华彬国际集团公司与红牛维他命饮料有限公司、红牛维他命饮料（泰国）有限公司股东资格确认纠纷案，环球市场控股有限公司与许馨雄、红牛维他命饮料有限公司损害公司利益责任纠纷案，以及英特生物制药控股有限公司与严斌、红牛维他命饮料有限公司损害公司利益责任纠纷案等案件。见 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1150.html，最后访问日期 2019 年 2 月 1 日。

⑥ 案号分别为（2019）最高法民特 1 号、2 号、3 号。

⑦ （2019）最高法商初 7 号。

格确认纠纷一案[①]召开庭前会议，合议庭就两案归纳了争议焦点，组织了证据交换，确定了相关程序性事项。两案将择日开庭。国际商事法庭的设立运作及其自身制度框架的不断完善无疑会为推进“一带一路”建设提供更加有力的司法服务和保障。根据《规定》，我国国际商事法庭的管辖权[②]具有以下特点：第一，当事人的选择应符合《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）第 34 条的规定；第二，当事人协议选择的管辖法院为最高人民法院。第三，当事人之间的诉讼标的额度在 3 亿元以上。第四，案件为第一审国际商事案件。可见，我国国际商事法庭未来以当事人协议选择法院作为确立管辖权的首要基础，而我国现行国际商事法庭的构建尚未突破现有的程序法。因此，国际商事法庭的管辖权与我国的协议管辖制度密切相关。本文试图通过对我国现行涉外协议管辖制度的解读，归纳出该制度存在的诸多问题，结合“一带一路”背景下国际商事法庭的定位，反思这一制度存在的问题及解决路径。

二、我国涉外协议管辖制度现状解读

（一）涉外协议管辖制度的立法解析

我国立法对涉外协议管辖的立法有一个变化的过程。1991 年我国《民事诉讼法》首次引入当事人协议管辖制度。2007 年修订的《民事诉讼法》第 25 条和第 242 条规定分别规定了国内协议管辖和涉外协议管辖。[③]2012 年修正的《民事诉讼法》则删除了原有的涉外编的第 242 条的规定，将其与国内协议管辖合并规定于新法第 34 条，即“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”新的立法将国内协议管辖与国际协议管辖进行了统一。2014 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称“《民事诉讼法》司法解释”）第 531 条对涉外案件的协议管辖进一步明确：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。根据《民事诉讼法》第三十三条和第二百六十六条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。”

我国协议管辖制度呈现出如下特点：第一，国内协议管辖与国际协议管辖标准统一化。第二，适用范围上，主要集中于涉外合同或其他财产权益纠纷。第三，形式上，我国立法要求当事人采取书面方式。第四，双方当事人协议选择的对象是采取抽象标准与具体连结点相结合的方式进行确定。抽象上，当事人的选择应是与案件有着实际联系的地点的法院；具体而言，主要是指被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等地。第五，协议选择不得违反我国专属管辖和级别管辖，否则无效。

（二）涉外协议管辖制度的司法窘境

我国的立法较为清晰，但对于该制度的具体运用如实际联系原则的效力问题、实际联系原则的判断标准问题等问题，均借助最高人民法院及地方各级人民法院在具体案件中的司法实践予以进一步明确，且往往存在诸多不一致。

1. 国内案件与国际案件标准统一化——合理与否

---

① （2019）最高法商初 8 号。

② 详见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 2 条第 1 款规定：当事人依照民事诉讼法第三十四条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；…

③ 第 25 条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”第 242 条规定：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”

对比新旧立法可以发现，2012 修正的《民事诉讼法》在涉外特别程序中删除了原有的涉外协议管辖的内容，该条款被并入到“一般规定”之中。新法之后，涉外案件的协议管辖需要“参照本法的其他规定”。有学者认为这是对国民待遇原则的尊重、符合协议管辖制度的本质，并有利于满足诉讼公正和效益的追求。①新的立法实际上是取消我国协议管辖制度上内外有别的双轨制，统一了涉外纠纷和国内纠纷的协议管辖。变双轨制为同一体系符合大多数国家协议管辖制度国内案件与涉外案件一致的做法，是立法成熟的表现。②然而，该做法忽视了涉外案件与国内案件的差异，且内容上将涉外协议管辖的内容进行了更改，对于“与争议有实际联系的地点”被具化为“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等”客观标志，这实质上缩小了国际民商事合同诉讼当事人在协议管辖问题上的意思自治的自由，虽然后面“等”可以进行解释，但是这会带来适用上的困境：其一，在实际联系的适用上采取扩张解释还是限制解释。其二，实际联系与客观标志地的关系问题。③这可能导致《民事诉讼法》的初衷与实践运用不一致的结果。此外，从第 34 条的法律文本来看，条文中“人民法院”的概念难免让人对涉外民事诉讼当事人协议选择“外国法院”的合法性产生质疑。④因此，最高人民法院在《民事诉讼法》司法解释第 531 条中对涉外案件的协议管辖的进一步解释，说明了实践中有必要进行区分，并对选择的范围进行了扩大，将“侵权行为地”增补进去，并将第 34 条的“人民法院”精准定位为涉外案件的“外国法院”。

因此，对于《民事诉讼法》司法解释第 531 条的规定值得肯定。但不可忽视的是，司法解释的补充规定依旧无法避免因实际联系地的“具化”可能带来的实践运用的混乱。

2. 实际联系原则的判断标准——趋于严格

（1）实际联系原则的地位

实际联系原则是授权性规范，并非指示性规范。根据我国人民法院的实践来看，“可以”用书面协议选择“与争议有实际联系的地点的法院管辖”的规定，应理解为“涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院时，应当选择与争议有实际联系的法院，否则该协议无效”。这作为判断当事人协议管辖效力的基本依据。无论是地方人民法院还是最高人民法院的司法审判中，均将“与争议有实际联系”作为一个必要条件，因此“可以”等同于“应当”。如在中国平安保险公司代位诉实际承运人香港友航轮船有限公司海上货物运输合同货物锈损赔偿案中，武汉海事法院以提单背面的管辖条款与争议的事实无实际联系为由，不承认提单条款所约定的船旗国巴拿马法院的管辖权。⑤在远大物产集团有限公司、宁波中盟钢铁有限公司与福州天恒船务有限公司、远大国际（香港）有限公司海上货物运输合同管辖权异议纠纷案中⑥（以下简称“远大地产公司案”），厦门海事法院和福建省高级

① 李浩：《民事诉讼管辖制度的新发展——对管辖修订的评析与研究》，载《法学家》2012 年第 4 期，第 146-158 页。

② 刘晓红：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，载《法学》2014 年第 12 期，第 45 页。

③ 肖永平、朱磊：《批准<选择法院协议公约>之考量》，法律出版社 2017 年版，第 141 页。

④ 山东省青岛市中级人民法院曾在一起案件中对合同中约定的“人民法院”作了扩大解释。该案合同约定：“解决合同纠纷的方式，由双方协商解决，协商不成交由卖方所在地人民法院审理。”而卖方所在地即柬埔寨没有“人民法院”， 因此，原告主张管辖权条款约定不明确，应当归于无效，青岛法院应有管辖权。法院审理认为，无论卖方所在地即本案被告所在地是否有特定称谓的“人民法院”，双方当事人均以书面形式选择了与争议有实际联系的柬埔寨的法院管辖，从而排除了我国法院对本案的管辖权。见山东省青岛市中级人民法院（2011）青民四初字第 18-2 号民事裁定书。因此，有学者主张可以将“人民法院”做扩大解释，包括通常意义上的法院，包括我国法院和外国法院。见杜涛：《新民事诉讼法下当事人协议选择境外法院问题》，载《人民司法（应用）》2017 年第 1 期，第 17 页。

⑤ 李旺：《当事人协议管辖与境外判决的承认与执行法律制度的关系初探》，载《清华法学》2013 年第 3 期，第 101 页。

⑥ 最高人民法院民事案件（2011）民提字第 313 号。

人民法院均认为“当事人协议选择的英国法院与本案没有实际联系，因此管辖协议无效”。在德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案[①]（以下简称“德力西能源案”）中，最高人民法院以“德力西公司未提供证据证明英国与本案争议存在实际联系”，最终认定该协议无效。

由于实际联系作为一个授权性规范，直接决定了当事人协议管辖的效力，因此，实际联系的认定标准显得尤为重要。

（2）实际联系原则的具体判断

实际联系可以分为两类：一类是联系的客观标准，即系争与被选择的法院具有某种客观存在的外在联系；另一类是联系的主观标准，即由于当事人在合同中主观选择适用某国法律，被选择国因此而成为实际联系的一个连结点，形成有效的协议关系。[②]《瑞士联邦国际私法》第 5 条第 3 款规定，在以下情形下，瑞士法院不得拒绝管辖：一是如果协议管辖的当事人中一方在协议确定的瑞士法院所在的州有住所或者居所；二是瑞士法是该纠纷的准据法。可见瑞士法律肯定当事人主观选定的瑞士准据法和被选瑞士法院之间的关系，被选瑞士法院应予以管辖。

实践中，对于如何来认定“与案件有实际联系”，有些法院会采取极其严格的标准，在中国保险股份有限公司香港分公司诉荷兰铁行渣华邮船公司和福建省琯头海运公司案中，厦门海事法院以我国《民事诉讼法》的“实际联系要求”为依据，否定了约定由荷兰鹿特丹法院管辖的管辖协议的效力。在浙江省工艺品进出口(工贸)集团公司诉金发船务有限公司案中，上海海事法院根据内地民事诉讼法的规定，否定了约定由香港法院管辖的提单条款的可执行性。[③]

有些法院采取了扩大解释，如在 1996 年中化江苏连云港进出口公司（中国公司）与中东海星综合贸易公司（阿联酋公司）买卖合同管辖权异议一案中[④]，合同中约定“本合同受瑞士有效法律管辖并据之进行解释”、“争执应提交瑞士苏黎士法院裁决”，但合同签订地、履行地、标的物所在地等均不在瑞士，江苏省高级人民法院通过对我国《民事诉讼法》“实际联系”的扩大解释，认定管辖协议是有效的。最高人民法院在函复江苏省高级人民法院时认定，本案双方当事人在合同中选择了适用瑞士法，从而使瑞士法成为处理本案合同关系的准据法，这一事实足以表明瑞士与本案的争议有“实际联系”，瑞士的法院是与争议有实际联系地点的法院。“这种法院管辖的选择显然是符合我国法律规定的实际联系原则的。”然而，最高人民法院在“德力西能源案”中改变了上述观点，并未将当事人协议选择的法律作为实际联系关系得以形成的一个连结点，当事人选择英国法为准据法并约定英国法院管辖最终被认定为当事人的选择无实际联系而协议选择法院无效，这两个案件依据的法律一致，基本事实也类似，但是在不同时期最高人民法院的态度却截然相反。

同样探讨当事人的协议管辖条款的实际联系原则的案件为远大地产案[⑤]，最高人民法院并没有直接否定管辖协议的效力，仅仅以“保函约定由英国高等法院管辖的条件并未成就”为由否定了保函中约定的准据法对管辖协议的适用。本案给选择法院协议的效力的认定留下了一定的余地或空间，即假设本案中，保函约定的条件已经成就时，最高人民法院是否会以当事人选择的准据法和管辖法院作为实际联系的判断标准不得而知。而同一年最高院

① 最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 312 号。

② 刘晓红:《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》,载《法学》2014 年第 12 期，第 45-46 页。

③ 杜焕芳:《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——兼评最高人民法院(2009)民三终字第 4 号裁定书》，载《法学论坛》2014 年第 4 期，第 95 页。

④ 奚晓明:《论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定（上)》，载《法律适用》2002 年第 3 期，第 14 页。

⑤ 最高人民法院民事案件（2011）民提字第 313 号。

提审的上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷一案中，[①]提单背面条款第 29 条第（2）项规定："尽管上述第（1）项有其他规定，当本提单所记载的运输是开往或驶离美国时（包括其地域、区域和属地），所有与该运输有关的纠纷必须且只能在美国纽约南区联邦法院提起诉讼和审理，若该法院无权审理所诉纠纷，应向纽约县的其他有管辖权的法院提起诉讼。除非本条款有其他规定，本提单项下的所有诉讼适用美国法律。"最高人民法院认为："在认定当事人协议选择的法院是否属于'与争议有实际联系的地点的法院'时，应考虑当事人住所地、登记地、营业地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等因素。美国纽约南部地区或纽约县既非提单签发地、运输始发地、目的地，也不是当事人住所地、登记营业地、标的物所在地，与本案争议没有实际联系"。

由此可见，在我国的司法实践中，最高人民法院偏向于坚持排除主观标准适用的立场，只要选择的法院与案件无客观联系的，均认定协议管辖条款无效。2012 年《民事诉讼法》的修订似乎也有力地肯定了最高人民法院上述立场的改变，当事人选择的法律不作为系争的连结点，当事人即使选择适用法律地的法院作为协议管辖法院，根据最新的立法规定，此种选择亦属无效。[②]

3. 实际联系原则的取舍——利弊权衡

从消极方面来看，实际联系原则排除了当事人选择中立法院的机会，妨碍了当事人意思自主和契约自治，难以符合当事人的期望，亦不利于国际民商事交往的深入。[③]实践中，双方当事人往往在管辖法院上争执不下，且均偏向于在本国法院提起诉讼，因此双方协调最终的结果可能是双方认为较为中立的第三国法院作为管辖法院，避免争议的可能不公平的处理。从当事人的角度来看，协议选择管辖法院显然有他们自身利益的考量，他们之所以在合同中选择某一国的法院来处理他们之间可能发生或已经发生的争议，或者是合同双方相互妥协的结果，或者是当事人利用第三国法律制度的完善从而期望他们之间的争议能够获得公平公正的审理，或者是当事人期望利用第三国法院的特殊经验与技能从而解决某些特殊的合同争议。[④]比如 2009 年最高人民法院审理的山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司、天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷管辖权异议案[⑤]（以下简称"山东聚丰公司案"）中，原告道出了最终选择新加坡法院作为管辖法院的原因："MGAME 公司与聚丰网络公司在订立协议过程中，多次就有关协议管辖的事项进行磋商。聚丰网络公司主张应由其住所地中国法院管辖，MGAME 公司主张应由 MGAME 公司住所地韩国法院管辖，最后双方达成妥协，决定由第三国司法机构管辖…。该约定的本意是避免任何可能由于国家或者地方保护主义而导致的对与协议有关的争议的不公平处理。"

从积极方面来看，要求争议的法院与案件有着实际联系有助于案例的便捷审理，即审理法院本身与案件存在着联系，有助于案件的高效诉讼，有助于节省诉讼成本，符合诉讼

① 最高人民法院民事裁定书（2011）民提字第 301 号。

② 刘晓红:《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》,载《法学》2014 年第 12 期，第 46 页。

③ 李浩培先生认为："…在其要求当事人对直接国际裁判管辖权的合意(该条称为'协议')选择与争议有实际联系的地点的法院管辖这一点上，尚值得仔细斟酌，因为这样的要求就排除当事人以合意将直接国际裁判管辖权赋予一个中立法院的可能性，而这是对国际经济往来的发展不利的。订立契约以进行国际贸易的法律主体，不论是自然人或法人，通常属于两个不同国籍的国家。这些法律主体通常倾向于维护其各该本国的司法制度的威望，而对于对方的司法制度未免抱有不信任感。要求选择与争议有实际联系的地点的法院管辖就是排除选择中立法院管辖的可能性，其结果可能是双方当事人因此不能达成国际贸易的契约的缔结，而对国际经济往来的发展不利。所以现代各国国际民事程序法发展的趋势，是不要求选择与争议有实际联系的地点的法院。"见李浩培:《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 64 页。

④ 王吉文:《2005 海牙<选择法院协议公约>研究》，东南大学出版社 2008 年版，第 208 页。

⑤ 最高人民法院民事裁定书（2009）民三终字第 4 号。

效率的原则。同时，坚持实际联系原则有利于避免内国管辖权被不当地排除，维护一国司法主权，促使有关案件在与之有关的法院进行审理，最终有利于判决的承认与执行。要求“实际联系原则”一定程度上有助于实现双方当事人之间的权利义务关系的实质平等，尤其是双方当事人法律地位存在强弱差异时。

三、我国国际商事法庭构建对涉外协议管辖制度提出的新要求

（一）我国国际商事法庭的定位与目标

管辖权直接影响着国际商事法庭的定位与目标。每个国际商事纠纷司法裁判机构都有其独特定位。新加坡国际商事法院定位于解决与亚洲地区相关的国际商业纠纷。迪拜和阿布扎比设立这两个法院的主要目的则是解决在该国特殊经济区域所产生的纠纷，而非全球范围内的商业纠纷。①

根据《决定》来看，我国国际商事法庭的构建，意在探索构建“一站式”争议解决平台，为“一带一路”的建设提供良好的法治环境，营造稳定、公平、透明、便捷的法治化国际营商环境。但是，国际商事法庭对现有立法中协议管辖制度的承袭，无疑使得我国国际商事法庭受理的案件范围变窄，无法成为扩展国际司法服务与竞争的手段，甚至会成为掣肘我国国际商事法庭发展的重要因素。为争议当事人提供司法保障的内在之意，应为尊重当事人的选择，在多大程度上能充分尊重当事人的管辖权选择成为衡量一国司法机关的开放程度和水平的重要标准。因此，从我国国际商事法庭的长远建设来看，国际商事法庭中的协议管辖制度应有所突破。

（二）目标与路径的协调：放开实际联系原则

随着实践的不断发展，国际社会对涉外协议管辖的态度呈现出宽松化与合理限制并存的趋势，这体现了当事人意思原则的扩张，亦表明国家利益与社会利益正当诉求的不断深化。协议管辖制度的宽松化集中体现为被选择的法院与案件联系因素逐步弱化。②此外，2005 年《海牙选择法院协议公约》（Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005）（以下简称“《海牙公约》”）和欧盟《布鲁塞尔条例 I》（Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters）（2012 年修订）对于当事人的协议选择并未要求与案件有着实际联系。③

总体来看，对于放开实际联系原则带来的影响，主要存在两大担忧：一方面，中国国际商事法庭处于起步阶段，司法公信力不及世界其他有声誉的国际商事法院，且在法律制度、文化、语言等方面并不具有优势，国际商事案件的当事人短期内并不倾向于选择中国国际商事法庭作为案件的管辖法院，实际联系原则的放开会导致中国法院管辖权的落空。第二，放开实际联系原则，可能导致未来外国诉讼大量涌入，抢占我国司法资源。这其实是两个对立而又统一的担忧。

---

① 蔡伟:《国际商事法庭：制度比较、规则冲突与构建路径》，载《环球法律评论》2018 年第 5 期，第 185-186 页。

② 王吉文、叶轩宇：《我国涉外协议管辖制度的完善》，载《江西社会科学》2008 年第 4 期，第 192 页。

③ 《海牙公约》为了协调不同国家立法的冲突，吸引更多的缔约国签署批准该公约，减轻一些国家的司法负担，《公约》第 19 条规定，缔约国可以作出声明，对无实际联系的案件可以拒绝管辖。第 20 条亦允许缔约国拒绝承认和执行没有联系法院所作的判决。由于我国立法与海牙公约在这一问题上存在分歧，关于这一问题学界亦存在不同的看法。有学者提出现阶段最理性的做法为依据第 19 条和第 20 条作出声明，避免修法。也有学者认为无论修法与否，均不对第 19 条作出声明，即对于我国与其他未作出声明的缔约国之间，我国可以不再适用实际联系原则；对于我国与依据第 19 条作出声明的国家及其他非缔约国之间，坚持实际联系原则，避免修法的复杂性。参见何其生：《中国加入海牙<选择法院协议公约>的规则差异与考量》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》第 4 期，第 83 页。刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 204 页。

针对第一个担忧，本文认为，这取决于衡量实际联系原则带来的利弊，同时动态地看待未来中国司法水平的发展。首先，在上述实际联系原则的利弊分析上，所谓的利弊并非绝对的对立，需要根据本国的国情予以取舍，发挥最大的有利之处，尽量缩减其不利影响。从目前的司法实践来说，我国立法中设计实际联系原则的主要目的在于避免我国法院的法定管辖权被当事人不当排除。本文认为在管辖权的顺位上，一国专属管辖位于第一位，（排他性）协议管辖应优于法定管辖。[①]然而对当事人意思自治设置的门槛过高，失去了协议管辖中当事人意思自治的核心，限制了协议管辖积极作用的发挥。对于当事人地位不平等的情况，协议管辖的这部分价值可以由相关的制度予以实现，比如弱者利益保护的领域可以交由协议管辖的范围予以排除；而与本国联系紧密的管辖事项和范围，可以交由专属管辖予以确定或者交由公共秩序保留制度予以审核。其次，充分放开当事人协议选择并不必然导致我国司法管辖权的流失。作为理性的当事人，当事人最终协议选择的法院是综合考虑诸多因素的结果，包括被选择法院的司法公信力、判决得以顺利执行的便利程度、当事人的经济成本等。国际商事关系主要体现当事人的自由意识，在个案中，双方当事人最终选择的法院取决于双方的实力对比及谈判水平，因此，在中国成为世界经济第二大实体的情况下，中国当事人在诸多情形下并非没有决定法院的实力。从根本上来说，允许当事人自由选择法院可以倒逼我国司法进一步完善，以吸引更多的当事人选择中国法院。我国国际商事法庭的设立，其制度构建中所追求的国际化与专业化，正是对于管辖权流失的担忧的最好回应。

随着国际案件的增多，[②]这意味着未来中国国际商事法庭审理的案件遍布全球，且不一定与中国存在着关联或联系，此时，还要求当事人协议选择的法院与案件有着实际联系，似乎是一种“画地为牢”的做法，掣肘未来我国审判权的扩展，限制了我国法院受理案件的范围，反而会减损我国在“一带一路”司法争端解决上的话语权，这亦与我国设置“实际联系”门槛的目的背道而驰。反观新加坡，出于对当事人意思自治的尊重以及扩大案源的考虑，新加坡国际商事法庭在管辖权制度上通常会尊重当事人的管辖协议。[③]这也使得该法院能够审理与本国并无实质联系的案件，无形中扩大了法院的案源、提升了法院的国际影响力。[④]除此之外，迪拜国际金融中心法院(Dubai International Financial Centre Court)、阿斯塔纳国际金融中心法院、拟建立的布鲁塞尔国际商事法庭等都没有类似的实际联系要求。[⑤]

针对第二个担忧，本文认为，短期内难以出现诉讼大量涌入的状况。一方面，如上所述，除了当事人协议选择之外，国际商事法庭受理的案件有一定的门槛。同时，从全球范围看，英语是最为通行的国际语言，普通法具有巨大的影响力，而我国独特的语言、文化和法院体系与普通法国家存在很大差异，构成我国国际商事法庭在吸引国际当事人上存在天然障碍。“一带一路”沿线国家在政治、经济、文化等方面所存在的巨大差异，也大大增

① 非排他性协议管辖与法定管辖之间顺序，取决于一国对于非排他性协议管辖效力的认定。

② 学者普遍主张在国际商事法庭建设中应扩大界定“国际商事案件”。对于“国际”的界定，应扩大司法解释第 522 条的范围，考虑实质性连结标准和争议性标准的混合方式。对于“商事”的界定，考虑参考其他国际商事法庭对于“商事”的定义，不论是契约性或非契约性的一切商事性质的关系所引起的事项。参见何其生课题组：《论中国国际商事法庭的建设》，载《武大国际法评论》 2018 年第 3 期。卜璐《“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行》，载《求是学刊》2018 年第 5 期。

③ See Singapore Rules of Court, Order 110, Rule 7.新加坡国际商事法庭确定管辖范围有四大条件：1. 高等法庭管辖范围内的案件；2. 符合“国际”和“商事”的标准；3. 双方已经根据书面管辖协议提交新加坡国际商事法庭；4. 当事人没有寻求特权令状救济。因此，新加坡国际商事法庭审理的案件可能是与新加坡完全无关的离岸案件。

④ 何其生课题组：《论中国国际商事法庭的建设》，载《武大国际法评论》 2018 年第 3 期，第 10 页。

⑤ 杜涛、叶姗姗：《国际商事法庭：一个新型的国际商事纠纷解决机构》，载《人民法院报》2018 年 7 月 10 日第 002 版，第 2 页。

加了我国国际商事法庭建设和未来案件审理的难度。[①]另一方面，远期来看，随着中国司法公信力的提升，当事人协议选择中国国际商事法庭的案件增多，我国法院依旧可以借助不方便法院原则决定当事人的选择是否被尊重。

基于此，我国国际商事法庭的制度构建中确有需要对协议管辖制度进行革新。本文认为，短期来看，有两种解决途径：第一，从立法层面上协调我国国际商事法庭的现实需要与现行立法规定之间的冲突。根据 2015 年修正的《立法法》第 13 条的规定，全国人大及其常委会为了改革发展的需要，可以就行政管理等领域的特定事项，授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。若能获得全国人大常委会的授权，最高人民法院在国际商事法庭建设中可以考虑突破《民事诉讼法》第 34 条的限制。第二，对实际联系原则作灵活化的解释。国际商事法庭在具体个案中对于“实际联系”可以作出更为开放和扩大化的解释。实践中，当事人选择法院的协议主要有以下几种情形：一，当事人选择第三国法律作为准据法并选择了第三国法院，此时应认定为有实际联系。双方当事人选择第三国法律作为准据法这一事实本身，就使得该国法律与双方当事人之间的合同履行乃至合同纠纷的解决产生了内在的密切联系。[②]二，双方当事人仅选择第三国法院，从淡化“实际联系”的趋势来看，可以认定为有效。一方面，这是充分发挥协议管辖的优越性，特别是在管辖的国际协调中的必然要求；另一方面，这是“中立法院”在解决国际贸易纠纷中的必然要求。[③]当然，若双方当事人仅选择第三国法律，但一方当事人选择第三国起诉，在没有其他法定管辖或酌定管辖的因素的情况下，国内学者对此存在分歧。有学者认为此时不宜认定为有效。毕竟选法与选择管辖法院分属于不同的领域，前者属于立法管辖权范畴，后者属于司法管辖权范畴。[④]有学者认为，在法律选择问题上，我国现行司法实践已经摒弃了实际联系要求，如果在认定管辖协议之有效性问题上仍坚持这一原则，且继续以当事人选择法律的事实为认定的依据的话，既有逻辑依据问题，也有现实的矛盾问题。[⑤]有学者认为，我国的法律选择已经不要求实际联系，则在管辖权的选择上亦应放开要求。[⑥]但是至少在前两种情形出现时，国际商事法庭可以灵活运用《民事诉讼法》第 34 条认定“实际联系”，尊重当事人的选择。

长远来看，制定国际商事法庭的特别立法或者修正《民事诉讼法》的规定，最终放弃我国立法的实际联系原则。至少作为一种折中的手段，参考《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 8 条的规定，即“若当事人协议选择中国国际商事法庭的，即使中国国际商事法庭与案件没有实际联系的，仍为有效。”。在经过司法实践的论证后，确定涉外案件中不要求实际联系原则并不会对我国司法产生不利影响后，为我国涉外民商事案件中的协议管辖制度提供良好的范本。诚然，目前修正《民事诉讼法》的规定确有难度，中国法院短期内会坚持实际联系的原则。这实际上是一种特定情势下的“临时措施”，是发展中国家维护国家利益和国民利益的权宜之计。[⑦]但是，国际商事法庭的构建、“一带一路”倡议的深化与落地以及我国司法水平的不断提升等因素，均对我国的立法规定提出更高的要求。

（三）以多种方式加快协议管辖判决的流通

作为协议管辖的配套措施，判决的承认与执行的便利程度成为影响当事人协议选择某

① 蔡伟：《国际商事法庭：制度比较、规则冲突与构建路径》，载《环球法律评论》2018 年第 5 期，第 176 页。
② 奚晓明：《中国涉外民商事诉讼管辖权问题研究》，北京交通大学 2009 年版，第 124 页。
③ 刘力：《我国国际民事诉讼协议管辖中“实际联系”辨析》，载《法律适用》2008 年第 12 期。
④ 杜焕芳：《涉外民事诉讼协议管辖条款之检视——兼评最高人民法院(2009) 民三终字第 4 号裁定书》，载《法学论坛》2014 年第 4 期，第 95 页。
⑤ 刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 195 页。
⑥ 参见肖永平、朱磊：《批准<选择法院协议公约>之考量》，法律出版社 2017 年版，第 90 页。
⑦ 刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 196 页。

国法院的重要考量因素。当事人协议选择的法院最终作出的判决的自由流通直接决定了当事人本质利益的实现。因此，当事人协议选择法院的判决承认与执行成为保障协议管辖制度落地的关键环节。以荷兰为例，荷兰被认为是理想的诉讼地的原因在于荷兰法院的判决是全世界可执行性最高的判决之一。通过以《布鲁塞尔条例 I》为代表的承认和执行民商事判决条约体系，荷兰法院的判决可以在 30 多个国家得到执行，其中包括 5 个欧盟之外的国家。另外，荷兰的判决在美国、加拿大、新加坡、新西兰等国以及我国香港特别行政区一般都能得到执行。①

我国国际商事法庭的构建，依旧以《民事诉讼法》的内容作为基本框架。我国协议管辖判决的承认与执行存在国际条约缺失、双边司法协助协定范围有限、国内立法规定不尽完善等问题。为了吸引当事人协议选择中国国际商事法庭，我国国际商事法庭的判决承认与执行的顺畅度成为不可忽视的内容。

一方面，加快对《海牙公约》的论证与批准。2017 年 9 月我国正式签署《海牙公约》，该公约作为国际社会专门针对当事人协议选择法院的国际协调与努力，对于当事人协议选择法院及其判决的承认与执行进行了规定。因此，有鉴于我国国际商事法庭管辖权主要来源于协议管辖，加入专门性公约有利于促使我国国际商事法庭作出的判决在更多的成员国得以承认与执行，进而增加我国国际商事法庭的司法竞争力。如新加坡于 2016 年批准《海牙公约》，并制定专门国内立法（Choice of Court Agreements Act 2016）履行该公约的义务，这亦作为其协议管辖判决承认与执行的重大措施，确保当事人意思自治选择的法院作出的判决尽可能多地在不同的国家得到承认与执行，进而增进当事人对新加坡国际商事法院的认可和信任，提升其国际司法竞争力，抢占国际民商事争议解决中心的先机。因而，我国应加快《海牙公约》的论证与批准工作，力争为我国国际商事法庭及其协议管辖制度提供良好的的配套。

另一方面，开展多方位的合作。除了国际条约的加入，国际商事法庭及各国司法机构之间的合作十分重要。各国际商事法庭与其他国家具有影响力的法院如最高法院等签订合作协议、合作备忘录等自发的、无法律约束力的合作，促进相互认可，加强判决流转。②如迪拜国际金融中心法院截至 2016 年底已经与 10 个国家的法院签订了双边司法合作备忘录。这些备忘录对双方法院判决承认与执行的条件和程序进行了集中规定。③2018 年我国最高人民法院与新加坡最高法院签署了《关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，虽然该备忘录不具有法律约束力，但是对于双方当事人了解两国判决承认与执行的条件提供了官方的平台。同时，也为两国未来在判决承认与执行上的合作奠定了良好的开端。因此，未来我国国际商事法庭亦可以采取多种方式，建立良好的判决承认与执行的合作机制，以判决承认与执行的便利性吸引更多的当事人协议选择中国国际商事法庭。

四、结语

国际商事法庭这一新的制度的构建，面临着诸多制度性问题需要解决。协议管辖作为我国国际商事法庭获得管辖权的首要根据，该制度的运作至关重要。从立法与司法实践来看，我国现行涉外协议管辖制度制约了国际商事法庭的发展，亦无法从长远来实现我国国际商事法庭的定位与目标，削弱了我国国际商事法庭的国际司法竞争力。因此，国际商事法庭的构建，需要对我国的协议管辖制度进行完善以寻找更为有效的解决途径。协议管辖制度的利弊具有相对性，应以该制度服务于我国国际商事法庭的建设，包括短期内特别授权或灵活解释、长远修法的方式对协议管辖制度进行修正，尤其是对实际联系原则逐步放

① 潘辉文：《建设中的荷兰国际商事法庭》，载《法制日报》2018-04-23。
② 何其生课题组：《论中国国际商事法庭的建设》，载《武大国际法评论》 2018 年第 3 期，第 12 页。
③ 何其生课题组：《论中国国际商事法庭的建设》，载《武大国际法评论》 2018 年第 3 期，第 12 页。

开。通过多种途径促使判决流通的自由化，亦是促进我国国际商事法庭司法竞争力提升的重要手段。目前最佳的途径是尽快论证与批准《海牙选择法院协议公约》，促使我国国际商事法庭的有关判决在该公约缔约国的快速承认与执行。与此同时，加强与国际各国际商事法庭（法院）的司法合作，互相促进判决的承认与执行。

4.我国国际商事法庭的建构及完善

姚添*

摘　要：我国国际商事法庭的设立，是深化“一带一路”倡议、顺应国际法治发展潮流的结果，有利于为“一带一路”经贸往来构筑司法保障的支撑。目前，我国就国际商事法庭的审级、案件受理范围、“一站式”国际商事纠纷解决机制、诉讼程序等制度现状均作出了规定。我国国际商事法庭的创新之处包括诉讼程序的便利性、案件管理机构的专业性、专家委员会的首创性。但在审级设置、受案范围、法官构成、调解仲裁与诉讼的衔接性上均存在不足和完善之处。我们在借鉴其他国家优秀经验的同时，也应当立足于我国的国情和司法实践，进一步明确我国国际商事法庭的运行机制，真正让我国的国际商事法庭体现出中国智慧、中国方案。

关键词：国际商事法庭；“一带一路”倡议；诉讼程序；专家委员会

Abstract: the establishment of China international commercial court is the result of deepening the "Belt and Road" initiative and complying with the trend of international rule of law, and is conducive to building a judicial guarantee for the "one belt and one road" economic and trade exchanges. At present, China has made provisions on the trial level, the scope of acceptance of cases, the "one-stop" international commercial dispute resolution mechanism, litigation procedures and other systems of the International Commercial Court. The innovations of China's international commercial tribunals include the convenience of litigation procedures, the professionalism of case management agencies, and the originality of expert committees. However, there are some deficiencies and improvements in the setting of trial level, the scope of accepting cases, the composition of judges, the cohesion between mediation arbitration and litigation. While drawing lessons from the excellent experience of other countries, we should also base ourselves on our national conditions and judicial practice, further clarify the operational mechanism of our international commercial tribunals, and truly let our international commercial tribunals embody Chinese wisdom and Chinese scheme.

Keywords: International Commercial Court; "Belt and Road"; litigation procedure; Expert Committee

一、我国建立国际商事法庭的必要性

（一）国际商事法庭自身的优越性使然

国际商事法庭的历史可以追溯到 16 世纪的英国，伴随英国海权的发展，出现了许多跨国贸易，为了解决这些跨国商事纠纷，国际商事法庭的雏形也就应运而生。而今，科技的飞跃发展极大地促进了交通的便利和经济贸易的跨国交往，为了解决日益繁杂的国际商事纠纷，近年来愈来愈多的国际商事法庭也随之成立。如 2004 年成立的迪拜国际金融中心法

*作者简介：姚添，西南政法大学国际法学院，国际私法法学硕士。

院、2015 年成立新加坡国际商事法庭、2017 年成立的比利时布鲁塞尔国际商事法庭、2018 年开始运行的哈萨克斯坦阿斯塔纳国际金融中心法院，可以说，设立国际商事法庭已经成为国际上的一种主流趋势。我国国际商事法庭的设立，遵从了国际法治发展的时代趋势，体现了我国积极参与治理国际经济、维护全球经济贸易秩序的决心。

在跨国经济交往常态化的今天，国际商事法庭的优越性日益凸显。首先，国际商事法庭作为处理国际经济纠纷的专业司法机构，具有不可比拟的司法专业性，在审判上更加立足于国际视野和国际法的理论基础，有利于平息纷争、化解矛盾。其次，国际商事法庭有利于弥补其他解决方式的不足。大体上分析，国际商事纠纷包括自主和解、调解、仲裁和诉讼四种解决路径。和解所达成的协议一般不具有执行力，调解协议的执行力也相对较弱并且需要司法程序进行转化，仲裁的执行以《纽约公约》为基础，但并非所有国家均为《纽约公约》缔约国，并且近年来还出现了仲裁商业化的问题，缺乏上诉机制与公开问责机制、费用相对也较高，因此，国际商事法庭作为最后的司法解决途径可以弥补其他途径的不足。我国成立国际商事法庭顺应了当今的国际趋势，有利于利用国际商事法庭自身的优越性增强我国司法体系的国际竞争力，为我国的经济发展提供司法保障。

（二）有利于深化我国“一带一路”倡议的发展

2013 年，习近平总书记提出了“一带一路”倡议，六年以来，“一带一路”倡议不仅促进了我国经济稳步提升，也拉近了沿线国家的互联互通，文化交融。“一带一路”倡议体现了丝路精神的合作共赢，推动了人类命运共同体的创新实践。到目前为止，已同中国签订共建“一带一路”合作文件已达 137 个[①]，这极大的深化了世界贸易投资的自由便利化。在经济交往中，司法保障发挥着不可比拟的重要作用。国际商事法庭的建立，对于合法解决“一带一路”建设中的各项商事争端和保护中外当事人的正当权益起着至关重要的作用，有利于营造出公平公正的国际营商环境，为高水平贸易和投资自由化便利化政策的实施以及推动建设开放型世界经济提供司法保障，深化“一带一路”倡议行稳致远。

（三）是公平公正解决国际商事纠纷的需要

随着近年来我国互联互通以及对外经贸的发展，我国在国际商事领域的贸易和投资规模都在不断加大，截止到 2016 年，我国对外承包工程合同金额已达 2440.1 亿美元，对外直接投资净额已达 1961.49 亿美元[②]，这导致国际商事纠纷的增加。据统计从 2013 年到 2017 年，中国各级人民法院共审执结 20 多万件涉外民商事案件，与过去五年相比增长了一倍有余。人民法院的司法公信力、司法执行力以及审判能力都在不断提高。但与此同时，也存在着管辖权争议、域外送达和调查取证困难、判决承认和执行问题繁琐等问题。国际商事争端解决的多元化也没有充分予以体现，涉外法律水平与我国的经济发展并不相适应。因此，设立国际商事法庭有助于公平、有效和专业地解决国际商事争端，并为国际商事当事方提供高质量和便利化的法律服务。

二、我国国际商事法庭的制度现状

2018 年 6 月 25 日，最高人民法院审判委员会审议通过了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（下称《规定》），同年 10 月 29 日，委员会审议印发了《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》（下称《规则》），这两部文件对我国国际商事法庭的规则做了详细的规定。

（一）审级及案件受理范围

首先，《规定》第 1 条对于审级问题做出了规定，《规定》第 1 条规定，最高人民法院

① 参见 https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

② 参见 https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?tm_id=513，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

设立的国际商事法庭是最高人民法院的常设司法机构。换言之，国际商事法庭作为最高人民法院的一个司法机构，其作出判决效力相当于最高人民法院作出的判决。由此可以推导出，目前我国国际商事法庭的审级设置为一审终审，当事人无法进行上诉。《规定》第 16 条也印证了这一点，第 16 条第 1 款规定，如果当事人对国际商事法庭已经产生法律效力的判决、裁决和调解文件提出异议，他们可以根据《民事诉讼法》向最高人民法院申请再审。这种一审终审制的审级设置目前尚为世界范围内国际商事法庭的首创[①]。

其次，在我国国际商事法庭的受案范围问题上，《规定》第 2 条采用了例举加兜底的规定模式，《规定》第 2 条规定了四大类我国国际商事法庭的受案范围：第一类案件涉及当事方根据《民事诉讼法》协议选择管辖权且管辖标的超过 3 亿元的一审国际商业案件；第二类为高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件，认为需要最高人民法院管辖并且获得了最高人民法院的获准；第三类为在全国范围内有重大影响的第一审国际商事案件；第四类为申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁机构裁决的案件。同时，在《规定》的第 3 条对国际商事案件的“国际性”进行了界定，《规定》第 3 条还是围绕着法律关系的主体、客体和内容三方面予以规定，只要一方面具有涉外因素即可认定为具有“国际性”。主体上兼采国籍标准和经常居所地标准，当事人中至少有一方是外国国民或在国外有经常居所。客体上要求标的物在外国。内容上要求要求建立、改变或终止商业关系的法律事实发生在国外。

（二）法官构成

在我国国际商事法庭的法官构成上，我国采取的模式是全部由中国籍法官来担任，并未采取遴选国际法官的做法。在法官的遴选条件上，《规定》第 4 条规定了三项条件：第一，必须有丰富的审判经验；第二，必须熟悉国际贸易中的国际条约、国际惯例和投资惯例；第三，必须熟悉中文和英文并将其作为工作语言。遴选机构为最高人民法院。截止到 2019 年 5 月，我国国际商事法庭共有 14 为法官，全部为中国籍且审判实务经验均十分丰富，其中 11 位为法学博士学历，3 位为法学硕士学历，其中 7 位具有海外学习经历[②]。在审判组织的构成上，《规定》第 5 条规定，审理案件合议庭的人数为 3 人或以上，合议庭的评议的规则为少数服从多数，若少数法官有意见，该少数意见可以在裁判文书中列明。

（三）适用法律及查明

国际商事纠纷中，由于其具有国际性，适用外国法律的可能性很大，在我国国际商事法庭的适用法律上，还是依我国《法律适用法》的规定来确定纠纷的准据法的适用，但同时又给予了当事人意思自治的选法自主权。我国《法律适用法》第 3 条虽然规定了当事人可以自主选择适用法律，但并非所有类型的案件都是如此。在国际商事法庭的法律适用规则上，《规定》第 7 条规定所有商事案件当事人均可以依照法律规定选择适用法律，只要当事人选择了法律且符合规定就应当适用。探究背后的原因，笔者认为在国际商事领域，各国的国际私法冲突并不激烈，易于形成统一的规则也易于达成一致，因此我国这样规定赋予了当事人极大的自主权，也体现了对国际商事规则的尊重和顺应。

在域外法律的查明上，我国国际商事法庭的规定极大地拓宽了查明途径，《规定》第 8 条例举了 8 种查明途径，域外法律查明的提供主体包括：当事人、中外法律专家、法律查明服务机构、国际商事专家委员、与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关、我国驻该国使领馆、该国驻我国使馆以及其他的合理途径。并且查明的结果应当依照法律规定在法庭上出示，并充分听取各方当事人的意见。这与我国《法律适用法》规定的查明途径相比，更加全面、多样以及规范，更便利于争端当事人解决域外法律内容的问题，从而达

---

① 卜璐：“一带一路”背景下我国国际商事法庭的运行，《求是学刊》2018 年第 5 期，第 92 页。

② 参见 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/19/151/index.html，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

成一致意见，定纷止争。

（四）“一站式”国际商事纠纷解决机制

我国国际商事法庭自成立以来，一直在努力建立一个多元化的争端解决机制，该机制充分考虑到争端所涉问题的多样性，并积极努力建立一个集诉讼、仲裁、调解为一体的争端解决服务保障机制。在《规定》的第 11 至 15 条，规定了目前我国国际商事法庭的“一站式”纠纷解决机制。

首先，在调解机制上，经当事双方同意，法庭可以在受理案件后 7 日内委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构进行调解。经国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构的调解，当事人达成调解协议的，可以要求国际商事法庭制发调解书或判决书。在调解书的效力问题上，国际商事法庭作出的调解书，经双方当事人签收后，即具有与判决同等的法律效力。2018 年 12 月 5 日，最高人民法院将中国国际贸易促进委员会调解中心和上海经贸商事调解中心纳入首批“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的调解机构名册[①]。

在我国国际商事法庭的仲裁机制上，法庭通过两大方面使国际商事仲裁与国际商事法庭相衔接，一方面是财产、证据和行为保全，另一方面是仲裁的撤销或执行问题。首先，在当事人协议选择国际商事仲裁机构进行仲裁的前提下，当事人可以在申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全。法庭给予当事人申请保全的时间较为宽松，为当事人进行合法的仲裁程序提供保障。其次，一旦国际商事仲裁机构做出了裁决，当事人也可以人向国际商事法庭申请撤销或者执行，国际商事法庭将依照民事诉讼法等相关法律规定进行审查并做出决定。目前，纳入首批“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁机构包括中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、中国海事仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会五大仲裁机构[②]。

三、我国国际商事法庭的创新性

（一）信息化的便利诉讼程序

我国国际商事法庭的诉讼程序的制定上始终以高效便利为原则，借鉴现行国际争端解决机制的有益做法并与现代化电子科技相结合。《规则》第 4 条明确规定了国际商事法庭支持通过网络方式受理、缴费、送达、调解、阅卷、证据交换、庭前准备、开庭等，为诉讼参加人提供便利。由于国际商事法庭的案件会涉及各国当事人，为了高效便利并兼顾当事人的成本，我们的国际商事法庭规定，当事各方可以通过国际商事法庭的正式网站向国际商事法庭提交材料，不必到达法庭的办公地点。在送达程序上，法庭拓宽和简化了送达途径，当事人可以通过直接送达、邮寄送达、电子方式送达等途径，只要能够确定受送达人已接收，法庭均会予以认可。关于证据的收集和整理，法庭还允许使用视听传输技术和其他信息网络手段，并且当事人提交的证据材料系英文且经对方当事人同意的，可以不提交中文翻译件。在确立审前调解的案件管理会议的方式上，法庭规定如果具备条件可以以在线视频方式召开，当事人不必出席。庭前会议的召开，也可以采取在线视频的方式。这种信息化的诉讼程序，一方面便利了各国当事人，使不同国籍的当事人不出国门便享受到国际商事法庭的司法效力，节约了诉讼成本；另一方面也彰显了我国科技发展在司法领域的运用，彰显了智慧法院建设成果。

（二）专门的案件管理机构

我国的国际商事法庭，为了更系统的统筹案件审理工作并增进司法效率，设立了案件

---

① 参见 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1124.html，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

② 参见 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1124.html，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

管理办公室作为专门的案件管理机构。案件管理办公室的职能包括接待当事人、受理和管理案件、统筹管理翻译、域外法律查明、协调诉讼与调解、仲裁等诉讼外纠纷解决方式的衔接等，为案件的受理与各项程序性问题提供专门的协助和保障。这标志着我国国际商事法庭在处理案件程序问题上的专业化和便利化，也标志着国际商事法庭的工作迈入了统一专业、全面兼顾、大力深化的新阶段。

（三）创新审前调解机制

我国国际商事法庭始终坚持多元化解决纠纷的机制，对于审前调解机制进行了创新。首先，在审前调解机制的启动上，案件管理办公室在起诉材料送达被告之日起七个工作日内召集当事人或委托代理人举行案件管理会议，确定审前调解的方式以及期限，若当事人不同意进行审前调解，则案件管理会议会直接确定诉讼的时间安排表。其次，在审前调解的主体上，当事人可以选择由最高人民法院国际商事专家委员会成员或国际商事调解机构进行审前调解，选择专家委员会进行调解的，可以由当事人共同选定一至三名专家委员担任调解员，若无法选定则由法庭指定。若当事人选择国际商事调解机构，则应当在最高人民法院公布的国际商事调解机构名单中共同选择。最后，在审前调解的结果与效力上，当事人如果达成了调解协议，应当将材料送交案件管理办公室，法庭审查后依当事人的要求制作调解书或判决书。若当事人没有达成调解协议，案件管理办公室收到材料后，应当正式立案并确定诉讼程序时间表。我国国际商事法庭的审前调解机制在调解主体和形式上均有所创新，并赋予了当事人充分的自主选择的权利，遵守了多元解决国际商事纠纷的原则，有利于促进争端的解决，减少诉讼负担，实现阳光审判。

（四）国际商事专家委员会机制

为加强国际交流与合作，保障与促进国际商事法庭审判工作的顺利开展，我国国际商事法庭特设立了专家委员会机制，专家委员会的作用是接受国际商事法庭的委托为当事人解决国际商事纠纷提供调解等服务，为人民法院审理国际商事纠纷案件所涉专门性法律问题提供咨询意见，为最高人民法院制定相关司法解释及司法政策提供意见和建议。专家委员会由最高人民法院聘任的中外专家组成，在国际贸易、投资等国际商事法律领域具有精深造诣并在国际上具有较高影响力。目前，我国国际商事法庭一共聘请了 32 位中外专家为国际商事专家委员会首批专家委员[①]，并且出台了《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》作为明晰专家委员会职能的文件。可以说，国际商事专家委员会是我国国际商事法庭的一项重大首创，在其他的国际商事法庭并没有类似的制度[②]。

四、我国国际商事法庭存在的问题与完善途径

（一）审级设置问题

如上文所述，目前我国国际商事法庭的审级设置为一审终审制，当事人若对法庭做出的判决存在异议，只能向最高法院申请再审。而横向比较世界各国的国际商事法庭，如英国伦敦商事法庭、新加坡国际商事法庭等均具有上诉机制，当事人对于一审判决均可以上诉至指定的法庭或法院。因此，我国独创的一审终审的审级制度自然而然的会产生一系列的问题。

首先，缺乏完善的救济机制。目前当事人若不服我国国际商事法庭的判决，只能申请再审用以救济，但问题在于二审针对的是尚未生效的案件而再审针对的已经生效的案件。当事人即使对判决存有异议也只能等待其生效后申请再审。根据我国《民事诉讼法》的规定，收到一审判决 15 日或裁定 10 日之内可以申请上诉，而再审相对来说复杂的多，在程

① 参见 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/949.html，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17 时。

② 杜涛、叶珊珊：国际商事法庭：一个新型的国际商事纠纷解决机构，人民法院报 2018 年 7 月 10 日第 002 版。

序上需要法院审判委员会讨论同意，持续时间也相对较久，这存在一个时间差的问题，这导致了当事人无法及时的获取救济。其次，高级人民法院与国际商事法庭归口管辖救济的不平衡问题。在 2017 年最高人民法院发布了《关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》，其中规定了北京、上海等地区的高级人民法院审理的案件是标的额 2 亿元人民币以上，而我国国际商事法庭审理案件的标的额是 3 亿元人民币以上，这两者在案件性质上均存在相似之处，只是金额不同。而高级人民法院是可以上诉至最高人民法院，这就导致了两者归口管辖救济的不平衡，当事人考虑到救济机制可能会出现审慎选择国际商事法庭管辖的情况，这便减少了法庭的适用性，难以发挥其作用。第三，无法与仲裁制度相区别，诉讼相比于仲裁的一个优点就在于其上诉机制，仲裁为一裁终局，而诉讼可以进行上诉来进行救济，如今，国际商事法庭构建出了一套多元化解决商事纠纷的体制，其中就包括国际商事仲裁，若法庭的诉讼也采取一审终审，则难以与仲裁相区别，也无法体现出诉讼的优点。

笔者认为，上诉机制是国际商事法庭的建构中应当考虑到的问题。我们可以尝试借鉴 WTO 上诉机制的经验，构建出一套独立的国际商事法庭上诉机制，在法庭中分为审判庭和上诉庭两个部分。审判庭负责一审，若当事人对判决结果存有异议则可以启动上诉机制，上诉至上诉庭予以救济。或者，我们可以借鉴新加坡国际商事法庭的经验，将国际商事法庭嵌构在各个省级高级人民法院的规制中，这既有利于纠纷的就地解决，进一步增强审判效率，也可以兼顾为当事人提供上诉救济，若当事人对判决存有异议可以上诉至最高人民法院予以审理。

（二）受案范围问题

1.“国际性”的认定标准尚不完善

目前我国国际商事法庭对于受理案件“国际性”的认定主要体现在《规定》的第三条，其立法上借鉴了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第一条关于涉外性的界定的立法模式。但《规定》第三条对于“国际性”的规定更为封闭，仅从主体、客体、和内容这三个要素予以分析且取消了兜底条款。这一方面体现了我国在国际商事法庭创立初期的谨慎性，但同时在日后的适用上也会存在一定的问题。

（1）纳入涉港澳台的案件

随着我国经济的发展，我国大陆地区与港澳台地区的经济交往在不断增强，在我国的立法中，始终将涉港澳台的案件参照涉外案件进行处理，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 19 条规定涉港澳的案件参照该规定予以处理，但目前我国国际法庭对于涉港澳台的案件是否可以参照适用并没有做出明确的说明。在目前的司法实践中，最高人民法院应当受理的涉港澳台的案件一般都由最高法的巡回法庭进行审理，巡回法庭在审理过程中的法律依据也是现行的法律规定，对于我国国际商事法庭中的协议管辖等创新性规定，无法明确得到适用[①]。因此，我们可以尝试将涉港澳台案件也纳入国际商事法庭的管辖，当事人可以选择协议交由法庭进行审理。

（2）自贸区内注册的外商独资企业争议

自贸区是我国对外开放的重要窗口，也是我国吸引外资经济的一个重要平台。近年来，随着我国经济体量的增大和国际经济交往的频繁，我国各地区纷纷建立了许多自贸区，在这其中便涉及到在自贸区内注册的外商独资企业相关法律纠纷的争议问题。根据目前我国的法院的司法实践，一旦涉及到这类企业的合同问题，我国法院会认为其属于《最高人民

[①] 石静霞，董暖：我国国际商事法庭的若干核心问题.西安交通大学学报(社会科学版). http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1329.C.20190301.1631.004.html

法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 1 条第 5 项所规定的“可以认定为涉外民事关系的其他情形”，从而参照适用《法律适用法》。然而如上文所述，我国国际商事法庭《规定》第 3 条取消了兜底条款，我国《公司法》第 191 条又规定外国公司是依外国法律在中国境外所组建的公司，显然在自贸区内注册的外商独资企业不属于外国公司，这便导致该类企业无法将纠纷诉至我国国际商事法庭。但从实际来看，该类企业的商事纠纷与国际商事纠纷在性质、内容等方面均存在较大的相似性。因此，我国国际商事法庭可以考虑进一步将这类案件纳入管辖范围中，增强法庭的权威性和适用性，也为实务工作积累经验。

2.缺乏对“商事性”的认定标准

我国国际商事法庭《规定》第 3 条，并未对国际商事中的“商事性”进行明确的界定。我国相关法律如《民事诉讼法》第 34 条和《仲裁法》第 2 条也未纳入“商事”的概念，而是采用了“合同或其他财产纠纷”这样的表述。这就导致了我们在确定“商事性”这一概念时并没有相关的法律根据。唯一能找到依据的是 1986 年我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》的保留条款，该保留声明虽在 2013 年被我国政府撤回，但在这一条款中，我国明确界定了“契约和非契约性商事法律关系”，我国认为具体指的是合同、侵权或经济上的权利义务关系，但将东道国政府与外国投资者的争端排除在外[①]。但若将此标准适用于我国国际商事法庭，会产生一些问题亟待解决。

首先，此标准所规定的“商事”范围过于宽泛，不仅包括合同纠纷，而且将劳动纠纷、环境损害纠纷全部包含，这会导致法庭受理案件数量过于庞大且无法体现出商事法庭的专业性和针对性。其次，随着我国“一带一路”倡议的不断深化，已同我国签订共建“一带一路”合作文件的国家高达 137 个[②]，其中有 52 个国家与我国还没有签订双边投资协定，与我国签订双边投资协定的 85 个国家中[③]，也有很多没有约定接受 ICSID 的仲裁。若按上述标准去界定“商事性”，排除了东道国政府与外国投资者的争端，这便导致了很多跨国投资者既无法去仲裁，也无法到商事法庭进行诉讼，出现了救济空白的问题。

我们应当尽快明确的界定国际商事法庭受理案件的“商事性”，一方面要兼顾法庭的专业性和经济性，另一方面也可以考虑有限制的将东道国政府与外国投资者的争端纳入受案范围，但如何进行限制还亟待进一步讨论。

3.离岸诉讼问题

根据《规定》第 2 条第 1 项，当事人可以协议选择我国国际商事法庭进行管辖，协议选择的法律依据是《民事诉讼法》第 34 条。如果依据此项规定，就要求案件必须要与我国存在实际联系，当事人才能够协议选择我国国际商事法庭管辖。这种实际联系的原则会将大部分离岸诉讼的案件排除外法庭的管辖之外，也与国际商事法庭的设立宗旨和现行的国际实践不相符合。横向比较世界各国的国际商事法庭如迪拜、荷兰、新加坡，均没有要求案件要与其法庭具备实际联系，这是因为离岸诉讼是国际商事法庭国际性的一个主要特征，就是因为其不具有与案件的实际联系，当事人才会选择其进行管辖，这样会很大限度的保证法庭作为第三方的公正性和权威性。其次，从各国的审判实践上来看，与英美法系的国家相比我国并不是当事人优先考虑的审判地，英美法系国家在审判程序上和承认与执行问题上相较于我国会更加便利，即使我国取消了实际联系的限制，目前也不会造成离岸诉讼过多的后果。

[①] 最高人民法院关于执行我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知，中华人民共和国最高人民法院公报 1987 年 02 期。

[②] 参见 https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17:00 时。

[③] 参见 http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml，最后访问日期 2019 年 5 月 28 日 17:00 时。

因此，我国国际商事法庭不妨借鉴我国《海事诉讼特别程序法》第 8 条，放开实际联系的限制。建议参照新加坡国际商事法庭的立法模式，我国国际商事法庭若认为案件不宜由其审理，可以拒绝行使管辖权，但与我国没有实际联系并非拒绝行使管辖权的理由。这样有利于兼顾到法庭管辖权和实际联系限制两者之间的平衡问题。

4.高级人民法院提请审理的案件缺乏指引规则

我国国际商事法庭《规定》第 2 条第 2 项规定高级人民法院所管辖的第一审国际商事案件，认为需要最高人民法院审理的，经最高人民法院准许，可以由国际商事法庭进行受理。该规定的初衷是考虑到高级人民法院在处理一些重大疑难涉外商事案件上存在困难，便利高级人民法院行使审判职权，但并没有明确的指引规则给予各高级人民法院，究竟什么样的案件才能被定性为“需要最高人民法院审理”也就是处于模糊状态。缺乏明确的指引规则，可能会导致高级人民法院在处理涉外商事案件上更为谨小慎微，一旦遇到涉外商事案件就提请到国际商事法庭，造成职权不明确的现象。

在处理这一问题上，我们可以参考 2017 年最高人民法院发布的《关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》，制定相应的通知文件，清晰明确的将各级法院的管辖案件予以明确，这既有利于各级法院各司其职，充分行使司法审判职权，也有利于使当事人明确其应当管辖的法院，提高当事人对管辖问题的预见性。

（三）法官构成以及审判语言问题

1.法官构成

目前，我国国际商事法庭共有 14 为法官，全部为中国籍，由于不存在语言、教育背景差异等问题，这在一定程度上有利于审判高效的进行。但全部为中国籍法官的做法并不是一个十分妥当的做法，如果全部用中国籍法官，很难将国际商事法庭的国际性和公正性完美的体现出来。虽然我国创造性的设立了专家委员会制度来解决法官国籍单一性的问题，但专家委员会毕竟不是审判人员，无法权威的体现出国际性。比较新加坡国际商事法庭和迪拜国际商事法庭，均采取了遴选国际法官的方式，法庭的法官并不局限于某一国籍，以新加坡国际商事法庭为例，法庭共设有 15 位国际法官，每一个案件都有至少一位国际法官参与到审理过程中，这大大增加强法庭的国际性和公平性。

我国目前也可以适度放开法官的国籍问题，借鉴新加坡国际商事法庭国际法官的制度模式，在法官的遴选范围和参与方式上进一步完善。首先，在遴选模式上，我们可以充分的吸收各国优秀并具有审判经验的法官、律师和法律专家列入国际法官的的名册之中。同时，在遴选外国法官时应当具备一些必要条件，如尊重中华人民共和国主权和领土完整，没有损害国家安全的企图、能够熟练的从事英文审判工作等。其次，在国际法官的参与方式上，我们可以借鉴仲裁机构的做法，由法庭提供国际法官名册，由当事人共同选择 1 名国际法官参与案件审理，若当事人无法共同选出则由法庭指定。国际法官不能担任审判长，合议庭采取少数服从多数制，国际法官的不同意见可以载入判决。

2.审判语言

我国国际商事法庭虽然规定在双方当事人合意的情况下，涉及英文的材料无需翻译成中文，但目前对审判语言的问题并未明确规定，根据我国《民事诉讼法》第 262 的规定，审理涉外民商事案件应当使用中文。若该规定同样适用于国际商事法庭，则很大程度会阻碍审判工作的正常进行。国际商事法庭由于其国际性，当事人至少有一方不是中国国籍，甚至会出现双方当事人均非中国国籍的现象，若坚持用中文进行审理明显会阻碍当事人对诉讼的参与，因此当事人可能会选择仲裁的方式或者其他国际商事法庭进行诉讼。

因此，在审判语言上，我国国际商事法庭也应当以英文作为主要的审判语言，这种方式与其他国际商事法庭也保持了一致。即使双方当事人均非英语母语的国家，英语作为一种国际通用语言，在商事领域则更为突出，这不会对双方当事人造成过大的障碍。我们可

以将中文与英文均作为审判语言，将选择权交由当事人，当事人若无法达成合意，则使用英文作为审判语言。

（四）调解、仲裁与诉讼之间的衔接问题

1.境外仲裁机构能否纳入

我国国际商事法庭一大特色就是打造了多元化的纠纷解决机制，实现调解、仲裁和诉讼的“三位一体”,《规定》第 11 条也明确说明会纳入符合条件的国际商事仲裁和调解机构。根据 2018 年 12 月 5 日法庭公布的入选名单来看，入选的机构全部来自于我国境内的调解和仲裁机构。但从提升法庭的国际性和便利当事人的角度，由于我国国内的仲裁机构其国际性和知名度的提升需要一个十分缓慢的过程，我们是否可以考虑纳入一些境外的机构作为备选，如国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院等，这些机构在国际上十分具有权威性，也是各国商主体所倾向的机构。

当然，如果一旦将境外仲裁机构纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制，我们必须考虑的问题是境外仲裁机构在我国境内做出的仲裁其裁决的国籍归属问题。我国目前的立法中并没有对仲裁裁决的国际问题作出明确的规定，但我国《民事诉讼法》第 283 条规定了承认和执行国外仲裁裁决的内容，其中对国外仲裁裁决的表述为国外仲裁机构的裁决，因此，我们可以推定出我国采取的标准是仲裁机构所在地的标准。从司法实践上来看，大部分学者也认为我国的立法意图是以仲裁机构所在地来确定仲裁裁决的国籍[①]。然而根据《纽约公约》的规定，其确定仲裁裁决国籍归属的标准的是仲裁地的标准，这就导致了我国立法和公约之间存在矛盾，一旦我国国际商事法庭将境外仲裁机构纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制，境外仲裁机构在我国做出的裁决根据《纽约公约》将会被认定为国内裁决，从而无法得到承认与执行。

因此，笔者认为我们可以考虑将仲裁裁决的归属问题通过立法予以明确，统一采取仲裁地的标准，与《纽约公约》的规定也保持一致。即使我国国际商事法庭将境外仲裁机构纳入机制，也可以使其做出的裁决得到很好的承认和执行，这样又可以兼顾到法庭的国际性并且拓宽当事人选择仲裁机构的界限。

2.国际调解机构作出的调解协议的定性问题

2018 年 12 月 20 日，《联合国关于调解产生的国际和解协议公约》（以下称《和解协议公约》）在联合国大会上予以通过，并且经大会授权，公约将于 2019 年 8 月 7 日在新加坡举行的签约仪式上开放供各国签署。随着公约的通过，我国国际商事法庭所纳入的国际调解机构，其作出的调解协议应当如何定性成为我们无法避免的问题，因为这直接会影响到日后其调解协议的承认和执行问题。根据《和解协议公约》第 1.3 条的规定，公约不适用于经由法院批准或是在法院相关程序过程中订立的协议，也不适用于可在该法院所在国作为判决执行的协议。因此，我国国际商事法庭的调解机构做出的调解协议，其性质是否属于“在法院相关程序过程中订立的协议”或“可在该法院所在国作为判决执行的协议”？如果是的话将无法通过《和解协议公约》的途径而得到承认与执行，那我们又应当通过何种方式使法庭做出的调解协议得到执行？

笔者认为，对于该问题如果我们要通过适用《和解协议公约》的途径，我们可以对我国国际商事法庭的调解机构做出的调解协议的性质问题进行解释，其性质属于法庭独特的“一站式”纠纷解决机制所做出的协议，并没有进入到相关的法院诉讼程序，因此其不属于“在法院相关程序过程中订立的协议”，或者我们可以在签署公约时对适用范围进行保留，从而使其能够得到《和解协议公约》的适用。若我们通过其他途径予以解决，可以考虑与相关各国签订双边互惠条约和区域互惠条约的方式，但难度相对来说较大且需要一定的条

[①] 高晓力：司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属.人民司法.2017（20）：68-74。

件和时间予以支撑。

（五）专家委员会的性质及职权问题

专家委员会的设立是我国国际商事法庭的独创，专家委员会大大提升了中外法律专家对国际商事法庭的参与度，也弥补了目前我国法庭的法官均为中国籍的局限性。2018 年 12 月 5 日，最高人民法院办公厅印发了《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》（以下称《工作规则》）的通知，为专家委员会的职责和程序予以明确，但由于其是我国所独创，缺乏实践经验和借鉴，也存在一些问题予以进一步明确。

1.性质问题

我国国际商事法庭并未对专家委员会的性质问题予以明确的界定，根据《工作规则》第 3 条，规定了专家委员会在法庭的委托下一共有五项职责：主持调解、为法庭以及各级法院审理案件所涉及的专门法律问题提供咨询、为法庭发展规划提供建议、为最高人民法院制定相关司法解释提供建议和其他事项。可以说，专家委员会的性质集合了调解机构、咨询机构和行政机构为一体，这种混合性质导致了其指定的相关文件的效力很容易产生质疑。在法庭的调解程序中，专家委员会可以直接代替法官行使调解员的职能，但在诉讼中，委员会和法官的职能可能会出现一部分重叠。但专家委员会从性质上说并不是案件的审理者，其发表的咨询意见不具有法律效力，是否采纳也取决于法官，这种方式是否真正能起到弥补国际法官缺失的问题也有待进一步商榷。笔者建议，我们可以如上文所述，引入国际法官的制度，同时对专家委员会的性质予以明确，确定其咨询建议的性质，委员会主要的工作重心还是在主持调解和相关域外法律的查明问题上。

2.服务主体

我国国际商事法庭专家委员会的服务主体是专门为法庭服务还是可以同时为当事人服务？目前尚不明确。以外国法律的查明这一问题为例，《规定》第 8 条第 4 项规定了专家委员会可以提供域外法律的查明，《工作规则》第 3 条进一步细化了专家委员会的这一职能，规定了前提是在国际商事法庭的委托下才能由专家委员会提供查明。但在司法实践当中，当事人作为商主体，其进行外国法律查明存在专业知识不够、缺乏法律查明经验等诸多的困难，可能无法提供相应的外国法律，在这时当事人能否申请专家委员会予以查明？若可以，应当遵照怎样的程序？若不能，当法庭委托专家委员会查明了域外法律，当事人对此有异议又应当如何救济？

笔者认为，目前我国国际商事法庭专家委员会的服务主体应该限定在法庭这一主体上，从实践来看，当事人能够提供域外律的情况少之又少，基本上查明法律的责任都是由法院承担，因此，专家委员会作为咨询机构理应服务于法庭，明确相关的法律问题。若当事人对专家委员会的咨询意见存有异议，可以规定应当由当事人提供域外法律，若当事人无法提供，则应以专家委员会的咨询意见为准。

3.如何保持中立性

专家委员会的选任标准相对于国际法官来说，是相对宽松的，从目前公布的名单来看，专家委员会的委员除了法学家之外，还具有多重的身份如律师、教师等。多元身份的委员也就可能会产生诸多的利益冲突，在利益冲突之中各个专家委员如何保持自身的中立性是我们需要考虑的问题。目前，我国对于专家委员中立性的规定仅体现在《工作规则》第 10 条：专家委员若同意进行调解，需要签署无利益冲突的声明。也就是说，对于专家委员在履职过程中如何保持中立并没有规定，仅仅是在进行调解的情况下，需要签署一份声明而已。

目前的规定并不全面，我们可以考虑引入回避制度，专家委员在提供建议和咨询、域外法律查明等履职过程中也应当保证其具有中立性，具有利益冲突的委员应当主动向法庭披露，当事人和法庭均对此具有监督义务，若在履职和调解过程中存在利益冲突，应当由

当事人向法庭申请或法庭自主决定并审查决定该委员是否需要进行回避。

五、结语

我国“一带一路”倡议的深化推进，带来的不仅是经贸上发展和往来，更带来了新时代法治合作的机遇与挑战。在经济全球化大潮中，各国为了应对国际商事纠纷解决需求，纷纷建立国际商事法庭。中国正在加快构建开放型经济新体制，因此我国国际商事法庭的构建也是顺应了时代潮流，为“一带一路”倡议的发展提供司法保障。但同时我们也应当注意到，我国的国际商事法庭正处于构建的初级阶段，在诉讼程序、判决的承认与执行上与其他法庭相比均存在着不完善之处。我们在借鉴其他国家优秀经验的同时，也应当立足于我国的国情和司法实践，进一步明确我国国际商事法庭的运行机制，这对于我们来说即是机遇，但也存在着挑战。我们应当在审级设置、受案范围、“一站式”纠纷解决机制等问题上进一步拓宽构建思维，完善法庭的支撑体系，打造出一个富有中国特色、中国创意的国际商事法庭。

5.Establishment of a Belt and Road Dispute Settlement Mechanism

Weidong Zhu*

Considering the large number of civil, commercial and investment disputes that arise between Chinese investors and their counterparts along the Belt and Road, it is necessary to establish a dispute settlement mechanism. The open, cooperative and non-institutionalized features of the Belt and Road Initiative require the reform and improvement of China's domestic dispute settlement mechanism for foreign civil, commercial and investment disputes; and bilateral and multilateral dispute settlement mechanisms between or among China and the Belt and Road countries should be strengthened. When appropriate, China may propose the establishment of a multilateral dispute settlement mechanism that is especially designed for the Initiative. The status quo of dispute settlement mechanisms between China and the Belt and Road countries necessitates the establishment of a pre-set mechanism that uses arbitration as the primary approach, litigation as the secondary approach, and mediation as an alternative.

Keywords: BRI, Dispute Settlement Mechanism, Multiple, Litigation, Arbitration, Mediation

1. Introduction

Since 2013, the implementation of the Belt and Road Initiative (“BRI”) has aroused much attention. However, legal disputes that have arisen among the Belt and Road (“BR”) countries have also attracted the great attention of Chinese legal circles. Some legal scholars have put

* Senior Research Fellow at the Institute of West Asian and African Studies of the Chinese Academy of Social Sciences. This article has been published in China and WTO Review (vol.5, No.1, 2019).

forward various designs for a BR dispute settlement mechanism.[①] Meanwhile, top Chinese officials have attached great importance to the establishment of a BR dispute settlement mechanism. On January 23, 2018, the Central Leading Team for Comprehensively Deepening Reform in China adopted the "Opinions on Establishing a Dispute Resolution Mechanism and Institution for the Belt and Road,"[②] which set guidelines for the establishment of a BR dispute settlement mechanism. Subsequently, at the end of June, 2018, the Supreme People's Court in China set up the First International Commercial Tribunal in Shenzen and the Second International Commercial Tribunal in Xi'an. It also promulgated the Supreme People's Court's Provisions on the Establishment of the Belt and Road Dispute Settlement Mechanism and Institutions, which made stipulations about such matters as jurisdiction, choice of law, proof of foreign law, etc.[③] These efforts represent an important step toward building a BR dispute settlement mechanism.

The primary purpose of this research is to search for the way of establishing a comprehensive dispute settlement mechanism for BRI. In this article, the author first explores the necessity of a BR dispute settlement mechanism, then analyzes the two elements that should be taken into account. Finally based on this analysis, he examines ways to build a comprehensive BR dispute settlement mechanism.

II. The Necessity for the Establishment of a BR Dispute Settlement Mechanism

The BRI has been widely recognized across the world since its proposal by Chinese President Xi Jinping in 2013.[④] By the end of 2017, the BRI had been included in various resolutions or documents adopted by the UN General Assembly, the UN Security Council and other international institutions.[⑤] China has concluded over 150 BRI Cooperation Agreements with nearly 140 countries and international organizations. Trade and investment between China and the BR countries have witnessed a great increase since the implementation of the BRI. For example, by the end of June, 2018, the trade volume between China and BR countries in reached over USD5 trillion, with an annual increase of 1.1 percent; the China's foreign direct investment ("FDI") to BR countries exceeded USD70 billion, with an annual increase of 7.2 percent; and the volume of

---

① For example, Xiao Yongping, To Improve the International Public Credibility of China's Justice: the Key of Co-building the Belt and Road [提升中国司法的国际公信力：共建一带一路的抓手], 1 Wuhan University International Law Review [武大国际法评论] 3.(2017); Liu Jingdong, Study on the Systematic Construction of the BR Legal System [一带一路法治体系化构建研究], 5 Tribune of Political Science and Law [政法论坛] 125.（2017）; Liu Jingdong, The Construction of a Fair and Reasonable BR Dispute Settlement Mechanism[构建公正合理的一带一路争端解决机制], 5 Pacific Journal[太平洋学报] 13.（2017）；初北平：《一带一路多元争端解决中心构建的当下与未来》，《中国法学》2017 年第 6 期（Chu Beiping, The Present and Future of the Construction of a Pluralized BR Dispute Settlement Center [一带一路多元争端解决中心构建的当下与未来], 6 China Legal Science[中国法学] 72. (2017).

② The official website of the Belt and Road）:https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/roll/45584.htm (last visited on July 21, 2018).

③ Some Provisions on the Establishment of International Commercial Court [最高人民法院关于建立国际商事法庭若干问题的规定], The Judicial Interpretation of the Supreme People's Court [2018] No.11 [法释[2018]11 号] (effective as of July 1, 2018), available at the official website of the Supreme people's Court of the People's Republic of China: http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-104602.html (last visited September 16, 2018).

④ For a general understanding of the BRI, please see Visions and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road [推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动] issued by the National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with the State Council Authorization, available at http://en.ndrc.gov.cn/newsrelease/201503/t20150330_669367.html (last visited October 1, 2018).

⑤ See, e.g., Resolution adopted by the General Assembly on 17 November 2016 (A/RES/71/9), available at http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/9&referer=http://www.un.org/zh/ga/71/res/all1.shtml&Lang=E (last visited November 11, 2018).

newly concluded contracted projects by Chinese enterprises in the BR countries in was more than USD500 billion, with an annual increase of 19.2 percent.[①]

However, China faces great political and legal risks when doing business with the BR countries, due to the potential political turbulence, frequent terrorist activities, poor legal systems and corrupt judicial environments that exist in some BR countries. According to the Report of the Risk Evaluation of the Chinese FDI (2016),[②] most BR countries are of medium or high level risk. This may be also evidenced from the findings of "Doing Business" (2018) published by the World Bank in October 2017.[③] In terms of the "Ease of Doing Business Rankings," most BR countries rank very low, with the exception of certain developed countries located along the Belt and Road.[④] A country's business environment is evaluated mostly on the Doing Business laws and regulations. Doing Business (2018) listed the following 11 areas as measuring factors: starting a business, dealing with construction permits, getting electricity, registering property, getting credit, protecting minority investors, paying taxes, trading across-borders, enforcing contracts, resolving insolvency and the labor market regulations. The results of the Doing Business (2018) guide showed that the majority of BR countries do not have the advanced business legal framework are required to provide a sound and favorable business environment.[⑤]

The political and legal risks that exist in some BR countries have caused much damage and loss for Chinese businesses. Chinese investment projects in the past few years in some BR countries, for example, Myanmar, Mongolia, Sri Lanka, Mexico, Venezuela, and Poland, have been reportedly suspended or terminated due to environment, legal issues or political reasons.[⑥] In such circumstances, it is rare and difficult for Chinese businesses to recover the time and money they invested in the projects. Even for Chinese investment projects that are underway in some BR countries, investment losses and legal disputes are very common as a result of political or legal problems. For example, the war in Libya in 2011 interrupted nearly 50 investment projects carried out by 75 Chinese enterprises, with total losses of approximately USD 20 billion.[⑦] Some of the investment disputes between Chinese businesses and host countries along the Belt and Road have been submitted to the ICSID or other international arbitral institutions. Examples include investment disputes between China Ping An Insurance Company and the government of Belgium,[⑧] between the Beijing Urban Construction Group and the government of Yemen,[⑨] and

---

[①] From Idea to Action: the Great Achievements Made after Five Years of the BRI [从理念到行动：五年来一带一路建设取得这些重大进展], available at http://politics.gmw.cn/2018-08/28/content_30837216.htm (last visited September 19, 2018).

[②] Institute of World Economy and Politics of Chinese Academy of Social Sciences, Country Risk Report of Chinese Overseas Investment [中国海外投资国家风险级别报告] 32-33 (2016).

[③] See the full text of 'Doing Business' (2018), available at http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf (last visited December 12, 2018).

[④] Id. at 4.

[⑤] Id. at 12-61.

[⑥] According to the information collected from various Chinese media. See, e.g., Institute of World Economy and Politics of Chinese Academy of Social Sciences, Country Risk Report of Chinese Overseas Investment [中国海外投资国家风险级别报告] 5 (2016).

[⑦] There is no official date of the actual loss of the Chinese enterprises during the Libyan war. The statistics here are from a report from Beijing Business Today [北京商报], 25 April, 2011）.

[⑧] Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29), the case details are available at https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/29 (last visited October 2, 2018).

[⑨] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), the case details are available at https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/30(last visited October 2, 2018) .

between the China Heilongjiang International Economic & Technological Cooperative Co. et al. and the government of Mongolia.[①]

The aim of the BRI is to establish policy coordination, infrastructure connectivity, unimpeded trade, finance integration and people to people exchange, which should result in more frequent cross-border civil and commercial transactions and the establishment of a BR dispute settlement mechanism will help resolve various foreign-related civil and commercial disputes. The speedy and efficient settlement of such disputes requires a comprehensive dispute settlement mechanism; otherwise, the rights and interests of the participants in cross-border transactions will not be guaranteed. Accordingly, the cross-border movement of goods, service, capital and persons are often obstructed, which frustrates the expectations of the BRI. Indeed, according to data collected from the website of Chinese court judgments,[②] the number of civil and commercial cases in the Chinese courts that involve parties from the other BR countries is largely increasing. The parties involved in these cases are from almost all of the countries along the BR. As mentioned above, investment disputes between Chinese businesses and the governments of the BR countries are also increasing in recent.

III. Two Starting Points for Establishing a BR Dispute Settlement Mechanism

The establishment of any dispute settlement mechanism must take into account certain relevant elements, such as legal traditions, legal culture, the nature of dispute, and the categories of the parties involved. This paper will mainly focus on two kinds of legal disputes between Chinese parties and those from the other BR countries; namely, (1) private foreign-related civil and commercial disputes (private international law cases) and (2) investment disputes, including investor-state investment disputes.

In designing a dispute settlement mechanism, two elements will be starting points. The one is the features of the BRI, and the other, the status quo of the legal framework in private international law matters and investor-state investment disputes among BR countries. The features of BRI will determine the uniqueness of the BR dispute settlement mechanism proposed in this work and help to determine how to establish such a mechanism. The status quo of the legal framework will demonstrate the acceptance of different dispute resolutions among BR countries and help to determine the appropriate role and status of different dispute resolutions in terms of the proposed BR dispute settlement mechanism.

A. The features of the BRI

With reference to the terms of the Vision and Action on Jointly Building the Silk Road Economic Belt and Twenty-first Century Maritime Silk Road (hereinafter Vision and Action) issued on March 30, 2015 by China's National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Commerce with the authorization of China's State Council,[③] and the speeches on the BRI delivered by Chinese top officials on different occasions, the BRI's main features may be summarized as being open, cooperative and non-institutionalized.

[①] China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, available at https://pca-cpa.org/en/cases/48/(last visited October 2, 2018).

[②] The official website is <http://www.wenshu.court.gov.cn [中国裁判文书网]>.

[③] The English version of it may be accessed at http://en.ndrc.gov.cn/newsrelease/201503/t20150330_669367.html.

First, the BRI is open to all countries who are interested in it. It is not confined to particular countries or regions. President Xi Jinping has mentioned the BRI's openness many times in his speeches. As he has pointed out, the BRI is not closed, but open and inclusive; it is not solely for China, but rather includes a true chorus comprising all BR countries; all countries, whether from Europe, Asia, America or Africa, may join the BRI.① In the Joint Communiqué of the Leaders' Round Table of the Belt and Road Forum for International Cooperation (hereinafter Joint Communique) published on May 15, 2017, all leaders that attended the summit "welcome[d] and support[ed] the Belt and Road Initiative to enhance connectivity between Asia and Europe, which is also open to other regions such as Africa and South America."② In fact, countries that have concluded BRI cooperation documents with China are from various regions; they are not confined to countries along the Belt and Road.

Second, the BRI is based on policy coordination with other countries for the purpose of achieving common development and building a shared future for all people in the countries concerned. 'Cooperation' was the most frequently used word in President Xi Jinping's speeches during the Belt and Road Forum for International Cooperation.③ The Joint Communique also expressed the intention to strengthen cooperation "on the basis of extensive consultation and the rule of law, joint efforts, shared benefits and equal opportunities for all".④ The Vision and Action plan shows that cooperation mechanisms are built up by the BR countries through bilateral and multilateral agreements.⑤

Lastly, the BRI is non-institutionalized. Currently, there is no established institutional framework or organizational arrangement.⑥ As the BRI is non-institutionalized, 'cooperation' will be a better choice. The non-institutionalized arrangement of the BRI represents a 'restrained idea.' In terms of cost-efficient, it is thus reasonable to "make improvement under the existing legal frameworks" instead of "setting up new institutions or negotiating new arrangements."⑦

A BRI dispute settlement mechanism cannot be established without taking the above three main features of the BRI into account. The openness of the BRI means that theoretically all countries may be potential partners of the BRI. Therefore, disputes between the BR countries may occur between Chinese parties and others from all over the world. Under such circumstances, if the settlement mechanism of foreign-related civil and commercial disputes, as well as of investment disputes in China, are improved, China may be an ideal location to settle their disputes between the BR countries. Given that the BRI is cooperative and non-institutionalized, however, China needs to negotiate and conclude more bilateral or multilateral judicial assistance treaties or investment treaties with other BR countries. Of course, if the BRI can turn into an institutionalized framework, for example, in the form of an Economic Partner Agreement, a unified multilateral

① President Xi Jinping's keynote speech delivered at the opening ceremony of Boao Asia Forum 2015, available at http://www.xinhuanet.com/english/video/2015-03/28/c_134105149.htm(last visited October 2, 2018).

② The English version of the Joint Communique is available at http://usa.chinadaily.com.cn/epaper/2017-05/16/content_29367727.htm.

③ Shen Yaxin, Tian Tian, Du Chenge, The Ten Key Words in President Xi Jinping's Serial Speeches during the Belt and Road Forum for International Cooperation [习近平"一带一路"高峰论坛系列讲话十大高频词], available at http://politics.people.com.cn/n1/2017/0518/c1001-29283687.html(last visited October 2, 2018).

④ The English version of the Joint Communique is available at http://usa.chinadaily.com.cn/epaper/2017-05/16/content_29367727.htm.

⑤ See Part 5 "Cooperation Mechanism" of the Vision and Action.

⑥ Vision and Action plan, pt. V.

⑦ HE Zhipeng, China's Proposal for the International Rule of Law--BRI in the Global Governance Perspective [国际法治的中国方案——"一带一路"的全球治理视角], 5 Pacific Journal [太平洋学报], 6. (2017).

dispute settlement mechanism for the BRI may be established in the future. However, if the BRI remains open to all countries in the world, such a unified multilateral dispute settlement mechanism will be difficult, if not impossible, to establish.

B. Status quo of the dispute settlement legal framework among BR countries

As mentioned above, there is currently no specific institutional arrangement or institutionalized platform between China and the other BR countries to deal with civil, commercial and investment disputes. Therefore, such disputes must be dealt with through the existing national, bilateral and multilateral legal framework that the BR countries have made, concluded or acceded to. Upon examination of the status quo of the existing dispute settlement legal framework among the BR countries, the acceptance of, and attitude toward various dispute resolution methods, including litigation, arbitration and mediation, among the BR countries may be demonstrated. For this analysis, I have examine 65 countries (including China),[①] along the Belt and Road as examples to determine the existing state of civil and commercial dispute settlement mechanisms between China and the other BR countries.

Foreign-related civil and commercial disputes are settled mainly through litigation and arbitration. The two most important multilateral conventions concerning cross-border litigation are the Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (hereinafter Hague Convention on Service Abroad) and the Convention of 18 March 1970 on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters (hereinafter Hague Convention on Taking Evidence Abroad). As for a multilateral convention on the arbitration, there exists the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter New York Convention of 1958). As of May 18, 2018, among the 64 BR countries (excluding China), 30 countries are parties to the Hague Convention on Service Abroad;[②] 29 countries are parties to the Hague Convention on Taking Evidence Abroad;[③] 61 countries are parties to the New York Convention of 1958;[④] and 52 BR

[①] The list of the 65 countries is unofficial, not issued by any Chinese government authority, but now it is widely spread on the internet. In the official Chinese documents, the BRI is open to all the nations in the world, and every nation may participate in it. According to the unofficial list, besides China, the other 64 BR countries are Afghanistan, Albania, Armenia, Azerbaijan, Bahrain, Bangladesh, Belarus, Bhutan, Bosnia and Herzegovina, Brunei, Bulgaria, Cambodia, Croatia, Czech Republic, Egypt, Estonia, Georgia, Greece, Hungary, India, Indonesia, Iran, Iraq, Israel, Jordan, Kazakhstan, Kuwait, Kyrgyzstan, Lao People's Democratic Republic, Latvia, Lebanon, Lithuania, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Malaysia, Maldives, Republic of Moldova, Mongolia, Montenegro, Myanmar, Nepal, Oman, Pakistan, Philippines, Poland, Qatar, Romania, Russian Federation, Saudi Arabia, Serbia, Singapore, Slovakia, Slovenia, Sri Lanka, Syrian Arab Republic, Tajikistan, Thailand, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, United Arab Emirates, Uzbekistan, Vietnam, Yemen, Palestine, Cyprus.

[②] They are Greece, India, Sri Lanka, Armenia, Turkey, Israel, Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Macedonia, Romania, Poland, Serbia, Slovakia, Slovenia, Russia, Belarus, Ukraine, Egypt, Cyprus, Pakistan, Czech, Kazakhstan, Montenegro and Kuwait. The information is collected from the website of The Hague Conference on Private International Law, available at https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17 (last visited August 18, 2018).

[③] They are India, Sri Lanka, Armenia, Turkey, Israel, Singapore, Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Macedonia, Romania, Poland, Serbia, Slovakia, Slovenia, Russia, Belarus, Ukraine, Greece, Cyprus, Kazakhstan, Montenegro and Kuwait. These are collected from the website of the Hague Conference on Private International Law, available at https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82 (last visited August 15, 2018).

[④] The other 4 countries that are not members of the New York Convention are Maldives, Turkmenistan, Iraq and Yemen. These are collected from the website of the New York Convention, available at http://www.newyorkconvention.org/countries (last visited August 16, 2018).

countries are members of the 1965 Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals from Other States (hereinafter 1965 Washington Convention).[①] China is a party to each of these four multilateral conventions. Additionally, among the other 64 BR countries, 40 countries enacted arbitration laws based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (hereinafter UNCITRAL Model Law).[②] The adoption of the UNCITRAL Model Law is an important indicator in judging whether a country has advanced arbitration legislation. Because the arbitration laws in most of the BR countries are very modern, it can not only create an arbitration-friendly environment, but also helps foreign parties to make use of these laws in disputes.

As for bilateral arrangements that deal with civil and commercial disputes between China and the other BR countries, so far, among the other 64 BR countries, only seven countries[③] have concluded bilateral treaties with China on judicial assistance in civil and commercial matters, and only 17 countries[④] have concluded bilateral treaties on judicial assistance in civil and criminal matters with China. These bilateral treaties contain provisions related to: (1) the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters; (2) the taking of evidence abroad; (3) the recognition and enforcement of arbitral awards and judgments; and (4) the exchange of legal information.

Given the diversified legal systems that exist among the BR countries, it is important to make such arrangements in bilateral treaties. However, the scope and provisions of these judicial assistance treaties are quite different, which may create barriers for the smooth settlement of foreign-related civil and commercial disputes between China and the other BR countries. For example, the judicial assistance treaties between China and Bulgaria, and between China and Kuwait, cover service abroad, taking evidence abroad, and recognition and enforcement of foreign judgments, and arbitral awards. Meanwhile, the judicial assistance treaty between China and Saudi Arabia excludes the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and the judicial

---

[①] The other 13 BR countries that have not ratified the Convention are Myanmar, Tailand, Laos, Vietnam, Iran, India, Pakistan, Maldives, Bhutan, Tajikstan, Kyrgyzstan, Russia and Poland. Russian and Kyrgyzstan have signed but not ratified the Convention. The information is collected from the website of ICISID, available at https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx (last visited August 20, 2018). Of course, the ratification of this Convention does not mean that the ratifying country will accept the investor-state investment dispute settlement mechanism in the Convention, which will depend on the investment laws, the bilateral investment treaties that the ratifying countries has adopted and concluded, or the investment contracts between foreign investors and the ratifying country.

[②] They are Mongolia, Myanmar, Saudi Arabia, Qatar, Maldives, Turkmenistan, Montenegro, Greece, Cyprus, Malaysia, Philippines, India, Thailand, Singapore, Brunei, Bhutan, Cambodia, Bangladesh, Sri Lank, Iran, Georgia, Armenia, Azerbaijan, Turkey, Jordan, Bahrain, Oman, Bulgaria, Croatia, Estonia, Hungary, Lithuania, Macedonia, Poland, Serbia, Slovakia, Slovenia, Russia, Belarus, Ukraine, and Egypt. These are collected from the website of the UNCITRAL, available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (last visited August 16, 2018).

[③] They are Bulgaria, Thailand, Hungary, Singapore, United Arab Emirates, Kuwait, Bosnia and Herzegovina. These are collected from the website of the Department of the Treaty and Law of the Chinese Ministry of Foreign Affairs, available at http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfhzty_674917/t1215630.shtml (last visited August 16, 2018).

[④] They are Poland, Mongolia, Russia, Romania, Turkey, Ukraine, Belarus, Kazakhstan, Egypt, Greece, Cyprus, Kyrgyzstan, Tajikistan, Uzbekistan, Vietnam, Laos, and Lithuania. These are collected from the website of the Department of the Treaty and Law of the Chinese Ministry of Foreign Affairs, available at http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfhzty_674917/t1215630.shtml (last visited August 16, 2018).

assistance treaties between China and Thailand and China and Singapore address only the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Even in this case, however, the recognition and enforcement of foreign judgments are not included. In determining whether the foreign court rendering judgments has jurisdiction or not, the judicial assistance treaties between China and Saudi Arabia and between China and Kuwait provide a set of clear jurisdictional rules, while the other treaties make no such stipulations, leaving the question to be determined in light of the domestic laws of the country in which the judgment is made, or of the country in which such recognition and enforcement is sought.

With regard to investment disputes between parties from China and the other BR countries, 54 countries along the Belt and Road have concluded bilateral investment treaties ("BITs") with China.[①] In the 54 BITs, 32 BITs provide that a dispute arising from the amount of compensation for expropriation or nationalization should be submitted to *ad hoc* arbitration,[②] while only six BITs provide that such disputes may be submitted to the ICSID.[③] For all investment disputes or relevant investment disputes, only 8 BITs accept ad hoc arbitration,[④] and only 9 BITs accept ICSID arbitration.[⑤] Furthermore, in the 54 BITS, 40 BITs provide a pre-set amicable consultation procedure before resorting to arbitration or litigation. Obviously, all the BR countries would emphasize the role of amicable methods for dispute settlement, such as arbitration, consultation, and mediation. Nevertheless, the acceptance ration of ICSID investor-state arbitration is very low among the BR countries.

As can be seen from the above discussion, there is a limited number of bilateral and multilateral treaties on judicial assistance in civil or commercial matters that China and other BR countries have concluded or to which they have acceded. These few treaties cover only a narrow range of the BR countries. For the arbitration, China and most of other BR countries are members of the New York Convention of 1958. They have also concluded many bilateral investment treaties, which provide for an arbitration mechanism to settle investment disputes. Many countries along the Belt and Road have modern and almost uniform arbitration laws based on the UNCITRAL Model Law. These provide favorable conditions for settling civil and commercial disputes between China and other BR countries through arbitration.

The 65 BR countries including China have different languages and national legal systems,

---

① They are Albania, Armenia, Azerbaijan, Bahrain, Belarus, Bulgaria, Cambodia, Croatia, Czech Republic, Egypt, Estonia, Georgia, Greece, Hungary, India, Indonesia, Iran, Israel, Kazakhstan, Kuwait, Kyrgyzstan, Lao People's Democratic Republic, Lebanon, Lithuania, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Malaysia, Republic of Moldova, Mongolia, Myanmar, Oman, Pakistan, Philippines, Poland, Qatar, Romania, Russian Federation, Saudi Arabia, Serbia, Singapore, Slovakia, Slovenia, Sri Lanka, Syrian Arab Republic, Tajikistan, Thailand, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, United Arab Emirates, Uzbekistan, Vietnam, Yemen. These are collected from the website of the Department of the Treaty and Law of the Chinese Ministry of Commerce, available at http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml (last visited September 16, 2018).

② The 32 bilateral investment treaties were concluded between China and Czech Republic, Slovakia, Greece, Moldova, Albania, Croatia, Estonia, Slovenia, Lithuania, Serbia, Macedonia, Singapore, Kuwait, Sri Lanka, Malaysia, Turkey, Mongolia, Uzbekistan, Vietnam, Laos, Saudi Arabia, Azerbaijan, Indonesia, Oman, Lebanon, Cambodia, Syria, Qatar, Bahrain and Egypt.

③ The six bilateral investment treaties were concluded between China and Israel, Lithuania, Serbia, Macedonia, Bahrain and Saudi Arabia.

④ The eight bilateral investment treaties were concluded between China and Turkey, Uzbekistan, Russia, Malta, Iran, Myanmar, India and Cyprus.

⑤ The nine bilateral investment treaties were concluded between China and Turkey, Uzbekistan, Russia, Romania, Malta, Yemen, Myanmar, India and Cyprus.

ranging from common law to civil law and Islamic law. There are also some mixed jurisdictions in which different laws are applied simultaneously. For example, common law, customary law and Islamic law are applied in India. Common law, civil law and customary law are applied in Thailand and Nepal. Common law and Islamic law are applied in Pakistan and Bangladesh. These diversified legal systems and languages in the BR countries make it very difficult, if not impossible, for Chinese parties involved in civil, commercial and investment transactions in the BR countries to understand their national laws in such countries. The settlement of such disputes arising from the national legal mechanisms of the BR countries will result in many questions that are difficult to answer, such as the ascertainment of the jurisdiction, the proof of foreign laws, the service abroad of judicial documents, the taking of evidence abroad, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and judgments, and the translation of legal documents.

From the above analysis of the national, bilateral and multilateral dispute settlement mechanisms of civil, commercial and investment matters among the BR countries, this paper argues that arbitration is the optimal methods to settle disputes between or among the BR countries. By resorting to arbitration, the parties to the disputes may choose the language, the seat of the arbitration, and even the rules applicable to the arbitration proceedings. This may help prevent certain difficulties and embarrassment that foreign litigation faces. The judiciaries in China and in some of the other BR countries have recognized the role and importance of arbitration or mediation in settling civil and commercial disputes. For example, the Suzhou Consensus reached at the Conference of the Presidents of the Supreme Courts of China and Central and Eastern European Countries held on May 5, 2016 clarified:

> All of the parties present "recognize[d] the value of ADR mechanisms, such as mediation and arbitration that may provide efficient and expedient approaches to dispute resolution. The Supreme People's Court has been emphasizing the application of mediation to settle disputes, and the supreme courts of the Central and Eastern European countries will actively consider applying mediation and other ADR mechanisms in their respective countries.[①]

IV. Ways to Establish a BR Dispute Settlement Mechanism

A BR dispute settlement mechanism should be improving China's legal platform for settling foreign-related civil, commercial and investment disputes. this makes China an ideal choice for the parties involved to settle their disputes. In this course, China should negotiate and conclude more bilateral treaties with other BR countries or regional organizations to assure the smooth settlement of civil, commercial and investment disputes within the BR countries. Lastly, if possible, China may propose a unified multilateral dispute settlement mechanism to be agreed upon by all of the BR countries. On the other hand, considering the status and acceptance of litigation, arbitration, and mediation among the BR countries, when designing a BR dispute settlement mechanism, arbitration should be considered the primary method, with litigation as a secondary method, and mediation as a pre-set procedure before either arbitration or litigation occur.

A. The Improvement of China's Foreign-related Civil, Commercial and Investment Dispute

[①] The English version of the Suzhou Consensus is available at http://www.sohu.com/a/73518080_117927 (last visited August 6, 2018).

Settlement Mechanism

Arbitration and litigation are the two main methods of resolution for foreign-related civil and commercial disputes in China. However, as the deficiencies in China's Civil Procedure Law and Arbitration Law would have some negative effects on the smooth settlement of such disputes, these Laws need to be improved in the future. First, China may consider revising its 1994 Arbitration Law, especially repealing Article 16 concerning the validity of arbitration agreements. Article 16 stipulates that the parties must designate an arbitral institution in the arbitration agreement for the arbitration results to be valid. In accordance with Article 16, many foreign-related arbitration agreements have been and will be held invalid by Chinese courts because the arbitral institution is neither designated nor certain. In this situation, the foreign parties do not expect to settle their disputes through arbitration. Following Article 16 of the Chinese Arbitration Law, it would be better for the parties involved in the cross-border transactions to not choose China as the seat of their arbitration, and/or to not choose Chinese law as the *lex causae* of the arbitration agreement.[①] Neither of these situations will have a positive impact on the development of arbitration in China. To create an arbitration-friendly environment and attract parties from the BR countries to choose to arbitrate their disputes in China, it is necessary to amend the Chinese Arbitration Law.

Taking into account the important role of arbitration in investor-state investment disputes, the Supreme People's Court should revise Article 2 of its Notice on Implementing the 1958 New York Convention to which China has acceded.[②] It provides that investor-state disputes are not included in the disputes arising from contractual or non-contractual business legal relations, so that arbitral awards made in investor-state investment disputes may also be recognized and enforced under the 1958 New York Convention.[③]

As for the settlement of civil and commercial disputes through litigation, the author proposes that China first consider improving provisions relating to such important areas as the jurisdiction over cross-border disputes, the service and taking of evidence abroad, and the recognition and enforcement of foreign judgments in domestic legislation. Take jurisdictional rules and recognition and enforcement rules as examples. The Judicial Interpretation issued by the Supreme People's Court of China on the Civil Procedural Law in 2015 (hereinafter Judicial Interpretation 2015), [④]which serves as a kind of legislation, expressly adopted the doctrine of *forum non conveniens* and parallel litigation. This has been helpful to resolving jurisdictional conflicts between China and the other BR countries. However, the Judicial Interpretation 2015 only recognizes contradictory parallel litigation in which one of the parties institutes litigation in one country and the other party institutes litigation over the same subject matter in another country.[⑤]

[①] Weidong Zhu, Determining the Validity of Arbitration Agreements in China: towards a New Approach, 6 Asian International Arbitration Journal, 62.(2010).

[②] The Notice of the Supreme People's Court on Implementing the 1958 New York Convention [最高人民法院关于执行我国加入的<承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约>的通知], April 10, 1987 fa (jing)fa [1987] No.5 [法（经）发[1987] 5 号].

[③] Id.

[④] The Supreme People's Court Judicial Interpretation on the Application of the Civil Procedural Law of the People's Republic of China[最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的司法解释], fashi [2015] No.5 [法释[2015] 5 号].

[⑤] Article 533 of Judicial Interpretation 2015.

It does not recognize repetitive parallel litigation in which the same party institutes litigation in two countries over the same subject matter, which impedes the ability of Chinese parties to settle disputes arising from the BR region through litigation in the Chinese courts.[①]

In practice, it is very common that one Chinese party brings litigation in a foreign court against another Chinese party over disputes arising locally. Due to delays in the foreign courts, however, the Chinese plaintiff in the foreign court will bring litigation again in a Chinese court against the same defendant over the same subject matter. If the Chinese court is not accepting such a disputes, in accordance with the provision of the Judicial Interpretation, the Chinese plaintiff in the foreign litigation will not get a timely remedy. In some circumstances, it will be more beneficial for both Chinese parties to settle their disputes which involve no other third party arising in the BR countries through litigation in the Chinese courts, especially when both Chinese parties are unwilling to litigate in the local courts along the BR. Therefore, the Supreme People's Court may issue another judicial interpretation that recognizes repetitive parallel litigation between Chinese parties when certain requirements are met, for example, when there is undue delay or manifest unfairness in the foreign court.

Recognition and enforcement of foreign judgments is another area worthy of attention in China. It will continue to constitute a great obstacle for the free movement of goods, capital, service and labor between China and other BR countries until the legislation and practice in this area is improved or changed. In the absence of mutual judicial assistance treaties regarding the recognition and enforcement of foreign judgments, the Chinese courts will strictly adhere to the doctrine of factual reciprocity, in terms of which the Chinese court will examine whether there is a precedent indicating reciprocity.[②] In other words, the Chinese courts will ascertain whether there are prior cases in which a foreign court has recognized or enforced the Chinese judgment. If yes, then there is reciprocity between China and the said country, so that the judgments from the foreign court will be recognized or enforced in China on the basis of such reciprocity. This will lead to the classic 'prisoner's dilemma' in the recognition and enforcement of foreign judgments.

The situation between China and Japan may be an illustrative example here.[③] To break such a dilemma, China might adopt the doctrine of presumed reciprocity; namely, where there is great similarity in, or no manifest deviation from, provisions on the recognition and enforcement of foreign judgments between one country in which a judgment is made and the other in which the recognition and enforcement is sought, reciprocity is presumed to exist and the application may be upheld. For the wider and easier circulation of the judgments, this paper proposes that even a negative reciprocity might be adopted in China; namely, the Chinese courts could first recognize

---

[①] Id.

[②] Alison Lu Xu, China Cases Insight No. 3: Belt & Road Typical Case 13: Towards a Liberal Interpretation of the Reciprocity Principle for Recognition and Enforcement of Foreign Judgme, available at https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/clc-1-201806-insights-3-alison-xu/ (last visited August 19, 2018).

[③] A Chinese court denied the recognition and enforcement of a judgment rendered by a Japanese court in 1994 on the ground that there is no reciprocity between China and Japan, later in 2003 a Japanese court refused to recognize and enforce a Chinese court judgment on the same basis. Subsequently in 2004 a Chinese court denied again the recognition and enforcement of a Japanese court judgment and in 2015 a Japanese court also denied the recognition and enforcement of a Chinese court judgment on the non-existence of reciprocity between both sides, see generally Weidong Zhu, The Construction of the Negative Reciprocity System in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments China [试论我国承认与执行外国判决的反向互惠的构建], 4 Hebei Law Science [河北法学] 19. (2017).

and then enforce the foreign court's judgment on the basis of presumed reciprocity, unless the foreign judgments are found to be prejudicial to the fundamental principles of Chinese laws, to either China's sovereignty and security, or basic social interests in China, as stipulated in Chinese Civil Procedural Law. If a foreign court later denies the recognition and enforcement of Chinese judgments, then the presumed reciprocity would not be considered to exist between the two sides.[①]

In order to provide references and guidance for Chinese courts in dealing with cases arising from other BR countries, the Supreme People's Court published two sets of guidelines in July 2015 and May 2017. The 18 representative guiding cases selected are mainly those with foreign elements involving the BR countries. Subject matter involved includes the determination of the validity of arbitration agreements; the application of international treaties and international customs; the proof and application of foreign laws, public policy, and letters of credit; the contract of the carriage of goods by sea; the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, etc. The foreign parties in these cases come from a wide range of the BR countries, including Singapore, Portugal, Malaysia, Poland, Germany, and Luxembourg. China is a basically civil law country, but these guiding cases are not fully followed as stare decisis. Their adjudications may thus be a guiding light for lower courts in China not to deviate so much when dealing with similar cases from the BR countries, so that parties in similar circumstances may be treated equally.

At the end of June 2018, the Supreme People's Court set up the First and the Second International Commercial Courts in Shenzhen and Xi'an, respectively.② It has been the most important step to date in improving the dispute settlement mechanisms of foreign-related civil and commercial cases in China. Pursuant to the Supreme People's Court's Provisions on the Establishment of the Belt and Road Dispute Settlement Mechanism and Institutions, such international commercial courts will help the parties along the Belt and Road resolve their disputes through litigation, arbitration and mediation.③ The International Commercial Courts will have jurisdiction over five categories of international commercial disputes that:④ a) the parties choose to litigate in the Supreme People's Court by agreement in accordance with Article 34 of the Chinese Civil Procedure Law(the amount in question in these cases must exceed RMB300 million)⑤; b) originate within the jurisdiction of the Higher People's Court, but which should be heard by the Supreme People's Court by agreement; c) have a significant impact nationwide; d) apply for interim measures to assist with arbitration, for setting aside or enforcing arbitral awards in light of Article 14 of the Provisions; and e) the Supreme People's Court agrees that it should be heard by the International Commercial Court.

---

① Zhu, id. at 24.

② The First and Second International Commercial Court were Set Up in Shenzen and Xi'an, Respectively [最高人民法院第一第二国际商事法庭分别在深圳、西安揭牌办公], People's Daily [人民日报], 30 June 2018.

③ Article 11 of the Supreme People's Court's Provisions on the Establishment of the Belt and Road Dispute Settlement Mechanism and Institutions.

④ Article 2 of the Supreme People's Court's Provisions on the Establishment of the Belt and Road Dispute Settlement Mechanism and Institutions.

⑤ This article provides that the parties to a contract or property interests dispute may choose in writing to submit their dispute to such courts that have actual connection with the dispute as the people's courts where the defendant or the plaintiff domiciles, where the contract is performed or concluded, where the subject matter locates, provided that the provisions of this Law regarding jurisdiction by forum level and exclusive jurisdiction are not violated.

In order to provide a one-stop dispute settlement mechanism, the Supreme People's Court will form an international commercial law expert committee and select appropriate international mediation institutions and international commercial arbitral institutions to provide mediation and arbitration services to the parties.①

However, the International Commercial Courts will only adjudicate international civil and commercial disputes between equal parties. Therefore, state-state trade or investment disputes or investor-state disputes are not within the jurisdiction of these two courts. For international civil and commercial disputes or foreign-related civil and commercial disputes, it is necessary for China to conclude more bilateral judicial assistance treaties in civil and commercial matters with other BR countries, apart from improving the existing domestic dispute settlement mechanisms for foreign-related disputes. For investor-state disputes, it is also necessary for China to conclude more bilateral investment treaties with other BR countries.

B. Facilitation of a Bilateral Dispute Settlement Mechanism between China and Other BR Countries

As of July 16, 2018, there were only 17 effective bilateral judicial assistance treaties for civil and commercial matters between China and other countries, and only 19 effective bilateral judicial assistance treaties for civil, commercial and criminal matters.② According to information from the PRC Ministry of Commerce, there are currently 104 bilateral investment treaties between China and other countries.③ Some of those countries that have received large sums of Chinese FDI have not concluded BITs with China yet.

Considering the great diversity among the legal systems of China and those of other BR countries, the PRC Ministry of Foreign Affairs (Department of the Treaty and Law) should actively initiate negotiations with other BR countries to conclude such treaties more. These bilateral treaties provide a set of clear and uniform rules regarding ascertaining jurisdiction, the service of judicial and extrajudicial documents, the taking of evidence, the recognition and enforcement of foreign judgments, and the exchange of legal materials and information should be provided in. Additionally, a monitoring mechanism should be set up to facilitate the smooth implementation of such treaties.

Meanwhile, considering the potential increase of investment disputes between Chinese investors and the governments of the BR countries due to China's increasing investment in these countries, the PRC Ministry of Commerce (Department of the Treaty and Law) may start negotiations with the BR countries that have not concluded bilateral investment treaties with China, so as to provide guarantees for Chinese investors against potential political, legal and expropriation risks. Based on such development, the China Council for the Promotion of International Trade may work with authorities in the BR countries for establishing a BR Joint

① Article 11 of the Supreme People's Court's Provisions on the Establishment of the Belt and Road Dispute Settlement Mechanism and Institutions.

② The official website of the Ministry of Foreign Affaris of China, http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfhzty_674917/t1215630.shtml (last visited November 19, 2018).

③ The official website of the Ministry of Commerce of China: http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml(last visited November 19, 2018).

Arbitration Center, aiming at drafting a multilateral arbitration convention.[①]

C. Proposal to Build a Multilateral Dispute Settlement Mechanism among BR countries

For the resolution of civil, commercial and investment disputes with foreign elements, a multilateral channel will be more convenient and efficient in the long run. Thus, the PRC Ministry of Foreign Affairs (Department of the Treaty and Law) should actively participate in the negotiation and conclusion of multilateral treaties like the Hague Convention of 30 June 2005 on the Choice of Court Agreements in order to encourage other BR countries to join them. China should also strengthen cooperation in terms of litigation and arbitration with regional organizations such as the European Union (EU), the Asia-Africa Legal Consultative Organization (AALCO), and the Organization of American States (OAS). These organizations have adopted many legal documents for common judicial cooperation. In this regard, China may consider starting negotiation with regional trade organizations such as the Southern African Development Community (SADC), the Common Market of Eastern and Southern African States (COMESA), the Greater Arab Free Trade Area (GAFTA), and the Southern American Common Market (MERCOSUR).

In the future, China should construct a legal framework, such as a BR Economic Partnership Agreement. Under such a framework, China and other BR countries could discuss or even conclude a regional convention on the resolution of civil, commercial and investment disputes with foreign elements in the BR region. It would promoting the free movement of goods, capital, services and labor among the BR countries.

V. Conclusion

Considering the BRI and the *status quo* of the dispute settlement mechanisms between China and other BR countries, the future BR dispute settlement mechanism should focus on improving China's legal framework for settling foreign-related civil, commercial and investment disputes, which leads the BR parties to choose China as an ideal place to settle their disputes. Meanwhile, China should consider negotiating and concluding more bilateral treaties in judicial cooperation and investment promotion and protection with other BR countries or regional organizations. Optimistically, China may propose the establishment of a unified multilateral dispute settlement mechanism among the BR countries. Or, it can pre-set the arbitration as the primary means for solving the dispute, leaving litigation as the secondary means, and mediation as a pre- procedure before arbitration or litigation. The International Commercial Courts in China manifested China's determination to improve its settlement mechanisms for foreign-related civil and commercial disputes. But the jurisdiction of such courts is limited in scope, and the relationship between

[①] For example, with the increase of the civil and commercial disputes between China and African countries since the first Forum on the China-African Cooperation (FOCAC) was held in 2000, the author once proposed to set up a China-Africa Joint Arbitration Center as the platform to settle such disputes. See generally Weidong Zhu, 'Arbitration as the Best Option for the Settlement of China-African Trade and Investment Disputes' (2013) 57 (1) Journal of African Law 149,163. Later, the FOCAC Johannesburg Action Plan (2016-2018) adopted at the Johannesburg Summit of the FOCAC on 3-5 December 2015 stated clearly that the two sides will work together "to establish a China-Africa Joint Arbitration Center. With the efforts made by both sides, the Johannesburg Center and the Shanghai Center of the China-Africa Joint Arbitration Center were set up in November 2015. Subsequently, the Beijing Center, Shenzhen Center and Nairobi Center of the China-Africa Joint Arbitration Center were set up in March 2017.

litigation in such courts and arbitration or mediation is not clearly defined in the Supreme People's Court's Opinions. Whether China's courts will become a platform on which many countries decide to settle their belt and road disputes, or not, remains to be seen.

6.长臂管辖权对中国“一带一路”营商环境的影响和应对

王祥修* 左丽丽**

摘 要：近年来，美国长臂管辖的实践适用得到加强，对中国企业和个人造成了不小的侵害。美国长臂管辖权理论经历了一个发展演变的过程，其核心为的“最低限度联系”原则，其实践的具体适用主要体现在《反海外腐败法》《出口管制法》、337 条款和特别 301 条款三个领域。长臂管辖权对中国倡议的“一带一路”建设过程中反腐败风险、企业合规经营、企业救济手段都将产生重大影响。对此，中国政府应从反对任何国家违背国际规则滥用“长臂管辖”、加强“一带一路”纠纷中的灵活解释、完善国内法及赋予司法机关采取反制措施权力，中国企业应从加强风险防范意识、严抓企业合规建设、复盘商业活动审核风险等方面积极应对美国的“长臂管辖”。

关键词：长臂管辖权“一带一路”营商环境

Abstract: In recent years, the practice of the US long-arm jurisdiction has been strengthened, causing considerable harm to Chinese enterprises and individuals. The US long-arm jurisdiction theory has undergone a process of development and evolution. Its core is the principle of “minimum contacts”. The specific application of its practice is mainly reflected in the Foreign Corrupt Practices Act，the Export Administration Act, Section 337 and Special 301. Long-armed jurisdiction will have a major impact on anti-corruption risks, corporate compliance operations and corporate remedies in the “Belt and Road” initiative. In this regard, the Chinese government should oppose any country's violation of international rules to abuse the “long-arm jurisdiction”, strengthen the flexible interpretation of the “Belt and Road” disputes, improve domestic laws and empower the judiciary to take countermeasures. Chinese enterprises should strengthen their awareness of risk prevention. The company strictly responded to the “long-arm jurisdiction” of the United States in terms of strict compliance with corporate compliance construction and risk of reviewing commercial activities.

Keywords: Long-arm jurisdiction, Belt and Road Initiative，Business environment

长臂管辖权这一概念，其实并不存在于美国的法典当中，也没有统一联邦立法规定。长臂管辖权制定权掌握在各州，并且不同州法院的法官在实践适用中作出的解释各不相同。国内外学者对长臂管辖权的理解定义都无法得出一致的结论，因此不过多赘述其定义。但是可以简要概括出以下关键要素：长臂管辖，是美国民事诉讼法中出现的一个概念，是关

* 作者简介：王祥修：上海政法学院国际法学院副院长、教授、博士、硕士生导师，研究方向为国际私法学、国际经济法学等。联系邮箱：wxx5167@163.com；联系电话：13916181060。
**作者简介：左丽丽：上海政法学院国际法学院 2018 级硕士研究生，研究方向为国际经济法学。

于对人管辖权的重要规定，主要要素包括三点：第一，是域外送达，即这里对人管辖的“人”是不在法院地的自然人和法人；第二，是内容法定，州法院是否能够获得管辖权由法律明确法定；第三，法律明确赋予法院对非法院地被告人的域外管辖。

一、美国长臂管辖权的历史发展

英美法系管辖规则有别于大陆法系的规则设定，虽然管辖权都包含对人管辖和对物管辖，但是前者更注重对被告的属人管辖权，这一点体现在地域因素中，法院对当事人行使管辖权的前提，一定是当事人与该法院所在的领土范围内建立了一定的联系。为了制约法院的权力，避免法院自由裁量权过大，对物管辖更便于认定，而对人管辖则是对法院权力的限缩[①]。起初，美国法院依据普通法管辖规则行使对人的管辖，一直是以传统的“权力支配”理论为基础。该理论通过 1877 年著名的彭诺耶诉纳夫案所确立，依此案例所确认的规则，判断被告是否在管辖法院域内满足“实际存在”条件。“实际存在”要求被告满足与法院之间存在的适当联系，根据三种情形进行判断：一是住所标准，即被告的居所或住所地在法院的辖区内；二是管辖权无异议标准，即被告对管辖权不提出异议；三是物理存在标准，即被告实际能够出现在法院辖区内，并能够经法院合法传唤。最高法院认为若满足这三个传统判断标准，那么就可以认定是符合宪法上“正当程序”的要求。

19 世纪末和 20 世纪初，依靠“权力支配”标准判断管辖权规则的缺陷开始逐渐暴露出来，具体体现在无法具体解释对法人的管辖权，以及汽车的发明使用使得司法机关开始寻求法律拟制。最终在 1945 年，迎来了著名的“国际鞋业案”，对人管辖权的理论基础从此发生变动。

美国法院在适用长臂管辖权时往往遵循两个步骤。首先，由于不存在一部联邦立法规定，各州法院在实践中直接适用的依据仍然是各州的具体法规。其次，行使长臂管辖权要注意不能与联邦宪法第 14 修正案规定的“正当程序”条款相违背。

“国际鞋业案”的争论焦点在于，如何确认一个在密苏里州注册设立的公司经营实体，华盛顿州法院是否可以取得对其管辖权？进一步如何判断公司法人的“实际存在”以及与法院地之间的合理的联系。最高法院对“正当程序”原则在对人管辖问题上的适用进一步作出了新的解释，即“正当程序”要求的是法院能够合理送达到被告这一程序，如果被告不能以“物理存在”的方式出现法院管辖区域内，那么必须要使被告与法院之间达成“最低限度联系”。既然可以通过传票或其他形式向被告送达，那么就满足了“正当程序”要求，不会违背公平公正理念。[②]从此，“正当程序”的新标准开始产生适用，首先，它要求判断被告与法院所在地存在某种联系；其次，要求原告诉讼的起因是产生于该联系；最后要求这种联系是系统的、持续的、实质性的，符合公正合理要求的，从而取代“权力支配”理论所要求的被告“实际存在”，被告是否实际出现在法院地已经无关紧要。

因此，“长臂管辖”制度也就可以简单总结为：美国法院根据州立法法规的授权，在非居民被告与法院之间的联系既满足“最低限度联系”原则，也符合正当程序原则时，该法院就可以取得对该非法院地被告的特别管辖权或者一般管辖权，这种由居民“伸向”非居民的扩张性管辖权效果就被称之为“长臂管辖”规则[③]。

二、美国长臂管辖权的实践适用

长臂管辖权制度有其存在非常合理的地方，它使管辖规定的判断更加灵活，契合现代

[①] [美]RobertC.Casad，刘新英（译）：《论美国民事诉讼中的管辖权》，载《法学评论》1999 年第 4 期。
[②] [美]RobertC.Casad，刘新英（译）：《论美国民事诉讼中的管辖权》，载《法学评论》1999 年第 4 期。
[③] 新京报：《华为 CFO 孟晚舟被捕，美国“长臂管辖”的“臂”有多长》
https://baijiahao.baidu.com/s?id=1619081265755322218&wfr=spider&for=pc（访问时间：2019 年 6 月 7 日）

生活人们的交往节奏，它的适用也不是简单随意的，而是有复杂的适用标准，最大化保障个案的公平和正义，同时也赋予了法官更大的自由裁量权，与美国的整体法律制度、政策和理念相适应[①]。但是在近年来的国际社会实践中，这项规则被认为是美国维护自己利益最大化的得力助手，利用其在政治、经济、意识形态领域强大的实力，将规则适用逐步扩散到金融、贸易、投资、反垄断、网络等诸多领域，并有望不断持续扩张。长臂管辖权在实践中，是被反恐专家们定义为“法律战”的新型国际冲突，真实面貌是“披着羊皮的狼”，极力通过以下“三部法”将国内法推行到世界上其他国家，诸多公司和高管都受到美国严厉的法律制裁，这种将国内法代替国际法的行为在国际上也引起了广泛的争议。

（一）《反海外腐败法》

美国的《反海外腐败法》（FCPA）是在 1977 年颁布，经历“水门事件”丑闻之后美国民众和政府都意识到要制定一部法律，专门用来禁止国内特定个人或企业实体向外国政府官员进行非法支付行为以获取不当利益所得的行为。但是颁布之后，实际情况是美国仍想袒护国内企业的利益，“睁一只眼闭一只眼”，因此该项法律从生效以来一直处于休眠状态。为了打击国际市场上的竞争对手，使美国国内企业得以生存，于是将这项法律适用对象转换目标。经过 1998 年第三次修订，国会修改该法律扩大其适用对象，适应国际市场的情况，使其变成域外法，具有域外效力。结合 2005 年修订后的《爱国者法案》，开展情报间谍活动，打击海外腐败分子获取数据信息，借以打击竞争对手，从此《反海外腐败法》得以应用。欧洲国家是早期美国重点打击的对象，根据《美国陷阱》一书作者皮耶鲁齐先生的统计，迄今为止，据此法缴纳罚款超过 1 亿美元的 29 家企业中，欧洲企业占据 15 家，占比一半以上。这项法律俨然已经成了补贴美国财政预算的“摇钱树”。

FCPA 的管辖适用条件有三个：一是适用美国公民、永久居民和其他具有美国国籍的人、依据美国法注册成立的法人公司、企业或其他组织。二是不仅管辖国内经营的公司，还管辖在美国证券交易所上市的公司。比如在美国上市的荷兰公司 VimpelCom，其乌兹别克斯坦全资子公司涉嫌向乌国官员行贿，于 2016 年被美国司法部认定违反《反海外腐败法》并被罚款 7.95 亿美元。三是不论直接还是间接，只要跟美国领土范围内“挂钩”从事贿赂行为的个人或机构[②]。2017 年何志平因涉嫌向非洲国家官员行贿行为而被捕，案件的当事人并非美国人，行贿行为也并非是向美国官员，但是美方认为由于行贿的银行转账通过纽约银行汇款，根据这一联系点被认定是满足“最低联系” 原则对其进行长臂管辖和法律制裁。

FCPA 的执行上非常严格，并且得到美国各大部门的“大力支持”，窃听、卧底、举报、搜查令等多种手段严厉打击海外腐败。在 FCPA 的海外执法上，美国不遗余力践行“长臂管辖”，根据 2019 最新 FCPA 报告中显示，在罚款金额排名前十的案件中，八家都是外国企业[③]。当一家外国企业的商业交易行为危及到美国企业的利益，扒出任何能和美国搭上边的信息，即被认为满足“最低联系”原则，也就是说，可能是用美元作为计价签订一份合同，或者仅仅是使用美国银行汇款交易，或是通信服务触及美国的网络服务器，甚至只要邮件过境美国，美国就认为自己有权提起诉讼。这种“流氓”行为对于跨国企业或跨国交易来说，都是非常不利的，破坏了正常的市场竞争秩序。

（二）《出口管制法》

1979 年制定的《出口管理法》主要是对出口或再出口的美国生产的军民两用产品、软件和技术进行管理。商务部根据此法进一步制定了《出口管理条例》，由美国商务部工业与安全局负责《出口管理条例》的具体实施和执行。针对美国明确禁运的国家，任何企业不

---

① 周丽霞：《论美国冲突法中的长臂管辖权》，大连海事大学，2005 年 3 月。

② 刘旭，程炜：《美国“长臂管辖”实践对我国的启示》，载《中国外汇》2018 年第 19 期。

③ Miller & Chevalier：《FCPA Spring Review 2019》
https://www.millerchevalier.com/publication/fcpa-spring-review-2019 （访问时间：2019 年 6 月 1 日）

能将美国生产的管制设备出口到该国，并且不能破坏美国作出的金融制裁。实践中美国也确实采取了行动，在 2016 年 3 月，中兴公司被控诉涉嫌违反美国出口管制法，向伊朗出口受美国管制物项，被列入“实体清单”。2018 年 12 月孟晚舟加拿大被捕时，美国当局的认定就是华为公司涉嫌违反美国对伊朗的贸易制裁规定。

从巨额罚单到“实体清单”，美国出口管制立法不断升级：2018 年 8 月 13 日，美国总统签署《2019 财政年度国防授权法》，作为其组成部分的《2018 年出口管制改革法》（Export Control Reform Act，简称 ECRA）正式成为法律。这项法案的出台，毫不客气地说，ECRA 是目前美国现有出口管制体系的升级加强版。不仅在法律适用上扩大《出口管制法》的适用范围，而且明确要求加强对武器禁售国家对许可审查，这一项是被看作针对中国而采取的对应措施。

在出口管制方面，美国已经协同商务部、国防部、能源部、国土安全局、司法部、国务院和财政部、国家情报总监等机构形成全面管制执法体系。美国出口管制政策的两大手段是出口管制清单和许可证制度，其中最常使用的执法工具就是清单管理。今年 5 月 15 日，美国商务部工业和安全局声明，把华为及 70 个附属公司增列入出口管制的所谓“实体清单”。此举意味着美国供应商如果要向华为供货，需要取得出口许可证，基本上美国产品的全面断供。种种事实均表明，中国是当前美国所集中火炮关注的对象，动用政府权力强行实施出口管制禁令，是对中国企业进行公然打击的非法行为。

比较中美两国出口管制领域的相关立法情况来看，中国确实存在一些不足的空间，在出口管制领域一直缺乏一部纲领性的基础性法律。长期以来，相较于对出口的管制，中国更加侧重于对进口行为的管制，在出口领域缺乏必要的规制和执法。随着中美贸易战不断加剧，美国利用其严格的出口管制法律对部分中国企业巨头进行限制或制裁，必须要引起中国的高度重视。2018 年以来美国出口管制立法逐步升级，前有中兴遭到制裁，后有华为等众多中国企业相继被列入出口管制实体清单。对于美国的单边制裁和“长臂管辖”我们不得不提高警惕，积极利用法律手段维护权益，中国须尽快出台《出口管制法》，帮助境内外企业理解中国出口管制监管的核心，敦促和帮助相关企业建立、完善内部出口管制合规体系。

（三）337 条款与特别 301 条款

337 条款和特别 301 条款都是针对知识产权领域的保护条款，是美国知识产权战车的两翼[①]。它们在三方面有所区别，第一是适用对象不同，337 条款出自美国《1930 年关税法》，针对的是不公平竞争行为，尤其是侵犯美国知识产权的进口产品。特别 301 条款出自美国《1974 年贸易法》，是要求外国政府必须要对美国的知识产权尽到保护义务，防止侵犯行为的发生；第二是判断依据不同，对 337 条款进行调查只要证明进口产品存在侵权事实和美国国内存在或在建相关产业即可，而特别 301 条款是要求美国贸易代表提交一份确认报告，报告要对该国家没有达到足够的知识产权保护，并对依赖此保护的美国人给予不公平和恰当的市场准入作出举证，一旦报告举证的内容确切成立，该国家就会被列入“重点观察国家”名单；第三是救济途径不同，337 条款针对外国厂商生产的侵权产品，美国国际贸易委员会可以采用诉讼程序维护本国的利益，打击外来侵权知识产权行为，而特别 301 条款更多的是采用外交途径，通过签订国家间的双边或多边协议、条约和公约的形式弥补和改善他国知识产权体制的不足。

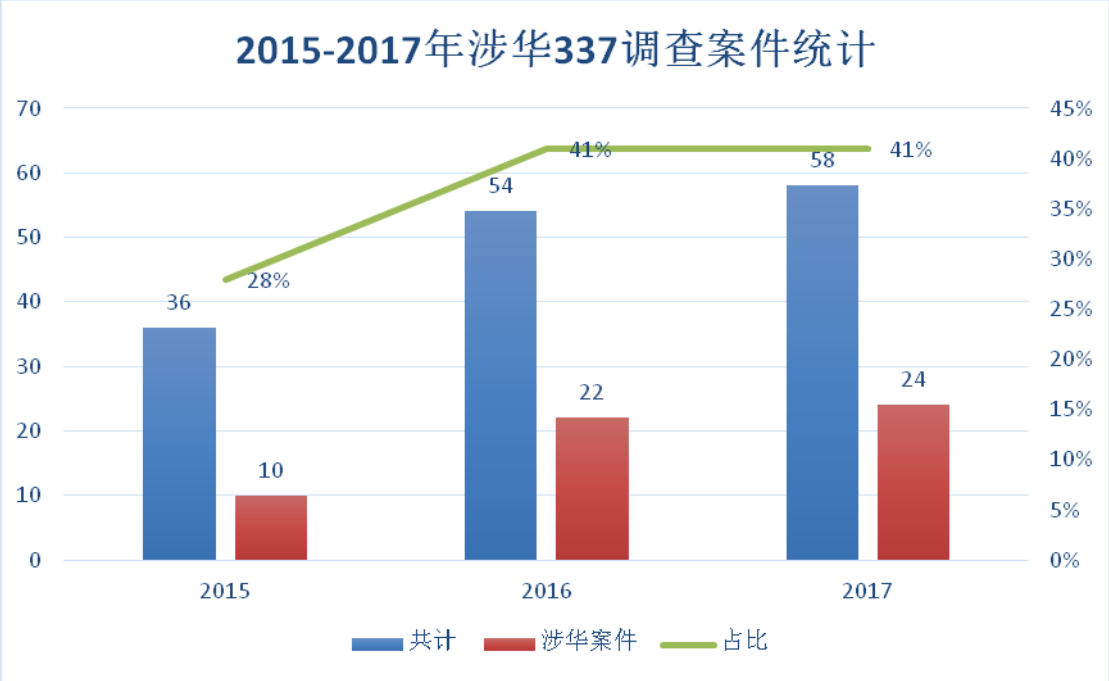
今年 4 月 25 日，美国贸易代表办公室“2019 知识产权特别 301 报告”及 2019 年“恶名市场名单”，特别 301 报告中针对中国的调查内容达到 9 页，“恶名市场名单”连续第 15 年将中国列入“优先观察名单”。报告中对商业秘密、假冒产品、电子商务市场中的盗版和

[①] 赵磊：《如何看待美国长臂管辖权》，载《中国党政干部论坛》2019 年第 5 期。

假冒、专利政策、《著作权法》修订、技术转让等知识产权创新、《网络安全法》进行了详细了调查和指责[①]，中国已然成了美国的重点关注对象，不排除未来会被列入“重点国家”名单的可能性。

337 条款调查的范围不仅限于知识产权侵权，而是产品进口过程中的任何不公平待遇和不公平竞争方法，针对外国企业和产品，是其充分发挥“长臂管辖”的领域，在 2016 年中国多家钢铁产品案中，首次将反规避、反垄断和商业秘密纳入调查范围。自 1986 年以来，美国已对中国企业发起了 233 起 337 调查。根据数据统计显示（见下表 1）[②]，美国每年发起的 337 调查案件，其中涉华案件比例远远超过中方对美方的贸易占比，中国的崛起已经引起了美方的“敌视”并已采取针对性措施，中国也必须加快应对，更加主动出击，维护中国国家安全和企业公民利益。

表 1:2015-2017 年涉华 337 调查案件统计



三、美国长臂管辖权对中国倡议的“一带一路”营商环境的影响

（一）“一带一路”现状

自习近平总书记于 2013 年正式提出“一带一路”倡议以来，已经顺利度过了五个春秋。迎来第二个五年的开端。经过夯基垒台、立柱架梁的五年，共建“一带一路”正式成为中国参与全球治理、开放合作，促进全球经济共同发展、推动构建人类命运共同体的中国方案[③]。截至 2018 年底，中国已累计同 122 个国家、29 个国际组织签署了 170 份政府间合作文件，“一带一路”朋友圈遍布世界各地[④]。

---

① USTR：《2019 Special 301Report》https://ustr.gov/sites/default/files/2019_Special_301_Report.pdf（访问时间：2019 年 6 月 7 日）

② 商务部：《中国企业遭遇美国 337 调查有关情况》http://www.qdbofcom.gov.cn/n32208327/n32208334/n32208512/n32208514/180227102633647487.html（访问时间：2019 年 6 月 3 日）

③ 中国一带一路网：数说“一带一路”成绩单 https://www.yidaiyilu.gov.cn/jcsj/dsjkydyl/79860.htm（访问时间：2019 年 6 月 3 日）

④ 中国一带一路网：《共建“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》https://www.yidaiyilu.gov.cn/ldzd/dejgfld/wjxz/86708.htm（访问时间：2019 年 6 月 3 日）

“一带一路”倡议极大地推动了世界贸易和投资的自由化、便利化。“一带一路”倡议涉及大量的跨国性商事交易活动，随着倡议的不断深入，对整体的营商环境提出了更高的要求，如何切实保障“一带一路”背景下的国际商事交易，进行风险预防都是各国急需研究和思考的问题。中国随着“一带一路”倡议的推进，国内的营商环境也在不断优化中。习近平总书记在讲话中多次提出要改善营商环境和创新环境，提升国际竞争力。李克强总理在政府工作报告中也再次强调了营商环境持续改善的重要意义。国家连续实施系列减税降费政策措施，在全力改善国内营商环境的同时，中国税务部门还不断强化国际合作，助力推动打造合作共赢的新型国际商业关系。最高院也发布相关公报[①]，要求切实保障企业家的合法权益。

（二）世界银行 2019 年《营商环境报告》

世界银行从 2003 年起，每年都会发布全球主要经济体的《营商环境报告》，综合测评各国政府为企业经营所提供的系列保护。报告对象从 2003 年的 133 个增加到 2019 年的 190 个，包含企业整个生命周期可能涉及到的 11 个领域的量化数据，总计 10 个指标：一是创办企业；二是建设许可证；三是电力设备；四是登记财产；五是获得信贷资金；六是保护少数投资者；七是纳税；八是跨境交易；九是合同执行力；十是破产解决和劳动力市场规制。其中，《营商环境报告 2019》未纳入第十个指标中的劳动力市场规制问题[②]。报告确定的 10 大指标恰如其分地体现出一国对企业经营过程中给予的便利和自由，同时报告不仅对投资者提供可靠的数据支持，也为各国提供积极的信息反馈，供政府制定合理的商业监管政策时使用。

由于历史等多重原因，“一带一路”沿线国家大多是新兴经济体和发展中国家，经济水平低下、政策波动、社会转型不稳定，总体上营商环境不容乐观，企业海外投资存在诸多未知和不稳定。无形中加大了中国企业“走出去”投资的成本，中国企业海外投资风险的概率也增加不少[③]。选取十个沿线国家数据排名（见下表 2），根据 2019《营商环境报告》显示，“一带一路”沿线国家总体上营商环境排名居中靠后，评分处于良好，往上突破的空间很大，这需要未来进一步加深“一带一路”的经贸合作，互利共赢打造良好的营商环境。

表 2：“一带一路”部分沿线国家 2019 年营商环境全球排名

国家	评分	等级
中国	73.64	46
泰国	78.45	27
马拉西亚	80.60	15
土耳其	74.33	43
印度	67.23	77
塔吉克斯坦	57.11	126
哈萨克斯坦	77.89	28
俄罗斯	77.37	31
尼泊尔	59.63	110
捷克	76.10	35

（三）长臂管辖权对中国倡议的“一带一路”营商环境的影响

[①] 最高人民法院：《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》http://gongbao.court.gov.cn/Details/44b838b8eb594587401b07cd5c3370.html（访问时间：2019 年 6 月 5 日）

[②] World Bank Group：《Doing Business 2019》http://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2019（访问时间：2019 年 6 月 1 日）

[③] 李锋：《“一带一路”沿线国家的投资风险与应对策略》，载《中国流通经济》2016 年第 2 期。

美国长臂管辖制度充分体现“美国特色”，在一定程度上表明了其域外司法管辖权的扩张和滥用，其制度也饱受中国学者的否定和质疑。对于“一带一路”建设过程中的中外企业来说，企业经营风险增大，在企业从事交易的整个生命周期中一旦涉及到“美国因素”，就很有可能会收到美国司法部门的“手铐”，被纳入美国法院的管辖范围之中，对于“一带一路”建设中的跨境交易提出了一大挑战。有不少学者均指出，特朗普的经济政策都导向于一种保守主义的复归[①]。打着“美国优先”的口号，擅自赋予国内法在域外的效力，一味的维护国内企业和个人的利益，大力扩张“长臂管辖”的适用都是其保守主义的表现，这是新时期下国际社会不认可的，是违背民心的方式。

1.反腐败风险加大

随着“一带一路”建设的深入推进，中国企业越来越多地走出去，不仅会面临沿线国家的经贸、政治、安全风险，背后还可能有山姆大叔举着“长臂”虎视眈眈地盯着中国企业。近年来 FCPA 的执法行动越来越针对国际市场，并且逐步向中国逼近。细数 2016 年 FCPA 执法案件，在受处罚的 27 家公司中，有 15 家是因为在中国的行为被认定违反该法律。一方面，由于历史和经济体制原因等，中国历史上腐败的基因并未完全清除，被查处的概率也会高于其他私有制国家；另一方面，中国是美国目前的“眼中钉”，山姆大叔盯大眼睛想找出中国腐败人员的漏洞和把柄。加上美国长臂管辖权的滥用，中国企业和企业高管面临的腐败风险也是一大挑战。结合最近华为事件、中美贸易摩擦等系列问题，中国作为“一带一路”倡议提出国，不难看出，未来“一带一路”建设的发展，“道阻且长，道阻且跻”。

2.对企业合规提出更高的要求

作为判例法国家，美国的“长臂”法律网正在不断地编织一个又一个的法律进而形成一张全球通用的法律网，这张网以美国地位为主导，最高原则也是保护美国的国家利益。在这种背景下，国外企业和高管随时有可能受到这张网的“捕捉”也就不足为奇了[②]。对于中国企业和企业家们而言，企业国际化进程中的合规是企业经营的重中之重。中国企业和公民不断“中招”也应当为大家敲响合规的警钟。在中美贸易摩擦的背景下，纵使企业预先做好了防范措施，也进行了合规操作，也难免不会被设计掉入陷阱，遭到美国的诬害。《美国陷阱》一书也提醒中国企业，必须直面全球化过程中的法律风险，尤其是来自美方的“敌视”。一方面要认清长臂规则可能会给企业或高管带来的人身经济风险；另一方面要认识到，在目前短期内无法改变这项规则的前提下，从自身找原因，加强法律风险防控意识和合规操作。

3.寻求救济手段的难度提高

国际管辖权的争夺不仅仅涉及私主体间的利益博弈，还会涉及一国司法主权的冲突。随着“一带一路”倡议的深入，沿线国家贸易投资往来爆发式涨幅，必然会产生诸多争端纠纷。面临美国的主导地位，国际上主要的救济规则如 WTO 和 ICSID，依然难以跳脱美国的行政权力约束，对非西方国家和广大发展中国家来说，寻求救济难度很大。

四、中国应对美国长臂管辖权的对策建议

（一）政府层面

1.坚决反对任何国家违背国际规则滥用“长臂管辖”

在近几次外交部的对外发言中，都明确表明了中国对于美方长臂管辖行为的政治立场和态度。中国应继续发挥大国担当，对违反国际法的行为要及时作出表态，敢于发声，号召各国团结一心，共同抵制美方单边主义，带头遵守并敦促他国一同遵守国际规则，维护

[①] 徐超，单超：《美对我滥用“长臂管辖”及其应对》，载《世界社会主义研究》2017 年第 6 期。
[②] 刘弋：《警惕美国的“长臂”法律陷阱》，载《中外管理》2019 年第 1 期。

国际秩序稳定[①]。同时，学术理论研究不应含有政治色彩，对于他国具有借鉴意义的法律制度，中国学者的立场应该是以问题意识为导向，积极探讨实施应对美方长臂管辖行为的限制和反制措施。在美方目前不放弃其利益，并且不会轻易改变其长臂管辖行为的情况下，探索出应该以何种对等的手法应对美方长臂管辖、阻止其肆意践踏国际法的行为才是关键所在。对于中国而言，想要在全球治理中掌握话语权，当务之急不是简单的以霸权的视角去看待和抨击这一制度，而是思考如何应对长臂管辖权在国际私法和国际公法领域中的发展普及以及中国应当如何确立自己的长臂管辖权制度以更好的维护国家利益。

2.加强“一带一路”纠纷中的灵活解释

对于目前中国《民事诉讼法》当中关于特殊管辖权和一般管辖权的内容，需进一步细致区分，方便法院适用时更加准确，降低失误率。同时，灵活解释管辖权相关概念，吸收“长臂管辖权”制度的优点，适应当前社会经济和国际民商事活动的发展。近日，商务部在新闻发布会上表示中国将建立“不可靠实体清单”制度，对于非商业目的，违背商业正常秩序和市场规则，对中国企业造成实质性损害，对国家安全构成事实或潜在威胁的外国主体或个人，将列入这一名单，这也将成为中国第一个用以抵制损害中国利益的境外管制和制裁措施的规则，相信这是中国主动出击的良好开端。

3.完善国内法，赋予司法机关采取反制措施权力

中国的《民事诉讼法》对于管辖权制度的规定分为两类，一是涉外民事管辖权的专门规定；二是关于国内管辖权的一般规定。当涉外案件无法适用特殊规定确认时，中国可以依据一般规定来确认涉外案件的民事诉讼管辖权。建议日后完善过程中要考虑引入类似制度，将管辖权制度融合进大陆法系和美国管辖权制度规定，灵活适应现代交易生活。学习并借鉴美国长臂法规制度的合理性经验，既要防止随意扩大国内法在域外的适用，又要赋予中国司法机关在特殊情况下能够采取反制措施的权力。2015 年实施的《民事诉讼法司法解释》第 532 条正式规定了不方便法院制度，这是中国首次正式纳入不方便法院原则，日后可以在此基础上进一步予以完善[②]。

欧盟应对美国长臂法规的做法是启动《阻断法令》，以法律的形式绕过美国的管辖约束，用于阻止外部其他司法管辖区的法律在其境内生效的法案。在他国损害欧盟利益或企业贸易情况下，该法令可以禁止欧洲企业遵从其制裁，反对他国国内立法在欧盟的域外效力。保障欧盟的企业和个人利益不受到损害，但这部法令日渐沦为寻求美方政治合作的外交工具，实际收效甚微。不建议中国效仿欧盟设立《阻断法令》，可通过多边主义等方式来削减美方的影响。

（二）企业层面

1.树立法律风险意识，时刻保持危机意识

在“一带一路”倡议背景下中国企业“走出去”时要时刻保持警惕，结合自身“所有权优势”，充分考虑沿线国家政治经济、法律制度等各项因素，择优选择投资进入策略[③]。企业必须加强“普法”教育，致力于合规，才能对自身经营和高管个人起到有效保护作用。深入研究“长臂管辖”的框架体系和国际冲突法的相关规定，充分利用一切资源和人才，切实维护保障自身利益。企业和主要负责人需要提高自身法律风险防范意识，加强团队建设，建立一支掌握美国法律背景专业人才参与的专业合规审查团队，帮助企业建立并完善合规机制。

2.严抓合规形式和实质要求，积极构建贸易合规体系

严抓合规可以从形式和内容两个层面入手，形式上合规：要求相关企业在遵从中美出

---

① 张钢，项黎宁：《长臂管辖背后的思考》，载《江苏法制报》2019 年 1 月 4 日。

② 马敏：《过度司法管辖权的间接限缩——以美国为例》，载《太原学院学报》2016 年第 4 期。

③ 蒋冠宏：《中国企业对“一带一路”沿线国家市场的进入策略》，载《中国工业经济》2017 年第 9 期。

口管制相关法律法规制度的相关制度设计及程序性要求，主动调整经营行为及修改相关合同协议；实质上合规，是更高要求的合规，核心要求是要加深对中美双方出口监管制度的理解，建立更贴合自身实际的企业内部进出口管制合规体系。依据相关管理指引进一步加强境外经营活动全流程、全方位合规，同时重点针对对外贸易、境外投资、对外承包工程和境外日常经营等四类主要活动，明确具体的合规要求[①]。在中美贸易战加剧背景下，业内人士分析相关对策认为，中国企业应积极构建贸易合规体系，以便识别自身贸易违规风险并采取应对措施，确保自身持续可预期地作出合规的出口计划，进而降低美国处罚风险。随着中国出口管制相关立法不断完善，建议相关主管部门确立、完善出口管制行业合规统一标准，并指导相关企业设立出口管制合规风控系统及合规风控法律顾问制度。

3.复盘商业活动审核风险点，灵活应对未来发展

对于近年来美国大力度对中国企业和个人进行“长臂管辖”，企业有必要对过去的商业活动进行复盘审查，审核风险点并提前做好预案。同时，面对美国恶意的“长臂管辖”，企业要想办法“绕过去”，避免直接触碰美国相关的法律规定，落人把柄，小心谨慎是为上策。

五、小结

随着以“美国利益优先”特朗普新一届政府的上台，世界不确定性又在加剧，新的机遇和新的挑战已经来临[②]。但是可以乐观的看到，以发展为导向的“一带一路”建设，与现有国际经济合作机制的规则导向相比，更为国际社会认可和接受[③]。相信在未来的全球化进程中，新兴经济体的力量、非西方国家的崛起和中国的大国担当，世界格局和人类社会定会有更大的突破和改变。

7.“一带一路”倡议下中国-东盟争端解决机制的构建

陈丽平*

摘　要：随着“一带一路”倡议的深入推进，如何有效解决中国-东盟经贸争端将不可避免成为区域内国家共同面临的问题。面对新形势，中国-东盟固有的争端解决机制存在诸多缺陷和不可行性，行将不能适应“一带一路”建设现实之需。有鉴于此，应充分考虑“一带一路”倡议的建设性理念和中国-东盟国家的实际发展，并借鉴吸收既有的中国-东盟争端解决机制中的合理之处，以此为基础，构筑一整套兼顾诉与非诉、层次嵌合、自成体系的多元化争端解决机制。

关键词：“一带一路”倡议；中国-东盟；争端解决机制

中国-东盟自由贸易区自 2010 年全面建成以来，中国和东盟 90%以上的商品实现了零关税，2016 年中国-东盟双边贸易额达到 4522 亿美元，中国持续多年成为东盟第一大贸易伙伴。2016 年东盟峰会通过的《东盟互联互通总体规划》，旨在对可持续的基础设施建设、数字创新、物流、进口管理和人员流动等五大方面加大投入。“一带一路”倡议与东盟共同体、东盟十国两个层面的发展战略与规划整合对接，行将从根本上促进中国-东盟经贸合作的纵深发展。然毋容回避的是，在如此庞大的经济合作过程中，各种贸易、投资争端将频发丛

[①] 中华人民共和国中央人民政府：《多部门关于印发〈企业境外经营合规管理指引〉的通知》http://www.gov.cn/xinwen/2018-12/31/content_5353734.htm（访问时间：2019 年 6 月 1 日）

[②] 黄平：《不确定性年代里的确定性寻求》，载《当代世界》2017 年第 2 期。

[③] 李向阳：《论“一带一路”的发展导向及其特征》，载《经济日报》2019 年 4 月 25 日。

生。目前，《中国-东盟全面经济合作框架协议》为“四梁八柱”性质，《中国-东盟自由贸易区服务贸易协议》旨在专项突破传统难题，《中国-东盟全面经济合作框架协议——争端解决机制协议》则是实体性冲突的程序化解决依归。上述系列协议既有实体规范又有程序规定，为自贸区的良性运作提供了规则工具箱、奠定了法律基础。但是，近十年间，中国-东盟贸易争端遍有多发，然而多数案件之解决仅限于国家阶段不达国际，止步于行政程序，为数极少的案件经过磋商和调停程序，具有准司法和司法性质的仲裁和诉讼程序却鲜有启用。由此可见，中国-东盟现有争端解决机制的局限性在一定程度上限制了其作用的发挥，为此，只有构建一套法治化体系，选择一条法治化的发展路径，实现国内法治与国际法治的良性互动，“一带一路”才能确保长期、稳定、健康发展。[①]

一、中国-东盟争端解决机制的主要内容

2005 年生效的 CAFTA 争端解决机制规定于中国—东盟自贸区项下处理贸易争端法律文件，实为有限效仿 WTO 争端解决机制而作的制度设计。该文件共包含 18 个条款及 1 个附件。协议根据中国-东盟自由贸易区自身的独特性，对争端的适用范围清晰界定、对磋商程序予以明确指引，还根据东方智慧与中国经验创新性地规定调解和调停，并就仲裁庭的设立及职能、组成和程序作出统一规范，继而就传统的仲裁重点、难点问题预为指南，特别就仲裁裁决之执行、补偿和终止减让等难题专章规定，为中国和东盟全面经贸合作起到了重要的促进作用。

（一）CAFTA 争端解决机制的性质

现有的中国-东盟争端解决机制具有多边性。CAFTA 争端解决机制是由中国和 10 个东盟成员国通过多边谈判而达成的协议，该多边协议缔约方涉及 11 国，有分有总，分总结合，意即东盟十国时而可为一个铁板一块的整体，用一个国际法主体身份与中国谈判、协商，时而又可按其所需单个国家与中国展开交涉。在协议项下，东盟十国与中国不问经贸实力大小，均一体平等享受条约权利，亦可同等利用协议规定的手段与方式，解决缔约国之间的贸易投资、知识产权、劳工、环境等领域争端。[②]此一多边争端解决机制既可强化各争端解决程序之协调，又可提升争端解决之效率，因而积极意义显著。

（二）CAFTA 争端解决机制的适用范围

CAFTA 争端解决机制开宗明义规定中国-东盟争端解决机制的适用范围，具体条款见之于本协议第 2 条，明确规定凡《框架协议》项下之争端，均可援引，协议主文及其附件均一体适用。[③]据此规定，CAFTA 争端解决机制的适用范围可谓在区域内包容普适，既能涵盖货物贸易、服务贸易所生之传统纠纷，又可用于解决投资争端等新型纠纷，且最后还可覆盖框架协议项下之无法分类之纠纷，对纠纷类型既有抽象概括又有具体列举，既有分类又有兜底，真正做到应包尽包。由此可见，中国与东盟各国的贸易、投资、知识产权等各项争端均可适用该协议。

（三）CAFTA 争端解决机制的具体方式

为了高效、及时地解决争端，CAFTA 争端解决机制第 4 条至第 13 条对三种常见的争端解决方式做了明确规定。从条款数目而言，其中所占比例最大的是仲裁程序的规定。

---

*陈丽平，女，湖南常德人，广西师范大学讲师，法学博士，主要从事国际法学研究。本文系广西哲学社科基金项目《“一带一路”背景下中国-东盟国家民商事判决承认与执行合作机制研究》（17CFX001）、广西地方法治与地方治理研究中心重点课题《“一带一路”倡议下中越边境民商事争议解决机制的问题与对策研究》的阶段性成果。

[①] 赵骏.“全球治理视野下的国际法治与国内法治”[J].中国社会科学,2014(10):126.

[②] Anbar Jayadi, Dispute Settlement Mechanisms under the ASEAN Legal Framework, 6 Indon. L. Rev. 262 (2016).

[③] 沈四宝.论《中国-东盟全面经济合作框架协议争端解决机制协议[J].上海财经大学学报, 2000(1):32.

第一，磋商。在 CAFTA 争端解决机制中，“磋商”及相近似表达如“各方协商一致”“一致确定”“达成一致”等出现多达 31 次。仅第 4 条就用了 8 个条款对“磋商的条件和要求”做了专门规定。在协议中，磋商解决机制贯穿整个争端解决程序始终，除协议规定的强制性事项外，争端双方可将磋商解决方法适用于任何程序。如调解调停过程中的磋商、仲裁正式启动前的磋商、仲裁程序、执行及补偿和中止减让利益等。通过“磋商”达成的意思自治，不仅有利于增进双方的互信，而且有利于提高争端解决的效率。

第二，调解或调停程序。CAFTA 第五条明确规定争端双方可随时调解或调停。此程序既可随时启动，又可随时终止。调解程序进展以及调解过程中当事人的立场变动等均属保密信息，调解或调停中任何一方所获取的任何信息均不得对另一方产生不利影响，意即不得不当利用调解过程中可能对一方不利的任何信息。这两种程序的特殊之处在于给予当事人相当大的自主选择权，当事方可自由选择在任何时候通过调解或调停来解决争端，也可以自由抉择在何时结束程序。这种高度自治的争端解决方式，利于快速高效地解决经贸纠纷，符合中国-东盟自贸区的发展实际。

第三，仲裁。仲裁在 CAFTA 争端解决机制所占篇幅最多、分量最重，因而居于核心地位。协议第 6 条至第 13 条，以及附录《仲裁规则与程序》对仲裁庭的设立及组成、职能及程序、仲裁庭报告、程序的中止和终止、仲裁决定的执行等问题做了非常详细的规定。[①]仲裁受理的前提条件是争议当事人双方协商同意将争端提交共同信任的第三方，且高度依赖中立的第三方之专业判断，在判断结论作出后依法律或习惯，甚至自愿服膺裁决并执行。仲裁作为一种自主性很强的纠纷解决方式优势非常明显。相比国际诉讼成本高、持续时间长的特点，仲裁程序快捷灵活，一般不出 1 年之期就能得到结论明确的调解和裁决结果。仲裁庭的组成人员是在客观、公正和独立的基础上严格选任，能对审议的争端作出客观评价。此外，选择仲裁方式体现双方意思自治与高度合意，且仲裁过程及其记录不公开，这无疑利于仲裁当事人的商业秘密和企业信息之保护，是一种优质高效的争端解决方式。

二、“一带一路”倡议下中国-东盟争端解决机制的困境及原因

“一带一路”范围涵盖地域最为宏阔的亚欧非大陆，旨在连通东亚和欧洲两个超大规模的经济圈，势将带动中亚腹地经济的大繁荣、大发展。从本质上而言，“一带一路”倡导的是一个开放包容的合作体系，不建立封闭的国际组织体系，是以“互联互通”的项目带动沿线国家的合作。通过上文对中国-东盟争端解决机制主要内容的分析可知，CAFTA 争端解决机制适用范围广、争端解决方法多样、磋商机制前置等特点，在促进双方贸易发展、增强政治互上起着积极作用。面对新形势，中国-东盟固有的争端解决机制存在诸多缺陷和不足，已无法满足“一带一路”建设的实际需要。

（一）CAFTA 争端解决机制的适用主体范围过窄

目前自贸区内争端量多频发且类型多样，既有产生与政府间合作的国际贸易争端，也有外国投资者与东道国政府间的争端，更有私人、企业之间因贸易往来、相互投资、或侵犯知识产权而生的商事争端。而根据 CAFTA 争端解决机制条文，只有区域内主权国家才是协定认可的适格主体。也就意味着争端发生之后，只有中国和东盟十国的政府才有资格启动争端解决机制，而私人、企业及政府之间在经贸领域产生的纠纷，是无权向该争端解决机制提请诉求。在中国-东盟自贸区的经贸合作进程中，私人、企业多有参与，实为最主要、最活跃的法律主体，一旦在他们之间产生经贸纠纷，区域内争端解决机制将其拒之门外，其只能转向国际投资争端解决中心或者其他国际仲裁组织寻求定纷止争，如此则会耗费大量的时间与金钱，从而打击私人贸易投资的积极性。

[①] Elizabeth Siew-Kuan Ng, ASEAN IP Harmonization: Striking the Delicate Balance, 25 Pace Int'l L. Rev. 129 (2013).

（二）仲裁机制的法律规定之不足

仲裁作为争端解决机制中的核心程序，其机制的有效涉及对促进争端的快速、高效解决起着重要作用，但目前的仲裁解决机制却长期被“束之高阁”，主要是由于其制度涉及存在不足，亟待完善。

第一，仲裁员遴选程序不合理。CAFTA 争端解决机制第 7 条规定，一般由三名仲裁员组庭审理，两方当事人各指定一名，第三名仲裁员没有一个明确的条件和范围。《北美自由贸易协定》、《WTO 争端解决机制》和其他的主要国际仲裁机构均事先建立仲裁专家库，并公开入库专家名册，这样当事人从中挑选仲裁员，程序上极为便利，又可选择甚合己意的专家仲裁员。如无来源广泛、专业权威的入册专家供各方自由选择，则不可避免存在选任随意、暗箱操作之乱象，这样必然会减损仲裁裁决之公正性与权威性。

第二，缺乏常设的仲裁机构。CAFTA 争端解决机制对中国-东盟争端解决仅规定了在各国设立联络点，缺乏常设仲裁机构，实行临时仲裁制度。根据协议条款，当争端发生后一方提起告诉时，双方争端只能由临时仲裁庭裁决，且该仲裁庭之仲裁员只能由争端方临时选定。因此缺乏一个专门负责审议和处理法律问题、解决争端的常设机构，并且问题解决后，此仲裁庭自行解散。在司法实践中，临时仲裁制度使仲裁庭的工作在法律上缺乏监督，继而导致该程序缺乏执行力和操作性。[①]虽然协议对仲裁庭的成立时间及运作作出了严格限制，但是并未附随规定未遵守时间限制之不利法律后果，故而极易引发程序拖延，让争端久拖不决，让各方权利义务处于悬浮虚置的状态。

第三，仲裁庭的表决机制存在局限。协议第 8 条第 5 款规定，如果仲裁庭组成人员意见不一致，则实行多数表决原则，这是国际仲裁的通行做法。但在协议中却额外规定了第三方制度，即如果再某一系争纠纷中出现三个以上的当事人，而各方分别选定的仲裁员因利益偏好不同而无法达成一致意见时，极易造成裁决不能的困境。

第四，缺乏上诉机制。仲裁机制因缺乏上诉程序，使得自认为受屈的争端一方无从就自己所遭受之不公正待遇进行权利救济，此为自贸区争端解决体系中最大缺憾。相较 WTO 而言，争端任何一方如果对专家组报告所涉法律问题及法律解释存在异议，则可径行向 WTO 上诉机构提起上诉以获得公正裁决。

第五，仲裁裁决的执行缺乏监督。执行有如法之牙齿，有效的执行可让仲裁裁决得到切实遵守，协议虽对仲裁做了详细的规定，但是对执行缺乏有效监督。各成员国执行裁决完全依靠诚实自愿，能够使败诉方自觉执行裁决的唯一动力就是启动报复惩罚机制，但这恰恰与争端解决机制的价值取向是相违背的。

（三）CAFTA 争端解决机制的利用率低

中国与东盟十国之间贸易争端频发，数十年间形成了颇具特色的“东盟模式”，具体内容包括：1.互不干涉内政；2.协商一致；3.非正式磋商；4；以非对抗方式解决问题；5.通过先易后难、逐步推进的方式，达到兼顾包容、协商一致的目标；6.通过订立共同决议，而后采取共同行动。[②]这种“东盟模式使区域内的多数争端案件均限于国内行政程序解决，仅有寥寥几案触及磋商程序而后止步不前。中国与东盟诸国的争端大多通过两种途径解决：其一通过各国商务部进行反倾销立案及裁决，如 2015 年越南对原产自中国的冷轧不锈钢征收反倾销税案；其二是通过双方协商达成共识。如 2008 年中越之间的植物出入境案件，最终通过协商达成共识。这种崇尚非正式对话，强调协商一致的方式，使规则化、制度化的争端解决实践陷入困难境地。

三、构建符合“一带一路”特点的中国-东盟争端解决机制

① Walter Woon. Dispute Settlement in ASEAN, 1 Korean J. Int'l & Comp. L. 92 (2013).
② 程信和,呼书秀,东盟自由贸易区的发展模式几点启示[J].南方经济,2004(7).

近十年间，世界经济复苏乏力，欧、日两大经济体依然深陷困境，美国逐步触底反弹，我国在此机遇下提出“一带一路”倡议，这是我国未来在国际经贸领域的上层设计，在刚刚结束的党的十九大中此项战略也得到了高度肯定。[①]基于此，有必要结合“一带一路”倡议的性质和特点，创新性地提出中国-东盟争端解决机制的可行建议。

（一）提高争端解决机制中私主体的地位

CAFTA 争端解决机制的主体仅限于国家，其目的是避免私人滥用诉权。但是，为了使外国投资者积极参加诉讼，建议考虑借鉴《北美自由贸易协定》允许个人直接介入国际贸易、投资纠纷的成功经验，允许私人参与者成为争端解决机制的限制性主体。即在产生贸易投资争端后，允许私人投资者同东道国政府协商，如若协商不成，旋即有权启动国内行政、司法或国际仲裁程序。这在一定程度上体现了“一带一路”倡议的开放包容的特点，推动沿线国家积极拓展相互投资，以国际硬法性质的国际条约或协定确保投资者享有诉讼权利，而不必顾忌其国际合作者为一外国法人，甚或为一主权国家。当然，对于私人当事方的救济权也要有适当的限制，不能过分强调对投资者的“弱者保护”而导致滥用诉权对东道国造成消极影响。

（二）提高仲裁争端解决机制的准司法性

“一带一路”建设向世界各国开放，不建立封闭的国际组织体系，不以签订具体协定和成立国际组织为要件，而是以“互联互通”项目带动沿线国家的合作。[②]CAFTA 争端解决机制中，唯有仲裁机制可归属于司法一类，而磋商、调停和调解因其规则不明确、主观因素、外来因素影响较大，结果难于预测，只能归入属于政治性机制范畴。鉴于中国与东盟国家有着深厚的历史渊源，相互间的深层次经贸合作近年来迅猛发展，相互之间的经济贸易与日俱增。虽然政治性机制是化解矛盾的一种有效途径，但更为权威和独立的仲裁机制本身所独有的公平、透明和规范性更能有效公正的解决争端。由于 CAFTA 争端解决机制中的仲裁制度存在不足和缺陷，导致其长期“束之高阁”，应从以下几个方面完善：

第一，设立专门的仲裁解决运作程序。WTO 争端解决机制被视为“国际法皇冠上的明珠”，[③]其成功运行大大提高了 WTO 体系的稳定性和可预见性。其运作程序事由协商、专家小组、上诉审查形成了一套严格的规范化程序规则，使得涉及争端的任何一方都无法拖延或者迟滞争端的流程化解决；专家组报告的监督机制、上诉审查机构的设立、以及“反向协商一致”原则都使问题的解决更加公正和高效。

第二，建立仲裁庭组成人员的专家名册。协定中有关仲裁庭组成人员的规定可以参考 WTO 争端解决机制关于专家组的规定。由一个机构如中国-东盟秘书处统一建立一个专家名册，各国应秉持国际主义精神与利益中立原则，推荐两名以上的本国专家，入册专家标准应为才德兼具，在国际法、国际贸易、国际投资方面具有高度专业的知识，享有国内外声誉与影响。专家以独立身份入册，不代表所在国的利益。一俟争端发生，争端各方有权从公开名册中共同挑选具有相关知识背景的三名专家仲裁员。这样可大大节省选任专家的时间。

第三，设立常设仲裁机构。由于仲裁在中国-东盟争端解决机制的突出地位，虽不能设立像欧洲法院一样超国家司法机构，利益超脱且专业权威。而自贸区内
仅设置临时仲裁庭，既缺乏权威性，又缺少一致性，显而易见难以及时高效地解决纠纷。建议在自贸区内设立常设仲裁机构，事先规定常设机构之标准，每个缔约国可推荐一至两家达标的仲裁机构，依法列入自贸区常设仲裁机构名册，供争端各方自主选择。目前，可根据前期基础允许新加坡国际仲裁中心先行先试，作为中国-东盟争端解决的常设机构之一，

---

① 张卫彬,许俊伟.“一带一路”与投资争端解决机制创新[J].南洋问题研究,2017(4):73.
② 王玉柱.“一带一路”与亚洲一体化模式的重构[M].北京:社会科学文献出版社,2015:12.
③ 张超,张晓明.“一带一路”战略的国际争端解决机制研究[J].南洋问题研究,2017(2):31.

其他国家待达标的后备仲裁机构可先期进行能力建设。新加坡是四大国际金融中心之一是亚洲、东南亚、欧洲的重要服务和航运中心，有许多跨国律师事务所，法定语言覆盖区域内主要语种，各国当事人和代理人均愿选择新加坡为常设仲裁机构。

第四，增设仲裁裁决的复核规则。对于仲裁裁决复核程序缺失，各方多有诟病指责，建议参酌 WTO 争端解决机制，新增类似于上诉程序的仲裁裁决复核程序。规定任何一方有合理理由均可提出书面复核申请，其理由可参考国内法上申请法院撤销仲裁裁决程序，具体有：仲裁庭组成不当或明显越权、仲裁员渎职偏私或利益冲突、或有严重背离程序规则、适用法律偏差或事实认定不清。[①]此外，为效率计申请复核的时限应短于 WTO 上诉审理规定的 60 天，因复核之前业已遍历磋商、调停或者调解或仲裁等诸种前置性程序。

（三）增强争端解决机制的协调性

除老挝外，中国和东盟其他 9 国都是 WTO 成员国。当商贸争端产生时，WTO 争端解决机制与 CAFTA 争端解决机制孰优孰劣、孰先孰后，势必产生适用冲突，此时应加以协调。首先，在外部协调机制问题上，协议可规定，如果争端当事方也是 WTO 成员方时，应建议争端当事人有权自主选择，当争端方事先未有选定 WTO 机制时，CAFTA 争端解决机制应当仁不让，宣示自身有权管辖成员方之间的所有争端。其次，建议借鉴 WTO 之成功做法，在内部协调机制中增设附件，专节列明有关争端解决机制的特殊规则和附加规则。

（四）构建贸易纠纷在线非诉讼解决机制

“一带一路”沿线包括 65 个国家，中国和东盟涉及 11 个国家，各国的政治、经济和法律制度存在较大的差异。跨境贸易纠纷，如果依靠传统的政治与准司法方式解决，会出现境外当事人身份查明、证据审查、证人作证等诸多实践困境。构建商贸纠纷在线非诉讼解决机制，是以互联网技术为基础，通过在线仲裁、调解、申诉及和解四种方式解决争端，弥合“一带一路”沿线东盟各国之间在地域上的距离。中国作为“一带一路”倡议的发起国、世界第二大经济体，可勇担大国责任，积极主导在区域内建成争端在线非诉解决机制，具体负责筹划、设立、运行等问题。由于涉及到不同的政治、法律、文化、语言差异，这一筹建工作极为艰难，无论采用什么样的运行标准，都应该遵循以下的规则：第一，以国际法原则为基准、以国际习惯为遵循，尊重中国、东盟发展实情，充分体现公平自愿原则；第二，坚持透明度原则；第三，规则要体现便捷、高效、中立性和国际性；第四，以仲裁为突破口，对现有仲裁机制进行改革与创新。

四、结语

“一带一路”是中国在新的历史时期根据国际国内形势的新发展、新变化提出的重大倡议，得到了世界上许多国家和国际组织的响应，现已成为全球经济发展的重要推动力。[②]中国-东盟作为“一带一路”沿线重要区域，其现有争端解决机制仍属于概括性、指引性的宏观规定。在新形势下，中国-东盟争端解决机制较能适合于“一带一路”倡议下经贸争端解决的实际需要。因此，照搬或者直接诉诸既有的 CAFTA 争端解决机制可行性或操作性存疑，而应虑及“一带一路”倡议本身的开放性和灵活性，以及中国与东盟十国的实际发展情况，并且在借鉴、吸收既有争端解决机制可取之处的基础上，构建一系列更具司法性的规则，按需采取双边或多边形式、综合运用政治与法律手段但以仲裁为主要方式的争端解决机制。在此基础上，在“一带一路”倡议框架下构建区域内经贸合作机制，进一步对特定问题作出更为细化的规定，尽量在不损害争端各方友好关系的前提下解决争端。

---

① 宋锡祥,吴鹏.论中国-东盟自由贸易区争端解决机制及其完善[J].时代法学,2006(5):97.

② 刘敬东.“一带一路”法治化体系构建研究[J].政法论坛,2017(5):134.

8.“一带一路”倡议下互惠关系认定标准的重构——以外国判决承认执行为视角

王洪根*

摘　要：我国《民事诉讼法》中规定的互惠原则是国家之间通过条约之外的其他途径或形式在进行司法协助时相互给予的便利待遇或给予便利的保证，与对等原则既有联系又有所区别。我国法院仅采用事实互惠标准认定互惠关系，且各法院对事实互惠理解存在差异，导致司法裁判不一致、互惠原则沦为报复工具，既不符合设置互惠原则的初衷，又易引发重复诉讼增加当事人负担、浪费司法资源，更会损害司法裁判的确定性和可预期性，减损我国司法制度的国际公信力。“一带一路”是我国为构建人类命运共同体而提出的重要倡议，为了促进“一带一路”倡议的发展并为其建设提供司法保障，我国应在外国判决承认和执行中践行人类命运共同体理念，坚持对话协商、合作共赢、交流互鉴，采用“合理可能性”标准认定互惠关系，打破无互惠的僵局，促进司法协助国际合作，进而为构建人类命运共同体贡献中国力量。

关键词：一带一路；互惠原则；事实互惠；人类命运共同体；合理可能性

Abstract: The principle of reciprocity in the Civil Procedure Law of China is the convenient treatment or guarantee of facilities given to each other by States in the course of mutual judicial assistance through means or forms other than treaties.It is different from the principle of retaliation.The courts of China only use the criterion of de facto reciprocity to determine the exsitence of reciprocal relationship,and they have different understandings of the de facto reciprocity,which has led to the inconsistency of the judicial decisions and the principle of reciprocity is reduced to a retaliation tool.It does not meet the original intention of providing the principle of reciprocity in the Civil Procedure Law of China,and it is easy to cause repeated litigation to increase the burden on the parties and waste judicial resources. It will also jeopardize the certainty and predictability of judicial decisions and detract from the international credibility of the judicial system in China.The Belt and Road is an important initiative of China to build a community of shared future for mankind. In order to facilitate the development of the Belt and Road and provide legal guarantee for its construction, China should practice the concept of community of shared future for mankind in the recognition and enforcement of foreign judgments,adhere to dialogue and consultation,win-win cooperation, exchange and mutual learning,and adopt the“reasonable possibility”standard to identify the reciprocal relationship to break the deadlock of no reciprocity and to promote international cooperation on judicial assistance, and then contributing to the building of a community of shared future for mankind.

Keywords: Belt and Road; the principle of reciprocity; de facto reciprocity; community of shared future for mankind; reasonable possibility

* 华东政法大学国际法学院博士研究生。

一、问题的提出

截至 2019 年 3 月，与中国签订共建“一带一路”合作文件的国家（以下统称为“一带一路”国家）已达 133 个。[①]随着参与共建“一带一路”国家数量的日趋增多，我国与相关国家的经贸往来迅猛发展，私人之间的民商事交往也日益密切，涉外民商事纠纷日益繁杂，对国际民商事司法协助工作提出了更高要求。因一国法院所作判决仅在其本国境内具有法律效力，而具有涉外因素的法院判决可能需要在另一个国家境内发生效力或强制执行，是以，一国法院所作判决若要在另一个国家具有法律效力就必须得到后者的承认。因此，“一带一路”倡议的深入发展要求国家之间加强司法协助的国际合作，促进法院判决的相互承认和执行。

互惠作为国家之间相互承认和执行法院判决的重要因素，对于全球法院判决的自由流动具有重要影响。于众多“一带一路”国家中，仅波兰、委内瑞拉等 7 个国家在关于外国判决承认和执行的立法中废除了互惠要求，多米尼加、厄瓜多尔等 14 个国家的法律没有规定互惠要求，除此之外，多数国家都将互惠作为承认和执行外国判决的法律依据或条件。[②]根据我国《民事诉讼法》的规定，国际条约和互惠原则是承认和执行外国法院判决的法律依据。由于我国与绝大部分“一带一路”国家之间没有缔结或共同加入涉及民商事法院判决承认和执行的国际条约[③]，因此，在条约缺失时，互惠原则是“一带一路”国家法院所作判决在我国申请承认和执行的唯一法律依据。

然而，我国学界对《民事诉讼法》规定的互惠原则的理解存在误区，我国法院常以保守谨慎的态度适用互惠，且认定互惠的标准过于单一严格，不同地域法院对单一的认定标准也存在不同的理解，经常忽视互惠在外国判决承认和执行中的重要地位。由此导致互惠在我国法院的司法实践中存在诸如裁判文书中缺少互惠适用的论证说理、同一实例在不同地域的法院有着截然相反的结论、互惠成为单纯的报复工具等问题。既违背《民事诉讼法》设置互惠原则的初衷，又不利于保障中外当事人的合法权益，损害法律的确定性和可预期性，对我国司法制度的国际公信力造成不良影响，甚至不利于构建良好的国际化法治化的营商环境。

本文首先阐明我国《民事诉讼法》所规定的互惠原则的应有之义，它是国家之间通过条约以外的其他途径或形式在进行司法协助时相互给予的便利待遇或给予便利的保证。其次考察各国采用的认定互惠的标准并分析这些标准的利弊，总结互惠原则在我国司法实践中产生的问题，并探讨如何在人类命运共同体理念的指引下重构我国认定互惠关系的标准。

[①] “一带一路”合作国家概览参见中国一带一路网 https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037，最后访问日期 2019 年 4 月 2 日。

[②] 笔者参考了 Jürgen Basedow et al., Encyclopedia of Private International Law ; Béligh Elbalti, Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite 以及 Adeline Chong(ed.), Recognition and Enforcement of foreign judgments in Asia 等英文资料，汇总了瑞士、阿尔巴尼亚、委内瑞拉、立陶宛、保加利亚、马其顿、波兰、黑山、西班牙、奥地利、亚美尼亚、埃塞俄比亚、白俄罗斯、波黑、柬埔寨、智利、哥伦比亚、克罗地亚、古巴、捷克、丹麦、芬兰、格鲁吉亚、德国、匈牙利、印度尼西亚、伊朗、以色列、日本、哈萨克斯坦、韩国、老挝、列支敦士登、墨西哥、荷兰、挪威、朝鲜、秘鲁、罗马尼亚、俄罗斯、沙特阿拉伯、塞尔维亚、斯洛文尼亚、瑞典、突尼斯、土耳其、乌克兰、乌兹别克斯坦、越南、巴拿马、安哥拉、阿根廷、比利时、巴西、多米尼加、厄瓜多尔、埃及、爱沙尼亚、法国、希腊、冰岛、爱尔兰、意大利、拉脱维亚、卢森堡、马耳他、莫桑比克、巴拉圭、葡萄牙、斯洛伐克、乌拉圭等 70 多个国家有关外国判决承认和执行立法中的互惠要求，其中“一带一路”国家有 50 多个。

[③] 截至 2018 年 2 月，与我国缔结民事或商事司法协助条约的国家共有 39 个，分别是法国、波兰、蒙古国、罗马尼亚、意大利、西班牙、俄罗斯、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、保加利亚、埃及、匈牙利、摩洛哥、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、老挝、突尼斯、立陶宛、朝鲜、阿联酋、塞浦路斯、塔吉克斯坦、土耳其、希腊、越南、阿尔及利亚、阿根廷、秘鲁、巴西、科威特、埃塞俄比亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、泰国、新加坡、韩国、比利时和伊朗。但是与韩国、泰国、新加坡缔结的司法协助条约不涉及法院判决的承认与执行，而与比利时、伊朗缔结的司法协助条约尚未生效。

二、我国民事诉讼法中互惠原则的含义

Reciprocity 在英文中为多义词，既可以指优势相等（对等），也可以指利益的相互性（互惠），在不同语境下所表达的含义也不同。我国学者多将其译为互惠。互惠作为外国判决承认和执行条件的最初时间已不可考证，已知的较早适用互惠原则的是美国 *Hilton v.Guyot* 案。在该案中，美国联邦最高法院认为根据礼让承认和执行外国判决也要有互惠基础。由于法国对外国判决要进行实质性审查，即美国判决在法国要受到法律和事实两个方面的实质审查，因此法国和美国之间不存在判决承认和执行上的互惠，法国判决在美国不具有决定性效力，即不予承认和执行。联邦最高法院还表明作出此决定不是依据报复理论，而是根据建立在相互关系和互惠基础上的国际法、众多文明国家承认的国际法原则以及美国的礼让说。[①]该案的意义在于把外国法院对美国法院判决在相同情况下的互惠承认，作为外国判决在美国获得承认和执行的前提条件。[②]

我国《民事诉讼法》既规定了对等原则，又规定了互惠原则。我国早期的民事诉讼法即 1982 年《民事诉讼法（试行）》（已失效）将对等原则作为涉外程序的一般原则，将互惠原则作为司法协助的具体原则。1991 年颁布的《民事诉讼法》（现行有效）将对等原则作为所有民事诉讼程序的基本原则，将互惠原则作为司法协助的具体原则。既然 reciprocity 即可指对等又可指互惠，那么我国《民事诉讼法》中互惠的具体含义是什么？它与对等能否等同呢？

我国学界对互惠原则和对等原则的关系存在两种观点，其一是互惠原则就是对等原则，另一种是互惠原则与对等原则虽有联系但二者是不同的。多数学者赞成第一种观点，即互惠原则又称对等原则，是指在本国公民在某外国享有某种民事诉讼权利的条件下，本国也给予在国内的该外国的公民以对等的民事诉讼权利；如果该外国在其境内限制本国公民的某项民事诉讼权利，本国对该外国公民在本国的民事诉讼权利作对等的限制。[③]少部分学者认为对等原则和互惠原则是既有联系又有区别的。对等原则蕴含相互性和平等性两个意思，互惠原则内含相互性和优惠性两个意思，二者都包括相互性的内涵，但平等性和优惠性的内涵却大不相同。平等性既包括形式上的平等，又包括实质上的平等，而优惠性则只是一种形式上的平等。而且对等原则是在两种水平上的对等，即高水平（积极）和低水平（消极）的对等。一国给予另一国以好处或便利，另一国反过来也给予该国以同样的便利或好处；如果一国对另一国采取某种限制或实行歧视甚至敌视，另一国对该国亦然。互惠原则仅仅适用于两个国家间相互给予优惠和便利，并不涉及彼此实行相互限制、歧视或敌视。[④]还有学者认为对等原则是平等互惠原则在涉外民事诉讼中的表现形式之一，平等互惠原则包含“互惠”和“互不惠”两方面的意思。互惠是国家之间相对给予优惠以促进两国之间的友好往来，互不惠是报复措施，其目的在于防止本国人在外国受到歧视待遇。[⑤]

笔者认为，我国《民事诉讼法》中规定的对等原则和互惠原则是有区别的，二者不能同等视之。首先，从词义来看，对等意为相互之间等级或程度相等，亦即若外国对其境内的我国公民赋予某种待遇或施加某种限制，则我国对我国境内的对方国家公民给予同等的待遇或限制。与外国判决承认和执行而言，若外国承认和执行我国判决的条件宽松，则我

[①] Hilton v. Guyot 159 U.S. 113, 1895.

[②] 钱锋：《外国法院民商事判决承认与执行研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 13 页。

[③] 参见刘振江：《国际民事诉讼法原理》，法律出版社 1985 年版，第 34 页；李旺：《外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则》，载《政法论坛》1999 年第 2 期，第 93 页；杜涛：《国际私法原理（第二版）》，复旦大学出版社 2018 年版，第 317 页；徐崇利：《经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则》，载《厦门大学法律评论》2004 年第 8 期，第 52 页等。

[④] 张亚非：《浅论对等和互惠原则及其作用》，载《社会科学》1984 年第 10 期，第 60 页。

[⑤] 赵相林、宣增益：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 35 页。

国在相等或相当的条件下承认和执行外国判决；若外国对我国判决进行实质审查，则我国将拒绝承认和执行其判决。互惠意为互施恩惠、互相给予好处，换言之，互惠就是两国之间在承认和执行法院判决时互相给予便利、利益。其次，从二者所处位置来看，对等原则规定在《民事诉讼法》总则之中，属于所有民事诉讼程序应该遵循的基本原则，而互惠原则规定在涉外编部分，是国家之间进行司法协助的一种依据或基础。因此，互惠原则是对等原则的具体化形式之一，对等原则的内涵和外延要大于互惠原则。最后，《民事诉讼法》中含有互惠原则的条文都规定“依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则”，而“或者”表示一种选择关系，一般只指其所连接的成分中的某一部分[①]，因此，在《民事诉讼法》中，互惠原则是与国际条约并列平行的，其地位、作用应与国际条约类似。国际条约是一种具体化的互惠，它为两国或多国之间互相给予的便利提供了固定的、正式的凭证。

是以，我国《民事诉讼法》中规定的互惠原则应是国家之间通过条约之外的其他途径或形式在进行司法协助时相互给予的便利待遇或给予便利的保证，与 *Hilton v.Guyot* 案确立的互惠原则（实为对等原则）存在一定的区别。“其他途径或形式”可以是法院承认和执行外国判决的实例，也可以是本国法律中规定的承认和执行外国判决的条件与外国承认和执行本国判决的条件相等或相当，还可以是政府机构发表的给予互惠待遇的单方正式声明等。因此，互惠原则的主要作用是在国际条约缺失时，为国家之间进行司法协助提供基础和依据。它发挥的应是激励其他国家积极促进司法协助的国际合作，而不是报复功能。

三、互惠关系的认定标准

互惠是国家之间相互承认和执行法院判决的重要因素。根据不同国家的法律规定，互惠或是一国法院承认和执行另一国法院所作判决的基础和根据，或是判定是否予以承认和执行的基本条件之一。因此，各国有关互惠的认定和适用对于全球法院判决的自由流动具有重要影响。综观各国认定和适用互惠的实践，互惠的认定标准在学理上可分为条约互惠、事实互惠、法律互惠和推定互惠四种。

（一）条约互惠

条约互惠是广义上的互惠，是指一国与其他国家签订双边或者多边国际条约，从而因条约对缔约国的效力而在各缔约国中所形成的互惠关系。[②]采用此种标准的国家大多将互惠作为承认和执行外国判决的基础或前提条件。在司法实践中，承认执行国法院必须首先确定本国与判决作出国存在互惠关系，之后才会审查是否符合其他的条件。对于采用条约互惠的国家，其判决在另一个国家实际上得到承认和执行的事实，或者其判决有在另一个国家得到承认和执行的可能性，都不足以证明存在互惠关系。[③]因此，必须通过条约或政府声明正式确定互惠关系。例如，在奥地利，来自非欧盟成员国的法院判决的承认和执行由《执行判决法案》管辖，该法案第 79（2）条规定了一个严格的相互关系原则（即互惠）作为一项承认和执行外国判决的前提条件。若要符合这一条件，外国实际上承认并执行奥地利判决的事实本身并不足以证明，必须存在正式的相互关系凭证，如国际条约等。[④]荷兰、挪威、瑞典、丹麦、列支敦士登、印度尼西亚等国家都采用此标准。

条约互惠可以为承认执行国法院提供客观明确的判定标准，保证互惠原则的顺畅运作，

[①] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会：《立法技术规范（试行）（一）》第 13.3 项，（法工委发[2009]62 号）。

[②] 王吉文：“互惠原则在判决承认与执行上的缺陷”，载《云南大学学报法学版》2008 年第 3 期。

[③] Béligh Elbalti, “Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite”, (2017)13 Journal of Private International Law 196.

[④] Jürgen Basedow et al., Encyclopedia of Private International Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p.1893.

便利缔约国之间法院判决的自由流通。只要承认执行国与判决作出国缔结或共同加入了涉及民商事法院判决承认和执行的国际条约，两国之间就存在法院判决承认和执行上的互惠关系或相互保证。然而，仅采用条约互惠将缩小可在承认执行国法院申请承认和执行的外国判决的范围，进而引发重复诉讼问题，既增加当事人的诉累，又浪费执行地国和判决作出国的司法资源。

（二）事实互惠

事实互惠是指判决作出国已经承认和执行承认执行国法院判决的实例可以证明两国之间存在互惠关系。我国是采用事实互惠的典型国家，对于我国采用事实互惠产生的问题，笔者将在下一章节予以详述。

事实互惠看似为承认执行国法院提供了简单明确客观的判定标准，即只要判决作出国已经有承认和执行承认执行国判决的实例就可认定存在互惠，在实践中却极易产生问题。一个实例能否证明两国之间存在互惠关系？一个实例能证明同类或类似判决还是所有种类判决中存在互惠关系？当判决作出国为多法域国家时，A 法域存在的实例是能证明执行地国与判决作出国存在互惠关系，还是仅 A 法域与执行地国存在互惠关系？针对这些问题，执行地国法院如果没有统一的答案，就极易产生不同法院对同一实例得出截然相反的结论，损害法律的确定性和可预期性。

再者，事实互惠是一种被动的防守型标准，它要求其他国家“先走一步”，只有其他国家率先承认和执行内国判决，该内国才能认定存在互惠关系并承认和执行对方国家的判决。如果一国法院一味地追求事实互惠，倘若对方国家也是如此，彼此之间都要求对方必须有承认和执行本国判决的实例，那么事实互惠将不可能真正实现，条约之外的互惠原则也将失去存在意义。[①]此外，由于各国法律制度存在较大差异，加之语言使用情况复杂，很难查明其他国家是否存在承认和执行内国法院判决的实例，因此单一的事实互惠不利于发挥互惠激励其他国家承认和执行内国判决的功能，也不利于促进全球判决的自由流通。

（三）法律互惠

对于法律互惠，我国学者之间的理解存在分歧。一种观点认为法律互惠是外国法律上承认我国的判决或按其法定条件不拒绝我国判决。[②]易言之，法律的互惠就是法律中规定的外国判决承认和执行制度。[③]有学者认为如果法律规定不得给予承认，是不会有事实的承认的，是以，没有法律互惠是不大可能有事实互惠的。[④]第二种观点是法律互惠是指判决作出国和承认执行国均在国内立法中明确了互惠原则是承认与执行外国判决的条件之一。[⑤]该学者认为在认定法律互惠时，又存在事实互惠与推定互惠之分。第三种观点认为法律互惠是在内国法中将互惠列为承认和执行的条件之一，在解释互惠原则时，将本国承认与执行条件与判决作出国的条件进行比较，要求该外国法院会在同等条件下承认与执行本国判决，或至少判决作出国的条件不比承认执行国规定的更严格。[⑥]还有一种观点将法律互惠理解为外国对内国判决的承认与执行并无先例发生，只要预计日后内国判决有望获得该外国的承认与执行，也视为内外国间存在互惠关系。[⑦]简言之，这些观点的主要分歧在于内国法是否

---

① 李旺：“外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则”，载《政法论坛》1999 年第 2 期，第 94 页。
② 李旺：“外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则”，载《政法论坛》1999 年第 2 期，第 93 页。
③ 类似观点参见徐崇利：《经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则》，载《厦门大学法律评论》2004 年第 8 期，第 64 页。
④ 参见李旺：“外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则”，载《政法论坛》1999 年第 2 期，第 94 页。
⑤ 刘力：“‘一带一路’国家间法院判决承认与执行的理据与规则”，载《法律适用》2018 年第 5 期。
⑥ 陈洁、肖冰：《“一带一路”背景下承认与执行外国判决中互惠原则适用的变革及建议——以以色列最高法院首次承认和执行我国民商事判决为视角》，载《江苏社会科学》2018 年第 2 期，第 256 页。
⑦ 陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响和改进》，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 16 页。

将互惠作为承认和执行的条件。因此，对于法律互惠的理解主要分两种：其一是只要内国法中规定了外国判决承认和执行制度就视为存在法律上的互惠关系，而不论其是否将互惠作为承认和执行的条件；其二是在内国法中规定互惠是承认和执行的条件的视为存在法律互惠。

大部分国家对法律互惠的理解主要是第一种，即判决作出国的国内法中规定了外国判决承认和执行制度，无论其是否将互惠作为承认和执行的条件。例如，以色列《外国判决执行法》第 4 条 a 款规定，若根据一国的法律规定，以色列的法院判决不能在该国得到执行，那么该国的判决也不能在以色列得到执行。在 *Double Kay v.Gazprom* 案中，以色列法院确立了认定互惠的标准，即只要该外国存在承认以色列法院判决的“合理可能性”，无论该外国法律是否将互惠作为承认和执行的条件、该外国是否存在执行以色列法院判决的事实，都视为满足互惠要求。[①]韩国、德国、日本等在国内法中将互惠作为承认和执行条件的国家在认定互惠关系时都采用类似解释。

采用法律互惠标准可以减轻当事人举证的困难程度，增加我国与其他国家之间承认和执行判决的可预测性和确定性，也无须担心我国率先承认和执行外国判决，但该外国却否认存在互惠关系。[②]但是，在采用法律互惠时应该明确此种互惠是仅适用于同类或类似判决，还是适用于所有的民商事判决。此外，对于来自非统一法律制度国家的判决，尤其是该国家某一领土单位的法院依据仅适用于该领土单位的法律作出的判决，在采用法律互惠时还应明确是否仅审查适用于全部领土的法律规定。

（四）推定互惠

推定互惠是指只要外国没有以缺乏互惠为由拒绝承认和执行本国判决的实例，就认定存在互惠关系。这是一种更为开放的、宽松的认定互惠关系的标准。通常，本国法院先假定与判决作出国存在互惠关系，若一方当事人提供证据证明判决作出国曾经以不存在互惠为由拒绝承认和执行本国判决，则本国可以认定双方之间不存在互惠关系。是以，推定互惠又可称之为反向互惠。采用推定互惠可以避免要求事实互惠或法律互惠（正向互惠）带来的囚徒困境，可以使本国法院在对外国判决的承认和执行中具有主动性和灵活性。[③]当然，采用推定互惠还能消解请求方为证明互惠关系所需承担的举证负担，增强了互惠关系存在的可能性，有利于提高民商事判决相互承认和执行的实效。[④]

罗马尼亚、斯洛文尼亚、克罗地亚、塞尔维亚等“一带一路”国家陆续采用推定互惠标准，除非存在判决作出国曾以不存在互惠关系为由拒绝承认和执行本国法院判决的实例，否则认定双方之间存在互惠关系。

三、互惠原则在我国司法实践中产生的问题

自我国《民事诉讼法》规定互惠原则是外国判决承认和执行的依据之一以来，我国法院先后适用互惠原则处理了来自日本、德国、英国、澳大利亚、韩国、乍得、马来西亚、美国、以色列和新加坡等国家法院作出的约 16 份民商事判决。其中，“五味晃案”是我国法院适用互惠原则处理外国判决承认和执行请求的第一案。在该案中，我国法院所作裁定书仅写明“我国与日本国之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条

[①] 参见陈洁、肖冰：《“一带一路”背景下承认与执行外国判决中互惠原则适用的变革及建议——以以色列最高法院首次承认和执行我国民商事判决为视角》，载《江苏社会科学》2018 年第 2 期，第 255 页。

[②] 参见陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响和改进》，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 22 页。

[③] 参见朱伟东：《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，载《河北法学》2017 年第 4 期，第 22 页。

[④] 张勇健：《“一带一路”背景下互惠原则实践发展的新动向》，载《人民法院报》2017 年 6 月 20 日，第 2 版。

约，亦未建立相应的互惠关系”，至于如何认定中日之间是否存在互惠关系，无法从此裁定书中推知。[①]此后，我国各法院所作关于外国判决承认和执行案件的裁定书都沿用了这一表述，缺乏适用互惠原则的论证说理，且大多认定判决作出国与我国不存在互惠关系。

2012 年，湖北省武汉市中级人民法院首次依据互惠原则承认和执行了德国法院判决[②]，改变了我国法院先前认定的中德之间不存在互惠关系的状况[③]，并使得互惠作为我国法院承认和执行外国法院判决的法律依据之一开始发挥它应有的作用。武汉中院所作该案的裁定书写明“鉴于德国柏林高等法院在之前已经判决承认无锡高新技术产业开发区人民法院民事裁定，可按互惠原则承认德国 Montabaur 地方法院破产裁定的效力”，由此可知，我国一贯采用事实互惠标准认定是否存在互惠关系。若判决作出国存在承认与执行中国法院判决的实例，则认定存在互惠，进而依据互惠原则进行审查，对符合条件的外国民商事判决予以承认和执行。若判决作出国不存在此种实例，则认定不存在互惠关系，直接裁定驳回当事人的申请，对该外国法院判决不予承认和执行。之后，我国法院陆续基于互惠原则承认了美国[④]、新加坡[⑤]和韩国[⑥]的法院判决。

尽管我国法院出现了基于互惠原则承认和执行外国判决的实例，但这些实例都是在判决作出国曾经承认和执行我国判决这一事实的情况下认定其与我国存在互惠关系。我国法院采取的认定互惠关系的标准依然是单一严格的事实互惠。然而，我国各法院对互惠原则的适用存在不同理解，对于证明互惠关系存在的实例以及实例所涉判决是否应与请求承认的判决相类似等问题的认识也存在分歧，这不仅危害了私人主体的权益，也损害了司法裁判的确定性和可预见性，甚而危及司法公正，降低了我国法院的国际信誉和国际竞争力。

（一）各法院对事实互惠标准适用不一致

我国各法院对于事实互惠标准存在不同理解，对于“是否存在一个实例就能证明存在互惠关系，一个实例是证明同类型案件中存在互惠关系还是所有类型案件中存在互惠关系”等问题，也存在不同甚至相互矛盾的答案。这种分歧不仅会导致互惠适用上的混乱，影响司法裁判的确定性和可预期性，而且会导致司法裁判与事实不符，引发重复诉讼，增加申请人的诉累，严重损害申请人的合法利益，进而损害我国司法制度的国际公信力。

例如，2006 年，德国柏林高等法院承认和执行了中国法院关于仲裁协议效力的判决，那么这一实例确立的互惠关系是仅存在于仲裁协议效力类判决，还是存在于所有民商事法院判决。湖北省武汉中院的观点是这一实例所确立的互惠关系存在于所有民商事法院判决。[⑦]然而，其他法院对此存在不同意见。对于 2014 年新加坡高等法院承认和执行的江苏省苏州中院关于买卖合同纠纷的金钱判决这一实例，山东省德州中院认为我国与新加坡的互惠关系仅存在经济领域，而不存在于涉及身份关系的民事判决领域。[⑧]

再者，对于多法域国家的法院判决，根据事实互惠标准认定互惠关系时是否应审查实例是由哪一法院作出或实例适用的法律，一个实例能否证明我国与该国所有法域存在互惠关系，各地方法院也存在截然不同的观点。以中美之间法院判决的承认与执行为例。早在

[①] 详情参见《日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》1996 年第 1 期。以及《最高人民法院关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》，（1995）民他字第 17 号。

[②] 参见湖北省武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中民商外初字第 00016 号民事裁定书。

[③] 我国法院曾在 2003 年以不存在互惠关系为由拒绝承认和执行德国法兰克福地方法院作出的民事判决，详情参见北京市第二中级人民法院（2003）二中民初字第 00002 号民事裁定书。

[④] 参见湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书、上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 协外认 16 号民事裁定书。

[⑤] 参见江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 协外认 3 号民事裁定书。

[⑥] 参见山东省青岛市中级人民法院（2018）鲁 02 协外认 6 号民事裁定书。

[⑦] 参见湖北省武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中民商外初字第 00016 号民事裁定书。

[⑧] 参见山东省德州市中级人民法院（2018）鲁 14 协外认 1 号民事裁定书。

2009 年，美国加利福尼亚州联邦上诉法院就承认和执行了中国法院一项有关产品侵权责任的判决。[①]这一实例能否证明中美之间在所有民商事法院判决领域存在互惠关系。有学者认为，由于“事实互惠”本身的封闭性与严苛性，单纯凭借加州地区法院执行中国判决的个案,还很难跨越中美之间的互惠障碍。[②]因此，在“赫伯特·楚西案”中，所涉美国宾夕法尼亚州费城法院判决为产品侵权责任的金钱给付判决，申请人提供上述实例作为中美之间存在互惠关系的证据，江西省南昌中院认为中美之间未建立相应的互惠关系，驳回了申请人的申请。[③]而在“刘利案”中，所涉美国加利福尼亚州洛杉矶高等法院判决为股权转让协议纠纷的金钱给付判决，申请人同样提供了上述实例作为中美存在互惠关系的证据，湖北省武汉中院经审查认为申请人提交的证据已证实美国有承认和执行我国法院民事判决的实例，认定中美之间存在相互承认与执行民事判决的互惠关系。[④]此外，在“纳尔科公司案”中，上海一中院将美国法院视为一个整体，并考虑到美国法院曾多次承认和执行我国法院作出的民商事判决，最终认定中美之间存在互惠关系。[⑤]

同一实例，武汉中院和上海一中院都认为可以证明中美之间在民事判决领域存在互惠关系，南昌中院则认为不存在。对事实互惠理解的不一致使得我国法院作出完全相反的裁决，影响了司法裁判的确定性和可预期性，也影响了我国法院的司法权威和司法公信力。

（二）纯粹将互惠原则作为拒绝承认和执行的理由

我国法律和司法解释都没有规定互惠关系证明责任的分配规则，法院在适用互惠原则时，是应该依职权主动查明是否存在互惠关系，还是应该要求申请人或被申请人提供证明材料。举证责任不明确会导致当事人及法院忽视互惠在外国法院判决承认和执行中所扮演的重要角色，不加以审查而简单地将互惠作为拒绝承认和执行外国法院判决的理由，导致互惠原则的错误适用，进而作出与事实不符的裁决。此种行为不仅会引发重复诉讼浪费司法资源，而且严重影响中国司法的公信力和司法权威。

例如，早在 1999 年，韩国法院在审查是否承认我国法院判决时，认为中国承认和执行外国法院判决的条件与韩国法律规定的条件没有实质性区别，基于此，韩国法院判决有可能在中国得到承认，因此认定中韩之间存在互惠关系并最终承认了中国的法院判决。[⑥]2011 年，一位韩国债权人针对其债务人在我国境内的财产向我国法院提出了承认和执行韩国法院判决的请求，并提供 1999 年韩国法院承认中国法院判决的裁决书副本作为中韩之间存在互惠关系的证据。[⑦]但是，我国法院既未审查申请人提供的 1999 年韩国裁决书副本，也未审查我国法院判决在韩国得到承认和执行的可能性，简单的以“中韩之间不存在条约和互惠”为由，拒绝承认和执行该韩国法院判决。

由于韩国法院在承认和执行中国法院判决的裁决书结尾部分注明：“若发生中国法院以中韩之间不存在互惠关系为由拒绝承认和执行韩国法院判决的情况，则韩国法院也将否定互惠关系的存在。”[⑧]因此，我国法院认定中韩之间不存在互惠关系并拒绝承认和执行韩国

[①] 雷磊：《中国判决首次被美国执行》，载《南方周末》2011 年 9 月 29 日，第 A03 版。

[②] 谢新胜：《条约与互惠缺失时中国判决的域外执行——以美国法院执行中国民商事判决第一案为视角》，载《环球法律评论》2010 年第 4 期，第 159 页。

[③] 参见江西省南昌市中级人民法院（2016）赣 01 民初 354 号民事裁定书。

[④] 参见湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书。

[⑤] 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 协外认 16 号民事裁定书。

[⑥] 参见 Korea Export Insurance Corporation v. Industrial Bank of China Docket No 99 kahap 26523.

[⑦] Béligh Elbalti, “Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite”, (2017) 13 Journal of Private International Law 184, p.204.

[⑧] 参见朱伟东：《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，载《河北法学》2017 年第 4 期，第 25 页。

法院判决的这些裁定书[①]可能会使中国失去了一次与韩国形成互惠关系的良机，且极有可能使双方法院判决的相互承认和执行陷入困境。[②]

（三）互惠沦为国家间的报复工具

我国法院在国际司法协助中，主要考虑司法的主权性质，更加强调外国法院判决承认和执行中的国家利益，也担心承认和执行外国法院判决之后，外国法院可能因对我国司法制度存在偏见而拒绝承认和执行中国法院判决，因此，中国法院在适用互惠时常坚持保守谨慎的立场，严格采用事实互惠标准，罕有主动迈出一步先行给予互惠的情况。[③]当判决作出国不存在承认和执行我国法院判决的实例时，我国法院根据事实互惠认定它与中国没有互惠关系，进而拒绝承认和执行它的法院判决，可能会导致它也以相同的理由拒绝承认和执行我国法院判决，使得两国之间判决的承认和执行陷入“相互报复”的恶性循环，阻碍判决在全球范围内的自由流动，导致重复诉讼案件的增加，严重浪费司法资源。例如，我国法院在 1994 年“五味晃案”中，以中日之间没有互惠关系为由拒绝承认与执行日本法院判决，致使日本法院多次以相同理由拒绝承认与执行我国法院判决（离婚判决除外）。[④]而我国法院也多次以同等理由拒绝承认与执行日本法院判决。[⑤]中国法院采用的严格事实互惠使得中日两国在承认和执行对方法院判决上陷入了近乎“相互报复”的恶性循环，使得两国至今尚未有承认和执行彼此法院判决（离婚判决除外）的实例，既增加了当事人的诉累又浪费了大量司法资源。[⑥]

综上所述，互惠原则在我国法院的司法实践中存在诸多问题，不仅会引发重复诉讼造成司法资源的浪费、损害当事人的合法权益，而且会影响司法裁判的确定性和可预期性，减损我国司法制度的国际公信力，降低我国法院对域外当事人的吸引力，也不利于构建我国国际化法治化的营商环境，更甚者会妨碍国际经贸合作的迅速发展。

四、以人类命运共同体理念为指引重构认定标准

鉴于单一严格的事实互惠在实践中存在诸多问题，不利于促进我国与其他国家之间在法院判决承认和执行上的合作，也不利于为“一带一路”倡议下国际民商事争议的解决提供司法保障，更不利于构建我国国际化法治化的营商环境，因此，我国有必要改变互惠原则适用的现状，以人类命运共同体理念为指引，重构互惠关系的认定标准。

（一）以人类命运共同体理念指引司法协助

2013 年 3 月 23 日，国家主席习近平在俄罗斯莫斯科国际关系学院发表演讲时首次提出

[①] 参见广东省深圳市中级人民法院（2011）深中法民一初字第 45 号民事裁定书，辽宁省沈阳市中级人民法院（2015）沈中民四特字第 2 号民事裁定书。

[②] 尽管 2019 年山东省青岛市中院在（2018）鲁 02 协外认 6 号民事裁定书中，根据 1999 年韩国首尔地方法院承认我国山东省潍坊市中院民事判决这一实例，认定中韩之间存在互惠关系并最终承认了一项韩国法院判决。但是，该裁定书的结论与此前生效的广东省深圳市中院（2011）深中法民一初字第 45 号民事裁定书和辽宁省沈阳市中院（2015）沈中民四特字第 2 号民事裁定书关于“中韩之间不存在互惠关系”的结论截然相反，无法有效改善中韩之间法院判决相互承认和执行的困境。

[③] 参见陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响和改进》，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 19 页。

[④] 例如，在中国公民申请承认和执行青岛中级人民法院判决案中，日本大阪高等法院以中日之间不存在关于承认判决的相互保证（互惠）为由，不予承认中国判决。在夏淑琴案中，日本法院援引了五味案中认定的中日间不存在互惠关系，认为中国和日本之间不存在相互的保证，因而不支持执行判决的诉讼请求。参见冯茜：《日本法院对我国财产关系判决的承认执行问题研究》，载《武大国际法评论》2017 年第 3 期，第 46-47 页。

[⑤] 例如，在圆谷制作株式会社与北京燕莎友谊商城有限公司侵犯署名权纠纷案中，北京二中院再次以中日之间不存在互惠为由拒绝承认日本法院作出的判决。参见北京市第二中级人民法院（2004）二中民初字第 12687 号民事裁定书。

[⑥] 连俊雅：《“一带一路”战略下互惠原则在承认和执行外国法院判决中的适用现状、困境与变革》，载《河南财经政法大学学报》2016 年第 6 期，第 159 页。

“命运共同体”概念，指出“这个世界，各国相互联系、相互依存的程度空前加深，人类生活在同一个地球村里，生活在历史和现实交汇的同一个时空里，越来越成为你中有我、我中有你的命运共同体”，“和平、发展、合作、共赢”成为时代潮流。[①]此后，习近平主席多次在国际国内不同场合提及“人类命运共同体”并在 2017 年 1 月于联合国日内瓦总部发表演讲时全面阐述了人类命运共同体理念的动因、愿景与实施路径。我们必须坚持对话协商、共建共享、合作共赢、交流互鉴、绿色低碳以建设一个持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界。[②]人类命运共同体理念是关于全球治理和国际法治的中国方案，也是新时期我国对外政策的指导思想。2018 年 3 月，“构建人类命运共同体”被载入宪法，以国家根本法的形式为“建设持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽世界”提供了法律保障，也为我国新时期的立法和司法工作提供了指导思想。

我国是“构建人类命运共同体”的首倡者和拥护者，不仅要在国际政治经济关系上践行人类命运共同体理念，还应在国际司法合作上贯彻人类命运共同体理念。人类命运共同体理念包含和平共处、普遍安全、共同繁荣、开放包容和可持续发展的原则。其中，共同繁荣是人类命运共同体的经济基础，也是持久和平与普遍安全的物质保障。坚持合作共赢，建设一个共同繁荣的世界，是构建人类命运共同体的题中应有之意。开放包容是人类命运共同体的社会基础，也是人类进步的源泉。将开放包容作为构建人类命运共同体的国际法原则，是对联合国宪章“发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系”及“不分种族、性别、语言或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”宗旨的弘扬和发展。[③]在国际司法合作尤其是国际司法协助上贯彻人类命运共同体理念，要求我国坚持对话协商、合作共赢、交流互鉴，贯彻共同繁荣、开放包容的命运共同体理念，改变我国司法工作中一贯坚持的保守立场，积极促进司法协助的国际合作，在维护国家利益的同时，兼顾保护私人利益。“一带一路”是我国为构建人类命运共同体提出的重要倡议，我国法院在为“一带一路”建设提供司法服务和保障时也应以人类命运共同体理念为指引。

具体而言，我国应坚持对话协商，与其他国家就民商事司法协助事项进行谈判，积极促进双边民商事司法协助条约的订立；我国应坚持合作共赢，采用更加灵活、开放的互惠关系认定标准，改变一贯遵循的保守立场，以积极心态适用互惠原则，打破国家间判决承认和执行上的死循环；我国应坚持交流互鉴，鼓励“一带一路”国家法官、法学学者、法律服务工作者之间的交流沟通，了解彼此的法律制度和司法实践经验，相互借鉴优势经验，求同存异，实现法治的共同发展。

（二）将合理可能性作为互惠关系的认定标准

如第一章所述，我国《民事诉讼法》中规定的互惠原则是国家之间通过条约之外的其他途径或形式在进行司法协助时相互给予的便利待遇或给予便利的保证。其发挥的功能主要是激励存在互惠要求的国家承认和执行我国法院判决，而不是作为拒绝承认和执行外国判决的理由，更不是对外国拒绝承认和执行我国判决的报复工具。出于保护国家的尊严和荣誉、保护国家主权免受外国司法机构干涉、保护主权国家之间的国际平等或保护参与跨境活动的公民等原因[④]，仍有多数“一带一路”国家在涉及外国法院判决承认和执行的立法

[①] 习近平：《顺应时代前进潮流　促进世界和平发展——在莫斯科国际关系学院的演讲》，http://www.gov.cn/ldhd/2013-03/24/content_2360829.htm，最后访问日期：2019 年 5 月 27 日。

[②] 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，http://world.people.com.cn/n1/2018/0119/c416882-29775965.html，最后访问日期：2019 年 5 月 27 日。

[③] “人类命运共同体与国际法”课题组：《人类命运共同体的国际法构建》，载《武大国际法评论》2019 年第 1 期，第 15-24 页。

[④] Béligh Elbalti, “Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite”, (2017) 13 Journal of Private International Law 184, p.215.

中保留了互惠要求。基于保留互惠原则可以增加有关司法协助的外交谈判的砝码[①]、避免法院探讨外国司法制度的独立性和公正性等敏感问题[②]等考量，我国《民事诉讼法》应继续保留互惠原则作为外国法院判决承认和执行的先决条件。

然而，由于“一带一路”国家语言环境复杂、相互之间信息沟通不畅等原因，查明判决作出国是否存在承认与执行我国法院判决的实例比较困难。加之我国法院在外国法院判决承认和执行中适用互惠时所产生的诸多问题及不良后果，我国亟需改变事实互惠这一单一的认定标准。因此，可由最高人民法院作出司法解释，将“合理可能性”作为判断互惠关系的标准。

尽管最高人民法院在 2015 年发布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（以下简称《若干意见》）首次提出“根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系。”但在司法实践中，我国尚未出现适用《若干意见》先行给予“一带一路”国家互惠的实例，外国法院判决若想的在我国申请承认和执行，仍需查明判决作出国是否存在承认和执行我国法院判决的实例。[③]换言之，事实互惠仍然是我国法院认定互惠关系的唯一标准。此外，第二届中国-东盟大法官论坛发布的《南宁声明》标志着中国与东盟国家在“推定存在互惠关系”上达成了共识。但是，《南宁声明》仅是原则性宣言，不能被我国法院直接适用且对东盟国家以外的“一带一路”国家也不具有约束力。而且，我国曾在 2015 年以缺乏互惠为由拒绝承认和执行马来西亚的法院判决[④]，因此在马来西亚和中国之间适用《南宁声明》可能会存在障碍，不利于两国之间法院判决的承认和执行。[⑤]

因此，最高人民法院在制订相关司法解释时，应兼顾《若干意见》和《南宁声明》，采用一种既能包含《若干意见》规定的“根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺等由中国先行给予互惠”，又能容纳《南宁声明》通过的“推定互惠”的认定标准。亦即采用“合理可能性”标准来认定互惠关系是否存在，只要判决作出国存在承认和执行我国法院判决的合理的潜在的可能性，无论其实践中是否存在承认和执行我国法院判决的实例，都认定存在互惠。换言之，“合理可能性”标准是一种混合式标准，即可以是事实互惠和法律互惠这种可从正向认定互惠关系的标准，又可以是推定互惠这类可逆向推定互惠关系的标准。“合理可能性”标准是一种更加开放、更加灵活的互惠关系认定标准，采用此标准符合人类命运共同体理念，有利于打破国家之间以缺乏互惠为由互相拒绝承认和执行法院判决的僵局，促进法院判决承认和执行上的国际合作，更有效地发挥互惠原则的激励功能。虽然“合理可能性”标准会赋予法官更大的自由裁量权，在实践中可能会出现适用不一致情形，但最高人民法院可在司法解释中规定若干指导性规则或发布指导性案例，将易引起不一致之处一一释明。

[①] 杜涛：《互惠原则与外国法院判决的承认与执行》，载《环球法律评论》2007 年第 1 期，第 118 页。

[②] Béligh Elbalti, “Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark but not much bite”, (2017) 13 Journal of Private International Law 184, p.216.

[③] 例如，2016 年江苏省南京中院根据“新加坡高等法院曾于 2014 年对我国江苏省苏州市中院的民事判决予以执行”这一实例，认定新加坡与我国存在互惠关系并承认和执行了新加坡法院的民事判决。参见江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 协外认 3 号民事裁定书。再者，2018 年 3 月 16 日，山东省德州中院在一起案件中认为“案涉判决系新加坡共和国作出的离婚民事判决，我国与新加坡共和国之间并未缔结或者共同参加关于相互承认和执行生效民事判决文书的国际条约。李强提交的江苏省南京市中级人民法院作出的承认和执行新加坡共和国民事判决的案例仅能证明两国间为了促进“一带一路”沿线国家间实现贸易和投资的便利化，在经济领域存在认可民事判决的互惠先例，但不能证明两国在涉及身份关系的民事判决领域亦存在互惠原则。”参见山东省德州市中级人民法院（2018）鲁 14 协外认 1 号民事裁定书。

[④] 参见福建省宁德市中级人民法院（2014）宁民认字第 13 号民事裁定书。

[⑤] 参见杜涛：《推定互惠关系 促进“一带一路”诉讼纠纷解决》，载《人民法院报》2017 年 6 月 15 日第 002 版。

具体而言，我国法院可以通过审查其他国家的法律法规、习惯法、法院裁决或通行做法等多种方式判断是否有在该国承认和执行我国判决的合理的潜在可能性。只要外国存在承认和执行我国法院判决的合理的潜在可能性，无论其立法中是否规定了互惠要求，也不论其实践中是否存在给予我国法院判决互惠待遇的实例，都可视为存在互惠关系。相反，若其法律法规中规定了互惠，但实践中却没有实际运用互惠的实例，则不能证明存在我国判决在该国获得互惠待遇的合理可能性，亦即不存在互惠关系。此外，即使外国曾经有拒绝承认和执行我国法院判决的实例，我国法院也不应直接否定互惠，应进行个案分析，以免出现理解偏差，对互惠关系产生消极影响。[①]至于中日之间不存在互惠关系的僵局，因日本拒绝承认和执行我国判决系由我国率先认定双方不存在互惠关系并拒绝承认和执行其法院判决引起，是以，须由我国法院在适宜之时先行一步，认定双方之间存在互惠关系，并在承认和执行日本判决不会违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益之时认可并执行对方判决。

鉴于破产判决、涉及财产分割和子女抚养的离婚判决等的特殊性，在采用事实互惠时，应明确实例确立的互惠关系仅存在于类似判决领域；采用法律互惠时，审查判决作出国有关外国法院判决承认和执行的条件与我国法律规定是否存在实质性差别，而非请求国法律是否规定了互惠要求。对于多法域国家，采用事实互惠时，实例确立的互惠关系仅存在于相关法域而非所有法域；采用法律互惠时，若该国存在各州均通过的统一的外国法院判决承认与执行程序立法，则仅审查该国立法，若不存在此类立法，则审查判决作出法院所属州的相关法律等。

五、结论

外国法院判决的承认和执行是国际民事诉讼程序最终也是最重要的阶段，互惠则在该阶段发挥着重要作用。我国《民事诉讼法》规定的互惠原则不是对等原则，而是国家之间通过条约之外的其他途径或形式在进行司法协助时相互给予的便利待遇或给予便利的保证。它在我国国际民事诉讼程序中占据重要地位，可以避免条约缺失时外国法院判决无法在我国得到承认和执行。然而，我国法院采用的单一严格事实互惠标准以及各法院对事实互惠理解上的差异等都导致司法实践的不一致，严重影响司法裁判的确定性和可预见性，也阻碍了互惠激励功能的发挥，使其沦为单纯的报复工具。

人类命运共同体是我国及世界各国的愿景和追求，我国将“构建人类命运共同体”载入宪法为实现这一愿景提供了根本法律保障，也为我国的法治工作提供了指导思想。我国法院在涉外司法工作中应贯彻人类命运共同体理念，放弃单一的事实互惠标准，采用“合理可能性”标准。最高人民法院可制订司法解释阐明“合理可能性”标准易引发不一致之处，并由被申请人承担证明责任，统一各法院对互惠的认识和适用。此外，为了避免我国各法院对互惠原则出现诸如将互惠原则和国际条约等同视之、将互惠原则作为拒绝承认和执行外国判决的理由等认知错误，弥补裁判文书中空缺的适用互惠原则的论证说理，各法院应做好对涉外案件审理法官的培训工作，增加其对国际私法相关知识的了解，加强其对互惠原则真实含义的认识，统一他们对外国法院判决承认与执行程序、条件的理解，提高其专业素养，完善裁判文书中互惠原则的论证程序，避免出现因不同理解造成的错误裁判，保障当事人的合法权益，减少重述诉讼并节约司法资源，维护我国司法权威，提升司法公信力，进而为改革开放和“一带一路”建设提供司法服务与保障，并营造国际化、市场化、法治化的营商环境，最终促进国际经贸合作的和谐发展，为构建人类命运共同体做出贡献。

[①] 连俊雅：《“一带一路”战略下互惠原则在承认和执行外国法院判决中的适用现状、困境与变革》，载《河南财经政法大学学报》2016 年第 6 期，第 164 页。

9.“一带一路”背景下我国涉外劳动合同法律适用问题分析

姚添*

摘　要：随着我国“一带一路”倡议的提出，我国与世界各国经济交流不断加强。我国目前属于劳动力输出的大国，在面对目前如此广阔的国际市场时，解决好在涉外劳动合同领域的法律适用问题成为重中之重。通过分析“一带一路”背景下涉外劳动合同的性质问题，并在意思自治原则、最密切联系原则、保护弱者原则和强行性法律的适用方面与国外的立法经验进行对比，我们可以发现目前我国对于涉外劳动合同的法律适用规定仍存在排除当事人意思自治、相关概念模糊、规定过于简单等问题。因此，我们需要通过允许当事人有限度的意思自治，规定更加灵活、详细的强行性规范等措施来完善我国涉外劳动合同的法律适用，从而解决“一带一路”倡议中劳动者面临的法律适用问题，推进“一带一路”倡议不断深化发展。

关键词：涉外劳动合同；意思自治原则；最密切联系原则；保护弱者原则

Abstract:with the proposal of "Belt and Road Portal" initiative in China, economic exchanges between China and other countries in the world have been strengthened. At present, our country is a big labor export country. In the face of such a vast international market, the most important thing is to solve the problem of legal application in the field of foreign-related labor contracts. By analyzing the nature of the foreign labor contract under the background of "Belt and Road Portal"and comparing with the foreign legislative experience in the application of the principle of autonomy of will, the most closely related principle, the protection of the weak and the forcible law, we can find that the existing provisions of the law applicable to foreign labor contracts still exclude the autonomy of the parties and the relevant concepts are vague. The regulations are too simple. Therefore, we need to allow the parties to have limited autonomy of the parties, stipulate more flexible and detailed forcible norms and other measures to improve the legal application of foreign labor contracts in China, so as to solve the problem of law application faced by workers in the "Belt and Road Portal"initiative, and push forward the "one belt and one road" initiative to further deepen development.

Keywords: Foreign-related labor contracts; the principle of autonomy of will; the principle of the closest link; the principle of protecting the weak

一、“一带一路”背景下我国涉外劳动合同纠纷现状分析

40 年来，我国的改革开放和对外开放取得了巨大成就。为继续积极发展与世界各国的经贸合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体，国家主席习近平于 2013 年相继提出了构建“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的倡议，该倡议的提出也同时得到了许多沿线国家的热烈支持。六年来，“一带一路”倡议带动了沿线各国的经济合作与经济发展，这不仅仅体现在资本、技术的流动，更带来了人员的流动。

根据央视联合中国外文局的调查显示，“一带一路”倡议至少为世界创造了 16 万以上

*作者简介：姚添，西南政法大学国际法学院，国际私法法学硕士。

的就业岗位，我国劳动者在“一带一路”沿线国家的就业比重也在不断增幅，如 2017 年我国劳动者在新加坡就业占境外劳动者就业比重为 8.1%、马来西亚、沙特阿拉伯占比 3.5%、巴基斯坦占比 3.4%[①]。因此，随着劳动主体的大幅流动和交往，如何处理好涉外劳动领域的法律适用也成为当务之急。

笔者统计了自 2013 年“一带一路”倡议提出至 2018 年这五年来，我国法院判决中涉及涉外劳动合同纠纷的案件。这五年来，涉及法律适用的劳动合同案件共计 58 件，这 58 件案件全部适用的是中国的法律，其中涉外案件 42 件，涉我国港澳台地区的案件 16 件。在涉外的 42 件案件中，涉及与中国签订共建“一带一路”合作文件国家的案件为 23 件，占到约 55%的比重。

因此，我们要重视为“一带一路”倡议下的劳动者提供健全的法律保护机制，切实为劳动者解决法律适用问题，这既有助于我国相关劳动法律的完善，也有助于为“一带一路”倡议的建设输送大量的劳动力资源，夯实各国之间全方位的务实合作。

二、“一带一路”背景下涉外劳动合同的界定及性质

（一）涉外劳动合同的产生背景

在人类社会的发展长河中，劳动的地位举足轻重。到了阶级社会的阶段，人类社会中便产生劳动关系。劳动关系的萌芽形态产生于一个国家或族群的内部，指的是两个自然人之间的一种雇佣关系，这种雇佣关系受到了物质发展水平、地理、文化等诸多因素的制约和限制。随着人类社会的不断发展，各个国家的劳动力流动日渐密切，使得不同国家和地区的主体的跨地域交流日益增加，这便形成了涉外劳动关系。涉外劳动关系在当今的社会下大致分为两类：一种是一国的劳动者在与本国用人单位建立劳动关系后前往外国进行服务，另一种是一国的劳动者或用人单位与其他国家的劳动者或用人单位形成突破国家和地域的劳动关系。而在国际劳务关系中必然会形成一定的契约，这便是国际劳务合同的产生。

（二）涉外劳动合同的概念

涉外劳动合同是指至少含有一项涉外因素的的劳动合同。一个标准的合同一般包括主体、客体和内容三大部分，涉外劳动合同也无例外的由这三部分组成，但涉外劳动合同的特殊性在于在主体、客体和内容上至少有一部分是具有涉外的性质的。主体涉外是指合同的主体至少一方是外国的自然人、法人或其他组织。客体涉外是指合同的客体位于一国领域外或者超出了一国的国境。内容涉外是指产生、变更、消灭有关合同的法律事实发生在境外，例如合同的订立地、履行地等发生于境外。但这种识别涉外因素的方法也存在例外，如某些合同只涉及不同国家的法律适用不具有涉外因素，这有时也被视为是涉外合同[②]。因此，在“一带一路”倡议不断推进的背景下，我们应当用一种综合的眼光来界定涉外劳动合同的概念，要把合同三要素中的涉外部分与涉及不同国家的法律适用这两种方法相结合来判定。可以确定的是涉外劳动合同的认定是十分广泛的。

（三）涉外劳动合同的性质

涉外劳动合同属于特殊的涉外民事法律合同的一种，但又同时具有其独特的性质，使其能够与一般的涉外民事法律合同相区别开来：

第一，合同主体在地位上有限定性和不平等性。首先，涉外劳动合同的的主体限定于劳动者和用人单位双方，这不同于一般的涉外民事法律合同。其次，涉外劳动合同的主体地位有鲜明的不平等性，处于优势地位的是用人单位，处于劣势地位的是劳动者，劳动者的人身明显依附于用人单位，用人单位支配并且管理劳动者，而在一般的涉外民事法律合

① 文月．2017 年中国对外劳务合作发展评述[J]．国际工程与劳务，2018（3）.

② 肖永平.国际私法原理[M].武汉：武汉大学出版社，2003.238.

同中，双方是平等的。

第二，合同客体的特殊性。涉外劳动合同中的客体主要是劳动者的劳动行为或劳动力。其客体以劳动的给付为标的，同时在各个方面各有侧重。而一般的涉外民事法律合同的客体主要有物、人身权益、智慧财产等。

第三，合同内容的侧重性。涉外劳动合同的内容由合同双方的权利义务内容构成。由于劳动法律关系具有公法与私法两重性，法律也为当事人双方规定了特殊的权利和义务。如劳动者具有休息权，获得安全保护权、得到薪资的权利，用人单位有符合国家劳动标准、提供劳动保护和条件的责任。而一般的涉外民事法律合同的内容并不具有这种特殊的侧重性。

第四，合同制度的复杂性。由于不同国家经济发展、历史因素、文化背景的不同，也就规定了不同的劳动合同制度，导致不同国家之间的立法理念存在巨大的差异，各国的冲突规范和实体法的规定各不相同。而涉外劳动合同纠纷在处理上，通常是要依照不同国家的国际私法所规定的冲突规范和各国关于劳动的实体法来解决，这就导致了司法实践上适用的繁杂。

三、国外关于涉外劳动合同纠纷法律适用的立法及分析

（一）国外关于涉外劳动合同纠纷法律适用的立法

1.美国关于涉外劳动合同法律适用的立法

《第二次冲突法重述》第 196 节是美国关于涉外劳动合同法律适用的一项重要法律条款[①]，但该节的适用范围是与服务有关的一切合同，并不仅局限于劳动合同。在美国的司法实践中，并不把涉外劳动合同归属于国际私法领域，大多数把其归结于行政法的领域。其法律适用问题，应适用属地原则，适用本国法，而非适用冲突规范来解决。

美国的这种司法实践做法，忽视了其他国家的国家利益，体现了其在国际上的一种霸权主义和保护主义，其次，这也与美国的经济地位密切相关。美国作为当今世界技术中心、金融中心和经济全球化的核心，大多是高级技术人员和高级管理人员会涉及涉外劳动合同纠纷，适用美国国内法将最大限度的保护此类人员。美国劳动力的输出相对来说很少，因此，在美国发生的涉外劳动合同纠纷数量并不多，美国法院享有的宽泛的管辖权将使美国的劳动法得到最大限度的适用。

2.欧盟关于涉外劳动合同纠纷法律适用的立法

《罗马条例Ⅰ》第 8 条主要规定了欧盟各个国家在对待涉外劳动合同纠纷如何适用法律的问题。《罗马条例Ⅰ》第 8 条第 1 款[②]规定了当事人可以意思自治选择所适用的法律，但最终的结果如果使雇员失去了在没有法律选择时应当适用的法律中的强行法对雇员的保护，那么该意思自治将不会被允许。第 8 条第 2 款、第 3 款规定，在当事人未选法时，劳动者践行劳动合同经常工作地法应被适用，无经常工作地时，适用订立劳动合同时雇主营业地所在国法。最密切联系原则作为兜底条款，从而没有把涉外劳动合同的法律适用限制的过于严苛。

欧盟的法律适用，既体现了意思自治原则又体现了最密切联系的原则，同时又有保护弱者的兜底条款，具有灵活性和概括性的特点。

3.日本关于涉外劳动合同纠纷法律适用的立法

---

① 《第二次冲突法重述》第 196 条规定了服务合同的效力及由该合同产生的权利，在当事人未选法时，依合同规定在该处进行服务或与服务相关的多数州的本地法。但例外情形是，按第六条的原则，该交易及当事人与其他州有更密切联系，这种情况适用该密切联系州法。

② 《罗马条例Ⅰ》第 8 条第 1 款规定，当事人首先可以选法。但选法结果不能使雇员失去在未选时的强行法的保护标准。此处的强行法是指，准据法中无法由当事人自主排除适用的那部分规则。

日本的规定体现在《法律适用通则法》第 12 条。《法律适用通则法》第 12 条第 1 款[①]规定了在劳动合同的成立和效力方面，当事人可以自主选法，但又明确予以限制。第 12 条第 2 款[②]规定，一般情况下第 1 款所称的最密切联系地指的是劳动履行地法，如果劳动履行地法无法确定，雇佣劳动者企业的所在地被推定为最密切联系地。第 3 款[③]规定，即使第 1 款、第 2 款涉及了特征履行的相关规定， 但合同的成立和效力方面，如果当事人没有选法，应把劳动履行地视为最密切联系地。

综上可以观察出，日本的规定兼具意思自治原则和最密切联系原则，但日本的法律适用法对于当事人的意思自治的限制较多，其仅限于劳动合同的成立和效力方面，并且有相应的兜底条款可以突破当事人的意思自治。

4.其他国家关于涉外劳动合同法律适用的立法

加拿大对于涉外劳动合同法律适用的立法与欧盟较为相似，也体现了意思自治的原则。《加拿大魁北克民法典》第 3118 条规定了当事人可以选法，但不能排除劳动者经常工作地国强行性法对劳动者的保护。如果劳动者完成工作涉及多国，则经常工作地为用人单位的住所地或营业机构所在地。

与大多数国家规定不同的是斯洛文尼亚，斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼法的法律》第 21 条规定雇员惯常工作地的法律应当被适用，完全排除意思自治。

突尼斯对于涉外劳动合同纠纷的法律适用同样完全的排除了意思自治原则，其规定劳动者惯常工作地法律应当被适用，若无法确定，适用由其雇主机构组成地法，但有最密切联系地的，适用最密切联系地的法律解决[④]。

（二）国外关于涉外劳动合同法律适用立法的分析

1.意思自治原则

意思自治原则是指当事人可以合意选择准据法，这项原则最初源于莱昂女士与卡斯特利亚人艾希德的婚姻合同[⑤]。随着国际法的发展，意思自治原则日益重要。

多数国家在对待涉外劳动合同纠纷的法律适用上，都体现了不同程度的意思自治，大致包括两种立法体例：第一种，为了保护弱者，在司法实践中，当事人选择的法律必须是与劳动合同的客观准据法相比更有利于劳动者的法律，这样的法律才能实际得以适用。第二种，当事人意思自治所选择的法律不能排除劳动合同准据法中的强行性规定，强行性规定优先适用于当事人选择的法律。笔者认为第一种立法体例更为可取，原因在于第一种立法体例在使用上更为灵活且有利于保护劳动者。第二种立法体例的弊端在于各国的强行性规定的内容都十分有限，一般情形下都不会被适用，而且用人单位完全可以在任意法的范围内选择利于自己的法律，从而排除劳动者的正当权益。

2.最密切联系原则

最密切联系原则指在处理案件时，应当用综合的眼光，找出与本法律关系和本案件当事人最密切，最有实质联系的法律予以适用。该原则赋予了法官有限的自由裁量权[⑥]。最密切联系原则目前在国际私法领域也得到了广泛的适用，大多数国家都将其作为兜底条款对冲突规范予以规制。

---

① 《法律适用通则法》第 12 条第 1 款规定，劳动合同的成立和效力，当事人可以选法，但如劳动者向企业表示要适与其有密切联系法中的强行规则，则除合同与他国法有最密切的联系外，适用该规则。

② 《法律适用通则法》第 12 条第 2 款规定，劳务履行地法被推定为第 1 款所称最密切联系地法，无劳务履行地时，用人单位营业所所在地被推定为最密切联系地。

③ 《法律适用通则法》第 12 条第 3 款规定，尽管第 8 条第 2 款（特征履行）有规定，合同的形式和效力，在当事人未选法时，劳务履行地法推定为最密切联系地法。

④ 粟烟涛，杜涛.突尼斯国际私法法典[J].国际私法年刊，2000，(8):723.

⑤ 袁泉.中国与荷兰国际私法比较研究[M].广州：中山大学出版社，2002.107-109.

⑥ 陈百川.论最密切联系原则下的法官自由裁量权问题[J].法制与社会，2013，(8):109-111.

多数国家的立法都规定，处理涉外劳动合同纠纷，当事人选择的准据法应优先适用，若当事人未选法，适用冲突规范所指向的准据法解决，最密切联系原则作为兜底条款。这使法律兼具灵活性与明确性。在涉外劳动合同中，体现最密切联系原则的方法是应当把劳动视为涉外劳动合同的本质义务，把劳动的实际履行地视为最密切联系地，同时通过增加连接点等方式进行限制，从而避免该原则在涉外劳动纠纷的适用上过于灵活。

3.保护弱者原则

自近现代以来，立法理念就从形式正义转变为了实质正义，国际私法领域也不例外[①]。在“一带一路”倡议下的涉外劳动合同中，弱者的地位也是相对的。在涉外劳动法律关系中，一般的劳动者通常情况下都处于弱者的地位，但对于企业、组织的高级管理人员、经理等，他们并不像普通的劳动者一样完全处于弱势，这便需要我们立足于实践。随着国际立法理念的进步，多数国家在涉外劳动合同的法律适用领域也都引入了保护弱者的原则，这体现了法律适用领域的人文情怀，也有利于劳资双方的利益平衡和社会的和谐稳定。

4.强行性规范的适用

随着国家干预主义的影响，在国际私法领域也出现了强行性规范的适用。强行性规范在大多数国家也表述为“直接适用的法”，是指在处理涉外案件时，如果涉及国家社会重大利益，无需通过法院地的冲突规范援引而强制适用内国相关的实体法。

最早在涉外劳动合同领域开始适用强行性规范的是 1926 年法国的《海上劳动法典》[②]，其规定一切在法国船舶上完成劳动的雇佣合同均适用该法，而在法国领域内订立目的是在外国船舶上履行的雇佣合同则被该法排除适用。该条款的直接适用从而达到了保护弱者的目的。在日后的各国涉外劳动合同的立法中，也越来越多的运用到强行性规范。它将涉外劳动关系与国家干预有机结合，具有灵活性和自主性等优点。

四、我国涉外劳动合同法律适用的立法及分析

（一）我国涉外劳动合同法律适用的立法

1.我国涉外劳动合同法律适用立法的历史

我国对于涉外劳动合同法律适用的立法大致上分为两个历史时期：

第一时期，我们在立法上并没有区分涉外劳动合同与普通的涉外合同，把涉外劳动合同也当做普通的涉外合同进行法律适用。这个时期，对于涉外劳动合同做出主要规定的两部法律条款是《中华人民共和国涉外经济合同法》第 5 条和《中华人民共和国民法通则》第 145 条[③]可以看出，当时我们对于涉外劳动合同的法律适用比较简单，仅仅是允许双方当事人选择，用最密切联系原则作为兜底。这一时期对于涉外劳动合同与一般涉外合同没有进行区分，导致在法律适用上并没有侧重的去保护处于弱势地位的劳动者，体现了当时立法的局限性。

第二时期，随着《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》两部法律的颁布，我国对于涉外劳动合同的法律适用进入了严格的属地原则时期。我国劳动法第 2 条规定了涉外劳动合同在法律适用上要严格贯彻属地原则。我国劳动合同法的规定也大体相同。这一时期，我们可以看出对于涉外劳动合同已经与普通的涉外合同进行了区分，在立法理念体现了保护弱者，但此时的立法弊端在于，忽略了劳动者最密切联系地即劳动的实际履行地的法律的影响，对于我国劳动者与外国的用人单位产生的劳动合同纠纷也没有做出规定，体现了当时立法的僵化性和非灵活性。

---

① 徐冬根.论国际私法的形式正义与实质正义[J].华东政法大学学报，2006，(1):67-72.

② 李广辉，卿娜.论直接适用法在合同领域的新发展[J].汕头大学学报，2006，(3):64-68.

③ 《中华人民共和国民法通则》第 145 条规定，首先涉外合同的当事人可选法，若未选法，适用最密切联系地的法律。

2.我国涉外劳动合同法律适用的立法现状

目前，我国颁布了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，其中第 43 条对涉外劳动合同的法律适用做出了明确的规定。该条规定，涉外劳动合同纠纷，首先适用劳动者工作地的法律，用人单位主要营业地法在劳动者工作地无法确定时被适用，可以适用劳务派出地的法律作为劳务派遣情形下适用的法律。可以看出，当前我国对于涉外劳动合同纠纷的法律适用已经做出了比较详尽的规定，并且将其与一般的涉外民事合同区分开来。同时，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第 10 条规定，涉及中华人民共和国劳动者权益保护的，属于强行性规范，可以直接适用我国的法律。这为我国的劳动者在涉外劳动合同纠纷中的合法权益提供了更加完善的保护。

（二）我国涉外劳动合同法律适用的立法分析

1.意思自治原则

目前我国的法律适用实际上排除了当事人的意思自治。法律适用法第 3 条规定，如果法律允许，当事人可以明示选择准据法。同时司法解释第 6 条规定，在法律不允许当事人选法时，当事人选法律无效。目前在我国当事人的意思自治选法是受到严格的限制的，仅限于法律允许的前提下。而我国对于涉外劳动合同法律适用的规定是不允许当事人自主选择法律的，当事人自主选择也会被认定为无效，因此我国在涉外劳动合同的法律适用上是取消了意思自治的原则的。

2.最密切联系原则

目前我国用具体的连接点取代了最密切联系原则。法律适用法第 2 条规定，如果法律适用法和其他法律没有对涉外民事法律关系的适用作出规定的，适用最密切联系原则。这也就是说，适用最密切联系原则的前提是法律没有具体规定。在涉外劳动合同的适用上，我们已经做出了具体的规定，因此最密切联系原则将无法得到实质适用，我们认为一般劳动者的工作地是与劳动者权益有着最密切联系的，但是在实际的适用上，可能会导致个案的不公平。

3.保护弱者原则

我国虽然没有明确规定保护弱者的原则，但是它作为一项重要的原则一直贯穿于涉外劳动合同的立法理念中。我国当前的立法体现了一定程度的弱者保护原则，劳动者经常工作地法的优先适用，这就是一种保护弱者的体现[①]。原因在于劳动者处于弱势地位，熟悉其经常工作地的法律，我国这样规定也会使劳动者在法律适用上更加的便捷。其次，我国对于涉及劳动者权益保护的纠纷，将其直接归属于强行性规范，不再适用冲突规范来调整，也体现了保护弱者的原则。

4.强行性规范的适用

强行性规范在涉外劳动合同纠纷的体现主要是两个部分：

第一部分是《中华人民共和国劳动合同法》第 2 条的规定，如果企业或其他经济组织在中华人民共和国境内，与劳动者建立劳动关系或者变动劳动合同，都应适用中国的劳动合同法。可以看出，在具有涉外因素的某些情形下是可以直接适用我国的劳动合同法的。

第二部分是《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 4 条规定，如果我国法律对涉外民事关系有强行性规定，直接适用强行性规定。而司法解释第 10 条又明确将涉及劳动者权益保护的规定为强行性规定。从而增强了我国法律对于国际劳务合同的适用、保护了劳动者并且防止了当事人的恶意规避。

[①] 齐彦伟.论涉外劳动合同的法律适用对弱者的保护[J].黑龙江省政法管理干部学院学报，2011，(3):61-63.

五、“一带一路”背景下我国涉外劳动合同法律适用立法的利弊及解决方法

（一）我国涉外劳动合同法律适用立法的利弊

1.我国涉外劳动合同立法的进步意义

第一，我国对于涉外劳动合同法律适用的立法填补了以前的立法空白，体现了我国国际私法进步和发展。在法律适用法没有实施之前，我国法律虽也有关于涉外民事关系的适用的规定，但并不具有专业性，不单独区分涉外劳动合同。我国《法律适用法》对于涉外劳动合同法律适用予以专门条款的规定，体现了立法的具体性和明确性。

第二，我国对于涉外劳动合同法律适用的立法很大程度上体现了保护劳动者弱势地位的立法意图，我们规定涉外劳动合同纠纷首先适用劳动者工作地法使得劳动者对法律具有可预测性。我们对于劳务派遣法律适用的规定更是一大亮点，我国在以往的立法上并没有对劳务派遣做出过详细的规定。我们对于劳务派遣的法律用语为“可以”适用劳务派出地法，也体现了我们适用法律的灵活性，当事人和法官可以在审理时进行衡量，从而选出最有利于自身的法律来加以适用。

2.我国涉外劳动合同法律适用立法的弊端

第一，我国对于涉外劳动合同法律适用的立法实际上完全排除了当事人的意思自治，这体现了我国目前立法的僵化性。法律适用法第 41 条规定了合同当事人可以选法，但司法解释第 6 条又规定了只有在法律允许的情况下才能自主选择，这实际上使意思自治在涉外劳动合同领域得不到适用。加之劳动法的公法性，对于最低工资标准、最高工作时长等都有强行性的规定，有时会直接适用内国法而排除冲突规范的适用，这导致当事人意思自治的可能也逐渐缩小，这使得我国的立法很难适应国际社会的变化。

第二，我国的立法中对于连接点的表述较为模糊。我国对于涉外劳动合同法律适用规定的连接点表述为劳动者工作地。然而在客观的实践中，涉外劳动合同的劳动者的工作地往往有多个，难以确定最终的工作地，这会为我国法官在司法实践中的认定带来难度。相比较而言，其他国家往往表述为更为清晰的劳动者惯常或经常工作地，这会更贴合生活实践。

第三，我国立法在涉外劳动合同法律适用领域的强行性规范的规定过于僵硬且较为模糊。我国的司法解释规定，涉及劳动者权益的纠纷，直接适用中国的法律，无需援引冲突规范。而我国的对于劳动者权益保护的规定与其他的发达国家和国际标准相比，又是不完善的。这就导致了我国立法对于劳动者保护的水平并不一定高于其他国家，甚是可能低于其他国家的水平，这使得劳动者本可以获得更高水平的保护却必须使用中国法，实际上在某些案件中是不利于保护劳动者的权益的。其次，我国对于涉外劳动合同领域直接适用的法的表述过于模糊，涉外领域劳动者权益保护的概念如何界定，涉及劳动者权益保护的情形究竟有哪些，法律并没有规定。同时，我国在目前的立法上也并没有协调好各个法律之间的关系问题，《法律适用法》第 43 条规定了涉外劳动合同的法律适用规则，《法律适用法司法解释一》中又规定涉及劳动者权益保护的为直接适用的法，《劳动法》、《劳动合同法》对于涉外劳动合同的规定又具有明显的属地性和强制性，如何理顺这几部法律对于涉外劳动合同的规定也尚不明确，这就会导致在法律适用上滥用中国法，出现排除适用其他法律的情形。

第四，我国立法对于劳务派遣这种情况的法律适用的规定过于简单。劳务派遣的特殊之处在于其不是简单地雇员和雇主的双方法律关系，它是一种多方法律关系。劳务派遣中至少包含用人单位、用工单位、劳动者三方，加上国际劳务派遣的涉外因素，在司法实践

中，往往涉及多方的利益。我国对于涉外劳务派遣的规定较为简单，很难适应实践的需要。

（二）我国涉外劳动合同法律适用的完善和解决方法

第一，允许当事人在涉外劳动合同的法律适用上进行意思自治

允许当事人对于涉外劳动合同的法律适用进行自主选法包括两种情况，一是事前允许当事人选择，双方可以签订合同时明确约定发生纠纷所要适用的法律。二是允许当事人在纠纷发生后合意选择想要适用的法律。这有利于尊重当事人的意愿、及时解决矛盾和节约司法资源。

但允许当事人意思自治不意味着不加限制，如果我们不限制当事人选法，会导致用人单位恶意规避自己的责任，选择对自己最有利的法律，损害劳动者的合法利益。因此，我们有必要对选择法律的范围予以限制，尽量使其选择法律的范围控制在有实际联系的地点，这有利于法官快速、及时的适用法律。

第二，扩大最密切联系原则在涉外劳动合同法律适用中的范围。

我国法律适用法规定了限制较多的最密切联系原则。对比美国，它将其作为一项总括的法律原则，使其在法律适用中获得普遍的应用。笔者认为我国也应适度放开，将其作为涉外劳动合同法律适用上的一项兜底条款。我们可以在涉外劳动合同的法律适用上，把劳动者工作地作为优先适用，但如同上述，如果工作地难以确定，则我们可以运用最密切联系原则，将劳动者的主要工作地作为考虑，与用人单位主要营业地法律进行对比，从而找出最利于劳动者的法律予以适用。

第三，在立法中完善对劳动者的保护

可以看到我国目前在涉外劳动合同的立法上对于劳动者已经有了一定程度的保护，但是保护的并不完全。我国的立法与其他国家的立法相比对于劳动者的保护并不完善，我们应更加在涉外劳动合同的立法中强调实质公平的趋向，从扩大劳动者的参与权、休息休假权、最低工资标准、最低工作保护标准、劳动者受到尊敬权等各个方面加以细致的规定，以顺应“一带一路”倡议的发展。

第四，规定更加灵活、详细的强行性规范

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》和司法解释中，对于强行性规范的适用都属于总括性的规定，即使司法解释规定了涉及劳动者权益保护的情况属于强行性规范，但也并未规定何种情形属于涉及劳动者权益的保护。据此，我们应当从两方面加以具体规定，第一是强行性规范的范围，笔者认为立法中至少应当将支付劳动者的最低工资是多少、劳动者每周至少要休息多少小时、劳动者在哪些情形下可以解除劳动合同等情形纳入强行性规范的领域。第二是规定何时才可以适用强行性规范，笔者认为我们可以规定更为灵活的强行性规范的适用方法，如可以借鉴欧盟的立法，如果当事人的意思自治的保护水平高于强行性规范，则适用当事人选择的法律。这样会更加灵活的保护当事人，也避免了我国现在法律适用的僵化性。

六、结论

“法乃善良公正之艺术”，在涉外劳动法律关系中亦是如此。劳动者的权益保护事关“一带一路”倡议的发展，“一带一路”倡议不仅仅包括基础设施建设等硬件设备，更是各国文化、精神层面的往来与交流，劳动者在这种往来与交流中扮演着传播者和先行官的角色。通过对比目前发达国家对于涉外劳动合同法律适用的规定，我们应当从中得出启示，进一步从意思自治、最密切联系、保护弱者和强行性规定的适用这几个方面进一步完善我国对于涉外劳动合同的法律适用问题，这既有利于为在我国境内就业的外国劳动者提供一个稳定的法律环境，促进我国的人才引进，也有利于提高在境外就业的我国劳动者对法律适用问题的预见性，夯实“一带一路”倡议的群众基础。

[参考文献]

[1]文月．2017 年中国对外劳务合作发展评述[J]．国际工程与劳务，2018（3）.
[2]肖永平.国际私法原理[M].武汉：武汉大学出版社，2003.238.
[3]粟烟涛，杜涛.突尼斯国际私法法典[J].国际私法年刊，2000，(8):723.
[4]袁泉.中国与荷兰国际私法比较研究[M].广州：中山大学出版社，2002.107-109.
[5]陈百川.论最密切联系原则下的法官自由裁量权问题[J].法制与社会，2013，(8):109-111.
[6]徐冬根.论国际私法的形式正义与实质正义[J].华东政法大学学报，2006，(1):67-72.
[7]李广辉，卿娜.论直接适用法在合同领域的新发展[J].汕头大学学报，2006，(3):64-68.
[8]齐彦伟.论涉外劳动合同的法律适用对弱者的保护[J].黑龙江省政法管理干部学院学报，2011，(3):61-63.

10.“一带一路”背景下中国劳动者境外就业的法律问题及防控措施

姚添*

摘　要：随着我国“一带一路”倡议的提出，我国与世界各国经济交流不断加强。我国目前属于劳动力输出的大国，在面对目前如此广阔的国际市场时，如何处理中国劳动者境外就业面临的法律问题是一个亟待解决的课题。目前，我国境外劳动者仍然存在讨薪困难、工伤认定难、缺乏合理的诉求表达途径等问题，与此同时，相关的国际保障和国内保障机制并不健全，国际法律和我国国内法律也均在不足之处。因此，我们需要进一步完善对境外就业的劳动者的保障机制，积极构建“一带一路”沿线各国对劳动者的联动保护体系，通过缔结相关条约，制定境外劳动者保护法等方式，加强对劳动者权益的保护，从而解决我国境外劳动者面临的法律问题，推进“一带一路”倡议不断深化发展。

关键词：一带一路；境外劳动者；劳动者权益；法律保障

Abstract：With the proposal of "Belt and Road Portal" initiative in China, economic exchanges between China and other countries in the world have been strengthened. At present, China is a big country exporting labor force. In the face of such a vast international market, how to deal with the legal problems faced by Chinese workers' overseas employment is an urgent issue to be solved. At present, there are still some problems in our country's overseas workers, such as difficulty in salary collection, identification of work-related injuries, lack of reasonable ways to express their demands. At the same time, the relevant international and domestic safeguard mechanisms are not sound, and both international and domestic laws are inadequate. Therefore, we need to further improve the safeguard mechanism for the workers who are employed outside

*作者简介：姚添，西南政法大学国际法学院，国际私法法学硕士。

the country, and actively build a linkage protection system for all the workers along the"Belt and Road Portal". By concluding relevant treaties and formulating overseas workers protection law, we will strengthen the protection of workers' rights and interests, so as to solve the legal problems faced by our overseas workers and promote the "Belt and Road Portal"initiative. Discussions continue to deepen development.

Keywords： Belt and Road Portal;overseas workers; laborers' rights and interests; legal protection

一、引言

40 年来，我国的改革开放和对外开放取得了巨大成就。为继续积极发展与世界各国的经贸合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体，国家主席习近平于 2013 年相继提出了构建“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的倡议，该倡议的提出也同时得到了许多沿线国家的热烈支持。五年来，“一带一路”倡议带动了沿线各国的经济合作与经济发展，这不仅仅体现在资本、技术的流动，更带来了人员的流动。我国境外劳动者数量的不断增加，既是我国经济发展的结果，也是经济全球化推进的结果。境外劳动者权益也是我国海外利益的重要组成部分之一，目前的法律制度更倾向于劳动合作，在境外劳动者权益保护方面的规定并不健全，这甚至造成了境外劳动者领事保护繁多的现象。因此。我们要重视为我国的境外劳动者提供健全的法律保护机制，切实为境外劳动者解决法律问题，这既有助于我国相关劳动法律的完善，也有助于为“一带一路”倡议的建设输送大量的劳动力资源，夯实各国之间全方位的务实合作。

二、“一带一路”背景下我国劳动者境外就业现状

随着“一带一路”倡议的提出，带来了劳动者境外就业的热潮。我国劳动者在境外就业的数量和规模都呈现出不断增长的趋势。以 2017 年为例，2017 年我国派出各类劳务人员共计 52.2 万人，较上一年 5.7%。其中我国劳动者在“一带一路”沿线国家的就业比重也在不断增幅，如 2017 年我国劳动者在新加坡就业占比 8.1%、马来西亚、沙特阿拉伯占比 3.5%、巴基斯坦占比 3.4%[①]。我国劳动者在境外就业的情况大致可以分为三种类型：

第一，劳动者与我国境内的不以对外劳务派遣为主要业务的用人单位签订劳动合同，用人单位随之将劳动者派遣至我国境外进行劳动工作。这种类型依据劳动者在境外的工作地点划分为两种途径：一种途径为我国境内的用人单位将劳动者至境外雇主所在之处进行工作，第二种途径为我国境内用人单位在事前承担境外的劳动业务，随后将劳动者派至境外，目的是为了履行该劳动业务。在这种类型中，由于劳动者与我国境内的用人单位已经形成了劳动关系，因此，受到我国《劳动合同法》、《劳动法》的规制。

第二，劳动者与我国境内以对外劳务为主要业务的对外劳务企业建立劳动关系，我国境内对外劳务企业以劳务派遣为目的将劳动者派遣至境外的用人单位。在这种类型中，形成了一种三方法律关系：境内对外劳务企业与劳动者形成的劳动关系、境内对外劳务企业与境外用工单位的合同关系以及劳动者与境外用工单位的劳务关系。在这种类型中，由于劳动者与我国境内的对外劳务企业形成了劳动关系，因此，也会受到我国《劳动合同法》、《劳动法》的规制。这种方式也是近年来我国向境外派遣劳务的主要渠道[②]。

第三，劳动者与我国境内的对外劳务企业并未建立劳动关系，境内对外劳务企业仅作为中介机构，为劳动者提供境外就业的中介服务。在这种类型中，我国出台了《境外就业

[①] 文月．2017 年中国对外劳务合作发展评述[J]．国际工程与劳务，2018（3）．
[②] 单海玲.我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正[J].法学，2012（4）．

中介管理规定》，中介企业必须依据该规定取得相关资质并且其提供的服务应当符合该规定的要求。此种情形下，劳动者与用人单位形成的是合同关系，因此受到我国《合同法》的规制。

由于“一带一路”倡议涉及沿线国家众多，部分国家存在着政治腐败、恐怖主义、民族分裂主义等环境风险，这无疑对境外就业的我国劳动者造成了巨大的就业风险。但在我国涉外劳动者纠纷处理上，普遍更倾向于政治解决，劳动者大多去寻求领事保护而非法律保护。以 2015 年为例，2015 年中国驻外外交和领事机构全年受理的领事保护案件共 31114 件，其中涉及拖欠工资、劳资纠纷、商业合同纠纷等劳动与经济纠纷的案件高达 4844 件，占比 16%，数量位于第三位[①]。而且目前涉外劳务纠纷的领事保护处理仍然呈现出上升的趋势。

三、“一带一路”背景下我国劳动者境外就业中存在的法律问题

（一）宏观立法层面

1.国内法律规定并不完善

现今，我国涉及涉外劳动者权益保护问题的相关法律包括《劳动法》、《劳动合同法》、《涉外民事关系法律适用法》、《对外劳务合作管理条例》等。这些法律在保护我国涉外劳动者权益上着实发挥了有效的作用。但目前来看，这些法律的规定并不完善。

第一，这些法律的规定缺乏与涉外因素相衔接。在处理涉外劳动者权益保护的过程中，并不仅仅是从国内私法的角度，更应当使国内立法与国际法相衔接。如我国《劳动法》第 2 条，将劳动法所调整的用人单位限定在中国境内，又没有对涉外因素做以专门规定，这便导致了一旦我国劳动者与境外用人单位直接签订劳动合同，中国法律无法得到适用，而“一带一路”部分沿线国家的劳动法律制度又不成熟甚至缺失，造成我国劳动者无法可依，利益得不到保障的局面。

第二，法律规定的内容过于简单且概念过于模糊。我国《劳动法》、《劳动合同法》对于涉外劳动者的权益保障问题都没有进行专章的规定。关于劳动权益保障的相关概念规定也过于模糊，难以在实践中得到适用。如《涉外民事关系法律适用法》第 4 条规定，如果我国法律对涉外民事关系有强行性规定，直接适用强行性规定。而司法解释第 10 条又明确将涉及劳动者权益保护的规定为强行性规定，但问题在于涉及劳动者权益保护的概念如何界定，涉及劳动者权益保护的情形究竟有哪些，法律并没有规定，这在司法实务中造成了很大的不确定性。

第三，劳动纠纷诉讼机制过于繁杂。目前，我国涉外劳动纠纷的诉讼机制主要包括劳动仲裁和诉讼两个过程。其中仲裁要前置于诉讼，未经仲裁的劳动纠纷无法得到法院的受理。这导致了劳动者的维权过程过于漫长。劳动者与用人单位相比，在法律上处于弱势地位，涉外因素更会加剧这种不平等，劳动纠纷漫长的诉讼机制会给用人单位更多规避的机会，不利于劳动者高效、便捷的维权。

2.国际法在适用的限制性

“一带一路”涉及的国家众多，我国劳动者在境外就业一旦发生纠纷，不可避免的会涉及到国际法的适用问题。目前，由于“一带一路”沿线各国政治环境、文化传统的较大差异，形成一个统一区域性劳动者保护法的时机并不健全。从我国与“一带一路”沿线各国的双边法律合作来看，我国与新加坡等多个国家缔结了双边劳务合作的协定，但相较于“一带一路”沿线国家的数量上看，与我国缔结双边劳务系协定的国家并不普遍，且协定

[①] 《2015 年中国境外领事保护与协助案件总体情况》，2016 年 5 月 5 日，中国领事服务网，http://cs.mfa.gov.cn/gyls/lsgz/ztzl/ajztqk2014/t1360879.shtml

的内容大多为原则性内容，适用范围也比较有限，因此很难对境外的我国劳动者产生实质性的影响。从我国加入的国际公约上看，国际劳工组织通过的公约共 189 个，而我国批准的公约仅为 22 个[①]。因此在国际公约的适用上，我国境外劳动者能够适用的公约也相对有限。

（二）劳动者层面

我国劳动者分布于“一带一路”沿线的各个国家，且数量十分庞大，很多劳动者从事的都是十分辛苦且科技含量较低的工作[②]。我国劳动者在为他国输出劳动的同时也面临着很多现实的法律问题亟待解决。

1.差别待遇问题

“一带一路”沿线的部分国家，市场并未完全开放，存在一定的落后，这就导致其在立法中树立了偏向保护本国劳动者的立法理念，对于本国劳动者与外国劳动者规定不同的待遇，造成对外国劳动者的歧视。一些国家对于外国劳动者的工作期限做出差别待遇，如缅甸《外国投资法》第 11 章规定：投资者在对本国国民的熟练工人和本国职员的使用，从项目开始之年起算，第一年本国国民的职员占比不少于四分之一，第二年不少于二分之一，第三年不少于四分之三[③]。而这一规定带来的问题是随着缅甸本国职员占比的增加，外国劳动者的比例会逐步减少，这为外国劳动者带来的是失业和就业不稳定的风险。一些国家对于外国劳动者的工作范围做出差别待遇，如印度尼西亚《劳动法》规定，外国劳动者不得担任人事职位，除高级技术人员和高级管理岗位之外，本国劳动者有优先聘用的权利，本国劳动者可以胜任的岗位，均不允许使用外国劳动者[④]。这种差别待遇问题极易使在境外就业的我国劳动者产生相关的法律纠纷。

2.薪资问题

鼓励劳动者在境外就业的很大一部分原因就是薪资待遇较高，然而，我国劳动者在取得高薪资的同时也会面临着高风险，尤其是在建设工程、交通工程等海外就业领域，问题更容易出现。以 2017 年为例，我国在外劳动人员的行业分布中，从事建筑业的劳动者占到总人数的 43.4%，这极易出现薪资的相关问题[⑤]。首先，容易存在薪资克扣的问题，由于劳动者在海外就业的过程中参与的主体较多，如中介公司、实际用工单位、培训单位等等，在这个复杂的过程中，中介公司、培训单位和容易与用人单位之间进行串通，变相克扣劳动者的薪资。以罗马尼亚中国工人的劳动纠纷为例，我国境内的中介公司在广告上宣称的薪资与劳动者实际取得的薪资之差有 6000 余元[⑥]。其次，劳动者在境外就业过程中，一旦出现拖欠薪资的情况，劳动者的追讨薪资的难度会加大，因为各国对于劳动者薪资的追讨程序规定并不一致，有些国家甚至没有对劳动者薪资问题进行特别的立法保护，而且我国劳动者对所在国的劳动法律制度并不熟悉，这会对在境外就业的我国劳动者追讨薪资过程造成阻碍。

3.工伤认定及待遇问题

劳动者在劳动的过程中，因职务原因而受到人身损害是十分常见的，在境外劳动的过程中亦是如此。我国劳动者在“一带一路”沿线国家一旦遭遇工伤，首要面对的问题就是如何认定的问题。由于“一带一路”沿线国家涉及社会主义法系、英美法系、伊斯兰法系

---

① 魏薇、杨洁.“一带一路”倡议下境外劳动者权益保护的法律问题探究[J].法制博览，2018(5).
② 常凯.论海外派遣劳动者保护立法[J].中国劳动关系学院学报，2011（1）.
③ 柯燕青.“一带一路”背景下经济合作的法治完善与研究[J].现代管理科学，2017(12).
④ 潘玥.“一带一路”背景下印尼的中国劳工问题[J].东南亚研究，2017（3）.
⑤ 《2015 年中国境外领事保护与协助案件总体情况》，2016 年 5 月 5 日，中国领事服务网，http://cs.mfa.gov.cn/gyls/lsgz/ztzl/ajztqk2014/t1360879.shtml
⑥ 陈校、张寒.海外劳工群体利益表达的困境：冲突与解决——以罗马尼亚中国工人劳务纠纷为例[J].东南亚研究，2014（3）.

等多法系，对于如何认定工伤的立法模式也不相同。如我国《工伤保险条例》采取的方式是例举与排除相结合的方式，而英美法系国家可能会赋予法官更大的裁量权，这便使劳动者在工伤认定上存在难度。其次，是我国劳动者在境外就业中面临的工伤补偿待遇问题。我国《工伤保险条例》第 44 条规定，我国劳动者一旦被派遣出境，参加了工作地国的工伤保险，其在国内的工伤保险即中止，这带来后果是劳动者在国内无法获得工伤保险补偿。从现实来看，“一带一路”沿线国家与我国相比，很多国家的工伤保险待遇是低于我国的，而在这种情形下，我国劳动者获得的工伤补偿较少，又无法获得国内工伤保险的差额补偿，这对于海外就业的劳动者并不公平。

4.缺乏诉求表达机制

当我国劳动者与境外雇主发生劳动纠纷时，由于我国劳动者对工作地的法律并不了解，语言不通等问题，很难以一个平等的姿态与境外雇主进行沟通。由于各国政治制度的不同，各国在民间调解的机制上也很难会对外国劳动者的权益予以侧重处理，也很难会对外国劳动者的诉求表达进行专门的规定。工会制度也存在着上述问题，我国劳动者作为外国劳动人员，很难加入工作地国的工会去表达诉求。以述新加坡 SMRT 公司中国籍司机罢工事件为例，在该公司工作的中国工人仅有 10%加入了工会组织，工会难以发挥协调保护作用[①]。一旦缺乏有效的诉求表达机制，很容易会造成劳动者罢工等群体性事件，这在客观上也阻碍了“一带一路”倡议的推进。

四、“一带一路”背景下我国劳动者境外就业法律问题的防控措施

（一）国内法层面

1.完善涉外劳动者权益保护相关立法

在目前的情况下，我国劳动者在境外就业中一旦产生纠纷，对其进行规制的法律为《劳动法》与《劳动合同法》。因此我们首先应当对《劳动法》与《劳动合同法》进行完善，可以适当的增加部分涉外条款或者予以专章规定，以明确其在规制涉外劳动纠纷的适用范围问题和域外法律效力的问题。其次，对于《涉外民事关系法律适用法》司法解释中所规定的“直接适用的法”问题，我们可以采取列举式与概括式相结合的立法模式对涉及劳动者利益的情形予以规定，以增强预见性。最后，我们可以在时机成熟时组织制定《涉外劳动者权益保护法》为海外的我国劳动者提供法律保障，以促进“一带一路”倡议的发展。

2.为涉外劳动争议提供便捷的司法程序

前文已对我国目前处理涉外劳动争议的程序问题作出说明我们可以改变在处理涉外劳动争议中的仲裁前置这一程序。赋予涉外劳动者更大的自主选择权，可以选择仲裁，可以选择直接进行诉讼。仲裁采取一裁终局，不能再对该争议进行诉讼。这种方式会大大的降低劳动者的时间成本，也更有利于快速获取法律结果。当然，诉讼和仲裁各有优缺点，这可以留给劳动者自己进行衡量。同时，我们也可以在国内的几个主要城市设立劳动争议法庭，专门为劳动者解决争议，为涉外劳动者维权提供司法程序上的便利。

3.建立域外工会，真正发挥工会的作用

在“一带一路”倡议中，我国的国有企业也在不断的扩展海外市场，在对外经贸交往中发挥着重要作用。我们可以以我国的国有企业为平台，在域外建立域外工会组织，为当地的中国劳动者的权益保护发挥作用。境外工会既可以为我国劳动者提供技能培训，为劳动者的合理诉求进行表达，同时也可以为我国劳动者介绍当地的劳动法律和当地工会的相关情况，提升我国劳动者在境外的法律意识和维权意识。

（二）国际法层面

[①] 陈济朋.新加坡中国籍司机讲述辛酸生活[J]．国际先驱导报，2012（12）.

1.推进与“一带一路”沿线国家缔结合作条约

国际条约始终是国际法的主要渊源，而且未来会有更多的国家愿意加入“一带一路”倡议，我国作为“一带一路”倡议的发起国，应当加快与沿线各国缔结劳动者权益保护的相关条约，为我国涉外劳动者出现的争端提供相应的国际法依据。目前，我们可以与沿线各国缔结双边条约，对于劳动者薪资、劳动安全、劳动保险等问题予以约定。随之可以借鉴《美墨加协定》对于劳动者保护的缔约方式，以上海合作组织、中国—东盟自由贸易区等区域组织为平台，由点到面，积极与各国进行磋商、谈判，逐步形成统一的《“一带一路”劳动者权益保护公约》，为“一带一路”沿线各国所出现的境外劳动争议问题进行法律指导，减少相关纠纷的出现。

2.重视当今国际社会所规定的国际劳工标准和相关条约

在目前的国际劳动者权益保护领域，国际劳工组织发挥着重要的作用，国际劳工组织制定了相关的标准和公约，并一直希望各国能够遵守相关标准与公约。与此同时，国际工联和欧洲国家工会及国际产业工会也努力开展对跨国保护工人权益的框架协议运动[①]。因此，我国目前也应当重视国际社会所规定的相关标准和条约，在“一带一路”统一区域劳动公约还未形成之时，立足国情，适当的批准相关的国际公约，并与国际组织所规定的劳工标准向靠拢，为我国涉外劳动者提供国际法上的便利。

五、结语

“法乃善良公正之艺术”，在国际劳动法律关系中亦是如此。境外劳动者的权益事关“一带一路”倡议的发展，“一带一路”倡议不仅仅包括基础设施建设等硬件设备，更是各国文化、精神层面的往来与交流，劳动者在这种往来与交流中扮演着传播者和先行官的角色。我们对于我国劳动者在境外的权益进行更好的保障，不仅有利于树立我国劳动者的民族自豪感，更有利于在海外树立中国的良好形象，夯实“一带一路”倡议的群众基础。

[参考文献]

[1]文月．2017 年中国对外劳务合作发展评述[J]．国际工程与劳务，2018（3）.
[2]单海玲.我国涉外劳动法律规范的弊端与矫正[J].法学，2012（4）.
[3]魏薇、杨洁.“一带一路”倡议下境外劳动者权益保护的法律问题探究[J].法制博览，2018(5).
[4]常凯.论海外派遣劳动者保护立法[J].中国劳动关系学院学报，2011（1）.
[5]柯燕青.“一带一路”背景下经济合作的法治完善与研究[J].现代管理科学，2017(12).
[6]潘玥.“一带一路”背景下印尼的中国劳工问题[J].东南亚研究，2017（3）.
[7]陈校、张寒.海外劳工群体利益表达的困境：冲突与解决——以罗马尼亚中国工人劳务纠纷为例[J].东南亚研究，2014（3）.
[8]陈济朋.新加坡中国籍司机讲述辛酸生活[J]．国际先驱导报，2012（12）.
[9]李文沛.“一带一路”战略下境外劳动者权益保护的法律系统建构[J].工会博览，2017(16).

[①] 李文沛.“一带一路”战略下境外劳动者权益保护的法律系统建构[J].工会博览，2017(16).

11.“一带一路”倡议下国家间民商事争议调解机制研究

——以《新加坡调解公约》与我国法律制度联系为核心

战蔷*

摘 要：“一带一路”倡议自提出至今取得了丰硕成果，但因沿线国家在政治,经济,文化，宗教信仰等发展存在较大差异，因此，在相关活动进行中当事人之间产生了数量较多的民商事争议，且可以预见，随着日后“一带一路”倡议继续推进与发展，此类矛盾数量将日益增加。我国作为倡议发起国，参与《新加坡调解公约》制定国，预计加入该公约国之一。应在前瞻性，针对性，可操作性等综合考量基础上，提出更加适用的围绕调解这一手段展开的争端解决方案，同时应该对于加入《新加坡公约》继续予以考量，如此，不仅有利于“一带一路“沿线国家的友好往来，且能为国际社会的类同民商事争议得以更好的解决提供路径和参考。

关键词：“一带一路”；国际民商事争议；新加坡调解公约；调解

Abstract: The “Belt and Road Initiative” has achieved fruitful results since its introduction. However, there are large differences in the development of politics, economy, culture and religious beliefs among countries along the route. Therefore, there are a large number of parties in the process of related activities. The civil and commercial disputes can be foreseen. As the “Belt and Road” initiative continues to advance and develop in the future, the number of such contradictions will increase. As an initiative sponsor, China participates in the formulation of the Singapore Mediation Convention and is expected to join one of the countries of the Convention. On the basis of comprehensive considerations such as forward-looking, pertinence and operability, a more appropriate dispute resolution solution based on mediation should be proposed. At the same time, consideration should be given to joining the Singapore Convention. This will not only benefit " The Belt and Road “Friendly exchanges along the countries along the route, and can provide a path and reference for the better resolution of the civil and commercial disputes of the international community.

Keywords: “One Belt, One Road”; international civil and commercial disputes; Singapore mediation convention; mediation

虽然我国在“一带一路”提出伊始就积极探索民商事争议解决，并将部分建议纳入或进入实践阶段，如最高人民法院在 2018 年 6 月发布了《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》，并分别于 6 月 29 日在深圳和西安分设第一、第二两个国际商事法庭，但建设初期的国际民商事争议解决机制仍亟待完全。中国作为一带一路的“牵头国”，在现有机制体制范畴内，我国积极参与，引导并改善“一带一路”沿线国争端解决构想及适用中的争端解决机制，是在“一带一路”这一“国际合作及全球治理新模式”的时代战略构想下，又一重要问题延展，对于规制“一带一路”贸易合作，完善我国法治化进程，乃至全球民商事争端解决机制都具有重要意义。

一、建构“一带一路”国际民商事争议解决必须性

（一）简述“一带一路”战略构想提出及发展

2013 年，中国国家主席习近平于 9 月，10 月分别访问哈萨克斯坦和印度尼西亚两国时，

* 广西师范大学 2018 级国际法研究生

提出了“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”建设的迎合时代贸易的发展构想。该创意迎合时代需要，对带动沿线各国经济发展具有重要影响而受到国际社会的密切关注和积极参与。2015 年 3 月 28 日，在国务院授权下，中国国家发改委，外交部及商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》[①]一文，并就共商共建，合作共赢等政治、经济、文化等方面作出具体细则。在深化“一带一路”共建进程中，陆续出台的文件对于中国与沿线国的民商事往来，实现“互联互通”具有重要意义。

以中国经贸往来为例，自“一带一路”倡议提出至今，据不完全统计，截至 2018 年“一带一路”倡议提出五周年之际，2018 年前 3 季度，中国同“一带一路”沿线国国家进出口呈良好增长态势，双向贸易额度 6.08 万亿元，同比增长 13.2%，高出同期中国外贸整体额度增速的 3.3 个百分点，是中国进出口总额度的 27.3%，比较 2017 年而言提升 0.8 个百分点。进出口中，中国出口额度为 3.38 万亿元，进口 2.7 万元，分别增长率为 7.7%和 20.9%。[②]巨大数额的经贸额必将带来人力物力、资金、文化、服务等多方面跨国流动，在带来利润的同时，必将导致国家间民商事矛盾凸显，跨国民商事争议增加也使得民商事争议解决机制进一步规范化，公正化成为时代需要。

（二）“一带一路”沿线国法制建设及水平概况

“一带一路”经贸往来涉及国家众多，含括亚非欧几大板块，而现阶段沿线各国政治体制不尽一致，经济发展程度差异较大，历史文化，宗教信仰各不相同，法律制度也因此各有千秋，包含了普通法系国家，大陆法系国家，混合法律制度适用国家等体制。这无疑是对“一带一路”商贸往来过程中产生的民商事争议解决的挑战，法律的选择与使用，执行的手段与力度，管辖的范畴及归属，公正的保障与衡平都是在解决争端时需要综合考量的因素。

虽然拥有久远的历史作为“一带一路”创设的根基，但由于沿线国家的近代发展历程各异，法律适用系统也不尽相同，如印度适用普通法，习惯法和伊斯兰法律的混合法律制度；众多伊斯兰教信仰国家适用伊斯兰法律体系；中国大陆地区适用中国特色社会主义法制体系等。辅之“一带一路”倡议系一开放贸易状态，缺乏如欧盟等西方国家贸易区那样一种区域内统一适用机制，如何约束沿线各国交易中产生的权利义务成为贸易发展与合作进程中的问题之一，权利的滥用，诚信规则遭到破环，不仅不利于“一带一路”这一倡议的长足发展，对各国友好交往，由经济互通导致的政治等一系列交往也会遭到破坏。

综上，由于“一带一路”沿线国法制建设不同，目前，沿线国的争端解决措施存续较少，仅有的使用方式如以国家间现存双多边条约为解决办法，新设以中国为主导的国际商事法庭诉讼审判等方式。但不同法律背景，法治进程所带来的各国声明保留内容也存在较多。如何以更简洁有效的解决机制为更多的民商事争议解决节省资源，便利执行是当下之考虑必须。

二、“一带一路”沿线国民商事争议既有解决机制及存在缺陷

（一）“一带一路”沿线国民商事争议既有解决机制

1.涉外民商事争议解决路径

现阶段，涉及民商事争议解决机制数量有限，而“一带一路”作为仍在发展建设进程中的倡议形式，是非类同其他国际区域组织的商贸往来与合作关系。民商事争议的发生只能通过既有的机制予以解决。目前，中国现存解决机制可分为涉外民商事争议解决途径和国内解决机制两方面，而解决国际民商事争议的方式又可分为跨国家诉讼，商事仲裁和调

[①] 国家发展改革委、外交部、商务部 推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动[J].农村.农业.农民(B 版),2015(04):5-8。

[②] 商务部.中国对外贸易形势报告(2018 年秋季)。

解路径。

首先，通过跨国家诉讼这一行为模式无疑是解决国家间民事争议案件的终局性方式，诉讼进程中，针对案件的复杂程度和审判结果公正性，当事人可以进行上诉复审，可以申请强制执行等确保自身的权利，但目前为止，仍没有一个国际性的民事法院作为该类案件的审判机关，因此，通过跨国诉讼解决争端机制仅能通过一方当事人所在国的法院进行审判。

其次，商事仲裁作为大多数国家遇到商事争议时首先选择的解决途径，在提出至今始终为国际商事仲裁在国际贸易及投资领域中做出重要贡献，作为目前国际社会关于承认及执行仲裁裁决最重要和有力的公约，截至 2018 年底，加入 1958 年 6 月 10 日签署《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》一文件的国家已经增至 157 国，仲裁方式因起自有优点，如便利仲裁裁决执行程序，保障仲裁裁决结果执行等，在司法管线和国际分配时能够极大程度保证自由意志和民间习惯而得到普遍认可和被广泛适用，选择仲裁裁决的国家明显高于承认法院判决的国家。

最后，调解制度作为平和诉讼替代解决形式这一缘起于中国的争端解决，其旨在有利解决纠纷同时实现当事人的继续友好交往，当矛盾降低至最小化时，双方的再次合作可能性就会大大提升，这十分符合亚洲特别是东方传统文化中“和”的概念，因此，在受理多数纠纷时发挥着决定性作用。

2.国内既有民商事争议解决路径

中国国家主席习近平在提出“一带一路”倡议初期就已经明确表示，“一带一路”系一开放包容的体系，凡对该倡议有兴趣的国家均可作为成员加入，自倡议提出至今，通常观点认为，含中国在内的“一带一路”密切联系国家共 65 国。

从国内既有民商事争议解决路径来看，这 65 个国家所处地域范围广阔，因历史，民族习惯等差异导致的文化，语言具有多样性的特点，进而导致各国法律适用各有不同。[①]显然，通过国内既有民商事争议解决路径无法应对法律制度多样性这一跨国问题，当涉及到诉讼过程中的外国法律释明，跨国证据调察，判决后的文书送达，判决书的执行等问题时，对法律资源的浪费和审判公正性的确保都无法完全做到客观公正，这在一定程度上违背了适用法律解决问题的初衷。但是，国内既有民商事争议解决路径对于国家间民商事争议解决仍然起到重要作用，对今后的国际新制度出台的借鉴意义非常，以一国法律为国际机制的法理拟定，法律实行参考以及不适用诉讼案件的排除都具有重要意义。

综上，不难看出 “一带一路”沿线国民商事争议既有解决机制现存较少，在现有机制中以仲裁方式解决民商事争议的例子占绝大多数，这是由于沿线国家对《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》文件的共同认可。随着倡议进一步的发展，以仲裁为绝对主导的解决机制定无法保障有序高效的司法运行，因此，通过进一步探讨现存机制的不足从而拓展出解决办法确有必要。

（二）现有民商事争议解决机制存在的问题

“一带一路”沿线国现行国际商事争议解决机制方式较多，主要划分为诉讼方式与非讼方式两种，在发生争议过程中，当事人可就争端情况，同时满足成本最优，耗时最短等现实需求选择解决路径。但就现状而言，“一带一路”沿线国家民商事争端解决机制仍存在总体繁杂无序等问题，其中，主要方法的主要问题如下：

1.诉讼模式存在缺陷

诉讼模式作为现存国际民商事争议解决机制的终局性措施，是指当事人一方行使诉讼权利，向具有管辖权的法院发起诉讼的方式。现阶段为“一带一路”沿线国认可并加入最

[①] 朱伟东.中国与“一带一路”国家间民商事争议解决机制的完善[J].求索,2016(12):4-8。

多的公约为《关于民商事案件管辖权及判决执行公约》，共 26 国，但同比“一带一路”沿线国家数量，仅为其中较小部分。目前，我国仅同沿线 11 国签署民商事司法协助条约，其中只同 8 个国家相互承认司法判决。[①]

由此可见，在诉讼模式角度而言，其缺陷主要有三，首先是缺乏一专门性，国际性和超国家性兼备的法院对相关民商事案件进行处理；其次，各个国家法制情况不同，援引法律不同，法官不具备熟悉多国法律的知识储备，因此，在国家间民商事发生争端时，不能做到完全理解和适用外国法，同时，出于国情，两国出现法律矛盾的情形也时有发生；最后，法院作出的判决生效是否能得到承认也成为难题之一，既无法被承认，后续的判决结果执行自然也无法得到保障。

2.仲裁应用存在缺陷

仲裁作为当事人双方首先签订协议，基于自由意志将未来可能发生的争议交由一个非司法机构，即由多名仲裁员组成的仲裁庭内，双方受制并必须执行仲裁结果。目前得到普遍认可的仲裁公约即《纽约公约》，目前“一带一路”沿线国由 57 个国家加入该公约。

但是，仲裁模式也存在不可避免的缺陷，主要有，首先，处理跨国民商事纠纷过程中，仲裁模式被强国垄断；其次，“一带一路”沿线国出于多样性的法律差异，无法做到完全适宜的仲裁机构选择；再次，仲裁机构自身的特性基于该仲裁机构所在国，因此在被选择时也会成为各个国家所考量的对象。以我国仲裁庭为例，中国由于国家事业单位的特性，选择语言以及法律适用等基本因素，使得外国当事人较少以中国仲裁机构为选择对象；最后，仲裁费用明显高于诉讼费用使得成本负担增加。

3.调解机制存在问题

调解制度作为被普遍认为起源于中国的“东方智慧”，其旨在解决纠纷与减少当事人之间矛盾的衡平，目的时保证和平友好状态乃至合作的继续。作为多元化，替代性争端解决方式，调解是中立第三方调停，提供解决建议，促使双方达成统一意见的方式，其优点主要有基于各方意思自治，降低综合成本，方式灵活多样等，同时，调节文化是一种为“一带一路”沿线国家普遍认可并于沿线大多国家国情吻合的一种方式选择。

但调解这一方式仍存有不足，主要有，首先，解制度在过分追求争端解决时难免忽略客观公平，当事人与调节者的选择也很大程度基于强势一方为主导力量，因此，第三方如若无法做到绝对利益不追求，无偏袒倾向也十分不易，容易出现国与国不信任的情况，所以第三方如何界定，如何寻找成为问题。其次，调节作为一种平和手段，其强制力较弱；最后，调解因其不具备强制力，因此，调节结果并不能称之为一种终局性措施，若出现不履行等不友好举动，不经不利于矛盾的有效解决，还使得国家间，乃至与第三方之间的信任感下降。[②]

综上所述，“一带一路”沿线国家民商事交往过程中，各争端解决方案都无法完全满足这种国家繁多，政治，经济，文化背景各有不同的现实情况，在这个大多数由发展中国家组成的倡议内，尚不存在绝对主导的司法审判，仲裁机构乃至可以作为绝对中立调解国的一个国家，但是在对现存机制及缺陷研究分析过程中，调解作为一种得到普遍认可的手段，仍是目前最大的发展潜力，有必要进行进一步的分析与探讨。

三、一带一路”国商事争议调解机制在中国的可适用性分析

首先，调解机制为“一带一路”争端国所普遍认可和选择。“一带一路”作为涵盖大多数东方国家的时代倡议，在历史文化的影响和近代国家发展中所面临并解决的一系列争端

[①] 汪若兰.“一带一路”国际商事争议调解机制研究[J].法制与经济,2018(06):126-128。

[②] 漆彤,芮心玥.论“一带一路”民商事争议解决的机制创新[J].国际法研究,2017(05):35-43。

而言，大多数国家主动并愿意通过一种平和手段缓和既有矛盾。双方当事人在自由意志的基础上，通过第三方的主持和积极联动，达成谅解或合意。为选择国家所认同的，调解机制不失为更符合和平发展，互利共赢的时代主题的手段。

其次，调解机构的设立与日俱增，这为国家间发生争端后调解的选择提供便利。“一带一路”沿线国家调解机构设立较多，其中不乏以仲裁机构为基础下设的调解中心，如阿布扎比商务调解仲裁中心、克罗地亚经济商会调解中心、新加坡国际调解中心等等专门负责进行调解的机构。中国作为“一带一路”倡议国，普遍认可的调解这一“东方智慧”的源起国，中国的调解机构设立上始终以高效率，低成本为目标和责任，不仅创设诸如中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心、厦门国际商事调解中心等专门性商事调解机构，而且于 2016 年 10 月 19 日正式成立了由北京德恒公益基金会联合中国五矿化工进出口商会等发起的“一带一路”首家调解中心——“一带一路”国际商事调解中心。该中心受理不仅囊括了“一带一路”国际商事争议相关联的案件，同时向外延伸拓展其业务范围，如调解前置程序的确立、调解系统联动线上搭建、诉调平台对接设立等其他方面创新开办相关业务。诸如此类创新型调解机构的创设不仅为促进以调解方式解决“一带一路”民商事争端提供平台，并且凭借其独特新颖的“中国方案”为国际调解机构的更新提供了借鉴参考。

最后，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL，简称“联合国贸法会”）在 2018 年 6 月 25 日至 7 月 13 日召开的第 51 届会议中通过的《关于调解所产生的国际和解协议公约》最终文本草案（“《新加坡调解公约》”或“公约”），并将于 2019 年 8 月 1 日在新加坡接受各国签署加入将为调解方式增强了强制力的保障。《新加坡调解公约》的出台及即将实施为调解措施继续搭构平台，夯实基础。该公约就适用范围，公约不适用于的和解协议当事人根据《新加坡调解公约》可以寻求的救济，寻求救济时需提交的文件，拒绝准予救济的理由，与救济并行的申请或者请求等方面进行了细化。不可否认，《新加坡调解公约》是继《纽约公约》后，国际商事争议解决领域又一重要且关键的国际公约，其产生的积极影响主要有三，即《新加坡调解公约》通过赋予调解后双方一致认可的国际商事和解协议以强制执行力的手段，对各国企业维护自身合法权益大有帮助；调解协议的生效使得解决各国企业之间商事争议避免利用法律手段，无疑对节省企业解决涉外商事争议包括时间，费用，人工劳务等成本在内的综合成本大有裨益；这既有利于弘扬东方“以和为贵”的争议解决理念，有效避免跨国企业之间对抗情绪及其上升为国家间不信任不友好的负面因素，能够最大程度维持双方之间和谐的关系，从而有利于“一带一路”倡议稳步推进。目前,中国作为联合国贸法会的成员国之一，参与了《新加坡调解公约》制定，并预计加入该公约。

综上，国际商事调解无论在中国倡议的“一带一路”建设中还是国际法治建设中都在发挥越来越重要的作用。“一带一路”沿线国也普遍明确支持“一带一路”国际商事争议通过调解这种非讼且平和的方式予以解决。在此基础上，继续创新推动建立使诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成低成本，高效率，便捷当事的“联动式”争端解决中心，为“一带一路”建设参与国当事人提供优质高效的相关服务。

四、《新加坡调解》公约视角下对中国调解机制的完善建议

尽管《新加坡调解公约》的提出和即将落实对签署国家生效，其目的使将对于各签署国企业带来诸多利好，但由于其初设性，在很多方面给仍不免存有缺憾，需要进一步商讨完善，这也提醒各国在将公约带来利好落到实处同时，还应该考虑采取更多积极措施确保其进一步完全。而中国作为“一带一路”倡议的发起国和《新加坡调解公约》制定的参与国和预备加入国，在调解机制改革的当下，思考本国法律与公约的有效对接不仅对本国十分必要，对于“一带一路”沿线国的加入借鉴及思考也大有利处，因此，在建议方面，还将主要立足点置于中国法治建设背景下进行思考。

（一）对《新加坡调解公约》部分条款予以考量后适用

《新加坡调解公约》由于其初设性，为了吸引更多国家的加入，获得更广泛的认同，其不免要在公约起草期间对部分条款进行折中或者模糊设定的处理方法，这样可以确保后续发展的范围缩小，但出于我国国家利益的角度，则不能对于公约全权接受，只有在国家利益首要实现后，承担相应的国家责任才会进行，因此，各主权国家势必在对公约进行认同时将一部分条款进行解释。对于我国而言，这样的国内相关部门拥有的解释权力在于最高人民法院所做出的司法解释。

首先，在公约适用范围方面，《新加坡调解公约》第 1 条有明文规定，内容中说明，公约适用为和解协议的全体，其中包括了金钱和非金钱双重义务。但是在司法实务实践过程中，通过调解所达成和解协议结果则总是只涵括了非金钱义务，并且和解协议并不仅包含单方付出，在很多时候为双方对待给付义务，一方通过支付价款的方式换取另一方的实物交付是最为常见的交易类型，然而，其中矛盾衍生的点并不在于价款的支付，而是在于实物的交付是否能够及时且符合双方约定。在对于《新加坡调解公约》是否保留和解协议中的义务“不清楚或不理解”这一理由进行抗辩，各个国家处于国家利益等因素的综合考量对此说法褒贬不一，并因此引发了热烈讨论。反对保留的声音表示过度的自由决定权力会导致主管机关滥用职权，并不是一种更和平更容易被接受更易生效的办法，而认为正确的声音则与之相反，因此，就该争议《新加坡调解公约》最终并没有给出一个明确的结果写入公约内容中去，而是将是否保留交由各个国家根据国内情况自行决断。对于我国而言，最高人民法院应该根据我国的标准进行解释。通说认为“不清楚或不理解”的审查标准有两种主义构成，一是表面二是解释，二者可以通过字面意思进行理解，而两种主义都有其存在必然性和合理性，在发展过程中的进一步分类和选择则应该根据具体事件进行具体分析。

其次，对于《新加披公约》中的普遍受惠，签署国获得利益原则，也可以称之为一项“双刃剑”原则，中国在未来加入时，应给予充分的思考。普惠红利是指非《新加坡公约》当事国之间签订的调解协议,可以在公约当事国之间得到执行,但反之则不予认可。这无疑是给公约当事国带来的反向消极作用力。中国在未来加入《新加坡公约》后,这种当事国与非当事国之间不对等的执行模式,是对中国这种“一带一路”沿线调解模式发展较好的重要国家的司法资源的过度适用，虽然我国司法水平发展迅速，但国内外案件的数量之多使司法资源相对有限，在此情形下，继续大规模的使用则会使我国陷入“司法疲劳”状态，当司法资源应接不暇时，一些意图不轨的商事主体便达到目的，以调解为借口实则满足自己非法目的的现象将会暴露出来，进而对“一带一路”沿线国的司法秩序产生冲击和阻碍。

综上，最高人民法院应首先出于综合情况的考量，一我国现阶段主要司法情况为主要因素，而“一带一路”沿线国大都同我国一样为发展中国家，无论在政治经济还是司法进程均在发展和不断探索中，在公约的使用方面不可能因承担过多的国际责任，因此，就公约不适用于本国国情的情况下，利用出台司法解释做出进一步指引，保证风险规避，也有利于避免调解不公对当事人造成损害的结果发生。

（二）允许保全申请在调解领域的适用

长期以来，在我国的司法实践中，调解制度中并未对保全作出规定，只有当争议被诉诸于法院或者申请仲裁庭进行解决时，保全才得到适用。在司法实践中，保全应该应用于什么阶段，应该在什么时间点被实施，在我国加入的相关公约和国内现行法律中并没有明文规定，因此，在司法实践中，并不认为保全制度是一项全权适用的行为，持有不同观点的人对此态度褒贬不一。其中一种观点以为保全的承认系协助范围，具体而言就是，当事人在对法院承认与执行时，别国仲裁裁决进行司法查明期间，可以请求财产保全，这涵盖于国际司法协助内。对于我国而言，在法律制度的适用上，应以我国缔结或者参加的国际

条约或者我国与该仲裁机构所在国互惠原则为前提条件，从而满足保全的适用，但是在《新加坡调解公约》中保全问题也没有相关规定进行明确。因此，对于保全制度的再思考不仅有利于我国，而是一项能够普惠于“一带一路”沿线国对保全进行更加深入思考与创新。

因此，在保全制度层面，我国的最高人民法院在对于以调解为中心的案件处理方面，可以借鉴我国对于诉讼和仲裁案件的处理方法，允许当事人在申请执行和解协议时提出保全申请。当法院首先推定和解协议生效且供可执行时，就允许当事人在申请执行和解协议程序中提出保全，这不仅不违背《新加坡调解公约》，而是对于其直接执行原则的进一步拓展衍生，同时还可以体现出我国对纠纷以调解方式解决的鼓励支持，进一步化解双方对立，为后续的合作继续提供良好契机。

（三）国内法院设置专门机构审查调解协议内容

我国《民事诉讼法》和《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》均有明文规定，当事人申请人民法院执行完毕生效的法律文书必须有明确的权利义务主体和给付内容。[①]在司法实践中，法院执行机构通常对载有确定的权利义务内容的生效法律文书予以执行。而鲜少关注其中的附条件债务，甚至不予执行的结果也常有发生。但通过双方和解对于债权债务问题进行解决，对待给付关系则更加明确，同时也更加适用于我国国情。

随着《新加坡调解公约》的提出和准备加入落实，调解协议是否能够达到更好的执行效果是此前执行问题如何解决的衍生问题。为更好的解决对生效法律文书的执行问题，最高人民法院指定专门审判机构对于内容待定的和解协议进行审查权明确，查明结果对于后期执行程序的依据将会产生极大的说服力。当然，虽然我国现阶段已经拥有完成的查明机构，但是，也仅就涉外海商事审判方面，此类创设在相较于繁多的其他种类涉外商事案件则显得匮乏。我国自然可以海商事查明相关案件的流程安排为借鉴，当加入并开始实施《新加坡调解公约》后，遵循其内容规定，综合二者，在其他涉外商事案件和解协议查明上，交权利由申请人启动申请强制执行程序。当法院执行庭认为确有必要进一步认定明确和解协议时候，执行庭将和解协议查明权交由相关部门，通过启动查明程序，如举行听证会，从而确定和解协议应予执行的内容。

（四）严肃虚假调解失信方处罚规则

“一带一路”沿线过在进行商事合作时难免发生商事纠纷，而调解协议无法满足一国需求后，“执行难”作为长期桎梏调解后阶段工作的阻碍，始终成为致使两国“不信任”的最大不利因素。而随着《新加坡调解公约》的出台，怀有不正当目的一方通过虚假调解以满足自身利益的问题并没有得到更好的解决，因此，面对虚假调解虚假调解失信一方，中国则需要从国内法处罚，对于公约进行补正和声明。据此，可以从我国的《民事诉讼法》和《刑法》两部法律出发。

首先，根据我国的《民事诉讼法》相关规定：“当事人恶意串通，意图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求……”。其次，我国《刑法》307 条对虚假诉讼罪做出规定，当事人以捏造的虚假事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或严重侵害他人合法权益，将受到刑事处罚。同时，相关司法解释对手段范围做出进一步规定，明文规定当事人与被执行人采取诸如伪造证据、虚假陈述等手段恶意串通和捏造债权的，属于“以捏造的事实提起民事诉讼”。对于相关处理也做出细化，解释说明，以捏造的事实提起民事诉讼，致使人民法院立案执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书的，应当认定为“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”。

[①] 温先涛.《新加坡公约》与中国商事调解——与《纽约公约》《选择法院协议公约》相比较[J].中国法律评论,2019(01):198-208。

综上，最高人民法院和有关部门对于严肃虚假调解失信方处理的相关规定制作十分必要，当然，这种失信处罚在处理跨国商事争议时如何运用，国家间当事人以捏造的事实进行虚假调解，并申请到我国法院执行经虚假调解达成和解协议的情形时应该作何处罚，是否应将适用我国对虚假诉讼罪的刑事处罚规定予以国际适用均应该进行更加深入的思考。

（五）严格相关责任人员构成标准

《新加坡公约》下的国际商事调解,没有引入“调解地”的概念，也就是说调解程序和调解协议将拥有极大自由的调解地选择权，通过调解程序达成的和解协议,即使出于调解员或当事人不经本国或执行地国的些法律法规作出, 其执行效力也不受影响。这对于调解员的组成的要求也将会更加严格。

因此，以“一带一路”倡议为例，调解中心内部调解员的构成应当主要由沿线各国的法律人员组成，但不应仅局限于这项倡议的沿线国家。以我国为例，从人员选拔开始一直到纠纷产生调解开始再到调节结束，环环相扣，首先对调解员的选拔应设立比各国国内法所规定的法律从业人员的标准，具有通晓多国语言多国法律的调解员应予以优先考虑，在具备高度专业性的同时，还要有丰富的从业经验。其次，当争端双方在矛盾发生后启用调解模式，个指派一名调解员后，余下的名额权利将交由调解委员会，由调解中心首先选出调解建议人，再经过双方同意的人担任，但应该被默认的一点规则就是不得由两名同一国籍的调解员受理一个调解纠纷，由此，才能最大程度的保证调解人员构成的客观公正，其生效调解才能作为认可度较高证明文件被的双方当事人执行。

（六）加快国内商事立法体系建设

《新加坡调解公约》中将“调解员严重违背适用调解员或调解的准则情形”作为相关部门不予执行和解协议的缘由之一。在我国，目前尚无完备的商事调解立法体系，对调解的相关规定散见于《民事诉讼法》《仲裁法》等部分法律和行政法规，且其中的规定内容主要是关于行政调解、人民调解和劳动调解内容，而作为单独应用于商事调解领域的规定仅仅存在或涵盖于极少的一部分内，商事调解法律法规的缺失无疑将导致责任部门在解决执行和解协议案件时无法辨别有关人员的行为是否属于《新加坡调解公约》中所说的“严重违反适用调解员或调解准则”情形。[①]

虽然我国对于商事立法体系仍存有不足，但在国际层面，目前部分发达国家为主导的国际商事调解经过不断发展，已逐渐形成比较成熟的一套法律体系，这对我国以及“一带一路”沿线国家进行商事调解立法体系构建具有较高的参考价值。比如现阶段施行的联合国贸易法委员会制定的《国际商事调解示范法》便是一成功事例，作为商事调解领域最具有影响力的商事调解立法，其内容对于商事调解定义、调解员选定及调解程序自始至终、调解生效效力及调解后的执行问题均作出详细规定。因此，在对于像以我国为代表的“一带一路”沿线国家商事调解立法缺乏的国家，应该在像《国际商事调解示范法》此类法律的指引下，在积极适用商事调解发展为基本原则的态度下，在充分尊重和保证当事人自由意志为目标下，进行相关法律法规的起草，进一步细化对商事调解体系性法律的建设。

结语

“一带一路”倡议的提出为沿岸各国经贸往来提供了更便利的条件，但是各国也应承担起加入该倡议的责任，当纠纷出现时，寻求更为积极平和的解决方式。

调解这项制度在“一带一路”沿线各国未来更多选择更多认可下，必将为经济发展提供重要保证。而《新加坡调解公约》对建立直接执行的国际商事和解协议机制，对多元化纠纷解决无疑起到了巨大推动力。为使公约更好地在“一带一路”沿线国实施，我国应该

[①] 廖宇羿.论“一带一路”倡议下中国国际商事法庭的定位[J].经贸法律评论,2019(02):81-97。

主动承担责任，率先思索该公约在国内的具体施行，以便为各国所借鉴。此外,由于中国企业“走出去”,遍及世界各地,一旦中国加入该公约,将不得不面临可能来自世界各地的执行申请,商事调解由于其本质的非正式和非常态化，境外调解和解协议的不确定和繁杂性，我国法院是否有完备的相关人员和的司法资源，过早加入公约是否会导致中国法院义务负担加重，都是应该予以更加深入探讨的话题。

12.“一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制研究

张彩云*

摘　要：“一带一路”背景下的企业涉外商事争端，既不同于政府及个人之间的争端，也区别于各主体间的投、融资争端。基于企业涉外商事争端的特性，梳理了 “一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制的现状及存在的问题，展示了我国创新性“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台的亮点，并探析了该机制依然存在的缺陷。提出了进一步优化“一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制的建议，为制度的运行提供更加详尽的参考。

关键词：“一带一路”；涉外商事；争端解决机制

Abstract：The foreign-related commercial disputes under the background of "one belt and one road" are different from the disputes between the government and individuals, and are also different from the investment and financing disputes between the various entities. Based on the characteristics of foreign-related commercial disputes, this paper sorts out the current situation and existing problems of the foreign-related commercial dispute settlement mechanism under the background of "one belt and one road", and demonstrates the highlights of our innovative "one-stop" international commercial dispute settlement platform, and analyzes the defects still existing in the mechanism. The proposal to further optimize the dispute settlement mechanism of foreign-related commercial disputes under the background of "one belt and one road" is put forward to provide more detailed reference for the operation of the system.

Keywords：“The Belt and Road Initiative”； Foreign Business； Dispute Settlement Mechanism

“一带一路”（The Belt and Road，缩写 B&R）是“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的简称。自 2013 年 9 月和 10 月由中国国家主席习近平分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”的合作倡议以来，截止到 2019 年 4 月 22 日共建《“一带一路”倡议：进展、贡献与展望》报告显示，在政策沟通方面，中国已与１５０多个国家和国际组织签署了１７０多份合作文件，共建“一带一路”倡议正得到国际社会越来越多的认可。[①]

一、“一带一路”背景下企业涉外商事法律争端相关概念的界定

随着企业之间商贸往来日渐频繁和贸易总额的加快增长，企业之间的商事争端也逐渐

*作者：张彩云，潍坊学院教授。

[①] 王洹星，潘莹：中国将继续把互联互通作为重点推进与“一带一路”相关国家多领域合作 Z 国际合作在线，2019-4-2.

增多。如何建立公正公正的涉外商事争端解决机制和机构，为企业涉外商事纠纷提供高效、便利、快捷、低成本的解决方案，是一带一路建设中迫切需要解决的问题。基于“一带一路”建设的参与主体及参入的建设项目各不相同，争端产生的类型也各有所易。争端一般产生于政府与政府之间、企业与政府之间以及企业与企业之间，甚至还可能发生在国际金融机构（亚投行）与资主体（包括政府和企业）之间。按照照争端的产生的领域不同，争端又可以分为贸易争端、投资争端、商事交易争端、融资争端等，不同类型的争端有着不同的解决机制。[①]

本文以“一带一路”背景下企业涉外商事争端为对象,研究其解决机制，为此界定“一带一路”背景下企业涉外商事争端的相关概念，便是研究其解决机制的前提和基础。

（一）关于“商事”概念的界定

我国《最高人民法院关于执行我国加入的(承认与执行外国仲裁裁决公约)的通知》（以下简称《通知》）第二条对于“商事”进行了解释：“根据我国加入该公约时所作的商属于契约性和非契约性商事法律关事保留声明，我国仅对按照我国法律系所引起的争议适用公约。所谓“契约性和非契约性商事法律关系”，具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

从《通知》可见，该《通知》所指的“商事”主要系与财产有关的争端，未将知识产权等无形财产权的争端及其侵权责任等的争端列为“商事”。明确指出该争端不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

（二）“涉外商事案件”的界定

依据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》第三条， 具有下列情形之一的商事案件，可以认定为本规定所称的国际商事案件： （一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的； （二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的； （三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。

可以看出该《规定》在涉外因素的界定基本等同于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释第一条和最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百二十二条的规定。

（三）一带一路”背景下企业涉外商事争端的涵义及特点

根据上述《通知》和《规定》的内容，可以将一带一路”背景下企业涉外商事争端的涵义概括为：凡在一带一路建设中，不同国家或者经常居所地在境外的、标的物在境外的或者产生、变更或者消灭的商事关系法律事实在境外的企业之间或者企业与个人之间，发生的有关商事关系方面的争端，即为一带一路”背景下企业涉外商事争端。该类争端具有下列特点：

1、争端的当事人一方或者双方是企业。如果双方都是个人不能为该争端的当事人。

[①] 郑旭文：“一带一路”倡议下多元化争端解决机制的构建 J.大连海事大学学报.2018(10).

2、争端案件所涉内容是契约性和非契约性商事法律关系。个人之间、政府之间以及个人与政府之间有关人身或者财产关系争端以及外国投资者与东道国政府之间的争端，不是本文所研究争端。

3、具有涉外因素。该类争端是不同国家之间的企业之间或者企业与个人之间发生的争端，经常居所地不在中国领域内的双方企业之间或者企业与个人之间发生的争端，标的物不在中华人民共和国领域内的双方企业之间或者企业与个人之间发生的争端以及双方企业或者企业与个人之间产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外发生的争端。

4、属于国际私法中的争端，区别于与国家之间的政治、军事、外交等争端。

5、争端解决方式可多元化，既可以通过国内商事争端解决机制也可以通过国际商事争端解决机制解决。

二、“一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制现状

涉外（国际）商事纠纷解决机制包括利用现有机制和建设新的机制。现有机制包括国内机制和国际机制。国内机制包括调解、国际民事诉讼和国际商事仲裁；国际机制包括区域性争端解决机制、全球性争端解决机制。在国内机制中由于调解强制力的缺失，传统国际社会中处理国际商事纠纷主要依靠国际民事诉讼和国际商事仲裁两种途径。[①]

（一）“一带一路”背景下企业涉外商事诉讼现状

诉讼作为跨国商事争端解决的主要方式之一，具有强制执行力强的优点，但由于诉讼存在的法律障碍，目前选择使用诉讼方式解决争端的商事案件仅占商事案件的 30%左右。主要法律障碍体现为：

第一、没有统一的国际法院管辖受理国际商事案件。一路一带沿线国家乃至全球至今设立统一的国际管辖法院。一带一路沿线国家分属于欧洲、 亚洲、 非洲等不同的区域，法律制度、司法体系、 裁判规则各不相同，没有统一的管辖法院、没有统一的裁判规则，当事人对于通过诉讼实现公平正义存在担忧。

第二、异国诉讼管辖、送达、取证、法的查明及执行等存在障碍。“一带一路”包括中国在内的 65 个沿线国家不仅地理跨度大、使用不同的多种语言，而且主要不同的政治经济制度、法律制度，既有英美法系国家、大陆法系国家 ，也有伊斯兰法系国家，还有一些国家适用的是复杂的混合法律律制度 ，这给异国法院管辖权的确定、外国法的查明 送达、取证及执行等带来困难。企业考虑到这些诸多因素，一般不将纠纷诉诸诉讼解决。

第三、或缺统一的诉讼程序规则和裁判标准。国际上有关诉讼的多边公约主要是 1965 年在海牙缔结的《民商事事项司法与司法外文书域外送达公约!(以下简称《海牙送达公约》) 和 1970 年在海牙缔结的《民商事事项域外取证公 约》(以下简称《海牙取证公约》) 》。中国是上述两个公约的成员国，但在“一带一路”沿线的 64 个国家中，加入《海牙送达公约》的国家仅有 25 个，加入 《海牙取证公约》的国家有 26 个。同时，在这 64 个国家中，同中国签订有民商事司法协助条约的国家仅有 7 个，签订有民事和刑事司法协助条约的国

[①] 刘岩： “一带一路”倡议下我国设立国际商事法庭的必要性 J. 沈阳工业大学学报:社会科学版.2018(10).

家仅有 17 个。[①]

第四、诉讼存在期间长、成本高，而且一国法院的生效判决，能否被另一国承认和执行也存在诸多条件的限制。当事人诉讼目的能否实现的不确定性，所以诉讼并不是当事人的首选。

（二）“一带一路”背景下企业涉外商事仲裁争端解决现状

由于仲裁具有自愿性、专业性、灵活性、简便性、保密性、裁决的可执行性等优点，而成为企业涉外商事争议中首选的解决方式。据统计计，全球 70%以上的跨国商事纠纷采用了仲裁方式。

商事仲裁又可分机构仲裁和临时仲裁。各仲裁机构通常都有自己的仲裁则，并且都力图通过简便灵活的仲裁规则和公平公正的裁决来吸引争议当事人择其作为仲裁机构。巴黎国际商会仲裁院、英国伦国际仲裁院、瑞士斯德哥尔摩商会仲裁院等仲机构是世界上最有影力的仲裁机构，几乎垄断了国际商事仲裁案件。亚洲最为广泛的仲裁机构则有香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心等。

联合国国际商事仲裁大会于 1958 年通过的《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》（简称“1958 年《纽约公约》”）已拥有约 160 个成员国。中国是《纽约公约》《公约的成员国》，在“一带一路”沿线的其他 64 个国家中，有 57 个国家加入了该公约。经过多年实践，《纽约公约》已经被证明是一个非常有效的仲裁裁决执行机制，是执行情况最好的国际立法之一。同时，在“一带一路”沿线 64 个国家中，有 34 个国家以《联合国国际贸易易法委员会的〈国际商事仲裁示范法〉为蓝本制定了本国的仲裁法[②] 。

目前基于国际影响力的欧美发达国家的仲裁机构的存在，在一定程度上限制了“一带一路”国家仲裁制度的发展。“一带一路”国家的仲裁机构及仲裁制度，相比欧美发达国家的仲裁法律制度和仲裁规则有一定的差距，企业的涉外商事争端一般选择巴黎国际商会仲裁院、英国伦国际仲裁院、瑞士斯德哥尔摩商会仲裁院等具有世界影力的仲裁机构仲裁。这些仲裁机构基本垄断了国际商事仲裁案件。其垄断的结果必然遏制 “一带一路”国家尤其是我国仲裁制度的发展。

三、我国“一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制的发展

我国“一带一路”背景下企业涉外商事争端解决机制的发展，既包括已经存在的解决涉外商事案件的法律制度和仲裁制度，也包括我国涉外商事争端解决创新性的制度。

（一）现行涉外商事争端解决法律制度

1.涉外诉讼程序制度

[①] 朱伟东：中国与“一带一路"国家间民商事争议解决机制的完善 J.求索.2016（12）.
[②] 郑旭文：“一带一路”倡议下多元化争端解决机制的构建 J.大连海事大学学报.2018(10).

现行的中华人民共和国民事诉讼法（以下简称民事诉讼诉法）“涉外民事诉讼程序的特别规定”用五章 260 条对于涉外民事诉讼应当遵循的基本原则、涉外案件的管辖、送达、期间、仲裁及司法协助予以专门规定；最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第“二十二、涉外民事诉讼程序的特别规定”用 29 个条文，对于“涉外民事诉讼诉的特别规定”进行了补充解释，使之民商事案件从当事人的确定、管辖、立案、诉讼代理、送达、取证、仲裁、执行、司法协助形成了完整的涉外民事诉讼制度。同时为维护海事诉讼当事人的诉讼权利，及时审理海事案件，制定实施了《中国人民共和国海事特别程序法》及最高人民法院关于适用《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》若干问题的解释。

2.涉外仲裁制度

第一、我国具有早已存在的涉外商事仲裁机构。中国国际经济贸易仲员会及其各分会、中国海事仲裁委员会等涉外商事仲裁机构早已存在并发展较好，另外上海、深圳、香港等地又有独立的国际仲裁机构。第二、建立了涉外商事争端解决法律制度。除民事诉讼法及司法解释做出特别规定外，主要有《中国人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》及其司法解释。仲裁法第七章涉外仲裁的特别规定第六十五条规定“ 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁，适用本章规定。本章没有规定的，适用本法其他有关规定。”2018 年 1 月 1 日实施的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》对于涉外案件的认定及司法审查做出了做出了专门的规定。

3.具有涉外商事关系适用法律制度

2010 年 10 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过并于 2011 年 4 月 1 日生效的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)，该法作为处理涉外民事关系法律适用的一般法，对于包括商事关系在内法律适用做出了明确全面的规定，同时为正确审理涉外民事案件，2012 年 12 月 10 日最高人民法院审判委员会第 1563 次会议通过了关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》。除此之外，还有散见于《海商法》、《票据法》、《民用航空法》等特别法，对于涉外海商关系、票据关系及民用关系的法律适用予以特别规定。

（二）现行涉外商事争端解决法律制度存在的缺陷

我国上述涉外法律制度，虽然从程序和实体方面对于涉外商事案件的法律适用提供了法律上的保障，有利的维护当事人的合法权益。但上述法律及司法解释，并不专门适用于“一带一路”涉外商事争端解决的法律制度。我国原有的争端解决机制无法适应 “一带一路” 国家在文化、历史传统以及法律体系上的复杂情形，具体体现为：

1、 在诉讼机制方面，由于在倡导“一带一路”建设的同时，未及时对国际商事争端解决机制作出调整。在承认与执行外国法院裁决及司法协助方面制度的不完善，无法适应“一带一路”企业涉外商事争端的解决。尤其是对于异国裁决的承认与执行方面，被动地强调互惠条件，不利于异国裁决的执行，不利于案件的及时处理，也阻碍了“一带一路”企业商事关系的发展。

2、我国和沿线国家之间缔结的双边民商事司法协助条约以及它们共同参加或缔结的

相关国际公约的数量极其有限，涵盖的沿线国家数量较少。而且，中国和“一带一路 "沿线国家缔结的双边民商事司法协助条约的规定极不统一，有关条约实施和监督的规定也付诸阙如。[①]

3、仲裁机制存在瑕疵。第一、没有充分贯彻落实意思自治原则。尽管我国仲裁制度基本上贯彻了意思自治原则，但与当前通行的国际仲裁制度存在着较大差距。如在临时仲裁制度、仲裁范围、仲裁员和仲裁规则的选择等方面存在瑕疵，有待进一步健全和完善。

第二、我国仲裁规则与国际通行的仲裁规则有差别。 我国仲裁规则与国际通行规则的不同，限制了当事人对于我国仲裁机构的选择;

第三、各国实体法与国际商事习惯的差异，为纠纷的处理带来困境。 大陆法系国家如德国民商法和中国民商法中都存在公平原则，并由此衍生了“显失公平”的法律制度，直接影响民事行为的效力，而英美合同法中则不存在这一制度。大陆法系国家往往比较注重通过立法平衡当事人之前的地位，保障法律正义与公平，而英美法系国家往往比较注重法律作为一项政策的效果和延续性，强调政策公平。从国际商事实践来看，由于英国、美国长期从事金融业、贸易业和航运业等传统商事活动，国际商事活动受英美法系的影响更大。 这种差异导致很多达成合意的国际商事行为在某一国国内法下为无效行为。这必然造成很多国际民商事纠纷无法得到实际解决。[②]

（三）涉外商事争端解决机制的创新性发展

1、打造了一站式国际商事争端解决新平台

鉴于现行的国际商事纠纷解决机制已经不能满足“一带一路”商事纠纷解决的需求，建立一个多元、便利、专业的一站式的国际商事争端解决平台迫在眉捷。2018 年 1 月 23 日，中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称意见），要求建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构。依据《意见》的精神，2018 年 6 月 29 日，最高人民法院第一国际商事法庭、第二国际商事法庭分别在深圳市和西安市揭牌，正式办公。2018 年 8 月 26 日，最高人民法院国际商事专家委员会成立，来自 14 个国家和地区的 31 名中外专家被聘任为首批专家委员。

2018 年 12 月 5 日，最高人民法院公布《最高人民法院办公厅关于确立首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》。通知从 2018 年 12 月 5 日开始执行。同时开始施行的还有：《最高人民法院商事专家委员会工作规则（试行）》和《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》。首批机构分别为：中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心。依据上述通知，对诉至国际商事法庭的国际商事纠纷案件，当事人可以协议选择纳入机制的调解机构调解；对纳入机制的仲裁机构所受理的国际商事纠纷案件，当事人可以在

[①] 朱伟东：“中国与一带一 路 "国家间民商事争议解决机制的完善 J.求索,2016(12).
[②] 刘德：浅谈软法在国际民商事纠纷解决中的应用 J.法制与社会.2018（11）.

申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全；在仲裁裁决作出后，可以向国际商事法庭申请撤销或者执行仲裁裁决。随着《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》等文件的相继出台，标志着诉讼与仲裁、调解有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台正式落成，进入运行阶段。

2、“一站式”国际商事纠纷解决新平台的亮点

第一，该机制提供了诉讼、仲裁和调解的“一站式”的多元化纠纷解决平台，有利于发挥各个纠纷解决机制的优势，实现不同纠纷解决机制之间的有机衔接与转换。

第二，鉴于国际调解协议和仲裁裁决在实践中出现的执行难的问题，该机制还创新性地为符合条件的国际调解协议和仲裁裁决的执行提供快捷通道，统一交由国际商事法庭负责审查，从而形成诉讼、调解、仲裁互联互通的一站式纠纷解决平台。这也是我国对国际纠纷解决模的一次有益探索与积极贡献。

第三、创新性地组建了最高人民法院国际商事专家委员会的，这是我国的首创。首批来自于不同法系 15 个国家及地区的 32 名专家组成了最高人民法院国际商事专家委员会，充分体现了“一带一路”商事争端解决机制的高度国际化和我国在法治创新上的开放立场。国际商事委员会专家的职责主要是就人民法院审理的案件提供法律咨询意见或者通过担任商事纠纷的调解员来直接参与到纠纷解决中。专家委员会的人员有国际机构的负责人、法学专家、资深法官和律师构成，具有高度的专业性和广泛的代表性，充分体现了“一带一路”商事争端解决机制的高度国际化和我国在法治创新上的开放立场。

第四，“一带一路”国际商事争端解决机制所处理的纠纷不限于涉“一带一路”建设纠纷。根据《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》），国际商事法庭受理五种类型的国际商事纠纷案件。首批国际商事专家委员会的专家委员构成也不仅限于“一带一路”沿线国，“一带一路”国际商事争端解决机制秉承开放包容的态度，坚持共商共建共享，集各国专家的智慧来打造有国际影响力和公信力的商事纠纷解决平台。

第五、争端解决机制的智慧化和便捷性。集中体现在以下三个方面：其一，充分利用“智慧法院”的成果，构建电子诉讼服务平台，有效缩短跨国争议处理周期。其二，域外诉讼证据方面，简化跨境诉讼程序、降低诉讼成本的立场。根据《规定》第九条，涉外商事诉讼证据不强制要求公证、认证，而且在双方当事人认可的情况下，可以直接使用英文证据材料，不需要提供中文翻译件，有效解决了司法实践中存在的英文诉讼证据材料翻译工作耗时耗力、经济成本高的问题。其三，扩大了域外法查明可选择的途径。《规定》第八条 国际商事法庭审理案件应当适用域外法律时，可以通过下列途径查明：（一）由当事人提供；（二）由中外法律专家提供；（三）由法律查明服务机构提供；（四）由国际商事专家委员提供；（五）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（六）由我国驻该国使领馆提供；（七）由该国驻我国使馆提供；（八）其他合理途径。 通过上述途径提供的域外法律资料以及专家意见，应当依照法律规定在法庭上出示，并充分听取各方当事人的意见。

总之，“一带一路”国际商事争端解决机制的构建体现了我国参与国际规则制定和国际治理的积极努力。该机制坚持共商共建共享，集各国专家的智慧来打造有国际公信力的商事纠纷解决平台，有利于增强我国在国际舞台上的话语权。[①]

四、进一步优化“一带一路”涉外商事争端解决机制的建议

我国“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台机制的创设和运行，是我国对于世界争端解决制度发展所作出的一份独特的重要贡献。该机制不仅有利于增强我国在国际舞台上的话语权，而且如果运行得当，有望达到引领解决世界商事争端潮流的效果。但由于“一带一路”沿途国家情况复杂，涉外商事争端解决机制是一项复杂的具有重大意义的系统工程，针对目前依然存在的问题，须进一步优化我国涉外商事争端解决机制。

（一）通过签订签订双边和多边条约，完善与“一带一路国家的司法协助制度

我国与“一带一路”沿线国家之间的司法协助工作还有很大空间需要填补。我国应当坚持开放合作、和谐包容及互利共赢为基本原则，利用签订双边、多边条约的方法，完善“一带一路”沿线国家之间司法协助制度，使“一带一路”沿线国家间的司法协助更加完善，能够被相互承认和执行的民商事判决的范围更加广泛，能够在沿线区域国家之间发挥更大作用。[②]

（二）优化外国法院判决承认与执行中的正当程序

我国《民事诉讼法》及其司法解释对于外国法院判决的承认与执行的实质要件做出了规定，但对于判决的程序并做出要求。这基于我国涉外审判中存在“重实体，轻程序”的情形有关。从而降低了我国法院判决的公信力。从我国签订的司法协助条约的规定来看，存在各司法协助条约之间对正当程序的规定不一致，正当程序的范围过窄等问题，带来了外国法院判决承认与执行的不确定性。因此，我国需要在立法层面明确规定外国判决正当程序要求的条款。在司法理念上，应适应我国“一带一路”商事纠纷解决机制的要求，在司法实践中对外国判决在中国承认与执行时的正当程序审查采取更加灵活的机制。对外国法院判决的正当程序的审查，采取原则性与灵活性相结合的方式，在维护我国主权、保护当事人的合法权益的同时，以积极主动的互惠原则与“一带一路”国家在商事司法合作方面取得共赢。[③]

（三）进一步优化“一带一路”涉外商事仲裁解决机制

1、尽快设立“一带一路”企业涉外商事“智慧仲裁院”，完善在线涉外商事仲裁

21 世纪是一个全球化、信息化、数字化与智能化的时代，我国在数字化、人工智能等方面的技术发展目前处于世界前列。我国便利化的信息技术条件为“一带一路”涉外商事

[①] 何晶晶：.一带一路建设中的商事争端解决 Z.中国社会科学网 2018-12-5.

[②] 袁发强：“一带一路”背景下国际民商事争议解决机制之建构 J.求是学刊.2018(5).

[③] 乔雄兵：外国法院判决承认与执行中的正当程序考量 J.武汉大学学报 2017（7）.

争端解决机制提供了契机。我国“智慧法院”的成果，已经在“一路一带” 涉外商事争端解决机制中予以体现，《规定》第十八条规定，国际商事法庭通过电子诉讼服务平台、审判流程信息公开平台以及其他诉讼服务平台为诉讼参与人提供诉讼便利，并支持通过网络方式立案、缴费、阅卷、证据交换、送达、开庭等。但涉外仲裁作为“一带一路”企业商事纠纷解决方式的首选，更应当设立“一带一路”企业涉外商事“智慧仲裁院”，充分利用数字化、信息化和智能化”的技术手段，快速、高效解决涉外商事仲裁案件。目前美国仲裁协会、Square Trade 等诸多在线仲裁服务机构已建立了相关法律制度和规则，在线仲裁制度建设和实践有了长足的进步,也推动了国际仲裁纠纷解决机制的发展。[①]但我国在线仲裁尽管已经试点，但目前我国尚未建立起完备的涉外商事在线仲裁体系和相关法律制度，不利于我国涉外商事仲裁制度的发展，也影响我国仲裁在国际上的地位。因此,进一步优化我国在线仲裁制度势在必行。在完善在线仲裁的配套建设的基础上，设立“智慧仲裁院”，通过仲裁服务平台、仲裁流程信息公开平台以及其他诉讼服务平台为企业提供仲裁便利，并支持通过网络方式立案、缴费、阅卷、证据交换、送达、开庭等。充分利用数字化、信息化和智能化”的技术手段，快速、高效解决涉外商事仲裁案件。同时，应当积极开展在线仲裁宣传工作,在与“一带一路”沿线各国的交流合作中,通过合理方式告知当事人在线仲裁的优势所在,引导当事人作出仲裁方式的最优选择。

2、进一步完善仲裁法，更好地贯彻践行当事人意思自治原则

意思自治原则不仅是国际私商事交易中基本原则，而且自始至终贯穿于仲裁的全过程。但相对于国际仲裁，我国仲裁制度没有充分贯彻落实当事人意思原则，从而限制了涉外商事仲裁的进一步发展。为此，建议从以下一个方面予以完善。

第一、根据当事人的意愿设立临时仲裁庭，监理临时仲裁制度。临时仲裁庭是根据争议双方当事人的协议，在法律规定或允许的范围内，由双方当事人选出的仲裁员自行组成的仲裁庭。临时仲裁庭一般无固定的组织、地点、人员和仲裁规则，它在审理争议并作出裁决后即行解散。临时仲裁历史悠久，起源于 19 世纪中叶欧洲大陆，早于常设仲裁机构而产生，临时仲裁由于具有便捷性，所以临时仲裁制度在国际社会已经得到了广泛认可，而且我国作为《纽约公约》的缔约国之一，在国际上实际上已经承认了临时仲裁制度下的裁决结果。但我国至今未设临时仲裁制度，也没有对于他国临时仲裁结果的认可，这一制度的缺失大大降低了我国仲裁纠纷解决机制的灵活性，在涉及临时仲裁的国际合作中也处于较为尴尬的地位。因此, 为增强我国仲裁制度的国际竞争力，展示我国涉外仲裁的便捷性，建议在我国的涉外商事仲裁制度优化中应当首先考虑临时仲裁制度的引入，加快仲裁法及相关法律制度的修订进程,从法律上确认临时仲裁制度。

第二、尊重当事人意思自治选择仲裁范围的权利。依据我国仲裁法的规定，可以申请仲裁的范围限于合同纠纷和其他财产权益纠纷。对于如侵权纠纷、无形资产争议等当事人无法选择仲裁。关于仲裁的范围，1958 年的《纽约公约》将其规定为“契约性和非契约性争议”。 国际上多数国家采纳了这一标准，如《德国民事诉讼法》第 1029 条第 1 款规定：“仲裁协议是当事人之间达成的将他们之间业已产生或可能产生的关于特定的无论是契约性还是非契约性法律关系的所有或某些争议提交仲裁的协议。”[②]

随着“ 一路一带”建设的不断发展，各国企业之间的商事侵权、知识产权侵权纠纷不断出现。如果将该类涉外商事及知识产权争端均排斥在仲裁之外，会阻碍“一带一路”建

[①] 王豪：如何在“一带一路”背景下推进我国商事仲裁纠纷解决机制发展 N.法制日报网络版 2018-8-28.

[②] 谷振龙：关于仲裁法中当事人意思自治的几点思考 N, 中国法院网 2012-11-14.

设的健康发展。建议修改仲裁法，除法律明文规定不准提起仲裁的争议事项外，对提交仲裁的争议事项应当尊重当事人的自主性选择。

第三、优化当事人意思自治选任仲裁员制度。为了保证仲裁裁决的独立性、公正性、中立性、专业性及终局性的特点，我国仲裁法对仲裁员的资格及其选定予以严格规定，各仲裁机构均备有仲裁仲裁员名册。当事人一旦选定仲裁机构，只能在该仲裁机构的仲裁员名册中指定仲裁员，不能从其他仲裁机构的仲裁员名册中指定裁员，这在某种程度上限制了当事人的意思自治。

目前，国际著名的商事仲裁机构如国际商会国际仲裁院、斯德哥尔摩仲裁院、美国仲裁协会等或者没有专门的仲裁员名册、或者即使有名册，也只是推荐性质的，当事人可以不受此名册的限制指定仲裁员。充分保障了当事人的意思自治原则的实施。随着我国 “一站式”国际商事纠纷多元化解决平台的设立和运行，必然会有越来越多的外国当事人选择我国的仲裁机构进行仲裁，如果我们不能在仲裁员名册上采取更为灵活制度，则比较容易阻却不断增长的“一带一路”涉外商事中当事人对我国仲裁机构的选择，最终将有碍于我国仲裁事业的长远发展。正是从这个角度来说，笔者认为，我国仲裁法在将来的修改中完全可以借鉴国际上通行的惯例和相关立法经验，确立推荐性的仲裁员名册制度。[①]

第四、赋予当事人意思自治选择仲裁程序规则的权利。所谓仲裁规则，是指常设仲裁机构根据仲裁法律所制定的规范仲裁进程的准则，也是仲裁庭行使仲裁权和当事人进行仲裁所应遵循的程序规则。在国际商事仲裁中，赋予当事人意思自治选择仲裁程序权利，意在给予当事人摆脱仲裁地法的控制的权利。目前绝大多数国家在国际商事仲裁立法及实践中均已确立仲裁程序的当事人意思自治原则。我国仲裁法并没有明确规定是否赋予当事人选择仲裁程序规则的权利。我国“一带一路”涉外商事争端的解决，应当赋予当事人意思自治选择仲裁程序规则的权利，能够使当事人在合意的前提下完全可以并且应当拥有对仲裁程序拥有更多的选择权，而不必拘泥于任何特定的仲裁规则。从而使更多的当事人运用我国的仲裁机制解决争议，以充分体现我国仲裁机制的功能和价值。

结语

通过对我国和“一带一路"沿线国家间现有企业涉外的商事争议解决机制进行分析可以看出，在诉讼解决机制方面，我国与沿线国家签订的双边和多边民商事司法协助条约或缺，导致商事纠纷解决运行不畅，最主要是不能满足对于外国判决执行的需要；在仲裁解决机制方面，主要体现在我国仲裁制度未充分保障当事人意思自治原则的贯彻实施。为保障”一带一路“建设的健康顺利发展，保障企业的合法权益，在尝试创新性商事一站式纠纷解决机制运行的基础上，继续优化中国涉外商事诉讼和涉外仲裁解决机制，仍然是我国立法界和司法界的重要任务。

[①] 谷振龙：关于仲裁法中当事人意思自治的几点思考 N, 中国法院网 2012-11-14.

13.“一带一路”视角下的调解调和定位及适用模式再探

陈胜*

摘　要：调解原本就是一种传统的纠纷解决方法。历史发展与社会安全稳定取向造就了调解的不凡成长经历与肩负使命。就世界各国所竞相建立并完善的诉讼外纠纷解决机制而言，调解虽有其特性优势，但相较于高程序化、强效力的诉讼、仲裁，纠纷解决的有限实效性从根本上制约着应然的功能发挥。在我国“一带一路”倡议背景下，更需理性看待与纠纷解决功能息息相关的调解技术应用层面的各模式，重新对各应用类型予以学理分析，进而明确交涉型调解可定位于标准化适用。

关键词：社会安全稳定；调解调和定位；适用模式

前言

和谐是我国社会主义现代化国家建设的核心目标之一。也就是说，安全稳定的社会，正是民众向往的工作生活环境，更是我国着力建设“一带一路”和大力发展自贸区的基础条件。纵观人类社会发展历程，不然看出社会始终在矛盾的产生与解决之间不断循环推动而获以进程。社会矛盾实质就是集中体现为纠纷形式，纠纷的多元化更随社会矛盾复杂化而显循规蹈矩的特性。那么，调解作为纠纷解决方式之一，是以调“和”为己任，无疑成为社会寄以厚望的角色。如今，从学术到实务、行政到司法、政府到民众、国内到国外，乃至立法层面等多角度多方位，对调解的纠纷解决功能及作用进行最大化开发及应用。尽管如此，调解因其内在本质因素导致在纠纷解决上的实效局限问题出现，这其中的实际来龙去脉是值得去深入探讨，进而予以合理定位，于理论上实现深化研究效果。

通过我国“知网”检索，不难发现英文版、中文版涉及“调解”的研究成果，尤其近 2 两年来不在少数，主要涉及调解的应用空间、发展方向、调解类型与体系化建设等。犹如本文，经由调解的内在功能及其技术应用角度切入较为全面剖析，实属不多见。

一、外在的社会安全稳定维护需求

社会的安全稳定既是应然目标，亦属实然效果。必定是原本就渴望祥和安定生活的民众所追求状态，俨然是社会发展的实际需求，由此形成推动解决社会矛盾的外部力量。

（一）社会发展的矛盾本质

社会其实自始至终都承载着矛盾，将不断解决矛盾的效应转化为自身发展动力。借助“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关”的马克思主义哲理，[①]俨然可如此理解：迄今为止，人类无不是通过克服源于自然界与人类自身的种种矛盾，不断追求和实现自己利益来刻录社会发展史。[②]换言之，社会矛盾总是因追求各种利益而引发纠纷并需解决这一连锁反映的本质规律，不断反应出推动社会发展进步的能量及功效。

---

*作者简介：陈胜，男，福州大学法学院副教授，硕士生导师，法学博士（日本）。
联系方式：15980690856（手机），chensheng8686@aliyun.com（邮箱）　。
基金项目：福建省社科规划项目（福建省法学会专项，项目批准号：FJ2015TWB042）的阶段性成果。基于
福建省教育厅一般项目（JA11042S，项目编号：825416）阶段性成果之一（未正式发表部分）的深化研究成果。在此基础上，本文又进一步做些细化研究。

① 参见白琳：《社会和谐的制度基础》,(北京)中央编译出版社 2008 年版，第 63 页。
② 同上注，第 64 页。

为了尽可能达成和谐所蕴涵社会安全稳定的维护效果，就要千方百计减少乃至消除影响和谐目标实现的不安全因素；反之，只要不安全因素不能彻底清除，就无法达到和谐的理想境界，人类社会终究还是依存于矛盾。况且，不安全因素往往多元、多样及多向地孕育矛盾或冲突，即便一种矛盾或冲突被解决，并不意味着该不安全因素已被彻底铲除，极有可能还有诸多的矛盾与冲突因其而存在。要想达到这种理想的人类社会和谐状态，尽管符合历史发展规律，可是到底还需要人类经历多少代的努力，目前任何人皆不可能给予明确回应。[①]理想与现实毕竟存在何其大的间隙，可谓矛盾的化解始终是一道不解难题，只能通过尽量缓解或局部、有限解决的不断努力过程，延绵推动社会前进发展。

习近平总书记在十九大报告中强调：中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。这是战略决策高度上的现阶段我国社会矛盾最为根本的本质反映归结，极具客观开释了“美好生活需要”上的追求与“不平衡不充分的发展”现状条件之间所反映不匹配、大差距的冲突问题，于解决方法的大政策略及基础应用层面，首先指出总体根源所在，为个案实然开出“治标治本”良方奠定应然基础。

（二）安全稳定的价值取向及其现状

“价值取向”属于较为通俗易懂的词汇，故学界并没有太多的直面解释；但对“价值”还是作了比较规范的归纳，认为“价值是客体的某些属性对人、社会所具有的积极意义；是客体的某些属性能满足主体的某种需要，成为主体的追求目的”。[②]价值产生于人与客观事物的关系中，包括物质一面与精神一面；可分为自然物与人造物，没有单独存在的意义及作用，价值只有在该物质特别是自然物与人发生关系和参加社会活动时才被体现；通常觉得价值是随人类而产生发展，具有显著的社会性。[③]价值集聚了促进人类社会不断延续的普遍性,该普遍性涵盖人的肉体与精神方面的真、善、美、仁、爱等一统特性，其社会性注定令之与人类社会发展脱不开干系，否则就无存在的必要。在笔者看来，“价值”无非就是存在的意义与作用之意，“取向”不外乎是发展目标及方向的确立，二者合一可理解为“基于存在的意义与作用基础上确定发展目标及方向”。虽可简单地组合理解，其内涵却非能单纯把握并兑现。

纵观我国特色社会主义核心价值观，和谐是国家建设的核心价值目标。也就是说，实现理想的安全稳定社会维护效果，已是我国尤为重要及明确的宏观规划及目标，业已具体深化到我国的政治、经济、法律、文化等领域。

“社会不和谐的因素可从不同的角度进行归纳”[④]，这是一种观点或见解，也道出了其中的复杂多变性。现实中，环境污染及自然界破坏程度越发严重，贫富差距持续扩大，劳资关系日益紧张化，社会保障体制仍旧不完善，城乡发展、区域差距有所失调，农村流动人口与城市户籍人口之间的利益冲突日趋明显，物质文明与精神文明的不对称发展加剧，诚信体系在全社会范围内不断溃退，行政、司法的公信力屡遭质疑，医患关系不寻常紧张等现象，这些相对新型的矛盾与冲突蕴藏了许多不安全因素在作祟使坏，爆发出多少纠纷问题有待解决处理；还有些诸如涉及房屋、宅基地、邻里、婚姻、家庭等传统式纠纷也层出不穷，甚至新旧类型交替掺杂；此类参杂现象的凸现，令各种各样社会矛盾或冲突越发激活。由于这些现状，对社会安全稳定构成一定程度的侵蚀；因此，改变所处劣势成为当务之急的社会共识及众望所归，更是如今我国深化改革步入新时代获得成熟发展所必然面

[①] 同前注①，第 67 页。

[②] 孙喜亭：《教育问题的理论求索》（“十五”国家重点图书出版规划项目），人民教育出版社 2004 年版，第 133-134 页。

[③] 参见严存生：《法的价值问题研究》（西北政法大学文库/法理学系列），法律出版社 2011 年版，第 8 页。

[④] 徐昕：《迈向社会和谐的纠纷解决》，中国检察出版社 2008 年版，第 5 页。

对的问题。

（三）趋于国际化纠纷解决需求增大的必然性

既然我国社会发展的价值取向于尽可能实现“社会安全稳定”的效果，一切由不安全因素所带来的纠纷，皆需逐步及时解决。只有这样，本是阻碍社会发展的矛盾与冲突才能得以不断化解，有效确保社会的安全稳定，进而促进社会发展进步。换言之，妥善处理和疏导化解社会发展中的矛盾与冲突，积极预防、控制和解决已出现或即将出现的种种纠纷，协调不同群体之间的利益，维护当事人合法权益，保持正常、良性的社会秩序，已成为我国社会运转的日常工作内容和基础环节部分。[①]

况且，纠纷解决需求体现的是“必然性”而非“必要性”。必然性着重强调纠纷解决属于一种规律，其结果是显而易见的，其结论是肯定的；而必要性是一种论证命题，须通过论证方式来确定其中的结果或结论，不能直接体现出“规律”这一本质；因此，纠纷从发生到解决可以说是一种连环反映而带来实效反应，这种“必然性”内在规律透射出“有矛盾或冲突就必定有解决的需求”。对这种需求，无论客观条件限制还是主观人为无视而懈怠于应对，只会让矛盾或冲突更加激化复杂，最终仍无法回避而须面对，且换来更高难度及更大投入的解决需求。注视于人类社会的宏观发展史，不难明白：周而复始的战争与和平，归根结底皆是此类实效反应，不断地揭示这种解决需求之内在规律，与时俱进地推动历史翻新。

我国早已进入社会结构错动、社会问题繁杂多样、社会秩序有所失范、社会风险加剧且易发的发展关键时期，[②]即所谓的“社会转型期及矛盾凸显期”。这对在矛盾中求解决、求生存、求发展的我国民众来说，是必然要面临的巨大挑战，也是顺应社会发展规律的结果。如今新旧复合化的社会矛盾与冲突产生巨大压力，终究让民众心理不堪超负荷承重而尤显浮躁；反之，民众浮躁情绪亦在方方面面滋生不安定因素而直接作用并更加激化了社会的矛盾与冲突。如此一来，在实践中具体化的种种纠纷几乎深陷无从解决境地而突出化解难的特征。愈是这样，纠纷解决就是不可避免的社会发展需求，才能正常地推动社会进步；否则，就会出现“不进则退”[③]的局面。

现今，我国正处于“一带一路”倡议推行和发展自贸区等的集政治诉求与经济意义于一体的大开放时代：在经济全球化条件下，前所未有积极参与国际经济合作和竞争，最大范围扩大与欧洲、亚太等国际区域及各国交流，传播宣扬中华文明的同时亦吸收、借鉴人类社会所创造的一切文明成果，意味着对国家、社会与民众带来有史以来更为复杂多变的高度国际化时代冲击。换言之，随之而来的社会矛盾与冲突必然发生“质”的变化，此种“质”注定越来越“国际”化，亦可谓“政治因素和制度壁垒等问题不可避免地接踵而来”；因此，围绕这些问题而必然要取得解决的一致共识或协调统一，主要通过事先的国与国（双边）、多国间（多边）的谈判与磋商而订立相应框架协议。但这些框架协议毕竟是各国国家层面战略高度协调统一的公权力产物，很多情形基本无法直接顾及或切实适用到微观具体的投资贸易和各领域交流合作等所产生的私权利纠纷问题解决上；所以，牵扯私权利的纠纷解决，必然要有相对应且相适宜的纠纷解决方法来应付，正是这种需求促进了多元化纠纷解决机制的发展。

此外，还成功推动了有关“中澳自贸区”和“中韩自贸区”等双边关系的《中澳自由贸易协定》（2015 年 6 月 17 日）和《中韩自由贸易协定》（2015 年 6 月 1 日）实现签署，

[①] 徐昕：《迈向社会和谐的纠纷解决》，中国检察出版社 2008 年版，第 12 页。

[②] 参见沈恒斌：“绪论”，载沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》（福建省社会科学研究“十五”规划项目），厦门大学出版社 2005 年版，第 7-8 页。

[③] 诸如《邓析子·无后篇》中的“不进则退，不喜则忧，不得则亡，此世人之常”。这表明“不进则退”是我国源远流长的哲理，具有很强的客观一面。

进而仍努力促进“中日韩自贸区”多边关系的《中日韩自由贸易协定》达成。无论是世界范围的“一带一路”倡议推行、多边关系、双边关系还是内国（单边）类型，对纠纷解决的需求皆是切实存在；有关纠纷解决方法的适用，对纠纷解决机制的依赖，尤其是诸如仲裁、调解与和谈等诉讼外纠纷解决机制（非诉机制）会随“政治因素”和“制度壁垒”的阻碍而越发被青睐；其中原由关系，参见后附自制的[图解 1]。

综述，如今大开放的我国新时代，对诉讼外纠纷解决机制的依赖程度只会有增无减，只有这样才会免疫于“政治因素”和“制度壁垒”等阻碍作用及不利影响。在仲裁、调解与和谈等多种方法可供选择的机制内，仲裁因其在充分遵循当事人意思自治原则的基础上，却不失高度程序化所带来的法律效力（诸如仲裁裁决通过法院执行程序持有强制执行效力和依托于法院职权的保全措施程序设置等）而素有“准司法”之美称；因此，仲裁这一纠纷解决方法当之无愧被首选，其在我国建设自贸区等大开放进程中应予以核心化定位[①]。同是纠纷解决方法的调解、和谈，也属当事人意思自治原则适用的范畴，虽不像仲裁一样持高度程序化特性，显然在法律效力方面进而纠纷解决效果上有所逊色；却因面临纠纷越发国际化趋势下的“政治因素”及“制度壁垒”阻力就越显高强度的先决态势，具备一定纠纷解决功能的调解被依赖程度也自然是水涨船高。

二、调解的纠纷解决内在功能

调解直接承载着解决纠纷的功能。对之追溯渊源，可解读内在。

（一）调解功效的渊源追溯

儒家传统思想及礼教文化在我国盛行并充斥着整个封建王朝统治的历史，甚至于各种场合还能间接或直接影响到当代社会的发展，有正面效应也有负面影响，有积极价值亦有消极作用。在这些儒家思想文化的支配下，我国古代一般奉行“和为贵”、“让为贤”的信条[②]和受制于“无讼”理念，[③]遇事多习惯忍让与妥协的处事态度，这就为调解运用奠定了如实的根源基础，提供适宜可行的礼教社会环境。封建礼治的调解理念适用于封闭式小农经济基础和不被轻易动摇的血缘地缘关系，完全仰仗宗族势力与国家专制权力的制衡来实现纠纷的调“和”目的，取道以“和”为贵的礼教价值观。显然，纠纷在这种封建“礼”“法”之治下的调“和”方式，主要依赖于调解介入方（族长、地方官吏等）的权力及威望行使强力强效解决，并不建立在当事人意思自治前提下的现代调解人中立意识基础，这点在非民主法治时代尤为突出。但仍为现代法治社会确立了“通过第三方（调解人）来主持解决当事人之间的纠纷”这一基本方式，成为实践中的传承之物，理论中的法理研究之本。

在我国，源自民间的人民调解成为具有中国特色的解决民间纠纷、维护社会稳定的重要制度之一，其简便、快捷、灵活与有效的独特功能被西方学者誉为“东方经验”和“东方一支花”，可谓调解制度的代表及主要组成。人民调解萌芽于第一次国内革命战争时期，产生于广东农民运动中。当时，雏形阶段主要以“农会性质”群众调解组织与“村、乡、区性质”行政调解组织的两种形态构成。历经了抗日战争时期、全国解放及建国初期与文革动荡年代，现又适逢中国改革开放由初始阶段转入深化阶段，这些历史进程让人民调解发展之路变为更加复杂曲折。尤其是文革期间，一切皆被诬蔑为资产阶级专政的工具而被彻底砸烂，人民调解制度也不例外，被视为“阶级调和”路线的产物而被取消，人民调解

[①] 参见陈胜：“平潭综合实验区先试先行机遇及海峡两岸深度融合发展战略研究”，载《海峡科学》2015 年 5 月，第 82 页。

[②] 陈洪杰：“第七章 民间调解”，载沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》（福建省社会科学研究“十五”规划项目），厦门大学出版社 2005 年版，第 200 页。

[③] 姚蔚薇：“论人民调解与诉讼调解的制度衔接”，载上海市高级法院等编：《纠纷解决：多元化调解的方法与策略》，中国法制出版社 2008 年版，第 161 页。

组织陷于瘫痪根本就无用武之地。自中共十一届三中全会召开，我国终于真正摆脱了文革非常时期的倒退局面，随着社会主义民主与法制得到恢复，人民调解组织也迅速恢复，活力四放。[①]我国现行民事诉讼法（2012 年 8 月 31 日修正）增设了可由双方当事人对已生效调解协议依法共同申请司法确认这种“诉调对接机制”（民诉法第 194 条），以致现今在我国各领域大力推行调解制度用以化解社会越发复杂多元多变的种种纠纷。

（二）纠纷解决方法上的调“和”表征

纠纷的实质，就是因不和谐因素或者说不安全因素产生了矛盾或者冲突；对之解决，肯定需要削弱甚至消除这些不利因素；作为纠纷处理的方式方法，重心应该在于如何达到削弱或消除这些不和谐因素效果。这其实是本文着力确立的调“和”内涵。

有关调解，英文可翻译为“mediation”和“conciliation”，对这二词的内涵理解与具体运用，虽有些学者进行了严格区分，但大多数学者持二者通用的意见。英国学者卡尔·麦基（Karl Mackie）把调解（mediation）定义为“在中立第三方的介入下，纠纷当事人就争议解决达成协议的一种形式”。[②]不难看出，这种语境的重点在于强调第三方须以“中立”方式介入之意。

我国则取通俗理解，主要是指“通过说服教育和劝导协商，在查明事实、分清是非和双方自愿的基础上达成协议，解决纠纷。在我国，是处理民事案件、行政侵权赔偿案件和刑事自诉案件的一种重要方法”。[③]该定义主要是从纠纷解决的方法角度予以界定，作为第三方的调解人应当采取“说服教育”和“劝导协商”的方法来进行调解。在日本，与调解相对应的称法是“调停”，一般是指“由第三方介入，以当事人互让为核心要件形成纠纷解决内容的‘协调型’或‘交涉型’的处理方式”。[④]解析日本的概念，也是注重纠纷处理采取“协调型”或“交涉型”之具体方法问题，当然其前提条件与我国的“调解”并无相异，还是建立在第三方介入的基础上。

无论中国还是日本或英文国家，一般情况下都将调解（“调停”或“mediation”）作为解决纠纷的方式或手段予以定论，这中间就会牵扯方式适用或手段采用的具体性质问题。如前述，我国的“调解”方式一定程度上仍映射出传统的第三方权威干预内涵，因为“说服教育”和“劝导协商”本身就是长者或权力者的权力威望发挥代名词及惯用行为。我国《人民调解法》（2011 年 1 月 1 日施行）第 2 条中以对“人民调解”释义形式提到“通过说服、疏导等方法”来实现调解目的，如此可表明立法层面上对传统的第三方权威干预已有一定程度的顾忌及规避；即便是介入当中的人民调解委员会及所属人民调解员采用“劝说当事人令其听从自己意见，并从中疏通引导”的具体操作方法，在实践中该“说服、疏导”等方法的度如何合理恰当把握？怎样如实到位舍弃传统“权力威望”式思想禁锢而避免实质性干预？仍是长期关注的立法应用问题。更何况，横向存系于诉讼、仲裁等程序中的调解环节，当前并无上述人民调解方式一样的有标新立异条文规定，而且实务中也很难做到完全脱离诸如法官（司法）之类的权力威望干预[⑤]等。[①]与此相对，日本的上述解释，“协调

---

① 陈洪杰：“第七章 民间调解”，载沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》（福建省社会科学研究“十五”规划项目），厦门大学出版社 2005 年版，第 201 页。

② 张海滨：“第八章 调解的原理”，载范愉主编：《ADR 原理与实务》（厦门大学法学院诉讼法学系列），厦门大学 2002 年版，第 309-310 页。

③ 参见《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 2010 年版，第 1874 页；参见曾庆敏主编：《精编法学辞典》，上海辞书出版社 2000 年版，第 987 页。

④ 日本文献资料由笔者自译，以下若无特别说明皆是。参见小島武司：《仲裁法》（現代法律学全集 59），青林書院 2000 年版，第 18 页。

⑤ [美]黄宗智：“中国法庭调解的过去和现在”，许章润主编载《清华法学》（中国司法传统与现代性研究专辑[第十辑]），清华大学出版社 2007 年版，第 64 页。

型”或“交涉型”等方法主要还是侧重于当事人之间协作配合性质的协调或交涉内涵，[②]这种完全遵循私法自治理念纯粹从当事人角度出发的概念，毕竟在一定程度上与着重于第三方权威性的干预基调有所区别。而最为直接的应属英国的“中立”用意，因为启用“中立”一词，至少在理论上就直面排除了中国传统式的权力威望干预成分。

纵观上述各国家的“调解”诠释典例，皆有三方在和谐氛围下追求对纠纷解决的中心意旨。毕竟，调解和仲裁一道作为软式的纠纷解决方式，与借助司法公权力解决纠纷属最后硬式救济途径的诉讼存在根本不同，主要体现在：须具备纠纷当事人自愿调解的大前提，属中立意义[③]的第三方协助下纠纷排解活动，利用调解的契约属性将矛盾或冲突推向和解效果，具体操作过程相对便捷灵活等。这些特征无疑可将本该处于争锋相对立场的当事人，通过中立第三方介入说“和”方法，将他们拉回平和气氛更为浓厚、敌对立场大加削弱甚至近乎消除的协调、交涉关系上，呈现调“和”式解决纠纷特性；所以，这种调“和”效果属于作为纠纷解决方式方法的价值追求或者说是核心要求。可以说：因调解而达成的和解效果，更显彻底化解矛盾的积极一面，有助于和谐社会的构建[④]。

（三）纠纷解决实效上的局限本质

我国立法及理论层面，虽为削弱法院权威干预因素而对之至少确立了“自愿原则”、“查明事实、分清是非原则”及“合法原则”的基本适用要求。[⑤]当然，其他还可有“保密原则”（亦存在例外情形，即双方当事人要求或同意下、法律有明确规定的、法院认为有必要实行公开调解）和“调解非诉讼必经程序原则”，与前述基本原则相比，此类原则可依相应情形而定，无须坚守遵循。有实务人士针对这种“事清责明”裁判标准在诉讼内调解程序运作中存在不利影响等展开探讨，经由实务经验角度解析，给出了“依‘事清责明’的多元化标准，作诉讼调解的程序分流”有关此类目标定位建议[⑥]。可见，这些基本原则，在实践环节中存在不少无成效问题而被加以关注。涉及纠纷解决实效，主要是探讨真正排解或消除纠纷与否，让社会不安全因素尽可能消失，最终确保社会安全稳定发展。作为纠纷解决方法之一的调解，会因其本质缺陷而无法真正排解或消除纠纷，在实际功效上大打折扣。

首先须建立在当事人自愿的基础上，这种大前提式的要求必然令当事人适时自动放弃

[①] 例如我国现行《民事诉讼法》（2012 年 8 月修正）第 93 条（第 8 章 调解）规定了“人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解”的内容，此条文详细内容没有被修改过，仍无直接未明确指出调解的纠纷解决功能上的具体适用类型或操作规则。这种依存于诉讼程序中的调解环节，事实上完全抛开法官（司法）的权力威望无形干预成分是很难排除且不切实际。还有，依据我国《仲裁法》（2009 年修正）第 51 条的“仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决”等的规定，由于我国仲裁法并没有真正修改过，所以此部分内容也一直无变化，有关仲裁程序中调解环节，明显属于“先调解后仲裁”模式（若调解成功可按调解协议作出裁决，否则根据仲裁过程中所认定事实作出终局裁决），虽无直接涉及调解具体操作规则的内容，但遵循仲裁的纠纷解决民间属性，在实务操作中至少应该与人民调解同样适用“通过说服、疏导等方法”来实现调解目的。

[②] “交涉型”有“对决论争型”与“问题解决型（或统合解决型）”的两种形态存在；前者多为利益分配情形下所采取的敌对姿态，后者多以需求的多样性与相异性为前提要件，为了发觉当事人之间真正需求而尽可能地提出解决方案，在当事人之间依据统合方法最大化地得以满足，多为协作配合的态度；尤其是法律关系处于多元化或持续性的情形，问题解决型或统合解决型的交涉应该是更为恰当的处理方法。小島武司：仲裁法》（現代法律学全集 59），青林書院 2000 年版，第 18-19 页。

[③] 只是我国的“调解”依存环境会受传统观念束缚及影响，笔者认为理论层面的调解人中立性在现实中会因此而打折扣，不显完全的中立本意。

[④] 参见温先涛：“《新加坡公约》与中国商事调解---与《纽约公约》《选择法院协议公约》相比较”，载《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 207 页。

[⑤] 张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》（最新民事诉讼法理解与适用），人民法院出版社 2012 年版，第 287-292 页。

[⑥] 陆晓燕：“‘裁判式调解’现象透视---兼议‘事清责明’在诉讼调解中的多元化定位”，载《法学家》2019 年第 1 期，第 108 页。

犹如诉讼、仲裁这类高程序化保障，[①]当事人多喜欢选择相对自由的调解方式进行，这种主要建立于主观意愿而非强客观性程序保障上的纠纷解决方式，往往让当事人丧失有力的权利保障机会。现实中经常出现即使已达成调解协议，却因后感不公、不妥予以反悔而无法实际执行现象。[②]无论形式上（达成调解协议与否）还是实质上（对调解协议的执行与否），一旦调解的效果最终处于失败，不仅会产生额外费用，而且反倒延长纠纷解决的时间；因为调解的不成功，[③]该纠纷一般还会进入或回归到诉讼或仲裁程序，如此先前调解所花费的金钱、时间乃至精力就成了额外负担。

其次，因发生纠纷而在实体权利义务本不平衡的当事人之间，调解情形势必会通过说“和”方式而让一方当事人被迫回到平衡的轨道上来，丧失本不该丧失的实体权利且履行本不该履行的义务。这种靠牺牲一方当事人相应实体权利来寻求平衡的纠纷解决方式，必定要以一定程度的缺失正义价值方式来实现，尤其是调解结果被实际付诸于执行情形，在当事人内心并不坦诚接受而有可能将情绪转嫁成抱怨国家、社会欠缺正义感与公信力等间接形式的发泄。进一步而言，法治社会所力求维护的平等价值随之被打破，悄然带来了不平等再强化的非良性结局。

再则，调解须在第三方参与协助下进行，虽于理论层面要求该第三方应保持中立，但在实践环节尤其我国会因一方当事人的强势而通过非正当渠道或方式驱使本应中立的第三方偏失中立立场，成为劝诱甚至威逼另一方弱势当事人屈服于强势调解条件，容易造成非法调解；并有可能导致犹如诉讼程序中，法官依仗自身司法权力对当事人强制“说服教育”的调解方法而深陷滥用职权的不法后果。其实，我国现行民事诉讼法第 122 条的“先行调解”规定，在实务界人士看来就是法院依职权启动调解程序的立法根源[④]。正因这种根源，成就法官在职权运作惯性作用下于调解环节任由发挥的可能性。

还有，调解一般采取不公开的方式进行，且调解过程并不注重对法律的规范适用，取而代之青睐于尊崇社会规范及其他民间习俗的纠纷处理方式；现实中，这些社会规范及其他民间习俗会被参照现代法律观念及要求进行判断，往往招徕违反法律规定与社会公序良俗的后果；事实上，不公开调解不但公权力难以控制，而且无法有效防止当事人规避法律。[⑤]

总之，调解的这些内在属性仍制约着其纠纷解决功能的更好发挥，在理论上本有许多属于调解的优点，而在实践中却反而暴露出相应的缺陷，体现优点与缺陷既对立又统一的两面特性。

---

① 诉讼、仲裁有许多法定程序，诸如涉及庭审组织（组成）、证据、回避等追求公正的程序保障。

② 例如人民调解情形，即使我国 2011 年正式实施新出台的《人民调解法》在一定程度上认可了经人民调解委员会调解达成的调解协议的法律约束力（参见该法第 31 条第 1 款），但该法第 32 条仍规定了“经人民调解委员会调解达成调解协议后，当事人之间就调解协议的履行或者调解协议的内容发生争议的，一方当事人可以向人民法院提起诉讼”的内容，这就意味着实务中当事人还可对“调解协议的履行或者调解协议的内容”持异议方式提起诉讼而否定了调解协议的效力；再则，依据该法第 33 条的规定，即便通过由法院实施司法确认的方式来固化调解协议的法律效力（赋予强制执行效力），其前提是“双方当事人认为有必要的”情形，这就表明不认同调解协议的当事人还是有可能以“没有必要对调解协议实施司法确认”的自主决定权而拒绝对调解协议采取司法确认措施进行实际反悔。一般情形下（排除司法确认等），因调解协议仅是一种契约性质，虽具有一定的法律约束力，但人民调解委员会只能监督、督促当事人履行而无强制执行的权限（参见同法第 31 条第 2 款），最终也会告知当事人向人民法院起诉或通过其他合法途径解决原纠纷。总之，这些都体现了调解根本上欠缺直接执行力的本质局限。

③ 这里调解失败或不成功，一般是指经双方当事人同意调解后达不成调解协议或即便达成协议但实际并未被执行，而非一开始就受当事人否决的调解不成立。

④ 参见杨翔、奉鑫庭：《民事调解主动调解机制论》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2019 年 1 月，第 76 页。

⑤ 郑贤宇：“第四章 调解的原理”，载沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》（福建省社会科学研究“十五”规划项目），厦门大学出版社 2005 年版，第 116 页。

三、迎合外在需求的调解功能及应用模式重塑

和谐是我国的核心价值所在。也就是说，其所表征的“社会安全稳定”维护效果必将是检验我国社会进步程度的重要指标，势必关系我国“一带一路”倡议等能否顺利推进问题；作为纠纷解决方法之一，对应于这种外在需求的调解，在排除不安全因素的功效上，因其存在固有局限性，有必要在这种追求和谐价值的大趋势中，理性认知调解，重新权衡其利弊，令纠纷解决功能最大化发挥。

（一）宏观层面

1.应在和谐价值需求与调“和”方法应用协调统一下促进社会发展

社会安全稳定发展需求与纠纷解决调“和”方式，在理论上并不存在矛盾与冲突；如前述，却在实践环节因调解的本质性缺陷而固然产生不和谐后果。对二者协调的重心应放置在实务操作中，避免该本质性缺陷被人为扩大化，尽可能地回归到理论层面和谐价值追求的调“和”本色。如此，调解才能适应和谐价值及社会安全稳定的发展需求，其功能才算是健全发挥发展。

因此，有关实务操作的规则导向，应该切实着重于调“和”功夫：

第一、应始终如一贯彻当事人的自愿原则。能真正意义上确保对立双方当事人自己的意思表示充分到位，正确理清问题纠结分歧之处；进行合理可行的调“和”处理，杜绝那些非常理、非自然带有强制性质的调解；否则，调解就会在实务操作中完全缺失理论上本应有的调“和”效果及目的。

第二、应真正意义上保持调解人的中立立场。作为第三方的调解人，彻底消除传统权力威望式干预的操作方法；严格自律定位于单纯的协助角色，建立并增强与当事人之间的信赖关系，以促成对立双方当事人自愿和解为己任。不能迷失于为调解而调解的指标效应,确实缺失调解基础及条件的,应及时放弃。尽可能地做到双方当事人都真心接受调解方式及结论，皆自愿执行调解协议并化解纠纷。可在调解协议中或另附调查卷方式，体现各方当事人对调解满意度上的评价意见与相应理由等。其一，可及时记录当事人的心绪情况，是延续至日后心服口服的基石；其二，可及时总结法院法官的调解经验，客观记录调解效果的评价依据。

第三、严防调解的人为程序化。调解并非纠纷解决的必经途径，严格来说不算纠纷解决的一种程序而是一种方式、方法及操作；对明显欠缺调解基础的纠纷，不宜过于强调或盲目追崇调解解决；而且，调解推崇便捷、灵活的处理效果，无需遵循严格的程序，对立双方当事人作为主角，在调解人的撮合并协助下，可依从双方当事人意愿依法进行“面对面”或“背对背”[①]方式的和谈，可完全自由地阐述自己的观点和意见，调解依据除现行法律法规外，还能是地方惯例、行业标准、乡规民约、道德准则和公平原则等各种非强制性

[①] “面对面”，日本一般称之为“同席调解”，是指通过调解人的撮合及参与，让对立双方当事人面对面进行和谈，协商解决纠纷；“背对背”，日本一般称之为“交互型”，是指在调解人协助及参与下，对立双方当事人无需会面，通过调解人居间传达来进行调解。日本的法院调解大致始于“交互型”，而近几年特别是处理家庭纠纷多采用“同席型”并逐渐成为主流，在美国也基本适用这种同源异名的“对席型”。这其中的优劣点，“同席型”应该优于“交互型”，明显呈现出：前者处于双方当事人同席或对席情形下，因便于双方当事人互为纠正观点与主张，保障了及时修正的机会，至少可表面上解决问题并能进一步调整及改善双方当事人之间的对立关系；与此相反，后者因未能很好保障纠正机会而有可能加剧双方误解或矛盾，况且双方当事人还会相互猜忌对方与调解人之间有何不良勾当而不能最终解决纠纷；再则，更为深层问题就是调解人利用分别接触双方当事人机会独自全盘了解并掌握他们的信息，即便该调解人很守诚实信用原则，还是有可能无意间造成其作为调解人权力膨胀而最终损害调解人中立属性。参见和田仁孝：“ADR の理念と技法”（平成 16 年度司法書士中央新人研修），载《THINK 会報》（第 103 号 2005），第 124 页。

社会规范或标准，[①]甚至出自于调解人或双方当事人的合理建议与方案等。

2.“定量分流”纠纷解决属性应予以全面意识化铺展

社会人类学家通常把纠纷解决机制分流为审判、仲裁、调解、交涉（谈判）、强制、回避与忍受等各种详细的形式。从诉讼法学角度入手，基本可将纠纷解决机制划分为公权力救济、社会类救济与私力（自力）型救济这三大类，各类型又可细化若干形式（参见后附自制的[图解 2]）。[②]

纵观如此多元多样的纠纷解决机制，可供当事人选择的方式非常之多。其中公权力救济作为国家机关运用公权力为被侵害的权利实施救济，突出规范性、权威性与效力性等特征，尤其是诉讼，更属纠纷解决的最终手段而具有其他方式所无法比拟的化解矛盾强力功效，呈现出高程序化、强制力的硬性一面，无可厚非成为我国解决纠纷的重要保障而属于主流方式。社会类救济定位于公权力救济的补充角色，是诉讼外纠纷解决机制（ADR）的代表，特别是号称准司法救济的仲裁，虽为社会类救济却不缺高程序化与持法律效力的特性，因其主要建立在当事人意思自治（订立仲裁协议或条款）基础上解决纠纷，故不失作为民间性纠纷解决方式所应具备契约属性的“和谐”成分，持很高实效性与广阔应用空间，仅次于诉讼可居亚主流地位。私力（自力）型救济，主要是指没有第三方介入而完全依靠当事人自身力量解决双方之间的矛盾冲突问题，排除非法的暴力等强制手段，多适用于可和谈的较小矛盾冲突情形，几乎没有法律效力可言，在现实中会被无形限制于极小可操作范围内发挥较微作用。

至于调解，如前述，因其本质性缺陷制约着纠纷解决功能的发挥，故应该在可“和谈”的前提下由第三方介入解决，无疑其真正能用武之地仅限于可调“和”的较小矛盾冲突情形；换言之，即便不顾一切地对之推广或尝试，从纠纷解决实效层面考究，其也只能在极为有限范围内分流一些纠纷而已。总之，就调解的纠纷解决功能发挥，事实上只能适用于对之而言有效范围内的纠纷，这就是“定量分流”解决纠纷的立意，对此应当要清楚地认知并予以明确化。宏观上纠纷解决的主要方式，发挥功能及作用的详细定位格局见后附自制的[图解 3]。

（二）微观层面：立足于理性基础的具体调解适用模式确立

理性作为源自社会用之于社会的概念，从古到今有不少理论研究和实践经验上的理解。理论层面，广义解释是指推理和科学论证的能力，而狭义主要特指把握原理的直观能力。[③]笔者认为，在实践环节，对定义、判断、推理等思维活动或能力上的一系列经验性认知，属强客观性形式与高阶段（层次）知性，这种实践经验性的认知更有现实意义。从理性出发，用理性处事属于维护法治社会的相对于刚性制度建制的柔性秩序保障，应尽可能追求客观本质而非主观臆断。

调解作为纠纷解决的一种方法，所能发挥的作用是有限或定量的；理性做法应该在充

[①] 社会规范或社会标准，是指某一社会群体中人们共同行为规则的总和，是调整人与人关系的准则。可分为强制性的法律规范与非强制性的社会规范。《辞海》（缩印本）：上海辞书出版社 2010 年版，第 1649 页。

[②]司法救济（诉讼或者审判）：民事、刑事与行政三种类型（包含诉讼内调解），行政救济：行政调解、行政裁决、行政仲裁、行政复议及申诉、信访；ADR：泛指诉讼外纠纷解决方式或替代性纠纷解决机制，狭义 ADR 不包括仲裁和行政机关的准司法纠纷解决，并区别于一般组织或行政机构的管理性职能活动，以及行政机关附带性的纠纷解决工作，也不同于信访、申诉等单方面的问题解决；公力调解（或官方调解）：主要包括法院调解、行政调解；私力型救济：防卫型与攻击型、合作型与非合作型、强力型与和平型、自益型与自损、强制与交涉等类型。非公力调解（或民间调解）：主要包含诸如家族调解、邻里调解、亲友调解、律师调解、宗教调解、企业对员工纠纷调解、社会团体组织调解（包括仲裁程序内的调解）、自治组织调解、行业协会调解与人民调解等(参见徐昕：《迈向社会和谐的纠纷解决》，中国检察出版社 2008 年版，第 26-27 页)；纯仲裁：是指不包括仲裁程序中调解在内的纯粹仲裁，其他非公力 ADR：是指归类于社会型救济范畴内，作为诉讼外纠纷解决方式，排除仲裁与调解。

[③] 严存生：《法的价值问题研究》（西北政法大学文库/法理学系列），法律出版社 2011 年版，第 840 页。

分认知其局限性本质的基础上，最大化挖掘出化解矛盾与冲突的和谐因素；在实现和谐价值的社会需求驱动下，调解能尽到力所能及的纠纷解决功效。对调解，具体如何做到从理性角度出发加以运用？笔者认为，可从调解的类型谈起，而且还需从中确立一种合适的调解模式，也就是说具体调解技术应用问题。关系调解适用模式，一般可按功能标准和调解人身份进行划分[①]。

说到功能标准，日本学者棚濑孝雄从“对立解消型调停”立论中将调解（调停）归类为：判断型、教化型、治疗型、交涉型共四种[②]。据此，笔者作如下的深入解析：

第一、判断型调解

是指当事人因无法靠自力达到法律上的发现（判断）目的而寄希望于裁判，在寻求正确解决方案的同时，当事人之间亦因此产生极大的分歧，由此将该发现任务转嫁于调解人来承担的方法。在日本还有另外叫法，即“评价型”。从纠纷解决制度层面考虑，调解作为须在对立双方当事人皆同意前提下进行的一种方式，有一方当事人会因自己的同意而不得不接受由调解人发现的“正确”解决方案，这种妥善解决对该方当事人来说多少会形成“强制”压力。而且，这种调解模式，即便调解成功自始至终当事人的敌对关系绝大多数并不因此而消除或化解。也就是说，该模式的调解存在本质上的结构性缺陷，即和谐程度上有所不足。由于，现实中的法院调解等司法性 ADR 多“利用自己的公权职能威望”，采用此种判断型或评价型方法来处理纠纷，固然有“强制”色彩蕴藏其中，这就特别要求诉讼程序中的法官须理性对待当事人的纠纷性质，缺失调解基础切莫勉强介入，避免不必要的人为后果产生。

第二、教化型调解

主要是周旋于纠纷本就多元化而并非只是一元化法律纠纷的本质现状，明确提出实现其中平衡性甚至连带性目的的调解模式。实施该调解模式的调解人，多属正逐渐消失于现代社会的公共性拥护者，他们依托集聚身上种种价值所形成的道德性权威来完成调解活动。在日本亦有另外称谓，即“妥协要请型”。这种依靠道德性权威来处理纠纷的调解技术应用，在我国尤为突显传统第三方权威干预特性，总有一方甚至双方的当事人须应权威“道理”要求做出让步；有不符合调解的调和表征之嫌，在程度上多少有悖于我国社会发展的和谐价值取向。而且，从纠纷解决的实际结果来看，多半停留在未能根本解决矛盾或冲突的原始状态。因此，在现实生活中不难发现，此模式的调解虽多用于自治性社区处理邻里纠纷、家事纠纷和人事纠纷等；但其实际效果（调而不解等）却甚是不佳，用于解决纠纷的调解模式已体现出其本质缺陷及适用局限性。

第三、治疗型调解

属于不以“法的发现”为目的的特殊模式，将纠纷视为人类关系的一种病理现象，企图通过广义的人际关系调整方法来进行治疗。调解人虽以一种心理治疗家的心态试图化解造成纠纷恶化的当事人之间互不信任乃至相互攻击行为等原因，但依照这种心理治疗方法来解决纠纷实属不易。其中的实际难度在于心理治疗的确是一种专业化高技术型的方法，不仅仅是调解人不可能通过学习就能掌握该方法的原因，更重要的是纠纷解决操作中没有多余的时间能耗费在心理治疗上。这种类型的调解因其涉及领域上的特殊性，且因适用可行性的欠缺，几乎无实用空间可言。

第四、交涉型调解

犹如判断型调解，以寻求正确的解决方案为出发点，在“即便花费成本也要妥当解决”

[①] 根据调解人的身份和性质，可将调解分为法院调解、行政机关调解与民间调解（仲裁调解、人民调解），法院调解属诉讼内调解，其余皆是诉讼外调解。

[②] 参见吉田勇：“对話促進型調停の可能性と限界---紛争当事者間の交渉力格差をめぐって”，载《熊本法学》2010.3.20（119 号），第 88-90 页。

的价值判断上，还是依赖于当事人自身的选择，选择自己喜欢的解决方案，调解人仅是帮手起到协助或协调的作用。这种模式的调解，建立于当事人自愿自主基础上的权衡关系，当事人在自身所期待目的（理想）与所愿付出成本（现实）之间权衡并作选择，双方当事人在可能妥协的范围内，寻求最有利于自己的解决方法。在笔者看来，可谓确立了最为合理的标准，它是最合乎理性要求的调解模式；因为，当事人只有在这种自愿自主基础上，对理想与现实进行一番利益权衡下作抉择的理性行为，才能达到最彻底解决纠纷的效果，才是最符合纠纷解决的调“和”本质。

从上世纪 60-70 年代开始流行于美国的“自主交涉援助型調停”(日本统称为メディエーション或ミディエーション,mediation)之对话型调解模式,并在 2000 年后作为调解的基本模式被定型。[①]在双方当事人可自主谈判基础上，主要是通过调解人应有的专业素养与谈判（协调）技巧等的把握,在努力促进当事人和谐对话过程中尽可能了解各方当事人真正所需并提出双方当事人皆能满意的解决方案来完成调解使命。这是笔者所了解有关“自主交涉援助型調停”的概况，属于对“交涉型”更为细化的命名，主要特征在于强调当事人的自主性、对当事人的真意追求与调解人须符合高超专业素养及谈判（协调）技术的要求，还会考验调解人的耐力。因此，能否胜任调解人的角色是一种高规格的资历审查及要求，在美国从事调解工作的人一般经过严格训练后成长而来[②]。能否顺利完成调解并达到理想的纠纷解决效果（当事人双方皆心服口服），调解人对谈判（协调）技巧或技术的应用是至关重要的步骤，而且是高难度的水准及要求。

借助美国名著《哈佛谈判术》(GETTING TO YES）的理论探讨，在相关授课中经常被提出并要求学生思考的问题，就是两姐妹都坚守橘子属于自己的立场，可这个橘子应该如何分配？一般情况，学生都很活跃也提出了许多各异的分配方案及思路：姐姐大妹妹理应多分（切成三份，姐姐得二份妹妹取一份）或相反妹妹小姐姐应谦让之而少取（切成三份，姐姐取一份妹妹得两份），此类方式主要是基于实体正义理论的考究结果；利用石头剪刀布的游戏规则或抽签方式来决定获取者，还可订立由谁来切就让另一方先选的规则等，这些规则的运用基本属于程序正义的范畴；更为灵活的想法，诸如可随后另从冰箱中拿出一个橘子来分配，或者从冰箱拿出香蕉并与先前橘子一起二等分，再或者决定这次先由姐姐享有而下次就得让给妹妹等，突显运用时间先后及比赛原理来确定解决方案，笔者认为这是趋向公平效果上的权衡。其实，认真分析上述的各种想法或方案，置身于纠纷解决环节就其效果而言，到底如何？有一点可以肯定，那就是在姐妹都主张“该橘子属于我的”的争议前提下，很难实现双方皆能满意的解决效果。是否无其他办法？不凡窥探一下“该橘子属于我的”背后真意，也就是说“为什么会想要橘子或者其中的理由是什么”等问题的深究。这关切到二者（姐妹）之间的利害关系问题。通过细致地交涉了解：原来姐姐将橘子占为己有，是因为想做橘皮果酱若没有整个橘子的皮是完成不了的；而妹妹是由于想练习做橘子果冻而需要整个橘子肉的缘故。这下矛盾的实质就可轻松地迎刃而解，姐姐实际需要的是橘皮而妹妹实际需要却是橘肉，二者之间并不存在直接的利害关系，可将整个橘皮分配给姐姐而将剥皮后橘肉交付给妹妹，从而获得姐妹双方都满意的解决效果。[③]说实在，

[①] 参见（日）吉田勇：“日本社会におけるＡＤＲの可能性---「納得のいく解決」を求め”（論説），载《熊本法学》（113 号），第 221-222 页；（日）山口絢：“自主交涉援助型調停に对する弁護士の意識－理念及びスキルを中心に－”，载《東京大学大学院情報学環紀要》（情報学研究 №82），第 103 页。

[②] [美]John BARKAI（バーキー・ジョン）：“アメリカにおける代替的紛争解決-調停(Mediation)：その概観とミニ・トレーニング<資料>”（American Alternative Dispute Resolution Mediation : An Overview and Mini-Training <Materials>），[日]田邊誠（译），载《廣島法學》(The Hiroshima Law Journal Vol.15 no.2)，第 159 页。

[③] 参见和田仁孝：“ADR の理念と技法”（平成 16 年度司法書士中央新人研修），载《THINK 会報》（第 103 号 2005），第 128 页。

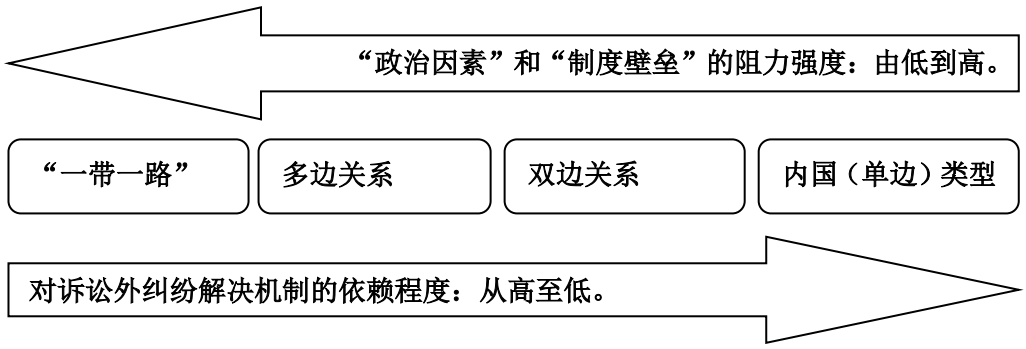
单纯从当事人之间利害关系问题上考究，就须要求对交涉或谈判技巧的高难度高水准把持及运用，因为利害关系多属于背后或里层的实质性问题，必须有扎实的专业学识基础和丰富的实务经验支撑，还要养成敏锐的洞察力与持之以恒的耐力，只有如此才可能挖掘出实质问题并处理好。

综述，从理性角度出发，能适应我国发展和谐价值取向及安全稳定维护的发展需求，并符合调解的内在调“和”功能发挥，非交涉型调解莫属，可作为我国标准的调解模式予以确立。依此期待其能在我国实践环节中重新获得更为合理的定位与不断发扬光大的功效。涉外纠纷多显现复杂多元性，其中深层或本质的矛盾节点一般亦需一定周折才可获悉或明白。对此当事人合意选择调解方式解决的，无论是境内外中立第三方（组织、个人）介入的非程序内调解，还是境内的诸如行政调解、仲裁调解与诉讼调解等程序内调解，皆应立足于调解的基本属性而理性适用之；作为调解方，应当运用敏锐洞察力充分了解涉外纠纷背后的深意或原由，应用交涉型调解模式实现调“和”功效。

结语

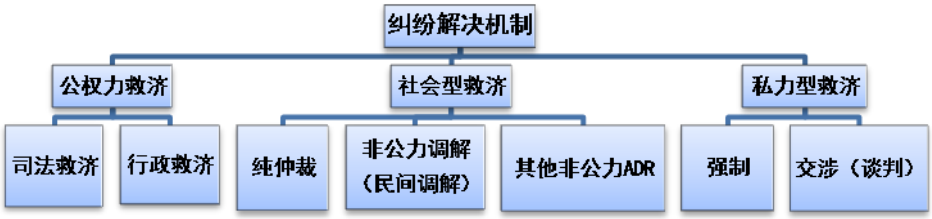
在现代社会，交涉型调解可适用于绝大多数类型的可调解纠纷，尤其是商事可调解纠纷；诉讼外纠纷解决机制的仲裁程序中的民间性调解本应属交涉类型，在多元化纠纷解决机制中，应该有更大的发挥潜力。世界范围内，各国大力提倡构建多元化纠纷解决机制，呈现新时代的特征。为了顺应以社会安全稳定维护为基础的我国新时代发展需求，应当尤为重视诉讼外纠纷解决机制的构建及完善，对素有“准司法”美称的仲裁予以核心定位并充分开发应用，同时须特别注重调解的纠纷解决有限实效的本质与调“和”功能匹配应用。但在现今纠纷易发年代，因调解备受关注与盲目推崇，就如曾经风靡一时由党政机关等公权力主体发挥主导作用的“大调解”现象等，[①]其毕竟建立在淡化及削弱调解的当事人自愿性及自主决定权来实现解决纠纷的目标；这种现象倘若任由延续，会因无法正常实现调解的正义价值，在我国全面深化改革开放进程中，国际负面影响就必然更加发酵及突出。笔者希望通过本文理论性研究，能激发对调解在纠纷解决功效上有更为理性的认知，重新给予合理恰当的定位，以便在实践中尤其处在自贸区建设、“一带一路”倡议推进等大开放时代能做到理性操作而发挥更大的实际作用。

[自制图解 1]

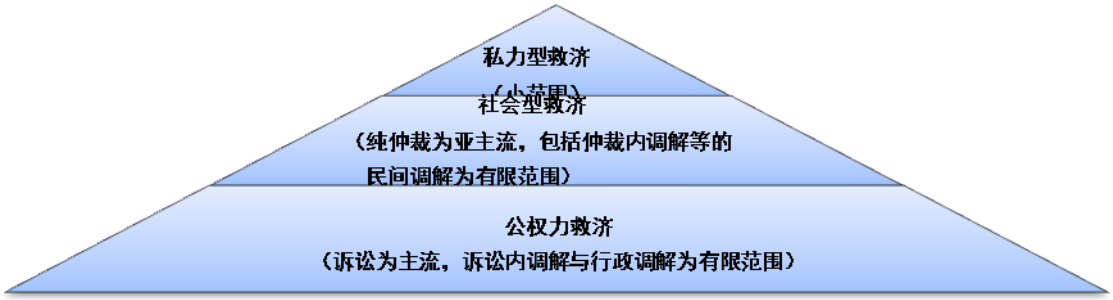


① 大调解是指“在党委、政府统一领导下，由政法委综合治理部门牵头协调、司法行政部门业务指导、调解中心具体运作、职能部门共同参与，整合各种调解资源，对社会矛盾纠纷的协调处理，旨在将民间调解、行政调解、司法调解等其他各种调解资源整合在一起，把纠纷化解在基层”。参见潘剑锋：“论民事司法与调解关系的定位”，载《中外法学》2013.1，第 188 页。

[自制图解 2]



[自制图解 3]



14.“一带一路”倡议下域外法查明途径的新发展

张淑苹*

摘 要：在“一带一路”倡议推动的全方位开放新格局下，域外法查明的重要性日益凸显，适用范围日趋广泛。法官作为主要查明主体，沉重的办案压力和薄弱的域外法素养致其难担此任；当事人囿于语言障碍专业限制，查明域外法效果不佳。我国目前现有的域外法查明途径面临现实障碍与困境难以满足域外法查明的实践需要。因此，专门的域外法查明机构——第三方法律查明平台应运而生，以其高准确度低成本高时效性的独特优势突破我国新形势下域外法查明的瓶颈。

关键词：域外法；查明；第三方法律查明平台

Abstract: Under the new all-round opening pattern promoted by the “Belt and Road Initiative”, the importance of the identification of extraterritorial laws has become increasingly prominent and the scope of application has become increasingly widespread. As the main subject of identification, the judge's heavy case-handling pressure and weak extraterritorial legal literacy make it difficult for him to do this; the parties are shackled by the language barrier professional restrictions and find that the extraterritorial law is not effective. At present, the existing methods for identifying extraterritorial laws in China face realistic obstacles and dilemmas that are difficult to meet the practical needs identified by extraterritorial laws. Therefore, the special extraterritorial law identification agency--the third-party legal identification platform came into being, and with its unique advantages of high accuracy, low cost and high timeliness, it broke through the bottlenecks identified by the extraterritorial law under the new situation in China.

*作者简介：张淑苹（1984 年—）女，中南财经政法大学国际私法博士。

Keywords: extraterritorial law, identification, third-party legal identification platform

两千多年前，张骞从长安出发出使西域，开启古代丝绸之路之旅。两千多年后的 2013 年，习近平主席秉承丝绸之路开放交流的理念，提出“一带一路”重大战略政策，积极探索国际合作及全球治理的新模式，构建全方位开放新格局。

随着“一带一路”建设的稳步推进，激发了新一轮的跨境贸易和投资热潮，企业响应“走出去”战略，纷纷踏出国门，对“一带一路”沿线国家投资贸易法律环境进行评估防范法律风险，域外法查明成为企业进行涉外贸易的必要前提。大范围、高水平、深层次的区域合作，也引致涉外、涉港澳台争议剧增。法院审理涉外民商事案件，域外法查明是诉讼过程不可或缺的重要一环。而我国目前无论是法律规定还是司法审判实践，外国法查明主体本身的局限性和查明途径的可操作性低使得外国法查明效果不佳，涉外案件适用外国法比例偏低。

根据《2013—2015 年宁波法院涉外商事审判白皮书》，宁波法院近三年以判决方式结案的 124 件一审涉外商事案件中，根据当事人协议选择而确定准据法的有 48 件，占 38.7%，法院依职权确定准据法的有 76 件，占 61.3%。而 124 件案件中，将外国法作为准据法并据之裁判的案件仅有 5 件，其中，法院依职权确定外国法为准据法的 4 件，依当事人协议选择确定域外为准据法的 1 件，其余 119 件案件均将我国法律作为准据法并据之作出裁判。[①]

一、域外法查明的法律规定

域外法查明是指在审理涉外、涉港澳台的域外民商事案件时，依据本法域的冲突规范应适用某一外法域的实体法，对该实体法的存在及调整当事人权利义务的具体内容予以确定的过程。关于外国法查明途径的法律规定主要有：

1988 年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第 193 条列举了 5 种查明途径，并规定仍无法查明的则适用中国法律。[②]

2005 年最高人民法院印发了《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》（以下简称《会议纪要》），第 51 条规定了当事人查明的新方法，拓宽了外国法查明的途径。[③]

2010 年出台的《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 10 条规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明，当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”这是我国首次以单行法的形式明确规定外国法查明的主体责任分配。

2012 年最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《司法解释（一）》）第 17 条和第 18 条对外国法查明途

---

① 宁波市中级人民法院.2013—2015 年宁波法院涉外商事审判白皮书[R].宁波：宁波市中级人民法院，2016.

② 《民通意见》193 条规定：对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；③由我国驻该国使领馆提供；④由该国驻我国使馆提供；⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

③ 《会议纪要》）第 51 条规定：涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的，可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。

径、查明不能的认定、查明内容的审查做了明确规定。[①]

综上，我国首部国际私法的单行法《法律适用法》规定了法院查明为主当事人查明为辅的外国法查明模式。常见的法定法律查明途径有由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；使领馆途径（由我国驻该国使领馆提供；该国驻我国使馆提供），中外法律专家提供，最高人民法院基于审判实践增加的法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径。

《法律适用法》2011 年 4 月 1 日生效之日起至 2018 年 3 月底公布的 105 件审判实践中涉及外国法查明问题的涉外民商事案件，最终适用外国法的案例 32 件，占总案件量的 30.5%。关于外国法的查明途径，当事人提供 20 件，占比 63%，法院依职权委托中外法律专家 4 件，占比 13%，法院查阅相关论著 2 件，占比 6%，未说明查明途径 6 件，占比 19%。[②]由此可见，在目前的审判实践中外国法的适用率低，查明途径有限，外国法的查明机制脱离现实，没有发挥预期效用，难以为“一带一路”建设提供有效的司法服务和保障。

二、域外法查明主体的现实困境

（一）法院

1.案满为患，法官精疲力竭

我国法院长期“案满为患”。根据最高人民法院公布的全国法院司法统计公报，2015 年全国法院新收案件 17659861，2016 年新收案件 19994651 件，2017 年新收案件 22601567 件。全国法官约有 12 万名，法官的人均受理案件 2015 年约 147 件，2016 年约 166 件，2017 年约 188 件。法官每受理一个案件要开庭、调解、外出调取证据、写司法文书到最终审理结案所用时间平均不到两天。 2013 年 9 月 “一带一路”政策拉开帷幕。我国涉外案件逐年稳步增长。据统计，2014 年全国法院新收涉外、涉港、涉澳、涉台一审、二审、再审和执行案件 41103 件，其中涉外案件 22451 件，涉港 11239 件 ，涉澳 1195 件 ，涉台 6218 件。[③]2015 年全国法院审执结涉外、涉港澳台一审、二审、再审、执行案件共计 47097 件，其中，涉外案件 23693 件，同比上升 5.53%；涉港案件 14846 件，同比上升 32.09%；涉澳案件 1642 件，同比上升 37.41%；涉台案件 6916 件，同比上升 11.23%。[④]2014 年 1 月至 2018 年 9 月，各级法院审结一、二审涉外涉港澳台民商事及海事案件 236134 件，涉及近 70 个国家和地区。与日俱增的办案压力是我国法官不得不面临的现实。

2.重重障碍，法官力有不逮

“一带一路” 沿线国家和地区与我国的政治体制、经济发展、文化风俗、宗教道德千差万别，导致法律制度也是天差地别。沿线沿路国家和地区法系不同，我国是成文法国家，即使与我国同属成文法国家，但法律体系、法律术语、法律适用规则也是差异巨大，更勿论判例法国家。判例法国家崇尚“法官造法”，判案依据隐藏在浩如烟海的判例中。探求判案的法律原则需仔细研读法官详尽冗长的判决书。有学者做过比较,对于相似的问题，法国的判决书大约 300 字，德国的判决书大约 2000 字，而美国的判决书大约 8000 字（还不包括附带的不同意见）。翻开《美国的联邦最高法院判例集》，里面的判决书几乎都是长篇大

[①] 《司法解释（一）》第十七条 人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。第十八条 人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。

[②] 徐俊杰.国际私法中外国法查明问题研究，广东外语外贸大学硕士论文，第 27 页。

[③] 黄进、连俊雅、杜焕芳《2014 年中国国际私法司法实践述评》。

[④] 最高人民法院 2015 年公报

论，最长的近 100 页，最短的也有几十页。[①]不仅如此，法官查阅判例法的判决书还需要熟悉判例法国家法官特有的类比推理方式、考察判例法国家独特的文化底蕴与纷杂的习俗哲理，这无疑导致法官查明外国法步履维艰。

在查找域外法过程中，检索技巧和语言又是不可忽视的需要克服的两大障碍。对外国法的检索，并不是简单的搜索框输入就能找到的，一些权威的外国法数据库如 westlaw ，LexiNexis 等都需要具备基本的文献检索技巧，虽说经过短时间培训可掌握，但要熟练也非一日之功。而语言，就以普及率高的英语为例，法院法官能用英语无障碍阅读的少之又少，更勿论一些小语种。

3.双重任务，法官疲于奔命

域外法不仅要“查”还要“明”， 即无论是法院“查”还是当事人“查”，最终都需要法院来“明”。法院既要确认外国法的真实性又要准确理解和解释外国法进而正确适用外国法。域外法的“查”困难重重，“明”更是耗时耗力的艰巨任何，双重任务的压力，法官的勉力支撑就显得力不从心。

域外法查明的任务重、难度高、时间长，再加上结案压力和现行的考评机制，法官选择适用本国法也就情理与意料之中了。这也就是实践中外国法使用率低的一个现实障碍。

（二）当事人

当事人查明外国法依照法律规定是在当事人约定适用某一外国法时由当事人提供该外国法。法律做此规定一方面是发挥当事人的自主性,减少法官干预,同时也不排除具有减轻法官负担的作用。[②]另一方面基于当事人是其自身利益的最佳维护者与受益者，对双方约定的关系自身利益的法律规定具有天然的关注。但实际情况并非如此。很多当事人在约定适用某一国法时，并没有真正清楚意识到该约定的法律后果，侥幸地或者想当然的认为纠纷不会发生，并没有认真了解一旦纠纷产生这根救命稻草长的什么样。

当事人囿于专业水平和查明技术，很难在规定的时间内提供全面准确和有针对性的外国法律、判例以及辅助性法律渊源。而且在外国法查明时，有时需要求助相关国家的司法协助，当事人束手无策。而当事人查明外国法后，还需要得到法官的认可，需要质证，而我国法律对当事人提供外国法的具体程序和标准并没有详细可操作性的规定，导致当事人提供的法律常常被法官质疑，以当事人无法提供外国法结案。实务中，法院对于当事人提供的外国法一般要求我国驻该国的使领馆认证，权威翻译机构翻译，经过公证等程序，这些程序对当事人而言过于专业和繁琐，让当事人产生畏难情绪，转而选择适用本国法。综上，缺乏法律专业基础查找资源有限的当事人查明外国法也是一筹莫展。司法实践中，当事人查明外国法的实际效果并不理想。以《法律适用法》2011 年 4 月 1 日生效之日起至 2018 年 3 月底公布的 105 件涉外民商事审判实践中涉及外国法查明问题的案例，在由当事人提供外国法 48 件案例中，未提供外国法的案例有 25 件，占比 52%，当事人提供外国法未获法院采信的案件 8 件，占比 17%，法院采信当事人提供外国法的案件 15 件，占比 31%。[③]

三、传统域外法查明途径的弊端分析

（一）专家查明方式

通过专家查明外国法是我国目前法院和当事人查明外国法最有效最快捷适用最多的途径。相对来说，当事人或者法院委托的法律专家比较容易深入案情，查找到案件所应适用

[①] 陈柏春.略论我国裁判说理的完善 [EB/OL]http://blog.chinacourt.org/wp-profilel.php?p=22282&author=685,2006-05-22/2009-05-26

[②] 郭玉军，中国国际私法的立法反思及其完善—以《涉外民事关系法律适用法》为中心，清华法学 2011 年第 5 期，第 161 页。

[③] 徐俊杰.国际私法中外国法查明问题研究，广东外语外贸大学硕士论文，第 25 页。

的有关外国法。[①]但我国法律对专家查明方式缺乏明确系统的规定，专家资格的认定、专家意见书的要求，专家责任承担等都未做明确规定，实践中由法官自由裁量，很容易导致法律适用的不统一，同案不同判。

（二）法院与高校合作的查明中心方式

基于实践中外国法查明存在的困境，法院立足我国现实，进行了积极探索。法院与外国法查明方面建树颇多的高校合作，成立一系列外国法研究查明中心。西南政法大学国际法学院成立中国—东盟法律研究中心，上海市高级人民法院和华东政法大学共建“华东政法大学外国法查明中心”；最高人民法院与中国政法大学共建“外国法查明研究基地”，厦门中级人民法院与厦门大学共建台湾地区法律查明研究中心。最高院、中国法学会和国家司法文明协同创新中心共同支持设立的国家级法律查明平台“一中心两基地”即“中国港澳台和外国法律查明研究中心”“最高人民法院港澳台和外国法律查明基地”“最高人民法院港澳台和外国法律研究基地”。[②]这些查明中心的建立为法院查明外国法提供了专业高校便捷的通道。

法院与高校合作的查明中心方式与专家查明异曲同工，高校更能集合专家的优势，为法院审理涉外案件中外国法查明提供了便利。但高校和法院合作的这种机制也有弊端，高校作为与法院合作的科研机构，服务对象狭窄有限，市场化运作不足，在当前全面开放新格局下获取外国法信息的群体不仅有法官、当事人还有众多的大小企业，光靠几个高校的查明中心，力有不逮。

（三）使领馆查明方式

在外国法查明问题上，由驻外使领馆查明外国法在现实中实施起来十分困难。使领馆人员中并不一定有法律专业人员，并不擅长查找分辨需要的外国法，涉及到判例法国家的外国法查明，更是捉襟见肘，耗费大量时间最终还是无法查明。而且使领馆人员并不了解案件情况和案件中复杂的法律关系，难以正确查找应适用的准据法，即使找到，也大多流于表面。我国目前缺乏一个科学、高效、稳定、权威的获取渠道，导致使领馆查明外国法耗时长，效率低，效果差而很少采用。

（四）律师事务所查明方式

查明外国法依靠律师事务所尤其是国外的律师事务所出具法律意见书不失为一条捷径，律师尤其是外国律师作为法律从业者，了解该外国法律，作为专业人士更容易查明案件适用的具体外国法内容。但律师的资格缺乏认定标准，律师行业性质是服务于特定当事人，缺乏中立性，有可能对外国法做断章取义的解释维护当事人，司法实践中律师事务所出具的外国法内容的法律意见书的客观性与公正性常常遭到法官质疑。

（五）互联网查明方式

网络时代的到来，为外国法的查明提供了便捷，但网络上的信息繁杂琐碎、泥沙俱下，需要剔除糟粕去伪存真，即使具有法律专业知识也并非易事，再加上语言障碍，内容的准确性又要大打折扣。因此实践中法官对互联网搜索到的外国法内容存在质疑，态度莫衷一是，有认可采用的也有反对放弃的。信息时代通过互联网查明外国法的现实还很骨感。

四、域外法查明途径的新发展

查明主体本身的局限性与难以克服的现实障碍与传统途径查明外国法种种缺陷与困境导致本地法化和法律适用的“归乡情节”大行其道，在当前全方位开放的新格局下，需要寻求外国法查明的新途径即建立外国法查明的专门机构——第三方法律查明平台。术业有

[①] 郭玉军：近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践，武大国际法评论 2007 年第 2 期，第 7 页。
[②] 马培贵.前海:打造域外法律查明高地.深圳特区报,2016 年 3 月 8 日第 A07 版。

专攻，专心才能极致。第三方法律查明平台专注查明外国法，有利于为我国法院当事人企业提供高效全面准确的外国法查明服务。

（一）法律依据及实践探索

2005 年《会议纪要》第 51 条规定当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例，《会议纪要》中对外国法查明途径的规定与法律之前规定的高大上的查明途径相比更接地气更具有操作性，是最高院总结外国法查明的实践经验应对我国外国法查明困境的有效举措。对外国法查明不局限于官方途径，发挥主观能动性利用一切可利用资源查明外国法，为外国法查明的新途径提供法律依据。以文件形式明确法院可引入第三方法律查明平台的规定是 2015 年前海法院出台的《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》。该法第 6 条第 5 款[①]明确说明可以委托专业法律查明机构提供外国法查明服务。这些说明第三方平台的引入并不是无源之水无本之木。

我国首家域外法律查明实务机构深圳市蓝海现代法律服务发展中心（以下简称蓝海中心）于 2014 年成立，是的第三方法律查明平台理论付诸实践的初步探索。自成立至今，已接受请求查明美国、瑞士、加拿大、巴西、新西兰、马来西亚、开曼、港澳台等数十个国家和地区的法律，平台影响力已初步显现。[②]蓝海中心是以政府支持、民间运营的形式运行的非营利性组织，是创新型、国际化的跨境法律服务平台，包括域外法律查明、跨境法律咨询、法律信息化和法律文化交流四个板块。蓝海中心服务对象范围广，包括立法机关、政府部门、学术研究机构、法院、仲裁机构及争讼当事人、有法律查明需求的企业、服务机构或个人。资源足，在七十多个国家与地区布局了服务网络，覆盖法院、律所、税务、高校、环保、保险等领域。签约合作机构包括北大法学院、人大法学院、中大法学院、吉大法学院、港大法学院、荷兰中国法协会、香港中国委托公证人协会、台湾元亨律师事务所等，专家资源雄厚。效果好，作为专业、中立的第三方机构，蓝海中心的法律专家经过严格筛选，查明规则经过权威的多方论证，操作流程规范合法，截至目前，蓝海中心出具的法律查明报告采纳率 100%，未有因程序问题或专业问题被拒绝采纳的情形。[③]蓝海中心的实践运作为第三方法律查明平台的成功引入提供了现实可能性。

（二）域外法查明新途径的优势分析

第三方法律查明平台依托于各大高校专家资源，与涉外律师协会、律师事务所，行业自律组织建立深层次合作关系，与翻译机构、公证机构保持良好的沟通机制，汇集域外法查明的专业人才，具有传统域外法查明途径所不具备的优势。首先，专业性，术业有专攻，第三方法律查明平台专注于域外法查明业务，人才资源雄厚，有熟悉域外法的各领域专家、机构，有深谙查明的操作要求的专业人才，便于针对性的为域外法查明的委托方提供全面专业的查明业务。针对法官，提供外国法内容的全方位解读，减轻法官负担；针对争讼当事人，提供标准化的，符合法院形式和程序要求的域外法内容，免去当事人疲于应付的琐碎复杂的程序规定；针对企业，提供外国的法律环境评估法律风险建议以及实用案例。其次，中立性，第三方法律查明平台独立于法院与当事人之外，既没有囿于法官办理案件的思量， 也不受制于当事人利益， 更加中立、客观。最后，高效性。作为专业的法律查明平台，资源优势加制度化运作，与其他查明途径相比能更便捷快速的查明域外法。流水线

[①] 第六条“人民法院可以通过以下途径查明域外法：（一）当事人提供；（二） 由与我国订立司法协助协议的缔约对方中央机关提供；（三 ）外交途径提供 ；（四 ）中外法律专家提供 ；（五 ）委托专业法律查明机构提供；（六） 其他可以有效查明域外法的途径”。

[②] 摘自蓝海中心执行理事长肖璟翊在第六届 “中国-东盟法律论坛暨‘一带一路’法治论坛”上的讲话《打造域外法律查明平台 促进中国—东盟法律合作———蓝海法律查明平台的实践探索》。

[③] http://www.bcisz.org/，蓝海现代法律官网，最后访问时间 2019 年 6 月 9 日。

式的规模运作节省时间成本和费用成本。有需求才有市场，有市场更能迎合需求。第三方法律查明平台致力于打造科学、高效、稳定、权威的域外法查明途径。

[参考文献]

[1]鲍颖焱.当前域外法查明司法实践的总结——以涉外商事案件审判为视角[J].法制与社会,2017(14):110-112.

[2]王梭妮. 论我国外国法查明制度的完善[D].西北大学,2018.

[3]赵霄珺.丝绸之路经济带法律风险防范——以域外法查明为视角[J].劳动保障世界,2017(15):55-56+59.

[4]黄漫山.域外法查明引入第三方法律查明平台的可行性及问题分析[J].特区经济,2016(06):132-135.

[5]徐俊杰. 国际私法中外国法查明问题研究[D].广东外语外贸大学,2018.

[6]林燕萍,黄艳如.外国法为何难以查明——基于《涉外民事关系法律适用法》第 10 条的实证分析[J].法学,2014(10):116-126.

[7]郭玉军.近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践[J].武大国际法评论,2007,7(02):1-19.

[8]张飞. 论外国法查明中的专家途径[D].苏州大学,2018.

[9]康蓓琳. “互联网+”时代，完善外国法查明方法的新思路[D].吉林大学,2018.

[10]王徽,沈伟.论外国法查明制度失灵的症结及改进路径——以实证与法经济学研究为视角[J].国际商务(对外经济贸易大学学报),2016(05):135-149.

[11]马明飞，蔡斯扬。“一带一路”倡议下外国法查明的完善[J].法学,2018,(03):124-134.

[12]宋锡祥,朱柏燃.“一带一路”战略下完善我国外国法查明机制的法律思考[J].上海财经大学学报,2017,19(04):93-104.

[13]肖梦菲. 外国法查明实践的新发展及其完善[D].深圳大学 2017.

[14]郭玉军.中国国际私法的立法反思及其完善——以《涉外民事关系法律适用法》为中心[J].清华法学,2011,5(05):155-167.

[15]黄维升. 判例法查明与适用问题研究[D].暨南大学,2009.

第三部分：国际商事仲裁制度的新发展

1.排除仲裁裁决司法追诉对仲裁协议效力的影响[①]

宋连斌* 黄保持**

摘　要：根据我国现行法律及缔结国际公约的规定，申请撤销仲裁裁决、申请不予执行仲裁裁决是当事人仲裁裁决异议的法定权利而不得排除。当事人在协议中约定将争议提交仲裁，并排除仲裁裁决司法追诉的，法院或者仲裁庭应根据合同部分无效的法理及支持仲裁的政策，除去排除仲裁裁决司法追诉内容后认定仲裁协议继续有效。

关键词：仲裁裁决司法追诉 仲裁协议 合同部分无效

Abstract: According to the current law of our country and the provisions of the conclusion of international conventions,it is the legal right of the parties to apply for the revocation of arbitral awards and the non-enforcement of arbitral awards,which can not be excluded.If the parties agree in the agreement to submit the dispute to arbitration and exclude judicial recourse of the arbitral award,the court or arbitral tribunal,in accordance with the legal principle of partial invalidity of the contract and the policy of supporting arbitration,determine that the arbitration agreement shall remain valid after the exclusion of judicial recourse of the arbitral award.

Keywords: Judicial Prosecution of Arbitral Awards Arbitration Agreement Partial Invalidity of Contract

一、问题的提出

在民商事领域，当事人是否在争议发生前或者发生后达成争议解决协议以及达成何种形式的争议解决协议，完全系当事人意思自治的结果。实践中，当事人有时达成“争议由 XX 仲裁机构仲裁”，“任何一方不得寻求法院申诉该裁决”或者“任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”这一形式的协议。争议发生后，当事人申请管辖法院或者仲裁庭确认其中关于仲裁的约定的效力②时，如何作出决定，争议颇多。具体而言：（1）该类型争议解决协议该如何定性，即它是仲裁协议抑或是其他形式的争议解决协议？（2）该类型争议解决协议，其效力如何？（3）该类型争议解决协议对于“争议由 XX 仲裁机构仲裁”本身的效力有何影响？

对于前述问题，1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》（下称 1991 年《民诉法》）、1994 年《中华人民共和国仲裁法》（下称《仲裁法》）、《中华人民共和国民事诉讼法（2007 年修正）》（下称 2007 年《民诉法》）、《中华人民共和国民事诉讼法（2012 年修正）》（下称 2012 年《民诉法》）、《中华人民共和国民事诉讼法（2017 年修正）》（下称 2017 年《民诉法》）、2005 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》（下称《仲裁法解释》）、2014 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（下称《民诉法解释》）、1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下称 1958 年《纽约公约》）、1999

---

① 此处是指仲裁协议效力的最终认定，下文如无特别说明均为此意。

需要说明的是：本文与笔者的《违反一裁终局原则对仲裁协议效力的影响：基于中国实践的实证研究》（载《国际法研究》2017 年第 1 期，第 111-128 页）为系列性论文。当中，所涉的实在法和法学理论是同一的。虽然此部分系与前文存在重合之弊端，但是为方便读者之考虑而仍作保留。

* 法学博士，中国政法大学国际法学院教授；**法学博士，桂林电子科技大学法学院讲师。

年《最高人民法院关于内地与香港行政区相互执行仲裁裁决的安排》（下称《内地与香港仲裁裁决安排》）、2007 年《最高人民法院、澳门特别行政区关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》（下称《内地与澳门仲裁裁决安排》）和 2015 年《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》（下称《台湾仲裁裁决规定》）等均未提供现成、明确、具体的答案。此外，我国仲裁理论界亦未进行过专门、详细地论述。由此可知，专题讨论是必要的。

为此，笔者将在下文对此问题予以论述。具体而言，首先，简要介绍我国司法实践中的 3 起[①]案件；其次，结合我国现行法律及法理进行分析；再次，指出存在的问题并分析其原因；最后，提出相应的改进建议。通过本文的研究，不仅希望能进一步深入本话题及拓宽仲裁协议效力认定的裁判思路，而且希望能对今后的仲裁与司法实践有所裨益。

二、问题的缘起：3 起案例

[案例 1]“湖北省出版社进出口公司、湖北东湖光盘技术有限责任公司与康维克科技（成都）有限公司仲裁条款效力案”

2002 年 9 月 6 日，湖北省出版进出口公司（下称“出版公司”）（住所地为湖北省武汉市武昌中南路 11 号）作为买方，湖北东湖光盘技术有限责任公司（下称“光盘公司”）（住所地，湖北省武汉市东湖开发区科技工业园 3-1 号）作为最终用户，康维克科技（成都）有限公司（下称“康维克公司”）（住所地为四川省成都市天府大道新世纪西路 1 号成都出口加工区）作为卖方共同签订了 Convac 8800 型 DVD 光盘复制生产线买卖合同。该《合同》第 18 条为仲裁条款，内容：“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行。”2003 年 3 月 7 日，三方签订的第二次补充《合同》第 2 条约定，光盘公司同意康维克公司更换同型号注塑机模具并对设备进行相应调试和试生产，6 个月期限满时生产线仍无法达到验收标准，康维克公司同意无需中国国际贸易促进委员会仲裁，接受无条件退货并承担光盘公司一切损失（下称“无需仲裁”）。2003 年 9 月 27 日，三方签订的第三次补充合同无效，康维克公司同意按前三次合同中的相关条款执行并对合同不寻求任何仲裁或申诉（下称“不寻求仲裁”）：1.康维克公司未按期支付经济补偿金；2.生产线更换 CD 模具后，仍无法生产。

争议发生后，出版社公司、光盘公司向湖北省武汉市中级人民法院（下称“武汉中院”）提起诉讼，康维克公司在提交答辩状期间向该院提出管辖异议。其理由是，诉争的买卖合同约定有仲裁条款；第二、三份补充协议涉及仲裁的事项，其含义并不表示取消了仲裁约定；法院对本案没有管辖权。经审查，武汉中院认为：出版公司、光盘公司、康维克公司签订的买卖合同，第 18 条是关于仲裁条款的约定即仲裁协议，根据约定，凡因该合同所引起的或与该合同引起的有关争议，均应提交中国国际贸易促进委员会仲裁。对此，出版公司、光盘公司、康维克公司均不持异议。三方签订的第二次补充合同、第三次补充合同，有关康维克公司同意“无需仲裁”、“不寻求仲裁”的内容，出版公司、光盘公司与康维克公司在认识上产生分歧。康维克公司在作出“无需仲裁”、“不寻求仲裁”的表示时，其真实意思应在于当补充协议约定的补救措施未能达到效果时，康维克公司就主动地接受退货并赔偿损失，无需通过仲裁解决。因此，“无需仲裁”、“不寻求仲裁”并不是解除了主合同

[①] 笔者分别以“任何一方不得寻求法院申诉该裁决”和“任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”为内容在“北大法宝”法律数据库、“中国裁判文书网”及《涉外商事海事审判指导》（第 1-32 辑）进行搜索，共搜集到案例 3 个。

中的仲裁协议，康维克公司未主动接受退货并赔偿损失时，出版公司、光盘公司要主张权利，仍应通过仲裁来解决解决，故裁定驳回出版公司、光盘公司的起诉。

出版公司、光盘公司因不服武汉中院的裁定而向湖北省高级人民法院（下称“湖北高院”）提出上诉，理由为：上诉人与被上诉人 2002 年 9 月 6 日签订的光盘复制生产线买卖合同确实订有仲裁条款，但合同的三方对设备下一步的保障和服务制定了新的合同条款，并对下一步的被上诉人违约行为明确提出“无需中国国际贸易促进委员会仲裁”、“不寻求任何仲裁和申诉”，显然，在后来签订的补充合同中，改变了合同争议的处理方式，对仲裁条款进行了新的特别约定，无需按原合同的仲裁条款到中国国际贸易促进委员会申请仲裁，合同有冲突之处，以该补充合同为准。因此，一审法院对事实认定是错误的，请求此案由有管辖权的人民法院受理。经审查，湖北高院认为，三方当事人第二次补充《合同》第 2 条的约定，而是康维克公司（乙方）表示无需仲裁，接受无条件退货，并承担光盘公司一切损失。至于甲方出版公司、丙方光盘公司的仲裁权利并未变更。同理，三方第三次补充《合同法》中第 6 条的约定亦未解除买卖合同中的仲裁条款，而是康维克公司（乙方）对合同内容不寻求任何仲裁或申诉。

上述三方当事人第三次补充合同“不寻求仲裁”条款对应《买卖合同》中第 18 条仲裁条款中的约定，即提交中国国际贸易促进委员会仲裁，任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定，该“不寻求仲裁”的约定应认定为修改买卖合同的仲裁条款，即康维克公司（乙方）放弃了买卖合同中的仲裁条款约定的仲裁权利。同时，依照我国《仲裁法》第 19 条的规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。那么，第三次补充合同有效或者无效，“不寻求任何仲裁”的条款仍成立并有效。第三次补充合同签订的时间后于买卖合同签订的时间，应以较后签订的第三次补充合同的约定为准，即第三次补充合同变更了买卖合同中“不寻求任何仲裁”，此条款对康维克公司有约束力；出版公司、光盘公司向法院起诉，视为已放弃仲裁。故法院可以受理本案，应撤销一审裁定，指令武汉中院进行审理。依照最高人民法院（下称“最高院”）《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》的规定，特报最高院审定。经研究，最高院答复如下：

“本案当事人在‘买卖合同’中约定了仲裁条款，即‘仲裁：凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行。’虽然，在此后的‘第二次补充合同’中有康维克公司‘同意无需中国国际贸易促进会仲裁’的表述，但综合该‘第二次补充合同’的具体内容以及有关条款的上下文意思，对该表述应当无条件退货并承担光盘公司一切损失，对此不需要通过‘中国国际贸易促进委员会仲裁’确定责任。在‘第三次补充合同’中也有类似表述，即康维克公司统一‘对合同内容不寻求任何仲裁或申诉’，综合分析，该表述的真实意思是在出现了约定的条件时，该补充合同无效，康维克公司仍按前述合同中有关退货、赔偿损失等相关条款执行，对此不需要由‘中国国际贸易促进会仲裁’。在此‘无需仲裁’、‘不寻求仲裁’并未解除‘买卖合同’中的仲裁条款。因此，当康维克公司未主张接受退货并赔偿损失时，纠纷仍应通过仲裁解决。本案正是由于湖北省出版进出口公司、光盘公司认为康维克公司并未按‘买卖合同’以及此后的‘补充合同’履行引发，因此，应当认为‘第二次补充合同’、‘第三次补充合同’中的相关约定并没有实质地改变当事人在原‘买卖合同’中通过仲裁解决纠纷的意思表示。本案当事人虽然约定了仲裁条款，但没有约定认定该仲裁条款效力的准据法，因此应当根据当事人约定的仲裁地点—‘北京’，即中华人民共和国的法律认定该仲裁条款的效力。该仲裁条款表达了当

事人希望将有关纠纷交付仲裁解决的意思表示；有明确的仲裁事项；尽管对仲裁机构‘中国国际贸易促进会仲裁委员会’的约定不是十分准确，但可以推定当事人选择的是‘中国国际经济贸易仲裁委员会’。该仲裁条款符合《仲裁法》的有关规定，应当认定为有效。”[①]

[案例 2]“天津天海同步科技股份有限责任公司诉德国维拉机床股份有限公司（ProfilatorGMbH&Co）申请确认仲裁协议效力案”

2009 年 10 月 14 日，天津天海同步科技股份有限公司（下称“天海同步公司”）与德国维拉机床股份有限公司（德国维拉公司）签订国际货物买卖合同（下称“合同”），该合同为中英文两种文字，合同第 18 条英文版本：“凡有关本合同或者执行本合同过程中所发生的一切争端应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应依据中国国际经济贸易仲裁委员会的调解和仲裁规则提交仲裁，选定一名或多名仲裁员依照上述规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束；任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担。”合同第 18 条中文版本为：“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束；任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担。”合同第 20 条合同生效及其他第 4 款英文版本约定：本合同为中英文对照文本，此两种版本均为法律有效文本，但如因本合同产生纠纷以中文为准。

争议发生后，申请人天海同步公司向北京市第一中级人民法院（下称“北京一中院”）提起申请确认仲裁协议效力之诉。其申请称：2009 年 8 月，天海同步公司与德国维拉公司签订合同，天海同步公司依据合同第 18 条约定的仲裁条款向中国国际经济贸易仲裁委员会（下称“贸仲”）申请仲裁，贸仲审查后认为，合同中约定的仲裁条款，中英文指向的仲裁机构不一致，英文指向的仲裁机构为贸仲，中文指向的仲裁机构为国际商会仲裁院，而在合同第 20 条第 4 款关于中英文版本何者具有优先效力的约定中，英文版本又约定中文版本具有同等的效力，故贸仲以书面形式通知了天海同步公司要充分考虑贸仲是否存在管辖权。为准确选择仲裁机构或管辖法院，现依据仲裁法若干问题的解释第十二条的规定，请求：1、确认天海同步公司与德国维拉公司于 2009 年 10 月 14 日签署中英文对照版合同第 18 条约定的仲裁条款的效力；2.请求确认贸仲对本案买卖合同纠纷具有管辖权。经审查，北京一中院认为：

“中国和德国均是《承认和执行外国仲裁裁决公约》的成员国，根据该公约第 5 条的规定，若协议当事人未对仲裁条款或仲裁协议的准据法作出约定，则适用仲裁地国的法律。由于双方未在合同中约定仲裁条款的准据法，因此仲裁条款的有效性应当根据双方选定的仲裁地国家的法律，即中国法来确定。我国《仲裁法》第 16 条第（二）款规定：‘仲裁协议应当具有下列内容（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。’本合同第 18 条英文版的仲裁条款当事人有仲裁的意思表示，对提交仲裁的仲裁事项进行了约定，虽然未对仲裁委员会进行约定，但是依据《仲裁法》司法解释第四条：仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能过确定仲裁机构的除外。依据双方当事人选定的仲裁规则可以确定贸仲仲裁机构。在中文版本中依据双方当事人选定的仲裁规则可以国际商会仲裁院为仲裁机构。该仲裁条款对仲裁机构的约定是明确的，亦是可以执行的。当事人只要选择约定的仲裁机构之一即可进行仲裁。可见合同第 18 条的仲裁条款符合仲裁法第十六条第（二）款的规定，应确定为有效。天海同步公司要求确认合同第 18 条约定的仲裁条款有效的请求应予

[①] 最高人民法院[2004]民四他字第 34 号。

支持，应确定为有效。”[①]

[案例 3]“厦门优传供应链有限公司与 LionellMarchesis 公司申请确认仲裁协议效力申请案”

2011 年 5 月 18 日，厦门优传供应链有限公司（下称“厦门优传公司”）与意大利 LionellMarchesis 公司签订一份《买卖合同》。合同第 20 条规定“仲裁条款”，即“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决。仲裁费由败诉方承担。”争议发生后，厦门优传公司向北京市第二中级人民法院（下称“北京二中院”）提起申请确认仲裁协议效力之诉。其申请称，“一、该条款中关于‘任何争议’的仲裁事项之约定，没有排除仲裁的法定事项，显属‘约定仲裁事项超出法律规定的仲裁范围’的情形；二、该条款中关于‘任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决’的约定，直接剥夺了合同当事人寻求法律救济（请求撤销裁决或申请不予执行）的权利，该约定违反我国的法律规定。综上，厦门优传公司申请法院裁定双方当事人于 2011 年 5 月 18 日签订的《买卖合同》中的‘仲裁条款’无效。”被申请人 LionellMarchesis 公司答辩称，“双方签订的《买卖合同》中的‘仲裁条款’合法有效。”经审查，北京二中院认为：

“2014 年 1 月，Lionello Marchesi s.r.l.依据双方间《买卖合同》，将厦门优传公司，向中国国际经济贸易仲裁委员会提出仲裁申请。厦门优传公司在仲裁第一次开庭前向本院提出确认仲裁协议效力申请，要求法院裁定双方于 2011 年 5 月 18 日签订的《买卖合同》中的“仲裁条款”无效。《仲裁法》第十六条规定，‘仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。’第十七条规定：‘有下列情形之一的，仲裁协议无效：（一）约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；（二）无民事行为能力人或者限制行为能力人订立的仲裁协议；（三）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的’。Lionello Marchesi s.r.l.作为卖方，与作为买方的厦门优传公司于 2011 年 5 月 18 日签订的《买卖合同》中‘仲裁条款’约定，‘因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的，任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决。仲裁费由败诉方承担。’该约定表明，双方当事人均有仲裁的意思表示，所约定的仲裁事项和选定的仲裁机构明确，符合《仲裁法》第十六条的规定，应为有效的仲裁协议。申请撤销仲裁裁决或申请不予执行均为《仲裁法》赋予当事人的权利，申请撤销仲裁裁决是通过诉讼否决仲裁裁决的效力，申请不予执行则是一种执行救济制度，‘任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决’的约定并未排除当事人申请撤销仲裁裁决或申请不予执行的权利，该约定亦未违背《仲裁法》第十七条规定的仲裁协议无效的情形。故，涉案仲裁条款有效。”[②]

三、该类型争议解决协议的定性

仔细对比上述三起案件可以发现，法院对于该类型争议解决协议的定性存在不一致的地方：案例 1 和案例 2 法院将其定性为仲裁协议，案例 3 法院将其定性为排除仲裁裁决司法追诉协议。对此，本文如下部分将结合相关法律规定及学理对各情形予以解析。需要说

[①] 北京市第一中级人民法院民事裁定书（2013）一中民特字第 7424 号。

[②] 北京市第二中级人民法院民事裁定书（2014）二中民特字第 06075 号。

明的是，该三起案件均具有涉外因素，[①]根据我国相关法律及司法解释的规定，[②]所涉仲裁协议应适用的法律为中国法。

（一）基于法律规定与学理之探讨

1.仲裁协议

仲裁协议是指“双方当事人自愿达成的，将已经发生或将来可能发生的特定争议提交仲裁方式解决的书面协议。”[③]简言之，仲裁协议为将争议提交仲裁的协议。仲裁协议的要素，是指“一项完整的仲裁协议通常应包括的基本要素。”[④]其范围包括：请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会、仲裁地、法律适用（仲裁协议、仲裁程序、实体问题）、仲裁庭组成、程序规则，等等。[⑤]据此，双方当事人将其有关商事争议提交仲裁解决，须有明确的请求仲裁解决的意思表示。[⑥]仲裁意思表示，是“当事人同意将他们之间的契约性或非契约性的特定法律关系上已经发生或可能发生的一切或某些争议提交仲裁的意思表示。”[⑦]

衡诸本文所涉类型的争议解决协议，虽然其中包含有将争议提交仲裁的内容（即“争议由 XX 仲裁机构仲裁”），但除此之外还有排除仲裁裁决异议之诉的内容（即“任何一方不得寻求法院申诉该裁决”或者“任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”），且其不属于前者之法定内容。[⑧]据此，纵然该类型争议解决协议中包含有仲裁协议的内容，但它又不仅仅只有这一内容。故，不能将它等于仲裁协议。换言之，该类型争议解决协议不是仲裁协议。

2.违反一裁终局原则协议

[①] 1988 年《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 178 条第 1 款：“凡民事关系的一方或双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。”

2012 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（下称《法律适用法解释一》）第 1 条：“民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；（二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；（三）标的物在中华人民共和国领域外；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

[②] 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 58 条：“当事人在合同中约定适用于解决合同争议的准据法，不能用来确定涉外仲裁条款的效力。当事人在合同中明确约定了仲裁条款的准据法的，应当适用当事人明确约定的法律；未约定仲裁条款效力的准据法但约定了仲裁地的，应当适用仲裁地国家或者地区的法律。只有在当事人未约定仲裁条款效力的准据法亦未约定仲裁地或者仲裁地约定不明确的情况下，才能适用法院地法即我国法律作为确认仲裁条款效力的准据法。”

《仲裁法解释》第 16 条：“对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。”

2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 18 条：“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

《法律适用法解释一》第 14 条：“当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。”

[③] 宋连斌主编：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 106 页。

[④] 姚俊逸：《论仲裁协议的基本要素及其意义》，载《仲裁与法律》2002 年第 5 期，第 7 页。

[⑤] 参见姚俊逸：《论仲裁协议的基本要素及其意义》，载《仲裁与法律》2002 年第 5 期，第 7-8 页；宋连斌主编：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 6 页；杨玲：《仲裁法专题研究》，上海三联书店 2013 年版，第 41 页。

[⑥] 参见谢石松主编：《商事仲裁法学》，高等教育出版社 2003 年版，第 137 页。

[⑦] 如无特别说明，本文所涉类型争议解决协议即指：“争议由 XX 仲裁机构仲裁，任何一方不得寻求法院申诉该裁决”或者“争议由 XX 仲裁机构仲裁，任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”。

[⑧] 《仲裁法》第 16 条：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面形式在纠纷发生前或者发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”

违反一裁终局原则协议内容为：当事人约定争议由 XX 仲裁机构解决并约定裁决作出后就同一纠纷再向仲裁机构申请仲裁或者向人民法院起诉或者上诉。其特征为：（1）协议由“争议由 XX 仲裁机构仲裁”和“裁决作出后就同一纠纷再向仲裁机构申请仲裁或者向人民法院起诉或者上诉”组成；（2）“争议由 XX 仲裁机构仲裁”和“裁决作出后就同一纠纷再向仲裁机构申请仲裁或者向人民法院起诉或上诉”之间为递进关系；（3）“争议由 XX 仲裁机构仲裁”为有效。理由在于：《仲裁法》第 9 条第 1 款“裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理”含有两层意思：一是“争议由 XX 仲裁机构仲裁”为有效；二是“裁决作出后就同一纠纷向仲裁机构申请仲裁或者向人民法院起诉或上诉”为无效。综上，只有同时满足前述三个要件的协议才属于违反一裁终局原则协议。反之，则不属于违反一裁终局原则协议。

反观本文所涉争议解决协议之以下两类情形：即“争议由 XX 仲裁机构仲裁，任何一方不得寻求法院申诉该裁决”或者“争议由 XX 仲裁机构仲裁，任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”。虽然包含有“争议由 XX 仲裁机构仲裁”之内容，但并没有“裁决作出后就同一纠纷再向仲裁机构申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院起诉或者上诉”之内容。是故，这两类争议解决协议亦非违反一裁终局原则协议。

3.排除仲裁裁决司法追诉协议

争议解决协议，是指“协议当事人拟定的关于争议解决方式的合意。”[①]就其形式而言，存在于合同之中的称为争议解决条款，存在于合同之外的称之为争议解决协议。裁决，是指“仲裁庭在对提交仲裁的案件的审理过程中或审理终结后，根据已查明的事实和认定的证据对当事人提出的仲裁请求或反请求或与之有关的其他事项作出书面决定的行为。”[②]仲裁裁决书，或称“仲裁裁决”，是指“仲裁庭根据仲裁法、仲裁规则以及查明的争议案件事实作出的确定双方当事人之间争议的实体权利义务关系的，具有终局法律效力的书面文书。”[③]根据 1991 年《民诉法》第 217 条[④]、第 259 条[⑤]、第 260 条[⑥]、第 266 条[⑦]和第 269 条

---

① 参见王文英：《试论争议解决及其可执行性》，载《法学家》2002 年第 2 期，第 70 页。

② 宋连斌主编：《仲裁法》，武汉大学 2010 年版，第 192 页。

③ 常英主编：《仲裁法学》（第三版），中国政法大学出版社 2013 年版，第 183 页。

④ “对依法设立的仲裁高就的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）认定事实的主要证据不足的；（五）适用法律确有错误的；（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院认定执行该仲裁裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁决书应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

⑤ “经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”

⑥ “对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”

⑦ “人民法院作出的发生法律效力的判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”

①、《仲裁法》第 9 条②、第 58 条③、第 62 条④、第 63 条⑤、第 70 条⑥、第 71 条⑦和第 72 条⑧、2007 年《民诉法》第 213 条⑨、第 257 条⑩、第 258 条[11]、第 264 条第 2 款[12]和第 267 条[13]、2012 年《民诉法》第 237 条[14]、273 条[15]、274 条①、280 条第 2 款②和第 283 条③、2017 年《民

① “国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

② “仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。裁决被人民法院依法裁定撤销或者不予执行的，当事人就该纠纷可以根据双方重新达成的仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

③ “当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销：（一）没有仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定的情形之一的，应当裁定撤销。人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当裁定撤销。”

④ “当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。”

⑤ “被申请人提出证据裁决有民事诉讼法第二百一十三条第二款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。”

⑥ “当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定撤销。”

⑦ “被申请人提出证据证明涉外仲裁裁决有民事诉讼法第二百五十八条第一款规定的情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行。”

⑧ “涉外仲裁委员会作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”

⑨ “对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。被执行人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）认定事实的主要证据不足的；（五）适用法律确有错误的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

⑩ “经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”

[11] “对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”

[12] “中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其他财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”

[13] “国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当按照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

[14] “对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。被执行人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

[15] “经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”

诉法》第 237 条[④]、第 273 条[⑤]、第 274 条[⑥]、第 280 条第 2 款[⑦]和 283 条[⑧]、1958 年《纽约公约》第 5 条[⑨]、内地与香港仲裁裁决安排》第 7 条[⑩]、《内地与澳门仲裁裁决安排》第 7 条[①]和

---

① “对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”

② “中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其他财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”

③ “国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当按照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

④ “对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行。被执行人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；（四）裁决所根据的证据是伪造的；（五）对方当事人向仲裁机构隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；（六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。裁定书应当送达双方当事人和仲裁机构。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。”

⑤ “经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。”

⑥ “对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。”

⑦ “中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其他财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。”

⑧ “国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当按照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

⑨ “一.裁决唯有于受裁决援用之一造向申请承认及执行第之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：（甲）第二条达成协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者，或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效，或未指明以何法律为准时，依裁决地所在国法律系属无效者；（乙）受裁决援用之一造未接到关于指派公断员或公断程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者；（丙）裁决所处理之争议非为交付之列，或裁决载有关于交付公断范围以外事项之决定者，但交付公断事项之决定可与未交付公断之事项割分时，裁决中关于交付公断事项之决定部分得予承认及执行；（丁）公断机关之组成或公断程序与各造之协议不符，或无协议而与公断地所在国法律不符者；（戊）裁决对各造尚无拘束力，或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。二.倘申请承认及执行地所在国之主管机关认定有下列情形之一，亦得拒不承认及执行公断裁决：（甲）依该国法律，争议事项系不能以公断解决者；（乙）承认或执行裁决有违该国公共政策者。”

⑩ “在内或者香港特别行政区申请执行的仲裁裁决，被申请人接到通知后，提出证据证明有下列情形之一的，经审查核实，有关法院可裁定不予执行：（一）仲裁协议当事人依对其适用的法律属于某种无行为能力的情形；或者该项仲裁协议依约定的准据法无效；或者未指明以何种法律为准时，依仲裁裁决地的法律是无效的；（二）被申请人未接到指派仲裁员的适当通知，或者因他故未能陈述意见的；（三）裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的或者不在仲裁协议条款之内，或者裁决载有关于交付仲裁范围以外事项的决定的；但交付仲裁事项的决定可与未交付仲裁的事项划分时，裁决中关于交付仲裁事项的决定部分应当予以执行；（四）仲裁庭的组成或者仲裁庭程序与当事人之间的协议不符，或者在有关当事人没有这种协议时与仲裁地的法律不符的；（五）裁决对当事人尚无约束力，或者业经仲裁地的法院或者按仲裁地的法律撤销或者停止执行的。有关法院认定依执行地法律，争议事项不能以仲裁裁决的，则可不予执行该裁决。内地法院认定在内地执行该仲裁裁决违反内地社会公共利益，或者香港特区法院决定在香港特区执行仲裁裁决违反香港特区的公共政策，则可不予执行该裁决。”

《台湾仲裁裁决安排》第 14 条[②]等的规定，当事人如果不服仲裁裁决，“不能再就同一纠纷向人民法院起诉，同时也不能再向仲裁机构申请仲裁（包括向仲裁机构申请复议）”，[③]而只能“向仲裁地法院申请撤销仲裁裁决”或者“对方当事人向仲裁地或者仲裁地以外法院申请强制执行时向该院提出拒绝强制执行”。

由前述分析得知，排除仲裁裁决司法追诉协议的内容为：当事人约定争议由 XX 仲裁机构解决并约定当事人在裁决作出后不能向人民法院申请撤销仲裁裁决或在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者承认及执行仲裁裁决异议。其特征为：协议由“争议由 XX 仲裁机构仲裁”和“当事人在裁决作出后不能向人民法院申请撤销仲裁裁决或在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者不予承认及执行仲裁裁决异议”组成；（2）“争议由 XX 仲裁机构仲裁”和“当事人在裁决作出后不能向人民法院申请撤销仲裁裁决或在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者不予承认及执行仲裁裁决异议”之间为递进关系；（3）“争议由 XX 仲裁机构仲裁”为有效。理由在于：结合前述法律法规及司法解释的内容分析可知，“争议由 XX 仲裁机构仲裁”为有效而“当事人在裁决作出后不能向人民法院申请撤销仲裁裁决或在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者不予承认及执行仲裁裁决异议”为无效。综上，只有满足前述三个要件的协议才属于排除仲裁裁决司法追诉协议。反之，则不属于排除仲裁裁决司法审查协议。

（二）具体情形之解析

依本文第二部分实例，实践中系争争议解决协议大体分为两大类型，具体分析如下：

1.约定仲裁后排除法院修改其决定

“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继

---

① “对申请认可和执行的仲裁裁决，被申请人提出证据证明有下列情形之一的，经审查核实，有关法院可以裁定不予认可：（一）仲裁协议一方当事人依对其适用的法律在订立仲裁协议时属于无行为能力的；或者依当事人约定的准据法，或当事人没有约定适用的准据法而依仲裁地法律，该仲裁协议无效的；（二）被申请人未接到选任仲裁员或者进行仲裁程序的适当通知，或者因他故未能陈述意见的；（三）裁决所处理的争议不是提交仲裁的争议，或者不在仲裁协议范围之内；或者裁决载有超出当事人提交仲裁范围的事项的决定，但裁决中超出提交仲裁范围的事项的决定与提交仲裁事项的决定可以分开的，裁决中关于提交仲裁事项的决定部分可以予以认可；（四）仲裁庭的组成或者仲裁程序违反当事人的约定，或者在当事人没有约定时与约定时与仲裁地的法律不符的；（五）裁决对当事人尚无约束力，或者业经仲裁地的法院撤销或者拒绝执行的。有关法院认定，依执行地法律，争议事项不能以仲裁解决的，不予认可和执行该裁决。内地法院在内地认可和执行该仲裁裁决违反内地法律的基本原则或者社会公共利益，澳门特别行政区法院认定在澳门特别行政区认可和执行该仲裁裁决违反澳门特别行政区法律的基本原则或者公共秩序，不予认可和执行该裁决。”

② “对申请认可和执行的仲裁裁决，被申请人提出证据证明有下列情形之一的，经审查核实，人民法院裁定不予认可：（一）仲裁协议一方当事人依对其适用的法律在订立仲裁协议时属于无行为能力的；或者依当事人约定的准据法，或当事人没有约定适用的准据法而依台湾地区仲裁规定，该仲裁协议无效的；或者当事人之间没有达成书面仲裁协议的，但申请认可台湾地区仲裁调解的除外；（二）被申请人未接到选任仲裁员或进行仲裁程序的适当通知，或者由于其他不可归责于被申请人的原因未能陈述意见的；（三）裁决所处理的争议不是提交仲裁的争议，或者不在仲裁协议范围之内，或者裁决载有超出当事人提交仲裁范围的事项的决定，但裁决中超出提交仲裁范围的事项的决定与提交仲裁事项的决定可以分开的，裁决中关于提交仲裁事项的决定部分可以予以认可。（四）仲裁庭的组成或者仲裁程序违反当事人的约定，或者在当事人没有约定时与台湾地区仲裁规则不符的；（五）裁决对当事人尚无约束力，或者业经台湾地区法院撤销或者驳回执行申请的。依据国家法律，该争议事项不能以仲裁解决的，或者认可该仲裁裁决将违反一个中国原则等国家法律的基本原则或损害社会公共利益的，人民法院应当裁定不予认可。”

③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室、中国国际经济贸易仲裁委员会秘书局编著：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 23 页。

续执行。”[①]解读其意思，它包含有“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行”和“任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定”两层内容，切位递进关系。“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行”部分根据《仲裁法》第 16 条[②]、第 18 条[③]及《仲裁法解释》第 3 条[④]的规定为有效，故它是排除仲裁裁决司法追诉协议。

2.约定仲裁后排除法院申诉该裁决

“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束；任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担。”[⑤]解读其意思，它包含有“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担”和“任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定”两层内容，且为递进关系。由于“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担”部分根据《仲裁法》第 16 条、第 18 条和《仲裁法解释》第 3 条的规定为有效，故它是排除仲裁裁决司法追诉协议。

“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决。仲裁费由败诉方承担。”[⑥]解读其意思，它包含有“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。仲裁费由败诉方承担”和“任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决”两层意思，且为递进关系。由于“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。仲裁费由败诉方承担”部分根据《仲裁法》第 16 条的规定为有效，故它是排除仲裁裁决司法追诉协议。

---

① 最高人民法院[2004]民四他字第 34 号。

② “仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”

③ “仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”

④ “仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。”

⑤ 北京市第一中级人民法院民事裁定书（2013）一中民特字第 7424 号。

⑥ 北京市第二中级人民法院民事裁定书（2014）二中民特字第 06075 号。

四、该类型争议解决协议中仲裁协议效力解析

仔细对比前述三起案件可以发现，法院在认定该类型争议解决协议中仲裁协议的效力时，观点一致。但是，法院在认定该类型争议解决协议中仲裁协议效力的裁判思路是不一样的。对其原因，下文结合相关法律规定和法理尝试分析。

（一）基于实证法及法理的解读

1.争议解决条款独立性

争议解决条款独立性是指“争议解决条款具有独立性，其效力不受合同无效、合同变更、合同终止的影响。”[①]具体而言，即尽管争议解决条款是合同的一个组成部分，但此条款与它所从属的主合同实质上是两个相互独立的合同。如果争议涉及主合同是否存在及其有效性问题，或者主合同被撤销、解除、变更、终止及失效，解决争议条款仍可独立存在，并不因为主合同无效或失效而当然无效或失效。[②]时至今日，该原则已为各国（地区）法律法规、国际公约所采纳，在实践中已得到普遍接受。[③]对此，我国亦予采纳，并在相关法律法规中作出了明确的规定。[④]

2.合同部分无效

合同部分无效，是指“合同的部分内容无效。无论是无效合同还是被撤销的合同，如果其无效或者被撤销而宣告无效只涉及合同的部分内容，合同的其他部分仍然继续有效。”[⑤]该规则源于罗马法（“有效之部分，不因无效之部分而受影响”[⑥]）为大多数后世私法所接受，[⑦]我国《合同法》同样采纳。该法第 56 条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”据此，该规则适用的条件可理解为：（1）合同必须限于一个单一的合同，而不应构成数个合同，否则就是一个分别无效的问题，而不是部分无效的问题。[⑧]（2）合同内容具有可分性。即作为一个整体确认的合同在不改变它的总体特点的情况下，可以分割成各个部分，这个被分割开的各个内容本身，除去其中的无效部分，仍然是一个独立的内容。同时它又是作为整个合同的组成部分，而且它也不与当事人的愿望相违背。[⑨]（3）合同部分无效，不影响其他部分的效力。“不影响其他部分效力”，是指“合同无效或者被撤销的部分与其他部分之间没有直接的、必然的联系，其他部分不含有导致合同部分内容无效或者撤销的因素。”[⑩]（4）合同部分无效须在除去无效的部分之后，当事人能够履行剩余部分，在此情况下，才应发

---

① 江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 47 页。

② 参见唐仲清：《解决争议条款的独立性刍议》，载《现代法学》1998 年第 3 期，第 26 页。

③ 参见唐仲清：《解决争议条款的独立性刍议》，载《现代法学》1998 年第 3 期，第 26 页；张利民：《论合同争议解决条款的独立》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 3 期，第 57-58 页。

④ 1999 年《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第 57 条：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关争议解决方法的条款的效力。”

《仲裁法》第 19 条第 1 款：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”

《仲裁法解释》第 10 条：“合同成立后未生效或者被撤销的，仲裁协议的认定适用仲裁法第十九条第一款的规定。当事人在订立合同是就争议达成仲裁协议的，合同未成立不影响仲裁协议的效力。”

⑤ 江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 47 页。

⑥ 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 634 页。

⑦ 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社 2011 年版，第 170 页。

⑧ 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 634 页。

⑨ 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 634 页；黄忠：《违法合同效力论》，法律出版社 2010 年版，第 241 页；马俊驹、余延满：《民法原论》（第四版），法律出版社 2010 年版，第 203 页。

⑩ 江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 47 页。

生部分无效。[①]

争议解决协议作为一种“特殊”合同，认定其效力时自可适用“合同部分无效”规则。就本文所涉争议解决协议而言：（1）它们均是同一协议（条款）；（2）它们可以分割为“争议由 XX 仲裁机构仲裁”及“任何一方不得寻求法院申诉该裁决”或者“任何一方当事人均不寻求法院上诉以修改其决定”等部分；（3）排除仲裁裁决司法追诉的内容根据上文论述系无效，而“争议由 XX 仲裁机构仲裁”部分根据《仲裁法》相关规定是有效的；（4）在除去无效部分的内容后，当事人能够履行“争议由 XX 仲裁机构”之内容。综上，可以认定本文所涉争议解决协议中关于仲裁协议的部分继续有效。

（二）具体情形之分析

结合上述解读，下文具体分析前述 3 起案件中两类争议解决协议中仲裁协议的效力。

1.约定仲裁后排除法院申诉该裁决

案例 2 中“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束；任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担”，[②]属于排除仲裁裁决司法追诉协议协议，法院可在去除无效的“任何一方均不得寻求法院或其他当局上诉以修改其决定”内容基础上，认定“凡有关本合同或在执行本合同过程中所发生的一切争执应通过友好协商解决，如协商不能解决，则应在中国提交依照国际商会的仲裁程序和规则选定的一个或多个仲裁员依照同一仲裁程序和规则予以仲裁。仲裁决定为终局裁决，双方均受其约束。仲裁地点为中国天津，仲裁费用由败诉方承担”部分继续有效。

案例 3 中“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决。仲裁费由败诉方承担”[③]，属于排除仲裁裁决司法追诉协议，法院可在去除“任何一方不得寻求法院或其它机构申诉该裁决”内容基础上，认定“因本合同的履行产生的任何争议都应当友好协商解决。如果不能达成一致的，争议应当提交到中国国际经济贸易仲裁委员会，根据其仲裁规则进行仲裁。仲裁应当在北京进行。仲裁裁决应当是终局并有约束力的。仲裁费由败诉方承担”继续有效。

2.约定仲裁后排除法院修改其决定

案例 1 中“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行”，[④]属于排除仲裁裁决司法追诉协议。法院可在去除“任何一方均不寻求法院或其他当局上诉以修改其决定”的基础上，认定“凡因本合同引起的或与本合同引起的有关争议，均应提交中国国际经济贸易促进会仲裁委员会按照该委员会颁布的仲裁程序暂行条例进行仲裁，仲裁地点在北京。仲裁委员会的裁决是终局的，双方均受其约束。仲裁费用由败诉一方负担。在仲裁期间，除正在进行的仲裁部分外，合同其他部分继续执行”继续有效。

[①] 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2002 年版，第 634 页。
[②] 北京市第一中级人民法院民事裁定书（2013）一中民特字第 7424 号。
[③] 北京市第二中级人民法院民事裁定书（2014）二中民特字第 06075 号。
[④] 最高人民法院[2004]民四他字第 34 号。

五、存在的问题及原因

从上文第二、三部分可以看出，虽然个别法院对这一问题的处理较为妥当，但是整体而言还是存在各种不足。

（一）问题

1.争议解决协议的定性

在民商事领域内，当事人是否在争议发生之前或者之后达成争议解决协议以及达成什么类型的争议解决协议，完全取决于当事人的意思。但是，当事人达成的争议解决协议如要产生法律效果，则必须符合我国法律法规的生效要件。对此，我国相关法律法规均有所规定，不同种类的协议，生效条件不尽相同。[①]故此，在判定其效力时，须先对相关争议解决协议的属性作出认定。然而，案例 1 和案例 2 法院并未意识到这个问题。

2.排除仲裁裁决司法追诉协议的定性

排除仲裁裁决司法追诉协议系当事人约定争议由 XX 仲裁机构解决并约定当事人在裁决作出后不能向人民法院申请撤销仲裁裁决或在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者承认及执行仲裁裁决异议。它既不是仲裁协议，也不是违反一裁终局原则协议。然而，案例 1 和案例 2 法院混同仲裁协议和排除仲裁裁决司法追诉协议的区别。

3.排除仲裁裁决司法追诉协议中仲裁协议的效力

在案件争议解决协议属于排除仲裁裁决司法追诉协议，涉案仲裁协议部分的效力，我国法院迄今尚未形成一致的裁判规则。具体表现为：（1）案例 1 和案例 2 法院认定排除仲裁裁决司法追诉协议中的仲裁协议效力的裁判思路失之简单，均是仅依“争议由 XX 仲裁机构仲裁”的内容来判断，直接“忽视”裁决作出后当事人既不能向人民法院申请撤销仲裁裁决也不能在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者承认及执行仲裁裁决异议的约定。（2）案例 3 法院虽然依全部内容来判断其中仲裁协议的效力，但是裁决作出后当事人既不能向人民法院申请撤销仲裁裁决也不能在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者承认及执行仲裁裁决异议的约定，对其中的仲裁约定的效力

[①] 如《仲裁法》第 16 条：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”

《仲裁法解释》第 7 条：“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方当未在仲裁法第二十条第二款规定的期限内提出异议的除外。”

1991 年《民诉法》第 25 条：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

第 244 条：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”

2007 年《民诉法》第 25 条：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

第 242 条：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”

2012 年《民诉法》第 34 条：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本案对级别管辖和专属管辖的规定。”

《民诉法解释》第 531 条：“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。根据民事诉讼法第三十三条和第二百六十六条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。”

2017 年《民诉法》第 34 条：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本案对级别管辖和专属管辖的规定。”

是否有影响以及何种影响，该法院并未作出进一步的论证。

（二）原因

如前所述，虽然我国法律法规及司法解释对于仲裁协议的效力认定及仲裁裁决司法追诉作出了诸多的规定，但是均没有对排除仲裁裁决司法追诉协议的形式以及其中仲裁协议的效力认定作出明确的规定。因此，泛泛而言，出现上述问题可以溯因于成文法。上文第二、第三、第四部分也揭示了这一点。

然而，苛责法条制定者并不可取。事实上，也不存在事无巨细面面俱到的成文法。虽然我国法律法规及司法解释没有直接规定排除仲裁裁决司法追诉协议的形式及构成要件，但还是作出了原则性规定。这得需要法院（仲裁庭亦同）在实践中进行解读，并适用于个案。从上文第二、第三部分可知，受案法院还未自觉于裁判方法，基本上均未对法条的相关规定进行适当解释。另一方面，在确定当事人达成的争议解决协议的内容时，过于拘泥于字面含义，未能通过合同解释方法去发现当事人的真意。在判断排除仲裁裁决司法追诉协议中仲裁协议的效力时，缺乏与《合同法》相关规定的有效衔接。正因为法院没有普遍熟练掌握和运用裁判方法，结论的正当性与同案同判就难以得到保障。即便结论是正当而论证过程不到位，其说服力度也是有限的。

六、结语

在民商事领域，当事人有权在法律限度内自行决定争议解决方式。当事人达成的协议，不可能总如教科书和法条一样规范无暇。这也是一切合同实践的特点。排除仲裁裁决司法追诉协议的存在，亦可作如是观。对于排除仲裁裁决司法追诉协议的效力认定，从有助于实现当事人意愿及尽量不轻易判断争议解决协议无效的角度，可以根据“合同部分无效”规则来进行裁判。具体分两步：约定裁决作出后当事人既不能向人民法院申请撤销仲裁裁决也不能在对方当事人申请强制执行仲裁裁决时不能提出不予执行或者承认及执行仲裁裁决异议的，该部分因违反法律的强制性规定而无效；约定纠纷向 XX 仲裁机构申请仲裁的部分，依法认定其为有效的仲裁协议。这一裁判思路，充分体现了尊重当事人意思自治，提高民商事交易的效率，疏减讼源，支持仲裁的政策目标。

2.“有目的利用”标准对特别属人管辖权的限制

——基于对 NTCH-West Tenn, Inc.v. ZTE Corp 等案的思考

陈远哲*

摘 要：“有目的利用”是美国法院判断当事人与法院地是否存在“最低限度联系”以行使特别属人管辖权的重要标准之一。从 NTCH-West Tenn, Inc.v. ZTE Corp 等一系列案件的裁判意见中不难发现，美国法院在判断自身是否对某些涉企案件行使特别属人管辖权时，通常会以 “有目的利用”标准作为关键的考量因素。而在法院对该标准进行判断过程中，存在一些的更为具体的考虑因素。具体而言，包括“当事人与法院地之间是否存在‘持续、不间断的关系’”，“企业与其位于法院管辖范围内分支机构之间是否构成‘二位一体’”以及“企业网络平台的‘互动’性”等方面进行考虑。同时，案件原告在此问题上通常负有较为繁重的举证责任。这些都会使“有目的利用”标准成为美国法院行使特别属人权的限制。但另一方面，这些限制有助于涉美中国企业在应对相关类型的诉讼时，更好地通过规避管辖权来维护自身利益。

关键词：最低限度联系；有目的利用；特别属人管辖权

Abstract：‘Purposeful Availment’ is one of the important criteria for American courts to

judge whether there is a "minimal contacts " between a party and locality of the court to exercise specific jurisdiction. From the judging opinions on a series of cases such as *NTCH-West Tenn, Inc.v. ZTE Corp*, it is not difficult to find that American courts always treat criteria of "Purposeful Availment" as a critical factor when consider whether they have specific jurisdiction toward enterprise cases. What is more, there are more specific considerations in the court's judgment of the criteria. To be specific, considerations include "whether there is a ' continuing，ongoing relationship ' between the parties and the court", "whether the enterprise and its branches within the jurisdiction of the court have a relationship of 'alter ego'" and "the 'interactive' character of the enterprise network platform". At the same time, the plaintiff usually has a relatively heavy burden of proof on this criteria. These factors make the " Purposeful Availment " criteria a limitation on the exercise of specific jurisdiction of American courts. But on the other hand, these restrictions can help Chinese America-related enterprises better protect their interests by evading jurisdiction when dealing with relevant types of lawsuits.

Key Word: Minimum Contacts; Purposeful Availment; Specific Jurisdiction

一、引言

“最低限度联系”（minimum contacts）原则在美国民事诉讼实践中具有举足轻重的地位，是法院赖以判断其自身是否对案件当事人是否具有美国宪法中“正当程序条款”（Due Process Clause）中规定的属人管辖权中的特别管辖权（specific jurisdiction）的重要依据。该原则最初在美国联邦最高法院 1945 年“国际鞋业公司诉华盛顿州”[1]一案中被采用为判断法院对案件是否享有管辖权的依据，其标准与当事人的“商业活动”（doing business）密切相关。后在联邦第六巡回法院 *Southern Machine Co. v. Mohasco Indus.*①案的裁判意见中被细化成三个具体标准：首先，被告必须有目的利用（purposefully avail itself）在法院地国的有利条件；其次，诉讼事由必须源于被告在法院地国进行的活动；最后，被告的行为或由被告造成的后果必须与法院国有足够的实质性联系，以对被告行使合理的管辖权。②其中，“有目的利用”标准最早被 1958 年的 Hanson v. Denckla ③案所援引，该案裁判意见要求被告必须“有目的利用在法院地州进行活动的有利条件，因此援用了该州法律所提供的利益和保护。

有学者认为“有目的利用”标准是“目前用以法院评价被告与该法院之间联系是否具体和是否系被有意建立”的唯一方法”④。随着我国企业在美国的商业活动日益频繁，类似于 *NTCH-West Tenn, Inc.v. ZTE Corp*⑤（下简称“中兴案”）的案件不断地增多，并且在相关诉讼案件中，这些企业又更倾向于通过对法院管辖权的规避来对抗诉讼风险。在美国投资经营的中国企业，都有必要充分了解和运用 “有目的利用”标准，以把握美国法院在判定自身属人管辖权的标准。

二、“中兴案”等数起涉及“有目的利用”标准的案件

① *Southern Machine Co. v. Mohasco Indus* 159 U.S.P.Q.401（1968）

② *Id*：First, the defendant must purposefully avail itself of the privilege of acting in the forum state or causing a consequence in the forum state. Second, the cause of action must arise from the defendant's activities there. Finally, the acts of the defendant or consequences caused by the defendant must have a substantial enough connection with the forum state to make the exercise of jurisdiction over the defendant reasonable.

③*Hanson v. Denckla*, 357 U.S.235, 251, (1958).

④Katherine Florey：*What Personal Jurisdiction Doctrine Does--And What It Should Do*. 43 Fla. St. U.L. Rev. 1201(2016)

⑤ *NTCH-West Tenn, Inc. v. ZTE Corp.* United States District Court for the Western District of Tennessee, Eastern Division ,No. 1:12-cv-1172-JDB-egb（2017）

（一）中兴案

2006 年 9 月 21 日，中兴（美国）公司（ZTE USA，下简称“中兴(美国)”）与附属于原告 NTCH-West Tenn.股份有限公司（下简称“NTCH-TN”）的 PTA-FLA 股份有限公司(下简称 PTA-FLA)签订协议，内容涉及购买中兴通讯股份有限公司（ZTE Corp，下简称“中兴通讯”）生产的设备(下简称“中兴设备”)和与在佛罗里达州的杰克逊维尔（Jacksonville）安装蜂窝通讯网络(Cellular Telephone Network)的相关服务。具体而言，包括转换机（switch）与多媒体信息服务(MMS)基站及与二者配套的技术服务。虽然中兴通讯此前在美国没有任何设备投入运营，但是仍然向 PTA-FLA 承诺其生产的通讯设备完全可在美国正常运行，并承担安装和维修设备的义务。[①]事后，被安装在美国境内的中兴设备并不符合美国通讯设备方面的标准，质量也欠佳。PTA-FLA 将相关问题通知了中兴通讯，其后中兴通讯派出人员因“英语能力的不足”，“对产品不够熟悉”，“未能遵守美国法律”等问题未能履行承诺。

2008 年，出于商业上的考虑，PTA-FLA 根据中兴（美国）的建议将原本安装于杰克逊维尔的通讯设备转移到杰克逊。2009 年 6 月，在中兴（美国）的要求下，NTCH 以债权抵偿的方式向其支付了 15 万美元的网络“整合费”。中兴设备也给原告造成了与 PLA-FLA 经历的同样的问题：严重的网络中断和客户流失。经过多年的失败维修，中兴通讯最终承认，该批中兴设备只是在美国市场上进行试验的一个平台。最终，因严重的通讯网络中断造成的客户流失，NTCH-TN 被迫放弃使用中兴设备。

2012 年 8 月 NTCH-TN，以“违约”,“违反契约诚信和公平交易原则”，“玩忽职守”等理由对中兴通讯提出诉讼。2012 年 10 月 24 日，中兴通讯根据《联邦民事诉讼规则》（*Federal Rule of Civil Procedure*）第 12(b)(2)、12(b)(4)和 12(b)(5)条[②]，以缺乏“适当送达”和属人管辖权为理由提出抗辩。2012 年 11 月 19 日,被告申请中止诉讼以等待正在进行的涉及 NTCH-TN 和中兴（美国）仲裁裁决。该裁决作出后，得到了佛罗里达州中区地方法院确认，并于 2016 年得到了联邦第十一巡回法院的认可。2017 年 5 月，被告中兴通讯更改了向法院提交的异议，将其变更为“仅缺乏属人管辖权”，并于数月后得到支持。2017 年 11 月，田纳西州地方法院作出判决，支持了中兴通讯的诉求。2019 年 1 月原告再次向联邦第六巡回法院提出上诉，但是结果并不如其所愿：2019 年 2 月 20 日，联邦第六巡回法院判决驳回 NTCH-TN 的诉讼请求，维持田纳西州地方法院的判决。[③]

（二）环球音乐版权公司案[④]

该案原告美国电台音乐许可证委员会(Radio Music License Committee)(下简称“RMLC”)与本国的公众表演组织就其电台成员播放音乐许可权进行磋商。被告环球音乐版权有限公司(Global Music Rights LLC)(下简称“环球版权”)是一家新成立的公共表演组织，并且其该组织的所有剧目均拥有播放许可权能够涵盖。RMLC 认为环球版权对“竞争力的真空地带”（是由两个行业中最大的公共表演组织——美国制作人、作者与出版商协会（ASCPA）和美国广播音乐股份有限公司(BMI)达成的合法和解协议产生的）进行杠杆式投机，以致被告挖走一批“具有战略意义”的词曲作家和创建一个所有电台“没有其使用权限则无法成功”的剧目。据此，RMLC 诉称环球版权的行为属于非法情形，即在这种情况下，RMLC 的成员要么被迫向环球版权支付高昂的被许可费用，要么面临版权侵权索赔，且每件侵权作品

[②] (b) How to Present Defenses. Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion:(2) lack of personal jurisdiction;(4) insufficient process;(5) insufficient service of process;

[③] *NTCH-West Tenn, Inc. v. ZTE Corp*. United States Court of Appeals for the Sixth Circui , Case Nos. 17-6469/17-6524（2019）

[④] *Radio Music License Comm. v. Rights* , United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania ,Civil Action No. 16-6076（2019）

高达 15 万美元，这将很快使侵权成员破产。RMLC 提出这一诉讼是为了遏制它所确信的环球版权的垄断行为。

宾夕法尼亚州地方法院的认为，判断是否可以根据《谢尔曼法案》（Sherman Act）和《克莱顿法案》（Clayton Act）对 RMLC 提出的索赔请求作出合法裁决之前，存在一个先决问题，即法院是否对该案享有属人管辖权。在判断属人管辖权的过程中，达内尔·琼斯法官认为,双方当事人之间存在任何事先进行的磋商，可预见的未来后果，合同条款以及事实上的交易都属于“确定被告是否在有意与法院地建立最低限度联系”的评估要素。最终宾州地方法院因认为对被告不享有属人管辖权，并将案件移送至加州中区的法院。

在其中，法官在判断考虑“有目的利用”标准时，法官认为原告 RMLC 因未能证明案件诉因源于其与环球版权和两名在宾夕法尼亚州拥有环球版权广播电台许可的 RMLC 成员的磋商，并特别强调了环球版权一直在与案外第三人进行交流，这些人并不是宾夕法尼亚州居民，而只是在该州做生意的人。另外，这两家公司都没有总部设在宾夕法尼亚州，也没有在宾夕法尼亚州设立主要营业地点，也不存在任何证据表明环球版权与公司代表决定在哪一领域使用许可证有任何关系。

本案中反映了涉及知识产权的反垄断案件裁决中的“有目的利用”标准所起的作用。不难发现，在解决涉及反垄断问题的先决问题时，法官的判定“有目的利用”标准时，除了注重诉因与原告行为之间的关联程度以及作为被告的企业设立登记地之外，也会特别考虑被告是否与法院地当地的居民进行过联系与交流。

（三）威廉案[①]

原告是德克萨斯州的一名居民，其拥有一台越野车，但后来在一场飓风灾害中被摧毁。原告通过被告——一家名为 Progressive County Mutual 的保险公司（下简称“PCM”）购买一款车险。但是，因另一被告米切尔国际股份公司（Mitchell International, Inc）低估了“全损”汽车的价值，因而导致 PCM 在认定该车属于全损的状况下没有全额赔付被保险人。原告诉称，被告对于其越野车的估值存在“根本性的缺陷”，并且，米切尔国际股份公司和 PCM 被告正在操纵“能够向他们提供更优惠的薪酬”的系统。然而，被告以法院不能行使管辖权为由对原告的主张提出抗辩。

对于此问题加州地方法院的安东尼法官在援引相关判例的基础上，认为“被告不会仅仅因为与另一方或第三人偶然的、意外的或薄弱的联系因素（‘random', ‘fortuitous’, or ‘attenuated' contacts）或进行单方面活动而被强行纳入法院的管辖范围”。他还认为，在基于合同确定当事人的行为是否符合的“有目的利用”标准时，法院“必须考虑到当事人基于合同条款进行的事先磋商和可预见未来后果”。此外，他还强调，即使 PCM 与米切尔国际股份公司共同实施了一项降低全部损失赔偿数额的计划，二者之间的仍然关系是仅为“行政服务”关系（PCM 仅向米切尔发送与签约服务有关的信息），并不能构成在加州的“有目的利用”。

（四）“西部航线”公司案[②]

2016 年 2 月，本案两名居位于加利福尼亚州的原告（John Cottle 和 Valley Fresh Produce 股份有限公司） 就一些关于飞机业务联系了坐落于科罗拉多州的被告——“西部航线”公司（Western Skyways Inc.），表示希望其为飞机上制造和安装一个新的发动机系统。被告同意了上述要求，并承诺承担安装、检修或修改一些其他飞机部件的义务，并据此订立了合同。然而，在此之后，被告不仅延迟交付经过维修的飞机，而且在原告对交付后的飞机进行检查时发现“各种缺陷也暴露出来”，以致该飞机无法达到安全起飞的标准，造成了“遭受了

---

① *Williams v. Progressive County Mut. Ins. Co*. United States District Court for the Southern District of California, Case No.: 17-cv-2282-AJB-BGS (2019)

② *Cottle v. W. Skyways, Inc*, United States District Court for the Eastern District of California，No. 1:17-cv-00049-DAD-BAM（2017）

重大的经济和非经济损害”。 同样，被告在被起诉后，向法院提出了管辖权异议。

在加州法院法官的裁判意见中，针对“有目的利用”标准提出了一些观点。首先，被告必须明知其已对法院地居民实施了不法行为。在针对原告提出的“被告可通过互联网”能够构成“有目的利用”等观点，加州地方法院援引联邦第九巡回法院用于判断当事人（在与法院地没有其他联系的情况下）进行网络运营是否构成“有目的利用”的标准——滑动范围（sliding scale），也即“滑动标尺规则”，并根据 “网站上进行的信息交流的互动性（interactive）和商业性”，以确定被告是否与存在足够的联系，进而判断是否能对当事人行使管辖权。最终，因被告提供的证据表明“其网站只容许潜在客户搜集资料，并不作为商业交易平台或提供线上交易服务”，法院认定被告在法院地不构成“有目的利用”，从而对其不享有管辖权。

三、“有目的利用”标准对特别属人管辖权的限制

值得一提的是，在田纳西州地方法院的裁判意见中，丹尼尔·布林（J. Daniel Breen）法官认为“有目的利用”标准“对于寻求属人管辖至关重要”，并且一直被认为是“属人管辖的宪法性试金石”。联邦第六巡回法院也同样将“有目的利用”（purposeful availment）作为判断被告中兴通讯是否与法院地具有“最低限度系”的重要依据。因而，裁判意见均围绕“有目的利用”展开论证，并体现出了一些更为具体的认定标准。在类似案件中，凡是存在当事人试图规避法院管辖权的情况，其裁判意见均为“有目的利用”标准赋予了不同的判断依据。而这些依据造成“有目的利用”标准对特别属人管辖权的限制。

“有目的利用”标准要求被告必须享受和利用涉及一州司法权威的法院地法的利益与保护，该要求与属于这些法律规制范畴内的政府性限制和义务保持一致。[①]在涉及特别属人管辖权的案件中，美国法院法官通在判断被告的行为是否构成“有目的利用”时，主要会判断其“是否在法院地采取行动或造成相应的法律后果，以致援引该州法律的利益和保护。具体而言，主要有两方面因素必须被考虑：（1）被告可以合理地预期自己会被纳入法院（管辖）（haled into court）；（2） 不能“仅因‘偶然’、‘意外’或‘薄弱’的联系因素”被诉至法院。[②]另外，涉案主体在互联网领域的行为如若满足类似于“滑动范围”等标准，甚至可能会被法院认定为属于上述因素的范畴。

（一）举证责任主体

田纳西州地方法院认为，当地方法院仅根据当事人提供的书面意见和第 12(b)(2)条作出裁决时，原告的举证责任相对较轻，原告必须提出前提证据（prima facie）表明法院对被告能够行使属人管辖权，以驳回原告提出的管辖异议。因此，当原告提出的主张与证据都不符合这一要求时，法院归纳原告失败的原因为“法院原告未能有初步证据阐述一宗涉及归属于‘有目的利用’范畴的案件”。早在在 1985 年的 *Burger King Corp. v. Rudzewicz* 案中明确了这一标准，即从公平正义的角度衡量双方当事人的举证责任时，由被告承担“实质性地证明法院行使管辖权”的举证责任是不公平的。

（二）当事人与法院地关系

在中兴案中，原告认为，被告曾经承诺提供来自中国的软件、设备以及技术支持，并让通讯网络正常运转，因此双方存在一个独立和“可能属于口头性质”的合同关系，并将此作为中兴通讯构成“有目的利用”的理由。但是田纳西州地方法院并没有支持该主张，认为中兴通讯与被告之间的关系属于“一次性事务”（one-shot affair）的范畴，虽然 NTCH-TN 本身在财务上因被告的行为受到负面影响，但仍然未与法院地产生一种未与法院地产生一

---

① Patrick J. Borchers,ed., *Jurisdiction and Private International Law（Volume II),*Edward Elgar Pub (2014) ,*p.436*

② *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, Supreme Court of the United States，No. 83-2097(1985)

种“持续性、不间断的关系”（continuing，ongoing relationship）,因此仅凭借该事实无法认定原告构成“有目的利用”。由此可见，“持续性关系”可以成为法院认定涉诉当事人是否构成“有目的利用”的重要标准之一。无论是类似于“事先进行的磋商”的履行先合同义务的行为，还是由此产生的“可预见的未来后果”，以及缔结合同条款和交易活动都不属于“持续性、不间断的关系”范畴，因而不属于符合“有目的利用”标准的联系因素。

另外，从本文提到的类似的案件中，法院在判定“持续性关系”中的“关系”存在时，通常会考虑被告企业的设立登记地，也注重被告企业是否与当地居民产生联系或对其施加影响。这一点在“环球音乐版权公司案”中体现得尤为明显，该案的裁判意见中侧重于论述同被告产生联系的对象身份。

（三）企业与其分支机构关系

“二位一体”（alter ego）在文义上通常被解释为“‘主体另一面’或‘另一个主体’”[①]。该概念在新西兰法院在 *Glass v Hughey*[②] 和 *Prime v Hardie*[③]两起涉及财产处理的同居关系纠纷案件中最早被提出，被适用于解决原被告之间的同居关系（de facto relationship）存续期间的信托财产分割问题。通常，该概念被认为描述一种情形，即一个组织(如公司或信托)被某一个体的“延伸”（而不是不是作为一个单独的身份）所使用和控制。[④]其在美国民事诉讼实践中，堪萨斯州地区法院在处理 *Dean Operations v. One Seventy Associates*[⑤]案时阐明了认定“二位一体”的标准:（1）母公司控制主要财产；（2）企业的共同领导；（3）母公司财政支出；（4）母公司收购主要股票及其他涉及合并的财产；（5）子公司资金不足；（6）母公司的资金支持；（7）子公司的业务范围；（8）子母公司官方行政关系；（9）子公司行政人员的独立性；（10）独立性法律要求的遵守情况。[⑥]

而在上述案件关于“有目的利用”的裁判意见中不难发现，初审法院因可以被法院管辖的中兴（美国）并不是被告中兴通讯的全资子公司，而未将认定为其认定为中兴（美国）的“二位一体”，因而未支持原告以该理论为据提出的相关主张。上诉法院在这一问题上也采纳了初审法院的理由。同样，就像“威廉案”的裁判意见一样，两个涉案主体之间的“行政服务”关系也不能被视作构成“二位一体”的要件。

（四）企业网络平台功能

“西部航线”公司案中采用的“滑动范围”或“滑尺”（sliding scale）规则具有一定合理性，即该规则注重衡量权利的相对重要性，“关键的、至关重要的、实质性的或适度的权利，都根据权利的相对重要性，以不同的形式受到严格审查”[⑦]。1997 年 *Zippo Mfg. Co. v.*

---

① Shorter Oxford English Dictionary(5th ed, 2002) vol1, 62

② 2003 NZFLR 865.

③ 2003 NZFLR 481.

④ JESSICA PALMER：*Dealing with the Emerging Popularity of Sham Trusts.* 1 NZ Law Review 81 (2007)

⑤ 257 Kan. 676, 896 P. 2d 1012, 1017 (1995)

⑥ (1) whether the parent corporation owns all or a majority of the capital stock of the subsidiary; (2) whether the corporations have common directors or officers; (3) whether the parent corporation finances the subsidiary; (4) whether the parent corporation subscribed to all of the capital stock of the subsidiary or otherwise causes its incorporation; (5) whether the subsidiary has grossly inadequate capital; (6) whether the parent corporation pays the salaries or expenses or losses of the subsidiary; (7) whether the subsidiary has substantially no business except with the parent corporation; (8) whether in the papers of the parent corporation, and in the statements of its officers, the subsidiary is referred to as such or as a department or division; (9) whether the directors or executives of the subsidiary do not act independently in the interest of the subsidiary but take direction from the parent corporation; and (10) whether the formal legal requirements of the subsidiary as a separate and independent corporation are not observed.

⑦ Margaret Ryznar：*A Curious Parental Right*, 71 SMU L. Rev. 127

*Zippo Dot Com, Inc.*案[①]中，宾夕法尼亚洲地方法院首次创制了该规则。美国法院在处理涉及互联网侵权的案件时时，一般会运用该规则对涉案企业的网站进行分类。“滑尺”的一端是“明显用于在互联网上交易业务”的网站，例如用于签订合同、销售商品。这些网站是符合“有目的利用”标准。另一端则是仅用于宣传的“被动”或“信息”网站。这类企业网站不符合“有目的利用”标准。而位于两个极端之间是“允许潜在客户和主机之间交换信息”的“互动”（interactive）网站。法院根据“互动”水平(当事人之间的互动程度)评估当事人与法院地是否存在联系因素。[②]

然而，不难看出，企业网站“互动”性的判断较为灵活，因此该规则较为模糊和弹性化，极易导致法院自由裁量权的滥用。

四、“限制”对我国涉美企业的启示

（一）充分利用原告举证责任

从上述案例中可以看出,“有目的利用”标准通常被视作法院判断自身属人管辖权的“前提证据”，因此，如若中国企业作为被告，对此问题所须承担的举证责任相对较轻，只需针对对方的主张提出异议。另一方面，原告若要证明被告的行为构成“有目的利用”，则要证明被告与法院地的持续性关系，被告与法院对其有管辖权的当事人之间存在“二位一体”等方面的细节性事实，承担相对更为繁重的举证责任。而美国法院在原被告双方衡量利益时，当被告提出管辖权异议，出于公平正义的考虑，在原告无法证明这一进行实体问题裁判的前提条件时，通常会驳回其诉讼请求。

（二）适度“撇清”与法院地的关系

对于在美国设立分支机构的企业而言，在参加此类诉讼时，因着力于从资金流动、行政命令、经营管理等方面证明在法院地活动经营的企业分支机构的独立性，以防被认定为“二位一体”。另一方面，从“持续性关系”标准入手，注重证明自身的行为与法院地居民与被告本身未进行过多的接触与联系，因而对其也不存在太大的影响，或证明自身在法院地的行为是一次性和非连续的。总之，即与位于法院地的分支机构与当地居民以及被告本身“撇清”关系，以防被法院认定为构成“有目的利用”。

（三）限制企业网络平台“互动”性功能

联网商业平台是当代企业对外经营投资所必须建设与使用媒介，网络营销已成为跨国企业常用的经营手段。而在相关案件中，法院注重从网络平台提供的信息与功能性质等方面来判断其“互动”性，进而来判断被告是否构成“有目的利用”。因此，企业应注重自身网络平台的功能范围的限制，增强企业网站的宣传功能，避免其带有过多的商业经营上的“互动”性，以降低被认定为“有目的利用”法院地有利条件的可能性。

3.跨境破产仲裁的理论依据与制度架构

杜新丽，刘敏敏

摘　要： 国际商事仲裁正发展成为一种被大家广泛接受和首先采纳的在全球范围内通

[①] *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com*, United States District Court for the Western District of Pennsylvania, Civil Action No. 96-397 Erie (1997)

[②] *My Vacation Eur., Inc. v. Sigel*, Court of Appeals of Texas, Fifth District, Dallas, No. 05-14-00435-CV(2015)

行的权利跨境救济路径，而已有跨境破产立法所构建起的以法院程序为基础的跨境破产路径在司法实践中遭遇了诸多困难，可否以及如何将与法院程序相比具有无可比拟的优越性的国际商事仲裁引入跨境破产领域（即“跨境破产仲裁”）是值得探讨的论题。跨境破产领域仲裁合同主义的兴起以及跨境破产事项的可仲裁趋势为跨境破产仲裁提供了理论基础，具体可以从跨境破产仲裁协议的达成、跨境破产仲裁机构与仲裁规则的确定以及跨境破产仲裁裁决的承认与执行三个方面对跨境破产仲裁进行制度设计。

关键词： 跨境破产; 国际商事仲裁; 跨境破产仲裁

The Theoretical Bases and Institutional Framework of Cross-Border Insolvency Arbitration

Abstract: International commercial arbitration is becoming a globally accepted and first adopted approach to cross-border remedy. However, the cross-border insolvency approach established by the current legislation, which is based on court procedures, encounters many difficulties in judicial practice. The questions whether it is able to and how to introduce international commercial arbitration with incomparable advantages into the field of cross-border insolvency are worthy of discussion. The rise of Arbitral Contractualism in the field of cross-border insolvency and the arbitrability of cross-border insolvency matters provide theoretical bases for cross-border insolvency arbitration, the institutional framework of which can be constituted from the following three aspects: the conclusion of cross-border insolvency arbitration agreement, the arbitration institutions and arbitration rules for cross-border insolvency arbitration, and the recognition and enforcement of cross-border insolvency arbitration awards.

Key Words: cross-border insolvency; international commercial arbitration; cross-border insolvency arbitration

一、问题的提出

在当前，国际商事仲裁正以一种势不可挡的态势发展成为被大家广泛接受和首先采纳的在全球范围内通行的权利跨境救济路径，这主要是因为与受国家司法主权严格限制的法院程序相比，国际商事仲裁在进行权利跨境救济时体现出了无可比拟的优越性：首先，国际商事仲裁以充分体现当事人意思自治的仲裁合意为前提，当事人能够自主选择仲裁机构，而且往往倾向于选择一个无利益相关的第三国仲裁机构，以确保仲裁机构的中立地位，防止地方保护主义，有利于从裁决主体方面满足当事人对公正结果的期待；[1]45 其次，国际商事仲裁的程序规则可由当事人根据案件的特殊性及其自身的利益需求而在仲裁协议中灵活约定，仲裁庭的仲裁员则由包括法律在内的各个领域的专家担任，且仲裁裁决一经作出即发生终局性的法律效力，有利于从审理程序方面确保国际商事纠纷的高效解决；[1]47-52 最后，国际商事仲裁已在全球范围内建立起一套非常行之有效的仲裁裁决执行机制，有利于从执行结果方面确保当事人合法权益在全球范围内的真正实现。[2]

在国际商事仲裁蓬勃发展的同时，经济全球化的纵深发展不断推动着各国、各地区的经济对外开放程度，各国、各地区的经济活动逐步突破民族、国家与政治疆界的樊篱而在全球范围内不断扩展。[3]4 作为经济全球化浪潮中的一股中坚力量，跨国公司因其资源配置的全球化而大获收益；然而，成也萧何败也萧何，当 20 世纪末 21 世纪初发生区域性或全球性金融危机时，跨国公司也因其资源配置的全球化而首当其冲遭受重创，严重者不得不

宣告破产，跨境破产因此剧增。在此背景下，用以调整跨境破产问题的跨境破产立法获得了长足的发展，其基于“破产问题由法院专属管辖”的理念，构建起了一套以法院程序为基础的跨境破产路径，该路径以协调与合作为基本原则，立足于“债务人主要利益中心”这一全新的管辖权标准构架跨境破产所涉多个破产程序的层次，依托法院或破产管理人相互间的沟通与合作推动多个相关破产程序的协调与合作，以实现公平、高效处理跨境破产案件的目标。[4]713 然而，已有跨境破产立法并未覆盖全球，[①]且其构建起的以法院程序为基础的跨境破产路径在司法实践中遭遇了立法时所未预想到的诸多困境：首先，协调与合作原则只是跨境破产立法中的一项倡导性原则，不具有法律拘束力，导致跨境破产国际合作的可执行性偏低或耗时偏长，进而导致跨境破产国际合作的不效率；其次，“债务人主要利益中心”的判定标准不明确，其判定过程容易导致主要破产程序的管辖权冲突，使得跨境破产案件的处理进程遭受拖延，与破产的效率原则不符；最后，可信赖法院系统和有效破产立法的缺失，导致跨境破产的国际合作缺乏适格的实施主体和明确的法律依据，进而使得跨境破产的国际合作无法真正得以实现。

综上，可否将与法院程序相比具有无可比拟的优越性的国际商事仲裁引入跨境破产领域以克服当前立法所构建的以法院程序为基础的跨境破产路径的困境呢？如果可以，那么以国际商事仲裁路径处理跨境破产问题具体应如何操作呢？为行文方便，本文将跨境破产的国际商事仲裁路径界定为“跨境破产仲裁”。为回答以上两个问题，本文拟从跨境破产仲裁的理论依据及制度架构两个方面进行探讨。

二、跨境破产仲裁的理论依据之一：跨境破产领域“仲裁合同主义”的兴起

关于跨境破产的国际处理模式，目前主要有三种理论：属地主义（Territorialism）、普及主义（Universalism）和合同主义（Contractualism）。它们在跨境破产领域都分别拥有自己的坚实拥趸，跨境破产法学家 Lynn M. Lo Pucki 教授、Jay Lawrence Westbrook 教授和 Robert K. Rasmussen 教授是其中的典型代表。

（一）跨境破产国际处理模式的传统理论——“属地主义”和“普及主义”的弊端

属地主义通常被称为“抢占规则”（Grab Rule），意指由已经实际控制了债务人资产的某国法院对跨境破产案件中位于其本国境内的那部分债务人资产行使排他性管辖权，而据此启动的破产程序的效力亦仅及于位于其本国境内的那部分债务人资产，而不及于位于其本国境外的其他债务人资产。[5]322 这便导致了属地主义之下破产程序效力的地域性。据此，当跨境破产适用属地主义时，债务人的资产将以国境为界划分为相互独立的各个部分，各部分债务人资产由其所在国家依据其国内破产法分别启动相互独立的国内破产程序进行处理，这些国内破产程序处于平等地位，并无主次之分。[6]742-743 这便导致了跨境破产程序的分散性与多元性。尽管在 Lynn M. LoPucki 教授看来，可以通过“合作属地主义”（Cooperative Territorialism）[6]750——各个破产程序的破产管理人及法院之间进行相互合作——来提高跨境破产案件的整体化处理程度，但属地主义仍不可避免地存在如下弊端：首先，属地主义使得一个跨境破产案件被国境“粉碎”为若干相互独立的平行程序，使得整个破产案件的费用因破产程序的重复而大量增加，鉴于破产资产在分配之前须先支付破产费用，因此，

[①] 《欧盟破产程序条例》仅适用于欧盟境内成员国间的跨境破产，而截至 2018 年 12 月 6 日，也仅有 44 个国家共在 46 个法域通过了以《示范法》为基础的跨境破产立法。因此，已有跨境破产立法远未达到覆盖全球的水平。

可供分配的破产资产将相应减少；其次，根据属地主义，各资产所在国可针对位于其本国境内的那部分债务人资产依据其本国破产法启动单独的破产程序，这使得债务人的破产总资产处于一种不稳定状态，不利于甚或阻碍对跨境破产的“统筹”处理——对债务人资产进行整体清算或对债务人进行重整；最后，在属地主义下，无论是基于各国倾向保护本国债权人利益的主观原因，还是基于部分非本国债权人无法及时获取破产信息的客观原因，各国破产程序无法实现跨境破产案件中所有破产债权人的平等受偿，与破产法所要求的平等分配原则相悖。

普及主义最早源于“一人一破产”的法谚，[7]370 意指由一个集中破产程序对整个跨境破产案件行使排他性管辖权，整个跨境破产案件的所有破产债权人都在该单一破产程序中申报债权，而该单一破产程序的效力则及于破产债务人位于全球范围内的所有资产。[8]305-306 由此可见，普及主义的核心特征是破产程序的统一性，意在通过单一的集中破产程序处理整个跨境破产案件中的所有债权债务关系，其最理想的操作模式是由一个普遍性的国际机构根据一部全球性的破产法在单一的集中破产程序中处理整个跨境破产案件。然而，在当前的国际政策环境下，能够处理跨境破产案件的普遍性的国际机构尚无法建立（而且可能将永远无法建立），用以调整跨境破产案件的全球性的破产法亦无法缔结（而且可能将永远无法缔结）。[9]468-469 因此，普及主义只能说是一种“跨境破产理想”，基本上没有实现的可能。基于此，普及主义的拥护者们在普及主义的基础上提出了一些比较具有可操作性的“类普遍主义”作法，其中，“修正普及主义”（Modified Universalism）是深受 Jay Lawrence Westbrook 教授拥护的“通向真正的普遍主义的折中的临时措施”[10]2279。根据修正普及主义，跨境破产案件原则上由一个法院在一个破产程序中对破产债务人位于全球的资产进行“统筹”管理（这个破产程序通常被称为“主要破产程序”），破产债务人资产所处的其他国家将给予相应的配合，与此同时，破产债务人资产所处的其他国家保有评估该主要破产程序的公平性的自由裁量权，如若其认为该主要破产程序不公平，则可拒绝配合该主要破产程序而自行开展单独的破产程序。[①]修正普及主义使普及主义这一“跨境破产理想”接近实现，有望跨境破产案件的公平、高效和统一处理，具有一定的优越性，被《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》和《欧盟破产程序条例》采纳。然而，修正普及主义给相关国家所留有的自由裁量权，容易导致相关国家不配合主要破产程序，进而使得修正普及主义的“统筹”管理设想落空。

（二）跨境破产国际处理模式的新兴理论——从“合同主义”到“仲裁合同主义”

属地主义与普及主义均是基于（国内或国际）司法机构的司法行为来处理跨境破产问题。作为一种与属地主义和普及主义完全不同的理论框架，合同主义转向私人间的合意行为来处理跨境破产问题。[11]

作为合同主义的坚实拥护者，Robert K. Rasmussen 教授认为，以单一破产程序集中处理整个跨境破产案件是一个值得追求的目标，因为它最有可能为跨国公司提供“作为一个持续经营的企业进行重整或出售”（reorganization or sale as a going concern）的机会。[12]3-4 鉴于唯有公司才能根据自身需求选择能够最大限度增加或保有公司资产价值的主管机构及破产规则，而传统破产法律制度框架下主管机构及破产规则的确定主体——政府——则无法迎合每个公司的特别需求，因此，国际私法领域高度体现当事人意思自治的法律选择条款（choice of law clause）和协议管辖条款（forum selection clause）可以延伸适用到跨境破产领域。[12]4 基于此，合同主义理论框架下的单一破产程序的主管机构及破产规则，可由公司在成立时

[①] 在判定主要破产程序是否公平时，主要的标准是该主要破产程序是否会损害破产当事人的合法权益以及是否会违悖本国的公共政策。See Jay Lawrence Westbrook: “A Global Solution to Multinational Default”, in Michigan Law Review, 2000, 98(7), p.2301.

于公司章程中自主选择并将其公之于众（尤其是向债权人披露），并可在公司成立后于一定条件下（如债权人同意）变更该等选择。[12]4 由此，一方面，公司可以选择使其自身利益最大化的主管机构及破产规则；另一方面，公司的债权人也将因为能够预见公司破产时的主管机构及破产规则而对借贷利率等业务合作问题作出最合理的安排。[12]5 当然，合同主义存在一个备受诟病的缺陷：破产作为一种集合程序（a collective proceeding），不仅涉及那些因选择跟债务人合作而与债务人就破产主管机构及破产规则达成合意的“自愿债权人”（voluntary creditors，主要是指金融债权人），而且还涉及许多“非自愿债权人”①（involuntary creditors）或“非调整债权人”②（non-adjusting creditors），例如，侵权损害赔偿请求权人、被拖欠工资和遣散费的工人、被拖欠费用的税务机关和其他政府机构等，此类债权人在合同主义之下的权益保障，有待解决，[13]175 本文第四部分将为之提供解决方案。

学者 Mihailis E. Diamantis 以破产的两个基本价值——公平与效率——为标准，对属地主义、普及主义和合同主义进行了比较分析，认为合同主义是处理跨境破产问题的最佳理论框架，因为合同主义所构架的跨境破产模式能够同时达成以下两个目标：①以单一破产程序集中处理整个跨境破产案件，有利于促进整个跨境破产案件的高效处理以使社会福利最大化（体现效率价值）；②以当事人合意选择单一破产程序的主管机构及破产规则，有利于实现债权人与债务人双方的公正对待（体现公平价值）。与此同时，Mihailis E. Diamantis 主张将国际商事仲裁引入合同主义，即所谓“仲裁合同主义”（Arbitral Contractualism）。具体而言，是指公司在公司章程中指定一个国际商事仲裁机构作为处理跨境破产案件的单一破产程序的主管机构，而非选择一国法院来开展该单一破产程序。[14]350-356 仲裁合同主义将当前蓬勃发展且日臻成熟的国际商事仲裁引入跨境破产制度框架，一方面使合同主义更具有可操作性，另一方面也有利于解决跨境破产执行问题，因为《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称 1958 年《纽约公约》）确保了内国法院对仲裁协议的尊重和对仲裁裁决的执行。[15]104-106 综上，跨境破产领域仲裁合同主义的兴起从跨境破产的国际处理模式方面为跨境破产仲裁提供了理论基础。

三、跨境破产仲裁的理论依据之二：跨境破产事项的可仲裁性

以国际商事仲裁作为跨境破产的新兴国际处理模式，需要解决的一个核心问题是跨境破产事项的可仲裁性问题，而对这一问题的探讨则离不开对可仲裁事项范围扩张趋势的考察。

在经济全球化带动国际商事交往日益频繁的时代大背景下，国际商事仲裁成为一种极具优势的国际商事争议解决路径，对于其核心问题——争议事项的可仲裁性，国际上普遍倾向于以“有利于仲裁”的理念来判定，这不可避免地导致了可仲裁事项范围的日益扩张趋势。这种扩张趋势具体表现在以下两个方面：一方面，不断涌现的国际商事交往新方式扩展了可仲裁事项的范围。例如，随着保理这一国际支付方式的出现以及国际商事交往对其愈来愈重视，因保理而产生的争议成为新的可仲裁事项；又如，随着 BOT（Build, Operate and Transfer）这一国际投资方式的兴起，BOT 争议逐步被纳入可仲裁事项范围。另一方面，国际商事仲裁庭日益取得了传统上被视为不可仲裁事项的管辖权，这些事项包括但不限于

① 根据形成法律关系的形式不同，公司债权可分为公司债、合同之债和侵权损害赔偿之债。公司债和合同之债中的债权人，可归为“自愿债权人”，他们与公司的债权债务关系是根据民法上的私法自治原则而产生的；侵权损害赔偿之债的债权人，被称为“非自愿债权人”，他们是在民事侵权行为中，因为人身或财产权利遭受公司侵权行为的侵犯而被迫沦为债权人。

② 所谓非调整债权人，是指不能通过意思自治而对债权的产生及相关的权利义务内容作出选择的债权人。

反垄断争议[16]、知识产权争议[17]165-166、破产争议[17]166-167 以及国际贪污受贿[18]69 等。该等现象的出现，主要是基于各相关国家想要发展成为国际商事仲裁中心的动机、对国际商事仲裁制度优越性的逐步认可以及认为资源有限的法院应当将重点放在本国民众所重点关心的事项而非浪费在私人间的商事争议。[19]514 例如，缘于可以受理当事人依据仲裁协议所提交的任何性质的国际争议的伦敦国际仲裁院（London Court of International Arbitration，简称 LCIA）在世界范围内的广泛影响力及国际商事仲裁中心地位，1996 年《英国仲裁法》所规定的不可仲裁事项已经为数不多。[19]69 当然，可仲裁事项范围的扩张趋势并非一蹴而就，而是经历了一个“从国际到国内”的过程，即：首先承认某一事项的国际争议具有可仲裁性，然后再逐步过渡到承认该等事项的国内争议具有可仲裁性。①这主要是缘于 1958 年《纽约公约》在世界范围内的广泛影响，使得各国对国际商事仲裁表现出了相较于国内商事仲裁更为支持的立场，对国际争议事项可仲裁性的审查也就变得相对更为宽松。

因此，在探讨跨境破产事项能否具有可仲裁性时，需遵循可仲裁事项范围“从国际到国内”的扩张趋势，不受国内立法或判例未授予破产事项可仲裁性的限制，而是适时突破传统可仲裁事项范围的樊篱，将跨境破产案件中的私权问题从复杂的跨境破产法律关系中剥离出来，赋予其可仲裁性并允许采用国际商事仲裁路径，以便充分发挥国际商事仲裁路径的各种优越性。[19]71 对于这一点，瑞士走在了世界前列。1987 年《瑞士联邦国际私法法规》第 177 条对国际仲裁中的可仲裁性问题进行了规定：“所有具有财产性质的纠纷都可以提交仲裁。仲裁协议的当事人不得以其本国法律的规定不同为理由来抵制仲裁协议的规定。”除此之外，该法规未对国际仲裁中的可仲裁性问题作出任何其他限制性规定。据此可以得出以下结论：在瑞士，具有财产性质的跨境破产案件能够提交国际仲裁解决，而不论跨境破产当事人的本国法对破产事项的可仲裁性是如何规定的。综上，跨境破产事项具有可仲裁性是大势所趋，这从国际商事仲裁事项的可仲裁性方面为跨境破产仲裁提供了理论基础。

四、跨境破产仲裁的制度架构

跨境破产仲裁毫无疑问是一个需要市场接受的全新概念，但这改变不了其在本质上是以国际商事仲裁路径处理跨境破产案件，因此，对跨境破产仲裁的制度架构需遵守国际商事仲裁的基本制度，并以已有的国际商事仲裁制度框架去构建跨境破产仲裁的制度框架，具体而言，主要包括以下三个方面：仲裁协议、仲裁机构及仲裁规则、仲裁裁决的承认与执行。

（一）跨境破产仲裁的启动前提——跨境破产仲裁协议的达成

仲裁协议是国际商事仲裁制度的基石，在整个国际商事仲裁程序中起着至关重要的作用：首先，仲裁协议是当事人将争议提交国际商事仲裁解决而非诉诸其他救济的唯一前提；其次，仲裁协议是仲裁机构受理国际商事争议及仲裁庭审理仲裁案件并作出仲裁裁决的法

① 反垄断争议获得可仲裁性的历程非常清晰地体现了这一点。以美国为例，反垄断争议因涉及公共政策而在 1968 年的 American Safety Equipment Corp. v. J.P.Maguire & Co.案中被判定为不具有可仲裁性[See American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co,.391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).]；随后于 1975 年发生的 Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth 案则部分改变了司法先例，判定国际交易中的反垄断争议具有可仲裁性[See Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).]；此后，经过 1994 年的 Nghiem v. NEC Electronics, Inc.案，反垄断争议的可仲裁性终于延及美国国内争议[See Nghiem v. NEC Electronics, Inc., 25 F.3d 1437 (9th Cir. 1994).]。这条从反垄断争议不具有可仲裁性到国际反垄断争议具有可仲裁性、再到国内反垄断争议具有可仲裁性的经略，贯穿于美国仲裁立场转变的历程，代表着可仲裁事项的发展前景。综观各国立法与司法实践，反垄断争议具有可仲裁性已是必然趋势。在目前，德国、荷兰、瑞士、法国与意大利等国，反垄断争议都可以提交仲裁解决。参见张艾清：《国际商事仲裁中反垄断争议的可仲裁性问题研究》，法律出版社 2016 年版，第 76-130 页。

定根据；最后，仲裁协议是国际商事仲裁裁决得到承认及执行的重要依据。[20]214 有鉴于此，在跨境破产仲裁的制度架构中，首先需要解决的关键性问题便是跨境破产仲裁协议的达成。

从内涵上讲，仲裁协议是指当事人之间在自愿、平等和协商一致的基础上所达成的，将他们之间已经发生或将来可能发生的争议提交仲裁解决的共同意思表示。在当前的国际商事仲裁制度框架下，仲裁协议必须以书面方式达成方为有效，具体包括当事人在合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后所达成的请求仲裁的协议。而随着国际商事仲裁的蓬勃发展，一种特殊的仲裁协议达成方式逐步进入仲裁领域并逐步为仲裁领域所接受：通过援引达成仲裁协议。

所谓“通过援引达成仲裁协议”，是指当事人之间并未订立直接的仲裁协议，而是通过援引（reference）或并入（incorporation）书面仲裁条款或载有仲裁条款的其他书面文件（如其他合同、贸易协会规则或自身标准合同或公司细则），从而达成同意将纠纷提交仲裁处理的合意。对于仲裁协议的该等达成方式，1958 年《纽约公约》等国际公约并无明确规定，但起码没有明确加以禁止；而已被 80 个国家共在 111 个法域①采纳的《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（1985 年 6 月 21 日通过，2006 年 7 月 7 日修订，以下简称《仲裁示范法》）②、国际商事仲裁制度高度发达的英国的 1996 年《仲裁法》③以及我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（2006 年 9 月 8 日起施行，以下简称《仲裁法解释》）④都明确采纳了该等方式。由此可见，承认“通过援引达成仲裁协议”的方式已为大势所趋。

之所以在此探讨“通过援引达成仲裁协议”的方式，是因为跨境破产仲裁协议将主要采取该等方式达成。根据前文所述“仲裁合同主义”，公司可以在公司章程中指定一个国际商事仲裁机构依据某一规则在单一破产程序中处理跨境破产案件，对此可将之称为“公司章程中的跨境破产仲裁条款”。对于跨境破产债权人而言，在其与公司（即破产债务人）订立民商事合同时，可以通过援引公司章程中的跨境破产仲裁条款而与债务人达成跨境破产仲裁协议。然而，如前所述，跨境破产债权人既包括会与债务人订立民商事合同的“自愿债权人”，也包括不会与债务人订立民商事合同的“非自愿债权人”或“非调整债权人”，对后者而言，其无法通过在订立民商事合同时援引公司章程中的跨境破产仲裁条款的方式与债务人达成仲裁协议。对此，笔者认为，鉴于后者基本上都是小额债权人，因此，对于后者，可在公司章程中引入“优先清偿机制”，即在公司章程中规定：在公司资不抵债频临破产时，对于后者优先全面清偿，剩余资产再通过跨境破产仲裁程序在债务人与自愿债权人之间进行处置。

（二）跨境破产仲裁的程序依托——跨境破产仲裁机构及仲裁规则

根据“仲裁合同主义”的设想，跨境破产仲裁程序的开展必须依托于一定的国际商事仲裁机构和国际商事仲裁规则，其中，前者是跨境破产仲裁程序的管理主体，后者是跨境破产仲裁程序的运行准则。

鉴于跨境破产的特殊性与复杂性，需要选择一个“比较成熟”的国际商事仲裁机构来承担跨境破产仲裁程序的管理者角色。一个“比较成熟”的国际商事仲裁机构，至少应满足以下五个条件：第一，该国际商事仲裁机构的可仲裁事项范围非常广阔，并能够随着国际商事交往的繁荣发展而不断扩张，跨境破产案件不被排除在其可仲裁事项范围之外或有望被纳入其可仲裁事项范围；第二，该国际商事仲裁机构具有一批专业素质优秀、道德水平高尚的仲裁员队伍，能够公平且高效地处理跨境破产案件中的债权债务纠纷；第三，该国际商事仲裁机构已经拥有或能够制定一套符合跨境破产特殊性与复杂性的先进的仲裁规则，从而在保证审理效率的同时实现程序正义，并进一步确保跨境破产案件的实体公正；

① 数据来源于 http://www.uncitral.org，访问日期：2018 年 12 月 6 日。

② 《仲裁示范法》第 7 条备选案文一第 6 款：“在合同中提及载有仲裁条款的任何文件的，只要此种提及可使该仲裁条款成为该合同一部分，即构成书面形式的仲裁协议。”

③ 英国 1996 年《仲裁法》第 6 条第 2 款：“在协议中援引书面形式的仲裁条款或包含仲裁条款的文件，构成仲裁协议，只要该援引旨在使上述条款成为协议的一部分。”

④ 我国《仲裁法解释》第 11 条第 1 款：“合同约定解决争议适用其他合同、文件中的有效仲裁条款的，发生合同争议时，当事人应当按照该仲裁条款提请仲裁。”

第四，该国际商事仲裁机构具有良好的国际声誉和裁决执行情况，以确保当事人选择国际商事仲裁路径处理跨境破产案件的最终目的真正得以实现；第五，该国际商事仲裁机构没有行政色彩和地方保护倾向，以确保跨境破产仲裁的独立性和公正性，并进而真正实现公平公正地对待跨境破产当事人。在上述五个条件之中，第一个条件最为关键。实际上，跨境破产案件要处理的事项归根结底是跨境债权债务纠纷，实属可仲裁事项范畴，但受当前各国已有破产制度的制约，跨境破产案件因在跨境债权债务纠纷之上设有诸多以法院程序为基本路径的破产方式而往往不被各国仲裁接受。跨境破产仲裁便是将跨境破产案件中的跨境债权债务纠纷从当前已有的以法院程序为基本路径的破产方式之下剥离出来，然后将之付诸国际商事仲裁，此时，跨境破产案件不可仲裁的主要掣肘因素已不存在，跨境破产案件中的跨境债权债务纠纷完全符合可仲裁事项的基本要求，可被纳入可仲裁事项范围。然而，当前已有的大多数国际商事仲裁机构往往将跨境破产案件归为不可仲裁事项，因此，跨境破产仲裁程序所依托的国际商事仲裁机构必须在可仲裁事项范围上具有广阔性和超前性，至少不排斥将跨境破产案件中的债权债务纠纷纳入其可仲裁事项范围，并随着时代发展有将跨境破产明确纳入其可仲裁事项范围的可能。目前，世界上著名的国际商事仲裁机构主要有中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）、国际商会国际仲裁院（ICC Court）、美国仲裁协会（AAA）、伦敦国际仲裁院（LCIA）和斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC Institute）等，[21]42 这些国际商事仲裁机构以高质量仲裁和前瞻性制度驰名于世，可被优先考虑进行跨境破产仲裁制度的引入与架构。

跨境破产仲裁程序的运行，除却选定某一“比较成熟”的国际商事仲裁机构来管理跨境破产仲裁程序之外，还需确定相应的程序运行准则——跨境破产仲裁规则。作为一种特殊的国际商事仲裁规则，跨境破产仲裁规则是指国际商事仲裁机构审理跨境破产案件和破产当事人参与具体的跨境破产仲裁活动时所必须遵守的程序性规则。[22]37 为了确保国际商事仲裁机构能够井然有序地管理跨境破产仲裁程序，保证仲裁庭能够公平公正地处理跨境破产案件，确保跨境破产仲裁当事人能够合理合法地行使仲裁程序权利以及跨境破产仲裁裁决能够高效顺利地得到承认与执行，[23]13 跨境破产仲裁规则须对从当事人就跨境破产案件提起仲裁起到仲裁庭就跨境破产案件作出裁决止的所有程序性问题作出明确且合法的规定，具体涵盖仲裁程序的启动、仲裁庭的组成、仲裁审理、证据的提供与认定、仲裁裁决的作出等环节。[22]42 鉴于在国际商事仲裁实践中，仲裁规则既可以由仲裁当事人在仲裁协议中直接约定，也可以由国际商事仲裁机构（或其所属商会）或国际经济贸易组织制定，因此，国际商事仲裁领域尚不存在的跨境破产仲裁规则可以通过两种方式产生：一种是由跨境破产仲裁当事人根据自身需求在仲裁协议中直接约定；另一种则是跟国际投资争端仲裁规则的产生[①]一样，由国际商事仲裁机构或国际经济贸易组织根据跨境破产的特殊性与复杂性而专门制定。其中，后一种跨境破产仲裁规则须经跨境破产仲裁当事人选择适用方可对仲裁机构或仲裁庭及相关当事人产生法律拘束力。

（三）跨境破产仲裁的最终落实——跨境破产仲裁裁决的承认与执行

跨境破产仲裁裁决得到顺利的承认与执行进而真正实现跨境破产当事人的合法权益，是当事人选择跨境破产仲裁的最终目的，也是跨境破产仲裁社会价值和经济价值的主要体现方式。可以说，跨境破产仲裁能否得到最终落实的关键便在于跨境破产仲裁裁决能否得

[①] 以我国国际投资争端仲裁规则的产生为例：在 2017 年 10 月 1 日之前，我国仲裁机构尚没有受理国际投资争端的实践，也没有一部国际投资争端仲裁规则。为了适应我国投资争端解决的需要，提升机构自身的国际影响力，中国国际经济贸易仲裁委员会主动承担起构建国际投资仲裁机制的重任，制定《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则》，该规则自 2017 年 10 月 1 日起施行，填补了我国在国际投资仲裁领域仲裁规则的空白，有利于更好地为中国投资者在境外投资、外国投资者在中国投资提供国际投资争端解决服务。

到承认与执行。鉴于当前的国际商事仲裁裁决主要依据 1958 年《纽约公约》进行承认与执行，[24]98 因此，对于跨境破产仲裁裁决能否得到承认与执行这一问题的探讨，主要在于考察跨境破产仲裁裁决能否依据 1958 年《纽约公约》进行承认与执行。对此，须从以下两个方面进行考察：其一，跨境破产仲裁裁决的承认与执行是否在 1958 年《纽约公约》的适用范围之内；其二，跨境破产仲裁裁决会否因 1958 年《纽约公约》所规定的实体性事由（可仲裁性事由和公共政策事由）而被拒绝承认与执行。

对于第一个问题，关键在于考查 1958 年《纽约公约》的适用范围。根据《纽约公约》第 1 条第 1 款的规定，该公约适用于以下两种情形：①在执行地国之外的国家领土内所作出之裁决的承认与执行；②执行地国认为属非内国裁决的承认与执行。[①]其中，第一种情形下的仲裁裁决具体是指裁决作出地在执行地国之外的仲裁裁决，即所谓“外国仲裁裁决”，这里的裁决作出地不要求必须位于《纽约公约》缔约国，只要执行地国是《纽约公约》缔约国即可，即《纽约公约》不仅适用于缔约国之间，而且亦适用于缔约国（执行地国）与非缔约国（裁决作出地国）之间，体现了该公约在仲裁裁决承认与执行问题上的国际主义立场。[24]99 第二种情形下的仲裁裁决仅指裁决作出地在执行地国境内而根据执行地国法律不属于本国裁决的仲裁裁决，即所谓“非内国仲裁裁决”（award not considered as domestic），由此可知，《纽约公约》并非仅适用于裁决作出地国与执行地国分属两国的情形，亦可适用于裁决作出地国与执行地国同属某一缔约国的情形，从而周延地涵盖了仲裁裁决需要承认与执行的所有情形。[25]81 综上所述，对于跨境破产仲裁裁决而言，除却裁决作出地在执行地国境内而根据执行地国法律属于本国裁决的仲裁裁决之外，其他情形下的仲裁裁决均在《纽约公约》的适用范围之内，均可依据《纽约公约》进行承认与执行。

对于第二个问题，关键在于考察 1958 年《纽约公约》所规定的拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决的事由。根据《纽约公约》第 5 条的规定，执行地国法院可以依据两大类事由拒绝承认与执行某一国际商事仲裁裁决：一类是法院依被执行人申请进行审查而不能依职权主动审查的事由，具体涵盖以下五种情形：①依据相关法律，当事人无行为能力或者仲裁协议无效；②仲裁违反正当程序，使得被执行人不能对案件提出意见；③仲裁庭越权，使得仲裁裁决所涉事项与仲裁协议所规定事项不符；④裁仲庭的组成或仲裁程序同当事人之间的协议或仲裁地法（当事人之间无协议时）不符；⑤仲裁裁决对当事人尚未产生约束力，或者已经被相关国家撤销或停止执行。[②]另一类是法院依职权主动审查而无须当事人申请的事由，具体涵盖以下两种情形：①争议事项不具有可仲裁性；②承认或执行该项仲裁裁决将违反执行地国的公共政策。[③]对于跨境破产仲裁裁决的承认与执行而言，《纽约公约》项下的第一类拒绝事由并不会对其造成过分的困扰，而其第二类拒绝事由则因跨境破产的特殊性与复杂性而容易成为承认与执行跨境破产仲裁裁决的“拦路虎”。对于第二类拒绝事由，如果作广义解释，可仲裁性事由实际上是内容确定、性质明确、可以独立存在的公共政策事由，[24]104 而由《纽约公约》最权威的研究者之一 Albert Jan van den Berg 博士所构思

[①] 1958 年《纽约公约》第 1 条第 1 款：“由于自然人或法人间的争执而引起的仲裁裁决，在一个国家的领土内作成，而在另一个国家请求承认和执行时，适用本公约。在一个国家请求承认和执行这个国家不认为是本国裁决的仲裁裁决时，也适用本公约。”

[②] 参见 1958 年《纽约公约》第 5 条第 1 款。

[③] 参见 1958 年《纽约公约》第 5 条第 2 款。

起草的力图对《纽约公约》进行现代化的 2008 年“新纽约公约”[①]则直接未单独规定可仲裁性事由，而是将其视为公共政策事由的一部分。[26]81 然而，对于“公共政策”，《纽约公约》并未对其含义、范围以及具体内容作出明确的规定和解释，[27]69 这使得各缔约国对“公共政策”的理解与适用并不完全一致。[28]61 不过，自 20 世纪后半叶以来，在“支持仲裁”的大趋势下，各国普遍从窄解释、从严适用公共政策，只有在极少数极端情形下，才会适用公共政策事由拒绝承认与执行国际商事仲裁裁决。[24]105 其中最常见的一种方式就是将“公共政策”区分为“国内公共政策”和“国际公共政策”，[29]172-174 认为《纽约公约》中的公共政策即为国际公共政策。[30]315-318 该观点已为大多数国家的立法和司法实践所接受，[31]200-203 而 Albert Jan van den Berg 博士所起草的 2008 年“新纽约公约”则直接将公共政策事由明确表述为“执行裁决将违反被请求执行国通行的国际公共政策”。[26]81 至于何为“被请求执行国通行的国际公共政策”，已被赋予了非常狭窄的解释，具体是指“被请求执行国最基本的道德和正义”（the forum state’s most basic notions of morality and justice）。[32]613 显而易见，跨境破产的特殊性与复杂性并不足以导致违反被请求执行地国最基本的道德和正义，相应地，跨境破产仲裁裁决也就不会因《纽约公约》中的公共政策事由而被拒绝承认与执行。[33]237 综上，跨境破产仲裁裁决依据《纽约公约》进行承认与执行的前景是非常光明的。

五、结论

至此，可以对本文开篇所提出的两个问题作出以下回答：1. 跨境破产可以通过国际商事仲裁路径处理，跨境破产领域仲裁合同主义的兴起从跨境破产的国际处理模式方面为跨境破产仲裁提供了理论基础，可仲裁事项范围的扩张趋势及跨境破产事项的可仲裁性从国际商事仲裁事项的可仲裁性方面为跨境破产仲裁提供了理论基础。2. 对于跨境破产仲裁制度，具体可以从跨境破产仲裁协议的达成、跨境破产仲裁机构与仲裁规则的确定以及跨境破产仲裁裁决的承认与执行三个方面进行设计。当然，跨境破产仲裁目前还仅处于设想阶段，相关成熟制度的建立还需要国际社会的长期努力。

参 考 文 献

[1] 黄亚英.论商事仲裁的十大特点和优势[J].暨南学报（哲学社会科学版），2013，(4):44-52.

[2] 黄亚英.解释和适用《纽约公约》的国际标准[J].法学杂志，2010，(10):6-11.

[3] 吴兴南，林善炜.全球化与未来中国[M].北京：中国社会科学出版社，2002.

[4] Jay Lawrence Westbrook. Chapter 15 At Last [J]. *American Bankruptcy Law Journal*, 2005, 79(3):713-728.

[5] Lynn M. LoPucki. *Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts* [M]. Michigan: University of Michigan Press, 2005.

[6] Lynn M. LoPucki. Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach [J]. *Cornell Law Review*, 1999, 84(3):696-762.

[①] Albert Jan van den Berg 博士过去曾坚决反对修改《纽约公约》，但是他逐渐改变了态度，认为《纽约公约》的文本和结构已经不再适应现代仲裁业的发展，也影响法院对其的统一理解和适用。于是，在 2008 年 6 月 10 日于都柏林举行的 ICCA 全体大会上，Albert Jan van den Berg 博士提出了他自己构思起草的 2008 年“新纽约公约”，以“学者建议稿”的形式对《纽约公约》进行了现代化。新公约力求文本简洁以使各国的从业者和法官容易理解，对《纽约公约》的修正也都立足于现代仲裁实践。参见 Albert Jan van den Berg 著，黄伟、鲍冠艺译释：《1958 年<纽约公约>的现代化——2008 年“新纽约公约”译释》，载《仲裁研究》2010 年第 1 期，第 74 页。

[7] 杜涛.国际经济贸易中的国际私法问题[M].武汉：武汉大学出版社，2005.
[8] Timothy E. Powers & Rona R. Mears. Protecting a U.S. Debtor's Assets in International Bankruptcy: A Survey and Proposal for Reciprocity [J]. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 1985, 10(2):303-352.
[9] Jay Lawrence Westbrook. Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum [J]. *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, 65(4):457-490.
[10] Jay Lawrence Westbrook. A Global Solution to Multinational Default [J]. *Michigan Law Review*, 2000, 98(7):2276-2328.
[11] Robert K. Rasmussen. Where Are All the Transnational Bankruptcies? The Puzzling Case for Universalism [J]. *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 32(3):983-1004.
[12] Robert K. Rasmussen. A New Approach to Transnational Insolvencies [J]. *Michigan Journal of International Law*, 1997, 19(1):1-36.
[13] Harvey R. Miller & Shai Y. Waisman. Is Chapter 11 Bankrupt? [J]. *Boston College Law Review*, 2005, 47(1):129-182.
[14] Mihailis E. Diamantis. Arbitral Contractualism in Transnational Bankruptcy [J]. *Southwestern University Law Review*, 2006, 35(3):327-360.
[15] 杜新丽.跨国破产与国际商事仲裁的冲突与弥合[J].比较法研究，2012，(1):98-106.
[16] 杜新丽.从比较法的角度论我国反垄断争议的可仲裁性[J].比较法研究，2008，(5):70-77.
[17] 王军杰.国际商事仲裁特殊争议事项可仲裁性的发展趋势分析[J].江西社会科学，2009，(2):165-168.
[18] 杜新丽.论争议事项可仲裁性的认定[J].人民司法•应用，2008，(15):66-71.
[19] 杨良宜，莫世杰，杨大明.仲裁法：从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁[M].北京：法律出版社，2006.
[20] 杜新丽.国际民事诉讼和商事仲裁[M].北京：中国政法大学出版社，2005.
[21] 赵秀文.论仲裁规则的性质及其与仲裁法之间的关系[J].河北法学，2008，(6):41-45.
[22] 谢石松.论国际商事仲裁规则的有关法律问题[J].国际商务研究，1999，(1):37-39.
[23] 马占军.国际商事仲裁规则法律性质问题研究[J].河南社会科学，2012，(8):13-15.
[24] 杜新丽.论外国仲裁裁决在我国的承认与执行——兼论《纽约公约》在中国的适用[J].比较法研究，2005，(4):98-109.
[25] 赵秀文.论非内国裁决的法律性质——兼论《纽约公约》的适用范围[J].北京仲裁，2008，(4):77-86.
[26] Albert Jan van den Berg 著，黄伟、鲍冠艺译释.1958 年《纽约公约》的现代化——2008 年“新纽约公约”译释[J].仲裁研究，2010，(1):73-85.
[27] 马德才.《纽约公约》中的公共政策性质之辨[J].法学杂志，2010，(4):69-72.
[28] 徐春龙，李立菲.《纽约公约》中“公共政策”的理解与适用——以最高人民法院批复的 8 起案件为样本[J].中国海商法研究，2014，(4):60-66.
[29] 宋航.国际商事仲裁裁决的承认与执行[M].北京：法律出版社，2000.
[30] 朱克鹏.国际商事仲裁的法律适用[M].北京：法律出版社，1999.
[31] 赵健.国际商事仲裁的司法监督[M].北京：法律出版社，2000.
[32] Jay Lawrence Westbrook. The Coming Encounter: International Arbitration and Bankruptcy [J]. *Minnesota Law Review*, 1983, 67(3):595-644.
[33] Allan L. Gropper. The Arbitration of Cross-Border Insolvencies [J]. *American Bankruptcy Law Journal*, 2012, 86(2):201-242.

4.从“一方俱乐部案”看国际体育仲裁院裁决在我国的承认与执行

傅攀峰*

摘　要：作为 CAS 裁决在我国承认与执行的首例案件，“一方俱乐部案”兼具象征与实际意义。该案表明《纽约公约》可以作为 CAS 裁决在我国承认与执行的法律依据，并且为未来我国其他法院正确解释和适用《纽约公约》树立了典范。由于该案审理法院层级有限，在其他法院受理类似案件时，该案判决无法对其形成“软”约束力。另一方面，该案涉及的是具有商事性质的 CAS 裁决，对于非商事性 CAS 裁决是否可以根据《纽约公约》在我国获得承认与执行，仍有待未来司法实践予以回答。

关键词：CAS 裁决；《纽约公约》；商事性；承认与执行

Recognition and Enforcement of CAS Awards in China: An Analysis of the “Yifang Football Club” Case

Abstract: As the first case in which a CAS award is recognized and enforced in China, the “Yifang Football Club” case has both symbolic and practical significance. It shows that the New York Convention can be applied as the legal basis for the recognition and enforcement of CAS awards. It also sets a good example for other People’s Courts in interpreting and applying the New York Convention. Nonetheless, as the level of the court hearing this case is limited, the sentence in this case cannot exert soft restraining power on future similar cases that will be heard by other People’s Courts. Also, this case concerns a CAS award with commercial elements. As a result, it remains a question to be answered by future judicial practice whether non-commercial CAS awards can be recognized and enforced according to the New York Convention.

Keywords: CAS Awards; New York Convention; Commercial Nature; Recognition and Enforcement

国际体育仲裁院裁决（CAS 裁决）在我国的承认与执行并不是一个新问题。学者们对此已作出不少论述[1]。然而，一直以来，这个问题仅停留在理论层面，实践中，并未出现 CAS 裁决在我国承认与执行的实际案例，直到新近出现的“一方俱乐部案”[2]。该案是我国法院承认与执行 CAS 裁决的首例案件，受到学术界及实务界的高度关注。虽然该案涉案金额不高，案情不复杂，但它开创性地回答了一系列仅在学理上被论证过的问题，对未来 CAS 裁决在我国的承认与执行具有重要的参考意义。本文以该案为契机，系统分析 CAS 裁决在中国承认与执行所涉及的问题，并总结该案之所得，展望未来 CAS 裁决在我国的承认与执行。

一、“一方俱乐部案”的缘起与判决意见

（一）缘起：一份委托合同引发的 CAS 仲裁

2012 年 12 月，阿根廷足球运动员卡纳莱斯（Gustavo Canales）向国际足联控告大连阿尔滨足球俱乐部（下称“阿尔滨俱乐部”）的违约行为，向其索赔相关经济损失，并请求国际足联制裁该俱乐部。随后，阿尔滨俱乐部聘请本案申请人代理其在国际足联应诉。根据该俱乐部与本案申请人签订的《法律服务合同》，律师费由两部分组成：一部分是预收的 3

万欧元，另一部分是两笔成功费，一笔为球员索赔金额被减少部分的 25%，另一笔为固定的 5 万欧元，前提是国际足联未对阿尔滨俱乐部施加制裁。与此同时，《法律服务合同》项下的仲裁条款明确约定，“双方同意将本协议提交国际体育仲裁院管辖，仲裁地为洛桑”。

2013 年 10 月 17 日，在本案申请人的努力下，卡纳莱斯与阿尔滨俱乐部达成和解。根据和解协议，阿尔滨俱乐部仅需向球员支付 45 万美元，而且国际足联不对其进行制裁。同月，本案申请人与阿尔滨俱乐部达成新协议，同意降低成功费，但前提是，阿尔滨俱乐部应在 2013 年 11 月 29 日前付清成功费。新协议签署后，阿尔滨俱乐部始终未履行协议。为此，该份附条件的新协议自始无效。于是，本案申请人向 CAS 申请仲裁。

2014 年 10 月 28 日， CAS 启动普通仲裁程序。2015 年 9 月 17 日，本案独任仲裁员作出了支持本案申请人仲裁请求的裁决。CAS 通过传真、电子邮件和快递等方式将生效仲裁裁决送达双方当事人。根据《体育仲裁法典》第 R46 条第 2、3 款规定，裁决一经通知，即对当事人产生约束力，当事人负有毫无迟延地履行裁决的义务。然而，阿尔滨俱乐部迟迟未履行涉案仲裁裁决。

值得一提的是，阿尔滨俱乐部在 2015 年 11 月 27 日更名为“大连一方足球俱乐部有限公司”（下称“一方俱乐部”）。在多次主张权利无果的情况下，本案申请人向大连市中级人民法院提出申请，请求法院承认并执行该案 CAS 裁决。

（二）判决意见

大连中院受理本案申请后，一方俱乐部作为被申请人提出了一系列反驳意见，尤其包括以下两点：第一，CAS 对本案无管辖权；第二，本案因被申请人未获得适当通知而丧失申辩的机会，导致仲裁程序存在重大瑕疵。

1. CAS 的管辖范围

对于 CAS 的管辖范围问题，大连中院认为，仲裁机构是否有管辖权，并不构成《纽约公约》第 5 条第 1 款（甲）项所列情形。而且，《民事诉讼法》与《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》均未涉及外国仲裁机构的管辖权。《民事诉讼法》第 274 条所规定的“不予执行”的情形之一“仲裁机构无权仲裁”，系针对我国涉外仲裁机构，并不包括外国仲裁机构。

大连中院还进一步指出，CAS 实际上对本案享有管辖权。理由有二：其一，根据《体育仲裁法典》第 R27 条，只要是“与体育有关的原则性问题、金钱利益或其他利益”问题，CAS 均可受理。本案无论是双方当事人的身份，还是案件涉及的法律服务的内容，均与体育有关，理应在《体育仲裁法典》第 R27 条适用范围之内。其二，考察涉案仲裁裁决书可知，CAS 仲裁庭在仲裁过程中，亦先行对管辖权问题进行了审查，并肯定自身对案件拥有管辖权。

2. 仲裁通知的有效送达

根据《体育仲裁法典》第 R31 条之规定，CAS 办公室通过快递、传真、电子邮件其中任何一种形式向对方发出通知，并证实其收悉即可。现有证据显示，阿尔滨俱乐部在工商部门登记注册的住所地为“大连市中山区同兴街 25 号世贸大厦 26 层”，其在与申请人进行沟通所发函件及《法律服务合同》中注明的公司联系地址均为上述地址。CAS 办公室自申请人提出仲裁申请至仲裁庭作出仲裁裁决，根据仲裁程序进度，将受理仲裁申请的文件、相关程序规定及法律后果、指任独任仲裁员的通知、交费通知、仲裁裁决等相关仲裁文件通过 DHL 国际快递向阿尔滨俱乐部进行了送达，送达地址均为“中国大连市中山区同兴街 25 号世贸大厦 26 层”，文件全部被签收。此外，CAS 办公室亦将部分文件、通知发送至阿尔滨俱乐部的官方邮箱。综上，可认定 CAS 已根据《体育仲裁法典》的规定向阿尔滨俱乐部进行了有效送达。

二、“一方俱乐部案”的判决意义及其局限性

总部设在瑞士洛桑的 CAS 成立于 1984 年，经过三十多年的发展，如今已经获得全球大多数国际或国内层面的综合或单项体育组织的认可。“一方俱乐部案”作为我国法院承认与执行 CAS 裁决的首例案件，在 CAS 与我国关系史上具有重要意义。

（一） 判决意义

1. 明确《纽约公约》可作为承认与执行 CAS 裁决的依据

“一方俱乐部案”判决表明，《纽约公约》可以作为 CAS 裁决在我国承认与执行的依据。如果公约成员国未对公约作出商事保留，《纽约公约》可作为商事裁决与非商事裁决承认与执行的国际法基础。

判断一项仲裁裁决是国内裁决还是外国裁决，是适用《纽约公约》的先决问题。《纽约公约》提供了两种确定国籍的标准———仲裁地标准和程序法适用标准。其中，仲裁地标准是主流标准。[3]仲裁地是仲裁裁决与某一法域在法律上发生联系的连接点，它与仲裁程序开展地存在区别。在特定案件中，仲裁庭可能依据具体案情或双方当事人的意愿，决定在仲裁地以外的某个或多个地方开庭，但仲裁地却始终确定且唯一。

在 CAS 仲裁中，根据《体育仲裁法典》，无论 CAS 仲裁程序在何地开展以及无论当事人对仲裁地作出何种约定，仲裁地都是恒定的——瑞士洛桑是所有 CAS 仲裁案件的仲裁地。[4]这意味着，CAS 裁决是一项源自瑞士的仲裁裁决；同时也意味着，瑞士联邦法院对所有 CAS 裁决拥有行使裁决撤销申请的司法审查权。由于瑞士是《纽约公约》成员国，CAS 裁决可以在瑞士以外的其他《纽约公约》成员国获得承认与执行。

本案中，大连中院将涉案裁决视为一项《纽约公约》裁决，并根据该公约项下的有关条款对裁决进行审查，认为不存在一方俱乐部所声称的拒绝承认与执行涉案裁决的相关情形，最后做出了承认与执行涉案裁决的裁定。该案最大意义就在于：大连中院明确了《纽约公约》可以作为承认与执行 CAS 裁决的依据，为未来我国更多法院审查 CAS 裁决的承认与执行申请提供了有益参考。

2. 严格按照《纽约公约》第 5 条审查 CAS 裁决

本案另一个重要意义在于，其为未来我国其他法院在审查 CAS 裁决承认与执行请求时对《纽约公约》相关条款的合理解释树立了一个标杆。《纽约公约》第 5 条是该公约的核心条款，其明确了拒绝承认与执行外国裁决的七种法定情形。此案对大连中院的一大考验是，如何结合本案对《纽约公约》第 5 条第 1 款（甲）、（乙）两种法定情形进行解释。

《纽约公约》第 5 条规定：“一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：（甲）第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者，或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效，或未指明以何法律为准时，依裁决地所在国法律系属无效者；（乙）受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者……”

（1）关于《纽约公约》第 5 条第 1 款（甲）项

《纽约公约》第 5 条第 1 款（甲）项是仲裁协议无效的情形。至于仲裁协议为何无效，则存在事实和法律两个方面的因素。事实方面，需存在可能导致仲裁协议无效的客观情形；法律方面，则要求仲裁协议准据法明确规定前述事实方面的客观情形将导致仲裁协议无效的法律后果。

本案双方当事人在合同中对法律适用有明确约定，适用瑞士法律不存在争议。实际上，

根据《瑞士联邦国际私法》190 条规定，CAS 裁决只有在仲裁庭组成不合理，仲裁庭没有或超越管辖权，当事人未受公平待遇，当事人陈述案情的权利未获尊重以及裁决违反瑞士公共秩序等情形下，才会被瑞士联邦法院撤销。而作为仲裁机构的 CAS 没有管辖权与仲裁庭没有管辖权是两个截然不同的概念。CAS 作为仲裁机构，对案件扮演的是管理者而非裁判者的角色。仲裁庭才是是案件的最终裁判者。故此，CAS 是否具有管辖权并不影响仲裁协议的效力。

基于上述认识，对于 “CAS 对本案不具有管辖权”这一点，作为司法裁判三段论的小前提，大连中院随后也明确指出，其根本不成立。从法律方面看，作为大前提，《纽约公约》并未将仲裁机构的管辖权问题列为拒绝承认和执行外国仲裁裁决的理由。因此，根本无需考虑“CAS 对本案不具有管辖权”在事实上是否成立。大连中院对这个问题的裁判，既恪守严格解释《纽约公约》第 5 条的精神，同时又展现出丰富、灵活的推理逻辑。

（2）关于《纽约公约》第 5 条第 1 款（乙）项

大连中院对《纽约公约》第 5 条第 1 款（乙）项的适用也可圈可点。《纽约公约》第 5 条第 1 款（乙）项是一项涉及正当程序（due process）的规定。正当程序的宗旨在于，确保当事人充分享有陈述案情、为自己辩护的权利。任何仲裁程序，无论庭审在何时何地开展，无论程序参与人是谁以及数量有多少，都必须符合正当程序的要求。

送达与正当程序联系紧密。有效送达是确保正当程序得以实现的关键。本案中，一方俱乐部认为，由于 CAS 未按要求准确填写送达地址，导致该俱乐部从未收到 CAS 关于指派仲裁员或仲裁程序的有效、适当通知，进而导致其未能向仲裁庭陈述意见。沿着前文分析路径，事实方面，一方俱乐部声称未收到适当通知实际上无法成立，一是因为 CAS 的送达地址是合法、有效的地址，二是因为寄往该地址的文件全部都被签收。即便 CAS 送达的物理地址有误，导致一方俱乐部未收到适当通知，这也不会导致本案送达不符合正当程序的要求。仲裁不同于诉讼，仲裁领域的送达方式十分灵活，不仅可以通过邮寄方式送达，还可以通过电子方式送达。在涉外民商事诉讼中，送达牵涉一国司法主权，因此诉讼文书的跨国送达是法定的。只有符合关于诉讼文书送达的国际条约以及各国民事诉讼法关于诉讼文书送达方式的规定，送达才会发生法律效力。我国虽然于 1992 年加入了《海牙送达公约》，但在签订该公约时，对邮寄送达作出了保留。换言之，在涉外民商事诉讼中，外国法院是不能通过邮寄送达的方式直接向我国当事人送达诉讼文书的。本案并非涉外民商事诉讼案件，而是国际体育仲裁案件。在仲裁中，当事人意思自治发挥主导作用。当事人可以直接约定包括邮寄送达在内的送达方式，也可以通过约定适用特定的仲裁规则，从而达到间接约定送达方式的效果。例如，CAS《体育仲裁法典》第 R31 条规定：“…所有的仲裁裁决、裁令以及体育仲裁院与仲裁庭作出的其他决定都应当通过邮件、传真、电子邮件中的一种或多种方式通知当事人，而且，其中的一种方式须能够收到回执。”我国虽禁止外国法院向我国境内当事人邮寄送达诉讼文书，但对于国际仲裁，我国法院尊重当事人意思自治与国际仲裁一般实践，允许境外仲裁机构向我国境内当事人邮寄送达仲裁文书。

在 2012 年的一起涉及承认与执行白俄罗斯仲裁裁决案件中，最高人民法院明确表示，仲裁程序中的送达不应适用《海牙送达公约》，而应当依照当事人的约定或者当事人约定适用的仲裁规则。[5]实际上，早在 2006 年韩国商事仲裁院仲裁裁决承认与执行案中，最高人民法院就已经明确指出，通过邮寄送达的方式送达韩国仲裁裁决不违反作为仲裁程序准据法的韩国仲裁法和作为仲裁程序规则的《大韩商事仲裁院仲裁规则》。[6]

在“一方俱乐部案”中，大连中院既未以我国禁止通过邮寄的方式送达诉讼文书为由而认为本案邮寄送达不妥，更未认定本案存在当事人所声称的 CAS 送达地址有误而导致其未收到适当通知的情况。大连中院显然意识到，本案是仲裁案件而非诉讼案件，故涉案送

达是否存在瑕疵，须根据当事人约定适用的《体育仲裁法典》予以判断。而根据前述《体育仲裁法典》第 R31 条的规定，CAS 仲裁文书的送达方式不仅包括邮寄送达，还包括以传真或电子邮件的方式予以送达。因此，一方面本案邮寄送达不存在制度障碍，也不存在当事人所声称的瑕疵；另一方面，CAS 办公室将部分文件、通知通过电子邮件的方式发送至阿尔滨俱乐部的官方邮箱，也符合《体育仲裁法典》的规定。

大连中院未认定本案存在《纽约公约》第 5 条第 1 款（乙）项之情形，即足以证明其对国际体育仲裁中有效送达的理解是正确的，而这种对有效送达的正确理解，可以为未来我国其他法院对包括 CAS 裁决在内的国际仲裁裁决承认与执行的审查提供有益参考。

（二）局限性

由于一系列客观原因，本案存在两方面的局限性，分别与本案审理法院的层级以及涉案 CAS 裁决的具体类型有关。

首先，由于大连中院层级不够，故在其他人民法院处理同样 CAS 裁决承认与执行申请时，本案判决意见无法对其形成“软”约束力。我国是成文法国家，判例不具有约束力，但最高人民法院的判决或司法意见往往能对全国各级人民法院发挥极强的指导作用。而大连中院只是我国东北地区的一个地级市法院，其作出的判决充其量只能对其他地区同级人民法院具有参考意义。换言之，倘若未来某一当事人向其他中级法院申请承认与执行相似的 CAS 裁决，那么，该 CAS 裁决也可能会面临不同的命运。即使最终获得承认与执行，其他人民法院对《纽约公约》对 CAS 裁决的可适用性及其如何适用等问题，也可能会作出异于大连中院的解释。

其次，还应该看到，虽然“一方俱乐部案”判决表明《纽约公约》可作为 CAS 裁决在我国承认与执行的依据，但这并非意味着所有类型的 CAS 裁决都可以当然地依据《纽约公约》在我国得到承认与执行。事实上，对于 CAS 裁决，《纽约公约》的可适用性不可一概而论。这是因为在具体类型上，CAS 裁决可分为具有商事性质的裁决和涉及纪律和管理等事项的非商事性裁决。而本案 CAS 裁决涉及与体育有关的法律服务合同，显然具有商事性。故此，依据《纽约公约》审查本案 CAS 裁决，不存在理论上的争论空间。而事实上，大连中院亦直接根据《纽约公约》对本案 CAS 裁决进行审查。至此，商事性 CAS 裁决根据《纽约公约》在我国的承认与执行亦可以在司法实践中找到印记，而本案的意义，正如前文所述，也在于此。

然而，对于非商事性 CAS 裁决，《纽约公约》对我国法院而言是否具有可适用性，这在理论上仍有较大争议，在实践中则仍是空白。我国于 1986 年加入《纽约公约》时，曾作出两项保留，分别是“互惠保留”和“商事保留”。其中，“商事保留”意味着，我国法院仅承担承认和执行《纽约公约》项下具有商事性质的外国仲裁裁决的义务。非商事性质的外国仲裁裁决，尤其是东道国与投资者之间基于投资条约所产生的投资仲裁裁决，是无法依据《纽约公约》在我国获得承认与执行的。

有学者认为，广义上，体育仲裁也属于民商事仲裁，因为体育管理纠纷也是在体育活动中产生的，而体育活动肯定属于民商事行为，因而可以采用广义的民商事概念，将体育仲裁也纳入其中。况且，从目前各国仲裁制度的发展来看，仲裁的适用范围扩大也是一个发展趋势。[7]依据这种观点，就《纽约公约》的可适用性来讲，不存在所谓的商事性 CAS 裁决和非商事性 CAS 裁决之分，所有 CAS 裁决在我国的承认与执行都可以《纽约公约》作为法律基础。是故，有学者甚至提出将涉及纪律和管理等事项的 CAS 裁决视为“非契约型商事法律关系”的裁决，可直接适用《纽约公约》。[8]对于这点，另有学者表达了不同看法，认为“体育管理和体育纪律处罚行为在性质上具有非常突出的行政色彩和一定的人身权利属性，这些行为绝非民商事行为，按照我国现行法律体系和司法制度，难以将体育管理和

体育纪律处罚争议仲裁解释为民商事仲裁…” [9]依据这种观点，涉及体育管理和体育纪律处罚的 CAS 裁决不具有商事性，无法直接根据《纽约公约》在我国获得承认与执行。

笔者赞同后一种观点。因为将涉及纪律、管理等事项的 CAS 仲裁等同于商事仲裁，有牵强附会之虞。姑且不论涉及纪律、管理之类的事项与商事类的事项相去甚远，单就仲裁管辖基础来看，两者间的差异就十分明显。与商事仲裁不同，涉及纪律、管理等事项的 CAS 裁决一般都源于 CAS 上诉仲裁程序。商事仲裁都是以双方当事人达成的具体仲裁协议为基础的，而 CAS 上诉仲裁乃适用于对诸如国际足联（FIFA）、欧洲足联（UEFA）之类的体育机构作出的决定提出异议的案件，其管辖权依据并非双方当事人达成的具体仲裁协议，而是这些体育机构章程中的强制性规定。正因为此，此类仲裁被称作“强制仲裁”，其合法性正日益遭到有关国家法院的质疑。例如，比利时布鲁塞尔上诉法院最近在一起涉及 CAS 上诉仲裁裁决的判决中指出，CAS 的强制仲裁违背了《欧洲人权公约》第 6 条与《欧洲基本权利宪章》第 47 条，因而不具有合法性。[10]根据布鲁塞尔上诉法院的意见，对于所有上诉至 CAS 的争议，国内法院都有权审理。由此可见，在 CAS 上诉仲裁的合法性都存在疑问的情形下，主张 CAS 上诉仲裁项下的非商事性仲裁裁决都可以根据《纽约公约》在我国予以承认与执行，显然缺乏足够的法理依据。

不过，不论理论上争议如何，《纽约公约》是否也能适用于非商事性 CAS 裁决在我国的承认与执行，须由包括我国法院在内的国家公权力机关予以阐明。在“一方俱乐部案”中，由于涉案的是一项商事性CAS裁决，故大连中院并无机会对非商事性CAS裁决能否根据《纽约公约》予以承认与执行进行阐释，这一问题仍有待未来我国司法实践揭晓。

三、 CAS 裁决在我国承认与执行的未来展望

随着我国体育事业的快速发展和日益国际化，未来将出现越来越多的 CAS 裁决寻求在我国法院承认与执行。同时，随着 2022 北京冬奥会的临近，我国法院对 CAS 裁决的承认与执行预计也会有意识地采取包容与开放的态度。“一方俱乐部案”是一个很好的开端，是 CAS 裁决在我国承认与执行的司法案例体系生成的一个起点。

与此同时，也须意识到，非商事性 CAS 裁决在我国承认与执行仍面临一系列法律障碍。其中，最为显著的是“商事保留”障碍。有学者认为，撤销《纽约公约》的“商事保留”即可保证所有 CAS 裁决，包括非商事性 CAS 裁决，都可以在我国法院得到承认与执行。笔者认为，在可预见的将来，我国立法机关不大可能废除“商事保留”或者以立法或准立法文件的形式明确所有类型的 CAS 裁决——无论是商事性 CAS 裁决还是非商事性 CAS 裁决——都可以根据《纽约公约》承认与执行。实际上，早在 2008 年北京奥运会举办前，就有学者建议我国撤销对《纽约公约》的“商事保留”，为非商事性 CAS 裁决在我国的承认与执行扫清障碍。[11]如今，北京奥运会已过去十载，“商事保留”仍旧延续。究其原因，我国当年针对《纽约公约》作出“商事保留”主要是基于风险防范的考虑。贸然撤销“商事保留”，将迫使我国法院承担承认与执行各类外国仲裁裁决——尤其是涉案金额高、影响范围广的投资仲裁裁决——的义务。

还有学者认为，撤销“商事保留”尚不够，承认与执行非商事性 CAS 裁决，还需修改我国《仲裁法》中关于可仲裁事项的规定。[12]因为根据我国《仲裁法》第 2 条，只有平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，才可以仲裁。对于非商事性 CAS 裁决，双方当事人分别是作为管理者的体育机构和被管理者的运动员，两者并非平等的主体；而且裁决所涉纠纷并非合同纠纷和其他财产权益纠纷。而根据《纽约公约》第 5 条第 2 款（甲）项，如果被请求承认与执行裁决国的管辖机关查明，系争事项

依据该国法律不可以仲裁方式解决，则可以拒绝承认与执行涉案裁决。据此，只要不修改我国《仲裁法》第 2 条关于可仲裁事项范围的规定，即便撤销对《纽约公约》的“商事保留”，非商事性 CAS 裁决依旧无法根据《纽约公约》在我国得到承认与执行。

的确，即使撤销了“商事保留”，非商事性 CAS 裁决在我国承认与执行仍面临可仲裁事项受限的法律障碍。然而，期待立法机关近期修订《仲裁法》，将可仲裁事项范围扩大，以涵盖所有涉及体育管理、纪律等事项，现实地讲，不大可能。我国 1994 年颁布的《仲裁法》，迄今为止，已实施 25 年。在此期间，仲裁界人士不断呼吁对《仲裁法》进行修订，然而，国家立法机关依然迟迟未将《仲裁法》的修订提上日程。即便立法机关近期将《仲裁法》的修订提上日程，可仲裁事项范围的扩大也不会是立法者主要关注的对象。

由此，短期来看，非商事性 CAS 裁决在我国承认与执行的法律障碍仍无法在立法层面得到解决。不过，这并非意味着，在司法层面，我国法院在非商事性 CAS 裁决的承认与执行上无任何施展的空间。实际上，我国法院大可在《纽约公约》第 5 条的立法用词上做文章。细读《纽约公约》第 5 条，尤其是英文原文，不难发现，在拒绝承认与执行外国仲裁裁决问题上，《纽约公约》使用的是“may”亦即“可以”一词（recognition and enforcement of the award may be refused…），而非“shall”亦即“必须”一词。[13]从字面解释的角度讲，“可以”与“必须”之间的差异是非常明显的。“可以”意味着，在决定是否承认与执行存在《纽约公约》第 5 条第 2 款（甲）项情形的非商事性 CAS 裁决问题上，被请求承认与执行地法院拥有自由裁量权；而“必须”则完全相反，其意味着，只要当事人证明裁决存在《纽约公约》第 5 条第 2 款（甲）项情形，被请求承认与执行地法院就必须拒绝承认与执行涉案非商事性 CAS 裁决，无任何行使自由裁量权的空间。[14]由此，在《纽约公约》第 5 条的适用问题上，我国法院完全可以基于对“可以”一词的理解，在涉案仲裁裁决出现《纽约公约》第 5 条所列情形时，行使是否拒绝承认与执行涉案仲裁裁决的自由裁量权。从宗旨上看，《纽约公约》第 5 条并非鼓励被请求承认与执行国法院拒绝承认与执行外国仲裁裁决，而是将拒绝承认与执行的理由严格限制在该条所列明的 7 种情形内。而且，对于《纽约公约》第 5 条第 2 款所列明的分别涉及可仲裁事项和公共秩序的两种情形，被请求承认与执行国法院尤其应当慎加适用，切不可以内国可仲裁事项或公共政策的特殊性为由，武断拒绝承认与执行《纽约公约》项下的外国仲裁裁决。

基于此，我国法院在解释《仲裁法》第 2 条时，可将该条对可仲裁事项的约束限于国内仲裁，而对于诸如 CAS 裁决在内的外国仲裁裁决，可依据《纽约公约》所赋予的自由裁量权，认定非商事性 CAS 裁决所处理的事项不受《仲裁法》第 2 条的约束。然后，根据“法无明文禁止即可为”的精神，准许承认与执行此类 CAS 裁决。如此，即便“商事保留”仍旧延续，《仲裁法》关于可仲裁事项的范围依旧不变，非商事性 CAS 裁决仍然可以根据个案具体情形获得我国法院的承认与执行。

不过，长远来看，对于非商事性 CAS 裁决的承认与执行，最稳妥以及最无争议的途径是，既放弃对《纽约公约》的“商事保留”，又单独出台意见，明确非商事类 CAS 裁决的可执行性。随着我国与 CAS 之间的关系日益紧密，我国政府有关部门确有必要认真研究非商事性 CAS 裁决在我国承认与执行的法律基础，因为在诸如 2022 年北京冬奥会以及未来有可能在我国举办的世界杯等大型比赛中，临时仲裁庭处理的案件基本上都是非商事性 CAS 裁决，包括涉及对参赛资格、兴奋剂的使用、比赛成绩等问题的裁决，我国法院因此也可能面临承认与执行非商事性 CAS 裁决的实践问题。另一方面，由于在绝大多数情况下，非商事性 CAS 裁决的执行无需国家法院的介入，明确所有类型的 CAS 裁决在我国可根据《纽约公约》得到承认与执行，并不会给我国体育事业或司法主权带来危险。相反，这将展示我国支持体育事业和仲裁事业的积极姿态，无疑将赢得国际体育界与仲裁界的双重称赞。

参考文献：

[1] 黄世席.国际体育仲裁裁决的承认与执行[J].当代法学,2012(6):136-144.

[2] 胡安、阿尔方索与大连一方足球俱乐部有限公司一审民事裁定书.(2017)辽 02 民初 583 号[Z].

[3] 杨桦.论《纽约公约》中仲裁裁决的国籍问题[J].河北法学,2012(2):132.

[4] 《体育仲裁法典》第 R28 条[Z].

[5] 最高人民法院关于“昂佛化品”合资有限责任公司申请承认并执行白俄罗斯工商会国际仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函.[2012]民四他字第 42 号[Z].

[6] 最高人民法院关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函.[2005]民四他字第 46 号[Z].

[7] 郭树理.奥林匹克体育仲裁制度与中国[J].法学,2004(11):16.

[8] 张宾.对国际体育仲裁院仲裁裁决承认与执行问题的思考[J].北京体育大学学报,2007(4):460.

[9] 石现明.承认与执行国际体育仲裁裁决相关法律问题研究[J].体育科学,2008(6):71.

[10] James Diamond.Brussels Court Rules ‘Enforced Arbitration’ of CAS is Illegal [EB/OL]. [2018-9-9]. https://www.insidethegames.biz/articles/1069768/brussels-court-rules-enforced-arbitration-of-cas-is-illegal.

[11] 黄世席.奥运会仲裁裁决在我国的承认与执行[J].法学论坛,2007(4):48.

[12] 石现明.承认与执行国际体育仲裁裁决相关法律问题研究[J].体育科学,2008(6):70.

[13] J. Paulsson.May or Must Under the New York Convention[J].Arbitration International,1998,14 (2):229.

[14] 傅攀峰.未竟的争鸣：被撤销的国际商事仲裁裁决的承认与执行[J].现代法学,2017(1):163

5.被撤销仲裁裁决在我国承认和执行的路径选择

高奇 对外经济贸易大学

摘　要：外国被撤销仲裁裁决承认和执行问题产生争议，其根源在于，判断裁决效力的最终依据是来源于仲裁地法院还是执行地法院。我国法院在实践中尚未受理此类案件，态度上也坚决的否认被撤销裁决在我国的承认和执行。随着我国涉外商事纠纷的日益增多，对此应采取更为灵活的折衷方法，利用《仲裁法》修改之契机，区别对待被撤销的裁决。原则上，坚持仲裁地法院对裁决效力的最终决定权，但是在出现如恶意撤销、错误的主要管辖权、遵循地方撤销标准以及违反基本公平原则等特殊情况下，我国法院应发挥执行地法院的自由裁量权，可以承认并执行在仲裁地已被撤销的仲裁裁决。

关键词：已撤销仲裁裁决；仲裁地；执行地；自由裁量权

目次

一、问题的产生：仲裁地法院与执行地法院的双重控制
（一）依据仲裁地法律判断裁决效力：以新加坡法院为例
1. 双重控制与意思自治　　2.《纽约公约》第 5 条的强制性解释
（二）依据执行地法律判断裁决效力：以法国法院为例
1. 非内国裁决的本质属性　2.《纽约公约》第 5 条的授权性解释
（三）折衷的方法：赋予执行地法院自由裁量权
二、折衷方法的常规适用：坚持仲裁地法院对裁决效力的最终决定权
（一）属地主义主导下的我国态度
（二）对仲裁地法院主要管辖权的尊重
（三）实现司法审查与意思自治的有效平衡
三、折衷方法的特殊适用：特殊情形下承认和和执行已撤销裁决
（一）特殊适用在我国的可能性
（二）主权考量与效果原则
（三）承认和执行已撤销裁决的主要情形
1.恶意撤销 2.主要管辖权错误 3.遵循地方撤销标准 4.违反基本公平原则

引言

国际商事仲裁中当事人的意思自治和司法审查是两个相互竞争的原则，当事人意思自治的程度往往取决于司法审查的程度，这种审查来源于仲裁地法院和裁决执行地法院。如果裁决执行地法院执行已经被仲裁地法院撤销的仲裁裁决，二者对裁决效力的审查将会产生冲突。

到目前为止，只有西方少数几个具有悠久仲裁历史的国家执行了域外已撤销的仲裁裁决，不仅是在中国，迄今没有任何亚洲国家的法院被申请执行外国被撤销的仲裁裁决。最

近，新加坡上诉法院在 PT first Media v. Astro Nusantara International BV 案[①]（以下简称“Astro”案）中对这一问题阐明了新加坡法院的观点，包含中国在内的其他亚洲国家是否会借鉴新加坡法院的观点还有待观察，但是随着仲裁法的成熟以及仲裁案件的迅猛发展，不同法院对此问题的回应将反映出在承担执行地法院这一角色时，不同司法管辖区对仲裁裁决的不同态度，最终将会影响到不同国家在国际仲裁市场中的定位。

一、问题的产生：仲裁地法院与执行地法院的双重控制

从理论上讲，域外已被撤销

的仲裁裁决的地位有两类对立的观点。传统的观点认为，域外已被撤销的仲裁裁决已不复存在，无法在其他国家得到执行，这基于仲裁的属地概念，强调裁决的效力来源于仲裁地法。另一种观点在法国“Himarton”案[②]中有详尽的表述，“瑞士法院对（该案）作出的裁决是国际裁决，它并未融入该国的法律秩序。尽管它（国际裁决）已经被当地法院撤销，但是其效力仍然存在”。[③] 这种方法基于国际仲裁的非内国化理论，强调执行地法院对仲裁裁决的审查权。 此外，《纽约公约》第 5 条第 1 款以及第 7 条措辞的模糊性，也为二者阐释各自观点提供了依据。

（一）依据仲裁地法判断裁决效力：以新加坡法院为例

2013 年新加坡上诉法院在 Astro 案中对该问题的新加坡立场进行了阐释，新加坡作为支持仲裁的司法管辖区，尽管在判决中承认执行地法院具有一定的自由裁量权，但拒绝将这种自由裁量权进行广泛的解释，反对将执行地法院的裁量权扩张到对已撤销裁决的审查上来。在该案中担任主审法官的新加坡最高法院首席大法官 Sundaresh Menon 日后从当事人意思自治的积极影响和消极影响角度也重申了新加坡的这一立场。

1. 双重控制与意思自治

Astro 案中所涉及的核心问题是败诉一方 PT first Media 公司未在裁决做出地法院对仲裁庭合并仲裁提出异议，而胜诉一方在新加坡申请执行的过程中，PT first Media 公司根据新加坡国际仲裁法，以仲裁庭不具备管辖权为由，申请新加坡法院拒绝执行部分仲裁裁决。法院依据示范法中的“Choice of Remedies”的理念，允许败诉一方公司仅在执行地法院提出管辖权异议，而不在仲裁地法院提出管辖权异议。法院最终认定当事人提出的异议有效，仲裁裁决在新加坡只可得到部分执行。

新加坡法院正是对示范法中的“Choice of Remedies”这一理论进行分析时，提出了对于新加坡执行已撤销仲裁裁决的看法。[④] 法院认为，《纽约公约》和示范法均承认双重控制（double-control），即仲裁地法院和执行地法院是裁决的“双重控制人”（double-controller）。新加坡法院作为执行地法院的角色，拥有对外国裁决进行自由裁量的权力。

以该案为例，这种自由裁量权可以分为三个维度。首先，当事人在仲裁地法院未对自

---

① PT First Media TBK (formerly known as PT Broadband Multimedia TBK) v. Astro Nusantara International BV et al., Court of Appeal, 31 October 2013 in ICCA Yearbook Commercial Arbitration XL (2015) (henceforth Yearbook) pp. 677-683.

② Himarton Ltd. , U.K v. Omnium De Traitment Et De Valoriation —OTV，France.

③ 转引自 Eric A. Schwartz, *A Comment of Chromalloy* , Hilmarton , a L’ americaine , 14 J .of Int’l Arb. No. 2, 1997, p. 130.

④ Sae Youn Kim and Marieke Minkkinen, '*An Asian Perspective on the Enforcement of Annulled Awards', in Andrea Menaker (ed), International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19, p. 395.

身权利进行救济，这并不说明当事人在执行地也认可了该裁决，新加坡法院作为执行地法院，有对该未被撤销的裁决，依据《纽约公约》第 5 条第 1 款进行审查的权利，因此认同裁决败诉一方拥有提出管辖权异议的权利。[①] 其次，假设当事人在仲裁地法院提出了仲裁庭的管辖权问题，而仲裁地法院驳回了当事人提出的异议，双重控制意味着执行地法院仍然有权独立审查该管辖权问题，可以对仲裁地法院做出的决定给予忽略或者承认。[②]最后，法院对能否将双重控制原则进行更广泛的解释进行了说明，假设仲裁地法院认可了当事人提出的管辖权异议，即仲裁地法院对仲裁裁决做出了撤销或者部分撤销的判决后，执行地法院是否还拥有自由裁量权，对仲裁地法院做出的判决进行独立审查，从而忽略或承认该判决呢？新加坡上诉法院在判决中给出了否定的回应。[③]

如果说 2013 年 Astro 案中的判决说理着重于法院的双重审查，那么 2015 年新加坡最高法院首席大法官 Menon 表达的补充意见，则着重于当事人的意思自治，二者一并成为新加坡法院对此问题的完整阐释。[④] Menon 大法官认为将判断仲裁裁决效力的最终决定权赋予仲裁地法院有以下好处：首先，它通过“防止执行地法院制定模糊的地方规则”，以此最大的维护仲裁的国际性。2014 年 Yukos 案的裁决违背了仲裁地法院决定权的最终性质，“违反仲裁地法院裁决的终局性可能会破坏仲裁作为国际体系的运作”。[⑤]其次，Menon 大法官坚持意思自治，认为“一般情况下，当事人对仲裁地法院选择是合同问题，仲裁程序因此受到特定国家的司法监督，这也是自治的表现，各方应当意识到并承担这种后果”。Menon 大法官在这里并区分了当事人意思自治的积极影响和消极影响，[⑥] 前者表明当事人有选择仲裁地的自由，但选择仲裁地也意味着“当事人毫无保留的明确或间接地接受了仲裁所在地的司法制度的约束”，此之谓意思自治的消极影响，当事人应当予以接受。

2. 《纽约公约》第 5 条的强制性解释

新加坡法院将仲裁地法律作为判断裁决效力的观点，反映在《纽约公约》第 5 条第 1 款中，即该条款为强制性条款。新加坡法院认为，“虽然《纽约公约》第 5 条第（1）（e）款和示范法第 36 条第（1）（a）（v）款的措词，为执行地法院的自由裁量提供了解释的可能，但仲裁裁决被撤销后，当事人通常会预期该裁决将无法得到强制执行。”[⑦] 即在裁地法院撤销裁决的效力是普遍的，执行地法院别无选择，只能拒绝执行。反之，如果仲裁地法院撤销仲裁的效力仅限于仲裁地，那么撤销仲裁裁决这一行为将变得“没有什么实质的意义”。公约为不同国家的法院在承认和执行仲裁裁决时适用一个标准，第 5 条第(1)款所列理由应与国内法相衔接，否则将导致法律适用的不确定性，并与国际商事仲裁裁决终局性的特征背道而驰。

---

① Ibid., para. 82.

② *Ibid*., para. 82

③ *Ibid*., para. 84.

④ Sundaresh MENON, *Standards in Need of Bearers: Encouraging Reform from Within*, Singapore Centenary Conference of the Chartered Institute of Arbitrators, p. 19, available at <www.ciarb.org.sg/wp-content/uploads/2015/09/Keynote-Speech-Standards-in-need-of-Bearers-Encouraging-...>.

⑤ 转引自 Sae Youn Kim and Marieke Minkkinen, '*An Asian Perspective on the Enforcement of Annulled Awards*', in Andrea Menaker (ed), International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series, Volume 19, p. 397.

⑥ *Ibid*., p. 30.

⑦ *Ibid*., para. 86.

（二）依据执行地法律判断裁决效力：以法国法院为例

1. 非内国裁决的本质属性

与依据仲裁地法律判断裁决效力的方法不同，法国法院以非内国裁决为基础，依据执行地国的法律，即主要是法国的法律判断外国仲裁裁决的效力。按照 Emmanuel Gaillard 教授的说法，国际商事仲裁裁决并不构成当地法律秩序的组成部分，任何国家都不应对裁决的有效性（或其他方面）拥有最终发言权。相反，执行地法院都应独立于仲裁地法院的判决，有权对裁决效力做出独立判断。法院审查的对象只是仲裁裁决，并非仲裁庭的行为或其他国家法院的判决。

2016 年的 Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation 案[①]中，法国法院驳回了俄罗斯关于该裁决已经撤销无法得到承认和执行的观点，重申了法国对于该问题的立场。根据法国民事诉讼法第 1498 条[②]，只要仲裁裁决的承认不明显违反国际公共政策，该裁决即可得到承认。对于该裁决的承认和执行只考虑是否明显违反国际公共政策，并不区分该裁决是否是法国裁决还是外国裁决。根据赵秀文教授的观点，法国所谓的非内国仲裁裁决的理论，是属地主义在法国的一种体现，本质是将撤销仲裁裁决的最终决定权赋予执行地法院，并不承认仲裁地法院撤销仲裁裁决的权力。[③]

2. 《纽约公约》第 5 条的授权性解释

将《纽约公约》第 5 条第 1 款解释为授权性条款，并于公约第 7 条规定的优惠待遇相结合，为执行地法院决定裁决的效力提供了可能。

根据《纽约公约》第 5 条，拒绝承认和执行国际裁决仅限于五种情况，裁决被撤销是其中一种，以此来确保仲裁裁决的终局性。然而该条并未强制法院拒绝承认和执行外国裁决，基于对“可以”一词的文义解释，为执行地法院留下了足够的空间来确定他们自己的撤销理由，赋予仲裁地法院对仲裁裁决的最终审查权有违《纽约公约》的宗旨。例如 J. Paulsson 认为，“在仲裁地法院做出的撤销裁定不应成为强制执行的障碍”，“《纽约公约》为裁决的承认和执行建立的标准仅是最低标准”。[④]

而公约第 7 条为依据国内标准（Local Standards of Annulment，LSA）为已撤销仲裁裁决的执行提供了可能。撤销的国内标准区别于《纽约公约》项下的国际标准（ISA）。执行地法院可以依据国内程序法和双边条约寻求比《纽约公约》更为有利的执行方式。例如法国法院一再指出法国新《民事诉讼法》1502 条允许承认和执行外国已撤销的裁决，它包含一个比《纽约公约》第 5 条更为有利的承认和执行的依据，所以公约第 5 条就已撤销裁决拒绝承认和适用的条款在法国并不适用。

---

① Decision of 10 Feb. 2017, Tribunal de Grande Instance d’Evry, regarding the attempts to enforce the Yukos Award in Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 228); CA Paris 1re, 27 Jun. 2017.

② Article 1498 Arbitral awards shall be recognized in France if their existence is proven by the party relying on the award and if such recognition is not manifestly contrary to international public policy. Such awards shall be declared enforceable in France by the enforcement judge under the same conditions.

③ 赵秀文主编：《国际商事仲裁法》（第二版），中国人民大学出版社，2014 年，第 288 页。

④ See J. Paulsson, *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics*, 14(2) Arb. Int’l 227 (1998).

（三）折衷的方法：赋予执行地法院自由裁量权

如前文所述，基于对裁决地法院和执行地法院在裁决效力最终决定权归属上的分歧，导致被撤销裁决的承认和执行问题上存在相互对立的立场，不同观点的理论和实践都试图证明其观点对于国际商事仲裁发展的重要性。而一些国家的法院采取了一种折衷的方法，试图将这两种方法结合起来。折衷的观点认为，应当赋予执行地法院自由裁量权，对于裁决地法院已撤销的裁决，应当区别对待被撤销的理由。原则上，应当接受仲裁地法院撤销仲裁裁决的国际效力，但是在特殊情形下，执行地法院承认并执行被撤销裁决存在合理性。

例如英国最高法院大法官 Lord Mance 的立场可以说是对折衷方法很好的阐释。他反对法国的观点，认同英国法院的立场，认为“一般情况下，仲裁地法院的判决应视为有约束力的最终判决，这反映了当事人的意思自治。” 但是如果承认上述裁判会影响到执行地法院的“诚信、正义、公共政策”等基本原则，执行地法院可以拒绝承认撤销裁决的外国判决。[①]

折衷方法反映了近 20 年来，一些国家和地区的法院“愿意放松对仲裁裁决的审查标准”，这些国家和地区包括奥地利、文莱、克罗地亚、丹麦、香港、爱尔兰、黎巴嫩、卢森堡、墨西哥、巴拿马、波兰、西班牙和土耳其，它们均是采用折衷的方法，并更有可能承认已被撤销的裁决[②]。这体现了国际商事仲裁的“去地方化”或“去国家化”，反映出各国立法出现的新趋势。

二、折衷方法的常规适用：坚持仲裁地法院对裁决效力的最终决定权

（一）属地主义主导下的我国态度

迄今为止，我国虽没有出现一起关于承认和执行被撤销的外国仲裁裁决的案例，但从规范上，对域外已撤销的仲裁裁决，采取否认其效力的态度。与我国的立场相同，《纽约公约》的绝大多数缔约国英国、德国、匈牙利、印度、意大利、日本、韩国和瑞士并没有承认在仲裁地撤销的裁定[③]，这表明属地主义仍然占据主导。

我国并非示范法国家，根据我国《民事诉讼法》第 283 条的规定，对于外国仲裁裁决需要在我国法院申请承认和执行的，“人民法院应当依照中华人民共和国缔结或参加的国际条约，或者按照互惠原则处理”。本条的意义是，对于国际商事仲裁裁决的审查，我国须按照《纽约公约》的规定处理。

1987 年 4 月 10 日，即公约在中国生效的前几周，最高人民法院发布关于适用公约的通知，在第 4 条中并未赋予我国法院以自由裁量权。根据该通知，如果当事人根据《纽约公约》提出任何可以拒绝执行的的理由，那我国法院“应当”拒绝执行该外国仲裁裁决。最高院并没有采用公约中的授权性表述，而是采用了强制性表述。在 2005 年最高院在关于外国中仲裁案件司法解释的送审稿中规定，“外国仲裁裁决尚未生效、被撤销或者停止执行的，经一方当事人申请，人民法院应当拒绝承认和执行该仲裁裁决。”尽管该解释仅出现在送审稿中，并未得到施行，但也印证了当前被撤销裁决无法得到承认和执行的现状。

另外在《民事诉讼法》第 274 条中，针对涉外仲裁裁决的不予执行，也采用了类似的强制性表述，如果人民法院确定裁决中存在不予执行的理由，法院应当拒绝执行该涉外裁决。尽管该条并非针对外国仲裁裁决，但是“应当”拒绝执行的表述似乎也说明了我国对于该问题的态度。

---

① Jonathan MANCE, *Arbitration － A Law to Itself* ?, speech available at <www.supremecourt.uk/docs/speech-151104.pdf> (last accessed on 19 June 2016).p.20.

② ICC Guide to National Procedures for Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention, ICC Int’l Ct. Arb. Bull. 733, v. 23,Special Supplement 2012.

③ Ibid.

（二）对仲裁地法院主要管辖权的尊重

最高人民法院重视《纽约公约》在中国司法实践中的统一解释、合理解释，为承认和执行外国仲裁裁决尽最大努力，[①] 对《纽约公约》赋予的仲裁地法院主要管辖权予以尊重，在可能出现的案件中，可借鉴 Termorio 案中的说理。

在 Termorio S.A. E.S.P. *v.* Electranta S.P.案中，美国公司 Termorio 与哥伦比亚国有企业 Electranta 就争议在哥伦比亚进行了仲裁，Termorio 公司赢得裁决后，当地法院以法律中未明确允许使用 ICC 仲裁规则为由撤销了裁决，Termorio 公司在美国申请承认和执行该裁决。美国地方法院及上诉法院均做出了对该裁决不予承认和执行的判决。法院注意到了国际仲裁中主要管辖权和次要管辖权的区别。《纽约公约》赋予主要管辖法院以撤销仲裁裁决的权力，执行地法院作为次要管辖法院只能根据公约规定的理由拒绝执行。没有证据表明哥伦比亚作为主要管辖法院，其撤销判决与美国的基本正义观念相矛盾，因此美国法院应当尊重主要管辖法院做出的撤销裁定，最终没有承认和执行该仲裁裁决。[②]

（三）实现司法审查与意思自治的有效平衡

坚持仲裁地法院对裁决效力的最终决定权，体现出我国法院在承担执行地法院角色过程中，对于国际商事仲裁意思自治原则和司法审查的有效平衡。

当事人意思自治是仲裁的基石之一，当事人有权约定仲裁地、仲裁机构以及适用的法律，当事人对仲裁地的确定，意味着他们同意仲裁地法院的监督，包括撤销程序，拒绝承认在仲裁地法院做出的撤销裁决是对当事人意思自治的无视。Gaillard 教授认为，当事人在签订仲裁协时，不会对仲裁地进行如此详细的考虑。然而当事人知道或者应当知道通过仲裁解决争议所带来的一系列后果。因此，承认撤销裁决是当事人仲裁协议中隐含条款，不应受到当事人从未选择适用的法律所影响。

另外，如果仲裁地法院撤销仲裁裁决后无法产生域外效力，那么该裁决胜诉一方将会在凡是败诉一方拥有财产的司法管辖区内申请执行，当事人需要在每一个司法管辖区内对裁决是否撤销进行证明，这不仅会引起司法资源的浪费，也可能导致不同的法院就同一事项做出相互冲突的决定，严重损害国际商事仲裁的可预测性。当事人会对一个缺乏预测性的纠纷解决机制丧失信任，进而导致仲裁活力的衰退。

三、折衷方法的特殊适用：特殊情形下承认和和执行已撤销裁决

（一）特殊适用在我国的可能性

我国目前对此该问题的态度并非不合理，但是由于该问题本身具有巨大的争议性，相对机械的否认被撤销中裁决的效力可能造成不利后果。随着“一带一路”倡议的实施，国际商事纠纷将日益增多，承认法院的自由裁量权将有效保障我国当事人的利益。同时，也有利于将我国打造成国际仲裁中心地，彰显我国对于商事仲裁的支持与开放。

公约中文译本可以作为路径重构的基本依据。《纽约公约》的中文文本是该公约的五个正式文本之一，中文文本中包含对“may”的翻译，即“可以[③]”。由于《纽约公约》作为我国缔结的国际条约可以直接适用，因此《纽约公约》的中文文本与最高院的司法解释是相矛盾的，这为最高院修改司法解释，直接采纳公约文本提供了依据。

[①] 高晓力：《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》，载《法律适用》，2018 年第 05 期，第 7 页。

[②] See Vesna Lazic-Smoljanic, *Enforcing Annulled Arbitral Awards: A Comparison of Approaches in the United States and in the Netherlands*, 39 Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij.215 (2018), p.222.

[③] *Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award,* ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges (2011) p. 82.

事实上，最高院的做法已经在为该类案件中赋予我国法院自由裁量权提供了可能。[①] 在 2010 年邦基农贸有限公司申请承认和执行仲裁地位于英国的仲裁裁决时，广东高院以《纽约公约》第 5 条第 1 款 e 项的理由拒绝承认和执行该仲裁裁决。最高院却以仲裁庭违反《纽约公约》第 5 条第 1 款 d 项为由拒绝承认该裁决，回避了对于公约第 5 条第 1 款 e 项的承认与执行问题。[②]万鄂湘教授认为："第五条规定的拒绝事由是被请求承认和执行国'可以'拒绝，而非'必须'或者'应当'拒绝。因此不排除存在这些情形，仍然予以承认和执行的情况。"[③]

（二）主权考量与效果原则

赋予执行地法院以自由裁量权，使得仲裁地法院和执行地法院均对同一裁决施加影响，这与国际法管辖权中的"效果原则"（the effect principles）十分接近。效果原则是指主权国家对位于境外发生，但是将会对自身产生重大影响的活动行使管辖的权力。根据该原则，一方面，裁决将在其领域内执行，执行地国家有理由对被撤销的裁决进行独立的审查。另一方面，国家可以在没有禁止性规范的情况下自由地采取行动，由于没有适用的禁止承认和执行已撤销裁决多边条约或习惯，执行地国家可以保留其自由裁量权，独立审查已撤销的仲裁裁决。[④]

赋予执行地法院以自由裁量权，也涉及到对于仲裁地法院撤销裁定的审查。这涉及到主权的问题。国家成文法及其判决，法律效力仅限于领域内，没有一项法律原则要求国家主动执行外国法院判决。因此，在没有国际条约的情况下，仲裁地法院无法阻止执行地法院执行被撤销的裁定，否则将会侵犯执行地的司法主权，执行地法院可以互惠原则自行决定。而互惠原则并非一种义务，而是一种"礼貌和善意"的行为，甚至并不被非普通法国家广泛接受。这都为执行地法院对撤销裁定进行独立审查提供了依据。[⑤]

（三）承认和执行已撤销裁决的主要情形

尽管在仲裁地被撤销的裁决原则上无法在我国得到执行，但是仲裁地法院在滥用该程序的情况下继续遵守这一观点可能会产生风险，这为折衷方法的另一种适用提供了前提。我国在将拒绝承认和执行作为一般规则之后，需要明晰偏离一般规则下的特殊情况。

1. 恶意撤销

仲裁地法院基于正当理由对领域内做出的仲裁裁决行使撤销，必须善意行使这种权力。如果仲裁地法院滥用撤销程序，则撤销的合理性将受到质疑。例如一个国家的政府可能会对其司法机构施加影响，为了本国利益而恶意撤销仲裁裁决。这种情况可以作为我国法院执行撤销仲裁裁决的特殊情况。在著名的 Chromalloy 案和 Yukos 案中，均出现了这种情形。

在 Chromalloy Aeroservices *v.* Arab Republic of Egypt 案中，仲裁庭裁定埃及方面向 Chromalloy 公司支付赔偿金。埃及法院以仲裁庭对案件争议应适用埃及私法而非行政法，即法律适用错误为由撤销了该裁决，Chromalloy 向美国申请承认和执行并获得成功。有人认为在撤销裁定中埃及政府对法院施加了不正当的影响，虽然美国法院在判决中并没有说

[①] 肖永平，廖卓炜：《已撤销仲裁裁决在美国的承认与执行》，载《经贸法律评论》2019 年第 02 期，第 58 页。

[②] 《最高人民法院关于邦基农贸新加坡私人有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决一案的请示的复函》，民四他字【2006】第 41 号。

[③] 万鄂湘，夏晓红：《中国法院不予承认及执行某些外国仲裁裁决的原因——《纽约公约》相关案例分析》，载《武大国际法评论》，2010 年第 02 期，第 10 页。

[④] 转引自 Min Kyu Lee, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards in Korea: Where Are We and Where Should We Go*, 18 J. Korean L. 205 (2018)，227.

[⑤] *Ibid*，226.

明这一点，但是埃及政府对仲裁的怀疑态度以及该裁决要求政府向 Chromalloy 支付巨额赔偿，美国法院认为这样的撤销是无法接受的。[①]

另外在 Yukos Capital v. Rosneft 案中，[②] 阿姆斯特丹法院对于俄罗斯法院做出的撤销裁定不予承认。阿姆斯特丹法院并没有依据仲裁裁决的有效性做出推理，而是将重点放到了俄罗斯撤销裁决的无效性上。阿法院认为，俄罗斯石油公司与俄罗斯政府关系密切，后者是前者的大股东，且公司董事多数为政治任命，这导致了司法不公，法院在并不独立的情况下做出了恶意撤销的裁定。[③]这种恶意的撤销会损害仲裁的目的，可以构成执行地法院执行已撤销裁决的特殊情况。

2. 主要管辖权错误

仲裁地的确定首先来源于当事人的约定，当事人约定的仲裁地法院享有撤销仲裁裁决的主要管辖权。如果另外一家法院错误的承担了撤销仲裁裁决的权力，那么我国法院可以对该撤销裁决不予承认。

在 Venture Global Engineeringv. Satyam Computer Services 案中，前者是一家美国公司，后者是一家印度公司，双方约定争议在伦敦进行仲裁，位于伦敦的 仲裁庭做出了有利于 Satyam 的裁决，公司在美国申请执行仲裁裁决，同时 venture 公 司向印度法院提出了撤销申请，印度法院最终以违反公共政策为由裁定撤销了仲裁地位于伦敦的该项裁决。而美国法院认为，当事人选择的仲裁地并不是印度，印度法院只有权撤销在其领土内做出的仲裁裁决，并没有资格影响到域外裁决的有效性。当事人选择仲裁地时，认为只有仲裁地法院才有权撤销该裁决。如果法院错误的承担了仲裁地这一职责，则执行地法院可以忽视这一撤销裁定。因此，这将会构成公约第 5 条第 1 款 e 项中的“可以”撤销该裁决的特殊情况。[④]

3. 遵循地方撤销标准

依据 Jan paulsson 教授的说法，依据“国际撤销标准”，即基于《纽约公约》第 5 条第 1 款第 1—4 项国际认可的拒绝执行的理由做出的撤销裁定，应受到执行地法院的尊重；反之，撤销裁决基于不符合国际公认的地方标准，尽管其在国内的适用是正当的，但是域外效力可能会受到影响。[⑤]

在迪拜埃米尔民用航空公司（DAC）诉法国兴业银行案（Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubaï (DAC) v. Société International Bechtel Co.[⑥]）中，二者将争议提交至阿联酋仲裁。仲裁庭做出了有利于兴业银行的判决，当事人并寻求在法国执行该裁决。然而该裁决已由 DAC 向迪拜法院提出上诉，并于 2004 年被迪拜最高法院民事法庭裁定撤销，撤销

---

① 转引自 Manu Thadikkaran, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014, Volume 31 Issue 5) p. 600.

② Court of Appeal of Amsterdam (Enterprise Division), 28 Apr. 2009, LJN B12451.

③ A.J. van den Berg, *Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeals Amsterdam*, April 28, 2009, 27 J. Int’l Arb. 2 (2010).

④ *See* M. Thadikkaran, *Judicial Intervention in International Commercial Arbitration: Implications and recent Developments from the Indian Perspective*, 29 J. Int’l Arb. 6 (2012).

⑤ 刘晓红主编：《国际商事仲裁专题研究》，法律出版社，2009 年版，第 449 页。

⑥ Cour d’appel Paris, 2004/07635, decision dated 29 Sep. 2005.

理由是仲裁员没有遵守证人宣誓作证的要求。因为按照阿联酋法律，证人的陈述只有在以特定方式宣誓后才能被接受。法国法院认为，仲裁裁决地是迪拜，该仲裁裁决受阿联酋法律管辖，迪拜法院享有主要管辖权。但是导致裁决被撤销的理由是证人未经宣誓，这是纯粹的地方标准，在国际法上没有任何支持这种理由的可能性，这一要求对仲裁的实质有效性也没有任何影响，当事方约定的仲裁不能仅由于当地法律的特殊性而无效。事实上，这都属于 Paulsson 教授提出的地方撤销标准的概念，将地方标准强加于国际仲裁，将不利于通过仲裁有效解决争议。因此，基于这种地方标准的撤销，构成执行已撤销裁决具有正当性的一种例外情况。

4. 违反基本公平原则

法院的撤销裁定作为司法程序的一部分，需要遵守公平原则，如果裁决被撤销的理由与公平的基本概念相悖，例如违背了当事人的合理预期等程序正义或者实质正义的事项，违反公平基本概念的撤销决定将构成我国执行撤销裁决的例外情况。

在 Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L de C.V (COMMISA) v. Pemex-Exploración y Producción 案中，Commisa 公司与墨西哥 Pemex 公司就行政合同撤销的争议提交了仲裁。该裁决美国南区地方法院寻求执行的同时，墨西哥法院撤销了该裁决，理由是墨西哥修改了其国内法规，将行政解除合同列为不可仲裁事项。应当指出的是，这一立法修改是在当事各方就争端开始仲裁后生效的。美国法院指出，墨西哥法院通过通过追溯适用一项法律而撤销裁决，这违反了当事方的合法期望以及法不溯及既往的基本理念，法院最终执行了墨西哥已经做出撤销的判决。[①]

综上所述，在我国被撤销仲裁裁决承认和执行规则重构的过程中，首先应坚持仲裁地法院对裁决效力的最终决定权，虽然《纽约公约》第 5 条第 1 款 e 项通常解释为授权性条款，但应坚持当前的统一解释，严格适用。同时，在我国当前支持国际商事仲裁持，打造仲裁友好法治环境的背景下，在此问题上积极灵活的态度，特殊情形的确定，应在《仲裁法》接下来的修改过程中予以考量。

6.境外仲裁机构在中国境内仲裁的法律问题研究

黄文旭*

摘　要：我国仲裁服务市场国际化中的主要问题是境外仲裁机构在中国境内仲裁的问题。境外仲裁机构在在境内仲裁涉及到两个问题，一是我国境内仲裁市场是否向境外仲裁机构开放的问题，即境外仲裁机构是否可以到中国进行仲裁，二是境外仲裁机构在境内仲裁以后所涉及到的法律问题。要从根本上解决境外仲裁机构在中国内地的仲裁裁决的承认与执行问题以及撤销此类仲裁裁决的管辖法院问题，应该对《仲裁法》和《民事诉讼法》进行修改，将仲裁地作为认定仲裁裁决国籍的标准。

关键词：境外仲裁机构 境内仲裁 仲裁服务 仲裁地

[①] 转引自 Manu Thadikkaran, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What Is and What Ought to Be?*, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014, Volume 31 Issue 5) p. 603.

域外仲裁机构在在境内仲裁涉及到两个问题，一是我国境内仲裁市场是否向域外仲裁机构开放的问题，即域外仲裁机构是否可以到中国进行仲裁，这一问题涉及仲裁服务市场的准入问题，并非中国法院可以决定的事情。[①]二是域外仲裁机构在境内仲裁以后所涉及到的法律问题，如域外仲裁机构在中国境内仲裁是否适用中国仲裁法？如何确定裁决的籍属？能否在中国得到承认与执行？这些问题大多需要中国法院做出决定。

一、我国境内仲裁市场是否向域外仲裁机构开放

（一）仲裁是否属于法律服务

在分析我国境内仲裁市场是否向域外仲裁机构开放这一问题之前，需要明确一个前提，即仲裁是否属于服务？属于何种服务类型？为什么要讨论仲裁是否属于法律服务这一问题？是为了在 WTO《服务贸易总协定》（GATS）下分析仲裁市场的开放问题。《服务贸易总协定》本身只对服务贸易的四种形式跨境交付、域外消费、商业存在和自然人流动作了定义，并未就服务贸易作出明确定义，也没有对法律服务贸易的范围和分类作出规定。但 WTO 发布了服务部门分类表，该分类表与联合国暂定产品总分类（CPC）相对应。[②] 1998 年，WTO 服务贸易理事会发布了一份对“法律服务”（Legal Services）的“背景注释”。该文件对“法律服务”作出了定义，明确指出“法律服务”与联合国暂定产品总分类（CPC）第 861 号相对应。CPC 第 861 号下的法律服务就包括仲裁和调解。[③]其中仲裁和调解服务是 1997 年修订时新加入的。[④] 因此，在 WTO《服务贸易总协定》下，仲裁属于法律服务。

（二）我国是否有开放仲裁服务市场的国际法义务

我国是否有开放仲裁服务市场的国际法义务，应根据 WTO 和中国签订的双边投资协定来进行分析。由于目前我国签订的双边投资协定一般只规定了投资待遇、征收、争议解决等问题，没有涉及投资准入的正面清单或负面清单，因此我国是否有开放仲裁服务市场的国际法义务主要就是在 WTO 框架下进行分析。中国是 WTO 的成员，在 WTO《服务贸易总协定》的语境下，商事仲裁属于法律服务。中国是否有义务开放商事仲裁服务市场，需要根据《服务贸易总协定》来判断。

《服务贸易总协定》第 1 条所定义的服务贸易包括跨境交付、域外消费、商业存和自然人流动在四种类型。只有对于列入减让表的部分，WTO 成员才有义务开放。

中国加入世界贸易组织议定书附件 9《服务贸易具体承诺减让表》包括水平承诺和具体承诺两个部分，其中水平承诺适用于减让表中列出的所有部门。在具体承诺中，我国只承诺开放法律服务（不含中国法律业务），其中以域外消费和跨境交付形式提供的法律服务不受限制，以商业存在形式提供的法律服务中，允许外国律师事务所在中国开设代表处并且可从事营利性活动。至于外国律师事务所以外的法律服务机构，比如商事仲裁机构，能否在中国境内以商业存在形式提供法律服务，具体承诺中并没有列出。那么，外国律师事务

[①] 高晓力：《中国国际商事仲裁司法审查的最新发展》，本文为 2015 年 9 月最高人民法院高晓力法官在华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）主办的华南企业法律论坛上所做的发言。
http://www.sccietac.org/web/doc/view_legaForum/797.html.

[②] WTO, Services Sectoral Classification List : MTN.GNS/W/120,
http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/mtn_gns_w_120_e.doc.

[③] CPC 第 861 号下的法律服务包括以下具体类型：（1）刑法领域的咨询和代理；（2）其他法律领域的咨询和代理；（3）在准司法机构、委员会等法定程序中的咨询和代理；（4）法律文件和法律证明服务；（5）仲裁和调解；（6）其他法律和咨询信息服务。

[④] WTO Council for Trade in Services, Legal Services Background Note by the Secretariat, paragraph 16, S/C/W/43 , 6 July 1998, https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/w43.doc.

所以外的法律服务机构能否在中国以商业存在形式提供法律服务呢？在适用于减让表所有部门的水平承诺中，我国承诺的是允许外国企业在中国设立代表处，但代表处不得从事营利活动。因此，可以认为，外国律师事务所以外的法律服务机构可以在我国境内设立代表处，只是代表处不得从事营利活动。对于以自然人流动形式提供法律服务，我国并未作出具体承诺，只是在水平承诺中对某些类别的自然人入境和临时居留作了规定。

在 WTO 框架下，中国有没有开放仲裁服务市场的义务，不同学者有不同的解读。有学者认为，我国仲裁市场是开放的或者不涉及市场开放问题。比如，康明认为，我国没有将商事仲裁列入承诺开放的服务贸易之中，是因为国际商事仲裁由争议当事人自由选择，本来就是开放的。[①]也有观点认为，国际性仲裁机构具有公益性、非营利性、独立性和民间性，其所提供的跨国争议解决，与外国律师事务所提供的诉讼代理等营利性服务有本质区别。因此，仲裁不是服务贸易，也不存在中国仲裁市场开放的问题。仲裁服务未被列入我国加入 WTO 服务贸易承诺减让表的根本原因是仲裁服务不是服务贸易。[②]赵秀文认为，仲裁和市场问题无关。仲裁是当事人自愿选择的解决争议方法，由哪个国家的仲裁机构仲裁、在哪里仲裁、适用的法律和仲裁规则、仲裁庭的组成等，当事人都可以约定。[③]王生长认为，虽然在我国入世服务贸易承诺减让表中，我国对于境外律师事务所通过商业存在设立代表处提供法律服务存在某些限制，但对于境外仲裁机构通过商业存在提供仲裁服务并没有规定具体限制。[④]也有学者认为，仲裁是一种必须得到政府特许的专业服务，并非是一个不禁则行的行业。[⑤]由于中国在加入 WTO 时并没有承诺开放仲裁市场，因此中国没有义务开放仲裁市场。比如，王江雨教授认为，GATS 对服务贸易的开放并没有采用负面清单的形式，WTO 成员只有义务开放其在承诺减让表中列出的某项服务，没有具体列出的就没有开放的义务。因此，我国在 WTO 框架下并没有开放仲裁市场，我国完全可以禁止外国仲裁机构到我国内地提供仲裁服务。胡海滨认为，中国加入世界贸易组织议定书《服务贸易具体承诺减让表》对没有规定仲裁服务，不代表中国对仲裁服务的市场准入没有限制，而是代表中国没有承诺开放仲裁服务，对于根本就没有开放的仲裁服务谈不上限制问题。[⑥]李健认为，中国在 WTO 框架下没有作出开放仲裁服务的承诺，境外仲裁机构不得在我国内地进行商事仲裁活动。[⑦]宋连斌教授认为，按照中国的入世承诺，仲裁不是应当开放的服务。如果境外仲裁机构到我国内地设立分支机构开展仲裁业务，我国可以拒绝批准。[⑧]本文认为，在中国入世议定书附件 9《服务贸易具体承诺减让表》法律服务一栏的商业存在中，仅允许外国律师事务所在中国开设代表处，而 WTO 服务贸易理事会对“法律服务”的分类中包括“仲裁与调解服务”。因此，我国在 WTO 下没有开放仲裁服务的义务，这是严格按照 WTO 规则得出的结论。

（三）我国国内法是否允许开放仲裁服务市场

虽然我国没有开放仲裁服务市场的国际法上的义务，但是否开放仲裁服务市场是我国

[①] 康明：《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期（总第 89 期），法律出版社 2004 年版，第 36-70 页。

[②] 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁：准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

[③] 《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》，载《法制日报》（周末版），2009 年 7 月 9 日第 11 版。

[④] 王生长：《国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期，法律出版社 2004 年版，第 29—35 页。

[⑤] 程子彦：《国际仲裁机构纷纷入驻自贸区　上海打造亚太仲裁中心》，载《中国经济周刊》2016 年第 38 期。

[⑥] 胡海滨：《仲裁的法理分析——兼论仲裁服务与<服务贸易总协定>的关系》，载《行政与法》2006 年第 4 期。

[⑦] 李健：《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，载《法学》2008 年第 12 期。

[⑧] 《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》，载《法制日报》（周末版），2009 年 7 月 9 日第 11 版。

的主权事项，我国当然可以在没有国际法义务的情况下主动开放仲裁服务市场。因此，域外仲裁机构能否进入我国内地仲裁市场的依据还是我国的国内法。比如，域外仲裁机构能否在中国内地设立分支机构受理案件是一个国内法上的行政审批问题。[①]当然，境外仲裁机构进入我国开展仲裁业务，不一定要通过设立分支机构的方式。境外仲裁机构进入我国仲裁市场有两种方式，第一种方式是通过在我国设立商业存在的方式受理我国境内的仲裁案件；第二种方式是不在我国设立分支机构，而是在具体案件中根据当事人的约定或者根据仲裁规则，将仲裁地确定在中国。如果通过第一种方法，境外仲裁机构在我国设立分支机构必经我国主管部门批准。但境外仲裁机构没有必要通过在我国设立分支机构的方式招揽业务，实践中的普遍做法是第二种方式。[②]当然，也有国际知名仲裁机构在境外设立常设分支机构并由分支机构管理案件的例子，比如 ICC 仲裁院就于 2008 年在香港设立秘书处分处，分处设有个案处理组，负责处理区内案件。

有观点认为我国没有必要开放仲裁市场，而是应该加大对中国仲裁发展的支持力度，增强我国仲裁机构的国际竞争力。[③]开放仲裁服务市场会对我国仲裁服务秩序造成冲击。[④]也有观点认为，狭隘的关门主义和地方保护只能使中国成为一个不受欢迎的仲裁地。[⑤]应该说后一种观点更符合实际情况。比如，香港律政司司长就认为，国际商会国际仲裁院在香港设立秘书处分处是对香港作为国际仲裁中心的认同，有利于促进香港仲裁业的发展。[⑥]在“一带一路”建设的背景下，中国要建设国际仲裁中心，在为受各方欢迎的仲裁地，就必须开放仲裁服务市场。

中国实际上也在主动开放仲裁市场。尽管在 WTO 框架下我国没有开放仲裁服务市场的义务，但近年来我国陆续出台了一些积极开放仲裁服务市场的政策。比如，国务院于 2015 年 4 月 8 日发布并实施的《国务院关于印发进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》提出，“支持国际知名商事争议解决机构入驻，提高商事纠纷仲裁国际化程度。”2017 年 7 月，国务院批准《深化改革推进北京市服务业扩大开放综合试点工作方案》，方案中明确提到，支持国际知名商事争议解决机构在北京设立代表机构。2018 年 4 月印发的《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》提出，支持建立国际经济贸易仲裁机构和国际争端调解机构等多元纠纷解决机构。2018 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了中央全面深化改革领导小组会议审议通过的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》对涉“一带一路”国际商事仲裁专门作了规定，要求法院支持涉“一带一路”国际商事仲裁，并提出要修改《仲裁法》和《民事诉讼法》，以满足国际商事仲裁发展的需要。2018 年 7 月 1 日起施行的《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十一条规定，选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。2018 年 8 月发布的《最高人民法院关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》提出，支持建立国际商事仲裁机构，充分尊重当事人选择纠纷解决方式的意愿。有观点认为，以上条文中的“国际商事仲裁机构”应可期待理解

---

① 韩健：《也论国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁——兼评中国内地<仲裁法>中的几个问题》，载《仲裁与法律》2004 年第 6 期（总第 95 期），法律出版社 2005 年版，第 43-52 页。

② 赵秀文：《中国仲裁市场对外开放研究》，载《政法论坛》2009 年第 6 期。

③ 《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》，载《法制日报》（周末版），2009 年 7 月 9 日第 11 版。

④ 胡海滨：《仲裁的法理分析——兼论仲裁服务与<服务贸易总协定>的关系》，载《行政与法》2006 年第 4 期。

⑤ 王生长：《国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期，法律出版社 2004 年版，第 29—35 页。

⑥ 《律政司司长欢迎国际商会在香港设立国际仲裁院秘书处分处》，https://www.doj.gov.hk/chi/public/pdf/2008/pr20080312c.pdf.

为包括 ICC、SIAC、LCIA、HKIAC、SCC 等众多国际知名的域外仲裁机构。[①]这种期待是有理由的，因为“两办”意见和最高法院的规定中有时用“国内仲裁机构”，有时用“国际商事仲裁机构”，我们有理由相信“国际商事仲裁机构”应作不同于“国内仲裁机构”的理解。当然，这只是一种期待。虽然这里的国际商事仲裁机构是否包括域外仲裁机构存在不确定性，但“两办”意见和最高法院的规定表明了我国在“一带一路”建设下开放仲裁市场的新政策。

在以上政策的鼓励下，事实上已经出现了域外仲裁机构在中国境内设立代表机构的情况。比如，自 2015 年 11 月至 2016 年 3 月，香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）和国际商会国际仲裁院（ICC）在上海自贸试验区设立了代表处。三个代表处的登记信息均为外国（地区）企业常驻代表机构，其中新加坡国际仲裁中心上海代表处的经营范围为：从事与隶属外国（地区）企业有关的非营利性业务活动。香港国际仲裁中心上海代表处和法国国际商会上海代表处的经营范围为只包括信息交流、市场调研和业务联络。需要注意的是，ICC 上海代表处登记的是法国国际商会上海代表处而不是国际商会国际仲裁院上海代表处，但法定代表人是国际商会国际仲裁院秘书长 Andrea Carlevaris 先生。

可见，目前政策鼓励以及实践中已经发生的是域外仲裁机构在中国境内设立代表机构。需要注意的是，2017 年 1 月 1 日起施行的《域外非政府组织境内活动管理法》可能对域外仲裁机构在中国境内开展活动产生影响。该法第二条规定，“域外非政府组织在中国境内开展活动适用本法。本法所称域外非政府组织，是指在域外合法成立的基金会、社会团体、智库机构等非营利、非政府的社会组织。”域外仲裁机构在中国境内开展活动是否适用《域外非政府组织境内活动管理法》的前提是确定域外仲裁机构是否为非营利、非政府的社会组织。域外仲裁机构属于非政府的社会组织当无疑义，重点是域外仲裁机构是否为非营利组织。香港国际仲裁中心官网[②]和新加坡国际仲裁中心官网[③]都介绍自己为非营利性组织。国际商会国际仲裁院并未在官网声明其非营利性，但国际商会是在联合国经济社会理事会取得咨商地位的非政府组织[④]，而联合国对非政府组织的定义为“在地方、国家或国际级别上组织起来的非赢利性的、自愿公民组织”[⑤]。可见，ICC 的非营利性质是被联合国所认可的。其实，公益性、非营利性、独立性和民间性是世界主要仲裁机构的共同特征。[⑥]此外，根据我国《公益事业捐赠法》《民间非营利组织会计制度》和税法的规定，域外仲裁机构也可以被认定为中国法下的非营利组织。[⑦]因此，域外仲裁机构在我国开展活动需要遵守《域外非政府组织境内活动管理法》。

《域外非政府组织境内活动管理法》第九条第一款规定，“域外非政府组织在中国境内开展活动，应当依法登记设立代表机构；未登记设立代表机构需要在中国境内开展临时活

[①] 沈永东：《国际商事法庭的设立与我国争端解决机制的新发展》，载“天元律师”微信公众号，2018 年 7 月 2 日，https://mp.weixin.qq.com/s/7WZyeINhPrFZcutR5RutaA.

[②] 香港国际仲裁中心官网，http://www.hkiac.org/about-us，“The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) is a company limited by guarantee and a **non-profit organisation** established under Hong Kong law.”

[③] 新加坡国际仲裁中心官网，http://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us, “Since commencing operations in 1991 as an independent, **not-for-profit organisation**, SIAC has established a proven track record in providing neutral arbitration services to the global business community.”

[④] List of non-governmental organizations in consultative status with the Economic and Social Council as of 18 September 2008, E/2016/INF/5, http://undocs.org/E/2016/INF/5.

[⑤] http://www.un.org/chinese/aboutun/ngo/qanda.html.

[⑥] 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁：准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

[⑦] 康乂、胡楠、姜鑫、黄思哲：《<域外 NGO 法>颁布对国外仲裁机构在中国境内仲裁活动可能产生的影响》，http://www.junhe.com/law-reviews/217.

动的，应当依法备案。”第十八条第二款规定，“域外非政府组织不得在中国境内设立分支机构，国务院另有规定的除外。”可见，域外仲裁机构只能在中国境内设立代表机构，不能设立分支机构。域外仲裁机构在中国境内设立的代表机构不具有法人资格，也不得从事营利活动，不能直接受理仲裁案件。目前在上海自贸试验区设立的香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心和国际商会国际仲裁院等域外仲裁机构的代表处也均对外表示，其主要作用在于开发中国大陆市场，并不受理仲裁案件。[①]可见，域外仲裁机构在中国境内设立代表处不同于在中国境内以商业存在的形式提供仲裁服务。

此外，在国家发改委和商务部联合发布的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018 年版）》（2018 年 7 月 28 日起施行）中，法律服务里所列的是“禁止投资中国法律事务（提供有关中国法律环境影响的信息除外），不得成为国内律师事务所合伙人。” 最新版的外商投资准入负面清单里禁止投资的中国法律事务是否包括中国仲裁服务？结合 WTO 服务贸易理事会对“法律服务”的分类，应当认为我国 2018 年版外商投资准入负面清单是禁止外资进入中国仲裁服务的。当然，域外仲裁机构在我国境内活动是适用《域外非政府组织境内活动管理法》还是《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》也是一个值得继续研究的问题。目前来看，不管是根据《域外非政府组织境内活动管理法》还是《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》，域外仲裁机构在中国境内开展活动，只能以设立代表处的形式，而不能设立分支机构直接受理并管理仲裁案件。

如果境外仲裁机构到我国内地开展仲裁活动并收费，即使我国没有开放这一市场，也不能说仲裁裁决因此当然无效，除非我国法院认定未经许可在我国境内仲裁违反了我国的公共秩序。当然，违反我国市场准入的法律在我国境内仲裁可能造成其他行政法上的后果（比如没收违法所得和罚款）。[②]域外仲裁机构能否在中国境内仲裁还需要从我国司法实践进行分析。

二、域外仲裁机构在境内仲裁的实践及我国法院的态度

虽然我国在 WTO 下没有以商业存在形式开放仲裁服务的义务，根据我国国内法，域外仲裁机构在我国内地设立分支机构直接受理并管理仲裁案件也存在法律障碍，但这并不能阻止域外仲裁机构将中国内地作为法律上的仲裁地或将中国内地作为开庭地点。理论上，仲裁地是由当事人约定的，当事人当然可以将仲裁地约定在任何国家。[③]域外仲裁机构根据当事人的仲裁协议在中国进行仲裁属于当事人意思自治的范畴，无须中国专门机关特许。[④]但也有学者认为，如果允许域外仲裁机构将中国内地作为仲裁地进行仲裁，就等于中国将内地商事仲裁服务对不在境内设立机构的外国仲裁机构开放，是违反我国国内法的。[⑤]可见，在理论上域外仲裁机构能否在境内仲裁存在分歧。在实践中，当事人能否选择域外仲裁机构并约定中国内地为仲裁地，也有一个不断发展的过程。

国际商会国际仲裁院主席 Robert Briner 曾于 2003 年表示，ICC 仲裁院可以在很多国家

---

① 康义、胡楠、姜鑫、黄思哲：《<域外 NGO 法>颁布对国外仲裁机构在中国境内仲裁活动可能产生的影响》，http://www.junhe.com/law-reviews/217.

② 《国际商会仲裁院在中国仲裁效力几何》，载《法制日报》（周末版），2009 年 7 月 9 日第 11 版。

③ 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁：准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

④ 刘彤、杜菁：《外国仲裁机构在中国仲裁的相关问题探讨》，载《北京仲裁》2017 年第 2 期。

⑤ 李健：《外国仲裁机构在中国内地仲裁不可行》，载《法学》2008 年第 12 期。

进行仲裁，但很遗憾，ICC 仲裁院却不能在中国仲裁。[①]然而，1999 年 2 月 22 日至 26 日，国际商会国际仲裁院受理的一件一方当事人为中国公司的仲裁案的独任仲裁员 Michael Kerr 爵士，就借用中国贸仲开庭室在北京进行案件的开庭审理。[②]Robert Briner 所说的国际商会仲裁不能在中国进行应该指的是不能以中国作为仲裁地，仲裁地是仲裁法上的特有概念，不同于开庭地和合议地。下文所讨论的域外仲裁机构能否在中国内地进行仲裁指的是能否将中国作为仲裁地。国际商会等域外仲裁机构到底能否在中国内地进行仲裁？本文对有关案例进行了全面梳理。

案例 1：德国旭普林案。根据检索到的信息，最早的当事人选择域外机构在中国境内仲裁的案例是德国旭普林案。在 2000 年 12 月 12 日德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司签订的建筑工程合同中，约定的仲裁条款为“Arbitration：15.3 ICC Rules，Shanghai shall apply”（“仲裁：15.3 应适用国际商会规则，上海”）。2004 年，该仲裁条款由于仅约定仲裁规则而没有约定明确的仲裁机构被无锡高新技术产业开发区人民法院认定为无效仲裁条款。[③]根据该案最高法院复函中的说理，如果仲裁条款中约定的是国际商会国际仲裁院这一明确的仲裁机构，该仲裁条款就可能被认定有效。在旭普林案之后，还出现了一些选择国际商会仲裁规则并将仲裁地约定为中国内地的案例。比如，2006 年达利特案，该案仲裁条款约定“仲裁地点在中国北京，依据国际商会的有关规则进行仲裁”，河北高院一审与最高法院二审均认定该仲裁条款无效；[④]此后的 2009 年夏新电子案[⑤]和 2011 年江苏外贸公司案[⑥]均约定根据国际商会仲裁规则在中国境内仲裁，法院均认定仲裁条款无效，理由与旭普林案一样，为当事人仅约定国际商会仲裁规则而没有约定明确的仲裁机构，对于约定仲裁地为中国内地是否有效并未作出评价。

案例 2：厦门象屿案。2004 年 3 月 26 日，厦门象屿集团有限公司与瑞士米歇尔贸易公司签署了一份钢材买卖合同，仲裁条款约定，“与本合同相关或因本合同引起的任何争议应根据国际商会仲裁院仲裁规则，并由依据可从网址 www.iccwbo.org 获得的上述规则指定的一名或多名仲裁员进行最终裁决。仲裁地点为中国北京，仲裁语言为中文或英文。”2004 年 12 月 4 日，厦门中院做出裁定认为仲裁条款有效。根据检索到的信息，厦门象屿案是我国法院最早的认定选择域外仲裁机构在中国境内仲裁为有效仲裁条款的案例。然而，由于本案对仲裁协议做出了肯定性评价，无需层报最高法院，不能代表最高法院的观点。而且，2004 年 7 月 8 日，最高法院做出了关于旭普林案的复函，2004 年 9 月 2 日，无锡高新技术产业开发区人民法院做出了关于旭普林案的裁定书。在先有旭普林案的情况下，厦门中院依然做出了和最高法院复函意见不一样的裁定，这是本案特别之处。

案例 3：瑞士德高钢铁公司案。2003 年 1 月 23 日，dufercos. a.（德高钢铁公司）与宁波工艺品进出口有限公司签订冷轧钢买卖合同，合同中的仲裁条款为：“……应提交给仲裁地位于中国的国际商会仲裁委员会按照《联合国货物销售公约》进行仲裁”。2007 年 9 月

[①] 2003 年 11 月 3 日，由国际商会中国国家委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会和美国高特兄弟律师事务所联合在北京举办的国际仲裁研讨会上，Robert Briner 先生在发言中做出了文中的发言。参见康明：《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期（总第 89 期），法律出版社 2004 年版，第 36-70 页。

[②] 《仲裁与法律》1999 年第 1 期，法律出版社 1999 年版，第 3-4 页。

[③]《最高人民法院关于德国旭普林国际有限责任公司与无锡沃可通用工程橡胶有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》（[2003]民四他字第 23 号），2004 年 7 月 8 日发布。

[④] 《达利特商务技术有限责任公司与沧州东鸿包装材料有限公司买卖合同纠纷二审民事裁定书》，最高人民法院（2007）民四终字第 15 号。

[⑤] 《最高人民法院关于夏新电子股份有限公司与比利时产品有限公司确认经销协议仲裁条款效力的请示的复函》（［2009］民四他字第 5 号），2009 年 3 月 20 日发布。

[⑥]《最高人民法院关于 Salzgitter Mannesmann International GmbH 与江苏省对外经贸股份有限公司之间仲裁协议效力的复函》（［2011］民四他字第 32 号），2011 年 8 月 26 日发布。

21 日，国际商会仲裁院在中国做出裁决，2009 年，宁波中院裁定承认与执行国际商会仲裁院的仲裁裁决。[①]由于我国各法院对涉外仲裁裁决或外国仲裁裁决作出肯定性评价无需层报至最高法院，因此该案并不能反映最高法院的态度。有国外律师就认为，宁波中院的裁定无法为其他案件提供一般性指导，也无助于为域外仲裁机构扩大在中国的业务打开大门。[②]

案例 4：安徽龙利得案。2010 年 10 月 28 日，安徽省龙利得包装印刷有限公司与 BP Agnati S．R．L 以及江苏苏美达国际技术贸易有限公司签订销售合同，合同中的仲裁条款为："任何因本合同引起的或与其有关的争议应被提交国际商会仲裁院，并根据国际商会仲裁院规则由按照该等规则所指定的一位或多位仲裁员予以最终仲裁。管辖地应为中国上海，仲裁应以英语进行。"2013 年，经最高法院复函后，该仲裁条款被合肥中院裁定确认为有效仲裁条款。[③]龙利得案明确了选择域外仲裁机构在中国境内仲裁的仲裁协议有效，并且是最高法院的司法观点。因此，龙利得案成为中国仲裁法学界和仲裁实务界经常提及的标志性案件。仲裁界普遍认为，龙利得案意味着最高法院开始允许域外仲裁机构在我国内地仲裁，意味着中国内地仲裁市场的进一步开放，为域外仲裁机构在中国内地仲裁扫清了主要的法律障碍。[④]然而，最高人民法院高晓力法官在一次发言中指出，在讨论龙利得案的过程中仅涉及到仲裁条款效力问题，没有考虑其他因素，域外仲裁机构是否可以到中国进行仲裁涉及仲裁服务市场的准入问题，并非中国法院可以决定的事情，目前仅仅是认定仲裁条款有效，但仲裁裁决作出之后能否在中国法院得到承认和执行，需要继续讨论。[⑤]可见，龙利得案只能意味着选择域外仲裁机构在中国境内仲裁的仲裁协议是有效的，但并不能表明最高法院认可域外仲裁机构可以在中国境内仲裁。

案例 5：北伦利成案。2013 年 2 月 1 日，宁波市北仑利成润滑油有限公司与法莫万驰公司（Formal Venture Corp.）签订销售合同，合同仲裁条款约定："任何各方之间所产生的或有关的建设、意义和操作或违反本合同效力的所有争议或分歧应通过仲裁在北京解决，国际商会的仲裁规则（ICC）和依据其所作的裁决对双方当事人具有约束力。仲裁庭应依据中华人民共和国法律，并应以华语进行。……"最高法院复函认为，双方在合同中约定了适用国际商会仲裁规则进行仲裁，因此应当按照订立合同时有效的国际商会仲裁规则来确定本案仲裁条款是否约定了仲裁机构。2012 年 1 月 1 日生效的国际商会仲裁规则第六条第二款规定，"当事人同意按照仲裁规则进行仲裁，即接受由仲裁院对该仲裁进行管理"，故国际商会仲裁院对仅约定适用其规则但未同时约定其他仲裁机构仲裁的合同争议具有管辖权。根据本案当事人约定的仲裁规则能够确定仲裁机构。[⑥]据此，法院认定该仲裁条款有效。以 2012 年国际商会修改仲裁规则为分界点，此后仅选择国际商会仲裁规则的仲裁条款均被

---

① 《DUFERCOS.A（德高钢铁公司）申请承认与执行 ICC 第 14006/MS/JB/JEM 号仲裁裁决案民事裁定书》（[2008]甬仲监字第 4 号）。

② Falk Lichtenstein, Cyndi Cao, SPC Supports the Arbitration award made by a Foreign Arbitration Institution in China, http://www.cms-china.info/insight/2014/08/China-Insight-Dispute_Resolution_15-08-14.html.

③ 《最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BPAgnatiS.R.L 申请确认仲裁协议效力案的请示的复函》（[2013]民四他字第 13 号），2013 年 3 月 25 日发布。

④ 刘彤、杜菁：《外国仲裁机构在中国仲裁的相关问题探讨》，载《北京仲裁》2017 年第 2 期；张守志、胡科、田静：《最高院首度认可域外仲裁机构在华仲裁》，载"金杜研究院"微信公众号，2014 年 7 月 18 日，https://mp.weixin.qq.com/s/AFx0IBRKMF4NYyK7HaJhhA；胡科、林溪：《中国法，或无法可依？——论外国仲裁机构在中国大陆境内仲裁的程序法》，载《中国仲裁法学研究会 2015 年年会暨第八届中国仲裁与司法论坛论文集》；牟笛：《外国仲裁机构的中国户口》，载"vincent2014mu"微信公众号，2015 年 2 月 17 日，https://mp.weixin.qq.com/s/LFxzgctrGnnaew8ltD2aZQ。

⑤ 高晓力：《中国国际商事仲裁司法审查的最新发展》，本文为 2015 年 9 月最高人民法院高晓力法官在华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）主办的华南企业法律论坛上所做的发言。http://www.sccietac.org/web/doc/view_legaForum/797.html.

⑥ 《最高人民法院关于宁波市北仑利成润滑油有限公司与法莫万驰公司买卖合同纠纷一案仲裁条款效力问题请示的复函》（[2013]民四他字第 74 号），2013 年 12 月 5 日发布。

我国法院认定选择了明确的仲裁机构。

案例 6：河北中兴汽车公司案；Z v. A & 3 Others（HCCT 8/2013）。2007 年 4 月至 6 月，埃及 Automotive Gate FZCO（A 公司）及其关联公司就其在中国内地与当地河北中兴汽车制造有限公司（Z 公司）合作生产、销售和出口货物签订了《CKD 和代理协议》与《技术合作协议》。《CKD 和代理协议》约定的仲裁条款为："如任何一方违反本协议的任何条款，双方同意尽最大努力通过协商予以救济。否则，双方同意按照国际商会（的规则）在中国进行仲裁？。"《技术合作协议》约定的仲裁条款为："双方之间因本协议而产生、与本协议有关或者因违反本协议而产生的任何纠纷、争议或分歧应由双方通过友好协商解决，如果无法通过友好协商解决，则应在中国按照国际商会的规则进行仲裁，仲裁裁决对双方具有约束力。"Z 公司于 2011 年 5 月 16 日向石家庄中院确认案涉仲裁协议无效。而 A 公司于 2011 年 10 月 11 日在香港向国际商会仲裁院提起了仲裁，Z 公司于 2011 年 11 月告知仲裁庭已对仲裁条款的效力在中国法院提起了申请。2011 年 12 月 16 日，国际商会仲裁院秘书处致函双方当事人：国际商会仲裁院已根据 1998 年版《国际商会仲裁规则》第 14（1）条之规定确定香港特别行政区为本案仲裁地。2013 年 2 月 19 日，国际商会仲裁院指定的独任仲裁员做出部分裁决，决定本案程序方面适用香港法并随之适用香港法而确认其对本案享有管辖权。其后，Z 公司向香港高等法院原讼法庭申请撤销国际商会仲裁院的上述部分裁决，被驳回。2015 年 9 月，仲裁庭根据 1998 年《国际商会国际仲裁院仲裁规则》作出终局裁决，裁决 Z 公司向 A 公司支付利润损失的损害赔偿共计 52000 余万美元及律师费等。后 A 公司向湖北省宜昌市中级人民法院申请承认并执行该裁决。2018 年 7 月 6 日，石家庄中院作出裁定，认定本案两个协议中的仲裁条款均为无效协议。

石家庄中院认为，"当事人约定的仲裁地为中国，而我国内地以及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区分属于不同的法域，适用不同法域的法律可能对仲裁协议的效力作出不同的认定。在当事人对仲裁地的含义存在不同理解，且不能达成一致意见的情况下，应当认定当事人对仲裁地约定不明，本案适用法院地法即我国内地的法律对仲裁协议的效力作出认定。" 在确定适用中国内地法律以后，法院继续分析，"案涉协议仅约定适用国际商会仲裁规则，未约定国际商会仲裁院仲裁，且签订仲裁协议及本案申请人申请确认仲裁协议效力时，国际商会适用为 1998 年版仲裁规则，根据该仲裁规则不能确定适用国际商会仲裁规则即选定国际商会作为仲裁机构。据此，法院认定当事人对于仲裁机构未有明确约定，也未达成补充协议，仲裁协议无效。"[①]本案 2011 年 5 月 16 日立案，到 2018 年 7 月 6 日做出裁定，历经七年多，并且存在跨境多重平行程序，申请确认仲裁协议无效在石家庄中院进行，仲裁程序在 ICC 香港进行，申请撤销仲裁庭部分裁决在香港高等法院原讼法庭进行，申请承认与执行 ICC 香港仲裁裁决程序在宜昌中院进行，这是本案的特别与复杂之处。本案石家庄中院的裁定与最高法院关于对仲裁条款仅选择适用 ICC 仲裁规则是否可以认定当事人约定了明确的仲裁机构这一问题上的实践一致，即以 2012 年 ICC 修改仲裁规则为分界线，之前的认定没有约定明确的仲裁机构，之后的认定约定了明确的仲裁机构。

本案还未尘埃落定，因为宜昌中院进行的申请承认与执行 ICC 香港仲裁裁决程序还没有做出裁定。但石家庄中院的裁定出来后，宜昌中院的裁定结果也是可以预见的，即较大概率不能得到承认与执行。因为在 2006 年旭普林案[②]和 2016 年 Wicor 公司案[③]中，法院都

---

① 《河北中兴汽车制造有限公司与 Automotive Gate FZCO 申请确认仲裁效力案民事裁定书》，石家庄市中级人民法院（2011）年石民立裁字第 00002 号民事裁定，2018 年 7 月 6 日。

② 《德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案民事裁定书》，江苏省无锡市中级人民法院（2004）锡民三仲字第 1 号裁定书，2006 年 7 月 19 日。

③ 《最高人民法院关于不予执行国际商会仲裁院第 18295/CYK 号仲裁裁决一案请示的复函》，（[2016]最高法民他 8 号），2016 年 3 月 22 日发布。

认为，在内地法院认定仲裁条款无效的情况下，承认与执行域外仲裁裁决将与内地法院生效裁定相冲突，违反内地的社会公共利益，因此应不予承认与执行。当然，本案 ICC 香港仲裁裁决最终能否在内地得到承认与执行，只有等待宜昌中院的裁定结果。

本案的争议之一是仲裁条款中的“中国”（CHINA）到底是指中国内地，还是包括港澳台的整个中国。比较有意思的是，在 ICC 香港仲裁和香港高等法院原讼法庭对仲裁庭自裁管辖权的裁决进行司法复审的程序中，该争议还引发了对 ICC 中国内地仲裁在中国内地法律下是否有效的争论。在香港高等法院原讼法庭的庭审过程中，中国 Z 公司和埃及 A 公司均提交了中国法专家证人证言。Z 公司的专家证人（Professor Zhang）认为，由于国际商会仲裁院并非依照中国内地法律规定在内地政府部门注册的仲裁机构，一个由国际商会仲裁院管理并以中国内地为仲裁地的仲裁裁决并不是国内仲裁裁决，可能在中国内地法院不能得到执行。A 公司的专家证人（Professor Gao）则持不同意见并提及了两个案例。一是龙利得案，最高法院在该案的复函中认为，约定 ICC 在中国内地仲裁的条款是有效的。二是德高钢铁公司案，在该案中，宁波中院虽然认为 ICC 在中国内地作出的裁决不是国内仲裁裁决，但根据《纽约公约》承认与执行了该裁决。Z 公司的专家证人则坚持认为，在中国内地执行国际商会仲裁院在北京做出的仲裁裁决违反了中国加入《纽约公约》时做出的互惠保留，因为德高钢铁公司案的仲裁裁决并非在《纽约公约》另一缔约国做出。该专家证人还指出，中国内地没有“遵循先例”制度，德高钢铁公司案的裁定不但有问题，而且对中国内地法院没有约束力。[①]香港高等法院原讼法庭认为，从专家证据可以看出，ICC 在中国内地做出的仲裁裁决有不能在内地得到执行的风险，并且该仲裁及裁决有可能不被内地法院依据《民事诉讼法》或《仲裁法》监督。而另一方面，双方专家均同意 ICC 在香港仲裁而形成的裁决无论在香港、中国内地或者其他《纽约公约》缔约国均可得到执行。基于这一原因，再考虑到仲裁协议的目的是当事人期待其争议的解决会形成终局性、有约束力和可执行的仲裁裁决，法庭同意仲裁员关于本案仲裁地为香港的观点。[②]该案件折射出的是国际商会仲裁院能否在中国内地仲裁这一问题依然没有连贯一致的司法解读与裁判而存在不确定性的现状。[③]并且这种不确定性不仅仅是境内仲裁界讨论的问题，而且也得到了域外仲裁界的关注，更重要的是实质上影响了域外仲裁庭及域外司法机关的决定。本案国际商会仲裁院的决定或香港法院的判决，反映了国际商会仲裁院对其能否在中国内地仲裁没有把握，并担心如果在中国内地仲裁，仲裁庭作出的仲裁裁决能否得到内地法院的承认与执行，是对内地仲裁是否真正对外开放的担心的一种外在表现。

综合以上六个案例可知，已经有域外仲裁机构在我国内地仲裁的实践。至于域外仲裁机构在我国内地仲裁效力如何还不能完全确定。现在能确定的仅仅是选择域外仲裁机构并将仲裁地约定在中国境内的仲裁协议是有效的，但是域外仲裁机构以我国为仲裁地作出的仲裁裁决能否在内地法院得到承认与执行是不确定的，因为只有 2009 年瑞士德高钢铁公司案宁波中院承认与执行了 ICC 在中国内地做出的仲裁裁决，而宁波中院的裁定在很多人看来是存在问题的。比如，宋连斌教授就认为，宁波中院在瑞士德高钢铁公司案中的说理是不对的，法院在审理类似案件时不应当参考。[④]此外，该案没有经过最高法院的复函，不能代表最高法院的司法观点。虽然最高法院对很多选择域外仲裁机构在境内仲裁的仲裁协议

---

① Z v. A & 3 Others (HCCT 8/2013) in the high court of the hong kong special administrative region court of first instance, Date of Decision: 30 January 2015, paras. 45-46, http://www.cordells.org/wp-content/uploads/2017/08/Z-v-A.pdf.

② Z v. A & 3 Others (HCCT 8/2013), para. 48.

③ 王俊：《国际商会仲裁院认定当事人仲裁地“在中国”的约定视为“在香港”妥否？》，载“中国仲裁”微信公众号，2015 年 6 月 10 日，https://mp.weixin.qq.com/s/BipzbvrMmtjKqHWbLJMmNA.

④ 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁：准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

效力确认案件做出了复函，但根据《仲裁法》，有效的仲裁条款只要具备仲裁的意思表示、仲裁的事项和明确的仲裁机构就可以了，所以法院在这些案件中的审查重点是有没有约定明确的仲裁机构，法院没有必要事实上也没有考虑仲裁地的问题。

中国内地当事人在跨境交易中约定域外仲裁的越来越多，有必要允许域外仲裁机构在中国内地仲裁，这也是发展我国涉外法律服务和提升我国仲裁国际影响力和公信力的需要。[①]“一带一路”建设的推进以及域外仲裁机构入驻上海自贸试验区的现实让这一问题变得比以往更为重要与迫切。在上海自贸试验区入驻的三家域外仲裁机构的一项职能就是协助域外受理的案件在大陆开庭。域外仲裁机构入驻之后，域外仲裁机构在我国内地仲裁的法律障碍依旧存在，要将上海打造为面向全球的亚太仲裁中心，必须明确有关问题。[②]其中最重要的是明确域外仲裁机构在中国内地仲裁引发的相关法律问题，比如域外仲裁裁决在中国内地做出的仲裁裁决的籍属问题和在中国内地的承认与执行问题等。

三、域外仲裁机构在境内仲裁的仲裁法问题

（一）仲裁委员会与域外仲裁机构

1. 我国《仲裁法》上的仲裁委员会的意义

域外仲裁机构是否属于我国《仲裁法》上的仲裁委员会是一个影响到域外仲裁机构在我国境内仲裁方方面面的问题，以至于有人称之为外国仲裁机构的中国户口。[③]域外仲裁机构的中国户口意味着什么，根据《仲裁法》《民事诉讼法》和相关司法解释，“仲裁委员会”这一身份至少有以下几个方面的意义。

第一，影响仲裁协议的效力与效力确认案件管辖法院的确定。《仲裁法》第十六条第二款规定，仲裁协议应当包括选定的仲裁委员会。[④]我国司法解释也规定，仲裁协议效力确认案件由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的法院管辖。[⑤]仲裁委员会还可以对仲裁协议的效力作出决定。[⑥]可见，有效的仲裁协议需要有“选定的仲裁委员会”，“仲裁委员会”也是有权对仲裁协议效力作出决定的机构，以及仲裁协议效力确认案件确定管辖法院的连接点之一。

第二，影响财产保全和证据保全程序的推进。根据《仲裁法》第二十八条第二款[⑦]、《仲裁法》第四十六条[⑧]、《仲裁法》第六十八条[①]、《民事诉讼法》第二百七十二条[②]的规定，

---

① 李庆明：《域外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。

② 刘晓红、王徽：《论中国引入国际商事仲裁机构的法律障碍与突破进路——基于中国自贸区多元化争议解决机制构建的几点思考》，载《苏州大学学报（法学版）》2016 年第 3 期。

③ 牟笛：《外国仲裁机构的中国户口》，载“vincent2014mu”微信公众号，2015 年 2 月 17 日，https://mp.weixin.qq.com/s/LFxzgctrGnnaew8ltD2aZQ。

④ 《仲裁法》第十六条第二款规定，“仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。”

⑤ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》（下称《仲裁法司法解释》）第十二条规定,“当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖；……”

⑥ 《仲裁法》第二十条规定，“当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。《仲裁法司法解释》第十三条第二款规定，“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。””

⑦ 《仲裁法》第二十八条第二款规定，“当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。”

⑧ 《仲裁法》第四十六条规定，“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”

对于财产保全申请和证据保全申请，仲裁委员会或涉外仲裁委员会（仲裁机构）负有将当事人的申请转交法院的职责。

第三，影响仲裁裁决的承认与执行以及撤销。《民事诉讼法》第二百三十七条规定，对依法设立的仲裁机构的裁决，当事人可以向法院申请执行。[③]《仲裁法》第五十八条规定，当事人可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。[④]根据以上规定，可以向我国法院申请执行的必须是“依法设立的仲裁机构”的裁决，仲裁裁决的撤销也是由“仲裁委员会”所在地法院管辖。

综上，域外仲裁机构是否属于我国《仲裁法》上的“仲裁委员会”具有重要意义，关系到仲裁协议的效力与效力确认案件管辖法院的确定、财产保全和证据保全程序的推进、仲裁裁决的承认与执行以及撤销。

2. 我国《仲裁法》上的仲裁委员会是否包括域外仲裁机构

通过上文的论述可知，“仲裁委员会”这一身份在我国《仲裁法》上至关重要。那么，域外仲裁机构到底是不是我国《仲裁法》上的“仲裁委员会”呢？《仲裁法》第十条和第六十六条规定了仲裁委员会的设立问题。[⑤]根据以上规定，在我国设立仲裁委员会必须经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。时任中国国际经济贸易仲裁委员会副主任兼秘书长王生长先生认为，“对《仲裁法》第十六条‘选定的仲裁委员会’的解释不应过于机械，而应理解为当事人选定的任何仲裁机构。那种认为只有冠名‘仲裁委员会’的仲裁机构才符合法律规定的观点，以及认为‘仲裁委员会’特指中国内地设立的仲裁机构的观点，是不符合立法精神的。”[⑥]而时任中国海事仲裁委员会副主任兼秘书长康明先生却认为，国际商会仲裁院绝非中国仲裁法含义所包括的仲裁机构，有很多法条可以证明国际商会仲裁院不属于仲裁法所指的“仲裁委员会”。[⑦]

在龙利得案中，最高法院明确了域外仲裁机构属于《仲裁法》第十六条规定的“仲裁委员会”。[⑧]本案当事人在合同中约定，因合同而发生的纠纷由国际商会仲裁院进行仲裁，同时还约定“管辖地应为中国上海”，最高人民法院认为，根据《仲裁法》第十六条，涉案仲裁协议有请求仲裁的意思表示，约定了仲裁事项，并选定了明确具体的仲裁机构，应认定为有效。根据最高法院在龙利得案中的裁判思路，《仲裁法》第十六条中的“仲裁委员会”不限于根据《仲裁法》第十条和第六十六条设立的“仲裁委员会”，也包括域外的“仲裁机构”。然而，龙利得案是否意味着最高法院认为《仲裁法》所有法条中的“仲裁委员会”都包括域外仲裁机构？神华公司案似乎对这一问题做出了否定的回答。

神华公司案的案情是这样的，马瑞尼克船务公司按照提单租约仲裁条款向伦敦国际仲

---

① 《仲裁法》第六十八条规定，“涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。”

② 《民事诉讼法》第二百七十二条规定，“当事人申请采取保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。”

③ 《民事诉讼法》第二百三十七条规定，“对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。”

④ 《仲裁法》第五十八条规定，“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：……”

⑤ 《仲裁法》第十条规定，“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建。设立仲裁委员会，应当经省、自治区、直辖市的司法行政部门登记。”《仲裁法》第六十六条规定，“涉外仲裁委员会可以由中国国际商会组织设立。”

⑥ 王生长：《国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期，法律出版社 2004 年版，第 29—35 页。

⑦ 康明：《我国商事仲裁服务市场对外开放问题初探——兼与生长同志商榷》，《仲裁与法律》2003 年第 6 期，法律出版社 2004 年版，第 36-70 页。

⑧ 李庆明：《域外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。

裁院提起仲裁，神华煤炭运销公司认为双方之间没有仲裁协议，但伦敦仲裁庭最终认定对案件具有管辖权。伦敦仲裁庭确定管辖后，神华煤炭运销公司向天津海事法院起诉，要求确认双方之间不存在仲裁协议。《仲裁法司法解释》第十三条第二款规定，“仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。”如果伦敦国际仲裁院属于《仲裁法司法解释》第十三条第二款中的仲裁机构，则法院应该驳回神华公司的起诉。然而，最高法院在复函中认为，《仲裁法司法解释》第十三条系针对《仲裁法》第二十条作出的司法解释。《仲裁法》第二十条所指的仲裁委员会系依据《仲裁法》第十条和第六十六条设立的仲裁委员会，并不包括外国仲裁机构。故《仲裁法司法解释》第十三条的规定并不适用于外国仲裁机构对仲裁协议效力作出认定的情形。[①]

将龙利得案与神华公司案放在一起比较，可以发现，在最高法院看来，《仲裁法》第十六条所指的仲裁委员会包括域外仲裁机构，而第二十条所指的仲裁委员会不包括域外仲裁机构。对《仲裁法》中的相同用语“仲裁委员会”作不同解释是否有问题呢？按照体系解释，同一法律中的相同用语应作相同解释。法律秩序是一个体系，应具有逻辑性和内部一致性，不应相互矛盾。[②]当然，在某些情形下也允许并且应该对相同用语作不同解释，比如“情节严重”等评价性概念，在不同的情况下可以作出不同的解释。[③]在对同一法律中的相同概念作相同解释会导致法律不协调时，也可以对相同概念作出不同解释。[④]总之，对同一法律中的相同用语作相同解释是法律解释的一般规则，如果要作不同解释应该有特殊原因并作出论证。《仲裁法》第十六条和第二十条中的“仲裁委员会”都和仲裁协议的效力有关，第十六条要求有效仲裁条款必须选择明确的“仲裁委员会”，第二十条规定“仲裁委员会”是有权对仲裁协议效力作出决定的机构，前者是仲裁条款必须约定的内容，后者是对仲裁条款效力作出决定的机构，语境确实有不同之处，但又相互关联，这种情况是否足以对“仲裁委员会”作出不同的解释？最高法院没有说理，其理由我们不得而知。其实，将《仲裁法》第十六条中的“仲裁委员会”与《仲裁法》第五十八条中的“仲裁委员会”进行比较，可以很明显的发现，龙利得案中最高法院对“仲裁委员会”的解释不能用于第五十八条。[⑤]如果和龙利得案一样，将《仲裁法》第五十八条中的仲裁委员会解释为包括域外仲裁机构，一方要申请撤销仲裁裁决，必须向域外仲裁机构所在地的“中级人民法院”提出申请，然而，域外仲裁机构所在地不可能有“中级人民法院”。因此，在龙利得案将《仲裁法》第十六条中的仲裁委员会解释为包括域外仲裁机构的情况下，必须对《仲裁法》第五十八条中的仲裁委员会作出不同于《仲裁法》第十六条的解释，即不包括域外仲裁机构。

需要注意的是，龙利得案最高法院作出复函的时间是 2013 年 3 月 25 日，神华公司案最高法院作出复函的时间是 2013 年 2 月 4 日，时间仅相差一个多月。神华公司案复函在先，龙利得案复函在后，我们能否认为龙利得案中最高法院的观点发生了改变？总之，在域外仲裁机构是否属于《仲裁法》上的仲裁委员会这一问题上，最高法院的观点是令人困惑的[⑥]，

---

① 《最高人民法院关于神华煤炭运销公司与马瑞尼克船务公司确认之诉仲裁条款问题的请示的复函》（[2013] 民四他字第 4 号），2013 年 2 月 4 日发布。

② [瑞士] 贝蒂娜·须莉曼-高朴、耶尔格·施密特：《瑞士民法：基本原则与人法》，纪海龙译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 50 页，

③ 杨铜铜：《论不确定法律概念的体系解释——“以北雁云依案”为素材》，载《法学》2018 年第 6 期。

④ 张明楷：《使法律相协调是最好的解释方法》，载《人民法院报》2005 年 1 月 12 日。

⑤ 《仲裁法》第五十八条规定，“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：……”

⑥ 李庆明：《域外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。

没有形成周延的内在逻辑。[①] 根据我国法院的司法实践，域外仲裁机构是否属于《仲裁法》所有法条上的仲裁委员会仍然是不确定的。

（二）域外仲裁机构在中国内地做出的裁决的籍属

确定外国仲裁机构在我国做出的仲裁裁决的籍属之所以成为一个关键问题，是因为仲裁裁决撤销的管辖法院以及承认与执行的依据是由其国籍决定的。如果仲裁裁决被认定为我国国内的仲裁裁决，则承认与执行的依据是我国国内的法律规定，如果被认定为外国仲裁裁决，则承认与执行的依据是《纽约公约》。[②]对于我国国内的仲裁裁决，我国法院有权撤销，对于外国仲裁裁决，我国法院不享有撤销权。[③]由于我国《仲裁法》的立法不完善，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决的籍属尚待明确。[④]时任最高人民法院副院长万鄂湘也曾经指出，“境外的仲裁机构在我国内地作出的仲裁裁决，是属于境外裁决还是境内裁决，目前还没有明确规定，在仲裁裁决承认与执行时就会存在麻烦。”[⑤]域外仲裁机构在中国内地做出的裁决在国籍认定上存在以下几个困境。

第一，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决不是我国国内法下的中国仲裁裁决。根据《仲裁法》第五十八条[⑥]和《民事诉讼法》第二百八十三条[⑦]的规定，不管对于我国仲裁机构的仲裁裁决还是境外仲裁机构仲裁裁决的籍属，我国采用的是仲裁机构所在地标准。[⑧]境外仲裁机构的裁决不管在哪里作出，均为国外仲裁裁决，应当依照国际条约或者互惠原则办理。大部分学者认为，我国《仲裁法》就是以仲裁机构所在地确定仲裁裁决的籍属。[⑨]甚至有最高法院的法官认为，仲裁机构（所在地）标准是我国内地确定国际商事仲裁裁决国籍的“独有”标准。[⑩]因此，可以确定的是，域外仲裁机构在我国境内作出的仲裁裁决不是我国《仲裁法》和《民事诉讼法》下的中国仲裁裁决，而是外国仲裁裁决。

第二，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决不是《纽约公约》下的外国仲裁裁决。根据上文的分析可知，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决不是中国法下的国内裁决，而是中国法下的国外仲裁机构的裁决，其承认与执行应根据我国加入的条约或者按照互惠原则办理。因此，该类裁决的承认与执行应主要依据《纽约公约》。《纽约公约》第一条第一款对仲裁裁决的籍属认定采仲裁地标准，即可根据《纽约公约》承认与执行的是执行地所在国以外的缔约国领土内作出的仲裁裁决，同时规定了“非内国裁决”也可根据《纽约公约》得到承认与执行。[11]那么，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决能否根据《纽约公约》在中国内地得到承认与执行呢？很明显，此类仲裁裁决是在申请承认与执行地中国内地做出的，

[①] 牟笛：《外国仲裁机构的中国户口》，载“vincent2014mu”微信公众号，2015 年 2 月 17 日，https://mp.weixin.qq.com/s/LFxzgctrGnnaew8ltD2aZQ。

[②] 刘彤、杜菁：《外国仲裁机构在中国仲裁的相关问题探讨》，载《北京仲裁》2017 年第 2 期。

[③] 赵秀文：《从相关案例看 ICC 仲裁院裁决在我国的承认与执行》，载《法学》2010 年第 3 期。

[④] 宋连斌、王珺：《国际商会在中国内地仲裁：准入、裁决国籍及执行——由宁波中院的一份裁定谈起》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2011 年第 3 期。

[⑤] 万鄂湘：《〈纽约公约〉在中国的司法实践》，载《法律适用》2009 年第 3 期。

[⑥] 《仲裁法》第五十八条规定，“当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：……”

[⑦] 《民事诉讼法》第二百八十三条规定，“国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

[⑧] 宋连斌、董海洲：《国际商会仲裁裁决国籍研究——从最高人民法院的一份复函谈起》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2009 年第 3 期。

[⑨] 高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法（案例）》2017 年第 20 期。

[⑩] 杨弘磊：《中国内地司法实践视角下的<纽约公约>问题研究》，法律出版社 2006 年版，第 66 页。

[11] 《纽约公约》第一条第一款规定，“仲裁裁决，因自然人或法人间之争议而产生且在声请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者，其承认及执行适用本公约。本公约对于仲裁裁决经声请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之。”

并非“在声请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成者”，因此不是《纽约公约》下的外国仲裁裁决。这就出现了域外仲裁机构在中国内地做出的裁决根据中国法是外国裁决但根据《纽约公约》是中国裁决的矛盾情形。

第三，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决是《纽约公约》下的非内国裁决但我国做出了保留。根据上文分析，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决不能作为《纽约公约》中的外国仲裁裁决在我国承认与执行，但《纽约公约》还规定了“非内国裁决”，即“经声请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之”。恰好，我国国内法认为域外仲裁机构在中国内地做出的裁决不是中国国内裁决，也就是“非内国裁决”。我国也有一些法院将这类仲裁裁决认定为“非内国裁决”并适用《纽约公约》承认与执行的。比如，在德国旭普林案的承认与执行程序中，无锡中院认为，“根据《纽约公约》第一条规定，本公约对于仲裁裁决经申请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之。本案被申请承认和执行的仲裁裁决系国际商会仲裁院作出，通过其总部秘书处盖章确认，应被视为非内国裁决。”同时，无锡中院还适用了《民事诉讼法》第二百六十九条（现第二百八十三条）作为裁判依据，而该条的适用对象是“国外仲裁机构的裁决”。[①]可见，在旭普林案中，无锡中院既将国际商会仲裁院在上海作出的裁决认定为《纽约公约》下的非内国裁决，又将该裁决认定为我国《民事诉讼法》下的国外仲裁机构的裁决。在德高钢铁公司案中，宁波中院认为，《纽约公约》第 1 条第 1 款规定的适用范围有两种情形：一是“仲裁裁决，因自然人或法人间之争议而产生且在中请承认及执行地所在国以外之国家领土内做成者，其承认及执行适用本公约”。另一情形是“本公约对于仲裁裁决经申请承认及执行地所在国认为非内国裁决者，亦适用之”。这里所指的是“非内国裁决”是相对“申请承认及执行地所在国”而言的。本案并非我国国内裁决，应当适用《纽约公约》。[②]可见，宁波中院认为国际商会仲裁院在我国境内作出的裁决对我国来说是“非内国裁决”。有学者也认为，可以将域外仲裁机构在我国境内作出的裁决视为《纽约公约》下的“非内国裁决”，并根据《纽约公约》承认与执行。[③]然而，以上司法实践和学术观点是有问题的。因为我国在加入《纽约公约》的时候提出了互惠保留，即“只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约”。《纽约公约》项下的非内国裁决不属于我国声明的公约适用范围，不能依《纽约公约》在我国承认与执行。根据我国的互惠保留，我国只根据《纽约公约》承认和执行另一缔约国领土内作出的仲裁裁决，而不包括在我国境内作出的仲裁裁决。

综上，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决根据我国的国内法是外国仲裁裁决而不是中国仲裁裁决，但根据《纽约公约》又不是外国仲裁裁决而是中国仲裁裁决，在根据中国国内法不是中国仲裁裁决的情况下可以认定为《纽约公约》下的“非内国裁决”，但我国又对“非内国裁决”提出了保留。因此，域外仲裁机构在中国内地做出的裁决在我国的承认与执行存在法律上的障碍。国际商会仲裁院主席罗伯特·布里纳先生曾于 2001 年表示，根据中国仲裁法，只有仲裁法规定的仲裁委员会作出的仲裁裁决，法院才予以承认和执行，而国际商会仲裁院在中国内地作出的仲裁裁决的执行问题一直都不明确。[④]事实确实是这样，由于我国对仲裁裁决国籍的确定标准不同于国际主流标准，使域外仲裁机构在我国境内进

[①] 《德国旭普林国际有限责任公司申请承认和执行国外仲裁裁决案裁定书》，江苏省无锡市中级人民法院（2004）锡民三仲字第 1 号裁定书，2006 年 7 月 19 日。

[②] 《DUFERCOS.A（德高钢铁公司）申请承认与执行 ICC 第 14006/MS/JB/JEM 号仲裁裁决案民事裁定书》（[2008]甬仲监字第 4 号）。

[③] 赵秀文：《从相关案例看 ICC 仲裁院裁决在我国的承认与执行》，载《法学》2010 年第 3 期。

[④] 万学忠：《面向全球的 ICC 国际仲裁院——访国际商会国际仲裁院主席罗伯特·布里纳》，载《法制日报》2001 年 8 月 8 日第 8 版。

行仲裁承担着较高的法律风险，因为我国法院缺乏执行此类裁决的国内法依据。[①]在多数国家看来，在其境内作出的仲裁裁决，应当具有该国的国籍。[②]在绝大多数国家以仲裁地为标准认为域外仲裁机构在中国内地作出的仲裁裁决为中国裁决的情况下，如果中国却以仲裁机构标准认定此类裁决不是中国裁决，将使此类裁决成为无国籍裁决。其后果是，当事人没有途径在我国申请承认和执行好像类仲裁裁决，如果当事人要到法院申请撤销此类仲裁裁决，将没有任何一个国家的法院进行管辖。要解决这些问题，我国就应该改变《仲裁法》和《民事诉讼法》将仲裁机构作为确定仲裁裁决国籍的方法，转而以仲裁地为标准来确定仲裁裁决的籍属。

实际上，我国司法实践在认定仲裁裁决国籍的问题上已经开始向仲裁地标准转变。2009 年以前，我国法院严格按照仲裁机构标准认定仲裁裁决的籍属。比如 2003 年的成都华龙汽车公司案，该案仲裁条款约定“根据国际商会的调解和仲裁规则在洛杉矶进行仲裁”，后国际商会仲裁院由独任仲裁员在洛杉矶组成仲裁庭并于 2002 年 1 月 8 日作出裁决。成都中院认为，我国与法国均系《纽约公约》的缔约国，因此本案应适用《纽约公约》。[③]《纽约公约》中的“另一缔约国领土”应理解为仲裁院所在国，而非仲裁地所在国。本案国际商会仲裁院在巴黎，故缔约国应是法国，而非仲裁地所在国美国。[④]可见，本案中成都中院在认定域外仲裁机构所作裁决的籍属时，采用的是“仲裁机构所在地”标准，认为国际商会仲裁院在美国洛杉矶作出的裁决为仲裁机构所在地法国裁决，而不是仲裁地美国裁决。在 2004 年的伟贸国际案中，最高法院在复函中认为，由于国际商会仲裁院系在法国设立的仲裁机构，而我国和法国均为《纽约公约》的成员国，因此本案国际商会仲裁院在香港作出的裁决的承认和执行，应适用《纽约公约》的规定，而不应适用《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互承认和执行仲裁裁决的安排》的规定。[⑤]该复函将国际商会仲裁院在香港作出的仲裁裁决认定为法国裁决，曾引起广泛批评。比如，林一飞认为最高法院在该复函中混淆了仲裁机构所在地和仲裁地的概念。[⑥]宋连斌认为，最高法院在复函中认为 ICC 在香港作出的裁决，应依照《纽约公约》而不是《安排》予以处理的意见是错误的。[⑦]赵秀文认为，国际商会仲裁院的仲裁裁决并非都具有法国国籍，决定国际商会仲裁院裁决国籍的关键因素是当事人共同约定的或者仲裁院决定的仲裁地点。[⑧]

2009 年，最高法院的观点发生了变化。最高法院 2009 年发布的《关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》指出，域外仲裁机构或者临时仲裁庭在香港作出的裁决，应当按照《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互承认和执行仲裁裁决的安排》进行审查，而不是根据《纽约公约》进行审查。”[⑨]最高法院高晓力法官认为，该通知明确了以仲裁地而非仲裁机构所在地作为确认仲裁裁决籍属的标准，是对伟贸国际案最高法院复函

---

① 宋连斌、董海洲：《国际商会仲裁裁决国籍研究——从最高人民法院的一份复函谈起》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2009 年第 3 期。

② 赵秀文：《论国际商事仲裁裁决的籍属及其撤销的理论与实践》，载《法制与社会发展》2002 年第 1 期。

③ 《TH&T 国际公司与成都华龙汽车配件有限公司申请承认和执行国际商会国际仲裁院裁决案民事裁定书》，四川省成都市中级人民法院（2002）成民初字第 531 号，2003 年 12 月 12 日。

④ 杨弘磊：《中国内地司法实践视角下的<纽约公约>问题研究》，法律出版社 2006 年版，第 68-69 页。

⑤《最高人民法院关于不予执行国际商会仲裁院 10334/AMW/BWD/TE 最终裁决一案的请示的复函》([2004]民四他字第 6 号)，2004 年 7 月 5 日。

⑥ 林一飞：《外国仲裁裁决的承认与执行：中国二十年的司法实践》，载《国际经济法学刊》2009 年第 1 期。

⑦ 宋连斌、董海洲：《国际商会仲裁裁决国籍研究——从最高人民法院的一份复函谈起》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2009 年第 3 期。

⑧ 赵秀文：《论国际商会国际仲裁院裁决的籍属》，载《政法论丛》2005 年第 5 期。

⑨《关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》指出，“当事人向人民法院申请执行在香港特别行政区作出的临时仲裁裁决、国际商会仲裁院等国外仲裁机构在香港特别行政区作出的仲裁裁决的，人民法院应当按照《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互承认和执行仲裁裁决的安排》的规定进行审查。”

中裁判观点的修正，符合国际商事仲裁的潮流。[①]最高法院宋建立法官认为，该通知证明了我国法院仲裁理念的转变，即以仲裁地为标准确定仲裁裁决的籍属。在我国修改《仲裁法》之前，应制订司法解释或发布指导性案例，将境外仲裁机构在我国境内作出的裁决认定为我国仲裁裁决。[②]最高法院高晓力法官也认为，在司法实践中应当以仲裁地作为确认仲裁裁决籍属的标准，否则会造成域外仲裁机构在我国境内的仲裁裁决无法在我国承认和执行，其后果是当事人在约定境外仲裁机构时不会再约定我国作为仲裁地，境外仲裁机构也会尽量避免到我国境内仲裁，这样的结果明显与我国打造“一带一路”国际争端解决中心的战略目标不符。[③]可见，最高法院的司法实践已经开始将仲裁地作为确定仲裁裁决国籍的标准，最高法院的几位法官也持这一观点。根据仲裁地标准，域外仲裁机构在我国境内的仲裁裁决就可以作为我国的涉外仲裁裁决在我国得到执行。

四、结语

执行外国仲裁机构在中国内地的仲裁裁决的不确定性，根源是我国《仲裁法》和《民事诉讼法》确定仲裁裁决国籍的标准与《纽约公约》确定的国籍标准不一致，导致此类裁决找不到自己的“归属”。[④]要从根本上解决域外仲裁机构在中国内地的仲裁裁决的承认与执行问题以及撤销此类仲裁裁决的管辖法院问题，应该对《仲裁法》和《民事诉讼法》进行修改，将仲裁地作为认定仲裁裁决国籍的标准。

7.论中国自贸试验区临时仲裁制度的构建

李建忠*

摘 要：从临时仲裁的历史和欧美仲裁立法的实践来看，临时仲裁是整个仲裁制度设计的传统与根基。受我国仲裁法律文化滞后的影响，我国《仲裁法》对国内仲裁中的临时仲裁历来持体系性否定态度。我国自由贸易试验区的建设对区内多元化纠纷解决机制提出创新要求，也为临时仲裁在自贸试验区的引入夯实了现实基础。为解决临时仲裁在自贸试验区引入的制度依据问题，最高院于 2016 年 12 月发布了《第 34 号意见》，以表达对自贸试验区引入临时仲裁制度的支持立场。随后，珠海仲裁委员会和中国互联网仲裁联盟也相继发布了《横琴规则》和《联盟对接规则》来支持临时仲裁在自贸试验区的有效落实。但这三份文件在内容上均存在重大罅漏，无法支撑临时仲裁制度在自贸试验区的有效落实。鉴此，我国立法机关和其他有关部门应立足长远，借鉴国外仲裁立法的成功经验，从在自贸试验区暂停适用《仲裁法》第十六条和第十八条、制定普遍适用于各自贸试验区的临时仲裁规则、系统推进《仲裁法》的改革并植入临时仲裁制度这三个层面有序推进，建构一个理念先进，体系完整，规则精细的自贸试验区临时仲裁制度体系。

关键词：自贸试验区 争议解决机制 临时仲裁

---

① 高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法（案例）》2017 年第 20 期。

② 宋建立：《国际商事仲裁裁决的籍属问题——以我国仲裁立法与实践为视角》，载《人民司法（应用）》2013 年第 17 期。

③ 高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法（案例）》2017 年第 20 期。

④ 杨挽涛：《无国籍的仲裁裁决?——外国仲裁机构在中国内地仲裁之困境分析》，载“中国涉外商事海事审判网”，http://old.ccmt.org.cn/showexplore.php?id=783，2005 年 4 月 11 日。

引言

临时仲裁（Ad-hoc arbitration）即没有仲裁机构参与仲裁程序管理的仲裁。[①]临时仲裁在实践中可区分为公法领域的国际仲裁和私法领域的商事仲裁。由于我国自贸试验区的争端本质上属于商事争端，因此，本文拟将探讨的临时仲裁仅限于商事仲裁。

受我国仲裁法律文化滞后的影响，我国仲裁法对临时仲裁历来持模糊态度，并在实践中采用双重标准：即国内商事仲裁中不认可临时仲裁，但依据相关公约和双边条约有限承认外国临时仲裁裁决和双边投资争端中的临时仲裁。[②]我国自由贸易试验区（下文简称“自贸试验区”）的设立[③]一方面深化了我国的对外开放格局，另一方面也对区内多元化纠纷解决机制的创新提出了新的要求。在这样的背景下，临时仲裁在自贸试验区的引入就成为区内多元化纠纷解决机制创新的重要议题之一。

为解决临时仲裁在自贸试验区引入的制度依据问题，最高院于 2016 年 12 月 30 日发布了《最高人民法院关于为自贸试验区建设提供司法保障的意见》（下文简称《第 34 号意见》）。该意见第九条第三款对满足“特定当事人”、“特定地点”、“特定仲裁规则”和“特定仲裁员”这四个特定要件的仲裁协议表达了肯定与支持，并要求各级人民法院对这类仲裁协议的否定必须逐级上报审查。由于这四个特定要件突破了我国《仲裁法》第 16 条要求仲裁协议必须选定仲裁委员会的规定，因而实质上是承认了临时仲裁协议的有效性。在《第 34 号意见》第 9 条第三款的指引下，广东自贸试验区珠海横琴新区片区管委会和珠海仲裁委员会于 2017 年 3 月发布了《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》（下文简称《横琴规则》），开启了我国自贸试验区临时仲裁规则建设的先河；随后，中国互联网仲裁联盟[④]又于 2017 年 9 月发布了《中国互联网仲裁联盟临时仲裁与机构仲裁对接规则》（下文简称《联盟对接规则》），以期建立一种临时仲裁程序和裁决向机构仲裁程序和裁决转化的机制。从《第 34 号意见》到《横琴规则》再到《联盟对接规则》，虽然反映了我国官方对临时仲裁制度的立场松动，也彰显了民间对临时仲裁制度的积极响应，但从这三份文件的性质和内容来看，它们都存在较大的瑕疵，并未形成系统成熟且具有普适性的法律制度与规则体系，因而无法实现临时仲裁制度在自贸试验区的有效落实。

对于我国在自贸试验区临时仲裁制度上的大胆尝试及其存在的瑕疵，国内学界给予了较为密切的关注。如有的学者从文本上解读了《第 34 号意见》和《横琴规则》，并从多个维度指出了这两份文件存在的缺漏与瑕疵；[⑤]有的学者则以积极肯定的态度评析了《第 34 号意见》和《横琴规则》的现实价值，并展望了临时仲裁制度在我国自贸试验区发展的可

---

① Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 10th edition, 2014, Thomson Reuters, p. 125.

② 我国现行《仲裁法》第 16 条要求仲裁协议中必须选定仲裁委员会，因而在实质上否定了临时仲裁的合法性。但我国于 1986 年加入了 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即《纽约公约》），根据全国人大关于我国加入《纽约公约》的决定和最高人民法院关于执行《纽约公约》的通知，我国司法机关应当履行公约义务，并依据互惠原则承认和执行来自另一缔约国的临时仲裁裁决；另外，在我国与瑞典、德国、荷兰、加拿大等许多国家签署的双边投资保护协定中也约定了通过专设仲裁庭（ad-hoc arbitral tribunal，实际上即临时仲裁庭）解决缔约双方或投资者与缔约一方之间的争议，并要求按国内法执行仲裁裁决。

③ 从 2013 年 9 月至 2018 年 6 月，我国先后成立了上海、广东、天津、福建、辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西、海南 12 个自由贸易试验区。

④中国互联网仲裁联盟是由仲裁机构、高等院校、律师协会、仲裁员协会以及互联网技术企业等共同组成，旨在实现仲裁机构及相关各界之间交流合作、互联互通、共商共建共享，推动仲裁创新发展的民间组织。该组织于 2015 年 9 月成立于广州。

⑤孙巍:《中国临时仲裁的最新发展及制度完善建议——<最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见>解读》，《北京仲裁》2017 年第 3 期，第 83-94 页。

能态势。[1]但总体而言，学界的关注还主要停留在对上述文件的文本分析和评价层面，而对临时仲裁制度的历史、临时仲裁制度的核心制度以及我国自贸试验区临时仲裁制度落实的主要困境等基础性问题尚未展开深入研究，因而也无法就我国自贸试验区临时仲裁制度构建的基本路径提出科学方案。

鉴于上述制度现状和研究现状的局限性，本文将分四个部分来探讨我国自贸试验区的临时仲裁制度，以求突破当前的制度困境和理论局限，为我国自贸试验区临时仲裁制度的构建提出体系化的学理建议，其具体内容包括：一、采用历史研究的方法梳理临时仲裁制度历史脉络，并；二、采用比较研究的方法阐释临时仲裁制度的核心内容；三、采用文本分析的方法阐述我国自贸试验区临时仲裁的制度实践与困境；四、就我国自贸试验区临时仲裁制度的构建路径提出系统的学理建议。

一、临时仲裁的历史沿革

由于机构仲裁是临时仲裁发展到一定阶段的产物，因此，从仲裁发展的历史进程来看，在 19 世纪中期机构仲裁出现以前，仲裁与临时仲裁有着相同的实质与内涵。[2]从这样的意义上说，19 世纪中期以前的仲裁史亦即临时仲裁的历史。[3]

（一） 仲裁制度在古代欧洲社会的原初形态

仲裁起源于何时何地已无从考据。据说远在公元前 3 世纪甚至回溯到荷马时代的希腊，仲裁就成为城邦国家之间或私人解决争端的方式之一。[4]当然，这一时期的仲裁能否归类于商事仲裁并形成一种法律制度仍然有待史料的支持与进一步的考察。

作为一种处理民商事纠纷的制度，商事仲裁似乎可以追溯到古罗马时期相关法律制度：如古罗马已经存在仲裁员根据仲裁协议判罚并根据“善良和公平”标准判定向原告清偿的“仲裁诉讼”（arbitrariae）制度；[5]公元前 5 世纪的古罗马《十二铜表法》第 2 表、第 7 表、第 9 表和第 12 表也有关于仲裁员的记载；[6]还有公元 6 世纪编撰的《民法大全》“论告示”第二编中保罗关于“争议可以通过仲裁解决”的叙述。[7]从古罗马相关制度的基本内涵来看，这一时期的“仲裁诉讼”也不是现代意义上的商事仲裁，其实质上属于罗马时期的诉讼制度之一，是一种有别于“严格审判之诉”的“诚信诉讼”制度；[8]仲裁员的角色则属于罗马共和时代法院编制中的推事，级别低于裁判员，其职能在于“依裁判官之指示程式，审理交下之案件”，并调解双方当事人间的利益。[9]

---

[1] 张建：《中国自贸区临时仲裁规则的法律构建》，《石河子大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 5 期，第 66-72 页。

[2] 高菲、徐国建：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社 2017 年版，第 1 页。

[3] 全国人大常委会法制工作委员会民法室等：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 2 页。

[4] Geogrge Magureanu, Considerations on the historical development of arbitration and new tendencies in the development of national and international arbitration, The Juridical Current, 2012, vol. 48, 123-135.

[5] [意]毕德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（2017 年校订版），黄风译，中国政法大学出版社，2018 年版，第 75 页。

[6] 古罗马《十二铜表法》第 2 表规定：审理之日，如遇承审员、仲裁员或诉讼当事人患重病，或者审判涉及外国人……，则应延期审讯；第 7 表规定：“土地疆界发生争执时，由长官委任仲裁员三人解决之”；第 9 表规定：“经长官委任的承审员或仲裁员，在执行职务中收受贿赂的，处死刑”；第 12 表规定：“凡以不诚实的方法取得物的占有的，由长官委任仲裁员三人处理之，如占有人败诉，应返还所得的孳息的双倍”。

[7] 古罗马的《民法大全》“论告示”第二编提到：“为解决争议，正如可以进行诉讼一样，也可以进行仲裁。执行了仲裁裁决的被告得以免受处罚。”参见全国人大常委会法制工作委员会民法室等：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 5 页。

[8] [意]毕德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（2017 年校订版），黄风译，中国政法大学出版社，2018 年版，第 73-75 页。

[9] 邱汉平：《罗马法》，朱俊勘校，中国方正出版社 2004 年版，第 406-410 页。

中世纪前期的西欧受蛮族入侵的影响，商业贸易几乎近于停滞，因此，商事仲裁丧失了得以持续的现实基础。及至公元 11、12 世纪，西欧农业生产的发展促进了商业贸易的繁荣，继而催生了大量的跨地区商事争议。为迅速、及时地处理商事争议，中世纪的商人在长期的争议解决实践中建立了专门针对商事争议解决的“集市法院”、“行商法院”、“海事法院”、“城镇法院”和“领事法院”等商事法院及其争议解决程序。[①]由于上述商事法院有着不同于现代法院的特殊组织形式，[②]且在审理程序上有着迅速、[③]非正式和公平[④]以及不可上诉等与现代商事仲裁相似的特性，因此，有学者认为中世纪的商人法院并非严格意义上的法院，而是一种类似于现代调解和仲裁庭性质的争议解决机构，且具备了现代常设仲裁庭的基本特征。[⑤]但另一方面，中世纪商事法院对商事争议又有着固定且独占的管辖权，且在适用法律时仅适用商人法，因而也有学者认为将这种争端解决程序看作商事仲裁尚缺乏充分的依据，因而不能武断地认为它就是现代意义的商事仲裁。[⑥]这种学术观点上的分野无疑体现了中世纪商事仲裁法院及其争议解决程序在性质上的模糊性。

尽管学界对中世纪商人法院及其争议解决程序能否归类于商事仲裁仍然存在争议，但不可否认的是中世纪商人法院在组织形式及其争议解决程序方面与现代商事仲裁制度存在天然的一致，这种内在的一致体现了现代商事仲裁制度与中世纪商人法院制度之间的血缘关系。也正因为这种内在的一致，学界普遍认为中世纪商人法院及其争议解决程序是现代商事仲裁制度的前身。[⑦]事实上，从学界已有的阐述来看，英国在 1347 年的一部年鉴中就有了仲裁的记载，而瑞典则在十四世纪中叶便确认了仲裁作为契约争议解决的一种合法形式。[⑧]在随后三个多世纪的历史进程中，仲裁更是以商事法院为组织形式，在英国和欧洲大陆发展成商事争议解决的重要途径。[⑨]但不可否认的是在 1697 年英国议会通过第一个仲裁法案之前，仲裁在欧洲社会的存在还只是一种与商人法院交织在一起，且广泛应用于商事争议解决的实践机制，其在法律上的地位并不明确。

（二）仲裁制度在近代欧美的法定化

仲裁获得法定的形式与内容是近代欧洲民族国家形成之后的事情。近代欧美各主要国家的仲裁立法最早可追溯到英国议会 1697 年通过的仲裁法案，该法案虽然只有两个条文，

---

① [美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，法律出版社，2008 年版，第 339 页。

② 市场法院、集市法院和城市商事法院的法官通常由商人们从其成员中选出；行会法院的法官通常由行会首脑或其代表组成，且一般选择 2-3 名行会商人成员担任陪审员；领事法院则允许外国商人从其本国商人中选择法官。参见[美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，法律出版社，2008 年版，第 339-340 页。

③ 在审理速度方面，商事法院的时限幅度很窄：在集市法院，审判应在商人脚上的尘土未掉就完结；在海事法院，审判应当在潮汐之间完结；在行会法院和城镇法院，审判应当在一天内完结。参见[美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，法律出版社，2008 年版，第 340 页。

④ 商事争议在商事法院的审理并不需要遵守严格的程序，而应按照良心和公平原则（*ex aequo et bono*）来处理。参见[美]哈罗德·J·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，法律出版社，2008 年版，第 340-341 页。

⑤ [英]施米托夫：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 6-7 页。

⑥ 持这种观点的主要代表人物有英国学者波洛克和梅特兰（Pollock and Maitland）等。See Earl S. Wolaver，The Historical Background of Commercial Arbitration，University of Pennsylvania Law Review，December, 1934, pp. 132-146.

⑦ 高鸿钧、李红海：《新编外国法制史》（上册），清华大学出版社 2015 年版，第 290 页。

⑧ 高菲、徐国建：《中国临时仲裁实务指南》，法律出版社 2017 年版，第 8 页。

⑨ Earl S. Wolaver，The Historical Background of Commercial Arbitration，University of Pennsylvania Law Review，December, 1934, pp. 132-146.

但却改变了英国王室长期来对仲裁制度的排斥态度，[①]首次从立法层面肯定了仲裁制度在商事争议解决中的重要地位。[②]随后，英国国会又于 1889 年通过了英国的第一部仲裁法（Arbitration Act 1889），该法共 30 个条文，内容涉及仲裁员的权力，证人的传唤，裁决的撤销等，该法完全取代了 1697 年的仲裁法案。此后，英国仲裁法历经 1934 年、1950 年、1975 年、1979 年和 1996 年五次重大修立，最终形成了一个完备科学的仲裁法体系。[③]

法国近代历史上并未制定专门的仲裁法，其仲裁制度主要通过专篇的方式存在于《法国民事诉讼法典》中。早在法国大革命时期的 1790 年，国民议会就将仲裁确定为民商事争议解决的重要途径。[④]1800 年《法院组织法》第三条则规定公民有权选择将其争议交由仲裁员裁判，且仲裁员所做的裁判不受任何审查；1806 年颁布《法国民事诉讼法典》时，该法典又进一步设立了仲裁专篇。[⑤]进入 20 世纪以后，随着仲裁立法在欧洲各国的普及，法国于 1925 年通过立法，认可仲裁条款的法律效力，同时还修订了《民事诉讼法典》中有关仲裁的法律规定。其后，1980 年 5 月,法国又发布了关于仲裁的第 80-354 号法令(即《法兰西共和国仲裁法令》)对国内仲裁体系予以重构，该法令于 1981 年 5 月并入《法国民事诉讼法典》，并对国际仲裁做出规定。法国最近一次对仲裁法的修订于 2011 年完成，这次修订是对法国仲裁法的一次重大改革。[⑥]

瑞典虽然在 14 世纪中叶的地方法典中就将仲裁作为解决争议的方式之一，但直到 1887 年才制定了第一个专门的仲裁法令。后于 1919 年对 1887 年仲裁法令作了重要的修改，并于 1929 年颁布了《1929 年仲裁法》和《外国仲裁条例》。[⑦]在经历了一个多世纪的实践之后，瑞典于 1999 年颁布了最新的仲裁法。[⑧]

德国在历史上并无专门的仲裁法立法，其有关仲裁程序的立法最早可见诸于 1877 年《德国民事诉讼法》第十篇中。该法自 1877 年生效后，虽经历多次修订，但有关仲裁的规定变化不大，直到东德与西德统一后的 1997 年，才对其仲裁法做出了重大修订。[⑨]

在美国，虽然联邦最高法院在 1854 年就认可了仲裁员做出的裁决，但有关仲裁的立法却到二十一世纪前期才出现。美国的仲裁法成文立法主要有两个法律文件：一是美国国会于 1925 年制定的《联邦仲裁法》（Federal Arbitration Act,简称 FAA）；二是美国统一州法全

[①] 由于以商事法院为组织形式的仲裁具备快速、高效、便捷等优势，且不允许当事人上诉，因而在商事争议解决中享有独占的地位。这种近于垄断的地位削弱了英国王室法院对商事争议的管辖，因而受到了王室的干预。英国王室于 1353 年颁布了《贸易中心法》（the Statute of the Staple），该法允许商事争议当事人就仲裁裁决向大法官（chancellor）和皇家法律顾问委员会(King’ council)提出上诉。这一规定改变了仲裁裁决不可上诉的传统，从而弱化了商事仲裁的权威。不过，1353 年《贸易中心法》虽然为司法干预仲裁提供了法律依据，但它并未改变仲裁在商事争议解决中的优势地位。真正实质性地推进王室法院对仲裁干预的是 1609 年的维诺尔案(Vynior case)。该案确立了仲裁裁决可以被王室法院撤销的原则，因而确立了王室法院在商事争议解决上的优势地位。参见[美]布鲁斯·本森：《没有政府的正义：中世纪欧洲商人法庭及其现代版本》，徐昕、徐昀译，载于《经济法学评论》第三卷（2002），中国法制出版社 2002 年版，第 75-110 页；and see Leon E. Trakman, *The Law Merchant：The Evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman & Co. 1983, pp. 26-27.

[②] 英国王室法院对仲裁的排斥态度不仅扼杀了仲裁应有的活力，而且导致大量的商事案件流向欧洲大陆。为了挽回英国普通法法院对商事案件管辖权的流失颓势，同时也为了缓解因美国内战而导致的商事案件在英格兰法院的拥挤，代表英国王室的议会不得不重新审视仲裁的重要性，继而于 1697 年制定了第一个仲裁法案并重新确立了仲裁在商事争议解决中的重要地位。

[③] 罗楚湘：《英国仲裁法研究》，武汉大学出版社 2012 年版，第 14-18 页。

[④] 李乾贵、朱建军:《仲裁法学新论》，中国教育文化出版社 2006 年版，第 151 页。

[⑤] 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 19 页。

[⑥] 郑永南：《法国仲裁制度新发展述评》，载于《东南司法评论》（2017 年卷），厦门大学出版社 2017 年版，第 570-581 页。

[⑦] 全国人大常委会法制工作委员会民法室等：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 5 页。

[⑧] 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 23-24 页。

[⑨] 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 24 页。

国委员会和美国律师协会于 1955 年共同制定的《统一仲裁法案》（Uniform Arbitration Act, 简称 UAA）。1925 年《联邦仲裁法》属美国联邦法律体系，该法自实施以来至今未做重大修改。1955 年《统一仲裁法案》对各州的立法起到了重要的示范作用，目前有 49 各州的仲裁法立法不同程度采纳了该法的规定。公元 2000 年，美国统一州法全国委员会通过了《统一仲裁法修订本》（Revised Uniform Arbitration Act，简称 RUAA），该法吸收了《联合国贸易委员会仲裁示范法》、《纽约公约》和《英国仲裁法》的合理成分,对 1955 年《统一仲裁法案》做出了重大修订。[①]

（三）近代仲裁制度的分化：临时仲裁与机构仲裁

近代欧美各国的仲裁实践一方面加速了仲裁的法定化，另一方面也推动了近代仲裁制度向机构仲裁的分化。英国是最早实现仲裁制度机构化的国家。据史料记载，1841 年成立的英国利物浦棉花公会在 1863 年第一次草拟了一个包含仲裁条款的格式合同，该仲裁条款要求将可能发生的争议提交公会主持下的机构仲裁解决。利物浦棉花公会的这一做法随即得到了伦敦证券交易所、伦敦谷物贸易公会和咖啡贸易公会、德国汉堡的谷物贸易公会（1868 年成立）以及德国的不莱梅棉花交易所（1871 年成立）等行业组织的仿效。[②]上述行业组织下属的仲裁机构本质上属于私立的常设仲裁机构，能独立地行使仲裁管辖权和审理权，不受国家和政府机关的干预。由于常设仲裁机构在仲裁实践中逐渐形成了固定的组织形式，建立了完整的办事机构和健全的行政管理制度，并制定了明确的仲裁规则和仲裁员名单，因而具有程序管理规范高效、仲裁裁决的质量可信、仲裁费用明确以及仲裁服务水平高等优势特征。也正是基于这些明显的优势特征，机构仲裁自诞生以来即得到了世界各国仲裁立法以及相关国际条约的普遍支持，且附设于各国商会或其他民间性组织的国家常设仲裁机构和附设于国际组织机构之下的国际常设仲裁机构也随后相继成立：如 1892 年成立的英国伦敦仲裁协会、1911 年成立的瑞士苏黎世商会仲裁院、1917 年成立的瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、1920 年成立的德国仲裁委员会、1926 年成立美国仲裁协会、1949 年成立的荷兰仲裁协会、1950 年成立的日本商事仲裁委员会、1956 年成立的中国国际经济贸易仲裁委员会（最初名称为对外贸易仲裁委员会）、1958 年成立的意大利仲裁协会、1923 年成立的国际商会仲裁院以及根据 1965 年《解决国家和他国国民间投资投资争议公约》而设立的解决投资争端国际中心等。

上述仲裁机构的涌现体现了仲裁制度由传统单一的临时仲裁向机构仲裁分化的二元格局。在这种临时仲裁与机构仲裁并存的二元格局中，机构仲裁虽然因其优势特征而在世界范围以及商事法律关系的各个领域得到普遍的认同和发展，但这并未改变临时仲裁在商事争议解决机制中应有的重要地位。事实上，从国外学者的相关调查来看，临时仲裁无论是在各种国际商业贸易仲裁案件中，还是在国家作为争议当事人一方的仲裁案件中，均保持着极其重要的地位。[③]

（四）临时仲裁制度的国际化

中世纪的商事法院实际上是一种跨领土单元的争议解决机构，但近代以来各主权国家的仲裁立法却使得商事仲裁朝国内化的方向发展，继而加剧了各主权国家仲裁法之间的潜在冲突。随着近代各主权国家间国际贸易的迅速扩张，各国仲裁法之间的真实冲突也日益明显。为了消弭各国仲裁法之间的歧异，国际社会从 19 世纪末开始便致力于仲裁的统一化进程，这其中也包括临时仲裁制度的统一化。

最早开展的国际商事仲裁统一化活动是美洲国家：1889 年 2 月，南美洲国家在乌拉圭

[①] 李叶丹：《美国仲裁法的新发展》，载于《东南司法评论》（2010 年卷），厦门大学出版社 2010 年版，第 451-462 页。

[②] 李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》（第二版），武汉大学出版社 2001 年版，第 501 页。

[③] 李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》（第二版），武汉大学出版社 2001 年版，第 500-501 页。

首都蒙得维的亚签署的蒙得维的亚《诉讼程序法条约》，该条约规定了成员国之间承认和执行外国仲裁裁决的条件与程序；1928 年 2 月，美洲国家于古巴首都哈瓦那召开第 6 届泛美会议，并通过了《布斯塔曼特法典》，该法典规定承认和执行外国判决的程序与条件也适用于外国仲裁裁决。

进入 20 世纪之后，随着仲裁适用领域的不断扩展，仲裁的统一化进程也逐渐由区域向全球拓展。1923 年 9 月，在国际联盟的主持下，16 个欧洲国家在日内瓦签订了《关于承认仲裁条款的日内瓦议定书》，第一次肯定了仲裁协议的法律效力及其对法院管辖权的排除；随后，各国又于 1927 年签署了《关于执行外国仲裁裁决的日内瓦公约》，该公约规定了承认与执行他国仲裁裁决的条件，并就拒绝承认与执行他国仲裁裁决以及撤销他国仲裁裁决等事项做出了规定。由于上述两个条约存在缔约国间条约的适用需“以互惠为基础”的重大缺陷，[①]以至于根本无法满足二战以后国际经济贸易发展的新需求，1958 年 6 月，联合国经社理事会在纽约主持召开的联合国国际商事仲裁会议通过了《关子承认与执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)，公约在总结日内瓦两公约经验的基础上就外国仲裁裁决的承认与执行做出了更加合理的规定。除了上述公约外，1961 年《国际商事仲裁欧洲公约》、1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（下文简称 《UNCITRAL 仲裁规则》）和 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（下文简称《国际商事仲裁示范法》）也对二战后国际商事仲裁的统一化发挥了重要的作用。

在上述有关商事仲裁的国际公约中，临时仲裁作为当前仲裁制度二元格局中的一元，始终保持了其基于传统的重要地位：如 1958 年《纽约公约》第 1 条第二款规定：“本公约所指称之裁判者，不仅指个别事件由选定之仲裁员所作的裁判，也指当事人交付仲裁机构所作出的裁判”；1961 年《关于国际商事仲裁的欧洲公约》第 4 条第 1 款规定：“仲裁协议的当事人可自行决定将其争议提交于常设仲裁机构或临时仲裁”；而 1976 年《UNCITRAL 仲裁规则》设立的初衷就是为世界各国（地区）当事人采用临时仲裁时提供程序参考；1985 年《国际商事仲裁示范法》第二条也明确规定：“‘仲裁’是指无论是否由常设仲裁机构进行的任何仲裁”，这其中当然也包括临时仲裁。

总体而言，临时仲裁发展至今，在当今各国国内仲裁和国际商事仲裁中仍然占有重要的席位，尤其是在海事仲裁、网络仲裁以及小额纠纷仲裁等领域，临时仲裁更是以其不同于机构仲裁的自主、灵活、高效、经济等优势发挥着不可替代的重大作用。也正因为临时仲裁在商事争议解决中的重要地位，葡萄牙和希腊甚至曾一度取消机构仲裁，将临时仲裁当作最主要的仲裁形式。[②]

二、比较法视野下临时仲裁区别于机构仲裁的核心制度

临时仲裁作为一种商事争议解决机制虽然有着古老的历史，但作为一种法制化的争议解决机制却始于近代主权国家的仲裁立法。综观近代以来英、法、德、美等国家的仲裁立法和 1958 年《纽约公约》以及《国际商事仲裁示范法》的规定，其立法体例中并未刻意区分临时仲裁与机构仲裁，而是将这两者混合在一起进行安排。这种安排在仲裁实践中表现为：除当事人通过协议明确将仲裁程序的组织与管理交给常设仲裁机构外，当事人之间的仲裁应归类于临时仲裁。从这样的意义上说，在欧美国家的仲裁立法及相关国际立法文件中，临时仲裁是整个仲裁制度设计的传统与根基所在，而机构仲裁则只是临时仲裁在近代

[①] 这两个条约均要求条约在缔约国之间的适用需首先签署一项关于条约适用的双边协定，即以互惠为基础。
[②] 谭兵：《中国仲裁制度研究》，法律出版社 1995 年版，第 68 页。

社会分化出来的一种新形式。[1]事实上，临时仲裁制度从形式到内容都不是一个孤立于机构仲裁的规则体系，其具体程序规范与整个仲裁制度融合在一起，渗透在仲裁程序的各个环节，与机构仲裁紧密结合，共同构成了欧美现代仲裁制度。

但临时仲裁与机构仲裁的紧密结合状态并不能掩盖他们在具体制度设计上的个性差异。从欧美各国仲裁立法的实践来看，临时仲裁相较于机构仲裁的个性特征主要体现在其核心内容的设计上，这些个性化的核心内容主要包括：（1）仲裁协议对常设仲裁机构的回避；（2）仲裁庭独立的自由裁量权；（3）仲裁员资格的宽松标准和协议约定；（4）仲裁庭组成和仲裁员选任的自主性；（5）仲裁程序规则的自主约定；（6）仲裁地的自主选择和依法指定；（7）仲裁语言的自主约定；（8）仲裁员回避与更换的自主约定及其司法救济；（9）仲裁费用的约定；（10）司法支持与监督的保障需求等。

（一）仲裁协议对常设仲裁机构的回避

仲裁协议是指各方当事人根据意思自治原则，表示愿意将他们之间已经发生或可能发生的争议提交仲裁解决的协议。[2]从各国的立法实践来看，无论是在临时仲裁还是机构仲裁中，一份有效的仲裁协议通常要在协议主体、协议内容和协议形式这三个方面满足一定的要求：如协议主体一般要具备合法的缔约资格与能力，协议的意思表示必须真实，协议提交解决的争议必须具有可仲裁性，协议的形式必须符合法定的要求，协议需约定仲裁庭的组成等。

就临时仲裁的仲裁协议而言，其区别于机构仲裁协议的根本特征在于当事人一般无需约定争议解决的常设机构，而仅需约定仲裁员或仲裁员的指定方式。事实上，由于欧美各国将临时仲裁视作仲裁制度应有的原初形态，因此，其有关仲裁协议的立法在体例上必须兼顾临时仲裁和机构仲裁这两种形式，不强求当事人在仲裁协议中约定常设仲裁机构。如法国《民事诉讼法典》第 1443 条规定："仲裁条款应当指明仲裁员，或者规定指定仲裁员的方式，否则，亦无效"；[3]意大利《民事诉讼法典》第 809 条第二款也规定："仲裁协议或仲裁条款应写明指定的仲裁员或规定仲裁员的人数及仲裁员的指定方式"。[4]上述立法体例实质上回避了当事人对常设仲裁机构的约定，继而使有关仲裁协议的规定可以普遍适用于临时仲裁与机构仲裁。但临时仲裁协议对常设仲裁机构回避是针对整个仲裁程序的管理而言的。事实上，在涉及仲裁庭的组成和仲裁员的指定时，临时仲裁的仲裁协议仍然有可能约定仲裁机构来处理当事人在组成仲裁庭或指定仲裁员时无法达成合意的被动局面。[5]

（二）仲裁员资格的宽松标准和协议约定

仲裁员的资格主要指国内法、国际公约、仲裁规则以及仲裁协议对仲裁员的国籍、法律能力（是否仅限于自然人）、法律资格（是否具有执业资格）、专业知识素养等所提出的必备条件。从仲裁法立法及仲裁实践来看，仲裁员资格的限定主要体现在三个层面：一是仲裁程序法对仲裁员资格的法定要求；二是仲裁机构的仲裁规则对仲裁员的特殊要求；[6]三是当事人在仲裁协议中对仲裁员资格的特殊约定。[7]就临时仲而言，由于没有机构参与仲裁

---

[1] 从欧美各国的仲裁立法、仲裁实践以及相关国际立法文件来看，临时仲裁作为商事仲裁制度的原初形态，目前仍然被世界上大多数国家广泛接受和采纳，特别是在国际海事争议解决中，临时仲裁更占有绝对优势。参见乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 83-84 页。

[2] 全国人大常委会法制工作委员会民法室等：《中华人民共和国仲裁法全书》，法律出版社 1995 年版，第 136 页。

[3]《法国新民事诉讼法典》（下册），罗结珍译，法律出版社 2008 年版，第 1151 页。

[4] 李双元等：《国际私法教学参考资料选编》（中册），北京大学出版社 2002 年版，第 923 页。

[5] 【美】加里·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 38 页。

[6] 如《芬兰中央商会仲裁院仲裁规则》第 8 条规定："由仲裁院制定的仲裁员必须具有独立性、公正性，完全符合法定资格条件和在仲裁领域内具有丰富的专业知识。除非有特殊的原因，仲裁员的首席仲裁员或独任仲裁员必须是一名律师。"

[7] 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 65-70 页。

程序的管理，其对仲裁员资格的限定主要体现为法定的基本要求和当事人的协议约定。

就仲裁程序法对仲裁员资格的限定而言，欧美各国一般持宽松态度，很少在国籍、法律能力、法律资格和专业素养等问题上做严格的限定。在立法实践中，这种宽松的限定主要有三种情形：一是仅要求仲裁员具备完全的民事行为能力，如法国、瑞典、比利时、荷兰、葡萄牙、波兰、罗马尼亚、希腊、阿根廷等国的相关规定；[①]二是不直接规定仲裁员的资格条件，但充分尊重当事人在仲裁程序中选任仲裁员的自主权，允许当事人在仲裁协议中约定仲裁员的资格，同时要求法院尊重当事人对仲裁员资格所做的约定，[②]如英国 1996 年仲裁法和德国 2014 年《民事诉讼法》的相关规定[③]以及美国、瑞士、澳大利亚、印度、墨西哥、泰国等国家的相关法规；[④]三是以“禁止”少数群体的方式来限定仲裁员的资格，如《意大利民事诉讼法典》的有关规定。[⑤]

在临时仲裁中，仲裁员的资格除了要满足法定要求外，有时还要遵守当事人的协议约定。实践中，仲裁员资格的约定可以是当事人在仲裁协议中的直接约定，也可以通过援引机构规则来约定，其内容主要包括仲裁员的国籍、语言、法律能力与资格、职业背景等。[⑥]

（三）仲裁庭组成和仲裁员选任的自主性

仲裁庭的组成规则是临时仲裁制度的核心内容之一，其内容主要涉及仲裁庭的组织形式和仲裁员的选任。由于临时仲裁无法象机构仲裁那样由常设仲裁机构的仲裁规则来规范仲裁庭的组织形式和仲裁员的选任，因此，其相关规则通常由各国仲裁法来做一般限定，且一般都允许当事人自主约定仲裁员或选任仲裁员的方法以及仲裁庭的组织形式。

对于仲裁庭的组织形式，欧美各国的立法普遍遵循奇数原则，要求仲裁庭采用独任仲裁庭或奇数仲裁员组成的仲裁庭。[⑦]虽然也有少数国家允许当事人选择偶数的仲裁员来组成仲裁庭，但实践中一般会要求当事人再额外委任一名仲裁员作为首席仲裁员或公断人。[⑧]鉴此，偶数仲裁庭在本质上仍然是奇数仲裁庭，而从欧美各国的实践来看，严格采用偶数仲裁员的仲裁庭并不存在。

独任仲裁庭通常由一名仲裁员组成，其仲裁员的选任规则是由当事人双方在仲裁协议中共同约定的一名仲裁员组成。奇数仲裁员组成的仲裁庭通常由三名仲裁员组成。在仲裁员的选任规则上，各国仲裁法一般要求当事人先各自选任一名仲裁员，然后再由他们选任的仲裁员共同选任第三名仲裁员作为首席仲裁员，如《国际商事仲裁示范法》第 11 条，德国 2014 年《民事诉讼法》第 1034 条和瑞典 1999 年《仲裁法》第 13 条等。

对于一个具体的案件，仲裁庭的组成人数可以由当事人的协议约定。但如果当事人在仲裁协议中没有这样的约定，各国的仲裁法通常会就仲裁员人数的确定做出强制性的规定：如《国际商事仲裁示范法》第 10 条和许多大陆法系国家的仲裁法均规定在当事人没有约定

---

① 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 66 页。

② 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 65、69 页。

③ 英国 1996 年仲裁法第 19 条规定：“……法院应充分尊重当事人对仲裁员的资格条件所作的约定”；德国 2014 年《民事诉讼法》第 1035 条第 5 款规定：“法院在指定仲裁员的时候，应注意当事人的协议中对仲裁员资格的要求……”。

④ 乔欣：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年版，第 65-66 页。

⑤ 《意大利民事诉讼法典》第 812 条第 2 款规定：“未成年人、无法律行为能力人、破产者以及被开除公职的人，不得担任仲裁员”。

⑥ 【美】加里·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 183-185 页。

⑦ 如法国 2006 年《新民事诉讼法典》第 1453 条规定：“仲裁庭由独任仲裁员组成，或者由人数为奇数的数名仲裁员组成”。比利时 1998 年《司法法典》第 1681 条第一款规定：“组成仲裁庭之仲裁员应为奇数。亦可为一名独任仲裁员”。

⑧ 英国 1996 年《仲裁法》第 15 条第 2 款规定：“除非当事人另有约定，约定仲裁员人数为两名或其它偶数的，应理解为要求委任额外的一名仲裁员作为首席仲裁员”；1998 年《比利时司法法典》第 1681 条第 2 款规定：“如仲裁协议规定了偶数数目的仲裁员，则应额外补充一名仲裁员”；法国 2006 年《新民事诉讼法典》第 1454 条规定：“当事人指定的仲裁员人数为偶数时，仲裁庭应增补一名仲裁员。……”。

时仲裁员的人数应该为三人；而许多普通法系国家的仲裁法则将独任仲裁员作为替补方案，如英国 1996 年《仲裁法》第 15 条第三款的规定和美国《联邦仲裁法》第 5 条的规定等。

对于仲裁员的选任或选任方法，《国际商事仲裁示范法》和欧美各国的仲裁法通常也赋予当事人自主选择权，允许当事人在仲裁协议中自主选任仲裁员或约定仲裁员的指派机构。但在具体的实践中，当事人在仲裁协议中疏于约定仲裁员或仲裁员的选任方法、或虽有约定却无法就仲裁员的选任或选任方法达成一致、或选任的仲裁员无法正常履职等情形十分常见，一旦出现这些情形，仲裁庭的组成将陷入僵局。为弥补这种当事人自主选择权缺位的尴尬局面，《国际商事仲裁示范法》和欧美各国的仲裁法一般都规定当事人一方可以申请有管辖权的法院或其他机构在尊重当事人意思自治原则的基础上指定仲裁员，如《国际商事仲裁示范法》第 11 条；美国《仲裁法》第 3 条；瑞典 1999 年《仲裁法》第 14-17 条；德国 2014 年《民事诉讼法》第 1035 条；法国 2006 年《新民事诉讼法典》第 1454 条；日本 2004 年《仲裁法》第 17 条等均有类似的规定。

（四）仲裁庭在仲裁程序推进过程中的核心地位

在临时仲裁语境下，由于没有机构参与仲裁程序的管理，因此，整个仲裁程序的推进除了需要当事人的全力配合以外，主要依赖于仲裁庭独立自主的工作。仲裁庭在仲裁程序推进过程中的这种独立自主性奠定了它在整个仲裁程序推进过程中的核心地位。从欧美各国仲裁法立法和《国际商事仲裁示范法》的相关规定来看，仲裁庭在整个仲裁程序推进过程的核心地位主要体现于仲裁庭在诸多重大程序事项上的主导作用，这种主导作用对整个仲裁程序而言将产生重大的影响，如对仲裁协议效力和仲裁管辖权的裁定、对仲裁地的确定、对仲裁审理过程的控制、对仲裁临时措施决定的作出、对仲裁裁决的作出以及对仲裁费用承担的裁定等。

（五）仲裁程序规则的自主约定

仲裁规则是仲裁机构制定或当事人自己约定的规范仲裁活动的具体程序规则，也是仲裁机构、仲裁员和仲裁参与人在具体仲裁活动中应遵守的准则。[①]

在机构仲裁中，常设仲裁机构一般都有自己独立的仲裁规则，因此，当事人选择机构管理仲裁程序时，除非当事人在仲裁协议中另有约定，否则，仲裁机构一般只适用自己的仲裁规则。

在临时仲裁中，仲裁程序规则一般由当事人在法律规定的范围内协议约定，如《国际商事仲裁示范法》、《纽约公约》和大多数国家的仲裁法均有类似的规定。实践中，当事人可以在保证对各方当事人公平的前提下，自己设定仲裁程序规则，或者援引现成的仲裁规则，如《UNCITRAL 仲裁规则》或某仲裁机构的仲裁规则，来达到约定仲裁程序规则的目的。[②] 当然，当事人疏于约定仲裁程序规则的情形在实践中也十分常见，在这种情形下，仲裁程序规则的裁量权将只能由仲裁庭或仲裁员来行使，如《纽约公约》第 2 条第 3 款、《欧洲国际商事仲裁公约》第 4 条第 4 款 d 项、《国际商事仲裁示范法》第 19 条第 2 款等均有类似规定。

（六）对仲裁地的自主约定和依法指定

仲裁地（arbitral seat 或 arbitral situs）是指仲裁在法律或裁判意义上的归属地，它与仲裁庭开展仲裁活动的庭审地、会议地往往并不一致，但却是仲裁裁决在法律意义上的做出地。[③]由于仲裁地将整个仲裁程序与特定地域的法律制度联系起来，因此，在国内仲裁中无需特别关注的仲裁地问题在国际商事仲裁实践中却有着非常重要的意义：首先，根据程序

---

① 宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 45 页。

② 【英】艾伦·雷德芬、马丁·亨特等：《国际商事仲裁法律与实践》（第四版），林一飞、宋连斌译，北京大学出版社 2005 年版，第 49 页。

③ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 10th ed., Thomson Reuters, 2014, p. 1554.

适用仲裁地法的实践，仲裁地的选择将决定仲裁程序法的适用，继而影响仲裁庭的组成、仲裁员的选任与更换等各项程序事项；其次，在当事人未选定仲裁实体法的情形下，仲裁实体法的选择一般由仲裁庭根据仲裁地的冲突法来决定仲裁实体法，因此，仲裁地也将在一定程度上影响仲裁实体法的选择；最后，作为仲裁裁决的做出地，仲裁地的选择还关涉仲裁地法院对整个仲裁程序的司法支持与监督。[①]

从《纽约公约》（第 2 条）、《国际商事仲裁仲裁示范法》（第 20 条第 1 款）、各国仲裁法的立法、《UNCITRAL 仲裁规则》（第 18 条）和大多数仲裁机构的仲裁规则来看，无论是机构仲裁还是临时仲裁，一般都允许当事人选择仲裁地。但在当事人没有选择仲裁地的情况下，机构仲裁与临时仲裁在确定仲裁地时则存在一定的区别：对于机构仲裁，除非当事人约定了仲裁地，否则，仲裁地通常就是仲裁机构所在地；但对于临时仲裁而言，如果当事人在仲裁协议中没有约定仲裁地，则仲裁地的确定通常由仲裁庭根据案情来确定。但在实践中，如果当事人在仲裁协议中疏于约定仲裁员或仲裁员的选任方法，继而导致仲裁庭无法组成时，少数国家的仲裁立法（如《瑞典仲裁法》和美国《联邦仲裁法》）则赋予当事人居所地的法院来决定仲裁地。[②]

（七）仲裁语言的自主约定

就国内仲裁而言，仲裁语言一般无需约定。但在国际商事仲裁中，由于有关仲裁语言的协议通常要适用于当事人双方的任何书面陈述、仲裁庭的开庭、仲裁裁决以及其他各种书面文件，因而不仅会影响整个仲裁程序的进行，而且也会对仲裁员的语言能力提出要求继而影响其选任，因而有着特殊的意义。

《国际商事仲裁示范法》、各国仲裁立法以及常设仲裁机构仲裁规则一般都允许当事人各方就仲裁程序中使用的语言达成协议，只是在当事人疏于选择或无法达成协议时，才将仲裁程序的语言交给仲裁机构或仲裁庭来决定。机构仲裁中，如果当事人疏于选择仲裁程序语言或无法就此达成协议，仲裁机构一般会将机构所在地的官方语言作为仲裁程序的语言。但在临时仲裁中，当事人未能就仲裁程序语言达成协议时，仲裁程序语言的指定一般由仲裁庭来完成，此种情形下，仲裁庭一般会将基础合同的语言作为支配整个仲裁程序的语言。[③]

（八）仲裁员回避与更换的自主约定及其司法救济

机构仲裁语境下，仲裁员的回避通常会在机构规则的规制下由仲裁机构来解决，或者在法律允许司法机关介入的情况下由司法机关依据本国仲裁法规定的程序来解决。但在临时仲裁语境下，如果当事人没有就仲裁员的回避达成协议，也没有在仲裁协议中就仲裁庭的组成和仲裁员的选任指定仲裁机构，则仲裁员的回避只能由仲裁庭来决定。但在实践中，当事人对仲裁庭的决定不服的情形在所难免，而一旦当事人对仲裁庭的决定不服，则可能面临救济机制缺失的局面。为应对这种可能出现的尴尬局面，《国际商事仲裁示范法》和各国仲裁法一般都规定当事人可以请求有管辖权的法院通过中间性司法审查来决定仲裁员是否需要回避。如《国际商事仲裁示范法》第 13 条第 3 款，瑞士《联邦国际私法》第 179 条和第 180 条，瑞典《仲裁法》第 10 条和第 11 条，比利时《司法法典》第 1691 条以及荷兰《民事诉讼法典》第 1035 条的规定。

（九）仲裁费用的约定与规定

狭义的仲裁费用是指当事人申请仲裁或提出仲裁反请求时依法向仲裁机构或仲裁庭缴纳的，用以支付仲裁员报酬、补偿仲裁机构和仲裁员的办案支出的费用。就其种类而言，它通常可分为仲裁案件受理费和仲裁案件处理费：前者包括仲裁机构的管理费和仲裁员的

[①]【美】加里·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 140-161 页。
[②]【美】加里·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 155 页。
[③]【美】加里·博恩：《国际仲裁：法律与实践》，白麟等译，商务印书馆 2015 年版，第 52 页。

报酬；后者则包括仲裁机构或仲裁庭在审理案件时实际支出的仲裁员差旅费，与案件相关的咨询、鉴定、勘验和翻译费，证人、鉴定人和翻译人员的差旅费和误工补贴等。广义的仲裁费用则还包括当事人在仲裁过程中发生的律师费和其他费用。[①]

在机构仲裁语境下，与仲裁费用相关的问题通常由仲裁机构依法做出具体规定，因此，当事人一担选择了机构仲裁，与仲裁费用有关的问题就只能遵从机构规则的规定。在临时仲裁语境下，由于没有机构参与仲裁程序的管理，因此，其仲裁费用的相关事宜只能由当事人在法律允许的范围内直接约定，或通过援引仲裁程序规则间接约定，或在没有约定的情形下按照法律规定处理。从欧美各国仲裁法制度的规定来看，法律对仲裁费用的规定并不刻意区分临时仲裁和机构仲裁，而是将两者合并在一起规定，其内容主要涉及仲裁费用的种类、构成、收取方式、收费标准、承担方式、裁决方法以及有关仲裁费用裁决的诉讼救济等。

（十）司法支持与监督的保障需求

司法支持与监督是现代仲裁的一项重要制度。在机构仲裁语境下，仲裁的司法支持与监督主要体现为对管辖权异议的救济、对临时措施的执行、对仲裁裁决的撤销和不予执行以及对外国仲裁裁决的承认与执行等。但在临时仲裁的语境下，由于缺少机构对仲裁程序的管理，司法的支持与监督往往成为临时仲裁程序得以顺利推进的最后保障。从《国际商事仲裁示范法》和欧美各国仲裁立法的实践来看，司法对临时仲裁的支持与监督主要体现在如下几个方面：（1）在当事人对仲裁协议或管辖权提出异议时提供支持并进行监督；（2）在当事人无法就仲裁庭的组成和仲裁员的指定达成协议时提供支持；（3）在当事人无法就仲裁地的指定达成协议时提供支持；（4）在当事人无法就仲裁员的回避达成协议时提供支持；（5）在当事人申请临时措施时提供支持；（6）在当事人申请撤销仲裁裁决或不予执行仲裁裁决时进行监督；（7）在当事人申请承认和执行外国仲裁裁决时进行监督等。

总之，从欧美各国仲裁立法、《纽约公约》以及《国际商事仲裁示范法》的实践来看，虽然临时仲裁是一种区别于机构仲裁的仲裁类型，但在具体的立法体例中，它并非一套孤立于机构仲裁的规则体系，而是以一种融合渗透的方式，将其核心内容融入到了仲裁程序的各个环节，继而与机构仲裁一起构成了现代仲裁制度的完整体系。

三、我国自贸试验区临时仲裁的制度实践及其主要困境

（一）临时仲裁在我国自贸试验区的制度实践

1.《第 34 号意见》为自贸试验区临时仲裁的“松绑”提供了制度依据

2016 年 12 月 30 日，最高人民法院根据全国人民代表大会常务委员会的相关决定，对人民法院的涉自贸试验区审判工作发布了《第 34 号意见》，该意见第四部分要求各级人民法院要“重视自贸试验区的特点，探索审判程序的改革与创新”，并在第 9 条中要求各级人民法院“正确认定仲裁协议效力，规范仲裁案件的司法审查”。该条第三款规定：“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，可以认定该仲裁协议有效。人民法院认为该仲裁协议无效的,应报请上一级法院进行审查。上级法院同意下级法院意见的，应将其审查意见层报最高人民法院，待最高人民法院答复后作出裁定。”

根据《第 34 号意见》第 9 条第三款的规定，在自贸试验区内注册的企业（下文简称“自贸试验区企业”）之间订立的仲裁协议，只要满足“在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁”这三个方面的条件，即可认定为有效的仲裁协议。由于这一规定并不要求当事人选定仲裁委员会，因而突破了我国《仲裁法》第 16 条和第 18 条

[①] 宋连斌：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 210-214 页。

要求仲裁协议必须选定仲裁委员会的强制性规定，被认为是为我国自贸试验区引入临时仲裁打开了制度的缺口，为自贸试验区临时仲裁的合法化提供了首要的制度依据。

2.《横琴规则》为自贸试验区临时仲裁的“落地”提供了规则指引

2017 年 3 月，广东自贸试验区珠海横琴新区片区管委会和珠海仲裁委员会联合发布了《横琴规则》。作为我国内地第一部临时仲裁规则，《横琴规则》吸收了《UNCITRAL 仲裁规则》和其他国家与地区临时仲裁规则的先进经验，并充分契合了我国仲裁法的有关规定，在规则设计上体现了国际先进性与本土特色的有机融合。从具体内容来看，该规则共 61 个条文，基本框架包括总则、仲裁协议、仲裁程序的开始、仲裁庭、审理程序、裁决、（仲裁文书）送达与期限以及附则八个部分，其核心内容包括：

（1）明确了规则的适用范围。根据《横琴规则》第三条的规定，该规则不仅适用于自由贸易试验区内注册企业之间发生的商事纠纷，而且还可以适用于其他当事人之间依据双方约定的法律可以采用临时仲裁方式解决的财产权益纠纷，以及依照解决投资争端的国际条约和国内法而提起的一国与他国国民间的投资争端仲裁。

（2）设计了仲裁员的选任和仲裁庭的组成规则。《横琴规则》在借鉴国际国外先进经验的基础上，就仲裁庭的人数、仲裁庭的组成方式、仲裁员的选定和指定、仲裁员的信息披露、仲裁员的回避与替换、仲裁庭的重新组成等事宜作出了全面的规定，其中最主要的规则包括：①仲裁庭由一名仲裁员或三名仲裁员组成，且当事人未约定一人仲裁庭时，仲裁庭的人数为三人并设首席仲裁员；②仲裁庭的组成可以由当事人直接选定仲裁员，也可以通过当事人约定仲裁员的选定方法或约定仲裁员的指定机构来间接选定仲裁员，且仲裁员的资质要符合《中华人民共和国仲裁法》的相关要求。

（3）确立了仲裁庭在仲裁程序中的核心地位。《横琴规则》与国外和国际上的其他临时仲裁规则一样，在规则设计上赋予了仲裁庭充分的独立自主性，并将这种独立自主性贯彻到仲裁协议效力和仲裁管辖权的裁定、仲裁地的确定、仲裁审理程序的掌控、仲裁临时措施的决定、仲裁裁决的作出、仲裁费用承担的裁定等各个重要环节，从而体现了仲裁庭在仲裁程序推进过程中的核心地位。

（4）明确规定了仲裁费用及其承担。《横琴规则》借鉴《UNCITRAL 仲裁规则》和欧美国家仲裁法的相关规定，在第十七条和第十八条中将仲裁费用的定义、仲裁员的收费和开支、仲裁费用的承担和仲裁费用的缴存等事项作出了较为详细的规定。

（5）设计了机构介入模式，并将珠海仲裁委员会作为仲裁程序推进的最终保障。根据《横琴规则》第二条、第九条、第十三条、第十七条、第二十条、二十一条、第二十五条、第二十七条、第四十条等的规定，经当事人的约定或根据《横琴规则》的规定，仲裁机构可以在对仲裁协议或仲裁管辖权提出异议、配合申请仲裁临时措施、确定仲裁费用、指定仲裁员和组成仲裁庭、仲裁员的回避与更换、仲裁程序的恢复等环节进行介入，以实现对临时仲裁程序的支持或监督。在当事人未约定仲裁机构，或约定的仲裁机构不能履职时，《横琴规则》规定由珠海仲裁委员会作为最终的指定机构来确保介入机构应履行的职责得以最终实现。

（6）拓展设计了第三方为仲裁庭提供有偿服务的途径。为确保仲裁程序的顺利推进，《横琴规则》第 32 条第 2 款借鉴了香港国际仲裁中心的为仲裁庭提供秘书服务的成功经验，[①]拓展设计了仲裁庭使用第三方提供财务管理、秘书服务、场地租赁、案卷保存、代为送达、协助保全等有偿服务途径，以帮助仲裁庭处理仲裁活动中的辅助程序。

[①] 香港国际仲裁中心（HKIAC）于 2014 年发布了《仲裁庭秘书使用指南》，允许秘书处成员在临时仲裁或由 HKIAC 管理的机构仲裁中有偿担任仲裁庭秘书，协助仲裁庭处理行政性、程序性的事务。参见香港国际仲裁中心官网，网址为：http://www.hkiac.org/zh-hans/arbitration/tribunal-secretaries/tribunal-secretary-service. 登录时间：2019 年 6 月。

（7）创新设计了临时裁决书和调解书转化为机构仲裁裁决的途径。为应对临时仲裁裁决可能因仲裁法或民事诉讼法无相关规定而面临执行难的问题，《横琴规则》第 47 条专门规定了珠海仲裁委员会确认裁决书和调解书的程序，并创新设计了将临时仲裁裁决转化为机构仲裁裁决的路径，以期有限解决临时仲裁裁决的执行效力问题。根据该条的规定，临时仲裁裁决书或调解书作出后，当事人可以在规则规定的期限内请求珠海仲裁委员会确认该裁决书或调解书。一旦珠海仲裁委员会同意确认该仲裁裁决书或调解书，即加盖珠海仲裁委员会的公章，该仲裁裁决书或调解书即转化为珠海仲裁委员会做出的机构仲裁裁决书或调解书。

3. 《联盟对接规则》为自贸试验区临时仲裁与机构仲裁的对接提供支持

2017 年 9 月，中国互联网仲裁联盟通过了旨在对接临时仲裁和机构仲裁、促进临时仲裁在中国发展的《联盟对接规则》。这是国内第一部专门针对临时仲裁和机构仲裁对接的规则，它与《横琴规则》一样强调机构的“介入”，在一定程度上弥补了《第 34 号意见》规定不够明确的缺陷，有助于《第 34 号意见》在自贸试验区仲裁中的有效落实。

从《联盟对接规则》的体系结构来看，它包括总则、仲裁程序开始及送达、仲裁员及仲裁庭组成、仲裁审理程序、临时仲裁与机构仲裁对接和附则 6 个部分共 30 个条文条，其主要内容包括：一、该规则将适用范围限定在民商事合同或非合同财产纠纷的临时仲裁；二、联盟本身并不参与仲裁，仅为当事人提供临时仲裁程序与机构仲裁程序的对接服务；三、联盟通过互联网仲裁云平台来提供对接的技术支持和专业服务；四、设立了囊括所有符合《仲裁法》资质规定的仲裁员在内的开放仲裁员库；五、设定了简便灵活的仲裁庭组成规则和仲裁审理程序；六、设计了由联盟提供办案秘书、文书送达、保全措施、庭审服务、翻译服务、调查取证、鉴定服务、专家论证等有偿服务在内的程序配套服务机制；七、设计了临时仲裁与机构仲裁的程序对接机制和裁决对决与转化机制；八、设定了包括仲裁员酬金、仲裁机构确认费和网络平台运营费在内的仲裁费用缴纳与承担规则等。

（二）临时仲裁在我国自贸试验区“落地”的制度罅漏

1. 临时仲裁与我国《仲裁法》的“体系性否定”难以兼容

尽管我国基于 1958 年《纽约公约》第一条第二款附加的条约义务而承认外国临时仲裁裁决在我国的效力，[①]但就我国现行国内立法而言，临时仲裁在我国仲裁法的框架内并不具有合法性，这主要体现于如下两个方面：

首先，根据 1994 年《仲裁法》第 16 条第二款的规定，有效的仲裁协议必须选定根据我国仲裁法成立的仲裁委员会。从文本上解读，该条款虽未直接否定临时仲裁在我国的合法性，但由于它要求仲裁协议必须选定仲裁机构，因而在实质上否定了无需选定仲裁机构的临时仲裁协议的合法性，继而间接否定了在我国境内进行的临时仲裁的合法性。

其次，从我国 1994 年《仲裁法》的立法体系来看，它并未给临时仲裁的存在提供任何空间，是对临时仲裁的体系性否定。如前文所述，从欧美各国仲裁立法的实践来看，临时仲裁在仲裁法中的存在是一种体系性的存在，这种体系性的存在主要表现为立法体例并不刻意区分临时仲裁与机构仲裁，而是在坚持临时仲裁为本源的前提下，将临时仲裁制度的核心内容渗透到整个仲裁法体系中，并与机构仲裁制度实现有机融合，共同构筑了仲裁法立法的完整体系。鉴此，在承认临时仲裁的欧美各国的仲裁法立法体系中，几乎每一个仲裁法的立法条文都必须考虑的临时仲裁与机构仲裁的兼容问题，因而在立法技术上体现了高度的融合性。我国当前的《仲裁法》立法虽未直接否定临时仲裁的合法性，但从整个立法体系来看，不仅第 16 条第二款要求仲裁协议必须选定仲裁机构，而且整个体系都专门为

[①] 1958 年《纽约公约》第一条第二款将仲裁裁决界定为临时仲裁裁决和机构仲裁裁决，因此，作为缔约国，我国司法机关有义务依据互惠原则承认和执行来自另一缔约国的有效临时仲裁裁决。

机构仲裁而设计，因而在仲裁庭的自由裁量权、仲裁庭的组成、仲裁员的资质、仲裁员的选任、仲裁程序规则的约定、仲裁地的选择和指定、仲裁费用的约定以及司法支持与监督等诸多与临时仲裁相关的核心问题上，《仲裁法》的立法条文均无法实现与临时仲裁制度的有效兼容。

鉴此，面对我国《仲裁法》对对临时仲裁的体系性否定，即使有《第 34 号意见》第 9 条第三款作为临时仲裁在自贸试验区合法化的制度依据，临时仲裁在我国自贸试验区的“落地”仍将在上述诸多核心问题上面临与现有机构仲裁制度兼容的技术难题。

2.《第 34 号意见》第九条第三款过于原则的表述缺乏可操作性

《第 34 号意见》第九条第三款的目的在于要求各级法院和审判组织在处理自贸试验区企业之间的仲裁案件时，要统一裁判尺度，正确认定仲裁协议的效力，规范仲裁案件的司法审查。为此目的，该条款针对符合“四个特定要件”[①]的仲裁协议确立了肯定其效力的统一裁判尺度，并建立了逐级上报的严格司法审查制度。由于该款规定并不要求自贸试验区企业之间的仲裁协议选定仲裁委员会，因而在实质上肯定了临时仲裁在自贸试验区企业之间的合法性。但从该款规定的具体内容来看，它尚存两个方面的重大瑕疵：一是该条款规定的“四个特定要件”过于原则，不足以支持临时仲裁在自贸试验区的“落地”；二是该条款所列的“四个特定要件”中，“特定仲裁规则”和“特定人员”这两个要件在具体内涵上还过于宽泛，容易引起歧义，不利于司法实践活动中的统一认知与裁断。

首先，《第 34 号意见》第九条第三款的原则性表述不足以支持临时仲裁在自贸试验区的“落地”。如前文所述，临时仲裁制度的历史由来已久，其在整个仲裁制度中的存在是体系性的，需要在仲裁立法中就仲裁员的资质、仲裁员的选任、仲裁庭的组成方式、仲裁地的选择、仲裁费用的约定、仲裁的司法支持与监督等核心问题做出技术性的安排，而《第 34 号意见》第九条第三款的原则性表述显然无法回应上述临时仲裁制度的核心问题，因而也无法为临时仲裁在自贸试验区的“落地”提供充分具体的制度依据。

其次，在该条款表述的“四个特定要件”中，除了“特定当事人”和“特定地点”的内涵比较清晰外，[②]其有关“特定仲裁规则”和“特定人员”的表述还过于模糊，难以判断其确切内涵。从仲裁理论和实践来看，仲裁规则可包含机构规则、当事人自主约定的临时仲裁规则和国际社会现成的临时仲裁规则（如《UNCITRAL 仲裁规则》、《伦敦海事仲裁员协会仲裁规则》等）。那么“四个特定要件”中的“特定仲裁规则”所指为何？它是否包含机构规则和当事人自主约定的临时仲裁规则呢？另外，该条款还将进行仲裁的人员表述为“特定人员”，但对这些“特定人员”在国籍、专业能力等方面的资质要求却付之阙如，那么是否意味着对进行仲裁的特定人员没有资质要求呢？如果有，这些资质要求应如何界定？显然，这种宽泛模糊的表述必将在司法实践中引起歧义甚至造成认知上的混乱。

3.《横琴规则》的普适性缺失和司法保障机制缺失

《横琴规则》的发布填补了我国临时仲裁程序规则缺失的空白，为我国自贸试验区企业间的临时仲裁提供了备选程序规则。但从《横琴规则》的制定主体和具体内容来看，它仍然存在三个不利于自贸试验区临时仲裁制度发展重要的瑕疵：一是机构介入规则的地方化设计导致其普适性缺失；二是对临时仲裁诸多环节的司法支持与监督机制付之阙如。

[①]由于该款规定对仲裁当事人、仲裁地点、仲裁规则和仲裁员均提出了特定的要求，本文将其概括为“四个特定要件”，即“特定当事人”、“特定地点”、“特定仲裁规则”和“特定仲裁员”。

[②]根据《第 34 号意见》第九条第三款的规定，“特定当事人”即自贸试验区内注册的企业，实践中应当包括外商独资企业、中外合资企业、中外合作企业和国内企业；而“内地特定地点”则只能是内地的某一个地点，而不是在国外或港、澳、台地区。不过，《第 34 号意见》第九条第一款的规定和从已有的司法案例来看，自贸试验区内注册的外商独资企业亦可在国外申请临时仲裁。参见“西门子国际贸易（上海）有限公司与上海黄金置地有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”，案件来源见中国法院网，网址：https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/05/id/2863098.shtml。登录时间：2019 年 6 月。

首先，作为一个地方性的常设仲裁机构，珠海仲裁委员会在制定《横琴规则》时出于对自身利益的考量，在“指定仲裁员机构”、“仲裁地的确定”、“仲裁保全及其他临时措施的申请”、“仲裁费用的确定”、“仲裁员的选任”、“仲裁员名册的提供”、“仲裁员的回避与更换”、“仲裁程序中止后的恢复”、“临时仲裁裁决向机构仲裁裁决的转化”等诸多环节均将珠海仲裁委员会作为仲裁程序推进的最终保障，[①]因而导致整个规则体系都呈现出明显的地方化特征。客观地看，这种将临时仲裁规则打上地方烙印的做法本身无可厚非，但从仲裁实践的角度来看，这种过度打上地方仲裁机构烙印的做法将导致该规则缺乏普遍适用性，很难得到各个自贸试验区所在地的仲裁机构以及各个自贸试验区企业的普遍认同，其结果将最终减损规则本身的现实价值。[②]另外，从我国自贸试验区临时仲裁制度长远发展的角度来看，地方仲裁机构擅自制定临时仲裁规则的做法本身就不值得提倡，因为这种渗透地方仲裁机构利益考量的临时仲裁规则有可能导致其他自贸试验区仲裁机构的仿效，甚至造成临时仲裁规则在我国各自贸试验区林立的混乱局面。

其次，从欧美各国仲裁法立法和《国际商事仲裁示范法》的实践来看，临时仲裁由于缺少机构对仲裁程序的管理和监督，因而在部分环节都会得到司法的支持与监督。由于我国现行《仲裁法》体系性地否定了临时仲裁的合法性，因而在现有的立法层面将无法为临时仲裁的司法支持与监督提供法律依据。这种立法上的缺失显然也将《横琴规则》的规则设计置于无法可依的困境，但随着最高人民法院《第 34 号意见》的发布，这种困境在司法层面必然得到破解。但令人遗憾的是在《横琴规则》中，除了第九条有关仲裁协议和仲裁管辖权异议和第十三条有关仲裁保全和其他临时措施部分引入了司法支持与监督机制外，在仲裁庭的组成和仲裁员的选任、仲裁地的指定、仲裁员的回避与更换等其他事项上，其有关司法支持与监督的机制均付之阙如。

4.《联盟对接规则》部分对接机制的合法性缺失

如《联盟对接规则》第一条所述，其制定宗旨在于实现临时仲裁与机构仲裁的有效对接，因此，其有关临时仲裁与机构仲裁对接机制的设计显然是该规则的核心所在。但从该规则第五章有关对接机制的具体规定来看，它也存在两个方面的缺陷：一是该规则将对接范围从自贸试验区企业之间的临时仲裁案件扩展到非自贸试验区企业之间的临时仲裁案件，这一规定显然超出了最高人民法院《第 34 号意见》第九条规定的范畴，其合法性值得怀疑；二是该规则允许境外临时仲裁裁决通过对接机制转化为国内机构仲裁裁决，这一机制不仅缺乏法律依据，而且在实践中必然造成外国仲裁裁决在我国承认与执行程序中规避司法审查程序的恶果。

首先，根据《联盟对接规则》第二十一条第 2 款和第 3 款的规定，其对接案件的范围不仅包括自贸试验区企业间符合最高人民法院《第 34 号意见》第九条规定的“四个特定要件”的案件，而且还包括非自贸试验区企业之间的临时仲裁案件。这一规定显然超越了最高人民法院《第 34 号意见》第九条对“四个特定要件”的要求，更不符我国《仲裁法》第

[①] 见《横琴规则》第二条第 3 款、第六条第二款、第九条第七款、第十三条第 4 款、第十七条第 2 款和第 3 款、第二十条第 3 款、第二十一条第 3 款和第 4 款、第二十五条第 8 款、第二十七条第 2 款和第 3 款、第四十条第 4 款、第四十七条等。

[②]从临时仲裁规则制定的国际实践来看，由常设仲裁机构制定临时仲裁规则的情形几乎没有。当前国际社会最主要的临时仲裁规则主要有《UNCITRAL 仲裁规则》和《伦敦海事仲裁员协会仲裁规则》，前者的制定主体是联合国国际贸易法委员会，而后者的制定主体是伦敦海事仲裁员协会。在仲裁程序推进的最终保障规则设计上，《UNCITRAL 仲裁规则》基于中立的立场仅在“指定机构的指派”和“仲裁员费用和开支的确定”等为数不多的事项上将最终保障责任交给海牙常设仲裁法院秘书长；而《伦敦海事仲裁员协会仲裁规则》也仅在“仲裁员的委任”和“仲裁员的更换”等个别事项上将最终保障责任交给伦敦海事仲裁员协会主席。参见《UNCITRAL 仲裁规则》（2010 年）第 6 条和第 41 条，《伦敦海事仲裁员协会仲裁规则》（2017 年）第 8 条（b）款第 2 项、第 9 条（b）款、第 11 条以及附件五第 3 条和第 4 条（b）款第 1 项。

十六条的相关规定，因而在合法性上存在重大瑕疵，并有可能在实践中导致大量非法的临时仲裁程序与裁决最终通过对接程序而获得合法的形式。

其次，根据《联盟对接规则》第二十一条第 4 款的规定，境外根据临时仲裁程序作出的裁决文书，为了便于在国内承认和执行，可以通过对接机制与国内仲裁机构对接，并最终将境外的仲裁裁决转化为国内仲裁裁决。但根据我国《民事诉讼法》第二百八十三条、《民事诉讼法》司法解释第五百四十五条、第五百四十六条、第五百四十八条、《纽约公约》第五条以及《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》（1995）和《最高人民法院关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限问题的规定》（1998）等法律文件的规定，外国仲裁裁决在我国的承认和执行应遵守我国的司法审查报告制度。[①]由此可见，《联盟对接规则》将外国仲裁裁决转化为国内机构仲裁裁决的机制不仅违反了我国的司法审查报告制度，而且将导致一些外国临时仲裁裁决可以避开我国针对外国仲裁裁决的司法审查报告制度，以国内机构仲裁裁决的形式得到执行。这样的转化机制无疑将扰乱我国承认和执行外国仲裁裁决的司法秩序，造成消极后果。

四、我国自贸试验区临时仲裁制度构建的基本路径

针对上述自贸试验区临时仲裁制度“落地”的制度罅漏，我国自贸试验区临时仲裁制度的构建应立足长远，借鉴《国际商事仲裁示范法》、《UNCITRAL 仲裁规则》和欧美各国仲裁立法的成功经验，从在自贸试验区暂停适用《仲裁法》第十六条和第十八条、制定普遍适用于各自贸试验区的临时仲裁规则和系统推进《仲裁法》的改革这三个层面有序推进，最终构建一个理念先进，体系完整，规则精细的自贸试验区临时仲裁制度体系。

（一）在自贸试验区暂停适用《仲裁法》第十六条和第十八条

尽管最高人民法院《第 34 号意见》第九条第 3 款以“四个特定要件”的要求表明了其对自贸试验区临时仲裁制度的变通立场和支持态度，但从该意见的法律性质来看，它属于最高人民法院内部的指导性文件而非司法解释，仅对法院系统的审判工作具有指导意义，并不具备普遍效力。[②]由此可见，我国自贸试验区的临时仲裁制度要想获得合法地位，还需要得到相关法律的确认。根据《中华人民共和国立法法（2015 年修正）》第八条第 10 款的规定，诉讼和仲裁制度只能通过制定法律的方式来确立，因此，我国自贸试验区临时仲裁制度的确立最终还是要得到全国人大及其常委会的立法活动的支持。

从全国人大对自贸试验区临时仲裁可能采用的立法支持形式来看，大体上可分为两种情形：一是启动《仲裁法》修订程序，系统修改《仲裁法》并直接引入临时仲裁制度，继而为自贸试验区临时仲裁制度提供法律依据；二是以我国《立法法》第十三条为依据，由国务院提请全国人大及其常委会，在自贸区内暂停适用《仲裁法》第十六条、第十八条中“仲裁协议应当具有选定的仲裁委员会”的规定，继而采用变通承认的方式认可临时仲裁在自贸实验区的合法性。[③]

[①] 该制度要求外国仲裁裁决的当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请承认，并由管辖法院依据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，组成合议庭进行审查。人民法院经审查裁定承认后，需要执行的可根据民事诉讼法第三编的规定予以执行；若裁定拒绝承认和执行，则应遵守逐级上报到最高人民法院，并等待最高人民法院批复。

[②]根据 2007 年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 6 条规定：司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。

[③]也有学者提出第三种途径，即由国务院提请全国人大及其常委会授权国务院在自贸试验区就临时仲裁进行特别立法。但本文认为，从我国《立法法》第八条和第九条的规定来看，仲裁制度属全国人大及其常委会专属立法权的绝对保留事项，全国人大及其常委会不能授权其他机关不能立法。参见曹晓路、王崇敏：《海南建设自由贸易港的临时仲裁机制创新研究》，《海南大学学报（人文社科版）》，2018 年第 3 期，第 1-7 页；姜雪梅：《上海自贸试验区临时仲裁制度研究》，《实事求是》2018 年第 2 期，第 93-97 页；赖震平：《我国商事仲裁制度的阙如——以临时仲裁在上海自贸区的试构建为视角》，《河北法学》2015 年第 2 期，156-165。

从我国当前仲裁制度的现状和我国仲裁行业的发展态势来看，系统修改《仲裁法》并植入临时仲裁制度的方式不仅缺乏必要的现实基础，如仲裁员素质整体偏低、法治环境还有待优化等，而且也很难得到仲裁机构的普遍支持，因而在短期内很难推进。与系统修改《仲裁法》相比，采用在自贸试验区暂停适用《仲裁法》第十六条和第十八条的方式不仅具有充分的法律依据，而且更加符合自贸试验区先行先试、局部试点的特殊需求和整体立法特点，因而更具科学性和现实可行性。

当然，与最高人民法院《第 34 号意见》第九条第 3 款有关“四个特定要件”的原则性表述一样，在自贸试验区暂停适用《仲裁法》第十六条和第十八条本身并不足以支撑临时仲裁制度在自贸试验区的真正确立，要真正实现临时仲裁在自贸试验区的“落地”，系统完整且能普遍适用于各自贸试验区的的临时仲裁规则亟待构建。

（二）制定理念先进且普遍适用于各自贸试验区的临时仲裁规则

尽管《横琴规则》和《联盟对接规则》的发布给自贸试验区临时仲裁制度的“落地”提供了备选规则和对接机制，但正如上文所述，这两个规则均存在重大瑕疵，对临时仲裁制度在各自贸试验区的普遍“落地”并不具有全局意义，甚至还有规避现行《仲裁法》之嫌。有鉴于此，为了响应最高人民法院在《第 34 号意见》第九条中所体现的对临时仲裁的支持立场，我国应借鉴联合国国际贸易法委员会制定《UNCITRAL 仲裁规则》的机制和模式，充分借鉴《UNCITRAL 仲裁规则》、《香港国际仲裁中心仲裁规则》、《新加坡国际仲裁中心仲裁规则》等仲裁规则的先进经验，由商务部会同并委托中国国际商会（中国国际贸易促进委员会），制定立场中立且普遍适用于各自贸试验区的临时仲裁规则，以遏止各自贸试验区所在地仲裁机构各自为阵，竞相制定临时仲裁规则的可能趋势。[①]

（三）借鉴《国际商事仲裁示范法》和欧美仲裁立法的先进经验，系统推进临时仲裁制度的植入

要彻底解决临时仲裁制度在我国自贸试验区的合法性和科学性问题，最好的路径就是在时机成熟时系统推进我国现行《仲裁法》的改革，在我国《仲裁法》的体系结构中植入临时仲裁制度。具体而言，要在我国现行《仲裁法》中植入临时仲裁制度，应在具体内容上借鉴《国际商事仲裁示范法》和欧美仲裁立法的先进经验，并从如下几个方面改革现有的规定，最终建立一个将临时仲裁与机构仲裁有机融合在一起的制度体系。

1.废除《仲裁法》第十六条和第十八条有关仲裁协议必需选定仲裁委员会的规定，从制度根源上消除妨碍临时仲裁制度植入的障碍；

2.确立仲裁庭独立的自由裁量权，同时将仲裁机构对仲裁程序的支持与监管限定在机构仲裁范围以及当事人委任仲裁机构作为仲裁员指定机构的范围；

3.从国籍、法律能力、法律资格和专业素养等几个方面放宽对仲裁员资质的限定，确立统一适用于机构仲裁和临时仲裁、国内仲裁和涉外仲裁的仲裁员资质标准，并建立当事人协议约定仲裁员资格的机制；

4.建立充分尊重当事人意思自治且统一适用于机构仲裁和临时仲裁的仲裁庭组成机制、仲裁员选任机制和仲裁员回避与更换机制；

5.在仲裁程序规则的自主约定、仲裁地的自主选择与依法指定以及仲裁语言的自主约定、仲裁费用的规定等事项上建立统一适用于机构仲裁和临时仲裁的兼容机制；

6.在仲裁庭的组成、仲裁员的选任、仲裁员的回避与更替、仲裁地的确定、仲裁临时措

[①] 中国贸易促进委员会是由中国经济贸易界有代表性的人士、企业和团体组成的全国民间对外经济贸易组织，在中国经济贸易界具有广泛的代表性和权威性。1994 年，全国人大颁布了《仲裁法》并明确了中国的涉外仲裁机构由中国国际商会设立，继而确立了中国国际商会涉外仲裁机构的法律地位。鉴于中国仲裁协会尚未成立，而中国国际商会又是我国仅有的全国性涉外仲裁机构，由其制定临时仲裁规则更有利于确保该临时仲裁规则的全局性和中立性。

施的申请与实施、仲裁裁决的撤销、仲裁裁决的执行和不予承认与执行等环节剔除仅适用于机构仲裁的规定，建立兼顾临时仲裁与机构仲裁且弱化司法干预的有限司法保障机制。[①]

8.国际商事仲裁新发展

——美国证据保密制度的本土化借鉴

李 军*

摘　要：国际商事仲裁程序基于其不公开审理的保密性原则，成为双方当事人自愿选择处理矛盾的一大争议解决机制。相较于一般民事诉讼的公开审理原则而言，在实践中，尤其是涉及商业秘密、知识产权等领域的纠纷中，双方当事人更倾向于合意达成具有保密性（confidentiality）的仲裁程序解决争端，但这种保密性也仅限于争议双方当事人之外的第三方，因而衍生出在具有竞争关系中的一方当事人为了获取他方商业秘密而利用仲裁程序，使其 “正当化”的取得对方在证据交换环节中所出示的商业秘密的诉讼策略，这既违背了仲裁法保护当事人商业秘密的立法初衷，也产生利用司法漏洞形成不正当竞争的市场操纵手段。鉴于弥补该制度不足之处，本文试论证在合理限度内“本土化 ”(Localization)的借鉴美国《联邦民事诉讼规则》中有关证据保密制度。

关键词：保密令　商业秘密　证据

Abstract：International commercial arbitration procedure, based on the confidentiality principle of non-public hearing, has become a major dispute settlement mechanism for both parties voluntarily choose to handle conflicts. Compared with the principle of public trial of general civil lawsuit, in practice, especially in disputes which involve areas such as trade secrets or intellectual property, the parties are more likely to achieve a desirable confidentiality arbitration proceeding to resolve disputes, but the secrecy is limited to the third party in addition to the parties to the dispute, thus derived in a litigation strategy which used by one of the parties to use the arbitral proceedings to get the other party’s business secrets, and makes its own "justify" in get the other party’s business secrets which was showed in the evidence exchange session. This not only violates the original intention of the arbitration law to protect the parties' business secrets, but also causes the use of judicial loopholes to form unfair competition in the market manipulation. In order to cover the shortage of the deficiency of this system, this paper tries to prove that the evidence confidentiality system in the federal rules of civil procedure of the United States can be used for reference within reasonable extent.

Key words: protective order　　business secret　　Evidence

一、美国民诉规则中保密令制度及适用

美国《联邦民事诉讼规则》中有关证据的保密制度，其规定为了防止一方当事人利用

[①] 我国《仲裁法》现有的司法支持与监督机制专门针对机构仲裁而设。总体而言，该机制对仲裁的司法干预过多，不利于仲裁的独立自主。

诉讼手段获取对方商业秘密，另一方当事人可以向法院提出申请保密令（protective order），从而将知悉范围缩小至仅对方律师可见，即为 AEO（attorney’s eyes only）保密令。美国《联邦民事诉讼规则》第 26 条规定，当事人可以要求商业秘密或其他机密研究、开发或商业信息不得披露或仅以特定方式披露。[①]根据美国民事诉讼规则，以特定的方式披露其中即包括 AEO 保密令，对于该项保密令的适用有双方当事人协商一致而选择和其中一方向法院提出申请的两种方式，因而将获取机密证据的知悉范围限定在仅为对方律师可知，排除了其他诉讼参与人可知的方式有效构建了商业秘密不被泄露的制度堡垒，在适用过程中，对方当事人也负有不得向他方披露的义务。同时在美国民事诉讼实践中，根据涉案信息的保密程度不同，所采取的保密措施将知悉范围分为三类，即仅律师可见、律师及公司内部法务可见和律师、公司内部法务及专家证人可见三种。

二、AEO 制度的可移植性

（一）立法理论的可移植性

在商业秘密、知识产权等领域的纠纷，双方当事人出于保密考量而合意达成具有保密性的仲裁程序解决争端，但这种仅限于争议双方当事人之外的第三方而言，在面对具有竞争关系中的一方当事人为了获取他方商业秘密而提出仲裁程序，可利用对方在证据交换环节中所出示的商业秘密的诉讼策略，偏离了保护商业秘密的初衷，因而有必要在国际商事仲裁领域借鉴美国 AEO 保密令的方式予以矫正该种“不当诉讼策略”。实际上，在涉及保护知识产权的国际商事仲裁领域中业已存在相关的立法规则，诸如《世界知识产权组织仲裁规则》 “当事人在仲裁中希望提交或被要求提交的任何信息，包括提交给仲裁庭指定的专家的信息，当事人提出保密的，应当通知仲裁庭，申请将该信息列为机密，通知副本应抄送对方当事人。当事人应当在通知中说明其认为该信息属于机密的理由，但无须披露信息的实质内容[②]。”除此之外，《国际商会仲裁规则》、《国际争议解决程序》[③]也都就有关涉及商业秘密保护方面给予仲裁庭采取保密措施的权力[④]。

（二）实践操作的可移植性

虽在理论层面存在与 AEO 保密令相关的研究，但在实践中却鲜为适用该项制度规则。其中最具有代表的堪属中机新能源有限公司申请撤销仲裁裁决一案。在本案中，新加坡高等法院首次对 AEO（attorney’s eyes only，“仅律师可见”）保密制度、仲裁中当事方的善意义务等问题做出回应。

三、AEO 保密令规则的适用

通过中机新能源案看 AEO 保密令的适用：

（一） 案件事实

2008 年本案申请人中机新能源开发有限公司与被申请人 Jaguar Energy 公司签署了《总包干价的设计施工采购交钥匙总包合同》（以下简称《总包合同》），约定由中机新能源开发有限公司就位于危地马拉境内的发电站进行设计、采购、施工、设备配置和建设等工作，合同总金额大约为 4.5 亿美元。《总包合同》约定合同争议依照 ICC1998 年仲裁规则在新加坡仲裁解决。要特别指出的是，合同还约定适用快速仲裁程序，仲裁庭应在组成之后 90 天内作出仲裁裁决，延长的期限不得超过 90 天,仲裁庭最长应当在 180 天内作出仲裁裁决。合

---

① See Federal Rules of Civil Procedure Legal Information Institute Art.26 (C) (1) (G)

② See World Intellectual Property Organization Arbitration Rules. IV. Disclosure of Trade Secrets and Other Confidential Information , Art.54

③ see International Dispute Resolution Procedure, Art. 40

④ See ICC Arbitration Rule, Art. 22；

同还约定适用法为纽约法律。此后各方就上述合同履行的相关事宜发生纠纷。2013 年，Jaguar Energy 公司向中机新能源开发有限公司发函解除《总包合同》及《担保合同》。2014 年，Jaguar Energy 公司向 ICC 提起了仲裁申请。在证据交换环节，中机新能源有限公司要求 Jaguar 公司提供 Jaguar 项目施工计划报告、招投标文件等证据材料，而对于这一请求，Jaguar 公司向仲裁庭主张仅对方律师可见的 AEO 保密令。仲裁庭一致意见同意 Jaguar Energy 公司的主张，认为因中机新能源开发有限公司违约，Jaguar Energy 公司已经有效解除《总包合同》。据此仲裁庭支持了 Jaguar Energy 公司提出的迟延约定损害赔偿金和项目完工费用请求。中机新能源开发有限公司公司对仲裁裁决不服，向仲裁地新加坡高等法院申请撤销该仲裁裁决。该案涉及 AEO 保密令的有两点：

1、仲裁裁决违反了自然正义，损害了中机新能源开发有限公司的权利。认为 AEO 制度剥夺了中机新能源开发有限公司陈述答辩案件的合理机会。

2、仲裁程序违反了《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下简称《仲裁示范法》）和当事方的约定。仲裁庭违反《仲裁示范法》，未平等对待当事方并确保中机新能源开发有限公司有完整陈述答辩案件的机会[①]。

（二）法院对 AEO 保密令适用的认定

新加坡高等法院对中机新能源开发有限公司所提的理由予以如下回应：

1．仲裁庭依照仲裁规则和《仲裁示范法》规定适用 AEO 保密制度合法合理，并不违反自然正义。[②]

首先，双方合同中的仲裁条款约定以快速的仲裁程序解决双方之间的复杂争议。关于这一点，中机新能源开发有限公司在通讯往来中也表达“尽快尽早解决这一争议的强烈意愿”。因此，尽管双方之间争议的范围和复杂程度，仲裁庭对于双方就适用快速仲裁程序达成的一致意见必须尊重并予以执行。

其次，依照仲裁规则和《仲裁示范法》的规定，仲裁庭有作出 AEO 保密令的权力。国际商会仲裁院前主席 Beechey 认为，“AEO 保密令属于一种保护令，意在限制法律程序中一方可以接触到另一方所依赖的文件或信息的人员”。国际仲裁专家 Born 认为保护令一般的主要目的在于维护仲裁中披露材料的机密性。在有些情况下，对于特定材料采取增强的保护措施也是合适的，包括限制可以查看特定材料的具体个人以及要求只能由律师进行查看等。

按照本案所适用的 ICC1998 年仲裁规则第 20 条第 7 款的规定，仲裁庭可以采取措施保护商业秘密和机密信息。据此，法官认为，依照仲裁规则的规定，仲裁庭有权作出 AEO 保密令。另外，依照《仲裁示范法》第 19 条第二款的规定，仲裁庭也有权依照其案件管理权力作出此种保密令。

最后，法院认为仲裁庭已经谨慎权衡 AEO 制度可能对中机新能源开发有限公司造成的损害。仲裁庭适用 AEO 制度并且扩大 AEO 制度的范围，将 AEO 指定材料披露给中机新能源开发有限公司的专家和外部律师，表明仲裁庭在作出决定之前已经谨慎权衡了 AEO 制度可能会对中机新能源开发有限公司造成的损害。仲裁庭并未要求中机新能源开发有限公司对其雇员需要查阅的文件应逐一申请。法院认为，鉴于这一程序的目的在于维护中机新能源开发有限公司的利益。另外，在第三号程序令作出之时和之后，中机新能源开发有限公司并未向仲裁庭指出其所遭受的损害并寻求救济。据此，法院认定中机新能源开发有限公司的这一理由不成立。法院还注意到，仲裁庭明确授权中机新能源开发有限公司有权申请查阅适用于 AEO 制度且金额低于 10 万美元的文件，但是中机新能

① See China Machine New Energy Corp v. Jaguar Energy Guatemala LLC，［2018］SGHC 101 at para. 110

② See ICC [2018] SGHC 101

源开发有限公司并未作出此种申请。中机新能源开发有限公司同意第三号程序令中所确定的时间表。而且在第三号程序令作出后，中机新能源开发有限公司的代理律所多次作出保证，表示已经注意到这一压缩的时间表并能够满足时间表的要求。尽管 Jaguar Energy 公司继续披露新的资料，但是这符合第三号程序令的要求，而且与项目正在施工过程中这一事实有关。

法院认为即便本案存在违反自然正义的情况，中机新能源开发有限公司并未遭受损害因此，适用 AEO 制度并未构成实质性的违反自然正义[①]，不构成撤销仲裁裁决的理由。

2．仲裁程序符合《仲裁示范法》和当事方的约定，仲裁庭平等对待当事方，并不存在违反善意进行仲裁义务的情况。

首先，法院并不认为仲裁庭违反了第 18 条项下的平等对待义务。“平等”对待并不意味着“相同”对待，有时相同对待事实上将导致不公平和不平等。仲裁庭适用 AEO 制度并未违反平等对待义务。仲裁庭依照 1998 年 ICC 仲裁规则或是依照《仲裁示范法》行使其宽泛的案件管理权力时，有权适用 AEO 制度。在监督 AEO 制度时，仲裁庭也并未违反其平等对待的义务。仲裁庭对于维护 Jaguar Energy 公司和中机新能源开发有限公司公司的利益同样关注，仲裁庭已经尽最大努力公平、平等对待当事方。对于仲裁庭宽泛的案件管理权力，法院并不认为仲裁庭不采纳中机新能源开发有限公司的专家报告违反其平等对待的义务。

其次，仲裁庭已经向中机新能源开发有限公司公司提供合理的陈述其案情的机会。如前所述，中机新能源开发有限公司同意仲裁庭在第三号程序令中确定的时间表并在随后多次通过其代理人确认，对于中机新能源开发有限公司公司提出的延期提交反诉申请书和相关证据的申请，仲裁庭给予了两周的延期。对于延期提交专家报告的请求，仲裁庭同意了中机新能源开发有限公司此前的申请，虽然对于进一步的延期没有同意，但是中机新能源开发有限公司并未就此遭受损害。据此，法院并不认为仲裁庭违反了《仲裁示范法》第 18 条的规定，对仲裁裁决应当以违反第 18 条为由予以撤销的意见不予采纳。

基于上述理由，法院驳回了中机新能源开发有限公司提出的撤销仲裁裁决的申请。

四、AEO 保密令的适用条件

从中机新能源申请撤销仲裁裁决一案不难看出，对于 AEO 保密令的适用，一方面高效的保护了商业秘密持有人的合法权益，而另一方面也给对方当事人的陈述答辩带来诸多不便。因而对于该制度在实践中的运用需要予以明确其条件规制，以最大限度的平衡双方当事人之利益和仲裁效率与公正间的关系。基于此，还需回归美国《联邦民事诉讼规则》中对于 AEO“仅律师可见”制度的适用初衷和要件的基础上予以“本土化”的移植。在美国民事诉讼过程中，法院作出 AEO 保密令需要如下要件：

（一） 申请人具有正当理由

以号召自由、平等大旗起家的美国联邦民主共和国，在其宪法修正案中明确规定公民享有知情权，而最为便捷高效获取信息的手段即为新闻媒体的传播，以这种社会监督的手段保证司法案件的公正性，而 AEO 保密令的适用在实质上阻绝了社会公众甚至是争议一方当事人对于案件的知情程度，因而需要具备明确的理由才能够申请法官作出适用该项制度的前提条件。在当事人提出其具备的正当理由后，由法官予以认定该理由是否适当、充分。美国《联邦民事诉讼规则》中规定申请保密措施的一方当事人需要向法院证明如若证据出示会导致自身权益受到明确的、严重的损害（a clear defined and serious injury）。因而可以明确看出，在申请保密措施时不能仅以主观性推测是否可能具有损害，而应更客观明确的存

[①] 刘桂强《国际商事仲裁中 AEO 保密令的适用及限度——基于中机新能源案的反思》,载北京仲裁，2018 年第 5 期

在利益损失。如在 Morinville 案中，申请人在其陈述中使用了诸多 may、could、potential 等主观性判断，而不具有详细而具体的（particular and specific）事实性陈述因而法官未予以认定其申请的保密措施具有正当事由[①]。此外，诸如中机新能源案件中，Jaguar Energy 公司申请保密令是基于后续工程能顺利进行，不会造成工期拖延，因而并不具有明确、严重的利益损失，不应被认为具有申请保密令的正当理由。

我国《民事诉讼法》第 8 1 条第 2 款明确规定“因情况紧急, 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下, 利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件事实有管辖权的人民法院申请保全证据。” 该法条一方面从证据可能灭失的角度对另一方当事人及时采取固定、保存证据提供了制度存在，而另一方面基于法官无法获悉和还原外部事实，因而要求对于诉前采取临时措施需以提供担保为前提，以衡平双方当事人之权益，同时避免基于申请人主观认为的正当事由而采取的不当临时救济。基于此，我国在国际商事仲裁领域中移植和借鉴美国 AEO 保密令的同时可以将其“本土化”，在当事人需要正当理由这一前提条件的适用上同时考虑我国现有的临时性救济措施所适用的条件为蓝本辅之以修正，从而既顾及我国在处理商事仲裁中的司法传统又符合仲裁国际化的趋势。

（二）客体明确为不为他人知晓的商业秘密

商业秘密作为无形资产，其自身具有无法估量的价值。当事人预采取 AEO 保密令的初衷即为最大程度的保护所持有的商业秘密不被披露，在美国就有关商业秘密的认定中，法官认为某些信息会给自己带来严重损害时，申请人可以将该组证据标记为“attorney's eyes only”（仅律师可见）。同样，我国《反不正当竞争法》规定，所谓商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。因而业已在立法层面给予法官和仲裁员就何为“商业秘密”指明了认定时可供参考的诸如“秘密性”、“实用性”和“经济性”依据。

（三）双方当事人须存在竞争关系

之所以将 AEO 保密令制度借鉴到我国处理国际商事仲裁规则中的本质是补缺和完善仲裁程序在保密性方面的不足，防止当事人尤其是在具有竞争关系中的一方当事人为了获取他方商业秘密而利用仲裁程序，使其自身“正当化”的取得对方在证据交换环节中所出示的商业秘密的诉讼策略，从而违背了仲裁法保护当事人商业秘密的立法初衷，防止产生利用司法漏洞形成不正当竞争的市场操纵手段。因而双方当事人具有竞争关系为 AEO 保密令在适用上的核心要件。在中机新能源案件中，Jaguar Energy 公司为建筑方，而另一方为承包方，因而也不具备申请保密令所要求的具有竞争关系这一核心要件。对于“竞争关系”的认定，在适用时也可参考我国《反不正当竞争法》对于竞争关系的理解，从我国司法实践中的典型案例来看认定不正当竞争的实质是借用或破坏他人竞争优势,争夺交易机会,从而扰乱正常市场竞争秩序的不正当行为。

五、对 AEO 保密令的合理借鉴

（一）AEO 保密令适用中的困境

如前所述，美国民事诉讼实践中，根据涉案信息的保密程度不同，所采取的保密措施将知悉范围分为三类，即仅律师可见、律师及公司内部法务可见和律师、公司内部法务及专家证人可见。[②]AEO 保密令目的是有效防止商业秘密泄露，避免形成恶意竞争关系，扰乱正常市场竞争秩序，给商业秘密持有人带来不可挽回的损害，其中依据保密程度最高的“仅

① See HSqd, LLC v. Morinville,2013 U.S. Dist. LEXIS 37356(D.Conn.2013)

② See U.S. Steel Corp. v. U.S.，730 F.2d 1465（Fed. Cir. 1984）.

律师可见”凸显了对申请一方法益的充分保护，因而导致在诉讼构造上对于被申请一方的权利有所减损。对于律师而言，竭尽全力为自己当事人搜寻证据、提供全面利益最大化的诉讼策略是其职业道德的应有之义，而在此项制度下却无法充分的为当事人提供完整的案件信息，对诉讼程序的进展和利益诉求并不能做到本应履行的义务要求，易陷入有违职业道德和不能充分保证被代理人利益的尴尬处境。使得诉讼（或仲裁）中两造不对等的结构凸显，因而如何公平公正适用该制度，对决策者也提出了较高的要求和思考。其次，第二种方式为律师和公司内部法务可见，在这种保密措施下需要值得注意的是，接触对方商业秘密的公司内部法务是否具有对公司的决策权，属于企业内部管理层或与公司管理层具有密不可分的关联。[①]如该法务实质上就是公司内部的管理层决策者，适用严苛 AEO 保密令便不再适当，也失去其制度价值。

（二）合理适用 AEO 保密令

AEO 保密令即使在一定程度上有助于弥补仲裁保密性的不足，有助于避免竞争关系的当事方利用仲裁程序获取对方商业秘密，但是其规则也具有诸多适用上的困境和缺陷。诸如不利于两造平等陈述、公平交换证据举证质证、容易使原本便捷有效的仲裁程序变得拖沓不定。因而我国在借鉴美国 AEO 保密令时应同时注重适应本国土壤，结合现有的国内法体系综合两大法系各自可借鉴之处，构建完备、高效、公正的诉讼和仲裁程序。在实践中，对 AEO 保密令所知悉的主体范围可以适当的扩大，并不仅限于对方律师，可以酌情考虑案件事实，以及该商业秘密程度的高低，尽可能使知悉范围扩展至公司非决策者当中，诸如公司内部员工、专家证人等具有一定独立性的主体范围上。此外，对于 AEO 保密令的客体范围不宜过于宽泛，应当仅就涉及核心商业秘密才能够使用该制度。在 Team Play,Inc.v. Boy Productions.案[②]中，在一方当事人申请的 6000 份证据有 4000 份标注了“attorney's eyes only”，显而易见该申请的客体范围过于宽泛，从而被法官予以拒绝。[③]

综上所述，在 AEO 保密令的适用问题上，应当综合考量该制度在本案中的必要性和适度性，给予法官（或仲裁员）较大的自由裁量空间，使其在裁决案件时能够兼顾效率、公正的制度价值，灵活适用 AEO 保密令从而在确保商业秘密不被非法披露和被申请人平等陈述间做出高质量的裁决。在“一带一路”的时代大背景下积极拓宽我国的国际贸易路径，创造良好的国际商事环境尤为重要，因而在争议解决的法律规制上，我国也应当不断完备立法体系和质量，在竞争日益激烈的全球贸易中以我国企业谋求最大利益理念为导向构建既符合全球趋势又具备本土优势的制度设计。

9.国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁庭的设立与影响

李智 刘永平*

摘 要：在国际体育领域，涉兴奋剂争端一直是数量最多、争议最大的体育纠纷。有鉴于此，国际体育组织不断进行规范化、法治化的努力，以公平解决此类纠纷。目前，已形成相对统一的实体规则，即《世界反兴奋剂条例》。2019 年 1 月 1 日，国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁庭及其程序规则，在管辖权、仲裁庭组成、法律适用以及上诉程序等方面都做出

[①] See also Robert Timothy Reagan，Confidential Discovery：A Pocket Guide on Protective Orders，Federal Judicial Center，2012，p. 7

[②] Team Play，Inc. v. Boyer Sky Boy Productions，Inc.，Case No. 03 C 7240，2005 U.S. Dist. LEXIS 3968（N.D. Ill. 2005）

[③] Globle Material Technologis,Inc.v.Dazheng Metal Fibre,(N.D.Illinois.2005)

了颇具创新性的规定。这不仅标志着世界反兴奋剂运动有了统一的组织规则和程序，而且提高了兴奋剂案件解决的专业化、法律化的程度，为后续世界反兴奋剂运动乃至国际体育治理法治化发展提供了路径。

关键词：国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁庭 仲裁程序规则 反兴奋剂运动

The Establishment and Influence of CAS Anti-Doping Division

Abstract: The doping dispute has been the most controversial sports dispute in the field of International sports. In view of this, International Federations of sports continue to carry out standardization and legalization efforts in order to resolve such disputes fairly. At present, a uniform substantive rule has been formed, which is the World Anti-Doping Code. On 2019 January 1st, CAS Anti-Doping Division and its rules have made innovative regulations in jurisdiction, the composition of the arbitral tribunal, law applicable to the merits and appeals procedure. This not only indicates that the anti-doping movement has unified organizational rules and procedures, but also improves the degree of specialization and legalization of the resolution of doping case. It provides a path for the subsequent development of the worldwide anti-doping movement and even the legalization of sports government.

Keywords: CAS Anti-Doping Division; rules of procedure; anti-doping movement

前言

经过里约夏季奥运会和平昌冬季奥运会反兴奋剂临时仲裁庭的尝试，2019 年 1 月 1 日，国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁庭（CAS Anti-Doping Division，以下简称“CAS ADD”）正式设立。独立的兴奋剂仲裁庭和仲裁规则在管辖权、审理程序等方面都进行了特殊的安排。一方面，进一步明确了体育组织处罚机构与国际体育仲裁院（Court of Arbitration for Sports，以下简称“CAS”）之间的关系及权属分配；另一方面，将兴奋剂处罚及裁决的权力越来越集中到 CAS 手中，减少各体育组织在涉兴奋剂案件中的作用，有利于统一适用规则，提升兴奋剂案件处理的法律性、公平性和可预见性。CAS ADD 的设立，无论是对世界反兴奋剂运动，还是对 CAS 的法治化发展，均意义重大。2019 年 5 月 27 日，CAS 官网公布了 CAS ADD 仲裁的第一个案件，IOC 诉 Mikalai Novikau、Ruslan Nurudinov 案。首例兴奋剂案件的裁决是 CAS ADD 规则成功落地的标志。认真分析 CAS ADD 的程序规则，有助于了解其在兴奋剂案件处罚和审理程序上的创新，厘清对兴奋剂案件处理可能带来的影响，掌握其发展趋势。

一、反兴奋剂独立仲裁庭的基本程序规则

《反兴奋剂仲裁庭规则》（以下简称“《规则》”）明确了 CAS ADD 一审裁判兴奋剂案件的独立地位，并为仲裁案件制定详细的程序规范。

（一）管辖权

管辖权规则是此次改革的重点，是程序存在的基础。CAS ADD 以各体育组织授权为基础，获得兴奋剂案件的一审管辖权甚至兴奋剂违规的处罚权。

首先，管辖权具有独立性和稳定性。CAS ADD 设立后，国际奥林匹克委员会（IOC）、国际单项体育联合会（IFs）、独立检测机构（ITA）和其他《世界反兴奋剂规则》（World Anti-Doping Code，简称“WADC”）签约国将通过授权，将兴奋剂案件的认定和处罚权交由 CAS ADD 统一行使。[①] IOC 诉 Mikalai Novikau、Ruslan Nurudinov 案即由国际奥林匹克委员会提交至 CAS ADD 进行管辖。可见，CAS ADD 作为独立的仲裁庭，其权力来源自 IOC 及国际单项体育联合会的授权，仍具有一定权力依属性。不过，授权会通过体育组织修改章程或规则的形式来完成，权力来源相当稳定。

其次，管辖权具有概括性。《规则》第 A2 条规定，CAS ADD 作为初审机构，有权对下列情形进行审查并作出裁决：涉及对违反反兴奋剂规则行为的指控，或是对违反反兴奋剂规定的处罚措施有争议。这条规定与国际体育仲裁院的《与体育有关的仲裁法典》第 R27 条的规定有相通之处。CAS 有权管辖一切与体育活动相关的争议，而 CAS ADD 则可以对向其提交的与兴奋剂有关的案件进行仲裁或制裁。同时，对涉嫌违反兴奋剂规定，对样品进行重新分析的案件，其也拥有管辖权。此次公布的 IOC 诉 Mikalai Novikau、Ruslan Nurudinov 案即是对样品重新分析后产生的案件，这两名运动员在 2012 年伦敦运动会上保存的样本于 2018 年被洛桑实验室重新分析，得出存在违反兴奋剂规则的结论，从而由 IOC 提交至 CAS ADD 进行仲裁。对样品进行重新分析而产生的案件不发生于奥运会期间，故排除了临时反兴奋剂仲裁庭的管辖。新设立的独立仲裁庭实现了对此类案件管辖权的补充，就违反兴奋剂规则的行为作出取消奖牌、积分、奖品等相应处罚，并移交当事人所在的体育单项联合会处理。

（二）仲裁庭的组建及运行

CAS ADD 在仲裁庭的组建及运行规则上，司法化特征明显，通过设定严格的仲裁程序，追求公正裁决。具体体现在：第一，仲裁的启动与仲裁庭的组建。启动程序，应由国际体育组织或其代表人通过书面方式向 CAS ADD 提出启动申请。书面申请需包括对事实和法律依据的完整陈述、必要的临时措施请求，以及申请由三人合议庭进行仲裁的合理要求。[②]另一方接到应诉要求时应及时回复，由当事双方就仲裁庭组成人数达成一致意见。若双方意见无法统一，CAS ADD 主席将决定启用独任仲裁。CAS ADD 办公室组建三人合议庭或独任仲裁庭以启动仲裁程序。第二，仲裁庭运行规范。仲裁庭组建后应第一时间审查案件已知事实及全面书面证据。若书面材料不足以充分了解案件事实，则组织双方当事人进行听证程序。一般而言，应进行一次庭审，依此仲裁庭可以听取当事人、证人以及专家的意见。[③]在对案件充分了解后，仲裁庭严格按照规定时限进行最终裁决。严格的事实认定程序保证仲裁的司法公正。CAS ADD 程序规则与 WADC 的宽泛规定实现良好对接，是 WADC 中的纪律听证制度和纠纷解决适用程序的具体实现。

CAS ADD 作为 CAS 的三大常设仲裁庭之一，在仲裁时限上与反兴奋剂临时仲裁庭差别很大。在临时反兴奋剂仲裁庭规则中，有明确规定案件的审理期限为 24 小时，若有特殊情况可适当延长。此规定符合奥运会临时仲裁庭对于仲裁时效的要求。CAS ADD 则没有明确规定案件的仲裁期限，也是为疑难案件的审理提供了时间。IOC 诉 Mikalai Novikau、Ruslan Nurudinov 案自 2019 年 4 月初提交至 CAS ADD，经独立仲裁员书面审理后在 2019 年 5 月作出裁决，为期近 6 周，较里约奥运会中临时反兴奋剂仲裁庭最长 222 小时 30 分钟的审理

[②] Article 1 of Arbitration Rules - CAS Anti-Doping Division.

③ Article 13 of Arbitration Rules - CAS Anti-Doping Division.

[③] Article 19.3 of Arbitration Rules - CAS Anti-Doping Division.

时长而言大大增加，有可能导致案件仲裁耗时太久，如何平衡公正与效率还需未来进一步探索。

（三）仲裁员独立性及上诉程序

此次，CAS ADD 仲裁员的独立性得以加强，具体采取了以下措施：第一，仲裁员构成上，国际体育仲裁理事会（International Council of Arbitration of Sport，ICAS）为反兴奋剂仲裁庭设置了特殊仲裁员名册。特殊名册列出专门处理兴奋剂案件的仲裁员，他们对兴奋剂案件所涉及的领域有更精深的理解，在对 WADC 的解释和相关规则适用上也较为专业。出现在特殊名册上的仲裁员不得在 CAS 上诉仲裁庭的程序中担任仲裁员，从而保证 CAS ADD 相对于 CAS 其他仲裁庭的独立性。[①]第二，在个案仲裁庭的组成上，《规则》对回避制度作了详细的规定。依第 A10 条，当事方若存在对仲裁员的独立性或公正性产生合理怀疑之情事，则可以对仲裁员提出回避请求，国际体育仲裁理事会有权决定仲裁员是否回避。

CAS ADD 上诉程序的设定，是《规则》的另一个重大特色。CAS ADD 被定义为审理兴奋剂相关案件的一审机构。一审审级及上诉程序的设置，为运动员提供了更丰富的程序救济，为在仲裁院内部设置上诉程序做出了尝试。申请 CAS ADD 进行仲裁的案件通过当事人协商，可选择组成三人仲裁庭直接获得终裁结果，也可以设定选择独任仲裁，是以在不满仲裁结果时还可申请上诉程序。根据《规则》第 A14、A15 条的规定，若由三名仲裁员组成仲裁庭审理案件，则由该仲裁庭一次审结，当事双方皆不能提起上诉。反之，若案件由独任仲裁员仲裁，则可自收到最终裁决通知后 21 天内，通过邮件或快递的方式，向 CAS 上诉庭提请上诉。[②]其次，申请人若提出以三人合议庭为仲裁模式，需要提供合适的申请理由。若不进行说理，或双方当事人无法就一审仲裁庭人数达成合意时，统一默认采用独任仲裁模式，保证当事人上诉权不被剥夺。CAS ADD 首次设定了仲裁二审，为当事人提供更便捷的救济途径，也为实践在仲裁机构内部设置两级审理模式进行尝试。

二、反兴奋剂仲裁庭规则的特点

兴奋剂争端解决需要统一管辖权、严格程序、公正裁决，以维护运动员权益和公平公正。《规则》在一定程度上突破了 CAS 原有的程序规范和反兴奋剂的相关规定，以平衡运动员与体育机构间的利益关系。

（一）规范程序提升公正性

CAS ADD 的设立在兴奋剂纠纷解决上形成了统一的仲裁程序规范，将相关案件解决机制体系化。兴奋剂案件频发、多发，专业性、对抗性强，且处罚结果严厉，对运动员影响巨大，在英国等部分国家，已将兴奋剂列入刑法规制范畴。公正程序规则一方面可以排除选择和适用法律过程的不当偏向，另一方面也能保障实体规则准确适用并形成常规机制。

[①] Article 8 of Arbitration Rules - CAS Anti-Doping Division.

[②] Article 21 of Arbitration Rules - CAS Anti-Doping Division: Unless Article 15 para. 1 applies, the award may be appealed to the CAS Appeals Arbitration Division within 21 days from receipt of the notification of the final award with reasons by mail or courier in accordance with Articles R47 *et seq.* of the Code of Sports-Related Arbitration, applicable to appeals procedures.

之前，兴奋剂案件交叉管辖，以各体育机构内部处罚、外部体育仲裁及司法相结合为主要机制，程序较为混乱。晚近，CAS 对各体育组织及各国反兴奋剂机构（National Anti-Doping Organizations，简称“NADOs”）加强监督管理，但仍出现俄罗斯集体兴奋剂案等丑闻，严重影响了反兴奋剂机构的权威性，兴奋剂规则在适用时遭到质疑。在程序规则上，如何协调各体育组织之间规则及权力分配的冲突，与机构规章制度完成良性衔接，是保证程序公正的重要内容。此时，建立规范化及司法化的程序规则，可在强化 CAS 在兴奋剂案件纠纷解决和制裁中重要地位的同时兼顾各方利益，减少矛盾裁决的产生。CAS ADD 承担居中裁判的责任，与独立检测机构及 IOC、各单项体育联合会形成三权分立的局面，是提升兴奋剂仲裁及处罚公正性的巨大进步。

同时，CAS ADD 程序规则的确立也强化了兴奋剂案件仲裁法律性。CAS 现有仲裁体系下，认定兴奋剂违规的严格责任给运动员施加了极大的证明负担，很难在实体问题上自证清白。近年来成功翻案的运动员几乎都是利用了反兴奋剂机构程序上的违规而胜诉。[①]所以，CAS ADD 创设统一的程序规则以匹配实体规则，避免程序漏洞对实体公正的负面影响。独立检测机构实现对违反兴奋剂规则事实的确认，独立仲裁程序则追求兴奋剂案件程序的合法。规范化程序保障兴奋剂案件可通过专业仲裁员进行一审，强调对兴奋剂案件仲裁程序、适用规则和可期待结果的统一。仲裁中，严格程序规范保证事实和证据被完整保留和查明，推进裁决实质平等，加强对运动员权利的特别保护。设立独立的兴奋剂处罚和裁决机构，完成对兴奋剂案件的管辖和法律适用上的统一，这一目标基本可以实现。

（二）统一管辖权保证一致性

CAS ADD 统一行使管辖权，由其适用和解释规则，有利于系统化处理兴奋剂案件，增强法律适用的适当性，实现裁决的一致。

第一，打破目前各国际体育组织管辖权交叉机制。可以说，世界反兴奋剂史就是一部 IOC、Ifs 和国家体育管理机构之间管理权斗争的历史。[②]CAS 作为体育争端解决的专门机构，其管辖权受限于用尽救济原则，法律适用上则需优先适用体育组织规章，裁决法律性欠缺，导致质疑不断。[③]统一的管辖规则确立后，兴奋剂案件管辖不再以用尽体育组织内部救济为前提。涉兴奋剂案件将依作出授权的体育组织的章程或规则，交 CAS ADD 处罚和仲裁。统一兴奋剂案件的裁判和处罚程序在里约奥运会及平昌冬奥会上设立的临时反兴奋剂仲裁庭中就有了先一步的尝试。不过里约奥运会仅有 IOC 授予权力，赋予平昌冬奥会临时反兴奋剂仲裁庭处罚权力的也只增加至冬奥会涉及的七个国际单项体育联合会。现阶段，CAS ADD 与各体育组织的谈判工作正在进行，国际铁人三项联盟已初步完成授权，另有 5 个单项联合会的授权也基本确定。兴奋剂重灾区之一国际泳联也可能于 2020 年完成这项工作。授权的体育组织将依据《规则》，对自己的章程或规则做出修改。完成权力授予后，相关体育组织成员涉兴奋剂的案件将统一移交至 CAS ADD 管辖，由仲裁庭得出处罚结果后再转交各体育组织进一步处理。

第二，保证管辖权行使与法律适用的一致性。CAS ADD 设立以前，各体育组织均是在

①宋彬龄. 中国运动员国际体育仲裁胜诉第一案述评——兴奋剂处罚的程序正义问题[J]. 天津体育学院学报, 2011, 2: 110.
②韩勇. 体育法的理论与实践[M]. 北京体育大学出版社, 2009, 392.
③Mahoney D. Doping Appeals at the Court of Arbitration for Sport: Lessons from Essendon[J]. *Boston College Law Review*, 2018, 5: 1807.

规章中依据自身情况，转换和适用WADC，或对WADC做出解释，容易出现规则适用不一的情形。CAS ADD是在总结过往兴奋剂案件的基础上，以反兴奋剂临时仲裁庭的实践为参考，最终形成。CAS自2016年里约奥运会，开始进行反兴奋剂临时仲裁庭的尝试。里约奥运会期间，IOC 将奥运会期间有关兴奋剂案件的管辖权力及奥委会所有的处罚权授予反兴奋剂临时仲裁庭，总共裁决了8起涉兴奋剂争议。[①]反兴奋剂临时仲裁庭的设立，是提升兴奋剂纠纷解决独立性的重要一步。但是，其受案范围与奥运会临时仲裁庭（CAS Ad Hoc Divisions，简称“CAS AHD”）存在重合，一审审级的设置不具备效率优势。如今，CAS ADD 将统一负责案件的管辖及法律适用，会形成相对一致的裁量标准，兴奋剂处罚中的“比例原则”的适用也更加合理。但 CAS ADD 管辖权的界定也将成为未来仲裁中会遇到的一大难题。兴奋剂一类案件很难给出比较恰当的管辖划分标准，对于一个案情复杂的案件，容易出现同时涉及多种争议类型的情形，例如一个案件可能同时涉及参赛资格、兴奋剂处罚、规则解释等问题。如何合理进行区分管辖，需通过今后 CAS ADD 的实践，进一步明确和完善。

（三）创新上诉程序保障救济

上诉程序的设置使体育仲裁与司法程序接轨，增加CAS ADD的独立性与法律性。兼顾效率与公平，对仲裁程序进行矫正。

CAS ADD 的一审审级设置一方面兼顾了效率和公平，另一方面也针对案件情况复杂、处罚后果严重的兴奋剂仲裁提供矫正机会。CAS 原先的两大常设仲裁庭中，普通仲裁庭主要管辖与体育有关的合同类纠纷，沿用国际商事仲裁中的一裁终裁审级制度；上诉仲裁庭主要处理纪律性纠纷，以用尽体育组织内部救济原则对案件进行管辖，作出的裁决也具有终局性。若当事人不服，可向仲裁庭所在地的瑞士联邦法院申诉。但仍有运动员针对 CAS 的裁决结果向所在国法院提起诉讼，司法往往基于程序正义和基本权利受损等原因，介入体育争端。德国女子速滑冰运动员佩希施泰因诉德国冰协和国际冰联一案，突出反映了这一问题，并给 CAS 的管辖权及国际体育仲裁体系造成冲击。[②]CAS 在体育仲裁方面本处于权威地位，而司法的过度干预则动摇了体育规则及裁判规则的全球统一性，CAS 的权威性及公正性也会被质疑。CAS ADD的一审审级设置代替了原先各体育组织对兴奋剂案件的裁决与处罚，并针对缺乏内部救济程序的问题重新设立了上诉程序。兴奋剂案件的仲裁既可以选择由三人仲裁庭一裁终裁，也可以由独任仲裁裁判，并可向上诉仲裁庭提出上诉。多元化的选择即保证了兴奋剂案件仲裁的公平原则，保证可由多人对一个案件负责，也兼顾了体育仲裁应有的效率，更具司法性特征。CAS ADD允许当事人在独任仲裁的情况下将案件上诉至CAS上诉仲裁庭，表明对兴奋剂案件的监督和矫正，进而完善CAS的内部救济渠道，减少司法过多干预。

三、反兴奋剂仲裁庭的设立发展及对反兴奋剂运动的影响

CAS ADD 程序规则的设立，体现了 CAS 为提升兴奋剂案件解决的专业性和独立性所做的努力，将会对严格责任适用、先例构建及国际体育法统一化等方面产生影响。

---

④CAS. Activities of the CAS Divisions at the Olympic Games Rio 2016 [EB/OL]. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Report_on_the_activities_of_the_CAS_Divisions_at_the_2016_Rio_Olympic_Games__short_version__FINAL. pdf, 2019-03-24.

② 李智. 从德国佩希施泰因案看国际体育仲裁院管辖权[J]. 武大国际法评论, 2017, 1: 143.

（一） 更合理地适用严格责任

对兴奋剂违规行为的认定一直以严格责任为基本原则，争议也多源于此，后期考虑运动员过错，在处罚时进行调适，但尺度不一。CAS ADD 的设立有利于形成体系化方法和自由裁量标准，合理适用严格责任。

第一，在主观方面，CAS ADD 的统一制裁可适当对被检测出兴奋剂运动员的主观因素进行考察，采取比例原则在裁量程度上予以区分。各体育组织授权 CAS ADD 进行制裁，则其可使用小范围内的自由裁量权，制定体系化裁量标准，在严格责任适用的条件下适当减轻过失使用兴奋剂运动员的处罚，形成合理性的过渡区间。第二，在处罚方面，CAS ADD 建立的目的之一即通过统一程序规范，在保护运动员个体权利与维护体育形象和良好秩序间作出平衡。一方面强调体育的社会价值，另一方面对所牺牲的个体价值综合考察。严格控制本身已经处于强势地位的体育机构滥用其规章制度侵犯运动员应有的权利，在处罚方法上适当整合，找到各方的平衡点。第三，在举证责任方面，严格责任下的事实认定需要运动员自证清白，即一旦检测出运动员体内有禁用物质，就推定其存在服用兴奋剂的行为。仲裁庭一般认为兴奋剂案件中是否存在过错与仲裁结果无关，仅在有限且有详细证据证明存在不可抗力或第三人过错行为的情况下才允许免除运动员责任。而事实上，兴奋剂案件的“准刑事”性甚至可适当适用部分刑事法律原则，如存疑时有利于被告原则等。因此，CAS ADD 的设立，会适当完善双方的举证责任，严格监督样品检验程序，灵活应用有罪推定，以坚持程序正义在兴奋剂案件中的适用。简言之，CAS ADD 会通过统一程序，努力实现责任相称、灵活兼顾。

（二）有利于构建裁决先例

仲裁先例可以体现出各仲裁庭对纠纷裁决时所运用的法律原则及价值取向，是仲裁庭针对某一特定案件归纳总结出的仲裁原则和法律规范。CAS ADD 的司法化格局和相对完善的仲裁程序，为构建兴奋剂仲裁先例制度创造了有利条件。

第一，先例体系的构建是实体规则的补充。立法与实践之间始终存在不可抹除的差距。[①]WADA 作为 CAS ADD 所遵循的实体性规则，其灵活性在多次修订中不断增加，但也难以应付层出不穷的违法手段。CAS ADD 仲裁中虽不直接将裁判先例认定为正式的法律渊源适用，但可以为相类似案件的裁定提供指导帮助。先例为 CAS ADD 及其他体育组织在兴奋剂案件的法律适用及处罚标准上实现统一，适当填补现有规则可能存在的漏洞。第二，先例可为仲裁员提供参照依据。一般情况下，仲裁机构并未将先例原则纳入其程序法规或作为仲裁机构的仲裁规则。尽管如此，在国际法仲裁领域的实践中，有越来越多的仲裁员在裁决具体的争端时选择参考和依据先前的仲裁裁决。仲裁员可以通过先例裁判正确解释法律，指导适用于类案中。同时，根据《规则》第 21 条之规定，CAS ADD 作出的裁决应为附理由裁决。附理由裁决为仲裁员在履行司法正义时的本质和质量提供充分保障。先例可成为裁决的重要说理部分。先例将在缺乏相关规定的情况下发挥立法功效，补充行为准则，指导仲裁员在相同或相似的情况下作出正确裁判。

（三）为国际体育法统一化提供范式

①黄晖. 体育仲裁先例论——CAS 仲裁经验的中国化[J]. 武汉体育学院学报, 2014, 2: 27.

体育自治背景下的兴奋剂纠纷解决程序在 CAS ADD 设立后得到法治化完善，其不仅在仲裁和制裁程序方面初步实现了反兴奋剂运动在世界范围内的统一化，还为国际体育法统一化提供了范式。

一方面，CAS ADD 的建立统一了世界反兴奋剂运动的仲裁与制裁程序。反兴奋剂实体规则在 WADC 成立后得到各体育组织和国家的一致认可，但具体适用中还存在程序衔接困难、重复适用、内部仲裁机构之间区分标准模糊等问题。通过授权，CAS ADD 将建立起独立的兴奋剂仲裁和制裁系统，进而在此领域内形成相对统一的体育规则体系。未来，将形成 CAS ADD、独立检测机构（ITA）和 IOC 及各体育组织相互独立，相互监督，共同推进反兴奋剂运动的局面。总结 CAS ADD 的实践经验，不仅可增强兴奋剂案件处罚标准的合理性，也在体育裁决的程序设计上进一步发展，符合公正性、参与性、透明性以及效益性的要求，充分体现当事人正当权益保护。另一方面，CAS ADD 的建立为国际体育仲裁院的改革提供了范式。除了单项体育联合会的不断授权，兴奋剂裁判及处罚的权力将会集中在 CAS ADD 的手中，在权力行使、机构安排上为体育法律一体化提供了基础；一审审级及上诉程序的设计，则为争端解决的法治化提供了程序支撑；同时，在法律适用、自由裁量等方面更加法律化。虽然 CAS ADD 只 解决兴奋剂纠纷，但其制度设计的特点及未来运转的实践，会对体育管理、体育规则及法律等产生影响，为世界体育法的统一和完善提供范式。

结语

CAS ADD 的建立是国际体育仲裁院一项革命性的尝试，其以《世界反兴奋剂条例》为适用准则，在规则中统一世界范围内兴奋剂案件的程序规范，是国际体育仲裁院司法化的新起点。可以预见，有司法特色融入的 CAS ADD 将极大推动世界反兴奋剂运动进程。我国作为体育大国，兴奋剂纠纷解决机制上仍有缺失。要建立起与国际接轨的行之有效的兴奋剂纠纷仲裁解决机制，建立独立的兴奋剂纠纷仲裁解决机构，制定配套的仲裁规则。

10.我国国际商事仲裁协议的法律适用

梁嘉敏*

摘要：有效的国际商事仲裁协议是正常启动国际商事仲裁程序的必要步骤，也是国际商事仲裁裁决得到承认与执行的前提。国际商事仲裁协议有效性的判断须考虑双方当事人是否具备缔约能力、仲裁协议形式有效性和仲裁协议实质有效性三方面内容。相应的国际商事仲裁协议的法律适用问题也需从这三个方面进行探讨。现今，尽管我国实践中裁判者对国际商事仲裁协议法律适用问题意识有所提升，但在适用过程中仍存在着诸如相关立法可操作性低、国际商事仲裁协议有效要件苛刻等问题。结合国内外国际商事仲裁协议法律适用的理论与实践现状，分析我国国际商事仲裁协议法律适用的现存问题，着重探讨形式有效性的法律适用问题，以期对改善我国国际商事仲裁相关制度起借鉴作用。

关键字：国际商事仲裁协议、最密切联系原则、仲裁地法、仲裁协议形式有效性、仲裁协议实质有效性

Abstract: An effective international commercial arbitration agreement is a necessary step for the normal initiation of international commercial arbitration procedures and a prerequisite for the recognition and implementation of international commercial arbitration awards.The validity of an

international commercial arbitration agreement shall be judged from three aspects: whether the two parties have the contracting ability, the form validity of the arbitration agreement and the substantive validity of the arbitration agreement.The application of international commercial arbitration agreement should also be discussed from these three aspects.Nowadays, although judges' awareness of the legal application of international commercial arbitration agreements has been improved in practice in China, there are still some problems in the application process, such as the low operability of relevant legislation and the harsh effective requirements of international commercial arbitration agreements.Based on the theory and practice of the application of international commercial arbitration agreement at home and abroad, this paper analyzes the existing problems of the application of international commercial arbitration agreement in China, and emphatically discusses the application of formal validity of the law, so as to provide reference for the improvement of the relevant system of international commercial arbitration in China.

Key words: international commercial arbitration agreement; the principle of most close contact; law of arbitration place; validity of arbitration agreement form; validity of arbitration agreement substance

在“一带一路”建设和构建“人类命运共同体”的时代背景下，跨境贸易和投资热潮不断增加，与此同时，涉外民商事纠纷也伴随着增加。国际商事仲裁是我国解决国际商事争端的路径之一，因其具备程序方便快捷、保密性强等特点，受到许多当事人的青睐。我国一向提倡并鼓励当事人以仲裁的方式解决国际商事争议，而国际商事仲裁的启动务必存在有效的国际商事仲裁协议，且有效的仲裁协议也是最终仲裁裁决得到承认和执行的根本要求。国际商事仲裁协议的有效性一般需考量当事人的缔约能力、仲裁协议的形式有效性、仲裁协议的实质有效性三要件，其中，判断国际商事仲裁协议形式上有效性这一要件，其法律适用问题较为复杂，目前国际社会普遍认为应以优先适用当事人的意思自治原则为主，在当事人没有作出选择时，则适用仲裁地法的有关规定。但现今我国有关国际商事仲裁协议的法律适用仍存在立法欠缺，裁判者法律意识不强、仲裁协议有效要件苛刻等问题。尽管最高人民法院为避免下级法院直接草率地确定涉外仲裁协议无效，制定了严格的报告制度，但每年仍有许多案件拟裁定仲裁协议为无效。

一、我国国际商事仲裁协议法律适用概述

国际商事仲裁协议（以下简称“仲裁协议”）是双方当事人合意将已经或将来可能发生的国际商事争端交付，以仲裁方式解决的书面协议。[①] 而仲裁协议的法律适用则是指仲裁庭或法院应选择适用哪一国家的法律来确定仲裁协议的有效性。[②] 我国现今仲裁协议的表现方式有两种，其一，作为合同一部分的仲裁条款；其二，签署单独的仲裁协议。对于仲裁协议以合同中的某一条款表现的形式，一度引发了学界关于仲裁协议“整体论”与“仲裁条款独立说”间的争议，其中持“整体论”的学者认为仲裁协议条款应为合同中的一部分，此中观点也为传统观点，认为“此时的主合同与仲裁条款栓在同一条绳索”，所以应将适用于主合同的法律适用规则直接适用于仲裁协议。然而，该观点忽略了仲裁协议本身的特殊性，已经不能适应社会的需求，尽管仲裁协议具有与普通合同相类似的特征，仲裁协议的特殊性也包括了管辖权的稳定性、当事人之间权利义务的统一性、仲裁条款的独立性。[③] 现“仲裁协议独立说”的主张占据主导地位，仲裁协议应有体现其特点的特殊法律适用规则。[④]

二、我国有关国际商事仲裁协议的法律适用现状

（一）有关我国国际商事仲裁协议法律适用的立法现状

我国《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《涉外民事法律适用法》”）第 18 条规定：“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁

[①] 韩德培、肖永平：《国际私法》[M]，高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版：第 499 页。
[②] 黄进，陈卫佐.国际商事仲裁的法律适用[J].法学评论，1993(04)：第 16-21 页。
[③] 姜茹娇，论国际商事仲裁协议的准据法[J]，中国青年政治学院学报，2003(05)：第 110-115 页。
[④] Nygh Peter.Choice of Forum and Law in Internatio nal Co mmercial Arbitration[M], Klumer, 1997.p.14.

机构所在地法律或者仲裁地法律。”而我国《仲裁法》司法解释第 16 条在《涉外民事法律适用法》第 18 条规定的基础上增加了以下条款“没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律”，相比之下，在后颁布的《涉外民事法律适用法》缺少适用法院地法的兜底规定，两条规定有所重合，重合之处与前文所述的仲裁协议法律适用部分内容相吻合，但不一致的地方体现出我国现今法律制度与国际社会法律发展的接轨程度，尊重当事人的意思自治，优先适用当事人选择的仲裁协议准据法，在当事人未作出约定时，适用仲裁地法。而颁布时间在后的《涉外民事法律适用法》中未约定法院地法作为兜底条款，在一定程度上减少我国法院“法院地主义”的法律选择倾向，展现出我国在此问题上进一步吸取国际经验、紧随国际趋势的开明态度，并没有一味追求国家本位的目标。然而，又因为两条规定存在差异且同时有效，我国法院或仲裁机构在适用该条款期间存在着裁判者适用法律冲突的问题，容易引起裁判者在选择法律时因适用不同法条而导致判决结果不同，[①]故应相应地对法律进行修改以保持法律的一致性。

我国是 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称“《纽约公约》”）的缔约国，依据“条约必须遵守”的国际法一般原理，根据该公约第 2 条的规定可知，主要从当事人的缔约能力、仲裁协议的形式有效性、仲裁协议的实质有效性三方面分别判断仲裁协议是否有效。此外，该公约第 5 条第 1 款第 1 项对仲裁协议无效的情形作出明确规定：存在两种情形使仲裁协议无效，其一，双方当事人依所适用的法律，被认定为无行为能力人的情形；其二，依据当事人选择适用的法律或当事人未选择法律，但根据仲裁地国法律，所签署的仲裁协议为无效的情形。综合上述法条可知，在判断我国仲裁协议效力时也应从以上三个要件内容进行考量，分别是当事人的缔约能力、仲裁协议的形式有效性、仲裁协议的实质有效性，其中实质有效性是指争议事项的可仲裁性。仲裁协议形式有效性的法律适用问题相比当事人缔约能力及仲裁协议实质有效性的法律适用较为复杂，其应先对当事人选择的法律予以考虑，其次再考虑仲裁地法律，当前面两者都无法确定的情形下，应适用哪国法律来进行认定，学界尚存在争论，最初实践中的普遍做法即为直接适用法院地法确定，但现今以最密切联系原则确定适用的法律呼声也逐渐高涨。

1. 我国有关仲裁协议当事人缔约能力的法律适用规则

根据我国《仲裁法》第 17 条，有效的仲裁协议必要条件之一是仲裁协议当事人应具备行为能力，对此，我国与世界上大部分国家一样，以属人法来对当事人是否具备缔约能力加以判断，即当事人属于何地的人，就适用何地的法律予以判断当事人是否具备行为能力，而判断当事人属于何地的人，我国以住所作为标准进行认定，由此，以住所地法律作为准据法判断当事人是否具备行为能力。根据我国以往《民法通则》第 15 条及第 39 条规定，我国公民是以户籍所在地或经常居住地为住所，而法人则以它的主要办事机构所在地作为住所。

2. 我国有关仲裁协议形式有效性的法律适用规则

（1）适用当事人选择的法律

我国《涉外民事法律适用法》认定仲裁协议形式有效性的法律适用规则，应优先适用当事人选择的法律——意思自治原则，由于仲裁协议本质上属性即为合同，虽仲裁协议具有特殊的特点，但不影响其为合同的根本性质，故认定协议效力时，应遵循意思自治原则，优先考虑适用当事人选择的仲裁协议准据法。[②]这一做法在德国、日本、葡萄牙等国的相关法律及某些国际公约中得到体现。如《联合国国际商事仲裁示范法》、[③]《纽约公约》、《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》及《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》等。我国这一规定凸显出逐渐与国际接轨的法治进步。

对于适用当事人选择的法律这一做法，学界所争论的是，若当事人约定仲裁条款属于合同的某一条款时，仲裁条款准据法的适用是否应与主合同准据法的适用一致的问题。传统观点认为，此时仲裁条款已是主合同中的一部分，主合同无效，附属其中的仲裁条款当

---

① 宋常蕊，从司法实践看国际商事仲裁协议法律适用新发展[J]，北京仲裁，2017(02)：第 104-120 页。

② 宋常蕊，从司法实践看国际商事仲裁协议法律适用新发展[J]，北京仲裁，2017(02)：第 104-120 页。

③《联合国国际商事仲裁示范法》第 32 条第 1 款 a 项规定:“仲裁协议的准据法是:a.当事人各方都同意遵守的法律。”

然也应无效。对此，持“仲裁条款自治理论”的学者认为合同中出现的仲裁条款应与合同中其他部分区分讨论，并区分适用准据法。原因是仲裁协议引用的准据法并不涉及实体的权利义务，仅仅涉及协议的有效性，而合同的准据法却涉及当事人权利义务等实质性问题，不宜将两者的准据法统一讨论。根据仲裁条款自治理论，使仲裁条款的法律适用与主合同相区分的做法更为合理，因为仲裁条款约定的目的主要是明确因主合同而起的纠纷解决方式，与主合同实现实体权利义务的目的不同。此外，有学者主张直接引用“程序法适用法院地法”，认为仲裁协议的法律适用问题属于程序性问题，故应直接适用法院地法的观点不具有合理性。因为国家主权原则下的司法自治，当事人无权选择，程序性法才适用法院地法，该情形仅适用于司法系统，但仲裁程序不属于司法系统，允许当事人意思自治自由选择，体现私人主体的自主权，不应强行适用法院地法。绝大多数国际知名仲裁机构中的标准仲裁协议都未包含“当事人选择的准据法”这一条款。[①] 但于实践中，当事人很少约定仲裁协议准据法，因此以仲裁地法判断仲裁协议有效性的几率要更高。[②]

（2）适用仲裁地法

根据《纽约公约》第 5 条的相关规定，当事人未选择仲裁协议适用法律时，应根据仲裁地法律认定仲裁协议是否有效。由于在社会实践中，当事人往往未选择仲裁协议准据法，因此，通过仲裁地法律认定仲裁协议是否有效就显得尤为重要。对于此做法，在许多地区性公约如《关于国际商事仲裁的欧洲公约》、《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》等都进行规定。而实践中也存在部分例子，在“贸易融资公司诉保加利亚外国托克银行有限公司”案中，[③]瑞典最高法院法官认为，在当事人无明示约定时，应适用仲裁地法判断仲裁协议有效性。在英国的司法实践中，裁判者认为仲裁协议与仲裁地往往有着最密切的联系，当事人若约定了仲裁地，则可直接将仲裁地认定为当事人对仲裁协议准据法的默认选择。可见，当事人未选择仲裁协议的适用法律时，以仲裁地法判断仲裁协议有效性是国际社会所认可的做法。

国际社会之所以选择以仲裁地作为连结因素，主要基于以下理由：其一，仲裁地总是仲裁协议的履行地，是双方当事人权利得以实现，义务得以履行的地方；其二，仲裁地相比于当事人国籍、协议缔结地等其他连结因素，与仲裁协议的联系最为密切，且一般情形下主要的仲裁活动也均是在仲裁地完成；其三，仲裁程序及相关活动须受制于仲裁地国法。一国对本国内仲裁活动的管辖也是主权的体现。如果本国领域内进行的仲裁活动是建立在依本国法律为无效的仲裁协议的基础上的，则仲裁地国不承认其效力。[④]且相较于其他国家，仲裁地国能对有关仲裁行使较为全面有效的控制。

我国《涉外民事关系法律适用法》第 18 条也作出类似规定，但将仲裁机构所在地法与仲裁地并列的选择适用，从文义解释上看扩张了连接点，给法官增加了自由裁量权，但却由于规定的不够具体，容易引发争议，例如一个仲裁机构在世界各地均可能有办事处，应如何进行确定。有学者认为由于“仲裁裁决作出地”具有唯一性，故可以将其作为确定准据法的连接点。[⑤]

（3）适用最密切联系原则确定适用法律

若当事人选择仲裁协议的适用法律，则应适用当事人选择的法，若未选择，则适用仲裁地法，但实践中存在当事人既未选择仲裁协议适用法律，又无法确定仲裁地的情形，此时，实践中的通常做法是适用法院地法。20 世纪以来，各国国际私法的立法、判例、一些全球性及区域性的统一国际私法文件均将最密切联系原则置于突出的位置。[⑥]在仲裁协议主体未约定仲裁协议准据法及不存在明确仲裁地时，应适用最密切联系原则选择国家法律，最密切联系原则的适用可以充分体现仲裁的灵活性。现今国际商事合同的准据法适用中，

---

① 李海.论涉外仲裁协议的准据法[J].仲裁与法律通讯，1995,(5):第 32 页。

② 温树斌.论国际商事仲裁协议的法律适用规则[J].法学论坛,2000(02):第 100-104 页。

③ ICCA’S Yearbook of Commercial Arbitration ,XXVI (2001), Swedish Supreme Court Case No.T1881-99.27 October 2000.

④ 温树斌.论国际商事仲裁协议的法律适用规则[J].法学论坛,2000(02):第 100-104 页。

⑤ 中国审判理论研究会涉外审判理论专业委员会，《中国涉外商事审判研究》第三辑，法律出版社，第 335 页。

⑥ 陈卫佐：《国际性仲裁协议的准据法确定—以仲裁协议的有效性为中心》，《比较法研究》，2016（02）：第 45 页。

世界各国越来越通行的作法是当事人意思自治确定合同准据法，辅之则为最密切联系原则。我国《合同法》第 126 条规定：涉外案件合同当事人未选择适用法律的，应适用与合同有最密切联系的国家法律。美、英、德、日等国均主张依据这两个原则来确定支配仲裁协议实质有效性的法律，又因为由于仲裁协议带有合同的性质，[①]由此最密切联系原则在仲裁协议准据法的选择中应被充分考虑。

一般情形下，最密切联系原则在仲裁协议准据法的选择适用上，应当主要考虑仲裁协议当事人的国籍、仲裁协议的签订地、当事人选择适用合同法律所在地国的法律等，并以此作为与仲裁协议有最密切联系的法律。在考虑过程中，应将法院地国的法律纳入考虑范畴，因为最终将由法院来决定以何种因素作为连接点确定仲裁协议的准据法，法院地法将会是本国法院较为容易和愿意适用的法律。此外，我国现行立法对仲裁协议形式有效性做出非常严格的规定，这导致我国涉外仲裁机构不得不放弃未符合条仲裁协议的仲裁权，此不利于我国建立国际仲裁中心的构想，因此，中国仲裁有关法应进行完善，除了使得法律内外相一致外还需对有效条件进行放宽。

3. 我国有关仲裁协议实质有效性的法律适用规则

我国并没有专门的立法对仲裁协议实质有效性的适用法律进行规定，即无争议事项可仲裁法律适用问题的规定，虽然我国于《仲裁法》第 2 条、第 3 条及第 77 条对仲裁的范围予以明确规定，但对可仲裁性的法律适用未曾提及。实践中，我国裁判者的通常做法即出于便捷程序的考虑，普遍直接适用仲裁地法，但这并不利于维护当事人的权益和发展仲裁解决机制，为此可将仲裁协议实质有效性的法律适用规则与形式有效性的适用法律规则相统一，即优先适用当事人选择的法律，其次仲裁地法，最后前两者均无的情形下，选择最密切联系地的法律，这样规定的利处在于使裁判者适用法律的过程更为便捷，使规则的统一避免复杂化带来的成本浪费，并以此保证国际商事仲裁程序的有效进行。

（二）有关我国国际商事仲裁协议法律适用的实践现状

观察我国司法实践，各级法院在《仲裁法》实施之初，并未予以仲裁协议的法律适用问题足够重视。如最高人民法院在“海南省高院就’诺和诺德公司与海南际中公司’经销协议争端管辖权问题的请示”一事中所作的答复，该案原被告于合同中写明了仲裁条款：一旦发生于合同相关的争议，则应通过仲裁的方式解决，仲裁在伦敦以英语语言进行。对于该仲裁条款的效力，最高人民法院同意了海南省高院的观点，认为当事人合同中的仲裁条款无明确的仲裁机构，所以无法执行，该案应由海口市中级人民法院行使管辖权。[②]法院因仲裁条款中没有明确约定由英国哪个仲裁机构，径而直接认定仲裁协议无效。此外，2002 年最高人民法院针对“厦门樱织有限公司与日本喜佳思株式买卖合同欠款纠纷”一案，于请示复函中的表述，同样未言及仲裁条款的法律适用问题，而直接适用我国《仲裁法》。尽管现今我国的部分法律文件相继对仲裁条款法律适用做出了规定，但法官常常本能地寻找各种理由以排除外国法适用的情形仍然存在。国际社会也对该问题未达成统一认识，由此引发了许多热议与广泛关注，在英国上诉法院 2012 年审理的“健康保险”案、[③]新加坡最高法院 2014 年审理的“FirstLink”投资公司案[④]和 2016 年审理的 BCY 案，[⑤]各国法院对仲裁协议的法律适用问题认识不一，存在观点分歧。其中有些法官甚至缺乏“分割意识”和“选法意识”，将仲裁协议的法律适用与仲裁程序和实体性的法律适用混为一谈。

三、我国国际商事仲裁协议法律适用问题的完善建议

我国应对仲裁协议法律适用的相关立法进行完善，鉴于《涉外民事法律适用法》较之司法解释位阶高，且裁判者在裁判过程中适用频率高、对法律适用问题规定较为全面等特点，可于《涉外民事法律适用法》中对仲裁协议有效性的问题予以系统化规定，并于该法中将有关仲裁协议实质要件的法律适用问题进行明确规定，对可仲裁性事项进行细化统一，可以专章的形式对仲裁的法律适用问题予以规定，从而可方便实践中裁判者选择适用。此外，借鉴参考最密切联系原则，结合仲裁协议的合同属性，当仲裁协议当事人未选择法律

[①] 安徽大学法律系编：《法学论文集》，南京大学出版社 1991 年版，第 3 页。

[②] 李健.《涉外仲裁协议的法律适用》 [J] .人民司法，1997(5)：第 14 页。

[③] Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA&Ors v. Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWCA Civ p.638.

[④] FirstLink Investments Crop Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others [2014] SGHCR p.12.

[⑤] BCY v. BCZ[2016]S GHC 249.

及无法确定仲裁地时，适用与仲裁协议有最密切联系地的法律，而非径直选择法院地法，这不仅有利于保障当事人的权益，而且能有效避免被认定为“法院地主义”，导致在承认与执行过程中造成障碍。与此同时，可建立相应的辅助性机制，对裁判者关于仲裁协议法律适用的问题进行统一培训与考核，减少裁判者由于选法意识不高、自由裁量权过大而直接适用我国法律的情形发生，避免导致仲裁程序的启动率降低，损害当事人合法权益。

四、结语

有效的国际商事仲裁协议要求当事人具有缔约能力、仲裁协议形式有效及实质有效，仲裁协议的法律适用问题即讨论这三要件应分别适用哪一国的法律进行判断。关于我国仲裁协议法律适用的问题，判断当事人是否具备行为能力应看属人法（以住所作为连接点），从仲裁协议形式有效性来看，首先考虑当事人意思自治选法，在没有选择的情形下，应适用仲裁地法，无法确定仲裁地法时，建议适用最密切联系原则选择法律。从仲裁协议实质有效性的适用法律来看，建议法律适用规则与形式有效性的规则一致，以此减少司法成本。我国国际商事仲裁协议法律适用规则的完善，有助于我国国际仲裁争端解决机制的发展与完善，提高我国的司法公信力，同时促进仲裁裁决承认与执行等方面的国际合作。

[参考文献]

[1] 韩德培、肖永平：《国际私法》[M]，高等教育出版社、北京大学出版社，2007。
[2] 安徽大学法律系:《法学论文集》[M]，南京大学出版社，1991。
杨良宜:《国际商务仲裁》[M]，中国政法大学出版社，1997。
[3] 中国审判理论研究会涉外审判理论专业委员会：《中国涉外商事审判研究》[M]，法律出版社，2014。
[4] 李健：《涉外仲裁协议的法律适用》[J].人民司法,1997(05)。
[5]姜茹娇：《论国际商事仲裁协议的准据法》[J].中国青年政治学院学报,2003(05)。
[6]黄进,陈卫佐：《国际商事仲裁的法律适用》[J].法学评论,1993(04)。
[7]宋常蕊：《从司法实践看国际商事仲裁协议法律适用新发展》[J].北京仲裁,2017(02)。
[8]李海：《论涉外仲裁协议的准据法》[J].仲裁与法律通讯,1995(05)。
[9]温树斌：《论国际商事仲裁协议的法律适用规则》[J].法学论坛,2000(02)。
[10]陈卫佐：《国际性仲裁协议的准据法确定—以仲裁协议的有效性为中心》，《比较法研究》，2016（02）。
[11]宋常蕊：《从司法实践看国际商事仲裁协议法律适用新发展》[J].北京仲裁,2017(02)。
[12] Nygh .Peter.Choice of Forum and Law in International Co mmercial Arbitration [M] .K lumer, 1997.
[13] Sulamerica CIA Nacional De SegurosSA & Orsv.Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWCACiv 638.
[14] First Link Investments Crop Ltdv.GTPayment Pte Ltdandothers [2014] SGHCR12.
[15] BCY v.BCZ [2016] SGHC 249.
[16] ICCAS Year book of Commercial Arbitration ,XXVI (2001),Swedish Supreme Court Case No.T1881-99.27 October 2000.

11.自贸区临时仲裁制度裁决执行的研究

—以《横琴自贸试验区临时仲裁规则》为视角

林娜*

摘 要:《规则》是横琴自贸区根据最高人民法院出台的《意见》，以珠海仲裁委为依托，制定的首部中国临时仲裁规则。本文将结合《规则》的法律规定讨论临时仲裁机制在中国的落地问题，其中特别会着重分析《规则》下关于临时仲裁裁决的执行问题，从混合仲裁

模式和裁决书转化模式这两种模式探讨裁决转化执行的可行性，借此提出构建自贸区临时仲裁制度关于裁决执行的建议。

关键词：自由贸易试验区 临时仲裁 司法机构介入 转化执行

Abstract：Basing on the Supreme People's Court of China's Opinion on Providing Judicial Protection for the Development of the Pilot Free-Trade Zone ("Opinion"), Zhuhai Arbitration Commission enacted the Ad hoc Arbitration Rules of (Guangdong) Pilot Free Zone Hengqin Area of Zhuhai("Rules"), which became the first ad hoc arbitration rules in China. This article will discuss the issue of the ad hoc arbitration mechanism in China in conjunction with the provisions in Rules. In particular, it will focus on the analysis of the implementation of ad hoc arbitration awards under the Rules, and discuss the feasibility of the transformation of the enforcement of the award according to the two modes of mixed arbitration mode and award conversion mode.Finally, this article can propose the establishment of ad hoc arbitration system for the implementation of the award.

Keywords：Pilot Free Zone; Ad hoc Arbitration; the intervention of judicial departments;conversion of the enforcement

《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》(以下简称《规则》)是横琴自贸区切实推进最高人民法院下发关于《为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（以下简称《意见》）进行先行先试的改革创新，其中规则中的第2条第1款的临时仲裁的定义与《意见》第9条第3款的规定相一致，都是走在摸索自贸区临时仲裁建设的道路上。同时《规则》在对国际上先进仲裁规则比较研究基础上，结合了我国自贸区的实际情况，为自贸区内金融、航空、海商事电子商务等领域的纠纷提供快捷、高效的仲裁程序。[①]但是一部仲裁规则的出台只是对中国临时仲裁建设的一种探索，可以肯定的是有其创新之处，但我国临时仲裁制度的缺失与国际上蓬勃发展的多元化纠纷解决机制潮流依然不相一致，如何克服临时仲裁制度在中国的落地障碍从而根据自贸区的情况提出可行的建议，在下文将会一一进行讨论。

一、《规则》内容解读

《规则》创新的通过仲裁机构介入的制度设计，从整体逻辑功能与具体功能解构的双重视角构建了机构介入下的临时仲裁制度，将机构仲裁与临时仲裁的各自优势相互融合，形成了机构仲裁和临时仲裁“双规并行”的仲裁体系。在此之后，还促成了许多临时仲裁的新举措出现。比在2017年9月19日的大中华仲裁论坛上，中国互联网仲裁联盟正式公布了《临时仲裁与机构对接规则》(以下简称对接规则)并发布了与《对接规则》配套的互联网仲裁云平台2.0。这些规则的出台都是在积极推进临时仲裁制度在中国的运行。

（一）《规则》基本框架

从条文结构来看，《规则》分八章共61条，分别规定了总则、仲裁协议、仲裁程序的开始、仲裁庭、审理程序、裁决、送达与期限、附则。其中第一章是总则部分，主要对临时仲裁、仲裁协议、指定仲裁员机构、仲裁通知等关键术语进行了专门定义，划定了《规则》的适用范围，明确了根据本规则进行临时仲裁的原则、异议权放弃、仲裁地的界定标准等问题。第二章专门就仲裁协议的书面形式、仲裁协议的独立性、仲裁协议的主体变更、对仲裁管辖权的异议及其裁决问题进行了限定。第三章规定了仲裁程序的开始，其中明确了将被申请人收到仲裁通知之日视为仲裁程序启动的时点，规范了仲裁申请人送达仲裁通知、被申请人答复仲裁通知、多方当事人仲裁、仲裁前及仲裁程序启动后的临时措施、仲

[①] 张超汉、丁同民：《我国建立自由贸易试验区临时仲裁制度的意义及路径》，载《中州学刊》2017 年第 8 期。

裁代理人、反请求及仲裁请求的变更、仲裁费用等具体程序要点问题。第四章以仲裁员制度为中心，分别规范了临时仲裁庭的人数、组庭方式、指定仲裁员的方法、仲裁员信息披露、回避、重新组庭、多数仲裁员继续仲裁程序等重要问题。[①]

接着《规则》的第五章、第六章、第七章分别涉及仲裁审理的一般程序与裁决的作出，除了个别细节强化仲裁庭的权限外，基本的规定与国内现有的机构仲裁规则没有本质区别。但《规则》中值得一提的是，第47条规定了临时仲裁庭审理下作出的仲裁裁决书或调解书的确认和转化程序，这一条在目前机构仲裁的规定中尚属首创，其同样适用于专门针对临时仲裁下的特殊情况。通览整个规则，其结构安排有其独创性，但基本也遵循了“仲裁协议-审前程序与仲裁庭组庭-仲裁程序-裁决的作出”的传统范式。[②]同时《规则》对于临时措施和仲裁执行都有新的制度创新，虽然没有完全打破既有的中国仲裁规则框架，但从各方面来看，其力图尝试临时制度上的创新，为临时仲裁在中国实施提供了一定的制度保障。但是临时仲裁制度在中国实施的问题依然需要重视，下文将会一一分析其中的障碍。

二、临时制度在中国落地的障碍

开展临时仲裁涵盖了从仲裁协议有效性到执行仲裁裁决的完整过程，虽然横琴规则有许多创新的地方，但其中许多关键性环节因为缺乏法律规定和相关的配套机制而存在根本性障碍，阻碍了临时仲裁制度在自贸区的实施，包括以下方面：

（一） 现行法律规定难以参照适用

我国的仲裁法其实是一部机构仲裁法，在《仲裁法》第 16 条规定仲裁协议应当具有下列内容：一是请求仲裁的意思表示；二是仲裁事项；三是选定的仲裁委员会。因此在随后的制度设计中，除仲裁协议有效性以及保全措施有司法参与外，整个仲裁程序的推进其实都是围绕仲裁机构的管理职能来展开，这种特殊的立法设计，完全排除了临时仲裁所需的司法支持和机构支持。而在发达的欧美国家以及我国香港、台湾地区，则采用了一种可包容机构仲裁和临时仲裁的立法设计，使得司法和机构支持能兼顾辅助临时机构，例如《台湾仲裁法》规定：当事人约定仲裁事件由仲裁机构办理者，由该仲裁机构选定仲裁人，否则由法院指定。《韩国仲裁法》第 18 条规定：“仲裁庭决定临时措施经向有关管辖权的法院提出申请予以强制执行”，甚至在仲裁程序细节方面，如该法第 28 条还规定如果是在法院调查证据的情况下，仲裁人或者当事人得到审判长的许可后是可以参与其证据调查，临时仲裁也能找到司法支持的依据。《英国仲裁法》的第 12 条规定了法院具有延长仲裁程序开始时间的权力。[③]但我国的立法和实践都是将这些细节交由仲裁机构来处理。

虽然临时仲裁更加突出方便、快捷、高效的仲裁价值，但依然是通过一套严密的程序来实现结果公正的纠纷解决方式和过程。相较于国外立法体制把这些复杂的程序环节通过司法支援来保障，我国的现行立法更多交由仲裁机构来完成，以机构介入作为辅助。因此，这就导致自贸区的临时仲裁探索中找不到参照适用甚至变通适用的法律，给临时仲裁的实际运行带来了障碍。

（二） 国内仲裁规则缺失难以保障程序的推进

最高院的《意见》中虽然提到了有效的临时仲裁协议还需要约定了“按照特定规则”进行仲裁，但是在今年三月《规则》发布前，我国内地还没有可以用于临时仲裁规则的仲裁

[①] “横琴自由贸易试验区临时仲裁规则”， http://www.zhac.org.cn/zcgzall/html/?528.html ，访问于 2019 年 4 月 25 日。

[②] 张建：《构建自贸区临时仲裁规则的法律思考—以< 横琴自由贸易试验区临时仲裁规则>为中心，载《法治论坛》2017 年第 2 期。

[③] “自贸区临时仲裁的实践探索—政策依据、制度障碍和实践策略”，http://www.hrbac.org.cn/newsshow.php?cid=69&id=3897 ，访问于 2019 年 4 月 25 日。

规则。同时按照最高法的《意见》也不能适用各仲裁委的机构仲裁规则，即使 ICC《仲裁规则》第 6 条规定："当事人同意按照规则进行仲裁，即接受仲裁员对该仲裁实施管理。"因为这一规定是经过修订的，原因是在 ICC 仲裁的旭普林案件被我国司法机构不予承认后，针对我国法院不予执行的理由作出的。此后我国的仲裁实践广泛采用这一规定，如在《珠海仲裁委员会仲裁规则》的第 10 条也规定了只要当事人约定按照本规则进行仲裁但未约定仲裁机构的，都视为本会仲裁有管辖争议的权力，最高人民法院《关于适用中华人民共和国仲裁法若干问题的解释》对于国内普遍适用的这一规定也予以了肯定，该《解释》第 4 条规定："仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。"由此，如果仲裁协议中选用国内的机构仲裁规则只会产生机构仲裁而非临时仲裁，国内临时仲裁规则的缺失导致临时仲裁在中国适用无章可循，不利于临时仲裁制度在中国的落地。

那么如果当事人选用国内的机构仲裁规则会产生机构仲裁，选用了国外或者境外的临时仲裁规则是否可行呢？按照最高院的《意见》字面表述，理论上是可行的，但是在法律上的差异和实际操作上的困难，导致实践中的运用有很大问题，[①]境外仲裁规则实际上也并不能满足自贸区商事主体选择临时仲裁的现实需求，达到更加快捷、方便、节俭解决纠纷的目的。

（三）行政权力对仲裁机构的过分干预

虽然从理论上讲，机构仲裁具有民间性，与政府部门无关，但在我国的机构设置上可以看出，行政机关对仲裁机构已有过分干预的情形存在。中国仲裁机构的设立模式有两种，一种是传统的商会内设立仲裁机构的模式，即中国涉外仲裁机构的设立模式。对于涉外仲裁机构，中国采取的是商会内设立仲裁委员会的方式，这种方式本身就会导致仲裁委员会所具有的只是相对独立性。涉外仲裁委员会的机构设立、人员构成、规则制度等方而，均有赖于其设立机构——中国国际商会，而商会将涉及仲裁机构的管理和运作，因此，涉外仲裁委员会无法独立于其设立机构—中国国际商会。另外一种是《仲裁法》实施后由有关部门和商会组建，仲裁机构不设立于商会内部的模式，亦即国内仲裁机构的设立模式。对此，《仲裁法》第十条规定："仲裁委员会有市人民政府组织有关部门和商会统一组建，并需报经省一级的司法行政部门登记。"但实际情况却是，不少地方的仲裁委员会组成人员中，有相当比例的政府有关部门的官员，而且仲裁委员会的主任一般也由政府分管领导或者政府法制部门的主要领导兼任。因此，有很多法律专家、经济贸易专家和仲裁界人士将这样的仲裁委员会称为"第二市政府"。

此外，一项有关仲裁机构现状的实证也在一定程度上显示了中国仲裁实践中颇受诟病的行政异化倾向：中国相当部分的仲裁机构在性质定位、人员状况、财政状况、以及业务状况等方而有明显的行政化色彩。[②]性质定位上，高达74%的仲裁机构认为自身为行政性事业单位;人员状况上，作为仲裁机构最高决策部门的委员会—其委员中来自行政机关的委员平均比例高达73.9%，反观在仲裁法中的法律、经济贸易专家占三分之二以上的规定仅仅在40%的仲裁机构中得到贯彻，仲裁委常设办事机构的负责人在国家机关中有领导职务的比例达66.3%;财政方而，仲裁机构经费来源依靠全额拨款的比例达35.6%，依靠差额拨款的比例为19.2%，二者相加达54.8%，只42.3%的机构实现了自收自支;案件处理上，81.7%的仲裁机构允许仲裁机构现职工作人员担任仲裁员，71.2%的机构有驻会仲裁员。

仲裁机构设立之初需要政府的介入是可以理解的，但是长期以来，政府总是不放心放权于仲裁机构，而仲裁也习惯于政府的约束，两者在各方而形成了千丝万缕的联系。在这

[①] "自贸区临时仲裁的实践探索—政策依据、制度障碍和实践策略"，http://www.hrbac.org.cn/newsshow.php?cid=69&id=3897 ，访问于 2019 年 4 月 25 日。

[②] 陈福勇：《中国仲裁机构现状实证分析》，载《法学研究》2009 年第 2 期。

种制度体系下，仲裁机构更类似于诉讼或行政解决争议，而失去了其本身的仲裁价值和特点。

（四）尚未普及的临时仲裁意识

首先临时仲裁意识的缺乏就体现在欠发达的法治环境，虽然中国已建立起了完整的法律体系，但还没有建立起一套完善的法治体系。这一点在司法实践和学者著述中即可见一斑。比如说司法裁判中执行难的问题，以及对不执行或不完整执行法院裁判的行为并无对应的严厉的法律措施。而在不同法律学科的学者著作中，常常可以看见国内立法和司法缺少某项法律制度的表述。此外，在探讨中国法律问题的外文文献中，也常常可以看见作者们对中国法律制度的消极态度。因此，普遍存在的情况是中国民众对司法诉讼已非完全信任，更何况在仲裁机构行政化的情形下，对仲裁制度的信任更加薄弱。

其次，仲裁法律意识薄弱，主要包括人们对仲裁制度地位和作用的认知程度、对仲裁裁决的认可程度，以及人们对仲裁方式解决争议的信任、支持和渴求程度等内容。如果广大公众对仲裁制度知之甚少，不了解仲裁方式解决争议的特点和优点，缺乏对仲裁方式解决争议的信任与渴求以及对仲裁裁决的理解和支持等，便没有仲裁制度发展的社会基础，仲裁事业也就根本不可能有大的发展。[①]纵然中国人具有普遍的畏讼心理，但由于历史和现实的原因，中国民众的仲裁法律意识远不如诉讼意识强烈，主要表现在:一是不少人对仲裁方式解决争议不甚了解或者不甚知悉。二是一部分人对仲裁方式解决争议的权威性还不予认可。可以说，仲裁制度对中国民众而言，仍是一个新生的事物，还没有在全社会得以普及，“选择仲裁”的意识还不是很强烈。因此，缺少对仲裁制度的信任使得在中国内地引入临时仲裁制度困难重重。

三、临时仲裁裁决在中国的执行

一般而言，仲裁裁决的执行是指当仲裁一方当事人不能自觉履行仲裁裁决要求其承担的义务时，另一方当事人申请法院执行仲裁裁决，法院依照法定程序，强制被执行人履行仲裁裁决所确定的义务。

仲裁裁决的执行问题，是仲裁制度的核心问题之一。我国如欲在自贸区内建立完善的临时仲裁制度，首要考虑的问题之一就是如何建立起与临时仲裁相配套的执行制度。鉴于临时仲裁的执行在我国目前障碍重重，因此即使存在临时仲裁，其执行也难以得到保障，这样就会大大降低临时仲裁对当事人的吸引力，甚至使临时仲裁在我国不具备实践价值。本部分将着重于分析《规则》为了解决临时仲裁在我国得不到执行这一问题而推出的新机制——仲裁裁决书“转化”机制的利弊与可行性，从而研究这一机制对于自贸区建立临时仲裁制度是否具有借鉴意义。

（一）我国临时仲裁裁决的执行现状

1. 我国现行法律无法保障临时仲裁的执行

根据我国《仲裁法》对仲裁协议效力要件的规定，一项有效的仲裁协议必须包括：“（1）请求仲裁的意思表示；（2）仲裁事项；（3）选定的仲裁委员会。”同时根据《民事诉讼法》，当出现有“当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议”的情形时，法院不予执行仲裁裁决。因此，综合上述两条法律规定，纠纷主体在选择适用仲裁作为解决双方之间争议的方式时，如没有选择特定的仲裁机构，则双方关于适用仲裁的合意便得不到认可，在这一仲裁协议下的临时仲裁裁决在我国法院得不到执行。

因此，在我国目前的法律下，临时仲裁裁决没有国家强力机关保障其执行，实践中存

[①] 谭兵：《试论中国的仲裁环境及其优化》，载《法学评论》2006 年第 1 期。

在的临时仲裁裁决基本靠当事人自觉履行。[①]一旦一方当事人丧失自觉性，不履行仲裁裁决，则另一方当事人裁决下的权益就无法得到实现。

2. 临时仲裁裁决在中国执行的方式

为了规避我国法律对临时仲裁的排除，实践中的临时仲裁裁决除了依靠当事人的自觉履行之外，还发展出了一些折衷的、机构仲裁与临时仲裁相结合的、更加方便执行的模式，其中最主要的两种为混合仲裁协议模式和裁决书转化模式。

（1）混合仲裁协议模式

简单而言，本文所述之混合仲裁协议指当事人在仲裁协议中约定选择在某仲裁机构仲裁，但是不适用该机构的仲裁规则而适用自己约定的其他程序或典型的临时仲裁程序，[②]如《贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL Arbitration Rules）。

这种模式的好处在于，首先我国许多知名仲裁机构的仲裁规则均言明可以管理《贸易法委员会仲裁规则》下的仲裁，[③]其次，我国法院在司法实践中对于混合仲裁协议下的仲裁裁决执行持较为宽松的认定态度，因此在此模式下的临时仲裁裁决也可能可以得到法院执行。但这一模式也存在巨大的缺陷，首先，我国除了少数一些经验丰富的知名仲裁机构之外，中国的其他仲裁委员会及其仲裁员可能不熟悉根据该机构以外的仲裁规则。其次，当事人仍然可以向法院辩称，即使在仲裁条款中选定管理机构，选择《贸易法委员会仲裁规则》本身也会使该协议下的任何仲裁具有临时性，因此是不允许的。提起此类诉讼本身就会导致仲裁的严重延误和中断，给执行带来极大的不确定性，也给当事人带来很多不必要的花费。[④]

（2）裁决书转化模式

这一模式主要见于《规则》第四十七条，该条规定，当事人可以请求珠海仲裁委员会确认裁决书，珠海仲裁委员会根据《珠海委员会仲裁规则》、《珠海国际仲裁院仲裁规则》以及本规则对裁决予以审查，同意确认裁决书则加盖珠海仲裁委员会印章，该临时仲裁视为机构仲裁。

中国互联网仲裁联盟制定的《对接规则》第五章“临时仲裁与机构仲裁对接”第二十一至二十四条规定，临时仲裁程序的当事人或仲裁庭可以根据争议解决的需要，选择与机构仲裁进行裁决文书的对接，将临时仲裁裁决文书转化为机构仲裁的裁决文书。负责转化裁决文书的仲裁机构对仲裁主体是否适格、程序是否符合当事人约定以及裁决文书内容是否违反法律强制性规定及公序良俗进行确认，确认符合要求的，加盖该仲裁机构的公章。

可以看出这一模式的主要特点是当事人可以将临时仲裁裁决书交由国内某已仲裁机构进行审查，审查范围依据各个规则规定不同而有所区别，审查完成后仲裁机构对该裁决书进行盖章确认，从而将该临时仲裁裁决“转化”为机构仲裁裁决。下文将对这一模式进行详细分析。

（二）裁决书转化机制的利弊

[①] 王洪坤：《引进临时仲裁壮大我国涉外仲裁实力》，《法律服务时报》2002 年 5 月 31 日，文中称：“大连海事大学的胡正良教授已成功地以临时仲裁的方式审结了一起租船纠纷案,当事人已经自动履行了该裁决。”

[②] See Jian Zhou, Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration, Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2006, Vol 23 Issue 2) p. 145 – 170.

[③] 如《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第四条第三款，《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）仲裁规则》第三条第二款，《深圳国际仲裁院仲裁规则》第三条以及《北京仲裁委员会规则》第二条第一款等。

[④] See James Rogers, Lijun Cao, Matthew Townsend, Legality of “Hybrid” Arbitration Clauses Upheld in China, Asian Dispute Review, Issue 3,2014, p. 146 – 148.

1. 裁决书转化机制的优势

有学者认为，相较于机构仲裁，纯粹的临时仲裁制度缺乏官方统一的机构对其进行管理与约束，在其需要被法院承认与执行时，缺少一定的信服力。[①]因此，从形式或者程序上而言，当事人可以通过选择向仲裁机构申请进行由仲裁机构协助参与临时仲裁，最后由当事人选定的仲裁庭在做出的裁决上加盖仲裁机构的公章，从而将实质上的临时仲裁转化为形式上的机构仲裁的方式，增加临时仲裁在程序上的合法性。从实体而言，机构对裁决进行审查可以进一步保障裁决书的质量，[②]从而临时仲裁的增加权威性以及可信度，提升裁决在司法系统得到法律强制力保障的可能性。同时，选择对于此次仲裁程序在与司法系统有合作关系的仲裁机构、行业的相关协会，更加能够保障在仲裁中胜出的一方的权利能够得到执行。

此外，实践中，广州仲裁委已经迈出了转化临时仲裁协议的第一步。作为对接机构，广州仲裁委在事后评论该模式时表示："通过《对接规则》进行临时仲裁是一项兼顾理想与现实的临时仲裁落地方案，最大限度尊重了当事人的意思自治，给予当事人制定最合适的仲裁规则的机会，也保障了裁决的可执行性。目前，还有 15 起类似的临时仲裁案件正通过对接规则推进中，这表明了新的临时仲裁新模式适应了当前商事主体对多元化纠纷解决的需求，充分展示了临时仲裁的优势和魅力，打开了中国仲裁的新局面。

2. 裁决书转化机制的缺陷

虽然有明确机构仲裁规则保障的"转化机制"较之于不确定性较高的混合仲裁协议模式，在可执行性方面风险降低了很多，然而机构对接临时仲裁制度也存在一定的缺陷。

在"转化"机制下，仲裁机构对于其负责盖章认证的临时仲裁裁决，承担着一定的监督义务。例如《横琴自贸试验区临时仲裁规则》第四十七条第三款规定，珠海仲裁委员再确认裁决之前，将会对裁决予以审查。然而问题在于，这一审查将会深入到何种地步？是否是对仲裁的程序予以审查还是对仲裁裁决的实体内容进行审查？如果对仲裁裁决的实体内容进行审查，就很有可能会破坏仲裁庭的独立性，实质上成为一种仲裁的上诉机制，从而又破坏了仲裁一裁终局的制度。[③]

其次，当事人之所以选择临时仲裁而非机构仲裁，很大的原因在于临时仲裁的保密性与高效率，如若机构对接时要对临时仲裁裁决进行审查，则必然会或多或少涉及争议实体内容以及相关证据，这样临时仲裁的保密性可能就丧失殆尽，在实质上拖延了仲裁时间，增加了当事人的花费，使当事人选择临时仲裁的初衷不复存在。

最后，就转化机制的对接机构选择而言，当事人需要选择那些已经具有转化机制规定的仲裁机构，才能保障裁决在"仲裁机构所在地"法院的执行。并且，对于目前还没有此类的规定的仲裁机构，不仅需要考虑怎样合理地设置转化机制、机构在此类仲裁中的行政管理权限等内部问题，还需考虑怎样与当地司法系统建立合作关系以保障裁决执行这样的外部问题，不得不说是一个较为复杂的安排。

（三）促进临时仲裁裁决在中国执行的建议

我国现行法律不能保障临时仲裁裁决的执行，因此如果要在《仲裁法》无配套执行机制的情况下保障临时仲裁裁决的可执行性、使临时仲裁制度真正在自贸区落地，上海自贸区在建立临时仲裁规则时可以借鉴《规则》的转化机制，以保障临时仲裁的可执行性。但也要谨慎该规则目前存在的一定劣势，需要明确在转化时机构审查的限度，将该限度控制在不会影响仲裁庭独立性的范围内，同时对于转化机制的程序作出明确的规定，使选择改

[①] 刘茂亮：《临时仲裁应当缓行》，载《北京仲裁》2005 年第 1 期，第 8、9 页；张心泉、张圣翠：《论我国临时仲裁制度的构建》，载《华东政法大学学报》2010 第 4 期。

[②] 郭晓文：《裁决书审核制度的功能：仲裁员与仲裁机构权责的分配》，2018 年 10 月 25 日演讲内容。

[③] 郭晓文：《裁决书审核制度的功能：仲裁员与仲裁机构权责的分配》，2018 年 10 月 25 日演讲内容。

程序的当事人可以将时间、金钱的成本控制在可预见的范围内。

综上所述，虽然修改现行法律或给自贸区制定特别法是最理想的、最能解决一切后顾之忧的方法，但由于其程序较复杂、周期长，裁决书“转化”机制较之于风险较高的“混合仲裁协议模式”，也是一种可选的过渡方式。

四、结语

临时仲裁制度与解决自贸区商事纠纷的契合说明了在自贸区建立临时仲裁制 度的必要性及合理性。随着横琴《规则》的出台，对临时仲裁协议、仲裁程序的开始、仲裁庭、审理程序、裁决、送达与期限等进行了创新的规定，为自贸区临时仲裁制度的构建提供了参考。虽然临时制度在我国还有很多障碍，从法律缺失、行政区权力的过分干预到临时仲裁的意识缺乏，但是《规则》开创了临时仲裁制度在中国的新模式，引领了中国仲裁未来发展的新方向，特别是从《规则》确立的裁决执行制度而言，是目前比较符合我国仲裁现状的一种过渡方式，但是在未来，自贸区依然需要致力临时仲裁制度与我国现行法律的衔接，[①]不仅只有仲裁裁决执行模式，还需要完善相关的仲裁程序，真正发挥临时仲裁裁决在自贸区内的公信力，从而提高仲裁裁决的执行力。

12.仲裁协议效力异议期限设定之价值平衡

刘沁予

摘　要：我国《仲裁法》第二十条第二款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。”在仲裁实务中，当事人特别是被申请人及其代理律师不论是否真的对仲裁协议的效力有异议，出于故意拖延和破坏仲裁程序的目的，常常滥用仲裁协议效力异议来阻碍仲裁庭开庭、拖延仲裁程序进程、为自己赢取更多的时间，同时给对方当事人和仲裁庭造成时间上、经济上的巨大损害与资源浪费。合理的仲裁协议效力异议期限的设定应进行诸项价值平衡——不仅要给予当事人充分的考虑时间、尊重当事人意思自治，还要使仲裁协议效力尽早确定，以保证仲裁程序顺利进行。我国《仲裁法》第二十条存在对提出仲裁协议效力异议的期限不明确、期限过长的问题，建议修改为：“当事人对仲裁协议效力有异议，应当在收到仲裁申请书副本之日起三十日内提出”。 既有效解决了当事人协议不开庭审理的仲裁案件应在何时提交仲裁协议效力异议的问题，也可防止当事人及其代理人恶意拖延和破坏仲裁程序，以保证仲裁程序及时、顺利进行，确保仲裁优势。

关键词：仲裁协议效力异议；异议期限；意思自治

Abstract：Article 20 of the Arbitration Law of China stipulates: "The parties have objections to the validity of the arbitration agreement shall submit it before the first hearing of the arbitral tribunal." In the arbitration practice, especially the respondent and their attorneys, for the purpose of deliberately delaying and destroying the arbitral procedure, they often abuse the validity of the arbitration agreement to prevent the arbitral tribunal from starting the court, delaying the arbitral proceedings, and winning more time for themselves, no matter they truely disagree with the validity of the arbitration agreement. Their behavior caused enormous time waste and damages to tribunal and the other party. Reasonable period for Arbitration Agreement validity objection should be balanced. Not only to give the parties sufficient time to consider, but also it is necessary

[①] 袁发强：《自贸区仲裁规则的冷静思考》，载《上海财经大学学报》2015 年第 2 期。

to respect the party's autonomy, to make the validity of the arbitration agreement as early as possible to ensure the smooth progress of the arbitration procedure. Article 20 of China's Arbitration Law has the problem that the time limit for filing an objection to the arbitration agreement is unclear and the term is too long. It is proposed to amended as : "If the parties have objections to the validity of the arbitration agreement shall put forward within 30 days from the date of receipt of the arbitration application copy." It effectively prevents the parties and their agents from maliciously delaying and destroying the arbitral proceedings, so as to ensure that the arbitral proceedings are carried out in a timely and smooth manner.

Keywords: Arbitration Agreement Validity Objection; objection time limit; autonomy

根据我国《仲裁法》第二十条的规定，当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。在仲裁实务中，当事人尤其是被申请人及其代理律师常常滥用《仲裁法》第二十条——不论是否真的对仲裁协议效力有异议，在仲裁庭即将开庭之际或是开庭当天提出仲裁协议效力异议，来阻碍仲裁庭开庭、拖延仲裁程序进程、为自己赢取更多的时间，同时给对方当事人和仲裁庭造成时间上、经济上的巨大损害与资源浪费。正值我国《仲裁法》修改之际，对于上述拖延和破坏仲裁程序的恶意行为，亟待从法律上进行制止和防范。[①]为了解决这个问题，不禁令人思考：为何《仲裁法》的立法者将仲裁协议效力异议期限定在“仲裁庭首次开庭前”？ 在实践中，这一期限由于设定得过长已然带来弊端。仲裁协议效力异议的期限应当如何设定？该期限的设定，在法理上需要进行怎样的价值平衡？

一、实践中产生的问题

根据查阅相关案例，不难发现，当事人提仲裁协议效力异议要么直接向法院提出，要么就是向仲裁机构提出，或是在仲裁机构尚未做出决定前，又向法院提出。当事人不论是向仲裁机构抑或是向法院提出仲裁协议效力异议，都时常存在滥用异议权来拖延时间、扰断仲裁进程的情况,令仲裁庭和另一方当事人措手不及，导致已经组织好的仲裁庭不得不推迟开庭时间。

(一)当事人对仲裁协议并无真实异议、滥用异议权拖延仲裁的情形

例如在佛山市恒熙创展投资有限公司（仲裁被申请人）与陈颖华（仲裁申请人）仲裁协议效力异议一案中，2017 年 5 月 8 日，陈颖华向佛山仲裁委员会提出仲裁申请，佛山仲裁委员会受理。[②]仲裁庭组庭后，2017 年 9 月 4 日恒熙创展投资有限公司向广东省佛山市中级人民法院提出仲裁协议效力异议，声称合同中仲裁条款约定不是其真实意思表示，但始终未举证证明其主张。本案中，仲裁协议效力异议的恒熙创展投资有限公司（仲裁被申请人）在陈颖华（仲裁申请人）向仲裁委员会提出仲裁申请后过了将近 4 个月的时间才向法院提出仲裁协议效力异议，声称合同中仲裁条款的约定不是其真实意思表示，但之后又始终未向法院举证证明其主张。被申请人辩称申请人提出仲裁协议效力异议的行为是在拖延仲裁裁决进程的主张也得到了法院的支持。

又如华夏基金管理有限公司（仲裁被申请人）与毛晓炜（仲裁申请人）之间《恒生交

[①] 国际仲裁界早已意识到拖延和破坏仲裁程序对仲裁的危害性，早在 1990 年 5 月国际商事仲裁理事会(International Council for Commercial Arbitration, ICCA)在瑞典斯德哥尔摩召开的第 10 次国际商事仲裁大会的主题之一即是“防止拖延和破坏仲裁”(preventing delay and disruption of arbitration)。https://www.arbitration-icca.org/media/0/12119957055720/1990.pdf，最后访问日期 2018 年 12 月 30 日。

[②] 广东省佛山市仲裁委员会 2017 年仲裁裁决第 104 号。

易型开放式指数证券投资基金基金合同》（以下简称基金合同）第二十四条约定合同争议交由仲裁机构“中国国际经济贸易仲裁委员会”（以下简称贸仲委）解决。贸仲委受理双方争议后，华夏基金管理有限公司向法院提出仲裁协议效力异议。自贸仲委组庭完成、仲裁程序启动后，华夏基金公司一直采取消极拖延的应对态度，先是在答辩期限即将届满之际，以需要调取的证据材料较多为由提出延期答辩和举证申请，在贸仲委同意延期之后，仍未按时提交任何答辩意见和证据，反而在延长后的答辩期已过、开庭日期即将到来之际，又向法院申请确认仲裁协议无效，致使原本定于 2017 年 1 月 13 日进行的仲裁开庭被迫延期进行。[①]本案中，法院认定华夏基金公司（申请人）向法院提出仲裁协议效力异议的目的是恶意拖延仲裁程序，迫使仲裁庭开庭延期举行。

（二）当事人对仲裁协议效力异议的滥用引发的不利后果

通过上述几个案例的对比，显而易见，当事人特别是被申请人在对仲裁协议效力并没有真实异议，纯粹只是为了阻碍仲裁庭开庭、拖延仲裁案件的审理时间，就会在仲裁庭开庭日期即将到来之时乃至仲裁庭开庭当天提出仲裁协议效力异议，使得已经进行的仲裁程序被迫暂停，也使得仲裁庭的管辖权处于“悬而未决”的境地，申请人在维护自身应有权益时却愈发被动。在实践中，被申请人在仲裁庭开庭当日或开庭日期前一天提出仲裁协议效力异议，这常常使得仲裁庭和另一方当事人措手不及。一些从异地或境外赶来参加仲裁庭开庭的仲裁员或当事人未能进入任何实体问题的审理，就不得不无功而返。这些做法既拖延了仲裁程序的正常进行，又给仲裁员和对方当事人造成了时间和诸多方面的损失，也严重破坏了仲裁的效率，是对仲裁价值的极大损害。虽然根据现有仲裁法的规定，在仲裁庭首次开庭前提出仲裁协议效力异议是被允许的，但是由于被滥用，导致对仲裁程序的拖延，仲裁的效率大打折扣，也增加了仲裁成本，这不禁令人思考，现行仲裁法的该项规定是否合理与恰当。

（三）仲裁协议效力异议与仲裁管辖权异议的关系探析[②]

众所周知，仲裁协议是仲裁的基石，并赋予仲裁机构、仲裁庭处理当事人之间争议的权力。仲裁程序之所以能够启动，仲裁庭或者说仲裁机构的权力都是来自于仲裁协议的授权。国家在仲裁立法和司法监督上都尽可能地避免对仲裁庭的管辖权造成过多地限制、干涉。同时，仲裁庭也要严格、谨慎地遵守来自仲裁协议的授权，不得越权裁判。我国现行的《仲裁法》仅规定了仲裁协议效力异议，并未明文规定仲裁管辖权异议的相关事项。那么，当事人提出仲裁协议效力异议会对仲裁管辖权产生怎样的影响？仲裁协议效力异议与仲裁管辖权异议的关系为何？

对管辖权的异议是指当事人对仲裁庭超越其仲裁协议中的授权范围以及仲裁法律规定的范围进行仲裁的异议。仲裁协议的效力与仲裁的管辖紧密相连。我国现行的《仲裁法》并无仲裁的“管辖权异议”这一措辞，没有对管辖权异议的含义作明确界定，也没有将其

[①] 北京市中级人民法院民事裁定书（2017）京 02 民特 6 号,中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=dd64241a-50ca-48d3-94c3-a706000f52b2&KeyWord=华夏基金管理有限公司%7C 毛晓炜.最后访问日期：2019 年 4 月 14 日。

[②] 仲裁的管辖权异议与有仲裁协议的管辖权异议不同。根据案例来看，韩国新湖商社与四川省欧亚经贸总公司信用证欺诈纠纷管辖权异议案中（（2000）经终字第 155 号）欧亚公司因信用证纠纷将新湖商社诉至四川省高级人民法院，新湖商社则以合同存在仲裁条款为由提出了管辖权异议。本案中，新湖商社提出的管辖权异议即为有仲裁协议的管辖权异议。仲裁管辖权异议是在排除仲裁程序，有仲裁协议的异议是在排除诉讼程序。http://gongbao.court.gov.cn/Details/a084fae6435e6b69a024ee4d5afc59.html 最后访问日期：2019 年 4 月 14 日。

他可以申请管辖权异议的情形与期限进行完整地囊括。这与国际上通行的做法有很大差别。[①]但我国部分仲裁机构的仲裁规则中有对“管辖权异议”的规定。[②]仲裁协议效力异议与管辖权异议紧密联系但又有区别。后者包括前者，但范围更广。对仲裁协议的效力有异议是属于管辖权异议的法定理由之一。仲裁管辖权异议主要主要分为以下几种情况：

1.对仲裁协议效力的异议

仲裁协议效力异议是管辖权异议的法定理由之一。一方面，仲裁协议是当事人将争议提交仲裁的依据，表明一旦发生协议范围内的争议，当事人不得单方向法院起诉。另一方面，仲裁协议是仲裁机构、仲裁庭受理争议案件的依据，是仲裁机构、仲裁庭取得管辖权的必要条件之一。如果当事人之间无仲裁协议或仲裁协议无效，仲裁机构、仲裁庭就失去了对仲裁案件进行管辖的依据和基础。

在我国，首先，当事人能够将争议提交仲裁解决以及我国的仲裁机构受理仲裁案件的前提是当事人之间必须有书面形式的、同意进行仲裁的意思表示，即存在书面形式的规定了仲裁事项和选定仲裁委员会的仲裁条款或仲裁协议。[③]书面形式是仲裁协议的形式要件。[④]目前，只有日本、瑞典和少数几个国家承认口头仲裁协议效力之外，[⑤]德国仲裁法一方面规定仲裁协议必须以书面形式明示订立,另一方面又允许具有完全商人资格的当事人因商业行为依商业惯例约定的仲裁协议采用口头甚至默示的方式。[⑥]书面形式仍是国际通行的规定，只不过对“书面”作扩大解释。[⑦]对仲裁协议形式要件的异议也是仲裁协议效力异议的

---

① 《英国仲裁法》第 31 条规定：“对于仲裁庭在仲裁程序的初期的管辖权异议，当事人必须将与异议有关的证据材料在仲裁程序的最初步骤提出。”《德国民事诉讼法》第 1040 条第 2 款规定：“对于仲裁庭没有管辖权的抗辩不得在提出答辩之后提出。”《国际商事仲裁示范法（UNCITRAL）》第 16 条第 2 款规定：“有关仲裁庭无权管辖的抗辩不得在提出答辩书之后提出。”《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 21 条第 3 款规定：“关于仲裁庭无管辖权的抗辩应至迟在答辩书中提出。”《伦敦国际仲裁院仲裁（LCIA）规则》第 14 条第 2 款规定：“主张仲裁庭无管辖权的抗辩应当不迟于在答辩书中提出。”《美国仲裁协会（AAA）仲裁规则》第 7 条规定对仲裁庭或仲裁员管辖权的抗辩不迟于在答辩中提出。

② 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2015 版)》第 6 条第 4 款规定：“当事人对仲裁协议及/或仲裁案件管辖权的异议，应当在仲裁庭首次开庭前书面提出；书面审理的案件，应当在第一次实体答辩前提出。”《深圳国际仲裁院仲裁规则》第 10 条第 2 款规定：“管辖权异议应当在首次开庭前以书面形式提出；书面审理的，应当在首次答辩期限届满前以书面形式提出。”《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》第 6 条第 3 款规定：“当事人对仲裁协议及/或仲裁案件管辖权的异议，应在仲裁庭首次开庭前书面提出;书面审理的案件，应在第一次实体答辩前提出。”

③ 《中华人民共和国仲裁法》第 16 条。

④ 我国 2006 年《最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释》第 1 条指出仲裁法第十六条中的“其他书面形式”的仲裁协议，包括以合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等形式达成的请求仲裁的协议。

⑤ 就仲裁协议是否必须为书面形式的问题，日本法律并无明文规定，但在实践中对于口头的仲裁协议也加以认可。瑞典法律对仲裁协议未做形式的要求,口头、书面均无不可。

⑥ 《美国仲裁法案》第 2 条中规定了仲裁协议是指“在任何海事或者商事契约中，为了用仲裁方式解决可能由于契约引起的或者由于拒绝履行契约全部或者部分引起的争执所作的书面规定，又或者将由于这种契约引起的、或者由于拒绝履行契约引起的现在的争执提交仲裁的书面协议”。《韩国仲裁法（2002）》第 8 条规定：“仲裁协议必须是书面的 •••••• 如果它存在于由当事人签字的文件、当事人往来函件、电报、电传、传真及其它可提供记录的电子通讯方式、在申请书和答辩书的交换中，当事人一方声称存在仲裁协议而另一方当事人未予否认的，可以视为是书面的仲裁协议。”《荷兰仲裁法》第 1021 条规定：“仲裁协议必须由书面文书证明。”《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第 7 条规定：“仲裁协议应是书面的。协议如载于当事各方签字的文件中，或载于往来的书信、电传、电报或提供协议记录的其他电讯手段中，或在申请书和答辩书的交换中当事一方声称有协议而当事他方不否认，即为书面协议。在合同中援引载有仲裁条款的一项文件即构成仲裁协议，但该合同须是书面的而且这种援引足以使该仲裁条款构成该合同的一部分。”《承认及执行外国仲裁裁决公约（纽约公约）》第二条定义了仲裁协议分为两种：其一，经双方当事人签署的，订立在合同中的仲裁条款或仲裁协议书；其二，在双方当事人通过互换或者往来函件、电文中所订立合同中的仲裁条款或仲裁协议书。

⑦ 李力，《略论我国与欧美国家仲裁协议之异同》，载于《现代法学》1998 年第 4 期.

一种。

其次，根据我国《仲裁法》第十七条的规定，仲裁协议无效的情形为：约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的；以及根据《仲裁法》第十八条，仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确又未能达成补充协议。这是对仲裁协议内容要件的法律规定。根据以上规定不难看出，当事人发现仲裁协议无效的情形并不复杂。因而，如果发现对仲裁协议的效力有异议，实际并不需要太长的时间。

最后，如果当事人提出上述理由，认为仲裁协议无效，一经认定确实无效，那么仲裁庭就丧失了管辖权，双方争议就只能由诉讼或其他方式解决。确定的管辖权是仲裁庭进行实体审理的前提。因此，在仲裁庭已经完成了前期相当一部分工作之后、即将准备开庭之时，当事人才提出仲裁协议效力异议——不论是向法院提出还是向仲裁庭提出，都会使得仲裁庭的管辖权变得“不确定”，并且很有可能会导致仲裁庭、仲裁员前功尽弃。

2.对仲裁庭受理范围的异议

包括仲裁庭受理范围超出了法律的规定或者超出了当事人的约定或者超出了仲裁机构受案范围。

其中，仲裁庭受理范围超出了法律的规定就是争议事项是否具有可仲裁性问题。这与我国《仲裁法》第十七条中规定的仲裁协议无效情形之一：“约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围”仍有区别。我国《仲裁法》第 2 条规定：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”第 3 条规定：“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”但如果双方有合法有效的仲裁协议，其中约定的仲裁事项并无《仲裁法》第 3 条规定的情形，当事人根据仲裁协议将争议提交仲裁。在 CIETAC 受理的案件中，就有当事人以此为理由提出管辖权异议的。在新博瑞国际贸易有限公司（申请人）与 Kind Full 有限公司（被申请人）一案中，申请人称其已向被申请人支付了 303，000 美元货款，但未收到合同项下的货物，因此要求被申请人退还其货款，并赔偿相应损失。被申请人认为，是货物的装船人、交单人伪造提单和品质证书，骗取货款，已经向洛杉矶警方和美国联邦调查局以诈骗案为由报案。因此，被申请人主张本案是一刑事案件，不是经济纠纷，不应提交仲裁解决。[①]

仲裁庭受理范围超出了当事人的约定包括：对仲裁请求或反请求的特定事项超出了仲裁协议约定的范围；仲裁庭或仲裁员超裁、漏裁等。仲裁协议效力异议是当事人认为争议事项不应由仲裁处理而提出的全部异议。而仲裁的管辖权异议还包括当事人认可仲裁协议的存在、有效，认可仲裁庭的审理，但就部分争议认为仲裁庭没有管辖权，是一种部分异议。例如，申请人根据一份合法有效的仲裁协议向仲裁庭提出请求，被申请人对仲裁协议的有效性不存在异议，对仲裁程序认可。但被申请人提出反请求，该反请求的内容超越了仲裁协议约定的范围。[②]在此种情况下，能否因为申请人依据仲裁协议将争议提交仲裁而剥夺了他对被申请人的反请求超越仲裁协议范围的异议权？诚然，在这种情况下，申请人也可以提出管辖权异议，但异议仅限于反请求中超越仲裁范围的事项。甚至，还有的情况为，被申请人在提出反请求的同时，也认为申请人的请求超出约定的仲裁范围而提出异议。以

[①] 参见赵秀文，《国际商事仲裁案例评析》，中国法制出版社 2002 年版，第 81-95 页，第 105-115 页。

[②] 有部分文章错误地认为，被申请人提出反请求构成其对异议权的默示放弃。被申请人进行实体答辩后，不能再提出管辖权异议。如，熊小芳，《我国仲裁管辖权异议若干问题探析》，载于《北京仲裁》第 92 辑，2015 年。

上均属于部分异议。[①]以及，当仲裁庭超出仲裁请求的范围作出裁决时，当事人也可就超裁部分提出管辖权异议。对这种部分异议还是全部异议作区分，对仲裁管辖权异议的提出时间上具有重大意义。

超出仲裁机构的受案范围是指有的仲裁机构仅受理国际或涉外案件，有的只能受理非国际或不具有涉外因素的案件等情况。例如：中国曾经实行的是双轨制的仲裁制度：中国国际经济贸易委员会可受理国际或涉外争议案件[②]，而其他三千多个国内仲裁机构主要受理无涉外因素的国内纠纷。而 1996 年 6 月 8 日国务院办公厅发布的《关于贯彻实施〈中华人民共和国仲裁法〉需要明确的几个问题的通知》（国办发〔1996〕22 号）打破了仲裁的双轨制。[③]中国其他仲裁委员会例如有的仲裁机构的受案范围仅限海事案件、知识产权案件等，例如中国海事仲裁委员会、近期成立的上海建设工程仲裁院等。英国还设立了专门针对农业、谷物等方面争议的专业仲裁协会。[④]仲裁机构受理了权限以外的争议，对方当事人有可能认为该争议对该机构来说是不可仲裁的，该机构不具有管辖权。根据《纽约公约》第 5 条或有类似内容的法律，这种裁决法院可拒绝承认和执行。[⑤]

在当事人都未提出管辖权异议的情况下，仲裁机构或仲裁庭可否主动依职权提出管辖权异议，主动否定自己的管辖权？仲裁实务中，有仲裁机构出于维护机构声誉，保证仲裁裁决不被撤销而主动提出管辖权异议的情况。[⑥]

（四）现行《仲裁法》第二十条规定之不利后果导致与立法本意相背离

我国现行《仲裁法》第二十条规定当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。该条法律设定给予仲裁当事人尤其是被申请人过于充足的时间期限，导致在仲裁实践中，产生了不利后果，反而造成了对仲裁资源的浪费、对仲裁价值的破坏。一方当事人提出仲裁协议效力异议，仲裁机构或仲裁庭要考虑仲裁程序是否有必要继续进行，一般会中止程序进行。（我国仲裁法对仲裁程序中止没有规定，一些仲裁机构的仲裁规则规定了中止的情形）实践中因为异议期限过长导而产生的诸多不利后果主要导致了：

1.对仲裁公正价值的破坏

仲裁作为自愿解决争议的准司法活动，公正是其首要追求。期限问题是程序问题，但程序为实体服务，只有程序公正才能确保实体公正。期限的延长关系到实体问题的查明与实体性争议处理的公正性。被申请人拖延仲裁程序，实则造成在程序上对被申请人的偏袒，这对申请人从程序上、实体上都是极大的不公正。对当事人的时间成本、金钱成本、仲裁委的办案成本、仲裁资源，都造成极大浪费。

2.对效率优势的破坏

[①] 参见【英】艾伦·雷得芬、马丁·亨特等著，林一飞、宋连斌译《国际商事仲裁法律与实践》，北京大学出版社，第 266-268 页。

[②] 《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第 3 条第 2 款规定了受案范围包括："国际或涉外争议案件；涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的争议案件；国内争议案件。"

[③] 该通知第三点提到"新组建的仲裁委员会的主要职责是受理国内仲裁案件；涉外仲裁案件的当事人自愿选择新组建的仲裁委员会仲裁的，新组建的仲裁委员会可以受理"。

[④] 参见肖超，《国际商事仲裁管辖权异议探析》，苏州大学，2013 年 5 月。

[⑤]《纽约公约》第 5 条第 1 款（丙）规定："裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列，或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者，拒予承认及执行。"

[⑥] 在"地球洋"轮定期租船合同争议案中，双方约定在上海提交仲裁，CIETAC 上海分会向申请人说明海事争议应向中国海事仲裁委员会申请仲裁，但申请人坚持在上海分会仲裁，被申请人应诉且没有提出管辖权异议。CIETAC 还是以租船合同纠纷属于中国海事仲裁委员会管辖为由指令上海分会撤销该案。中国海事仲裁委员会是受理海事纠纷的专门机构，虽然理论上经济贸易争议包括海事争议，但习惯上 CIETAC 不受理海事争议。为避免上海分会越权管辖所做出的裁决最终被法院不予撤销或不与执行，CIETAC 指令上海分会撤销该案。

仲裁是一裁终局的，因此，其主要优势之一就是快捷简便。来自各个方面的拖延和破坏构成了对仲裁这一优势的严峻挑战。利用程序漏洞进行种种拖延与破坏，使程序进展过于缓慢甚至停滞不前，是对仲裁优势的极大破坏。

3.对当事人意思自治的损害

意思自治是仲裁的核心。仲裁协议的契约性质要求当事人“约定必须遵守”。当事人之间形成有效的仲裁协议，参与仲裁就不仅仅是当事人的权利，也是一种义务。任何一方不按约定，具有违约性质，都构成对意思自治的损害。

4、对仲裁庭管辖权的破坏

仲裁庭的管辖权来自仲裁协议的授权，仲裁协议效力长期不确定，造成仲裁庭管辖权的不确定。在仲裁庭已经完成了前期相当一部分工作之后、即将准备开庭之时，当事人才提出仲裁协议效力异议——不论是向法院提出还是向仲裁庭提出，都会使得仲裁庭的管辖权变得“不确定”，使已经进行的仲裁程序被迫中止。

二、现行《仲裁法》赋予当事人仲裁协议效力异议的价值追求

我国现行《仲裁法》第二十条设立的初衷是为了在程序上防止当事人恶意拖延程序或滥用仲裁协议效力异议，因此给此权利规定一个期限。此项时限规定必然有其合理性。但是根据前述案例也可以看出，对仲裁协议效力异议的滥用导致设定异议期限的价值被减损。

但这不禁令人进一步思考，当前也的确存在一些外国的仲裁法乃至仲裁机构的规则都对仲裁协议效力异议的期限不做规定的情况。[①]我国《仲裁法》是否也可以不做时限的规定呢？由仲裁机构的仲裁规则自行订立该期限是否可行？

首先，借鉴民事诉讼法中答辩权丧失理论，当事人应当积极应诉和答辩，法定期限届满后就会丧失答辩权。[②]《仲裁法》第二十条该规定是以实体权利的丧失风险来督促当事人遵守期限，更好的维护当事人意思自治，维护仲裁契约性。已知仲裁具有民间性，有些国家的仲裁法甚至机构仲裁规则都没有对当事人提出管辖权异议的时限做任何规定。也就是说，仲裁协议效力异议作为管辖权异议的一部分，有些国家对其提出期限是没有规定的。中国规定的“首次开庭前“也属国际罕见[③]，但是显然不做此项规定对仲裁环境要求甚高，中国仲裁事业还处于初级阶段，不做时限规定在实务中操作尚不具备条件。

然而，为何我国《仲裁法》的时限规定与国际通行做法不同、独树一帜呢？立法者一方面出于对我国仲裁环境土壤的考虑，同时也鉴于提交答辩书的时间一般为收到申请书副本后的十五日，立法者考虑到如果要求当事人在同时间内还要准备仲裁协议效力异议有可能时间上不够充分。出于对当事人异议权的充分保护，因此特从宽规定。

我国现行《仲裁法》第二十条设立的初衷是为了在程序上防止当事人恶意拖延程序或滥用仲裁协议效力异议，因此给此权利规定一个期限。设置该期限的立法本意、价值取向主要有：

（一）维护通过意思自治实现的价值

仲裁权来自于当事人的合意授予。立法者给予仲裁协议效力异议期限较为宽松的规定，

---

① 如 1995 年《斯里兰卡仲裁法》第 11 条仅规定仲裁庭有权对管辖权异议作出决定，但对当事人应何时提出异议未作规定。《ICC1998 年仲裁规则》第 6 条没有规定当事人对仲裁协议的存在、效力或范围提出异议的时限。这或许意味着当事人在仲裁程序进程中，都可以提出仲裁协议效力异议。

② 参见张卫平著：《诉讼架构与程式——民事诉讼的法理分析》，清华大学出版社，2000 年 6 月版。

③ 各国法律、有关仲裁的国际性规范和仲裁机构的仲裁规则通常都规定当事人提出管辖权异议的时限，除了少数国家不做时限规定和中国的规定在“仲裁庭首次开庭前”之外，通行做法概括起来主要为两种：在第一次实体答辩前提出和根据管辖权异议的类型规定不同的时限。

试图体现出仲裁程序的自由价值与诉讼程序法定化的区别，展现仲裁优势。但是，仲裁的当事双方是互相对立、争锋相对的，这在一方恶意拖延仲裁时得到了完全的体现。如果将仲裁程序完全交给当事人自行掌控，虽然表面上是符合了意思自治，但实际上是偏离了仲裁程序的最终目的——公正、及时解决纠纷。立法者将“对仲裁协议效力有异议”设定为“首次开庭前”这样一个较长的期限，可以使得成立了的仲裁庭在作出裁决时更具灵活性，鼓励当事人善意配合，合理灵活地解决商事纠纷，更好地维护通过意思自治实现的价值。

（二）维护公平公正价值

《仲裁法》第二十条第二款中对仲裁协议效力异议期限的设定让当事人可以在期限内充分提出实体性争议、行使实体性权利，让仲裁庭无限接近案件事实以作出正确判断。公平公正是司法的最高要求也是仲裁的基本要求。此外，仲裁程序除了具有法律的工具职能之外，还具有其自身的程序公正价值。

（三）维护简便快捷价值

除了对公平公正价值的追求之外，仲裁对于当事人的吸引力，换句话说，仲裁较之于诉讼的独特魅力在于仲裁的快捷简便。对比于诉讼程序的冗长和繁琐，仲裁具有一裁终局性，灵活和宽松的规定有利于高效解决商事纠纷。仲裁案件没有地域管辖和级别管辖的限制，如果仲裁成本超过当事人可以从仲裁中、从诉讼中获得的利益，当事人就没有选择仲裁的必要。1995 年《仲裁法》的立法者给予仲裁当事人较我国《民事诉讼法》、他国仲裁法、仲裁规则更长的异议期限，试图展现仲裁程序的自由价值较诉讼程序法定化的优势。

通过上述对立法者意图的分析，可见我国《仲裁法》第二十条对仲裁协议效力异议期限的规定具有合理性，体现了立法者在尊重当事人意思自治、保证仲裁公正与效率、鼓励仲裁、充分发挥仲裁优势等价值之间的均衡。诚然，也不排除在 1995 年立法者可能受制于当时国内经济发展水平的局限，对仲裁价值目标的定位有些许偏离这种因素存在的可能。但此举更应该被解说为仲裁当时在中国处于刚刚起步的阶段，立法者更侧重于保障当事人权利的充分行使，尽快塑造仲裁良好形象，创造中国商事争议的仲裁氛围与环境。对仲裁协议效力异议的时限作这种过长的规定显然折损了仲裁的优势。

三、仲裁协议效力异议期限设定追求的根本价值分析——多元价值之平衡

一项仲裁协议的效力是多方面的，归纳总结为三个方面：对当事人的效力、对仲裁庭或仲裁机构的效力、对法院的效力。在此《仲裁法》修改之际，对仲裁协议效力异议期限应当如何设定？该期限的设定应当具有怎样的法理价值？

首先，务必厘清设定仲裁协议效力异议的期限不仅仅是为了某个单一价值，而是多元价值平衡的结果。在诸多价值之间，不能顾此失彼，否则就会造成不利后果——对当事人的利益、对仲裁的价值、仲裁的发展均造成损害。仲裁协议效力异议期限的设定应以下诸多价值之间作合理平衡。

（一）尊重当事人意思自治

尊重当事人意思自治是仲裁法的法律条文设定应当考虑的价值的核心。仲裁作为一种古老的争议解决方式，早在法律与法院尚未出现时就已经存在。商事仲裁最主要的还是解决交易纠纷，而非法律纠纷。只是在法律出现后，商事争议的双方使用法律概念将商事纠纷表达为一种法律纠纷，并寻求法律来救济。[①]不同于法院的诉讼管辖权，作为民间纠纷的

[①] 陶修明，《关于实现优质仲裁的几点思考》，载于《北京仲裁》，2018 年 01 期。

解决形式，仲裁的管辖权来自当事人自愿合意选择，契约性是仲裁的本质属性。对当事人意思自治的违背就是对当事人选择仲裁初衷的违背。是否采用仲裁、仲裁事项、仲裁机构、仲裁规则、仲裁庭的组成、审理方式、开庭形式、仲裁语言、适用的法律等事项都可以由当事人约定。《仲裁法》作为法律规制应该更有利于维护仲裁当事人意思自治，保护契约性，不使仲裁的契约性发生变化。

仲裁当事人在享有充分程序自治权和主导权的同时，有可能会采取过度的攻击防御行为——实践中普遍存在着当事人滥用仲裁权利，拖延和破坏程序的现象，严重威胁着仲裁的质量和生命力。考察世界主要国家仲裁发展历史，不难看出，各国仲裁立法始终在维护当事人选择仲裁的契约性与维护法律的公正性这一对矛盾中寻求平衡点。其实，在当事人自治权、仲裁权以及司法监督权三者之间寻求平衡的目的就是为了既能维护法律的公平正义同时不损害当事人意思自治。仲裁协议也具有契约性质，依照“约定必须遵守”的原则，任何一方不按约定，恶意拖延仲裁程序，构成对双方事先约定的仲裁程序规则的违反，具有违约性质。

在防止当事人恶意利用自治权来拖延和破坏程序的同时，不能影响了当事人正当的意思自治，要兼顾自愿与效率。因而，在合理范围内对自由的限制本质上是为了保护当事人意思自治。当被申请人及其代理人违背契约性，恶意拖延仲裁的给当事人和仲裁庭、仲裁员造成时间上和经济上、资源上的严重浪费时，仲裁法、仲裁规则想要真正做到尊重当事人意思自治，就需要对诚信、善意的一方给予正义价值和程序价值上的保护。

（二）确定仲裁庭管辖权

仲裁庭的管辖权来自仲裁协议，合法有效的仲裁协议确立了仲裁庭的管辖权，排除了诉讼管辖。这在大多数国家相应的法律中都做了明文规定，例如：中国《仲裁法》第 5 条[①]，《国际商事仲裁示范法》第 5 条也规定：“由本法管辖的事情，任何法院均不得干预，除非本法有此规定”。在国际商事仲裁立法和实践中，包括我国的仲裁法律，无论是合同中的仲裁条款，还是愿意将争议提交仲裁解决的独立协议，都统称为“仲裁协议”。合理的仲裁协议效力异议时限不仅要给予当事人充分的考虑时间，也要兼顾使得仲裁协议效力尽早确定。有效的仲裁协议一方面是当事人将争议提交仲裁的依据，另一方面是仲裁庭和仲裁机构受理争议案件的依据，确定仲裁机构取得管辖权，排除法院的管辖。只有确定了有效的仲裁管辖权才能使得仲裁程序顺利进行。

在国际商事交往中，当事人在订立合同争议条款时，一方面商事主体难以预料到哪个国家的法院对争议事项有管辖权，另一方面对他国的法院也缺乏信任。因此，在合同中加入仲裁条款或订立仲裁协议，很好地解决了商事主体间的这一疑虑。仲裁条款或仲裁协议排除了法院对争议事项的管辖权，确立了仲裁管辖。管辖权的确定决定了仲裁机构、仲裁庭裁决某一案件的权力与权限。此外，1958 年《纽约公约》至今已实施 60 周年，参加国超过 160 个国家。正是基于 1958 年《纽约公约》的广泛影响，商事仲裁裁决可在全球主要国家和地区得到承认和执行，是其优于一国法院诉讼的主要优势之一，使得商事仲裁成为解决跨境纠纷的最主要的方式。

仲裁较之于诉讼还有一大特点是及时高效，确定仲裁管辖权是仲裁及时高效原则的首要体现。仲裁协议的效力如何，是关系到仲裁程序能否启动、仲裁程序是否合法、仲裁裁决能否被承认与执行的关键问题。在决定可否受理争议前，仲裁机构、仲裁庭应足以确信自身拥有受理争议事项的管辖权。否则，即便仲裁庭依据自裁管辖权原则认定仲裁协议有

[①] 《中华人民共和国仲裁法》第 5 条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。”

效并进入仲裁实体审理程序，但法院认为仲裁协议无效，仍然可以对仲裁裁决撤销或拒绝承认与执行。

（三）符合仲裁协议独立性原则

仲裁的管辖权来自当事人自愿合意的选择，契约性是仲裁的本质属性。仲裁协议为仲裁庭的管辖权提供法理基础。根据仲裁协议独立性原则，仲裁协议独立于合同而存在，其效力应当单独判断，无论合同是否成立、变更、解除、终止、无效、失效、未生效、被撤销，均不影响仲裁协议的效力。该原则出现有其理论必要性，假若仲裁协议不具备独立性，当因合同产生争议时，仲裁协议本身的效力得不到确定，仲裁庭无法获得管辖权。如果经由法院先确定合同的效力：合同有效，仲裁协议有效，合同争议交由仲裁解决；合同无效，仲裁协议无效，仲裁机构无权受理。那么法院的事先参与违反了仲裁协议对诉讼管辖的排除。如果不经过法院，直接交由仲裁处理，裁定的结果是合同无效，那么仲裁条款也无效，仲裁机构并没有仲裁管辖权，已经完成了的一套仲裁程序便等于“无稽之谈”。仲裁条款独立性原则对仲裁管辖权的确定至关重要。

因此，基于仲裁条款独立性原则，当事人如若要提出仲裁协议效力异议，无需考察主合同效力如何，只要存在：约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的；对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确，且无法达成补充协议这些情况中的一种，当事人无需考虑合同的状况，就可以提出仲裁协议效力异议，并不需要太多的时间。一般来说，既然当事人能够完成书面答辩就必然能够发现仲裁协议是否存在上述问题。根据对诸多案例的实证考察，不难发现，真正对仲裁协议效力有异议的当事人都是在第一时间内提出，因此《仲裁法》无需给予过长的时限。

（四）维护公正与效率

商事仲裁中，商人主体不仅仅追求裁判的公平公正这一基本价值前提，他们还迫切的追求争议解决的效率。“仲裁之所以具有恒久魅力在于其高效快速,可以说效率之于仲裁犹如‘冠上之珍珠’,一旦剥落,其存在价值将大受质疑。[①]对争议解决效率的追求才是当事人选择仲裁的初衷。为了确保仲裁的效率价值，我国现行《仲裁法》第九条也明确了“仲裁实行一裁终局的制度”。诸多论文中讨论的仲裁自裁管辖权原则的设置,也正是出于仲裁效率原则的考量。此外，中国对于世界仲裁事业还有一项巨大贡献——仲调结合。这也被写入我国现行《仲裁法》第五十一条。[②]在中国，仲裁员有时还扮演着调解员的角色，在实务中，仲裁员也会惯常性询问当事人是否需要进入调解程序。这种仲裁与调解相结合的做法符合中国从古至今“尚礼”、“以和为贵”思想传统，也是对仲裁效率本位的创新之举。由于仲裁的此价值追求，调解与仲裁相结合方能获得国际社会的认可与接受。

结语

根据《仲裁法》第二十条第二款的规定，为了有效避免在仲裁实务中，当事人尤其是

[①] 汪祖兴，《仲裁程序理念与特征探究》，载韩健、林一飞主编:《商事仲裁法律报告》,中信出版社 2005 年版,第 73 页。

[②] 国际实践上，联合国国贸法会 2018 通过了《关于调解所产生的国际和解协议公约》的最终文本草案，中国参与制定并发挥了重要作用，这是对仲调结合制度的进一步肯定和发展。同时，为推动“一带一路”，最高法今年 6 月设立了国际商事法庭，出台的《关于设立国际商事法庭若干问题的规定》明确规定了调仲结合制度。

被申请人及其代理律师不论是否真的对仲裁协议效力有异议，在仲裁庭即将开庭之际或是开庭当天才提出仲裁协议效力异议，来阻碍仲裁庭开庭、拖延仲裁程序进程、为自己赢取更多的时间，同时给对方当事人和仲裁庭造成时间上、经济上的巨大损害与资源浪费，正值我国《仲裁法》修改之际，应当作出调整使该条期限的设定更加完善，避免让恶意拖延仲裁程序的当事人有机可乘。由于该条存在异议期限过长的问题，建议将其修改为："当事人对仲裁协议效力有异议，应当在收到仲裁申请书之日起三十日内提出"。这种修改建议一方面考虑到提交答辩书的日期通常为收到仲裁申请书副本之日起十五日内，为了避免当事人特别是处在异地（或海上）、境外的当事人在时限上过于匆忙，故做此建议。仲裁庭一般都需要在接收、审查了当事人双方提供的材料，在实体答辩期限届满之后的一段合理期间后才正式开庭审理。将提交仲裁协议效力异议的期限设定为"收到仲裁申请书之日起三十日内"既有助于仲裁庭及时、高效地确定管辖权——如若能在仲裁庭开庭前对仲裁协议效力异议作出仲裁决定或法院裁定，这不仅可以有效避免仲裁庭付出无谓的精力、财力、时间成本，也最大程度上地降低了对当事人的不利影响，便于其尽快解决争议的诉求。这同时也解决了当事人协议不开庭审理的仲裁案件在何时提交仲裁协议效力异议的问题。综上所述，对《仲裁法》第二十条第二款的仲裁协议效力异议期限的合理设定，是在尊重当事人意思自治、确定仲裁管辖权、维护仲裁的公正与效率等多元价值之间平衡的结果，这将更有利于维护仲裁当事人的权益，维护仲裁的优势，促进我国仲裁事业的发展。

13.当前环境下提升我国仲裁机构公信力的"二元化"路径

宫步坦 刘文昭*

摘　要：在尊重仲裁制度特性并立足国情和当前政策的基础上，通过分析境内仲裁机构差异化发展的特征和制约我国仲裁公信力有效提升的主要因素，提出地方仲裁机构在当前环境下积极融入基层社会治理与提升国际竞争力的"二元化"发展构想。再以"二元化"发展构想为框架，分析各地仲裁机构完善内部治理机构、提升仲裁公信力的有效实践。

关键词：仲裁公信力 差异化发展 社会基层治理 国际竞争力 二元化

Dualistic Approaches to Promoting the Credibility of China's Arbitration Institutions in the Current Context

Gong Butan, Liu Wenzhao

Abstract: The paper, based on the respect of the characteristics of arbitration system along with current national conditions and policies, and by analyzing the differentiated development status already presented among the domestic arbitration institutions as well as exploring the main elements restricting the efficient enhancement of domestic arbitration, aims to propose the dualistic development concept—vigorously participating in the basic-level society governance or actively promoting the international competition in the current context. Then, taking such concept as the framework, it is to analyze the efficient practices of several arbitration institutions on improving their internal governance structures to promote the arbitration credibility.

Keywords: Credibility of arbitration Differentiated development Basic-level society governance International competition Dualistic

有学者认为，当事人对于仲裁的倾向更多地源于排斥诉讼方式，而非对于具体仲裁机构的偏好，境内仲裁机构并未达到让当事人普遍认可的程度。[①]换言之，我国仲裁制度公信力的提升程度，与仲裁案件受案数量的增长速度，不相匹配。这几年仲裁行业进入活跃期，各仲裁机构频繁举办关于仲裁制度发展创新的各种会议和论坛，纷纷表达希望进一步解决“体制不顺、机制不活、发展不够”问题、加快仲裁行业健康发展的共同愿望。

十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）提出：“健全社会矛盾纠纷预防化解机制，完善多元化纠纷解决机制”和“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”。2018 年 12 月 31 日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善仲裁制度 提高仲裁公信力的若干意见》（中办发〔2018〕76 号，以下简称《两办意见》）。在尊重仲裁制度特性的基础上，在当前背环境下如何完善仲裁机构内部治理结构、提升我国仲裁公信力的有效路径，成为当前热点问题。

一、境内仲裁机构的差异化发展现状及特征

1994 年我国颁布《仲裁法》，各地根据《仲裁法》第二章有关仲裁委员会的规定，纷纷组建仲裁机构[②]，如北京仲裁委员会（以下简称：北仲）、深圳仲裁委员会（以下简称：深仲）[③]、广州仲裁委员会（以下简称：广仲）、上海仲裁委员会（以下简称：上仲）、武汉仲裁委员会（以下简称：武仲）等。各地仲裁机构历经二十多年的自主探索和艰苦奋斗，共同推动境内仲裁事业不断发展和完善。另一方面，《仲裁法》第二章第十五条规定的行业自律性组织——中国仲裁协会，一直未能成功筹建。因缺乏顶层制度设计和有效引导，各地仲裁机构开始摸着石头过河，纷纷在实践中探索各自的发展模式和发展路径。根据原国务院法制办于 2017 年进行的全国范围内 250 余家仲裁机构的情况调研，在调研反馈的 231 家仲裁机构中，属于事业单位的 187 个，占 81%；其他如社会团体、中介组织性质的 9 个，未确定性质的 35 个。[④]时至今日，仲裁机构存在着显著的差异化发展格局，又各具特色。

（一）体制机制呈现“百花齐放”

上仲“是由上海市人民政府依法组建，并依法登记设立的常设仲裁机构”。深仲在 2017 年 10 月 1 日之前是“根据《中华人民共和国仲裁法》成立的仲裁平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷案件的常设仲裁机构”，在 2017 年 10 月 1 日之后则为“不以营利为目的的法定机构……独立运作的民商事争议仲裁机构”；2018 年 12 月 14 日《深圳国际仲裁院管理规定（征求意见稿）》（以下简称《深国仲管理规定（征求意见稿）》）则将合并重组后的深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会，以下简称：深国仲）定位为“不以营利为目的的法定机构，作为事业单位法人独立运作”。海南仲裁委员会（以下简称：海仲）是“依照《仲裁法》依法组建登记的解决平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的常设仲裁机构”；海南省司法厅 2019 年 2 月 17 日印发的《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）管理办法》（以下简称《海国仲管理办法》），则将海南国际仲裁院（海南仲裁委员会，以下简称：海国仲）定位为“社会公益性法定机构，作为非营利法人独立运作”。[⑤]

---

① 袁发强.中国仲裁公信力建设的侧面思考[J].武汉仲裁,2018(01):19

② 本文所称“仲裁机构”指根据《仲裁法》第二章组建的仲裁委员会，但不包括《仲裁法》第七章规定的“涉外仲裁委员会”。

③ 本文所称“深圳仲裁委员会”或“深仲”，均特指 2017 年 11 月 25 日机构合并之前的深圳仲裁委员会.

④ 姜丽丽.论我国仲裁机构的法律属性及其改革方向[J].比较法研究,2019(03):143.

⑤ 分别见 1995 年通过（2005 年和 2012 年两次修订）的《上海仲裁委员会章程》第二条、2001 年通过的《深圳仲裁委员会章程》第二条、2017 年通过的《深圳仲裁委员会管理办法》第二条、2018 年发布的《深圳国际仲裁院管理规定（征求意见稿）》第三条、2014 年修订的《海南仲裁委员会章程》第二条、2019 年印发的《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）管理办法》第三条。

位于湖北、江西等内陆省份的大量仲裁机构，在设立时就不是事业单位，也没有行政级别或编制，作为一种新型社会组织或社会服务机构，似乎更符合现行《仲裁法》的立法本意。

（二）内部治理结构不断发展变化

首先，就仲裁委员会的决策权（决策机构）与执行权（办事机构）的配置关系而言，当前主要存在三种典型模式：仲裁委员会与办事机构分设模式、仲裁委员会与办事机构合一模式以及“理事会+执行机构”模式。第一种模式来源于 1995 年国务院办公厅发布的《仲裁委员会章程示范文本》，我国大部分仲裁机构采取的是第一种模式，在地方政府组建批文中的主体是仲裁委员会，但作为法人登记的主体则是办事机构即仲裁委员会办公室。第二种模式又称“委办合一”或“议行合一”模式，以广仲为代表，不设仲裁委员会办公室，这种模式具有很强的执行力，但内部监督机制明显弱化。第三种模式出现在 2000 年以后，从某种意义上说是为了与国际商事仲裁接轨创新发展而来，2017 年 10 月 1 日后的深仲、深国仲、海国仲都采取这种“理事会+执行机构”模式，并大幅度增加理事会中的境外理事比例和仲裁机构的境外仲裁员比例。

其次，在人事管理和薪酬制度方面，受限于事业单位甚至参公管理，《上海仲裁委员会章程》、《海南仲裁委员会章程》等众多仲裁委员会的章程中，通常只有对仲裁员资格、工作要求等方面的原则性规定，没有仲裁委工作人员绩效考核制度、薪酬制度等方面的规定。在《深国仲管理规定（征求意见稿）》、《海国仲管理办法》中，则都规定了参照国际惯例和同行业市场水平，制定合理的仲裁员报酬制度、工作人员薪酬制度和激励方案，建立定期薪酬评估调整机制以及长效激励机制，等等。

再次，在经费来源方面，境内大部分仲裁机构经费来源首要途径为政府拨款或政府资助，其次分别为当事人交纳的仲裁费和其他合法收入。[①]深国仲、海国仲的经费来源更加多样化，首要途径为仲裁收费，还有调解、专家评审、谈判促进及其他形式的争议解决收费（开展活动或其他服务的收入），政府资助或者社会捐助及其他合法收入。[②]

最后，在内部监督机制方面，1995 年《仲裁委员会章程示范文本》并未就仲裁机构的内部监督机制作出相应规定，各仲裁委员会在制定章程时自不必然规定内部监督机制，如《上海仲裁委员会章程》、《深圳仲裁委员会章程》、《海南仲裁委员会章程》皆缺乏相关条款。2017 年 10 月 1 日起施行的《深圳仲裁委员会管理办法》（深圳市人民政府令第 295 号，以下简称《深仲管理办法》）、《深国仲管理规定（征求意见稿）》、《海国仲管理办法》，都针对仲裁机构的内部监督制度和外部监督机制作出了规定，以期建立健全监督制约机制，确保仲裁裁决质量，并提高仲裁机构决策的公平公正和科学性，避免决策层、执行管理层的自利行为。

二、当前制约我国仲裁公信力进一步提升的主要因素

（一）挥之不去的行政化色彩

《仲裁法》规定了仲裁委员会由直辖市和省、自治区人民政府所在地的市、或根据需要由其他设区的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建，但未对仲裁机构作出明确定位，这对我国仲裁行业以及仲裁机构的发展产生了深刻影响。《仲裁法》第十四条规定仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，有学者据此认为，1994 年《仲裁法》

[①] 《上海仲裁委员会章程》第三十条、《海南仲裁委员会章程》第二十八条、2004 年修订的《武汉仲裁委章程》第二十七条.

[②] 《深圳国际仲裁院管理规定（征求意见稿）》第二十条、《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）管理办法》第二十二条.

的颁布是“我国国内仲裁制度由原来的行政仲裁向统一的民间性仲裁过渡的里程碑”。[①]然而，我国境内仲裁机构最初设立时多是由行政机关主导，而且基本都参照事业单位的规定解决仲裁机构的人员编制、经费、用房，[②]而事业单位作为中国特色，没有对应的国外机构，最早是行政管理体制改革的产物，后来全国事业单位数量越来越多，人员越来越庞大，这都决定了仲裁机构与生俱来的行政化色彩。有学者甚至认为，境内仲裁机构行政化色彩仍然较浓厚，追溯于新中国成立后仲裁之发展，是以参照前苏联行政仲裁制度模式建立。[③]

近年来，虽然深国仲、海国仲等沿海仲裁机构都选择以弱化管理体制的行政化色彩为改制方向，也取得明显成效，但从仲裁行业的整体走向来看，仲裁行业的行政化色彩并未褪去。根据《仲裁法》，仲裁委员会没有行政级别，不少地方为加强对仲裁机构的体制内管理，改为对仲裁委员会办事机构实行定级、定编、定岗甚至参公管理。大部分仲裁机构经费来源的主要途径仍然是政府资助，在人事、财务、薪酬等方面皆缺乏相应的自主权。

2014 年 2 月开始在国内仲裁界试点“案件受理多样化、纠纷处理多元化”（以下简称“两化”），将仲裁服务范围逐步扩展到众多领域；2016 年 10 月，时任国务院法制办政府法制协调司司长赵振华明确将“两化”定位为“引领我国仲裁事业发展的总战略”、“促进我国仲裁事业发展的总策略”。[④]此即我国仲裁发展史上的“两化”发展时期。[⑤]《两办意见》将仲裁委员会定义为“提供公益性服务的非营利法人”，并支持将仲裁服务延伸至基层，积极参与基层社会治理，积极参与基层社会纠纷解决。可以预见，大量仲裁机构未来作为政府购买服务的乙方，将配合政府做好化解基层矛盾纠纷、完善社会基层治理工作，行政化色彩可能还会增强。

客观上说，《仲裁法》颁布至今，经二十多年发展，仍然大量存在政府部门对仲裁机构的行政化管理、仲裁机构内部行政化管理等问题，譬如由国家机关的在职领导或转非领导兼任仲裁机构领导、秘书管理与考核的行政化、财务制度缺乏自主权，不一而足。仲裁机构的行政化必然冲击仲裁制度具有的快捷性、灵活性、独立性等天然特质，进而损害仲裁公信力，故长期以来为仲裁理论界与实务界所诟病。

（二）仲裁机构的独立性不足

仲裁机构甚至仲裁行业出现的行政化、司法化或过度商业化的倾向，都会扭曲甚至摧毁仲裁制度培养自由意志、契约精神和社会自治理念的初衷。[⑥]当年《仲裁法》起草小组采纳专家意见，没有选择司法部等政府部门作为主管部门，而是确定政府内设机构法制办作为联系单位，某种意义上说就是为了实现商事仲裁机构与行政主管部门脱钩，推动实现仲裁机构的独立性。

走在行业前列的仲裁机构一直在为增加仲裁独立性而努力。北仲办公室在 2002 年即实行“事业单位企业化”管理模式。[⑦]在深圳，2012 年深圳市人民政府发布《深圳国际仲裁院

---

① 杨荣新.仲裁法理论与适用[M].北京：中国经济出版社,1998.7.

② 《仲裁法》第十条第二款：仲裁委员会由前款规定的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建；国务院 1995 年 7 月 28 日发布的《重新组建仲裁机构方案》第四条：仲裁委员会成立初期，其所在地的市人民政府应当参照有关事业单位的规定，解决仲裁委员会的人员编制、经费、用房等。仲裁委员应当逐步做到自收自支。

③ 龚政,吴文星.民商事仲裁运行机制对仲裁公信力的影响[J].法制博览,2015(02):1；周江，也谈仲裁机构的民间性[J].北京仲裁，2009.

④ 宫步坦. 中国临时仲裁肇端的政策背景与未来走向[N]. 民主与法制时报,2017-04-27(007).

⑤ 湖北省法学会仲裁法研究会，《中国仲裁史稿-<中华人民共和国仲裁法>颁布后》[M].北京：法律出版社,2018.12.在本书中，以 1995 年《仲裁法》的生效为起点至 2018 年，将中国仲裁的历史沿革划分为三个时期：一次创业时期（1995-2004 年），二次创业时期（2005-2014 年）及“两化”发展时期（2015-2018 年）.

⑥ 宫步坦. 中国临时仲裁肇端的政策背景与未来走向[N]. 民主与法制时报,2017-04-27(007).

⑦ 王红松. 仲裁机构在事业单位分类改革中的困境及建议——以北京仲裁委员会为例[J].北京行政学院学报,2012(3).

管理规定（试行）》(以下简称《深国仲管理规定（试行）》)，将华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）定位为事业单位法人独立运作，实行以理事会为核心的法人治理结构；2017 年深圳市人民政府又发布《深仲管理办法》，明确深仲实行以理事会核心的法人治理机构；2017 年，华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）与深仲合并，合并后的深国仲作为事业单位法人独立运作，实行以理事会为核心的法人治理结构。2019 年海南省委全面深化改革委员会第 5 次会议审议通过了《海国仲管理办法》，明确海国仲将作为非营利法人独立运作，实行以理事会为核心的法人治理机制。[①]

然而，仲裁机构之独立性远未能与仲裁发展的现实需求相匹配，要真正实现《两办意见》提出的“仲裁要依法独立进行，不受行政机关、社会团队和个人的干涉”，绝非一日之功。在当前环境下，仲裁机构难以摆脱地方维稳因素之影响，即使仲裁机构能够依法独立作出仲裁裁决，也可能会因为不符合地方利益而被法院裁定不予执行，最终受损的还是仲裁机构的独立性和公信力。[②]

三、地方仲裁机构提高仲裁公信力的“二元化”构想

（一）地方仲裁机构的“二元化”发展方向

具有行政化色彩的仲裁机构是我国特定历史条件下的产物，一定程度上迎合了当时经济、社会发展之需求。在当前引导社会各方力量积极参与矛盾化解纠纷的大背景下，将仲裁纳入作为化解基层社会矛盾纠纷的多元化解机制，亦有实际需求及独特优势，仲裁机构无可推脱。另一方面，仲裁的天然特质、我国商事制度改革需求以及国家开放和发展的现实战略，客观上又要求仲裁机构增强独立性，朝着民间化、市场化方向快步发展。

笔者建议，针对境内仲裁机构差异化发展的特征及制约我国仲裁公信力有效提升的主要因素，在当前背景下为地方仲裁机构设置“二元化”发展方向：仲裁机构可以选择向左走，扎根基层，加快进驻地方公共法律服务实体、热线、网络三大平台，依靠政府购买服务，配合政府做好化解基层矛盾纠纷、完善社会基层治理工作，借助行政化色彩在基层特定领域中提高仲裁公信力；发展基础好、业务能力强的仲裁机构则可以选择向右走，在专业化和提升仲裁独立性方向上披荆斩棘，同时去行政化，以打造区域性仲裁中心甚至具有国际竞争力的仲裁品牌为目标，借助品牌化发展提高市场认可度，从而提升仲裁机构的市场竞争力和公信力。

（二）“二元化”发展的现实基础与顶层政策支撑

从现实基础来看，境内仲裁机构的模糊定位为仲裁机构朝不同方向发展提供了可能性。仲裁机构在发展路径上已成分化之势，仲裁行业当前又面临的内、外双重竞争压力：境内仲裁机构数量已达 255 家，境外仲裁机构如新加坡国际仲裁中心、国际商会仲裁院、中国香港国际仲裁中心等相继在上海设立办事处，生存压力必然推动各仲裁机构思考如何发挥自身优势，方能脱颖而出。这种促使强者更强、更专业化的过程，势必加剧境内仲裁机构之间的竞争，原本发展不平衡的 200 多家仲裁委员会也将加速分化：无法实现去行政化甚至被列入行政序列的一部分地方仲裁机构将会顺应“两化”大趋势，主要作为化解本地矛盾纠纷的软性手段，或承担部分与行政调解、行政裁决相关的工作。[③]另一方面，原本走在行业前列的仲裁机构，如果能够淡化行政色彩甚至成功去行政化，必将在区域竞争中脱颖而出，甚至在国际竞争中游刃有余，朝着专业化、品牌化的方向大踏步前进。

[①] 参见《海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）管理办法》第三条.

[②] 参见湖南省娄底市中级人民法院（2018）湘 13 执异 129 号裁定，具体案情：https://mp.weixin.qq.com/s/bJ3ekKXQYYezTA_FzlGqjQ，访问时间 2019 年 3 月 30 日.

[③] 宫步坦. 中国临时仲裁肇端的政策背景与未来走向[N]. 民主与法制时报,2017-04-27(007).

顶层政策支撑方面，《两办意见》为仲裁机构的“二元化”发展路径提供了明确依据。首先，《两办意见》对仲裁机构的定位“提供公益性服务的非营利法人”，根据《民法总则》第八十七条的规定，非营利法人是指“为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人”，“包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等”,这为各仲裁机构根据自身实际情况选择事业单位、社会服务机构等不同类型的非营利法人提供了空间。其次，《两办意见》对仲裁机构的发展定位本身具有“二元化”色彩：在“（十一）支持融入基层社会治理”部分，提及“把仲裁服务延伸到基层，积极参与乡村、街道、社区的基层社会治理，依法妥善处理人民群众在日常生产生活中涉及财产权益的各类民事纠纷，实现案件受理多样化……发挥好多元化解矛盾机制的作用”，同时，在“（十六）提升仲裁委员会的国际竞争力”部分，亦提及“支持有条件的仲裁委员会积极拓展国际仲裁市场，逐步把发展基础好、业务能力强的仲裁委员会打造成具有高度公信力、竞争力的区域或者国际仲裁品牌”。最后，《两办意见》对仲裁机构的财务制度做出了双轨制安排“仲裁委员会可以根据自身发展实际情况，选择具体财务管理方式……选择行政事业收费管理的，执行事业单位财务规则；选择仲裁收费转为经营服务性收费管理的，比照企业财务通则执行”，则为各仲裁机构选择不同发展路径提供了可选的相匹配财务制度。

（三）推动地方仲裁机构选择合适的发展路径，有针对性的完善体制机制

以“二元化”构想完善内部治理结构、提升仲裁公信力与我国在新时代健全“立足中国国情、与大国地位相符、适应国际化发展的多层次仲裁工作体系”的三年发展目标相契合。[①]各仲裁机构根据自身需求和实际条件，在积极融入社会基层治理与提升国际竞争力的“二元化”发展方向中选择一个，作为完善自身体制机制和内部治理结构的基础。

对于目前仍不能自给自足的仲裁机构，如果已经定位为事业单位，为突出其公益性，可以暂时保持事业单位编制不变，由财政拨款或政府购买服务的方式支撑仲裁机构的生存和发展，引导仲裁机构积极融入社会基层治理，待其发展到具备独立生存能力且在特定领域具备一定仲裁公信力之后，再逐步去行政化，增强市场竞争力。

对于目前“体制不顺、机制不活、发展不够”且有改革需求和积极性的仲裁机构，无论是事业单位、参公管理还是社会服务机构，为突出其非营利性，可在地方政府的支持下，完善自身的体制机制和内部治理结构，如应当明确登记的独立法人主体为仲裁委员会而不是执行机构，努力实现在人事、财务、薪酬制度等方面相应自主权，坚决按市场化、专业化和提升仲裁独立性的原则管理和运营。

当然，“二元化”构想并不要求所有仲裁机构必须选择向左走或向右走，更不意味着仲裁机构需要放弃对传统民商事案件的处理。相反，对目前案源充足、能够自给自足却又缺乏改革创新条件的仲裁机构，继续在解决传统民商事纠纷的道路上循序渐进、稳步前行也未尝不可。对于此类仲裁机构，从确保仲裁质量、加强队伍建设、提高服务质量等方面入手亦是提升仲裁公信力的路径。[②]

四、地方仲裁机构完善内部治理机构、提升仲裁公信力的有效实践

[①] 2019 年 3 月 28 日，司法部部长傅政华出席在上海召开的全国仲裁工作会议指出“新时代仲裁事业改革发展的目标是，到 2022 年，立足中国国情、与大国地位相符、适应国际化发展的多层次仲裁工作体系进一步健全……”，参见司法部官微：《全国仲裁机构累计处理案件 260 万余件！》,https://mp.weixin.qq.com/s/hL1egJ7v1dBHtgphWqOWPw，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

[②] 李登华. 论提升仲裁公信力的路径[A]. 中国仲裁法学研究会.中国仲裁法学研究会 2013 年年会暨第六届中国仲裁与司法论坛论文集[C].中国仲裁法学研究会:中国仲裁法学研究会,2013:6.

地方仲裁机构在行业竞争和错位发展中，根据积极融入社会基层治理或提升国际竞争力的自身需求和实际情况，颇有可资借鉴的实践经验。笔者选取部分典型仲裁机构，探讨仲裁机构通过完善内部治理结构，提升仲裁公信力的现实路径。

（一）深国仲——地方立法确立的“理事会+执行机构”模式

华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）的前身中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会由深圳市人民政府创设于 1983 年，深仲则由深圳市人民政府创设于 1995 年，历经二十多年发展，都已成为行业领先的仲裁机构。在纪念《仲裁法》实施二十周年之际，《法制日报》刊载《高标高效创新改革 打造一流仲裁机构》一文，回顾了深仲二十年的光辉历程。[①]

2017 年是深圳仲裁事业改革创新的重要年份。10 月 1 日，深圳市政府审议通过《深仲管理办法》，将深仲定位为“不以营利为目的的法定机构”、“独立运作的民商事争议仲裁机构”[②]，并建立以理事会为核心的法人治理机构，实行决策、执行相分离，监督保障有力的治理机制。11 月 25 日，华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）与深仲合并为深国仲，以推动打造国际一流营商环境、建设国际仲裁高地。[③] 将《深国仲管理规定（试行）》、《深仲管理办法》及《深国仲管理规定（征求意见稿）》进行对比，不难发现，《深仲管理办法》施行时间与深仲、华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）的合并时间，前后仅相差一个多月，加上合并后的深国仲，无一例外都采取了地方立法确立的“理事会+执行机构”模式。合并后的深国仲，主要制度包括：

1.机构定位

从仲裁机构性质上看，《深圳仲裁委员会章程》定位为“常设仲裁机构”，《深仲管理办法》定位为“不以营利为目的的法定机构”、“独立运作的民商事争议仲裁机构”，《深国仲管理规定（征求意见稿）》定位为“不以营利为目的的法定机构，作为事业单位法人独立运作”。就解决争议范围而言，《深圳仲裁委员会章程》定位于“平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷案件”；《深仲管理办法》定位于“创新民商事争议解决机制”、“解决境内外民商事争议”；《深国仲管理规定（征求意见稿）》定位于“创新商事争议解决机制”、“解决境内外商事争议”。

站在深仲的视角，从“创新民商事争议解决机制”到“创新商事争议解决机制”，仅有一字之差，内涵却迥异。从仲裁机构积极参与基层社会纠纷解决的角度来看，《深仲管理办法》第三条关于“深圳仲裁委员会可以依法拓展仲裁延伸业务，满足社会公共服务需求”的规定，并未出现在《深国仲管理规定（征求意见稿）》中；争议解决的原则从“独立、公正、高效、和谐”到“独立、公正、高效”，将普遍用于基层社会治理方面的“和谐”一词予以删除；将目标从“保障经济社会健康发展”转变为“建设国际化、法治化营商环境”……这都表明，深圳仲裁行业坚定地选择了专注国际商事仲裁、提升国际竞争力的发展路径。

2.治理结构及机制

关于理事会的构成，从《深仲管理办法》到《深国仲管理规定（征求意见稿）》未有实质区别，但对理事的专业要求及国际化程度有所不同。专业要求方面，《深仲管理办法》要

[①] 高标高效创新改革 打造一流仲裁机构：深圳仲裁委员会二十年光辉历程回眸[N]. 法制日报,205-09-01(007). http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/PDF/20150901/08.pdf，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

[②] 参见《深圳仲裁委员会管理办法》第二条：深圳仲裁委员会是由深圳市人民政府依照《仲裁法》和国务院有关规定在深圳设立，不以营利为目的的法定机构，是依照《仲裁法》和本办法规定独立运作的民商事争议仲裁机构。相较于 2001 年 5 月 28 日开始实施的《深圳仲裁委员会章程》第二条的规定“仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》成立的仲裁平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷案件的常设仲裁机构”，《管理办法》对深仲的定位更加明晰。

[③] 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)关于机构合并相关事宜的公告,2018-01-08, http://szac.org/news/info/1dcb17f44ff446cdbf3f12b08100a567，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

求“理事由法律、经济贸易以及其他相关部门和领域的专家担任”，“相关部门”一词蕴含着行政化色彩；《深国仲管理规定（征求意见稿）》则要求“由境内外法律界、工商界和其他相关领域的知名人士担任”，明显具有更浓厚的商事色彩。国际化程度方面，《深仲管理办法》并未对来自境内和境外的理事比例作出要求，《深国仲管理规定（征求意见稿）》则要求“境外理事不少于三分之一”。关于理事长产生方式，《深仲管理办法》明确规定“按照规定程序由深圳市人民政府任命”，《深国仲管理规定（征求意见稿）》并未对理事长的产生方式作出明确规定。

3.财务及资产管理制度

《深圳仲裁委员会章程》规定“财务实行独立核算”，《深国仲管理规定（试行）》中规定“建立健全与事业单位独立法人相适应的财务、资产管理制度”，《深仲管理办法》规定“建立与法定机构独立法人相适应的财务、资产管理制度，独立核算，自收自支”，《深国仲管理规定（征求意见稿）》则规定“建立健全与事业单位独立法人及法定机构相适应的市场化财务和资产管理”。

4. 仲裁员报酬和工作人员薪酬

《深圳仲裁委员会章程》并未对仲裁员报酬和工作人员薪酬作出规定，应该是受当时仲裁机构管理的行政化、仲裁机构在薪酬制度方面基本不存在自由裁量空间所限。《深仲管理办法》第二十六条规定“可以结合专业特点和行业风险，参照本市同行业水平，制定与仲裁事业发展相适应的仲裁员报酬制度和工作人员薪酬分配方案”；《深国仲管理规定（征求意见稿）》第二十二条则规定“参照国际惯例和同行业市场水平，制定……仲裁员报酬制度和以绩效为导向的工作人员薪酬制度及激励方案”。

从《深仲管理办法》第二十六条的规定看，应该借鉴了《深国仲管理规定（试行）》第二十二条[①]，也许是深仲考虑到与华南国际经济贸易仲裁委员会（深圳国际仲裁院）在仲裁员报酬和工作人员薪酬的差异，故将“参照国际惯例和同行业市场水平”调整为“参照本市同行业水平”。合并后的深国仲继续“参照国际惯例和同行业市场水平”。

（二）上仲——采取经营服务性收费的事业单位模式

上仲是由上海市人民政府依法组建，并依法登记设立的常设仲裁机构，实行的是“委员会+办事机构”模式。[②]从 1995 年上仲组建，经过二十多年的发展，专业化、高端化、国际化已经成为上仲的特色优势和持续践行的发展路径。[③]上仲由委员会行使决策权，委员会会议闭会期间，由主任办公会议[④]负责委员会的工作，执行机构为秘书处,由秘书长领导处理日常事务，下设五个部门：立案部，负责咨询接待案件处理；仲裁一部、仲裁二部、仲裁三部，负责仲裁案件的处理；行政部负责财务和人事管理。[⑤]《上海仲裁委员会章程》对内

[①]《深圳国际仲裁院管理规定（试行）》第二十二条：深圳国际仲裁院参照国际惯例和同行业市场水平，制定合理的仲裁员报酬制度、工作人员薪酬制度和激励方案，并建立报酬、薪酬评估机制。

[②] 参见《上海仲裁委员会章程》第一章至第三章.

[③] 参见上海仲裁委员会官网“关于我们-本会简介”，http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=lists&catid=11&menu=6-11-,访问时间 2019 年 4 月 15 日.

[④] 主任办公会议由驻会主任、副主任和秘书长组成，参见《上海仲裁委员会章程》第八条..

[⑤] 参见上海仲裁委员官网“关于我们-机构简介-秘书处”，http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=57&id=2&menu=6-12-，访问时间 2019 年 4 月 15 日。关于机构简介，根据上海仲裁委员官网“关于我们-本会简介”中的视频介绍，秘书处下设五个部门：立案部，负责案件咨询接待事项；仲裁一部、仲裁二部，负责案件的处理；发展部，负责宣传与仲裁院管理；行政部，负责财务和人事管理。视频介绍与文字介绍有所出入。

部工作人员相关制度未予规定，对仲裁员制度则有大篇幅的规定[①]。从上仲在其官网上发布的招聘公告来看，上仲的办案秘书、行政管理等人员皆依据《上海市事业单位公开招聘人员暂行办法》（沪人社专发〔2009〕45 号）进行公开招聘，为事业编制人员；部分辅助人员为非编制人员。[②]

上仲设有三个专门的仲裁院，分别为：2007 年 12 月 18 日成立的上海金融仲裁院，专门为国内外金融主体提供优质高效的仲裁法律服务；2008 年 10 月 29 日成立的上海知识产权仲裁院，专门负责处理涉及知识产权合同纠纷的仲裁案件；2009 年 5 月 25 日成立的上海国际航运仲裁院，专门受理并仲裁国内外航运业自然人、法人和其他组织之间的合同纠纷以及其他财产权益纠纷案件。上仲设有三个分中心，分别为：上海仲裁委员会浦东国际仲裁中心、上海仲裁委员会经贸仲裁中心和上海涉台仲裁中心。三个专门仲裁院与三个分中心为上仲向专业化、高端化、国际化发展提供了有力的支撑与强劲的平台。

在《两办意见》颁布后，上海市迅速出台《关于理顺仲裁管理体制 提高仲裁公信力的若干意见》，提出建立仲裁工作“两结合”管理体制、组建上海仲裁协会、设立上海国际争议解决中心、稳步推进仲裁机构与行政机关脱钩、改革仲裁机构人事制度和经费管理制度等建议。就稳步推进仲裁机构与行政机关脱钩而言，主要举措为在三年内完成脱钩改制工作，已由公务员担任或兼任的决策机构组成人员三年内全部退出。

（三）海国仲——新型社会组织模式

从表面上，海国仲紧随深国仲的步调，《海国仲管理办法》基本沿用了深国仲相关管理规定的原则与精神。实际上，海国仲模式与深国仲模式仍然有较大差异，主要表现为：（1）深国仲作为事业单位法人独立运作；海国仲作为社会公益性法定机构，作为非营利法人独立运作，既不是事业单位也不是企业，与公证机构的性质较为接近，是一种新型的社会组织，属于《民法总则》第八十七条规定的非营利法人中的社会服务机构。（2）海国仲的院长实行委任制，由海南省政府按照管理权限和程序从现职公务员中任命，除院长之外其余人员实行全员聘用、合同管理的用人机制，副院长亦是由海国仲予以聘任，报海南省司法厅备案；深国仲仅规定了按照聘用合同进行管理，院长和副院长皆需由深圳市人民政府任命；（3）海国仲实行自收自支、依法纳税的财务管理体制，深国仲则是建立健全与事业单位独立法人及法定机构相适应的市场化财务和资产管理制度。

（四）九江仲裁委员会——积极参与社会基层治理、提升仲裁公信力的发展模式

九江仲裁委员会（以下简称：九仲）因创新发展理念与实践，在 2015 年 12 月荣获“仲裁公信力·荣誉奖”、2016 年 7 月荣获“仲裁工作特色奖”之后，又获中国仲裁法学研究会 2016 年年会暨第九届中国仲裁与司法论坛表彰“中国仲裁排行榜先进集体”荣誉称号。[③]2016-2018 年连续三年被九江市授予“综治先进单位”称号，以充分肯定九仲在积极投身社会治安综合治理工作、全力维护地方社会安全和谐稳定方面所取得的成绩。[④]九仲能在短时间内快速

[①] 《上海仲裁委员会章程》总计三十三条，从第十四条至第二十八条合计十五个条款皆与仲裁员有关，篇幅占比达 45.5%，远远高于大部分仲裁机构的占比，如广州仲裁委员会 32.1%，深圳仲裁委员会 21.4%，海南仲裁委员会 21.2%.

[②] 上海仲裁委员会，公告通知，http://www.accsh.org/index.php?m=content&c=index&a=lists&catid=45&menu=gg-45-,访问时间 2019 年 4 月 15 日.

[③] 九江仲裁委员会,九江仲裁委荣获中国仲裁排行榜先进集体荣誉称号，2017-01-18，http://www.jjzcw.org.cn/col2/col22/201702/t20170227_1677531.html，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

[④] 九江仲裁委员会，九江仲裁委员会荣获“2018 年度全市社会治安综合治理工作（平安建设）先进集体”称号，2019-02-25，http://www.jjzcw.org.cn/col2/col22/201902/t20190225_1976443.html，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

发展，与九仲选择的发展路径有关。

九仲作为 2013 年新成立的仲裁机构，把积极融入社会基层治理、参与化解基层矛盾纠纷作为工作重点。九仲下设工作部门和 3 个分支机构，分支机构除了都昌和德安两个分会，还有医患纠纷仲裁院。[①]医患纠纷仲裁院成立于 2016 年 12 月 13 日，旨在“积极开展医患纠纷仲裁工作，探索医患纠纷仲裁的特点和规律，不断总结经验，改进工作方法，努力为医患双方提供优质高效的仲裁法律服务，承担社会责任，为我市（九江市）的社会和谐稳定作出应有的贡献”。[②]截至 2018 年 12 月，九仲医患纠纷仲裁院共免费仲裁调解医疗纠纷案件 44 起，平均一天时间完成，市区 80%以上的医疗纠纷由医患纠纷仲裁院进行了调解，医疗纠纷案件有明显下降趋势。[③]

国内仲裁界从 2014 年 2 月开始试点“两化”，《两办意见》又将仲裁委员会定义为“提供公益性服务的非营利法人”，并支持将仲裁服务延伸至基层，积极参与基层社会治理，积极参与基层社会纠纷解决。九仲以解决医患纠纷、化解基层矛盾作为着眼点和主要发展模式，具有典型意义：首先，医患纠纷作为基层政府要着力解决的重点、难点问题，容易获得政府支持及政府采购服务，有助于新成立的仲裁机构尽快实现自给自足；其次，九仲模式是对当前中央完善矛盾纠纷多元化解机制的深入贯彻与执行，完全符合《两办意见》精神；最后，医疗领域为纠纷多发地带，九仲模式能够保障受案量，只要有较好的纠纷化解率，容易得到社会认可。应该说，九仲正在努力借助行政化色彩在基层特定领域中提高仲裁公信力。

（五）武仲——独具特色的“二元结合”发展模式

武仲 1997 年至 2018 年间共受理仲裁案件 193863 件，案件标的额共计人民币 1471.53 亿元。在全国 255 家仲裁机构中，武仲受理案件的数量连续十五年位列全国第一，受理案件的标的额连续多年位列全国前四位。[④]回顾武仲 20 多年来不断提升仲裁公信力的发展历程，武仲成功走出一条独具特色的“二元结合”发展路径，将积极融入基层社会治理与打造专业化仲裁品牌、提升国际竞争力完美结合，双轨并行。

一方面，武仲立足全面融入社会治理，坚持将实践创新作为核心驱动力。[⑤]2002 年以来，武仲加强仲裁服务窗口建设，在全市 15 个区域相继成立了 15 家分会，与行政主管部门合作建立了 15 个仲裁中心，形成了全覆盖、多层次的服务体系。[⑥]武仲被原国务院法制办确定为全国“两化”试点工作牵头单位后，开展“两化”试点工作，完善多元化纠纷解决机制；率先推行分支机构规范化建设，探索“小机构、大社会”基层仲裁服务机制，在确认仲裁、仲调对接、诉裁对接和互联网+仲裁等领域先行先试，成效显著。[⑦]

另一方面，武仲立足国家全面开放新战略，坚持将提高仲裁国际化水平作为发展方向。

---

① 九江仲裁委员会，九江仲裁委员会机构设置，2016-12-31，http://www.jjzcw.org.cn/col1/col13/201612/t20161231_1668022.html，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

② 九江仲裁委员会，九江仲裁委员会召开医患纠纷仲裁院成立大会，2016-12-14，http://www.jjzcw.org.cn/col2/col22/201701/t20170101_1668146.html，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

③ 九江仲裁委员会，九江仲裁委医患纠纷仲裁院召开医患纠纷仲裁工作座谈会，2018-12-27，http://www.jjzcw.org.cn/col2/col22/201812/t20181227_1963711.html，访问时间 2019 年 3 月 31 日.

④ 武汉仲裁委员会官网关于武汉仲裁委员会的简介,http://www.whac.org.cn/index.php/about/index/type/2.html，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

⑤ 2019 年 3 月 28 日，武汉仲裁委员会办公室党组书记、主任彭国元在全国仲裁工作会议上以“求新求实推动仲裁高质量发展”为题进行了交流发言，以着眼“四个立足”和落实“四个坚持”，介绍了武仲推动仲裁工作迈向高质量发展的主要做法。下文“立足国家全面开放新战略，坚持将提高仲裁国际化水平作为发展方向”也来源于此次发言内容。

⑥ 长江日报，为中国仲裁事业发展贡献武汉力量：历经 22 年，中国武仲迈向世界【N】，2018-12-24，http://cjrb.cjn.cn/images/2018-12/24/10/24r10c.pdf，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

⑦ 武汉仲裁，武汉仲裁委员会办公室党组书记、主任彭国元：求新求实推动仲裁高质量发展，2019-3-28，https://mp.weixin.qq.com/s/G5-P4kEwX0Ys9VAjGf62gA，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

2005 年以来，武仲相继成立了国际仲裁院、海事仲裁院、金融仲裁院、知识产权仲裁院以及建设工程和房地产仲裁院等。[①]2016 年，由武仲发起组建的“一带一路”（中国）仲裁院成立大会在北京举行，是中国仲裁界首家服务“一带一路”战略的专业仲裁院。[②]2018 年 10 月，武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）正式入驻光谷，成功打通了服务湖北自贸区武汉片区的最后一公里。[③]2018 年 11 月 30 日，武汉仲裁委员会互联网仲裁院揭牌仪式暨互联网仲裁专家论坛在武汉成功举办，武仲正式成立互联网仲裁院。[④]

目前，武仲的工作人员参公管理，事业单位分类改革中明确的改制方向为公益二类事业单位，仲裁收费又属于经营服务性收费。因此，武仲具有急迫的改革需求和积极性，以实现向纵深推进“二元结合”模式，不断提升仲裁公信力。

14.回顾与展望：改革开放四十年来中国涉外仲裁法律制度的发展

刘晓红 冯硕*

摘　要：改革开放四十年来，中国涉外仲裁法律制度取得了长足的发展。立法层面的从无到有、从分散到统一，其始终与改革开放相伴而行。司法层面的不断实践，也让仲裁友好的基本立场得以确立。而在全球化与本土化、尊重仲裁自治与强化司法监督、公正与效率三个维度的理念平衡，更是让中国涉外仲裁法律制度走出了一条顺应国际趋势并符合中国国情的可行道路。展望未来，我们要站在构建人类命运共同体的理论高度，看到全球化的发展潮流不可逆转，多元化的争议解决格局日趋形成，友好型的仲裁政策导向不能动摇。只有如此，才能推动中国涉外仲裁法律制度在新时代实现新发展。

关键词：改革开放四十年　涉外仲裁　立法　司法　理念

Abstract: In the past 40 years of reform and opening up, China's foreign arbitration legal system has made considerable progress. Legislation from decentralization to unification, has always been accompanied by reform and opening up. The judicial has also enabled the basic position of friendly arbitration to be established. In addition, the conceptual balance of globalization and localization, respect for comity and strengthening sovereignty, fairness and efficiency has enabled China's foreign arbitration legal system to find a feasible way to conform to international trends and China's national conditions. Looking forward to the future, we should stand at the theoretical level of building a community of human destiny, and see that the trend of globalization is irreversible, the diversified dispute settlement pattern is gradually taking shape, and the friendly arbitration policy orientation can not be shaken. Only in this way can we promote

① 武汉仲裁委员会宣传视频，https://mp.weixin.qq.com/s/G5-P4kEwX0Ys9VAjGf62gA，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

② 武汉仲裁委员会,专业仲裁院介绍，http://www.whac.org.cn/index.php/about/lists/type/7.html，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

③ 武汉仲裁委员会，武汉仲裁委员会（武汉国际仲裁中心）落子光谷，2018-10-26，http://www.whac.org.cn/index.php/news/details/type/26/id/5904.html，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

④ 武汉仲裁委员会，武汉仲裁委员会互联网仲裁院揭牌仪式暨互联网仲裁专家论坛成功举办，2018-11-30，http://www.whac.org.cn/index.php/news/details/type/26/id/5917.html，访问时间 2019 年 4 月 1 日.

the new development of China's foreign arbitration legal system in the new era.

Keywords: 40 years of reform and opening up; Foreign arbitration; Legislation; Judicial; Notion

改革开放已走过四十年的光辉历程，而《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下称《纽约公约》）也已颁布实施六十年，值此之际回顾改革开放四十年来中国涉外仲裁法律制度的发展具有重要历史意义。过去的四十年，是中国特色社会主义市场经济体制逐步确立的四十年，也是中国融入国际市场参与经济全球化的四十年。这期间中国当事人参与国际仲裁解决国际争议的机会不断增多，使得我国越发重视涉外仲裁制度的构建。当前，仲裁已然成为解决国际争议的首要方式，并在可预期的未来依旧占据主要地位。[①]站在这一时间节点上回顾过去并展望未来也具有一定的现实意义。因此，本文将以涉外仲裁法律制度发展为主题，试图从立法、司法两个方面描绘改革开放以来的我国在该领域的法律制度发展，而在厘清制度框架的基础上进一步分析制度背后的理念演进，以期得出相关结论。最后笔者也将在总结制度与理念的前提下，尝试对中国涉外仲裁制度发展做出展望，以期明确中国涉外仲裁法律制度的发展方向。

一、改革开放四十年来中国涉外仲裁的立法历程

对中国涉外仲裁法律制度发展的梳理，离不开对立法历程的回顾。仲裁作为社会化纠纷解决方式，它的产生与发展与经济发展水平有着密切联系。而涉外仲裁立法的发展，更是深受一国开放程度的影响。中国涉外仲裁立法实质上起于改革开放，并伴随着改革开放的不断深入而发展。

（一）改革开放之初的中国涉外仲裁立法

中国的涉外仲裁立法工作最早可追溯至上世纪五十年代，1954 年政务院颁布的《关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》开启了我国在涉外仲裁领域的制度构建。根据该决定，1956 年对外贸易仲裁委员会正式成立，同时其颁布的《对外贸易仲裁委员会仲裁程序暂行规则》也成为我国第一部涉外仲裁规则。1958 年政务院再次决定设立海事仲裁委员会，次年贸促会海事仲裁委员会成立并通过了相关仲裁规则。尽管上世纪六七十年代由于“文化大革命”导致我国经济发展被停滞、民主法制被破坏，但不可否认五十年代对涉外仲裁的建设为改革开放后相关工作的快速恢复奠定了基础。

1978 年党的十一届三中全的召开结束了长达十年的“文化大革命”并拉开了改革开放的历史大幕，党和国家的工作重心逐步转移到经济建设和社会主义法制建设上来。[②]因此，1979 年颁布的《中华人民共和国中外合资经营企业法》（下称《合资法》）率先作出了通过仲裁解决中外合营各方纠纷的规定。而在 1980 年第五届全国人大第三次会议上，时任国务院副总理姚依林明确指出“加强经济立法和经济司法……要加强经济仲裁”。[③]因此，1981 年颁布的《中华人民共和国经济合同法》便以专章的方式规定通过仲裁解决经济合同纠纷。而 1983 年国务院颁布的《中华人民共和国经济合同仲裁条例》对相关仲裁制度的构建也作出了更为详细的规定。但无论是法律还是条例，其都专注于国内经济合同纠纷的解决，而刻意回避了对涉外仲裁的规制。可以讲，改革开放初期的仲裁立法尽管已开始重视通过仲裁解决涉外法律纠纷，但这一阶段的立法重点还是放在国内仲裁体制的建立上。

[①] Queen Mary University of London and White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p.7.

[②] 参见张文显：《中国法治 40 年：历程、轨迹和经验》，载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 5 期。

[③] 姚依林：《关于一九八〇、一九八一年国民经济计划安排的报告》，载北大法宝网，http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=ead5155d996dad42bdfb&keyword=%E4%BB%B2%E8%A3%81&EncodingName=&Search_Mode=accurate&Search_IsTitle=0#，2018 年 9 月 18 日访问。

在涉外仲裁立法上，1982 年公布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》（下称《民诉法（试行）》）率先从程序法的角度开始进行立法规制。该法第二十章分别对涉外仲裁的管辖、裁决效力、保全和裁决执行作出规定，并在司法协助中明确将仲裁裁决的执行也纳入其中。总的来说，其条件是宽厚的，程序是简便的，为我国涉外仲裁立法开了好头。[①]而 1985 年公布的《中华人民共和国涉外经济合同法》也从实体法的角度作出规定，明确在存在仲裁条款或书面协议时纠纷应通过仲裁解决。1986 年《中华人民共和国民法通则》（下称《民法通则》）的颁布标志着我国民事法律制度的初步形成，其中对涉外民商事法律关系的调整，为涉外民商事活动提供了法律保障。而伴随着涉外民商事活动的增多，包括涉外仲裁在内的涉外纠纷解决方式也得到了重视。因此，1986 年末全国人大常委会批准加入《纽约公约》便成为了我国涉外仲裁法律制度发展中具有里程碑意义的事件。早在改革开放之初，邓小平同志便指出要大力加强对国际法的研究。[②]而《纽约公约》作为构建仲裁裁决全球执行体系的重要公约，也成为我国改革开放以来较早加入的国际公约。从立法的角度看，批准加入国际公约是将其纳入到我国的法律渊源当中，故 1987 年《纽约公约》便成为了我国涉外仲裁法律制度中重要的法律渊源。[③]从法律发展的角度看，国际法律规范与国内法律规范既分别在各自的法律系统范围内达到内部的和谐一致，又在总体上相互关联、互为因果、互相渗透、互相促进。[④]因此，无论是《纽约公约》的直接适用还是间接影响，其都对我国涉外仲裁立法工作具有重要作用。一方面，从国际法层面上，我国在加入公约时曾作出互惠保留和商事保留，故我国在涉外仲裁法律制度的构建中也对国内仲裁与涉外仲裁的区分并主要以商事仲裁为主。另一方面，从条约的国内适用上，《纽约公约》也深刻影响了我国在仲裁协议效力认定、仲裁裁决的司法审查等具体问题上的立法工作。

因此，改革开放初期的涉外仲裁立法主要还是以建构和引入为主线。一方面，通过立法逐步恢复涉外仲裁机构在我国的功能，从而为对外开放和引进外资提供法制保障。另一方面，通过加入《纽约公约》进一步促进我国融入国际仲裁法律体系，以推动我国涉外仲裁法律制度走向成熟。

（二）九十年代的中国涉外仲裁立法

“南巡讲话”、“确立社会主义市场经济体制”、“加入 WTO”都成为了我国上世纪九十年代的标志性事件，而这些事件也在一定程度上影响了我国包括涉外仲裁立法在内的各领域的立法工作。

自 1986 年开启的中国恢复在关贸总协定地位的申请与谈判工作，成为了我国在九十年代对外开放工作的重点。而在复关谈判期间和加入 WTO 初期，我国按照法制统一、非歧视、公开透明的原则进行了大量的立法与修法工作。[⑤]九十年代的涉外仲裁立法起于 1991 年公布的《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《91 民诉法》）第二十八章及二十九章部分条款，其较《民诉法（试行）》在以下几方面有所改进。第一，在管辖上该法在《民诉法（试行）》的基础上允许当事人选择非中国涉外仲裁机构的“其他仲裁机构”进行仲裁，沿用了《合资法》的规定。同时，其也删除了外国当事人选择中国仲裁机构仲裁的规定，彰显了对仲裁意思自治的尊重；第二，在财产保全和裁决执行上，其将受理财产保全申请和裁决执行申请的法院均从仲裁机构所在地中级法院转变为被申请人住所地中级法院，在与整体制度

[①] 参见董立坤：《我国民诉法（试行）中关于外国仲裁裁决的承认和执行》，载《社会科学》1983 年第 12 期。

[②] 《邓小平文选》第 2 卷，人民出版社 1983 年版，第 147 页。

[③] 参见陈治东、沈伟：《我国承认和执行国际仲裁裁决的法律渊源及其适用》，载《法学》1997 年第 4 期。

[④] 李龙、汪习根：《国际法与国内法关系的法理学思考——兼论亚洲国家关于这一问题的观点》，载《现代法学》2001 年第 1 期。

[⑤] 参见朱镕基：《政府工作报告——2002 年 3 月 5 日在第九届全国人民代表大会第五次会议上》，载《人民日报》2002 年 3 月 17 日，第 1 版。

统一的同时进一步保障执行便利；第三，在裁决执行上《91 民诉法》增加了裁定不予执行的具体情形和后果。在具体情形上其显现出了对《纽约公约》的借鉴与吸收，实现了国内法对国际法的转化。而在后果上，其允许当事人在仲裁裁决被裁定不予执行后重新仲裁或起诉；第四，在双边司法协助上，由于加入《纽约公约》使得我国仲裁机构裁决在域外的执行无需再向我国法院申请司法协助，故规定当事人可直接向有管辖权的外国法院申请承认与执行。另外，针对外国仲裁机构作出的裁决，我国同样也要通过国际公约或互惠原则进行承认与执行，从而履行相关国际法义务。[①]《91 民诉法》的相关条文，实际上是对改革开放以来相关立法和国际公约的总结，一定程度上完成了我国涉外仲裁制度的初步体系化。

尽管《91 民诉法》对我国仲裁立法发挥了重要作用，但其作为规制整个民事领域的程序法对仲裁的关注仍有所欠缺，我国在仲裁领域的立法仍处于较为零散的状态，亟需一部统一的法律对其进行进一步的体系化。其实早在改革开放之初，我国学者便开始关注域外仲裁立法和国际商事仲裁及投资仲裁的制度构建，并开始呼吁起草相关法律，[②]但由于当时我国尚处于改革开放起步阶段，无论是立法技术还是客观需求都尚不成熟。随着党的十四大及十四届三中全会确立社会主义市场经济体制，立法机关愈发认识到仲裁在经济发展中的作用。因此，1994 年《中华人民共和国仲裁法》（下称《仲裁法》）应运而生，其也成为了进一步体系化我国仲裁立法的重要法律，并对涉外仲裁立法产生了重要影响。《仲裁法》作为改革开放后第一部统合我国仲裁制度的法律，其在整体上强调意思自治、一裁终局等仲裁基本原则的同时也在仲裁机构的设立、仲裁范围、仲裁员选任等具体问题上作出规制，并进一步对仲裁与诉讼进行了区分以突出仲裁作为社会化纠纷解决方式的特性。[③]而在明确仲裁整体制度框架的同时，该法也针对涉外仲裁的仲裁范围、仲裁程序、临时措施、裁决的撤销及外国仲裁裁决的承认与执行等具体问题作出特别规定。虽然《仲裁法》的颁布促进了我国涉外仲裁立法的进一步体系化，但其也在诸多方面引发争议。首先，在涉外仲裁监督机制上，究竟应是“内外一致，全面监督”还是“内外有别，程序监督”学者们产生了不小的争论。[④]其次，在具体条文设计上，诸如强制要求仲裁协议选定“仲裁委员会”忽视其契约性，否定临时仲裁，缺乏仲裁裁决国籍概念，仲裁裁决撤销程序适用不当等问题

---

① 参见齐瑞清：《新旧<民事诉讼法>涉外仲裁规定比较》，载《国际贸易》1991 年第 9 期。

② 相关早期研究成果参见马骧聪：《苏维埃社会主义共和国联盟国家仲裁法》，载《环球法律评论》1980 年第 2 期；周子亚、卢绳祖：《国际商事仲裁问题的研究》，载《社会科学》1980 年第 6 期；方之寅：《美洲国家间关于国际商事仲裁的公约》，载《法学评论》1983 年第 2 期；方之寅：《欧洲国际商事仲裁公约》，载《法学评论》1983 年第 2 期；乔伊·切雷恩：《解决投资争端的国际中心和仲裁法》，陶德海译，载《环球法律评论》1984 年第 4 期；菲利普·富沙尔：《论法国国际仲裁法》，黎钧译，载《环球法律评论》1985 年第 3 期；沈根荣：《论国际商事仲裁法的统一》，载《国际商务研究》1987 年第 5 期；刘敏：《对制定仲裁法的几点看法》，载《现代法学》1991 年第 5 期等。

③ 参见潘剑锋：《我国仲裁法的新突破》，载《中外法学》1994 年第 6 期；文正邦：《<仲裁法>与市场经济裁判制度的改革》，载《中国法学》1995 年第 6 期；吴焕宁：《我国<仲裁法>>议》，载《中国海商法年刊》（第 5 卷），第 323-330 页；黄进等著：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 21-22 页。

④ 上世纪九十年代，在有关涉外仲裁监督机制的设计与实施上陈安教授与肖永平教授曾进行了有益的学术讨论，在此次讨论中陈安教授认为对涉外仲裁的监督应当采用“内外一致，全面监督”而肖永平教授认为应当采用“内外有别，程序监督”。详细论述参见陈安：《中国涉外仲裁监督机制评析》，载《中国社会科学》1995 年第 4 期；肖永平：《内国、涉外仲裁监督机制之我见——对<中国涉外仲裁监督机制评析>一文的商榷》，载《中国社会科学》1998 年第 2 期；陈安：《中国涉外仲裁监督机制申论》，载《中国社会科学》1998 年第 2 期；陈安：《英、美、德、法等国涉外仲裁监督机制辨析——与肖永平先生商榷》，载《法学评论》1998 年第 5 期。

都在一定程度上阻碍了我国涉外仲裁制度与国际接轨。[①]面对这些问题，最高人民法院（下称“最高院”）不得不在贯彻《仲裁法》的基础上就具体个案作出司法解释，并通过建立“报告制度”[②]等方式来统一司法裁量标准以解决实际问题。因此，1992 年公布的《91 民诉法》司法解释在涉外仲裁上也进行了相应的规定，尤其是其进一步明确通过主体、标的和法律关系来认定民事案件的涉外属性，从而统一了相关的司法标准。

总之，从上世纪九十年代的涉外仲裁立法看，以《91 民诉法》和《仲裁法》为支柱的立法体系已逐步形成。而在立法不断体系化的过程中，受限于时代的特性，前述两部法律均在一定程度上暴露出某些问题从而引发了学界的讨论，更导致最高院不得不以各类司法解释弥补法律的漏洞。

（三）新世纪以来的中国涉外仲裁立法

新世纪以来，改革开放事业开始面临新的局面，我国涉外仲裁立法也掀起了新一轮的高潮。从全国人大立法层面看，2007 年和 2012 年曾先后对《91 民诉法》做出了比较大的修订。而在这两次的修订中，对于包括涉外仲裁在内的仲裁立法也产生了一定的影响。第一，其改变了《91 民诉法》在仲裁裁决司法审查上与《仲裁法》的差异，统一了商事仲裁的司法审查标准。具体来看，其删除了法律适用错误作为不予执行仲裁裁决的事由，同时将事实和证据审查的范围由宽泛的“证据不足”缩限为“伪造或隐瞒证据”。这一标准明显改变了我国仲裁裁决的实体审查制，大致遵循了商事仲裁的民间性、自治性价值和当代世界普遍对仲裁裁决采取的程序审查原则。[③]第二，在临时措施上，其增加了在仲裁前申请财产保全和证据保全的的相关规定，并且将行为保全纳入到我国保全制度当中，扩大了临时措施的范围。这一修订一方面实现了与我国其他法律的一致性，另一方面也契合了仲裁临时措施的发展方向，有利于我国仲裁立法与国际接轨。[④]另外，早在上世纪八十年代，我国学者便开始关注涉外仲裁的法律适用问题。而在二十余年的发展中，我国立法与司法也在不断尝试对该问题作出回应。2010 年公布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《适用法》）首次以成文法方式回应了涉外仲裁协议的法律适用问题。[⑤]《仲裁法》自 1994 年颁以来始终未进行实质性修改，在一定程度上已无法满足当前仲裁的发展。但可喜的是，2018 年 9 月在十三届全国人大常委会公布的立法规划中，《仲裁法》的修改工作已被列上日程，从而为我国仲裁立法点燃了新的希望。

新世纪以来我国的仲裁立法与修法工作迟迟未能开始，但司法实践中的涉外仲裁问题却也层出不穷，从而令最高院不得不通过颁布司法解释等文件对相关问题予以安排和明晰。首先，《仲裁法》的概括与滞后使得司法机关在司法实践中面临了越来越多的问题，因此 2006 年最高院在总结过去司法审判经验的基础上公布了《关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》（下称《06 解释》）。该解释共 31 条，对下述问题做了较为详细的规定。其一，在仲裁协议效力的认定上，其对仲裁协议的形式、仲裁事项、仲裁机构选定、仲裁协议继受、仲裁协议独立性、仲裁协议效力等问题均结合司法实践作出了详细规定。而通观

[①] 针对《仲裁法》的相关评介可参见郭晓文：《中国涉外仲裁裁决撤梢制度中存在的问题及其立法完善——一种从实践到理论的分析》，载《国际经济法论丛（第 1 卷）》，法律出版社 1998 年版，第 410-430；宋连斌、赵健：《关于修改 1994 年中国<仲裁法>若干问题的探讨》，载陈安主编：《国际经济法论丛（第 4 卷）》，法律出版社 2001 年版，第 597-601 页；杜焕芳：《中国涉外仲裁裁决撤销制度的若干思考》，载《中国对外贸易》2003 年第 2 期；马占军：《1994 年中国<仲裁法>修改及论证》，载《仲裁研究》2006 年第 2 期。

[②]《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》（法发[1995] 18 号）和《关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》（法[1998] 40 号）。

[③] 傅郁林：《<民事诉讼法>修订重要问题研究》，载《华东政法大学学报》2012 年第 4 期。

[④] 参见李晶：《国际商事仲裁中临时措施在中国的新发展——以民诉法修改和仲裁规则修订为视角》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 6 期。

[⑤] 参见卢绳祖：《关于涉外商事仲裁的法律适用问题——兼论依法仲裁、友谊仲裁及调解的区别》，载《法学评论》1984 年第 1 期。

相关条文，该解释在认定仲裁协议效力方面所作的改进是明显的，当然在某些具体问题上仍然与国际通行理念和实践有所差距。其二，在司法审查程序上，该解释主要针对申请撤销仲裁裁决程序和申请仲裁裁决执行程序作出规定。在撤销程序上，其在明确仲裁法及民事诉讼法相关规定的基础上，从司法实践层面明确了相关条文的解释尺度、规范了具体程序的流程并严格限定了发回重新仲裁的范围。而在执行上，其理顺了撤销与执行的关系、强调放弃异议的效力、明确仲裁调解书及和解裁决禁止反言的特点、提高仲裁裁决执行管辖的级别。总体来看，其在程序的规范上已开始强调对支持仲裁理念的贯彻，并且解决了过去一段时间中法院司法审查程序上的疑难问题，对我国涉外仲裁发展产生了较为深远的影响。[①]

其次，九十年代末香港、澳门的相继回归以及两岸关系的逐渐缓和，使得我国逐步从单一法域向多法域国家演变，“一国两制四法”的局面日趋形成。[②]这也直接影响了我国涉外仲裁制度的构建，促成了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（下称《香港安排》）、《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》（下称《澳门安排》）以及《最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》（下称《台湾规定》）的出台。《香港安排》作为我国第一部区际仲裁安排，其在改变香港回归前两地依托《纽约公约》承认及执行仲裁裁决的同时，有效填补了回归后两地在该领域的立法空白，实现了机制的建构和协调。其在香港特别行政区基本法的基础上，就认可与执行仲裁裁决的管辖、程序、拒绝执行标准等具体问题作出规定。[③]与香港相比，澳门直至回归时《纽约公约》仍不适用于该地，[④]使其在回归之前与内地之间的仲裁裁决的承认与执行主要依照其 1998 年颁布的《澳门涉外商事仲裁法》。而在回归后，一方面中国政府将《纽约公约》在互惠保留的前提下延及澳门，令外国裁决在澳门的承认与执行以及澳门裁决在外国的承认与执行依照《纽约公约》进行。另一方面，最高院也在沿袭《香港安排》模式的基础上制定《澳门安排》。该安排尽管在框架上仿照了《香港安排》，但在诸如财产保全、执行中止、信息沟通等方面也做出新的规定，进一步提升了内地与澳门的司法协助水平。[⑤]与港澳相比，两岸仲裁裁决的认可与执行情况更为复杂，相关规范的制定历程也更漫长。新中国成立以来，两岸长期处于政治对立，仲裁裁决的承认与执行几无可能。而随着改革开放后两岸关系缓和，仲裁裁决的认可与执行渐成可能。由于台湾始终未加入《纽约公约》，故起初台湾依照 1961 年颁布并经八十年代两次修改的“台湾商务仲裁条例”认可与执行相关裁决。随着 1992 年台湾方面出台“台湾地区与大陆地区人民关系条例”后，大陆裁决开始在台湾地区得以认可和执行。而 1998 年“台湾仲裁法”的颁布更进一步明确了大陆仲裁裁决在台的认可与执行。[⑥]而从大陆方面看，早期大陆主要依据《91 民诉法》及《仲裁法》认可及执行台湾仲裁裁决。而 1991 年时任最高院院长任建新作出将认可台湾民事判决的表态后，两岸间的民商事判决及仲裁裁决的认可与执行工作打开了新局

---

① 关于《06 解释》的相关研究与评述，可参见万鄂湘、于喜富：《我国仲裁司法监督制度的最新发展——评最高人民法院关于适用仲裁法的司法解释》，载《法学评论》2007 年第 1 期。以及刊载于《北京仲裁》2006 年第 4 期的相关文章：宋连斌：《岂伊地气暖，自有岁寒心——评<最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释>》；宋朝武：《<最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释>的理解与评析》；乔欣：《支持仲裁发展仲裁——对最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释之解读与评析》；林一飞：《<仲裁法>新司法解释解读》。

② 参见黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社 1991 年版，第 227 页。

③ 参见刘晓红：《论中国内地与香港仲裁裁决的相互承认和执行》，载《法律适用》2001 年第 3 期。

④ 在澳门回归前的 1999 年 7 月，葡澳政权曾要将《纽约公约》延伸适用于澳门。经立法程序，其将延伸适用声明送交联合国秘书长。但根据公约规定，公约于 2000 年对澳门生效。但 1999 年底澳门将回归中华人民共和国，故前述声明并不能自动继续有效。

⑤ 参见刘晓红：《论我国商事仲裁裁决执行的区际司法协助》，载《政法论丛》2010 年第 1 期。

⑥ 参见刘晓红：《论海峡两岸商事仲裁裁决的相互承认与执行》，载《政法论坛》1998 年第 4 期。

面。因此，1998 年出台的《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》（下称《98 规定》）在坚持“一国两制”的制度基础上，针对台湾民事判决和仲裁裁决的认可与执行作出了统一且详细的规定。但由于两岸在仲裁立法上的差异以及仲裁也具有不同于民事判决的特性，使其在具体实践中也暴露出了一些问题。[①]针对这些问题，最高院在《98 规定》的基础上，于 2015 年出台《台湾规定》以取代《98 规定》实现了认可与执行台湾仲裁裁决与民事判决的分离。《台湾规定》从内容上进一步明确了台湾仲裁裁决的内涵及范围，并在认可与执行的条件上充分借鉴《纽约公约》相关规定，更加有利于台湾仲裁裁决在大陆的认可与执行。

最后，党的十八届四中全会明确提出要健全包括仲裁在内的多元化纠纷解决机制的构建，进一步展现了党中央发展仲裁的决心和态度。从仲裁事业整体来看，近年来最高院认真贯彻中央精神，先后发布多个司法文件支持包括仲裁在内的多元化纠纷解决机制的构建。通过对仲裁司法审查、执行等多方面问题的专门规定，[②]进一步理清司法与仲裁的关系，克服了仲裁司法审查中可能出现的地方保护主义，[③]表明了支持与发展仲裁的司法立场。而从涉外仲裁来看，随着“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”（下称“一带一路”）倡议的不断推进，推动“一带一路”法治保障并构建有效的纠纷解决机制是重点所在，而这其中对国际仲裁的重视以及如何建立具有国际认可度的现代仲裁制度是我们不得不关注的。因此，2015 年最高院发布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》进一步强调“加强涉沿线国家当事人的仲裁裁决司法审查工作，促进国际商事海事仲裁在‘一带一路’建设中发挥重要作用”，众多学者也对此作出了富有建设性的探讨和构想。[④]“一带一路”建设中自贸区是不可或缺的一环，而 2015 年国务院发布《关于印发进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》也针对涉外仲裁提出“支持国际知名商事争议解决机构入驻”，提高“上海商事纠纷仲裁国际化程度”，建立“亚太仲裁机构交流合作机制，加快打造面向全球的亚太仲裁中心”等要求，为自贸区建设和我国涉外仲裁的发展指明了方向。因此，最高院应时而上，积极出台相关文件支持仲裁事业的发展。而在涉外仲裁上，2016 年底出台的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》对自贸区内的仲裁做出了专门的规定，其对自贸区内涉外仲裁协议认定标准作出了更为宽泛的规定，并通过“三特定”来为自贸区内临时仲裁的发展创造可能，从而有力地推动了我国涉外仲裁事业的发展。除了中央制度上的支持外，在自贸区的自身实践中也不断引入国际通行的仲裁规则。例如 2014 年出台的《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》便通过引入开放仲裁员名册、紧急仲裁、友好仲裁等制度凸显自贸区的制度创新性和

[①] 对《98 规定》相关问题的详细论证，参见宋连斌：《两岸四地间相互执行仲裁裁决：过去、现在及将来》，载《澳门法学》2016 年第 3 期。

[②] 2016 年起，最高人民法院先后发布《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（法发〔2016〕14 号）、《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》（法释〔2017〕21 号）、《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（法释〔2017〕22 号）、《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》（法释〔2018〕5 号）、《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》等多部文件支持和发展仲裁发展，明确相关司法审查标准。相关研究文章可参见张勇健、任雪峰、梁颖：《<关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定>及<关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定>》载《人民司法（应用）》2018 年第 4 期；以及《人民法治》2018 年第 5 期的相关专题讨论，如刘敬东：《司法：中国仲裁事业发展的坚定支持者》；宋连斌：《仲裁司法监督制度的新进展及其意义》；孙南翔：《探索中国自由贸易试验区仲裁制度的创新路径》。

[③] 参见沈伟：《地方保护主义的司法抑制之困：中央化司法控制进路的实证研究——以执行涉外仲裁裁决内部报告制度为切入视角》，载《当代法学》2019 年第 4 期。

[④] 相关理论文章可参见黄进：《建立中国现代仲裁制度的三点构想》，载《中国法律评论》2017 年第 3 期；王贵国：《“一带一路”争端解决制度研究》，载《中国法学》2017 年第 6 期；初北平：《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》，载《中国法学》2017 年第 6 期；刘敬东：《构建公正合理的“一带一路”争端解决机制》，载《太平洋学报》2017 年第 5 期等。

仲裁规则的对立法的引领性。[①]当前，“一带一路”倡议取得了巨大成功，而在总结经验的过程中最高院先后发布两批“一带一路”典型案例以统一相关司法案件的裁量尺度。在这一基础上，最高院又于 2018 年 7 月正式设立国际商事法庭并在相关文件中明确了国际仲裁在多元化纠纷解决中的重要性，并就保全等具体问题作出规定。并且，《仲裁法》的修订工作也被第十三届全国人大常委会纳入了下一步的修法计划。[②]

总之，新世纪以来我国涉外仲裁立法呈现以下特点。其一，顺应时代潮流，服务国家发展。港澳回归促成了相关区际安排的诞生、“一带一路”倡议推动涉外仲裁制度进一步发展，这些都显现出我国涉外仲裁立法与司法工作始终与改革开放事业同呼吸、共命运，同时也彰显了顺应时代潮流，服务国家发展的使命与担当。其二，法律托底，解释先行。回顾过去二十年的涉外仲裁立法，也仅有民诉法的修订增添了部分内容，而《仲裁法》的停滞也在一定程度上拖延了涉外仲裁的发展。但从宏观来看，一方面，新世纪以来的改革开放事业发展变快，立法机关的工作也日趋繁重，《仲裁法》迟迟未能推进也可理解。另一方面，由于仲裁领域的发展日新月异，仓促的展开立法或许并非是明智之举。但面对新变化和新问题，司法机关不能坐视不管。故新世纪以来，最高院在尊重法律的基础上做出的一系列司法解释有效解决了实际问题，为涉外仲裁事业的发展起到了关键作用。

二、改革开放四十年来中国涉外仲裁的司法实践

法律制度的发展除了立法层面的顶层设计，也离不开司法层面的具体实践。因此，对以往典型案例的总结与分析，有利于从一个更为客观的角度评价过去四十年我国涉外仲裁的发展。但由于仲裁的私密性，使得在有关涉外仲裁的司法实践回顾上主要依靠我国承认及执行外国仲裁裁决案件。同时，也由于早期我国司法文书并不公开且为了案例的代表性，故笔者将主要以最高院作出的或刊载于公报的以及产生较大影响的典型案例为素材，以时间为序进行梳理。

（一）1978 年—1998 年的典型案例

较之起于改革开放初期的涉外仲裁立法，我国涉外仲裁司法实践则起步较晚。而在上世纪八十年代，较为典型的案例当属 1988 年 10 月上海市高级人民法院作出的“中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”[③]（下称“瑞士工业案”）。该案中，中国技术进出口总公司（下称“中技公司”）与瑞士工业资源公司（下称“瑞士工业”）之间存在钢材买卖合同且存在仲裁条款。后中技公司发现瑞士工业在无货情况下诱使其签订合同，故向上海市中级人民法院起诉，要求瑞方赔偿。一审法院支持了中技公司的诉求，判令瑞士工业作出相应赔偿。瑞士工业在一审败诉的情况下，向上海市高级人民法院提出上诉，其理由之一便是“双方合同存在仲裁条款，原审法院对本案无管辖权。”对此，二审法院认为“上诉人利用合同形式，进行欺诈，已超出履行合同的范围，不仅破坏了合同，而且构成了侵权。双方当事人的纠纷，已非合同权利义务的争议，而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权之诉，而不受双方所订立的仲裁条款的约束。”故法院在该案中具有管辖权，进而二审法院维持了一审判决判令瑞士工业败诉。总结来看，在该案的管辖权判定上法院首先采用国际私法上的识别，将本案争议定性为侵权之诉而非合同之诉。在定性后法院进一步指出侵权纠纷并不能通过仲裁解决，而应按照《民诉法（试行）》的相关规定由法院进行管辖，故瑞士工业的意见不成立。尽管该案在改革开放早期为国际私法

[①] Liu Xiaohong; Yang Ling, Redemption of Chinese Arbitration - Comments on the Civil Procedure Law (2012) and Free Trade Zone Arbitration Rules (2014), 13 *Chinese J. Int'l L.* 653 (2014)

[②] 中华人民共和国全国人民代表大会：《十三届全国人大常委会立法规划》，2018 年 9 月 10 日，载 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2018-09/10/content_2061041.htm，2019 年 4 月 2 日访问。

[③] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1989 年第 1 期。

上识别制度的司法实践起到了积极作用，但其在涉外仲裁领域却也有值得商榷之处。首先，法院在识别上过于模糊。其以“破坏合同”为由定性为侵权实际上实在以合同的方法来否定合同，并没有作到识别的唯一与一致性。[①]其次，法院在论证过程中也渗透出对仲裁条款独立原则的忽视。法院认为，该案存在欺诈故合同自始无效，所以仲裁条款也因合同无效而失去对当事人的拘束力。然而，从仲裁条款独立的角度出发，无论合同是否有效都不等同于否定仲裁条款的有效性。法院在该案的司法裁量，本质上忽略了程序性问题，违背了先程序后实体的逻辑。[②]最后，该案否定仲裁条款的另一重要原因便是侵权纠纷不能通过仲裁加以解决，实际上是将侵权争议排除在我国可仲裁范围外。然而，在我国 1987 年加入《纽约公约》时曾在商事保留的声明中明确了“我国只对根据本国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约”。最高法进一步明确“所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’，具体的是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系”。[③]而从域外实践来看，侵权纠纷可仲裁是具有共识的，这一点无论是在《纽约公约》的起草过程中还是其他缔约国的实践中都是得到认可的。[④]

与“瑞士工业案”相似，最高院在 1998 年 5 月作出的“江苏省物资集团轻工纺织总公司诉（香港）裕亿集团有限公司、（加拿大）太子发展有限公司侵权赔偿纠纷上诉案”[⑤]（下称“轻工案”）也是一起涉及到合同与侵权竞合的涉外仲裁案件。该案中，江苏省物资集团轻工纺织总公司（下称“江苏轻纺”）先后与（香港）裕亿集团有限公司（下称“裕亿公司”）和（加拿大）太子发展有限公司（下称“太子公司”）分别签订两份买卖合同，且合同均约定了仲裁条款。后双方就货物质量产生争议，故江苏轻纺以侵权为由起诉裕亿公司和太子公司，而被告两家公司均以存在仲裁条款为由提出管辖权异议。江苏省高级人民法院（下称“江苏高院”）在受案审理中认为“本案是因欺诈引起的侵权损害赔偿纠纷。虽然原告轻纺公司和被告裕亿公司、太子公司之间的买卖合同中订有仲裁条款，但由于被告是利用合同进行欺诈，已超出履行合同的范围，构成了侵权。双方当事人的纠纷已非合同权利义务的纠纷，而是侵权损害赔偿纠纷。轻纺公司有权向法院提起侵权之诉，而不受双方所订立的仲裁条款的约束。裕亿公司、太子公司所提管辖权异议，理由不能成立。”对此被告两公司均表示不服并上诉至最高院。最高院在受案审理过程中，江苏轻纺还认为本案涉及到第三人，但仲裁条款仅约束合同双方并不约束第三人，通过仲裁解决争议不利于案件查明事实和裁判，因此仍应由法院管辖。对此，最高院认为依据《仲裁法》第二条、第三条之规定，侵权纠纷属于我国可仲裁范围，在当事人存在仲裁条款的前提下应通过仲裁解决纠纷。即使本案涉及第三人，在仲裁庭不能追究第三人责任的情况下，江苏轻纺可以以第三人为被告向人民法院另行提起诉讼，当事人的合法权益仍然可以得到维护。因此，最高院撤销了江苏高院一审判决。通观本案，江苏高院的一审意见本质上是承袭了“瑞士工业案”中法院的裁判依据。但通过最高院的审理意见可以看出，1998 年无论是根据我国立法还是司法机关的审判经验，侵权纠纷可仲裁已然得到了各方的认可。因此，本案的意义之一便是明确了侵权纠纷的可仲裁性。另外，本案还涉及了仲裁第三人这一国际商事仲裁领域的热点问题。尽管从域外立法与实践中，仲裁第三人制度越发得到重视，相关学者也对此有所

[①] 参见谢新胜：《从两起涉外案件看合同与侵权竞合时识别应注意的问题》，载《行政与法》2006 年第 11 期。

[②] 参见杜永浩：《国际商事仲裁协议的独立性新论——兼及中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷案》，载《当代法学》2002 年第 12 期。

[③] 详见《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入<承认及执行外国仲裁裁决公约>的决定》及《最高人民法院关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》法[经]发[1987]5 号。

[④] See UNCITRAL Secretariat, *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, p.35.

[⑤] 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1998 年第 3 期。

讨论。[1]但本案仍然强调了仲裁庭对涉案第三人无管辖权这一基本立场，而这一立场至今也未曾改变。

因此，从改革开放前二十年最高院公报案例来看，涉外仲裁案件的典型案件仅为上述两件，数量少反映了司法实践的有限。而从该两起案件的案情来看，其所涉及的问题也聚焦于可仲裁性、仲裁条款独立性和仲裁对第三人管辖等问题，也反映出早期我国的涉外仲裁司法实践所探讨的问题相对简单，并未触及到国际仲裁的前沿和复杂问题。

（二）1999 年—2009 年的典型案例

自上世纪九十年代末起，我国改革开放事业打开了新的局面，涉外仲裁司法实践也愈发丰富。与此同时，这一阶段我国涉外仲裁立法得以不断完善，使得在诸多问题上法律依据得以健全，通过具体案例对相关法律作出进一步明确的倾向也逐步显现。1999 年最高院公布的“香港三菱商事会社有限公司诉三峡投资有限公司、湖北三联机械化工工程有限公司案”（下称“三菱案”）[2]首先就仲裁协议准据法认定问题作出回答。该案发生时，我国在仲裁协议准据法认定问题上的立法尚属空白。尽管最高院相关领导曾对此问题作出回答，[3]但在法律层面该案首次从最高司法机关层面确立了以当事人意思自治优先，以仲裁地法为补充的仲裁协议准据法适用原则。[4]同样是关于仲裁协议准据法的认定，在 2008 年最高院公报中刊载的“中国恒基伟业集团有限公司、北京北大青鸟有限责任公司与广晟投资发展有限公司、香港青鸟科技发展有限公司借款担保合同纠纷案”[5]中，面对当事双方仅约定解决合同争议准据法而未约定仲裁条款准据法时，法院依据仲裁条款独立原则而认定仲裁条款未约定准据法，在当事人也未约定仲裁地的情况下应按照《06 解释》第十六条以法院地法认定仲裁协议效力。故最终以我国法律认定该仲裁协议无效，管辖权归法院所有。与仲裁协议准据法认定相类似，《纽约公约》第五条第一款（甲）项同样将“根据适用的法律认定协议当事人是否具有行为能力”作为审查有效仲裁协议的重点。不同于以意思自治和仲裁地为连接点确定仲裁协议准据法的模式，适用于当事人行为能力的法律不同于管辖仲裁协定有效性的法律。[6]但由于公约并未明确如何确定适用的法律，故应由成员国自行决定。从我国的司法实践看，我国长期坚持以属人主义来认定当事人行为能力，例如在 2000 年“英国嘉能可有限公司申请承认和执行英国伦敦金属交易所仲裁裁决案”中，最高院就明确指出要以属人主义原则对当事人行为能力进行认定。[7]

2003 年“德国旭普林国际工程有限责任公司诉中国无锡沃可通用工程橡胶有限公司案”[8]（下称“旭普林案”）由于案情特殊引发了我国四级法院及各方的关注，并成为了较为典型的案件。该案中，双方当事人曾在合同中约定仲裁条款为“以 ICC 仲裁规则在上海进行仲裁”。后双方发生争议，德方公司在向 ICC 提起仲裁的同时也向无锡市新区人民法院提出

---

[1] 该案发生后，我国学者对仲裁第三人的讨论也较为密集。其中以郭玉军教授和夏蔚教授为代表的认为引入仲裁第三人对仲裁发展具有积极意义，对此林一飞博士则认为不应引入仲裁第三人制度。具体参见郭玉军：《论仲裁第三人》，载《法学家》2001 年 3 期；夏蔚：《仲裁第三人研究》，载《当代法学》2000 年第 5 期；林一飞：《论仲裁与第三人》，载《法学评论》2000 年第 1 期。

[2] 参见李国光主编，最高人民法院经济庭编：《经济审判指导与参考》（1999 年第 1 卷），法律出版社 1999 年版，第 169-172 页。

[3] 1998 年 11 月时任最高人民法院副院长李国光曾在全国经济审判工作座谈会上的讲话中指出：“对于涉外仲裁协议效力的认定，要注意准确适用法律，通常要适用约定的仲裁地国法律，并参照国际惯例，予以认定。只有在明确适用中国法律的情况下，才能按照仲裁法第 17 条和第 18 条的规定确定仲裁条款的效力。”

[4] 参见刘晓红：《论国际商事仲裁协议的法律适用》，载《法学》2004 年第 4 期。

[5] （2006）民四终字第 28 号，参见《最高人民法院公报》2008 年 01 期。

[6] See Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 277 (1981).

[7] （2001）民四他字第 2 号。

[8] （2003）锡立民终字第 074 号民事裁定。

确认该仲裁协议效力的请求。该院根据相关规定层报最高人民法院，最终依据最高人民法院批复的精神以仲裁条款未明确仲裁机构为由裁定仲裁条款无效。与此同时，ICC 依据“自裁管辖原则”认定其具有管辖权并作出了有利于德方公司的裁决，后德方公司据此向无锡市中级人民法院（下称“无锡中院”）申请承认及执行该份仲裁裁决。经过近两年的审理，2006 年无锡中院作出裁定拒绝承认及执行该份仲裁裁决。法院认为，该份仲裁裁决属于《纽约公约》所规定的“非内国裁决”，但由于该仲裁协议已被我国法院认定为无效故符合《纽约公约》第五条第一款之规定应拒绝承认及执行。该案的意义具有以下几点：其一，长期以来，我国《民诉法》是以仲裁机构所在地来认定裁决国籍，与《纽约公约》的仲裁地标准不同。从而令国外仲裁机构到中国内地裁决的案件是属于国外裁决还是国内裁决始终没有明确规定，导致裁决执行时的麻烦。[①]而该案明确将外国仲裁机构在我国作出的仲裁裁决认定为“非内国裁决”，解决了《纽约公约》对该类仲裁裁决的适用问题。从而也为 2008 年“德高钢铁公司申请承认与执行 ICC 第 14006/MS/JB/JEM 号仲裁裁决案”[②]（下称“德高钢铁案”）中法院通过“非内国裁决”适用公约承认及执行该裁决奠定了基础。其二，该案以“非内国裁决”而适用《纽约公约》，同时又以公约认定在当事人未约定仲裁协议准据法时按仲裁地法即我国法律认定效力。而由于我国《仲裁法》明确要求仲裁协议应当明确仲裁机构，因此仅约定适用 ICC 仲裁规则并不能认定为选定了仲裁机构，故协议无效。因为我国在仲裁协议认定上与相关国际公约及示范法不甚相同，使得诸多涉外仲裁协议并不能满足我国法律规定，从而导致在我国“非内国裁决”的承认与执行上产生个案差异并影响至今。

因此，从 1999 年到 2009 年十年间的最高院公报案例及典型案例看，这一阶段我国涉外仲裁司法实践无论是案件数量还是复杂程度都有了明显提高。而归结来看，其所涉及的主要问题则在于仲裁协议效力的认定、非内国裁决的承认及执行等方面，相关案例的裁判思路也的确产生了较强的示范效应并深刻影响着目前我国的涉外仲裁司法实践。

（三）2010—至今的典型案例

经过新世纪前十年改革开放事业的飞速发展，从最近十年我国涉外仲裁司法实践看，其突出特点便是围绕《纽约公约》开展了丰富且更为深入的研判，推动了公约在我国涉外仲裁领域的适用。

首先，我国开始逐步接受通过《纽约公约》所确立的仲裁地标准，对仲裁裁决的国籍进行认定。在《纽约公约》的起草中始终强调是对各国主权的尊重，并要求仲裁裁决需要存在国籍，由此使得“仲裁地”在现代国际仲裁法律框架中具有重要地位，其既是确定仲裁裁决国籍的标准，也是确定仲裁协议准据法的连接点，更是各国法院进行仲裁司法监督的权源。[③]《纽约公约》将“非内国裁决”概念引入，本质上是在对以仲裁地认定裁决国籍的变通，其从逻辑上是与“仲裁地标准”相联系的。而我国仲裁法高度强调仲裁机构的重要性，其对裁决国籍和仲裁协议有效性的认定都具有关键作用，这是我国在仲裁立法上所“独有”的标准。[④]然而从近年的司法实践看，例如在“申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BP Agnati S.R.L 申请确认仲裁协议效力案”[⑤]（下称“龙利得案”）中，最高院

---

① 参见万鄂湘：《＜纽约公约＞ 在中国的司法实践》，载《法律适用》2009 年第 3 期。

② （2008）甬仲监字第 4 号。

③ 在国际商会起草的早期草案中，颇有争议地将“无国籍”裁决纳入了公约范畴。但委员会“不愿接受国际商会提出的‘国际裁决’应‘完全独立于国家法律’的观点”，故该草案未获通过。See *Travaux préparatoires*, Enforcement of International Arbitral Awards, Statement Submited by the International Chamber of Commerce, E/C.2/373, p. 13; *Travaux préparatoires*, Report of the Commitee on the Enforcement of International Arbitral Awards, E/2704, E/AC.42/4/Rev.1., p. 11.

④ 参见杨弘磊：《人民法院涉外仲裁司法审查情况的调研报告》，载《武大国际法评论》2009 年第 1 期。

⑤ （2013）民四他字第 13 号

便以仲裁地标准认定仲裁协议准据法应为中国法，从侧面展现出《纽约公约》对我国司法实践的影响。而在相关学者的实证研究中也能够看到，我国在司法实践中已经逐步放弃仲裁机构所在地标准，转而接受《纽约公约》第一条所确立的仲裁地标准，表明了我国在贯彻执行《纽约公约》上所作出的积极姿态。[①]

其次，在仲裁协议有效性的认定上，由于我国相关法律的规定，争议的涉外性是我国考察仲裁协议有效性的关键因素。长期以来，我国的司法实践对于无涉外因素的争议提交域外仲裁几乎全部持否定态度。[②]尤其在 2014 年“北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”[③]（下称“朝来新生案”）中，当事人双方均为在中国注册成立的法人，其共同在中国经营高尔夫球场。后因高尔夫球场用地被收回，双方就补偿款分配产生争议，故根据合同约定交由大韩商事仲裁院进行仲裁。后仲裁胜诉方向北京市第二中级人民法院申请承认及执行该裁决，法院受案后层报至最高院，最终最高院在相关复函中指出“我国法律未授权当事人将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构或者在我国境外临时仲裁，故本案当事人约定将争议提交大韩商事仲裁院仲裁的条款属无效协议……依据《纽约公约》第五条第一款(甲)项的规定拒绝承认与执行。”[④]但就在两年之后，最高院在对上海市第一中级人民法院（下称“上海一中院”）作出的“西门子国际贸易(上海)有限公司与被申请人上海黄金置地有限公司承认和执行外国仲裁裁决案”[⑤]（下称“西门子案”）的复函中认为“尽管双方当事人均为中国法人，但由于该案属于涉自贸区且双方当事人均为外资独资子公司，本着支持自贸区法治建设可先行先试的精神……可以认定本案仲裁协议符合‘可以认定为涉外民事关系的其他情形’。”[⑥]这一态度转变一方面反映出我国法院在推进改革开放，支持自贸区发展上所作出的努力，另一方面其也在涉外因素识别上突破了“法律关系三要素”思维模式，进一步展现出我国对仲裁的友好立场。[⑦]

再次，在对仲裁程序的司法监督上。我国涉外仲裁司法实践主要围绕着《纽约公约》第五条第一款（乙）、（丙）、（丁）三项展开。针对（乙）项当事人一方未收到适当通知或申辩不能的情况，有学者在总结近年来的典型案件后指出最高院在该问题上形成了较为一致的立场，即当仲裁庭按照当事人约定的仲裁规则作出通知，即使当事人未能收到也不应据此拒绝承认和执行相关裁决；反之，当有证据证明一方未被给予相关仲裁程序的通知时，人民法院应拒绝承认和执行相关裁决。[⑧]针对（丙）项超越仲裁范围问题，相关学者也认为我国司法实践总体上尊重仲裁庭的自裁管辖权，采取了较为审慎的立场不干预仲裁裁决的实体问题。当然我国法院同样以较为严格的态度解释和适用《纽约公约》，针对超裁部分均

[①] 参见高晓力：《司法应依仲裁地而非仲裁机构所在地确定仲裁裁决籍属》，载《人民司法（案例）》2017 年第 20 期。

[②] 2007 年的“六盘水恒鼎实业有限公司与张洪兴采矿权转让合同纠纷管辖权异议案”及 2012 年的“江苏航天万源风电设备制造有限公司与艾尔姆风能叶片制品（天津）有限公司申请确认仲裁协议效力纠纷案”都涉及到无涉外因素争议提交境外仲裁机构仲裁的情况，而最高人民法院也始终对此持否定态度。详情可参见苏泽林、景汉朝主编，最高人民法院立案一庭、最高人民法院立案二庭编：《立案工作指导》（总第 28 辑），人民法院出版社 2011 年版，第 94-98 页；万鄂湘主编，最高人民法院民事审判第四庭编：《涉外商事海事审判指导》（总第 25 辑），人民法院出版社 2012 年版，第 126-131 页。

[③] （2013）二中民特字第 10670 号民事裁定书。

[④] 《最高人民法院关于北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认大韩商事仲裁院作出的第 12113-0011 号、第 12112-0012 号仲裁裁决案件请示的复函》[2013]民四他字第 64 号。

[⑤] （2013）沪高民认(外仲)字第 1 号。

[⑥] 《最高人民法院关于西门子国际贸易（上海）有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》（2015）民四他字第 5 号。

[⑦] 参见顾维遐：《无涉外因素争议的域外仲裁问题》，载《中外法学》2018 年第 3 期。

[⑧] 参见刘敬东、王路路：《“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》，载《法律适用》2018 年第 5 期。

拒绝承认与执行。[①]而针对（丁）项仲裁庭组成的程序问题，最高院始终严格依据仲裁协议进行审查。2016 年上海一中院拒绝承认与执行“申请人来宝资源国际私人有限公司（新加坡）与被申请人上海信泰国际贸易有限公司（中国）之间关于承认和执行新加坡国际仲裁中心作出的 2015 年 005 号仲裁裁决书案”[②]（下称“来宝案”）引发了各方关注，该案在层报最高院后认为在仲裁协议明确约定三人仲裁的前提下，SIAC 以独任仲裁方式推行快速程序侵蚀了当事人意思自治，故应按照（丁）项拒绝承认与执行。另外，针对公约第五条第一款（戊）项所述的仲裁裁决未生效问题，最高院并未就此作出明确的表态。尽管 2006 年广东省高院曾以该项拒绝承认与执行某份仲裁裁决，但最高院却在复函中明确表示了广东高院适用公约偏差，从而回避了对（戊）项的适用。[③]

最后，针对《纽约公约》第五条第二款的不可仲裁性与公共政策问题，从我国近年来的司法实践可以发现。一方面，我国法院尽量控制对公共政策的适用。例如在 2010 年“日本商事仲裁协会东京 07-11 号仲裁裁决案”中，最高院明确指出在存在其他拒绝承认情形时，不宜再适用公共政策原则拒绝承认与执行仲裁裁决。[④]另一方面，从近年来的司法实践来看，我国适用公共政策拒绝承认与执行仲裁裁决时较为罕见的。[⑤]即使是在某些个案适用公共政策，也秉持“有利于执行”的公约理念对《纽约公约》第五条第二款规定的公共政策作严格的解释，展现了支持仲裁贯彻《纽约公约》精神的立场。[⑥]

总之，从近十年来我国涉外仲裁的司法实践看，对仲裁友好的立场越发清晰，围绕着《纽约公约》所展开的一系列讨论也愈发充分和深入。可以讲，这一阶段我国的涉外仲裁实践充分展现出了十八大以来在习近平新时代中国特色社会主义思想指引下，我国不断推进改革开放的立场与决心。

三、改革开放四十年来中国涉外仲裁法律制度构建的理念平衡

现代法治的形成离不开对各种社会利益的平衡，法律既是承认社会个体利益诉求并划定利益边界的工具，也是维护社会整体利益建构包括法秩序在内整个社会秩序的依托。[⑦]在现代法治社会的发展中，各方的利益表达逐渐化为各自的理念，在相互拉扯中找寻历史合力并推动时代的巨轮不断向前。而回顾改革开放以来涉外仲裁法律制度的发展，对各种理念的平衡也构成了涉外仲裁法律制度的灵魂。

（一）法律全球化与法律本土化的立法平衡

经济全球化是近代国际社会发展的潮流，其在重塑近代国际经济格局的同时也逐渐跃升至政治、法律与文化等领域从而引发国际社会的普遍思考。而就在这一过程中，法律的全球化同样引人瞩目，尽管其在定义上难成共识，但不可否认法律全球化已然演变成一种法律的“非国家化”、“标准化”、“趋同化”和“一体化”的趋势，深刻影响着世界各国的法律制度构建。[⑧]就在法律全球化的过程中，法律本土化概念也对应产生。其强调在各国移植外国法律的过程中，各个国家与民族必然会保留下一些具有本土特色的法律制度，并将

---

① 同前注。

② （2016）沪 01 协外认 01 号。

③ 《最高人民法院关于邦基农贸新加坡私人有限公司申请承认和执行英国仲裁裁决一案的请示的复函》，民四他字[2006]第 41 号。

④ 《最高人民法院关于不予承认日本商事仲裁协会东京 07-11 号仲裁裁决一案的请示的复函》[2010]民四他字第 32 号。

⑤ 该案为（2008）民四他字第 11 号。

⑥ 参见刘贵祥、沈红雨 ：《我国承认和执行外国仲裁裁决的司法实践述评》，载《北京仲裁》2012 年第 1 期。

⑦ 参见[美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2010 年版，第 51-57 页。

⑧ 参见张文显：《WTO 与中国法律发展》，载《法制与社会发展》2002 年第 1 期。

其与引入的法律相结合实现本国法律的革新与发展。[①]可以讲，法律的全球化与本土化是世界各国法律制度发展中必然要面临的选择，而这也体现在改革开放以来中国涉外仲裁的立法工作中。

改革开放之初，我国涉外仲裁立法开启对法律全球化的迎合，但这一过程中本土化的影响显然是更为明显的。1979 年我国为促进外国资本的引入制定《合资法》，其率先打破了法院解决民商事争议的垄断，通过引入仲裁解决争议在满足跨国公司的争议解决诉求诉求的同时也让我们开始关注仲裁在争议解决上的作用。而《民诉法（试行）》《民法通则》的颁布以及加入《纽约公约》，使得我国涉外仲裁立法体系初步成型。可以讲，这一阶段的涉外仲裁立法开始展现出对国外立法的借鉴并强调同国际立法的接轨，按国际惯例办事的倾向，体现了法律全球化的影响。[②]但这一阶段的立法的本土化特征更为明显。首先在整体上，仲裁制度尤其是涉外仲裁制度并未得到全面的建立，使得我国仲裁制度在该阶段力量不足且制度不全。其次在较为简略的仲裁立法中，在仲裁机构选择上还是要求当事人选择我国仲裁机构解决纠纷，这也在一定程度上反映出该阶段我国对本国经济利益和司法主权的维护。

进入九十年代，我国涉外仲裁立法体系逐步形成，这一过程中全球化与本土化的交错影响也依旧明显，二者旗鼓相当令涉外仲裁立法左右摇摆。首先，《91 民诉法》改变了《民诉法（试行）》只能选择中国仲裁机构的规定，进一步迎合跨国企业对“去地方化仲裁”的要求以顺应仲裁领域法律全球化的大趋势。[③]同时其也在诸多方面对接《纽约公约》以加强公约的可执行性。其次，《仲裁法》的制定大量借鉴了《联合国国际商事仲裁示范法》（下称《示范法》）的规定，展现出法律全球化尤其是国际示范法对我国涉外仲裁立法的影响。同时《仲裁法》也推动了我国现代仲裁体制的建构，并借助行政力量使我国仲裁机构数量快速增长以实现自我发展，也为今日中国仲裁机构走向世界打下了一定基础。[④]然而，由于彼时我国计划经济色彩依旧浓厚，我国仲裁体制的建构主要依靠带有强烈行政色彩的仲裁委员会推动，这也令我国《仲裁法》高度强调仲裁机构的地位。另外，在临时仲裁、仲裁地等方面《仲裁法》未能与《纽约公约》及《示范法》相对接，使得我国涉外仲裁立法与国际法产生差异，反映出了这一阶段的本土化特征。

如前所述，新世纪以来涉外仲裁立法呈现出“顺应时代潮流、服务国家发展”和“法律托底、解释先行”两大特点，而这其中所渗透出的便是继续推动改革开放，促进仲裁立法的全球化发展。首先，进入新世纪以来我国坚持改革开放的立场从未改变，积极融入全球并推动全球化的国际角色更为凸显。因此，在港澳回归、“一带一路”倡议、自贸区建设等重大事件上，我国涉外仲裁立法均作出积极跟进，表明了支持全球化的仲裁友好立场。其次，基于全球化的立场，我国这一阶段的涉外仲裁立法选择司法解释先行的方式。总体上成形于九十年代的涉外仲裁立法体系仍保留着诸多本土化色彩，想要一次性的改变既不

[①] 参见何勤华：《法的国际化与本土化：以中国近代移植外国法实践为中心的思考》，载《中国法学》2011 年第 4 期。

[②] 参见朱景文：《关于法律与全球化的几个问题》，胡元梓、薛晓源主编：《全球化与中国》，中央编译出版社 1998 年版，第 117 页。

[③] 相关研究表明，仲裁的全球发展本身便得益于法律的全球化，尤其与美国在“二战”后的推动有关。战后美国通过推动跨国公司的全球发展，使仲裁条款嵌入到标准合同当中并逐步让仲裁成为解决跨国争议的主要方式。与此同时，美国的法学家与律师也迅速抢占传统上属于欧洲法学家的法律市场并借助美国企业的优势地位掌握了仲裁市场的主要地位，继而将“仲裁”作为一种特别法律经验输入美国本土，并对其加以包装，再以“替代性纠纷解决”(ADR) 的形式输出到其他国家。See Yves Dezalay, Bryant G.Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

[④] 参见袁发强等：《中国仲裁机构往何处去——国内部分仲裁机构运行情况调研报告》，载《北京仲裁》2010 年第 1 期。

现实也可能过于草率。因此，通过司法解释逐步的引入国际通行做法来化解本土化规定的负面效应并与其实现融合是较为明智的。因为法律全球化是一个充满冲突、对抗和妥协的长期的过程，[①]以司法解释来步步推进恰恰有利于看到法律全球化与本土化对立融合过程中的反应，从而为科学立法积累经验。具体而言，相关司法解释在遵守法律的基础上，基于推动全球化的仲裁友好立场对仲裁协议效力认定、仲裁协议独立性、可仲裁性等问题作出更为符合国际公约和示范法的解释；进一步明确司法监督的界限与范围，强调减少对仲裁实体问题干预；逐步适应当前国际仲裁发展趋势，为临时仲裁的发展提供空间等。

总之，改革开放四十年来我国涉外仲裁立法反映了在法律全球化与本土化对立统一的大趋势。这一过程中涉外仲裁立法的全球化顺应了时代潮流，展现出了党和政府推动改革开放、坚定支持全球化的基本立场。而在这其中的法律本土化色彩也反映了我国一定时期的客观国情，更为我国涉外仲裁法律制度构建的科学化起到了有益的作用。它有效防止了法律移植过程中的激进与草率，使得相关立法在对接国际的同时也兼顾本国国情，塑造了更为理性的立法理念并有利于我国探索出一套符合本国国情的现代仲裁法体系。

（二）仲裁自治与司法监督的平衡

尽管法律的全球化与本土化主要集中于立法层面，但这两种理念的对立与平衡也延及到了司法领域，并以各国法院在对仲裁的司法审查中究竟是选择尊重仲裁自治还是强化司法监督而表现出来。建构于《纽约公约》之上的现代国际仲裁法律框架，本质上便为各国司法主权的运作留有空间。因为确立于《威斯特伐利亚和约》的国家主权原则是现代国际法的基础所在，而国际公约的达成本质上便是在追求统一的承认与执行标准的确立，一定程度上是在对各国司法主权的限制。但这种限制并非是一蹴而就的，它需要在尊重与限制主权之间找寻平衡，唯有如此才能够实现公约的达成。作为国际仲裁领域第一个国际公约的 1927 年《日内瓦公约》，在条文设计上高度强调尊重各国主权，赋予了各国较强的司法监督权。例如在裁决的效力认定上，《日内瓦公约》第 1 条 d 款强调对仲裁地司法主权的尊重，一旦裁决被仲裁地撤销，该份裁决便不能称之为“终局裁决”便也失去了在他国承认和执行的可能。[②]而随着时代的发展，想要实现仲裁裁决的全球执行便需要对各国司法主权进一步限制。但本着促进公约的可接受性的目的，《纽约公约》仍强调每个国家在公约允许范围内保留审查仲裁裁决的权力，渗透出对各国司法主权的尊重。可以讲，这实际上是在尊重司法主权的基础上进一步推进了主权平等原则在国际仲裁领域的运用，反映了威斯特伐利亚模式的影响。[③]因此，对涉外仲裁的司法审查究竟应坚持尊重仲裁自治还是通过司法监督来强化主权成为摆在各国法院面前的选项，如何选择和平衡二者关系反映了一国的司法理念。

通过上文的回顾不难看出，我国法院在涉外仲裁司法实践上呈现出从强化司法监督向尊重仲裁自治的理念转变，尤其是近年来的司法实践进一步凸显了对仲裁友好的立场。具体来看，在《纽约公约》的适用上，通过“旭普林案”、“德高钢铁案”和“龙利得案”对“非内国裁决”概念的借鉴，反映了我国积极适用公约解决涉外仲裁案件的立场。同时在仲裁裁决的国籍认定上，我国法院逐步从以仲裁机构所在地的判断标准转变为《纽约公约》所确立的仲裁地标准，更凸显了对《纽约公约》的贯彻与执行。在仲裁协议效力的认定上，

[①] 卓泽渊：《法律全球化解析》，载《法学家》2004 年第 2 期。

[②] 该条英文为“That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is *open to opposition, appel or pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending”。

[③] 参见[法]伊曼纽尔·盖拉德：《国际仲裁的法理思考和实践指导》，黄洁译，北京大学出版社 2010 年版，第 29 页。

从“瑞士工业案”忽视仲裁条款独立性到“恒基伟业案”运用仲裁条款独立原则，从“朝来新生案”强调涉外性到“西门子案”确立更为开放的涉外性认定标准等逐步展现出积极认定仲裁协议有效的立场。这一系列转变都表现出司法对仲裁自治的尊重。在不可仲裁性上，从“瑞士工业案”的侵权不可仲裁到“轻工案”的侵权可仲裁，我国顺应可仲裁范围不断扩大的趋势更加强调基于我国加入《纽约公约》商事保留中所明确的“契约性和非契约性商事法律关系”。[①]而在与之相关的公共政策问题上，我国法院通过对《纽约公约》中公共政策的严格解释，强调在维护我国基本法律制度和社会根本利益及善良风俗的前提下对公共政策的适用进行严格限制。从而显现出对互利共赢的开放政策的执行以扩大国际合作利益。[②]

然而，在强调尊重仲裁自治理念的同时，基于司法主权对仲裁的合理干预也是不可或缺的。通观过去四十年的涉外仲裁司法实践，我国法院在对司法主权的维护基本还是严格限于我国《仲裁法》及《纽约公约》之内的。例如在尊重当事人意思自治上，无论是“三菱案”还是“恒基伟业案”都强调在仲裁协议准据法上优先适用当事人约定法。而在“来宝案”中，我国法院更是高度强调对《纽约公约》第五条的严格解释，明确了仲裁当事人意思自治在仲裁中的基础地位。同时，来宝案也表明了在仲裁司法监督上我国坚持程序监督的基本立场，即仲裁裁决一旦不符合《纽约公约》程序性规定，司法权必然会予以矫正，从而维护公约的具体标准。

总之，纵观过去四十年我国的涉外仲裁司法实践，我国法院在贯彻仲裁友好立场的基础上坚持对仲裁自治的尊重礼让。同时我国法院也在支持仲裁发展的同时严格依据《仲裁法》及《纽约公约》行使司法监督权，以防止有悖于司法公正的情况出现。但这并不能说是对司法主权的强化，而是在尊重仲裁自治之上对司法主权的维护。

（三）公正与效率的平衡

任何纠纷解决方式中都存在着法律的两大基本价值——公正与效率的矛盾与冲突，仲裁也不例外。[③]而对公正与效率的平衡则贯穿于整个仲裁法律体系，其也会从立法与司法两个层面对我国涉外仲裁法律制度产生影响。通观我国整个仲裁法律制度，无论是立法还是司法对维护仲裁公正的立场是明确的，但如何提高仲裁效率也是需要重视的。

近年来，国际仲裁的效率问题愈发得到各方重视，希望通过规则革新提高国际仲裁效率的呼声也愈发强烈。[④]而在提高仲裁效率上，仲裁立法显然具有决定作用。因为制定完善的仲裁规范将会有效促进仲裁的进行，如果仲裁规范与非仲裁规范之间、仲裁规范本身之间存在冲突，这不仅会对仲裁庭的法律适用带来麻烦，也会增加当事人的对抗，还会招致司法机关的不合作态度甚至否定性评价。[⑤]而《仲裁法》作为我国仲裁法律制度的支柱，其对仲裁效率的忽视一定程度上显现了与国际趋势的相悖。首先，《仲裁法》对临时仲裁的缺失一定程度上减损了仲裁效率的提高。因为相较于机构仲裁，临时仲裁具有很大的灵活性，能够为当事人节省一定的费用、时间，使纠纷得到迅速解决。[⑥]因此，仅关注机构仲裁而忽视临时仲裁本质上便令当事人丧失了提高纠纷解决效率的一种选项，从而反映出我国仲裁立法在制度供给方面的不足和提高仲裁效率的理念缺失。其次，对仲裁协议的严格规范不利于商事交易的效率性。我国《仲裁法》要求仲裁协议必须载明请求仲裁的意思表示、仲

---

① 参见冯硕：《论我国著作人格权纠纷的可仲裁性》，载《北京仲裁》2017 年第 2 期。

② 参见何其生：《国际商事仲裁司法审查中的公共政策》，载《中国社会科学》2014 年第 7 期。

③ 参见刘晓红：《国际商事仲裁协议的法理与实证》，商务印书馆 2005 年版，第 338 页。

④ See Queen Mary University of London and White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p.38.

⑤ 张春良：《论国际商事仲裁价值》，载《河北法学》2006 年第 6 期。

⑥ 宋朝武：《我国仲裁制度：弊端及其克服》，载《政法论坛》2002 年第 6 期。

裁事项以及选定的仲裁委员会三项。一方面，采用独特的“仲裁委员会”要件实际上就要求双方当事人谙熟中国《仲裁法》，这无疑对当事人尤其是境外当事人的要求过高。而从长期的实践看，诸多仲裁协议尤其是涉外仲裁协议就多因为缺乏这一要件而被判无效。另一方面，《仲裁法》第十八条规定“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”这也无疑让本应具有仲裁意向的当事人因要件缺失而无法仲裁，强行扭转了当事人的意思表示。因此，《仲裁法》对仲裁协议的规定是以法律人而非以商人为导向的，这种立法规定背后的意旨和价值取向是仲裁的公正本位。[①]再次，法院垄断临时措施制约仲裁效率的提高。无论是《示范法》还是域外各国的仲裁立法，都或多或少的赋予仲裁庭决定临时措施的权力。而我国法律统一将临时措施的决定权握于法院之手，强调仲裁临时措施必须经由法院才可发布，从而形成了较为特殊的仲裁临时措施机制。[②]仅从效率上来看，这一规定无疑让临时措施的发布经历了仲裁庭与法院的两次审查，尽管其提高了临时措施的正确性但也严重影响了临时措施的及时性，从而可能影响当事人权利的行使。最后，对“一裁终局”的理解偏差减损仲裁效率。“一裁终局”作为仲裁制度的核心原则，其是保证仲裁高效解决争议的制度基础。但我国法律对“一事不再理”的模糊规定甚至空缺，对重新仲裁制度适用的标准不清，以及对仲裁裁决的撤销和承认与执行中对实体问题的干预都扭曲了“一裁终局”原则的贯彻，从而影响仲裁效率。[③]

而从涉外仲裁司法实践看，我国法院在仲裁裁决的撤销及承认与执行上仍面临着公正与效率的平衡，公正性是任何争议解决方式的立命之基，仲裁如果突破了公正这一底线便也失去了其存在的意义。通观《纽约公约》及《示范法》，其都将仲裁公正置于首要地位，而这也反映在我国相关司法实践中。例如在“来宝案”中，尽管仲裁机构通过快速仲裁程序采用独任仲裁的方式进行仲裁具有提高效率的目的，但其对仲裁协议中三人仲裁约定及被申请人一贯要求的忽视也的确突破了意思自治原则从而对仲裁的公正性产生侵蚀。因此，我国法院依据《纽约公约》第五条之明文规定拒绝承认与执行是完全正确的。当然，针对该案也不乏不同声音，其认为尽管仲裁公正应予维护，但在维护公平的同时如何兼顾效率也是司法机关应予重视的。笔者认为，如何在涉外仲裁裁决的撤销及承认与执行上有效平衡仲裁公正与效率，关键在于对仲裁意思自治的把握。因为仲裁本身便起于当事人意思自治而又依靠意思自治实现纠纷的彻底解决，任何仲裁制度的创新都不能突破意思自治原则。而法院在司法监督中既要看到意思自治是仲裁区别于诉讼的界限，坚持礼让与尊重的司法态度；也要看到意思自治国际化和商事化的内涵拓展，以更为开放的思维理解意思自治，从而在司法裁量中为仲裁效率的提高留有空间。[④]

因此，面对公正与效率的矛盾，我国涉外仲裁立法与司法均表现出了对先公正而后效率的理念导向。对仲裁公正的追求是我国涉外仲裁法律制度的核心理念，这既符合仲裁的理论基础也有利于我国仲裁事业的良性发展。但如何将效率理念纳入到我国涉外仲裁法律制度的构建中，实现在维护仲裁公正的同时兼顾效率也是我们需要认真思考的。

四、新时代中国涉外仲裁法律制度的发展方向

回顾过去，中国涉外仲裁的立法体系日益完善，司法立场日趋明确，发展理念日渐形成。而展望未来，中国涉外仲裁法律制度应走向何方更值得思考。推动构建人类命运共同

[①] 参见汪祖兴：《效率本位与本位回归——论我国仲裁法的效率之维》，载《中国法学》2005 年第 4 期。
[②] 参见赵秀文：《<国际商事仲裁示范法>对临时性保全措施条款的修订》，载《时代法学》2009 年第 3 期。
[③] 参见刘晓红主编：《仲裁“一裁终局”制度之困境及本为回归》，法律出版社 2016 年版，第 34-35 页。
[④] 参见刘晓红、冯硕：《论国际商事仲裁中机构管理权与意思自治的冲突与协调——以快速仲裁程序中强制条款的适用为视角》，载《上海政法学院学报》2018 年第 5 期。

体是习近平总书记在党的十九大上向世界传递的声音，“法者，治之端也”在构建人类命运共同体的过程中离不开各国对法治的维护。[①]而在构建人类命运共同体的思想指引下，新时代中国涉外仲裁法律制度的发展更应看清世界潮流，把握时代趋势，明确自身立场。

（一）全球化的仲裁发展潮流不可逆转

当今世界正处于大发展大变革大调整时期，全球治理体系和国际秩序变革加速推进。[②]而在此背景下，近年来逆全球化风潮再起，世界各国政策呈现出明显的内生性，使得民族国家体系与全球化之间的张力正在脆弱平衡中发生位移并加剧逆全球化发展。[③]因此，究竟是选择继续推进全球化还是开启逆全球化已然成为世界各国所要面临的抉择。站在这一十字路口的中国依旧认为经济全球化是不可逆转的时代潮流，[④]而服务于国际经济发展的仲裁也将乘全球化之东风继续发展。

首先，正是全球化的深入发展推动了仲裁成为解决国际争端的重要方式，全球化也早已成为仲裁发展的内在动力。从世界整体发展看，两次世界大战的惨痛教训让人类意识到必须通过法制的方法解决争端才能实现持久的和平与繁荣。在这一背景下，整个国际争端解决机制的发展趋势更加正规化和法制化，其从没有法律约束力的政治解决手段向具有法律拘束力的法律解决手段逐渐发展。[⑤]而在国际争端解决上，司法解决并非国家和其他参与者的首选方式。因为建立在国家主权平等原则基础上的现代国际法高度强调国与国之间的平等地位与协商共建，以仲裁为代表的替代性争议解决方式以意思自治为前提，其起于平等主体的意思表达并归于平等主体的自我约束，所以仲裁也逐渐成为横跨公法与私法两大领域的争议解决方式并越发得到各方认可。[⑥]从仲裁自身发展看，得益于商品经济发展并服务于商品经济的仲裁制度始终与商品市场的发展休戚相关。而随着全球化推动下世界市场的逐步统一，仲裁也伴随着经济的全球化而实现全球化。一方面，作为仲裁核心理念的意思自治在全球化中实现了本位价值之上的内涵扩展，其伴随着市民社会的跨域融合实现自身的去国别性而求国际性。[⑦]也恰恰是全球化对意思自治的深刻影响，使得建立于其之上的仲裁制度呈现出全球化特色。另一方面，面对仲裁自身的全球化，各国立法与司法便也开始了对全球化的融入。如前所述，我国涉外仲裁立法工作深受法律全球化的影响，而涉外仲裁司法工作也日益重视司法裁判的国际影响，这些都能够反映出全球化对仲裁法律制度发展的推动。

其次，改革开放是决定中国命运的关键一招，融入全球化也是中国仲裁发展的宝贵经验。纵观过去四十年中国涉外仲裁法律制度的发展，建立涉外仲裁法律制度是为了对接国际通行争议解决方式，完善涉外仲裁法律制度是为了加入 WTO 以全面融入全球市场，发展

---

① 参见习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，《人民日报》2017 年 1 月 20 日，第 2 版。

② 《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，载《人民日报》2017 年 10 月 28 日，第 1 版。

③ 参见沈伟：《逆全球化背景下的国际金融治理体系和国际经济秩序新近演化——以二十国集团和“一带一路”为代表的新制度主义》，《当代法学》2018 年第 1 期。

④ 习近平：《开放共创繁荣，创新引领未来——在博鳌亚洲论坛 2018 年年会开幕式上的主旨演讲》，《人民日报》2018 年 4 月 11 日，第 3 版。

⑤ 王虎华：《论我国和平解决国际争端的理论与实践》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2002 年第 4 期。

⑥ 参见刘晓红：《建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系》，https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=1136&InfoID=25756，中国法学会，2018 年 11 月 17 日访问。

⑦ 参见刘晓红、冯硕：《论国际商事仲裁中机构管理权与意思自治的冲突与协调——以快速仲裁程序中强制条款的适用为视角》，载《上海政法学院学报》2018 年第 5 期。

涉外仲裁制度更是为了服务国家总体战略以推动人类命运共同体的构建。可以讲，我国涉外仲裁法律制度发展的每一步都与全球化有关，全球化的总趋势让我国涉外仲裁立法更加国际化，全球化的发展与波动也深刻影响着我国涉外仲裁司法实践的基本立场和裁量尺度。今日我国涉外仲裁法律制度所取得成绩离不开对全球化的融入，而这一宝贵经验仍是新时代中国涉外仲裁法律制度发展的基本遵循。我们要继续站在全球化的立场上，通过对外开放，积极参与仲裁相关的国际立法与实践，发出中国声音并表明中国立场。通过对内改革，既要对标国际通行立法与规则加强本国涉外仲裁立法的科学性，也要切实履行《纽约公约》等国际公约下相应的国际法义务，以获取更好的国际声誉。

（二）多元化的争议解决格局日趋形成

近年来，随着国际法治水平的不断提高，以诉讼、仲裁与调解为主要内容的多元化争议解决格局日趋形成。这一格局的形成既得益于仲裁在国际争议解决方面的引领与示范，也必将反向影响仲裁自身的发展。

首先，多元化争议解决格局的形成离不开仲裁的引领与示范。长期以来，在多元化争议解决当中仲裁居于重要地位，尤其在解决国际争议方面更是占据着主导地位。其原因主要在于：第一，基于《纽约公约》而构建的仲裁裁决全球执行体系，是各方选择通过仲裁解决国际争议的首要原因。第二，仲裁自身的优势更利于解决国际争议。其既能够充分尊重意思自治灵活地解决争议，避免了诉讼在刚性规则下完全的两造对立和可能的本国法院保护主义；也能够通过有效的规则与程序设计，防止调解中可能的不确定与松散化。[①]也正是由于仲裁在上述方面的优点，使得诉讼与调解开始沿着仲裁的发展道路进行改革。一方面，近年来世界各国越发重视国际争议尤其是商事争议的解决，以中国、英国、新加坡及荷兰等国为代表的诸多国家纷纷设立国际商事法庭，通过充分尊重当事人意思自治、灵活确定准据法及改变争议解决使用的语言等做法增强本国法院在国际争议解决中的吸引力。[②]同时，调解也日益得到各方重视，世界主要国家、国际组织和国际仲裁机构也纷纷通过出台相关调解规则加强调解的规范化并促进调解与仲裁和诉讼的对接。另一方面，随着《选择法院协议公约》的生效以及《外国判决承认与执行公约（草案）》和《调解所产生的国际商事和解协议执行公约（草案）》的逐步形成，法院判决及和解协议的全球可执行体系也日渐形成，从而实现了在全球化背景下整个多元化争议解决格局资源的有效整合。

其次，多元化争议解决格局的形成反向影响仲裁的发展。从仲裁在国际争议解决中一家独大到诉讼与调解的开始崛起，仲裁如何找准自己在多元化争议解决方式中的地位是极为重要的。这既关系到其自身的发展方向，也关系到各国立法与司法的价值取向。就仲裁自身而言，要继续坚持意思自治这一仲裁的基本原则，尽可能满足相关主体在争议解决方面的利益诉求，以发挥意思自治之上灵活解决争议的特性。同时，也要坚决维护仲裁的公正性，实现普遍正义与个案正义的平衡。尤其要注重对正当程序原则的把握，既要在程序推进中符合仲裁协议约定及相关法律规定，也要本着提高效率的目的在满足当事人意思自治的同时注重对意思自治的有效疏导，防止陷入“正当程序偏执”的怪圈。[③]总之，要充分发挥仲裁几百年了所积累的实践经验，在继承传统并发挥优势的同时进行合理改革，以符合其在多元化争议解决格局中的基本定位。而就我国涉外仲裁立法与司法的价值取向而言，无论是立法机关还是司法机关都要看到当前多元化争议解决融合式发展的大趋势，针对涉

[①] See Queen Mary University of London and White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p.7.

[②] 参见沈伟：《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》，载《国际法研究》2018 年第 5 期。

[③] See Klaus Peter Berger ; J. Ole Jensen, Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbor for procedural management decisions by international arbitrators, 32 *Arbitration International*. 415, 421-429(2016).

外仲裁的基本特性制定及执行法律。要贯彻党的十八届四中全会构建多元化纠纷解决机制的基本精神，促进仲裁与诉讼和调解的有效对接，以公正高效解决争议为主要目标完善相关法律制度。尤其在涉外判决、仲裁裁决和和解协议的承认与执行上，立法要根据国际条约规范及各自特性制定不同的审查标准，司法更要在相关法律标准的基础上充分把握各自价值取向进行合理的司法裁量，只有收放有度才能游刃有余。

（三）友好型的仲裁政策导向不能动摇

过去四十年的发展，在涉外仲裁领域无论是立法还是司法都强调仲裁友好的政策导向。而在未来的发展中尤其是对“一带一路”争议解决机制的构建，友好型的政策导向仍是涉外仲裁法律制度构建的基本遵循，其应贯穿于顶层设计与具体执行等各个方面。

顶层设计中的友好型强调在“一带一路”争议解决机制的构建中坚持多边主义，充分贯彻“共商共建共享”的基本理念。宏观上，依靠单一强权制定国际规则的单边主义时代已然过去，国际规则应该由国际社会共同制定，而不是谁的胳膊粗、气力大谁就说了算。[①]“一带一路”倡议是在国际社会处于“世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化”的时代背景下提出的，其所追求的是打造“开放、包容、均衡、普惠的区域经济合作架构”。[②]因此，无论是从时代背景还是发展目标看，“一带一路”倡议都充分体现了多边主义在目前的价值所在，多边主义也是推进“一带一路”建设并促进国际法治的必然选择。[③]具体到“一带一路”争议解决机制的构建上，“共商共建共享”应是贯穿其中基本理念。“共商”意味听取多方声音。只有如此才能构建更加民主的国际秩序，才能推动国际法规则不断形成。“共建”强调凝聚多方力量。构建和维护国际新秩序需要各方努力，这既是对国家主权平等原则的遵循，也是推动各国承担责任、共同构建国际法规则的应有之义。“共享”凸显实现多方共赢。当前逆全球化与全球利益分配失衡有着重要联系，要改变过去赢者通吃的思维，倡导双赢、多赢、共赢新理念是推动国际法治所必需。[④]因此，在包括涉外仲裁法律制度在内的相关争议解决机制的构建中，我们不能简单通过中国单方改变自身、适应西方法律背景的争议解决机制的方式来实现。而应当更多地倾听沿线国家的声音，将中国的主张与沿线国家的利益诉求相融合，在差异中寻找合作的最大公约数，探索一条能够为沿线国家所接受的国际性的路径。[⑤]

在具体执行上，针对涉外仲裁法律制度的构建。在立法层面，我们要积极参与规则制定、缔结或参加国际条约、严格履行国际条约义务。[⑥]要抓住《仲裁法》修订的历史契机，顺应对仲裁愈发友好的总趋势，通过相关条文明确仲裁友好的立场，甚至可以将其上升至法律原则的层面统摄我国在仲裁领域的立法，同时也为司法实践提供法律依据指导其对法律的解释与适用。同时在具体的制度上，要充分吸收《示范法》及域外立法经验，在临时仲裁、友好仲裁、仲裁协议效力等多个方面对标国际通行标准进行改革，为我国涉外仲裁事业发展提供有力的制度供给。在司法层面，我们要总结过去四十年来的涉外仲裁司法实践经验，本着仲裁友好的基本立场明确司法监督的重点与界限。在仲裁裁决撤销与承认及执行的司法审查中，强调对相关国际公约的严格执行，同时本着支持和发展仲裁的理念对公约的留白作出合理的解释。从而构建在国际公约之上对仲裁更为友好的司法政策导向，

---

① 习近平：《同舟共济创造美好未来——在亚太经合组织工商领导人峰会上的主旨演讲》，载新华网，http://www.xinhuanet.com//world/2018-11/17/c_1123728402.htm，2018 年 11 月 17 日访问。

② 参见国家发展改革委员会、外交部、商务部发布的《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。

③ 参见刘晓红：《中国国际私法立法四十年：制度、理念与方向》，载《法学》2018 年第 10 期。

④ 参见龚柏华：《“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石》，载《东方法学》2018 年 1 期。

⑤ 参见袁发强：《“一带一路”背景下国际民商事争议解决机制之建构》，载《求是学刊》2018 年第 5 期。

⑥ 黄进：《习近平全球治理与国际法治思想研究》，载《中国法学》2017 年第 5 期。

打造更为优质的仲裁司法环境。[①]在行政管理层面，我们要坚定不移地推进改革开放，一方面要加强对内改革，不断理顺仲裁行政管理体制，从财政、税收、人才等多个方面支持我国仲裁事业发展；另一方面也要加强对外开放，主动与国际仲裁市场对接。在优化司法及营商环境的同时重视吸引境外当事人到中国内地进行仲裁，通过打造一流仲裁地来打造面向全球的国际仲裁中心。[②]

五、结语

回顾改革开放四十年来的涉外仲裁法律制度发展，在立法层面，宏观上“顺应时代潮流，服务国家发展”展现了改革开放对涉外仲裁立法的深刻影响和其对改革开放事业不断前行的推动作用。而微观上“法律托底，解释先行”更体现出我国立法部门在涉外仲裁领域情况复杂与发展飞速的背景下所做出的努力和积累的经验。在司法层面，从对相关典型案例的梳理不难看出，尽管过去四十年间我国涉外仲裁司法实践有过反复与波折，但对仲裁友好的司法立场已基本确立，对相关国际公约及国内法的解释与适用的技巧也日益成熟。而基于对历史的回顾与总结，过去四十年中国涉外仲裁法律制度发展的基本理念已然形成。立法在法律全球化与本土化之间找寻平衡，以全球化推动立法国际化，以本土化保证立法科学化。司法在尊重意思自治与强化司法监督之间探索方向，逐步确立在正确行使司法监督权的基础上尊重仲裁自治的基本理念，提升了我国涉外仲裁司法工作的国际形象。而也就在立法与司法之上，整个涉外仲裁法律制度更在效率与公平中国平衡共进。其所确立的公正为先的基本理念符合司法发展的总趋势，而如何实现对效率的兼顾也是我国涉外仲裁法律制度构建中所要进一步考虑的问题。

展望未来，我们认为在构建人类命运共同体的思想指引下，中国涉外仲裁法律制度的发展方向也日渐明确。首先，全球化的仲裁发展潮流不可逆转。这既是仲裁自身发展的客观规律也是过去四十年来所积累的宝贵经验。其次，多元化争议解决格局日渐形成。这要求我们认清仲裁的制度定位，采取更为科学的立法与司法模式推动仲裁继续发展，并有助于多元化争议解决格局的完善。最后，友好型的政策导向不能动摇。在顶层设计上，“一带一路”建设离不开对涉外仲裁的关注，坚持多边主义以“共商共建共享”理念为指导构建多元化争议解决机制符合客观情况。而在具体执行上，从立法、司法与行政三个维度推动仲裁友好型理念的贯彻，也将有助于中国涉外仲裁事业的良性发展。

15.改革中的国际投资仲裁与中国进路

刘晓红 朱怡*

摘 要：借用且套用商事仲裁模式的 ICSID 是投资人国家间争议解决领域适用较多且效果较好的国际投资仲裁机制；另外，传统商事仲裁机制在投资争议解决中亦发挥着重要作用。但无法忽视的合法性危机正催生着国际投资仲裁的改革。关于国际投资仲裁的改革方向正处在众说纷纭、观点对立、走向不明的状态。坚守投资者主导的现行仲裁机制并进行“小修小补”或者另起炉灶建构东道国主导的公法争端解决机制构成国际投资仲裁改革环节下的两大对立路径。主导权之争即投资仲裁的“商事化”与“去商事化”之争。本文认为无论是理论上还是实践中，东道国主导的公法争端解决机制均存在矫枉过正的风险并且可能触发新的系统性的挑战，坚守投资者主导的现行投资仲裁机制并且允许商事仲裁机制

[①] 参见高晓力：《中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践》，载《法律适用》2018 年第 5 期。

[②] 参见冯硕、陈晨：《上海打造面向全球亚太仲裁中心应从打造国际一流“仲裁地”开始》，载《上海法治报》2018 年 9 月 17 日，A7 版。

管辖投资人国家间争议应当是投资人国家间争议解决的正确路径。“一带一路”背景下，一方面，我国应当以业已出台投资人国家间仲裁规则的商事仲裁机构为依托并打造具有影响力以及国际竞争力的中国投资仲裁机制；另一方面，现阶段我国亦可考虑从双边甚至区域层面发挥相应的投资争端解决机制的作用；再者，可尝试将国际商事法庭纳入“一带一路”投资争端解决机制构成元素之中。以此建构多元化的“一带一路”投资争议解决机制。

关键词：ICSID；投资仲裁；“商事化”；“一带一路”

Reform of international investment arbitration and China's Way

LIU Xiao-hong& ZHU Yi

Abstract: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which borrows and applies the commercial arbitration mode, is an international investment arbitration mechanism with more applicability and better effect between investors and States. In addition, the traditional arbitration mechanism also plays an important role in the settlement of investment disputes. But the crisis of legitimacy, which cannot be ignored, is giving birth to the reform of ICSID. The reform direction of international investment arbitration is in a state of divergent opinions. It constitutes two opposing paths in the reform of arbitration that adhering to the existing investor-led arbitration mechanism and making "repairing" or starting to construct the host-led legal dispute settlement mechanism. The controversy of dominance is the "commercialization" and "de-commercialization" of investment arbitration. Whether in theory or in practice, the host-dominated public law mechanism has the risk of overcorrection and may trigger new systemic challenges. Adhering to the existing investor-led investment arbitration mechanism and allowing commercial arbitration mechanism to govern investor-state disputes should be the right path for international investment arbitration. In the context of B&R, on the one hand, China should rely on the commercial arbitration institutions that have already issued the arbitration rules and create an influential and internationally competitive Chinese investment arbitration mechanism. On the other hand, China can also play a corresponding role in the investment dispute settlement mechanism from the bilateral or even regional level. The CICC should be included in the elements of the B&R investment dispute settlement mechanism and to build a diversified B&R investment dispute settlement mechanism.

Keywords: ICSID; Investment arbitration; Commercialization; B&R.

一、国际投资仲裁的回顾与评价

理论上，就国际投资仲裁概念而言，因国家间投资仲裁以及私人间投资争议较少发生，国际投资仲裁等同于或基本上等同于投资人国家间仲裁。实践中，投资人国家间仲裁的实现机制主要包括 ICSID 投资仲裁机制以及部分商事仲裁机制。

（一）ICSID 投资仲裁

十九世纪，在奥斯汀为代表的分析实证主义法学派的影响下，国际关系基本上被约化为国家关系。在国际法公－公关系认识论的思维模式下，私人权利设置的缺失导致私人投资者无法在国际舞台上直接维护自身的权益。然而，国际法公－公关系认识论在第二次世界大战后受到了冲击，随着国际法公－私关系认识论的影响力逐渐扩大，私人投资者被赋予在国际争端解决领域的实质性权利。《解决国家与他国国民间投资争端公约》于 1965 年缔结，随即根据公约而建立了“国际投资争端解决中心”（The International Center for Settlement of Investment Disputes，以下简称 ICSID），至此私人投资者对抗东道国“直通车式”的诉权以国际法的形式确立下来。

一方面，ICSID 是目前适用较多且效果较好的投资仲裁机制；另一方面，现行投资仲裁机制的合法性危机日益暴露使得现行投资仲裁机制陷入信任危机。合法性危机表现在裁决缺乏必要的一致性以及对公共利益照顾不周等方面，并且仲裁庭私化了国家公法人人格以及无形中干涉了主权国家管辖社会公益事务的权利。

晚近，国际投资仲裁正陷入“合法性危机”的泥淖而招致广泛的批评。典型的 Lauder 案、

CME 案以及两个 SGS 案是 ICSID 仲裁裁决不一致的真实写照， ICSID 投资仲裁实践就实质相同的争端作出不一致的裁决的机会是显而易见的。[①]甚至在某些发展中国家看来，ICSID 投资仲裁机制是发达国家海外投资者的代言人，原因在于 ICSID 投资仲裁总是被认为具有偏向于投资者而忽视东道国监管权的倾向，玻利维亚以及委内瑞拉等国家相继退出 ICSID 公约表明合法性危机下的 ICSID 投资仲裁机制正日益失信。

从本源性层面而言，一方面，投资仲裁的合法性危机很大程度上是由于投资仲裁被“商事化”所导致的，[②]国际投资仲裁这一新兴物种，直到 20 世纪 90 年代才正式登上历史舞台，[③]在主权国家的推动下，ICSID 投资仲裁机制的制度设计借用且套用了国际商事仲裁，新兴的投资仲裁机制的理念就是将投资人国家间争端从政治王国拔出，从而推入商事仲裁的国度。然而，基于投资人国家间争议解决的一方主体为主权国家且争议为公法性质，私法性质的商事仲裁模式对于投资人国家间争议解决的不适格所造成的的排斥反应始终充斥在 ICSID 投资仲裁的实践之中，即投资仲裁在实质性和功能性方面并不是非常接近商事仲裁。因此，有学者提出应当将国际投资仲裁的“去商事化”提上议程。另一方面，ICSID 制度设计缺乏行之有效的裁决纠错机制，ICSID 公约下的撤销机制严格禁止对仲裁庭裁决的实质环节进行审查而裁定裁决无效，而只是将裁决撤销的条件框限在程序环节，其缺陷是显而易见的。

从外源性层面而言，晚近国际投资条约被打上了先天的投资者保护之烙印，从友好通商条约时期开始，各国为了向投资者灌输其投资环境的稳定性以及促进外国投资，便开始颁布创造实质性义务的国际投资条约。国际投资条约中投资者与东道国间权利义务的严重失衡为投资者与东道国之间的纷争埋下了伏笔，一旦东道国的监管行为触碰到条约下的投资者权利，便会被诉至国际投资仲裁庭。过于强调投资者的权利而忽视投资者的义务增加了投资者与东道国间争议产生的可能性。加之现存国际投资条约中关于权利及义务的界定呈现出宽泛且模糊之势，导致投资仲裁庭被赋予较大的自由裁量权。与此同时，来自于商事仲裁世界的广大投资仲裁员受私有财产不得侵犯的思维框限，由此作出有利于投资者之裁决的可能性显著提升。

（二）商事仲裁机制管辖下的国际投资仲裁

实践中，尽管 ICSID 承担了半数以上的投资人国家间争议解决，但仍然存在相当数量的争议是通过商事仲裁的方式得以解决的。斯德歌尔摩商会仲裁院（Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce, 以下简称 SCC）自 1993 年起登记第一起投资争议仲裁，时至今日，SCC 已经管辖了大量的投资争议，且这些投资争端解决多半是基于双边投资保护协定（BITS）,当然也有少数基于多边投资保护协定以及《欧洲能源宪章》（ECT）。目前，SCC 已经成为投资争端解决的主要机构之一。SCC 规则是排名第三位的最常用之规则，SCC 也是紧随 ICSID 之后的第二大管理投资仲裁的机构，迄今为止，SCC 共管辖 70 余起投资人国家间争议。[④]除此之外，作为全球最大的国际性商事仲裁机构之一的国际商会仲裁院（The ICC International Court of Arbitration, 以下简称 ICC），亦在投资人国家间仲裁领域占据了一席之地。ICC 规则是排名第四的投资仲裁适用规则，ICC 在 2007 年以后受理

[①] Antonio R. Parra, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 12(2):352.

[②] 蔡从燕.国际投资仲裁的商事化与“去商事化”[J]. 现代法学，2011(1):152.

[③] 据 UNCTAD 统计数据所示，尽管 ICSID 于 1965 年正式成立，但 20 世纪 90 年代以前，ICSID 的年均受案量不到两起。*INVESTOR–STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2017*. UNCTAD 网站[2018-11-17]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf.

[④] *A Great Year For Investment Treaty Disputes*. SCC 网站[2019-3-2]. https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2017/.

了 6 起投资仲裁案件。[①]

虽然商事仲裁机制管辖了部分投资人国家间争议，但私法仲裁与公法争议的不匹配性以及当事一方为主权国家的特殊性导致了商事仲裁机制管辖投资争议并不被学界以及国际社会所看好。

二、国际投资仲裁改革环节下的模式选择

现行投资仲裁着实出现了令发展中国家甚至是发达国家所担忧的一系列问题，讨伐与批评的声浪正推动着投资仲裁实现机制改革的步伐。关于国际投资仲裁的改革动向却面临着众说纷纭、观点对立、走向不明的状态。比较肯定的是，目前国际社会的主流观点集中在坚守投资者主导的仲裁机制进行“小修小补”和另行构建东道国主导的公法争端解决机制这两条截然不同的路径上。[②]换而言之，即投资纠纷案件是应该适用类似商事仲裁案件的仲裁方式还是适用常设投资仲裁法院审理的方式。

一方面，欧盟《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, 以下简称 TTIP)建议中的常设投资法院制度模式在机制改革的道路上独辟蹊径，创造出机制改革路径新的构想，以东道国为主导的常设仲裁模式最终出现在 2016 年欧盟与加拿大和越南分别达成的《欧加全面经济与贸易协定》和《欧越自由贸易协定》中。更为值得关注的是，联合国贸法会第三工作组自 2017 年 1 月转而负责投资人与国家间争议解决制度的改革，在相关审议可能性改革的会议中，一些国际组织以及主权国家提议建构国际投资法庭。[③]

另一方面，有观点认为，国际投资仲裁仍然是国际争议解决流派中较新的一个种类，“达尔文主义”适用于国际投资仲裁，国际投资仲裁遇到的困难是其演变的正常产物，批评将允许系统的发展和改进，作为学者和从业者，我们应该确保物种的进化，而不是灭绝。[④]因此，投资者与国家之间的仲裁尽管存在缺陷，但值得保留。除此之外，按照时间顺序，联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development,以下简称 UNCTAD）《2012 年世界投资报告》、2015 年联合国可持续发展峰会制定的《实现可持续发展目标方案》以及 2016 年 G20 峰会达成的《全球投资指导原则》均提出了“国际投资协定的可持续发展”概念，[⑤]投资争端解决机制是国际投资协定中的最重要之环节，国际投资协定的可持续发展原则具体应用至投资争端解决机制方面应当是通过对其革新来化解，而不能因噎废食，完全废弃。[⑥]

本文认为投资人国家间仲裁应当适用类似商事仲裁案件之方式。换言之，在国际投资仲裁改革的潮流下，应当坚守投资者主导的 ICSID 投资仲裁机制并允许商事仲裁机制管辖投资人国家间争议。原因如下：

（一）建构公法争端解决机制存在困难与挑战

在制度设计方面，以已然崭露头角的欧盟常设投资法院为例，其与 ICSID 多有不同，这

[①] 贸仲委 10 月 1 日起受理国际投资案件[EB/OL]. 法制网[2019-3-2]. http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2017-09/20/content_7323797.htm?node=78347.

[②] 王燕.国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争[J]. 环球法律评论，2017(2):179-192.

[③] 争议解决领域今后可能开展的工作：投资人与国家间争议解决领域的改革－秘书处的说明[EB/OL]. 联合国国际贸易法委员会网站[2019-3-2]. https://undocs.org/zh/A/CN.9/917.

[④] Chiara Giorgetti, “Who Decides In International Investment Arbitration?”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014, 35(2):485-486.

[⑤] *World Investment Report 2012*. UNCTAD 网站[2019-1-15]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf；*World Investment Report 2016*. UNCTAD 网站[2019-1-15]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf；全球投资指导原则[EB/OL]. G20 2016 China[2019-1-15]. http://www.g20chn.org/hywj/dncgwj/201609/t20160914_3459.html.

[⑥] 张光.论国际投资协定的可持续发展型改革[J]. 法商研究，2017(5):165.

主要表现在仲裁员指定方式、仲裁庭的常设性以及上诉机制的设立等方面。

表 1　国际投资仲裁机制危机解决之实现模式

	完善投资者主导的现行仲裁机制	构建东道国主导的公法仲裁机制
仲裁员指定方式	投资者指定	固定仲裁员名册，仲裁庭根据案件指定
上诉机制的设立方式	上诉机制、上诉庭的构成以及上诉审查权限等需要缔约国谈判	设有上诉机制，上诉庭的构成和上诉审查权限均已确定
仲裁庭的常设性与多边性	不常设，双边性	常设，双边性，日后发展成为多边性
性质	仍坚守“商事化”的核心部分（即投资者主导）	彻底地“去商事化”

从制度构建上来看，欧盟常设投资法院是一种常设仲裁模式，并且国际投资法院以一种常设投资仲裁法院的模式而面世的可能性较大。[①]理论上，欧盟常设投资仲裁法庭以及将来可能设立的国际投资法院有利于缓和晚近国际投资仲裁的合法性危机，但是，其效果仍需实践之检视。另外，常设投资法院模式不利于体现当前与投资者－东道国争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement, 简称 ISDS）相关的灵活性，剥夺了各方选择仲裁员和仲裁程序的自由，上诉机制的设立削弱了判决的终局性，并且上诉机制也会进一步延误仲裁程序，投资法院的设置可能会存在矫枉过正之风险。同时，投资法院的设置会引发一系列问题，例如：投资法院的制度设计中应当如何保障制度的灵活性？是否有足够数量的国家加入这项新机制？一个投资法庭是否能够充分解决投资人国家间争端？能否胜任不同国家的具体情况？所以，新机制会触发新的系统性的挑战是必然无疑的。另外，据 UNCTAD 统计，目前国际投资协定数量已经达到 3000 有余，投资协定双边性最直接的后果便是权利与义务的标准缺乏一致性，即便国际投资法院具备常设性以及法官的固定性，可能依然无法避免裁决不一致现象的发生。最后，一个矛盾且有趣的现象是，国际投资法院的设置以缓和投资仲裁的合法性危机为主要目的，但批评者总体上断言，正式的国际法院依然威胁着国家主权和国家原则，[②]全球投资法庭甚至比现有仲裁制度更多地限制国家主权。[③]

（二）ICSID 投资仲裁机制大体上运行良好

无可否认，国际投资仲裁的合法性危机着实存在并影响着投资人国家间仲裁机制的生命力，但合法性危机之成因来自于本源性层面以及外源性层面两个维度。本文认为，现行国际投资仲裁机制本身所存在的一些制度性缺陷是引发危机的重要原因，但投资协定的高度自由化是产生投资仲裁危机的根本性原因。投资协定之缺陷大于仲裁机制本身之问题，

[①]一方面，Van Harten 教授是国际投资法院的坚定拥护者；另一方面，Van Harten 说到：“当人们说 ISDS 已经死了，这让我想起了一部僵尸电影，因为我可以看到 ISDS 在这些新的提案中四处走动。”在国际仲裁占主导地位的 ISDS 中，足以想象仲裁模式对投资法院或将造成的导向性影响。*Investment Court System put to the test－New EU proposal will perpetuate investors' attacks on health and environment.* Canadian Centre for Policy Alternatives&Corporate Europe Observatory & Friends of the Earth Europe & Forum Umwelt and Entwicklung (German Forum on Environment & Development) & the Transnational Institute 网站[2018-12-12]. http://www.forumue.de/wp-content/uploads/2016/04/ICStest_web.pdf.

[②]Eric A. Posner & John C. Yoo, “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law Review* , 2005, 93(1): 4-5 .

[③]Jason Webb Yackee, “Controlling the International Investment Law Agency”, *Harvard International Law Journal*, 2012, 53(2):434.

只有基于投资法律关系的本质，恰当地界定二者之间的实体性权利义务关系，从而推动实体层面的“去商事化”，才能真正解决投资仲裁所存在的问题。

尽管新兴的投资仲裁在成长的路途中不免历经波折与质疑，但总体而言，其是一种较为中立的争端解决体制。[①]甚至在某些层面上，本文认为投资者主导的现行仲裁机制具有合理性以及合法性。

1.投资者主导的现行仲裁机制的合理性

从投资者主导的仲裁机制的合理性层面而言，通过一系列国际投资实践表明，晚近投资仲裁是一个相当成功的争端解决体制。具体来看，其合理性主要表现在下述方面：

其一，以 ICSID 为代表的投资仲裁机制之规则为国家和外国投资者提供了平等的机会，这主要指现行机制为投资者与东道国创造的平等机会以及相关规则赋予投资者与东道国相比肩的国际法权利主体之地位以及协商一致而进行争端解决的自由。

其二，私人投资者可以充分发挥其意思自治。投资者在较大范围内有权决定怎样解决涉及自身利益的纠纷，关于纠纷解决之种种尽在当事人掌控的范围之内。一方面，投资者主导的现行仲裁机制具备私法仲裁的效益性价值；另一方面，投资自由化已经呈现出不可逆转之势，投资者主导的国际投资仲裁方式是与投资自由化的大趋势相向而行的，私人投资者所乐见的投资者主导的争端解决方式是投资自由化趋势之选择。

其三，现行投资仲裁机制下，投资者与东道国均可赢得仲裁。事实上，政府（57.7％）比投资者（38.5％）赢得案件的可能性更大,并且依照 Susan Franck 教授 2009 年的一份研究报告显示，发达国家的投资仲裁员并不总是支持发达国家的海外投资者。[②]

其四，现行投资仲裁机制下，投资者与东道国之间的输赢并不仅仅表现在是否违反了相关的投资条约方面，赔偿金额亦是重要的方面之一，尽管投资者平均要求赔偿 3.43 亿美元的损失，但这似乎并不能完全如投资者所愿。相反，法庭平均只判定给予投资者 1000 万美元左右的赔偿。[③]

其五，现行投资者主导的仲裁机制数据显示良好，依据 UNCTAD 世界投资报告 2016 版的数据显示，截至 2015（1987-2015）年底，已知结案的 444 件投资人国家间投资争端案件中，支持投资者的结果占 25％而支持东道国的结果占 33％，其中关于管辖权问题的裁决多是支持东道国的，而基于是非曲直的实体权利裁定多半是支持投资者的。2017 年数据显示，在这些已经结案且公开的裁决中，涉及管辖权问题的支持东道国的裁决占半数，涉及是非区直实体权利的裁定多半仍旧支持投资者，总体来看，截至 2016（1987-2016）年底，已知的 495 件已经结案的争端解决案件中，36％的结果支持东道国而 27％的结果支持投资者。2018 最新数据统计显示，涉及管辖权问题的支持东道国的裁决超过半数，涉及是非区直实体权利的裁定多半仍旧支持投资者，大体而言，截至 2017 年，已知的 548 件投资仲裁案件中，37％的结果支持东道国，28％的结果支持投资者。[④]通过此三年来的数据可以得出的结论是，现行投资仲裁偏向于投资者之结论被过分的放大了，因为定论者只是将目光聚焦在投资仲裁事关是非曲直的判定方面，综合看来，国际投资仲裁裁决有利于东道国。

[①]David R. Sedlak, “ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold?”, *Penn State International Law Review*, 2004, 23(1):148.

[②] Susan Franck, “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Harvard International Law Journal*, 2009, 50(2) :447-463.

[③] *International Investment Arbitration: Winning, Losing and Why*. Ccsi Columbia 网站[2018-12-15]. http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_7.pdf.

[④] *World Investment Report 2016*. UNCTAD 网站[2019-1-15]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf；*World Investment Report 2017*. UNCTAD 网站[2019-1-15]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf；*World Investment Report 2018*. UNCTAD 网站[2019-1-15]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

2.投资者主导的现行仲裁机制的合法性

从投资者主导的仲裁机制的合法性层面而言，事实上，关于合法性危机本身的提法仍然存在争议，投资仲裁机制被认为是运作良好，具有合法性光泽的争端解决机制。

原因之一，从传统的国际法视角来看，国家同意（state consent）是任何国际性裁判机构之合法性的最终来源。[①]ICSID 缔约成员方数量已然从创始阶段的 20 个扩大至 162 个（截至 2019 年 4 月 1 日），说明越来越多的国家以主权让渡的方式承认 ICSID 的合法性。在人类命运共同体以及全球治理理论兴起的当下，有足够的理由相信 ICISD 会获得越来越多的“国家同意”层面的合法性。

原因之二，从公平公正性角度，如上文所述，投资者主导的投资仲裁机制大体上是公平的。实践中，与公平公正性有关的平衡原则等虽然未形成强烈的概念，但一些投资仲裁庭已经开始应用这些原则并正在进行相关实践。例如，从典型的 Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico 案以及 Methanex Corp v. United States 案中所得到的启示是，投资仲裁庭似乎正在通过逐渐重视公共利益的方式实现私人利益与公共利益的兼顾。

原因之三，投资争议仲裁的合法性在很大程度上取决于程序当事人可以参与任命仲裁员的事实。这确保了决策过程不被认为是对各方来说完全无关的事情，而是作为一种解决争端的合法模式。[②]

原因之四，削弱保护主义者利益集团的仲裁机制具有增强主权及公共利益的潜能，而某种程度上，一个抑制贸易保护主义集团的国际机构，能够在促进自由贸易的同时，帮助国内多数人达到他们的目标，从而增进公益，从某种程度上来说，贸易与投资之间存在一定的相似性。[③]因此，大体上，投资者－国家间仲裁是稳定外商投资活动的合法工具。

投资仲裁机制下的合法性是一个广义的概念，其要素包括国家认可、裁决一致性、可预测性、公平公正性、正当程序以及问责性等多方面。依上文所述，本文认为，对待现行投资仲裁机制的正确解读应当是，投资仲裁机制大体上具备合法性，即使这种合法性不具备普遍性以及广泛性，以致于招致部分主权国家对于其细枝末节方面的批评。但现行投资仲裁机制足以通过某些有益的改进使得其合法性更具有认可度。

综上所言，对待现行投资者主导的仲裁模式的正确态度应当是一种谨慎而乐观的态度。乐观表现在投资者主导的国际投资仲裁大体上运行良好并且具备合理性与合法性，谨慎表现在投资者主导的国际投资仲裁的确存在某种程度上的合法性危机，但其足以通过某些细枝末节的调整从而变得更加完善。

（三）商事仲裁机制管辖投资争议具有可取性

1.理论基础

商事仲裁机制管辖投资人国家间争议始终遭到部分学者以及主权国家的怀疑与不信任。但本文对此种观点持保留态度。

第一，从哈耶克的相关理论中所得到的启发是，自生自发的社会秩序为人们所提供的东西要比政府组织所提供的大多数特定服务重要，整个私法制度并不只是为了实现个人的利益，而且亦将经由保障个人利益而增进整个社会的普遍利益。[④]只有公法才服务于普遍利益而私法只保护个人利益的观点是对事实真相的完全颠倒，在这种情形下，商事仲裁机制

---

① *Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration*. SSRN 网站 [2019-1-15]. https://ssrn.com/abstract=2255804.

② Charles N. Brower＆ Stephan W. Schill, “Is Arbitration a reat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chicago Journal of International Law*, 2009, 9(2):494.

③［美］约翰·O·麦金尼斯、马克·L·莫维塞西恩.世界贸易宪法[M]. 张保生、满运龙, 译. 北京：中国人民大学出版社，2004.

④ 张东华,潘志瀛.公法与私法的区分－哈耶克的进路[J]. 河北法学，2005(4):156.

管辖下的投资争议，有利于增进全球范围内投资者群体的普遍利益。

第二，商事仲裁机制管辖投资人国家间争议有助于效益性价值的实现。一方面，效益性本就是商事仲裁的首要价值取向；另一方面，商事仲裁加入投资争议解决有助于建立法律救济的竞争机制，构筑多元化争议解决机制，这是降低法律成本实现法律效益的必要途径，作为“理性人”的相关主体是自身利益的最大化的选择者，他会自动作出合算的解纷方式之选择。

第三，商事仲裁的公正性也是其最具吸引力的方面之一，国际仲裁可以提供公正和称职的决策，商事仲裁的公正性已经是不争的事实。

第四，相关研究认为，仲裁质量与外国直接投资流量间存在积极关系。仲裁质量作为函数关系的自变量取决于多重因素，而仲裁裁决是否能够得以充分而有效的执行是影响仲裁质量的最重要的决定要素，因此，《纽约公约》对外国直接投资有积极作用。在某种层面上，增加国际商业仲裁的可及性对外国直接投资有积极作用，影响主要集中投资量方面。[①]

第五，商事仲裁的秘密性减少了冲突双方的对抗性，有助于投资人国家间以一种和缓的方式解决纷争。

第六，在全球治理理论的推动下，国家在商事争议解决尤其是在投资争议解决之中应让渡其部分主权，这已然是全球化背景下的大势所趋。在全球化进程不断推进的当下，没有任何国家可以不受其影响，面对这一全球现实，人类的理性选择只能是在开放中推动不同文明间的包容性相处和包容性发展，从而构建人类命运共同体。[②]在人类命运共同体思潮的席卷下，国家利益与全球公共利益的界限逐渐模糊并呈现互相渗透之势，全球治理理论亦随之兴起。因此，全球治理理论是全球化思潮下为了建构人类命运共同体而出现的一种新兴理论。从内涵上来看，全球治理是一种统筹性的概念，其要求国内治理与国际治理相统一，在尊重两者独立性的基础之上自觉打破两者的界限。[③]从方式上来看，全球治理有赖于国家之间跨越国界的协同合作，[④]并且主权国家需向非国家实体主动或被动地让渡部分主权，表现在越来越多的本属于主权性的事务让渡于国际组织。在国际投资争议解决领域，得以公认的是，国际投资仲裁亦是全球治理的一种形式。因而，商事仲裁机制管辖投资人国家间争议的方式理应被接受。

2.实践分析

除上文提及到的 SCC 以及 ICC 之外，越来越多的商事仲裁机制拟采用商事仲裁规则管辖投资人国家间争议已然成为一种趋向。从国际层面来看，新加坡国际仲裁中心（Singapore International Arbitration Centre, 以下简称 SIAC）于 2017 年 1 月 1 日出台了一部关于投资仲裁的规则，从其内容来看，这部投资仲裁规则仍具有商事仲裁规则的性质；2018 年 3 月 5 日，ICC 仲裁院针对中国政府倡议的“一带一路”政策正式成立了一个委员会，旨在研究且促进利用 ICC 仲裁院现有的争议解决程序受理“一带一路”投资纠纷。从国内层面来看，我国深圳国际仲裁院（ShenZhen Court of International Arbitration,以下简称 SCIA）自 2016 年 12 月 1 日开始实行 2016 版仲裁规则，仲裁院新规则规定，仲裁院除了受理普通商事仲裁案件外，还受理投资者国家间的案件，仲裁院受理此类案件的，适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》并按照仲裁院制定的《〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》管理案件。我国国际经济贸易仲裁委员会（China International Economic and Trade Arbitration

---

① Andrew Myburgh＆JordiPaniagua, “Does international commercial arbitration promote Foreign direct investment?”, *The Journal of Law and Economics*, 2016, 59(3):2.

② 刘勇、王怀信. 人类命运共同体:全球治理国际话语权变革的中国方案[J]. 探索，2019(2):38.

③ 蔡拓、陈志敏、吴志成、刘雪莲、姚璐、刘贞晔. 人类命运共同体视角下的全球治理与国家治理[J]. 中国社会科学，2016(6):8-9.

④ 吴志成. 全球治理对国家治理的影响[J]. 中国社会科学，2016(6):22.

Commission,以下简称 CIETAC）于 2017 年 10 月 1 日起开始管辖投资者东道国争议解决，就其性质而言，贸仲的这部规则依然属于商事仲裁规则的范畴。可见，这些举措皆旨在促进且推动国际投资仲裁的“商事化”。

三、ICSID 投资仲裁的改革

对待现行投资者主导的仲裁模式的正确态度应当是一种谨慎而乐观的态度。即使是现行国际投资仲裁机制的支持者亦认为其可以进行相关有益的改革。由于多边谈判失败，双边投资条约、自由贸易协定和包括投资条款在内的区域贸易协定的数量大幅增加。投资者国家间仲裁的激增证明，目前通过双边投资协定进行双边投资治理将是控制外国直接投资的主要手段，[①]双边投资协定的作用至关重要。受众多外界因素的影响，各国由签订多边条约转为签订双边条约已成趋势，而大多数国家在签订双边条约时，依然会约定 ISDS 机制。因此，在此背景下，以 ICSID 为代表的 ISDS 机制需要变革以适应国际政治经济的最新发展。

（一）近期动向

2018 年 8 月 3 日，ICSID 秘书处公布了第五次全面修订中心投资争端解决规则的建议稿，提议对除了 ICSID 公约以外的所有规则进行修订，且对上述规则修订的共通性主要表现在两个方面：一方面，修改语言使得规则更加简明易懂；另一方面，节约时间和成本。在最重要的仲裁规则环节，秘书处共提出 7 项具体修订建议，[②]如下表所示：

表 2　ICSID 公约仲裁规则修订事项统计

修订事项	具体内容
要求披露第三方资助的情况	
进一步增强透明度	在裁决公布环节，仲裁规则将做如下修改：除非一方当事人以书面形式明确反对，即视为其同意公开仲裁裁决、决定和命令。
缩短初始程序的时限	例如，要求仲裁庭先行审理初步异议的申请应当在申请人备忘录提交后 30 天内提出。
增加关于保证金的规定	在考虑一方当事人履行对其不利裁决的能力的基础上，仲裁庭可以要求该方当事人缴纳保证金，如果当事人拒绝缴纳的，仲裁庭可以中止甚至终止程序。
仲裁员回避	要求回避申请应当在 20 天内提出，此外，修改仲裁员独立性与公正性声明内容。
作出裁决的时限	修改后的规则为：在 41.5 程序下，裁决应当在最后一轮书面陈述之后 60 天作出，在初步异议程序下，裁决应当在最后一轮书面陈述之后 180 天内作出，对于其他所有事项，裁决应当在最后一轮书面陈述之后 240 天内作出。
任择性的快速程序	如当事方均同意，可以使用快速程序，并且规定快速程序各阶段的时间限制。

总而言之，ICSID 投资仲裁机制始终处在自我完善与调整之中，并且朝向更为精进的方向发展。在越来越追求效益性价值的同时，针对不可忽视的合法性危机问题，ICSID 正试

[①] Rafael Leal-Arcas, “The Multilateralization of International Investment Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2009, 35(1):73.

[②] *Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Consolidated Draft Rules*. ICSID 网站[2018-12-15]. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf.

图从进一步增加透明度、细化仲裁员回避申请时间以及保证仲裁员的独立性与公正性等层面来进行修整。在国际投资仲裁中，正当程序问题即仲裁程序的透明度深刻地影响着投资仲裁机制的合法性，[①]更高的透明度可以在投资仲裁系统中建立或重新建立信任。此次规则修订尤为注重仲裁员的公正性与独立性要求，有学者认为，仲裁员的公正性与独立性是影响投资仲裁机制合法性的重要因素，公正性与独立性是仲裁机制的生命之保障，增进仲裁员公正性与独立性可以有效缓解投资仲裁的合法性危机。

理论上，具有改进余地的 ICSID 投资仲裁机制仍然可以成为投资人国家间争端解决的最佳之选。[②]实践中，ICSID 越来越多的被双边投资条约使用，表明投资者和各国对 ICSID 仲裁有信心。[③]

（二）长远计划－构建 ICSID 上诉机制

尽管现任 ICSID 秘书长 Meg Kinnear 女士在 2018 年度美国国际法学会“Charles N. Brower”国际争端解决的主旨演讲中特别提及：ICSID 没有设立上诉机制的计划，这个问题在 2006 年的修订过程中也讨论过，成员国未对此达成共识，至今亦是如此。

但从长远的角度出发，本文建议构建 ICSID 投资仲裁上诉机制。虽然事实上的先例学说正管辖着投资人国家间仲裁，并且比例与平衡原则在典型的 Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Egypt 案、Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania 案、Maffezini v Spain 案以及 TécnicasMedioambientalesTecmed, S.A. v. United Mexican States 案中已经被仲裁庭所明确适用，但先例制度甚至是比例平衡原则的应用并不总是能够排除错误裁决的发生。遗憾的是，ICSID 在裁决纠错的探讨中并无进展，ICSID 始终缺乏卓有成效的裁决纠错机制。

不可否认的是，上诉机构的建构将面临理论与实际操作方面的困难，但有困难与不可行之间并不可划等号。现阶段，Mauritius Convention（《毛里求斯透明度公约》）的方式似乎可以为 ICSID 上诉机制的谈判提供一种可行的路径指引。并且 ICSID 已经提供了一个现成的投资争端解决平台，充分利用这一平台，在其框架下搭建多边上诉机制可以避免另起炉灶所带来的困难，对于现阶段而言，这无疑是最佳选择。另外，作为司法化措施的上诉机制必然会遭受破坏仲裁之“本真”的非议，一方面，设立上诉机制并不意味着效率的折损，对于中小投资者以及发展中国家来说，上诉机制可以避免不一致裁决激发内国诉讼的风险，未必削弱争端解决的效率；另一方面，人为的优良设计可以使上诉机制的制度精良化，机制的良好设计将促进其使用以及尽可能的减少问题。

四、中国进路

从我国的具体实情来看，一方面，长期以来，中国缺乏 ICSID 投资仲裁经验，相关国际投资仲裁实践中，ICSID 业已受理的涉中国投资争端仲裁案件共有 5 起，[④]较少的 ICSID 投资仲裁实践根源于发展中国家对于 ICSID 投资仲裁机制的普遍不信任。另一方面，“一带

[①] Julius Cosmas, “Legitimacy Crisis in Investor – State International Arbitration System: A Critique on the Suggested Solutions & the Proposal on the Way Forward”, *International Journal of Scientific and Research Publications*, 2014, 4(11):1.

[②] Anthea Roberts, “Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration”, *American Journal of International Law*, 2018, 112(3):23.

[③] David R. Sedlak, “ICSID's Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum Hold”, *Penn State International Law Review*, 2003, 23(1):171.

[④] 这 5 起案件分别为：1）中国投资者诉外国政府案件：a. Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6) b. Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29) C. Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30) 2)外国投资者诉中国政府案件：a. EkranBerhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15) b. Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25)

一路”战略正在进一步拓展与延伸，我国投资活动的“引进来”以及“走出去”均位于世界前列，[①]依照联合国 2018 世界投资报告所示，1987-2016 年间，成为投资仲裁被诉国频次最高的 12 个国家中，有 6 个国家属“一带一路”沿线国，[②]我国投资者将面临不可低估的实际风险。再者，仍存有部分“一带一路”沿线国家未与我国商签双边投资保护协定，这一点是不容忽视的。因此，建构“一带一路”投资争端解决机制至关重要，没有它就无法保证贸易和投资的有效性。比较肯定的是，“一带一路”投资争端解决机制应当包含多元化组成要素从而形成法律救助竞争机制以实现争端解决的效益性。据此，本文提出如下建议：

（一）打造中国投资仲裁机制

在我国较为缺乏 ICSID 投资仲裁经验的境况下，商事仲裁机制管辖投资争议不失为一种路径选择，应当以我国商事仲裁机构出台投资仲裁规则为契机打造具有影响力以及国际竞争力的中国投资仲裁机制。深仲（SCIA）以及贸仲（CIETAC）相继出台投资仲裁规则，但要注意的是，现阶段我国商事仲裁机制管辖投资人国家间争议仍存在一定的法律障碍，需完善相关配套法律制度以使其发挥实践效用。只有配套法律制度完善后，SCIA 以及 CIETAC 投资仲裁机制才能真正合法的发挥制度作用，为“一带一路”推进和实施提供保障。

现阶段，SCIA 以及 CIETAC 处理投资人国家间争议缺乏合法的管辖权法律依据，按照 SCIA 以及 CIETAC 的管辖权之规定，其管辖基础必需以存在有效的仲裁协议为必备条件。在“一带一路”沿线已然与中国签订双边投资保护协定的国家中，通过逐一修订条约的形式将 SCIA 以及 CIETAC 投资仲裁纳入其中显然是不切实际的，像 ICSID 那般被广泛的纳入国际投资协定是现阶段中国投资仲裁机制所无法实现的。本文建议，对于仍未与中国商签双边投资保护协定的国家来说，可以在谈判中磋商将 SCIA 以及 CIETAC 纳入争端解决机制之中，遵循 SCC 等商事仲裁机制获得投资争议管辖权的传统路径，使其具备争议解决的合法地位，但前提是要通过法律制度保证仲裁员的独立性与公正性以期获得外国政府的信赖；对于已然签订双边投资协定的“一带一路”沿线国家来说，中国投资仲裁机制获得合法管辖权的途径或可从 SCIA 以及 CIETAC 投资仲裁规则本身入手并增设如下内容：“根据一国政府与投资者母国所签订的双边投资保护协定，当投资者与东道国发生争议时向 SCIA 或 CIETAC 提起仲裁的，视为投资者与东道国协商一致，订立了有效的仲裁协议”。

另一棘手的问题表现在，即使中国投资仲裁机制可以如传统商事仲裁机制 SCC 那般获得合法的管辖权，但裁决可能面临无法得以承认与执行的风险，这主要基于我国仲裁法第 2 条所设定的明确框限，其将东道国政府完全排除在我国仲裁机制可管辖的争议主体资格之外。因此，本文建议应尽快修改《中华人民共和国仲裁法》第 2 条关于仲裁当事人法律地位平等之规定，赋予外国政府来中国投资仲裁机制进行仲裁的包容环境。另外，可考虑从更高层次的角度搭建“一带一路”多边法律平台，商签《“一带一路”国际投资争端解决机构公约》，在裁决的承认与执行方面，“一带一路”国际投资争端解决机构公约可资借鉴 ICSID 公约之内容，从而为 SCIA 以及 CIETAC 投资仲裁裁决的承认与执行提供机制保障。再者，建

[①] 在“引进来”方面，据联合国 2018 年世界投资报告所提，中国已经成为继美国之后的全球第二大外商直接投资流入国。*World Investment Report 2018- Overview*. UNCTAD 网站[2018-11-11]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_overview_en.pdf.
在“走出去”方面，在 2015 年 3 月 28 日国家发展改革委员会、外交部以及商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》后的次年，2016 年中国对外直接投资即创下 1961.5 亿美元的历史最高值，蝉联全球第二位。2016 年度中国对外直接投资统计公报[EB/OL]. 商务部网站[2018-11-11]. http://images.mofcom.gov.cn/fec/201711/20171114083528539.pdf.

[②] 这 12 个国家按照被诉频次由高到低分别是：阿根廷、委内瑞拉、西班牙、捷克、埃及、加拿大、墨西哥、波兰、印度、俄罗斯、厄瓜多尔、乌克兰。其中，6 个一带一路沿线国家分别是：捷克（35 起）、埃及（31 起）、波兰（26 起）、印度（24 起）、俄罗斯（24 起）、乌克兰（22 起）。World Investment Report 2018. UNCTAD 网站[2018-12-6]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

议出台《国家豁免法》，从而为我国海外投资者的权益维护制定法律依据。

（二）发挥“一带一路”双边以及区域争端解决机制的作用

从历史的经验来看，多边机制的谈判充斥着诸多的不确定性因素与困难，毕其功于一役必不现实。鉴于建构“一带一路”投资争端解决机制的迫切性，现阶段，应当优先考虑建构双边性的以及区域性的投资争议解决机制。目前我国与尼泊尔以及乌兹别克斯坦的双边投资保护协定正在商谈之中，并且仍有不在少数的“一带一路”沿线国家未与我国商签双边投资保护协定。除此之外，诸如上海合作组织、东盟、欧亚经济联盟、南亚自由贸易区以及中国－东盟自由贸易区等“一带一路”范围内的区域多边条约对区域内的投资发展发挥着积极的作用。以上海合作组织为例，迄今为止，始终未曾在体系内设立一个统一的机制，双边条约在争端解决过程中，总免不了带有权利导向的色彩，因而在双边的基础之上设立区域多边性质的上海合作组织贸易投资争端解决机制是十分必要的。

相较于商谈《“一带一路”国际争端解决机构公约》可能带来的庞大且复杂的工程，现阶段理想之模式应当是率先发挥双边以及区域争端解决机制的作用。在此基础之上，遵循先双边（区域）后多边的路径，以一种循序渐进的方式构建“一带一路”投资争端解决机制。

（三）将国际商事法庭纳入“一带一路”投资争议解决机制之中

近日，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定（以下简称〈规定〉）》为“一带一路”国际商事争端解决机制之国际商事法庭的建构创设出了模型。当事人意思自治以及公开公正高效是国际投资法庭所坚持的原则和理念。在管辖范围方面，虽然东道国和投资者之间的争端被排除在国际商事法庭的管辖范围之外。但基于以下几点原因，可考虑将国际商事法庭作为“一带一路”投资争议解决机制的组成部分，首先，国际商事法庭的“当事人意思自治”之原则和理念与投资人国家间争议解决的原则与理念是不谋而合的；其次，国际商事法庭的公开公正高效性是合法性危机下的投资人国家间争议解决所迫切需要的；再者，可以利用国际商事法庭“一站式”的纠纷解决平台促成深仲以及贸仲之投资仲裁协议的达成；最后，投资人国家间争议解决之模式与机制与商事争议解决之模式与机制大体上是如出一辙的，即投资争议解决的“商事化”，有理由相信国际商事法庭亦可为投资人国家间争议解决服务。

16.专利有效性仲裁裁决与行政认定的衔接机制比较研究

李珂珂*

摘要：随着全球经济一体化和国际经济往来日益频繁，知识产权可仲裁性的范围呈逐步扩大趋势，专利有效性争议的可仲裁性已经得到了越来越多国家的支持与认可。大部分国家都在承认专利效力可仲裁性的基础上明确了仲裁裁决效力的相对性。为了使专利效力仲裁继续顺利发展下去，最重要的环节就是建立专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制。美国要求有关专利效力的仲裁裁决必须书面通知美国专利和商标局局长，局长在收到通知前，此仲裁裁决不得强制执行。而瑞士仲裁庭作出的专利效力仲裁裁决可以直接被行政部门予以认可和执行。以加拿大为主要代表的国家则没有对此作出规定。我国作为专利大国至今没有明确承认专利有效性争议的可仲裁性，因此我国首先要做的就是克服法律障碍，明确专利权效力争议的可仲裁性，进一步建立符合我国国情的仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制。

关键词：专利有效性；可仲裁性；行政认定；衔接机制

Comparative Study on Connection Mechanism between Patent Validity Arbitration Award and Administrative Identification

Abstract：With the increasingly frequent economic connections and the global economic integration, the scope of arbitrability of intellectual property rights is gradually expanding, and the arbitrability of patent validity disputes has been supported and recognized by more and more countries.Most countries have clarified the relativity of the arbitration award on the basis of recognizing the arbitrability of patent validity.In order to continue developing arbitration of patent validity smoothly, the most important step is to establish the connection mechanism between patent validity arbitration award and administrative identification.The United States requires that an arbitration award concerning the validity of a patent must be notified in writing to the director of the United States patent and trademark office. The arbitration award shall not be enforceable until the director receives the notice.The patent validity arbitration award made by the Swiss arbitration tribunal can be directly recognized and enforced by the administrative department.Countries, notably Canada, have made no provision.As a patent power, China has not yet explicitly recognized the arbitrability of patent validity disputes,so the first thing China needs to do is to overcome the legal obstacles, clarify the arbitrability of patent validity disputes, and further establish the connection mechanism between arbitration awards and administrative recognition in line with China's national conditions.

Keywords：Patent validity；Arbitrability；Administrative identification；Connection mechanism

任何拥有知识产权的公司，无论是跨国公司还是小型国内企业，发生专利纠纷时都必须进行专利诉讼，这是一个令人厌恶的过程。尤其像苹果和三星这样拥有大量专利的大型跨国公司通常会在多个国家内为同一个发明提交重复的专利申请，当这些专利被认为遭到侵权时，这些公司会在各自不同的国家法院提起多起诉讼，从而使诉讼成本大为增加。此时，仲裁似乎是一个极具吸引力的选择，但大多数国家专利效力的不可仲裁性是仲裁作为专利纠纷解决途径的主要障碍。关于专利权有效性争议的可仲裁性问题，世界各国的态度并不统一。各国否定专利有效性争议可仲裁性和拒绝承认专利纠纷仲裁裁决的主要原因是专利权有效性仲裁违反了仲裁地国的公共政策。但由于仲裁裁决效力具有相对性，专利无效的仲裁裁决不会影响社会公共利益，进而不会影响一国国内的公共政策。因此，在可仲裁性范围不断扩大的背景之下，承认专利有效性争议的可仲裁性已经成为发展潮流。此时问题出现：如果仲裁庭裁决专利无效，行政机关登记有效，那么在双方当事人之间无效的专利权，在当事人之外继续有效，割裂了内部世界与外部世界的一致性，因此如何实现仲裁内部世界与外部世界的一致性，如何实现专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接则成为本文重点研究的对象。

一、专利有效性争议的可仲裁性—仲裁裁决效力的相对性

争议事项的可仲裁性是国内立法对仲裁范围施加的一种公共政策限制，[①]专利有效性争议的可仲裁性的症结点即在于“公共政策”。专利有效性争议所牵扯的“公共政策”主要表

① A. Redfern & M.Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration , London: Sweet and Maxwell, 2004,p.137.

现在专利权自身的特殊性和专利权效力认定专属于特定的专利行政机构或者专门的法院。而专利权的特殊性在于专利权是由国家授权产生的，在法定保护期限内被权利人独占，法定保护期限之外，流入市场，为大众共同享有的一项私权利。专利权有期限的独占性、有限制的排他性和效力认定的专属管辖性都是国家公权力介入因素增强的表现。国家公权力的介入被当然视为了国家公共政策的一部分。于是产生了学术界“知识产权私权的公权化趋向”、“专利权由国家授权产生应由国家公权力撤销”和“将公权力置于作为私益救济的仲裁的‘专断’之下，这是传统公法理念所不容许的”[①]等的批判专利有效性争议可仲裁的观点。关于国家公权力的介入这一问题，笔者认为，首先，国家授权并不意味着将国家公权力置于私人权利的控制之下，而是对专利权无形客体的一种确认。其次，国家公权力的介入是平衡公共利益和私人利益的一种手段，各国制定有关知识产权法律的目的不仅仅在于保护专利权人对其技术发明的垄断权，更是为了激励专利权人再创新，促进国家知识产权的传播，使利益平衡达到最大化。

仲裁是双方当事人达成合意，自愿将其争议提交给中立第三方（仲裁庭或专断人）解决并接受第三方作出的对双方有拘束力的裁决或决定的私人的、民间的争端解决方式。由此可以看出，仲裁裁决仅约束达成意思自治的双方当事人，对仲裁当事人以外的第三人和社会大众没有拘束力，即仲裁裁决效力具有相对性。因此，专利是否有效的仲裁裁决仅对双方当事人产生拘束力，不影响社会公众的利益，从而不影响国家的公共政策。这一说法主要表现在两个方面：一方面，即便仲裁庭作出专利无效裁决，该裁决并不影响第三人、第三方市场及行政机构的专利登记状态。对于非仲裁当事人来说，专利权效力并没有发生任何变更。另一方面，仲裁裁决与行政决定效力并不冲突，相对效力与对世效力之间互无影响，专利权有效性仲裁并不会侵犯专门审查机构的专属管辖权，也即私人性质的仲裁不会侵犯和干涉国家公权力，进而不会影响公共利益。目前，仲裁裁决的相对性已经逐渐被世界各国所承认。例如，在 1989 年国际商会审理的 6097 号专利合同违约案件中[②]，仲裁庭指出由于仲裁裁决仅约束双方当事人，德国专利登记机关的登记情况不会因为该裁决发生变化，因此其有权审理被申请人提出的专利无效抗辩。尽管依据当事人在仲裁协议中约定的适用法律：德国法，有关专利权有效性的争议由德国联邦专利局以及联邦最高法院专属管辖。因而笔者建议各个国家应该敞开专利权有效性仲裁的制度空间，迈出专利权有效性争议可仲裁的重要一步。

如上文所述，仲裁裁决效力的相对性的是打开专利有效性争议可仲裁性大门的一把钥匙。从某种程度上，仲裁裁决不拘束当事人以外的所有第三人被视为一件好事，但是处于论证的角度，我们希望确保两者结果之间的一致性，特别是在仲裁裁决专利无效的情况下。[③]因此，如何实现仲裁内部世界与外部世界结果的一致性？我们应该加强专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接。

二、专利有效性仲裁裁决与行政认定衔接机制的比较分析

国际上，各个国家对专利效力仲裁的支持程度存在很大差异。一部分国家无法通过仲裁机构解决专利有效性的争议，中国、俄罗斯、荷兰等国家都在该阵营之中；而在立法或司法实践中承认专利可仲裁性的国家有英国、加拿大、意大利、法国、比利时、瑞士和美国等国家，其中美国更是制定了一系列严密的配套措施。研究专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制，首先我们将注意力集中在美国的专利有效性仲裁制度上，原因有两

---

① 蔡蓓蓓：《知识产权纠纷的可仲裁性探讨》，载《法制与经济》2014 年第 5 期。

② ICC International Court of Arbitration Bulletin,Vol.2,1993.

③ Thomas H. Lee，International Arbitration of Patent Claims,Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015,October 2016,p.222.

个，一是美国是迄今为止跨国专利诉讼最普遍，也是成本最高的国家，因此在美国当事人之间发生争议时，相比于诉讼，其他争端解决机制会优先考虑。二是美国的专利仲裁法规相比其他国家类似的法律规定更加苛刻和严密。

（一）美国的立法与实践

起初，美国对专利有效性争议的可仲裁性持反对态度，在 Beckman Instruments, Inc. v. Technical Development Corp.[①]一案中，法院认为，“考虑到专利有效性争议背后隐藏着的巨大的公共利益，该争议不宜以仲裁方式解决，应由法院审理”。[②]后来由于国际贸易往来日益频繁，法院诉讼负担加重，1982 年，美国国会在《美国法典》中增加了第 294 节，即专利纠纷自愿仲裁，明确规定了专利侵权纠纷和专利有效性争议的可仲裁性，并制定了一系列严密的配套措施。

首先，《美国法典》第 35 章第 294 节第三款确立了专利有效性仲裁裁决的相对性。它规定，仲裁员作出的裁决是终局的，对仲裁双方具有约束力，但对其他第三人不发生法律效力。③美国法典专利有效性仲裁裁决相对性的这一规定，保护了行政机关或司法机关的最终认定，避免了仲裁对公权力的侵犯，消除了仲裁侵犯国家公共政策的担忧。此外，第三款还规定，如果作为仲裁裁决对象的专利被裁决为有效，而后被行政机关认定为无效或不可执行或者被有管辖权的法院宣判为无效或不可执行且不能上诉或未被提起上诉时，仲裁当事人可以约定，经当事人任意一方申请，任何有管辖权的法院均可修改该仲裁裁决。此类修改应自修改之日起对当事人双方之间的权利和义务发生效力。④这一规定像是赋予了当事人对专利效力仲裁裁决“上诉”的权利，给当事人提供了一次修改仲裁裁决的机会。特别需要注意的是，该项权利必须在严格条件下才能行使，一是要求当事人在签订仲裁协议时必须对此达成合意；二是要求当事人向法院提出修改申请时必须符合法定情况，即先经仲裁裁决专利权有效，后被司法机关或行政机关认定为无效，反之不可行。只有在两个条件都满足的情况下，法院才会依当事人的申请修改专利权有效的仲裁裁决。

其次，《美国法典》第 294 节的第四款建立了专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制。它规定，有关专利效力的仲裁裁决必须书面通知美国专利和商标局（United States Patent and Trademark Office）局长。局长在收到此规定要求的通知前，与专利有效性相关的仲裁裁决不得强制执行。裁决涉及的每项专利均应单独准备一份通知。通知应当载明当事人的名称、住所、专利发明人的姓名或者名称、专利权人的姓名和专利号，并附上裁决书副本局长在收到任何一项通知后，专利和商标局应当将其录入“专利检索系统”（the patent’s prosecution record），对专利和商标局中专利状态记录做相应的变动。⑤由此可以看出，美国仲裁庭作出的专利有效性裁决想要获得执行并且影响行政机关的记录情况，仲裁任何一方当事人需要做出将专利效力仲裁结果通知给美国专利和商标局的这一行为。这一行为突破了仲裁的保密性，但是避免了仲裁裁决与行政认定结果的不一致性，协调了仲裁机构与行政机关的关系，促进了仲裁裁决与行政认定之间的有效衔接，以免出现仲裁庭裁决专利无效，仲裁以外的第三人仍支付专利许可费的滑稽情况。

最后，在一种情况下，有关知识产权纠纷的仲裁程序必须终止，让位于行政机关处理。这种情况是美国国际贸易委员会（the United States International Trade Commission）在调查进口贸易时发现存在侵犯知识产权的不公平行为，并且认为由仲裁庭调查和审理会影响美

---

① 433 F. 2d 55, 63 (7th Cir. 1970).

② Deming Liu, Think Twice before Arbitrating a Patent Dispute?, 23 Am. Rev. Int’l Arb., 2012.

③ See35 U.S.C.A. § 294(c) (2012).

④ See 35 U.S.C. § 294(c) (2012).

⑤ Steven A. Certilman & Joel E. Lutzker, Arbitrability of Intellectual Property Disputes, Edited by Thomas D. Halket, Arbitration of International Intellectual Property Disputes, Juris Net, 2012, p.89.

国的公共政策。[①]在 Farrel Corp. v. International Trade Commission 一案中，美国联邦巡回上诉法院裁定，仲裁协议会导致当事人放弃向法院寻求司法救济的权利，但不会导致当事人放弃向行政机构如 ITC 寻求救助的权利。[②]综观，美国制定了一系列严密的配套措施，肯定了专利有效性争议的可仲裁性，加强了专利有效性仲裁裁决与行政认定之间的衔接，协调了仲裁机构与行政机关、司法机关三者之间的关系，维持了私人利益和公共利益之间的平衡。

（二）瑞士的立法与实践

瑞士是世界上最受欢迎的国际商事仲裁地之一。与美国一样，瑞士作为知识产权经济发达的国家，掌握着大批的知识产权与专利技术。相应地，仲裁作为知识产权争端解决机制之一会更流行，更开放。瑞士对知识产权纠纷的可仲裁性一直以来都持积极肯定的友好态度，甚至比美国更开放大胆。

1987 年以前，瑞士在《关于仲裁的州际条约》中规定，“当事人能够自由处分的权利可以提交仲裁解决”。随着国际仲裁领域日趋灵活，竞争愈发激烈，瑞士发现仲裁州际条约中大量的强制性规定已经不符合国际潮流，阻碍了瑞士仲裁事业的发展，为了顺应时代潮流，吸引越来越多的外国人到瑞士仲裁，1987 年《瑞士国际私法典》应运而生。第 177 条中规定，所有具有财产性质的争议都可以提交仲裁解决。也即所有知识产权纠纷都可以以仲裁的方式解决，包括专利权有效性争议。[③]这一做法极大地尊重了当事人的意思自治，实现了更大范围内的选择权。有学者评价，如此强烈的自由主义精神，在晚近各国的仲裁立法中是极其罕见的。[④]不仅如此，早在 1976 年，瑞士联邦工业产权局就宣布：“既然仲裁庭有权裁决工业产权是否有效注册，联邦专利局就可以执行其裁决，不过，条件是裁决已经有管辖权的州的当局宣告可以执行。”[⑤]依据《瑞士国际私法典》第 193 条，双方当事人可以将仲裁裁决书副本提交仲裁所在地的司法机关，司法机关在确认当事人申请后，签署执行令状，执行该仲裁裁决，司法机关在审查当事人申请时采取形式审查方式，并以此作为撤销专利的前提条件。[⑥]也就是说，仲裁庭被赋予了宣告专利无效的权利，且仲裁庭所作出的裁决可以直接被司法部门或行政部门予以认可和执行。仲裁双方当事人可以根据仲裁庭的仲裁裁决到相关登记机关进行变更登记，联邦专利登记机关可以依当事人申请撤销该案涉及的专利权。瑞士的这一立法与实践使得专利无效仲裁裁决的相对效力因为联邦专利登记机关撤销专利的行为转化为对世效力，大大减少了仲裁机构与行政部门对接时出现的问题，同时也表明了瑞士对专利仲裁中涉及的公共利益不予特别关注和庇护的立场。1975 年 12 月 15 日，瑞士联邦知识产权局(The Swiss federal intellectual property office)做出了同意执行仲裁庭作出的专利无效的仲裁裁决的行政决定，并且撤销了该项专利登记。[⑦]

（三）其他国家

比利时明确承认了专利有效性争议的可仲裁性，具有终局效力的专利效力仲裁裁决可以直接提交行政登记机关进行变更登记。比利时《专利法》第 51 条第 1 款规定“如果仲裁裁决、法院判决以及行政决定宣告一项专利全部或者部分无效，并且案外第三人对仲裁、

---

① See 19 U.S.C.§1337.

② Smith, Couste, Hield, etc.,Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide, Harvard J. of Law and Tech., Vol. 19, No. 2, Spring 2006,p.320.

③ See Antoine Kirry,Arbitrability: Current Trends in Europe, in Arbitration International, Vol.12, No.4 ,1996, pp.382-383.

④ 陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社 1998 年版，第 251 页。

⑤ See Julian D. M. Lew, Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration, in The ICC International Court of Arbitration, Vol. 9,No. 1,May 1998, p.45.

⑥ 倪静：《瑞士国际私法法典研究》，厦门大学出版社 2013 年 6 月版，第 101 页。

⑦ 倪静：《论专利权有效性争议之可仲裁性》，载《知识产权》2013 年第 3 期。

法院和行政结果没有提出异议，那么前述结果对所有当事人具有终局效力。”第 2 款规定，所有终局撤销结果的都应当提交给登记机关进行变更登记。”[①]

有人认为，加拿大对任何知识产权争议的可仲裁性没有任何形式的限制。[②]与美国类似，加拿大仲裁庭作出的关于专利有效性仲裁裁决仅对仲裁双方当事人产生效力，进行中的仲裁程序并不影响案外第三人向加拿大专利局提出与本案争议相关的专利权的异议申请。加拿大仲裁的保密性要求异议申请人不得向专利委员会提交其在仲裁程序中得到的证据,尽管此证据起着关键性的作用。法国虽然没有明确的立法规定专利效力的可仲裁性，但 2008 年 Liv Hidravlika D.O.O.v.S.A.Diebolt 一案中，巴黎上诉法院指出，“专利有效性仲裁不会侵犯法国的公共政策，仲裁庭有关专利效力的裁决仅对仲裁当事人产生拘束力，仲裁庭有权就专利无效的抗辩做出裁决。”[③]英国的法律没有为知识产权争议的可仲裁性问题设置障碍，英国法律确定了不动产权属纠纷可以仲裁，这类裁决不仅对仲裁当事人产生拘束力，也约束其提出的权利主张，当然不对第三人产生效力。[④]但是我们发现这些承认专利有效性仲裁的国家虽确认了仲裁裁决的相对性，但都缺乏像美国一样的仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制。相反，在韩国、智利、哥伦比亚、印度、俄罗斯、爱尔兰、中国等国家中对专利有效性争议的可仲裁性问题都是不确定的，更谈不上仲裁裁决与行政机关的衔接问题了。[⑤]

（四）一国专利效力仲裁制度与本国国情密切相关

从比较分析上述国家的专利仲裁制度中，我们不难发现，瑞士的做法是最彻底的，这种开放大胆的制度是许多发展中国家现阶段无法超越的，即使在美国也未必被大众广泛接受。瑞士的仲裁制度之所以如此开放大胆，和其本国的社会背景、仲裁环境是分不开的。首先，瑞士是一个融合多元文化和多种法系于一体的国家，其人口总数的 15%以上均为外国人，因此瑞士没有理由将本国的强制性规定施加给仲裁程序中的外国人，否则会导致大量外国公民、法人和组织丧失参与国际民商事交往的积极性。其次，瑞士强烈强调“以人为本”的精神，即相信当事人是理智的，充分尊重当事人意思自治，这一点在瑞士仲裁立法上表现得淋漓尽致。最后，瑞士素有“理想的仲裁地”的盛名，其仲裁机构历史悠久，体制和规则十分完善，有着发达的民商事和法律基础结构，国家也很少干预这些民事机构的发展。[⑥]相反，发展中国家由于自身经济、政治、社会、文化和环境等条件的约束，国家对仲裁的信任程度、仲裁范围的开放程度、程序的灵活程度和自身的独立程度等尚面临挑战。因此，将瑞士的做法生搬硬套到其他国家是不现实的。但是鉴于以美国、瑞士、加拿大为首的发达国家在世界知识产权舞台上占主导地位，各国只有敞开知识产权仲裁制度的大门，进一步制定符合一国国情的仲裁裁决与行政认定的衔接规则，紧跟国际潮流，才能不被世界排除在外。不断创新才是国家持续发展和富强的生命线。扩大知识产权可仲裁范围，制定严密的衔接机制和配套措施已成为世界发展的潮流与趋势。

三、我国专利有效性仲裁制度的现状及完善建议

我国关于专利有效性争议可仲裁性问题的态度并不明确。立法上，我国《仲裁法》和《专利法》都无明确规定，既没有明确允许，也没有明令禁止。实践中，由于我国知识产

---

① See M. Storme and B. Demeulenare, International Commercial Arbitration in Belgium, Kluwer,1993, p.26.

② William Grantham, The Arbitrability of Intellectual Property Disputes, 14 Berkeley J. Int'l L., 1996,p.217.

③ Liv Hidravlika D.O.O. v. S.A. Diebolt, 28 Feb. 2008, 1st chamber, Juris Data No. 2008-359055.

④ See Julian D.M.Lew, Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration, in The ICC International Court of Arbitration,Vol.9,No.1,May 1998, p.37.

⑤ Trevor Cook, Alejandro Garcia, International Intellectual Property Arbitration, Kluwer Law International, October 2010, p.52.

⑥ 陈静：《瑞士国际仲裁立法中的“当事人意思自治原则”》，载《商事仲裁评论》，对外经济贸易大学出版社，2008 年版，第 241-243 页。

权仲裁制度仍属于起步状态，专利仲裁不被大众熟知、信任和选择，加之我国立法上的空白和行政机关的干预，国内专利有效性仲裁和涉外专利有效性仲裁实践近乎为零。因此，我国建立专利效力仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制的前提是明确规定专利效力争议是可以提交仲裁的。

（一）我国承认专利有效性争议可仲裁性的必要性和可行性

1.必要性

第一，减轻法院诉讼负担。世界知识产权组织发布最新报告指出，2018 年向世界知识产权组织提交的国际专利申请中，半数以上来自于亚洲，中国提交的国际专利申请数量位居世界第二。中国法院知识产权司法保护状况白皮书中显示，2018 年，地方各级人民法院共新收知识产权民事一审案件 283414 件，比 2017 年上升了 40.97%。其中，新收专利案件 21699 件，同比上升了 35.53%。[①]以上数据均表示我国已逐渐发展成为专利大国，专利纠纷案件急剧增加。随着专利纠纷案件专业性的增强、案件复杂程度提高、认定难度加大和案件量的增多，我国法院诉讼负担愈发沉重。仲裁作为解决专利纠纷的机制之一，其优点不容忽视。仲裁以当事人的意思自治为前提，要求仲裁员审理案件时独立、公正，同时，仲裁允许当事人选择专利领域经验丰富的专业人士作为其仲裁庭的仲裁员，例如法律专家和技术专家等。我们不得不承认仲裁的高度自治、快速高效、专业性和保密性等优点似乎比通过诉讼解决专利纠纷更胜一筹，仲裁这一解决方案在很大程度上有利于推动我国专利的运用和保护。

第二，软化仲裁权与行政权的矛盾与冲突。关于专利有效性争议的解决机制，我国采取行政认定单轨制的模式。我国专利法规定，对于专利权的授予有异议的，只能向专利复审委员会提出异议申请，只有对专利复审委员会作出的决定不服时，才可以向法院提起诉讼。由于对专利复审委员会决定不服向法院提起的诉讼属行政诉讼，法院只能做出维持或者撤销专利复审委员会决定的判决，不能直接做出专利权是否有效的判决。[②]不难看出，这一模式不仅极大地限制了我国专利有效性争议司法解决的空间，而且加深了行政权与司法权的矛盾与冲突。一方面，行政认定单轨制导致诉讼时间冗长，造成司法资源的浪费；另一方面，当事人对专利复审委员会决定不服时，以专利复审委员会为被告向法院提起诉讼，将行政机关推向了被告席的位置，这一行为无疑不是恶化了行政权与司法权两者之间的矛盾。类比于专利仲裁，亦是相同的原理，行政认定单轨制限制了专利仲裁的空间，加剧了当事人自治权与行政权之间的矛盾。例如在一起专利侵权纠纷的仲裁中，当事人以专利无效作为专利侵权的抗辩理由时，依我国现行法规定，专利侵权仲裁必须等待行政认定决定做出后方能继续进行，这不仅使当事人选择仲裁的初衷失去意义，与专利权有关的侵权或合同纠纷的仲裁道路也将举步维艰。因此，想要实现仲裁成为解决专利权纠纷的主要途径之一，至少在专利有效性作为专利侵权或合同纠纷的抗辩理由时，应该赋予仲裁解决该专利效力的权利。

2.可行性

我国属于发展中国家，受到政治、经济、文化和环境等各个方面的约束，瑞士、美国及比利时等国家全面开放专利仲裁的制度模式在我国的行政体制下恐怕很难做到。但是鉴于我国仲裁的保密性和相对性，如果在仲裁庭审理专利侵权或者合同纠纷的过程中，侵权方或者违约方提出专利无效的主张或者抗辩，笔者认为，针对此专利无效的抗辩，赋予仲裁庭对此审理的权利还是现实可行的。如果我国将知识产权可仲裁性的范围扩大至有效性争议，那么下一步仲裁裁决与行政认定之间的衔接显得尤为重要。我们必须结合我国实际

[①] 《中国法院知识产权司法保护状况（2018）》，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-153242.html，2019 年 4 月 22 日。

[②] 姚志坚、柯胥宁：《专利效力认定二元分立构造的调整》，载《人民司法》2017 年第 4 期。

情况，借鉴各国的立法与实践，制定出具有我国特色的仲裁裁决与行政认定之间的衔接机制，使私人利益和公共利益平衡达到最大化。

（二）建立我国专利有效性仲裁裁决与行政认定衔接机制

各国对仲裁所实施的政策逐渐放宽，知识产权可仲裁性的范围逐渐扩大，可仲裁事项也在不断地趋向协调和统一，尽管这一过程是缓慢的。[①]当然，在世界范围内建立仲裁机构与行政机关之间的衔接机制的这一过程也将是缓慢而又崎岖的。由于我国国情的制约，虽然我国暂时无法做到像瑞士衔接机制那样彻底，将审查专利效力争议的权力毫无保留的让渡给仲裁庭，但我国可以尝试着将部分权力授予给仲裁庭，使其代为行使本应行政机关实行的权力。假设甲和乙两个当事人就他们之间的专利纠纷提交仲裁庭处理，仲裁庭也有权对专利权效力、专利权人进行审查，仲裁庭最终做出了专利权属于甲的裁决。但是行政机关登记的专利权人为乙。有学者建议行政机关可以依任意一方当事人的申请依照仲裁裁决修改该专利的登记情况。[②]笔者认为，这一做法似乎不太符合我国专利仲裁发展的现状。保守起见，我们可以借鉴美国的通知制度，不同的是，仲裁任一方当事人将仲裁裁决结果通报给行政机关后，可以申请行政机关再次对该专利进行审查。为了不造成行政资源的浪费，笔者建议可以将仲裁的裁决理由和当事人向仲裁提交的证据等上交至行政机关作为行政认定的证据和依据。若行政机关最终认定结果与仲裁裁决结果一致，那么行政机关应该修改该权利的效力状态；如果两者认定结果不一致，行政机关认为此专利纠纷仲裁裁决违反我国强制性规定和公共政策，应该以书面的形式陈述理由，并责令仲裁庭在一定期限内修改该仲裁裁决。如果仲裁庭没有在指定期限内做出修改，则行政机关可以做出仲裁裁决无效的决定。由于我国对专利授权仅进行十分有限的审查。比如，我国只对发明专利申请进行实质审查，而对实用新型和外观设计采取形式审查的原则，而且，发明专利在行政机关授权之前没有异议程序，只在自授权公告之日起六个月内，当事人可以提出撤销专利权的请求。③因此，行政机关对仲裁当事人的通报视情况进行形式审查即可。一般情况下，行政机关应该对仲裁庭仲裁裁决予以积极的合作与认可。

四、结语

比较分析各国家专利效力仲裁裁决与行政认定的衔接机制的一个前提是各国承认专利有效性争议的可仲裁性。随着经济一体化的发展，在专利有效性争议的可仲裁性问题上，各个国家均以积极开放的态度对待，阻碍专利有效性争议可仲裁性的因素逐渐在弱化。综观各个典型国家的立法与实践，大部分国家在承认专利有效性争议可仲裁性的同时都明确了仲裁裁决效力的相对性，避免了专利有效性仲裁裁决对一国公共政策的侵犯。到这一点并不代表着此制度的完美结束。想要专利效力仲裁无后顾之忧，加强仲裁机构与行政机关的合作、建立仲裁机构与行政机关之间的衔接机制十分必要。目前大部分承认专利有效性争议可仲裁的国家仅停留在明确仲裁裁决效力相对性的层面，并没有对后续的衔接机制和配套措施做出规定。尽管综合本国国情考虑，部分国家不能做到像瑞士和比利时那样彻底与开放，但还是应该认识到自己与瑞士等国家关于国际仲裁立法与实践之间的差距，取长补短，弥补本国仲裁规则的不足，使本国仲裁事业得到长足的发展。

目前我国已经将专利权合同纠纷和专利权侵权纠纷纳入到可仲裁性的范围，但关于专利权有效性争议可否提交仲裁解决，学术界仍然存在争论。为了实现与发达国家在制度上的接轨，我们必须迈开步子，克服法律上的障碍，制定法律条文明确规定，平等主体之间

---

① 赵秀文：《国际商事仲裁及其适用法律研究》，北京大学出版社 2002 年版，第 90 页。

② 刘瑾：《论知识产权有效性仲裁的认识误区及相关救济制度重塑》，载《知识产权》2016 年第 11 期。

③ 倪静：《论知识产权有效性争议的可仲裁性—对公共政策理由的反思》，载《江西社会科学》2012 年第 2 期。

的专利纠纷，如专利合同纠纷、专利侵权纠纷和专利权属纠纷等均可以提交仲裁解决。另外，法律需要明确和强调仲裁裁决效力的相对性，不对任何第三人产生拘束力。专利效力仲裁裁决独自美丽的同时，应加强与行政机关的合作与对接，及时获得行政机关的认可与支持。当两者结果不一致时，行政机关可以依一方当事人申请根据仲裁裁决修改登记，或者经当事人将仲裁结果通报给行政机关后，行政机关对该专利进行形式审查，保留最终决定权。虽然处于我国目前国情的考虑，专利效力仲裁任重道远，但站在长远的角度，又是大势所趋，我们必须改变现状，加强司法实践的统一，更好地促进我国知识产权仲裁制度的高效发展。

7.国际商事法庭诉讼与仲裁、调解机制衔接问题研究

沈旦 冯汉桥

摘要：文章对国际商事法庭诉讼与仲裁、调解机制衔接相关的问题进行了阐述，并对完善机制衔接提出了建议、进行了论证。阐述的主要问题包括衔接机制中的主体范围狭隘、机制衔接程序不完整、法庭对仲裁或调解的监督和救济不充分等。因此，文章认为应在以调解、仲裁为解纷优先选择方式、诉讼为解纷保障的宏观框架下，机制衔接中应纳入外国调解机构、律师、行业调解组织这些主体，增加庭审阶段、域外执行阶段的机制衔接设计，完善法庭对仲裁裁决审查的内容、规定明确的救济方式并注重仲裁、调解中第三人利益的保护。机制衔接问题的发现与解决有利于完善国际商事法庭“三位一体”纠纷解决机制。

关键词：国际商事法庭；诉讼；仲裁；调解；机制衔接

Abstract:This article expounds the issues of the litigation linking up with arbitration or mediation in China International Commercial Court(CICC) as well as gives and demonstrates the idea of how to perfect the mechanism linkage. The issues expounded embrace the range of subjects in mechanism linkage are too narrow, the procedure of mechanism linkage is incomplete, the supervision and relief on arbitration or mediation from CICC is deficient,etc.Thus, this paper suggests under the framework that arbitration and mediation are regarded as prior choices and litigation is regarded as a legal guarantee, in mechanism linkage ,more subjects ought to be brought into ,including foreign mediation organization,lawyer, industrial mediation organization;add mechanism linkage design in the trial stage and overseas execution phase; perfect the inspection on arbitration award and clearly specify the relief ways from CICC; and finally attach importance to the protection of the third person' interest . The issues discovered and solved in the mechanism linkage will perfect the trinitarian dispute resolution mechanism in CICC.

Keywords:CICC; litigation; arbitration;mediation; mechanism linkage

随着“一带一路”建设如火如荼地开展，国际商事纠纷势必日渐增多，高效、权威、低收费的纠纷解决机制成为迫切需要。国际商事法庭推进诉讼与仲裁、调解程序相衔接的机制建设，可以满足以下需求及实现重大价值。一是可以充分发挥各种纠纷解决方式的比较优势。

二是可以更好地救济当事人的权利，维护友好的商事关系。三是可以提升我国国际商事纠纷解决的公信力、影响，为“一带一路”建设提供有力保障。通过研究国际商事法庭相关的法律文件，比较中国国际商事法庭和外国知名国际商事法庭的异同，本文发现国际商事

法庭“三位一体”机制衔接存在一定不足。因此，非常有必要对国际商事法庭机制衔接中存在的问题进行细致探讨，探索解决问题的对策。

一、诉讼与仲裁、调解机制衔接的内涵

（一）诉讼与仲裁、调解机制衔接的界定

纠纷解决机制是一个社会为解决纠纷而建立的由规则、制度、程序和机构（组织）及活动构成的系统。纠纷解决机制的构成要素包括三方面：一是解纷主体，主要指作为第三方的机构、组织或个人，包括公力救济、社会救济和私立救济的各种国家机关、社会组织、共同体或民间力量。二是程序和手段，即纠纷解决的方式，包括裁决（判决、仲裁裁决）程序和协商（谈判、调解）程序两大类。三是纠纷解决的依据和规则，包括法律及习惯等各种民间社会规范。

狭义的纠纷解决机制主要指国家通过相关法律建构或界定的，由各种正式和非正式制度或程序构成的综合性解纷系统。广义的纠纷解决机制除此之外，还包括非制度化的临时性、个别性纠纷解决活动，以及民间社会自发形成的各种私力或自力救济。[①]本文的纠纷解决机制应是从狭义方面理解，即由中国国际商事法庭、国际商事法庭专家委员和最高人民法院选定的符合条件的国际商事仲裁机构、国际商事调解机构相互配合，将诉讼、仲裁、调解有机结合起来的一种纠纷解决机制（即“三位一体”多元化纠纷解决机制，出自最高人民法院的司法解释文件[②]）。它是多种纠纷解决机制的有机结合和互补，而不是简单的排列。由于诉讼审判机制除了解决解纷之外还承担着更为重要的社会功能，只有在纠纷解决这一层次上与其他纠纷解决方式发生功能互补，因此，多元化纠纷解决机制通常是以诉讼为主导或核心而构成并运行的。[③]“三位一体”机制也是以诉讼为主导或核心的，仲裁机构和调解中心是国际商事法庭的手和脚的延伸。[④]

进一步说，本文中所指的诉讼与调解、仲裁程序的“衔接”不仅仅是诉讼与仲裁、执行在程序上的衔接，还泛指商事纠纷解决中诉讼与仲裁、调解的结合，即多元化纠纷解决机制的衔接。从整个纠纷解决过程来看，诉讼与仲裁、调解程序的衔接不仅存在于法庭审理前、法庭审理中，还存在于包括域外执行阶段的国际商事法庭判决的执行阶段。

（二）诉讼与仲裁、调解机制衔接的依据

构建和完善“三位一体”机制衔接具有现实的可能性和依据。（1）理论方面，在中国特色社会主义市场经济条件下，有必要从真正的“当事人”主义的角度、大力提倡当事人的意思自治以及协作解决纠纷的精神，当事人选择仲裁或调解程序能充分体现这一点。从效益理念上讲，资源的合理高效分配是一个社会最为重要的问题，法律制度的设计应该建立在有利于促成和解的目标之上。（2）实践方面，随着我国诚信体系的建设和完善，社会成员的自治意识和自律意识增强，这为仲裁和调解的发展提供了社会基础。此外，我国近年来重视以多元化纠纷解决机制化解商事纠纷，发布了不少相关的指导政策和司法解释文件，为机制的衔接提供了政策和法律支持，如 2016 年《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》设定了“完善和解、调解、仲裁、公证、行政裁决、行政复议与诉讼有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制”的目标；又如 2018 年《最高人民法院关

---

① 范愉:《非诉讼程序（ADR）教程》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 9 页。
② 参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 11 条。
③ 范愉.《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 28 页。
④ 国际商事法庭 |CICC - 王承杰：国际商事争端解决机制的创新
http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/872.html2019 年 5 月 29 日最后访问。

于设立国际商事法庭若干问题的规定》讲到选定符合条件国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台。

总之，完善纠纷解决机制衔接是我国合理利用社会资源、彰显社会法治、维护当事人合法利益的关键。[①]当下，构建和完善国际商事法庭“三位一体”衔接机制不仅具有理论上的依据，还有国家政策和社会条件的支持。

二．机制衔接的主体问题

（一）法庭的主导资格问题

为依法及时公正审理国际商事案件，平等保护中外当事人的合法权益，营造稳定、公平、透明、便捷的法治化国际营商环境，服务和保障“一带一路”建设，依据相关法律和审判实际，设立国际商事法庭。为更好服务“海上丝绸之路”“路上丝绸之路”建设，我国在深圳和西安分别设立第一国际商事法庭、第二国际商事法庭，并由最高人民法院民事审判庭第四庭负责协调和指导两个国际商事法庭工作。设立国际商事法庭符合当今世界各国设立国际商事法庭的时代潮流，为涉外或国际商事纠纷的解决提供了新的途径。

法官是国际商事法庭的核心部分。为保证审判的权威、公正，目前国际商事法庭共任命了 14 名法官。[②]在这 14 名法官中，3 人具有硕士学历，11 人具有博士学历。他们毕业于国内知名法学院的民商法、诉讼法和国际法专业，具有较高的英文水平且大多数人还具有海外留学经历。有学者认为我国国际商事法庭的专业性、国际化水平不够，对吸引商事纠纷主体乏力，因此建议效仿新加坡国际商事法庭（SICC）和迪拜国际金融中心法院（DIFCC）的做法，聘请外国国籍的法官充实现有的法官队伍。本文认为此种方案在我国的可行性太低，因为国际商事法庭作为我国法院系统的组成部分，聘用外国法官将与我国现有的《法官法》相矛盾。[③]本文认为解决此问题有两种途径：一是培养本土具有国际视野、熟悉国际经贸规则、英文娴熟的高水平法官并加强本土法官与外国知名国际商事法庭的交流与合作，进一步提升业务水平。二是聘任港澳地区的法官充实现有的法官队伍。他们既是中华人民共和国公民，又能熟谙不同法系的规则和内容；既能避免与《法官法》相冲突，又能保证高质量的审判。

为了保障和促进国际商事法庭审判工作的顺利开展，支持诉讼、仲裁、调解多元化方式解决国际商事纠纷，国际商事法庭于 2018 年 8 月成立了专家委员会。专家委员会由来自世界各地的权威学者、律师、仲裁员等不同职业背景的资深人士组成。该委员会不仅可接受国际商事法庭委托为当事人解决商事纠纷提供调解服务，还可为法庭审理案件涉及的专门性法律问题提供意见、为最高人民法院制定相关司法解释及司法政策提供意见。[④]本文认为设立专家委员会是一种极具特色的创新做法，它弥补了国际商事法庭法官国际性、专业性方面的不足。

国际商事法庭主导着整个受诉案件的纠纷解决过程。2018 年 6 月 29 日，最高人民法院发布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《法庭规定》）。《法庭规定》明确规定国际商事法庭受理案件后，可以委托专家委员会进行调解或者是委托符合条件的国际商事调解中心调解并对调解结果进行审查，也可对批准的仲裁机构的仲裁裁

[①] [范愉.《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 626、628、634 页。

[②] 国际商事法庭 | CICC - 法官名录，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/19/151/index.html，最后访问日期 2019 年 6 月 3 日。

[③]《法官法》第 1 条第 1 款规定，担任中华人民共和国法官必须具有中华人民共和国国籍。

[④] 国际商事法庭 | CICC - 专家名录 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/234/index.html，最后访问日期 2019 年 6 月 3 日。

决审查后予以撤销或执行。[①]总之，国际商事法庭在充分尊重当事人意思自治的前提下，在“三位一体”的多元化纠纷解决机制中起着主导作用。国际商事法庭的多元化纠纷解决机制以诉讼为核心，由法院决定着纠纷处理的开始、进行和结束。国际商事法庭将商事调解、商事仲裁作为商事纠纷解决的优先程序，把法院的诉讼程序作为商事纠纷解决的最后一道防线和纠纷解决的保障。

（二）仲裁机构、调解机构等的资格问题

1. 仲裁机构的资格问题

为落实“一站式”纠纷解决平台的建设，配合国际商事法庭发挥多元化纠纷解决机制优势的目的，2018 年 12 月最高人民法院确认了首批纳入了国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁机构。[②]此批次纳入的仲裁机构有中国国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、上海国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会。这五家国内仲裁机构是我国仲裁机构中办理涉外商事仲裁业务最多，且在国际上也具有较高的知名度和公信力。首批纳入的仲裁机构符合《法庭规定》中“国内的”这一要求，但是从长远来看仅仅这五家仲裁机构无法满足域内国际商事仲裁的需求。国内仲裁机构相对于国外知名仲裁机构在影响力、公正性方面处于劣势，将导致纠纷当事人倾向协议选择外国仲裁机构解决纠纷。

因此，本文建议：一是在合适的时机将香港国际仲裁中心纳入“一站式”纠纷解决机制。香港国际仲裁中心不仅在籍属上满足“国内的”要求，还因其非常高的国际影响力和受欢迎度能吸引更多的商事纠纷当事人的信任。二是通过修改《仲裁法》纳入外国知名仲裁机构。我国之所以在《法庭规定》中明确限定纳入的机构必须为国内仲裁机构其原因在于担心外国仲裁机构在中国做出的判决为外国判决，导致国际商事法庭无法便捷、顺利对仲裁裁决进行审查。因为我国《民事诉讼法》第 283 条规定，推定适用仲裁管理机构的归属确定外国仲裁机构的籍属，[③]这与《仲裁示范法》《纽约公约》规定直接或间接采纳仲裁地标准认定仲裁裁决的籍属不一致。[④]虽然我国的 ADR 发展属于中间型，[⑤]采取既不积极发展也不消极对待的态度，我国也应及时修订《仲裁法》将仲裁地作为识别仲裁裁决国籍的唯一标准，为机制纳入外国仲裁机构提供法律依据。

2. 调解机构的资格问题

2018 年 12 月确认首批纳入国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事调解中心是中国国际贸易促进委员会调解中心和上海经贸商事调解中心。根据官网介绍，中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心是以调解的方式，独立、公正地帮助中外当事人解决商事、海事等争议的常设调解机构。截止访问时间，该中心共受理案件四千余件，调解成功率达到 80%以上。此外，该中心积极开展与其他国家调解机构的交流与合作。调解中心成立至今，已先后与德国、美国、英国、加拿大、香港、澳门、日本等多个国家和地区的相关机

[①] 国际商事法庭 | CICC - 最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定 http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/810.html，具体内容见《法庭规定》第 11-14 条，最后访问日期：2019 年 6 月 3 日。

[②] 最高法确定首批“一站式”国际商事纠纷多元化解决仲裁及调解机构-新华网 http://www.xinhuanet.com/2018-12/06/c_1123817222.htm，最后访问日期 2019 年 6 月 3 日。

[③]《民事诉讼法》第 283 条：“国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”

[④] 祁壮：《论国际商事仲裁的国籍属性》载《江西社会科学》2018 年第 9 期，第 197 页。

[⑤] 范愉.《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 135 页。

构签署了合作协议，建立了合作关系。2004 年初调解中心与美国公共资源中心共同组建了中美联合商事调解中心。[①]上海经贸商事调解中心经上海市商务委员会、上海市社团管理局批准，于 2011 年 1 月 8 日正式成立。作为独立第三方的商事调解机构，调解中心拥有一支熟悉国际、国内商事法律事务的专业团队，它将为国内企业组织以及在华的国际企业组织和机构的商事纠纷提供快捷、高效、经济、灵活的服务。[②]

由此，可以总结出纳入解纷机制的调解中心应具有以下特征：一是中心具有较高的中立性、独立性；二是中心具备处理国际商事纠纷的能力和丰富经验。同纳入的国际商事仲裁机构存在着相似问题，纳入的商事调解中心国际化、影响力还不够。那么国外的商事调解中心是否具备纳入国际商事法庭纠纷解决机制的资格？《法庭规定》表明国际商事法庭可以委托选定符合条件的国际商事调解机构调解，[③]这不同于纳入国际商事仲裁机构，调解机构达成的调解协议或和解协议不存在所谓的国籍属性问题。这意味着将来纳入的商事调解机构可以不限于中国国籍，可以吸引新加坡国际商事调解中心（SIMC）等知名的国际商事调解中心对接国际商事法庭“一站式”纠纷解决平台。

（三）其他主体的资格问题

《法庭规定》仅仅规定可委托专家委员会成员和选定符合条件的国际商事调解机构进行调解，并没有提到我国律师和行业协会也可参与调解，本文认为这是衔接主体规定的缺失，律师和行业协会应纳入国际商事法庭机制衔接的主体范围。

2016 年 8 月最高人民法院发布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷机制改革的意见》（以下简称《机制改革意见》）明确提出要推进律师调解制度建设。支持律师加入各类调解机构担任调解员或者在律师事务所设置律师调解员，充分发挥律师专业化、职业化优势。[④]因此，我国应选取一批优秀的涉外律师参与国际商事调解，该批律师须以挂靠律所或商事调解中心的形式提供服务。为保证入选的律师通晓国际规则、具有世界眼光和国际视野，入选的律师可参考司法部公布的全国千名涉外律师人才名单。[⑤]

外国律师是否具备参与域内国际商事纠纷调解的资格？本文认为是可准予的但需要采取一定的规制。我国《民事诉讼法》第 263 条规定外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。这说明纳入外国律师参与域内国际商事调解并不违反法律规定，但是我国需对外国律师的准入予以限制：一是借鉴新加坡的经验，[⑥]来中国从事商事调解业务的律师必须注册。二是对准入的外国律师进行数量限制以保障我国涉外律师行业的健康发展。

为推动国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制建设，本文建议对接的调解组织范围应扩大至行业调解组织。《机制改革意见》明确表示法院应加强同行业调解组织对接，发挥行业调解组织的专业化、职业化优势。人民法院可以与行业调解组织进行资源整合，推进建

[①] 中心简介 http://adr.ccpit.org/CH/AboutUs/edbd1deb-509a-4f78-a1e3-6b4f3efa528f.html，最后访问时间 2019 年 6 月 3 日。

[②] 中心介绍 http://www.scmc.org.cn/page67?article_id=70，最后访问时间 2019 年 6 月 3 日。

[③] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十二条规定：“国际商事法庭在受理案件后七日内，经当事人同意，可以委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构调解”。

[④] 人民法院报 http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2016-06/30/content_113509.htm，最后访问时间 2019 年 6 月 3 日。

[⑤] 司法部公布全国千名涉外律师人才名单 http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2019-03/21/gggs_231067.html，最后访问日期 2019 年 6 月 4 日。

[⑥] See aff61fdf-2404-4795-acbc-e41f1bd370a3 1..243 http://www.sile.edu.sg/pdf/Legal_Profession_Act_(Cap_161,_2009_Rev_Ed).pdf ,visited on June 8, 2019.

立“一站式”纠纷解决服务平台。[①]最高人民法院可批准一批高水准的行业调解组织与国际商事法庭对接。对于经行业调解组织调解达成的调解协议，应认定其具有民事合同的性质。当事人可以依据调解协议向国际商事法庭申请确认，法庭可制发调解书或判决书。当下我国行业调解存在中立性缺乏、行业调解协议效力较低、行业调解程序性规范缺失等问题，[②]因而需要相应的改革措施保障行业调解的健康发展。

三．机制衔接模式的选择与启动问题

（一）“法院-调解-法院”模式

国际商事法庭在受理案件后，可以委托调解，这属于进行审前调解。《法庭规定》第 12 条规定国际商事法庭在受理案件后七日内，经当事人同意，可以委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构调解。根据《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》（以下简称《法庭程序规则（试行）》）有关规定，原告同意审前调解的，予以登记、编号，暂不收取案件受理费；原告不同意审前调解的，予以正式立案。[③]如果案件进入审判前调解，案件管理办公室起诉材料送达被告人之日起七个工作日内召集当事人/委托代理人讨论确定审前调解方式和期限；当事人不同意审前调解的，确定诉讼程序时间表。当事人同意专家委员会审前调解的，可共同选择一至三名委员担任调解员；不能选定的，由国际商事法庭指定一至三名调解员。专家委员依据相关法律和《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》在各方自愿的基础上促成和解。专家委员主持的调解不公开进行，在遇到法定的四种情形时终止调解[④]。

此外，当事人也可同意并选定最高人民法院公布的国际商事调解机构进行调解。[⑤]若是国际商事调解机构主持的，应当依照相关的法律法规，遵守该机构的调解规则或者当事人协商确定的调解规则。经过以上调解程序，当事人达成调解协议的，由国际商事法庭审查后制发调解书；当事人要求发给判决书的，国际商事法庭可以制发判决书。若当事人未能达成调解协议或者终止调解的，应当正式立案并确定诉讼程序时间表。[⑥]《法庭程序规则（试行）》规定审前调解，充分尊重了当事人的意思自治，也发挥了国际商事法庭的主导作用，机制衔接紧密，值得肯定。

《法庭规定》表明在审前可进行委托调解，却没有明文规定在审判过程中可以进行调解，也没有规定滥用调解的对策及诉讼时效的问题，暴露出机制衔接的不完整性。《民事诉讼法》第 93 条规定人民法院审理民事案件时，根据当事人自愿的原则进行调解。调解应贯穿商事纠纷解决的整个过程，故本文建议将“法庭审判时可进行调解”加入《法庭规定》，这样才能充分保障当事人行使自治权利。此外，为避免案件当事人在调解中滥用程序，在达成调解协议后随意反悔或拒不履行协议，国际商事法庭可对不予执行人给予一定惩罚。最后，在国际商事法庭审判过程中当事人同意调解，那么此时调解是否会导致诉讼时效中断？本文认为调解会导致诉讼时效中断，依据《民法通则》第 140 条规定：“诉讼时效因提起诉讼当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断，从中断时起诉讼时效期间重新计算”。国际商事法庭审理中的调解可以看做是一方提出要求的方式。

[①] 同①，最后访问日期 2019 年 6 月 4 日。
[②] 熊跃敏、周杨：《我国行业调解的困境及其突破》载《政法论丛》2016 年第 3 期，第 147 页。
[③] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》，第 12 条。
[④] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》，第 22 条。
[⑤] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》，第 17 条。
[⑥] 参见《最高人民法院国际商事法庭程序规则（试行）》，第 23、24、25 条。

（二）“仲裁-（调解）-法院”模式

当事人依据仲裁协议可向最高人民法院选定的国际商事仲裁机构申请仲裁且在仲裁程序中可进行调解。依据《仲裁法》第 51 条，在仲裁庭做出仲裁前，可以先行调解。当事人自愿调节的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时做出裁决。调解达成调解协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等的效力。

在仲裁过程中，若一方当事人因另一方当事人的行为或其他原因，可能使证据灭失、裁决不能执行或难以执行的，可以依据《法庭规定》第 14 条向国际商事法庭申请财产、证据或行为保全。当事人向法庭申请撤销或执行仲裁裁决的，国际商事法庭依据民事诉讼法等有关法律规定进行审查。依据《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 37 条，人民法院对申请执行我国内地仲裁机构作出的涉外仲裁裁决案件的审查，适用《民事诉讼法》第 274 条的规定。故本文认为，国际商事法庭应依据《民事诉讼法》第 274 条对仲裁协议进行审查，即审查是否具有四种裁定不予执行的情形。[①]关于国际商事法庭对仲裁裁决审查方面的不足将在下文“法院对仲裁的监督”部分进行具体讨论。

（三）“法院-仲裁”模式

《法庭规定》第 17 条指出国际商事法庭作出的发生法律效力的判决、裁定和调解书，当事人可以向国际商事法庭申请执行。实际上，仅仅这样规定是不完整的，其无法保证法院判决在域外得到顺利进行。执行作为商事纠纷解决最后的环节，关系到整个纠纷解决的成功与否。我国法院做出判决和法庭审查确认调解协议或仲裁裁决在外国执行存在较大困难，因此需通过机制创新化解这一执行难。有学者建议借鉴 DIFCC 的做法，将法院判决转化为仲裁裁决通过《纽约公约》在缔约国得到执行，但是该种机制须满足一定的条件并且存在一定的风险。[②]还有学者建议委托调解后，在未请求法院予以确认或直接将争议提交调解中心的情况下，当事人也可选择经仲裁确认将调解协议转化为仲裁裁决进而根据《纽约公约》予以执行或者将委托调解达成的调解协议依据《新家坡公约》执行。[③]

本文认为上述两种建议均具有一定合理性，构建“法院-仲裁”模式具有可行性。第一种建议中将法院判决转化为仲裁裁决满足的条件不应这般严苛且无需对提到的风险过度担忧。另外，将法院判决转化为仲裁裁决到国外执行的优先性规定无须次于国际商事法庭判决在外国法院的执行，因为这有利于使具有判决同等效力的仲裁裁决能根据《纽约公约》得到快速承认和执行，能更好发挥多种纠纷解决机制的比较优势，也不会损害国际商事法庭在国际上的司法公信力，因为判决能够得到快速有效执行就是公信力的重要体现。这一构想也符合《纽约公约》第 1 条第 1 款：“因自然人或法人之间争议而产生，且在申请及执行地所在国以外之国家领土内作成的的仲裁裁决，其承认及执行适用本公约”。因此，本文认为只要是有效的仲裁裁决，无论是经国际商事法庭审查的仲裁程序中因调解而达成的和解协议还是经国际商事法庭审查的仲裁裁决，都依然可以转化为仲裁裁决优先通过《纽约公约》执行。

[①] 《民事诉讼法》第 274 条 对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；（二）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；（四）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

[②] 何其生课题组：《论中国国际商事法庭的构建》，载《武大国际法评论》2018 年第 3 期，第 24 页。

[③] 石静霞、董暖：《我国国际商事法庭的若干核心问题》载《西安交通大学学报（社会科学版），2019 年第 3 期，第 6 页。

关于能否通过《新加坡》公约执行？《新加坡公约》第 1 条第 3 款第 1 项规定："本公约不适用（a）以下和解协议（一）经由法院批准或系在法院相关程序过程中订立的协议；和（二）可在该法院所在国作为判决执行的协议"。本文认为法庭委托调解属于法院相关程序的一个环节，国际商事法庭委托调解达成的调解协议与《新加坡公约》中的调解协议内涵不一致、适用范围不符，故经法庭委托调解而达成的调解协议无法依据《新加坡公约》变通执行。

四．机制衔接中的证据问题

通常来说，国际商事调解中没有证据这一说法，而是代之以调解前准备程序中信息收集与交换以及调解会议阶段的当事人互相辩论。[①]《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》中涉及到调解的条款时也没有提到证据。不同于委托专家委员会调解，当事人同意最高人民法院指定的国际商事调解机构调解则需要准备证据事宜。例如，《上海经贸商事调解中心调解规则》第 8 条规定当事人申请调解时，在提交的调解申请书中须包含证据材料。《中国国际贸易促进委员会调解中心调解规则》第 9 条也明确规定当事人向调解中心申请调解需要提交适当的证据材料。

在仲裁程序中，当事人申请仲裁时需在仲裁书中载明证据和证据来源。证据在开庭时出示，当事人可以质证。若当事人能证明裁决所根据的证据上伪造的，当事人可以向法院申请撤销仲裁裁决。众所周知，当事人也可以选择在仲裁过程中调解，然而我国《仲裁法》中并未涉及到调解程序的证据问题。在涉及到事实判断、特别是在仲裁或调解程序中，应该通过法律规范，对当事人的证据交换义务和举证责任加以特别规定，以保证纠纷解决过程的顺利进行。[②]本文认为，《仲裁法》或选定的国际商事仲裁机构应对调解程序中的证据交换和举证责任加以补充规定。

依据《法庭程序规则（试行）》第 26 条的规定，调解记录及当事人为达成调解协议作出妥协而认可的事实，不得在诉讼程序中作为对其不利的根据，但是当事人均同意的除外。进入审判阶段，依据《法庭程序规则（试行）》第 27 条，法庭根据当事人的申请决定证人出庭、调查收集证据、委托鉴定、要求当事人提供证据、进行勘验、进行证据保全并组织证据交换。这一规定说明法庭在当事人同意的情况下，可以使用当事人在调解阶段提交的证据和质证的结论，这将大大缩短庭审时间，提高庭审效率。若调解协议或妥协认可的事实不能作为证据时，本文认为商事案件审判应该将证据的质证过程简单化，以实现商事纠纷解决快速、便捷、高效率的目标。正如有学者提到，对商事审判实行宽松的证据制度，可能是商事审判"柔性"一面最为核心的内容。[③]

五．法院对仲裁或调解的监督与救济问题

（一）法院对仲裁的监督与救济

国际商事法庭对仲裁的监督体现在对仲裁裁决的审查。国际商事法庭对仲裁裁决进行审查具体规定于《法庭程序规则（试行）》第 35 条。该条表明，当事人依照《法庭规定》第 14 条第 2 款的规定，对国际商事仲裁机构就标的额人民币三亿元以上或其他有重大影响的国际商事案件作出的仲裁裁决向国际商事法庭申请撤销或者执行的，应当提交申请书，

[①] 尹力.《国际商事调解法律问题研究》武汉大学出版社 2007 年版，第 139、142 页。
[②] 范愉.《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 436 页。
[③] 蒋大兴：《审判何须对抗——商事审判"柔性"的一面》载《中国法学》，2007 年第 4 期，第 131 页。

同时提交仲裁裁决书或者调解书原件。国际商事法庭应当立案审查，并依法作出裁定。当事人向国际商事法庭申请撤销或者执行《法庭规定》第 11 条第 1 款规定的国际商事仲裁机构作出的仲裁裁决的，国际商事法庭依照民事诉讼法等相关法律规定进行审查。这里依据的“相关法律规定”应为《民事诉讼法》第 274 条。通常情况下，法院对仲裁裁决的审查会出现三种结果，即执行仲裁裁决、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决。本文在此对不予执行仲裁裁决的情形着重予以阐述。

由上文可知，国际商事法庭依据《民事诉讼法》第 274 条对仲裁裁决中不予执行的情况进行了规定。然而，现有《法庭规定》中规定的仲裁裁决不予执行的情形却不够全面，体现在审查忽视对仲裁协议效力的认定、证据的审查和仲裁行为合法性的审查，故应借鉴《民事诉讼法》《仲裁法》的有关条款进一步完善。由于撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决考虑的情形相似，《法庭规定》没有“审查撤销仲裁裁决的情形”这一条款，避免了与不予执行仲裁裁决造成重复审查，值得肯定。

针对仲裁裁决审查存在的不足，本文建议：（1）法庭应增加对仲裁协议效力的审查。《法庭规定》可借鉴《仲裁法》第 58 条，将“裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的”纳入国际商事法庭不予执行仲裁裁决的范围。国际商事法庭是对国内仲裁机构的仲裁裁决进行审查时认定仲裁协议效力所适用的准据法，应依据如下规则：若当事人没有选择适用仲裁协议的法律，可以适用仲裁机构或仲裁地法律来确定仲裁协议效力，次之再选择适用法院地法即我国境内的法律对仲裁协议的效力做出认定。[①]（2）关于证据的审查方面，可借鉴《仲裁法》第 58 条之规定，将“裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”作为不予执行仲裁裁决的情形。（3）关于仲裁行为合法性审查，可借鉴《仲裁法》第 58 条“仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。”的规定。总之，仲裁协议效力审查、证据的认定、仲裁员行为审查也应一并纳入国际商事法庭对仲裁裁决审查的范围。同时，考虑到“一裁终局”是仲裁的特色和优势，法庭审查时也不宜过于严苛，尽量支持仲裁裁决。

最后，法庭对仲裁裁决是进行形式审查还是实质审查？本文认为，总结《仲裁法》《民事诉讼法》等相关规定可以发现，仲裁裁决的司法审查应限于程序性事项进行形式审查。[②]关于法庭撤销仲裁裁决的具体途径，《程序规则（试行）》并未具体规定。本文认为须对此加以规定以提供明确指导，建议国际商事法庭借鉴《仲裁法》第 60、61 条，[③]规定当事人申请撤销裁定的，国际商事法庭应当在受理撤销裁决申请之日起两周内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。法庭受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，法庭应当裁定恢复撤销程序。这里设定国际商事法庭做出裁定的时间是两周而非《仲裁法》规定的两个月，目的是为保证法庭审判的高效率。

若国际商事法庭裁定不予执行仲裁裁决，当事人该如何进行救济？《法庭规定》《程序

[①] 依据《仲裁法解释》第 16 条、《法律适用法》第 18 条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 14 条，确定准据法的原则是: 第一，当事人约定适用的法律; 第二，仲裁机构或仲裁地法律（《仲裁法解释》仅规定了仲裁地法律）; 第三，法院地即我国大陆的法律。

[②]《民事诉讼法》（2017 年修订）第 237 条规定，被申请人提出证据证明仲裁有下列情况之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行:（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;（四）裁决所根据的证据是伪造的;《仲裁法》 58 条规定，当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;（四）裁决所根据的证据是伪造的;

[③] 《仲裁法》 第 60 条，人民法院应当在受理撤销裁决申请之日起两个月内作出撤销裁决或者驳回申请的裁定。 第 61 条，人民法院受理撤销裁决的申请后，认为可以由仲裁庭重新仲裁的，通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁，并裁定中止撤销程序。仲裁庭拒绝重新仲裁的，人民法院应当裁定恢复撤销程序。

规（试行）》均未对此进行规定，不得不说是重大遗憾。本文认为，为保障当事人充分的救济权利，应该借鉴《民事诉讼法》第 237 条、《仲裁法》第 9 条第 2 款的规定，即仲裁裁决被国际商事法庭裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向法庭起诉。由于近年来虚假仲裁在我国出现日益增多的趋势，为充分保障第三人利益，申请不予执行的主体应扩大。[①]国际商事法庭也可参考《仲裁裁决执行规定》第 9 条、18 条、第 22 条第 3 款的规定，[②]进一步明确不予执行的程序条件、实质审查标准和救济权利。

（二）法院对调解的监督与救济

法院对调解的监督体现在《法庭规定》第 13 条、《法庭程序规则（试行）》第 24 条。《法庭规定》第 13 条规定，经国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构主持调解，当事人达成调解协议的，国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书；当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。《法庭程序规则（试行）》第 24 条规定，经专家委员或者国际商事调解机构主持调解，当事人达成调解协议的，国际商事专家委员会办公室或者国际商事调解机构应在三个工作日内将调解协议及案件相关材料送交案件管理办公室，由国际商事法庭依法审查后制发调解书；当事人要求发给判决书的，国际商事法庭可以制发判决书。

然而，国际商事法庭对调解协议如何审查未进行具体规定。本文认为国际商事法庭对调解协议的审查应是对其材料进行形式审查。若符合审查条件的，国际商事法庭制发调解书或判决书。若不符合审查条件的，如在调解中，当事人的意思表示存在重大误解、欺诈、胁迫或显示公平等情形时，应允许当事人向原审法院提起申诉，请求法院撤销错误的司法确认裁定。[③]因此，若调解不符合审查条件，应允许当事人向国际商事法庭申请撤销制发的裁定书或判决书。《法庭规定》第 16 条亦有相关规定，即“当事人对国际商事法庭作出的已经发生法律效力的判决、裁定和调解书，可以依照民事诉讼法的规定向最高人民法院本部申请再审。最高人民法院本部受理前款规定的申请再审案件以及再审案件，均应当另行组成合议庭。”由于是双方当事人是在审前调解无果后采取的救济方式，故应由国际商事法庭按照一审程序进行审理。

不可忽视的是，若双方当事人进行虚假调解，这很有可能会损害案外人的利益。案外人的权利救济十分重要，然而检查机关当下却无权对之提起抗诉以救济。因此，我国应完善相关立法，赋予检查机关广义的民事监督权，赋予检查机关对普通虚假调解案件的抗诉权。[④]此外，《民事诉讼法》第 56 条规定，第三人认为调解书侵害其民事权益的，可向作出

[①] 沈伟：《我国仲裁司法审查制度的规范分析——缘起、演进、机理和缺陷》载《法学论坛》，2019 年第 1 期，第 123 页。

[②] 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第 9 条，案外人向人民法院申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书的，应当提交申请书以及证明其请求成立的证据材料，并符合下列条件：（一）有证据证明仲裁案件当事人恶意申请仲裁或者虚假仲裁，损害其合法权益；（二）案外人主张的合法权益所涉及的执行标的尚未执行终结；（三）自知道或者应当知道人民法院对该标的采取执行措施之日起三十日内提出。第 18 条，案外人根据本规定第九条申请不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书，符合下列条件的，人民法院应当支持：（一）案外人系权利或者利益的主体；（二）案外人主张的权利或者利益合法、真实；（三）仲裁案件当事人之间存在虚构法律关系，捏造案件事实的情形；（四）仲裁裁决主文或者仲裁调解书处理当事人民事权利义务的结果部分或者全部错误，损害案外人合法权益。第 22 条第 3 款，人民法院基于案外人申请裁定不予执行仲裁裁决或者仲裁调解书，当事人不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议；人民法院裁定驳回或者不予受理案外人提出的不予执行仲裁裁决、仲裁调解书申请，案外人不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

[③] 胡军辉、赵毅宇：《论司法确认裁定的既判力范围与程序保障》载《湘潭大学学（哲学社会科学版）》，2018 年第 4 期，第 39 页。

[④] 许志鹏：《虚假调解检察监督实务探讨》载《人民检察》，2014 年第 10 期，第 27 页。

该判决、裁定、调解书的法院提起诉讼来救济权利。[①]因此，本文认为《法庭规定》应增加第三人或案外人进行救济的条款以维护其合法利益。

结语

现有的司法解释《法庭规定》《法庭程序规则（试行）》等对国际商事法庭诉讼与仲裁、调解的衔接进行了规定，为商事纠纷的解决提供了有益指导，但是机制衔接上还存在不足。不足之处体现在机制衔接中的主体范围过于狭隘、在法庭审理阶段和域外执行阶段的机制衔接规定缺失、法庭对仲裁裁决的审查内容不完整、当事人以及第三人的救济方式也缺乏明确规定。为了完善机制衔接、提升国际商事法庭“三位一体”纠纷解决机制的功效，本文认为在充分尊重当事人的意思自治及处分权，发挥法庭主导作用前提下，机制衔接中应该扩大对接的仲裁机构、调解主体的范围，支持主体的中立立场；在执行阶段通过《纽约公约》变通执行法庭判决，扩大法庭对仲裁裁决的审查范围以及明确规定当事人、第三人的救济方式。此外，也应理性对待诉讼、仲裁和调解三种纠纷解决方式各自的固有属性及存在的不足，促进诉讼与仲裁、调解之间的融合与互补，避免对峙。

18.第三方资助国际仲裁合法性与信息披露研究[②]

孙珺 王雨蓉

摘要：随着世界各地的第三方资助国际仲裁的兴起，问题也不断暴露。合法性与信息披露是不容忽视且值得研究的问题。随着时代的发展，顺应市场的需求，第三方资助在国际仲裁中完成了从非法到合法的演进。为了保障仲裁的公正性，有必要对第三方资助国际仲裁进行信息披露。在第三方资助国际仲裁中，只需披露存在第三方资助的情形及资助方的身份，而无需披露第三方资助协议的具体内容。

关键词：第三方资助 国际仲裁 合法性 信息披露

Abstract：With the rise of Third Party Funding (TPF) for international arbitration around the world, problems have also been exposed. Legitimacy and information disclosure are problems that cannot be ignored and worth studying. With the development of the times and responding to market demand, TPF has evolved from illegal to legal in international arbitration. In order to safeguard the impartiality of arbitration, it is necessary to disclose information on international arbitration funded by third parties. During TPF international arbitration, it is only necessary to disclose the existence of TPF and the identity of the funder, without disclosing the specific content of the TPF agreement.

Keywords：Third Party Funding；International Arbitration；Legitimacy；Disclosure of Information

引言

[①] 《民事诉讼法》第 56 条，对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。

[②] 本文为河海大学中央高校基本科研业务费项目（编号：2015B03914）的阶段性成果。

2016 年 5 月 19 日，由贸仲委香港仲裁中心组织专家起草的《第三方资助仲裁指引》征求意见稿在香港发布。[①]一年多后，2017 年 9 月，贸仲委香港仲裁中心发布了中英双语的《中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心第三方资助仲裁指引》（China International Economic and Trade Arbitration Commission Hong Kong Arbitration Center Guidelines for Third Party Funding for Arbitration）[②]。其中，第 1.6 条规定："本指引可被引称为《贸仲香港第三方资助仲裁指引》。（The Guidelines may be cited as CIETAC Hong Kong TPF Guidelines.）"。以下简称：《指引》（Guidelines）。该《指引》（Guidelines）是关于第三方资助仲裁的指导性文件，不是强制性规范。

《指引》（Guidelines）第 1.2 条指明："本指引所指的资助源于自然人或法人（"资方"）。资方对一个仲裁案件享有的或将享有的、获法律认可的利益仅源于其与该仲裁案件一方的仲裁当事人（"受资方"）的有关安排。基于该安排，资方向受资方直接或间接提供资金或其他实质性的支持，以期获得仲裁裁决带来的直接经济利益。（Under the Guidelines, Funding arises when a person or entity who does not, or will not, have an interest recognized by law in the arbitration other than under the funding arrangement ("Funder") contributes funds directly or indirectly, or provides other material support to a party in arbitration ("Funded Party") and has a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration.）"

接着，《指引》（Guidelines）第 1.3 条列明了不必然构成"资助"的行为：下述行为不必然构成本指引所指的"资助"：（1）集团公司成员之间的资金支持；（2）仲裁当事人购买保险；及 / 或（3）仲裁当事人迟延支付、或通过风险代理模式支付法律服务费用。（Funding under the Guidelines may not be taken to be provided merely because a party arranges financial support from a group company; procures insurance; and/or obtains legal services on a deferred payment or contingency fee basis.）"

一、第三方资助国际仲裁的内涵与发展

（一）第三方资助的内涵

Willem H. van Boom 在其论述国际投资仲裁 TPF 的文章中将 TPF 定义为在投资仲裁程序中的索赔方与在仲裁中无既存利益的一方之间的一份合同（a contract between a claimant in an investment arbitration procedure and a party who has no pre-existing interest in the arbitration.）。参考前述《指引》（Guidelines）的内容，可以进一步理解第三方资助（Third Party Funding，简称 TPF）的内涵，TPF 是指与争议当事方无关的第三方自然人或法人（资助方）向仲裁当事一方（受资助方）出资资助其仲裁程序中产生的各种费用，包括仲裁员报酬、仲裁机构管理费、调查费、法律顾问报酬、律师费、专家证人费、鉴定费等，以期获得仲裁裁决带来的直接经济利益。若受资助方胜诉，资助方按照约定的比例分享胜诉收益；若受资助方败诉，受资助方也无需向资助方支付任何费用。

学界对 TPF 的范围剖有争议，在国际上，有学者将 TPF 分为狭义 TPF 和广义 TPF。狭义 TPF 不包括保险以及律师按判决金额的收费等，仅局限于由专门的投资公司提供的资助而已；广义 TPF 则包括保险以及律师按判决金额的收费。从上述《指引》（Guidelines）第 1.2 条和第 1.3 条的内容可见其采纳的是狭义 TPF。

（二）第三方资助国际仲裁在相关国家及地区的发展

TPF 国际仲裁具有许多优势，其中最重要的优势在于资助方提供资金使得仲裁程序得以顺利进行。这也助推了 TPF 国际仲裁在相关国家及地区的迅速发展及应用。

1.新加坡

新加坡司法部于 2011 年向公众征询《国际仲裁法》修订意见时正式提出了能否在国际

[①] http://www.cietachk.org/portal/mainPage.do?pagePath=\zh_CN\news\479fe47b9d625a7f001&siteSearch=search&searchContentTitle=%E7%AC%AC%E4%B8%89%E6%96%B9%E8%B5%84%E5%8A%A9，2019-06-03 访问。

[②] http://www.cietachk.org/portal/siteSearch.do?pagePath=\zh_CN\index，https://hkarbitration.files.wordpress.com/2017/09/cietac-hk-tpf-guidelines.pdf，2019-06-03 访问。

仲裁领域将 TPF 合法化的问题。[①]2017 年 1 月 10 日，新加坡议会最终通过了《民法（修正）法案》，废除了助讼与帮讼分利的侵权责任，为 TPF 国际仲裁的发展清除了障碍。同时，新加坡采取了以下三方面的措施对 TPF 确立了“有限但有针对性”（limited but targeted）的规制模式：（1）授权新加坡法律部进行补充性立法，对资助方须具备的条件、可适用 TPF 的纠纷解决程序的类型、规范资助方及被资助方的行为等问题进行补充性立法，并对违反补充性立法的后果做出规定；（2）修订了《法律执业法》和《法律执业规则》，明确律师可以向客户推荐资助方，但不得借机谋求正常法律服务费用之外的推荐费等好处；（3）新加坡国际仲裁中心还发布了新版《投资仲裁规则》，主要规定了当事人的披露义务。

2.中国香港

几乎同时，中国香港也在寻求 TPF 的合法化。2013 年 6 月，香港首席大法官和律政司司长要求香港法律改革委员会就 TPF 合法化问题进行评估，后者为此设立了 TPF 仲裁分委会，负责报告的起草和公众意见的征询。2016 年 10 月，香港法律改革委员会就 TPF 仲裁提交了最终报告，香港律政司据此向香港立法会提交了修改香港《仲裁条例》和《调解条例》的动议。2017 年 6 月 14 日，香港立法会“三读”通过了《2016 年仲裁及调解法例（TPF）（修订）条例草案》，确认了 TPF 仲裁不违反“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty）。香港新修订的《仲裁条例》确立了两大规制措施：（1）由授权机构起草“TPF 仲裁操作守则”；（2）《仲裁条例》确立了被资助方的披露义务。[②]

3.欧美地区

在英国，进入 21 世纪之后，法院不断通过有关 TPF 的案例来确立 TPF 的合法性。在美国，由于是联邦制国家，各州对 TPF 的规定有所不同。总体而言，美国对 TPF 的态度与国际上其他国家是一致的，越来越多的州最高法院明确支持 TPF。目前，大部分的州都允许诉讼资助的存在。在法国，有一起关于由一家德国基金出资的 TPF 协议的强制执行案，凡尔赛上诉法院于 2006 年虽然以无司法管辖权为由推翻了下级法院做出的强制执行裁决，但上诉法院并没有质疑下级法院对 TPF 协议有效性的判定。可以推定，法国上诉法院默认了 TPF 的合法性。[③]

二、第三方资助国际仲裁合法性研究

（一）第三方资助国际仲裁合法性障碍

如果类比适用传统英美普通法系的相关规则，TPF 国际仲裁是不被允许的，因为英美法系中有“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty），禁止案外资金介入诉讼程序。

在历史上，英美普通法系对资金介入民事司法系统是很反感的，“禁止助讼与帮讼分利规则”限制利用外部资金来资助诉讼，担心这会“玷污司法的纯粹性”。“助讼”是指由与案件无关的案外人支援诉讼的情形，含有“强行干预诉讼”之意；“帮讼分利”又译作“包揽诉讼”，属于助讼的一种形式，兼具“参与诉讼”和“分享诉讼成果”之义。出于司法公正性的考虑，在英美普通法系国家，这两种行为曾经都是被禁止的。如果将“禁止助讼与帮讼分利”这项诉讼中的规则类比适用于仲裁，那么，对于 TPF 国际仲裁是否具备合法性的问题，恐怕回答未必都是肯定的。

不过，究其本源，可以发现，英美普通法系中的这项诉讼规则的产生是有其时代背景

[①] Singapore Ministry of Law，Review of the International Arbitration Act：Proposals for Public Consultation，para.32，2011，available at https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/assets/documents/linkclickf651.pdf， visited on June 8th, 2019.

[②] 唐琼琼：《第三方资助纠纷解决规制模式的国际经验及思考》，载《上海财经大学学报》，2018 年第 6 期，第 146 页。

[③] 宋锡祥、吴瑶芬：《国际商事仲裁第三方资助利益冲突的合理规制及其借鉴意义》，载《海峡法学》2018 年第 2 期，第 74 页。

与历史根源的。“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty ）产生于奴隶制和封建制社会时代，当时的司法体制很不健全、法治资源相当匮乏，为了防范诽谤、滥诉，设立了这一诉讼规则来抑制争讼案件的数量。当今时代发生了重大变化，司法体制及法制环境更加健全、不断完善，而且法治资源逐渐丰富。与过去相比，公众在争议解决方面的需求差异性增强。而且，纵观晚近司法实践，“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty ）已逐渐被抛弃。

（二）第三方资助国际仲裁从非法到合法的演进

近年来，澳大利亚、英格兰和香港等地法院先后打破了“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty ）的禁锢，在司法判决中确认 TPF 的合法性，甚至出台了关于 TPF 国际仲裁的指引，例如前述《贸仲香港第三方资助仲裁指引》（CIETAC Hong Kong TPF Guidelines），进一步在仲裁实践中赋予了 TPF 相应的合法性。随着 2008 年金融海啸而来的破产潮与资金荒加剧了当事人对于争议解决费用的需求，资助仲裁的 TPF 机构迅速从澳洲发展到英国、美国，并在拉美、亚太和欧盟等区域的仲裁案件中有所应用。[①]根据英国学者 Stavros Brekoulakis 在其 2016 年论及 TPF 时的统计数据，至少有 40%的国际投资仲裁案件是有 TPF 的。[②]

一方面，由于英美普通法系国家在司法实践中打破了“禁止助讼与帮讼分利规则”（rules prohibiting maintenance and champerty ）的禁锢，认可了 TPF 相应的合法性；另一方面，大陆法系国家并未见类似禁锢。可以说，随着时代的发展，顺应市场的需求，TPF 在国际仲裁中完成了从非法到合法的演进。

三、第三方资助国际仲裁信息披露研究

虽然 TPF 国际仲裁在各国各地区得以认可并迅速发展，但问题也在所难免。其中，关于 TPF 信息披露的问题涉及仲裁的公正性与保密性，是 TPF 国际仲裁中不容忽视且值得研究的问题。

在不违反相关披露规定的情况下，获得资助的仲裁当事方往往不会选择对仲裁庭及另一仲裁当事方披露 TPF 这一事实。TPF 公司通常也持同样的态度，并不愿意让自己参与仲裁的这一事实被仲裁庭及另一仲裁当事方所知悉。就连作为诉讼及仲裁中 TPF 产业最为发达的国家之一的英国，其专门针对诉讼及仲裁中 TPF 的守则，也并未提及有关强制披露义务的条款。[③]即使有关于披露义务的规定，大多也是就当事方的披露义务所做的规定。在“Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti vs. Turkmenistan”案中，仲裁庭于 2015 年 6 月 12 日在案件审理过程中，发布了第 3 号程序命令，要求投资者说明：“在本案中，是否存在 TPF 的情形。如果投资者获得 TPF，则应向仲裁庭披露 TPF 的名称。同时也要披露投资者与 TPF 机构之间资助协议的情况，包括投资者获得仲裁胜诉裁决后的收益分配情况。”[④]该命令是 ICSID 历史上第一个要求当事人披露 TPF 情况的命令。[⑤]

[①] Chiann BAO，“Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter”，(2017) 34 Journal of International Arbitration 387，p. 395; Matthew Secomb，Philip Tan，Thomas Wingfield，“Third Party Funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in Regulation”，(2016) Vol. 2016 Issue 4 Asian Dispute Review 182，p. 183，转引自侯鹏：《商事仲裁中的第三方出资及其规制》，载《国际法研究》2018 年第 5 期，第 90 页，脚注 2。

[②] Stavros Brekoulakis: The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report, (2016) Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/, visited on June 8th, 2019.

[③] 张亮、杨子希：《第三方资助国际仲裁的披露义务规则研究》，载《武大国际法评论》2019 年第 2 期，第 115 页。

[④] Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. vs. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6. Procedural order NO. 3, para. 13.

[⑤] 肖芳：《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路———以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景》，载《政法论坛》2017 年第 6 期，第 71 页。

（一）信息披露的必要性

1.仲裁中的身份重合现象

仲裁有别于诉讼的一大区别，就是由双方当事人选定的仲裁员不具有专职性。仲裁员是来自各行各业的专业人士，国际商会曾在一份出版物中提及，大多数国际商会的仲裁员都是律师或大学教授。通常，仲裁程序结束，仲裁裁决做出后，仲裁庭即告解散。这也就意味着仲裁员只是特定个案的裁判者，不构成一种与职业相关的身份。换言之，仲裁员具有非专职性。严格地讲，除非被选为具体案件的仲裁员，名册上的“仲裁员”并不构成真正意义上的仲裁员。[①]此外，仲裁员、律师和专家证人的身份冲突极易引发潜在的利益纠葛，从而影响仲裁的公正性和独立性。据 Langford 等人对 1039 起 ICSID 案例以及 3910 位从业者研究显示，在国际投资仲裁中存在“旋转门”（revolving door）现象，即在出任仲裁员次数最多的 25 名仲裁员、代理案件最多的 25 名律师和担任专家证人次数最多的 25 名专家名单中，出现了不少身份重合的现象。[②]例如，在 Salini vs. Jordan 案中，由于东道国约旦指派的仲裁员曾在另一起涉及本案投资者的案件中担任过该投资者的代理人，对此，投资者提出质疑，被质疑的仲裁员最终选择辞职。[③]

2. 第三方资助国际仲裁中仲裁员与资助方的关联性

在 TPF 国际仲裁中，更易产生各种利益纠葛。OECD 一份文件指出，TPF 机构经常参与到仲裁业内的活动，而且长期与国际投资仲裁的律师们保持密切联系。这种情况在实践中的表现就是，在一个 TPF 国际仲裁案件中，当事一方选任的仲裁员其本身的身份可能与资助方存在一定的关系，且被资助方国际仲裁案件的另一当事方。由于这种关系的存在，可能导致仲裁员裁决的公正性和独立性受到怀疑，而仲裁员的公正性和独立性不仅是对仲裁程序的重要保证，在观念上也一直被视为仲裁法的基石之一。更为严重的后果可能是，在这种情况下所做出的裁决极有可能因为仲裁员的公正性和独立性的缺乏而被撤销。

TPF 国际仲裁中仲裁员与资助方之间的关联性可能引发各种利益纠葛，从而影响仲裁的公正性。因此，有必要进行信息披露。

仲裁员的披露义务是保证仲裁员公正独立审理案件的前提，在没有 TPF 的仲裁中，仲裁员依然承担相应的披露义务。TPF 介入后，可能存在的潜在利益纠葛就更加复杂，因此对 TPF 国际仲裁的披露要求相应会提高。仲裁员不仅应当披露其与双方当事人存在的可能影响其公正性与独立性的利益关系，而且还应当披露其与资助方之间存在的利益关系。

（二）信息披露的范围

理论上，仲裁员的披露义务是一项基本原则，仲裁员不仅应当披露其与双方当事人之间存在的、可能影响其仲裁公正性的利益关系，还应当披露 TPF 的存在、与资助方之间存在的利益关系。虽然由于 TPF 使得一些原本无法启动的仲裁程序得以顺利启动，但是资助方毕竟不是仲裁程序的当事方。因此，对于 TPF 的披露范围，一般认为被资助方应当向仲裁庭和另一仲裁当事方披露存在 TPF 以及资助方的基本信息。至于是否需要对 TPF 协议的内容予以披露，就目前仲裁实践来看，对此并无硬性要求。

一方面，信息披露所提供的透明度加强了仲裁的合法性与公正性的同时；另一方面，鉴于仲裁的保密性，如果广泛的信息披露使得仲裁高度透明，乃至让公众参与到仲裁员的选任过程当中，这也有违仲裁的本质。因此，要通过制定相关规则来掌控仲裁过程中的信息披露程度与透明度水平。在 TPF 国际仲裁中，可以考虑，不仅仅是由己方去选择自己的仲裁员，对方也应当了解己方仲裁员选任的过程及仲裁员的相关背景，以利于仲裁各方在选任仲裁员过程中尽早获悉相关仲裁员与资助方的关联性，将可能影响仲裁公正性的各种

[①] 于湛旻：《论国际投资仲裁中仲裁员的身份冲突及克服》，载《河北法学》2014 年第 7 期，第 139 页。

[②] See Malcolm Langford, Daniel Behn & Runar Hilleren Lie, The Revolving Door in International Investment Arbitration, 6 Journal of International Economic Law 301-332（2017），转引自张亮、杨子希：《第三方资助国际仲裁的披露义务规则研究》，载《武大国际法评论》2019 年第 2 期，第 106 页，脚注 2。

[③] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A vs. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision of the Tribunal on Jurisdiction of 9 November 2004, para. 9

利益纠葛扼杀在萌芽状态。

关于信息披露的范围，关键的争论焦点在于：是否仅仅披露存在 TPF 即可，还是也要披露 TPF 协议的部分或全部内容。考虑到信息披露的根本宗旨在于确保仲裁的合法性与公正性，披露 TPF 信息是为了避免仲裁员与资助方的关联性可能引发的各种利益纠葛。那么，只要知晓资助方是谁即可，据此足以判断上述关联性。不必知晓 TPF 协议的具体内容，就可以判断资助方是否与仲裁员有关联性。因此，在 TPF 国际仲裁中，只需披露存在 TPF 的情形及资助方的身份，而无需披露 TPF 协议的具体内容。

（三）信息披露与保密义务

1. 第三方资助国际仲裁保密性问题

在国际仲裁中，一旦 TPF 介，保密性问题则要从以下两个层面来理解：（1）律师对当事方的保密义务是否对资助方适用的问题；（2）资助方与被资助方签订的 TPF 协议的保密性问题。就前者而言，资助方在决定是否进行资助时，必然要对相关案件进行尽职调查，就会获取案件信息，有时对案件信息的获取甚至处于一种持续性状态。假如案件信息落入不恰当的人手里被滥用，就可能对案件的解决产生负面影响。因此，是否要求资助方对被资助方承担保密义务，是一个需要慎重考虑的问题。就后者而言，与前述关于信息披露范围的界定相一致，除了是否存在资助以及资助方的名称等信息外，其他有关 TPF 协议的内容都应予以保密。[①]

2.《贸仲香港第三方资助仲裁指引》（CIETAC Hong Kong TPF Guidelines）相关规定

《指引》（Guidelines）第 2.5 条规定："保密义务：寻求资助的仲裁当事人参与协商拟签订的资助协议有关条款时，特别是当面对有资助 意向的资方或资方的律师要求其根据拟签订的资助协议进行资料披露、或表示将依据披露的信息以 决定是否资助时，应注意与仲裁案件有关的协议或适用法律中所涉保密义务。"（Confidentiality: A party seeking Funding should, in applying for or negotiating the terms of any prospective Funding Agreement, consider the effect of any applicable confidentiality provisions or laws. In particular, it should give consideration to any disclosure, relating to the proceedings, which a prospective Funder and/or its legal adviser may require pursuant to its decision to fund, or under the prospective Funding Agreement.）"

《指引》（Guidelines）第 2.6 条规定："保密协议：寻求资助的仲裁当事人应考虑与有资助意向的资方或资方的律师达成保密协议，以进 一步保护其披露的资料的保密性。"（Non-disclosure agreement: To further protect the confidentiality of information disclosed to any prospective Funder and/or its legal adviser, a party seeking Funding should also consider entering into a non-disclosure agreement with the prospective Funder and/or its legal adviser.）"

《指引》（Guidelines）第 2.7 条规定："保密特权及披露：寻求资助的仲裁当事人应考虑到与有资助意向的资方或资方的律师的通讯有可 能在仲裁程序中被要求披露。如有必要，寻求资助的仲裁当事人在向有资助意向的资方或资方的律 师提供任何保密性的资料前，应事先独立咨询相关法律意见。"（Privilege and disclosure: A party seeking Funding should consider whether communications between itself and any prospective Funder and/or its legal adviser may be disclosable in subsequent proceedings. If necessary, a party seeking Funding should take independent legal advice before providing any potentially confidential information to the prospective Funder and/or its legal adviser.）"

[①] 覃华平：《国际仲裁中的第三方资助：问题与规制》，载《中国政法大学学报》2018 年第 1 期，第 60-61 页。

19.我国涉自贸区仲裁中的“涉外性”认定

汤霞

摘要：传统的涉外认定标准已无法满足自贸区仲裁的新要求，我国司法实践对这一认定标准进行了有益补充。我国法院在涉自贸区仲裁案件中对涉外性的认定仍以传统的主体、客体和法律事实标准为依据，对《涉外法律适用法司法解释》中“其他情形”的解释也是在三要素范围内进行，具体表现在：主体范围的扩大、履行客体内涵的扩充、法律事实认定时间的延长。我国当前仲裁制度和立法还有待完善，过于宽泛的认定标准可能冲击我国的本土仲裁制度，应对涉外认定标准进行适当限制。法官应甄别当事方人为制造的“虚假涉外”情形，在认定涉外时系争民商事关系要与外国有实质联系，发挥自由裁量权时要合理有据。

关键词：自贸区；仲裁；涉外性；限制

为了进一步深化改革和加快制度创新，我国于 2016 年 9 月在原有的上海、广东、天津、福建四个自贸区的基础上又新设立了 7 个。从我国自贸区的定位来看，其担负的重任是推进全国改革和制度、政策创新，并发挥示范、服务全国的排头兵作用。为了实现贸易便利化以及投资自由化等目标，国务院出台了多项改革方案，为自贸区建设提供政策支持。最高法院也于 2016 年 12 月出台了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（以下简称《自贸区意见》），为给自贸区内的企业更多的争端解决方式的选择权而加大了对仲裁的支持力度，尽量认定仲裁协议效力，以扩大仲裁在解决纠纷中的管辖范围。[①]该意见便利了当事方灵活选择争议解决方式，不仅有利于我国自贸区吸引外资，而且也助益于我国商事仲裁制度的国际化。随着我国自贸区建设的稳步推进和与国际接轨的决心日益高涨，自贸区内的当事方将争议提请境外仲裁机构仲裁的需求也与日俱增。根据我国现行立法和司法解释规定，当事方将合同争议提请境外仲裁的关键是该系争民商事关系具有涉外因素。涉外因素的认定对当事方提起境外仲裁至关重要。我国自贸区内民商事关系涉外性的认定因自贸区而具有特殊性，传统的三要素标准已无法适应自贸区内认定涉外因素的新实践，也不利于发挥我国自贸区为外商提供多种救济方式的政策优惠。由此，改革自贸区内传统的涉外性认定标准极为必要。

一、我国认定民商事关系“涉外性”的学说与立法

我国关于民商事关系涉外性认定的理论最早移植于日本，但因当时中国处于农耕文明时期，涉外民商事关系理论适用范围极为有限，后因政权更迭被搁置。建国初期，我国国际私法学者深受苏联国际私法学者[②]的影响，采用传统的三要素标准来认定民商事关系的涉外性，即民商事关系的主体、客体和内容至少有一个要素与外国有联系。该标准的特征是明确列举民商事关系涉外的情形，具有确定性和可预见性，法官适用时较为简便。如《俄罗斯联邦民法典》第 1186 条规定的有外国法人参加的、标的物位于外国等涉外因素的情形，以及越南、亚美尼亚等国家也采用法律关系要素标准来界定民商事关系的涉外性。我国最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）第 178 条的规定，严格以这三个要素来认定涉外的标准。

---

① 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，法发[2016]34 号。

② 如苏联学者隆茨认为，民商事关系的涉外性包括三种情形：主体是外国公民或外国法人，客体位于国外，产生该民商事关系的法律事实发生在国外。

这种明确列举的标准虽为法官审判案件提供了便利，但无法涵盖现实中的所有情形，难以适应日新月异的发展形势。从英美法系国家国际私法学者的学说来看，他们倾向于主张案件只要与外国或一个以上法域有联系即可认定为“涉外”，如英国学者莫里斯认为，英格兰法中的“外国因素”是除该法以外的与案件有联系的任一体系的法律。德国学者马丁•沃尔夫主张，当事方在外国有住所或拥有外国国籍，或者事实的发生或效果及于外国，即可认定为“涉外”。近年来陆续有学者提出了法官决定说、当事人决定说等。前者如在美国冲突法革命的影响下，法官选法时不再预设单一的连接因素，而是综合考虑法律关系各要素来决定。后者如法德等国出现的“选择性冲突法理论”，赋予当事方决定民商事关系涉外的权利。近年来，随着涉外案件的日益复杂化，我国对涉外因素的认定标准也呈放宽趋势。因《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》未涉及涉外性的认定，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《涉外法律适用法司法解释》）第 1 条以及《最高人民法院关于<民事诉讼法>若干问题的意见》第 522 条专门规定了涉外民商事关系的情形。二者的规定基本相似，都以法律关系要素标准为判断涉外因素的基本出发点，但亮点是都增加了经常居所地这一连接点来确定主体是否涉外，并规定了涉外民商事关系的兜底条款[①]，赋予法官自由裁量权，增加了法律适用的灵活性。这也是我国对西方学者主张的认定涉外因素的概括描述标准的借鉴。

我国法院目前仍以传统的认定涉外因素的三要素为标准来判断民商事关系是否涉外，但从实践效果来看，这种涉外性认定标准还存在缺陷。在主体涉外的认定方面，《法律适用法司法解释》相较《民通意见》来说在国籍之外又增加了经常居所地这一连接因素，避免了认定标准的单一，但仍无法涵盖实践中因国家政策需要而出现的新情形。在认定涉外时也不能仅因为订立合同的双方具有外国国籍就认定该民商事关系涉外，还需要考虑双方间的争议是否与外国有实质联系，以免增加双方的经济成本。在客体涉外方面，以标的物的位置来判断民商事关系涉外是较为便捷的，该标准尤其适用标的物为不动产的情形。但客体不仅包括有形的动产和不动产，还包括行为、智力成果以及人身利益等无体物，他们与空间位置的联系并不密切，但与人密不可分，判断这些客体涉外时只能以他们的载体——人的国籍或经常居所地来认定。内容涉外方面，引起民事法律关系产生、变更或消灭的法律事实包括人的行为和自然事实两类，而事件和状态构成自然事实的两个方面。行为地以及事件发生地对于确立法律事实涉外来说极为重要，但时间的经过、持续占有等自然状态与地域联系并不密切。对于引起法律事实变化的行为来说，时间是重要考量因素，这影响着民商事关系是否涉外的判断，而我国相关立法和司法解释并未对时间标准进行规定。由此可见，三要素标准认定的涉外范围不准确，难以适应我国自贸区发展的新实践。《涉外法律适用法司法解释》虽然规定了“可以认定为涉外民事关系的其他情形”这一标准，并允许法官运用自由裁量权进行综合判断，但因缺乏明确的标准，法官在认定涉外因素时对该款的适用寥寥。法律规定一方面要明确，以便法官能准确适用；另一方面还要有适度的弹性，可以涵盖实践中出现的新情形，如此才能成为好的法律制度。正如法国著名的比较法学家勒内·达维德所言，正义制度在明确性、可预见性和灵活性、可适性这两种需求之间永远存在着矛盾。我们要做的就是在二者之间找到一个平衡点，既能增强法律的可预见性，又能尽量解决实践中出现的各种问题。鉴于国家对自贸区的大力支持以及自贸区的特殊性，结合我国《涉外法律适用法司法解释》对涉外性标准的规定，合理界定“其他情形”，避免该款成为“休眠条款”。

[①] 修订前的《民诉法司法解释》关于涉外民事关系的规定为：“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的在外国的民事案件，为涉外民事案件。”

二、涉自贸区仲裁案件“涉外性”的认定

意思自治是民法上的一项基本原则，国家原则上不对本属于个人自治领域内的事项进行干预。法国学者卡尔波尼埃也指出，契约自由是意思自治的核心，它使当事人有权摆脱法律为他们提供的一切固定模式而自由设置其相互间的法律关系。实践中，各国的立法也都赋予了当事方在不违反法律的强制性或禁止性规定的情况下自由约定他们之间的权利义务关系。由此，当事方约定合同争议提请境外仲裁机构仲裁是其意思自治的表现，也是对仲裁高效、便捷优势的运用。法院对涉外标准的放宽遵循了“尽量使其有效”的合同效力原则，尊重当事方的选择结果。在浙江逸盛石化有限公司与英威达技术有限公司申请确认仲裁协议效力案[①]中，法院遵照了当事方仲裁意愿目的的解释方法，认定当事方选定了仲裁机构，确认了涉案仲裁条款的效力。Ennead Architects International LLP 与富力南京地产开发有限公司申请执行仲裁裁决案[②]中内地法院首次执行当事方约定由贸仲香港作出的裁决，同样是法院尊重当事方意思自治的表现。在国际商事仲裁实践中，只要当事方明确表达了仲裁的意思，通常就尽量满足其意愿。至于仲裁协议中存在的缺陷，可以通过适用相关国家法律的方法补足，尽量使仲裁协议有效。我国的《关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》对仲裁协议不明时的处理作了规定[③]，遵循的也是“尽量使其有效”原则。随着我国自贸区的增多，为了适应国家对自贸区的政策支持和吸引外资的大形势，更好地尊重当事方的意思自治，自贸区内法院对民商事关系涉外性的认定也出现了新变化，具体表现如下：

（一）主体范围的扩大

根据我国《民法通则》第 41 条的规定，我国以注册成立地来确定法人的国籍，符合条件的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业在我国注册成立的，具有中国法人资格。随着我国对外开放的逐步深化，吸进外资的力度也进一步加大，中外投资者联合经营的实例不胜枚举，外国投资者控制的境内企业也有被视为外国法人的趋势。2015 年初商务部起草的《中华人民共和国外国投资法》（草案征求意见稿）（以下简称《外国投资法（草案）》）第 11 条在外国投资者的认定问题上将这类协议控制结构的企业也视为外国投资者。关于实际控制权的界定，《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》[④]以及《外国投资法（草案）》第 18 条规定了明确的股权标准，控制权的差异造成我国境内企业可能具有不同的性质，进而适用不同的法律或者可因该涉外因素而向国外仲裁机构申请仲裁。这一明确规定将进一步增强法律的确定性，有助于维护国家和相关市场主体的利益。由此可知，在自贸区内成立的中外合资、合作企业因投资者对企业控制权的不同而具有不同的身份属性。虽然该草案并未生效，目前这类企业仍为中国法人，但至少表明了我国的立法趋势。同样，由外商独资企业控制的法人因其资金来源、经营管理和决策以及利益归属等都和国外的母公司具有千丝万缕的联系，这使其与我国本土的企业法人又有显著区别。这类公司的业务范围往往涉外，在与其他国内法人签订合同时大多约定合同争议由国外仲裁机构进行仲裁，那么这就牵涉到该类仲裁协议是否具有涉外因素，能否请求国外仲裁机构仲裁，以及国外仲裁机构作出的裁决在我国能否得到承认和执行的

---

① 宁波市中级人民法院（2012）浙甬仲确字第 4 号民事裁定书，2014-03-17.

② 南京市中级人民法院（2016）苏 01 认港 1 号民事裁定书，2016-12-13.

③ 《关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》第 3-6 条。

④ 外国投资者取得实际控制权，是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股股东或实际控制人。包括下列情形：1.外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在 50%以上。2.数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在 50%以上。3.外国投资者在并购后所持有的股份总额不足 50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响。4.其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

问题。实践中将这类在我国注册的外商独资企业视为外国法人的呼声日益高涨。

在西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司一案[①]（以下简称西门子案）中，双方当事人均为在中国注册登记的企业法人，合同约定的交货地以及交付的标的物所在地均在我国境内，从表面来看本案不具有涉外因素。然而，本案中的合同主体与一般的国内法人又有明显区别：双方均为在我国上海自贸区内注册的外商独资企业，与境外的投资者有密切联系。所以，法院认为本案中合同的主体具有涉外因素。但北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案[②]以及常州宇飞液压有限公司诉青岛达成机械有限公司（法定代表人为芬兰人）拖欠货款案[③]中，当事一方也是外商，但受案法院却认为案件不具有涉外因素，当事方约定境外仲裁的仲裁协议无效。这三个案件案情相似，法院却得出完全不同的处理结果。只是因为西门子案中涉及到自贸区这一特殊区域，法院根据国家对自贸区的特殊政策和积极推进改革的要求，创造性地认定该案具有涉外因素。我国目前已有 11 个自贸区，上海自贸区的这种尝试也将对其他自贸区产生影响。

为了使我国法院审理此类自贸区案件时有明确的依据可循，最高法院于 2016 年出台的《自贸区意见》确认了自贸区内的外商独资企业属于主体涉外的情形。这类企业在合同中约定由国外仲裁机构对合同争议进行仲裁，若提起国际仲裁的一方因裁决结果对其不利又主张仲裁协议无效或申请法院拒绝承认和执行该仲裁裁决的，违反了“禁反言”原则和诚实信用原则，人民法院不予支持。该意见表明最高法院将这类企业视为具有涉外因素的主体，其可以在合同中约定将争议提请境外仲裁机构仲裁，但要遵守诚实信用原则，承受由此带来的一切后果。

（二）履行客体内涵的扩充

根据我国认定涉外因素的三要素标准，合同的客体是否涉外也是考量当事方能否约定境外仲裁的重要标准。由上可知，合同客体既包括物也包括行为，对标的物的履行行为也是考量客体是否涉外的参照。在涉自贸区仲裁案件中，法院将交付的标的物的履行行为延伸到在此之前的所有履行阶段。根据以往的司法实践，不管合同当事人在完成最后交付前的“准履行行为”会涉及到一系列的挑选、装货、运输等行为，但只有最终的在约定地点的交付行为才是决定该标的物是否涉外的关键。西门子案中，合同约定的交付目的地虽在我国境内，但该标的物在合同订立时位于国外，其履行经历了先从境外运往上海自贸区（原上海外高桥保税区）内进行保税监管，再根据合同的履行适时办理清关完税手续，从保税区内流转到区外，至此完成了货物的进口手续。因此，交付标的物的过程具有国际货物买卖的特征，法院认为合同标的的履行行为具有“涉外性”。这与确定合同效力的“与其使之无效，不如使之有效”的原则颇有异曲同工之妙。此前的宁波新汇国际贸易有限公司与美康国际贸易发展有限公司申请撤销仲裁裁决案中，法院认为，双方争议的履行标的涉及到在上海保税区内的未清关货物，按照海关管理制度，保税区内未清关货物属于境外货物，因此本案具有涉外因素。法院基于此判断双方之间的合同为涉外合同，当事方约定的境外仲裁协议有效。北京四中院遂驳回了新汇公司要求撤销中国国际经济贸易仲裁委员会作出的仲裁裁决的申请。[④]由此可见，以扩充履行客体的内涵来认定这类包含境外仲裁协议的涉自贸区合同的涉外性已成为一种趋势，也是“尽量使其有效”的合同法原则在仲裁领域的延伸适用。

（三）法律事实发生时间的延伸

---

① 上海市第一人民法院（2013）二中民认（外仲）字第 2 号民事裁决书，2015-11-27.

② 北京市第二中级人民法院（2013）二中民特字第 10670 号民事裁定书，2014-01-20.

③ 中新网.2017-03-25.无涉外因素纠纷提请外国机构仲裁 基层法院说“NO”[EB/OL].http://www.chinanews.com/sh/2015/09-09/7514674.shtml.

④ 北京市第四中级人民法院（2015）四中民（商）特字第 00152 号民事裁定书，2015-06-19.

民商事关系的内容涉外是指产生、变更和消灭民商事权利义务的法律事实发生在国外。众所周知，法律事实的发生会随着时间而改变，那么认定法律事实涉外的时间是以其发生时还是裁决作出时，抑或是在该期间的任何时刻？尽管法律未作规定，但实践中不管是外国法官还是我国法官普遍倾向于选择一个更有利于认定法律事实具有涉外因素的时间点，从而使当事方之间约定的境外仲裁协议有效。考察国外的立法和司法实践可知，国外对涉外因素的认定标准更为宽泛。如美国的合同法律适用规则[①]、法国民法典[②]等在认定合同效力时充分尊重当事方的意思自治，仅对这种私法自治的自由进行了一定限制。欧盟[③]和魁北克[④]的相关立法在民商事关系涉外的认定标准方面规定，纯国内合同因当事方选择外国法的行为而具有涉外因素。此外，合同是否对一个以上法域产生影响、合同的履行对未来的影响也是认定涉外的情形。2016 年葡萄牙银行案中，葡萄牙银行与葡国境内的多家交通公司间订立利率掉期合同，除合同采用了国际标准文本、约定英格兰法为准据法外，其他因素都在葡国境内。后因发生金融危机，利率波动导致交通公司承担的利息负担加重，交通公司拒绝向银行支付利息差，双方产生争议。英格兰法院认为，即使合同的主体、履行及其他相关因素均发生在葡萄牙国内，但因该合同采用的是国际标准格式合同，葡萄牙银行将来与外国银行发生联系的可能性以及参与掉期市场的国际性等相关因素，该合同不是单纯的国内合同，而是具有涉外性的合同。[⑤]该案中，英格兰法院在判定合同涉外性方面更为开放和先进，仅根据当事方对国际文本的选择以及将来与外国发生联系的可能性就认定该合同为涉外合同，甚至将认定涉外的时间标准延伸到了未来。我国此前的仲裁实践也存在这方面的实例。在世界银行高速公路贷款案中，合同双方约定争议由中国某涉外仲裁机构仲裁。本案中，合同的主体、客体、履行等相关因素均发生在我国境内，按照传统的涉外性要素的判断，该合同为纯国内的合同，境外仲裁协议无效。但考察到该合同文本采用的是国际文本，合同的承包方需要得到世界银行的审批，合同的履行需要世界银行确认等因素，法院认定该合同为涉外合同。本案中，法院同样根据合同的履行阶段与外国有联系而认定该民商事关系涉外。在西门子案中，法院立案之时上海自贸区尚未成立，西门子公司刚开始也只是以“自己设立在上海外高桥保税区内”，借助海关特殊的法律管理制度来作为该法律关系具有涉外性的抗辩。在本案裁判时，上海自贸区已设立，法院在裁判时直接以上海自贸区作为裁判的依据，进而认定该系争法律关系具有涉外因素。由此观之，当前认定涉外的一种趋势是灵活把握和延伸判定法律事实发生的时间范围，充分考虑合同当事方的交易习惯、第三方对合同的影响以及合同约定的准据法等因素，法官享有充分的自由裁量权。

三、涉自贸区仲裁案件“涉外性”认定的限制

---

① 如美国《第二次冲突法重述》、美国《统一商法典》，前者通过政策分析方法对意思自治进行限制，后者通过类型区分方法限制意思自治。

② 如《法国民法典》第 6 条规定：“禁止以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律”。第 1134 条规定：“依法成立的合同，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力”。这一规定将当事人的约定置于与来源于公共权力的法律同等的地位，即赋予当事方的意志以强制力，显然是对意思自治原则的直接确认。

③ 如欧盟《关于合同义务法律适用的公约》第 3 条第 3 款：当事人选择了某一外国法律，不论其是否同时选择了外国法院；如果在选择时，一切与当时情况有关的其他因素都只与一个国家有联系，这个事实不应影响该国法律中不得由合同所减损的那部分法律规则的适用，以下称之为“强制性规则”。《罗马 1 规则》第 1 条：本条例适用于任何涉及法律冲突情形的民、商事合同之债。

④ CIVIL CODE OF QUEBEC, Article3111.1 A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

3111.2 A juridical act containing no foreign element remains, nevertheless, subject to the mandatory provisions of the law of the country which would apply if none were designated.

⑤ Banco Santander Totta SA v Companhia De Carris De Ferro De Lisboa SA & Ors [2016] EWHC 465 (Comm) (04 March 2016) http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/465.html,visited on Mar 29,2017.

虽然国际上对民商事关系涉外性认定的标准较为宽松，但因我国的法律制度以及法律文化和外国存在着较大差异，我们仍要循序渐进的推进而不能盲目的跟随国际趋势。我国《涉外法律适用法司法解释》第 1 条第 5 款规定了认定涉外因素的“其他情形”标准，法官在认定涉外因素时可以发挥主观能动性，但仍要以我国传统的三要素标准为依据来展开，避免因涉外标准的不当扩大而冲击我国本土的仲裁制度。西门子案中法院首次适用该标准来认定系争民商事关系属于涉外因素中的“其他情形”，从而确认了当事方约定境外仲裁协议的效力。该案也是我国法院首次运用涉外认定因素中的兜底条款来解决当事方的争议，充分体现了自贸区法官为制度创新所做的努力。西门子案作为“2015 年中国仲裁十大案例”之一，具有极为重大的影响，其更被诸多业内人士认为是中国涉外司法审判领域放宽“涉外因素”审查标准的标杆。这一认定标准也将为其他自贸区此后处理类似案件提供了借鉴，也对法官提出了新的挑战，即如何在三要素标准上认定“其他情形”才不损及我国的本土仲裁制度。

（一）甄别当事方人为制造的“虚假涉外”

虽然我国司法实践中存在扩大涉外性认定标准的趋势，但在传统的要素分析法的模式下，对民商事关系涉外性的客观判断很少涉及法官的自由裁量，在一定程度上能减少或避免法官自由裁量权的运用对案件产生的不确定性影响。但运用传统的要素分析法进行客观判断时存在一定的缺陷，客观要素如同客观连接点一样可以被人为改变或“创造”，从而改变法律关系的属性，进而实现法律规避或民商事关系“涉外”的目的。在这种“虚假涉外”的掩盖下，当事方即有了将争议提交境外仲裁的理由。随着我国国际化的程度日益提高，立法和司法对涉外因素的认定标准也有放宽。由此，法官应审查双方是否为了使民商事关系涉外而人为改变其国籍、住所，经常居所在中国的中国自然人或法人是否通过约定合同履行地在国外而使该民商事关系涉外等，避免当事方将无涉外因素的争议提请境外仲裁。为了规范涉自贸区仲裁案件涉外性的判定，最高院发布《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，在认定民商事关系的涉外性时，在传统的主体、客体、内容之外又增加了法律事实等因素[①]，不仅为法院审理案件提供了确定的依据，另一方面也是对法官自由裁量权的限制，以防“虚假涉外”给另一当事方带来的损害。此外，在我国自贸区内的法院已将涉外因素认定标准进行扩大解释的背景下，法官在审理类似案件时应严防中国自然人或法人在避税天堂注册成立的“壳公司”来自贸区投资时，以其“涉外”身份要求将争议提请境外仲裁的情形。由于这类“壳公司”的经营管理、资金来源、利益归属等都受我国自然人或法人的控制，与外国并无实质性联系，如果将其认定为外国法人，享受国家对自贸区内外国投资者的优惠待遇，将造成其与我国本国投资者的差别待遇。鉴于我国目前的法律和司法实践仍是无涉外因素的合同争议不得约定境外仲裁，法院在审理此类案件时应刺破“壳公司”的面纱，一方面避免内资企业间的不平等，另一方面也避免我国本土仲裁机构案源的流失。

（二）系争民商事关系要与外国有实质联系

意思自治是仲裁的前提，我国尊重当事方采取仲裁方式解决争议。但合同是否涉外仍须与外国有实质联系。国外在认定涉外标准时将国际标准合同文本的采用也作为涉外因素来考虑，这固然可以解决争议，但在我国现有法律框架下该文本还不足以成为认定涉外的标准。

此外，该合同文本并非法律，只是国际性组织为了当事方订立合同的便利以及扩大自身的影响力而制定的，以供当事方自主选用。随着信息化和网络化的程度日益加深，这种合同文本的获取已不再是难事，国内交易的当事方为了便捷也会采用国际标准合同文本，能否

[①] 最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见，法发〔2015〕9 号。

就此认定该合同关系涉外？该合同文本的采用不足以导致适用外国法的事实，纯国内的民商事关系仍受国内法的调整。这种要求也是为了节省争议双方的经济成本，以使争议得到及时、有效的解决。

（三）法官行使自由裁量权应合理有据

法官在行使自由裁量权对“其他情形”进行扩大解释时，要严格遵照合同的字面意思所表达出来的含义，并作有利于当事方尽快解决纠纷的解释。关于解释的标准，可参考 Z 诉 A&Others 案中法官对“CHINA”的分析。本案中当事方约定的仲裁地点为中国，但双方对仲裁地点在中国内地还是中国香港产生了分歧。[①]香港法院认为，在合同的解释问题上，法官应当站在理性人的角度，正如霍夫曼勋爵在 Fiona Trust & Holding Corporation 诉 Privalov 案[②]中明确的理性人标准一样。霍夫曼认为，在这一解释中，法院并非主观的判断，而是综合考虑通常的、理性的商人真实的意图，根据他们使用的语言、特定的环境以及合同的客体来确定。[③]若对一个合同有两种解释，一种产生合法的效果，另一种产生非法的效果，法院更倾向于获得合法结果的解释。[④]从本案来看，理性的当事方在选定仲裁地时不会使其争议在提交仲裁时作出的裁决面临无法被承认执行的风险。若认定中国内地为仲裁地则会面临这种风险，因为 ICC 在中国内地进行的仲裁并不是内国裁决，根据我国内地法律规定，本案中可能存在裁决不被中国内地法院承认和执行的风险。虽然我国法院在宁波工艺品案[⑤]中承认执行了 ICC 在中国内地作出的裁决，最高法院在龙利得案的复函中也已确认 ICC 在我国内地作出的裁决有效，[⑥]但香港法院认为这些案件并不具有判例作用，在中国内地仍存在着不被执行的可能。因中国香港是以裁决地标准来认定仲裁裁决的性质，不同于中国内地的仲裁机构标准，所以这种被拒绝承认执行的可能在香港并不存在。当事方签订仲裁协议的目的就是要彻底的解决纠纷，并能获得一个最终的、有约束力的和可执行的裁决。由此，法官认为，当事方选定的仲裁地点为中国香港。[⑦]我国法官在审理涉自贸区仲裁案件中涉外标准的解释问题时，不仅要遵从当事方订立合同的字面意思，也要考察当事方的真实意图，以及有利于争议迅速解决的解释方法，尽量使合同中的仲裁条款有效。但法官的解释不能脱离我国传统的认定涉外因素的三要素标准。从西门子案的实践来看，上海一中院在解释该案中的涉外因素时也是从三要素出发，并结合自贸区的特殊性，最终认定系争民商事关系涉外。

在涉自贸区仲裁案件中，上海一中院已经为自贸区内的外商独资企业约定境外仲裁开了绿灯，在自贸区这个区域内，西门子案这一初始事件具有极强的敏感性，可能通过信息传播平台迅速引起其他自贸区甚至非自贸区的竞相效仿。在我国提倡仲裁业要跟国际接轨以及自贸区先行先试的政策推动下，法院大胆的尝试未尝不可，但我国当前仲裁制度以及仲裁立法还存在不足，如果贸然推进并大范围适用，可能会给我国的仲裁业带来不小的冲击。尤其是在最高法院复函确认境外仲裁机构在我国内地作出裁决的效力，以及境外仲裁机构已入驻自贸区的现实背景下，当事方提请境外仲裁机构仲裁更为便利。若法院在认定涉外标准时操作不当，在“蝴蝶效应”的传播下，其对我国仲裁制度的影响更不容小觑。由此，对涉外性认定标准进行适当限制在一定程度上可以缓解国外仲裁机构对我国本土仲裁制度的冲击。

---

① Z v. A&Others, HCCT 8/2013,Para.34.
② Fiona Trust & Holding Corporation v. Privalov [2007] 4 All E.R. 951.
③ Z v. A&Others, HCCT 8/2013,Para.39.
④ Ibid., at 42.
⑤ 宁波市中级人民法院（2008）甬仲监字第 4 号民事裁定书，2009-04-22.
⑥ 最高人民法院关于申请人安徽省龙利得包装印刷有限公司与被申请人 BP Agnati S．R．L 申请确认仲裁协议效力案的请示的复函，[2013]民四他字第 13 号，2013 年 3 月 25 日发布并生效。
⑦ Z v. A&Others, HCCT 8/2013,Para.48.

四、结论

从我国涉自贸区仲裁“涉外性”认定的实践来看，我国法院仍坚持三要素标准，但对传统的主体、客体和法律事实要素作了扩大解释。这种扩大解释一方面充分尊重了当事方的意思自治，与国际上其他国家认定涉外的宽泛标准相一致；但另一方面也会对我国的本土仲裁制度造成冲击。对此，我国需要对这种扩大标准进行适当限制，法官在审理此类案件时要能准确甄别“虚假涉外”情形，涉外标准的判断要与外国有实质联系。同时，法官在行使自由裁量权解释涉外标准时也要合理有据。

[参考文献]

[1] 齐宸.2017.涉外民事关系的界定与思考[J].清华法学（2）：190-192.
[2] 杜涛.2014.国际私法原理[M].上海：复旦大学出版社：3.
[3] 邹国勇.2011.外国国际私法立法精选[M].北京：中国政法大学出版社：27.
[4] 齐宸.2017.涉外民事关系的界定与思考[J].清华法学（2）：199.
[5] 莫里斯.1998.戴西和莫里斯论冲突法[M].李双元等译.北京：中国大百科全书出版社：3.
[6] 拉夫·迈克尔.2011.美国冲突法革命的衰落与回归[J].袁发强译.华东政法大学学报（6）:134-135.
[7] 杜涛.2010.法律适用规则的强制性抑或选择性——我国涉外民事国际私法的立法选择[J].清华法学（3）:97.
[8] 张晓东、董金鑫.2010.试论国际私法涉外标准之认定[J].时代法学（1）：92-93.
[9] 梁慧星.2007.民法总论[M].北京：法律出版社：38.
[10] 尹田.2009.法国现代合同法：契约自由与社会公正的冲突与平衡[M].北京：法律出版社：19.
[11] 任清.2015.外国投资法（草案）中的三个关键词[J].中国法律评论（3）：71-76.
[12] 朱江.2017.法律关系“涉外性”判断的新视阈[J].河南财经政法大学学报（1）：152-153.
[13] 林欣、李琼英.1998.国际私法[M].北京：中国人民大学出版社：5.
[14] 张春良.2011.涉外民事关系判定准则之优化——要素分析的形式偏谬及其实质修正[J].法商研究（1）：114.
[15] Wolff M. 1950.Private International Law[M].Oxford:Oxford University :1.
[16] DAVID R. 1980.English Law and French Law[M].London: Stevens & Sons:24.

20.我国仲裁裁决国籍规定存在问题研究

王彩娇

摘要：国际商事仲裁裁决的国籍属性是影响仲裁裁决司法审查中的一个重要因素，其涉及到国际商事仲裁裁决的效力来源于何国，何国享有对裁决的撤销权等问题。仲裁裁决国籍的确定标准有很多，根据 2018 年生效的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》，可以看出我国现阶段依然采用“仲裁机构所在地”标准。然而，我国目前的规定不仅在立法层面出现落后于国际主流标准，远远落后于我国司法实践的发展等问题，并且在司法层面产生不能认定临时仲裁国籍等问题。因此，我国需要变“仲裁机构所在地”标准为“仲裁地”标准，以实现与国际接轨，建立亚太仲裁中心的目标。

关键词：仲裁裁决国籍 仲裁地 仲裁机构所在地

Abstract:The nationality attribute of international commercial arbitral award is an important factor in the judicial review of arbitral award, which involves the country from which the international commercial arbitral award comes from and which country enjoys the right of

cancellation of the award. There are many criteria for determining the nationality of arbitral awards. According to the provisions of the Supreme Peopl`s Court on hearing Judicial Review cases of Arbitration, which entered into force in 2018, it can be seen that the standard of "location of arbitration institution" is still adopted in our country at the present stage. However, the current provisions of our country not only lag behind the international mainstream standards at the legislative level, far behind the development of judicial practice in our country, but also give rise to the problem of unable to identify the nationality of temporary arbitration at the judicial level. Therefore, China needs to change the standard of "location of arbitration institution" to "place of arbitration" in order to achieve the goal of establishing Asia-Pacific Arbitration Center in line with international standards.

Keywords: the nationality of the arbitral award; location of arbitration institution; place of arbitration

一、国际民商事仲裁裁决国籍争议

（一）国际民商事仲裁裁决国籍肯定论与否定论

1.否定论

持有此种观点的学者认为国际民商事仲裁不应具有任何一国的国籍。国际民商事仲裁应属于浮动仲裁，仲裁程序不受仲裁地法律的约束，仲裁地法院不具有撤销国际民商事仲裁裁决的效力，只有申请承认与执行地法院可以对仲裁裁决进行司法审查。

持有否定论观点的学者主要有以下理由：第一，仲裁裁决的效力并非来源于仲裁地，而是来源于当事人的意思自治。当事人选择将争端交于仲裁机构解决，并可以对仲裁机构、仲裁员、仲裁规则等内容进行约定，由此作出的仲裁裁决具有契约性，是当事人合意的结果，因此当事人的意愿与仲裁地的法律规定不一致时，当事人的意志应优先得到考虑。第二，当事人选择仲裁地的理由多种多样，可以基于仲裁机构、成本效益、便捷、承认与执行等。因此当事人选择仲裁地的理由具有偶然性以及不确定性，在一定程度上当事人甚至都不了解仲裁地的法律，更谈不上当事人是想受仲裁地的法律约束。第三，各国司法主权的要求。基于各国的司法主权，各国都可以支配统治发生在本国领域内的一切行为，以及决定本国领域内发生的一切行为性质[①]。因此，任何国家都可以承认与执行仲裁裁决，即使其已被仲裁地撤销其效力。

目前，非内国化理论得到一些国家的承认，所以一部分国家以及国际条约都对非内国化理论进行了规定，但是其仍然具有不可弥补的缺陷。第一，减少了仲裁失利方救济途径。由于仲裁不具有国籍属性，因此，仲裁裁决自作出后，便处于真空地带。对于失利方当事人而言，当仲裁庭对其作出不利的裁决时，及时寻求一定的途径救济自己的权利尤为重要。依据传统理论，仲裁裁决的审查有撤销与拒绝承认与执行两种方式，而依据国际商事仲裁否定论，败诉方只能通过拒绝承认执行与执行裁决这一种方式救济自己的权利，因而非内国化理论减少了败诉方救济途径，不能充分保障败诉方的合法权利。第二，对于裁决胜诉方当事人而言，由于仲裁裁决不具有国籍属性，则该裁决不能被确认效力。因此依法作出的裁决在承认执行前，裁决效力处于不确定状态，胜诉方当事人不能享有因裁决胜利而享有的安定状态。第三，不可预见裁决承认执行后果。由于仲裁裁决不受仲裁地法律约束，只能由执行地确认其效力，裁决的承认执行地可能有多个，因此对于裁决的效力就可能有多个不同的结果。因而于当事人而言，对于裁决效力的认定就处于不能预见的状态，不利

[①] 祁壮：《论国际商事仲裁裁决的国籍属性》，载《江西社会科学》2018 年第 9 期。

于其权利的维护。

2．肯定论

支持肯定论的学者认为仲裁应受仲裁地法律支配，并具有仲裁地国籍，仲裁地享有当然的权利撤销国际商事仲裁的裁决。

持有肯定论学者理由如下：第一，任何仲裁都发生在一个特定的领域，与一定领域具有联系，应该国司法主权要求，受该国法律支配。没有一个国家愿意真正放弃对于国际商事仲裁的司法审查权。第二，即使一些国家的法律具有仲裁国籍否定论的倾向，但是也不否定仲裁地对于该领域内仲裁的支配。第三，仲裁效力来源于国家司法主权，并非当事人的意思自治。正因为一国法律规定当事人可以选择仲裁解决其争端，并规定仲裁具有终局性，当事人才有权利选择仲裁方式解决争端，并可以得到法院的承认与执行。因此，虽然仲裁具有自治性，但是当事人的自治并非没有限度，当事人可以选择仲裁员、仲裁机构，同时也要遵守仲裁地法律规定。第四，国际社会主流做法依然是规定仲裁裁决具有国籍属性。

因此根据国籍否定论不可避免的缺陷，目前大部分国家依然主张仲裁裁决需要国籍，只是各国判断裁决国籍的标准不同。

（二）国际民商事仲裁裁决国籍标准

1．仲裁程序法

仲裁程序法标准，主要根据仲裁程序所适用的程序法归属来判断裁决的国籍。换言之，仲裁裁决如果适用外国的程序法做出，就被认为具有外国国籍。[①]例如在 1981 年法国新民事诉讼法颁布之前，法国法院对仲裁裁决的管辖所采取的态度是，即使仲裁地不在法国，只要法国法被选择作为支配仲裁程序进行的法律，法国法院就可以依照法国法行使对此项仲裁裁决的管辖权。[②]但是在 1981 年法国民事诉讼法出台后，法国放弃“仲裁程序法”标准转为“仲裁地”标准。

2．仲裁地

大多数学者在探讨仲裁地的问题上，都对仲裁地从法律意义上和地理意义上作出了区分，通常所说的开庭地、审理地、合议地、裁决书的签字地以及仲裁机构所在地等主要是地理意义上的仲裁地，而真正决定裁决国籍的仲裁地则是法律意义上的仲裁地。[③]

目前大多数国家都采用“仲裁地”作为确定国际民商事仲裁裁决的国籍标准。例如《奥地利执行令》第 79 条规定在奥地利，仲裁裁决的国籍由仲裁裁决的作出地点决定。[④]瑞典 1999 年《仲裁法》第 52 条规定在外国作出的裁决为外国裁决，裁决应视为在仲裁地国作出。荷兰 1986 年《仲裁法》第 1037 条规定仲裁地为裁决作出地。如无法确定仲裁地，则裁决作出地为仲裁地，在外国作出的裁决为外国裁决。[⑤]

3．仲裁机构所在地

仲裁机构所在地标准是指不论裁决在何地作出，裁决都被认为具有仲裁机构所属国的国籍。目前采取此种标准的国家很少，我国就是采用此种标准。由于我国采用的“仲裁机构所在地”标准与国际主流标准不一致，因此产生了诸多问题。

---

① 祁壮：《论国际商事仲裁裁决的国籍属性》，载《江西社会科学》2018 年第 9 期。

② 宋连斌、董海洲：《国际商会仲裁裁决国籍研究-从最高人民法院的一份复函谈起》，载《北京科技大学学报》2019 年第 3 期。

③ 颜杰雄：《国际商事仲裁中仲裁地研究》，载《中国国际私法与比较法年刊》2012 年第 15 卷。

④ 高薇：《论仲裁裁决的国籍-兼论中国司法实践中的“双重标准"》，载《西北大学学报》2011 年第 41 卷第 5 期。

⑤ 李虎：《网上仲裁法律问题研究》，中国政法大学 2004 年博士学位论文。

二、我国国际民商事仲裁裁决国籍规定存在问题

（一）立法方面

1．国籍确立标准落后于国际主流标准

我国并未对国际民商事仲裁国籍依据作出明确的规定，但是根据我国《中华人民共和国仲裁法》第 70 条关于涉外仲裁裁决撤销问题的规定[①]、《中华人民共和国民事诉讼法》第 274 条关于涉外仲裁机构仲裁承认与执行问题的规定[②]、第 283 条关于外国仲裁机构裁决承认与执行问题的规定[③]可见我国非内国仲裁裁决有“涉外仲裁裁决”、“涉外仲裁机构仲裁”、“外国仲裁机构裁决”等表述方法。那么何为“涉外仲裁裁决”，《最高人民法院关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定（征求意见稿）》第 38 条做出了解释，将涉外仲裁裁决规定为国际经济贸易仲裁委员会及其分会、中国海事仲裁委员会以及依照仲裁法规定组建的仲裁委员会作出的具有涉外因素的仲裁裁决。由此可见我国关于非纯内国仲裁根据仲裁机构不同分为两种仲裁类型：涉外仲裁机构裁决以及外国仲裁机构裁决。

2018 年生效的《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 1 条[④]更是对我国民商事仲裁裁决类型作出清晰的规定。在此新规定中，取消了“涉外仲裁机构”的说法，而直接将仲裁裁决划分为内地仲裁裁决、港澳台仲裁裁决以及外国仲裁裁决。在内地仲裁中，又根据裁决是否具有涉外因素，划分为涉外仲裁裁决以及非涉外仲裁裁决。这一新规定符合我国民商事仲裁裁决司法审查实践的发展。在司法实践中，涉外仲裁机构可以审理纯内国仲裁案件，普通仲裁机构也可审理涉外仲裁案件，由此突破了内国仲裁机构划分与仲裁案件种类的壁垒。虽然新规定采取“内地仲裁”以及“外国仲裁”的表述，但涉外仲裁裁决以及非涉外仲裁裁决两种裁决的司法审查依旧按照《中华人民共和国民事诉讼法》关于涉外仲裁机构裁决以及纯国内仲裁机构裁决的规定。可见其并未采用新的裁决认定标准，至此，我国对于仲裁裁决国籍确定标准依然是“仲裁机构”标准。

同时根据上述规定可知，我国对于民商事仲裁裁决采取“双轨制”审查模式。对于国外仲裁裁决的只有承认与执行这一种司法审查的方式，而对于涉外仲裁裁决有撤销以及承认与执行两种司法审查的方式。

根据上述所言，当今国际社会以及《纽约公约》采用的仲裁国籍认定标准为“仲裁地”，而我国确定民商事仲裁裁决的国籍采取的是“仲裁机构”标准，如此将会产生裁决国籍的积极冲突以及消极冲突的问题。假设一个民商事仲裁裁决由 ICC 在我国领域内做出，当事人申请我国法院撤销该裁决，然而根据我国的“仲裁机构所在地”标准，该仲裁会被我国认为是外国仲裁，我国不享有撤销权，若当事人到 ICC 所在地法国申请撤销，则法国根据“仲裁地”标准认为该项裁决为我国做出的裁决，其不具有撤销权，这将会导致裁决的消极冲突，此项裁决不能得到撤销，败诉方丧失了撤销裁决带来的权利救济。同理，若是一项裁决由我国仲裁机构在外国做出，而外国法院确定裁决国籍的标准为“仲裁地”，此时我国与该国都具有裁决的撤销权，这就会产生仲裁裁决国籍的积极冲突，同时也会产生究竟以何国的撤销权为准的问题。

2．立法规定落后于司法实践

我国的仲裁裁决国籍的确立标准不仅仅与国际社会主流确立标准不一致，甚至在国内“仲裁机构所在地”标准远远落后于司法实践的发展，以至于不能指导司法实践。

从 2013 年“一带一路”战略提出之后，党的十八大、十九大都对“一带一路”战略作

[①] 参见《中华人民共和国仲裁法》第 70 条。

[②] 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 274 条。

[③] 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 283 条。

[④] 参见《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 1 条。

出了重要的指示。在十八大精神的领导下，国务院于 2015 年发布《国务院关于印发进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》，其中指出“进一步对接国际商事争议解决规则，优化自贸试验区仲裁规则，支持国际知名商事争议解决机构入驻，提高商事纠纷仲裁国际化程度。探索建立全国性的自贸试验区仲裁法律服务联盟和亚太仲裁机构交流合作机制，加快打造面向全球的亚太仲裁中心。”[①]最高院于 2016 年发布《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》，指出“提升我国纠纷解决机制的国际竞争力和公信力。发挥各种纠纷解决方式的优势，不断满足中外当事人纠纷解决的多元需求,为国家‘一带一路’等重大战略的实施提供司法服务与保障。”[②]最高院 2016 年颁布的《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》也提出类似表述。[③]党的十九大报告指出，“要以‘一带一路’建设为重点，坚持引进来和走出去并重，推动形成全面开放新格局。”作为国际公认的跨境商事纠纷解决方式，国际仲裁将在“一带一路”建设中发挥不可或缺的独特作用。[④]

在文件的指导下，2015 年 11 月 19 日，香港国际仲裁中心在上海自贸区设立代表处；2016 年 2 月 24 日，国际商会仲裁院在上海自贸区设立仲裁办公室；2016 年 3 月 3 日，新加坡国际仲裁中心在上海自贸区设立代表处。[⑤]外国仲裁机构入驻我国拉开了帷幕。

由此可见为推动“一带一路”的建设，我国正积极在自贸区进行实验，支持鼓励国外仲裁机构入驻我国，建立多元化争端解决机制。可以预见未来我国的仲裁市场将迎来一批外国仲裁机构，将产生大量的外国仲裁机构在我国领域内作出的裁决。在此种趋势下，按照我国“仲裁机构所在地”的标准就会出现大量仲裁裁决国籍消极冲突的现象，不利于当事人权利的救济，久而久之当事人将丧失选择在我国仲裁的信心；此外，在我国作出裁决的案件，可能会涉及到我国的公共利益，此种情况下，我国主动放弃对裁决的审查撤销的权利，不利于我国公共政策目标的实现。由此可见，我国关于国际民商事仲裁裁决国籍确立标准的立法不仅不能适应目前大量外国仲裁机构入驻我国的趋势，甚至不利于我国建立亚太中心目标的实现。

3．最高院关于国际民商事裁决国籍的批复不一致

在立法中明确规定民商事仲裁裁决的国籍具有十分重要意义。国际民商事仲裁的国籍是法院进行司法审查的依据，是法院承认与执行国际民商事仲裁裁决的先决问题[⑥]。由于我国立法中规定的“仲裁机构所在地”标准与当今国际主流认定标准不相符，难以适应我国国际民商事仲裁裁决的司法实践。为解决国际民商事仲裁司法实践中出现的现实问题，最高院对具体仲裁案件会做出批复，但是最高院对于国际民商事裁决国籍依据标准并未呈现一致的态度。

在 2004 年山西天利案件中，山西天利实业有限公司与伟贸国际（香港）有限公司就双方的购销合同约定争议在香港提起，由 ICC 规则和英国法解决。争端发生后，双方就争议事项提交 ICC 仲裁，ICC 在香港进行审理并作出裁决。伟贸国际（香港）有限公司向太原中院申请承认与执行，太原中原以仲裁裁决与仲裁协议矛盾、仲裁庭没有给予天利公司充分的陈述机会为由遂不予执行，太原高院认为伟贸公司材料不全、仲裁协议未经香港公证，超过执行失效裁决，故对该仲裁裁决不予承认执行。最高院在对太原中院不予执行国际商

---

① 参见《国务院关于印发进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案的通知》（国发[2015]21 号）。

② 参见《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（法发[2016]14 号）。

③ 参加《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（法发[2016]34 号）。

④ 刘敬东、王路路：《“一带一路”倡议下我国对外国仲裁裁决承认与执行的实证研究》，载《法律适用》2018 年第 5 期。

⑤ 高庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。

⑥ 宋连斌、董海洲：《国际商会仲裁裁决国籍研究——从最高人民法院的一份复函谈起》，载《北京科技大学学报》(社会科学版)2009 第 25 卷第 3 期。

会仲裁院 10334／AMW／BWD／TE 最终裁决的请示回复中认为，国际商会仲裁院是法国成立的仲裁机构，我国与法国是《纽约公约》的缔约国，因此该裁决的承认与执行应依据《纽约公约》，而不能依据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互承认和执行仲裁裁决的安排》。[①]由此可见，在 2004 年最高院对于国际民商事仲裁裁决国籍的认定标准是“仲裁机构所在地”标准。

2009 年，最高院发布《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》以及《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》[②]，至此对于外国仲裁机构在香港地区作出的裁决，最高院的态度转变为裁决国籍依据“仲裁地”判断。在最高院发布通知之后，我国法院的司法实践大多按照“仲裁地”判断国际商事仲裁裁决的国籍。例如在 2010 年《最高人民法院关于路易达孚商品亚洲有限公司申请承认和执行国际油、种子和脂肪协会作出的第 3980 号仲裁裁决请示一案的复函》中[③]，最高院采用：“本案所涉国际油、种子和脂肪协会作出的第 3980 号仲裁裁决系在英国伦敦作出，该裁决为外国仲裁裁决”的表达方式，疑似采用“仲裁地”标准确定国际商事仲裁裁决的国籍；其次最高院在《最高人民法院关于对山东省高级人民法院就丰岛株式会社与山东省昌邑琨福纺织有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》[④]中同样以案涉仲裁裁决由国际棉花协会有限公司在英国境内做出为由确定涉案裁决的国籍是英国。但是在 2009 年《最高人民法院关于不予承认蒙古国家仲裁法庭 73/23－06 号仲裁裁决的报告的复函》中，最高院又以涉案仲裁裁决系蒙古仲裁机构做出为由，裁定适用《纽约公约》解决该项仲裁。

由此可见，上述最高院在对于各级法院关于承认与执行外国仲裁裁决的复函中，对于国际商事仲裁裁决国籍的判断标准不一致。虽然最高院关于国际商事仲裁裁决的国籍认定标准的态度逐渐倾向于“仲裁地”标准，但是由于我国《中华人民共和国民事诉讼法》、《仲裁法》规定的裁决国籍认定标准依然是“仲裁机构所在地”，所以在司法实践中最高院批复与立法规定的矛盾难免给其他法院带来实践方面的操作困惑。

（二）司法方面

1．地方法院关于国际民商事仲裁国籍认定标准不统一

受立法规定、最高院批复的影响，各地区法院关于国际民商事仲裁国籍认定标准有不一样的看法。在各法院的司法文书中会看到法院有以下几种说辞：第一种不直接说明某国是裁决作出地还是裁决机构所属国，而直接以“我国和某某国为《纽约公约》缔约国” 为由裁定适用纽约公约；第二种文书中说辞比较含糊 ，以“裁决作出地所属国”是《纽约公约》缔约国裁定适用《纽约公约》；第三，以“裁决作出地”或“裁决机构所属国”为缔约国适用《纽约公约》。

在 2016 年美国意艾德建筑师事务所与富力南京地产开发有限公司申请执行仲裁裁决案[⑤]，美国意艾德事务所与富力南京公司双方因合同履行发生争议，意艾德事务所于 2015 年 2 月向双方约定的中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心(以下简称贸仲香港中心)申请仲裁，请求裁决富力南京公司支付所欠设计费并承担违约责任等。裁决做出后，因富力南京公司未按照裁决履行义务，意艾德事务所遂于 2016 年 6 月 7 日向江苏省南京市中级人民

---

① 参见《最高人民法院关于不予执行国际商会仲裁院 10334/AMW/BWD/TE 最终裁决一案的请示的复函》（[2004]民四他字第 6 号）。

② 参见《最高人民法院关于香港仲裁裁决在内地执行的有关问题的通知》（法[2009]415 号）以及《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（法释[2000]3 号）。

③ 参见《最高人民法院关于路易达孚商品亚洲有限公司申请承认和执行国际油、种子和脂肪协会作出的第 3980 号仲裁裁决请示一案的复函》（[2010]民四他字第 48 号）。

④ 参见《最高人民法院关于对山东省高级人民法院就丰岛株式会社与山东省昌邑琨福纺织有限公司申请承认与执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》（[2015]民四他字第 31 号）。

⑤ 参见南京市中级人民法院(2016)苏 01 认港 1 号裁决书。

法院申请执行该仲裁裁决。该院根据最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(以下简称《安排》)第 1 条、第 7 条的规定，于 2016 年 12 月 13 日做出(2016)苏 01 认港 1 号民事裁定。在本案中，南京市中级人民法院根据裁决做出地而非裁决机构所在地判断裁决的国籍属性，认定贸仲香港中心作出的裁决属于香港裁决，从而适用《安排》的规定。

然而在 SPS 欧化公司(td)诉盘锦和运实业集团有限公司仲裁裁决案中[①]，大连市中院裁定本案适用《纽约公约》的理由是："斯德哥尔摩商会仲裁院所在国瑞典是该公约的缔约国之一，案涉仲裁裁决所仲裁的争议属于商事法律关系所引起的争议，因此，是否承认和执行斯德哥尔摩商会仲裁院作出的仲裁 V(2014/143)终局性仲裁裁决应适用 1958 年《纽约公约》及我国民事诉讼法的相关规定进行审查。"，由上述理由可以看出，在本案中大连市中级人民法院认定国际民商事仲裁裁决国籍依据的是 "仲裁机构所在地"。

法院关于国际民商事仲裁裁决国籍认定标准不统一，将会给当事人带来诸多不便以及困惑。首先，各级人民法院关于裁决国籍认定标准不统一，将会产生同案不同判的问题，难以实质上公平保护当事人的权利；其次，明确的法律规定可以对公民的行为产生指导，公民可以从法律的规定中预期判断自己行为所产生的后果，而当前法院关于裁决国籍认定标准不能形成统一的实践，将导致当事人难以预期自己的行为后果，不利于当事人选择正确的行为；此外，为得到对己方有利的判决，司法实践中可能会产生当事人挑选法院的现象。

2．难以认定临时仲裁的国籍

仲裁作为私人间、诉讼外、替代性纠纷解决方法，其最初的雏形是以临时仲裁(ad hoc arbitration)的方式呈现的，机构仲裁是在专业化的常设仲裁管理组织出现后才得以发展起来的，且仲裁机构本身并不审理案件，即使在机构仲裁中，负责审理及裁判纠纷的主体仍然是为特定案件而临时组建的仲裁庭，其在仲裁案件审结后即宣告解散。[②]因此仲裁的发展趋势是由临时仲裁发展到更具有规范性、程序化的机构仲裁，但临时仲裁因其灵活性、便捷性、高效性得到争端方的青睐，所以临时仲裁并未被时代所淘汰，反而与机构仲裁互为补充，并且得到越来越多当事人的选择。但是我国的"仲裁机构所在地"标准难以认定临时仲裁的国籍，致使临时仲裁在我国承认与执行中存在一些问题。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 545 条规定："对临时仲裁庭在中国领域外作出的仲裁裁决，一方当事人向人民法院申请承认和执行的，人民法院应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 283 条规定处理。"[③]我国加入的《纽约公约》同样规定，我国有义务执行公约项下的外国仲裁裁决，而外国仲裁裁决不仅仅是指外国仲裁机构的裁决，也包括临时仲裁。因此上述两部法律为我国法院承认执行外国临时仲裁裁决提供了立法支撑。

因此在司法实践中，也有大量法院承认与执行外国临时仲裁的案例。例如在现代格罗唯视株式会社（HyundaiGlovisCo）申请承认和执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁决案[④]中，申请人现代格罗唯视株式会社与被申请人浙江企赢能源化工有限公司约定双方之间发生的与协议有关的任何争议应根据《新加坡国际经济与贸易仲裁中心仲裁法及指南》由指定的三名仲裁员依照上述规则予以最终解决，仲裁地为新加坡。争议发生后，由于《新加坡国际

---

① 参见大连市中级人民法院(2016)辽 02 协外认 12 号裁决书。

② 张建：《构建中国自贸区临时仲裁规则的法律思考—以<横琴自由贸易试验区临时仲裁规则>为中心》，载《法治论坛》2017 年第 46 辑。

③ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 545 条。

④ 参见宁波市中级人民法院（2015）浙甬仲确字第 3 号民事裁定书。

经济与贸易仲裁中心仲裁法及指南》不存在，SIAC 在当事人都知悉的情形下按照 SIAC 规则作出仲裁。现代格罗唯视株式会社向宁波中院申请承认与执行，宁波中院认为："本案属当事人申请承认外国仲裁裁决案件，由于本案所涉仲裁裁决系由 SIAC 在新加坡境内作出，而我国与新加坡均是《纽约公约》的成员国，故应适用《中华人民共和国民事诉讼法》和《纽约公约》的相关规定进行审查。"

在本案中，双方只约定了仲裁规则，并未就仲裁机构进行约定，虽然当事人约定的仲裁规则并不存在，SIAC 在当事人没有反对的情况下，根据 SIAC 的规则做出裁决。但探究当事人在订立仲裁协议的意图可见当事人期望将争议提交临时仲裁以便快速解决双方争端。民商事仲裁具有高度的意思自治，仲裁的重要来源便是当事人的意思自治，因此即使裁决由 SIAC 以 SIAC 的规则作出，此裁决也应当被认定为临时仲裁。国际主流社会以"仲裁地"而非当事人国籍、仲裁规则所属国作为确定仲裁裁决国籍的标准，裁决当然包括仲裁机构裁决也包括临时仲裁裁决。本案中宁波中院以"仲裁地"作为临时裁决的国籍，以作为适用《纽约公约》的理由。

可见在承认与执行外国临时仲裁的方面，我国虽规定承认与执行临时仲裁的法律依据与承认与执行外国仲裁机构仲裁的法律依据一致，但是，其仍未规定临时仲裁的国籍。因此在司法实践中，法院自由裁量多用"仲裁地"而非其他标准作为适用《纽约公约》理由，此种做法符合国际潮流，是对我国确立仲裁国籍标准的突破。但是针对当事人协议将争议交由我国领域内临时仲裁的情况，我国法院在实践中就难免会束手无策。我国立法规定以"仲裁机构所在地"判断国际商事仲裁国籍，致使法院难以认定当事人选择在我国临时仲裁的协议效力，同时也难以认定我国临时仲裁的性质，难以及时救济当事人的权利。长此以往，不利于我国仲裁事业的蓬勃发展，更不利于多元化争端解决机制的建立。

3．外国仲裁机构在内国仲裁裁决国籍认定存在困难

外国仲裁机构在内国仲裁裁决的承认与执行是个比较复杂的问题。这一问题主要与我国关于仲裁裁决认定标准以及我国加入《纽约公约》提出的互惠保留有关。如前所述，我国以"仲裁机构所在地"标准确定仲裁裁决的国籍，在此不再赘述，这里主要就我国的互惠保留展开讨论。我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》，但同时声明：中华人民共和国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决的承认和执行适用该约。

关于该项互惠保留，学界产生了不同的看法。一种看法认为 1986 年 12 月 2 日发布的《全国人民代表大会常务委员会关于我国加入<承认及执行外国仲裁裁决公约)的决定》声明："中华人民共和国只在互惠的基础上对在另一缔约国领土内做出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约。"1987 年 4 月 10 日发布的《最高人民法院关于执行我国加入的(承认及执行外国仲裁裁决公约)的通知》第 1 条再次明确指出："根据我国加入该公约时所作的互惠保留声明，我国对在另一缔约国领土内做出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约，我国在加入《纽约公约》时声明作出互惠保留，即意味着排除了对"非内国裁决"的执行。[①]。另一种观点认为，《纽约公约》关于互惠保留的规定与《纽约公约》规定的外国仲裁裁决界定标准是两个不同的概念：互惠保留是对缔约国义务的免除，是针对《纽约公约》的非缔约国而言的，而对"非内国裁决"标准的认定应属于申请承认及执行地所在国的一项权利。[②]

第一种观点的出发点在于我国保留申明的文意解释，认为我国提出的承认与执行的外国裁决仅限于在"另一缔约国领土"，我国作为裁决做出国与承认执行国，并不满足这一条件，因此我国提出的保留排除了"非内国裁决"这一标准。而第二种观点的出发点在于《纽约公约》两种裁决国籍确定标准提出的背后目的以及保留的一般解释。由于我国并未对互

[①] 高庆明：《境外仲裁机构在中国内地仲裁的法律问题研究》，载《环球法律评论》2016 年第 3 期。

[②] 李迅：《中国承认与执行外国仲裁裁决的发展展望——从第一例承认与执行在中国做出的外国仲裁裁决谈起》，载《仲裁研究》2010 年第 22 辑。

惠保留做出任何解释，所以两种争议并无对错之分。而且，司法实践中，各法院对于外国仲裁裁决的国籍也做了做出不同的认定结果，产生不同的承认执行结果。

考察《纽约公约》的制定历史可以发现，《纽约公约》草案最初采用的是“领域标准”，但遭到法国、意大利、德国等 8 个大陆法系国家的强烈反对。这些国家认为，仲裁当事人国籍、争议标的以及适用的仲裁法都应作为该项仲裁裁决是否外国仲裁裁决的考察因素并反对使用“领域标准”。美国等普通法系国家坚持“领域标准”，认为“非内国裁决”标准较为含糊，同时授权每一缔约国自行判断该标准也给《纽约公约》的适用带来极大的不确定性。作为妥协，《纽约公约》最终兼采两种标准并为所有缔约国确立了承认与执行两类仲裁裁决的国际法义务。[①]而目前国际社会确定国际商事仲裁裁决的主流标准是“仲裁地”，因此“非内国仲裁”只是为防止国籍消极冲突出现，保证裁决能够的到承认与执行。所以，想要彻底解决我国外国仲裁机构在我国仲裁裁决承认执行，一方面可以明确我国互惠保留的含义，另一方面也可以确定“仲裁地”裁决认定标准。

相较于将互惠保留认定为非缔约国义务免除，将外国仲裁机构在我国的仲裁认定为“非内国仲裁”适用《纽约公约》，确立“仲裁地”标准对我国而言效益更大。首先，将外国仲裁机构在我国的裁决依据“仲裁地”标准认定为内国仲裁，我国便可以拥有撤销权以及承认与执行两种审查方式，更大程度保护我国的公共秩序；其次，如上所述我国目前规定的“仲裁机构所在地”标准带来的问题有很多，若只是确定互惠保留的含义，就只能解决外国仲裁机构在我国仲裁承认执行依据问题，而不能解决我国仲裁司法实践中的其他问题，针对其他例如临时仲裁裁决无法确定等问题，依然需要确立“仲裁地”标准来解决。因此，确定“仲裁地”标准可以节约司法资源，减少立法支出；最后，以目前的司法实践我国并没有成熟的适用“非内国仲裁”标准的实践。

三、解决设想

目前，我国已经成为世界贸易大国、对外工程承包大国和吸引外资大国。随着“一带一路”建设的深入推进，我国正在成为海外投资大国。[②]因此，我国面临的贸易争端会越来越多，以仲裁解决争端的案件也会越来越多。根据十九大会议以及《国务院关于印发进一步深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案的通知》等文件精神，我国为更好建设“一带一路”，采用多元化方式解决国际争端，以建立亚太争端解决中心。但是我国目前的仲裁裁决认定标准不仅不能帮助我国实现此目标，现在还远远落后于当前仲裁的司法实践的发展，不能对法院起到指导作用。因此，为彻底解决我国“仲裁所在地”标准带来的问题，只有更改我国关于仲裁裁决的认定标准，采取与国际主流一致，与《纽约公约》相统一的“仲裁地”标准。

首先，以“仲裁地”确定国际民商事仲裁裁决国籍可以给予法院明确的指导，还可以对法院的认定标准进行统一，避免同案不同判现象。其次，建立“仲裁地”标准确定国际仲裁裁决的国籍可以解决临时仲裁的国籍问题，虽然目前在我国《民事诉讼法》司法解释、《纽约公约》中有承认与执行临时仲裁的规定，以及司法实践中，我国法院却已承认执行外国临时仲裁，但是法院对于承认执行外国临时仲裁而适用《纽约公约》的理由却千差万别。因此，确立“仲裁地”标准能够给予法院适用《纽约公约》立法支撑，统一法院适用公约的理由。最后，以“仲裁地”确定仲裁裁决国籍，可以有效解决外国仲裁机构在我国仲裁的承认执行问题。

因此，为解决司法实践中法院对于裁决认定标准不统一，临时仲裁国籍难以认定，外

[①] 陈力：《ICC 国际仲裁院在我国作成仲裁裁决的承认与执行-兼论《纽约公约》视角下的“非内国裁决"》，载《法商研究》2010 年第 6 期。

[②] 郭玉军、付鹏 ：《远非内国裁决的承认与执行问题研究》，载《法学研究》2018 年第 3 期。

国仲裁机构在我国仲裁裁决国籍难以认定的问题，改变我国认定标准是更为有效，更为长远的方法。采用“仲裁地”标准可以使我国仲裁裁决国籍立法与司法实践匹配，结束司法实践混乱的局面，从而促进我国国际商事仲裁的发展。

21.论我国海事仲裁协议效力认定规则之完善

王国华 佟尧*

摘要：海事仲裁协议是海事仲裁制度的基石。相比一般商事仲裁，意思自治理念限制与扩张的问题在海事仲裁协议效力认定规则领域更为突出。我国仲裁立法与司法实践对于海事仲裁协议效力要素配置的要求又过于严苛，由此产生了现行机制与行业需要的不适应性。我国应逐步确立“倾向使仲裁协议有效”的弹性化海事仲裁协议效力认定原则，实现管辖决定权的“松绑”，明确租约仲裁条款有效并入提单的要件，并渐进式地引入法定海事仲裁地规则。

关键词：海事仲裁协议，并入提单，法定海事仲裁地，效力认定

一、海事仲裁协议及其效力认定原则

作为商事仲裁制度的基石，仲裁协议反映出的是当事人在通过仲裁方式解决具体纠纷问题上所达成的意思表示一致。[①]海事仲裁协议就是指系争当事人自愿将他们之间未来或业已发生的海事争议提交给中立第三方仲裁的协议。[②]

基于该定义，海事仲裁协议可被具体分为三类：第一种是仲裁条款，它是当事人在合同中订立的、约定将未来可能发生的争议提交仲裁的条款。仲裁条款是海商海事合同中的常见条款，部分海运提单和绝大多数的租船合同、救助打捞合同都包含有仲裁条款。[③]第二类是仲裁协议书，它是指在争议发生之前或之后，由当事人专门订立的把争议交付仲裁的单独协议。例如德国法规定，仲裁协议可以单独的书面协议或者合同条款的形式（仲裁条款）进行约定。[④]采用协议书形式订立仲裁协议的情况在一般商事仲裁实践中较为少见，但在海事仲裁领域，尤其是船舶碰撞等海事侵权案件有着较大的适用空间，比如新加坡海事仲裁院就为寻求船舶碰撞纠纷解决方案的当事各方提供了专门的碰撞争议快速仲裁程序（SCMA Expedited Arbitral Determination of Collision Claims，SEADOCC）[⑤]并为此设计了特殊规则。[⑥]海事仲裁协议的第三种类型为其他书面文件中所包含的仲裁协议。[⑦]例如，最高人民法院便曾在“金鸽公司与福建生产资料公司提单仲裁条款效力案”中指出：持有承运人签发的含有合并租约和仲裁条款的提单并明示接受该条款的一方当事人，即使其不是海上货

---

① 参见[英]艾伦·雷德芬，马丁·亨特：《国际商事仲裁法律与实践》，林一飞，宋连斌译，北京大学出版社 2005 年版，第 139 页。

② 参见霍政欣：《国际私法》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 324 页。

③ 参见韩立新，袁绍春，尹伟民：《海事诉讼与仲裁》，大连海事大学出版社 2016 年版，第 213 页。

④ See: German Arbitration Law, Sections 1029(2).

⑤ See:Hakirat S. H. Singh, Expedited Arbitral Determination of Collision Claims and its Potential Application in Cases involving Ships Crossing the Singapore Straits, International Congress of Maritime Arbitrators (ICMA XIX), 2015.

⑥ 无论 SEADOCC 仲裁结果如何，仲裁费用都应由当事各方平摊。See: SCMA Rules 2015, Article 47.

⑦ 参见李双元、欧福永：《中国国际私法通论》，法律出版社 2007 年版，第 617 页。

物运输合同或租约的签订方，该条款仍对承运人具有约束力。[①]

合法、有效的海事仲裁协议，是当事人之间的真实意思表示，自成立之日起便对当事人产生法律约束力，具有着排除法院管辖权的效力。[②]海事仲裁协议还是仲裁机构或仲裁庭获得具体案件管辖权的依据、启动仲裁程序的前提条件，同时它的效力状态直接决定着涉外案件仲裁裁决能否被一国司法机关最终承认与执行。[③]

认定海事仲裁协议是否有效的主体一般是仲裁庭、仲裁机构和法院。由于仲裁条款的有效性直接关系到案件的管辖权，因此国际和国内立法普遍将仲裁庭决定管辖权的权力与决定仲裁协议有效与否的权力一并规定。[④]由仲裁机构作出仲裁协议有效与否以及仲裁案件管辖权归属决定的较为少见，与其他国家普遍做法不同，[⑤]依据《中华人民共和国仲裁法》（简称《仲裁法》）制定的《中国海事仲裁委员会仲裁规则》（简称《海仲规则》）将海事仲裁协议效力认定以及海事仲裁管辖权确定的权力交与仲裁机构，只有在“必要”时，机构才可授权仲裁庭作出相关决定。[⑥]实际上，享有最终作出或监督海事仲裁协议有效与否以及海事仲裁案件管辖权决定权力的是一国的司法机关。我国《仲裁法》及其司法解释确立了“二选一”模式，即对仲裁协议效力存在异议的当事人既可以选择向法院也可以选择向仲裁机构提出效力认定的请求。不过，如果一方向法院申请，而另一方向仲裁机构提出申请，则由法院作出最终决定。对于海事仲裁协议效力认定的案件，应由海事法院管辖，连结点可以是当事人的住所地、海事仲裁协议的签订地或当事人在海事仲裁协议中所约定的仲裁机构所在地。虽然作出仲裁协议有效性认定的最终权力归属于司法机关，但为防止因程序拖延而给当事人化解纠纷带来的不利影响，《仲裁法》也对法院权力加以一定程度的限制：若仲裁机构已根据当事人申请先于法院对仲裁协议效力作出了决定，此时当事人再提出仲裁协议效力认定的申请，法院则不应予以受理；同样地，若当事人没有在仲裁庭首次开庭前就效力问题提出异议，法院也不得再对其在之后的程序中所提出的仲裁协议效力认定申请进行受理。

海事仲裁协议的效力认定原则就是看该仲裁协议是否同时符合形式要件与实质要件之要求。

在形式要件方面，目前国际公约及绝大多数的国家立法均要求海事仲裁协议符合“书面”的形式要求。《纽约公约》明确，当事人以书面协议约定通过仲裁解决争议，不论争议是否为契约性质的，各缔约国应承认该协议。其中的“书面协议”就包括当事人签订或在互换函电中载明的仲裁条款和协议。《联合国国际商事仲裁示范法》（简称《示范法》）对书面形式进行了详细解释，不论仲裁协议是以何种方式签订下来的，只要仲裁协议的内容以包括电子通信、数据电文等在内的任何形式记录了下来，即满足书面形式要求。此外，如果在当事人相互递交的索赔或抗辩内容中提及了以仲裁方式解决纠纷的话，在没有当事人明确提出反对的前提下，其也会被视为构成符合书面要求的仲裁协议。[⑦]与此相对应，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国仲裁法>若干问题的解释》（简称《仲裁法解释》）与《海仲规则》中也有类似规定。[⑧]这里不得不提及的就是英国法，其特别强调只要协议是以书面形式达成的，无论当事人签署与否，该仲裁协议便符合了书面要求。[⑨]在今天的航运商业活动中，

---

① 参见：法函[1995]135 号。

② 参见苏同江：《海事仲裁协议的效力》，载《中国海商法年刊》1997 年第 1 期。第 46 页。

③ 参见王玫黎，刘建文：《海事仲裁协议的效力》，载《浙江工商大学学报》2000 第 3 期，第 58 页。

④ 参见高菲：《中国海事仲裁的理论与实践》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 99 页。

⑤ See: English Arbitration Act, Section 30; Article 12 of LMAA Terms, 2017.

⑥ 参见《海仲规则》第 6 条第 1 款。

⑦ See:PT Tugu Pratama Indonesia v Magma Nusantara Limited, [2003] SGHC 204.

⑧ 参见《仲裁法解释》第 1 条、第 11 条；《海仲规则》第 5 条第 2 款。

⑨ See: English Arbitration Act, Section 5(2)(a).

任何协议（特别是仲裁协议）在双方当事人签字后再去履行的情形越发少见。《英国仲裁法》对书面仲裁协议的宽松解释使当事人的签字变得不再那么重要，最大程度保障了当事人的仲裁意愿。[①]但对于那些更注重形式主义的西方国家，其在签字问题上却保持着十分严格的立场，如德国认为，签字不仅是签字人意图的表达，更是一种明确确认签署文件的签字人身份的手段，而签章则不被视为手写签字的替代品，因为它们是批量产物且缺乏能够提供该印章的使用者和拥有者为谁的独有特征指示，这与东亚普遍接受印章比个人签名具有更大权威性的商业文化观念截然相反。[②]

在实质要件方面，一个有效的海事仲裁协议需要满足以下要求：一是当事人具备主体行为能力，我国《仲裁法》将无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议视为无效；二是当事人请求仲裁的意思表示真实、合法，必须基于双方自愿，一方采取胁迫手段迫使对方订立的仲裁协议自始无效；三是争议事项具有可仲裁性，例如我国《仲裁法》明确规定部分人身关系纠纷、行政纠纷不能仲裁，再如《美国联邦仲裁法》将“海员、铁路员工和服务于对外贸易或者各州间贸易的各种工人的雇佣契约”排除在适用范围之外；[③]四是海事仲裁协议的内容必须符合法律规定，仲裁协议内容是否明确、具体、可执行决定了该协议能否拥有法律效力。需要强调的是，我国《仲裁法》第 16 条明确要求一则有效的仲裁协议必须清晰、准确地载有当事人所共同选定、具体负责争议案件处理的仲裁机构的名称。如果当事人对仲裁事项或仲裁委员会没约定或者约定不明，该仲裁协议将被认定为无效。从国家立法的横向比较上看，我国将仲裁委员会列为仲裁协议必备要素的做法不仅罕见，而且还非常不科学，对于海事仲裁协议效力要素配置过于严苛。[④]

二、海事仲裁协议意思自治理念的限制与扩张

一般观点认为，仲裁是当事人意思自治的产物，这种立论是在诉讼与诉讼外机制二分识见下的惯性思维。其实，仲裁一致都是借助外在力量来化解矛盾和纠纷的，在当事人出现意思自治失灵或障碍的情况下，这种外在力量便开始发挥扶正当事人自治、恢复当事人之间协调秩序的功用，以干预手段为保障当事人意思自治提供强有力的救济。[⑤]笔者认为，所谓的外在力量就是一套业已形成的制度规范，而这套制度的正常运行则以明晰对当事人仲裁自治的态度为前提。意思自治理念限制与扩张的问题在海事仲裁制度领域尤为突出：通常处于市场优势地位的海运承运人在格式合同中订立的仲裁条款是否体现了承托双方的真实意思表示？能否将并入提单的租约仲裁条款归为当事人自治的范畴？这些问题都有待我们进一步探究。

（一）法定海事仲裁地规则

1. 国际海上货物运输公约中的法定海事仲裁地规则

《1978 年联合国海上货物运输公约》（简称《汉堡规则》）第 22 条允许当事人以书面证明的协议约定将可能发生的海上货物运输争议提交仲裁，但与一般商事仲裁制度中当事人

---

① 参见邓杰：《英国关于仲裁协议书面形式的立法发展及其对海事仲裁的影响——兼论完善我国仲裁协议形式的立法规定》，载《法制与社会发展》2001 年第 5 期，第 79 页。

② 参见[德]韦德方，克里斯蒂娜·沙伊德勒：《国际商事仲裁协议中的印章、签章和签字》，朱彧译，载《华东政法大学学报》2013 年第 1 期，138-139 页。

③ See: U.S. Federal Arbitration Act, Section 1.

④ 参见汪祖兴：《中国仲裁制度的境遇及改革要略》，法律出版社 2010 年版，第 61 页。

⑤ 参见汪祖兴，郑夏：《自治与干预——国际商事仲裁当事人合意问题研究》，法律出版社 2016 年版，第 305-307 页。

可自由确定仲裁地、将意思自治理念贯彻到底的做法有所不同，[①]它赋予了索赔人选择仲裁地点的权利，除仲裁条款指定的地点外，其还可以选择装货港、卸货港、被申请人的主营业所或惯常住所以及合同签订地所在国的任一地点提起仲裁程序。[②]《汉堡规则》关于仲裁地点选择的规定，应受到尊重，[③]这是因为该规定被视为仲裁条款或协议的一部分，公约对此进行了强制性规定，即仲裁条款或协议中与之不符的任何约定均属无效。[④]到了《2008 年联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》（简称《鹿特丹规则》）时期，为达到平衡船货双方利益的目标，公约引进了独具海事特殊、令人耳目一新的仲裁理念，对当事人意思自治加以严格限制，在某种程度上甚至动摇了传统仲裁的根基。[⑤]《鹿特丹规则》是在其他商事立法领域中极为罕见的载有严格限制当事人约定仲裁地自由等强制性仲裁争议解决规定的国际公约，公约所采用的法定海事仲裁地规则[⑥]已然构成了海事仲裁制度特殊性的重要表征。《鹿特丹规则》的条文表述可谓"错综复杂"，笔者参考了约书亚·泰勒教授的研究成果[⑦]的基础上，对公约仲裁专章的核心条款进行了图表的可视化（见图 1）。具体而言，公约确立了如下规则：

第一，除非属于公约明确规定的例外情形，对承运人提起索赔的当事人有权选择在仲裁协议约定的地点或承运人的住所地、运输合同约定的收/交货地、货物的最初装船港或者最终卸船港提起仲裁，[⑧]也就是说索赔人不受仲裁协议约定的仲裁地限制，其可以根据案情选择有利于自己索赔的地点提起仲裁。[⑨]

第二，如果案涉运输合同为清楚载明各方当事人的批量合同，那么批量合同中仲裁协议所指定的仲裁地对当事人具有约束力，索赔人不得选择其他地点提起仲裁，不过该批量合同还需满足单独协商订立或者载有存在仲裁协议的明确声明两项条件之一。[⑩]

第三，批量合同中仲裁协议约定的仲裁地，只有在同时满足指定地点必须位于公约列明的范围之内（承运人的住所地、运输合同约定的收/交货地、货物的最初装船港或者最终卸船港）、该仲裁协议必须载于运输单证或电子运输记录之中、仲裁地通知已及时正确地出发以及准据法承认该仲裁协议效力四项条件时，才能对批量合同当事人以外的第三人产生约束力。[11]

第四，由于公约不调整班轮运输下的租船合同关系、使用船舶或舱位的其他合同关系、非班轮运输中的运输合同关系，[12]对于这些合同关系，法定仲裁地规则自然也不适用，即使各方当事人自愿在本来不受公约管辖的运输合同中纳入该公约。[13]但如果收货人、控制方或持有人不是被排除在公约适用范围之外的租约或其他合同的原始当事人，公约仍规制他们

---

① 参见《示范法》第 20 条第 1 款。

② 参见吴焕宁：《国际海上运输三公约释义》，中国商务出版社 2007 年版，第 207 页。

③ 参见[阿根廷]何塞·多明各·雷伊：《海事仲裁与汉堡规则》，理钧译，载《环球法律评论》1983 年第 1 期，第 59 页。

④ 参见《汉堡规则》第 22 条第 5 款。

⑤ 参见李婉，关正义：《<鹿特丹规则>下仲裁相关问题探析》，载《北京仲裁》2015 年第 2 期，第 194 页。

⑥ 有的学者将其称为"法定仲裁地"。详见徐仲建：《<鹿特丹规则>"法定仲裁地"规定研究》，载《中国海商法研究》2014 年第 1 期，第 57 页。

⑦ See: Joshua Taylor, International Maritime Arbitration and the Rotterdam Rules: A New Perspective on Party Autonomy, Australian and New Zealand Maritime Law Journal, Vol.28, 2014, p32.

⑧ 参见《鹿特丹规则》第 75 条第 2 款。

⑨ 参见徐仲建：《<鹿特丹规则>"法定仲裁地"规定研究》，载《中国海商法研究》2014 年第 1 期，第 59 页。

⑩ 参见《鹿特丹规则》第 75 条第 3 款。

11 参见《鹿特丹规则》第 75 条第 4 款。

12 参见《鹿特丹规则》第 6 条。

13 参见《鹿特丹规则》第 76 条第 1 款。

与承运人之间的仲裁法律关系，[①]此时运输单证或电子运输记录中的仲裁协议仍受到法定仲裁地规则的限制，除非该运输单证或电子运输记录载明了被排除在公约适用范围之外的租船合同或其他合同的各方当事人和日期以及以具体提及方式纳入了租船合同或其他合同中载有仲裁协议规定的条款。[②]

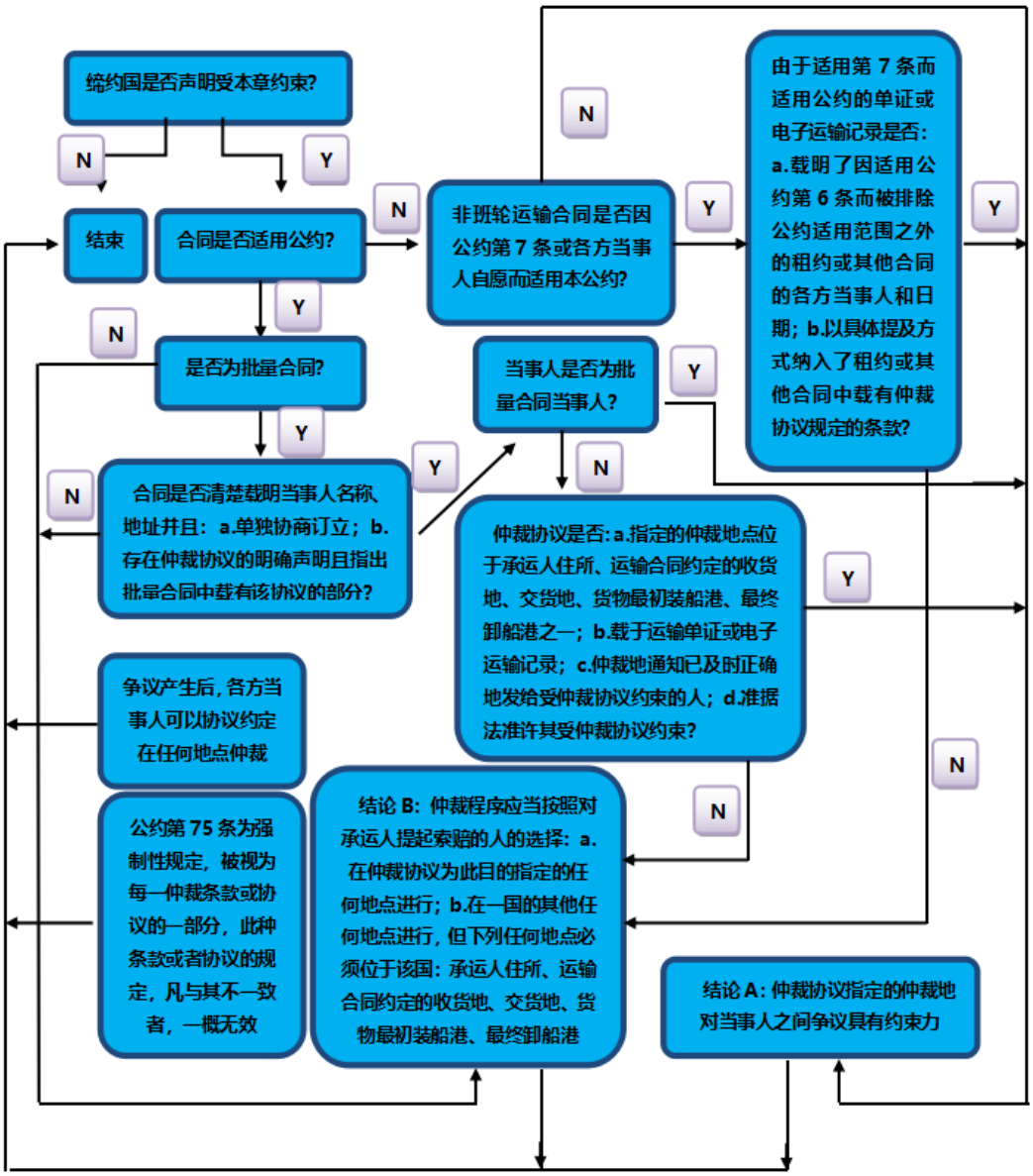


图 1 《鹿特丹规则》第十五章“仲裁”相关规定流程图

第五，公约赋予了法定仲裁地规则强制性效力，凡是与其不一致的协议或条款，一概无效。[③]

从立法目的看，《鹿特丹规则》设置法定海事仲裁地规则主要基于两个方面的因素考量。一方面，虽然在航运实践中，以仲裁方式解决班轮运输合同纠纷的做法似乎不太常见，提

① 参见《鹿特丹规则》第 7 条。
② 参见《鹿特丹规则》第 76 条第 2 款。
③ 参见《鹿特丹规则》第 75 条第 5 款。

单背面条款也很少载有仲裁的内容，[①]但如果公约不对仲裁加以规定，承运人很有可能将仲裁条款列入提单以使索赔人实际丧失公约基于利益平衡原则而赋予其选择诉讼地点的权利，因此，仲裁专章有利于防范承运人规避公约的诉讼管辖权规定。[②]另一方面，在保持非班轮运输根据租约和租约提单诉诸仲裁应遵循传统的意思自治原则的同时，[③]对缺乏话语权的货方提供额外的仲裁制度保护。[④]当然，也有学者提出，《鹿特丹规则》第 76 条关于租约仲裁条款并入的规定，充分表明了公约在倡导广泛使用仲裁作为解决争议方式的立法目的倾向。[⑤]

其实，在《鹿特丹规则》制定过程中，便有代表指出公约关于仲裁的规定，违背了《1958 年联合国承认和执行外国仲裁裁决的公约》（简称《纽约公约》）、《示范法》所载的基本仲裁原则。[⑥]但有的与会者则指出，对海事领域仲裁自由及海事仲裁协议有效性加以限制是国际航运业惯例使然。[⑦]贸法会第三工作组（运输法）也曾提出公约限制当事人约定仲裁地点的自由可能会影响到裁决在《纽约公约》下难以获得承认与执行的担忧，[⑧]但最终工作组仍旧案文达成了妥协的一致意见。[⑨]对此，学界有不少的批评声音，有的说公约关于第 14 章适用的规定[⑩]实际上令所谓的强制规范成为一纸空谈，[11]有的认为不确定的仲裁地规则根本无益于当事人最大化利益维护。[12]但不管怎样，我们都无法否定《鹿特丹规则》在公平分配承运人与索赔人仲裁利益问题上所做的积极探索，[13]更无法否定其对于各国海商及海事仲裁法律制度革新所起的积极作用。[14]

[①] See: UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Sixteenth Session (Vienna, 28 November-9 December 2005), A/CN.9/591, para.96; John F.Wilson, Carriage of Goods by Sea, Pearson Education Limited, England, 2010, 335.

[②] See: UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Sixteenth Session (Vienna, 28 November-9 December 2005), A/CN.9/591, para.96; UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Twentieth Session (Vienna, 15-25 October 2007), A/CN.9/642, para.208; Michael F. Sturley, Tomotaka Fujita, Gertjan van der Ziel, The Rotterdam rules: the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, Sweet & Maxwell, London, 2010, p355.

[③] 参见司玉琢，韩立新：《<鹿特丹规则>研究》，大连海事大学出版社 2009 年版，第 511 页。

[④] See: UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Eighteenth Session (Vienna, 6-17 November 2006), A/CN.9/616, para.268.

[⑤] 参见徐艳如：《浅析<鹿特丹规则>中的仲裁问题》，载《中国海商法年刊》2009 年第 4 期，第 24 页。

[⑥] See: UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Sixteenth Session (Vienna, 28 November-9 December 2005), A/CN.9/591, para.101.

[⑦] Ibid, para.102.

[⑧] See: UN, Arbitration: Uniform International Arbitration Practice and the Provisions of the Draft Instrument, A/CN.9/WG.III/WP.45, para.14.

[⑨] See: UN, Report of Working Group III (Transport Law) on the Work of Its Twentieth Session (Vienna, 15-25 October 2007), A/CN.9/642, para.207.

[⑩] 《鹿特丹规则》第 74 条规定，本章（第 15 章）的规定只能对根据第 91 条声明其将受本章规定约束的缔约国具有约束力。

[11] See: José M. Alcántara, Arbitration in the Rotterdam Rules, International Congress of Maritime Arbitrators(ICMA XIX), 2015.

[12] See: Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, The Rotterdam Rules: A Practical Annotation, Informa, England, 2009, p237.

[13] See: Michael F. Sturley, Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules, Uniform Law Review, Vol. 14, Issue 4, 2009, p973.

[14] 有美国学者指出，《鹿特丹规则》的管辖权与仲裁专章将对美国现行法律起到重要的革新作用，美国应当声明接受公约中的该两章规定。See: Chester D.Hooper, Forum Selection and Arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or the Definition of Fora Conveniens Set Forth in the Rotterdam Rules, Texas International Law Journal, Vol. 44, Issue 3, 2009,p426.

2. 美国、加拿大、澳大利亚国家立法中的法定海事仲裁地规则

尽管美国一直是当事人意思自治的坚定支持者，但是在海事仲裁领域，它却主张加强干预。[①]在 Indussa 案[②]中，适用于《美国海上货物运输法》（简称 COGSA）的选择外国法院管辖条款被认定为无效；在 Bremen 案[③]中，法院认为只要案涉合同非由 COGSA 调整，提单管辖条款将被支持，除非当事人能够证明执行该条款是不合理和不公正的；不过到了 Sky Reefer 案[④]，美国法院态度有所转变。[⑤]该案的情况是，日本承运人与美国经销商就水果运输订立了一份海上货物运输合同，合同载有将东京作为仲裁地的条款。后来由于发生货损事故，货主主张在东京启动纠纷解决程序将违反 COGSA，因此仲裁条款应被认定无效，但此主张被法院驳回了。有学者对此进行了批判，其认为 Sky Reefer 一案的判决与美国现行的海事责任制度不符，因为承认外国仲裁条款会使仲裁庭适用潜在不确定的准据法作出裁决并增加海外启动解纷程序的交易成本，实质“侵扰”了 COGSA。[⑥]

为了改变这一现状，美国起草了国内法案意图暂停甚至推翻 Sky Reefer 案并使之回复原状。[⑦]至此，《美国 1999 年海上货物运输法（草案）》中的法定海事仲裁地规则应运而生。根据草案第 7 条第 9 款规定，只要符合当事人约定或实际的装（卸）货港在美国、承运人收（交）货地在美国、被告（被申请人）的主营业地或经常居所地在美国、海上货物运输合同签订地在美国等前述列明情形中的任意一种情形时，不论当事人在海上货物运输合同中约定怎样的外国法院或仲裁庭管辖本法所调整纠纷的条款，任何一方当事人仍可在美国启动诉讼或仲裁程序解决相应的海事争议。[⑧]简而言之，草案赋予了当事人不必然受已明确约定仲裁地的仲裁条款限制，为美国的承运人、托运人及其他当事人在本土行使方便诉权提供了倾斜保护。

加拿大将《汉堡规则》纳入到本国立法中，《海事责任法》第 46 条更是将《汉堡规则》第 22 条确立的法定海事仲裁地规则扩展适用至涉及水上货物运输的全部海事合同领域，而不管该合同是否受《汉堡规则》调整。亦即，根据加拿大《海事责任法》的规定，对于涉及国内水路货运输合同的争议，如果当事人在合同中约定到外国进行诉讼或仲裁，原告仍然有权在适格的加拿大法院或仲裁庭开始开始诉讼或仲裁程序，只要合同争议与加拿大有关并且符合以下条件之一：（1）合同项下的实际装卸港或预期装卸港在加拿大；（2）被告住所地在加拿大或被告在加拿大有营业地、分公司或代理；（3）合同在加拿大订立。[⑨]依据该法案，在运输合同与加拿大具有充分联系的情况下，货物索赔人就完全有权在加拿大提

---

① See: Joshua Taylor, International Maritime Arbitration and the Rotterdam Rules: A New Perspective on Party Autonomy, Australian and New Zealand Maritime Law Journal, Vol.28, 2014, p33.

② See: Indussa Corp v. SS Ranbourg, 377 F. 2d 200 (2d Cir. 1967).

③ See: M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co, 407 U.S. 1(1972).

④ See: Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer et al, 515 U.S. 528(1995).

⑤ 参见李海跃：《美国提单中仲裁条款效力问题分析——以“Sky Reefer”案为切入点》，载《商事仲裁》2009 年第 1 期，第 15 页。

⑥ See: Cherie L LaCour, The Enforceability of Foreign Arbitration Clauses under the Carriage of Goods by Sea Act after Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, Tulsa Journal of Comparative & International Law, Vol. 4, Issue 1, 1996, p137.

⑦ See: Michael F. Sturley, Overruling Sky Reefer in the International Arena: A Preliminary Assessment of Forum Selection and Arbitration Clauses in the New UNCITRAL Transport Law Convention, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 37, Issue 1, 2006, p6.

⑧ 参见王鹏，吴佳贵，王应富，沈晓平（译）：《美国 1999 年海上货物运输法（美国参议院 1999 年 9 月 24 日草案）》，载《中国海商法年刊》1999 年第 1 期，第 461 页。

⑨ See: Canadian Marine Liability Act, Section 46(1).

起海事仲裁程序，而不顾合同本身所指定的仲裁地点。[①]

澳大利亚的航运立法则更为严格，其《海上货物运输法案》第 11 条否认海事合同中约定在外国进行仲裁的条款效力，除非该仲裁在澳大利亚提起。该法规定，对于一项涉及到装货港在澳大利亚而卸货港在其他国家的海上货物运输活动，其海上运输单证或在该次货物运输项下不可转让运输单证涉及到的全部当事人，均将被视为意图依据澳大利亚现行有效的法律规范而签订的海上货物运输合同。[②]该法进一步作出强制性规定，指出只要当事人在订立合同时试图更改法案对否认海事合同中约定在外国进行仲裁的条款效力的硬性要求、排除或限制澳大利亚法院对前述货物运输项下海事争议的管辖权等，不论合同的签订地点是否位于澳大利亚，此等合同均属无效。[③]不过需要说明的是，如果当事人之间订有仲裁协议或仲裁条款，并且根据该协议或条款，当事人必须在澳启动仲裁程序，则该协议或条款不因前述实际可能排除或限制法院管辖权的规定而无效。[④]

这里不得不提及引起航运界广泛关注的 Dampskibsselskabet Norden A/S 一案。Norden 作为二船东向承租人 Beach Building 出租船舶以完成装港位于澳大利亚、卸港为中国港口的煤炭运输。租约约定任何由本租约产生的争议应在伦敦仲裁（All disputes arising out of the Charterparty should be determined by arbitration in London）。之后双方就航次滞期费产生争议，Norden 依据租约提起伦敦仲裁，仲裁庭最终裁定 Beach Building 应支付滞期费。紧接着 Norden 变向澳大利亚法院申请承认与执行仲裁裁决，澳大利亚的承租人援引前述《海上货物运输法案》第 11 条进行抗辩，澳大利亚联邦法院作出初审判决，其认为应依文意解释的方式并结合立法背景，将《海上货物运输法案》第 11 条中的“sea carriage document”认定包括航次租船合同，据此认定在澳大利亚装货的航次租船合同中的仲裁条款是无效条款，除非该仲裁条款约定的仲裁地点位于澳大利亚。[⑤]船东提出了上诉。澳大利亚联邦全席法庭作出了推翻初审法院判决的终审判决，其指出，《海上货物运输法案》根本无意将租约视为“海上运输单证”，租约中的伦敦仲裁条款在澳大利亚是有效的且可执行的。全席法庭进一步阐述到，《海上货物运输法案》第 11 条的目的在于保护澳大利亚托运人及收货人免受合同限制被迫去澳大利亚以外的地点进行诉讼或仲裁，但不能将该目的延伸适用至完全可在租约中自由协商的船东与租家之情形。[⑥]从该案中，我们可以看到澳大利亚的司法实践虽然对于租约中当事人约定仲裁条款的自由加以保护，但同时也要关注到其严格遵循《海上货物运输法案》中载明的提单仲裁强制性规则的坚决态度，如果涉及启运地或目的地在澳大利亚的海上货物运输的单证当事人想以仲裁方式解决争议，则要注意只能在澳大利亚提起仲裁，约定在澳大利亚以外地点进行仲裁的协议都会被法院判为无效或不具执行力。

总的来说，不管是出于维护与运输有密切联系国家的海事司法管辖权的目的，还是出于保护处在弱势地位的托运人/收货人/提单持有人免受格式合同侵犯意愿的平衡利益考量，晚近的国际海上货物运输公约及主要航运国家立法都对班轮运输下当事人在提单或其他运输单证中约定仲裁条款的自由加以一定程度的限制，它就如同一只“有形的手”，干预或调整着海事仲裁协议的效力。法定仲裁地强制性规则反映了海事仲裁制度的特殊本质，代表着海事仲裁立法的最新发展趋势，被裹挟在全球统一化潮流中的中国，不该忽视这一重要话题。

---

① See:William Tetley, Canadian Maritime Legislation and Decisions 1999-2001, Lloyd’s Maritime & Commercial Law Quarterly, 2001, p553.

② See: Australian Carriage of Goods by Sea Act 1991, amendment made by Act No. 93, 2017, Section 11(1).

③ See: Australian Carriage of Goods by Sea Act, Section 11(2).

④ See: Australian Carriage of Goods by Sea Act, Section 11(3).

⑤ See: Dampskibsselskabet Norden A/S v. Beach Building & Civil Group Pty Ltd, [2012] FCA 696.

⑥ See: Dampskibsselskabet Norden A/S v. Gladstone Civil Pty Ltd, [2013] FCAFC 107.

（二）百年论争：英国法下租约仲裁条款并入提单的有效性识别

除了上文重点论述的法定海事仲裁地强制性规则外，各国对于应否限制当事人将租约仲裁条款并入提单的意思自治还持有不同观点，甚至一国在不同时期、不同案件上采取的政策也大不相同。租约仲裁条款并入提单的有效性识别问题，已超越国界，成为全球海商法界共同面临的一个普遍性难题。从 1912 年英国上议院对 Portsea 一案的判决到今天的立法例或司法实践，虽历经百年，但租约仲裁条款并入提单的法律效力认定仍是航运界高度关注的海商法议题，[①]现在就给并入条款的有效性识别问题盖棺定论，似乎为时尚早。

英国仲裁立法并没有给仲裁条款并入设置障碍，当事人在协议中援引书面形式的仲裁条款或包含仲裁条款的文件，构成仲裁协议，只要该援引旨在使上述条款成为协议的一部分。[②]但究竟以何种形式并入才算有效并入，则由司法实践给出答案。

在 Portsea 案[③]中，提单不止一次的讲到了依据租约条款，例如提单载明了“由……支付货物运输费用，其他条款、条件依租约……”，而提单空白处又记载着“甲板货物风险在托运人，所有其他条款、条件和免责依租约……”。上议院法官认为该提单的任何条款都不足以说明租约仲裁条款并入了提单，到底租约条款是否有效并入了提单，主要的认定规则应当是看租约条款同提单是否符合同一性和关联性特征。

在 Annefield 案[④]中，提单上仅仅载明“包括免责条款在内的一切条款……并入了本提单中……”，而涉案租约中的仲裁条款为“因本合同引起的一切争议应提交仲裁解决”，法院认为如果无法判断提单与条款之间是否有着直接的联系或者可以清晰地得出提单与条款之间并无直接联系这一结论，此时租约仲裁条款并入提单的效力就得视并入条款及租约中的仲裁条款文字表达的精准度而定了。所谓有直接关系的条款，就是指那些与提单标的即货物的装船、运送和交付直接相关的租约条款。[⑤]该案租约中“any disputes under this contract”是指租约下的争议提交仲裁，因此不应适用提单项下的纠纷。

在 Rena K 案[⑥]中，提单中的并入条款写明“1977 年 4 月 13 日在伦敦签订的租约中的所有条款、条件、免责条款包括仲裁条款……并入”，租约载有“因本租约引起的任何争议在伦敦仲裁”。法院对该并入条款有效性予以认可，提单上的并入条款可以表明，提单引起的纠纷适用租约中仲裁条款，因而可以“调整”条款措辞的方式满足当事人运用仲裁解纷的客观需要。

但在 Nai Matteini 案[⑦]中，法院又拒绝遵循 Rena K 案的先例，认为提单中所载明的“租约里的全部合同条款……包括但不限仲裁条款，并入了本份提单……”的条款不足以实现仲裁条款并入的效果。

然而，到了 Nerano 案[⑧]，英国的上诉法院又再次遵循 Rena K 案先例。该案涉及的提单载明“按照租约的条件……并入本提单并且在英国法和管辖权出现冲突时优先适用”。提单背面还记载了“租约中的所有条款、条件、权利、免责和仲裁条款……以此并入”。相关租约包含有一个需将船东与承租人间争议提交仲裁的条款。上诉法院判决指出，当我们对并入条款进行解释时，应重点关注和判断的是提单项下的当事人是否真的有将纠纷提交仲裁解决

---

① 参见黄永申：《英国“租约并入提单”百年史话及现状》，载《中国海商法年刊》2009 年第 1 期，第 27 页。

② See: English Arbitration Act, Section 6(2).

③ See: TW Thomas & Co Ltd v. Portsea Steamship Co Ltd, [1912] AC 1.

④ See: The Annefield, [1971] 1 Lloyd’s Rep 1.

⑤ 参见杨良宜：《论提单中的仲裁条款》，载《中国海商法年刊》1991 年第 1 期，第 2 页。

⑥ See: The Rena K, [1978] 1 Lloyd’s Rep 545.

⑦ See: Navigazione Alta Italia SpA v Svenska Petroleum AB, [1988] 1 Lloyd’s Rep 452.

⑧ See: Daval Aciers D’ Usinor et de Sacilor and Others v. Armare S.r.l., [1996] 1 Lloyd’s Rep 1.

的想法，特别是在对条款进行解读时，更应该尽量朝着仲裁能够被予以支持和运用的角度而为之。在本案中，我们就可以清楚地了解到当事人确有以仲裁方式解决海事争议的意愿。[①]

Delos 案[②]涉及两套提单，一套是运输豆油的康金提单，载明“租约中的所有条款……包括法律和仲裁条款并入本提单”。另一套是运输其他货物的海运提单，该提单仅记载“货物装运应遵循租约条款……无论如何，前述租约中的全部条款都将适用和调整当事人的权利”。提单持有人在伦敦法院提起诉讼，船东基于《英国仲裁法》第 9 条申请中止诉讼程序，Langley 法官中止了康金提单项下争议的法院诉讼程序，但同时判决海运提单使用一般概括性表述是无法将租约仲裁条款有效并入提单的。[③]

Gross 法官在对进行 Siboti 案[④]进行审理时对英国租约仲裁条款并入提单问题进行了归纳，他提出：首先，要有包含于提单或能被提单证明的合同存在，也就是法院必须去作出解释的合同；其次，并入条款与通知条款不同，提单持有人了解租约条款的事实并不意味着那些条款并入提单；再次，概括性的表述方式仅能使租约中那些与装船、运输和货物交付直接相关的条款并入提单，而与前述提单主要内容不相关的租约中的附属条款不得以概括性表述方式并入提单，这里的附属条款就包括仲裁条款；最后，尽管提单上的文字表述从表面上看符合并入条件，但如果落实到具体操作上不能体现出当事人意图，这种并入也可能会失败。据此，并入租约条款的意图可能仅仅因表述上的“不适用”（inapplicability）而被视为无效的，例如租约仲裁条款使用了类似“any disputes arising out of**this charter**” 的 表述。不过，若当事人并入具体租约条款的意图是清晰的、足以确定允许条款措辞调整的范围，那么租约条款措辞调整的难题则可能被克服。[⑤]

The Lucky Lady 一案[⑥]中，提单仅写明“所有条件、权利和免责条款……租约适用和调整涉及本次装运的当事人权利……”。当事人提出的租约中伦敦仲裁条款并入提单主张被法院以缺乏真实意愿而驳回。[⑦]

总体上看，英国对于租约仲裁条款并入提单效力有着比较清晰的认定规则。显而易见的是法院更愿意去限制表面上的“当事人意思自治”，但对于那些能够充分表现出当事人真实意愿的提单仲裁条款，他们甚至能约束提单已经过多次流转至最终的持有人（即使该方未在运输单证上签名）[⑧]以及其他第三人，[⑨]这又不可不谓海事仲裁协议效力范围的不断扩张。

---

① 参见黄永申：《英国“租约并入提单”百年史话及现状》，载《中国海商法年刊》2009 年第 1 期，第 30 页。

② See: The Delos, [2001] 1 Lloyd’s Rep 703.

③ See: Clare Ambrose, Karen Maxwell, Angharad Parry, London Maritime Arbitration, Informa Law, London, 2017, p54.

④ See: Siboti K/S v BP France SA, [2003] 2 Lloyd’s Rep 364.

⑤ Gross 法官归纳的标准被此后的判例援引。See: Caresse Navigation Ltd v. Office National de L’Electricité (The Channel Ranger), [2013] EWHC 3081 (Comm); Caresse Navigation Ltd v. Zurich Assurances Maroc and others, [2015] 1 Lloyd’s Rep 256.

⑥ See: Navig8 Pte Ltd v. Al-Riyadh Co for Vegetable Oil Industry, [2013] 2 Lloyd’s Rep 104.

⑦ See: Ian Gaunt, Incorporation of Arbitration Clauses in Bills of Lading, International Congress of Maritime Arbitrators (ICMA XIX), 2015.

⑧ 根据英国海上货物运输法的规定，如果第三方收货人或背书人基于提单提告，那么他将受提单中仲裁条款的约束。See: Yvonne Baatz, Should Third Parties Be Bound by Arbitration Clauses in Bills of Lading? Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly, 2015, p95.

⑨ 取得了代位求偿权的货物保险人也受并入提单中的伦敦仲裁条款的约束。See: Schiffahrtsgesellschaft Detlev Von Appen G.m.b.H. v. Voest Alpine Intertrading G.m.b.H. Same v. Wiener Allianz Versicherungs A.G. and Voest Alpine Intertrading G.m.b.H., [1997] 2 Lloyd’s Rep 279; Niagara Maritime SA v Tianjin Iron & Steel Group Co Ltd, [2011] EWHC 3035 (Comm).

三、完善我国海事仲裁协议效力认定规则的具体建议

（一）逐步确立“倾向使仲裁协议有效”的弹性化原则

与其他国家仲裁立法相比，我国《仲裁法》对有关仲裁协议效力的认定标准更加严格，这在根本上妨碍了我国海事仲裁业的健康发展。我们以美国为例，著名的 Steelworkers 案正式确立美国仲裁法的基本原则为“仲裁即契约问题”。[①]这表明，对于除劳动仲裁等涉及特殊权利主体以外的其他类型商事仲裁，其赖以生存之根本就是当事人的意思自治，任何一方不得要求未同意将纠纷提交仲裁的当事人去进行仲裁，反过来，任何一方也不能在当事人已达成仲裁意思表示一致的情况下拒绝仲裁。[②]但我国的仲裁立法与司法实践却似乎对仲裁仍带有一丝“敌意”，长期形成的诉讼本位思维方式使司法机关对实务中层出不穷的海事仲裁条款机械套用同一套有效性认定规则，而这恰恰与建设国际海事司法中心的远大目标完全不相符。

1. 双层级仲裁条款的效力问题

仲裁裁决的终局效力特征往往使当事人无法对裁决存在实体错误进行纠正。为了满足现实需要，实践中出现了将上诉模式引入仲裁之中的做法，当事人协商一致允许不服仲裁庭首次裁决的一方当事人可将争议提交给另行组成的仲裁庭（对原仲裁庭而言即为上诉仲裁庭）再次进行审理并由其作出最终具有法律拘束力的裁决，便是典型一例。约定此种仲裁模式的仲裁协议为纠纷化解提供了两次机会，因而它被称为双层级仲裁条款（two-tier arbitration clause）。[③]

我国并不承认双层级仲裁条款的效力。在西恩服务公司请求确认仲裁协议无效一案[④]中，当事人在合同的中文文本中约定“……如发生争议……提交某某仲裁委员会……仲裁。假如一方不服仲裁裁决，再由新加坡某某仲裁机构按照该会仲裁规则予以裁决”。最高人民法院认为，前述约定违反了我国《仲裁法》第 9 条第 1 款确立的一裁终局原则，故应确定其属无效的仲裁协议。

与此完全相反，印度最高法院在 2016 年所作的一项判决[⑤]中认可了双层级仲裁条款的合法性。涉案合同的争议解决条款的表述是“当事人间因合同引起的全部争议和分歧应由印度仲裁协会根据其仲裁规则在印度进行仲裁，如果任何一方当事人不同意印度仲裁结果，其有权在英国伦敦再次启动仲裁，仲裁应依 ICC 规则进行，裁决对双方当事人均有约束力……”。印度最高法院指出，从该双层级仲裁条款的措辞中可以清楚地看出，当事人保留对第一个裁决的上诉复审权的意图是明确无误的。印度仲裁法案虽未明确但也不默示地禁止当事人订立此类上诉仲裁条款。法院还特别将意定的和法定的上诉权进行了区分，在本案中，仲裁上诉机制的适用完全是当事人基于意思自治而作出的选择，这是一种实现法律权利的体现。最高法院最终裁定，已纳入了《示范法》的印度仲裁法案允许当事人在仲裁

---

① See: United Steelworkers of American v. Warrior and Gulf Navigation Co., 363 U.S.574, 582(1960).

② 参见丁颖：《美国商事仲裁制度研究》，武汉大学出版社 2007 年版，第 29 页。

③ 参见莫莉：《国际商事仲裁协议发展动向及我国司法审查立场》，载《理论界》2018 年第 2 期，第 82 页。

④ 参见：最高人民法院[2012]民四他字第 39 号。

⑤ See: M/s Centrotrade Minerals & Metal Inc. v. Hindustan Copper Ltd., Civil Appeal No. 2562 of 2006, Supreme Court of India.

协议中保留对裁决提起上诉的权利。[①]该案也充分反映了印度为仲裁提供强有力支持的坚决态度。[②]

我国应当重新考量一裁终局原则的适用范围，而非使其绝对化。既然仲裁必须接受司法的干预与监督，那它为何不能由当事人基于意思自治去设置内部救济渠道？所以，我国应采取“倾向使仲裁协议有效”的弹性化原则，将“一裁终局”宽泛解释为“仲裁终局”，进而承认双层级仲裁条款有效性，既尊重了当事人的合同约定，又不违背最终的仲裁裁决具有终局法律效力的立法旨意。

2. 或裁或审条款的效力问题

或裁或审条款的典型表述为：当事人就合同产生的争议，或者提交仲裁解决，或者向司法机关提起诉讼解决。我国对此类条款的效力不予认可。[③]在浙江一顺进出口公司与 Mohamed 国际货物买卖纠纷中涉外仲裁条款效力认定一案[④]中，当事人订立的协议写明“……如协商不成双方均可以向中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会提交仲裁，也可以向浙江一顺进出口有限公司所在地法院直接诉讼……”。最高院再次重申《仲裁法解释》第 7 条的规定，将此类或裁或审条款判定为无效的仲裁条款。

其他国家却有着不同的做法。法国巴黎海事仲裁院（CAMP）曾受理过一起类似的案件，一项班轮代理协议包括一项或裁或审条款，该条款规定“在本协议下发生的任何纠纷都将提交仲裁，但这并表示船东放弃因代理人违约而在其他法院提起诉讼的权利”。后来船东基于代理人未返还运费终止了合同。另一边，代理人以其履行合同产生了费用为由在他所在的国家的法院提起了诉讼程序。随后船东也在相同法院提起了针对代理人退还部分欠款的诉讼。再之后，船东向 CAMP 提起仲裁。代理人主张船东已将争端提交法院解决，因此 CAMP 不具有管辖权。仲裁庭依据英国法作出裁决，其指出，仲裁条款反映着当事人清晰的意愿，或裁或审条款并不是无效的，它恰恰彰显了当事人的想法。不过，该案里的船东已经先将部分争议提交给法院解决，CAMP 对此部分索赔进行管辖将不适格，但对于没有提交给法院处理的争议部分，CAMP 仍继续拥有管辖权。据此，仲裁庭判令代理人支付船东相应的费用。[⑤]

我国不妨借鉴法国的上述做法，采取“结果定向”原则即尽可能地将仲裁协议解释为有效，对于或裁或审条款，应摒弃《仲裁法解释》第 7 条规定，不得直接判定其为无效的仲裁条款，在仲裁和诉讼均为有效管辖的情况下，依最先启动纠纷解决程序的当事人选择确定管辖归属。[⑥]

3. IF ANY 仲裁条款及其他瑕疵仲裁条款的效力问题

在航运实践中，租船确认书中的仲裁条款通常十分简单，不少合同中都载有“G/A ARBITRATION IF ANY……”等表述。中国法下，这类条款的效力是有严重瑕疵的。

[①] See: Shivansh Jolly, Supreme Court of India Upholds Validity of Appellate Arbitration Clauses, available at Kluwer Arbitration Blog, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/16/supreme-court-india-upholds-validity-appellate-arbitration-clauses/, the last visit date was 1st June, 2019.

[②] Ibid.

[③] 参见《仲裁法解释》第 7 条规定。

[④] 参见：最高人民法院[2011]民四他字第 8 号。

[⑤] See: CAMP Award 1229, January 2017.

[⑥] 参见杨玲：《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期，第 144 页。

在通利萨摩亚船务公司与恒新贸易公司等租船合同纠纷管辖权异议案[①]中，涉案租船确认书内容以中英文表述，其第 17 条约定“G/A ARBITRATION **IF ANY** TO BE SETTLED IN HK……若果仲裁在香港并适用英国法律”。最高院认为，该条款仅仅意味着假如当事人选择以仲裁方式解决纠纷，那么该案件应在香港进行仲裁（即约定仲裁地点位于香港），但该约定并不表明双方当事人一致同意仲裁是处理该合同项下争议的唯一方式，因此不能认定当事人协议排除海事诉讼管辖，该条款当属无效的仲裁条款。在中海北方物流公司与本溪北营钢铁集团租船合同纠纷涉外仲裁条款效力认定案[②]中，涉案合同约定“如发生共同海损/仲裁，本协议适用中国法律，仲裁地本溪（General Average/Arbitration **if any** in Benxi and Chinese Law to Be Applied）”，最高院也以相同理由认定其为无效的仲裁条款。其实，早在武钢集团与福州天恒船务公司等海上货物运输合同纠纷管辖权异议一案[③]，最高院便提出了否定租约中 IF ANY 条款效力的复函意见。

此外，对于仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确且无法确定具体仲裁机构的、[④]仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则然而依照该规则又没有办法锁定该由哪个仲裁机构管辖案件的、[⑤]当事人在仲裁协议中选定的仲裁机构不止一个而后又无法就到底选择哪个机构处理争议达成一致意见的、[⑥]仲裁协议仅约定由某地的仲裁机构仲裁但该地有不止一个仲裁机构而后又无法就到底选择哪个机构处理争议达成一致意见的，[⑦]仲裁协议均将被视为无效。

实际上，对带有一定瑕疵的仲裁协议的效力认定究竟是严格执行“无效推定”原则还是采取“积极补救”的办法，完全能够折射出一国对整个仲裁制度的支持程度。[⑧]现实生活中，纠纷当事人几乎不太可能再对纠纷解决方式、仲裁机构再度达成合意。如果像司法解释规定的那样，全盘依赖于当事人的事后合意，最终的结果不外乎有瑕疵的仲裁协议都会因无法实际执行而被法院认定为无效。[⑨]

再举个例子，澳大利亚联邦法院在 Rinehart 案中确立了宽泛解释仲裁协议的原则，仲裁协议应当被自由地解释为假定选择仲裁的当事人意在通过这种方式来处理所有争议。其认为，有两种方法来判断争议能否被提交仲裁，一是通过表面证据确认是否有一个有效的仲裁协议涵盖了该事项；二是通过事实审理的方式来决定仲裁协议的存在及其具体范围。虽然任何刚性的分类方法都不该被采纳，但从整体上看，第一种方式与《示范法》《西澳大利亚商事仲裁法案》等相契合，因而获得更多的支持。可见，法院在《商事仲裁法案》[⑩]下并不扮演仲裁事项筛选者的角色。联邦法院进一步指出，“合同项下的任何争议”应被自由地解释为更广泛的争议范围，因而有关合同本身有效性的争议也属于仲裁事项。[11]反观我国，虽然《仲裁法解释》第 2 条规定了涉及合同哪些方面的纠纷可被认定为仲裁事项，但“可以”一词似乎使得合同本身有效性的争议是否属于仲裁事项的问题成为法院可自由裁量的问

---

① 参见：最高人民法院[2016]民他字 3 号。
② 参见：最高人民法院[2015]民四他字第 22 号。
③ 参见：最高人民法院[2009]民四他字第 36 号。
④ 参见《仲裁法解释》第 3 条。
⑤ 参见《仲裁法解释》第 4 条。
⑥ 参见《仲裁法解释》第 5 条。
⑦ 参见《仲裁法解释》第 6 条。
⑧ 参见杨玲：《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期，第 138 页。
⑨ 参见杨玲：《论“或裁或审”条款中仲裁条款的效力——以海峡两岸司法实践为视角》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 4 期，第 143 页。
⑩ See: Commercial Arbitration Act 2012 (WA), Section 8.
11 See: Hancock Prospecting Pty Ltd v. Rinehart, [2017] FCAFC 170; Tomolugen Holdings Ltd v. Silica Investors Ltd, [2015] SGCA 57; Joint Stock Company “Aeroflot Russian Airlines” v. Berezovsky, [2013] EWCA Civ 784, [2013] 2 Lloyd’s Rep 242.

题，未能最大程度地体现出立法与司法对仲裁协议有效性采取宽松解释的态度。

如此看来，确有必要在我国逐步确立起“倾向使之有效”的弹性化仲裁协议效力认定原则。[①]应当废止《仲裁法解释》中与该原则相悖的条文规定，认可双层级仲裁条款、或裁或审条款和 IF ANY 条款[②]的效力，更加尊重当事人对于选择仲裁解纷的意思自治。对于当事人约定纠纷适用海事仲裁（机构）规则的仲裁条款，可认为当事人选定了中国海事仲裁委员会处理争议；[③]对于当事人在仲裁协议中约定的仲裁机构不止一个的或仅约定了地点但该地有不止一个仲裁机构的，管辖权归属于最先启动仲裁程序的当事人选择的仲裁机构。如果是在短期不改变现行法律规定的情况下，也可以采取海事纠纷管辖权优先归属于瑕疵仲裁条款中约定的中国海事仲裁委员会（包括当事人仅约定由某地仲裁机构仲裁但中国海事仲裁委员会在该地设有分会或办事处的情形）这一替代方式。

（二）“松绑”管辖权——合理配置海事仲裁协议效力的认定权限

在仲裁管辖权问题上，我国《仲裁法》所规定的管辖权主体为法院和仲裁机构，这与赋予仲裁庭而非仲裁机构就是否存在仲裁协议有效性等实体管辖权进行裁定的权力的国际通行做法不符。现今，仲裁庭自裁管辖权理论已在世界范围内得到广泛支持与认可，[④]如果《仲裁法》继续恪守机构本位主义仅赋予仲裁机构而非仲裁庭管辖权，必将导致核心功能在于事务管理的仲裁机构直接损害仲裁庭权力的恶果，令当事人对仲裁庭的独立性与公正性产生怀疑；如果《仲裁法》继续恪守诉讼本位主义采法院优先决定管辖权说，必将违背当事人订立仲裁协议的初衷，给故意拖延解纷程序的当事人提供了可乘之机，不利于仲裁成本的节约和仲裁效率的提高。[⑤]

我们可以在参考《示范法》及其他国家立法例的基础上对海事仲裁协议效力的认定权限进行合理配置，将管辖权“松绑”，先交由仲裁庭自裁，最后再辅之以司法保障。例如，《示范法》明确规定仲裁庭有权就管辖权作出裁定。为了降低法院过早干预管辖权而产生的程序拖延风险，对于仲裁庭作为一个初步问题裁定其拥有管辖权的，《示范法》增加了若干项保障条款，假如当事人不服仲裁庭的管辖权裁定，其有权在《示范法》规定的 30 日期限内向法院提起诉讼，不过诉讼期间并不影响仲裁庭就仲裁案件的审理程序，也不影响仲裁庭正常作出裁决。至于法院最终针对管辖权问题作出的裁定，当事人是不得对此进行上诉的，进而避免救济程序的滥用。[⑥]日本就将《示范法》的前述规定纳入到了本国仲裁立法中。[⑦]显然，这种“A（仲裁庭）→B（法院）”管辖权决定模式的效率是高于我国《仲裁法》采取的“A（仲裁庭）或 B（法院），B（法院）优先”模式效率的。《英国仲裁法》的规定与《示范法》

[①] 最高院也意识到了这一原则的重要性。2018 年起实施的《仲裁司法审查解释》第 14 条便提到“法院应当适用确认仲裁协议有效的法律”。

[②] 对于 IF ANY 条款的认定，可以参考英国枢密院对 Anzen 案的判决。该案中的仲裁条款为“any Party **may** submit the dispute to binding arbitration”，法院认为这里的“may”表示各当事方可以提起仲裁，在任何一方未要求仲裁的情况下，另一方并未放弃提起诉讼的权利；但一方要求仲裁时，仲裁则具有强制效力。最终枢密院将该条款解释为“要求提起诉讼的一方将争议提交仲裁和/或向法院申请诉讼中止令”，从而中止了诉讼程序。See: Anzen Limited and others v. Hermes One Limited, [2016] UKPC 1.

[③] 在凯特公司与渤海公司承揽合同纠纷一案中，涉案《钻井平台建造合同》约定“仲裁程序一旦开始，将会遵循现行中国海事机构仲裁条款”，最高院认为，依据“现行中国海事机构仲裁条款”的文义，无法确定具体的仲裁机构，进而终审裁定上诉人关于本案应由中国海事仲裁委员会进行仲裁的上诉理由缺乏事实和法律依据。参见（2017）最高法民辖终 255 号。

[④] 参见王瀚，李广辉：《论仲裁庭自裁管辖权原则》，载《中国法学》2004 年第 2 期，第 165 页。

[⑤] 参见邓杰：《论我国应确立仲裁庭管辖权自裁原则》，载《湖南师范大学社会科学学报》2002 年第 5 期，第 54 页。

[⑥] 参见《示范法》第 16 条。

[⑦] See: Japanese Arbitration Law, Article 23.

相类似，只不过其赋予了当事人可约定是否赋予仲裁庭自裁管辖权的自由，[①]同时限制法院应仲裁程序一方当事人的申请对管辖权初步问题进行决定的条件。[②]印度也在 2015 年修正了原有的《仲裁与调解法案》，[③]新法第 8 条第 1 款特别强调，只要表面上存在一个仲裁协议，那么法院就得将案件管辖交由仲裁，这一规定充分尊重了仲裁庭的自裁管辖权。[④]

值得肯定的是，2015 版《海仲规则》作出了“如有必要，仲裁委员会也可以授权仲裁庭作出管辖权决定”的有益尝试，但究竟何种情况属“必要”却并不明确。

综上，建议未来我国修改《仲裁法》时，借鉴《示范法》及其他国家立法例，从立法层面合理配置海事仲裁协议效力的认定权限，实现管辖决定权的“松绑”，将仲裁协议效力认定、作出管辖权决定的权力交还给仲裁庭，明确区分仲裁机构与仲裁庭的权力界限，更大程度地保障仲裁庭权力的有效行使。

（三）正式明确租约仲裁条款有效并入提单的要件

航运实践中，将租约仲裁条款并入提单算是惯常做法，它也获得了诸多法域的广泛接受，上文重点论述的英国百年司法实践便是一例，英国法院普遍认为，条款的有效并入高度依赖提单所使用的具体表述方式以及那些被认为并入提单的租约条款的可用性。[⑤]

然而，受长期支持和接受仲裁协议并入态度的影响，美国法院对于并入条款有效性的认定标准尤为宽松，一个简单笼统的概括性条款就足以将租约中的仲裁条款并入到提单中。[⑥]但如果仲裁条款的表述过于狭窄（例如仅适用于船东与租家间的争议）则会削弱并入效力。并入条款写明租约日期被认为是符合并入条件的。在必要情况下，法院或仲裁员可能会寻求外部证据来判断当事人的仲裁意愿，假若提单本身就附带了租约，那么包括仲裁条款在内的租约条款自然调整当事人之间法律关系。[⑦]

综合分析各国态度，我们基本可以发现，一个有效并入提单的租约仲裁条款，至少满足以下条件之一：条件一，提单清晰地载明所并入的条款、仲裁条款的措辞必须在提单语境下讲得通并且该条款不与提单明示条款相互矛盾；条件二，提单包含有概括性的并入条款，虽然不必明确地提及仲裁条款，但必须明显地体现出该仲裁条款同时调整租约和提单项下争议。[⑧]

让提单持有人受他可能所不知情的仲裁条款限制是不公平的，因而法院对于仲裁条款是否符合有效并入提单的条件判断尤为谨慎。[⑨]法院认定并入条款有效性的门槛无疑是当事人意愿，法院的任务就是判断哪些条款足以表明当事人想要把租约仲裁条款并入提单的意

---

① See: English Arbitration Act, Section 30(1).

② See: English Arbitration Act, Section 32(1)(2).

③ 参见张建：《评印度仲裁制度改革的得与失——以 2016 年<仲裁与调解法（修正案）>为中心》，载《印度洋经济体研究》2017 年第 4 期，第 121 页。

④ See: Amitava Majumdar, The New Arbitration Regime in India-A Knight in Shining Amour? International Congress of Maritime Arbitrators(ICMA XX), 2017.

⑤ See: Arjya B. Majumdar, Incorporation by Reference in Maritime Arbitration, Transportation Law Journal, Vol. 40, Issue 2, 2013, p99.

⑥ See: Carlos Esplugues Mota, Validity and Effects of the Incorporation by Reference of Arbitration Agreements in International Maritime Arbitration: Current Situation and Future Trends, Revista de Drept Maritim Vol. 1, 2015, p82.

⑦ See: André Pereira da Fonseca, Status of Non-signatory Parties in Maritime Arbitration London and New York Compared, International Congress of Maritime Arbitrators(ICMA XX), 2017.

⑧ See: Arjya B. Majumdar, Incorporation by Reference in Maritime Arbitration, Transportation Law Journal, Vol. 40, Issue 2, 2013, p101.

⑨ See: Clare Ambrose, Karen Maxwell, Angharad Parry, London Maritime Arbitration, Informa Law, London, 2017, p54.

愿。尽管如此，我们仍难以判定非原始提单持有人的当事人是否有这种意图，此时合意原则便不那么管用了。英美国家原想通过一个接一个法院判例来解决并入问题，但可惜的是，这反而使其缺乏可预见性。[①]因此，有的国家以立法形式明确并入提单的租约仲裁条款效力。例如，《新加坡国际仲裁法》规定，如果在提单中援引包含仲裁条款的租船合同或其他文件并使之成为提单的一部分，该援引构成书面仲裁协议。[②]《德国民事诉讼法典》也强调，若在提单中明确提及载于租船合同中的仲裁条款，则提单之签发即证明达成仲裁协议。[③]

我国法律未就租约仲裁条款并入提单效力问题进行特别规定。《海商法》第 95 条对租约条款并入提单作出了规定，依据航次租约签发的提单，提单持有人并非承租人的，提单约束该提单持有人与承运人。但如果提单中载明适用租约的，则适用租约条款。不过，有海商法专家提出，该条文仅表示提单持有人与承运人之间的权利义务关系依并入提单的租约条款，而作为争议解决方法的并入提单仲裁条款不属于权利义务关系范畴，不应适用该规定。[④]也有人反对此种观点。[⑤]长期以来，国内已有不少学者对提单仲裁条款效力问题提出完善建议。有的认为，只要条款明确地并入了租约仲裁条款并且该租约是确定的，条款就有效并入了，且能约束提单持有人；[⑥]有的认为，当事人知晓租约且未提出异议时，并入条款即为有效；[⑦]有的认为，条款效力依赖当事人的主观心态，提单受让人同意仲裁条款的即为有效，否则无效；[⑧]有的则认为，过分强调提单持有人“明示接受”要件，无异于要求在提单签发人与持有人之间必须达成新的仲裁条款，并未真正赋予原提单仲裁条款的法律效力；[⑨]当然，也有反对承认并入条款效力的声音，[⑩]主张承认并入条款效力将使我国海事法院丧失对案件的管辖权，[11]还有学者认为，并入条款效力不能一概而论，特别是直接移植英美判例中的效力认定规则在短期内会无法适应我国国情。[12]

笔者认为，虽然《仲裁法解释》第 11 条对援引其他合同中有效的争议解决条款而进行仲裁的做法予以了肯定，但该规定并不能直接适用于处理并入条款的效力问题。立法上的漏洞带来了司法实践的严重混乱，即便是最高人民法院，也曾发布过不少观点相互对立和冲突的司法复函文件，更别提各地各级法院的“同案不同判”了。笔者将历年来有关最高院就租约仲裁条款并入提单有效性问题所作的认定情况按照时间顺序做统一整理，详见表 1。

表 1　历年来最高院就租约仲裁条款并入提单有效性问题所作的认定情况

---

① See: Arjya B. Majumdar, Incorporation by Reference in Maritime Arbitration, Transportation Law Journal, Vol. 40, Issue 2, 2013, p111.

② See: Singapore International Arbitration Act, Section 2(A)(8).

③ German Arbitration Law, Section 1031(4).

④ 参见朱曾杰：《论中国海商法中有关租船合同的规定》，载《中国海商法协会通讯》，1994 年 7 月刊，第 2 页。

⑤ 其认为，虽然提单仲裁条款属程序性问题，但程序问题也会涉及到程序性的权利义务关系，《海商法》的立法者在立法时显然不会故意将程序性权利义务排除在外。参见邓瑾：《论并入提单仲裁条款对提单持有人的效力》，载《仲裁研究》2009 年第 3 期，第 14 页。

⑥ 参见黄伟青：《并入提单的仲裁条款若干法律问题探讨》，载《中国海商法年刊》2000 年第 1 期，第 59-66 页。

⑦ 参见吴振义，邵琳：《海运提单中仲裁条款的法律地位和效力》，载《大连海事大学学报（社会科学版）》2007 年第 6 期，第 6 页。

⑧ 参见章博：《提单仲裁条款对受让人的法律效力——以仲裁协议效力扩张理论为视角》，载《上海海事大学学报》2008 年第 4 期，第 85 页。

⑨ 参见刘晓红：《论提单中仲裁条款的效力》，载《政治与法律》2004 年第 3 期，第 60 页。

⑩ 参见金小菲，万炬：《租约仲裁条款是否能够有效并入提单问题探析》，载《河北法学》2002 年第 11 期，第 182 页。

11 参见徐丽红：《租约仲裁条款并入提单探析》，载《法治论丛（上海政法学院学报）》2007 年第 3 期，第 112 页。

12 参见赵建伟，杨文升：《论提单中仲裁条款的效力》，载《社会科学辑刊》2009 年第 4 期，第 74 页。

案号	最高院认定意见	分析说明
[2004]民四他字第 43 号	本案提单背面订有伦敦仲裁条款。提单仲裁条款是独立于提单项下权利义务的程序性条款。本案保险人依保险合同取得代位求偿权后，在保险人未明确表示接受提单仲裁条款的情况下，该仲裁条款对保险人不具有约束力。	该案表明：提单仲裁条款不能约束取得代位求偿权但未明确表示接受仲裁条款的保险人。
[2006]民四他字第 26 号	一方当事人主张租约条款包括仲裁条款已经并入到提单中，但该仲裁条款是在提单背面记载，而未明确记载于提单正面，不应视为有效并入本案提单。因此，租约中的仲裁条款对本案提单持有人不具有约束力。	该案表明：未明确记载于提单正面的租约仲裁条款无法有效并入提单。
[2006]民四他字第 49 号	涉案提单正面仅记载“2004 年 4 月 19 日租约中条款、条件、除外责任等并入本提单”，并未明确记载将该租约中的仲裁条款并入提单。涉案提单背面记载的有关并入的格式条款并不能构成租约仲裁条款的有效并入。	该案表明：即使提单正面有记载，但仅笼统写明租约条款并入提单的，也不能产生使租约仲裁条款并入提单的效果。
[2007]民四他字第 14 号	涉案提单正面载明“如果并入的租约未能足够包含上述条款，则本提单项下所产生的任何纠纷应交伦敦或纽约仲裁，船东/承运人享有选择权，具体按 SHELLVOY 84 仲裁条款的规定。”涉案提单是基于租船合同而签发，提单正面记载的仲裁条款不属于租约仲裁条款并入提单，应是提单仲裁条款的约定。虽然涉案提单正面约定因涉案提单所产生的任何纠纷应提交伦敦或纽约仲裁，但提单仲裁条款的约定属于承运人单方意思表示，对提单持有人并不具有约束力。	该案表明：最高院推翻此前观点，基于租船合同签发的提单即便在正面明确记载争议解决依某个租约的仲裁条款进行，该条款也不属于租约仲裁条款并入提单而是提单仲裁条款，对提单持有人不具有约束力。
[2008]民四他字第 33 号	涉案提单正面记载“本次运输依照船东与租家订立的租约条款进行，该租约中所有条款、条件与免责都将适用并管辖本次运输”，该提单并入条款并未明确记载租约中含有仲裁条款，因此该条款未能有效并入提单。	该案表明：最高院再次推翻前案（[2007]民四他字第 14 号）观点，恢复此前认定标准，提单正面仅笼统记载租约条款并入提单而未明确记载租约中含有仲裁条款的，并入无效。
[2008]民四他字第 50 号	涉案提单正面虽然载明租船合同仲裁条款并入本提单，但并没有明确记载被并入提单的租船合同当事人名称及订立日期，属于被并入的租船合同不明确，提单正面并入租船合同仲裁条款的记载不产生约束提单持有人及其保险人的合同效力。	该案表明：最高院再次附加限制并入条款效力的条件，即使提单正面载明租约仲裁条款并入提单，但只要未明确记载租约当事人名称、订立日期的，并入无效。
[2009]民四他字第 12 号	涉案提单为租船合同项下的格式提单，提单正面载明“与租船合同合并使用”，但并没有明确记载被并入提单的租船合同当事人名称及订立日期。由于并入提单的租船合同记载不明确，提单背面条款约定“租船合同中的所有条件、条款、权利和免责，包括法	该案表明：与[2008]民四他字第 50 号的认定标准一致。

	律适用和仲裁条款，已经并入本提单”也就失去了事实依据。因此，涉案提单正面记载以及提单背面条款约定不产生租船合同仲裁条款并入提单并约束提单持有人的效力。	
[2009]民四他字第 13 号	涉案提单正面只明示了提单与租约并用，没有写明仲裁条款并入提单。并且中远航运提交的租约与提单上记载的租约日期也不一致，中远航运认为租约包括仲裁条款已经并入提单的主张没有事实和法律依据。因此，租约中仲裁条款对本案原告不具有约束力。	该案表明：与[2006]民四他字第 49 号的认定标准一致。
[2009]民四他字第 33 号	涉案提单正面记载“本次运输依照船东与租家订立的租约条款进行，该租约中所有条款、条件与免责都将适用并管辖本次运输”，并入条款并未明确记载租约中含有仲裁条款。该租约中的仲裁条款未能有效并入提单，对提单持有人无约束力。	该案表明：与[2006]民四他字第 49 号的认定标准一致。
[2009]民四他字第 36 号	涉案提单背面条款载有“正面载明日期的租约中所有条款、条件、特权与免责，包括法律适用及仲裁条款都再次明确并入提单”。武钢作为正本提单持有人，虽未参与租约的签订，但明确承认该并入条款的效力。据此应认定租约中的仲裁条款有效并入提单。	该案表明：即使提单仅在背面记载租约仲裁条款并入提单，但提单持有人明确承认该并入条款效力时，法院认定并入有效。
[2010]民四他字第 52 号	涉案提单正面记载：“本次运输在德宝海运株式会社和作为租船人的住友公司于 2007 年 12 月 27 日在日本东京签订的租约下进行，除运费费率和支付条款外，此租约中的无论何种性质的所有条款适用于并约束与本运输有关的当事方的权利。”涉案提单虽将租约条款并入提单，但没有关于租约中的仲裁条款并入提单的明示记载，因此，不能产生租约仲裁条款并入提单的法律效果，对不是租约当事人的提单持有人不具有约束力。德宝海运株式会社在诉讼中提供的合同文本没有涉案租船人住友公司的签字或盖章，无法证明该合同为提单并入条款记载中所称的租约，也无法证明租约双方当事人已就仲裁约定达成一致意见。德宝海运株式会社主张涉案提单并入仲裁条款，对提单持有人具有约束力的主张没有事实依据。	该案表明：最高院复函的前半部分与[2006]民四他字第 49 号的认定标准一致，但后半部分又附加了两项不予认可并入条款效力的理由：（1）当事人无法证明合同为并入条款所称的租约；（2）租约双方当事人已就仲裁解纷达成协议。
[2011]民四他字第 12 号	涉案提单为康金 1994 格式提单，提单正面记载于租船合同合并使用。其中的租船合同应为航次租船合同，但被告尼加拉海运公司主张并入提单的租船合同为定期租船合同，亦未在提单正面载明具体的租船合同和明确并入仲裁条款的意思表示，该主张没有事实据，该条款不能约束提单持有人和保险人。	该案表明：定期租船合同仲裁条款不能并入提单。
[2013]民四他字第 1 号	尽管提单背面约定了提单正面所示租船合同中的仲裁条款并入提单，但提单背面并入条款的约定不产生约束提单持有人的效力。该提单正面并未载明租船合同中的仲裁条款并入提单。关于“运费按 2010 年 9 月 19 日 1015NICKEL 号租船合同支付”的记载，亦不能产生租船合同仲裁条款并入提单、约束提单持有人的效力。	该案表明：与[2006]民四他字第 49 号的认定标准一致。
[2013]民四他	涉案提单为与租约合并使用的简式提单，提单正面并未明示记载	该案表明：关于租约仲裁条

字第 4 号	将租约包仲裁条款并入提单，故未有效并入。本案并非对租约中仲裁条款效力进行审查，应当适用中国法律确认双方当事人之间是否存在仲裁协议。	款并入提单的效力问题（当事人之间是否存在仲裁协议），应适用我国法律进行审查。
[2015]民四他字第 1 号	涉案提单虽在抬头注明“与租约合并使用”，但并未注明租约的编号、日期等事项，不能认定租约仲裁条款并入提单。	该案表明：强调适用[2008]民四他字第 50 号确立的认定标准（必须注明租约编号、日期等内容）。
[2015]民四他字第 4 号	涉案提单正面载明“提单与租约同时使用”，“本单海上货运依照 SABIC 公司和 lino 公司 2013 年 8 月 24 日的租约条款执行”，提单背面条款中记载“提单正面指明日期的租船合同中的所有条款、条件、权利和例外规定，包括法律和仲裁条款并入本提单”。但该提单正面并未明确记载租船合同中有仲裁条款并入提单，正面记载的内容不能产生租船合同仲裁条款并入提单、约束提单持有人的法律效果。	该案表明：即使符合[2008]民四他字第 50 号要求的形式，仍须清晰地写明租约仲裁条款并入提单，否则并入无效。
[2015]民四他字第 13 号	涉案提单正面虽记载“与租约合并使用”，但未指明哪一份租约并入提单。福建省轮船有限公司所主张的提单正面关于“运费按照 2013 年 3 月 11 日泛远航运有限公司和春安航运有限公司签订的租船合同支付”的记载，仅表明运费的支付依据该租约确定，并不涉及仲裁条款的并入。关于仲裁条款并入的表述未在提单正面记载，未能以合理方式提示提单受让人，该并入条款对提单受让人不具有约束力。	该案表明：除坚持[2015]民四他字第 4 号的认定标准外，最高院将“未能以合理方式提示提单受让人”作为否定并入条款效力的一项理由，但其并未阐明究竟何种提示方式为合理的。
[2016]最高法民他 20 号	案涉提单系与租约合并使用的提单，该提单正面仅记载“运费根据 2015 年 6 月 25 日的租船合同支付”，并无将该租船合同中的仲裁条款并入提单的明示记载，提单背面有关运输条件的格式条款并不能构成该租船合同仲裁条款的有效并入。接受提单的行为，不应认定为同意接受租船合同仲裁条款的约束。	该案表明：当事人接受提单，并不默示上表示其接受租约仲裁条款约束。

有观点指出，并入条款往往是租约下出租人为维护其自身利益而载于提单之上的，对于租约关系以外的提单持有人而言，他们很难全面知晓租约中的条款细节，甚至有的持有人根本就不同意将涉及提单的纠纷交由仲裁机构进行仲裁。因此，如果是从保障我国中小货主争议解决的合同权利、防范占有市场优势地位的当事人利用格式合同而实质剥夺提单持有人选择解纷方式自主权的角度来看，我国司法机关对并入条款的效力进行严格审查是非常必要的。[①]但笔者认为，严格审查绝不等同于一概无效，立法缺位虽然可以赋予最高人民法院针对租约仲裁条款并入提单效力问题进行自由裁量的权力，但仅仅通过法律效力层级极低（甚至不具有外部法律约束力）的个案复函的形式去对这一类航运业常见纠纷进行定性，是完全难以让当事人信服的，这不仅有浪费宝贵司法资源之嫌，并且基于个案给出的并入条款效力认定标准不具有普适性，从业者或当事人无法清晰地知晓究竟满足何种条件，租约仲裁条款才可合法有效地并入提单。当事人选择海事仲裁解纷的意愿无法获得充

① 参见徐丽红：《租约仲裁条款并入提单探析》，载《法治论丛（上海政法学院学报）》2007 年第 3 期，第 112 页。

分保护，海事司法权威必将遭受损害。提单法律行为有别于一般的合同行为，而且提单的主要作用就在于流转，提单转让不必取得承运人的同意，因此在法理上仲裁条款并入提单（特别是提单经过了流转）便更需要特殊规则予以保障。[①]

综上，我国应当及时的在仲裁或海商立法（包括司法解释）中明确租约条款有效并入提单的要件。其实，最高院曾发布过一份有关涉外仲裁司法解释的征求意见稿，[②]该意见稿明确指出，如果租约中载有一则合法有效的仲裁条款且当事人在提单正面载明该仲裁条款并入本提单，那么法院就应认定该租约仲裁条款已有效并入提单，仲裁条款对提单持有人有约束力，一旦有纠纷产生，当事人应按仲裁条款的约定提交仲裁解决争议。遗憾的是，该司法解释没能正式实施。[③]2017 年，天津市高级人民法院发布《天津市高级人民法院关于涉外、涉港澳台商事仲裁司法审查案件的审理指南》，其中第 23 条明确规定了法院认定租约仲裁协议并入提单的条件，即提单正面通过载明编号、签订日期、当事人等方式明示特定租约并入提单、提单正面明示该特定租约中的仲裁协议并入提单、该仲裁协议为有效以及按照该仲裁协议的表述提单持有人受其约束。据此，本文建议，应参考前述《审理指南》在仲裁法律或司法解释中明确租约仲裁条款有效并入提单的情形，进而弥补立法空白，更好地指导司法实践。[④]

（四）渐进式引入法定海事仲裁地规则

在上文中，笔者对《汉堡规则》《鹿特丹规则》以及美国、加拿大、澳大利亚等国采用的法定海事仲裁地强行性规则进行了详细阐述。如果说此类规则体现出国际立法上存在某种趋势的话，那这趋势就是越来越多的国家通过国内立法形式来否定提单中约定到外国去诉讼或仲裁的协议效力。[⑤]

就我国现阶段实际情况来说，采用澳大利亚模式似乎能最大程度地维护本国海事司法与仲裁管辖权，但一概否定班轮运输下当事人自由选择境外仲裁的协议效力，不仅完全忽视了当事人意思自治，使法律关系长期处于不稳定状态，影响跨国海运贸易的正常运转，同时也容易给国际舆论留下我国作为《纽约公约》缔约国却不遵守国际条约的话柄，有损中国负责任的大国形象。相比之下，我国更适合渐进引入《鹿特丹规则》模式。从行业利益角度看，限制班轮运输下当事人约定仲裁地的自由对于我国的中小货主而言还是十分有利的。这是因为，缺乏合约谈判能力的中小货主一旦被此类仲裁条款所约束，那么当纠纷产生时，他们便会面临两难的抉择：是否要去所不熟悉的地点、运用所不熟悉的语言、在其所不熟悉的文化背景下参与仲裁程序？不去，则无法维护自身利益；去，则要为此付出巨大的时间与经济成本，承担巨额的律师费用和仲裁费用，最关键的是还要承受极大的败诉风险。实践中也的确有不少中小货主放弃到伦敦进行仲裁的现实例子。[⑥]《鹿特丹规则》模式既体现了对当事人意思自治原则的有限尊重（仲裁地约定不必然无效及批量合同当事人有约定仲裁地的自由），又能公平地维护托运人、提单持有人的仲裁权益（索赔人可在有利于自己的地点提起仲裁），既有效防止了海事仲裁案源外流至可能与案件本身并无实际联

---

① 参见王克玉：《从法律适用的视角看租约仲裁条款并入提单的效力问题——兼论我国的立法与司法实践》，载《北京仲裁》2014 年第 4 期，第 65 页。

② 参见《<关于人民法院处理涉外仲裁及外国仲裁案件的若干规定>征求意见稿》。

③ 参见钱程：《论租约仲裁条款并入提单的条件及法律效力》，载《商事仲裁》2009 年第 1 期，第 12 页。

④ 参见成明珠：《论租约仲裁条款并入提单之司法审查——以审查方法的确立和立法建议为核心》，载《法律适用》2007 年第 4 期，第 55 页。

⑤ 参见李海：《关于提单仲裁条款效力若干问题的思考》，载《中国海商法年刊》2004 年第 1 期，第 126 页。

⑥ 参见杨良宜：《<鹿特丹规则 2009>之承运人责任、管辖权与仲裁》，载《中国律师 2009 年海商法国际研讨会论文和演讲稿汇编》，第 114 页。

系的国家，还为本土海事仲裁机构参与国际市场竞争创造有利条件，进一步推动我国海事仲裁制度发展与完善。正因如此，有海商法专家建议，《鹿特丹规则》关于仲裁的规定“基本满足了不同国家的诉求，是公平合理的，中国可以接受”。[①]

虽然目前仅有西班牙、多哥、刚果和喀麦隆加入了《鹿特丹规则》，[②]公约生效仍遥遥无期，但就算未来我国不会加入《鹿特丹规则》，那也不意味着公约中更为先进的国际海事仲裁制度设计模式不能为我所用。其实，现行司法解释已为我国现在或未来采用《鹿特丹规则》中的法定海事仲裁地规则保留了适用空间。例如，《仲裁法解释》第 11 条第 2 款规定，在发生涉外合同争议时，如果我国缔结或参加的国际条约应予以适用且该公约中载有仲裁规定的，那么当事人有义务遵循公约规定提请仲裁。不过需要说明的是，在当前的法律框架下，我国引入公约中法定海事仲裁地规则的模式只能是“渐进式”的，一来是因为《鹿特丹规则》交叉引用条文非常多，条款表述尤为繁复，不同的人对于公约中同一术语的理解都有可能大相径庭，何况想要将仲裁专章的核心内容凝练为我国立法机关所能接受和认可的法律条文更是难上加难；二来因为我国《仲裁法》并未对仲裁地问题加以调整，而仲裁地概念却又是法定海事仲裁地规则赖以存在的基础，[③]因此，建议我国未来修改《仲裁法》时，先在参照《示范法》的基础上引入仲裁地制度，即允许当事人自由约定仲裁地点，在当事人没有做出约定的情况下，确定仲裁地点的权力交由仲裁庭行使。然后，再视不同情况渐进地引入公约理念：若我国加入了《鹿特丹规则》，那么保留《仲裁法解释》第 11 条第 2 款关于优先适用国际公约中仲裁规定的条文即可；若始终没有批准公约，则可在仲裁地规定之后设置相应的兜底条款交由《海商法》对提单管辖进行强制性规定[④]或者直接参照公约条文就法定海事仲裁地规则作特别规定。

结语

作为最重要的海事纠纷解决方式之一，海事仲裁因具有解纷效率和程序灵活度高、商业保密性强、跨国执行效果好、兼顾专业性与公正性等突出功能优势而备受航运界青睐。约束海事仲裁实践参与主体的法律规范、程序规则、管理方法和行为准则所共同构成的海事仲裁制度，则是一个国家航运软实力的体现，为我国海洋强国战略的有效实施，“一带一路”特别是 21 世纪海上丝绸之路倡议的有序推进保驾护航。随着《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》等顶层设计文件的相继出台，我国海事仲裁业迎来了全新的发展机遇。

我国应逐步确立“倾向使仲裁协议有效”的弹性化仲裁协议效力认定原则，认可双层级仲裁条款、或裁或审条款和 IF ANY 条款效力，对于有瑕疵的仲裁条款效力，可以采取海事纠纷管辖权优先归属于瑕疵仲裁条款中约定的中国海事仲裁委员会的认定原则；从立法层面实现管辖决定权的“松绑”，将仲裁协议效力认定、作出管辖权决定的权力交还给仲裁庭，明确区分仲裁机构与仲裁庭的权力界限，更大程度地保障仲裁庭权力的有效行使；明确租约仲裁条款有效并入提单的要件，在维护我国法院海事管辖权、保障我国中小货主争议解决的合同权利的基本前提下，在《仲裁法》《海商法》或相关司法解释中明确租约仲裁条款有

---

① 参见司玉琢：《<鹿特丹规则>的评价与展望》，载《辽宁法治研究》2009 年第 2 期，第 9 页。

② See: UNCITRAL, Status of United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html, the last visit date was 1st June, 2019.

③ 参见徐仲建：《<鹿特丹规则>“法定仲裁地”规定研究》，载《中国海商法研究》2014 年第 1 期，第 62 页。

④ 澳大利亚就采用了此种立法模式。其《国际仲裁法》强调，本法不影响《海上货物运输法》第 11 条关于海事仲裁的强制性规定。See: Australia International Arbitration Act, Section 2C(b).

效并入提单的情形；在修改《仲裁法》时先在参照《示范法》的基础上对仲裁地基本问题作出规定，然后再渐进地引入《鹿特丹规则》中的索赔人可在有利于自己的地点提起仲裁及批量合同当事人有约定仲裁地的自由等有效防止海事仲裁案源外流至可能与案件本身并无实际联系国家的法定海事仲裁地规则。进而完善我国海事仲裁协议效力认定规则体系，满足航运纠纷解决的行业现实需求，实现我国海事仲裁制度的国际化与现代化发展目标。

22.论保密性弱化趋势下的仲裁员义务

王林叶

摘要：随着国际商事仲裁的发展变化，其保密性绝对地位被颠覆，例外情况的增多使其呈现出弱化趋势。在国际商事仲裁中，仲裁员既是主导争议解决的裁判者，也是负有保密义务的潜在主体，明确仲裁员的保密义务对于保护当事人合法权益和维护公共利益都具有十分重要的意义。本文结合国际商事仲裁保密性弱化趋势对仲裁员保密义务产生的影响，从仲裁员保密义务的来源、范围和违反义务的责任来分析研究仲裁员保密义务在这一大背景下的相关问题，对国际商事仲裁中仲裁员的保密义务发展现状进行评价，并对我国的仲裁提出相关建议。

关键词：国际商事仲裁；保密性弱化趋势；仲裁员义务

Abstract: With the development of international commercial arbitration, the absolute status of confidentiality has been subverted. The confidentiality of international commercial arbitration has been weakening by the increase of exceptions. In international commercial arbitration, arbitrators are not only the referees who show the dominant power in dispute resolution, but also the potential subjects with confidentiality obligations. It is of great significance to clarify the confidentiality obligations of arbitrators for protecting the legitimate rights and interests of the parties and safeguarding public interests. Combined with the influence of the weakening trend of confidentiality in international commercial arbitration on the confidentiality obligation of arbitrators, this paper analyses the relevant issues of the confidentiality obligation of arbitrators under this background from the sources, scope and liability for breach of the confidentiality obligation of arbitrators, evaluates the current situation of the development of the confidentiality obligation of arbitrators in International commercial arbitration, and puts forward relevant suggestions for arbitration in China.

Keywords: International Commercial Arbitration; weakening trend of confidentiality; Arbitrators' obligation

保密性是国际商事仲裁中的一项重要议题，在相当长的时期内，由于国际商事仲裁具有私人性的固有属性，国际商事仲裁也往往被推定为具有保密性，无须向公众公开，在一些支持仲裁保密性的论述中，将保密性作为仲裁的一项原则来表述。[①]实际上，各国对仲裁的保密性有着不同的规定，以美国、澳大利亚为代表的国家认为保密性需经明示才存在，而以英国、法国为代表的国家则认为仲裁保密性不必言明，承认默示情况下保密性的存在。无论持有何种立场，各国的司法实践都表明，对每个仲裁案件都严格保密既有现实困难又没有必要，过于绝对地强调仲裁的保密性，将会最终阻碍仲裁的发展。

国际商事仲裁领域，新情况的产生和实践的需要冲击了保密性的绝对地位，打破了对

国际商事仲裁推定保密性的传统认知，学界和实务界都意识到需要为国际商事仲裁的保密性确认一个合理的范围，而将不适用保密性的情形作为保密性的例外。有关保密性的许多问题至今尚未得到解决，国内外掀起了研究国际商事仲裁保密性的热潮，有观点认为保密性已从绝对变为相对，还有观点认为国际商事仲裁的保密性呈现出弱化趋势，也有对当事人保密义务的相关论述，但是鲜有直接以仲裁员保密义务为研究对象的论述。

仲裁员在国际商事仲裁中扮演着如同国内法院法官的角色，他们一方面拥有非常大的自由裁量权，另一方面也受到来自国际商事仲裁当事人意思自治原则的限制。从实践来看，有资格和通常被选任为国际仲裁员的人群相对固定，他们都有着丰富的从业经验和极高的专业素养，甚至形成了趋向一致的专业化仲裁职业道德观念，即便如此，也不能仅靠道德义务对仲裁员的行为加以约束。根据现有立法和国际仲裁机构规则的规定，仲裁员有可能在国际商事仲裁中成为负有保密义务的主体是毋庸置疑的，不能排除仲裁员泄露仲裁信息而损害当事人利益的情况。对仲裁员的保密义务加以明确，将有利于减少私人利益和公共利益的冲突。

一、保密性弱化趋势对仲裁员保密义务影响的检视

保密性是国际商事仲裁的主要特征之一，早有一项著名的研究指出，保密性构成了国际商事仲裁相比于国际诉讼的独特优势和竞争力，在吸引当事人选择以国际商事仲裁来解决争议方面占据着重要地位。随着保密性与私人性分离，持有默示保密立场的国家逐步承认保密性的各种例外。

国际商事仲裁保密性弱化趋势的形成基于多种原因，本部分将结合三个主要原因，对保密性弱化趋势为仲裁员保密义务带来的影响进行分析和检视。

1. 国际商事仲裁可仲裁性的扩张

近年来，在《国际商事仲裁示范法》对“商事”采用扩大化解释的引领下，国际商事仲裁的可仲裁性范围也在不断扩张。这一变化使国际商事仲裁所处理争议的影响范围不再局限于私人商事主体之间的纯粹私人利益，还有可能关系到公共领域，出现公共利益与私人利益的并存和冲突。

2. 国际商事仲裁案件的复杂化

随着全球经济贸易的快速发展和商事交往的日益频繁，国际商事纠纷呈现争议类型增多、案情曲折复杂、争议主体多元化的发展态势，增加了案件裁判的技术难度。为加强国际商事仲裁的高效性和公平性，保持国际商事仲裁的吸引力，国际商会仲裁院（ICC）、斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）等国际仲裁机构纷纷进行改革，近年来制定了有关多方当事人仲裁、多项合同仲裁、合并仲裁等新的仲裁规则，而一旦当事人申请适用这些仲裁规则，当事人的追加、多份合同由一个仲裁案件解决或者新的仲裁案件合并至最先开始的仲裁案件中，都将意味着某一仲裁案件的当事人要为了争议的公平高效解决而放弃仲裁案件的存在等信息不为案外人所知悉的利益。

3. 司法机关对仲裁的支持与监督

国际商事仲裁的自治性使其无法脱离司法机关的支持与监督而成为自具强制力的争议解决机制。下列情况都会使私人领域的仲裁与公共领域的司法产生联系：仲裁程序进行过程中有可能需要得到仲裁地司法机关的协助，比如发布临时措施、传唤证人；仲裁当事人对仲裁裁决有异议而申请撤销仲裁裁决；当仲裁的被申请人未能主动履行仲裁裁决时，申请人就需要向有权司法机关申请承认和执行仲裁裁决。由于司法程序具有公开性，对仲裁程序具体事项的支持或监督则多通过正式发布命令、作出裁定等方式进行，而这些司法性质的文件在对公众公开时就会一并向外界传递仲裁案件的有关信息，有些国家出于保护案外人利益的目的，会要求仲裁裁决的公开，还有些仲裁机构的仲裁规则也会有公开仲裁裁

决的规定，这些都打破了私人领域的仲裁案件的绝对保密状态。

国际商事仲裁保密性弱化趋势的形成原因复杂，以上原因只是其中比较有代表性的几个。在国际商事仲裁保密性弱化趋势的影响下，仲裁员的保密义务在法律来源、具体内容范围和违反义务的责任方面都需要加以明确。

二、仲裁员保密义务的来源

要分析仲裁员的保密义务，首先应当明确其义务的来源问题，具体而言主要有以下几类：

1. 与当事人签订的保密协议

令仲裁员负有保密义务，最直接的方式是仲裁员与当事人就与仲裁案件有关的事项签订单独的保密协议，这样仲裁员的行为将受到合同的约束，需要承担合同约定范围内相应的保密义务。随着对当事人意思自治的支持和当事人自治意识的觉醒，如果当事人希望自己的商业秘密得到全方位的保护，完全可以与仲裁员直接签订保密协议，对仲裁员保密义务加以明确和细化，保障自身的合法权益。

2. 当事人约定的仲裁规则

争议当事人可以自由选择仲裁规则作为其仲裁案件应当适用的程序规则，一些国际商事仲裁机构在其仲裁规则中设立了有关保密性的内容，而这些规则或直接或间接规定了仲裁员的保密义务，而只要当事人选择适用了这些规则，仲裁员就会受到相应保密义务的约束。

3. 仲裁适用法律的规定

一些国家在其国内法中规定了一般性保密规则或者在某些单行实体法中规定了保密性，若仲裁适用这些法律，就可能会使仲裁员负有保密义务。

三、仲裁员保密义务的内容

保密义务的范围本身宽泛而模糊，在保密性弱化趋势的影响下，例外情况逐渐增多，要讨论仲裁员保密义务的内容范围，必须要首先讨论当前保密义务所涵盖的主要内容，其中既有特别针对仲裁员的保密义务，也有比较宽泛的保密义务。

1. 保密性义务的主要内容

2. 与仲裁员保密义务关联的内容

四、仲裁员违反保密义务的责任

目前，几乎没有法律或仲裁规则明确提及仲裁员违反保密义务的责任问题，仲裁员违反保密义务，主要可以归入以下几种类型：

1. 违反仲裁员与当事人之间的保密协议

此种情况属于对合同义务的违反，可以要求仲裁员承担违约责任，若同时涉及侵权问题，就需要考虑责任竞合的情况。

2. 违反当事人选择的仲裁规则

若仲裁员违反仲裁规则规定的保密义务，最直接的后果就是被当事人提出有关仲裁员独立性和公正性的质疑。

3. 违反仲裁员道德守则

越来越多的新兴仲裁机构的出现不断要求细化道德守则和增强审查程序的透明度，试图限制仲裁员的灰色自由裁量权，表明机构决策过程的质量和廉洁的承诺。譬如，美国仲裁协会（AAA）和米兰商会（MCA） 等国际仲裁机构公布了详尽的仲裁员道德准则，并规定了违反义务的惩罚性机制。香港国际仲裁中心（HKIAC） 公布的《仲裁员投诉指引》规

定，若评审委员会收到对仲裁员名册中的某位仲裁员资格的质疑，或者某人在其他仲裁机构被取消资格，评审委员会可随时审核取消其资格。

五、对我国仲裁的建议

我国是遵循默示保密原则的国家，但应当注意到国际商事仲裁中保密性逐渐弱化的趋势，结合我国实际情况，重视仲裁员保密义务问题，促进仲裁持续发展。

1. 明确保密性的例外

需要关注保密性的例外情况，合理权衡公共利益和私人利益，从而明确仲裁员应当承担的保密义务。

2. 仲裁员资格多样化

从我国目前仲裁法对仲裁员的资格规定来看，比较强调仲裁员的法律背景，这固然十分重要，但为了更好地适应仲裁多样化发展，尤其是在处理技术争议方面，需要引入其他行业的专业人才作为仲裁员。这些仲裁员与一般的仲裁员相比，对于需要保密的信息更具有专业敏感度，能够防止更好地履行包括保密义务在内的所有职业义务。

3. 为仲裁员设立职业规范

促进统一化职业道德观念的形成，提高仲裁员素质。

4. 引入仲裁员评估机制

加强仲裁员对待案件的审慎态度，减少当事人的后顾之忧，增强当事人对仲裁的信任。

[参考文献]

[1] 王勇.论仲裁的保密性原则及其应对策略[J].政治与法律,2008(12)：81-86。
[2] 崔宝宁.仲裁的保密性原则研究[J].司法改革论评,2009,9(00)：134-146。
[3] 王伊晋. 商事仲裁从绝对保密到相对保密——以上市公司仲裁公示义务与保密义务的冲突为视角[A]. 中国仲裁法学研究会.中国仲裁法学研究会 2013 年年会暨第六届中国仲裁与司法论坛论文集[C].中国仲裁法学研究会:中国仲裁法学研究会,2013:10。
[4] 毛檬.国际商事仲裁保密性的弱化[J].北京仲裁,2016(04):217-232。
[5] 杨荣宽. 如何应对国际商事仲裁透明度增强与保密性弱化[N]. 中国商报,2018-04-19(A03)。
[6] Christian Buhring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business (Kluwer Law International 2nd , 2006), at 109.
[7] Richard W. Naimark & Stephanie E Keer, International Private Commercial Arbitration. Exceptions and Perceptions of Attorneys and Business People, 30 Int'l Bus. Law 203, 207 (2002).
[8] Oxford Shipping Co. Ltd v. Nippon Yusen Kaisha [1984] 2 Lloyd's Rep. 373.
[9] Dolling Baker v. Merret [1990] 1 WLR 1205.
[10] Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman [1995] 183 CLR 10.
[11] Julian D. M Lew QC, The Arbitrator and Confidentiality, Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator?Status, Powers and Role of the Arbitrator (ICC Institute of World Business Law, 2011), pp. 105-129 (120).
[12] Piliplle Fouchard, The Status of the Arbitrator, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, ICC Publication No. 564 (1995).
[13] 2010 International Arbitration Survey Report, Queen Mary of University of London, at 29.
[14] Bazil Orglida, The Principle of Confidentiality in Arbitration. Application and Limitation of the Principle, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 4, Issue 1, November 2015, 57-64.
[15] Presumption Meets Reality:An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration. Brown A.C. American University International Law Review , 2001.
[16] CAMCA Arbitration Rules 1996.
[17] WIPO Arbitration Rules 2014.

23.一裁终局制度研究[①]

岳学立*

摘要:视一裁终局为国际商事仲裁的主要优点并将其绝对化，是我国学术界的普遍观念，而《仲裁法》也规定仲裁实行一裁终局的制度。然而，随着国际经济交往规模的扩大，一裁终局在国际商事仲裁实践中的缺陷逐一显现。本文通过分析，提出对“一裁终局”绝对存在性和绝对优越性的质疑，指出一裁终局的缺陷，进而提出在一裁终局制度上，我国仲裁法应当区分国内仲裁与国际商事仲裁，在国际商事仲裁中摈弃绝对的一裁终局制度。

关键词:国际商事仲裁 ；一裁终局；当事人意思自治

Abstract: The final cut as a major advantage for the international commercial arbitration and its absolute, is the general idea of our academic community, and the "Arbitration Law" also stipulates that the arbitration ruling shall be final and implementation of a system. However, with the expansion of the scale of international economic exchanges, a final ruling in international commercial arbitration practice, defects appear one by one. Based on the analysis put forward the "one final cut of" absolute existence and absolute superiority of the question, pointing out the shortcomings of a final cut, and then propose a cut in the final system, China's arbitration law should distinguish between domestic arbitration and international commercial arbitration, in International Commercial Arbitration in the absolute rejection of a final ruling system.

Keywords: international commercial arbitration；finality of arbitral award of international; Meaning autonomy.

在我国法学界有着这么一种深入人心的认知：一裁终局是包括国际商事仲裁在内的所有商事仲裁相对于法院诉讼的主要优点,是一切商事仲裁的本质特征和基本原则,不实行一裁终局就不成其为仲裁。《中华人民共和国仲裁法》(以下简称《仲裁法》)第 9 条明确规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理”根据此制度，毫无疑问是指一裁终局中国的仲裁制度所必须遵守的基本规则，当事人不得通过协议排除该条的适用。

一裁终局原则之所以能得以建立成为中国仲裁的基本原则，其理论基础：假定当事人选择仲裁就是为了快速解决彼此争议,当事人选择仲裁就意味着愿意承担错误裁决带来的风险和损失。效率是当事人选择仲裁而放弃诉讼的最重要的原因。这种假定在一定程度上对于国内商事仲裁是可以成立的，因为当事人如果不是为了快速的解决纠纷而是为了公平和公正,他们完全可以将争议诉诸法院，法院在理论中不会偏向双方当事人中的任何一方。但是在国际商事交易之中则完全不同，双方当事人之所以选择了仲裁庭，往往是因为是为了避免到可能会对其不公正的对方当事人所属国法院进行诉讼,是为了获得公平、公正的争议解决结果[②]。

对于追求公平、正义的国际商事仲裁当事人来说,一裁终局使得其在仲裁裁决确有错误时难以得到有效的救济,使其可能由此遭受重大的损失,有违其选择仲裁的目的和初衷。是故,本文旨在论证国际商事仲裁的一裁终局相对于法院诉讼的优点之相对性。在此基础上,本文考察世界上主要国家和地区的国际商事仲裁立法及国际商事仲裁机构的仲裁规则,论证一裁终局作为国际商事仲裁的一项基本原则之相对性,并就修改和完善本国相关仲裁制度提出政

* 岳学立，河北经贸大学，国际法学。

[②] 石现明.国际商事仲裁价值取向之检讨:以当事人的价值追求为视角[J].学术论坛, 2007, 30(9): 133-139.

策性建议。

一、国际商事仲裁一裁终局优点的有限性

关于仲裁相对于诉讼究竟有何优点,不同学者往往会有不同的答案。有学者认为,仲裁具有自愿性、专业性、灵活性、保密性、快捷性、经济性和独立性等特征和优点。[①]也有学者认为,国际商事仲裁的特点可以归纳为管辖权的非强制性、自治性与执行裁决的强制性、灵活性和专业性。[②]还有学者将国际商事仲裁的优点概括为当事人意思充分自治、管辖权的稳定性、裁决的国际执行力、独立、一裁终局、专家断案和保密[③]。但学界一般认为,国际商事仲裁具有仲裁庭的中立性、仲裁裁决的公正性、裁决较法院判决容易得到他国的承认与执行、效率高、成本低、专业性和保密性等优点。就国际商事仲裁而言,仲裁地点和仲裁庭的中立性以及由此带来的仲裁裁决的公正性、仲裁裁决的国际可执行性、仲裁服务的专业性和保密性等优点是绝对的,只要是仲裁就具有这些优点。相比之下,国际商事仲裁裁决的终局性以及由此带来的快捷性和经济性等优点是有条件的、相对的,是以牺牲仲裁裁决的准确性和公正性为代价。有人曾指出，只有两种假设性前提中的任何一个得以满足时,终局性才可能是国际商事仲裁的普遍肯定性优点。[④]一：仲裁员永远不犯错误；二：仲裁标的额很小以致裁决错误是可以承受的或当事人对效率和终局性的渴求胜过错误裁决的风险成本。

但是看着上述两个条件，其在现实生活中无疑都是极其难以实现的，首先，仲裁员像法官一样也会犯错。其在做出裁决的时候会受到知识水平、经验、情感、喜好、价值观念和意识形态等诸多因素的制约和影响。特别是在国际商事仲裁之中，情况往往更为复杂，这样对仲裁员的要求无疑会更高，这也使得仲裁员在此过程中无疑会发生种种错误，因此,即使是最狂热的仲裁支持者也不可能断言仲裁员永远不会犯错误。其次,错误仲裁裁决所带来的损失不会总是比终局性带来的利益要小。现代国际商事交易标的额往往非常巨大,动辄数百万乃至数亿美元,对于这些标的额巨大的国际商事争议案件的当事人来说,一旦裁决不公正或有错误而又因为一裁终局而难以上诉,选择仲裁就意味着将要承受巨大的风险损失,甚至可能倾家荡产。著名国际商事仲裁学者马丁·亨特也认为:“在国际交易中,人们对仲裁的普遍偏爱与经常在仲裁会议上强调的速度和节省成本之优点毫无关系… …我们之所以在国际商事合同中见到仲裁条款的主要原因是从事国际贸易的公司和政府机构全都不愿意到另一方当事人的`本国'法院进行诉讼… …国际环境中的仲裁之另一有益特点在于跨越国境执行仲裁裁决的条约义务”[⑤]这也就说明了为什么国际商事交易人将纠纷解决机制选择为仲裁的原因：是因为他们可以选择中立的仲裁地从而避免到一国法院诉讼可能遭受的不公正以及仲裁裁决可以在其他国家得到承认与执行,而不是因为仲裁实行一裁终局,仲裁比诉讼的效率更高、成本更低。因此我认为，国际商事仲裁和国内商事仲裁在当事人选择仲裁的原因上有本质性的不同，所以我们应当将国内商事仲裁和国际商事仲裁进行区别对待，在国际商事仲裁之中，不应当一味的奉行绝对的一裁终局制度。

而且国际商事仲裁往往也并非能保证国际商事仲裁的一大优点：即终局性和快捷性也不一定能实现。首先，在败方不主动履行仲裁裁决之时，胜诉方必须申请败诉方财产所在地国法院承认和执行该仲裁裁决。但不主动履行的败方往往会根据国际商事法律制度体系

---

① 乔　欣.比较商事仲裁[M].北京:法律出版社,2004.

② 韩　健.现代国际商事仲裁法的理论与实践[M].修订本.北京:法律出版社,2000.

③ 林一飞.国际商事仲裁法律与实务[M].北京:中信出版社,2005.

④ William H K,Noah DR.Betting the farm on international arbitration :is it time to offer an appeal option? [J].The American Review of International Arbitration, 2002, 11(4):531-577.

⑤ Martin Hunter. International commercial dispute resolution :the challenge of the twenty-first century[J].Arbitration International,2000,16(4):379-392.

提出拒绝承认和拒绝执行的抗辩。其次，败诉方还可以向裁决作出地国或据以作出该裁决的法律所属国法院申请撤销仲裁裁决。虽然《承认及执行外国仲裁裁决公约》和各国仲裁立法规定的拒绝承认与执行外国仲裁裁决和撤销仲裁裁决的理由主要是仲裁程序方面的缺陷和错误,不包括事实认定错误和法律适用错误等实体性理由,但当事人往往会将其对仲裁裁决实体的不满归咎于程序性错误,而主张撤销或拒绝承认与执行仲裁裁决。即使仲裁裁决是正确、公正的,败诉方有时也可能仅仅为了拖延对其不利的仲裁裁决的执行而滥用上述救济途径,实施拖延战术使得国际商事仲裁的快捷性优点不复存在。

二、国际商事仲裁一裁终局原则的限制

中国学界一向将“一裁终局”等同于英文中的“仲裁裁决的终局性(finality of arbitral awards)”。一般认为,仲裁裁决的终局性是指仲裁庭对当事人提交仲裁的争议进行审理后所作出的裁决对双方当事人都具有法律约束力,当事人不得再就同一争议申请仲裁或向法院提起诉讼。中国学者大多主张一裁终局是国际商事仲裁的一个基本原则。“仲裁庭一旦作出裁决,即对双方当事人产生约束力,即使当事人对裁决不服,也不得向任何行政机关或法院申诉或上诉试图变更裁决;若败诉方拒不自动执行裁决规定的义务,胜诉方有权提出申请,请求有管辖权的法院承认裁决的效力,并且予以强制执行” 综观世界上大多数国家的仲裁立法和仲裁机构的仲裁规则,一裁终局或仲裁裁决的终局性只是相对的,并不是国际商事仲裁的绝对制度或原则。

第一,仲裁裁决的终局性是相对于司法审查的有限性而言的,并不是说仲裁就只能一裁终局；第二,许多国家和地区的仲裁法都没有将仲裁裁决的终局性当作仲裁的一项基本原则或制度加以规定。这其中有 2 种不同的立法例。一是有些国家的仲裁法在规定仲裁裁决终局性的同时允许当事人另外作出约定。二是有些国家和地区的仲裁法不仅没有规定仲裁裁决的终局性,而是明确规定当事人可以约定就仲裁裁决向仲裁机构或法院上诉。这其中最典型的当数荷兰仲裁法的规定；第三,有些国际商事仲裁机构或组织的仲裁规则中设有仲裁内部上诉程序,当事人只要对仲裁裁决不服就可以向该仲裁机构内部的常设或临时上诉仲裁庭提出上诉。

综上所述,国际商事仲裁裁决的终局性只是一个相对概念,是通过有限的司法审查来加以保证和实现的,受到法律所允许的司法审查范围的影响和制约。仲裁裁决的终局性亦与仲裁本身审级的多少没有关系。同时,仲裁是否实行一裁终局还取决于当事人的意思自治,取决于当事人选择适用的仲裁规则是否有不同的规定。那些主张一裁终局是国际商事仲裁的本质特征、是国际上普遍采用的仲裁原则之观点是片面的,值得商榷。

三、修改与完善《仲裁法》第 9 条的建议

一裁终局可能会使国际商事仲裁当事人遭受重大损失因而不必然是国际商事仲裁的优点,国际商事仲裁裁决的终局性主要是相对于内国法院的司法审查及其范围而言的,与仲裁本身审级的多少并无关系,一裁终局也不是国际商事仲裁的本质特征和绝对原则。因此笔者主张,为了充分发挥仲裁解决国际商事争议的独特优势,增强中国涉外商事仲裁对具有不同需求和关切的国际商事交易当事人的吸引力,需要修改和完善《仲裁法》第 9 条关于“一裁终局”的僵硬规定,使中国的涉外商事仲裁法律制度具有灵活性。如何修改和完善《仲裁法》第 9 条,笔者提出以下思考和建议。

第一,是否实行一裁终局的制度应当区别国内商事仲裁和国际商事仲裁。对国际仲裁和

国内仲裁作出区分是国际社会的普遍做法。[①]

施米托夫曾经指出:“避开公开审理和非正规性当然是商人们喜欢仲裁而不是诉讼的原因,但在国际商事仲裁中,他们喜欢仲裁的主要原因在于它是唯一适合于解决国际交易争议的方法。目前我们还没有国际商事法院。因而除国际仲裁以外的唯一选择是在一国国内法院涉诉,但这种做法具有很大的不确定性”[②]国内商事交易当事人选择仲裁的目的主要是为了避免法院诉讼程序烦琐僵硬、效率低下的弊端,而国际商事交易当事人选择诉讼的原因则主要是为了避开一国法院对外国当事人可能不公正。既然国内商事交易当事人和国际商事交易当事人选择仲裁的原因和动机不同,国内商事仲裁法律制度和国际商事仲裁法律制度也就应当有所区别。对于国内商事仲裁,应当坚持一裁终局的原则,因为如果当事人不是为了效率而是为了公平,他们完全可以选择诉讼而不选择仲裁,法院在理论上对同属本国人的争议双方是不会有偏向的。对于涉外商事仲裁,则应当在实行一裁终局的同时允许当事人协议作出相反的约定,因为如果实行绝对的一裁终局的制度,当遇有仲裁裁决错误或不公正的情况而当事人又难以承受时,他就不得不到有关国家法院寻求司法救济,违背其选择仲裁的初衷。

第二,在涉外商事仲裁中是否实行一裁终局的制度应当取决于当事人的意思自治。

正如万鄂湘教授所指出的那样,当事人选择仲裁解决纠纷的主观原因多种多样、不一而足,很难说当事人都自愿以牺牲终局性换取实体正义,或者说当事人都愿意以牺牲实体正义换取终局性,推想所有的当事人都愿意以牺牲终局性换取实体正义或者推想所有的当事人都愿意以牺牲实体正义换取终局性都不免有些武断[③]。一裁终局承载的是仲裁的效率价值,允许当事人协议排除一裁终局而就包括实体错误在内的错误裁决向仲裁机构提出上诉则是尊重和体现当事人的公平价值追求,二者之间不可避免地存在对立和冲突,片面地强调一个方面而忽视另一个方面都会使国际商事仲裁失去对一部分当事人的吸引力。解决二者之间的对立与冲突的出路在于采取灵活的立法模式,尊重当事人的意思自治,不要让当事人在一裁终局与实体正义之间做两难选择。笔者建议,涉外商事仲裁应以一裁终局为原则,以当事人另有相反约定为例外。也就是说,只有在当事人没有相反约定的情况下,涉外商事仲裁才实行一裁终局;如果当事人另有约定,应遵从当事人的约定。

基于以上考虑并借鉴国外立法,《仲裁法》第 9 条可修改为:“(1)仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。(2)对于涉外仲裁,除非当事人另有约定,依据仲裁协议所作之裁决是终局的,对双方当事人都具有约束力。本款之规定不影响任何一方当事人依据可资利用的仲裁上诉或复审程序或者本法规定的司法审查程序对仲裁裁决提出上诉或异议的权利”。

四、结语

对于追求公平与公正的国际商事仲裁当事人而言,一裁终局制度使得他们在裁决有错误时难以得到有效的救济,可能给他们造成难以承受的损失,一裁终局不必然是国际商事仲裁的优点。综观世界主要国家和地区的仲裁立法以及一些国际仲裁机构的仲裁规则,一裁终局也不是国际商事仲裁必须遵循的绝对原则。基于国际商事仲裁 66 一裁终局原则之优点及其相对性,中国应当摈弃奉行绝对的一裁终局制度,在涉外商事仲裁中允许当事人就是否实行一裁终局作出符合其需要的约定。

[①] 肖永平.内国、涉外仲裁监督机制之我见:对《中国涉外仲裁监督机制评析》一文的商榷[J].中国社会科学,1998,19(2):94-97.

[②] 施米托夫.国际贸易法文选[M].赵秀文,译.北京:中国大百科全书出版社,1993.

[③] 万鄂湘,于喜富.再论司法与仲裁的关系:关于法院应否监督仲裁实体内容的立法与实践模式及理论思考[J].法学评论,2004,25(3):60-69.

24.人工智能时代国际商事仲裁的应用与挑战

张建雨

摘 要：人工智能的发展如火如荼，新技术对传统国际商事纠纷解决机制的效率有极大提升，前景可期。然而，也对国际法律规则、国际关系构成挑战。在欧盟《通用数据条例》出台的背景下，涉及欧盟国际的国际商事仲裁活动也可能受到《通用数据条例》的管辖，该条例对人工智能时代国际商事仲裁的应用构成挑战。因此，本文探讨未来人工智能应用于国际商事仲裁的前景和挑战，以期为我国国际商事仲裁的新发展抛砖引玉。

关键词：人工智能；国际商事仲裁；数据；GDPR

Application and Challenge of International Commercial Arbitration in the Age of Artificial Intelligence

（Zhongnan University of Economics and Law，Faculty of Law，Wuhan，Hubei，430073，China）

Abstract：The development of artificial intelligence is in full swing, and the efficiency of new technologies to traditional international commercial dispute resolution mechanisms has been greatly improved, and the prospects are promising. However, it also poses challenges to international legal rules and international relations. In the context of the General Data Protection Regulation, international commercial arbitration may also be subject to the General Data Protection Regulation, which pose challenges to the application of international commercial arbitration in the artificial intelligence era. Therefore, this paper explores the prospects and challenges of applying artificial intelligence to international commercial arbitration in the future, and provides a reference for the new development of international commercial arbitration in China, and provides reference for international commercial arbitration involving EU in the future artificial intelligence application.

Keywords：Artificial Intelligence；International Commercial Arbitration；Data;GDPR

一、引言

机器一旦产生和人类类似的智能，就将对人类社会产生重大的影响，决定今后 20 年经济发展的是大数据和由之而来的智能革命。[①]人工智能（Artificial Intelligence），英文简称 AI，是通过研究、开发，来找到用于模拟、延伸和扩展人的智能的理论、方法、技术及应用系统的一门新的综合性的科学技术。而大数据是人工智能技术的基础，因为人工智能不能像人类一样能直接推导出结论，需要利用和处理海量数据作向导，将机器判断的问题转换为数据问题。因此，对数据的收集和处理成为人工智能技术的基础。

国际商事仲裁是指在国际交往中，当事人各方依据仲裁协议，将具有国际性质的商事争议，提交仲裁机构进行审理，由其依据法律做出具有约束性裁决的一种制度。[②] 对于仲裁机构而言，人工智能技术能够极大的提升国际商事仲裁的效率，特别是未来基于未来人工智能的自动仲裁模式，由人工智能给出裁判结果，法院根据裁判结果承认和执行，从而提升纠纷解决机制的效率。律师在代理仲裁案件中，利用人工智能技术对海量仲裁数据进行的分析，可以做出司法预测，判断仲裁员的偏好，以此对胜诉的可能性做出“可靠”的

[①] 参见吴军：《智能时代：大数据与智能革命重新定义未来》，中信出版社 2019 版，第 85 页。
[②] 参见刘仁山：《国际私法》，中国法制出版社 2010 版，第 434 页。

评估。

换言之，人工智能时代国际商事仲裁的核心就是数据问题。目前，欧盟《通用数据条例》（General Data Protection Regulation，简称 GDPR）的出台，对欧盟国家或欧盟公民个人数据的收集和使用采取了严格的规定和严厉的处罚措施。GDPR 涵盖了欧盟境内数据保管人和针对欧盟公民的个人数据，在国际商事仲裁中，当事人、律师、仲裁机构、仲裁员都对 GDPR 的合规承担个人责任，如果不遵守 GDPR 的规定，则会承担巨额处罚。因此，本文探讨未来人工智能应用于国际商事仲裁的前景和挑战，为我国国际商事仲裁的新发展抛砖引玉，为未来人工智能应用中涉及欧盟的国际商事仲裁提供参考。

二、人工智能应用国际商事仲裁的发展趋势

（一）在涉外小额消费仲裁中的应用

人工智能技术的核心是基于大数据的算法，应用于国际商事仲裁中，则是基于海量国际商事仲裁的数据，通过对算法的设计，来决定国际商事仲裁机器的“行为”，从而提升仲裁的效率。当事人之所以选择仲裁，是因为相对诉讼而言，仲裁的程序更具有灵活性，在“快节奏”的国际商事争端中，能够提升纠纷解决的效率，这无疑是当事人极为看重的；而且《纽约公约》为承认与执行仲裁裁决提供了国际法上的保障，全世界已有 144 个国家加入该公约。在涉外小额消费仲裁中，因为案情相对简单，争议标的额较小，所以当事人和仲裁机构都希望达到“快速仲裁”的效果。我国的仲裁机构在仲裁简易程序中一般规定裁决期限为两个月；在法国《民事诉讼法典》中要求仲裁程序和仲裁员能够尽责尽速；在美国民事诉讼规定中也将“尽速”作为对仲裁机构和仲裁员的要求。

目前，我国的仲裁简易程序还是面临诸多问题，无法实现“快速仲裁”的目的。首先，仲裁员选任程序繁琐。独任仲裁员产生的方式与普通仲裁中仲裁员产生的方式相似，只是人数不同。[①] 全国各仲裁委规定大致相同，以珠海为例。在国家推进粤港澳大湾区战略的背景下，特别是港珠澳大桥的全线贯通，使珠海成为对向香港、澳门的主要城市，故涉及港澳的商事纠纷相对集中，如跨境电商、两岸居民旅游纠纷等小额消费纠纷。因此，珠海成为涉及港澳案件仲裁的首选地之一。笔者研究在中发现，珠海仲裁规则的程序繁琐，不利于涉外小额仲裁的解决效率。该仲裁规定，独任仲裁员的产生方式参照首席仲裁员的产生方式：“双方当事人可以在被申请人收到受理通知后 15 日内，各自推荐一至五名仲裁员作为首席仲裁员人选。前述推荐名单或者选择名单中有一名相同的，即为双方当事人共同选定的首席仲裁员；有一名以上相同的，由本会主任在相同人选中确定，该名首席仲裁员仍为双方共同选定的首席仲裁员。推荐名单或者选择名单中没有相同人选的，由本会主任指定首席仲裁员。”[②] 仲裁员选任程序不够简化，延长了小额仲裁裁决期限，影响了小额仲裁的效率。其次，目前小额仲裁的裁决期限一般为两个月，而小额诉讼的期限为三个月，两者的期限差异并不明显，没有体现出涉外小额的消费仲裁的“尽速”优势。

因此，人工智能技术应用于涉外小额消费仲裁，由机器人担任仲裁员，可以避免仲裁员选任的时间问题和语言问题。首先，机器人预设繁体中文和英语的识别功能，翻译目标语言为简体中文，利用“算法”对相似案件处理的数据进行分析，识别模型给出裁决的结果，最后交由仲裁庭进行人工审核，从而简易程序的裁决期限能够极大缩短，可以对小额消费仲裁案件实现“快速仲裁”的效果。

（二）在证据的审查判断阶段的应用

证据的审查和判断是指对证据进行分析，确定证据与案件事实之间的客观联系和证明

[①] 参见李再丽：浅谈小额纠纷的仲裁程序，载《中国对外贸易》2002 年第 12 期。

[②] 参见《珠海仲裁委仲裁规则》第 28 条：仲裁员的选定和指定

作用，从而对案件事实做出结论。[①] 人工智能技术可以减轻仲裁庭的工作负担，对证据的可接受性和关联性进行初步判断，在审核通过之后交由仲裁庭对其真实性进行判断，通过人机结合的模式，从而做出公正的裁决。

书证是国际商事仲裁的证据的主要形式之一，人工智能技术需要对书证中的文字、符号、图画记载的内容进行识别以判断其可接受性和关联性。首先，机器人需要规定输入数据的类型，建立证据鉴定层，通过图像识别模型识别证据的种类，建立识别模型给出结论。如将体现“有名合同”（常见的借款合同、租赁合同、买卖合同、建设工程合同）特征的关键信息录入机器，利用 OCR 技术将当事人提交的合同文字进行转换，由机器判断字符串是否相同，从而判断提交的文件是否为合同，是否与案由相关；若不是合同，则直接判定该文件与案件事实没有关联性。再如，当事人提供鉴定报告，通常鉴定报告都具有防伪码，机器通过事先存储相关鉴定机构的防伪码数据，从而识别提交的是否为鉴定报告。

其实该技术类型于当前公司招聘时采用的“机筛简历”，机器事先设定需要招聘人员条件的关键词和数据范围，如需要人员的专业为法学类，那在机器筛选的环节会将应聘人员填写的专业与事先设定的法学类专业（如民商法、国际法、经济法...）进行匹配，将不符合要求的人员过滤掉，从而提升招聘的效率。而人工智能技术更加科学合理，因为机器人有“学习”的能力，通过模型更新和“试错”提升机器人的自信度。因为国际商事仲裁的证据需要进行真实性审查，而真实性很大程度取决于仲裁庭的自由裁量，若机器人的自信度为 50%，则自动送人审查，可以最大程度的保障证据的“可信” 和“合理”。

（三）对中国律师办理涉外仲裁案件的应用

在“一路一路”倡议下，大量中国企业，特别是大型国有企业向“一路一路”沿线国家进行贸易和投资，由于法律制度的差异，不可避免产生涉外商事纠纷。面对国际商事仲裁，中国企业往往选择双方约定的仲裁机构所在地的律师，中国律师能够发挥的作用有限。中国企业和中国律师在国际商事仲裁的困难在于：首先，如何选择适合该案和适合中国企业当下状况的国际商事仲裁规则；其次，如何为中国企业在国际仲裁机构中选择最适合的仲裁员。对仲裁规则的熟悉和仲裁员的人员对于案件的裁决起关键性作用。但是，聘用外国律师，成本相对较高，加上对中国企业的运作模式、中国法律的不了解，在中国国内证据的收集比较困难，从而导致在仲裁的举证、答辩中不能充分表达和解释，导致仲裁的结果往往不理想。因此，中国律师需要在国际商事仲裁中发挥实质性作用，与国外律师能够有效沟通，在小额仲裁中能够全程代理，提升工作效率和降低费用。[②]

人工智能技术能够提升中国律师在国际商事仲裁中的工作效率，为中国企业降低在涉外法律服务上的费用。人工智能技术在算法上采用人工神经网络机制，模拟人的神经细胞活动方式，对仲裁机构的仲裁规则、相似案件的仲裁裁决的证据、理由、不同的仲裁员对同一类案件裁决的结果进行综合的辨认、分类和解释，建立较为可靠的模型，对仲裁员的偏好和仲裁机构的裁决做出客观预测，该评价结果可以帮助中国律师对案情有更客观的判断，对法律风险的评估更准确，为中国企业的国际商事仲裁提供更切实、有效的法律建议。同时，降低对国外律师的依赖程度，减少在国际商事纠纷中的费用支出。

三、GDPR 对人工智能应用的挑战

人工智能的出现，对当下的伦理标准、法律规则、社会秩序及公共管理体制带来一场前所未有的危机和挑战。[③] 因为数据的无界性，欧盟《通用数据条例》（GDPR）成为第一个针对个人数据的“长臂管辖”规则。由于人工智能技术首先需要“学习”，而“学习”的

[①] 参见赵秀文：《国际商事仲裁法》，中国人民大学出版社 2012 版，第 228 页。
[②] 参见吴颖：中国律师在国际商事仲裁中可以发挥的作用，载《人民法治》2018 年第 23 期。
[③] 参见吴汉东：人工智能时代的制度安排与法律规则，载《西北政法大学学报》2017 年第 5 期。

对象就是相关的海量数据。在国际商事仲裁中，如果人工智能涉及的数据活动处于欧盟境内或者数据来自于欧盟公民，则处于 GDPR“长臂管辖”的范围之内。2019 年 1 月，法国数据保护机构（CNIL）向谷歌公司开出 5000 万欧元的罚单，成为 GDPR 生效以来处罚的欧盟外首家大型科技公司。[①] 因为谷歌公司在向欧盟用户发送广告时，没有获得用户的许可，该案对 GDPR 的域外适用有标杆性的意义。GDPR 在适用范围上规定：适用于完全或部分以自动的方式对个人数据的处理。换句话说，GDPR 涵盖了所有人工智能下涉及个人信息处理的仲裁活动，特别是在线提交证据，通过人工智能分析证据，比如电子合同、书证、视听证据、鉴定结论等。

GDPR 第 55 条规定：“对于法庭在其司法活动中进行处理操作，监管机构不具有监管职权”。换言之，欧盟境内法院在司法活动中对个人数据的处理是 GDPR 监管的例外情形，该豁免的目的是保障司法的独立性和保护诉讼的进行，而司法活动的主体并不包括仲裁和欧盟境外的法院。依据文义解释和 GDPR 第 23 条中限制的列举，国际商事仲裁不属于 GDPR 的豁免范围。另一方面，GDPR 的原则对国际商事仲裁的保密性特征构成挑战，因为国际商事仲裁的案件很多涉及商业秘密和个人隐私，不宜公开审理。该特征与 GDPR 规定的数据主体个人信息应该以透明方式处理相违背。由于人工智能需要“学习”大量真实仲裁数据，才能客观的分析案件和做出相关的预测，当收集和处理涉及欧盟的数据时，GDPR 的管辖权则延伸到人工智能领域。

在未来人工智能小额纠纷“自动仲裁”中，机器审查的“个人数据”是否与 GDPR 规则相冲突，是特别需要探讨的问题。GDPR 将个人数据定义为：“任何已识别或可识别的自然人（‘数据主体’）相关的信息；一个可识别的自然人是一个能够被直接或间接识别的个体”。如通过人的姓名、身份证号、地址数据、网上标识等或人的社会身份而识别个体。在互联网时代，仲裁中审查的内容基本都是数字化的，也就是说当事人提交的仲裁协议、证据（包括电子邮件记录、聊天记录、电子转账记录）、视听证据、鉴定结论都可能成为被 GDPR 识别为个人信息。

根据国际私法理论通说：商事法律关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实，只要三者之中有其一具有国际性，则为国际商事法律关系。[②] 因此，人工智能应该国际商事仲裁的范围应该作广义的解释。另一方面，国际商事仲裁中当事人证据披露是实践中常见的情况。《联合国贸法会仲裁规则》第 27 条第 3 款规定的情形包括，一方当事人掌握解决纠纷所必要的文件证据，而对方当事人无可能取得该文件证据时，仲裁庭可以命令其披露出示该证据，以实现公平原则。所以，在设计人工智能的程序时，需要将实践中常用的规则考虑在内，以便于双方当事人合理的知道对方的证据，有利于机器公平、合理的解决取证的问题。然而，国际性的广义解释和当事人的线上证据披露，构成了个人数据的跨国交换；机器对证据的收集、记录、存储、检索、使用则构成 GDPR 定义的个人数据的“处理”，而仲裁机构成为“数据保管人”。因此，在 GDPR 背景下，面临最高年营业额的 4%的处罚，无论是传统的国际商事仲裁制度，还是未来在人工智能模式下的国际商事仲裁，都面临涉及欧盟国家的法律风险和挑战。

四、结语

人工智能的发展如火如荼，新技术对传统国际商事纠纷解决机制的效率有极大提升，前景可期。然而，也对国际法律规则、国际关系构成挑战。新技术与新规则之间依然存在错位，在新技术尚未完全成熟时，为避免法律风险，新技术的算法还是应该“保守”和“合

[①] 《要罚谷歌 5000 欧元》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/290864623_115124, 2019 年 3 月 6 号访问。
[②] 参见宋连斌：《国际商事仲裁管辖权研究》，法律出版社 2000 版，第 5 页。

规”，既不压制新技术的发展，也坚守风险防范的底线。在国际商事仲裁领域中，由于本文字数有限，还有一些问题值得继续深入探讨，如由“机器”做出的仲裁裁决的效力问题；以及在《纽约公约》的框架下，由机器人做出的仲裁裁决的承认和执行问题。

25.第三方资助对国际商事仲裁的影响及其规制

张康

摘要：第三方资助在国际商事仲裁领域近年来发展尤甚，第三方资助虽然性质为一种新型的投资方式具有不可避免的资本逐利性，但是其也具有促进公平正义的合理价值。近年来不少国家或地区已经对其进行相应的立法规制，主要的仲裁机构也在修改仲裁规则适应实践中其发展。第三方资助对国际商事仲裁程序带来了多方面的影响和冲击，甚至对仲裁的保密性等基本原则带来了挑战。为了更好的规制第三方资助在国际商事中的适用，可以在规定强制性的披露义务，明确特免权放弃规则的适用，设定第三方自助者的保密义务，合理的确定仲裁费用的分担和担保等方面引导其发展。对于我国而言，有必要在抓住《仲裁法》修改的机遇，在立法上对第三方资助国际商事仲裁进行确认。同时仲裁机构应发挥其作用，利用仲裁规则对第三方资助在国际商事仲裁中的运用进行指引和规制。

关键词：第三方资助 国际商事仲裁 披露义务 特免权 仲裁费用

Abstract: Third-party funding (TPF) has been particularly developed in the field of international commercial arbitration in recent years. Although third-party funding is a new type of investment that has inevitable capital profitability, it also has a reasonable value to promote fairness and justice. In recent years, some countries or regions have already adopted corresponding legislations, and major arbitration institutions have modified their arbitration rules. Third-party funding has brought about many impacts on the international commercial arbitration proceeding, and even challenged the basic principles of arbitration confidentiality. In order to better regulate the application of third-party funding in international commercial arbitration, we can stipulate mandatory disclosure obligations, clarify the application of the waiver rules of privilege, set the confidentiality obligations of third-party funders, and reasonably determine the sharing and security of arbitration fees to give guidance to TPF. For China, it is necessary to seize the opportunity of the revision of the Arbitration Law and confirm the third-party funding of international commercial arbitration in legislation. At the same time arbitral institutions should play their great role and make use of the arbitration rules to guide and regulate the practice of third-party funding in international commercial arbitration

Keywords: Third-Party funding (TPF); International Commercial Arbitration; Disclosure Obligation; Privilege; Arbitration fee.

一、问题的提出

第三方资助（Third-Party Funding，简称“TPF”）[①]是近来在诉讼和仲裁领域的新事物，虽然在理论上对其仍然存在不少的争论，但是实践却早已走在了前列。2016 年 9 月 15 日，

[①] “Third-Party Funding”是一个域外概念，最早由香港引入内地。对此，有学者认为在汉语的语境下，“资助”一词不能体现 TPF 的投资收益内涵，TPF 更恰当的译法应为“第三方出资”。对此，本文作者认为这种区分虽然存在文意上的道理，但实际上没有太大意义，目前理论和实务中也基本采用“第三方资助”的表述，因此下文中都将采用“第三方资助”的用语。

英国高等法院对 Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Limited 案（以下简称“Essar 案”）做出了判决。该案是一个申请撤销仲裁裁决的案件。此前，国际商事仲裁院（ICC）由独任仲裁员 Sir Philip Otton 做出了裁决，裁决的第五部分涉及了本案的核心问题。裁决第五部分要求被申请人 Essar 公司向申请人 Norscot 公司支付赔偿金 400 万英镑，这笔赔偿金中的 194 万英镑其实是第三方资助费用，而且申请人实际上从第三方获得的资助金额仅为 65 万英镑。在被申请人以裁决违反 1996 年《英国仲裁法》第 68 条第 2 款 b 项[①]有关仲裁员超越行使权力的规定而提起撤销仲裁裁决后，法院做出意见称仲裁员并未超越权限，其做出相关裁决是基于对《英国仲裁法》第 59 条第 1 款 c 项[②]中“其他费用”的解释。[③]

可见，该案显然的涉及了在第三方资助情况下国际商事仲裁的费用如何分担问题。不仅于此，第三方资助作为一种新型的投资方式，不可避免的还会对国际商事仲裁程序带来系列影响，例如披露义务以及特免权等方面。由此，我们该如何认识第三方资助将对国际商事仲裁程序带来的影响，同时在目前实践中又该如何对其进行有效规制？下文将进行相关分析和论述。

二、第三方资助概述

（一）第三方资助仲裁的定义及演变

第三方资助仲裁目前并没有一个统一明确的定义。有国外学者指出，在诉讼领域，当没有参与特定诉讼的人支付一方诉讼费用时，就会产生第三方资助。如果案件失败，出资者也可能接受支付对方费用的风险。如果案件成功，第三方资助人通常会在对方支付赔偿后收取费用，这笔费用通常是受资助方获得的赔偿收益的一部分。[④]而在国际商事仲裁领域，有学者认为第三方资助是指在特定的商事纠纷中，由双方当事人之外的第三方支付某一方部分或全部的仲裁费用，包括但不限于律师费、仲裁员报酬、仲裁机构管理费及专家证人费用等在仲裁程序中有可能会产生的所有费用。[⑤]

一般来说，在国际商事仲裁中，第三方资助仲裁指的是案外的第三方也即资助方，对仲裁程序中的当事人也即被资助方，就仲裁案件中可能会涉及的所有相关费用，以协议的方式提供资金支持，并在协议中约定资助人可从获胜裁决中获取约定比例金额作为回报的一种新型投资方式。同时，如果案件没能获胜，资助方不能就其提供的资助获得任何的补偿获赔偿。国际商事仲裁理事会（ICCA）与伦敦大学玛丽皇后学院自 2013 年起发布了四版

---

① 英国 1996 年《仲裁法》第 68 条第 2 款 b 项相关规定为：
“68 Challenging the award: serious irregularity：
…
(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—
…
(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67);
…”

② 英国 1996 年《仲裁法》第 59 条第 1 款 c 项相关规定为：
“59 Costs of the arbitration
(1) References in this Part to the costs of the arbitration are to—
…
(c) the legal or other costs of the parties.
…”

③ See *Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Limited [2016] EWHC 2361*, para. 44-47.

④ George R. Barker, *Third Party Litigation Funding in Europe and Australia*, 8 J.L. Econ. & Policy 451 (2012).

⑤ Aren Goldsmith and Lorenzo Melchionda, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask)*, RDAI/IBLJ, 2012.

《国际商事仲裁理事会与玛丽皇后学院工作组有关第三方资助国际商事仲裁的报告》（以下简称 ICCA 报告）。其最新的第四版报告对第三方资助也有着相似的定义。[①]第三方资助仲裁的资助主体是与案件没有关系的第三人，可为法律实体也可为自然人，其向被资助方提供与案件有关的全部或部分物质支持或资金，而此种支持或者资助是为了换取从获胜后的收益中抽取的报酬或偿付。[②]

第三方资助在海商领域早就有大量的实践，同时第三方资助在诉讼领域也有着相较于商事仲裁领域更早的实践。中世纪的英格兰就存在一种帮诉制度，其主要是封建贵族用来干预司法压迫他人的一种工具，因此在英国也一直存在禁止帮诉的传统。但是随着时代的不断发展，禁止帮诉不断受到冲击，目前对其更多的也是采取宽松的态度，第三方资助得以不断发展。目前，对于第三方资助的争议早已不是其能不能被允许存在[③]，而是应该如何去规制其发展过程中显现出来的问题。无论支持与否，目前行业正不断要求在国际商事仲裁领域实现一个对第三方资助明确，统一和有强制力的监管制度。[④]

（二）第三方资助仲裁制度的实践

1.国家和地区立法修改

近年来，在商事仲裁发展水平较高的国家和地区出台了相关法律法规对第三方资助仲裁进行规制。2017 年，在一些重要的司法管辖区域，特别是新加坡和香港地区将对国际商事仲裁中有关第三方资助的禁止予以了放松甚至解除。[⑤]

2016 年 6 月 30 日，新加坡律政部向社会公布了《对民法有关修正的议案》和《民法有关第三方出资条例》并对此征求意见，2017 年两份文件先后通过并正式生效。该两项法律涉及的核心问题就是将新加坡民法中有关禁止帮诉的规定移除，由此为第三方资助仲裁制度构建提供基础。《对民法有关修正的议案》对第三方资助合同进行了定义和相关规定，其表示第三方资助合同并不违背公共政策。同时，《民法有关第三方出资条例》中对合格的第三方资助者应该满足的条件做出了规定，即第三方不能是争议的当事方，同时需要满足 500 万新元的资本门槛标准。[⑥]

香港作为重要的国际仲裁中心，为了维持其地位，面对不断发展的第三方国际商事仲裁其也在不断寻求改革和变化。2015 年 10 月，香港法律改革委员会第三方资助仲裁分委员会就第三方资助仲裁准备了咨询报告，并向社会各界征求如何在香港对第三方资助仲裁进行规制的意见。此后，香港又通过议案以寻求执行法律改革委员会就第三方资助仲裁提出的建议，议案对第三方资助、第三方资助者、资助协议都做出了定义，同时还对受资助方对受资助情况的披露义务做出了规定。

[①] See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p50.

[②] See above.

[③] 在国际投资仲裁领域中，由于其自身的特殊性质，对于第三方资助尚还存在不少否定的观点，但是在国际商事仲裁对第三方资助仲裁普遍是认可其存在价值的。

[④] See, e.g., F. BLAVI, “It’s About Time to Regulate Third Party Funding”, Kluwer Arbitration Blog (17 December 2015) available at <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/17/itsabout-time-to-regulate-third-party-funding/?print=pdf> (last accessed 20 May 2019).

[⑤] See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p5.

[⑥] See Section 2 of the Civil Law (Amendment) Act 2017 to amend the Civil Law Act (Chapter 43 of the 1999 Revised Edition) (the “Act”) and to make a related amendment to the Legal Profession Act (Chapter 161 of the 2009 Revised Edition), passed 10 January 2017 and assented by the President on 3 February 2017 (“Civil Law (Amendment) Act 2017”)

2.仲裁机构规则创新

除有关国家和地区在不断尝试对现行法律制度予以修改以适应第三方资助仲裁发展的需要外，国际上的重要仲裁机构也在对自身的仲裁规则进行更新以跟上步伐。2017 年 3 月，为了回应新加坡立法以承认第三方资助这一实践，新加坡国际仲裁中心（SIAC）发布了一份相关的实践注释。[①]注释对外来资助者（External Funder）和直接经济利益（Direct Economics Interest）等与第三方资助相关的术语做出了定义。除在商事仲裁中有如此实践外，新加坡国际仲裁中心 2017 年还发布了投资仲裁规则，规则的第 24 条也允许了第三方资助的存在。[②]2017 年 9 月，中国国际经济贸易仲裁委员会香港中心发布了《第三方资助仲裁指引》，作为一家中国的仲裁机构，贸仲委选择在香港先行尝试了第三方资助制度，指引对第三方资助做出了定义。[③]2018 年，香港国际仲裁中心（HKIAC）对其仲裁规则进行了修订，修订后的仲裁规则第 34 条仲裁费用和第 44 条第三方资助仲裁的披露都涉及了第三方资助的相关内容。[④]

2019 年 2 月，北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）发布了其《国际投资仲裁规则（征求意见稿）》。在这份征求意见稿中，其将第三方资助仲裁纳入其中，第 39 条对第三方资助仲裁的含义以及当事人的披露义务以及仲裁费用的承担都做出了规定。[⑤]作为中国内地的仲裁机构，虽然是在投资仲裁领域，北京仲裁委员会这一尝试对第三方资助仲裁在中国内地的实践具有重要意义。

（三）第三方资助在国际商事仲裁中的价值

长久以来，仲裁被冠以了高效，便捷，保密，尊重当事人意思自治等多种美称，也因此被许多的商事主体选择作为纠纷解决的方式。然而，虽然国际商事仲裁一直鼓吹其与国内诉讼相比是一种降低费用的纠纷解决方式，但实际上当事人在仲裁进程中通常要承担巨大的案件费用。[⑥]仲裁费用不仅包括律师费、专家费等，还包括数额不小的仲裁员费用及秘书处登记费用等。面对越来越高的仲裁费用，许多纠纷当事人会因此望而却步，或难以在纠纷解决中发挥自身全部的能力。有学者就指出，国际仲裁不应当仅仅是富人追求正义的方式。[⑦]作为一种纠纷解决方式，仲裁应当充分发挥其救济功能，促进公平正义的实现。第三方资助能有效地帮助在财政上存在困难而无法维护自身权益的当事人追求自身权利的救济，维护社会的公平正义。

对于第三方资助，有人质疑其可能会造成“滥诉”。如前所述，第三方资助仲裁实际上是一种投资行为，实践中第三方资助者在考虑是否对案件当事人提供资助时，其第一步会对资助的可能性做一个初步的评估。评估的内容包括案件实体内容，所需的资助金额，索

---

① See SIAC, Practice Note of 31 March 2017.

② See SIAC, I*nvestment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*, available at < http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules> (last accessed 31 May 2019)

③ See CIETAC Hong Kong Arbitration Center, *Guidelines for Third Party Funding for Arbitration*, available at < https://hkarbitration.files.wordpress.com/2017/09/cietac-hk-tpf-guidelines.pdf> (last accessed 31 May 2019).

④ See HKIAC, *2018 HKIAC Administrated Arbitration Rules*, available at <http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf> (last accessed 31 May 2019).

⑤ 参见北京仲裁委员会：《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则（征求意见稿）》，http://www.bjac.org.cn/news/view?id=3369，最后访问时间 2019 年 6 月 2 日。

⑥ Jennifer A. Trusz, *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, The Georgetown Law Journal, August 2013.

⑦ Albert Jan van den Berg, *New Options for Funding International Arbitration: an Arbitrator's Perspective*, Arbitration Master Class 2011, Iberian and Kluwer Law International.

赔的价值，法律上的前景以及裁决的执行可能等。[①]如果初步的评估达到了资助者的投资预期，资助者会在外部咨询机构做出的更为详细的尽职调查之后向案件当事人发出资助要约。[②]与鼓励当事人滥诉的观点相反，当第三方决定对某个案件不予资助时，当事人会对第三方的评估意见慎重考虑，从而决定是否提起仲裁程序，这在一定程度上反而起到了防止滥用仲裁程序的目的。[③]

三、第三方资助对国际商事仲裁程序的冲击

（一）披露义务和利益冲突

国际商事仲裁参与各方之间可能存在的利益冲突是第三方资助者参与国际商事仲裁受到各方关注的最重要问题。实际中的情况是一些主要的仲裁员已经在一些第三方资助者中担任职务或顾问。同时，第三方资助的仲裁案件数量增加，然而投资行业高度集中，第三方资助者与一小部分律师事务所之间存在着共生关系。[④]可见，一方面第三方资助者可能会和律师之间产生利益冲突，尤其是与对方当事人律师之间的利益冲突，第三方资助者可能与对方当事人律师事务所之间存在利益关联，例如出资关系或者业务上的关联等。另一方面，仲裁员由于其自身性质，其可能在多个实体或机构中担任职务或存在关联，不可避免的也有可能会与第三方资助者存在利益关系。

对于这样的利益冲突，仲裁员如若知晓第三方资助情况，当然的需要披露其与第三方资助者的利益冲突情况的。实践中，即使不存在第三方出资情况，仲裁员也承担着严格的披露义务。但是，如果受资助方不主动披露，仲裁员一般并不知晓案件当事人的受资助情况，此种情况下，受资助方是否应该披露其受资助的情况，如若应该披露那么披露的具体程度又是如何？这一问题是目前的争议所在。

（二）保密性与特免权

仲裁的保密性是其区别于诉讼的一大优势。仲裁员、仲裁当事人和其他仲裁的参与人不得将与国际商事仲裁有关的各种文件资料、当事人提交的各种证据，以及仲裁庭作出的仲裁裁决，向与仲裁无关的第三人披露。[⑤]同时，一般的当事人与代理律师之间存在着一种特免权关系。当事人与代理律师之间的有关仲裁的沟通交流以及有关信息，除非委托人主动放弃，代理人不得对外披露。

第三方资助的情况下，资助人往往会要求受资助方向其披露案件的有关信息乃至其与代理律师之间的沟通交流情况，或者是律师为其出具的法律意见。第三方资助者本身并非仲裁案件的当事人，根据仲裁的保密性原则其当然的是不能获得这些案件相关信息的。同时，由于当事人与代理律师之间特免权关系的存在，当当事人向第三方共享保密信息和特权内容时，通常会被认为时对保密性和特免权的放弃。[⑥]实践中存在的问题是受资助方是否应该向仲裁庭披露资助协议的存在。如果向仲裁庭披露仲裁协议的存在，是否又可以认为这是当事人对资助协议特免权的放弃因而资助协议不受特免权的保护？由于第三方资助者

---

① See M. SMITH, “Chapter 2: Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective” in L. BENCH NIEUWVELD and V. SHANNON SAHANI, *Third-Party Funding in International Arbitration,* 2nd edition. (Kluwer 2017), pp. 34-38.

② See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p31.

③ 覃华平：《国际仲裁中的第三方资助 ：问题与规制》，载于《中国政法大学学报》，2018 年第 1 期（总第 63 期），第 58 页。

④ See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p82.

⑤ 辛柏春：《国际商事仲裁保密性问题探析》，载于《当代法学》2016 年第 2 期。

⑥ See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p117.

并非仲裁案件的当事人，其并不受仲裁保密性原则的约束。因此还有可能会产生的一种情况是，如果第三方资助者获取了案件的有关信息，其并没有被禁止将所获取的信息用于其他资助的案件中，即使这一行为可能会使得其最初的案件相关方产生有关的利益冲突。[①]

尽管上述这些在国际商事仲裁中显得如此重要，但是目前的国际公约，国家立法，仲裁规则一般的都对特免权问题以及相关的利益冲突问题保持了沉默。[②]在当前第三方资助仲裁如此发展的情况下，国际商事仲裁中的特免权和保密性问题显得更为复杂。

（三）仲裁费用的担保和分担

在存在第三方资助的情况下，仲裁费用的分担将会是仲裁庭面临的一个棘手问题。一般而言，仲裁机构的仲裁规则都规定仲裁员可以行使自由裁量权确定仲裁费用的分担，往往败诉方承担更大的费用比例。[③]《斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则》第 44 条就规定：仲裁庭应一方当事人请求，可裁决由一方当事人承担对方当事人所花费的包括律师费在在内的合理费用。[④]由此，在当被资助人取得了案件的胜诉时，被资助人能否请求仲裁庭要求败诉当事人承担第三方资助费用呢？进一步延伸，第三方资助者与被资助方在资助协议中约定一定比例的胜诉收益是否又能被主张由败诉当事人承担呢？此外，以上情况设定的前提都是被资助方取得了仲裁案件的胜诉。但是如果被资助方没能取得仲裁案件的胜诉，那么在被资助方自身无力承担仲裁费用的情况下，能否直接由第三方资助者承担仲裁费用呢？

除仲裁费用分担之外，在第三方资助仲裁中，往往还会出现仲裁费用担保问题。在仲裁当事一方接受第三方资助的情况下，另一方当事人难免不怀疑其自身负担仲裁费用的能力。一般而言，被资助方接受资助的原因在于其本身可能难以自付仲裁，然而实践中也存在被资助方并非无能力自付仲裁而接受第三方资助的情况。因此，如何在第三方资助的情况下，合理的使用仲裁费用担保制度是一个值得思考的问题。仲裁庭能否做出仲裁费用担保的决定？第三方资助的情形能在多大程度上影响仲裁费用担保决定的做出？目前，尚还没有任何一个国家的法律明文对第三方资助仲裁情形下的仲裁费用担保问题做出规定。[⑤]

四、对第三方资助国际商事仲裁的规制

（一）立法规制

1.立法确认第三方资助的合法性

如前所述，对于第三方资助国际仲裁目前已有个别法域在立法层面进行了规定。对于第三方资助国际商事仲裁的实践，从国家或地区立法层面来讲，首先需要关注的是将第三方资助在国际商事仲裁中合法化，即以法律的方式确认这一新的投资方式在商事仲裁领域的可适用性。通过修改仲裁相关法律，特设章节或者条款在立法中释明第三方资助以及第三方资助合同的含义。

2.制定第三方投资准入标准

由于在第三方资助仲裁中败诉后的仲裁费用承担风险转移到了第三方资助人，而实践

---

① See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p118.

② See G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. (2014) p.2376.

③ 例如，《中国国际经济贸易委员会仲裁规则》第 52 条费用承担“…仲裁庭有权根据案件的具体情况在裁决书中裁定败诉方应补偿胜诉方因办理案件而支出的合理费用…”；北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）的仲裁规则第 51 条费用承担甚至还直接规定“…除非当事人另有约定，仲裁费用原则上由败诉的当事人承担…”。

④ See SCC，*2017 Arbitration Rules*，available at <https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf> (last accessed 31 May 2019).

⑤ See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p163.

中仲裁案件费用有时也颇为高昂，所以第三方投资者自身具有一定的资本是必须的。实践中，如果第三方资助者在案件进行过程中随意撤出资助也将会对仲裁程序产生一定负面影响，甚至可能导致仲裁程序进行的不能。所以，对第三方投资者的准入标准等方面进行宏观性的规制是有必要的。

一方面，可以要求第三方投资者具有一定的资本金，就如上文提到的新加坡立法中的规定一样，保证第三方投资者具有资本充足性以能够承担一般的败诉风险。另一方面，第三方投资者应当通过一定的信用评估或审查，对于信用评级不够的投资者不能参与到第三方资助仲裁行业之中，最大程度的保证投资者主体的合规性。

由于立法的复杂性和根据目前实践的实际需求，对于和披露义务、仲裁费用的分担等有关的较为微观的规制可以在立法中做出概括性的规定，然后由各仲裁机构在仲裁规则修改和实践中予以具体明确，必要时，也可发挥第三方资助者行业的自律作用。对于特免权等目前立法体系中本身就不够完善的内容，则应当发挥仲裁机构的自治性和灵活性，在仲裁规则中予以明晰。

（二）仲裁规则和行业自律规制

1.规定强制性的披露义务

（1）被资助方的披露义务

被资助方主动披露第三方资助的存在是保障仲裁程序的效率和完整性的不可或缺条件，也是解决问题最简单的方法。[①]2014 年，国际律师协会（IBA）发布了《国际律师协会利益冲突指南》，其首次规定了国际商事仲裁中第三方资助情况的披露义务，其第 7 条规定："当事人应当向仲裁员、仲裁庭、仲裁另一方当事人和仲裁机构披露其与仲裁员和其他任何与仲裁裁决有直接经济利益的直接或间接关系。"[②]此后 2016 年国际商会国际仲裁院也发布了《仲裁庭和仲裁当事人行为指导说明》，其针对第三方资助的披露也有着与上述相似的规定。[③]香港国际仲裁中心 2018 年修订的仲裁规则做出了更为详细的规定，其第 44 条第三方资助仲裁的披露规定："若已签订资助协议，受资助方应将关于以下信息的书面通知传送至所有其他当事人、仲裁庭、任何紧急仲裁员和 HKIAC：（a）已签订资助协议的事实；和（b）出资第三方的身份。[④]可见，目前实践最新的发展一般的都要求受资助方主动披露其受第三方资助的情况，而且这是一种强制性义务。一方面，受资助方应当及时将受资助的事实和资助方的身份披露，且这种义务应该是持续性的义务，如果在仲裁程序的进行中第三方资助情况有任何的变化，受资助方也应当及时将相关内容披露。

但是，虽然此种对受资助方的披露义务为强制性的，其应该披露的内容不应过分的延伸。2017 年 11 月 20 日，英国高等法院对 Edwardian Group Ltd v Singh 案做出了判决，本案是一个涉及第三方资助的诉讼案件。本案是由 Edwardian 集团公司内部股东之间的实体纠纷而引发的相关文书公开程序争议。申请人在实体纠纷诉讼中接受了第三方资助并由此产生了两份相关文件，申请人在披露过程中将两份文书的有关内容进行了涂抹，涂抹的比例高

---

① 肖璐：《从披露义务的角度看我国内地第三方资助仲裁制度的构建》，载于《长江论坛》2018 年第 2 期（总第 149 期），第 60 页。

② See IBA, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, available at < https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#collapseOne> (last accessed 3 June 2019).

③ See ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration* Art. 20 (3), available at <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration> (last accessed 3 June 2019).

④ See HKIAC, *2018 Administered Arbitration Rules*, available at <https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf (last accessed 3 June 2019).

达 75%，被申请人认为申请人应该对此披露。法院经审理后称能够间接反映当事人诉讼策略以及法律意见的内容享有不予披露的特权，如果文件披露会导致另一方获得“战术优势”（tactical advantage）的时候，应当慎重考虑。[①]虽然此案件为诉讼案件，但是其对国际商事仲裁中的第三方资助披露义务的规定也有着借鉴意义。即，仲裁庭在要求受资助方提供受资助信息时，披露的内容应该限于基本的事实情况，而不能过分延伸而导致相关法律信息的过分披露造成双方的不公平对待。

实践中还存在一种问题是仲裁庭能否直接要求第三方资助者披露有关信息？目前来看，对此的回答应该是否定的。根据第三方出资人的定义，第三方出资人通常不是仲裁的当事人，所以仲裁庭不能直接强制他们或根据仲裁程序中适用的规则来披露他们的有关信息。相反，披露通常是通过当事方主动或基于个别仲裁员的要求或由仲裁庭下令实现的。[②]

（2）仲裁员的披露义务

披露义务是仲裁员的一项传统义务，各仲裁机构对此都早有规定，但实践中在仲裁规则中对仲裁员披露义务的规定大多是概括性的。例如中国国际经济贸易仲裁委员会的仲裁规则第 31 条对于仲裁员的披露义务采用的表述就是“可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的任何事实或情况。”[③]这样笼统性的规定很有可能会引发披露义务模糊的问题，仲裁庭通常不认为他们在这方面负有披露义务。[④]有时候仲裁员自身也不能确认此种情形下有关内容是否应该被披露。

目前，已经有仲裁机构的仲裁规则对第三方资助仲裁的情况下受资助方的披露义务做出了明确规定，为了进一步明确仲裁员相应的披露义务，可以考虑在对受资助方披露义务后加上仲裁员披露义务的相关内容。例如“仲裁庭在收到当事人有关第三方资助披露内容后，应及时审查相关信息并在有必要的情况下对自身可能存在的与第三方资助者利益冲突向双方当事人及仲裁机构披露。”当然的，需要强调的是，如果仲裁员没有进行有关利益冲突的披露，并不必然的导致仲裁员立场的偏颇和公正性的缺失。仲裁员未披露的事实本身才是导致仲裁员立场偏颇和公正性缺失的原因。[⑤]因此，仲裁员如果没能及时披露与第三方资助者间的有关利益冲突并不必然的成为今后裁决不能被承认或执行的理由，而是需要对未予披露的事实进行判断后才能做出相应的裁定。

2.明确特免权放弃的适用

在国际商事仲裁中，对于特免权如何适用的规定是十分有限的。[⑥]当前的国际商事仲裁实践以及有关国际渊源普遍的都很少对特免权的适用提供指引。也正因此，有学者指出，这加剧了国际商事仲裁不可持续性和不可预见性。[⑦]

在第三方资助仲裁的情形下，如何认定特免权的放弃是一项重要的问题。如上文所述，被资助方应该向仲裁庭和另一方当事人披露资助协议的存在事实，那此种披露是否构成特免权的放弃呢？对此较为合适的观点是对资助协议存在事实的披露并不导致对资助协议特

---

① See *Edwardian Group Ltd v Singh [2017] EWHC 2805 (Ch)*, para.46-50.

② See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p110.

③ 类似的规定还可参见国际商会（ICC）国际仲裁院仲裁规则第 11 条第 2 款，伦敦国际仲裁院（LCIA）仲裁规则第 5 条第 3 款，香港国际仲裁中心（HKIAC）仲裁规则第 11 条第 4 款，北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）仲裁规则第 21 条第 2 款。

④ See William Stone, *Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure*? Asian Dispute Review (2015).

⑤ See IBA, *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, Part II: Practical Application of the General Standards (4).

⑥ See G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. (2014) p.2376.

⑦ See O. MEYER, *Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration*, 24 J. Int'l Arb. (2007) , pp. 365-366.

免权的放弃。此种情况下，资助协议存在这一事实可能不能再受特免权的保护，但是资助协议中的有关具体内容受资助方并没有进行披露，而且也并非强制性需要进行披露。因此受资助人的此种行为不能被认定为对资助协议特免权的完全放弃。

在第三方资助仲裁中，第三方资助者可能会要求受资助方向其告知其与律师之间的有关沟通内容，那么此种行为是否又构成特免权的放弃呢？有观点是此种行为构成“共同利益特免权（Common Interest Privilege）”，即此种情形下，第三方资助者与被资助方是一个利益共同体，即使受资助方向第三方披露了文件，也不构成对特免权的放弃。[①]对此，应当认识到共同利益特免权更多的适用范围是具有保险关系的第三方资助仲裁中。共同利益特免权适用的基础是双方之间存在一个对相关信息严格保密的共同利益。[②]在第三方资助仲裁中，被资助方不再承担败诉后的仲裁费用承担风险，其本身也不会在胜诉后获得更多的仲裁费用相关利益，相反的第三方资助者承担了此种风险，并且能相应的期待在胜诉后获得相应的投资利益。由此可见，第三方资助者与受资助方二者之间并没有直接的共同利益，当然的也就不存在共同利益特免权一说。所以应当认为如果受资助者将受特免权保护的信息透露给第三方将会造成特免权的放弃。但是，这种放弃也不是绝对的如果是在为了维持和进一步支持资助关系的情形下，就不能仅因此就认定此种行为导致了特免权的放弃。[③]例如香港国际仲裁中心在其仲裁规则第 45 条第 3 款（e）项就规定“以接受或寻求第三方资助仲裁为目的，向他人公布、披露或传送信息。”是被允许的，不构成对保密义务的违反，自然也不会导致对特免权的放弃。[④]

3.设定第三方资助者的保密义务

在实践中，第三方资助者获取仲裁程序的相关信息是经常发生的。对于双方当事人和仲裁员而言其都有着严格的仲裁保密性规定。同样，如果第三方资助者获取了仲裁程序有关信息其有必要同样遵守严格的保密义务。2014 在年英格兰和威尔士地区一项自愿性的《诉讼出资者守则》就由英格兰和威尔士诉讼投资人协会发布。[⑤⑥]其第 7 条就规定“出资者将在法律允许的范围内遵守与争议有关的所有信息和文件的保密性，并遵守出资者与受资助方之间商定的任何保密或保密协议的条款。”[⑦]这样一项自愿性的行业守则的规制方式值得借鉴。从目前来看如果从国际公约或国家立法的形式对此进行规制难度太大，也将会是一个长久的过程。第三方投资者行业对自身进行规制或许更为简便和现实。

除制定行业性自愿守则这一对第三方资助者保密义务的规制方式外，仲裁机构或许也能够发挥一定作用。由于第三方资助者不是仲裁协议的当事方，仲裁庭在案件审理的过程中并没有权利对第三方资助者要求为任何行为。然而仲裁机构可以通过仲裁规则的规定来设定第三方资助者的保密义务，但是目前尚还没有主要仲裁机构的仲裁规则做出如此规定。

---

① See ALRASHID, WESSEL and LAIRD, *The Impact of Third-Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration*, p.108.

② See *Winterthur Swiss Insurance Company & Anor v. AG (Manchester) Ltd & Ors* [2006] EWHC 839 at para.78.

③ See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p117.

④ See HKIAC, *2018 Administered Arbitration Rules*, available at <https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf (last accessed 3 June 2019).

⑤ See BENCH NIEUWVELD and SHANNON SAHANI, *Third-Party Funding in International Arbitration* (Kluwer 2012) p.114.

⑥ 在英格兰和威尔士地区的法律中，仲裁被包含在诉讼一词之内，因此这份《诉讼投资人守则》也适用于仲裁领域。

⑦ See Article 7 of the Code of Conduct for Litigation Funders (2018), available at < http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf> (last accessed 3 June 2019).

为了保证仲裁的保密性特性，各仲裁机构有必要在仲裁规则中将第三方资助者纳入保密主体。

4.合理确定仲裁费用的分担与担保

（1）区分仲裁费用与胜诉收益

在确定仲裁费分担时，将第三方资助情况考虑在内已经被部分仲裁机构在制定新的仲裁规则时进行尝试。[①] Essar 案还从实践中确认了这一做法。但是在实际中如何操作时，有必要区分第三方资助者为了使仲裁程序正常运行所资助的费用和其与被资助者方在资助协议中约定的胜诉利益。前者作为为了维持仲裁程序的运行而支付的费用，只要是合理的就应当得到仲裁庭的考虑和支持是正常的，但是后者胜诉利益能否纳入仲裁费用中值得考量。

胜诉利益是被资助方与第三方资助者在资助协议中约定的一种投资利益，如果被资助方在仲裁程序中不对此进行披露，另一方当事人难以预见，如果将此种胜诉利益纳入仲裁费用之内，显然的将会使得仲裁裁决的可预见性降低，[②]这对被资助方当事人相对的另一方当事人来说显然是有失公允的，因为其并不知晓此种投资安排，因此也难以预计其败诉后可能需要承担的风险。如果一国的相关法律或者相关的仲裁规则明确的规定了资助费用包括胜诉利益能否被包含于仲裁费用之内，那么仲裁庭当然的需要根据适用的法律和规则加以决定。就如国际商会在其 2015 年一份有关仲裁费用的报告中所指出的“资助仲裁的费用，包括胜诉利益在内，在某些情况下是可以被偿付的。”[③]但是如果在仲裁案件中适用的法律或规则没有如此规定，那么仲裁庭就需要考虑案件的事实情况行使自由裁量。结合 ICCA 报告有关仲裁费用的讨论，此种情形下应该考虑到：首先，与被资助方相对的另一方当事人是否造成了被资助方的自付仲裁的不能；其次，被资助方是否是由于没有其他选择才不得已求助于第三方资助而提起仲裁请求；第三，另一方当事人是否已经知晓了被资助方当事人被资助的事实。[④]就如在 Essar 案中，仲裁庭和法官都指出了 Essar 的不当行为造成 Narscot 不得不寻求第三方资助仲裁，因此将第三方资助费用包括胜诉利益纳入仲裁费用之内是符合实质正义的，仲裁庭对《英国仲裁法》中第 59 条第 1 款 c 项“其他费用”的解释并无不当。[⑤]

（2）仲裁费用担保的确定

仲裁过程中如果一方当事人存在败诉后不能承担仲裁费用的风险时，另一方当事人可能会请求仲裁庭要求对方提供仲裁费用担保。在第三方资助的情况下，仲裁费用担保发生的可能性更高。一般而言仲裁庭做出此种决定的权力来源于有关适用的法律或仲裁规则规定。例如《英国仲裁法》和伦敦国际仲裁院的仲裁规则都有如此规定。[⑥]在某些情况下，某些法域或仲裁规则并没有有关仲裁费用担保的具体规定，而是规定了临时措施。一般认为，此种情况下，仲裁员依旧有权依据临时措施的有关规定做出仲裁费用担保的有关决定。[⑦]但

[①] 例如北京仲裁委员会（北京国际仲裁中心）在最近发布的投资仲裁规则征求意见稿第 39 条第 5 款就载明“(五)仲裁庭在决定仲裁费用和其他费用的承担时，可以考虑存在第三方资助这一因素。”

[②] 参见张建，张蓓蓓：《国际商事仲裁第三方资助的费用分摊问题——基于 Essar 诉 Norscot 案的分析》，载于《荆楚学刊》2016 年 12 月第 17 卷第 6 期，第 78 页。

[③] See ICC Commission on Arbitration and ADR Report, *Decisions on Costs in International Arbitration* (2015) paras. 92-93, available at: < https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf> (last accessed 3 June 2019).

[④] See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p158.

[⑤] See *Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Limited [2016] EWHC 2361*, para. .69-70

[⑥] See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p164.

[⑦] See G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. (2014) pp.2494-2495.

是如果相关法律和仲裁规则既没有明确规定仲裁庭做出仲裁费用担保的权力，也没有规定概括的临时措施的情况下，仲裁庭是否还享有做出仲裁费用担保的权力呢？这个问题目前暂无较为一致的意见。笔者认为，为了保持仲裁程序的持续性和完整，赋予仲裁庭此种权力是有必要的。

此外，需要明确是第三方资助情形的存在不能单纯的作为仲裁费用担保要求的理由，仲裁费用担保的做出必须是在基于对实际情况做出审查后的决定。第三方资助并不能代表受资助方存在严重资金不能的情形，目前，第三方资助仲裁的情况出现更多的是为分担风险以及实现投资收益。有学者就指出，当前第三方资助仲裁正逐渐成为一种供选择的工具，而非必要的。世界上一些大型的公司正在经常的利用外部资助。[①]而且，如果单纯的因为第三方资助就简单做出仲裁费用担保的决定，那么这有可能会成为另一方当事人滥用规则，拖延仲裁程序的工具。因此，如果需要审查第三方资助情形下仲裁费用担保做出的可能，第三方资助情况只是一个可供仲裁庭考虑的方面。仲裁庭可以通过要求被资助方披露有关资助信息，结合其他的证据来判断是否做出仲裁费用担保的决定。

（3）第三方资助者承担仲裁费用的可能

在受资助方败诉后，仲裁庭能否直接要求第三方资助者承担仲裁费用？对此的回答应是如果没有明确的法律或者仲裁规则的规定，仲裁庭将缺乏行使此项权利的管辖权。

在英国和美国法院的相关判例中，曾有案例支持了第三方资助者承担诉讼费用的主张。其主要理由是第三方资助者在相关诉讼案件中与相关诉讼请求有着充分的利益关系和控制。[②]既然第三方资助者有可能享受被资助方胜诉带来的投资利益，那么当然的其不能避免在败诉后承担相应费用的义务。然而，这仅仅是个别法域诉讼案件的实践，并不能简单的适用于仲裁领域。

反对第三方资助者承担仲裁费用的基本理由便是第三方资助者并非仲裁案件的当事人，仲裁庭对其缺乏相应的管辖权。实践中，即使第三方资助者部分的参与了仲裁程序，这通常也不足以被推认为第三方资助者接受了仲裁协议。[③] 第三方资助者不能简单地与案件双方当事人比较，他们对案件的控制程度远不及当事人，其对案件事实和相关法律内容也不尽悉知。而且，如果第三方资助者可以承担仲裁费用，那么第三方资助者在确定是否资助一个案件时将会有更多的利益考量，对于那些并非显然具有较高胜诉性案件的当事人来说，这会使得他们更加难以获得第三方的资助。

新加坡国际仲裁中心在其 2017 年发布的投资仲裁规则第 35 条中规定了“仲裁庭可以考虑将第三方资助的安排纳入其要求一方向另一方承担相关仲裁费用的决定之中。”[④]这意味着，在新加坡国际仲裁中心投资仲裁的裁决中，可能会出现第三方资助者承担仲裁费用的情形。对于这一规定，一般认为这很可能会导致其做出的裁决在新加坡之外难以得到承认和执行。所以说，尽管有明确的法律或仲裁规则规定，仲裁庭直接要求第三方资助者承担仲裁费用仍然存在较大困难，最根本的理由便是上述提到的第三方资助者仲裁管辖同意的缺失，仲裁庭并不能对其行使管辖权。

[①] See C. P. BOGART, *Third-party financing of international arbitration*, The European Arbitration Review 2017 (GAR Special Report) (14 October 2016) p. 10.

[②] See ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p160-161. Further see *Mohammed Abu-Ghazaleh et al. v. Gerard Martin Demerutis Chaul et al*, Florida Third District Court of Appeal, (Nos. 3D07–3128, 3D07–3130) Decision of 2 December 2009, 36 So. 3d 691, and *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors* [2016] EWCA Civ 1144.

[③] See VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, pp. 419-420.

[④] See SIAC, I*nvestment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*, Art.35,available at < http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-investment-arbitration-rules> (last accessed 31 May 2019)

五、第三方资助国际商事仲裁在中国的立法和实践前景

当前，我国[①]立法中对于第三方资助国际商事仲裁并无规定，同时我国目前的国际商事仲裁实践相较于其他重要的国际仲裁中心还并不发达。根据中国国际经济贸易委员会发布的 2017 中国国际商事仲裁年度报告显示，2017 年，共有 60 家仲裁委员会受理涉外、涉港澳台案件 3188 件，其中涉外案件仅 1168 件。[②]从这一数据来看，显然当前我国的国际商事仲裁还有很大的发展空间。

当前我国正在将积极建立国际仲裁中心，最高人民法院设立了国际商事法庭，确定了首批“一站式”国际商事纠纷多元化解决仲裁及调解机构。同时随着“一带一路”的不断推进，未来我国国际商事仲裁的发展需求肯定是巨大的。在这种情况下，面对正在快速发展的第三方资助国际商事仲裁，我国有必要在立法上予以突破对其进行规定，以提高自身的竞争力和优势。当前我国《仲裁法》的修改已经立入了立法规划，我国应当抓住此次修法机遇，在《仲裁法》中确认第三方资助国际商事仲裁这一新形式，在法律中做出概括性的规定，对第三方资助的定义，第三方资助者的准入标准等进行明确。

当然，我们说在短时间内通过国家立法的方式在我国来具体规制第三方资助仲裁或许还难以实现，存在一定的困难。但是，作为仲裁实践的领头者，仲裁机构可以通过仲裁规则的修改先行对第三方资助进行引导，如此方式更有可行性，也具有更大的自治性。我国主要的仲裁机构目前都在不断地推行自身的国际化，仲裁机构应当积极面对第三方资助，在披露义务，仲裁费用的分担等目前实践中争议较大迫切需要解决的问题提供指引和微观上的规制。

总言之，第三方资助仲裁的存在已不可避免也无需阻止，拥抱第三方资助将更好的提高我国仲裁机构的竞争力，对于国家而言也能增强我国作为仲裁地的吸引力，打造国际仲裁中心的地位。但同时我们也需要清楚的认识其对目前国际商事仲裁程序和制度的影响，采取相应的对策，做到防患于未然。

[参考文献]

【中文资料】

[1] 覃华平：《国际仲裁中的第三方资助 ：问题与规制》，载于《中国政法大学学报》，2018 年第 1 期（总第 63 期），第 58 页。

[2] 辛柏春：《国际商事仲裁保密性问题探析》，载于《当代法学》2016 年第 2 期。

[3] 肖璐：《从披露义务的角度看我国内地第三方资助仲裁制度的构建》，载于《长江论坛》2018 年第 2 期（总第 149 期），第 60 页。

[4] 张建，张蓓蓓：《国际商事仲裁第三方资助的费用分摊问题——基于 Essar 诉 Norscot 案的分析》，载于《荆楚学刊》2016 年 12 月第 17 卷第 6 期，第 78 页。

[5] 北京仲裁委员会：《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则（征求意见稿）》。

[6] 北京仲裁委员会：《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心仲裁规则》。

[7] 中国国际经济贸易仲裁委员会：《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。

[8] 中国国际经济贸易仲裁委员会：《2017 中国国际商事仲裁年度报告》。

【英文资料】

[①] 由于中国是一个多法域国家，包含了香港、澳门等多个不同司法管辖区域，本文中的中国特指的是中国内地，不包含港澳台地区。

[②] 中国国际经济贸易仲裁委员会：《2017 中国国际商事仲裁年度报告》，http://www.cietac.org.cn/Uploads/201810/5bd6d2e9b333e.pdf，最后访问时间 2019 年 6 月 4 日。

[1] *Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Limited [2016] EWHC 2361*, para. 44-47.
[2] *Edwardian Group Ltd v Singh [2017] EWHC 2805 (Ch)*, para.46-50.
[3] *Winterthur Swiss Insurance Company & Anor v. AG (Manchester) Ltd & Ors* [2006] EWHC 839 at para.78.
[4] ICCA, *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*.
[5] ICC Commission on Arbitration and ADR, *Decisions on Costs in International Arbitration* (2015).
[6] SIAC, *Practice Note of 31 March 2017.*
[7] SIAC, I*nvestment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre*.
[8] CIETAC Hong Kong Arbitration Center, *Guidelines for Third Party Funding for Arbitration*.
[9] HKIAC, *2018 HKIAC Administrated Arbitration Rules*.
[10] SCC, *2017 Arbitration Rules*.
[11] IBA, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.
[12] ICC, *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*.
[13] LFA of England and Wales, *Code of Conduct for Litigation Funders* (2018.
[14] Singapore Civil Law (Amendment) Act 2017 to amend the Civil Law Act (Chapter 43 of the 1999 Revised Edition) (the "Act") and to make a related amendment to the Legal Profession Act (Chapter 161 of the 2009 Revised Edition).
[15] UK Arbitration Act 1996.
[16] G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition. (2014).
[17] George R. Barker, *Third Party Litigation Funding in Europe and Australia*, 8 J.L. Econ. & Policy 451 (2012).
[18] Aren Goldsmith and Lorenzo Melchionda, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything you ever wanted to know (but were afraid to ask)*, RDAI/IBLJ, 2012.
[19] Jennifer A. Trusz, *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, The Georgetown Law Journal, August 2013.
[20] Albert Jan van den Berg, *New Options for Funding International Arbitration: An Arbitrator's Perspective*, Arbitration Master Class 2011, Iberian and Kluwer Law International.
[21] F. BLAVI, *It's About Time to Regulate Third Party Funding*, Kluwer Arbitration Blog (17 December 2015).
[22] William Stone, *Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure*? Asian Dispute Review (2015).
[23] O. MEYER, *Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration*, 24 J. Int'l Arb. (2007).
[24] ALRASHID, WESSEL and LAIRD, *The Impact of Third-Party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration.*
[25] BENCH NIEUWVELD and SHANNON SAHANI, *Third-Party Funding in International Arbitration* (Kluwer 2012).
[26] C. P. BOGART, *Third-party financing of international arbitration*, The European Arbitration Review 2017 (GAR Special Report) (14 October 2016).
[27] VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*.

26.中国将如何开放非 ICSID 投资仲裁？

陈梦

摘要：实证研究表明，非 ICSID 仲裁在各方面均不逊色于 ICSID 投资仲裁，应当成为中国构建国际投资争议解决机制的一部分。中国仲裁机构纷纷试水投资仲裁业务之时，中国非 ICSID 投资仲裁仍然存有大量立法真空和实践障碍。因此，中国接纳非 ICSID 投资仲

裁必须要开放投资仲裁可仲裁性，明确投资仲裁司法监督和裁决执行依据。中国仲裁届也应当优化仲裁规则，重视行业自治，提高中国仲裁软实力。

关键词：投资仲裁；ICSID； 非 ICSID 仲裁；仲裁司法监督

How Chinese Open Non-ICSID Investment Arbitration?

Abstract：Based on rules comparison and empirical research, non-ICSID investment arbitration constitutes a valuable and indispensable part of Investor–State dispute settlement regime. When Chinese arbitration institutions are concurrently exploring investment arbitration service, one should realize that there are still great legislative omissions and practical obstacles existing in Chinese legal system. For opening non-ICSID arbitration market, China should clarify the arbitrability of Investor-State disputes, providing effective judicial supervision and awards enforcement mechanism. This Chinese arbitration community should also put more efforts on improving procedural rules and enhancing industrial autonomy.

Keywords: Investment arbitration； ICSID； Non-ICSID arbitration；Arbitration judicial supervision

一、 概述

在“一带一路”倡议和多边贸易体制变革的背景下，作为解决投资者与东道国之间投资争端（Investor–State dispute settlement，ISDS）主要方式的国际投资仲裁再次获得国内外学者的热议。国际投资仲裁，依据适用仲裁规则的不同，主要包括三类：1、由国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes，下称“ICSID”)受理，依据《国际投资争端解决中心公约》（下称“ICSID 公约”）及补充程序规则所裁决的 ICSID 仲裁；2、依据国际贸易法委员会仲裁规则（United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules，下称 UNCITRAL 仲裁规则）所组成的 UNCITRAL 仲裁；3、依据各大国际仲裁机构自行公布的仲裁规则，由各大仲裁机构受理的投资仲裁。后两种统称为非 ICSID 投资仲裁。

非 ICSID 仲裁是一项历史悠久且广受欢迎的投资仲裁方式。在本世纪初 ICSID 机制遭受大量质疑和争议的情况下，越来越多投资者和东道国选择非 ICSID 投资仲裁方式来解决投资争议。[①]为了迎合国际投资争端解决的动态需求，各大仲裁机构也纷纷扩张投资仲裁业务。[②]随着 2019 年 2 月北京仲裁委员会（下称”北仲“）发布《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则（征求意见稿）》（下称《北仲投资仲裁规则》），中国内地已有四家仲裁机构明确受理投资仲裁案件。尽管中国非 ICSID 投资仲裁已经蓄势待发，但《仲裁法》限制和司法监督障碍依然掣肘相关实践的开展。在《外商投资法》颁布和《仲裁法》修订之时，厘清中国非 ICSID 投资仲裁的发展困境及解决办法刻不容缓。

二、 国际投资仲裁机制辨析

ICSID 和非 ICSID 投资仲裁由于其管理机构和适用规则不同，在程序组成和后续裁决承认与执行上具有很大的差别。探讨中国是否和怎样开放非 ICSID 投资仲裁首先需要从两者的差别入手。主要包括以下几个方面：

---

① Campbell Mclachlan, Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework, in Albert Jan van den Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 96.

② 其中最成功的即为瑞典斯德哥尔摩商会仲裁机构（Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce，下称“SCC”）。

(一)管辖权基础

无论是 ICSID 还是非 ICSID 仲裁，仲裁庭管辖权基础都在于投资者和东道国将争议提交仲裁的合意。区别在于，ICSID 管辖所依据的合意一般分两步达成，被称为“双层合意”（double-tier consent）。[①]第一层是，东道国与投资者母国签署 ICSID 公约或投资条约，同意接受 ICSID 仲裁庭管辖。第二层为投资者将其投资争议提交给 ICSID 仲裁。因此，在争议发生后，投资者并不需要获取东道国对于特定争议提交仲裁的同意，即可将仲裁申请直接提交给 ICSID 管辖。这一方面便于启动仲裁程序，另一方面也极大扩张了 ICSID 管辖范围，维护投资者利益。[②]此外，如果缺乏第一层合意，投资者和东道国仍可以依据 ICSID 补充程序规则将争议提交给 ICSID 管辖。而非 ICSID 仲裁与此类似，其管辖权基础在于投资者与东道国签署有仲裁协议。只要投资者和东道国之间签署有效的仲裁协议，一般情况下仲裁庭都会判定自己享有管辖权。此外，在纠纷发生后，有些国家会援引国家豁免理论来逃避仲裁庭管辖。[③]但是基于仲裁庭自裁权（Competence-Competence），仲裁庭通常认为，东道国签署仲裁协议意味着其已放弃国家管辖权豁免。[④]总体而言，ICSID 和非 ICSID 仲裁管辖权都不难认定。但是由于 ICSID 公约已经事先确定了东道国的仲裁合意，所以在纠纷发生后投资者只需提交仲裁申请即可启动仲裁程序。而在非 ICSID 仲裁中，如果没有事先签订的仲裁协议，当事人很难在纠纷发生后说服东道国选择仲裁。事实上，在许多投资争端发生前，投资者与东道国并不存在任何合同关系，因此事先签订仲裁协议并不现实。所以从管辖权上看，ICSID 仲裁启动明显方便于非 ICSID 仲裁。但国际社会，特别是发展中国家对 ICSID 这种过于“方便”或者极易扩张的管辖权也存有质疑，由于本文篇幅有限，在此不便展开。

值得注意的是，在下列情况下可能会出现 ICSID 和非 ICSID 仲裁管辖权竞合，即投资者在争议发生后可以选择 ICSID 或者非 ICSID 仲裁：1）投资者母国和东道国签署有条约或者公约选择了 ICSID 和非 ICSID 的仲裁方式。例如《欧洲能源宪章》（Energy Charter Treaty (ECT)）第 26 条第 4 款就规定，纠纷解决方式可以是 ICSID 仲裁、依据 UNCITRAL 仲裁规则的临时仲裁和依据瑞典斯德哥尔摩规则受其管理的机构仲裁；2）投资者母国与东道国均为 ICSID 缔约国，但投资者与东道国事先签署了仲裁协议选择非 ICSID 仲裁；3）在任何情况下，投资者和东道国都可以在纠纷发生后合意选择 ICSID 仲裁或者非 ICSID 仲裁。因此作为两种互不排斥的投资争端解决方式，ICSID 和非 ICSID 仲裁长期并存于大量国际条约，投资协定和当事人的协议中。

(二)仲裁程序效率

仲裁作为基于当事人合意的纠纷解决方式，其顺利进行依赖于双方的配合及程序规则的完善。与传统的商事仲裁相比，投资仲裁因为涉及国家当事人，其纠纷复杂性和涉及公共政策的程度较高，适用程序也区别于一般的商事仲裁。ICSID 仲裁依据的程序规则为 ICSID 仲裁程序规则或者 ICSID 补充程序规则（以下统称为“ICSID 规则”），而非 ICSID 仲裁则依据 UNCITRAL 仲裁规则或者仲裁机构规则（以下统称为“非 ICSID 规则”）。[⑤]总体而言，这些规则都赋予仲裁庭引导仲裁程序和决定程序细则的自由裁量权。在程序组成上，ICSID 和非 ICSID 规则均遵循相似的纠纷解决模式，和采纳基本的正当程序要求。有些实证研究表

---

① Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (下称“ICSID 公约”) (signed 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 575 UNTS 159, article 25.

② 参见徐树：《国际投资仲裁庭管辖权扩扩张的路径、成因及应对》，《清华法学》2017 年第 11 期。

③ Dhisadee Chamlongrasdr, Foreign State Immunity and Arbitration, Cameron May Ltd., 2007, p. 69-70.

④ Gus Van Harten & Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, Eur. J. Int'l L., Volume 17, (2006), p. 128; 28 U.S.C. § 1605(a)(6)(B) (2006).

⑤ 一部分仲裁机构并不区分投资仲裁和普通商事仲裁而统一适用同一套规则，例如 SCC。

明，在平均案件时长上，两类程序有细微的差别。例如依据实证数据，ICSID 的案件平均时长为 57.4 个月，而非 ICSID 为 56.2 个月。[①]但规则比较表明，除个别程序时限差别外，两类仲裁规则并没有在程序效率上体现明显差别。例如 UNCITRAL 仲裁规则第 4 条规定了被申请人必须在收到仲裁通知 30 日内提交答辩书，而 ICSID 规则并无此限定但却规定了申请人必须在仲裁申请注册后的 10 日选定仲裁员。[②]此外，ICSID 仲裁规则第 46 条规定了仲裁庭在仲裁庭审程序完结后的 120 天内必须做出和签发裁决书，而 UNCITRAL 仲裁规则对于仲裁庭做出裁决书并没有规定时限。这些规则差异并不意味着仲裁程序会在规则没有规定时限时被不合理拖延，事实上，实证数据恰恰证明，即使两类程序在时限规定上各有不同，但整个程序的进行所耗费的平均时长仅有几十天之差。[③]考虑到投资仲裁程序通常耗时数年，这一差别几乎可以忽略不计。

除了仲裁规则本身的效率性，仲裁程序的顺利进行经常涉及到证据和财产保全。ICSID 和非 ICSID 规则均赋予仲裁庭做出临时措施的权利。但在临时措施决定的执行上，两类仲裁差别较大。非 ICSID 仲裁中，当事人可以将仲裁庭临时措施决定（裁决形式或者非裁决形式）提交财产或者证据所在地的法院依据其所适用的法律申请强制执行。而 ICSID 机制本身即被视为排除任何国内司法程序，当事人并没有请求法院执行 ICSID 仲裁庭临时措施决定的基础。[④]但是，ICSID 规则第 39 条明确表示，双方当事人可以合意选择某个司法机关或者机构依申请做出临时措施。

此外，作为解决投资争议的两大类仲裁机制，ICSID 和非 ICSID 仲裁规则都处于不断修订和完善中。两类仲裁规则也并不是泾渭分明，而是互相影响和借鉴。例如针对国际社会对于投资仲裁透明度的要求，UNCITRAL 发布了《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（以下称“《透明度规则》”）以增强对于投资仲裁的透明度要求。该规则自 2014 年 4 月 1 日生效后被广泛了运用于各类投资仲裁案件。而 ICSID 则于 2018 年发布 ICSID 规则修订建议稿，其中一大修订内容就是增加投资仲裁的透明度要求。[⑤]可见，投资仲裁作为一个整体，各项规则都在适应国际社会的需求而不断变革，最终目的都是更有效率和公正的解决国际投资争端。

(三)裁决撤销困境

ICSID 和非 ICSID 投资仲裁最大的区别在于裁决撤销审查。ICSID 机制在投资争端解决领域取得巨大成功依赖于 ICSID 本身高度的自治化。[⑥]依据 ICSID 公约第 52 条，仲裁庭做出裁决后，当事人可以请求 ICSID 组成三人临时委员会来审查仲裁裁决，如果出现了该条规定的事由则可以撤销仲裁庭做出的裁决。依据 ICSID 公约，该撤销委员会仅仅具有撤销仲裁裁决的权力，并不像上诉法院一样可以重新裁定。如果裁决被全部或者部分撤销，当

---

① Gaetan Verhoosel, Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID, in Albert Jan van den Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 285,317.

② UNCITRAL Arbitration Rules, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf, 2019 年 5 月 7 日访问.

③ ICSID Arbitration Rules, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/basic-en.htm，2019 年 5 月 6 日访问。

④ Campbell Mclachlan,In vestment Treaty Arbitration: The Legal Framework, in Albert Jan van den Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Volume 14，Kluwer Law International, 2009，p. 95,145.

⑤ ICSID，Proposals for Amendment of the ICSID Rules, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf, 2019 年 5 月 7 日访问。

⑥ John Christopher Thomas, The Evolution of the ICSID System as an Indication of What the Future Might Hold, in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration: The Coming of a New AGE? ICCA Congress Series, Volume 17, Kluwer Law International, 2013，p. 565.

事人可以选择重新依据 ICSID 规则组成仲裁庭重启仲裁程序。[①]由于篇幅有限，本文不深入探讨 ICSID 裁决的撤销依据。简而言之，为了维护 ICSID 机制的自治化和终局性，ICSID 公约第 52 条规定只有在非常有限的情况下，撤销委员会才可以撤销仲裁裁决，因此许多国家也指责 ICSID 裁决无法受到足够的监督。[②]

而非 ICSID 仲裁裁决的撤销则与普通商事仲裁一致，主要依靠仲裁地的各个国家法院进行撤销监督。由于《纽约公约》并没有规定法院撤销国际仲裁裁决的依据，而有此规定的国际规则例如《UNCITRAL 仲裁示范法》第 34 条和《欧洲国际商事仲裁公约》第 9 条适用范围有限。因此大多数国内法院都是依据本国法中有关撤销仲裁裁决的依据来审查本国领域内做出的仲裁裁决。[③]由于各个国家的撤销标准和审查尺度不一，同一裁决在不同法院可能遇到不同的审查结果。[④]例如 2017 年 Yukos Capital 案，仲裁裁决被俄国法院撤销后，当事人又分别送到英国和荷兰申请承认与执行，英国和荷兰法院依然审查了仲裁裁决，以仲裁裁决被撤销的理由不公正为由拒绝考虑裁决已被撤销的事实，最终承认与执行了该仲裁裁决。[⑤]

比较而言，ICSID 和非 ICSID 仲裁裁决的撤销审查各有千秋也同时存在很重要的缺陷。有学者曾经提出 ICSID 仲裁裁决被撤销的概率远远高于非 ICSID 仲裁裁决。[⑥]但该研究同时提出这一数据并不足以证明 ICSID 裁决的错误率高于非 ICSID 裁决，或者 ICSID 裁决受到的撤销审查普遍严于非 ICSID 仲裁。[⑦]导致撤销率差异的原因很可能是 ICSID 仲裁庭和撤销委员会的审查标准差异较大，同时在非 ICSID 仲裁中，当事人可以选择对仲裁较为友好和宽松的国家进行仲裁以降低裁决被撤销的概率。[⑧]另一方面，尽管 ICSID 由于追求自治化和统一性，成立临时撤销委员会对仲裁裁决进行审查，而非 ICSID 仲裁则将撤销审查权交予不同国家的国内法院，但实践的结果均不如人意。ICSID 撤销委员会经常被指责适用标准不一致且撤销率较高。[⑨]而非 ICSID 仲裁，要么是撤销法院对仲裁裁决过于宽容则无法进行有效监督，要么是执行法院不承认撤销法院的撤销理由最终执行了裁决。这些问题都对中国开展非 ICSID 投资仲裁实践提出挑战和警示。[⑩]

(四)裁决承认与执行依据及抗辩

ICSID 仲裁裁决的承认与执行遵循的是《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》（简称《华盛顿公约》）。而非 ICSID 仲裁裁决的承认与执行在国际实践中与普通商事仲裁一样依据《纽约公约》。ICSID 自治化和国际化的特色同样延续到了裁决执行方面。ICSID

[①] ICSID 公约第 52 条.

[②] Kateryna Bondar, Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review, Journal of International Arbitration, Volume 32(2015), p. 676; Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford, 2008, p. 279.

[③] CHEN, Meng &WANG, Chengzhi, Vanishing Set-Aside Authority in International Commercial Arbitration, International and Comparative Law Review, Volume 18 (2018), p. 158.

[④] 参见黄世席：《国际投资仲裁裁决的司法审查及投资条约解释的公正性》，《法学》2017 年第 3 期。

[⑤] Albert Jan Van Den Berg, Yearbook Commercial Arbitration, Volume39, 2014, p. 526-9.

[⑥] ICSID 裁决撤销率大约为 40%，而非 ICSID 裁决撤销率仅为 6%。参见注 8。

[⑦] 参见注 8。

[⑧] 参见注 8。

[⑨] Michael WAIBEL, Asha KAUSHAL, Kyo-Hwa Liz CHUNG & Claire BALCHIN, eds., The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010; Brigitte Stern, The Future of ICSID, Ad Hoc Committees, Appelate Tribunals, International Investment Courts and Investment Arbitration: Introduction, in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration: The Coming of a New Age?, ICCA Congress Series, Volume 17, Kluwer Law International, 2013, p. 559-562; Guillermo A. Alvarez & William W. Park, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, Yale J. Int'l L. Volume 28(2003), p. 365, 366.

[⑩] 参见蔡从燕：《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》，《现代法学》2011 年第 1 期。

公约规定，一旦 ICSID 裁决生效，则视同为缔约国中的已生效的法院判决可自行强制执行，并不需要法院对其进行审查。[①]而拒绝执行的国家则被视为违反国际条约义务，可以追究国家责任。此外，如果国家作为败诉方拒绝履行 ICSID 裁决，投资者的母国可以依据 ICSID 公约第 64 条将争议诉诸国际法院解决。另外，除了正式途径外，世界银行还有许多其他方式确保 ICSID 仲裁裁决的履行，例如停止对不履行国家的财政支持。[②]但 ICSID 建立初衷就是为了取缔不合理且低效的政府外交保护、其他政治或军事催收手段，因此依赖 ICSID 机制外的其他政治手段促进裁决履行似乎违背了 ICSID 的宗旨。当然，就目前而言，ICSID 仲裁裁决的自愿履行率很高，只有在非常极端的情况下才会用到非正式的催收手段。[③]

尽管非 ICSID 裁决可以与商事仲裁裁决一样依据《纽约公约》向缔约国法院申请强制执行。但由于其投资仲裁的特殊属性，遭遇的实践和法律障碍明显多于普通商事仲裁裁决。[④]首先，与商事裁决一样，尽管《纽约公约》第 5 条规定了缔约国法院可以拒绝承认与执行的依据，但各国法院在个案中所适用的审查标准不一样，并不能保证全球范围内的统一。其次，非 ICSID 仲裁裁决并不是在所有公约缔约国都可以依据《纽约公约》申请承认与执行。这里涉及到投资仲裁裁决是否符合《纽约公约》第 1 条中所规定的适用范围：1）投资仲裁裁决是否可被视为是“因自然人或法人间争议”而产生的仲裁裁决；或者 2）缔约国是否对第 1 条做出商事保留，即仅承认起源于“商事关系”的争议所做出的仲裁裁决。不同国家对于以上两个问题有不同规定和实践做法。但总体而言，大多数国家认为投资仲裁符合“因自然人或法人间争议”而产生的仲裁裁决。只要缔约国没有对《纽约公约》有商事保留，非 ICSID 裁决可以援引该公约在缔约国申请承认与执行。[⑤]

但无论 ICSID 还是非 ICSID 裁决，最终执行程序中都会面临一个无法回避的抗辩，即国家豁免。在管辖权问题上，国家豁免抗辩很容易被规避。因为如果东道国签署了同意仲裁的条约或者协议则被认为是对国家管辖权豁免的放弃。[⑥]但主流国家豁免理论认为，即使国家放弃了管辖权豁免，也不当然放弃了相对独立的执行豁免，即国家财产仍然不受外国司法程序的强制执行。[⑦]因此，在执行阶段，东道国作为被执行人，往往会提出国家执行豁免理论来抵抗裁决执行申请。《华盛顿公约》和《纽约公约》对国家执行豁免的抗辩均没有明确规定，因此各个法院对执行豁免抗辩的处理主要依据各国的国内法。[⑧]同时，也有法院提出，国内法中对执行豁免的规定构成一个国家的“公共政策”，因此可以援引《纽约公约》

[①] Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States [hereinafter Washington Convention] March 18, 1965, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159, article 25(1).

[②] Joseph M. Cardosi, Precluding the Treasure Hunt: How the World Bank Group Can Help Investor Circumnavigate Sovereign Immunity Obstacles to ICISID Award Execution, Pepp. L. Rev. Volume 41(2013), p. 125.

[③] Antonio Parra, The Enforcement of ICSID Arbitral Awards, 24th Joint Colloquium on International Arbitration, Paris, Nov. 16, 2007 at 1, 3, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12144885278400/enforcement_of_icsid_awards.pdf, 2019 年 5 月 6 日访问; Lucy REED, Jan PAULSSON& Nigel BLACKABY, Guide to ICSID Arbitration，Kluwer Law International, 2004, p. 107.

[④] 肖芳，《国际投资仲裁裁决司法审查的“商事化”及反思》，《法学评论》2018 年第 3 期。

[⑤] Albert Jan Van Den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 327; Richard B. Lillich & Cahrles N. Brower, International arbitration in the 21st century: Towards “Judicialization” and Uniformity, Transnational Publishers, 1992, p. 38.

[⑥] Gus Van Harten & Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, Eur. J. Int'l L., Volume17 (2006), p. 121, 128; 28 U.S.C. § 1605(a)(6)(B) (2006).

[⑦] Alexis Blane, Sovereign Immunity As Bar to the Execution of International Arbitral Awards, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol., Volume 41(2009), p. 453, at note 23.

[⑧] Hazel Fox, State Immunity and the New York Convention, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro eds., 2008, p. 829-32.

第 5 条，拒绝承认与执行相关投资仲裁裁决，但这一观点并没有受到大部分国家法院的认同。[①]由于不同国家对于国家豁免的规定差异较大，也无法形成有效的国际法规则。例如有的国家坚持绝对豁免理论，即国家财产在任何情况下都不可被国外司法程序强制执行。有的国家不同程度上接受限制豁免理论，即国家的商业性质财产可以被强制执行。[②]但如何判断“商业性质”财产，不同案例中采取的标准不一，目前无法总结出一个国际通行做法。但美国和欧洲法院近年来的判决都表明，越来越多的国家开始从支持绝对豁免理论转为不同程度接受限制豁免理论。[③]至此可以看出，投资仲裁裁决的承认与执行尽管理论上有重大障碍，但实践中基本以自愿履行为主。并且无论是 ICSID 还是非 ICSID 裁决都有国际条约可以支持其在各缔约国内的承认与执行。

(五)小结

除以上四个方面外，ICSID 和非 ICSID 仲裁在其他程序细节上也有许多差异，例如仲裁员的资质、费率和默认指定机构等等。由于本文篇幅有限就不在细节上做详细分析。通过比较 ICSID 和非 ICSID 投资仲裁在管辖权，程序规则和裁决撤销与执行方面的主要差异可以得出，两者尽管差异明显，但这些差异并不能证明一种仲裁程序比另外一种更为有效便捷。在管辖权上，由于东道国的事先同意，ICSID 管辖权比非 ICSID 更具有优势。这也是为什么尽管饱受争议，大部分当事人仍然将投资仲裁案件提交 ICSID 管辖。但程序具体规则和裁决的最终执行上，两种仲裁均有自己的特色。实证数据也证明两种仲裁程序都可以有效解决争议，也均配有仲裁监督和裁决执行机制。[④]但两者在仲裁监督方面均有重要缺陷，也在不断进行自我修正和变革。投资仲裁作为一个整体，为了满足不断发展的国际社会需求，不同的投资仲裁机制会互相影响和借鉴，在维持自身特色的基础上展现出一定的趋同性。因此，可以预见到，非 ICSID 投资仲裁作为一种有效的解决投资争端的替代性方式将会持续吸引越来越多的投资者和东道国选择。而中国在这一趋势下接纳并开放非 ICSID 投资仲裁领域正逢其时。

三、中国开放非 ICSID 投资仲裁背景

(六)中国开放非 ICSID 投资仲裁必要性

截至目前，作为贸易大国，中国参与的投资仲裁案件并不多见。据统计，中国投资者作为申请人或者中国作为被申请人的投资仲裁案件共有 11 起。其中 9 起由 ICSID 受理，2 起由海牙常设仲裁庭（下称“PCA”）适用 UNCITRAL 仲裁规则审理。在这 11 起案件之中，1 起以和解结案，2 起折戟于仲裁庭判定无管辖权，4 起还未完结，仲裁庭在 4 起案件中对实体问题作出裁决。[⑤] 可以说中国在国际投资争端解决领域的经验极度匮乏，与其所参与的国际投资量严重不符。例如，2017 年中国和中国香港所吸收的国际直接投资数额分别位

[①] August Reinisch, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, European J. Int’l L., Volume 17(2006), p. 803.

[②] Alexis Blane,参见注 30，note 23 “[i]n adopting a restrictive theory, the International Law Commission traces this evolution of the doctrine of sovereign immunity in various countries. The restrictive theory began in Italy, Belgium, and Egypt and spread throughout the developed world. Countries in the developing world have also been adopting the restrictive approach, though not all have done so, and the codifications of sovereign immunity have not been uniform.”

[③] Report of the International Law Commission to the General Assembly, at 36, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (1991), http:// untreaty.un.org/ilc/texts/ instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf，2019 年 5 月 6 日访问.

[④] 参见注 8.

[⑤] 参见梁咏：《国际投资仲裁中的涉华案例研究》，《国际法研究》2017 年第 5 期。

列全球第 2 位和第 3 位,而国际直接投资输出量分别为全球第 3 位和第 5 位。[①]2017 年新增投资案件共 65 件，中国参与的案件仅有 1 起。[②]这绝不意味着我国并不需要重视国际投资仲裁，随着大量中国投资者海外投资触礁和反全球化和多边贸易体制局势的发展，中国已然处于国际投资争端的风暴中心。其中，近忧有让国人心有戚戚的中美贸易战，和在贸易战下美国对华为和中兴等中国投资者采取的限制措施。再从长远来看，中国与“一带一路”国家正积极签订多项双边和多边投资条约，考虑投资争议解决是应有之义。这些事实均告诫中国，在国际社会中偏安一隅不仅不能永保平安，而且在遇到投资争议时极易陷入被动。中国投资者和国家积极参与国际投资争议解决才是破局之道。[③]

在国际投资仲裁领域，尽管大多数国际投资仲裁仍由 ICSID 受理，但近年来非 ICSID 投资仲裁所占的比例正在逐渐升高。例如 2007 前，有 74.4%的投资仲裁案件由 ICISD 受理（59.8%基于 ICSID 公约，14.6%基于 ICSID 补充规则），而非 ICSID 仲裁仅占剩下的 25.6%。[④]而 2013 年至今，非 ICSID 投资仲裁占比已升至 40%左右。[⑤]实证数据证明，ICSID 和非 ICSID 仲裁在仲裁请求，标的额，裁决赔偿数额，程序长短上并没有明显偏向性。[⑥]尽管两种投资仲裁机制差异较大，但在解决投资争议的效果上则不分伯仲。[⑦]上文对两种仲裁机制进行多方位比较也证实两套规则各有千秋。因此，随着国际投资争议发展和需求多样化，越来越多的投资者和东道国仍然会选择非 ICSID 投资仲裁。

在这一方面，中国仍然处于真空地带。如前文所述，中国参与投资仲裁案件本就很少，并且偏向于选择 ICSID 仲裁。尽管有中国投资者将争议提交 PCA 按照 UNCIRTAL 仲裁规则进行仲裁的先例。但中国并没有直接参与一例由其他仲裁机构管理的依据 UNCITRAL 或者仲裁机构规则审理的投资仲裁案件。在中国扩大外商投资和“一带一路”倡议下，接纳并且发展非 ICSID 投资仲裁是中国成长为贸易强国不可或缺的一环。

(七)中国非 ICSID 投资仲裁萌芽

为积极融入国际投资仲裁，中国仲裁届做了多重努力。早在 2016 年，深圳国际仲裁院（下称“深国仲“）就修改其仲裁规则将“投资者与东道国之间的争议”加入其受理的案件范围，并宣布受理依据 UNCITRAL 仲裁规则仲裁的各类案件。由此可见，深国仲并不区分投资仲裁和普通商事仲裁案件，统一适用同一套规则。2016 年底，最高院发布《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，试验性开放自贸区企业间的临时仲裁。随后珠海仲裁委在 2017 年 3 月发布《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，其中规定“依照解决投资争端的国际条约和国内法而提起的一国与他国国民间的投资争端仲裁，亦可约定适用本规则。”[⑧]同年 9 月，中国国际经济与贸易仲裁委员会发布了《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则（试行）》以独立规则形式管理投资仲裁案件。2019 年 3 月，北仲也发

---

① UNCTAD, World Investment Report 2018, 第 4-6 页，https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2130，2019 年 5 月 7 日访问.

② 参见注 37，第 97 页；中国参与的 2017 年新增案件为德国海乐西亚泽有限公司诉中国政府案，于 2017 年 6 月 21 日在 ICSID 登记，最新进展为仲裁庭于 2018 年 8 月 10 日做出驳回申请人临时措施的先决裁定。详见 Hela Schwartz GmbH v. Republic of China，ICSID Case No. ARB/17/19。

③ 参见刘笋：《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》，《法学研究》2008 年第 6 期；漆彤：《论中国海外投资者对国际投资仲裁机制的利用》，《东方法学》2014 年第 3 期。

④ UNCTAD Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases, http://investmentpolicyhub.unctad.org/isds，2019 年 5 月 6 日访问.

⑤ 参见注 37，第 92 页。

⑥ Susan D. Franck, The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards, Va. J. Int'l L.，Volume 51, (2011), p. 914.

⑦ 参见注 42

⑧ 珠海仲裁委：《横琴自由贸易试验区临时仲裁规则》，http://www.zhac.org.cn/zcgzall/html/?528.html， 2019 年 5 月 7 日访问。

布了《北仲投资仲裁规则》（意见稿）试水投资仲裁业务。尽管直至今日，深国仲、北仲和贸仲都还没有受理一起投资仲裁申请，学界却对此争论激烈。争论的焦点在于，在中国法律和司法实践明确限制非 ICSID 投资仲裁的情况下，中国仲裁机构率先开展投资仲裁业务是否具有实践意义。最高院也在多个场合对此表示关注。整个中国仲裁届已经意识到，非 ICSID 投资仲裁在中国所面临的立法和司法障碍十分明确且短时间内无法克服。中国开放非 ICSID 仲裁任重而道远。

三、 中国非 ICSID 仲裁实践困境分析

最高院作为中国仲裁机制改革先锋曾于 2016 年底至 2018 年发布一系列司法解释弥补中国《仲裁法》陈旧过时的漏洞。遗憾的是，这些司法解释并没有涉及投资仲裁，相关困难仍然根植于中国法律体系之中。

(一)可仲裁性存疑

《仲裁法》第 2 条规定“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。”[①]投资者与东道国之间的投资争端显然并不在此之列。此外中国在加入《纽约公约》时做出了商事保留。《最高人民法院关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》第 2 条明确排除基于投资者和东道国之间的投资争端所作出的仲裁裁决适用《纽约公约》。[②]因此，投资争议依据我国现行法律不可以被提交仲裁解决，并且非 ICSID 仲裁裁决在我国也无法援引《纽约公约》申请强制承认与执行。

但这并不意味着中国无法开展非 ICSID 投资仲裁。首先当事人可以通过选择国外准据法或者适用香港仲裁法在香港进行仲裁的方式绕开中国《仲裁法》限制。尽管这在中国作为被申请方时较难实现，但如果是中国投资者提起的仲裁，这一办法就可以保证投资争议的可仲裁性。如果中国投资者能与东道国签订仲裁协议选择中国仲裁机构进行投资仲裁，并且适用的准据法并不禁止投资仲裁，那么该投资仲裁程序的启动将不会遇到可仲裁性的障碍。因此在中国立法开放非 ICSID 投资仲裁之前，中国仲裁机构投资仲裁业务的潜在客户应当数量众多的中国海外投资者。

(二)仲裁程序障碍

中国仲裁机构发布多重类型的投资仲裁规则，已经能为投资仲裁程序提供较为全面的程序规则保障。即使境外当事人对于中国机构的投资仲裁规则并不了解，也可以选择适用 UNCITRAL 仲裁规则。涉及中国的投资仲裁程序最大的问题在于证据与财产保全。中国《民事诉讼法》第 101 条，《仲裁法》第 28 和 68 条均规定了中国仲裁机构所管理的仲裁当事人可以申请证据和财产所在地的人民法院做出证据和财产保全。值得肯定的是，首先中国仲裁机构管理的投资仲裁当事人可以依据相关法条向法院申请证据和财产保全。其次，相关法律并没有明确仲裁庭是否有权做出临时措施的决定，并且仲裁庭或者当事人是否可以申请人民法院执行该临时措施的决定。最后，法律也没有规定外国仲裁庭管理的投资仲裁当事人是否可以同样申请证据和财产保全。因此，中国法律中有关仲裁临时措施的规定十分模糊。实践中中国法院也并不认可后两种临时措施决定。当然如果仲裁庭的临时措施决定是以裁决形式作出，则相当于适用裁决承认与执行程序，这一部分将在下文展开。

从实践角度考虑，如果中国仲裁机构受理中国投资者申请的投资仲裁，那么财产和证据所在地很有可能位于境外。那么中国法律中有关临时措施规定的模糊也许并不会对仲裁程序产生太大消极影响。当然这一前提必须建立在，证据和财产所在地的国家法律支持非 ICSID 投资仲裁庭做出临时措施决定。并且，即使是中国投资者作为申请人的投资仲裁案件

① 《中华人民共和国仲裁法》（2017 年修正）第 2 条。

② 《最高人民法院关于执行我国加入的<承认及执行外国仲裁裁决公约>的通知》（法经发〔1987〕5 号）。

也可能在中国境内具有财产和证据保全的需要，因此这一问题上中国法律规定不明仍然是一个必须克服的障碍。

(三)仲裁司法监督真空

前文提到非 ICSID 仲裁裁决的司法监督主要包括仲裁地法院的撤销权和执行法院的承认与执行权。考虑到中国《仲裁法》并不允许投资仲裁，目前在中国大陆开展投资仲裁的可能性较低。因此，更为迫切的问题应当是中国法院面对非 ICSID 投资仲裁裁决时应当如何承认与执行。目前非 ICSID 裁决在中国法院申请承认与执行至少会面临两个障碍[①]：

1. 承认与执行的法律依据缺失

中国在加入《纽约公约》时做出了商事保留明确排除了投资仲裁。因此非 ICSID 投资仲裁在中国申请承认和执行无法援引《纽约公约》。依据中国《民事诉讼法》第 283 条，国外仲裁机构的裁决需要人民法院承认与执行的需要遵循中国加入的国际条约，或者依据互惠原则。首先，目前中国加入的国际条约中没有执行非 ICSID 投资仲裁裁决的依据。其次，如果依据互惠原则，考虑到没有国外法院执行涉及中国的非 ICSID 投资仲裁先例，那么中国法院可能出于谨慎拒绝承认与执行。不过《民事诉讼法》第 274 条规定了，中国涉外仲裁机构做出的裁决只要不存在该条中规定的情形可以申请人民法院执行。因此从理论上看，中国仲裁机构做出的投资仲裁裁决可以依据该条向人民法院申请执行。排除下文分析的国家豁免抗辩外，如果有投资争端涉及在中国境内的财产执行，选择中国仲裁机构进行投资仲裁不失为一个可行的办法。

2. 违反公正政策或者绝对国家豁免理论

中国法院在审核投资仲裁裁决执行申请时同样会面临公共政策和国家豁免的抗辩。前者的抗辩基于《民事诉讼法》第 274 条或者《纽约公约》第 5 条，后者则是基于国际习惯法或者中国相关国内法。在普通的商事仲裁领域，中国法院对于公共政策抗辩的审查标准已经逐渐与国际接轨。[②]但针对投资仲裁裁决，目前没有案例可以证明，中国法院是否认为针对国家财产的执行违反中国的公共政策。至于国家豁免抗辩，中国尚未制定全面系统的国家豁免法，有关豁免的规定仅散见于《民事诉讼法》、《外交特权与豁免条例》以及《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》等相关法律规范规中。[③]但中国的司法实践均多次强调中国遵循绝对豁免理论，即除非国家放弃豁免，则国家财产无论是否涉及商业活动均不得被强制执行。[④]中国法院不管辖、实践中也从未处理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件。 同时，中国也不接受外国法院对以中国国家为被告或针对中国国家财产的案件享有管辖权。[⑤]在最近的 2008 年 FG 诉刚果等案中，中国外交部再次重申了这一立场。[⑥]因此，即使中国仲裁机构受理的投资仲裁案件可以依据《民事诉讼法》第 274 条向中国法院申请执行。但如果被执行人为国家，中国法院也大概率不会受理该类执行申请。当然，如果该国家申明放弃了国家豁免，则就不存在这一障碍。

最后，尽管目前由于中国《仲裁法》限制，当事人可能并不会选择中国内地作为投资仲裁地。但未来如果中国立法开放非 ICSID 投资仲裁，中国法院同样需要承担对境内投资仲裁裁决的撤销审查。对投资仲裁的撤销审查可以比照《仲裁法》第五章和《民事诉讼法》第 274 条进行，在此就不多赘述。

---

① 参见肖芳：《国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行》，《法学家》2011 年第 6 期；张潇剑：《论 ICSID 仲裁裁决的承认与执行》，《西北大学学报》（哲学社会科学版）2010 年第 4 期。

② Meng Chen, Empirical Research on Mandatory Rules theory in International Commercial Arbitration, International Trade and Business Law Review, Volume 19 (2016).

③ 参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 2005 年版。

④ 参见注 49.

⑤ 参见注 49.

⑥ FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo [2010] 2 HLLRD 66.

四、 中国非 ICSID 投资仲裁制度展望

上文分析可知，即使在中国法律和司法实践未修改的情况下，中国仲裁机构开展投资仲裁业务并非毫无发展空间。目前，中国仲裁机构的目标案源应当是中国投资者发起的针对外国东道国，适用香港或国外仲裁法，并且在香港或者境外开庭，最终在国外申请承认与执行的投资仲裁案件。但这显然不是中国作为一个贸易强国，发展国际投资争端解决机制的最终目的。为了吸引越来越多的投资争端当事人选择，更好的服务于我国自贸区建设和“一带一路”倡议。中国势必要改革立法和司法实践以配合非 ICSID 投资仲裁的发展。尤其在“一带一路”沿线国家的法制建设水平并不能很好支持投资争端解决的情况下，中国率先做出改革提供完善的投资争端解决机制十分必要。

最直接的办法，首先是，在《仲裁法》修改之际，对投资争议的可仲裁性进行进一步明确。其次是中国对加入《纽约公约》时所做出的商业保留进行修改，使外国投资仲裁裁决的承认与执行可以援引《纽约公约》。最后通过修改立法和最高院的司法解释对投资仲裁涉及的临时措施、撤销和承认与执行程序做补充规定。以上任意一步都十分艰难。例如，中国坚持绝对豁免理论是非 ICSID 投资仲裁执行时所面临的最大障碍。而中国是否需要为发展非 ICSID 投资仲裁转向限制豁免理论存在极大的争议。[①]在中国仲裁机构已迈出投资仲裁的一小步之际，整个国际社会都在期待中国非 ICSID 投资仲裁未来的发展。除了以上立法与司法改革建议外，想要真正开展投资仲裁，中国仲裁届至少还需要加强以下两个方面。

(一)优化程序规则

有 UNCITRAL 仲裁规则和瑞典斯德哥尔摩仲裁规则（下称“SCC 规则”）珠玉在前，中国仲裁机构想要扩张投资仲裁义务，必须在仲裁规则上做出创新和优化。UNCITRAL 仲裁规则和 SCC 规则尽管各有特色，但均没有区别普通商事仲裁和投资仲裁而统一适用同一套规则。深国仲也遵循这一路径仅仅只是修改了自己的受案范围。但贸仲和北仲则专门制定了单独的投资仲裁规则。采取同一做法的还有新加披国际仲裁中心。目前并没有实践数据可以论证单独的仲裁规则是否更适于解决投资争议。但从国际仲裁实践的发展趋势上看，投资仲裁对程序透明度、合法性和一致性的要求确实与普通商事仲裁不同。[②]而机构仲裁在案件管理上，例如合并仲裁程序，承担默认指定机构，和任命紧急仲裁员上都具有一定的便利性。这也是为什么即使当事人选择了 UNCITRAL 规则，仍然愿意选择一个仲裁机构来管理仲裁程序。依据 SCC 数据，SCC 在 2017 年共受理 8 起投资仲裁案件，6 起依据 SCC 规则，1 起依据 UNCITRAL 仲裁规则，1 起为紧急仲裁程序。而在 SCC 到目前为止受理的 100 起投资仲裁案件中有 74%适用了 SCC 规则，21%适用了 UNCITRAL 规则。作为在投资仲裁领域最为成功的国际仲裁机构，SCC 的数据可以作为一个全球非 ICSID 投资仲裁的缩影。仲裁机构制定的仲裁规则对于吸引客户极为重要。

以贸仲 2017 年颁布的《投资仲裁规则》为例，相比 UNCITRAL 和 SCC 规则，在调解和仲裁程序结合（第 43 条）、程序透明度（第 55 条）、第三方资助的披露（第 27 条）和默

---

① 参见杨玲：《国际商事仲裁中的国家豁免》《法学》2013 年第 2 期；杨玲：《论条约仲裁裁决执行中的国家豁免-以 ICSID 裁决执行为中心》，《法学评论》2012 年第 6 期；黄世席：《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》，《清华法学》2012 年第 6 期；杨玲：《欧洲的国家豁免立法与实践-兼及对中国相关立场与实践的反思》，《欧洲研究》2011 年第 5 期。

② Michael WAIBEL, Asha KAUSHAL, Kyo-Hwa Liz CHUNG & Claire BALCHIN, eds., The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010; Brigitte Stern, The Future of ICSID, Ad Hoc Committees, Appelate Tribunals, International Investment Courts and Investment Arbitration: Introduction, in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration: The Coming of a New Age?, ICCA Congress Series, Volume 17, Kluwer Law International, 2013, p. 559-562; Guillermo A. Alvarez & William W. Park, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, Yale J. Int'l L., Volume 28 (2003), p. 366.

认仲裁地（第 28 条）上做出了创新。中国机构仲裁规则在充分考虑投资仲裁对透明度和合法性的要求上，也涵盖了对第三方资助披露的最新规定，同时融入了中国调仲结合的特色。因此可以看出中国仲裁机构在开展投资仲裁业务上的决心和准备。遗憾的是，受制于中国《仲裁法》和其他相关法规和司法实践，中国仲裁规则必须提醒客户注意在中国进行投资仲裁的风险。例如贸仲规则第 28 条，为了规避中国《仲裁法》限制，特别提出“当事人对仲裁地未作约定的，以管理案件的投资争端解决中心或香港仲裁中心所在地为仲裁地。”北仲的《投资仲裁规则》第 20 条则规定“当事人对仲裁地没有约定的，由主任根据案件具体情况确定仲裁地，但该仲裁地应位于《承认及执行外国仲裁裁决公约》的成员国内。”因此可以看出，除了对投资仲裁规则进行创新外，中国机构规则的重点还包括如何排除中国法律的限制和消极影响。

(二)仲裁员资格和行业自治

近年来中国仲裁事业迅速发展下暴露的问题也越来越多。2019 年 4 月，中国中央办公室、国务院办公厅共同印发了《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》（下称《若干意见》）督促仲裁创新和监督。其中就特别提到了加强仲裁行业自律。完善仲裁监督机制是中国仲裁健康发展的保障。其中行业自治在仲裁监督中可以扮演更为重要的角色。中国仲裁协会酝酿已久但从未正式启动。成立仲裁协会，加强行业自治有助于提高中国仲裁公信力，推进中国仲裁国际化。其次，仲裁协会可以作为整体制定适用全国的仲裁员职业操守规范，促进有效仲裁监督。最后，中国仲裁机构的竞争力离不开优秀的仲裁员队伍。尽管国际上已经有许多富有经验的仲裁员可供选择，建立具有国际专业水准的中国仲裁员队伍是中国参与国际治理软实力的象征。这一方面需要中国法学界的共同努力。

五、 结论

实证研究表明，非 ICSID 仲裁在各方面均不逊色于 ICSID 投资仲裁，因此成为国际投资争端解决拼图中不可缺少的一块。而本就缺乏国际投资争议解决经验的中国却从未正式接纳过非 ICSID 投资仲裁。中国仲裁机构想要开展投资仲裁业务，就必须要克服中国相关立法和司法实践中对非 ICSID 投资仲裁设立的种种限制。目前，中国仲裁机构潜在案源主要是中国投资者提起的，适用境外准据法、并且在境外进行的投资仲裁申请。作为国际争议解决机制中重要的一环，中国接纳并发展非 ICSID 投资仲裁显然不能止步于此。中国仲裁届期待《仲裁法》的修改和最高院的司法解释能为非 ICSID 投资仲裁留下发展空间。但在立法和司法改革前，中国仲裁机构仍然可以完善有特色的投资仲裁规则，提高仲裁行业自治和专业性来吸引当事人选择。最终在 “一带一路”倡议下为国际投资争端解决提供一份中国方案。

27.国际商事仲裁法的新发展

邹锦圣

摘要：构建我国的国际商事仲裁品牌，要有充分的理论基础以及丰富的实践经验。本文梳理了沙特与法国国际商事仲裁法的发展与特点，以及国内国际商事仲裁的立法与实践发展，并对新时期我国国际商事仲裁发展的路径提出建议。

关键词：国际商事仲裁、沙特仲裁法、法国仲裁法、我国立法与实践

Development of The International Commerce Arbitration Law

Abstract: To build a brand of Chinese international commerce arbitration, it is of high necessity to have sufficient theoretical basis and abundant practical experience. This paper makes a collation about Saudi and French international commerce arbitration law. Meanwhile, this paper focus on the domestic development of legislative and practice of the international commerce arbitration law. Finally, this paper come up with some suggestions about the way to develop the domestic international commerce arbitration in the new era.

Keywords: International Commerce Arbitration, Arbitration Law of Saudi, Arbitration Law of France, Domestic Legislative And Practice

一、引言

2018 年底，两办印发了文件，对新时期的仲裁工作的开展提出了新的要求。[①]文件中特别提到，要加快推进仲裁制度改革创新，借鉴国际仲裁有益经验，研究修改仲裁法，不断完善符合中国国情、适应时代发展要求的中国特色社会主义仲裁制度。2019 年，中共中央、国务院印发了《粤港澳大湾区发展规划纲要》，提出了“完善国际商事纠纷解决机制，建设国际仲裁中心，支持粤港澳仲裁及调解机构交流合作，为粤港澳经济贸易提供仲裁及调解服务”的要求。[②]

近年来，国内外的仲裁飞速发展，产生了许多理论与实践的新问题。为进一步推动我国全面对外开放新格局的形成，打造国际商事仲裁品牌，本文对近年来国内外有关国际商事仲裁的立法以及实践发展作了梳理，并在此基础上对我国构建国际商事仲裁制度提出发展建议。

二、外国国际商事仲裁法的新发展

（一）沙特国际商事仲裁法——伊斯兰法影响深远

1.沙特商事仲裁立法的发展历史

1958 年到 1983 年，国际商事仲裁在沙特并没有获得应有的认可，沙特对国际商事仲裁甚至持敌视的态度，在该阶段沙特也没有成文的仲裁法。直到 1983 年，沙特才颁布了第一部仲裁法，但是该仲裁法并非现代国际商事仲裁意义上的仲裁法，该法将仲裁置于法院司法系统的全面监督之下，当事人毫无自治可言。但是随着沙特对外开放和交流的增加，民商事争议不可避免地发生，如果对仲裁采取怀疑甚至否定的态度，不利于涉沙民商事争端的解决，因此，2012 年 4 月 6 日，沙特颁布了现代意义上的仲裁法[③]，从而拉开了沙特仲裁制度现代化的序幕。2017 年，在新仲裁法颁布实施的五年后，沙特颁布了实施条例，对仲裁法进行了进一步完善。[④]新法条文除对旧法进行了大量的调整，也体现了伊斯兰法深远的影响。

[①] 《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，中办发[2018]76 号，访问网址：http://zcw.zhuzhou.gov.cn/articles/2867/2019-4/220428.html，最后访问日期：2019 年 6 月 2 日。

[②] 中共中央 国务院印发《粤港澳大湾区发展规划纲要》，访问网址：http://www.gov.cn/zhengce/2019-02/18/content_5366593.htm#allContent，最后访问日期：2019 年 6 月 2 日。

[③] 沙特皇室令：Royal Decree，No. M/34。

[④] 为方便起见，本文将 1983 年沙特仲裁法及其实施条例称为旧法，将 2012 年沙特仲裁法称为新法。

2.沙特商事仲裁法的内容

（1）仲裁庭的权限

新法相比于旧法，最大的进步就是赋予仲裁庭启动仲裁的权力。在旧法中，若要启动仲裁，需要得到有权法院的批准[①]。新法改变了这一规定，指出“在存在仲裁协议的情况下，如果一方当事人到法院提起诉讼，而另一方当事人对法院的管辖权提出异议，那么法院应当驳回起诉。”[②]该规定与《示范法》的规定是一致的。[③]新法甚至规定，在法院审理争议的过程中，如果双方当事人达成一致意见决定将争议提交仲裁解决，那么法院应当将争议让与仲裁解决。[④]

新法增加了仲裁庭自裁管辖权原则，并且对当事人提出管辖权异议的期限做了明确规定，其目的是确保仲裁程序的稳定性，[⑤]该规定和《示范法》的规定一致。[⑥]

关于采取临时措施或保全措施的权力，新法将其依然保留给有管辖权的法院行使。根据新法，在仲裁程序开始前，能够采取临时措施或保全措施的法院是有管辖权的法院；在仲裁程序开始后，当事人可以授权仲裁庭向有管辖权的法院提出上述请求。如果要撤销这些措施，应当采取同样的程序，除非当事人另有约定。[⑦]尽管如此，仲裁庭有权在审理案件的过程中因案件需要而请求有关机构的协助，无须求助于法院。[⑧]

（2）仲裁员的指定

新法从以下几个方面对仲裁员的指定做了规定，其中受伊斯兰法影响的规定如下：

第一，仲裁员的任职资格。根据沙特旧法，仲裁员必须是穆斯林男性，在多人组成的仲裁庭中，首席仲裁员必须知悉伊斯兰法。这样的规定严重限制了沙特国际商事仲裁的发展，新法对这些规定作了修订。新法规定，仲裁员必须具有完全民事行为能力以及良好的声誉和品行。至于专业能力方面的要求，新法规定仲裁员应至少具有一个法学学位或伊斯兰学学位；在多人组成的仲裁庭中，只要首席仲裁员具有这样的学位，即可认为整个仲裁庭满足了专业能力要求。

第二，仲裁员的披露义务与回避。[⑨]在旧法中，仲裁员没有自行回避的义务。但新法规定，仲裁员有义务从其被指定时起，到整个仲裁程序结束，将对其公正性与独立性产生合理怀疑的与争议有关的任何利益向仲裁当事人予以披露。该规定与《示范法》一致[⑩]

（3）仲裁程序

新法在参考《示范法》的基础上对仲裁程序作了非常详细的规定。[11]其中，具有伊斯兰国家特色规定如下：

第一，仲裁规则。根据新法，当事人在不违背伊斯兰法的前提下，可以约定仲裁程序规则，这些规则不限于沙特的规则，沙特境外的仲裁机构或仲裁中心的仲裁规则当事人也可以选择适用。如果当事人没有选择，那么仲裁庭在不违背伊斯兰法和本仲裁法的前提下，选择它认为适当的仲裁规则予以适用。

第二，仲裁地。根据新法，当事人可以将仲裁地约定在沙特境内，也可以约定在沙特

---

① 旧法第五条和第六条
② 新法第 11 条
③ 示范法第 8 条
④ 新法第 12 条。
⑤ 新法第 20 条
⑥ 示范法第 16 条
⑦ 新法第 22 条第 1 款
⑧ 新法第 22 条第 3 款
⑨ 新法第 16 条至第 19 条
⑩ 《示范法》第 12 条第 1 款
11 新法第 25 条到第 37 条。

境外，如果当事人未作约定，则由仲裁庭根据案件的具体情况确定仲裁地。值得注意的是，新法对仲裁地和开庭地点以及合议地点或者是传唤证人、专家的地点做了区分，这是与国际商事仲裁实践接轨的规定。在国际商事仲裁中，仲裁地的确定决定了仲裁的国籍属性，从而对裁决的撤销以及裁决的承认和执行产生重要的影响。如果某项裁决被认定为外国仲裁裁决，那么在承认和执行该裁决时可能依据有关的国际条约进行。[①]

（4）仲裁裁决

新法用了 11 个条文对仲裁裁决作了规定，[②]具有伊斯兰法国家特色的规定如下：

第一，争议实体问题的法律适用。新法规定，在不违背伊斯兰法以及沙特公共秩序的前提下，仲裁庭应当适用当事人选择的法律解决争议。当事人既可以选择沙特法，也可以选择外国法。在选择外国法时，除非当事人明确约定，否则将排除外国冲突规范的适用。如果当事人没有选择法律或者无法就法律选择达成一致意见，仲裁庭应当根据最密切联系原则选择准据法。新法还对友好仲裁做了明确规定，即如果当事人同意，仲裁庭可以基于公平正义的原则解决争议。新法在法律适用问题上充分采纳了意思自治原则，充分尊重当事人的意思表示，特别表现在并非完全禁止当事人对外国冲突规范的选择以及允许当事人授权仲裁庭进行友好仲裁，这种立法例与《示范法》基本一致，在国际上也属于比较前卫。

第二，仲裁裁决多数决原则。新法明确规定，在非独任仲裁庭情况下，裁决应当根据仲裁庭多数仲裁员的意见作出；若无法形成多数意见，仲裁庭可以在僵局形成之日起 15 日内指定一名公断人进行公断，如果仲裁庭没有指定，那么适格法院应当指定该公断人。

（5）仲裁裁决的撤销

由于仲裁是“一裁终局”的，当事人获得不利的仲裁裁决后，只能通过申请撤销仲裁裁决这一司法途径获得救济。沙特仲裁法也有这一规定，但是新法与旧法在该问题上的态度差异极大，有学者甚至认为，新法取得的最主要的进步就是严格限制撤销仲裁裁决的事由，这些事由基本上以 1958 年《纽约公约》为蓝本。[③]在旧法下，当事人在收到裁决书后 15 天之内可以向有管辖权的法院提出撤销仲裁裁决的申请，有管辖权的法院可以决定是否撤销该裁决。[④]新法改变了这种做法，对仲裁裁决撤销的理由作了明确规定，其中包括仲裁协议效力方面的原因、当事人行为能力方面的原因、程序方面的原因以及适用实体法错误的原因。

与《纽约公约》的规定一样，撤销裁决的事由是穷尽式列举，当事人不得提出上述事由之外的理由请求法院撤销裁决。此外，法院也可以依职权主动审查裁决是否违反伊斯兰法的规定或者违背沙特的公共秩序，或者提交仲裁的争议是否具有可仲裁性，如果存在这些情形，法院应当撤销裁决。由此可见，伊斯兰法和公共秩序是撤销裁决的当然事由。新法同时还规定，法院在决定是否撤销裁决时，不得对争议的事实进行审理，因此确立了形式审查标准，不允许进行实体审查。

（6）裁决的承认与执行

沙特新法明确规定仲裁裁决具有司法上的效力，可以得到强制执行，同时该法律还规定了在申请强制执行裁决时需要提交的文件。[⑤]新法还明确规定了申请承认与执行裁决的期限以及法院拒绝承认与执行裁决的事由。[⑥]根据新法，请求承认与执行裁决的权利应当在当

---

① 对裁决的国籍属性认定的研究见下文。

② 新法第 38 条至 48 条

③ Faris Neshieiwat and Ali Al-Khasawneh, The 2012 Saudi Arbitration Law: A Comparative Examination of the Law and Its Effect on Arbitration in Saudi Arabia, 13 Santa Clara J. Int’l L. 443 2015, p,459.

④ 旧法第 18 条和第 19 条

⑤ 新法第 52 条和 53 条。

⑥ 新法第 55 条。

事人有权申请撤销裁决的期限届满后方可行使，否则法院不得受理承认与执行裁决的申请。法院在决定是否拒绝承认或者执行裁决时，只能基于以下因素判断：第一，该裁决与在沙特境内对相同争议有管辖权的法院、委员会或者仲裁庭已经做出的决定或命令相抵触；第二，该裁决与沙特的伊斯兰法或者沙特的公共秩序相抵触，但如果能将违背伊斯兰法或沙特公共政策的裁决部分与其他部分分离，那么仅拒绝执行违背部分的裁决；第三，被执行人没有得到适当的通知以陈述其案件。

3.沙特商事仲裁法的特点

结合沙特仲裁法的渊源以及 2012 年仲裁法及其 2017 年实施条例的主要内容，沙特仲裁法的特点可以归纳为以下几项：

第一，从形式上看，2012 年仲裁法共计 58 条，比较详细地规定了仲裁程序的有关问题，因此 2017 年的实施条例只有 19 条。这与之前 1983 年旧法形成鲜明对比，后者法案本身只有 25 条，而实施条例达到 28 条。由此可以看出，沙特对仲裁法本身的重视程度明显提高，也表明了沙特在整体上对仲裁制度的支持与友好态度。

第二，从立法渊源来看，2012 年新法明确规定任何时候都不得违背伊斯兰法，对国际条约也是如此。虽然沙特应当遵守其批准的国际条约，但是却以该国际条约不违背伊斯兰法为前提。这充分说明伊斯兰法是沙特仲裁法的根本渊源，任何时候都不得稍有违背。而伊斯兰法的抽象性与相对灵活性使得非伊斯兰国家对沙特的仲裁法在理解上可能产生歧义。

第三，从内容上看，2012 年新法以联合国国际贸易法委员会制定的《示范法》为蓝本，实质性修改 1983 年旧法的很多规定，使其内容符合国际商事仲裁的一般原则与实践做法。

沙特 2012 年仲裁法是一部与国际接轨的仲裁法，具有明显的时代特征与国际性，充分表明了沙特对仲裁的友好和支持态度。不过我们也不能表现得过于乐观，因为尚未有统计数据显示该仲裁法在多少国际商事案件中被适用，也未有确切可靠的统计数据显示有多少外国仲裁裁决在沙特得到承认与执行，因此，该法的具体执行情况还有待相关的统计数据予以佐证。

（二）法国国际商事仲裁法——发展与完善二元立法

1.法国国际商事仲裁立法的发展历史

在商事仲裁立法中，按照对国内仲裁与国际仲裁是否分开立法的标准，可以将立法模式分为一元立法模式与二元立法模式。一元立法指的是，在对待国内仲裁与国际仲裁时，适用相同的规定；二元立法则是指在对待国内仲裁与国内仲裁时，适用不同的规定。在对商事仲裁法律采用二元立法模式的国家中，法国是较为典型的国家。法国在二十世纪八十年代初，就已经通过改革仲裁法的方法，在全世界范围内掀起了仲裁法现代化的浪潮。时至今日，法国在国际商事仲裁立法领域仍然处于前沿。

法国在 1980 年与 1981 年的仲裁法改革中，成功将仲裁法分成两部分，第一部法令适用于国内仲裁，第二部法令适用于国际仲裁，统一纳入到《法国民事诉讼法》第 4 卷中，从而确立了法国商事仲裁的二元立法模式，这两部法令被称为《法国仲裁法（1980-1981）》。

而在法国的仲裁法改革后，国际商事仲裁迎来了发展良机。受益于法国的国际商事仲裁中心地位，大量的国际商事案件被提交至法国巴黎进行解决，巴黎上诉法院与法国最高法院也得以对大量的优质仲裁案件进行司法审查。在审查过程中，法院不断发现与纠正仲裁法中的不足，在为法国国际商事仲裁制度不断补充新鲜血液的同时，也为仲裁法的进一步修改打下基础。2011 年，法国在经过多年的酝酿之后，在保留原有的二元立法基本框架的基础上，通过修改旧法中不适应国际仲裁实践的部分内容，以及调整国内仲裁与国际仲裁的篇章排布后，形成了《法国仲裁法（2011）》。修改前后的《法国仲裁法》在编排上的变化如下表。

法国仲裁法（1980-1981）					
第一篇 仲裁协议	第二篇 仲裁程序	第三篇 仲裁裁决	第四篇 救济途径	第五篇 国际仲裁	第六篇 在外国作出的或设计国际仲裁的裁决的承认与执行及救济途径

（表 1　《法国仲裁法（1980-1981）》的立法体例）

法国仲裁法（2011）									
第一篇　国内仲裁						第二篇　国际仲裁			
第一章 仲裁协议	第二章 仲裁庭	第三章 仲裁程序	第四章 仲裁裁决	第五章 执行	第六章 救济途径	第一章 国际仲裁协议	第二章 仲裁程序与仲裁裁决	第三章 在外国作出的或涉及国际仲裁的裁决的承认与执行	第四章 救济途径

（表 2　《法国仲裁法（2011）的立法体例》）

从上表的变化中可以看出，《法国仲裁法（2011）》在条文的编排方面对《法国仲裁法（1980-1981）》进行了较大的修改，将原来对国内仲裁与国际仲裁在多篇中予以规定的编排方法改变成在两篇中用不同章节予以规定，形式上更加简洁，逻辑上更为严密。同时，修改后的仲裁法对国内与国际仲裁的各个方面都分别作出了规定，更加突出法国仲裁法的二元立法特色。

2.法国商事仲裁对仲裁“国际性”的判断

法国国内仲裁与国际仲裁在一系列重要规则的设定上所存在的显著差异，会对当事人特别是胜诉当事人的利益产生重大影响。因此，判断一项仲裁是“国内仲裁”还是“国际仲裁”是一个十分重要的实践问题。该问题的核心在于“国际性”的识别。对于“国际性”的识别，不同国家的仲裁立法以及国际法律文件并不统一。以集聚各国仲裁立法之最大共识的《示范法》为例，该法所提供的“国际性”判断标准，简而言之，是一个以“营业地”为中心附加“主观因素”的判断标准。[①]

“营业地”标准虽略显苛刻、保守，但不失为一个确定性较强的判断标准，且已为大多数国家所接受。值得商榷的则是该款第 2 项(1)与第 3 项。根据这两处所提供的判断标准，客观上应被认定为“国内仲裁”的仲裁，可能由于当事人主观因素的介入而被识别为“国际仲裁”。因为，一方面，“仲裁协议中确定的或根据仲裁协议确定的仲裁地”完全在于当事人的自主选择；另一方面，“各方当事人明确同意，仲裁协议的标的与一个以上的国家有关”，则明确赋予当事人自主决定涉案仲裁是不是国际仲裁的绝对自主权。[②]有些国家或地区，如加

[①] 《示范法》第 1 条第 3 款

[②] Emmanuel Gaillard and John Savage (eds) ，Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (KluwerLaw International，1999) ，p. 52．

拿大安大略省，在采纳《示范法》时，拒绝采纳该款第 3 项下“国际性”的主观判断标准。[①]

法国的立法对于“国际性”的判断的态度一直以来十分明确且高度连贯。《法国仲裁法(2011)》第 1504 条规定:“涉及国际商事利益的仲裁是国际仲裁。”该条是法国仲裁法对国际仲裁的定义，也是《法国仲裁法(2011)》“国际仲裁篇”的开端。从立法沿革上看，该条完全照搬《法国仲裁法(1980—1981)》第 1492 条。正如托马斯·克莱所指出的:“实际上，倘若存在一项几十年未发生变化且在新法制定过程中从未被争论过的议题——就像一项不可更改的确定数据一样，那么，这项议题就是对仲裁国际性的定义。”[②]

法国判断仲裁“国际性”所采用的经济标准是一种实质主义标准。法国法院认为，在判断某项仲裁是否为国际仲裁这一问题上，当事人或仲裁员的国籍、住所地、涉案合同的签订地乃至仲裁地等因素无关紧要。这些因素都是法律标准，具有极强的形式主义色彩，它们都被法国法院所抛弃。实践中，对于“国际性”的判断，法国法院常常面临的难题是，系争双方都是法国公司，而双方签订的合同涉及在法国境外实施的项目，此种情形下，合同项下的争议是否具有“国际性”？对此，法国法院的态度是，即便合同所涉争议仅涉及法国公司，只要合同所涉项目涉及国际商事利益，也不会阻止其被认定为国际争议。不过，这种利益之牵涉须是极为显著的，否则，法国法院亦可能将涉案争议认定为国内争议。[③]

经济标准具有极强的开放性，它赋予法院根据具体情形界定案件是否为国际仲裁的自由裁量空间。对于经济标准的适用，法国法院的相关案例具有高度的连贯性，可见法国法院并未滥用此种标准。当涉案争议主体并不涉及国际商事利益时，法国法院从未赋予涉案仲裁以国际仲裁之地位。曾经在法国仲裁界掀起巨大波浪的“塔皮案”(L’affaire Tapie)即是一例。在该案中，巴黎上诉法院认为，虽然争议涉及德国著名的阿迪达斯公司(Adidas)，但因涉案资金仅在法国境内流动，故涉案仲裁应被认定为国内仲裁。[④]

3.二元立法在《法国仲裁法（2011）》中的体现

（1）仲裁协议的形式

《法国仲裁法（2011）》在仲裁协议的形式方面对国内仲裁与国际仲裁作出了不同的规定。在国内仲裁方面，其仲裁法规定仲裁协议必须采用书面形式[⑤]；在国际仲裁方面，仲裁协议则可以不受任何形式条件的约束[⑥]。

（2）保密性

原则上，保密要求适用于国内仲裁程序[⑦]。然而，这并不代表保密要求也以同样的方式适用于国际仲裁程序。在“国际仲裁篇”中的任何条款都未涉及保密要求；其中的指引条款，即第 1506 条，亦未将国内仲裁的保密要求包含在内。这意味着，适用于国内仲裁程序的保密条款，无法与其他诸多条款一样，通过指引的方式也适用于国际仲裁程序。

（3）仲裁庭人数

在仲裁庭法定人数方面，法国仲裁法对国内仲裁与国际仲裁的要求有所不同。对于国

---

① Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski，“L’ adaptation de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les provinces de common law au Canada”，Revue de l’arbitrage，1989 (1) ，pp. 37-42.

② Thomas Clay，“Liberté，égalité，efficacité: La devise du nouveau droit fran ais de l’ arbitrage—Commentaire article pararticle”(Deuxième partie) ，Journal du droit international (Clunet) ，3 (2012) ，p. 816.

③ Alexandre Films v. Partners Production，Cour d’appel，12 Nov. 1993.

④ 参见: Affaire Tapie: les enseignements de l’audience du 25 novembre，Par Romain Dupeyré，associé au cabinet BOPS，https://www.challenges.fr/tribunes/affaire-tapie-les-enseignements-de-l-audience-du-25-novembre_113886，最后访问时间:2019 年 6 月 2 日.

⑤ 《法国仲裁法（2011）》第 1442 条。

⑥ 《法国仲裁法（2011）》第 1507 条。

⑦ 《法国仲裁法（2011）》第 1464 条第 4 款。

内仲裁，法国仲裁法要求仲裁庭人数必须为奇数，[①]而国际仲裁庭的组成人数不受奇数规则之限制，这彰显了法国对国际仲裁实践的包容态度。对此，皮埃尔·梅耶(Pierre Mayer)曾表示:“既然当事人约定只需要两名仲裁员，认为这样很好，并且希望将仲裁地设在法国，那为什么要阻止他们作出这样的约定呢?”[②]言下之意，不将组庭奇数规则强加于国际仲裁，有助于强化法国作为全球最受欢迎的仲裁地的地位。

（4）仲裁裁决

仲裁裁决可呈现出以下三种形态:意见一致的裁决(一致裁决)、由多数意见形成的裁决(多数裁决)和根据首席仲裁员意见作出的裁决(首席裁决)。其中，多数裁决与一致裁决实践中最常见。对于这三种意见类型的裁决的法律效力，法国仲裁法对国内仲裁与国际仲裁作了区分。

对于国内仲裁，法国仲裁法要求以多数裁决的形式作出[③]而对于国际仲裁，法国仲裁法则要求以多数仲裁作为原则，同时允许当事人通过合意改变有效仲裁的形式。[④]

（5）裁决的撤销与执行

在裁决撤销制度方面，法国国内仲裁与国际仲裁的一个重要区别在于，当事人能否以合意的方式放弃向法国法院申请撤销裁决的权利。而这个区别也是《法国仲裁法(2011)》对《法国仲裁法(1980—1981)》作出重大修订所带来的结果。

具体而言，对于国内仲裁，当事人向法国法院申请撤销涉案仲裁裁决是一项法定权利，不可以约定的形式排除此项权利。但对于国际仲裁，情况则显然不同。首先对于仲裁地不在法国的国际仲裁裁决，当事人是无法向法国法院审查撤销裁决的，因为只有仲裁地法院才对裁决撤销申请案件享有司法监督权。对于仲裁地设在法国的国际仲裁，法国法院可以受理裁决撤销申请，根据《法国仲裁法(2011)》有关规定对裁决进行审查，以决定是否撤销涉案仲裁裁决。但是，根据《法国仲裁法(2011)》第 1522 条的规定，当事人在任何时候都可以通过特别约定放弃向法国法院申请撤销裁决的权利。

在裁决执行方面，《法国仲裁法(2011)》为国际仲裁带来的最大变化是，当事人申请撤销一项国际仲裁裁决，不产生中止裁决执行的效果，除非此时将其执行可能严重损害一方当事人的权利。而这是目前法国国内仲裁裁决所无法享受的“待遇”。也就是说，对于国内仲裁裁决，裁决撤销程序的启动将导致裁决执行的中止，除非裁决附有“预先执行”的规定。

三、我国国际商事仲裁法的发展

（一）立法方面的发展

1.对国际商事仲裁“非当地化”的研究

仲裁作为诉讼以外的替代性争议解决方式，从产生以来，经历了绝对自治——自治严格受限——有限自治的发展过程。而在经济全球化的背景之下，资本、劳动力、服务、贸易等因素都开始走上了跨国的道路。在此背景下进行的仲裁，若过分强调仲裁地法的绝对适用，采取过分严格的司法监督，将不利于仲裁制度的发展和完善。于是，国际商事仲裁“非当地化”理论便被提出。

国际商事仲裁“非当地化”的理念起源于二十世纪五十年代，是由一起仲裁案件 Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)所引发的。在该案中，仲裁庭并未适用仲裁地法，而是适用国际法作为该案的程序法。自此，理论界便开始了对国际商事仲裁“非当

[①] 《法国仲裁法（2011）》第 1451 条。

[②] Pierre Mayer，“Rapport de Synthèse”，en Le nouveau droit français de l’ arbitrage，edited by Thomas Clay，Lextenso éditions，2011，p. 226.

[③] 《法国仲裁法（2011）》第 1480 条。

[④] 《法国仲裁法（2011）》第 1513 条。

地化”的探究。目前，对国际商事仲裁“非当地化”尚不存在权威定义，理论界对“非当地化”定义的分歧主要集中在其范围上。一类观点认为，国际商事仲裁“非当地化”的范围仅限于仲裁实体法；另一类观点则认为，国际商事仲裁“非当地化”的范围不应仅限于仲裁实体法，仲裁程序法也应当作为“非当地化”的内容。

然而，在现实中，国际商事仲裁的“非当地化”会受到诸如国家司法主权制约、当事人意思自治的局限、国际商事仲裁对仲裁地法院的依赖、非当地规则的不足等方面的限制。[①]在我国，仲裁制度与国际商事仲裁“非当地化”趋势不匹配的地方存在于当事人可以选择的仲裁程序范围未明确、过度的司法监督、绝对否决被撤销的国际商事仲裁裁决在我国执行的可能性等方面。[②]

因此，国内学者发出了对国际商事仲裁“非当地化”进行立法确认的呼吁。学者们希望能够在对我国的《仲裁法》进行修改时，允许当事人自由选择仲裁程序、赋予我国法院一定的自由裁量权、不再将国内仲裁机构类比法院。[③]

2.对国际商事仲裁裁决国籍属性的研究

如果国际商事仲裁“非当地化”解决的是仲裁过程中适用的法律问题。那么裁决的国籍属性解决的则是仲裁裁决的执行问题。任何一国的法院在依照《纽约公约》对外国仲裁裁决的执行问题进行审查时，首先要对仲裁裁决书的效力进行审查，而仲裁裁决的效力取决于其是否具有法院地国家的国籍属性。[④]从这一认定的过程可以看出，仲裁裁决的国籍属性在仲裁裁决的承认与执行中占有重要地位。

目前，国际社会对仲裁裁决国籍属性的认定，存在以仲裁地、仲裁程序法律、仲裁机构与仲裁地混合等作为标准的方法。以仲裁地作为认定裁决国籍属性的标准是目前国际公、各国立法与实践的主流标准。但同时存在的其他标准的适用，将会在事实上造成国际商事仲裁的国际冲突，从而出现无国籍或双重、多重国籍的国际商事仲裁裁决。我国对仲裁裁决的国籍判断并没有明确的标准，主要的依据是《民事诉讼法》第 283 条，该条法律将仲裁管理机构作为认定仲裁裁决国籍的标准。与此同时，中国作为《纽约公约》的成员国，需要采用纽约公约的仲裁地标准。在公约与国内法存在不同规定规定的情况下，在裁决的执行中容易出现标准不统一的情况。

我国现行的仲裁法律制度以仲裁机构为中心，且仲裁机构带有明显的行政倾向。在我国的现行立法体系下，仲裁机构的数量虽多，但并没有使中国的仲裁市场趋于成熟并推进仲裁制度的进步。在我国，仲裁机构受理受理的案件几乎都是“涉外”案件，真正意义上的国际仲裁案件并不常见，我国在国际商事仲裁方面的竞争力仍需进一步加强。对此，有学者提出了在立法中树立“地域标准”统一司法实践的倡议。[⑤]

在目前推进“一带一路”倡议实施、建设粤港澳大湾区国际一流营商环境的要求下，进一步完善我国对仲裁国籍属性认定的法律规定，已经成为迫在眉睫的任务。这一法律规定的完善，将大大增强我国对外国仲裁机构的吸引力，让更多国际商事仲裁能够在我国境内解决，丰富我国的国际仲裁实践。

3.对《示范法》借鉴的研究

为更直观地了解近年来我国仲裁事业的发展情况，笔者收集了并统计了 2015 年至 2017 年的仲裁受案情况，制成了下图：

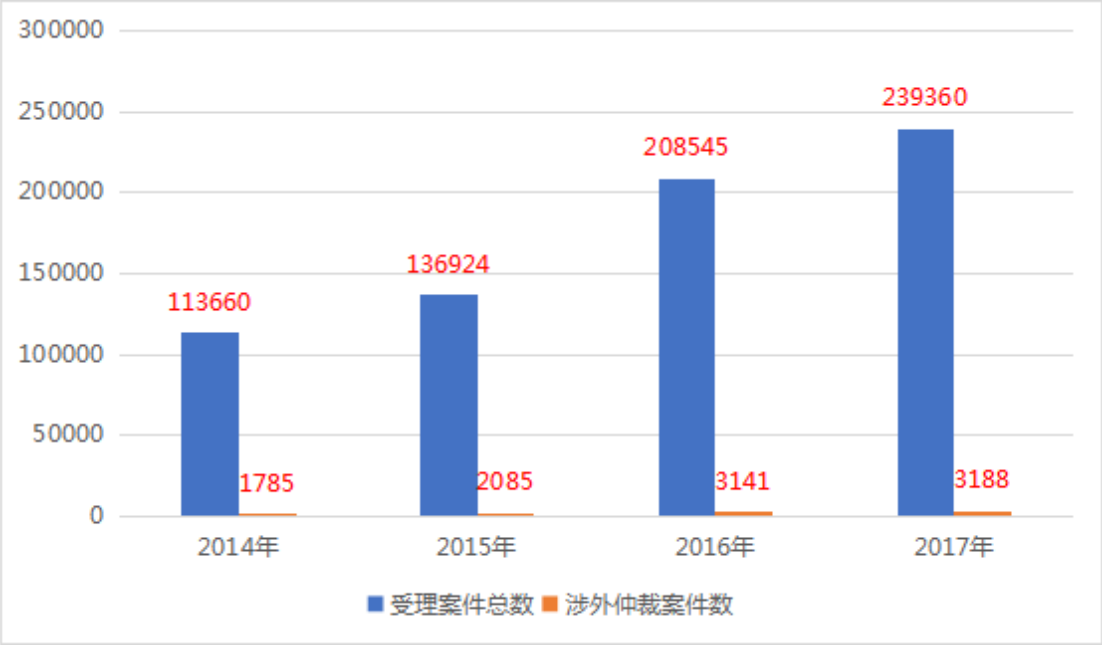
[①] 陈毅群：论国际商事仲裁的“非当地化”趋势，上海师范大学，2017 年，13 页至第 16 页

[②] 同上，第 31 页至第 34 页

[③] 同上，第 36 页。

[④] 祁壮：论国际商事仲裁裁决的国籍属性，江西社会科学，2018 年，第 197 页。

[⑤] 祁壮：论国际商事仲裁裁决的国籍属性，江西社会科学，2018 年，第 198 页。



（图 1　2014-2017 年全国仲裁委受案统计[①]）

从上表中可以看出，虽然我国受理仲裁案件的数量每年都在不断增加，但涉外仲裁案件的数量极少，并且增长非常缓慢，且涉外商事仲裁案件的一方当事人是国内商事主体，真正意义上的“国际”商事仲裁的数目更为稀少。造成这一现象的原因一方面是我国国际商事仲裁的工作起步较晚，在国际范围内影响力不够，另一方面则是我国现行的仲裁制度与国际商事仲裁的接轨不够完善。对此，国内学术界纷纷呼吁对实施多年的仲裁制度进行修改和完善，并借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）来完善仲裁法的国际实践。具体来说，学者们的观点主要集中在临时仲裁、仲裁员选任和仲裁庭的自裁管辖权[②]等方面：

首先，承认临时仲裁。当前，建立临时仲裁制度的障碍主要是《仲裁法》对仲裁机构的强调，如仲裁协议中未选定仲裁机构，则仲裁协议无效。[③]若要建立临时仲裁制度，就要对《仲裁法》的第 16 条与第 18 条进行修改，不再规定仲裁机构的选定是仲裁协议有效的要件。事实上，《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》已经允许在自贸区试点开展临时仲裁，珠海横琴、中国互联网联盟等都已经发布了临时仲裁规则，并且成功开展了临时仲裁实践，若取得成效，则可作为修法的参考。

其次，减少对仲裁员选任的限制。目前，我国仲裁法对仲裁员的任职资格作出了宽泛但严格的要求，[④]并且规定仲裁机构应当将仲裁员名册送达当事人。[⑤]反观国际商事仲裁实践，《示范法》在仲裁员的选任上，允许当事人通过合意确定仲裁员的人数，国籍及制定程序等，对仲裁员的要求也只有独立性与公正性。在修法时，可以考虑借鉴《示范法》的开放态度，采用仲裁员推荐名册制度，明确允许选择名册外的仲裁员，在顺应国际普遍做法的同时进一步增强中国在国际商事仲裁当中的竞争力。

---

① 数据来源：中国国际经济贸易仲裁委员会年度报告，http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=index&id=251，最后访问时间：2019 年 6 月 2 日。

② 刘瑛，林舒婷，借鉴《国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》完善中国仲裁法，太原师范学院学报，2018 年，第 82-84 页。

③ 《中华人民共和国仲裁法》第 16 条。

④ 《中华人民共和国仲裁法》第 13 条。

⑤ 《中华人民共和国仲裁法》第 25 条。

最后，认可仲裁庭的自裁管辖权。在我国，仲裁案件的管辖权的决定权在仲裁机构与法院手中。但由仲裁机构决定案件管辖权的做法并非国际主流，[①]保持该做法不利于增强我国国际商事仲裁的竞争力。在修法过程中，可以考虑借鉴《示范法》对仲裁庭自裁管辖权的规定，除赋予仲裁庭自裁管辖权外，还可以规定当事人提出管辖权异议的时间，防止当事人以不正当手段拖延仲裁时间。

（二）实践方面的发展

1.在仲裁证据软法方面的研究

在目前立法尚未对仲裁中的证据制度作出改变的情况下，有的学者提出了这样的设想，能否在不改变仲裁证据制度“硬法”的情况下，通过“软法”来完善证据制度呢？[②]

国际商事仲裁证据“软法”是指由国际组织、仲裁行业组织、仲裁机构等非国家主体指定的，旨在调整国际商事仲裁证据事宜，自身虽不具有外部强制力保障，但却具有某种规范性的文本。由于软法的制定主体并非法定的立法主体，其本身并非严格意义上的法律文件，只能作为参考性文本。但软法的优点体现在许多方面，包括：制定主体多元，表现形式多样、数量可观，影响力广泛等原因。同时，仲裁证据制度的完善并不一定要以“硬法”的修改作为保障，过分激进地修改仲裁制度中的证据规则，可能存在加剧仲裁证据“诉讼化”的风险。

在我国的国际商事诉讼中，仲裁证据“软法”未能发挥应有的功能，可能与以下原因有关：首先，我国部分仲裁员的理念和实务操作尚未与国际接轨。国内商事仲裁与国际商事仲裁不是同一类仲裁，不可能等同处理，若在国际商事仲裁中，简单照搬国内仲裁程序，显然是违背国际仲裁实践的要求的。其次，我国仲裁规则缺乏对仲裁庭裁量权的引导。在国际商事仲裁中，仲裁证据“软法”的适用，依靠的是仲裁庭的裁量权，而仲裁庭的裁量权来自于仲裁规则的引导。简单的例子如，在文件披露问题上，域外仲裁规则明确仲裁庭对此证据具有裁量权，从而引导仲裁庭能动地使用仲裁证据“软法”来决定证据的最终效力。而我国仲裁规则中的证据制度多为对《仲裁法》有关条款的重复表达[③]，缺乏证据裁量权的进一步引导。有鉴于此，本文提出两点呼吁：

一是提高运用国际商事仲裁证据“软法”的能力。由于仲裁证据“软法”的体量庞大，对不同的国际商事仲裁案件需要运用不同的证据规则，这对于仲裁员的能力是极大的考验。对仲裁证据规则“软法”的理解，也不能局限于对规则的字面理解，而应当考量其形成的历史，制定的目的等。如此一来，在运用证据规则“软法”认定证据效力时才能更加具有逻辑性与严密性。

二是明确仲裁规则对于仲裁庭证据裁量权的引导。在我国，仲裁规则并没有就仲裁证据制度的若干问题进行引导，在这种情况下，仲裁证据规则制度就体现为《仲裁法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，诉讼化倾向明显。即使仲裁庭享有享有裁量权，在没有明确指引的情况下，他们也不愿意行使，因为有可能承担程序风险。建议仲裁机构在更新仲裁规则时，尝试对仲裁证据事宜进行适当的引导，如北京仲裁委员会 2015 版仲裁规则第 37 条赋予了仲裁庭有限的证据裁量权，上海国际仲裁中心 2015 版仲裁规则第 37 条也对仲裁庭的证据裁量权进行了引导。

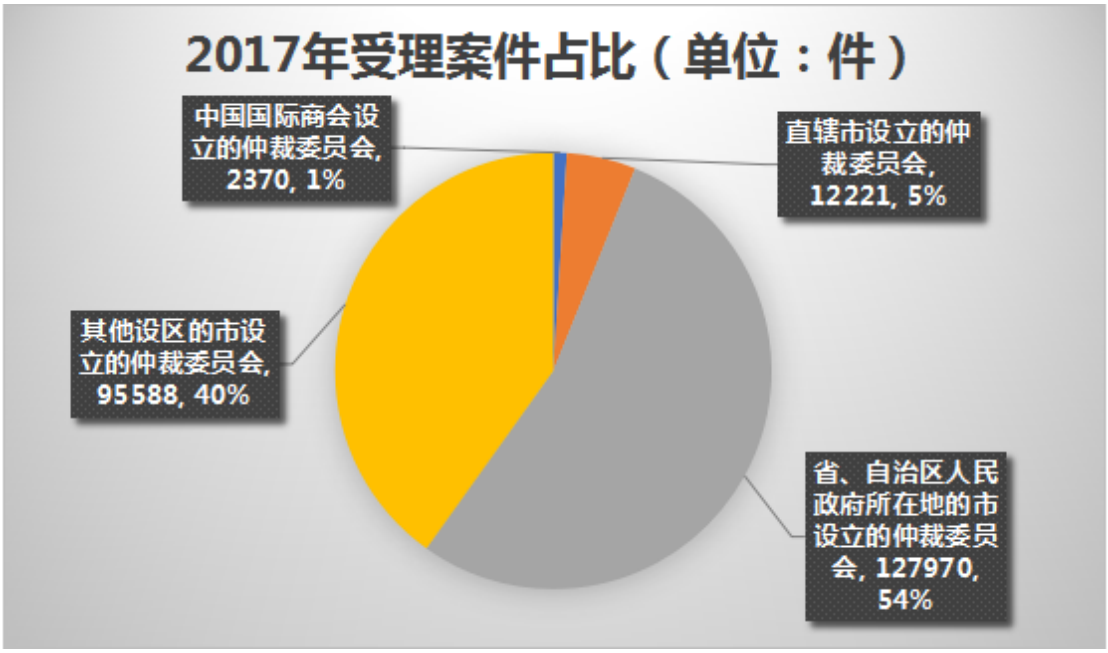
[①] 陈建．仲裁管辖权纠纷决定权由仲裁机构行使的程序之我见，国际经济法论丛，2001，第 591 页。

[②] 王徽，论我国国际商事仲裁证据制度的症结与完善——以国际商事仲裁证据“软法”为切入点，上海对外经贸大学学报，2018 年，第 49 页。

[③] 李宗，论国际商事仲裁文件证据披露规则，北京仲裁，2016，第 55 页。

2.在早期处置机制方面的研究

近年来，我国仲裁机构的受案数量正在逐年递增。仅 2017 年，全国受理的仲裁案件的总数量就达到了 239360 件，平均每一家仲裁机构每年要处理的仲裁案件就有 946 件。但各个地区的仲裁机构受理的案件的数量存在严重不平衡的现象，如下图所示：



（图 1　2017 年全国各地仲裁机构受理案件数量占比[①]）

上图的统计数据，直观地体现出各地仲裁委员会受理案件的比例失衡问题。在受理案件数量与仲裁员储备不平衡的情况下，国际商事仲裁的程序效率正在降低这一现实已经被越来越多的学者和实务者提及。无论是仲裁费用，还是处理案件的时间都呈现出上升趋势，国际商事仲裁费用低、速度快的特点开始受到越来越多的质疑。[②]有鉴于此，在国外仲裁中采用的早期处置机制进入了国内仲裁实践的视野。

早期处置机制，是指仲裁机构或仲裁庭在受理案件的早期，通常是在进行庭审之前，对当事人的仲裁请求进行评估。在对当事人的具体请求内容和依据进行评估后，如果仲裁庭认为当事人的仲裁请求明显缺乏合理性，对另一方当事人的权益造成影响或导致仲裁程序的拖延，则决定对其请求采取特殊的程序加以处理。早期处置机制在形式上类似于民事诉讼中的立案审查制度，其目的在于通过筛选排除不必要的仲裁请求，从而提高仲裁程序的效率，确保仲裁裁决的公正。

目前，在国际商事仲裁中，早期处置机制存在简易裁决与早期驳回两种途径。简易裁决，是指仲裁庭以简易程序的方式就一个或多个法律问题作出决定，而不必执行仲裁案件所采取的每一项程序步骤。早期驳回，则是指当事人在仲裁庭组成后，第一次开庭前的这一段时间内，向仲裁庭提出驳回对方当事人仲裁请求的申请，由仲裁庭决定是否驳回对方当事人的仲裁申请或驳回当事人的早期驳回申请。

简易裁决与早期驳回体现了共同的价值取向，即对仲裁效率的追求。但是，在适用上，早期驳回相当于一道“闸门”——通过阻止不必要的仲裁来提高仲裁效率；而简易裁决则相当

① 数据来源：中国国际经济贸易仲裁委员会年度报告，http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=index&id=251，最后访问时间：2019 年 6 月 2 日。

② 石现明：国际商事仲裁当事人权利救济制度研究，人民出版社 2011 年版，第 61 页。

于一个“快速通道”——通过减少不必要的程序来提高仲裁效率。这两种早期处置方式的解决途径不同，对灵活性，程序正当性的要求也不同。

在追求效率的同时，早期处置机制也要注重公平。公平和效益是在整个法律体系运行中担负着指引法律资源和社会资源合理配置的重要价值准则，二者处于深沉的张力之中，既相互适应又相互矛盾。[①]过度追求效率，有可能引发公正的缺失，当事人权利受损等情况的发生，而过分追求公正，本无可厚非，但以牺牲效率为代价，也不符合仲裁的价值取向。在国际商事仲裁中，应当在防御滥诉与当事人获得法律救济之间寻找平衡，在仲裁庭自由裁量权与正当程序之间寻求平衡，在效率提升与程序冗余之间寻找平衡。[②]

事实上，我国目前虽没有早期驳回或简易裁决等早期处置机制的规定，但根据我国《仲裁法》第 21、24 条的规定，仲裁机构在收到当事人的仲裁申请时，就可以审查案件是否符合仲裁的受案条件，这一规定类似于早期驳回程序。但目前的仲裁机构审查与早期驳回机制仍然存在主体以及程序上的差异，并非真正意义上的早期处置机制。在我国目前尚未建立早期处置机制的情况下，若欲增强我国在国际商事仲裁领域的影响力，宜在调研后，在一些仲裁机构试点展开早期处置机制的实践，为早期处置机制的构建积累经验。

四、对我国国际商事仲裁发展的建议

在“一带一路”倡议的实施过程中，世界各国间的国际经贸关系正在悄然发生改变，国际民商秩序的内涵也在不断变化。[③]在新时期下，如何提高我国在国际商事仲裁领域的知名度和信任度，是各仲裁机构亟需解决的问题。同时，若按照国家战略部属，在粤港澳大湾区设立国际商事仲裁中心，那么在设立之前，如何构建符合粤港澳大湾区实际情况的仲裁规则是最重要的一环。结合前文对国内外国际商事仲裁实践的总结，本文对我国国际商事仲裁的完善建议如下：

首先，加快对仲裁法的研修进程。法国之所以能成为最受国际商事仲裁青睐的国家，不仅得益于其对仲裁的率先实践，很大程度上也归功于其吸收了国际上先进的仲裁实践的经验，并制定了能够同时解决国内和国际商事纠纷的仲裁规则。我国在研修仲裁法时，可以考虑借鉴法国的二元立法模式，在此基础上对目前出现的较为先进的国际商事仲裁实践作出规定。

其次，坚定不移地贯彻仲裁机构的专业化、国际化、信息化的发展定位，适当控制其行政性。在专业化方面，通过人才培养，定期学习等方法提高仲裁员的业务水平；在国际化方面，更多关注国际上仲裁实践的新发展，并对其能否在我国进行实践做出评估；在信息化方面，更多借助大数据、互联网等信息工具，提高办案效率，便利当事人快速且公平解决争议。

最后，积极主动地开展对外交流与合作。我国仲裁机构要积极“走出去”，与世界著名的仲裁机构进行制度的交流与探讨。同时，欢迎国外相关仲裁人员来我国进行访问与交流，向他们展示我国仲裁事业的发展成就，展示我国立体、全面的仲裁形象，从而创设出拥有自身特色的国际化的仲裁品牌。

[参考文献]

政策文件类：

[1] 《关于完善仲裁制度提高仲裁公信力的若干意见》，中办发[2018]76 号

[2]《粤港澳大湾区发展规划纲要》

[①] 张文显：法哲学范畴研究，中国政法大学出版社 2001 年版，第 219 页。

[②] 唐塞潇：国际商事仲裁早期处置机制的价值平衡和制度构建，武大国际法评论，2019 年，第 93-99 页。

[③] 李双元：“一带一路”倡议下国际私法理念的新发展，陕西师范大学学报，2019 年，第 71 页。

[3] 中国国际经济贸易仲裁委员会年度报告
[4] 沙特阿拉伯王国仲裁法
[5] 法国仲裁法

中文期刊类：
[1] 蔡要彩. 经济全球化下打造我国国际商事仲裁国际品牌的思路[J]. 黑龙江生态工程职业学院学报, 2019, 32(2): 43-45.
[2] 覃华平. 沙特仲裁法评述:现代商事仲裁制度与伊斯兰法的对抗与共存[J]. 北京仲裁, 2018,(2): 96-117.
[3] 石春雷. 国际商事仲裁在“一带一路”争端解决机制中的定位与发展[J]. 法学杂志, 2018, 39(8): 24-31.
[4] 王徽. 论我国国际商事仲裁证据制度的症结及完善——以国际商事仲裁证据“软法”为切入点[J]. 上海对外经贸大学学报, 2018, 25(4): 48-58.
[5] 唐塞潇. 国际商事仲裁早期处置机制的价值平衡和制度构建[J]. 武大国际法评论, 2019, 3(2): 85-104.
[6] 陈毅群. 论国际商事仲裁的“非当地化”趋势[D]. 上海: 上海师范大学, 2017.
[7] 刘瑛,林舒婷. 借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》完善中国《仲裁法》[J]. 太原师范学院学报(社会科学版), 2018, 17(3): 78-85.
[8] 傅攀峰. 法国商事仲裁二元立法模式及其启示[J]. 国际法研究, 2019, (1): 86-100.
[9] 石灿. 国际商事仲裁临时措施在我国的适用研究[D]. 郑州: 郑州大学, 2018.
[10] 祁壮. 论国际商事仲裁裁决的国籍属性[J]. 江西社会科学, 2018, 38(9): 194-202.
[11] 李双元. “一带一路”倡议下国际私法理念的新发展[J]. 陕西师范大学学报(哲学社会科学版), 2019, 48(2): 69-72.
[12] 祁壮. 构建国际商事仲裁中心——以《仲裁法》的修改为视角[J]. 理论视野, 2018, (7): 44-50.

外文文献类：
[1] Emmanuel Gaillard and John Savage (eds) ， Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (KluwerLaw International，1999).
[2] Ludwik Kos-Rabcewicz-Zubkowski，“L’ adaptation de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. dans les provinces de common law au Canada”，Revue de l’arbitrage，1989 (1).
[3] Thomas Clay，“Liberté，égalité，efficacité: La devise du nouveau droit fran ais de l’ arbitrage—Commentaire article pararticle”(Deuxième partie) ，Journal du droit international (Clunet) ，3 (2012).
[4] Alexandre Films v. Partners Production，Cour d’appel，12 Nov. 1993.
[5] Affaire Tapie: les enseignements de l’audience du 25 novembre，Par Romain Dupeyré，associé au cabinet BOPS，
https://www.challenges.fr/tribunes/affaire-tapie-les-enseignements-de-l-audience-du-25-novembre_113886
[6] Pierre Mayer，“Rapport de Synthèse”，en Le nouveau droit français de l’arbitrage，edited by Thomas Clay，Lextenso éditions，2011.

第四部分 国际与区际民事诉讼的新发展

1.粤港澳区际合作与法律冲突问题

蔡镇顺*

摘　要：法律制度建设是粤港澳大湾区建设的根本基础，也是大湾区区际政府[①]合作的根本基础。维护标香港法制的繁荣与发展不仅是香港政府的责任，也是中央政府和大湾区各地政府的责任。粤港澳大湾区建设涉及 WTO 下的单独关税区，涉及一国之内不同地方政府，涉及不同法域，与长江三角洲、京津冀区域合作呈现完全不同的态势。现实中粤港澳区际合作的两种主要方式——行政协议和个案合作在制度上存在诸多问题，难以满足大湾区建设规划蓝图的需求。粤港澳大湾区政府合作必须健全机制，实现依法治理。

关键词：　粤港澳大湾区 ；政府合作 ；法律基础

随着粤港澳大湾区建设规划蓝图的提出和实施，三地的发展展现了一个前所未有的辉煌前景，因此对三地区际依法合作的要求更具有现实性和紧迫性。目前粤港澳区际合作的成果行政方面主要是中央政府、广东地方政府与港澳政府签订的系列协议，司法方面主要是中央与港澳签订的系列“安排”。这些协议和安排在香港澳门回归后返回的重要的作用，但与现行《粤港澳大湾区发展规划纲要》的要求相比较还有一定的距离。历史与现实表明，粤港澳区际合作能否顺利进行的关键在于“法治”，没有法治作为保障，所谓合作就是松散的临时的个案的而非稳定的长远的。与长江三角洲、京津冀区域合作相比较，粤港澳大湾区区际合作的重点和难点就是不同制度下的合作，一国两制是粤港澳大湾区最大的优势，也是大湾区最大的制约。的在这样制度冲突条件下如何走出一条制度创新的道路是粤港澳大湾区建设无法回避的根本问题，基于此，本文拟从法律视角对粤港澳区际合作做些探讨。

一、粤港澳区际合作主体的差异性

在法治社会条件下，任何政府间区际合作都必须建立在法律基础之上。离开了法律这一前提，不仅会造成理论上的混乱，而且可能带来政府的违法行政。粤港澳区际合作必须以法律为前提，必须建立在稳固的法律基础之上。因此，对于粤港澳区际之间合作主体的差异性及其存在的法律基础问题应该有正确的认识。

（一）在国内法意义上粤港澳三地的权限并不平衡

根据《宪法》的规定全国人大分别制定了香港基本法与澳门基本法，在香港和澳门地区分别建立了特别行政区。特别行政区是是中华人民共和国内享有高度自治权的行政区域，直辖于中央政府。因此，粤港澳合作是一国治下的地方合作。然而，粤港澳政府权限却存在巨大差别。在港澳，中央政府与港澳政府的权限划分遵循着中央列举，地方授予原则，基本法明确规定的国防、外交、主要官员任命、应急管理等管理权和基本法的修改、解释权属于中央，其他权力则由中央政府授予特别行政区政府独立行使，中央政府及其各部门均无权干预特别行政区根据基本法自行管理的事务，中央政府与特别行政区政府权限划分明晰。在广东，除了《立法法》第 9 条规定的绝对保留事项外，中央政府与广东政府的权力划分并不明确，即使是法律规定属于中央政府相对保留事项，地方政府在中央政府默许

* 蔡镇顺，教授,广东省法学会副会长、广东省法学会港澳法研究会会长。

① 指大概念意义上的政府。

下也可能会以先行先试的方式予以行使，而一些本应属于地方管理的事务，中央政府及其各部门也可能会根据公共利益的理由直接行使。由此可见粤政府与港澳政府同样作为地方政府但在权限上存在很大的差异，是权限不平衡的地方政府之间的合作。由于这种差异，粤政府与港澳政府处理具体事务的权力依据、权力范围、处理具体事项的程序等均有所不同。有些事项在粤政府来说可能不难但在港澳政府可能难度很大[①]。

（二）一国之内不同法域的合作

基于历史原因，中国内地实行社会主义制度，广东作为内地的一个省份，其法律体系属于社会主义的中华法系；香港地区作为英属殖民地被英国管治，其法律制度基本上是英国法律制度的移植，属于普通法系；澳门地区一直受葡萄牙管治，葡萄牙管治期间延伸适用葡萄牙法律，现有澳门法律体系基本上属于大陆法系。这样，在一国之内就出现了不同法系，呈现出多法域现象。法系不同，其法律理念、法律价值、法律性质、法律体系、法律解释、法的渊源以及立法和司法等诸多领域呈现出一系列巨大差异。这种差异使粤港澳合作中法律矛盾和冲突更加复杂，增加了粤港澳地方政府合作的难度。

不同法域引起的法律冲突比比皆是，并且很复杂。在司法实践中，广东与香港基本上是互不承认对方民商事判决，当事人若想保障自身权利，必须采用“一事两诉”方式，或根据一方法院所做判决确定的债权而向另一方法院重新提起诉讼，才能得到实现，严重影响判决执行效率。2006 年签订了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》，该安排的性质更多是一个过渡性的小安排。从内容上看，该安排关于相互认可和执行判决的限制比较多，适用范围比较狭窄，如适用范围只限于源自商业合约纷争作出的金钱上的判决，还有对作出判决法院级别及判决金额限制等。

香港回归后，粤港两地在互相执行仲裁裁决方面就比较好地避免了法律冲突，主要依照 1999 年内地与香港签订实施的《仲裁裁决安排》来进行。[②] 在具体安排内容上，《仲裁裁决安排》对两地间相互执行仲裁裁决的管辖、实质性条件、形式性要件等许多重要问题作了明确的规定，这对维护两地当事人的合法权益，促进两地经济发展有着重要的意义。2007 年内地与澳门签订了《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》，广东与澳门在这一方面的司法协助才有了制度上的保障。结束了内地与澳门之间民商事仲裁裁决无法执行的“真空状态”[③]，为解决粤澳之间的民商事仲裁裁决的承认和执行问题提供了法律保障。

（三）单独关税区中一部份与两单独关税区之间的合作

中国大陆、香港、澳门都是 WTO 的成员方。依据 WTO 相关规定，“单独关税区”指的是“在处理其对外贸易关系和本协定规定的其他事务方面享有完全自主权”的某国部分领土。这就是说，一方面，“单独关税区”归属于某一主权国家但在处理本地区外贸关系等方面享有自主权；另一方面，该地区虽在处理本地外贸关系等方面享有自主权，但在国际法意义上的身份和地位仍然只是归属于该主权国家并构成该国管辖的部分领土。由于 WTO 协定有关成员资格的规定、中国独特的历史发展进程和“一国两制”的政策取向，在 WTO 的框架下，中国形成了前所未有的“一国四席”的模式。粤港澳政府合作是 WTO 单独关税区下特殊的地方政府合作。其中，港澳是单独关税区，而广东只是地方行政区，不是单独关税区。

作为 WTO 独立关税区，在 WTO 事务的范围内，港澳拥有自主决定的权力，广东仅是大陆独立关税区的一部分，不经过中央的授权不具有自主决定本省事务的权力。因此，尽

[①] 朱最新：《论珠三角经济一体化中的行政协议》，广东外语外贸大学《战略决策研究》2012 年第一期

[②] 朴银实：《论内地与港、澳、台区际民商事司法协助》，大连海事大学，载自中国优秀硕士学位论文全文数据库，2006 年.第 23 页.

[③] 谢石松：《港澳珠江三角洲地区法律冲突与协调》，北京：社会科学文献出版社，2007 年 5 月，第 321 页.

管同样在 WTO 之下的合作，粤港澳三地的法律基础是有所不同的。根据 WTO 的要求，港澳和内地在享有相应权利的同时，也要承担相应义务；在享受相关贸易待遇所带来的便利、利益和优惠的同时，也要为其他成员提供法定和约定的待遇。内地是以“发展中”国家身份加入 WTO 的，其权利义务与港澳有所不同，广东属于内地的一部分，属于“”发展中“”的身份，其权利义务也与港澳有所不同。[①]

二、粤港澳区际合作的现状及其存在的问题

从实践看，粤港澳区际合作司法方面主要是中央签订系列“安排”，行政方面主要通过行政协议和个案合作两种方式进行，其中，行政协议可以划分为中央政府与港澳特别行政区政府签订的行政协议以及粤港澳三地政府直接签订的行政协议。

（一）中央与港澳签订的行政协议

中央政府与港澳特别行政区政府签订的行政协议如 CEPA 及其补充协议，对推动粤港澳合作发挥了极其重要作用。然而，从法律的角度看，CEPA 及其补充协议也存在诸多的法律问题需要进一步完善。同理，现行的**《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》也存在同样的法律问题，由于是《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》中央和地方四方签订的，到底应该认为是中央与地方的协议还是地方与地方的协议，可以从不同的角度解读。下面以 CEPA 为例也就是从中央与地方的角度分析其存在的法律问题。**

1、CEPA 协议缺乏国内法意义上的法律依据

自内地与香港澳门签署 CEPA 协议以来，至今为止，已经签署了多个补充协议，这些协议对促进粤港澳三地深度合作具有重要的现实意义。从国际法角度看，CEPA 协议是中国内地与港澳两个单独关税区之间签订的类似自由贸易协定的协议，当属于建立在 WTO 基础上的一项区际协议，应适用 WTO 规则。但从国内法的角度看，作为粤港澳深度合作基础性文件的 CEPA 协议，其在国内法上的效力却不明确。CEPA 协议是内地与香港澳门特别行政区签订的经贸合作协定，其缔约主体分别是内地和香港澳门特别行政区，因而属于同一国家之内的不同行政区域之间缔结的合作协定，并且是一国之内不同法律制度区域之间的合作协议。然而，由于我国中央层面的法律没有关于内地与特别行政区缔结协议方面的相关规定，因此，内地的立法中没有对这类合作协定的法律性质和地位做出规定，因此，CEPA 协议在国内法上的性质、地位和效力在法律上处于不确定状态。[②]

2、《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008—2020 年)》是行政指导性文件，不属于《立法法》规定的法律渊源

行政指导是指行政主体基于国家的法律、政策的规定而作出的，旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为，以实现行政管理目的的一种非职权行为，对行政相对人没有强制力。行政相对人可以是公民、法人或其他组织，也可以是包括国家行政机关在内的国家机关。《规划纲要》是国家发改委对珠江三角洲地区的改革发展实施行政指导所制订的规范性文件，旨在基于国家全局战略和长远发展的目标，引导珠江三角洲地区政府采取积极有效的改革措施，努力将珠江三角洲地区发展成为粤港澳三地分工合作、优势互补的全的大都市圈。该文件规划了珠江三角洲地区在 2008—2020 年期间的具体发展方向，但没有规定各地政府机关的具体权利义务，也没有规定不服从其行政指导时的行政处罚措施，是典型的行政指导性文件。但由于该行政指导性文件并非由具有立法权的机关按照法定程

[①] 慕亚平、代中现《CEPA 协议及其实施中的法律问题研究》，法律出版社，2009 年。

[②] 朱颖俐、慕子怡:《粤港深度合作的法律依据问题及对策探讨》,《暨南大学学报》, 2011 年第 2 期, 第 27-29 页。

序制订颁布，因此不属于《立法法》确定的法律渊源。[①]

（二）粤港澳政府之间签订的行政协议

粤港澳政府签订的行政协议涉及到社会、经济的各个方面，其中以 2010 年签署的《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》影响最大。这些协议是在粤港澳过去多年紧密合作所产生的默契和共识基础上，由粤港澳政府通过友好协商达成的，较充分体现了粤港澳三地区域发展的客观需求，为粤港澳政府合作搭建了重要平台，有力地推动了粤港澳三地合作进程。前述论及的**《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》由于其中三方是地方政府，也存在属于地方政府协议的解读。我们也不妨从这样的角度研究其存在的法律问题。**

粤港澳政府之间签订的行政协议也存在一些无法回避法法律问题：1,行政协议的合法性问题。在三地政府中，港澳两地政府的权限在法律上是比较明晰也是可行使的，而广东政府的权限及其行使则比较模糊。从已签订的协议看，有些协议内容明显涉及宪法与法律规定属于中央权限范畴的事项。如《框架协议》中有关金融合作相关规定，似乎应该属于《立法法》规定的相对保留事项。虽然从签订过程来说，《框架协议》都是在人民大会堂，并在国家副主席见证下由粤港、粤澳两地政府代表签订的，似乎是得到中央默许的，但从法律上看并没有得到中央批准或授权。退一步说，即使行政协议内容属于广东地方事务范围，这类协议的许多内容也属于地方重大事务，依据《地方组织法》规定，应经同级人大或其常委会讨论、决定，但所有行政协议基本上都没有经过同级人大或其常委会讨论、决定。2,行政协议的内容问题。行政协议一般应当包括以下条款：标题性条款、介绍性条款、合作安排条款、履行方式条款、成本与收益条款、违约责任条款和纠纷解决机制条款、生效时间条款、签署和日期条款，以及其他条款。大多行政协议内容过于原则，只是一种框架性协议，协议履行的程序、违约责任等行政协议应有的内容都经常性缺乏，影响了协议的可操作性。

（三）粤港澳政府间的个案合作

法律是建立在人类理性基础上的逻辑系统，行政协议也是人类理性的产物。而人类理性是一种“有限理性”，因而法律、行政协议不可能囊括一切庞杂的社会问题，不可能涉及到人类活动的方方面面。日益密切的粤港澳三地合作必然带来许多法律和行政协议所规范不到的事项，为了解决这些具体事项，政府间个案合作便不可避免。粤港澳政府间的个案合作，是指粤港澳三地政府在没有法律或相关协议明确约束和规范下，直接通过友好协商解决涉及双方权益的具体问题的一种合作方式。多年来，粤港澳三地个案合作解决了不少棘手的问题，但从粤港澳三地政府个案合作现状来看，主要存在以下问题：（1）个案合作缺乏必要的程序规范。粤港澳政府间个案合作是针对特殊情况下的一种灵活措施，不可能通过事先的协商达成一系列协议来进行规制。鉴于追求节省协商成本、提高协商效率从而使问题得到迅速处理的客观需要，粤港澳政府间的个案合作不可避免地呈现程序弱化的趋势。（2）个案合作缺乏法律理性。鉴于个案合作主要的任务是高效解决具体问题，追求效率，因此，个案合作往往难以建立在法律理性上，也不乏违法的个案合作。

三、建议

在国家的整合和统一意义上讲，粤港澳大湾区建设具有重要的引领作用。大湾区建设不仅仅是要追求可持续的经济发展，也追求粤港澳地区的进一步整合和国家的统一，加快社会经济的整合，通过社会经济方法实现国家的真正统一。

目前粤港澳区际合作的现实还难以满足制度化的客观要求，但现实的困境不等于现实

[①] 朱颖俐、慕子怡:《粤港深度合作的法律依据问题及对策探讨》,《暨南大学学报》, 2011 年第 2 期, 第 28-30 页

就是一成不变的，反之，在法律的意义上，必须改变这种现实，大湾区尤其应该先行先试，进行制度建设的改革，健全机制，实现依法治理，从而为粤港澳区际合作提供有效制度保障。

（一）粤港澳大湾区法制建设应对标香港法律，从根本上优化大湾区营商环境

解决区际法律冲突的途径不外乎两只种，其一是冲突法途径，就是通过冲突法的指引适用不同地区的实体法，以此解决法律冲突问题；其二是实体法方法。我们目前几大“安排”的方法主要的内容基本上相当于就是通过冲突法的途径解决法律冲突问题，应该说，这种方法是目前解决大陆与港澳法律冲突的有效途径，但不是根本途径。香港回归以来，中央政府与香港签订了六大“安排”，这些“安排”对解决文书送达、取证、裁决判决执行起到一定的积极作用，但是，应该看到，这些“安排”相当于在两岸修建了五座桥梁，桥是两通的，也可以通行，但桥的两头还是老路，过了桥还要按照老路走，尽管根据这些“安排”可以到香港或大陆申请取证、执行等，但具体的程序还是的按照各自的规定办理，这样的情况使得“安排”的实施效果大打折扣。因此，对标香港法律制度还依然是从根本上改善大湾区营商环境的重要途径。

我们倾向于从实体上解决大湾区的法律冲突问题。当然，可以对标香港法律制度也可以对标大陆法律制度，这是一个价值判断的问题。我们认为，从制度影响力角度看，对标大陆法律制度不如对标香港法律制度。

香港最突出的优势毫无疑问是其法律制度。作为普通法系的香港法律制度享誉全世界，其法制以其权威、科学、规范、透明等获得全世界的公认，一直走在世界的前列。对我国这个历尽沧桑才正式走上法制建设轨道的国家来说，香港法制是一笔难能可贵的财富，也是我们可以全世界面前炫耀的资本。特别在“一带一路”背景下，我们炫耀香港法制完全可以站立在道德制高点上，如果炫耀财富则只能沦落为“土豪”，尤其在东南亚地区，鉴于我国历史上的“输出革命”损害了与这些国家的感情，炫耀财富与炫耀军事武力一样令人厌恶，但香港法律作为普通法的一部分，东南亚国家并不拒绝，东南亚有些国家本身适用的就是普通法系，因此香港法制不仅对粤港澳大湾区建设，而且对“一带一路”建设具有深远的意义。香港中联办法律部王振民教授认为，“粤港澳大湾区建设，不牺牲港澳独立经济体的地位，不牺牲港澳独立关税区的地位，也不能牺牲港澳独立的司法、独立的法治。”这决定了大湾区建设的制度边界。

例如，大湾区可以率先研究并借鉴香港法律中的判例制度。判例是普通法也是香港法的重要渊源。实践证明，判例具有独特且不可替代的作用。我们知道，立法具有一定的滞后性，司法解释也有一定的滞后性。而判例则可以及时补充法律实司法解释的滞后性。判例尤其是造法性判例作为法官在直接司法实践中获得的智力成果，是非常宝贵的，可以考虑通过一定的程序直接赋予其约束力，从而可以及时地解决司法实践中急需解决而法律和司法解释中尚未作出规定的法律问题。目前的实际情况是，尽管我国没有判例，但每年最高法院都会公布案例，这实际上就是一种重要的指引，下级法院还有律师非常重视最高法院公布的案例。实践中很多律师包括法官都会去查阅相关法院法官在某一具体问题上的判决及其判决的理由。这实际上都是遵循判例的做法。与普通法系国家大学判例教学的蓬勃发展相比较，目前在我国大学法学院课堂，我们的案例教学无法深入开展，其中深层次原因就是我国没有判例法，案例教学仅仅是限于对法条的注释和解释，不具有立法研究的原始动力。很多法官给学生讲课讲案例，学生就当做故事来听，没有当做立法研究来听，也体会不了判案法官呕心沥血的智力成果。既然如此，为何我们不考虑在大湾区建设中引进判例法制度。

判例法的引进前提要求正确解决法官立法问题。判例法的实际就是法官立法，在我们

大陆这样没有判例传统的地区，从制度层面认识法官立法的意义并给予法官通过判例创设法律的权力，还是一个制度性根本性的难点。

例如，大湾区可以率先考虑整体制度性改革法官审判工作与律师的衔接问题，学习普通法系中的一些科学性的做法，将法院部分审判流程当中的事务剥离出来交给律师，充分发挥律师的作用，这样法院可以减少工作负担，律师可以按照市场化运作予以解决，也可以最大限度的避免律师沦落为法院的附庸。目前我们已经实施了一些具体做法，例如法院开具律师调查函。除此以外，普通法系还有其他很多审判功能剥离给律师的做法，值得我们借鉴。例如律师按照一定的程序到法院任临时法官、对当事人资格审查、法律文件送达、裁判文书撰写等工作。总之，只要适合律师做的工作都可以剥离给律师去做。

（二）明确授权广东省地方对标香港进行适当的司法改革；授权广东地方政府与港澳两地政府缔结合作协定的权力，授权广东省在大湾区内先行先试。

在集权制国家中，司法权是中央独揽的权力之一。司法改革必须有依据，没有中央的明确授权，广东不可能进行司法改革。目前已有的和以后可能继续签订的“安排”虽然发挥了重要的的作用，但无法从根本上解决区际制度冲突问题。如果从根本上解决问题，就必须对对标香港或对标大陆必须做出选择，从法系的影响力及我国“一带一路”建设的背景来看，我们认为对标香港法律是较好的选择。

随着我国改革开放的迅速发展，各地政府为打破地区行政壁垒，促进商品和各种要素的自由流通，增强本行政区域的经济实力，已经签订了各种形式的地方政府间合作协定。事实证明，这些地方政府间的合作协议对经济发展、协作、协调起到了非常重要的作用。从世界范围来看，加强政府合作已是全世界公共行政改革的趋势。从这个角度上说，我国《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》关于地方政府的职能和权限方面的规定已经滞后，需要完善。必须尽快在《宪法》和《地方组织法》中明确地方政府之间缔结合作协定的权力。

我们建议，在广东省现行大湾区尤其是三个自贸片区，即南沙自贸片区、前海自贸片区、横琴自贸片区，加大制度改革的力度，授权广东进行制度改革试点，取得成功经验后向全省推广。国家赋予三大自贸片区更特殊的政策，使香港经济方面的体制、政策逐步通过辐射、移植、借鉴的方式引入自贸区，推动自贸片区首先与港澳一体化、国际化。

（三）《立法法》中明确地方政府间合作协定的法律地位

根据我国《立法法》的规定，地方政府间缔结的合作协定不是《立法法》中规定的法律渊源，因此，即使《宪法》和《地方组织法》赋予了地方政府享有政府间合作协定的缔约权，其缔结的合作协定在法律上的地位依然不明确。理论上讲，地方政府缔结的协议具有权利义务的内容，应该属于立法活动。我国是单一制国家，传统上强调国家立法权力的集中行使，但随着市场经济的发展，集中立法权的思维模式已经不能适应需要。我国此前也已经出现立法权适度下放的情况，如特区立法权、较大城市立法权等等。笔者认为，法律上可以认为我国一定级别地方政府间缔结协定的行为是地方政府确定彼此间权利义务的行为，属于立法活动。如果不将一定级别地方政府间的合作协定纳入国内法的渊源，则协定能否得到履行将只能由协议主体的自律程度决定，显然很难成为国内法的渊源。因此，在《立法法》中明确规定一定级别以上地方政府间合作协定是我国国内法的渊源，可以为这些合作协定的履行奠定法律基础。

（四）明确粤港粤澳政府之间所缔结协定的效力级别

地方政府彼此间有了缔结协定的权力，其缔结的协定也具有法律渊源的地位，至此还不能完全解决问题。从粤港澳合作的具体进程来看，粤港粤澳地政府之间、政府部门之间的协定形式多样，包括安排、框架、宣言、会议纪要、合作备忘录、协议、倡议书、意向书等名称都有。实际上就是三地往往根据某个领域的需要，派出专门人员进行协商，这种

作法在法律效力上缺乏统一而系统的考虑，也缺乏有效的全面沟通、协调。目前三地间制定的安排、框架、宣言、会议纪要、合作备忘录、协议、倡议书、意向书、框架、宣言等形式的文件,有部分仅仅是这些部门的内部行为，有的甚至是相对完整的工作记录，呈现出效力无序状态，其内容不具有普遍约束力，也不能确定效力级别，这在很大程度上影响了合作的深化，制约了其它方面合作的全面发展。

四、结束语

应该看到，香港澳门回归祖国以来，粤港澳合作取得巨大的成绩，得益于此，粤港澳三地经济贸易获得蓬勃发展。但应该承认，粤港粤澳区际合作的法律基础长期处于不明确不稳定状态，这必将对粤港粤澳现行的合作和未来的发展带来某些障碍。特别是随着**《粤港澳大湾区发展规划纲要》的实施，大湾区建设已经如火如荼地迅速展开，对制度建设的紧迫性已经提上日程。《粤港澳大湾区发展规划纲要》中明确提出目标是：**充分发挥粤港澳地区的综合优势，深化粤港澳合作，推进粤港澳大湾区建设，高水平参与国际合作，提升在国家经济发展和全方位开放中的引领作用，为港澳发展注入新动能，保持港澳长期繁荣稳定。路径是：先行先试，重点突破。支持广东全面深化改革，探索粤港澳合作新模式，推动主要合作区域和重点领域的体制机制创新，以点带面深化合作，充分释放改革红利。

因此，法学界在大湾区建设这一历史新阶段，应当进一步深入开展制度协调与制度创新的研究，为了保证大湾区的顺利建设和发展，保证粤港澳区际长期稳定的合作提供扎实的理论支持。

2.粤港澳大湾区建设背景下内地与香港区际私法的新发展

张建*

摘　要：粤港澳大湾区建设对我国“一国两制三法系四法域”的区际私法提出了新的挑战。自香港回归以来，我国内地与香港特别行政区先后就委托送达、相互执行仲裁裁决、相互认可与执行协议管辖案件民事判决、委托取证、相互认可与执行婚姻家事案件判决、相互认可与执行民商事案件判决、相互协助仲裁保全等达成了七项安排。这些双边安排为两地的司法协助构建了基本的制度框架，为不同法域的法院相互开展司法合作提供了法律规范基础。通过对内地与香港区际司法协助的法律与实践进行梳理与整合，有助于在构建司法互信的基础上促进两地间经贸关系的进一步发展，不断拓展司法协助的新方案。

关键词：区际私法；送达；取证；司法协助；保全措施

Discussion on the Latest Development of Private Interregional Law Between Mainland and Hong Kong Under the Construction of the GuangDong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area

ZHANG Jian

（Capital University of Economics and Business, Law School, Beijing 100070）

Abstract: The Construction of the GuangDong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area pose new challenges to China’s private interregional law characterized by “ One country, Two systems, Three legal families and Four legal units”. Since Hong Kong returns to China, Mainland China and Hong Kong signed seven arrangements, including entrusted service, enforcement of arbitral awards, recognition and enforcement of civil judgments by agreements, entrusted taking of

evidence, recognition and enforcement of marriage judgments, recognition and enforcement of civil and commercial judgments and assistance in arbitration protection. These bilateral arrangements construct a basic framework for the judicial assistance between the two legal regions, providing a normative foundation for different legal regions. Through carding and integrating the law and practice of interregional judicial assistance between Hong Kong and mainland China, it is useful to promote the development of economic and trade relationship based on the judicial mutual trust, expanding the new schemes for judicial assistance constantly.

Key words: private interregional law; service; taking of evidence; judicial assistance; measures of protection

一、粤港澳大湾区建设对区际私法的挑战

粤港澳大湾区是由香港与澳门两个特别行政区与广东省的九个地市共同组成的国家开发区，作为我国开放程度最高、经济活力最强的区域之一，大湾区建立在一个国家、两种制度、三个关税区的基础上。2017 年 7 月，国家发展和改革委员会主任、广东省省长及港澳特区的行政长官共同签署了《深化粤港澳合作 推进大湾区建设框架协议》。[①]2019 年 2 月，中共中央、国务院印发《粤港澳大湾区发展规划纲要》。按照框架协议及规划纲要，粤港澳大湾区不仅要建成充满活力的世界级城市群、国际科技创新中心，还要打造为“一带一路”建设的重要支撑、内地与港澳深度合作示范区。在大湾区建设进程中，主要以香港、澳门、广州、深圳四大中心城市作为核心引擎，着力于解决不同城市和区域的协调问题，发挥区域效应，突出科技引领，强调三地同心共建，成为高质量发展的典范。

随着粤港澳大湾区建设的不断推进，内地与香港居民的民商事交往将会继续扩大，由此引发的经贸纠纷将日益增多，当事人提交至司法及仲裁的民商事案件也会不断猛增。目前，向广东省各级人民法院起诉并审结的民商事案件中，有相当一部分当事人或财产涉及香港特区。在内地法院审理的涉港案件中，如果被告的住所地不在内地，应如何送达案件所涉的司法文书？如果审理案件所必须的证据不在内地而在香港，内地的法院又应当如何取证？如果当事人最终被判败诉，并且不愿主动履行法院的生效裁判，其在内地法院又没有可供扣押及执行的财产时，胜诉方当事人便需要向败诉方住所地或财产所在地的香港法院申请认可与执行，香港法院应如何审理此类案件？从另一视角思考，香港法院审理的涉及内地当事人的案件也涉及送达、取证等问题，香港法院作出的判决及在香港作出的仲裁裁决也有向内地法院申请认可与执行的问题。事实上，这些问题并不新颖，自 1999 年至 2019 年二十年间，内地与香港已经针对相互委托送达、取证、法院判决与仲裁裁决的相互认可与执行问题签署了相关的合作安排，设定了制度框架。然而，既有的制度安排或是适用范围极为有限，或是尚未经过两地立法及司法部门转化而难以直接适用，在新的形势下，区际司法协助的问题更加突出、情况更为复杂、案件更难裁判，内地与香港的审判机关如何妥当地应对和处理，已经引起法学界和实务部门的普遍关注。[②]鉴于此，本文以内地与香港特别行政区之间区际私法制度的发展与演变为视角，探讨在当下粤港澳大湾区建设的背景下如何促使有关双边安排有效实施并真正发挥法治保障的作用。

---

* 张建，首都经济贸易大学法学院讲师，法学博士，主要研究方向为国际私法。本文为首都经济贸易大学 2019 年度科研启动基金项目“中国海外投资保护国际法体系现代化研究”的阶段性成果。

[①] 柯静嘉：《粤港澳大湾区投资合作的法律机制及其构建》，载《广东财经大学学报》2018 年第 5 期，第 84 页。

[②] 马进保、易志华：《粤港澳经贸关系的法律调整》，群众出版社 2006 年版，第 358 页。

二、内地与香港特区的经贸合作安排

早在 1998 年，广东省人民政府即与香港特区建立了粤港合作联席会议制度，作为一种双边的、不同级别的政府之间的经常性、高层次的协调组织机构，联席会议为两地的合作奠定了初步的基础。2003 年，我国内地与香港特区正式签署了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA），明确了关于货物贸易零关税的实施、原产地规则的适用、原产地证书的签发与核查、开放服务贸易的具体承诺及贸易投资便利化等一系列举措。2008 年，官方正式提出了“粤港澳紧密合作区”的概念，将三地的合作提升为不同法域间促进经贸联络的实体。[①]在 2004 至 2013 年十年间，内港双方逐年在 CEPA 的基础上先后达成了十项补充协议；2014 年，双方在 CEPA 框架内确立了内地在广东与香港基本实现服务贸易自由化的协议；2015 年，双方在 CEPA 的框架内签署了服务贸易协议；2017 年，双方在 CEPA 的框架内签署了投资协议及经济技术合作协议。

总体来看，内地与香港特区的双边经贸合作安排因循实践需要，逐层深入、步步强化、不断得到巩固与提升，这为两地的贸易与投资提供了友好的法治营商环境。就合作形式而言，内地与香港的双边合作从更紧密伙伴关系到建立大湾区共同体，体现了二者从共同市场走向经济一体化的深入融合过程，这既符合我国《宪法》、《香港特别行政区基本法》所确立的“一国两制”基础，又有益于推进内地的进一步改革开放和香港的繁荣稳定，可以期待，区域合作战略的推进为各地都注入了新的活力，必将实现共赢的效果。[②]

三、内地与香港特区的区际法律制度安排

（一）内地与香港区际司法协助概览

作为主权统一的复合法域国家，构建健全的区际司法协助框架安排，不仅有助于对不同法域当事人的合法权益提供稳健的保障，而且也影响着区际民商事关系的进一步合作与发展。截至 2019 年 5 月，内地与香港已经签署了 7 项双边司法协助安排，内容充分涵盖了管辖权协调、委托送达、代为取证、法院判决与仲裁裁决的相互认可与执行等各个环节，实现了民商事司法合作的全面覆盖。

法律文件名称	法规编号	生效日期
《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》	法释〔1999〕9 号	1999 年 3 月 30 日
最高人民法院印发《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》的通知	法〔1999〕42 号	1999 年 3 月 30 日
《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》	法释〔2000〕3 号	2000 年 2 月 1 日
《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》	法释〔2008〕9 号	2008 年 8 月 1 日
《最高人民法院关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》	法释〔2009〕2 号	2009 年 3 月 16 日
《最高人民法院关于内地与香港特别行政区就民	法释〔2017〕4	2017 年 3 月 1 日

[①] 张亮、敖颖怡：《粤港澳紧密经贸合作的法律基础研究》，载《当代港澳研究》2012 年第 3 期，第 36~46 页。

[②] 慕亚平主编：《粤港澳紧密合作中的法律问题研究》，中国民主法制出版社 2011 年版，第 7 页。

商事案件相互委托提取证据的安排》	号	
《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》	暂无	2017 年 6 月 20 日（签署日期）
《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》	暂无	2019 年 1 月 18 日（签署日期）
《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》	暂无	2019 年 4 月 2 日（签署日期）

（表 1：内地与香港特区达成的区际司法协助文件一览表）

（二）相互委托送达民商事司法文书

1999 年，内地与香港签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（以下简称《送达安排》），对内地与香港之间相互委托送达司法文书提供了明确的法律依据。根据该安排，内地法院和香港法院委托送达司法文书的，均须通过各高级人民法院和香港特区高等法院进行，最高人民法院可以直接委托香港高等法院送达。委托方请求送达司法文书，须出具盖有印章的中文委托书，受托方如认为委托书与《送达安排》不符，应及时通知并说明异议，必要时要求委托方补充材料。委托送达司法文书，应按照受托方所在地法律规定的程序进行。[①]

值得一提的是，《送达安排》规定的送达途径比较单一，仅规定了委托送达，实践中常用的邮寄送达、当事人的代理人代为送达、委托香港当事人的内地亲属送达、委托中方驻港人员代为送达、委托香港有关团体和律师代为送达等都没有规定。为了进一步解决涉港民商事案件送达难的问题，最高人民法院于 2009 年发布了《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》，澄清了邮寄送达、公告送达、向香港当事人在内地的诉讼代理人、代表机构、分支机构和业务代办人送达。[②]鉴于《送达安排》目前的实施现状，内地法院在涉港民商事案件送达中，不仅要善于运用两地已有的司法协助送达途径，还要善于灵活运用《民事诉讼法》及有关司法解释确立的其他方式，探索提升送达效率的新方案。

（三）相互委托提取民商事案件证据

2016 年 12 月，内地与香港签署了《关于内地与香港特别行政区就民商事案件相互委托提取证据的安排》（以下简称《取证安排》），这一安排的达成，结束了自 2006 年两地达成协议管辖的判决互认安排之后在司法协助谈判进程中陷入的十年之久的“停滞期”。[③]相比之下，内地与澳门特区早在 2001 年就已经达成了关于送达与取证的一揽子安排，而内地与香港之间的取证安排却经历了漫长的谈判。学术界普遍认为，这是因为内地与香港分属不同法系，两地证据法的差异十分鲜明，这使双方达成安排的难度也更大。[④]在《取证安排》达成前，内地与香港在民商事取证方面存在严重的法律障碍：香港回归前，两地间的取证在性质上属于国际司法协助，但彼时中国并未加入国际上最具影响力的《海牙取证公约》，因此在取证合作上存在法律缺位；香港回归后，虽然中国加入了《海牙取证公约》，但由于两地的取证已经转变为区际司法协助，因此并不适用公约的条款，这就给司法实务工作提出了难以克服的难题。《取证安排》的出台，在很大程度上对两地的证据法制差异进行了调和，并开拓了区际司法合作的新领域，无疑有助于增强司法互信。相较于涉及澳门的取证安排，涉及香港的安排在取证时限、联络机构方面进行了调整，以满足司法实践的不同需

① 李双元、欧福永主编：《国际私法》（第四版），北京大学出版社 2015 年版，第 398 页。
② 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社 2015 年版，第 256 页。
③ 张宪初：《我国内地与香港特别行政区委托取证安排评析》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》（第二十卷），法律出版社 2018 年版，第 177 页。
④ 江保国：《内地与港澳民商事取证安排比较研究：以香港安排为重点》，载《河南财经政法大学学报》2017 年第 5 期，第 152 页。

求。

	涉港取证安排	涉澳取证安排
联络机构	内地高级人民法院⇔香港政务司行政署（委托书加盖香港高等法院印章） 内地最高人民法院⇒香港政务司行政署	内地高级人民法院⇔澳门终审法院 内地最高人民法院⇔澳门终审法院
取证期限	6 个月	3 个月
费用承担	无须付费，但需承担法院实际产生的特殊费用。	
取证限制	1.只能调取与诉讼有关的证据；2.委托书及所附材料应提交中文文本；3.委托方法院提出参与取证的请求，受托方法院可以允许委托方司法人员出席并直接取证，应当通知取证的时间与地点。	

（表 2：内地与香港、内地与澳门的取证安排对比表）

（四）相互执行仲裁裁决

1999 年，内地与香港签署了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》，对两地法院如何受理和执行仲裁裁决的具体事项作出了详细规定，容许超过 100 家具备有关经验的内地仲裁机构所作出的仲裁裁决在香港特区执行。[①]为了在内地实施该安排，最高人民法院发布了相应的司法解释（法释〔2000〕3 号）。与内地不同，香港通过修改立法的方式贯彻落实安排中的具体条款。具言之，2000 年香港立法会修改了《香港仲裁条例》，废除了原条例第 III 部分及相对应的附表 1 和附表 2，增加了第 IIIA 部分“内地裁决的强制执行”，该部分共有第 40A、40B、40C、40D、40E、40F 五个条款。[②]在 2018 年修订的《香港仲裁条例》（第 609 章）中，内地裁决的强制执行问题规定在第 10 部分第 3 分部第 92 至 98 条，这些条款是对 2000 年条例第 IIIA 部分的承继。[③]根据第 92 条，内地裁决可以通过在香港原讼法庭诉讼而在香港执行，也可以按第 84 条关于强制执行的条款直接申请执行，这实际上赋予内地裁决与香港裁决同样的约束力、既判力与强制执行力。这一规定意味着从立法层面对内地裁决的一种笼统承认，这使得内地裁决在香港无须进行“裁决承认”的审查程序，直接进入强制执行阶段。根据第 95 条，如果某人属于强制执行内地裁决的对象，而他提出证据证明有如下任何情形之一，则该裁决的强制执行可遭拒绝：当事人欠缺行为能力；仲裁协议依据准据法无效；当事人没有得到指定仲裁员的适当通知或未能铺陈其论据；裁决所处理的分歧并非提交仲裁的条款所预期者而导致“超裁”；仲裁庭的组成或仲裁程序不符合当事人的协议或内地法律；裁决对各方尚无拘束力或已经遭撤销或暂时中止执行；根据香港法律有关争议不具备可仲裁性；强制执行会违反公共政策。[④]从法律条款来看，《香港仲裁条例》从实质上采纳了《纽约公约》中拒绝承认与执行外国仲裁裁决的规定，这对于统一我国的区际仲裁裁决认可与执行制度具有重要意义。[⑤]

从内地与香港之间仲裁裁决相互执行的实践来看，多数裁决得到了对方法域的顺利执行，但也存在若干拒绝执行的例证。2015 年 3 月 30 日，广东省深圳市中级人民法院驳回了来宝资源有限公司与深圳市粮食集团有限公司申请执行香港国际仲裁中心仲裁裁决案。[⑥]该

---

① 宋连斌主编：《仲裁法》，武汉大学出版社 2010 年版，第 286 页。

② 詹礼愿：《中国区际商事仲裁制度研究》，中国社会科学出版社 2007 年版，第 344 页。

③ Geoffrey Ma, Arbitration in Hong Kong: A Practical Guide, Sweet & Maxwell, 2003, pp.455-457.

④ 王泽左：《2011 年香港仲裁条例第 609 章：评论及指南》，法律出版社 2015 年版，第 128 页。

⑤ 宋连斌：《两岸四地间相互执行仲裁裁决：过去、现在及将来》，载《仲裁研究》2017 年第 1 期，第 33 页。

⑥ （2011）深中法民四初字第 270 号民事裁定书。

案是安排生效后，内地法院不予执行香港裁决的第一例。2016 年 6 月，江苏省泰州市中级人民法院裁定以违反公共利益为由裁定不予执行国际商会仲裁院在香港作出的裁决。[①]2018 年 4 月，北京四中院就英属盖曼群岛商智龙二基金公司（IP Cathay II，L.P.）与周继庭等人申请执行香港特别行政区仲裁裁决一案作出民事裁定，裁定不执行香港国际仲裁中心于 2015 年 8 月 24 日作出的 HKIAC／A13027 号仲裁裁决（除仲裁费用外的终局裁决）。[②]2018 年 10 月 18 日，在 Z 诉 Y 案中，香港高等法院原讼法庭以裁决违反香港公共政策为由拒绝执行广州仲裁委员会作出的（2015）穗仲案字第 7098 号裁决。[③]

（五）相互协助仲裁保全

通常认为，当前国际仲裁发展的趋势之一是尊重当事人意思自治原则和仲裁庭自由裁量权在仲裁中的作用，限制并弱化法院对仲裁的监督、干预和审查。[④]但与此同时，基于仲裁的民间性，在程序进行的特定环节，需要国内法院提供必要的支持与协助，保全措施即属法院协助仲裁的重要内容。[⑤]所谓保全措施，也被称为临时措施或中间措施，指的是因一方当事人的行为或其他原因，可能导致仲裁程序无法正常进行或将来的裁决无法执行，经一方当事人申请，由法院或仲裁庭对争议的标的或当事人的财产、案件所涉及的证据、当事人的行为或不行为采取一定的强制措施，以保障仲裁程序顺利进行及裁决有效执行。[⑥]2019 年 4 月，两地签署了《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《协助仲裁保全安排》），这对助力香港发展为亚太区国际法律及解决争议服务中心提供了有力支持，为内地和香港的繁荣稳定发展提供了有效法律保障。

在《协助仲裁保全安排》出台前，武汉海事法院、广州海事法院曾先后支持了香港仲裁程序的当事人向其提出的财产保全申请。[⑦]与此同时，在陈宏庆与宓敬田香港公司投票权争议案中，香港高等法院原讼法庭也曾支持过内地仲裁案件的当事人申请的禁令。[⑧]尽管如此，内地关于海事仲裁程序的特殊处理具有特殊性，总体来看，内地法院对香港仲裁程序的当事人提出的保全申请并没有明确的法律规定。而对于内地仲裁程序的当事人而言，前往香港法院申请保全措施，需要符合《香港高等法院条例》第 21M 条、《香港仲裁条例》第 45 条的规定。在《协助仲裁保全安排》出台后，内地与香港仲裁程序的当事人在向另一法域的法院申请保全立法上有了新的突破，该安排不仅界定了内地与香港法院可以采取的保全措施的范围，而且明确了两地当事人向另一法域申请仲裁保全的提交方式（香港当事人须经转递，内地当事人可直接递交）。值得关注的是，2018 年修订的《香港仲裁条例》第六部分（第 35 至第 45 条）规定了仲裁临时措施与初步命令，第 35 条纳入了联合国贸法会《国际商事仲裁示范法》第 17 条，根据该款，临时措施是以裁决书或其他形式作出的短期措施，在仲裁庭作出最终裁决之前，以此种措施责令当事人采取下列行为：在争议裁定之前维持现状或恢复原状；采取行动防止目前或即将对仲裁程序造成的损害，或不采取可能造成损害的行动；提供一种保全资产以执行后续裁决的手段；保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据；此类措施包括强制令，但不包括第 56 条所指的命令。此外，为了避免香港仲裁程序的当事人滥用仲裁前保全，《协助仲裁保全安排》规定向内地法院申请保全的当事

---

① （2015）泰中商仲审字第 00004 号民事裁定书。

② （2016）京 04 认港 2 号民事裁定书。

③ Z v. Y [2018] HKCFI 2342.

④ 刘晓红、袁发强主编：《国际商事仲裁》，北京大学出版社 2010 年版，第 238 页。

⑤ 国际仲裁法律文件及各国仲裁立法中对这类措施的称谓不同，如英国称“玛瑞瓦禁令”，联合国贸法会称“临时性保全措施”，国际商会仲裁院称“保全与临时措施”，我国《民事诉讼法》及《仲裁法》称“保全措施”。尽管称谓不同，但此类措施本质特征一致：均在仲裁裁决作出前采取；相关措施具有暂时性、临时性、紧急性。赵秀文：《国际商事仲裁现代化研究》，法律出版社 2010 年版，第 217 页。

⑥ 林一飞：《商事仲裁实务精要》，北京大学出版社 2016 年版，第 212 页。

⑦ （2016）鄂 72 财保 427 号民事裁定书；（2016）粤 72 财保字第 11 号民事裁定书。

⑧ Chen Hongqing v Mi Jingtian, Zhao Liping, Li Maohuan and Yu Yuchuan [2017] HKCFI 1148.

人需要在 30 日内出具香港仲裁机构已经受理案件的证明函件。这些规定的出台，对区际仲裁协助保全而言具有现实意义。

（六）相互认可与执行民商事案件判决

相比于司法文书的域外送达、调查取证而言，判决的认可与执行问题更为敏感，因为是否认可与执行另一法域的判决，直接关系到就相互对抗的政治实体的法律效力的承认、对不同法律制度的法域的司法权的承认和尊重等实质性问题，鉴于此，各法域的态度都较为谨慎。[①]

	有权受理和管辖域外判决认可与执行申请的法院	
《协议管辖安排》	内地	被申请人住所地、经常居住地、财产所在地中级人民法院
	香港	香港高等法院
《婚姻家事安排》	内地	申请人住所地、经常居住地或者被申请人住所地、经常居住地、财产所在地的中级人民法院
	香港	香港区域法院
《民商事判决安排》	内地	申请人住所地或者被申请人住所地、财产所在地的中级人民法院
	香港	香港高等法院

（表 3：内地与香港相互认可与执行民商事判决安排中的管辖法院）

1.《协议管辖安排》

经过长期的磋商，内地与香港在协议管辖的民商事案件判决相互认可与执行方面达成了共识，并在 2006 年形成并签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（以下简称《协议管辖安排》）。该安排在内地经最高人民法院发布司法解释（法释〔2008〕9 号）而使有关条款得以具体落实，在香港则经《内地判决（交互强制执行）条例》（香港法例第 597 章）而得以实施。不过，由于这份安排的适用范围极为有限，仅针对对方法院基于协议管辖而作出的判决，因此内地法院非基于协议管辖而作出的判决则不能适用《内地判决（交互强制执行）条例》申请认可与执行，而必须在香港通过普通法诉讼制度而申请执行。[②]

2.《婚姻家事安排》

婚姻家庭是社会的细胞，是人的心灵和情感的归宿，是人类繁衍生息的载体，是社会和谐稳定的根基。近年来，内地与香港两地的跨境婚姻每年新增 2 万余宗，由此所产生的婚姻家庭纠纷也呈现增长趋势。相比于普通的民商事判决，婚姻家庭判决因为关系到社会的和谐与人身关系的稳定性而具备特殊性。在 2017 年之前，由于缺乏制度性安排，在一法域的法院就婚姻家庭案件针对夫妻财产、子女抚养等问题作出的判决无法在另一法域获得认可和执行，这使得当事人不得不在两地重复诉讼，徒增诉累。为了给两地民众带来切实的福祉、减少诉累，增强两地司法互信、拓展司法合作，内地与香港于 2017 年签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《婚姻家事安排》）。该安排共计 22 条，对相互认可和执行的案件范围、当事人申请的程序及救济途径、法院的审查程序及处理结果、不予认可和执行的法定情形等作出了详实而具体的规定。安排吸收了两地婚姻家事法律改革的新成果，在预防家庭暴力、保护儿童利益等价值理念的弘扬方面有效实现两地法制的对接；尊重两地的制度特色与实践发展，将双边婚姻家事案件的最大公约数纳入适用范围。

[①] 沈涓：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 136 页。

[②] 普通法诉讼制度以“债务说”为基础，依据普通法规则，外法域判决可视为债项，经由诉讼予以承认。张美榕：《香港冲突法研究》，法律出版社 2014 年版，第 311 页。

不过，该安排目前尚未通过司法解释的方式在内地实施。在陕西省高级人民法院于 2018 年审理的胡某与傅某申请认可香港判决二审案中，法院撤销了一审法院的裁定，理由是：2017 年《婚姻家事安排》第 22 条规定本安排在最高人民法院发布司法解释和香港特区完成有关程序后，由双方公布生效日期，但直至该案审理时，内地和香港并未公布该安排的生效日期，原审裁定适用该安排作为裁判依据不当，应予纠正。[①]在深圳市中级人民法院于 2017 年审理的另一起案件中，当事人主张根据 2017 年《婚姻家事安排》内地法院与香港法院应当尽可能避免同时受理同一争议事项，但法院拒绝适用该安排。[②]总之，该安排对婚姻家庭关系及子女权益保护的稳定性具有卓著意义，但是，在经最高人民法院转化为司法解释之前，安排尚不具备直接适用性。

3.《民商事判决安排》

继协议管辖案件民商事判决、婚姻家事案件民事判决相互认可和执行的安排出台后，两地又于 2019 年 1 月签署了《关于内地与香港特别行政区相互认可和执行民商事案件判决的安排》（以下简称《民商事判决安排》）。作为两地在判决互认领域签署的第三份安排，新的安排不仅在适用范围方面有很大的拓展，在协助力度方面也有很大的提升。2019 年《民商事判决安排》共 31 条，对两地相互认可和执行民商事案件判决的范围和判项内容、申请认可和执行的程序和方式、对原审法院管辖权的审查、不予认可和执行的情形、救济途径等作出了规定。

	可申请认可与执行的判决文书类型	生效判决的界定
内地	判决、裁定、调解书、支付令，但不包括保全裁定。	第二审判决
		依法不准上诉或超过法定期限没有上诉的第一审判决
		依照审判监督程序作出的上述判决
香港特别行政区	判决、命令、判令、讼费评定证明书，不包括禁诉令、临时救济命令。	指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭、区域法院以及劳资审裁处、土地审裁处、小额钱债审裁处、竞争事务审裁处作出的已经发生法律效力的判决。

（表 4：《民商事判决安排》中可认可与执行的判决类型及生效判决界定）

就适用范围而言，《民商事判决安排》不仅适用于普通的民商事案件生效判决，还适用于刑事案件中的民事赔偿判决，可以根据该安排申请认可与执行的判项包括非金钱判项和金钱判项。原则上，安排不适用于惩罚性赔偿，但作为例外，下列特殊案件中的惩罚性赔偿仍然可以根据该安排申请执行：内地知识产权侵权纠纷案件、内地不正当竞争纠纷民事案件、香港假冒纠纷案件、两地商业秘密侵权纠纷案件。鉴于某些案件的特殊性，《民商事判决安排》暂不适用下列案件的判决：部分婚姻家事案件、继承案件、部分专利侵权案件、部分海事海商案件、破产（清盘）案件、确定选民资格案件、确认仲裁协议效力或撤销仲裁裁决的案件、认可和执行其他法域判决和仲裁裁决的案件等。尽管安排有明确的适用对象和排除对象，但总体上其可充分涵盖两地 90%以上的民商事案件判决。《民商事判决安排》尽可能扩大了两地相互认可和执行民商事案件判决的范围，将非金钱判项以及部分知识产权案件的判决也纳入相互认可和执行的范围，充分体现了最大限度减少重复诉讼、增进两地民众福祉、增进两地司法互信、贯彻“一国两制”方针的精神。

[①] （2018）陕民辖终 19 号民事裁定书。
[②] （2017）粤 03 民辖终 3985 号民事裁定书。

四、内地与香港区际私法未来发展的趋势展望

自 20 世纪 80 年代以来，我国理论界与司法实务界对区际私法协助的模式曾提出过一系列主张，例如准国际私法模式、借助国际条约的模式、区际协议模式、中心机关模式、多边协议模式等。[①]相比之下，每类模式各有其利弊，在实践中，涉港澳特区的区际司法协助主要通过双边安排进行，而涉台湾地区的区际司法协助则由两岸分别确定制度规范。香港回归祖国 20 多年来，两地依据《香港特区基本法》的要义，逐步构建起“两地商签、各自解释和落实”的区际司法协助模式。在未来，两地还将会继续针对跨境企业破产判决的认可与执行展开研究，并随着国际仲裁实践的最新发展而对仲裁裁决互认与执行的安排进行完善，从而全面增强与提升两地的司法协助制度，优化法治营商环境，构建更为稳定、透明、可预期的区际法律合作框架，为粤港澳大湾区的发展提供坚实的法治保障。

3.粤港澳大湾区建设中区际继承法律关系的冲突及解决

张誉戈

摘 要: 改革开放以来，人民生活水平不断提高，我国大陆与香港、澳门的往来日益密切，基于“一带一路”倡议和国家发展全局建设应运而生的粤港澳大湾区，不仅仅是解决粤港澳深化合作问题，更是提升了全面深化改革、全面开放合作、谋划港澳融入国家发展大局的能力。但由于一个国家、两种社会制度、三种法系、四个法域的情况，导致了民事法律关系适用的冲突，也当然导致了中国继承制度的区际法律冲突。可以预见，在不远的将来，我国区际继承案件数量会显著上升。在区际继承问题上，大陆与港澳地区的立法不尽相同，所以两地之间的法律冲突，也是亟需解决的一个问题。要加强粤港澳地区的法律体系协调，就是要拓建粤港澳地区建设好重要的“软配套”。鉴于中国继承制度区际法律冲突的现状，应提出相应的法律适用原则，以协调这种区际法律冲突，强化粤港澳地区在继承法律关系方面的解决能力。

关键词: 粤港澳大湾区；区际法律冲突；继承；解决途径

Abstract: since the reform and opening up, constantly improve people's living standard, the Chinese mainland and Hong Kong and Macao exchanges increasingly close, based on the "area" initiative and the national development and global construction arises at the historic moment, Hong Kong and Macao to the bay area, is not only solve the problem of a deepening cooperation of Guangdong, but also promoted comprehensively deepen reform and comprehensive open cooperation, plan the ability of Hong Kong and Macao into the nation's overall development.However, due to the situation of one country, two social systems, three legal systems and four legal areas, the conflict of the application of civil legal relations has also led to the interregional legal conflicts of China's inheritance system. It can be predicted that the number of interregional inheritance cases will increase significantly soon. On the issue of interregional inheritance, the mainland and Hong Kong and Macao have different legislation, so the legal

[①] 许光耀、宋连斌：《国际私法学》，湖南人民出版社 2003 年版，第 508 页。

conflict between the two places is also a problem that needs to be solved. To strengthen the coordination of the legal system between Guangdong, Hong Kong and Macao is to expand the construction of important "soft supporting facilities" in Guangdong, Hong Kong and Macao. In view of the status quo of interregional legal conflicts in China's inheritance system, the corresponding principles of law application should be put forward to coordinate such interregional legal conflicts and strengthen the ability of solving the interregional legal conflicts in terms of inheritance in guangdong, Hong Kong and Macao.

Key words: The guangdong-hong kong-macao greater bay area; Interregional conflict of laws; Inheritance;solution

一、粤港澳大湾区区际继承制度法律冲突概述

（一）继承制度概述

“继承”自古以来就是一个比较丰富的概念，它是指对于前人的知识事业作风的予以传承和继续，它不单是一个法律概念，更多的是一种社会学概念。继承的含义分为广义理解和狭义理解，广义的继承，是指生者对于死者死前享有的权利和承担的义务的承受。其内容不仅有财产继承，还有身份继承。身份继承是指生者承袭死者的身份，如继承王位、爵位、或家长身份等。中国古代的继承就是以身份继承为主。狭义的继承，即财产继承，是指生者对死者财产权利和义务的承受。现代社会绝大多数国家只有财产继承。[①]

继承又分为遗嘱继承和法定继承。遗嘱继承是指继承人按照被继承人生前所做出的遗嘱来继承被继承人的财产，它更多的是遗嘱人生前的真实意愿的表达，所以，在遗嘱继承中，继承多少财产、怎样继承财产、谁来继承都是由被继承人依据主观意识所确定的，这种方式就取决于继承人生前合法的意思表示。法定继承，又称无遗嘱继承，是有法律来规定继承的方式、继承的顺序等等，不是根据被继承人的自由意思确定的。首先，法定继承是遗嘱继承的补充。从法定继承及遗嘱继承在法律效力的角度，遗嘱继承高于法定继承。但在我国大陆地区，由于传统思想的影响，法定继承和遗嘱继承基本处于效力相同的两种方式，甚至近些年出现了法定继承比遗嘱继承更为广泛的应用。其次，法定继承有比较强的法定性和强制性，不受继承人意志的改变。属人法是法定继承的连接点，但在我国的大陆地区以及港澳地区，在法定继承的属人法规定上存在较大的差异，香港特别行政区是指被继承人的住所地法，澳门特别行政区一般是指北京承认的常居地法，大陆地区是指被继承人死亡时经常居所地法。

（二）粤港澳大湾区区际继承制度法律冲突原因——法域

法域是法律区域的简称，是指一个主权国家或者一个地区享有的立法权、司法权和行政权的具有自己独特法律制度的特定地域。一般情况下，一个国家是不会出现法律冲突的情况，通常情况下，一个独立的主权国家因其独特的法律制度而被称为一个地区的属地性法域，即单一法域国家。但我国由于历史、地理、政治等原因，造成了我国与香港澳门虽然是一个主权国家，但分别属于不同的法域。

为了解决香港和澳门的问题，邓小平提出了“一国两制”的构想，《中华人民共和国香

[①] 冯霞.我国涉外继承的法律适用—— 兼评 1988 年《死者遗产继承法律适用公约》[J].法律适用,2004,(1)。

港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》用法律的形式将“一国两制”的构想确定下来。于是，香港和澳门作为两个独立的法域存在。因此，中国将出现一国两制四法域局面，即在粤港澳大湾区领域内，在同一中央政府之下，在其他九个城市实行社会主义制度，在香港、澳门实行资本主义制度，并成为三个法律制度互不相同的独立法域。而这三个法域由于在历史、社会、政治、经济、文化、风俗等各方面的背景不同，使得粤港澳大湾区继承法律制度存在着许多差异。

不同地区实施的继承法，其适用范围只限于当地居民对该地区内居民遗产的继承关系，在处理当地居民的遗产继承关系时，完全可以适用当地的继承法，而不必考虑其他法律区域的继承立法是如何规定的。但是一旦某一继承关系中出现了涉外因素，无论是被继承人、继承人方面，或者是遗产方面，都可能导致适用一国内不同区域的法律。由于继承制度直接关系到有关区域及该区域内居民的切身经济利益，各区域从维护其自身利益出发，在这一问题上各抒己见，以期取得对本地区利益最为有利的结果。相应地，各地区在继承法方面也较难达成协议，形成一致性协议，这就是现今中国大陆、香港、澳门地区继承关系法律冲突发生的主要原因所在。[①]

（三）粤港澳大湾区区际继承制度法律冲突的特点

继承关系是一种财产关系，但是与人身关系紧密相连，其本质是通过继承实现财产转移，但这种转移一般是以继承人与被继承人之间存在血缘或婚姻关系为前提的。此外，继承关系不仅受到社会制度、经济制度的影响，而且受到历史传统、宗教信仰和民族习惯的影响。正是由于继承这一特性，导致粤港澳大湾区这些地区的继承立法差异较大，法律冲突随之产生。

粤港澳大湾区的法律继承制度的冲突有着自己的特点，首先，一般不同法域之间的区际冲突或是同一个人法律体系之下的法律适用不同，不然是不同法律体系之下的法律适用，但是对于中国的粤港澳地区来讲，由于中国的历史背景比较特殊，在“一国两制”的基础下，中国内陆地区与港澳之间，有着资本主义法域下的冲突，比如香港澳门之间法律适用的冲突，一个属于英美法系，；也有着社会主义制度下不同法域之间的冲突，比如大陆与港澳之间法律的不同。其次，世界上很多的多法域国家多是同一法系之间的一些法律冲突，但究其本源还是一样的，只是根据不同的背景文化演化发展，但粤港澳大湾区属于是不同法系之间的冲突，香港由于历史原因，其继承法律多受英美国家继承法的影响，而澳门地区的法律多受大陆法系的影响，这就造成了不同法系之间的法域冲突。最后，因为香港和澳门都是拥有高度自治权的地区，它们享有终审制的待遇，这就是我们所讲的非常特殊的单一制国家之间的区际冲突，我们给予香港澳门之间的这种高度自治权的权限是远远高于英美的联邦国家的自治权的。所以这与国际继承法律的冲突是很类似的。我们一般来讲，有一国中央政府所缔结的国际条约，是要适用于这一国全部领土，但由于国情不同，我们所缔结的国际条约，有些适用于这些地区，有些适用于这些地区，是比较复杂和特殊的。而在各个法律关系中，继承法又是跟人身财产紧密相联系，是最为复杂的，这就需要我们依据更多的法律，寻找更多可靠的标准。

二、粤港澳大湾区区际继承制度的法律冲突规范比较

（一） 法定继承制度的冲突

1、法定继承人范围不同

大陆法定继承人包括配偶、父母、子女、兄弟、姐妹、祖父母、外祖父母；但是在香

[①] 张玉敏主持.中国继承法立法建议稿及立法理由.北京:人民出版社, 2006。

港继承法中，祖父母和外祖父母不是法定继承人，但增加了伯、叔、姑、舅、姨、甥、侄，这个范围是远远大于内地所规定的法定继承人范围；澳门规定的更为宽泛，除了大陆所规定的以外，包括兄弟姐妹的卑亲属，旁系至第四等血亲。[①]

2、法定继承顺序不同

大陆继承法将法定继承分为两个顺序，第一顺序为配偶、子女、父母，第二顺序为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。同时还规定,丧偶的儿媳或女婿对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的,为第一顺序继承人。香港法律没有规定继承顺序，而是依继承人与无遗嘱死亡人之间的婚姻、血亲的远近，经济和生活上的依附程度，来确定继承遗产的顺序。澳门《澳门民法典》将法定继承分为五个顺序。第一顺序为配偶及直系血亲卑亲属;第二顺序为配偶及直系血亲尊亲属，即在被继承人没有卑亲属时，由配偶和尊亲属作为第二顺序继承人;第三顺序为与死者有事实婚姻关系之人;第四顺序为兄弟姐妹及直系血亲卑亲属;第五顺序为四亲等内之其他旁系血亲。台湾地区继承法的继承顺序分为血亲继承和配偶继承两种情况。血亲划分为四个继承顺序，第一顺序为直系血亲卑亲属;第二顺序为父母;第三顺序为兄弟姐妹;第四顺序为祖父母。配偶可以与血亲的任何一个继承顺序的继承人共同继承遗产,在没有血亲继承人时则单独继承全部遗产。

3、法定继承份额不同

《中华人民共和国继承法》规定:“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。”同时又规定“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分”。主要在法律层面更多地考虑各继承人的收入情况、劳动能力、所尽义务等情况。[②]

香港的继承法律规定，当无遗嘱者死亡时，若只剩下配偶而无其他亲属,由其配偶继承其全部遗产;若只遗下配偶和子女，则应先从遗产中拨出 5 万元，并连同自死亡之日起到遗产分割时止，按 5%计算的利息归在世配偶。余下的遗产，配偶享有 1/2，其余 1/2 由子女摊分;若无遗嘱死亡者去世时没遗下子女，而有在世的父母亲或兄弟姐妹，或兄弟姐妹的子女时，则应先从无遗嘱死亡者的财产中拨出20万，连同自逝世之日起至分割遗产时按5 %计算的利息，一并归在世配偶。余下的遗产在世配偶可继承 1/2，其余 1/2 由在世的父母双方平均分享;若父母亲均死亡，该一半财产可由无遗嘱死亡者的兄弟姐妹或侄甥等继承;没有配偶的，由子女、父母等继承人按血亲远近，经济和生活依赖程度确定顺序继承,在同一顺序中按均等原则分配。《澳门民法典》明确规定，被继承人遗有生存配偶和子女的，遗产应分割成与继承人数目相同的份数，由配偶和子女继承。若被继承人没有生存配偶，其遗产由子女按上述原则分配。如被继承人并无直系血亲卑亲属而有配偶及直系血亲尊亲属的，则遗产之 2/3 归配偶，1/3 归直系血亲尊亲属。如果一名或数名直系血亲尊亲属不能或不愿接受遗产，则起应继承部分增添入与其共同继承的其他直系血亲尊亲属的继承部分内;如无共同继承的其他直系血亲尊亲属，则增添入生存配偶的继承部分内。无直系血亲卑亲属及直系血亲尊亲属的情况下，配偶享有全部遗产的继承权;没有配偶的，由其直系血亲尊亲属等份继承全部遗产。

（二） 遗嘱继承制度的冲突

1.对立嘱能力的规定不同

遗嘱能力，又称遗嘱处分能力，是指自然人依法享有的设立遗嘱，依法自由处分自己财产的资格。遗嘱是民事法律行为，须有相应的民事法律行为。所以具有法律特别规定的

[①] 大陆《继承法》第 10 条。
[②] 大陆《继承法》第 13 条。

行为能力才得设立遗嘱。即并非任何人都可设立遗嘱，只有具有遗嘱处分能力的人才有设立遗嘱的资格。那么各个法域之间什么样的人才有立嘱能力，对于自然人来讲，其立嘱能力和其行为能力是否相一致，什么样的人不能立遗嘱，在各个法域之间的规定是不一致的。但对于大陆地区来讲，年满 18 周岁的自然人为成年人，成年人是完全民事行为能力人;16 周岁以上不满 18 周岁的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。故在一般情况下，成年人和 16 周岁以上且以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人，为有遗嘱能力人，可以设立遗嘱处分自己的财产。

而香港地区《遗嘱条例》规定, 除了军人、海员和航空人员以外其他立遗嘱人必须要求已经成年， 这些立遗嘱人要求头脑清醒，有明辨是非的能力，清楚自己的财产所有，明确知道如何处分财产，在理解力上没有重大的缺陷并且要求年满 21 周岁,与此同时, 香港《遗嘱条例》还规定了一种特别规定的条例, 对于上面所讲任何服务于海、陆、空的部队人员，即使他们不满足年龄的规定，但是也视为他们有立嘱能力，他们立的遗嘱是有效的。因为香港的继承法多受英美法系的影响，我们可以从英国法中找到这样采取分割制度的依据。莫里斯说："遗嘱人住所地法决定其是否有个人能力对动产订立遗嘱。""一般认为原则上应使用立遗嘱使得住所地法。"即香港法例采用分割制确定遗嘱人立嘱能力准据法；动产适用遗嘱人立遗嘱时的住所地法；不动产适用物之所在地法。在涉及到属人法的冲突时，应根据遗嘱人立遗嘱时的属人法确定。

澳门地区《民法》在立遗嘱能力规定较全面,原则上来讲，没有被法律所禁止的人均可设立遗嘱。但法律规定了两种无立嘱能力的人，一种是亲权没有被解除的未成年人，另外一种是因为精神失常而导致无民事行为能力的人。关于遗嘱人的立嘱能力应适用法律，《澳门民法典》第 24 条统一规定：个人之身份状况、人之能力、亲属关系及继承，均受有关主体之属人法范围。因此，遗嘱人的立嘱能力，一般应该受到立遗嘱人的经常居所地的法律支配。但《澳门民法典》在第七分节"规范继承之法律"中作对遗嘱能力的准据法做了更细致的规定。该法典第 60 条规定："做出、变更或废止死因处分之能力，以及处分人年龄而在处分上所要求之特别方式，受处分人做出意思表示时之属人法规范。"即立遗嘱人设立、变更或撤销遗嘱的能力，适用立遗嘱人立遗嘱时的属人法。可见，澳门地区法例采用同一制确定遗嘱人立嘱能力准据法，并且限定为遗嘱人立遗嘱时的属人法。[①]

2.对遗嘱方式规定的不同

遗嘱是要式法律行为, 我国各法域对订立遗嘱的方式均有明文规定, 但规定各不相同。大陆《继承法》第 17 条规定了五种遗嘱方式, 即公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱, 并对五种遗嘱的适用条件、效力都有较具体的规定。

（1）公证遗嘱。公证遗嘱是由遗嘱人经公安机关办理公证的遗嘱，是方式最为严格的遗嘱，也是最能保障遗产人真实意思表示的遗嘱。根据中华人民共和国司法部关于《遗嘱公证细则》的规定，公证遗嘱必须由遗嘱人亲自申请办理公证，无论在何种情况下，遗嘱人都不能委托他人代其办理遗嘱公证；遗嘱人于公证员（最少两名）面前亲自书写或者口授遗嘱，并在遗嘱人或者公证员所作的纪录上签字盖章，注明年月日；公证人员在办理公证遗嘱时应当遵守回避的规定，并保证遗嘱的真实性、合法性。

（2）自书遗嘱。自书遗嘱由遗嘱人亲自书写签名，注明年月日。由于自书遗嘱不受时间空间的限制，便于本人保密，是现在实践中最广泛使用的遗嘱形式。

（3）代书遗嘱。代书遗嘱是指由他人代为书写的遗嘱，要求：有两人以上在场见证，

[①] 《澳门民法典》第 111 条的规定:" 未满十八岁者为未成年人。" 第 120 条规定:" 未成年人结婚, 亲权即予解除。" 又据第 1479 条和第 1487 条之规定, 澳门地区的法定婚龄是年满 16 岁, 但是, 年满 16 岁而未满 18 岁的未成年人结婚, 应获行使亲权的父母许可或获监护人许可。可见, 在澳门地区, 已经结婚的未成年人属于有遗嘱能力者。

由遗嘱人口授遗嘱内容，证人代书、代书人、其他见证人和遗嘱人都要在遗嘱上签字，注明年月日。

（4）录音遗嘱。录音遗嘱是用录音的方式来录制下来遗嘱人的遗嘱，但是这种方式很容易被修改剪辑，所以对于遗嘱录音也有比较严格的要求。

（5）口头遗嘱。根据《继承法》的 17 条第 5 款的规定，“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当由两个以上见证人在场。危急情况解除以后，遗嘱人能用书面方式订立遗嘱的，原口头遗嘱无效。”

香港《遗嘱条例》规定遗嘱的形式主要是自写遗嘱，遗嘱必须采取书面形式，并对遗嘱的书写、签名、见证人等做出具体规定。在香港，录下的遗嘱和口头遗嘱，以及遗嘱人的声音、笑容和遗嘱，原则上均不被视为有效。同时,第六条《遗嘱条例》提供了一个特殊的遗嘱,也就是说,如果人在海军服役,陆军或空军和海员或海员在海上,他们的财产可以任由其处置,而不必根据的一般条件和形式，可以任命指定受益者。可见，香港对遗嘱形式的规定虽然简单，但很有思想。

根据《澳门民法典》的规定，立遗嘱有两种方式:普通方式和特殊方式。普通遗嘱包括公证遗嘱和密封的遗嘱;特殊遗嘱包括海上遗嘱、空中遗嘱和公共灾害遗嘱。不能准确阅读遗嘱的人，不得去订立密封遗嘱。因遗嘱人不能按照通常方式立遗嘱的原因，特殊形式的遗嘱在终止后两个月失效。期间，遗嘱人又处于不能用普通方法立遗嘱的状态的，中断期间，从该状态结束时重新计算。

3.对遗嘱见证人及其资格的规定不同

遗嘱见证人是证明遗嘱人遗嘱的人。遗嘱见证人证明的真实性直接关系到遗嘱的效力和遗产的处理。因此，各国继承法对遗嘱见证人及其资格都有规定。根据大陆继承法的规定,五种遗嘱继承的形式中录音遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,并且下列人员不能作为证明证人:一个是没有民事行为能力和限制民事行为能力人;第二是继承人和受遗赠的人;第三是与继承的人和受遗赠的人有利害关系。从以上规定可以看出，遗嘱证人的民事行为能力要求证人必须是具有完全民事行为能力的自然人，并具备普通人在同等条件和正常环境下应有的基本健全的认知能力和判断能力。民法对遗嘱见证人的规定是:继承人不具备作为遗嘱见证人的资格。可以推断，与债权债务有利害关系的债权人、债务人和继承人不能作为遗嘱的见证人。其他因与继承人的利害关系不能作为遗嘱见证人的人，包括配偶、父母、兄弟姐妹、子女、祖父母、外祖父母，甚至是与继承人有朋友关系的人。一般来说，他们没有资格作为遗嘱的见证人。

根据《香港遗嘱条例》第 5 条的规定，遗嘱人在遗嘱上签名时，必须有两名以上见证人在场见证，并在遗嘱人签名后，在遗嘱上签名作证。遗嘱受益人或者与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作证。

在澳门，海上遗嘱和空中遗嘱的订立，须有两名见证人在场，并由两名见证人签署遗嘱。不能签名的，应当在遗嘱中说明不签名的理由。《澳门民法典》对遗嘱见证人的资格没有明文规定。

（三） 对遗嘱解释的规定不同

遗嘱是遗嘱人的遗嘱的表达。当遗嘱人的意思不明确时，需要对其进行解释。遗嘱解释的实质是探究遗嘱人对遗嘱的真实表达，因此当遗嘱人选择特定的法律来规范遗嘱的解释时，遗嘱人的意志自治应该得到尊重。中国大陆的《继承法》对遗嘱的解释没有做任何规定。根据英国法院解释遗嘱的原则，香港订明如何解释遗嘱。澳门对遗嘱的解释也做出了不同的规定。

三、粤港澳大湾区区际继承制度的法律冲突的现实基础

内地和香港、澳门地区有自己的成文法和不成文法,继承法的详细规定,在我们国家实现“一国两制”在之后,我们建立了一个粤港澳大湾区,我们又重新开始关注了这些不同法域之间的冲突,特别是在我国的立法实践中,执法部门做了一些对不同法律之间的冲突解决方案,但尚未形成统一的制度。

中国大陆的相关冲突规范主要集中在《继承法》和《民法通则》上。继承法第三十六条之规定;”,一个中国公民继承房地产以外的中华人民共和国或继承的遗产外国人在中华人民共和国的法律的地方动产适用被继承人住所地,和法律的适用不动产所在地不动产。在一个外国人继承房地产在中华人民共和国境内或继承的遗产境外中国公民的中华人民共和国,地方的法律适用被继承人住所地动产,和法律的适用不动产所在地不动产。中华人民共和国同外国缔结条约、协定的，依照该条约、协定办理。《民法通则》第八章是“涉外民事关系的法律适用”。民法通则第149条的规定,“法律的地方被继承人的住所,适用的法律继承遗产,和法律的地方被继承人的住所适用于动产和不动产所在地的法律”。在1997年和1999年以前，上述规定可用于调整内地与香港、澳门之间的继承冲突。为维护两岸各方的合法权益，促进两岸同胞之间的正常交往，促进“三通”建设，为祖国和平统一做出贡献。

如前所述, 英美普通法国家对国际冲突和区际冲突不加区分, 香港法渊源于英国法, 在这方面有着与英国法同样的特点。所以, 那些散见于香港现行相关法律中的冲突法规则, 既可用于调整香港和其他国家之间的国际冲突, 也可用于调整香港与大陆、澳门之间的区际冲突。关于法定继承, 香港法直接沿用了英美法系的分别制, 规定在没有遗嘱的情况下, 区分遗产中的动产和不动产, 分别适用被继承人死亡时的住所地法和物之所在地法。关于遗嘱继承, 香港法采多重准据法原则, 以尽量使遗嘱有效。香港《遗嘱条例》第三部分为“有关遗嘱处分的法律冲突”, 第24 条规定, 遗嘱的形式要件或符合立遗嘱地的法, 或符合立遗嘱人惯常居住地法, 或符合立遗嘱人立遗嘱时或死亡时住所地的法, 都认为有效;第25条规定, 在不妨碍前条规定的基本法律适用的原则下, 凡依下述法律规定的遗嘱订立方式订立的遗嘱也应视为有效:(1)如果遗嘱人在船上或飞机上, 依照该船只或该飞机注册地的国内法订立的遗嘱;(2)如果遗嘱涉及到不动产处置, 遗嘱的订立符合财产所在地法;(3)如果涉及撤消原遗嘱或其部分原款, 而原来订立的遗嘱为正确签署, 则依撤消遗嘱所适用的法律订立的遗嘱也视为有效。大陆法就遗嘱继承的形式要件未作明文规定。对于遗嘱继承的实质要件, 两地皆类似于法定继承, 即区分动产和不动产。因此, 审理涉港遗嘱继承案件, 对遗瞩的形式要件, 可适用遗嘱订立地法或立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法;对遗嘱的实质要件, 动产适用立遗嘱人死亡时的住所地法, 不动产适用不动产物之所在地法。

澳门属于大陆法系，主张区分国际冲突和地区间冲突。在澳门回归之前，澳门、内地和香港之间并没有真正的地区间冲突。因此，澳门到目前为止还没有调整区域间继承冲突法。澳门国际冲突调整冲突条例规定在《澳门民法典》总则中，这些主张适用于比较法解决地区间冲突。《澳门民法典》第一部分第3章“非本地居民的权利与法律冲突”第7章专门规定了“规范继承法”。本法也是确定行政管理人和执行人权力的准据法。设立、变更或者消灭遗嘱表达的欠缺和缺陷，适用于遗嘱人表达的人身法。建立、修改或废除将澳门采用了多种适用的法律原则,即建立、修改或废除的道路,或符合行为方法,或符合已故者的意图或死亡的一个方法,或符合订立行为方法由法律适用的冲突规则,都是有效的,但表示,意思是继承人使法律的人,除非有特别规定。

四、粤港澳大湾区区际继承制度的法律冲突的协调及解决

(一)对各种解决方案的评析

综观世界上各多法域国家的立法与实践，结合学者主张，解决区际法律冲突存在三种途径，即统一实体法途径、订立冲突法途径和类推适用国际私法途径。

消灭区域法律冲突的根本办法是统一实体法，这不仅可以将各法域实体法之间的冲突消除，还可以将第二层次的法律冲突——冲突法之冲突无由产生。现如今世界经济一体化和市场经济广泛存在于世界范围内法律的趋同化被经济的趋同化所推动，修改、完善本国法律时进行大量法律移植,相互交流，取长补短。随着我国日益频繁的各法域间的经济交往，统一实体法制定也成为了内在要求。但是通过这种方法来解决我国的区际法律冲突来实现我国的法制统一，这在很长一段时间内都不能实现，“一国两制” 方针、两个基本法不相符的问题。因此这个方法还没有实现的条件。学者在冲突法途径方面提出了两个具有代表的主张，一种提出分别制定各法域的区际冲突法,一种提出制定统一的中国区际冲突法。但目前只有少数学者持有制定各法域的区际冲突法的观点。大陆及港澳均未有制定区际法律冲突法规以解决区际法律冲突的问题。由于各自制定冲突规范，从而也会造成各法域之间冲突规范的冲突，使法律适用复杂化。制定统一的区际冲突法，能使同一案件由各区域法院的审理得出相同结果，可以有效防止挑选法院的现象，也可以避免区际冲突法本身的冲突和反致问题的出现，同时还可以奠定各区域实体法统一的基础。且其制订不涉及各法域间存在根本分歧的实体法，较实体法的统一更易取得成功,是解决我国区域冲突的一个理想方法。但是在我国实现也有很多困难，是因为我国的区际法律冲突与国际法律冲突类似，主权统一后，各法域仍实行高度自治，中央政府无权制定直接适用于港澳地区的法律。但是随着各法域的民事交往增加，在协商基础上制订统一的区际冲突法有着越来越大的可能性。放眼国外有关区际继承的法律使用，很多国家把国际私法和区际私法划等号，在解决区际继承的问题上，基本上沿用国际私法中涉外继承的一般方法与原则。因为区域和国际法律的冲突性质不同，类推的方法也不合适，在使用上也有困难，但在我国目前无法制定统一的区际冲突法的情况下，用类推法是唯一选择。

(二)当前类推适用国际私法处理区际继承应注意的若干问题

1、我国区际继承法律适用的原则

区际继承的法律适用，应依据基本原则进行。依据我国区际继承的具体情况,我国区际继承法律可以适用下列原则:

(1)“一国两制”原则。“一国两制”是我国处理与香港、澳门的关系方面的一项基本国策。我国的区际继承法律冲突是一种特殊的单一制国家内的中央与地方的区际法律冲突，在处理冲突问题上，应坚持“一国两制”的原则，既要积极谋求区际冲突法的协调，又要保持各法域独立的法律体系。

(2)法域平等互利原则。在解决我国区际继承法律冲突中，平等互利原则主要表现在:首先，要求我国各法域的继承法地位平等，互相承认对方继承法在本法域的域外效力。其次，对继承人而言，平等互利意味着不同法域的继承人可以通过继承，平等取得跨法域的被继承人的遗产。

(3)保障和促进区际民事交往的原则。中国区域间继承的继承范围不仅具有历史遗留的财产，而且还包括改革开放以来各个司法管辖区在相互交换中形成的财产。由各个司法管辖区在相互作用中形成的财产通常位于其所属的司法管辖区，若继承人未能取得遗产，会认为凡不在继承人所在法域内的财产，一旦成为遗产将无法继承。这种心态将导致各个司法管辖区的人们之间进行非常谨慎的交流。双方不会轻易将财产带入其他司法管辖区。这不仅会影响区域间的民间交往，还会影响各个司法管辖区之间的相互投资和经贸发展。因此，在解决区域间的继承问题上，必须坚持保障和促进区域间民间交往的原则，减轻民事交往各司法管辖区人员的心理负担。

(4)保护继承人合法权益的原则。有的法域过分限制继承人的范围，剥夺部分继承人的

继承权,甚至限制继承人的继承份额。类似规定严重损害了继承人的合法权益，违背了法治社会公平的基本原则，不利于各地区之间的交往。故各法域应当消除歧视性不平等的限制条款，保护继承人的合法权益。

2、区际继承准据法的确定问题

由于各法域在国际私法方面对涉外继承的准据法确定存在不同规定，所以在类推适用国际私法处理区际继承时，也应依据各自的规定处理。(1)法定继承准据法的确定。在解决涉外法定继承准据法的确定上，国际上主要存在区别制和同

一制两种制度。区别制也称为分割制，是指在涉外继承中，将被继承人的遗产区分为动产和不动产,动产继承依被继承人属人法，不动产继承依不动产所在地法。同一制又称单一制，是指把遗产看作一个整体，不分动产和不动产，均依被继承人的属人法。我国各法域对涉外法定继承准据法的确定采取不同制度。我国大陆采用区别制，《继承法》规定，中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法，不动产适用不动产所在地法律;外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产,动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。香港也是采用区别制，其国际私法规定,死者遗产的继承，在没有立下遗嘱的情况下，他的动产按永久居留地的法律分配，而不动产则按物业所在地的法律继承。该规定与大陆的规定一致。澳门法定继承采用同一制，《澳门民法典》规定，继承受被继承人死亡时之属人法所规范。

(2)遗嘱继承准据法的确定。遗嘱继承以遗嘱内容为依据，不像法定继承因涉及多个法律导致法律冲突而需要选择准据法，遗嘱继承本身不存在法律选择问题。但遗嘱继承的实现是以有效遗嘱为前提，而法律从立遗嘱人的立遗嘱能力、遗嘱方式和遗嘱的内容三个方面确定遗嘱是否有效，故各法域间的遗嘱继承在这三个方面存在准据法确定问题，即冲突法所要确定的实际上是遗嘱效力准据法。遗嘱继承的准据法确定应从立遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱内容等方面进行分析。在准据法的确定上，各法域在遗嘱继承与法定继承方面总体上基本

相同，但也存在不同点。在立遗嘱能力方面。我国大陆对于立遗嘱能力的准据法没有明确规定，实践中采用区别制，即动产遗嘱适用被继承人死亡时住所地法，不动产遗嘱适用不动产所在地法。香港采用区别制，其渊源来自英国法,“遗嘱人住所地决定其是否有个人能力对动产订立遗嘱。”“一般认为原则上应适用立遗嘱时的住所地法。”“对不动产立遗嘱的能力依什么法，英国尚无权威依据，或许应适用物之所在地法。”澳门采用同一制,《澳门民法典》规定，做出变更或废止死因处分之能力，以及因处分人年龄而在处分上所要求之特别形式，受处分人做出意思表示时之属人法规范。在遗嘱方式方面。我国大陆采用区别制，区分动产遗嘱与不动产遗嘱而选择准据法，香港也是采用区别制，而澳门采用同一制，统一适用立遗嘱人属人法或立遗嘱行为地法的。在遗嘱内容方面。其最主要的问题是遗嘱的解释问题，我国各法域的继承法对涉外遗嘱之解释问题没有直接规定，只对遗嘱实质要件准据法作了规定，澳门采用立遗嘱时的属人法，大陆与香港采用区别制。

3、有所限制适用反致制度

反致是国际私法的术语，是指某种涉外民事案件，依内国冲突规范之规定，应适用某外国的法律,而依该国冲突规范之规定，又应适用内国法或他国法时，则以内国法或者他国法为本案之准据法。广义上的反致包括直接反致、转致、间接反致和双重反致。虽然在区际冲突领域探讨反致问题如同在国际冲突法领域探讨反致一样，无论在理论上还是在实践上都存在截然相反的观点，但由于我国各法域间没有统一的区际私法，各法域用以解决区际法律冲突的具体规定存在不同，故反致制度有其存在的基础。至于是否采用，则要依据各自的法律规定。大陆现有法律对反致没有做出规定。香港法院在司法实践中遵循英国冲突法中关于“单一反致”和“二重反致”的判例。澳门民法对反致和转致作了明确规定。明确

接受反致、转致及间接反致。各法域在采用反致制度时，应受到维护当事人正当利益这一原则的限制，否则，法官会因为狭义反致和间接反致最后援引其所熟悉的法院地法而滥用之，使反致制度丧失其原有意义，损害当事人利益，以致成为区际冲突调整中的障碍。

4、谨慎适用公共秩序保留制度

公共秩序保留是国际私法中排除适用外国法的一项制度，是指如认为法院依内国冲突规范援引指定的外国法的内容有碍内国公共利益、道德准则与法律秩序时，便可拒绝适用所指定的外国法。我国各法域之间的区际法律冲突是不同社会制度之间的法律冲突，特别在继承这个涉及到人身关系、物权关系、债权债务关系的领域上，冲突更为突出。故在解决区际继承的法律冲突方面，公共秩序保留原则的运用可能更为重要，其频率也会更高。我国大陆《继承法》虽没有公共秩序保留的规定，但在《民法通则》规定:“依照本章规定适用外国法律或国际惯例,不得违背中华人民共和国公共利益。”香港、澳门对公共保留制度也有相应规定。

参考文献

[1]陈力.一国两制下的中国区际司法协助[M] .上海:复旦大学出版社, 2003.31 .
[2]冯霞.我国涉外继承的法律适用—— 兼评 1988 年《死者遗产继承法律适用公约》[J].法律适用,2004,(1).
[3]朱最新.论粤港澳经济一体化中的法制协调[J].国际经贸探索,2008(10):28-32.
[4]丘志乔.粤港澳合作区的法律定位[J].求索,2010(05):162-164.
[5]逯新红.关于粤港澳大湾区金融监管合作的几点思考[J].特区经济,2017(05):15-18.
[6]黎江韵.“一带一路”建设背景下,粤港澳大湾区的发展与挑战[J]. 特区经济,2018(10):41-46.
[7]柯静嘉.粤港澳大湾区投资合作的法律机制及其构建[J].广东财经大学学报,2018,33(05):83-95.

4.香港与内地区际民商事司法互助现状

---香港调研报告

沈涓　吴用　张美榕*

摘　要：调研组对多个香港实务和研究机构进行调研，重点内容包括各机构在调整香港与内地之间民商关系中的作用、香港和内地区际民商司法互助情况、香港与内地签署的 7 项民商事司法互助“安排”在香港的落实情况。通过直接的接触和第一手材料，调研报告真实反映了香港地区与内地的区际民商事司法互助现状，并分析两地区际司法互助中存在的问题，展望内地与香港区际民商事司法互助的发展前景。

关键词：香港与内地；民商事司法互助；7 项“安排”的落实

The Status Quo of Inter-regional Civil and Commercial Mutual Judicial Assistance between the HKSAR and the Mainland

* 沈娟：中国社会科学院国际法研究所研究员;吴用：中国社会科学院大学政法学院教授;张美榕：中国社会科学院大学政法学院副教授。

-- The HKSAR Legal Survey Report

Shen Juan　Wu Yong　Zhang Meirong

Abstract： The research team had conducted a legal survey of several practical departments and research institutions in the Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR). The key topics are as follows: the role of various HKSAR legal agencies in harmonizing civil and commercial relationship between the HKSAR and the Mainland; the status quo of inter-regional civil and commercial mutual judicial assistance between the HKSAR and the Mainland; and the implementation of the seven civil and commercial reciprocal judicial assistance arrangements signed by the HKSAR and the Mainland in Hong Kong. Through the direct surveys and first-hand materials, this survey report actually reflects the status quo of inter-regional civil and commercial judicial assistance between the HKSAR and the Mainland, analyzes the problems existing in the inter-regional judicial assistance between these two regions, and looks forward to the future prospects of inter-regional civil and commercial judicial assistance between the HKSAR and the Mainland.

Key Words： the Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) and the Mainland; Civil and Commercial Mutual Judicial Assistance; the Implementation of Seven Arrangements

一、调研情况概述

1、调研背景

为全面准确贯彻“一国两制”，保持香港长期繁荣稳定，进一步加强香港研究工作及学术交流，中国社会科学院于 2018 年年底推出了赴香港专题调研系列项目，本调研组通过招标申请，获得赴香港调研项目。

2、调研组组成

组长：中国社会科学院国际法所教授 沈涓

组员：中国社会科学院大学政法学院执行院长、教授 吴用

中国社会科学院大学政法学院副教授 张美榕

3、调研时间

2018 年 11 月 30 日至 2018 年 12 月 12 日，共 13 天

4、调研对象

主要调研对象：香港大学、香港律政司、香港律师会、中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心、海牙国际私法会议亚太区域办事处等。

5、调研主题和内容概要

调研主题为“香港与内地区际民商事司法互助现状”。

1999 年至 2019 年 20 年间，内地与香港共签署了 7 项民商事司法互助“安排”：（1）1999 年 1 月《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》，（以下简称为《两地送达安排》），1999 年 3 月 30 日生效；（2）1999 年 6 月《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称为《两地执行裁决安排》），2000 年 2 月 1 日生效；（3）2006 年 7 月《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的

民商事案件判决的安排》（以下简称《两地执行协议管辖案件判决安排》），2008 年 8 月 1 日生效；（4）2016 年 12 月《关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》（以下简称《两地取证安排》），2017 年 3 月 1 日生效；（5）2017 年 6 月《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《两地执行婚姻家庭案件判决安排》），尚未生效；（6）2019 年 1 月《内地与香港法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（以下简称《两地执行判决安排》），尚未生效。（7）2019 年 4 月《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《两地协助保全安排》），尚未生效。[①]最后（6）和（7）两项 “安排”在调研组于香港调研期间尚未签署，当时香港立法会正就拟议《两地执行判决安排》草案向公众征询意见，调研组在赴香港律政司调研时与律政司有关人员交流并讨论了此项“安排”的制定情况和相关内容。

调研组赴香港大学、香港律政司、香港律师会、中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心、海牙国际私法会议亚太区域办事处等地进行实地调研，围绕香港与内地民商事司法互助方面的上述“安排”及其具体落实、香港调整与内地的民商关系现状等议题展开研讨。

二、香港法学界对两地民商纠纷解决问题的研究——赴香港大学调研情况

1、香港大学法学院接受调研访谈人员

香港大学法律学院前院长、法律系陈弘毅教授

香港大学法律学院法律系主任赵云教授

香港大学法律学院法律系顾维遐副教授

2、香港学者对香港和内地关于处理两地民商纠纷的相关规定和制度的介绍和解读

1997 年香港回归之后的二十余年间，依据《基本法》第 95 条，[②]内地的最高人民法院与香港律政司各自代表两地政府在如下民商事司法互助事项已缔结了 5 项区际民商事司法互助“安排”，既包括了两地仲裁裁决和民事判决相互承认与执行事项，也包括了两地相互文书送达和取证事项的司法合作（在港大调研当时，即 2018 年 12 月 3 日，两地已经缔结了 5 项目民商事司法互助“安排”；在调研组对香港的调研结束后不久，2019 年 1 月 18 日，两地又缔结了最新的一项民商事司法互助“安排”《两地执行判决安排》）。目前，已有 4 项“安排”已经香港法律本地化而得以落实，实现了两个法域间民商事司法互助合作。

据陈弘毅教授介绍，除了“安排”的模式之外，内地与香港之间在争端解决和香港法查明等领域的法律合作也存在一些新的多元化的合作形式。比如，深圳前海法院的“精英化法官+域外法专家+港籍陪审员”的专业机制，不仅有利于涉港案件的审理，而且有助于提升涉港案件裁判公信力。[③]2016 年 7 月， 13 名具有金融、互联网、知识产权等专业背景的香港居民被选任人民陪审员，发挥其在涉外涉港澳台案件中的作用，消除因制度理念和生活环境的差异对司法公信力的影响。截至 2017 年 6 月 30 日，港籍调解员成功调解案件 105 件，其中港籍调解员适用香港法律调解成功的案件有 3 件，引起了较好的社会反响。此

[①] 内地与香港特别行政区之间 7 项民商事司法协助事项的安排及其生效状态，参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

[②] 《香港特别行政区基本法》第 95 条规定，“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”

[③] 参见闻长智（深圳前海合作区人民法院院长）：《适用香港法裁判的“一带一路”效应（上）》，《人民法院报》2017 年 8 月 11 日，参见人民法院报官方网站 http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2017-08/11/content_128854.htm?div=-1，最后访问时间：2019 年 6 月 12 日。

外，根据深圳市前海合作区人民法院 2018 年 6 月 24 日发布的《涉外涉港澳台商事审判白皮书》，前海法院积极引入境外调解组织和调解人才，共聘请 76 名外籍和港澳台籍调解员，截至 2018 年 4 月成功调解案件 125 件，占特邀调解员成功调解案件的 27.1%。[①]又如，广东南沙自贸区法院建立了港澳籍人民陪审员参与案件审理机制。在全国率先聘任 5 名港澳籍人民陪审员,开庭审理全国首宗港澳陪审员参审案件，注重发挥港澳籍人民陪审员的积极作用,提升港澳同胞司法参与度和认同度。[②]同时，南沙法院吸纳港澳组织和个人担任特邀调解组织和特邀调解员,首批特邀调解组织有 12 家、特邀调解员有 45 名，其中来自香港和澳门的特邀调解员共有 7 名,占 16%。此外，南沙自贸区法院进一步深化港澳商会协调机制，如南沙法院与香港南沙联谊会建立诉前信息共享、诉中联动调解和诉后执行协调等制度,搭建多元化解涉港澳民商事纠纷的立体平台。2018 年 10 月，南沙法院建成香港原版成文法汇编资源电子化查阅机制。[③]

3、香港学者对香港司法实践中处理两地民商纠纷的案例数据和解决方法的介绍

据顾维瑕教授赴香港高等法院调研的数据，关于《两地执行协议管辖案件判决安排》的落实情况，截止 2018 年 6 月，共有 50 余起内地商事判决依据《两地执行协议管辖案件判决安排》在香港法院申请承认了执行，其中，双方当事人有争议、须经香港法院审理后裁定的，共有 10 起左右；而当事人无争议而直接予以认可与执行的内地判决则有 40 起左右。另据香港籍黄善端律师统计，内地法院判决在香港的认可与执行中的就“内地判决终局性”有争议的典型判例共 13 起。[④]

关于内地仲裁裁决在香港的承认与执行，在香港回归之初曾有典型的案例，在 1998 年的 Ng Fung Hong Limited 案中，香港高等法院原讼法庭认定 CIETAC 仲裁裁决不能根据当时有效的香港《仲裁条例》第 2GG 条在香港执行，也不能作为《纽约公约》裁决而根据《仲裁条例》第 42（1）条在香港执行。[⑤]自香港于 2000 年 2 月 1 日通过《仲裁条例》将《两地执行裁决安排》本地化之后，内地仲裁裁决已经能够在香港顺畅地得到认可与执行。[⑥]一般情况下，香港法院依据公共政策为由而拒绝强制执行内地仲裁裁决的案例非常少见，但是，2018 年的 Z v. Y 案，是一起广东仲裁委仲裁裁决在香港认可与执行的案件，香港法院则以公共秩序为由拒绝内地仲裁裁决，这确实是一件典型的案件。[⑦]顾维瑕教授认为，香港法院对该案的判决是没有错的，因为其依据的是香港普通法规则。总的来说，香港法院对于内地的仲裁裁决是没有任何歧视的，其主导方向均为促进和流通。

4、香港学者提出的司法实践中的疑难问题和两地相关制度之间存在的分歧

（1）判决的终局性

[①] 参见深圳市前海合作区人民法院：《涉外涉港澳台商事审判白皮书》，2018 年 6 月 24 日发布，法制日报-法制网，http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2018-06/25/content_7576889.htm?node=20908，最后访问时间：2019 年 6 月 13 日。

[②] 参见中新网：《南沙自贸区法院首邀香港大律师主持商事纠纷调解》，2017 年 3 月 29 日，http://www.sohu.com/a/130999375_123753，最后访问时间：2019 年 6 月 13 日。

[③] 参见付斌：《广州南沙：优化营商环境 保障自贸区建设》，《人民法院报》2018 年 12 月 25 日，第 06 版，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2018-12/25/content_147332.htm，最后访问时间：2019 年 6 月 13 日。

[④] 参见黄善端：《内地判决的认可与执行：香港判例纵述》，商务印书馆（香港）有限公司出版，2018 年。

[⑤] *Ng Fung Hong Limited v. ABC* [1998] 1 HKC 213.

[⑥] 2011 年，香港订立了新的香港法律第 609 章《仲裁条例》，废除了第 341 章《仲裁条例》。第 609 章《仲裁条例》第 III 部分为“内地裁决的强制执行”（第 92 条-第 98 条）。

[⑦] Z v. Y, [2018] HKCFI 2342. 在该案中，香港法院认为，根据中国内地法律,基础的 HD 合同和 MD 合同是否非法和不可执行，从而导致保证协议也无效而不可执行的，这是一个至关重要的问题。而这一重要问题在法院看来并没有以充分的理由在裁决中得到解决。如重大问题没有得到适当考量，则违反当事各方的合理期望，如果裁决可能受到非法行为的玷污，那么执行该裁决将违反香港法院关于公平和正义的基本理念。基于以上理由，2018 年 10 月 18 日，香港高等法院原讼法庭依据《香港仲裁条例》第 95（3）（b）条，以裁决违反香港公共政策为由拒绝执行广州仲裁委员会作出的（2015）穗仲案字第 7098 号裁决。

关于内地民商事判决终局与否问题，因为内地存在审判监督程序，这就使得内地与香港法律冲突协调过程中存在一个立法空白，正因为此，内地商事判决的“终局性”问题曾经是两地在商事判决认可与执行“安排”磋商过程中争论最激烈、最难达成共识的一个问题。2008 年，香港立法会将《两地执行协议管辖案件判决安排》关于内地终局性的规定转化为香港本地法例第 597 章《内地判决（交互强制执行）条例》的一部分。经过十余年的司法实践可知，一方面，内地法院判决并没有因为“终局性”而被大量拒绝承认与执行，另一方面，某些个案存在的“终局性”争议，是由当事人律师主动提出“终局性”争点，香港法官在判决书中必须根据律师观点进行回应，而香港对“终局性”的判断严格依据《内地判决条例》的规定，即该内地判决是最终及不可推翻的判决（final and conclusive）。[①]

香港法院在内地商事判决的“最终及不可推翻问题”上的典型判例主要包括：[②]Chiyu Banking Corporation Limited (集友银行) v Chan Tin Kwun；[③] Wuhan Zhong Shuo Hong Real Estate Co. Ltd. (湖北省武汉中硕虹房地产开发有限公司) v. The Kwong Sang Hong International Ltd. (香港广生行国际有限公司);[④] Tan Tay Cuan v Ng Chi Hung;[⑤] 林哲民经营之日常电业公司诉林志滔;[⑥] 林哲民日昌电业公司诉张顺连;[⑦] New Link Consultants Ltd v. Air China and Others; [⑧]李佑荣诉李瑞群;[⑨] 陈国柱诉陈桂洲;[⑩] Wu Wei(伍威) v. Liu Yi Ping(刘一萍);[11] Wu Wei (伍威) v. Liu Yi Ping (刘一萍);[12] Yick Tat Development Company v. Yung Chung Yiu;[13] Bank of China Limited (中国银行股份有限公司) v. Yang Fan (杨凡);[14] 北京橙天嘉禾影视制作有限公司 v. 张承勤[15]等。2018 年 10 月的 Wang Qian Wei（王前伟）v.郭文雨与郭小琼案，是目前最新的一起涉内地判决在香港强制执行的案例，该案涉及了内地民商事判决终局性的讨论。[16]

总而言之，自 2008 年之后，对于“终局性（finality）”，香港法院在司法实践中尽可能避免两地有争议的“终局性”含义，而使用两地均无争议的“可执行力”。只要内地法院开出“可执行”的书面文件、且无其他特殊情形的时候，香港法院一般会认定内地法院判决具有终局性。

（2）内地的社会公共利益与香港的公共政策

两地民商事“安排”均规定了“安全阀”制度，但考虑到两地对同一制度的表述并不相同，因此在两地“安排”中进行分别表述。比如，依据《两地执行裁决安排》第 7 条，两地拒绝执行对方仲裁裁决的其中一个理由是，不得违反“内地社会公共利益”或“香港特区的公共政策”。

（3）知识产权侵权案件的可仲裁性

---

① Mainland Judgments (Reciprocal Enforcement) Ordinance (Cap.597), s.5(2)(c).

② 参见黄善端：《内地判决的认可与执行：香港判例纵述》，商务印书馆（香港）有限公司出版，2018 年。

③ Chiyu Banking Corporation Limited (集友银行) v Chan Tin Kwun, HCA 11186/1995.

④ Wuhan Zhong Shuo Hong Real Estate Co. Ltd. (湖北省武汉中硕虹房地产开发有限公司) v. The Kwong Sang Hong International Ltd. (香港广生行国际有限公司), HCA 14325/1998.

⑤ Tan Tay Cuan v Ng Chi Hung, HCA5477/2000.

⑥ 林哲民经营之日常电业公司诉林志滔,CACV354/2001.

⑦ 林哲民日昌电业公司诉张顺连, CACV1046/2001.

⑧ New Link Consultants Ltd v. Air China and Others, HCA515/2001.

⑨ 李佑荣诉李瑞群, CACV159/2005.

⑩ 陈国柱诉陈桂洲, HCA 663/2005.

11 Wu Wei (伍威) v. Liu Yi Ping (刘一萍), HCA1452/2004.

12 Wu Wei (伍威) v. Liu Yi Ping (刘一萍), CACV32/2009.

13 Yick Tat Development Company v. Yung Chung Yiu, HCA1590/2007.

14 Bank of China Limited (中国银行股份有限公司) v. Yang Fan (杨凡), HCMP1797/2015.

15 北京橙天嘉禾影视制作有限公司 v. 张承勤, HCA2481/2013.

16 Wang Qian Wei（王前伟）v.郭文雨与郭小琼,HCMP2700/2017.

关于知识产权侵权案件在香港可否仲裁的问题在香港曾经是一个争议事项。但是，自《香港仲裁条例》于 2017 年修改后，知识产权侵权与知识产权权属事项均属于可仲裁的范畴。[①]

（4）两地民商事司法互助的新进展

在调研组赴香港大学调研之时，两地尚未签署《两地执行判决安排》。香港大学法律系的教授认为，立法会关于两地间最新的全面性判决“安排”草案，扩大了两地认可与执行民商事判决的范围，但是该“安排”也并未包含“跨境破产”等事项，仍有一些事项需要另行缔结“安排”。

关于 2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》，目前尚未在香港落实。香港立法会已经于 2018 年 3 月 26 日公布了《内地婚姻家庭案件判决（交互认可及强制执行）条例草案》，该草案经香港立法会通过之后将会很快生效。[②]

三、承担两地司法互助协商重任——赴香港律政司调研情况

1、香港律政司接受调研访谈人员

香港律政司李秀江副法律政策专员

香港律政司国际法律科丁国荣副国际法律专员

香港律政司法律政策科欧阳慧儒律师

香港律政司国际法律科司法互助组司徒凝乐律师

香港律政司国际法律科条约法律组陈婉冰律师

2、香港律政司在协商制定两地民商纠纷解决制度中的作用

香港律政司是政府的法律顾问，致力确保“一国两制”政策能有效实施。为此，律政司积极推动两地的司法互助及法律专业交流。

自 1997 年 7 月 1 日香港成为中华人民共和国特别行政区后，香港特区与内地有关部门就两地司法互助事宜签订了协议。其采纳的方式是：由香港律政司与内地最高人民法院代表两地政府共同协商，并签署两地司法互助“安排”。两地“安排”经香港立法会进行本地化立法后在香港得以具体落实。

香港律政司与内地 7 个省市的司法厅/局达成了《法律服务合作协议》，以进一步推动两地的法律服务合作，这些省市包括:青岛(2002 年 9 月)、重庆(2002 年 10 月)、北京(2003 年 10 月)、南京(2003 年 12 月)、上海(2003 年 12 月)、浙江(2004 年 1 月)、深圳(2004 年 6 月)。[③]2004 年 12 月 13 日，香港律政司与司法部签署《有关推进香港与内地法律服务合作的会议纪要》，以跟进《更紧密经贸关系的安排》的实施和促进两地法律服务界更紧密的合作。根据上述会议纪要和合作协议，香港律政司会与内地有关各方交流法律制度和法律专业的资讯。香港律政司与上述内地省市的司法厅／局亦会为有关官员提供培训，以增进两地对彼此法律制度及实务的认识。内地省市在实施《更紧密经贸关系的安排》的过程中遇到的技术及程序问题，亦可透过合作协议所提供的途径处理。

2019 年 1 月 7 日，香港律政司与司法部就进一步深化两地法律服务合作签署会谈纪要。该纪要主要内容是争取于 2019 年内落实以下共识：（1）将《国务院关于印发进一步深化中国（广东）自由贸易试验区改革开放方案的通知》（国发[2018]13 号）适用于中国（广东）

---

① 香港法例第 609 章《仲裁条例》第 11A 部为“关乎知识产权权利的仲裁”（第 103A 条-第 103I 条），第 11A 部由 2017 年第 5 号第 5 条增补。

② 香港立法会：《内地婚姻家庭案件判决（交互认可及强制执行）条例草案》，CB(4)762/17-18(04)，2018 年 3 月 26 日。

③ 香港律政司与内地司法部门之间合作的数据资料参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

自由贸易试验区内的内地与香港合伙联营律师事务所的开放措施，扩展至全广东省;（2）取消内地与香港合伙联营律师事务所港方出资比例不得低于 30%的限制;（3）允许香港律师、大律师可同时受聘于 1 至 3 个内地律师事务所担任法律顾问。香港律政司将继续与司法部保持紧密联系，争取尽快落实相关开放措施。

香港律政司与其他内地机关也有密切的合作，体现在：（1）2010 年 10 月，香港律政司与中国国际贸易促进委员会签署了《商事法律事务及仲裁服务合作安排》。双方同意加强在法律和仲裁服务方面的合作:推动内地与香港法律和仲裁服务机构之间的交流和合作；加强信息交流和合作，举办法律研讨会及交流活动；共同为商事及仲裁法律培训提供协助和便利，旨在鼓励两地企业建立更健全的商事法律风险防范及争议解决机制；双方共同推动贸促会下设法律服务机构与香港有关法律服务机构在仲裁、调解等领域展开合作与交流。（2）2017 年 10 月，律政司与深圳市人民政府续签《法律合作安排》（双方于 2011 年首次签订《法律合作安排》，为期五年），继续为香港和深圳在下列范畴的合作提供有效的平台及交流机制：就涉及对方的重要法律问题进行沟通；提供与对方的立法程序有关的法律资讯及参考材料；就涉及港深合作项目的法律问题适时进行沟通和交流；双方交流和互访，以及向对方官员提供培训的机会。[①]

此外，香港律政司亦通过在内地举办香港法律服务论坛、其他与香港法律及仲裁服务有关的研讨会、内地与香港诉讼制度研讨会等方式推动两地法律交流和培训。律政司还安排内地法律工作者来港接受培训，让他们认识普通法制度。举办的活动包括：普通法培训、短期训练项目以及互访和交流活动。此外，律政司人员定期到内地政法机关访问，藉此了解内地法制的最新发展以及推动两地司法人员和法律界的专业交流。自 2015 年始，律政司举办香港法律系学生内地暑期实习计划。依据该暑期实习计划，律政司的暑期实习生在完成律政司的实习之后，将赴内地的外交部、司法部、最高人民法院、最高人民检察院、国务院港澳事务办公室、中国国际贸易促进委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会等司法机关或实务机构实习，让香港法律系学生有机会增进对内地的法律制度的认识及理解，亦丰富他们的工作经验及扩宽视野。[②]

最后，内地与香港特区于 2003 年 6 月 29 日签署《更紧密经贸关系的安排》，并于其后每年签署补充协议，而最近的“补充协议十”则于 2013 年 8 月签署。根据《更紧密经贸关系的安排》及有关补充协议的相关措施，香港的法律专业服务行业可更便利地进入内地的法律服务市场。[③]

3、香港律政司的成就

香港律政司一直以来致力于推动两地的司法互助及法律专业交流，其 20 多年来在两地民商事司法互助领域所取得的显著成就大致可分为三个阶段：[④]

第一阶段是 1997 年 7 月至 2006 年 7 月的起步阶段。这一阶段，最高人民法院与香港特区先后于 1999 年 1 月签署《两地送达安排》，于 1999 年 6 月签署《两地执行裁决安排》，

[①] 香港律政司与其他内地机关之间合作的数据资料参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

[②] 香港律政司推动两地法律交流和培训的数据资料参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

[③] 内地与香港特区更紧密经贸关系的安排的数据资料参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

[④] 参见沈德咏：《不断完善中国特色区际司法协助体系 共同促进两地经济社会繁荣稳定发展——内地与香港民商事司法协助二十周年回顾与展望》，《人民法院报》2017 年 6 月 30 日，第 05 版，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2017-06/30/content_127191.htm?div=-1，最后访问时间 2019 年 6 月 12 日；袁国强：《内地与香港民商事司法协助二十周年回顾与展望》，《人民法院报》2017 年 6 月 30 日，第 05 版，http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2017-06/30/content_127191.htm?div=-1，最后访问时间 2019 年 6 月 12 日。

于 2006 年 7 月签署《两地执行协议管辖案件判决安排》。“一国”之内的区际司法互助体系雏形初现。

第二阶段是 2006 年 8 月至 2016 年 2 月的停滞阶段。这一阶段，受多种因素影响，两地司法互助“安排”商签工作长时间中断。

第三阶段是 2016 年 3 月至今的快速发展阶段。2016 年 3 月，时任最高人民法院副院长的沈德咏与香港特区政府律政司司长袁国强分别代表两地签署就进一步加强两地民商事司法互助的《会谈纪要》，确定了“三步走”的时间表和路线图。2016 年 12 月 29 日，最高人民法院与香港特区政府如期签署《两地取证安排》，打破两地司法互助“安排”商签工作停滞十年的僵局；2017 年 6 月 20 日，两地签署《两地执行婚姻家庭案件判决安排》，成功落实《会谈纪要》的第二步目标；2019 年 1 月 18 日，两地又签订了《两地执行判决安排》，成功达成了《会谈纪要》的第三步目标，实现了两地民商事领域司法互助的基本全面覆盖。

4、香港律政司对解决两地民商纠纷相关规定的解读

（1）两地“安排”在香港的本地化

一般来说，两地之间的民商事司法互助“安排”需要经过香港立法会转化立法，才能在香港得以落实，比如 2006 年《两地执行协议管辖案件判决安排》经香港立法会转化为香港法例《内地判决条例》（第 597 章）。也有个别“安排”并不需要转化立法，因“安排”内容与香港现有法例的规定相一致，比如《内地与香港取证安排》不需要在香港进行转化立法，是为了便利两地当事人诉讼而将分散的现有法例中的规定整合为取证“安排”的内容。

通常而言，两地“安排”中的条文并不会非常细致，有些概念（如当事人的住所）是兼顾了两地双方各自法律制度与文化而在表述上不尽一致，因此，香港立法会在两地“安排”的本地化的过程中进一步细化“安排”条文的内容，以使“安排”更具有操作性和可行性。但是，总体而言，香港立法会对两地“安排”的本地化原则上是落实和尊重两地“安排”的内容。

以 2006 年《两地执行协议管辖案件判决安排》在香港的落实为例。依据该“安排”，当事人可以协议选择“安排”名单中的特定基层法院及其以上的法院作为有管辖权的法院。但是，在两地签署《两地执行协议管辖案件判决安排》之后，却有可能出现一种例外情形，即：在司法实践中，当事人选择法院之后才发现被选择的法院并不在名单上，或者，当事人选择了内地某个法院，但案件不属于该法院管辖（如违反了级别管辖），这是 2006 年《两地执行协议管辖案件判决安排》细化过程中遇到的新问题。为解决这一问题所采用的方法是，涉外民商事案件的当事人选择内地法院，只要不违反专属管辖，就不因当事人选择的法院违反级别管辖而无效。

目前，2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》和 2019 年《两地执行判决安排》尚未完成在香港的转化立法。2018 年 11 月底，香港立法会会议讨论了《内地婚姻家庭案件判决(交互认可及强制执行)条例草案》，该条例草案是 2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》在香港的转化立法。[①]香港立法会预计将会在近期通过该条例，从而使《两地执行婚姻家庭案件判决安排》得以在香港具体落实。

（2）新“安排”草案的范围

为了减少在内地与香港两地就同一争议重复提出诉讼的情况，在更广阔的民商事范畴为当事人权利提供更全面的保障，进一步促进香港成为国内重要的国际法律服务和争议解决中心的角色，香港政府认为有需要与内地建立更全面的相互认可和执行判决的“安排”，

[①] 香港立法会：《内地婚姻家庭案件判决（交互认可及强制执行）条例草案》，CB(4)762/17-18(04)，2018 年 3 月 26 日。

以涵盖 2008 年《两地执行协议管辖案件判决安排》和 2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》适用范围以外的大部分民商事判决。2018 年 11 月，香港立法会发布了供各界讨论的拟议《两地执行婚姻家庭案件判决安排》草案。[①]该草案的范围很广，也包含了知识产权方面的判决。除外的事项包括：第一，2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》所涵盖的事项；第二，其他婚姻家事案件，如内地人民法院审理的赡养、兄弟姐妹之间扶养、解除收养关系、成年人监护权、离婚后损害责任、同居关系析产案件，香港特别行政区法院审理的应否裁判分居的案件；第三，继承案件、遗产管理或者分配的案件[②]；第四，跨境破产[③]

（3）当事人之间的管辖协议问题

在《两地执行协议管辖案件判决安排》具体落实的司法实践中，当事人之间的管辖协议的有效性认定问题，是目前两地民商事判决相互强制执行案件中的重要争点。

关于协议管辖的排他性问题，在过去的一些案件中，香港法院曾持较为保守的观点，要求当事人选用内地法院协议中必须有“唯一管辖权”、“专属管辖权”或“排他性管辖”等措辞。但在新近的一些案例中，香港法院已经改变了这一立场，不再片面地要求内地法院协议中必须包含“唯一”“专属”或“排他”等措辞，而是依据合同准据法来判断内地法院协议是否赋予内地法院专属管辖权，即使没有出现“排他”的措辞，也可能认定为具有排他性。如下文的 THE EXPORT- IMPORT BANK OF CHINA（中国进出口银行）v.泰丰纺织集团有限公司与 LIU QINGPING 刘庆平案。[④]相对而言，内地法院对于管辖协议的排他性问题，是持比较开放的态度，一般将当事人之间的管辖协议解释为排他性的管辖协议。

关于当事人选择的法院是否必须与纠纷具有实际联系，内地法律规定，当事人所选择的法院必须要求与纠纷有实际联系，海事诉讼中的协议管辖为例外。但是，香港法律并不需要“实际联系”这一要素，不过，如果香港法院认为其为不方便法院，则可能会拒绝行使管辖权。

关于当事人协议管辖的方式，如果当事人选择香港法院，则当事人的选择既可以是明示选择，也可以是默示选择；如果当事人选择内地法院，则当事人的选择只能是明示选择，一为“明示”选择，二为“视为”选择，但也是明示的一种。[⑤]

（4）对海牙国际私法会议及其公约的关注

香港律政司一直以来都非常关注海牙国际私法会议及其公约的进程。2018 年 11 月起草《两地执行判决安排》）草案时，除了参考了 2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》之外，也广泛参考了 2017 年《海牙判决承认与执行公约草案》、以及 2005 年《海牙选择法院协议公约》。

关于中国内地已经签署、但尚未批准生效的 2005 年《海牙选择法院协议》，香港律政司目前正在研究，该公约中哪些条款是可以声明保留的，以及哪些条款需要保留。

关于海牙国际私法会议正在磋商的《海牙判决承认与执行公约草案》，香港律政司表示

[①] 香港立法会:《关于香港与内地订立安排以相互认可和执行民商事判决的建议》，CB(4)230/18-19(03)，2018 年 11 月 26 日。

[②] 因为两地在继承方面的法律差异较大。

[③] 虽然两地之间破产事宜的合作与协调显得很迫切，但需要另行订立两地之间的“安排”。因此，两地之间跨境破产事项方面的相互司法互助，会是两地下一步的磋商事项。

[④] THE EXPORT- IMPORT BANK OF CHINA v. LIU QINGPING, [2018] HKCFI 1840. 该案被告刘庆平认为该案并不存在选用内地法院协议的主要原因是，涉案的合同条款第 32 条中并没有“唯一管辖权”、“排他性管辖”、“排除其他司法管辖区法院的管辖权”或者“其他司法管辖区的法院无管辖权”等措辞。香港法院认为，只要依据合同准据法判断管辖协议赋予了内地法院或其他任何法院专属管辖权，不管“选用内地法院协议”是否采用“专属”或“排他”等类似措辞，都可以赋予被选法院以专属管辖权，则满足了《内地判决条例》（第 597 章）第 5（2）（b）和第 3（2）条将“选用内地法院协议”所要求的条件。

[⑤] 内地《涉外民事关系法律适用法》第 3 条只允许当事人采“明示”的方式进行选择。

非常关注该公约的进程，同时希望这个公约可以尽快顺利通过，在范围上如果不涵盖知识产权判决，公约通过的速度会加快。对于该公约草案所未能涵盖的“直接管辖权”事项，香港方面持开放态度，同时也认为，如果在这一公约草案中未能涵盖直接管辖权事项，则之后可能很难启动直接管辖权方面的公约谈判。

（5）外国法查明问题

在香港，如果案件需要适用外国法，需由当事人自己及其律师举证外国法的内容，经交叉询问，最后由法官裁定适用与否。如果当事人不能举证外国法的内容，则推定外国法与香港法一样，最终适用香港法。在香港的司法实践中，并无“涉外”与否的区别，而只有职能分工之别。如果含有涉外因素的案件，一般推论适用香港法。

香港与内地在外国法查明问题上的最大不同之处在于，香港旨在追求正义，而内地等大陆法系国家旨在追求真相，因而，在个案中逐个查明外国法，需要很长周期才能完成案件的审理。

（6）香港的国际私法与区际私法之间的区别

香港的国际私法与区际私法之间也存在一定区别，如宪法性文件的法律基础不同。香港对于区际民商关系的调整、尤其是一国内不同法域之间的民商事司法互助事项主要依据的宪法性法律是《基本法》第 95 条；而香港在国际私法条约于香港适用方面主要依据的宪法性法律是《基本法》第 151 条和第 153 条。

香港和澳门在部分民事领域已经缔结了两地“安排”，如 2013 年《关于香港特别行政区与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》和 2017 年《关于香港特别行政区与澳门特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（尚未生效），港澳之间可以依据此类“安排”开展相互司法合作。

目前，香港与台湾之间的合作比较少。关于台湾仲裁裁决在香港的适用问题，香港持较开放的态度。因为在香港法例《仲裁规则》中使用“香港以外的仲裁裁决”这一措辞，所以台湾仲裁裁决也可以依据《仲裁规则》在香港获得承认与执行。[①]港台在刑事领域还没有司法互助与合作。另一种合作基于 2011 年 12 月《香港与台湾间航空运输协议》，该协议并不是由两地政府签订，而是经双方有关当局授权后由港台经济文化合作协进会与台港经济文化合作策进会代表签署。

四、香港法院和当事人之间的桥梁——赴香港律师会调研情况

1、香港律师会接受调研访谈人员

香港律师会会长彭韵僖律师

香港律师会副会长暨大中华法律事务委员会主席陈泽铭律师

香港律师会前会长暨大中华法律事务委员会委员林新强律师

香港律师会大中华法律事务委员会委员麦家荣律师

香港律师会大中华法律事务委员会委员饶诗杰律师

香港律师会传讯及对外事务部主任李伟锦律师

2、香港律师会基本情况和作用

香港律师会是香港律师的专业团体，于 1907 年注册为担保有限公司。其宗旨为：维护香港律师的特点、地位及利益；维持专业水准及操守；执行有关纪律之法则及规定；协助会员发展及维持其业务；确保准确地反映律师的意见；为会员提供各项服务；考虑所有涉及业界利益的问题，并代表业界推动法律或执业的改革。目前，香港律师会会员已经从 1914

[①] 依据香港法例第 609 章《仲裁条例》第 84 条第 1 款规定，仲裁庭在仲裁程序中作出的裁决，不论是在香港或香港以外地方作出的，均可犹如具有同等效力的原讼法庭判决般，以同样方式强制执行。

年的 30 位会员发展为现在的 11,266 名会员（截至 2018 年 12 月 31 日，包括持有或不持有志业证书的会员）。[①]香港律师必须加入香港律师会，否则不能执业。

香港律师会设有 100 多个事务委员会。比如，大中华法律事务委员会负责大中华地区法律实务，涵盖了内地与香港之间法律实务以及港澳台之间的法律实务。两个月前，香港律师会举办了两岸四地青年法律论坛，该法律论坛已经进行了 9 年，有效地增进了两岸四地青年法律人的交流与合作。又如，国际法律事务委员会主要负责国际法律会议以及一带一路法律论坛等会议的筹办。例如，2018 年 9 月 28 日，香港律师会主办了“建构智能一带一路：法律与人工智能、区块链和云端”为主题的法律论坛。

总的来说，香港律师会更关注公共利益，而不是单纯关注于律师的利益。

3、香港律师与法院的关系

目前，香港实现了司法独立。从民众的信任程度来说，民众只有对法院是最为信任的。香港律师分为事务律师和大律师两种，事务律师和大律师是合作的关系，两者分工不同，当事人必须通过事务律师来聘请大律师。大律师（Barrister）又称为讼务律师，专门从事法庭的诉讼辩护，在法庭上享有充分的发言权；律师(Solicitor)又称为事务律师，专门从事非诉讼业务或部分诉讼业务，但在诉讼中，事务律师出庭时的发言权受到限制。香港律师与法院之间的关系，虽然没有明文的成文法规定，但是依据普通法的先例，大律师（讼务律师）像是法院的朋友，而律师（事务律师）像是法院的下属。

香港律师会设有专门的审查及纪律常务委员会。一经发现律师有专业失当失德的可能性，香港律师会便会立即展开调查，召集涉及在内的律师了解情况，并且成立正式的调查组进行调查。一旦调查发现确实存在问题，那么纪律委员会就会成立三人小组全面调查以及取证，证据若成立，涉案的律师就会面临理事会审查小组的特别调查，这个审查小组是由首席大法官招募 100 名律师集合而成。也就是说，香港律师一旦犯案，除了法律的惩罚外，还得面临律师公会的一系列调查，而且可能是极其严重的专业领域的制裁：轻则罚款，重则停牌，被剥夺律师资格。

4、香港律师与当事人的关系

香港律师在双方当事人合同签订之前，可就案件的司法管辖权和法律适用两方面给当事人有益的法律建议：首先，对于管辖权的选择律师可以给当事人提供建议，诸如：当事人在合同中是否需要有选择法院协议，选择哪一个国家/地区的法院行使管辖权，如是选择哈萨克斯坦国际金融中心还是迪拜国际金融中心所在地的法院对跨境贸易的当事人更为有利等。同时，也要考虑所选择法院作出的判决可否得到强制执行。其次，对于法律适用也可提出建议，如是选择适用香港法、内地法，还是选择适用英国法等，适用何国/何地法律对当事人更为有利。这时候，律师通常会考虑各个国家/地区的法律制度的完整与完善程度、其法院以及司法制度的透明度、双方当事人在当地有无财产可供执行等因素。律师通过帮助当事人在合同中明确司法管辖权和法律适用问题，从而可以使当事人避免争议发生后的麻烦。

如果争议案件涉及外国法的查明的问题，香港法官首先会假定香港法律与英国法律是一样的。如果当事人请专家证人证明外国法与香港法两者并不一样，则面临着几个问题的确定：第一，专家证人的资格。对此通常由香港法院来判断专家证人是否为专家。可供借鉴的一种专家证人模式是医疗纠纷中的专家证人制度，民商事纠纷当事人也可以共同委托一个专家证人提供外国法的内容，以减少争议发生的可能性。第二，外国法的内容问题。当事人双方都同意外国法的内容时，则法官同意该专家证人的外国法内容。当双方都找不同的专家证人提供了不同的外国法的内容，则由法官来判断。在这个过程中，法官是一个

[①] 关于香港律师会和香港律师服务的信息，均可在律师会官网 http://www.hklawsoc.org.hk 获取。

中立角色，扮演着居中裁定的角色。即使法官更为熟知某一外国法的内容，法官也不能干涉，他们无职权自己查明外国法，但是他们可以提示外国法的查明错误，暗示当事人或相关人重新查明外国法内容。如果当事人的律师故意不查明外国法的真实内容，则律师的专业程度和服务品质会受到质疑，将大大影响其职业生涯。

就内地法律的查明，通常情况下，香港法院通过庭前聆讯的程序，就专家证人的资格、双方提供内地专家法律意见的接受与否等问题进行协调，可以比较快地推进诉讼程序。如果案件仅涉及内地与香港，适用香港法律的情形比较多。如果适用内地法律，则将内地法律视为事实，因香港律师只能提供香港法服务，因而香港律师会通过聘请内地律师作为专家证人以提供内地法律意见。

五、解决两地民商纠纷的另一途径——赴中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心调研情况

1、香港仲裁中心接受调研访谈人员

中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心秘书长王文英博士

中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心行政助理孟洋子女士

2、香港仲裁中心基本情况

为了支持香港成为亚太争端解决中心，也为了使香港的仲裁服务业更加完整，香港政府诚意邀请中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲委）在香港设立分会。在这一背景下，贸仲香港仲裁中心于 2012 年 9 月在香港成立。中国国际经济贸易仲裁委员会设立于 1956 年，是历史最悠久的中国仲裁机构，也是世界上主要的常设商事仲裁机构之一。贸仲委香港仲裁中心是贸仲委在中国内地以外设立的第一家分支机构，其承担着办案、宣传与拓展这三个主要任务，具体体现为：在香港推广仲裁，与国际仲裁机构开展交流与合作，提供信息交流和咨询服务，根据当事人的约定受理仲裁案件，为当事人提供仲裁服务，积极支持并促进香港仲裁发展。就机构人数而言，贸仲香港仲裁中心从成立之初的 1 人已经发展为今天的 5 人，基本沿袭着“小分会、大仲裁庭”的经营模式，在语言、法律服务专业程度等方面都有其独特的优势，吸引着来自世界各地的商事争议当事人。

香港仲裁中心受理的仲裁案件中，涉及香港当事人的案件占据总受案量的第二位，许多涉外合同的当事人选择将其纠纷在香港仲裁。贸仲委设立香港仲裁中心，以香港健全的仲裁法制为依托，就近受理仲裁案件，满足当事人的实际需求，也有助于丰富香港的法律服务内容，为当事人在香港解决争议提供更多项的服务。

香港仲裁中心与香港国际仲裁中心之间是友好合作关系。1992 年，中国贸仲委就已经与香港国际仲裁中心签订了合作协议，当时贸仲委受理的案件量已居世界第一，而香港国际仲裁中心当时受理的案件则很少。

3、仲裁员来源和仲裁庭组成

香港仲裁中心自 2015 年开始办案，因为直至 2015 年《贸仲规则》才有专章（第六章）规定香港仲裁中心的相关事宜。香港仲裁中心依照香港《仲裁条例》的有关规定，尊重当事人对仲裁员的选择。当事人可以从中国贸仲委仲裁员名册中选择仲裁员，也可以选择仲裁员名册外的专业人士担任仲裁员。而在内地的仲裁中，当事人只能在贸仲委仲裁员名册之内选择仲裁员。

香港仲裁中心在指定仲裁员时，会考虑当事人的国籍等因素。仲裁庭均会有外国仲裁员，其中，首席仲裁员一般为香港永久居民或外国人。从已有案件来看，仲裁员分别来自中国内地、中国香港、英国、加拿大、新西兰、新加坡等。相较于香港国际仲裁中心，香港仲裁中心的规则更有优势。因为依据香港国际仲裁中心仲裁规则中有关于首席仲裁员的

规定，国际仲裁中心不能选择与任何一方当事人国籍相同的仲裁员，除非当事人同意。（对这一条款，香港专业人士非常反感，希望以后可予以修改。）

4、受理案件范围

依据现行《仲裁规则》，中国贸仲委以仲裁的方式独立、公正地解决契约性或非契约性的商事争议，其受理的争议案件包括：国际或涉外的争议案件；涉及港澳台的争议案件；国内争议案件。香港仲裁中心受理的案件，一般都较为国际化，至少一方为外国当事人。

2015 年 1 月 1 日起施行的中国贸仲委《仲裁规则》专门设立了第六章“香港仲裁的特别规定”。依据该章的规定，目前香港仲裁中心接受并管理以下两类仲裁案件：（1）当事人约定提交中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心仲裁的案件；（2）当事人约定提交中国国际经济贸易仲裁委员会在香港仲裁的案件。在案件数量上，与 ICC、HKIC 相比，中国贸仲委香港仲裁中心的案件数量也不少；在仲裁类型上也包含了临时仲裁服务。2015 年《仲裁规则》实施当年，香港仲裁中心审结仲裁案件 4 件，平均结案时间为仲裁庭组庭后 115 天。仲裁案件当事人来自中国内地、中国香港、美国、德国、法国、西班牙等国家和地区。在仲裁程序语言方面，中文和英文各占一半。

5、自裁管辖权原则

香港《仲裁条例》确认了自裁管辖权原则（the Doctrine of Competence- Competence），仲裁庭可以对其管辖权异议、当事人关于仲裁协议的存在或效力的任何异议做出裁定。同时，仲裁庭有权裁定其组成是否恰当，以及决定哪些事宜已按照仲裁协议递交仲裁。该规定为强制性规定，仲裁协议当事人必须遵从其规定。这些规定可以令仲裁管辖权的确认更加直接和迅速。当事人提出管辖权异议/申请撤销时，由仲裁庭作出管辖权裁定。仲裁庭的裁定并不影响香港法官的决定。香港法院对管辖权拥有最后的确定权。

6、仲裁裁决的性质

香港仲裁中心既是香港的，也是中国贸仲委的。香港仲裁中心依据香港法律在香港设立，其机构所在地是香港。在“一国两制”的原则下，香港仲裁中心受香港法律规制。根据中国贸仲委《仲裁规则》第 7 条的规定，仲裁地可由当事人约定；当事人没有约定仲裁地或约定不明确的，以中国贸仲委或管理案件的中国贸仲委的分会/中心所在地为仲裁地；中国贸仲委也可以根据案件的具体情形确定其他地点为仲裁地。由此可知，除非当事人另有约定，香港仲裁中心受理的案件仲裁地是香港，仲裁程序适用法是香港仲裁条例及相关法律，其作出的仲裁裁决的性质是香港裁决。

2016 年 12 月内地法院执行了贸仲委香港仲裁中心裁决的首例“南京富力案”。[①]该案中，申请人意艾德建筑师事务所（Ennead Architects International LLP）请求南京市中级人民法院执行中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心[2015]中国贸仲港裁字第 0003 号仲裁裁决（HKSC20150003 号），被申请人为富力南京地产开发有限公司，双方当事人分别来自美国和中国内地，双方的代理人均为中国内地律师，均指定了内地的专家为仲裁员，首席仲裁员由香港律师担任。仲裁庭在仲裁规则规定的裁限内，即组庭后 6 个月内审结案件。裁决作出后，败诉方当事人主动履行了部分裁决事项，胜诉方遂申请强制执行裁决的其余部分。南京市中级人民法院裁定将香港仲裁中心做出的裁决的性质认定为香港裁决，并根据最高人民法院《两地执行裁决安排》的相关规定予以认可并执行，这对中国贸仲委及其香港仲裁中心都具有重要意义。

7、实体法的适用

在实体法的适用方面，香港仲裁中心在个案中充分尊重当事人关于法律适用的约定。在已受理的案件中，适用的实体法涵盖了美国法律、法国法律、中国内地法律、CISG 公约

[①] 内地（2016）苏 01 认港 1 号。

和国际惯例等。

香港仲裁中心在个案中还没有涉及仲裁协议的法律适用方面的争议，因为，如果在涉案仲裁协议中发现有“仲裁”、“贸仲”和“香港”这三个词汇，香港仲裁中心就会受理案件。

8、香港法院对香港仲裁中心裁决的执行

香港法院对仲裁的支持态度是显而易见的，一直维护仲裁的独立性和终局性。香港法院长期保持执行仲裁裁决的卓越记录。从 2011 年到 2014 年，香港法院未拒绝执行任何一例仲裁裁决。与此同时，香港法院建立了一套防止当事人无理阻挠仲裁程序或裁决的以弥偿基准判给讼费的制度。[①]该项制度规定，若一方当事人未能成功申请拒绝执行或撤销一项仲裁裁决，或未能成功说服法庭重新审理已通过仲裁处理的问题，该当事人应按弥偿基准支付讼费，若有特殊情况除外。此外，香港作为中国特别行政区，作出的裁决适用《纽约公约》，可在全球 150 多个国家和地区得到便捷执行。香港与内地之间裁决也可依据专门的《两地执行裁决安排》进行执行。

经过 20 余载的司法经验积累，香港法院已经形成了一系列审查内地仲裁裁决的基本原则。香港著名的陈美兰大法官（Mimmie Chan J）在 KB v. S and others 案中总结了“香港执行仲裁裁决的十大指导性原则（Ten Guiding Principles to Award Enforcement in Hong Kong）”，[②]分别是：（1）法院的主要目标是为仲裁程序提供便利并协助执行仲裁裁决；（2）根据香港《仲裁条例》，法院应仅在《仲裁条例》明文规定的情形下才能介入争议仲裁；（3）争议的当事人有权自由约定如何解决它们之间的争议，但应以维护必要的公共利益为前提；（4）仲裁裁决的执行应“几乎是行政事务性程序”，且法院应当“尽可能地机械行事”；（5）除非抗辩确有道理，法院应准备执行裁决。申请拒绝执行的当事人必须证明存在实在的损害风险，以及其权利被实质性侵犯；（6）在处理撤销仲裁裁决或拒绝执行裁决的申请时，不论其依据是在仲裁程序中未被给予通知、未能陈述案情，或是仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人的约定不符，法院关心的是仲裁程序的结构性完整。就这一点而言，被投诉的行为“必须是严重的、甚至是令人震惊的”，法院才能认定存在足以破坏正当程序的严重错误；（7）在考虑是否拒绝执行仲裁裁决时，法院不审查案件的实体问题或基础交易；（8）没有及时地向仲裁庭或监督法院提出异议，则可能会构成禁反言以及违背诚信原则；（9）即使存在拒绝执行或撤销仲裁裁决的充足理由，法院也仍有自由裁量权；即使有已被证明的有效理由，仍可以执行裁决；（10）终审法院在河北进出口公司诉保得工程公司案中已经清楚明确，仲裁当事人有诚实信用义务，或者善意行事的义务。

9、仲裁裁决相互执行的“安排”的适用

香港回归后，《纽约公约》继续适用于香港特别行政区。但是该公约的规定不能调整一国内不同法域之间的仲裁裁决相互承认与执行问题，在内地的仲裁裁决在香港的执行方面就出现了一个立法空白。在 1998 年的 Ng Fung Hong Limited 案中，[③]香港高等法院原讼法庭认定 CIETAC 仲裁裁决不能根据当时有效的香港《仲裁条例》第 2GG 条在香港执行，也不能作为《纽约公约》裁决而根据《仲裁条例》第 42（1）条在香港执行。1999 年《两地执行裁决安排》落实之前的这一法律真空期，曾被新加坡仲裁服务界利用以宣传香港法律之不足，给香港仲裁服务业带来了很多不利影响。

1999 年 6 月 21 日，内地和香港签署了《两地执行裁决安排》。为使该“安排”的条款

[①] Gao Haiyan v. Keeneye Holdings Limited, HCCT 41/2010, [2012] 1 HKLRD 627. 当香港法院处理涉及仲裁程序的案件时，除非有特殊情况，一般而言，香港法院会考虑命令败诉一方按弥偿基准支付胜方的讼费，以防止当事人无理阻挠仲裁程序或裁决。

[②] KB v. S and others, [2015] HKEC 2042.

[③] *Ng Fung Hong Limited v. ABC* [1998] 1 HKC 213.

在香港得以具体落实，香港在《香港法例》第 341 章《仲裁条例》中增加了 IIIA 部分，该部分对在香港执行内地仲裁裁决进行了详细的规定。自 2000 年 2 月 1 日起，《仲裁条例》的 IIIA 部分正式生效。2011 年，香港订立了新的《香港法例》第 609 章《仲裁条例》，废除了第 341 章《仲裁条例》。第 609 章《仲裁条例》第 III 部分为“内地裁决的强制执行”（第 92 条-第 98 条）。

自《两地执行裁决安排》在香港转化立法为《仲裁条例》而适用于香港之后，香港法院也依法执行了大量的内地仲裁裁决，这正反映了香港法院支持内地仲裁裁决在香港的执行、严格限缩不予承认和执行之事项的司法态度，拒绝强制执行内地仲裁裁决的案例属于少数，以“公共秩序原则”为由而拒绝执行内地仲裁裁决的案件则更是非常少见。从 2018 年的 Z v. Y 案可知，广州仲裁委的仲裁庭未能充分说明法律理由而作出仲裁裁决，香港法院认为，执行该裁决将违反香港法院关于公平和正义的基本理念，因而拒绝执行该内地仲裁裁决。[①]而内地的江苏省南京市中级人民法院也曾于 2016 年 12 月裁定强制执行中国贸仲委香港仲裁中心的仲裁裁决。该案是当事人首次向内地法院申请强制执行香港仲裁中心的裁决，受到业内广泛关注。

六、海牙国际私法会议及其公约在两地民商纠纷解决中的作用

——赴海牙国际私法会议亚太区域办事处调研情况

1、亚太区域办事处接受调研访谈的人员

海牙国际私法会议亚太区域办事处首席代表 Frank Poon 先生

海牙国际私法会议亚太区域办事处前任首席代表 Anselmo Reyes(芮安牟) 教授

2、亚太办事处情况

香港致力实现的国际争议解决服务中心的构建和“法律枢纽”计划的落实，需要很多海外争端解决机构的加入，正是在这样的背景下，香港政府邀请并大力支持海牙国际私法会议在香港设立一个办事处。2012 年 12 月，海牙国际私法会议亚太区域办事处在香港正式设立。[②]目前亚太办事处共有 4 个工作成员，其中，1 个代表，2 个法律事务办公人员和 1 个办公室管理人员。主要工作有：演讲、研讨会、工作坊。上海政法大学刘晓红校长曾推荐学生到工作坊。办事处也需要学生帮忙，学生可以帮助翻译一些文件。

亚太办事处设立有三个核心目标：第一，促进海牙国际私法会议亚太区域的成员方之间的关系。办事处希望更多亚太国家加入海牙国际私法会议（HCCH），目前 HCCH 成员方有 82+1，还包括了一些加入了某些海牙国际私法条约的非 HCCH 成员方。第二，促进海牙国际私法条约在亚太地区的适用。第三，关注亚太地区国家所关注的国际私法问题，聆听亚太地区国家的声音。为实现这些目标，亚太办事处的主要工作方式是，举办或支持与海牙国际私法条约相关的演讲和研讨会以及工作坊、与亚太区国家/地区政府交谈等。

总的来说， 6 年多来，亚太办事处通过与亚太区域国家政府交谈、参加 APEC 等政府间国际会议、主办海牙国际私法会议亚太周活动（Asia Pacific Week）等方式，积极推动《海牙外交认证免除公约》、《海牙儿童诱拐公约》等海牙国际私法会议公约在亚太区域国家/地区的适用，成果较为显著。此外，海牙国际私法会议建议亚太区各国在其法律发展过程中

---

① Z v. Y, [2018] HKCFI 2342.

② 自 1997 年始，中央人民政府在征询香港特区政府意见后，与多个国际组织就他们在香港设立办事处或运作达成协议和安排，订明有关办事处的设立/维持或他们在香港的运作及获授予若干特权和豁免事的事宜。这些组织计有：欧洲共同体委员会、国际清算银行、国际货币基金组织、国际复兴开发银行及国际金融公司、海牙国际私法会议和常设仲裁法院。 国际机构在香港设立办事处或运作的协定和安排可参见香港律政司官方网站 http://www.doj.gov.hk，最后访问时间为 2019 年 6 月 12 日。

可以海牙国际私法条约为文本进行制定或修改完善本国立法。

海牙国际私法会议亚太办事处较少从事公约文本相关的研究工作。目前，海牙国际私法会议的主要研究工作位于海牙。阿根廷办事处从事部分研究工作，因南美洲的各国法律相似，均属成文法系，因而阿根廷办事处较多研究与南美洲国家有关的海牙国际私法会议公约的适用问题。亚太区办事处目前较少涉及研究工作主要因为亚太地区各国法律及其发展进程均存在较大差异，有的国家法律根源于俄罗斯法，有的国家法律根源于德国法，中国的法律制度是较为成熟的成文法系法律制度，而越南和老挝的法制才刚刚发展，要进行亚太区国际私法的统一非常困难。

亚太办事处这 6 年的经费预算未列入海牙国际私法会议经费，而是由亚太区域的政府进行资助，比如中国和澳大利亚政府都资助了 10 余万港币、中国香港政府资助了 200-300 万港币，这些资助可以一直支持亚太办事处正常运转至 2020 年。

3、内地和香港加入和签署海牙国际私法会议公约情况

目前，共有 8 个海牙国际私法条约（不包括 1955 年《海牙国际私法会议章程》）适用于香港。香港回归之前，英国先后将其缔结或参加的 7 个海牙国际私法条约扩展适用于香港，包括：《海牙遗嘱形式公约》、《海牙送达公约》、《海牙取证公约》、《海牙取消认证公约》、《海牙离婚承认公约》、《海牙诱拐儿童公约》和《海牙信托公约》。这些海牙国际私法条约在香港回归之后继续适用于香港。香港回归之后，《海牙收养公约》经中央政府批准而扩大适用于香港特别行政区，这是中央人民政府根据香港情况和需要，在征询香港律政司意见之后作出的决定。

关于中国大陆，目前已经批准了 3 项海牙国际私法条约（不包含《海牙国际私法会议章程》）：1965 年《海牙送达公约》；1970 年《海牙取证公约》和 1993 年《海牙收养公约》。此外，中国大陆已经签署《海牙选择法院协议公约》，但至今尚未批准该公约。

内地和香港两地签署和适用海牙国际私法会议公约的不同情况，也很好地体现了“一国两制”。

4、海牙国际私法会议公约在内地和香港的适用

海牙国际私法公约在香港的适用一般须转化为香港法例。海牙国际私法会议制定的《海牙遗嘱形式公约》、《海牙送达公约》、《海牙取证公约》、《海牙离婚承认公约》、《海牙诱拐儿童公约》、《海牙信托公约》和《海牙收养公约》，分别经香港立法机关制定或修改相应法例而适用于香港。[①]例如，1980 年《海牙诱拐儿童公约》经转化为 1997 年香港法例第 512 章《掳拐和管养儿童条例》得以在香港施行。

在涉外民商事领域之内，中国内地采用的是转化和纳入两种方式适用海牙国际私法公约。一般情况下，国际私法公约优先适用，但知识产权领域国际条约的适用有例外。2010 年《涉外民事关系法律适用法》并没有对国际私法公约在中国大陆的适用问题作出规定。在司法实践中，涉及国际条约和国际惯例适用时，其法律依据是《民法通则》第 142 条的规定。有鉴于此，2013 年最高人民法院《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释》（以下简称为《〈法律适用法〉解释（一）》）第 4 条对适用国际条约的法律依据作出了明确指引：第一，适用国际条约的法律依据包括：《民法通则》第 142 条第 2 款、《票据法》第 95 条第 1 款、《海商法》第 268 条第 1 款、《民用航空法》第 184 条第 1 款等法律规定。第二，知识产权领域的国际条约已经转化或者需要转化为国内法律的，不一定优先适用国际条约的规定。因为国际上普遍承认知识产权的地域性原则和各国独立保护原则，中国大陆对 WTO 项下的 TRIPS 协议采取了转化适用的模式，且 TRIPS 协议以外的知识产权领域的国际条约通常规定的是最低保护标准而不是完全统一的具体规则。

[①] 参见张美榕：《香港冲突法研究》，法律出版社，2014 年版，第 77-85 页。

5、香港冲突法与海牙国际私法条约的相互关系

两者的关系主要体现如下：

一方面，海牙国际私法会议亚太办事处所开展的很多讲座和工作坊以及研讨会等，均有助于帮助亚太区域国家/地区（包括香港特别行政区）国际私法规则的趋同化。目前，中国已经于 2017 年 9 月签署了 2005 年《海牙选择法院协议公约》，但至今尚未批准该公约。如果中国批准该公约，并且经询问香港政府之后而延伸适用于香港地区，则必然会对香港冲突法规则与法例带来一定的变化。比如，香港法官必须尊重当事人的选择法院协议，而导致其在适用不方便法院原则时的自由裁量权受到极大的限制。

另一方面，香港冲突法的范围并不小，且其内容越来越国际化。香港主要以普通法为主，但现在也越来越熟悉成文法规范，香港致力于成为亚太争议解决中心而日益健全完善包括冲突法在内的香港法律，使得香港冲突法在形式和内容等方面均已变得越来越全球化。香港冲突法的这些可喜变化既是对海牙国际私法会议及其成果的肯定，同时也可以通过条约的解释和新条约的磋商等事项上帮助实行海牙国际私法会议实现其国际私法规则趋同化的宗旨。

6、海牙国际私法会议及其公约在两地司法互助中的作用

虽然海牙国际私法会议的条约成果调整的是国际民商事法律关系中的法律选择和法律适用，并不能直接用于调整我国内部不同法域之间的民商事法律关系中的法律选择和法律适用，但不可否认，海牙国际私法会议的条约成果在这 20 余年间对内地与香港之间区际民商事法律合作的发展产生了重要的推动作用，对未来内地与香港区际司法互助的进一步发展与完善也具有重要的潜在影响力。

从 20 余年内地与香港两地区际司法互助“安排”的制定与落实的实践来看，海牙国际私法会议成果对内地与香港两地间民商事合作事项“安排”的磋商产生了非常积极影响，也为两地之间进一步开展区际司法互助与合作奠定了坚实的基础，推动了两地民商事司法互助的发展。1999 年《两地送达安排》借鉴了《海牙送达公约》的内容；2016 年《两地取证安排》则借鉴了《海牙取证公约》的内容。中国未缔结的海牙国际私法条约的内容也对中国区际司法互助“安排”有重要的影响，如 2006 年《两地执行协议管辖案件判决安排》借鉴了 2005 年《海牙选择法院协议公约》的内容；2017 年 6 月 20 日签署的《两地执行婚姻家庭案件判决安排》则借鉴了 1970 年《海牙离婚承认公约》、1980 年《海牙国际诱拐儿童公约》、1993 年《海牙收养公约》和 2007 年《海牙关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭扶养的公约》等条约内容；2019 年 1 月 18 日通过的《两地执行判决安排》亦借鉴了《海牙承认与执行民商事判决公约（草案）》的内容。[①]

总之，在构建内地与香港全面的区际民商事法律合作方面，海牙国际私法条约可以成为很好的示范。但值得注意的是，两地之间的司法互助“安排”绝不是照抄照搬海牙国际私法公约，也不囿于两地现有法律制度，而是始终立足于两地及两地民众的实际需要。

7、海牙国际私法会议公约在内地和香港适用中的困难

海牙国际私法会议公约在内地和香港适用中存在一些困难，主要有：

第一，一国内部不同法域的不同考量增加了加入公约的复杂性。海牙国际私法会议公约本身允许各法域单独参加公约，即允许香港和澳门在中央政府同意之下单独加入海牙国际私法会议所制定的条约。比如，香港为了与新加坡竞争亚洲商事纠纷解决中心地位，非常希望可以尽快加入 2005 年《海牙选择法院协议条约》，内地则认为，如果加入公约，最好是以国家名义（包括内地和香港以及澳门）一起参加，而要兼顾该公约在内地、香港与

[①] 参见 Hans Van loon：《过去三十年国际私法之发展——中国、海牙国际私法会议与世界》，张美榕译、吴用校，《国际法研究》2018 年第 5 期。

澳门适用的可行性和复杂性，则必然会延后该公约在中国生效的时间。

第二，海牙国际私法会议公约采用了较为弹性和灵活的法律术语或条款，如惯常居所地和公共秩序等，且未对其进一步予以明确界定，留待各国自行立法解释，这可以增大各国接受公约的可能性，但也有可能在一定程度上造成了新的法律冲突。

8、亚太办事处在香港的未来发展

海牙国际私法会议亚太办事处将会一如既往通过讲座和研讨会以及工作坊等灵活多元的方式推动海牙国际私法会议公约在亚太区域国家/地区的适用，推动国际私法全球趋同化运动。该办事处在香港的未来发展已经有一定的蓝图设计，主要体现在：

首先，亚太办事处将会迁到办公场所更大、法律服务也更为集中的香港特别行政区市中心的 Legal Hall，作为一体化的法律服务中心的一部分，其所提供的服务将会产生更大的影响力。

其次，亚太办事处的代表将会从现在的“兼职”发展为未来的“全职”人员，办事处的法律事务办公人员的地域分布将会更为均匀，除了中国之外，也还会有其他亚太国家的人员。

第三，在亚太办事处的经费方面，2019 年的海牙国际私法会议大会将会将亚太区域办事处放进海牙国际私法会议正常预算之中，这样就可以保障亚太办事处每年的经费支持。目前，中国在大力推动这一事项。南美办事处已经在海牙国际私法会议的正常预算之中。

第四，办事处将继续推动亚太区域国家/地区加入更多有益的海牙国际私法会议条约，也不排除会在亚太地区国家之间缔结小规模的区域性国际私法条约，即小规模的亚洲区域性国际私法条约。比如，《东南亚国家联盟》（ASEAN）国家可以率先在一些较小事项上着手开展区域性统一国际私法公约的制定。

第五，亚太办事处已经对亚太区域 15 个管辖区的司法实践进行了考查，如柬埔寨目前尚不承认或执行其他国家作出的民事判决，办事处希望可以通过各种努力改变柬埔寨这一现状，进一步推动亚太区域国家/地区国际私法的发展。

七、香港与内地区际民商事司法互助中的问题及展望

1、两地司法互助中存在的问题

除了上文所述及的两地“安排”具体落实中的内地判决终局性问题、选择法院协议的认定、公共秩序原则的适用等问题之外，两地民商事司法互助仍有如下问题值得关注与完善：

第一，两地“安排”在香港本地化时间较长，不利于“安排”在香港的尽快落实。除了《两地取证安排》不需要香港立法会进行专门的转化立法之外，其他 5 个两地“安排”在香港的落实均需要进行香港法律本地化的过程。两地于 2016 年 12 月 29 日签署了《两地取证安排》，2017 年 3 月 1 日该“安排”即生效。相比较而言，2006 年 7 月 14 日，两地签署了《两地执行协议管辖案件判决安排》，该“安排”内容经香港立法会转化为《内地判决（交互强制执行）条例》（香港法例第 597 章），自 2008 年 8 月 1 日起生效，《两地执行协议管辖案件判决安排》转化立法的时间为两年有余，可见，两地“安排”在香港进行本地化的时间通常都比较长。目前，两地间尚有 2 项“安排”（2017 年《两地执行婚姻家庭案件判决安排》和 2019 年《两地执行判决安排》）仍需要香港立法会进行香港法律本地化的过程。其中，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》自 2017 年 6 月 20 日签署之后，在香港立法会转化立法的时间至今已近两年。由此可知，两地“安排”的落实，普遍需要历经较为漫长的香港法律本地化过程。虽然“安排”内容经香港法律本地化之后会更为细致、具有可操作性，但这段漫长的本地化过程，显然并不利于两地司法互助合作的高效运转，也不能尽早、及时且有效地保护两地民商事案件当事人的合法权益。

第二，两地“安排”尚未能全面覆盖两地所有民商事司法互助事宜。虽然《两地执行判决安排》的落实将标志着两地民商事领域司法互助实现基本全面覆盖，但是，两地破产事项之合作事宜、继承案件判决之相互认可与执行事宜、两地直接管辖权事宜等等尚未能在两地“安排”下实现司法互助。因此，未来两地有待在民商事司法互助领域进一步深化合作，以实现更多的新突破。

第三，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》与《两地执行判决安排》适用范围并不明晰。依据《两地执行判决安排》第 31 条的规定，在《两地执行判决安排》生效后，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》将继续施行。表面看来，两项“安排”相互独立，互不影响。然而，两项“安排”在规定各自所适用的判决范围时，在立法技术上分别采用了不同的规定方式，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》采用的是列举 “正面清单”的方式，《两地执行判决安排》则是采用列举排除适用的案件/判决的“负面清单”的方式，不同的立法方式和不同法域的法律解释方法，都将可能令两项“安排”的具体适用范围出现不明晰的状态。[①] 可以预见，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》与《两地执行判决安排》所列举或排除案件的范围的界限何在，将成为日后司法实践的个案中的重要争论点。因此，《两地执行婚姻家庭案件判决安排》与《两地执行判决安排》的适用范围尚待进一步厘清，两地可以通过解决这一问题完善和优化两地之间区际判决互认司法互助机制。

2、香港与内地关于区际民商事司法互助的最新“安排”

在调研组结束香港调研之后，2019 年上半年又有两项关于香港和内地民商事司法互助方面的“安排”成功签署。

2019 年 1 月 18 日，最高人民法院与香港律政司共同签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》。这是自香港回归祖国以来，内地与香港商签的第六项司法协助安排，也是覆盖面最广、意义最为重大的一项安排。该安排的签署，标志着两地民商事领域司法协助已基本全面覆盖。[②]

这项“安排”涉及两地相互认可和执行民商事案件判决的范围和判项内容、申请认可和执行的程序和方式、对原审法院管辖权的审查、不予认可和执行的情形、救济途径等。该“安排”对判决范围作了尽可能扩大，将非金钱判项以及部分知识产权案件的判决也纳入相互认可和执行的范围。可以预期，该项“安排”未来在香港和内地生效后将极大促进两地民商事判决相互承认和执行的顺利实现。

该项“安排”在前述内容多有提及，此处不再多述。

2019 年 4 月最高人民法院与香港律政司共同签署了《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《两地相互协助保全安排》）。此项“安排”共 13 条，主要内容包括保全的范围、香港仲裁程序的界定、申请保全的程序、保全申请的处理等。

在此项“安排”签署之前，内地与香港之间已签署的 6 项“安排”均未涵盖仲裁保全协助事项，虽然内地仲裁程序当事人可以依据香港现行法例（香港《高等法院条例》第 21M 条及《仲裁条例》第 45 条）向香港法院申请保全协助，但是内地法律（除海事案件外）对于香港仲裁程序中的当事人能否向内地法院申请保全并无明确的规定，这已经不能满足两

[①] 黄善端：《<民商事安排>与<家事安排>的关系》，“跨境法务第一问”微信公众号评论文章，2019 年 1 月 30 日。

[②]参见《内地与香港特区今日签署相互认可和执行民商事案件判决安排，杨万明、郑若骅分别代表两地签署》，最高人民法院官网 2019 年 1 月 18 日发布，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-139481.html，最后访问日期：2019 年 6 月 13 日；《内地与香港签署民商事判决互认安排不断完善中国特色区际司法协助体系——专访最高人民法院研究室负责人》，最高人民法院官网 2019 年 1 月 18 日发布，
http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-139491.html，
最后访问日期：2019 年 6 月 13 日。

地日益紧密的经济社会的发展需求。

签署《两地相互协助保全安排》时，最高人民法院副院长杨万明表示，发挥仲裁在化解纠纷中的重要性、加强两地在仲裁领域的协助合作、健全司法对仲裁的支持和监督机制，是大势所趋、人心所向。在仲裁保全方面，两地法律制度和法律语言差异显著，保全措施的类型、认定仲裁程序籍属的标准、仲裁庭在保全措施方面的权能等都大不相同。两地法律人积极主动地探索了一条务实创新的可行之路。此项“安排”的成功签署是两地在“一国两制”方针下开展更加紧密的区际司法协助的具体体现。香港特区政府律政司司长郑若骅也表示，此项“安排”为香港仲裁程序当事人向内地人民法院申请保全提供了明确、有效的法律机制，并确定内地仲裁程序当事人可根据现行法例向香港特区法院申请临时措施。这将进一步提升香港特区国际仲裁服务的竞争力，并为香港特区建设亚太区国际法律及争议解决服务中心提供巨大支持。[①]

由上述两项最新的司法互助“安排”的签署可以看到，香港和内地在建立两地民商事司法互助方面有着极大诚意，进行了积极的努力，至今已取得巨大成效，已初步构建了两地民商事司法互助体系。

3、两地司法互助的未来发展

鉴于两地现实的发展需要，两地在未来可以从如下几个方面进一步加强两地民商事方面的全面法律合作：

第一，虽然内地与香港之间已经在民商事司法互助领域取得了辉煌的成果，这些成果的落实将会基本实现两地民商事司法互助的全面覆盖，但是，这些“安排”的落实与完善，也仍需要两地法律人付出持续的努力。一方面，在落实两地民商事司法互助各项“安排”的司法实践中，两地法院在个案中遇到前文所述及的如《两地执行婚姻家庭案件判决安排》与《两地执行判决安排》的适用范围问题、内地判决终局性问题、选择法院协议的认定、公共秩序原则的适用等问题时，宜以两地人们的共同福祉的实现为价值导向。另一方面，为完善两地民商事司法互助“安排”的内容，对于诸如选择法院协议是否必须以“实际联系”为要件等问题，可以通过未来立法予以明确，以更好地保障当事人选择法院的合意。

第二，两地之间跨境破产问题上的冲突及协调，已成为内地与香港亟待解决的共同法律问题。在两地跨境破产合作“安排”签订并落实之前，香港法院应依据普通法规则积极给予内地法院相关破产判决予以认可与执行，内地法院亦应弹性运用互惠原则认可与执行香港破产令等判决，积极提供法律允许的合作路径，协调内地与香港破产合作事项上的法律冲突，突破两地跨境破产合作的法律障碍，为两地签署跨境破产合作“安排”奠定基础。与此同时，两地宜借鉴国际上和两地关于跨境破产合作的相关立法与司法经验，尽快启动研究相互认可和协助两地跨境破产合作“安排”的制定。[②]

第三，内地与香港的直接管辖权冲突的法律协调是两地民商事司法互助合作深度发展的必然要求。一方面，两地将更充分尊重彼此的民商事司法管辖权，能够科学合理地分配两地民商事司法管辖权，在协议管辖等区际民商事管辖权领域逐渐累积更多的共识。另一方面，在求同存异基础上建立两地民商事管辖权领域的司法互信与合作，例如，通过普遍采纳先行起诉原则和不方便法院原则，尽可能地避免或协调两地区际民商事管辖权冲突。

在此次赴香港调研活动中，调研组通过对香港大学、香港律政司、香港律师会、中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心、海牙国际私法会议亚太区域办事处的调研，获取了大量第一手材料，对内地和香港共同签署的 6 项民商事司法互助“安排”在香港的适用情况有了实际和充分的了解，对香港律政司、法院、律师界、仲裁机构适用内地民商法律、

[①] 参见《内地与香港特区签署就仲裁程序相互协助保全的安排（附全文）》，最高人民法院官网 2019 年 4 月 2 日发布，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-149552.html，最后访问日期：2019 年 6 月 13 日。

[②] 石静霞、黄圆圆：《论内地与香港的跨界破产合作》，《现代法学》，2018 年第 5 期。

承认和执行内地判决和裁决的态度和作法有了最真实的了解，也从调研中了解了两地民商事司法互助中存在的问题，这些都是此次调研最宝贵的收获，十分有助于调研组今后对两地民商事司法互助的进一步研究。调研组也将以此次调研为基础，持续关注和深入研究内地和香港区际民商事司法互助的立法和司法实践的新进展。

5.内地游客涉澳门消费合同纠纷诉讼法律适用问题探究

王章宇*

摘要：每年赴澳门旅游消费的内地游客数以千万计，内地消费者强劲的消费力拉动了澳门旅游业的发展的同时也带来一系列的消费者和经营者的法律纠纷。澳门政府虽然提出了一些例如网络仲裁等解决办法，但收效甚微，相比较而言，游客在返回内地之后到法院进行诉讼是最为彻底也是最常见的解决方式，特别在涉案数额巨大，法律关系复杂的情况下更是如此。尽管内地和澳门在二 00 六年通过了《内地与澳门关于相互认可和执行民商事判决的安排》，但由于内地和澳门分属不同的法域，法律概念上还存在较大差别，故在承认和执行相关判决时具有一定的障碍。在内地和澳门的冲突法以及消费者保护法差别较大的情况下，本文聚焦于内地法院据何准据法进行裁判和澳门在何种情况下会承认和执行亦或是拒绝内地的判决。

关键词：消费纠纷；消费者保护法；准据法；立法差异；内地判决的承认与执行

Abstract：Huge amount of mainland tourists travel to Macao every year. The strong consumption power of mainland consumers drives the development of Macao's tourism industry and brings a series of legal disputes between consumers and business operators. The Macao government has proposed some solutions targeting to those disputes, such as online arbitration, but with little success. By contrast, it is the most thorough and common way for tourists to file lawsuits after returning to the mainland, especially when the amount involved is huge and the legal relationship is complicated. Although the mainland and Macao adopted t*he arrangement for mutual recognition and enforcement of civil and commercial judgments between the mainland and Macao* in 2006, there are still great differences in legal concepts due to the fact that the mainland and Macao belong to different jurisdiction, so there are certain obstacles in the recognition and enforcement of relevant judgments. In the case that the conflict laws and consumer protection laws between mainland China and Macao are quite different, this paper focuses on which applicable laws mainland courts use to adjudicate and under which circumstances Macao will recognize and enforce or reject the judgments of mainland China.

Key Words: consumer disputes， consumer protection laws， applicable laws， legislation differences, recognition and enforcement of mainland judgments

* 王章宇，澳门大学法学院 2018 级国际法及比较法硕士研究生。

随着港珠澳大桥的落成通车，赴澳门旅行的内地游客也呈爆发式增长。澳门本地人口不足七十万，每年却有上千万内地游客赴澳门观光旅游[①]。内地游客给澳门带去高额的旅游收入的同时也带来了诸多社会问题，其中之一就是内地游客在澳门产生的消费法律纠纷。内地与澳门属于不同法域，加之澳门的入境签注制度使得内地游客在澳门产生消费纠纷后往往难以短时间在澳门得到妥善解决。澳门政府虽然提出了例如“消费网上仲裁”[②]等措施，但面对可预见的大量出现的矛盾，此类措施就显得捉襟见肘。对于绝大多数内地消费者，最可行的纠纷处理途径仍是在其返回内地后通过内地司法机关进行诉讼以达到解决。但如果通过诉讼途径，由于澳门内地属于不同法域，难免出现法律适用上的差别以及判决的承认和执行问题。本文拟通过讨论内地居民涉澳门消费合同纠纷在内地提起诉讼[③]的法律适用和相关判决的承认和执行问题，以期厘清相关法律规定和阐明澳门法院在何种情况下会拒绝或承认并执行内对判决的目的。

在当事人向法院起诉后，法院会对案件的法律性质进行识别以探究相关法院是否对该案件有管辖权，在此基础上才继续对案件的性质进行识别定性，以确定可适用的冲突法[④]。若法院将案件的性质依据《中华人民共和国消费者保护法》（以下简称：《消费者保护法》）相关规定[⑤⑥]定性为消费合同纠纷，则要通过《中华人民共和国涉外法律适用法》（以下简称：《涉外法律适用法》）第42条消费者合同的冲突法的规定确定相应的准据法。由此，依据第42条规定，当内地旅客在澳门发生消费合同纠纷时：1）消费者可选择适用商品、服务提供地法，即澳门的相关法律；2）在消费者没有选择适用澳门法且，且澳门经营者在消费者经常居所地（内地）没有从事相关经营活动的，适用澳门法律；3）消费者没有选择适用澳门法，澳门经营者在内地有从事相关经营活动，适用内地法。如此的规定“融入了保护弱者利益的考虑，在给予了消费者在其经常居所地法律和商品、服务提供地法律进行选择的有限权利，同时也兼顾了经营者的商业利益，确保了消费者经常居所地的法律的适用是在经营者的可预见范围内”。[⑦]在下文中，笔者将对此三点冲突法的适用展开论述。

一、适用澳门法的情况和相关问题

---

① “2017 年第三季度以来，澳门游开始高速增长，根据澳门特区政府统计暨普查局公布的数据，2018 年上半年，入境澳门的内地旅客为 1170.5 万人次，同比增加 13.3%。入境澳门旅客总计达 1681.4 万人次，同比增加 8%。同时，过夜游客在 2017 年也创新高，超过半数”——“澳门旅游局局长：内地游客赴澳热度不减 发力旅游业结构转型 ”搜狐网新闻，http://www.sohu.com/a/270198948_100191065

② “为加强旅客对澳门消费环境的信心，解决旅客因时间、交通等成本因素影响其索偿的意向，澳门特别行政区政府经济财政司司长于 1 月作出批示，修改《澳门消费争议仲裁中心规章》第十一条第二款，批准仲裁中心可以透过远距离信息传送方式，例如通过网络视像会议等方式进行跨域调解及审判听证——消费争议仲裁中心新增跨域调解及审判职能”，澳门特区政府旅游局网站，

http://mtt.macaotourism.gov.mo/201803/cn/contents/3/849.html。

③ 在本文中，笔者假定仅是内地居民针对在澳门所发生之消费合同纠纷在内地法院提起诉讼。此假定目的是避免花费过多笔墨讨论“平行诉讼”的问题而不能致力于讨论内地判决在澳门的承认执行问题。

④ 《对国际私法识别问题的思考》，宋伟莉，载《中山大学研究生学刊》社会科学版，第 19 卷第 1 期，1998 年。

⑤ “涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”《中华人民共和国涉外法律适用法》第 8 条。

⑥ “消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”，《中华人民共和国消费者保护法》第 2 条。

⑦《合同冲突法的当代发展及我国的立法完善》，谢宝朝，华东政法大学博士论文，2012 年。

在消费者选择适用澳门法或者消费者没有选择但是经营者在内地并没有从事相关经营活动时，则适用澳门法。

根据澳门现有法律规定，《澳门民法典》中并没有关于“消费合同”这一有名合同的规定。[①]而在澳门相关的消费者保护法律中虽也没有明确出现“消费合同”这一概念，但在《消费者的保护》中规定了经营者在与消费者订定相关合同时，消费者有要求“同等及忠实之权”[②]，并重点列举规定了五项特殊权利[③]：防止经营者滥用格式条款和消费宣传；消费者订立合同时获得准确清楚的提示；消费者无要求商品或服务则不能要求其付款；获得售后服务权；因提供商品服务不能满足合同约定的违约赔偿权。可见，澳门现有的消费者保护法律中没有将消费合同作为一种特殊的合同对待，而只是将其认为是普通的合同，即便是规定了消费者缔约时有“同等及忠实之权”并列举式地规定了此权利的表现形式，但就其本质而言，消费者并无基于消费合同而享有特别保护权利。

与澳门的法律规定相异，内地的消费者保护法以及一系列的消费者保护法律中，均创设了许多消费者不同于普通合同的缔约主体而享有的独特权利。尤其，在合同违约赔偿责任[④]方面，内地相关法律甚至创设了许多“惩罚性损害赔偿”，完全突破了传统民法的“填平原则。”[⑤]例如，以预收付款方式提供商品、服务却没能提供的经营者责任[⑥]；经营者欺诈行为的惩罚性损害赔偿[⑦]；生产不符合安全标准食品的消费者可要求支付价款 10 倍或者损失三倍赔偿金[⑧]等。在《涉外法律冲突法》中更是直接规定了“消费者合同的法律适用”[⑨]。可见内地法律将消费合同独立出来形成一种涵盖面广泛的合同类型。消费合同可能是消费者与经营者的买卖合同、租赁合同、承揽合同等多种多样的合同。只要该合同满足了主体是消费者和经营者、所缔结约定的内容是消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务即可纳入消费者合同这个概念中，从而赋予其特殊的规定以期达到对消费者更加全面的保护。

鉴于内地法和澳门法律中对消费者特别保护的区别[⑩]，此时就需要考虑澳门法相关规定是否会在内地法院引起因域外法法不能查明这而导致内地法院按照《法律适用法》规定直接适用内地法进行判决[11]。外国法（域外法）不能查明包括两种情形：即采取一切可能的办法仍不能查明外国法，或者内国法律制度中不存在与外国法律概念相对应的概念。[12]我国立

---

① 《澳门民法典》第二卷第二编。

② 澳门特别行政区第 12/88/M 号法律《消费者的保护》，第七条。

③ “ A）防止由滥用有格式的合约及不规则方法的销售宣传而妨碍冷静评估合约条文及自由作出订立合约的决定；B） 清楚及准确订定其目的为提供物品或服务的合约条文；C） 在对无明文要求提供之物品或服务的不可要求付款方面；D） 有权取得耐用物品供应者在物品出售后提供援助服务，该等服务包括在所供应物品一般平均使用期内配件的供应；E） 有权因物品不妥善或服务不完善时获得协助或一般因违反供应合约而引致之损失获得赔偿。”，澳门特别行政区第 12/88/M 号法律《消费者的保护》，第七条。

④ 梁慧星教授在《消费者权益保护法第 49 条的解释与适用》、杨立新教授在《对我国侵权责任法规定惩罚性赔偿金制裁恶意产品侵权行为的探讨》和《消费者权益保护法规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》都认为此惩罚性损害赔偿是合同责任，因为其此种惩罚性赔偿责任为合同责任。 究其理由，在于该项惩罚性损害赔偿发生的场合乃是消费者与经营者间的消费问题的纠纷，因合同关系所生，又因该条规定的产品欺诈的惩罚性赔偿责任所着眼的是欺诈的恶意，无须具备损害事实要件;此外，《合同法》也已明确将此种责任归于合同责任制度中。

⑤ 《澳门消费者权利保护制度与内地之比较研究》，陈广平，青年法苑 2009 年第 8 期。

⑥ 《中华人民共和国消费者权益保护法》第 53 条。

⑦ 《中华人民共和国消费者权益保护法》第 55 条。

⑧ 《中华人民共和国食品安全法》第 148 条。

⑨ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 42 条。

⑩ 《澳门消费者权利保护制度与内地之比较研究》，陈广平，青年法苑 2009 年第 8 期。

11 《中华人民共和国对外民事法律关系适用法》第 10 条。

12 《国际私法》，韩培德，高等教育出版社、北京大学出版社，2003 年版。

法中规定了第一种“采取一切可能仍不能查明外国法”的情况[①]，但并没有提及第二种“内国法与外国法的法律概念不能对应”的情况。笔者认为第二种情况即使没有立法规定，从法理而言，域外法与法院地法对于某一法律概念无法对应则意味着域外法关于此情况之立法不能适用于内国法院正在审理之案件，实质而言应为内国法院无法查明法律。按照前述，澳门法中并没有如内地法律一样创设“消费者合同”这一概念并同时设立了独特的规定以使消费合同区别于其他的普通合同。此情形似乎满足“概念不能对应”的情况，但笔者认为此处不属于域外法不能查明的范畴，原因在于：虽然内地设立了消费者合同制度同时如前所述还设立了很多强制性的规定以加强对消费者的保护，而澳门则却没有设置“消费合同”这一法律制度，澳门法中认为经营者和消费者所缔结之合同的成立、有效、违约责任等情况与普通合同并无二异，但在其《消费者的保护》一法中重点提示了消费者所具有的缔约之时的权利，此做法只能说明澳门对于如何保护消费者这个问题上与内地方法不同，而不能说明澳门缺乏“保护消费者”这一法律概念和立法目的。诚然，澳门法并没有专门为消费者设置一些强制保护的制度，可能会导致保护力度不强的效果，但是相关的“消费者权益保护”以及“消费者与商家缔结合同时应该被偏重保护”等概念是明确存在的。此处仅是保护方式和程度不同，而非相关制度存在与否的问题。

笔者认为当前澳门相关消费者保护法律整体而言更多的是对于经营者的规制[②]和对经营者的行政监管和处罚[③]以及相关行业协会的组织办法[④]，对于消费者的保护力度是较为薄弱的[⑤]。由于澳门的12/88/M号法律《消费者的保护》是上个世纪的立法，跟不上当今的发展潮流，故澳门立法会也在紧锣密鼓地进行《澳门消费者保护法》的制定工作，新的法律中充分体现了澳门立法者紧跟国际趋势加大力度保护消费者的立法思想，例如在《澳门消费者保护法》的草案中删除了旧法中“保护责任主体是行政当局”的表述，并且在立法理由陈述部分表明，澳门立法会试图通过新的立法强化其他的责任主体（尤其是消费者委员会）的作用[⑥]，以达到对消费者更为全面的保护；法案也细化了消费者所享有的权利以及经营者的不诚信行为，并规定了消费者所独享的权利[⑦]等。

故而，当内地的冲突法指向澳门的准据法时，内地法院应当适用澳门的12/88/M号法律《消费者的保护》以及《澳门民法典》合同编的相关规定进行裁判，至于消费者的索赔问题应按照一般合同的违约责任和损害赔偿等制度予以处理，但是法官在裁判之时应当注意对消费者的偏重保护，这是尊重澳门相关消费者保护性法律的作法，满足澳门立法的发展趋势也符合公平正义的要求。

---

① 《法律适用法司法解释（二）》第 17 条。

② 第 30/95/M 号法律《订定药品广告方面之法律制度》第二章；第 15/92/M 号法律《规定秤量及计量之操作》第 1-7 条；第 1/2003 号法律《订定黄金商品化法律》第 3-10 条。

③ 第 30/95/M 号法律《订定药品广告方面之法律制度》第三章；第 16/96/M 号法令《核准酒店业及同类行业之新制度》第二、三章；第 15/92/M 号法律《规定秤量及计量之操作》第 8-11 条；第 1/2003 号法律《订定黄金商品化法律》第 11-13 条。

④ 第 30/95/M 号法律《订定药品广告方面之法律制度》第四章；第 4/95/M 号法律《重组消费者委员会》。

⑤ 例如澳门在其消费者法律《消费者的保护》中在第一条开宗明义地规定保护消费者是“行政当局”之职责，此规定实质上限缩了职责主体；又如相关法律只罗列了消费者的权利，却没有配套的对于经营者损害消费者权利时如何惩罚的条款，导致这些权利的罗列隔靴搔痒而不能真正的发挥效力。

⑥ “……为落实上述修法方向，其中一项措施，是将消费者委员会作为法案所指监管实体的监管职能加以强化，赋予其就违法法案有关提供资讯的行为、不正当营商行为及展销会和展览会行为进行监察和科处行政处罚的职权，并有权要求经营者提供商品和服务有关的资讯，以实现法案所定的保障消费者嫩过的安全及品质的商品和服务……”，参见澳门特区消费者保护法案立法理由陈述。

⑦ 例如在其《澳门消费者保护法》第 22 条规定，合同条款的无效，仅可有消费者提出；又如第 33 条第一、二款规定，经营者需就消费品交付于消费者起计一年内显现的任何与合同不相符承担责任。如消费品交付之日起计六个月内显现与合同规定不相符，则推定不相符于交付之时已存在等等。

二、适用内地法的情况和相关问题

当消费者没有选择适用澳门法，且经营者在内地从事相关经营活动，适用内地法。适用内地法时，法官会依照内地的消费者保护法律以及合同法等确定相关纠纷的权利归属以做出判决。若法官依照内地消费者保护法中的独特规定判处澳门经营者不利益，例如依据最具有独特性的规定——基于消费合同的“惩罚性损害赔偿”进行裁判时，由于内地消费者保护法律与澳门相关的法律相去甚远，内地有效判决进入澳门之后能不能被承认和执行就很值得探究。

（一）基于《内地与澳门关于相互认可和执行民商事判决的安排》（以下称《安排》）第11条[①]以及《澳门民事诉讼法典》（下称《澳门民诉法》）第1200条[②]的相关规定的探究——“公共秩序保留”问题

根据学者对以往澳门法院承认和执行内地判决的统计和考察，澳门法院的判决主要分成三类：1）主要依据《安排》和《澳门民诉法》第1200条作出的规定；2）在判决中提及但没有适用《安排》的规定，而主要依据《澳门民诉法》第1200条的规定作出判决；3）仅使用《澳门民诉法》第1200条作出判决。而且第三种情况也即仅依据《澳门民诉法》第1200条作出判决的情况占多数。[③]此时我们需要考察的不仅仅是《安排》的规定，而应该更多的着眼于《澳门诉讼法》第1200条的解读。

本文探讨的情况中能够阻却内地判决在澳门被承认和执行的依据主要集中在《安排》第11条第6点以及《澳门民诉法》第（f）点。两个条款均以公共利益(内地表述) 和公共秩序(澳门表述) 作为决定是否认可的依据。《安排》中还认为在相关判决违反法律的基本原则时也不予以承认和执行，但此违反法律基本原则的表述并未出现在《澳门民诉法》中，其仅规定了“在有关裁判中并无包含一旦获确认将会导致产生明显与公共秩序不兼容之结果之决定”。有学者认为《澳门民诉法》中“公共秩序”的解读应当包含“违法性”.[④]笔者认为不能如此扩大解释，按照体系解释而言，澳门在1999年颁布的《澳门特别行政区民法典》中明确规定如果适用冲突规范所指之澳门以外之法律规定, 导致明显与公共秩序相违背, 则不适用该等规定.[⑤]显然《澳门民诉法》关于“公共秩序”沿袭了《澳门民法典》的表述，不能认为内地法院所依托为判决依据的《安排》这一司法解释具有违法性的规定，澳门就应该同样具有；从促进双方判决相互承认和执行的角度而言，《澳门民诉法》中没有规定违法性是放宽性的规定，应当被容许和鼓励，也是理所应当的.正如程卫东教授所言，“由

---

① “第十一条被请求方法院经审核存在下列情况之一的，裁定不予认可：（一）根据被请求方的法律，判决所确认事项属于被请求方法院专属管辖；（二）在被请求方法院已存在相同诉讼，该诉讼先于待认可判决的诉讼提起，且被请求方法院具有管辖权；（三）被请求法院已认可或执行被请求方法院或仲裁机构相通诉讼作出的判决或仲裁裁决；（四）根据判决地的法律规定，败诉的当事人未得到合法传唤，或者无诉讼行为能力人未依法得到代理；（五）根据判决作出地的法律规定，申请认可和执行的判决尚未发生法律效力，或者因再审被裁定中止执行；（六）在内地认可和执行判决将违反内地法律的基本原则和公共利益，在澳门认可和执行的判决将违反澳门法律的基本原则和公共秩序。”

② “作出确认之必需要件:一、为使澳门以外地方之法院所作之裁判获确认，必须符合下列要件: a) 对载有有关裁判之文件之真确性及对裁判之理解并无疑问; b) 按作出裁判地之法律，裁判已确定; c) 作出该裁判之法院并非在法律欺诈之情况下具有管辖权，且裁判不涉及属澳门法院专属管辖权之事宜; d) 不能以案件已由澳门法院审理为由提出诉讼已系属之抗辩或案件已有确定裁判之抗辩，但澳门以外地方之法院首先行使审判权者除外; e) 根据原审法院地之法律，已依规定传唤被告，且有关之诉讼程序中已遵守辩论原则及当事人平等原则; f) 在有关裁判中并无包含一旦获确认将会导致产生明显与公共秩序不兼容之结果之决定。二、上款之规定可适用之部分，适用于仲裁裁决。”

③ “澳门基本法第 93 条的解读——兼谈《内地与澳门关于相互承认和执行民商事判决的安排》的法律地位”，莫世健，载《政法论坛》第 31 卷第 5 期，2013 年 9 月。

④ 同上。

⑤ 《澳门特别行政区民法典》第 20 条。

于在区际法院判决承认和执行中，各法域均受制于统一国家主权的现实及体现在其中的宪法性义务和共同利益，因此相对于国际法院判决承认与执行来说，区际法院判决承认与执行的条件要相对宽松”[①]。

诚然，这一违法性的规定的缺位从法理角度而言是澳门法中的宽松规定。但实际操作中，如果内地判决果真具有违反澳门法律基本原则时，相信澳门法院亦会援引《安排》中相关规定以及从“公共秩序保留”的角度出发，否认域外判决在澳门的效力，也即在实际操作中《澳门民诉法》第1200条（f）点是否会被法官解释为包含违法性与其“放宽性立法”的目的并不冲突。

在本文的探讨中，一个依据内地消费者保护法律的特殊规定所裁判之案件进入澳门之后是否能被承认和执行也归结于此类判决是否满足《澳门民诉法》第1200条的“明显与公共秩序不兼容”而不获承认和执行。而公共秩序本来就是一个十分模糊的概念，依照元照法律词典的释义：该词的含义并不十分清晰，在英国理查森诉梅利什一案中“公共秩序”曾被比喻为“一匹十分难以驾驭的烈马”。一般而言，他是指立法机关或者法院视为整个国家和社会根本相关的原则和标准，该原则要求将一般公共利益（general public interest）与社会福祉（good of community）纳入考虑的范围，从而可以使法院有理由拒绝承认当事人某些交易或其他行为的法律效力，因为违反公共政策的认定标准并不完全依赖于证据而是更多的是司法印象，故而有法官抨击其是一种不稳定的、危险的标准，若无先例之情况，往往不愿加以引用。正因为公共秩序的的不确定性和随意性，故“对于公共政策如何理解，各国均未讲清，内涵及外延均为界定，是含混的，伸缩性很大，留给法院和法官的自由裁量空间很大，完全是根据国际国内的情况予以确定，可谓‘适用之妙存乎于心’”。[②]在本文讨论中，论及澳门的公共秩序则应当是澳门这一法域在特定时间内、特定条件下和特定问题中的重大或根本利益[③]。根据对《安排》和《澳门民诉法》的解读，在具体的操作上，判定内地判决是否违反了澳门的公共政策时应注意考察“承认和执行此判决的法律后果”是否违反了本法域的公共秩序，而非审查外法域法院‘判决的内容和适用的法律’是否恰当。[④]

笔者认为内地法院根据内地独特消费者保护法律规定所作出关于消费者合同纠纷的判决不满足“明显与澳门公共秩序不兼容”。诚然，澳门法中没有创制“消费者合同”这个概念也没有如内地《消费者保护法》、《食品安全法》等一些独特的规定，特别在“惩罚性损害赔偿”问题上，澳门更是坚持认为应按照一般的民事责任制度进行处理，但是如前文述，澳门的第12/88/M号法律《消费者的保护》的宗旨是为了对消费者进行进行保护。内地法院通过判处澳门经营者不利益而达到对消费者的强力保护并不违反澳门《消费者的保护》的宗旨，澳门地区承认和执行内地的判决的法律后果也符合其消费者保护法律的宗旨之要求，又谈何“明显与澳门公共秩序不兼容”？正如学者所言，“一些国家（地区）的法律规定的内容，虽然与法院地国家（地区）的公共秩序不一致，但在解决的涉外案件中，适用该种规定并不背离法院地国家（地区）的公共秩序的实质性要求……”[⑤]。况且在《澳

---

① 《区际法院判决承认与执行条件之比较》，程卫东，载于《中国国际私法与比较法年刊（第二卷）》，法律出版社1999 年版，第345页。

② 《论国际私法上的公共政策之运用》，高晓力，对外经济贸易大学博士论文，2004。此引文是博士论文作者根据费宗祎教授在“2004 涉外仲裁司法审查研讨会”上“关于公共政策问题”的发言整理。

③ “一方面，对公共政策的规定表现出模糊性，不确定性……另一方面，对公共政策的理解也表现出可变性……公共政策还表现出相对性，公共政策上述观点是相辅相成的。”，《论国际私法上公共政策之运用》，高晓力，对外经济贸易大学博士论文，2005 年。

④ 《中国内地与澳门特别行政区民商事区际司法协助的现状与展望》，范建虹、陈捷、邵长富，载于《“一国两制”研究》第一期。

⑤ 《屈式国际私法讲义》，屈广清，法律出版社 2005 年版，第 171 页。

门民诉法》第1200条第（f）中还要求“明显”的“澳门的公共秩序不兼容”， 而“‘明显’二字大大减小了公共秩序保留制度的适用机率，体现了慎用公共秩序保留制度的立法精神”，[①]故从“明显”这一程度要件而言，内地判决也不应该被拒绝承认和执行。

澳门法院不能援引《澳门民诉法》第1200条（f）作为拒绝的理由，那其是否能援引《安排》第11条中所规定的“违反澳门基本的法律原则”作为拒绝理由就需要纳入考虑。特别是在涉及内地消费者保护法中相关的“惩罚性损害赔偿”时似乎违反澳门合同违约损害赔偿的“填平原则”的民事责任处理原则的情况下，讨论《安排》第11条第6点就显得意义重大。如前文述，澳门法院毋需判断内地法院作出的判决和适用的法律是否正确，而是要看承认和执行了内地法院判决后所造成的后果是否“违反澳门基本的法律原则”。民事责任的填平性质，即“使一切恢复到如同未发生损害一般”。填平就要求受损害的一方不因为别人的过错或者无过错而获得利益。这样就给当事人获得的总的救济设置了一个“最高额”[②]，而民事责任的填平原则源自民法的公平原则。笔者认为澳门法院对于内地判决的承认不会破坏其“法律基本原则”，相反，承认内地法院的判决是对消费者的倾向性保护，更有利于实现民法的公平原则。

总之，在一国两制的背景之下内地和澳门的法律差别尚存在较大差异，虽然“公共秩序保留制度在现阶段内地与澳门的司法协助不仅有存在的必要，而且可以为“一国两制”的具体实现提供制度保障”[③]。但在本文所探究问题中，笔者认为承认内地消费纠纷判决明显不符合公共秩序保留也不并不满足“违反澳门法律的基本原则”，因而澳门法院不应援引《澳门民诉法》第1200条（f）和《安排》第11条第六点拒绝认可和执行内地的有效判决。

（二）基于《澳门民诉法》第1202第2款的探究——“本地居民优待原则”问题

《澳门民诉法》第1202条第2款规定“如有关裁判针对澳门居民作出，且按照澳门之冲突规范，应以澳门实体法解决有关问题者，则提出争执之依据亦得为倘适用澳门之实体法，将会就有关诉讼产生一个对该澳门居民较为有利之结果”。此为“国民优待”的体现（在区际属于“本地居民优待原则”），“但是，由于适用外地法律还是澳门法律，从而产生对当事人较有利或不利的法律后果，属于其可处分或可放弃的权利的范围，所以，根据澳门《民事诉讼法典》第1202 条第2 款的规定，如果当事人不提出，法院不会主动通过审查来实现这个原则，它并不是确认外地裁判的必要条件。”[④]

倘若，被执行人在其答辩状中援用此“本地居民优待”原则作为理由向澳门法院提出反对时[⑤]，澳门法院得进行审查：1）审查该针对澳门居民作出的裁判，根据澳门的冲突规范是否应适用澳门的实体法律；2）适用澳门法律的情况下，裁判的结果将对其是否更有利，而后作出承认与执行与否的决定。

根据澳门冲突法[⑥]，合同应适用“由法律行为所生之债”的冲突规范：1）当事人选择适用的法律或虽未明确作出选择但是意欲适用的法律，选择的法律的范围是与表意人利益

---

① 《论中国内地与港澳区际民商事司法协助及其完善》，宋锡祥，载《上海大学学报(社会科学版) 》2009年第6期。

② 《论违约金制度的功能及违约金数额的调整》，王璐玮、夏英昊，载《法治在线》，2012 年 9 月。

③ 《中国内地与澳门特别行政区民商事区际司法协助的现状与展望》，范建虹、陈捷、邵长富，载于《“一国两制”研究》第一期。

④ 《澳门承认与执行外地裁判与涉外管辖权的现况》，朱健，2004 年内地与港澳地区商事法律实务研讨会论文。转引自《中国区际民商事司法协助法律问题研究》，李继，中国政法大学博士论文，2006年。

⑤ 《澳门特别行政区民事诉讼法》第 1201 条。

⑥ 《澳门特别行政区民法典》第 40、41 条：由法律行为所生之债：由法律行为所生之债及法律行为本身之实质，均受有关主体指定指法律或显示出为其意欲之法律所规范。然而，当事人指定指法律或显示出意欲之法律，仅得为符合表意人之应予重视利益而可适用之法律，或与该法律行为中任一为冲突法所考虑之要素有连接关系之法律。如未能定出准据法，则适用与法律行为有较密切联系地法。

相关的法律、与法律行为有关的冲突规范使用的连接点的法律；2）倘若1）不能确定准据法则适用最密切联系地法。

在本文所提及的消费合同中，由于是在澳门所缔结之合同，一般情况而言，在有约定的情况下，所缔结之合同一般为格式条款合同，选择的法律大多为澳门法；若无约定的情况下，鉴于是消费者在澳门与经营者缔结的合同，故默认选择的法律也应该是澳门法；即便是在无法通过意定选择法律，由于交付行为和产品、服务来源皆为澳门，带着强烈的澳门“印记”（相对内地而言，澳门有着极低的关税，往往商品和服务的价格会比内地低许多），澳门也应当是最密切联系地。

如若适用澳门的法律处理此消费纠纷，则按照普通合同的认定和民事责任进行处理，相对内地法律偏向于保护消费者而对经营者实施更多罚则，澳门法律不会过多让澳门消费者承受不利益。故，总体而言适用澳门法律所生之裁判结果对澳门经营者更有利。

按照上述分析，若澳门本地的经营者以“本地居民优待”为由提出反对，而此做法由《澳门民诉法》明文规定，相信澳门法院极大可能上会拒绝承认和执行内地的判决。

结 语

大陆旅客在澳门发生消费纠纷后选择在大陆法院提起诉讼时，内地将其定性为消费者合同纠纷后，需要去考虑消费者合同相关的冲突法以寻找准据法进行裁判。当适用冲突法指向澳门法律之时，内地法院适用澳门法作出判决相对于内地消费者的保护力度不强，消费者合法权益很难得到全方位的维护；当冲突法指向内地法律且内地的消费者胜诉的合同纠纷判决进入澳门并由澳门法院审查以决定是否承认和执行之时，“大部份审查是形式上的，但当涉及是否违反澳门的公共秩序、被申请人提交能影响判决结果的文件以及根据澳门实体法律可得到更有利判决时，则包含实质性的审查”[①]，而通过本文分析，澳门法院很难用“公共秩序保留”为由阻却内地判决在澳承认与执行。但当澳门经营者提出“本地居民优待“以反对内地判决被承认执行时，澳门法院则有较大可能会拒绝承认和执行内地判决。

总体而言，内地消费者涉澳消费纠纷维权还是非常困难。笔者建议：1）消费者在澳门遇到消费纠纷之时，如果数额较小，则尽量通过当地的消费仲裁进行解决，目前澳门当局推出了网上仲裁的模式，可以较为方便的在离澳之后继续跟进纠纷的解决；2）由于澳门所采取的是行政当局和消费者组织并行的方式，[②]在遇到消费纠纷时可以向其投诉；3）购置相应保险，以防在维权无果时产生较大经济损失。

6.海峡两岸相互认可与执行民商事裁判文书制度新探

宋锡祥*

海峡两岸作出的民商事裁判文书能否被对方认可与执行关系到两岸的经济贸易纠纷是否可以获得实质性解决，关乎维护两岸当事人合法、正当权利和司法公信力的大事。近年来，海峡两岸各司法机关积极地开展司法互助工作，在完善两岸相互认可与执行民商事裁判文书制度上取得了长足的进步和成效。祖国大陆 2015 年出台的《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》是对现有认可和执行台湾地区民商事裁判文书制度

① 《中国区际民商事司法协助法律问题研究》，李继，中国政法大学博士论文，2006年。

② 《澳门消费者权利保护制度与内地之比较研究》，陈广平，载《青年法苑》2009 年第 8 期。

* 作者简介：宋锡祥，上海对外经贸大学法学院教授。

的进一步完善，为祖国大陆认可和执行台湾地区法院民商事裁判文书开启了新篇章。

在两岸同胞密切往来和两岸经贸关系进一步发展的同时，出现了一些经贸和民商事纠纷，往往通过调解、仲裁和诉讼的方式得到处理，并依据海峡两岸共同签署的区际协议和各自的区际司法协助规定得到对方的认可与执行。目前看来，两岸均有相互认可与执行民事判决的成功案例和实践，但主要依据共同达成的司法互助协议和各自单边立法及相应的规范性文件展开有限的区际司法互助事宜，当前海峡两岸尚未对民事判决的相互认可与执行做出详细而具体的共同安排，协助的事项和力度明显不能满足现实发展的需要。

从两岸相互认可和执行民事判决的立法与司法实践看，取得了一定的成效，但仍有某些需要改进的余地，各自的司法和立法机关应当通力合作，加强协调与沟通，进一步消除妨碍相互认可与执行民事判决的阻力和法律缺陷，共同为两岸经贸交流与合作，维护两岸公司、企业和同胞的合法权益做出努力。

一、 两岸相互认可与执行民事判决的法律依据

（一）共同遵循的区际规范

自 2008 年两岸关系出现重大转折，台湾地区领导人的更迭，两岸实现了“大三通”和双向直接经贸投资，大陆与台湾地区的关系在这一大背景下取得了突破性的进展。为了促进两岸人民之间的正常往来，维护当事人的正当合法权益，实现两岸和平发展，2009 年 4 月 26 日海峡两岸关系协会和台湾海峡交流基金会共同签署了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（以下简称《互助协议》），并于同年 6 月 25 日正式生效。《互助协议》篇幅不长，共五章，24 条，却意义重大，使两岸在保护当事人的合法权益方面更上一层楼，两岸开展司法互助的依据由各自的相关规定上升为共同遵循的区际规范，开展司法互助的方式由个案协助转变为通案机制，两岸的司法合作自此均被纳入协议框架下来进行。《互助协议》议定的合作事项除了主要涉及区际刑事司法协助之外，还涵盖部分民事司法互助事项相互提供协助，包括相互协助送达文书、调查取证、裁判认可等。其中，《互助协议》第 10 条规定：“双方同意基于互惠原则，于不违反公共秩序或善良风俗之情况下，相互认可与执行民事确定裁判与仲裁判断（仲裁裁决）。”对两岸相互认可与执行民事裁判，做出了原则性的规定，该条款成为大陆和台湾地区互相认可与执行民事裁判共同遵循的法律依据。虽说《互助协议》具有开创性的积极意义，有助于两岸民事司法程序运作更为顺利，在一定程度上避免两地裁判歧异，从而减省民众诉讼耗费，但预留的公共秩序和善良风俗条款为以后具体的认可与执行工作带来了不确定性，以及《互助协议》仅是一个框架性协议，其规定相对粗疏，原则性强而操作性弱，尽管各自有在执行协议中出台了一些具体操作性规程，但仅停留在这一点上还是远远不够的，需要双方因应实践需要进一步协商，解决具体实务中面临的新情况和问题。

（二）各自区际私法和相关规定

除了共同遵循的区际规范之外，大陆与台湾地区还有各自关于区际司法协助的相关规定。

1. 大陆关于认可与执行台湾民事判决的有关规定

早在 1988 年 8 月 5 日，最高人民法院印发的《处理涉台刑事申诉民事案件座谈会纪要》中就证据问题特别提出在人民法院审理的涉台案件中台湾公证机关或者其他部门出具的证明文书，只要符合大陆法律的规定即可作为证据使用。除此之外，为尽快处理历史遗留问题和两岸交往中出现的形形色色的纠纷，同年最高人民法院出台了关于如何审理跨两岸的婚姻、夫妻共同财产、抚养、赡养、收养、继承、不动产、债务等涉台案件中的有关民事法律问题的司法解释，为解决两岸交往中基本法律问题提供了初步依据。此后，最高人民法院在 1991 年首次提出台湾地区的民事判决，如果不违反大陆法律的基本原则，不损害社

会公共利益或善良风俗，分不同情况，具体处理承认其效力问题。根据相关法律规定大陆人民法院和台湾地区有关方面通过合适方式，切实解决相互委托代为一定的诉讼行为、文书送达和执行等问题。1993 年 3 月最高人民法院在第八届全国人民代表大会第一次会议上的工作报告中重申了这一司法政策。

经过几年的合作，海峡两岸司法互助工作取得了一定进展，与此相配合，最高人民法院自 1998 年以来，陆续出台了 4 个司法解释，简单概括为“两个规定、两个批复”，为两岸民商事司法协助提供制度上的保障。其中，1998 年最高人民法院公布了《关于人民法院认可与执行台湾地区有关法院民事判决的规定》（以下简称《98 规定》），又于 1999 年和 2001 年分别公布了《关于当事人持台湾地区有关法院民事调解书或者有关机构出具或确认的调解协议书向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》和《关于当事人持台湾地区有关法院支付命令向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》，以及在 2009 年 4 月 24 日公布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》（以下简称《补充规定》）。这一系列规定，首先明确了大陆法院对台湾地区的法院的民事判决审查并予以认可的前提是“遵守一个中国原则、不违反宪法、法律的基本原则、不损害社会公共利益”以及被认可的台湾地区有关法院做出的已生效民事判决与祖国大陆法院作成之判决具有同等效力；其次，扩大了申请认可的范围，除了民事判决，还有台湾地区有关法院民事裁定、调解书、支付令以及台湾地区仲裁机构的裁决；第三，为防止在申请认可的过程中被申请人转移被执行财产，对申请财产保全的时间、条件以及财产保全的解除做了专门规定；最后，将当事人申请诉讼的时间由一年延长到两年，将当事人申请执行的期限延长至两年。这一系列规定形成了大陆关于认可与执行台湾地区法院民事判决制度，并在两岸司法互助中发挥了不小的作用。

近几年，随着两岸关系的日趋缓和，两岸经贸交流和人员往来更加密切，双边贸易额不断增长，随着时代的发展，两岸经贸特点与形式也出现了巨大改变，同时，也伴随着大量的新问题和纠纷，最高人民法院原来制定的“两个规定、两个批复”已不能充分满足实际审判工作的需求。为了进一步落实两岸司法互助协议，为两岸经贸和人员往来提起更好的法律制度保障以及更佳地解决审判实践中出现的新的法律适用问题，最高人民法院决定制定更加系统化、清晰化的相关法律法规，在整合并修订上述四个司法解释的基础上，通过实地调研、组织座谈会、书面征求意见等不同方式，广泛听取法律系统、立法机关、相关部委、律师协会、专家学者的意见和建议，正对法院判决和仲裁裁决在申请法院认可与执行条件等方面的差异，将认可与执行台湾地区民事判决和仲裁裁决加以区分，分别制定了《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》（以下简称《15 判决规定》）和《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院仲裁裁决的规定》（简称《15 仲裁规定》） 至此，“两个规定、两个批复”正式退出两岸相互认可与执行民事判决的历史舞台。

《15 判决规定》共 23 条，与此前人民法院认可与执行台湾地区民事判决的四个司法解释相比：一是适度拓宽了可申请认可与执行的台湾法院民事判决范围，不仅包括台湾地区有关法院民事裁定、调解书、支付令，以及台湾地区仲裁机构裁决，还有民事和解笔录、调解笔录，台湾地区法院在刑事案件中做出的有关民事损害赔偿的生效判决、裁定、和解笔录，台湾地区乡镇市调解委员会等出具并经台湾地区法院核定，与台湾地区法院生效民事判决具有同等效力的调解文书；二是扩大了此类案件管辖连接点，在申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院的基础上加上了被申请人住所地、经常居住地；三是降低了受理案件的门槛，申请人委托他人代理申请认可台湾地区法院民事判决的，应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书，授权委托书在人民法院法官的见证下签署或者经中国大陆公证机关公证证明是在中国大陆签署的则不需要履行相关的公证、认证或者其他证明手续；四是更加注重办案的程序正当性与合理性，比如台湾地区法

院民事判决为缺席判决的，申请人应当同时提交台湾地区法院已经合法传唤当事人的证明文件，要求申请人在申请书中说明申请认可的判决的执行情况，避免受理已执行的案件造成司法资源的浪费，和裁定驳回申请的案件，申请人再次申请并符合受理条件的，人民法院应予受理；五是取证途径更加多样化，从单一地申请人提供证明文件，发展为申请人可以申请人民法院通过海峡两岸调查取证司法互助途径查明台湾地区法院民事判决的真实性和是否生效以及当事人得到合法传唤的证明文件，人民法院认为必要时，也可以就有关事项依职权通过海峡两岸司法互助途径向台湾地区请求调查取证；六是加大了对当事人的保护力度，将财产保全措施的时间提前到人民法院受理申请之前；七是增加了程序救济途径，申请人对于人民法院裁定不予受理不服的，可以提起上诉，人民法院裁定不予认可或者驳回申请人的申请的，当事人对上述裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议；八是明确了人民法院程序中的受理优先原则，申请人向两个以上有管辖权的人民法院申请认可的，由最先立案的人民法院管辖，和人民法院受理认可台湾地区法院民事判决的申请后，当事人就同一争议起诉的，不予受理，一方当事人向人民法院起诉后，另一方当事人向人民法院申请认可的，对于认可的申请不予受理。

归结起来，台湾地区法院的民事判决要得到大陆法院的认可与执行，必须具备以下五个要件：①审查申请认可的文书已生效；②审查当事人是否获得适当的抗辩机会；③审查法院是否有管辖权；④申请人申请认可和执行台湾地区法院民事判决的期间符合民事诉讼法第 239 条的规定；⑤不违反一个中国等国家法律的基本原则和社会公共利益。

2. 台湾关于认可与执行大陆法院民事判决的规定

台湾地区关于认可与执行大陆法院民事判决的首次实践是以系单边立法的形式对两岸关系做出系统而全面的规定。1992 年台湾当局颁布了“台湾地区与大陆地区人民关系条例”（以下简称”两岸关系条例”），这是台湾当局第一次明确提及认可与执行大陆地区人民法院的民事判决。据”两岸关系条例”第 74 条规定：“在大陆地区作成的民事确定裁判、民事仲裁判断，不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者，得申请法院认可。前项经法院裁定认可之裁判或判断，以给付为内容者，得为执行名义。”从中不难看出，该条规定认可和执行祖国大陆人民法院民事判决时应注意大陆法院判决是否依台湾“宪法”保障人民基本权利的原则和保障台湾地区人民福祉的原则。同时，还要求祖国大陆法院做出的民事判决，不得违背台湾地区公共秩序或善良风俗。”两岸关系条例”并没有对公共秩序和善良风俗做出具体的阐释，台湾地区学者认为“公共秩序或善良风俗，简称为公序良俗，是抽象的、不确定的法律概念，须由法院就具体案件加以落实。” 例如台湾地区“最高法院”六十九年度台上字第 2603 号判例意旨认公序良俗乃指国家社会一般利益及道德观念；就申请裁定认可的实务而言，台湾地区“高等法院”2002 度家抗字第 366 号民事裁定：大陆法院没有对台湾相对人的住所进行文书送达，直接依照大陆居民（申请人）的主张以台湾相对人的住所不明而进行公示送达，并判定相对人败诉的民事判决，与台湾民事诉讼法中关于公示送达的规定不符，即可认定为违背了台湾地区的公序良俗和台湾“宪法”所规定的基本原则。公共秩序保留条款是在国际司法协助长期实践中形成的原则，由于公共秩序保留是一个弹性条款，具有很大的不确定性，所以饱受争议，这也使台湾地区法院滥用公共秩序保留原则，拒绝承认和执行祖国大陆法院判决和仲裁裁决有了可趁之机。

由于”两岸关系条例”公布后，大陆没有制定相应的法律法规以及在司法实践中也未出现认可和执行台湾地区民事判决的案例，台湾当局为保护台湾地区人民的合法权益，并希望通过施压来敦促大陆尽早颁布类似的具体规定，所以着手修正台湾地区关于认可与执行大陆法院民事判决的规定。1997 年 4 月 18 日，台湾地区“立法院”修正通过的”两岸关系条例”中增列了第 74 条第 3 项，即“前两项规定，已在台湾地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，得申请大陆地区法院裁定认可或为执行名义，始适用之”。这就意味着第 74

条除了体现公共秩序保留原则之外，又增加了互惠对等原则。换句话说，如果大陆法院不承认台湾地区法院做出的生效民事判决，那么大陆法院做出的生效民事判决就不会得到台湾法院的认可与执行，无疑又为大陆当事人在台湾法院申请认可与执行大陆法院生效的民事判决增添了阻碍。台湾学者赖教授认为，如果一个其他法域的法院依据其民事诉讼法经过完整的规定程序做出的判决是具有正当性的，获得了实质上的确定力，若此时以互惠对等原则为由不承认判决的正当性，从学理上讲是不可取的。但在这一场博弈中，台湾当局的意愿得到了善意回应， 1998 年 5 月 22 日，大陆最高人民法院公布了《关于人民法院认可和执行台湾地区有关法院民事判决的规定》，互惠要件得到满足。[①]

1998 年 5 月 6 日台湾地区颁布了“台湾地区与大陆地区人民关系条例施行细则”（以下简称“施行细则”），其第 68 条规定：“依本条例第 74 条规定声请法院裁定认可之民事确定裁判、民事仲裁判断，应经行政院设立或指定之机构或委托之民间团体验证。”以及 2003 年台湾地区再次修正”两岸关系条例”其第 7 条规定：“在大陆地区制作之文书，经行政院设立或指定之机构或委托之民间团体验证者，推定为真正。”这两次立法活动在认可与执行大陆法院民事判决程序上又加上了一个要件，即大陆的民事裁判需要经过台湾当局指定机构（即后来确定的台湾海峡交流基金会）验证。

由此可见，大陆法院的民事判决要得到台湾地区法院的认可与执行，必须具备以下四个要件：①大陆法院做出的民事裁判必须是已经经过所有程序终局确定，发生法律效力的；②大陆法院做出的民事裁判不违反台湾地区“宪法”的基本原则以及公共秩序或善良风俗；③互惠对等原则，即台湾地区法院做出的已生效民事裁判可以向大陆法院申请认可与执行；④大陆法院做出的民事裁判需要经过海基会验证。除了要件二是不易确定内容和概念的弹性条款外，其余的要件解读起来都十分容易，也非常容易满足。从某种层面来讲，大陆法院做出的已生效民事裁判在台湾地区申请认可与执行的条件实质上只有一个，即“不违背台湾地区之公共秩序或善良风俗”，条件放得比较宽松。

二、两岸相互认可与执行民商事裁判文书取得的成果

随着两岸经济的不断融合和发展，经贸往来日益密切，以及人员的往来日趋频繁，司法互助案件也呈现出递增的态势。这与 2009 年两会签署和生效的司法《互助协议》以及最高院出台的《15 判决规定》密不可分。

（一）祖国大陆

自司法《互助协议》生效以来和大陆最高院出台《15 判决规定》带来的重大影响，大陆人民法院在 2009 年至 2015 年 5 月对于受理申请认可与执行台湾地区法院民事判决 、仲裁裁决案件达到 335 件。[②]其中，仅 2014 年就多达 74 件，其认可和执行的案件数是 2009 年的近三倍。

福建厦门市海沧人民法院成立涉台审判庭并成立全国首个涉台法庭。截至 2017 年 6 月 5日，在厦门市海沧区人民法院受理的涉台案件中商事4710 件、刑事案件114 件 、行政案5件 、执行案1030件。审（执）结 5327 件，结案率90.92%。[③]

从上海情况看，据统计，2015年7月1日《15判决规定》生效后至2018年3月初，上海一中院、二中院共受理台湾当事人要求认可与执行台湾地区法院民事判决17件，成功得到认可与执行的有16件，占案件总数的94%，剩余1件以补充证据为由，获准撤回申请。与以往

[①] 参见：《海峡两岸民商事司法协助的现状、面临的困境及其解决途径》，《台湾研究集刊》2013 年第 6 期。

[②] 2015 年 6 月 30 日“关于人民法院涉台司互助工作有情况新闻发布会”，http://www.chinacourt.org/chat/fulltext/listId/41105/template/courtfbh20150624.shtm ，2019 年 2 月 26 日访问。.

[③] 《大陆首家涉台法庭： 5 年审结涉台案件超五千件》（2012-2017），http://www.xinhuanet.com/2017-06/15/c_1121151428.htm，2019 年 2 月 28 日访问。

不同的是，《15判决规定》生效后，有关合同、票据、债务等民商事案件的比例在逐步上升，其中，涉及债权债务纠纷的案件增长较快，有6件之多，占案件总数的35.3%，家事类案件（包含婚姻、抚养、监护等）仍居高不下，多达8件，占案件总数的47%。还有一例涉及确认票据权利的案件，值得人们关注。当然，还有因证据不足而自行撤回申请的合同纠纷案件，证据补充到位后，重新申请也获得了认可。[①]

在大陆最高人民法院《15判决规定》颁布实施以来，其他省市法院也依法裁定认可台湾地区的民事判决。例如 ，在“姜惠艳申请常德市中级人民法院认可和执行台湾地区法院104年度婚字第104号民事判决”[②]中，经法院审查认为，台湾新北地方法院依据陈震的离婚诉讼请求， 姜惠艳经台湾新北法院合传票唤，接到通知书后因故未到庭参加诉讼，台湾法院依法缺席进行了审理，并于2015年8月7日作出104年度婚字第104号民事判决，准许陈震与姜惠艳离婚。根据大陆法院审理证明该台湾地区民事判决的真实性并且已经生效，而不具有裁定不予认可情形，依照大陆司法解释的规定对台湾新北地方法院104年度婚字第104号民事判决的效力予以认可。从中不难看出，大陆对于台湾地区有关法院经合法传唤但当事人并未出庭应诉等情形而作出的生效判决依然予以认可，表明大陆对认可和执行台湾民商事裁判并没有在细节问题上做文章，而是持积极的开放包容态度。

应当指出，大陆在认可和执行台湾民商事裁判文书方面出现了一些新内容和新变化，既受理并认可了申请人住所地位于台湾的案件，也有有关民事和解笔录和民事调解笔录的情形。例如，在“许义郎、唐幼澜申请厦门市中级人民法院认可台湾福建金门地方法院2014年度诉字第43 号民事判决”[③]中，申请人许义郎和唐幼澜，均为台湾居民，居住于台湾地区，福建厦门市中级人民法院依据《15判决规定》第4条的规定，受理并认可了该申请人住所地位于台湾的案件。这与该规定增加了被申请人的住所地或者经常居所地等管辖连接点，减轻当事人的讼累，方便其合法权利救济有着密切的关系，使台湾当事人从中受益。

在“吴怡平申请南京市中级人民法院认可和执行台湾北地方法院 103 年度家移调字第 94 号民事调解笔录 ”[④]一案中，法院经审查认为，吴怡平与被申请人陈斌在台湾北地方法院家事庭就双离婚及子女抚养问题达成调解协议，双方并无财产需要分割。因此，台北地方家事法院对其制作民事调解笔录结案。但是被申请人陈怡斌自离婚后从未履行支付子女抚养费用的义务，申请人得知被申请人在南京圣和府邸豪华精选酒店工作，因而向南京市中级人民法院申请认可和执行台湾民事调解笔录。大陆法院认为，台北家事法院作出的调解笔录真实，并业已生效，不违反大陆法律基本原则和社会公共利益，即裁定予以认可。

上海地区最新裁定认可与执行台湾地区民事裁判文书的首推骆俊诉吴文藏申请认可台湾地区法院民事和解笔录一案。2017年1月4日，申请人骆俊向上海市第一中级人民法院提出申请，要求认可嘉义县地方法院作出的2017年度婚字第108号案件和解笔录的内容。这是《15判决规定》生效后上海地区出现的首例请求认可和解笔录（属于新增内容），上海市第一中级人民法院经审查后认为，当事人在规定的期限内向有管辖权的法院申请认可台湾地区法院的民事和解笔录，合乎规定要求，不违反大陆法律的基本原则，形式审查之后并无不妥，故裁定认可其效力。[⑤] 这也印证了最高院的《15判决规定》认可与执行台湾地区裁判文书中涵盖民事和解笔录在实践中得以落到实处，并具有划时代意义。

（二）台湾地区

1.裁定认可的离婚判决居多

[①] 依据上海市第一中级人民法院、第二中级人民法院裁判文书网数据整理而成。

[②] 《中华人民共和国湖南省常德市中级人民法院（2016）湘 07 认台 1 号民事裁定书》。

[③] 《中华人民共和国福建省厦门市中级人民法院（2015）厦民认字第 161 号民事裁定书》

[④] 《中华人民共和国江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 认台 1 号民事裁定书》。

[⑤] 参见：《上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 认台 1 号民事裁定书》。

自台湾地区的”两岸关系条例”及“施行细则”实施以来，台湾法院根据“”条例”的第74条认可了大量我国大陆地区法院作出的民事确定判决，但其中绝大多数案件为大陆地区相关法院作出的离婚判决。有大陆法院的法官统计得出，在2008年里1月1日至2009年4月20日期间内，台湾地方法院总共审查了443宗申请认可大陆地区民事判决的案件，裁定认可411份，认可率达到了92.78%。其中，离婚判决案件为430宗，裁定认可了401份，认可率为93.26%。[①]由此看来，台湾地区法院认可大陆法院的民事确定判决主要是离婚判决。

据台湾地区“法务部”的统计数据显示，台湾地区共有21个地方法院，认可和执行大陆地区民商事判决较多的有台北地方法院和新北地方法院。以2017年及2016年为例，台北地方法院和新北地方法院共审查107件申请认可大陆地区法院民事判决的案件，其中，裁定认可大陆地区法院民事判决共85件，其认可率为79.4%。其中,绝大部分是对大陆地区生效离婚判决的认可。未获认可的22件，其中，有11件移送管辖，7件因当事人欠缺诉讼材料文件而没有在规定的期间内补正或者欠缴申请费用但未按规定补缴等原因，3件是因为台湾法院经合法传唤但当事人无正当理由而未出庭应诉而未获得认可的情形，还有1件是因为未依法送达导致当事人缺席应诉的情况。

具体来说，台北地方法院于2016年申请认可大陆民事判决有29件，获得认可的有27件，不予认可或被驳回的仅2件，认可率达93.1%；而2017年无论是申请认可的数量还是获得认可的件数均有所下降，其中，申请认可大陆民事判决有14件，获得认可的有11件，不予认可或被驳回的3件，认可率偏低，仅为78.6%。新北地方法院相对比较平稳，没有出现大的起伏。2016年申请认可大陆民事判决有34件，获得认可的有25件，不予认可或被驳回的9件，呈现出认可率低，仅为73.5%，而驳回率高的态势；2017年申请认可大陆民事判决有30件，获得认可的有22件，不予认可或被驳回的8件，认可率也不高，仅为73.3%。[②]

依据上述新的数据表明，虽然台湾对于大陆地区民事判决的认可率不是很高，但对于不予认可或者驳回申请的原因主要是一些管辖权问题和程序公正方面问题进行考量，但台湾地区法院依然将其纳入了”两岸关系条例”中第74条规定的公共秩序的范围。一般情况下，大陆地区的民事判决不违反台湾规定的公共秩序或者善良风俗，基本上会得到台湾法院的认可。

例如，在台湾台北地方法院106年家陆许字第16号民事裁定中指出，本件申请人申请认可其与相对人之间的离婚判决即（2013）融民初字第5526号大陆地区福建省福清市人民法院作出的民事判决，并经财团法人海峡交流基金会（以下简称海基会）验证属实，证明大陆离婚判决属于生效的民事判决。但经审查，申请人所提供的大陆地区民事判决书，记载相对人的地址为台湾地区台北县某市某路某巷某号16楼，且该案系以相对人经法院传票传唤，无正当理由拒不到庭参加诉讼为由，而为缺席判决，判决日期则为2014年8月13日，足以见得该案诉讼进行中，诉讼之通知均系送达于上述地址，且该案相对人并未到庭应诉。然而台湾法院审查出相对人于2002年10月17日起至今住所地位于新北市某区某路某段某巷某弄某号7楼，并且有法院依职权调查取阅之相对人户籍资料附卷可参考。因此，相对人显然并未收受该案诉讼通知而无应诉之可能性，台湾法院认为缺席判决，其诉讼程序即与台湾民事诉讼法第402条第1项第2款充分保障被告实质防御权之意旨不相符合，应认该判决有违反台湾的公共秩序或善良风俗。[③] 因此，驳回申请人的申请。相比较前述大陆对台湾民商事判决的认可的司法实践来说，对于当事人的缺席判决而不予以认可的情形，台湾有关法院将人民法院合法传唤但当事人并未出庭应诉等情形，作为违反台湾地区的公共秩序或者善良风俗的规定而不予以认可。

[①] 李继：《台湾地区法院认可大陆地区民事裁判的现状和启示》，《人民司法》2009 年第 13 期，第 14 页。
[②]数据来源：台湾法源法律网（http://fyjud.lawbank.com.tw/index.aspx），2018 年 10 月访问。
[③]参见台湾台北地方法院 106 年家陆许字第 16 号民事裁定。

实践中，台湾法院存在以申请人无法提供验证材料，驳回申请的做法。台湾新北地方法院106年家陆许字第4号民事裁定即为典型案例。在该案件中，申请人陈谊庭为台湾居民，其向台湾新北地方法院递交民事起诉状，请求认可上海市闵行区人民法院（2004）闵民一（民）初字第3995号民事调解书，台湾新北地方法院法官在裁定书中分析，根据台湾地区“非讼事件法”第30条之1的规定，非讼事件的申请，不合程式或不备其他要件者，法院应以裁定驳回之。但其情形可以补正者，法院应定期间先命补正。本案中，台湾法院认为申请人认可大陆地区民事调解书，虽然提供了申请人户籍誊本以及大陆地区上海市闵行区人民法院（2004）闵民一（民）初字第3995号民事调解书副本等件为证，但还欠缺该民事调解书经大陆地区公证处公证及经财团法人海峡交流基金会验证的证明文件，且申请人提出申请时亦未缴纳申请费用，因此难以认可大陆判决的效力，应予驳回。

2017年7月31日，台湾台北地方法院作出106年家陆许字第4号民事裁定认可湖南省祁东县人民法院所为（2014）祁民一初字第705号民事判决书。台湾台北地方法院法官在裁定书中从以下几个方面阐释了认可的理由：（1）必须是确定生效的民商事判决；（2）判决内容不违背台湾地区的公共秩序或者善良风俗；（3）必须符合互惠原则，考察大陆地区《2015判决规定》，可知台湾地区所作出的民事确定判决，在大陆都能得到认可。而台湾地区在认可大陆地区民商事判决时，严格遵照”两岸关系条例”第7条的验证和第74条的公共秩序保留和互惠对等原则进行裁量。如前所述，台湾法院在论证大陆民事判决不违背台湾地区的公共秩序和善良风俗时，该认可裁定先是对大陆民事判决的内容进行了分析：以双方于2009年6月27日申请登记结婚，婚姻存续期间，两人因为生活环境、思想观念不同以及双方长期分居两地，2010年申请人便离家回台湾地区与相对人分居，夫妻分居已满两年以上，现相对人离婚态度坚决，申请人亦表示因双方长期分居两地，夫妻感情确已破裂，进而认为：同意离婚，准许双方离婚，与台湾“民法”第1052条第2项的重大离婚事由相当，也不违背台湾地区的公共秩序及善良风俗。很显然，这一分析已经超出了程序审查的范围，实际上包含了对大陆判决内容的实质性审查。尽管”两岸关系条例”已经增加了对等的前提条件与验证材料等程序性事项，但台湾地区认可和执行大陆地区法院确定判决的实质性要件只有不违反公共秩序和善良风俗。[①]在诉讼上的和解或调解是否为认可的对象，学说上有不同的意见。台湾实务如台湾最高院61年度台上字第2835号判例认为，与判决有同一效力的诉讼上的和解或者调解，应视同为判决。然而，台湾法院也有裁决对“判决”的理解持狭义理解。例如台湾板桥地方法院法官在1994年度声字第977号民事裁定书中主张，河南郑州市金水区人民法院作出的离婚民事调解书，不是生效的民事判决和仲裁裁决。而后，台湾地区司法院在（94）秘台家厅民三字第20524号函中直接说明，”两岸关系条例”第74条所指的民事确定裁判不包括民事调解书。2009年两会签订的司法《互助协议》第10条仍然没有改变用语，在一定程度上仍旧反映出两岸在其范围上的差异。

2.认可大陆离婚调解书和商事调解书方面有所松动

近年来，台湾在认可和执行大陆法院调解书方面的态度有了很大的转变，尤其是对大陆地区离婚调解书的认可。据统计，从2013年至2017年10月，申请台湾地区认可和执行大陆民事调解书的案件总计达到88件，分别为2013年（9件）、2014年（25件）、2015年（24件）、2016年（23件）、2017年（7件），有33件得到认可，分别为2013年（2件）、2014年（9件）、2015年（10件）、2016年（9件）、2017年（3件），其中绝大多数被认可的是离婚调解书，属于认可商事调解书的屈指可数。仅2000年至2012年间，只有区区的1件商事调解书获得认可。总体而言，调解书的认可率仅为37.5%，明显偏低是不争的事实。

[①]张美榕：《台湾地区承认与执行大陆法院民事判决问题研究》，载《2016 年海峡两岸国际私法学术研讨会论文集》，第 315 页。

从立法层面上看，依据台湾地区”民诉法”规定，法院调解成立与确定判决应有同一效力。[①]台湾地区“强制执行法”第4条第1项第3款将依”民诉法”成立之和解或调解列为该强制执行的名义之一。[②]例如，台湾新北地方法院104年度家陆许字第32号民事裁定对大陆福建福州市晋安区人民法院于公元2015年5月11日所为之（2015）晋民初字第1453号离婚调解书予以认可。[③]该裁定指出，大陆地区法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解。若根据调解达成协议，人民法院应当制作调解书。调解书需要经由双方当事人签收后，即具有法律效力。且又基于台湾”民诉法”第377条和解一条，系以当事人于诉讼系属中，在法官面前，依当事人合意而终结诉讼，两者程序精神互符，台湾”民诉法”第380条第1项规定，诉讼和解成立者，与确定判决有同一效力。双方自愿离婚，与台湾“民法”离婚一节的规定的精神相符，亦不违背公共秩序或者善良风俗。而依照 “两岸关系条例”第74条第1项之规定，准许申请人所请，认可该大陆地区作成确定之民事调解书。[④]又如，在台湾台北地方法院105 年度家调裁字第49号民事裁定案件中[⑤]，申请人黄和良在1993年2月3日于大陆地区居民王琳离婚，有一女林玮庭，其提出与林玮庭并无真实之血缘关系，因此，提出北京市房山区人民法院民事调解书、财团法人海峡交流基金会证明、大陆地区北京市长安公证处公证书、相对人居民户口簿、出生证明书、国防医学院三军总医院附设民众诊疗服务处诊断证明书、亲子鉴定报告书为证，请求台湾地区台北地方法院予以认可和执行，经法院审查，该案件事实理由清楚，且符合台湾家事事件法第33条第1项规定，因此，对该大陆调解书予以准许和认可。从以上两个案例看来，这种变化或许是台湾地区对相关制度调整的结果，也可能是两岸司法《互助协议》发挥了一些积极的促进作用。

三、两岸之间相互认可与执行民事判决面临的主要问题

虽然海峡两岸司法协助实践已经取得了一定成就，但是现行的相互认可与执行民事判决制度仍存在许多问题，亟需进一步完善。

（一）台湾方面亟待解决的问题

1.认可的模式和既判力依然如故

在认可与执行域外民事判决方面，台湾采取两种模式：一是自动认可制，指其他法域的终局裁判在本法域申请认可与执行时，只要符合本法域法律规定的要件，不需要进行特殊审查，自动发生认可的效果。这种认可模式主要适用于港澳及外国民事判决的认可与执行；二是裁定认可制，指其他法域的终局裁判在本法域申请认可与执行时，必须经过本法域法院的审查并在做出认可裁定后才发生认可的效果。根据“两岸关系条例”第 74 条规定，台湾地区对于大陆判决采用的是裁定认可制。

依据台湾地区相关法律，自动认可制和裁定认可制的主要区别是域外判决是否需要经过台湾地区法院审查并做出认可裁定后才发生认可的效力，不同的认可模式对于当事人，尤其是持有非给付判决的当事人，影响很大。以不含给付内容的解除收养关系判决为例，如该判决是外国或者港澳法院作成，当事人可直接去户政部办理解除收养关系登记，而该判决是大陆法院作成，当事人必须先向台湾地区法院申请认可判决，才能去户政部办理解除收养关系登记。这样一来，大陆地区的当事人的诉讼成本大大增加，当事人不仅需要负

[①]台湾“民诉法”第416条：“调解经当事人合意成立；调解成立者，与诉讼上和解有同一效力。台湾“民诉法”第380条第1项规定：“和解成立后，与确定判决有同一效力。”

[②]张自合：《论大陆法院调解书在台湾地区的认可》，《台湾研究集刊》，2014 年第 1 期，第 43 页。

[③]台湾新北地方法院 104 年家陆许字第 32 号民事裁定。

[④]台湾新北地方法院 104 年家陆许字第 32 号民事裁定。

[⑤]台湾台北地方法院 105 年度家调裁字第 49 号民事裁定。

担启动及参加审查程序本身耗时费力，费用支出，还要负担诉讼费、律师代理费、公证费用等。

一般而言，判决具有诉讼内拘束力、形式上确定力、既判力、形成力和执行力等效力。不同法域间判决的承认，承认的客体不是该判决的整体，二是仅承认该判决的各个效力，而其中又以既判力（实质确定力）为最重要。“两岸关系条例”第 74 条并没有明文规定大陆法院判决和台湾地区判决具有同一效力，依据台湾地区审判主管机构的最新判决，“大陆法院作成的民事判决经台湾地区有关法院裁定认可后，没有与台湾地区民事判决同等效力，即无既判力，而只有执行名义”。显然，针对大陆的“特别规定”在一定程度上或多或少地带有歧视性并流露出对大陆的不信任，甚至有悖于不同法域间判决的认可与执行制度的一般原理。[①] 同时，台湾地区当事人（被执行人）可以根据台湾地区“强制执行法”的有关规定，提出异议之诉，台湾地区法院可以做出与大陆判决不同的裁判结果，从而抵消大陆判决在台湾地区的执行力。大陆的民事判决既不能约束台湾地区当事人，也不能约束台湾地区法院。造成诉讼资源的浪费。因此，两岸在相互认可与执行对方民事判决方面存在“不对等”和“非互惠”的做法显现无遗。

2.对大陆法院作出的判决在申请认可阶段采取实质审查。

比较典型的最新案例莫过于台湾台中地方法院与台湾士林地方法院，受理的同一个债权人与台湾同一组债务人、同样金额的上海青浦区人民法院作出不同案号的民事判决申请认可案件。台中地方法院只做形式审查，其法官相信青浦区人民法院判决书中所称的已经“合法传唤”；而台湾士林地方法院法官要实质审查“合法传唤”的证据，要求提供“合法传唤”及判决送达相对人的证明。实际上，快递是于 2011 年寄往两位相对人自己提供的台湾地址，而台湾陈法官于 2018 年 5 月 22 日和 24 日分别函请当地警察局派员实地查访，核实 2018 年 5 月期间两位相对人是在此居住，但时过境迁，7 年过去了，他们早已搬家。有一点可以肯定，相对人是在快递上签收的，但送达回证未寄回法院。青浦法院在制作卷宗时将法院的空白送达回证页做成快递单及跟踪 DHL（中外运敦豪）快递件电子清单上分别打印由两位被申请人签收的首页均予以归档。[②]本案经台湾士林地方法院裁定认可时，否定其既判力而进行再审查，出现同案不同的裁定认可的情况，无疑是一种倒退。

3．民事判决的认可范围狭窄

相比之下，大陆法院认可和执行台湾地区民事判决的范围宽泛，包括台湾地区有关法院民事或刑事案件中做出的有关民事损害赔偿的裁判、调解书、和解笔录、调解笔录、支付令，以及台湾地区仲裁机构作出的仲裁裁决和台湾地区调解委员会等出具的调解文书；而台湾地区认可与执行的民事裁判只有大陆法院作成的发生法律效力的民事判决、裁定和民事仲裁裁决三种。

调解结案是大陆法院民事诉讼中一项非常重要的结案方式，有相当大量的案件是调解方式结案，大陆法院的民事调解书和支付令都和民事判决具有同样的效力。如果这些文书不能纳入台湾地区认可与执行的民事裁判的范围内，势必会造成大量案件的二次诉讼，是对两岸司法资源的浪费和徒增当事人的诉讼成本。尽管“两岸关系条例”第 74 条仅认可大陆民事判决和仲裁裁决，并不涵盖大陆法院出具的民事调解书和申请支付令。但台湾对大陆法院的民事调解书的认可态度已有所松动，尤其是对大陆的离婚调解书的认可。从立法层面看，依据台湾”民诉法”法院调解成立与确定判决应有同一效力。台湾“强制执行法”第 4 条第 1 项第 3 款将依台湾”民诉法”成立的和解或调解列为该强制执行名义之一。从司法实践看，据统计，2000 年至 2012 年间，共有 85 份民事调解书在台湾法院申请认可，

[①] 参见李梦舟：《从案例看台湾民事确定判决到台湾法院认可的法律问题》，载《第七届两岸和平发展法学论坛暨两岸法学交流合作 30 周年纪念研讨会》论文集，2018 年 7 月，第 274 页，

[②] 同上注，第 269 至 270 页。

其中，获得认可的有 20 件，占比近 23%。获得认可的调解书中，19 件为离婚调解书，1 件为商事调解书。[①]较新认可大陆离婚调解书首推 2015 年台湾新北地方法院作出 2015 年家陆许字第 32 号民事裁定，认可福州晋安区法院作出的离婚调解书。调解书经双方签收后，即具有法律效力。但台湾各法院的立场并不一致。例如，台中地方法院（2016）陆许字第 2 号民事裁定和（2015）陆许字第 4 号民事裁定仍以“调解书”非民事确定裁判为由而拒绝认可大陆法院民事调解书。至于支付令的认可，目前台湾地区没有明确的权威解释，仅认可支付命令具有执行力，使得支付令的既判力效力成为有待明确的问题。3. 公共秩序保留原则内涵和外延不甚明了

公共秩序保留制度是各国国际私法中普遍适用的一种制度，由来已久，其内容精深，概念模糊、笼统、不确定，被称之为国际私法的“安全阀”、“防火墙”。公共秩序保留在外国法适用和对外国判决和仲裁裁决的认可与执行问题上是最后一道防线。其作为国际私法上的一项基本制度在区际私法中发挥着不可替代的作用，海峡两岸之间也不例外。但由于一主权国家之内各法域之间比国家与国家之间有更强的凝聚力，因而祖国大陆与台湾地区应当慎用公共秩序条款或尽量限制其适用。公共秩序保留制度是一把双刃剑，如果在一定条件下适用得当，它可以防止本法域不受外法域的“侵害”，有利于维护司法正义和当事人权益，促进彼此间的交往；如果适用不当或者被滥用，有可能导致国家整体利益在各法域利益的博弈中受到损害。在实务中，台湾地区援引两个指导案例说明公共秩序保留原则的适用情况，前者为不符合台湾地区”民诉法”规定的公示送达之条件；后者为经传唤当事人有正当理由不能当庭参加诉讼而法庭以一方当事人的辩论意见做出判决。实际上，这两个指导性案例都不能真正体现公共秩序或善良风俗的实质和精髓，充其量仅仅是在审判程序上存有一定的瑕疵。

公共秩序保留原则具有极大的操作空间，它赋予了法官在具体案件中享有较大的自由裁量权，也就意味着申请认可与执行民事判决被拒绝的可能性增加并且被拒绝的理由具有不可预测性，当事人势必会面临较大风险。

（二）大陆方面需要解决的问题

1．两岸关于公共秩序的概念不尽相同

大陆最高人民法院《15 判决规定》对公共秩序或善良风俗采用狭义解释，第 15 条规定除不能违反一个中国原则等国家法律基本原则或者损害社会公共利益外，其他 6 项情形为：（一）申请认可的民事判决，是在被申请人缺席又未经合法传唤或者在被申请人无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下做出的；（二）案件系人民法院专属管辖的；（三）案件双方当事人订有有效仲裁协议，且无放弃仲裁管辖情形的；（四）案件系人民法院已做出判决或者中国大陆的仲裁庭已做出仲裁裁决的；（五）香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的法院已就同一争议做出判决且已为人民法院所认可或者承认的；（六）台湾地区、香港特别行政区、澳门特别行政区或者外国的仲裁庭已就同一争议做出仲裁裁决且已为人民法院所认可或者承认的。从两岸司法实践来看，大陆未曾援引第 15 条规定来拒绝认可或执行台湾地区的已生效民事判决，可见，大陆法院对采用公共秩序保留原则持特别谨慎的态度。而台湾地区对于公共秩序的理解则相对宽泛一些，有不少大陆民事裁判被台湾地区法院以公共秩序保留原则为由而拒绝认可。

2. 审理问题

大陆地区法院按照争议性质不同将台湾地区判决的认可与执行分配到不同的的法庭，法官在把握和理解相关法律法规的尺度不尽相同，在具体适用上也会不一样，造成认可与

[①]张美榕：《台湾地区承认与执行大陆法院民事判决问题研究》，载《2016 年海峡两岸国际私法学术研讨会论文集》，第 321 页。

执行的差别。同时，在大陆的司法实践中，申请认可与执行家事判决的案件中，注重认可判决中解除婚姻关系条款的效力，较少关注对财产部分的判决。

在实际审判工作中，存在许多被申请执行人和第三人缺位的情况，但是大陆法院认可与执行台湾地区民事审判却又与他们的权益息息相关，然而大陆法院不认可他们的当事人诉讼地位，仅赋予申请人当事人地位。在大陆法院受理当事人的认可申请时，即使被执行申请人有足够的理由认为申请人申请认可的民事判决不应得到认可时，也无法介入认可程序，不能通过法律程序来捍卫自己的合法权益。尽管大陆法院在裁定认可与执行台湾地区法院民事判决上采取形式审查制度，但这并不意味着申请人的相对人或者判决所涉及的其他当事人的答辩权利就不可以主张，因此，申请认可与执行台湾地区判决的案件尚需在设置当事人方面加以完善。

四、关于完善两岸相互认可与执行民事判决的设想

《互助协议》作为海峡两岸共同遵守的第一份综合性协议，继承和发展了两岸司法互助制度，为两岸民商事判决的相互认可与执行提供了框架性的法律根据。由于其条文少、范围广、内容过于原则，实际操作性不强，并不能解决当前两岸相互认可与执行民商事判决规定中存在的所有问题。[①]而海峡两岸的单边的区际司法规定又各自为政，所以两岸相互认可与执行民事判决制度还需进一步完善。

（一）关于扩大认可与执行的民事判决的范围

由于各国和有关地区法律制度的不同，在司法实务中，“判决”常常以不同的名目出现，只要其本质符合是具有审判权的司法机关经过特定的民事诉讼程序，给予当事人实体权利和诉讼权利的裁判，就都是“判决”，至于称呼无关紧要。在台湾地区对外国及港澳民事判决的认可与执行中，台湾高等法院认为应该对“判决”一词作广义理解，例如判决、裁定、命令、证明或判断等，只要对其承认的对象没有影响，不论何者都可以，其效力并无轩轾之别。依照大陆《民事诉讼法》规定，大陆法院做出的生效判决有判决书、裁定书、调解协议和支付命令，以及法院验证的和解协议，但与对外国判决时的立场不同，台湾方面却坚持不承认大陆法院做出的调解协议和支付命令属于“判决”并拒绝认可与执行。台湾地区理应适时修正”两岸关系条例”第 74 条，对其中的“判决”作出广义解释，或者实际审判的案例中对调解协议认可有所松动的做法在立法上作出调整，在“条例”未修改前，台湾审判主管机关在个案处理时应当与时俱进，表明新的态度与看法，为修法铺平道路。

（二）解决认可的模式和既判力问题

无论是港澳、欧美还是大陆民事判决在台湾申请认可与执行，站在台湾法院的立场来看，都是域外判决的认可与执行，理论上应该一视同仁，然而，如前所述，台湾地区对港澳、欧美民事判决的认可与执行采用自动认可制，对大陆地区采用裁定认可制。在台湾，第 2531 号判决获得部分法学界人士支持的主要原因是，根据他们的看法，即使依据大陆《民事诉讼法》，大陆法院作成的生效民事判决自身不具有既判力。

台湾当局应考虑着手修改”两岸关系条例”之第 74 条规定，对大陆地区法院所作民事判决的认可与执行采取自动认可制，即使担心造成法律关系的不稳定，至多也只能设置形式审查程序，只要裁判文书符合法律规定即可直接向相关部门申请执行。同时，还应在“条例”中明确认可大陆法院所作之判决和台湾法院做出的判决具有同等效力，认可大陆法院民事判决的既判力，而避免再作实质审查。其好处在于，一是可以防止海峡两岸前后两个法院做出矛盾的判决，维护司法权威，二是当事人已经申请认可与执行民事判决并且法院裁定认可后，当事人就同一诉讼标的另行起诉，两岸法院均不再受理，节约诉讼资源。台

[①] 宋锡祥著：《国（区）际民商事司法活动的冲突与协调》，中国法制出版社 2014 年版，第 281 页。

湾之所以对认可与执行大陆法院民事判决作出特别规定，寻其根源，是对大陆法制的误解和不信任，依笔者之见，台湾地区应主动了解和熟悉大陆法制环境，给予大陆司法制度充分的理解，消除不必要的误解，定期开展两岸法官之间的司法交流活动，增进共识和政治互信，将单纯的法律问题与意识形态脱钩，使政治因素的影响减少至最低限度。

（三） 明确公共秩序保留原则的内涵及适用标准

公共秩序保留制度是国际私法中的一个重要法律制度，也是不同法域之间开展司法互助的重要原则之一，海峡两岸也都在各自的法律规定中载明了这一原则，然而，现有的多法域国家大都在区际司法协助方面对其持谨慎或否定态度。两岸司法协助，既不是国家间的国际司法协助，也不是中央法施行区域与地方特别法施行区域间的司法协助，而是一个国家内部平等法域间的司法协助。它不同于其他多法域国家的区际司法协助，海峡两岸司法协助有其特殊性：两岸在政治制度上完全不同，祖国大陆是社会主义制度，台湾地区是资本主义制度，在司法制度上也分属不同法域，道德观和价值观也不尽相同，因此保留公共秩序保留条款不仅可以兼顾双方利益，还符合“一国两制”的原则。

但现实情况表明，台湾地区法院有时也会援引公共秩序保留原则作为拒绝认可与执行大陆法院民事判决的理由，而大陆法院则采取慎用态度，一般不轻易使用。为了避免台湾地区法院对公共秩序保留原则的滥用，海峡两岸有必要在共同协议中制定一定的适用标准和对公共秩序或善良风俗作限定解释来限制其适用，采用客观说中的结果说的标准，并规定一定的限定词，即只有“明显地”、“严重地”违反了本地公序良俗时，才能适用公共秩序保留原则，以拒绝认可与执行对方判决，或者任何一方在使用该原则之前，都应尽审慎义务，避免轻率的判断，还应向对方做出详尽的解释和说明。

（四）适时签署民商事司法协助协议

虽然两岸关系会随着台湾地区领导人的更迭而发生变化，但是经贸交往和人员往来始终未曾间断，民商事司法领域比起刑法领域更灵活，更具有一致性。虽然海协会与海基会签订了《互助协议》，但是该协议偏重于刑事司法的协助，民商事部分涉及的内容并不多，因此，单独订立《海峡两岸民商事司法协助协议》至关重要。

在协议中应涉及的内容包括：（1）完善文书送达和文书效力认定问题，扩大文书送达主体和增加送达方式，简化文书送达程序，加强两岸信息交流；（2）修正申请主体问题，在实务中由法院代替当事人提出申请，涉及两岸法院的诉讼程序，手续繁琐，过程复杂，还容易引起管辖权争议和政治问题，因此，应充分给予当事人权利；（3）确认被申请执行人和案外第三人的诉讼当事人地位，或者赋予他们不弱于申请人的诉讼权利和实体权利，以便他们在法院认可与执行民事判决时能够出庭行使抗辩权，维护自己的合法权益；（4）建立执行财产和罪赃移交的工作机制，一是要确立被害人查找与确认制度，二是要明确财产移交的操作方式，三是要审查移交是否损害一方公共利益、损害善意第三人利益和尚未清偿的债务。

海峡两岸法学交流合作至今已有30余年的历史，两岸之间经贸合作的蓬勃发展来自于两岸一家亲的理念。在这30年中，两岸司法互助制度的发展时缓时快，通过两岸司法机关和各界法律人士的不懈努力与精诚合作，如今，祖国大陆与台湾地区法院相互成功认可与执行的案例比率逐渐增多，两岸法院也在一定程度上积累了司法互信，因而，适时签署民商事司法互助协议或安排应当提到议事日程上来。希望两岸司法机关能扩大和深化法学交流的力度，凝聚共识，深化合作，为谋求两岸司法和法制进步，维护两岸同胞的合法权益做出更多努力。

7.论《选择法院协议公约》在我国司法实践中的适用

官隆清*

摘　要：随着欧盟的加入，2005 年海牙《选择法院协议公约》成为首部生效的全球性民商事管辖权和判决公约。我国签署，而尚未批准该公约，但鉴于晚近我国人民法院在某些案件中援引公约裁案，尤其具有涉港澳台因素的复杂情形下，有必要厘清“签署”的法理与法律意义。如何认定选择法院协议“排他性”标准是国际、也是我国司法实践中的关键问题，公约因“排他性”问题所引起的与我国法律现状之间的差异以及对“实际联系原则”的冲击，并不会给我国批准公约的立场带来消极影响。

关键词：选择法院协议公约；签署；排他性；实际联系

The Application of the Convention on Choice of Court Agreements in China's Judicial Practice

GUAN Long-Qing

Abstract: With the accession of the European Union, the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements became the first convention in force on the ground of global civil and commercial jurisdiction and judgments. China has signed the Convention, but the ratification has still undetermined. However, in view of the fact that the People’ s Court of China recently invoked the Convention to make rulings in some cases, especially those involving Hong Kong, Macao and Taiwan factors, it is necessary to clarify the judicial logic and legal significance of the “Signature.” How to determine the choice of court agreements’ “exclusive standard” is a key issue in the international judicial practices, as well as those in China. The differences between the legal status quo caused by the “exclusivity” problems, and the impact on the “actual connection principle” will not have a negative influence on China’s position on ratification of the Convention.

Key Words: Hague Convention on Choice of Court Agreements; Signature; exclusivity; actual connection

一、案例及问题

2017 年 9 月 12 日我国签署 2005 年海牙《选择法院协议公约》后，公约批准问题也提上了议事日程，原则上该公约在我国尚不发生法律效力。但人民法院在公约签署前的司法实践中，已出现援引公约条款裁定管辖权的案件，包括但不限于 2011 年“渣打银行（中国）有限公司苏州分行与常熟星宇新兴建材有限公司金融借款合同纠纷案”（以下简称“渣打银行案”）[①]；2017 年 4 月“国泰世华商业银行股份有限公司与高超保证合同纠纷案”（以下简称“国泰案”）[②]，以及 2017 年 6 月“任国龙股权转让纠纷案”（以下简称“任国龙案”）[③]。

* 作者简介：官隆清,在读博士研究生，研究方向为国际私法。作者单位：西南政法大学，重庆，400050。

① （2010）苏商外终字第 0052 号。

② （2016）沪民辖终 99 号。

③ （2017）沪民辖终 96 号。

渣打银行案中，双方当事人在先约定："本保证书应适用台湾法律之规定。倘因本保证书或其债务涉讼时，应以台湾台北地方法院为第一审管辖法院。"[①]纠纷产生后，原告向江苏省苏州市中级人民法院起诉。法院认为该约定是否属于排他性管辖，我国法律虽无明确规定，但可以海牙《选择法院协议公约》第三条作为依据，"选择管辖法院是否具有排他性，关键在于协议用词是否明确，保证书明确保证债务涉讼时应以台湾台北地方法院为第一审管辖法院，当事人未另作明确规定，应认定为排他性管辖协议。"

任国龙案中，涉案协议选择法院条款为："因履行本协议而发生争议时，交由香港法院专属解决"，"因履行本备忘录而发生争议时，亦均交由香港法院专属解决"。本案一审法院为上海市第一中级人民法院，后原告因不服中院管辖裁定，上诉至上海市高级人民法院，高院根据公约第三条认为"选择管辖法院是否具有'排他性'关键在于协议用词是否明确，上述条款应认定为排他性的管辖协议，排除内地法院的管辖权[②]。"与此相似的国泰案中，当事人约定"因本保证书涉讼时，合意以台湾地方法院为第一审管辖法院"。原告因不服上海市第二中级人民法院的管辖裁定，上诉至上海市高级人民法院，高院同样以公约第三条做出解释："在当事人未另作明确规定的情况下，选择法院协议应认定为属于排他性管辖协议，即排除了内地法院的管辖权。"[③]

上述案件凸显出《选择法院协议公约》在我国当下适用的现实问题：第一，未生效的《选择法院协议公约》能否被法院援用，其性质和效力如何。第二，对于"排他性选择法院协议"（exclusive choice of court agreement）的排他性质如何认定，我国现行司法实践和公约的相合度以及因排他性管辖导致的冲突点。

二、我国签署但未批准条约之适用

（一）条约"签署"和"批准"的性质区分

国际条约是两个或两个以上国家之间、国际组织之间，或国家与国际组织之间，共同在政治、经济、文化等方面议定的，以国际法规定相互间权利和义务关系的国际法律文件的总称，包括条约、公约、协定、议定书等。根据《维也纳公约》第十一条规定，国际条约在一国生效方式主要包括签署、交换文书、批准、接受、赞同或加入，或任何其他同意之方式[④]。

"签署"是指一国的行政机构代表，在其参加联合国或者国际组织会议期间，谈判并签署某一项国际条约、规章、宣言等政治性文件。《维也纳公约》第十二条规定签署也可以作为表示同意接受条约约束的方式，即在条约规定，谈判方另经议定，以及谈判方在全权证书上或在谈判时作出这样的意思表示三种情况下，签署才可以产生"生效"之效果。[⑤]但一般情况下，签署仅表示该国同意缔结条约，接受其约束则需要经过批准。

"批准"分为国内法意义上的批准和国际法意义上的批准。国内法意义上的批准指缔约国内部权力机关按照其宪法或组织文件的程序，对其全权代表签署的条约予以确认，授权行政机关向缔约另一方表示同意接受条约约束的行为；国际法意义上的批准是指缔约国表示最后统一缔结该条约，并将这种同意通知缔约另一方的行为。条约只有同时满足了国际法意义上的批准和国内法意义上的批准，才能产生国际法上的效力。《维也纳公约》第十四条也规定了"批准"作为表示同意接受条约约束的四种方式：即，条约规定或谈判方协议需要以批准方式表示同意；谈判方代表已作须经批准之签署；以及谈判方在全权证书上

[①]（2010）苏商外终字第 0052 号民事裁定书。

[②] （2017）沪民辖终 96 号民事裁定书。

[③] （2016）沪民辖终 99 号民事裁定书。

[④] Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 11: "The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed."

[⑤] Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 12: "The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when: (a) the treaty provides that signature shall have that effect; (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that signature should have that effect; or (c) the intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation."

或在谈判时作出这样的意思表示。[①]

在实践中，批准为缔约国权力机关和行政机关对签署的条约作进一步全面审查,并做出确定接受条约约束的承诺提供了空间，以避免缔约国代表因主观判断错误而签署带来的不利后果。如美国，总统作为行政机关代表签署国际条约后，需国会立法批准才得以实施。另一方面，一些国家的国内法规定了国际条约的生效必须经过批准程序。如我国《宪法》第六十七条十四项规定："全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。"[②]以及《缔结条约程序法》第七条对规定："条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。"[③]赋予并确认了全国人大常委会批准我国同外国订立的重大国际条约以及重要协定的权力。我国政府代表签署的国际条约，需经外交部报请国务院审核后，由国务院提请全国人民代表大会常务委员会批准方可生效。

因此，"签署"这一行为会引发两种法效：第一种是同意接受条约约束之承诺；第二种仅为初步同意缔结条约之意思表示。普遍观点认为签署应仅具有第二种效果，即条约在签署后仍需经过内国批准程序，以及批准书的交换才可生效。

（二）法院援引未生效公约之性质

1. 公约"签署"前被援引之性质

上文提及的"渣打银行案"、"任国龙案"和"国泰案"带来一个现实问题：在《海牙选择法院公约》未签署，未生效的情况下，该公约能否被法院援引，其性质如何定义。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第九条规定："当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。"[④]由此可知，我国法律仅允许法院在当事人合意选择的情况下，适用在我国未生效的国际公约，法院能否主动行使自由裁量权并未提及。

本文将法院主动援用未生效的公约的方式分为两类：第一类，法院援引未生效公约作为裁判适用之法律依据；第二类，法院援引未生效公约作为解释说理之参照和指导。

对于第一类情形，法院在探究未生效公约的内在价值和核心原则后，若认为其符合习惯国际法或法律实践，则可主动适用其作为裁判之法律依据。例如美国 *Filártiga v. Peña-Irala* 案[⑤]，联邦法院主动适用未签署批准的《联合国禁止酷刑公约》，以违反国际公法的理由惩罚了非美国籍被告在他国实施的虐待和折磨犯罪。联邦法院认为虽然《联合国禁止酷刑公约》在美国未生效，但其内在原则体现了国际已认可，且已形成习惯国际法中基本人权的内容。再如印度 *Vishakha v. State of Rajasthan* 一案[⑥]，印度最高法院同样适用在本国未生效的联合国《消除对妇女的各种歧视公约》作为判决依据。法院认为从印度宪法有关国际条约法律效力的条款，以及国家政策性的指导原则中可以判断，印度已经将该公约的核心内容转化成了国内法，故《消除对妇女的各种歧视公约》虽没有被批准，但其内容符合本国的法律实践。

相比之下，在没有形成习惯国际法或法律实践时，第二种情形的出现取决于未生效公约的内在价值和原则被各方所认可，具有可实践性的现实意义，"不具约束力的规则其应用取决于各方选择被其约束，为其内在价值所说服"。例如，坚持外太空资源是全人类所有的 1979 年联合国月球条约，因为不具有现实意义，缺乏实践性，被称作"失败的条约"，并未被国际接受。不同的是，《选择法院协议公约》顺应了国际发展潮流，其核心原则和内在价

---

① Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 14: " The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when:(a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification; (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required; (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation."

② 《中华人民共和国宪法》第六十七条十四项。

③ 《中华人民共和国缔结条约程序法》第七条。

④ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第九条。

⑤ Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir.1980).

⑥ Vishaka and others v. State of Rajasthan and others, (1997) 6 SCC 241.

值是经过各国在不断的实践过程中，形成了互信从而逐渐形成的，自 2005 年出台后国际社会对于它的批准与生效充满了期待，但国际上没有对协议选择法院问题形成相关的习惯国际法，且我国没有基于公约内容所转化的国内法律实践。在“渣打银行案”、“任国龙案”和“国泰案”中，法院主动援引未生效的《选择法院协议公约》的性质并不是作为裁决的法律依据，而是出于对其价值和原则的认可，以其作为法院案件解释说理之参照和指导。

2. 公约“签署”后被援引之性质

国际条约的批准是一国在综合考量本国政治、经济等多方面因素后做出的慎重抉择，这也意味着其过程可能漫长而复杂。多年来《选择法院协议公约》都无法生效实施，一度陷入搁置困顿之中，各国在批准的立场上举棋不定。此外，签署之后“夭折”的公约也不乏少数：如美国 1948 年签署了联合国制定的《关于防止及惩治种族灭绝罪公约》，直至 1989 年国会才批准通过，从签署到批准历时 40 多年之久；美国 1994 年签署的《联合国海洋法公约》、1995 年签署的《联合国儿童权利公约》，至今仍未被批准生效。再如，欧盟 2004 年签署的《关于欧洲宪法的条约》，至今未被 27 个缔约国批准通过；我国 1998 年于联合国签署的《联合国公民权利和政治权利国际公约》，因和国内现行法律冲突，未被全国人大常委审议通过。

那么，国际条约在“签署——批准”这个进程中，对签署国有无约束力呢？有学者指出，尽管当今国际普遍趋向于区分“签署”和“批准”的效力，但不可否认的是，条约的“签署”行为仍然使一国负有一定程度的法律义务。《维也纳公约》第十八条规定：“国际条约生效前，在以下两种情况下，一国负有不得妨碍条约目的及宗旨（object and purpose）之义务：（1）该国已签署条约或已交换构成条约之文书，等待批准或接受，且该国并未明确做出不欲成为条约缔约国之意思表示；（2）该国业已表示同意接受尚未生效的条约之拘束，且该条约之生效不会过度延迟。”[①]

由此可见，除非明确表示不接受条约之约束，那么一个条约的核心义务于签署时就已施加于该国，在条约签署到批准的整个期间，该国均不得做出与条约相违背之行为。在具体的实践上，如美国在签署《国际刑事法院规约》后，直至布什政府便援引《维也纳公约》第十八条明确表示美国将不接受签署该《国际刑事法院规约》所带来的法律义务上之约束这段期间，法院都不得做出有违该公约目的及宗旨之行为。

我国 2017 年 9 月 12 日签署《选择法院协议公约》后，该公约仍处于审核批准的进程中，但是根据《维也纳公约》第十八条规定，我国在签署《选择法院协议公约》时，就已负有不实施违背公约目的和宗旨的行为之义务。《选择法院协议公约》的“目的和宗旨”体现在其序言中：该公约作为第一个真正意义上的全球性涉外民商事判决承认与执行公约，致力于通过加强缔约国间的司法合作促进国际贸易和投资，通过当事人双方在国际民商事活动中签订排他性选择法院协议，确定法院管辖权，并在公约的保障下，使该法院的判决在缔约国范围内得以承认和执行。以目的和宗旨为指导，《选择法院协议公约》通过第五条（被选择法院管辖权条款）、第六条（未被选择法院义务）以及第八条（承认和执行条款），确定了三项基本原则：1. 当事人双方通过排他性选择法院条款确定法院的管辖权，被选择法院有义务受理案件；2. 被选择法院以外的其他缔约国法院有义务拒绝行使管辖权；3. 被选择法院做出的判决在其他缔约国应当得到承认和执行。

我国《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外[②]。”上文也提到，我国必须经批准程序后才赋予国际公约以法律效力，《选择法院协议公约》目前仅完成了“签署”程序，尚未完成我国的条约缔结程序，因此一方面并不能优先于我国国内法适用；另一方面不能作为生效的法律用于法院裁决的依据。此外，从最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第九条可见，《选择法院协议公约》未生效前只有在当事人明确选择适用的前提下，法院才

[①] Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article18: “A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification，acceptance or approval，until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty，pending the entry into force of the treaty and provided mat such entry into force is not unduly delayed.”

[②] 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条。

能够以该公约作为裁决法律依据。因此，我国法院在签署后若援引该公约作为判断，其性质也仅能为说理之参照和指导，但是国家“签署”行为赋予未生效公约一定程度的法律约束力，相较于签署前法院完全自愿性的援引，签署后则多为约束性。虽不意味强制法院援引公约做出裁决，但也不得做出违反公约宗旨之行为。

3. 未生效公约之法律效力

《选择法院协议公约》2005 年出台后，历经 10 年，2015 年 10 月 10 日欧盟批准加入，才正式生效。“渣打银行案”中法院援引未在全球范围内生效的公约，而“任国龙案”和“国泰案”公约未在我国生效，因此如何判断两个阶段《选择法院协议公约》在我国的法律效力呢？

有学者曾提出，未生效的公约可归于国际软法的范畴内：“软法是全部或者部分在设计上不具有约束力的国际立法。”在该理论下，凡不属于生效的公约、条约等书面文件，均可被纳入软法，其范围涵盖但并不局限于国际组织和国际会议的决议、宣言、指南等。有学者提出“软法是原则上没有法律约束力但有实际效果的行为规则”。在这种理论下，软法原则上不具有强制性的法律效力，但出于一国的自愿或自律，会使其产生类似但并不等同于法律的效果。相比之下，本文更倾向于第二种理论。软法是相对于诸如条约，习惯国际法等具有强制性的硬法而言的。软法虽不具备法律约束力，但能够通过良好的实施效果，展示先进的理念，敦促更多的国家自愿参与到软法实践中，最终实现大部分国家立法的统一。因而软法约束力的法律效力不同于强制性的硬法，属于软约束力。未生效的公约只有在其不具有法律强制性，缺乏司法保障的情况下，仍能够在实践中得以自愿遵守，才可归入国际软法范畴。

欧盟批准之前，国家不可能完全遵守未生效的《选择法院协议公约》，但国家行为会受到该公约的影响，从“渣打银行案”来看，该公约的影响在于通过内在价值的认可促使我国法院自愿服从公约的约束。故本文认为，在“渣打银行案”中，《选择法院协议公约》之法律效力可归入国际软法范畴。

“任国龙案”和“国泰案”发生之时，《选择法院协议公约》已经在全球范围内生效，脱离软法范畴进入硬法领域。鉴于该公约在我国未生效但存在不违反“目的及宗旨”之约束力。有学者认为“目的和宗旨”不仅要求签署国宏观上不得违背公约的总原则，在具体实践上也必须遵守公约中条款的规定。而本文认为，在目前国际上希望更明确区分“签署”和“批准”公约效力的趋势下，尤其是对中、美等已经在立法和实践中确定“批准”作为公约生效要件的国家，“目的和宗旨”的要求只能做宏观上的解释，而在具体的适用上，签署国可以自由裁量。在“签署——批准”的阶段，《选择法院协议公约》的效力介于软法和已生效的国际条约之间。

（三）涉港澳台案件中援引公约问题之反思

在“渣打银行案”、“任国龙案”和“国泰案”中，当事人协议选择的管辖法院还有一个特殊的情形，这就是我国目前处于“一国两制三法系四法域”的情形，上述案件当事人选择的分别是“台湾台北地方法院”、“香港法院”和“台湾地方法院”。鉴于《选择法院协议公约》规范的是国家与国家之间的管辖权分配，我国法院在裁定具有区际冲突性质的管辖权问题时能否援引该公约，则是一个需要进一步深究的问题。

1. 我国港澳台间管辖权与判决的现行安排

我国目前没有一部统一适用于大陆与港澳地区间法院判决认可与执行的专门立法，港澳两地回归之后，随着与大陆的政治经济联系日益紧密，相互间司法协助的迫切性日益凸显。2006 年 4 月 13 日最高人民法院通过了《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》，于 2006 年 4 月 1 日生效。2006 月 7 月 14 日，最高人民法院与香港特别行政区政府签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖案件的民商事判决的安排》，至此大陆与港澳之间的法院判决可以通过这两个安排得以更好的认可和执行。

对于香港来说，与大陆相互认可和执行民商事案件判决仅限于基于双方当事人书面管

辖权协议而作出的须支付款项的具有执行力的终审判决。[①]在协议管辖法院排他性的规定上，该安排是比较模糊的，当事人以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权即可。且协议的范围也限于当事人书面约定除雇佣合同、自然人消费 、家庭事宜等非商业合约之外的“特定法律关系”。[②]相比之下，大陆与澳门法院判决相互执行的制度覆盖范围则更宽：适用于两地的民商事案件，包括劳动争议案件，刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定，并不受协议管辖要求的限制。[③]

大陆和台湾判决认可与执行的制度形成早于港澳，1998 年最高人民法院通过了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》，台湾地区有关法院的民事判决，满足条件的当事人可以根据本规定向人民法院申请认可，该条件为：当事人的住所地、经常居住地或者被执行财产所在地必须在大陆的其他省、自治区或直辖市。2015 年 7 月 1 日起施行的《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》中，这个限制条件被删除了，即台湾地区法院民事判决，当事人均可以根据本规定，向人民法院申请认可和执行。[④]相对的，台湾承认与执行大陆法院判决始于 2001 年 2 月 20 日始于 《台湾地区与大陆地区人民关系条例》：“在大陆地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断，不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者，得申请法院裁定认可。”

2. 援引公约适用涉港澳台案件之问题

首先，《选择法院协议公约》第二十八条对一国多法域的情况做了规定，如果一国存在两个或多个不同的法域的，可于签署、批准、接受时，声明本公约的适用应扩展到其所有领土单位或仅适用其中的一个或数个[⑤]。即公约允许存在多法域的成员国声明公约的适用范围。我国当前的情况是“一国两制三法系四法域”，香港和澳门在回归前遵循英美法系的传统，公约不当然自动生效，须经国会等立法程序同意方能在国内适用。港澳两地回归之后，我国国缔结的国际公约，仍需事先征询香港、澳门特别行政区政府的意见，决定是否适用于两地，如《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》第一百三十八条规定：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据情况和澳门的需要，在征询澳门政府的意见后，决定是否适用于澳门。”《中华人民共和国香港特别行政区基本法》也有相同的规定。[⑥]因此，我国虽然签订了《选择法院协议公约》，但是未来能否在香港、澳门两地适用仍然有待讨论。而对于台湾地区，中国政府一直以来坚持捍卫国家主权，不允许台湾当局以中国的名义签署和批准公约。《选择法院协议公约》在缔约国上也要求其是一个主权国家（sovereign state），因此原则上台湾与港澳同属中华人民共和国属下的地方行政区域，未经中央政府同意，无法取得缔约权。

[①] 最高人民法院关于《内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第一条：“内地人民法院和香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付事项的具有执行力的终审判决，当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。”

[②] 最高人民法院关于《内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第三条：“本安排所称‘书面管辖协议’，是指当事人为解决与特定法律关系有关的已经发生或者可能发生的争议，自本安排生效之日起，以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。本条所称‘特定法律关系’，是指当事人之间的民商事合同，不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。”

[③] 最高人民法院关于《内地与澳门特别行政区法院相互认可和执行民商事判决的安排》第一条：“ 内地与澳门特别行政区民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括劳动民事案件）判决的相互认可和执行，适用本安排。本安排亦适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。本安排不适用于行政案件。”。

[④] 最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第一条：“台湾地区法院民事判决的当事人可以根据本规定，作为申请人向人民法院申请认可和执行台湾地区有关法院民事判决。”

[⑤] Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 28(1): “if a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.”

[⑥] 《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第一百五十三条：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区。”

其次，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第一百五十一条："香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以'中国香港'的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议。"澳门基本法中也有相同的规定。[①]港澳两地未来存在以"中国香港"或"中国澳门"的名义单独签署批准《选择法院协议公约》的可能性。追溯先例，即大陆和香港在 1958 年《纽约公约》适用问题的解决上，可以看出我国更倾向于适用区际间的《安排》：香港于回归之前便加入了《纽约公约》，中国加入该公约后，大陆与香港间仲裁裁决的承认和执行适用《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》，并不适用《纽约公约》。 因此，本文认为，无论从何种角度分析，在"渣打银行案"、"任国龙案"和"国泰案"等具有涉港澳台因素的案件中，以及未来在公约"签署——批准"阶段，法院参照《选择法院协议公约》处理涉港澳台案件的做法是不合理的。

三、法院选择"排他性"标准的的认定

《选择法院协议公约》于 2005 年 6 月 30 日由海牙国际私法会议第二十次外交大会通过，为国际涉外民商事案件管辖权协议的排他性认定上提供了一个统一认定标准，但目前仅欧盟正式批准生效。在"渣打银行案"、"任国龙案"和"国泰案"中，最大的争议点即选择法院管辖协议的"排他性"（exclusive）如何认定。实践中，如果当事人明确约定其所选择的法院的管辖权具有排他的效力则毫无争议，但约定不明的情况应做如何判断？《选择法院协议公约》在排他性协议方面有何规定，我国将面临何种问题？

（一）约定不明情况下排他性之认定

在涉外民商事活动中，当事人之间订立协议管辖法院条款，借以选择对自己有利的法院，更好的维护自己的利益。然而部分当事人订立协议时因考虑不周，用词不明确等原因，导致排他性管辖意图表现不够明显，引起法院的歧义。我国关于选择法院协议的规定体现于《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条，即在不违反民诉法对级别管辖和专属管辖规定的前提下，当事人双方是可以通过在合同种订立条款来确定法院管辖权的，但是必须选择被告住所地、合同履行地、合同签订地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖[②]。在涉外案件中，最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百三十一条提出，除了应属于我国法院专属管辖的案件之外，当事人双方可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。[③]但上述法条并未对协议管辖进行分类规定，尤其对"非排他性"和"排他性"管辖的区分未明确提及，因此造成了实务中法院对排他性管辖协议效力的不同判定。此种情况下排他性的认定，国际司法实践中有下列几种做法：

1. 未明确约定排他性，为非排他协议管辖

通常来讲，排他性选择法院协议是当事人之间约定法院管辖权的同时，排除其他法院管辖的一种具有强制性质的协议。与之相对的非排他性选择法院协议，更趋向于一种许可性质的选择管辖协议，当事人可以选择多个法院管辖，法院的管辖权不具有唯一性。那么如何界定"明确约定"？在实践中，一种解释倾向于通过选择管辖条款中包含的排他性质的词语进行判断。例如美国，虽然在 1972 年的 *Bremen v. Zapata*[④]案中首次承认当事人可以通过选择法院协议确定法院管辖权，但是至于如何区分选择协议"排他性"和"非排他性"，一直是美国争议较大的问题。美国部分法院解释认为：若当事人选择法院条款中包含有强制性、授权性词语，如"应当"（Shall）,"必须"（Must）等，即使没有明确约定协议的排他性，仍可被认定为排他性的选择法院协议。例如，在 *Docksider, Ltd. v. Sea Technology, Ltd.*[⑤]一案中，当事人商议"审判地应当为维吉尼亚州的格洛斯特县"（Venueshall be deemed to be in Gloucester County, Virginia.），这一条款被法院定为排他性质。

我国虽然未做"非排他性"和"排他性"管辖的区分，但是在判断标准上，一定程度

---

① 《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》第一百三十六条。

② 《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条。

③ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百三十一条。

④ M/S Bremen and Unterweser Reederei, GmbH v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).

⑤ Docksider, Ltd. v. Sea Technology, Ltd., 875 F.2d 762.

的对包含有排他性质的字句进行了考量。例如 2012 年株式会社海眼综合建筑师事务所、金诚国际集团有限公司、江阴金晟大酒店有限公司担保追偿权纠纷一案中，当事人《工程设计合同》中约定“可由首尔地方法院一审管辖法院审理解决”。[①]从用词上看，更趋近于许可性质的选择管辖协议，最高院认为该条款系非排他性管辖条款，不能排除中国法院的管辖权。

另一种解释认为，只有在选择法院协议中明确表示排他性管辖的意图，该协议才能被认定为排他性选择法院协议。此种“意图”首先可以通过两种方式明示：第一种是通过排他性词汇，如上文提及的“应当”、“必须”等词语；其二则是排他性语句，注明除了所选定的法院外，其他任何法院均不得行使管辖权。例如 *All-Tech Industries, Inc. v. Freitag Elec., GmbH*[②]一案中，当事人在合同中商定德国北部城镇 Bad Segeberg 有权管辖因合同引起的一切纠纷（Place of jurisdiction is Bad Segeberg, F.R.G.），既没有授权性词语，也没有语句表示除 Bad Segeberg 法院外，其他法院不得行使管辖权。因此美国法院提出不能认定双方在管辖上达成了合意，该条款为非排他性选择法院协议。

更有甚者，若被选择法院能够根据当事人合同内容或者双方的意思表达推定其“意图”为排他性协议管辖，则可以行使排他管辖权，具体可见 *Rivera v. Centro Medico de Turabo, Inc.*[③]一案。

2. 未明确约定排他性，为排他协议管辖

此类最为典型的是欧盟。对于欧盟来说，尽管 2015 年 10 月 10 日批准了《选择法院协议公约》。但早于 1968 年，欧盟就建立起了以《布鲁塞尔公约》为基础的管辖权分配体系，并且 2000 欧盟《关于在民事和商事领域的司法管辖以及相互承认和执行裁决的条例》（简称“布鲁塞尔条例”）把协议选择法院管辖权内容纳入体系，在 2012 年重订版的《布鲁塞尔条例》中又进行了完善。欧盟在选择法院协议的“排他性”的认定和以及协议管辖的适用程序上有自己的认定标准，所以事实上在欧盟成员国内部，布鲁塞尔体系并没受到影响。

《布鲁塞尔条例》第二十五条规定了当事双方可以约定将有关纠纷诉诸欧盟缔约国某一法院或某些法院，除非当事人另有有说明，该协议选择法院的管辖权为排他性质的。[④]但其适用附有限制条件，即当事人至少有一方的居住地在欧盟缔约国内。2012 年重订版的《布鲁塞尔条例》则删除了这一限定，事人的住所地已经不再是适用选择法院管辖协议的条件之一。重订版《布鲁塞尔条例》第二十五条提出：“无论当事人居住地在何处，如果已经通过协议约定某一欧盟缔约国的某一法院或某些法院有管辖权以解决因某种特定法律关系而产生的或可能产生的任何争端，则被指定的一个或多个法院应有管辖权，除非根据该缔约国法律该协议在实体上无效，或当事人有其他说明，该协议选择法院的管辖权为排他性质的。”[⑤]由此可见，当事人间只要选择了管辖法院，且不另做说明认定其为“非排他性”，那么该协议性质应被认定为“排他”。

需要注意的是，“布鲁赛尔体系”下的排他性选择法院协议受到“应诉管辖”和“首先受诉法院原则”（*lis pendens*）的制约。应诉管辖体现在重订版《布鲁塞尔条例》第二十六条：“除根据本条例其他条款行使管辖权之外，被告在某一缔约国法院出庭应诉的且未提出管辖权异议，那么该法院也可行使管辖权。若另一法院对纠纷有专属管辖权，则不适用本规则。”[⑥]可以看作当事人双方达成了新的管辖权合意，替代之前的协议管辖，承审法院则拥有了管辖权。最先受诉法院原则要求法院中止或者撤销正在进行的审判程序，若另一法院

---

① 第（2012）民提字第 182 号民事裁定书。

② All-Tech Industries, Inc. v. Freitag Elec., GmbH, 1988 WL 84719.

③ Rivera v. Centro Medico de Turabo, Inc., 575 F.3d 10.

④ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Article 23: “If the parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, have agreed that a court or the courts of a Member State are to have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise.”

⑤ Council Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). Article 25.

⑥ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Article 26.

在先受理了当事人双方基于同一诉由提起的诉讼，详见重订版《布鲁塞尔条例》第三十一条第二款规定："在不影响第二十六条的情况下，如果当时人间的选择法院协议赋予了某一缔约国法院专属管辖权且该法院已经受理了案件，则在该法院宣布其根据协议没有管辖权之前，任何其他缔约国法院都应暂停诉讼程序。"[①]第二十九条第一款规定："在不影响本条例第三十一条第二款的前提下，相同当事方就相同诉因在不同缔约国法院提起诉讼时，首先受诉的法院之外的任何法院均应主动暂停诉讼，直到首先受诉的法院确定其管辖权为止。"[②]因此，即使当事人之间订有排他性的选择法院协议，也要受到最先受诉法院原则之约束，只有在一种情况下（被告不存在出庭应诉且无管辖异议且被选择法院对该案件有专属管辖权），被选择法院能够排除该原则的适用。

同欧盟规定相似，在我国的司法实践中，对于未明确约定管辖协议排他性的情况，另一种解释为：若当事人未约定"非排他"，则应认定为排他性管辖协议。如 2016 年广州市星际影业有限公司与星皓娱乐有限公司合同纠纷一案中，当事人双方签署《合约书》约定"本合约及本合约之附页同具法律约束力，并受中华人民共和国香港特别行政区法律管辖，任何因本合约而产生之纠纷及诉讼，双方同意由香港特别行政区法院调节及审判[③]。"广东高院认为该条款约定的管辖法院明确，系双方的真实意思表示，且并未约定可向香港特别行政区法院以外的其他法院起诉，因此，双方对管辖法院的约定属于排他性管辖条款。

同样，我国也接受应诉管辖。我国《民事诉讼法》第一百二十六条规定:"人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出.....当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外[④]。"我国法律所确定的应诉管辖构成条件只有两个：一是被告对受诉法院的管辖权不提出异议；二是应诉答辩。

3. 无法判断是否属于选择法院协议

此种情况较为少见。美国法院认为，若当事人约定"模糊不明"（ambitious），在判断是否属于选择法院协议以及排他性上有困难，那么法院一般会倾向于做出与起草协议一方意图相反的的判决，体现了国际社会中"弱者保护原则"。例如 *Thompson v. Titus Transportation, LP*[⑤]一案中，由被告起草了本案所争议的服务合同，合同中一条款提出"双方应当在在德克萨斯州的丹顿县行使权利和履行义务"（The parties' rights and obligations shall be payable and enforceable in Denton County, Texas.）。法院认为合同中管辖条款约定模糊不明，原因有二：首先条款在内容上并没有具体规定法院管辖权的字眼，是否属于选择法院协议尚待讨论；其次即使认定该条款构成选择法院协议，那么条款中也没有具体排他性的约定。案件审理过程中被告辩称该条款是排他性质的管辖权协议，法院即做出相反决定，认定该条款性质为非排他性。

（二）《选择法院协议公约》中排他性问题

1. 公约关于排他性之认定

《选择法院协议公约》第三条关于排他性选择法院协议规定（b）项："当事人双方指定一个缔约国法院，或一个缔约国的一个或多个特定法院的选择法院协议应认为具有排他性，除非当事人明确地作出相反的意思表示。"[⑥]因此，在当事人没有明确协议为何种性质时，则认定其所选择的法院具排他性。

此外，协议管辖法院选择的要求并非指所选定法院的唯一性，而应该是指选定的法院国家之唯一。换言之，只要在管辖协议中确定了某特定国家的管辖，而非一定要具体确定到该国的某一特定法院。公约还统一了排他管辖协议的格式要求，包含但不局限于书面格

---

① Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Article 31(2).

② Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Article 29(1).

③ （2016）粤民辖终 312 号民事裁定书。

④ 《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十六条。

⑤ Thompson v. Titus Transportation, LP., 2012 WL 5933075.

⑥ Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 3(b).

式，任何方式，只要其中的信息可以在日后用于参考即可[①]。这种方式不仅更符合时代的发展以及国际交往的特点，同时可以看出，在审查排他性管辖协议效力时，形式要件已然不重要了，更多是强调实体上的要求。

2. 排他性对实际联系原则的影响

《选择法院协议》第一条规定："本公约应当适用于在民商事领域订立排他性选择法院协议的国际案件。"[②]对于国际案件和国内案件的区别，公约认为若当事人都居住在同一缔约国内，且争议相关的全部因素，都只与该缔约国有联系，那么该案件属国内范畴。[③]可见，《选择法院协议》允许中立法院享有排他管辖权。

协议管辖之基础在于平等主体的意思自治原则，因而如果当事人的地位存在现实的明显差异时，中立法院管辖会造成合同的强势方利用其优势地位迫使弱势方签订一个对其明显不利的管辖协议：一般情况下，理性当事人在法院选择时会倾向于对己更有利的法院，而对处于强势地位的发达国家当事人来说，这个法院通常是本国法院或其他类似法院。因此，部分国家以立法加以适当的干预，要求协议选择管辖的法院与争议事项之间存在"实际联系"，通过限制当事人的任意选择权，排除选择中立法院管辖的可能性，以保护案件审理的确定性和稳定性。

我国则是涉外民商事纠纷管辖权"实际联系原则"的奉行者。《民诉法》第三十四条规定："合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。"[④]以及《民诉法司法解释》第五百三十一条规定："涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。"[⑤]

"实际联系"的要求可能是紧密的，即争议与被选择的法院具有某种客观存在的外在联系；也可能是较为松散的，即当事人合同选择适用某国法律，被选择国因此而成为实际联系的一个连接点，从而取得协议管辖权。从我国近年来法院司法实践来看，对"实际联系"的要求愈发严格。[⑥]按照《选择法院协议公约》的规定，若该公约在我国适用，当事人合同争议与我国存在实际联系，但选择他国法院作为排他管辖法院，一方当事人以"实际联系"为由，向我国法院提起诉讼，那么我国是否行使管辖权，或必须按照公约规定中止或撤销诉讼？有学者认为，无论是依条约义务或还是国内法规定，只有在协议违背我国的公共政策或专属管辖的情况下，我国法院才可行使管辖权，在我国应对选择法院手段的缺失情况下，影响我国未来批准该公约的立场。

但有学者提出，严格的"实际联系"结果可能是双方当事人因此不能达成国际贸易的契约的缔结，而对国际经济往来的发展不利。因此鉴于我国经济实力不断进步，法律日益完善，司法实践经验愈加丰富，我国当事人未来不会长期处于弱势者地位，因此，适当弱化"实际联系原则"的要求是十分必要的。

本文则认为，当下若单纯的放弃或弱化我国"实际联系原则"，将会导致我国司法管辖权的削弱，致使我国当事人的地位和利益陷入不利的状况。但是公约中的规定可以被我国

---

① Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 3(c): "an exclusive choice of court agreement must be concluded or documented – i) in writing; or ii) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference."

② Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 1(1).

③ Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 1(1): "For the purposes of Chapter II, a case is international unless the parties are resident in the same Contracting State and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, regardless of the location of the chosen court, are connected only with that State."

④ 《中华人民共和国民诉法》第三十四条。

⑤ 《中华人民共和国民诉法司法解释》第五百三十一条。

⑥ 例如 1996 年中东公司诉中化公司合同纠纷管辖权异议案中，最高人民法院认为，当事人选择适用瑞士法，使得瑞士与本案争议存在了实际联系的连接点,符合我国民事诉讼法"实际联系原则"的规定。而 2011 年德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖合同管辖权纠纷再审案中，最高人民法院则认为，被选择法院应与争议存在具体客观的外在联系，而不应以当事人选择的适用法作为实际联系的连接点。

利用以缓解“实际联系原则”和“排他选择法院”的矛盾。首先，公约在考虑到二者冲突的基础上，通过第十九条[①]、第二十条规定[②]，允许缔约国提出声明，若无实际联系，则可拒绝行使管辖权或拒绝承认和执行被选择法院判决，从而使冲突得以缓和。

其次，公约第六条中规定的“明显不公平例外”可以有效缓解上述矛盾。明显不公正主要包括：因偏见或腐败的原因导致一方当事人在被选择法院无法得到公正的审判；因一方当事人欺诈订立的选择法院协议；以及因一方当事人的特殊原因而阻止其在被选择法院进行诉讼。因此“明显不公平例外”不仅能够保证我国的司法管辖权，且保障我国当事人的合法权益。因此本文认为，公约通过排他的选择法院协议并未完全剥夺实际联系法院的管辖权，不会影响我国对批准该公约的立场。

四、结论

在全球贸易大环境下，《选择法院协议公约》于国际民事诉讼领域具有里程碑式的意义，该公约所确认的“组合”在最大限度尊重当事人意思自治的基础上，保障了被选择法院判决的效力，并未被选择法院所作的判决的承认和执行提供了良好的基础，极尽所能的实现了判决的自由流动。

随着我国国际民商事关系的迅速发展，我国对判决承认与执行公约的需要将会日益明显，未来批准《选择法院协议公约》是大势所趋。现阶段，我国涉外民商事立法和司法实践缺陷仍然是我们不容忽视的问题，国际上协议“排他性”认定标准较为混乱，没有一个确定、可预见的标准。因此我国签署前后援引《选择法院协议公约》作为裁决之参考和指导具有必要性与合理性，其法律效力层级应为签署前公约低于签署后公约，签署后公约低于已生效公约。但是在涉港澳台问题上法院应保持慎重，不宜援引适用。

毫无疑问，由于我国当事人目前处于在国际商事关系中的整体弱势地位，我国法院在当事人协议管辖中竞争力较弱。但加入《选择法院协议公约》并不会对我国“实际联系原则”产生实质性的冲击，相反是更好地促进我国涉外民事的立法完善的契机，及时根据《选择法院协议公约》的原则调整和完善相关国内立法，在“签署——批准”这个缓冲期做好准备，增加法律上的可预见性，使今后公约能真正被国家及当事人利用，更好的发挥其作用。

参考文献：

[1]王铁崖．国际法[M]．北京：法律出版社，1995：302.

[2]何志鹏，孙璐．国际软法的根源与发展[C]//国家治理的现代化与软法国际研讨会论文集，2014：6.

[3] Curtis A. Bradley. Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution[J], Harvard International Law Journal, 2007：341.

[4] M. Reisman. The Supervisory Jurisdiction of the International Court Justice[M]//Hague Academy of International Law. Recueil Des Cours, 1996：182.

[5]Salem H. Nasser. Sources and Norms of International Law: A Study on Soft Law[M], Galda &

[①] Hague Convention on Choice of Court Agreements, Article 19: “A State may declare that its courts may refuse to determine disputes to which an exclusive choice of court agreement applies if, except for the location of the chosen court, there is no connection between that State and the parties or the dispute.”

[②] Hague Convention on Choice of Court Agreements 2005, Article 20: “A State may declare that its courts may refuse to recognize or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the chosen court, were connected only with the requested State.”

Wilch Verlag, 2008：171.

[6] Ryan Goodman, Derek Jinks. Measuring the Effects of Human Rights Treaties[J], European Journal of International Law，2003：171.

[7]袁古洁. 条约在中国内地与港澳台适用之比较[J]. 法学评论，2002，(5).

[8]肖永平，朱磊. 批准《选择法院协议公约》之考量[M]. 北京：法律出版社，2017：180.

[9]王磊. 试论我国涉外民事诉讼协议管辖规则体系的改进[J]. 武大国际法评论，2018，(4).

[10] 李浩培. 国际民事程序法概论[M]. 北京：法律出版社，1996：64.

[12]王吉文. 《选择法院协议公约》的批准问题研究[M]. 北京：中国政法大学出版社，2017：68.

8.论海牙国际私法公约的双边化适用趋势

王轲*

摘 要:海牙国际私法会议虽被冠以“会议”之称，但这一称呼一度被学者认为是词义拼写错误，尤其伴随实践发展到现在，这一“会议”在国际上的影响力正在逐渐扩大，其实际上是一个致力于国际私法规则国际统一的永久性机构。海牙国际私法公约的双边化适用是海牙国际私法会议这一机构现代化发展的重要一面，这一概念的提出主要是源于对于“示范法”建立提议的启发与反思，该概念的提出有其积极的理论意义和实践意义，且中国对于该双边化适用趋势也是持积极接受态度的，本文拟对海牙国际私法公约的双边化适用进行体系化的研究。

关键词：海牙国际私法公约的双边化适用 示范法

一、海牙国际私法公约“双边化”适用概念的提出背景

海牙国际私法会议作为一个政府间的国际组织，为了扩大其在国际上的影响力以吸收更多成员加入，其在公约层面以及组织机构、内部制度设计上不可避免地要以此为导向，这就解释了为什么其不能做到纯粹致力于公约第一条关于会议宗旨之规定，即会议目的在于致力于逐步实现国际私法规则的统一化。[①]这点我们在海牙国际私法公约中也能察觉到，公约很多条款的设计仍是妥协利益相关国家利益需求的结果，公约实际上并不能做到脱离于利益相关国家建立一套乌托邦式的国际统一的国际私法规则。[②]海牙国际私法公约的“双边化”适用，是海牙国际私法会议公约的晚近发展趋势。海牙国际私法会议制定的国际公约大多允许缔约国在接受新缔约国时自行决定，是否接受或反对新缔约国的加入，是否接受或反对在本国与新缔约国间适用有关公约。实践中，虽然公约原缔约国反对新成员加入的情形并不多见，但也确实存在。从法律角度看，这些规定的实际效果是，允许原缔约国将多边公约的规定限制在特定双边关系上适用，或者原缔约国将多边公约的规定不适用于特定的双边关系。[③]

（一）建立“示范法”体系的提议的提出

① Statute of The Hague Conference on PrivateInternational Law, （9-31 October 1951）.

② M. L. Saunders, The Hague Conference on Private International Law, 1966 Aust. YBIL 115 (1966).

③ 参见田立晓：《海牙国际私法会议及其公约的发展趋势》，载《政法论坛》，2009 年第 3 期。

在 1956 年召开的海牙国际私法会议上，美国参会代表纳德尔曼先生（Mr.Nadelmann）向会议提交了一份备忘录，备忘录的内容是关于建立“示范法”体系的优势性论证，这一提议意在呼吁海牙国际私法会议起草一系列“示范法”，在被有关国家认为合适的情况下，可以被有关国家引入其内国法体系。纳德尔曼注意到会议的传统方法是制定多边公约，而这一传统方法是会议在致力于实现欧洲大陆国家国际私法规则的统一化时形成的，也即是在其做出带有十分区域性特征的努力的时候形成的，[①]而随着会议的影响力已远远超越欧洲大陆地区，且已在逐渐发展为全球性质的政府间的国际组织，起草多边国际公约这一传统化方法形成背景的区域性特征已不再具有，既然这一带有区域性特征的背景已不再具备，美国观察员认为，如果会议所采取的方法并不必须局限于多边公约的起草，那么会议的努力和达成的成果可能会得到实质性地扩大。

会上有很多国家代表针对这一提议提出一些批判，其中法国代表卢索恩先生提请人们注意，如果会议失去其外交性质而成为科学社团会产生哪些危险，如果作为科学社团，其对于“示范法”进行详尽地阐述在理论上可能是完美的，但至少在欧洲，实施的可能性极低。然而，可以努力调和这两种方法。[②]这一批判具有前瞻性意义，一方面其意识到了，“示范法”的建立可能和海牙国际私法会议的性质不符合；另一方面其也意识到了现有多边公约体系的僵化对于进一步扩大海牙国际私法会议影响力的阻碍，而“示范法”的建立对于扩大海牙国际私法会议影响力是有一定启发意义的，所以其希望能够找到一种调和两者矛盾的方法，既不因为“示范法”这一新的体系的建立改变海牙国际私法会议的性质，又能够改善现有多边公约体系的单一方法的僵化，扩大会议影响力。

希腊代表彼得罗斯先生认为，海牙国际私法会议应该在以后的工作中对于美国的建议予以重视，但是考虑到会议的政府间性质、考虑到会议的宪章以及传统，会议仍然应当继续进行其公约的起草准备工作。反对美国提案的基础是条约或公约不可或缺的外交和政治性质，而这样的外交和政治性质主要是依靠国家意志体现的，而“示范法”体系建立的提议并不能体现一国对另一国的意志。有没有可能在不影响会议的政府间外交和政治性质的前提下，又能践行示范法的提议呢？对此，希腊代表提出可以将“示范法”纳入公约之中，以一种公约自身表明“示范法”是附着于其的“统一规则”的内容展示来间接践行“示范法”建立的提议。狭义上认为公约的效力以及附着于其的“统一规则”的效力是固定的，也即只能用公约的效力来保障附着于公约的“统一规则”的效力，但是如果在公约中建立这样一种附着于公约的“统一规则”的展示，并且允许某一些基于政治性原因不能批准该公约的国家基于其自身的意愿决定是否将该“统一规则”纳入其国内法，最终通过国内法效力保障“统一规则”的效力，这未尝不是公约在发生其影响力的一种表现，并且这种方法的采取不会对于会议的外交或政治性质产生影响，且可以起到间接推动国际私法规则统一化的作用。这样的做法可以在相关公约中找到例证，例如 1956 年签订的海牙《抚养儿童义务法律适用公约》的第 6 条规定，[③]即是在公约中表明，公约第 1 条规定的附着于公约的“统一规则”的效力只局限于缔约国，也即公约将公约以及由公约保障附着于公约的“统一规则”的效力都只局限于缔约国之间。当公约第 1 条规定的附着于公约的“统一规则”的效力将要发生在非缔约国，也即“统一规则”规定的连结点所指向的法律是非缔约国法

---

① American Journal of Comparative Law 7, no. 2 (Spring 1958)：241.

② American Journal of Comparative Law 7, no. 2 (Spring 1958)：242.

③ 参见海牙国际私法会议《抚养儿童义务法律适用公约》

第 1 条规定：“子女可在何种程度上并可向何人要求扶养，应依子女惯常居所地法律决定。

子女惯常居所变更时，自变更之时起适用新的惯常居所地法。

关于何人可以提起扶养诉讼以及提起诉讼的期限问题也按上述法律规定。

为本公约的目的，所谓“子女”是指一切未满二十一周岁未婚的婚生子女、非婚生子女或养子女。”

第 6 条规定：“本公约只有在第一条所指定的法律为缔约国的法律时，才应适用。”

律时，这时候“统一规则”即使发生效力也不是依靠公约的效力来对其加以保障的，而是可能依靠缔约国将这一附着于公约的“统一规则”纳入其国内国际私法体系，通过国内国际私法体系的效力来保障该“统一规则”的效力，而非缔约国也可以在基于政治或其他原因没有办法批准公约的情况下将这一附着于公约的“统一规则”纳入国内国际私法法体系，通过国内国际私法体系的效力保障该“统一规则”的效力。这一在公约中展示作为“示范法”提议表现的“统一规则”的做法，一方面不会影响会议的政治或外交性质，因为公约中明确规定，“统一规则”的效力仅在公约对其生效的缔约国之间发生效力，也即“统一规则”的效力由公约的效力加以保障，这使得会议能够继续保持其政府间的政治或外交性质；另一方面，在公约中展示“统一规则”的做法，并不影响缔约国与非缔约国之间和非缔约国之间通过将表现为“示范法”规则的“统一规则”纳入国内法体系的方法，依靠国内法效力保障“统一规则”的效力，这其实也是“示范法”的提议在发挥作用的一种方式。秘书长还提请注意会议公约第 11 条关于保持会议进行的其他实践的有效性问题的规定，即会议进行的其他实践的效力，应该继续性地在相关事项与公约或者会议通过的其他规定不存在冲突的前提下对其进行观察。因此，关于“示范法”这一提议的筹备，为了保持“示范法”的建立这一实践运行的有效性，可能需要对公约进行修改，以使得其效力在不与公约存在冲突的框架下得以持续性地运行。可以看出，这些对于“示范法”提议的批判，至少都不主张在会议体制内建立独立于现有公约体系的纯粹的“示范法”体系，要么试图找出一种能够调和二者的第三条道路，要么主张将“示范法”作为“统一规则”纳入公约展示，缔约国和非缔约国之间，非缔约国之间适用“示范法”与否由是否将“示范法”纳入国内法体系由国内法效力来保障其效力来决定，而不是由公约效力来保障其效力。

作为对于这些批判的回应,美国代表纳德尔曼先生很快指出，这些“示范法”不需要取代现有条约，但可以用作辅助或替代性可能。美国代表团的论点在荷兰代表团向其政府提交的一份报告中得到了充分表达，该代表团认为：“通过国际条约实现国际私法规则的国际统一已经过时，由于条约的缔结或者加入需要各国国内艰难的批准程序，会发现可能很难将这些为会议所通过的条约引入国内。此外，他们还说，缺乏修正权有时会阻碍事关条约主要原则的重要条款的的成功达成，特别是在某些细节问题将会对某些国家造成特别严重的、因而难以克服的困难的情况下。最后，他们说，联邦政府有时会因为司法权的内部分配而遇到困难，这使得他们不可能签订国际私法条约。”[①]美国代表团继续指出，除非打算立法，否则各州很少签署条约。在这一问题上，由于“示范法”这一革新不会对各国是否愿意采纳这些文本产生太大影响，代表团表示，这一革新的灵活性无疑会扩大会议的影响范围。

这些辩论的最终结果见于海牙国际私法会议第十届会议通过的最后法案的 B 部分：就第十届会议关于“示范法”的提议建立在对于 1960 年 10 月 26 日第九届海牙国际私法会议通过的最后法案的部分关于“示范法”提议的决定进行审议的基础上。这些辩论结果中有一条尤为引人注意，是关于对于“示范法”的提议进行批判且根据这一批判引出公约的“双边化”适用这一概念的提议的区分性认识，也即其认识到示范法并不能体现有关国家对一国家的法律承诺。[②]

（二）公约的“双边化”适用概念的提出

根据对于“示范法”提议的相关批判，以及会议体制内现有单一公约体系的一些困境，人们意识到“示范法”和单一公约体系都不能成为一个会议体制的最终解决方案。1965 年 2 月，在海牙举行了一次“委员会限制”会议，开始研究一项关于双边化未来《承认和执行

[①] American Journal of Comparative Law 7, no. 2 (Spring 1958)：245.
[②]同注[②]。

民商事外国判决的海牙公约》的建议，这次会议标志着“双边化”概念的正式引入，“双边化”的提议将会允许各国选择自己的条约伙伴，从而使主要条约仅在它们之间具有约束力。为比利时所提出的这一“双边化”体系的优点被宣称为主要是，（一）可以排除经常性阻碍条约批准的障碍；（二）解决现有条约（双边或多边）的约束力问题；（3）实现一种更为灵活的媒介，使各国能够通过这种媒介规范其法律冲突实践。有人指出，事实上，“双边化”这一概念的预兆出现在 1958 年公开签字的《海牙扶养儿童义务判决的承认和执行公约》的第 17 条第 3 款规定中，即“加入仅在加入国与声明接受其加入的缔约国之间生效”的规定。比利时认为，各国只能就与其选择的一个条约伙伴达成双边的“补充协议”；在这些“补充协议”缔结之前，公约在“补充协议”的缔约国双方之间不应具有任何的相关性。另外，委员会遵循了英国的一项建议，即允许各国享有更大的自由，即不仅允许它们选择自己的条约伙伴，而且允许它们为了补充协议而修改公约的某些主要条款；此外，公约将得到批准，但它只有在两国缔结双边化的补充协议时才生效。那么我们可能会想，批准的意义是什么呢？这项批准赋予了有关国家一项道义上的义务，并表明它决心履行公约所阐明的义务，因此，批准起到了一个起点的作用，“补充协定”可以从这个起点出发。很明显，我们必须在允许国家过多自由的规定和不必要地限制国家行动的规定之间取得平衡。《承认和执行外国民事和商事判决公约》草案的最后案文如下：根据第 21 条规定在一缔约国作出的决定，不应根据前几条的规定在另一缔约国得到承认或执行，除非作为本公约缔约国的两个国家已就此缔结了补充协定；第 23 条列举了缔约国可在补充协议中相对于公约重新定义、修改和删去的事项。第 22 条规定本公约不适用于第 21 条规定的补充协议生效前作出的决定，除非该协议另有规定，补充协议应继续适用于在任何退出协议生效前已提起的承认或执行程序的决定。这种“双边化”制度是一种新的、充满活力的理念，当然可以应用于国际私法以外的领域。[①]

二、公约的“双边化”适用的优势

（一）扩大海牙国际私法会议及其起草的一系列公约的影响力

公约的双边化适用是海牙国际私法会议公约的晚近发展趋势。[②]海牙国际私法会议成立之初主要是为了促进欧盟国际私法规则的统一，这使得其成立之初不可避免地带有区域性特点，从其最初只考虑单一公约体系以及最初起草的很多多边法律适用条约中关于条约在法律适用条款的连结点指向非缔约国时不适用的规定中都可以佐证会议成立之初的区域性特点。而随着美国开始对该组织关注，并派出代表在会议上提出关于建立“示范法”体系的提议开始，该组织日益突破其成立之初的区域性背景，显示出其政府间、国际性、全球化的特点，随着全球化的深入，作为一个政府间的国际组织，为了吸引更多国家加入，扩大该组织的国际影响力，其必须从会议以及公约两层面制度设计入手。而比利时代表在会议上关于公约的多边化适用的提议无疑是扩大会议影响力的有力举措，按照会议的传统做法，单一公约体系下公约的效力是固定的，国家一旦缔结或加入该公约，并经过国内的批准程序，公约的效力是以其全部条款覆盖于所有缔约国和后来加入国，这样会使得一些国家基于政治原因或者外交原因，比如和某个或某些已是该公约缔约国或者加入国的国家之间因为存在不友好外交关系等因素的影响而暂时不再关注该会议以及该会议体制内的该公约，这无疑不利于扩大会议以及其起草的一系列公约的影响力。而如果对公约进行双边化，意味着给予缔结或加入公约的国家以选择权，这些国家可以选择一个或者多个缔结或加入公约的国家作为条约伙伴，而避开因为政治或者外交因素其不愿意公约在其和特定国家生

[①] 同注[②]。

效的特定国家，公约仅在这些国家和其条约伙伴国家达成双边协议的基础上生效而在都是该公约缔约国但是彼此之间没有条约伙伴关系没有达成双边协议的国家间并不生效，公约的双边化使其效力更加具有灵活性，因此能吸引更多国家加入公约，扩大会议的影响力。

（二）相较于建立“示范法”体系提议的优势

由美国代表最初提出的改变会议传统体制内的单一公约体系而建立“示范法”的做法，虽然主要是基于美国自身内部司法权分配问题带来的对于条约批准的困境的考量而对于“示范法”引入的倡导，但美国代表同时也提出“示范法”的建立可以扩大会议影响力。针对美国代表“示范法”体系建立的提议，很多国家都对其进行了批判，虽然美国代表主张其不是要让“示范法”取代现有会议体制内的单一公约体系，但可以肯定的是，其至少是主张将“示范法”作为一个独立于现有会议体制内的单一公约体系独立出来，这种独立出来的做法不可避免会对会议的政府间外交性质或者政治性质造成影响，因为其纯粹民间性的特点根本不能够体现国家之间意志的交流，所以法国代表提出希望能找出调和两者的做法，而希腊代表则提出关于附着于公约的“统一规则”的主张，这无不一方面体现着对于“示范法”不能体现国家意志性弱点的克服和对于引进公约的“双边化”适用提议的萌芽。而公约的“双边化”适用可以说即是法国代表所主张的希望能够找到调和“示范法”的零国家意志性和现有会议体制内单一公约体系的僵硬性的矛盾的第三条道路。其一方面克服了传统会议体制内单一公约体系下一系列多边条约在适用上的僵硬性，另一方面其也体现了国家意志的交流性，不至于像“示范法”建立的提议一样，对会议的政治性或外交性产生影响。

三、中国的立场

中国对于海牙国际私法会议公约的双边化适用趋势是持积极接受态度的，实例如海牙《跨国收养公约》，尽管该公约已分别于 2007 年 6 月 1 日和 8 月 1 日在肯尼亚、柬埔寨生效，但公约保存机关荷兰外交部曾通过其驻各国使馆就肯尼亚、柬埔寨加入如海牙《跨国收养公约》问题正式照会公约各缔约国，征询缔约国是否反对或接受两国的加入，又如海牙《取证公约》，根据公约第 39 条第 4 款的规定，公约仅在新加入国与声明接受其加入的缔约国之间生效，公约保存机关，荷兰外交部曾通过其驻各国使馆照会该公约各缔约国，通知海牙《取证公约》已于 2007 年 4 月 8 日在印度生效，并要求各缔约国在一定期限届满前声明是否接受印度的加入，中国在荷兰驻华使馆照会通知期限届满前，通过驻荷兰使馆通知海牙国际私法会议常设局，中国接受印度加入 1970 年海牙《取证公约》，同时，该接受也适用于香港特别行政区和澳门特别行政区。[①]

参考文献

[1]刘仁山主编：《国际私法》，中国法制出版社 2012 年版。
[2]张仲伯著：《国际私法学》，中国政法大学出版社 2012 年版。
[3]肖永平著：《冲突法专论》，武汉大学出版社 1999 年版。
[4]M. L. Saunders, The Hague Conference on Private International Law, 1966 Aust. YBIL 115 (1966).
[5]American Journal of Comparative Law 7, no. 2 (Spring 1958)
[6]田立晓：《海牙国际私法会议及其公约的发展趋势》，载《政法论坛》，2009 年第 3 期。

[①] 同注[③]。

9.《海牙判决公约（草案）》中共同法院条款研究

钱振球　潘志芳*

摘　要：共同法院条款是《海牙判决公约（草案）》谈判中各国争议的关键性条款。区别于传统意义上属于一国司法系统的法院，共同法院是处理国际民商事纠纷的国际法院。因此，《海牙判决公约（草案）》需要重新定义法院判决和判决来源国。为了保证共同法院条款的有效行使，共同法院判决的承认与执行除了需要满足一般法院判决承认与执行的条件外，还需要满足公约所规定声明要求。同时，共同法院条款也可以倒逼中国的国际民事诉讼改革，参与全球司法竞争，并通过组建或参与组建共同法院与其他国家进行司法合作。

关键词：《海牙判决公约（草案）》；共同法院；国际法院；判决来源国；声明

On Common Court Provision under the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

Qian Zhenqiu; Pan Zhifang

Abstracts: The common court provision is a key clause in the draft convention on the recognition and enforcement of foreign judgments.　traditionally the court belongs to the judicial system of a country, but the common court in nature is the international court that deals with cross-border civil and commercial disputes. Therefore, the draft convention needs to redefine the court of orign. In order to ensure the effective exercise of the provision, the recognition and enforcement of the judgment of the common court must meet the requirements of the declaration required by the Convention, in addition to the conditions for the recognition and enforcement of the judgment of the court. At the same time, the common court clause can also force China's international civil litigation reform, participate in global judicial competition, and establish judicial cooperation with other countries through the formation of the formation of the common court.

Key words: Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments; Common Court; International Court; Court of Orign; Declaration

引言

共同法院是《外国判决承认与执行公约（草案）》（Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments，以下简称《海牙判决公约（草案）》）谈判中的焦点问题之一，也是中国与美国、欧盟、澳大利亚等大国相互博弈之处。2017 年 2 月，美国和欧盟

共同提议要在《海牙判决公约（草案）》中增加共同法院的内容，[①]随后，该提案正式进入第二次特委会的讨论，并写入 2017 年 3 月份公布的正式文本。在 2017 年 11 月份第三次特委会的讨论中，各成员国对这一问题进行进一步磋商，但是没有取得突破性进展，而只能留待未来讨论。

自海牙判决项目重启以后，《海牙判决公约（草案）》就以制定一个面向未来的全球承认与执行的外国法院判决的公约为工作目标，因而，共同法院被纳入到公约当中。目前，共同法院条款已经得到欧盟、美国、澳大利亚、瑞士等国家的实际支持（substantive support）。[②]但是，也有不少国家对其表示了担忧。[③]正如中国代表团的代表所言，共同法院判决的承认与执行与外国法院判决的承认与执行应当遵循互惠的理念相冲突。共同法院与《海牙判决公约》的成员国之间缺乏此种互惠基础，因为这些共同法院并没有承认与执行其他国家法院的规定，也并无相关的实践。如果在《海牙判决公约（草案）》中增加共同法院的规定，则共同法院判决可以依据公约到其他缔约国进行承认和执行。这样无疑是增加了尚未组建或参与组建共同法院的成员国的负担。[④]虽然共同法院可以在普通法国家施行，但不代表它就可以适用于其他国家。[⑤]本文从共同法院的性质、共同法院判决和判决来源国的界定以及共同法院判决承认与执行三个层面来分析《海牙判决公约（草案）》中的共同法院条款。同时，总结中国在共同法院条款形成过程中的贡献，探求共同法院条款对中国的潜在影响。

一、共同法院：审理国际民商事案件的国际法院

（一）共同法院的范围

海牙《承认与执行外国判决公约草案》（以下简称《海牙判决公约（草案）》）[⑥]第 22 条第 1 款规定，共同法院是指由两个或两个以上国家共同设立的，对公约所涵盖的事项享有管辖权的法院。[⑦]因此，符合第 22 条所规定的共同法院应当具备以下两点因素：两个或两个以上国家共同设立；管辖事项属于公约的范围。[⑧]

首先，两个或两个以上国家共同设立的国际法院。《海牙判决公约（草案）》并未像界定“被告”和“判决”一样对法院作出统一的定义，因为界定“法院”困难重重，不仅《海牙判决公约（草案）》没有界定，其他的国际公约也没有对法院作出界定，比如 2005 年海牙《选择法院协议公约》。但是，多数人支持的观点认为，法院是指属于成员国司法系统中任何一级的法庭或者根据成员国的法律对某一特定事项行使管辖权的永久性法庭或者根据

---

*作者简介：钱振球，男，武汉大学法学院博士研究生，联系方式：qzq804201038@126.com。潘志芳，女，厦门大学法学院博士研究生，联系方式：1011248677@qq.com。

原文已发表于《武大国际法评论》2019 年第 1 期，如需引用，以该期刊为准。

[①] See Work. Doc. No. 163 – Proposal of the Delegations of the European Union and the United States of America (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017), para.1.

[②] See Note on “common courts” in Article 22 of the February 2017 draft Convention, para.4.

[③] 比如俄罗斯、以色列、日本和中国。

[④] See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 draft Convention, para.23; Report of meeting NO.3, para.48.

[⑤] See Report of meeting No.3, para.58.

[⑥] 需要说明的是，2018 年 5 月份第四次特委会后形成的公约草案中共同法院的规定与之前有较大差异，因此本文所讨论的内容建立在 2017 年的案文之上。

[⑦] See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 draft Convention, para.6.

[⑧] See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 draft Convention, para. 6.

预先设定的程序性规则，对立、自主地行使管辖权的法庭。[①]与这种定义不同，共同法院并不属于一国的司法体系，而是由两个或两个以上的国家，根据国家间所达成的国际条约所设立的法庭。这就使得共同法院具有了国际法院（International Courts/ International Adjudication）或超国家法院（supra-national court）的性质。

国际法院是国际法上的重要概念。[②]根据国际法院与仲裁庭项目（the Project on International Courts and Tribunals, PICT）[③]的定义，国际法院应当包含以下几个方面的因素：永久性机构；有独立的法官；裁决双方和多方主体之间的纠纷，该主体可以是国家和国际组织；存在预先设定的程序性规则；所作裁决具有约束力。[④]欧盟的统一专利法院（The Unified Patent Court, UPC）就符合这一定义。第一，统一专利法院的组建是基于各国之间的协定，而某一个国家的决定。2013 年 2 月，24 个欧盟成员国签署协议《统一专利法院协定》，组建统一专利法院。第二，统一专利法院是永久性的专利审判机构。统一专利法院包括初审法院和上诉法院。初审法院包括中央法庭、地方法庭和地区法庭。中央法庭设在法国巴黎，依照缔约国请求可在其境内设立一个地方法庭，依照两个或两个以上缔约国请求可设立地区法庭，并由缔约国指定法庭所在地，地区法庭可以在多地审理案件。统一专利法院的上诉法院设在卢森堡。第三，法官的独立性。法官包括具备法律资格的和技术资格的法官两种。法律资格的法官必须满足各成员国任命司法官的条件；技术资格的法官必须拥有大学学位，并被认定为技术领域的专家。第四，统一专利法院所裁决的是双方和多方主体之间的专利纠纷。第五，判决对《统一专利法院协定》的缔约国具有拘束力。此外，《共同法院条例》[⑤]第 71d 条又将其统一专利法院的效力扩及于其他的欧盟成员国。

反之，一个国家所设立的专门性法院不属于《海牙判决公约（草案）》范围之内，比如新加坡国际商事法院和迪拜金融中心法院。[⑥]一般而言，这些法院被称作国际商事法院，它是某一国家为了提高自身的司法竞争力而设立的法院，这些法院都是由一个国家设立的，因而它不属于公约所称的共同法院。

第二，共同法院所管辖事项属于公约的范围。《海牙判决公约（草案）》第 1 条和第 2 条对公约的适用范围作了规定，一方面，公约适用于民商事判决的承认与执行。[⑦]另一方面，《海牙判决公约（草案）》也不适用于一些已经制定有相关的公约，或者是这些事项上很难达成多边一致的事项予的事项排除，比如自然人的身份及其法律能力、诽谤等等。

因此，共同法院不包括下列法院或者法庭。首先，共同法院不包括专门处理国际公法纠纷的国际法院。一般认为，国际法院仅指对国际公法范围内的事项享有管辖权的法院，比如国际法院只能受理国家之间的纠纷；欧洲人权法院对人权问题享有管辖权。这些法院的公法性质决定了其不构成《海牙判决公约（草案）》中的共同法院。其次，共同法院不包括行政性或宪法性国际法院。《海牙判决公约（草案）》第 1 条第 1 款规定公约不适用于税收、关税和行政性事项，因此行政性和宪法性法院不属于此处的公约法院。最后，共同法

---

① See Francisco J. Garcimartín Alférez& Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, Preliminary Document No. 10 of May 2018, para.74.

② 国际私法学者对国际法院研究较少，因而很少看到有相关的论述，但是已有国际公法和国际关系的学者对其进行了研究。

③ 国际法院与仲裁庭项目成立于 1997 年，早期为英国和美国的合作研究项目，后来逐渐成为专门研究国际法庭和仲裁庭的机构。

④ Karen Alter, The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights 83 (Princeton University Press2014).

⑤ Regulation (EU) No. 542/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 amending Regulation (EU) No. 1215/2012 as regards the Rules to be applied with respect to the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice.

⑥ See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 draft Convention, para.7.

⑦ See Article 1 of the Draft Convention..

院不包括仲裁庭，因为公约不适用于仲裁和与仲裁相关的程序。[①]

总之，共同法院是指对公约事项享有管辖权的国际法院或超国家法院。世界范围存在以下 8 个共同法院：非洲商法协调组织内设的司法与仲裁共同法院、安第斯共同体法院、欧洲联盟法院、枢密院司法委员会、加勒比海法院、东加勒比海最高法院、比荷卢法院和统一专利法院。

（二）共同法院的类型

第 22 条第 1 款还从法院的审判权角度对共同法院进行了划分，即仅有上诉审判权的共同法院和兼有初审权和上诉审判权的共同法院。在前述的共同法院中，前者如安第斯共同体法院和司法与仲裁共同法院。后者如欧洲联盟法院、比荷卢法院和统一专利法院等。

但是，此种划分也会带来一些问题，因为有些共同法院的初审管辖权和上诉管辖权并不一致，比如加勒比海法院的初审所管辖的事项不属于公约的范围，但是上诉审的管辖权又属于公约的管辖范围，对于此种性质的共同法院的定性应在海牙国际私法会议的文件中加以明确。

（三）共同法院的产生原因

设立共同法院已成为一种趋势，它的出现反映了区域经济一体化组织争端解决机制的发展方向、区际互信的增强以及特定民商事纠纷解决的现实需要。[②]

首先，共同法院是区域经济一体化的结果。共同法院既是区域一体化的结果，又是区域一体化的推动力。为了实现区域经济的迅速发展，各国常常需要共同构建体系性的规则，其中就包括争议解决机制。依据区域一体化的不同程度，这些国家创设了很多区域性的争议解决机制，比如法院、仲裁庭和调解。这些争端解决机制在一定程度上保证了区域一体化的运行与实施。

另一方面，双边投资协定在区域经济一体化进程中扮演着越来越重要的作用。这些协定旨在存进贸易和投资，而争议解决机制正在成为双边投资协定最为重要的特征。尽管目前与投资有关的争端主要通过仲裁来加以解决，但是由于国际投资法缺乏多边机制的有效引领，越来越多的地域开始探索新的机制来加以解决，共同法院就是最新尝试之一。[③]

其次，区域互信的增进。一直以来，判决的自由流动都是判决的承认与执行的最终目标。但是，由于各国司法体系差异性太大，一直无法实现全球范围内判决自由流动。判决的自由流动仅能在一些地区间实现，比如欧盟《布鲁塞尔条例Ⅰ》通过废除执行令、免除认证等措施来促进欧盟成员国判决在其他国家的承认与执行。尽管如此，这些措施依然不能完全解决欧盟区域内判决的自由流动问题，因为“民商事”、“判决”这些概念解读以及公共政策的适用依赖于成员国和成员国法院进行。这些因素使得判决的自由流动效率大打折扣。

近年以来，一种新的理念正在逐渐形成，即互信（mutual trust）。以欧盟为例，随着欧盟一体化程度的提高，互相信赖原则正在逐渐取代判决自由流动原则。互相信赖原则逐渐成为欧盟国际私法，尤其是欧盟国际程序法的未来和支柱。[④]这种变化在经过《共同法院条

[①] See Article 2(2) of the Draft Convention.

[②] See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.14.

[③] See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.15.

[④] Matthias Weller, *Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law*, 11(1) Journal of Private International Law (2015); Marek Zilinsky, *Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?*, 64(1) Netherlands International Law Review (2017).

例》修订的《布鲁塞尔条例Ⅰ》中表现为以下三个方面：首先，成员国法院概念的扩张。《布鲁塞尔条例Ⅰ》第 71a 条规定，条例所称的共同法院应被当作成员国法院。其次，有限度的长臂管辖。第 71b 条第 3 款规定，共同法院对于侵犯欧洲专利，其损害结果发生在欧盟领域内的案件享有管辖权。此外，共同法院还对此种侵权在欧盟领域外造成损害的案件享有管辖权。但是，这种长臂管辖存在两个方面的限制。第一，被告有财产置于欧盟任一成员国境内；第二，与任一成员国有充分的联系。最后，判决在其他欧盟成员国承认与执行。第 71d 条第 1 款规定，共同法院作出的判决可以在非共同法院成立文件的欧盟成员国进行承认和执行。

最后，共同法院为解决特定民商事问题的解决提供了新路径。共同法院产生的另一动力是特定民商事问题解决的实际需要。共同法院的组成国家无论它们是否地缘相近，都常常需要面对一些共同的问题，比如知识产权的跨境保护和投资争端的解决。这些问题解决需要依赖区域一体化的发展，共同法院正是解决此类问题的试验之一。[①]

跨境知识产权纠纷的解决一直是国际民事诉讼的难点，同时也是此次《海牙判决公约（草案）》谈判中各国所争论的焦点内容。除了知识产权侵权和有效性的争论之外，知识产权对于地域性的坚持也加重了外国知识产权判决承认与执行的困难程度。于是，国际社会试图解决新的问题和新的困难，但最终随着海牙国际私法会议民商事管辖权和外国判决项目的失败而不了了之。[②]在无法形成以条约为基础的全球性的知识产权争端解决机制的情形下，一些区域统一化程度高的地区开始探索由主权国家让渡特定范围的知识产权审判权，共同组成专门法院来应对跨境知识产权纠纷，比如比荷卢法院和统一专利法院。

此外，国际投资争端解决的司法化趋势越来越明显。尽管目前与投资有关的争端主要通过仲裁来加以解决，但是由于国际投资法缺乏多边机制的有效引领，投资规则的碎片化和意大利面碗效应越来越严重。于是，越来越多的双边投资协定开始对争端解决机制进行改革，比如构建投资法庭机制来解决投资者与东道国之间的投资纠纷等。[③]以欧盟的实践为例，欧盟 TTIP 的 ISDS 建议稿是将现有的投资仲裁机制司法化，不仅引入上诉机制，而且将仲裁庭的临时机制固化为常设的法官。[④]

而且，知识产权问题和投资争端解决的交叉使得问题更为复杂。作为适格的投资客体，知识产权受到投资条约的保护，在此后签订的大多数国际投资条约的“投资”定义中也明确将知识产权作为一种投资类型。近年来，随着国际投资争端解决机制在国际投资活动中发挥的效能越来越明显，与知识产权相关的投资争端也开始崭露头角。[⑤]这些纠纷不仅不属于既有的双边或多边争端解决机制的受案范围，而且原有的机制也无法完全解决此类纠纷。

二、共同法院判决和判决来源国

（一）共同法院判决

《海牙判决公约》所规定的共同法院的判决有两种：仅有上诉权的共同法院所作出的判决和兼有初审权和上诉权法院作出的判决。对于仅有上诉权的共同法院的判决，如果初审法院是《海牙判决公约》的成员国法院，则可以通过公约进行承认和执行。反之，如果

---

① See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.16.

② 钟丽：《国际知识产权争议解决机制研究》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 2-3 页。

③ See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.17.

④ 叶斌：《欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景》，《国际法研究》2016 年第 6 期，第 75-76 页。

⑤ 参见贾丽娜：《知识产权投资争端问题研究》，《武大国际法评论》第 4 期，第 31 页。

初审国法院不是成员国法院，则该判决不能通过《海牙判决公约》进行承认与执行。[①]相较于第一种共同法院所作出的判决，《海牙判决公约》对兼有初审权和上诉权的共同法院所作判决的承认与执行设定了更为严格的标准，即仅当该共同法院的所有成员国都是海牙判决公约的成员国时，才能对该判决进行承认与执行。这样规定是为了避免非海牙判决公约的成员国搭公约的顺风车。[②]

（二）判决来源国

共同法院对于《海牙判决公约（草案）》的另一个挑战就是其需要重新界定判决来源国，因为共同法院是数个国家共同组建的法院，而不属于任何一个国家。在国际民事诉讼中，判决来源国的认定极其重要。它在一般管辖权、特殊管辖权的判定、专属管辖权的判决和拒绝承认与执行的理由和判决的效力等诸多方面都发挥着巨大的作用。在承认与执行外国法院判决时，判决来源国是指根据案件的情况，做出判决的国家，核准或达成和解书的国家，或者正式签发或登记公文书的国家。但是，在共同法院判决当中，却并不存在这样一个实际存在的判决来源国。这就需要重新考虑判决来源国的界定问题，因为判决来源国的确定事关外国法院判决能否在外国顺利地进行承认与执行。

判决来源国的界定对《海牙判决公约（草案）》的意义则是更为重大。相比于《1999 年管辖权和判决承认与执行公约（草案）》和《2001 年管辖权和判决承认与执行公约（草案）》，本次公约更加务实。在前两个草案破产之后，专家组意识到想要达成一项规定管辖权又规定判决的承认与执行的双重公约很难成功。[③]因此，《海牙判决公约（草案）》转向制定单一公约，即仅规定判决的承认与执行。而对于管辖权问题，主要是通过间接管辖权和专属管辖进行规定。这就需要借助于判决来源国的法院来判断一般管辖中自然人的经常居所地；推定管辖等。可以说，判决来源国在第 5 条和第 6 条管辖权过滤器确定方面起到了重要的作用。

因此，《海牙判决公约（草案）》第 22 条对判决的来源国作出了特别的规定。在仅有上诉审判权的共同法院中，共同法院判决的来源国的判断是其中最为关键的因素。《海牙判决公约（草案）》第 22 条第 3 款规定，如果共同法院组成国家中有部分是海牙判决公约的成员国，部分国家不是判决公约的成员国的，但只要案件的初审在成员国法院进行，就可以认为是成员国的判决。在兼有初审权和上诉审判权的共同法院中，公约第 5 条和第 6 条中的判决来源国是指作出判决的法院享有管辖权的成员国的全体领域（entire territory）。

三、共同法院判决的承认与执行

（一）一般条件

对于外国法院判决的承认与执行，各国法律都要求外国法院的判决需满足一定的条件，[④]《海牙判决公约（草案）》也不例外。公约旨在为外国民商事判决承认与执行上提供一个

---

① See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.7.

② See Discussion Document from the European Union on the Operation of the Future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights, para. 37; See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.12.

③ Andrea Bonomi, *Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments*, 17 Yearbook of Private International Law 3 (2016).

④ 何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社 2015 年版，第 325 页。

有效的制度，以促进判决的全球流通。具体而言，成员国的法院判决要想在其他成员国法院得到承认与执行需要满足以下三个肯定性条件。

第一，判决属于公约范围。《海牙判决公约（草案）》第 1 条规定公约适用于是民、商事案件法院判决的承认和执行。此处的民、商事仅指作为判决对象的争议事宜的性质，而不是指作出判决的法院的性质。第 2 条第 1 款明确规定了公约不予适用的一些争议事项，这些事项之所以被排除，主要是因为以下两个方面的原因。一方面，在《海牙判决公约（草案）》之前，已经有专门针对此类事项的国际公约。第 2 条前四项皆是与自然人的法律地位、能力以及家庭法有关的事项，海牙国际私法会议之前已经通过专门的国际公约公约，[①]比如 1970 年海牙《承认离婚和分居公约》、1973 年海牙《扶养义务判决的承认与执行公约》等。另一方面，这些问题与许多成员国关涉密切，成员国之间难以达成共识。此外，《海牙判决公约（草案）》第 2 条中还专门规定 5 项排除公约适用的问题。

第二，判决已经生效。《海牙判决公约（草案）》将判决的承认与执行相区分。[②]判决只有在来源国生效才能为被请求国承认。如果判决并未生效，则当事人之间的权利和义务尚不能确定，因而也不能该判决依据公约进行承认。同样地，如果判决在来源国不能执行，则该判决也不能依据公约进行执行。[③]

第三，符合第 5 条和第 6 条所规定的管辖权要求。[④]由于《海牙判决公约（草案）》为规定法院判决承认和执行的小公约，对于原审法院的管辖权，主要通过间接管辖权或者管辖权过滤器来审查。在司法实践中，“管辖过滤器”于当事人而言具有双重效用：其一，当事人可以据此选择在哪国法院起诉，其判决才可以被承认和执行，其二，当事人也可以据此决定是否需要参加其他地方法院就同一争议所提起的诉讼，并且进行应诉和抗辩。[⑤]《海牙判决公约（草案）》第 5 条规定针对案件所涉及的不同事项，依据被申请承认或执行人的惯常居所、债务履行地、合同之债的债务履行地等依据（bases）确立管辖权。此外，判决承认和执行还需满足第 6 条专属管辖的规定。其中，知识产权、不动产物权的专属管辖属于“绝对的”，而不动产租赁的专属管辖则是“相对的”、“附条件的”，它取决于不动产所在地国法律是否将其列为专属管辖。[⑥]

此外，还不得违反公约所设定的否定性要件，即不存在公约规定的拒绝承认和执行理由。《海牙判决公约（草案）》第 7 条规定了可以拒绝承认和执行外国法院判决 6 种情形：（1）被告未获得适当的送达。（2）判决通过欺诈获得。（3）对判决的承认和执行将明显违反被请求国的公共政策，包括做出判决的特别的程序违反该国程序正义的根本原则。（4）原始法院的管辖和当事人的协议管辖相冲突。（5）判决与被请求国法院就相同当事人之间所作判决不一致。（6）判决与另一国法院就相同当事人之间因相同诉因所作判决不一致。（7）存在未决的平行诉讼。

[①] Ronald A. Brand & Paul Herrup, The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents 58 (Cambridge University Press 2008).

[②] See Francisco J. Garcimartín Alférez & Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, Preliminary Document No. 10 of May 2018, para.90.

[③] See Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues, para.61.

[④] 在涉外民商事判决承认与执行的程序中，确定判决作出法院对该民商事案件具有适当的管辖权，是判决在被请求国法院获得承认与执行的前提和基础。参见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社 2015 年版，第 329 页。

[⑤] 参见徐国建：《建立法院判决全球流通的国际法律制度——《海牙外国判决承认与执行公约草案》立法资料、观点和述评》，《武大国际法评论》2017 年第 5 期，第 109 页。

[⑥] See Francisco J. Garcimartín Alférez & Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, Preliminary Document No. 10 of May 2018, para.225.

（二）特殊要件：声明

考虑到共同法院问题的特殊性，除了外国法院判决承认与执行一般要件，《海牙判决公约》还为共同法院判决的承认与执行设置了一个特殊的要件：声明。特委会考虑在公约中引入声明或保留机制，以之代替公约的排除事项或者扩大公约的适用范围而将特定事项囊括在内。[①]相对于保留，声明更加灵活。声明可以分为解释性声明和排除性声明，排除性声明与保留的效果类似，但是其在作出时间上灵活度更高。以 2005 年海牙《选择法院协议公约》为例，其第 19 条至第 22 条所规定的声明可在任何时间予以修正或者撤回。解释性声明仅是缔约国对于公约中若干规定的理解和说明。解释性的声明与保留之间的区别主要体现在排除和更改条约中若干规定的效果上。[②]因此《选择法院协议公约》和《海牙判决公约（草案）》都未对有保留的规定，而是对一些特殊问题采用了排除性声明的方式加以规定，比如关于非排他性选择法院协议的互惠声明、共同法院声明等等。

《海牙判决公约（草案）》为共同法院条款所设定声明即是属于排除性声明。成员国可以声明两个或两个以上国家所设立的管辖属于《海牙判决公约（草案）》范围的法院为共同法院。否则，成员国如果不作此种声明，即使存在管辖国际民商事纠纷的国际法院，该法院也不是公约所称的共同法院。

四、共同法院条款与中国的相互影响

（一）中国对共同法院条款的影响

第一，减缓共同法院条款进入公约的速度，给其他未组建或者参与组建共同法院的成员国留下充足的准备时间。由于共同法院具有国际法院的性质，直接将其判决纳入到《海牙判决公约（草案）》中并非一个非常稳妥的选择。这其中需要考虑到各成员国的诉求，尤其是未组建或者参与组建共同法院的成员国的的诉求。

对于设立共同法院的成员国而言，除了《海牙判决公约（草案）》，成立共同法院的国际条约中本身就规定了判决在这些国家的承认与执行机制，这些规定足以保证共同法院在各缔约国产生效力。此时，对于这些判决的承认与执行的域外承认和执行问题就需要考虑一下两个方面的问题。首先，是否有足够多的法院判决需要到其他国家和地区去承认和执行？以比荷卢法院为例，自其成立之日起，比荷卢法院一共作出了 146 例判决，且可依据《比荷卢法院条约》进行执行。其次，现有的执行机制能否完成法院判决的执行要求？以欧盟的比荷卢法院和未来的统一专利法院为例，这两个法院都是典型的共同法院，这两个共同法院的判决可以通过以下两重机制进行承认与执行。首先，这两个法院的判决根据《比荷卢法院条约》和《统一专利法院协定》在缔约国内部流动。其次，随着《共同法院条例》的通过和生效，这两个法院的判决还可以在其他欧盟的成员国承认和执行。可以说，欧盟已经构建起了一套有效的跨境专利判决承认与执行的机制。

而对于尚未或参与组建共同法院的国家而言，共同法院将使得其与这些国家之间的权利义务完全不对等。一方面，共同法院条款使得其共同法院的判决可以在公约的成员国进行承认和执行，使得其享受公约的红利。另一方面，这些共同法院却不用负担承认与执行

[①] See Explanatory Note Providing Background on the Proposed Draft Text and Identifying Outstanding Issues, para.228.

[②] Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary 264 (2nd ed. Springer-Verlag GmbH Germany 2018).

其他成员国的判决的义务。这是因为在共同法院成立之初，为了保证共同法院作用的发挥，共同法院仅受其成立文件的约束，而不为任何特定的国家所控制。[①]

正因如此，在欧盟、美国、澳大利亚等国相继表示支持将共同法院条款纳入到《海牙判决公约（草案）》中后，中国代表团提出应将共同法院的规定应放在括号中留待未来讨论，这一建议也最终为主席团所采纳。[②]

第二，将国际投资法院和国际商事法院纳入到共同法院的讨论范围之内。自欧盟提议将共同法院判决加入到公约开始，主席团和各国的代表都立足于当前共同法院的实践，将目光聚焦在一些现有的国际法院之上，比如欧盟统一专利法院、国际法院、加勒比法院、枢密院司法委员会等等。[③]这些法院不仅符合共同法院的定义，同时也有国际法院的理论和实践为支撑。

然而，中国代表团则关注到了一些未来可能的共同法院。在会议讨论的第一阶段，中国代表团提出《欧加全面经贸协定》下的国际投资法院是否为共同法院。[④]虽然，国际投资法院的性质尚未确定，但在常设局随后发布的共同法院报告还是对这一问题作出了界定，指出双边投资协定是共同法院产生的一个重要原因。此外，中国代表团还提出，近几年国际商事法院发展迅猛，其是否属于未来公约的范畴。[⑤]《共同法院报告》对此予以了否定，报告认为国际商事法院属于一国设立的特殊法院，因而不属于《海牙判决公约（草案）》所称的共同法院。[⑥]

第三，为共同法院条款在《海牙判决公约（草案）》中的定位提出了新方案。关于共同法院在公约中定位问题主要围绕以下两个问题展开：

首先，需不需要将共同法院条款写入公约正文。对于这一问题，存在两种不同的观点。一种观点认为，不需要在公约中设置单独的条文，而直接将包括在公约所称的判决中。另一种观点则认为，需要将共同法院条款写入《海牙判决公约（草案）》中。相比较之下，第一种观点并不妥当，它将会导致各成员国对共同法院条款理解的不一致。因为《海牙判决公约（草案）》中没有直接规定，共同法院判决的效力就需要依赖于被请求国的自由裁量权。在这种情况下，一些法院会认为它属于公约的范围，而对其予以承认和执行，而公约的另一些成员国法院会认为，共同法院判决不能等同内国法院判决或者不存在等同于内国法院判决的基础。[⑦]因此，需要在《海牙判决公约（草案）》中对共同法院进行规定。

其次，是否需要共同法院条款加以限制。对于这一问题，存在不同的三种方案。第一种方案直接在公约中不加限制地规定共同法院。这种方案会加重未组建或者参与组建共同法院的成员国的负担，同时增加未来法院判决的不确定性。第二种方案则是在一般条款（general clauses）通过声明的方式对共同法院问题加以规定，这种方案可以使得这一问题得到充分的讨论，同时可以提升共同法院条款透明度和确定性。最后一种方案是将共同法院条款放在最后条款（final clauses）中。一般来说，最后条款是国际私法条约的一般规定，比如条约的签署、批准、接受、核准或者加入；条约的退出等。可以想象，如果真的将共同法院规定在最后条款中，必然不利于展开充分讨论。

第四，为完善共同法院条款提供了新措施。尽管共同法院条款已经设置了声明机制，即只要共同法院判决满足《海牙判决公约（草案）》所规定的判决承认与执行的一般条件并

---

① See Report of Meeting No.3, para.48.
② See Report of Meeting NO.11, para.44,47.
③ See Report of Meeting NO.11, para.43,49,53.
④ See Report of Meeting NO.11, para.35.
⑤ See Report of Meeting No.11, para.44.
⑥ See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.7.
⑦ See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.25.

作出相应的声明，共同法院判决就可以使得该判决能够得到在全球自由流动。[①]但是，《海牙判决公约（草案）》第 22 条所规定的声明还存在着内容不够详细，以及声明机制不完善的问题。针对这两个问题，中国代表团提出了自己的建议。

对于声明的内容，中国代表团提出应当细化为以下七个方面的内容：（1）作出声明国家的权限以及其他国家接受这种权限的证明性文件；（2）共同法院的名称、地点和相关的联系信息；（2）成立共同法院的法律文件的复印件和该文件的所有成员国清单；（2）共同法院的管辖权和功能；（5）成立共同法院国家承认与执行共同法院判决的情况；（6）共同法院是否承认与执行成立共同法院国家或者其他国家的判决；（7）其他必要的信息。[②]

对于声明机制的完善，中国代表团认为在现有规定的基础上，还应当对增加接受声明机制的和时间要求。首先，声明仅在作出声明的国家和声明解释共同法院声明的国家之间生效。这一声明应保存于荷兰外交部，其经核证无误的副本应通过外交途径分送每一成员国。其次，上述声明在接受声明的成员国交存接受声明的第十六天起生效，且仅在声明和接受声明的成员国之间发生效力。[③]

（二）共同法院条款对中国的潜在影响

共同法院条款毫无疑问会对中国的国际民事诉讼的制度和实践产生影响。2017 年，中国签署 2005 年海牙《选择法院协议公约》，中国的判决承认与执行正式进入条约法时代，这不仅意味着中国需要直面大国司法之间的法律竞争，也可以此为契机组建共同法院与其他国家进行司法合作。

首先，共同法院使得司法竞争升级到区域层面。为了提高本国或者本地区的司法竞争力，大国们都积极地将区域内具有竞争性的制度通过双边和多边的条约向域外进行推广。一直以来，欧盟就极其重视打造其司法的竞争力，并在域内充分实践之后向欧盟以外的区域传播。判决的自由流动是欧盟提升司法竞争力的重要举措，这主要是与其域内以布鲁塞尔体系为基础的外国法院判决承认与执行机制的有效运行为前提，这也使得成员国之间的互信基础得以进一步地巩固。虽然欧盟成员国的法律体系庞杂，但是随着欧盟私法一体化程度的逐步推进，欧盟国际私法越来越强调互相信赖，欧盟成员国法律系统的互相信赖是成员国法院判决承认与执行的前提。[④]以比荷卢法院判决和统一专利法院为例，这两个共同法院的判决不仅可以依据《比荷卢法院公约》和《统一专利法院协定》直接在各组成国家之间直接进行承认与执行。同时，该共同法院判决还可以依据《布鲁塞尔条例Ⅰ》在其他欧盟成员国承认与执行。但是，参与此次公约谈判的各国之间却无此种观念基础，因此有关共同法院的规定很难为各国所普遍接受。通过共同法院规定，欧盟的制度得以突破欧盟的地域限制，向世界上的其他国家和地区推行，从而加强欧盟的司法竞争力。

其次，共同法院条款也可能促进中国国际民事诉讼法改革，为中国与其他国家的司法合作提供了可能。面对共同法院条款所带来的潜在挑战，改革国际民事诉讼制度就成了当然之义。作为法治大国，中国需要提升中国法律制度和审判机制的发展，提升中国的司法竞争力和争议解决的效率。法律制度的全球竞争力应成为中国司法改革所应追求的目标之

---

① See Note on “Common Courts” in Article 22 of the February 2017 Draft Convention, para.14.

② See Work. Doc. No 222 – Proposal of the Delegation of the People’s Republic of China on Common Courts (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments) (13-17 November 2017).

③ See Work. Doc. No 222 – Proposal of the delegation of the People’s Republic of China on common courts (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments) (13-17 November 2017).

④ Marek Zilinsky, *Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?*, 64(1) Netherland International Law Review (2017).

一。[①]《海牙判决公约（草案）》的谈判归根结底还是大国之间对于司法主导权的竞争，是各自制度输出的途径。是区际互信增强对世界其他国家和地区产生影响的方式。共同法院的判决通过缔约国承认获得，这主要是因为这些国家之间存在信赖关系，可以依据基于信赖所达成的国际条约而对共同法院判决进行承认和执行。继而，通过区域内的其他协定获得区域一体化组织的其他非共同法院成员国的国家承认。最后，通过多边条约得到其他国家的承认。

另一方面，共同法院条款也为中国与其他国家的司法合作提供了新的路径。2017 年 6 月 8 日，第二届中国-东盟大法官论坛在中华人民共和国广西壮族自治区南宁市举行并通过了《南宁声明》。《南宁声明》是一项历史性突破，它体现了中国与东盟国家之间日益增长的司法互信。[②]中国可以中国与东盟国家之间的互信关系为基础，构建共同法院，进而依据《海牙判决公约（草案）》中的共同法院条款来促进判决的高效流动。当前，西部地区积极融入“一带一路”建设，互联互通网络逐步成型，但与此同时，国际贸易、国际工程承包、国际物流等跨境商事纠纷也日益增多。与周边国家设立共同法院对于西部地区依法妥善化解边贸中的国际商事纠纷提供了法制保障，也为进一步建立健全国际商事纠纷解决机制提供了重要契机。[③]

五、结语

共同法院条款是《海牙判决公约（草案）》的关键性条款之一。目前世界上仅有部分的国家和地区存在此种共同法院和共同法院的实践，对其研究和运用尚处于起步阶段。区别于与传统的法院，共同法院判决的判定及判决来源国的确定都需要特别加以重视。此外，对于共同法院承认与执行，《海牙判决公约（草案）》也通过声明机制对其施加一定的限制。这一要求既保证了共同法院条款能够得到《海牙判决公约（草案）》大部分成员国达成共识，又能够保证共同法院判决可以依据未来的公约进行承认与执行。

共同法院是区际互信向全球扩张的产物，是区域化与全球化的互动结果。共同法院条款的形成离不开区域一体化的发展，与此同时，建立在区域一体化基础上的共同法院判决也将随着全球性的《海牙判决公约（草案）》的发展而对全球化又产生积极影响。

10.海牙判决项目管辖协调之困境与前景

章晶*

海牙判决项目历经三度谈判，跨时逾半个世纪，力图实现判决跨法域协调，却因管辖协调分歧而屡陷困境。文明国际秩序下判决跨法域协调的必要条件之一为合格的间接管辖，但与直接管辖无逻辑关联。直接管辖协调须成员法律制度高度同质化，自愿让渡更多主权，并承认超法域司法机构之权威。海牙成员制度多元化，尤以欧美管辖体系对峙为烈。不宜强行将直接管辖与间接管辖对称调整。间接管辖更具互换性，适于公约协调。本轮谈判采

[①] 何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 145 页。
[②] 肖永平：《促进中国与东盟民商事判决相互承认和执行的新举措》，《人民法院报》2017 年 6 月 18 日第 2 版。
[③] 张立哲、杨恩泰：《完善我国西部地区边境贸易 国际商事纠纷解决机制的几点思考》，《中国民族报》2018 年 7 月 20 日第 7 版。
*南京大学法学院专职科研人员，法学博士。

判决协调单条约结构，仅含容许-肯定、容许-容许两种协调模式，为国内法保留更多空间，以促成重点领域之共识。

一、问题的提出

自 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称“《纽约公约》”）获得通过并在嗣后实践中取得巨大成功以来，就民商事判决跨国协调达成普遍性全球公约便成国际私法界的又一奋斗目标。

海牙国际私法会议（以下简称“海牙”）自上世纪六十年代便启动项目，力图达成跨国判决承认与执行的多边公约（以下简称“判决项目”）。1971 年缔结《承认与执行外国民商事判决公约》及《补充协定》（以下简称“《1971 年公约》”），[①]但并未生效。失败原因被归为两点：第一，公约形式罕见且复杂，要求成员国就公约内容达成双边补充协议，否则公约不适用。第二，欧洲《布鲁塞尔公约》[②]及《卢加洛公约》[③]（以下简称“布鲁塞尔-卢加诺体系”）的巨大成功。《1971 年公约》与《布鲁塞尔公约》几乎同时产生，但前者为仅协调间接管辖的单条约，后者则为同时协调直接管辖与间接管辖的双条约，协调机制差异一度被视为二者命运迥异的主因。[④]布鲁塞尔-卢加诺体系禁止对住所在成员国的被告适用国内法的过度管辖，第三国被告则不受此限，且基本无条件保障体系内判决流通。伴随欧盟扩张，该体系外的第三国所感受到的歧视与压力与日俱增，尤以美国为烈。美国国务院于 1992 年向海牙提议就判决承认与执行事项缔结普遍性多边公约，判决项目二度启动。

截至 1999 年通过公约初步草案（以下简称“1999 年公约草案”），[⑤]是判决项目全程最富理想与热情的八年。主要议题为公约模式选择及管辖体系取舍。因双条约模式在布鲁塞尔-卢加诺体系下已有成功经验，成为首选。双条约之下，尚有纯粹双条约与混合条约之别。纯粹双条约即以白色清单和黑色清单穷尽全部直接管辖基础，优势在可预见性高，为欧陆代表所坚持；混合条约，则虑及成员的多元性，欲在黑、白清单之外另设灰色区域，保留成员国内国法的裁量空间，主倡者为美国。几番争执，“1999 年公约草案”最终采纳混合双条约。该论谈判的另一议题为管辖体系取舍，海牙虽为多边平台，主要拉锯仍在欧美。自身所限，美国无法祭出一套与布鲁塞尔-卢加诺体系具有同等可预见性，且高度规则化的管辖体系，与欧洲代表相较，全无谈判优势。“1999 年公约草案”基本沿袭欧陆体系，但因美国反对，谈判陷入僵局。嗣后只得将公约范围限缩至一致性较高的商对商（B2B）的选择法院协议，以期尽快突破。2005 年《选择法院协议公约》通过，[⑥]对当时的学界而言，并非足以庆幸的局部成功，而意味着全面协调理想的落空。

2010 年海牙三度重开判决项目，提供双条约、单条约及示范协议三种备选模式。示范

---

① “Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters” Accessed February 17, 2018. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=78. “Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Accessed February 17, 2018. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=79.

② 《关于民商事管辖权与判决承认的布鲁塞尔公约（1968）》，2000 年该公约被欧盟转化为条例，修订版条例于 2015 年生效。

③ 最初于 1988 年在欧洲自由贸易组织成员间达成的与《布鲁塞尔公约》平行的公约，现行版本为 2007 年版。

④ See Catherine Kessedjian, “International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, April 1997, Prel. Doc. No 7, HCCH, p. 8.

⑤ See “Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters” (Adopted by the Special Commission and Report by Peter Nyhg & Fausto Pocar), August 2000, Prel. Doc. No 11, HCCH.

⑥ See “Convention on Choice of Court Agreements” (Concluded 30 June 2005), HCCH.

协议为下选，仍以公约优先；鉴于双条约导致上轮谈判失败，单条约成为务实之选。最初平行授权工作组与专家组分别负责判决公约（仅含间接管辖）谈判、直接管辖研究。因部分国家对直接管辖仍有顾忌，后决定暂停直接管辖研究，集中精力促成判决公约。为最大限度促使各方达成一致，本轮谈判放弃了公约范围的全面性，搁置争议较大的直接管辖和过度管辖，对间接管辖也很克制。项目进展明显更为顺利，2017 年 2 月、11 月先后两次对公约草案予以修订（以下简称“2017 公约草案”），[①]并希望在 2018 年底或 2019 年初就该项目召开外交大会。

跨越半个世纪的沉浮，历经两次失败，却又三度重启，既显判决项目之重要，更见推进之不易。中国学界长期以来对判决项目进展保有高度关注，并积极促成中国加入《选择法院协议公约》。[②]本轮谈判更被中国政府与学界寄予厚望，希望最终通过的公约可最大限度符合中国当下庞大的跨国经济交往需求。[③]然而，在热切响应与倡导判决项目之时，须理性、客观分析其内在困境与局限，方能对其未来前景及中国因应之策作恰当展望。

判决项目履陷僵局，并非因与判决承认与执行相关的程序事项，[④]而因管辖协调分歧。如此，便须追问管辖协调与判决协调的逻辑关系为何。从上一轮的全面双条约退守至本轮的有限单条约之后，项目推进显更顺畅。便有必要思考直接管辖与间接管辖的功能异同，以及是否必然逻辑对称。要解释欧美何以在直接管辖协调上对峙如此激烈，便须探究两大管辖体系的深层差异。双条约模式在海牙破灭，却在布鲁塞尔-卢加诺体系下运行良好，便应比较海牙多边平台与其他协调机制的性能之别。

本文欲从三个层面解析判决项目在管辖协调方面所遭遇的困境。第一，将直接管辖协调与判决协调捆绑，并将直接管辖与间接管辖对称，属逻辑误区。第二，欧陆的横向多边管辖体系与美国的纵向单边管辖体系之间存在实质鸿沟，难以实现比例调和或等价替换。第三，对不同协调机制所承载的实体制度功能认知不足，追求全面对称双条约的形式理想，加剧了协调困难。揭示困境之后，结合本轮谈判，展望未来管辖协调的可行方式，以及中国的应对立场。

二、逻辑误区：直接管辖与间接管辖的对称

自被《纽约公约》采用，继由布鲁塞尔-卢加诺体系发扬光大之后，双条约便成多边判决协调的理想机制。所谓双条约，即同时包含管辖协调和判决协调的条约机制。管辖协调针对国际民商事诉讼中案件受理环节的管辖权源分配，即直接管辖。判决协调除判决承认

[①] See “February 2017 Draft Convention” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 16-24 Feb. 2017), HCCH. “November 2017 Draft Convention” (Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments,13-17 Nov. 2017), HCCH. 后文引用条文均源自 2017 年 11 月版本。

[②] 2017 年 9 月 12 日中国签署《选择法院协议公约》。中国学界在过去数年积极推动中国加入该项公约，例如杜涛：《中国批准海牙<选择法院协议公约>的法律问题及对策》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 4 期；何其生：《中国加入海牙<选择法院协议公约>的规则差异与考量》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 4 期；王吉文：《我国批准<选择法院协议公约>的必要性分析》，载《安徽大学法律评论》2009 年第 1 辑；叶斌：《2005 年<选择法院协议公约>拒绝承认与执行外国判决的理由》，载《河北法学》2009 年第 4 期。

[③] 例如沈涓：《再论海牙<民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约>草案及中国的考量》，载《国际法研究》2016 年第 6 期。

[④] 在集中体现欧美分歧的“2001 年临时文本”中，相较于管辖部分，公约后半部分的法院权力、未决诉讼、拒绝管辖之例外情形、可被承认与执行判决的资格、拒绝承认与执行的基础、承认与执行程序及费用，以及对惩罚性赔偿的限制等条款皆共识较高。See “Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference” , 6-22 June 2001, Interim Text, HCCH, pp. 18-27. “Some Reflections on the Present State of Negotiations on the Judgments Project in the Context of the Future Work Programme of the Conference”, February 2002, Prel. Doc. No 16, HCCH, p. 6.

与执行的程序性事项外，还囊括对原判作出法院是否具有合格管辖权的判断，即间接管辖。传统观念认为直接管辖与间接管辖应具对称性，“1999 年公约草案”即属此类。然而，通过分析管辖协调与判决协调的历史互动与当下现状，不难发现强行将二者捆绑，强求直接管辖与间接管辖对称，实属误解了三者的逻辑关系。正是此逻辑误区导致判决项目上一轮谈判的重心偏离判决协调本身，最终因直接管辖协调的障碍而陷入僵局。

（一）间接管辖协调对判决协调之必要性

审查域外判决的管辖是否适当，作为承认与执行该判决的必要条件，即以间接管辖作为判决协调的过滤机制，在欧美各自历史中的生发语境截然不同。

在欧洲，截至《布鲁塞尔公约》缔结之前，判决跨法域协调可分无条约和有双边司法协助协定（以下简称“双边协定”）两类。无条约时各国做法各异，基本不愿承认与执行域外判决：荷兰无条约概不承认域外判决；德国设有难以证明的互惠要求；法国、卢森堡可实体审查域外判决；意大利允许重开诉讼。[①]此时，各国所拥有的否认域外判决效力的权力与自由远超间接管辖审查，且更直接、明确和有利本国。但其他法域的对等措施会抵消否定域外判决所获之利。当跨国往来日频，国内市场对区域统一市场依赖度增强之时，相互否定判决之俱损，显不若彼此承认之共赢。在版图破碎的欧洲国家间尤其如此，故欧洲有以双边协定协调判决跨法域效力的传统。[②]条约束缚了一方否认对方判决的权力，此时，间接管辖审查便至关重要——不对对方公民适用过度管辖（法国《民法典》第 14 条、德国《民事诉讼法典》第 23 条、荷兰原告住所地管辖等）；对方亦可拒绝承认以该等管辖所作之判决。[③]《布鲁塞尔公约》标志着欧洲国家间的判决协调从双边条约过渡至区域多边机制时代。

在美国，横向联邦主义最初无涉州际管辖，除纵向联邦主义项下属联邦法院管辖的少数事项，各州有权自定司法管辖幅度。但州权须向国家统一利益妥协，如判决既判力的全国统一。若放任各州否认姊妹州判决，国家连最低统一也难维系；任各州改变姊妹州判决既判力的范围，亦会陷入混乱。横向联邦主义的初衷为以充分信任与尊重条款（full faith and credit clause）协调州际判决效力。但姊妹州判决应被视为州内判决还是外国判决？立宪者与国会均未言明。当时，外国判决仅为判决所述债务存在的初步证据，州内判决则具决定性证据效力。统一前他州判决一直被视为外国判决，显不适于横向联邦主义。但将之视为州内判决，则有剥夺州权之嫌，以当时联邦与州权的力量对比，更不可行。司法实践摇摆不定：联邦法院重国家统一，要求以州内判决对待姊妹州判决；部分州法院重州权独立，对他州判决适用礼让、互惠等国际法要求。为平衡二者，最终在充分信任与尊重条款中设一例外——地域管辖。姊妹州判决由此自成一类——各州须赋予其完全效力，但有权检验管辖。如此折中，既禁止重开诉讼以维系全国司法统一，又保全各州之主权地域性。至此，间接管辖方进入横向联邦主义视野。[④]

是故，以间接管辖作为判决跨法域协调之过滤机制，须以一定外部制约机制（条约、联邦）为前提。外部制约机制限制主权体否定或审查域外判决的权力时，亦使其得享合作之利。若无外部制约机制，且缺乏必要的国际秩序之时（即主权体可恣意而为的丛林状态），

[①] See Kurt H. Nadelmann, “Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments: the Common Market Draft”, *Columbia Law Review* 67, 1967, pp. 996-97.

[②] 19 世纪末到 20 世纪中期，法比（1899 年）、德奥（1923 年）、比荷（1925 年）、比德（1958 年）、德荷（1962 年）、奥荷（1963 年）等双边协定先后缔结。

[③] See Kurt H. Nadelmann, “Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments: the Common Market Draft”, *Columbia Law Review* 67, 1967, pp. 1009-16.

[④] See Terry S. Kogan, “A Neo-Federalist Tale of Personal Jurisdiction”, *Southern California Law Review* 63, 1990, pp. 260-61, 263, 274-94. James Winstein, “The Federal Common Law Origins of Judicial Jurisdiction: Implications for Modern Doctrine”, *Virginia Law Review* 90, 2004, pp. 175-209. Kevin M. Clermont, “Civil Procedure’s Five Big Ideas”, *Michigan State Law Review* 2016, 2016, p. 82.

域外判决的间接管辖是否过度无关紧要。因为一法域大可无视一切域外判决，或拒不承认，或要求在本法域重新诉讼，或实体审查域外判决。一旦丛林状态受到一定国际秩序的制约，主权体的极致权力便须回撤，幅度大小则取决于国际合作深度。完全对域外判决置若罔闻，显然无视其他主权体法治；任意对域外判决实体审查，涉嫌直接评判其他主权体法治优劣，皆有冒犯之虞。为避免公然冒犯其他主权体，又维护己利，当代国家多从外围引入一些评价机制，如互惠、程序正义、间接管辖及公共政策。互惠的要求既避开正面评价域外判决，又无需承认与执行之；但互惠博弈也阻碍本法域判决的国际流通。以程序正义否定域外判决，并非用本法域法律否定其他法域法律，乃是用国际社会文明国家皆具良好确信的自然正义（如对缺席被告有无充分送达，有无程序欺诈、司法腐败等）去否定未循此行事的判决。间接管辖审查虽涉评价其他法域法律，但仅及整个法律体系的最外围和诉讼最初阶段——司法权力有无。公共政策确涉评判其他法域实体法律，须谨慎适用，仅域外判决严重违背本法域根本法律制度及原则时方可援用。[①]

综上，合格的间接管辖仅为域外判决被承认的必要非充分条件。当外部制约机制缺位之时，当代国家虽不可罔顾国际秩序任意否定域外判决，仍可以互惠等要求避免承认。纵使一国自我限定仅审查间接管辖，仍可自由决定间接管辖的审查标准。如德国的镜像原则（Spiegelbildprinzip）将本国直接管辖标准适用于间接管辖审查。[②]美国的《统一外国金钱判决承认法》（*Uniform Foreign Country Money-Judgments Act*）则制定区别于本国直接管辖，与其他管辖体系更具兼容性的间接管辖标准。[③]即便存在外部制约机制，除合格间接管辖之外，域外判决还须满足终局性、无重大程序瑕疵等必要条件。

（二）直接管辖协调与判决协调逻辑独立

虽然间接管辖与判决协调存在逻辑关联，但判决协调与直接管辖协调分属不同协调阶段，彼此独立；直接管辖与间接管辖则性质有别，功能有异，标准更不必然对称。

直接管辖为判决作出法域之特权，幅度全凭本法域自定，其他法域既无权限制，亦无义务接受。[④]为增己利，各主权体皆有扩张本法域直接管辖之倾向，只要不涉域外执行，便不致与其他法域相冲突。仅在判决协调环节审查间接管辖时，一法域的直接管辖才为另一法域评判。

当外部制约机制缺位之时，间接管辖与直接管辖分为不同法域掌控，实无关联。德国的镜像原则或有间接管辖与直接管辖对称之表象。但间接管辖的逻辑指向应为判决作出法域的直接管辖；镜像原则实为用本法域直接管辖规则评判其他法域的直接管辖规则，二者并不对称。有且仅有一法域愿以判决作出法域的直接管辖标准作为自己的间接管辖标准时，二者方具对称性，主权体通常不愿亦无需如此行事。法国历史上的标准最为严苛，只要法国法院根据法国法对原案享有国际管辖权（或依据《民法典》第 14 条、第 15 条当事人一方为法国人，或当事人排他选择法国法院），则一概不承认域外判决，无论其所依据管辖基础为何；仅当法国法院无国际管辖权时，方才依据判决作出法域的法律判断间接管辖是否

---

① See Joachim Zekoll et al., *Transnational Civil Litigation*, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2013, pp. 654-65, 673-84.

② See Peter L. Murray and Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Durham, NC, Carolina Academic Press, 2004, pp. 530-32.

③ 该法案为示范法，1969 年版本共 32 州通过，2005 年版本目前已为 24 州通过，2017 年新增两州引进。该法案第 5 条规定间接管辖标准。

④ See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, pp. 10-11. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

合格。[①]德国法院虽不似法国将本国法院的管辖权凌驾于域外法院的管辖权之上，但无需拘于域外判决所实际依据的管辖基础，而是以德国法上的直接管辖规则对该案的管辖基础重新判断。[②]相较法德两国，美国的间接管辖标准反更友好。因自身直接管辖体系特殊，美国须主动于间接管辖环节考虑与其他体系的兼容性。因此，《统一外国金钱判决承认法》中的间接管辖规则既不同于本国的直接管辖标准，亦不雷同其他任一法域的直接管辖规则，更似二者的公约数。

外部制约机制也即协调机制，可含判决协调与直接管辖协调两个阶段。在判决协调机制中，间接管辖对应判决作出法域的权力，其有权要求被请求法域承认与执行自己所作管辖合格的判决，后者亦负此义务。但判决协调并不必然与直接管辖协调挂钩，间接管辖亦不必然与直接管辖对称。现行主要外部制约机制可分为双边协定、美国州际架构及布鲁塞尔-卢加诺体系三种。

双边协定通常只涉判决协调而不含直接管辖协调。判决作出方仍对直接管辖享有完全特权。至于间接管辖，协定或专门规定之，或引入被请求方国内法。[③]无论何者，间接管辖与直接管辖皆不具对称性。

在美国，域外判决承认与执行需区分国际语境与州际语境。在国际语境下，外国判决在美国各州的承认与执行主要受《统一外国金钱判决承认法》调整，尚无有效外部制约机制。在州际语境下，州际判决承认与执行自始受横向联邦主义调整。内战之前，横向联邦主义的主题为充分信任与尊重条款对州际判决的协调，仅含间接管辖。内战之后，联邦与州权力量对比格局变动，国家的统一利益得到强化之后，正当程序原则（due process）才开始协调州际直接管辖。[④]这表明，判决协调与直接管辖协调分属横向联邦主义的不同阶段，前者系最低要求，后者属更高阶段。当下，充分信任与尊重条款项下对间接管辖的审查标准对接正当程序原则对直接管辖的协调标准，故间接管辖与直接管辖确有对称性。被请求州通常对判决作出州的直接管辖作有利假设，被告可因未在判决作出州及时提出管辖异议，而在被请求州失权。但联邦架构与单一法域不同，对判决作出州直接管辖的有利假设并非不可挑战。[⑤]而且，判决作出州的直接管辖若符合正当程序标准，被请求州固有义务承认之；若其不符合正当程序标准，被请求州虽有权拒绝，但亦有自由承认。[⑥]这说明，若一套协调机制中同时包含判决协调与直接管辖协调，那么，间接管辖虽一般与直接管辖保持对称结构，但并不绝对，间接管辖依然具有相对独立性。

布鲁塞尔-卢加诺体系一直被奉为对称双条约的典范，实则不然。在判决协调环节，仅在保护性管辖（消费者合同、劳动合同）及专属管辖领域例外容许间接管辖审查；凡成员国所作其他判决，一律不得审查间接管辖，即管辖不合格既不构成拒绝承认判决的基础，亦不构成公共政策例外。[⑦]这固然有直接管辖协调已可保障被请求成员国管辖利益之因素，但本质考量还在促进判决区域流通。这表明，当判决协调的水平足够高之时，甚至可以超越间接管辖审查这项必要条件。布鲁塞尔-卢加诺体系的直接管辖协调程度虽远高于其他机

---

① See Peter Herzog and Martha Weser, *Civil Procedure in France*, The Hague, Martinus Nijoff Publishers, 1967, pp. 589-90.

② See Peter L. Murray and Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Durham, NC, Carolina Academic Press, 2004, pp. 530-32.

③ 参见四（二）1。

④ See Kevin M. Clermont, “Civil Procedure’s Five Big Ideas”, *Michigan State Law Review* 2016, 2016, pp. 82-83.

⑤ See James Wm. Moore and Robert Stephen Oglebay, “The Supreme Court and Full Faith and Credit”, *Virginia Law Review* 29, 1942-42, pp. 572-76. Also see Paul E. Farrier, “Full Faith and Credit of Adjudication of Jurisdictional Facts”, *University of Chicago Law Review* 2, 1934-35, p. 552.

⑥ 参见四.（二）.3。

⑦ 参见《布鲁塞尔条例 I（修订版）》第 45.1(e)、45.2、45.3 条。

制，但仍不完全，且低于本体系内的判决协调水平。该体系对住所在成员国的被告适用协调机制内的直接管辖规则，且禁止适用国内法中的过度管辖。第三国被告则仍由成员国国内法调整，不仅可适用过度管辖，且据该等管辖所作判决可在其他成员国畅行无阻，该现象深为外界诟病。但这并非协调者所愿，实乃区域协调机制能力所限。2010 年修订《布鲁塞尔条例 I》时，曾考虑统一内外被告的直接管辖待遇，终因多数成员国反对作罢。[①]欧盟成员国对待判决协调与直接管辖协调的区别态度表明：第一，直接管辖对一国的司法主权更为根本，成员国尚不愿将之全部让渡欧盟；第二，判决区域内的自由流通为欧盟司法协调之最高目标，为之既可省略间接管辖审查，亦可漠视外部被告利益。

综上，无论单一法域，或外部制约机制，间接管辖与直接管辖的完全对称皆尚难实现；判决协调与直接管辖协调本质分属跨法域协调的不同阶段。

（三）直接管辖与间接管辖对称之弊端

直接管辖直接关联一法域的司法主权范围。在民族国家时代，直接管辖与地域性国家主权紧紧咬合。尽管上世纪后半叶以详，学界越发强调直接管辖的重心应在当事人公平与诉讼便利，淡化国家权力属性。[②]但只要民族国家仍为国际社会的主宰，直接管辖便不可能完全割断与国家主权的关联。相较之下，间接管辖是一法域为了本法域判决能被其他法域对等承认与执行，而给予其他法域司法权力的有限尊重与礼让。但间接管辖绝不可能凌驾于直接管辖之上，或钳制直接管辖的范围。例如，各国皆不会完全以判决作出国的直接管辖标准作为自己的间接管辖审查标准。又如，各国皆在间接管辖审查时否认判决作出国的过度管辖，但这并不妨碍其在直接管辖环节以过度管辖扩张本国司法主权。

此外，直接管辖还关切一法域的法律文化与制度传统，路径依赖性很强。即便多个法域的不同直接管辖体系实质发挥相同或相似的制度功能，亦难以实现等价替换。判决项目上轮谈判正值功能主义比较法方法盛行，认为欧美管辖体系的表层差异可因深层的共同制度功能而调和，但终因谈判破裂而失败。[③]该理论对直接管辖之所以会失败，是因其将制度功能等价视为唯一决定性因素，而忽略了更为根本的司法主权、法律文化与体系等因素；在与以上因素联结不那么紧密的间接管辖，功能等价替换并非不可行。间接管辖审查环节，一法域完全可能接受一些来自其他法域，且本法域直接管辖体系中并不存在的管辖基础，只要其制度功能与本法域某些直接管辖基础等同。[④]美国《统一外国金钱判决承认法》中的间接管辖规则即为最好例证。

如此，便不难理解将直接管辖与间接管辖对称之弊。间接管辖协调隶属判决协调，目的在增进判决跨法域流通便利，因间接管辖可作功能等价替换而易于实现，适于较低的协调阶段。直接管辖协调意味着国家司法主权的更多让渡，属更高协调阶段。不仅须以共同法律文化、制度、传统为背景，还需成员间享有极高的合作意愿（如极强经济依存度的驱使），目前仅在美国州际、欧盟成员这种联邦或类邦联区域架构下得以不完全实现。以今日国际社会的联结程度，远未达到在普遍性公约中一体协调直接管辖之程度，何况还有欧美在直接管辖体系上的鸿沟。因此，上轮谈判强求双条约的理想主义，最终致使判决协调为

---

① See Peter Hay, “Notes on the European Union’s Brussels-I “Recast” Regulation: An American Perspective”, *The European Legal Forum* 1, 2013, pp. 2-5. Peter Arnt Nielsen, “The New Brussels I Regulation”, *Common Market Law Review* 50, 2013, pp. 512-13.

② See Arthur T. von Mehren and Donald T. Trautman, “Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis”, *Harvard Law Review* 79, 1966, pp.1164-79.

③ See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *The Michigan Journal of International Law* 27, 2007, pp.1013-14.

④ See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, pp. 11. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

直接管辖协调所累，一并失败。

三、实质鸿沟：欧美管辖体系的对峙

布鲁塞尔-卢加诺体系和美国州际架构对直接管辖的协调皆以高度同质化的法律文化与制度传统为背景。判决项目上轮谈判对直接管辖协调其实是试图调和这两个体系。然而，欧美管辖体系的实质鸿沟使任一方皆无法接受以对方体系替代自身体系，此种对峙短期内皆难以消弭。这不仅直接导致上轮谈判的失败，亦致使本轮谈判不再敢触及直接管辖问题。

（一）欧陆的横向多边管辖体系

欧陆管辖体系萌于希腊，[①]成于罗马，以平等互利的城邦间贸易为基础，天然具备国际性，后经罗马帝国内化为内国地域管辖。民族国家早期，该套体系主要调整内国地域管辖；晚近被重新拓展至国际管辖。[②]故该套体系天然兼具国际、国内两个面向。

邦际管辖规则自始以跨法域案件为调整对象，一案由某邦而非他邦管辖，必须具备很强的正当性。鉴于罗马私法的自由平等，该正当性通常源自诉讼两造的平衡，及案件与法院地的最密切联系。如诉讼受动方被告的连接点比发动方原告的连接点更具管辖正当性；合同履行地比订立地更具正当性。此种管辖规则自始为横向多边构造，也即法院的分析射程不止本法域管辖之有无，还暗含若本法域无管辖，则应由何地管辖。横向多边管辖规则也即空间分配规则，在国家主权与地域性咬合之前，连接点具中立性和盲目性，与政治无涉。

民族国家时代始出现以扩张本国司法主权，及保护本国诉讼利益为目的之单边过度管辖规则——只要与本国有微弱联系，即可行使管辖权，无论他国是否更适管辖，亦无论本国判决是否会为他国所承认。典型如法国《民法典》第 14 条、第 15 条的国籍管辖，只要一方为法国人，法国法院便可管辖。又如德国《民事诉讼法典》第 23 条的被告财产管辖，只要被告在德国境内有财产，即可对其行使一般管辖。伴随国际交往与合作的深化，单边规则在整个多边规则体系中越发处于例外地位；亦可因条约机制的补偿效用而被消除，如双边协定、布鲁塞尔-卢加诺体系皆对过度管辖作出禁止性规定。[③]

罗马法成文规则化和体系化的特征亦体现于其管辖体系。《优士丁尼法典》已有被告住所地的一般规则，及合同履行地、不法行为发生地、物之所在地三条特殊规则。[④]直至民族

[①] 希腊时期已有“原告就被告”的一般邦际管辖，及“争议发生地”的特殊邦际地域管辖。See G. E. M. de Ste Croix, “Notes on Jurisdiction in the Athenian Empire. I”, *The Classical Quarterly* 11 (1-2), 1961, pp. 99, 103-108.

[②] 1965 年德国联邦最高法院首次指出国际管辖与国内管辖意义有别，但肯定下级法院之前以国内管辖倒推国际管辖的做法。同期，法国最高院亦由判例法积累使国内地域权能进入国际面向。捷克以单条成文法确立国内管辖规则适用于国际管辖。另有欧洲国家在单行国际民事诉讼立法中规定与国内管辖相近的国际管辖规则。See Arthur T. von Mehren, *Adjudicatory authority in private international law: a comparative study*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 67-68. Peter Herzog and Martha Weser, *Civil Procedure in France*, The Hague, Martinus Nijoff Publishers, 1967, pp.176-88. [法]巴蒂福:《国际私法》(下)，丁作韶译，(台湾)国立编译馆出版，正大书局印行 1972 年，第 272~312。Arnaud Nuyts and Katarzyna Szychowska, “Study on Residual Jurisdiction: Review of the Member States’ Rules concerning the ‘Residual Jurisdiction’ of their Courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations” (service contract with the European Commission JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37, September 3, 2007), pp. 16-18.

[③] See Kevin M. Clermont and John R. B. Palmer, “Exorbitant Jurisdiction”, *Maine Law Review* 58, 2006, p. 488. Christopher B. Kuner, “Personal Jurisdiction Based on the Presence of Property in German Law: Past, Present, and Future”, *The Transnational Lawyer* 5, 1992, pp. 700-701, 704-707.

[④] See Friedrich Juenger, “Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison”, *Michigan Law Review* 82, 1984, p. 1203.一般管辖的属人连接点除被告住所之外，还有原籍或市民身份所在地，但对后世意义不大。See Leopold Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trans. by Harrison Fisk, New York, the Liberal Arts Press, 1955, p. 46.

国家前夕，该体系未有实质变动。[①]民族国家时代注入新的内容，但并未动摇该体系架构和基本规则。此种稳定性源自体系的延展性，尤其是特殊管辖部分的开放性。根本原因在程序法与实体私法的牵连性，最初以程序法带动实体私法发展，[②]分离后依然保持对应关系，凡实体私法有新发展，特殊管辖规则亦可及时跟进。典型如消费者及劳动者合同的保护性管辖对福利社会实体私法政策的响应。但高度稳定性的负产品为给人以理论贫乏，仅有技术性规范之印象。[③]规则化体系的最高价值诉求为法律的确定性、可预见性与司法效率。故欧陆管辖体系难容过多的司法裁量空间，以成文法规则为主导。类型化提取公因式的解决方案的关注对象为具普遍共性之绝大多数案件，体系代价为少数个案之有失公正。[④]

综上，欧陆管辖体系为一套可兼容国际、国内两种环境，稳定性与开放性并存，以确定性、可预见性和效率为目标，总体政治无涉的横向多边空间分配规则体系。

（二）美国的纵向单边管辖体系

美国管辖体系袭自英国普通法管辖制度，形成于 12 世纪亨利二世司法改革建立统一民族国家之后，天然与国家主权挂钩。英国本土，从中央王权与地方封建势力争权，到普通法法院与衡平法院、海事法院等争管辖事项，主动且极具攻击性的司法性格从国内管辖一路延伸至国际管辖。[⑤]美国的管辖体系继承该权力属性，并将之宪政化。这使美国的地域管辖始终离不开横向联邦主义的束缚，难以实现全国统一立法变革，正当程序原则不过为有限且间接的事后司法协调。

权力属性的外在表现为法院对被告的纵向权力。从早期代表英王权的令状制度，到后来代表美州主权的送达制度，一贯逻辑为：权力所及，则送达所及，即管辖所及。[⑥]这便需界定权力的边界。亨利二世改革使英国率先进入民族国家，[⑦]自此主权与地域性咬合，管辖权亦长期以地域疆界为限。被告“出现”（presence）管辖的历史合理性正在于此——只要被告出现于本法域境内，便须臣服于本国之司法主权。这必然形成仅适国内语境的单边管辖模式，分析射程仅及本法域管辖之有无，无关其他法域是否管辖。随着跨法域交往日频，该管辖模式不得不作纵横双向调整。

纵向调整为修正对被告的绝对权力。非方便法院原则（*forum non conveniens*）为必不可少的反向平衡措施。此时并非无管辖权源，而是以司法裁量权将个案管辖的实际行使控制在合理限度。美国的正当程序原则从联邦宪法层面保护被告权利免受州权不当侵犯，则是从外部限制各州管辖权源。今天被归为过度管辖的“从事业务”标准（doing business），在内战后产生的初衷是限制州权对州际贸易的辖制，保障外州企业的准入与经营权。二战后“最低联系”标准（minimum contacts）及其项下的“不合理性”测试（unreasonableness test）是为保障福利社会中被告的公平待遇，并在州权-被告的二元格局中引入多重利益衡量因素

[①] See James Weinstein, “The Dutch Influence on the Conception of Judicial Jurisdiction in 19th Century America”, *American Journal of Comparative Law* 38, 1990, p. 87.

[②] 参见[日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年，第 64~67 页。

[③] See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *The Michigan Journal of International Law* 27, 2007, p.1039, footnote 162.

[④] See Konstantinos D. Kerameus, “A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure”, *Louisiana Law Review* 47, 1987, p. 497. Anna Conley, *Harmonizing Jurisdiction in Transnational Cases: A “Deep” Comparative Inquiry* (Ph. D. diss., McGill University, 2011) p.v.

[⑤] See Alexander N. Sack, “Conflicts of Laws in the History of English Law”, *Law: A Century of Progress (1835-1935)* 3, 1937, pp. 342-75. Anna Conley, *Harmonizing Jurisdiction in Transnational Cases: A “Deep” Comparative Inquiry* (Ph. D. diss., McGill University, 2011) pp. 29-38, 181-86.

[⑥] See Harold L. Korn, “The Development of Judicial Jurisdiction in the United States” (pt. 1), *Brooklyn Law Review* 65, 1999, pp. 983-85.

[⑦] 参见高鸿钧等主编：《英美法原论》（下），北京大学出版社 2013 年版，第 905~16 页。

（如原告利益、法院地公共利益、诉讼便利等）。新近“从事业务”标准已提高至要求被告“以法院地州为家”（at home）之程度。[①]

横向调整为补救国内单边规则所致的域外管辖真空。因单一制与联邦制之异，英美拓展域外管辖的自由度截然不同。英国既可在布鲁塞尔-卢加诺体系内放弃传统管辖体系，全盘欧陆化；亦可在该体系外任意扩张域外管辖基础（含吸收欧陆规则），再以非方便法院原则等司法裁量机制调节。[②]美国受横向联邦主义辖制，正当程序原则须臾不忘保证被告与法院地的关联。欧陆的特殊管辖规则因系法律关系而非被告与法院地之联系，有违宪之嫌，难以借鉴。故只能选择拟制域外被告域内“出现”的迂回道路。因社会背景变迁，拟制理论不断变革——从内战前的“默示同意”（implied consent）、内战后的“从事业务”、二战后的“最低联系”、近几十年的“指向州行为”（state-directed activity），直至新近的“以法院地为家”——虽有谱系，但承继关系并不分明。

综上，美国管辖体系以权力为属性，以横向联邦主义为背景，以法院与被告间的纵向关系为中心，以司法裁量权为必要构成的内国单边标准体系。其弊在于：为政治所钳制，高度宪政化，社会背景变迁动辄影响管辖标准，理论变迁频繁，体系稳定性不足；且过度聚焦典型个案，严重依赖司法裁量，确定性和可预见性不足。

（三）欧美体系之差对判决项目的掣肘

判决项目前两轮谈判的主要议题之一为排除过度管辖（黑色清单），其对欧美管辖体系的影响程度迥异。以条约排除过度管辖是欧陆管辖体系之传统，在以多边规则为主且具开放性和延展性的体系中，只需直接排除少数单边例外规则，无伤整体。且条约机制可增益本国人在其他成员国之公平待遇，如布鲁塞尔-卢加诺体系对欧盟被告更高层次的保护。

但美国的单边管辖体系由宽泛的权源标准与司法调节机制两个必要环节构成。单看权源标准，必属过度无疑。但司法调节机制（以正当程序原则限制权源，或以非方便法院原则调控实施）最终会将管辖权的实际行使控制在合理范围。然而，条约以成文规则为形式，考察对象仅能及于宽泛且抽象的权源标准，如被告“出现”、“从事业务”；又以确定性和可预见性至上，对司法裁量接纳有限。因此，英美的一般管辖标准必被片面归为过度规则，若直接排除，无异推翻整个体系。英国在布鲁塞尔-卢加诺体系中便不得不以陆体系全盘替代普通法体系，背后既有区域一体化利益驱动，亦因单一国家结构易于改革。但英国仍因欧洲法院严控非方便法院原则与禁诉令制度而倍感不适。[③]

美国的“从事业务”标准为上轮谈判之争执焦点，欧方欲将之列入黑色清单，美方因之反对“1999 年公约草案”。本轮谈判，美方与海牙皆有妥协——美国将“从事业务”收缩至“以法院地为家”之程度，降低其敏感性；海牙则放弃协调过度管辖。[④]美方保全了管辖体系，却被国内批评走得过远，且侵犯州权。[⑤]海牙降低了分歧，却舍弃曾坚持近半个世纪的管辖协调目标。

在白色清单，即肯定性管辖规则部分，欧美体系亦难以调和，而且谈判地位悬殊。欧

[①] See Kevin M. Clermont, “Civil Procedure’s Five Big Ideas”, *Michigan State Law Review* 2016, 2016, pp. 82-83. Joseph J. Kalo, “Jurisdiction as an Evolutionary Process: The Development of Quasi in Rem and in Personam Principles”, *Duke Law Journal* 1978, 1978, pp. 1176-82. Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure*, 5th edition, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2018, pp.273-75.

[②] See Adrian Briggs, *Private International law in English Court*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 437-59.

[③] See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *The Michigan Journal of International Law* 27, 2007, p. 1068.

[④] See “Issue Paper on Matters of Jurisdiction (including Parallel Proceedings)” (Note No 2, drawn up by the Permanent Bureau, January 2013), HCCH, pp. 5-6.

[⑤] See Judy M. Cornett and Michael H. Hoffheimer, “Good-Bye Significant Contacts: General Personal Jurisdiction After Daimler AG v. Bauman”, *Ohio State Law Journal* 76, 2015, p. 167.

陆体系既有布鲁塞尔-卢加诺体系在先的经验优势；又有成文规则化、确定性强、可预见性高的体系优势。“1999 年公约草案”的直接管辖即全盘欧陆化。美方一则缺乏以公约机制协调直接管辖的经验。[①]二则管辖体系天然不适提炼成文规则，只能归纳司法标准。三则国内意见分化：理想派学者希望籍由判决项目由外而内推动国内地域管辖改革；[②]现实层面横向联邦主义架构却成接受欧陆体系之最大阻碍。

为阻截欧陆体系，美方在“2001 年临时文本”提出“以行为为基础的管辖”（activity based jurisdiction），[③]但无论在美国国内、欧方还是公约体系，该标准皆难以接受。美国国内，从无管辖到特殊管辖（“指向州行为”）再到一般管辖（“从事业务”）的谱系上，要件构成无性质之差，仅程度之别，即被告与法院地的联系程度。门阈值虽极不稳定，一旦越过，法律效果即存质的区别——一般管辖可囊括被告的任何案件，无论是否和被告与法院地的联系有关；特殊管辖仅及于和被告与法院地的联系相关的特定案件。“以行为为基础的管辖”的阻击对象为欧陆的合同、侵权和分支机构特殊管辖，即取特殊管辖之法律效果；但其要件构成却融入“从事业务”和“指向州行为”的双重标准。既限缩一般管辖的效果范围，又拔高特殊管辖的构成要求，必难为美国内司法实践接受。于欧方，即便“以行为为基础的管辖”从法律效果上限制了“从事业务”标准的过度性，仍不具确定性和可预见性。对公约体系而言，欧陆化的合同、侵权、分支机构特殊管辖分别对应三种不同的法律关系，各自有不同的构成要件，若接受美方在“2001 年临时文本”中提出的替代方案，则会出现三条极为相似的规则，为立法技术所不容。

本轮谈判，美国虽然收紧了国内一般管辖标准，但管辖体系未有根本改变，规则输出困境亦未改善。虽然“以法院地为家”实质已与欧陆一般管辖无异，但美国判例法仍坚持被告住所地、注册登记地、主要营业地仅为“以法院地为家”的推定。[④]说明美并未放弃司法裁量标准的体系传统，亦未接受欧陆的概念规则体系。“2017 年公约草案”的间接管辖规则依然欧陆化，有且仅有合同特殊管辖的例外规则——“除非被告与该交易相关的活动显不构成与该成员国之间有意的和实质的联系”——能体现美国特色。[⑤]

从上轮谈判失败到本轮谈判重启，欧美直接管辖体系的对峙远未终结，且局部分歧更为严峻。例如涉互联网管辖在上轮谈判分歧严重，非因欧美差异，而因其新颖性，两大体系皆无成熟经验。当时有学者认为此种两大管辖体系皆不足应对之全新领域，有望成为产生共同新范式的突破口。[⑥]但十余载后，涉互联网管辖已被熔炼于欧美各自既有体系之中，不仅未迎来共享新范式，在涉互联网诽谤领域的冲突还更为激烈。美国因言论自由的宪政原则而对诽谤诉讼苛以较高管辖标准，但互联网时代，受害人可选择到可获取诽谤言论且管辖标准更宽松之地诉讼（尤以英国为甚），再申请美国法院承认和执行该外国判决，此即“诽谤旅游”现象。为捍卫言论自由，美国从各州议会到国会先后颁布《言论法案》，授权美国法院拒绝承认、执行此类判决。研究表明，《言论法案》的适用范围有扩大化的倾向。

[①] 美国所参加的《美洲间国家关于外国判决和仲裁裁决域外效力的公约》（Inter-American Convention of 8 May 1979 on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards）和《美洲间国家关于外国判决的域外效力的国际层面管辖权的公约》（Inter-American Convention of 24 May 1984 on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments）皆不涉及直接管辖。

[②] See Kevin M. Clermont, *Principles of Civil Procedure*, 5th edition, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2018, pp. 328-48.

[③] “2001 年临时文本”第 6 条（合同）、第 9 条（分支机构）、第 10 条（侵权）。

[④] See Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown 564 U. S. 915 (2011), Daimler AG v. Bauman, 134 S. Ct. 746 (2014), Strasner v. Touchstone Wireless Repair and Logistics, LP, 210 Cal.Rptr.3d 16, Cal. App. 4 Dist. 22-23(2016).

[⑤] “2017 年公约草案”第 5 条 1 款（g）项。

[⑥] See Ralf Michaels, “Two Paradigms of Jurisdiction”, *The Michigan Journal of International Law* 27, 2007, p.1069.

[①]这无疑加剧判决国际协调障碍，致使本轮谈判明确排除诽谤事项。[②]

综上，两大直接管辖体系深植于各自的历史与法律传统之中，既难以相互融合；更不可能接受以对方体系替换自身体系。正是认识到直接管辖对主权国家利益的关键性，本轮谈判不再强求直接管辖协调，并明确指出“公约草案无意影响各国现行法上关于国际案件的直接管辖基础”。[③]

四、形式之困：协调机制选择的偏差

以往多将判决项目进展不顺归于欧美管辖体系差异，忽视协调机制选择的影响。当实体鸿沟暂难消弭且不乏加剧之势时，调整协调机制或许可柳暗花明。

（一）协调机制概念体系重构[④]

拉尔夫·迈克尔斯（Ralf Michaels）借鉴卫斯理·N.霍菲尔德（Wesley N. Hohfeld）的法律概念体系对管辖协调机制进行概念重构与逻辑解构，证明不同协调架构所承载的实体政策各异。第一组变量即为直接管辖、间接管辖两个环节。前文已述，直接管辖与间接管辖并无必然逻辑对称关系：直接管辖为判决作出法域之特权，对应其他法域之无权利；间接管辖在判决协调机制内为判决作出法域之权力，对应其他法域之义务。第二组变量为不同管辖基础在协调机制中所处地位，可分为肯定性、容许性和排除性，分别对应白色清单、灰色区域和黑色清单。肯定性基础在直接管辖协调环节确定有管辖权，在判决协调环节有权被认定管辖合格，于原告有利。排除性基础在直接管辖协调环节被禁止管辖，在判决协调环节构成拒绝承认之基础，于被告有利。容许性基础则将争议地带留给国内法，形成必要缓冲。因此，对不同管辖基础的处理，有 3^2 种逻辑可能。详见表 1：

表 1

直接管辖 / 间接管辖	肯定性	容许性	排除性
肯定性	肯定-肯定	容许-肯定	排除-肯定
容许性	肯定-容许	容许-容许	排除-容许
排除性	肯定-排除	容许-排除	排除-排除

以上 9 种组合方式，所可承载之实体政策各异——

肯定-肯定：直接管辖与间接管辖双向肯定，仅适于整个协调机制中共识度最高之管辖基础，对原告最为有利。

肯定-容许: 肯定直接管辖的特权，却不对间接管辖作肯定要求，适用于协调直接管辖却不欲协调判决承认与执行的机制，可作为统一实体私法的延伸，但实例不多。

肯定-排除：仅适于属地性极强的公法领域的协调，即第一法域须专属管辖，并限于本法域内执行；第二法域可主张主权豁免以拒绝承认与执行。

容许-肯定：仅协调间接管辖的单条约的白色清单。直接管辖仍由内国法主宰。

[①] See Justyna Regan, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Second Attempt in the Hague”, *Richmond Journal of Global Law & Business* 14, 2015, pp. 79-82.

[②] See Francisco J. Garcimartín Alférez and Geneviève Saumier, “Judgments Convention: Preliminary Explanatory Report”, October 2017, No. 7, HCCH, p. 12, para. 48.

[③] Ibid., p. 22, para. 106.

[④] 本节内容参照迈克尔斯的文章。See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

容许-容许：既可指协调机制范围之外的默示留白，也可指协调机制之内明示的灰色区域。双向容许区域的存在构成必要的妥协与缓冲地带，在保留各成员最大行动自由的同时保障协调机制的达成。主要适用于各方分歧过大，及有待进一步发展的领域。

容许-排除：仅协调间接管辖的单条约的黑色清单。如双边协定对过度管辖的排除，非判决作出法域无直接管辖权能，是其无要求被请求法域承认与执行之权力。

排除-肯定：有违逻辑常理，但确有实例。若协调机制内判决流通被上升为压倒性价值，则会略去间接管辖审查以提升判决流通效率，即便判决是依被排除的直接管辖基础作出，亦在所不问。价值取向为牺牲少量个案管辖公正，保障判决流通的全局利益。布鲁塞尔-卢加洛体系即属此类。

排除-容许：有违逻辑常理，但亦有实例。相比排除-肯定模式，此模式对判决流通的协调度略低。直接管辖排除过度管辖已保护被告利益，并尊重其他法域利益。间接管辖环节，一法域固有权拒绝以排除性基础所作判决，但协调机制并不强制，该法域可自行决定承认或拒绝此类判决。美国州际体系即属此类。

排除-排除：直接与间接管辖双向否定，对被告保护程度最强，对判决作出法域的限制最大，但对其他法域的权力限制最低。除非所有成员对某项过度管辖存在极高的排除共识，否则很难达成一致。

（二）运行中的协调机制再审视

对单条约、双条约和混合条约的传统理解的弊端之一为将既存协调机制标签化和绝对化，如布鲁塞尔-卢加诺体系即为双条约的楷模，双边协定就是单条约，从而忽略了各机制内部协调模式的多样性。其弊之二是低估了容许性协调模式的价值，将灰色区域等价不确定性，一味追求黑白分明的公约形式，对判决项目前两轮谈判的努力方向形成误导。以下将用迈克尔斯的体系对既存协调机制予以重新审视。

1. 双边协定

双边协定为欧陆体系最传统，亦是我国目前最主要的判决协调机制。双边协定常为仅涉判决协调的单条约，直接管辖仍属各缔约方特权，为容许性；间接管辖有肯定、容许、排除三种逻辑可能。欧陆国家间早期以双边协议排除过度管辖，即纯容许-排除模式。[①]该模式更适法律同质化高的缔约方，以保证排除效果对等。我国所签订的双边协定尚无此模式，对过度管辖的排除一般以两种间接方式实现。第一种是引入被请求方国内法的纯容许-容许模式。[②]此时合作程度与缔约难度皆最低，仅以条约确保双方不致陷入相互否认判决之恶性竞争。适于欲突破互惠割据，又难成更多共识的缔约方。第二种是纯容许-肯定模式，列举白色清单，并取反否定白色清单之外的管辖基础，无国内法裁量空间。[③]此模式确定性和可

---

① See Kurt H. Nadelmann, “Jurisdictionally Improper Fora in Treaties on Recognition of Judgments: the Common Market Draft”, *Columbia Law Review* 67, 1967, pp. 1009-16. 但欧洲国家间的双边协定也有规定直接管辖的双条约结构，如比利时与法国、荷兰所缔结的条约。See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, p. 12, footnote 43. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

② 纯“容许-容许”模式又分两类：一类泛引被请求方所有法律为间接管辖判断标准。（我国签署此类协定最多：摩洛哥、蒙古、波兰、法国、保加利亚、罗马尼亚、土耳其、古巴、立陶宛、阿根廷、阿联酋、朝鲜、巴西、阿尔及利亚、匈牙利）。另一类仅引入被请求方专属管辖为间接管辖审查标准（白俄罗斯、乌克兰、俄罗斯、哈萨克斯坦、希腊、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦）。若对第二类严格拘于文义，被请求方仅能以自身专属管辖否定判决的间接管辖，即便有违本方或对方管辖法律规定，亦不得否认。专属管辖仅保障被请求方最核心的司法主权，并不必然确保诉讼两造公平，即被告免受过度管辖之害。此种解释对被请求方所苛义务最高，甚至远超布鲁塞尔-卢加诺体系，后者在协调直接管辖的前提下，尚保留专属管辖与保护性管辖两项间接管辖审查。如此狭义解读仅涉间接管辖的双边协议实有不妥，应向第一类协定靠拢，解释为违反专属管辖必然无间接管辖，其余情形则依被请求方国内法裁量。

③ 越南、西班牙、波斯、意大利、突尼斯、秘鲁、科威特。

预见性较高，但协调领域有限，仅及于双方可成共识的间接管辖基础。亦可叠加二者形成混合模式，肯定性间接管辖依据协定的白色清单，否定性间接管辖依据被请求方国内法，兼容确定性与裁量性，潜在调整范围更宽。[①]具体模式详见表 2：

表 2

直接管辖		间接管辖	
依据	协调	依据	协调
判决作出方国内法	容许	黑色清单	排除
		白色清单	肯定
		被请求方国内法	容许
		白色清单+被请求国国内法	肯定+容许

双边协定的优势在形式灵活，根源在对象确定。既可因不同缔约方选择不同模式；亦可对白色清单灵活调整，甚至一些多边语境中的过度管辖，亦可因双方合意而列入白色清单。[②]灵活性可缓和制度差异，增加缔约成功概率。但双边协定亦有缺陷：一则分别谈判，缔约成本高；二则与重大贸易伙伴的缔约难度较大（如我国与美、德、日皆尚未订立双边协定）；三则总体协调水平距国际私法学界的理想尚远。

2. 布鲁塞尔-卢加诺体系

布鲁塞尔-卢加诺体系实际并非传统理解的完全对称双条约。以直接管辖协调方式区分，有三类：（1）为保护欧盟被告，仅可对其适用体系内肯定性管辖，且不得适用排除性管辖；（2）第三国被告容许适用国内管辖；（3）保护性管辖、专属管辖、协议管辖，不论被告身份，适用体系内肯定性及排除性管辖，意在保护欧盟原告（消费者、劳动者）和专属管辖利益，及尊重当事人意思自治。为保障判决流通效率，略去间接管辖审查，以肯定性为原则，仅保护性管辖和专属管辖有排除性例外，且无容许性空间。具体结构如表 3：

表 3

被告住所		判决管辖依据	直接管辖协调	间接管辖协调
不论住所	保护性管辖	白色清单	肯定	肯定
		黑色清单	排除	排除
	专属管辖	白色清单	肯定	肯定
		黑色清单	排除	排除
	协议管辖	白色清单	肯定	肯定
		黑色清单	排除	
欧盟成员国		白色清单	肯定	肯定
		黑色清单	排除	
第三国		成员国国内法	容许	肯定

仅保护性管辖和专属管辖局部为完全对称双条约结构，对应肯定-肯定、排除-排除模式。其他区域皆非对称结构：欧盟被告对应肯定-肯定、排除-肯定模式，不完全对称。第三国被告对应容许-肯定模式。[③]布鲁塞尔-卢加诺体系无疑是当下协调水平最高的机制。一则得益

① 埃及、塞浦路斯、老挝。

② 典型如我国签订的一些双边协定中分支机构管辖并不要求诉由与分支机构之间存在联系，及合同订立地管辖。

③ 此处“肯定性”管辖泛指所有管辖，与判决协调单条约的“容许-肯定”模式有本质区别，后者的“肯定性”管辖仅限于有限的白色清单。

于欧陆更适条约化的管辖体系。再则有赖于欧盟准联邦的宪政架构，及欧洲法院的超国家权威。根基在法律文化的同质性，及共同市场的吸附力。

3. 美国州际体系

与前两者不同，美国州际体系仅有司法标准，无具体规则。直接管辖协调与间接管辖协调虽具关联性，但分属横向联邦主义的两个阶段。具体结构如表 4：

表 4

判决管辖依据	直接管辖协调	间接管辖协调
高于正当程序标准	容许	肯定
等于正当程序标准	肯定	肯定
低于正当程序标准	排除	容许

直接管辖环节，联邦利益为外州被告权利保障，州利益为扩张对外州被告的管辖，正当程序标准构成被告保障的下限，州权扩张的上限。州管辖立法或司法标准不得低于正当程序标准，但可更高。此时，有排除、肯定和容许三种调节。间接管辖环节，联邦利益为判决统一效力保障，州利益为保障本州被执行人免于不公正执行。因充分信任与尊重条款的强控制，正当程序标准构成被执行人权利保障的上限。满足（无论等于或高于）正当程序标准的判决一律应承认；低于正当程序标准的判决，在联邦调控层面，被请求州有权拒绝，但该州完全可自我谦抑承认之。此时，仅有肯定与容许两种调节方式。联邦利益至上贯穿两个环节，但亦保留州权广泛自由。

美州际体系的协调水平要低于布鲁塞尔-卢加诺体系，原因在司法协调的间接性，及横向联邦主义在地域管辖事项上对州权的偏重。但二者亦有共性：法域间制度文化的同质性，及强有力的超法域司法机构。唯此，方能同时实现直接与间接管辖两个环节的协调。[①]同时，两机制均对间接管辖采更强的控制，直接管辖协调水平相对次之。与布鲁塞尔-卢加诺体系在一个架构内完成两项协调不同，美州际体系在两个彼此关联，但性质独立的架构中分别协调直接管辖和间接管辖。这或成该体系最值判决项目借鉴之处。

（三）判决项目协调机制的选择

相较现行协调机制皆尚未突破双边、区域范围，海牙平台的最大优势为潜在多边规模效应。但实体政策上，多边机制未能缓和美欧管辖体系之二元对抗；形式上，多边性会导致更多不确定性，使成员让渡主权时更趋于保守，还有多元利益拉扯的风险。表 5 将分别解析判决项目三次谈判代表文本的协调模式。

表 5

文本	直接管辖		间接管辖	
	依据	协调	依据	协调
《1971 年公约》+《补充协议》	判决作出方国内法	容许	白色清单	肯定
			黑色清单	排除
“1999 年公约草案”	白色清单	肯定	白色清单	肯定
	黑色清单	排除	黑色清单	排除
	灰色区域	容许	灰色区域	容许

[①] See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, p. 26. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

“2017 年公约草案”	判决作出方国内法	容许	白色清单	肯定
			灰色区域	容许

《1971 年公约》与其《补充协定》分别含白色、黑色清单，为判决协调单条约，对应容许-肯定、容许-排除模式。这轮谈判奠定了判决项目近半个世纪的基本思维——以排除过度管辖为基本目标，尽力以肯定性和排除性规则构成周延的多边协调体系。

“1999 年公约草案”将该思维从间接管辖拓展至直接管辖，设计含肯定-肯定、排除-排除、容许-容许三种模式的双环周延、完全对称结构——在直接管辖、间接管辖两个环节皆力图穷尽所有情形，要么肯定，要么否定，容许仅为例外情形；且同一管辖基础在直接管辖与间接管辖两个环节所受待遇须完全一致。此种太过理想化的结构注定失败。首先，海牙不具同时协调直接与间接管辖的前提——成员制度、文化高度同质化，以及超法域司法机构。其次，管辖协调仅为布鲁塞尔-卢加诺体系和美州际体系的一环，成员所失管辖利益可从他处获得补偿；海牙为单一国际私法协调机构，缺乏类似补偿机制。再者，该草案所坚持的完全对称双条约仅存于理论层面，既有协调机制无一实现。最后，该草案力求排除或限制灰色区域，以黑白分明的规则体系保障公约的全面性、确定性和可预见性，反使欧美管辖体系对立更为严峻。全面条约失败后的《选择法院协议公约》，实际却留下更广泛的灰色区域。[①]

因前车之鉴，“2017 年公约草案”退回判决协调单条约，并比《1971 年公约》保守。放弃黑色清单，仅余白色清单，将广泛的容许性空间留给国内法，仅含容许-肯定、容许-容许两种模式。从双环周延、完全对称的理想到有限的间接管辖协调，非为历史倒退，不过对协调机制认识更客观。

因成员国内法的多样性，除公约明确排除领域，无论公约文本是否确认，白色、黑色清单之外必有更大范围的灰色区域。周延结构的假设会连环误导协调方向。首先低估灰色区域价值，尽力在一个框架内协调所有问题，以公约协调为原则，以国内法裁量为例外。当缓冲地带不足时，各方便会在黑色清单争执不下，因其关系各国向公约让渡主权的幅度及对等性。终累及真正促进判决跨法域流通的白色清单。若逆向思考，判决跨国协调所需，不过一个打破互惠博弈的契机。与其强求公约结构的全面性，不如先集中精力保障跨国交往中需求最旺盛、各方共识度最高的有限领域的判决流通。对难以达成共识及不应给予跨法域效力的判决，可一并归入容许性留白。各国可自行判断何为过度管辖，及是否承认相应判决。如此，既保留各国自主权，又解决判决流通的实际需求。

对称结构更不现实。直接管辖关涉各国司法主权、法律体系与传统，难因功能等同做制度替换。欧美管辖体系差异，及欧陆体系天然更适条约化，使美方仅有接受全盘欧化或拒绝直接管辖协调两途。前者虽有英国加入布鲁塞尔-卢加诺体系之先例，但英美宪政架构有别，海牙又缺乏补偿机制，现实只能是后者。直接管辖协调与判决协调并无逻辑关联，切分二者可避免后者为前者所累。间接管辖为判决协调之必要条件，具兼容性和互换性，相对易于协调。本轮谈判退至间接管辖后，不仅直接管辖协调的传统难题（如合同、侵权）得以克服；连全新管辖基础——自然人主要营业地管辖也未遭反对。

五、结语：判决项目前景及中国因应

从上世纪六十年代启动，到预计未来一两年内通过最终公约，判决项目历时半世纪有

[①] See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, p. 20. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

余。相较昔日理想，本轮谈判似乎雄心不再，但这并非国际协调的倒退，只是思维转换后的务实之举。昔日的协调思维是要以统一的国际规则取代各自为阵的内国规则，后者仅在少数例外情形允许保留。此种思路当然更符合国际私法奋斗的目标——促进国际民商事诉讼的确定性、可预见性和公平性，消灭过度管辖，减少择地诉讼，并清除判决流通障碍。然而，这种协调理想超越了当下国际社会所处的历史阶段，轻视了国家主权和法律传统对直接管辖的影响力。经历挫败之后，本轮谈判反向而行——公约机制仅作最低要求，各国国内法依然保有主控权。“2017 年公约草案”第 5 条和第 6 条分别列举十几种普通间接管辖基础和三种专属间接管辖基础。目前主要争执集中在与知识产权相关的领域，这囿于各国知识产权保护水平差异，与管辖规则本身关系不大。其他间接管辖基础依然为欧陆化的规则体系，但争议并不大，再次印证间接管辖可做功能等价替换。公约机制之内，第 5 条、第 6 条所列间接管辖基础通常构成被请求国之义务，但并不绝对——其既可依据第 19 条对特定事项作出不适用公约之申明，亦可基于第 18 条拒绝承认与执行具体判决（诉讼当事人与其他所有要素皆仅与被请求国关联，与原判作出国无联系）。公约机制之外，各国可依据国内法给域外判决以更高的待遇（第 16 条）。此种协调思路的合理性及优势为：首先，只有各国觉得自身重大利益未受威胁，才会积极促成公约。第二，公约的最大贡献不在于列举的间接管辖基础是否全面，而在于打破割据，使得各国不得再以互惠为借口拒不承认域外判决，也省去对是否存在互惠以及互惠标准的争执。第三，肯定性的间接管辖基础可形成示范效应，指导跨国交往的当事人作出对自己最有利的经济与法律安排。第四，鼓励各国依据国内法给予域外判决更高待遇可促成成员国之间的良性竞争。

在直接管辖方面，海牙仍计划在判决公约之外另行起草文件协调直接管辖与过度管辖。[①]但全面且强约束力的公约形式仍不现实。或可保留强约束力，切分调整范围，分而治之，虽致公约碎片化，但有胜于无。[②]亦可保全调整范围，弱化约束力。布鲁塞尔-卢加诺体系和美州际体系对直接管辖的控制皆弱于间接管辖，海牙亦可如此——对直接管辖采示范法模式，对跨国交往当事人、主权国家做积极引导，却不伤及各国主权；对间接管辖采公约模式，确保白色清单内判决流通。

“一带一路”背景下，我国国际民事司法态度更具开放性与包容性，无论对司法管辖，还是判决承认与执行，皆更重视国际合作。针对判决协调，最高法院强调多种合作方式（缔结双边及多边协定、促进互惠关系）并举，“积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围”。[③]判决项目本轮谈判，我国亦施以积极影响，希望其能为我所用。那么，我国在本轮谈判中应持何种立场？作为法律移植国家，我国的直接管辖体系相较欧美两大体系，没有太多历史牵绊，更具改革的灵活性。是故，我国既可在整体上保持欧陆化的规则体系风格，又可引入普通法的非方便法院原则进行个案裁量。但这并不意味我国可以主张并接受包含直接管辖的全面协调机制。一则，只要美国继续反对，直接管辖协调便难以实现。二则， 我国亦需在国际协作的同时，尽力保留司法主权的完整性与主动性。直接管辖国际冲突的避免，完全可由司法谦抑实现，对公约机制的需求程度远不如判决协调迫切。我国目前已与三十多个国家签订双边协定。与之相比，判决项目的最大优势在潜在规模效应，不仅可避免多次签约；还可借助多边谈判缓和与主要大国间的利益对峙，实现双边协定难以完成之突破。其次，“2017 年公约草案”含容许-肯定、容许-容许两种协调模式，我国所签双边协定的最高协调水平不过如此，且“2017 年公约草案”的白色清单范围相对更广。因此，虽然判决项目实际进展不再理想化，参与谈判并促成公约对我国仍有积极意义。

---

① See “Ongoing Work in the Area of Judgments”, January 2016, Pre Doc. No 7B, HCCH, p. 4.

② See Ralf Michaels, “Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions”, *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series* 123, 2006, p. 32. Accessed February 17, 2018. http://ssrn.com/abstract=927484.

③ 参见最高人民法院《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（法发[2015]9 号，2015 年 6 月 16 日实施），第 5、6 条。

ARTICLE V(1)(b) OF THE NEW YORK CONVENTION IN CHINA: APPLYING THE DUE PROCESS DEFENSE WITHOUT THE DOCTRINE OF DUE PROCESS

Lei Zhu* & Yongping Xiao **

The due process defense under Article V(1)(b) of the New York Convention was enacted to guarantee the fundamental procedural fairness of the arbitration proceeding. Its implementation in China offers an intriguing case study as there is no express reference to the principle of due process in the Chinese legal system. This article offers a critical examination of the case law of the Supreme People's Court of China. It finds that the agreed procedural rules or lex arbitri have been adopted as the benchmark without considering the impacts of the procedural defects. This renders Article V(1)(b) overlap with Article V(1)(d) of the New York Convention to a large extent. The case law also suggests that this approach is overly expansive, inconsistent with the pro-enforcement policy of the New York Convention.

I. Introduction

The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereafter "the New York Convention" or "the Convention") has been widely regarded as the cornerstone of international commercial arbitration.[①]The success of this Convention depends on its almost universal application and its pro-enforcement philosophy. It greatly eases and facilitates the recognition and enforcement of arbitral awards worldwide by providing limited and exhaustive grounds of refusal in Article V.[②]The most popular and important ground in the recognition and enforcement proceeding is the so-called due process defense under Article V(1)(b),[③] which provides that enforcement may be refused if,

> The party against whom the ward is invoked was not given proper notice of

* Lei Zhu, Lecturer in Law, Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China. Contact: lei.zhu@whu.edu.cn.

** Yongping Xiao, Changjiang Distinguished Professor, Director, Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China. Contact: ypxiao@vip.sina.com

① Chrispas Nyombi & Konstantinos Siliafis, "Rationalizing the Defences to Enforcement under the New York Convention 1958" (2017) 17 *Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.* 111, 112.

② Elise P. Wheeless, "Article v(1)(b) of the New York Convention" (1993) 7 *Emory Int'l L. Rev.* 805; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern & Martin Hunter, *Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell, 6th edn, 2015).

③ Andrés Jana L. et al., "Article V(1)(b)", in Herbert Kronke et al. (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2010), 231 -256; Luca Beffa, "Enforcement of 'Default Awards'" 31 (2013) *ASA Bull.* 756; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2nd edn, 2014).

the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceeding or was otherwise unable to present his case.

The drafters of the Convention have left two critical questions unsolved and left them open to interpretation.[①] The first issue is which country's due process law shall be applied as the benchmark. Several options are on the menu.[②] The ideal solution would be a universal international standard,[③] but this approach has received little acceptance from national courts.[④] The reality is far from uniform. National courts have adopted different approaches on this issue.[⑤]

The second controversial question is what constitutes proper notice and being unable to present his case.[⑥] The rational for Article V(1)(b) is to guarantee fundamental procedural fairness in arbitration.[⑦] Procedural irregularities would naturally cause concern from the law. But not every irregularity would reach a level of seriousness that justifies refusal of the arbitral award. Only significant and material mistake that has negative effects on the proceedings and the substantive rights of the award debtor is sufficient to justify intervention from the court. [⑧]

There is a delicate balance to strike. The court must exercise certain self-constraint. Too much state intervention would undermine the efficiency and integrity of arbitration and even the institution itself, which it intends to protect. There is a real concern that due process defense may be abused.[⑨] The fundamental question is when the breach has reached a level of seriousness that would trigger the defense and thus justify intervention of the court.[⑩] However, the treaty has failed to establish where such threshold lies. Without sufficient guidance, national courts have to grapple with the ultimate challenge of establishing such demarcation line.

---

① Cornel Marian, "Proper Notice: Common Problems in Interpreting Article V(l)(b) of the New York Convention in Light of the Lernmorniiproekt Decision of the Swedish Supreme Court" 28 (2012) *Arb. Int'l* 545, 546.

② Possible choices for the source of the standards of procedural fairness applicable under Article V(1)(b) include: (a) the national law of the recognition forum; (b) the national law of the arbitral seat; (c) a national law standard developed especially for application to international arbitration; and (d) an internationally uniform standard derived directly from Article V(1)(b). Born (n 3 above), §26.05(c)(3)(iv).

③ Ibid.

④ Albert Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Deventer & Boston : Kluwer Law and Taxation, 1981), 298.

⑤ Most national courts adopt their own law, i.e. the *lex fori*, when enforcing a foreign award. Beffa (n 3 above); A German court applied *lex arbitri* to refuse a Russian default award, Marike R. P. Paulsson, *The 1958 New York Convention in Action* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2016), 183.

⑥ Matti S. Kurkela & Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2 nd edn. 2010), 4.

⑦ Lucy Reed, "Ab(use) of Due Process: Sword vs Shield" (2017) 33 *Arb. Int' l* 361.

⑧ "Only a significant and material mistake in the course of the proceedings should be sufficient to lead the court to conclude that there was a denial of 'due process". Nigel Blackaby et al. (n 2 above), para 11.74;

"In any event, the mere failure to comply with an agreed procedure is insufficient to justify the refusal of recognition; the lack of compliance must have had a significant effect on the proceedings and the arbitral award." Daniel Girsberger & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative And Swiss Perspectives* (Baden-Baden: Nomos 3 rd edn, 2016), 443.

⑨ Bernardo M. Cremades, "The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration", (Alexander Lecture 2016, CIArb), Available at http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/events/2016/november/use-and-abuse-of-due-process.pdf?sfvrsn=2 (accessed 25 September 2018).

⑩ Paulsson (n 8 above), 174.

The application of the due process defense under Article V(1)(b) has generated a lot of interest and discussion in the literature. What has been largely left unexplored is how this provision is implemented in China, except some occasional references to some of its case law. It offers an intriguing case study. In the Chinese legal system, there is no express reference to the doctrine of due process.[①] It leaves one wondering how Chinese courts would apply the due process defense.

Meanwhile, its practice has significant ramifications for international commercial arbitration. As the second largest economy in the word, an ever-increasing number of arbitration proceedings involve parties from China. When it comes to enforcement, application often is filed in China where the Chinese side usually has its assets. The approach adopted by Chinese courts would have wide implications upon the international commercial arbitration community as a whole.

This Article probes how Article V(1)(b) of the New York Convention is interpreted and applied by the Supreme People's Court of China (hereafter the SPC). It proceeds as follows. The article first provides an overview of the legal framework. The next two sections deal with the issue of proper notice. Attention is focused on what applicable law has been adopted by the benchmark and how it is then used by the SPC to examine various issues of proper notice. Section four discusses the issue of being unable to present his case. Cases concerning sufficiency of time period and admission of evidence are selected as illustrative examples. The last section draws conclusions on the main findings regarding the practice of the SPC and what implications it may have.

II. The Legal Framework

A. The Due Process Defense in Chinese Arbitration Law

In the Chinese legal system, the enforcement of arbitration awards is subject to different regimes, depending on the nationality of the award.[②] There are three categories of arbitral awards in China, including foreign, foreign-related and domestic awards. Foreign arbitration awards are those made outside China, whether by foreign institutions or *ad hoc* arbitrators. Similarly, arbitral awards from Hong Kong, Macau and Taiwan are also foreign in the sense that they are made in jurisdictions other than Mainland China. Foreign-related awards involve disputes with foreign element and are made by Chinese arbitration institutions tailor-made for these disputes, including CIETAC and CMAC.[③] Domestic awards are made by Chinese arbitration institutions on purely domestic disputes.

The due process defense is treated differently in terms of these different awards. The due

---

[①] John Shijian Mo, "Interpretation and Application of the New York Convention in China" in George A. Bermann (ed.) *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts* (Cham, Switzerland: Springer, 2017), 199.

[②] For an overview of Chinese arbitration legislation, see Randall Peerenboom, "The Evolving Regulatory Framework for Enforcement of Arbitral Awards in the People's Republic of China" (2011) 1(2) *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 1.

[③] Xiaowen Qiu, "Enforcing Arbitral Awards Involving Foreign Parties: A Comparison of the United States and China" (2000) 11 *Am. Rev. Int' l Arb.* 607, 634.

process defense is available for foreign awards under Article V(1)(b) of the New York Convention. The same ground is also contained in Civil Procedure Law of China (hereafter "the CPL"), under which foreign-related awards may be set aside or denied of enforcement by Chinese courts.[①] The same rule is also found for the enforcement of arbitral awards from Hong Kong, Macau and Taiwan.[②]

These are international commercial arbitration awards. It would be desirable for the court to apply the same approach for the sake of consistency and certainty. The due process defense has been applied by the SPC in different contexts and it has never suggested that it should be interpreted and applied differently simply because the context is different. There is a strong case to argue that the same approach has been adopted in these different contexts.

The focus of this research is on due process defense under Article V(1)(b) of the New York Convention, nevertheless reference is also made to how it is applied in relation to foreign-related awards. How due process is applied in other contexts might be informative for New York Convention. Together they will reflect the whole picture of the application of the due process defense in China.

What is left out is also worth special attention. The due process defense is not available in the context of domestic arbitration, either in the annulment proceeding or the enforcement proceeding. This does not necessarily mean that due process issues do not arise in the context of domestic arbitration. There have been a significant number of such cases.[③] But they are dealt with under another ground, i.e., improper composition of tribunal or arbitral procedure.[④] This is the

---

① Zhong hua ren min gong he guo min shi su song fa (2017 xiu zheng) (中华人民共和国民事诉讼法(2017 修正)) [Civil Procedure Law (2017 Revision)] (adopted by the Standing Comm. Nat'l People's Cong., Aug. 31, 2012, effective Jan. 1, 2013), art. 274(1)(c).

② Zui gao ren min fa yuan guan yu nei di yu xiang gang te bie xing zheng qu xiang hu zhi xing zhong cai cai jue de an pai (最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排)[Arrangements of the Supreme People's Court on the Mutual Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region] (Court Interpretation No. 03 of 2000)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Jan. 24, 2000, effective Feb. 01, 2000);

Zui gao ren min fa yuan guan yu nei di yu ao men te bie xing zheng qu xiang hu ren ke he zhi xing zhong cai cai jue de an pai (最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排) [Arrangement between the Mainland and the Macau SAR on Reciprocal Recognition and Enforcement of Arbitration Awards] (Court Interpretation No. 17 of 2007)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Dec. 12, 2007, effective Jan. 01, 2008);

Zui gao ren min fa yuan guan yu ren ke he zhi xing tai wan di qu zhong cai cai jue de gui ding (最高人民法院关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定) [Provisions of the Supreme People's Court on Recognition and Enforcement of the Arbitral Awards of the Taiwan Region] (Court Interpretation No. 14 of 2015)] (promulgated by the Sup. People's Ct., June. 29, 2015, effective July. 01, 2015).

③ For example: (1) Wang dong fu yu guang zhou yuan dian jian she gong cheng you xian gongsi (王东福与广州原点建设工程有限公司申请不予执行仲裁裁决 2015 执仲 13 特别程序民事裁定一案)(Guangzhou Intermediate People's Ct. Jan. 8, 2016); (2) Sheng lian hui su song zhuo ying(盛连惠诉宋卓颖)(Shijiazhuang Intermediate People's Ct. Feb. 28, 2015); (3) Yan cheng shi teng hai ji xie zhi zao you xian gong si su yan cheng shi ting hu qu xin bai li mian hua zhuan ye he zuo she deng(盐城市腾海机械制造有限公司诉盐城市亭湖区鑫百利棉花专业合作社等仲裁裁决案)(Yancheng Intermediate People's Ct. Jan. 13, 2015)；(4) Xing ye yin hang gu fen you xian gong si shen zhen fen hang yu zhang rong shen(兴业银行股份有限公司深圳分行与张荣燊申请撤销仲裁裁决案) (Shenzhen Intermediate People's Ct. Apr. 15, 2013); (5) Xu he zhong yu liu xiao jun(徐和忠与刘小军仲裁裁决申请案) (Guangzhou Intermediate People's Ct. Sept.9, 2014).

④ Article 237(1)(c) of the CPL.

equivalent of Article V(1)(d) in New York Convention.

In other words, in domestic arbitration context, due process issue is treated very differently than that in the New York Convention. It is not a separate and independent ground for refusal. Instead, it is incorporated into another ground. It is not a mere accident but rather a deliberate design. The CPL has been amended three times,[①] but this provision has remained unchanged. This begs the question whether similar approach has been adopted under New York Convention. In other words, does this way of thinking in domestic arbitration context have affected its approach under New York Convention in any way? This article attempts to answer this question as well.

B. Centralized Decision Making through the Internal Reporting Regime

What is unique about the Chinese legal framework on recognition and enforcement of foreign judgment is its internal reporting regime. It was established in 1995 by the Supreme People's Court (hereafter "the SPC") in response to a widely criticized case where a foreign arbitral award was denied based on public policy ground.[②] In response to the outcry and heavy criticism caused by this case, the SPC issued the Notice on Courts' Handling of Issues in Relation to Matters of Foreign-related Arbitration and Foreign Arbitration.[③] It requires the local courts to report to the SPC if they decide to refuse a foreign judgment. The fear is that, scarcity of the expertise and experience on international commercial arbitration, local court might make incorrect judgments and put China in a position of breaching its international treaty duties.[④]

This international dimension is evident in what is left out from the scope of the regime. Initially and for a long period of time (1995-2017), it only applies to foreign arbitral award and foreign-related arbitral awards.[⑤] It was only until December 2017 that the internal reporting mechanism is upgraded and expanded to cover domestic arbitral awards.[⑥]

Under the internal reporting mechanism, the decision-making power on refusal of foreign judgment is transferred three levels upwards in the hierarchy of the court system. If the trial court

---

① The current CPL was promulgated in 1991 and was amended in 2007, 2012 and 2017 respectively.

② Dongfeng Garments Factory of Kaifeng City and Taichu International Trade (HK) Company Ltd. v. Henan Garments Import & Export (Group) Company (开封市东风服装厂和太储国际贸易香港公司诉河南省服装进出口集团公司案). The case is not reported. For a discussion of the case, see Michael J. Moser, "China and the Enforcement of Arbitral Awards" (1995) 61 *ARB.* 48.

③ Zui gao ren min fa yuan guan yu ren min fa yuan chu li yu she wai zhong cai ji wai guo zhong cai shi xiang you guan wen ti de tong zhi (fa fa (1995) 18 hao) (最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知(法发(1995)18 号)) [Notice on Some Issues Concerning Foreign Arbitration and Arbitration in Foreign Countries (Court Issuance No. 18 of 1995)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Aug. 28, 1995, effective Aug. 28, 1995).

④ José Alejandro Carballo Leyda, "A Uniform, Internationally Oriented Legal Framework for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Mainland China, Hong Kong and Taiwan?" (2007) 6 Chinese J.I.L. 345, 352.

⑤ Zheng Sophia Tang, Yongping Xiao & Zhengxin Huo, *Conflict of Laws in the People's Republic of China* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2016), 184.

⑥ Zui gao ren min fa yuan guan yu zhong cai si fa shen cha an jian bao he wen ti de you guan gui ding(fa shi (2017) 21 hao) (最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定 (法释(2017)21 号)[Relevant Provisions of the Supreme People's Court on Issues Concerning Report and Verification of Cases Involving Judicial Review of Arbitration, (Court Interpretation No. 21 of 2017)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Nov. 20, 2017, effective Jan. 1, 2018) .

(usually the intermediate court) intends to deny the foreign arbitral award, it must report the case to the provisional high court for a review. Upon receiving such cases, if the high court agrees, it must file a report to the SPC. The SPC will review the case and delivered its opinion in a Letter of Reply which will be sent back to the local courts. Its opinion will then be incorporated in the final judgment by the trial court.

The Letter of Reply is binding upon individual cases. It functions as a quality control to ensure the law is applied correctly. This is particularly important because enforcement proceeding is often filed in courts where the award debtor is headquartered and has assets. The concern is that the impartiality and independence of local courts might be jeopardized because of local protectionism.[①] Transferring the decision-making authority upwards to the highest court would make interference significantly more difficult (if not impossible).[②]

Many of these cases are concerned with difficult and controversial issues which could not be solved by the plain meaning of the law. In response to these questions, the SPC prescribe how a particular legal issue should be decided and lay down black letter law. In addition, these Letters of Reply have a quasi-legislative function. They constitute judicial interpretations, a *de facto* source of law in China. It provides much needed guidance, contributing to consistency and harmonization on this issue. Therefore, these Letter of Reply is worthy of close attention and careful examination.

Fortunately, all of these Letters have been published by the SPC, together with the report from the local courts which contains useful backgrounds of the case.[③] They provide a rare window and opportunity to see how the due process defense is applied and implemented in China. This research will focus on these Letters of Reply from the SPC.

III. General Issues of Proper Notice

The due process defense under Article V(1)(b) is very broad and inclusive. It covers not only lack of proper notice, but also other situations which lead to the arbitral debtor being unable to present his case. Its cases law of SPC under Article V(1)(b) has been exclusively on the issue of proper notice. There have been 12 cases applying Article V(1)(b), all concerning the issue of proper notice. These cases will be carefully examined in the following two sections. This does not necessarily mean that issue of being unable to present his case does not arise in practice. But rather these cases are dealt with under Article V(1)(d), which will be discussed in section V.

---

① Ellen Reinstein, “Finding a Happy Ending for Foreign Investors: the Enforcement of Arbitration Awards in the People’s Republic of China” (2005) 16 *Ind. Int’l & Comp. L. Rev.* 37, 54.

② Alyssa S. King, “Procedural Perils: China’s Supreme People’s Court on the Enforcement of Awards in International Arbitration” (2016) 17(1) *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 1, 7.

③ All these letters of reply are published in a book series titled “China Trial Guide: Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial” (zhong guo shen pan zhi dao: she wai shang shi hai shi shen pan zhi dao 中国审判指导：涉外商事海事审判指导). It is edited by judges in the fourth civil division of the SPC. It is published by the People’s Court Press since 2001. Usually there are two volumes each year. The latest is vol. 32 published in March 2017. All the Letters of Reply referred to in this article can be found in the book.

A. The Applicable Benchmark

In implementing Article V(1)(b) of the New York Convention, the first issue Chinese courts must address is which country's law is applicable as the benchmark. In the drafting of the New York Convention, there was wide disagreement on this issue and different options were proposed, including *lex arbitri*, the law of the enforcement forum.[①] However, no consensus has been reached by the delegates and this question is left open to interpretation.[②]

This issue has been dealt with by SPC in response to the question whether service by post constitutes proper notice under Article V(1)(b) of New York Convention. [③] The confusion often arose as to whether rules for civil procedure are equally applicable in the context of international commercial arbitration. The courts at local level were in the opinion that Hague Service Convention and bilateral treaties on judicial assistance are applicable in the context of New York Convention.

This would have far-reaching implications for international commercial arbitration. In civil procedure context, service of documents is considered as a sovereign conduct. It is formal, bureaucratic and sometimes time consuming. China has adopted a restrictive approach on this issue. Service must be conducted through public authorities rather than private channels such as post, in Chinese language and in accordance with particular formalities.

By contrast, arbitration operates under totally different philosophy and arena. It is a private dispute resolution mechanism based on party autonomy. Flexibility and efficiency are its inherent advantage compared to civil procedure. In terms of notice, institutional arbitration rules and national arbitration legislation are liberal and facilitative and do not impose mandatory requirements. Any effective means is generally permitted.

In practice, the most common and widely used form of notice in arbitration is through registered post. Subjecting international arbitration to civil procedural rules would mean that they are in contradiction with the mandatory rule of China, and potentially invalid and improper under Article V(1)(b). This would cause many practical difficulties for international commercial arbitration. It is laudable that the SPC has articulated the distinction and rejected the idea that rules on judicial assistance are applicable to commercial arbitration.

On this issue, the *Angfo JV* case is a landmark decision.[④] It concerns the enforcement of a default award made by the International Arbitration Court of Chamber of Commerce of Belarus. Service of arbitral documents was conducted by registered post and its receipt was confirmed by the signature of the award debtor. The issue raised by the local court is whether rules on judicial assistance are applicable. In the Letter of Reply, the SPC did not only clarify what is not

---

[①] Summary Records of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Award, 6th meeting [E/AC.42/SR.6], 4; Report by the Secretary-General, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 31 Jan 1956, E/2822, Annex II, 20 (Comments of International Law Association).

[②] Paulsson (n 8 above), 183.

[③] (1) Angfo JV v. Harvest Chem (2012), [2012] Min Si Ta Zi No. 42 (最高人民法院关于“昂佛化品”合资有限责任公司申请承认并执行白俄罗斯工商会国际仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函, [2012]民四他字第 42 号);
(2) Haimalu v. Popeyes Foods (2006), [2005] Min Si Ta Zi No. 46 (最高人民法院关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函, [2005]民四他字第 46 号);
(3) Boertong v. Liantaichang Commerce (2006), [2006] Min Si Ta Zi No. 36 (最高人民法院关于博而通株式会社申请承认外国仲裁裁决一案的请示的复函，[2006]民四他字第 36 号).

[④] Angfo JV v. Harvest Chem (2012), [2012] Min Si Ta Zi No. 42 (最高人民法院关于“昂佛化品”合资有限责任公司申请承认并执行白俄罗斯工商会国际仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函, [2012]民四他字第 42 号).

applicable, but also pointed out what law is applicable as the benchmark. This comes the interesting part of this case. The ruling of the SPC reads as follows,

> On the issue of service of documents in arbitration, reference should be made to *the agreement of the parties or the arbitration rules mutually chosen by the parties* to decide what constitutes proper notice. The Hague Service Convention and the Bilateral Treaty on Civil and Criminal Matters between China and Belarus are not applicable. (emphasis added)

The SPC articulates in a very clear way that the applicable benchmark is the agreed procedural rules of the parties. In other words, the governing law will be the rules chosen by the parties either in the agreement or the arbitration rules of the institution they have agreed to subject them to.

Another issue that did not arise in this case is what law applies if the agreed procedural rules do not contain provisions on the issue of notice. It takes another Letter of Reply to deal with this issue. In the *Cosmos Marine* case,[①] parties agreed to subject their disputes to arbitration in London in accordance with arbitration rules of London Maritime Arbitrators Association. The appointment of arbitrations is notified to the respondent via email which did not receive any response. A default award was made by an arbitrator in London. When application for enforcement was filed before the Chinese court, the Chinese party as the award debtor argued that notice by email was improper.

Because the LMAA arbitration rule does not contain any rules on notice of the arbitral proceeding, the SPC refers to the law of the arbitration seat as the benchmark. Article 76 the English Arbitration Act 1996 prescribes that "a notice or other document may be served on a person *by any effective means*". Based on this provision, it then reasoned that notification by email is an effective form of notice.

Reading these cases together, it becomes clear that the agreed procedural rules or *lex arbitri* have been adopted by the SPC as the governing law under Article V(1)(b) of New York Convention. This approach is well summarized in an article by two prominent judges from the fourth civil division of the SPC which is the body that deals specifically with cases of refusal of foreign arbitral awards. It reads as follows,

> Whether proper notice has been given to the parties should be decided *in accordance with the agreement of the parties, arbitration rules and the law of the arbitration seat*. If there is agreement on the manner of service, such agreement should be applied. Failure of such agreement, reference should be made to the arbitration rules chosen by the parties. In case of no such express provisions in the arbitration rules, the law of the arbitration seat will be applied.[②]

This approach is questionable. Procedural irregularities in breach of agreed procedural rules

---

① Cosmos Marine v. Tianjin Kaiqiang (2007), (2006) Min Si Ta Zi No 34 (最高人民法院关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦"ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约"仲裁裁决的请示的复函, [2006]民四他字第 34 号).

② Guixiang Liu & Hongyu Shen(刘贵祥、沈红雨), "Woguo Chengren He Zhixing Waiguo Zhongcai Caijue De Sifa Shijian Shuping (我国承认和执行外国仲裁裁决的司法实践述评)[Judicial Practice of on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China] "(2002) 79(1) *Beijing Zhongcai [Beijing Arbitration]* 1.

or *lex arbitri* have been covered by Article V(1)(d) of the New York Convention.[①] This would render V(1)(b) overlap with V(1)(d) to a large extent.[②] This overlapping is also reflected in the case law of the SPC. It seems that the SPC does not distinguish these two provisions clearly. The same issue has been examined under these two different grounds.[③] Meanwhile some due process issues are examined under Article V(1)(d) rather than Article V(1)(b).[④]

B. The Forms and Formalities of Service

In the case law of the SPC, the issue of proper notice has been translated into the issue of service of arbitration documents. The focus of the SPC has been on whether service of documents has complied with agreed procedural rules or *lex arbitri*. First, the applicable law governs the forms of service. In three cases,[⑤] the award debtor argued that service by post is not proper because it is prohibited by the forum law. Similar issue has arisen in terms of service through email.[⑥] The SPC rightly points out, if service has been conducted in accordance with agreed procedural rules or *lex arbitri*, it constitutes proper notice under Article V(1)(b) of New York Convention. The SPC points out that service by fax, email, express mail and in person are all permitted by the law.[⑦]

Secondly, the same principle applies to the formalities of the service. The SPC has not imposed stringent requirements. In the case law, the SPC held the documents do not need to be translated into the native language of the award debtor.[⑧] Even if the post is not indicated clearly that content inside is arbitration documents on the address slip, it constitutes proper notice.[⑨]

The SPC's approach regarding proper notice has been generally permissive and pro-enforcement. The reason lies in that the benchmark it adopts is liberal and facilitative on this

---

① It provides that, the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.

② Born (n 3 above), §26.05(c)(3); Beffa (n 3 above).

③ See section IV of this article.

④ See section V of this article.

⑤ (1) Angfo JV v. Harvest Chem (2012), [2012] Min Si Ta Zi No. 42 (最高人民法院关于"昂佛化品"合资有限责任公司申请承认并执行白俄罗斯工商会国际仲裁院仲裁裁决一案的请示的复函, [2012]民四他字第 42 号); (2) Haimalu v. Popeyes Foods (2006), [2005] Min Si Ta Zi No. 46(最高人民法院关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函, [2005]民四他字第 46 号);

(3) Boertong v. Liantaichang Commerce (2006), [2006] Min Si Ta Zi No. 36 (最高人民法院关于博而通株式会社申请承认外国仲裁裁决一案的请示的复函，[2006]民四他字第 36 号).

⑥ Cosmos Marine v. Tianjin Kaiqiang (2007), (2006) Min Si Ta Zi No 34 (最高人民法院关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦"ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约"仲裁裁决的请示的复函, [2006]民四他字第 34 号).

⑦ Western Bulk v. Zhonggang Steel, [2012] Min Si Ta Zi No. 12 (最高人民法院关于韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案的请示的复函,[2012]民四他字第 12 号).

Though in the *Cosmos Marine* case, the SPC indicates that, for service to be proper and valid, it must be conducted through a mechanism/way not prohibited by Chinese law. In other words, service must not violate Chinese mandatory rules. However, it never articulates what rules and mandatory in this context and there has not been a case that service is found in violation of such rules.

Cosmos Marine v. Tianjin Kaiqiang (2007), (2006) Min Si Ta Zi No 34 (最高人民法院关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦"ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约"仲裁裁决的请示的复函, [2006]民四他字第 34 号)

⑧ Haimalu v. Popeyes Foods (2006), [2005] Min Si Ta Zi No. 46 (最高人民法院关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函, [2005]民四他字第 46 号).

⑨ Ralema Food v. Zhanjiang Food (2013), [2013] Min Si Ta Zi No. 40 (最高人民法院关于申请人瑞尔玛食品有限公司与被申请人湛江冠亚食品有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决请示案的复函〔2013〕民四他字第 40 号).

issue and does not impose mandatory rules.[①] Any effective mean of service is usually allowed by agreed procedural rules or *lex arbitri*.[②] Therefore, violation of such rules will be rare to find. In all these cases dealt by the SPC, there is no breach of such rules.

Therefore, the key issue is not what the benchmark is but what the facts of the case are.[③] In some cases, the SPC did not mention the *lex arbitri* as the applicable law and goes directly to the facts finding of the case. The key issue is the allocation of burden of proof between the parties. If the award debtor argued that it had not received notice of the arbitral proceeding, the award creditor has the burden to prove that arbitration documents have been properly served to the debtor.[④] Evidence must be written. If it is posted by registered mail through traditional postal service, a receipt from the postal office will suffice.[⑤] In case of service by courier, a copy of the delivery record will be adequate. Failure to provide such evidence, the award creditor will bear the consequence—the award will be refused of enforcement.[⑥]

Once the award creditor provides evidence for this purpose, it would be upon the resisting party to rebut. He could not simply make the allegation that he has not been served. Such allegation must be supported by evidence. It would be difficult to prove something that had not happened. In all the cases, no resisting party has successfully proved otherwise. If the award debtor could not provide such evidence, he will bear the consequence —the award will be recognized and enforced against him.[⑦]

C. Default Arbitration Award and the Duty of Care

One issue that often arise under Article V(1)(b) is concerned with default award which itself is a procedural irregularity where the award debtor did not participate in the arbitration. This naturally causes the due process concern.[⑧] The reason for default arbitration varies. One practical problem is how to properly serve a respondent if he is not cooperative. This is not uncommon as business relations turn sour and the parties become hostile in arbitration. From the jurisprudence of the SPC, what emerges clear from its case law is that the reason for the failure of notice matters. The party who causes such failure will bear the consequence.

First, on the respondent's side, if there is a change of the registered address of the business,

---

① Born (n 3 above), §11.05. (2nd ed. 2014).

② For example, Article 3(2) of the ICC Arbitration rules provides that "Such notification or communication may be made by delivery against receipt, registered post, courier, email, or any other means of telecommunication that provides a record of the sending thereof".

Article 76 the English Arbitration Act 1996 prescribes that "a notice or other document may be served on a person *by any effective means*".

③ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague & New York: Kluwer Law International 2003), 711.

④ Shin-Estu Chemical v. Xinmao Science,[2008] Min Si Ta Zi No. 18 (最高人民法院关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05-03 号仲裁裁决的报告的答复, [2008]民四他字第 18 号).

⑤ Schroeder v. Junao Foods, [2014] Min Si Ta Zi No. 31(最高人民法院关于辽宁省高级人民法院就不予承认及执行德国汉堡交易所商品协会仲裁法庭 2/11 号仲裁裁决请示一案的答复, [2014]民四他字第 31 号).

⑥ Harvest Shipping v. Sinotrans Shenyang, [2006] Min Si Ta Zi No. 12 (最高人民法院关于香港东丰船务有限公司申请执行香港海事仲裁裁决请示的复函, [2006]民四他字 12 号); Mongolia Aiduoladuo v. Zhejiang Construction, [2009] Min Si Ta Zi No. 46 (最高人民法院关于不予承认蒙古国家仲裁法庭 73 / 23－06 号仲裁裁决的报告的复函，[2009]民四他字第 46 号).

⑦ Addax v. Zhongji Trade, [2009] Min Si Ta Zi No. 42 (最高人民法院关于中基宁波对外贸易股份有限公司申请不予执行香港国际仲裁中心仲裁裁决一案的审核报告的复函, [2009]民四他字第 42 号).

⑧ Beffa (n 3 above).

he has a responsibility to update its registration with the public register[①] or to notify the other party[②]. The registered business address is of significance because arbitration documents are usually sent to this address. There is a possibility that the respondent with no prospect of wining the case may try to avoid arbitration by deliberately changing its registered address. Without the address being updated or notified, it would be practically impossible for the other party to know such change. Therefore, the SPC held that, failure of such responsibility, he will not successfully invoke the due process defense under Article V(1)(b).

Meanwhile, on the sender's side, every effort must be made to ensure that the address for the post is correct. If the post is addressed incorrectly, and failed to deliver, this will be regarded as improper notice and the award will be refused. There have been three cases on this issue in the context of foreign-related arbitration.[③] This shall equally apply to foreign arbitration.

One extreme example involves service to a company incorporated in Hong Kong.[④] While its registered address is "3/F 231 Wing Lok Street HK", the documents were sent to "231 Wing Lok Street 3rd FLR" instead. This address is correct, but the components are in the wrong order.[⑤] It seems that the post arrived at that address as the return slip noted "no one picked it up or nobody lived in this address". This suggests that failure of notice may be due to an uncooperative respondent.[⑥] Nevertheless, the SPC has adopted a very strict approach and ruled that the document was sent to a wrong address, which constitutes improper notice, and must be refused.

In addition, reasonable inquiry about the address must be made if the post has been returned. This issue was discussed by the SPC in the *Hongchang* case, a foreign-related case concerning the annulment of a CIETAC award.[⑦] In the case, the award debtor changed its registered address and updated such change with the public register. Arbitration documents were sent to its previous address but were returned. The slip from the post office specifies that the reason for the return is that "the business has moved out and the new address is unknown". However, arbitration documents were sent to the same address again by CIETAC and a default award was delivered in the end. The award was set aside by the SPC because CIETAC failed to check with the local public authority which is the most commonly used method of reasonable inquiry.

It is not entirely clear whether it applies equally to foreign arbitration. This case is concerned with foreign-related arbitration, where CIETAC is responsible for service of arbitration documents and the addressee is a Chinese business. Making an inquiry with local public register is

---

① OKAY Furnishing v. Kelas Investment, [2013] Min Si Ta Zi No. 49 (最高人民法院关于对北京市第一中级人民法院拟不予执行中国国际经济贸易仲裁委员会(2011)中国贸仲京裁字第 0108 号仲裁裁决一案的请示的复函, [2013]民四他字第 49 号).

② Boertong v. Liantaichang Commerce (2006), [2006] Min Si Ta Zi No. 36 (最高人民法院关于博而通株式会社申请承认外国仲裁裁决一案的请示的复函,[2006]民四他字第 36 号).

③ *Mawan Power v. Runhe Development*, [2008] Min Si Ta Zi No. 1 (最高人民法院关于润和发展有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的审查报告的复函, [2008]民四他字第 1 号); Zhu v. Shanghai Marine，[2007] Min Si Ta Zi No. 7 (最高人民法院关于朱裕华与上海海船厨房设备金属制品厂申请撤销仲裁裁决再审一案的请示报告的复函,[2007]民四他字第 7 号); Grandall Law Firm v. Lion Tourism et al., [2014] Min Si Ta Zi No. 37 (最高人民法院关于海南狮子城旅业开发有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的答复, [2014]民四他字第 37 号).

④ *Mawan Power v. Runhe Development*, [2008] Min Si Ta Zi No. 1 (最高人民法院关于润和发展有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的审查报告的复函, [2008]民四他字第 1 号).

⑤ This is understandable as the order of the components of address may vary across different cultures.

⑥ The facts of the case are not entirely clear.

⑦ Hongchang Transportation v. Fujian Shipping & Trans Marine, [2003] Min Si Ta Zi No. 32(最高人民法院关于黑龙江鸿昌国际货物运输代理有限公司申请撤销中国海事仲裁委员会仲裁裁决案的复函，[2003]民四他字第 32 号).

straightforward. But this might not be the case in international commercial arbitration if it involves recipient in another jurisdiction. In this context, it is not entirely clear what is the responsible public register, what is its contact information, whether or not they will deal with inquiry from foreign entity and how long it will take.

D. Service by Email

A very interesting development is whether service by email constitutes proper notice under Article V(1)(b). Though it is valid form of notice, the SPC sets a much higher threshold for it to be regarded as proper notice. In the *Cosmos Management* case, arbitration documents have been sent to the respondent via email, but it did not respond or participate in the arbitration.[①] When the default award was subject to the enforcement procedure, the award debtor argued that he did not receive the email and resisted the enforcement.

The SPC points out that if the award creditor is able to prove the award debtor has *received and known* about the email, and then service will be regarded as proper and valid. For that purpose, it is insufficient that the email has arrived at the server of the recipient; there must be a positive confirmation from the debtor to acknowledge the receipt of the email. This essentially means email would not be an effective form of service if the other side does not cooperate and choose not to reply.

This is a precautious approach.[②] Though most institutional arbitration rules allow services by email, expressly or impliedly, its effectiveness as a form of service is still open to debate. [③] Therefore, UNCTRAL model law on arbitration rules permits service by email only if the address has been designated by a party specifically for this purpose or authorized by the arbitral tribunal.[④]

From the jurisprudence of the SPC, one effective way to deal with the practical difficulties of notice is through party agreement.[⑤] It would be wise to insert a clause in the contract to specify the proper means for communication and the destinations. This will form the agreement of the parties and therefore constitutes an essential part of the agreement of the parties. When arbitration is initiated, notification of arbitration proceedings could be conducted in accordance with such agreement. This would avoid some difficulties in case of an uncooperative respondent.

IV. Specific Issues of Proper Notice

Notice of arbitration proceeding is an ongoing routine process. The wording of Article V(1)(b) “notice of arbitration proceeding” suggests that its scope is expansive and potentially covers notification of every step of the arbitration proceeding. But not all of them would have due process implication and subject to the scrutiny of due process. What stands out from the jurisprudence of the SPC are two occasions where failure of notice would fall within the Article

---

[①] Cosmos Marine v. Tianjin Kaiqiang (2007), (2006) Min Si Ta Zi No 34 (最高人民法院关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦“ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约”仲裁裁决的请示的复函,[2006]民四他字第 34 号).

[②] This is in stark contrast with English approach on this issue, as adopted in Bernuth Lins v High Seas Shipping [2005] EWHC 3020 (Comm) [2006] 1 C.L.C. 403, where a more permissive approach has been adopted.

[③] Domitille Baizeau, “Bernuth Lines Ltd v. High Seas Shipping Ltd, 21 December 2005” (2006) 24 ASA Bull. 561.

[④] Article 2(2) UNCITRAL Arbitration Rules.

[⑤] Western Bulk v. Zhonggang Steel, [2012] Min Si Ta Zi No. 12 (最高人民法院关于韦斯顿瓦克公司申请承认与执行英国仲裁裁决案的请示的复函, [2012]民四他字第 12 号).

V(1)(b) ground, including notice of the publication date of the award and notice of amendment of claim. These are rare cases where arbitral awards were denied of enforcement and therefore worthy of close attention.

A. Notice of the Date for the Pronouncement of the Award

In the practice of the SPC, there have been two extremely similar cases where failure to notify the date for the publication of the arbitration award constitutes situation where Article V(1) applies. They are the *ZTT* [①]and the *Xinmao*[②] cases. It also needs to point out that the SPC applies Article V(1)(b) and Article V(1)(d) respectively to examine the cases and reached the same conclusion.

1. The Case Law of the SPC

In the *ZTT* case, the SPC applies the due process defense under Article V(1)(b) to examine this issue. The underlying disputes involved a sale contract of fiber perform, which is the upstream product for making glass optical fibers. ZTT, a leading optical fiber producer in China, did not have the capacity to produce fiber perform but depended on Shin-Etsu as the supplier. Shin-Etsu, headquartered in Japan, is a leading producer of fiber performs in the world.

In 2001, they entered into a five-year long-term contract over the supply of fiber perform starting from 2003 till 2007. However, not long after signing of the contract, the market over optical fiber collapsed because of over-supply and reduction in demand. Performing the contract under the original price would bankrupt the Chinese side. After ZTT's attempt to reduce the contract price turned futile, it stopped to fulfill the contract. Arbitration proceeding was initiated by Shin-Etsu before the Japan Commercial Arbitration Association based on an arbitration clause in the contract.

After the award was delivered, Shin-Etsu applied to the Nantong Intermediate Court, where ZTT is based, to enforce the award. Several issues were raised by ZTT to resist the enforcement, which were largely accepted by the Nantong Court.[③] It then reported the case to the Jiangsu High Court, which then further referred the case to the SPC.

In its ruling, one of the reasons for the SPC to deny enforcement is the failure to notify the date for the making of the arbitral award. It refereed to the agreed procedural rules as the applicable benchmark, i.e., Article 53(2) of JCAA arbitration rule which provides that,

> The arbitral tribunal shall, upon conclusion of the examination pursuant to the preceding paragraph, notify the parties of the period of time during which it shall make an arbitral award.

In this case, after the closure of the hearing, the date for the delivery of the award was postponed twice, which had all been notified to the parties.[④] But it failed to meet the deadline for the third time and it did not notify the date to the parties this time. Therefore, the SPC found that the tribunal did not notify the date of the arbitral award and was in breach of the above arbitration

---

[①] Shin-Estu Chemical v. Zhongtian Technology, [2007] Min Si Ta Zi No. 26 (最高人民法院关于不予承认日本商事仲裁协会东京 04－05 号仲裁裁决的报告的复函, [2007]民四他字第 26 号).

[②] Shin-Estu Chemical v. Xinmao Science, [2008] Min Si Ta Zi No. 18 (最高人民法院关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05-03 号仲裁裁决的报告的答复, [2008]民四他字第 18 号).

[③] In the trial proceeding and in the reference letter, several issues were raised including unequal treatment of parties, delay in the delivery of the arbitration award and failure to notice, and public policy.

[④] It seems that the delay was caused by the disagreements between the arbitrators.

rules. It then concluded that, this constitutes a breach of due process under Article V(1)(b) and therefore the award should be denied of enforcement.

Surprisingly, six months later, the SPC applied Article V(1)(d) to examine the same issue in an extremely similar case, the *Xinmao* ruling.[①] The same Japanese company Shin-Etsu was involved in similar transaction with another Chinese company, Xinmao Science & Technology Co. Ltd.[②] Disputes were subject to arbitration by JACC under similar long-term sales contract of fiber perform.

In the *Xinmao* case, the award was published six weeks after the hearing was closed, one week later than the deadline set in the arbitration rule (five weeks) but still within the extended deadline (eight weeks). The tribunal failed to notify the date to the parties. The SPC concluded that this falls under Article V(1)(d) and will be denied accordingly. Its reasoning is very interesting and worth a direct quote,

> The parties agreed upon the application of the JCAA Arbitration Rules, making the provisions therein part of the parties' agreement. Article 53 thereof was a *mandatory rule* which laid down the time limit for rendering the Arbitral Award and the requirement for due notice. The Arbitral Tribunal failed to render the Arbitral Award within such time limit and to give due notice of the date for rendering the Arbitral Award. This constituted grounds for refusal of recognition and enforcement under Article V(1)(d) of the New York Convention.(emphasis added)

2. Analysis of the SPC's Approach

Reading these two extremely similar cases together, it becomes clear that the SPC did not distinguish Article V(1)(b) and Article V(1)(d) clearly. From the perspective of the SPC, it seems that there is no such need either, in particular if the issue in question could be covered by both provisions. As the above cases show, the delivery of arbitral award and its notice is part of arbitration proceeding, falling within the scope of both provisions. In addition, the same benchmark, i.e., the agreed procedural rules or *lex arbitri*, was adopted under both Article V(1)(b) and (d). Therefore, from the perspective of the SPC, they resemble with each other.

In these two cases, the application of both provisions has become a technical exercise. The aim of the investigation is to see if the agreed arbitral rules or *lex arbitri*, have been breached somehow. If there is a violation of such rule or even a mere departure, this will automatically fall under Article V(1)(b) or (d), rendering the award unenforceable. It is not necessary to consider either (a) the seriousness of the breach or (b) its impact.

This is a misinterpretation of both provisions. Article V(1)(d) aims to ensure arbitration comply with the procedural framework set up through party autonomy and the *lex arbitri*. Procedural irregularities in breach of such rules naturally cause concern from the law. But not all such irregularity would justify the intervention of the court by denial its enforcement. It must

① Shin-Estu Chemical v. Xinmao Science, [2008] Min Si Ta Zi No. 18 (最高人民法院关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05-03 号仲裁裁决的报告的答复, [2008]民四他字第 18 号).

② Shin-Estu Chemical v. Xinmao Science, [2008] Min Si Ta Zi No. 18 (最高人民法院关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05-03 号仲裁裁决的报告的答复, [2008]民四他字第 18 号).

reach a level of seriousness that would "likely to affect the proper adjudication of the case".[①] In this case, it is not clear how failure to notify the delivery date of the final award would affect the outcome of the arbitration. Also, the SPC does not require the resisting party to provide evidence to demonstrate such impact.

Its approach regarding the Article V(1)(b) due process ground is problematic as well. While both provisions deal with procedural defects of arbitration, the underlying rational differs. The philosophy behind article V(1)(b) is to guarantee fundamental procedural fairness. In other words, a fair hearing in which both parties can present their case. Proper notice is usually associated with important steps of this process, such as the appointment of arbitrators, the first hearing and the closure of submitting evidence. The aim of proper notice is to ensure that the parties are aware of the ongoing arbitration proceeding and to give him sufficient time to prepare and present his case.

Notification of the date of the award is not an essential component of the process of a fair hearing. It is technical in nature and does not have due process implications. The date for the delivery of the arbitral award is usually announced at the last hearing when the arbitrators are satisfied that the facts of the case are sufficiently clear to draw a conclusion. It is an indication that the hearing process has come to an end. Its main purpose is to avoid unreasonable delay. By specifying and notifying the date of the award, the arbitrators set themselves a deadline in advance. Parities would expect to receive the award on that date. This will function as a time pressure for arbitrators to deliver the award in a timely manner. Mere failure to notify the date of the award would not have any impact on fundamental procedural fairness.

In applying Article V(1)(b) to this issue, the sole criterion of the SPC is whether the agreed procedural rules or *lex arbitri* have been breached. It failed to consider the impact of such breach on fundamental procedural fairness, disregarding the due process dimension underlying Article V(1)(b). This is an overly expansive approach in contradiction with the pro-enforcement bias of the New York convention.

B. Notice of the Amendment of Arbitral Claim

It is not uncommon that during the arbitration proceeding, the applicant may seek to amend its initial claim. This is sometimes necessary since certain facts of the disputes may only become clearer as arbitration proceeds. Institutional arbitration rules usually grant the tribunal the power and discretion to decide if it is allowed. This is reflected in Article 22 of the UNCTRAL Model Arbitration Rule.

Amendment often involves new claims the other party was not aware of. Arbitration rules usually require a proper notice of such amendment and also give the other party reasonable time to respond to such amendment. Failure to do so would essentially deprive the other party of the possibility to present his case. This would constitute a violation of the due process principle under Article V(1)(b). On the other hand, amendment of a claim is also part of the arbitration procedure covered by the institutional arbitration rules. Breach of such rules could also be examined under Article V(1)(d). Therefore, there is certain overlapping between the two provisions.

[①] Zui gao ren min fa yuan guan yu shi yong zhong hua ren min gong he guo zhong cai fa ruo gan wen ti de jie shi (fa shi (2006) 7 hao) (最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释(法释(2006)7 号)) [SPC Interpretation on Certain Issues Concerning the Application of the Arbitration Law (Court Interpretation No. 7 of 2006)] (promulgated by the Sup. People's Ct., Dec. 26, 2005, effective Sept. 8, 2006), art. 20.

1. The Case Law of the SPC

In the practice of the SPC, it applied Article V(1)(b) and Article V(1)(d) interchangeably to examine the issue. There have been four rulings on this issue. First, in the *Yang Hong* case, the SPC applied the due process ground to examine the failure to notify the amendment of claim.[①] The underlying disputes involves a contract under which Guangzhou Jewelry outsourced the operation and management its store to Yang Hong, a Hong Kong resident. When disputes arose, arbitration proceeding was initiated before Guangzhou Arbitration Commission. After the award was delivered, Yang filed a suit to set aside the award. The case was later referred to the SPC.

From the evidence submitted to the court, it became clear that the amendment was not notified to Yang and was supported by the tribunal in the final award. The SPC held that this would constitute a situation of "being unable to present his case". Its reasoning reads as follows,

> The arbitration tribunal was in favor of the new arbitration claim which was had not been notified to Yang. This resulted in the Yang being unable to present his case, which would constitute a situation under Article 258(1)(b) of the CPL.

The arbitration rule of the Guangzhou Arbitration Commission contains explicit provision which specifies that amendment of arbitral claim shall be properly notified. However, the SPC did not mention these provisions at all. Instead, it ruled that, failure to notify would lead to a situation where the other party was unable to present his case.

Second, in the *Huahang Construction*[②] and *Weibei Hongli* cases[③], the SPC used Article V(1)(d) instead. The *Weibei Hongli* case is illustrative. In this case, Weibei Hongli is a company incorporated in British Virgin Islands and Wah Sang Paper is a Hong Kong company. They had disputes over a share transfer agreement involving a subsidiary company in Guangdong, which was then submitted to arbitration by Zhuhai Arbitration Commission. After the award was made, Weibei Hongli moved to set aside the award in Zhuhai Intermediate Court.

In the second hearing, Wah Sang Paper amended its claim. However, the amendment of claim was not notified to the other party, nor a 15-day period was given for it to respond. This was found in violation of the arbitration rule of Zhuhai Arbitration Commission. Therefore, the SPC concluded that the arbitration procedure was not in accordance with the agreement of the parties and shall be set aside under Article 274(1)(c) of CPL, the equivalent of Article V(1)(d) of the New York Convention.[④]

Third, in the *Xinmao* case, the SPC found that the failure to notify the amendment of arbitral claim was caught by both Article V(1)(b) and Article V(1)(d).[⑤] It referred to Article 20 of the arbitration rules of the Japan Commercial Arbitration Association, which requires the notification

---

① Yang Hong v. Guangzhou Jewellery et al, [2008] Min Si Ta Zi No. 21 (最高人民法院关于杨志红申请撤销广州仲裁委员会涉港仲裁裁决一案的请示的答复, [2008]民四他字第 21 号).

② Huahang Construction v. Wang, [2005] Min Si Ta Zi No. 13 (最高人民法院关于四川华航建设有限公司申请撤销仲裁纠纷一案的请示的复函, [2005]民四他字第 13 号).

③ Weibei Hongli v. Wah Sang Paper, [2008] Min Si Ta Zi No. 2 (最高人民法院关于魏北鸿利有限公司申请撤销珠海仲裁委员会涉外仲裁裁决一案的请示的答复, [2008]民四他字第 2 号).

④ The same approach is adopted in the *Huahang Construction* case. Huahang Construction v. Wang, [2005] Min Si Ta Zi No. 13 (最高人民法院关于四川华航建设有限公司申请撤销仲裁纠纷一案的请示的复函, [2005]民四他字第 13 号).

⑤ Shin-Estu Chemical v. Xinmao Science,[2008] Min Si Ta Zi No. 18 (最高人民法院关于裁定不予承认和执行社团法人日本商事仲裁协会东京 05-03 号仲裁裁决的报告的答复, [2008]民四他字第 18 号).

of the amendment of claim. However, Shin-Etsu could not provide evidence for this purpose, thus falling within the scope of Article V(1)(d). Then it moved on to hold that failure to notify the amendment was in breach of the due process. Its reasoning is articulated as follows,

> In case Shin-Etsu amends its arbitration claim, Xinmao has a right to respond to the amended claim. *Notification of the amendment is an important stage in the arbitration proceeding*. The tribunal failed to notify such amendment, which would *in effect deprive Xinmao's opportunity and right to defend itself*. (emphasis added)

2. Analysis of the SPC's Approach

In these cases, what has not been considered is worthy of attention: whether the amendment is substantial or whether failure of notification would have had a negative impact upon the rights of the award debtor? This is not a factor that bears any weight in the reasoning of the SPC. In all these four cases, the SPC even did not make any reference to how the arbitration claim had been amended and what the implications were. In fact, in the *Xinmao* case, the report from the local court even did not contain any detail about how the claim was amended. This is not a factor that has been considered by the SPC.

The *Weibei Hongli* and *Huahang* cases suggest that the amendment may well be regarded as insubstantial and did not affect the substantive or procedural rights of award debtor.[①] The *Weibei Hongli* case is illustrative. The dispute was straightforward. Wah Sang Paper owned a subsidiary company in Guangdong and agreed to sell all the shares to Weibei Hongli under a contract. Shares were transferred to Weibei Hongli but then Weibei Hongli failed to pay for those share. One of the original claims seeks to confirm that Wah Sang Paper owns all the shares of the subsidiary company.[②] In the second hearing, this claim was amended into two: (1) to terminate the share transfer agreement; (2) to order Weibei Hongli to return all the shares to Wah Sang Paper.

This amendment did not change the initial claim substantially. It only clarified what Wah Sang Paper really intended to claim. The effects of these two new claims are essentially the same with the previous one. Even if it might involve a substantial amendment, it is upon the award debtor to prove to the court that is the case. However, this issue has not been mentioned or considered by the SPC in its ruling.

Similar approach could also be found in the *Huahang Construction* case. The subject of the arbitration was over a joint venture agreement over real property project, between Huanghang Construction, a real property developer based in Sichuan Province, and Mr. Wang, an individual from Taiwan. In the arbitration, the tribunal found that the agreement was joint venture in name, but a loan agreement in fact because Mr. Wang did not assume any risk of the project. It then

---

① In the *Yang Hong* case, after the contract was terminated, there was still some gold left in the shop which was bought but Yang from the Guangzhou Jewelry. The initial claim was to settle the contract after it was terminated. In the second hearing, Guangzhou Jewelry to clarify its claim as: Yang should bear all taxs imposed on the gold, or Guangzhou Jewelry buy back the gold. When a copy of the claim was sent to Yang, the second element was missing somehow, which was then supported by the tribunal.
Yang Hong v. Guangzhou Jewellery et al, [2008] Min Si Ta Zi No. 21 (最高人民法院关于杨志红申请撤销广州仲裁委员会涉港仲裁裁决一案的请示的答复, [2008]民四他字第 21 号).

② There are four claims. The other three are: (2) to order Weibei to cooperate before the shareholder registry and to register Wah Sang Paper as the shareholder; (3) to order Weibei bear all the arbitration costs.

made the final award based on this finding.

In this case, the nature of legal relationship identified by the tribunal (i.e., a loan agreement) differs from that claimed by the applicant (i.e., joint venture agreement). In such case, Article 47 of the arbitration rules applies. It provides that the tribunal shall notify the applicant that he may amend the claim. If he chooses to amend the claim, the tribunal shall set a new time limit for submitting evidence. The SPC held that, the tribunal did notify the applicant to amend his claim, but *instead amend the claim itself* and failed to set a new time limit for submitting service. Therefore, the arbitration proceeding was in contradiction with the arbitration rules, falling within the scope of Article 274(1)(c) of the CPL.[①]

This is a formalistic approach. In this case, the contract was structured as a joint venture to escape from the prohibition of overly high interest rate by Chinese contract law. The parties must be aware of the real purpose and nature of their contract. The tribunal applied the relevant law correctly. This might explain why both parties did not raise any objection to the finding of the tribunal. This constitutes a waiver of the procedural rights to challenge.

The case law suggests that failure to notify the amendment of arbitration claim constitutes an automatic violation of agreed arbitral procedural rules or the due process principle. In other words, failure to notify the amendment of an arbitration claim itself is a sufficient reason for the denial of enforcement under Article V(1)(b) or (d). The significance of such amendment and its effects upon the substantive rights of the award debtor do not bear any weight. This low threshold would potentially open the floodgate of abuse by award debtor through focusing on the formalities rather the substance of the amendments.

V. BEING UNABLE TO PRESENT HIS CASE

In applying Article V(1)(b) to the issue of proper notice, the Court has adopted the agreed procedural rules or *lex arbitri* as the benchmark, which resembles that under Article V(1)(d). This renders these two provisions overlap with each other to a great extent. This overlapping is also reflected in the fact that other situations of being unable to present his case are not examined Article V(1)(b) but rather under Article V(1)(d). It would be unwise to confine the investigation to the case law of Article V(1)(b). Instead, this research takes a functional approach and extends the scope of research to include some case law under Article V(1)(d). Cases on the issue of sufficiency and admission of evidence are selected as examples.

A. Sufficiency of Time Period

Sufficiency of time period is a genuine due process issue that Article V(1)(b) intends to address. Notice must be given in a timely manner to give the award debtor sufficient time to present his case. Otherwise, he would not be able to respond to the claim and defend himself. This would amount to a violation of the fundamental procedural fairness.

Meanwhile, institutional arbitration rules often set the time period that the parties have to prepare for the hearing and defend the case. Such rules would normally be followed in practice. In case the time limit is shorter than that, this would potentially constitute a situation where

① The SPC held that the breach does not reach a level of the seriousness that justifies the setting aside of the award. Instead, the award was remitted to the tribunal for reconsideration.

arbitration procedure is not in accordance with agreed procedural rule under Article V(1)(d). There have been three SPC cases dealing with this issue.[①] They are all foreign-related awards and are been examined under Article 274(1)(3) of CPL, the equivalent of V(1)(d) of the New York Convention.

The *Weibei Hongli* case offers a good example.[②] One of the procedural irregularities in question was whether notice of the first hearing is proper. The arbitration rule specifies that the tribunal shall notify the date of first hearing 20 days in advance. However, notice of the first hearing was given to the parties 15 days before it took place, five days shorter than the required by the arbitration rule. This was found not to comply with the agreed procedural rules and the award was set aside.

The key factor for the court to decide to set aside the award is the fact that there is a breach of the agreed procedural rule. If there is a departure from the arbitration rule, this alone would be sufficient to deny enforcement. The seriousness of such procedural irregularities is not a factor that has so far been considered. This element was not mentioned in the judgment of the SPC or in the report from Guangdong High Court. Nor did the resisting party provide any evidence to demonstrate five day short would affect his right in a negative way.

Similar approach was also adopted in the *Dalian Fisheries* case.[③] This case involves a CIETAC award made through a simplified arbitration procedure. The parties to the dispute reached a settlement agreement on 13 April 2003. The arbitration clause of the agreement was drafted in a way as to enable a speedy conversion of the settlement agreement into an enforceable arbitration award. They agreed that “arbitration award shall be made in a speedy manner, based on written evidence only, in accordance with the content of the settlement agreement through a simplified procedure”.

This is exactly what the arbitrator did in the arbitration. Arbitration proceeding was initiated before CIETAC and was notified to Dalian Fisheries on 26 December 2003. Four days later, on 30 December, arbitration award was made which confirmed that the settlement agreement was valid and should be performed by the parties.

The arbitrator and CIETAC must be aware that it did not give the respondent time to prepare for the case. Nor did any evidence was taken or hearing was held. There was no need to do so, because the disputes had already been settled by the parties and the mere task of arbitration was to convert it to an enforceable arbitration award. It must have been a deliberate choice to deliver the award in four days.

In the SPC ruling, this was found in violation of the CIETAC arbitration rule which specifies that parties have 30 days to prepare for the defense of the case. It points out that, failure to give sufficient time affects the exercise of the right to defend himself, and therefore the validity of the award was denied. This seems to suggest the lack of sufficient time period is very likely to fall

---

① Weibei Hongli v. Wah Sang Paper, [2008] Min Si Ta Zi No. 2 (最高人民法院关于魏北鸿利有限公司申请撤销珠海仲裁委员会涉外仲裁裁决一案的请示的答复, [2008]民四他字第 2 号); Dalian Fisheries v. ICI, [2005] Min Si Ta Zi No. 7 (最高人民法院关于通知中国国际贸易仲裁委员会对[2003] 贸仲裁字第 0398 号案件重新仲裁的请示的复函, [2005]民四他字第 7 号); Shanxi Motor v. Castro, [2006] Min Si Ta No. 54 (最高人民法院关于是否裁定撤销大连仲裁委员会仲裁裁决的请示的复函, [2005]民四他字第 54 号).

② Weibei Hongli v. Wah Sang Paper, [2008] Min Si Ta Zi No. 2 (最高人民法院关于魏北鸿利有限公司申请撤销珠海仲裁委员会涉外仲裁裁决一案的请示的答复, [2008]民四他字第 2 号).

③ Dalian Fisheries v. ICI, [2005] Min Si Ta Zi No. 7 (最高人民法院关于通知中国国际贸易仲裁委员会对[2003] 贸仲裁字第 0398 号案件重新仲裁的请示的复函, [2005]民四他字第 7 号).

within the scope of Article V(1)(d).

In this case, the SPC failed to consider the circumstances of the case and the impacts of the apparently lack of sufficient time. In the arbitration clause, the party has agreed that arbitration award shall be made in a speedy manner. This would mean that the usual time period contained in institutional arbitration rules would not be applicable. In other words, on this issue party agreement will take priority.[①] It will be subject to the discretion of the arbitrator to decide what is speedy. Such discretion shall be upheld by the court unless his decision is manifestly unreasonable.

In the trial, the resisting party argued that the settlement was invalid because it was signed by a representative without competence and authority and was against the mandatory rules of China. In fact, this could well justify the invention of the court under due process. Even if the arbitration procedure had been conducted in accordance with the agreement of the parties, the award could still be refused under due process defense. In other words, fundamental procedural fairness prevails over party agreement. But the argument of the resisting party was not mentioned or considered in the SPC ruling or in the report from the lower court.

B. Admission of Evidence

Another due process issue relates to the admission of evidence. If crucial evidence is not admitted and considered by the arbitration tribunal, this would be the equivalent of being unable to present his case. It would have significantly negative impact upon the substantive rights of the parties.

There have been five cases in which the SPC addressed this issue. They are all in the context of foreign-related arbitration and were examined by the SPC under Article 274(1)(3) of the CPL, the equivalent of Article V(1)(d) of New York Convention. In four of these cases, the SPC found that the defense is not applicable, and the award shall be enforced.[②] Only in one case, the enforcement of the award was refused.[③]

Among these five cases, the only case where the arbitral award was refused is the *Cliton Engineering Ltd* case.[④] The parties had disputes over a construction project which was then submitted for arbitration. During the arbitration proceedings, the tribunal appointed a third party to evaluate the price and quality of the project. It transpired that the firm appointed for this task did not have the permit from the government to conduct construction appraisal. This issue was raised by the award debtor to resist the enforcement of the award.

In this case, the institutional arbitration rule is quite liberal on third party appraisal. It simply

---

[①] This is the opinion held by the Beijing High court.

[②] (1) Baosheng Environment v. Hefei Environment Bureau et al. (2006)，[2005] Min Si Ta Zi No. 4 (最高人民法院关于是否裁定不予执行中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁裁决的复函, [2005]民四他字第 45 号);

(2) Jiarui Shipping Co., Ltd. v. Sichuan Beifang Qinyuan Biological Engineering Co., Ltd，[2014] Min Si Ta Zi No. 41 (最高人民法院关于嘉瑞航运股份有限公司申请执行四川北方沁园生物工程有限公司航次租船合同纠纷案中不予执行涉外仲裁裁决请示的复函, [2014]民四他字第 41 号);

(3) Clinton Engineering v. Dongjun Real Estate, [2004] Min Si Ta No. 16 (最高人民法院关于不予执行佛山仲裁委[1998]佛仲字第 04 号仲裁裁决报请审查的请示的复函, [2004]民四他字第 16 号).

(4) Ecom USA v. Liuzhou Textile, [2013] Min Si Ta No. 3 (最高人民法院关于 Ecom USA. Inc.（伊卡姆美国公司）申请执行涉外仲裁裁决一案的请示的复函, [2013]民四他字第 3 号).

[③] Clinton Engineering v. Dongjun Real Estate, [2004] Min Si Ta No. 16 (最高人民法院关于不予执行佛山仲裁委[1998]佛仲字第 04 号仲裁裁决报请审查的请示的复函, [2004]民四他字第 16 号).

[④] Clinton Engineering v. Dongjun Real Estate, [2004] Min Si Ta No. 16 (最高人民法院关于不予执行佛山仲裁委[1998]佛仲字第 04 号仲裁裁决报请审查的请示的复函, [2004]民四他字第 16 号).

provides that a third party could be chosen by the parties or appointed by the tribunal to conduct appraisal. It does not require formal qualifications. It seems that anyone could be appointed for the task. However, this is not the case, as the SPC points out in its decision,

> There is an essential precondition and limits to the appointment of the third-party appraiser: it must be chosen from firms that have the qualifications to conduct the valuation. This is *not expressly required by relevant laws and arbitration rules*, nevertheless it is *an implied prerequisite* for the valuation report to be accepted as evidence.

In this case, the institutional arbitration rule does not require formal qualifications for appraiser. However, there is an express requirement from the law of the seat of arbitration. Valuation of construction project is subject to a mandatory approval system in China. The law lays down the requirements setting up a firm as appraiser and license must be obtained from the government. It is illegal and punishable by fines to provide appraisal service without license. This forms an essential element of the *lex arbitri* which must be followed. Therefore, the arbitration procedure is not in accordance with *lex arbitri* and should be refused. The decisive factor for the SPC to reach its conclusion is the fact that the evidence is produced in a way in violation of the mandatory rules of the seat.

On the other hand, if *lex arbitri* has not been violated, the court would be more cautious by requiring the resisting party to produce evidence that its procedural rights have been breached. This approach is illustrated in four other cases. In these cases, the court adopts a two-step approach. First it investigates whether agreed procedural rule or *lex arbitri* have been violated. In case of no breach of such rules, the impact on the substantive rights or procedural rights of the award debtor will then be considered.

For example, in the *Baosheng* case,[①] the award debtor argued that the expert opinion had been admitted as evidence without being cross-examined in the hearing. In its ruling, the SPC found that this is not in breach of *the* agreed procedural rules. The institutional arbitration rule contains express provision which grants the tribunal the power to decide whether or not to accept expert opinion. Then, the impact on the procedural rights is discussed by the SPC. It points out that,

> The tribunal had sent the expert opinion to both parties and invited them to provide written comments. This does not violate the arbitration rules, meanwhile guarantees the procedural rights of the parties.

Very similar approach could also be found in another case where the resisting party argued that a copy of an English case, rather than the original version approved by the publisher, has been admitted as evidence.[②] The resisting party had submitted written comment to the tribunal. The SPC points out, this would mean that the tribunal has given it the opportunity to present his case and it had exercised this right. Furthermore, the English case was not been adopted as the basis for the tribunal to reach its conclusion and it did not have any material impact upon the final decision of the case. Therefore, the award was upheld by the SPC.

---

① Baosheng Environment v. Hefei Environment Bureau et al. (2006), [2005] Min Si Ta Zi No. 4 (最高人民法院关于是否裁定不予执行中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁裁决的复函,[2005]民四他字第 45 号).

② Jiarui Shipping Co., Ltd. v. Sichuan Beifang Qinyuan Biological Engineering Co., Ltd，[2014] Min Si Ta Zi No. 41 (最高人民法院关于嘉瑞航运股份有限公司申请执行四川北方沁园生物工程有限公司航次租船合同纠纷案中不予执行涉外仲裁裁决请示的复函, [2014]民四他字第 41 号).

On the issue of admission of evidence, the case law of the SPC suggests that the agreed procedural rule and *lex arbitri* have a decisive role to play.[①] It is the starting point for the examination. If the arbitration procedure tribunal is in breach of such rules, it is very likely that award will be refused. However, on the issue of evidence, procedural irregularities in breach of such rules are rare. The reason lies in that institutional arbitration rules and national arbitration laws are very liberal on this issue and grant much discretion and freedom to the tribunal to decide.

If no violation of such rules happens, the SPC will then consider the impact upon the material rights and procedural fairness of the award debtor. Only procedural irregularities that reach certain level of seriousness would be denied of enforcement. The resisting party bears the burden of proof to demonstrate that his rights have been affected negatively.[②] This requirement would be very difficult (if not impossible) to fulfill, in particular if the resisting party has been given the opportunity to present his comments. This would set a much higher threshold for court intervention. This is a welcome development in line with the pro-enforcement policy of the New York Convention.

VI. Conclusion

In applying Article V(1)(b) of the New York Convention, it is appropriate for the court to consider whether the agreed procedural rules and *lex arbitri* have been breached in arbitration. What is problematic with the practice of the SPC is that procedural irregularities in breach of such rules are very likely to be falling within the remit of the due process ground. This is well reflected in its case law on the notice of the date of the award, notice of amendment of claim. In these areas, breach of such rules alone constitutes an automatic violation of due process principle, resulting the award being denied of enforcement under Article V(1)(b).

The level of seriousness of such breach and its impacts on the arbitral debtor has not been a factor to take into account. The case law suggests that some minor departure from and insubstantial breach of the agreed procedural rules has been regarded as sufficient to invoke the due process ground. This indicates that a lack of comprehension of the rational and purpose of the due process defense, i.e., to guarantee fundamental procedural fairness. This is an overly expansive approach in contradiction with the pro-enforcement policy of the Convention.

Furthermore, adopting procedural rules and *lex arbitri* as the benchmark would render for Article V(1)(b) overlap with Article V(1)(d) to a great extent. A recurrent issue in the case law of the SPC is the proper relationship between these two provisions. It does not distinguish these two provisions very clearly and apply them interchangeably. This is evident in the rulings of the SPC.

[①] For example, in *Sinta Hotel* case, the key issue/argument put forward by the award debtor / resisting party is that some evidence presented in the hearing was not accepted by the tribunal. The SPC first looks at if there is breach of arbitration rules. In this case, the arbitration rules do not require the tribunal to accept all the evidence the parties submitted. On the contrary, it grants the tribunal the discretion/freedom/power to decide what evidence it will admit. Therefore, the SPC points out that "failure to accept evidence itself is not a reason to rule that the procedure is illegal". Then it moves on to say that" Sinta Hotel has not provided evidence to demonstrate that failure to admit its evidence has any material effect upon the results of arbitration."

Sinta Hotel v. Dayi Energy (2005), [2005] Min Si Ta Zi No. 26(最高人民法院关于天津先达大酒店申请撤销[2003]津仲裁字第 364 号仲裁裁决一案的请示的复函, [2005]民四他字第 26 号).

[②] Sinta Hotel v. Dayi Energy (2005), [2005] Min Si Ta Zi No. 26 (最高人民法院关于天津先达大酒店申请撤销[2003]津仲裁字第 364 号仲裁裁决一案的请示的复函, [2005]民四他字第 26 号).

The court has examined the notice of the date for the award and the notice of amendment of claim under both grounds. Meanwhile, some due process issues are considered under Article V(1)(d).

The SPC's jurisprudence regarding the application of due process is in line with its approach in the domestic arbitration context. In terms of domestic award, due process defense is not a separate ground in the statute. But rather such cases are regarded as an issue of "arbitral proceeding not in accordance with the agreed procedural rules or *lex arbitri*" under Article 274(1)(c) of the CPL. By analogy, the due process issues could be well be covered by Article V(1)(d) of the New York Convention. Against this background, it might not be supervising that the SPC did not distinguish these two provisions in its case law.

It is submitted that the SPC should revisit the very rational of the due process defense. Whether or not arbitration proceeding was conducted in accordance with the agreed procedural rules or *lex arbitri* may be a starting point for the investigation. But it should not be the sole criterion. The focus should be on the implications that procedural irregularities have for fundamental procedural fairness, which is the essence of the due process defenses. The resisting party shall bear the burden of proof to demonstrate such impact. Any waiver of this procedural right by the resisting party shall also be taken into account. These considerations will help to bring the SPC back into compliance with the pro-enforcement policy of the New York Convention.

12.我国加入《新加坡调解公约》的考量与对策

张周娟秀*

摘　要：联合国贸易法委员会于 2018 年 6 月顺利通过《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》，我国积极参与了《公约》的起草与谈判全过程，公约将在今年 8 月开放签署。该公约旨在促进国际商事以调解方式化解纠纷，并确立所达成的和解协议具有可执行性。本文通过介绍公约核心条款，包括公约的适用范围、可执行性以及拒绝准予救济、公约保留问题等问题，比较其与我国现行法律制度的异同，分析我国加入公约的可行性，探讨我国加入公约后可能遇到的问题并提出具体建议和应对方法。

关键词：国际商事调解；和解协议公约；拒绝准予救济；条约保留

Abstract: The United Nations Commission on Trade Law successfully passed the United Nations Convention on International Settlement Agreements on Mediation in June 2018. China has actively participated in the drafting and negotiation of the Convention. The Convention will be open for signature in August this year. The Convention aims to promote the resolution of disputes by international business in a mediation manner and to establish that the settlement agreement reached is enforceable. This paper introduces the core provisions of the Convention, including the scope of application, enforceability and refusal to grant relief, reservations to the Convention,, compares its similarities and differences with China's current legal system, analyzes the feasibility of China's accession to the Convention, and discusses China's accession to the Convention,then make specific recommendations and responses.

Key words: International commercial mediation; settlement agreement; Refusal to grant relief; Treaty reservation

*张周娟秀，女，中山大学法学院国际法专业研究生

经过四年的审议和谈判，2018 年 6 月 27 日联合国贸易法委员会第五十一届会议通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》）。《新加坡调解公约》旨在促进国际商事调解并建立一套直接执行经调解产生的国际商事和解协议（下称“和解协议”）机制。法律界人士称其为调解领域的《纽约公约》[①]。《新加坡调解公约》将于 2019 年 8 月 1 日开放供各国签署。

我国积极参与了公约的起草与谈判全过程，并为公约的最终达成作出了重要贡献。本文将研究分析公约核心条款并与我国法律制度作比较，并根据我国当前和未来国际战略做加入公约的可行性分析，阐述我国签署和批准公约将面临的主要问题，我国国内立法司法上应做何种调整，以发挥国际商事调解的力量来促进我国国际商事的发展。

一、公约的主要内容

公约正文可以分为两个部分，第一部分主要规定了执行和解协议的基本问题，包括条约的适用范围、一般原则、术语定义、执行申请、拒绝执行的理由、并行申请仲裁或者起诉的效力以及与其他条约和法律的关系；第二部分主要规定了一项国际公约的通用条款，主要包括条约的加入和退出、批准和生效、声明与保留、修正、允许区域经济一体化组织加入，以及对多法域国家的效力。

公约主要阐述了和解协议的国际性、对非商事和解的排除适用，确立了国际和解协议具有执行力的基本原则，认可了执行地缔约国主管机关对和解协议当事人寻求救济的审查权，界定了拒绝救济的理由和发生并行请求时的解决措施，以及对条约保留的限制。

(一）调解的定义与公约适用范围

1.定义

公约中对调解的界定是指当事方试图在第三人或者某人的协助下达成友好解决争端的过程，唯一要求是各方寻求在没有强加解决方案的第三方协助下达成友好解决。[②]值得注意的是调解中的第三人的独立性不纳入调解的定义，不同于仲裁和诉讼要求中立方保持独立以确保公平，调解更注重结果。经过调解后争议方达成和解协议。

我国目前的司法实践中，“和解”与公约所阐述的调解有一定的出入。我国当前对和解的定义是在没有法院或仲裁庭或人民调解委员会主持或参与的情况下，争议各方当事人自行达成的和解。该和解可能是在除法官、仲裁员以外的中立的调解人协助之下达成的，也可能是在没有调解人参与的情况下，仅由争议各方当事人谈判达成的。且未经法院进行司法确认的和解协议尚不具有强制执行力。而我国调解的过程是在有第三方在场的情况之下完成的，经过法院、仲裁庭或者人民调解委员会参与下达成的调解协议经过认定后具有法律效力。

表 1：公约下的和解协议与我国商事调解协议、和解协议之比较

	公约下和解协议	我国商事调解协议	我国商事和解协议
参与主体	争议方及第三方（不限于机构调解方，包含个人调解员）	争议方及第三方（法官或仲裁员或人民调解员）	争议方之间或有调解机构的参与
制定过程	在第三人或者某人的	在法官或仲裁员或人	各方自主达成和解协

[①] 温先涛.《新加坡公约》与中国商事调解——与《纽约公约》《选择法院协议公约》相比较[J].中国法律评论,2019(01):198-208.

[②] Schnabel, Timothy, The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements (September 18, 2018). 19 Pepp. Disp. Resol. L.J. 1 (2019).

	协助下达成和解协议	民调解员的协助下达成调解协议	议
法律效力	具有可执行性	经司法确认后具有法律效力	无强制执行力

2.适用范围

公约明确规定适用于商事和解协议，而且要求具有国际性。《国际商事调解示范法》第 1 条[①]就界定了什么样的和解协议具有国际性，且认定方式采取的是混模式，即将实质性连结因素与争议性质因素综合起来加以判断，同时另行赋予当事人意思自治的权利，以尽可能地扩大国际商事调解程序的适用范围。我国对于国际商事案件的认定，通过国际商事法庭的规则来看，从当事人的国籍、经常居住地、标的物所在地以及法律关系事实的发生地来认定。[②]两者有相同也有差异，值得相互借鉴。

和解协议是否具有国际性将取决于争议方的身份。和解协议的当事人营业地设在不同国家或者和解协议的主要义务履行地与和解协议当事人营业地属不同国家，并适用最密切联系原则。因此和解协议是一种无国籍文书，通常不受国内法要求的限制，除非公约允许国家在要求救济时适用一些国内概念和程序。公约还规定其适用于和解协议的整体，包括金钱义务和非金钱义务部分。假如我国加入该公约，在执行中如果涵盖非金钱义务部分内容，需要考虑执行难度和相应配套制度。

3.排除适用

从排除的争议类型来看，消费者纠纷的调解、家庭法、就业法或继承法有关的纠纷的调解解决方被排除在公约之外，体现了调解公约仅解决国际商事纠纷的特定性。此外能够转化为诉讼判决和仲裁裁决的文书也被排除。排除可转化为强制执行的判决的和解协议旨在避免与海牙 2005 年《选择法院协议公约》和海牙判决承认执行公约草案重叠。如果已经作为仲裁裁决记录并可以强制执行，则也不包括在“公约”范围内，这种排除是为了避免与“纽约公约”产生重叠。

通过公约对范围的设置可以看出对排除事项的设置思路主要有三点，第一参照 2005 年《选择法院协议公约》对排除事项的规定；第二，所涉领域不属于商事事项的范畴；第三，所涉领域已经有其他公约或者法律规范进行调整。[③]

（二）直接执行机制和申请救济的要求

公约第 3 条规定了和解协议采用直接执行机制，即和解协议当事人能够在执行地要求执行，而不要求和解协议来源国对和解协议进行审查，但存在一定的前提条件，例如和解协议的履行义务可在申请国执行或者调解过程有效等。该机制优势在于提供了一种简单而直接的方式，避免双重认证，提升调解执行的效率。

和解协议具有可执行性后，当事人在申请救济时要注重相应的要求。第一要提供已经签署的和解协议，和解协议应该是书面形式的，签字时可以适用电子及其他通信手段。第

[①] 《国际商事调解示范法》第 1 条第 4 款：“调解如有下列情形即为国际调解：(a)订立调解协议时，调解协议各方当事人的营业地处于不同的国家；或者(b)各方当事人营业地所在国并非：（一）履行商业关系中大部分义务的所在国；或者（二）与争议标的事项关系最密切的国家。”

[②] 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第三条：具有下列情形之一的商事案件，可以认定为本规定所称的国际商事案件：（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；（三）标的物在中华人民共和国领域外的；（四）产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。

[③] 沈涓.再论海牙《民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约》草案及中国的考量[J].国际法研究,2016(06):83-103.

二是当事人需要证明调解过程存在的证据，包括但不限于调解员于和解协议上的签名、调解员出具的确认进行调解的证明、主持调解的机构出具的证明以及国家主管机关认可。对于哪些证据是可被采纳的，公约草案中笼统的规定赋予了缔约国相关主管机关自由裁量权。

（三）拒绝准予救济的理由

由于公约文本不使用承认和执行等术语，因此采用“寻求救济”和“准予救济”作为替代。公约第 5 条规定了拒绝准予救济的理由，理由可分为几大类，第一与当事人相关的抗辩在于当事人一方无行为能力。第二与协议本身相关的抗辩，例如协议本身无效，不具有可操作性和可执行性或者是非终局的，以及协议被修改等情况，和解协议的义务已经被履行，义务不清楚或者无法理解，亦或是准予救济可能会导致和解协议条款相违背。第三是与调解过程相关的抗辩，都与调解员有关，要么调解员严重违反调解或调解员的准则，要么调解员未履行披露义务。最后一类则是和解协议违背公约当事人的公共政策或者依据公约当事方的法律争议事项无法以调解方式解决，这给予了申请救济方一定的自由裁量权。本条规定参考了《纽约公约》拒绝执行仲裁裁决的规定情形，又有自身特点。不同于《纽约公约》专注于仲裁庭的组成和庭审过程是否有程序上的瑕疵，调解公约将重点放在了和解协议及调解员的资质问题上。

表 2：拒绝准予救济的理由[①]

与当事人相关的抗辩	当事人一方无行为能力
与协议本身有关的抗辩	和解协议本身无效、无拘束力、非终局、被修改；义务已经履行，或不清楚或无法理解；准予救济会与和解协议条款相违背
与调解过程相关的抗辩	调解员严重违反调解员或调解的准则，或未履行披露义务
其他	违背公约当事方公共政策；争议事项无法以调解方式解决

（四）并行程序问题

并行程序指与和解协议的执行程序并列，且可能对其产生影响的司法程序或者仲裁程序。公约特意规定了主管机关如何处理已向法院、仲裁庭或其他任何机关提出一项可能会影响到执行。允许执行机关裁量决定是否暂停执行程序以及允许执行机关应一方当事人的请求要求另一方具保。此外还规定了与其他救济途径的关系，公约不涉及国内法规中处理的程序方面，只是引入一种执行国际和解协议的机制，例如当事人可以决定根据合同法还是通过其他方式执行其和解协议，公约尊重协议中可能包含争议解决条款。

（五）保留

公约允许的保留事项有两种情形，一是公约当事方可声明涉及政府实体的和解协议不适用本公约，二是公约当事方可声明决定是否允许当事人通过意思自治适用或者不适用本公约。不同于《纽约公约》的保留条款，该公约未设置互惠保留条款，因为确定和解协议来源国无太大意义。关于保留，公约的最大特点是除了上述两点可以作出保留以外其他不允许保留，可以最大限度发挥国际调解协议的效用，避免过多国家提出保留而导致该公约形同虚设。

公约中特意提到了政府部门是否可以作为当事方参与调解的保留问题，我国需要注意，

[①] 孙巍.《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》立法背景及条文释义，[M]，法律出版社，2018 年版.

假如不对该条规定做商事保留，如果以后国有企业参与调解，谁来承担和解协议得到的解决方案比“应收账款”更少，从而导致“国有资产流失”的责任问题，此外在签署此类和解协议之前是否需要获得履行出资人职责的相关部门审批等问题。

表 3：调解公约与纽约公约、选择法院协议公约保留事项比较

	新加坡调解公约	纽约公约	选择法院协议公约
保留事项	1.商事保留 2.当事人自主选择适用公约保留	1.商事保留 2.互惠保留	1.限制管辖权声明 2.特定事项的声明 3.非排他性选择法院协议的互惠声明

二、中国加入公约的积极意义

（一）促进我国国际商事调解制度的完善

首先我国尚无关于国际调解协议执行的立法和司法实践，已有国内的调解协议的法律规定不包含涉外因素。该公约弥补了国际调解协议的执行问题，将非转换的调解协议赋予法律约束力，同时也弥补了我国当前的国际性调解协议的解决方式。加入该公约后可以促进我国关于国际商事调解的国内法律的完善，促进国内发展国际调解机构和培养国际商事调解人员，更有利于走出去，从而促进国际商业贸易等发展，改善缔约国营商环境。

（二）调解独有的优势促进商事纠纷的化解

调解本身的益处吸引众多商事纠纷当事人适用该方式，调解具有保密性、一调终局、灵活程序等特点。国际上商业实务使用调解替代诉讼情况日益增多。调解的目的不是得出是非黑白的判断，不会运用法律知识对复杂的商事争议进行全面彻底的分析再解决争议，因而这里面没有胜诉与败诉的一方。一次成功的调解往往会使双方当事人都在某种程度上对结果感到满意。[①]

对于当事人而言，调解可以降低费用的支出，如果采用国际诉讼或者国际仲裁等方式，除了支付诉讼费用和仲裁费用以外，还要支付高昂的律师费以及其他费用，调解相比较而言费用较低，还能提升效率，纠纷解决时间由当事人自主决定，可控性强，不受诉讼仲裁程序时间限定，最有利的是可以避免终止商业关系，以更好的方式化解纠纷。实际上很多国际商事纠纷当事人想选择调解作为争议解决方式，但之前由于调解协议缺乏可执行性，使得许多当事人最终选择以仲裁或诉讼的方式进行，如果公约正式生效，调解协议的可执行性能为各方当事人带来一定的保障，相信选择调解的方式会增加，我国加入该公约后，也会有更多当事人选择该方式来促进纠纷解决，提升效率和节约成本，通过此种方式解决未来潜在争议,可能也会获得更多的合作机会。对国家而言，可以节省国家司法和行政费用。

（三）公约反映出我国的诉求

中国作为联合国贸法会的成员国之一，积极参与了《新加坡调解公约》的起草和谈判过程，对公约条文的出台作出了中国贡献，部分条文反映了我国代表团的意见。同时我国学界也在积极讨论公约的内容，学者们纷纷建言献策，讨论加入公约后的衔接问题。商务部条法司于 2018 年 9 月 19 日在北京举办《新加坡调解公约》研讨会，会议认为该公约为促进多元化解决国际商事争议提供了新的解决路径，提升了调解达成的和解协议的可执行性。同时，研讨会认为应继续研究相关技术问题，廓清我国加入该公约的相关路径。

（四）促进“一带一路”倡议和国际经济一体化

该公约所提供的调解化解商事纠纷的方式可以避免各国因法律冲突而争执不休的问

[①] 季卫东.程序比较论[J].比较法研究,1993(01):15.

题，提高形成国际统一规则。我国加入公约后，可以吸引其他“一带一路”沿线国家积极参加，扩大公约适用范围和效用，多一种纠纷解决机制的保障，从而促进与一带一路沿线国家的贸易与投资。[①]有专家认为在同等条件下，接受《新加坡公约》及其调解协议执行的国家或地区的企业在交易中将更受欢迎而获得交易成本、交易机会、信用评价等多方面优势。加入《公约》还为营业地在中国或可执行财产在中国的企业带来更多优先合作机会。对于国际经贸合作而言，通过此种方式解决未来潜在争议,可能也会获得更多的合作机会，促进国际经济一体化的发展。

三、公约与我国法律制度的衔接

为了尽快加入公约，我国需要对国内法作必要的修改和完善，同时注重调解员在促进调解协议中的重要作用，发展鼓励调解这一解决方式，在准予救济过程中，通过制定周密详细的审查规则，明确审查机构和执行机构，确保和解协议在我国的执行力，才能最大限度发挥参加公约的优势，避免参加公约可能带来的不利影响。

（一）完善我国国际调解实体法律规范

我国对于调解方式和调解协议的相关法律规定较为单薄，主要规定在和《人民调解法》及《民事诉讼法》和《仲裁法》中的部分条文，且这些相关法律不属于国际商事调解范畴。相比于许多国家和地区都将商事调解作为一种独立的纠纷解决方式，并以立法的形式加以规制，例如美国《统一调解法案》、《欧盟调解指令》、加拿大安大略省的《商事调解法案》，我国关于商事调解立法迫在眉睫。

根据我国《民事诉讼法》第 281 条和第 283 条规定，当事人在国外诉讼或仲裁程序中达成的和解协议，转化成判决或裁决，可以直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请承认和执行。但是如果为国际调解达成的协议，由于我国在这一领域尚处于法律空白状态，当事人无法律依据申请救济。加入公约后，依据公约规定的和解协议直接执行，对于国际调解达成的协议，当事人可以直接向主管机制申请救济，执行和解协议，而国内的调解协议需要经过法院的认定再予以执行，会与当前国内调解协议的执行形成双轨制。

因此需要修改我国调解相关法律制度或者直接制定关于国际调解达成的和解协议在我国适用的专门法律，以保障和解协议的可执行性和其他效力。联合国贸易法委员会制定的《国际商事调解示范法》是当前最具影响力的商事调解立法，其对商事调解的定义、调解员的选定及披露义务、调解程序的开始、进行及终止、调解效力及调解后的问题均作出了详细的规定。我国可以借鉴《示范法》起草法律条文，对商事调解进行系统性法律建设。

此外在我国国际商事法庭中的调解机制下，经过调解后出具调解书，转化为判决书，但该种结果并不属于公约的适用范围。建议考虑修改国际商事法庭规则，将国际商事法庭中的专家委员会出具的调解协议性质作出修改，由当事人自行选择是作为国际调解达成的和解协议还是转化为判决书。如果转化为和解协议，不具有转化为判决的效力，可以认定其为公约的调整范围，提升调解效率。

（二）调解员专业化问题

调解协议能够顺利达成，起最大作用的或许就是第三方调解员。调解员在其中所做的工作会直接影响到商业纠纷的非争议解决成功与否。因此我国需要重视国际商事调解员的专业化培养问题以及调解员或调解机构的管理机制。

公约规定调解不应该仅被限定为调解机构进行调解，也不应被限定位有安排或者有组

[①] 肖永平.批准《选择法院协议公约》之考量.[M].法律出版社，2017，第 156 页.

织的过程，经过机构调解或者非机构调解形成的和解协议应具有可执行性。且公约关于拒绝救济部分调解员的资质和披露义务成为重要审查对象。我国当前对于国内仲裁、调解只认可常设机构所作的裁决、调解协议，而不认可个人或临时性机制对争议解决的效力。加入公约后，如果仅依据现有的法律规定，只认可调解机构作出的结果，会与公约规定相违背，还可能导致主管机关在处理执行和解协议案件时难以判断调解员的行为是否属于“违反适用调解员或调解的准则。因此可借此契机完善我国关于国际调解调解员的相关制度，促进我国国际调解员队伍的规范化。

首先需要解决的问题是确立机构调解还是个人调解机制。目前我国开设商事调解服务的民间机构主要可以分为两大类，一是专门的独立商事调解机构，二是仲裁机构开设的独立的调解中心，这两类机构的代表分别是“中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心”和“北京仲裁委员会调解中心”，这些机构所做出的国际商事调解协议也许在公约生效后可以发挥作用。然而公约规定中认可非机构调解的效力，并未对调解人的身份作出限定，我国法律也应该与时俱进，鼓励个人调解员进行国际商事调解，促进国际商事专业调解员的发展，给予一定的制度保障，认可个人调解员出具的国际调解协议效力。

其次是调解员的资质问题，虽然在公约中没有明确规定调解员的要求，但是在拒绝救济条款中，调解员违反职业操守和未履行披露义务是审查条件之一，因此我国对于国际调解员资质问题需要做进一步的规范。调解不同于仲裁和诉讼，并不是按照法定程序就可以完全解决纠纷，调解员在调解过程中发挥了重要作用，调解员不一定必须从事法律职业或者了解法律知识，在商事纠纷解决中需要拥有丰富的商业知识，此外还要了解心理学、谈判技巧以及尊重争议方的文化习惯，最终是要为双方出具一份都满意的解决方案而不是用强制力出具一份结果。我国可以对国际商事调解员进行职业资格认证考试和定期培训，指定国内调解机构作为认定中心，保证国际商事调解员的素养和能力，对其进行统一规范管理。

（三）完善救济规则和确立主管机关

公约规定的和解协议具有直接执行机制，但也规定了拒绝准予救济的情形，意味着即便不需要先对国际仲裁裁决做承认方面的实质性审查，主管机关依旧可以对和解协议进行一定的审查。我国如果加入公约，建立国内关于国际商事调解的审查规则以及明确审查机关和执行救济的机关显得至关重要。

2018 年 2 月的中国《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》对于仲裁裁决或者仲裁调解书可执行性的要求，根据该规定第 3 条，和解协议应该有明确的权利义务主体、金钱给付具体数额或者能够计算出具体数额的计算方法、明确的特定物、行为履行的标准、行为履行的对象及范围。对不符合这些要求的裁决或调解书，执行地主管机关可以拒绝救济。[①]我国日后在审查和解协议时除了考虑公约文本中对拒绝准予救济的条件设定的情况外，还可以参考该条规定制定相关细则。

另一个需要审查的条件是和解协议是否违背申请救济国的公共政策。公共政策作为拒绝救济的理由之一考量因素在于保护缔约国的国家安全，不能因为当事人的调解协议申请救济而损害国家社会利益，但是公共政策所涉及的范围过广，如果不加以限定，会导致公

[①] 《最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》第三条：裁裁决或者仲裁调解书执行内容具有下列情形之一导致无法执行的，人民法院可以裁定驳回执行申请；导致部分无法执行的，可以裁定驳回该部分的执行申请；导致部分无法执行且该部分与其他部分不可分的，可以裁定驳回执行申请。（一）权利义务主体不明确；（二）金钱给付具体数额不明确或者计算方法不明确导致无法计算出具体数额；（三）交付的特定物不明确或者无法确定；（四）行为履行的标准、对象、范围不明确；仲裁裁决或者仲裁调解书仅确定继续履行合同，但对继续履行的权利义务，以及履行的方式、期限等具体内容不明确，导致无法执行的，依照前款规定处理。

约失去其效力。对此，我国宋建立法官在《公共政策在仲裁司法审查中的适用》一文中总结中国明确排除适用公共政策的情形："1. 我国法律的一般性强制规定不应作为公共政策适用的事由；2. 仲裁适用我国法律适当与否不应作为公共政策适用的事由；3. 仲裁裁决结果公正与否不应作为公共政策适用的事由；4. 仲裁裁决对我国法律曲解或做出不当性评价，不应作为公共政策适用的事由。"[①]我国对于仲裁裁决中公共政策审查的做法也可以适用于和解协议的审查。

查明国际商事和解协议的效力以及违背公共政策等问题需要极强的专业性，建议审查机关由我国涉外商事海事审判庭担任，审查过程中如果出现不予救济的情形，可以参照裁决不予认可执行逐级上报机制。[②]

至于执行机关，建议由我国国际商事法庭负责。当前国际商事法庭规定了对仲裁案件可以进行财产保全和执行仲裁裁决[③]，如果加入调解公约后，建议由国际商事法庭负责执行方面的事项，同时准予申请救济方申请财产保全制度，以确保和解协议的顺利执行。在执行过程中如果发现存在虚假调解情况，建议参考虚假诉讼、虚假仲裁的做法。在执行和解协议的过程中，如第三人发现和解协议是通过虚假调解达成并损害其利益的，根据民事诉讼法 227 条规定，可以提出执行异议[④]；另一方面，若当事人申请法院执行经虚假调解达成的和解协议，可以将其认定为妨害司法秩序，并适用《刑法》中对虚假诉讼罪的处罚规定。

四、结语与展望

调解作为一种争端预防解决机制，从当事人层面来说，可以降低争议解决成本，节约时间，高效率解决问题，加上具有执行力作为保障。从国家层面来看，不仅可以节约司法资源，本身存在一定程度的审查制度，有利于维护我国公共利益，同时可以深化国际领域合作，完善我国司法协作体制。我国在处理国际商事争端时可以积极引入商事调解方式化解纠纷。

当前我国关于国际商事争端解决机制已经有重大的发展，《纽约公约》的加入，促进了国际仲裁在我国的承认与执行。国际商事法庭的建立，体现了我国对于国际商事争端解决方式在诉讼方面的进展与决心，并且我国最近批准了《选择法院协议公约》，体现了我国对于国际判决承认与执行的认可和积极性。《新加坡调解公约》的制定，正是为解决和解协议在世界范围内的承认与执行提供法律依据。2014 年通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中特别指出："适用对外开放不断深化，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制。……深化司法领域国际合作，完善我国司法协助体制，扩大国际司法协助覆盖面"。我国也应该顺势而为，加入该公约，体现我国开放型的经济体制，同时也丰富我国处理国际商事争端解决机制，调解、仲裁、诉讼一体化，让我国商事当事人可以以多重的方式与化解纠纷，促进世界经济共同发展。

尽管公约部分规定与我国当前法律存在一定的出入，但我国可以积极制定与公约相配套的机制来适应公约，完善我国关于调解制度的法律规定，实现公约制度与我国国内法的有机统一。从而促进解决我国与一带一路沿线国家的商事纠纷，化解矛盾，共同发展。希望《新加坡调解公约》可以尽快通过，发挥国际调解的力量。

---

① 宋建立：公共政策在仲裁司法审查中的适用《人民司法（应用）》，2018 年第 1 期。

② Wei Sun,Singapore Convention Series－Harmonization of China’s Legal System with the Convention: Suggestions for the Implementation of the Convention in China,Kluwer Mediation Blog,March 2, 2019

③ 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十四条　当事人协议选择本规定第十一条第一款规定的国际商事仲裁机构仲裁的，可以在申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全。

④ 《民事诉讼法》第 227 条规定："执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。"

13.论 ISDS 中的法律适用规则

孙南申*

摘 要： 投资仲裁中的法律适用规则涉及是否适用国际法与国内法方面的问题，主要针对投资者与东道国争端解决（ISDS）中的法律适用问题，是指国际法规则与国内法规定对同一问题的不同处理方法。本文将从国际立法与仲裁实践两个层面，重点论述 ISDS 中法律适用规则的范围界定、准据法确定、法律适用关系、请求权依据等方面，并涉及国家合同的准据法问题。

关键词： ISDS；投资仲裁；法律适用规则；国际法；国内法

Abstract： The choice of law rules for investment arbitration refer to issues of applying whether international law or national law, which mainly aims at problems of law application in ISDS and demonstrates different methods to the same issue from international law and national law respectively. This article will discuss mainly, from aspects of both international legislation and arbitration practice, the coverage and definition, confirmation of applicable law, relation of law application, legal basis of claim concerning choice of law rules in ISDS. Meanwhile, applicable law of state contract is also discussed.

Keywords： investor-state dispute settlement; investment arbitration; choice of law rule; international law; national law

投资者与东道国争端解决（ISDS）中投资仲裁的法律适用涉及投资协定（BIT）项下投资者与东道国的法律关系。对于所适用的法律总体上分为三种情况：一是适用于争议中实体问题的法律，尤其是投资协定规定的实体权利义务；二是适用于投资者与国家间投资协议的法律，其类型既包含双方约定的国际法或国内法规则，也包含以最密切联系原则确定的合同准据法；三是适用于仲裁程序本身的法律，如果当事方选择《华盛顿公约》下的 ICSID 仲裁，其程序由该公约下 ICSID 管理。如当事方选择其他临时仲裁或机构，其程序则受其他相应仲裁规则制约。

ISDS 投资仲裁的国际条约依据主要指《华盛顿公约》（简称 ICSID 公约）[①]关于“国际投资争端解决中心”（简称 ICSID）仲裁程序机制的安排。由于 ICSID 公约本身尚不构成 ICSID 仲裁管辖中的合意要件，因此除非缔约国与投资者之间存在投资协议约定，ICSID 仲裁管辖的合意应源于公约缔约国之间 BIT 中关于投资争议仲裁管辖的安排。公约主要内容是投资争端解决的程序性规定，而不涉及实体权利义务内容。对投资仲裁的程序，ICSID 制定其自身的仲裁规则并予适用，除非当事人另行约定投资仲裁适用其他程序规则。如对此未作特别约定，就应适用 ICSID 的《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》(简称《ICSID 仲裁规则》)。[②]

从 ISDS 实践看，除了 ICSID 管辖的大多数投资仲裁案件外，也有部分 ISDS 案件是通

---

* 孙南申，复旦大学法学院教授，博士生导师；中国国际私法学会副会长，中国国际经济法学会常务理事。

① 指 1965 年 3 月订立于华盛顿，1966 年 10 月生效的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》，英文全称为“The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”。

② 现行适用的是 2006 年 9 月修订，自 2007 年 1 月开始生效的《仲裁程序规则》。

过非 ICSID 仲裁机构解决的。其他临时仲裁或 ICSID 之外的机构仲裁所适用的程序规则，主要指《UNCITRAL 仲裁规则》或其他仲裁机构，如 ICC（国际商会仲裁院）、SCC（斯德哥尔摩仲裁院）、PCA（常设仲裁法院）等自行制定的仲裁规则。

一、ISDS 中法律适用规则的界定与范围

对于国际投资仲裁的法律适用，《华盛顿公约》第 42 条第 1 款规定的原则为："仲裁庭应依据双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如果无此种协议，仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律（包括其冲突法规则）以及可能适用的国际法规则"。该原则首先确定了法律适用中的当事方意思自治原则，允许双方协议选择处理投资争端的实体法，同时又明确了当事方未作选择时，仲裁庭应适用的准据法范围，即东道国国内法和国际法规则。

（一）法律适用规则的含义与特点

传统的涉外审判或商事仲裁程序中，冲突规范被用来确定解决法律冲突的国内实体法，而投资仲裁的法律适用规则，主要涉及是否适用国际法与国内法方面的问题。ISDS 中的法律适用问题，是指国际法规则与国内法规定对同一问题的不同处理方法。根据 ICSID 公约的法律适用规则，首先通过当事方意思自治，即双方同意适用的国际法或国内法来消除法律冲突。在双方未作选择时，则适用东道国法和可能适用的国际法规则，如对同一问题两者的规定不同，一般是国际法优先适用。通常情况下，两者是相互补充适用的关系。

以上第一种情况下，争议方可以决定适用国内法还是国际法，或者决定就不同事项分别适用两者。但商事仲裁中，当事人的意思自治不会同时适用两者，而仅针对其中一种，且以适用国内法为主。第二种情况下，仲裁庭可自由裁量仅适用其中一种，或者就不同事项分别适用国际法与国内法。两者冲突时，则以国际法优先。而商事仲裁中，仲裁庭主要依据"密切联系原则"或"特征履行说"仅适用其中一种，且以适用国内法为主。对私法性质的国际条约，也可以适用，但不会与国内法同时或分别适用。

（二）意思自治原则的效力

ICSID 公约采纳了当事人意思自治的普遍原则，原因不仅是国际投资在性质上属于商业活动，也因投资仲裁的运行原理参照了国际商事仲裁模式。但公约第 42 条并未明确所适用"法律规则"的范围，实践中也会产生双方同意适用的"法律规则"是指国内法规则还是国际法规则的问题。

从文义看，双方一致同意适用的法律，可以是国内法或国际法，也可兼指两者。这在双边投资协定中亦有体现。例如英国与阿根廷间的 BIT 规定，仲裁庭根据以下法律解决争议：（1）BIT 本身的规定；（2）争端一方的法律（包括冲突规范）；（3）有关特别投资协议的条款；（4）国际法原则。[①] 对于当事人选择适用的法律是否必须与投资活动有实质联系，公约本身未作要求。实践中仲裁庭倾向于对意思自治不作限制，允许当事人自由选择处理争议的实体法。

根据公约第 52 条规定的原则，仲裁庭未能适用争议方所约定法律的将视为越权，并构成 ICSID 撤销裁决的理由。但从 ICSID 的实践看，错误适用准据法却不构成越权。这似乎是 ICSID 审查实践形成的仲裁先例（arbitral precedent），即通过对公约第 52 条的解释形成的有关撤销理由的先例。[②]不过，对于"未适用法律"与"法律适用错误"，这两者有时实际上难以作出严格区分。

（三）所适用准据法的范围

---

① UK-Argintina BIT, art. 8(4).

② Soufraki v United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision on Annulment, 5 June 2007 (F.P. Feliciano, O. Nabulsi, B. Stern, committee members), para. 86.

按公约第 42 条第 1 款的规定，如双方未作法律适用选择，则可让仲裁庭决定准据法的适用。换言之，仲裁庭可以决定适用东道国国内法和可适用的国际法规则，对两者可按争议事实与性质分别适用，而并无适用上的先后次序。投资实践中，越来越多的投资项目同时受国内法与国际法的调整。作为处理案件依据所适用的实体法，同时包括了国内法规定与国际法规则。仲裁实践中，申请方的主张往往同时以国内法规定与 BIT 规定为依据，包括国内的侵权法、宪法、行政法，以及 BIT 本身的规定。[①]

二、投资仲裁中的国际法适用

（一）适用的范围与条件

投资仲裁中所适用的国际法，公约第 42 条第 1 款的表述是“可能适用的”国际法规则，表明并非一切国际法规则都可适用于国际投资争端。“可能适用的”含义应主要针对与投资行为、投资保护、投资管理、投资待遇、投资争议有关的国际法规则，是国际投资仲裁所应当适用的，并据此处理双方实际争端和确定实体权利义务的准据法规则。其法律形式主要为双边投资协定（BIT），也包括多边国际条约中的实体法规则，还包括各国普遍承认与接受的国际习惯法规则与一般法律原则。

国际投资仲裁实践表明，适用于 ISDS 争议的国际法规则应符合以下条件：第一，应适用于争议双方的权利义务关系；第二，所适用的规则应与仲裁庭处理的争议问题相关；第三，国际法规则适用时不应与 BIT 的规定相冲突，但强行法规则（*jus cogens norm*）除外。[②]

（二）条约仲裁与 BIT 适用

条约仲裁中，国内法也制约着投资者与于东道国的关系，此即所谓“投资关系的国际化”。换言之，投资者与东道国的关系受到国内法与国际法的双重制约。这表明，投资仲裁代表了“一站式”解决争议的特点。因此，投资条约仲裁并非仅适用投资条约或以其为依据。投资条约仲裁在性质上，是一个既适用国内法又适用国际法的一个混合而一体的法律程序。[③]

投资仲裁实践进一步确定了以双边投资协定（BIT）为主的国际法规则在法律适用中的地位，并以此判断东道国行为是否具有合法性。“Vivendi Universal 诉阿根廷”案是基于法国与阿根廷间的 BIT 产生的案件，本案负责撤销程序的专门委员会认为：（1）违反 BIT 与违反特许协议是不同性质的问题，所以两种违约类型所适用的法律是不同的。（2）由于该案争议与法国与阿根廷间的 BIT 中规定的内容有关，仲裁庭认定应受 BIT 和可适用的国际法支配，原则上不能根据国内法规定作出决定。（3）原仲裁庭仅因争议涉及特许协议的履行问题而拒绝对 BIT 违约问题作出裁决，该行为属于《华盛顿公约》第 52 条第 1 款的“显然超越其权力”。[④] 可见，对于违反投资条约之诉的 BIT 案件，仲裁庭裁决时主要根据 BIT 中的实体规定及一般国际法规则，而非东道国法中规定的原则。换言之，通常只需适用投资者提出请求的诉因所依据的规则。实际上，BIT 在 ICSID 的仲裁案件中已得到充分的适用。

即使投资者与东道的投资合同中约定了解决争议的准据法条款，也难以改变这一法律适用的结论。在“维纳公司诉埃及案”中，英国维纳公司与埃及国有独资公司签订《租借

---

① Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, September 16, 2003.

② CMS Gas Transmission Co. v. Argentina（Decision on Annulment）ICSID Case No.ARB/01/8

③ Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration,* (2003) 74 Brit. Y.B. Int’l, pp.152－3.

④ Compania de Aguas del Aconquija S.A.& Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/97/3, Decision on Annulment, July 3, 2002..

协议》中的法律适用条款选择以埃及法作为准据法。但专门委员会驳回了被申请人提出以埃及法适用于 BIT 争议的主张，理由为：（1）本案争议是申请人与被申请人之间的投资争议，而非申请人与酒店之间的私人争议，不能以《租借协议》中的法律适用条款约束本案；（2）《租借协议》处理的是商业性质的问题，而本案中英国与埃及间的 IPPA（投资保护协定）处理的是政府对投资者的保护与待遇问题。在涉及埃及对外国投资者待遇的争议，申请人作为缔约国国民可以援引 IPPA。（3）在条约与国内法存在冲突时，应按特别法优先的原则适用条约规定，仲裁庭应将投资条约作为其主要适用的法律。[①]

这种优先适用国际法的观点也体现在 ICSID 先前的其他裁决中，例如“亚洲农产品公司诉斯里兰卡案”。该案争议的管辖权基础是斯里兰卡与英国之间签订的 BIT。仲裁庭认为：由于双方当事人并未事先选择争议所适用的法律，因此可以推定双方同意将该 BIT 作为“可适用于本案的主要法律渊源”，但该投资协定并非是一个独立、封闭的法律体系，所以应在适应该协定的同时补充适用国际法规则以及斯里兰卡国内法。[②]

在以 BIT 为诉因的投资争议中，如果仅以国内法律体系主导裁判所适用的规则，则会导致东道国违反投资协定的行为合法化，虽然该行为可能并不违反其国内法。因此，国际法规则应在解决投资争端的法律适用中占主导地位。正如“Santa Elena 诉哥斯达尼加案”中的仲裁庭指出：关于解决投资争端的法律适用，在双方未达成一致的情况下，仲裁庭只能按照《华盛顿公约》第 42 条中的相关规定适用被申请人的国内法，但前提是该国法律与国际法规则未发生冲突，如两者发生冲突，就只能适用国际法的相关规定。[③]

对于政府行为是否构成征收，其法律依据不仅指东道国国内法的规定，也包括国际法的相关规定。在“阿姆科亚洲公司诉印度尼西亚案”中，仲裁庭指出：“在国际法项下，征收成立的必要条件包括：第一，存在对私人财产的占有或转移；第二，此等占有或转移行为系由政府实施或指使，代表政府或可归责于政府”。[④]

三、非 ICSID 仲裁中的仲裁地法制约

（一）“非内国化”与“仲裁地”理论

虽然 ISDS 是以通过 ICSID 仲裁为主，但同时也适用于非 ICSID 仲裁，即 ICSID 以外的仲裁机构，如 PCA、ICC、SCC 以及 UNCITRAL（临时仲裁）等解决。在后一种情况下，将会涉及一项依国际法作出的裁决是否受制于国内法审查的问题。对此，国际上主流观点是“非内国化理论”（delocalization theory），其要点为：（1）国际投资仲裁不受国内法院的司法审查，无论这类仲裁是国内还是非国内的仲裁；（2）投资仲裁具有跨国性，不同于“纯国内仲裁机构”（purely domestic tribunal）受制于仲裁地（seat of arbitration）国内法，因为仲裁地可由仲裁庭或仲裁机构选择。[⑤]

可见，ISDS 中多数情况下之所以选择国际仲裁，主要是为了避免受到仲裁地国内法的制约。换言之，处理 ISDS 的仲裁机构即使为国内仲裁机构（如 SCC、CIETAC），理论上其裁决结果也不受国内法院审查。但其中的 UNCITRAL 仲裁似乎为例外，因为其所选择的是特定仲裁规则下的临时仲裁，仲裁地点并不固定而可由当事方所确定。不同于“非内国化理论”，“仲裁地理论”则认为仲裁庭应服从仲裁地的国内法律秩序（national legal order），

---

① Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, Annulment Decision, February 5, 2002.

② Asia Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No.ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990.

③ Compania del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No.ARB/96/1, Final Award, February 17, 2000.

④ Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/1.

⑤ J.D.M. Lew, ‘Achieving the Dream: Autonomous Arbitration’ (2006) 22(2) Arb. Int’l 179.

因为仲裁庭的命令至少部分来自国内法（如仲裁法)及司法的支持。[①]

尽管上述两种理论均适用于非 ICSID 仲裁，但在所适用的国际法与国内法的效力关系上，两者的主张却大相径庭。

（二）“仲裁地理论”的实践

在 UNCITRAL 程序下，投资仲裁是在某国境内进行的，仲裁庭作出的裁决则具有仲裁地国国籍，这种情况下的裁决受制于仲裁地国的法律管辖及司法监督之下。UNCITRAL 仲裁规则主要用于国际商事仲裁，该仲裁规则的第 18.1 条规定，UNCIREAL 仲裁应被视为在仲裁地作出裁决。这表明裁决系参照国内准据法作出。因此，UNCITRAL 仲裁规则受制于仲裁地国仲裁法的强制规则，如果这两者之间存在冲突。[②]根据 UNCITRAL 示范法，一项瑕疵的裁决也会因违反仲裁地的相关法律而被认定无效。在仲裁地国的法律管辖之下，当地司法机关也会以适用法律错误作为撤销裁决的理由。

相关的投资仲裁实践表明，仲裁庭应适用争议方所约定适用的法律，如未予适用相关裁决则可能依仲裁地国法律而被撤销。[③] 根据英国的法律，仲裁庭的法律适用错误也会导致法院的干预，其依据不仅包括英格兰、威尔斯、北爱尔兰法律，也包括国际习惯法，因后者被视为英国法律的一部分。从投资仲裁实践看，“仲裁地理论”主要适用于非 ICSID 仲裁。尤其是，各国际商事仲裁规则一般均规定，仲裁地的仲裁法适用于所有仲裁活动，除非争议双方明确排除其适用。但这一本地化趋势目前也已发生变化，主要体现在“ICC 2012 仲裁规则”的适用中。[④]

（三）非 ICSID 仲裁下的法律适用规则

投资仲裁实践中，一旦选定了 UNCITRAL 管辖，便适用仲裁地的冲突规范，并通过冲突规范来决定适用国际法或国内法。其中对前者的适用包括直接适用、间接适用与转化适用，此为国际商事仲裁中适用国际条约的方式。这从侧面反映了投资仲裁的管辖选择与法律适用之间的关系。理论上，当事人与仲裁庭可以自由确定准据法的适用。实践中，主要通过适用仲裁地冲突规范来决定仲裁的法律适用。但 ICSID 仲裁中，选择仲裁地点只是考虑方便与否问题，而不会影响其法律适用，尤其是仲裁规则的适用。

对于非 ICSID 仲裁，有的学者认为，双方选择了仲裁地就意味着选择仲裁地法律作为准据法。[⑤] 但也有其他不同看法，认为选择仲裁地并非必然选择了准据法。[⑥] 另一种推断是，双方将争议提交国际仲裁则可能意味着选择适用国际法。[⑦]

（四）ICSID 仲裁的国际化特点

相比较于非 ICSID 仲裁，ICSID 仲裁更具国际标准特点，主要体现于三方面：第一，根据 ICSID 公约与 BIT 运行，并主要以其作出裁决；第二，ICSID 国家让渡管辖权；第三，争议当事国受条约制约并尊重仲裁庭为依据，而承认与执行以《纽约公约》为依据。[⑧]

由于 ICSID 具有国际法律人格，因此在 ICSID 公约各缔约国领域内享有法律程序豁免，而且公约本身又从程序、地域等方面规定了裁决的效力，所以缔约国不能以自己的国内法取代 ICSID 程序，这是其主要区别于非 ICSID 仲裁之处，正因为 ICSID 不受仲裁地法律的

---

① IIL Resolution, fn. 42, Explanatory Note by von Mehren.

② Wintershall A.G. v Government of Qatar, Partial Award, February 5, 1988; Final Award, 31 May.

③ Egyptian Arbitration Law, Law No. 8/2000, art. 53(1). Arbitration Law of Jordan, Law No. 31/2001, art. 49(a)(4).

④ Y. Derains, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* (Hague, Kluwer Law International, 2005), p.233.

⑤ J.D.M. Lew, *Comparative International Commercial Arbitration* (Hague, Kluwer Law International, 2003), p. 415,

⑥ SCC Case 117/1999, fn. 38.

⑦ R.D. Bishop., Foreign Investment Disputes (Hague, Kluwer Law International,2005), p.685;

⑧ Hege Elisabeth Kios, *Applicable Law in Investor-State-Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p.45.

控制，所以在其体系内才设定了内部审查机（review mechanism）。

ICSID 公约规定，除非仲裁地在华盛顿（ICSID 所在地）或设于荷兰的常设仲裁法院（PCA），其他情况下仲裁地必须经仲裁庭与 ICSID 秘书长商定后批准。这表明即使 ICSID 仲裁地不在以上两地进行，亦应视为 ICSID 仲裁。[①] 可见，ICSID 管辖的依据是公约及一般国际法，而非依国内法律体系运行。

四、国际法与东道国法的适用关系

在投资者与东道国未协议选择解决投资争端的准据法时，公约第 42 条第 1 款规定仲裁庭应适用东道国国内法以及可能适用的国际法规则。这避免了仲裁机构适用法律的不确定性，也使双方对投资争端所适用法律有一定可预见性，同时体现了法律适用上的平衡原则。

（一）两者的适用顺序

在国际法与东道国法的适用顺序上，公约第 42 条第 1 款已作明确规定，表明仲裁庭应首先考虑适用东道国国内法，然后适用国际法的相关规则。对于合同请求仲裁，如双方已同意以东道国法律为准据法，仲裁庭只有首先适用东道国法后，才能适用国际法与一般法律原则。合同请求为私法意义上违约救济，一般不构成 ICSID 投资仲裁的诉因。在条约请求中，投资者与东道国的关系同时受国际法与国内法双重制约。

实践中，也有投资协议对东道国法和国际法的适用顺序作出约定。如在“AGIP 公司诉刚果”案中，双方的石油开发协议约定投资争端提交“中心”仲裁庭裁断，并“适用刚果法律，必要时也可以辅助适用国际法原则”。[②] 相反的约定是“亚洲农产品开发公司诉斯里兰卡案”中，双方当事人约定争议适用国际法原则，而以东道国的法律作为辅助。仲裁庭认定，当事人已同意本案所涉及的双边投资保护条约为“适用法律的主要渊源”，同时也承认习惯国际法规则、并以斯里兰卡国内法律为辅助的法律适用。[③]

（二）两者的效力关系

在国际法与东道国法的相互效力关系上，《华盛顿公约》未作进一步规定。发达国家代表的投资者本国通常认为应当国际法效力优先，以维护国际投资者的权益。如学者布鲁彻斯认为，“仲裁庭将会参照东道国的法律，并在判断争议是非问题中首先适用该国法律，然后再以国际法审查适用的结果。如该国法律或据此采取的行为违反国际法，则可导致该国法律不予适用。在此意义上，国际法应当优于国内法”。[④]

从国际投资仲裁实践看，发达国家的上述主张已得到采纳。对投资争议中出现的特定问题，如东道国法律缺乏相关规定，一般会类推适用有关国际法规则，尤其是双边投资协定的规定。如果东道国法律中有相应规定，也会审查该国内法是否符合在国际条约下的义务。两者冲突情况下，则按国际法优先原则处理。如两者并无冲突，国际法也会对国内法起到弥补与佐证的作用。[⑤]

以国际法原则来制约东道国法适用的做法，在“SPP 诉埃及案”中得到充分体现。该案仲裁庭指出，尽管被申请人主张本案应仅适用埃及国内法且政府行为并不违反国内法，但埃及政府的撤销行为受国际法基本原则约束，只要其行为构成国际法上需要承担国际责任

[①] See ICSID Convention (1965), art. 62-63.

[②] AGIP SaP v. Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/77/1.

[③] Asia Agriculture Products Limited v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3.

[④] Broches, A, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application*, 18 YB Comm ARB 627（1993）

[⑤] Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1), Annulment Decision May 16, 1986.

的要件，因此本案应适用国际法的基本原则。[①] 也有的裁决直接强调国际法的优先适用，如在“LETCO 诉利比里亚”案中，争议双方在《特许协议》已明确以利比里亚法律为适用依据，但仲裁庭仍坚持认为虽然利比里亚相关法律和原则与国际法原则并不冲突，国际法原则也应该适用。[②]

（三）两者的互补关系

投资仲裁法律适用中，国内法与国际法有各自不同的适用领域。如对外国投资者的保护，有学者认为应主要依赖国内法，因其往往比国际法的保护程度高，而两者的适用关系是国内法已被用尽的情况下才会诉诸国际法。[③] 在涉及 ISDS 的投资仲裁中，国内法与国际法的相互关系将导致对投资者更有利的法律规则适用。

投资争议中，东道国政府行为是否违反国家合同以及是否违反投资协定是两个不同的问题。“违反合同之诉”与“违反条约之诉”将分别适用各自不同的准据法，前者适用合同准据法，后者适用国际投资法。投资仲裁法律适用中，适用国内法与国际法是互补关系，但有时对同一行为是否合法，两者的适用结果可能不一致。虽然一般原则是国际条约优先适用，但有些 BIT 中，也规定有适用对投资者更有利的法律的情况。

（四）东道国法适用范围与作用

投资争端中的有些事实问题需要通过适用国内法来确定，如先决问题（preliminary）、附带问题（incidental），需通过适用国内法确定的事项还包括国家机关的权力范围、私人实体的性质、环境影响的评估、税收与移民、有关投资者的核心权利等。此外，适用国内法的典型例子还包括时效的规定。但征收补偿与利息的计算不能以国内法为基础而减少，国内法的规定也不能影响仲裁庭适用充分、及时、有效原则而确定的补偿。[④]

虽然对条约的请求必须以适用国际法为基础，国内法的适用仍会发挥作用，尤其是对那些仲裁庭应当通过适用国内法才能确定的问题，因此两者的适用是相关联的。在国际投资仲裁中，东道国国内法在许多方面至关重要，为保证仲裁审理效率，多数条约请求中都会对国内法进行听证。[⑤] 通过适用东道国法来查明事实，对仲裁庭而言相当于将外国法视为事实问题。

在以国际法规则对 BIT 进行解释时，也不意味着仲裁庭排除对国内法的适用，国内法在 ISDS 法律适用中的作用主要体现在：（1）确定个人与公司的国籍；（2）界定投资保护的范围，如东道国管理机构在国内法体系中对于投资行为的认定；（3）评估征收行为时确定财产权的存在。此外，在调查政府行为是否违反正当程序或构成司法拒绝时，也需要依据国内法进行正确的判断、评估或审查。[⑥]

五、法律适用中的准据法确定

（一）投资仲裁中的识别问题

在确定所适用准据法前，仲裁庭会对争议进行识别（characterization），否则将难以确定

---

① Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egpty , ICSID Case No. ARB/84/3, Final Award, May 20,1992.

② Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Final Award, March 31, 1986

③ Peter M. F. Ortino & Christoph Schreuer ed. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.105.

④ Peter M. F. Ortino & Christoph Schreuer ed. *The Oxford Handbook of International Investment Law,* Oxford University Press, 2008, pp.111-112, p.115.

⑤ Ibid, p.113.

⑥ Campbell Mclachlan, etc. *International Investment Arbitration: Substantive Principle*, Oxford University Press, 2nd Edition,2017, p.189.

所适用的法律。投资仲裁中，对解决问题性质的识别应适用东道国法还是国际法，取决于将争议问题解释为合同性质还是非合同性质。因此，识别取决于申请方或反诉方所提请求的性质，所以识别也称为诉因（cause of action）分析。[①]一般而言，“合同请求”需要适用国内法，“非合同请求”既可以国内法也可以国际法为依据。[②] 可见，法律适用的方法有助于仲裁庭对请求性质（国内请求或国际请求）的识别。识别不仅针对争议的事实或诉因，而且以当事人提出的请求为依据。此外，识别中还涉及东道国义务的性质。

对争议的识别（合同请求或条约请求），不能仅以申请方所提出的诉因为准，还需判断请求是否以条约为依据。对于违反合同之诉与违反条约之诉的识别方法，主要是看其请求的基本或根本依据（essential or fundamental basis）。如果两者的请求具有相同的基本依据，就不能仅限于通过当地合同请求来调整。此外，有必要确定所主张的权利是否具有相同的规范渊源（nomative source），但两者的区别并非总是明显的，因此必须根据具体的情况加以识别。具体区别如下：

（1）条约请求的依据（或诉因）是投资条约所设立与定义的权利，而合同请求的依据是由合同创设与定义的权利。[③]

（2）通过条约设立的条约权利具有一般性并由国际法所定义（如投资待遇、征收补偿等），而合同权利通常针对投资中的特定问题，一般由东道国国内法所定义。[④]

（3）条约请求的被诉方总是东道国，而合同请求的被诉方可以是东道国地方政府（regional unit）或国家部门或代理人（state entity or agent），[⑤] 因为中央或联邦政府一般不签订投资协议或国家合同。

（4）条约请求受国际法调整，合同请求往往根据东道国法中行政合同的规定来确定。

（5）成功的条约请求产生国际法下的国家责任，而成功的合同请求只会导致东道国法下的国家责任。[⑥]

由此可见，不同的法律适用导致不同的法律后果。

（二）法律适用与请求权关系

法律适用首先体现在 ISDS 请求权基础上，即投资者提出请求的法律依据上。投资仲裁中，申请方的主张往往同时以国内法与 BIT 的规定为依据，前者包括宪法、行政法、侵权法，后者指 BIT 本身。[⑦]

根据投资仲裁的安排，投资者也有可能就同一项争议（underlying dispute）分别在国内法与国际法之下提起多重请求（multiple claim）。例如分别依据 BIT、投资协议、特许合同提起。[⑧]

（三）当地救济的法律适用

如投资者选择在东道国法院起诉，一般都是以国内法为依据，即受制于国内法。这不仅

---

① Z. Douglas, *Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex* (2006) 22(1) Arb. Int'l. 27, 40.

② Hege Elisabeth Kios, *Applicable Law in Investor-State-Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p.176, p.225.

③ M. Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions* (Utrecht, Eleven International, 2008), p.53.

④ B.M. Cremades and D.J.A. Cairns, *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes* (Hague, Kluwer Law International, 2004), p.328.

⑤ Ibid, p.328.

⑥ Hege Elisabeth Kios, *Applicable Law in Investor-State-Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp.176-177.

⑦ Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

⑧ Noble Energy, Inc. and Machalapower CIA. LTDA v Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008.

是其请求得以成立的基础，还因只有国内法才能在地方法院得到直接适用。但在国内仲裁机构处理 ISDS 情况下，只要投资者的请求是依据投资条约提出的，仲裁机构就不可能违背国际法而适用国内法，即使仲裁地的仲裁法中“可仲裁规则”引导（direct）仲裁庭适用国内法。这体现了在法律适用规则上，投资仲裁不同于商事仲裁之处。投资仲裁不仅仅通过冲突规范确定准据法，确定准据法的依据也不限于冲突规范，还包括请求的基础或诉因。

（四）法律适用中的准据法确定

1. 直接方法与间接方法

在争议方未选择准据法情况下，仲裁庭所采用确定准据法的方法通常有两种：一是“间接方法”（indirect method），即通过（国际私法的）法律适用规则确定，这种方式类似国际合同之债确定准据法的“客观说”；二是“直接方法”（direct method），即由仲裁庭自行确定适用东道国法还是国际法，或者分别国内法与国际法，或者以适用国际法为主。

直接方法作为一般法律原则，通常反映在各国仲裁机构的仲裁规则中。[①] 这实际取决于争议性质，如是违反合同之诉，一般会适用东道国法；如是违反条约之诉，则会适用 BIT。实践中往往以适用后者为主，其主要依据是“非本地化原则”。因此，仲裁法与仲裁规则的适用，所反映的是直接适用的方法。而 ICSID 公约所规定的适用东道国法及其冲突规则，应当属于间接适用的情况，尤其冲突规则仅指向国内法。

法律适用规则一般针对国内法体系，但在国际求偿案件中，当请求的核心是以国际法律体系（international legal order）为依据时，《求偿解决宣言》（claim settlement declaration）的法律适用规则允许适用国际法。在条约仲裁中，争议的重心（centre-gravity）通常是以国际法律体系为依据。[②]

2. 法律适用规则中的“重心标准”

作为投资仲裁中的法律适用规则，仲裁庭会以当事方意思自治原则与请求所依据的“重心标准”（centre-gravity test）来适用法律，并以公共政策与强制性规范作为例外与补充，如不遵守将面临撤销裁决的后果，因为裁决需要得到执行。[③] 此处公共政策指裁决地和执行地的公共利益，主要体现在非 ICSID 仲裁中，尤其指本地化裁决。但国际性裁决中，国际仲裁庭则可能忽视（disregard）当地公共政策，但 ICSID 也会尊重“强行法”。前者为国内公共政策，后者为国际公共政策。

关于国际公共政策（international public policy）的内容，国际上通常认为包括以下三类：（1）国家的基本政治、社会和经济利益，如反垄断法或竞争法；（2）正义或道德（justice or morality），如诚信原则、有约必守，（不得）滥用权力、歧视，禁止没收、海盗、恐怖主义、种族灭绝、走私、贩毒；（3）国际义务，如联合国制裁决议，关于全球标准的国际共识，适用于所有领域的行为规范，包括最低环境标准、公共健康保护等，亦称跨国公共政策。[④]

（五）国家合同的法律适用

国际投资的实践表明，许多投资争议的背景都与投资者与东道国之间的投资协议安排有关。在这些亦称国家合同中的投资协议中，双方可能已合意选择了解决争议的准据法。如果双方在投资协议中未作法律适用的明示选择，根据《华盛顿公约》第 42 条的规定也会适用东道国法律和可能适用的国际法规则。从立法背景看，当初《华盛顿公约》第 42 条中有关法律适用规则，很大程度上是为合同请求目的而设计的，因为当时的国际投资纠纷多与双方采用投资协议或国家合同的形式有关。

[①] SCC Arbitration Rules (2010)；ICC Arbitration Rules (2012), art. 17(1)；LCIA Rules (1998), art. 22.3；Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute (2001), art. 46.

[②] Hege Elisabeth Kios, *Applicable Law in Investor-State-Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp.92-94.

[③] See ICC Case No. 5505, Preliminary Award, 1987, 13 Y.B. Com. Arb. 110, 112 (1988).

[④] International Law Association New Delhi Resolution, art. 1 (d) – (e).

对于国家合同违约纠纷的法律适用，仲裁庭一般是适用东道国法律，因为 BIT 通常不会专门规定投资协议问题，而且判断是否构成违约及依据首先也是国内法。国家合同在性质上是国内合同，其准据法应为东道国法律。多数情况下，双方在投资协议中明确约定以东道国法律解决投资争议。虽然实践中的许多国家合同约定东道国法为准据法，但同时又约定以东道国法“不溯既往”为条件，即东道国以后的立法与修法均不适用于本合同关系，此即国际投资领域的“准据法稳定条款”或“冻结条款”。[①]

在有些投资项目中，当事人约定适用的法律是指存在于投资者与东道国政府间的投资协议，只有在投资协议未作规定或规定不全时才适用东道国法律。如“国际海运代理公司诉几内亚案”中，当事人约定，合同即当事人之间的法律，只有在合同无规定或按照合同不能解决争端的情形下，适用几内亚共和国的法律。但该案中几内亚的法律适用范围又受到限制，即只有该投资协议订立之日该国有效存在的法律方可适用。[②]

国家合同的法律适用，一般存在适用不同准据法的现象。虽然国内法可以适用于合同关系中，但投资协议关系中的某些问题（例如是否构成违约、合同的解除）则应以一般法律原则作为准据法。实践中，不少投资争端是因东道国政府违反国家合同而引起。“约定必须信守”（*pacta sunt servanda*）是各国普遍承认的一般法律原则。国家合同中的政府违约通常被视为对该原则的违反。在东道国法不能提供充分救济的情况下，仲裁庭就会寻求不同于国内法的救济方式。例如通过 BIT 中保护伞条款的适用，将政府的违约行为认定为违反 BIT 下的义务。对合同争议的处理，仲裁庭可通过“约定必须信守”来解释所适用相关法律原则的含义，例如是否构成违反投资者的合理期待原则。

（六）国家合同准据法的默示标准

国家合同中，在双方并未选择准据法的情况下，仲裁庭根据“主观标准”（subjective standard）会推定双方默示不适用任何一方的法律，而是适用一般法律原则。[③] 在争议双方并未约定解决争端的准据法情况下，对于协议中有关规定解释的法律适用（例如禁止征收），仲裁庭推定双方默示同意适用国际习惯法。[④] 在对投资争议所适用准据法未作选择情况下，仲裁庭还会根据双方的实际行为或表达，推断当事人之间存在适用准据法的默示协议（implicit agreement），表明其是适用 BIT，或者既适用东道国法又适用国际法规则。[⑤]

同样在国家合同实践中，在未明确约定准据法情况下，被申请人主张双方已默示选择埃及法为准据法，因为合同序言中提到埃及的某些法令。仲裁庭认为此事无需决定是否存在默示的一致，因为东道国法与国际法这种情况下都应适用于本案的是非曲直。[⑥]

国际投资实践中，双方可在投资协议中直接规定东道国不得征收的条款，协议中的仲裁条款亦可约定广泛的适用范围，包括东道国政府的征收行为。如果在投资协议中约定适用东道国法，那么针对征收的合同请求就只能适用国内法，但仲裁庭对此请求仍会适用国际法，这也可理解为争议双方已默示达成适用国际法的合意。[⑦] 因此，ISDS 所适用的准

[①] Peter M. F. Ortino & Christoph Schreuer ed. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.102.

[②] Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

[③] Joseph Charles Lemire v Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction & Liability, 14 January 2010.

[④] Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

[⑤] Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989,

[⑥] Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, 14 April 1988, ICSID Award, 20 May 1992.

[⑦] Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

据法在很大程度上取决于投资者的诉因，但非合同请求也并非一定指条约请求，还包括侵权行为或不当得利的情况。

六、法律适用规则中的其他问题

（一）仲裁协议对法律适用的影响

对所处理争议的性质，有些仲裁协议约定的范围较宽，包括了国内请求的管辖，但更多的协议将其限定于国内请求或国际请求。这种情况下，仲裁庭所适用的法律将受到限制，应根据所提出的请求而定。仲裁庭行为也会以仲裁协议所约定的争议性质为界限，据此确定适用国内法或国际法处理争议。就此而言，仲裁协议实际影响了仲裁庭的法律适用方法，因为超裁会导致裁决被撤销或不予执行。

但仲裁协议也可包含非合同请求，后者不仅适用国内法，也适用国际法。即使东道国是通过投资协议而非投资条约接受仲裁，仲裁庭的管辖范围也可拓展到国际请求（包括投资待遇、条约义务、合同义务、侵权、对投资的政府措施、不当得利）。[①] 这种情况下，一般指双方在投资协议中已同意将争议提交国际仲裁。

（二）法律适用解释中的仲裁先例

投资协定争端仲裁中所适用的实体法主要是投资协定本身，因争议双方对 BIT 实体规则往往有不同理解，一般需要通过国际公法的解释加以适用。因此，对投资协定解释所适用的应是国际法。换言之，BIT 的准据法是国际法，即《维也纳条约法公约》（VCLT）。BIT 应依据 VCLT 进行解释，仲裁庭在解释协定时对此一贯予以适用。一方面 BIT 当事国均为 VCLT 缔约国，另方面适用 VCLT 的解释规则是业已形成的国际习惯法。在“Aguas Tunari 公司诉玻利维亚案”中，仲裁庭概括出了 VCLT 的解释方法为：（1）根据条文的文意和条约的一般含义解释；（2）根据 BIT 规定的上下文解释；（3）根据 BIT 协定的宗旨和目的解释。循环以上三步反复探究得到合适的解释。[②]

投资仲裁实践中，VCLT 在解释上提供给仲裁庭的引导其实相当有限。因为 VCLT 的解释规则较原则且内容不具体，为可能的解释提供了广泛的范围，因此并不能完全解决 BIT 适用中的解释问题。当仲裁庭尝试建立 BIT 的解释规则作为裁决依据时，又因其本身并不具先例（Arbitral Precedent）约束力而受争议。但在投资协定仲裁中，事实上（*de facto*）的先例原则已经确立。“AES 公司诉阿根廷案”是至今投资仲裁中涉及先例问题的详细的审查决定。该案中 AES 公司认为阿根廷提出的五项关于管辖权的异议与阿根廷之前在其它仲裁庭提出的抗辩相同或相类似，鉴于之前的仲裁庭拒绝接受这五项异议，AES 公司认为本案仲裁庭可以据此否认五项提议。尽管仲裁裁决是互相独立，仲裁庭也可援引或适用合适的先例。[③] 在涉及 ICSID 公约关于法律适用条文解释的案例中，ICSID 仲裁实践也在事实上形成了相关的仲裁先例。

结 语

1. 对仲裁庭适用法律的特别授权，是《华盛顿公约》的特色之一。相比较东道国的司法救济，投资仲裁庭在确定所适用的准据法方面更具有实际影响力，因为仲裁庭不必通过法院地法的冲突规范来确定准据法，而采用不同于国内法院的法律适用规则。

2. 投资仲裁中存在着以适用国际法规则为主的准据法国际化倾向，其主要原因并非国

---

① Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), p. 263.

② Aguas del Tunari v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3.

③ AES Corp v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17.

内法的规定不明确，当仲裁庭认为东道国法不能为投资者提供充分保护时，就会转向适用国际法或一般法律原则。

3.ISDS 投资仲裁法律适用中所依据的 BIT 各不相同，各投资条约对投资争议所适用准据法的规定也有所不同。因此，各仲裁庭所采用的法律适用方法常常不尽相同。而且，各仲裁庭对所适用的解释，也会反映其不同的观点和意见。此外，投资仲裁的仲裁庭具有临时性，其组成因案而异，各不相同，这也是同类案件的投资仲裁的法律适用方法与裁决结果裁决难以一致性的原因。

4.投资仲裁的法律适用很大程度上取决于东道国行为的性质，如该行为仅是违反合同，就只能适用国内法，如其行为构成征收则适用国际法。但首先取决于投资者的请求性质，其次才是东道国的行为性质。

5.ISDS 中所适用的准据法，实际上也是请求依据的法律。类似的案件越来越多地同时受到国际法与国内法的调整。东道国国内法以及投资者与政府部门签订的国家合同，在争议的事实认定方面无疑会发挥重要作用。

14.ISDS 机制改革再研究

崔佳文*

摘　要：投资者-国家争端解决机制（ISDS）发展至今出现了一系列合理性危机，2017 年 UNCITRAL 第三工作组就 ISDS 机制改革开始广泛征求各方意见。从改革是否改变 ISDS 机制的仲裁性基础来看，改革可划分为以欧盟投资法院（ICS）为代表的司法化淘汰模式以及以 CPTPP 以及 USMCA 等为代表的改良模式。虽然两种模式都针对 ISDS 机制的弊病提出了具体的改革意见，但从实践来看，改革是否触及 ISDS 机制的仲裁性基础是改革成功与否的关键。随着仲裁制度的发展，国际投资仲裁必将由“社会连带主义模式”（Solidaristic Model）逐步走向“极化模式”（Polarized Model）。虽然我国在此轮改革中的立场还不明确，但从长远来看，中国应更加积极地参与到 ISDS 机制的改革中，提出符合中国立场、顺应发展趋势的改革方案，借此轮改革进一步提升中国在国际投资领域的话语权。

关键词：ISDS 机制改革；欧盟投资法院；改良模式；极化模式；仲裁员制度

Abstract：In recent years a series of rationality crisis comes from the Investor-State Dispute Settlement Mechanism (ISDS) causes concerns of both the host countries and the investors. UNCITRAL Working Group III started to consult extensively on the reform of ISDS mechanism in 2017. From the perspective of whether there is a change of the arbitration nature of ISDS mechanism, the reform could be divided into two models: a Judicialize Model(Eliminative Model) represented by the EU Investment Court System（ICS） and Modified Model represented by CPTPP and USMCA. Although both models have proposed certain reform opinions on the shortcomings of the ISDS mechanism, however，the attitude of whether the arbitral basis of the ISDS should be eliminated determines the effect of the two paths. As the development of arbitration system, international investment arbitration will evaluate from a "Solidaristic Model"

to a "Polarized Model". Although Chinese position in the reform of ISDS mechanism is still uncertain, China should participate in the construction of the investment courts more actively and batten down the hatches.

Key Words ISDS Mechanism；EU Investment Court System（ICS）；Modified Model；Polarized model；Appointment of the Arbitrators.

一、引言

国际投资争端的解决经历了从“炮舰外交”（Gunboat Diplomacy）、[①]政治干预向法律解决转变的漫长过程，[②]逐步形成了以投资仲裁为核心（投资者将东道国诉诸临时仲裁庭），辅以磋商、调解、外交保护、东道国当地救济等在内的多重投资者-国家争端解决机制体系（Investor-State Dispute Settlement，ISDS），这样的投资争端解决系统在过去的 30 年中为投资者与东道国之间投资纠纷的和平与高效解决作出了重要的贡献。

投资仲裁依托于各仲裁机构，[③]ISDS 机制通过赋予投资者诉国家之权利颠覆了以往的投资争端解决模式。在这种争端解决模式中，投资者被允许通过直接对抗东道国的模式“快速地、灵活地、价格低廉地”处理投资纠纷。[④]但由于国际投资总量、国际投资纠纷数量持续增长以及投资争端解决的制度基础发生了重大变化，[⑤]ISDS 机制出现了一系列合理性危机：首先从争端解决程序上看，ISDS 机制花费高昂、耗时长，争端解决程序缺乏透明度，缺乏有效的庭前审查驳回机制；其次从裁决结果上看，案件裁决结果缺乏一致性，东道国“治安权”受到频繁挑战，争端裁决结果被承认与执行的难度增加，缺乏合理的上诉机制；而从仲裁员制度来看，仲裁员选任方式不合理，仲裁员独立性与公正性等也广受批评。[⑥]

UNCITRAL（联合国贸易法委员会）第三工作组于 2017 年 11 月开始就 ISDS 机制改革广泛听取各方意见（国家、国际组织、区域组织等），[⑦]虽然各方改革力度有别，[①]但从改革

---

*作者：崔佳文，女，1989 年生，汉族，就读于中国政法大学国际法学院，研究方向：国际私法，电话：15011472255，邮箱：cuijiawen_zj@yeah.net，通讯地址：北京市丰台区总部基地六圈西路 12 号院。

① 英国外交家詹姆斯·盖布尔爵士把炮舰外交定义为“运用有限的海军威胁某国，但不发动战争，以取得利益，或保障利益，促进国际冲突，对抗区内外国势力，取得治外法权。”James Cable：Gunboat Diplomacy 1919－1991 Political Applications of Limited Naval Force，Palgrave Macmillan UK，1994，p.14.

② Philip De Man，Jan Wouters：Improving the Framework of Negotiations on International Investment Agreements, The Law and Economics of International Agreements，Routledge Press，2013，p. 233.

③ 其中最重要的机构为 ICSID（投资争端解决国际中心），同时还包括适用 UNCITRAL 仲裁规设立的临时仲裁庭以及国际商会仲裁院（ICC）和瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）。

④ UNCTAD：“Reform of Investor State Dispute Settlement: In search of a road map”，IIA Issues Note，No.2，2013，p. 2.

⑤ UNCTAD:“REFORMING INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT:A STOCKTAKING，IIA Issues Note，No.1，2019，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf

⑥ UNCTAD：“Improving Investment Dispute Settlement : UNCTAD Policy Tools”，IIA Issues Note，No.4，2017，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d8_en.pdf.

⑦ Anthea Roberts：“The Shifting Landscape of Investor－State Arbitration: Loyalists，Reformists，Revolutionaries and Undecideds”，EJIL: Talk，2017，转引自《国际经贸探索》，2018 年第 12 期，p. 99，https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/.

是否触及 ISDS 机制的仲裁性基础看，改革主要分为两种主要模式：以司法化的裁决机构取代 ISDS 机制的欧盟投资法院模式（Investment Court System，ICS）；以及在不改变 ISDS 机制基础只针对框架内出现的问题进行具体改革的改良模式。

本文将分析 ISDS 机制面临的危机，通过对上述两种改革的解决方案进行梳理与比较，评估其对 ISDS 机制弊病的回应力度与此种模式的困境，并最终得出司法化的投资法院模式更具优势的结论，并为中国在此次 ISDS 机制改革中的立场提出有益的建议。

二、ISDS 机制改革：淘汰模式与改良模式

（一）欧盟投资法院系统（Investment Court System，ICS）

欧盟及其成员国缔结了全球近一半的投资协定，是 ISDS 机制的主要参与者与推崇者，但 ISDS 机制日益暴露的问题迫使欧盟需尽快拿出一套有效促进与保护对外投资的争端解决新方案。欧盟借此次 ISDS 机制改革的契机提出了 ICS 的构想，这样的做法一方面是针对投资协定中缺乏有效争端解决机制现状的“救急”之举，另一方面则体现了投资争端解决机制发展到现阶段司法化模式与仲裁临时模式之间的对抗。[②]

欧盟的改革是彻底且多维度的，除了在投资协定中引入投资法院模式，欧盟的改革举措还包括完善争端解决条款，协调投资法院与欧盟法之间的法律冲突等方面。投资法院否定了 ISDS 机制的仲裁基础，代之以司法化的争端解决体系：ICS 是一个区别于 ISDS 临时仲裁形式的常设的两级裁判机构（初审与上诉），这种常设表现为投资法院常设（不再依托于个案成立）、裁决程序司法化、投资法院法官专职化、法律解释统一化等方面。ICS 是欧盟投资法院体系的第一步，由于现阶段投资法院模式还在摸索阶段，因此投资法院目前仅以双边形式存在，[③]但在现有已经设立 ICS 的双边投资协定中都对未来建立多边投资法院作出了声明，[④]筹备在 ICS 的基础上构建一个独立的、高效的多边投资法院（Multilateral Investment Court, MIC）。[⑤]这种通过司法化的方式促进裁决结果的一致性与可预测性与大陆法系法院为保障裁决结果一致性与可预测性的运作方式如出一辙。

（二）改良模式

改良模式保留了 ISDS 机制的基本框架，无论是 2018 年生效的《全面与进步跨太平洋

[①] 有学者从改革各方态度坚定与否出发将改革各方划分为“忠诚派”、“改良派”、“革命派”等，一部分学者将欧盟投资法法院的改革方案归入“改良派”似乎也是不妥当的，欧盟投资法院机制已经改变了 ISDS 机制的基础—仲裁性，而以美国为代表的条约改革等做法，则更倾向于“改良”，虽然各方针对 ISDS 机制所提出的方案各有不同，但笔者认为，区分不同方案的关键在于提案是否改变了 ISDS 机制的仲裁性。Anthea Roberts：“The Shifting Landscape of Investor－State Arbitration: Loyalists，Reformists，Revolutionaries and Undecideds”，EJIL: Talk，2017，转引自《国际经贸探索》，2018 年第 12 期，p．99，https://www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/.

[②]也有学者认为这种对抗也是欧盟与美国在全球范围内制度领导权之争在国际投资争端解决模式选择上的表现，是欧盟拒绝美国模式扩大化、争取世界范围内主动权的必然举措。王燕：《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》，《环球法律评论》2017 年第 2 期。

[③] 2014 年 7 月 23 日，欧洲议会和理事会通过为投资者-国家争端解决建立法律和金融框架的决议；在 2015 年 11 月欧盟与美国的 TTIP 谈判稿中，欧盟委员会提供了一份欧盟内部关于设立投资法院作为投资争端解决机制的草稿；2015 年 12 月在欧盟与越南达成的欧盟-越南自由贸易协定中，越南政府也接受了欧盟设立投资法院的提议；随后，这份草稿被提供给加拿大政府，双方在 2016 年 2 月达成的 CETA 最终版本中决定设立一个投资法院以解决双方的投资争端。

[④] 双方应就设立多边投资法院（包含一个独立的多边上诉机机构或内置的多边上诉机构）的国际协定进行谈判。EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article3.14.

[⑤] Marc Bungenberg、August Reinisch：*From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, European Yearbook of International Economic Law*, Springer Nature Switzerland AG Press，2018，pp.1-2.

伙伴关系协定》（Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，CPTPP）还是由 NAFTA 更名为 USMCA 的《美国-墨西哥-加拿大协定》都只采用具体问题具体解决的改革模式，保留了投资争端解决的仲裁性。ISDS 机制是投资者-国际争端解决“去政治化”的成果，支持改良模式的声音认为 ISDS 机制存在的合理性基础并未发生改变；ISDS 机制在客观也起到了促使东道国提升投资管理水平，推动东道国国内政策与国际投资相关法律规定的协调与统一的结果；[①]与此同时由于 ISDS 机制已经广泛存在于已经签订的投资协定之中，改良而非淘汰具有更高的操作性与可接受度。

三、ISDS 机制的困境与两种模式的回应

淘汰模式以及改良模式都选择对 ISDS 机制已经暴露的问题开展“以问题为导向”的改革，虽然双方的切入点几乎一致：如完善投资协定以保障东道国治安权的行使、在争端解决条款中设置驳回条款防止投资者滥诉、提高仲裁员选任标准与强化仲裁员行为准则规定、降低争端解决成本等，但由于两种模式的在是否改变国际投资争端解决的仲裁性问题上存在根本分歧，导致了两种模式在改革效果上存很大差别。

（一）ISDS 机制下东道国的“治安权”遭受频繁挑战

进入 21 世纪，投资者通过 ISDS 机制在各个维度挑战东道国主权的案件屡见不鲜，此类纠纷往往是由东道国因气候变化、环境保护、劳工权利等公共利益作出政策调整而导致投资者利益遭受影响或灭失而引发。[②]在早期东道国因行使治安权而引起投资纠纷的案件中，仲裁庭的裁决几乎都有意忽略了东道国在维护公共利益时行使治安权的合法性，在 Santa Elena S.A. v. Republic of Costa 案中，仲裁庭甚至认为无论征收的社会意义有多大，东道国依然要承担赔偿责任；[③]同样在 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States 案中，墨西哥政府也因拒绝为外国投资者的废弃物厂许可证延期而被诉诸仲裁，投资者的理由是墨西哥政府的环境措施违反两国之间所签订的公平与公正待遇条款。[④]

东道国主权频繁遭受投资者挑战的原因一方面是由于传统国际投资协定大多只通过序言、一般例外条款或其他原则性表述条款处理东道国公共利益等敏感事项，定义模糊以及部分条款的缺失造成了东道国主权频繁遭到挑战；另一重要原因则是缺乏必要的庭前过滤机制降低了投资者挑战东道国的成本，这进一步加剧了投资者频繁挑战东道国主权的情况；与此同时，在保护投资者价值观的大背景下，仲裁员更容易作出有利于投资者的裁决。

无论是淘汰模式还是改良模式都将 IIAs 的改革视为 ISDS 改革的重要部分。欧盟在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议草稿》（TTIP Proposal）和《综合性经济贸易协议》（CETA）中对投资和投资者重新进行了限制性定义，限缩投资者可利用投资争端解决条款的情形；[⑤]规定

东道国的管理行为不应被认定为对投资保护标准的违反，进一步承认东道国的治安权；

[①] 美国前总统奥巴马曾公开支持 ISDS 机制，在有关治安权的问题上，他认为美国跟现在全球范围内 3000 余投资协定中的半数以上存在密切关系，这些投资协定都含有 ISDS 机制，但迄今为止美国从未在 ISDS 机制下作为被诉一方在任何一件案件中败诉，因此治安权得不到保障的根本原因在于“东道国不完善的法律法规”而非 ISDS 机制本身。Matt Bai：“Why Obama is Happy to Fight Elizabeth Warren on The Trade Deal”，*YAHOO! POLITICS*，2015,https://www.yahoo.com/news/why-obama-is-happy-to-fight-elizabeth-warren-on-118537612596.html.

[②] Rebecca Lee Katz：“Modeling an International Investment Court after the World Trade Organization Dispute Settlement Body”，Harvard Negotiation Law Review，Vol. 22，No.163，2016，p. 173.

[③] Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica，ICSID Case No. ARB/96/1，Award，2000，p. 72.

[④] Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States，ICSID Case No. ARB(AF)/00/2，Award，2003.

[⑤] Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 8.18.

[1]同时规定了没有明显法律依据以及根据法律没有索赔依据的情形，被诉一方有权就规定情形提出异议，仲裁庭有权驳回该类仲裁申请从而降低投资者滥诉行为的出现。[2]CPTPP 与 USMCA 中也有相应限制性定义，[3]有学者称 CPTPP 的这一条款为“冻结条款”，既冻结投资授权的有关规定使投资者不能以东道国因东道国行使治安权为理由提起仲裁。[4]根据 UNCTAD 2018 年投资报告显示，2017 年新缔结的 13 项国际投资协定全部涉及此类改革导向条款[5]，各国已经逐步开始对 IIAs 进行完善与改良的工作。针对这一部分的改革，淘汰模式与改良模式都是通过完善投资协定从而进一步承认东道国的治安权。

（二）缺乏有效的上诉机制

《解决国家与他国国民间投资争端公约》（《ICSID 公约》）只规定了有限的几种可以撤销仲裁裁决的情形（无权改判），且这种审查只是程序审查而不涉及实体审查，[6]这就意味着哪怕案件的裁决结果是错误的（Legally Incorrect），但只要程序合规，现行的上诉机制依旧无法将其驳回。在 CMS v. Argentina 一案中，委员会承认案件的裁决结果存在一系列的错误与缺陷（包括法律适用上的显而易见的错误），但由于该案件的上诉事由未落在《ICSID 公约》规定的可撤销事由范围内，仲裁委员会无权对仲裁庭作出的裁决进行干预。[7]

从理论上看，与《ICSID 公约》几乎不做实体审查有所不同，ICS 的上诉机制有权对初审法院的裁决进行实体审查。[8]这样的改革一方面为因初审法院适用法律错误或者事实认定明显错误而作出的错误裁决提供修正的空间，保护争端双方的利益；另一方面则是通过设置有效的上诉机制从而对初审裁判员的裁决行为（倾向性）有所威慑，促使其作出更高质量的初审裁决；上诉法庭有助于提升缔约国双方对投资协定中争端解决条款的可接受度，因为哪怕初审出现了不公正的裁决，一方依旧可以上诉至上诉法庭而非必须接受该判决。[9]而从操作层面看，初审法庭与上诉法庭在衔接上程序简明，法官任职资格明确，终审裁决作出期限明确等也为上诉机构的良好运行提供了保障。[10]

与投资法院模式相比，无论是 CPTPP 还是 USMCA，改良模式对这一部分都未作出有价值的调整，虽然在 USMCA 谈判时各方对在 ISDS 条款中完善上诉机制抱有极大兴趣，但从最终结果来看，各方最终都放弃了在现阶段纳入一个有效的上诉机制，[11]这种保守的心态是由这些协定的缔约方依旧更侧重于投资者利益保护、ISDS 机制的商事性质立场所决定的。

---

[1] Transatlantic Trade and Investment Partnership：Trade in Service，Investment and E-Commerce Proposal（TTIP Proposal），Art. 2（1）.

[2] Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 8.32、Article8.33

[3] Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 9.1；United States－Mexico－Canada Agreement，Article 14.1.

[4] 张生:《CPTPP 投资争端解决机制的演进与中国对策》,《国际经贸探索》，2018 年第 12 期。

[5] UNCTAD:“World Investment Report 2018”，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

[6] “Either party may request annulment of the award by an application inwriting addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:(a) that the Tribunal was not properly constituted;(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or(e) that the award has failed to state the reasons on which itis based.” ICSID-Convention，Article 52(1)

[7] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic，ICSID Case No. ARB/01/8，Annulment Decision, para. 158.

[8] EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article 3.54；Comprehensive Economic and Trade Agreement Article 8.28（2）.

[9] UNCTAD：“World Investment Report 2015”，https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

[10] EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article 3.38, Article 3.54, Article 3.55；Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 8.28, Article 8.30.

[11] Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，Article 9.29；United States－Mexico－Canada Agreement，Article 14.D.13.

正如有学者表述，任何明显改变投资者在投资协定中地位的改革都很难获得投资者支持，[①]而恰恰是这些投资者母国推动了 ISDS 机制的建立，在 ISDS 机制下投资者胜诉率依旧维持在较高水平的现状下，维护仲裁庭的权威性对主要的投资者母国（发达国家）而言依旧具有重要价值。

（三）裁决结果缺乏一致性与可预测性

仲裁庭对投资协定条款以及准据法的解释不一致也是造成裁决结果不一致、不可预测的直接原因，法律解释的不一致一方面是由于投资协定中解释条款的规定模糊、笼统，在实践中无法为仲裁员的自由裁量权设置有效的边界，另一方面是争端双方倾向于指认那些已经展现出一定立场倾向的仲裁员，[②]相对应仲裁员只要在仲裁中强化自己的倾向性，那么该仲裁员则更容易得到特定争端方的指认。仲裁员的不同立场（解释方式）在裁决中被重复强化并逐渐形成对同一条款的不同解释，这使得实践中仲裁庭解释进一步分化。以国际投资协定中的最惠国待遇条款为例，最惠国待遇条款是否可以适用于投资争端解决程序的问题，不同的仲裁庭就作出了截然相反的裁决结果。[③]

改变裁决结果不一致、不可预测的情况除了需要解决投资协定条款模糊的问题，欧盟投资法院模式和改良模式在法律解释问题上都作出了更明确的规定，如 CETA 规定条约解释规则除了适用《维也纳条约法条约》外，还应该适用欧盟成员国之间适用的国际法院的解释，确保欧盟对外缔结的环境及人权公约在协定解释中的适用，从而避免仲裁庭对环境卫生等公共政策考量的不足；USMCA Article31.20（1）强调了缔约方解释的的地位，[④]CPTPP 规定仲裁庭应在作出解释时还应参考 WTO 争端解决机构和 WTO 上诉机构报告中的相关解释。[⑤]通过上述规定可以限制仲裁庭的解释权，从而促进裁决结果的一致性，但正如上文的分析，打破争端方与仲裁员之间互相强化的选任方式也是不可缺少的一环。

（四）不完善的仲裁员选任与监管制度

无论是机构仲裁还是临时仲裁都具有临时（ad hoc）的性质，这种临时性体现在仲裁庭的设立是“一案一庭”，仲裁模式具有的灵活性与保密性等特点并不利于仲裁庭作出一致和可预测的裁决，[⑥]这是裁决机构“非中心化”的必然结果。[⑦]如上文所述，ISDS 机制中争端双方在选任仲裁员时倾向于选任那些已经表现出自身倾向（倾向投资者或倾向东道国）的仲裁员，[⑧]仲裁员的立场会直接影响裁决结果。根据一项针对仲裁员的研究显示，仲裁员提出的所有异议几乎都是为了维护选任他们的争端一方的利益，[⑨]仲裁员更多的充当了争端双方的利益代表的角色而非公正的裁判员。

从组织结构上看，ICS 是由一个常设的初审法院和一个常设的上诉法庭组成的，缔约国双方成立的联合委员会选任数目固定、成分固定的裁判员联合小组（A pool of candidates），

---

① 王燕：《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》，《环球法律评论》2017 年第 2 期。

② European Commission：“The identification and consideration of concerns as regards investor to state dispute settlement”，2017，p.11.

③ Emilio August[i]n Maffezini v. Kingdom of Spain，ICSID Case No. ARB/97/7 与 Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria ICSID Case No. ARB/03/24 案中，仲裁庭针对最惠国待遇条款是否可以适用于程序事项作出了截然相反的裁决。

④ United States－Mexico－Canada Agreement，Article 31.20.

⑤ Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，Article 28.12.

⑥ Todd Tucker：“Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals”，Journal of International Dispute Settlement，Vol.7，Issue 1, 2016，pp. 183－204.

⑦ 王燕：《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》，《环球法律评论》2017 年第 2 期。

⑧ 花名册上仲裁员国籍与性别的多元与均衡只是表象，实际的任命结果表现出明显的“极化”。2018 年任命的 500 位仲裁员中，半数的仲裁员在超过一件案件中任职，一小部分人任职的案件超过 30 件,这其中有三人（其中两名为女性）收到了最多的任命（92 件、51 件、51 件），所有被任命的仲裁员中只有一个不是欧洲或北美国家的公民。

⑨ Albert van den Berg：Looking to the Future，Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration，Brill Nijhoff Press，2010，p. 821.

小组成员在投资法院中专职任职，争端发生时按遵照不可预测的轮值方式（有国籍上的规定）组成均衡的合议庭，[①]这样的运作方式打破了争端方在仲裁员选任上“一方独大”的现状，改变了 ISDS 机制的临时性质。虽然投资争端一方为投资者，一方为缔约国，但因为缔约国双方在签订投资协定时已充分考虑了作为东道国的利益以及各自投资者的利益，由缔约国双方选任的仲裁员轮值组成法庭进行案件裁决并不会贬损争端任何一方的利益，[②]因为缔约国双方都可能成为被诉一方打破仲裁员与争端双方的链接可以有效的促使其作出更加公平公正的裁决。司法化做法可以有效的将投资协定中强化缔约国解释的条款落地，能够使投资法院成为“有能力作出一致和平衡裁决的权威机构”，（虽然没有规定必须要遵循先例）。[③]

虽然 CPTPP 也选择通过花名册（Roster list）的方式尽量降低争端双方在选任仲裁员时的 “利益导向性”，如在 Article 28.11 规定在投资协定生效的 120 天内双方要确定一个任期为 3 年、包含 15 个仲裁员的花名册，其中每个缔约方可以单独指认两个仲裁员（至多一个拥有缔约国国籍），其余的由双方合意指认，整个名册只包含至多一名缔约国国籍国民。[④]这种设计是想通过在不改变 ISDS 机制仲裁性质的情况下对仲裁员的范围作出限制，从统计学上降低合议庭组成“千变万化”的概率，但 CPTPP 却补充规定了当花名册上仲裁员不再愿意或无法履职时，缔约双方可以随时对其进行替换，[⑤]这相当于借灵活的替换权从而对花名册的范围作出了延展，争端双方依旧对仲裁员选任拥有绝对控制权，这与 ISDS 机制下仲裁员的选任方式并无本质区别，仲裁员与争端方依旧保持着过度的联系。

裁判员的职业素养、道德水平与专业能力是争端解决的核心要素，虽然国际投资争端解决机制很大程度上托生于商事争端解决机制，但由于争端双方主体资格存在差别，投资争端的仲裁员需具备更全面的综合职业素养，其除了应具有国际私法（International Private Law）的专业背景，同时还应拥有国际公法（International Public Law）、国际政治、外交、国际争端解决方面的专业知识，ISDS 机制以商事仲裁选任仲裁员的标准选任投资争端仲裁员的做法是欠妥的，同时 ISDS 机制对仲裁员竞业禁止的规定也较为宽松，仲裁员可以多点任职增加了利益联结的风险。

投资法院模式下的法官任职资格相对改良模式的方案更为严格，对法官的监管机制也更加高效。根据 CETA 与欧盟-越南 FTA 的规定，初审法庭与上诉法庭的法官应符合其任命国对司法人员的资格要求；或者他们是在国际公法领域展现了专业知识的法学家；并特别要求他们在国际投资法、国际贸易法以及国际投资争端解决等领域具备专业知识。[⑥]这样的任职要求切合了国际投资争端涉及大量公法问题的情况，投资法院的法官为专职任职，最大程度上避免了仲裁员因多点任职带来的利益联结风险，同时通过更为严格的《仲裁员行

---

① Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 8.27（7）.

② 投资法院由初审法院与上诉法庭组成，初审法院由 15 名法官组成， 欧盟国家公民、加拿大国家公民、第三国公民在数量上各占三分之一，由欧盟和加拿大联合委员会共同任命，成员任期为 5 年，可继续任命一次。一名欧盟法官、一名加拿大法院和一名第三国法官将组成三人合议庭对案件进行审理，第三国法官担任厅长，法庭法官遵循轮换、不可预测、任职机会均等等原则，争端双方也可以选择一名第三国法官的独任方式进行争端裁决。法院可根据投资者选择的规则进行裁决（ICSID 仲裁规则、ICSID 附加便利规则、UNCITRAL 仲裁规则。）Art.8.27, Comprehensive Economic and Trade Agreement.

③ Marc Bungenberg、August Reinisch：From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, European Yearbook of International Economic Law, Springer Nature Switzerland AG Press，2018.

④ Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，Article 28.11.

⑤ Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，Article 28.11（7）、（9）、（10）.

⑥ Comprehensive Economic and Trade Agreement，Article 3.38（4）；EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article 8.27（4）.

为准则》进一步规范仲裁员行为从而促进裁决结果的公平性与公正性。[①]

改良模式虽然也对仲裁员的任职资格作出了更为严格的限制，[②]但并没有严格否定仲裁员多点执业的权利，这样的“忽略”是迁就争端解决机制仲裁性的退让之举，在仲裁员非专职任职的情况下提出一套各方都满意的薪酬方案在 ISDS 机制下几乎是不可能的，但不作出更为严格的竞业禁止规定也就贬损了对仲裁员制度改革的整体效果。

（五）投资争端解决耗时长、花费高昂

根据 OECD 的数据，平均一件案件的全部程序费用（包括法律顾问的费用）约为 8 百万美元，而根据针对投资者-国家争端解决程序的一项调查，ICSID 案件的平均处理时长为 5 年，[③]争端解决程序的耗时通常意味着争端双方要为此付出更多的成本，时间花费与成本付出成正相关。

虽然淘汰模式和改良模式都细化了 ADR 条款使其更具有操作性，希望强化其将投资争端解决在正式程序之前，避免因纠纷激化而永久性的损害投资者与东道国的关系情况的优点。但因条款的适用不具强制性且协商或调解成果很难被执行[④]，尤其是东道国几乎不可能就国内立法措施与投资者有所协商，导致 ADR 在投资争端解决上的作用难以得到发挥。[⑤]

从缩减争端裁决期限、降低争端裁决成本来看，ICS 的司法化模式表现出裁决程序耗时短、程序运作高效的特点。在裁决程序上拥有更大权力的专职的法官可以有效推进裁决程序的进行；[⑥]同时 ICS 设定了初审与上诉审查程序的期限，[⑦]与 ICSID 案件动辄 5-6 年的审理时长相比，ICS 无疑有效地提高了争端解决的效率从而降低了争端解决的成本；欧盟在构建多边投资法院报告中提出设立一个“咨询中心”（Advisory Center），旨在通过为中小企业及发展中国家提供法律咨询、专家咨询等服务，从而进一步降低争端解决的成本，打造“友好”、“利益兼顾”的投资争端解决模式，提高投资法院被各方接受的可能性。反观改良模式，不论是 ICSID 还是其他投资争端解决机构都还没有拿出一个各方满意可执行的解决方案以缩减裁决时间、降低裁决成本，这是由于仲裁模式下仲裁员对案件裁决过程的控制力相对有限，且一旦对仲裁裁决程序作出更为严格的时间限制，仲裁的灵活性与争端双方对仲裁程序的可控性则会发生改变，这也就背离了改良模式力图保留投资争端解决仲裁性质的初衷。

（六）争端解决程序缺乏透明度

由于现行的 ISDS 机制很大程度上托生于国际商事仲裁，因此在透明度问题上留下了浓重的商事仲裁的影子。商事争端的性质决定了其在制度设计上更倾向于保护当事人的商业秘密，但在国际投资仲裁中，由于一方当事人是主权国家，国际投资争端的部分公法性质决定了公众对争端的发生、争端裁决的过程以及争端的裁决结果都应具有知情权。2013 年，

---

① EU-Vietnam Free Trade Agreement，ANNEX 15-B，Code of Conduct for Arbitrators and Mediators.

② United States－Mexico－Canada Agreement，Article 31.8（2）.

③ 除了程序上的花费，当事人还需支付诸如仲裁员费用、翻译人员和秘书费用、为当事人提供代理服务而产生的费用、聘请或咨询专家的费用（包括法律专家和计算损失的专业机构）等一系列费用。许多发展中国家以及中小企业通常无力支付如此高昂的费用，即使在争端解决中获得胜利，寄希望于得赔偿从而支付不菲的争端解决费用通常来说也是不现实的。European Commission：Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) Some facts and figures，2015. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf

④ Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-Commerce（Proposal），Article 2, Article 3, Article 4；Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership，Article 28.5，Article 28.6.

⑤ 值得注意的是巴西的 CFIAs 将 ADR 程序作为强制程序作出了规定：在提起仲裁程序前，协议双方之间的任何争议均应（shall）作为协商和谈判的对象，并由联合委员会进行事先审查。Cooperation and Facilitation Investment Agreement Between the Federative Republic of Brazil，Article 23.

⑥ Marc Bungenberg、August Reinisch：From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement, European Yearbook of International Economic Law, Springer Nature Switzerland AG Press，2018，p.20.

⑦ EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article 3.54（5）.

UNCITRAL 修改了《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》并通过了《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》（《毛里求斯透明度公约》），针对透明度问题进行了系统的改革，对仲裁程序启动的公告、仲裁程序相关文件公开、法庭之友、仲裁裁决结果公开以及可不公开的例外情形等作出了更为全面的规定，这一定程度上迎合了提高 ISDS 机制透明度的需求。根据统计，投资争端中选择 ICSID 相关规则与选择 UNCITRAL 相关规则的比例为 3:1，且截至 2019 年 3 月，仅有五个国家通过了《毛里求斯透明度公约》。[①]虽然关于透明度的改革在持续进行，但国际投资争端涉及商业秘密、国家安全等保密信息的公开与公众知情权、投资协定中最惠国条款适用等的边界把控问题，因此各方对透明度问题的改革既要注重效果也要兼顾各国的可接受程度。

CETA 与 EU-Vietnam FTA 在透明度条问题上适用《毛里求斯透明度公约》，USMCA 在透明度问题上沿革了 NAFTA 关于透明度的规定，二者各有特点与优势，如《毛里求斯透明度公约》在信息公开上要求较高，而 USMCA 的透明度条款较多的尊重了自由贸易委员会的解释权，同时两种方案都将信息公开的具体操作职责交由仲裁庭，客观上减轻了争端双方尤其是东道国在信息公开上的操作压力。两种模式对透明度的规定都高于 ICSID 的要求，这是 ISDS 机制透明度改革的重要进步。四分之三的国家都选择适用 ICSID 关于透明度的规定很大程度上是因为由于其国内不够完善的相关法律（如信息保密法等），不论是投资法院模式还是改良模式，其所适用的透明度条款相较于 ICSID 的透明度规则都是进步的，这与欧盟、美国、加拿大与其盟友紧密的经济联系以及国内先进、完善的法律体系密切相关。由于涉及国家主权安全、商业秘密保护、最惠国待遇条款的适用等重要问题，ISDS 机制透明度条款的改革需遵循循序渐进、“内外兼修”、利益兼顾的原则。

（七）裁决结果面临着承认与执行困境

投资争端裁决结果的承认与执行的困境主要源于国家主权豁免原则在实践中的适用。《华盛顿公约》第 54 条对仲裁裁决的效力作出了规定，但也对例外作出了解释。[②]国家主权豁通常分为管辖豁免和执行豁免，从实践上看，通常各缔约国签署《华盛顿公约》并同意将相关投资争端提交 ICSID 中心进行仲裁即默示放弃管辖豁免，但执行豁免的放弃通常要通过明示的方式作出。由于各国对于国家豁免原则采取不同的政策与态度，就会出现同样的裁决结果在不同的缔约国被区别对待的情况，仲裁裁决结果承认与执行上的不确定性，一方面助长了投资者“挑选法院”（Forum Shopping）的不合理现象，同时作为投资争端解决的最后一个环节（落地环节），承认与执行这一环节的不确定会贬损投资争端解决的整体价值。

改良模式依旧没有解决投资者“挑选法院”的情况，投资者可以通过上下游公司重组的方式挑选对自己有利的国际投资协定，甚至可以通过更换母国的方式提起仲裁，[③]投资者“挑选法院”的根本目的是争取更有利于自身的裁决结果并使其得到承认与执行，虽然投资法庭模式可以通过司法化的运行方式限制投资者“挑选法院”的行为，但由于 ICS 裁决结果的承认与执行前景并不明朗，因此其裁决结果在现行模式下承认与执行还有待观察。

投资法庭模式并没有如各方所期望的拥有自己仲裁（审判）程序规则，只能依赖于 ICSID 或 UNCITAL 等仲裁规则，因此裁决结果的承认与执行也不得不依靠《ICSID 公约》第 54 条以及《纽约公约》。但根据投资协定的规定：“根据本节作出的最终裁决应符合《解决国

---

① 《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》于 2014 年 12 月 10 日通过，2017 年 10 月 18 日生效。截至 2019 年 3 月，仅有喀麦隆、加拿大、冈比亚、毛里求斯、瑞士五个国家通过该公约，虽然公约在理论上为增强 ISDS 机制的提供了解决方案，但是在实践中的影响力还远未达到预期。

② “第 54 条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。”《华盛顿公约》，第 55 条，1966 年 10 月 14 日生效。

③ Richard Happ、Sebastian Wuschka：“From the Jay Treaty Commissions towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma”，Indian Journal of Arbitrational Law，Vol. 6，Issue 16，2017，p 122.

家与他国国民间投资争端公约》第 4 章第 6 节的规定。”这就表示 ICS 希望通过只适用公约的特定章节就使其裁决结果在《ICSID 公约》下得到承认与执行。这样的承认与执行规则在缔约国双方之间被遵守并不困难，但是根据“与本案无关的第三者行为原则”（Principle of res inter alios acts）,[①]ICS 要求第三方承认与执行只符合《ICSID 公约》特定章节而非全部规则的仲裁裁决是没有法律效力的；另一方面，如果 ICS 裁决结果的承认与执行适用《纽约公约》的规定，那么必须回答 ICS 裁决是否可以被认定为仲裁裁决，ICS 裁决的性质自 ICS 模式出现以来就存在着很大的争议，虽然欧盟-越南 FTA 以及 CETA 都采用了“仲裁庭”（Tribunals）“仲裁员”（Arbitrators）“仲裁裁决”（Provisional award）的表述，但在 TTIP 的草稿中却使用了“法官”(Judges)一词，[②]由于《纽约公约》认定一项裁决结果是仲裁裁决还是法庭判决采取“实质胜于形式”的原则,[③]因此实践中第三国法院是否会承认 ICS 的裁决结果符合《纽约公约》对仲裁裁决的认定标准还不得而知。

四、欧盟投资法院的困境与前景

虽然投资法院模式对 ISDS 机制的改革是强有力的，但由于该模式目前只在双边投资协定中出现，想要完成由双边向多边的模式转变依困难重重：首先，从投资法院法官选任来看，MIC 需将法官控制在一定数目内（出于成本的考量），因此法官席位在环球范围内如何分配，怎样避免法官背后的国家力量对投资法院进行政治干预，防止投资法院沦为政治博弈的工具还需要作出制度设计上的进一步考量；其次，MIC 的机构运行费用拟由成员国承担，成员国之间所承担的费用该如何分配，是否根据各国经济发展水平不同而对发展中国家有所倾斜也需要考虑；再次，如上文所述，ICS 以及 MIC 裁决结果的承认与执行前景并不明朗；同时，投资法院的上诉机制对初审法院裁决的实体审查在实践中是否会造成对初审法庭的过度干预；再次，全球范围内的主要投资协定中已经包含了相应的投资争端解决条款，怎样使投资法院可以在这些投资协定中适用的问题也需解决，欧盟所提出的 OPT-IN 模式是否可以被各方接受还有待观察；最后，即使在欧盟内部，欧盟投资法院与欧盟法律秩序自主性的兼容性也尚无定论。

虽然投资法院还远谈不上是一个完美的制度，但其与改良模式之间的博弈却反映了国际投资争端解决发展的客观趋势。国际投资的兴起是全球经济发展、资本流动的必然结果，也是一定时间内各国经济发展的重要推动力，国际投资涉及政治、经济、外交等各个层面，因此导致了国际投资、国际投资法律体系以及国际投资争端解决机制从诞生之初就具有区域性、碎片化、利益博弈等特征。在全球资本持续流动、大力经济发展的背景下，灵活多变的国际投资体系是必要的，但是需要认识到，随着各国政治、经济的发展以及全球范围内各经济体交叉闭环的形成，反映在国际投资上 “统一化”、“利益平衡化”、“提升效率”等需求正在逐渐占据上风。一方面原来主要以东道国身份出现的发展中国家开始寻求在国际投资争端解决中获得更多的话语权的机会，改变一直以来的被动地位；除此之外，这样的变化也是国际投资仲裁由“社会连带主义模式”（Solidaristic model）向“极化模式”

[①] 夏登峻：《英汉法律词典》，法律出版社，20017 年第 3 版；Catherine A. Rogers：“The Selection of Arbitrators in Investment Arbitration”，Investor-State Dispute Settlement Summary reports by experts at 16th Freedom of Information Roundtable，2012.

[②] Transatlantic Trade and Investment Partnership：Trade in Service，Investment and E-Commerce（Proposal）；Article 8.27（2）Article 9(2)；Comprehensive Economic and Trade Agreement Article 13.20；EU-Vietnam Free Trade Agreement，Article 3.38.

[③] Bernd Ehle，Article 1 [Scope of Application] in New York Convention，Verlag C.H. Beck München Press,2012,pp.24-25，
https://beckassets.blob.core.windows.net/product/toc/4166175/wolff-new-york-convention-9783406616105.pdf.

（ Polarized model）发展的必然结果。[0①]

国际投资仲裁领域的“社会连带主义模式”是指一小部分拥有强大共同价值观的临时裁判人员，轮流以不同身份（倡导者、仲裁员、专家）行事，有限重复的群体、非专职化的任职方式以及群体成员都对他的每个角色都有强烈的预期行为感是该模式最重要的特征，ISDS 机制就是该种模式在国际投资争端解决上的表现；与之相反，“极化模式”则是数目较多的专职化的裁判员供职于某一特定争端解决领域中最出色的机构。[②]投资争端仲裁员可以多点任职是产生利益冲突的重要原因，国际投资争端解决中，仲裁员可能会认为自己扮演的是捍卫国家利益抑或是捍卫外国投资者利益的角色，这种意识会在其作出的裁决中表现出来。从社会分工的角度来看，多点职业必然会向“极化模式”发展的趋势已经被广泛验证，投资仲裁领域内的职能分工的发展会进一步促使其中的一些参与者更多地担任共同仲裁员，另一些人担任主席，而其他人则担任律师、专家或供职其他机构。[③]

从这个角度出发看 ISDS 机制改革的两种模式，虽然改良模式在许多问题上的改革“大刀阔斧”但实际效果却“差强人意”的，导致这种结果的根本原因在于投资仲裁机制下仲裁员的多点任职方式以及选任方式导致了仲裁过程中过多的利益冲突与矛盾，而不论是 ICSID 还是其他的仲裁机构，都无力化解这些矛盾，也无法做到整合投资争端解决的一整套价值观对仲裁行为作出规制，而投资法院的运作模式与投资争端解决机制的“极化模式”趋势具有高度的重合度，因此投资法院的司法化模式虽然存在诸多不确定因素但其前景依旧被看好。

五、结论

ISDS 机制的改革并非单一的国际法领域的改革，而是涉及到各国政治、经济、外交、法律等多层次利益博弈的全球化治理的一部分。欧盟的投资法院机制符合国际投资争端解决机制发展的大趋势，但考虑到改革的成本以及各国的接受程度，改良模式与投资法院模式会在相当长的一段时间内共存。目前中国在 ISDS 机制改革中的明确立场还不明确，如在 2017 年《区域全面经济伙伴协定》（RCEP）框架协定的文稿中，各方只就透明度问题进行了讨论，[④]虽然有学者建议中国应对待欧盟投资法院模式采取更为审慎的态度，但在投资争端解决机司法化趋势的大背景下，中国应成为该模式的重要参与者并获得更多的话语权。中国对外投资总量以及对华投资总量连年增长，“一带一路”倡议继续推进，虽然我国在此轮改革中的立场还不明确，但从长远来看，中国应更加积极地参与到 ISDS 机制的改革中，提出符合中国立场、顺应发展趋势的改革方案，进一步提升中国在国际投资领域的话语权。

15.论国际民事诉讼中的必要管辖

白雪 邹国勇*

① Emmanuel Gaillard：“Sociology of international arbitration”，Arbitration International，No.31，2015，p. 14.
② Id.
③ Id.
④ 商务部：《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）框架中就投资争端解决的透明度问题进行讨论，2017。http://images.mofcom.gov.cn/www/201711/20171115154457476.docx

* 白雪：武汉大学国际教育学院 2017 级国际法学硕士研究生；邹国勇：武汉大学国际教育学院副教授、法学博士。

摘　要： 国际民事诉讼中的管辖权中，管辖权消极冲突的解决方法鲜为学界所重视，必要管辖制度恰能弥补消极冲突的法律空白。必要管辖在受诉法院缺乏管辖权，也没有其它有法定资格的法院能够受理案件的案件中，赋予了法院以管辖权，是一项“当没有其它途径实现正义时，允许程序进行”的法律制度。本文追溯了必要管辖的渊源，其渊源可以分为国际层面的国际成文规范、国际软法规范和欧盟理事会条例，国内层面包含欧盟和非欧盟成员国的国内立法以及我国法律制度的相关体现。在我国设置必要管辖，具有防止拒绝管辖、避免消极冲突，顺应逐渐增长的国际共识和保护我国海外侨民合法权益的积极意义。本文介绍了必要管辖制度在欧盟、法国、荷兰和加拿大的适用，根据适用必要管辖过程中可能存在的主要争议，提出相应的解决方法。最后，本文提出必要管辖的适用条件，以限定必要管辖的适用范围。

关键词： 国际民事诉讼管辖权；必要管辖；消极冲突

Abstract: Among the jurisdictions in international civil litigation, the solution to the negative conflicts of jurisdiction is rarely valued by the academic community, and *forum necessitatis* can just make up for the legal gap of negative conflicts. In the case where the court of appeal has no jurisdiction and no other legally qualified court can accept the case, *forum necessitatis* gives the court jurisdiction. It is a law that allows the procedure to be carried out when there is no other way to achieve justice. This article traces the origin of *forum necessitatis*. Its origin can be divided into international written norms at the international level, international soft law norms and EU Council regulations. The domestic level includes the domestic legislation of EU and non-EU member states and the relevant manifestation of China's legal system. Setting up *forum necessitatis* in our country has the positive significance of preventing rejection of jurisdiction, avoiding negative conflicts, conforming to the growing international consensus and protecting the legitimate rights and interests of our overseas Chinese. This paper introduces the application of *forum necessitatis* in the European Union, France, Netherlands and Canada, and proposes corresponding solutions based on the main disputes that may exist in the application of *forum necessitatis*. Finally, this paper proposes the applicable conditions of *forum necessitatis* to limit the scope of application of *forum necessitatis*.

Key Words: international civil jurisdiction, *forum necessitates*, negative conflicts of jurisdiction

必要管辖（*forum necessitatis*），是指各国法院均无管辖权，或均拒绝管辖，导致没有任何法院可以行使管辖权时，如果诉讼程序不能合理地或者无法在与案件有密切联系的第三国启动或进行，且案件与本国法院有充分联系时，则本国法院可以例外地行使管辖权之制度。必要管辖是学理上的概念，而非法律上的概念。它在受诉法院缺乏管辖权，也没有其它有法定资格的法院能够受理案件的有限案件中，赋予了法院以管辖权，是一项“当没有

其它途径实现正义时，允许程序进行”的法律制度。[①]该制度能较好地避免管辖权的消极冲突，防止拒绝行使管辖权，作为管辖权的兜底条款，填补当双方法院均无管辖权时，没有法院可受理的法律空白。必要管辖在欧洲诸国、加拿大、日本等均有规定，它也体现在国际条约中，[②]然而在我国尚无该制度之规定。本文将对必要管辖的渊源和在其他国家的适用进行介绍，总结适用必要管辖的条件，为我国引入必要管辖制度作出适当的铺垫。

一、必要管辖的渊源

防止拒绝行使管辖权（denial of justice）是必要管辖的理论基石，也是国际人权法的一项原则，被许多的国际和区域法律文件所认可。比如欧洲人权公约第 6 条第 1 款，《世界人权宣言》第 7 条、第 8 条，《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条，《关于获取信息、公众参与决策和在环境问题上获得公正的权利的公约》第 14 条等。早在 1938 年就有学者论述了拒绝行使管辖权的理论。[③]拒绝行使管辖权是在特定的案件中，对寻求维护其权利的外国人，拒绝保障其建立在国家履行司法职能上的经法院审理的权利，或者不能够保障其自由诉权。从该意义上，防止拒绝行使管辖权与必要管辖的精髓大体一致。因此可以认为，必要管辖已有近百年的理论历史。

在国际社会，已有许多国家或组织对必要管辖有着一定程度的理论研究和实践。其中，包括国际层面的国际公约、国际软法规范和国内层面的国内立法及立法建议。

（一）国际层面

1. 国际成文规范

国际层面具有代表性的体现必要管辖制度的是 1984 年《美洲国家间关于外国判决的域外效力的管辖权公约》第 2 条。该条规定：

“如果判决生效的缔约国的司法或其他裁决机关认为，国际范围内的管辖权要求也应得到满足，即使判决生效的缔约国的司法或其他裁决机构缺乏合格的司法或其他裁决机构，也应为了避免拒绝管辖而行使管辖权作出相应判决。”[④]

2.国际软法规范

在国际法领域中，不具有法律拘束力的行为准则属于国际软法的范畴。国际软法指在国际社会中，主体在利益平衡的基础上，为了达成某种共同目标而形成的自愿遵守的共同行为准则。[⑤]设立必要管辖的国际软法规范的学术渊源，是欧洲国际私法组织（European Group for Private International Law，EGPIL）于 2008 年 9 月 21 日在挪威卑尔根市签订的“用于将其应用于外部环境的第 44/2001 号条例修正议案”第 22 条。该条规定：

“如果根据本条例规定，任何成员国的法院均无管辖权，那么公民可能在与争议有充分联系的成员国法院被诉，尤其是因为其财产出现在某国领土内，如果要求实现公平审判的权利，特别是：（a）如果在非成员国不可能启动程序；或者（b）如果不能合理地要求争议被提交到非成员国法院；或者（c）如果非成员国法院作出的判决不能在根据法律依法占有财产的法院的国家得到承认，并且该承认对于确保原告权利得到满足的非常必要的。则

---

① See *Commission Green Paper on the Review of the Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, at 4, COM (2009) 175 final (Apr. 21, 2009)

② See Ubertazzi, “Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 15, Issue 2 (Summer 2011), pp. 382-395.

③ See generally Hans W Spiegel, "Origin and Development of Denial of Justice" (1938) 32:1 Am J Int'l L 63.

④ Inter-American convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments, Article 2, May 24, 1984.

⑤ 参见王海峰：《论国际经济合作领域中的“软法”现象》，国际贸易，2007 年第 5 期。

该法院对于该案件有管辖权。”[①]

3. 欧盟理事会条例

在欧盟，必要管辖制度被一系列规则所采纳。由于欧盟法的特殊性，故将作为欧盟法重要组成部分且最具有代表性的《欧盟理事会条例》单列出来。就其本质，条例指向一个抽象的整体，具有统一适用性和直接适用性。[②]因此，规定在《欧盟理事会》的必要管辖制度统一且直接适用于欧盟成员国，成为了必要管辖最为广泛的渊源。

在欧盟关于必要管辖的规则中，2016 年 6 月 24 日颁布的《关于在婚姻财产制事项的管辖权、法律适用以及判决的承认与执行领域加强合作的第 2016/1103 号条例》第 11 条规定：

“如果根据第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条、第 8 条或第 10 条规定，任何成员国的法院均无管辖权，或者所有法院根据第 9 条规定均拒绝管辖，并且依据第 9 条第 2 款或第 10 条的规定也没有任何成员国法院可以行使管辖权时，如果诉讼程序不能合理地或者无法在与案件有密切联系的第三国启动或者进行，则作为一种例外，成员国的法院可以对婚姻财产制事项行使管辖权。案件必须与受诉法院所属的成员国具有充分联系。”

必要管辖制度还规定在《欧盟理事会关于抚养义务的管辖权、准据法以及判决的承认和执行领域加强合作的条例》第 7 条、《欧盟理事会关于婚姻事项的管辖权和准据法的第 2201/2003 条例修订案》第 7 条、《欧洲理事会关于民商事案件判决承认与执行第 44/2001 号条例审查绿皮书》等法律文件中。[③]

（二）国内层面

在国内层面，欧盟和非欧盟成员国中，均有国家规定必要管辖制度，尤其是在监护、抚养、离婚、继承等案件中，也存在于商事案件中。也有以我国为例的以不具备法律强制力的示范法形式规定了必要管辖制度。

1. 欧盟成员国

一些欧盟成员国（奥地利，比利时，爱沙尼亚，芬兰，德国，冰岛，立陶宛，卢森堡，荷兰，波兰，葡萄牙，罗马尼亚，西班牙和英国）通过详细的法律法规或判例法适用必要管辖，而在其余的欧盟成员国目前没有关于必要管辖制度的法规或判例法。[④]

2. 非欧盟成员国

非欧盟成员国适用必要管辖的包括：阿根廷，加拿大（包括魁北克省），哥斯达黎加，日本，墨西哥，俄罗斯，南非，瑞士和土耳其。[⑤]例如，瑞士《关于国际私法的联邦法》第 3 条规定：

“本法未规定在瑞士的任何地方的法院或行政机关有管辖权，而诉讼不可能在外国进行或者在外国提起诉讼不合理时，由与案件有充分联系的瑞士地方法院或行政机关管辖。”[⑥]

此外，甚至在美国，必要管辖也“偶尔”适用于使法院裁判合理化的案件中，美国最高法院也曾考虑到“实现必要管辖或许是可能的”，美国学者也积极建议将必要管辖制度引

---

① Proposed Amendment of Regulation 44/2201 in Order to Apply it to External Situations, Article 22 bis, Sept. 21, 2008.

② 统一适用性要求适用条例的全部，不得以不完全或选择性来局部地适用条例；直接适用性表现为条例的适用和生效不依赖于成员国的任何转换措施，成员国有义务遵守和实施而不得妨碍条例所固有的直接适用性。

③ See Ubertazzi, “Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 15, Issue 2 (Summer 2011), pp. 385-387.

④ *Id*. at 387.

⑤ *Id*. at 388.

⑥ 参见邹国勇译著：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社 2017 年第 1 版，第 377 页。

入美国法律体系。

3. 中国

我国法律体系中虽未明文规定必要管辖制度，但在以下两处均有体现。

《中华人民共和国国际私法示范法》于 2000 年颁布，它由中国国际私法学会草拟，仅供立法、司法机关或其他从事涉外事务的政府部门以及法学院校、法学科研单位参考使用，没有法律约束力。该示范法第 52 条规定："中华人民共和国法院对原告提起的诉讼，在其明显没有其他的法院可以提供司法救济时，可以行使管辖权。"[①]该条文体现了我国在必要管辖制度上的探索。

此外，我国最高人民法院于 1992 年发布的《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第 13 条和第 14 条规定："在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方国内的最后居住地人民法院管辖。""在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。"[②]既保护了我国国民的合法权益，又避免了国际民事案件诉讼管辖权的消极冲突，是必要管辖制度的重要体现。

二、设置必要管辖制度的意义

必要管辖制度逐渐获得各国国内和国际的接受，而我国却仍尚未规定该制度。对权利的尊重和保护只有在有效的司法救济可以实现时才能得到保障，而实现有效司法救济的前提就是当事人的请求能够受到管辖、获得裁判。随着国际经济的发展，违法行为的不良影响也会随着当事人的移民或跨境旅游等行为而在不同的国家传递开来，管辖权范围也应当与之相匹配。因此，在我国设置必要管辖制度具有重大的意义。

（一）防止拒绝管辖，避免消极冲突

国际民事诉讼法中，管辖权的冲突通常有两种形式：一种是同一案件数个国家或法域的司法机关争相行使管辖权的积极冲突；一种是同一案件任何国家或法域均不行使管辖权的消极冲突。其中，拒绝行使管辖权就是形成消极冲突的主要原因，它妨碍当事人通过司法途径维护自身权利，损害了自由诉权。而该项权利不仅仅是国际人权法的重要内容，更是由各国法律法规甚至是宪法明文保障的。必要管辖制度在受诉法院缺乏管辖权，也没有其它有法定资格的法院能够受理案件的有限案件中，赋予法院以管辖权，"当没有其它途径实现正义时，允许程序进行"。设置必要管辖制度恰能够填补我国法律在管辖权消极冲突规定上的空白，在当事人投诉无门的绝望境地中，开启了一扇寻求正义的大门，同时可以起到兜底条款的作用，在人权保护方面意义重大。

（二）顺应逐渐增长的国际共识

当前国际社会中，许多国家尤其是欧洲国家，对于必要管辖保障原告实现诉权的重要性，各国之间有一个逐渐增长的国际共识。有学者提出，必要管辖是"自治背景下的管辖"[③]，在一些欧盟成员国采纳必要管辖制度的立法听证过程中，立法者表明采纳该理论是基于《欧洲人权公约》的第 6 条第 1 款，当有了共同的理论渊源，必要管辖制度就能够获得该公约成员国广泛的接受。在各国实践中，采纳必要管辖制度的国家总体上都采取了相同的适用该制度的方式：都要求与本国法院的一定联系，都要求诉讼程序不能合理地或者无法在外国法院启动或进行等。而随着越来越多的国家采纳该制度，实施必要管辖可能违反国际礼让（避免通过不断将第三国的国民诉诸法庭，从而触怒第三国）的可能性也是很小的。

---

① 参见：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年 8 月第 1 版，第 113 页。

② 参见韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社 2003 年第 1 版，第 462 页。

③ See Nuyst, comparative study of residual jurisdiction in the 27 European Union member states, 2007.

由于在本国法院审理外国案件本可能由于司法主权等因素，一定程度地违反国际礼让，但必要管辖并不会使一国法院管辖权不合理地扩大。在必要管辖制度逐渐被各国认可的情况下，它将上升为一项一般国际法规则，从而没有必要被各国无差别地统一接受。容许适当差别的必要管辖制度，将更加激发各国采纳之的国际共识。

（三）保护我国海外侨民合法权益

早在 2011 年，我国国务院侨务办公室首次较为明确地统计出全球华侨华人总数约为 5000 万人。[①]近百年来，全球华侨华人总数显著增长，在发达国家修改移民政策和我国改革开放的双重推力之下，我国持续出现较大规模的海外移民潮，并成为国际移民大潮的重要组成部分。在此背景下，保护我国海外侨民的合法权益，就显得格外重要。根据我们的认知，当一个住所地在国外的外国籍原告到一国法院起诉一个发生在该国领土之外的，且被告住所地不在该国的行为，法院往往因为没有管辖权而不予受理。这种情况的存在，有可能在特定情况下造成当事人的权利救济得不到保障。必要管辖制度的设置，在我国海外侨民在他国得不到有效司法救济时，可以在逐渐全球化的法律体系中为我国当事人提供保护，保护我国海外侨民合法权益。

三、必要管辖在国际民事诉讼中的适用

如前所述，许多外国法院系统已经实施了某种形式的必要管辖，使得原本因为管辖规则无法将案件诉诸法院的当事人，有途径使本国法院拥有管辖权。通过研究必要管辖制度在主要国家的适用，我们可以寻找共同点，从而指导我国法院在适用必要管辖时设定准确的标准。

（一）欧盟的适用

1. 扶养义务中的必要管辖

欧盟在众多法律文件中，都明文规定了必要管辖规则，且对于必要管辖的表述已趋于一致性。例如《欧盟理事会第 4/2009 号条例》，是一个关于婚姻事务和家庭责任的判决承认与执行的欧盟规则，包含了明确的必要管辖条款，该条款规定“当没有成员国法院享有管辖权……如果诉讼程序不能合理地或者无法在与案件有密切联系的第三国启动或者进行，那么作为例外，成员国的法院可以行使管辖权。” 颁布扶养规则是用来促进欧盟范围内的人员自由流动和跨境事务中的司法合作，在扶养规则中加入必要管辖条款，对于填补婚姻审判规则中同性伴侣没有适格法院判决离婚这样潜在的漏洞很有必要。

2. 欧盟管辖权、商事判决承认和执行的规则中的必要管辖

欧洲委员会也严肃地考虑将必要管辖条款加入欧洲议会和理事会关于管辖权、商事判决承认和执行的规则议案。这项规则是欧盟成员国关于民商事争议管辖权的规则。根据条文的规定，在满足以下条件后，授予缺乏管辖权的成员国法院以管辖权，即（1）迫切需要公平审判或实现正义；（2）争议与法院有充分联系。

欧洲委员会提出，在决定是否行使管辖权时，国际礼让应该是一个被考虑的因素。然而，他们过分地强调“在确保实现正义和保障国际礼节中保持平衡”的需要了。[②]这体现了国际法中法律问题和政治问题之间的利益权衡。必要管辖条款可以用来在没有其它法院可以管辖时，确保当事人实现正义。如果不存在其它管辖法院，或者原告不能将案件诉诸第三国法院时，行使必要管辖不应该被认为是违反国际礼节，因为适用必要管辖的前提是第三国拒绝管辖或不能实现案件的公平审判。

[①] 参见网易新闻，《约 5000 万：全球华侨华人总数首次得出较明确统计数字》，http://news.163.com/11/1130/17/7K4H4UIF00014JB5.html，2018 年 6 月 23 日访问。

[②] See Redfield, Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45, Issue 3 (2014), pp.908.

结合欧盟必要管辖的渊源和适用，可以将欧盟必要管辖适用条件概括如下：（1）成员国的法院均无管辖权、或拒绝管辖、或没有任何成员国法院可以行使管辖权；（2）诉讼程序不能合理地或者无法在与案件有密切联系的第三国启动或进行；（3）案件必须与受诉法院所属的成员国有充分联系。

（二）国内的适用

在管辖权规则中，欧盟允许国内法院扩大它们的管辖权范围，以适应寻求司法救济的当事人。然而，欧盟并不是适用必要管辖的唯一根源。许多国家，包括法国、荷兰、加拿大都实施了必要管辖，并且不要求原告是法院地的公民。法国和荷兰作为实施必要管辖的典范，代表了判例法和成文法国家。讨论加拿大是因为它近些年才加入必要管辖的队列，对我国适用必要管辖制度可以起到一定的参照作用。

1. 法国必要管辖的适用

法国适用必要管辖是通过判例法发展起来的，理论依据是禁止“拒绝实施管辖权”。然而，为了确保法国不会成为每一个得不到司法救济的当事人寻求的“最终救济手段”，而对法国法院形成大量的讼累，法国提出两个条件：（1）原告必须证明不可能将案件诉诸外国法院；且（2）案件必须与法国法院有一定联系。

尽管大多数国家行使必要管辖都提出了这两项要求，然而，它们在不可能性（impossibility）满足的条件上略有不同。在法国，不可能性可以基于事实（事实不能），也可以基于法律（法律不能）。例如，事实不能可能存在于，原告表示他如果回到国籍国将受到来自法外的严重威胁。或者即使这些事实没有显现，如果原告表示外国法院已经规定对此案件没有管辖权，那么原告就可以基于法律不能而要求法国法院管辖。如果外国法院规定，此类案件仅仅是因为不符合受理条件的，或背离事实真相，而被拒绝管辖，那么就不能因此而认为该国法院违背正义拒绝管辖，法国法院认为在此情况下实施必要管辖将是不合适的。

2. 荷兰必要管辖的适用

荷兰适用必要管辖是基于其《荷兰民事诉讼法典》第9条b项，该条规定荷兰法院在荷兰之外无法进行诉讼程序时可以行使管辖权，并要求（1）案件存在与荷兰的关联，（2）不可能期待原告将案件诉诸外国法院。荷兰必要管辖法规的理论依据是保障人权原则，尤其是保障《欧洲人权公约》所记载的公正审判权和能将案件诉诸法院的权利。

尽管荷兰对于必要管辖的要求和法国相似，荷兰对于事实不能和法律不能，有着与法国不同的表述。荷兰表示，事实不能包括超过本国控制的情况，比如洪水和战争；法律不能包括由于种族或宗教问题而不能诉诸法庭。荷兰通过增加“如果不能期待与荷兰有充分联系的原告将案件诉诸其他国家，荷兰法院就有权管辖”这一项，使其管辖权范围超过了法国。

更令人惊讶的是，荷兰将其必要管辖条款解释为，即使存在没有与法院有充分联系的案件，如果拒绝行使管辖权将导致违背正义，荷兰法院可以接受管辖。基于此，行使必要管辖的目标似乎也就是：防止违背正义，在荷兰司法实践中是高于一切的原则。然而，如果原告仅仅是为了避免在另一个收取较高诉讼费的法院诉讼，荷兰法院拒绝适用必要管辖。由此可以看出，荷兰必要管辖权的实施是高度自由的。

3. 加拿大必要管辖的适用

加拿大必要管辖的适用表明了适用必要管辖在加拿大的萌芽，或者至少是接受必要管辖制度。例如，在不列颠哥伦比亚省，尽管缺乏属地管辖权，该省也允许适用管辖权：“（1）原告在不列颠哥伦比亚省之外没有法院可以启动诉讼程序，或者（2）不能合理地要求原告在不列颠哥伦比亚省之外启动诉讼。”关于该条款有趣的是，它没有包含原告要与不列颠哥伦比亚省有充分联系的要求。

在 *Van Breda v. Village Resorts Ltd.*案中，两名安大略省居民在古巴旅游区被杀，安大略省上诉法院将必要管辖认定为安大略省法律的一部分。上诉法院提到，“对于实现正义的高于一切的关注，激发了适用管辖权的设想，尽管案件与法院没有充分的联系，也应该承认与实现正义相适应的法院行使管辖权的必要性。”尽管该案中的原告都是加拿大公民，但这并不否认上诉法院关于必要管辖的措辞。[①]

由此可以将加拿大必要管辖的适用条件概括为：（1）原告在本省法院之外没有法院可以启动诉讼程序；（2）不能合理地要求原告在本省法院之外启动诉讼程序。

四、适用必要管辖的主要争议和解决

一项制度的引入，必然会引发站在不同角度的学者或法律工作者的争论，学术理论的进步本就需要百家争鸣。因此，笔者预测了关于必要管辖的以下几个主要争议，并提出相应的解决方法，为必要管辖制度的引入，开辟一条合理的道路。

第一，它会不利地增加国内的讼累，使法院对膨胀的诉讼案件不堪重负。适用必要管辖将增加法院讼累，因为它在一定程度上扩大了我国法院的管辖权，使我国法院有权受理本应不予受理的涉外案件。尽管案件数量增加是不可避免的，但是这种增加可能通过对必要管辖制度制定严格且合适的适用条件，给原告设置更高的负担，限定必要管辖适用范围，从而使问题得到实质性的缓和。通过反思其他国家如何确定合适的条件，法院可以限制这些不利影响，防止必要管辖的滥用。即使案件增加，拒绝行使管辖权可能对我国当事人造成的无法获得司法救济的不利后果，已经超过了案件增加带来的损害。

第二，如果我国法院向不相关的当事人开放，将会增加选择法院的动机。挑选法院（Forum shopping），主要指在国际民事诉讼中，当事人选择一个最有利的国家或法院去提起诉讼的行为。[②]对此，必要管辖仅仅在当事人不能将案件诉诸法院时或不可能期待其到国外法院起诉时才能够被援用，也就是说适用必要管辖的前提是当事人“别无选择”，这从源头上杜绝了挑选法院的行为。虽然当事人为了在我国诉讼可能得到更有利的判决，制造“别无选择”的假象，原告需要承担举证责任表明，其他法院不予管辖，或者期待他到国外起诉是不能接受的。举证责任给原告增加了一定负担，并要承担与之相对应的不利后果，从一定程度上限制了居心不良的当事人，适用必要管辖从而挑选法院。

第三，适用必要管辖将鼓励其他国家将我国公民诉诸外国法院。由于必要管辖制度在国际社会逐渐得到接受和认可，我国若要引入必要管辖制度，也应当顺应设立必要管辖的目标，积极地行使国际权利、履行国际义务，这是我国应当具备的大国风范。必要管辖制度仅仅适用于国际民商事行为，并不像在外国提起刑事诉讼一样具有可怕的后果。该项制度的设立不仅保护我国海外侨民的合法权益，也对我国公民起到了一定程度的威慑作用，即不论身处何地，都应当遵守我国和当地的法律规定，出境不代表进入法外空间，应当严格约束自己的行为，否则同样会受到法律的制裁。

第四，即使必要管辖制度得到通过，有利的判决有可能不能得到承认和执行。该观点具有一定的法律依据，但是它不能使适用必要管辖的益处黯然失色。实施任何一项法律制度并不是没有困难的，必要管辖制度也是如此。国际社会已经通过起草《海牙民商事案件外国判决的承认与执行公约》，以寻求解决实施此种管辖权问题的方案。如果在全球范围内，这类管辖权行使的数量增加，那么将会促进更多国家签署判决承认与执行公约。

五、适用必要管辖的条件

[①] See Redfield, Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45, Issue 3 (2014), pp.914.

[②] 布莱恩·加纳主编：《布莱克法律词典》，汤姆森出版集团 2004 年第 8 版，第 681 页。

允许行使必要管辖对于实现正义和相关基本权利是很有必要的。但与此同时，也应该严格限制适用必要管辖的条件，从而防止我国管辖权范围不当扩张，杜绝必要管辖的滥用。

因此，笔者认为适用必要管辖的条件应概括为以下几点：（1） 原告是在我国有惯常居所的外国人；（2）受诉的行为构成极为恶劣的国际侵权行为；（3）被告居住于我国或与我国有充分联系；（4）任何其他国家的法院均无管辖权或拒绝管辖；（5）诉讼程序不能合理地或无法在与案件有密切联系的第三国启动或进行；（6）案件必须与我国有充分联系。

第一个条件，限制了原告的适格条件，通过要求原告在我国有惯常居所，限制了仅仅为提起诉讼暂时到我国的外国原告。第二个条件，限制了违法行为的类型，即行为必须是极为恶劣的国际侵权行为，从而限定了只有那些造成极大损害的国际侵权行为，才被允许适用必要管辖，仍然为法院提供了一定的自由空间和自由裁量权。确保了只允许那些如果不进行管辖，可能会导致不正义甚至侵害人权的原告提起诉讼，减轻了可能来自于国际社会的舆论压力。第三个条件，限定了被告的条件，被告居住于我国或与我有充分联系，利于在我国境内有可供执行的财产，可以防止法院作出的判决最后得不到有效的执行，失去司法救济的实际效果。第四和第五个条件，均是关于不可能性的限定，第四条限定为法律不能，第五条限定为事实不能，两者相结合造成案件没有法院可以管辖的结果，这是实施必要管辖的根本原因之所在。第六个条件，是关于案件与我国法院的充分联系，充分的联系是非常重要的，它可以避免挑选法院，也可以防止必要管辖的滥用，侵害他国司法主权，还能够防止案件爆发性增长，增加我国司法机关的讼累，为我国法院行使管辖权提供了事实依据。

法院在实际实施必要管辖时，还应该考虑其他国家如何限制必要管辖的适用。例如，根据法国的规定，如果外国法院根据本国法律依据正当合法地不予行使管辖权，法院没有必要因此而得出违背正义的结论。此外，正如荷兰所提出的，如果不可能的因素仅仅是原告没有足够的资金在其他国家提起诉讼，那么这将不满足实施必要管辖的条件，法院应当严格审查此类案件是否符合适用必要管辖的条件。

随着我国涉外民商事交往的日益频繁，国际民商事诉讼也将会越来越多，涉及到需要适用必要管辖制度的问题也在所难免。当越来越多的国家规定且适用了必要管辖，而我国尚无明确规定，将会使我国公民限于被动的不利之地。因此，笔者认为，我国也应当尽快采取相应的立法措施规定必要管辖制度，为我国未来积极应对国际民事诉讼，防止管辖权的消极冲突，保护我国公民合法权益，提供一条应对之策。

16.中国国际民事管辖权的立法体例：理论与实践

向在胜*

摘　要二战之后，国际民事管辖权在立法体例上逐渐形成一元论体例与二元论体例双足鼎立的局面。一元论体例主张通过援引国内地域管辖权规则来解决国际民事管辖权问题，其法理依据在于类推适用（准用）。但基于一元论体例的形式主义特点，为确保国际民事管辖权实质正义之实现，需要为其配备校正机制。鉴于一元论体例拥有充分的法理依据，其完全可以成为我国国际民事管辖权立法体例的未来选项。我国未来如继续采用一元论体例，则必须重视该体例的校正机制配置工作。

* 向在胜，中南财经政法大学法学院教授。

关键词 国际民事管辖权；立法体例；类推适用

引言

历史上，国际私法与邻近法律部门如民法或民事诉讼法的密切联系一直以来对其立法体例都有重大影响。比如，法律适用法便面临是否被置入民法典的疑问。①而对于国际民事管辖权，在立法上也存在如何处理其与国内地域管辖权的关系的问题。以对两种管辖权之同或不同的强调为标准，在比较法上可将国际民事管辖权的立法体例大分为一元论和二元论两种体例。[1](P. 19)一元论体例强调两种管辖权之同，认为二者应共享一套规范体系，或者更准确地说，在该体例下，国际民事管辖权依附于国内地域管辖权，国际民事管辖权通过援引国内地域管辖权规则予以确定。②二元论体例则强调两种管辖权之别，认为国际民事管辖权应独立于国内地域管辖权，二者各有一套规则体系，两套规则体系彼此独立、各司其职。二战后，法国与德国率先于上世纪五六十年代在欧洲大陆确立一元论体例。瑞士 1987 年国际私法法规是一个分界点。③该法的出台在大陆法系国家结束了一元论体例一家独大的局面，同时宣告了二元论体例的崛起。当下俨然是两种立法体例分庭抗礼的时代。④

我国目前的国际民事管辖权立法体例显然属于一元论体例。我国关于国际民事管辖权的规定主要集中于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”或“民诉法”）第 265 条和第 266 条，分别涉及涉外合同或其他财产权益纠纷管辖权和三类投资合同的专属管辖权。此外，最高人民法院 2015 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民事诉讼法司法解释》”）也有约 7 个条文（第 13 条至第 17 条以及第 531 条、第 532 条），分别涉及涉外离婚诉讼管辖权、协议管辖权以及不方便法院原则等。上述规定显然不足以构成一套系统的国际民事管辖权规范体系。《民事诉讼法》第 259 条规定：“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编（即第四编——笔者注）规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。”因而对于前述 9 个条文没有涉及的绝大部分国际民事管辖权问题，人民法院原则上应根据《民事诉讼法》第 259 条的规定，通过援引该法第一编第二章有关国内地域管辖权的规定予以解决。前述 9 条国际民事管辖权规则在本质上属于一元论体例框架下的补充性规定。

一元论体例在我国的践行目前正面临理论与实践双重困境。在理论层面，一元论体例在我国学界遭遇颇多质疑。⑤概括而言，学界对一元论体例的质疑主要针对以下两个问题：

---

① 参见宋晓：《国际私法与民法典的分与合》，载《法学研究》2017 年第 1 期，第 175-195 页。

② 正因为如此，也有学者提出以国际民事管辖权制度相对于国内地域管辖权制度的依附性或独立性作为划分国际民事管辖权立法体例的标准。参见 José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, Curso de derecho internacional privado, Civitas, 1993, pp. 249-250.

③ 瑞士 1987 年《国际私法法规》因其将国际民事管辖权、法律适用以及判决的承认与执行这三个国际私法中密切相关的问题规定在一个单一立法中而在国际私法立法史上占有一席之地。

④ 据笔者针对 48 个国家所作的调查，其中采一元论体例者为 20 个国家，采二元论体例者为 28 个国家。本调查主要针对拥有成文法传统的国家或地区作出，并基于获得立法资料难易程度的考量而将调查对象主要圈定在欧洲国家、美洲国家以及部分亚洲国家。需说明的是，对于欧盟成员国，本调查针对的是该国国内法中有关国际民事管辖权的规范体系。根据本调查，采一元论立法体例的 20 个国家或地区为：德国、奥地利、法国、卢森堡、葡萄牙、丹麦、芬兰、瑞典、希腊、苏格兰、捷克、拉脱维亚、立陶宛、爱沙尼亚、波兰、土耳其、塞浦路斯、乌拉圭、韩国以及中国；采二元论体例的 28 个国家或地区为：瑞士、荷兰、意大利、比利时、西班牙、挪威、马耳他、保加利亚、匈牙利、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、俄罗斯、白俄罗斯、格鲁吉亚、马其顿、黑山、加拿大魁北克省、巴西、阿根廷、秘鲁、智利、巴拿马、哥伦比亚、哥斯达黎加、委内瑞拉、日本以及哈萨克斯坦。需说明的是，根据乌拉圭 1994 年《民法典》第 2401 条，该国确定国际民事管辖权的基本规则是平行原则，即由其法律为案件准据法的国家的法院行使国际民事管辖权。换言之，该国通过援引冲突规则而不是国内地域管辖权规则来解决国际民事管辖权问题。鉴于其没有为国际民事管辖权规定一套独立规范体系，因而笔者将乌拉圭归为采一元论体例的国家。

⑤ 关于学界对一元论体例的质疑，可参见李旺：“国际民事裁判管辖权制度析——兼论 2012 年修改的〈民事诉讼法〉关于涉外民事案件管辖权的规定”，载《国际法研究》2014 年第 1 期。

其一，一元论体例在法理上何以成立？其二，鉴于两种管辖权之间的差异，一元论体例在运行中何以确保管辖权确定结果的合理性？一元论体例在我国面临的实践困境则主要体现在，在我国当下已然践行一元论体例的现实背景下，立法与司法实务部门针对一元论体例的法律原理与运行规律存在把握不准甚至认知错误的情况，并进而导致立法层面对一元论体例规范立场游移不定且校正机制配置差强人意，以及司法层面管辖依据援引混乱以及校正意识不强等各种实践误区。基于以上，本文拟首先从一元论体例的法理依据及校正机制两个角度探讨一元论体例的正当性问题，然后在此基础上分析一元论体例在我国的实践误区，并就一元论体例在我国的未来出路提出个人见解。

一、一元论体例的法理依据：类推适用

为判断一元论体例的正当性，首先有必要考察该体例生成的历史背景，以探寻以国内地域管辖权规则确定国际民事管辖权所依据的法律原理或法律方法，并在此基础上考察一元论体例在法理上能否成立。

（一）一元论体例的生成逻辑：规整漏洞之填补

历史上，与邻近法律部门相比，国际民事管辖权的立法与司法实践相对滞后。在德意志帝国时期，由于国际民事管辖权问题尚不多见，帝国最高法院没有严格区分国内地域管辖权与国际民事管辖权，以民事诉讼法中的管辖权规则作为国际民事管辖权的法则供给来源被认为理所当然。德国民法典于 1900 年施行后，对民法典及其他法典的阐释成为焦点，国际民事管辖权几被遗忘。而从第一次世界大战到 1950 年代，德国经历了激烈的社会动荡：通货膨胀、政治动乱、第三帝国崛起、第二次世界大战以及盟军占领等，在此背景下人们更是无暇关注国际民事管辖权。[2](P. 143)因而，当德国联邦最高法院在 1965 年对两种管辖权作出明确区分时，国际民事管辖权的法则供给问题便成为问题。在法国，判例法曾以 1804 年民法典第 14 条和第 15 条为基础形成了以拒绝受理外国人之间纠纷为核心的国际民事管辖权体系。[3](P. 357)但这套管辖权体系在实践中逐渐呈现出诸多弊端，既不利于保护法国公共利益，①同时也因涉嫌司法拒否而构成对外国当事人司法救济权的歧视，②因而法国最高法院于 1962 年正式废除前述判例法管辖权体系，并导致民法典第 14 条和第 15 条的边缘化。[3](P. 357)由此，国际民事管辖权的规则供给问题在法国亦得以突显。

因此，当二战后国际民商事交往的快速发展呼吁构建国际民事管辖权体系时，国际民事管辖权在前期立法储备的严重不足导致国际民事管辖权规则供给的系统性缺失，由此一种被学界称为“规整漏洞”的法律漏洞便产生了。[4](P. 251) [5](P. 173)鉴于立法者对国际民事管辖权立法的时代需求不能及时回应，而基于“禁止法官在法律上沉默”原则，司法者不得不历史地担负起解决国际民事管辖权规则供给的重任，他们只好沿循一条经验主义道路，将目光落在已然存在且将其适用于国际民事管辖权亦较为可行的国内地域管辖权规则上。

一元论体例确立后，德国和日本学者先后提出二重职能说、拟推知说等理论以对该制度进行阐释。但二重职能说过于理想主义，认为德国民诉法管辖权规则在1877年制定时即已拥有同时确定两种管辖权的二重职能，并进而否定德国国际民事管辖权存在规整漏洞。[6](S. 211)但二重职能说既曲解了立法者原意，③同时也与德国联邦最高法院1965年确立一元论体例

① 如对于外国当事人之间围绕位于法国的不动产的纠纷，根据当时的管辖权体系法国法院无管辖权，从而使得法国法的适用无法得到保证。

② 20 世纪初，裁判拒否理论逐步流行。根据该理论，当滞留于本国的外国人遭受不法侵害时，各国有义务为其提供法律救济。参见[日]湯山智之「国際法における「裁判拒否」の概念」立命館法學 6 号（2013）541 頁。

③ 我们虽不能否认德国立法者在 1877 年立法时已考虑涉外案件情形，但同时需指出的是，立法者考虑涉外案件情形只是为了解决因案件（可能）涉外导致的被告在德国没有住所时如何解决国内地域管辖的问题。

时的立场有所抵牾。[①]在日本，拟推知说根据日本法院对某一涉外民事案件拥有地域管辖权的事实而推定日本作为整体对该案亦拥有国际民事管辖权。在管辖权判断程序上明显的逆向思维特点决定了拟推知说系以设证推论为依据解释一元论体例。但设证推论在本质上是一种非演绎推论，只能导出或然性结论，[②]而且直接以国内地域管辖权的“有无”来断定国际民事管辖权的有无亦回避了国际民事管辖权的规则供给问题。

从前文对一元论体例形成历史的考察可知，司法者确立一元论体例时并没有考虑太多诸如两种管辖权的逻辑先后等理论问题，而只是立基于其在实践经验基础上建立起来的一项确信——涉外民事案件与国内民事案件具有同质性。正如巴迪福在考察法国法院确立一元论体例历史时所言：“如果说国际（民事）诉讼有别于国内（民事）诉讼，这只是因为其在属人和属地方面含有一些涉外因素，但确认亲子关系诉讼的目的总是相同的，不论其是在罗马尼亚人之间还是在法国人之间提起。”[7](P. 754)既然出发点是两类民事案件的同质性，由此不难推知，司法者援引国内地域管辖权规则的初衷只是希望通过类推适用来解决国际民事管辖权的规则供给。在大陆法系，类推适用的功能主要在于填补法律漏洞。[8](P. 168)以类推适用解释一元论体例，不仅有法德司法实践的支撑，同时亦完全符合国际民事管辖权二战后阶段性发展的历史逻辑——规整漏洞之填补。

（二）一元论体例下类推适用的证成

类推适用成立的前提在于两种案型的相似性。在拉伦茨看来，两种案型的相似意味着二者既非根本相同，但也不能绝对不同，二者只是恰好在构成要件方面——与法律评价有关的重要观点上——彼此相类，因而应作相同评价。而要判断两种案型在构成要件方面或在法律评价核心要素方面是否具有相似性，归根结底要回归到两种案型是否共享法律规整目标。[4](P. 258)前述法德司法者视野中调整对象的同质性并不足以保证两种管辖权一定共享法律规整目标，因为即使调整对象具有同质性，但如果两种管辖权性质不同，或者即使性质相同但不共享相关法律价值，则也很难想象二者能够基于相同原理选择管辖依据从而保证类推适用成立。因此，考察一元论体例下类推适用能否成立，关键是看两种管辖权是否拥有相同性质并共享法律价值。

就国内地域管辖权而言，顾名思义，其在性质上属地域管辖权，解决的是如何将纠纷在分布于不同区域的相同性质法院之间进行分配的问题。国内地域管辖权在品格上秉持两项私法价值：第一，当事人便宜和公平公正；第二，促进司法运行效率以更好维护当事人权益。[3](P. 353) [9](P. 206-209) [10](P. 80) [11](P.700)国内地域管辖权的性质与品格决定了其如下法律规整目标：依据诉讼与法院地的实际联系来判断空间上解决纠纷最为适当之法院。

对国际民事管辖权的性质，大陆法系国家一直有事项管辖权说与地域管辖权说两种观点。[③]由于认为其功能在于决定空间上最为适当之法院，德国与日本学者认为国际民事管辖权在性质上属地域管辖权，对此定性两国学界几无异议。[12](P. 43-44) [13](S. 1049) [14]但在法国，以巴丹为首的部分学者却认为，国际民事管辖权是就一组特定纠纷（国际民事纠纷）在两组不同性质管辖权体系之间（法国管辖权与外国管辖权）进行分配，因而在性质上属事项管辖权。[15](P. 310-311)如果事项管辖权说成立，则国际民事管辖权将很难与国内地域管辖权共享法律规整目标。但问题在于，事项管辖权旨在将不同性质法律纠纷疏导至不同法院体系，

[①] 德国联邦最高法院在其 1965 年裁判中指出：“对于国际民事管辖权，……（民事诉讼法）没有明确并直接地予以规定，因而对该问题只能间接地通过默示援引第 12 条之后的管辖权规则予以解决。”

[②] 关于对设证推论的定性可参见郑永流著：《法律方法论阶梯（第三版）》，北京大学出版社 2015 年版，第 60 页。事实上，案件事实涵摄于一国国内地域管辖权规则而使该国“拥有”地域管辖权，既可能发生于该国拥有国际民事管辖权的场合，也完全可能发生于该国不拥有国际民事管辖权的场合。

[③] 大陆法系国家在国内诉讼法层面通常区分事项管辖权与地域管辖权。事项管辖源于现代国家法院体系的专业化分工，旨在将不同性质纠纷疏导至不同专业法院体系，因而此种基于法院审理资质而确立的管辖权具有公共秩序性质。

具有明显的公共秩序性质，因而从事项管辖权说将必然导出国际民事管辖权具有强制性的结论，但这一结论显然与我们有关国际民事管辖权的基本常识不符，因为除了以维护公共秩序为宗旨的专属管辖权外，国际民事管辖权原则上仅具有任意性质。因此，除了在法国与意大利等国有少数追随者外，事项管辖权说在世界范围内并没有得到普遍支持。国际民事管辖权本质上应属地域管辖权，因为其任务在于解决如下问题，即当一个国际民事纠纷产生后，当事人应到哪一国家或哪一法域提起诉讼，这在本质上是一个空间的选择或指引。从国际民事纠纷解决的角度看，国际民事管辖权与国内地域管辖权一起在不同层面解决管辖权的空间分配问题：前者解决管辖权在国家间的分配，后者则是在国际管辖权已经确定的前提下解决管辖权在法院地国内部的地域分配。

国际民事管辖权在品格上有威权型管辖权和权利型管辖权两种形态。威权型管辖权自中世纪即已出现于欧洲大陆，随后于19世纪下半叶至20世纪中期流行于英美法系国家。[16](P. 35) [2](P. 104)威权型管辖权在欧洲大陆主要以属人主权为基础。根据当时占据统治地位的自然裁判官理论，主权者对其臣民享有专属管辖权，任何臣民不得逃离其所属领地的司法主权。而在英美国家，威权型管辖权主要以属地主权为基础，强调一国主权权力对当事人的实际控制。无论是以属人主权为基础，还是以属地主权为基础，威权型管辖权都是从主权视角看待管辖权，将管辖权视为主权者的司法特权，而对于私人的公平正义则持漠视态度。[16](P. 33)显然，威权型管辖权很难与强调私法程序正义的国内地域管辖权共享法律规整目标。随着人类法治文明的进步，权利型管辖权逐步取代前者。权利型管辖权是法治国家的管辖权模型，以维护市民的自由和权利为己任。[17](S. 202)“司法服务应首先围绕当事人利益展开；即使是维护公共安全，也应该以承认和保护私权为前提。”[18](P. 723)因此，国际民事管辖权的功能不在于保护国家主权，而在于确保私法程序正义。[19](P. 379)二战以后，无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家，国际民事管辖权都经历了从威权型管辖权向权利型管辖权的明显转变，从而使得现代国际民事管辖权在品格上与国内地域管辖权取得一致。[20](P. 159) [2](P. 117-126)

由以上论述可知，现代国际民事管辖权在性质上属地域管辖权，同时追求与国内地域管辖权相同的程序法价值，这使得二者能够共享以下法律规整目标，即基于诉讼与法院地（国）的密切联系来确定空间上解决纠纷最为适当之法院。调整对象的同质性与法律规整目标的共通性决定了二者在从法律关系诸要素（如被告住所地以及合同履行地、侵权行为地等）中选择管辖依据时很大程度上能够作出相同选择，从而使类推适用成为可能。

另外，前已论及，一元论体例的生成逻辑在于填补国际民事管辖权之规整漏洞。但值得注意的是，在进入 21 世纪后仍有国家通过成文立法确立一元论体例。如爱沙尼亚和芬兰先后于 2006 年与 2009 年在新法或修法中规定了一元论体例。[①]此外，德国 2009 年《关于家事与非讼程序法》第 105 条亦规定，在继承和其他家事与非讼程序中依国内地域管辖权规则解决国际民事管辖权问题。显然，如果我们将视野放得更为长远，则不难发现，如果说战后一元论体例首先是作为司法者用以填补法律漏洞的权宜之计出现，但在上世纪八十年代后，随着国际民事管辖权在立法司法实践以及理论储备方面有了深厚积累，并进而推动二元论体例的强势崛起，应该说一元论体例的历史使命似已完成，但在此背景下，有相当数量国家继续坚持一元论体例，此时与其说各国践行一元论体例是为了填补法律漏洞，毋宁说其完全是立法者在认同该体例符合同案同判正义原则[②]基础上的有意为之。

二、一元论体例的校正机制：管辖权实质正义之确保

[①] 分别参见爱沙尼亚 2006 年《民事诉讼法典》第 70 条第 2 款以及芬兰 2009 年《司法程序法典》第 10 章第 25 条第 1 款。

[②] 拉伦茨即认为，类推适用的正当性来自同案同判的正义命令。参见拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 268 页。在英美法系，作为普通法核心精神的先例原则，其要义同样是同案同判。参见[美]史蒂文·J·伯顿著：《法律与法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 31 页。

类推适用的正当性来自同案同判之正义命令。但同案同判系以形式正义为逻辑起点，这意味着一元论体例构建国际民事管辖权规范体系采取的是一种形式主义进路。①一元论体例在逻辑起点上即忽略了两种管辖权之间的区别。虽然都以私法程序正义为价值取向，但事实上两种管辖权在规则设计的前提假设方面亦有明显不同。国内地域管辖权以下述假设为基础：在国内民事诉讼中，正义只有一个，裁判结果在理论上不会随受理法院不同而不同。现代交通工具的发展、口头辩论原则向书面辩论原则的让步以及科学技术在证据领域的广泛应用，进一步使国内地域管辖权对当事人便利和诉讼效率等私法程序正义不再特别敏感。[9](P. 206)而国际民事管辖权则不得不关注以下事实：在国际民事诉讼中，不同国家法院行使管辖权将意味着适用不同冲突规则和准据法，并进而导致不同的审理结果。在不同国家诉讼还意味着当事人要承受不同语言文化以及时空距离带来的诉讼成本飙升。[21](P. 4)另外，从现代政治传统视角看，一国亦只有在诉讼与其有足够关联而使其投入司法资源值得时才会为当事人提供私权保护。②因此，虽然原则上都以诉讼与法院地（国）的密切联系为管辖权确定依据，但两种管辖权面临的不同逻辑决定了国际民事管辖权对于此种密切联系的要求明显高于国内地域管辖权。③此外，国际民事管辖权调整对象的国际性还意味着国家主权的介入。④

基于两种管辖权之不同，各国实践中都会为一元论体例配备相应校正机制，以使司法者在参照国内地域管辖权规则时能够融入国际民事管辖权之特殊考量，从而确保国际民事管辖权实质正义的实现。由于一元论体例在实践中对国内地域管辖权规则的类推适用多通过法律授权确立，⑤因而此种类推适用在本质上已构成准用，因而以下主要从准用的视角讨论一元论体例的校正机制。具体而言，在一元论体例框架下，校正机制的配备需要解决以下两个问题：首先是准用的失灵，即在某些情形下两种管辖权体系之间的差异如此巨大以致无法通过准用机制解决国际民事管辖权问题；其次是准用的修正，即在准用机制能够发挥作用的限度内，基于两种管辖权之“小异”，需对国内地域管辖权规则进行修正以提高针对国际民事管辖权的规则供给质量。

（一）准用失灵机制

在一元论体例框架下，主要存在价值定位偏差导致的准用失灵和管辖依据不对称导致的准用失灵等两种情况。价值定位偏差导致的准用失灵通常发生于专属管辖权领域。专属管辖权在国内地域管辖和国际民事管辖中的价值定位不完全相同，前者强调集中管辖以保

---

① 从各国实践看，一元论体例通常表现为对国内地域管辖权规范体系的概括准用，其立基于两种管辖权法律规整目标的一致性，而非建立在以对具体条文精确分析为基础的实质正义之上，这使得一元论体例的形式主义特点进一步得到强化。

② 根据西方政治哲学，公权力的行使旨在保护公共福利或人民安全，这意味着，一国行使国际民事管辖权只有在纠纷与该国所保护的社会之间拥有足够密切联系从而使解决该纠纷能够促进该社会公共福利（包括保护作为该社会之成员的个人的利益）时才为合法。参见 L. Usunier, La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Economica, 2008, pp. 178-179.

③ 国际民事管辖权对诉讼与法院地（国）的实际联系的要求更高的典型例子是法国最高法院对法国《新民事诉讼法》第 46 条相关特殊管辖权规则的校正。第 46 条中包含了合同履行地管辖权规则。作为国内地域管辖权规则，该条规定背后的政策在于，对于与合同履行有关的纠纷，合同履行地法院是就案件事实调查在空间上最合适的法院，因而也是审理案件的适当法院。但在国际民事诉讼中，在法国最高法院看来，这一立法政策却不足以支撑法国行使国际民事管辖权的利益。合同履行事实发生于法国，只能证明法国法院有义务就事实调查提供司法协助，但却不能据此证明法国法院有义务就案件实体纠纷作出裁判。前述观点也同样适用于该法第 46 条中规定的侵权行为地管辖权规则。法国最高法院校正的结果是，在法国，原则上只有在任何一方当事人的住所也同时位于法国的情况下，法国法院基于《新民事诉讼法》第 46 条行使国际民事管辖权方为适当。

④ 随着权利型管辖权逐步取代威权型管辖权，国家主权在当代国际民事管辖权的影响主要表现在专属管辖权领域。

⑤ 此种授权在各国多通过判例法获得，如法国与德国，但也有一些国家如爱沙尼亚、芬兰和希腊等通过成文立法予以规定。

证诉讼效率，后者则服务于本国公共秩序。[①]此种价值定位偏差使得专属管辖权在两种管辖权体系中的同步不能总是得到保证，从而出现在国内地域管辖权中要求专属管辖但在国际民事管辖权中却是任意管辖，或者反之。[②]另外，在国际家事法领域，国籍传统上是该领域的重要管辖依据。在当代，即使在当事人住所或惯常居所逐渐取代国籍成为该领域一般性管辖依据的情况下，国籍仍发挥一定作用。[③]考虑到国籍在国内地域管辖权中无用武之地，此种管辖依据的不对称自然亦可能导致准用失灵。[④]

对于准用失灵，各国通常会采取补充立法的方式予以应对。比如，鉴于国籍作为管辖依据在家事法领域的重要地位，德国2009年《家事事件与非讼事件程序法》第98条至第101条及第103条、第104条，即分别针对婚姻、亲子关系、血缘关系、收养、生活伴侣关系以及监护等事项制定了专门的国际管辖权规则。

此外，日本于2012年修订《民事诉讼法》前在判例法层面采用的特殊情势论也是典型的准用失灵机制。在日本最高法院于1981年马来西亚航空事件案中确认一元论体例后，为避免机械适用国内地域管辖规则所带来的不合理结果，日本下级法院经常会在日本行使管辖权明显不合理的情况下，依据日本法院行使管辖权存在违反当事者间公平以及裁判公正迅速之理念的“特殊情势”，而否定日本法院的管辖权。随着这一实践在下级法院不断积淀，日本最高法院最终在1998年正式承认这一作法，从而形成所谓“特殊情势论”。由此，在日本判例法层面，国际民事管辖权的判断最终由两个阶段组成：在第一阶段，运用国内地域管辖权规则考察日本是否拥有国际民事管辖权；如果答案是肯定的，则在第二阶段审查是否存在否定日本管辖权的“特殊情势”。如果说前述补充立法是基于国际民事管辖权特点就准用失灵进行事先判断并以立法方式固化的刚性失灵机制，特殊情势论则是一种立基于司法者自由裁量的后置弹性失灵机制。

（二）准用修正机制

从某种角度说，一元论体例是一种法解释机制，国内地域管辖权规则只是逻辑起点而非终点，司法者在每次准用国内地域管辖权规则时，都有一个依据两种管辖权规则在事实构成方面的相似性而将国内地域管辖权规则转化为国际民事管辖权规则的法解释过程。尤其是基于国际民事管辖权的特别政策考量，司法者在必要时需要运用目的解释法对国内管

[①] 在国际民事管辖权层面，专属管辖权所调整的事项通常都与法院地国社会经济政策密切相关，因而此种管辖权设计的目的，在于保证本国法律——作为直接适用法或基于具有保护公共利益性质的冲突规则的指引——的适用以维护本国社会经济秩序。参见[日]横溝大「国際専属管轄」名古屋大學法政論集 245 号（2012）132 頁，134 頁参照。

[②] 前一种情形如德国《民事诉讼法》原 606 条就婚姻事项在国内地域管辖权中出于集中管辖目的要求在纠纷所涉生活关系的重心所在地法院实行专属管辖权，但在国际民事管辖权层面，出于避免跛脚判决的目的却不要求专属管辖权。后一种情形如对于专利或德国国家责任案件，在国际民事管辖权层面德国法院拥有专属管辖权，但在国内地域管辖权层面原告却可以根据一般管辖权规则或特别管辖权规则选择管辖法院。在我国也有类似情况，如出于判决承认与执行的考量，有学者对将《民事诉讼法》第 33 条第 3 款关于遗产继承的专属管辖权规则准用于国际继承案件表示异议。参见刘仁山主编：《国际私法》，中国法制出版社 2012 年版，第 394 页。

[③] 如欧盟 2003 年《关于婚姻事项和父母责任之管辖权与判决承认与执行问题的条例》第 3 条以及瑞士 2017 年修订的《关于国际私法的联邦法》第 43 条、第 47 条、第 60 条以及第 67 条等。另外，日本法制审议会国际裁判管辖法制部会于 2015 年推出的《关于人事诉讼事件及家事事件的国际裁判管辖法制的中间试案》中，针对婚姻事项、财产分割、亲子关系以及收养关系等，也都建议双方当事人共同国籍作为管辖依据。

[④] 当然，在国际家事法领域，即使在采国籍为管辖依据的情况下，通过采用某些特殊立法技术也可以不使准用机制失灵。如在德国，根据《家事事件与非讼事件程序法》第 105 条规定，对于该法没有规定国际管辖权的其他家事事件和非讼事件，仍采准用机制。而对于继承案件，该法第 343 条有关继承之国内地域管辖权的第 3 款规定，在被继承人是德国人的情况下，由柏林舍嫩贝格（Schöneberg）地方法院行使管辖权。将该款规定准用于国际继承案件，即可以推导出国籍作为国际继承纠纷之管辖依据的结论。但很明显，此种情况下准用的实施需要以国内地域管辖权规则中事先规定国籍为前提，否则无法通过准用推导出国籍作为管辖依据的结论来。

辖权规则进行限缩或扩张解释，以推导出一个妥适的国际民事管辖权规则。[22](S. 95)正是在这个意义上，目的解释法是最为常见的准用修正机制。而且如前文所述，由于国际民事管辖权相对国内地域管辖权对诉讼与法院地（国）的联系程度要求更高，因而在对国内地域管辖权规则进行修正时限缩解释最为常见，但鉴于各国法律制度的差异性，实务中亦不乏扩张解释之情形。

对国内管辖权规则作限缩解释的典型例子是德国联邦最高法院对德国民事诉讼法第 23 条财产所在地管辖权规则的修正。从国内民事诉讼视角看，在被告于德国没有住所的前提下，赋予原告在被告财产所在地法院起诉的权利并无不妥。但如果将其适用于国际民事诉讼，则德国法院仅凭被告在德国拥有财产（且该项财产与纠纷无关）即可行使管辖权，则明显构成过度管辖。为此，德国联邦最高法院在 1991 年裁判中为第 23 条在国际民事诉讼中的适用添加了“内国关联性”要求，从而使得第 23 条作为一条国际管辖权规则在具体实施中已经非常接近美国法中要求管辖权接受正当程序审查并建立在合理联系之上的理念。

对国内管辖权规则作扩张解释的典型例子是法国最高法院对法国新民事诉讼法第 48 条协议管辖权规则的修正。协议管辖因为能够大大降低国际社会欠组织化所蕴含的不确定性等优点而于上世纪三十年代即在法国国际民事管辖权体系中得到首肯。但法国新民事诉讼法第 48 条的规定为协议管辖在国际民事诉讼中的地位带来了不确定性。根据这一规定，只有商人之间达成的管辖协议方为有效。作为国内地域管辖权规则，第 48 条的立法目的在于避免当事人滥用协议管辖侵犯弱者权益。但这一立法目的在国际民事诉讼层面不如在国内诉讼层面那样紧迫，且各国法制差异（如民商分立或民商合一）也使这一立法目标在国际民事诉讼中难以实现，加之将这一规定延伸适用于国际民事诉讼亦不利于协议管辖增加管辖权可预测性优势的发挥，[18](P. 649-651)因而法国最高法院最终对第 48 条作出扩张解释，一般性承认协议管辖在国际民事诉讼中的地位，当事人（商人）身份在国际民事诉讼层面不构成协议管辖的障碍。

除了前述目的解释法，日本的特殊情势论在某种程度上也是一种准用修正机制，因为其校正功能并不仅限于准用失灵情形，在准用机制能发挥作用但又不能导出妥适管辖权结果的场合，通过否定准用以避免不适当管辖权确定结果的发生，对准用机制的运行而言亦不失为一种修正。只是相对于目的解释法的积极有为，特殊情势论不过是一种消极修正机制而已。

三、一元论体例在我国的实践误区

针对学界的质疑，前文已经证明，一元论体例以类推适用为法理依据，在法理上完全站得住脚，而且通过校正机制的配置，在制度层面亦能确保辖权确定结果的合理性。但如果把视线转至一元论体例在我国的实践，则不难发现，我国立法与司法实务部门对一元论体例同样存在不少误解乃至错解，从而导致一元论在我国的实践出现诸多误区。

（一）立法层面的实践误区

一元论体例在我国立法层面的实践误区首先表现为立法者对一元论体例的规范立场游移不定。前文已经论及，一元论体例以类推适用为法理依据，其正当性基础为同案同判的形式正义。《民事诉讼法》在1991年出台时，立法者在第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”中没有规定系统的国际民事管辖权规则体系，说明立法者一定程度上认可一元论体例的科学性，并有意在此基础上利用准用制度解决国际民事管辖权问题。既然如此，则只要不存在准用失灵之情形，原则上就应通过准用国内地域管辖权规则来解决国际民事管辖权问题。换言之，在一元论体例框架下应尽量避免条文重复。但恰是在这个问题上，立法者表现出摇摆不定和反复无常。其摇摆不定主要表现在，在有关国际民事管辖权的数量极为稀少的条文中，与国内地域管辖权规则重叠的现象仍很突出。比如《民事诉讼法》第265条

就涉外合同纠纷和其他财产权益纠纷的管辖权规定中，即包含了合同履行地管辖权规则和侵权行为地管辖权规则等，这些规定与《民事诉讼法》第23条和第28条显然重叠。其反复无常则主要表现在，在2012年《民事诉讼法》已经将原第242条关于协议管辖的规定、原第243条关于应诉管辖的规定分别与原第25条（现第34条）及原第38条（现第127条）予以合并的情况下，2015年《民事诉讼法司法解释》第531条又重新就涉外协议管辖问题作了规定，从而又出现了与民诉法现第34条的重叠。在一元论体例规范立场上的游移不定，说明立法者对一元论体例的法律原理尚缺乏清醒认识。

立法层面的另一个实践误区表现为针对一元论体例的校正机制配置差强人意。前已论及，基于其形式主义进路，一元论体例在践行中必须配备相应校正机制以确保国际民事管辖权实质正义。从我国针对国际民事管辖权的相关补充性规定来看，立法者对此是有所认识的。比如《民事诉讼法司法解释》第 13 条至第 17 条关于涉外离婚（包括离婚引起的涉外财产分割）管辖权的规定，是典型的基于我国涉外离婚管辖现状而制定的补充性规定。另外，为保护我国作为投资东道国的利益，《民事诉讼法》第 266 条还就三类投资合同的专属管辖权作了规定。补充性规定是应对准用失灵的常用机制，但总体来看此类规定在我国现行法律体系中仍显不足，这一点在专属管辖权和保护性管辖权领域表现尤甚。[①]在我国，指导性案例也可以成为一元论体例的有效校正机制。基于其时效性特点，指导性案例作为一元论体例的校正机制原本具有独特优势，但遗憾的是最高人民法院对一元论体例的校正机制配置问题不够重视，迄今仅就涉外仲裁裁决执行管辖权问题发布了一个指导性案例，[②]从而使得指导性案例在此方面的优势并没有获得充分发挥。此外，类似于日本的特别情势论，不方便法院原则也可以成为我国一元论体例校正机制的选项。从不方便法院原则于 17 世纪在苏格兰的发端及随后在英格兰等地的发展与完善来看，其适用的要旨在于寻找一个能够赋予当事人平等救济手段并确保案件得到公正裁判的管辖法院，[23]因而不方便法院原则天然拥有作为一元论体例校正机制的优势。但《民事诉讼法司法解释》第 532 条关于不方便法院原则适用条件的界定及其在司法实践中的适用明显偏离了不方便法院原则之要旨，使该原则沦为片面保护我国当事人利益及维护我国法院管辖案件之便利性的工具。[23]我国原本拥有补充性立法（含司法解释）、指导性案例以及不方便法院原则等作为一元论体例之前置或后置校正机制的一众制度手段，但遗憾的是其实际配置效果实难令人满意。

（二）司法层面的实践误区

一元论体例在司法层面的实践误区首先是管辖依据援引混乱。这主要表现在，司法实务部门审理同一类涉外民事案件时援引的管辖依据不统一。比如在 2013 年“马某甲与马某乙、马某丙等遗嘱继承纠纷案”中，杭州市江干区人民法院基于遗产位于我国而援引《民

---

① 民诉法第 33 条关于专属管辖权的规定仅有三款，其中前两款关于不动产纠纷和港口作业纠纷的专属管辖权规定准用于涉外民事案件并没有问题，但第 3 款关于继承专属管辖权的规定准用于涉外继承案件显然并不合适。此外，对于国际民事诉讼中几种主要的专属管辖权依据，如有关专利权商标权确权争议的专属管辖权以及有关公司内部事务诉讼的专属管辖权等，也有必要予以补充规定。在针对消费者和受雇人的保护性管辖权方面，《民事诉讼法司法解释》第 31 条仅就格式条款协议管辖中的消费者保护作了规定，其他方面均付之阙如，因而亦有必要作出补充规定。

② 参见最高人民法院《关于发布第八批指导性案例的通知》（法[2014]327 号），2014 年 12 月 18 日，指导案例 37 号“上海金纬机械制造有限公司与瑞士瑞泰克公司仲裁裁决执行复议案”。在该案中，一审法院通过准用《民事诉讼法》第 273 条确认我国法院对仲裁裁决拥有执行管辖权。但最高人民法院在其裁判理由中则以《民事诉讼法》第 280 条第 2 款“如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行”为基础，通过反向推理得出我国法院关于涉外仲裁裁决执行的管辖权，即如果被执行人或者其财产在我国领域内，则我国法院对仲裁裁决的执行拥有管辖权。最高人民法院通过反向推理填补了我国关于涉外仲裁裁决执行管辖权的立法漏洞，同时亦对一审法院的做法进行了校正。

事诉讼法》第 265 条（诉讼标的位于我国）确立了对该案的国际管辖权。[①]但在 2014 年“蔡逢强、蔡兴新等与蔡某乙法定继承纠纷案”中，海口市中级人民法院却援引《民事诉讼法》第 33 条第 3 款（关于继承的国内专属管辖权规则）作为管辖依据，而且为表明其准用前述规定的合法性，该法院还同时援引了民诉法第 259 条。[②]同为涉外继承案件，两份裁判书在不足一年的时间内在管辖依据问题上却作出完全不同的判断。姑且不论孰对孰错，管辖依据援引之混乱至少说明司法实务部门对我国国际民事管辖权的立法体例尚没有统一认识，很多基层法院还不了解由一元论体例而引致的我国国际民事管辖权法则供给的外源性特点。

司法层面的第二个实践误区表现为人民法院在践行一元论体例时校正意识不强。前已述及，一元论体例在某种程度上是一种法解释机制，司法者参照国内地域管辖权规则确定国际民事管辖权的司法过程本质上涉及法律解释乃至法律续造，司法者只有科学运用各种法律方法才能完成这一任务。正是基于司法者所担负的此种重要使命，一元论体例在国际民事管辖权规范体系的建构逻辑上更强调司法中心主义，强调司法者在其中的能动作用，强调从“下游”以渐进方式完善国际民事管辖权规范体系。在日本，特殊情势论即发端于下级法院的审判实践。但遗憾的是我国司法实务部门在一元论体例践行中能动司法意识不强，不能够以自身为基点推动我国国际民事管辖权规范体系的完善。根据笔者针对一百个左右涉外民商事裁判书的考察，司法实务部门在确定国际管辖权时极少出现针对一元论体例的校正。前述“马某甲与马某乙、马某丙等遗嘱继承纠纷案”是少有的法官在其中可能表现出校正意识的案件，但也只是可能而已，因为该案没有准用《民事诉讼法》第 33 条第 3 款既可能是因为法官认为准用该条款涉嫌准用失灵从而进行校正，也完全可能是因为法官对一元论体例下法则供给的外源性特点认识不清，从而绞尽脑汁在民诉法第 265 条寻找管辖依据。

结论

基于前文针对一元论体例在理论与实践两个层面的研究，我们可以发现，一元论体例基于两种管辖权的相似性，以类推适用为法理基础，一定程度上符合事物本质，在实践中也得到很多国家认同。[③]因此，一元论体例完全可以成为我国国际民事管辖权立法体例的未来选项。

一元论体例以同案同判之形式正义为逻辑起点，通过对国内地域管辖权规则的概括准用构建国际民事管辖权规范体系，表现出强烈的形式主义特点。此种形式主义特点一方面决定了一元论体例下国际民事管辖权规则供给的外源性特点，另一方面也使其在实现实质正义方面拥有天然劣势，因而需要为其配备校正机制。我国在立法层面的实践困境本质上即源于对一元论体例形式主义特点的把握不准。我国立法部门未来应在深刻认识一元论体例形式主义特点的前提下，一方面更为坚决地贯彻一元论体例，同时为确保国际民事管辖权实质正义，也需要为其配备高质量校正机制。

在一元论体例框架下，在从国内地域管辖权规则到国际民事管辖权规则的逻辑转换中，司法者担负着法律解释乃至法律续造的重要使命，这使得一元论体例在运行中呈现出强烈的司法中心主义特点。从某种角度讲，一元论体例的好坏与否不在于该体例本身，而在于

[①] 参见（2013）杭江民初字第 426 号。

[②] 参见（2014）海中法民三终字第 56 号。

[③] 比如在德国，一元论体例至今仍被认为是一个令人满意的做法。参见 Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, Dr. Otto Schmidt, 2013, S. 190. 此外，德国联邦议会也曾在 1986 年《国际私法改革法律草案》中指出：“在（民事诉讼法）管辖权规则之外就国际民事管辖权不制定全面的特别规定，并没有产生很大问题。”参见 BT-Drs. 10/504, S. 21.

该体例在运行阶段的校正质量。这一点已经为法德等国的历史经验所证明。我国在司法层面的实践困境的根源即在于司法者既不了解一元论体例的形式主义特点，同时更是对自身在一元论体例运行中的重要历史使命茫然无知。我国司法实务部门未来需要尽快在我国践行一元论体例这一问题上达成共识，并在此前提下提高针对一元论体例的校正意识和校正能力，为从“下游”完善我国国际民事管辖权体系有所作为。与此同时，学界也应摈弃过重的立法论倾向，更多地从法教义学立场，为在一元论体例框架下我国国际民事管辖权制度的体系化解释作出贡献。

参考文献

[1] A. M. de la Muela, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, 135 Recueil des cours (1972).

[2] A. T. von Mehren, Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law, 295 Recueil des cours (2002).

[3] B. Audit et L. d’Avout, Droit international privé, Economica, 2013.

[4] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版。

[5] [德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2014年版。

[6] J. Kropholler, “Internationale Zuständigkeit”, in: Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1982.

[7] H. Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959.

[8] 郑永流：《法律方法论阶梯（第三版）》，北京大学出版社2015年版。

[9] P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, LGDJ, 2014.

[10] D. Holleaux et H. M. Watt, Droit international privé, Presses Universitaires de France, 2014.

[11] Y. Loussouarn, P. Bourel, et P. Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dolloz, 2013.

[12] H. Bauer, Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (étude comparative), Dalloz, 1965.

[13] Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, C. H. Beck, 2004.

[14] [日]野村美明「日本における国際裁判管轄の基本原則」企業と法創造 11 号（2007）。

[15] E. Bartin, Principes de droit international privé, Tome 1, Schmidt Periodicals GmbH, 1997.

[16] L. Corbion, Le déni de justice en droit international privé, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

[17] T. Pfeiffer, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik, Klostermann, 1995.

[18] B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 2006.

[19] D. Holleaux, Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Dalloz, 1970.

[20] L. Usunier, La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Economica, 2008.

[21] [日]増田晋「新国際裁判管轄法制の概要」慶應法学 24 号（2012）。

[22] H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2010.

[23] 黄志慧：“人民法院适用不方便法院原原则现状反思——从‘六条件说’到‘两阶段说’”，载《法商研究》2017年第6期。

17.我国间接管辖权制度的构建

——基于国际礼让理念

于飞*

摘　要：“国际礼让”是一个发展的动态概念，国际司法合作的内涵与现代意义的国际礼让相契合。国际社会的实践表明，礼让已成为承认与执行外国法院判决的基础。承认与执行外国法院判决的先决条件是原判决法院具有管辖权。间接管辖权与直接管辖权有关联，但其又有独立性，因而不少国家立法对间接管辖权作出规定。我国应以国际礼让为理念，构建自己能体现司法的国际合作与协调、在准据法与审查标准方面突出有效性和更具灵活性的间接管辖权制度。

关键词：间接管辖权；直接管辖权；国际礼让；国际司法合作；外国法院判决的承认与执行

一、国际司法合作下的外国法院判决承认与执行

（一）国际司法合作与“国际礼让”

不可否认，我国是一个负责任的大国。与大国地位相适应，近年来，我国学者也着眼于探讨国际法上的大国问题，[①]提出或重申“大国司法”“国际法律共同体”“跨国司法治理权”等[②]蕴含司法合作的理念或命题，强调大国的实力和司法制度对跨国民商事交往的能动作用，重视大国司法制度的竞争性、服务性和斗争性中的合作性特征，加强国际司法合作，促进各国判决的全球性流通。[③]判决全球性流通最突出地体现在判决的承认和执行上。

在判决承认与执行领域，礼让实际上是国家之间司法自限原则。[④]“在法律上，礼让既不是绝对的义务问题，也不是纯粹的礼貌和好意，而是出于国际义务和便利的考虑，对一国允许另一国在本国领土内的立法、执法或司法行为，以及对本国公民或其法律保护的其他人的权利的一种承认。”[⑤]尽管礼让本身含义模糊，具有不确定性和不可操作性，但它是一个发展的动态概念。国际交易涉及产品、财富和人员在全球的不断流动，需要在国际便利与保护个人利益之间寻求平衡，礼让在一定程度上可以反映这种关切，从而成为承认和执行外国判决的明确和令人满意的基础。[⑥]因此，现代意义上的礼让体现一种政策，一种国家之间相互交往的善意、合作和相互尊重，其倡导的便利及礼遇精神尤其有助于推动国际社会在承认与执行外国法院判决中开展合作，推动判决的承认与执行，从这个层面来说，“国际礼让”与上述司法合作内涵契合。

---

* 于飞：厦门大学法学院教授。xdfeiyu@163.com。（此为初稿，敬请批评指正。）

① 参见蔡从燕：《国际法上的大国问题》，《法学研究》2012 年第 6 期。

② 参见何其生：《大国司法理念与中国民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期；肖永平：《论迈向人类命运共同体的国际法律共同体建设》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 1 期：霍政欣：《论全球治理中的国内法院》，《中国法学》2018 年第 3 期，等等。

③ 何其生：《大国司法理念与中国民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017 年第 5 期，第 145 页。

④ 宣增益著：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 16 页。

⑤ Hilton v.Guyot,159 U.S.113,162(1895).

⑥ Jonathan Harris,”Recongnition of Foreign Judgments at Common Law——The Anti-Suit Injunction Link”,17 Oxford J.of Legal Stud. 481-483(1997).

（二）承认与执行外国法院判决的先决条件：间接管辖权

对外国法院判决的承认与执行，实际上是外国司法裁判权的效力在内国的延伸。由于国家是主权的，外国判决在内国一般不能直接被承认和执行。作为一项公认的原则，一国承认和执行外国法院判决的一项基本条件是，该外国法院具有管辖权。司法管辖权是整个民事诉讼程序的基础，是判决承认与执行的前提，在国际条约和各国立法中，原判决法院的管辖权都是审查的重点。如果被请求法院认为做出原判决的法院对案件没有管辖权，就会拒绝对该项判决给予承认和执行。间接管辖权是各国法律普遍规定的一个条件。内国法院对外国法院有无管辖权进行审查，既是判断外国法院管辖权适当与否的程序性要求，也是承认和执行外国法院判决的先决条件。对管辖权进行审查并设定基本标准，目的就在于保障在一法院的某项诉讼是恰当公平的。

1、间接管辖权与直接管辖权的关联

国际民事管辖权包括直接管辖权与间接管辖权，“前者决定一国的整个司法机关对一个含有涉外因素的民事案件是否有裁判管辖权；后者在一国的法院被请求承认或执行外国的民事裁判时，决定该外国的整个司法机关是否对该案件有裁判管辖权。”[①]前者一般由一国立法直接分配管辖权，一国对此享有自由裁量权，有权独立自主地决定本国对国际民商事案件的管辖权问题；后者是内国在对外国法院判决的承认和执行中审查外国法院的管辖权，即作出判决的外国法院对案件有无裁判管辖权，内国法院据以决定是否应承认和执行其裁判。直接管辖权与间接管辖权是国际民事案件管辖权的两个重要组成部分。在国际民事诉讼中，一国法院行使管辖权取决于有关问题与行使管辖权的国家之间存在着密切的联系，从而使该国有理由认为应该对该问题加以管辖，[②]因而导致本国直接管辖权的扩张，甚至规定大量的过度管辖权，造成国际民事管辖权的冲突。另一方面，各国对间接管辖权的确定与直接管辖权紧密相连，对外国法院间接管辖权的审查往往是根据一国的直接管辖权法律来进行的，并不能脱离该国直接管辖权规定。一国的间接管辖权规则，当然不会为外国所适用，但是内国法院在承认与执行外国法院判决时，必须依据本国的间接管辖权规则以决定原判决国法院对案件有无管辖权。[③]

2、间接管辖权的独立性表现

事实上，管辖权的主张很少受制于判决是否能得到承认的标准。即使判决在国外有可能得不到承认，而且不可能在当地执行时，一国法院也可以行使管辖权。[④]因此，间接管辖权非直接管辖权的直接翻版。直接管辖权与间接管辖权在目的、基础及范围上并不完全一致。[⑤]首先，直接管辖权的政策目标在于实现及维护国家的司法主权，而间接管辖权得重点是保护当事人双方在原判决国确立管辖权方面的公平待遇；其次，直接管辖权不仅决定本国法院对国际民商事案件的审理权，而且还需解决国内法院管辖权的分配问题，间接管辖只审查原判决国法院有无管辖权，即其是否具有国际司法管辖权，并不关心原判决国国内司法管辖权的分配；再次，相比直接管辖权的管辖范围，间接管辖权的管辖依据较窄。因为承认与执行外国法院判决涉及一国的司法主权和社会经济利益，有时还受国际关系、意识形态等因素的影响，内国对间接管辖权的审查比直接管辖权严格。各国对过度管辖权的态度可见一斑。如果一国法院随意根据某个联系因素就行使管辖权，而该联系因素与该案件本身并不具有真正的实质性关系，那么该法院所行使的管辖权就可能构成过度管辖权，

---

① 李浩培：《论规范国际民事裁判管辖权的多边公约》，载《李浩培文选》，法律出版社 2000 年版，第 425 页。
② 杜涛：《论国际民事诉讼中的过度管辖权》，《武汉大学国际法评论》2017 年第 1 期，第 19-20 页。
③ 王国征：《外国法院判决承认与执行中的管辖权》，《中国人民大学学报》1998 年第 5 期，第 73 页。
④ 【美】阿瑟·冯迈伦著：《国际私法中的司法管辖权之比较研究》，李晶译，法律出版社 2015 年版，第 36 页。
⑤ 宣增益著：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 51 页。

容易造成对被告的不公平对待。根据过度管辖权作出的判决不仅会引发一方当事人的不满，且有可能得不到其他国家的承认和执行。[①]例如，英国传统管辖规则的对人诉讼中，直接国际管辖权的主要管辖依据为："出现"（present）、"自愿出庭或协议同意接受管辖"（submission）以及对管辖外的被告的送达，[②]但是，管辖外送达原则并不适用于英国的间接国际管辖权，英国依其冲突法对外国法院的管辖权进行审查的主要是被告在诉讼时在外国的出现、居住或被告自愿接受该外国法院的管辖。因此，英国的直接管辖权和间接管辖权并非相互重叠，[③]间接国际管辖权较之英国法院的直接国际管辖权要狭窄得多。

可见，判决的承认与执行法律制度总是与管辖权制度联系在一起，外国法院没有管辖权就谈不上对其判决的承认与执行，而判决在原判决国以外的承认与执行又是合格管辖权的结果。间接管辖权在承认与执行中的前提性特征决定了建立该制度的必要性。在国际民事诉讼领域，内国司法制度的先进性、包容性、能动性和透明性是"大国司法"的核心要素，[④]也是对完善我国立法包括有关间接管辖权立法的客观必然要求。我国提出"提高人类命运共同体意识"和"推动全球治理机制变革"后，以及为适应"一带一路"建设的需要，学者重新审视国际礼让说的意义，对其重要性有了基本一致的认识。如果说在广义或概括意义上，承认与执行外国法院判决需要以国际礼让为指针，以推动国际间在承认与执行外国法院判决领域的司法合作，在作为承认和执行的前提性条件的间接管辖权方面，更需强调和突出国际礼让理念，并在此基础上，通过立法设立单独的间接管辖权规则以完善间接管辖权制度。

二、 间接管辖权的理论基础：国际礼让

（一）发展变化的"国际礼让"

17 世纪荷兰胡伯提出国际礼让说的初衷是指导法律适用，后来逐渐发展到判决的承认与执行领域，有的法官描述其"是建造房屋的粘合剂"，被许多学者和法院视为承认与执行内国外国法院判决的依据。[⑤]

Hiltory v. Guyot 案就被认为是司法礼让的体现。此后，英美等普通法系国家通过司法实践不断丰富和完善国际礼让的内涵。[⑥]尤其基于国际礼让确定案件原判决法院的管辖权。例如 1990 年以来，加拿大通过 Morguard Investment Ltd. v. De Savoye 案确立了不同于传统礼让说的现代礼让说。该案涉及承认姊妹省法院判决的法理依据，加拿大法院用"真实和实际联系"原则作为审查管辖权的依据。虽然该案是针对加拿大内部区际法院判决的承认与执行，并不特别针对外国判决，但该判决确立的"真实和实际联系"标准已广泛适用于外国判决。也就是说，在外国管辖和诉讼标的或被告之间若存在真实的实际联系，则确认该外国法院对该诉讼享有管辖权。[⑦]"真实和实际联系"原则的确立和实施，意味着加拿大姊妹省之间应给予彼此判决的充分信任。"这也表明，至少在加拿大姊妹省法院判决的承认与执行问题上，加拿大法院所遵循的礼让，已是最大化消除民商事领域各种藩篱的礼让。"[⑧]

可见，国际礼让的不是固定不变的，而是处于不断发展变化之中，灵活性和不确定性

---

① 杜涛：《论国际民事诉讼中的过度管辖权》，《武汉大学国际法评论》2017 年第 1 期，第 21 页。

② JJ Fawcett & JM Carruthers, Cheshire,North & Fawcett Private International Law(14th ed.)，Oxford University Press 2008,P.202.

③ 贺晓翊著：《英国的外国法院判决承认与执行制度研究》，法律出版社 2008 年版，第 139 页。

④ 刘敬东：《大国司法:中国国际民事诉讼制度之重构》，《法学》2016 年第 7 期，第 4-6 页。

⑤ 孙劲著：《美国的外国法院判决承认一致性制度研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 29 页。

⑥ 参见刘仁山：《国际民商事判决承认与执行中的司法礼让原则-对英国与加拿大相关理论及实践的考察》，《中国法学》2010 年第 5 期，第 64-70 页。王承志：《承认与执行外国法院判决中的国际礼让》，《武汉大学国际法评论》2015 年第 2 期，第 110-111 页。

⑦ 孟昭文：《加拿大承认与执行外国法院判决制度初探》，《当代法学》2005 年第 2 期，第 145-146 页。

⑧ 刘仁山：《国际民商事判决承认与执行中的司法礼让原则-对英国与加拿大相关理论及实践的考察》，《中国法学》2010 年第 5 期，第 69 页。

是其基本特征之所在，当这种特征作为一种司法政策时反而成为其优势，使得礼让的概念能随社会、经济等条件的变化而发生变化。[①]礼让的内涵必须根据不断变化的世界秩序而有所调整。[②]

（二）以国际礼让为构建我国间接管辖权制度的理念

我国《民事诉讼法》及其司法解释没有提及判断外国法院管辖权的间接管辖问题。1991 年《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》第 12 条明确，法院不予承认该外国法院离婚判决的条件之一是，作出判决的外国法院对案件没有管辖权，但是规定未就审查外国法院管辖权的具体标准和法律依据作进一步阐释。

根据《民事诉讼法》第 281 条规定："外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。"从该条规定可以看出，民事诉讼法并没有明确规定间接管辖权条件，法院就有关案件公开的裁判文书也未提及对外国法院管辖权的审查问题。[③]按照学者的理解，"发生法律效力的判决、裁定"意味着"作出判决的外国法院必须享有适当管辖权，否则其作出的判决就没有'法律效力'。"[④]因此，有国际条约的，直接适用国际条约的规定；"对未与我国建立判决承认和执行方面的条约关系的国家，由于依通例其对外国判决承认和执行均有间接管辖权的条件要求，故依照互惠原则人民法院亦有义务对判决作出国法院是否对案件具有适格管辖权进行审查。"[⑤]这种学理解释是法律规定不明确带来的无奈。

问题是如何依照互惠原则审查外国法院的管辖权？司法协助实践采取的保守的事实互惠带来中外相互承认与执行的困难。为解决此问题，2015 年最高人民法院发布《关于人民法院为"一带一路"建设提供司法服务和保障的若干意见》提出："要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系，积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。"表明我国司法实践开始倡导对互惠关系采取积极宽松认定标准。[⑥]2017 年第二届中国-东盟大法官论坛通过的《南宁声明》表达了推定互惠的态度，指出"尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家，在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中，如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例，在本国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系。"上述对互惠原则认定态度的改进，表明我国在司法协助坚持互惠原则是必要的。

但就间接管辖权而言，有无可能在审查外国法院管辖权时采用互惠原则？似乎不可能也无必要。管辖权体现的是一国的司法主权，承认和执行外国法院判决时，对外国法院管辖权的审查如果建立在互惠的基础上，承认与执行的前提基础将坍塌。

当然，言及互惠不可避免会想到礼让，互惠说是在礼让说的基础上建立起来的。互惠与

---

① Hessel E.Yentema,The Enforcement of Foreign Judgements in Anglo-Ameriean Law,33 Michigan Law Review, 1129（1935）.转引自王吉文著：《外国判决承认与执行的国际公约模式研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 20 页。

② Sheridan Scott, A Canadian Perspective on the Role of Comity in Competition Law Enforcement in a Globalised World, 7 Competition Law international, 70 (2011).

③ 李双利、赵千喜：《论承认和执行外国法院判决申请之司法审查-以中美两国的立法和司法案例为分析对象》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 24 页。

④ 胡振杰著：《国际合同争议管辖权与判决执行比较研究》，中国法制出版社 2114 年版，第 219 页。

⑤ 沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 10 页。

⑥ 沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 14 页。

礼让的内涵的确具有同质性，国际礼让就是基于互惠的、有礼貌的和亲善的行动，英国法院一度认为，互惠原则是国际礼让的固有含义，[①]然而，从内涵来看，互惠（reciprocity）是利益或特权的相互让与，它强调的是一种“对等”及彼此的相互性，更看重的是平等和相互的关系。礼让（comity）意味着主动的行为和开放的心态，强调的是“礼遇”和“谦让”[②]；从表现来看，礼让是一种政策或理念而非规则，互惠往往是一种法律原则，即互惠原则，该原则对互惠条件的要求清楚、明确，“它满足了制定法对于法律确定性的要求，因而更多地见诸各国成文立法。”[③]从作用来看，互惠原则在外国判决的承认与执行中除能实现“激励支持”，还能实现“对等报复”的价值目标，[④]国际礼让体现受托法院对外国法院司法管辖权的尊重。[⑤]“不用礼让作为概念的出发点来推动国际法程序，即各主权者和私人实体之间的法律关系，反而从礼让中退却，这将不利于发展全球经济模式。”[⑥]

承认和执行外国法院判决的现实主义说认为，承认外国判决的最终理由在于，现代社会是一个高度复杂又相互依存的世界，如果只强调各法域的区域特性和利益，不给外国判决一定程度的承认，则会产生不公正的现象，正常的生活秩序将会被干扰。[⑦]这种观念可以说是是现代意义的礼让观。因此，在间接管辖权的确认上，应持相对开放的态度，以对外国法院管辖权的尊重为原则，只要原判决法院行使管辖权更为方便或更为适合恰当，被请求法院就应对该判决予以信任和尊重。我国是相互依存的世界的不可或缺的重要成员。改革开放以来，我国不断增强自己的综合实力，迅速发展的事实使得我国作为“极具实力影响 21 世纪国际关系格局的一个新兴大国的地位举世公认，”[⑧]相应地，也应承担适当的法律义务，完善自身法律，引领国际司法合作，在间接管辖权制度的构建上，应以国际礼让为理念。

三、 间接管辖权的法律基础：准据法与审查标准

间接管辖权的法律规定涉及两个方面的问题，一个是确定间接管辖权的准据法，一个是通过不同模式审查间接管辖权的标准，这两个问题相互联系密不可分。

（一）确定间接管辖权的准据法

适用哪个国家的法律来确定原判决法院的管辖权？对于这个问题，理论上主要有规则导向理论（Rule-derivative theory）和政策导向理论（Policy-derivative theory）之分。规则导向理论认为，为承认外国法院判决而确定原判决法院管辖权的标准“在原则上和逻辑上都只能源自司法管辖权的基础”，因而作为承认标准的管辖权基础可以是原判决国的规则，也可是被请求承认国的规则，或者该两国规则皆可。[⑨]规则导向理论的可操作性在于确定直接管辖权的政策、目标与间接管辖权标准的政策、目标相一致，但实际上，如前所述，二者的政策和目标有差异性，直接管辖权的目标是实现国家的司法主权，判决承认与执行中对管辖权的审查则侧重于在确立管辖权上双方当事人是否获得了公平的待遇。因此，政策导向理论认为，间接管辖权标准完全依赖于被请求国在承认及执行外国判决时所追求的政策和

---

① 参见王承志：《承认与执行外国法院判决中的国际礼让》，《武汉大学国际法评论》2015 年第 2 期，第 116 页。
② 王雅菡：《“一带一路”建设下礼让原则在承认和执行外国法院判决中的可行性研究》，《河南大学学报（社会科学版）》2017 年第 5 期，第 70 页。
③ 王承志：《承认与执行外国法院判决中的国际礼让》，《武汉大学国际法评论》2015 年第 2 期，第 116 页。
④ 王吉文著：《外国判决承认与执行的国际公约模式研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 223 页。
⑤ 刘仁山：《国际民商事判决承认与执行中的司法礼让原则-对英国与加拿大相关理论及实践的考察》，《中国法学》2010 年第 5 期，第 71 页。
⑥ 【美】帕德罗•J.马丁内兹-弗拉加著：《国际私法程序中礼让的新作用》，李庆明译，中国社会科学出版社 2011 年版，第 12 页。
⑦ 孙劲著：《美国的外国法院判决承认一致性制度研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 32 页。
⑧ 蔡从燕：《国际法上的大国问题》，《法学研究》2012 年第 6 期，第 205 页。
⑨ 参见宣增益著：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 66-70 页。

目的，以被请求国承认或执行所体现的政策来决定原判决国法院是否有管辖权，不论适用的是原判决国的、被请求国的抑或其他的管辖权规则，基于政策上的判断，取决于何者更加符合承认国的政策需要。[①]

与上述理论相适应，实践中关于确定间接管辖权的准据法就有：适用被请求国法律；适用请求国法律；结合被请求国与请求国法律等。不同国家的立法与实践大多依据被请求国法律确定请求国即原判决国法院的间接管辖权。而采用被请求国原则的国家，又规定了不同的审查间接管辖权的标准。如果从理论导向而言，下述间接管辖权模式中，德国模式、瑞士模式及原判决国模式即是规则导向理论的反映，而英美加等国的判例模式体现政策导向理论。

（二）审查间接管辖权的模式

从国际上看，有代表性的审查间接管辖权的立法或实践模式反映不同的审查标准，主要有：

1、“镜像原则”

以德国模式为代表。德国法院按照德国的直接国际管辖权标准作为决定外国法院有无间接管辖权的标准。《德国民事诉讼法》第 328 条第 1 款第 1 项规定，如果“有关外国法院依德国法无管辖权时，则拒绝承认该外国判决。”按照该规定，对被请求承认与执行的外国判决，如果德国法院按照德国法对此类案件具有直接管辖权，则外国法院对该案件就有间接管辖权；如果德国法院对该类案件无直接管辖权，外国法院相应对该案件也就无间接管辖权。因为外国法院的间接管辖权是德国法院直接管辖权的反映，所以，德国法并没有确定外国法院对各类涉外民事案件间接国际管辖权的具体规则。2003 年德国《重新规定国际破产法的法律》第 343 条也规定，“按照德国法规定，程序开始国的法院无管辖权”，则德国对开始的外国破产程序不予以承认。委内瑞拉、保加利亚等国的国际私法亦如此规定。

2、列举模式

（1）肯定式列举。以瑞士模式为代表。瑞士《关于国际私法的联邦法》第 25 条规定的外国判决在瑞士承认的首要条件是“做出判决的国家的法院或行政机关具有管辖权”。为了确定外国法院间接管辖权，该法第 26 条具体列举了外国机关有间接管辖权的具体情形[②]，其中，（a）项“本法某一条款对此有规定”意味着瑞士主管机关可根据本法分则中的有关条款来判断外国法院是否有间接管辖权，即通过在分则部分规定任择性的管辖权根据，使外国判决更易于在瑞士得到承认，体现自由倾向。[③]美国《统一外国金钱判决承认法》也列举了承认外国法院属人管辖权的具体标准，只要符合这些标准，即便外国法律不承认此类管辖根据，美国法院也需尊重外国法院的司法管辖权，承认其所作判决。

（2）否定式列举。即列举规定否认外国法院管辖权的情形，具有这些情形的外国法院判决，被请求国拒绝承认与执行。以斯洛文尼亚模式为代表。斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼的法律》第 97 条规定，外国法院判决的事项属于斯洛文尼亚法院专属管辖的，拒绝承认该外国判决。同时，第 98 条规定，根据当事人的抗辩，外国法院如果是基于原告国籍、原告在判决国的财产、向被告本人送达起诉状或其他引起诉讼开始的法律文书，斯洛文尼亚法院拒绝承认和执行，也就是说，该条规定排除了外国法院的过度管辖权。匈牙利、波

[①] 参见宣增益著：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 70-71 页。

[②] 瑞士《关于国际私法的联邦法》第 26 条规定：“（a）本法某一条款对此有规定，或者在无此种规定时，被告在做出判决的国家有住所；（b）在财产争议方面，当事人各方通过达成一项依本法为有效的协议自愿服从做出判决的机关管辖；（c）被告在财产争议中对做出判决的机关不提出管辖权异议而直接就争议事项应诉答辩；（d）在针对反诉做出判决的情形下，做出判决的机关对本诉有管辖权，且本诉与反诉之间互有实质性关联。”

[③] 陈卫佐著：《瑞是国际私法法典研究》，法律出版社 1998 年版，第 72 页。

兰、马其顿、土耳其等也有专属管辖权排除的规定。

3、英美国家司法判例模式

英国传统上有考察外国法院行使管辖权的依据，但晚近英美法系国家流行一种主张，即如果被请求法院在类似情况下可以行使管辖权，就应认为原法院满足了管辖权的要求。此乃所谓“类似规则”，在英国审理的离婚案件中较常见。美国法院走得更远，多数法院认为，对管辖权的审查不能局限在看类似情况下被请求法院是否行使管辖权，而在于考察原判决法院是否与当事人有足够的联系，是否有足够的理由支持原判决法院行使管辖权，以及在具有合法管辖权依据的情况下被请求法院是否具有保护性的政策要求其拒绝承认。[①]前述加拿大也在礼让的基础上确立了“真实和实际联系”标准。总体来看，英美国家在该问题的做法上趋于灵活，同时反映礼让原则作为一种对外国主权的尊重，也会出于国际合作的目的对外国的利益和本国的利益进行综合的考量。虽然礼让在内涵上具有模糊性和不确定性，并且也赋予了法院较大的自由裁量权，但礼让不是盲目的礼让，而是要综合内国和外国双重的利益考量。[②]法国最高法院也肯定这样的实践，即根据案件的全部事实情况来探寻其是否与原判决作出国有密切联系，如果答案是肯定的，就认为该国对该案具有间接管辖权。[③]

此外，还有印度等少数国家以作出判决的法院所在国的直接管辖权规则为标准，来审查原判决法院的管辖权。可以称其为“原判决国模式”或“请求国模式”。如果按照判决作出国的法律，该国法院具有管辖权，则其判决就能得到被请求国法院的承认与执行。法国也有依原判决国法律确定该外国法院的间接管辖权，以及将内国的直接国际管辖权规则双边化，用以确定该外国法院是否具有间接管辖权的方案或实践。[④]

以上模式各有利弊。德国模式的优点在于其对被请求国而言便利简单，然而，一味根据被请求国法律作为审查标准，可能导致按照原判决国法律具有合格管辖权的法院判决不能的到承认与执行。更重要的是，被请求国何以根据自己的法律审查外国法院是否有管辖权是有疑问的，易产生审查他国司法主权之嫌。瑞士等列举模式明确、具体，便于理解与适用，但不论是肯定式的列举抑或否定式列举，列举的范围有限，毕竟不可能涵盖全部，而且就前者而言，有可能把被请求国认可的管辖权依据也排除在外；[⑤]过度管辖是客观存在，后者排除的是原判决国认可的管辖权依据，两者无疑都将减缩能够获得承认的外国判决的范围。英美加等国家强调的“真实和实际联系”或“足够的联系”内涵广泛、灵活，通过对原判决法院管辖权的考察和理解后作出对外国法院管辖权的判断，最能体现国际礼让精神，但其缺点是对“真实和实际联系”可以有多种理解，其非一客观性标准，因而确定性不足。

“原判决国模式”以判决作出国的法律规定为标准审查其自己法院的管辖权，表面上看似乎更合理，即使该外国存在过度管辖的情形，外国法院管辖权容易获得被请求国的认可，也更加尊重外国法院的司法管辖权。但操作起来却不易，原因在于，首先，如果外国的直接管辖权规定了较多的过度管辖，而涉案中的过度管辖权并不被被请求国认可时，被请求国仍需承认请求国的管辖权，显然对被请求国而言是较难接受的。其次，如果外国对其法院行使管辖权的要求规定较为宽泛，而对其他请求承认与执行的国家的间接管辖权限制较多时，会出现管辖范围不对等的情况，就我国而言，有可能增加我国公民和企业在该外国被诉，并在我国境内被申请执行的概率。[⑥]再次，适用原判决国的管辖权规则存在查明与解

---

① 孙劲著：《美国的外国法院判决承认一致性制度研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 193-195 页。

② 王雅菡：《“一带一路”建设下礼让原则在承认和执行外国法院判决中的可行性研究》，《河南大学学报（社会科学版）》2017 年第 5 期，第 63 页。

③ 李浩培：《国际民事程序法概论》，载《李浩培法学文集》，法律出版社 2006 年版，第 376-378 页。

④ 李浩培：《国际民事程序法概论》，载《李浩培法学文集》，法律出版社 2006 年版，第 378 页。

⑤ 王吉文著：《外国判决承认与执行的国际公约模式研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 55 页。

⑥ 李双利、赵千喜：《论承认和执行外国法院判决申请之司法审查-以中美两国的立法和司法案例为分析对象》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 26 页。

释外国法的障碍，被请求国在适用上不方便。[①]第四，原判决国法院在作出判决前应该已解决其管辖权问题，被请求国在承认与执行时再按原判决国的管辖权规则对其管辖权进行审查不仅意义不大，且费时耗力，浪费司法资源。结合被请求国与请求国法律的标准存在同样问题，施行起来难度大且不现实。

（三）我国间接管辖权制度构建的选择：列举性与灵活性结合

上述不同规定模式为我国间接管辖权制度的建立提供镜鉴。在国际礼让的基础上，我国有关间接管辖权的立法尤应体现司法的国际合作与协调以及内外法律秩序的并重，表现在准据法与审查标准方面应突出有效性和更具灵活性。

1、我国间接管辖权规定的实然状态

如上所述，我国国内立法对间接管辖权没有规定。在我国与外国签订的双边司法协助条约中规定的确定管辖权的方式包括：1、被请求国标准。一种是中法司法协助协议等依被请求国法律判断请求国法院是否有管辖权；另一种是中俄司法协助协议等以被请求国对案件是否具有专属管辖来判断请求国是否具有管辖权，如不涉及被请求国的专属管辖权，则承认请求国对案件的管辖权；2、列举式标准。中意司法协助协议等列举规定确定管辖权的标准，只要符合所列条款之一，原判法院即有管辖权。

在解决区际司法协助问题时，对于判决的认可与执行，各个复合法域国家规定的不同法域法院判决的承认与执行的条件，要比外国法院判决的承认与执行的条件简单得多，区际间接管辖权问题的审查也不断走向宽松。[②]我国是多法域国家，有关区际司法协助的规定没有专门规定外法域法院的间接管辖权，往往在拒绝认可与执行的条件中规定属于人民法院专属管辖的案件不予认可与执行，除此之外，在对域外原审法院管辖权的审查上再无限制，也侧重强调区际判决自由流通的政策，体现区际司法协助的礼让。如最高人民法院 2015 年《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第 15 条、2006 年《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》第 11 条及 2006 年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第 9 条均有类似规定。2017 年 6 月 20 日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》第 9 条列举的不予认可和执行的情形中，并没有包括间接管辖权的规定，是否意味着凡属于家事安排适用范围内判决的原判决法院即为适当的管辖法院，因而不必进行管辖权审查？与前述安排不同的是，2019 年 1 月 18 日签署的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》采用肯定性规定(明确规定间接管辖权)与否定性规定（规定不予认可与执行的条件）相结合的方式，根据第 11 条规定，符合列举的情形之一，且依据被请求方法律有关诉讼不属于被请求方法院专属管辖的，被请求方法院应当认定原审法院具有管辖权。第 12 条规定被请求方法院审查核实，原审法院对有关诉讼的管辖不符合本安排第 11 条规定的，应当不予认可和执行。第 11 条规定的情形更多地视判决地法院有管辖权，尊重原审法院的管辖权，有利于“实现两地民商事案件判决的异地‘流通’，减轻当事人在两地重复诉讼之累，同时也节省两地的司法资源。”[③]

2、我国间接管辖权规定的应然选择

关于间接管辖权问题的国内立法，我国学者的看法不尽一致。《国际私法示范法》第 158 条对间接管辖权的规定，采用肯定式列举模式，为承认与执行外国法院判决的目的而规定的管辖权规则包括普通管辖依据、特别管辖依据、协议与应诉管辖依据、专属管辖事项的

[①] 王吉文著：《外国判决承认与执行的国际公约模式研究》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 54 页。

[②] 王定贤：《简论我国区际私法中的间接管辖权问题》，《河北法学》2009 年第 4 期，第 48 页。

[③]《内地与香港签署民商事判决互认安排不断完善中国特色区际司法协助体系-专访最高人民法院研究室负责人》，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-139491.html，访问日期：2019-1-19。

排他性等。[①]《中国国际民事原则与规则：外国法院判决的承认与执行（建议稿）》[②]第 19 条对管辖权判断提出："作出判决的外国法院的管辖权，需符合中华人民共和国法律的规定。"认为由于我国法律中有关管辖权的规定非常具有弹性，因此，并不一定对外国法院判决的承认与执行产生实质性的障碍。[③]尽管两者都是依据我国法律来判断，但相较而言，前者开放、具体、确定，后者相对保守、概括，具有不确定性。也许正因为我国有关管辖权的规定"非常具有弹性"，才需要对作出判决的外国法院的管辖权作出相对明确的规定。而且，直接管辖权与间接管辖权并不能完全等同，直接管辖权实际上是行使司法主权，间接管辖权则更注重保护双方当事人在诉讼上的公平待遇，弹性的直接管辖权规定不一定对承认与执行产生实质性障碍，却对间接管辖权的审查带来不便。

最高人民法院曾主持起草《关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定》征求意见稿，在 2017 年 6 月第六稿中把作出判决的外国法院对案件无管辖权作为不予承认与执行的基本条件之一，对于管辖权的审查认定，第 19 条规定："具有下列情形之一的，人民法院应当认定作出判决的外国法院不具有管辖权：（一）案件应由人民法院专属管辖；（二）案件不具有涉外因素或虽有涉外因素但与该外国法院无实际联系；（三）案件当事人订立有效仲裁协议；（四）根据作出判决的法院所在国法律规定，该法院对案件不具有管辖权；（五）人民法院依法认定该外国法院没有管辖权的其他情形。"该条对认定外国法院间接管辖权的条件作了列举，但并不同于上述国家采用的确定管辖权有无的列举方式。暂且忽略其他条件，该条实际上是以我国（被请求国）法律为主，同时又兼采判决作出国法律的标准，原因是考
虑到我国现有法律对国际管辖权判断标准并无系统的规定。而且认为，"列举式比较适合国际条约，但对适用于不特定国家法院判决的司法解释而言，各国因法律传统、渊源、文化背景的千差万别而导致其民事诉讼法的规定不可能一致，列举方式容易产生遗漏，操作性不强。"这种标准并不能克服单纯的被请求国标准与判决作出国标准的弊端，无益于问题的根本性解决。其实，对于外国法院管辖权的审查的主要目的在于保护本国法院的管辖权和其他重大利益不受损害。间接管辖权规则的"立法角度在于为内国法院设定规则，其立法权限也仅及于内国，不需要也不可能为各国法院如何行使管辖权进行协调。"[④]何况其他国家已有这种列举式立法例。

比较而言，前述瑞士模式保证了一定程度的确定性，更具合理性，也是我国可借鉴的模式。因为，首先，从价值理念看，瑞士认为，"外国判决创设了一定的社会事实与社会效果，如一概予以否认，等于否认既存的社会事实，否认当事人的'既得权'，于稳定的国际民商事关系殊为不利。"因而该法采取"有利于承认"的原则，反映瑞士立法致力于寻求国际民商事管辖权方面的国际合作与协调的意愿。[⑤]与本文提倡的以国际礼让为理念异曲同工。其次，详细列出所有可以承认的间接管辖权的依据，保证了对外国原判决法院管辖权审查上的一定程度的明确性与确定性。再次，各国还存在过度管辖的情形，为了避免承认基于过度管辖原则作出的外国判决，明确列举可以承认的管辖权依据也是极为重要的。[⑥]因此，我国应借鉴瑞士国际私法关于间接管辖权的规定，区分普通管辖权、特别管辖权以及协议和应诉管辖权标准，采用列举方式明确规定间接管辖权规范，并且肯定专属管辖权的排他性。

---

① 参见《中国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版，第 186-189 页。

② 何其生：《中国国际民事公原则与规则：外国法院判决的承认与执行（建议稿）》，《武汉大学国际法评论》第 19 卷第 2 期，第 38 页。

③ 何其生：《中国国际民事公原则与规则：外国法院判决的承认与执行（建议稿）》，《武汉大学国际法评论》第 19 卷第 2 期，第 41 页。

④ 中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版，第 186 页。

⑤ 陈卫佐著：《瑞是国际私法法典研究》，法律出版社 1998 年版，第 72 页。

⑥ 胡振杰著：《国际合同争议管辖权与判决执行比较研究》，中国法制出版社 2014 年版，第 226 页。

但是，列举规定无法穷尽的弊端也是客观存在的，为了克服该弊端，可以考虑参考英美加判例模式，给被请求方法院一定的自由裁量权，如果能确定原判决法院与案件有充分、足够的联系，可以认定原判决法院的间接管辖权，从而把明确性与灵活性相结合。其实，我国已有类似实践，如《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》第 11 条第 1、3 款列举了间接管辖权的情形，该条第 4 款鼓励对域外法院管辖权的承认，规定："除第 1 款、第 3 款规定外，被请求方法院认为原审法院对于有关诉讼的管辖符合被请求方法律规定的，可以认定原审法院具有管辖权。"用此相对灵活性的规定，来弥补列举式规定的遗漏或空白。

四、结论

国际司法合作体现大国的司法担当，也顺应时代的新要求。当前，我国"一带一路"倡议得到国际社会的广泛接受，最高人民法院明确要求司法为"一带一路"建设提供保障。司法合作促进判决的全球流通，也有利于实现"一带一路"沿线各国司法判决的相互承认与执行。国际礼让是一个跟随时代潮流而发展的动态概念，国际司法合作的内涵与现代意义的国际礼让相契合。国际社会的实践表明，国际礼让已成为承认与执行外国法院判决的基础，它同样应作为构建我国间接管辖权制度的基本理念。承认与执行外国法院判决的先决条件是原判决法院具有管辖权。间接管辖权与直接管辖权有关联，但间接管辖权并非直接管辖权的简单翻版，二者在管辖目的、基础、范围等问题上并不完全一致，间接管辖权在承认与执行上的前提性特征决定有必要规定单独的间接管辖权规则，不少国家对此有专门规定。我国国内立法在间接管辖权方面存在缺漏，现行规定及互惠原则的适用均不能适应国际司法合作的需要，因而，应以国际礼让为理念，借鉴不同国家的立法实践，构建自己的间接管辖权制度。这种制度应体现司法的国际合作与协调，在准据法与审查标准方面应突出有效性及更具有灵活性的。

18.存废之间——试论我国协议管辖制度中的"实际联系原则"

陈南睿*

摘要：协议管辖制度的确立是各国对意思自治原则充分尊重和肯定的表现。但基于维护一国司法主权及保障司法效率的目的，各国均对协议管辖制度施加了不同的限制条件，施加"实际联系"要求便是其中之一。虽然我国一贯坚持"实际联系原则"，但当前其运用存在挂一漏万、判断标准僵化等弊端。综合我国现状与域外经验进行分析，我国仍有留存该原则之必要，且可考虑在判定"实际联系"时采用原则+客观联系地+例外的模式，从"实际联系原则"的公平、秩序本质入手，结合客观联系标准作为确定性指引，并辅以特殊情况下的例外兜底条款，准确合理地运用"实际联系原则"。

关键词：协议管辖　实际联系原则　原则+客观联系地+例外模式

Between Preservation and Abolition: On the Principle of Real Connection in the System of Jurisdiction by Agreement in China

Chen Nanrui

Abstract: The establishment of jurisdiction by agreement system is a manifestation of full respect and affirmation of the principle of party autonomy. However, for the purpose of safeguarding a country's judicial sovereignty and guaranteeing judicial efficiency, all countries have imposed different restrictions on the system of jurisdiction by agreement, and the requirement of "real connection" is one of them. Although China has always adhered to the principle of "real connection", there are some drawbacks in its application at present, such as the scope of principle is so narrow, the criterion of identification is way too inflexible and so on. Based on the analysis of present situation in our country and extraterritorial practices, it is still necessary for China to retain this principle, and the mode of "principle + place with objective connection + exception" should be taken into consideration while determining the "real connection". The operation of this mode can be started from the essence of fairness and order of the "principle of real connection", combining the objective criterion of connection as a deterministic guide, and supplemented by exceptional clauses under special circumstances, the principle of "real connection" can be used accurately and reasonably.

Key words: jurisdiction by agreement principle of "real connection" mode of "principle + place with objective connection + exception"

协议管辖制度是意思自治原则在民事诉讼中的体现，允许当事人进行协议管辖亦是各国对意思自治原则的充分尊重和肯定。当事人在进行民事诉讼时的部分权利通过协议管辖制度得以实现和保障，管辖权冲突亦可通过协议管辖制度得以消减，以达到便利诉讼的效果。但基于维护司法主权及保障司法效率的目的，各国均对协议管辖制度施加了不同的限制条件，如管辖协议不得违反公共政策、可选择协议管辖的争议范围、管辖协议的形式要件、不得以明显不公正的方式达成协议等。我国立法则对协议管辖制度施加了如可在合同或其财产权益纠纷中进行协议管辖、协议以书面形式做出、不得违反级别管辖和专属管辖的规定、选择的管辖法院须与争议具有实际联系等限制。[①]

我国一贯坚持"实际联系原则"，该原则要求当事人协议选择的法院必须与争议存在实际联系，否则：①我国法院作为被选择法院将会拒绝行使管辖权；②我国法院作为与案件存在实际联系的未被选择法院将不会放弃行使管辖权。自 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）起，2007 年、2012 年、2017 年每次修正均保留该项原则，并以列举的方式对"实际联系地"作出明文规定。[②]同时在《民事诉讼法》（2012 年修正）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《2015 民诉解释》）中扩大了"实际联系地"的范围。[③]

但"实际联系原则"自纳入我国协议管辖制度以来，一直饱受争议。李浩培先生认为，对协议管辖施加"实际联系"要求的行为排除了"中立法院"存在的可能性，造成当事人

* 武汉大学国际法研究所博士研究生，研究方向：国际私法，邮箱：chennr@whu.edu.cn。

① 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条。

② 具体参见 1991 年《民事诉讼法》第 25 条及第 244 条、2007 年《民事诉讼法》第 25 条及第 242 条、2012 年《民事诉讼法》第 34 条及 2017 年《民事诉讼法》第 34 条。

③ 2012 年《民事诉讼法》相较于 1991 年《民事诉讼法》及 2007 年《民事诉讼法》，除罗列被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地五个地点为"与争议有实际联系的地点"外，增加了"等"作为兜底，且我国《2015 民诉解释》第 531 条规定被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等地点为"与争议有实际联系的地点"。

无法缔结国际贸易契约的后果，并最终影响国际经济往来，理应废除该项要求。[①]有学者认为虽然“实际联系原则”的弊端是明显的，如：①一定程度限制我国法院的管辖权，造成平行诉讼并进而影响判决的承认与执行；[②]②有违私法自治与当事人意思自治的发展趋势；[③]③增加法律的不确定性，[④]但该项要求并非必须被废除。此外，部分学者认为我国目前仍需保留“实际联系原则”，该原则仍具有很大的优越性，是我国法院司法实践长期采用的一项司法原则，取消该原则只会增加判决承认与执行的困难并损害弱势方当事人的权益。[⑤]对“实际联系”作扩大解释的方法可弥补当前“实际联系原则”的不足。[⑥]

而各国对待“实际联系原则”的态度主要分为两种：“非联系说”，即被选择法院不必与争议存在实际联系；“联系说”，即被选择法院必须与争议存在实际联系。持“非联系说”观点的多为普通法系国家，其认为强制要求被选择法院与案件存在实际联系是对当事人意思自治原则的侵蚀，当事人无法拥有选择“中立法院”公正解决纠纷的自由。另外，英美国家的法院多运用“不方便法院原则”对选择与争议无关法院进行管辖的协议是否有效进行自由裁量，[⑦]并在管辖权阶段进行案件审查时决定是否拒绝管辖，因此坚持“实际联系原则”便不再必要。支持“联系说”的国家多为大陆法系国家，其认为运用“实际联系原则”首先方便取证、适用法律及判决的承认与执行，有利于节约诉讼资源，[⑧]其次能够保证案件审理的确定性与稳定性，从而达到维护当事人合法权益的目的，[⑨]再次有利于维护本国司法主权并提高司法效率。

的确，对协议管辖的过度限制会侵蚀意思自治原则，并损害当事人的合理期待。但我国是否必须废除“实际联系原则”以充分尊重当事人意思自治呢？笔者认为需要辩证分析，不能仅因“实际联系原则”存在某些弊端便将其全盘否定并废除。而立法机关及司法机关对“实际联系原则”的一贯坚持也侧面反映了该原则的必要性及实用性。[⑩]因此辩证分析“实际联系原则”之留存必要性便显得尤为重要，笔者将以此为切入点，探究我国当前的“实际联系原则”。

一、“实际联系原则”留存的必要性

通过深入分析，笔者发现“实际联系原则”具备以下几方面的制度价值。

（一）平衡当事人之间权利义务

合同法中的平等原则主要体现在合同当事人法律地位平等、权利义务对等以及当事人意思表示一致。然而在当今国际贸易往来中，由于贸易主体地位悬殊、格式合同等因素的

[①] 参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 64 页。

[②] 刘仁山：《我国批准<选择法院协议公约>的问题与对策》，《法学研究》2018年第4期，第204页。

[③] 王吉文：《“实际联系原则”的困境：废抑或留》，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期，第 87 页。

[④] 甘勇：《涉外协议管辖：问题与完善》，《国际法研究》2014 年第 4 期，第 63 页。

[⑤] 参见杜涛：《中国批准海牙<选择法院协议公约>的法律问题及对策》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2016 年第 4 期，第 93-94 页。

[⑥] 参见肖永平：《批准<选择法院协议公约>的利弊分析及我国的对策》，《武大国际法评论》2017 年第 5 期，第 14 页。

[⑦] 参见刘晓红、周祺：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期，第 44 页。

[⑧] 参见刘力主编：《中国涉外民事诉讼立法研究：管辖权与司法协助》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 112 页。

[⑨] 参见杜新丽：《国际私法实务中的法律问题》，中信出版社 2005 年版，第 53 页。

[⑩] 除我国《民事诉讼法》及其司法解释一再坚持“实际联系”要求外，司法实务界亦在审判实践中坚持“实际联系原则”，具体参见奚晓明：《论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定（上）》，《法律适用》2002 年第3期，第15页；刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，《法律适用》2013 年第4期，第53页。

存在，当事人的法律地位往往难以达到平等，权利义务亦无法对等。当事人看似协商一致，但背后往往是缔约强势方利用其优势地位迫使缔约弱方与其达成“协议”，接受强势方单方选择的法院管辖。对于跨国贸易而言，强势方一般会选择其主要营业地法院进行管辖，而弱势方的国籍往往是不特定国家。一旦出现争议，弱势方则需跨境提起诉讼。高昂的诉讼费用及对他国诉讼规则的陌生致使许多弱势方因此放弃诉讼，无法维护其正当权益。而若对协议管辖施加“实际联系”要求，则被选择法院具有可预见性，同时也适当限制了这种一方当事人滥用优势地位选择法院的可能性，[①]同时便利当事人进行诉讼，在一定程度上保护了弱势方利益，并平衡了当事人之间的权利义务。

（二）促进国际民商事管辖权的合理分配

当事人在合意选择法院时，通常会考虑下列因素：法院办案的公正性、诉讼在语言和交通方面的诉讼便利程度、对选择法院的熟悉程度、裁判可能适用的准据法，判决能否被承认和有效执行等。[②]换言之，一方面，即使一国法院与案件存在实际联系或案件涉及本国利益，该国正当取得管辖权，该管辖权也可能因当事人管辖权协议而被不当排除。这无疑会造成案件的国际转移，损害这些国家的司法主权。另一方面，一国法院与案件并无关联，因其审判经验丰富等优势而被当事人协议选择管辖，这种协议管辖无疑给该国法院增添不必要的司法负担，可能会浪费该国的司法资源。因此，在协议管辖中坚持“实际联系原则”，可有效解决案件的国际转移问题，避免增加法院不必要的司法负担，进而促进国际民商事管辖权的合理分配。

（三）防止当事人“挑选法院”

不可否认，对协议管辖施加“实际联系”要求的确排除了当事人选择中立法院进行审判的可能性。但在司法实践中，许多当事人选择与案件并无关联的所谓“中立法院”进行管辖，并非是出于公平解决纠纷之目的，而是为拖延时间、谋取不正当利益而实施的“挑选法院”行为。这也是“鱼雷诉讼”产生的原因。[③]上述行为不仅会拖缓案件的审理速度，而且会增加当事人的诉讼成本。因此，我国继续坚持“实际联系原则”是极为必要的。

（四）促进判决的承认与执行

虽然各国对于“实际联系地”的规定不尽相同，但多数国家均规定当事人住所地、合同履行地、侵权行为地、标的物所在地等法律关系发生地或当事人所在地或财产所在地为与纠纷具有实际联系的地点。而与案件具有实际联系的法院在采集证据、厘清案件事实方面往往具有一定优势，由此作出的判决更易在他国获得有效执行。[④]

综上，笔者认为，尽管“实际联系原则”在一定程度上对当事人意思自治进行了限制，但我国仍无废除“实际联系”要求的必要性。综合我国目前的司法实践及国际商事交往竞争力，坚持“实际联系原则”能够有效避免我国应具有的管辖权被不当排除，防止当事人“挑选法院”，维护我国司法主权，并促进判决的承认与执行。

二、“实际联系”判定标准的合理性

既然我国应继续坚持“实际联系原则”，那么需进一步分析我国当前关于“实际联系原则”的判定标准是否合理。

[①] 袁发强、瞿佳琪：《论协议管辖中的“实际联系地”——立法目的与效果的失衡》，《国际法研究》2016 年第 5 期，第 104 页。

[②] 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社 2006 年版，第 256-257 页。

[③] 参见杜涛：《中国批准<海牙选择法院协议公约>的法律问题及对策》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 4 期，第 93 页。

[④] 参见杜涛：《中国批准<海牙选择法院协议公约>的法律问题及对策》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 4 期，第 94 页。

学理上，“实际联系原则”的判定标准主要有“主观联系说”与“客观联系说”两种理论。“主观联系说”亦称“法律联系说”，指一国因当事人协议选择适用该国法律而与争议产生实际联系。1987 年《瑞士联邦国际私法》第 5 条第 3 款第 2 项规定：根据本法规定以瑞士法律作为解决争议所应适用的法律的，当事人所选择的瑞士法院不得拒绝管辖。我国也曾经采纳“主观联系说”作为判定标准。在“中化江苏连云港进出口公司与中东海星综合贸易公司买卖合同管辖权异议案”中，最高院认为当事人选择瑞士法律作为准据法的行为与本案建立了某种实际联系。[①]“客观联系说”指协议选择的法院与争议存在某种客观联系，即客观联系地，如住所地、合同缔结地、合同履行地等。通过我国法院在“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖合同管辖权纠纷再审案”[②]和“中铁物总进出口有限公司与阿特拉斯钢铁有限公司管辖权异议上诉案”[③]等最新的司法实践可知，当事人协议选择一国法律作为准据法的行为已不能使该国成为实际联系的连接点。[④]结合最新修正的《民事诉讼法》第 34 条及《2015 民诉解释》第 531 条综合分析可知，我国目前采用“客观联系说”。

从我国的规定来看，“实际联系地”的立法意图是所列举的地点与争议有实际联系，因而对这些客观标志地法院的选择符合“实际联系原则”。[⑤]同时以“等”字为兜底，在特定情况下赋予法官一定的自由裁量权判定“实际联系”。相较于 1991 年《民事诉讼法》及 2007 年《民事诉讼法》的规定，虽然客观联系地不再仅仅限于条文罗列的地点。然而法官在实践中仍会严格依照 2017 年《民事诉讼法》及《2015 民诉解释》所罗列的客观联系地进行判断，因为立法机关虽赋予自由裁量权却并未给予自由裁量以方向指引，这会导致判定标准的任意性。故此，该项自由裁量权往往被束之高阁。且罗列的客观联系地是否能够覆盖一般情况下与争议有关的所有实际联系地点？若罗列的地点仅与当事人的争议之间存在偶然性联系，那么“实际联系原则”是否真能发挥上文所述的价值？笔者认为，我国将协议管辖的法院限定在几个客观联系地的做法确有不合理之处，我国采取的“客观联系标准”过于局限与机械。

首先，我国“实际联系地”存在“挂一漏万”之嫌。现实生活中，合同纠纷的连结点绝不仅有被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等地点，还包括登记地、装运地、转运地、主要营业地或营业地等。另外，除合同纠纷外，其他财产纠纷中当事人亦可进行协议管辖，而《民事诉讼法》规定的实际联系地显然不能涵盖如票据纠纷中的票据签发地、承兑地等特定地点。[⑥]因此，2017 年《民事诉讼法》第 34 条及《2015 民诉解释》第 531 条规定的客观标志地并不能够完全覆盖与争议有关的所

---

① 参见奚晓明：《论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定（上）》，《法律适用》2002 年第 3 期，第 14-16 页。

② 具体参见（2011）民提字第 312 号民事裁定书。

③ 具体参见（2016）鲁民辖终 95 号民事裁定书。

④ 在“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖合同管辖权纠纷再审案”中，最高院认为，虽然双方当事人在合同中约定“合同适用英国法，双方明确地将司法管辖权交由英国伦敦高等法院管辖”，但德力西公司未提供证据证明英国与本案争议存在实际联系。仅当事人约定适用英国法律并不足构成该国法院与争议有实际联系，故合同双方当事人将管辖权交由英国伦敦高等法院的约定无效。在“中铁物总进出口有限公司与阿特拉斯钢铁有限公司管辖权异议上诉案”中，山东省高院认为虽然中铁公司与阿特拉斯公司虽然在保函中约定适用英国法律，由英国高等法院管辖，但本案是在履行海上货物运输合同过程发生的无单货行为产生的纠纷，放货地点在中华人民共和国日照港，仅当事人约定适用英国法律并不足以构成该国法院与争议有实际联系，故英国高等法院与本案件无实际客观联系，因此，中铁公司与阿特拉斯公司约定的涉案管辖协议无效。

⑤ 参见王吉文：《理论偏失与制度困境——评“实际联系原则”在我国协议管辖中的全面纳入》，《云南大学学报（法学版）》2014 年第 6 期，第 52 页。

⑥ 参见刘晓红、周祺：《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期，第 47 页。

有实际联系地点，存在“挂一漏万”的现象。虽然该条文为兜底性条款，在解释“与争议有实际联系的地点”时，应理解为其他与上述地点同样具有客观的实际联系的地点。[①]但正如上所述，明确规定的客观联系地无疑会引导法官在具体审判时严格按照客观标志地进行判断，“实际联系地”的范围实际上已被限缩，“实际联系”变成“限定联系”。一旦当事人有意规避上述联系，制造其他连结点以排除我国管辖，则“实际联系原则”便丧失其应有价值。

其次，判断标准单一僵化。确定“实际联系”应单一考量客观标志地还是进行综合考量？最高院在《涉外商事海事审判实务问题解答(一) 》中作出了解答，即应当综合考察当事人住所地、登记地、主要营业地或营业地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等诸多因素。[②]而在我国司法实践中，法院因受《民事诉讼法》第 34 条罗列客观标志地的影响，多以单一客观标志地的存在认定与争议具有实际联系，判断标准单一僵化且具有一定的偶然性。施加“实际联系”要求的初衷之一是避免对与本国无实际联系的案件行使管辖权，减少不必要的司法负担。但上述只要存在偶然性联系便予以管辖的做法是否与立法初衷相悖？偶然性连结点是否真能体现我国与案件之间的实际联系？答案必然是否定的。

最后，缺乏多连结点横向比较的考量指引。在多个连结点均指向不同国家且均具有实际联系的时候，依据我国目前的“实际联系”标准横向比较实际联系以确定管辖是存在较大困难的。

综上，我国目前“实际联系原则”判定标准的合理性的确存在问题，若继续留存该原则，需予以修改。

三、“实际联系”标准修正之域外经验观照

经比较分析得知，域外运用“实际联系原则”的实践主要有采用主观联系标准的瑞士模式，坚持地域管辖联系的法国模式以及加拿大独树一帜的双轨模式。笔者将依次进行介绍。

（一）瑞士模式

《瑞士联邦国际私法》第 5 条第 3 款规定：如果当事人在瑞士有住所、习惯居所或营业部；或根据本法，争议的准据法为瑞士法律，则当事人所选择的瑞士法院不得拒绝管辖。当事人协议选择一国法律作为准据法并选择该国管辖即构成“实际联系”的理论逻辑在于，当事人所缔结的主合同的成立、效力、履行、违约责任以及变更、中止、终止等问题均与其选择的准据法息息相关。在依据该准据法解决争议时，必然会与准据法所属国产生“实际联系”。

采用主观联系标准的目的在于：其一，可通过当事人选择解决争议的唯一的准据法确定处理该争议的管辖法院，并使该争议的判决结果具有可预见性。任何一方当事人不可能选择适用有利于自己的法律，也不可能选择在有利于自己的法院起诉，进而造成对他方的不利。适用该标准显然符合对当事人公平的国际私法理想。[③]其二，对一国法院及其法律的双重选择往往被认为是对该国国家主权的尊重，这种选择更易为被选择管辖的国家所接受。

（二）法国模式

源于对立法及司法活动确定性及稳定性的追求，许多大陆法系国家认为只有选择与争议具有实际联系的法院管辖才能实现上述目标。因此多数大陆法系国家或采用主观联系标

[①] 参见刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，《法律适用》2013 年第 4 期，第 53 页。

[②] 具体参见 2004 年最高人民法院民四庭《涉外商事海事审判实务问题解答(一) 》第一部分第 1 条第 1 项。

[③] 参见李浩培：《论瑞士新国际私法关于国际裁判管辖权的规定》，《中国国际法年刊》1992 年版，第 316-318 页。

准，或采用客观联系标准以确保案件审理具有可预见性及确定性并保护当事人的权利。其中，法国在其立法及司法实践中坚持地域联系标准。

法国虽并未直接在其本国民事诉讼法法典中要求协议选择的法院必须与争议具有实际联系。但《法国民事诉讼法典》第 48 条协议管辖条款（la clause attributive de compétence）规定：直接或间接违反地域管辖规则的任何条款，均视为未予订立。[①]此条规定是地域管辖规则的例外，换言之，协议管辖的法院应与争议存在某种地域联系，如被告人住所地、合同履行地、侵权损害行为地、债权人居住地、实际交货地等。[②]且其范围远宽泛于我国目前立法所列举的“客观联系地”。

区别于我国立法罗列“客观联系地”的做法，法国采用的地域联系标准虽同样以客观标志地为基础，但其并未过度强调被选择法院与争议之间的客观联系，亦未僵化地列举出有限的客观标志地。《法国民事诉讼法典》仅要求协议管辖不得违背地域管辖规则，对具体地域管辖规则中连结点的判定相对灵活，法官不再仅仅局限于条款罗列的地点判定“实际联系”是否存在，而是根据本国民事诉讼法的一般性地域管辖规则进行分析，可供认定的客体范围更为宽泛。地域联系标准既可给审理法官以确定的指引，又避免了挂一漏万及偶然性联系现象的发生，获得的结论亦更具说服力。

（三）加拿大模式

加拿大冲突法规范规定，一省法院域外被告行使管辖权的管辖权基础有三。传统的管辖权基础有存在（presence）和同意（consent），与其他大多数国家一致。[③]而第三个管辖权基础相对较新，为裁量管辖（assumed jurisdiction），即法院行使管辖权的基础在于其与争议存在“实际联系”。最初在 19 世纪中期由英国的法规引入，随后被各省法院规则中的域外送达规则所吸纳。但直到在 1975 年 Moran 诉 Pyle 案[④]中，加拿大法院才开始承认对在法院地遭受损害的域外被告具有管辖权。迪克逊法官在本案中也认识到加拿大改革当前管辖权规则的必要性，可以向正在朝着“实际联系”要求迈进的英国法院学习。[⑤]

由此可见，加拿大在其立法及司法实践中同样坚持“实际联系”要求。但该要求并非存在于协议管辖制度中，而是在没有传统管辖权基础的情况下，法院用于确定自己是否具有管辖权的依据。我国可以借鉴其以有效扩充连结点范围并应对多连结点横向比较之情形，同时协助完善“实际联系原则”的运用模式。

区别于瑞士模式及法国模式，加拿大采用独特的“双轨模式”。何谓“双轨模式”？即加拿大一国之内采用两种不同的“实际联系”（real and substantial connection）标准。安大略省（Ontario）目前采用主观性较强、自由裁量权较大的“Van Breda 路径”，萨斯喀彻温省（Saskatchewan）、不列颠哥伦比亚省（British Columbia）及新斯科舍省（Nova Scotia）目前则采用《法院管辖和诉讼转移法》（The Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act，以下简称 CJPTA）[⑥]第 10 条规定的“客观联系地”标准。

1.安大略省模式

“Van Breda 路径”虽是法官在 Van Breda 诉 Village 案[⑦]中归纳总结得出，但其源起于 Morguard 诉 De Savoye 案[⑧]中确立的“实际联系审查”，并经历了在 Muscutt 诉 Courcelles 案

---

① 参见罗结珍：《法国新民事诉讼法典》，法律出版社 2008 年版，第 109 页。

② 具体参见《法国民事诉讼法典》第 42-46 条。后文将对该 6 条予以详述。

③ See S.G.A. Pitel and N.S. Rafferty, *Conflict of Laws*, Toronto: Irwin Law, 2010, pp. 52 - 113.

④ See Moran v. Pyle National (Canada) Ltd. [1975] 1 S.C.R. 393 [*Moran*].

⑤ *Ibid*. at 407.

⑥ 参见 https://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/sbc-2003-c-28/latest/sbc-2003-c-28.html。

⑦ See Van Breda v. Village Resorts Ltd, 2010 ONCA 84 [*Van Breda*].

⑧ See Morguard Investments Ltd. v. De Savoye, [1990] 3 S.C.R 1077 [*Morguard*].

[①]中确立的“Muscutt 体系”的不断修正，最终形成了安大略省当前所采用的“实际联系”标准”。

（1）Morguard 审查

1990 年的 Morguard 案被视为加拿大确立“实际联系审查”的起源，[②]加拿大最高法院正式承认“实际联系”要求是裁量管辖权的基础。本案中，在被告既不同意受阿尔伯塔省法院的管辖，也未在阿尔伯塔省法院参与诉讼的情况下，原告向不列颠哥伦比亚省法院申请执行阿尔伯塔省作出的缺席判决。根据当时判决执行的普通法标准，阿尔伯塔省的判决在不列颠哥伦比亚省不可执行。然而，拉弗洛斯特大法官指出，指导法院执行省外判决的原则应与基于裁量管辖权的原则相同。如果一省法院对一项争议行使管辖权是公平和合理的，那么作为一般原则，另一省的法院执行判决应该是合理的。同时，引用美国宪法中的措辞，一省法院应给予另一省或国家的法院作出的判决以充分信任与尊重，只要该法院在诉讼中有适当或适当的管辖权。如果争议与省级法院之间存在足够密切的联系，换言之，存在“实际联系”，则法院应适当地行使管辖权。[③]

在 Morguard 案中，法官明确意识到当前现实需要对管辖权规则予以扩张，但法院对域外被告的管辖权必须有一定的限制，最好是通过施加“实际联系”要求以实现。因为“实际联系”要求最佳地反映了公平与秩序原则。然而，Morguard 案虽认识到应对裁量管辖权施加的“实际联系”要求，但并未对该项要求予以定义，联系应为何种性质亦模糊不清。[④]但不可否认，Morguard 案正式确立了“实际联系审查”，要求争议与法院地须具有实际联系。

（2）Muscutt 体系

安大略省上诉法院在 Muscutt 案中首次提出运用多因素的普通法审查以确定实际联系。Muscutt 案的基本情况是，一位安大略省原告在阿尔伯塔省的一起涉及阿尔伯塔省被告的车祸中受重伤。同时还有另外四起涉及安大略省居民的案件与 Muscutt 案一同被审理，他们在加拿大境外受伤，而原告在安大略省提起诉讼。上述案件的核心问题是安大略省法院是否对其拥有管辖权。

Muscutt 案认为，Morguard 案引入的“实际联系审查”不能简化为一项固定的公式。然而，指引的清晰程度及确定性亦同样重要，因此需构建一个具有条理的指导性框架，以便法院明晰何时可对域外被告行使管辖权。

在确定该框架时，法院拒绝了只有被告与法院存在某种联系，真正的实际联系才会存在的观点。相反，法院采取了更为广泛的方法，并接受了法院与被告之间的联系以及法院与诉讼之间的联系可构成裁量管辖权基础这一概念。法院由此列出了八项因素，构成“Muscutt 体系”，要求法官在判定是否满足“实际联系”要求时必须逐条考虑这些因素：

①法院与原告所提起诉讼之间的联系；

②法院与被告之间的联系；

③基于裁量管辖确定管辖权对被告的不公平；

④不基于裁量管辖权确定管辖权对原告的不公平；

⑤诉讼其他当事方的参与情况；

⑥法院承认并执行基于同一管辖权基础作出的省外判决的意愿；

⑦案件是否属于省际或国际性质；和

⑧其他地区普遍的管辖权、承认及执行的礼让情况和标准。

[①] See Muscutt v. Courcelles, [2002] 60 OR (3d) 20 [*Muscutt*]

[②] See J. Ziegel, *Introduction, Symposium: Recognition of Extraprovincial and Foreign Judgments: The Implications of Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, 22 Can. Bus. L. J. 1, 2 (1993).

[③] *Morguard* at 1094.

[④] *Muscutt* at para. 56.

Muscutt 体系因其具有灵活性及相对确定性等优势，自产生伊始便具有极大的影响力。它不仅在安大略省得到了一致适用，而且其他省份的上诉法院在审判时也会参考这些因素。

但在司法界如火如荼地广泛采用“Muscutt 体系”以确定实际联系时，加拿大学者却对该体系提出质疑和批判。第一，八项因素逐项审查过于复杂，不具可预见性及适用一致性。[①]第二，同时该体系赋予法官过大的自由裁量权以决定法院的管辖权。[②]尤其是对公平因素的判定可能过于主观，容易导致“挑选法院”现象发生。[③]第三，Muscutt 体系并未明确八项因素之间的关系以及它们和公平、秩序在分析指引中的相对权重。[④]第四，与“不方便法院原则”的审查标准过度重合，模糊了“实际联系原则”与“不方便法院原则”之间的界限。[⑤]许多省也因此对“Muscutt 体系”产生质疑，[⑥]并拒绝适用。

（3）Van Breda 路径

在随后的几年中，“Muscutt 体系”一直受到学者及除安大略省外各省法院的质疑。直到 2010 年，“Muscutt 体系”在 Van Breda 诉 Village Resorts Ltd 案中重获新生，经法官改良为“Van Breda 路径”。

在 Van Breda 案中，加拿大最高法院简化了确定司法管辖权的“实际联系审查”，将审查分为两个步骤进行。第一步，推定法院与被告或诉讼是否存在实际联系。第二步，以第一步为基础，根据推定以法院与原告所提起诉讼之间的联系及法院与被告之间的联系（Muscutt 体系前两项）为核心进行实际联系审查，剩余其他六项参考因素只作为分析工具辅助判断。同时，公平这一宗旨也只能作为评估上述两个因素的相关性、质量及强度的工具，不能单独适用。

2.CJPTA 模式

CJPTA 在第 3 条对协议管辖作出规定：当事人之间只要存在管辖协议，被选择法院即可行使地域管辖权。[⑦]但同时其在第 10 条采用了列举推定连结点（presumptive connecting factors）的方式规定了 12 项客观联系地[⑧]以确定法院地与争议事实之间的实际联系，主要涉

---

① See Joost Blom, Q.C. & Elizabeth Edinger, *The Chimera of the Real and Substantial Connection Test*, 38(2) U.B.C. L. Rev 394 (2005).

② See Jean-Gabriel Castel, *The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law*, 52 McGill L.J. 569 (2007).

③ See Jean-Gabriel Castel, *The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law*, 52 McGill L.J. 558 (2007).

④ See Tanya J. Monestier, *A “Real and Substantial” Mess: The Law of Jurisdiction in Canada*, 33 Queen’s L.J. 187 (2007).

⑤ See Janet Walker, *Beyond Real and Substantial Connection: The Muscutt Quintet*, Ann. Rev. of Civil Lit. 91 (2002). Joost Blom, Q.C. & Elizabeth Edinger, *The Chimera of the Real and Substantial Connection Test*, 38(2) U.B.C. L. Rev 394 (2005). See Tanya J. Monestier, *A “Real and Substantial” Mess: The Law of Jurisdiction in Canada*, 33 Queen’s L.J. 191 (2007).

⑥ Black v. Breeden (2009), 309 D.L.R. (4th) 708 (Ont. S.C.J.); Coutu v. Gauthier (Estate) (2006), 264 D.L.R. (4th) 319 (N.B. C.A.).

⑦ A court has territorial competence in a proceeding that is brought against a person only if there is an agreement between the plaintiff and that person to the effect that the court has jurisdiction in the proceeding.

⑧ Without limiting the right of the plaintiff to prove other circumstances that constitute a real and substantial connection between the Province and the facts on which a proceeding is based, a real and substantial connection between the Province and those facts is presumed to exist if the proceeding:

(a) is brought to enforce, assert, declare or determine proprietary or possessory rights or a security interest in immovable or movable property in the Province;

(b) concerns the administration of the estate of a deceased person in relation to

(i) immovable property of the deceased person in the Province, or

(ii) movable property anywhere of the deceased person if, at the time of death, the person was ordinarily resident in the Province;

(c) is brought to interpret, rectify, set aside or enforce any deed, will, contract or other instrument in relation to

及动产及不动产、信托、合同、侵权、恢复性义务（不当得利、无因管理）、个人身份、判决或裁决执行、禁制令、商业经营、税收等事项，涵盖范围广泛，且本条是开放性规定，实际联系地并不局限于上述寥寥数条的规定。

四、我国“实际联系原则”之完善路径

结合我国“实际联系”标准之现状及域外经验综合分析，笔者认为我国“实际联系原则”可采用以下模式予以修正完善。

（一）公平、秩序为原则

在协议管辖制度中，无论是尊重当事人意思自治原则，亦或对当事人选择法院施加“实际联系”要求，其根本目的是为实现案件结果之公正，司法活动之有序，最大程度维护当事人的合法权益并尊重各国司法主权。所以，“实际联系原则”的运用，不应只是根据单一的立法指引选择客观联系地，机械地分析法院与争议之间是否具有实际联系，而是应受公平、秩序原则的指引，[①]以公平有序解决当事人争议为目的。即使存在具有实际联系的连结点，若认定具有实际联系而行使管辖权将有悖上述宗旨之实现，则应拒绝管辖。

（二）扩大“客观联系地”范围且综合分析为指引

我国目前规定的实际联系地并不具广泛性及代表性，且限定的客观联系地无疑会引导法官在具体审判时严格按照客观标志地进行判断，“实际联系地”的范围被限缩，上文所述的当事人利益及公平、秩序价值难以通过限定联系地而实现。因此不妨扩大“实际联系地”范围，采纳法国模式而非穷尽式列举，根据我国民事诉讼法的一般性地域管辖规则进行分析，并借鉴加拿大 CJPTA 第 10 条对地域管辖规则的补充，补足我国现有立法未能涵盖的争议类型及其连结点，使可供认定的客体范围更为宽泛，对“实际联系地”的判定作出高效合理的指引。

(i) immovable or movable property in the Province, or
(ii) movable property anywhere of a deceased person who, at the time of death, was ordinarily resident in the Province;
(d) is brought against a trustee in relation to the carrying out of a trust in any of the following circumstances:
(i) the trust assets include immovable or movable property in the Province and the relief claimed is only as to that property,
(ii) that trustee is ordinarily resident in the Province,
(iii) the administration of the trust is principally carried on in the Province,
(iv) by the express terms of a trust document, the trust is governed by the law of the Province;
(e) concerns contractual obligations, and
(i) the contractual obligations, to a substantial extent, were to be performed in the Province,
(ii) by its express terms, the contract is governed by the law of the Province, or
(iii) the contract
(A) is for the purchase of property, services or both, for use other than in the course of the purchaser's trade or profession, and
(B) resulted from a solicitation of business in the Province by or on behalf of the seller;
(f) concerns restitutionary obligations that, to a substantial extent, arose in the Province;
(g) concerns a tort committed in the Province;
(h) concerns a business carried on in the Province;
(i) is a claim for an injunction ordering a party to do or refrain from doing anything
(i) in the Province, or
(ii) in relation to immovable or movable property in the Province;
(j) is for a determination of the personal status or capacity of a person who is ordinarily resident in the Province;
(k) is for enforcement of a judgment of a court made in or outside the Province or an arbitral award made in or outside the Province; or
(l) is for the recovery of taxes or other indebtedness and is brought by Her Majesty in right of the Province or of Canada or by a municipality or other local authority of the Province.

[①] See Hunt v. T&N plc, [1993] 4 S.C.R. 289 [Hunt] at para. 42.

在“客观联系地”范围扩大的前提之下，笔者认为，以单一地域性连结点判断法院与争议之间是否具有实际联系可能存在偶然性。正如在“中国保险股份有限公司香港分公司诉荷兰铁行渣华油船公司和福建省琯头海运公司案”中，厦门海事法院认为，提单约定的鹿特丹法院仅为本案其中一个被告的住所地法院，鹿特丹非本次运输货物的起运地、中转地、目的地以及海事事故发生地，与本案争议并无实际联系。因此，司法机关在判定“实际联系”时，应结合具体案情进行个案分析，综合考量案件涉及的连结因素，并最终确定具有真实且实际联系的法院，以进行合理管辖。

（三）不方便法院原则及公共政策例外为兜底

各国对协议管辖施加“实际联系”限制的目的之一在于防止案件国际转移，维护国家的司法主权。域外国家为更好地实现上述目的，通常会结合不方便法院原则及公共政策例外配套适用。我国立法已对不方便法院原则作出规定，[①]但在司法实践中，鲜有法官在判定“实际联系”时运用该原则予以拒绝管辖。同时，我国立法并未对协议管辖违反公共政策的行为作出相应法律规制。虽然专属管辖会涉及我国社会公共利益，且《2015 民诉解释》第 531 条规定协议管辖不得违反专属管辖。但专属管辖制度适用范围有限且僵硬，[②]对于我国整体的公共政策而言，专属管辖中的公共政策并不具代表性。

因此我国可参照英美国家做法，以不方便法院原则及公共政策例外为运用“实际联系原则”的兜底措施：第一，在当事人故意制造连结点以虚构“实际联系”时，我国法院得以不方便法院原则为由拒绝管辖，避免不必要的司法负担；第二，若经审查认定，当事人之间的争议与我国具有实际联系，但对该争议行使管辖权将严重违反我国公共政策，我国得以公共政策例外为由，拒绝管辖，以维护我国司法主权及公共利益。

19.论不方便法院原则在我国协议管辖中的适用

刘艺*

摘　要：作为一项体现当事人意思自治的涉外民商事诉讼管辖权制度，协议管辖制度目前已被国际社会所广泛认可。由于涉及司法主权以及当事人诉权保护问题，世界各国的立法和司法实践通常又对其具体适用予以限制。我国法院关于实际联系原则的实践表明，该原则可能会对当事人协议选择法院的自由产生不合理约束，相比之下，不方便法院原则在当事人协议管辖中发挥着更大的作用。但由于我国立法和实践对“不方便”的认定标准不明确，而且其适用仅限于协议选择外国法院管辖的情况，因而该原则在我国协议管辖制度中的适用难以尽如人意。为了提升不方便法院原则在协议管辖中适用的价值，实现其合理协调管辖权、体现个案正义之目标，应该建立在当事人管辖协议的不同类型上分别探讨不方便法院原则如何适用的问题。

关键词：协议管辖　不方便法院原则　实际联系原则　排他性和非排他性管辖协议

Abstract：As a jurisdiction system of foreign-related civil and commercial procedure embodying the autonomy of the parties, the doctrine of agreement jurisdiction has been widely recognized by the international community at present. Since it involves judicial sovereignty and

[①] 具体参见《2015 民诉解释》第 532 条。

[②] 参见郭玉军、蒋剑伟：《论协议管辖制度采用公共政策例外》，《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 2 期，第 22 页。

the protection of litigant's right of action, the legislation and judicial practice around the world usually restrict its specific application. The practice of Chinese courts indicates that the doctrine of specific connection may impose unreasonable restrictions on the parties' freedom to choose the court by agreement. In contrast, the doctrine of forum non convenience plays a greater role in the parties' agreement jurisdiction. However, because of the ambiguity in determining the "inconvenience" in Chinese legislation and practice, and its application is limited to the choice of jurisdiction of foreign courts by agreement, the application of this principle in Chinese agreement jurisdiction system is unsatisfactory. In order to enhance the value of the doctrine of forum non convenience in the agreement jurisdiction and realize its goal of reasonable coordination of jurisdiction, as well as achieve its goal of justice, we should discuss the application of the doctrine of forum non convenience on the basis of different types of the parties' jurisdiction agreements.

Key words: agreement jurisdiction; forum non convenience; the doctrine of specific connection; exclusive jurisdiction agreement and non-exclusive jurisdiction agreement.

我国的 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》首次引入了当事人协议管辖制度，采用区分涉外纠纷和国内纠纷的双轨制。①2012 年《民事诉讼法》第 34 条统一了我国内外有别的协议管辖制度②，但在我国以往的司法实践中，人民法院对该原则的适用十分混乱，不能实现协议管辖制度最大程度上保护当事人自由选择法院之目的。在此情况下，被普通法系国家普遍采纳的"不方便法院原则"便在我国应运而生。不方便法院原则是法院基于公平正义，通过拒绝行使管辖使之更为合适的法院审理案件的一种制度，是涉外民商事诉讼管辖权的国际协调精神的体现。③最高人民法院曾于 2005 年 12 月颁布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 11 条就涉外海商事案件中不方便法院原则的适用提出了指导性意见，2014 年 12 月 18 日最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》（以下简称《民诉解释》）第 532 条则在司法解释层面对不方便法院原则的适用具体规定了六个条件，其第二个必要条件即为"当事人之间不存在选择我国法院管辖的协议"。该条的规定是否正确处理了协议管辖与不方便法院原则的关系，人民法院能否据此对管辖权进行公正合理地分配，以体现协议管辖制度价值、实现个案正义，有待我们进一步探讨。

一、协议管辖中的实际联系原则

在不方便法院原则确立以前，实际联系原则常常被人民法院所援用以限制民商事合同诉讼当事人在确定协议管辖问题上的意思自治。2012 年《民事诉讼法》第 34 条确立了狭义的实际联系的客观标准，2017 年最新修订的《民事诉讼法》沿袭了这一规定，但在具体适用上我国通常视当事人协议选择法院的不同对实际联系的标准作不同要求。

（一）当事人协议选择外国法院

若存在选择外国法院的管辖协议，人民法院对实际联系原则的运用可归纳为以下两方

---

*作者简介：刘艺，女，湖北潜江人，中南财经政法大学 17 级国际法学（国际私法）硕士研究生。

① 1991 年《民事诉讼法》第 25 条规定了国内民事案件的协议管辖制度，第 244 条规定了涉外民事案件的协议管辖制度。

② 2012 年《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条规定：合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

③ 参见王吉文：《2005 年<海牙选择法院协议公约>研究》，东南大学出版社 2008 年，第 115 页。

面：

第一，非排他性管辖协议不具有排除他国管辖的当然效力，人民法院可视与案件有无实际联系接受或拒绝管辖。在 2015 年“黄艺明、苏月弟与周大福代理人有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司股权转让合同纠纷案”①中，最高人民法院认为，尽管当事人约定由香港法院管辖且香港对该涉外合同纠纷有实际联系（合同签订地、诉讼标的所在地均为香港，被告为香港登记注册的公司），但本案并非由香港法院专属管辖，当事人之间的非排他性管辖协议不具有排除内地法院的管辖效力，且作为被告的宝宜公司在我国内地有可供扣押的财产，由此认定原审法院（广东省高院）对本案有管辖权可以继续审理案件。在 2001 年的“中国国际钢铁投资公司与日本国株式会社劝业银行等借款合同纠纷管辖权异议案”②中，最高院认为，当事人仅约定了非排他性的管辖权，并不能因此排除其他法院的司法管辖权。原审法院是本案被告住所地法院，与案件存在实际联系，因此被上诉人可在内地法院起诉。另外，最高院并不认为上诉人所主张的“内地审理程序冗长，会加重当事人的负担”可以成为有效的抗辩理由。可见，我国人民法院在认定其管辖权是否可以排除当事人非排他性管辖协议的执行力之问题上，仅采用了实际联系原则这一单一标准，但由于该原则难以判断，将直接导致在适用上的矛盾和混乱。在上述案件中，人民法院均认为当事人之间的非排他性管辖协议不具有绝对的排他效力，只要人民法院依据实际联系原则对案件享有管辖权就可以受理案件，不考虑当事人间有效的管辖协议的存在。③

第二，不论管辖协议有无排他性，若无实际联系则当然无效，管辖法院由我国法院确定。在“燕丰进出口公司诉法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”④（以下简称“燕丰进出口公司案”）中，当事人约定了法国马赛的排他性管辖权，但天津市高院也认为，从本案造成的损害事实看，马赛仅仅是达飞公司的注册登记地，此外并无其他实际联系。相比之下，大洋公司（承运人）及法国达飞公司在天津均设有办事机构，由我国法院审理案件更利于查清事实，且方便当事人诉讼，符合我国民事诉讼法的规定。在该院看来，被告的注册地不足以成为与案件有实际联系的认定标准，而在“温州市轻工工艺品对外贸易公司诉法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”⑤（以下简称“温州轻工工艺品公司案”）中，双方当事人同样约定了法国马赛的排他性管辖，但厦门海事法院认为，双方合意选择了管辖法院，而且被告的登记注册地位于马赛，与争议具有实际联系，由此认为被告的管辖权异议成立，拒绝对该案件行使管辖权。这一矛盾现象暴露了实际联系原则在实际运用中由于过分依赖法官自由裁量而产生的弊端。

（二）当事人协议选择我国法院

在我国学界，有学者认为若诉讼当事人事先约定了将其争议提交一国法院处理，则案件就与该国法院创设了实际联系，换言之，被选择法院与案件的联系可以由当事人的选择而创设。⑥另外，根据《中华人民共和国国际私法示范法》（以下简称《示范法》）第 51 条，协议管辖作为不方便管辖的前方条款而不能在协议管辖中适用。⑦简而言之，若当事人协议选择我国法院管辖就无须再考虑实际联系因素，也不能允许不方便法院原则的存在。如在 2014 年的“重庆港龙生态农业发展有限公司诉莱茵（中国）教育机构（英文名 St 教育机

① 参见最高人民法院（2015）民四终字第 9 号民事判决书。

② 参见最高人民法院（2001）民四终字第 12 号民事裁定书。

③ 类似的案件可见于“住友银行有限公司与新华房地产有限公司贷款合同纠纷管辖权异议上诉案”、“香港东鹏贸易公司诉被告东亚银行信用证纠纷案”等。

④ 资料来源于：北大法宝。【法宝引证码】CLI.C.874998。

⑤ 资料来源于：北大法宝。【法宝引证码】CLI.C.21767。

⑥ 参见徐伟功：《不方便法院原则在中国的运用》，《政法论坛》2003 年 4 月，第 21 卷第 2 期，第 163 页。

⑦ 参见徐伟功：《评述<国际私法示范法>中的不方便法院条款》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 3 期，第 394 页。

构）合作合同纠纷案”①中，重庆市中级人民法院认为，本案原、被告双方在《联合办学教育发展合作协议书》第三款中有约定选择我国法院管辖，且在本案诉讼和重庆市第一中级人民法院他案诉讼中对适用中国法律进行审理均没有异议，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条以及第四十一条第一款的规定，本案所涉合同性质和效力以及案件的裁判将依中国法律予以确定。就此案而言，法院仅根据存在选择我国法院的管辖协议就对案件行使司法管辖权，至于案件与我国是否存在实际联系、管辖协议的排他性如何并未作出具体说明。

（三）主要问题

可见，实际联系原则在我国司法实践中存在如下不合理之处：

第一，“实际联系地”的认定标准模糊。从 2012 年《民事诉讼法》第 34 条的规定来看，其列举的五个客观标志地与随后的“等与争议有实际联系的地点的人民法院”之间是一种并列性质的关系，由此可以推定，该规定对实际联系原则实质上所作的是一种扩张性解释，除五个实际联系地以外是否还另外存在实际联系地由于缺乏统一的认定标准，这就留给了法官相当大的自由裁量空间。在前述论及的“燕丰进出口公司案”以及“温州轻工工艺品公司案”中，天津海事法院和厦门海事法院就对“实际联系地”作出了大相径庭的判断，造成了同案不同判的不公正局面。“实际联系原则”认定标准的缺失对于法院在具体适用带来了诸多麻烦与不便，无疑也不利于我国当事人正当权益的保障。

第二，一律以实际联系标准进行审查，当事人的期望难以实现。从当事人的角度来看，他们之所以在合同中协议选择一国的法院来处理他们之间的民商事争议，就是对该国完善的法律制度能公正地解决纠纷寄予了合理的期待，但在协议管辖中要求实际联系原则，对管辖协议不加区分统一以实际联系标准进行审查，无异于是对当事人正当期望的一种漠视，②也是对当事人意思自治权的侵犯。另一方面，基于对对方国家司法制度的不信任，当事人可能达成合意直接将国际裁判管辖权赋予一个毫无联系的中立法院，以期案件公正合理地解决，而实际联系原则的适用排除了当事人选择中立法院的可能性，不利于国际民商事交往的正常发展。③

第三，内外国标准不一，有司法沙文主义之嫌。从以往的司法实践来看，尽管我国立法没有规定，人民法院常常仅基于存在选择我国法院的管辖协议就直接对案件行使管辖权，几乎没有对实际联系要求进行说理，而在协议选择外国法院的情况下却以实际联系原则加以严格审查，这种内外有别的区别待遇不可避免地产生过度管辖问题，难免会招致涉外民商事争议中当事人对我国司法体制公正性的疑虑。

二、我国协议管辖中的不方便法院原则

（一）《民诉解释》第 532 条之解读

由于运用“实际联系原则”对协议管辖进行限制存在诸多尚待解决之问题，甚至会造成不公正的结果违背协议管辖制度的初衷，在当今主张淡化实际联系原则的大趋势下“不方便法院原则”的引入就显得尤为重要。根据《民诉解释》第 532 条，“当事人之间不存在选择我国法院管辖的协议”是适用不方便法院原则的前提性条件。由此可以推定，当事人选择我国法院的管辖协议可直接排除不方便法院原则的适用；若协议选择某一外国法院管辖，不方便法院原则似乎仍有适用余地，这通常取决于人民法院关于管辖协议排他效力的不同判断，人民法院在司法实践中主要存在以下做法：

---

① 参见重庆市中级人民法院(2014)渝五中法民初字第 00544 号民事判决书。

② 参见王吉文：《我国涉外协议管辖制度限制条件的正当性探讨》，《武大国际法评论》2011 年 02 期，第 75 页。

③ 参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版，第 64 页。

第一，否认管辖协议的排他效力，人民法院可自由裁量是否适用不方便法院原则拒绝管辖。这也是我国大多数法院的做法。如在 2016 年的“张敏华、许玉心起诉珠海金山房产有限公司商品房预售合同纠纷案”①中，广东省珠海市中级人民法院认为由于内地和澳门属于不同法域，选择适用澳门法律和由澳门法院裁决可能面临一定的法律风险和较高的诉讼成本，另外由于该条款非基于公平原则订立的，因而属于无效条款，案件应按照法定管辖由原审法院审理，不应适用不方便法院原则排除我国的管辖。在 2017 年的“刘念汉等与中国信托商业银行股份有限公司保证合同纠纷上诉案”②中，广东省深圳市中级人民法院在当事人约定了香港法院的非排他性管辖权的情况下，认为本案的审理不存在不方便因素而拒绝适用不方便法院原则。③在上述案件中，当事人的管辖协议不能排除其他有管辖权的法院行使司法管辖权，人民法院可以基于本院审理“不存在不方便”或者外国法院审理“不方便”等简单理由对案件进行管辖，但对何为“不方便”未作说明或未充分说明，这种做法容易使得当事人协议选择法院的期望落空，也易导致法官自由裁量权的滥用，因为我国法院可以第 532 条中任何一个条件不符就认为不存在审理不方便的因素，拒绝接受当事人基于不方便法院原则提出的管辖抗辩，片面地保护法院地利益。

第二，绝对尊重管辖协议的排他效力，适用不方便法院原则拒绝审理案件。在 2015 年的“李焕燕与广州市恒投资咨询有限公司等服务合同纠纷上诉案”④中，原审法院径直依据《民事诉讼法》和《民诉解释》的相关规定就承认了当事人关于香港法院的非排他性管辖协议的执行力，适用不方便法院拒绝审理案件，至于如何认定“不方便”的因素未进行说理。广东省广州市中级人民法院同样基于不方便法院原则拒绝审理案件，其理由是当事人在合同中明确约定有关争议“可交由香港法院裁决”，该条款内容意思表示清晰明确，在存在协议管辖的情况下原审法院对本案不享有管辖权。可见，这些法院并不强调管辖协议的唯一性和排他性，只要有效的管辖协议就可以适用不方便法院原则拒绝行使管辖，这充分尊重了当事人的意思自治，但却将《民诉解释》第 532 条认定不方便法院的条件束之高阁，丧失了不方便法院原则本身存在之意义。此外，如果案件由协议管辖法院审理实际上是“困难的”、“不方便的”，甚至会实质性地损害当事人的合法权益或者我国公共利益，致使公平正义之价值无法实现，仍适用不方便法院原则拒绝案件的审理无疑是不合理的。

（二）主要问题

不方便法院原则一定程度上是对实际联系原则的修正，在防止原告滥用诉权、限制法院过度管辖上发挥着积极作用，但《民诉解释》第 532 条并未妥善处理好其与协议管辖制度之间的关系，导致该原则在司法实践中的适用难以令人满意。

第一，未对排他性和非排他性管辖协议进行区分，导致法官在认定协议可执行性问题上的擅断。从前述司法实践来看，如果存在一个有效的管辖协议我国法院能否继续行使管辖权、该管辖协议的执行力如何，并没有统一的做法，当事人订立的管辖协议是否具有绝对效力处于极为不确定的状态，这在相当程度上减损了协议管辖制度其本身的价值。

第二，“不方便”的认定标准不明确，缺乏适用或者拒绝适用不方便法院原则的充分理由。第 532 条对于何为“更方便的外国法院”并无统一界定，若将该问题交由具体受诉法院自由裁量，将直接会导致适用结果的差异性和不统一性，也将使司法解释的适用处于

① 参见广东省珠海市中级人民法院（2016）粤 04 民终 2544 号民事裁定书。
② 参见广东省深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民辖终 86 号民事裁定书。
③ 类似的案件可见 2016 年的“天卓国际发展有限公司与盈发创建有限公司借款合同纠纷上诉案”。参见天津市高级人民法院（2016）津高民终 45 号民事裁定书。
④ 参见广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民二终字第 1847 号民事裁定书。

一种“各自为政”的混乱状态。①更加重要的是，在拒绝适用不方便法院原则以对抗当事人管辖协议之问题上，法院若不对外国法院审理“不方便”的因素进行严格限定且给予充分理由，那么否定当事人协议选择法院的司法管辖权则是不能令人信服的。②人民法院通常以该院并非第 532 条规定下的“不方便”法院为由（常常基于案件涉及我国公共或者私人利益或者我国在事实认定和适用法律方面不存在困难等依赖于法官主观判断的因素）就拒绝适用不方便法院原则，径直对案件进行管辖以对抗当事人的管辖协议，但却没有对外国法院是否审理不方便予以说明或给予充分理由，这种做法无疑有失偏颇。③

第三，若当事人协议选择我国法院管辖，不方便法院原则完全没有适用空间。从《民诉解释》第 532 条和相关司法实践来看，若存在选择人民法院的有效管辖协议，人民法院会优先行使管辖权，直接排除不方便法院原则适用的可能。和选择我国法院管辖不要求实际联系的做法相类似，这种内外有别的态度极易引发外国法院对我国法院司法管辖权扩张的疑虑，而且不能发挥该原则通过拒绝管辖案件并由此减少诉累的重要功能。④其不合理性还在于，当事人协议选择我国法院管辖并不当然意味着我国法院就是“方便的法院”，继续由我国法院审理也有可能造成对一方或双方当事人不公正的情况。比如当事人一方通过利用自己的强势地位在选择法院时实质性地偏向己方利益，进而订立不利于弱方当事人诉权行使、有损于公正价值的选择我国法院的管辖协议，在此情形下，如果不加审查一律承认其效力将会带来严重损害。需要明确的是，不方便法院原则是依据公平正义对不合理的协议管辖所做的适当修正，这其中当然包括选择我国法院的管辖协议。因此，在当事人协议选择我国法院管辖的情况下考虑不方便法院原则的适用问题是十分之必要的。

三、国际社会关于不方便法院原则在协议管辖中的实践

作为起源于普通法系国家的司法制度，分析和比较外国国家和国际公约对于不方便法院原则在协议管辖中的运用可以为进一步完善我国的相关立法、更好地促进司法实践提供指导和借鉴。

（一）外国国家的实践

由于大多数大陆法系国家或没有不方便法院原则的相关规定或规定管辖协议具有排他的当然效力而不存在不方便法院原则的适用可能，因此笔者主要讨论该原则在普通法系国家协议管辖中的适用问题。在这些国家的司法实践中，即使存在一个选择本国法院的管辖协议，法院也可能运用不方便法院原则拒绝执行该协议，或者也可以继续本国诉讼而不考虑当事人间的管辖协议。因此，法院在管辖权确定上享有广泛的自由裁量权。但对于能在多大程度上行使自由裁量权以及适用不方便法院原则的理由和方式如何，各国的立法和实践很不一致。

英国不方便法院原则在协议管辖中的实践

一般认为，不方便法院原则萌芽于 17 世纪的苏格兰，并于 19 世纪在英格兰得到发展

---

① 参见李佳佳：《论我国不方便法院原则的立法缺陷及完善——关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 532 条解析，《中州大学学报》2016 年 4 月，第 33 卷第 2 期，第 30 页。

② 如在前文论及的“张敏华、许玉心起诉珠海金山房产有限公司商品房预售合同纠纷案”中，广东省珠海市中院认定澳门法院不方便的因素是“可能面临一定的法律风险和较高的诉讼成本”，当事人在订立管辖协议时可能早已考虑到并接受了这种不便条件，人民法院以此为由对抗管辖协议实则令人质疑。

③ 如在“天卓国际发展有限公司与盈发创建有限公司借款合同纠纷上诉案”以及“刘念汉等与中国信托商业银行股份有限公司保证合同纠纷上诉案”等案件中，人民法院仅依据我国法院审理不存在不方便就否认了管辖协议的执行力，没有对当事人选择的外国法院是否更为方便进行分析比较。

④ 参见黄志慧：《人民法院适用不方便法院原则现状反思——从“六条件说”到“两阶段说”》，《法商研究》2017 年 6 月，第 159 页。

和完善。[①]从英国法院适用不方便法院原则的晚近实践来看，不论当事人约定的管辖权条款是排他性或非排他性的，原告都可以主张充分的理由向法院证实诉讼应该在英国而非选择的外国法院进行，否则英国法院应承认约定法院的管辖权且中止在英国的诉讼。这一“中止诉讼原则”最早在“The Eleftheria”案中确立。即使存在有效的管辖协议，英国法院也可以运用不方便法院原则决定是否中止诉讼，但法院行使自由裁量权通常十分谨慎，其需要对管辖权的便利程度以及公正性进行全方位考察，并且加重主张协议选择法院的管辖不适当的一方当事人的举证责任。如当事人订有外国法院管辖协议的情况下，原告方必须有“强有力的理由”以证明英国是更合适的管辖地，并且证明迫使被告不再协议选择的法院参加诉讼的合理性。如此严格的立场表明了英国法院对协议管辖效力的尊重态度，也反映出英国法院在运用不方便法院原则确定管辖权问题上对实现全体利益和正义目的的考量。

Elefthria 案所确立的原则被澳大利亚、新西兰、以色列等其他普通法系国家所因循，但在这些国家具体做法上也有所区别。如新西兰法院要求本国诉讼继续进行必须有充足的理由，但非排他性管辖协议并不能排除新西兰法院的管辖权而只是为不方便法院原则的适用提出一个可供选择的外国法院，加拿大法院也采取与之类似的做法。②

美国不方便法院原则在协议管辖中的实践

和英国类似，美国法院也可运用不方便法院原则对当事人的管辖协议进行审查。美国联邦最高法院在“Bremen”案③中强调了作为当事人自由、合意协商的结果，被选择的法院应该是符合当事人关于便利、公正及合理期待等考量，因此无需再考虑第三地法院的便利性来判断该管辖协议能否被执行。在此情形下，一方当事人欲否定管辖协议之效力，应证明其选择的法院审理案件将导致“严重困难或不方便”，且实质上剥夺了参与诉讼的权利。如果其仅仅提出在选择法院进行诉讼不方便，却未能证明他实际上不可能去被选择法院进行诉讼，则没有理由认为约定的管辖权条款是不公平、不合理，并无法予以强制执行的，当事人的不方便法院主张不能抗辩管辖条款的效力。④尽管赋予了当事人否定协议管辖执行力的可能性，实际上要证明存在“严重困难或不方便”并且推翻协议选择法院的司法管辖权却是非常困难的。仅有的几个成功案例如在 1988 年的“All–Tech Industries”案⑤中，美国法院以 All-Tech 公司证明了其财务报表显示该公司资产为负值，无力承担在德国的诉讼为由（financial impossibility），拒绝了被告 Freitag Electronic 不方便法院原则的抗辩。另外在 2001 年的“Bernard Walker”案⑥中，法院认为当事人的法院选择条款可以基于原告“身体残疾和经济限制”（physical disabilities and economic constraints）以及“公民权利”（civil rights）两个理由拒绝执行，最终美国最高院认为二原告身体残疾且难以承担高昂费用，无法去加利福尼亚联邦法院进行诉讼，由此支持了其在本院的诉讼请求。

（二）2005 年《海牙选择法院协议公约》的相关规定

2005 年 6 月，海牙外交会议通过了《海牙选择法院协议公约》（以下简称“公约”），但公约仅适用于国际民商事案件中的排他性选择法院协议，对于非排他性管辖协议的有关问题未作规定。公约第二章对缔约国法院管辖权的规定可以概括为三项基本原则：

---

① 参见袁泉：《不方便法院原则三题》，《中国法学》2003 年第 6 期。

② 参见徐卉：《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 189 页。

③ See The Bremen v. Zapata Off－Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).

④ 参见刘晓红、周祺，《协议管辖制度中的实际联系原则与不方便法院原则——兼及我国协议管辖制度之检视》，《法学》2014 年第 12 期，第 48 页。

⑤ See FREITAG ELECTRONIC, GmbH, a German corporation, Wolfgang Freitag, individually, E.F. Johnson Company, a Minnesota corporation, Hifonics Corporation, a New Jersey corporation, and Helmut Stieglitz, Defendants.No. 87 C 10690. Aug. 5, 1988.

⑥ See Bernard WALKER & Christina Adams, Plaintiffs,v. CARNIVAL CRUISE LINES; Carnival Corporation; Unique Travel Agency Andre's Travel Agency, Defendants.No. C 98–2926 TEH.Feb. 10, 2000.

第一，被选择的法院必须审理案件。根据公约第 5 条第 1 款，只要根据被选择法院所在国法律不存在无效情形，该法院对案件就当然地享有司法管辖权，有义务审理案件。又根据该条第 2 款，一旦协议选择的法院对案件享有管辖权就应当审理案件，不得适用不方便法院原则拒绝受理。可以说，公约基本排除了不方便法院原则适用的可能性。这样规定的目的在于保证判决的可预见性，保护当事人的合理期待。该条实际上是从大陆法系国家的立场制定的，因为大陆法系国家在确定管辖权问题上没有广泛的自由裁量权，如果当事人之间有协议选择本国法院管辖的条款，尊重该协议的效力对案件行使管辖权是强制性的，不能适用不方便法院原则拒绝管辖。而普通法系国家则对不方便法院原则极为推崇，常常适用该原则排除不合理的管辖协议以实现公平正义的目的。从公约第 5 条的规定来看，虽然不方便法院原则并未被采纳，但该条只是对于排他性管辖协议的限制，对于非排他性管辖协议能否适用不方便法院原则仍取决于各缔约国法院的自由裁量。因此，公约第 5 条实质上是两大法系在公约制定过程中博弈的结果。①

第二，未被选择的法院必须拒绝审理案件。为了保证第 5 条的实施，防止平行诉讼的发生，公约第六条明确规定了被选择法院的义务，即被选择法院以外的缔约国法院应当中止或者放弃排他性选择法院协议适用的诉讼程序。此外，公约还规定了五种例外，包括被选择法院认定协议无效、受案法院认为协议一方当事人缺乏缔约能力或违背法院所在国的公共政策、协议不能合理履行以及被选择法院已决定不审理该案等情形。这些规定是从尽可能地保证管辖协议的有效性、维护被选择法院的管辖权以及公共利益的角度制定的。至于第五项，公约未对被选择法院在什么情况下可以决定不审理案件作出明确解释，但结合公约第 19 条关于“限制管辖权声明”的规定，被选择法院可以基于当事人或案件与该国缺乏联系时拒绝行使管辖权，从而不履行公约第 5 条下的义务。由此可以认为，被选择法院可以与案件或当事人没有联系为由决定不审理案件，被选择法院以外的缔约国法院可行使管辖权。该条规定似乎也可以说是不方便法院原则的一种体现，作为公约第 5 条的例外存在。

第三，由被选择法院作出的判决应当在其他缔约国得到承认与执行，除非属于公约规定的可以拒绝承认与执行的情况。其主要规定在公约第 8 条和第 9 条中，在此不做赘述。

四、我国协议管辖中不方便法院原则适用现状的反思

毋庸置疑，不方便法院原则在我国协议管辖中的适用存在诸多不合理之处，因此我们有必要对当事人之间的管辖协议进行区分，分别探讨不方便法院原则适用的可能性。

（一）排他性管辖协议不适用不方便法院原则

如前所述，当事人协议选择管辖法院有其自身利益的考量，当事人可能依赖于被选择法院的特殊经验从而解决某些特殊的合同争议，可能期待利用中立第三国完善的法律制度体系给予他们争议公正合理的判决结果，所以当事人对于他们的争议由被选择法院进行管辖的后果应该是可以预见和承受的。因此，为了最大程度上保护当事人将案件诉诸其选择法院审理的正当期望，实现协议管辖制度本身之意义和价值，同时也为了防止平行诉讼的发生，当事人若约定了其争议只能交由某国法院行使排他性的司法管辖权，其他国家法院就应该最大程度上尊重该协议的效力，无权通过不方便法院原则排除协议管辖法院的管辖权。这也符合《海牙选择法院协议公约》的规定和要求。

（二）非排他性管辖协议适用不方便法院原则

在当事人约定非排他性管辖协议的情况下应当允许不方便法院原则的适用，这也是我

① 参见徐海霞：《论国际民商事诉讼中的不方便法院原则》，对外经济贸易大学出版社 2012 年版，第 228 页。

国司法实践中的普遍做法，但在具体适用上应明确以下几方面问题：

第一，在“不方便”因素的认定上，侧重于程序正义而非实质正义，侧重于公共利益而非私人便利。如果原告向人民法院主张协议选择的外国法院是不方便的，或者被告以存在有效的管辖协议为由向我国法院提出管辖权抗辩，那么，我国法院在判断该主张成立与否的问题上应更多地倾向于对当事人程序性权利和公共利益的保障，如法院的诉讼程序是否会完全剥夺当事人的抗辩权、当事人能否在一个独立和公正的法院获得判决、能否获得律师的法律援助，①以及是否存在举证和认定事实的重大障碍、是否存在需要保护的特殊利益等因素，而不应考虑一国的实体法能否保证原告胜诉等实质问题，以及对当事人和证人出庭的便利性和成本、取得证据的便利性等出于对私人利益的考量。特别是在当事人协议选择我国法院的情形，人民法院常常会理所当然地认为本国法院是最为方便的法院因而不考虑当事人的不方便法院主张或者管辖权抗辩，所以对于不方便要素如何进行认定就显得尤为重要。在前述案件的实践中，我国法院对被选择法院审理案件“不方便”的理由未给予充分有效的说明就当然排除管辖的执行力或者一概不考虑不方便法院原则在我国协议管辖中的适用显然是不合理的，因此我们认为英美等普通法系国家适用不方便法院原则进行协议管辖审查时所持的严格立场值得我们思考和借鉴，不论是选择我国或是外国的管辖协议，一律基于程序正义和公共利益以不方便法院原则进行审查，有利于改变我国不方便法院原则适用上的混乱局面，限制法院的自由裁量权，防止内外有别的判断。

第二，明确诉讼当事人举证责任的分配。从《民诉解释》第 532 条以及我国的司法实践来看，我国人民法院在不方便法院原则的启动程序上采用的是当事人主义模式，即由当事人在认为自己的诉讼利益受损时以不方便法院为由要求变更法院管辖，或者直接向受诉法院提出管辖异议，②但这种举证责任通常落在被告一方，而漠视管辖协议并向我国法院提起诉讼的原告方则无需证明其逃脱约定法院管辖的理由，这种做法不但使得当事人诉讼权利和义务不均衡，而且如果被告举证困难又没有相应的救济权利，则无法对原告挑选法院的行为进行遏制，有损诉讼程序的公正价值，因此有必要对当事人在确定管辖法院问题上的证明责任进行限制。具体而言，若当事人协议选择外国法院管辖，且被告向人民法院提出管辖权异议的，应当由在我国起诉的原告承担证明被选择法院为不方便法院之责任。这种证明责任必须坚持严格立场，不能仅从私人便利而应从维护个案正义的公共利益的角度考虑，而且这种公共利益必须足以对抗该协议管辖的效力。如果不能证明的，我国法院即可中止诉讼，支持被告在被选择法院进行诉讼的请求；如果当事人协议选择我国法院管辖，被告若基于我国法院是不方便法院的理由主张应由其他国家法院行使司法管辖权，那么该被告就应证明我国法院存在不方便的因素，该证明责任同样应采用严格标准。并且，为了防止管辖权消极冲突的产生，被告应向人民法院证明存在一个审理更为方便和公正的外国法院，根据该国法律对案件享有管辖权，而且能够保证诉讼的顺利进行，否则，人民法院应该尊重管辖协议的效力继续进行我国的诉讼程序。

（三）关于协议管辖中实际联系原则的思考

同样作为对协议管辖进行限制和约束的方式，我国不方便法院原则确立后实际联系原则的存废问题值得我们深思。笔者认为，原则上，不论是当事人订立的排他性管辖协议或是非排他性管辖协议都没有适用实际联系原则加以限定之必要。一方面，当事人若认为在其选择的法院地裁判更有利于争议公正、有效的解决，那么剥夺当事人的这种选择权显然不合理，即便我国对实际联系原则持扩大解释的立场，也不能防止法院运用自由裁量以管

① 参见黄志慧：《人民法院适用不方便法院原则现状反思——从“六条件说”到“两阶段说”》，《法商研究》2017 年 6 月，第 164 页。

② 参见李佳佳：《论我国不方便法院原则的立法缺陷及完善——关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 532 条解析，《中州大学学报》2016 年 4 月，第 33 卷第 2 期，第 28 页。

辖协议不存在实际联系为由否定其效力。另一方面，利用不方便法院原则对不合理的管辖协议进行审查，同样可以达到实际联系原则所期望的维护司法主权、实现公平正义之目的，因为所谓的“方便法院”，一般都是与案件或当事人有联系的法院或者某一公正的中立国法院，因此该原则相对于实际联系原则来说更为合理。此外，当今世界大多数国家在协议管辖制度中都没有实际联系原则的要求，即使是在瑞士、德国和意大利等成文法国家对该原则的适用也呈现出逐渐淡化的趋势，①《海牙选择法院协议公约》关于被选择法院的范围也没有要求必须有实际联系。因此，在协议管辖中取消实际联系原则的限制符合当今国际社会扩张当事人意思自治的趋势，有助于促进国际经济贸易关系的自由发展。

但需要注意的是，将实际联系不作为原则性规定加以适用不等同于完全抛弃实际联系在考查管辖协议效力问题上的作用，正如有学者提出，实际联系可以作为“在进行不方便法院原则的审查时判断当事人是否存在权力滥用的基本依据之一”。②由于我国法院不能主动启动不方便法院原则审查管辖协议而只能被动依赖于当事人的动议，因此，如果不利用实际联系标准进行审查，就可能会为强势方权利滥用提供可乘之机，如一方当事人运用自己的强势地位迫使弱方当事人同意选择与其毫无实质联系、甚至有损其诉讼权利的管辖法院。若片面尊重该管辖协议实则会对弱方当事人造成不公正对待，那么在此情况下，法院就可以缺乏实际联系作为不方便法院原则适用的依据排除协议管辖的执行效力，从而实现个案正义。

20.损害赔偿救济适用于排他性管辖协议的可能与困局：以法律基础为核心的分析

徐伟功 曹潇潇*

摘　要：损害赔偿救济能否适用于排他性管辖协议的关键在于法律基础。自英美等普通法系国家开创性的将损害赔偿救济适用于管辖协议开始，合同便是唯一的法律基础。但合同法基础的证成存在一个关键前提，即承认管辖协议能够创设可执行义务的合同性特征。由此，在法律传统、法律文化与政策等因素的影响下，将管辖协议视为程序性合同的大部分大陆法系国家拒绝适用损害赔偿救济。其他可能的法律基础如侵权和返还请求权，虽可避开管辖协议的定性难题，但在当前法律制度的约束下，都难以成为一般性的法律基础。因此，就目前而言，只有认可管辖协议的合同性特征，损害赔偿救济才能适用于管辖协议。

关键词：排他性管辖协议；损害赔偿；程序性合同；混合性合同

The Possibility and Dilemma of Applying Damages to Exclusive Jurisdiction Agreements: an Analysis Focused on the Legal Basis

① 如 1987 年《瑞士联邦国际私法法典》第 5 条规定：对于财产争议，除法律另有规定外，当事人对法院的选择具有排他效力，且当事人对法院的选择并无任何程度的联系要求。

② 参见王吉文：《论不方便法院原则对协议管辖的效力问题》，《云南大学学报》2015 年 5 月，第 28 卷第 3 期，第 37 页。

* 作者简介：徐伟功，中南财经政法大学法学院教授，博士生导师。
曹潇潇，中南财经政法大学法学院国际法专业博士研究生。
尚未公开发表，请勿引用。

XU Wei-Gong　CAO Xiao-xiao

Abstract: Whether the remedy of damages can be applied to the exclusive jurisdiction agreements depends on the legal basis. From the first time of applying damages to jurisdiction agreements in common law countries such as UK and US, contract is the unique legal basis. But there is an important precondition for the justification of contract law basis, that is to recognize the contractual character of jurisdiction agreement which can create the enforceable obligation. For this reason, under the influence of legal tradition, legal culture and policy, the most civil law countries which treat jurisdiction agreements as procedural contracts refuse to apply damages. Other possible legal bases such as tort and restitution, although can avoid the classification problems of jurisdiction agreements, cannot serve as the generic legal basis because of the current legal system. So, at present, only by recognizing the contractual characteristic of the jurisdiction agreements can the remedy of damages be applied.

Key words: exclusive jurisdiction agreements; damages; procedural contract; hybrid contract

一、引言：损害赔偿救济适用于排他性管辖协议的功能期许

在国际民商事交往中，为提高争议解决的确定性和可预测性，当事人往往在合同中订立排他性管辖协议[①]，约定将合同以及与合同有关的争议提交特定国家或地区的法院解决。因审判地对国际民事诉讼结果的重要影响，这种管辖合意的达成与任何其他合同条款包括价金条款的拟定一样，往往需要经过当事人激烈的谈判和博弈，甚至以牺牲重要利益来换取。但不同的是，管辖协议更经常地被违反，主要原因就在于执行保障机制特别是救济制度上的不足与乏力。

管辖协议具有不同于一般合同的公法性特征，其效力在于赋予或排除特定国家或地区法院的管辖权。因而在救济方法上也有别于一般合同，各国法院通常只提供程序性救济，即中止本国进行的诉讼或针对当事人在外国提起的诉讼颁发禁诉令。然而这种纯粹的程序性惩罚，既不能保护善意当事人的经济利益，又不足以威慑潜在的违约人，很难保障管辖协议的有效执行。首先，程序性救济方法对善意当事人的经济利益无力保护。在国际民事诉讼中，违反管辖协议所提起的诉讼对善意当事人经济上的影响是不能忽视的。这不仅是因为审判地对诉讼结果的重要影响，更是因为当事人为诉讼抗辩所需承担的费用尤其是其中的律师费可能是非常昂贵甚至是惊人的，而它难以通过诉费命令方式获得全部补偿。[②]对这种财产性损失，程序性救济方法是无能为力的。其次，程序性救济方法缺乏足够的威慑力，在促成当事人守约的行动选择方面较为薄弱。因为基于理性人的基本假设，只有当违约成本大于或至少等于收益时，当事人才会选择履约。程序性救济方法并不威胁当事人的任何财产利益，相应的违约成本较小，便很难抑制当事人的违约动机。因此，程序性救济方法不能为管辖协议的有效执行提供强有力的保障。

在特定的法律文化背景和司法需求下，英美等普通法系国家开创性的将损害赔偿救济适用于管辖协议。这种金钱性的救济方法不仅能够保护善意当事人的经济利益，而且能够提高管辖协议的威慑力，督促当事人遵守和履行协议约定。因而，相比于程序性救济方法，

[①] 损害赔偿救济仅适用于排他性管辖协议，文中基于行文和法律语境所转换使用的管辖协议、协议管辖（制度）等用语皆指排他性选择法院协议（制度）。

[②] 以德国联邦最高法院在 2005 年 3 月 8 日所做的判决（Case VIII ZB 55/04, [2005] I.L.Pr. 54）为例，法院承认英国律师在案件中的参与是合适的，但英国律师是按小时收费，且比德国律师提供相同服务的费用高出很多，因而对律师费的补偿只以德国律师提供相同诉讼服务的费用为限。See Koji Takahashi, “Damages for Breach of A Choice-of-Court Agreement” *Yearbook of Private International Law*,Vol.10, 2008, pp.60-61.

更能抑制当事人违反管辖协议的动机，保障管辖协议的有效执行。自英美等国家将这种将损害赔偿救济方法适用于管辖协议开始，至今已有二十余年的历史，近年来也得到越来越多学者的关注，相关规则也已确立并逐渐被认可。但关于违反管辖协议的损害赔偿救济之司法判例数量仍然有限，且自产生伊始便伴随诸多争议，大部分大陆法系国家更是持敌对立场。主要原因就在于这种救济方式在法律基础上面临的困境和司法实践中需应对的各种难题。其中，法律基础问题是直接决定损害赔偿救济能否适用于管辖协议的关键。

二、合同法基础：管辖协议定性之争引发的适用困境

依契约法的精神，成立并生效的契约一旦被一方当事人违反，另一方有权要求违约方承担相应的违约责任，包括损害赔偿。因为违约意味着当事人对自己诺言的违反，也是对双方合意和信任关系的破坏。它不仅使正常的交易中断，而且给非违约方造成各种损害，所以违约在法律上和道德上的可归责性和应受非难性就是违约当事人应承担责任的根据。[①]在当事人违反成立并生效的管辖协议时，该违约者同样会损及相对方的信赖利益、破坏双方的协作关系，因此理应承担一定的违约责任。[②]如果管辖协议在性质上与一般合同无异，损害赔偿救济适用于管辖协议的可行性便无可置疑。但管辖协议因涉及一国管辖权的行使，而被认为具有不同于普通合同的特殊性。因此合同能否成为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础，是有争议的。

（一）英美判例法的初始预设与理据论证之贫乏

英美等普通法系国家开创性的将损害赔偿救济适用于管辖协议，具有特定的法律文化背景，即从一开始就默示的将违反管辖协议视为合同问题。因此，在英美判例法中，合同自始至终都是损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础。也正是由于这一初始预设，英美判例法在违反管辖协议的损害赔偿救济之合同法基础问题上，一直未进行系统论证。

在英国，合同作为违反管辖协议的损害赔偿救济之法律基础，已得到牢固确立。Briggs 教授认为这种救济最早可追溯至 Ellerman Lines Ltd.v. Read 案，但该案是针对当事人违反仲裁协议起诉而授予损害赔偿的案例。因此，严格地说，应不属于损害赔偿救济适用于管辖协议的渊源案例。2001 年的 Union Discount Co Ltd v. Zoller 案[③]（下文简称 Zoller 案）是首个对违反管辖协议当事人判决损害赔偿的案例，也被认为是确立违反管辖协议的损害赔偿规则之主导性案例。[④]然而，在该案中，法院并未对合同性损害赔偿救济的可适用性进行充分论证。只是将“排他性管辖协议被认为能够赋予英国原告对违反管辖协议行为提起损害赔偿诉讼的权利”作为授予损害赔偿的条件之一，基于纽约诉讼的提起构成对合同的明显违反导致了初步看来可追回的损失这一假设，认为没有任何具有约束力的判例阻止上诉法院授予损害赔偿。在之后的 Donohue v. Armco Inc 案[⑤]中，英国上议院暗示了对违反管辖协议主张损害赔偿是一种“一般权利”，但就其可适用性只是附带提及，即如果当事人可以证明其损失是由对方违反管辖协议造成的，违反合同的一般损害赔偿救济对其就可以适用。同样，在 2004 年的 Akar 案[⑥]中，高等法院直接将 Zoller 案解释为消除了损害赔偿救济适用于管辖协议的任何疑虑，但并未作出进一步的说明与论证。虽然英国法院在后来的判例如

---

① 王利明：《民商法研究（第四辑）》，北京：法律出版社 2001 年版，第 59 页。

② 张嘉军：《民事诉讼契约研究》，北京：法律出版社 2010 年版，第 187 页。

③ Union Disc. Co. v. Zoller, [2002] 1 W.L.R. 1517, 1526-27 (C.A. 2001).

④ 王磊：《论英国法上违反管辖权协议之损害赔偿规则》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊（2016 年第 19 卷）》，北京：法律出版社 2016 年版，第 166 页。

⑤ Donohue v. Armco Inc, [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, 437 (Lord Bingham), 439 (Lord Hobhouse) (H.L. 2001). See Daniel Tan, “Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation”, Texas International Law Journal, Vol.40,2005,p.636.

⑥ A/S D/S Svenborg D/S of 1912 A/S v. Akar, [2003] E.W.H.C. 797 (Q.B. 2004).

2008 年的 Rabobank Nederland 案[①]和 2014 年的 Starlight Shipping 案[②]中，对管辖协议的违反能够产生损害赔偿请求权之论断的正确性做出了适当证明，[③]但始终未对合同法律基础之正当性做出系统论证。

在美国，违反管辖协议的损害赔偿救济最早可追溯至 1997 年的 Laboratory 案[④]。在该案中，被告违反管辖协议（约定伊利诺伊州法院具有排他性管辖权）在纽约州法院提起诉讼，Bucklo 法官认为原告据此享有损害赔偿请求权，但没有对这一结论做任何分析论证，只是援引了两个判例，而这两个判例所提供依据的权威性和说服力是明显不足的。[⑤]之后的几个案例中，法院直接采纳了 Laboratory 案的结论，例如在 Allendale Mutual Insurance 案[⑥]中，法院认为违反管辖协议的一方应当支付另一方为诉讼抗辩所产生的而尚未获补偿部分的花费。在 National Reserve Bank 案[⑦]中，法院明确表示因管辖协议的违反而造成的损失可获赔偿。2011 年的 Thill Logistics Inc 案[⑧]，法院同样坚持了这一主张。但无一例外的是，上述案例都没有对违反管辖协议的损害赔偿救济做详细分析与论证。尽管在 2015 年的 MPVF Lexington Partners LLC 案[⑨]中，法院对此做出了相对详细的解释，认为“管辖协议是可执行的，如果不能适用损害赔偿的救济，管辖协议将是无效的，因而当违反管辖协议的诉讼不能被驳回或禁止时，另一方可以获得损害赔偿”。但在论证合同作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础问题上，仍是较为薄弱和乏力的。

（二）合同法基础证成之关键在于管辖协议的定性

从英美判例法可知，损害赔偿是基于管辖协议的合同性特征而得以适用的。但管辖协议因影响到对一国或地区法院的管辖权而具有区别于一般合同的特殊性，这是不可否认的。因而合同法上的损害赔偿救济方法并不是当然的适用于管辖协议，能否适用仍取决于管辖协议的定性，或者说取决于各国对管辖协议能否产生可执行义务问题的态度。

虽然有学者试图绕开管辖协议的定性问题，从违约损害赔偿三要件以及所有合同条款适用相同救济方法等角度出发加以论证，但都存在明显的谬误而难以成立。例如，Briggs 教授和 Rees 教授提出，只要存在违约以及由此产生的损失，就足以支持损害赔偿诉讼，不需要更多的理由。[⑩]Daniel Tan 教授认为管辖条款应与任何其他合同条款一样，可以构成损害赔偿诉讼的基础。如果法院予以区别对待，就会造成损害赔偿请求权的不对称，这种不对称会对国际私法中救济制度的适当作用构成冲击。[11]然而，即使撇开管辖协议的特殊性，这些理由也难以成立。因为并非所有的合同条款在被无故违反后都会产生合同性损害赔偿

---

① National Westminster Bank plc v. Rabobank Nederland [No 3] [2008] 1 All ER (Comm) 266.

② Starlight Shipping Company v. Allianz Marine and Aviation Versicherungs AG and other, [2014] E.W.H.C. 3068 (Comm).

③ Albert Dinelli, “The Limits on the Remedy of Damages for Breach of Jurisdiction Agreements: The Law of Contract Meets Private International Law”, Melbourne University Law Review, Vol.38,2015,p.1029.

④ Laboratory Corp. of America Inc. v. Upstate Testing Laboratory Inc, 967 F. Supp. 295 (N.D. Ill. 1997).

⑤ 其一是，Omron Healthcare Inc. v. MacLaren Exports Ltd 案，该案中原告并没有主张损害赔偿，而法院也没有对损害赔偿问题做任何详细的考虑，只是在附带意见中提及了原告可以主张损害赔偿的可能性。其二是，Northwestern National Insurance Co. v. Donovan 案，在该案中法院所做的只是拒绝以不方便为由改变审判地的请求，并没有在任何地方提到损害赔偿的问题。

⑥ Allendale Mut. Ins. Co. v. Excess Ins. Co. Ltd., 992 F. Supp. 278 (S.D.N.Y. 1998).

⑦ Indosuez Int'l Fin., B.V., v. Nat'l Reserve Bank, 758 N.Y.S.2d 308 (N.Y. App. Div. 2003).

⑧ Versatile Housewares & Gardening Systems, Inc. v. Thill Logistics, Inc., No. 09-CV-10182 (KMK), 2011 WL 2566061, at *12 (S.D.N.Y. June 29, 2011).

⑨ MPVF Lexington Partners, LLC v. W/P/V/C,LLC, No.15-cv-0467-WJM-KMT, 148 F.Supp.3d 1169 (Sep.16, 2015).

⑩ Adrian Briggs & Peter Rees, Civil Jurisdiction and Judgements 3rd ed, London: LLP, 2002, p.296.

11 Daniel Tan, “Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation”, Texas International Law Journal,Vol.40,2005,p.637.

请求权，如例外条款中所包含的消极义务在被违反时并不能通过损害赔偿方式加以执行，再如当一方当事人违反违约金条款提出超过约定金额的请求时，另一方当事人不能对此提起损害赔偿诉讼。[①]因此，合同法能否成为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础，其关键在于管辖协议的定性。

1. 程序性合同：对合同性损害赔偿救济之阻却

因管辖协议的效力在于赋予或排除特定国家或地区法院的管辖权，直接影响到一国的司法资源，构成司法行政的一部分，从而具有程序性特征，所以大多数国家和学者都将管辖协议视为一种程序性合同。在程序性合同的定性下，管辖协议只是一国法院行使或拒绝管辖的基础，它既不是自动执行的，也不是独立执行的。[②]因此，管辖协议有别于一般合同，不能为当事人创设一项独立的可执行义务，即只能在协议选择法院起诉的合同义务。[③]相应的，也不适用损害赔偿这一合同性的救济方法。

大陆法系国家一般将管辖协议视为不赋予任何私法权利的程序性合同。例如，在德国，管辖协议被视为一种关于当事人之间程序性关系的合同，只具有选择或排除特定国家或地区法院管辖权的效力，不会产生任何首要或次要的合同义务。[④]欧盟也在立法与司法实践中坚持这种立场。欧洲法院早在 1997 年的 Francesco Benincasa 案[⑤]中便已明确指出，管辖协议仅服务于程序性目的，并拒绝以私法权利的用语去分析管辖协议。《罗马公约》及其继承文件《罗马条例Ⅰ》明确将管辖协议排除在其适用范围之外，也是由于“管辖协议属于程序法领域的问题，属于司法行政的一部分”[⑥]。

2. 混合性合同：合同性损害赔偿救济适用之前提

英美等普通法系国家的学者提出，管辖协议的真实本质最接近于混合性合同，它既包含实体性因素又包含程序性因素，且兼具公法上与私法上的效力。首先，关于管辖协议的成立问题，如欺诈或胁迫的后果以及使合同无效的因素等都属于实体法上的问题，并因此需经过一般的选法程序确定准据法。而涉及司法行政或对一国司法资源具有直接影响的问题，即管辖协议能否赋予或排除一国法院的管辖权，应该被视为程序性问题，并因此由法院地法决定。[⑦]其次，管辖协议不只具有公法上赋予协议选择法院管辖权的效力，也具有私法上的效力，即施加给当事人一种不能在非协议选择法院起诉的合同义务。这种私法性义

---

① Chee Ho Tham, “Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye”, Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly,Vol.1,2004,pp.47-48.

② C. J. S. Knight,“The Damage of Damages: Agreements on Jurisdiction and Choice of Law”, Journal of Private International Law,Vol.4,2008,pp.507-508.

③ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.99.

④ 但值得注意的是，德国学界中有少数学者（B Hess, D Jasper, Kurth and J Schroder）认为管辖协议包括法律权利和义务。See Jonas Steinlea & Evan Vasiliades, “The Enforcement of Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation: Reconsidering the Principle of Party Autonomy”,Journal of Private International Law, Vol.6,2010, p.576.

⑤ C 269/05 Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl. [1997] ECR 1-3767, para 25. See Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.78.

⑥ Giuliano-Lagarde Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ C 282, 11-12; Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the contractual obligations (Rome Ⅰ) OJ C 318/56, 58, 3.1.4.

⑦ Felix Sparka, “Classification of Choice of Forum Clauses and their Separability from the Main Contract”, Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents,Vol.19, 2010,p.86.

务是可执行的，在一方当事人违反管辖协议时，另一方当事人可据此提起损害赔偿之诉。[①]因此，在混合性合同之定性下，损害赔偿救济可以适用于管辖协议。

英国等普通法系国家正是基于对管辖协议的双重角色和功能之认识，而将损害赔偿救济适用于管辖协议。它认为管辖协议既具有程序性功能即作为法院行使管辖权的依据，又具有实体性的角色和功能，即为当事人创设一项只能在协议选择法院起诉的合同义务。[②]这种实体性的合同义务以及随之而来的不在非协议选择法院被诉的实体性权利，构成管辖协议合同性执行的基础。[③]因此，在普通法中，一项排他性管辖协议包含着一项积极的合同义务，即将协议范围内产生的争议提交协议选择法院而不在任何其他法院起诉的义务。一方当事人在非协议选择法院提起诉讼通常就构成对管辖协议的违反，并因此应该承担损害赔偿责任。

（三）定性分歧之理论检视：难以形成共识的现实困局

当前大陆法系国家与英美法系国家在管辖协议性质问题上的争议，其实质是对管辖协议能否产生私法上的效果，即能否产生可执行义务与独立的损害赔偿请求权问题之不同回答。它深受各国法律传统、法律文化与政策等因素的影响，因此，实现管辖协议的统一定性极其困难，也使得合同在作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础问题上，难以形成共识。

管辖协议因兼具程序性和实体性特征而具有特殊性。它本质上属于当事人之间意思表示的一致，而该意思表示的效力问题无疑属于实体法的调整事项。同时，它是否赋予或排除一国法院的管辖权，因直接影响到一国的司法资源而应被视为程序性问题。在决定管辖协议的性质问题上，关键是在于如何看待管辖协议有别于普通合同的那部分程序性特征。大陆法系国家因将管辖视为一个公法问题，而看重于管辖协议能够影响一国司法管辖权的程序性特征，因而将管辖协议定性为程序性合同，进而拒绝适用损害赔偿救济。[④]英美等普通法系国家虽也赞成管辖协议的特殊性，但主流倾向是对管辖协议与实体合同不做教条主义的区分。[⑤]正如 Briggs 教授所言“关于买卖的合同与关于诉讼的合同之间没有区别”，[⑥]它们都是当事人在谈判过程中为达成最终协议而以某种利益作为交换条件的结果。拒绝执行管辖协议便推翻了当事人的交换条件，与拒绝执行价格条款或责任范围条款无异。[⑦]这种务实的司法理念使得英美等普通法系国家更看重管辖协议的合同性特征，进而为损害赔偿救济适用于管辖协议扫除了法律基础上的障碍。

这种不同的定性倾向其实是一个角度问题并且是文化使然，[⑧]同时受法律政策等因素的

---

① Petr Bříza, “Choice-of-Court Agreements: Could the Hague Choice of Court Agreements Convention and the Reform of the Brussels I Regulation Be the Way Out of the Gasser-Owusu Disillusion?”, Journal of Private International Law, Vol.5,2009,p.549.

② Trevor Clayton Hartley, Choice of Court Agreements under the European and International Instruments: The Revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Convention, Oxford : Oxford University Press,2013,p.4.

③ Adrian Briggs, Private International Law in English Courts, Oxford:Oxford University Press,2014,pp.345-346.

④ Richard Frimpong Oppong & Shannon Kathleen Clark Gibbs, “Damages for Breach and Interpretation of Jurisdiction Agreements in Common Law Canada”,The Canadian Bar Review,Vol.95, 2017,p.387.

⑤ Koji Takahashi, “Damages for Breach of A Choice-of-Court Agreement”,Yearbook of Private International Law,Vol.10,2008,pp.69-70.

⑥ Adrian Briggs, Agreements on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford:Oxford University Press,2008,p.195.

⑦ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.100.

⑧ Horatia Muir Watt, Party Autonomy in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance, European Review of Contract Law,Vol.3,2010,p.30.

影响。首先，英美法对合同的分析是将合同视为一种承诺的互换，[①]在实体法上将管辖协议解释为一种待履行承诺，它能够产生可执行的不在非协议选择法院起诉的义务。而大陆法系对合同的分析则聚焦于当事人上，运用一种共同同意的分析，[②]主张管辖协议只是当事人共同意愿的载体，不能产生可执行的不在非协议选择法院起诉的义务。其次，欧盟对程序性合同的坚持，主要是基于理论导向，认为对管辖协议赋予效力必须与其他程序性关注相平衡，[③]损害赔偿之诉可能有损欧盟法中的相互信任原则。而英国普通法则基于实践导向，主要关注管辖协议中所包含的当事人只在特定法院起诉之义务的确定与执行，而不太关注管辖权的分配。[④]因此，管辖协议的定性并非一个简单纯粹的理论问题，它深受法律传统、法律文化以及政策等因素的影响。

三、其他法律基础的探寻：制度约束导致的求解困境

在以合同作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础问题上，由于管辖协议的定性分歧，国际社会难以取得一致共识。为此有学者提出从其他法律领域寻找法律基础的建议，因为管辖协议的定性问题只有在以合同为法律基础的前提下才如此重要，如以其他法律为依据便完全可以避开。然而，这种探寻其他法律基础的学术研究非常匮乏，仍属于一个“未被探索的领域”（unexplored territory）。主要原因就在于当前研究此问题的学者，大多从一开始就默示的以合同作为法律基础，进而在该框架内展开研究且更多的关注于司法实务中的问题，忽视了以其他法律作为损害赔偿或金钱补偿依据的可能性。

（一）侵权：制度约束下的认定困难

为回应将管辖协议视为公法问题的主张，也为了避免管辖协议定性引发的合同法基础之论证困难，有学者提出侵权法可以为损害赔偿救济适用于管辖协议提供法律依据。[⑤]这主要是因为，在一些国家的法律体系中，起诉可以在特定情形下构成侵权。例如，美国法律协会在《侵权法第二次重述》中明确规定，错误提起民事诉讼的当事人应向相对方承担责任。[⑥]

在英美等普通法系国家，英国侵权法的范围较为宽泛，且一直坚持务实的发展理念以回应真正的社会需求，因此以英国侵权法为例展开分析较为合适。在英国，可能作为法律基础的侵权诉因类型包括：恶意诉讼侵权、滥用诉讼程序侵权、引诱违约侵权和通过违法行为干涉他人贸易或商业侵权（下文称干涉侵权）。首先，英国传统上认为恶意诉讼侵权主要适用于刑事诉讼，而滥用诉讼程序侵权不允许纯经济损失的追偿。2013 年的 Sagicor 案[⑦]将

---

① 管辖协议是当事人之间就提起诉讼方式的相互承诺，它除了表明某国法院对争议有排他性管辖权之外，也表明缔约双方相互承诺不在非协议选择法院对另一方就合同的履行提起任何法律诉讼。See Chee Ho Tham, “ Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye”, Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly,Vol.1,2004,pp.57-58.

② Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.80.

③ Trevor Clayton Hartley, “The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws”, International and Comparative Law Quarterly,Vol.54,2005,p.814.

④ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.82.

⑤ Chee Ho Tham, “Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye”, Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly,Vol.1,2004,p.60.

⑥ 美国法律协会《侵权法第二次重述》中第六百七十四节明确的界定了“错误的民事诉讼”：在民事诉讼的提起、继续或取得上发挥主动作用的当事人，因错误民事诉讼向其他当事人承担责任，如果：a.其诉讼没有合理的根据，主要的目的不是为在该诉讼中取得适当的判决。以及 b. 除非他们是单方面的，诉讼以有利于相对方而结束。

⑦ Crawford Adjusters (Cayman) Ltd v. Sagicor General Insurance (Cayman) Ltd [2013] UKPC 17, [2013] 3 WLR 927.

恶意诉讼侵权扩展适用于民事诉讼程序，并确定滥用诉讼程序侵权同样可以导致纯经济损失的追偿，但同时也设置了严格的适用条件。而且，在当前判例法的约束下，如果违反管辖协议的当事人在所提起的外国诉讼中获胜，英国法就不能在侵权领域内为其提供相应的诉因。即使是对困扰和压迫性的诉讼，英国法中也没有合适的侵权诉因支持当事人的损害赔偿请求。[①]其次，英国法院承认对引诱违约侵权可判决损害赔偿。在 Kallang 案[②]中，Axa Senegal 引诱被保险人违反仲裁协议在塞内加尔起诉，法官对其引诱违约行为做出了损害赔偿判决。在之后的 Marzillier v AMT Futures Ltd 案中[③]，英国法院也表示对引诱当事人违反英国法院管辖协议的法律顾问可以判决损害赔偿，但因该案涉及经济损失发生地之认定问题，未做出实质性判决。这种侵权诉因基于纯粹的实用主义立场，为受害人提供了更为宽泛的索赔对象范围，使其能够获取更有效的救济。[④]但其适用具有很大的局限性，即只有当存在第三人引诱当事人违约的特定情形时才可以适用，而且侵权的认定具有很大的不确定性。最后，根据学术上关于干涉侵权构成要件的共识，只有被告故意地通过非法方式对原告造成损害，才可构成干涉侵权。因为被告只有在评估风险后认为在非协议选择法院起诉对其更有利，才会选择违反管辖协议，而且这种诉讼一般会损害原告的利益。因此，认定干涉侵权的关键就在于当事人是否采用了非法方式。[⑤]违约并不等于非法，当事人在向非协议选择法院提起诉讼时，必然是以该国法律规定的某个管辖依据为基础的。将这种诉讼的提起定性为非法，有干涉外国司法主权之嫌。因此，干涉侵权难以作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础。

在大陆法系国家，特定情形下的起诉也可构成侵权。例如在法国，其民法典第一千三百八十三条规定，任何一个人对其故意或过失行为或鲁莽行为导致的损失负责，该规定囊括了所有种类的损失。但对于将起诉行为作为侵权的问题，法国最高法院持谨慎态度，认为起诉原则上是一种权利，并不产生支付损害赔偿的责任，除非该起诉行为是恶意的或存在重大过失。[⑥]同样，日本侵权法也规定任何人故意或过失的侵害他人应受法律保护的权利或利益，就必须对由此导致的损失进行赔偿。同时最高法院宣布起诉在大多数情形下不是一种侵权行为，只有在根据司法体制的目的起诉明显不合理时才构成侵权。[⑦]由此可见，为避免对当事人寻求司法救济的权利施加过分限制，对起诉行为的侵权认定必须限制在“特定情形”下。然而，这些“特定情形”往往以笼统的灵活性用语描述，很难也极少被具体明确的界定，这对任何一个法律体系而言都是如此，也正因此使得违反管辖协议的起诉在能否构成侵权的问题上充满了不确定性。特别是在国际民事诉讼中，“违反管辖协议”只是判断“特定情形”的考虑因素之一，而且违反管辖协议的起诉一般依据相应的外国管辖规则。因此，除极例外的情形下，很难被认定为侵权。此外，值得注意的是，在欧盟，即使侵权法能够为违反管辖协议的损害赔偿诉讼提供适当的法律基础，也不会得到认可。因为

---

① Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.107.

② Kallang Shipping SA v. Axa Assurances Senegal [2008] EWHC 2761 (Comm), [2009] 1 Lloyd’s Rep 124.

③ [2015] EWCA Civ 143, [2015] QB 699. See Mukarrum Ahmed, “Case Comment: Marzillier, Dr Meier & Dr Guntner Rechtsanwaltsgesellschaft MbH v. AMT Futures Ltd [2015] EWCA Civ 143”, Aberdeen Student Law Review,Vol,6,2015,pp.123-124.

④ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.108.

⑤ Chee Ho Tham, “Damages for Breach of English Jurisdiction Clauses: More than Meets the Eye”, Lloyds Maritime & Commercial Law Quarterly,Vol.1,2004,pp.63-65.

⑥ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.105.

⑦ Koji Takahashi, “Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement: Remaining Issues”,Yearbook of Private International Law,Vol.11,2009,p.79.

损害赔偿诉讼涉及对其他成员国法院管辖权的评价，有违欧盟法的相互信任原则。

尽管英国侵权法中有部分侵权诉因类型可以为损害赔偿救济适用于管辖协议提供法律依据，但因英国一直承认合同法基础的正当性，在其他法律领域寻找或确定法律基础的动力很小，至今也未发展出合适的规则以使某些特定的侵权诉因可以作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础。因此，在当前判例法规则与相关制度的约束下，侵权难以成为一般性的法律基础。大陆法系国家虽也承认起诉在特定情形下可以构成侵权，但这种侵权的认定并不是基于违反管辖协议本身而是基于更广阔的诉讼被提起的背景，违反管辖协议只是其中一种考虑因素。它要审查的是，基于整体情况，诉讼的提起是否依司法体制的目的为明显不合理或其主要目的是不是为了获得适当判决等。再者，当事人违反管辖协议提起的诉讼一般都是以外国相应的管辖规则为依据，很难被认定为错误起诉侵权。因此，在大陆法系国家，受相关规则的约束，起诉行为的侵权认定具有很大的不确定性，侵权法也难以为损害赔偿救济适用于管辖协议提供法律依据。

（二）返还请求权（Restitution）[①]：可能性期待在制度约束下的破灭

Mukarrum Ahmed 教授在《管辖协议的性质与执行》一书中提出，返还法上的不法行为返还请求权可以为当事人剥夺违约方的获利进而获取财产性救济方面提供法律支持。因此，在对损害赔偿予以宽松解释的情况下，返还法可以作为损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础。[②]因返还请求权的目的并不是为了寻求损失的补偿性赔偿，而是为了剥夺违约方的获利。因此，这种返还之诉并不是基于违反管辖协议本身，而是基于更广阔的法律事实，即当事人通过违反管辖协议的行为获得利益。相应的，这种返还请求权只适用于特定的案件情形，即违反管辖协议的当事人在其所提起的诉讼中获得了比在协议选择法院更有利的裁判。换言之，在当事人违反管辖协议提起的诉讼中，法院没有中止或驳回诉讼，而是予以审理并做出了裁决，且该裁决相比于协议选择法院可能做出的裁决对原告更为有利。因为在受理此类诉讼的法院驳回或中止诉讼的情况下，双方当事人都会有所损失而不会获利。

在普通法系国家，以英国为例，不法行为返还请求权的适用是受严格限制的。传统观点认为，违约不产生返还请求权，对侵权提出的返还请求通常只在所有权侵权中被允许。尽管 Attorney General v. Blake 案[③]推翻了这一观点，允许当事人在特殊情况下以违约为由提起返还请求，即在其他救济方法不充分或难以获得以及对阻止被告获利的行为具有合法利益。但因缺乏更详细的指引，这一标准如何适用于违反管辖协议的案件是不确定的。不过可以确定的是，正如 Sales J 法官所强调的，这种允许只是例外，对违反管辖协议的行为通常不适宜提起返还之诉。[④]

在大陆法系国家，不法行为返还请求权包含在一个更为宽泛的规则中，即允许原告剥夺被告缺乏法律基础的获利。例如，《日本民法典》第七百零三条规定，如果被告在损害原告的情况下获利，而且此获利没有法律基础，就允许原告对其提出返还之诉。如果原告通过违反管辖协议起诉获得了比协议选择法院可能做出的判决更有利的结果，其所获利益就可能被视为缺乏 “法律基础”，这取决于相应的准据法对这一术语的解释。[⑤]然而，当事人在外国法院的起诉虽有违管辖协议，但必然是以该外国法律中相关的管辖规则为依据，因

---

① 英美等普通法系国家与大陆法系国家在 restitution 问题上采取不同的称谓，适用不同的法律制度，相关的理论争议也纷繁复杂。本文不对这种返还请求权的制度归属加以讨论，因而直接采用返还请求权之译法。

② Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,pp.114-117.

③ Attorney General v. Blake [2001] 1 AC 268.

④ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.116.

⑤ Mukarrum Ahmed, The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: a Comparative Study, Oxford: Hart Publishing,2017,p.117.

此很难认定当事人在该依“法”提起的诉讼中所获判决之利益是缺乏法律基础的。

因此，无论是在普通法系国家还是在大陆法系国家中，受相关制度发展现状与具体规则的约束，返还请求权都难以为损害赔偿救济适用于管辖协议提供法律依据。

四、结论：损害赔偿救济适用于管辖协议的前提条件

将损害赔偿救济适用于管辖协议，不仅有利于保护善意当事人的经济利益，而且有助于提高管辖协议的威慑力，促进管辖协议的有效执行。因此，无论是从保护当事人利益而言，还是从完善管辖协议的执行保障机制而言，损害赔偿救济都应适用于管辖协议。但若想实现将损害赔偿救济适用于管辖协议的愿望，必须首先解决法律基础的问题。只有法院地国存在相应的法律基础，当事人的损害赔偿请求才有可能得到实现。

在损害赔偿救济适用于管辖协议的法律基础问题上，合同法基础具有深厚的判例法基础。但同时，也因为管辖协议有别于普通合同的特殊性，而充满了争议。其他可能的法律基础如侵权和返还请求权，都在当前法律制度的约束下，难以为损害赔偿救济适用于管辖协议提供一般性的法律依据。因此，将损害赔偿救济适用于管辖协议的唯一突破点仍是合同。但在管辖协议的程序性合同定性下，损害赔偿救济仍难以适用于管辖协议。只有在法院地国将管辖协议视为混合性合同，认可管辖协议能够产生独立的可执行义务之前提下，损害赔偿救济才能以合同法为基础适用于管辖协议。这也使得违反管辖协议的损害赔偿救济之可适用性问题，陷入难以取得国际社会广泛共识的困局，而这种困局的突破依赖于管辖协议定性之争的缓和。我国立法虽未明确规定管辖协议的性质，但从法律规定和司法实践可推断出，我国倾向于将管辖协议认定为程序性合同。然而，这种倾向并非难以撼动，海牙《选择法院协议公约》所采取的“被选择法院地法原则”日益得到认可即可佐证。在管辖协议定性分歧淡化，和合同性特征被认可的前提下，合同法中的损害赔偿救济方法便可以适用于管辖协议。

21.国际民商事判决承认与执行的发展及其对我国的启示

张正怡*

摘　要：国际民商事判决的承认与执行被认为是判决国际流通的重要前提。自上世纪九十年代以来，海牙国际私法会议就启动了“判决项目”，旨在推动民商事领域外国判决的流通。本文以海牙国际私法会议最新提供的 2018 年 5 月特定委员会的公约草案文本为分析对象，就该文本对民商事领域外国判决承认与执行的历史沿革、适用范围、承认与执行的制度及其前景展望。公约文本也为完善我国现有的外国民商事判决承认与执行制度提供了有益的参考。

关 键 词：民商事；外国判决；承认与执行；公约草案；启示参考

Development on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial matters and its Implication to China

Abstract: Recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters

* 上海政法学院副教授。

have been deem as the curial precondition for the international circulation of judgment. Ever since 1990s, the Hague Conference on Private International Law has initiated “the Judgments Project”, aiming to promote circulation of foreign judgments in civil and commercial fields. This passage takes its analysis on latest version of HCCH draft convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters prepared by the Special Commission of May 2018, focusing on history, scope, system as well as future of foreign judgments’ recognition and enforcement in civil or commercial matters. The draft convention also provides beneficial implication and reference to the current system of Chinese recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters.

Keywords: Civil or Commercial Matters, Foreign Judgments, Recognition and Enforcement, Draft Convention, Implication and Reference

长期以来，内国法院判决在全球的可执行性问题一直没有得到有效解决。上世纪七十年代，海牙国际私法会议通过《关于承认和执行外国民商事判决公约》，但由于未得到足够数量的国家批准，改公约至今尚未生效。经过多年的协调与努力，2019 年 6 月 18 日至 7 月 2 日，海牙国际私法会议第二十二次外交会议即将讨论通过民商事领域外国判决承认与执行公约草案。公约草案的公布引起了理论和实务界的广泛关注，也对我国跨境民商事判决的承认与执行带来了相应的启示。

一、公约草案的历史沿革

尽管当前多边、区域甚至国际文件中都出现提及确保一国国家法院判决在他国获得执行的统一规则，但是对上述文件的适用仍然受到地域范围的局限。为了促进建立有效的跨境诉讼机制，海牙国际私法会议进行了多年不懈努力。

（一）公约草案的诞生背景

在民商事跨境争端的背景下，尤其是面临法院国际管辖及其判决在国外的承认与执行问题，海牙国际私法会议于 1992 年启动了“判决项目”，希望能够就国际管辖和承认与执行两大问题发展广泛的国际公约。其中，前者已经成功于 2005 年形成了《选择法院协议公约》。[①]2012 年，“判决项目”再次启动，专家组受邀设计未来有关判决承认与执行公约文本，并于 2015 年 11 月形成建议文本。2016 年 6 月，判决项目特别委员会开始准备公约草案，并在随后的三年内形成了四份的公约草案。[②]

期间，历年海牙国际私法会议主持的会议中均强调了该“判决项目”的重要性，如认为该项目将为国际诉讼提供更大的可预见性和法律确定性，减少国际诉讼的时间、成本和

[①] HCCH : Overview of the Judgments Project, available at https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/overview-judgments, last visited on 7 Feb, 2019.

[②] 分别为 2016 年初步草案、2017 年 2 月草案，2017 年 11 月草案以及 2018 年草案。参见：HCCH Special Commission, available at https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/special-commission1, last visited on 7 Feb., 2019.

复杂性。[1]项目一旦成功，将对有关民商事领域的国际争端解决的现行机制有极大的促进作用，应当获得明确支持继续进行。[2]

（二）公约草案与《选择法院协议公约》的关系

《选择法院协议公约》被视为“判决项目”的首个产品。[3]该公约于 2005 年 6 月 30 日由海牙国际私法会议第二十次外交大会通过，旨在确保法院选择协议（或被称为“挑选法院条款”）的有效性，已获得绝大多数欧盟国家的批准加入。我国已于 2017 年 9 月 12 日签署公约。该公约首次为民商事判决建立起全球法律框架，尽管并没有处理由此产生的判决承认于执行问题。为此，“判决项目”于 2012 年再次启动。总体上，论及该公约同未来判决公约即公约草案的关系，《选择法院协议公约》应被视为特别法，因为其仅解决特定情形下的程序问题即选择法院，必须承认的是在不少情形下，争端当事方之间并没有选择法院协议，而公约草案则更为广泛地处理了民商事领域判决承认与执行事项。[4]

为了确保海牙公约体系的统一，公约草案中对术语的解释基本上保持与《选择法院协议公约》的一致性，但在某些具体表达方式上也有所不同，例如公约草案的适用范围较《选择法院协议公约》更为广泛。除了措辞差异外，两个文本还存在一些明显差异，例如公约草案仅处理承认与执行外国判决的规则，没有关于管辖权的直接规则，以避免与《选择法院协议公约》的重复。

二、公约草案的适用范围

公约草案第一章开篇对范围和定义进行说明，界定公约适用范围对于未来全面理解该公约尤为重要。公约草案的范围既包括了正向界定也包括了反向排除的表述。公约草案第 1 条界定了其适用的范围，分别界定了适用的实质范围即民商事有关判决的承认于执行，以及适用的地理或地域范围。

（一）对“民商事”的理解

公约草案明确适用于民商事有关判决，特别指出不包括税收、海关或行政事项。是否作为民商事判决是由作为判决主体的主张或行为的性质决定的，原审国家法院性质或国家作为诉讼一方并不是决定因素。公约草案适用于任何性质的法院，无论该行为是在民事、刑事、行政或劳动法院做出。公约草案的适用不受当事方性质的影响，无论其是法人还是自然人，私人机构还是公共机构。此外，一项行为的性质并不能通过主张转让例如从私人机构转移到国家而发生改变。[5]关于“民事或商事”的提法，公约草案遵从《选择法院协议公约》的模式，认为二者是可以相互替换的。草案公约使用“民商事”概念主要用于区分国家行使主权功能的公法和刑法。

---

[1] HCCH Conclusions and Recommendations Conference on International Litigation in the Asia Pacific Region, Wuhan, People’s Republic of China (23-24 Sept., 2013), para.11, available at https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/judgments-news-wuhan, last visited on 7 Feb.,2019.

[2] HCCH Conclusions and Recommendations Conference on Cross-Border Recognition and Enforcement of Judgments, St. Petersburg, Russian Federation (17 June, 2014), para.10, available at https://www.hcch.net/en/news-events/details/?varevent=367, last visited on 7 Feb.,2019.

[3] Marta Pertegas, HCCH in the Internet Era, Conference on Jurisdiction& Dispute Resolution in the Internet Era: Governance and Good Practice, Geneva, Switzerland (17-18 June, 2015) available at https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=459, last visited on 7 Feb.,2019.

[4] Marta Pertegas, Round table:“Harmonising Legislation-The Need for Fair Principles for Enforcement: the Global Code of Enforcement”, Madrid, Spain(2-5 June, 2015), available at https://assets.hcch.net/docs/5bacb123-a29e-4d62-bd30-52b220c29417.pdf, last visited on 7 Feb.,2019.

[5] Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, pp.7-8, available at https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf, last visited on 8 Feb., 2019.

（二）对“外国判决”的理解

公约草案对“判决”的界定与《选择法院协议公约》保持一致，其中的两项要素为：第一，对法律问题做出决定，无论该决定名称如何，包括法令和命令；第二，该决定由法院做出。法院判决可能也包括对成本或费用的决定，但是只有对法律问题的决定才可以根据公约被承认和执行。临时保护措施不被视为公约项下的判决。[①] 此外，公约草案认为判决的法律焦点可以相互分离，但是应当被整体考虑，决定应当就主要问题而言。为避免重复循环，一国法院关于承认和执行外国判决或仲裁裁决的决定不得在其他国家被承认与执行。

关于地域范围，公约草案仅适用于一国对另一国家法院做出判决的承认与执行。原审法院所在国和被请求国均应当是公约缔约国。

（三）排除范围

公约草案第 2 条进一步明确适用范围，第 1 款即分类列举了 16 项不适用于公约的事项，包括：自然人身份和法律人格；收养义务；其他家庭法事项包括婚姻财产制度以及其他由婚姻或类似关系产生的权利义务；遗嘱和继承；破产、金融机构的组成和解散以及类似事项；承运人及货物运输；海事污染，海事赔偿责任限制，共同海损以及紧急救助；核损害责任；法人或自然人或法人组织的效力、无效或解散，及其组织决定的效力；进入公共登记的有效性；诽谤；隐私（当事方因违反合同提起诉讼除外）；知识产权及类似事项；武装活动（包括行使公共职权的活动）；法律执行活动（包括行使公共职权的活动）；反垄断（竞争）事项。

关于公约草案的排除范围，首先，其在民商事性质的基础上仍然做了上述某些事项的排除。其次，即使在原审国家诉讼中作为先决事项被排除，公约草案仍然适用。第三，其包含了排除诉讼和其他相关程序的具体条款。最后，即使国家或政府机构作为原审法院诉讼中的一方，公约草案仍然适用，但是不影响国家或国际组织所享受的特权与豁免。[②]

三、公约草案中的承认与执行制度

公约草案第二章即承认与执行章节共计包含 13 项条款，构成该文件的主体内容，对承认与执行制度进行了较为全面的梳理规范建议。

（一）一般条款

第 4 条一般条款是公约草案最为重要的条款，确立了国家之间相互承认判决的原则，包含了确立条件及该义务影响的一般条款。一国判决应当在被请求法院所在国被承认与执行而无需审查决定的法律问题，但是仅在原审法院所在国发生效力。公约草案第 4(2)条允许被请求法院所在国可就与适用公约草案相关的任何目的核实判决，无论是与事实相关还是与法律相关。判决在原审法院所在国被审查或寻求通常审查时限未过，被请求国法院可以视情况予以承认或执行、推迟承认或执行、拒绝承认或执行。公约草案在该条中特意改变了通篇“承认与执行”的提法而取之以“承认或执行”，显然注意到了承认、执行两者含义的差别，承认并不意味着一定会伴随着执行。值得注意的是，公约草案在本条中使用了“通常法院”的概念，但该提法并没有在其他海牙公约中出现，目标是回应不同利益的国家以确保统一的解释和适用一致的实体法，此外，“通常法院”一般被认为只有上诉功能或既可

[①] Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, p.20, available at https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf, last visited on 8 Feb., 2019.

[②] Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, p.10, available at https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf, last visited on 8 Feb., 2019.

以接受一审审判又可以接受上诉。[①]

（二）承认与执行的基础

公约草案第 5 条作为核心规定，定义了管辖权基础作为承认与执行外国判决的合法基础，确认了“合格判决”的概念。尽管国家也可以按照公约草案第 16 条根据国内法承认外国判决，但是本条与第 6 条的排除构成了未来公约草案的义务。第 5 条列举情形仅针对间接管辖权，不考虑由原审法院所在国法院管辖的直接管辖权。关于符合管辖权要求的待承认与执行的判决，该条列举了 13 项选择性要件，可分为基于被告的管辖权、基于同意的管辖权以及基于请求和原审法院的管辖权三类，但排除了消费合同、雇佣关系、知识产权等事项。公约草案使用了“惯常居所”为连接因素作为判断是否是基于被告的管辖权之一，而不是国内法常用的“住所”或“国籍”，延续了海牙系列公约文本的风格。“惯常居所”的优势在于更容易基于事实进行判断，表现出自然人与其社会经济环境的联系，也不太可能引起相互冲突的评价。

（三）排除承认与执行的基础

无论是根据公约草案还是国内法，不符合管辖权基础的判决将不会被承认或执行。公约草案第 6 条提出了三项排除承认与执行的基础，其中前两项涉及知识产权与不动产物权的判决遵循绝对标准，后一项涉及不动产租赁的判决按照相对标准进行判断。该条仅适用于对上述特定事项作为主要问题进行裁判的判决。

（四）拒绝承认与执行

根据公约草案，管辖权要求符合第 5 条和第 6 条，即将根据第 4 条的一般条款予以承认与执行。然而，公约草案仍然对此设计了特定的抗辩理由，主要分为两类：第一类列举但并不要求被请求国基于原审法院所在国发生程序方式或者判决自身性质或内容拒绝承认与执行，包括未及时通知被告或者没有按照主要送达方式通知被告、欺诈获得的判决、不符合被请求国公共秩序、原审法院诉讼程序不当、与被请求国相同当事方争端的判决不一致、与相同当事方就同一事项在其他国家获得早期判决不一致、适用权利国或侵权国法律而不是原审法院国内法判定知识产权侵权的判决。第二类主要处理平行诉讼的特殊情形，当被请求国法院已经先于原审法院处理并且争端与被请求国由密切联系时，可以推迟或拒绝承认或执行，但该拒绝并不阻碍后续申请判决的承认或执行。

四、公约草案前景展望

自上世纪七十年代以来，海牙国际私法会议一直在为促进司法判决全球流动体系而努力，从 1971 年发起的《民商事案件外国判决的承认和执行公约》到 1999 年《民商事管辖权及外国判决公约》再到 2005 年《选择法院协议公约》，海牙国际私法会议解决终局性争议的思路表现为：一个判决在被申请国法院的效力不能比在原审国法院效力更高。但是，解决争议的方法又比较灵活，给被申请国法院一种自由选择的幅度，对复审中的判决可以根据各国实践予以中止或终止，但是又强调这种中止或终止必须是“没有偏见的”。[②]在当今全球化相互联系的背景下，更需要形成一项全球规则确保日益增加的跨境人员、信息和资产流动，为民商事领域外国判决的流动提供有效机制，公约草案应运而生。

总体看来，公约草案的起草和谈判将有助于在世界范围内建立国内法院判决全球流通的国际法律制度，促进国内法院判决效力的发挥，推动国内对国际贸易和国际投资等国际

[①] Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, p.29, available at https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf, last visited on 8 Feb., 2019.

[②] 钱锋：《外国法院民商事判决承认与执行研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 84 页。

民商事活动作用的发挥。[①]

公约草案自身也明确其承载了一系列基本目标，包括但不限于：[②]第一，确保适用的判决能够在所有成员国得到承认与执行，因此提高判决的实际效率并确保获胜方能够得到有效救济。第二，降低在两个或更多成员国双重诉讼的需求，在某一成员国决定主张的判决在另一成员国有效，无需重新提起主张。第三，公约草案将降低与获得承认与执行相关联的成本和时间要求。第四，公约草案将提高法律的可预测性。第五，公约草案将使得申请方对于提起诉讼的地点有更多的选择，考虑到能够在另一成员国执行判决并确保公平对待被申请方。

如今，随着跨境交易数量日益增加，跨境商业和外国投资越来越重要。一国法院对另一国法院判决承认与执行的统一法律程序将有助于降低跨境交易主体的法律障碍。未来，关于民商事领域外国判决承认与执行公约将会提供诸多便利。通过建立承认与执行的统一规则，未来公约将会提供简单、有效、可预测的框架体系从而确保跨境交易中高度的确定性，并为国际跨境交易和投资提供可信赖的法律制度支持，同时也简化执行过程并降低了相应成本。

五、我国对外国民商事判决的承认与执行制度及其完善

尽管我国有关外国民商事判决承认与执行的立法与司法体系均已建立，但外国民商事判决的承认与执行制度发展仍存在偏颇。对比公约草案，仍有较大的完善空间。

(一) 我国外国民商事判决的承认与执行制度及现状

我国现行《民事诉讼法》第 281、282 条构成了提出和审查外国法院裁判承认和执行的法律依据。最高人民法院关于适用《民事诉讼法》司法解释第 534、544 条对上述规定进行了补充。此外，最高人民法院《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》就我国关于承认与执行外国法院离婚判决也进行了相关说明。

我国承认与执行外国民商事判决的基础是条约或互惠原则。当前，我国对外签订涉及民商事司法协助的条约共计 37 个，[③]详情如下表所示。

中国对外签订民商事司法协助条约一览表

序号	国别	条约名称	签署时间	生效时间
1	伊朗	中华人民共和国和伊朗伊斯兰共和国关于民事和商事司法协助的条约	2016 年 1 月 23 日	尚未生效
2	埃塞俄比亚	中华人民共和国和埃塞俄比亚联邦民主共和国关于民事和商事司法协助的条约	2014 年 5 月 4 日	2018 年 1 月 3 日
3	波黑	中华人民共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那关于民事和商事司法协助的条约	2012 年 12 月 18 日	2014 年 10 月 12 日
4	阿尔及利亚	中华人民共和国和阿尔及利亚民主人民共和国关于民事和商事司法协助的	2010 年 1 月 10 日	2012 年 6 月 16 日

[①] 徐国建：《建立法院判决全球流通的国际法律制度——<海牙外国判决承认与执行公约草案>立法资料、观点和述评》，载《武大国际法评论》2017 年第 5 期，第 128 页。

[②] Francisco Garcimartin, Geneviève Saumier, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, pp.5-6, available at https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf, last visited on 8 Feb., 2019.

[③] 外交部：司法协助类条约缔约情况一览表，资料来源：https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/tyfg_674913/t1215630.shtml，访问日期：2019 年 6 月 3 日。

		条约		
5	巴西	中华人民共和国和巴西联邦共和国关于民事和商事司法协助的条约	2009 年 5 月 19 日	2014 年 8 月 16 日
6	秘鲁	中华人民共和国和秘鲁共和国关于民事和商事司法协助的条约	2008 年 3 月 19 日	2012 年 5 月 25 日
7	科威特	中华人民共和国和科威特国关于民事和商事司法协助的协定	2007 年 6 月 18 日	2013 年 6 月 6 日
8	阿联酋	中华人民共和国和阿拉伯联合酋长国关于民事和商事司法协助的协定	2004 年 4 月 21 日	2005 年 4 月 12 日
9	朝鲜	中华人民共和国和朝鲜民主主义人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约	2003 年 11 月 19 日	2006 年 1 月 21 日
10	韩国	中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约	2003 年 7 月 7 日	2005 年 4 月 27 日
11	阿根廷	中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约	2001 年 4 月 9 日	2011 年 10 月 9 日
12	立陶宛	中华人民共和国和立陶宛共和国关于民事和刑事司法协助的条约	2000 年 3 月 20 日	2002 年 1 月 19 日
13	突尼斯	中华人民共和国和突尼斯共和国关于民事和商事司法协助的条约	1999 年 5 月 4 日	2000 年 7 月 20 日
14	老挝	中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1999 年 1 月 25 日	2001 年 12 月 15 日
15	越南	中华人民共和国和越南社会主义共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1998 年 10 月 19 日	1999 年 12 月 25 日
16	乌兹别克斯坦	中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1997 年 12 月 11 日	2000 年 9 月 29 日
17	新加坡	中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约	1997 年 4 月 28 日	1999 年 6 月 27 日
18	塔吉克斯坦	中华人民共和国和塔吉克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1996 年 9 月 16 日	1998 年 9 月 2 日
19	吉尔吉斯斯坦	中华人民共和国和吉尔吉斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1996 年 7 月 4 日	1997 年 9 月 26 日
20	摩洛哥	中华人民共和国和摩洛哥王国关于民事和商事司法协助的协定	1996 年 4 月 16 日	1999 年 11 月 26 日
21	匈牙利	中华人民共和国和匈牙利共和国关于民事和商事司法协助的条约	1995 年 10 月 9 日	1997 年 3 月 21 日
22	塞浦路斯	中华人民共和国和塞浦路斯共和国关于民事、商事和刑事司法协助的条约	1995 年 4 月 25 日	1996 年 1 月 11 日
23	希腊	中华人民共和国和希腊共和国关于民事和刑事司法协助的协定	1994 年 10 月 17 日	1996 年 6 月 29 日
24	埃及	中华人民共和国和阿拉伯埃及共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定	1994 年 4 月 21 日	1995 年 5 月 31 日
25	泰国	中华人民共和国和泰王国关于民商事	1994 年 3 月	1997 年 7 月

		司法协助和仲裁合作的协定	16 日	6 日
26	保加利亚	中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的协定	1993 年 6 月 2 日	1995 年 6 月 30 日
27	哈萨克斯坦	中华人民共和国和哈萨克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1993 年 1 月 14 日	1995 年 7 月 11 日
28	白俄罗斯	中华人民共和国和白俄罗斯共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1993 年 1 月 11 日	1993 年 11 月 29 日
29	乌克兰	中华人民共和国和乌克兰关于民事和刑事司法协助的条约	1992 年 10 月 31 日	1994 年 1 月 19 日
30	土耳其	中华人民共和国和土耳其共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定	1992 年 9 月 28 日	1995 年 10 月 26 日
31	俄罗斯	中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约	1992 年 6 月 19 日	1993 年 11 月 14 日
32	意大利	中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约	1991 年 5 月 20 日	1995 年 1 月 1 日
33	罗马尼亚	中华人民共和国和罗马尼亚关于民事和刑事司法协助的条约	1991 年 1 月 16 日	1993 年 1 月 22 日
34	蒙古	中华人民共和国和蒙古人民共和国关于民事和刑事司法协助的条约	1989 年 8 月 31 日	1990 年 10 月 29 日
35	比利时	中华人民共和国和比利时王国关于民事司法协助的协定	1987 年 11 月 20 日	尚未生效
36	波兰	中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定	1987 年 6 月 5 日	1988 年 2 月 13 日
37	法国	中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定	1987 年 5 月 4 日	1988 年 2 月 8 日

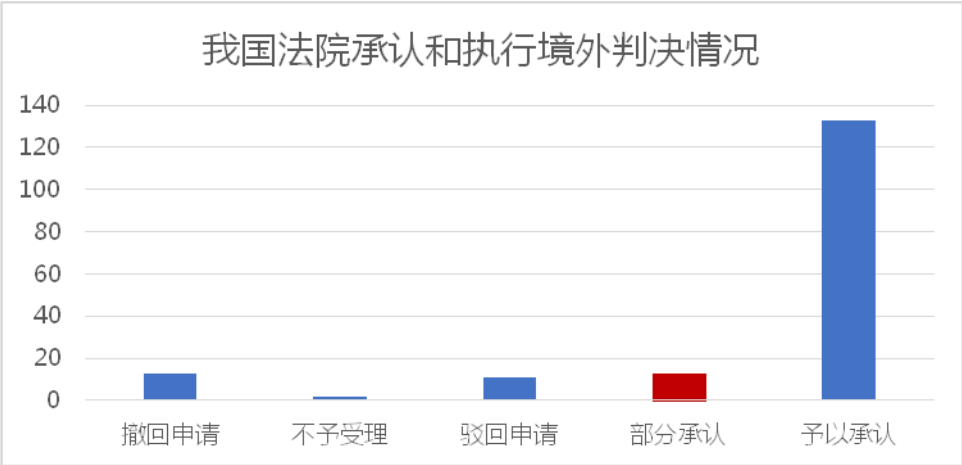
除了双边民商事司法互助条约外，我国法域内也开始就判决流动达成安排。如 2019 年 1 月，最高人民法院和香港特别行政区律政司在北京签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》，标志着两地民商事领域的司法协助已基本全面覆盖。[①]

此外，我国立法与司法实践对互惠原则的态度也逐步明确。互惠原则被认为是承认和执行外国判决的基本前提。最高人民法院曾于 1995 年就日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案发布《关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》被认为是有关互惠要求最具有影响力的案件。各级法院遵循最高人民法院意见，事实上建立起了事实互惠原则，[②]即要求作出判决的法院所在国曾经承认过中国的判决。

[①] 人民法院新闻传媒总社：内地与香港特区今日签署相互认可和执行民商事案件判决安排：杨万明、郑若骅分别代表两地签署，资料来源：http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-139481.html，访问日期：2019 年 2 月 19 日。

[②] Adeline Chong, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Asia, Asia Business Law Institute(2017), p.67.

据不完全统计，我国法院承认与执行境外判决情况如下表所示。[①]其中，承认境外判决的案件 133 件，承认并执行境外判决的案件 1 件，承认境外判决比例为 76.57%。准许撤回申请的案件 13 件，不予受理的案件 2 件，驳回申请的案件 11 件，终结执行的案件 1 件。在现有统计的申请承认与执行的境外判决案件中，离婚案件为 147 件，占比 84%。在现有统计的已承认的境外判决案件中，部分承认即仅承认境外裁判文书婚姻关系解除效力的为 13 件，占比 8.9%。



上述数据表明我国对外国法院判决的承认与执行存在极大的偏重，即以承认为绝对主体。在承认的案件中，以离婚案件为主体。在离婚案件中，以仅承认婚姻关系解除的案件为主体。可见，我国当前对外国判决的承认与执行发展存在极大的不均衡。此外，我国互惠原则偏重于消极防范而难以提供积极激励效果，现行双边条约也存在着缔约对象不全面、缔约内容不合理等问题。[②]

(二) 我国外国民商事判决的承认与执行制度的完善方向

跨境判决流动将确保一国法院的判决能够在他国得到承认与执行，从而消除国家之间承认与执行外国判决的国内规则的分歧。如公约草案顺利通过，我国将面临公约签署和批准的选择。如顺应判决流通的国际发展趋势加入公约，则需要严格遵守公约的相应要求。对比公约草案的相应建议要求，我国对外国民商事判决的承认与执行仍存在较大的提升与完善空间。

首先，我国对外国判决承认与执行的依据需要分类明确。我国未来如加入公约，则将出现依据互惠原则、双边司法互助协定、多边公约等作为依据对外国判决进行承认与执行。以上三类依据的相互关系和优先顺序如何处理，公约是否作为承认与执行外国法院判决的最主要依据需要明确界定。如果说多边公约解决了缔约成员方之间判决的承认与执行，双边公约解决了特定成员方之间判决的承认与执行，互惠原则作为条约缺位下判决承认与执行的依据，有助于维系各国民商事交流的良性发展。[③] 即便在多边公约和双边公约逐步完善的基础上，现有对互惠原则的事实确认方法仍有待完善，特别是其适用范围、证明责任、解释方法仍然需要在司法实践中予以明确。

其次，我国对外国判决承认与执行的范围需要逐步扩大。我国法院对外国判决的承认

[①] 参见：中国裁判文书网，本次统计检索关键词为“承认和执行”和“判决”。除去承认与执行仲裁裁决的裁定书，共收集裁定书 175 份作为统计样本。资料来源：http://wenshu.court.gov.cn/Index，访问日期：2019 年 2 月 20 日。

[②] 王吉文：《外国判决承认与执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 228-229 页。

[③] 黄志慧：《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，载《政法论坛》2018 年第 6 期，第 63 页。

与执行集中在单一领域尤其是离婚案件中，对其他类型的案件判决鲜有承认与执行。一方面反映出该类案件在跨国民商事交往中的普遍性，但另一方面也暴露出我国对民商事领域外国判决承认与执行范围的不均衡性。此外，我国对于涉外离婚案件的承认与执行绝大多数仅限于承认婚姻关系解除，几乎较少涉及财产分割以及各类广泛的民商事领域判决。关于承认与执行的相互关系，我国目前对外国民商事判决绝大多数集中于承认环节，较少处理外国民商事判决的执行问题。以上现象均表明我国对外国民商事判决的承认与执行在司法实践环节尚处于起步阶段，承认与执行的范围较为狭小，难以实质上实现跨境判决流通的基本目标。尽管司法主权原则也将对外国判决的承认与执行提出相应的要求，但就当前我国承认和执行外国民商事判决的总体情况而言，案件范围及承认与执行的程度仍需要相应扩张。

再次，我国对外国判决承认与执行的国内法需要同步完善。我国现行《民事诉讼法》及其司法解释确定了对外国判决承认与执行以条约或互惠原则作为基本依据，但是并没有对外国判决进行明确界定，也没有对承认或执行外国判决的基本条件进行界定，而是更多留给司法实践予以处理。通过对相关裁定书的说理进行分析，可以发现其较多通过事实经验支持互惠原则，但并没有明确的法律依据为承认或执行外国判决提供参考，也没有通过排除要素的方式提供拒绝承认或执行外国判决的明确依据。特别是不能认为对于当事人直接申请或外国法院请求中国法院承认和执行的判决，只依照共同受约束的国际条约或互惠以及公共秩序制度进行审查，再无其他具体限制和条件。从当今国际社会的普遍实践来看，凡外国法院委托中国法院承认和执行的判决，必须是民(商)事判决，必须是由有管辖权的国家的具有审判涉外民事案件的权能的法院作出的；其审判程序必须是严格遵守了它自己的程序规则，并且为判决义务人提供了充分出庭应诉的机会，且不与正在中国国内进行或已经进行终了的诉讼相冲突等，均应是审查外国判决时考虑的因素。[①]为此，我国《民事诉讼法》及其司法解释应当在今后修订过程中应明确界定承认与执行外国判决的基本条件，实现同《选择法院协议公约》及未来《外国民商事判决承认与执行公约》的接轨。

六、结语

经过多年不懈努力，海牙国际私法会议将《外国民商事判决承认与执行公约》草案提上日程，将其适用范围、相关定义、一般条款、承认与执行的基础、拒绝承认与执行的情形等有关外国判决承认与执行的核心内容公布并接受广泛的建议，试图进一步推动“判决项目”的完善以及跨国民商事判决的自由流通。关于对外国民商事判决的承认与执行，我国当前在立法层面已经形成了初步依据，在司法层面也进行了尝试，但仍存在规范不够全面、发展不够均衡等现象，可借鉴公约草案以及国际民商事判决承认与执行的普遍实践通过明确相应依据、扩大适用范围、补充修订国内立法进一步完善提升。

22.外国法院判决承认和执行中互惠的认定标准

王雅菡*

摘　要：互惠作为促进国家间民商事判决承认和执行的一种合作依据，目前仍被多数国家所采用。根据各国司法实践中对互惠的不同认定标准，呈现出事实互惠、法律互惠、

[①] 李双元、欧福永：《国际私法》北京大学出版社 2018 年版，第 241 页。

* 河南大学法学院，讲师，法学博士。

推定互惠、通过外交途径认定的互惠等不同的互惠类型。基于对大陆法系国家互惠适用情况的考察，多数国家在实践中选择了法律互惠的认定标准，或者兼采不同类型的互惠认定标准。我国司法实践中适用的是较为严格的事实互惠，并存在相似案件中互惠认定结果不一致的现象。在“一带一路”建设下，我国应考虑兼采法律互惠或推定互惠的认定标准，基于不同国家的个案情况细化互惠的认定标准，同时提升我国互惠认定标准的国际兼容性。

关键词：外国法院判决的承认和执行；事实互惠；法律互惠；推定互惠

The Criteria for Determining Reciprocity in Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

Abstract: As a basis for promoting cooperation among countries in recognition and enforcement of civil and commercial judgments, reciprocity has been adopted by most countries in their judicial practice. Based on the different criteria that adopted by different countries for determining reciprocity, the application of reciprocity presents various types, which are factual reciprocity, presumed reciprocity, *de jure* reciprocity, as well as applying reciprocity through diplomatic channels. Based on the research of the application of reciprocity in civil law countries, most countries choose *de jure* reciprocity in judicial practice or adopt different standards for determining reciprocity. In China, the factual reciprocity adopted by the Chinese courts is quite strict and the results of applying reciprocity are inconsistent in the similar cases. With the implementation of the Belt and Road initiative, China could adopt the criteria of *de jure* reciprocity and presumed reciprocity in judicial practice. Considering the different situation of each case, China should further refine the standards for determining reciprocity in its judicial practice and improve the international compatibility of the standards for determining reciprocity.

Key words: recognition and enforcement of foreign judgments; factual reciprocity; *de jure* reciprocity; presumed reciprocity

一、问题的提出

在承认和执行外国民商事判决的各项条件中，对互惠的要求占据了首要地位。[①]在互惠的作用下，内国法院通常会对判决作出国的法律规定或实践进行考察，看对方国家是否也会在同等的条件或相似的情形下承认或执行内国法院的判决，进而判断两国间是否存在互惠关系，并将此作为承认或执行外国法院判决的条件之一。因此，在缺乏相关民商事判决相互承认和执行条约的情况下，国家间形成的积极互惠关系也不失为一种促进国际民商事司法合作的依据。

根据多数国家的立法来看，对互惠仅进行原则性规定是一种普遍现象。因此，互惠最主要的问题在于司法实践中该如何明确其认定标准。由于国家间的差异性，各国法院对是

[①] 参见徐崇利：《经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则》，《厦门大学法律评论》2004 年第 8 辑，第 45 页。

否存在互惠关系的认定标准也不同。这种差异性不仅导致了互惠适用结果存在不确定性，而且对互惠设定严格的标准还会导致其成为国家间相互限制的工具。

在我国，自 1994 年五味晃申请承认、执行外国法院判决案[①]（“五味晃案”）以来，司法实践中确立了事实互惠的认定标准。但直到“一带一路”倡议提出之前，互惠在我国几乎未发挥积极的作用。虽然在“一带一路”倡议的推动下，我国法院基于事实互惠承认和执行的外国法院判决案例在逐渐增加，但我国法院在事实互惠的认定方面也出现了不一致的现象。

我国法院在互惠认定方面存在的问题会进一步加剧外国民商事判决在我国申请承认和执行的不确定性，从而无益于我国与“一带一路”沿线国之间的民商事纠纷解决。针对外国法院判决承认和执行中互惠的认定问题，本文主要基于不同国家在司法实践中对互惠的适用，比较和归纳各国适用互惠时所采用的认定标准，并分析不同认定标准的利弊以及不同国家的改进方案。在此基础上，结合我国在适用互惠时存在的问题，以期找到具有现实意义的改进方法。

二、互惠在司法实践中的不同认定标准

19 世纪，以互惠为条件承认和执行外国判决成为了一种立法趋势。特别是在欧洲大陆国家，多数国家在立法中确立了互惠的要求，欧洲大陆的立法趋势还影响了许多亚洲国家和美洲国家。但进入 20 世纪后，一些欧洲大陆国家在立法改革中逐渐取消了互惠的规定，例如比利时、保加利亚、马其顿、波兰、立陶宛和瑞士。但目前多数国家的立法中仍保留了互惠的条件。本文基于 Kluwer Law Online 数据库[②]和中外文献对 43 个国家和地区有关互惠实践的介绍，除了事实互惠[③]、推定互惠[④]和法律互惠[⑤]这三种最为常见的互惠认定标准之外，有些国家是通过外交途径来认定两国之间判决承认和执行的互惠关系，即以政府声明的方式来确立。[⑥]还有的国家是以国际礼让作为判决承认和执行的指导原则和理论基础，进而以互惠作为承认和执行外国判决的依据。[⑦]鉴于对相关信息的有限掌握，部分国家虽然在立法中有互惠的规定，但是在司法实践中对互惠的适用并不明确。[⑧]本文主要针对较为常见的事实互惠、法律互惠、推定互惠在司法实践中的认定标准进行分析。

（一）事实互惠的认定标准

事实互惠的认定标准是以外国法院是否存在承认和执行内国法院判决的客观事实为依据。如果存在这样的事实就表明内国与判决作出国之间有互惠关系，反之则不存在互惠关系。这种客观事实通常是看外国法院是否有承认或执行过内国法院判决的先例，如果没有这种先例，即使该国的法律规定中有互惠的要求，也不能认为两国之间存在互惠关系。[⑨]

---

① 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》，1996 年第 1 期（总第 45 期）。

② Kluwer Law Online (https://www.kluwerlawonline.com/).

③ 本文统计的采用事实互惠的国家有：西班牙、土耳其、俄罗斯、中国、科威特。

④ 本文统计的采用推定互惠的国家有：乌克兰、斯洛文尼亚、墨西哥、约旦、黎巴嫩、厄瓜多尔、秘鲁。

⑤ 本文统计的采用法律互惠的国家有：白俄罗斯、德国、塞尔维亚、以色列、日本、韩国、巴勒斯坦、中国台湾地区、阿联酋、哈萨克斯坦、巴林王国、阿曼王国、卡塔尔、埃及、突尼斯、沙特阿拉伯王国、危地马拉、巴拿马、智利、哥伦比亚。

⑥ 较为典型的国家是奥地利、捷克、匈牙利、列支敦士登、斯洛伐克、埃塞俄比亚，哥伦比亚和沙特阿拉伯也会兼采这一方式。

⑦ 司法实践中较为典型的国家是菲律宾，俄罗斯和科威特有时也会援引礼让作为理论依据，进而适用互惠。

⑧ 目前对于阿塞拜疆、罗马尼亚、越南、格鲁吉亚这四个国家在司法实践中对互惠的认定标准本文并未掌握。

⑨ 参见王吉文：《外国判决承认和执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 47 页。

采用事实互惠较为典型的国家有中国[①]、西班牙、土耳其、俄罗斯和科威特。其中有些国家，除了在司法实践中采用事实互惠的认定标准之外，还会兼采其它的互惠认定标准。例如，土耳其虽然在立法中确立的是法律互惠的认定标准，[②]但在司法实践中，土耳其法院基于外国国家和土耳其之间的事实互惠，执行了包括德国、英国和美国等多个国家的判决。[③]具体而言，事实互惠的认定标准在司法实践中有以下两种表现形式。

1. 依据肯定性事实认定互惠关系

我国在五味晃案后确立了事实互惠的认定标准，即以对方国家此前承认和执行过的我国法院判决为先例，并以此作为两国间存在互惠关系的证明。这一标准在我国近年来的司法审判中也得以体现。

2013 年，湖北省武汉市中级人民法院（“武汉中院”）根据互惠原则对德国 Montabaur 地方法院 2009 年作出的一项破产清算的裁定进行了审查，其中对于互惠关系的判断主要基于 2006 年德国柏林高等法院承认过我国江苏省无锡高新技术产业开发区人民法院（“无锡高新区法院”）作出的一项民事裁定。[④]2016 年，在 Kolmar Group AG（高尔集团）与江苏省纺织工业（集团）进出口有限公司申请承认和执行外国法院判决案[⑤]（“高尔集团案”）中，根据新加坡高等法院在 2014 年承认和执行的苏州市中级人民法院作出的民事判决，[⑥]南京市中级人民法院（“南京中院”）基于互惠原则承认和执行了新加坡高等法院作出的民事判决。在 2017 年武汉中院受理的申请人刘利与被申请人陶莉、童武申请承认和执行外国法院民事判决案（“刘利案”）[⑦]中，也是基于事实互惠对美国加利福尼亚州（以下简称“加州”）法院判决的承认和执行。2019 年 3 月，我国山东省青岛市中级人民法院（“青岛中院”）承认和执行了韩国水原地方法院作出的一项借贷纠纷的民事判决，根据当事人所提供的 1999 年韩国首尔地方法院承认和执行的我国法院裁定，青岛中院认为韩国法院的判决符合我国互惠原则的要求。[⑧]

2. 以不存在肯定性事实拒绝

根据事实互惠的认定标准，如果未能证明存在相关先例，则可以拒绝承认和执行相关的外国判决。西班牙和俄罗斯的司法实践中就有这种表现。在西班牙，互惠被认为是一个事实问题需要进行证明。虽然目前互惠在西班牙的实践中并不常用，但互惠意味着只有承认过西班牙判决的国家所作出的判决才能够在西班牙得到承认。[⑨]否则，法院可以此为由拒绝承认外国法院的判决。[⑩]

---

① 这里中国仅涉及中国大陆地区，而不包括我国香港、澳门和台湾地区。

② 《土耳其国际私法及国际诉讼程序法》第 54 条：“符合下列条件的，由主管法院签发执行令：（1）土耳其共和国与作出判决的外国之间存在互惠保证的协定，或者该外国有可能基于法律规定或司法实践承认土耳其法院的判决；”。邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社 2017 年版，第 299 页。

③ Pelin Baysal & Beril Yayla Sapan, *Turkey*, in Patrick Doris, Enforcement of Foreign Judgments 2017 104 (6th ed., Gideon Roberton 2016).

④ 中华人民共和国湖北省武汉市中级人民法院民事裁定书，（2012）鄂武汉中民商外初字第 00016 号（此案未公开）。

⑤ Kolmar Group AG 与江苏省纺织工业（集团）进出口有限公司申请承认和执行外国法院判决、裁定特别程序民事裁定书，（2016）苏 01 协外认 3 号。

⑥ See Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v. Aksa Far East Pte Ltd [2014] SGHC 16.

⑦ 申请人刘利与被申请人陶莉、童武申请承认和执行外国法院民事判决案，湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书。

⑧ 申请人崔某与被申请人尹某申请承认和执行外国法院民事判决案，山东省青岛市中级人民法院（2018）鲁 02 协外认 6 号民事裁定书。

⑨ Fernando Castillo Rigabert, *Part IX. Enforcement of Judgments and Seizure for Security*, in Piet Taelman *et al.*, International Encyclopedia of Civil Procedure 78 (Kluwer Law International BV 2011).

⑩ Isabel Escudero& Ángeles Subirá, *Spain*, in Louis Garb & Lew Julian, Enforcement of Foreign Judgments 4-5 (Kluwer Law International BV 2017).

在缺乏条约的情况下，俄罗斯法院会考虑互惠的问题，即考察相关的外国法院是否在没有条约的情况下实际执行过俄罗斯法院的判决。在俄罗斯，互惠需要建立在个案（case-by-case）的基础上，并对此进行证明。在与俄罗斯之间缺乏相关条约的情况下，如果相关外国法院实际执行过俄罗斯法院的判决，基于互惠的考量，俄罗斯法院很可能承认和执行该国法院的判决。[①]在俄罗斯的司法实践中，如果无法证明互惠，或者有事实证明对方没有遵守互惠，都可以作为拒绝承认和执行的理由。[②]2002 年，俄罗斯联邦最高法院据此确认了一项莫斯科法院在 2001 年所作的裁定，在该裁定中，莫斯科法院拒绝承认德国法院作出的一项破产判决。莫斯科法院的理由是，没有证据表明德国有承认俄罗斯司法判例的事实。[③]

（二）法律互惠的认定标准

法律互惠在司法实践中的认定标准是，根据对方国家法律规定中承认和执行外国判决的条件，或者依据对方国家与第三国之间的实践，或者是基于国家间经贸合作的需求，进而判断对方国家是否能够在今后对互惠给予同样的回应，据此认定内国与该外国之间的互惠关系。如果根据该国的相关规定和司法实践中的条件，内国法院的判决以后在该国能得到承认或执行，那么内国法院就可以认定两国间存在互惠关系，因而无需证明该国是否有承认或拒绝过内国法院判决的事实，即不以实际先例为唯一的判断标准。这也是法律互惠与事实互惠的区别所在。

此外，法律互惠除了认定标准宽于事实互惠外，在司法实践中，法律互惠可以包含事实互惠。对于采用法律互惠的国家而言，如果外国法院曾经承认和执行过内国法院的判决，则可以作为存在互惠关系的依据。但如果外国法院与内国法院之间没有这样的先例，也并不会影响内国法院基于法律互惠的认定标准去判断两国之间的互惠关系。法律互惠的国家会依据外国法院的相关法律规定或司法判例来进行判断。但如果是在采用事实互惠的国家，不存在这样的肯定性先例即认为不存在互惠。

在具体的司法实践中，法律互惠的认定标准有以下三个。

1. 以对方国家法律规定的条件为依据

以对方国家法律规定的承认和执行外国判决的条件为标准，如果内国法院的判决也能够在对方国家得到承认或执行，即可视为两国间存在互惠。但在这一认定标准上，不同国家在司法实践中的做法也存在一定差异。例如，在德国、韩国和日本，根据判决作出国的立法规定或判例法，如果内国法院的判决能够被承认和执行，就可以满足互惠的保证。[④]所以并不要求内国和外国之间对于承认和执行外国判决的条件完全对等，只要不存在实质性的差异既可。但在一些阿拉伯国家，则是完全依据判决作出国的国内法律规定，并进行条件上的严格对比来判断是否存在互惠关系。

（1）判决承认和执行条件上无实质性差别

德国法院对互惠的适用也曾遭到其国内学者的批判，他们认为德国法院的观点较为狭隘，要求外国法院与德国法院在执行程序方面的规定相一致，而不是几乎相似，是对互惠

---

① Vladimir Melnikov, *Russia*, in Louis Garb & Lew Julian, Enforcement of Foreign Judgments 6 (Kluwer Law International BV 2015).

② See Diana Tapola, *Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia*, 25(1) Journal of International Arbitration 161 (2008).

③ Case No. 5-Г 02-119. Cited in Diana Tapola, *Enforcement Regimes and Grounds for Foreign Judgments and Awards in Russia*, 25(1) Journal of International Arbitration 161 (2008).

④ See Wolfgang Wurmnest, *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany*, 23 Berkeley Journal of International Law 187-188 (2005).

的要求提出了过高标准。[①]德国法院在后来的司法实践中逐步改善了“互惠保证”的界定标准。尽管有字面意义上的条款规定，但并不要求对方国家有明确的“保证”，也不需要对方国家存在承认德国判决的先例，并且根据外国判决的性质，互惠的界定也被限制在一些特定的法律领域。[②]

日本司法实践中对互惠保证的要求也经历了类似德国的发展历程。在 1933 年日本大审法院受理的一项请求执行美国法院判决的裁定中，大审法院指出，“为了满足互惠的条件，日本法院要求，判决作出国对日本法院判决的承认条件要与日本法律所规定的条件‘相同或更为宽松’”。[③]这一标准在遭到学者的批判之后，日本最高法院在 1983 年的司法裁判中采取了一种更为宽泛的标准。这种宽泛的标准在 1998 年日本最高法院的一项裁定中被再次确认。

日本最高法院指出，《日本民事诉讼法》第 118 条第（4）款规定的“互惠的存在”是指，“原审国对外国判决承认和执行的要求与日本法中所规定的要求没有实质上的区别，从而使同类的日本法院判决也能在原审国有效”。[④]日本在采取了这种宽泛的互惠认定标准之后，促进了与判决作出国之间互惠关系的建立，有些日本学者也据此建议在立法中取消互惠的规定。[⑤]

韩国对于法律互惠的适用也采用了类似标准。《韩国民事诉讼法》第 217 条第（4）款以存在“互惠的相互保证”作为承认外国判决的条件之一，但是在立法中没有对这一标准进行正式的界定。在 1971 年韩国最高法院作出的第一个涉及互惠的裁定中，[⑥]申请人向首尔地区法院请求判决的执行令，执行一项由美国第八巡回上诉法院作出的离婚判决。最初韩国法院认定美国和韩国之间不存在互惠。对此有韩国学者指出，这里的错误在于韩国法院直接将美国的联邦规则与韩国法律规定的条件进行了对比。由于当时美国已经通过 Erie R. Co. v. Tompkins 案[⑦]确立了每个州可以根据本州法律规定来决定外国判决的承认和执行问题，所以韩国最高法院应该只考察内华达州的判决承认规则，并以此来确定是否存在互惠。[⑧]

在 1993 年另一个涉及美国法院判决的案例中，韩国最高法院指出，虽然互惠的目的是促进国际关系中的平等性，但是考虑到韩国的法律制度和外国国家的不同，以及在国际社会中跨国关系的显著发展和扩张，如果要求外国法中对判决承认的条件与韩国法中的条件

[①] See Wolfgang Wurmnest, *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany*, 23 Berkeley Journal of International Law 187 (2005).

[②] See Wolfgang Wurmnest, *Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany*, 23 Berkeley Journal of International Law 187-188 (2005).

[③] 参见冯茜：《日本法院对我国财产关系判决的承认执行问题研究》，《武大国际法评论》2017 年第 3 期，第 44 页。

[④] Béligh Elbalti, *Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but not Much Bite*, 13(1) Journal of Private International Law 194 (2017).

[⑤] See Béligh Elbalti, *Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but not Much Bite*, 13(1) Journal of Private International Law 194 (2017).

[⑥] Decision of Oct. 22, 1971, 71 *Da* 1393. Cited in Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 134 (2006).

[⑦] Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817 (1938). 对互惠在美国法院的适用产生了很大的影响。在 Erie 案中，美国最高法院裁定认为，在异籍案件（diversity cases）中并不存在联邦的“一般法理”，除了受联邦宪法以及国会制定的约束管辖权事项的成文法以外，对于其余的事项都应适用美国各州的法律。此外，法院还指出，各州所实施的普通法已经不同于传统意义上的具有一般普遍性的普通法，而是依据实际政治权威所制定的法律。一个州所具有的权利就是州法的权威，因此州法的内容最后应该由本州来决定。

[⑧] See Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 134 (2006).

完全一致，那么能够承认的外国判决的范围将会极度狭窄。[①]因此，如果相关国家规定的承认外国判决的条件与韩国法律规定的条件之间不会有失平衡，并且能够在关键问题上相互一致，或者外国法律中的承认条件不会在整体上给韩国造成负担，且没有实质性的差异，那么就可以合理地认为该外国与韩国之间存在互惠的保证。[②]在该案中，韩国法院就是基于这样的认定标准确认了韩国和美国之间的互惠关系。这种标准在后来的一些判例中也被反复的加以重申。[③]

1999 年，韩国首尔地区法院基于互惠的保证承认了中国山东省潍坊市中级人民法院作出的一项民事判决。[④]在该案中，韩国首尔地区法院通过对中韩两国关于判决承认和执行的相关法律规定进行考察，认为两国间存在互惠的保证，但首尔地区法院也指出，“如果发生中国法院以不存在互惠关系为由拒绝承认韩国法院判决的情形，这种互惠的保证也很难继续维持”。[⑤]此外，根据亚洲商法学会 2018 年 1 月 8 日出版的《承认与执行外国判决国别报告》，韩国的报告人也指出，韩国与中国，包括中国香港特别行政区之间，已经确立了互惠关系。[⑥]而前文所述的青岛中院于 2019 年作出的判决，也对此进行了回应。

（2）判决承认和执行条件的严格对等

在一些阿拉伯国家的立法中也将互惠作为承认外国判决的条件之一。但是与德国、日本、韩国的法律互惠相比，这些国家所采用的互惠认定标准则缺乏灵活性，其主要的方式是将对方国家规定的外国判决承认和执行条件与本国规定的条件进行严格对比。以阿曼王国为例，阿曼曾以不存在互惠关系为由拒绝承认德国法院的判决，其判断依据主要在于法律规定上的差异。

阿曼最高法院在 2006 年的一项裁定中认为，阿曼和德国之间不存在互惠关系。阿曼最高法院认为，《德国民事诉讼法》中第 328 条规定的承认外国判决的条件比阿曼《民事程序法》第 352 条规定的条件严格。阿曼最高法院指出，根据《德国民事诉讼法》第 328 条第（1）款（i）项，需要根据德国法对外国法院的管辖权进行综合的审查，而根据阿曼《民事程序法》第 352 条第（2）款第（ii）项的规定，外国法院判决的管辖权只需要满足该国法院关于国际管辖权的要求即可。阿曼法院认为，德国法中的规定与阿曼的规定构成了实质上的差异，因此和德国之间的互惠不能成立。[⑦]

对此有学者指出，这实际上是对德国法规定的误读，虽然第 328 条第（1）款第（i）项确实表述的是“德国法”，但并不是要求根据德国法对外国法院的管辖权进行综合的审查，只是需要依据德国法的冲突法规定对国际管辖权进行审查。但是，除非阿曼最高法院撤销其裁定，德国法院的判决几乎不可能在阿曼得到承认。[⑧]由此可见，阿曼法院只是将两国规定的条件进行简单的字面解读，从而得出规定不一致的结论。采取同样做法的国家还有巴

---

① Decision of Feb. 10, 1995 93 *Ga Hap* 19069 (The East Branch of Seoul District Court). Cited in Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 134 (2006).

② Decision of Feb. 10, 1995 93 *Ga Hap* 19069 (The East Branch of Seoul District Court). Cited in Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 134-135 (2006).

③ See Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 135 (2006).

④ 参见朱伟东：《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，《河北法学》2017 年第 4 期，第 25 页。同时参见 Decision of Nov. 5 1999, 99 *Ga Hap* 26523 (Seoul District Court). Cited in Sung Hoon Lee, *Foreign Judgment Recognition and Enforcement System of Korea*, 6(3) Journal of Korean Law 135 (2006).

⑤ 朱伟东：《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，《河北法学》2017 年第 4 期，第 25 页。

⑥ See Kwang Hyun Suk, *South Korea*, in Adeline Chong, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Asia 195-196 (Asian Business Law Institute 2017).

⑦ Nicolas Bremer, *Seeking Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments and Arbitral Awards in the GCC Countries*, 3 McGill Journal of Dispute Resolution 52 (2016-2017).

⑧ Nicolas Bremer, *Seeking Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments and Arbitral Awards in the GCC Countries*, 3 McGill Journal of Dispute Resolution 52 (2016-2017).

林王国，巴林立法中对互惠的要求是，只有在相同条件下，判决作出国也会承认巴林法院的判决，那么巴林高等法院也会承认该外国法院的判决。[①]

2. 以对方国家的司法判例为依据

法律互惠的第二种认定标准是在有法律规定的基础上，不对法律规定的条件进行对比，而是依据对方国家在司法实践中对外国判决承认或执行的案例来进行判断，通常是以对方国家和第三国之间的司法判例为参照。因为此时内国法院和对方外国法院之间还没有类似的先例。

例如，在以色列和俄罗斯之间曾有这样的案例。莫斯科商事法院作出了一项支持俄罗斯原告的判决，并要求败诉的以色列一方当事人支付 500 万欧元给原告，于是原告向以色列特拉维夫法院请求承认和执行该项判决。特拉维夫法院指出，在俄罗斯和以色列之间没有关于判决承认和执行的国际条约，但是根据以色列法律的规定，即使在缺乏条约的情况下，如果外国法院能够大体上依据互惠执行以色列法院的判决，那么该外国法院的金钱判决也是能够在以色列法院得到执行的。[②]对此，特拉维夫法院首先考察了俄罗斯法院近期的司法实践，俄罗斯法院基于特别的互惠（*inter alia* reciprocity）和国际礼让执行了几个英国法院的判决以及一个荷兰法院的裁定。据此，以色列法院认为，俄罗斯大体上能够保证判决的相互承认和执行。[③]

3. 基于未来国家间的经贸合作需求给予互惠

除以上两种认定标准外，有些国家在司法实践中也会根据两国间未来经贸合作的需求，从促进国家间司法合作的角度出发，认为如果本国法院先给予互惠，对方也能够在同样的情形下有所回应，进而认为存在互惠关系。在德国，如果外国的司法机关在原则上或有意向准备承认德国法院的判决，那么也能够满足互惠的保证，所以，判决作出国是否有承认德国判决的先例不是认定互惠关系的必要条件。[④]如前所述，在 2006 年德国柏林高等法院承认的我国法院判决的裁定中，法院指出，“按照目前国际经贸的发展状况，中国法院今后是有可能对德国法院先给予的互惠做出回应的”。[⑤]并先给予了我国判决互惠。

此外，以色列法院对互惠的判断依据是“外国法院有承认以色列判决的合理可能性”，因此并不要求外国法院有承认和执行过以色列法院判决的事实。[⑥]2017 年 8 月，以色列高等法院基于互惠原则承认和执行了我国江苏省南通市中级人民法院作出的民事判决（“海外集团案”）。[⑦]在该案中，以色列法院对于互惠的考量因素之一就在于商业稳定性，如果以互惠拒绝中国法院的判决，则可能影响到两国之间的商业往来和经贸领域的合作。以色列法院还特别强调了互惠原则与贸易发展之间的联系。因此，尽管被申请人以中国法院曾拒绝承

---

① Nicolas Bremer, *Seeking Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgments and Arbitral Awards in the GCC Countries*, 3 McGill Journal of Dispute Resolution 40-42 (2016-2017).

② See Sergey Usoskin, Israeli Court Recognises a Russian Judgment on the Basis of Reciprocity, http://www.cisarbitration.com/2013/03/01/israeli-court-recognizes-a-russian-judgment-on-the-basis-of-reciprocity/, visited on 13 January 2019.

③ See Sergey Usoskin, Israeli Court Recognises a Russian Judgment on the Basis of Reciprocity, http://www.cisarbitration.com/2013/03/01/israeli-court-recognizes-a-russian-judgment-on-the-basis-of-reciprocity/, visited on 13 January 2019.

④ See Dieter Martiny, *Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany*, 35(4) American Journal of Comparative Law 749-750 (1987).

⑤ 参见马琳：《析德国法院承认中国法院民商事判决一案》，《法商研究》2007 年第 4 期，第 152-153 页。

⑥ 陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 17 页。

⑦ Yitzhak Reitman v. Jiangsu Overseas Group Co Ltd ,Civil Case 7884/15. 参见陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 16-17 页。

认和执行日本和德国法院的判决为依据，向法院证明中国和以色列之间不存在互惠关系，但以色列法院并未采纳。[①]

（三）推定互惠的认定标准

推定互惠是指，如果没有相反的证据证明外国法院曾有拒绝承认或执行内国法院判决的事实，就推定两国之间存在互惠关系。[②]因此，推定互惠是以外国法院是否存在拒绝过内国法院判决这一否定性事实为主要的认定标准。我国有学者将这种互惠的认定方式称之为与事实互惠相对应的反向互惠。[③]还有德国学者将推定互惠称为“合作的互惠关系”。[④]基于这一判断依据，本文将乌克兰、斯洛文尼亚、墨西哥、厄瓜多尔、秘鲁、约旦、黎巴嫩这 7 个国家归为适用推定互惠的国家。

1. 以不存在拒绝先例推定有互惠

推定互惠在司法实践中的表现是，除非能够证明存在否定性的先例，则推定存在互惠关系。在乌克兰的司法实践中，如果没有可供参考的国际条约，外国判决可以基于互惠在乌克兰得到承认和执行，除非有相反的证明，应当推定存在互惠关系。[⑤]斯洛文尼亚在司法实践中也采用这样的认定标准。

2. 以存在拒绝先例为由拒绝

推定互惠衍生出的另一个判断依据是，如果存在拒绝承认和执行本国法院判决的先例，则认定为没有互惠关系。我国与东盟国家之间所达成的《南宁声明》第七项采用的就是这一标准。[⑥]

与司法实践中采用推定互惠国家的认定标准相比，《南宁声明》所确立的推定互惠又进一步放宽了标准，只要对方国家没有以不存在互惠关系为由拒绝承认和执行的情况，即可推定为有互惠。而对于其他采用推定互惠的国家，无论是以何种理由的拒绝，都可以作为不存在互惠关系的否定性先例。

虽然《南宁声明》表明我国与东盟国家间在判决的承认和执行问题上达成了推定互惠的共识，但此前在申请人简永明请求承认民事判决案[⑦]（“简永明案”）中，我国法院曾以缺乏互惠为由拒绝了马来西亚法院的判决。由此造成中国和马来西亚之间存在否定性事实的先例，那么今后两国间推定互惠的适用可能会存在障碍。由此可见，根据推定互惠的认定标准，存在否定性的先例则会成为互惠关系建立的障碍。

---

① 参见陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 17 页。

② 王吉文：《外国判决承认和执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 52 页。

③ 参见朱伟东：《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，《河北法学》2017 年第 4 期，第 21-22 页。

④ 参见杜涛：《推定互惠 促进“一带一路”诉讼纠纷解决》，《人民法院报》2017 年 6 月 15 日，第 2 版。

⑤ Andreas Neocleous & Co., *Ukraine*, in Louis Garb & Lew Julian, Enforcement of Foreign Judgments 4-5 (Kluwer Law International BV 2017).

⑥ 2017 年 6 月 8 日，第二届中国——东盟大法官论坛在南宁召开，中国与东盟国家就区域内国际司法协助等问题在《南宁声明》中达成了八项共识。其中第七项规定：“.....尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家，在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中，如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例，在本国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系。”参见第二届中国-东盟大法官论坛南宁声明，资料来源于 http://www.court.gov.cn/fuwu-xiangqing-47372.html，2017 年 6 月 26 日访问。

⑦ 申请人简永明请求承认民事判决认字裁定书，福建省宁德市中级人民法院（2014）宁民认字第 13 号民事裁定书。

三、互惠在我国承认和执行外国法院判决中的确立和发展

（一）事实互惠的确立和存在的问题

1. 法律规定缺失下事实互惠的确立

我国在承认和执行外国法院判决方面的立法主要见于 2012 年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下称为《民事诉讼法》）的规定。其中，第 282 条规定了互惠在承认和执外国法院判决中的适用。此外，根据《中华人民共和国企业破产法》第 5 条，外国破产判决的承认和执行也要依据互惠原则。但是以上立法规定中仅对互惠进行了原则性的规定，并未明确互惠的认定标准。2015 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 544 条、第 549 条虽然对外国判决承认和执行的相应问题进行了补充，但对于互惠仍未有过多的解释。

在立法规定不明确，而司法解释又缺乏相应补充的情况下，我国最高人民法院（“最高法院”）对一些请示案件作出的复函也对下级法院具有指导意义。例如，五味晃案是我国法院在《民事诉讼法》实施后受理的申请承认和执行外国法院判决的第一案。在该案中，大连市中级人民法院（“大连中院”）经审查发现我国与日本之间既没有相关的国际条约，也没有相互承认和执行对方法院判决的互惠事实，驳回了日本当事人的申请。[①]大连中院的裁定也得到了我国最高法院的支持，[②]从而在我国的司法实践中确立了事实互惠的认定标准。

2. 事实互惠在我国实践中存在的问题

虽然自五味晃案后我国司法实践中确立了事实互惠的认定标准，但仍存在以下两个问题。

首先，事实互惠在我国早期的司法实践中并未发挥积极合作的作用。在 2013 年之前，我国几乎未基于互惠承认和执行过外国法院的判决。直至前文所述武汉中院对德国法院判决的承认，此后我国法院又基于事实互惠承认了新加坡高等法院、美国加州法院、韩国水原地方法院的判决。

其次，我国法院存在对事实互惠适用不一致的现象。在武汉中院受理的刘利案，以及江西省南昌市中级人民法院（“南昌中院”）2017 年受理的赫伯特·楚西、玛丽艾伦·楚西申请承认和执行外国法院民事判决、裁定案（“楚西案”）中[③]，两个案件中援引的是同样的先例，但两个法院对中美互惠关系的认定得出了不同的结论。

此外，虽然以色列高等法院在海外集团案中基于互惠承认和执行了我国法院的判决，但在 2017 年 6 月的艾斯艾洛乔纳斯有限公司（S. L. JONAS LTD）申请承认以色列国耶路撒冷裁判法院民事判决案（“乔纳斯案”）[④]中，福建省福州市中级人民法院（“福州中院”）似乎未注意到 2015 年特拉维夫法院所作出的一审判决，从而以不存在条约关系和互惠关系为由拒绝了以色列法院的判决。

[①] 杨洪逵：《日本国民五味晃申请承认和执行日本国法院作出的生效债务判决案》，《中国法律》1996 年第 3 期，第 28 页。

[②] 参见《最高人民法院关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》，（1995）民他字第 17 号。

[③] 赫伯特·楚西、玛丽艾伦·楚西申请承认和执行外国法院民事判决、裁定一审民事裁定书，江西省南昌市中级人民法院（2016）赣 01 民初 354 号民事裁定书。

[④] 艾斯艾洛乔纳斯有限公司（S. L. JONAS LTD）申请承认以色列国耶路撒冷裁判法院民事判决案，福建省福州市中级人民法院（2017）闽 01 协外认 4 号民事裁定书。

（二）事实互惠到法律互惠的转变

1. 法律互惠特征的体现

随着 2013 年“一带一路”倡议的提出，我国与“一带一路”沿线国之间的经贸往来也日益密切，为我国和沿线国的个人或企业提供相应的司法保障也显得尤为重要。但我国仅与不到三分之一的沿线国签有相互承认和执行民商事判决的司法协助条约。因此，互惠原则的适用对于中国和沿线国之间民商事判决的相互承认和执行十分关键。

我国最高法院于 2015 年发布了《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（以下称为《“一带一路”建设意见》），该意见第 6 条[①]的规定不仅体现出我国以互惠原则作为促进国家间司法协助合作机制的意愿，同时也体现出法律互惠的特征，即对方国家的合作意向也可以作为判断互惠的标准之一。

此外，第 6 条的规定在一定程度上放宽了互惠的认定标准，也增加了一些国家对我国司法制度的信心。以澳大利亚为例，其普通法从未禁止对中国大陆地区判决的承认和执行。对于《“一带一路”建设意见》第 6 条的规定，澳大利亚法律实务者呈现出了两种观点。一是可以根据该意见的法律互惠（*de jure* reciprocity）请求中国法院承认和执行澳大利亚法院的判决，二是要求澳大利亚法院根据普通法的程序承认和执行中国法院的判决，在我国法院判决得到澳大利亚法院承认或执行的情况下，今后澳大利亚法院的判决也有机会基于事实互惠在中国得到承认或执行。[②]对于后者的观点，目前澳大利亚维多利亚州高等法院已经付诸了实践。2017 年 12 月，澳大利亚维多利亚州最高法院承认和执行了我国江苏省南通市崇川区人民法院作出的一项有关借贷纠纷的民事判决。[③]这是澳大利亚法院首次承认和执行的中国法院作出的金钱判决。随后，该法院又于 2019 年 2 月，承认和执行了我国江苏省苏州市虎丘区人民法院作出的一项民事判决。[④]对此，我国法院是否会以事实互惠有所回应，我们也拭目以待。

虽然有澳大利亚法律实务者认为《“一带一路”建设意见》偏向于采用法律互惠的认定标准。但是与司法实践中采用法律互惠的国家相比，该意见中对于一些具体条件和互惠关系的认定标准并未明确。

2. 国际司法合作交流意向的判断依据

第 6 条中“国际司法合作交流的意向”该如何去判断，《“一带一路”建设意见》中并没有进行具体的解释。在上文提及的德国和以色列承认和执行我国法院判决的实践中，是以国家间未来经贸往来的合作需求为判断依据，该意见是否也参照这一标准还有待实践考察。

而在何种情况下可以视为对方国家给予了承诺，在司法实践中也有不同的做法。对此，我国应设定什么样的判断标准也值得探讨。例如，俄罗斯法院在对互惠的认定方面也没有制定清晰明确的标准，对于互惠的认定往往是在个案之上。[⑤]有时俄罗斯法院会接受外国法学专家对法律认定的法律备忘录，以及对方国家作出的将会执行俄罗斯法院判决可能性的

[①] 《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》第 6 条：“在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系，积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。”法发〔2015〕9 号。

[②] See Jie Huang, Chinese Court Unprecedentedly Recognized and Enforced a U.S. Commercial Monetary Judgment,http://www.cibel.unsw.edu.au/cibel-blog/chinese-court-unprecedentedly-recognized-and-enforced-us-commercial-monetary-judgment, visited on 27 January 2018.

[③] *Liu v Ma & anor* [2017] VSC 810.

[④] *Suzhou Haishun Investment Management Co Ltd v Zhao & Ors* [2019] VSC 110.

[⑤] See Anna Grishchenkova, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Russia: Recent Trends*, 15 Yearbook of Private International Law 442 (2013-2014).

确认信，以此来作为存在互惠的证据。在有些情况下，如果当事人没有明确地向俄罗斯法院提供相关外国法院也会执行俄罗斯法院判决的证据，俄罗斯法院会拒绝执行该外国判决，俄罗斯法院以此拒绝过以色列法院和美国法院的判决。[①]因此，外国法学专家的法律备忘录和政府出具的确认信在俄罗斯都可视为一种互惠的承诺。还有些国家更倾向于以政府声明的方式作为互惠的承诺，例如捷克、奥地利、列支敦士登和斯洛伐克。

在中国国际私法学会起草《中华人民共和国国际私法示范法》时，也提出了互惠关系认定的外交途径，“在由外国法院提出请求的情况下，可以要求外国法院或其他有权机关通过外交途径作出互惠的承诺；在当事人直接提出申请的情况下，可以通过外交部门协作确认是否存在互惠关系。”[②]我国法院目前也倾向通过外交途径来确保我国与相关国家之间判决相互承认和执行的互惠关系。[③]

这种途径虽然能够通过政府合作的方式明确对方国家互惠的意向，从而更具有权威性、稳定性和可信度。但相比德国、日本、韩国这些适用法律互惠的国家而言，在程序上则会较为繁琐，耗时也较长。本文认为上述德国和以色列对于“合作意向”的判断依据较具可行性，即在考虑一国的法律和司法制度的同时，也考虑两国间商业发展的稳定性，从商业往来和外国企业稳定性的角度出发，促进与对方国家之间互惠关系的形成。[④]

虽然《“一带一路”建设意见》第 6 条在形式上符合了法律互惠适用的一些特征，即看对方国家是否也具有承认或执行我国法院判决的可能，但对于这种互惠意向的判断依据和参照标准，是依据法律规定的条件和司法判例？还是基于未来经贸往来的合作需求？该意见还没有细化和明确。鉴于《“一带一路”建设意见》在司法实践中也只是为我国法院提供大方向上的指导，我国最高法院出台的这一文件暂时仅表明我国法院有采用法律互惠认定标准的意向。

（三）推定互惠的构建

“一带一路”建设所带来的另一项进展是《南宁声明》的达成。《南宁声明》的通过标志着我国法院和东盟国家法院在民商事判决的承认和执行领域就“推定互惠关系”达成了共识。[⑤]

《“一带一路”建设意见》和《南宁声明》为我国司法实践提供了两种不同的指导思路。一种倾向于在没有缔结条约的情况下，采用法律互惠的认定标准。另一种则是与东盟国家之间采用推定互惠的认定标准。由于我国法律中并未禁止推定互惠，《南宁声明》所达成的推定互惠的共识为我国法院在承认和执行东盟国家的民商事判决时，在互惠关系的认定方面提供了指引。[⑥]至此，在“一带一路”建设的推动下，我国最高法院也倾向在司法实践中采用更为宽松的互惠认定标准。说明我国有意顺应国际趋势的发展，加强国家间的司法合作，从而改变以互惠为防御的理念。

[①] See Anna Grishchenkova, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Russia: Recent Trends*, 15 Yearbook of Private International Law 442 (2013-2014).

[②] 中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年版，第 184 页。

[③] 张勇健庭长指出，在外国判决承认和执行中应全面掌握事实互惠和相关国家的互惠意向，“在无法确定互惠关系的情况下，可以层报最高法院，通过外交途径，告知对方我国司法机关正考虑先行给予互惠，请对方予以表态，如对方有互惠意向，我方可先行启动互惠”。参见张勇健：《在全国涉外商事海事审判庭长座谈会上的讲话》，《涉外商事海事审判指导》2016 年第 1 辑（总第 32 辑），人民法院出版社 2017 版，第 17-18 页。

[④] 参见陈亮、姜欣：《承认和执行外国法院判决中互惠原则的现状、影响与改进——从以色列承认和执行南通中院判决案出发》，《法律适用》2018 年第 5 期，第 17 页。

[⑤] 参见杜涛：《推定互惠 促进“一带一路”诉讼纠纷解决》，《人民法院报》2017 年 6 月 15 日，第 2 版。

[⑥] 参见张勇健：《“一带一路”背景下互惠原则实践发展的新动向》，《人民法院报》2017 年 6 月 20 日，第 2 版。

但《南宁声明》不是国际条约，更多的是原则性的宣示，这种推定互惠的共识能否真正的在各国司法实践中推行还是未知状态。除了简永明案之后中国和马来西亚之间的问题外，根据印度尼西亚和泰国国内法律规定，外国法院判决在国内不能得到执行，必须重新提起诉讼。对此，我国还应在今后的司法实践中根据不同的情况实行不同的方案。

四、互惠认定标准在我国司法实践中的改进

（一）改变单一事实互惠标准

在司法实践中，事实互惠的优点在于认定上的客观性，内国法院可以直观地去判断本国与判决作出国之间是否存在先例这种客观上的事实。[①]特别是在当事人一方能够提供存在先例证明的情况下，通过法院或其他有权机关的审查后，即可认定两国之间的互惠关系。但事实互惠在认定标准上过于单一和严格，如果过度地强调事实上的互惠，则会造成互惠关系的难以形成。因为两国之间的先例需要有一方率先进行积极地努力。如果总是等待对方作出让步，则永远无法形成互惠关系，从而使双方陷入判决互不执行的僵局。

在我国正式的司法解释文本尚未发布之前，本文认为我国在司法实践中应改变单一事实互惠的认定标准。目前，有些国家在司法实践中也会兼采不同的互惠认定标准。例如，土耳其在采用了事实互惠的同时也兼采了法律互惠的认定标准。塞尔维亚在采用法律互惠认定标准的同时，也会考虑推定互惠的认定标准。[②]在我国现阶段的司法实践中，除了采用事实互惠的认定标准外，也可以兼采法律互惠和推定互惠的认定标准。其中推定互惠主要用于和东盟国家之间，而与非东盟国家以及与我国没有缔结双边条约的国家之间，主要考虑法律互惠的认定标准。在两国间不存在肯定性先例的情况下，看我国法院的判决是否有在对方国家得到承认和执行的可能性，并积极地先给予互惠，从而促进互惠关系的建立。

（二）基于个案分析转换标准

考虑到各国之间在历史、经济、政治、法律和社会等多方因素的差异，各国之间互惠适用的差异也较大，对此，本文建议可以在个案分析的基础上灵活转换互惠的认定标准。

首先，针对不同国家的情况，采取不同的互惠合作策略。在与普通法系国家的合作中，由于对方国家承认和执行我国法院的判决通常不依据互惠，如果希望我国判决能够得到对方国家承认，我国法院的判决应能够符合普通法规则的基本要求。例如，在本文提及的新加坡、美国加州、澳大利亚维多利亚州法院对我国判决的承认和执行都是因为符合了普通法程序的要求。而在对方国家判决请求我国承认和执行时，有先例的情况下可依据事实互惠，没有先例时可以依据法律互惠的认定标准，考察对方国家的相关成文法规定或判例法，我国法院的判决是否今后也有可能在对方国家得到承认或执行，如果这样的可能性很大，我国法院也可以先给予互惠。

其次，对于同样有互惠要求的成文法国家，一方面可以考虑法律互惠的认定标准，对互惠进行扩大解释；另一方面，避免以不存在互惠关系为由拒绝对方国家的判决，从而防止国家间相互对等的限制。

最后，对于美国这样的联邦制国家，其 50 个州都有自己的法院体系，并有权就外国判决的执行问题制定自己的规则。在成文法方面，承认外国金钱判决的互惠要求还没有统一

---

① 参见王吉文：《外国判决承认和执行的国际合作机制研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 47 页。

② Borivoje Trgovcevic, *Serbia*, in Louis Garb & Lew Julian, Enforcement of Foreign Judgments 4 (Kluwer Law International BV 2015).

的规定。[①]虽然美国一系列的成文法都象征着互惠在美国的衰退，但仍有一些州在联邦立法中保留了互惠。[②]因此，我国与美国之间的互惠问题要根据不同的州来判定。

在刘利案中，武汉中院是基于申请人所提供的湖北葛洲坝三联实业股份有限公司、湖北平湖旅游船有限公司诉美国罗宾逊直升机有限公司产品责任纠纷案（“三联公司案”）[③]，从而认定我国与美国之间存在“相互承认和执行民事判决的互惠关系”，并承认和执行了美国法院的判决。[④]在楚西案中，申请人同样以三联公司案为依据，向南昌中院证明中美之间存在承认和执行法院判决和裁定的互惠关系，从而请求南昌中院承认和执行美国宾夕法尼亚州第一司法区费城县中级法院（“美国费城法院”）判决。但南昌中院却以中美之间既不存在条约关系，也不存在互惠关系为由，拒绝承认和执行美国费城法院的判决。[⑤]

本文认为，鉴于美国的特殊情况，在互惠关系的认定上也应根据各州的不同情况进行个案分析。在三联公司案和刘利案中，涉及到的美国法院都位于加州，而涉及到的中国法院都在武汉，并且美国加州法律也没有互惠的要求。在美国方面看来，我国法院所确认的互惠关系可能最多限于中国和加州之间。对此，我国可单方面的表明与美国加州之间存在互惠关系。日本根据其所适用的法律互惠，也只是声明了与美国几个州之间的互惠保证，而不是与美国之间存在互惠的保证。韩国和科威特在司法实践中也同样是对美国不同的州进行区分，从而有区别的建立互惠关系。土耳其与美国之间事实互惠的认定也是根据每个州的个案情况来判断的。[⑥]南昌中院如果以中国和宾夕法尼亚州之间不存在互惠关系为依据，或许更为恰当。

（三）通过指导性案例明确标准

在现有法律规定不明确的情况下，我国最高法院可以通过指导性案例的发布来对我国法院的司法实践进行指导。除刘利案和楚西案中互惠认定结果的不一致外，在乔纳斯案中，即使存在特拉维夫法院裁定承认和执行我国法院判决的先例，福州中院仍以不存在互惠关系拒绝承认以色列法院的判决。本文认为，造成这种现象的原因之一在于我国最高法院未发布此类指导性的案例。

虽然高尔集团案被我国最高法院选为“一带一路”建设典型案例，[⑦]但“典型案例”不同于“指导性案例”，我国最高法院经常通过颁布典型案例来指导全国的审判活动，但典型案例并不具有规则创制的功能。[⑧]因此，在司法实践中，高尔集团案所践行的事实互惠的积极作用并未在后续的案件中被完全的延续。对此，本文建议可以将高尔集团案此类的典型

---

① See Franklin O. Ballard, *Turnabout Is Fair Play: Why a Reciprocity Requirement Should Be Included in the America Law Institute’s Proposed Federal Statute*, 28 Houston Journal of International Law 211 (2006).

② See Vishali Singal, *Preserving Power Without Sacrificing Justice: Creating an Effective Reciprocity Regime for the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 59 Hastings Law Journal 951 (2007-2008).

③ 参见王功荣、胡正伟：《拒绝与承认之间的选择——我国首例含金钱给付的民事判决在美国得到承认与执行》，《中国涉外商事审判研究》（第三辑），法律出版社 2014 年版，第 295-296 页。在该案中，湖北省高级人民法院于 2004 年 12 月 10 日作出判决，要求被告美国罗宾逊直升机有限公司（“罗宾逊公司”）赔偿因其过错造成的经济损失。2006 年，三联公司和平湖公司向加州联邦地区法院申请承认和执行湖北高院的判决。最终在 2011 年，联邦第九巡回上诉法院驳回了罗宾逊公司的上诉，并承认和执行了湖北高院的判决。

④ 申请人刘利与被申请人陶莉、童武申请承认和执行外国法院民事判决案，湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书。

⑤ 赫伯特·楚西、玛丽艾伦·楚西申请承认和执行外国法院民事判决、裁定一审民事裁定书，江西省南昌市中级人民法院（2016）赣 01 民初 354 号民事裁定书。

⑥ Pelin Baysal & Beril Yayla Sapan, *Turkey*, in Patrick Doris, Enforcement of Foreign Judgments 2017 104 (6th ed., Gideon Roberton 2016).

⑦ 参见：《第二批涉“一带一路”建设典型案例》，2017 年 5 月 15 日，资料来源于 http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-44722.html，2018 年 1 月 17 日访问。

⑧ 参见陈兴良主编：《中国案例指导制度研究》，北京大学出版社 2014 年版，第 11 页。

案例发布为指导性案例，从而在当事人举证外国法院判决承认或执行过我国法院的判决时，法院经过确认后认定两国间有互惠关系，从而不以缺乏互惠作为拒绝承认和执行外国法院判决的理由。例如，在迪博泰股份有限公司申请承认和执行美国特拉华州衡平法院裁定案[①]中，湖南省高级人民法院虽然以其他理由拒绝承认美国法院的判决，但仍基于中美之间的先例承认了两国之间的互惠关系。[②]

通过一国最高法院发布具有法律拘束力的司法判例指导下级法院司法实践，也是其他大陆法系国家的常见措施。例如，日本、韩国和德国立法中“互惠的保证”也是模糊的，他们对互惠适用标准的改进都是通过本国最高法院在司法判例中的探索形成的。我国也可以借鉴这些国家的做法，通过发布指导性案例的方式为下级法院的司法实践提供明确地指导。

五、结语

在全球性民商事判决承认和执行公约尚未形成的背景下，互惠仍具有存在的价值和意义。虽然有些国家通过国内立法的完善或区域性多边公约的加入，逐渐在立法中取消了互惠的规定，但从整体情况来看，互惠在多数国家承认和执行外国法院判决的立法和实践中仍占有一定地位。由于立法规定的简单和笼统，也导致实践中各国对互惠认定标准的不统一，并进一步造成适用结果的不确定。

根据各国的司法实践来看，事实互惠、法律互惠和推定互惠的认定标准被采用的较为广泛。但每种认定标准也各有利弊。事实互惠的认定标准虽然具有认定上的客观性，但标准过于单一和绝对，容易造成判决互不执行的僵局。法律互惠标准相对灵活，如果进行宽松的解释也有利于互惠的形成，但在适用法律互惠时，如果要求两国规定的外国判决承认和执行条件完全一致，也易导致互惠的无法建立。推定互惠的认定标准相对而言最为宽松，但缺点在于，一旦对方有拒绝承认或执行本国判决的先例，互惠关系将无法形成。

为了克服以上弊端，有些国家倾向在司法实践中兼采多种认定标准，从而尽可能的实现互惠。我国在“一带一路”建设的推进下，对互惠的适用也出现了兼采法律互惠和推定互惠认定标准的趋势。在现有立法中保留互惠的情形下，如果以上两种认定标准能够真正的运用于司法实践，也将有利于促进我国和“一带一路”沿线国以及东盟国家间判决的相互承认和执行，并有助于提升我国互惠认定标准的国际兼容性。

[①] 湖南省长沙市中级人民法院（2015）长中民五他字第 00305 号民事裁定书；湖南省高级人民法院（2015）湘高法民三请字第 5 号民事裁定书。转引自徐伟功：《我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变》，《法商研究》2018 年第 2 期，第 179 页。

[②] 参见徐伟功：《我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变》，《法商研究》2018 年第 2 期，第 179 页。

23.未经承认的域外法院判决书在我国内地法院的使用

秦瑞亭*

摘　要：我国内地法院可以将未经承认的域外法院判决书作为一种证据使用，该证据能够证明某种法律事实是否存在或者某种法律行为是否发生；但是，该法律事实能产生何种法律后果，该法律行为是否有效，只能而且必须由我国内地法院按照我国国际私法援引的该法律事实或法律行为的准据法来确定。

关键词：域外法院判决；法律事实；准据法

Abstract:Judgments of foreign courts or courts of Hongkong, Macao and Taiwan not recognized by the courts of the Mainland China can be used as a kind of evidence in the courts of the Mainland China which can prove the existence of some legal facts or legal acts. However, the courts of the Mainland China can and shall decide the legal effects of the legal facts and the validity of the legal acts only in accordance with the applicable law governing the legal facts or the legal acts determined according to the Chinese private international law.

Keywords: judgment of foreign courts, legal fact, applicable law

引言

法院判决书是一个国家司法审判权在具体案件中行使的结果，是这个国家司法主权的体现，在一定程度上体现着这个国家的国家主权。因此，非经内国同意并经过法定程序，任何外国的法院判决书在内国境内都不发生法律效力，否则就会，至少在理论上，损害内国的国家主权。由于这个原因，我国《民事诉讼法》第 282 条和 2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》[①]第 544 条明确规定，当事人向我国内地有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院做出的发生法律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系，裁定驳回申请，但当事人向人民法院申请承认外国法院做出的发生法律效力的离婚判决的除外。依据前述条款，除了离婚判决书之外，外国法院判决书只有具备了国际条约规定的条件或者互惠条件，并且通过我国内地人民法院依法定程序进行的审查，才能在我国内地得到认可和强制执行。外国法院的离婚判决书，只有经我国内地人民法院按照《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》[②]和《最高人民法院关于人民

* 作者秦瑞亭，南开大学法学院副教授。本文系在作者专著《中国国际私法实证研究》第十五章基础上修订而成。

① 法释〔2015〕5 号，2014 年 12 月 18 日由最高人民法院审判委员会第 1636 次会议通过，自 2015 年 2 月 4 日起施行。

② 法（民）发〔1991〕21 号

法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》[1]规定的条件和程序审查通过之后，才能在我国境内发生法律效力。

由于一国两制的原因，我国香港、澳门和台湾地区的法院判决书在我国内地也不能自动发生法律效力。按照我国现行区际司法协助制度，我国香港、澳门和台湾地区法院做出的判决书、裁定书等裁判文书，只有分别满足了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》[2]、《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》[3]和《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》[4]规定的条件，并由我国内地人民法院依照前述三个司法解释规定的程序审查认可之后，才能在我国内地产生法院判决书的法律效力。

由此可见，任何外国法院判决书和我国港澳台地区的法院判决书，都无法在我国内地自动产生判决书的法律效力。外国和我国港澳台地区的法院判决书欲在我国内地产生法院判决书的法律效力，必须满足上述我国法律及司法解释规定的条件和程序要求。随着我国“一带一路”建设的推进和改革开放的日益深入，我国和其他国家之间的涉外民商事交往日益频繁，[5]我国法院受理的涉外民商事案件的数量也日益增多，但是由于缺乏相关国际条约和我国内地法院承认和执行外国法院以及我国港澳台法院判决书的条件和程序较为严格等多方面的原因，司法实践中真正得到我国内地法院认可的外国法院判决书和我国港澳台地区法院判决书的数量都非常有限。[6]一方面我国内地法院司法实践中认可和执行的域外法院判决数量非常之少，另一方面我国在国际民商事诉讼中承认并允许一事再理原则，[7]这两方面的原因导致了相当多的涉外民商事案件中，涉外民事关系当事人依据外国法院判决书或者我国港澳台地区法院判决书向我国内地人民法院提出请求、主张权利或者申请救济。在这些案件中，我国内地人民法院都面临如何对待和使用没有获得我国内地法院正式认可的域外法院判决书的问题。本文拟通过对我国内地法院受理的两起涉及未经认可的域外法院判决书效力问题的典型案例的分析，依据我国现行法律法规和司法解释，对未经正式认可的域外法院判决书在我国内地法院的法律效力问题提出一些个人建议和思考，希冀引起我国法律理论界和实务界人士对这一问题的重视，促进这一涉及国际私法和民事诉讼法等多个部门法学的重要法律问题在我国内地司法实践中的妥善解决。

---

[1] 法释〔2000〕6 号，于 1999 年 12 月 1 日由最高人民法院审判委员会第 1090 次会议通过，自 2000 年 3 月 1 日起施行。

[2] 法释〔2008〕9 号，于 2006 年 7 月 14 日签署。2006 年 6 月 12 日由最高人民法院审判委员会第 1390 次会议通过。根据双方一致意见，本《安排》自 2008 年 8 月 1 日起生效。

[3] 2006 年 2 月 13 日最高人民法院审判委员会第 1378 次会议通过，法释〔2006〕2 号，根据双方一致意见，本《安排》自 2006 年 4 月 1 日起生效。

[4] 法释〔2015〕13 号，2015 年 6 月 2 日由最高人民法院审判委员会第 1653 次会议通过，自 2015 年 7 月 1 日起施行。

[5] 据公安部出入境管理局统计，2017 年全国边防检查机关共检查出入境人员 5.98 亿人次，较 2016 年（以下简称“同比”）增长 4.76%；其中，内地居民出入境 2.92 亿人次；港澳台居民来往内地（大陆）2.21 亿人次（香港居民来往内地 1.60 亿人次，澳门居民来往内地 4929.29 万人次，台湾居民来往大陆 1174.57 万人次）；外国公民入出境 5836.36 万人次。检查出入境交通运输工具 3097.66 万辆（架、列、艘）次，同比增长 6.84%；其中，机动车辆 2952.46 万辆次，飞机 92.57 万架次，火车 6 万列次，船舶 46.63 万艘次。载国家移民管理局网站：“ 2017 年出入境人员和交通运输工具数量持续增长”，http://www.mps.gov.cn/n2254996/n2255000/n2255031/c5977788/content.html，2019 年 1 月 6 日访问。

[6] 根据最高人民法院周强院长 2018 年 3 月 9 日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上作的《最高人民法院工作报告》，2017 年全国各级法院审结的涉外民商事案件共 7.5 万件，办理的国际司法协助案件共 1.5 万件。审结涉港澳台、涉侨案件 8.1 万件，办理涉港澳台区际司法协助案件 5.8 万件。但是 2017 年全国法院司法统计公报显示，2017 年全国各级法院承认的外国法院裁判文书只有 15 件，其中已经获得执行的仅仅 2 件。详见 2017 年全国法院司法统计公报，载最高人民法院网站：http://gongbao.court.gov.cn/Details/c15ac3fd6bd534567eec8e047941eb.html,2019 年 1 月 6 日访问。

[7] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 533 条。

一、外国法院判决书在我国内地法院的使用

本文作者搜集到的涉外民商事案例中，涉及外国法院判决书在我国内地法院使用问题的典型案例是原告法国北欧商业银行—欧洲银行（Bcen-Euro Bank）诉被告巴拿马佛他贸易有限公司（Ferta Trade Ltd. S.A.）船舶抵押权纠纷一案[①]。该案中，原告为了实现其对涉案船舶的抵押权，向天津海事法院申请扣押和拍卖涉案船舶；被告主张其合法取得了涉案船舶的完整所有权，原告主张的抵押权无效。原告北欧商业银行—欧洲银行向一审法院天津海事法院提供了如下证据：

1. 圣文森特和格林纳丁斯海运管理局于 2005 年 9 月 22 日致原告的传真，及当日出具的船舶登记证书/负担证明，证明原告为抵押权人。

……

13. 2005 年 2 月 10 日俄罗斯水生物资源及捕鱼机构管理局局长致俄罗斯联邦渔业代办处驻朝鲜代表的电子邮件，证明该船拍卖后，俄联邦政府再次证实该船舶在圣文森特和格林纳丁斯的登记仍然有效，且该船舶上有抵押权存在。

被告巴拿马佛他贸易有限公司向法院提供了如下证据：

5. 朝鲜罗津法院第 723/RPC 号裁定，证明涉案船舶“凤凰”轮已经按照朝鲜《海商法》和有关法规及程序，于 2004 年 11 月 26 日通过拍卖程序卖给了罗津石油公司。

6. 朝鲜海事管理局出具的没有第三人索赔的证书，证明“凤凰”轮卖给罗津石油公司时不存在抵押权及任何其他债务。

7.“罗津”轮（Rason）临时登记证书以及船舶技术证书，证明罗津石油公司购买“凤凰”轮后通过合法程序进行临时登记，登记船名为“罗津”轮。

……

11.“联盟”轮船舶登记证书，证明被告购买“罗津”轮后通过合法程序将船舶更名为“联盟”轮。

天津海事法院一审查明：1999 年 11 月 4 日，原告北欧商业银行—欧洲银行和案外人资源公司签订贷款协议，由原告向资源公司提供 5 000 000 美元贷款，“凤凰”轮所有人兰德尔公司为担保资源公司的债务，于同日将“凤凰”轮抵押给原告并办理了抵押登记。后因资源公司未能归还原告贷款，原告北欧商业银行—欧洲银行于 2001 年 12 月 11 日向法国巴黎商业法庭提起诉讼。2003 年 9 月 11 日，巴黎商业法庭判决资源公司偿还原告 2 000 000 美元借款及利息。

“凤凰”轮船籍国为圣文森特和格林纳丁斯，所有人为兰德尔公司，光船租赁给西珊瑚公司（Atoll-west company）12 年，光船租赁期间悬挂俄罗斯国旗，1999 年 7 月办理了光船租赁登记，原告北欧商业银行—欧洲银行为“凤凰”轮第一优先顺序抵押权人，1999 年 11 月办理抵押登记。为更换船员和维修船舶，“凤凰”轮于 2003 年 5 月 13 日驶抵朝鲜罗津（Rason）港，因船东拖欠船员工资、港口费和银行贷款而被朝鲜罗津法院扣留。2004 年 9 月 20 日，上述债权人共同向朝鲜罗津法院递交拍卖船舶申请。11 月 5 日，朝鲜罗津法院将“凤凰”轮拍卖给朝鲜罗津石油公司，罗津石油公司于 2004 年 11 月向朝鲜罗津法院支付了 1 525 424 美元买船款。11 月 26 日，朝鲜罗津法院收到全部卖船款后出具裁定，确认“凤凰”轮已经于 2004 年 11 月 26 日出卖给罗津石油公司。2005 年 1 月 18 日，罗津石油公司将“凤凰”轮更名为“罗津”轮并在朝鲜海事局办理了临时登记，朝鲜海事局向罗津石油公司颁

[①] 一审判决书：天津海事法院民事判决书（2005）津海法商初字第 401 号；二审判决书：天津市高级人民法院民事判决书（2006）津高民四终字第 95 号。贺荣主编：《中国海事审判精品案例》，人民法院出版社 2014 年版，第 11-22 页。

发了没有第三人索赔证书。2005 年 6 月 8 日，罗津石油公司与本案被告签订“罗津”轮买卖合同，将“罗津”轮转让给被告巴拿马佛他贸易有限公司，被告将“罗津”轮更名为“联盟”轮并于 2005 年 7 月 7 日在伯里兹国际商船登记处办理了船舶登记。经朝鲜罗津法院拍卖后，“凤凰”轮在圣文森特和格林纳丁斯的抵押登记和船舶注册登记均未注销。

2005 年 6 月 24 日，因资源公司未履行巴黎商业法庭的上述判决，原告以行使船舶抵押权为由，向天津海事法院申请扣押“联盟”轮，天津海事法院 7 月 27 日裁定扣押了“联盟”轮，被告巴拿马佛他贸易有限公司作为“联盟”轮所有人随即向该法院提出异议，向法院提交了支持其异议理由的相关证据，天津海事法院于 11 月 13 日裁定解除了对“联盟”轮的扣押。

2005 年 8 月 19 日，原告北欧商业银行—欧洲银行向天津海事法院起诉被告巴拿马佛他贸易有限公司，主张其对“凤凰”轮享有的抵押权依然存在且合法有效，由于“凤凰”轮已更名为“联盟”（Union）轮，船东变更为被告，因此请求法院：（1）确认原告对涉案船舶“联盟”轮享有抵押权，且原告有权行使该抵押权以追偿原告在巴黎商业法庭裁决项下的债权，即本金 2 000 000 美元及自 2000 年 9 月 8 日起至实际支付之日止的利息；（2）案件诉讼费用、扣船费用、追船费用及律师费用均由被告承担。

被告巴拿马佛他贸易有限公司辩称：“凤凰”轮被朝鲜罗津法院拍卖给朝鲜罗津石油公司，罗津石油公司将“凤凰”轮更名为“罗津”轮并在朝鲜海事局进行了临时登记，朝鲜海事局颁发了“罗津”轮无抵押权、无债务证书。可见依据朝鲜法律，依附于“凤凰”轮上的船舶抵押权已经消灭。后罗津石油公司将“罗津”轮转卖给被告，被告在伯利兹办理了船舶登记，船名改为“联盟”轮，“联盟”轮上自然也不存在原告的抵押权。中华人民共和国最高人民法院 1994 年发布的《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》第 1 条第 5 款规定：“拍卖船舶结束后，海事法院应在前述报刊上刊登公告，说明船舶业已公开拍卖给买方，船舶所有权及其风险自移交时起已经转移，买方对船舶在移交以前所负的债务不承担任何责任，船舶原所有人应向原登记机关办理注销登记。”《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 40 条规定：“买受人接受船舶后，应当持拍卖成交确认书和有关材料，向船舶登记机关办理船舶所有权登记手续。原船舶所有人不办理船舶所有权注销登记的，不影响船舶所有权的转让。”因此，即使法院在审理本案时无法查明朝鲜法律，依据中华人民共和国法律的上述规定，原告对“凤凰”轮的抵押权也已经消灭，罗津石油公司及其后手买受人被告对“凤凰”轮拍卖以前的债务不承担任何责任。“凤凰”轮被朝鲜法院拍卖后，法律意义上的“凤凰”轮已不复存在，“凤凰”轮的抵押登记未注销不能证明原告对被告所有的“联盟”轮享有抵押权。综上，被告请求法院驳回原告的全部诉讼请求。

天津海事法院一审认为，“凤凰”轮抵押权设立于光船租赁期间，原船舶登记国为圣文森特和格林纳丁斯，根据《中华人民共和国海商法》第 271 条“船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律”之规定，本案可适用圣文森特和格林纳丁斯法律。但原、被告均未向本院提出法律适用要求，也未向本院提供圣文森特和格林纳丁斯法律，因此处理本案纠纷应适用中华人民共和国法律。

中华人民共和国最高人民法院 1994 年发布的《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》第 1 条第 5 款规定：“拍卖船舶结束后，海事法院应在前述报刊上刊登公告，说明船舶业已公开拍卖给买方，船舶所有权及其风险自移交时起已经转移，买方对船舶在移交以前所负的债务不承担任何责任，船舶原所有人应向原登记机关办理注销登记。”该条款规定说明，法院强制拍卖船舶可使船舶抵押权消灭，理由是：法院拍卖船舶是法院通过司法程序强制改变船舶所有权的一种措施，买受人取得船舶所有权不以船舶原所有人的意志为转移，因此买受人通过法院强制拍卖程序购买船舶属于原始取得，意味着买受人购买的船舶是除去各种负担的船舶，自船舶移交之日起，买受人对依附于原船舶上的各种债务不承

担任何责任。罗津石油公司自朝鲜罗津法院购买“凤凰”轮后，朝鲜海事局颁发了没有第三人索赔证书，可见“凤凰”轮原有船舶抵押权已经消灭。

朝鲜罗津法院拍卖“凤凰”轮后，“凤凰”轮原所有人兰德尔公司应办理“凤凰”轮抵押权的注销登记，但兰德尔公司一直未履行该项义务，导致原告本已消灭的抵押权在形式上依然存在，原告也以此为由主张其对涉案船舶仍享有抵押权，但是兰德尔公司不办理抵押权的注销登记并不影响“凤凰”轮抵押权依法消灭。关于原告所主张朝鲜罗津法院拍卖“凤凰”轮不合法的问题，由于国家主权平等、主权国家之间互无管辖权是国际法的一项基本原则，朝鲜罗津法院拍卖“凤凰”轮是否符合其本国法不属于本院审查范围，因此原告认为朝鲜罗津法院拍卖“凤凰”轮不合法的问题，应按朝鲜法律规定的程序，通过朝鲜司法机关解决。

朝鲜法院拍卖“凤凰”轮的行为是一个法律事实。法律事实只有发生和未发生的区别，而不管他人是否承认。朝鲜法院拍卖“凤凰”轮的法律事实已经发生且被朝鲜法院的法律文书所证明，它客观存在着，虽然原告否认朝鲜法院拍卖程序的合法性，但不能否认朝鲜法院强制拍卖“凤凰”轮的法律事实，因此本院确认“凤凰”轮已被朝鲜法院强制拍卖，属于对法律事实的认定，而不是对朝鲜法院判决的承认。原告认为承认朝鲜法院拍卖“凤凰”轮就等于承认朝鲜法院判决的主张缺乏事实和法律依据，理由不成立，本院不予支持。

综上，“凤凰”轮被朝鲜法院拍卖后，原告对“凤凰”轮享有的抵押权即行消灭，原告无权向买受人罗津石油公司主张“凤凰”轮的抵押权，更无权向“凤凰”轮的转受让人即本案被告主张抵押权。依据《中华人民共和国海商法》第 11 条的规定，一审法院判决：驳回原告北欧商业银行—欧洲银行（Bcen-Euro Bank）的诉讼请求。

北欧商业银行—欧洲银行不服一审判决，向天津市高级人民法院提起上诉，请求撤销一审判决，改判确认上诉人对“联盟”轮享有抵押权，并有权通过行使该抵押权以实现上诉人在巴黎商业法庭裁决项下的债权，即本金 2 000 000 美元及其利息。上诉理由是：一审审理过程中，上诉人当庭提出了增加对朝鲜法院拍卖“凤凰”轮的判决不予承认和执行的诉讼请求，并向一审法院提交了书面申请，但是一审法院对该书面申请没有做出任何裁定；一审法院未对朝鲜法院判决进行任何审查即予以承认，违反中国法律。被上诉人主张上诉人的抵押权消灭所依据的是朝鲜法院的拍卖判决，按照中国法律，外国法院判决必须经过中国法院依据法定程序进行的审查，被确认不违背中国国家主权、安全和社会公共利益之后，才能在中国境内得到承认或执行，一审法院没有对朝鲜法院的拍卖判决依法审查即予以承认，没有尽到审查义务。

天津市高级人民法院二审认为，本案双方当事人均为我国境外注册的法人，故本案系涉外案件。上诉人对于涉案凤凰轮所主张的抵押权系该船在光船租赁期间设立，依据我国《海商法》第 271 条“船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间设立抵押权的，适用原船舶登记国的法律”的规定，本案应当适用圣文森特和格林纳丁斯法律。双方当事人在一审和二审期间均未提供该国法律，亦未提供查明该国法律的途径，故认定该国法律无法查明。依据最高人民法院《关于适用＜中华人民共和国民法通则＞若干问题的意见（试行）》第 193 条，本案应适用中华人民共和国法律作为涉案争议的准据法。

依据最高人民法院 1994 年《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》第 1 条第 5 款，拍卖船舶结束后，船舶所有权及其风险自移交时起已经转移，买方对船舶在移交以前所负的债务不承担任何责任。《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》第 40 条规定：“买受人接受船舶后，应当持拍卖成交确认书和有关材料，向船舶登记机关办理船舶所有权登记手续。原船舶所有人不办理船舶所有权注销登记的，不影响船舶所有权的转让。”依据前述条款规定，“凤凰”轮拍卖结束以后，买受人罗津石油公司对于该轮拍卖前所负的债务不承担任何责任，上诉人对“凤凰”轮享有的抵押权随着该轮拍卖程序的结束而消灭，上诉人

无权向该轮买受人罗津石油公司主张抵押权，更无权向罗津石油公司的后手买受人本案被上诉人主张抵押权。“凤凰”轮原船舶所有人没有办理船舶注销登记并不影响本案被上诉人受让涉案船舶“凤凰”轮的所有权。因此，上诉人依据其对原“凤凰”轮享有的抵押权向被上诉人所有的“联盟”轮主张抵押权，缺乏法律依据，本院不予支持。

关于本案是否涉及对朝鲜法院判决承认和执行的问题。二审法院认为，被上诉人提交朝鲜罗津法院判决书、裁定书的目的在于证明“凤凰”轮被朝鲜法院拍卖的事实已经发生。朝鲜法院判决书、裁定书是被上诉人提供的书证的一部分，其作为案件事实的载体，法院在审查该证据所证明的事实时，仅对其作为证据的真实性进行审查。该证据所证明的“凤凰”轮已经被朝鲜法院拍卖的事实，上诉人没有否认，该事实无需通过承认和执行朝鲜法院判决而客观存在，也不因我国法院对朝鲜法院判决不予承认和执行而消灭。而且，本案上诉人并非该朝鲜法院判决书列明的当事人，其向我国法院申请对该朝鲜法院判决书不予承认和执行的诉讼请求没有法律依据，因此本案不涉及承认和执行朝鲜法院判决的问题。

综上，二审法院天津市高级人民法院认为上诉人的上诉理由不能成立，判决驳回上诉，维持原判。

上述两审人民法院的判决书在说理论证方面并不完全相同，但都是基于涉案船舶已经被朝鲜法院拍卖的事实，认定原告北欧商业银行—欧洲银行在涉案船舶之上的抵押权已经消灭，并据此驳回了原告请求确认和行使船舶抵押权的诉讼请求。但是本案证明涉案船舶已经被朝鲜法院拍卖的关键证据——朝鲜罗津法院判决书并没有得到我国内地人民法院的承认。因此本案提出的一个重要国际私法问题是：我国内地人民法院应如何对待和使用那些没有获得我国正式承认的域外法院判决书？

一审法院认为，朝鲜法院拍卖“凤凰”轮的行为是一个法律事实。朝鲜法院拍卖“凤凰”轮的法律事实已经发生，且被朝鲜法院的法律文书所证明，一审法院确认“凤凰”轮已被朝鲜法院强制拍卖，属于对法律事实的认定，而不是对朝鲜法院判决的承认。因此原告关于承认朝鲜法院拍卖“凤凰”轮就等于承认朝鲜法院判决的主张缺乏事实和法律依据，不能成立。

二审法院认为，被上诉人提交朝鲜罗津法院判决书、裁定书的目的在于证明“凤凰”轮被朝鲜法院拍卖的事实已经发生。被上诉人呈交法院的朝鲜法院判决书、裁定书性质上属于被上诉人提供的书证，其作为案件事实的载体，法院在审查该证据所证明的事实时，仅对其作为证据的真实性进行审查。该证据所证明的“凤凰”轮已经被朝鲜法院拍卖的事实，无需通过我国承认和执行朝鲜法院判决而客观存在，也不因我国法院对朝鲜法院判决不予承认和执行而消灭，本案上诉人也没有否认该事实。而且，本案上诉人并非该朝鲜法院判决书列明的当事人，其向我国法院申请承认和执行该朝鲜法院判决书的诉讼请求没有法律依据。基于这些理由，二审法院认为本案不涉及承认和执行朝鲜法院判决的问题。

比较上述两份判决书，其都认为我国内地法院基于对朝鲜法院拍卖涉案船舶的判决书这一书面证据的采信可以认定涉案船舶之上的抵押权已经消灭，并且认为认定涉案船舶之上的抵押权已经消灭亦属于我国法院对朝鲜法院判决书这一证据的采信，而不属于我国法院对朝鲜法院判决的承认。在说理论证方面，二审法院判决书的说理明显更为充分一些。本文认为，上述两审法院判决书对待没有获得我国正式承认的域外法院判决书的基本立场，即将没有获得我国法院承认的域外法院判决书作为我国法院庭审中的书证使用，是值得肯定的，该基本立场也是我国司法实践在如何处理没有获得我国正式承认的域外法院判决书这一重要国际私法问题方面所做的积极探索，其理论价值不容低估。但仔细分析上述两审法院的判决书，我们会发现其仍存在一些值得深入思考的问题。

其一，上述两审法院判决书都依据我国最高人民法院 1994 年《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》第 1 条第 5 款关于“拍卖船舶结束后，船舶所有权及其风险自移

交时起已经转移，买方对船舶在移交以前所负的债务不承担任何责任”的规定，认定朝鲜法院拍卖涉案船舶的行为直接产生了船舶之上抵押权消灭的法律后果。这种认定忽视了一个重要法律问题：朝鲜法院拍卖船舶行为和我国海事法院拍卖船舶行为在法律上是否完全等值，即是否能产生完全相同的法律后果？答案显然是否定的。首先，我国海事法院拍卖船舶必须遵守我国《海事特别诉讼程序法》第 21 条至第 43 条的规定，这些规定在程序上保证了拍卖结果能够符合我国的公平正义观念；朝鲜法院拍卖船舶显然不会遵守我国《海事特别诉讼程序法》第 21 条至第 43 条的规定，因此其拍卖结果有可能违背甚至严重违背我国的公平正义观念。因此不经任何审查程序即认定朝鲜法院拍卖船舶行为和我国海事法院拍卖船舶行为在法律上完全等值，违背我国《海事特别诉讼程序法》中的强制性规定。其次，如果认为朝鲜法院拍卖船舶的行为在我国境内能够产生与我国海事法院拍卖船舶完全相同的法律后果，即直接导致船舶所有权没有任何负担地转移于拍卖程序中的买受人，其实质无异于承认了该朝鲜法院关于拍卖船舶的裁判文书在我国境内的法律效力。朝鲜法院拍卖外国船舶是朝鲜法院依据朝鲜法律行使朝鲜司法主权的体现，涉案朝鲜法院判决书可以在我国法院庭审中作为证据证明该拍卖行为的发生，但是在涉案朝鲜法院判决书没有得到我国内地法院承认的情况下，允许该拍卖行为在我国内地直接产生消灭涉案船舶抵押权的法律后果，这至少在某种程度上是对我国司法主权的损害。因此，没有经过我国法院的认可程序，任何外国法院的拍卖行为在我国境内都不可能也不允许产生与我国内地法院拍卖行为完全相同的法律后果，因此外国法院拍卖船舶行为与我国海事法院拍卖船舶行为在法律上不可能完全等值。

其二，本案两审法院的判决书都认识到了朝鲜法院拍卖船舶行为是一个法律事实，却都没有认识到：该法律事实能产生何种法律后果，是一个典型的需要法律关系准据法回答的法律问题。由于本案系我国法院审理的涉外民商事案件，在分析该法律事实能产生何种法律后果之前，我国法院必须首先确定支配该法律事实法律效力的准据法。朝鲜法院拍卖了涉案船舶这一法律事实，已经为我国内地法院依据庭审证据（朝鲜法院判决书）所认定；但是我国法院应依据何国法律判断该法律事实的法律效力以及依据该准据法该法律事实能产生何种法律效力的问题，却是审案法院必须回答的重要法律问题。本案一审法院和二审法院正是由于回避了该重要法律问题，导致两审法院判决书在处理如何使用朝鲜法院判决书的问题上都存在瑕疵和不足。本文认为，我国现行国际私法法律法规和司法解释都没有明确规定外国法院拍卖行为的法律效力应当适用何国法律的问题，因此本案审案法院在确定朝鲜法院拍卖行为的准据法问题上拥有一定的自由裁量权。如果审案法院认定本案朝鲜法院拍卖船舶行为在我国内地产生何种法律效力的问题应受朝鲜法律支配，那么，且不说这种情况下我国审案法院援引我国最高人民法院《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》属于法律适用错误；审案法院首先必须回答允许朝鲜法院的拍卖行为在我国境内直接产生朝鲜法律规定的法律效力是否损害我国司法主权的问题。如果审案法院认定本案朝鲜法院拍卖船舶行为的法律效力应受我国法律支配，则必要情况下审案法院应请示最高人民法院：在朝鲜罗津法院判决书没有得到我国正式承认的情况下，该判决书所证明的船舶拍卖行为在我国境内应当产生何种法律效力？该船舶拍卖行为能否直接消灭被拍卖船舶之上已经合法设立的抵押权？

上述案例中，无论我国审案法院最终认定朝鲜法院拍卖涉案船舶行为的准据法是何国法律，如果依据该准据法朝鲜法院拍卖涉案船舶行为能够产生消灭该船舶之上已经合法存在的抵押权的法律后果，而依据我国《海商法》第 271 条援引的涉案船舶抵押权的准据法，本案中即圣文森特和格林纳丁斯法律，涉案船舶抵押权仍然合法存在。这样就会产生涉案船舶抵押权的准据法和船舶拍卖行为的准据法之间的冲突，我国审案法院还应当解决这两个准据法之间的协调问题，必要情况下，审案法院应当将该问题提请最高人民法院决定。

当然，关于未经认可的外国法院判决书在我国内地法院的使用问题，我国内地法院司法实践中也有处理方式值得肯定的案例。辛波特·桑登猜（简称辛波特）、泰国采耀版权有限公司（简称采耀公司）与广州购书中心有限公司（简称广州购书中心）、上海音像出版社、上海圆谷策划有限公司（简称上海圆谷公司）、日本圆谷制作株式会社侵犯著作权纠纷（奥特曼系列）上诉案[①]即是其中之一。该案件的关键问题是两上诉人辛波特和采耀公司向审案法院提交的辛波特与日本圆谷制作及圆谷企业株式会社于 1976 年 3 月 4 日签订的合同（以下简称《1976 年合同》）的真实性及法律效力问题。该合同约定：位于日本国东京都港区的圆谷制作与企业有限公司授予位于泰国曼谷的采耀（Chaiyo）电影有限公司总裁辛波特对涉案奥特曼作品在日本国以外所有区域内的独占专权，授权期限为从开始制作底片拷贝之日起的无期限内，授权包括并且仅限于以下内容：（1）分销权；（2）制作权；（3）复制权；（4）版权；（5）商标权；（6）在诸如广播、电视等大众媒体上的播映权和在任何报纸上的广告权；（7）可以以任何商业目的、用任何材料、以任何形式、按原始角色形象复制条款一所提影片的制作过程中所使用的所有模型和角色形象；（8）将上述权利转分给第三方的权利。

基于该合同在中日泰三国引发了数起诉讼。关于该《1976 年合同》的真实性和法律效力问题，2003 年 12 月 10 日日本东京高等裁判所第 3 民事部做出判决，认定：《1976 年合同》真实有效，并确认辛波特享有在日本国以外的奥特曼作品的独占使用权。

泰国中央知识产权和国际贸易法院 2000 年 4 月 4 日做出判决，认定《1976 年合同》真实有效。泰国最高法院于 2008 年 2 月 5 日做出泰国法院的终审判决，认定《1976 年合同》系伪造。本案一审法院广东省广州市中级人民法院（2005）穗中法民三知初字第 576 号民事判决参考泰国终审判决所依据的鉴定报告结论，对《1976 年合同》不予确认。

上诉人辛波特、采耀公司不服广东省广州市中级人民法院的一审判决，向广东省高级人民法院提起上诉。上诉人在上诉理由中明确指出，本案当事人分别是日本、泰国和中国人，《1976 年合同》是在日本签订的，争议标的大部分是在日本制作，根据《中华人民共和国民法通则》第 145 条、《中华人民共和国合同法》第 126 条、《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》[②]第 5 条第 2 款的规定，本案应适用日本法律。

二审法院广东省高级人民法院在判决书中明确指出，日本、泰国法院的判决书在我国境内没有法律效力，不具有约束力，我国对于直接认定泰国鉴定机构的鉴定结论也缺乏法律依据，因此对泰国鉴定机构做出的鉴定结论亦不予采信。之后通过对圆谷制作株式会社、圆谷企业株式会社法定代表人圆谷一夫向辛波特发出的致歉信和圆谷制作株式会社与案外人锐视公司法定代表人杨水源签订的《基本合意书》等证据的综合分析，得出“《1976 年合同》系辛波特和圆谷制作株式会社的真实意思表示，属于合法有效的合同，具有法律约束力”的结论。

该案当事人分别具有中日泰三个国家国籍，案件涉及多个外国法院判决，涉案《1976 年合同》当事人双方都是外国国籍，住所都不在我国境内，上诉人在上诉状中明确要求适用日本法律，但二审法院却对《1976 年合同》应适用何国法律作为准据法的问题只字未提，直接适用了我国法律，这是本案二审法院判决书的不足之处。但是在如何对待域外法院判决书的问题上，二审法院明确指出：“日本、泰国法院的判决在我国没有法律效力，不具有约束力，我国对于直接认定泰国鉴定机构的鉴定结论也缺乏法律依据，因此对泰国鉴定机构做出的鉴定结论亦不予采信。”[③]之后二审法院依据对当事人提交的所有证据（包括作为

[①] 一审判决书：广东省广州市中级人民法院民事判决书（2005）穗中法民三知初字第 576 号；二审判决书：广东省高级人民法院民事判决书（2010）粤高法民三终字第 63 号。

[②] 该司法解释已经失效。

[③] 广东省高级人民法院民事判决书（2010）粤高法民三终字第 63 号。

书证的泰国和日本法院的判决书）的综合分析，得出涉案《1976 年合同》是真实合同的结论。笔者认为，广东省高级人民法院二审判决书在处理域外法院判决书在我国内地法院使用问题上，明确区分了域外法院判决书在我国内地法院作为一般证据和域外法院判决书在我国内地的法律效力两个容易混淆的法律问题，值得肯定。

二、香港法院判决书在我国内地法院的使用

我国司法实践中涉及内地人民法院如何使用未被承认的香港法院判决书的案例较多，对在内地没有获得承认的香港法院判决书的处理方式大同小异，香港铜川鑫光铝业有限公司（简称铜川公司）与中国银行（香港）有限公司（简称香港银行）以及珠海鑫光集团股份有限公司（简称珠海公司）担保合同纠纷一案[①]，是其中具有代表性的一个涉港民商事案例。该案中，香港银行和案外人金明亮公司均是在香港注册的公司。1997 年 2 月 18 日，香港银行与金明亮公司签订一份《还款承诺函》，约定由香港银行贷款 200 万美元给金明亮公司，并约定了还款期限、年利率等事项。为了担保上述贷款，我国内地的珠海公司和香港的铜川公司作为保证人分别于 1997 年 1 月 8 日和 2 月 3 日向该行出具《不可撤销担保契约》。两份担保契约均约定保证人承担连带责任，担保契约适用香港法律。因借款人金明亮公司到期未能偿还贷款，香港银行就主合同即贷款合同纠纷以借款人金明亮公司为被告向香港特别行政区法院提起诉讼。香港特别行政区高等法院原讼法庭（以下称香港法庭）于 2003 年 3 月 4 日做出判决，判令金明亮公司支付：（1）美金 1 877 879.60 元或在支付时同等港币的数额；（2）自 2003 年 1 月 11 日至该裁决日期为止，按美金 100 万元的数额或在支付时同等港币的数额支付，以最优惠利率加年利率百分之一计算利息，其后以裁决利率计算直接至全部清偿为止；（3）固定诉讼费为港币 1 015 元。

因金明亮公司未能履行香港法庭的判决，香港银行以珠海公司和铜川公司为案外人金明亮公司向香港银行借款提供担保为由，向本案一审法院广东省珠海市中级人民法院提起诉讼，请求判令两担保人珠海公司和铜川公司承担担保责任。

关于香港法庭对涉案主合同即贷款合同做出的判决书在我国内地法院的法律效力问题，一审法院认为，就主合同纠纷，香港法庭已经做出判决，确认了主合同债权债务的数额。银行提供的香港法庭的判决等证据，证明主债务的有效存在及主债务的数额等事实。珠海公司和铜川公司未提出证据予以反驳，对香港法庭判决中确定的关于银行与金明亮公司之间的主债务有效存在及其债务的数额，应作为事实予以确认。之后一审法院在该主债务数额的范围内，依据债权人香港银行的诉讼请求做出了法院判决。当事人各方均未对一审法院通过上述方式认定的本案主债务数额提出上诉，因此二审法院对香港法庭判决书在我国内地法院的使用问题未再进行分析。

仔细分析，上述我国内地人民法院做出的一审判决书对香港法庭判决书法律效力问题的处理不无问题。从一审法院判决书的内容来看，其将香港法庭判决书视为当事人呈交一审法院的一种证据，这一定性是正确的。但一审法院基于两被告珠海公司和铜川公司未提出证据予以反驳的事实，得出该法院“对香港法庭判决中确定的关于香港银行与金明亮公司之间的主债务有效存在及其债务的数额，应作为事实予以确认”的结论，值得商榷。香港法庭就主合同做出的判决书，在该判决书没有得到我国内地人民法院正式承认的情况下，可以作为一种证据在本案一审法院庭审中使用，但是该证据只能证明本案主合同即贷款合同的存在以及主合同当事人双方就该合同履行问题发生了争议，至于主合同债权人即本案

[①] 一审判决书：广东省珠海市中级人民法院民事判决书（2002）珠法民四初字第 4 号民事判决；二审判决书：广东省高级人民法院民事判决书（2004）粤高法民四终字第 6 号。

原告香港银行向本案一审法院主张的主合同债权债务是否合法有效及其具体数额，则属于典型的法律问题，应由一审法院适用主合同的准据法来判定。主合同债权债务是否有效存在及其具体数额，是香港法庭的判决结果，如果内地一审法院的被告认可了该判决结果，则一审法院可以基于被告的自认，采信原告所主张的该判决结果；如果内地一审法院的被告不认可该判决结果，内地一审法院仅仅基于香港法庭判决书是真实的便认可该判决结果确定的债权债务，则无异于承认了香港法庭判决书在我国内地法院的法律效力。从一审判决书的内容来看，一审法院的被告珠海公司和铜川公司并没有认可香港法庭的判决结果，而是没有提出证据予以反驳，这种情况并不构成一审法院被告的“自认”。因此严格来讲，一审法院没有对主合同的法律效力及其履行问题进行审理，仅仅依据没有获得我国内地人民法院承认的香港法庭判决书，即认定本案主合同债权债务有效存在，并不适当。法院判决书毕竟与合同有着本质差别。合同是当事人双方意思表示一致的产物，真实有效的合同本身即表明合同当事人对合同内容达成了真实意思表示的一致，因此在法院认定合同真实有效的情况下，法院可以直接认可合同内容并依据该合同内容确定合同当事人的权利义务；但是法院判决书并不是合同当事人协商一致的产物，法院判决书本质上不是任何一方合同当事人的意思表示，因此本案中在涉案香港法院判决书没有获得我国内地法院正式认可的情况下，内地法院直接依据涉案香港法院判决书的内容确定涉案债权合同和担保合同当事人的权利义务，缺乏法律和事实依据。基于前述分析，本文认为，在一审被告珠海公司和铜川公司对香港法庭关于主债务的判决结果没有“自认”的情况下，我国内地人民法院仍然应当通过涉案主合同，即贷款合同，以及包括香港法庭判决书在内的相关证据，例如借款人在香港法庭的诉讼中认可的事实，综合认定涉案主合同债权债务的数额。

结语

未经我国内地法院正式认可的外国法院判决书和我国港澳台地区法院判决书在我国内地是否具有法律效力以及具有何种法律效力的问题，既涉及我国国家司法主权的正确行使和对外国国家司法主权的尊重等国际公法问题，又涉及诉讼程序公正、冲突法正义和实体法正义等国际私法和国内部门法问题，该问题的妥善解决，需要我国法律理论界和实务界人士的共同努力。对我国内地法院司法实践中典型涉外民商事案例的研究表明，该问题在我国涉外民商事审判实践中产生已久，但我国各级法院截至目前尚未找到合理妥善的解决方案。本文的分析表明，我国内地法院应将未经正式认可的域外法院判决书视为一种特殊的书证，该书证能够证明某一法律事实已经发生或者存在，也能够证明某一法律行为的发生、变更或者终止，但是该书证无法证明该法律事实会导致何种法律后果，更无法证明该法律行为是否合法、是否有效以及法律效力如何。域外法院判决书所证明的法律事实在我国内地会产生何种法律后果，域外法院判决书所证明的法律行为在我国内地是否发生法律效力以及发生何种法律效力，应当由我国内地法院依据我国冲突规范援引的相关法律关系或者法律行为的准据法予以确定。

24.论外国知识产权判决在我国的承认与执行

周 童*

摘　要：知识产权判决是民事判决中重要组成部分。外国知识产权判决的承认与执行还面临是否有违知识产权地域性及与国内知识产权保护制度的兼容性疑虑。外国民事判决承认与执行的一般理论奠定了知识产权判决承认与执行的理论基础，私人知识产权跨境保护须仰赖各国国内民事民事诉讼程序进行救济的现实则凸显了知识产权判决承认与执行的必要性。以 2018 年《公约》草案中知识产权条款为例，其在知识产权判决承认与执行的间接管辖基础、法律适用以及先决问题、承认与执行范围规定反映了知识产权的地域性与判决自由流动目标的协调与折衷。此外，从民事判决效力来看对外国知识产权判决进行承认与执行不会产生于我国知识产权法不兼容的新型知识产权。

关键词：外国知识产权判决；地域性；民事判决效力

一、问题的提出

作为国际民事诉讼三大支柱之一的外国判决承认与执行，不仅是当事人通过国际民事诉讼实现权利的保障，也可有效减少国际重复诉讼，促进国际民事司法互助与合作。当前我国承认外国民商事判决主要有两种方式，通过条约规定的途径或者互惠原则下的国内之外国判决承认与执行程序，[①]两者都具有较大的改善空间。一方面，我国尚未加入任何多边性的涉及判决承认与执行的国际条约，与我国签订双边司法协助协定的国家整体较少且对促进国际司法合作效果有限。[②]另一方面，就互惠原则下的外国民事判决承认与执行，由于我国司法实践坚持事实互惠的保守立场不能适应我国国际民事交往对外国民商事判决承认与执行的现实需要，引发学者由事实互惠向法律互惠甚至弱化互惠、废除互惠原则从而重构外国判决承认与执行制度的讨论。[③]因而，国际私法学界主张积极参与以海牙国际私法会议所主持的民商事管辖权及判决承认与执行的国际条约起草与谈判工作。我国代表全程参与起草与谈判的 2005 年《选择法院协议公约》，中国现已签署并等待批准；2012 年启动的“外国判决承认与执行公约”至目前已先后产生 2016 年、2017 年及 2018 年三个草案。然而不得不注意的事，由于公约草案旨在通过间接管辖权设置试图有限度构建判决的全球自由流动制度，不可避免涉及一些较为敏感的问题，如将知识产权判决的承认纳入其中。这引起了国际法学者以及国内知识产权法学者的热烈讨论。

与国际私法学者有限度纳入进而考量具体条款设置不同，国内知识产权法学者主张将以知识产权有效性、归属和存续为诉争对象的外国判决排除出承认和执行的范围，只承认和执行以这些问题为先决条件的民商事判决，并对知识产权侵权判决的承认和执行声明保留。综合其主要理由如下：其一，知识产权的产生与保护（有效性、归属与存续）均具有地域性，这得到国际知识产权条约的确认与尊重并以此为基础；其二，承认外国知识产权判决在实体上架空国际知识产权条约的保护机制，超出我国知识产权立法的保护水平并甚

---

* 周童，中南财经政法大学法学院 2018 级国际私法博士研究生。

① 参见 2017 年《民事诉讼法》第 281 条。

② 截止 2019 年 1 月，我国与 37 个国家签订双边司法协助协定，涉及民事判决承认与执行的有 34 个，与韩国、泰国、新加坡的司法协助协定不涉及民商事判决承认与执行。http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp. 2019 年 5 月 15 日最后访问

③ 有学者认为：“坚持“事实互惠”立场，加大了互惠关系认定的难度，不仅无助于推动判决自由流动目标的实现，也减损了当事人私人利益的保护。……保留互惠原则同时应对互惠原则采取宽松化解释。”参见黄志慧：《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，载《政法论坛》2018 年第 6 期。

至剥夺我国法院对本国知识产权法解释与适用权力，从而对我国知识产权保护机制带来负面影响。[①]这种观点具有一定代表性，反映部分国内知识产权法学者对于当前海牙判决项目公约草案的担忧。

国内学者主要担心在于承认外国知识产权判决是否会破坏知识产权的地域性以及国际知识产权条约所确立的独立保护原则基础上国内知识产权保护体系。这些疑惑或可在从国际私法承认与执行外国判决一般理论、知识产权跨境保护的私权救济以及承认与执行外国判决的国内法效力角度来看，得到解答。因而本文，试图从承认与执行外国知识产权判决的一般理论与现实需要，并基于 2018 年《外国判决承认与执行》（草案）（以下简称：2018 年《公约》草案）知识产权条款分析承认与执行外国知识产权判决对我国是否会对我国国内知识产权法保护制度不利影响。

二、承认与执行外国知识产权判决的理论基础

（一）一般理论基础

判决承认与执行的理论就伴随着冲突法理论产生，而后随着实践发展而不断丰富，先后产生了礼让说、债务说、既判力或一事不再理说、互惠说以及判决承认与执行的现实主义理论。

17 世纪荷兰学者胡伯提出著名的礼让三原则，最后一项原则即是“各主权国家都应按照礼让原则行事，使在一国管辖范围内获得的权利得以到处保持其效力，只要这些权利不会对该国及其臣民的权力或权利造成损害”，[②]此处“在一国范围内取得的权利”很大程度上表现为从外国法院获得之待承认与执行判决。英国法院对于外国判决的承认与执行问题，早期基本上均以礼让原则为依据，后来在 1842 年 Russell 诉 Smyth 案中发展出“债务说”（doctrine of obligation），该案确立的规则是“外国有权管辖法院作出对被告施加义务或债务的判决，要求其支付判决决定的款项，那么英格兰法院就应受其约束而执行”；及至 Schibsby 诉 Westenholz 案中，法院认为“外国有管辖权的法院在判决中若对被告施加了一定支付额度的责任或义务，那么该判决应得到英国法院的承认和执行”。[③] 但是债务说仅考虑到了实现当事人的利益而忽视国际主权政策因素的缺陷也使得遵循债务说先例的其他普通法系国家开始反思该理论。加拿大最高法院在 1990 年审理的 Morguard Investments Ltd 诉 De Savoye 案中，在解释“礼让”时更多侧重了与正义（justice）、必要性(necessity 及便利性（convenience）相关的含义。[④]可以说，加拿大法院通过重新解释礼让的现代含义，既关注了国家在承认与执行外国判决时的主权考虑，也注意到了判决当事人的利益维护，较好地体现了现代国际私法之判决承认与执行的价值取向。

既判力或一事不再理说。有管辖权的法院所作出的的终局判决，具有确定当事人及利害关系人之权利义务关系的效果，并具有绝对禁止一事两诉的效力，因此针对同一案件的外国法院判决理应得到有关国家的承认与执行。美国国内州法院在对待其他州的法院判决时，依据美国联邦宪法的“完全信任与尊重”条款进行处理。但是在如何承认与执行外国

---

① 王迁：《<承认和执行外国判决公约>（草案）中知识产权条款研究》，载《中国法学》2018 年第 1 期。

② See J．H．C．Morris,Conflict of Laws，Stevens and Sons，3rd ed.,1984,p.505．

③ See J.J. Fawcett, J.M. Carruthers, Sir Peter North, Cheshire, North and Fawcett Private International Law, Oxford University Press，14th ed., 2012, p.514．

④ See Morguard Investments Ltd v De Savoye，3.S.C.R.1077(1990). “Comity in the legal sense is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.”

法院判决时，在缺乏明确成文法依据时便根据该条款发展出一事不再理原则。[①]将一事不再理原则应用于承认与执行外国判决的依据，理由并不充分并有似有倒果为因之嫌。因为，一事不再理侧重的应是承认与执行后的结果，即在承认与某一外国民商事判决后，判决所涉及的当事人不能再对针对同一诉讼标的在被请求承认与执行地国发起诉讼，以减少滥诉和节省司法资源。其至多可作为作为承认与执行依据之一。

互惠说。19 世纪末期互惠说开始成为承认与执行外国判决的理论依据。互惠说基于国家主权考虑，从保护当事人利益出发，提出若外国法院承认与执行内国法院判决，该内国法院也该承认与执行外国法院的判决。[②]这也意味着，外国法院没有承认与执行内国法院判决，或者尚未有承认与执行内国法院判决先例存在者，内国法院不应当承认与执行外国法院判决。美国联邦最高法院于 1895 年在著名的 Hilton v. Guyot 案中引入互惠原则。互惠说也曾经被多国内化为法律条文，如日本 1890 年《民事诉讼法》第 200 条规定互惠保障是承认与执行外国法院判决的条件之一，土耳其 1982 年《国际私法和国际民事诉讼法》第 38 条将互惠作为承认与执行外国判决的条件之一。我国 2017 年《民事诉讼法》第 281 条也要求在没有签订司法互助条约时，互惠原则应当作为前提条件。互惠说与国际礼让说的具有极大的理论渊源，因而被认为最接近外国判决承认与执行的真正依据和动因。[③]严格坚守互惠原则并不利于国际司法合作，如果所有国家都等待其他国家先行承认与执行本国法院判决，那么结果只能是陷入僵局甚至招致报复主义，中国法院在 1994 年的“日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决案”中恪守事实互惠原则拒绝承认预与执行外国法院判决后，日本大阪高等法院在 2003 年援引该案拒绝认可我国判决，2015 年在另一起案件同样基于该案认定中国与日本不存在互惠而拒绝承认与执行中国法院判决。[④]事实上，为了适应国际民商事交往的需求，很多国家已经开始软化适用互惠原则甚至是不再要求互惠原则。如土耳其也通过立法规定，只要本国与作出判决的外国存在互惠保证的协定，或者该国有可能基于法律规定或司法实践承认本国法院的判决，就符合执行判决的条件，[⑤]瑞士（瑞士《关于国际私法的联邦法》第 25 条、第 166 条第 1 款 c 项之规定）、委内瑞拉、立陶宛、保加利亚、波兰、黑山、西班牙先后在立法层面取消了外国判决承认与执行中的互惠要求。我国也正着眼于我国判决承认与执行的现状，思考软化适用互惠原则，向国际社会表达开放的司法立场。[⑥]

此外，还有产生于 20 世纪 60 年代的现实主义理论，认为单一强调各法域的区域特性

---

① 刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 159 页。

② 钱锋：《外国民商事判决承认与执行研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 19 页。

③ 钱锋：《外国民商事判决承认与执行研究》，中国民主法制出版社 2008 年版，第 19 页。

④ See Satoshi Watanabe, A Study of a Series of Cases Caused Non-Recognition of a Judicial Judgment between Japan and Mainland China-A Cross-border Garnishment Order of the Japanese Court Issued to a Chinese Company as a Third -Party Debtor, 57 Japanese Yearbook of Private International Law 287, 290(2014). Béligh Elbalti, Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark But not Much Bite，13 Journal of Private International Law 207-208 (2017).

⑤ 土耳其共和国 2007 年《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第 5718 号法律》第 54 条第 1 项。邹国 勇译注：《外国国际私法的立法选译》，武汉大学出版社 2017 年版，第 299 页 。

⑥ 例如最高人民法院于 2015 年颁布的《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，第 6 条指出，“要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系。”2017 年 6 月 8 日在南宁通过的《第二届中国—东盟大法官论坛南宁声明》第 7 条规定:“区域内的跨境交易和投资需要以各国适当的判决的相互承认和执行机制作为司法保障。在本国国内法允许的范围内，与会各国法院将善意解释国内法，减少不必要的平行诉讼，考虑适当促进各国民商事判决的相互承认和执行。尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家，在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中，如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例，在本国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系。”

和利益，不给外国判决一定程度的承认，会产生不公正现象。具体而言，在承认与执行外国判决时需考虑以下因素：（1）对以进行了诉讼的案件避免重复审查和资源浪费的期望；（2）对获得胜诉的一方当事人予以保护的相应关切，不管该方是原告或被告，使其免受前案败诉当事人的干扰和逃避策略影响；（3）反对在实践中出现原告必须进行法院选择才能获得当地强制执行的现象；（4）培养国际秩序的稳定性和统一性，以使人们生活的许多方面不局限于任何一个单独的管辖区域；（5）在某些案件中，基于判决作出地法院是较被请求承认地法院更为恰当的法院地的理念，不管因为前者更为方便或更适合行使管辖权或由于其他原因，其对案件的审理应予优先。[①]该理论将判决承认与执行所涉及的私人因素与国际司法主权综合考虑，既有对避免国际重复诉讼、节约司法资源、国际秩序的稳定的考虑，也表达保护当事人合法权益的关切。

综上所述，判决承认与执行的理论从礼让说、既判力或一事不再理、互惠说再到现发展到实主义理论，始终围绕两条主线：即促进判决的自由流动以保障国际民事诉讼中当事人利益、便利国际民商事交往作为主要目标的同时，如何协调由此带来的各国司法主权冲突。现实主义理论从多个维度考量判决的承认与执行，既有国际民事诉讼当事人层面的实现胜诉判决的权益、避免国际重复诉讼，也有判决做出国与判决承认与执行被请求国层面需要考量节省司法资源、外国判决与被请求承认与执行国国内法的协调问题。这或许给我们的启示是，在国际民商事交往空前密切的今天，判决的承认与执行问题不论以何种理论为依据，不应再是是否可为的问题，而是探讨以何种方式承认与执行外国民商事判决，既给国际民事诉讼当事人实现判决所赋予之权利较为明确的预期，又能将可能的司法主权冲突控制在合理限度内，促进国际司法秩序稳定。

（二）现实基础

在知识经济时代，承载知识产权的产品不可避免随着人员、资本跨境流动而与其他国家或地区知识产权法律发生联系、冲突，知识产权的跨境保护显得十分必要。

当今世界知识产权国际保条约日益繁多，依其产生或管理机构可主要有两类：一是世界知识产权组织（WIPO）管理的知识产权条约，如《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（以下简称《伯尔尼公约》）等；二是世界贸易组织（WTO）管理的《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称《TRIPS 协议》）。此外还包括一些区域贸易协定中包含的知识产权保护章节或条款，如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）。这些条约构成的知识产权国际条约体系，不仅在世界范围确立了知识产权国际保护的重要原则，如《巴黎公约》与《伯尔尼公约》规定的国民待遇原则、独立保护原则，更重要的是确立各国知识产权保护的最低标准。《TRIPS 协议》在强调知识产权为私权的同时，更是将知识产权与贸易挂钩，提高知识产权保护标准同时并将知识产权争议纳入 WTO 争端解决机制应用范围，这一做法在一些区域贸易协定中得到延续。

但目前国际知识产权国条约通过设立最低保护标准，然后各国各自保护的路径并未给作为私权的知识产权提供私人保护。这可从各条约主体构成，及争端解决机制可得意体现。际知识产权条约体系均由非私人主体的成员方或成员组成，亦即条约直接对成员方或成员生效，私人之间的国际知识产权争议不可直接援引知识产权国际条约。以目前最有效的 WTO 争端解决机制来看，尚未赋予私人在其争端解决机构的诉权。[②] WIPO 虽在 1993 年建立“仲裁与调解中心”，旨在为解决私人当事方之间的私人知识产权争端提供调解和仲裁，但其结果不具有强制执行力，现实中作用有限。一些双边/区域协定体制下的知识产权争端解决机

[①] 孙劲：《美国的外国判决承认与执行制度研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 32 页

[②] 学者早已对该问题进行讨论，参见刘笋：《WTO 争端解决过程中的私方参与问题》，《法学家》2004 年第 1 期;徐泉：《WTO 争端解决机制下私人诉权之审视》，《现代法学》2007 年第 3 期。

制不仅具有公法特征，[①]其效力也仅限于参加区域贸易协定内的国家。因而针对私人知识产权跨境保护需求，还需借助各国国内知识产权争端解决机制，最常见的莫过于各国民事诉讼程序。

事实上，涉及知识产权保护的有效性问题、侵权行为等问题也早因人员、商品跨境流动而也不再局限于某国或地区范围。欧洲国家自荷兰于 20 世纪 80 年代末 Lincoln 诉 Interlas 案中开创知识产权跨国案件域外管辖的先河后，德国、英国、法国及日本等国也相继开始管辖外国知识产权案件的实践。[②]我国法院审理的一些涉及知识产权有效性或侵权争议的案件，也涉及知识产权跨境保护。如甘肃省医药保健品进出口公司、兰州岷山制药厂与兰州佛慈制药厂商标专用权权属、侵权与不正当竞争纠纷案，[③]该案因涉及我国生产的同一中成药商标在我国与日本、马来西亚、新加坡分属不同主体所有，以及双方当事人各自在国内生产的不同商标产品在美国销售时发生包装、装潢等方面近似而发生争议在我国法院审理，虽然主体为我国法人但是因包装、装潢近似等行为引起的侵权或不正当竞争行为却发生在我国之外。又如圆谷制作株式会社（Tsuburaya Productions Co）等与辛波特•桑登（Sompote Saengduenchai）等侵害著作权纠纷申请案，[④]由于著作权自动保护原则且相关国家均为伯尔尼公约成员国，该案核心争议在于一份在我国境外签署的著作权许可合同是否有效从而决定一方当事人在日本国以外是否享有著作权的问题。惠州强宏达塑胶用品有限公司（以下简称强宏达公司）与泛爵投资有限公司（以下简称泛爵公司）侵害外观设计专利权纠纷上诉案[⑤]中，该案涉及强宏达公司之位于香港的母公司在香港特区的许诺销售行为侵犯泛爵公司的专利权。在海南春光食品有限公司与海南南国食品实业有限公司著作权权属、侵权纠纷案[⑥]中，涉及侵权行为发生在阿拉伯联合酋长国。以上案件表明我国法院审理的知识产权案件在管辖权、法律适用方面不再局限于大陆地区，未来我国审理的知识产权案件判决需要外国承认与执行或者我国作为知识产权判决承认与执行被请求国。

概言之，当前国际条约并未对知识产权跨境保护提供高效快捷的私人争端解决机制，知识产权的跨境保护中的私人救济机制还需倚重各国国内民事诉讼程序；同时，主要国家已先后开始了知识产权跨国案件的域外管辖与审理，也必然产生知识产权的承认与执行问题，这需要我们对外国的知识产权判决持保持积极开放的心态，积极协调承认与执行外国知识产权判决可能带来的各国司法主权以及与私人利益保护的冲突。

三、如何执行外国知识产权判决——18 年公约草案为例

（一）2018 年《公约》草案知识产权条款简析

“知识产权”问题可谓是海牙判决项目公约 2016 年首次草案公布以来最大的争议点，文本也几经修改变化。谈判过程中，不同代表团提出了不同的方案，主要包括：（1）整体排除知识产权事项；（2）仅纳入版权、邻接权和商标（包括注册的和非注册的）；（3）仅包括许可诉讼（licensing litigation）（因此排除有效性和侵权诉讼）；（4）仅执行知识产权金钱判决（排除禁诉令等非金钱性救济方式，但根据公约有效性判决仍可得到承认执行）。[⑦]目前 2018 年《公约》草案对于知识产权判决的承认与执行问题着墨较多，分别在第五条“承认与执行依据”第 3 款、第 6 条“专属管辖”、第 7 条“拒绝承认执行的基础”第 1 款第 7

---

① 唐代盛 肖 冰：《论知识产权国际争端解决模式的公法化》，载《学海》2018 年第 4 期，第 213-214 页。
② 钟丽：《国际知识产权争议解决机制研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 59-66 页。
③ 最高人民法院(1998)知终字第 3 号民事判决书。
④ 最高人民法院(2011)民申字第 259 号民事裁定书。
⑤ 广东省高级人民法院(2014)粤高法民三终字第 513 号民事判决书。
⑥ 海南省高级人民法院(2018)琼民终 552 号民事判决书。
⑦ Discussion Document from the European Union on the operation of the future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights，No 10 revised of December 2017, para.2.

项、第 8 条“先决问题”第 3 款以及第 11 条“知识产权事项中的金钱性判决”。在希望知识产权判决承认与执行能够自由流动的同时加以较为严格的限制，这是将各国知识产权判决承认与执行纳入与排除意愿折衷后的结果。

首先，针对知识产权内部不同的权利产生方式将之区分为注册性知识产权和非注册性知识产权，并进而分为有效性判决与侵权判决，根据不同特性分别作出规定。对于注册性知识产权的有效性，2018 年《公约》草案第 6 条将之作为属于授予或注册国专属管辖的范畴，若判决由上述以外的国家作出，则不属于公约承认执行的范畴。草案解释报告指出，该条款与第 5 条第 3 款第 1 项是并列规定的，二者同样适用于授权或注册性知识产权，连结点均为“由授权或登记该项权利的国家的法院作出，或根据国际性或区域性法律文件”。[①]2018 年《公约》草案将非注册性知识产权的有效性判决纳入调整的范围，与 2005 年《选择法院协议公约》之做法一致。针对注册性知识产权侵权判决，根据 2018 年《公约》草案规定，判决作出国须为被请求保护地国法院才能得到承认与执行；而注册性知识产权判决，根据 2018 年《公约》草案则要求其作出国须为授予或注册该知识产权的国家的法院，同时也规定了例外条款，即虽判决作出国为注册国，但被告没有在注册国开始或行使进一步侵权，或其活动不能合理地被视为针对该国，则不视为应该承认执行的范畴。[②]

其次，对于知识产权侵权判决，草案考虑了法律适用情况。2018 年《公约》草案在第 7 条“拒绝承认与执行”第 1 款第 1 项将“关于知识产权侵权的判决，对于该权利或侵权所适用的法律，非原审国的内国法”作为可拒绝承认与执行的条件之一。原则上，该规定应同时适用于注册性和非注册性知识产权，其目的在于保证知识产权的地域性原则，尤其是原审国对被请求保护地国法律的适用。

再次，注册性知识产权的有效性在作为判决中先决问题时，拒绝承认与执行的条件。根据第 8 条第 2 款规定，若第 6 条 a 项所涉注册性知识产权的有效性仅为先决问题，而作出判决的法院不是该条所指的法院，则可以拒绝承认或执行该判决。第 8 条第 2 款紧接着规定，只有在出现矛盾判决或存在未决诉讼的情形下，才可拒绝或推迟承认执行。该条款给予被请求国拒绝执行或中止待最终判决作出后承认执行的自由裁量空间。第 8 条第 3 款限制了第 2 款的适用范围，因此减少了被告策略性地将已登记知识产权无效作为抗辩理由的可能性。若登记国已对知识产权有效性作出判决，或至少在该国存在有效性诉讼，则被告只能从第 3 款获益。[③]应该明确的是，公约草案已为注册性知识产权侵权的管辖问题建立了准专属管辖基础，因此，该条款的适用仅限于合同纠纷判决。[④]

最后，在承认与执行的结果上，2018 年《公约》草案要求仅在判决裁决的金钱救济与知识产权原审国遭受的损害相关的范围内，才予以承认执行。一方面，公约认可的损害范围限定于原审国。本质上，从草案第 5 条第 3 款第 1 项和 2 项作为管辖权过滤器的功能，强化了知识产权事项中的地域性原则；[⑤]另一方面，2018 年《公约》草案第 11 条排除了知识产权侵权判决中非金钱性救济，但各国可依据国内法承认执行。一般而言，知识产权侵权判决往往包含禁止生产或销售的禁令、禁止使用受保护的制造工艺，或要求交出侵权产品等非金钱救济。[⑥]非金钱救济和金钱救济执行方式的不同会产生不同的后果。对于不同的法域而言，尤其是大陆法系国家，传统上并不认可非金钱性判决的承认执行。除此之外，执行中面临的“外国判决的含义”，如外国判决对被告施加的权利、义务，或者其地域范围

① See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.228.
② See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.208.
③ See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.292.
④ See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.293.
⑤ See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.304.
⑥ See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.302.

等都会引发系列问题，尤其是当被请求国不存在判决中的非金钱性救济方式时更是如此。[①]所以，2018 年《公约》草案第 11 条对知识产权侵权判决承认与执行结果上的限制，较好地照顾了各国知识产权保护水平与保护方式的差异性，这也是对知识产权地域性的一种尊重和保障。

从 2018 年《公约》草案的有关知识产权条款的分析可以看出，无论是将知识产权作注册性知识产权与非注册性知识产权的区分，还是将知识产权判决分为有效性判决与侵权判决，从判决承认与执行的一般管辖权基础与排他性管辖基础、知识产权有效性的先决问题、知识产权侵权的法律适用到最后知识产权侵权判决的承认与执行结果限制，贯穿其中的主线知识产权的地域性，即构建全球知识产权判决自由流动的原则上基于地域性设置若干限制条件或者例外。这种知识产权全球保护的需要与知识产权的地域性的协调过程，必然意味着知识产权判决承认与执行存在某种不足，也意味着知识产权地域性在某种程度上受到限制。概言之，2018 年《公约》草案有关知识产权判决承认与执行的条款没有违反知识产权地域性，而是正如解释报告所说严格遵从于知识产权的地域性。[②]

（二）知识产权判决承认与执行的国内法效力

2018 年《公约》草案将外国判决审查仅限于形式审查与我国现行的外国判决承认与执行制度并无冲突之处，外国知识产权判决在我国承认与执行后将与国内知识产权保护体系构成冲突的担忧也并非必然。兹分述如下：

1. 形式审查问题

海牙国际私法会议 2018 年 5 月公布的《承认与执行外国民商事判决公约》草案（以下简称 2018 年《公约》草案）第 4 条第 2 款规定被请求国不得对判决的实质问题进行审查，同时也将出于公约适用的例外作为讨论选项。这意味着 2018 年《公约》草案以形式审查为原则，实质审查作为例外。这与 2005 年《选择法院协议公约》的规定相一致。[③]从我国 2017 年《民事诉讼法》第 281、282 条规定来看，采取何种审查模式并不明确，更没有强调对申请承认与执行的外国法院判决进行实质审查。但结合我国对外签订的双边民商事司法互助协定中有关外国民商事判决规定内容，我国立法及司法实践对外国民商事判决采取的是形式主义审查模式，即人民法院依法律规定的承认要件进行判断，并不实质审查请求国法院判决认定事实及法律适用错误与否。[④]更重要的是，我国民事诉讼法以及签订生效的双边司法互助协定没有将知识产权列为专属管辖范围，也没有将知识产权判决的承认与执行作为特殊事项对待。因而，有理由认为针对外国知识产权判决的承认与执行，我国依然实行的是形式审查，这与 2018 年《公约》草案除为了公约适用的特殊情形外均实行形式审查之规定实质上是一致的。

2．外国知识产权判决承认与执行的国内法效力

对外国知识产权判决的承认与执行是否对国内知识产权保护制度造成不利影响，结合 2018 年《公约》草案知识产权条款，需要考虑的是有关注册性知识产权侵权的外国判决、以及以注册性知识产权有效性为先决问题的判决、非注册性知识产权有效性和侵权判决在我国进行承认与执行后的效力问题，以及这种效力是否会对现行国内知识产权实体保护制度带来不利影响。归根结底，涉及根据国际条约或者互惠原则下一般国内承认与执行程序

---

① See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.303.

② See Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report (No 10 of May 2018), para.204.

③ 2005 年《选择法院协议公约》第 8 条第 2 款规定：在不影响为适用本章规定所必要的审查的前提下，不得对原审法院所作判决的实质问题进行审查。被请求法院应当受原审法院确立其管辖权所基于的事实认定的约束，除非该判决是缺席作出的。

④ 沈红雨：《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》，载《法律适用》2018 年第 5 期，第 10 页。

进行承认与执行后的外国知识产权判决在国内法的效力问题。根据我国 2017 年《民事诉讼法》第 282 条的规定，申请或者请求承认和执行的外国法院作出的判决，依照我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反我国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照我国民事诉讼法的有关规定执行。[①]我国法院承认与执行的外国法院判决具有通过判决一样的效力，但是不得违反我国法律基本原则或者国家主权、安全及社会公共利益。因而本文尝试以 2018 年《公约》草案为依据，对经该《公约》草案知识产权条款承认与执行后的外国知识产权判决之国内法效力作出分析。

根据国际条约规定的条件承认与执行的外国知识产权判决具有与国内法相同的法律效力，因而我们首先要把握公约允许承认与执行的外国知识产权判决范围。2018 年《公约》草案对需要授权或者注册的知识产权有效性规定了排他性管辖基础，要求版权等非注册性知识产权有效性判决的法院应为“作为权利被请求保护国的原审国法院”。要求作出授权或注册的知识产权的侵权判决法院国为“完成相关权利授予或注册的国家”或根据“国际或区域性文件视为在该国已经完成授予或注册的国家”，著作权等非注册性知识产权侵权判决法院应为“既是侵权发生地国也是权利被请求保护国的原审国法院”。针对知识产权侵权判决，2018 年《公约》草案还对其法律适用作出要求即只能是原审国的内国法，否则可拒绝承认与执行。

从进行知识产权侵权判决承认与执行的结果来看，2018 年《公约》草案也将之严格限定，即仅在就原审国所受损害确定的金钱救济范围内，予以承认和执行。对于根据公约知识产权有效判决承认与执行结果，较为复杂下文详细论述。

3.知识产权有效性判决的承认与执行结果

在我国并非知识产权有效性判决的原审国而承认外国知识产权有效性判决时，国内知识产权法学者担忧其是否会在我国创设与我国知识产权法律不兼容或者超越我国知识产权法保护水平的知识产权利，从民事判决的效力分析中的回答或可解除回应此类关切与担忧。准确地说，由于 2018 年《公约》草案将需要授权或者注册的知识产权的有效性仅作为此类知识产权侵权的先决问题考虑承认与执行，并附有严格的限制条件，即对于知识产权侵权判决仅在就原审国所受损害确定的金钱救济范围内，予以承认和执行。即使要求授予或注册知识产权的注册或有效性问题在作为知识产权侵权判决中的先决问题存在，且该侵权判决根据 2018 年《公约》草案第 8 条第 2、3 款的严格条件得到承认与执行，外国判决中要求授予或注册知识产权的注册或有效性问题判断并不会产生一个知识产权。其原因在于，民事判决的既判力并不会形成知识产权。

所谓民事判决的法律效力是人民法院按照法定程序对当事人争议事项作出判断后对法院、当事人和社会产生的约束力。外国的民事判决经特定程序承认或执行后，该外国民事判决内化为本国民事判决具有与国内民事判决相当之法律效力。这种效力包括形式上的，对法院、当事人和社会的约束力，也有实质上的既判力、形成力、执行力。[②]

从既判力的角度来看，对以要求授予或注册知识产权的注册或有效性问题为先决问题的知识产权侵权判决进行承认与执行不会有悖于国内知识产权法。国内民事诉讼程序中，判决从其产生之时就开始发生特定的效力，随着程序推进，判决确定后还会发生其他的效

[①] 2017 年《民事诉讼法》第 282 条：人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

[②] 杨小利：《民事判决法律效力研究》，人民法院出版社，第 27 页。

力，如既判力。一般认为，既判力指的是生效的民事判决所裁判的诉讼标的对双方当事人和法院具有的强制性通用力。[①]既判力在形式上的确定力表现为，当事人不得对该判决申明不服，具有终结诉讼程序的形式上的约束力；实质上的确定力表现为法院不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行审理和裁判，当事人也不得就已经裁判并已确定的实体争议事项再行起诉。此外，既判力效力在主体范围原则限于本诉讼当事人，仅在特殊情形下本案当事人之外的第三人发生作用。[②]既判力的客观范围限于判决主文的诉讼标的之判断，而不包括判决书组成部分的判决理由的判断。[③]在知识产权侵权判决中，作为先决问题的要求授予或注册知识产权的注册或有效性问题并非主要诉讼标的即侵权关系是否成立，因而不具有既判力。因而也不会对被请求承认与执行国家之后发生的相同当事人与诉讼标的诉讼产生约束力。换言之，即使进行承认与执行的知识产权侵权判决以我国国内知识产权法不保护的动物专利之有效性为先决问题，对知识产权判决的承认与执行也不代表我国承认我国需要保护动物专利。

从形成力角度来看，非注册性知识产权有效性判决的承认不会超越国内法关于著作权或邻接权的保护水平，也不意味着承认我国国内法不存在的非注册性知识产权。形成力指的是依判决的宣告而引起法律关系发生、变更或消灭的效力[④]，是形成之诉特有的效力。而形成之诉既包括实体上的形成之诉，即以变更和形成实体法上的法律关系为标的的诉讼，也包括形式上的形成之诉，当事人根据民事诉讼法规定提出请求变更或形成某种诉讼法上的状态的诉讼。[⑤]前者如人事诉讼中的离婚诉讼、收养关系诉讼以及公司法上的撤销股东大会决议的诉讼，后者如撤销宣告失踪或者死亡的诉讼等。显然，关于版权或相关权、未注册商标或未注册工业设计的有效性（存续期间或所有权）的判决，并非一个形成之诉判决。原因如下：（1）知识产权并非一个形成权。权利人可依单方面的意思表示使法律关系发生变动的权利统称为形成权。[⑥]知识产权并非单方面意思表示就可以成立的权利，专利权需要国家机关授予，商标权需要国家机关核准注册，虽然申请授予或者申请注册由专利人或商标所有认决定，但是权利最终是否通过授予或者核准注册而享有并不取决于权利人。著作权或邻接权适用自动保护原则，不论作品是否发表，因而也非著作权人单方决定是否表动的权利。即使知识产权保护客体扩大，其他新型知识产权权利也依然遵循需要授予或者注册或自动保护的路径。（2）关于版权或相关权、未注册商标或未注册工业设计的有效性的诉讼并非形成之诉。有关非注册性知识产权的有效性争议一般涉及的是诉争知识产权的存续期间或者所有权归属，是否处于有效存续期间或者所有权归属于谁的争议为确认之诉，其判决结果仅在确认诉讼双方当事人诉争之知识产权是否处于有效存续保护期或者归属于谁，其判决效力仅及于诉讼当事人之间而不会产生对世效力。因而得到我国承认与执行的非注册性知识产权有效性判决并非一个形成之诉判决，其产生的效力仅在与对诉讼双方当事人之间的权利义务关系在我国予以认可，不会产生具有对世效力的、超越我国知识产权法的权利。例如，甲乙两人针对某一不需要注册或授予知识产权之有效性在丙国发生诉讼，甲根据 2018 年《公约》草案有关条款申请承认与执行，即使该具体知识产权并不为我国知识产权法所承认与保护，但是对该判决的承认与执行效力仅对甲乙两人生效，不会产生与我国知识产权法不兼容的新知识产权产生。

---

① 江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社 2000 年版，第 276 页。

② 张卫平：《既判力相对性原则：根据、例外与制度化》，载《法学研究》2015 年第 1 期，第 74-80 页。

③ 杨小利：《民事判决法律效力研究》，人民法院出版社，第 80-88 页。

④ 江伟 肖建国：《论判决的效力》，载江伟主编：《探索与构建——民事司法雪研究》（上卷），中国人民大学出版社 2008 年版，第 375 页。

⑤ 杨小利：《民事判决法律效力研究》，人民法院出版社，第 103-104 页。

⑥ 汪渊智：《形成权理论初探》，载《中国法学》2003 年第 3 期，第 94 页以下。

通过民事判决的效力分析，可以发现，对以注册性知识产权有效性为先决问题的知识产权侵权判决以及非注册性知识产权有效性判决进行承认不会在我国创设与我国知识产权法律不兼容或者超越我国知识产权法保护水平的知识产权利。

四、小结

在国际民商事司法合作领域，涉外民商事判决自由流动机制的建立对推动国际民商事交往意义重大。针对当前我国积极参与的海牙国际私法会议主持的《外国民商事判决承认与执行公约》起草谈判工作，国内知识产权法学者对公约草案中知识产权条款给知识产权地域性及国内知识产权保护制度造成冲击表达了担忧与关切。这种担忧并无必要。一方面，从外国判决承认与执行的一般理论发展过程中可以看出，外国判决的承认与执行并不会对内国司法主权造成损害，反而更重视私人主体合法权益的实现。另一方面，知识产权的国际保护需求早已超出国家范围，跨国知识产权私人争端的大量涌现要求对各国知识产权民事诉讼裁判结果予以承认与执行。更重要的是，结合 2018 年《公约》草案知识产权条款文本内容，其设立的外国知识产权判决承认与执行规则并没有超越知识产权的地域性，属地性的间接管辖基础与法律适用规则尊重了知识产权地域性；对外国知识产权判决承认与执行的结果限制条款保证了承认与执行的效果不会超越内国法的知识产权保护水平。另外，从民事判决的效力来看，经判决承认与执行程序内化后的外国知识产权判决的既判力以及形成力仅及于知识产权的当事人，不会形成具有对世效力的与我国知识产权保护制度不兼容的新型知识产权。

25.国际民事司法协助中中央机关的功能定位与制度完善

肖永平*　濮云涛**

摘　要：在国际民事司法协助中，中央机关有对外联络和对内协调的功能。在对外联络方面，司法部应建立面向公众的法律信息交换平台；不同国家中央机关的合作不限于个案协助，应包括一般性问题的交流；应完善条约谈判的启动和修订机制，落实条约的争议解决机制。在对内协调方面，司法部对司法协助申请的审查要以形式审查为主，以维护法院独立行使审判权为底线；应完善司法部与法院的信息共享机制，健全司法部对法院的监督机制，明确司法协助的期限，允许司法部直接向办案机关提出意见。

关键词：国际民事司法协助；中央机关；域外送达；域外取证；外国判决的承认和执行

Function and Improvement of Central Authorities in International Civil Judicial Assistance

* 肖永平（1966—），男，湖北麻城人，长江学者，武汉大学国际法研究所所长，教授，博士生导师，主要从事国际私法研究。

** 濮云涛（1992—），男，江苏南京人，武汉大学国际法研究所博士研究生，研究方向：国际私法。

*** 基金项目：司法部司法协助交流中心课题“‘一带一路’建设中民商事中央机关对话机制的建立和跨国法律服务的开展与完善研究”。

**** 感谢司法部司法协助交流中心的李智颖、王泰龙、张亮、吉航其同志提供资料和接受访谈。

XIAO Yongping[1], PU Yuntao[1,2]

(1. Wuhan University Institute of International Law, Wuhan, Hubei, 430072)

(2. Vrije Universitiet Brussel, Brussels, Belgium, 1050)

Abstract: In international civil judicial assistance, central authorities have functions of external communication and internal coordination. In terms of external communication, Ministry of Justice should establish a platform of legal information exchange for the public. Cooperation between central authorities of different countries is not limited to individual assistance, and should include communication of general issues. Initiation and revision mechanism of treaty negotiations ought to be improved, and disputes settlement of treaties should be implemented. In terms of internal coordination, Ministry of Justice's review of judicial assistance applications should be based on formal examination, in order to maintain judicial independence. Mechanism of information exchange between Ministry of Justice and courts, and mechanism of supervision on courts by Ministry of Justice need to be improved. It is necessary to clarify the time limit of judicial assistance, and allow Ministry of Justice to directly submit opinions to case handling authorities.

Keywords: international civil judicial assistance, central authorities, service abroad, taking of evidence abroad, recognition and enforcement of foreign judgments

我国是《海牙送达公约》《海牙取证公约》的缔约国，与 39 个国家缔结了民商事双边司法协助协定，还全程参加了《海牙判决公约草案》的谈判。这些国际条约规定的中央机关合作模式是我国开展国际民事司法协助的重要路径。本文通过采访司法部主管司法协助的工作人员，归纳整理我国开展国际民事司法协助的实际案件，分析国际公约、双边司法协助协定关于中央机关的规定，总结我国司法部与其他国家中央机关开展合作的不同方式及其不足，最后论述我国司法部在国际民事司法协助中的功能定位及相关制度完善。

一、国际民事司法协助中的中央机关：制度现状

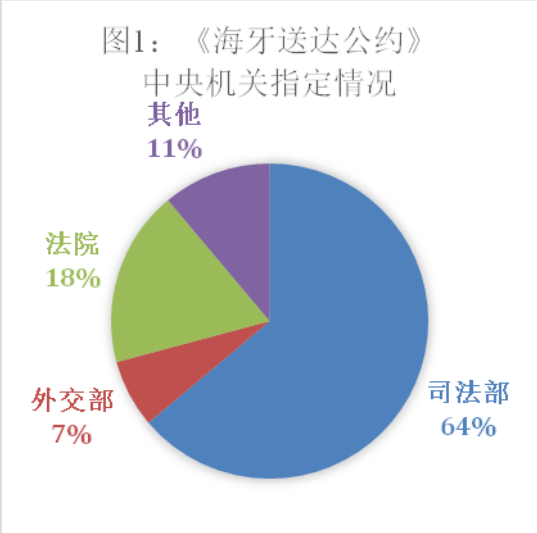
不同国家中央机关之间有效的对话机制是国际民事司法协助得以顺利进行的保障。统计分析《海牙送达公约》《海牙取证公约》缔约国指定的中央机关可以发现，大多数国家指定司法部作为国际司法合作的中央机关。而部分“一带一路”沿线国既没有与我国缔结双边司法协助协定，也没有加入上述海牙公约，但我国与这些国家在国际民事司法协助中建立了对话机制。

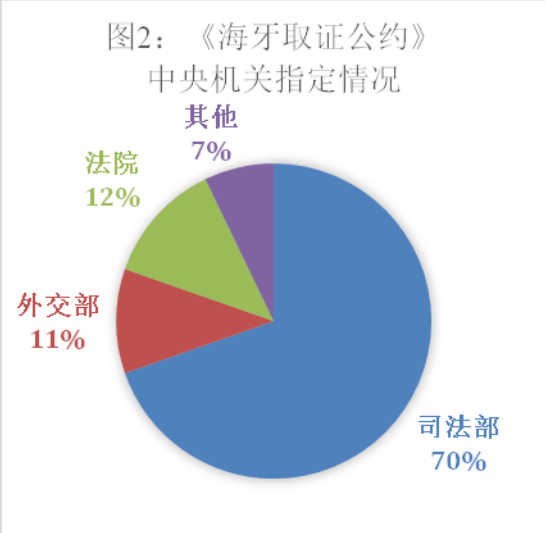
（一）海牙公约缔约国的中央机关

《海牙送达公约》没有具体规定特定部门作为中央机关，它赋予缔约国根据其国内法决定由哪个部门履行中央机关的职责。根据《海牙送达公约》第 2 条之规定，每个缔约国依据本国法组建一个中央机关，其作用是转递请求书。除此之外，《海牙送达公约》第 18 条规定，除了中央机关之外，缔约国也可以指定其他机关，但当事人有权仅将文书递交中央机关。联邦制国家的中央机关可以超过一个。《海牙取证公约》关于中央机关的规定和《海牙送达公约》是一致的。

根据海牙公约缔约国提交给海牙国际私法会议秘书处的文书统计，不同国家指定的中

央机关包括司法部、外交部、法院和其他机构。具体占比如图 1、图 2 所示。[①]《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的大多数缔约国将司法部作为中央机关，特别是东欧国家，几乎都将司法部作为中央机关。也有部分缔约国将法院（通常为最高法院的登记处）或者司法部（有的为司法部具体主管司法协助的部门）作为中央机关。还有少数国家指定其他行政机构作为中央机关。





一些国家指定了多个中央机关，包括加拿大、德国、瑞士，均为联邦制国家。虽然美国亦为联邦制国家，但是其没有指定多个中央机关；英国也没有指定多个中央机关。我国对香港、澳门分别指定了不同于内地司法部的中央机关。在司法协助实践中，如果外方向司法部转递需在香港、澳门执行的司法协助申请，司法部通常会退回，并告诉外方当事人可直接向香港、澳门的中央机关提出申请。[②]

《海牙送达公约》和《海牙取证公约》需要分别确定中央机关。同时加入这两个公约的缔约国指定的中央机关大多一致。但也有少数国家分别指定不同的中央机关。例如，瑞典在《海牙送达公约》中指定的中央机关是县执行委员会，而在《海牙取证公约》中指定的中央机关是司法部；荷兰在《海牙送达公约》中指定的中央机关是法院，而在《海牙取证公约》中指定的中央机关是外交部。

（二）中外双边司法协助条约的中央机关

在我国与外国缔结的 39 项双边司法协助协定中，除了我国与伊朗缔结的双边司法协助协定尚处于保密状态而无法获知外，其余 38 项双边司法协助协定均约定了中央机关。其中，我国与波兰、法国缔结的司法协助协定规定，应通过外交途径指定中央机关，其余 36 项司法协助协定均明确了具体的中央机关，具体情况见表 1。

表 1：中外双边司法协助协定关于中央机关的规定情况

指定的中央机关	其他缔约国	数量	比例
司法部	阿尔及利亚、阿拉伯联合酋长国、埃及、白俄罗斯、巴西、埃塞俄比亚、保加利亚、比利时、波	24	67%

[①] See Hague Conference on Private International Law, Authorities (per party), available at https://www.hcch.net/en/states/authorities.

[②] 例如，2014 司协函 117 号、2018 司协函 11 号文书均以退回并作说明的方式处理。

	黑、古巴、科威特、老挝、立陶宛、秘鲁、摩洛哥、塞浦路斯、塔吉克斯坦、泰国、突尼斯、土耳其、西班牙、希腊、匈牙利、意大利		
司法部和检察院	俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯、乌兹别克斯坦、越南、罗马尼亚	6	17%
法院	韩国、新加坡	2	6%
外交部	阿根廷	1	3%
司法部和法院	蒙古	1	3%
司法部、法院和检察院	乌克兰	1	3%
法院和检察院	朝鲜	1	3%

与《海牙送达公约》《海牙取证公约》缔约国指定中央机关的情况类似，与中国签订双边司法协助协定的外国大多指定司法部作为中央机关。不同之处在于：中外双边司法协助协定指定外交部为中央机关的情形较少。部分双边司法协助协定指定司法部和检察院（或者法院）同时作为中央机关；其中，检察院被指定为中央机关的比例较高，原因在于检察院履行的行政职能比法院更为广泛。此外，中外双边司法协助协定约定的中央机关仅限于司法部、外交部、法院和检察院，没有其他类型的中央机关，反映了双边司法协助协定对中央机关的统一化作用。

双边司法协助协定与多边条约的不同特点，决定了其内容的差异性。《海牙送达公约》《海牙取证公约》只需要缔约国采用通知方式登记其中央机关即可，各国的中央机关因而具有多样化；双边司法协助协定是缔约双方协商的结果，双方的中央机关在绝大多数情况下是相同的。我国在一些司法协助协定中指定司法部和最高检/最高法作为中央机关，是因为外方希望采用这种安排并且希望中方的中央机关与外方对等。但在我国与韩国、新加坡缔结的司法协助协定中，韩国、新加坡均指定法院作为中央机关，我国指定司法部作为中央机关。这表明我国司法部在对外联络中具有主导地位。

如果存在多个中央机关（司法部、法院、检察院等），文书转递的方式就可能存在差异。在民商事司法协助中，外方可以直接将文书交给我国最高人民法院而不通过司法部，或者先提交至司法部，再转到最高人民法院。实践证明，文书转递经过多个机关，可能导致效率下降，但可以相互监督，有利于当事人权益的保障。

二、中国与其他国家中央机关的合作：实践现状

（一）司法部与其他国家中央机关的合作情况

司法部与其他国家中央机关的合作范围包括协助送达、取证、判决承认与执行、提供法律信息等方面。司法部在收到外方的司法协助请求时，首先审查申请是否属于司法协助的范围。如果司法协助不属于协定或条约规定的内容，申请将会被退回。实践中被退回的申请包括：申请执行仲裁裁决；[①]应在我国直接通过诉讼解决的事项（如外国公民要求协助其在中国继承财产）；[②]承认与执行外国法院的刑事判决；[③]外国人申请在我国执行我国法院

[①] 参见 2015 司协函 52 号。
[②] 参见 2015 司协函 13 号。
[③] 参见 2015 司协函 57 号。

判决；[①]未涉诉案件的调查取证（如调取出生证明）。[②]如果不能确定申请是否符合相关协定和条约，司法部会通知外国当事人进行必要的解释和说明。例如，在申请承认和执行哈萨克斯坦江布里州莫因库姆区法院判决案中，司法部通知哈萨克斯坦法院解释“国家税”的性质和法律依据，以及请求承认和执行的范围是否仅限于“国家税”。[③]

在认定外方的请求属于司法协助的范围后，司法部需要对申请材料进行形式审查。司法部对申请材料的审查，一般依据条约或者协定规定的内容逐条审查。如果外方提供的申请材料不齐全，或者在形式方面存在瑕疵，司法部通常会通知当事人补正。特别是对缺乏中文翻译件的情况，虽然《海牙送达公约》《海牙取证公约》规定可以提供英文文本，但司法部通常会告知外方尽可能提供中文文本，以有利于办案机关完成司法协助事项。如果外方当事人在合理期限内无法补正，司法部会将请求退回。为了体现司法合作的积极态度，我国一般采用“退回”而不是“拒绝”司法协助文书，这为外方再度提出申请提供了可能。

尽管司法部主要采取形式审查，但主权和安全审查是一个重要例外。在司法协助实践中，损害主权和安全是司法协助请求被退回的重要事由。违反主权和安全必须是执行请求将在实质上损害我国主权和安全。至于形式上的问题，如涉台案件出现“ROC”，司法部通常要求补正，不简单以“损害主权和安全”为由直接拒绝协助。实践中常见的情形包括国家主权豁免和送达不当。前者主要是向我国政府机关工作人员送达文书的情形。例如，埃及驻华使馆欲向上海质检总局局长送达法院传票，司法部认为中国坚持绝对豁免原则，中国政府部门及其工作人员履行公务不受外国法院管辖，如果执行该请求将有损于我国主权和安全。[④]送达不当主要涉及送达禁诉令和邮寄送达。例如，英国请求送达禁诉令，最高院国合局认为，禁诉令限制了我国当事人在我国诉讼的权利，干涉了我国的司法主权，应以违反我国主权和公共政策为由拒绝送达；[⑤]在申请承认与执行比什凯克市区域法院判决案中，由于相关文书是通过邮寄方式送达的，司法部退回了判决承认与执行请求。[⑥]值得注意的是，对于判决的承认与执行申请，如果司法文书送达方式不明确，司法部一般要求外方说明如何送达，以判断是否属于邮寄送达。[⑦]

司法部对于司法协助中遇到的障碍，通常基于互惠和便利原则与外国中央机关沟通、协商。便利化原则是司法协助的重要价值。司法部作为对外联络机关，其发挥作用的重要方式是推动国际司法合作的效率。在对外提出司法协助申请时，如果外方要求的程序过于繁琐，司法部会积极与外方沟通，简化手续，提升司法协助的质量。沟通通常以互惠作为谈判筹码，使双方都获得较为便捷的司法协助服务。例如，在我国法院委托俄罗斯送达司法文书时，俄罗斯多次以我国法院没有致俄罗斯法院的委托函为由退回。我国司法部与俄罗斯司法部进行协商，说明我国承认与执行俄罗斯法院判决不需要委托函，希望俄罗斯也不要求法院的委托函，以减少我国当事人对外申请司法协助的负担。

（二）中国与“一带一路”沿线国民事司法合作的基本情况

中国与“一带一路”沿线国家的民事司法协助具有较为广泛的条约基础。尽管与我国缔结双边司法协助协定的国家有限，但在“一带一路”沿线的大国（主要是指与我国贸易额较高的国家，如俄罗斯、法国、意大利等）以及东欧国家中，大部分与我国缔结了双边

[①] 参见 2014 司协函 49 号。
[②] 参见 2013 司协函 43 号。
[③] 参见 2015 司协函 11 号。
[④] 参见 2015 司协函 20 号。
[⑤] 参见最高人民法院国际合作局文件，法外【2013】378 号。
[⑥] 参见申请承认和执行比什凯克市区域法院判决案，2018 司协函 89 号。
[⑦] 参见 2018 司协函 9 号。

司法协助协定。与此同时，我国作为《海牙送达公约》《海牙取证公约》的缔约国，大多数“一带一路”国家也是这两项公约的缔约国。因此，我国与“一带一路”沿线国开展民事司法合作具有较全面的条约保障。

如果外国和我国之间没有条约关系，我国与“一带一路”沿线国可以采取外交途径开展民事司法合作。对于这种情况，司法部一般会退回当事人的申请并告知通过外交途径解决，并且需要外方提供互惠承诺。[①]比较而言，中央机关途径比外交途径更有优势。一方面，中央机关途径具有制度保障，在满足法定条件的情况下，缔约国的中央机关和主管机关有义务提供相应的协助；如果通过外交途径，对方国家没有提供司法协助的义务。另一方面，中央机关途径的效率比外交途径更有保障。司法部在收到缔约方的请求书后，会及时进行审查；在审查结束后，一般会在 7 日内转递文件。

由于判决承认与执行的法律后果直接影响当事人实体权利义务，各国对提供司法协助持较为谨慎的态度。虽然我国与泰国、新加坡、韩国等“一带一路”国家缔结了双边司法协助协定，但其中并不包括判决承认与执行事项。尽管我国有承认与执行新加坡法院的案例，[②]这是在新加坡法院已经承认与执行我国法院案例的基础上实现的。《南宁声明》提出了承认与执行外国法院判决的推定互惠原则，但其尚未被我国明确为法律规则。在缺乏包含判决承认与执行条款的司法协助协定的情况下，判决是否能被承认和执行存在较大的不确定性。实践中通过我国中央机关途径申请承认与执行法院判决的，大部分来自俄罗斯、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦等国法院；我国的主要贸易大国，如美国和欧洲国家则经常在送达、取证事项上请求司法协助。判决的承认与执行不能仅仅依赖双边司法协助协定，应当拓宽判决承认与执行的路径，促进国际司法协助的平衡发展。

推动我国与“一带一路”国家之间的国际司法合作，提升双边协定的数量和质量均非常重要。双边司法协助协定的缔结由外交部条法司主导，谈判亦需司法部参与。我国一方面应当积极与“一带一路”沿线国家，特别是英美法系国家和我国的主要贸易投资伙伴缔结双边司法协助协定，发挥司法协助协定对“一带一路”建设的作用。另一方面，中外双边司法协助协定的部分条款亟待完善，应及时与外方沟通，修订已有的双边司法协助协定，提高双边司法协助协定的公平性和效率性，特别是完善判决承认与执行的条款，明确判决承认与执行的条约基础。

三、不同国家中央机关之间的合作形式

不同国家中央机关之间的合作形式多种多样。主要是个案协助，即中央机关根据双边协定或者多边条约的规定，对外申请司法协助或者对内传递司法协助申请。合作形式还包括条约谈判、条约异议的处理、信息交流、会议研讨等。

（一）个案协助

公共秩序保留的审查标准应符合国际司法协助的发展趋势。我国司法部退回外方司法协助请求的主要理由就包括“危害主权和安全”。我们建议适当提高“危害主权和安全”的适用条件，尽可能不使用“危害主权和安全”作为拒绝协助的理由。《海牙送达公约》《海牙取证公约》均规定“危害主权和安全”而非“违反公共政策”，表明国际社会对公共秩序保留在送达、取证中的限缩适用态度。总体而言，国际司法协助中公共秩序保留的适用标准，应当比法院在考量适用外国法时公共秩序保留的适用标准更加严格。特别是在送达、

[①] 参见 2018 司协函 31 号、2014 司协函 124 号。

[②] 参见江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 协外认 3 号裁定书。

取证等不直接影响当事人实体权利义务的司法协助中，公共秩序保留的适用应当遵守高标准原则，践行客观说中的结果说。公共秩序保留从维护法域整体利益的角度出发，强调涉及面的全局性，不是仅涉及某个单位、某个行业或者某个地区。[①]在实践中，只有在无法援引其他理由拒绝司法协助的情况下，才考虑适用公共秩序保留，以维护公共秩序保留的谦抑性。例如，对于司法协助实践中经常出现的涉及起诉我国政府机关及其工作人员的司法协助请求，可以援引绝对国家豁免原则，不宜直接以“损害我国主权和安全”为由拒绝司法协助。

不应一律排除涉外司法协助中的公告送达。在我国司法协助中，司法部对外方的公告送达通常是拒绝的。[②]少数司法协助协定也明确排除了公告送达方式。其出发点是为了维护当事人的诉讼权利。因为在跨国民事诉讼中，公告送达难以被受送达人有效获知，出现缺席判决的可能性较大，不利于维护受送达人的利益。我们认为，不应当通过双边司法协助协定排除公告送达。首先，我国《民事诉讼法》第 92 条明确允许在一定条件下进行公告送达。如果依据我国法允许公告送达而在双边协定中不允许公告送达，不符合司法协助便利化的目标要求。其次，公告送达需要遵循一定前提，一般是经过一定程序后确认受送达人下落不明。如果不允许公告送达，国际民事诉讼可能出现久拖不决的情形，不利于国际民事争议的高效解决。最后，如果外国法院采用的公告送达措施不当，例如缺乏宣告失踪等前置程序，可以适用正当程序的一般原则拒绝承认与执行，不宜一律拒绝公告送达。

在司法协助实践中，外方提出的取证的特殊要求并非均不可实施，[③]但是民商事领域的信息技术取证一直尚未落实。司法部转最高院的意见表明，没有特定的法律来调整视频取证，因而无法执行；我国法院只能依据我国法律处理取证请求。[④]我们建议，借鉴刑事司法协助的经验，积极推动现代信息技术取证的规范化和常态化。采用音视频方式进行取证是有法律依据的。如中国《民事诉讼法》第 73 条规定，经法院许可，证人可通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。在韩乐比奇贸易有限公司诉开亚国际物流（上海）有限公司案中，我国法院通过视频取证方式完成调查取证；[⑤]在美国法院审理的“开平”案中，其通过视频向 6 位中方人员取证，中方给予了配合。[⑥]这说明技术层面已没有障碍，问题的关键是要出台司法解释或者其他规范性文件，明确对外提供司法协助的音视频取证的操作规范；充分预估可能存在的风险，提高音视频取证的成功率。

在我国的司法协助实践中，无论是中央机关途径，还是法院直接受理判决承认和执行申请，只要涉及对我国的邮寄送达，均会被拒绝或退回。这种做法值得商榷。尽管我国对《海牙送达公约》第 10 条作出了保留声明，其仅表明我国不接受邮寄送达的态度，无法直接推知涉及邮寄送达的判决均无法被我国承认和执行。邮寄送达侵犯国家司法主权的判断有些武断。英美法系国家和部分大陆法系国家，如瑞典、荷兰、法国、墨西哥等国的立法和司法实践表明，其接受《海牙送达公约》第 10 条关于邮寄送达的规定。[⑦]即使是对邮寄送达存在较大争议的日本，亦认为邮寄送达并没有侵犯司法主权，而是邮寄送达应由公权

---

① 参见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版，第 224 页。

② 参见 2013 司协函 117 号。

③ 例如，美方要求宣誓程序，允许律师到场，司法部认为不违反我国国内法规定，可以执行。参见 2009 司协函 39 号。

④ 参见 2013 司协函 60、66 号。

⑤ 参见卫建萍：《破解境外证据审查难题，上海海事法院利用微信视频跨国取证》，《人民法院报》2016 年 9 月 25 日，第 4 版。

⑥ 参见乔雄兵：《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助：实践、问题及前景》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 6 期，第 52 页。

⑦ See Beverly L. Jacklin, Service of Process by Mail in International Civil Action as Permissible under Hague Convention, 112 American Law Reports Federal, 241 (originally published in 1993).

力完成。[①]就我国而言，在特定案件中，如果被送达国接受邮寄送达，我国也可以对其进行邮寄送达。如果坚持邮寄送达是对司法主权的侵犯，我国法院对外国进行邮寄送达就是侵犯外国司法主权的行为，显然是不对等的。与此同时，允许邮寄送达不仅没有剥夺当事人的诉讼权利，而且提升了国际司法协助的效率，符合正当程序原则的效率价值。正当程序条款的价值主要在于维护当事人的诉讼权利，提升程序公正，而非维护国家的司法主权。从价值位阶来说，当事人的诉讼权利高于送达的形式要求。邮寄送达完全没有侵害当事人的诉讼权利。如果申请人不能证明邮件已经送达，被申请人仍然可以提出有效的抗辩。我们认为，在判决承认与执行申请的审查中，如果涉及邮寄送达，司法部应当审查邮寄送达是否以中华人民共和国通用的语言和文字使被送达人知悉接收邮件的后果，而不是简单地都以邮寄送达为由拒绝承认和执行判决。

（二）法律信息交换和信息沟通

应当尽快依据双边协定交换双方国内立法关于专属管辖权的规定。专属管辖权体现了一国司法主权中最核心的利益，是避免承认与执行外国判决侵犯本国司法主权的重要制度。在我国缔结的 34 项包含判决承认与执行的双边司法协助协定中，有 33 项规定：如果依据被请求国法或者被请求国的专属管辖权规则，原审国无管辖权，被请求国可以拒绝承认和执行判决。由于不同国家国内法关于专属管辖权的规定不同，让缔约双方都知晓对方的专属管辖权规则，有利于避免错误行使管辖权导致判决无法承认和执行。我国与西班牙、埃及、越南、突尼斯、波黑和埃塞俄比亚缔结的双边司法协助协定均规定，双方应当相互提供己方的专属管辖权规则。但在实践中，我国并没有和上述国家交换专属管辖权规则。我国与其他国家之间的法律信息交换，均是基于当事人在个案中的请求，有关法律信息也没有在公共平台上发布。尚没有国家或者政府机关主动请求提供一般意义上的专属管辖权规则。我们认为，建立信息定期交流制度十分必要。双边司法协助协定的缔约国应当通过谅解备忘录的形式，提供双方国内法中专属管辖权的规定；在相关法律出现修改时，应及时通知对方国家；这种法律信息的交换应当通过公众容易获得的途径进行公布，减少当事人查明外国法的负担。

应当建立法律信息交换平台，并对外方当事人较为关注的法律问题进行分类整理。在司法协助实践中，外方当事人通过中央机关请求的法律信息请求，常常具有相似性，主要集中在离婚、子女抚养、投资等方面的法律信息。如果能够对已经答复过的法律信息进行分类整理并公示，对有相同或相似请求的当事人，就不需要再通过中央机关途径而耗费较长时间来获取有关法律信息，从而减轻司法部以及主管机关不必要的负担，可以投入更多人力物力提升司法协助的效率。

就一般意义上的信息沟通而言，各国中央机关之间的司法协助交流平台不能仅仅服务于个案，而应为各国中央机关就一般问题的交流提供保障。目前，我国与《海牙送达公约》《海牙取证公约》之间建立的信息交流平台即将投入使用，但主要是个案协助；需要加强与我国有频繁送达、取证需求的国家的沟通，更有效地推动司法协助的便利化发展。除了进一步加强不同国家中央机关工作人员之间的交流，探讨司法协助中存在的问题与解决方案以外，如果能够运用信息交流平台加强缔约国的沟通，将降低信息交流的成本，提高信息交流的即时性和便捷性。

[①] See Joseph F. Jr. Weis, Service by Mail - Is the Stamp of Approval from the Hague Convention Always Enough, (3) Law and Contemporary Problems, 171 (1994).

（三）条约谈判与争议解决

应当提升中央机关在条约谈判中的影响力。司法部工作人员表示，双边司法协助协定的缔结主要是外交部条法司负责起草和谈判。司法部在谈判会议上会派员参加并提出意见，最终起决定作用的还是外交部。在条约内容方面，司法部比较有发言权的主要是移管被判刑人，因为司法部是移管被判刑人的主管机关。我们认为，司法部在国际司法合作中所发挥的沟通、协调、形式审查等方面的作用直接影响国际司法合作的有效性和公平性。应当深化司法部在条约谈判中的作用，特别是有效协调司法部、法院、外交部在条约谈判中的意见。

应当完善条约谈判的启动和修订机制。在 39 项包含民商事事项的司法协助协定中，只有 5 项是近 10 年缔结的（2009 年至今）；近 3 年（2016 年 5 月至今）我国尚未与任何国家缔结司法协助协定。有学者统计，从 2009 年至 2015 年，与我国缔结包含民商事事项的双边司法协助协定的国家，每年与我国的贸易总额占我国对外贸易总额的 11%至 15%，相当于我国与美国之间的贸易额。[①]这说明我国还需要加强与其他贸易大国、“一带一路”沿线国家之间的司法协助。与此同时，条约的修订亦亟待完善：我国尚未修订任何一项司法协助协定；我国与比利时于 1987 年缔结双边司法协助协定，但至今未生效。30 多年前缔结的双边司法协助协定显然无法满足如今的现实需求。双边司法协助亟需符合时代需求的制度保障。我们认为，促进条约缔结和修订需要条约谈判起动机制的保障。尽管条约的缔结由外交部主导，但中央机关作为对外联络机关和对内协调机关，对司法协助协定中存在的问题有深入了解。司法部和外交部、最高人民法院等单位，应当定期检视中外司法协助协定中存在的问题，及时落实新条约的缔结和旧条约的修订工作。

双边司法协助协定争议解决有利于提升条约的明确性和可预见性，避免缔约双方权利义务的不对等。大多数司法协助协定规定争议应当通过外交途径解决。在我国司法协助实践中，尚无双边司法协助协定争议解决谈判机制。事实上，我国与外方就协定条款含义是存在分歧的。例如，一些司法协助协定规定“双方交换公民出生、婚姻、死亡等信息”。就这一条款，我方认为出生证明等信息的调取需要以既有诉讼为前提，外方则认为既然协定中特别指出了户籍信息交换，就不必以既有诉讼为前提。[②]以上争议最后都是由被请求方依据各自立场自主定夺，没有充分的沟通与协商，实际上是单方面解释条约。原则上，只有缔约双方都同意的解释才是权威解释。[③]如果都是单边解释，容易造成条约履行的不统一，导致双方权利义务不对等，影响条约的严肃性。如果缔约双方能够就存在的争议进行有效的沟通和协商，即使无法达成一致意见，也能够为当事人提供正确的指引，提升司法协助请求的成功率。

四、司法部在我国国际司法协助体系中的功能定位与制度完善

充分发挥司法部在国际司法合作中的作用，有赖于正确的功能定位。下面分析司法部与主管机关、办案机关在国际司法合作的职能分工及其存在的问题，并提出相应的解决措施。

[①] See King Fung Tsang, Chinese Bilateral Judgment Enforcement Treaties, (1) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 8 (2017).

[②] 参见 2013 司协函 43 号。

[③] 参见朱文奇、李强：《国际条约法》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 235 页。

（一）司法部在我国国际司法协助中的功能定位

在国际司法协助中，司法部发挥的作用不应仅限于现行法律规定的事项。我国尚无国际民事司法协助立法，但《国际刑事司法协助法》对司法部在国际刑事司法协助的功能定位较为明确。它规定司法部是对外联系机关，发挥的作用主要是接收、转递司法协助请求；而国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是主管机关，承担的是审核相关请求的职责；办案机关承担具体的司法协助执行任务。对照《国际刑事司法协助法》，司法部在国际民事司法协助中的作用是否也限于对外联络？我们的回答是否定的，司法部发挥的作用不止于对外联络，还应包括申请审查、对内协调与监督。

司法部的对外联络作用无法由法院所替代。有观点认为，在国际司法合作中，各国最高司法机关之间可以直接转递司法文书，无需司法部参与。[①]司法部作为对外联络机关是最合适的。一方面，对外联络事务不仅包括文书的转达，还包括司法协助方式的协调、文书补正问题的沟通等，具有行政性和事务性，适合行政机关——司法部来完成。法院作为司法机关，其主要的司法协助任务应当是审核外方申请的实体内容是否符合法律或条约的规定。另一方面，司法部作为对外联络机关，不会导致司法协助效率降低。尽管司法部作为联络机关，文书的传递增加了一个环节，这种过程相较于司法协助的整个进程而言是很短暂的。[②]与此同时，司法部通过审查申请形式问题，在与外方的交流沟通中，可以及时弥补申请存在的程序性瑕疵，实际上提升了司法协助的效率。

司法部在司法协助中行使审查权是必要的，但应受到法定限制。因为司法部在一定范围内审查外方的申请，有利于司法协助的顺利开展。一方面，司法部先作形式审查，如果发现申请材料存在表面问题，能够及时和外方沟通，避免材料直接转到法院而被反复退回。另一方面，司法部对明显危害我国主权、安全的事项进行审查，有利于促进国际司法协助的规范化运行，避免外方不合法的请求消耗司法资源。尽管如此，司法部作为中央机关，其对申请的审查权应当受到法定的限制，特别是对实体问题的审查。这是因为如果司法部对实体问题审查过多，会造成不必要的重复审查；与此同时，司法部作为行政机关，对实体问题审查过多，有损法院独立行使审判权，不利于司法协助工作的合理分配。

司法部在司法协助中对内协调与监督的作用不可忽视。《刑事司法协助法》以及现有的双边司法协助协定均未明确司法部的对内协调作用和监督作用，但司法部对内监督作用是司法协助得以高效、高质量完成的保障。在司法协助实践中，外方经常向司法部提出询问司法协助进展情况的请求，司法部的回应均类似于“已经于某个时间交最高人民法院办理，一收到结果，将会通知”。[③]这样的回复效果不好，一些案件仍是久拖不决。例如，曾经出现过司法协助请求在 6 年内仍未办结的情形。[④]因此，司法协助案件的办案质量应吸纳司法部参与与监督。在有的案件中，法院以“被调查的公司由于拆迁而不知去向”为由作出无法完成调查取证的说明。[⑤]在这类案件中，办案机关是否确实进行了充分的调查取证，司法部可否提出相应的建议，是影响司法协助质量的关键因素。如果司法部在司法协助中仅限于对外联络而没有对内协调，其作用无法得到充分发挥，司法协助的效率和质量无法得到充分保障，不利于维护当事人的实体权利和救济权。

[①] 参见徐宏：《国际民事司法协助》（第 2 版），武汉大学出版社 2006 年版，第 60 页。

[②] 司法部工作人员表示，司法部曾做过统计，由我方完成送达平均需要 10 个月。司法部在转递文件时，通常是 7 日内转递完毕。

[③] 参见 2016 司协函 59 号。

[④] 参见德国大使馆第 600/005 号照会。

[⑤] 参见 2013 司协函 104 号。

（二）司法部在我国国际司法协助中的制度完善

除了对外联络，司法部在司法协助中的制度完善主要是对内协调功能的发挥，重点是司法部与主管机关、办案机关的协调。

司法部对司法协助请求的审查应当区分不同类型分别进行。司法部在司法协助中的审查权是一个争议较大的问题。问题的关键在于司法部行使审查权如何与法院独立行使审判权相协调。在不同的司法协助形式中，判决承认和执行与送达、取证、法律信息索取的性质是不同的。判决承认和执行本质上是司法审判行为，而送达、取证、法律信息索取本质上属于行政行为。判决承认和执行可以直接向有管辖权的法院提出申请，其他类型的司法协助请求需要经过中央机关途径或外交途径，这突显了它们的差别。因此，对于判决承认和执行申请，司法部对其存在的瑕疵，可以要求补正，但不能因为形式或者实体上的问题退回，实践中存在的以邮寄送达、公共秩序保留等理由退回的情形应予纠正。对于其他形式的司法协助请求，法律信息索取与送达、取证也存在差异。法律信息索取不涉及具体案例，由司法部全权处理比较合适；如果一律由法院处理，不符合比例原则，即如果由多个机关完成法律信息索取请求，耗费的人力、物力与所取得的效率不成正比。就送达、取证而言，司法部依据条约和协定审查形式要件，对实体问题的审查权应当受到严格限制，除非其涉及公共秩序保留问题。

完善司法部与法院系统的信息共享机制，有利于提升司法协助的效率。目前，法院系统内部已经建立了司法协助的协调机制。[①]但这一系统仅限于各级法院内部，司法部与法院系统唯一的联系途径是最高人民法院国际合作局。只有在法院完成司法协助后，司法部才能获知结果。这种安排使司法部无法及时获知主管机关、办案机关处理司法协助事务的进展。缺乏信息互通，不利于司法部督促法院尽快完成司法协助事项，也不利于当事人获知司法协助的进展，可能导致诉讼拖延。完善信息共享机制，并不意味着法院的任何行动都需要向司法部通报，而是应当向司法部共享司法协助的重要阶段。共享的内容应当包括：申请材料是在主管机关还是办案机关；对于申请是否符合要求，是正在审查还是已经审查完毕；对于司法协助的执行，预计何时开展送达、取证；司法协助中存在的问题等。

在信息共享的基础上，制度性的监督机制必须跟进，有利于当事人权利的救济。现有司法协助的救济途径很有限。以判决承认和执行为例，法院作出不予承认和执行的裁定，具有终局性，当事人无法上诉，送达、取证亦同，不利于当事人权利的保障。从中央机关角度，司法部的职能应当进一步完善，维护当事人合法权利。司法部不是司法机关，也不是地方法院的上级机关，如果当事人对办案机关的决定或者裁定不服，司法部无法改变法院的决定。由于送达、取证实质上属于具体行政行为，司法部指出送达、取证中存在的问题，不违反法院独立行使审判权的原则。因此，在修订司法协助协定以及制定我国民事司法协助立法时，应当增加“司法部可以对司法协助中可能存在的问题提出意见，主管机关或办案机关应当予以答复”。与此同时，立法或协定应当规定，司法部在转递主管机关的意见时，可以出具不完全一致的意见。这在司法协助实践中是客观存在的。[②]司法部出具的不完全相同的意见，是补充性质，目的是为了使司法协助请求更易于被接受或更容易被实施。例如，司法部在最高法院国合局提供的意见基础上，请求对方提供中文译本，使办案机关能够顺利完成司法协助请求。如果司法部的意见和最高法院相左，应当通过协商；无法达成一致意见的，应当以主管机关的意见为准。

[①] 参见孙劲、曾朝晖：《新时期人民法院国际司法协助的进展、特点和趋势》，《人民司法•应用》，2017 年第 1 期，第 12 页。

[②] 参见 2013 司协函 43 号。司法部指出无法完成取证请求的原因在于提出请求的机关不是司法机构，而最高院国合局仅指出调取出生证明不属于司法协助的范畴。

司法协助效率的提升还依赖于司法协助时限的确定和联系途径的优化。就司法协助的时限而言，中外司法协助协定和我国国内立法尚未规定司法协助的期限。尽管这种立法模式更多考虑了国际司法协助的多变因素，但完全没有时间限制，不利于司法协助的高效开展。我们建议借鉴民事诉讼审限模式，规定一定期限的基本时限；如果案情较为复杂或者司法协助任务量大，可以通过一定程序进行延长。建议采用如下规则：自司法部收到送达、取证请求之日起，司法协助的完成不超过 6 个月；因特殊原因无法在 6 个月内完成的，经办案机关负责人批准，可以延长 3 个月；在 9 个月内仍无法完成的，经过主管机关批准，可以申请再次延长；自司法部收到法律信息请求之日起，司法协助的完成不超过 1 个月。对于司法协助的联系途径，我们认为，司法部在履行对内协调职能时，可以直接和办案机关联络。根据 2003 年《最高人民法院关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》，最高人民法院试点北京、上海、江苏、浙江、广东高院直接与对方国家的中央机关联络。既然我国地方人民法院（办案机关）可以直接和外国中央机关（大多数为司法部）联络，我国司法部和地方法院联络，应该不存在理论上的障碍。尽管从行政管理流程来看，司法部应当通过最高人民法院转递其对地方法院的意见，但这是针对通常情况下的文书转递；对于办案机关在办案过程中存在的问题，司法部可以直接与其联系，有利于提升司法协助的效率和针对性。

五、结论与建议

关于中央机关的指定，《海牙送达公约》《海牙取证公约》的大多数缔约国指定的中央机关是司法部，少数国家指定法院或外交部作为中央机关。中外双边司法协助协定规定的中央机关也具有上述特征。我国司法部在对外合作中，审查申请是否属于司法协助的范围；对申请材料进行形式审查和主权、安全问题的实质审查；对于司法协助中的障碍，司法部以互惠和便利为原则进行沟通。我国与大多数“一带一路”沿线国家在司法协助事项中有条约基础；外交途径是重要补充；应当与更多“一带一路”国家缔结包含判决承认与执行的双边协定。

关于不同国家中央机关的合作形式，个案协助是最主要的形式。公共秩序保留的审查标准应符合国际司法协助的发展趋势；不应一律排除涉外司法协助中的公告送达；促进特殊类型取证的实现；不宜仅因邮寄送达而拒绝承认和执行外国法院判决。应交换缔约双方关于专属管辖权的规定；建立法律信息交换平台并向公众开放；中央机关之间的沟通不仅限于个案协助，还应包括一般性法律问题的交流。应当提升中央机关在条约谈判中的影响力；完善条约谈判的启动和修订机制；落实双边协定的争议解决机制。

关于司法部在司法协助中的功能完善，司法部的对外联络作用无法由法院所替代；司法部行使审查权是必要的，但应受到法定限制；司法部的对内协调与监督作用不可忽视。司法部对请求的审查应当区分不同类型而分别进行，不能因形式和实体方面的原因拒绝判决承认和执行申请，法律信息索取可以完全由司法部完成；完善司法部与法院系统的信息共享机制；健全监督制约机制，司法部有权向办案机关提出意见；应在立法或协定中规定司法协助的期限。

关于中央机关制度的完善，对外联络和对内协调职能在均不可忽视。对外联络中，应更加注重双边司法协助协定的修订；在对内协调中，应更加注重我国民事司法协助相关国内立法的制定。完成这两项任务，既需要不同国家之间的交流和沟通，又需要我国司法部、法院、外交部等机关的协调配合。在相关制度的建立中，应当注重不同类型司法协助的区别，分别采取相应的措施。在相关规则的完善过程中，应当吸收国际社会在司法协助领域的最新成果，如《海牙判决公约草案》，为“一带一路”建设提供有力的司法保障。

26.浅议离婚诉讼中涉外送达制度的完善

赵宁宁，吴慧萍*

摘　要:向当事人送达诉讼文书的目的在于通知相关诉讼情况，保障当事人在诉讼程序上的合法权益。然而，尽管民事领域我国对外签有国际条约并已正式生效，且国内法也明确了涉外送达的相关路径，但是司法实践仍存在送达周期较长、成功率较低等现象。为此，本文以涉外离婚诉讼为例，针对中国法院向境外当事人送达诉讼文书的不足之处，提出涉及电子送达、邮寄送达等相关完善措施，盼为实务中此类纠纷的处理提供有益的解决思路。

关键字：涉外离婚诉讼；涉外送达；邮寄送达；电子送达

一、离婚诉讼中涉外送达制度的司法现状

1、我国离婚诉讼送达文书的法律规定及国际条约

根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）第二百六十七条[①]及相关司法解释之规定，在涉外民事诉讼中，如当事人在中国境内没有住所，人民法院应采用涉外送达的方式向诉讼当事人送达诉讼文书。就涉外离婚诉讼而言，区分当事人在中国境内或在中国境外的情形，可能会采用的送达路径如下（参见下图所示）：

1、向中国境内当事人送达诉讼文书的方式主要有两种：（1）向在中国境内的当事人直接送达；（2）向当事人的诉讼代理人送达。

2、向中国境外当事人送达诉讼文书的方式主要有：（1）根据国际条约规定的方式送达；（2）通过外交途径送达；（3）委托中国驻当地使领馆向当地中国籍公民送达；（4）邮寄送达；（5）传真、电子邮件等方式送达；（6）公告送达。

就上述涉外送达路径而言，向中国境外当事人送达诉讼文书时，人民法院并不能任意选择送达方式，而需根据中国与受送达人所在国的外交关系确定送达方式的优先顺序。首先，中国与受送达人所在国签有双边国际条约，或者中国与受送达人所在国之间虽没有签署双边国际条约，但是同为多边国际条约的缔约国，除中国声明保留的条款外，应当优先适用国际条约的规定。[②]其次，中国与受送达人所在国没有缔结或共同参加的国际条约，可以通过外交途径、委托中国驻该国使领馆向中国籍当事人送达、邮寄送达、传真或电子邮件送达。最后，当上述方式均无法向当事人送达时，才能使用公告送达。

---

* 作者：赵宁宁、吴慧萍，北京金诚同达（上海）律师事务所律师。

① 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十七条，“人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采取下列方式：（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约规定的方式送达；（二）通过外交途径送达；（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；（五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满叁个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；（七）采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达；（八）不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满三个月，即视为送达。”

② 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

就涉外送达的双边国际条约而言，通过检索“中华人民共和国-条约数据库”，笔者查询到：截至 2019 年 1 月，中国对外签署并正式生效的双方国际条约中，共 36 个国家[①]和中国在民事领域送达司法文书签有双边条约。具体到这些双边条约中，对民事的理解存在两种做法：一类是明确民事范围包括婚姻法等相关事项，例如：《中华人民共和国意大利共和国关于民事司法协助的条约》明确“民事”一词也包括由商法、婚姻法和劳动法调整的事项，并指定中国和意大利的司法部为进行司法协助联系和转递文件的中央机关，其中“司法协助”包括请求送达文书和调查取证等事项。另一类则是概括性的表述为“民事”，条约中虽已明确各自指定的中央机关负责送达文书等相关事项，但在提出诉讼文书请求时，尚需根据各国法律规定进一步确定民事范围。

就涉外送达的多边国际条约而言，中国对外签署并正式生效的多边国际条约是《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称“《海牙送达公约》”），据官方统计，该公约已在 74 个缔约国正式生效[②]。根据《海牙送达公约》规定，除缔约国作出保留外[③]，中国在向其他缔约国送达文书时可采取的方式有七种：中央机关转递[④]、使领馆直接送达[⑤]、外交途径送达[⑥]、邮寄送达[⑦]、主管人员送达[⑧]、有利害关系的人送达[⑨]、双边协议约定的其他方式[⑩]。

2、离婚诉讼中涉外送达制度存在的不足

[①] 在民事领域中，与中国缔结双边国际条约涉及送达文书的国家有 36 个，分别为：埃塞俄比亚、巴西、阿尔及利亚、科威特、波黑、秘鲁、阿拉伯、朝鲜、阿根廷、突尼斯、老挝、越南、新加坡、乌兹别克斯坦、摩洛哥、塔吉克斯坦、匈牙利、塞浦路斯、希腊、埃及、泰国、保加利亚、白俄罗斯、哈萨克斯坦、古巴、俄罗斯、西班牙、乌克兰、土耳其、意大利、罗马尼亚、蒙古、法国、波兰。

[②] 据海牙公约官方网站统计【https://proxy.hidemyass-freeproxy.com/proxy/en-ww/aHR0cHM6Ly93d3cuaGNjaC5uZXQvZW4vaW5zdHJ1bWVudHMvY29udmVudGlvbnMvc3RhdHVzLXRhYmxlLz9jaWQ9MTc】，截至 2018 年 11 月，《海牙送达公约》已正式生效的缔约国有 74 个，分别为：阿尔巴尼亚、安道尔、安提瓜和巴布达、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、巴哈马、巴巴多斯、白俄罗斯、比利时、伯利兹、波斯尼亚和黑塞哥维那、博茨瓦纳、巴西、保加利亚、加拿大、中华人民共和国、哥伦比亚、哥斯达黎加、克罗地亚、塞浦路斯、捷克共和国、丹麦、埃及、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、印度、爱尔兰、以色列、意大利、日本、哈萨克斯坦、韩国共和国、科威特、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、马拉维、马耳他、墨西哥、摩纳哥、黑山、摩洛哥、荷兰、挪威、巴基斯坦、波兰、葡萄牙、摩尔多瓦共和国、北马其顿共和国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、圣文森特和格林纳丁斯、圣马力诺、塞尔维亚、塞舌尔、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、突尼斯、土耳其、乌克兰、大不列颠北爱尔兰联合国、美国、委内瑞拉、越南。

[③]中国对使领馆直接送达和邮寄送达方式作出了保留，即中国不接受外国驻中国使领馆直接向非该外国公民送达文书，中国也不接受其他缔约国通过邮寄方式向在中国境内的受送达人送达文书。

[④] 参见《海牙送达公约》第二条至第六条。

[⑤] 参见《海牙送达公约》第八条，“每一缔约国均有权直接通过其外交或领事代表机构向身在国外的人完成司法文书的送达，但不得采用任何强制措施。任何国家均可声明其对在其境内进行此种送达的异议，除非该文书须送达给文书发出国国民。”

[⑥] 参见《海牙送达公约》第九条，“此外，每一缔约国有权利利用领事途径将文书送交另一缔约国为此目的指定的机关，以便送达。如有特殊情况需要，每一缔约国可为同一目的使用外交途径。”

[⑦] 参见《海牙送达公约》第十条第一款，“如送达目的地国不表异议，本公约不妨碍：（一）通过邮寄途径直接向身在国外的人送交司法文书的自由；……”

[⑧] 参见《海牙送达公约》第十条第二款，“如送达目的地国不表异议，本公约不妨碍：……（二）文书发出国的司法助理人员、官员或其他主管人员直接通过送达目的地国的司法助理人员，官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由；……”

[⑨] 参见《海牙送达公约》第十条第三款，“如送达目的地国不表异议，本公约不妨碍：……（三）任何在司法程序中有利害关系的人直接通过送达目的地国的司法协助人员、官员或其他主管人员完成司法文书的送达的自由。”

[⑩] 参见《海牙送达公约》第十一条，“本公约不妨碍两个或更多缔约国达成协议，允许采用上述各条所规定的递送途径以外的途径，特别是通过其各自机关直接联系的途径，以便送达司法文书。”

然而，尽管在民事诉讼领域，我国已签有上述国际条约并正式生效，且《民事诉讼法》及其司法解释也有关于涉外送达的相关规定，但是除受送达人下落不明、无具体的送达地址、我国与受送达人所在国未建立外交关系等客观原因确实无法向被告送达诉讼文书外，司法实践中涉外送达的成功率较低，且涉外诉讼在程序上并无审理期限的限制，一定程度上造成了诉讼效率低下的困境。

以涉外离婚案件为例，截至 2019 年 1 月，笔者通过“北大法宝司法案例”检索，输入关键词“涉外送达”及“离婚”，去除重复案例及原告撤诉的情形后，筛选出案由为离婚诉讼的涉外案件共计 31 起。由于可供查询的公开裁判文书有限，笔者仅就该 31 起涉外离婚案件中涉外送达的情形进行统计，可知：①送达成功率仅为 22.6%，送达成功案例为 7 起，其中直接送达成功的案例 1 起，省高院送达成功的案例 2 起，邮寄送达的成功案例 1 起，涉外送达方式不明但送达成功的案例 3 起；②涉外送达案件的诉讼周期在 1 年以上的案例占比高达 77.4%，自案件受理至法院判决的诉讼周期最长为 2 年以上，主要表现为公告送达的案件。

虽然上述可供比对的案件实例有限，但也不失为真实数据，可供参考。再者，结合笔者实务中代理的此类需涉外送达的离婚纠纷案件，因我国法院在实务中送达文书存在的不足，导致涉外离婚诉讼周期较长的原因主要可归纳为以下两点：

（1）法院选择的涉外送达方式较为单一。在司法实践中，较为常见的送达方式是按国际条约规定送达或外交途径送达，以《海牙送达公约》为例，主要采取中央机关转递的送达方式，即各级法院逐级递交请求书和所送司法文书，由最高人民法院送司法部转给受送达人所在国指定的中央机关，必要时，也可由最高人民法院送我国驻该国使领馆转送该国指定的中央机关[①]。此外，北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院可依据《海牙送达公约》直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求[②]。在无法送达成功的情况下，法院一般会采取公告的方式向被告送达诉讼文书。

然而，诚如上文所述，就《海牙送达公约》而言，已明确的送达方式多达七种，但实践中法院选择的送达方式过于单一，多数情况下局限于中央机关转递的方式，忽略了其他送达方式的可行性，例如：涉外离婚纠纷中受送达人在美国境内，中国和美国同为《海牙送达公约》的缔约国，在美国未声明反对邮寄送达的情况下，中国法院可以向居住在美国境内的被告送达诉讼文书，但实务中仍有法院坚持仅通过中央机关转递或外交途径送达。

（2）法院进行涉外送达的过程不对外公开。鉴于实践中采取逐级递交请求书和所送司法文书的方式，为避免多次送达诉讼文书，法院通常会提前确定开庭时间，在送达诉讼文书时一起将传票送达给被告。同时，为避免文书尚未送达但传票日期已届至的情形，法院通常会预留一定的时间，一般四至八个月不等，具体取决于受理法院及承办法官的开庭排期。

---

① 参见《最高人民法院、外交部、司法部关于执行<关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约>有关程序的通知》第四条，“我国法院若请求公约成员国向该国公民或第三国公民或无国籍人送达民事或商事司法文书，有关中级人民法院或专门人民法院应将请求书和所送司法文书送有关高级人民法院转最高人民法院，由最高人民法院送司法部转送给该国指定的中央机关；必要时，也可由最高人民法院送我国驻该国使馆转送给该国指定的中央机关。”

② 参见《最高人民法院办公厅关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》，“依照《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，直接向海牙送达公约成员国中央机关提出和转递本院及下级人民法院依据海牙送达公约提出的送达民事司法文书和司法外文书的请求书及相关材料。但海牙送达公约成员国中与我国签订含有民事司法协助内容的双方司法协助条约的，按条约规定的途径办理。”

然而，在等待诉讼文书送达的期间，当事人及其代理人并无有效途径可了解法院涉外送达的具体进度，只能在开庭当天知晓送达成功与否。此外，是否依法向被告送达诉讼文书，将直接影响到离婚判决在外国法院的承认与执行，无从了解法院进行涉外送达的过程，可能直接损害涉案当事人的合法权益，例如：无法举证证明中国法院已依法向被告送达诉讼文书，外国法院可能因此而拒绝承认并执行中国法院出具的生效离婚判决，造成涉案当事人必须就离婚事宜再次接受外国法院审判的局面。

二、离婚诉讼中涉外送达制度的完善

1、符合国际条约及法律规定的情况下，同时选择多种送达方式

诚如上文所述，无论是《海牙送达公约》，还是《民事诉讼法》及相关司法解释，均已明确多种送达方式，然而我国法院通常采用的送达方式过于单一，怠于运用其他送达方式。为此，笔者建议，结合各案实际情况，只要不违反国际条约及法律规定的情形下，法院可以同时选择多种送达方式，例如涉外离婚案件中，通常较少推行的电子送达和邮寄送达方式，在实践中具有一定可行性，具体表现为以下两方面：

（1）掌握受送达人邮箱、微信等线索时，尝试使用电子送达方式。在我国司法实践中，已有法院通过电子邮件方式送达成功的先例，也有法院尝试通过微信 APP 及研发的微信小程序告知当事人诉讼事宜。例如：汕头市龙湖区法院将电子邮件作为辅助手段，通过 3 封电子邮件成功地与远在加拿大的被告取得了联系，审结了一桩涉外离婚案；2014 年 6 月，嘉兴南湖法院也采用电子邮件送达方式高效审结了一起涉外离婚案件；广东省采用认证回执技术，在当事人点击电子邮件时自动发送确认收悉的邮件，同时通过短信通知邮箱及密码的方式更大程度上保护了文书的安全性。[①]

对此，笔者认为，目前我国《民事诉讼法》及相关司法解释虽已将电子送达纳入涉外送达方式之一，但缺乏相应的配套制度，例如：何时可以使用电子送达、如何确认电子送达成功等相关问题有待完善。鉴于电子送达的高效便捷性，实践中不妨将电子送达作为辅助的送达方式之一，在采取多种送达方式的情况下，不失为一种有效可行的送达方式。

具体到电子送达方式的运用，需要注意的是：①《海牙送达公约》尚未明确电子送达方式，如受送达人所在国为《海牙送达公约》的缔约国，应当先按照国际条约规定的方式送达诉讼文件；无法通过国际条约规定的方式送达时，法院可以尝试采用电子送达；②采取电子送达的方式的前提必须是不违反受送达人所在国的法律规定，也就是说，如受送达人所在国明确禁止电子送达的情形下，不宜采取电子送达，否则中国法院离婚判决可能无法得到外国法院的承认与执行。

（2）受送达人所在国法律许可的情况下，邮寄送达诉讼文书。对于跨国邮寄送达，各国做法各异，但并非绝对，例如：美国既允许本国法院、当事人或者其律师向国外邮寄送达传票，也允许外国当局或者个人向美国境内邮寄送达文书。[②]因此，笔者建议，对于受送达人所在国允许邮寄送达的国家，宜同时使用邮寄送达诉讼文书。以《海牙送达公约》为例，若缔约国未对邮寄送达作出保留，中国作为《海牙送达公约》的缔约国，可以按国际条约规定采用邮寄送达方式。

[①] 参见郑张霞：《浅析实践中涉外案件的电子送达方式——由广东省实行文书电子送达所思》，载《长春教育学院学报》2015 年 8 月第 31 卷第 15 期，第 20、21 页。

[②] 参见何其生著：《域外送达制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 223 页。

此外，据深圳市中级人民法院不完全统计，可邮寄送达诉讼文书的国家有：美国、英国、瑞典、比利时、加拿大、以色列、葡萄牙、澳大利亚、印度、泰国、缅甸、智利、多哥、扎伊尔、荷兰、西班牙、博茨瓦纳、巴巴多斯、巴基斯坦、塞舌尔、塞浦路斯、安提瓜和巴布达。[①]

2、向涉案当事人及其代理人提供查询涉外送达过程的途径

如上所述，关于涉外送达的过程及进展，涉案当事人及其代理人无从知晓，再者逐层递交请求书和所送司法文书的方式，致使受理法院也无法第一时间掌握送达进度并采取相应措施，且通过法院系统内部搭建的电子送达平台，可显示的送达进展实属有限。为此，笔者建议完善电子送达平台的相关内容，例如：按国际条约规定送达或外交途径送达时，系统中可以显示出目前送达的具体进展，诸如诉讼文件已递交中级人民法院并附有相关联系人信息。在此基础上，即便电子送达平台不对当事人展示，但受理法院可以第一时间了解到涉外送达的进度，此时涉案当事人可以通过与承办法官沟通了解案件进展，有助于落实审判流程信息的公开公平。

另外，是否依法向被告送达诉讼文书并通知诉讼事宜，可能影响中国法院出具的离婚判决能否得到外国法院承认与执行。以中国离婚判决在美国的承认与执行为例，有学者研究指出，“美国在执行外国的判决时有许多限制，对于送达而言，至少要符合宪法正当程序条款有关充足通知的义务。美国法虽然不禁止外国特殊的送达形式，但不意味着认可这类送达能够向被告提供合理的通知。[②]”鉴于实务中了解涉外送达进展的途径有限，向外国法院申请承认离婚判决时通常需要提供相应的送达证明，笔者建议，当涉案当事人确需向外国法院申请承认中国离婚判决时，经涉案当事人提交申请，受理法院可根据案件涉外送达的实际过程出具相应的证明书，以便诉讼当事人向外国法院举证送达过程。

三、结论

离婚案件中涉外送达的规定有《海牙送达公约》、双边民事司法协助条约、《民事诉讼法》及其司法解释等，均明确有多种送达方式，在符合国际条约规定，且受送达人所在国法律允许的情况下，除通常按国际条约规定送达和外交途径送达的方式外，可以尝试电子送达、邮寄送达等多种方式。

此外，为保障涉案当事人合法权益，落实审判流程信息公开公平，建议完善电子送达平台，系统显示涉外送达的具体进展，在涉案当事人需要就中国法院出具的离婚判决申请外国法院承认与执行时，经当事人申请，法院可根据实际送达情况出具相关证明书。

27.自贸试验区“一站式”涉外商事争议解决平台的建构

薛源*

[①] 参加《深圳市中级人民法院关于民事诉讼文书送达的若干意见》第五十二条。
[②] 参见何其生著：《域外送达制度研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 106 页。
* 作者简介：薛源，对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师。

摘　要：自贸试验区需要建设“一站式”涉外商事争议解决平台，利用自贸试验区“先行先试”的政策优势，回应日益增长的涉外商事纠纷解决需求。中级人民法院的涉外商事审判庭作为该机制的核心不仅要实现自身的国际化，还需要对调解和仲裁提供司法支持和监督。涉外商事争议解决平台需要配套程序法的国际化，为此要引入国际化的商事调解、仲裁法律制度，民事诉讼法也要有所突破和创新。涉外商事争议解决平台还需要强有力的执行机制保障，为此需要在多双边层面推动涉外商事调解协议和判决的跨境执行。

关键词:自贸试验区；“一站式”涉外商事争议解决平台；程序法的国际化

Abstracts: The Free Trade Pilot Zone needs to build a "one-stop" platform for foreign-related commercial disputes resolution, taking advantage of Free Trade Pilot Zone’s leading and exploratory role to respond to the growing demand for foreign-related commercial disputes resolution. As the core of the mechanism, the foreign-related commercial tribunal of the intermediate people's court need not only internationalized, but also provides judicial support and supervision for mediation and arbitration. Foreign-related commercial dispute resolution platform needs the internationalization of supporting procedural laws. To this end, the international legal system of commercial mediation and arbitration should be introduced, and the civil procedure law should also have some breakthroughs and innovations. This platform demands strong enforcement mechanism, therefore, it is important to promote the cross-border enforcement of foreign-related commercial mediation agreements and judgments at the multilateral and bilateral level.

Keywords: Free Trade Pilot Zone；"one-stop" platform for foreign-related commercial disputes resolution；internationalization of supporting procedural laws

中央全面深化改革领导小组第二次会议审议通过《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(《意见》)，提出建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构，坚持共商共建共享原则，依托我国现有司法、仲裁和调解机构，吸收、整合国内外法律服务资源，建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端。为此，最高人民法院在深圳和西安设立了国际商事法庭，并出台相关司法解释。司法解释提出，我国要建立由国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的国际商事纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。这种多元国际商事纠纷解决机制的构建和运行模式本身就是对国际商事纠纷解决机制的一种创新，在国际层面为跨境商事纠纷解决提供了一种新的思路，向国际社会输出了体现中国智慧的法律公共产品。最高人民法院在深圳和西安设立了国际商事法庭，并出台相关司法解释。司法解释提出，我国要建立由国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与国际商事法庭共同组成的调解、仲裁、诉讼有机衔接的国际商事纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。这种多元化国际商事纠纷解决机制的构建和运行模式本身就是对国际商事纠纷解决机制的一种创新，在国际层面为跨境商事纠纷解决提供了一种新的思路，向国际社会输出了体现中国智慧的法律公共产品。[①]

这种构建“一站式”国际商事纠纷解决机制的经验是可复制可推广的，中级人民法院层面也可在自贸试验区构建“一站式”涉外商事纠纷解决平台，回应日益增长的涉外商事纠纷解决需求。“一站式”涉外商事纠纷解决平台之所以要设置在自贸试验区，是因为涉外商事纠纷解决平台在发展过程中需要不断突破现有法律框架，需要充分利用自贸试验区“先

[①] 见张勇健：《国际商事法庭的机制创新》，《人民法院报》2018 年 7 月 14 日第 2 版。

行先试”的政策优势，进行立法试验，并将试验成果应用于对我国现有法律架构的改革，进一步增强涉外商事纠纷解决机制的辐射效应，带动我国涉外商事纠纷解决专业水平和法律环境的整体提升。

一、涉外商事审判庭在“一站式”国际商事纠纷解决平台中作用的发挥

根据最高人民法院《关于明确第一审涉外民商事案件级别管辖标准以及归口办理有关问题的通知》，高级人民法院和中级人民法院的涉外商事审判庭审理主体、客体、法律事实具有涉外因素的商事案件，外商投资企业有关商事案件，一方当事人为外商独资企业的商事案件，信用证、保函纠纷案件，跨境破产协助案件，民商事司法协助案件，以及仲裁司法审查案件。最高人民法院《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》规定，中级人民法院管辖第一审民事案件,包括一审涉外民事案件的诉讼标的额上限原则上为 50 亿元，这就意味着大多数涉外商事案件将由中级法院审理。为化解中级人民法院审理涉外民商事案件的压力，可在自贸试验区设立“一站式”涉外商事纠纷解决平台，促进调解和仲裁对涉外商事案件的分流。

最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》提出支持自贸试验区的多元化纠纷解决机制，支持仲裁机构、人民调解委员会、商事和行业调解组织的创新发展。最高人民法院《关于为海南全面深化改革开放提供司法服务和保障的意见》进一步提出支持建立国际争端调解机构，完善诉调对接平台建设，加强“一站式”纠纷解决机制建设。仿效最高人民法院建立的“一站式”国际商事纠纷解决平台，中级人民法院可以在自贸试验区引入涉外商事调解机构、涉外商事仲裁机构与涉外商事审判庭共同组成调解、仲裁、诉讼有机衔接的“一站式”涉外商事纠纷解决平台。最高人民法院将中国国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会、深圳国际仲裁院、北京仲裁委员会、中国海事仲裁委员会以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心，作为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的仲裁和调解机构。中级人民法院也可以在自贸试验区引入受理涉外商事纠纷案件较多，国际影响力较大的涉外商事仲裁和调解机构。

涉外商事审判庭可以在审判人员组成上进行国际化创新。最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》提出，管辖自贸试验区内一审民商事案件的人民法院，在审理涉自贸试验区案件时，当事人一方或双方为港澳台民事主体的，可以探索选任港澳台居民作为人民陪审员参加合议庭。涉外商事审判庭也可探索外国法律专家担任陪审员的可能性。按照我国《民事诉讼法》，陪审员机制适用于一审案件，在一审案件中可由法官和陪审员组成合议庭，陪审员与法官有同等的权利和义务。《人民陪审员法》要求人民陪审员需为我国公民，根据《宪法》，公民是具有中华人民共和国国籍的人，即要求人民陪审员具有中华人民共和国国籍。相较于《法官法》对法官的多重要求，对人民陪审员的国籍要求相对更容易突破，且在审理案件时陪审员可以与法官发挥同样的作用。这样外国法律专家就可以作为陪审员实质性参与案件审理。这一路径的优点在于利用我国现有法律框架中既有的陪审员机制，有较为成熟的做法，程序清晰透明。

就调解而言，涉外商事审判庭主要发挥委托调解和促进调解协议执行的作用。仿效国际商事法庭，涉外商事审判庭在受理案件后，经当事人同意，可委托被纳入涉外商事纠纷解决平台的涉外商事调解机构对案件进行调解。涉外商事审判庭还应探索强制调解前置，做出完善程序安排，配套设置当事人拒绝调解可能产生的法律责任，充分发挥涉外商事调解分流诉讼案件的功能。就当事人经调解达成调解协议的执行问题，《人民调解法》规定经

人民调解委员会调解当事人达成调解协议，当事人可共同向法院申请司法确认，由法院依法确认调解协议的效力，调解协议经司法确认后即具有强制执行力。但《人民调解法》并不适用于涉外商事调解机构调解下当事人达成的调解协议，这类调解协议无法通过司法确认获得强制执行力。为使这类调解协议具有强制执行力，就涉外商事调解机构调解的案件，如当事人达成调解协议，涉外商事审判庭可依据调解协议内容制作调解书或判决书，从而赋予调解协议强制执行力。

就仲裁而言，根据最高人民法院《关于仲裁司法审查案件归口办理有关问题的通知》，中级人民法院涉外商事审判庭受理申请确认仲裁协议效力的案件，申请撤销我国内地仲裁机构仲裁裁决的案件，申请认可和执行香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区仲裁裁决的案件，申请承认和执行外国仲裁裁决案件。此外，仿效国际商事法庭，涉外商事审判庭还应为引入涉外商事纠纷解决平台的涉外商事仲裁机构提供保全措施的支持，在仲裁前或者仲裁程序开始后应当事人的申请，进行证据、财产或者行为保全。

二、争端解决机制程序法的国际化

要为涉外商事纠纷提供优质法律服务，涉外商事纠纷解决机制配套法律制度的国际化必不可少，其中程序法的国际化是重要一环。根据冲突法原则，涉外商事纠纷的实体法可以由当事人选择，但程序法则适用法院地法。因此程序法的国际化无法借助选择适用他国法律来解决，只能通过法院地自身的程序法完善来实现。涉外商事纠纷解决平台应借助自贸试验区之便利，开展程序法的试验，推进民事诉讼法、仲裁法、调解法等的国际化。

（一）国际商事调解制度的引入

关于调解法律制度，就商事纠纷我国目前只有《人民调解法》，适用于人民调解委员会进行的调解，并不适用于“一站式”涉外商事纠纷平台中的调解，我国也没有专门的国际商事纠纷调解法律。商事调解法律制度的国际化，可以考虑在自贸试验区引入联合国国际贸易法委员会制定的《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》。[①]

该示范法对国际商事调解的范围，国际商事调解的程序和国际商事调解下达成的和解协议的执行做出了规定。国际商事调解的判断标准包括主体、客体和法律事实等因素，包括当事人营业地不在同一国家，以及当事人营业地与履行商业关系中主要义务的履行地或与纠纷事项最密切联系地不在同一国家。国际商事调解排除了法官和仲裁员在司法程序或仲裁过程中进行调解试图促成当事人和解的情形。就国际商事调解程序，首先是调解程序的启动，调解程序从争议各方当事人同意参与调解程序之日开始。就调解员人数和选任，调解员在当事人未约定为两人或多人的情况下，通常为一人。如当事人不能就调解员选任达成一致，可请机构或个人推荐调解员人选或直接指定调解员。就调解进行的方式，在当事人未约定调解进行方式的情况下，调解员可以其认为适当的方式进行调解，可与各方同时会面和联系，也可与一方单独会面和联系。调解人收到当事人关于纠纷的信息可以向其他当事人披露，当事人要求保密的信息除外。调解中的相关事实、文件、陈述和建议等不得作为其他程序中的证据，包括：当事人关于参与调解程序的邀请，或曾经愿意参与调解程序的事实；在调解中对可能解决争议的办法所表示的意见或提出的建议；在调解程序过程中作出的陈述或承认；调解人提出的建议；当事人曾表示愿意接受调解人提出的和解建议的事实；完全为了调解程序而准备的文件。就调解程序的终止，调解程序因各方达成和解协议或调解无法继续而终止，具体情形包括：各方当事人订立和解协议；调解。人在同各方当事人协商后宣布继续进行调解已无意义；各方当事人向调解人声明，宣布终止调解

[①] UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the Model Law on International Commercial conciliation, 2002).

程序；一方当事人向其他当事人和调解人声明，宣布终止调解程序。该示范法就是否允许调解员同时担任仲裁员，规定除当事人同意，调解员不得担任同一争议的仲裁员，也不得担任基于同一合同或法律关系或相关合同或法律关系的另一争议的仲裁员。

该示范法对国际商事调解下达成和解协议的可执行性做出了规定。首先界定了国际和解协议，国际和解协议为调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议，其国际性的判断标准与国际商事调解的判断标准相同。国际和解协议排除了消费、家庭、继承、就业方面的协议，以及法院调解下达成的协议，制作成司法判决或仲裁裁决的协议。当事人申请执行国际和解协议，须向请求执行的主管机关出具：由各方当事人签署的和解协议；显示和解协议产生于调解的证据。不予执行调解协议的理由分为两类，第一类需当事人提供证据证明，第二类需主管机关主动查明。第一类理由包括：和解协议一方当事人无行为能力；和解协议根据当事人约定的和解协议的准据法，或在当事人没有约定的情况下，根据主管机关认为应当适用的法律无效、失效或无法履行，和解协议不具有约束力或不是终局的，和解协议已被修改；和解协议中的义务已被履行，不明确或无法理解：执行和解协议违反该协议条款；调解员严重违反适用于调解员或者调解的准则，对和解协议有实质影响；调解员未披露可能对调解员公正性或者独立性产生正当怀疑的情形，对一方当事人产生实质或不当影响，且对和解协议有实质影响。第二类理由包括：执行和解协议违反执行地的公共政策；根据执行地的法律，争议事项具有不可调解性。

在自贸试验区引入《国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》，其意义不仅在于可以为我国的涉外商事调解机制提供法律支持，更重要的是由此建构的国际商事调解法律制度将与国际商事仲裁法律制度、国际商事诉讼法律制度相配合，构成概念统一、相互衔接、体系完整的国际化商事纠纷解决法律制度。纳入国际商事调解法律，就国际商事调解和调解所产生的国际和解协议，其国际性都将有明确的判定标准。调解程序的启动也将有明确的起算时间，以及对调解邀请被拒绝情形的清晰认定。在国际商事纠纷解决中，调解往往与其他争议解决方式相结合，通常当事人会约定在特定日期内如无法通过调解解决纠纷，则转而诉诸其他争议解决方式。因此调解程序的起算时间和如何认定调解邀请被拒绝就非常重要。调解过程中不得作为其他程序证据的相关事实、文件、陈述和建议的范围得到明确。在调解过程中，为促使当事人就达成和解协议做出一定妥协，必须明确划定调解中相关事实、文件、陈述和建议等不得作为其他程序中的证据，以免当事人因有所顾忌而无法尽其最大努力达成和解。调解下的国际和解协议被赋予约束力，和解协议无需经司法确认等方式，一旦订立即具有强制执行力。除存在不予执行的理由，执行地主管机关应当事人申请，应执行和解协议。这就使国际和解协议取得了与国际商事仲裁裁决一样的地位，将有力的推动国际商事调解在我国成为涉外商事纠纷解决的重要方式。

（二）国际商事仲裁法律制度的完善

关于仲裁法律制度，我国《仲裁法》的涉外仲裁部分滞后于国际商事仲裁法律制度的发展，很多规定不符合当前的国际做法，难以满足向国际商事纠纷当事人提供符合国际标准仲裁司法环境的要求。

2019 年 4 月，最高人民法院和香港特别行政区政府律政司在香港特区签署《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》（《安排》），根据《安排》，内地仲裁程序当事人可向香港特区法院申请强制令以及其他临时措施，香港仲裁程序当事人可向内地人民法院申请保全。《安排》对保全的范围、香港仲裁程序的界定、申请保全的程序、保全申请的处理做出了规定。就保全的范围，内地仲裁程序当事人向香港特区法院申请强制令以及其他临时措施，包括在争议裁决前维持现状或者恢复原状、采取行动防止目前或即将对仲裁程序发生的危害或损害，不采取可能造成这种危害或者损害的行动，保全资产，以及保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。香港仲裁程序当事人向内地人民法

院申请保全，包括财产保全、证据保全和行为保全。《安排》对香港仲裁程序进行了界定，系以香港为仲裁地，由在香港设立或总部设于香港，并以香港为主要管理地的仲裁机构，或我国加入的政府间国际组织在香港设立的争议解决机构或者常设办事处，或满足香港订立的有关仲裁案件宗数以及标的金额等标准的其他仲裁机构在香港设立的争议解决机构或常设办事处管理的程序。就香港仲裁程序当事人的保全申请，由被申请人住所地、财产所在地或者证据所在地的内地中级人民法院管辖。内地法院可受理仲裁申请前提出的保全申请，但内地人民法院采取保全措施后三十日内未收到有关机构或者常设办事处提交的已受理仲裁案件证明函件，将解除保全。内地仲裁程序当事人，在仲裁裁决做出前，可以向香港特别行政区高等法院申请保全。就保全申请，内地人民法院可以要求申请人提供担保等，香港特区法院可以要求申请人作出承诺、就费用提供保证等。《安排》仅涉及内地与香港机构仲裁中的保全问题，未就临时仲裁的保全问题做出规定。《香港仲裁条例》允许机构仲裁和临时仲裁，内地自贸试验区根据最高法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》也可以开展临时仲裁。此前最高法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》也包括了对香港临时仲裁裁决的执行。从现实需要，以及内地与香港司法协助安排的一致性出发，《安排》应考虑补充对临时仲裁保全问题的规定。

《安排》在一定程度上弥补了我国《仲裁法》未赋予仲裁庭发布临时措施的权限以及临时措施强制执行力的不足。但从长远看，还是要系统引入国际商事仲裁法律制度，从根本上提升我国国际商事仲裁的法律环境。可以考虑在自贸试验区引入《联合国国际商事仲裁示范法》(《示范法》)，自贸试验区内设立的涉外商事审判庭对国际商事仲裁提供支持和监督时，将适用在《示范法》基础上建立的国际商事仲裁制度而不是我国内地仲裁法，这样就可以最大限度的满足国际商事仲裁案件当事人的需要，为当事人提供国际化的仲裁司法环境。在《示范法》基础上的国际商事仲裁制度，在仲裁类型上包括机构仲裁和临时仲裁，对临时仲裁提供完备的法律支撑。在涉外因素认定标准上非常灵活，不仅包括主体、客体和法律事实的涉外因素，还包括仲裁地，以及允许当事人协议将争议事项提交国际商事仲裁，最大限度的尊重当事人意思自治。赋予仲裁庭发布临时措施的权限以及临时措施的强制执行力。仲裁庭发布临时措施的范围包括：在争议裁决前维持现状或恢复原状；采取行动防止目前或即将对仲裁程序造成的危害或损害，或不实施可能造成这种危害或损害的行动；提供保全资产的措施以备执行后继裁决；保全对解决争议可能具有相关性和重要性的证据。 仲裁庭发布的临时措施被赋予强制执行力，受理承认或执行仲裁庭发布的临时措施请求的法院应确认临时措施的约束力，不得对临时措施的实质内容进行审查。仅在临时措施存在类似于不予承认和执行仲裁裁决的理由，以及未提供仲裁庭要求的担保，或执行临时措施不在法院的权限之内，方能不予承认和执行临时措施。在仲裁裁决国籍的认定上，确立了“领域”标准——即以仲裁地判断仲裁裁决的国籍。这就解决了我国仲裁机构“走出去”和外国仲裁机构“引进来”过程中仲裁裁决国籍认定上机构标准引发的冲突和问题。

（三）民事诉讼程序的创新

关于民事诉讼法律制度，就涉外诉讼部分，可以在汲取其他国家国际商事法庭诉讼程序创新经验的基础上，进行一些调整，普遍适用于涉外民事诉讼。

新加坡国际商事法庭为了使其诉讼程序具有竞争力，对诉讼程序进行了改造，允许当事人通过申请避免普通法诉讼程序中较为繁琐，耗费大量时间和金钱成本的环节，例如证据规则和外国法查明。新加坡国际商事法庭不受新加坡法律证据规则的约束，经当事人申请可以采取外国法的证据规则或其他证据规则，这样当事人就可以避免普通法繁琐复杂的证据开示程序。就外国法的查明，传统上普通法将外国法视为事实问题，需要通过专家证人等方式证明外国法。经当事人申请，新加坡国际商事法庭可依据当事人口头或书面对外

国法的陈述决定外国法问题，节约了聘请专家证人的成本和专家证人作证的时间。通常一国诉讼案件只有在该国职业的律师方能以律师身份出庭，为吸引当事人协议选择其审理案件，新加坡国际商事法庭允许外国律师在特定案件中以律师身份出庭。例如在离岸案件中出庭，即与新加坡没有实质联系的案件，这包括案件的适用法律不是新加坡法律且争议标的不受新加坡法律规制，或争议与新加坡的唯一联系在于当事人选择的适用法律为新加坡法律且协议选择新加坡国际商事法庭。在涉及外国法的案件中，新加坡国际商事法庭可以应当事人申请发布命令，指明某外国律师可就命令列明的外国法问题提交陈述。

我国涉外民事诉讼程序的国际化体现在，在域外证据的认证方面应简化程序，不因此导致过多时间延误，方能适应高效解决涉外商事纠纷的需要。我国已加入《海牙送达公约》和《海牙取证公约》，促进了域外司法文书送达和调查取证的效率。但我国未加入《海牙取消认证公约》——该公约旨在取消外国公文书需经外交或领事认证的要求。[①]大量证据还需通过外交途径认证，手续繁琐耗时。 虽然我国签订的双边司法协助协议有一些包含认证条款，但其数量非常有限，远不能满足包括国际商事纠纷关于证据高效认证的要求。从整体提高国际商事纠纷诉讼程序效率的角度，应考虑加入《海牙取消认证公约》。该公约简化了认证程序，以公文书发出国有权机关签发的附加证明书证明用于证明文书上的签名、印章的真实性以及签字人的身份。

三、争端解决跨境执行机制的完善

我国“一站式”涉外商事纠纷解决机制是否能够发挥为涉外商事纠纷提供多元化争议解决服务的作用，争端解决结果的跨境执行能否得到保障是重要因素。促进争端解决结果跨境执行主要是通过国内立法和多双边途径，以及借鉴其他国家的创新经验。

（一）国际商事调解协议跨境执行的实现

涉外商事仲裁机构做出的仲裁裁决的跨境执行有《纽约公约》的保障。《纽约公约》缔约国已达到 159 个，在世界上绝大多数国家和地区，国际商事仲裁裁决都可以得到跨境执行。 涉外商事调解机构调解下当事人达成的调解协议如何实现跨境执行？目前比较可行的方式是将调解协议转化为具有强制执行力的法律文书。《人民调解法》并不适用于涉外商事调解机构调解下当事人达成的调解协议，这类调解协议无法基于《人民调解法》通过司法确认获得强制执行力。涉外商事审判庭应可依据调解协议内容制作调解书或判决书，从而赋予调解协议强制执行力。此外，这些调解协议也可以基于当事人达成的仲裁协议经涉外商事仲裁机构组成仲裁庭，按照调解协议的内容作出仲裁裁决，从而获得强制执行力。这样调解协议就可以判决或仲裁裁决的形式进行跨境执行。

从多边层面，联合国国际贸易法委员会一直在致力于促进调解所产生的国际商事和解协议的跨境执行。2018 年 6 月召开的联合国国际贸易法委员会第 51 届会议审议并通过了《关于调解所产生的国际商事和解协议的执行公约》（《新加坡调解公约》）。[②]《新加坡调解公约》现已经联合国大会通过，将于 2019 年 8 月向各国开放签署。该公约意图效仿《纽约公约》，实现调解达成的国际商事和解协议全球范围内的跨境执行。《新加坡调解公约》对调解，以及调解达成的国际商事和解协议进行了界定。调解是指由一名或多名第三人协助，当事人设法友好解决其争议的过程，第三人无权将解决办法强加给当事人。国际商事和解协议包括当事人营业地不在同一国家，以及当事人营业地与履行商业关系中主要义务的履行地或与纠纷标的事项最密切联系地不在同一国家。就和解协议的书面形式，要求比较宽松，规

[①] See Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents, 该公约目前已经有 117 个缔约国，该公约适用于香港特别行政区和澳门特别行政区。

[②] UNCITRAL. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.

定和解协议内容以任何形式记录即为书面形式，如采用电子通信，其所含信息可调取以备日后查用即满足书面形式要求。《新加坡调解公约》直接赋予调解达成的国际商事和解协议强制执行力，并对缔约国施加了执行调解达成的国际商事和解协议的义务。当事人向缔约国有权机构申请执行国际商事和解协议时需提交当事人签字的和解协议以及和解协议通过调解达成的证据。缔约国有权机构收到申请后应对和解协议予以执行，其拒绝执行和解协议的理由效仿《纽约公约》不予承认和执行外国仲裁裁决的理由，分为两类，第一类是当事人需提供证据证明，第二类是缔约国有权机构需主动查明。第一类理由包括：和解协议因当事人缺乏缔约能力或依据适用法律无效或无法履行；和解协议不是最终的；和解协议中的义务已履行，或因不明确、不可理解无法执行；执行和解协议违反其条款；调解人严重违反调解准则或未披露可能对调解人公正性或独立性产生正当怀疑的情形，对和解协议有实质影响。第二类理由包括：执行和解协议违反缔约国公共政策；根据缔约国法律争议事项不能以调解方式解决。公约允许缔约国做两项保留，其一是缔约国可声明一方为缔约国或其政府机构的和解协议不适用公约，其二是缔约国可声明和解协议当事人需同意适用该公约，该公约方能适用。缔约国或其政府机构作为一方的国际商事和解协议如能适用公约得到强制执行，将增加调解做为投资者与东道国国际投资争端解决方式的吸引力，国际投资争端的解决方式将得到了丰富。

相较于《纽约公约》,《新加坡调解公约》的特点在于，加入公约的缔约国，一旦该公约生效，即有义务单方执行以该缔约国为执行地的国际和解协议，没有互惠保留，也无需判断国际和解协议的国籍。公约的生效将进一步改善缔约国的国际商事纠纷解决环境，优化其营商氛围，增强缔约国企业在国际商事交易中的竞争力。[①]公约赋予国际和解协议强制执行力，其强制执行力的预期也会督促国际和解协议当事人自动履行和解协议。该公约如有一定数量的缔约国支持，就将使国际商事调解成为与国际商事仲裁一样具有竞争力的国际商事纠纷解决模式。《新加坡调解公约》生效，有望实现涉外商事调解机构调解下当事人达成调解协议的跨境执行。

（二）涉外民商事审判庭判决的跨境执行路径

促进涉外民商事审判判决的跨境执行有两个路径，其一是通过加入国际公约等多边、双边途径保障法院判决的跨境执行，其二是借鉴迪拜国际金融中心法院的做法将法院判决转化为仲裁裁决，从而利用《纽约公约》框架下国际商事仲裁裁决的跨境承认和执行机制。

1.多边和双边途径

新加坡国际商事法庭的判决主要通过以下四种途径实现跨境执行，其一是依据海牙《选择法院协议公约》执行，该公约对基于协议管辖获得管辖权的法院判决的跨境执行做出了规定。根据该公约，排他性选择法院协议约定的缔约国法院享有对该协议适用争议的管辖权，其他缔约国都应尊重该管辖权，各缔约国有义务承认与执行前述法院做出的判决。该公约目前有 32 个缔约国。 新加坡国际商事法庭对案件的管辖权主要来源于当事人协议选择。新加坡就是考虑到 2015 年 1 月设立的新加坡国际商事法庭判决的跨境执行问题，于 2015 年 3 月签署了海牙《选择法院协议公约》，该公约于 2016 年 10 月 1 日对新加坡生效。其二是在英联邦国家以及香港特别行政区通过登记执行。其三是在普通法系国家就判决提起诉讼获得执行，以败诉方为被告就判决基于债的诉因提起诉讼，判决作为债的证据。这一诉讼通常不会就实体问题再做审查，并可能获得即决判决，进而对败诉方执行该即决判决。其四是在大陆法系国家基于互惠获得执行，这些国家对承认和执行外国判决有一定要求，通常包括作出判决的法院有管辖权；判决是终局的，符合正当程序，且未违反执行地的公共政策；判决作出国与执行国存在互惠关系。除以上四种主要途径外，新加坡最高法院还

[①] 范怡娜.:《有关《新加坡调解公约》的八个问题》，载《法制日报》，2019 年 4 月 9 日第 10 版。

与一些法域的法院签署了执行金钱判决的备忘录，就相互执行金钱判决的程序作出了安排。[①]

在国内层面，最高法院正在起草承认与执行外国民商事判决的司法解释，明确拒绝承认与执行外国民商事判决的理由，互惠原则具体适用的标准，承认与执行外国民商事判决的具体程序，提高外国法院判决在中国承认和执行的便利度和透明度。最高法院向世界各国释放我国正在塑造外国民商事判决友好型司法机制的讯号，其根本目的也是推动我国民商事判决的跨境流动。

在双边层面上，我国与其他国家和地区签署了 30 多个司法协助条约，但随着我国作为世界第二大经济体，海外投资迅速增长，民商事判决跨境执行的需求日益增加，现有司法协助条约远远不能满足我们的实践需求。与新加坡类似，我国最高人民法院也积极通过与其他国家最高法院签署执行民商事判决的指导备忘录，促进我国民商事判决的跨境执行。基于国际商事法院常设论坛，我国还在推动商事金钱判决多边备忘录的签署。[②]

在多边层面，中国于 2017 年 9 月 12 日签署了海牙《选择法院协议公约》，正在考虑是否批准该公约。该公约目前只有 32 个缔约国，无法实现法院判决全球范围内的跨境执行。鉴于《选择法院协议公约》的局限性，海牙国际私法会议目前正推动外国法院民商事判决全球性跨境执行的《海牙判决公约》的谈判，我国也积极参与了该公约的谈判。《海牙判决公约》项目已经召开了特别委员会第四次会议，将在 2019 年外交大会继续推进。《海牙判决公约草案》主要对公约的适用范围和判决的承认与执行做出规定。就公约的适用范围，草案规定公约适用于民商事案件法院判决的跨境执行，并排除了一些争议事项。就判决的承认和执行，草案规定了判决承认和执行的基本原则，判决承认和执行的依据，拒绝承认和执行判决的情形，判决承认和执行需要提供的文件，判决承认和执行的程序等。为促进我国民商事判决的跨境执行，我国就承认和执行外国民商事判决所坚持的事实互惠立场也有所松动，在 2017 年 6 月 8 日第二届中国-东盟大法官论坛上通过了《南宁声明》，该声明就我国法院和东盟国家法院在民商事判决的相互承认和执行方面的“推定互惠关系”达成了共识。[③]

除现有机制外，亚洲基础设施投资银行也应该发挥作用，促进涉外商事纠纷判决的自动履行，如同世界银行促进国际投资争端解决中心裁决的自动履行。此外，可以考虑缔结区域性民商事判决的跨境承认和执行公约，从而为涉外商事审判庭判决的跨境执行提供更多的保障。这种区域性判决跨境承认和执行公约的缔结也有助于推动全球性外国民商事判决承认和执行公约的缔结。

2.判决转化为仲裁裁决

迪拜国际金融中心法院创造性的提出将法院判决转化为仲裁裁决，增强其跨境可执行性。该法院 2015 年通过了法院实务指导《判决支付争议提交仲裁》。[④]该实务指导所适用的“判决”是迪拜国际金融中心法院就款项（包括利息和费用）支付的判决，就该判决存在支付争议，判决项下债权人根据该实务指导将争议提交仲裁。对判决支付争议提交仲裁的

[①] SICC. NOTE ON ENFORCEMENT OF SICC JUDGMENTS

[②] 2018 年 8 月 31 日，最高人民法院与新加坡最高法院共同签署了《关于承认和执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，这是最高人民法院与外国最高法院签署的第一个关于承认和执行判决的指导备忘录。国际商事法院常设论坛由英国英格兰和威尔士高等法院发起创办，设有商事法院或审理商事案件法庭的法院均可申请成为成员，已经有包括我国最高人民法院、香港特别行政区高等法院在内超过 35 个国家和地区的法院加入该论坛。见张勇健、杨蕾：《司法机关相互承认执行民商事判决的新探索》，载《人民司法》2019 年第 13 期。

[③] 杜涛：《推定互惠关系 促进“一带一路”诉讼纠纷解决》《人民法院报》2017 年 6 月 15 日第 2 版。

[④] Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration。

要求是：判决已生效；且不涉及雇佣合同或消费者合同；判决没有被提起上诉，且允许一方当事人上诉的期限已过；判决项下债权人和判决项下债务人已书面同意他们之间的判决支付争议根据实务指导提交仲裁。迪拜国际金融中心法院前述法院实务指导具有突破性的意义。在此之前，对仲裁裁决强制执行力的利用仅限于按照当事人自行达成或经调解达成的和解协议内容作出仲裁裁决，将和解协议转化为仲裁裁决，从而使其具有强制执行力。仲裁机构与法院的关系主要停留于法院对仲裁的支持和监督，包括仲裁协议效力的认定，仲裁裁决的承认、认可和执行等。迪拜国际金融中心法院该实务指导则提出将法院判决转化为仲裁裁决，最大限度的利用《纽约公约》框架下国际商事仲裁裁决的跨境承认和执行机制，从而实质性的增强法院判决的跨境可执行性。

涉外商事审判庭也可借鉴这一做法，开启涉外商事审判庭和涉外商事仲裁机构合作的新思路，并对这一做法进一步完善。将涉外商事审判庭判决转化为仲裁裁决的前提是判决项下当事人，即判决项下债权人和债务人达成仲裁协议。涉外商事审判庭判决作出后，在判决项下债务人未履行判决的情况下，判决项下债权人很难与判决项下债务人就将判决支付争议提交仲裁达成协议。在纠纷诉诸法院之前，仲裁协议则较容易达成，可以考虑将仲裁条款纳入合同，作为合同谈判的一部分。这样在纠纷发生后，涉外商事审判庭作出判决，判决项下债务人未履行判决，判决项下债权人将判决支付争议提交仲裁，从而将法院判决转化为仲裁裁决就会比较顺畅。将仲裁条款纳入合同的另一点考虑是，涉外商事审判庭作出判决后，在判决支付争议提交仲裁的威慑下，判决项下债务人更可能自觉履行法院判决。

第五部分 海外国际私法新发展

1.中美经贸摩擦背景下美国单边经贸制裁及其法律应对

龚柏华*

摘　要： 美国单边经贸制裁主要包括贸易制裁和金融制裁，可分为直接制裁和次级制裁。次级制裁由于采取了域外适用的立法和基于扩展联系点而建立的“长臂管辖”，从而产生国家间管辖权的冲突。 中国政府可考虑采用“阻断立法”方法，切断美国单边经贸制裁在我国的效力。中国也可采取必要的法律反制措施，抵消美国单边经贸制裁的功效。 受美国单边经贸制裁影响的中国实体或个体可根据情况采取在美国法院诉讼、申请行政排除、和解及合同条款预防等法律应对方法。

关键词： 单边;制裁;长臂管辖;阻断法

制裁汉语意思为用强力管束并处罚。最早出现在《资治通鉴后唐明宗天成三年》中：“及安重海用事，稍以法制裁之。”[①]制裁英文单词为 Sanctions[②]，指为迫使一个国家执行国际协议或行为准则而采取的军事尤其是经济的国际制裁。发起制裁的国家称实施国，被制裁国家称为目标国。国际制裁行为可追溯到古希腊时代。[③]

国际制裁根据实施主体的不同情况可以分为多边制裁和单边制裁。多边制裁一般指联

* 复旦大学法学院教授，博士生导师；上海市法学会国际法研究会会长。

① 《辞海》第六版，上海辞书出版社，第 2949 页。

② Sanction 一词用作单数名词和动词，意为“批准，认可，准许”。

③ KERN ALEXANDER, ECONOMIC SANCTIONS: LAW & POLICY 8 (2009).

合国安全理事会实施的强制性制裁措施；单边制裁指单独的一国（如美国）或者欧盟作为一个整体实施的制裁。本文主要探讨单边制裁，并以美国为例。

一、美国单边制裁特征和种类

现今世界上最主要的单边制裁来源于美国。美国的单边制裁包括贸易制裁和金融制裁。贸易制裁的主要措施包括：禁止或管制目标国商品进口或出口。金融制裁措施主要包括：对目标国外部融资的限制及对目标国及其公民对外投资的限制。金融制裁的目的是阻止或者阻碍被制裁国的资金流通，尤其是阻止其获取境外资金贷款、投资或援助。[①]

美国单边制裁的早期法律依据主要是 1917 年的《对敌贸易法》和 1977 年的《国际紧急经济权力法案》（International Emergency Economic Powers Act：IEEPA）。该法案（IEEPA）授权美国总统可发布行政命令，管制或禁止与受制裁国家涉及美国产品的贸易或美国公民与受制裁国家的贸易。美国单边制裁在实践中根据与制裁对象的关系，可分为直接制裁和次级制裁。

直接制裁禁止美国人和美国机构与制裁对象之间的经贸来往。这儿的“美国人和美国机构”可以具体指以下几类：第一、美国公民和美国永久居民（绿卡持有者），包括在海外居住者，以及代表非美国公司者。第二、在美国成立的公司，包括其海外分公司。有时候，美国还将在美国的外国公司的子公司以“串通”罪名而连带进去。第三、在美国领域内有行为的非美国人或机构，包括外国银行通过美国金融系统转汇行为。[②]对于非美国人而言，在开展业务时，若与美国存在联结点（如使用美元结算、产品使用了美国组件、交易有美籍员工参与等）也会受美国制裁法律法规的管辖。有时，非美国人在第三国将来源于美国的货物转售给美国制裁对象也将被制裁。有时，有美国参股（多数）的公司也被认定为受美国制裁法管辖的对象。

次级制裁禁止美国人和美国机构与被制裁对象之间进行经贸往来的第三国个人和企业。此外还有更严厉的次级制裁（又称第三级制裁）禁止其它国家与被制裁对象（假设伊朗）继续进行经贸来往的第三国（假设中国）之间的经贸关系。[③]

单边经贸制裁由于涉及其法规的域外效力（extra-territorial application)，因此会与其他国家的管辖权有所冲突。[④]关于美国单边经贸制裁法令域外适用的国际法问题已经有不少学者撰文进行了讨论，本文不再涉及。

美国单边制裁的执行机构是美国财政部海外资产控制办公室（The Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury：OFAC）[⑤]。OFAC 的使命在于管理和执行所有基于美国国家安全和对外政策的经济和贸易制裁。OFAC 被授权许可对可疑财产予以扣押或冻结。OFAC 对其管理范围内的贸易和金融制裁不定期地进行重新评估和更新，根据评估的结果并结合美国的国家安全和外交政策，会发表一系列的制裁名单。

美国的金融机构为了避免来自美国政府的政治压力和法律风险，在进行交易都得要对自己的交易对手进行 OFAC 名单的审查，只有当交易对手不在 OFAC 的名单之内时，才可以与之交易；反之，则必须中止交易。

OFAC 制裁有三大类。第一类为对国家的制裁。上过这份名单的国家及相关主体包括：

[①]黄风：《金融制裁法律制度研究》，中国法制出版社 2014 年版。

[②] Any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States(including foreign branches), or any person in the United States.

[③] 唐瑜霞：“单边国际经济制裁对我国企业的影响”，《法制与社会》，2016 年第 8 期，第 86 页。

[④] 杜涛：《国际经济制裁法律问题研究》，法律出版社 2015 年版。

[⑤] https://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Pages/Office-of-Foreign-Assets-Control.aspx

巴尔干相关，白俄罗斯，布隆迪，中非共和国，古巴[①]，刚果民主共和国相关，伊朗[②]，伊拉克相关，黎巴嫩相关，利比亚，马格尼茨基（与俄罗斯相关），朝鲜，索马里，苏丹和达尔富尔，南苏丹相关，叙利亚，乌克兰/俄罗斯相关[③]，委内瑞拉相关，也门相关和津巴布韦。第二类为特定国家个人的制裁（Specially Designated Nationals And Blocked Persons List ：SDN）。[④]这包括特殊指定个人（如恐怖分子、毒贩）或实体。SDN 名单上有具体的银行、实体和船舶的名字，他们不得与美国人或用美元做生意。如果美国金融机构为制裁的实体转账，其钱款将被冻结到一个独立账户，直到制裁解除。为了精准打击、避免殃及无辜，美国针对个体的制裁又被称为“智慧制裁（smart sanctions）”。[⑤]第三类基于项目的制裁。如血钻石，大规模杀伤性武器等。

美国人和美国机构被美国政府制裁的后果轻者被罚款，重者可能被刑事处罚。如果外国实体被纳入 SDN 名单则可能完全失去美国市场和美元业务。世界上主要国际大银行都有被美国制裁过的经历。例如 2014 年，法国巴黎银行因为通过刻意隐藏、删除敏感信息、逃避金融机构筛查的方式帮助美国制裁对象进行美元交易，结果触犯美国制裁政策，被美国政府处以 89.7 亿美金创纪录罚款。

目前，美国主要的制裁清单有以下两大类型：第一类，美国商务部的制裁清单。这又可分为：1、实体清单（entity list）。向被列入该清单的实体出口或转出口美国管制物项，需要事先向美国商务部申请许可，一般采取推定拒绝许可政策。2、拒绝人士清单（denied person list），禁止与被拒绝人士进行任何违反拒绝令的交易。3、未经核实清单（unverified list），无法完成最终用途核查的最终用户。被列入未经证实清单的后果包括：（1）向未经核实最终用户出口或转出口不能适用许可例外；（2）对于不需要出口许可证的物项也需要提交最终用户和最终用途声明。第二类，美国财政部的制裁清单。这又可分为：1、特别指定国民清单（SDN list），对于被指定的实体或个人，其在美国境内、嗣后进入美国境内或者被美国人控制的财产将受到冻结，美国政府禁止美国人或者在美国境内与这些实体或个人进行交易。对于某些被指定的实体或个人，第三国的企业或个人如果与其进行交易，也会受到美国的制裁，包括自身可能被指定为 SDN。2、规避制裁的外国人清单（Foreign Sanctions Evaders List），是指违反、试图违反、共谋违反或导致违反美国制裁或者为规避制裁的欺骗性交易提供便利的外国实体或个人。禁止美国人或者在美国境内与这些外国实体或个人进行交易。3、外国金融机构受联系账户或过款账户制裁清单（CAPTA List），被列入该清单的外国金融机构被禁止在美国银行开立或维持联系账户或过款账户，或者需要遵守严格条件。

二、在美国法院抗辩美国单边经贸制裁的法律问题

当事者一旦被美国政府列为制裁对象，可根据情况利用美国国内法院进行“不适用”抗辩。到美国法院诉讼之前要穷尽行政救济手段。在美国法院诉讼获胜难度很大，因为制裁涉及美国外交政策和国家安全，美国法院对挑战制裁决定的理由的门槛会放得非常高。

[①] 1996 年，美国国会通过了《古巴自由民主团结法案》（又称《赫尔姆斯—伯顿法案》。2015 年 1 月 15 日，美国政府宣布修改部分现行对古巴的制裁措施，放开旅行(包括旅行服务及保险)、货物进出口及部分金融服务方面的制裁限制。2019 年 3 月 4 日，美国国务卿蓬佩奥宣布恢复执行《赫尔姆斯－伯顿法案》，允许古巴裔美国人从 2019 年 3 月 19 日开始可根据该法案第 3 部分提起归还财产之诉讼。

[②] 1996 年通过《伊朗利比亚制裁法案》（又称《达马托法案》。2006 年更名为《伊朗制裁法案》。2010 年 6 月美国通过《全面制裁伊朗法案》）。2018 年 5 月 8 日美国宣布退出《伊核协议》，2018 年 11 月 5 日美国全面恢复因《伊核协议》而废除的经济制裁措施。

[③]乌克兰危机爆发以后，美国、欧盟相继对俄罗斯相关个人及实体实施制裁并不断加大制裁力度。

[④]具体名单可查：https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx。有 PDF 和 TXT 下载，也可以在线查询。

[⑤] Richard Gordon：Sanctions Law，Hart 出版社 2019 年，第 3 页。

从以往的判例看，当事者一般是从违宪（如正当程序）角度来挑战 OFAC 的决定。美国法院确立诉讼管辖权时通常要考虑以下因素：是否为美国公民；是否进入了美国领域；是否与美国建立了“实质性的联系”（substantial connections)；在美国有无财产或有无银行帐户。

以下是美国法院涉及制裁的部分案例一览表。

案例索引	案例要点
People’s Mohjedin Orannization of Iran v Deaprtment of State 182 F 3d 17 (1999) (PMOI I)	法院仅审查做出制裁所依据信息的充分性。
National Council of resistance of Iran v Department of State 251 F 3d 192 (2001) (NCRI)	本案涉及被制裁对象是否被剥夺美国宪法正当程序权利。法院认为本案涉及美国宪法第五修正案下剥夺财产问题。法院认为，被制裁对象应该享有通知和听证的机会。
People’s Mohajedin Organization of Iran v Department of State 327 F. 3d 1238 (2003) (PMOI II)	法院认为，已经给当事人充分的正当程序。
Holy Land Foundation v Ashcroft 333 F 3d 156 (2003) (HLF)	法院认为，政府在作出制裁对象决定时可依据广泛的证据，包括情报信息和传闻证据。
Islamic American Relief Agency（IARA-USA）v Gonzales 477 F3 728（2007）（IARA）	法院确认，因其附属于主干组织，因而被认定制裁对象是正确的。
KindHearts for Charitable Humanitarian Dev, Int v Geithner 647 F Supp 2d 857 (2009) (KindHearts)	法院认定，OFAC 至少应向被指定制裁对象提供可以公开的信息告知其被制裁的依据。
People’s Mohajedin Organization of Iran v Department of State 613 F. 3d 220 (2010) (PMOI III)	法院认定，美国政府没有给被制裁对象提供可公开的信息；没有提供有意义的听证机会。
Crosby v. National Foreign Trade Council 530 U.S. 363 (2000)	马萨诸塞州一项法令禁止州机构向与缅甸交易的企业和个人采购货物或服务。美国最高法院判决认为其违宪。
Odebrecht Construction Inc. v. Secretary, Florida Department of Transportation 11th. Cir., No. 12-13958, 5/6/13	美国佛罗里达州曾经颁布法令禁止美国企业及其海外分子公司与古巴交易。美国一家公司的巴西子公司 Odebrecht 建筑公司因其美国母公司涉及与古巴交易，被禁止在佛罗里达州参与合同招标而在美国法院诉讼。 美国第十一巡回法院支持了原告请求，认为这种禁止规定违反美国联邦宪法。
Al Haramain v Treasury Department 686 F 3D965 （2012） (AL Haramain)	法院认定，OFCA 没有能够解释其基于国家安全的理由。
Kadi v Geithner 42 F Supp 3d 1(2012) (Kadi)	法院认为，正当程序仅要求提供可公开的信息。
Zevallos v Obama 10 F Supp 3d 111 （2014）（Zevallos）	法院认为，OFAC 一般不需要提供通知和听证。

Richard A. CHICHAKLI, Plaintiff, v. Donald J. TRUMP, et al., Defendants. Civil Action No. 14–2018 (CKK) Signed March 16, 2017Filed March 17, 2017	美国公民 Richard A. CHICHAKLI 认为有关对利比亚的制裁措施侵犯了其权益，要求赔偿。美国联邦地区法院以程序为由驳回诉讼，当事人上诉。上诉法院发回重审。联邦地区法院最终判决，尽管美国公民有权挑战美国的相关法令，但美国法令制裁冻结相关公民的财产不违反“事后追溯条款”（ex post facto clause）。
EPSILON ELECTRONICS, INC., Plaintiff, v. UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY, Office of Foreign Assets Control, et al., Defendants. D.C.Cir., May 26, 2017	法院认为， OFAC 对音响设备生产商向伊朗出口货物制裁措施合理。

三、我国政府应对美国单边制裁的法律手段

制裁与反制裁实际上是国力的较量。中国政府在不确定的中美关系中应防患于未然，将易被制裁的能源进口渠道多元化，增加吸引外资，形成利益共同体。[①]

除了在必要的情况下，向 WTO 提起相关争端解决外[②]，中国可能更需要从本国立法角度进行有效的法律反制。

中国政府在多种场合表明，不承认美国单边制裁对中国企业的域外效力。2017 年 8 月 23 日，外交部发言人华春莹在回答美国财政部因涉及对朝鲜核导项目进行资助和提供便利而宣布新一轮针对中国和俄罗斯实体制裁时，华春莹表示：中方反对在联合国安理会框架外实施单边制裁，尤其反对任何其他国家根据其自己的国内法对中方实体或个人实施“长臂管辖”。中国学者对美国制裁法令的域外效力及“长臂管辖” 的法理和区别进行了研讨。[③]

中国政府在表明我国外交立场的同时，还需要出立法层面对美国单边经贸制裁做出一定的反制措施。2019 年 2 月 25 日，中央全面依法治国委员会第二次会议提出“要加快推进我国法域外适用的法律体系建设。”我国可以考虑相应的法律规定域外适用机制。

中国政府也可参考欧盟等国的做法，出台针对美国单边经贸制裁的“阻断法令”（Blocking Statute）（也有翻译为阻却法令）。《美国对外关系法（第三次）重述》第 442 条注释 4 将阻断立法界定为：“外国企业和个人在面临美国行政机关调查、处罚和刑事诉讼以及美国法院的管辖时，该外国制定立法，禁止本国企业和个人遵守美国主管机关提出的披露、复制、检查、移除位于阻断立法制定地领域内的文件。”[④]

[①] 熊李力、刘丹阳：“中国面临的潜在制裁风险及反制裁路径———基于美欧对俄制裁的比较视角”，《世界经济与政治论坛》，2016 年第 2 期第 1 页。

[②] 有关中美 WTO 争端解决总体情况，参 龚柏华主编：《中美 WTO 争端解决案述评》，上海人民出版社，2019 年 4 月。

[③] 杜涛：“美国单边域外经济制裁的国际法效力问题探讨”，《湖南社会科学》2010 年第 2 期，第 67 页。有学者认为域外管辖、长臂管辖、美国法的域外适用三个概念具有交叉性，但存在很大区别。域外管辖是一个统称概念，长臂管辖限于对人管辖权中的特别管辖权，美国法的域外适用是美国行政机关和司法机关将立法机关通过的具有域外效力的立法适用于美国境外的人和事。参李庆明：“论美国域外管辖：概念、实践及中国因应”，《国际法研究》2019 年第 3 期。

[④] American Law Institute，Restatement(Third) of Foreign Relations Law of the United States §442n.4 (1987).

阻断法令是一种国家宣誓司法主权的象征，以欧盟阻断法令影响力最大[①]。欧盟 1996 年引入《关于应对第三国法案域外适用的保护条例》（简称《阻断条例》），根据《阻断条例》，当欧盟成员国公民或者法人因另一欧盟成员国法人遵循美国制裁措施而遭受损害时，可以向该法人寻求损害赔偿。2018 年 8 月 6 日，欧盟重启阻断法令以保护在伊朗境内运营的欧盟企业免受美国制裁。阻断法令实践效果可能有限，欧盟企业迫于美国压力，纷纷中止与伊朗的交易。

中国可视情况而参照欧盟等国推出阻断法令，提供“阻断”美国单边制裁法在中国的效力。必要时，可增加授权遭受损害的中国企业或自然人有权起诉触发美国制裁法适用的相关公司或自然人（实际上是对“举报人”构成一定的威慑）。也有学者提出建立单边制裁报告制度，要求受次级制裁影响的个人和实体及时向中国政府报告外国有域外效力的法对中国的影响情况，以便中国政府及时了解外国法域外适用对中国的影响并能够迅速采取反制，有效保护中国个人和实体的合法权益。[②]

根据美国的判例，如果中国公布了相关“阻断法令”，即中国企业或自然人在“法律上”不得遵从美国的单边制裁法令否则会被中国法律处罚，则美国法院需要考虑当事人“两难处境”，可能会根据“国际礼让”原则或“外国主权强迫原则”而判令美国单边制裁法令（或其他相关法令）不适用。例如在美国竞争者告中国维生素 C 企业在中国价格同盟而触犯美国反垄断法即域外适用案中，美国上诉法院就是因中国有“惩罚性规定”存在而采取了“国际礼让”，不予追究。[③]美国当事方将该案告到了美国最高法院，美国最高法院以外国法查明不仅仅依据外国政府的说明为由，要求发回重审。这并没有否定“国际礼让”规则在美国司法中的存在和适用。又如，在美国法院要求中国的银行在美国的子行提供在中国大陆母行的帐户信息案件中，中国相关当事者也以“中国政府有禁止向外披露信息的法令”即“阻断”规定为由进行了抗辩。

此外，我们也可参照美国的做法，针对美国单边经贸制裁的“清单”模式，制定我国相关的反制清单，以达到一定的威慑作用。2019 年 5 月 31 日，中国商务部宣布，中国将建立“不可靠实体清单”制度，对基于非商业目的，对中国实体封锁、断供或其他歧视性措施，对中国相关产业造成实质损害，对国家安全构成威胁或潜在威胁的外国法人、其他组织或个人将列入其中。[④]具体而言，列入“不可靠实体清单”的标准为：1、该实体是否存在针对中国实体实施封锁、断供或其他歧视性措施的行为；2、该实体行为是否基于非商业目的，违背市场规则和契约精神；3、该实体行为是否对中国企业或相关产业造成实质损害；4、该实体行为是否对国家安全构成威胁或潜在威胁。

四、我国实体和个人应对美国单边制裁的法律措施

尽管从中国外交立场角度，中国政府不承认美国单边经贸制裁法令的域外效力及其“长臂管辖”，但从美国的经济实力和广阔的市场的现实考虑，中国相关企业和个人仍然要避免被美国制裁法规的“域外适用”及“长臂管辖”。一旦被“长臂管辖”则需要考虑采取适当的法律应对措施。

自这轮中美贸易摩擦以来，已经有多起中国企业和个人被美国相关部门认定违反美国制裁措施而遭罚款。2018 年 6 月 7 日，美国商务部指控中兴通讯违反针对伊朗的制裁规定，

[①]加拿大、墨西哥、澳大利亚也有类似法令。

[②] 杨永红：“次级制裁及其反制——由美国次级制裁的立法与实践展开”，《法商研究》，2019 年第 3 期，第 176 页。

[③] 参龚柏华主编《新近中美经贸法律纠纷案例评析》，上海人民出版社，2017 年 7 月版，第 115 页。

[④] http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/e/201905/20190502868927.shtml （2019 年 6 月 6 日访问）

中兴通讯被迫支付 14 亿美元罚金，更换董事会和管理层，接受美国商务部指派的合规审查员。2018 年 8 月 1 日，美国商务部以国家安全利益为由将 44 家中国企业列入出口管制实体清单。2018 年 10 月 29 日，美国商务部将福建省晋华集成电路有限公司列入出口管制实体清单。2019 年 5 月 15 日，美国商务部将华为及其 70 家所属公司列入纯进口管制实体清单。截止 2019 年 5 月底，中国已有 413 个实体或个人被美国作为制裁对象。

中国实体或个人被美国列为制裁对象后，可采取的法律救济措施如下。

1、争取从制裁名单中去除

为保证制裁的合理性，美国单边经贸制裁不是禁止所有的交易往来和资金流转，根据不同的事件，有不同的制裁方式，会有一定程度的例外豁免。例如，美国 OFAC 会签发一些许可证，允许与受制裁的国家进行贸易，这些贸易的商品通常是关乎民生的，不会危害国家安全，例如食品、体育器械、部分医疗等。

2、与美国制裁执行部门和解

万一被美国 OFAC 盯上并且有一定的证据 ，中国企业也可积极争取和解，同 OFAC 签署和解协议。中兴通讯就是这方面的案例。2018 年 12 月 12 日，烟台杰瑞石油服务集团股份有限公司同意支付 2,774,972 美元，以和解该公司因 11 项明显违反《伊朗交易和制裁条例》而可能承担的民事责任。[①]

3、提起诉讼抗争

“孟晚舟案”表面原因是美国对伊朗单边金融制裁适用而引起的，目前该案还停留在加拿大是否应该将孟晚舟引渡给美国的阶段。根据加拿大法律，如果被指控的行为在加拿大不构成犯罪，则不得引渡即引渡的双重犯罪原则。美国对孟晚舟的指控如果是基于违反美国对伊朗实施的单边金融制裁，则可抗辩加拿大目前并没有针对伊朗的金融制裁，因此与银行的相关交易不存在违反加拿大法律的风险，从而不会导致银行遭受经济利益损失风险。美国可能以孟晚舟误导外国金融机构违反美国单边金融制裁从而构成欺诈来提出引渡。

2019 年 5 月 16 日，美国商务部发表声明称，将华为及其 70 个关联企业列入美方“实体清单”，禁止华为在未经美国政府批准的情况下从美国企业获得元器件和相关技术。受美国管辖的个人以及所有从事受美国出口管制的商品、软件和技术交易的公司，被禁止与华为实体做生意。华为已经在美国提起诉讼，指控美国相关部门的做法违宪。

4、 做好预防措施，在合同中加入“单边经贸制裁为不可抗力”免责条款

遭遇美国单边经贸制裁是否可作为不可抗力而主张合同免责？这可能在司法实践中存在分歧。中国《合同法》第 94 条第 1 款把“因不可抗力致使不能实现合同目的”作为可以解除合同的条件之一，进而又在第 117 条中对“不可抗力”做出了具体的解释：“本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”在合同中，通常将不可抗力事件约定为三类：第一，由自然原因造成，如洪水、地震、暴风雨等；第二，由社会原因造成，如暴乱、战争等，现新增恐怖主义；第三，其他原因，可包括政府行为。

中国合同法理论和有关立法没有排除政府行为作为不可抗力的免责事由。政府禁令或命令有可能被认定为不可抗力，但政府行为并不必然成为合同当事人可以主张的不可抗力，还要考察其是否符合不可抗力的几个要件。首先，是否为不能预见。政府禁令并非绝对不可预见，而是具有一定的可预见性。当事人如果已经可以合理地预见到某项政府行为将会作出，就不能援引其作为不可抗力。其次，是否为不能避免、不能克服。作为行政机关发

[①] 据称，从 2014 年 10 月 2 日左右到 2016 年 3 月 4 日左右，杰瑞集团似乎至少违反了《伊朗交易和制裁条例》第 203 条和第 204 条的规定，通过中国向伊朗的最终用户出口或再出口，或试图出口或再出口美国原产货物。杰瑞集团在知道或有理由知道美国原产物料在生产、混合或并入与中国制造的货物后，是为了供应、转运或再出口给伊朗最终用户的情况下，还出口了某些美国原产的物料。11 批货物中有 2 批在离开美国之前被美国海关边境保护局扣押。所涉货物包括油田设备，如备件、连续油管管柱和泵套。

布的贸易禁令，自然人及法人是必须应当遵守的，否则就要承担相关的行政责任。中国《对外贸易法》第 61 条规定：进出口属于禁止进出口的货物的，或者未经许可擅自进出口属于限制进出口的货物的，由海关依照有关法律、行政法规的规定处理、处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

目前，在国际经贸实践中，中国当事方应注意到单边贸易制裁可能带来的影响，因此可尝试在合同中制定一些专门针对制裁的格式条款免除自己可能面临的法律责任，这种条款被称为“制裁条款”。

美国的单边制裁还会影响到国际贸易中的信用证结算。如果议付行是美国银行，如果信用证单据中涉及美国制裁名单上的实体，美国银行就会主动扣留相关单据，听取美国 OFAC 的意见，从而导致信用证结算的耽搁。

中国的银行机构为了避免受美国次级制裁的影响，往往会在信用证开证时提出了一些附加规定（“制裁免责”），如交通银行开出信用证时附加条款规定：“鉴于联合国、欧盟、美国及其他国家或机构发布实施的制裁条例，我行对于单据的任何延误或未退还、未付款或其他适用于我行的法律、制裁条例或法院命令规定的作为或不作为予以免责。”关于信用证中的制裁条款是否可构成免责理由，仍然有争议。[①]

总之，中国企业在参与国际经贸活动时要注意国际制裁特别是美国单边制裁的影响。在签订合同及履行合同中，要严格审查，保证业务合规②，排查敏感国家、地区以及政治敏感人，要建立起自身的“制裁名单”排查体系，做好客户背景调查。要审查货物原产地、目的地、制造商及最终用户等信息。万一被牵涉到与制裁对象有关，也要通过制裁例外豁免制度维护正当权益。

2.法律与外交视角下中美“贸易战”原因分析及应对策略

——法律技术脱节和权力转移

孙舒*

摘 要：长期以来，中国因无法达到与发达国家对等的国际贸易法规定而受以美国为首的发达国家诟病。法律技术脱节是中美贸易长期存在的问题，中国在加入 WTO 后积极修订国内法律规定寻求与国际接轨，但是依然与欧美发达国家存在差距。以美国为首的发达国家在督促中国修正法规的同时与中国发展成紧密互补的贸易关系。近期，美国认为中国通过在国际货物贸易领域的优势占领美欧等发达国家的市场，同时提出一带一路倡议开始占领新兴国际贸易市场，中国通过经济外交不断提升国际影响力，新的一轮权力转移正在中美之间发生。本文认为正是法律技术脱节和权力转移共同促成了 2018 年中美“贸易战”，美国试图通过“贸易战”施压，要求中国全面修订法律规定与美国标准对等，从而达到拖慢中国发展进程、增强美国在国际贸易市场的相对优势、压缩中国的国际市占有率同时开辟更大的美国国际贸易市场，最终达到扭转权力转移进程的目的。中方应认识到法律改革是我国全面参与国际贸易的必由之路，“修昔底德”陷阱也是权力转移过程中可以超越的，

[①] Michaela Kappeler, Bruno Zeller：The Effect of Sanctions on Letters of Credit，Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration， 21 VJ 22，2017。

[②] 2019 年 5 月 2 日，美国 OFAC 制定并发布了《OFAC 合规承诺框架》，该框架概括了有效制裁合规计划应具备的五个基本要素。”这五个要素分别是：(1) 管理层承诺；(2) 风险评估；(3) 内部控制；(4)测试和审计；(5) 培训。

* 孙舒，外交学院 2017 级博士研究生（北京 100037）。

从法律与外交两条路径上正面应对中美“贸易战”是最优选择。

关键词：法律与外交;贸易战;法律技术;脱节;权力转移

Abstract： For a long time, China has been criticized by developed countries, led by the United States, for failing to reach the same level of international trade law as developed countries. Recently, the United States believes that China occupies the market of developed countries such as the United States and Europe by virtue of its advantages in the field of international trade in goods, and proposes the initiative of One Belt And One Road to begin to occupy the emerging international trade market. China continues to enhance its international influence through economic diplomacy, and a new power transfer is taking place between China and the United States. This paper argues that it is the disconnection of legal technology and power shift that jointly contributed to the "trade war" between China and the United States in 2018. The United States tried to press China to comprehensively revise its legal provisions to match the standards of the United States through the "trade war", so as to slow down the development process of China, enhance the comparative advantage of the United States in the international trade market, reduce the share of China in the international market and open up a larger international trade market of the United States, and finally reverse the power transfer process. China should realize that legal reform is the only way for China to fully participate in international trade, and the trap of thucydides can be surpassable in the process of power shift. It is the best choice to deal with the "trade war" between China and the United States from the two paths of law and diplomacy.

Key Words： law and diplomacy trade war legal technology disconnection power shift

特朗普上台后，主张单边主义和贸易保护主义，其领导团队宣称“自由贸易是一条双行道”，要求发展中国家在内的贸易伙伴按照美国标准实施关税税率和进口壁垒，并宣布在解决国际贸易争端时将优先使用国内法。[①]2017 年 8 月开始，美国综合运用“301 调查”“232 调查”、限制出口、大规模惩罚性关税、谈判施压、与贸易伙伴重谈 FTA（自由贸易协定等

[①] 洪俊杰、杨志浩：《从历史看中美贸易摩擦》，《财经智库》，2018 年第 4 期，第 42 页。

手段，对中国展开了疾风骤雨式的“贸易战”。[①]

一、问题提出

（一）中美爆发“贸易战”的法律与外交背景

美国以平衡贸易逆差为由发起的对华“贸易战”背后有着更深层次的法律与外交原因，因为中美贸易逆差并不是中国崛起造成的。美国从 20 世纪 70 年代中期开始持续出现贸易逆差现象，产生这一现象的原因主要是美元的特殊国际地位、美国贸易结构的不平衡和美国国内消费市场繁荣等[②]。

1、法律背景

自 2001 年 12 月 11 日中国正式成为 WTO 成员。此后，美国贸易代表办公室作为牵头单位根据法律规定，每年向国会提交一份关于中国履行 WTO 承诺情况的报告。报告不仅概括中国履行承诺的情况还从双边和多边“双轨制”的角度介绍中美经贸关系情况。从历年报告内容看，2006 年是一个分水岭，对 2006 年之前的评价总体比较积极，肯定了中国履行承诺的巨大努力，特别是修改法律、宣传培训和全面降低关税开放市场。2006 年中国实施加入承诺的过渡期全部结束，美国认为中国经济改革步伐开始放慢、经济干预增加，美国开始在 WTO 频繁提起对华诉讼。[③]商务部资料显示，从 2007 年到 2016 年 4 月，美国共发起“337 调查”392 起，其中涉华案件多达 169 起，占比 43%，我国已连续多年成为“337 调查”涉案最多的国家。[④]

2、外交背景

2015 年 2 月奥巴马政府发布的《美国国家安全战略报告》出现严重的对华安全关切，华盛顿需要一个新的对华大战略，即以平衡中国实力的扩大而不是继续协助它崛起。这样的一个战略是为了限制中国的地缘经济实力对美国在亚洲及全球的国家利益构成的威胁。[⑤]中国长期奉行的“韬光养晦”战略和美国对华实行“接触加遏制”战略，中国经济快速发展，东亚国家开始实行经济上靠中国安全上靠美国的两面下注政策，[⑥]东亚地区已经形成了双力量中心的“二元格局”冲击美国在东亚地区的霸权。

[①] 2017 年 8 月美国总统特朗普签署备忘录指示美国贸易代表办公室（USTR）对中国开展 301 调查，依此为契机吹响了中美“贸易战”的号角。2018 年 2 月 16 日美国商务部发布 232 调查结果，认为钢铝进口现在可能威胁美国家安全；2018 年 3 月 23 日起美国对进口钢铁和铝产品全面征税；3 月 23 日美国 USTR 发布《基于 1974 年贸易法 301 条款对中国关于技术转移，知识产权和创新的相关法律，政策和实践的调查结果》，宣布拟对中国部分商品加征 25%关税；2018 年 4 月 1 日中国宣布对原产于美国的约 30 亿美元商品中止关税减让义务；4 月 4 日美国发布涉及 500 亿美元的中国进口产品的惩罚关税清单；同日中国发布反制清单并就美国对华 301 调查并征税措施在 WTO 争端解决机制下提起磋商；2018 年 4 月 16 日，美国商务部发布公告，决定对我国企业中兴通讯从技术到商品全面禁售 7 年；2018 年 5 月美国商务部同中兴达成新的协议，包括中兴通讯将支付合计 14 亿美元民事罚款，中兴通讯更换董事会和高管层，由美国商务部委派的合规团队监督中兴遵守协议的情况等之后恢复业务；2018 年 6 月 16 日美宣布对 500 亿美元商品加征关税，主要集中在高科技领域，将于 7 月 6 日起实施；中国同日发布同等反制措施;2018 年 7 月 10 日美宣布拟对 2000 亿美元中国产品加征约 10%的关税，8 月 1 日又宣布将 2000 亿美元商品的关税提高至 25%；8 月 3 日中国宣布拟对 600 亿美元的美国商品征收 25%-5%不等的关税；8 月 23 日中国在 WTO 起诉美国 301 调查项下对华 160 亿美元产品的征税措施；中美双方在 2018 年 9 月 24 日同时对中国的 2000 亿美元商品加征 10%进口关税对美国的 600 亿美元商品加征 10%和 5%的关税；2018 年 9 月 18 日中国在 WTO 追加起诉美国 301 调查项下对华 2000 亿美元产品的征税措施；2018 年 10 月 29 日美国宣布将福建省晋华集成电路有限公司列入美出口管制“实体清单”；2018 年 11 月 20 日美国贸易代表办公室（USTR）更新了 301 调查报告，指责中国政府支持的知识产权和技术偷窃活动还在继续。

[②] 杨庆：《2018 年中美贸易摩擦形势分析及未来展望》，《经济学研究》，2018 年第 6 期，第 29 页。

[③] 杨国华：《世界贸易组织与中国》，清华大学出版社，第 185-186 页。

[④] 宫毓雯、华晓红：《国际经济新形势下我国应对贸易争端的对策研究_基于典型案例启示》，《国际贸易》，2017 年 11 期，第 61 页。

[⑤] 杨庆：《2018 年中美贸易摩擦形势分析及未来展望》，《经济学研究》，2018 年第 6 期，第 19 页。

[⑥] 齐皓：《东亚“二元背离”与中美的秩序竞争》，《战略决策研究》，2018 年第 3 期，第 6 页。

2017 年底，特朗普签署的《美国国家安全战略报告》中表示美国“与竞争对手的接触以及将其纳入国际机构和全球贸易，将使它们成为良性的参与者和可信赖的合作伙伴。在很大程度上，这个前提被证明是错误的。”[①]以贸易保护主义为传统的共和党治下的美国制定了强硬的对华贸易战略。

（二）学界现有研究

中美“贸易战”爆发以来，中外学者从多个角度分析了这一现象。国内学者分别从美国对欧洲和日本发起“贸易战”的历史规律分析中美贸易战的经济原因和应对策略，但我国特殊的经济发展模式和体量决定了中美“贸易战”与美欧美日“贸易战”本质上的不同；[②]国际贸易领域的学者从专业角度分析了中美爆发“贸易战”的经济学原理和对中美双方的影响，中方会受到更大的冲击；[③]国际法领域的学者从中国国内法律问题、美国国内法的“长臂管辖”特点和 WTO 争端解决的缺陷分析中美“贸易战”，法律争议严重是中美爆发“贸易战”的重要原因；[④]国际关系学者主要从地缘经济理论分析了中美之间存在的“金德尔伯格陷阱”和“修昔底德陷阱”以及中国提出一带一路倡议、《中国制造 2025》计划等，认为中美爆发“贸易战”是中美两大经济体之间权力转移的结果。[⑤]以上研究都在一定程度上解释了中美“贸易战”现象，但是没能解释中美“贸易战”为何在 2018 年爆发，也无法解释这种激烈程度。

本文试图从法律与外交的视角分析中美“贸易战”爆发的原因，提出法律技术脱节和权力转移共同促成了 2018 年中美“贸易战”爆发的解释视角，并进一步提出了法律与外交方向上的政策建议。

二、2018 年中美爆发“贸易战”原因分析

（一）中美爆发“贸易战”的法律原因——法律技术脱节

1、中国国内立法和司法问题

虽然我国在外资管理、海外并购以及知识产权执法领域取得了很大进步，但与发达国家相比还有很大的差距。政策不透明、法律地区化和碎片化严重、行政执法不严等问题较为突出。[⑥]

美国《2019 年国家贸易评估报告》中提出了中国存在的贸易障碍。在产业政策上，美国认为中国继续推行旨在限制进口产品、外国制造商和外国服务供应商市场准入的产业政策，同时中国持续为国内产业提供政府指导、资源和政策支持；在政府采购领域，中国远没有达到承诺加入 WTO《政府采购协定》的要求；在贸易救济方面，中国在法律和事实不

[①] 余永定：《对中美贸易战的几点看法》，《清华财经评论》，2018 年第 7 期，第 21 页。

[②] 张力瑶：《美日贸易战对当前中美贸易冲突的启示》，《商业现代化》，2018 年第 1 期；洪俊杰、杨志浩：《从历史看中美贸易摩擦》，《财经智库》，2018 年第 4 期；管涛：《从两轮关税措施到按下_暂停键_中美贸易争端的回顾与前瞻》，《中国外汇》，2018 年第 12 期；薛威：《从美国贸易保护的历史看中美贸易争端》，《中国外汇》，2018 年第 1 期。

[③] 薛威：《从美国贸易保护的历史看中美贸易争端》，《中国外汇》，2018 年第 1 期；伍山林：《从战略高度认识和应对中美贸易争端》，《国际贸易》，2018 年第 6 期；邓仲良：《从中美贸易结构看中美贸易摩擦》，《中国流通经济》，2018 年第 10 期；王东东：《从中美贸易争端看突破关键核心技术之紧要》，《浙江经济》，2018 年第 9 期。。

[④] 宁彦昕：《论中美知识产权争端新动向及中国应对措施》，《法学研究》，2018 年第 7 期；马海涛：《以法律战应对贸易战》，《人民论坛》2018 年第 9 期；周亚光：《应对中美贸易争端的国际法策略》，《人民论坛》，2018 年第 7 期。

[⑤] 【美】Graham Allison, Destined for War--Can America and China escape Thucydides’s Trap?,陈定定，傅强译，上海人民出版社。

[⑥] 马海涛：《以法律战应对贸易战》，《特别策划》2018 年第 9 期，第 36 页。

充分的情况下发起贸易调查；在知识产权方面，中国知识产权保护和执法制度仍存在诸多不足，给美国的出口和投资造成严重障碍；在服务贸易方面，美国指责中国对服务市场准入进行限制，例如在银行、证券和资产管理、保险、电子支付、云计算、电信、视听服务、电影制作和发行、快递和法律服务等领域存在歧视性监管程序，对准入和扩张的非正式限制，繁琐的许可和运营要求；在农业领域，中国对农业生物技术的审批手续漫长且不确定，中国的食品安全法和其他相关法律法规对食品进口和注册施加了复杂的要求；在透明度方面，指责中国在贸易措施信息发布、法律法规及措施的通知评议程序，以及翻译文本的提供方面不足；在法律架构上，美国认为中国在行政许可、竞争政策、非政府组织待遇、商事纠纷解决、劳动法、土地使用和反腐败方面存在不足。[①]

2、美国国内法——长臂管辖权

美国贸易保护主义政策下制定的《1930 年关税法》和《1988 年综合贸易与竞争法》，这两大法案包含了著名的“337 条款”和“301 条款”。

“337 条款”是美国针对外国进口产品侵犯本国知识产权行为实施的一项准司法救济政策。依据美国关税法中的相关规定，该调查由美国国际贸易委员会针对受诉企业展开，通过贸易制裁措施制止外国企业对美国知识产权的侵害，“337 调查”以其立案门槛低、程序简易、打击面广、有效排斥进口的特点成为美国设置知识产权壁垒、保护本国市场、实施对内防御的重要盾牌。[②]

“301 条款”是早期美国对外国展开调查，实施贸易制裁，推行单边保护主义的有力武器，但随着 WTO 的建立、多边解决机制的出现，“301 条款”在很长一段时间处于休眠状态，特朗普上台后“301 条款”这个代表美国单边主义的武器被再次举起。[③]

除了众所周知的“337 条款”和“301 条款”，还有鲜为人知的《反海外腐败法》，《反海外腐败法》的立法本意虽然在于禁止美国公司的海外贿赂，但是该法使用了“美元”作为法律管辖连接点，使得全世界使用美元结算的所有公司都处于该法的管辖范围之内。[④] 2018 年出版的《美国陷阱》[⑤]讲述了美国发动其所谓“法律战”陷害并拘捕法国能源巨头阿尔斯通公司前高管，并以巨额罚款为手段胁迫阿尔斯通接受通用电气的低价收购这一真实事件，揭露了美国司法机构和大企业狼狈为奸的黑幕。皮耶鲁齐通过实证研究，发现美国通过使用《反海外腐败法》导致全球 27 家大型跨国公司深受其害。

3、WTO 机制问题和上诉机构危机

WTO 现有规则将美国禁锢在不合理的关税承诺中，例如为保护和促进发展中国家的发展，WTO 实行“差别优惠待遇”，发达国家关税减让较大而发展中国家关税减让较小，美国的汽车进口关税是 2.5%而中国的汽车进口关税是 25%。[⑥]且美国认为 WTO 未能为全球经济谈判达成新的规则，美关心的议题迟迟无法在 WTO 回合谈判中取得进展，2001 年以来多哈回合谈判的无果而终让美国对 WTO 失望。

WTO 争端解决耗时很久。WTO 统计数据显示，截至 2017 年 6 月 WTO 争端解决机制已累计受理 525 起争端案件，其中约有 28%案件在磋商谈判阶段达成一致并未进入专家组

---

① 报告原文见：https://ustr.gov/sites/default/files/2019_National_Trade_Estimate_Report.pdf .登录时间 2019-05-01.

② 宁彦昕：《论中美知识产权争端新动向及中国应对措施》，《法学研究》，2018 年第 7 期，第 19 页。

③ 同上。

④ 田飞龙：《“皮耶鲁齐陷阱”与中企面临的美国法风险》，见 FT 中文网 http://www.ftchinese.com/story/001083000?dailypop&archive.登录时间 2019-06-03.

⑤ [法] 弗雷德里克·皮耶鲁齐 、[法] 马修·阿伦 ：《美国陷阱》，法意译，中信出版社，2019 年版。

⑥ 沈陈：《从多边贸易体系看中美贸易摩擦的根源与应对》，《海外投资与出口贷款》，2018 年第 3 期，第 22 页。

程序，约 32%的专家组报告被采纳未继续提起上诉，那么上诉率高达 68%。[①]从程序上看，一个完整的 WTO 争端案件需要经过磋商、专家组、上诉、执行、执行之诉专家组、执行之诉上诉、报复仲裁等阶段，短则 5 年长则 10 年，此程序设计，难以立即挽救起诉方的短期利益。[②]“贸易战”爆发以来，美国还指责上诉机构越权侵犯 WTO 成员主权并以此为由拒绝任命上诉机构法官，导致 WTO 争端解决机构面临瘫痪的风险。[③]

（二）中美爆发“贸易战”的外交原因——权力转移

中国自 1978 年开始持续的国际贸易增长，2001 年加入 WTO 后中国对外贸易额激增，中国货物进出口额从 2001 年 5097 亿美元增长到 2017 年约 4 万亿美元，16 年增长 6.85 倍，年均增速 13.9%[④]。并在 2014 年 GDP 总量首次超过 10 万亿美元，2017 年中国 GDP 总量占全球比重为 14.84%。[⑤]中国在 2013 年提出一带一路项目，整合全球新兴国际贸易市场，耗资超过 1.4 万亿美元，根据投资者和前国际货币基金组织经济学家任永力（Stephen Jen)的数据，即使将通货膨胀因素考虑在内，这一项目也相当于 12 个马歇尔计划。[⑥] 2014 年国际货币基金组织估计美国经济规模为 17.4 万亿美元，中国经济规模为 17.6 万亿美元。[⑦]中国发展势头迅猛，贸易数据的统计让美国觉得其经济霸主地位受到威胁。[⑧]

美国自 20 世纪 70 年代中期开始持续的国际贸易逆差，占全球经济总量从 2000 年的 30%下跌到 2017 年的 24.2%。在货物贸易领域，美国传统制造业出现空心化，发达国家的国际市场和美国国内市场基本已经饱和，新兴市场领域难与中国竞争，面临和中国分享地区主导权的危机。在服务贸易领域，占据优势的知识产权密集型产品、服务和技术未获得公平的市场准入无法获得可以平衡货物贸易的交易额。[⑨]

中美之间的“修昔底德陷阱和“金德尔伯格陷阱”

中国作为新兴大国与美国作为全球体系中最大守成国关系，决定了中国崛起的阶段性成就给美国在国际治理体系中的主导地位带来了冲击。基于这一现状，美国国际关系学界分别提出了中美关系面临“修昔底德陷阱”和“金德尔伯格陷阱”。2015 年哈佛大学教授格雷厄姆·艾利森提出太平洋地区已出现“修昔底德陷阱”的论断，提醒政府充分认识来自中国的威胁，美国对中国崛起的不安、怀疑和猜忌在明显上升。[⑩]2017 年 1 月 19 日美国著名政治学家、哈佛大学教授约瑟夫·奈在法国新闻网刊文，认为美国候任总统特朗普内阁团队在筹备其对华政策时，除了要警惕大家已经熟悉的“修昔底德陷阱”外，还“必须担心‘金德尔伯格陷阱’：对手主动示弱而不是示强。”文中质疑随着中国综合实力的不断壮大，是否会为提供全球公共产品贡献自己的力量，暗示美国新政府应该让中国承担更多的世界责任，以避免美国由于承担太多责任而陷入难以自拔的困境。[11]

---

① 宫毓雯、华晓红：《国际经济新形势下我国应对贸易争端的对策研究_基于典型案例启示》，《国际贸易》，2017 年 11 期，第 62 页。

② 孙昭：《寸土必争的世贸争端》，知识产权出版社，2015 年，第 2 页。

③ 孔庆江：《试论中美贸易摩擦持续情况下的中国对策》，《国际贸易》，2019 年第 1 期，第 40 页。

④ 卢锋、李双双：《美国对华经贸政策转变与两国贸易战风险上升》，《国际经济评论》，2018 年第 3 期，第 69 页。

⑤ 张铃钒：《逆全球化下中国贸易格局调整研究》，《合作经济与科技》，2018 年第 8 期，第 72 页。

⑥ 参见“Our Bulldozers, Our Rules,” Economist, July 2 , 2016, http:// www. Economist. Com/news/china/21701505-chinas-foreign-policy-could-reshape-good-part-world-economy-oue-bulldozers-our-rules;vEnda Cur ran, “China’s Marshall Plan,” Bloomberg, August7, 2016, www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-07/china-s-marshall-plan.

⑦ 同 12 ,第 23 页.

⑧ 孔庆江、李旭：《美国对华启动 301 条款调查及其对中国的影响》，《法律适用》，2017 年第 20 期，第 119 页。

⑨ 同上，第 115 页。

⑩ 蔡翠红：《中美关系中的“修昔底德陷阱”话语》，《国际问题研究》，2016 年第 3 期，第 13 页。

11 见法国欧洲新闻网 2017 年 1 月 9 日文章，原题：金德尔伯格陷阱：特朗普的中国挑战？

（三）法律技术脱节因素和权力转移因素的关系

中美之间法律技术脱节问题已经存在了近 20 年，中国在 2008 年就超越日本成为全球第二大经济体。中美经贸依然在磕磕绊绊中发展前行并在这期间承担两国关系的“压舱石”和“稳定器”。中国经济在加入 WTO 后取得了惊人的成果，以经济带动外交发展的经济外交成为我国参与国际政治的主要形式。中国在全球各个层面的影响力显著提升。

《美国国家安全战略报告》提出，“数十年来，美国一直纵容中美不公平的贸易往来。中国利用倾销、歧视性非关税壁垒、强制技术转让、非经济手段、产业补贴和来自政府和国有企业的支持等获取经济利益。”[①]中国的崛起使美国感觉自己的霸权地位受到了威胁，认为不能再纵容中国在贸易领域的法律技术缺陷，要求中国修改制定可立即执行和监督的与美国对等标准的经贸政策和法规。

可以看出，在过去几十年中美经贸关系中，虽然法律脱节问题一直存在中美之间却未曾爆发大规模“贸易战”，中美经贸交往中的法律问题大都通过谈判或司法手段解决。直到近期，美国认为权力转移正在中美之间发生，而中国正是依靠在全球贸易机制中搭便车——法律技术脱节才取得了权力的快速增长。美国为扭转中美之间权力转移的趋势，决定不再给中国在国际贸易领域搭便车的机会，要求中国改革国内政策、法规，全面执行与美国对等的贸易规定。因此，法律技术脱节因素和权力转移因素共同促成了 2018 年中美“贸易战”。

三、应对中美“贸易战”的中国策略

（一）法律方面

1、积极修改完善国内经贸政策、法规

不可否认，我国国际贸易领域的政策、法规确实存在很多问题，中国也在过去几十年的国际贸易中搭了很多便车。这是早期中国作为落后的发展中国家参与国际贸易不可避免地出现的问题。现在，不管是国际还是国内都要求中国的经贸政策、法规符合中国的国家实力和国际贸易的参与程度，否则中国不但会面临与更多国家的“贸易战”，国内经济发展也会产生各种各样的问题，不利于中国经济的长远发展。因此，中国应主动积极修改完善国内经贸政策、法规，争取早日与发达国家法律接轨，但这并不意味着中国要走日本的老路一味按照美国的要求改，中国对国内经贸政策、法规的修改必须在合理范围内，不能以损害国家经济发展为代价。

2、参与 WTO 体制改革和上诉机构的仲裁替代方案

中国是多边贸易体制的受益国，中国应坚决维护以 WTO 为主的多边贸易体系，积极参与推动 WTO 体制改革，增加在 WTO 体制内的话语权。欧盟、加拿大、美国都提交了关于 WTO 改革的方案，中国也在 2019 年 5 月 13 日向 WTO 提交了关于 WTO 改革的中国方案，中国在参与 WTO 改革过程中应坚持与主要成员提出的改革方案“求大同存小异”的原则。

到 2019 年 12 月，如果美国依然坚持阻挠上诉机构大法官的任命，上诉机构只剩余一名法官留任，上诉机构的瘫痪不可避免，中方可以提出以仲裁代替上诉机构的解决方案应对 WTO 上诉机构危机。[②]

3、大力培养国际贸易法领域的律师

国际贸易争端解决的胜负很大程度上取决于律师团队的实力，中国参与 WTO 争端解决的屈辱史让我们深知，中国必须下定决心培养出自己在国际贸易法领域的优秀律师团队。拥有一支专业的本国国际贸易法领域的律师团队不仅可以节省争端解决的诉讼成本而且可

[①] 卢锋、李双双：《美国对华经贸政策转变与两国贸易战风险上升》，《国际经济评论》，2018 年第 3 期，第 67 页。

[②] 石静霞、白艳芳：《应对 WTO 上诉机构危机：基于仲裁解决贸易争端的角度》，《国际贸易问题》，2019 年第 4 期，第 13 页。

以更自信地参与国际贸易争端解决，更好地维护我国跨国企业的利益。

4、提高进出口企业的法律意识

中国参与进出口企业的法律意识普遍不高，尤其是中小型企业。法律意识低导致我国企业面临较多的国际贸易法律诉讼，很多企业因为实力有限不积极应诉损失惨重。我国商务部应定期对进出口企业进行国际贸易法律培训，鼓励面临同类诉讼的企业联合起来积极应诉。同时对我国特定高管群体加强美国法律风险与合规性培训，检查企业运行中的风险点，最大限度地保护好中国企业的海外利益。

（二）外交方面

1、稳固周边经济外交和稳步推行“一带一路”合作

中国、印度、印度尼西亚 2016 年人口的全球占比达到 39.82%，而消费仅占 14.63%，[①]全球经济重心从欧美转向亚洲是必然趋势，中国应继续加强周边经济外交策略。发展“一带一路”建设，促进国际贸易市场多元化，避免出口市场集中带来的贸易风险。在保持美日欧、东盟等传统市场的基础上，继续开发与“一带一路”沿线国家和地区的经贸合作，实施贸易投资一体化发展战略，寻找对外贸易新的增长点。[②]

2、密切关注美方新构建的国际贸易合作机制并提前做好应对

特朗普上台伊始就退出了 TPP 协定，同时紧锣密鼓地开始与其最主要的贸易伙伴国重谈自贸协定，并企图在新缔结的自贸协定中设置“毒丸条款”，限制各缔约国将来同中国缔结自贸协定，迫使其贸易伙伴在中美之间选边站。[③]在美国同加拿大和墨西哥新达成的 FTA 协议中就设置了这类条款——“对想要与非市场经济国家达成贸易协定的缔约国而言，首先需要在开始谈判前 3 个月通知其他缔约国，其次应其他缔约国要求，需要提供谈判目的相关信息，再次应尽早、不晚于签署前 30 天为其他缔约国提供审查自由贸易协定全文的机会，以评估对于 USMCA 协定的潜在影响，最后其他缔约国有权在六个月通知期限后终止 USMCA 并以新的双边协定代替，新的双边协定将包括除了缔约国认为不适用内容之外的 USMCA 所有条款，任何修订将在六个月通知期限内作出。”[④]对此，中国应密切关注美方新构建的国际贸易合作机制并做好预警准备。

3、与美方建立常态外交沟通渠道超越三个“陷阱”

中美首先应认识到两国在经贸领域的“非零和”博弈关系，中方在经贸领域的损失并不必然导致美方在经贸领域的收益，事实上还有可能产生一损俱损的局面。其次，中美在核战争、核无政府状态、全球恐怖主义和气候变化等议题上有共同的利益。最后，中美作为大国，都面临着复杂的国内问题。[⑤]因此，处理中美经贸问题应时刻把上述三个议题作为大前提，建立常态沟通渠道，增加互相理解，做好稳定的战略规划，以谈判的形式促进问题的解决。

以上提出的法律与外交策略无法阻止中美“贸易战”，因为只要中美权力转移的进程不停止，中美的“贸易战”只会越演越烈。可以预见的是中美贸易争端会是持久的斗争，关于汇率、技术产权、投资、服务领域、产业政策、市场准入、安全标准、社会责任、人权

[①] 潘英丽、周兆平：《美国的全球化陷阱_贸易争端诉求与中国的战略应对》，《国际经济评论》，2018 年第 6 期，第 93 页。

[②] 刘英奎、刘润丰：《美国 301 调查的影响及中国的应对策略》，《开发性金融研究》，2017 年第 5 期，第 36 页。

[③] 孔庆江：《试论中美贸易摩擦持续情况下的中国对策》，《国际贸易》，2019 年第 1 期，第 41 页。

[④] 见 USMCA 原文：https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/united-states-mexico.

[⑤] 同 12， 第 313-316 页。

安全、产业政策等一系列的新冲突会此起彼伏。[①]综合采取法律与外交策略，可以使我国在应对美国或今后与其他国家的贸易争端中掌握更多法律技术上的主动权，同时减轻对国家经济发展的冲击。

四、结论

作为两个有着广泛的经济、贸易、投资、金融合作的经济体，中美两国出现摩擦很正常，需要双方通过理性的对话来解决。不能仅从“经贸”角度看待两国关系，应该把谈判的领域放宽，用更广的多边谈判方式处理关系，更多地去探讨长期的两国关系。[②]美国在经贸领域利用法律手段的极限施压是为了最大程度的提高谈判筹码，中方应在准备法律应对的同时拉入外交议题一起谈从而扩大筹码。要认识到美国利用多种手段发起对华贸易战的目的是拖慢中国发展进程阻止中美之间正在发生的权力转移，而中国政府也在综合多方策略维持现有的国家经济发展，两国的目的是相左的，这就意味着谈判存在很大困难。但是谈判本就是一门关于妥协的艺术，双方必须要有的一个共识就是最大化实现自己谈判目的的同时不能让对方空手而归。

中方在与美方谈判时要坚持国际贸易的国际法规则而不是美国的规则，中国会在法律方面做符合全球贸易规定的修改但不能按照美国的意愿修改国内法。同时可以联合欧盟和加拿大一起在“求大同存小异”的基础上同美国谈 WTO 改革，这样一方面可以增强我国的国际威信和话语权另一方面可以扩大我国的利益共同体的谈判队伍和谈判自信。

法律技术脱节和权力转移共同导致的 2018 年中美“贸易战”，最终还是应该回到法律与外交的路径上解决。中方应认识到法律改革是我国全面参与国际贸易的必由之路，“修昔底德”陷阱也是权力转移过程中可以超越的，从法律与外交两条路径上正面应对“贸易战”是中方的最优选择。

3.中美银行信息取证合作中的困境与突围

刘桂强*

摘　要：在银行信息取证的国际合作中，美国法院多次绕开《海牙取证公约》和双边司法协助条约，要求作为案外第三人的中国银行在民事诉讼程序、财产冻结执行程序以及刑事诉讼程序中按照证据开示规则提供银行资料，使我国银行面临必然违反一国法律的困境。之所以出现这一局面，一方面是因为普通法系国家与大陆法系国家在诉讼价值理念方面的分歧，另一方面也是因为我国司法部门在域外取证合作中的低效使美国法院丧失通过公约或双边条约进行取证合作的信心。与此同时，美国法院对金融机构管辖权的扩张也为美国法院单边推行证据开示的域外适用提供了法律基础。借鉴国际社会应对这一问题的实践经验，我国一方面应尽快制定障碍立法，为我国企业在国内寻求司法救济提供法律依据；同时，我国司法部门也应正视自身问题，通过制定《海牙取证公约》实施细则等方式提高域外取证合作的效率和成功率，避免以往对美国取证请求全盘否定的一刀切式的做法，恢复美国法院对我国司法部门协助调查取证工作的信心，使银行信息取证重新回归到司法协助的轨道上去。

[①] 何茂春：《中美经贸争端的复杂性与长期性》，《人民论坛》，2018 年第 4 期，第 42 页。

[②] 张倪：《中美经贸关系：可以有竞争，不必做对手，更多应合作》，《中国发展观察》，2018 年第 7 期，第 27 页。

* 刘桂强，武汉大学国际法研究所博士研究生。

关键词：银行信息；域外取证；证据开示；《海牙取证公约》

银行信息取证的国际合作是资本全球化背景下国际社会面临的一项新课题。无论是涉外民商事审判还是打击跨国犯罪的国际合作，银行信息在确定涉案当事人的身份、明确涉案资金的位置等方面具有不可替代的作用，能够为司法审判和跨国执法合作提供直接、有效的信息。但是，由于银行信息往往涉及个人的金融隐私，且在一定程度上关涉一国的金融安全，各国在银行信息的取证合作上并非一帆风顺。近年来，中美两国因为法律文化和价值理念等方面的差异，在银行信息的取证合作中便陷入到一种困境当中：一方面，美国法院要求我国的商业银行按照联邦民事诉讼规则中的审前证据开示（discovery）程序提供涉案当事人的银行资料，否则将认为我国商业银行构成藐视法庭并处以高额罚金；另一方面，我国司法部门则始终坚持美国法院应通过公约或双边条约的途径调取相应的证据，禁止国有商业银行单方面向美国法院提供银行资料。在这样一种情景下，我国商业银行面临着必然违反一国法律的尴尬处境，如何采取有效措施来应对这一现实困境值得深思。本文以中国银行在美国法院涉诉的典型案件为切入点，分析造成中美两国银行信息取证困境的深层原因，并结合国际社会的经验从法律层面提出应对之策。

一、从三起案件看中美银行信息取证合作的困境

在域外取证的国际合作中，美国法院通过审前证据开示程序而非国际公约或双边司法协助条约途径调查取证所引发的法律冲突并非一个新的问题。但是，近年来美国法院在银行信息取证方面呈现出一个新的特点，即外国银行往往作为与案件争议并无实质联系的案外第三人被卷入证据开示程序当中，并被要求提供位于美国境外的银行资料，否则将面临藐视法庭的处罚并承担巨额罚金。在某些案件中，涉案的银行甚至在美国并没有任何分支机构。以下三起案件分别代表着我国商业银行因银行资料取证涉诉的三种不同情形。

（一）我国银行面临取证困境的典型案例

1. 古驰诉李卫星案[①]

2010 年，原告古驰等国际知名奢侈品品牌向纽约南区法院提起诉讼，指控被告 Weixing Li 等人利用个人网站伪造其商标图案进行虚假宣传，欺骗、误导消费者购买仿造、假冒产品，严重损害自身的知识产权和经济利益。在诉讼过程中，原告获悉被告经中国银行已经将非法所得转至中国境内，于是便向法院申请临时禁令。根据法院作出的临时禁令，古驰先后两次要求中国银行提供“与被告所开设的任何银行账户相关的文件材料”以及“被告名下与银行开户、销户，银行存款，货币市场账户以及存款证明等相关的文件”，用于确认被告的身份并计算被告的非法所得。[②]

在该案中，中国人民银行和银监会曾致函纽约南区法院的主审法官，声明中国法律禁止商业银行根据外国法律披露银行账户信息，主张美国法院通过《关于从国外获取民事或商事证据的公约》（以下简称《海牙取证公约》进行取证，并承诺会同司法部协商以确保取证工作的顺利进行。即便如此，美国法院通过礼让分析后仍坚持要求中国银行按照证据开示程序提交银行信息文件，并先后两次认定中国银行构成藐视美国法庭。最终，迫于美国法院的高额罚金，中国银行最终提交了位于中国境内的近 7000 页银行文件。

2. 耐克公司诉吴某案[③]

---

① Gucci America Inc v Weixing Li, 135 F.Supp.3d 87 (2015 S.D.N.Y).

② See Gucci America Inc v Weixing Li, 135 F.Supp.3d 87, 91 (2015 S.D.N.Y).

③ Nike Inc. v. Wu, 2018 WL 4907596 (2018 S.D.N.Y).

自 2013 年起，原告耐克、匡威等运动服饰品牌公司对 600 余家网络零售商提起商标侵权诉讼。在法院作出缺席判决后，原告将价值 10 亿美元的判决债权转让给 Next Investment 公司。据此，Next Investment 公司向纽约南区法院申请承认与执行该判决，并同时要求中国银行、中国工商银行等六家银行提供与被申请执行人相关的银行财产信息，用于核实被执行人的身份并确认可供执行的财产所在。

案中，涉案六家银行向法院提出，擅自向美国法院提交银行客户的文件资料会违反我国相关的银行保密立法，并向美国法院提交了司法部司法协助交流中心出具的函件，主张美国法院通过《海牙取证公约》进行调查取证。但是，美国法院并未采取银行的主张，认为司法协助交流中心所出具的函件并不能证明我国司法部门会积极配合并迅速提供法院所需要的银行资料。据此，法院坚持要求六家银行进行银行资料的开示。

3. 大陪审团调查朝鲜公司刑事犯罪案[①]

该案涉及对违反朝鲜制裁企业的刑事指控。2017 年，美国哥伦比亚特区检察长向三家中国银行（具体银行名称在公开的文书中被隐去）发出大陪审团传票，要求银行提供一家已经停业的香港空壳公司和一家朝鲜公司之间的银行转账信息。对此，美国哥伦比亚特区法院经过礼让分析后认为，中国三家银行应按照审前证据开示程序提供银行文件，无需遵循中美双边刑事司法协助条约所规定的途径。

本案中，美国法院首度援引《爱国者法》要求我国的银行协助提供银行文件，不仅仅拒绝采纳司法部函件中主张的通过双边条约途径进行调查取证的建议，同时也对我国刚颁布的《国际刑事司法协助法》表达出执行效率方面的担忧。2019 年 4 月，由于三家银行并未按照法院要求提供证据，被法院认定构成藐视法庭并被处以每日 5 万美元的罚款。

（二）我国银行面临取证困境的情形归纳

近年来，我国银行频频作为案外第三人被卷入美国的证据开示程序并面临必然违反一国法律的两难处境。通过对上文三起典型案件的梳理，我国银行通常会在以下三种情形中面临取证的法律困境。

1. 在民事诉讼纠纷中协助取证

根据《联邦民事诉讼规则》第 34 条第 1 款第 1 项的规定，一方当事人可以要求另一方当事人出示其占有、保管或控制之下与诉讼有关的文件。[②]据此，一方当事人有义务提交由其占有、控制或保管的与诉讼相关的文件，即便该文件可能位于美国境外。[③]而对于诉讼当事人之外的第三人，美国法院认为其证据开示的义务与当事人并无不同，因为证据开示的范围只受相关性和保密特权的限制。[④]近年在美国法院审理的诸多知识产权侵权纠纷案件中，原告方在向法院提出侵权诉讼的同时还会请求法院作出禁令，要求相关银行冻结侵权人的银行账户资产并提供相关的银行账户信息。在这一背景下，古驰、蒂芙尼等国际知名奢侈品牌公司自 2010 年起在美国纽约南区法院提起多起商标侵权的诉讼，中国银行、中国工商银行、招商银行等国有商业银行纷纷牵涉其中，古驰诉李卫星案即为其中的典型代表。

[①] See In re Grand Jury Investigation of Possible Violations of 18 U.S.C § 1956 and U.S.C § 1705 (April 10, 2019).

[②] See F. R. C. P. Art., 34 (1) (a).

[③]在著名的 Rio Tinto Zinc Corp. v Westinghouse Electric Corp.案中，美国法院即认为如果法院对当事人具有对人管辖权，而且该当事人又实际控制所要求的文件，法院则可以强制其出示文件，至于该文件是否位于境外则无关紧要。值得注意的是，这种持有、保管和控制并不仅仅是一种物理上抑或实际上的，而且包括在法律意义上对相关文件的持有、保管和控制。例如一方当事人为避免自己的证据开示义务选择将相关文件交由第三方保管，这在美国法庭看来仍构成法律上的持有、保管和控制。

[④] 参见王克玉：《国际民商事案件域外取证法律适用问题研究》，人民法院出版社 2008 年版，第 46 页。

[1]

2. 在财产冻结、扣押程序中协助调查

根据纽约州《民事诉讼程序法律与规则》第 5225 条第 2 款关于“支付或移交判决债务人的财产”的规定，如果债务人的财产掌握在第三人手里，债权人可针对该第三人启动一项特殊程序，要求该第三人向债权人移交有关财产。如果债权人启动该程序，法院可命令第三人向债权人支付相当于判决金额的金钱。[2]据此，申请执行人往往会要求作为第三方的银行移交银行资产或者提供与被执行人相关的银行信息。上文讨论的耐克公司诉吴某案即体现了这一情形。

3. 在违反美国对外制裁法案的刑事调查中提供证据

上文所讨论的大陪审团指控朝鲜公司刑事犯罪案预示着美国法院进一步拓宽了金融机构协助调查取证义务的范围。在此之前，我国的银行机构大多被指控为恐怖主义活动提供金融服务而作为诉讼当事人被卷入证据开示程序，例如伍茨诉中国银行案。然而目前美国法院的实践表明，如果银行客户违反美国的对外制裁法案，那么作为第三方的银行机构则会因针对银行客户的刑事调查而被迫对相关的银行信息进行证据开示，否则将会面临美国法院的处罚。近年来，美国不断对伊朗实施新的制裁措施，可以预见的是，我国的银行机构将会越来越多的因此类案件而牵涉其中。

二、中美银行信息取证合作困境的成因

中美两国在银行信息取证领域中的法律冲突是由多重因素导致的。首先，从价值理念上讲，大陆法系与普通法系在诉讼理念上的不同是导致取证领域法律冲突的根本原因。其次，由美国审前证据开示而导致的取证领域的法律冲突并非新的现象，但是近年来美国法院通过长臂管辖要求与案件无关的第三方银行协助调查取证却反映了出其对金融机构管辖权的扩张，突出表现为即便一国银行在美国并未设立任何分支机构，也会被要求进行银行资料的开示。最后，相较于其他国家而言，中美两国在银行信息取证领域的分歧日益明显，除了价值理念和管辖权理论的发展外，美国法院对我国司法部门协助调查取证信心的下降也是一个重要因素。

（一）大陆法系与普通法系国家诉讼理念的分歧

由于诉讼价值理念的分歧，使得我国与美国在诉讼程序结构、诉讼参与者的功能定位、对待证据的方式、程序公正的观念等方面存在差异，进而引发域外取证领域的法律冲突。

首先，在诉讼程序的结构方面，美国的一审程序包括审判前阶段和案件审理阶段。由于民事诉讼程序中的陪审制度，案件进入审理阶段后需要持续进行审理，双方当事人无法就新的事实和证据提出新的主张。为使双方当事人对案件事实和证据有充分的准备，美国民事诉讼的审判前阶段有一个至关重要的环节，即审前证据开示程序。根据《联邦民事诉讼规则》，一方当事人可以要求另一方当事人出示其占有、保管或控制之下与诉讼有关的文件。[3]如果一方当事人拒绝遵守证据开示规则，则会面临不利推定、藐视法庭等一系列后果。然而在我国的诉讼程序当中并没有对应的审前证据开示程序。在实践中，美国的审前证据开示程序还被一些大陆法系国家认为是“审判前的程序”，认为该程序是为尚未开始的诉讼而收集证据进而被排除在民商事域外取证的合作范畴之外。

---

[1] See Gucci AmericaInc. v. Weixing Li, 2011 WL 6156936 (S. D. N. Y 2010); Gucci America Inc. v. Bagsmerchant, 2012 WL 4468192 (S. D. N. Y. 2012); Tiffany (NJ) LLC v. Qi Andrew, 276 F. R. D. 143 (S. D. N. Y. 2011); Tiffany (NJ) LLC v. Forbse, 2012 WL 1918866 (S. D. N. Y. 2012); Tiffany (NJ) LLC v. Dong,2013 WL 4046380 (S. D. N. Y. 2013).

[2] See NY CPLR § 5225 (b).

[3] See F. R. C. P. Art., 34 (1)(a).

其次，诉讼理念和文化的差异决定了诉讼参与者在诉讼中所扮演的角色和地位的不同。美国民事诉讼程序秉承当事人主义，当事人及其律师负有查明案件事实、进行调查取证的义务和责任。然而在我国，法官在诉讼程序中占据主导地位，调查取证被认为是法官的职权所在。在这一背景下，美国民事诉讼中当事人及其律师所享有的广泛的调查取证的权利与我国法官职权主义的职能定位产生了分歧，域外取证领域中的法律冲突自然在所难免。

再次，在对待证据的方式上，美国民事诉讼程序中一方当事人要求对方当事人出示或提交相关的证据资料被视作正当合理的行为。由于一方律师享有广泛的调查取证的权利，因此律师可以尽可能多的获取与案件争议有关的相关证据资料。即便是与案件间接相关或者关系十分微小的证据材料都在调查之列。尤其是在贸易、专利、产品责任侵权诉讼中，律师往往要调取数以万计的文件，且多涉及公司的业务记录、账户以及公司运作的许多方面。[①]而在大陆法系国家看来，美国的审前证据开示属于一种“非法调查证据”（fishing expedition），[②]因为大陆法系国家在调查取证方面强调只有那些具体特定且被证明为合理的证据才能通过强制手段所获取。如此一来，当美国法院要求外国企业按照审前证据开示程序提供证据时，自然会遭到质疑和反对。

最后，不同国家对程序公正的理解和解读不同同样引发取证领域中的法律冲突。在美国对抗制的诉讼模式下，法官在双方当事人充分掌握证据事实的基础上进行对抗辩论时，可以从中洞察案件事实并准确作出裁判。与此同时，在美国的诉讼理念中，最大限度的接近事实是实现公正的必要条件，这种理念也引导着诉讼当事人在正式法庭审理阶段前进行充分收集证据。然而在大陆法系国家，取证旨在获取与纠纷有直接、密切联系的证据材料上，肆意获取案件无关的证据材料往往被视作违反程序公正的价值理念。

综上所述，由于国家间在诉讼价值理念上的分歧，使得对诉讼程序的结构设计、诉讼参与者的功能定位、证据获取的方式以及对程序公正的理解都存在一定的差异。当这种差异域外取证的国际合作层面产生正面碰撞后，就不可避免的会出现法律上的冲突与对抗，进而为国际社会在域外取证领域中的合作带来一定的阻碍和不利影响。

（二）美国联邦法院对金融机构管辖权的扩张

美国法院近年来对金融机构管辖权的扩张性解读是加剧中美两国在银行信息取证层面法律冲突的一个重要原因。根据《美国联邦民事诉讼规则》对审前证据开示程序的规定，法院要求案外第三人进行证据开示的前提对其具有对人管辖权。在对人管辖权方面，美国联邦最高法院在 1945 年的国际鞋业公司案中确立了最低限度联系标准。[③]在这一标准下，被告如与法院存在某种最低限度的联系，法院行使管辖权便不会违反传统观念所要求的公平竞争与实质正义。[④]就我国商业银行与美国法院地的联系来看，实践中主要有两种情形：第一，在美国设立分支机构；第二，在美国的银行中开设代理账户，并通过代理账户为涉诉客户提供金融服务。近年来，美国联邦法院虽然在对一般管辖权的适用标准上进行限缩，但是在特殊管辖权的认定则呈现出扩张趋势，这就使得即便在美国并无分支机构的外国银行同样有可能受制于美国法院的管辖权。

[①] 参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 172 页。

[②] 对于“fishing expedition”的翻译，有学者翻译为“打鱼式搜索”，具体参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 173 页；有学者翻译为“撒网捕鱼”，参见王克玉：《国际民商事案件域外调查取证比较研究》，人民法院出版社 2008 年版，第 94 页。本文采武汉大学乔雄兵副教授的观点，认为该词语主要指一方当事人通过各种方式获取广泛的证据材料，本质上是一种“非法证据调查”，参加乔雄兵：《跨国民事诉讼证据开示的冲突与统一——以<跨国民事诉讼原则>为视角》，《武大国际法评论》第 18 卷第 2 期，第 89 页。

[③] 依据该标准，法院与外国人需要存在最低限度联系，法院行使管辖权便不会违反传统观念所要求的公平竞争与实质正义。See International Shoe Co. v. Washington, 326 U. S. 310, 316 (1945).

[④] See International Shoe Co. v. Washington, 326 U. S. 310, 316 (1945).

1. 美国联邦法院对一般管辖权的限缩

在 Daimler AG v. Bauman 案之前，美国联邦法院确定管辖权的标准为“出现”（presence）或“从事商业活动”（doing business）标准，即如果被告在美国法院所在地从事系统、连续的商业活动，便构成一般管辖权的依据。[①]在这一标准下，美国法院往往基于外国银行在美国开设分支机构这一事实而行使一般管辖权。在古驰诉李卫星案早期，纽约南区法院便基于中国银行在纽约开设分行的事实作出了要求中国银行进行证据开示的命令。在 2011 年的 Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown 案中，美国联邦最高法院对一般管辖权的界定标准进行了进一步的阐释，提出了“实质上的家”这一标准。根据该标准，即只有当外国公司与某一州之间具有“持续而系统的一般商业联系”以至于该州已经成为该公司“实质上的家”时，该州才可以对该外国公司拥有一般管辖权。[②]在 2014 年的 Daimler AG v. Bauman 案中，联邦最高法院重申“实质上的家”这一标准，认为“实质上的家”一般指是企业的注册登记地或者主要营业所所在地。[③]在古驰诉李卫星案上诉阶段，美国第二巡回法院结合 Daimler AG v. Bauman 案指出，中国银行在海外 27 个国家设有 689 家分支机构和 1200 家代理银行，其中设在美国的分支机构公司仅仅为 4 家，显然没有达到戴姆勒案中所要求的一般管辖权的标准。[④]

2. 美国联邦法院对特殊管辖权的扩张

在 Daimler AG v. Bauman 案后，美国法院已无法仅凭我国银行在美国设立分支机构这一事实对其行使管辖权。因此，通过在美国开设的代理账户为涉诉客户提供金融服务是否构成法院行使特殊管辖权的依据成为理论的焦点。通过美国法院，尤其是纽约南区法院的实践情况来看，特殊管辖权的适用标准呈现出扩张的趋势。

根据纽约州《民事诉讼程序法律与规则》的规定，如果非本州居民亲自或者通过其代理人在纽约州从事交易活动，且案件诉因基于被告的上述行为，法院便可以对非本州居民行使对人管辖权。[⑤]美国法院近几年的判例显示，外国银行仅仅通过在纽约的银行代理账户为客户提供转账的行为便符合“从事交易活动”的行为。例如，纽约州上诉法院在 2012 年的 Licci v. Lebanese Canadian Bank 案[⑥]中提出，如果被告是有目的利用其在纽约州的银行代理账户，便满足纽约州对管辖权的要求，即便被告与纽约州之间并无其他的联系。”[⑦]法院在该案中进一步指出，如果外国银行代表客户“重复使用”（repeated use）其在纽约的银行代理账户为客户提供转账服务，便能体现出外国银行是“有目的利用美国可靠和透明的银行体系、有目的利用美元这样一种稳定的替代性货币以及利用美国和纽约州可预见的管辖权和商法体系”[⑧]。在 2016 年的 Official Committee of Unsecured Creditors of Arcapita v. Bahrain Islamic

---

① 参见何其生：《比较法视野下的国际民事诉讼》，高等教育出版社 2015 年版，第 58 页。

② See Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, 564 U.S. 915, 919 (2011).

③ See Daimler AG v. Bauman, 134 S. Ct. 746, 760 (2014).

④ See Gucci America, Inc. v. Weixing Li, 768 F. 3d 122, 135 (2nd Cir. 2014)

⑤ See N. Y. C. P. L. R. § 302 (a) (1).

⑥ Licci v. Lebanese Canadian Bank, 20 N. Y. 3d 327 (2012). 在该案中，许多以色列居民在一次真主党发动的恐怖袭击活动中受伤乃至丧生。由于 Lebanese Canadian Bank（总部位于黎巴嫩首都贝鲁特）曾通过其在纽约的代理银行账户对真主党提供过转账服务，在恐怖袭击中受伤、丧生的居民或其亲属便向纽约州南区法院提起诉讼，指控 Lebanese Canadian Bank 的行为帮助、便利了真主党的恐怖袭击。在此案中，Lebanese Canadian Bank 没有在纽约州设立任何的分支机构，其与纽约州存在的唯一联系便是通过其在纽约州运通银行的代理账户进行了数十次电汇转账。

⑦ See Licci v. Lebanese Canadian Bank, 20 N. Y. 3d 327, 338 (2012).

⑧ Licci v. Lebanese Canadian Bank, 20 N. Y. 3d 327, 339 (2012).

Bank 案[①]中，纽约南区法院对“有目的利用”这一标准进行了进一步解读。根据该案，即便外国银行仅仅通过在纽约州的银行代理账户进行一次转账，只要有证据表明涉案银行有意识和目的的利用美国的金融服务体系，便有可能受制于美国法院的管辖。据此，无论是在 Gucci v. Weixing Li 案还是在 Nike v. Wu 案中，纽约南区法院均认定中国涉案银行通过在美国的银行代理账户为客户提供转账服务的行为构成“从事交易活动”，进而认定纽约南区法院对涉案银行享有管辖权。

通过对上述案例的分析可以发现，美国法院，尤其是纽约州的法院，在分析特殊管辖权的适用时往往采取较为宽泛的标准。这也意味着虽然美国法院有意识的限缩一般管辖权的适用，特殊管辖权在实践中仍然呈现出扩张适用的趋势。在审前证据开示开示程序中，我国商业银行在美国法院涉诉的风险并未因一般管辖权的限缩适用减少。

（三）现有域外取证司法合作体系的功能失位

中美在银行信息取证领域所面临的法律冲突一定程度上要归咎于现有的域外取证司法合作体系并未在实践中发挥应有的作用，具体可以体现为两个方面：首先，美国法院通过判例法否认了《海牙取证公约》和双边司法协助条约的排他性适用；另一方面，美国法院对通过公约或双边条约途径向我国司法部门调查取证的信心并不乐观。

1. 《海牙取证公约》与双边司法协助条约在美国法院的非排他性适用

《海牙取证公约》与双边司法协助条约在美国法院的非排他性适用是导致域外取证领域法律冲突的一个重要前提。在域外取证的合作中，中国和美国均为《海牙取证公约》的缔约国，并且两国签订了双边刑事司法协助条约。按照常理，美国法院需通过公约或双边条约的途径进行调查取证。但是，美国法院通过判例法的实践确定了公约和双边条约的非排他性适用，进而使得法院使用审前证据开示程序调查取证成为可能。在 1987 年法国航空公司诉爱荷华南区法院（Societe Nationale Industrielle Aerospatial v. United States District Court）案[②]（以下简称“法国航空公司案”）中，美国联邦最高法院首次对《海牙取证公约》的排他适用问题做出回应，并以 5:4 的微弱多数通过了判决，赋予了法院在域外取证时决定采用《海牙取证公约》还是《联邦民事诉讼规则》程序的自由裁量权,从本质上否定了《海

[①] Official Committee of Unsecured Creditors of Arcapita v. Bahrain Islamic Bank 549 B. R. 56 (S. D. N. Y. 2016). 案中原告阿卡皮塔银行与被告巴林伊斯兰银行均为总部设在巴林的银行，该案的另一被告塔哈蒙德则为一家巴林企业。在 2012 年 3 月阿卡皮塔银行聘请巴林伊斯兰银行和塔哈蒙德公司代表自己进行投资并约定投资到期后将投资款项和投资的一部分收益返还给阿卡皮塔银行。随后，按照合同约定，阿卡皮塔分别向两被告进行了转账：首先，向巴林伊斯兰银行在纽约摩根大通银行设立的代理账户转账一千万美元，由巴林伊斯兰银行用于购买伦敦的投资产品；其次，由于塔哈蒙德在美国没有开设代理银行账户，一直通过本国的卡雷银行进行资金周转。于是阿卡皮塔便将钱款转到卡雷银行在纽约汇丰银行开设的银行代理账户，然后由卡雷银行将钱款转到塔哈蒙德在巴林国内的银行账户上，由塔哈蒙德使用该笔款项进行投资。然而在支付上述款项之后不到一周的时间内，阿卡皮塔银行便申请破产。2013 年 6 月破产法庭通过了阿卡皮塔银行的破产重组计划，并授权债权人委员会追回支付给巴林伊斯兰银行和塔哈蒙德的投资款项。由于阿卡皮塔银行之前对上述两家公司均负有大额的债务，因此两家公司主张以支付给两家公司的投资款项抵消之前的债务，拒绝返还阿卡皮塔银行的投资款项。在协商不成后，阿卡皮塔银行债权人委员会向纽约破产法院提起诉讼，而巴林伊斯兰银行和塔哈蒙德则主张纽约州法院并不具有案件的管辖权。与利奇案中黎巴嫩-加拿大银行通过代理银行账户进行多达数十次的转账不同，本案中巴林伊斯兰银行仅仅通过纽约州的摩根大通银行进行一次转账，塔哈蒙德则是通过与巴林卡雷银行的商业关系，利用卡雷银行在纽约州汇丰银行的代理账户进行两笔转账。丹尼尔斯（Daniels）法官认为，在利奇案中纽约州上诉法院强调黎巴嫩-加拿大银行进行了数十次的银行转账，是为了判断银行的转账行为是有意为之还是偶然事件，“并非是将重复使用代理银行账户作为满足纽约州长臂管辖条款的必要条件”。丹尼尔斯法官据此认为，巴林伊斯兰银行和塔哈蒙德在与阿卡皮塔银行签订投资协议时约定使用美元作为交易货币并指定位于纽约的银行接受阿卡皮塔银行的汇款，与黎巴嫩-加拿大银行有意利用纽约银行体系的做法相比并不逊色。据此，丹尼尔斯法官最终认定法院对两被告享有对人管辖权。

[②] Societe Nationale Industrielle Aerospatial v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 U. S. 522 (1987).

牙取证公约》的排他性。在上文提到的大陪审团调查朝鲜公司刑事犯罪案中，美国哥伦比亚特区联邦法院援引法国航空公司案指出，为刑事犯罪进行调查取证并不意味着必须要首先通过双边司法协助条约的途径进行。[①]这也就意味着，即便中美之间存在司法协助的合作途径，美国法院仍然可能会要求中国企业遵循证据开示程序提供证据。

2. 我国司法部门在域外取证的国际合作中效率较低

我国司法部门在域外取证合作中的低效同样是导致目前中美银行信息取证冲突的一个重要原因。在取证成功率方面，美国法院通过司法协助途径提出的取证请求很少获得我国法院的执行。经统计，美国是向我国提出取证请求数量最多的国家，然而其取证请求的执行率却是所有国家中最低的。2008-2018 年，美国法院向我国提出 66 份取证请求，目前仅有 2 份取证请求得到执行，有 43 份被退回，还有 19 份目前正在执行过程中。[②]显而易见，公约框架下合作效率的低下使得美国法院失去通过公约途径进行取证的信心。美国法院在决定是否通过《海牙取证公约》向我国进行取证时，曾强调《海牙取证公约》在我国的作用有限，通过公约的途径进行取证充满不确定性和不可预测性，并指出在没有充分证据表明我国在执行《海牙取证公约》请求方面取得巨大改善的情况下，通过公约进行取证并非是一个可行的选择。[③]

序号	国家	取证请求	执行	执行中	退回	撤回	退回率
1	美国	66	2	19	43	2	65.2%
2	韩国	44	15	19	10	/	22.7%
3	俄罗斯	36	8	9	19	/	52.7%
4	土耳其	26	6	10	10	/	38.5%
5	德国	25	12	7	6	/	24%

表一：向我国提出取证请求前五位国家的执行情况

美国的取证请求很少得到我国司法部门的执行，很大程度是因为其取证请求在范围上具有广泛性和随意性的特点，往往触及外国的贸易、科技、金融等领域的机密，甚至可能用于诉讼以外的目的，因此遭到了许多国家的反对和抗议。[④]我国司法部门对待此类取证请求采取谨慎的态度值得肯定。但是综合目前美国法院的实践情况来看，尤其是法院对金融机构管辖权的扩张，我国司法部门在取证合作中的低效迫使美国法院绕开条约框架下的合作模式，寻求单边域外取证的司法实践，也加剧了我国金融机构在海外经营的法律风险。

综上所述，美国法院在域外取证中体现出对证据开示程序的偏好，这一方面是基于美国法院通过判例法的实践确定了《海牙取证公约》和双边条约的非排他性适用，另一方面也是由于我国司法部门在取证实践中的低效降低了美国法院通过司法协助途径取证的信心。就目前而言，中美双方就域外取证所建立的司法协助体系并未发挥其应有的价值和作用。

三、应对美国证据开示域外适用的国际经验

美国证据开示程序的单边域外适用引发了域外取证领域的法律冲突，正如美国《对外

① See In re Grand Jury Investigation of Possible Violations of 18 U.S.C § 1956 and U.S.C § 1705, at 20 (March 18, 2019).

② 此处数据为笔者在司法部司法协助交流中心调研期间统计、整理所得。

③ See Gucci America Inc v Weixing Li, 2011 WL 6156936 at 8-9 (2011 S.D.N.Y).

④ 参见徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 176 页。

关系法重述（第三次）》所言，“在美国法律制度延伸到域外方面，从来没有像在美国的调查和诉讼程序中要求提供文件那样产生如此多的冲突”。对此，国际社会采取了一系列措施来应对美国证据开示程序的域外适用，这也给我国应对目前银行信息取证中的法律冲突提供了宝贵的经验。总体而言，国际社会应对美国证据开示域外适用的措施可概括为单边对抗、双边协调和多边合作三种模式。

（一）单边对抗

1. 外交对抗

通过外交照会进行抗议是国际社会早期应对美国的证据开示程序的手段之一。一般而言，一国政府通过外交照会的方式提出的抗议，通常关涉一国重大的政治利益或经济利益，这种方式在早期取得了一定的效果。但是在 1978 年，美国国务院宣布将不再转递外国政府针对美国联邦最高法院或上诉法院受理案件所提出的外交照会，而是由外国政府直接与法院联系。由于美国法院对外国政府的意见具有最终决定权，因此外国政府的外交抗议已无法左右美国法院的决定，各国转而寻求通过障碍立法等其他途径进行应对。[①]

2. 障碍立法

各国制定障碍立法是指通过颁布法律的形式，明确禁止本国公民或法人将位于本国的证据提交给美国法院，否则将会面临本国法律的处罚。就国际社会障碍立法的实践来看，主要分为三种类型：

第一种为绝对禁止型的障碍立法，即禁止公民和法人向外国法院提供任何文件信息或其他证据材料。例如法国在 1980 年制定的《80-538 号法律》即规定任何法国公民都不得向外国机构提供经济、商业、工业、金融、技术等方面的信息，否则将会面临刑法或罚款等处罚。[②]

第二种为自由裁量型的障碍立法，即由法律授权的政府部门自由裁量，决定是否向外国法院提供相应的证据文件。英国颁布的《贸易利益保护法》即为此类立法的代表，根据该法，英国国务秘书有权决定禁止遵守外国法院、司法机构或其他机构强加给在英国境内个人的出示任何文件的要求。[③]

第三种为混合禁止型的障碍立法，即综合包括绝对禁止和自由裁量两种形式的立法。举例而言，加拿大于 1976 年制定的《铀信息安全规则》规定禁止任何人将加拿大在 1972 年到 1975 年间开发、销售铀的相关信息提供给外国法院，除非事先取得加拿大联邦能源部、矿物部的同意。

针对外国的障碍立法，美国法院认为外国法律并未剥夺美国法院在其管辖范围内的要求当事人进行证据开示的权力，即便该行为会违反外国法律。[④]据此，美国法院在考虑是否强制一方当事人违反本国国内法进行证据开示时，一般会参照《对外关系法重述（第三次）》，综合考虑被要求出示文件的重要性、请求的具体性、被调取的证据是否位于美国境内、替代性措施的可行性、不遵守证据开示请求对于美国重要利益的损害程度等因素进行礼让分析。[⑤]然而，根据学者的实证分析，美国法院在进行礼让分析时对采取证据开示程序存在着偏好，具体表现为法国航空公司案后美国法院要求当事人违反本国法律进行证据开示的案

---

① 参见乔雄兵：《民商事域外取证中的障碍立法探析》，《云南大学学报（法学版）》2010 年第 4 期，第 99 页。

② 参见乔雄兵：《民商事域外取证中的障碍立法探析》，《云南大学学报（法学版）》2010 年第 4 期，第 99-100 页。

③ 参见乔雄兵：《民商事域外取证中的障碍立法探析》，《云南大学学报（法学版）》2010 年第 4 期，第 100 页。

④ See Societe Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197, 204 – 206, 78 S.Ct. 1087, 1091 – 1092, 2 L.Ed.2d 1255 (1958)

⑤ See Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 442 (1) (c).

件的数量“呈指数增长”（exponential increase）。[①]

3. 其他对抗措施

除去外交抗议和障碍立法等措施外，国际社会在应对美国法院的证据开示时还采取其他措施，例如由政府出面没收被要求出示的证据文件。例如，在马克 •里奇诉美国（Marc Rich & Co. A. G. v. United States）案②中，美国法院坚持要求瑞士一家公司通过证据开示程序提供文件，并规定对于逾期提交文件的，处以每日五万美元的罚金。瑞士公司迫于美国法院的压力准备提交文件，但是此时瑞士政府介入该案并将美国法院要求瑞士公司提供的文件予以没收。最终，美国法院通过美国与瑞士在取证领域的合作渠道获取到相应的银行文件。

（二）双边协调

通过双边合作协商的方式解决域外取证领域的法律冲突同样是国际社会所普遍采纳的一种模式。在早期反托拉斯的合作中，为减少在域外取证领域中的冲突和摩擦，澳大利亚和美国在 1982 年签订《美澳关于反托拉斯问题的协议》，对文件的开示问题进行了折中处理。该协议规定，美国法院可以通过双方的合作机制获取相应的文件，但是该文件在没有征得澳大利亚方面统一的情况下，不能够作为法院审理的证据使用。通过这种合作形式，美国和澳大利亚在双方都极度关切的反托拉斯问题上达成共识，有效促进了文件证据的交流，为法院审理提供了极大的便利。

近年来，随着国际社会对洗钱、国际逃税、恐怖主义打击力度的增大，各国在相关银行信息咨询方面的数据共享显得极为迫切。于是，不同国家通过签订双边互助条约抑或法律备忘录的形式加强该领域的合作。例如，2010 年，美国和欧盟就打击恐怖主义签署了《恐怖分子金融追踪项目协议》，并签订了《共同法律协助协议》，实现美国和欧盟之间的数据共享。其中，双方共享的信息包括犯罪嫌疑人的银行或非金融机构账户信息、金融交易信息与非金融交易信息等内容。[③]素有“避税天堂”之称的瑞士也于 2014 年 8 月通过了与欧盟、美国和其他国家实施经济合作与发展组织框架下制定的银行间自动交换信息新标准，这也预示着国际社会在打击跨国逃税方面的国际合作取得了进一步的发展。

总而言之，在经济全球化和一体化的时代背景下，各国利益紧密联系在一起，国际社会需要展开更多的合作来实现自身利益的最大化。可以预见的是，虽然各国之间因为诉讼理念、法律文化之间的差异而存在法律上的冲突，但是加强国际合作、求同存异仍将是国际社会的主流。通过开展双边合作的方式实现银行信息的共享，符合国际社会的共同利益诉求，也会极大的减少各国在银行信息取证方面的法律冲突与分歧。

（三）多边合作

1. 应对审前证据开示的区域性公约

《海牙取证公约》作为海牙国际私法会议最成功的公约之一，搭建起大陆法系国家和普通法系国家之间域外取证的合作桥梁，极大丰富和完善了国际社会关于域外取证的合作模式，促进了各国民商事司法协助的开展。《海牙取证公约》一共分为 3 章 42 条，主要规定了请求书取证、外交代表和领事取证、特派员取证三种取证方式。[④]与此同时，为加速美洲国家一体化进程，促进成员国之间经济、社会、文化的合作，美洲国家组织于 1975 年签署了《美洲国家间关于国外调取证据的公约》（以下简称“《美洲取证公约》”）。《美洲取证公约》与《海牙取证公约》均规定，请求国可以拒绝执行普通法国家旨在进行审判前文书

---

① See Geoffrey Sant, Court-Ordered Law Breaking: US. Courts Increasingly Order the Violation of Foreign Law, 81 Brooklyn Law Review 225 (2015).

② Marc Rich & Co. A. G. v. United States, 739 F. 2d 834 (2nd Cir. 1984).

③ 参见张衡：《应对全球数据跨境流动的法律政策和监管实践》，载覃庆玲、惠志斌：《中国网络空间安全发展报告（2016）》，社会科学文献出版社 2016 年版，第 209 页。

④ 参见乔雄兵：《<海牙取证公约>在我国的实施分析》，《政法论丛》2010 年第 4 期，第 81 页。

开示程序的请求书。[①]从某种程度上来讲，上述区域性公约为克服大陆法系与普通法系之间的法律差异，促进各国域外取证的法律合作提供了广阔的平台。

2. 《跨国民事诉讼原则》的积极尝试

在国际私法上，解决法律冲突的方式除了通过制定国际条约统一各国的立法外，还可以通过制定统一的示范法来引导各国的立法和实践。按照这一思路，由美国哈泽德教授和意大利的塔鲁夫教授联合起草的《跨国民事诉讼规则》出现，后经国际统一私法协会的努力，几易其稿形成最终的《跨国民事诉讼原则》，成为国际社会试图解决大陆法系和普通法系在取证领域法律冲突的又一大胆尝试。在具体内容上，虽然《跨国民事诉讼原则》没有采纳美国民事诉讼中的“discovery”一词而代之以“disclosure”，但是其规定法院应一方当事人的请求应下令披露另一方当事人占有、控制下的相关的不受特权保护且可以合理确定的证据。[②]这一规定被许多大陆法系国家学者认为是普通法系方法的翻版进而遭到诸多质疑。[③]正是由于各国在诉讼程序和诉讼制度上的调和性相对较小，《跨国民事诉讼原则》对国际民事诉讼立法与实践的影响有限。[④]

综上所述，面对美国证据开示程序的域外适用，国际社会从单边抵抗到双边协调再到多边合作，在实践中积极探索有效的措施和应对方式。就其效果而言，有成功的经验也有失败的教训，这也给我国应对银行信息取证的困境提供了宝贵的经验。

四、中美银行信息取证困境的路径选择

中美银行信息取证合作所面临的困境，一方面是由于不同法系之间诉讼价值理念分歧所导致，另一方面可归因于中美两国在域外取证的合作中并未建立健康、有效的合作机制。因此，解决我国银行所面临的困境，需要在借鉴国际经验的基础上，结合中美两国司法协助的现实情况进行妥善解决。

（一）尽快制定我国的障碍立法

通过制定障碍立法来应对美国证据开示程序的域外适用是国际社会早期所采取的一项举措，但是就目前民商事取证领域的障碍立法而言，普遍存在缺乏救济措施的问题。换言之，各国的障碍立法虽然明令禁止本国自然人和法人向外国法院提供证据材料，但是当本国企业或公民遵循本国法律拒绝向美国法院提供证据并受到美国法院的处罚时，本国立法并未为遭受损失的企业和公民提供救济渠道。以古驰诉李卫星案为例，因为牵涉证据开示程序并两度被判藐视法庭，中国银行支付高昂的律师费用进行辩护。由于缺乏救济途径，中国银行在国内只能以侵权为由起诉赵培媛等人来寻求救济。对此，北京市第三中级人民法院认为，中国银行所支付的办案费用是应对美国法院的司法行为所必然产生的花费，并非赵培媛等人的侵权行为所致。[⑤]如此一来，中国银行不仅需要面临违反一国法律而遭受处罚的两难处境，而且还要因为侵权人的侵权行为而遭受经济损失，明显有违公平。

就障碍立法中的救济措施而言，欧盟为应对美国针对伊朗采取的制裁措施所重新启动的《反对第三国立法域外适用的条例》值得关注。根据该条例，因美国制裁法律而遭受损失的自然人或法人，可以通过在欧盟境内法院提起针对致害方的索赔诉讼，并且此类判决

[①] See Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters, Art. 23; Inter-American Convention on the Taking of Evidence Abroad, Art. 9.

[②] 参见《跨国民事诉讼原则》第 16 条第 2 款。

[③] 参加乔雄兵:《跨国民事诉讼证据开示的冲突与统一—以<跨国民事诉讼原则>为视角》,《武大国际法评论》第 18 卷第 2 期，第 97 页。

[④] 参见王克玉：《论域外取证的法律冲突与解决》，中国政法大学硕士论文，第 33 页。

[⑤] 参见（2015）三中民终字第 04894 号判决书。

可以在欧盟境内得到承认和执行。[①]欧盟的这一立法为本国企业所遭受的损失提供了补偿救济机制，也为我国进行障碍立法的制定提供了一定的思路。

（二）积极促使域外取证回归司法协助轨道

1. 借鉴“蓝铅笔”原则处理审前证据开示请求

针对美国审前开示文件的取证请求，国际社会都在积极探索有效的应对措施。其中，英国法院在实践中所运用的“蓝铅笔”原则为我们提供了一种思路和方法。所谓“蓝铅笔”原则是指对请求国提出的调查取证范围进行修改，从而执行其部分取证请求的做法。在著名的西屋公司案中，西屋公司针对在美国进行的卡特尔诉讼向英国一家公司取证，请求调取的证据包括该公司“所有的”合同、信函、询价单、报价单的复印件等材料。英国上诉法院认为，取证请求书在描述应当调取的文件上缺少足够的明确性，不符合英国《外国程序证据法》中“已列明的特定文件”（particular documents specified）这一要求，因此便利用蓝铅笔原则缩减了美国法院的取证范围。[②]

对于请求国提出的取证请求，海牙国际私法会议同样认为被请求国可以部分执行而非全部予以拒绝执行。实践中，我国的司法部门也进行过这一方面的实践。在 Tiffany v. Andrew 案中，美国法院请求中国银行披露与被告相关的银行账户资料。我国法院部分执行了美方的取证请求，并经司法部向美国法院提交了部分银行文件，对于其他与诉讼程序无直接和密切联系的取证请求，则拒绝予以执行。在该案中，尽管原告方对取证结果并不满足，但美国法院认为司法部提交的文件“足以使原告继续进行其商标侵权的诉讼。”[③]

值得注意的是，蓝铅笔方法是指删除违规部分的请求而保留符合标准的事项，使用蓝铅笔方法时，被请求国有权删除但不能替换请求国调查取证请求书中违规的请求。[④]这也意味着，如果请求书中所有的文件披露请求均不符合被请求国法律规定，则被请求国应直接驳回全部取证请求，而非根据案件事实改写或增加请求，主动决定可予提供的文件。

2. 出台《海牙取证公约》实施细则

我国在加入《海牙取证公约》后，对公约适用过程中存在的一些问题并没有具体的指导和操作规则。例如，我国在加入《海牙取证公约》时曾做出声明，“对于普通法国家旨在进行审判前文件调查的请求书，仅执行已在请求书中列明并与案件有直接密切联系的文件的调查请求”。但是在实际操作中，我国司法部门并没有对“列明”、“直接联系”以及“密切联系”提出明确的界定标准，这也给域外取证请求的执行带来了极大的困难。在司法实践中，对于美国法院通过公约或双边条约途径提出的取证请求，我国司法部门多以其取证请求与案件无直接密切联系而全部予以拒绝。事实证明，在缺乏实施细则指导的情况下，司法部门一刀切的合作模式极大的降低了美国法院通过公约或双边条约途径进行取证的决心。要彻底改善这一局面，需要主管部门尽快就美国审前证据开示的取证请求出台指导文件，使中美双方的域外取证回归到双边合作的轨道上去。

五、结语

中美两国在银行信息取证领域的法律冲突与困境实质上是双方不同利益之间的博弈与较量。就美国而言，通过证据开示程序的域外适用可以高效、快速的获取法院审理案件所需证据；对于我国而言，美国证据开示的取证请求存在取证范围过广、取证内容随意的问

[①] See Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom (OJ L 309, 29.11.1996, p. 1), Art. 6.

[②] 参见王克玉：《国际民商事案件域外取证法律适用问题研究》，人民法院出版社 2008 年版，第 97-99 页。

[③] See Tiffany v. Andrew, 2012 WL 5451259 (S.D.N.Y. 2012), at 11.

[④] See Refco Capital Markets v. Credit Suisse (First Boston) Ltd [2001] EWCA Civ 1733, at 30-32.

题，部分取证请求往往关涉我国金融、科技、贸易等领域的核心机密，对美国法院的取证请求必须慎之又慎。但是从长远来看，无论是民事诉讼领域中打击跨国知识产权侵权还是刑事领域中打击洗钱、恐怖主义活动和跨国逃税等，均符合中美两国共同的利益诉求，这也就意味着双方存在在上述领域展开合作的基础。针对目前中美两国在银行信息取证领域的法律困境，我国既需要果断采取措施维护我国企业海外经营的合法权益，又需要从自身做起，正视我国在司法协助合作中存在的缺点和不足并积极改进，以此提升我国司法部门的国际公信力，为中美两国通过双边或多边途径实现银行信息取证合作打下坚实的基础。

4.美国法院“长臂管辖权”中“商业交易”联系的实践扩张

——以 Licci 诉黎巴嫩加拿大银行为视角

桑佳淇*

摘　要：美国作为世界经济和政治的核心，在过去的几十年间一直试图扩大本国法院在国际民事诉讼中的管辖权，逐渐扩张的“长臂管辖权”体系一直饱受国际社会的诟病，本文选取“长臂管辖权”体系中最具代表性和争议性的“商业交易”联系为研究对象，通过分析近些年颇具代表性的美国上诉法院第二巡回庭对 Licci 诉黎巴嫩加拿大银行案的处理，浅谈在美国 N.Y.CPLR（Civil Practice Law and Rules）302 款下“长臂管辖权”的触及范围在实践中的扩张。

关键词：长臂管辖权;商业交易联系;正当程序

Abstract： As the core of the world economy and politics, the United States has been trying to expand the jurisdiction of its courts in international civil litigation in the past few decades. The gradually expanding "long arm jurisdiction" system has been criticized by the international community. The most representative and controversial "commercial transaction" link in the "long arm jurisdiction" system is the subject of this study, by analyzing the handling of Licci v. Lebanese Canadian Banking Case by the second representative court of the US Court of Appeals in recent years. In the United States under NYCPLR (Civil Practice Law and Rules) 302, the reach of the "long arm jurisdiction" in the expansion of the practice.

Key words: long-arm jurisdiction　the connection of commercial transaction　due process

一、引言

1945 年国际鞋业公司诉华盛顿州上诉案[①]，美国联邦最高法院正式确立了以“最低联系”（minimum contacts）为标准的“长臂管辖权”，突破了传统的以被告住所地作为管辖权的依据，联邦最高法院认为，被告只需要与一州间存在着某种“最低联系”，该州就能够在不违反公平正义的基础上行使管辖权。由此，各州也开始逐步制定“长臂管辖权”法律，纽约州有关长臂管辖的立法和美国统一私法协会制定的《统一联邦和州示范法》是其中相对有代表性的法律。州长臂管辖权立法和联邦法院相关的判例法共同组成了美国的长臂管辖权体系。[②]本文选择 N.Y.CPLR302 款作为研究对象，一方面是该条款是长臂管辖权立法中代表性的实体法，另一方面是因为该款也指导了许多典型的、有深远影响的案例。

---

*桑佳淇，外交学院国际法系国际法学硕士。

① Internatio nal Shoe v .Washtington 226 U .S .313(1945).N.Y.

② 郭玉军，甘勇.美国法院的“长臂管辖权”———兼论确立国际民事案件管辖权的合理性原则.比较法研究[J]，2000 年第 3 期。

客观来讲，传统的管辖权体系的确不能完全适用当今社会的发展，交通的便利和跨国交流的激增使以住所地为联系的管辖权适用空间越来越小，加之美国的世界经济核心地位、效果原则和自愿服从原则的出现和应用，严格的地域因素限制并不利于美国保护自身的国家和公民利益，故而更加灵活的“最低联系”产生的“长臂管辖”赋予了美国法院更加宽泛的管辖权，但这并不意味着长臂管辖会无边界的扩张，其运用一方面要受到联邦宪法修正案 14 中正当程序的限制，另一方面，不方便法院原则和禁诉令制度的应用又一定程度上防止了滥诉，因此，长臂管辖体系并不是完全不合理的。事实上这种“长臂管辖权”常又被称为特别管辖权（specific jurisdiction），用以相对被广泛认可和实践的一般管辖权（general jurisdiction）[①]，长臂管辖的类型有很多，包括现在已经被许多国家和条约承认的侵权行为地管辖侵权案件、当事人同意管辖等等。当然，这其中还包含着许多有损害他国司法主权之虞的依据“最低联系”产生的管辖权，后文所讨论的被扩张解释的“商业交易”联系就是极具代表性的一类。美国州法院欲行使长臂管辖权，需要州法律存在相关的规定，加之对正当程序的审查。本文中，N.Y.CPLR(纽约州民事诉讼法)301 条规定了一般管辖权，即行使管辖权的传统依据，而 302 条则是其他情况下允许的长臂管辖条款。

二、Licci 诉黎巴嫩加拿大银行案

（一）案情概要

2006 年，黎巴嫩组织真主党向以色列北部发射火箭弹，导致原告及其近亲属一定程度上的伤亡。美国运通银行存在黎巴嫩加拿大银行（Lebanese Canadian Bank,LBC）的关联银行账户，并向真主党机构提供过电汇服务，该汇款又成为了火箭弹袭击事件的主要经费来源。受害人 Licci 因此向纽约州法院提出诉讼。

纽约州法院经审理认为美国法院不具有对该案件的管辖权，驳回原告起诉；原告随后将案件上诉至美国联邦上诉法院第二巡回庭，巡回庭通过对案件事实的了解，厘清了 N.Y.CPLR302 下对人管辖权的基础，推翻了州法院的判定，认为法院对本案原告享有依照长臂管辖法律的管辖权。

（二）争议过程

1.纽约州地区法院观点

George Daniels 法官首先解释道，原告只需要提供地区法院对被告存在对人管辖权的表面证据即可，接着由法院判定对人管辖权是否存在，同时考量这种管辖权的行使是否可能违反宪法中正当程序原则。原告指出，因为被告在纽约州关联银行账户进行了数十次的电汇转账行为，所以地区法院依据 N.Y.CPLR section302(a)(1)“商业交易联系”长臂管辖条款享有对被告的管辖权。

Daniels 法官认为，仅仅是在纽约州存在与真主党金融机构有关联银行账户并不能够充分地构成对外国被告的对人管辖权基础。诚然，在极少数情况下，积极使用一个关联账户的行为可以成为对一个无住所地的被告行使管辖权的基础，但是这种行为必须是原告诉求所有损害的核心原因。Daniels 法官认为，LBC 一般地使用在纽约的关联账户进行电汇的一般行为，与特定的使原告遭受损失的真主党恐怖活动之间并没有明晰联系或是基础关系。原告遭受的损失是真主党发射火箭弹的行为，而不是 LBC 的电汇行为。

原告仍认为纽约法院享有对被告的管辖权，故将此问题上诉至联邦上诉法院第二巡回庭。

2.联邦上诉法院第二巡回庭的两个厘清问题

上诉法院在仔细分析 CPLR section302(a)(1)后认为长臂管辖的范围和适用在“商业交易（transaction of business ）”和诉求是否源自这种商业交易行为（arise out of）的规定都不甚

[①] Peter Hay , Con flict of Laws , 2nd ed., West Publishing Co., 1994 , p.48

明晰，纽约州的法律目前不足以使上诉庭有充分的理由解决这一管辖权问题，故而向纽约上诉法院提出了两个有关纽约州长臂管辖法律的厘清问题[①]，即

第一，外国银行在纽约的金融机构存在关联账户，并代表外国客户数十次使用该账户进行电汇，这种行为是否构成纽约 CPLR section302(a)(1)规定意义下的“商业交易（transact[ion] of business）”？

第二，如果第一个问题的回答是肯定的，那么原告根据“反恐怖主义法”提出的索赔，或者因忽视或违反法定义务而违反以色列法律的行为，是否是源自（arise）LCB 在纽约的商业交易行为？

纽约上诉法院对两个问题的回答都是肯定的。

3.巡回庭对管辖权问题的探讨

首先，法庭再次强调，在判断对人管辖权的问题上，首先要求原告提供地区法院对被告依州法律享有管辖权的表面证据（prima facie），在判定原告是否出示了相关材料的时候，一切向着有利于原告的方向解释和认定。[②]

（1）州法律层面

根据 N.Y. C.P.L.R. 302(a)(1)的规定，欲对在域内没有住所地的被告行使对人管辖权需要该被告在州内进行商业交易行为，且原告的诉求是源自于这种商业交易行为。鉴于纽约州上诉法院对前述两个厘清问题的回复是肯定的，那么依照州法律享有的对人管辖权是不言而喻的。

巡回庭更进一步解释道，在认定“transaction of business”上，当事人如果是带有目的性的，那么仅就使用纽约关联银行账户的行为就构成了长臂管辖法中的“商业交易”行为[③]。原告诉称被告代表客户进行的一系列电汇和账户交易行为事实上是有目的地在利用纽约州的银行结算系统和美元的稳定性以及流动性，而且由于这种行为的实施，被告可以预见到自己要受到纽约商业法和诉讼法的约束与管辖。法庭认为，LBC 数十次的电汇行为并不是偶然的，这种行为的目的就是为了支持真主党的恐怖袭击行为。至于“arising from”的认定问题，法庭指出，C.P.L.R. 302 并不要求原告遭受的损害完全源自被告的行为，也不要求二者之间有着通常的联系，只要求被告同纽约州之间有联系的商业行为至少是造成原告损害的某些因素。

综上，法庭认为原告提供的表面证据足以认定地区法院对被告享有依据 C.P.L.R. 302 的对人管辖权。

（2）宪法正当程序层面

正当程序考量要求两个条件：其一，被告同州法院之间存在最低联系（minimum contacts），这种联系的判定需要被告意识到自己正在利用该地方赋予的商业权利，并且能够预见到自己可能会被起诉至该地方法院[④]；其二，管辖权的行使不会违反传统意义上的公平正义，具体要考虑三个方面，即行使管辖权给被告带来的负担、法院判决案件的利益、原告从诉讼中能获得方便有效的救济。

被告在多国多地拥有多个银行账户，却有意识地重复选择纽约州的账户进行以美元为计价的电汇，这表明被告与纽约州之间的联系绝不是偶然的、独立的或是随机的。正如分析纽约州长臂法律适用性时所述，这就是在故意利用纽约可靠透明的银行系统和美元作为货币的稳定性与可替代性，自然也包括能够预见的纽约州管辖权以及要遵守的商业法。尽管如此，这不意味着在一州内单纯拥有银行账户的行为就代表当事人同该州之间有联系，

---

① Licci, 674 F.3d at 55

② Chloé v. Queen Bee of Beverly Hills, LLC, 616 F.3d 158, 163 (2d Cir.2010).

③ Amigo Foods Corp. v. Marine Midland Bank－N.Y., 39 N.Y.2d 391, 348 N.E.2d 581, 384 N.Y.S.2d 124 (1976)

④ Bank Brussels Lambert v. Fiddler Gonzalez & Rodriguez, 305 F.3d 120,127 (2d Cir.2002)

法庭强调的是当事人选择并利用该账户侵害他人利益的行为，而这种行为同法院地间产生的联系无需考虑前行为（账户款项来源）是否要受到地区法院的管辖。据此，法院有充足的理由认定被告同纽约州存在着联系。

法庭认为，虽然 LBC 位于黎巴嫩，所有包括本身是美国公民的原告都居住在以色列，与诉讼相关的证人和文件也都在境外，但是，现代交通和通信的便利性减轻了纽约法院审理案件给当事人带来的负担。此外，LBC 利用纽约银行账户资助恐怖活动的行为关系到纽约州乃至美国监管银行方面的利益，法院亦有义务保证银行系统的清洁，保证其不会沦为支持恐怖主义或其他恶意目的的工具。

结合原告出示的最低联系表面证据和以上因素，法庭认为，对被告 LBC 行使管辖权符合州法律的规定也符合正当程序的要求，于是决定撤销原审法院驳回起诉的裁定，还押以待进一步的诉讼程序。

三、案件的意义及产生的影响

（一）本案释明的问题

在“商业交易”联系的解释方面，法庭通过“有意利用（purposely availment）”的分析来判定联系的本质，后来也得到了广泛的认可，当然，这并不是“商业交易”联系的唯一解释方法，但是这种通过解释来发掘法定联系本质的方法是被美国法院肯定的。

在原告遭受损害是“源自”商业交易行为的认定上，法庭也解释道这种“源自”不要求二者间是直接的因果关系，只需要该商业交易行为是造成原告损害后果的某些因素即可，而对这种因素的要求也很低，只要起到稍微的作用即可。

（二）本案产生的影响

通过上述对本案的分析过程不难发现，从美国本土的法律间关系来看，州法律联与邦宪法层面所定义的长臂管辖权是不完全协调的。仅就“商业交易”这一种联系而言，就有不同的认定角度——在 Licci 案之前纽约州的法院和联邦法院处理许多被告无住所却与法院地间有商业交易联系的案件时，都过于注重修正案 14 所规定的正当程序条款，忌惮正当程序条款对管辖权的否认，而忽视了要通过州法律的长臂管辖条款来认定是否存在商业交易联系的环节。这种对正当程序条款的过分强调阻碍了州法律相关条款的释明，也导致了先前判例标准不一的情况。以本案为起点，更加重视州长臂管辖法律的适用，从而放宽对法院拥有长臂管辖权的认定标准。事实上，大多数的州法院和联邦法院在对无住所地被告的对人管辖权认定上都只判定被告是否与地区间存在着足以达到联邦正当程序要求的法定联系。然而，以纽约州为代表的一些州法律和联邦正当程序条款的规定并不完全一致，在对人管辖权的认定上也要分两步分析，不能混为一谈。本案的做法显然更加强调对州法律的解释，挖掘个案中法律联系更广泛更深层的意义，弱化正当程序条款对管辖权认定时的限制。

同时也观察到本案中，巡回庭对“商业交易”行为和损害“源自”行为的认定与解释都相当宽泛，这恰恰表明了美国法院希望长臂管辖能够触得及更广泛的态度，这势必会很大一定程度上放开州地方法院（起码在纽约州地方法院）有关“商业交易”联系而获取管辖权的阀门，更进一步讲，正当程序条款限制的放松和各类联系解释的更深探寻与扩张会赋予法官更大的自由裁量权，导致长臂管辖的范围不断扩张。

四、反思与结论

（一）对 N.Y.CPLR302 款实践中扩张的认识

纵观近些年来的判例，N.Y.CPLR302（a）下有关“商业交易”联系的认定越来越多，

标准也愈发降低。2007 年，Deutsche Bank Securities, Inc. v. Montana Board of Investments 案[①]中，上诉法院提出“现代通讯技术的进步已经足以使一方当事人在不实际进入一州的情况下进行大量商业活动”，法庭在通过研究先前判例[②]也发现这逐渐成为一种通识，随决定对在纽约州内没有住所的加利福尼亚州被告行使长臂管辖权。甚至在一些案件中单一的电话拍卖交易也被认为是 302 款项下的“商业交易联系”。除此之外，在 Ehrenfeld v. Bin Mahfouz 案后，纽约州甚至新增颁布了 302（d）款，一定程度上将自己的一部分长臂管辖权视为排他性质的管辖，因此不承认同类案件其他国家所作的判决。据此，以商业交易为联系基础的长臂管辖权的扩张趋势可以总结为：

融合了最大限度的“属人管辖”。这种属人的性质并不仅限于户籍或是住所地的联系，还包括了在纽约州境内有实体的法人，有可供执行财产的自然人等，都构成了“属人”联系，而对于这种联系来说，不论是原告的举证还是法庭的认定，都是表面性的、程序性的。换言之，所有在美国州境内存在账户或是实体的跨国公司都有可能、并应当预见到当地法院的管辖。

填补了“商业交易”联系可能存在的一切疏漏。目前的“商业交易”联系认定几乎包含了所有类型的商业行为或是金融行为。在认定行为时，强调行为主体作出行为的有意性和对被管辖的可预见性——客观来讲，美元作为世界上最通用、受认可度最高、与黄金价格联系最紧密的货币，是目前跨国交易、商业往来中使用最频繁的货币；美国各州高效快捷专业的银行结算系统在国际商贸往来或其他国际性交易中的使用率也非常高，很多当事人选择美国的银行进行交易也是利用了这些特点，其有意识的活动自然也会得出能够预见可能被地区法院管辖的后果。同时，对这类联系的认定也摒弃了传统的“存在”（presence）标准，弱化实体上的联系，强调实质上的联系，当事人是否曾经过境不重要，只要其行为与该州间存在实质上的联系即可，这种联系完全可以由无线的通讯技术来建立，而不需要当事人真正地在境内“出现”过。在认定原告诉求是否源自商业行为的环节上也大大放宽了标准，只要原告遭受的后果同商业行为间存在某种程度上的因果关系即可，即该行为不要求是损害结果发生的充分条件，只是对结果的发生产生某种不可忽视的作用即可，这种具体的判断需要个案分析，如 Licci 案中被告方通过汇通银行电汇对恐怖活动的资助行为与原告方在恐怖袭击中遭受的损失之间存在着间接的因果关系，从而肯定这种损害结果是“源自”被告方的“商业行为”。

减少宪法正当程序层面的审查限制。地方法院决定行使长臂管辖权时，要先考虑是否有相关的州法律基础，在符合州相关法律的基础上再检验长臂管辖权的行使是否符合宪法中正当程序的要求，这一方面要求当事人同管辖地之间存在着最低联系，另一方面又要求管辖权的行使不违背公平正义，具体而言，要保证向当事人送达传票、给当事人听审的机会和正当的管辖依据。以往的案例中，法官大多忌惮宪法规范的要求，更加慎重的行使长臂管辖，但是以 Licci 案为代表的一系列案例，上诉法院和联邦法院的判例多倾向于放宽这种要求，更侧重对“最低联系”的论理和认定。

评价

1.积极方面

通讯技术和信息技术的发展为商业交易提供了更加方便快捷的途径，形式更灵活内容更丰富的长臂管辖权能够更好地适应现实的情况，宽泛的管辖权也起到了一定的震慑作用，以保证高速流通下的市场纪律。这也是对美国经济中心地位的一种保证，确保发达的金融系统不沦为跨国犯罪和恐怖主义的工具。商业交易作为典型“最低联系”的一种，尤其体

[①] 850 N.E.2d 1140 (N.Y. 2006).

[②] Ehrlich-Bober & Co. v. Univ. of Houston, 404 N.E.2d 726 (N.Y. 1980); Parke-Bernet Galleries, Inc. v. Franklyn,256 N.E.2d 506 (N.Y. 1970))

现经济领域的发展变化，其理论的丰富和发展也能促进传统管辖权理论的完善，增强管辖权理论的社会适应性，以此为代表的长臂管辖权如能与不方便法院原则等限制滥诉的规则相配合协调，将会收到更加平衡公正的司法效果。

2.消极方面

随着“商业交易”联系标准不断降低，诉讼的可预见性也在正相关降低，不经常在相关地区活动却被认定为与相关地区间存在商业交易联系的被告将随时面临着诉讼风险，也给了当事人更大的选择法院（forum shopping）的空间，加之美国侵权法律体系侧重对受害人的权益保护，更多的原告倾向于向美国的法院起诉，即便法院以不方便法院原则拒绝司法，审查核实的过程也会对司法资源造成浪费。另一方面，传统意义上，长臂管辖权只存在于民商事诉讼领域，但是随着理论的发展和实践的扩张，长臂管辖也渗透到了对宏观经济领域的监管乃至跨国经济类犯罪中去，商业交易联系甚至成为一种刑事管辖权的依据，这就让一直有过度管辖之虞的长臂管辖更加堂而皇之地损害其他国家的司法主权，甚至会对外国被告负以刑事责任。

五、对我国的借鉴意义和相关影响

（一）对我国国际民诉管辖权有关方面的借鉴意义

目前，我国有关商业交易类的国际民事诉讼管辖权，除了协议管辖和专属管辖外，对于在中国境内没有住所的被告人的管辖权规定于《民事诉讼法》第 265 条，“如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。”可以看出，我国法院在合同商业交易领域依据国内法能获取管辖权的途径还是很宽泛的，民诉法 265 条采取了列举式的立法规定，虽然列举得比较全面，给了法院确认自身管辖权的明确依据，但是也存在着一定的问题——首先，立法中所采用的名词术语在内涵上不够明晰，如“合同履行地”这一连接点的规定在适用时就存在着“灰色地带”，比如实践中存在着约定履行地和实际履行地不一致的情况，甚至合同涉及多个履行地点，那么此种情况下法院如何处理管辖权问题亦未见明确规定；其次，本条所列举之情况并未穷尽，比如，在设有代表机构的地区法院具有管辖权，那么设有办事机构的地区法院是否有管辖权呢？侵权行为地的法院有管辖权，那么侵权结果地的法院是否有管辖权呢？这些问题立法中都没有给予明确答复。最后，采取这类列举式立法是否恰当地代表了实践中内涵广袤的“商业交易”联系，除了合同关系和财产所在，银行账户之间的往来行为或是单纯的开户行为是否是取得管辖权的依据等等问题都值得深思。

美国针对“商业交易联系”的长臂管辖立法体系给了我国有关法律的完善一些启示，在法院依据类似管辖依据获得管辖权时，我国也可以采取类似做法，只作纲领性立法，或加入推演标准，再由司法解释列举但不作封闭式规定，从而使得法官能够更灵活，更合理地进行涉外民商事管辖，辅之以新民诉解释中渗透的“不方便法院管辖原则”，从而摆脱在商业领域涉外民商事管辖权确认方面的机械化和僵硬，更加恰当地在具体个案中判定法院是否要行使管辖权，更加适应随着信息技术发展而多变难料的现实情况。

（二）美国长臂管辖“商业联系”实践中的运用扩张对我国的影响

据商务部统计，2018 年我国同美国之间的进出口贸易总额占年度进出口贸易总额的 13.7%，比 2017 年同比增长 5.7%[①]。仅就纽约州来说，根据中国驻纽约州总领事馆商务处 2016 年的统计，中国是纽约州在北美之外的最大贸易伙伴，中国大陆和香港是纽约州最大

[①] http://images.mofcom.gov.cn/zhs/201905/20190524182054485.（最后访问时间 2019 年 6 月 5 日）.

的出口市场，许多总部设在纽约州的知名跨国公司在中国有投资，纽约州已成为中国企业赴美投资的首选目的地之一。[①]可见在我国公民企业和美国甚至只是纽约州之间都存在着大量且频繁的商务往来，在以“商业交易联系”为基础的长臂管辖权不断扩张的同时，我国公民企业在享受着美国市场带来的利益同时也承担着被诉的风险，甚至有时偶然的交易或是仅仅存在纽约州的银行账户都有可能被起诉判决。加之目前中美之间不断升级的贸易摩擦和愈加紧张的贸易关系，在相当一段时间里，贸易关系可能都会呈现不友好的状态，这警示着我国公民企业应该重视在美的财产保护，合理地利用美国司法体系，加强风险应对的能力，不被“长臂触角”侵犯利益。同时政府也要加强沟通疏导，让两国司法权力得以互相尊重、互相协调。

5.论美国的“长臂管辖”及其合法性问题

徐梓文*

摘　要：在国际社会的交往中，美国的单边主义行为给其他各国带来了不少的伤害，其中“长臂管辖”便是较为著名的单边主义行为。虽然在世界范围内研究“长臂管辖”的成果很多，但是均存在不足之处。本文在详细分析了国内外的学术成果后发现，当前有关“长臂管辖”的学术研究均存在偏颇之处，即没有正确地认知“长臂管辖”的性质，将立法管辖行为和司法管辖行为混为一谈，最终导致理论与实践的相脱离。本文认真梳理了国内外的研究成果，探究了“长臂管辖”的起源与发展，对“长臂管辖”的定义做出新的解释，并且延续了该思维范式，从立法管辖和司法管辖二分的角度来论证“长臂管辖”的合法性问题，最终得出相应的结论。若要正确应对美国愈演愈烈的单边主义倾向，我国应该在国际法的理论和实践层面做好相应的积累，从立法、行政和外交三个维度来切实保障我国的正当利益。

关键词：长臂管辖；合法性；立法管辖；司法管辖

Abstract：In the international community's exchanges, the unilateralist behavior of the United States has caused a lot of harm to other countries. Among them, the "long arm jurisdiction" is a relatively famous unilateral act. Although there are many achievements in the study of "long arm jurisdiction" in the world, there are deficiencies. After a detailed analysis of academic achievements at home and abroad, this paper finds that the current academic research on "long arm jurisdiction" is biased, that is, it does not correctly recognize the nature of "long arm jurisdiction", and will legislate jurisdiction and jurisdiction. The behavior is conflated, which eventually leads to the separation of theory and practice. This article carefully combs the research results at home and abroad, explores the origin and development of the "long arm jurisdiction", and makes a new interpretation of the definition of "long arm jurisdiction", and continues the paradigm of thinking, from the legislative jurisdiction and jurisdiction From the perspective of the issue of the legality of the "long arm jurisdiction", the corresponding conclusions are finally reached. To correctly cope with the growing unilateralism of the United States, China should do a corresponding accumulation in the theoretical and practical aspects of international law, and effectively protect China's legitimate interests from the three dimensions of legislation,

[①] http://newyork.mofcom.gov.cn/article/jmxw/201604/20160401296677.shtml（最后访问日期 2019 年 6 月 5 日）

* 徐梓文，上海财经大学法学院博士，专业方向国际经济法。

administration, and diplomacy.

Keywords：long arm jurisdiction；legality；legislative jurisdiction；jurisdiction

引言

“谁选择了管辖权，谁就选择了法律。”——一条古老的罗马法谚这样说。在国际法体系中，无论是实践还是理论，管辖权都占据了十分重要的地位。管辖权是指通常被称为“主权”的国家的一般法律权限的制定方面。管辖权为主权的一个方面，它是指司法、立法与行政权力。[①]主权包含着国家对领土内的一切人和事物行使优越权之权力，称为属地优越权。主权亦包含着国家对一切在国内或国外的本国人行使优越权之权力，称之为属人优越权。[②]管辖权是国家的一项基本权力，每个主权国家都可以根据自身的政策与法律来行使管辖权，但是管辖权的行使也必须符合国际法的约束。伴随着全球化的发展，各国之间的往来愈加密切，国际间的纠纷亦愈加复杂，因此各国管辖权的行使也呈现出扩大化的趋势。在各国尝试扩大自身管辖权的实践中，美国的“长臂管辖”独树一帜，在国际上招致了众多的非议。[③]“长臂管辖”究竟为何物，它与传统的管辖权有何区别，它是否具有国际法上的合法性等问题亟需阐释和说明。

一、“长臂管辖”的沿革、概念及典型法律

（一）“长臂管辖”的历史沿革

美国的“长臂管辖”最初是美国联邦法院为州法院所创设出的一套民事诉讼制度，其最初只是一个国内法概念，代表性案例则是国际鞋业公司诉华盛顿州案（International Shoe Company v. Washington）。[④]在国际鞋业诉华盛顿州案之前，美国是严格遵守属地管辖原则的，各州并不会对外扩大其管辖权。美国最高法院在 1877 年 Pennoyer v. Neff（以下简称内夫案）案中，将属地原则作为美国法院行使对人管辖权的依据，也即美国法院仅能对定居(Domiciled)在法院地的被告或者在法院所在州内能被送达传票(Served with Summons)的被告行使对人管辖权。[⑤]随着美国国内经济的快速发展，美国各州之间的贸易往来也更加频繁，跨州贸易中发生的各种商业行为要求对属地原则进行改变。所以在 1945 年国际鞋业公司诉华盛顿州案中，美国法院响应了国内对商业便利的需求，对严格的属地管辖原则进行了突破。

这一判决改变了州对非居民（non-resident）的管辖权的基本规则，并推翻了已有 66 年历史的 Penynyer v.Neff 规则。内夫案采用的确立管辖权的标准是双重的：第一每个州对其领地内的人和财产拥有专属管辖权和主权；第二任何州都不得对不在其领地内的人或财产行使管辖权。[⑥]在国际鞋业公司诉华盛顿州案中，美国最高院通过放宽宪法的正当程序要求，为“长臂管辖”的产生提供了动力。[⑦]美国最高院在国际鞋业公司案中确立了“最低限度联系”标准，其原文如下：“certain minimum contacts...such that the maintenance of the suit does not

---

[①] [英]伊恩·布朗利著，曾令良等译，《国际公法原理》，法律出版社 2007 年版，第 266 页。

[②] 周鲠生，《国际法》（上册），武汉大学出版社 2009 年版，第 186 页。

[③] 1998 年 3 月，在海牙国际私法会议秘书处召开的关于民商事案件管辖权会议上，美国就因为“长臂管辖”而被各国群起攻之，具体参见廖志敏，《国际民事管辖权冲突漫谈——从长臂管辖权说起》，《金融法苑》，2002 年第 12 期。近期孟晚舟女士被美国非法拘禁一事也在中国引起了巨大的民愤。

[④] See International Shoe Company v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).

[⑤] See Pennoyer v. Neff , 95 U.S. 714 (1878).

[⑥] John H. Jr. Johnson, How Minimum is Minimum Contact-An Examination of Long Arm Jurisdiction, 9 S. Tex. L.J. 184 (1966).

[⑦] Statutes: An Extension of Long-Arm Jurisdiction, 52 Minn. L. Rev. 743 (1968).

offend‘traditional notions of fair play and substantial justice.'”[①] 通过“最低限度联系”标准，州法院可以合法地将管辖权扩张到非本州居民。同时美国最高法院也对州法院行使“长臂管辖”也设下了两个限制：“(1) Proper notice must be given the defendant to avoid any conflict with the due process clause under the fourteenth amendment；(2) Due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend ‘traditional notions of fair play and substantial justice’.”[②]至此美国的“长臂管辖”制度拉开序幕。

在国际鞋业案后，美国最高院对“最低限度联系”标准进行了几次说明。在 1957 年 McGee v. International Life Insurance Co 案中，美国最高院做出如下解释：“Looking back over this long history of litigation, a trend is clearly discernible toward expanding the permissible scope of state jurisdiction over foreign corporations and other non-resident. In part this is attributable to the fundamental transformation of our national economy over the years.”[③] 在美国最高院看来任何与法院地的联系以及对被告的充分通知都将满足“最低限度联系”。[④]但在一年后的 Hanson v. Denckla 案中，美国最高院又略微做了限缩解释。[⑤]此后，美国最高法院在一系列的判例法中继续发展了“最低限度联系”。1980 年的世界大众汽车公司诉伍德森案（World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson）不仅是长臂管辖权发展的重要判例法，也是有关产品责任的长臂管辖权的重要判例，在该案中法院又提出了“可预见性”的标准。[⑥]

在得到联邦最高法院的授权之后，美国各个州开始顺应趋势，制定本州的“长臂管辖”规则。1955 年伊利诺斯州率先出台《长臂管辖权法令》，随后各个州陆续跟进。值得注意的是，各个州在规定本州的“长臂管辖”法规时，其采取的认定标准并不统一。[⑦]甚至有时候连美国人自身也未必能预测“长臂管辖”是否存在。[⑧]

美国“长臂管辖权”的理论基础是所谓的“效果”原则（the effects doctrine）,即只要某一发生在州（国）外的行为在本国境内产生了所谓的“效果”，不管行为人是否具有本国国籍或住所，也不论该行为是否符合当地法律，只要这种效果或影响的性质是美国法院行使管辖权不是完全不合理的，对于因此效果而产生的诉求，美国法院就可以行使管辖权。[⑨]

综上所述，“长臂管辖”在美国的发展经历了从联邦法院到州法院的历程，究其本质而言属于民事诉讼制度。美国的“长臂管辖”一开始仅为顺应经济发展需要，赋予州法院扩大其管辖的权力，本质上为一国国内法之安排（冲突法），那么这样一个民事诉讼制度为何会在国际上饱受责难，甚至被学者批判为“美国政治经济外交的司法武器”呢？[⑩]

（二）“长臂管辖”的概念辨析

[①] See International Shoe Company v. Washington, 326 U.S. 310 (1945). 在这个案件中，最高法院维持了州法院对非居民公司被告的管辖权，尽管该案中国际鞋业公司与该州的唯一联系是约 11 至 13 名销售人员，他们负责将订单发送到位于另一州的中央办公室。

[②] See International Shoe Company v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).

[③] See McGee v. International Life Insurance Co, 355 U.S. 220 (1957).

[④] John H. Jr. Johnson, How Minimum is Minimum Contact-An Examination of Long Arm Jurisdiction, 9 S. Tex. L.J. 184 (1966)

[⑤] See Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958).

[⑥] See World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980).

[⑦] 具体可以参见 Statutes: An Extension of Long-Arm Jurisdiction, 52 Minn. L. Rev. 743 (1968)，Civil Procedure - Long-Arm Jurisdiction , 29 Cath. U.L. Rev. 1075 (1980)等文章，其中明尼苏达州的规定和哥伦比亚区法院的规定是存在差别的。

[⑧] See Mark P. Gergen, Constitutional Limitations on State Long Arm Jurisdiction, 49 U. Chi. L. Rev. 156 (1982).

[⑨] 徐卉,《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，2001 年版，中国政法大学出版社，第 104 页。

[⑩] Portail de l'IE, Centre de ressources et d'information sur l'intelligence economique et stratdgique. https://portailie.fr/short/1479/de-lextraterritorialite-des-lois-americaines-une-prise-de-conscience-politique.

在前文中有这样一个疑问，即“长臂管辖”作为一个美国国内民事诉讼法律制度，为何会在国际法层面招致众多的非议呢？笔者认为是当下学界对国际法和国际关系层面的“长臂管辖”概念认知出现了偏颇而导致。

首先考察国内学界是如何定义“长臂管辖”的，代表性的观点有以下几种：

1、美国民事诉讼中所谓的长臂管辖权,当被告的住所不在法院所在的州,但和该州有某种最低限度的联系,而且所提权利要求的产生又和这种联系有关时,就该项权利要求而言,该州对于该被告具有属人管辖权虽然他的住所不在该州,可以在州外对被告发出传票。[①]

2、所谓长臂管辖权就是根据普通法管辖规则无管辖权的人和公司行使管辖权。[②]

3、所谓长臂管辖权就是各州通过立法合法地扩大本州法院对涉外民事案件的管辖权。它主要是根据非本州居民与本州的各种可能的联系,确定本州法院对涉外民事案件的管辖权。[③]

4、此类规定法院对在送达时实际不在法院所在地州的被告送达并获得对被告的对人管辖权的法律即“长臂法律”。长臂法律允许法院基于被告与法院所在地州的某些联系而获得管辖权。[④]

其次考察域外学者如何界定“长臂管辖”：

1、长臂法规是一种法令，允许法院根据州外被告犯下的某些行为获得对州外被告的个人管辖权，前提是被告与该州有足够的联系。（A long-arm statute is a statute that allows for a court to obtain personal jurisdiction over an out-of-state defendant on the basis of certain acts committed by an out-of-state defendant, provided that the defendant has a sufficient connection with the state.）[⑤]

2、州对非居民被告的司法管辖权主张，因被告过去与该州有接触而引起的诉讼。（A state's assertion of judicial jurisdiction over a nonresident defendant with respect to a cause of action which arose from the defendant's past contacts with the state.）[⑥]

3、典型的长臂法规允许对非本州居民被告实行管辖，只要该纠纷产生的原因中包含任何对本州的企业交易，任何侵权行为，所有权，使用或占有房地产，或任何一个与本州居民有关的保险。（A typical long-arm statute allows a plaintiff to serve process on a nonresident defendant out-of-state if the cause of action arises from transaction of any instate business, the commission instate of any tortious act, the instate ownership, use, or possession of any real estate, or the insuring of any instate person, property or risk.）[⑦]

4、只要满足公平竞争和实质公正的要求，州应该能够对与该州保持最低限度联系的非居民行使管辖权。（A state should be able to exercise jurisdiction by substituted or constructive service over a nonresident who maintained minimal contacts with the forum state as long as the requirements of a fair play and substantial justice were met.）[⑧]

对比中外学者对“长臂管辖”的定义，可以从中总结出它们的共性。国内外学者均认

[①] 徐卉,《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，2001 年版，中国政法大学出版社，第 104 页。

[②] 董立坤,《国际私法论》,2000 年版，法律出版社，第 169 页。

[③] 赖紫宁,《国际侵权诉讼管辖权研究》,武汉大学，博士研究生论文，2001 年， 第 33 页。

[④] 蔡彦敏、洪浩,《正当程序法律分析—当代美国民事诉讼制度研究》,2000 年版，中国政法大学出版社，第 23 页。

[⑤] 参见康奈尔大学法学院官网，https://www.law.cornell.edu/wex/long-arm_statute，最后访问日期 2019 年 5 月 24 日。

[⑥] Adolf Homburger, Reach of New York's Long-Arm Statute: Today and Tomorrow，15 Buff. L. Rev. 61 (1965-1966).

[⑦] Jeremy D. Morley, Forum Non Conveniens: Restraining Long-Arm Jurisdiction, 68 Nw. U. L. Rev. 24 (1973-1974).

[⑧] GH Rubin, Interpretive Problems of Ohio's Long-Arm Statute, 19 Case W. Res. L. Rev. 347 (1967-1968).

为“长臂管辖”是美国国内的民事诉讼规则，其所规制的是对人管辖权（in personam）问题，而且这个“人”特指非本州被告。只要该被告和本州存在最低限度的联系，在符合公平竞争和实质公正的要求下，该州法院就获得管辖权。

经过对比研究发现，“长臂管辖”实质上为美国的国内法（其产生亦符合普通法管辖权理论），即使在运行过程中存在和他国民事诉讼管辖权的冲突，也不应该招致如此众多的非议，那么问题出在何处？笔者经过研究发现其根本原因是学界对“长臂管辖”一词存在混用，将美国涉外民事诉讼中的名词运用到国际社会的交往中，更为重要的是学界混淆了国际法上的立法管辖权和司法管辖权这两个概念，把美国的立法行为和司法行为混同，将其统称为“长臂管辖”。概念的混用造成了当下的困惑。

从理论上来说，涉外民商事诉讼管辖权是一种司法管辖权。作为一种司法管辖权，行使涉外民商事诉讼管辖权的主体为该国法院。同时，该管辖权属于程序法规范，区别于国际私法上的立法管辖权。[①]国际私法上的立法管辖权指的是涉外民事案件的法律适用即准据法选择问题，属于实体法规范，它通常是在涉外民事案件的管辖权问题解决后，确定应适用何国法律来规范当事人的权利义务问题。[②]从上述概念区分中可以得出，立法管辖权主要针对的是法律适用问题，通过实体法规范直接规定当事人双方的权利义务内容。而美国最为人所诟病的“长臂管辖”是哪些呢？笔者列举几个：《外国人侵权索赔法》、1974 年《美国贸易法》中“301 条款”、《海外反腐败法》、《多德－弗兰克法案》、《爱国者法案》等。从这些经典的法案中可以得出，美国真正为人所诟病的不是单纯的“长臂管辖”这一民事诉讼制度，而是以其为工具，保障美国在整个国际法层面上的对他国政府和他国国民的立法行为，妄图自身的国内立法行为获得国际法的效力和地位。

更为重要的是，美国的“长臂管辖”行为存在一套“闭环逻辑”。首先，在司法管辖层面，美国允许其联邦法院和州法院对他国公民行使管辖权（这种行为世界通例，无明显危害性，但美国法院的“最低限度联系”标准的自由裁量空间极大，且不再仅限于民事诉讼）；其次，美国通过国内立法直接规定他国政府、公司和国民的权利义务，要求他们为或不为某些行为。若是违反美国国内立法，则美国司法系统便可以依据“最低限度联系”标准获得对他国公司和民众的管辖权。两套规则体系互相扶持，以满足美国以国内法代替国际法的目的，最终保障其政治目标的实现。

综上所述，当前学界在对美国“长臂管辖”的概念理解上是存在偏差的。对世界各国而言，美国的“长臂管辖”绝不仅仅是一个国内法上的民事诉讼制度，而是一整套“组合拳”。笔者对“长臂管辖”做如下的定义：美国的“长臂管辖”是以其民事诉讼制度为工具，来支撑其对他国政府和国民的立法行为的效力，最终达到以美国国内法代替国际法，满足其政治经济利益的目的。

（三）“长臂管辖”的典型法律

1、赫尔姆斯—伯顿法案 The Helms-Burton Act

随着这项立法，美国在全世界范围内推行禁运政策，这种单边行为引起了许多国家的愤慨，很多国家批评这种立法的国际非法性。简而言之，“赫尔姆斯-伯顿法案”主要就是针对那些与美国的敌人（古巴）做生意的个人、公司、甚至是国家。赫尔姆斯–伯顿法案（Helms-Burton）的目的是将经济手段用于政治目的，最终是为了使美国成为世界秩序的核心。

2、反海外腐败法 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

自 1977 年以来，FCPA 的反贿赂条款适用于所有美国人和某些证券公司的外国发行人。

[①] 徐卉,《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，2001 年版，中国政法大学出版社，第 6 页。

[②] 同前引。

随着 1998 年修正案的颁布，FCPA 的反贿赂条款扩张适用于外国公司和直接或通过代理人促成在美国领土内进行此类腐败行为的人。[①]在 2007 年英国渣打银行某高管对此发表不满："who are you Americans, to tell us and tell the rest of the world that we must not work with the Iranians?"但是在随后几年渣打银行因与伊朗的交易被美国处罚了 700 万美元的罚款。[②]

3、多德—弗兰克法案 Dodd-Frank Act

多德—弗兰克法案赋予美国证券交易委员会（SEC）有权惩罚任何实质侵权行为，即使该金融交易不发生在美国境内或者包含他国国民。[③]

4、爱国者法案 Patriot Act

在 911 事件后，为打击恐怖主义，美国颁布爱国者法案以防止恐怖主义的目的，扩张了美国警察机关的权限。根据法案的内容，警察机关有权搜索电话、电子邮件通讯、医疗、财务和其他种类的记录；减少对于美国本土外国情报单位的限制；扩张美国财政部长的权限以控制、管理金融方面的流通活动，特别是针对与外国人士或政治体有关的金融活动；并加强警察和移民管理单位对于拘留、驱逐被怀疑与恐怖主义有关的外籍人士的权力。[④]

以上仅是美国"长臂管辖"的部分典型法律，还有诸如《对伊朗和利比亚制裁法》、《通过制裁打击美国对手法》、《达马托法》等等，其功能都是为美国达成其政治目的，在此不多赘述。

二、美国"长臂管辖"的合法性分析

在前文中笔者总结到当前学界对"长臂管辖"的认知存在偏差，即没有将"长臂管辖"视为一套美国为达其政治目的而使用的国内法法律武器，而仅仅从某一个侧面来分析认识"长臂管辖"（即或从立法管辖的角度或从司法管辖的角度）。这样的片面认识也导致学界对"长臂管辖"的分析充满了不足之处。所以笔者将尝试从立法管辖和司法管辖（亦有说执法管辖或执行管辖，笔者对此不做详细区分[⑤]）这两个角度来综合分析"长臂管辖"的合法性问题。

（一）从立法管辖的角度

在当下的国际社会，国家对扩张自身的立法管辖权有着切实的利益需求，理由主要可以分为以下两个方面：首先，各国越来越希望在投资方面或在移民方面保护其境外利益。第二，国际社会越来越多地出现仅靠单一国家无法解决的问题（如气候变化或恐怖主义）。这种发展与主权之间的冲突关系也迫使国家从原先的不干涉主义转向扩大其国内法的域外效力。[⑥]在传统的国际法理论上，国家扩张其立法管辖权是存在一定的理论依据的，最著名的就是国际常设法院对"荷花号"案所做的判决。本案多被引用说明人们所认可的观点，即根据国际习惯法，一国只能基于领土或国籍，或在特殊案件中为保护特定的国家利益（即管辖权的"保护性原则"）来行使管辖权。[⑦]从"荷花号"案的判决可以得出：国际法并未全然禁止各国将其法律和管辖范围扩大到其领土之外。在采取域外措施时，国际法赋予各

---

① 参考美国司法部网站，https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act，最后访问时间 2019 年 5 月 30 日。

② Jean-Michel Quarepoint 'Au nom de la loi... amdricaine. Le Monde Diplomatique, January 2017, p. 23.

③ Mahir Al Banna, The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty, 60 J.L. Pol'y & Globalization 59 (2017).

④ 参考美国司法部网站，https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm，最后访问时间 2019 年 5 月 30 日。

⑤ 如在路易斯·亨金的著作中，他就将管辖权分为立法管辖与执法管辖，又如在宋杰《国际法上的司法干涉问题研究》一书中，他就将管辖权分为立法管辖与执行管辖。

⑥ Mahir Al Banna, The Long Arm US Jurisdiction and International Law: Extraterritoriality against Sovereignty, 60 J.L. Pol'y & Globalization 59 (2017).

⑦ [美]路易斯·亨金，张乃根等译，《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 335 页。

国一定的自由裁量权。[①]但是美国的“长臂管辖”立法管辖权具有合法性吗？

1、属地管辖

属地管辖原则是国际法上国家行使管辖权的基础性原则之一。国家领土内的一切人和物都属于国家的属地权威支配。在“荷花号”案中确立了“一国未经他国同意不可在他国领土上设立法庭或行使司法管辖权”。[②]属地性是管辖权的首要依据，即使另一个国家同时有行使管辖权的依据，如果它行使管辖权的权利是与具有属地管辖权的国家的权利相冲突的，该另一个国家行使管辖权的权利就受到了限制。即使一个国家对它的国外国民有属人管辖权，只要他们是在另一个国家的领土内的，该国行使属人管辖权的能力就受到了限制。[③]具体而言，属地管辖原则也可细分为主观属地原则和客观属地原则，不同的国家可能会采纳不同的认定标准，但是并不影响属地管辖原则的优先性。

那么美国行使立法管辖的行为符合属地管辖原则吗？针对这个问题需要具体问题具体分析。第一种情形，美国的“长臂法规”所适用的权利义务主体如公司、个人，与美国不存在任何的属地连接点，那么这样的法规可以说是确定的违反了属地管辖原则，构成了对国际法秩序和他国主权的侵害。这种情形是广泛存在的，如前文中所提及的赫尔姆斯—伯顿法案，它不仅禁止美国自己的公司、个人与美国所认定的敌人进行商业往来，也不允许其他国家的公司与个人与之进行往来，违者就会受到美国法律的制裁。又如近期因“伊核协议”破裂，美国重启对伊朗的次级制裁（次级制裁也被学者称为二级制裁，是指经济制裁发起方在对目标方进行制裁时，针对第三国的公司或个人进行的旨在阻止其与目标方金融、贸易往来的制裁活动。[④]）再如前文中所提到的《对伊朗和利比亚制裁法》、《通过制裁打击美国对手法》等等，这样的单边立法是完全违背属地管辖原则的，同时也在践踏国家主权原则和不干涉内政原则。这样的“长臂管辖”毫无合法性可言，应予以坚决抵制。

第二种情形，即美国“长臂法规”所适用的一方主体位于美国境内，或者所调整的行为发生于美国境内，抑或该行为的结果发生在美国境内。针对这样的主体或者行为，若美国主张对此拥有管辖权，则很难否认其完全没有属地管辖的依据。如多德—弗兰克法案所规制的侵权行为，虽交易行为不发生在美国境内或包含他国公民，但确实在美国境内造成损害后果的。此种行为处于属地管辖的模糊地带，行使属地管辖权的依据并不充分，是否纳入管辖范围则依据美国的对外政策（当然美国一向倾向对外扩大其管辖权）。这种情形可能涉及到管辖权的冲突问题，较为复杂。若行为中所涉及的其他国家（即也拥有属地管辖权的国家）认为该行为存在违法性需要进行规制，那么此情形将构成管辖权的积极冲突，具体交由哪国管辖则可以依据彼此之间的管辖权条约或者协商进行。若他国并不认为该行为存在非法性，不值得进行规制，此时美国因自身利益执意进行管辖，积极扩张其管辖权，就存在越俎代庖之嫌。即使管辖权的行使依据不足，也要为自己的政治经济利益积极地对外扩张自身的管辖权，这样的行为与态度是美国“长臂管辖”招致责难的一个重要原因。

第三种情形，即美国“长臂法规”所适用的双方主体均位于美国境内，或者所调整的行为自发生到结束均处于美国境内。针对这样的行为与个人，美国对此拥有无可争辩的属地管辖权，并且该属地管辖权优先于他国的其他管辖权依据。这样的属于美国的国内行为，具有充足的合法性依据，在此不多赘述。

[①] 同前引 32。

[②] 同前引 33。

[③] 詹宁斯、瓦茨修订：《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 329 页。

[④] 直接制裁与次级制裁的区别在于初级制裁的对象只包括目标方，不涉及与目标方有贸易或者金融往来的第三方。而次级制裁的对象扩大至与目标方有着经济关联的第三方。通过对第三方施加制裁压力迫使其配合制裁发起方的制裁活动，彻底切断目标方与外界的经济联系，从而达到制裁的效果。参见颜剑英、熊伟：《20 世纪 90 年代以来美国经济制裁的发展趋势》，《国际关系学院学报》2005 年第 2 期。

2、属人管辖

属人管辖又称国籍管辖，国家对其国民享有属人支配的权威。[①]属地权威与属人权威是国家主权的两个不同方面。但是属人权威并不会给予国籍国无限的行动自由。虽然一个国家在国外的公民在相当范围仍然在该国的权力之下，但是，这种权力的行使是受尊重这些公民所在的外国属地最高权的义务限制的。一个国家不得作侵犯外国属地最高权的行为，虽然依据其属人最高权，这些行为是属于它的职权之内的。一个国家不得在另一个国家的领土上做主权行为。[②]

美国的“长臂管辖”是否符合属人管辖呢？这个问题的答案是比较明显的，在大多数情况下，美国的“长臂管辖”不符合属人管辖原则。根据前文所总结的美国“长臂管辖”的定义可以得出，美国的“长臂管辖”是对他国的政府、公司和国民进行立法。此种行为的对象就是具有他国国籍的主体。既然主体是他国国民，那么该便不会具有美国国籍，美国想依据属人原则而获得“长臂管辖”的合法性是不太可能的。退一步讲，即使存在双重国籍等特殊情形，属人权威也需要服从属地权威，美国“长臂管辖”依旧无法获得合法性支持。所以属人的权威无法为美国“长臂管辖”提供法理支持。

3、保护性原则

保护性管辖权有多种称呼，在周鲠生所著的《国际法》一书中，他使用的是“对在外国所犯的行为的管辖权”一词。[③]在《奥本海国际法》一书中，对于保护性管辖权的论述也采用了“对在外国的外国人的管辖权”这一说法。保护性原则的定义如下：国际法认可一国有权对外国国民在另一国所为行使管辖权，以保护某种“国家利益”：包括国家安全（反间谍活动）、政府职能的完整性（如反伪造货币或政府文件，在领事官员面前做伪证）、由于不受欢迎的人员或货物进入而触犯了国家领土的不可干涉性（如阴谋破坏该国海关法或移民法）。[④]保护性管辖权原则是紧紧围绕着国家主权理论所构建的，它创立的初衷就是保护国家和该国国民免受来自他国的伤害，而这种伤害又可能危及到主权利益。不过这种自我保护的倾向是来自于一方面，另一方面，主权国家也存在将自己的管辖权延伸至他国的意愿。[⑤]

无论是国际法还是国内法中，保护性管辖权都处在一个比较尴尬的处境，其一是没有专门性质的国际公约规定管辖权，更何况保护性管辖权了；其二是即使有关国际法律文件或者国内立法涉及到了有关保护性管辖权的规定，其表现形式也是处于零星分布的状态，是不成体系的。目前来看，保护性管辖权的分布有如下几种形式：[⑥]

（1）在有关国际法律文件中，涉及到管辖权问题的专章中规定了保护性管

辖权，并将其与其他类型的管辖权并列在一起。例如在 1963 年的《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》中第二章管辖权的第三条和第四条。

（2）在某些涉及特殊领域的专门性国际公约中，对于保护性管辖权则有一笔带过的描述情况。例如 1929 年《防止伪造货币公约》中的关于可以对在外国所作的犯罪行为进行追诉的条款。

（3）在国内刑法方面，其通常规定在刑法总则的管辖权中，与属地管辖权、属人管辖权和普遍管辖权并列进行规定。最为明显的就是我国《刑法》第八条的规定。

（4）在国内立法体系中，某些非刑事法律的规定中也出现了保护性管辖权，例如我国

[①] 詹宁斯、瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 332 页。
[②] 同前引，第 303 页。
[③] 周鲠生，《国际法》（上册），武汉大学出版社 2009 年版，第 196-197 页。
[④] [美]路易斯·亨金，张乃根等译，《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 343 页。
[⑤] 俞世峰，《保护性管辖权的国际法问题研究》，华东政法大学 2012 年博士学位论文，第 16 页。
[⑥] 同前引，第 18 页。

《民用航空法》中利用委任立法的模式将危害航空安全的行为与刑法中有关保护性管辖权相挂钩，使之可以适用保护管辖的规定。

通过前人的总结可以得出，保护性管辖尚处于生成阶段，其所适用的范围很窄，主要集中在反间谍、反伪造货币、反危害航空安全这几个方面。而美国的“长臂管辖”所涉及的面远大于当下保护性管辖所能涵盖的范围。对于两者重叠的部分，“长臂管辖”能否获得确定的合法性支持尚且存疑，更不用说保护性管辖范围外的部分了。所以，保护性管辖亦很难为“长臂管辖”提供法理性支持。

4、普遍管辖原则

关于普遍管辖原则，不同的学者有不同的定义。有学者认为，广义上的普遍管辖权是指国家有权起诉犯有严重国际犯罪者，而不需要考虑国际刑法所认可的管辖联系，如犯罪地、犯罪人或受害人国籍等，但是此种性质的管辖权更多的只是存在于学者的学术讨论而非实践操作之中。[①]关于普遍管辖原则，很多国家已经承认，但是通常会对其加以一定的限制。这一原则是指在具有犯罪性质的情况下，为国际公共政策目的，制止某些犯罪行为而对非本国国民所行使的管辖权。[②]普遍管辖原则所适用的范围较小，目前国际公认的情形有下列几种：海盗行为、灭种罪、战争罪、反人道罪等。[③]

美国的“长臂管辖”是否符合普遍管辖的要求呢？在笔者看来，答案是否定的。美国的“长臂管辖”中确实有部分涉及到“恐怖主义”，但是首先普遍管辖权有没有明确地表达对恐怖主义行为的管辖尚存疑惑，其次美国对“恐怖主义”定义的滥用和歪曲（比如直接宣布伊朗革命卫队为恐怖主义组织）行为也很难让人相信其“长臂管辖”所规制的“恐怖主义”是真实存在的。所以从这个角度而言，普遍管辖也很难为“长臂管辖”提供合法性支持。

更为重要的是，英美法自身也只将普遍管辖视为一种辅助权限的基础，既不会广泛使用，其位阶也处于属人、属地权威之下。[④]所以，普遍管辖原则也不能成为证明“长臂管辖”具有合法性的理由。

5、“效果”原则

在前文中，笔者总结到美国“长臂管辖”的基础是所谓的“效果”原则（the effects doctrine），即只要某一发生在州（国）外的行为在本国境内产生了所谓的“效果”，不管行为人是否具有本国国籍或住所，也不论该行为是否符合当地法律，只要这种效果或影响的性质是美国法院行使管辖权不是完全不合理的，对于因此效果而产生的诉求，美国法院就可以行使管辖权。[⑤]

那么美国所依据的“效果”原则是不是一个在国际法上被广为接受的管辖权原则呢？

按美国一些学者的理论，“效果”原则可从国际法中的客观属地管辖原则（客观属地管辖权允许对在国家内完成而即使不在那里开始的罪行有管辖权）中推导出来。但是“效果”原则是否是一项国际法上的原则被广泛接受还存在很大的争议。在《奥本海国际法》中就表达了否定性的观点。以管辖权的所谓“效果”原则为依据主张管辖权，没有得到普遍的承认，这个问题仍然是有争议的。[⑥]由于在国家之内的行为发生的效果而行使管辖权可能等于管辖权的属地原则的“客观”适用，但是，如果所依据的效果不是有关罪行的组成部分，而仅仅是所作所为的后果或反响，那么，管辖权的属地原则的正当界限就被超越了，特别

---

① 宋杰，《国际法上的司法干涉问题研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 122 页。
② [英]伊恩·布朗利著，曾令良等译，《国际公法原理》，法律出版社 2007 年版，第 269 页。
③ 同前引，第 251 页。
④ 同前引。
⑤ 徐卉,《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，2001 年版，中国政法大学出版社，第 104 页。
⑥ 詹宁斯、瓦茨修订，《奥本海国际法》，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 336 页。

是如果效果只是偶然的和不重要的，这就有不正当地采取“效果”原则为管辖的根据的危险和该项原则是否符合国际法的可疑之处。[①]除经典著作中所表达的疑虑之外，再考察当今国际法学界对“效果”原则的论述，可以发现针对“效果”原则的地位和适用范围仍存在大量的争议。目前较多的观点认为在国际贸易领域，“效果”原则可能会在竞争法和反垄断法方面发挥作用，但是并不是每个国家都采纳这样的行为（如希腊和瑞士）。[②]甚至可以说，即使在反垄领域，“效果”原则也没有被完全接纳，至今仍有很多学者在呼吁和讨论该原则的优劣。[③]所以纵观当前学界对“效果”原则的争论，笔者可以得出一个结论，那就是“效果”原则还不是一个确切的、富有广泛适用性的国际法原则，国际法学界对“效果”原则尚未取得共识，且也未有足够多的国家在实践中采纳“效果”原则。

美国的“长臂管辖”涉及的范围很广，绝不仅仅限于反垄断方面，所以“效果”原则无法为“长臂管辖”提供充足的合法性基础。即使是在反垄断方面，“效果”原则也还未被广泛接纳成为一项基本原则，多存于学者的理论分析之中，所以仅就反垄断而言，“效果”原则能否为“长臂管辖”提供合法性基础依旧存疑。甚至美国的权威学者也对“效果”原则提出了批评。“特别是美国在这样环境下开始适用其法律时，几乎是我行我素…这些国家希望保留属地国的排他性立法权，并保护其国民不受其他某个（或某些）国家基于效果原则进行管理。”亨金在他的书中如是说到。[④]

综上所述，美国“长臂管辖”声称其所依据的“效果”原则实际上很难为其提供合法性基础。

（二）从司法管辖的角度

在牵涉国家适用法律的权力时，国际法将国家的立法管辖权与司法管辖权进行区分，并且通常将后者称为“审判管辖权”。[⑤]国际上对国家的审判管辖权（通过其法院实施的权力）的关注，缺少稳定和清晰的发展脉络。长期以来，国际法未涉及国家对审判的管辖权本身。在近几十年，国际体系才开始将审判视为法律适用的单独方面。[⑥]所以关于司法管辖的理论研究比较稀少，理论基础较为薄弱。

司法管辖如立法管辖权一样，调整司法管辖权行使的法律首先涉及属地性。在“荷花号”案中确立了“一国未经他国同意不可在他国领土上设立法庭或行使司法管辖权”的原则。[⑦] 一国不太可能同意他国在自己的领土范围内进行司法管辖。除去属地管辖原则之外，司法管辖权也需遵守属人管辖原则，无须赘述。司法管辖可以进一步细分为刑事案件管辖和民事案件管辖。刑事案件管辖所依据的规则和传统国际法理论中的管辖权规则没有大的差别。[⑧]民事案件管辖权中会包含专属管辖等特有内容。在当下的国际社会，国家对扩张自身的司法管辖权既有着切实的利益需求，也是因为国际社会出现了越来越多地出现仅靠单一国家无法解决的问题。这种现实需求迫使国家扩大司法管辖的范围。但是总的来说，司法管辖更多地会引起国家间管辖权冲突问题，但是这个问题可以通过国家间的司法互助协议来解决。仅从司法管辖权的角度而言，很难断言美国的“长臂管辖”有明显的非法性。

[①] 同前引。

[②] See Jason Coppel, A Hard Look at the Effects Doctrine of Jurisdiction in Public International Law, 6 LJIL 73 (1993).

[③] See Arlen Duke, Broadening the Extraterritorial Reach of Australia's Cartel Prohibition: Adopting the Effects' Doctrine without the Negative Effects, 38 Fed. L. Rev. 97 (2010). Jens Adolphsen, The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the Effects Doctrine, 1 J. Priv. Int'l L. 151 (2005).

[④] [美]路易斯·亨金，张乃根等译，《国际法：政治与价值》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 348 页。

[⑤] 同前引，第 367 页。

[⑥] 同前引。

[⑦] 同前引，第 368 页。

[⑧] 谢望原，《域外刑事管辖权及其实现》，《法学论坛》，2000 年第 1 期。

综上所述，美国“长臂管辖”的合法性问题是较为复杂的。从立法管辖的角度而言，美国试图扮演国际法的立法机关的角色，其为世界立法的行为在学术理论上极难获得合法性依据，在实践操作领域也为其他国家诟病。从司法管辖的角度而言，美国的“长臂管辖”仅作为其国内的一套诉讼制度，并没有明显的违法性。但是综合考虑美国“长臂管辖”的运行情况和背后的政治目标，可以发现其对主权平等原则和不干涉内政原则的破坏是极为严重的，对他国国民的人权侵害是极为严重的，对国际法秩序的破坏也是极为严重的。

三、中国的应对策略

随着国家深入推进改革开放，中国的经济、政治与军事实力飞速提升，中国的海外利益也在不断拓展。中国的快速发展已经引起了很多国家尤其是美国的不安。自 2018 年美国政府执意发动贸易战以来，中国与美国之间的关系逐渐变得紧张。“孟晚舟事件”、“中兴事件”和“华为被断供”等事件的发生提醒着国人，在接下来的一段时间内，美国“长臂管辖”的大棒将会更多地指向中国。既然冲突是必然的，那么冲突的协调就是必需的。因此，中国政府应综合运用法律、行政、外交等手段，切实维护国家利益和司法主权。对此笔者有以下几点思考：

（一）积极反制

1、对等反制

此次孟晚舟被扣留事件、华为被断供事件、中兴被审查事件看似是法律问题，其实质是美国认为其国家利益受到了威胁，想通过非法手段达到牵制中国的政治目的。这一行为严重损害了中国的国家利益和人民感情，中国有理由就其不合法行为做出相应的反制，展现中国政府维护本国合法权益和司法主权独立的决心和形象。

具体而言，中国可以从行政和外交手段来应对美国“长臂管辖”的第一波冲击。就行政方面而言，中国同样可以采用加关税、加大审查力度的方式将贸易战带来的冲击反馈给美国。中国还可以通过行政的手段，积极引导国内的资本，发展核心科技，占领科技的高点。就外交方面而言，中国可以充分利用各个外交场合，将我国捍卫自身利益的正当性和决心传递给世界，给美国施加压力。总体而言，我国可以充分利用好行政和外交工具来应对“长臂管辖”的第一波冲击。

2、立法保护

笔者认为除行政和外交手段外，法律手段也是必不可少的。笔者认为针对美国的“长臂管辖”，我国可以设立“阻断法案”（进行长臂保护）作为反制的法律手段。

在历史上欧盟也曾遭遇过数次美国的“长臂管辖”，损失惨重。而欧盟的对策是启动“阻断法案”。该法案的要义是以法律的形式保障欧盟企业和个人可以不遵守美国对他国的单边制裁，如自身因遭受制裁而利益损害，相关企业和个人还可通过在欧盟法院提出诉讼，让损害方及其代表或中间人提供赔偿。简而言之，如果美国因为执行单边制裁而损害了欧盟利益，欧盟将用阻断法案来保护本国企业。

中国同样遭受美国“长臂管辖”的冲击。中兴和华为等引发广泛关注的案例，是中国遭遇美国长臂管辖的典型表现。参考欧盟的应对，中国同样可以考虑设立“阻断法案”。在该法案中，可以规定中国企业也可以不必遵守美国对其他国家的单边制裁。如果中国企业或个人因为“违反”美国单边制裁而遭受损失，可以到中国法院起诉，中国政府将为其提供必要援助，并且向导致利益受损的相关方索赔。至于立法的具体条款和实施细则，可以借鉴欧盟的做法，也可以从中国的角度加以创新。和欧盟类似，中国的阻断法案是有限地、被迫地和防御型地维护自身利益的措施，旨在避免本国企业无端遭受美国法律的长臂管辖。对于联合国等权威机构确认的多边制裁，中国政府还是会要求中国企业和个人遵守。

阻断法案的立法精神十分明确，就是不承认美国单边法律对于其他国家企业的适用性，

通过立法的方式打破美国单边制裁的有效性，维护本国企业和个人在海外的合法经营权益。这个法案用法律对法律，将向国内和国外传递清晰信号，增强中国企业和个人正常对外交流的信心。[①]

3、得道多助

国际社会对美国“长臂管辖”的态度是既反感又无奈，对反对美国滥用“长臂管辖权”有广泛共识，这为中国从法律、行政、外交层面应对美国动辄运用长臂管辖权提供了有力的道义制高点。如果在美国对中国个人或者企业实施长臂管辖时，中国以反制为由对美国的个人或者企业同样施以惩戒，美国在道义上会受到国际社会的谴责，而中国却会得到国际社会的支持。我国作为一个负责任的大国，有必要充分维护国际法的权威，带头遵守并敦促他国遵守国际法的规定。在美国滥用“长臂管辖”违反国际法的时候，要敢于发声，敢于亮剑，维护国际秩序稳定运行和国家主权完整不受侵害。

（二）完善自我

我国应该弥补立法空白，完善司法实践，补齐法律短板。我国应加强国际私法领域学术研究，对近年来中国法院涉外管辖权的实践情况进行分析，立足中国国情，吸收和借鉴国外经验，重构和完善我国的国际私法立法。中国法院应通过自身的司法实践积极行使涉外管辖权，合理解决涉外管辖权冲突，不断规范涉外管辖权的尺度。及时发布司法解释，完善涉外管辖制度。有效行使司法管辖，切实发挥审判职能。进一步完善管辖权体系建设，优化司法资源配置。逐步建立通晓国际法律规则、善于处理涉外法律事务的涉外律师人才队伍来切实保障我国的正当利益。

四、结语

因为中国的快速崛起，美国“长臂管辖”的大棒将会越来越多地施加在中国政府、公司和公民身上。为了解决这一严峻局势，从理论上对“长臂管辖”进行彻底地梳理和再认识是非常必要的。只有通过理论的探究，才能深入了解“长臂管辖”的起因和非法性之所在。在掌握了充足的理论依据的情况下，我国就应该敢于发声，在国际社会驳斥美国“长臂管辖”的非法性。只有通过这种方式，真理才能越辩越明，我国也能获得更多的国际支持。与此同时，我国还应积极采取反制措施，综合运用立法、行政等手段，来切实保护我国的合法利益。只有全面地运用理论和实践的武器，才能为我国的进一步发展保驾护航。

6.美国长臂法律研究

李珏*

摘 要：近年来中美贸易关系日渐紧张，中国国际法学界对美国长臂管辖的研究也逐步深入，然而迄今为止的研究主要集中于美国法院的司法长臂管辖，甚少对其管辖依据“长臂法律”的立法进行详实的探讨和分析。首先，本文从美国长臂法律入手，对美国法院的长臂管辖判例、联邦和州的长臂法进行介绍，并得出长臂法律发展的过程和规律。其次，从国际法和美国国内法角度入手，研究长臂法律立法管辖权的边界及长臂法律域外适用的限制。最后，通过对美国长臂法的研究，对我国如何应对美国长臂管辖，以及如何增强法律的域外适用提出建议。

---

① 宋国友，《中国可考虑设立阻断法案》，载于《环球时报》，2018 年 12 月 18 日。

* 武汉大学法学院 2018 级博士研究生。

关键词：长臂法律；长臂管辖；立法管辖权；法律的域外适用

Abstract: Chinese scholars in international law area have done many valuable researches to American long-arm jurisdiction because of the trade tensions between America and China. However, the research so far mostly focused on the judicial long-arm jurisdiction for American courts, rather than the long-arm statutes from the legislative perspective. Therefore, this article started with the American long-arm statutes for the process and rule of their development. Second, the boundary of legislative jurisdiction of long-arm statutes and the limits of extraterritorial application of long-arm statutes were analyzed, respectively from the perspective of international law and American domestic law. Finally, some suggestions on improving the extraterritorial application of Chinese law to counter American long-arm jurisdiction to Chinese corporations were made.

Key Word: Long-arm Statutes, Long-arm Jurisdiction, Legislative Jurisdiction, Extraterritorial Application of Law

一、 引言

近年来，从中兴到华为，众多中国企业及其高管在美国频繁遭受到民法、行政法、乃至刑法的制裁，导致我国企业遭到严重损失。基于目前中美贸易战之大背景，迫切需要对中国企业的正当权益进行保护，途径有三：一是中国企业在美国通过法律诉讼的方式维护自身权益；二是中国通过立法和司法对美国在华公司进行长臂管辖以反制美国；三是中国企业更加精细地在美国完成合规程序。上述三种途径均建立在对美国长臂法律有详细了解的基础上才能达成其目的。然而，目前我国学者在“长臂管辖”领域，更多的是从司法或执法角度进行研究，而少有对长臂法律的立法做出详实的理论探寻。故而本文从明晰长臂法律的概念开始，逐步梳理其立法依据、立法方式、立法管辖权的边界及域外适用的限制，探寻美国长臂法律立法的新发展，从而达到知己知彼的目的，为我国法律发挥域外效力提供参考。

二、长臂法律的概念与立法演进

许多权威的词典、著作、学者都对“长臂法律”这一概念下过定义，但这些定义之间并非完全相同。《布莱克法律词典》中将长臂法律定义为“为在法律发生效力的领域内的非居民被告提供管辖权的法律”。[①]一些美国学者也对长臂法律作出了解释，“长臂”或“单边”法律（single-act statutes）对非居民在法院地州的商业活动进行管辖，或是在法域内做出被列举的一系列行为之一进行管辖，或是对在法域之外作出的但对本法域造成后果的行为进行管辖。[②]因此，长臂法律的目的是美国希望扩大其国内法的域外适用范围，而对非居民被告进行长臂管辖，只要其行为在美国或是其行为的结果对美国造成了直接影响。

具体而言，所谓“非居民被告”的具体对象包括哪些？答案是自然人、法人、从事商业行为的国家均可能成为长臂管辖法律中的“非居民被告”。例如，一些州的法典注释中对上述“非居民被告”的对象作出了更具体的规定，即是否包括自然人和法人，如阿肯色州规定“任何基于在本州的个人或外国公司的代理人或员工在本州作出的行为，均可在本州

① Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, Long-arm Statute, 10th ed., (2014).

② § 1068, Growth and Use of Long-Arm Statutes, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. 4th ed. (2018).

被诉，即使被告已离开本州，也可通过邮寄等方式对该个人或公司进行送达”。[①]又如，《美国第三次冲突法重述》中的长臂法律对国家的商业行为作出了规定，即“一国商业行为不得豁免于另一国法院的管辖，如果该商业行为发生在美国，或发生在外国的商业行为有关的行为发生在美国，或发生在外国的商业行为有关的在美国国外发生的行为对美国造成了直接影响（direct effect）”。[②]长臂法律中规定的管辖依据大都是非居民被告作出了特定的行为，且一项长臂法律也可列举具体的行为以约束非居民。具体而言，长臂法律的适用可根据非居民的“营业事务”(transaction of business)、“一般业务活动”(a general course of business activity)或“产生于”(arising from/out of)或“从事”(engaging in)商业业务的行为来确定。非居民是否在一州长臂法律的范围内从事交易是一项事实判定，需要确定非居民的活动是有目的的，并在交易和所主张的债权之间建立了实质性的关系。[③]

由于美国与中国法律体系和立法模式不尽相同，其立法、司法、执法机构均有立法管辖权（legislative jurisdiction），即通过适用其法律来创制或影响法律利益的权力，[④]具体而言，即国会、市政当局（municipal corporation）有权制定法律和条例，法院有权作出判例，执法官员（executive officer）也有权作出规则和条例。[⑤]因此，长臂法律的类型，根据立法主体和依据不同，大致可分为以下三种，即法院判例、联邦立法、州立法，下详述之。

（一）法院作出的长臂管辖判例演变

长臂法律建立于 1927 年的 Hess v Pawloski 案，宾夕法尼亚的 H 在马萨诸塞州的公共高速公路上粗心大意、肆意驾驶机动车，并因此误伤九岁的 P，P 起诉至马萨诸塞州最高法院要求获得人身伤害赔偿金，一审法院支持了原告 P 对非居民被告 H 的起诉，认定其有管辖权。[⑥]后被告起诉至美国最高法院，二审法院维持原判，支持了《非居民司机法令》（nonresident motorist statute）鼓励各州运用其警察权（police power）颁布若干法令的有效性，即主张属人管辖权不仅基于在本州内的车辆使用，而且适用于参与到各种各样的其他危险行为和企业中。[⑦]随着时代的进步和司法自由的建设，以及大胆的州立法者赋予这些法律更宽的范围，《非居民司机法令》所启发的立法技术的运用更加广泛。比如，随着时过境迁，《非居民司机法令》被重新起草并且被扩张解释以适用于诸如，事故发生时原告和被告都不是该州居民的案件中，适用于对已故司机代表人起诉的案件中，以及其他在法院地州疏忽大意或鲁莽驾驶机动车等诉讼情形。[⑧]

随后，美国铝业公司案中联邦法院首次肯定“效果原则”作为美国反垄断法域外效力的依据，[⑨]“国际鞋业案”确立了“最低限度联系原则”，最高法院据此认定华盛顿州法院可以对成立于特拉华州,总部位于密苏里州的国际鞋业公司行使管辖权。[⑩]1968 年的舍恩博姆案及其衍生案例逐步确立了“效果—行为标准”以判定美国法院对涉外证券欺诈案件管辖权，[11]无限放大法官自由裁量空间，法院的长臂管辖在 20 世纪 80 年代达到顶峰。

然而，受到经济危机的影响，美国社会保守主义有复苏的倾向。在司法上，美国联邦

---

① § 16-58-120, AR ST, Long-arm Statutes, West’s Arkansas Code Annotated (2019).

② § 453, Claims Arising out of Commercial Activity, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987).

③ § 152, Acts which may bring nonresident within long-arm statute, 62B Am. Jur. 2d Process (2019).

④ Willis L.M. Reese, Legislative Jurisdiction, 78 Colum. L. Rev. 1587 (1978).

⑤ § 60, Exercise of Legislative Jurisdiction, Restatement (First) of Conflict of Laws (1934).

⑥ Pawloski v. Hess, 253 Mass. 478 (1925).

⑦ Hess v. Pawloski, 274 U.S. 352 (1927).

⑧ § 152, Acts which may bring nonresident within long-arm statute, 62B Am. Jur. 2d Process (2019).

⑨ U.S. v. Aluminum Company of America, 322 U.S. 716 (1944).

⑩ International Shoe Co. v. State of Wash., Office of..., 326 U.S. 310 (1945).

11 杜涛：《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》，《国际法研究》2014 年第 2 期，第 86 页。

法院中的保守势力也有所抬头。[①]莫里森案中，联邦最高法院推翻了长期以来的“行为-效果标准”，否决了美国法院在证券侵权诉讼中对外国上市公司的事项管辖权。[②]威望迪案中，法院依据“反域外适用推定原则”判定美国《证券交易法》10（b）不适用于域外，[③]并造成一系列案件采纳此原则的连锁反应。第九巡回法院的萨雷案和第二巡回法院的吉奥贝案判决结果正好相反，前者主张《外国人侵权法》适用于外国公司，后者则反对。联邦最高法院最终维持了吉奥贝案而推翻了萨雷案判决。

近年来，美国频繁对中国企业及其高级商务人士进行选择性的长臂管辖并处以天价罚款，更加印证了法律与政治、经济息息相关，美国法院无论是加强法律的域外效力，还是对其域外效力予以收缩，均为一国建立在自身利益考量之上的选择。因此，我国如果想要对美国对华进行的长臂管辖进行反制，必须保持主动的姿态，增强我国法律的域外效力，而非将希望寄托于美国主动收缩其法律的域外效力。

（二）联邦立法中的长臂法律

长臂管辖权的立法基本包括两大类。一类是特别指明了适用此种管辖权的争议类别，如“商业交易”“侵权行为”等，规定只有当权利要求设计所指明的类别时，才可适用此种管辖权，另一类长臂管辖权法规则不指明或列举长臂管辖权所涉及的各种行为，而是规定只要符合正当程序和效果原则要求即可行使长臂管辖权。[④]如 1997 年美国司法部颁布的《反托拉斯法国际实施指南》中规定，“在某一特定的产品是或者可能是主要靠进口的时候，或者国内的工业被一单独公司或几个公司占据优势的情况下，外国生产者的竞争尤为重要。设计用来提高这类进口产品的价格或将进口产品排除出国内市场的协议或系列私人协议产生最严重的反托拉斯法问题。反托拉斯法执行要求参加这类协议的国内公司和外国公司均受我们的管辖权支配”，[⑤]即外国的交易对美国商业发生了重大的和可预见的后果，不论它发生在什么地方，均受美国法院管辖。[⑥]

美国《外国人侵权请求法》规定，“对外国人仅基于所实施的违反万国法（law of nations）或者美国缔结的条约提起的任何侵权民事诉讼，联邦地方法院具有初始管辖权。”[⑦]而且在这类案件中，由于侵权行为地位于美国领域外，美国法院虽然会适用侵权行为地法，但是这以影响管辖权的行使为前提，而且要考虑到当地法律的实体内容，进行利益衡量，以至于实际上经常排除侵权行为地法的适用或重叠适用法院地法。[⑧]若要进行特殊管辖需要满足三项条件，一，被告有故意行为，二，被告行为明确针对法院国，三，造成被告知道可能在法院国发生的损害。[⑨]

美国国会在 2010 年 6 月 25 日通过了《华尔街改革法》。该法第 929P 条(b)条的标题为“联邦证券法反欺诈条款的域外管辖权”，对《1933 年证券法》反欺诈条款的域外适用（第 22 条）、《1934 年证券交易法》反欺诈条款的域外适用（第 34 条）、《1940 年投资顾问法》反欺诈条款的域外适用（第 214 条）进行了修正。《华尔街改革法》有关法律域外管辖权的规定基本上采纳了 1968 年舍恩博姆案确定的“行为-效果标准”，即对于证券交易委员会或联邦政府针对涉嫌违反本编反欺诈条款并涉及以下行为的涉案人员提起的诉讼或程序，联邦地区法院和任何准州的联邦法院均具有管辖权：（1）在美国境内发生的行为，且该行为属于

---

① 杜涛：《美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示》，《国际法研究》2014 年第 2 期，第 87 页。
② Morrison v. National Australia Bank Ltd., 561 U.S. 247 (2010).
③ In re Vivendi Universal, S. A. Securities Litigation, 02-CV-05571 S.D.N.Y. (2011).
④ 徐卉：《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 104 页。
⑤ 高飞：《美国反托拉斯法国际实旅指南》，《中国对外贸易》2003 年第 2 期，第 96 页。
⑥ § 152, Acts which may bring nonresident within long-arm statute, 62B Am. Jur. 2d Process (2019).
⑦ § 1350, 28 U.S.C., The Alien Tort Claims Act (2000).
⑧ 李庆明：《美国外国人侵权请求法诉讼中的法律选择》，《武大国际法评论》2010 年第十二卷，第 208 页。
⑨ § 152, Acts which may bring nonresident within long-arm statute, 62B Am. Jur. 2d Process (2019).

促成上述违法行为发生的关键因素，即使证券交易发生在美国境外且仅涉及境外投资者；或（2）在美国境外发生的对美国境内产生可预见的重大影响的行为。[①]需要注意的是，该项法律仅规定了美国政府和证券委员会对违反证券法的域外证券欺诈行为提起行政或刑事诉讼，而并未涉及私人诉权。[②]

特朗普 2017 年签署的《以制裁和反击美国敌人法案》在国有行业、军事、人权、特殊资源等领域针对俄罗斯、朝鲜、伊朗三国扩大制裁范围和力度。该法中对“外国人”一词进行了明确，即包括任何不是美国公民的个人或实体、外国常驻居民或根据美国法律或美国境内任何管辖权组织的实体。[③]此项法案的重点在于，即使对于与美国或美国金融体系无关的交易，这些制裁仍然可以强加于非美国人。因此，该法案虽未将中国列入制裁名单，然而与俄罗斯有合作的中国企业，仍需要在集团内部所有子公司及相关项目做好合规保护，以防受到该法案的影响。

（三）州立法中的长臂法律

第一个真正全面的长臂法规是在伊利诺斯州颁布的，它已经被许多州复制或作为一个模型使用。根据伊利诺斯州最高法院的说法，该法令试图在宪法允许的最大限度内行使对人管辖权。根据现行的《伊利诺斯州法》，个人或公司，无论是否是伊利诺斯州的公民，无论是亲自还是通过代理人，在伊利诺斯州内进行商业活动，或在国家范围内实施侵权行为或违法行为，或在该州范围内拥有（ownership）或占有（possession）不动产，或在订立合同为本州境内的任何人、财产或风险投保行为，或与本州有实质联系的任何合同或承诺的订立或履行行为，或取得所有权、占有或控制在本国境内存在的任何资产或有价值的东西，在本州内违反任何信义义务（fiduciary duty）的行为，或担任依照本州法律设立或者在本州有主要营业场所的公司的董事或者高级管理人员的行为，或在本州管理的任何信托中有权益的所有权，行使国家作为受托人所赋予的权力，都应服从伊利诺斯州法院的管辖。[④]在某些方面，威斯康辛州甚至比伊利诺斯州走得更远，它授权法院对非居民行使对人管辖权，其他一些州也颁布了相当全面的法律。[⑤]

这些原始的长臂法规随着时间的推移而演变，并变得更加包容。例如，伊利诺斯州和威斯康辛州的法规在颁布几年后都进行了修订，将涉及赡养费、赡养费和对前居民财产分割的索赔纳入管辖范围。其他法规也纷纷效仿。比如罗德岛州制定了长臂法规，宽泛地规定，“一州法院应当认定每一个外国公司，每一个非居民个人或其遗嘱执行人或管理员，和由任何非居民个人组成的每一个合伙或协会，均与罗德岛州有最低联系（minimum contacts），只要不违反美国宪法或法律的规定，都应受罗德岛法院的管辖”。[⑥]其他一些州效仿罗德岛州的长臂法规，但在适用上则更为有限，只规定在州内进行交易（transaction of business）或作为或不作为（an act or omission）可以由当地法院管辖。[⑦]尽管这些法律有许多文本相似之处，但它们的司法结构往往不同。因此，州法院就某一特定法律做出的判决并未被全盘参照，联邦法院对不同类型的州长臂法有不同的运用案例。

比较有代表性的州长臂法律是美国统一私法协会制定的《统一州际和国际程序法》中

[①] 中国证券监督管理委员会:《美国多德-弗兰克华尔街改革与消费者保护法（下册）》（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act），法律出版社 2014 年版，第 95-96 页。

[②] International Shoe Co. v. State of Wash., Office of..., 326 U.S. 310 (1945).

[③] Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act, CRIEEA Section 225 Public Guidance, https://www.state.gov/key-topics-bureau-of-energy-resources/caatsa-crieea-section-225-public-guidance/.

[④] § 5/2-209, Act submitting to jurisdiction--Process, IL ST CH 735 (2016).

[⑤] § 801.05, Wis. Stat. (2000).

[⑥] § 9-5-33. Jurisdiction over foreign corporations and over nonresident individuals, partnerships, or associations, RI ST, (2019).

[⑦] § 1068, Growth and Use of Long-Arm Statutes, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. 4th ed. (2018).

有关长臂管辖权的规定。这部示范法事实上对美国大多数州的长臂管辖权起到了真正意义上的指导、示范作用。《统一法》第 1 条是一项中等范围（Moderate reach）的长臂法令。[①]该立法模式随后被伊利诺斯州、密歇根州、北卡罗来纳州和威斯康星州等效仿。但是，它并没有规定管辖权，以管辖一州内由个人财产所有权引起的诉讼，或者在一些州法律中另有管辖权规定的案件。因此，统一法可能不能达到宪法第十四条修正案所允许的全部管辖范围（full extent of jurisdiction）。[②]

在一些州长臂法律中的对人管辖仍有旧的“出现”（presence）和“同意”（consent）理论的残余。例如，当长臂法律规定外国公司在一州内处理业务，则因此受该业务产生的任何诉讼的制约。有人认为公司在该州的业务是否符合正当程序的问题不需要有相关性，除非诉因事实上产生于被告的商业业务。根据《长臂法》，没有硬性规定在送达时必须使用任何特定程序，法律模式因州而异，大多数州的法律规定被告在任何可以找到他的地方都可以被送达，无论被告是在州内还是州外。当州关于代为送达的做法遵循传统模式时——要求州官员提供送达，然后必须以挂号邮件的方式将程序转交给被告——联邦宪法没有要求法律要求回执。此外，法律不必坚持国家内官员的个人送达是执行这一进程的域外先决条件；它可以规定被告直接通过挂号信或个人送达服务——在州内或州外都可以，不需要对政府进行任何干预服务。任何法定送达程序方法，如在所有情况下合理地计算为向被告传达诉讼通知，即属有效。

州长臂法在联邦法院中发挥着重要作用，因为第 4(k)(1)(A)条规定，联邦地区法院可以对被告行使属人管辖权，如果被告将在地区法院所在地的州法院接受管辖。[③]因此，如果一个州的法院根据该州的《长臂法规》具有对人管辖权，设在该州的一个联邦地区法院也可以行使对人管辖权。一个州对其管辖范围的司法解释对联邦法院具有约束力。最后，应当指出的是，当联邦法院根据第 4(k)(1)(a)条依赖州长臂法规时，对人管辖权也必须符合适用于州法院的第十四条修正案正当程序原则。因此，州法院根据第 4(k)(1)(A)条所享有的对人管辖权要遵守国家的长臂法规和宪法对国家管辖范围的限制。然而，第 4(k)(1)(A)条并不是联邦法院行使对人管辖权的唯一依据。在某些情况下，根据第 4(k)(1)(C)条，联邦地区法院可以在相应的州法院不能行使对人管辖权的情况下行使对人管辖权，因为联邦法令本身授权对人管辖权时，没有必要遵守州的长臂法令且第十四条修正案在此时也不适用。[④]

三、长臂法律立法与适用限制

《美国第一次冲突法重述》认为立法管辖权是一国通过其法律对特定行为和事件的发生进行利益创建，[⑤]《布莱克法律词典》中定义立法管辖权为立法者颁布法律和管理商业行为的普遍性权力，[⑥]学者李斯则从法律适用角度，认为立法管辖权是一国适用其法律以创制或影响法律利益的权力。[⑦]笔者结合上述三种解释，将立法管辖权定义为一国通过立法或法律适用对特定的行为或事件进行利益创建的权力。前一节已介绍了长臂法律的主要内容及其发展历史，此节则重点分析长臂法律立法管辖权的边界和域外适用的限制。

（一）国际法限制

---

① The Uniform Interstate and International Procedure Act, 9B, Uniform Laws Ann., 1966, p. 305.

② § 1068, Growth and Use of Long-Arm Statutes, 4 Fed. Prac. & Proc. Civ. 4th ed. (2018).

③ 原文为：“Serving a summons or filing a waiver of service establishes personal jurisdiction over a defendant … who is subject to the jurisdiction of a court of general jurisdiction in the state where the district court is located.”。

④ Countering America’s Adversaries Through Sanctions Act, CRIEEA Section 225 Public Guidance, https://www.state.gov/key-topics-bureau-of-energy-resources/caatsa-crieea-section-225-public-guidance/.

⑤ Willis L.M. Reese, Legislative Jurisdiction, 78 Colum. L. Rev. 1587 (1978).

⑥ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, Legislative Jurisdiction (17c), 10th ed., (2014).

⑦ § 152, Acts which may bring nonresident within long-arm statute, 62B Am. Jur. 2d Process (2019).

1927 年常设国际法院在荷花案中认定，“一国不需要立法管辖权的依据，只要没有特殊的限制（specific limits），一国即可完全自由地扩张其立法管辖权。”[①]然而，很多学者反对“国际法允许所有其未禁止的做法”这一判定，而且事实上没有国家认为自己有权力为世界上的每个人制定规则，即使没有国际法禁止这样做。在这个充满国际规则的世界里，国家在有限的、普遍被接受的范围内享有立法管辖权，[②]各国“管辖范围既有限又重叠”（limited and overlapping）。[③]有限是因为有些情况超出了某一国家管辖权的任何可能存在的立法基础，重叠是由于一国管辖权的行使不受其他国家管辖权范围的限制而导致的同一行为属于多个国家的立法管辖范围。

国际法中也有对长臂法律的立法和适用作出限制的案例。1982 年西欧-西伯利亚天然气管道纠纷中荷兰海牙法院便作出一国立法权不能超出国际法所允许的范围的判决。桑索纳德兰德是美国地资源公司在荷兰的分公司，该分公司与法国一家石油公司签订合同为其提供一种配套用于苏联寻找石油和天然气的地震仪，然而该分公司因美国颁布的禁令被母公司命令停止执行供货合同，法国公司就此案件向海牙法院起诉，要求强制执行合同。最终法院判定美国关于对苏联出口的立法至少在禁止一个非美国出口者出口在美国领域外生产的产品方面，是违反国际法的。法院进一步说明其理由，认为这不仅是一国公法有无域外效力的问题，而且美国的立法没有任何国际法所确认的管辖权依据，最后法院判决被告公司如期履行合同。美国立法在遭到众多西欧国家的一直反对后也被废除。[④]

法国福鲁霍夫案中，法国福鲁霍夫公司作为美国子公司与波利特公司订立了一份合同，由前者向后者供应卡车零部件，然后由后者将其组装成卡车出口至我国。在合同旅行前，美国母公司得到美国财政部的指令，依美国“对敌通商法”规定不得从事对我国的这一贸易行为。福鲁霍夫公司希望基础此合同，然而波利特公司拒绝提前解除合同并起诉要求近 100 万美元的损害赔偿。法国法院认为美国母公司不得滥用其地位，并指定临时管理人继续履行合同义务。[⑤]由此案可以得出国际社会和外国法院并不承认美国滥用其立法管辖权对境外公司进行长臂管辖，美国的长臂法律的适用受到国际法合理性的限制。

因此，以国际管辖权限制为指导的解释性规范必须反映这两种考虑，一是一国行使哪些管辖权将超过国际法规定的限度，二是即使是在国际范围内行使管辖权，也可能与其他国家产生冲突，因为这些国家本身也有重叠的管辖权要求。

（二）正当程序条款限制

其次，美国《联邦宪法》第十四条修正案“正当程序条款”（due process clause）对国内立法域外适用的影响，防止长臂管辖法律的滥用。许多认为缺乏立法管辖权的意见的基本要点是，一个国家对其法律的适用将构成对其他一些国家利益的不当侵犯。在处理司法和立法管辖权的问题时，法院给予适当程序的适用范围比其字面意义所允许的要广泛。Hanson v. Denckla 案的主要问题是佛罗里达州法院是否具有司法管辖权，以确定生前信托中对特拉华州信托公司行使委任权的有效性。佛罗里达州是大多数利益相关方的住所，是审理此案最方便的地方。然而，法院裁定佛罗里达州无司法管辖权，因为被告与佛罗里达州没有“最低限度的接触”。[⑥]Alton v. Alton 案的主要问题是维尔京群岛法院是否有管辖权，原告在法院出庭希望与非居民配偶离婚。被告没有提出管辖权异议，然而，美国第三巡回上诉法院认

---

① S.S. Lotus (France v. Turkey), P.C.I.J. (ser. A) No. 10, at 18-19 (1927).

② Vaughan Lowe, Jurisdiction, in International Law 341-42 (Malcolm Evans ed., 2006).

③ John H. Knox, A Presumption Against Extrajurisdictionality, 104 Am. J. Int’l L. 351 (2010).

④ 江国清：《国际法中的立法管辖权》，《比较法研究》1989 年第 1 期，第 34-35 页。

⑤ 余劲松：《国际经济法问题专论》，武汉大学出版社 2003 年版，第 42 页。

⑥ Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958).

为缺乏管辖权："一国调整定居外国的当事人之间的国内关系，缺乏正当程序。"[①]正当程序条款可以避免被告经历不公平的法院选择，也可以防止一国行使管辖权对其他国家的利益造成了不当侵犯，或者与国际体系产生冲突。正当程序对立法管辖的限制不应多于司法管辖权，这些价值观念中最明显的是，一个国家如果没有充分的理由，就不应采取会对其他国家的利益产生不利影响的行动。

一州法院只有在满足本州长臂法律有关管辖权的规定，且宪法修正案第十四条正当程序条款允许进行对人管辖时，才能够行使对人管辖权。[②]因此，对人管辖需要满足"有长臂法律"和"不违反正当程序"两个要求，而每个州立法模式不同，故而前述两个要求的关系也不尽相同。具体而言，Mcfarland 教授分析了美国 50 个州的长臂法的历史和现状，以及法院对长臂法的解释。Mcfarland 总结到，在限制、列举了长臂法的 30 个州中，只有 18 个州的法院对其进行了解释，其他 12 个州的法院声称，他们列举的行为法（enumerated-act statutes）已达到正当程序的限度。在 20 个清楚达到正当程序限制的州中，有 6 个州制定了全面的无限制法律（no-limits statute），另外 14 个州有列举的行为法并增加了全面的无限制条款（catch-all no-limits clauses）。[③]笔者认为，列举的行为法和无限制的长臂法相比，前者更好，因为其更明确、更有利于法院适用，也更不易造成长臂法律的滥用；此外，一个拥有列举行为的长臂规约的州法院应将该规约解释为书面规约，而不是仅仅宣布该规约尽管语言有限，但已达到正当程序的限度。

（三）"法律无域外效力推定"原则

美国法律无域外效力推定原则（Presumption Against Extraterritoriality）很早便存在于美国法律中，然而，在 2010 年莫里森案中才被正式动用。[④]大法官斯卡利亚在莫里森案判决书中指出,法院在以前的判例中都忽视了美国法中一项由来已久的原则，即反域外适用推定，根据该项原则，"除非国会清楚地表明它意图赋予某一规则具有域外适用效力，否则我们只能推定该规则主要与国内事项有关。"相比于"效果"标准和"行为"标准，该推定最大的优点就是可以适用于所有案件而无须法院逐案分析，同时"这也为国会制定相关法律提供了稳定的司法判例背景以及可预测性"。根据该项推定，斯卡利亚认为《证券交易法》没有明确暗示第 10(b)可以域外适用，故第 10(b)条不能适用于域外案件。[⑤]

早在 1990 年代初，最高法院就大大加强了对"法律无域外效力推定"的适用力度，比以前更广泛、更严格地适用这一假定，并以此推定取代旧的"管辖权无域外效力"推定（Presumption Against Extrajurisdictionality），因此在法院的判例中出现了一些不一致的做法。[⑥]然而，美国法院无论是加强法律的域外效力，还是对其域外效力予以收缩，均为一国建立在自身利益考量之上的选择，美国可以自由选择在其国内法律中积极地将其法律适用于域外，还是对其法律的域外效力适当进行收缩。因此，我国如果想要对美国对华进行的长臂管辖进行反制，不能将希望寄托于美国主动收缩其法律的域外效力，而应增强我国法律的域外效力，而进行立法上的对等报复。

（四）长臂法律自身的限制

除了国际法、联邦和州立法对长臂法律的外部限制，许多长臂法律有对自身的适用范围作出了内部限制。长臂法律的内部限制主要包括以下几个方面，首先，适用的对象只包

---

① Alton v. Alton, 207 F.2d 667 (3d Cir. 1953).

② § 1069 Modern Principles of Personal Jurisdiction, 4A Fed. Prac. & Proc. Civ. (2019).

③ Douglas D. McFarland, Dictum Run Wild: How Long-Arm Statutes Extended To The Limits Of Due Process, 84 B.U. L. Rev. 491 (2004).

④ Zachary D. Clopton, Bowman Lives: The Extraterritorial Application Of U.S. Criminal Law After Morrison V. National Australia Bank, 67 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 137 (2011).

⑤ Morrison v. National Australia Bank LTD., 130 S. Cl 2869 (U. S. 2010).

⑥ EEOC v Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244 (1991); Smith v United States, 507 U.S. 197 (1993).

括自然人还是也包括法人，适用的行为是包括州内进行交易的作为或不作为（act or omission）还是也包括在州外作出的但对该州造成影响的行为。此外，适用长臂法最通常的一个限制是，它们只适用于在管辖行为发生的州法院或在该州的联邦法院提起的诉讼，例如，在加州联邦法院对印第安纳州的被告的起诉中，法院认定对被告在新墨西哥州的行为并不享有对人管辖权，因为加州长臂法规只适用于事故发生在加利福尼亚州的案件，而新墨西哥州长臂法律只适用于向新墨西哥州法院和联邦法院起诉的案件中。[①]但一直认为，长臂法律可以适当地用于为在联邦法院所在地的“联邦飞地”（federal enclave）实施侵权行为的人进行管辖。[②]长臂法律是否可以用来对造成某一行为在该州发生的死者的代表进行送达，将取决于具体州法规的规定。[③]

因此，长臂法律的设立并非无限制地扩张各州的管辖权，而是在正当程序原则、法律无域外效力原则的限制下，有限的扩展长臂法律的适用范围，从而便利原告在本州起诉在本州作出行为或在州外作出的对本州造成影响的行为进行起诉。基于长臂法律的适用范围和条件的有限性，我国企业在美国一州内进行商业活动时，应对其长臂法律有详细的了解，才有助于更精细化、专业化地完成合规程序，防患于未然；也有助于当事人充分利用长臂法律的漏洞，向美国法院提出管 辖权异议，维护自身的合法权益。

（五）阻断法

《布莱克法律词典》中定义的阻断法（Blocking Statutes）为一国禁止当事人请求、寻求、揭露可能作为外国司法和行政程序的证据经济、商业、工业、金融或技术的文件或信息，[④]阻断法服从于条约、国际协议、准据法和规定等。[⑤]然而，阻断法实际的应用情景并不局限于诉讼程序中的证据开示。美国部分州设立有阻断法，以防止别州的长臂法律的过度适用。[⑥]加拿大有《外国域外措施法》可对美国的管辖权以及判决在加拿大承认与执行造成一定的消极影响。[⑦]拉丁美洲针对对美国的“不方便法院”制定了阻断法，因为拉丁美洲本身并无类似不方便法院的规则，也没有可供替代的法院。[⑧]有学者认为这种阻断法没有必要，因为如果拉丁美洲没有可供替代的更恰当的法院，美国法院也不能适用不方便法院原则不予受理[⑨] 然而，欧盟的阻断法会遭到美国法院的拒绝适用，如在 2010 年的航空货运服务反垄断案中，原告要求被告法国航空公司出示证据，然而被告以违反法国阻断法为由予以拒绝，最终美国法院并未认可被告的理由，而裁定其应当证据开示。[⑩]

欧盟对美国的最具代表性的阻断法非针对《赫尔姆斯-伯顿法》咋（Helms-Burton Act）的阻断法莫属。美方对古巴关系紧张，近期启动《赫尔姆斯-伯顿法》第三条，缩短对古旅游签证有效期等政策加强对古封锁。《赫尔姆斯-伯顿法》由美国共和党参议员赫尔姆斯和伯顿于 1995 年提出，是典型的长臂法律，规定凡是与古巴从事贸易的国内外公司将受到美国法院的审判和制裁，[11]即以美国利益为根本出发点扩大国内法域外效力。欧盟委员会 1996 紧随其后确定了一系列的措施以避免欧盟企业的利益被《赫尔姆斯-伯顿法》所损害，主要

---

① Bookout v. Beck, 354 F.2d 823 (9th Cir. 1965).

② Swanson Painting Co. v. Painters Local Union No. 260, 391 F.2d 523 (9th Cir. 1968).

③ Herschel v. Smith, 361 F.2d 355 (9th Cir. 1966).

④ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, Blocking Statutes (14c), 10th ed., (2019).

⑤ Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. S.D. Iowa, 482 U.S. 522, 526 n.6, 107 S.Ct. 2542, 2546 n.6 (1987).

⑥ Elam v. Kansas City Southern Ry. Co., 635 F.3d 796 (2011).

⑦ Foreign Extraterritorial Measures Act R.S.C., c. F-29 (1985).

⑧ Model Law on the International Jurisdiction and Applicable Law to Tort Liability (1998).

⑨ Henry Saint Dahl, Forum Non Convenience, Latin America and Blocking Statutes, 35 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 21 (2003).

⑩ In re Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation, 278 F.R.D. 51 (2010).

11 Pub. L. No. 104-114, 110 Stat. 785 (1996), codified at 22 U.S.C. §§ 6021 et. seq. (1996).

目的即是消除美国立法的域外影响。[①]最终欧盟委员会制定出“2771/965 号条例”，以保护欧盟不受第三国通过的立法以及据此而采取的行动在领土外实施的影响”，其最核心的条款是第四、五、六条。第四条禁止承认和执行法院的任何判决以及欧洲共同体以外的行政当局的任何执行《赫尔姆斯-伯顿法》或《达马托法》（D’Amato Act）的决定。第五条规定有义务不遵守根据《赫尔姆斯-伯顿法》和《达马托法》提出的任何要求或禁止，包括外国法院的要求。载有所谓的“追回”条款（“claw-back” clause）的第六条是本条例的基石，使第十一条所述从事第一条所列活动的人能够追回因适用《赫尔姆斯-伯顿法》而对该人造成的任何损害，包括法律费用。[②]欧盟目前正在更新升级的“阻断法令”，允许欧盟企业拒绝遵守美国的制裁决议，不承认美国法院的相关裁决，对冲美国的“域外法权”。

根据上述分析可以得出，针对外国的长臂法律，司法机关可以通过“法律无域外效力”原则排除其适用，而“阻断法”则可以以国内立法的方式限制外国法律的域外适用，如本国当事人可以基于本国法律要求而拒绝外国法院要求的证据开示，本国法院可以不承认外国法院作出的“不方便法院”裁判，或者直接立法排除外国长臂法律对本国公司、个人的影响。我国法律中也有类似于阻断法的规定，例如，依据我国《民事诉讼法》中的专属管辖制度，就可以对外国法院管辖我国专属管辖事项进行阻断，《法律适用法》及其司法解释中的强制性规定制度，也对一些事项的法律适用做出了规定，从而阻断了外国法律的适用。然而，上述制度只对本国有影响，而不像欧盟阻断法的“追回条款”可以支持本国人追回因外国法的域外适用所造成的损失。总之，无论适用范围如何，具体适用效果如何，阻断法仍是一国国内立法中对抗外国长臂法律的一道防线，我国在立法过程中应双管齐下，同时进行国内法的域外适用和针对外国长臂法律的阻断法的立法工作。

四、美国长臂法律对我国的启示

从表面上看，长臂和单边法规似乎是立法利己主义的例子，在某种程度上，它们代表了一个国家企图以牺牲其他国家公民的利益为代价，为本国公民提供便利的诉讼场所。然而，在一个移动的全球化社会中，这种立法趋势也有其道理，比如可以有效地减少了原告旅行的时间和难度，通过在原告家附近为其提供一个法院，可以纠正迫使在原告就被告的制度下提起诉讼的不经济和低效率。当然，必须认识到，在涉外案例中行使长臂管辖权，很可能因为国家利益或者政策要求造成管辖权的滥用以及对外国自然人或法人的选择性管辖，很多在外国人本国本不会、也不应该提出的诉讼便会被提出。所以美国法官应当始终对这种可能性保持敏感，并准备对任何滥用法院管辖权的人实施制裁。

对于我国立法者而言，增强我国法律的域外使用能力是符合潮流的立法趋势。具体而言，首先，需要在民事、刑事、行政法管辖权中更加具体、明确、广泛地规定专属管辖权和保护性管辖权；其次，效仿欧盟的“阻断法”，在我国法律中作出类似的规定，从而有助于支撑我国境外企业提出管辖权或者证据开示等方面的抗辩；再次，对涉外的法律法规作出更具体的有实践意义的解释，如国家发改委正在牵头组织研究建立的国家技术安全管理清单制度就是一个很好的示范。对于我国司法者而言，我国甚少因为与某国的国家关系而对该国的企业或公民进行选择性管辖。然而，在中美贸易紧张的大环境下，我国进行反制需要更强的司法杠杆，因此在合法的范围内，我国应该更加依赖并善用法院，而非外交来处理发生的敏感的商业或经济纠纷。对于行政者而言，增强我国对外国公司的反垄断、环境保护、进出口领域的调查与审核力度，在保持开放的同时，保证外国企业在中国的合规化，约束外国企业在中国的商业行为。对于中国在外企业，聘请对当地法律有充分了解的

[①] Jürgen Huber, The Helms-Burton Blocking Statute of the European Union, 20 Fordham Int’l L.J. 699 (1997).
[②] Council Regulation No. 2271/96, O.J. L 309/1 (1996).

律师或法务做好合规是从源头减少被诉情形的选择。此外，如果在美国法院被起诉，可以充分运用美国法律中的“法律无域外效力推定原则”、“正当程序原则”、长臂法律的适用范围等进行抗辩，维护自身的合法权利。

7.美国《外国人侵权法》中公司责任问题晚近发展

张明耀*

摘　要：关于公司主体是否能够依据《外国人侵权法》在美国法院被诉，近年来美国法院相关案例显示该问题已经有了新的发展。2010 年，第二巡回法院在 Kiobel Ⅰ案中认定公司主体免于 ATS 诉讼，但随后联邦最高法院对该问题进行的回避，表明该问题仍未产生统一定论。直到 2018 年，最高法院在 Arab Bank 案中确认外国公司主体不得依据 ATS 被诉，该问题最终得到解决。但在 2019 年相关最新案例中，又产生了诸如对公司主体的国籍认定以及与其他主体的区分等新问题，留待美国法院作出新一轮回应。最后，美国法院在对 ATS 诉讼采取日趋保守的态度的同时，依旧存在着外国公司主体回归 ATS 诉讼的可能性，而这将由国际习惯法与国际社会的一体发展去实现。

关键词：外国人侵权法　公司责任　免除

Abstract：In recent years, the relevant cases of the US courts have shown that the problem whether the company can be sued under the Alien Tort Statute (ATS) in the US has been newly developed. In 2010, the Second Circuit Court found the company's subject to be exempt from ATS litigation in the Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., but the subsequent evasion of the issue by the Federal Supreme Court indicated that the issue had not yet resulted in a unified conclusion. Until 2018, the Supreme Court confirmed in the Jesner v. Arab Bank, PLC. that the foreign company entity should not be sued under ATS, and the issue was finally resolved. However, in the latest case in 2019, new issues such as the identification of the nationality of the company and the distinction between other subjects were created, leaving a new round of response to the US court. Finally, while the US courts adopt a more conservative attitude toward ATS litigation, there remains still the possibility of foreign companies returning to ATS litigation, which will be created by the integration of international law and the international community.

Key words：the Alien Tort Statute，the responsibility of company，exclusion

一、Kiobel 案中公司责任问题之讨论

（一）Kiobel Ⅰ案对公司责任适用之排除

1.案情简介：

本案原告是尼日利亚奥戈尼地区的居民 Esther Kiobel 等人，被告为荷兰皇家石油公司(“Royal Dutch Petroleum Company”)和壳牌运输贸易公司(“Shell Transport and Trading Company PLC”)，以及名为尼日利亚壳牌石油开发公司的子公司 (“Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd”)，本案中原告为居住在美国的外国人，所有被告都是法人实体。

* 张明耀，中南财经政法大学国际法（国际私法方向）2017 级硕士研究生。

2002 年，原告依据《外国人侵权法》(《Alien Tort Statute》，以下简称 ATS）向纽约南部地区联邦法院提出诉讼，指控被告协助和教唆尼日利亚政府违反国际法，具体而言，控诉被告实施了以下罪行："(1)非法杀害；(2)反人类罪行；(3)酷刑或实行残忍、不人道和有辱人格行为；(4)非法逮捕和拘留；(5)侵犯生命权、自由、安全和结社权；(6)强迫流亡；(7)财产破坏。"[①]

2006 年 9 月，地区法院驳回了原告上述第（1）（5）（6）（7）项具体指控，理由是依据 Sosa 案中确立之相应标准，上述罪行并不能被界定为国际习惯法认定之国际罪行。[②]同时，地区法院驳回了被告提出的驳回剩余指控之请求，即上述（2）（3）（4）条指控。由于意识到提出问题的重要性以及对该问题仍存在着不同意见，地区法院向第二巡回法院提出了中间上诉。

2.第二巡回法院确立之 ATS 下公司责任排除

2010 年 9 月，第二巡回法院部分推翻了地方法院裁定，并主张："①ATS 下责任范围受到国际习惯法之规制；②直观来看，ATS 并未赋予针对公司索赔之管辖权；③公司被告不受 ATS 责任之约束，因为就国际习惯法而言，公司主体并不具备承担责任主体资格。"[③]事实上，第二巡回法院通过该判决将公司主体排除在了 ATS 的责任承担范围之外，即公司（corporations）不得依据 ATS 被诉至美国法院。

其判决分析如下：

①管辖权审查依据

判决中，首先明确了上诉法院需解决的是对于该案标的司法管辖权问题（questions of subject matter jurisdiction de novo）。法院认为，依据美国法典第 1350 条，"外国人侵权法仅是一项管辖法规；其自身不产生任何诉因。"[④]依据该法律，国际法而非国内法规定违反国际习惯法的责任主体范围，同时，法院指出，虽然 ATS 仅限定了可以提起诉讼的原告类别，即外国人，但其本身要求以违反国际法为依据提出索赔，这一要求包含了国际法习惯对谁可被适当指定为被告的任何限制。因此，上诉法院必须参照国际习惯法来确定其对针对某一类被告(如公司)提出的 ATS 下索赔的管辖权。

②国际习惯法之认定标准

法院认为，依据美国《对外关系法》，"国际法并不把界定国际法主体的责任留给个别国家；相反，国际人的概念是从国际法中衍生出来的"[⑤]可以看出，上诉法院认为纯粹之国内法并不能被视为国际习惯法。

对于国际习惯法之认定标准问题，法院从积极和消极两个方面进行了说明：积极方面，国际习惯法首先必须是具体、普遍以及具有强制性的，是从国内和国际社会中无数决定中产生的，是通过各州之间、文明国家之间逐渐成熟之习惯和实践发展而来的，国际条约是其存在之适当证据。消极方面：国家习惯法并不是本身不具有效力之协定或声明，其产生并不是由现有规范的拓展产生的，同时对于条约来说只有当绝大多数国家批准了条约，并且这些国家一致和一贯地按照条约的原则行事时，条约才能成为国际习惯法规范的充分证据。

③责任范围与救济问题

上诉法院在判决中还指出了赔偿责任的涉及范围问题与救济问题之区分，法院认为：

---

① See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 123 (2nd Cir. 2010).

② See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 456 F.Supp.2d 457, 464－65, 467 (S.D.N.Y.2006); Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 124 (2nd Cir. 2010).

③ See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010).

④ See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 112 (2nd Cir. 2010).

⑤ 同注释 2.

“原告是否有权获得金钱损害赔偿、宣告性救济、强制令或具体履行都是救济问题，但某一特定补救办法能否对某一个人或实体强制执行并不是一个救济问题，而是责任范围问题。”[①]ATS 下违反国际习惯法之公司责任即为责任范围问题，这属于国际法问题，不应该由个别国家承担。

基于上述论点，上诉法院得出结论：对公司违反习惯国际法的行为规定赔偿责任，在世界各国之间的关系中并没有得到明显的、更不用说普遍的接受。因此，ATS 中没有规定对公司索赔的标的管辖权。

自此，第二巡回法院在 Kiobel 案判决中（为与最高院对于该案审理结果相区别，第二巡回法院对该案之判决在下文中简称为 KiobelⅠ案判决）将公司排除在了《外国人侵权法》索赔主体之外，使公司主体不得依据 ATS 被诉，使得在 Kadic 案中确立之“对国家行为要求之放弃”[②]准则后，ATS 下主体责任范围由国家主体扩张至非国家主体之趋势得到了限缩。

然而，由于第二巡回法院自身在对该案进行判决时意见出现分歧，同时实践中其他巡回法院关于 ATS 下公司责任案件作出了意见相左之判决[③]，因此美国联邦最高法院提审了本案。

（二）KiobelⅡ案中相应问题的回避与后果

1. 最高法院对公司责任问题之回避[④]

从上文中可以看出，第二巡回法院在对本案的判决中，是以在国际习惯法中，公司并非国际法主体，因此亦不得依据违反 ATS 被诉至法院为由从而驳回了原告的诉讼请求。但联邦最高法院却将是以《外国人侵权法》不具有域外适用效力，从而驳回了原告诉讼请求，在技术层面维持了第二巡回法院的判决。

最高法院在判决中指出：“[1]反域外适用的推定原则限制了法院根据 ATS 行使权力；[2]ATS 不适用于在美国以外的主权领土内发生的违反国际习惯法的行为。”[⑤]可以看出，最高法院将本案重点放在了 ATS 的域外适用效力上，并未对 ATS 下公司责任问题作出相应回应，其作出之判决结果上虽与 KiobelⅠ案相同，但因其对相应问题的回避而使得案后相应司法实践陷入混乱之中。

2. KiobelⅡ案后司法实践之混乱情况

前文中已经提到，早在最高法院对本案进行提审之前，其他巡回法院对于公司责任问题就存在着不同意见。

除开第七巡回法院曾在相似案件中作出不同判决外[⑥]。特别值得注意的是，2011 年哥伦比亚特区巡回法院，在 Doe 案中曾指出“在 ATS 规制下，公司责任并不能得到免除。”[⑦]但是在联邦最高法院作出终审判决后，哥伦比亚特区法院将该判决撤销，并发回地区法院重新进行审理[⑧]，由此可见，因为在程序上最高法院仍然是维持了第二巡回法院在本案中的裁判结果，同时对于第二巡回法院关于 ATS 下公司责任问题之观点并未明确否定，使得现实

---

① See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 115 (2nd Cir. 2010).

② See Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (1995).

③ 例如,美国第七巡回法院在 Flomo 案判决中就明确指出:“公司责任问题可能会被纳入 ATS 规制之内”。See Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co., LLC, 643 F.3d 1013 (2011);also See Doe VIII v. Exxon Mobil Corp., 654 F. 3d 11 (D. C. Cir. 2011).

④ 联邦最高法院对本案“反域外适用推定”问题涉及 ATS 管辖权问题，非为本文讨论之重点，近几年国内已有学者专门对其进行过讨论，具体可参见：王欣一. 美国《外国人侵权法》域外适用的新发展[D].复旦大学,2014；王承志.美国《外国人侵权法》诉讼中的普遍管辖问题——以 Kiobel 案为切入点[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2016,69(05):104-109.

⑤ See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.133 S.Ct. 1659 (2013).

⑥ 见注释 2.

⑦ See Doe v. Exxon Mobil Corp.,654 F. 3d 11 (D. C. Cir. 2011).

⑧ See Doe v. Exxon Mobil Corp. 527 Fed.Appx. 7 (Mem)（D. C. Cir. 2013).

中相关司法实践受到了一定影响。

但同时，KiobelⅡ案判决作出后，在 ATS 下公司责任问题上，司法实践中仍然存在与KiobelⅠ案判决意见相左之判决，例如第四巡回法院在 Al Shimari 案中并没有因为被告为具有法人身份的军事承包商，而裁定被告不得依据 ATS 被诉，而是依据首先使用“触及和关联理论”使得该案不得适用反域外适用理论，同时以本案中被告或与军方存在“直接控制关系”，而可能导致法院基于政治问题缺乏相应之管辖权为由将案件发回地方法院重审，此种行为实质上为最高法院在 KiobelⅡ案中采用的回避方法之翻版。[①]此外还有其他巡回法院对于同类型案件中作出的相似判决。[②]

可以看出，虽然第二巡回法院在 KiobelⅠ案判决中所持观点没有被最高法院所否定，其仍然为第二巡回法院之有效法律，但是，在司法实践中，其他法院更愿意适用最高法院 KiobelⅡ案判决之理论，回避对于 ATS 下公司责任问题的认定。

但对于此类案件来说，对于公司被告的管辖权问题是应该首先考虑之基础问题，只有依据 ATS 能够对于相关被告提出诉讼，诉讼程序才能进行下去。除此之外，如若上述案件中所涉及的“反域外适用推定”理论、政治问题等情况均未出现，即对于 ATS 下公司责任认定问题为关系该案判决唯一理论，此时其他法院是否应该同意第二巡回法院在 KiobelⅠ案判决中所持观点，亦未有一个明确答案。

最后，其他法院可以回避对于公司责任的讨论，但是作为相应观点提出之第二巡回法院本身，应该怎样去应对相应案件？

事实上，第二巡回法院于 2011 年至 2016 年审理之 Licci 系列案件即能体现其自身对于该问题之摇摆态度，LicciⅠⅡⅢ案具有相同之原被告，被告为黎巴嫩加拿大银行和美国合作银行，第二巡回法院于 2012 年对该案作出判决认为，对于被告之管辖权是适当的，这表示法院此时认为 ATS 下公司可以被追究国际法责任[③]，被告之一，美国银行于 2012 年提出上诉，法院在此次审理中并未提出公司不能被追究国际法责任问题。[④]另一被告黎巴嫩加拿大银行于 2016 年提出上诉，此时第二巡回法院在判决中指出：“内国法使得公司免于承担责任”，[⑤]从而在 LicciⅢ案中坚持了其自身在 KiobelⅠ案判决中所持之观点。

二、Arab Bank 案对外国公司责任之最终排除

前文所提到的 Licci 案并未经由最高法院审理，最高法院对 ATS 下公司责任问题的态度仍不明晰。近年来，能够反映最高法院态度的案件，为同样经过第二巡回法院审理以及最高法院提审的 Arab Bank 案件。

（一）第二巡回法院对 KiobelⅠ案判决之再确认

1.案情简介

Arab Bank 系列案中原告为一些在以色列恐怖袭击中受伤或是幸存下来的美国公民和外国国民，被告为阿拉伯银行（Arab Bank）[⑥]以及该行在纽约以及约旦等地区之分行,本案原

---

① See Al Shimari v. CACI Premier Tech.,Inc. ,758 F. 3d 517 (4th Cir. 2014).

② See Doe I v. Nestle USA,Inc.,766 F. 3d 1013 (9th Cir. 2014) ; Doe v. Drummond Co.,Inc., 782 F. 3d 576 (11th Cir. 2015).

③ See Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank,SAL,672 F. 3d 155 (2d Cir.2012).

④ See Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank,SAL(“Licci II”) ,739 F. 3d 45,(2d Cir. 2013).

⑤ See Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank,SAL (“Licci III”) 834 F. 3d 201 (2nd Cir. 2016),petition for certiorari filed (U. S.,Dec. 19,2016).

⑥ 初审该案的纽约地区法院曾在案情背景总结中称原告对“约旦银行提出诉讼“，第二巡回法院和联邦最高法院在相应背景总结中也对被告有过诸如“west bank”等不同称谓，但实质上其所指都为阿拉伯银行。See Almog v. Arab Bank, PLC, 471 F.Supp.2d 258 (E.D.N.Y. 2007); In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 145, (2015); Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386 (2018).

告为外国人，符合 ATS 对原告之身份要求，被告为公司法人主体。

原告声称：在过去 20 年中，四个著名的巴基斯坦恐怖组织-伊斯兰抵抗运动(“HAMAS”)、巴勒斯坦伊斯兰圣战组织(“PIJ”)、阿克萨烈士旅(“AAMB”)，解放巴勒斯坦人民阵线(“PFLP”)①对以色列公民进行了广泛的自杀式恐怖袭击，被告通过三种方式②帮助恐怖组织及其代理人筹集资金，以便恐怖组织能够向进行自杀式袭击的“烈士”或其家属发放资金，从而使得自杀式袭击能够得以进行下去。原告诉称阿拉伯银行协助恐怖组织支付“烈士”家属资金之行为激励和鼓励了伤害原告的自杀爆炸和其他恐怖行为。

Arab Bank 系列案事实上包括相应原告在 2004 年至 2010 年提起的五个案件③，五个案件都包含根据 ATS 提出的侵权索赔。纽约东区地区法院为便于审理，将上述案件进行合并审理，并分别于 2013 年 8 月 23 日以及同年 10 月 16 日④作出判决，关于 ATS 索赔部分，地区法院依据 KiobelI 案驳回原告请求。2013 年 12 月 10 日，原告集体上诉。2014 年 1 月 6 日，第二巡回法院批准了该案件的上诉。

2.对 ATS 下公司责任问题之再确认

2015 年 12 月 8 日，第二巡回法院作出判决，维持了地区法院判决，驳回原告有关 ATS 诉讼请求。法院认为：“①ATS 没有赋予原告对银行索赔之原始管辖权；②重申原告的普通法诉因是不恰当的；③在拒绝原告行使修改诉状之事项上，地区法院并没有滥用自由裁量权。⑤”从①项判决认定即可看出，第二巡回法院在 Arab Bank 案中依据坚持了 KiobelI 案中所持观点，即公司责任被排除在了 ATS 索赔范围之外。

对该判决之具体分析如下：

主判决部分：KiobelI 案判决效力之确定

明确 KiobelI 案判决之效力：在判决的开头部分，法院就首先确认 KiobelI 案判决仍然为第二巡回法院目前行之有效之判例法，法院指出：“一般来说，上诉法院的各个审判庭受法院先前裁决的约束，除非其中确立的先例被推翻或受到最高法院的约束……除最高法院为克服上诉法庭受其先前裁决约束的一般规则而作出的干预决定外，本裁决不需要处理法院已经决定的确切问题。”⑥可以看出，在第二巡回法院看来，KiobelI 案并没有因为最高法院对公司责任问题的回避而失去效力，至少对于其自身来说，KiobelI 案仍然具有法律约束力。

判决：普通法诉因的效力范围：本案中原告对被告提出索赔之法律依据为普通法诉因，法院认为：“普通法诉因之重述不适用于美国和外国国民采取的综合行动……这种模糊的非法定债权缺乏相应依据。” ⑦法院对于普通法诉因效力之否定，表示法院认为之由国际习惯法才能规制 ATS 下相应之管辖权问题，这亦是第二巡回法院在 KiobelI 案判决中所持观点之一。除此之外，著判决部分还就地区法院拒绝原告修改诉求的自由裁量权进行了说明。⑧

3.判决讨论（discussion）：KiobelⅠ案与 KiobelI 案

该判决的判决讨论部分注重分析了 ATS 下公司责任问题（Corporate Liability Under the

① See Almog v. Arab Bank, PLC, 471 F.Supp.2d 257 (E.D.N.Y. 2007).

② See In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 150, (2015).

③ See Almog, 04－CV－5564 (E.D.N.Y. filed Dec. 21, 2004); Afriat－Kurtzer, 05－CV－ 0388 (E.D.N.Y. filed Jan. 21, 2005); Jesner, 06－CV－3869 (E.D.N.Y. filed Aug. 9, 2006); Lev, 08－CV－3251 (E.D.N.Y. filed Aug. 11, 2008);Agurenko, PLC, 10－CV－ 0626 (E.D.N.Y. filed Feb. 11, 2010).

④ 此处分开判决原因为，其中两个案子即 Almog 案和 Afriat-Kurtzer 案除开涉及 ATS 索赔外还涉及 ATA 索赔，8 月 23 日地区法院依据 Kiobel I 案驳回相应原告 ATS 诉求，并没有完全回应原告诉求。See In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 150, (2015).

⑤ See In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 145, (2015).

⑥ 同注释 1.

⑦ See In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 146, (2015).

⑧ 该问题与本文讨论之主题并无太多关联，故此处不做详细分析。

Alien Tort Statute）。

①对自身观点的明确

该部分首先在表明 KiobelI 案依然是第二巡回法庭之有效法律之后，作中阐述了作出该判决时各法官自身所持有之赞同意见与反对意见。法院特备提到了该案当时第三位专家组成员 Leval 法官的反对意见，他认为“国际法律，至少是与人权有关的国际法律……将执行的方式几乎完全留给个别国家”[①]，并且该观点与 Sosa 案中所持观点保持一致，在这种观点下，ATS 并不禁止公司赔偿责任。这表明第二巡回法院是在了解关于此问题的不同理论之后所作出的相应判决，第二巡回法院明确了自身在该问题上的观点。

②KiobelⅡ案给 KiobelⅠ案投下“阴影”

第二巡回法院认为，联邦最高法院对于 Kiobel 案的审理，虽并没有意图推翻第二巡回法院之判决，两者逻辑上并无矛盾之处，但在第二巡回法院看来，KiobelI 案仍然是最高法院对于 KiobelⅠ案进行的“微妙的”干预，其带来的结果是“本质上”的影响。具体来看，KiobelⅡ案在以下几个方面给 KiobelⅠ案投下“阴影”：

首先，最高法院对于“公司存在”理论的说明似乎表明了其认为 ATS 规制下，法院一定程度允许公司承担相应责任。KiobelⅡ案判决中，最高法院指出：“许多国家经常有口头陈述，而且说仅仅有公司存在就够了”，这就足以取代不允许域外适用的推定。[②]第二巡回法院认为，事实上，如果不可能将安非他明类兴奋剂规定的公司责任作为一般事项，最高法院关于“仅仅是公司存在”的声明似乎毫无意义。故而该判决可能在一定程度上对 ATS 下公司责任承担持肯定态度。

其次，KiobelⅡ案判决所持有之观点更加接近于 Leval 法官的反对意见以及 Sosa 案中所表现之判例法，最高法院在该判决中将讨论至重点放在了对国际习惯法中被禁止行为的解读上，同时从另一侧面认定了相应之救济方法可有国内法来进行支配，。

最后，法院认为 KiobelⅠ案与 KiobelⅡ案一起可能会缩小美国法院在 ATS 规制下的管辖范围问题。与该案相关联的两个判决“将受到伤害的潜在原告放置在一个小盒子中”[③]第二巡回法院指出，这超出了其所理解的国会通过该法令的意图。同时，第二法院也通过在 KiobelⅡ案判决作出后，其他“姊妹巡回法院”在相似案件中的不同判决[④]来表明了 KiobelⅡ案的影响。

③推翻结论的拒绝得出

尽管进行了上述分析，第二巡回法院仍然拒绝得出相应结论，即 Kiobel Ⅱ案判决推翻 KiobelⅠ案判决。法院认为，认定一个裁判结果被上一级法院推翻是“危险的”，因为这“这往往会降低诉讼当事人的期望，而诉讼当事人通常依赖法院小组意见的权威地位。它也削弱了对三个裁判庭决策和意见权威的尊重。”[⑤]

借由此，法院得出结论，其依然认定 KiobelⅠ案判决的有效性，即在 Arab Bank 案中对 ATS 下公司责任免除问题进行了再确认。

（二）最高法院对 Arab Bank 案的提审

虽然第二巡回法院在 Arab Bank 案中再次确认 KiobelⅠ案的法律有效性，但是 KiobelⅡ案判决由联邦最高法院作出，要想在理论上对该问题作出无争议之定论，仍然需要联邦最高法院对此问题进行正面之回应。

2017 年 11 月 11 日，联邦最高法院发布文书调遣令（Certiorari），提审了 Arab Bank 案，

---

① See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d at 152 (Leval, J., concurring).

② See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.133 S.Ct. 1659 (2013).

③ See Jesner v. Arab Bank,PLC Alien Tort Statute Litig.,808 F. 3d at 155 (2d Cir. Dec. 8,2015).

④ 相关案例详见本文第一章最后一个部分.

⑤ See In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation, 808 F.3d 157, (2015).

并于 2018 年 4 月 24 日作出判决。

最高法院肯尼迪法官代表法院出具了判决，其认为："如果国会不作出进一步解释，法院将 ATS 规制下之责任扩大到外国公司是不适当的。"[①]从而维持了第二巡回法院驳回原告诉求之判决。可以看出，最高法院在本案审理中并未如 KiobelⅡ案中那样对 ATS 下公司责任问题的讨论进行回避，而是明确确认不应该该将 ATS 下的索赔责任扩张至外国公司主体。

但此处必须指出的是，最高法院在本案判决中所持观点与第二巡回法院在 KiobelⅠ案判决中所持之观点并非完全一致，这主要体现在所依据之主要理论的差异以及对于公司主体的"国籍"属性限制方面，与之相关问题将在下面判决的具体分析部分进行讨论。

1.对 ATS 下外国公司责任问题的排除：

首先，最高法院通过回顾 ATS 自身之制定和解释历史，在判决中认定"'外国人侵权法'的司法管辖范围应该严格加以限制，其不以本身的规则提供或界定违反国际法诉因的定义"，对 ATS 相应之属性以及规制范围作出相应规定，同时指出 ATS"第一次颁布时的主要目标是确保提供一个具有管辖权的法院，使另一个国家对外国公民的伤害负责"，以此将外国公司主体责任排除在 ATS 之外。[②]

除此之外，最高法院认为外国公司责任排除之主要原因为"ATS 诉讼涉及到严重的三权分立以及外交问题"，因此对于 ATS 索赔责任适用应该予以警惕。

法院认为 ATS 诉讼解决问题为国际人权问题，同时在实际审判中，此类案件常常涉及到国与国的外交关系，因此能够对该问题进行解释之机构为作为立法机构的国会，"因为国会更有能力考虑是否通过规定新的实质性法律责任来维护公共利益……有责任和机构能力权衡外交政策方面的利益问题"[③]从而得出结论，在国会没有对 ATS 进行进一步解释之前，法院不宜将 ATS 的赔偿责任扩大至外国公司。

最后，最高法院还以美国"酷刑受害者保护法"（TVPA）为例，认为 TVPA 将责任限制于"个人"上，这为 ATS 应该采取的标准提供了"明确和现代的基础"，ATS 下的责任问题不应该偏离这一模式。

可以看出，虽然所依据之理由有所差异，但最高法院明确得出结论，认定外国公司主体[④]不得依据 ATS 要求承担相应责任，从而使得困扰美国司法理论界和实务界多年之难题游客相对确定之定论。

2.反对的意见

虽然联邦最高法院在最终的判决中采用了肯尼迪法官的意见，有三位大法官也赞同其所持观点，但在审判庭中，仍然有以 Sotomayor 大法官为首的四位法官出具了反对意见，可以说。最高法院关于 ATS 下外国公司责任问题的内部意见并未达成相对一致的意见。

Sotomayor 大法官指出，认为外国公司主体免于承担 ATS 下相应责任之观点，主要是由于对 Sosa 案中法院相应之审理意见错误理解所致，即 ATS 允许联邦法院"承认违反国际法的某些侵权行为的私人诉讼原因"，不需要任何"国会采取的进一步行动。"[⑤]KiobelⅠ案中，第二巡回法院只关注到了此意见之一部分即"依据国际法"，从而导致了相应观点的产生，对于外国公司责任之认定应完整理解该意见之内涵。

同时，Sotomayor 大法官也指出，"公司企业自身兼具创新和增长的力量……该独特力量能够用来参与社会贡献，亦可以用来增加相应痛苦。"[⑥]对其 ATS 下相应责任之免除，会

---

① See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386 (2018).

② See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386-1387 (2018).

③ See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386 (2018).

④ 此处所涉及的公司"国籍"属性限制问题，为方便行文，将在本文第三章单独列出进行讨论。

⑤ See Sosa v. Alvarez-Machain, 124 S.Ct. 2739 (2004).

⑥ See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1437 (Sotomayor., concurring).

使得相应实体在拥有公司形式重大利益的同时，又被完全免除相应责任，这无疑损害了国会在通过该法案时意图强加给相应主体的责任制度。

3.判决作出后相应的司法实践

尽管仍然存在着不同之意见，无论如何，联邦法院之判决意见中仍然是坚持外国公司责任免除的观点，最高法院 Arab Bank 案判决作出后的相关司法实践也表明美国法院在审理类似案件中，在认定外国公司责任问题上都采纳了最高法院的观点。

与之相关联的最新案件为美国地区法院审理的 2018 年 12 月 Nahl 案以及 2019 年 1 月 Estate 案。

两个案件在相应裁判文书中[①]都提到了最高法院在 Arab Bank 案判决中所持有之观点，即外国公司主体被免除 ATS 下相应责任问题，表明在该问题上最高法院之意见已经被美国法院所普遍接受。

但两者案情并不与 Arab Bank 案完全一致，区别在于两个案件中被告并非外国法人主体，而是美国国内法人（Nahl 案中被告为 Mitchell Rand Berger 公司，Estate 案中被告为 Johns Hopkins University），不是外国法人主体，所以其并不能直接援引 Arab Bank 案判决。

两个案件中具体做法不一：Nahl 案于 2018 年 12 月 12 日作出裁定，案件审理过程中，原告本是依据 ATS 和普通法对被告提出诉讼，后要求修改相关法律依据，法院准许了原告修改 ATS 法律依据之请求。Estate 案于 2019 年 1 月 3 日作出判决，判决在对 Jesner 案（即 Arab Bank 案）判决进行分析之基础上[②]，得出结论：ATS 下，仅有外国法人主体责任能够得到免除，国内公司主体责任并不能得到免除，这种观点实质上是对于 ATS 下公司责任问题的进一步讨论。

由此可以看出，关于公司责任问题，最高法院在 Arab Bank 案中所持之观点，虽然在一定程度上解决了相应问题理论和实践上的纷争，但同时，伴随相应观点一同出现的，还有相关领域的若干新问题。

三、Arab Bank 案后 ATS 下公司责任亟待解决之新问题

关于 ATS 下公司责任问题，国内曾有相关学者进行过专门讨论，主要为结合相关历史案例，对公司责任之国家行为要求的存废问题、其有效性与标准问题、其对美国军事行动的影响、对外交政策的关切以及公司的直接与间接责任等问题进行具体分析。[③]其时 Kiobel 案与 Arab Bank 案判决并未作出，因此，上述问题在当前情况下，或是已经被该两个案例判决所解答，或是在两个判决做出之后已经有了新的发展。

因此，笔者将结合上述相关问题以及两个最新关键案件判决，分析目前现状下 ATS 关于公司责任产生之新问题：

（一）ATS 下公司责任的“国籍”限制

比较第二巡回法院 KiobelⅠ案判决与最高法院 Arab Bank 案判决（下文所提及的 Arab Bank 案专指最高法院审理的 Arab Bank 案）可知，两者关于 ATS 下责任免除主体范围时存在差异的，KiobelⅠ案判决认为“公司被告不受 ATS 责任之约束……公司主体并不具备承担责任主体资格。”[④]而 Arab Bank 案判决则认为“……法院将 ATS 规制下之责任扩大到外

---

① See Nahl v. Jaoude, Slip Copy 2018 WL 6521587 (2018)；Estate of Alvarez v. Johns Hopkins University, Slip Copy 2019 WL 95572 (2019).

② 关于该判决之具体分析，为使论述主题集中，将在本文第三章中进行讨论。

③ 国内近年来对美国《外国人侵权》研究较多的学者为李庆明老师，关于 ATS 下公司责任问题，其虽未进行过专项讨论，但在相应专著的相关章节有所涉及。具体参见：李庆明.美国《外国人侵权请求法》研究{M].武汉:武汉大学出版社，2010.p92-111.

④ See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 111 (2nd Cir. 2010).

国公司是不适当的”[①]。

1.内国公司责任问题（Domestic Corporate Liability）

从上述两个判决的比较可知，相对于 Kiobel Ⅰ案中所持之观点，最高法院在 Arab Bank 案判决中对 ATS 下责任排除主体范围进行了相应限制，即从公司主体限制为外国公司主体，对其添加了相应之“国籍限制”，那么对于最高法院判决中未明确规制之主体，即内国公司的责任问题，仍然处于未明晰之状态。

事实上，前文所提及到的 Nahl 案与 Estate 案所涉及之具体问题即为 ATS 下内国公司责任问题，Nahl 案当事人在诉讼过程中改变了诉讼提出之法律依据，因此回避了该问题之讨论，而马里兰州地区法院则在案件判决中明确对该问题进行了相关讨论。

马里兰地区法院首先分析了最高法院认定外国公司免除 ATS 责任之原因，法院认为最主要的理由为最高法院认为对于外国法人主体进行 ATS 下的诉讼管辖会产生相关“外交政策”问题，因此此种情况下，法院进行“司法谨慎的必要性”大大增加。同时，地区法院也指出，在最高法院关于 Arab Bank 案出具的判决意见书中，事实上有三位大法官对该问题进行了相应分析，其他几位法官并未就相关问题进行讨论[②]，正因此，最高法院并未在判决中提及内国公司责任的问题。

地区法院亦不同意最高法院主流意见对于该问题之回避态度，该法院认为“在此对涉及国内公司的 ATS 诉讼进行这种分析后，法院认为司法谨慎的必要性明显减少”[③]因为对外国公司提出诉讼，的确会导致外交紧张以及外国政府的反对，但是对美国公司提出相应诉讼并不产生此种情况，这将“促进和谐”，而不是“激怒外国”。据此，地区法院作出判决，认定被告，即相应美国公司能够依据 ATS 被提出承担索赔责任，“这完全符合 ATS 的最初目标”。

从以上分析可以看出，产生该问题之主要原因可以从 Kiobel Ⅰ案与 Arab Bank 案判决作出依据之主要理论得出答案，Kiobel Ⅰ案中，第二巡回法院认为排除公司责任主要是因为 ATS 下具体管辖权范围由国际习惯法所规制，国际习惯法并未将公司主体认定为相关国际法主体。而 Arab Bank 案中最高法院则认为，之所以不能对外国公司主体进行 ATS 诉讼，则是因为会导致相应外交政策问题。因此，对于上述两种理由之取舍，会最终影响对于内国公司 ATS 下责任排除问题的态度。

笔者认为上述两种理由都具有合理性，在两者之间进行绝对划分是不可行的，因此，笔者在此吸收 Arab Bank 案的 Sotomayor 大法官反对意见[④]，即完全排除 ATS 下公司责任是不明智的，公司作为社会主体之一，在享受社会赋予之权利的同时，亦应该承担相应之责任。事实上，目前公司主体特别是跨国公司，与当地政府之紧密联系使得其进行相应国际人权侵害行为更加普遍与频繁。[⑤]因此，笔者认为不能够完全排除公司主体在 ATS 下之相应责任。

当然，对此新产生之问题，美国司法界亦未有明确之结论，近来相应司法实践似乎倾向于对 ATS 下公司责任问题进行“国籍”限制，进一步的讨论可能仍需该类特定案件的出现以及最高法院对于该问题的讨论。

2.内外国公司之认定与公司间接责任的排除

如若对于上述问题作出肯定回答，即认为能够对国内公司主体进行 ATS 下的责任追偿，

---

① See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386 (2018).

② See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S. Ct. 1400 – 02 (plurality opinion).

③ See Estate of Alvarez v. Johns Hopkins University, Slip Copy，2019 WL 95572 (2019).

④ See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1437 (Sotomayor., concurring).

⑤ 国内亦有学者借此指出《外国人侵权法》上对于公司诉讼规制的不足。参见：李庆明.美国《外国人侵权请求法》研究{M].武汉:武汉大学出版社，2010.p109-111.

那么首先应解决之问题即为对于内外国公司的认定问题。因为如若将一公司认定为外国公司，则其就不得依据 ATS 被提起诉讼，反之则可被起诉。

关于内外国公司认定即公司国籍认定问题，国际上已经存在相应通行理论，即以公司注册地、主营业地或控制中心所在地等作为公司国籍所属地，似乎没有太多争议，但在公司相关 ATS 诉讼中，存在着公司间接责任问题，使得相应问题具有了争议性。

公司在 ATS 诉讼中的间接责任，即在相关诉讼中，原告通常将公司列为第三人，声称相应公司以某种特殊方式简介导致了原告的相应损害，有时被称之为“共谋责任（conspiracy）”。[①]事实上，许多外国公司主体都是通过其在当地之分支机构损害原告权利，即如若外国公司通过在美国的分支机构侵害原告权利，该分支机构在美国境内并不具有法人资格，此时原告对相应外国主体提出 ATS 所诉讼，法院应该驳回原告诉求吗？

笔者认为答案是肯定的，最高法院所认定外国公司主体应该免除 ATS 诉讼之责任，原因在于允许相应诉讼可能会导致外交政策问题，如若允许上述情况的产生，必然是与最高法院所持观点相冲突的。

（二）公司主体与其他主体之区分

1.与国家主体之区分：“国家行为”之新要求

ATS 诉讼下，是否应该对非国家主体进行国家行为之要求，该问题最开始提出是为了解决非国家主体责任认定问题[②]。从近几年相关案例来看，美国法院似乎并没有对相关非国家主体进行国家行为相应要求，例如上述 Kiobel Ⅰ案与 Arab Bank 案判决中未曾提及该问题。事实上，在实践中，非国家主体更多的是通过非国家行为进行侵害原告活动，对于国家行为要求的废除，无疑是适应司法实践需要的。

那么在外国公司已经被排除在 ATS 诉讼之外的今天，所应注意之新问题则是警惕相关原告在不能对外国公司追究 ATS 责任的情况下，通过外国公司的某些国家行为，将该公司识别为国家主体，从而使其可以被提起相应 ATS 诉讼，追究相应责任。特别是我国国有企业在美国被频繁提出诉讼的今天，虽然上述情况目前只是笔者之假设，但仍然具有一定现实意义。因此，笔者认为，如若出现上述情况，则应对国家行为之要求进行严格解释，即要在具体个案中分析相应主体是否存在国家行为之实施，并不能仅依据相应主体国内法相关专门规定而判断其国家主体属性。

对此，可能会有观点指出，国家主体在 ATS 诉讼中可以运用国家豁免理论，从而免于相关诉讼程序，脱离诉讼之效果与主体识别为外国公司是一样的。笔者认为，此两种情况只是在大多数情况下具有相同的诉讼免除之效果，因为在理论上，国家主体并未被排除在 ATS 诉讼责任范围之外，其免于对应诉讼程序只是由于其自身主体的特性，该种“特权”是可以被放弃的。事实上，在 ATS 诉讼历史中，就曾有国家放弃诉讼豁免，最终该案件亦当事人和解而终结。[③]而外国公司主体被排除在 ATS 诉讼之外，依据 Kiobel Ⅰ案观点，则是由于 ATS 诉讼管辖依据所确定，即国际习惯法规定所致，因此，即使相应外国公司主体愿意依据 ATS 承担相应责任，法院亦不能据此将其纳入 ATS 诉讼中。

因此，基于上述理由，对该问题进行相应讨论时有必要的。

2.与个人主体之区分

在 Kiobel Ⅰ案判决作出后，其他一些巡回法院都在类似案件的判决中给出了反对意见，第七巡回法院波斯纳法官在相应判决中指出，如若依据 Kiobel Ⅰ案之观点，“一个海盗能够依据 ATS 被起诉，而一个海盗公司则不能。”[④]这实质上涉及 ATS 下公司主体与个人主体的

---

① 参见：李庆明.美国《外国人侵权请求法》研究{M].武汉:武汉大学出版社，2010.p97.

② 参见：李庆明.美国《外国人侵权请求法》研究{M].武汉:武汉大学出版社，2010.p95.

③ See Siderman de Blake v. Republic of Argentina, 965 F.2d 699 (1992).

④ See Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co. ,643 F. 3d 1013,1017 (7th Cir. 2011).

区分问题。

第二巡回法院曾在 KiobelⅠ案判决得出结论认为“根据 ATS，对公司雇员、经理、高级人员、董事或任何其他犯有或故意协助和教唆违反国际法行为的人，不得对其提起诉讼。”[①]这表明第二巡回法院认为在对公司主体 ATS 责任免除的情况下，与公司侵权行为相关联之私人主体责任也被免除，因此，波斯纳法官才会明确表示反对。

而最高法院在 Arab Bank 案中没有对相关问题进行相应讨论。笔者在此认为，同时免除与公司侵权行为相关联之私人主体责任的做法，无疑是与 ATS 诉讼人权保护目的相悖离的。如若采用第二巡回法院之观点，那么波斯纳法官所假设之情况便极可能会变成现实。[②]侵犯人权行为便可通过简单的注册公司行为即可被免于起诉，那么 ATS 中人权保护之作用将成为空谈[③]。

（三）外国公司主体再次被纳入 ATS 责任范围内的可能途径

通过上文分析可得，外国公司主体已经不得依据 ATS 在美国法院被诉，但是，笔者认为，KiobelⅠ案与 Arab Bank 案依然留下了再次将外国公司主体纳入 ATS 责任范围内的可能途径，即：

1.国际习惯法之发展

第二巡回法院在 KiobelⅠ案中主要依据国际习惯法并没有规定公司的国际法主体地位，从而将其排除在了 ATS 诉讼范围之外，那么如若国际习惯法中承认了公司的国际主体地位，那么根据第二巡回法院之观点，公司主体将再次纳入到 ATS 诉讼中来。

国际习惯法关于国际主体的认定是在不断发展的，国际主体范围从纯粹的国家主体到国际组织，再到个人主体资格的承认[④]，无疑使与整个国际社会的发展息息相关的，在跨国公司在国际社会发挥日益作用之今日，国际习惯法必将对其相应国际主体地位进行回应。

2.立法机关的“进一步行动”

最高法院在 Arab Bank 案中认为“如果国会不做出进一步解释，法院将 ATS 规制下之责任扩大到外国公司是不适当的。”[⑤]其认为 ATS 的责任范围问题涉及到外交政策以及美国政治体制问题，相应范围的扩张或是限制问题应该由国会进行规定。

因此，在上述前提下，如若国会对该问题进行了进一步解释，那么公司主体则可能被再次纳入 ATS 责任范围之内。当然，这必然与当今美国自身所采取之外交政策以及全球战略规划相关，至少从美国法院在该问题上所表现出的保守态度来看，短时间内国会似乎并不会将 ATS 诉讼的大门再次向外国公司主体敞开。

四、结语

从 Kiobel 案到 Arab Bank 案，关于 ATS 诉讼中外国公司责任免除的问题，美国法院似乎已经得出较为明确的结论，但同时，在相关领域内亦产生了新的问题留待法院去解答。明确将外国公司主体排除在 ATS 诉讼范围之外，可以看出美国法院在 ATS 诉讼中日趋保守的态度，这无疑不利于国际人权之保护，使得 ATS 人权保护效用大打折扣，但联邦最高法

---

① See Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 621 F.3d 115 (2nd Cir. 2010).

② 波斯纳法官指出，现实中已经存在相应的专门海盗公司，即根据联合国安理会的相应报告，现实中即存在着总部设在索马里的“印度洋海盗公司”，参见注释 52.

③ 关于公司主体与个人主体的责任转化问题，其他部门法中已出现相应成熟理论与实践，例如公司法领域内的“揭开公司面纱理论”，笔者认为 ATS 诉讼相应特定情况下，或可采用类似理论对相应个人主体提出速配责任请求。

④ 1946 年纽伦堡军事法庭确立了个人在国际人权法中的主体地位。See London Charter of the International Military Tribunal，资料来源:http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitycrimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf,最后访问时间:2019 年 6 月 8 日.

⑤ See Jesner v. Arab Bank, PLC, 138 S.Ct. 1386 (2018).

院在 Arab Bank 案中对公司主体进行了内外国的区分，使得被免除责任之公司范围大大缩小，亦是对国际人权保护之回应。此外，公司主体亦存在着回归 ATS 诉讼的可能性，而该可能性将留待国际社会的相应发展去实现。

8.法国《遗产法典》的特点及其对中国文化遗产保护的启示

郭玉军　王岩*

摘　要：法国文化遗产保护的历史悠长，是世界上首个颁布现代意义遗产保护法的国家。法国《遗产法典》是法国文化遗产法律保护的集大成者，是其立法由分散走向系统化的标志。该法典保护范围十分广泛，确立整体性保护、公共用益性、普遍保护和不受时效约束性等立法原则与先进理念，采纳国家主导、监管制裁和激励引导相结合的体制，设有详尽健全的预防考古、国家建筑师、基金会、征收、遗产分类和登记以及咨询制度等，内容具有综合性、系统性、整体性、可操作性和针对性等特点，同时对该法典也存在保护范围过大、部分制度的可操作性不强等病诟。目前中国文化遗产保护立法取得了长足的进步，但仍存在法律体系不健全、立法层级低、规定缺乏可操作性等问题，实践中针对文化遗产的严重违法犯罪行为时有发生。借鉴法国文化遗产保护立法经验，我国文化遗产保护法治建设应从完善立法体系、明确奖惩规定、加强人才培养、完善征收制度、保障资金支持、落实预防考古制度等方面予以改进。

关键词：《遗产法典》；文化遗产保护；法国国家建筑师；分类登记；预防考古

党的十九大报告指出，要加强文物保护利用和文化遗产保护传承。习近平总书记指出："文物承载灿烂文明，传承历史文化，维系民族精神，是老祖宗留给我们的宝贵遗产，是加强社会主义精神文明建设的深厚滋养。"[①]近年来，中国文化遗产保护成果丰硕。然而，一些损坏文化遗产的行为仍屡有发生，究其根本，最主要的原因在于中国文化遗产保护法律尚不够健全，文化遗产保护缺乏强有力的法律保障。法国作为世界首个颁布实施文化遗产法的国家，有着丰富的立法经验，在文化遗产保护上一直走在世界前列，更于 2004 年出台了《遗产法典》（Code du patrimoine），该法典将此前文化遗产类的法律法规进行了全面编撰和更新，颇具特色。但目前法国《遗产法典》并未引起我国学界的足够关注，鲜有学者专门研究该法典。系统性研究法国的文化遗产法律保护有助于促进中国文化遗产法律体系的健全完善。本文将从对法国文化遗产保护的法律体系的梳理出发，总结法国文化遗产法律保护的集大成者《遗产法典》的特色并阐明该法典的不足之处，结合中国的文化遗产保护现状及存在的问题，探讨该法典对中国文化遗产法律保护的可资借鉴之处，促进中国文化遗产保护法律体系的健全完善，以期更好地传承与发展中国优秀文化。

一、法国文化遗产保护立法沿革

法国历史悠久，拥有为数众多的文化遗产，在本国文化遗产保护乃至世界文化遗产保护领域一直是急先锋。其遗产保护措施自法国大革命时期开始实施。19 世纪，在现代保护

*郭玉军（1964 - ），女，河北唐山人，法学博士，武汉大学国际法研究所教授、博士生导师、武汉大学艺术法研究中心主任。（武汉 430072）；王岩（1995 - ），女，山东青岛人，武汉大学国际法研究所博士研究生。（武汉 430072）

① 罗建华：《对历史文物心存敬畏 让宝贵遗产世代传承》，资料来源于 http://opinion.people.com.cn/n1/2016/0413/c1003-28274140.html，2019 年 2 月 16 日访问。

科学奠基人之一维奥莱公爵（Eugène Viollet-le-Duc）的呼吁和古建筑总巡视员梅里美（Mérimée）的鼓励支持下，法国开始对历史建筑进行修复工作，并由此诞生了“遗产”（patrimoine）的概念。1984 年，时任法国文化部长杰克·朗（Jack Lang）提出了“古迹开放”（portes ouvertes des monuments historiques）的概念并率先开展“历史古迹开放日”活动。在此基础上，1991 年欧洲委员会将其更名为“欧洲遗产日”（Journées européennes du patrimoine），并在整个欧洲推广。如今此项活动已在全球多个国家和地区举行。

法国对于本国所拥有的文化遗产感到自豪。2013 年，时任文化部长 Aurélie Filippetti 在一次演讲中指出：“文化遗产是国家全体公民的共同财富，记录着时代的痕迹，串联着过去和未来，它将法国人与法国的历史联系在一起。”[①]为此，法国通过多种方式保护本国的文化遗产，其中最为重要的方式之一，便是立法保护。

（一）18-19 世纪法国文化遗产保护立法

法国在 1789 年大革命后也曾有一段时期主张将法国各处象征着野蛮文明的建筑物拆除。[②]如 1793 年政令要求破坏、拆除代表封建、皇室文明的历史建筑。[③]然而，立法者很快意识到了文化遗产的宝贵性和不可再生性，于同年《拉卡那尔（Lakanal）政令》中要求对具有艺术、科学、教育价值的物品进行保护。[④]

1789 年 11 月 2 日的将教会财产收归国有的政令是法国最早的关于文化遗产保护的规定。[⑤]在七月王朝内政部长 François Guizot 的推动下，1830 年 10 月 21 日政令创设了历史性纪念建筑监察官（Inspecteur des monuments historiques）职位和历史作品委员会（Comité des Travaux historiques）。[⑥]1837 年 9 月 29 日法令要求按重要性对古建筑进行分类保护，并设立了历史性纪念建筑委员会（Commission des Monuments historiques）。[⑦]法国于 1840 年公布了第一份被分类纪念建筑清单。[⑧]1887 年颁布了首部有关文化遗产保护的法律——《历史性纪念建筑保护法》，该法旨在设立对具有国家利益属性的动产或不动产进行强制分类的制度，以保护文化遗产。[⑨]

由此可见，法国文化遗产保护并非一帆风顺，也经历了拨乱反正的过程。此外，法国社会对文化遗产的关注肇始于历史性纪念建筑的保护。这一时期对文化遗产的保护处于摸索阶段，尚未开展大规模的文化遗产法律保护进程。

（二）20 世纪法国文化遗产保护立法

---

① Aurélie Filippetti (2013), « Déclaration de Mme Aurélie Filippetti, ministre de la culture et de la communication, sur la politique du patrimoine, Paris le 13 septembre 2013 », http://discours.vie-publique.fr/notices/133002094.html, 15 mars 2019.

② Régis Neyret (2004), « Du monument isolé au "tout patrimoine" », Patrimoine et aménagement urbain, Vol. 79, N° 3, p. 231.

③ Philippe M. (2009) , « Deux siècles de législation en faveur du patrimoine bâti », http://www.montillet.org/2009/07/titre-du-texte-numero-4.html, 13 mars 2019.

④ Pierre Bezbakh (2012), « 1794 : Lakanal pose les bases du système éducatif », Le Monde, 4 sept. 2012.

⑤ Ministère de la Culture (2013), « Les grandes dates », http://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Monuments-historiques-Sites-patrimoniaux-remarquables/Presentation/Focus/Centenaire-de-la-loi-de-1913/Les-grandes-dates, 13 mars 2019.

⑥ Yves Boiret (2016), « Le patrimoine - La compagnie des Architectes en Chef des Monuments Historiques », http://www.compagnie-acmh.fr/historique/le-patrimoine/, 28 avril 2019.

⑦ Charlotte Denoël (2011), « Charles Marville : photographies d’un patrimoine monumental restauré », https://www.histoire-image.org/fr/etudes/charles-marville-photographies-patrimoine-monumental-restaure, 28 avril 2019.

⑧ Sébastien Morelli (2016), « En 1840, les premiers monuments historiques classés », http://www.leparisien.fr/espace-premium/essonne-91/en-1840-les-premiers-monuments-historiques-classes-19-04-2016-5726781.php, 14 mars 2019.

⑨ Michel Clément (2013), « Promulgation de la loi du 31 décembre 1913 sur les Monuments Historiques », https://francearchives.fr/commemo/recueil-2013/39407, 14 mars 2019.

1906 年颁布了《艺术性自然纪念物和景观保护法》，这是对艺术性自然纪念物和景观进行保护的首部法律。1913 年颁布了世界上首部保护文化遗产的现代法律——《保护历史古迹法》，该法是《遗产法典》的雏形之一，是文化遗产保护的核心内容[①]，成为多国文化遗产保护立法的范本[②],被称为历史古迹保护法的起源[③]。1914 年《历史性纪念建筑和遗址国家局设立法》设立了历史性和史前纪念建筑局（Caisse des monuments historiques et préhistoriques），该局为国家纪念建筑中心（Centre des monuments nationaux）的前身。[④]在 1913 年法的基础上,《保护历史古迹法（1927 年修正）》明确了分类和登记制度的区别。[⑤]1930 年颁布了《景观保护法》,将文化遗产保护的范围扩大到景观。1941 年通过了《考古发掘法》，该法于 1945 年生效，为考古发掘的实施和发现物的保护设定了条件。1943 年通过了《纪念建筑周边环境法》，该法建立了对以受保护纪念建筑为圆心 500 米范围内进行的工程的控制制度，以避免损害受保护纪念建筑的周边环境。1960 年颁布了旨在保护自然环境的《国家公园法》。1962 年颁布了《历史性街区保存法》（即《马尔罗法》），该法创造了“保护区”（secteurs sauvegardés）概念，赋予了文化遗产新的见解，并建立了文化遗产登记管理处（l’Inventaire général du Patrimoine），该法极大地促进了纪念建筑为文化遗产的公众观念的形成。[⑥]1973 年颁布了专门针对城市改造的文物保护法——《城市规划法》。1977 年颁布的《建筑法》宣布建筑具有公共利益，并设立了城市与环境建筑委员会（Conseils d’Architecture, d’Urbanisme et d’Environnement）。1979 年颁布《档案法》。1983 年颁布的《地方分权法》（即《德费尔法》）建立了建筑与城市遗产保护区(Zones de Protection du Patrimoine Architectural Urbain，以下简称“ZPPAU”)。1989 年《海洋文化财产法》将文化遗产保护的范围扩大至海洋文化财产[⑦]。1992 年颁布《法定寄存法》《文化财产流转法》，其中《文化财产流转法》的许多条文在《遗产法典》中有所保留。[⑧]1993 年《景观保护和价值体现法》在 1983 年法的基础上将 ZPPAU 扩展为 ZPPAUP（Zones de Protection du Patrimoine Architectural Urbain Paysager），即建筑、城市和景观遗产保护区。1996 年《遗产基金会法》设立了旨在保护不受法律保护的小遗产（patrimoine de proximité）的“遗产基金会”（Fondation du patrimoine）。1997 年《建筑遗产可视区内建设审查法》创设了“遗产和遗迹大区委员会”（Commissions régionales du patrimoine et des sites）。

可以看出，19 世纪至 20 世纪的法国文化遗产保护偏重于历史建筑、自然景观，在 20 世纪中后期，随着城市化和现代化的发展，如何协调文化遗产保护和现代化之间的关系也

---

① Mathilde Roellinger (2014), « Il y a cent ans, la loi sur les monuments historiques », https://laviedesidees.fr/Il-y-a-cent-ans-la-loi-sur-les.html, 21 mars 2019.

② Histoire & Patrimoine (2015), « L'origine de la protection des monuments historiques », http://www.histoire-patrimoine.fr/origine-protection-des-monuments-historiques/, 13 mars 2019.

③ Jean-Pierre Bady, Marie Cornu, Jérôme Fromageau, Jean-Michel Leniaud, Vincent Négri (dir.), 1913 : Genèse d’une loi sur les monuments historiques, La Documentation française, 2013.

④ Philippe Bélaval (2014), « Caisse nationale des monuments historiques et des sites », https://francearchives.fr/commemo/recueil-2014/39475, 28 avril 2019.

⑤ Ministère de la Culture (2013), « Les grandes dates », http://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Monuments-historiques-Sites-patrimoniaux-remarquables/Presentation/Focus/Centenaire-de-la-loi-de-1913/Les-grandes-dates, 28 avril 2019.

⑥ Régis Neyret (2004), « Du monument isolé au "tout patrimoine" », Patrimoine et aménagement urbain, Vol. 79, N° 3, p. 234.

⑦ 一般认为文化遗产包括物质文化遗产和非物质文化遗产。“物质文化遗产”又可表述为“文化财产”。本文对于“文化财产”和“文化遗产”的使用以尊重法国《遗产法典》条文的表述为原则。而在法国文化遗产保护中，因其保护范围等缘故，常常只使用“遗产”这一表达方式。

⑧ Marie Cornu et Noé Wagener (2018), « L’Objet Patrimoine : Une Construction Juridique et Politique », Vingtième Siècle. Revue d’Histoire, N° 137, p. 38.

成为立法者考量的重点。这一时期，文化遗产保护由“历史时间”转变为“地理空间”。[①]除此之外，20 世纪也开始重视对可移动文化财产的立法工作。[②]这说明文化遗产的概念不断扩大，其内涵随着社会发展更加丰富。

（三）21 世纪法国文化遗产保护立法

2000 年《社会团结与城市更新法》改变了城市规划文件的目标，更有利于建筑遗产的保护。2001 年出台了《预防考古法》。2002 年《地方民主法》第 111 条和第 112 条为文化遗产管理权力更大程度的下放开辟了一个新的阶段；同年《博物馆法》确立了博物馆的独特地位。2003 年《城镇化和人居法》对建筑遗产进行了进一步规定。2004 年《地方自由和责任法》标志着国家与地方关于文化遗产保护进入了权力移交的新阶段。[③]2004 年，经过长期的争论，法国最终将有关文化遗产的法律法规整合汇纂，出台《遗产法典》，并在此后每年依据相应法令政策的变化对《遗产法典》进行修改完善，[④]其中比较重要的两次修订是 2005 年和 2016 年。该法典是将在不同时代制定的、体现不同思想的法律法规汇总的伟大工程的产物。[⑤]2008 年《档案法》将私人档案纳入保护范围，同时确立了档案自由公开原则。2010 年新《环境保护法》（即《Grenelle II 号执行法》）将 1993 年法规定的 ZPPAUP 更名为建筑与遗产价值增值区（aires de mise en valeur de l’architecture et du patrimoine）。2015 年《关于在文学艺术财产和文化遗产领域适用欧盟法律的各项规定的法律》将国际条约的规定转化为国内立法。2016 年《创造自由、建筑或遗产法》修订了文化遗产保护的基本原则，该法的出台使《遗产法典》中的许多规定被修改甚至废除，使法国考古法规与世界接轨。[⑥]据不完全统计，法国近百年来已颁布了百余部法律、法规、政令。[⑦]除上述法律外，法国关于文化遗产保护的政令不胜枚举，在此不一一赘述。

目前，通过近两百年的立法努力，法国已形成以《遗产法典》为核心，以物质文化遗产保护为主体，与《刑法典》《民法典》《税收总法典》《环境法典》《商法典》《城市规划法典》《公法人财产总法典》等相互配合有机协调的完整的法律保护体系，为文化遗产保护织就了一张大网，包罗万象，从立法方面确保文化遗产得到尽可能完善的制度、机构保护。

二、法国《遗产法典》的主要内容与特点

法国《遗产法典》分为法律部分和法规部分[⑧]，两部分各有七卷，分别为“关于文化遗产的一般规定”“档案”“图书馆”“博物馆”“考古”“历史纪念物、重要遗址和建筑品质”以及“对海外省和海外领土的规定”，每一卷下又分为多编，对遗产的种类、保护范围、方式、程序、法律责任等不同方面均进行了详明的规定，建立了相对系统和协调的遗产法体

---

① Régis Neyret (2004), « Du monument isolé au "tout patrimoine" », Patrimoine et aménagement urbain, Vol. 79, N° 3, p. 236.

② Marie Cornu,“France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 351.

③ Philippe M. (2009) , « Deux siècles de législation en faveur du patrimoine bâti », http://www.montillet.org/2009/07/titre-du-texte-numero-4.html, 13 mars 2019.

④ Direction de l'Information Légale et Administrative (2013), « La Protection du patrimoine », https://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/protection-patrimoine/, 8 février 2019.

⑤ Marie Cornu et Noé Wagener (2018), « L’objet patrimoine : Une construction juridique et politique ? », Vingtieme Siècle: Revue d'histoire, Vol.1 N° 137, p. 42.

⑥ Bernadette Arnaud (2016), « Le patrimoine archéologique Français appartient désormais à 100% à l'Etat », https://www.sciencesetavenir.fr/archeo-paleo/patrimoine/le-patrimoine-archeologique-francais-appartient-desormais-a-100-a-l-etat_104271, 18 mars 2019.

⑦ 袁润培：《法国文化遗产保护及启示》，《文史艺术》2014 年 2 月（中），第 104 页。

⑧ 法律部分（partie législative）为一般性宏观规定；法规部分（partie réglementaire）为具体规定，类似于我国的行政法规。参见 Légifrance：《法国的法律制度》，资料来源于 https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/zh/node_2134，2019 年 3 月 14 日访问。

系。法国《遗产法典》庞大丰富，仅法律部分共有约 437 条规定，译为中文合计近 7 万字。《遗产法典》研究小组的联合主任 Jérôme Fromageau 认为："《遗产法典》是一部相当年轻和充满活力的浓缩了文化遗产保护领域法律法规的法典。"[①]

由分散化立法走向系统性立法

正如前文所述，在《遗产法典》前，法国与目前大多数国家一样，采取分散式立法模式，即针对不同类型的文化遗产出台单行法律法规。虽然也能为文化遗产提供必需的法律保护，但却增加了法官找法的难度，一定程度上影响了司法效率。《遗产法典》将文化遗产保护领域的立法进行了整合编纂，将分散的法律法规按照特定大纲搜集组织，必要时加以协调和更新，提供给法律使用者和公众，以实现"人人知法"这一原则，使公民、官员以及企业更了解自己的权利和义务。有学者认为，《遗产法典》为快速完整地获取有关保护文化遗产的各种法律规定提供了平台。[②]《遗产法典》的颁布标志着法国文化遗产保护进入系统化、法典化时期。

（一）遗产的保护范围广泛

根据法国《遗产法典》L．1 条的规定，"遗产"包括所有可移动或不可移动的，属于公共或私人持有者的，具有历史、艺术、考古学、美学、科学或技术价值的财产，以及非物质文化遗产。因此，档案、视听资料、图书馆、档案馆、考古遗产、历史性纪念建筑、重要遗址等均为该法典的保护对象。

由于负责文化遗产管理的机构多元，加之不同类型的文化遗产的特有性质需要特殊的规则进行规制，因此文化遗产保护范围的概念具有高度部门化（highly sectorial conception）的特点。[③]主要体现在《遗产法典》分为七卷，每一卷对一种文化遗产类型进行规定。七卷的体系结构也表现出该法典保护范围的广泛。法国《遗产法典》的保护范围中颇具特色的是第一卷第三编的法定交存制度和第二卷对档案及法院的视听资料的保护。首先，与可移动文化财产、不可移动文化财产一样，档案管理也可适用分类制度。分类虽不会导致档案的所有权被收归国有，但对档案的所有权人附加一定的保管义务和通知义务，且被分类档案同样不受时效约束。[④]换言之，档案也被视为一种文化遗产，在法国得到与通常意义上的文化遗产程度相当的保护。其次，视听资料也被当作文化遗产得到《遗产法典》加以保护。该法典中保护的视听资料主要包括摄影资料，声音资料，音像资料，多媒体资料，法院庭审录音录像，通过电路沟通公众的符号、信号、文书、图像、声音或一切形式的信息等。[⑤]该法典 L．221-1 条规定："行政法院或司法法院的公审可在本编规定的条件下，进行录像或录音，只要该录音录像对于法院历史档案的构成具有价值。在不违反 L．221-4 条规定的前提下，录音录像须完整。"该法典同时规定了庭审录音录像的复制和传播条件，并规定庭审录音录像可于 50 年后自由传播和复制。[⑥]这体现出法国在文化遗产保护中认为，除具有历史价值的文化遗产值得受到保护外，在当代人类文明发展进程中产生的资料也应被保护，以为子孙后代留下值得研究的档案和视听资料，表现出"功在当下，利在千秋"的保护意

---

① Sarah Hugounenq (2013), « Le Code du patrimoine revu et corrigé », Le Quotidien de l'Art, N° 311, 5 février 2013.

② Patrimoine-Environnement (2013), « Débat et présentation du nouveau code du patrimoine 2012 le 30 janvier 2013 à 18 heures à l'INP », http://www.patrimoine-environnement.fr/debat-le-code-du-patrimoine-mutations-et-rupture-depuis-1913-30-janvier-a-linp-paris/, 19 mars 2019.

③ Marie Cornu, "France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 350.

④ 见《遗产法典》第二卷"档案"（L.211-1 条至 L.222-3 条）。

⑤ 见《遗产法典》L．131-2 条，L．221-1 条至 L．222-3 条。

⑥ 见《遗产法典》L．222-1 条。

识。

（二）遗产保护的基本原则

整体性

整体性（l'intégrité）原则，要求将具有文化遗产价值的若干个单物作为整体进行保护，或者将文化遗产及其周边环境作为整体，保护不仅限于文化遗产本身，还要保护其背景环境，特别是对于历史性城市更要保护好整体环境，以体现出历史原貌。[①]法国《遗产法典》强调对文化遗产的整体性保护。[②]首先，对于考古遗产，无论其为可移动文化财产还是不可移动文化财产，都强调对对其进行完整一体性保管而具有历史学、艺术学、建筑学、考古学、人种学、科学或技术等公共利益的考古遗产的集合体（collection）或群落（ensemble）进行保护。[③]其次，对于历史性纪念建筑，该法典强调历史性纪念建筑的周边环境也应受到保护。周边环境原则上由有权行政机关划定界限，若未划界则为以该历史性纪念建筑为中心的 500 米为半径的可视范围。[④]

公共用益性和公共利益性

公共用益性，要求文化遗产保护体现公共用益（utilité publique），与民众的利益密切相关。同时，国家可以公共用益的名义对私人财产权进行必要的限制。例如，需要在非国家所有的土地上进行考古发掘却未得到所有权人的同意时，行政主管机关可批准临时占用场所，通过决定的形式声明为公共用益进行发掘或调查。[⑤]又如，为公共用益，可直接对文化遗产进行分类或登记。[⑥]还如，只有为公共用益，才可征收文物建筑。[⑦]

公共用益和公共利益是相近但不相同的概念。二者的区别主要在于：首先，公共用益是法国民法中用以保护所有权的一个非常重要的概念，也是法国法律对所有权保护演变的一个重要因素；其次，尽管公共用益具有“公共利益”（intérêt public）的某些内容，但相较于公共利益，“公共用益”还具有“满足需要”与“效益”的意思；再次，公共利益是相对私人利益（intérêt privé）而言的，而公共用益则没有这种严格的对应关系；最后，公共利益是公法中的概念，而公共用益是一个公私兼容的概念。[⑧]法国《遗产法典》在关注公共用益的同时，也关注公共利益。例如 L．211-2 条规定：“为管理和证明自然人或公私法人的权利，以及满足研究中收集历史文献的需要，以公共利益为出发点保存档案。”公共利益概念的灵活综合性使得文化遗产保护的范围较为广泛。[⑨]

法国《遗产法典》对公共用益和公共利益的双重关注体现出该法典公法与私法相互交织，通过公私法的双重规制为文化遗产提供全方位的保护。

普遍保护原则

法国法主张对文化遗产保护采取普遍性原则，即在保护力度上不区分本国与他国，对在法国境内的他国文化遗产与本国文化遗产一视同仁。在用于文化遗产领域内含有“国家”的词汇（如国家博物馆、国家珍宝等）中经常使用的“国家”指的是国家管辖权和主权的

[①] 王珊：《法国和意大利文化遗产保护的经验与启示》，《华北电力大学学报（社会科学版）》2015 年第 2 期，第 77 页。

[②] Antoine Meissonnier & Françoise Banat-Berger, “French legal framework of digital evidence”, Records Management Journal, Vol. 25 No. 1, 2015, p. 101.

[③] 如《遗产法典》L．541-6 条、L．544-4-1 条、L．621-30 条、L．622-1-1 条等。

[④] 见《遗产法典》L．621-30 条。

[⑤] 见《遗产法典》L．531-9 条。

[⑥] 见《遗产法典》L．531-13 条、L．621-19 条。

[⑦] 见《遗产法典》L．621-18 条。

[⑧] 许中缘：《论法国民法中的公共用益理论——以不动产征收为视角》，《私法研究》2009 年第 1 期，第 333 页。

[⑨] Marie Cornu, “France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 353.

概念，但并不表征对国 家的依附程度。[①]

该原则主要体现在欧盟境内的文化财产追还方面。对于从其他欧盟国家非法进口至法国的文化财产，或从法国非法出口至其他欧盟国家的文化财产，《遗产法典》用第一卷第二章“文化财产的追还”四节 27 条的内容进行了详细阐述，以回应《关于文化财产出口的欧盟理事会第 116/2009 号条例》的有关规定。该法典为此类情况设定了较长的诉讼时效期间[②]，明确了善意占有人获得赔偿的程序，并详细规定了法院如何认定占有人是否尽到必要注意义务。[③]《遗产法典》借此礼让性规定为打击欧盟内部文化财产非法流通的重大改进提供助力，其规定的成员国之间的合作水平高于相关领域国际公约的要求。[④]对于他国被非法出口至法国的文化财产，法国给出了与本国文化财产同等程度的保护，体现了法国文化遗产保护的普遍主义。

不受时效约束性

不受时效约束性确保文化遗产受到必要的保护，强化了文化遗产的地位并巩固了所有者的所有权。不受时效约束性使所有权人对以盗窃或以其他非法方式取得文化遗产之人享有不受时效限制的起诉权。[⑤]不受时效约束性的适用范围广泛，公产、公共档案、法国博物馆的藏品等都可适用该原则。[⑥]《遗产法典》L．212-1 条第 1 款规定：“公共档案不受时效约束。” L．212-20 条规定：“分类为历史档案的档案不受时效约束。” L．451-3 条规定：“法国博物馆的藏品不受时效约束。” L．621-36 条规定：“国家财产中归国家或公共机构之一所有的部分不得转让也不受时效约束。在尊重公共秩序及人格尊严的基础上对该部分国家财产进行管理。国家财产中归国家公共机构所有的部分得转让给另一公法人，除非依 L．621-37 条的例外规定，该转让可能对附属于该部分的国家财产的不可建造性造成影响。”《遗产法典》将不受时效约束性扩展至除公产以外的领域的做法，体现了对文化遗产这种特殊类型财产采取符合其性质和社会利益的保护方式的立法倾向，是法国文化遗产保护的一大进步。[⑦]

（三）国家主导、监管制裁和激励引导相结合

国家主导

法国的文化治理模式为典型的国家主导型，国家和政府在遗产保护中起到核心和关键作用。通常认为，公共所有人是文化遗产的最佳守护者。[⑧]这一特点在法国《遗产法典》中也旗帜鲜明地显现出来，主要表现为国家对文化遗产保护有着理智和庞大的规划，同时政府的批准许可、资金控制和行政管理也在文化遗产保护的各个环节中不可或缺。此外，即便经过批准许可，文化遗产的保护仍须在国家的科学技术控制下进行。《遗产法典》所涉及的文化遗产保护的各个方面，行政主管机关都发挥着积极作用。例如，《遗产法典》L．621-31

---

① Marie Cornu,“France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 353-354.

② 普通诉讼时效为 3 年，最长诉讼时效为 30 年，对于几类特殊文化遗产适用 75 年诉讼时效甚至不受时效约束。见《遗产法典》L．112-10 条。

③ 见《遗产法典》L．112-1 条至 L．112-27 条。

④ Nathalie Ruffin & Vincent Robert, “France to Amend its IP and Heritage Codes”, Intellectual Property Magazine, December 2014/January 2015, p. 37.

⑤ Marie Cornu,“France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 361, 375, 383.

⑥ Franck Biglione (2006), « Domanialité Publique et Protection des Biens Culturels », LÉGICOM, Vol.2 N° 36, p. 71. Hervé Bastien (1993), « A quoi sert le domaine public mobilier ? L’exemple des biens culturels », AJDA, p. 675

⑦ Franck Biglione (2006), « Domanialité Publique et Protection des Biens Culturels », LÉGICOM, Vol. 2 N° 36, p. 73-74.

⑧ Marie Cornu,“France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 374.

条第 3 款规定："当周边环境划界规划在土地利用规划、城市规划替代性文件或者市镇总体规划的制定、修订、修改中同时被预审时，行政主管机关依据上述文件细致周到地展开对城市规划文件和周边环境划界规划的统一普查。"又如 L．621-29-2 条规定，若历史性纪念建筑的所有权人未能或无法提供对历史性纪念建筑的必要保管措施，则国家会提供无偿援助以妥善保管历史性纪念建筑。[①]再如 L．622-7 条规定："未经主管机关批准，不得变造、修复或修缮分类为历史性纪念建筑的可移动物。被批准的工程在国家历史纪念物管理部门的科学技术控制下进行。最高行政法院法令明确被委托实施工程的专业人士的类别，由分类为历史性纪念建筑的可移动物或被分类管风琴的所有权人或公有被分配人作出委托。"

国家主导的另一体现是公有（domanialité publique）制度。[②]法国《遗产法典》L.451-5 条第 1 款规定："公法人所有的、构成法国博物馆藏品的财产是公产，不得转让。"公有制度的优点在于为文化财产的保护提供了极高水平的保护，因为一旦文化财产成为公产，便会受到不可转让性、不受时效约束性和不可扣押性的基本原则的保护。[③]不可转让性可限制公有人的不适当的转让行为，[④]是改变或抵消具有显著艺术或历史性质的文化财产的流通方式的首要原则；[⑤]不受时效约束性赋予公有人不受时效约束地主张财产所有权，并无需对财产所有人进行补偿，即便该所有人为善意；[⑥]不受时效约束性是不可转让性的必然结果。[⑦]而文化财产成为公产的决定，通常由中央主管机关作出，文化财产由此以批准许可的形式成为公产。同样，若要使法国博物馆的馆藏不再为公产，也必须要采取解除分类的措施，并获得国家馆藏科学委员会的同意。[⑧]严格的进入退出制度体现了国家在文化遗产保护领域的主导地位。该制度的存在使得国家取代原所有人成为该文化财产的所有人，运用国家的力量对文化遗产进行保护。[⑨]

监管制裁

为保证文化遗产得到妥善保护，法国《遗产法典》采取事前监管与事后制裁相结合的模式，即在发掘、勘探、修缮遗产前应获得主管机关许可，若损坏文化财产，或未经许可即勘探开发文化财产则对行为主体施以刑罚或行政处罚。

"许可"（autorisation）是该法典法律部分中的高频词，共出现 156 次。由此可见，许可程序是法国文化遗产保护中的一个重要环节。此举旨在对在文化财产上或对文化财产本身进行的作业（如修缮、转让、勘探、开发等）进行事前监督，以确保作业人的资质、资金运行、作业环境符合文化遗产保护的目的。例如，《遗产法典》L．212-25 条规定："未经档案管理部门许可，不得对被分类档案进行任何修改或歪曲。未经档案管理部门许可，不得分割或按份出让被分类档案。对被分类档案开展的一切工作需经档案管理部门的许可，

---

① 见《遗产法典》L．621-29-2 条。

② Franck Biglione (2006), « Domanialité Publique et Protection des Biens Culturels », LÉGICOM, Vol. 2 N° 36, p. 66.

③ Robert K. Paterson, "Heading Home: French Law Enables Return of Maori Heads to New Zealand", International Journal of Cultural Property, 2010, 17, pp. 645-646. Marie Cornu (2006), « La Mise hors Commerce des Biens Culturels comme Mode de Protection », LÉGICOM, Vol. 2 N° 36, p. 76.

④ Justine Ferland, "Ethics and Cultural Heritage: Viewpoints (Éthique et patrimoine culturel: Regards croisés)", International Journal of Cultural Property, 2017, 24, p. 252.

⑤ Marie Cornu (2006), « La Mise hors Commerce des Biens Culturels comme Mode de Protection », LÉGICOM, Vol. 2 N° 36, p. 76.

⑥ Marie Cornu, "France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, pp. 375-376.

⑦ Franck Biglione (2006), « Domanialité Publique et Protection des Biens Culturels », LÉGICOM, Vol. 2 N° 36, p. 69.

⑧ 见《遗产法典》L．451-5 条。

⑨ Marie Cornu et Noé Wagener (2018), « L'Objet Patrimoine : Une Construction Juridique et Politique », Vingtième Siècle. Revue d'Histoire, N° 137, p. 39.

并在其科学技术监督下进行。”严格的行政管理使国家得以不需成为文化财产的所有人，即可通过给文化财产所有人施加义务，而对文化财产加以必要的保护。[①]

在该法典的法律部分中，第一卷第一编“文化财产的保护”第四章（L. 114-1 条至 L. 114-6 条）、第三编“法定交存”第三章（L．133-1 条）、第二卷的第一编“关于档案的通则”第四章（L. 214-1 条至 L. 214-10 条）、第四卷第四编“法国博物馆制度”第二章第二节（L. 442-5 条）、第五卷第四编“杂项规定”第四章（L．544-1 条至 L．544-13 条）、第六卷第四编“刑罚规定和行政处罚”均有对违反遗产保护的法定义务的刑罚规定。而且，法国《遗产法典》中的刑法规定具有针对性，明确具体，具有较强的可操作性，且针对个人犯罪，多为并科制，即罚金和自由刑双适用，较重的刑罚使得犯罪率相对较低。例如，该法典 L．114-1 条规定：“（1）任何人实施下列行为的，处 2 年监禁并科 45 万欧元罚款：（a）终局性地出口或意图出口 L．111-1 条规定的文化财产；（b）临时性地出口或意图出口 L．111-1 条规定的文化财产，且未取得 L．111-7 条规定的许可或不满足 L．111-7 条规定的条件；（c）终局性地出口或意图出口 L．111-2 条规定的文化财产，且未取得 L．111-2 条规定的证书；（d）临时性地出口或意图出口 L．111-2 条规定的文化财产，且未取得证书或 L．111-2 条规定的临时出口许可。（2）任何人违反 L．111-8 条的规定进口文化财产的，处相同刑罚。（3）任何人违反 L．111-9 条的规定，进口、出口、转口、出卖、取得或交换文化财产的，处相同刑罚。此外，对于触犯 L．111-9 条禁止性规定的违法者，没收其涉案财产。”此外，刑事规定方面，法典的规定较为细致，甚至规定有口供真实认定原则和口供送交原则。[②]

激励引导

法国通过较为优惠的税收条件和一定的奖励、补偿来激励引导普通民众、企业等投入到文化遗产保护的队伍中。激励引导的思想在《遗产法典》中也有较为全面的规定。

在税收方面，该法典第一卷第二编“文化财产的取得”第二章（L．122-1 条至 L．122-9 条）、第五卷第四编“杂项规定”第三章（L．543-1 条）第六卷第二编“历史性纪念建筑”第三章（L．623-1 条）、第三编“重要遗址”第三章（L．633-1 条）等均专门有“税收规定”。《遗产法典》在税收政策的规定多为准用性规范，即没有明确规定行为规则内容，但明确指出可以援引《税收总法典》的规则使本条文的内容得以明确。例如，《税收总法典》第 200 条规定，可通过向博物馆或具有公共利益或公共用益的组织捐赠艺术品减轻税负，[③]即可减少相当于艺术品总价值的 66%的应纳税额，第一年可少缴应减少数额的 20%，剩余部分在此后五年内等额扣除。[④]第 238 之二零 AB 条规定，企业购买国家珍宝时得以享受公司税减免 40%的税收优惠。[⑤]第 238 之二 AB 条规定，企业购买在世艺术家的作品得以在应纳税额中连续五年等额扣除合计等于作品总值的价款，[⑥]每年扣除的应纳税额不得超过营业额的 5 ‰，企业应当保证在享受税收优惠的五年内将作品向公众展示。[⑦]第 1716 之二条规定，捐赠艺术品可以享受财产转让税全面的优惠。[⑧]同时，《遗产法典》也规定，若未遵守法典相

---

① Marie Cornu et Noé Wagener (2018), « L’Objet Patrimoine : Une Construction Juridique et Politique », Vingtième Siècle. Revue d’Histoire, N° 137, p. 39.

② 见《遗产法典》L．544-13 条。

③ Barbara Hufnagel (2016), « Choisir l’art pour réduire ses impôts », https://www.lerevenu.com/impots-et-droits/fiscalite-des-placements/choisir-lart-pour-reduire-ses-impots, 22 mars 2019.

④ 见《税收总法典》第 200 条；见《遗产法典》L．122-4 条。

⑤ 见《税收总法典》第 238 之二零 AB 条；见《遗产法典》L．122-7 条。

⑥ 见《税收总法典》第 238 之二 AB 条；见《遗产法典》L．122-8 条。

⑦ Art et mobilier, « Art et défiscalisation des entreprises », http://www.artetmobilier.com/art-et-defiscalisation.php#1123, 22 mars 2019.

⑧ 见《税收总法典》第 1716 之二条；见《遗产法典》L．122-1 条。

应规定，会扣减税收优惠（niche fiscale），[1]以敦促相关主体切实保管维护好文化遗产。此外，历史建筑免征地产税，此举旨在鼓励个人修复保护私人所有的文化建筑遗产。税收优惠降低了纳税人的应纳税额，[2]有利于激励自然人或法人投入文化遗产保护事业中。

在奖励方面，法国通常以奖金的形式奖励文化遗产保护者。例如，《遗产法典》L．532-6 条规定："发现依 L．532-2 条归国家所有的海洋文化财产并就之向主管机关声明之人，可获得奖金，该奖金的性质或数额由行政机关确定。"

在补偿方面，虽对成为公产的文化财产的善意占有人不适用补偿制度，但成为公产的被分类为历史性纪念建筑的可移动文化财产的善意占有人可获得公正且优先的补偿（just and prior compensation）。[3]换言之，在将原属私人所有的文化财产收归国有时，法国法确保所有权人的财产权益不受损害，[4]获得包括直接、实质、确定损害在内的完全补偿。[5]此外，在向私人所有人购买具有国家珍宝特点的或在禁止出口名册内的文化财产时，《遗产法典》要求考虑国际市场价格进行报价。[6]这是法国法首次以条文形式明确规定将国际市场情况纳入报价考量。[7]依据国际市场价格进行报价，有利于维护私人所有人的合法权益，不使其财产权遭受实质性损害，且有利于增强私人所有人将其所有的文化财产转让给国家的意愿，最终实现国家对国宝级文化遗产的保护。

（四）特色性制度和机构设置

1.预防考古

随着城市化和现代化进程，基建工程越来越多，在基建过程中，由于未提前进行考古探测而导致考古遗产被损坏的案例屡见报端，在此背景下，预防考古（archéologie préventive）制度应运而生。预防考古制度是指，由专业考古机构预先对基建开发所占用土地的古代遗存埋藏情况进行评估，在必要时组织专业考古人员进行发掘，而不是在施工过程中发现考古遗产后再进行抢救性发掘。[8]预防考古的目的是在适当的时间范围内，通过科学研究保障已受到或可能受到公共或私人的基建开发工程影响的地面或水下考古遗产的检测、保存或保护，并旨在解释和传播所取得的成果。[9]《遗产法典》用第五卷第二编（L．521-1 条至 L．524-16 条）一整编对"预防考古"作出规定，足见预防考古在法国文化遗产保护中的重要地位。首先，依据《遗产法典》L．524-2 条，预先考古特许权使用费由施工方承担。其次，法国设立有预防考古国家基金（Fonds national pour l'archéologie préventive），以维持预防考古运行，减轻施工方经济压力。[10]最后，依据《遗产法典》L．543-1 条和《税收总法典》

---

[1] 见《遗产法典》L．143-2-1 条第 V 款。

[2] Arnaud Dubois (2015), «La niche fiscale des œuvres d'art est une aubaine pour le contribuable qui souhaiterait sortir de l'assiette taxable de l'ISF», https://argent.boursier.com/passion/points-de-vue/la-niche-fiscale-des-oeuvres-dart-est-une-aubaine-pour-le-contribuable-qui-souhaiterait-sortir-de-lassiette-taxable-de-lisf-2229.html, 22 mars 2019.

[3] 见《遗产法典》L．622-17 条。

[4] Marie Cornu,"France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 372.

[5] 见《遗产法典》L.532-11 条第 2 款。

[6] 见《遗产法典》L．121-1 条。

[7] Marie Cornu,"France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 392, 406.

[8] 谭玉华：《法国预防考古的历史与经验》，《历史教学》2013 年第 18 期，第 47 页。

[9] 见《遗产法典》L．521-1 条。在法国，"预防考古"一词最早由时任罗纳-阿尔卑斯大区历史文化局局长 Jacques Lasfargues 在 1979 年的一次讲话中使用。See Jean-Paul Demoule, "Rescue Archaeology: A European View", Annu. Rev. Anthropol. 2012. 41, pp. 611-626. 预防考古在法国的首次实施发生在 1980 年底，当是时，在里昂修建地铁前，考古学家预先对地铁线路经过地区进行了考古勘探和发掘。Voir Demoule JP, « La naissance de l'archéologie préventive », Pour la Science, novembre 2007, p 147.

[10] 见《遗产法典》L．524-14 条。

第 236 之三条，施工方应缴纳预防考古税（redevance d'archéologie préventive），此举可有效化解因发现重大考古遗址而导致个别施工方负担过重的考古探测发掘经费的风险。[①]

2.法国国家建筑师制度

为切实保护好文化遗产，法国专门设置了“法国国家建筑师”（Architecte des Bâtiments de France）[②]制度，为保护文化遗产培养专业人才。“法国国家建筑师”的任务是维护和保管受到保护或未受到保护的历史性纪念建筑，并确保位于历史性纪念建筑和其他保护区周边环境的新建筑和重建建筑的质量。同时，“法国国家建筑师”还负责使官员和民众关心文化遗产保护问题，并进行文化遗产保护的宣传和教育，以及负责传统技艺和材料的传承。[③]法国的“法国国家建筑师”具有很高的权威性和专业性，在对某位国家建筑师负责的保护区内的任何一栋建筑进行修复或改造都要听取其建议，此举保证了文化遗产管理和建筑修缮管理的有效性。在《遗产法典》中，共有六处“法国国家建筑师”的相关规定，如该法典 L．621-31 条第 1 款规定：“L．621-30 条第 2 款第 1 项规定的周边环境的区域，在依法国国家建筑师的建议，进行公众调查，向历史性纪念建筑的所有权人或公有被分配人咨询，必要时向有关市镇咨询，或得到主管机关依土地利用规划、城市规划替代性文件或市镇总体规划作出的同意后，由主管机关以决定的形式划定。”又如 L．631-3 条第 I 款第 3 项规定：“编制、修订或修改维护和利用规划或覆盖重要遗址区域的建筑或文化遗产估价规划时，应与以保管、修缮、重建和利用重要遗产为目的、旨在实现规划项目一致性的法国国家建筑师协商。”

3.基金会制度

遗产基金会（Fondation du patrimoine）创立于 1996 年，最初诞生是为了保护正在消失的乡村文化遗产，[④]是法国第一家致力于文化遗产保护的私人组织。[⑤]法国的法律制度为社区、团体和其他非政府组织在文化遗产保护决策过程中留下的空间很小，遗产基金会便成为负责管理欠缺特定法律保护的重要性稍弱的文化遗产的重要私法机构。该基金会通过个人和私营企业的资助对此类文化遗产进行保护。此外，遗产基金会能够享受税收优惠。[⑥]

以遗产基金会为范本，随着基金会制度的不断发展、基金会数量的不断增多，基金会成为了法国保护文化遗产、资助文化产业、扶持文化事业的方式之一。正如遗产基金会总经理 François-Xavier Bieuville 所说：“基金会是法国文化赞助形式中最具有特殊性的一种形式。”[⑦]《遗产法典》在第一卷第四编第三章（L．143-1 条至 L．143-15 条）对基金会的性质、功能、资金来源、运行方式等进行了专门规定。基金会旨在促进对国家文化遗产的了

[①] 邢润源：《我国基本建设文物保护经费的立法趋向及相关问题》，《中国文物报》2011 年 4 月 9 日第 3 版。

[②] 为成为“法国国家建筑师”，应在法国国立路桥大学校（École Nationale des Ponts et Chaussées，缩写为 ENPC）或夏约大学校（École de Chaillot）接受为期一年的培训，学习景观和遗产保护的相关知识。为接受此培训，必须在建筑师职称考试中脱颖而出。Voir Rénov’art (2013), « Architecte des Bâtiments de France : rôle et définition », https://www.guide-fenetres-volets.fr/architecte-batiments-france-role/, 12 février 2019. 依据法国国家建筑师协会（Association Nationale des Architectes des Bâtiments de France）的数据，截止 2019 年 2 月，全法共有 562 位法国国家建筑师和规划师。Voir Association Nationale des Architectes des Bâtiments de France (2019), « Annuaire des AUE », https://www.anabf.org/annuaire/, 12 février 2019.

[③] Patrimoine-Environnement (2012), « L’architecte des Bâtiments de France (ABF) », http://www.patrimoine-environnement.fr/larchitecte-des-batiments-de-france/, 12 février 2019.

[④] Journalistes du Patrimoine (2016), « RAPPEL : La Fondation du Patrimoine a 20 ans », https://www.journalistes-patrimoine.org/rappel-la-fondation-du-patrimoine-a-20-ans/, 12 février 2019.

[⑤] Fondation du patrimoine (2019), « Qui sommes-nous ? », https://www.fondation-patrimoine.org/fondation-du-patrimoine/qui-sommes-nous, 12 février 2019.

[⑥] Marie Cornu, “France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 372.

[⑦] Ministère de la Culture (2016), « Les 20 ans de la Fondation du Patrimoine », http://www.culture.gouv.fr/Actualites/Les-20-ans-de-la-Fondation-du-Patrimoine, 12 février 2019.

解、保存和开发利用工作，致力于鉴定、保护和开发利用尚未被保护的文化遗产，协助保护古迹、建筑、动产群或面临退化、消失或分散危险之自然区或风景区的重要景观。基金会还在风景区和古迹的修复和增值领域协助相关专业技术的应用、融合、培育和传播。基金会向公私法人提供帮助，以便相关财产的取得、维护、管理和面向公众展览。基金会可向非保护性遗产和风景区授予称号。[①]基金会在法国文化传承与保护、文化特性的维护等方面贡献巨大。许多基金会是文化遗产保护体制中的重要一环，它们积极讨论国家文化遗产政策，根据实践经验向议员提出建议。基金会对文化遗产的保护行动彰显了法国民众的文化品位，保护和传承了民族遗产，对促进法国旅游经济的发展起到了积极作用。[②]法国文化和传播部历史古迹和保护区副主任助理 Stéphane Créange 表示："基金会补充国家行为，保护了 44000 余件被分类或被登记文化遗产。"[③]

4.分类和登记制度

分类（classement）与登记（inscription）制度，是该法典规定的文化遗产保护的不同方式，其实质是国家依据对之采取的分类保护或登记保护的规定，将具有较高历史、艺术、考古、审美和科学技术价值的文化遗产纳入不同层次的保护范围，通过对文化遗产所有权人设置的特定限制，如不得随意转让、未经许可不得改变文化遗产原貌、接受国家监控等，达到有效保护文化遗产的目的。[④]分类制度是指主管机关经过一系列行政程序，在判断文化遗产是否具有分类的价值后，依申请或依职权将文化遗产列入分类保护的名单，从而使文化遗产具有"被分类遗产"的资格。[⑤]分类制度的概念首次出现在 1837 年 8 月 10 日的一份指令当中。[⑥]登记制度是指，该文化遗产未达到获得"被分类遗产"的资格，但仍具有一定的历史、艺术、考古、审美和科学技术价值，因此将之登录入文化遗产名录，该文化遗产因列入名录而受到相应保护。[⑦]登记制度最早在 1913 年的《历史古迹法》中确立。[⑧]登记程序相对于分类程序更为简单，但被登记遗产受保护的力度小于被分类遗产，即对所有权人的拘束更少，[⑨]主要表现为所有权人无保管义务，但在转让财产所有权时应履行通知义务。[⑩]也正由于登记制度的拘束性小于分类制度，登记制度成为更为广泛适用于现当代建筑物保护的工具。[11]分类和登记不影响文化遗产的所有权，[12]但分类对所有权人的权利的影响大于登记的影响。[13]在第六卷第二编"历史性纪念建筑"的第一章"不动产"和第二章"动产"的前三节，都是按照"分类""登记""分类和登记的共有规定"的顺序安排的立法规定，

---

① 见《遗产法典》L．143-2 条。

② 饶先来：《基金会在法国公共文化建设中的作用探析》，《上海文化》2014 年第 12 期，第 57 页。

③ Ministère de la Culture (2016), « Les 20 ans de la Fondation du Patrimoine », http://www.culture.gouv.fr/Actualites/Les-20-ans-de-la-Fondation-du-Patrimoine, 12 février 2019.

④ 叶秋华、孔德超：《论法国文化遗产的法律保护及其对中国的借鉴意义》，《中国人民大学学报》2011 年第 2 期，第 14 页。

⑤ 见《遗产法典》L.621-1 条。

⑥ Philippe M (2009), « Deux siècles de législation en faveur du patrimoine bâti », http://www.montillet.org/2009/07/titre-du-texte-numero-4.html, 13 mars 2019.

⑦ 见《遗产法典》L. 621-25 条。

⑧ Direction de l'Information Légale et Administrative (2013), « La Protection du patrimoine », https://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/protection-patrimoine/, 8 février 2019.

⑨ 王历、李悄然：《法国文物建筑征收制度研究》，《邵阳学院学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 10 页。

⑩ Marie Cornu,"France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 363.

11 Christian Hottin (2018), « Genèse, Implantation et Remises en Question du Lable Patrimoine du 20e siècle », Vingtième Siècle. Revue d'histoire, N° 137, p.103.

12 见《遗产法典》L．212-16 条。

13 Marie Cornu,"France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 384.

并在第三编“重要遗址”第一章也规定了“分类”制度，[①]亦即除非物质文化遗产外，物质文化遗产和自然遗产均适用分类和登记制度。例如法国的档案也适用分类制度，被分类的档案的使用和转让受到更为严格的监管。[②]由此可见，分类和登记制度是法国《遗产法典》的文化遗产保护重要措施。

5.征收制度

征收（expropriation）是在分类和登记制度不能实现对某一文化遗产的保护时而采取的措施，只有为公共用益才能进行征收。法国文化遗产征收制度的特殊性在于行政权与司法权相分离，表现为法国文化遗产征收程序分为行政和司法两个阶段。行政阶段的关键在于在此期间主管机关需证明征收工程具有公共用益，司法阶段的关键在于司法保障所有权转移和补偿产权人。在因征收对文化财产造成损害须赔偿产权人时，若无法确定赔偿数额，由征收法官（juge de l'expropriation）确定，[③]这体现出征收程序中司法对所有权转移的介入，是司法权对私人权利的保障，[④]使行政机关与所有权变更之间产生了一道保护屏障，以有效避免行政机关程序违法等有损被征收人权利的情况发生。[⑤]此外，《遗产法典》还强调对文化财产所在的周边环境进行征收，以确保对文化遗产进行整体性保护。例如，《遗产法典》L．531-12 条规定：“可能被征收的不动产包括为进入、通往主要的被征收建筑物而需要收购的不动产，或者为隔离或为清理在发掘过程中发现的历史性纪念建筑或遗迹而需要收购的不动产。”此外，《遗产法典》规定的征收制度的另一特殊性在于，征收的启动方式之一是文化财产所有权人主动请求启动征收程序。有此规定的原因，主要在于被分类或被登记的私人所有的文化财产，会因被分类或被登记而使所有权人负担较重的维护修缮义务，对所有权人的产权造成一定程度的制约和限制，若国家不对该文化财产启动征收程序，会使所有权人不堪重负，因此赋予所有权人申请启动征收程序的权利。[⑥]

6.咨询制度

法国文化遗产保护中的咨询制度体现在以下几个方面：一是法国博物馆在买入或卖出文化财产时，需向法国博物馆最高委员会咨询，[⑦]以确保馆藏的质量和状况良好；[⑧]“法国博物馆”称号的授予应咨询法国博物馆最高委员会。[⑨]二是财产的分类、登记、解除分类[⑩]决定也应咨询有权机关的意见。[11]咨询体现出文化财产的解除分类决定非常特殊，不能作为藏品管理的一般工具，咨询实质上是实现重新集中的一种方式。[12]三是对档案管理采取相应政

[①] 第六卷第二编第一章前三节为《遗产法典》L．621-1 条至 L．621-29-9 条。第六卷第二编第二章前三节为 L．622-1 条至 L．622-29 条。第六卷第三编第一章 L．631-1 条至 L．631-5 条。

[②] Mikuláš Čtvrtník, “Historické prameny v utajovaném režimu”, Český časopis historický, číslo 4, 2018, p. 1040.

[③] 见《遗产法典》L．621-6 条。

[④] 〔法〕皮埃尔·珈郎：《法国法上的行政征收与行政征用——来自“中法行政征收与行政征用学术研讨会”的报告》，李宝源译，浙江大学公法与比较法研究所编：《公法研究》，浙江：浙江大学出版社 2007 年，第 521 页。

[⑤] 王历、李悄然：《法国文物建筑征收制度研究》，《邵阳学院学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 15 页。

[⑥] 王历、李悄然：《法国文物建筑征收制度研究》，《邵阳学院学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 14 页。

[⑦] 见《遗产法典》L．451-10 条、L．452-1 条。

[⑧] Marie Cornu, “France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 385.

[⑨] 见《遗产法典》L．442-1 条。

[⑩] 见《遗产法典》L．451-5 条、L．546-5 条。

[11] Marie Cornu, “France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 352.

[12] Marie Cornu, “France”, in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 387.

策时也应咨询档案高级委员会的意见。[①]四是考古发掘的实施需要咨询国家考古研究中心的意见。[②]五是可就创造、管理和监督公共地役权和相关的城市规划文件、出售或让与具有特定历史或文化价值的位于国外的法国国家文化遗产的项目等问题，咨询国家文物建筑遗产保护委员会。[③]

法国文化遗产保护的咨询机构主要有国家馆藏科学委员会、档案高级委员会、法国博物馆最高委员会、国家考古研究委员会考古研究国家理事会、国家文物建筑遗产保护委员会等。这些咨询机构的人员构成丰富，除专业人员外，还有国家或地方代表、议会议员，以确保咨询机构作出的咨询意见得以解决复杂的政治和民族问题。[④]多元且专业的咨询机构为有权机构正确作出决策保驾护航，有利于确保决策的科学合理。

具有较强的可操作性和针对性

法国《遗产法典》第五卷第四编第二章（L．542-1 条至 L．542-3 条）规定有“金属探测工具的使用”。该章规定，未取得许可，禁止使用金属探测工具。此外，有关金属探测工具的广告或使用手册中均须提及前述禁止性规定、相应的刑事处罚及本规定的设立理由。本章的规定体现出法国《遗产法典》事无巨细、细致入微、内容翔实、面面俱到。主要表现为法典专有一条规定应在广告或使用手册中宣传未经许可禁止使用原则，用此种宣传方式加深公众的文化遗产保护意识。

此外，《遗产法典》L．650-2 条规定：“负责建筑物建设项目的建筑师的姓名和竣工日期应贴在建筑物的一面外墙上。”L．650-3 条规定：“主管机关将负责建筑物建设项目的建筑师的姓名张贴在发放的城市规划许可证的土地内。”此二条的规定体现了强烈的人文关怀性。将建筑师姓名及竣工日期张贴，一是明确了建筑师责任，二是承认该建筑为建筑师的作品。体现了对建筑师的尊重，也体现了法国责任到人的理念。

（七）法国《遗产法典》的不足

法国《遗产法典》并非十全十美，也存在一些值得深思的问题。例如，有学者认为，法国已进入一个“过度遗产化”的时代，文化遗产保护范围过大，当今法国的“遗产”概念的扩张趋向于无限，使得“遗产”本身失去价值，造成“遗产通货膨胀”（l’inflation patrimoniale）现象。[⑤]而且，文化遗产保护法律法规冗杂，各法之间交叉重叠现象较为严重，导致法国被称为“拥有一千零一法的国家”（le pays des mille et une lois）。[⑥]虽然 L．1 条第 2 款表明本法所指的“遗产”包括非物质文化遗产，但《遗产法典》中缺少对非物质文化遗产保护的具体法律规定。有学者甚至表示，《遗产法典》无视文化遗产概念无形化的演变趋势。[⑦]

其次，法国虽然签署甚或批准了《关于发生武装冲突情况下保护文化财产的公约》（1957 年批准）、《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》（1995 年签署，尚未批准）、《保护世界文化和自然遗产公约》（1975 年接受）、《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》（1997 年批准）、《保护非物质文化遗产公约》（2006 年加入）等公约，但在其国内法中，缺少对武装冲突下文化财产的保护、文化财产非法进出境

[①] 见《遗产法典》L．211-2-1 条。

[②] 见《遗产法典》L．523-8-1 条、L．531-1 条、L．531-6 条。

[③] 见《遗产法典》L．611-1 条。

[④] Robert K. Paterson, “Heading Home: French Law Enables Return of Maori Heads to New Zealand”, International Journal of Cultural Property, 2010, 17, p. 647.

[⑤] Françoise Choay, L’allégorie du patrimoine, Seuil, Paris, 1996 (1992 pour l’édition originale), p. 12.

[⑥] Régis Neyret (2004), « Du monument isolé au "tout patrimoine" », Patrimoine et aménagement urbain, Vol. 79, N° 3, p. 236-237.

[⑦] Jean-Michel Bruguière (2006), « Le Rapprochement des Notions de Bien et de Produit Culturel », LÉGICOM,Vol.2 N° 36, p. 10.

（欧盟以外地区）、非物质文化遗产进行规制和保障的具体法律条文。[①]此外，法国《遗产法典》甚至为他国向法国成功追索流失法国的文化遗产增加了屏障。[②]主要体现为该法典 L．451-7 条规定："公共藏品中通过捐赠和遗赠获得的藏品，或非属国家所有的藏品中由国家协助获得的藏品，均不得解除分类。"若不得解除分类，则该文化财产具有不可转让性，由此便阻碍了他国成功追索本属于该国的文化财产。

再次，《遗产法典》中纳入铭牌（label）制度[③]的做法也备受法国学术界质疑。有学者认为，铭牌制度与分类登记制度相互排斥，其本身并无保护效力。[④]还有学者指出，铭牌制度使得文化遗产与艺术品的界限模糊不清，过度扩张了《遗产法典》的保护范围。[⑤]甚至有学者尖锐地批评铭牌制度是"失败"的。[⑥]

最后，《遗产法典》规定有法定交存（dépôt légal）制度[⑦]，该制度旨在防止图书无法被索引到而丢失。法定交存制度建立于 1537 年，由最初的仅适用于印刷书籍逐步扩展至适用于视听资料。[⑧]但由于该制度对出版者要求过高，在司法实践中较少被遵守。例如对艺术家手制书（livres d'artistes）的作者而言，由于此类书籍出版较少，而出版费又较为高昂，作者收入微薄，无力遵循法定交存规定，将复印本邮寄至法国国家图书馆。[⑨]

三、对中国的启示与借鉴

（一）中国文化遗产保的立法现状

中国历史文化源远流长。上下五千年的历史长河中，留下了无数文化遗产瑰宝。中国的现当代文化遗产法律保护活动肇始于民国时期。从民国时期开始，中国便在文化遗产保护领域制定了不少切实可行的法律。1930 年南京民国政府颁布的《古物保存法》是中国第一部关于文化遗产的法律法规，是中国文物法治化管理的开端。新中国成立后，《中华人民共和国宪法》第 22 条对文化遗产保护作出原则性规定，为其提供了宪法依据。20 世纪 50 年代，国务院颁布了《禁止珍贵图书出口暂行办法》《古文化遗址及古墓葬之调查发掘暂行办法》《关于地方文物名胜古迹保护管理办法》《关于征集革命文物的命令》《关于保护古建筑的批示》等保护文物古迹的政令。1961 年国务院颁布了《文物保护管理暂行条例》。1977 年国家文物局颁发《对外国人、华侨、港澳同胞携带邮寄文物出口境定、管理办法》。1982 年颁布中国第一部关于文物保护的法律——《文物保护法》。1985 年国务院发布《风景名胜区管理暂行条例》。1986 年文化部发布《博物馆藏品管理办法》。1989 年颁布《城市规划法》；国务院公布实施《中华人民共和国水下文物保护管理条例》；文化部发布了《文物出境鉴定管理办法》。1991 年国家文物局发布《考古涉外工作管理办法》，该办法于 2016 年进行了修

[①] Marie Cornu, "France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 412.

[②] Marie Cornu, "France", in Toshiyuki Kono, the Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century, Leiden: Brill, 2010, p. 348-349.

[③] 见《遗产法典》L．650-1 条。

[④] Line Touzeau (2010), « La Protection du Patrimoine Architectural contemporain : Recherche sur l'Intérêt Public et La Propriété en Droit de La Culture », au Droit du Patrimoine Culturel et Naturel, L'Harmattan, pp.105-106.

[⑤] Christian Hottin (2018), « Genèse, Implantation et Remises en Question du Lable Patrimoine du 20e siècle », Vingtième Siècle. Revue d'histoire, N° 137, p.103.

[⑥] Jean-Michel Léger, Jean-Paul Midant et al. (2012), « Treize Mesures + Une pour Relancer le Label Patrimoine du XXe Siècle : Rapport Final », Laboratoire IPRAUS/UUMR/AUSSER/Ministère de la Culture et de la Communication, p.8.

[⑦] 见《遗产法典》L．131-1 条至 L．133-1 条。

[⑧] Marie-Pierre Bodez, Pierre Pichon et Marguerite Sablonnière, "Le Dépôt Légal de la Musique À la Bibliothèque Nationale de France : État des Lieux et Nouveaux Enjeux", Fontes Artis Musicae, 58/3 2011, p. 236.

[⑨] Sonja Graimprey, "Cultural heritage and creation: acquiring, cataloguing and promoting livres d'artistes in French public libraries", Art Libraries Journal, 38/1 2013, p. 24.

订。1996 年发布《拍卖法》，当前版本为 2015 年修正版。2001 年文化部发布《文物藏品定级标准》。2003 年国务院发布《文物保护法实施条例》，该条例于 2010 年与 2016 年作出修订。2005 年文化部审议通过《博物馆管理办法》。2006 年国务院发布《长城保护条例》。2007 年文化部又发布了《文物进出境审核管理办法》和《文物出境审核标准》。2011 年通过《非物质文化遗产法》。2015 年发布并施行《博物馆条例》。除专项法律法规外，在《刑法》第六章第四节专节规定“妨害文物管理罪”、《民法通则》第 75、79 条、《民族区域自治法》第 38 条、《森林法》第 4、31 条、《继承法》第 3 条、《矿产资源法》第 17 条、《档案法》第 12 条、《大气污染防治法》第 12 条、《环境保护法》第 17 条、《城市规划法》第 4、25 条、《军事设施保护法》第 26 条等也有文化遗产保护的相关规定，中国文化遗产保护立法体系相对完善。目前中国批准加入的有关文化遗产保护的公约有《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》《保护世界文化和自然遗产公约》《国际统一私法协会关于被盗或者非法出口文物的公约》《武装冲突情况下保护文化财产公约》《保护非物质文化遗产公约》和《保护和促进文化表现多样性公约》。

（二）中国文化遗产法律保护存在的问题

从实践中看，虽然近年来我国的文化遗产保护工作取得了巨大成绩，但也存在一些乱象。例如，文化遗产保护让位于经济发展，随着城市化和现代化的开展，许多名胜古迹被以“棚户区改造”为由而拆毁；建设规划不合理、文化遗产保护意识淡薄，产生了建设性破坏；文物修缮技术存在问题，本意为修缮维护却推倒重建的现象屡有发生，产生了保护性破坏；盗掘古墓葬现象严重，被金钱蒙蔽双眼的盗墓者将文物非法出口至国外；在全球化的浪潮下，外国文化进入中国，在丰富人民文化生活的同时，也冲击着中国传统文化，导致诸多本土节日的习俗被人们遗忘，中国的传统服饰被弃如敝履；民众的文化遗产保护观念有待增强，部分游客在景区赏玩时肆意毁坏景区内的文物古迹[①]，也有的群众在发现古墓葬后向文物保护单位报告前哄抢甚至私自搜寻古物[②]等。

从立法上看，中国虽在文化遗产保护的许多方面都有一定程度的立法规定，但不可否认的是，这些法规文件散见于各类不同层次的法律、法规、通知及规定之中，且不少以规范性文件形式出现，缺乏正式的立法程序，效力层级不高，且规定较为笼统，针对性和可操作性明显有待提高。

由于中国和法国在文化遗产保护模式上均为国家主导型，也更偏重物质文化遗产的保护，均强调对文化遗产的完整性保护，因此，学习借鉴法国文化遗产保护的立法经验，取其精华，去其糟粕，并与中国国情相结合，对解决中国当前文化遗产保护与开发利用的困境无疑具有启发和借鉴意义。

（三）完善我国文化遗产法律保护的建议

1.完善立法体系

中国文化遗产保护部分领域的规定立法层级不高，如博物馆领域现有最高法律层级的立法为《博物馆条例》，尚无《博物馆法》。而且，现有规定多为“指导意见”“通知”等文件，缺乏正式的立法程序，严格意义上并非行政法规、地方性法规或地方政府规章，缺乏强制性和普适性，导致文化遗产保护的某些领域无法可依，比如在文化遗产中具有重要地位的文化景观遗产缺乏专门的保护规定，《文化景观遗产保护法》仍付之阙如。此外，我国有关文化遗产保护的立法自成体系，与其他相关部门法相割裂。中国应完善立法体系，使

[①] 例如，游客翻越栈道护栏，破坏甘肃张掖丹霞地貌的报道频见报端。参见央视网：《游客翻护栏踩丹霞地貌拍照：一脚不文明 毁掉 60 年》，资料来源于 http://news.cctv.com/2018/08/17/ARTI1DatAL9E9Oxi7cXmy2Bb180817.shtml，2019 年 2 月 9 日访问。

[②] 祁梦宝：《滁州：施工工地上，一批出土文物被哄抢》，资料来源于 http://www.ahyouth.com/news/20140617/1159740.shtml，2019 年 2 月 9 日访问。

文化遗产保护的各个方面均有相应的法律保护，并以行政法规、地方性法规、地方政府规章等相配套。其次，中国应使同一层级的法律法规，如《文物保护法》《非物质遗产保护法》等与《城市规划法》《环境法》等协调互补，实现一体化。[①]最后，待单行法相对完善后，可统一制定《文化遗产保护法》。[②]

2.增强奖励力度

对于单位或个人的文化遗产保护行为，《文物保护法》第 12 条和《文物保护法实施条例》第 6 条规定由人民政府及其文物行政主管部门、有关部门给予精神鼓励或者物质奖励。《水下文物保护管理条例》第 10 条也有相关规定。法律法规中并未明确奖励数额，仅部分地方性法规或地方政府规章规定了奖励数额[③]，但 各地区对奖励数额的规定差别较大，且奖励金额通常较低，这或多或少影响了民众的文化遗产保护积极性与热情，文化遗产保护效果并不理想。反观法国《遗产法典》L．532-6 条、L．532-13 条虽也仅原则性地规定了为保护文化遗产者提供奖金，并未明确奖金数额。但法国文化部与预算、公共账户、行政部门和国家改革部联合发布的《1996 年 2 月 8 日关于海洋文化财产的命令（2009 年 8 月 12 日修订）》（Arrêté du 12 août 2009 portant modification de l’arrêté du 8 février 1996 relatif aux biens culturels maritimes）第 2 条[④]的规定，使奖金发放有法可依，且奖励金额较大，更能激起民众自发将文化遗产上交国家的热情。因此，可在行政法规或部门规章中规定奖金幅度，由地方政府和文物管理部门依据本地区经济发展水平确定奖金数额，并效仿陕西省出台《群众保护文物奖励办法》，以最大限度激发民众的文化遗产保护欲。

3.加大税收优惠力度

不能忽视的是，利润低、税负重、欠缺与文化遗产保护相关的税法保护机制，也是文化遗产保护发展艰难的原因之一。完善的税收优惠制度有利于调动私人将其所收藏的文物捐赠给博物馆的积极性，将私人保护转为国家保护，以促进我国的艺术品博物馆业的蓬勃发展，使文化遗产获得更大力度的保护。然而，中国目前缺乏对艺术品、文物捐赠的明确税收优惠规定，仅在《中华人民共和国公益事业捐赠法》第 24 条至第 27 条[⑤]提及。《中华人民共和国企业所得税法》第 9 条[⑥]、《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例[⑦]的相关规定似乎可适用于艺术品、文物捐赠，但实践中，由于艺术品、文物的真伪品质和价格核定争议较大，税收优惠政策很难落实。此外，以上条文规定的优惠力度较低，在很大程度上影响了艺术品捐赠的积极性。[⑧]法国较为成熟的艺术品抵税与捐赠鼓励政策可为中国提供一定的借鉴，即中国可加大税收优惠力度，并明确征税操作方式。

4.加大处罚力度

首先，在刑罚方面，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害文物管理等刑事案

---

① 彭峰：《法国文化遗产法的历史与现实——兼论对中国的借鉴意义》，《中国政法大学学报》2016 年第 1 期，第 10-11 页。

② 田艳、艾科热木·阿力普：《<文化遗产保护法>的统一立法模式考量》，《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 2 期，第 61 页。

③ 如《陕西省群众保护文物奖励办法》第 6 条规定，根据保护文物行为情节和文物的等级、数量，分别给予 100 元至 1000 元、500 元至 1000 元或陕西上年度城镇居民人均可支配月收入 1 至 10 倍的现金奖励。

④ 《1996 年 2 月 8 日关于海洋文化财产的命令（2009 年 8 月 12 日修订）》第 2 条规定：“奖金应根据发现物的科学价值而定。对于具有地区重要性的发现物，奖金上限为 2000 欧元；对于具有国家重要性的发现物，奖金上限为 10000 欧元；对于具有国际或极端重要性的发现物，奖金上限为 30000 欧元。若事后证明发现物的科学价值高于预期，国家可增加奖金。”

⑤ 参见《中华人民共和国公益事业捐赠法》第 24 条至第 27 条。

⑥ 参见《中华人民共和国企业所得税法》第 9 条。

⑦ 参见《中华人民共和国个人所得税法》第 6 条第 2 款及其《实施条例》第 19 条。

⑧ 刘双舟：《论我国艺术品税收制度的改革与完善》，资料来源于 https://www.sohu.com/a/194033051_100011202，2019 年 3 月 23 日访问。

件适用法律若干问题的解释》中对《刑法》第 6 章第 4 节规定的妨害文物管理罪进行了细化说明，但未明确说明罚金数额，导致司法实践中法官对罚金数额的判定有较大的自由裁量权。应在司法解释中明确相应犯罪的罚金标准，规范法官量刑，借较高数额的罚金震慑民众，从而降低文物管理方面的犯罪率。其次，在行政处罚方面，《风景名胜区条例》[①]《治安管理处罚法》[②]虽规定了处罚的数额，但数额偏低。近几年轰动全国的破坏文化遗产的案件[③]足以表明，中国民众文化遗产保护意识仍亟待加强，而较低数额的罚金使得民众犯罪成本较低，类似现象屡禁不止。对破坏文化遗产之人处罚过轻，并不能起到警醒的作用，无异于扬汤止沸。让法律“长牙齿”，让违法者付出高昂的成本，才能使文化遗产得到应有的保护。

5.完善预防考古制度

文化遗产一旦被破坏就会引发社会福利损失的持续性和人工恢复的失真性。[④]中国基建考古长期为“救援性考古”模式，绝大多数考古项目是“抢救性发掘”。抢救性考古的不利之处在于具有滞后性，由于缺乏事先干预机制，导致本能完整保存的一些具有重要意义的考古遗址在发现时已一定程度上被毁坏，造成了无可挽回的损失，而有幸能够保存下来的考古遗址，由于基建单位考虑到成本较高的问题，往往不支持考古工作，在推诿扯皮的过程中导致考古遗址受到不可逆的损坏。当前，中国的工业化、城镇化快速发展，在基础设施建设过程中有大量的考古遗址受到影响，[⑤]如何有效应对和防范基础建设对文化遗产的破坏是必须面对的问题。[⑥]此外，虽然《文物保护法》第 29 条第 1 款规定在进行大型基本建设工程前应事先申请进行考古调查、勘探，但因何为“大型基本建设工程”缺乏具体量化标准，少有基建部门会提出事先申请。而且，存在基建单位不交或少交考古调查、勘探和发掘经费，或者基建单位的考古调查、勘探、发掘经费工程预算较少的情况，这便会为在基建工地上开展的考古发掘带来困难和阻力。中国近年来虽也开展了多项预防性考古活动，[⑦]但不能忽视“抢救性考古”仍为主流，且实施预防性考古的标准仍有待进一步明确。“上医治未病，下医治已病。”与其在文化遗产被破坏后再施以抢救，不如防患于未然，通过预防考古的方式防止文化遗产被破坏的可能性。因此，有必要借鉴法国的预防考古制度，即在基建单位申请建设许可证时，考古部门就提前介入，对目标土地进行考古调查和勘探，通过考古调查和勘探尽早发现可能存在的重大考古发现，以便提前处理，协调基建单位修改施工计划和工程预算，“避免考古机构与基建单位之间出现零和博弈，甚至双输局面”[⑧]。

6.贯彻落实文化遗产保护人才培养规划

致天下之治者在人才。为切实保护好中国的文化遗产，务必要尽快搭建文化遗产保护教育培训平台，加强文化遗产保护管理机构和专业队伍建设，大力培养文化遗产保护和管理所需的各类专门人才，培养和储备好素质过硬的文化遗产保护人才队伍。而要建立素质过硬的人才队伍，需要国家和社会各界共同努力。首先，国家应当积极推动人才建设工程，

[①] 参见《风景名胜区条例》第 44 条。

[②] 参见《治安管理处罚法》第 63 条第（一）项。

[③] 例如靖边丹霞旅游景区丹霞地貌被踩踏，仅对涉事人员处以罚款 200 元。参见网易网：《3 名游客在靖边丹霞地貌红砂石上刻字 被罚款 200 元》，资料来源于 http://3g.163.com/dy/article/DMRP6OLE0525VOL6.html，2019 年 2 月 14 日访问。

[④] 邹统钎：《旅游景区开发与管理（第三版）》，北京：清华大学出版社 2011 年，第 6 页。

[⑤] 例如遂宁蓬溪挖出先秦古墓葬，考古专家连夜制定抢救性发掘方案。参见成都商报：《遂宁蓬溪挖出神秘古墓葬 考古专家连夜制定抢救性发掘方案》，资料来源于 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1589755062052147778&wfr=spider&for=pc，2019 年 2 月 15 日访问。

[⑥] 谭玉华：《法国预防考古的历史与经验》，《历史教学》2013 年第 18 期，第 47 页。

[⑦] 参见中华人民共和国财政部：《“十三五”以来我国主动性考古项目每年突破 200 项》，资料来源于 http://whs.mof.gov.cn/pdlb/yjbg/201809/t20180928_3030953.html，2019 年 5 月 17 日访问。

[⑧] 谭玉华：《法国预防考古的历史与经验》，《历史教学》2013 年第 18 期，第 51 页。

为人才建设提供必要且充足的资金。其次，各高校应积极响应国家的号召，开设相应专业课程甚至开设相应专业，并与考古单位合作，为学生提供实习机会，将国家文物局 2017 年 2 月 21 日发布的《国家文物事业发展“十三五”规划》[①]中的文化遗产保护人才培养规划有效落实。

7.健全资金保障制度

在文化遗产保护中，资金不足一直是制约其发展的痼疾。2019 年文物[②]和非物质文化遗产[③]保护专项资金共计 462377 万元。文化遗产保护的资金来源不能仅仅依靠国家经费资助，还应该在确保文化遗产得以被妥善保护的前提下，拓展新模式，寻找新的资金来源。例如，可借鉴法国《遗产法典》的规定，支持民间资本力量设立基金会，发挥文化遗产保护基金平台作用，为基金会的运行发展提供政策便利和福利，利用基金会搜集获取文化遗产保护所需资金。[④]还可推广政府和社会资本合作（PPP）模式，拓宽社会资金进入文化遗产保护的渠道。

8.完善征收制度

依据中国现有规定，征收只能由国家启动，私人所有人不能主动启动征收程序。但《文物保护法》第 6、21、25 条却给私人所有人附加了过重的文物保护义务，使得多数私人所有人特别是贫困地区的文物私人所有人不堪重负，也因私人所有人无力负担高昂的维修费，导致文物在日复一日的风吹雨淋中受到了不可逆的损害。因此，借鉴法国《遗产法典》的规定，赋予私人所有人主动选择权，有利于维护私人所有人的合法权益。而且，在私人所有人难以或者不愿维修维护文物而该文物具有较高的历史、艺术等价值时，当地行政机关可能会考虑对该文物进行征收，而赋予私人所有人主动申请征收的权利，可推进征收进程的开展，缩短文物受到损害的时间。

此外，法国文物建筑征收的一个显著特点是司法对所有权转移的介入。而在中国，通常是在负责征收的行政机关与被征收人产生争议时，被征收人选择行政诉讼时司法机关才会介入文物征收过程。由此产生的问题是，被征收人的所有权可能遭受行政机关的侵害却不能得到及时救助。而且，在被征收人提起行政诉讼而法院认可征收行为从而驳回原告诉讼请求的情形下，此种判决不具有转移所有权的法律效力，行政机关只能通过申请法院强制执行使所有权转移，所有权取得过程较为复杂。例如，被誉为全国文物征收第一案的粤东新馆案的后续完成情况并不乐观，主要原因在于该次征收所依据的《国有土地上房屋征收与补偿条例》注重保护被征收人权益，征收程序复杂，而被征收人不配合，使得程序完成较为困难，导致征收程序不断被拖延，文物难以得到有效保护。[⑤]但法国的规定使得在为达成协议时，所有权也能顺利地从私人转移至国家。

因此，有必要在我国的文物征收制度中引入司法转移所有权制度和私人所有人主动启动征收程序制度。[⑥]

四、结语

中国社会主要矛盾，已经由“人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的

[①] 中华人民共和国国家文物局：《国家文物事业发展“十三五”规划》，文物政发〔2017〕4 号，2017-02-14。

[②] 中华人民共和国财政部：《财政部关于提前下达国家文物保护专项资金 2019 年预算指标的通知》，财文〔2018〕120 号，2018-10-31。

[③] 中华人民共和国财政部：《财政部关于提前下达非物质文化遗产保护专项资金 2019 年预算指标的通知》，财文〔2018〕119 号，2018-10-31。

[④] 李建波：《法国文化遗产保护的理念与策略》，《中国社会科学报》2017 年 10 月 24 日第 007 版。

[⑤] 宰飞：《北京城文物腾退记》，《解放日报》2018 年 10 月 20 日第 08 版。

[⑥] 王历、李悄然：《法国文物建筑征收制度研究》，《邵阳学院学报（社会科学版）》2017 年第 6 期，第 14-15 页。

矛盾”转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”。美好生活需要的重要表现之一便是人民对更丰富的精神文化生活的向往和追求。文化遗产保护是丰富精神文化生活的方式之一。因此，加大力度保护文化遗产理应提上议事日程。

中国拥有灿烂丰富的文化遗产，其上承载有中国上下五千年的文化，是古人与今人的连结点，是中华文明生生不息的火种。因此，保护好文化遗产，是国人义不容辞的责任。中国的文化遗产保护工作正在有条不紊地开展，并且取得了不俗的成绩。但也应清楚认知，中国文化遗产保护工作仍存在不足。《孟子·滕文公上》曰：“今滕绝长补短，将五十里也，犹可以为善国。”我们不能照抄照搬他国的法律，但可借鉴法国《遗产法典》的闪光点，并与中国文化遗产保护国情相结合，进一步完善中国立法，为中国的文化遗产保护事业提供法律上强有力的支持。文化遗产具有不可再生性和脆弱性，只有真正重视文化遗产保护，加强对文化遗产保护的立法，严格执法，才能最终实现对文化遗产的有效保护。

“法律的生命在于实施。”虽然法国有较为完善的《遗产法典》，但烧毁巴黎圣母院的一场大火[①]彰显出如果法律实施监管不到位，再完善的法律也不过是一纸空文。因此，在学习借鉴法国《遗产法典》以完善我国立法的同时，中国也应积极落实配套实施措施，以保证良法善治的目标得以实现，使中国的瑰丽灿烂的文化遗产得以代代传承，永远在人类历史长河中闪耀。

[①] 据多家法国媒体报道,巴黎圣母院顶楼的电线短路可能是引发火灾的原因。通常情况下，在翻修结束后，必须拆除这些电钟的电力装置，但这些电钟在巴黎圣母院上一次翻修后一直未被拆除，该行为明显违反了法国历史古迹建筑安全规定。Voir Le Figaro (2019), « Notre-Dame de Paris: les questions qui se posent après l’incendie », http://www.lefigaro.fr/international/notre-dame-de-paris-les-questions-qui-se-posent-apres-l-incendie-20190416, 28 avril 2019. Voir Quentin Warlop (2019), « Des cloches électriques à l'origine de l'incendie à Notre-Dame? », https://www.rtbf.be/info/monde/detail_des-megots-de-cigarette-ou-des-cloches-electriques-a-l-origine-de-l-incendie-a-notre-dame?id=10203638, 28 avril 2019. Voir Mikaël Livret, « Notre-Dame de Paris : les cloches électriques à l’origine de l’incendie ? », https://www.witfm.fr/index.php/news/notre-dame-de-paris-les-cloches-electriques-a-l-origine-de-l-incendie-12792, 28 avril 2019.

9.全球法律竞争的现象、规律和启示

——基于新进竞争参与者视角的观察

薛童*

摘　要：制度竞争是法律多元化在国际私法规范框架内的现实。国际私法允许当事人意思自治，或者允许当事人合法变更连结点事实，使得当事人选购优质法律，形成各国法律产品和法律服务的竞争市场。制度竞争机制能够实现最优治理、激励制度创新和满足差异化需求。我国对外发展必须面对的问题则是，如何在制度竞争中胜出。竞争之胜败，事关本国当事人权益保护、涉外法律服务业的发展以及商事法律规则制订的影响力以及法律价值和法治传统的分享和输出。在把握制度竞争机制及其规律的基础上，扩大当事人选择自由、增加制度供给并强化司法支持，可以向内或者对外供给国际商事法律规则制定和商事纠纷解决服务，助力我国成为跨国商事法律制度市场的有力竞争者。

关键词：制度市场；国际私法；制度竞争；竞争策略

Global Law Market and Regulatory Competition: Some Observations from Perspective of a Latecomer

Abstracts：Institutional competition is a consequential phenomenon of legal pluralism. Co-existing legal orders are in fact not treated equally as presupposed by private international law. By means of party autonomy or lawful manipulation of facts underlying connecting factors, parties to commercial transaction tend to choose the best or most suitable body of rules for their own consideration, which gives rise to so-called the Law Market. The applied strategy in confrontation to jurisdictional competition plays a crucial role in the course of going global of Chinese parties. It involves protection of legitimate interests of Chinese parties, the competitiveness of Chinese legal service provider, capacity to represent concern in negotiating rules of international business and sharing of values among different legal traditions. Therefore, it is suggested to adopt practical strategies to play the game of jurisdictional competition. The available options of open market of legal service, dual-track legislation, establishment of offshore jurisdiction and international commercial court are suggested in order to take advantage of mechanism of Law Market.

Keywords：Law Market; Private International Law; Regulatory Competition; Competition Strategy

* 中国政法大学讲师。初稿供研讨，如需引用请索取更新版本。

一、引言

随着“一带一路”倡议的推进，我国从“对外开放”转向“向外发展”。跨境民商事关系的重心，也日益从域内转移到域外。在我国民商事主体的“走出去”的同时，我国法律和纠纷解决服务同时也“走出去”。一方面，“走出去”的中国当事人脱离了国内法的强制适用范围，可以选择不适用我国法律和纠纷解决服务。另一方面，我国提供的公共产品，还完全有可能被外国当事人选用。我国供给的制度产品和公共服务，不可避免地开始进入激烈的全球法律竞争之中[①]。我国供给的制度产品能否在竞争中胜出，事关我国民商事主体商事交易的法律成本，更关涉到我国法律服务行业的发展、法治价值的分享和输出。在全球法律竞争中取得优胜，成为我国公共与私人法律服务部门无法回避的问题。竞争中胜出的关键在于提高本国法律规则和纠纷解决服务的品质，如何采用恰当地竞争策略，提高我国法律产品的品质成为问题的关键。当我国不可避免地卷入全球法律竞争，只能深入了解制度竞争机制，才能制定恰当的竞争策略，才能提升我国公共和私人法律部门的竞争力，更加主动地参与国际民商事治理。

制度竞争不仅揭示全球民商事治理的现实，还具有重要理论价值。制度竞争理论认为，相互竞争的司法管辖区，能比集权立法的治理模式，更能实现最优治理结果。竞争机制下实现的市场均衡，能避免劣法之治，能够提供更高效、更能符合制度使用者的需求的制度产品。在这个意思上，制度竞争理论还解释了国际私法存续的正当性。法律多元并立不是需要避免的麻烦，反而是治理模式的最佳选择。

本文借助制度竞争理论（Regulatory Competition）[②]，先观察全球法律竞争现象，进而分析制度竞争机制及其功能，最后将该理论应用到我国参与制度竞争的实践中，尝试提出可行的竞争策略。

二、全球法律竞争的现象

制度竞争是在法律多元并立和当事人选择自由的基础上，形成的法律产品市场以及法律产品之间的竞争现象。

制度竞争与国际私法一样，都是对法律多元现象的回应，但二者的立场有所不同。国际私法试图解决法律多元导致的跨境民事关系的不确定性。国际私法通过选择准据法或者分配管辖权，协调各国判决结果一致，建构静态的多元法律秩序。制度竞争关注的则是通过多元法律的互动竞争，动态地实现最优治理以及发现优质规则的过程。国际私法假定各国法律平等，制度竞争却认为各国法律在效用上存在差异。国际私法极力避免法律冲突，制度竞争却鼓励法律多元供给。国际私法试图建构冲突规范，而制度竞争则落脚于实体规则的优化。另一方面，国际私法又是制度竞争的前提。缺少国际私法提供的选法空间，制度竞争不会发生。正是借由国际私法冲突规范赋予当事人选择法律，以及对市场要素国际流动合法性的确认，在制度产品多元供给的基础上，通过当事人对优质法律产品和法律服务的选购，形成法律市场（The Law Market）。[③]

（一）制度产品的供给和选购

[①] 杜涛、肖永平：《全球化时代的中国民法典：属地主义之超越》，《法制和社会发展》2017 年第 3 期，第 78-81 页。

[②] 制度竞争多被称为制度竞争或规制竞争（Regulatory Competition）、机制竞争（Institutional Competition）、体系竞争（Competition of Systems）。本文偏重民商法领域内的制度市场竞争，故采用制度竞争的表述。

[③] Erin A. O’Hara & Larry E. Ribstein, The Law Market (New York: Oxford University Press), p.3-18.

国际私法允许当事人意思自治，或者允许市场要素合法跨境流动的情况下，当事人可以挑选不同的准据法，或者选择不同纠纷解决地解决纠纷。[①]在国际私法调整的事项范围内，可以观察到普遍的选购制度产品的现象。

(1) 在法律适用方面，当事人自治是各国普遍接受的选法规则[②]。以合同法律适用为例，多数国家都允许涉外民事关系的当事人选择准据法，而且选择对象大都可以与争议没有实质联系。例如，我国就允许当事人选择与合同没有联系的准据法[③]。由于当事人可以选择任何国家的法律，因此存在明显的制度竞争现象。有关欧洲涉外合同案件的准据法选择数据表明[④]，超过 30%的合同当事人选择第三国法律作为准据法，而被选法律的频次存在明显差异。按照被选择次数排序，依次是英国法、瑞士法、美国州法、法国法和德国法。另一项关于美国跨州商事合同准据法的研究则表明，纽约州法是最广泛被选择的合同准据法[⑤]。对于亚洲商事合同准据法的数据则显示，在亚洲几大商事仲裁机构管理的合同案件中，被选择次数最多的分别是美国州法、英国法和新加坡法[⑥]。如果排除美国当事人压倒性的选择本国（州）法，最受青睐的法律同样是英国法。这些数据也验证了国际商事法律服务者的从业经验，即商事合同准据法呈现的是纽约州法和英国法之间的“巨人之战”。

(2) 在不允许当事人选择准据法的情况下，同样存在供当事人选购准据法的制度竞争现象。冲突规范规定连结点，但冲突规范采用的连结点事实是可以改变的。例如，当营商者认为某地法律制度欠佳或者司法保护不力，选择“用脚投票”，变更登记地或营业地以逃避原先制度的约束。在国际私法规则连结点内合法改变连结点事实，是市场要素在国家间自由流动的必然结果。以公司法为例，各国普遍采用公司设立登记地，而不是主营业地为属人法连结点。我国《涉外民事关系法律适用法》第 14 条第 1 款，亦作此规定。冲突法依据注册登记地判断公司的民事能力、组织机构、股东权利义务等事项，实际上就赋予了股东挑选公司注册地，选择在一国注册登记，而实际在另一国营业的离岸公司的权利。离岸公司导致选购“公司法”的制度市场。例如美国公司法立法权在州，而且受公司组织事项适用登记地法冲突规则（Internal Affairs Doctrine）的保障[⑦]，股东或发起人可以在美国各州挑选注册登记地。特拉华州成为这场公司法的制度竞争的胜出者。美国最大的 500 家公司中，超过 60%是在该州登记注册；超过 80%的大型跨州设立的有限合伙，也是在该州设立[⑧]。欧洲也发生同样的现象，欧盟单一市场要求资本自由流通和法律主体设立自由，同样形成类似的公司法制度竞争市场[⑨]。凭借无最低注册资本限制以及快速的公司注册程序，英国公司法提供的封闭式有限公司（Private Company Limited by Shares）成为欧盟公司竞争的胜出者。仅

---

① 司法管辖区（Jurisdiciton）和法域（State、Legal Unit）概念上没有实质性差异，考虑到行文便利，本文在论述准据法的规则产品时，使用法域一词。在论述纠纷解决时，适用司法管辖区一词。

② Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75(2011), S. 33 ff.

③ 《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第 7 条。不要求实际联系的论证及文献参见，许庆坤：《论国际合同中当事人意思自治的限度》，载《清华法学》2008 年第 6 期，第 82-83 页。

④ Gilles Cuniberti, International Market for Contracts: Most Attractive Contract Laws, Northwestern Journal of International Law & Business (34) 2014 pp.455-517.

⑤ Geoffrey P. Miller & Theodore Eisenberg, The Market for Contracts, 30 Cardozo L. Rev. 2073 (2009)

⑥ Gilles Cuniberti, The Laws of Asian International Business Transaction, Washington International Law Journal (25) 2015 pp. 35-86.

⑦ Matt Stevens, Internal Affairs Doctrine: California Versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporations, Boston College Law Review 1047 (2007), p. 1049.

⑧ Jens Dammann & Matthias Schünden, Where are Limited Liability Companies formed? An Empirical Analysis, Journal of Law and Economics, 2012, vol. 55, issue 4, p. 746. 该州对公司设立公司收取的许可经营税（Franchise Fees）构成该州 20%的财政收入来源。

⑨ 参见梁君：《欧盟内部的公司法律竞争》，载《德国研究》2016 年第 1 期第 62 页以下。

2006 年，德国新设成立的公司中约超过 25%是在英国注册的有限公司[①]。英国有限公司的成功，迫使欧盟成员国相继改革各自公司法，降低或取消注册资本要求，简化注册程序。比如德国便修法增加经营者有限责任公司（Unternehmergesellschaft），作为对英国公司法竞争的回应，并取得可观成效[②]。

(3) 在管辖权方面，同样存在选购纠纷解决服务的现象。以法院选择协议为例，当事人可以选择有管辖权的法院。如果我国批准《海牙协议选择法院公约》[③]，根据该公约第 5 条第 1 款，按照被选法院国家的法律来判断选法协议的效力，同样会存在挑选管辖法院的现象。即便没有公约搭建的判决流通机制，在相互承认执行外国判决的国家间，当事人同样可以选择一国法院解决纠纷，随后前往另一国承认执行判决。由于解决纠纷的司法服务的品质以及当事人的偏好，各个司法管辖区受青睐的程度明显不同。在英国司法部资助的有关影响选择法院影响因素的研究中，受访者回答是否愿意在英国之外诉讼时，对不同司法管辖区表现出不同偏好。排名靠前的分别是纽约、新加坡、其他欧盟成员国、香港和迪拜。[④]

(4) 仲裁国际商事仲裁领域的制度竞争现象更为人熟知。在《纽约公约》创设的仲裁裁决流通体系之下，当事人可以选择境外仲裁地，也可以选择管理仲裁的仲裁机构，而不必担心裁决的域外执行。调查表明最受欢迎的仲裁地分别是伦敦、巴黎、新加坡、香港和日内瓦[⑤]。最受欢迎的仲裁机构是国际商会仲裁院（ICC）、伦敦国际仲裁中心（LCIA）、香港国际仲裁中心（HKIAC）、新加坡国际仲裁中心（SIAC）和斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）。尽管我国早已成为仲裁受案数量方面的大国，但仍不是有竞争力的仲裁地。[⑥]我国已经注意到仲裁领域制度竞争的重要性，也开始努力打造国际商事仲裁“目的地”[⑦]

（二）制度供给者之间的竞争

制度竞争还表现为制度供给方的激烈竞争。受到竞争胜出的激励，许多国家竞相推广自己的法律制度和纠纷解决服务，例如德国法律服务业行业协会出版的《法律德国造》[⑧]、英国律师公会的《英格兰和威尔士：纠纷解决目的地》[⑨]甚至丹宁勋爵很早之前就直白地表示欢迎外国当事人来英国诉讼，“（在英国法院起诉）不是专属英国人的权利，它属于所有友好的外国人，……有人称之为‘选购法院’，但如果选购的是英国法院，那么你至少选择了一个高品质和高效的法院。”[⑩]深感竞争压力的德国律师则套用鲁道夫•冯•耶林“为权利而斗争”的句式，呼吁德国法律人联合起来为准据法而斗争（Der Kampf ums anwendbare Recht）

---

① Horst Eidemüller, Recht als Produkt, JuristenZeitung 13/2009 S. 644.

② 蒋舸、吴一兴：《德国公司形式的最新变革及其启示》，载《法商研究》2011 年第 1 期，第 143-149 页。

③ 我国政府已于 2017 年 9 月 12 日签署《海牙协议选择法院公约》。

④https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396343/factors-influencing-international-litigants-with-commercial-claims.pdf 最后访问日期：2017 年 6 月 20 日。

⑤ 伦敦女皇玛丽大学国际仲裁学院 2015 年国际商事仲裁调查，见 http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf，第 11 页，最后访问日期：2017 年 6 月 20 日。

⑥在 2010 年同样由该机构进行的调查显示，中国大陆和俄罗斯是最不受欢迎的仲裁地，见 http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf，最后访问日期：2017 年 6 月 20 日。

⑦ 黄进：《建立中国现代仲裁制度的三点构想》，《中国法律评论》2017 年第 3 期，第 184-185 页。

⑧德国联邦公证人工会、德国联邦律师工会、德国律师协会、德国工商工会大会注册协会、德国公证人协会和德国法官联合会组成的“德国法律同盟”共同编辑出版的《法律-德国制造》，推广德国法律和法律服务，详尽地阐述了德国成文法以及法官主导的诉讼程序以及亲商、高效、开放、重视交易安全的法律制度。详细信息及手册下载见 www.lawmadeingermany.de，最后访问日期 2017 年 6 月 20 日。

⑨ 英格兰和威尔士律师公会编写的推广英国法作为国际商事交易准据法、英国法院作为国际商事纠纷的管辖法院以及伦敦作为国际商事仲裁的仲裁地，推广手册见 http://www.eversheds-sutherland.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf，最后访问日期，2017 年 6 月 20 日。

⑩ The Atlantic Star, [1972] AC 436,453.

[①]。

涉外商事法律和服务的竞争的参与者实力并不均衡。处于竞争领先地位的既有传统商事法律规则制定和服务的提供者，还有离岸法律中心。前者以英美两国及其遍布各国的大律所为代表，依赖普通法的强势地位，在世界范围内提供高端商事法律服务，使得本国商法成为“国际商法”，使本国商事程序成为“国际商事程序”。后者的代表则是新加坡、香港、迪拜等实体规模偏小，倚靠独立法域以及普通法法治传统，为国际用户更独立的灵活的制度和规则。这些国家主导跨国商事诉讼、仲裁服务，通过提供纠纷解决服务参与国际商事实体规则的制定，滋养本国法律服务行业。其他国家或者亦步亦趋，或者支付高昂价格购买制度产品。

晚近愈演愈烈的商事法院的竞争[②]，直观地展示了制度竞争市场的形成及其主导和被动追随的现象。英国高等法院下设的商事法庭（Commercial Court）是世界上“最成功”[③]的商事法院，以其高效、灵活、提供符合商业专门需求的高品质判决著称[④]，不仅直接为全世界的商人提供直接的纠纷解决[⑤]，而且还创设了许多造法性先例，主导国际贸易、运输、海商、运输、金融和保险等部门的法律规则创设，并持续引导商事案件审理程序改革，比如引入的市场测试案件机制（Market Test Case Scheme）[⑥]，允许法院在尚无任何纠纷发生的情况下，通过司法程序预先消除新型商事纠纷中可能出现的法律不确定性。受到英国商事法庭的影响，近些年来先后出现了一批区域性的商事法院。2005 年迪拜金融中心法院（DIFC）成立，在本国大陆法系的框架下立法引入整套普通法民事诉讼程序，受理当事人协议选择该法院受理的任何案件，允许当事人选择外国法官审理案件，允许外国律师出庭，允许当事人选择适用任何国家的法律[⑦]，没有选择时适用普通法，而不是本国的成文法，并且创设了将法院判决之债“转化”成仲裁裁决的程序[⑧]，扩大该法院判决被承认执行的范围。2015 年，新加坡商事法庭（SICC）成立。该商事法庭同样可以受理当事人协议提交的与新加坡没有任何实质联系的“离岸”案件，允许当事人约定偏离民事诉讼法的程序，允许外国律师出庭，允许外籍法官审理案件[⑨]，致力于“将新加坡打造成亚洲商事纠纷解决中心”，参与“创设新的国际商法规则”[⑩]。传统商事纠纷解决中心和新兴的区域纠纷解决中心吸收了其他大量

---

① Triebel, Der Kampf ums anwendbare Recht, AnwBL, 2008, S. 35.

② D.H. Wong, The Rise of the International Commercial Court: what is it and will it work?, 33(2) Civil Justice Quarterly 205 (2014), p. 206-207.

③ Michael Hwang, Commercial courts and international arbitration － competitors or partners?, Abitration International 2015, 31, p.197.

④ 见英国司法部出版物《国际诉讼当事人选择在英国解决商事纠纷的影响因素》（Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts），第 14 页以下。该出版物可登陆 http://www.justice.gov.uk/publications/research- and-analysis/moj 下载（最后访问日期 2017 年 6 月 20 日）。

⑤ 商事法院 75%以上的当事人来自英国以外，见：波特兰法律纠纷研究对英格兰商事法院当事人的数据统计，“是谁在使用商事法院？”（Who uses the Commercial Court?），http://portland-communications.com/pdf/Portland-Who-Uses-The-Commercial-Court-2014.pdf，后访问日期 2017 年 6 月 20 日。

⑥ 《英国民事诉讼规则》之操作指引第 51 章（CPR PD51M）。

⑦ Jayanth K. Krishnan & Priya Purohit, A Common-Law Court in a Uncommon Environment: The DIFC Judiciary and Global Commercial Disputes Resolution, 25 Am. Rev. Int'l Arb., pp. 497-504.

⑧ 迪拜金融中心 2015 年第 2 号操作指引《仲裁解决判决债务争议》（DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 － Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration）。

⑨ Yip Ma, The Resolution of Disputes Before the Singapore International Commercial Court , International and Comparative Law Quarterly 65, 2016 pp 439-473.

⑩ 新加坡国际商事法庭委员会报告（2013 年 11 月），https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Annex%20A%20-%20SICC%20Committee%20Report.pdf，最后访问日期 2017 年 5 月 20 日。

涉及他国的涉外案件，使得其他国家法院在国际商事诉讼方面的影响力大大降低。为克服消极影响，部分欧陆国家纷纷开始改革商事案件审理程序，并模仿设立本国的商事法院，比如 2017 年成立的荷兰商事法庭（NCC）[①]，以英文为庭审语言，并引入更灵活的诉讼程序和更低的诉讼费，试图使得由本国当事人参与的涉外案件能够留在本国法院。德国也将允许英文为庭审语言的商事法庭（KfiHG）列入立法日程[②]。在英国脱欧之后，德国又开始尝试将法兰克福打造成欧陆商事纠纷解决中心。

三、全球法律市场的制度竞争规律

当事人依据偏好挑选优质的规则产品和纠纷解决服务，导致不同制度产品被选用的频次和范围呈现出较大差异，但制度竞争的本旨并不是要区分优劣，而是通过竞争激励，发现优质规则，满足差异化需求。制度竞争机制的运行，以制度市场的形成为前提，并且需要适当的国际私法规则保障自由竞争、排除负外部性，以引导资源配置。

（一）制度市场的形成

制度市场的形成取决于供给、需求和流动性（Mobility）。各个司法管辖区提供的差异性的制度产品，构成市场供给侧。当事人对差异性和优质规则的需求，构成市场需求侧。国际私法提供的当事人 s8 意思自治和合法变更连结点事实的权利，赋予市场流动性。[③]

1. 供给和需求

在国际民商事交往中，各个司法管辖区的实体民商法、仲裁和诉讼解决纠纷的服务构成具体的制度产品。经由国际私法赋予当事人的选择自由，形成国际间民商事法律的制度市场。按照制度竞争理论，除了按照地域范围划分的国际或者区际的横向竞争之外，还存在同一法律体系内部不同层级之间的纵向制度竞争，比如美国联邦和州层级之间，欧盟与其成员国之间的制度产品的竞争 以及私人制度产品和政府公共产品的竞争，比如仲裁和诉讼的竞争、私人编撰供当事人选择适用的规则，如国际统一私法协会的《国际商事合同通则》与各国合同法之间的竞争，以及政府管制与特定行业的私人规制（Private Ordering）之间的竞争，本文仅以国际民商事交往涉及的制度竞争为研究对象。

2. 用户选择权

制度市场形成最重要的前提是国际私法规则赋予用户选择权。如果一国规定涉外民事关系只适用本国法，自然不发生直接的制度竞争。但是该国封闭的法律制度与其他允许适用外国法的开放的法律制度相比，已经在制度竞争中落败，资本、技术等其他市场要素必定会流入向开放的法律制度。相反，如果在任何事项上都允许当事人选择准据法，那么就会存在完全的制度市场竞争，但这种充分竞争的状态只存在合同准据法、商事仲裁等有限领域。通常情况下，只允许当事人通过意思自治或者在国际私法连结点内合法变更市场要素，选择制度产品。

国际私法还通过选择权的限制，实现对制度市场的调控。首先，当事人挑选法院（Forum

[①] 荷兰最高法院关于《设立荷兰商事法庭的建议》（Plan tot oprichting van de Netherlands Commercial Court），见 https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/plan-netherlands-commercial-court.pdf，最后访问日期 2017 年 6 月 20 日。

[②] 《设立国际商事法庭的法律草案》（Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen），见德国联邦议会出版物：BT-Drs 17/2163. 支持德国建立商事法庭的原因主要是，国家提供充分司法保障的基本权利和商事法庭对经济发展的巨大作用，见 Hermann Hoffmann, Kammern für internationale Handelssachen, Baden-Baden 2011, S. 116 ff.

[③] 当事人选择权的实现，还受到当事人获取的信息是否充分的影响，其核心基础是用户选择权或者用户流动性。当事人如果不能获取充分信息，便不可能依据自己的偏好作出决定，但如果当事人的选择权受到限制，当事人的选择便无法实现。

Shopping）和法律规避（fraus legis），无益于制度竞争，应当受到限制。挑选法院本质上更像是单方强制资源分配，而不是自由竞争。民商事纠纷一旦发生，适用不同国家法律的结果是给定的。原告挑选管辖法院多是考虑该法院地国的具体法律规定在个案中对其有利，而不是因为该国法律的品质。当事人挑选法院的行为和法院地供给法律之间不存在激励，争议发生后选择法院的行为不会影响法院地国未来立法和司法的导向。法律规避则用以抑制当事人操控或者改变连结点，避免脱法效果。某法域禁止同性婚姻，此时即便该法域内居民远赴允许同性结婚的法域登记结婚，在当事人居住的法域仍然不发生同性婚姻的效果。但倘若该居民决定迁居登记国，则其原先居住国法律不再适用，也不存在法律规避之嫌。法律规避意在避免欠缺密切联系的情况下，操纵连结点事实变更准据法，但如果案件与准据法之间建立了密切联系，则没有适用法律规避的余地。

其次，国际私法还调控制度竞争机制的良性运行。制度市场市场失灵，就不会发生预期的制度竞争效果。制度竞争中可能出现收益归属竞争者而成本社会化的外部性问题（Negative Externality），即特定法域施行的制度带来的收益留在本法域内，而造成的损害却发生在外法域。比如降低环保标准，促使环境污染的结果发生在境外。社会成本不能内化，当事人的决策影响第三人的利益，而第三人又无法干预法律选择。这样的挑选法制和制度竞争将无益于整体福利，不能实现效用的最大化。外部性问题只能通过管制者的介入或者竞争者的合作得以解决。在国际私法领域，无论是选法协议、仲裁协议还是法院选择协议，都不能约束第三人，可以有效抑制竞争外部性。此外，由于当事人之间谈判实力不对等、信息不对称以及特定一方当事人的理性冷漠（Rational Apathy），法律选择多是单方意思，而不是双方合意。以消费者合同为例，消费者没有能力去调查准据法，谈判中也没有能力去影响经营者的意愿，而且因为争议发生概率低，同样的价格下，消费者更关心产品和服务的品质，而不是准据法的选择。此时经营者在同行竞争激励的作用下，为争夺消费者而发生竞争，可能会矫正竞争，但并不排除特定情况下个别经营者选择消费者保护水平低的法律，侵害消费者利益。此时应当由立法者介入，要求经营者选择的法律不能侵害消费者保护的最低标准，比如欧盟《罗马条例 I》第 6 条。

最后，国际私法对制度竞争市场的调控，以选择恰当的连结点为前提。不当设置的连结点，即便存在竞争激励机制，也不会出现最优治理结果。以产品责任冲突规范为例，假设甲国居民消费者在使用乙国购买的丙国制造的家用电器过程中，受到侵害。生产者是否以及在多大范围内承担责任，取决于产品责任适用哪个国家的法律。冲突规范可以选择如下几个事实方式作为连结点，即产品生产地、产品销售地和消费者经常居所地。如果冲突规范以生产地为连结点，那么生产者就会选择保护消费者权益最低的国家生产产品，而意欲吸引投资的国家也会降低本国产品责任的标准，牺牲本国消费者权益，来换取产品投资和出口。如果采用产品销售地法为准据法，那么产品生产者会根据各国不同的产品责任标准，为不同的市场制定不同的价格，享受较高保护标准的消费者承担较高的价格，支付较少价格的消费者享受较低的保护标准。这种情形下，各国尽可能提供符合本地消费者要求的保护水平，而追求更高保护标准的消费者就会离开较低国家而选择高标准国家消费。如果以消费者经常居所地为连结点，那么国家通常会提高本国产品责任的水平，以保护本国消费者。由于产品生产时，生产者并不知道产品最终在哪里销售，因此生产者会选择介于最高保护标准和最低保护标准之间的某个标准作为定价依据，从而会发生由低保护标准国家的居民补贴高保护标准国家居民的情况。只要有给定的冲突规范，就一定会发生制度选择，但是否能够实现优化配置，取决于连结点设置是否合理。

3. 竞争激励和反馈

当事人自由行使选择权，被当事人选择最多的制度供给方成为胜出者。胜出者可以获得的可观的回报，而落败者将付出沉重代价。胜出者的回报包括如下以下几个方面。

首先，提供符合商业交易习惯、高效、透明法律制度的法域，会吸引外部投资，增进本地的就业、税收和福利，而提供较差法律制度的法域则会面临资本出逃，本地就业、税收和福利的减少。法律环境和吸引投资的关系，已有颇多论述系统性评估，例如世界银行的营商环境报告（Doing Business Report）和世界经济论坛的全球竞争力报告（Global Competitiveness Report）。同时，本国法在国际商事交易中的广泛使用，也使得本国国企业更具优势。国际商事交易中，本法域法律适用意味着本国当事人法律咨询成本的降低，从而获得外法域当事人所不具有的成本优势。在发生争议或合同文本需要解释时，本法域当事人获得有利结果的概率会有所提高。

其次，制度竞争直接影响本国法律服务行业的发展。准据法、纠纷解决地的选择意味着案件从其他司法管辖区流入被选择的法域。由于就特定法律提供法律服务受到资质监管，案件的流入就导致特定国家法律服务行业繁荣。如果当事人选择域外法为准据法设计交易，选择外法域作为争议解决地，则必须付出昂贵的价格购买法律服务。例如，在 2012 年，在一桩由我国某国有银行主导的，全部由发展中国家当事人参与的并购交易中，当事人仍选择英国法作为准据法，争议提交英国法院管辖，交易全程分别由英美律师提供服务，而交易参与者本国的法律规则和服务则全面缺席[①]。涉外法律服务业的经济产值不可忽视。按照英国投资与贸易总署的统计，英国法律服务业费用收入 309 亿英镑，占全球法律服务费用支出的 10%。按增加值方法估算英国法律服务行业的产值占英国国内生产总值的 1.6%。该国法律服务业同时为包括金融和其他专业服务类行业创造了不可估量的价值，而且还大大抵消了英国货物贸易的逆差[②]。

最后，制度竞争的终极表现是法律传统的竞争。当下美国法律的全球输出和移植、美国律师事务所全球范围内攻城略地、美国法律思想的传播以及法学教育模式追捧和模仿，使得各国在法律价值、思想方法以及语言都深受美国话语的影响，而话语的主导必然形成规则制定的主导[③]，以至于今天法律全球化可以看作是美国主导的全球化[④]。我国的情况则是相反，现代法治为舶来品，系统性地承担了制度竞争落败的后果。任何关于法律讨论中都充斥着西方法律传统的知识、经验，高端法律服务业让位外国竞争对手。但是失败不意味着逃避，竞争胜出的制度产品具有更优的品质和更低价格，拒绝使用优质产品是不理性的，代价也非常昂贵。竞争落败就意味着要支付购买他人提供的制度产品的价格，而长期支付高价引进制度不应是今后发展的选项。

（二）制度竞争的功能

制度竞争能够区分胜败优劣，但制度竞争的本旨并非如此。通过竞争机制实现优化治理模式才是才是制度竞争的本意。在超越个体竞争者利益的视角观察，制度竞争可以实现最优治理、发现良法和制度创新，并能够满足差异化的用户需求，是比统一立法管制更有效的治理模式。

1. 实现最优治理

制度供给方受到竞争激励，提供并不断优化符合当事人需求的制度产品，会实现整体

---

① International Commerical Law: Exorbitant Privilege, The Economist, May 10, 2014.

② “UK Legal Service 2016”，https://www.thecityuk.com/assets/2016/Reports-PDF/UK-Legal-services-2016.pdf，最后访问日期 2017 年 6 月 20 日。

③ 对美国法律服务在世界范围内的主导地位的概括性描述和冷静思考后在我国推广普通法教育的建议，见何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社，2005。

④ 高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法律反思》，《中国法学》2011 年第 11 期，第 6-24 页。

效用的最大化[①]。按照制度竞争理论雏形，即蒂布模型（Tiebout Model）[②]，居民会“用脚投票”选择自己意愿承担的税负和享用的公共产品。各地政府为吸引更多居民到本地居住，在提供公共产品方面展开竞争，最终导致税负和公共产品之间最佳分配的市场均衡。[③]制度竞争是一种去中心的立法模式（Decentralized Law Making）。位居中心的立法者，不可能不受任何干扰，永远中立、科学地立法，而且还会往往受制于特定利益集团的游说。受到信息不充分的影响，在单一封闭的制度供环境下，极易出现过度管制。制度竞争主张通过基层制度间竞争，实现最有效率的公共治理，而不是中央政府的制度供给。通过赋予基层创设规则的权利，由制度的使用者按照自己的偏好选择，便能淘汰劣法，能够达到最佳治理状态。统一的中心立法模式法虽然能够提高交易的确定性和可预见性，但立法、释法和适用的成本也相应提高，而且很难及时根据市场变化而调整优化。按照制度竞争的逻辑，国际间民商事法律交往应当保持差异化的结构，扩大当事人意思自治的范围，通过司法管辖区的竞争，发现最优的实体法规则。即便制定统一实体法，也不应规定强制性适用范围，而应当规定由当事人选择适用。例如欧盟制定中的《欧洲统一买卖法》，就没有采取强制适用的方式，而采取与成员国合同法并立，由当事人选择的方式适用。如果统一实体法是符合交易需求、高效的法律制度，那他一定会在竞争中胜出。欧盟立法者认为利用制度竞争机制，推广优质规则，才是实现买卖法的统一最佳进路。[④]

制度竞争实现最优治理的前提是，竞争中胜出的制度产品能够最大限度地反应当事人的偏好，但是当事人的偏好并不必然代表制度产品的品质。赋予当事人的选法自由，可能出现优胜劣汰的向顶端竞争的竞优（Race to Top），也可能出现优汰劣胜的向末端竞争竞劣（Race to Bottom）[⑤]。竞劣现象出现的原因在于，参与竞争的各法域为吸引制度用户，倾向于提供最少限制和管束，而不是更公允的法律制度。各个法域都担心域施行严格的制度会提高本地生产成本，使得其他法域获益，从而决定施行较低的保护标准，导致地恶性竞争。例如布兰代斯法官就美国各州的公司法竞争表达过担忧：“各州都倾向于制订和推广提供费用低、限制少的公司法，以至于竞争比拼的不再是审慎勤勉，而是放任和不作为”[⑥]。美国联邦法院之间为争夺破产案件，而竞相放宽对破产债务人的限制，允许其管理层较长时间的控制破产企业，并且相当慷慨地认定债务人的律师费[⑦]。在国际民商事交往中，可观察到的竞劣现象是离岸司法管辖区。离岸法域施行的低标准法律，虽然同时适用于国内和国外市场，但是离岸法域通常领域和人口规模小、产业结构不完整，施行较低保护标准法律并不会对本国产业发展造成障碍，反而会吸引域外用户选择本法域法律。对于竞劣现象，制

[①] 例如通过帕累托最优实现效用最大化，即特定市场主体利益的最大化不是通过减损其他人利益，而是通过获得整体利益最大化实现的。相关论述参见：William W. Bratton & Joseph A. McCathery, The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World, Geo. L. J. 86 (1997) p.217.

[②] Chharles Tiebout, A Pure Theory of Local Public Expenditures, Journal of Political Economy, 1956 Vol. 64, pp. 416-424. 从更广义的角度看，中世纪“呼吸城市空气让人自由”（Stadtluft macht frei）所指的城市居民权的取得，或者“随信仰居住”（beneficium emigrandi）都是通过迁徙取得制度产品的事例，当然这种选择具有非常高的捆绑定价成本。事实上，制度竞争理论也从最初指向的是实体公共产品，诸如警察、消防、道路和公共教育等，随后扩展至政府规制、执法效率、私人自治的保障水平以及环境保护标准等制度产品

[③] Gareth Myles, Public Economics, Cambridge University Press, pp. 257-259.

[④] Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäsiches kaufrecht, JS 2014, S. 269 ff.

[⑤] Damien Geradin and Jeseph A. McCahery, Regulatory co-opetition: Transcending regulatory competition debate, in Jacint Jordana and David Levi-Faur (ed.) The Politics of Regulation, Edward Elgar 2004, pp. 90-123.

[⑥] Liggett Co. v. Lee, 288 U.S. 517 (1933)。德国联邦法院就类似问题表达过同样看法，认为欧洲各国公司法竞争是在“拼下限”，是“对保护第三人利益的最低标准的竞争” ，见 BGH, Beschl. V. 3.3.2000.

[⑦] Lynn M. LoPucki, Courting Failure: How Competition for Big Cases is Corrupting the Bankruptcy Courts, Michigan University Press, 2005, p.46.

度竞争理论认为这只是多余的担心。多元化的制度使用者并不总是希望选择保护水平最低的法律，因此会在不同的保护水平之间发生竞争，最终实现较为公允的结果[①]。此外，向末端竞争的现象会还受到国际私法规范的抑制。选择外法域成立公司，只能改变公司内部事项的准据法。当事人选法不可能具有约束第三人的效力，而且触及本法域法律保护底线的外国法会受到公共秩序保留的排除。

2. 激励制度创新

制度竞争机制也是发现良法和制度创新的机制（Process of Discovery of Best Rules）。[②]制度供给方受到竞争激励，主动发掘市场需求，并提供新的制度产品。如果该产品符合用户需求，则充分享受市场回报。如果该制度产品不符合用户需求，则会被市场淘汰。制度供给方根据市场的反馈，调整提升产品品质。竞争机制作为程序性机制，不会预设什么样的规则更好，但能够确保竞争胜出产品的品质更符合治理需求。[③]制度竞争机制天然具有鼓励实验和试错的功能，并将试错成本降至最低。[④]可以将较差的制度产品的不利后果局限在较小范围，而且当事人可以通过选择更优的法律，避免不利结果的出现。英国公司法创设的封闭式有限公司在欧陆的风靡，并迫使德国法引入经营者有限责任公司，以及美国公司法创设的有限公司（Limited Liability Company）以及商事仲裁法上的紧急仲裁员制度（Emergency Arbitrator）的出现和广泛传播便是激励制度创新的具体例证。

3. 满足差异需求

制度竞争还可以满足多样化的需求。制度市场中供给产品是多元化的，制度需求也是多样的。本法域制定的法律，只能反应和满足国内经济和社会需求，不能满足所有当事人的所有需求，而制度市场上不同的制度竞争者提供不同的制度产品，可以满足不同当事人的不同需求。

四、新进竞争参与者的策略

制度竞争机制能够实现最优治理，满足多样化的需求，并激励制度创新，但是对于制度供给方个体而言，最关切的问题还是，如何成为制度竞争的胜出者，享受竞争胜出的回报，实现降低本国营商者海外交易的法律成本、提高本国法律服务行业的竞争力，并输出法律规则产品和纠纷解决服务，参与全球商事规则的制定和民商事治理。

（一）基本立场

参与全球法律竞争，必须直面我国作为新进参与者的现实。我国作为新进参与者，具有两大特征。其一，在我国参与竞争之时，已经形成传统商事规则制定者以及离岸司法管辖区主导竞争的格局。其二，我国赖以参与竞争的制度产品，很大程度上建立在法律移植的基础上，缺少竞争优势。法律移植在制度层面容易模仿，但受制于法律传统和法律方法，实施效果必定大打折扣，而且模仿得来的优势无法持续，缺少持续创新能力。新进参与者寻求进阶，面临两个路径选项，或者建设离岸司法管辖区，或者成长为法律竞争的主导者。制度竞争主导者和离岸司法管辖区的差异在于，前者制定和输出优质规则产品，而后者通过降低成本、专业化以及差异化的方式复制前者供给的制度产品。建立离岸法律服务中心，

---

① Richard L. Revesz, Environmental Regulation in Federal Systems, Yearbook of European Environmental Law 1(2000), pp. 1-35.

② Barbara Gabor, Regulatory Competition in the Internal Market, Edward Elgar, Cheltenham & Massachusetts, 2013, p. 5-6.

③ Friedrich August von Hayek, Competition as a Discovery Procedure, in: Hayek (ed.) New Studies in Politics, Philosophy, Economics and the History of Ideas, University of Chicago Press, 1978, p. 179.

④ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen in Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 190 ff.

并非大国之首选。离岸司法管辖区出于人口、土地、自然资源的限制，难以支撑大规模或者全工业体系。本地缺少大量的商事争议，只能面向域外提供法律服务。对于经济体量巨大的司法管辖区而言，提供法律服务促进实体经济的增长，提升规则制定实力和影响力无疑是更为重要的价值目标。成长为制度竞争主导者，成为我国参与全球法律竞争的唯一目标。

根据竞争理论，影响竞争格局的因素包括产业既有厂商的竞争、替代品的威胁、供应商的议价实力和用户的议价实力。[①]既有厂商构成新进入者的竞争门槛，例如当下英美法系在国际商事法律竞争中的具有的法律传统、语言、规则的支配地位。学习曲线（Learning Curve）或者经验曲线（Expericence Curve）的制约，这些先进入者通过长期实践获取的新进者不具备的效率和成本优势，只能通过加速积累经验才能破除。替代品的威胁指的是能够替代竞争主导者提供的规则的其他制度产品，比如仲裁对诉讼的替代，其他非诉纠纷解决对仲裁的替代，以及统一实体法对各国国内法的替代。若参与和推广统一实体法、采用其他替代性纠纷解决机制，便可以消解传统产品供应者的成本优势。供应商的议价实力指的是，影响产品成本的上游产业的情况。在制度竞争语境下可转换表述为，特定司法管辖区是否能够有充分自主权制定和修正制度产品，而受到较少的宪法或司法审查的制约，或者法院能够造法或者法律续造，而不受立法者的制约。离岸司法管辖区，尤其是普通法的离岸司法管辖区就享有制度宽松的优势。用户的议价实力指的是，制度使用者是否对特定产品有强烈的偏好，比如占经济和谈判主导地位的当事人是否倾向于选择特定法律，例如美国当事人在交易中选择本国法作为准据法。

（二）策略建议

如何提升具体部门法律制度在全球法律竞争中的实力，应当单独根据具体法律部门的现实，制定竞争策略，本文无意展开论证。本文的侧重点是，如何优化制度竞争机制，整体上促进制度竞争功能的实现和优化。着眼于制度市场的形成、多元供给以及优化激励反馈机制，本文提出如下建议。

1. 扩大当事人选择自由

只有形成制度市场，竞争机制才能运行。只有存在有效竞争，才能使制度使用者和供给者的效用最大化。对于制度使用者而言，只要存在制度市场，就可以从制度竞争中获益，获取成本最低、品质最好并且不断创新的规则和纠纷解决服务，并且能从制度市场中获得差异化需求的满足。对于制度供给方，在竞争机制作用下本国供给的制度品质会不断提高。相反一国将自己置于竞争之外，只会导致本国法律产品和服务越来越差，越来越没有竞争力，越来越没有开放的动力。只要参与竞争，本国法律品质就会比不开放时更好。扩大当事人意思自治和选择权的范围，积极参与制度竞争，是制度竞争机制功效最大化。

当下我国涉外民商事治理中最封闭的环节存在于判决流通领域。我国判决在域外难以承认，也很少承认外国判决[②]。内外国判决不能流通，当事人只能通过多重起诉才能跨境救济。由于内外国法院判决不可等价互换，也就剥夺了当事人选择法院起诉的可能。缺少当事人的选择自由，竞争机制便不能展开。一方面，我国法院被置于竞争壁垒的保护之下。另一方面，外国法院不承认中国判决，外国当事人也不能使用我国法院的纠纷解决服务，谈何参与国际治理和制订国际规则。构建判决流通体系，允许当事人（原告）在符合管辖权分配正当原则的情况下，使用外国法院提供的纠纷解决服务，才能激励竞争。在协议选择法院领域，我国民事诉讼法要求当事人只能选择与案件有实际联系的法院，限制了当事人选择法院的范围，进而限制了法院竞争的范围。扩大当事人选择的范围，才可能让竞争

---

① ［美］波特：《竞争论》，高登第、李明轩译，中信出版社 2003 年第一版，第 4-19 页。

② 近来，尤其是最高人民法院第二届中国-东盟大法官论坛南宁声明之后，互惠标准的放松和实践的增多，判决流通的空间越来越大。

和市场机制发挥作用，使制度使用者和供给者的利益都能实现最大化。要想竞争胜出，必须参与竞争。参与竞争一定会提升司法解决纠纷服务的竞争力，而回避竞争只会导致落后并持续地封闭。

2. 增加多元制度供给

制度竞争机制的展开以多元化的制度供给为前提。多元化的制度供给，不仅能够可以满足差异需求，还可以促进制度创新。对外发展的过程中，国内统一的法律制度难以及时地为“走出去”的企业提供足够灵活、多样化的制度产品。国内法与涉外法律对特定制度的需求不同，国内案件中公序良俗、强制性规定以及效力性规定等秩序和规制利益的需求更高，而在涉外案件中当事人意思自治、国际商事惯例以及外国法适用的容忍度更高。统一的国内立法修订程序漫长，而且没有试错的空间。临时仲裁是国际投资仲裁和商事仲裁中广泛使用的争端解决方式，但我国现行仲裁法并未规定这一制度。《立法法》第 8 条规定仲裁事项必须制定法律，若要引入该制度则必须修法，而修改成本过高、时间过长，不得以只得由最高人民法院通过非正式的司法意见来认可临时仲裁[①]。

在统一的国内立法之外，授予某种形式的涉外立法权限，可以实现制度产品的差异化供给。按照立法事项的范围和立法层级，增加制度供给可以是设立独立的涉外司法管辖区或者涉外平行立法。前者类似迪拜金融中心，在宪法概括授权的基础上，形成独立法域。施行与国内法不同的民商事制度，由国际私法规则调整该区域与国内其他地区的关系。独立涉外司法管辖区仅以民商法或特定法律部门为限，例如仅以涉外仲裁为限，设立单独的仲裁地。涉外平行立法则是在保留中央立法权的前提下，为特定涉外民商事关系规定特定的法律，通过涉外性的认定标准与国内立法相区隔。例如法国、新加坡和瑞士都单独规定了国际仲裁法，提供灵活、高效又不失公正的仲裁制度，助力建设国际商事仲裁中心。

通过设置涉外司法管辖区或涉外平行立法，除可以满足差异化供给，可以促进制度创新。涉外法律实践过程中积累的优质规则和裁判方法还可以反哺国内法制。普通法现代化过程中对作为涉外实体法律的商人法（Law Merchant）的吸收，开创了英国商事法律传统[②]，而市民法（ius civile）对解决跨国法律问题的万民法（ius gentium）的吸纳[③]，则对罗马法在中世纪的复兴和世界范围内的传播起到了“决定性作用”[④]。即便涉外法律实践被证明失败，也可以为国内法律改善和优化提供经验和借鉴。

3. 强化法院支持

在制度竞争激励和反馈机制中，法院扮演核心角色。法院是规则的适用者，通过裁判案件解释法律，创设或认可规则。法院不仅在诉讼中提供纠纷解决服务，并且通过支持仲裁、调解等非诉纠纷解决方式，间接地向当事人提供纠纷解决服务。法院能比立法者更及时地回应不断变化的商事需求，调整规则产品和纠纷解决服务的内容。本国法院管辖案件的数量和规模，直接关涉到本国法律服务行业的发展。

若设置涉外司法管辖区，则需要配套设置专门法院，适用和续造该法域的实体规则，并提供相应纠纷解决服务。不设置司法管辖区时，通过合理扩大本国法院的管辖权，同样能够增强本国的制度竞争力。管辖涉外案件意味着国内法院通过裁判影响内外国当事人的权利义务，参与国际民商事治理。若本国法院作为中立法院被当事人普遍选择，本国法院还将承担国际民商事治理的主导角色。例如英国在海商、保险领域，瑞士在体育法领域，

---

① 《最高人民法院关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第 9 条第 3 款，法发〔2016〕34 号。

② F. C. T. Tudsbery, Law Merchant and the Common Law, Law Quarterly Review, Vol. 34, Issue 4, pp.392-401.

③ Friedrich K. Juenger, General Course on Private International Law, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law (1983) Vol. 193, Nijhoff, The Hague, p. 138.

④ 米健：《略论罗马万民法产生的历史条件和思想渊源》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》，1984 年第 1 期，第 102 页。

通过本国法院的裁判，主导和支持特定领域跨国秩序的构建。对我国而言，不应通过在平行诉讼中争夺过度管辖权的方式，谋求扩大本国法院管辖权。过度管辖会影响正常的民商事交往，也无益于制度竞争机制功能的发挥。通过优化法院裁判和纠纷解决的品质，吸引当事人选择本国法院诉讼的方式，扩大我国司法管辖的范围。

也正是因为上述原因，各国都竞相设立国际商事法院（或商事法庭），争夺国际商事案件的管辖权。设置国际商事法院的本意，是通过提供国际商事交往所需的专业化、国际化、程序灵活、裁判结果可预见的纠纷解决服务，吸引当事人选择本国诉讼。以“介入程度最低，支持最有力”的方式，[①]在当事人意思自治和秩序规制之间寻求平衡。迪拜金融中心法院和新加坡商事法庭都采用将仲裁程序优势植入法院程序的方式，打造国际商事法院。一方面吸收仲裁程序的灵活性，同时利用法院管辖权的广泛性、程序公开性、权威性和裁判的一致性，在最大范围内满足国际商事交往的需求。国际商事法院采取的典型改革措施包括，适用国际通用语言审理案件，允许外籍法官任职，外国律师出庭以及更灵活的证据开示或庭审程序等满足当事人需求。商事法院优势的发挥，还取决于其他“基础设施”。没有判决承认执行体系的支撑，裁判品质再高也不会吸引当事人。国内法特定制度的缺失，也影响法院管辖权的扩张。我国仲裁法不允许临时仲裁，那么我国法院就不可能监督或支持以我国为仲裁地的商事或者投资仲裁，输出规则。以此，优化涉外审判权的配置，或者设置国际商事法庭，也是我国利用制度竞争机制的可选项。

五、结论

制度竞争是跨境民事交往中多元法律供给导致的必然结果。通过赋予当事人选择自由，国际私法促成并规制制度市场。在规制模式上，通过竞争激励能够发现最优规则，实现国际民商事交往的最佳治理。在制度供给方个体角度上，应当谋求成为制度竞争的胜出者，竞争落败会承担高昂代价。在追求成为制度竞争胜出者的过程中，应当充分利用制度竞争机制，为不同法律部门制定不同竞争策略。在优化制度竞争机制的角度，可考虑如下建议。首先扩大当事人选择自由。只有赋予当事人选择自由，才能形成制度市场，才能形成制度竞争机制。其次，应当增加制度供给。多元制度供给是制度竞争的前提。通过设置独立的涉外司法管辖区或者涉外平行立法，可以强化竞争激励机制的运行，满足当事人差异化需求，降低试错成本。最后，应当利用法院在制度竞争中的核心地位，加速竞争激励和反馈机制。通过优化判决承认执行的基础设施，优化涉外审判权的配置，或者设置国际商事法庭，可以吸引当事人选择本国诉讼，使本国深度参与全球民商事司法治理，降低我国当事人跨境法律交易安全和交易成本，促进涉外法律服务业的发展，增强国家在国际商事规则制定的话语权以及本国法治价值和法治传统的全球分享。

10.欧盟反垄断私人执行的发展及其对我国的启示

单娟*

摘　要：传统上，欧盟以公共执行竞争法为主。2000 年以来，欧盟逐渐意识到私人执行反垄断法的作用，2003 年的 1/2003 号条例第 7 条明确了私人可以要求赔偿，同时规定必须根据相应成员国适用的程序和实体法规定在各国家法院予以执行。欧盟 2005 年的《绿皮

[①] Michael Hwang, Commercial courts and international arbitration – competitors or partners?, Abitration International 2015, 31, p.194.

* 山东科技大学文法学院

书》和 2008 年的《白皮书》作为建议性文件对欧盟私人执行反垄断法提供了系列思路，在此基础上 2014 年欧盟颁布《损害赔偿指令》，作为立法进一步推进欧盟反垄断私人执行的一体化进程。本文从阐释欧盟反垄断私人执行发展面临的现实障碍出发，通过对欧盟反垄断私人执行立法沿革梳理，分析欧欧盟具体的立法措施，以期对我国反垄断私人执行提供启示和借鉴。

关键词： 欧盟竞争法 私人执行 损害赔偿 欧盟损害赔偿指令

反垄断私人诉讼的功能以威慑和补偿为基本追求，美国无论是公权力机关还是私人都以民事诉讼的方式执行反垄断法并以威慑为主要目的。传统上，欧盟反垄断法的执行一直是欧盟委员会和各国家反垄断执行机构的专属权力换言之欧盟反垄断的实施主要依靠公共执行。[①]本世纪以来欧盟委员会也逐渐意识到对违反反垄断法的行为通过私人寻求赔偿等方式可以对市场起到相应的威慑作用，于是欧盟委员会开始探寻在国家法院加强反垄断损害赔偿行动的方法并积极建立一个欧盟的私人执法机制。在过去的十余年中，欧盟竞争法和竞争政策在进行了一场权力下放的改革，私人反垄断执行[②]逐渐兴起。

本文从阐释欧盟反垄断私人执行发展面临的现实障碍出发，通过对欧盟反垄断私人执行立法沿革梳理，分析欧欧盟具体的立法措施，以期对我国反垄断私人执行提供启示和借鉴。

一、欧盟反垄断私人执行的现实障碍

欧盟大多数私人反垄断诉讼都涉及违反《欧盟运行条约》两项核心反垄断规制即 101 条款即禁止垄断协议和 102 条款即禁止滥用市场支配地位（原《欧共体条约》81 条和 82 条），这些规则大致相当于美国《谢尔曼法》第 1 节和第 2 节的禁止性规范。[③]欧盟委员会（竞争总司）将这些规则应用于对欧盟成员国之间的贸易产生实际或潜在影响的案件（对成员国间贸易没有这种影响的案件属于成员国的国家竞争主管机构管辖），委员会拥有广泛的调查前和相当多的资源，使其能够调查潜在的反垄断违法行为；委员会还可能对违反欧盟反垄断法的企业处以罚款。因此，欧盟委员会属于其管辖范围内的案件的调查者和决策者。虽然欧盟竞争规则的损害赔偿根植于欧盟法律，但在实践中必须根据相应成员国适用的程序和实体法规定在各国家法院予以执行。如果出现关于国家法律与欧盟法律冲突等问题，成员国法院可以将法律问题提交给欧盟法院，欧盟法院的裁决对成员国国家法院具有约束力。欧盟在这场反垄断私人执行的过程中，由于法律传统等差异，面临着众多的现实障碍。

（一）成为索赔人的资格问题

现行的立法表明，欧盟及各成员国允许不以欧盟委员会或者成员国国家竞争执法机构对市场主体是否违反竞争法做出决定为前提即可提起民事赔偿请求。然而，为了证明侵权

---

① 朱磊:《欧盟过氧化氢垄断侵权案评析》，载《武大国际法评论》2016 年第 2 期，第 499-514 页。

② 本文使用反垄断私人执行的概念，与之想接近的几个概念包括：反垄断私人实施、反垄断私人诉讼、反垄断民事救济等，这几个概念的内涵和外延有一定的出入，但基本思想都是表达私人利用反垄断法的问题，反垄断的私人诉讼是反垄断私人执行其中最主要的类型，包括合同无效、损害赔偿、行为禁令、分拆、强制许可、吐出获利、返还等多种诉讼请求类型，因目前欧盟的实践主要集中在损害赔偿诉讼中，故本文将讨论的范围主要限定在损害赔偿之诉。文中可能会交互使用几个概念。
本文使用反垄断损害赔偿诉讼的概念，

③ See Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union arts. 101, 102, Sept. 5, 2008, 2008 O.J. (C115) 47 (effective Dec. 1, 2009) [hereinafter TFEU].

行为，索赔人必须通过因果关系提供损失证据并提供侵权行为发生的书面证据。[①]而这恰恰是取得原告/索赔人资格取得的最大问题所在。在反垄断案件中，能够证明反垄断赔偿案件事实的许多关键证据经常被隐藏起来，并且为被告或者第三方所持有，原告通常无法知道足够的细节而造成结构性的信息不对称。在欧盟并没有普及电子支付的情况下，终端消费者通常不会长时间持有所谓的证据（如发票或收据），也不拥有决定性的侵权细节；而且各国一般也不愿提供此类信息，因为担心提供错误的证据数据而被起诉。因此，如果一个包含欧盟委员会或国家竞争执法机构未采取执法行动的案件进入一国法院，当事人必须充分证明侵权和损失。

虽然在欧盟委员会和国家竞争执法机构对侵权行为进行制裁后，索赔人相对更容易获得补救，但证据问题将继续成为中小企业和消费者的一个障碍。最近这种障碍的一个例子是在英国的 Enron（安然公司）案中，[②]索赔人未能证明因果关系和损失的数量。困难之处在于，由于上诉法庭不能对侵权行为的影响进行“深入”审查，因为它必须接受国家赔偿委员会的侵权调查结果，这就造成了相当大的“证据”问题，即使确立了侵权行为，索赔人还需证明违反竞争法造成的损失（损失的计算将在后文进一步解释）及因果关系，而各国国内法的差异导致各国国内法方法认定因果关系会带来保护的差异。

此外，欧洲联盟委员会认为，根据国内法提起损害赔偿诉讼的时效期限是有效追回损害赔偿的重大障碍，因为这些时限在欧盟各不相同，适当的时效期限允许“后续”和“单独”行动的可能性。

（二）索赔人损失的量化问题

在 Francovich 案[③]确立了向国家索赔的三项条件之后[④]，欧洲学界主张将该原则予以应用于私人对一定的实体进行索赔的争议上。欧盟对于违反竞争法的损害赔偿目前仍坚持补偿性赔偿原则，然而众所周知在反垄断领域由于需要进行详细的市场分析，损害赔偿的量化非常复杂和困难的，而单个的受害者计算和证明损害更为困难。

关键的挑战是量化赔偿额的前提是确定有关产品和服务的“假设竞争价格”（即在没有侵权的情况下应然的价格），虽然普遍认为最终的确定应有法院来确认进而最终估计个人损失，但索赔人仍然必须承担提供复杂的能够具有充分的代表性的事实和经济背景证据（如购买和市场数据）的举证责任。同时在计算和市场分析评估过程中，往往会出现复杂而具体的经济和竞争法问题，在没有统一的计量经济模式的情况下最有经验的法官也往往难以判定。因此，侵权方往往以索赔人采用的模式不正确为由提出上诉。

（三）转嫁抗辩问题

转嫁（passing-on）是遭受反垄断侵权损害的直接购买者[⑤]将自己所受损害转移至其他购买者的情形。转嫁抗辩（passing-on defence）[⑥]一方面被适用于被告即垄断侵权人在诉讼中

---

① 通过系列判例，欧盟法律为任何违反欧盟竞争法的受害者提供法律依据，只要符合以下三个条件，任何受害者都可以直接要求赔偿：(1)违反了第 101/102 TFEU 条，(2)个人遭受了损害；(3)损害与侵权之间存在因果关系。See Case C-6 and 9/90 Francovich, op.cit; Case C-360/09, Pfleiderer [2011] ECR I-5161, 28; Case C-199/11, European Community v Otis NV and others [2012] ECR I-0000, 43.

② Enron Coal Services Ltd [2010] E.C.C 7 CAT.

③ Case C-6 and 9/90 Francovich, op.cit.

④ 一般认为包含成员国行为具有违法性且违法性达到相当程度、存在损害、损害和违法行为存在直接因果关系三个方面。

⑤ 自最初销售者（垄断侵权人）遭受损害的购买者称为直接购买者，自直接购买者受转嫁损害的购买者为间接购买者，不再转移转嫁损害的购买者是最终购买者例如消费者。间接购买者可以是最终购买者两者关系为最终购买者必然是间接购买者但间接购买者不一定是最终购买者。参见杜若英.论反垄断损害赔偿之诉的间接购买者适格——以转嫁为中心[J].经济法研究,2014,13(01):213.

⑥ 何治中：《美国反垄断法间接购买者原则研究》，载《东方法学》2008 年第 4 期，第 125 页。除此之外，国内学者还有传递抗辩、防御方法的转嫁等多种表述。

以转嫁为抗辩，证明原告（直接购买者）已经转移损害且不再适格。换言之被告可以以此为由反驳部分或全部多收费用直接购买者已经转嫁给间接购买者的主张，从而减轻或否定损害赔偿要求。另一方面，作为原告的间接购买者需要证明损害的转嫁即被告实施了侵权行为，侵权导致直接购买者的超额收费，间接购买者购买作为侵权对象的货物或服务。

在违反竞争法的诉讼中，允许转嫁抗辩可被视为阻碍私人行动，并可能为被告（垄断侵权者）提供有利条件，使损害赔偿要求的工作复杂化。首先，如何确定垄断的过度收费实际上传递至下一层的购买者（即间接购买者）。其次，如何量化直接购买者通过更高价格时出现的损失销售效应，因为（部分）传递带来了更高的价格有可能降低了直接购买者的需求。

（四）诉讼成本等经济风险问题

反垄断的私人执行还存在着较高的经济风险，首先搜集和分析相关的证据和数据的损害赔偿准备工作通常需要外部法律和经济专家的支持；其次由于反垄断调查的复杂性等决定这不是一个短期的工作，传统的诉讼时效内证据的搜集和分析可能并不能充分有效的完成；再者各国家法院往往要求支付前期的诉讼费用而这个诉讼费用往往数额较大，势必增加相关索赔主体的财产风险；最后，索赔人尤其是直接购买者由于垄断侵权往往是具有一定市场支配地位者实施或者长期的固定合作基础等带来供应链断裂等商业风险。

（五）相关主体缺乏法律意识与集体救济问题

根据欧盟法院的判例法，受害者获得损害赔偿的权利由欧盟法律直接赋予，但是在实践中必须根据相应成员国适用的程序和实体法规定在各个成员国国家法院执行。由于欧盟的反垄断损害索赔仍处于起步阶段，大多数成员国对于违反欧盟竞争法的行为缺乏明确的法律框架，在各国国家层面上的法律改革是零碎的，因此除了前述的证据、额度量化和经济风险等原因外，欧盟大陆的绝大多数国家以成文法为依据追求法律的确定性和可预测性的传统，导致单个的受害者仍然不愿意提出索赔请求。对大多数个人来说，如果潜在的损害赔偿是补偿性的，那么法律程序的费用和不便是不值得的。[①]因此，在实践中损害索赔只能是集体行为才更为有效，尤其是对于间接购买者而言。

二、欧盟反垄断私人执行的立法沿革

欧盟内部私人反垄断诉讼的做法是基于欧盟法院在 21 世纪初 Courage Ltd v Crehan[②]和 Manfredi[③]的判决中制定的有效性原则确立了成员国法院可以对私人主体提供适当的司法救济以保证《欧盟条约》81 条和 82 条的实施。同时，在欧盟委员会的建议下，欧盟理事会于 2002 年通过了第 1 /2003 号条例，该条例规定自 2004 年 5 月起在各成员国全面推行反垄断私人诉讼，[④]条例创设了分散执行竞争的规则并确立了国家法院对私人反垄断案件的办法，以确保欧洲市场不被扭曲，但这只是限于形式上的改观。由各成员国自行设计违反竞争法的私人补救制度，成员国缺乏统一的监管，造成了重大的不确定性。因此欧盟反垄断法的私人执行并没有明显的起色，在 2004 年 8 月阿舍斯特律师事务所受欧盟委员会委托出版《关于欧共体竞争规则影响下的损害索赔研究》，其结论是欧盟竞争法的私人执行状况的

---

① According to a survey, more than fifty percent of European consumers stated they will not go to court to seek redress for claims of less than ￥200. Katy Dowell, Proposal for EU-Wide Class Action Finds No Favour With UK Practitioners, Law. (Eng.), Dec. 15, 2008, http://www.thelawyer.com/cgi-bin/item.cgi?id=136067.

② Case C-453/99 Courage Ltd v Crehan [2001] ECR I-6297, [2001] 5 CMLR 28.

③ Joined Cases C-295-298/04 Manfredi, [2006] ECR I-6619.

④ Council Regulation (EC) No．1 /2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Official Journal L 1 of 4.12003,pp.25).

特点是“完全不发达”和不同成员国采取的方法中“惊人的多样性”。[①]

作为对这种欧盟私人执行反垄断法的悲观景象的反映，欧盟委员会在 2005 年发布了《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼绿皮书》（Green Paperon Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules，以下简称: 《绿皮书》），[②]绿皮书的目的在于理清建立有效损害赔偿机制的主要障碍，并针对问题提供政策选择的不同方案，进而采取措施促进后续诉讼和独立诉讼。在绿皮书中，委员会主要围绕证据公开、规则与按照、赔偿原则、转嫁抗辩、集团诉讼、成本分配原则、因果关系规则等问题讨论并公开征求意见。[③]在《绿皮书》的基础上广泛征求意见后，欧盟委员会在公布了《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼白皮书》（(White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules，以下简称: 《白皮书》），[④]白皮书在欧盟范围内为限制竞争行为的受害者提出了旨在创建一套有效私人执行机制的诸多建议。《白皮书》以创新的方式介绍了欧盟反垄断的公共执行与私人执行是并行存在的，并通过系列方案增强了消费者的诉讼地位，提高了在竞争案件中获得救济的可能性；间接购买者[⑤]可以选择集体救济，通过消费者协会提起集体诉讼或采取其他统一索赔行动；《白皮书》确定直接和间接购买者都可以获得损害赔偿，而且以受害者的全额赔偿为首要指导原则；同时建议赔偿不仅仅限于实际损失，还应扩大到利润和利息损失；除此之外，白皮书对转嫁抗辩、诉讼成本、诉讼时效、宽恕豁免等问题也做出了建议。

《白皮书》一经公布即受到广泛的关注，无论欧盟内部还是外部对《白皮书》的看法都不尽一致。[⑥]无论是《绿皮书》还是《白皮书》对于如何协调欧盟竞争法和成员国法律、在多大程度上借鉴美国的做法等问题均为明确表述，但由于欧盟成员国国内法中大多规定了违反成员国和欧盟竞争法的行为造成损害请求赔偿的一些规则，且这些规则并不相同，尤其是证据公开、转嫁抗辩和诉讼时效等方面的规定差异较大。[⑦]同时《白皮书》对私人执法的程序、赔偿的量化、是否引入惩罚性赔偿等问题并没有涉及，而《绿皮书》和《白皮书》作为政策报告并不具有法律的效力，不能视为一种立法。欧盟委员会曾公开表示，欧盟内部反垄断法实施方法的持续差异可能“使其成本过高且难以提起反托拉斯损害赔偿诉讼”，结果是补偿不是所有成员国的受害者都可以获得“反垄断违法行为的大多数受害者，

---

① 该研究报告所统计的数据表明，从 1962 年至 2004 年 8 月，在所有的 25 个欧盟成员国中，总共只有 50 件私人实施案例(其中，根据欧盟竞争法提起诉讼的有 12 件，根据成员国竞争法提起诉讼的有 32 件，还有 6 件是根据成员国和欧盟竞争法提起诉讼的) 。这些案件中只有 28 个案例原告胜诉(其中，根据欧盟竞争法提起诉讼的有 8 件，根据成员国竞争法提起诉讼的 16 件，还有 4 件是根据成员国和欧盟竞争法提起的诉讼) 。参见阿舍斯特律师事务所提交的研究报告：Study on the conditions of claims for damages in case ofinfringement of EC competition rules， produced by Ashurst for DG Competition，(August.31,2004) ,http: / /ec．europa．eu /competition /antitrust /actionsdamages/economic_clean_en.Pdf.2015 年 11 月 15 日访问。

② Commission Green Paper． Damages actions for breach of the EC antitrust rules，COM(2005) 672，Final．

③ 綦书纬：《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼白皮书》述评，载《经济法论丛》2010 年第 2 期，第 415-425 页。

④ White Paper－Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules，http: / /eur－lex.europa．eu /LexUriServ /LexUriServ.do? uri =COM: 2008: 0165: FIN: EN: PDF，last accessed on 24 July 2015．

⑤ 自最初销售者（垄断侵权人）遭受损害的购买者称为直接购买者，自直接购买者受转嫁损害的购买者为间接购买者，不再转移转嫁损害的购买者是最终购买者例如消费者。间接购买者可以是最终购买者两者关系为最终购买者必然是间接购买者但间接购买者不一定是最终购买者。参见杜若英.论反垄断损害赔偿之诉的间接购买者适格——以转嫁为中心[J].经济法研究,2014,13(01):208-223.（213 页）一般认为间接购买者即指最终消费者。

⑥ 綦书纬：《违反欧共体反托拉斯规则的损害赔偿诉讼白皮书》述评，载《经济法论丛》2010 年第 2 期，第 402-426 页（406 页）。

⑦ 林燕萍,俞胜杰：《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》之评析与借鉴，载《政治与法律》2016 年第 11 期，第 116-124 页。

尤其是中小企业和消费者，很少能够获得所受伤害的赔偿。”[①]基于此在《绿皮书》和《白皮书》的基础上，2014 年 4 月 17 日欧盟议会部长理事会通过《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》（以下简称：《损害赔偿指令》），[②]该指令是旨在促进欧盟是欧盟调整私人执行竞争法的最新立法成果，力求编纂国家法院的判例法，并指导成员国建立提供程序和法律确定性的法律框架。明确地说，新规则力求加强公共机构和私人对竞争规则的执行。公共和私人执法都是相辅相成的，惩罚违法行为实施方的非法行为，劝阻类似行动，并最终向受影响方支付赔偿。人们可以假设，欧盟委员会的中心目标是惩罚那些因从事反竞争行为而不公正地致富的法律实体。在竞争对手之间创造一个公平的竞争环境，在欧盟提供一个更健康的内部市场，并结合建设性的创新，促进发展。理论上，保护竞争对手的利益和向经济实体提供一套统一的规则，应能阻止侵权行为，提高受影响方在索赔时的成功率。《损害赔偿指令》要求各成员国在 2016 年 11 月 27 日完成对该指令的转换使各成员国在反垄断损害赔偿诉讼领域的国内法规则基本一致。

三、欧盟反垄断私人执行的推进措施

根据欧盟系列条约的精神我们可以推断，欧盟委员会在竞争问题上的主要目的有二：一是保持欧盟内部市场上的公平竞争以促进经济发展，二是促进欧盟单一市场的进一步发展。对于公平竞争统一的市场环境的塑造最直接的方式即惩罚那些违反竞争政策的市场主体。十几年来欧盟的一系列判例和相关立法的都出现了发展反垄断私人执行的关键因素，这些因素是欧盟法律的一部分并直接适用于成员国国家法院的损害赔偿诉讼，欧盟各国国内法院受理的反垄断私人诉讼日益增加。

（一）损害赔偿诉讼的基本原则确立

1.全面赔偿原则

欧盟委员会通过《白皮书》和《损害赔偿指令》认为保证所有受害人获得完全赔偿是反垄断损害赔偿诉讼最首要的指导原则，对受害人的有效救济可以大大限制竞争行为被发现和承担责任的可能性，进而公正的赔偿也将威慑潜在的违法者并对市场主体更好的遵守欧盟竞争法方面产生积极影响。[③]

在赔偿范围上，欧盟委员会同样通过《白皮书》和《损害赔偿指令》支持在欧盟法院 Manfredi 案中的观点，受害人获得的赔偿应该能够使受害人恢复到如同之前未收到违反竞争法行为之前的状态。损失应该包括因违法行为而导致价格上涨所遭受的实际损失以及销售额减少导致的利润损失和相关利息损失。[④]《损害赔偿指令》明确各成员国应将指令转化为国内法因此这将大大有利于规则的统一性和损害赔偿的可预见性。[⑤]

针对如何评估受害人所受损失的量化这一实现赔偿的瓶颈问题，欧盟委员会在《白皮书》中并未涉及，后曾专门制定了《关于量化损害赔偿诉讼中反垄断损害的指引文件草案》和操作指南，旨在帮助各成员国国内法庭和当事人完成负责间距的损害量化工作，操作指

---

① European Comm'n, Competition--Antitrust--Actions for Damages--Overview: Towards More Effective Antitrust Damages Actions in Europe (2014), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/.

② 《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》为笔者自译，英文全称为“on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union”，载 http: / /eur - lex. europa. eu/legal -content/EN/TXT/？uri = uriserv: OJ. L_.2014．349. 01.0001.01.ENG，2019 年 4 月 15 日访问。

③ Directive, art. 3(1), 2014 O.J. (L 349) 12.

④ Case C-295/04 to C-298/04 Manfredi, op.cit.Directive, art. 3(2), 2014 O.J. (L 349) 12.

⑤ 林燕萍,俞胜杰：《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》之评析与借鉴，载《政治与法律》2016 年第 11 期，第 119 页。

南从经济学方法、测量技巧和经验三个维度对定量工作提供了指导。[①]欧盟委员会通过《损害赔偿指令》明确欧盟成员国的损害量化不受统一的法律规则的制约，可以自行制定自己的证据标准和被理解为在可量化和成功的损害诉讼中包含的证据规则；同时国内反垄断执法机构作为反垄断法的公共执行部门同样有义务基于欧盟成员国法院的请求对损害定量提供协助。[②] 根据《损害赔偿指令》成员国将在自己的法律框内内指定举证责任和当事人向国家法院提交的事实证明材料，由国家法院予以公正详实的分析。国家规则应显示简化的计算规则和具有不可反驳或无可辩驳性质的推定，以便保证国家法院程序的公正和顺利的完成。逐个案例的方法是量化的必要条件，因为每个案例都将有一个更合适的公式，已达到一个合理的估计保证涵盖所有发生的损失，但所有损害纠纷应遵循同样的基本程序。[③]

2.禁止惩罚性赔偿的限制

在美国索赔人可根据《克莱顿法》第 4 条规定获得三倍赔偿及诉讼费用和合理的律师费，这与美国的反垄断法执行主要依靠私人执行有关，通过私人执行并获得惩罚性赔偿来实现美国竞争法的威慑作用。欧盟对此采取了相对保守的做法，欧盟将此权利赋予成员国，但大多数成员国以不同的理由排除了允许这种损害赔偿的可能性。[④]虽然《绿皮书》曾经指出损害赔偿加倍可能引起更多的损害赔偿请求。但最终《损害赔偿指令》明确该指令中的的充分赔偿不应导致过度赔偿，无论是惩罚性赔偿、多重赔偿或其他累次那个的赔偿。该指令同时通过不完全列举的方式否定了所有过度赔偿的情形。[⑤]

3.垄断侵权者的连带责任及限制

《损害赔偿指令》要求垄断成员对由此造成的损害承担连带责任。[⑥]那些遭受垄断固有活动之害的人有权向侵权方之一提出索赔。理想的情况是，向索赔人提供这样的选择很可能会导致他们的法律顾问将矛头指向拥有最大资本持有的实体。《损害赔偿指令》的明确目的是提供一个公平的竞争环境、公平的程序和有效的威慑。考虑到这些目标，立法者是否采取正确的做法是值得怀疑的。这甚至可能导致索赔人向其最亲密的竞争对手提出索赔，或导致索赔人联合起来对付垄断的一个成员，从而导致该公司可能破产，并从市场上抹掉一个有效的竞争对手。所有垄断成员都应根据其在侵权期间的利润受到同等惩罚。如果一个垄断已被证明在所有成员国内运作，就有可能使该垄断的一个成员面临甚至不是被告客户的索赔人的私人损害行动；然而，在这种情况下，垄断成员最好能向在该区域内开展活动的成员寻求赔偿。这种选择取决于垄断其他成员的相对经济地位和本案的基本证据。

《损害赔偿指令》对垄断成员的联合和可分割性存在限制。根据宽大处理方案获得罚款豁免的垄断成员将只对自己的(直接和间接)客户负责，除非索赔人能够证明无法从其他垄断成员那里获得足够的赔偿，从而保护告密者免受大量索赔。此外，在整个侵权行为中，如果必须赔偿垄断所造成的全部损害将威胁到它们的经济生存能力，市场份额不到 5%的中

---

① Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of theTreaty on the Functioning of the European Union，经《欧盟官方公报》发布，http: / /ec.Europa.eu /competition /antitrust / actions damages/quantification_en.html，2019 年 4 月 15 日访问。

② Directive, art. 16, 2014 O.J. (L 349) 15； Directive, art. 17(1), 2014 O.J. (L 349) 16.

③ Christopher H. Bovis,Charles M. Clarke”Private Enforcement of EU Competition Law”,Liverpool Law Rev (2015) 36:49-71.

④ 如英国在 Devenish 案中指出该案是欧盟维生素案的后续诉讼，如果欧盟委员会已经判处罚款了，给予惩罚性损害赔偿将违法一事不二罚原则。

⑤ Article 3(3) of the Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (2014), A7-0089/2.

⑥ Article 11 of the Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (2014), A7-0089/2.

小企业完全不承担连带责任。因此，中小型企业受到保障，不会被市场淘汰，以容许它们继续参与，并防止公司可能清盘。理想的情况是，后一种豁免应以类似的方式适用于较大的公司实体，在这种情况下，损害索赔可能导致公司作为有效竞争对手被撤职，或可能导致破产。

（二）原告资格的扩张

Courage 案中欧盟法院认为私人执法和公共执法同样重要，成员国应当建立法律机制，此案确认了私人执行反垄断损害赔偿的法律依据[①]但并没有制定任何具体原则。Manfredie 案再次确认该立场并提出各索赔依据各成员国自身的程序规则和适用法律，但是成员国国内法院在适用法律时必须要遵守与欧盟法律等同和有效性原则。然而欧盟法院并没有明确“间接购买者”的概念，实践中德国禁止消费者依据违反竞争法索赔而意大利的做法恰恰相反。[②]《绿皮书》对于间接购买者的地位曾经提供过四种可供参考的方案，扩大原告的范围也是《白皮书》的重要议题之一，欧盟委员会最终支持欧洲法院确认的上述原则。在《损害赔偿指令》进一步明确苏伦是直接还是间接购买者，任何一个受损者都可以提出损害赔偿的主张，同时应当避免实际所获损害赔偿超过违反竞争法造成的损害或者出现加害人不承担责任的情况。同时立法者希望通过建立可反驳的证据推定来发展和鼓励最终消费者的索赔，间接购买者只需证明直接购买者因垄断协议等违反竞争法规定的行为而多收费用，而间接购买者从直接购买者那里购买了受垄断影响的货物或服务。[③]

（三）信息披露等证据公开原则及限制

Enron（安然公司）案显然违反了“对等”和“有效性”的原则，欧盟委员会建议关于“获取证据”的国内规则不得适用于损害赔偿案件。[④]此外，欧盟委员会在《白皮书》中提出了“当事方之间”披露的最低限度，基于诉讼事实与相关性和相称性的司法控制相结合。[⑤]新的《损害赔偿指令》确认了“证据公开制度”，规定强制向索赔人披露、公开、提供关键证据规则，无疑将帮助索赔人对损害采取行动。

但为避免过大和过重的证据披露义务的消极影响，《损害赔偿指令》设置若干限制性条款，建立了相对谨慎的证据披露制度。[⑥]原告或被告的证据公开申请应当由充分合理的理由；[⑦]对于当事人及第三人等私人利益的证据公开应以法院为主导并辅以多项规则约束；对于竞争执法机构的证据只有在其已经做出裁定或其他方式的调查程序结束后，成员国法院才有权命令开示证据，且允许按照比例原则在一定的因素考量下予以披露，对于竞争执法机构的内部文件、协调文件和宽恕声明、和解声明不受其调整。[⑧] 将宽恕声明中的所有实质性事实等排除在证据公开之外，是欧盟为避免宽恕申请人因此而产生犹豫乃至放弃主动坦白等

---

① 只要符合以下三个条件，任何受害者都可以直接要求赔偿：(1)违反了第 101/102 TFEU 条，(2)个人遭受了损害；(3)损害与侵权之间存在因果关系。

② 德国允许一种购买索赔并提起索赔请求的方式，CDC（Cartel Damage Claim，http://www.carteldam/）是一家 2002 年成立的专门购买垄断损害赔偿而执行此类索赔的公司。

③ Article 12of the Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (2014), A7-0089/2.

④ European Commission, Staff Working (2008a) op.cit.

⑤ European Commission, White Paper on Damages (2008b), op.cit.白皮书为了公共执行的协调，确认将宽恕执法案件获得的实质性事实证据排除在外。

⑥ 吴兆丰：《欧盟竞争法私人执行制度的新发展——基于欧盟竞争违法损害赔偿新指令》，载《广西社会科学》2016 年第 11 期，第 115-120 页（116 页）。

⑦ Article 5 of the Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (2014), A7-0089/2.

⑧ 宽恕声明是欧盟反垄断执法的重要方式，宽恕申请者可因此获得免除或减轻罚款的决定，但即使免除行政罚款，宽恕申请人仍然可能面临被提起民事诉讼的可能。和解与此类似。

顾虑的设计，但在损害纠纷中，宽大的陈述和和解文件等显然是最有助于索赔人证明侵权行为的存在及损失的计算等，但目前欧盟委员会仍坚持将公共执法之于私人索赔之上的定位使得这些限制还将持续存在。

（四）转嫁抗辩制度

针对转嫁抗辩的问题，美国联邦最高法院通过 Hanover Shoe (1968) 和 Illinois Brick(1977)两个案例确认了被告不得依据转嫁提出抗辩，同时间接购买者也不应依据转嫁而获得原告资格，对于转嫁抗辩美国的态度至今是否定的，这一点与美国反垄断法执行的威慑目标优于赔偿价值有关。[①]

欧盟《白皮书》确认了间接购买人的诉讼权利符合 Courage 案中“所有人”原则，并确认了过高索价转嫁事项在原被告之间平等适用对于公平的赔偿的重要意义。在《白皮书》中，委员会建议赋予被告援引转嫁抗辩，证明标准不应低于原告的证明标准。同时初步提出建议，间接购买人可以依据一个可反驳的推定(a rebuttable presumption) 证明过高索价转嫁到了其身上，以减轻间接购买人的证明困难。[②]

2014 年的《损害赔偿指令》延续了白皮书的观点，赋予了被告援引转嫁抗辩的权利，并提出举证责任由被告承担，但是可以要求公开原告或第三方拥有的证据以支持“转嫁”的辩护。[③]在间接购买人在证明溢价转嫁上，指令设计了一个可反驳的推定，提出当间接购买人可以证实被告从事了违反竞争法的行为，这种违反造成了过高索价以及间接购买人购买了违反竞争法的产品或服务，或其后续产品或服务，就可以推定间接购买人证明了转嫁的发生。除非被告可以可信地反驳，并且这个反驳满足了法院的要求，过高索价没有或没有完全转嫁给间接购买人。[④]

（五）集体救济的促进

一直以来在整个欧盟范围内，虽然部分成员国如葡萄牙、瑞典、意大利等国引入集体救济程序但整体上集体救济在欧盟仍是缓慢发展的状态。自 2004 年以来，16 个成员国颁布了允许采取一般集体行动的立法，标准各异，结果参差不齐。大多数成员国赞成“选择加入”行动，而不是“选择退出”行动，认为它们将对资源不足的国家法院施加更大压力。[⑤]选择退出行动是指由某一特定群体的成员提出的、通常经法院认证的索赔构成的行动，除非他们选择退出，否则将被约束在诉讼中。另一方面，“选择加入”行动要求索赔人选择参加损害赔偿诉讼。然而，丹麦推出了一项“选择退出”机制，以便在向消费者监察员提出申请时提出损害赔偿要求。自 2005 年以来，荷兰一直允许对损害索赔进行“选择退出”类和解，由于这一程序仅涉及和解，因此无法采取“选择退出”的集体行动。尽管如此，荷兰的这一事态发展使许多受害者得以获得赔偿。[⑥]2008 年《白皮书》提倡制定立法，以促进和协助集体民事诉讼，并支持传统的个人诉讼。[⑦] 2011 年，欧洲联盟委员会在欧盟各国开展了一次主题为《欧盟集体补救采统一办法》的公开磋商，以期确定改进集体补救的新的

---

① 刺森.反垄断执行中的间接购买人诉讼研究——论欧盟竞争法私人损害赔偿之诉的新指令[J].河北法学,2015,33(11):121.

② European Commission, White Paper on Damages (2008b) op.cit.

③ Article 13, Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (2014) A7-0089/2.

④ Article . 14 (2) of the Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, (2014), A7-0089/2.

⑤ ICC Commission on Competition,‘Comments in response to the Commission’s study of the general principles applying to collective redress’, (2011) Document No. 225/678.

⑥ Stichting Shell Reserves Compensation Foundation (2011). http://www.royaldutchshellsettlement.com.

⑦ European Commission White Paper on Damages (2008), op.cit.

有效的方式，并在会员国之间强制执行。欧盟委员会强调，集体补救应区别于“美国式的集体诉讼”，不允许建立机会主义的诉讼制度。在此基础上，欧洲议会于 2012 年 2 月作出了《关于欧盟集体救济统一办法的决议》。[①]2013 年 6 月 11 日，欧盟委员会在尊重各成员国本国法律传统与法律秩序的基础上发布了《与侵害欧盟法所赋之权利有关的禁令与赔偿集体救济机制共同原则建议》（以下简称《集体救济建议》），[②]《集体救济建议》本身并不具有强制约束力，在原告资格、第三方资助、法律成本的分担、“选择加入”式原告方成员组成模式、赔偿金额、案件的筛查等多个方面提出建议。[③④]

由于欧盟经济的一体化，大量的集体救济案涉及跨境诉讼，这个问题的相关性表明，有必要建立一个具有欧盟约束力的集体补救机制，解决与跨界索赔有关的具体问题。

（六）其他降低诉讼风险的方法

1.诉讼时效制度

欧洲联盟委员会认为，根据国内法提起损害赔偿诉讼的时效期限是有效追回损害赔偿的重要障碍，因为这些时限在欧盟各不相同，[⑤]适当的时效期限允许“后续”和“单独”行动的可能性，在受害者“合理地”了解侵权行为之前，不应该开始这样做。因此，“有效性”原则要求，国家时效期限不应在侵权决定公布之前开始计算，而应足够长，以便能够获得有效赔偿。[⑥]然而，成员国时效期限的差异仍在继续，有些期限比另一些国家更有利。《损害赔偿指令》力求协调提出损害索赔的时效期限，规定成员国时效期限在侵权行为停止后至少有 5 年，同时承认可以合理地期望索赔人了解垄断的有关情况。当国家垄断执法机构在当局的侵权决定得出肯定的结论后至少一年启动调查时，时效期限将被中止。[⑦]

2.替代性争议的解决

立法者已经采取了一些方法来促进庭外和解的发展。庭外和解、仲裁或调解是集体救济的方法，因为索赔可以相对迅速而廉价地得到解决。《损害赔偿指令》规定，在以协商一致方式解决争端（即解决谈判、仲裁和调解）之前，将时效期限暂停至多 2 年。预期结果是使用替代方法的缔约方增加，并根据索赔人的资金能力向其提供替代办法。大多数索赔人将设法避免冗长的法庭诉讼，并减少其全部法律费用，同时确保他们在没有做错和没有被通过的情况下获得全额赔偿。此外，在诉诸法院之前，甚至有可能提出将替代争端解决办法作为一项法律要求的想法。[⑧]同时新制定的规则规定可以国家法院的命令或通过当事方的间接和直接决定进入仲裁程序。

四、启示

欧盟竞争法中任何领域的尝试与突破都能够对世界其他地方的竞争法理论和实践产生影响。大陆法系中已经颁布竞争法的大多数国家和地区都以欧盟竞争法作为其立法蓝本。

---

① European Parliament，Resolution of February 2012 on“Towards a Coherent European Approach to Collective Redress”,2011 /2089(INI).

② Commission Recommendation of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in the Member States Concerning Violations of Rights Granted under Union Law (2013 /396 /EU).

③ 綦书纬：《欧盟竞争法私人实施一体化:梦想照进现实？》，载《欧洲研究》2016 年第 2 期，第 77-91+7 页。

④ 刺森：《欧盟竞争法集体诉讼的发展》，载《文化学刊》2017 年第 11 期，第 206-209 页。

⑤ European Commission, White Paper on Damages (2008b), op.cit.

⑥ European Commission, Staff Working Paper (2008a) op.cit..

⑦ Article 10, Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (2014) A7-0089/2.

⑧ European Commission Recommendation 98/257/EC or 2001/310/EC.

我国《反垄断法》在立法体例、制度设计、条文表述等方面，乃至后续出台的该法的各种配套法律法规，都深受欧盟竞争法的影响。[①]

我国现有的反垄断执法体系，呈现以“公共执行为主，私人实施为辅”的实施机制，但是立法上没有对私人实施的起诉资格作任何规定，我国《反垄断法》第 50 条有关垄断行为民事责任方面的规定尤显简单。私人主体进行反垄断民事诉讼仍然存在程序性障碍，法律上的滞后影响了反垄断法的有效实施。2012 年最高人民法院出台的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（以下简称: 《反垄断民事诉讼司法解释》）在程序上对反垄断民事诉讼规则进行了细化，明确了原告诉讼资格、管辖权、举证责任分配、证据规则、民事责任及诉讼时效等方面的规定，该司法解释出台后反垄断民事诉讼案件数量陡然上升并呈现逐年递增的态势。[②]

（一）重视反垄断私人执行对公共执行的补充作用

从欧盟竞争法的发展来看，系列举措促进欧盟私人执行的进一步发展，私人执行在欧盟反垄断法中的地位逐步增强。但是受欧盟政治体制和法律文化传统的影响，欧盟反垄断私人执行很难像美国反垄断私人执行一样占据美国反垄断执行的主要地位。欧盟委员会认为公共执行和私人执行都服务于同一个目标：威慑反垄断法所禁止的限制竞争行为，以及保护企业和消费者免受市场上限制竞争行为所导致的任何损害。反垄断法的私人执行同公共执行都是欧盟创造并维持具有竞争力的共同市场的重要工具。反垄断法的私人执行不仅可实现矫正正义，而且还可填补公共执行的缺口。

我国已经通过《反垄断法》第 50 条初步建立起反垄断民事诉讼法律制度，但是，总的来说，我国和欧盟面临着同样的一个现实问题——反垄断法私人实施的 " 欠发达 " ，当事人提起反垄断民事诉诉的积极性不高，垄断民事案件争议相对简单，私人实施相对于实施体系而言只是充当辅助性的作用。我国作为大陆法系国家，反垄断法的实施采用的是欧盟的行政主导模式，私人实施面临着一系列法律障碍。欧盟的经验告诉我们，要推进反垄断法的私人实施，就必须克服一系列法律障碍，采用全面促进模式。首先，要扫清私人实施观念上的障碍。私人实施并非公共实施的附属物，相对公共实施，私人实施具有自发性优势和比较优势。其次，还需要完善私人实施的配套制度以推进反垄断法的私人实施。最后，在借鉴吸收欧盟国家的经验基础上，还要充分考虑我国的政治、经济、文化、法律等多方面的因素，致力于找到发挥私人执行的优越性和遏制私人滥诉之间的平衡，使制度服务于我国的法律及经济政策。

（二）明确消费者的诉讼地位

对于消费者是否有权提起反垄断损害赔偿诉讼，学界有着截然对立的观点，两种不同的观点反映在不同国家的司法实践上，美国与欧盟对消费者的原告资格即为两种典型的不同态度：美国在间接购买者规则和拒绝转嫁抗辩规则之下拒绝承认消费者的诉讼资格；而欧盟通过司法判例《白皮书》、《损害赔偿诉讼指令》等一系列法律文件确定了消费者的诉讼主体资格。较之美国的做法，欧盟的做法更强调公平，同时兼顾效率而不只侧重效率，因此更值得我国借鉴。

我国《反垄断法》第 50 条规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”但是，“他人”具体包括哪些主体范围在《反垄断法》中未得明确。2012 年 5 月 8 日最高人民法院公布的《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》是反垄断审判领域出台的第一部司法解释，该司法解释征求意见稿曾对诉讼主体

[①] 林燕萍,俞胜杰：《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》之评析与借鉴，载《政治与法律》2016 年第 11 期，第 122 页。

[②] 2008-2018 年中国法院反垄断民事诉讼 10 大案件案情简介，人民法院报 2018-11-16，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/11/id/3577648.shtml，2019 年 5 月 2 日访问.

作出如下规定："因垄断行为受到侵害的自然人、法人和其他组织，包括经营者和消费者，可以依据《反垄断法》第 50 条的规定，向人民法院提起民事诉讼。"征求意见稿的规定明确了消费者和经营者具有诉论资格，扩大了诉讼主体范围，但同时又将适格主体的条件限定在符合《民事诉讼法》第 108 条的规定上。但是，此后在正式颁布的司法解释中，删掉了"包括经营者和消费者"的规定，这表明对消费者主体资格的承认仍有一定的迟疑。这也反映了我国最高人民法院在制定司法解释中对反垄断法政策考量，如果明文承认消费者的诉路主体资格，那么需要在不同市场层次、数量众多的消费者之间配置诉权，分配诉讼利益。因此，司法解释不明确规定消费者的诉讼主体地位，也不当然排除消费者的诉讼资格，但这种做法对于我国长期以来存在"厌诉"、"搭便车"等心理的情况下，致使消费者更不愿意发起诉讼。只有明确消费者作为反垄断诉权主体，享有提起诉讼的权利，才有可能使得消费者这一"潜在的原告"在受到违法垄断行为的侵害后，行使自己的权利，进而更有利于反垄断法追求的竞争文化的实现。

（三）完善相关证据规则

证据是反垄断民事诉讼的关键性因素，证据的提供和分析贯穿于反垄断民事诉讼的整个过程。我国民事诉讼举证责任的一般规则是"谁主张，谁举证"。但是，在大多数的反垄断案件中，由于反垄断纠纷固有的信息不对称问题，原、被告双方收集和提供证据的能力实质上不平等，受害方当事人往往难以获得违法行为的证据，因此无法向法院提起诉讼或者面临败诉的风险。尤其是原告难以获取能够证明被告具有市场支配地位的证明材料。我国目前的反垄断民事诉讼案件中，因原告无法提供证据和认定证据而被驳回诉讼或者败诉的不在少数。

基于平衡当事人双方利益的理念，我国对反垄断民事诉讼的举证责任分配适用了特殊的规则，我国《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》的第 7 条至第 11 条对反垄断民事诉讼的证据规则作出了不同于普通民事诉讼的规定，比如对于被诉垄断行为属于横向垄断协议的，由被告对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。司法解释的这些规定考虑到了垄断案件的专业性和复杂性，在一定程度上减轻了原告的举证负担，放宽了原告的证明标准。但是，在司法解释实施后，从已有的案例来看，许多人仍然认为中国的反垄断民事诉讼中原告的证明负担过重。较之欧盟，欧盟委员会把证据开示制度和信息披露作为当事人获取反垄断案件证据的重要途径，在 2005 年的《绿皮书》、2008 年的《白皮书》以及 2013 年的《损害赔偿指令》中，都将证据开示制度和信息披露作为减接当事人举证负担、促进私人反垄断民事诉讼的重要内容。

我国反垄断法司法解释上没有证据开示制度和信息披露的规定，反垄断民事诉讼中，未经被告同意不得进行证据交换，处于弱势一方的原告依然难以获得被告手里的关键性证据。我国反垄断民事纠纷不同于普通民事纠纷，在诉讼过程中，关键性问题不是"证据较多"难以认定何种证据更具有证明力问题，而是证据通常掌握在被告方或第三人手上导致原告方当事人难以获取证据的"证据过少"间题。因此，证据开示制度和证据的相关配套制度的构建更为必要。

11.人工辅助生育技术和变性人视角下的父母身份认定

——评德国联邦最高法院 2017 年 11 月 29 日裁定

王葆莳*

德国联邦最高法院 2017 年 11 月 29 日的裁定[①]涉及变性人和人工辅助生育技术两大问题。该案中当事人首先借助人工生育技术致他人受孕，之后接受变性手术，在子女出生前通过司法确认为女性，从而对父母身份认定这一传统命题提出人工辅助生育技术和变性人的双重挑战。联邦最高法院认为，根据《特殊情形下姓名与性别变更法》（TSG）第 11 条第 1 句[②]和德国《民法典》第 1591 条[③]体现的立法意旨，变性人在性别改变后生育的子女，只能根据原来的性别确认其父母身份；由男变女的变性人通过自己之前保存的精子令她人怀孕，在确认性别变更的判决发生既判力之前生下子女的，在血缘关系上只能被认定为父亲，而不能获得母亲身份。

一、案件事实

本案争议点是子女的出生登记。某甲经法院生效判决在 2012 年 8 月被司法认定为女性。某乙在 2015 年 6 月生下子女。甲方系从男变为女的变性人，具有德国国籍。甲方在之前程序中声称，案涉子女系用自己的精子怀孕的。在二审程序中，其代理人出示了一份公证证书，证明其在子女出生前承认自己的母亲身份，且获得乙方的同意。甲方和乙方在 2015 年 9 月登记为同性生活伴侣。

在子女出生信息中，户政登记机关将乙方登记为子女的母亲。甲方也要求将自己登记为母亲，被登记机关拒绝。甲方和 2 以及通过她们代理的子女要求户政登记机关根据《民事身份登记法》第 49 条的规定将甲方登记为母亲。在前两个程序中，该请求均被驳回。当事人提起法律抗告。

当事人可以根据《家事事件和非讼事件程序法》第 70 条第 1 款和地款第 2 句、结合《民事身份登记法》第 51 条第 1 款提起法律抗告，但其实体权利未能获得支持。

二、裁判理由

1. 抗告法院在其判决理由中指出，甲方不能根据《民法典》第 1591 条登记为子女的母亲，因为其并非生育子女者。同时德国法中并未规定对母亲身份的承认制度。不能类推适用《民法典》第 1592 条第 2 项，[④]因为这里并不存在法律漏洞。立法者对于母亲身份规定

---

* 湖南师范大学法学院会议交流论文，部分观点尚有待进一步确定。

① BGH, Beschluss vom 29. November 2017 - XII ZB 459/16 – KG Berlin. 引证注释：《新法学周刊》2018 年卷，第 471 页（NJW 2018, 471）；《家事法大全杂志》2018 年卷，第 290 页（FamRZ 2018, 290）。

② 《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条：认可申请人属于另一性别的决定不改变申请人与其父母子女的法律关系，只要其收养的子女是在决定生效前被收养的。这同样适用于与其子女的子孙后辈的关系。

③ 《民法典》第 1591 条 母亲身份
子女的母亲是生该子女的女子。

④ 《民法典》第 1592 条 父亲身份
子女的父亲是具有下列情形之一的男子：
1. 在子女出生时与子女的母亲有婚姻关系的；
2. 已承认父亲身份的；或
3. 其父亲身份被依第 1600d 条或《关于改革家庭事件及非诉管辖事件的程序的法律》第 182 条第一款在裁判上确定的。

了客观和唯一标准，即分娩子女的人。除了通过收养取得母亲身份，立法者有意否定了以其他方式如法律行为获得母亲身份的可能性。其立法考量在于，法律上的父母身份认定不能和生物意义的血缘关系相抵触，以至于出现两个母亲或父亲。

即使承认母亲身份的女子在变性前提供了精子，从而在生物学意义上作为父亲参与了生育，这里也不存在法律漏洞。立法者同样考虑到了此种情况，并在《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条中明确规定，确定申请人属于另一性别的裁判不改变申请人与其父母子女的法律关系。从立法资料来看，这一规定同样适用于裁判生效后根据《特殊情形下姓名与性别变更法》第 8 条和第 10 条出生的子女。该法第 5 条第 2 款关于姓氏的规定同样没有导致立法矛盾，因此并不存在法律上的不确定性（Unklarheit）。

最后，子女知晓其出身的权利也不意味着，变更为女性、同时也改变其姓氏的甲方可以在出生登记簿上登记为母亲。民事身份登记法针对的是法律上的父母关系，并不保障甲方可以登记为母亲。子女知悉出生的权利针对的是对事实的了解，而无需通过身份登记得到保障。

2. 抗告法院的上述观点通过了法律审查。登记机关做出的出生登记符合《民事身份登记法》第 21 条第 1 款第 4 项的规定。

（1）根据《民事身份登记法》第 21 条第 1 款第 4 项，应当将子女之父母的姓和名登记在证书上。根据法律对民事身份的定义（该法第 1 条第 1 款第 1 句），该规定针对的是法律上具有父母身份的人（参看审判庭判决，载《联邦最高法院民事裁判集》第 203 卷，第 350 页或《家事法大全杂志》2015 年卷，第 240 页，第 63 段）。

首先，根据《民法典》第 1591 条的规定，母亲指的是分娩子女的人。德国民法只承认唯一的、依法律确定的母亲。也就是说，立法者已经明确排除了通过其他形式获得母子关系的可能性，特别是在代孕情形下提供卵细胞的人不能获得母亲身份（参看审判庭判决，载《联邦最高法院民事裁判集》第 203 卷，第 350 页或《家事法大全杂志》2015 年卷，第 240 页，第 35 段以下）。法律并不认可母亲身份承认（Mutterschaftsanerkennung）。德国法律也不承认其他由两方女性获得父母身份的形式，例如通过自愿异质授精产生的共同母亲身份（Mit- oder Co-Mutterschaft bei konsentierter heterologer Insemination，参看审判庭判决，载《联邦最高法院民事裁判集》第 210 卷，第 59 页或《家事法大全杂志》2016 年卷，第 1251 页，第 30 段以下）。

其次，虽然甲方通过提供精子参与了生育，但这只能作为获得父亲身份的依据。《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条第 1 句意味着，在这种情况下并不考虑甲方已经被认定为女性的情形。抗告法院认为，《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条第 1 句已经包括了变性人和子女之间的关系，即使子女是在法院做出改变父母一方性别归属的判决之后出生（参看联邦议会第 8/2947 号出版物，第 16 页）。该观点符合法律规定，也符合之前的相关判决（参看审判庭 2017 年 9 月 6 日判决，案号 XII ZB 660/14，载《家事法大全杂志》2017 年卷，第 1855 页，第 15 段）。从第 11 条第 1 句的立法意旨来看，变性人作为母亲或父亲的身份并不因为改变性别归属而发生变化，尤其是对于父亲身份撤销和婚生地位撤销（参看审判庭 2017 年 9 月 6 日判决，案号 XII ZB 660/14，载《家事法大全杂志》2017 年卷，第 1855 页，第 15 段以下；联邦议会第 8/2947 号出版物，第 16 页）。

在血统关系方面，甲方只能基于其在生育中的贡献获得法律上的父亲身份（参看科隆高等地方法院判决，载《家事法大全杂志》2010 年卷，第 741、742 页）。但甲方根据其律师的建议，没有做出承认父亲身份的声明，而是声明承认母亲身份，其目的是通过母亲身份构建稳定的血统关系。由于母亲身份和父亲身份在法律地位上存在根本区别，不能将甲方的声明转换解释为父亲身份声明（参看审判庭 2016 年 7 月 20 日裁定，案号 XII ZB 609/14，载《家事法大全杂志》2016 年卷，第 1761 页，第 8 段、14 段）。

（2）该法律规定并不产生合宪性问题。

首先，在另外一个案情相左的案件中，涉及到女变男之变性人的子女出生，审判庭指出，血统关系法无需考虑变性人目前归属于另一性别的事实，仅根据其之前的性别及其在生育中的贡献决定其法律上的父母身份，这并不会损害变性人的基本权利。该法律规定并未损害变性人根据《基本法》第 2 条第 1 款结合第 1 条第 1 款[①]享有的一般人格权。在变性人和根据《特殊情形下姓名与性别变更法》第 8 条第 1 款出生或怀孕的子女之间，变性人在法律上的身份（父亲或母亲）可能和其实际的性别存在差别，有可能损害变性父母方的性别身份认同感（Anerkennung der geschlechtlichen Identität）。《基本法》第 2 条第 1 款规定的个人自由发展（Persönlichkeitsentfaltung）属于宪法秩序框架。所有的法律规范都应当在形式上和实质上符合《基本法》之规定。《民法典》第 1591 条、1592 条和《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条第 1 句同样如此，这也是审判庭对第 11 条第 1 句的解释原则（参看审判庭 2017 年 9 月 6 日裁定，案号 XII ZB 660/14，载《家事法大全杂志》2017 年卷，第 1855 页，第 23 段）。

虽然对审判庭上述判决存在批评意见（参看 Wapler 论文，在《家事法大全杂志》2017 年卷，第 1861 页），但这些批评意见并未注意到，联邦宪法法院曾在判决中指出（《联邦宪法法院裁判集》第 128 卷，第 109 页或《新法学周刊》2011 年卷，第 909 页，第 77 段），父母子女关系应当是确定的、和生物属性相符合的法律归属。联邦宪法法院特别提到科隆高等地方法院 2009 年 11 月 30 日的判决（载《家事法大全杂志》2010 年卷，第 741 页），该案同样涉及父母一方性别归属变更后出生的子女；虽然父母一方的在法律上改变了性别归属，但他们仍然是、也仍将是子女的父和母（《联邦宪法法院裁判集》第 128 卷，第 109 页或《新法学周刊》2011 年卷，第 909 页，第 77 段）。《民法典》第 1591 条、1592 条和《特殊情形下姓名与性别变更法》第 11 条符合宪法法院的上述观点。

其次，联邦宪法法院在 2017 年 10 月 10 日的判决（1BvR 2019/16）并未改变上述观点。该判决的背景案情和本案存在根本区别，且性别归属是根据《特殊情形下姓名与姓氏变更法》第 8 条以下确定。该案中法院认为，若立法者在性别发生法律变更的情形下坚持认为应当根据之前的身份确定身份效力（Statuswirkungen），不利于教育子女正确认识父母双方在生育中的功能，这一儿童利益应受到法律的特别保护（参看《联邦宪法法院裁判集》第 128 卷，第 109 页或《新法学周刊》2011 年卷，第 909 页，第 77 段；联邦宪法法院 2017 年 10 月 17 日裁定，1 BvR 75=747/17）。

（3）根据欧洲人权法院的相关判决以及该判决赋予的自由裁量权（参看欧洲人权法院判决，载《家事法大全杂志》2017 年卷，第 936 页），审判庭认为上述观点不违反变性人根据《欧洲人权公约》（EMRK）第 8 条享有的、据以实现自我认知的性别身份在法律上得到承认的权利。对于变性人在性别归属获得法律确认后出生或怀孕之子女，德国法律按照当事人在生育过程中的功能来确定其父母身份，而不是根据父母一方变更后的性别来确定父母身份（参看审判庭 2017 年 9 月 6 日裁定，案号 XII ZB 660/14，载《家事法大全杂志》2017 年卷，第 1855 页，第 45 段）。这一法律规定并未超越欧洲人权法院在上述判决中赋予成员国的自由裁量权。

---

① 《基本法》第 1 条

（1）人之尊严不可侵犯，尊重及保护此项尊严为所有国家机关之义务。

（2）因此，德意志人民承认不可侵犯与不可让与之人权， 为一切人类社会以及世界和平与正义之基础。

（3）下列基本权利拘束立法、行政及司法而为直接有效之权利。

《基本法》第 2 条

（1）人人有自由发展其人格之权利，但以不侵害他人之权利或不违犯宪政秩序或道德规范者为限。

（2）人人有生命与身体之不可侵犯权。个人之自由不可侵犯。此等权利唯根据法律始得干预之。

三、本案评析：人工辅助生育技术视角下父母身份的认定

人工生育的方法主要包括：（1）人工授精（Künstliche Insemination）：妇女可以通过人工导入某男子的精子而受孕。精子来自丈夫的，传统上称之为“婚内（homologer）”授精；如果精子来自其他男子，则称为“婚外（heterologer）”授精。人们可以有意识地隐藏精子的来源（例如匿名的精子银行，或所谓的精子鸡尾酒方法）。（2）体外受孕（Extrakorporale Befruchtung）：从妇女体内提取一个卵细胞，使其在体外受孕，然后将受孕胚胎（Embryo）移植到妇女的子宫内，该妇女可以是提供卵细胞的妇女，也可能是其他妇女；人们将后一种情况称为“卵子捐献”，或“胚胎捐献”。这里也会有“婚内”和“婚外”之区分。（3）现代医学还可以将自然受孕的卵细胞从母体中取出，移植到另一个妇女体内。这些技术会给父母身份认定带来新的困难。

（一）母亲身份的认定

本案中，甲方从男性变更为女性，对于和自己有基因关系的子女，只能获得父亲身份，而不能获得母亲身份。即使该子女是性别变更获得法律确认之后出生的，亦是如此。在父母子女关系认定上，母亲身份的认定向来比较简单，但本案中出现的人工辅助生育技术和变性人问题，给母亲身份确认提出了新的挑战。

根据德国《民法典》第 1591 条，母是生育子女的妇女。立法者认为，随着现代科技的发展，特别是人工生育技术的进步，妇女可以生育一个在基因上和自己毫无关系的子女（例如通过卵子捐献、胚胎捐献），所以这一规定尤为必要。第 1591 条的规定表示，法律不承认“分裂的母的身份”，法律上的母只能是生育子女的人。分娩者不能拒绝承认母的身份，其他人不能通过承认声明取得母亲身份，卵子捐献者和生育者也不能通过协议对母的身份加以处分。

随着医学的进步，人们发明出各种人工生育技术，这是《民法典》编纂者们始料不及的。无论如何，法律意义上的母必须是单一并且无疑义的，即生育子女的妇女。母是实际分娩者，即使卵细胞并非来自于她（卵子捐献、胚胎捐献的情况）。捐献卵子的妇女和子女没有法律上的联系，也不能分割或分享母亲身份。另外，也不存在可以质疑或排除生育者母亲身份的程序（即不存在母的身份的撤销程序）。因此，变性人在性别改变后生育的子女，只能根据原来的性别确认其父母身份；由男变女的变性人通过自己之前保存的精子令她人怀孕，在确认性别变更的判决发生既判力之前生下子女，在血缘关系上只能被认定为父亲，而不能获得母亲身份。

（二）父的身份

人工生育的子女也可以根据婚姻或承认被确认为一个人的子女（第 1592 条第 1，2 项），但这种父的身份随时有被撤销之虞。只要能够证明人工授精中使用的精子并非出自丈夫或承认者，就可以要求撤销父的身份。一旦撤销成功，接着就可以进行父的身份的确认程序，据此确认子女在基因上的出身。

1. 父的身份的撤销限制

在异质人工授精的情况下，若丈夫开始已同意（zugestimmt）人工授精，嗣后是否可以撤销父的身份？例如，丈夫不能生育，但夫妇二人渴望有一个孩子，于是丈夫同意妻子采用未知第三人的精子怀孕。子女出生后丈夫和妻子日益疏远，并要求撤销父的身份。

针对这一长期存在争议的问题，2002 年的《进一步改善子女权利的法律》增设第 1600 条第 5 款，该款规定采纳了和联邦普通法院完全不同的观点：在夫妻双方一致同意的情况下，妇女通过人工授精的方式借助第三人提供的精子受孕并生育子女的，丈夫和子女的母均无权撤销父的身份。但子女的撤销权不受影响。仍以上述案件为例：由于子女是在丈夫和母一致同意的情况下受孕的，所以丈夫的撤销权即被排除；母也不能撤销丈夫的父的身

份（第 1600 条第 5 款）。但子女可以要求撤销父的身份。

2. 精子提供者的法律地位

当别的男子基于婚姻或承认拥有父的身份时，精子提供者在法律上和子女没有任何联系。可是一旦现有的父的身份被撤销，精子提供者就有可能获得父的身份，他可以自己承认父的身份，也可能被法院通过裁判确定为父。但他自己不能要求撤销现有的父的身份，因为他并没有和子女的母同居过（第 1600 条第 1 款第 2 项）。虽然在大多数情况下，精子提供者并不想为人所知，但现行法律却并不想让他们如愿以偿。只要法院确认精子提供者为父，他就要承担作为父的全部权利和义务。子女的母也不能以子女的名义放弃对提供者的扶养请求权（第 1614 条第 1 款）。为了解决这种尴尬局面，子女的母（或母的丈夫或者伴侣）和精子提供者可以缔结协议，在合同当事人内部（im Verhältnis unter den Vertragsparteien）免除提供者的扶养义务。

12.新兴生殖技术导致的国籍冲突问题研究

——以跨境代孕为例

王萌*

摘　要：如今，随着人们的生育需求、生育观念的改变和科技在人工生殖技术领域的进步，选择运用人工辅助生殖技术进行生育的家庭和伴侣已经不在少数。在世界范围内，作为人工辅助生殖技术之一的试管婴儿技术已经得到了普遍应用和相应的法律规制，但像代孕这类新兴辅助生殖技术，就目前而言，还没有专门的国际规定或准则，各国立法上没有共识性结论，甚至存在冲突。在一些禁止代孕的国家，代孕需求者通常会寻求跨境代孕，但通过跨境代孕出生的儿童，其法律地位问题上仍属于空白，不同司法管辖区之间存在的法律和伦理的冲突会成为其亲权关系和国籍认定时的障碍。我国作为对代孕持不赞成态度的国家，亦存在许多地下的跨境代孕机构为需求者提供服务。在这个过程中，可能会存在许多事实上具有中国血统的代孕儿童在取得中国国籍时遇到困难的情况。这种情况一方面会导致代孕儿童成为没有国家保护的无国籍人，亦会造成我国人口的隐形流失。为了保障跨境代孕儿童获得国籍的权利和缓解我国生育率持续降低的趋势，本文从国际私法的角度出发，以跨境代孕为例，对世界范围内的相关立法和我国人口数据及政策进行分析，探讨新兴人工辅助生殖技术背景下，跨境代孕儿童亲权关系和国籍认定问题。

关键词：跨境代孕；国籍冲突；亲权关系；儿童最大利益原则

Abstract： Nowadays, with the change of social attitudes and the development of assisted reproductive technology, many families and partners choose to use assisted reproductive technology for pregnancy and giving birth to children. In the world, IVF technology, one of the assisted reproductive technologies, has been widely applied and correspondingly regulated by law. However, emerging assisted reproductive technologies such as surrogacy still have no specific international regulations or guidelines and widely recognized by national legislation. In some countries where surrogacy is prohibited, the demanders often choose to seek cross-border surrogacy, but the legal status of surrogate children remains a legal gap, and it would become legal and ethical conflicts between different jurisdictions. It would also become an obstacle to judge parental relations and nationality of surrogate children. China takes a negative attitude with

* 王萌，女，澳门大学法学院硕士研究生，专业方向：国际法及比较法。

surrogacy, but there are many illegal cross-border surrogacy institutions which still provide services for the demanders. In judicial practice, the surrogate children's nationality and parental relations would be difficult to determine. This situation will lead the children to become stateless people without state protection, and it will also cause the invisible loss of our country's population. In order to guarantee the right of cross-border surrogate children and to alleviate the trend of continuous decline in fertility in China, this paper takes cross-border surrogacy as an example, from the perspective of private international law, analyzing relevant legislation around the world and China's population data and policies, to explore the relationship between parental rights and nationality of children under emerging assisted reproductive technology.

Keywords: Cross-border Surrogacy; Nationality; Parental Relations; The Child's Best Interests Principle

一、 跨境代孕及相关法律问题概述

1.跨境代孕的现状及概念

代孕是目前新兴人工辅助生殖技术领域的热门话题之一，其因自身的技术复杂性以及相较于传统生育方式涉及更多伦理问题的特点，导致代孕这一行为在当代社会成为了十分富有争议的社会现象。

代孕行为始于 20 世纪 70 年代。[①]自 1978 年世界首例试管婴儿诞生，1985 年世界第一例代孕者成功分娩，代孕技术开始迅速发展，运用人工辅助生殖技术进行生育的案例也不断增多。一般来说，代孕的形式可分为两种，第一种是人工受精代孕，是指将委托方的精子送入代孕者体内，与代孕者的卵子结合并完成妊娠的过程；另一种形式是把委托方提供的精子和卵子或冷冻胚胎，移植进入代孕者的子宫，直到代孕儿童出生。

海牙国际私法会议在 2012 年《国际代孕协议引发问题的初步报告》中将跨境代孕定义为:“代孕者将委托方所提供的精子或受精卵放入子宫，为委托方生育胎儿，并将胎儿交给委托方的行为。其中代孕者、委托方的惯常居所地和代孕行为实施地须为两个以上国家。”[②]

据纽约时报中文网对一家提供跨境代孕服务的机构进行采访所获取的数据显示，该机构自成立以来，每年的业务增长都至少有 30%。[③]由此可见，跨境代孕市场已经相当火爆。据前瞻产业研究院发布的《2017-2022 年辅助生殖跨境医疗服务公司商业模式创新与投资机会深度研究分析报告》显示，我国国内由于政策、技术等原因，在辅助生殖领域市场供给紧缺，需求缺口巨大。我国辅助生殖的跨境医疗市场规模逐年上涨（图一），越来越多的消费者逐步转向国外辅助生殖（图二）。[④]

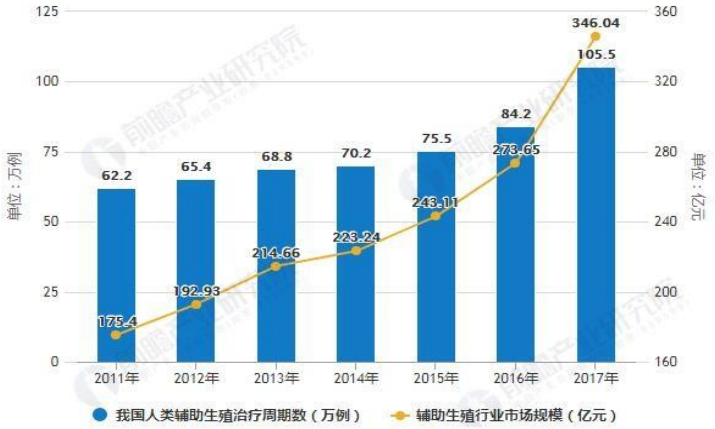
---

① 曹男.域内外关于代孕问题的对比性研究[J].法制博览,2018(22):207.

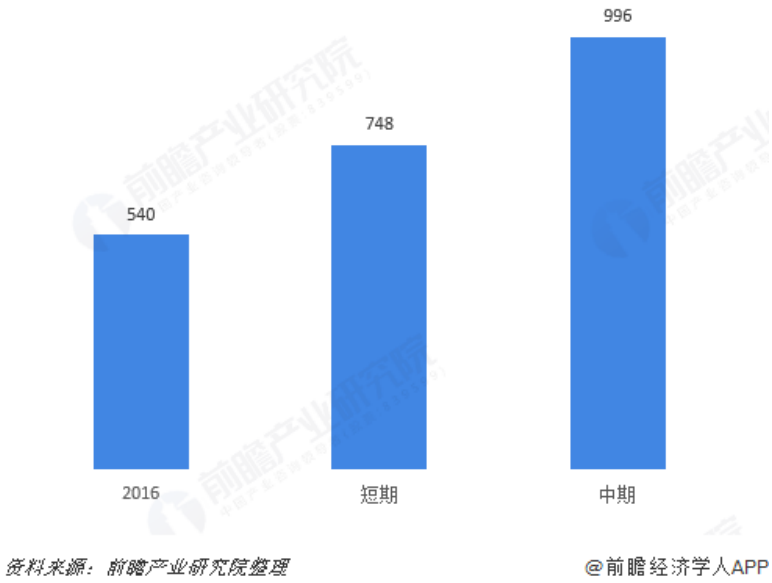
② Hannah Baker. A Preliminary Report on the Issue Arising from International Surrogacy Arrangements. No.10 of HCCH, 2012.

③ See< https://cn.nytimes.com/china/20140813/cc13surrogate/>，最后访问时间：2019 年 6 月 7 日。（以下网站访问时间均为 2019 年 6 月 7 日。）

④ See< https://bg.qianzhan.com/report/detail/1704181703382724.html>



（图一：我国人类辅助生殖治疗周期数与辅助生殖行业市场规模）



（图二：中国辅助生殖需求缺口变动情况测算）

2.跨境代孕的合理性分析

代孕行为存在争议的原因之一就在于其形成了对传统伦理道德和法律体系的挑战。[①]但如今人们的思想观念跟随经济和科技的发展在变化，社会公序良俗也在随之变化。代孕现象的出现就说明有其存在的需要和必要性，只是由于现有的法律法规不足以规范代孕行为，才使其呈现法律边缘化的状态。[②]

首先，从传统伦理的角度，代孕者并不会破坏委托方原本的家庭关系，反而使不能生育的家庭的结构变得完善。[③]其次，从权利保障的角度来说，提供代孕是代孕者出于自愿的意思表示，并不存在降低代孕者女性地位的问题。相反其是女性能自由行使自己身体权的体现。这种代孕行为不违反生命伦理的道德自治，也保障了不孕夫妻的生育权，具有利他

① 张燕玲.论代孕母的合法化基础[J].河北法学,2006 (04):137-140.

② 严红.跨国代孕亲子关系认定的实践与发展[J].时代法学,2017,15(06):97-106.

③ Karen K. Greenberg, Traps for The Unwary: Ethical Considerations, In Navigating Adoption and Surrogacy Laws: Leading Lawyers on Recent Trends and Best Practices for Nontraditional Family-building Cases, Aspatore, 2014.

性。[①]另外，从法理的角度上来看，法的价值就是以法与人的关系作为基础，用法律去满足人类的生存和需要，即法律对人的有用性，也是法对人所具有的意义。[②]代孕行为是基于人的需要所产生的，且需要法律规范的行为。意识到代孕行为的合理性，是推动代孕行为合法性认定的基础。而代孕合法化可以解决现实中存在的因跨境代孕所产生的伦理、盈利性和相关的法律问题，有利于促进社会的发展。

尽管不同国家和地区基于自身社会观念的差异，对于代孕行为的合法性认定程度有所不同，但值得肯定的是，代孕技术的出现和发展，解决了现实需要，即帮助了不能生育的夫妻实现了为人父母的想法；在宏观角度上，能使呈现低生育率、人口负增长的国家人口数量增加，一定程度上也控制了拐卖儿童行为的发生。[③]

3. 对于代孕问题的不同态度及法律规定

目前，世界各国在代孕这一问题上，还没有形成统一的结论。对于认定跨境代孕儿童父母身份和国籍的问题亦没有达成国际共识。据海牙国际私法会议统计，根据各国对代孕行为的认可程度不同，主要可以分为完全认可型、有限开放型、完全禁止型三种制度形式。[④]

（1）完全认可型国家

印度因其对代孕的开放态度一度成为“全球代孕中心”。目前印度主要是以《印度辅助医疗生殖诊所设立、监督和管理国家指南》对代孕行为和代孕儿童的亲权关系进行规范，即除了捐赠的情况以外，委托方必须证明与代孕儿童存在基因联系才能被认为是该儿童的法定父母。[⑤]

美国作为联邦制国家，各州对于代孕的态度存在差异。但总的来说，在 1973 年《统一亲子法》中，美国就对代孕行为持开放态度。《美国代孕法》规定通过代孕出生的儿童无论在何种情况下都完全归属于委托方，这使儿童的利益得到保障。2002 年，美国再次修订《统一亲子法》并详细规定了代孕儿童的亲子关系以及代孕合同的相关问题。从中可以看出，美国针对代孕行为制定了一系列的法律规定来保障代孕的流程秩序以及代孕儿童的归属问题。

俄罗斯对代孕行为持理解和赞同的态度，并规定一切形式的代孕皆为合法，并其《家庭法典》中对代孕儿童的亲权关系进行了明确规定，即委托方在获得代孕者同意的前提下，可以被登记为代孕儿童的法定父母。

乌克兰对代孕行为也持开放态度，并在其《家庭法典》规定，委托方可以取得代孕儿童法定父母的身份，代孕者、捐卵人、捐精者将不能获得代孕儿童的亲权。但在其司法实践中，亦存在着代孕儿童亲权关系和国籍的争议问题：2011 年，一对意大利夫妇在乌克兰基辅 Bio TexCom 医院委托一名乌克兰代孕者为其进行代孕。代孕儿童出生后，意大利有关部门拒绝承认这对夫妇是该儿童的父母，因为 DNA 检查结果显示，代孕儿童与委托方之间不存在血缘关系。最终，该代孕儿童被另一个意大利家庭收养。据西班牙电视台 RTVE 的报道，至少有 20 个西班牙家庭在乌克兰遇到过西班牙驻乌克兰领事馆基于不匹配的 DNA 结果拒绝将代孕出生的新生儿登记成为西班牙公民，不准他们入境西班牙的情况。对此，医院方面表示不可能百分之百地排除人为错误，这表明即使在代孕完全开放的国家，也可能因为操作技术不当，导致 DNA 结果出现错误，进而引发代孕儿童亲权和国籍难以认定的

---

① 潘嘉盛,林晓欣,梁演云,卢剑辉,赵嘉林,郑维江.代孕的法律与伦理争议及其合理性辩解[J].法制博览,2016(36):13-14.

② 刘丽珍.法的价值主体的理论思考[J].广播电视大学学报,2009(03):37-41.

③ 吴文斌.人口红利后时代下的代孕合法化问题研究[J].南方论刊,2018(10):16-18+61.

④ 刘怡纯.国际私法中跨国代孕问题研究[J].法制博览,2018(22):186-187.

⑤ 高升,王洪根.论跨国代孕中法定父母身份认定的法律冲突[J].河南财经政法大学学报,2017(04):159-166.

现象。[①]

（2）有限开放型国家

在英美法系中，英国作为有限开放代孕行为的代表，最早在 1984 年的《沃洛克报告》中对代孕行为进行了全盘否定。但是，在著名的“Baby Cotton”案发生后[②]，英国颁布了《代孕协议法》规定禁止商业代孕的同时，确定了代孕的合法性。随后，代孕的开放程度在 1990 年的《人类生殖与胚胎研究法》中得到提高，但这一立法只是强调代孕是一种合法的医疗手段。[③]同时，英国坚持了分娩者为法定母亲的传统定义，代孕委托方只能以收养的途径来收养自己的子女，获得合法的养育者身份。但在 2009 年《人类受精与胚胎学法》颁布之后，委托方有权在跨境代孕儿童出生的六个月内向法院提出申请，要求确认亲权及儿童身份。[④]

（3）完全禁止型国家

完全禁止型的国家包括意大利、法国、德国、日本等。在罗马法延续下的大陆法系中，德国对代孕的态度是严格禁止的，并颁布《胚胎保护法》规定了代孕的刑事责任。但对于代孕的事后救济方面，则是以《儿童保护法》进行规定，对于违法代孕出生的儿童，由法院实行“子女最佳利益”原则，判定儿童的亲权归属，这在 BGH BeschlussAkz.一案中得到确认。在这一案件中，美国加州法院已经判决德国委托方获得与代孕儿童的亲权关系，这表示该代孕儿童已经在美国的法律下丧失了与美国籍代孕母亲的亲子关系，从而丧失以“出生地主义”所取得的美国国籍和居住权。德国法院在判决中考虑到儿童利益的保护，提出如果不承认美国加州法院的判决，则会导致代孕儿童无法取得德国国籍，对该儿童的生存权与发展权产生了消极的后果，最后判决该代孕儿童与德国委托方形成亲子关系，并因此获得德国国籍和居住权。

法国 1994 年颁布《生命伦理法》全面禁止代孕，并规定组织、策划代孕的协会或医生将面临监禁和罚款，代孕者所生育的儿童只能自己抚养，否则将追究其责任。而且，根据《法国民法典》规定，即使委托方在允许代孕行为的国家与代孕者签订代孕协议，就算其产下具有“事实上的法国血统”的儿童，该儿童也无法获得法国国籍。

日本对于代孕的态度是不赞成的，但并未立法禁止民间代孕行为，但在日本的司法实践中，已经出现了对跨境代孕儿童亲权关系和国籍认定的判例。如在 Baby Manji 一案中，代孕儿童在印度出生，委托方向自己的所在国日本为该儿童申请公民身份，但日本以“《日本民法典》规定儿童国籍跟随生母国籍，而该代孕儿童的生母是印度人”为由拒绝给予该代孕儿童日本公民身份。印度方面则是将委托方认定为代孕儿童的法定父母，并以“法定父亲没有印度国籍，而法定母亲身份不明”为由拒绝给其颁发印度护照。最后，导致该代孕儿童成为无国籍人。[⑤]

二、跨境代孕儿童亲权关系及国籍的认定冲突

根据国际私法冲突规范，不论是代孕儿童出生地国还是委托方所在国，都拥有跨境代孕法定父母身份认定案件的管辖权。但由于国际上缺乏对跨境代孕的统一的公约和规范，

---

① See<https://p.dw.com/p/34RJ5>

② Baby Cotton 是一起发生在英国的商业代孕案件：一位英国妇女通过美国一家商业中介机构，与一对美国夫妇约定，为其提供代孕服务，酬金 6500 美元。依据英国法律，收养儿童不得附有对价，否则即为违法行为。但法官最终依据子女最佳利益原则，判决提供精子的美国夫妇适合承担这名婴儿的照顾和监护责任，并允许其将儿童带出英国。

③ Peter R Brinsden, Tim C Appleton, Elizabeth Murray et al. Treatment by in vitro fertilization with surrogacy: experience of one British Centre, 2000.

④ Katarina Trimmings, Paul Beaumont: General report on surrogacy, in Katarina Trimmings; Paul Beaumont: International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level, United Kingdom: Hart publishing, 2013: p.463.

⑤ Charles P. Kindregan, Danielle White: International fertility tourism: the potential for stateless children in cross-border commercial surrogacy arrangements, Suffolk Transnational Law Review, 2013(36): p.546-550.

致使各国对于跨境代孕合同的效力认定也各不相同，这导致一些跨境代孕儿童在亲权关系和国籍认定的问题上存在冲突。[①]

1. 跨境代孕儿童亲权关系及国籍认定的理论基础

目前在认定跨境代孕儿童法定父母身份及国籍的领域，存在血统说、分娩说、契约说、子女最佳利益说四种判断方式，在各国针对认定代孕儿童法定身份的司法实践中，委托方所在国多以公共秩序保留作为法院判决的理论依据。

（1）血统说

“血统说”是一种以血缘作为认定亲子关系标准的学说，其主张提供精子和卵子的人应当为代孕儿童法律意义上的父母，即代孕儿童的国籍应当跟随提供精子和卵子的委托方。但这一说法割裂了实际分娩者与代孕儿童的关系，可能会导致违背伦理道德的情况出现。再者，如果单纯以血缘论处，如果代孕过程中的涉及捐卵捐精者或者该代孕行为是发生在冷冻胚胎领域的胚胎收养制度下，则会使代孕儿童的法定父母身份和国籍认定上出现混乱。

（2）分娩说

该学说维护“分娩者为母”作为传统民法亲子关系的确认原则，与我国的伦理道德相契合，但这并不符合代孕行为发生的初衷，也侵害了委托方与代孕儿童事实存在的血缘关系。在新兴人工辅助生殖技术的背景下，代孕者只是妊娠携带者，代孕所孕育的儿童并没有从代孕者身上获取任何生物基因。这一观点也不适用于商业代孕中，出于获取报酬为目的，以代孕作为职业的代孕者。另外，依据“分娩说”的观点，如果出现代孕者生下的儿童存在先天缺陷，致使委托方不愿接受该儿童的情况，那么养育该儿童的责任就会被强加给经济条件和心理准备都可能不够完善的代孕者身上。由此可见，这一学说虽然体现了对女性十月怀胎的尊重，但仅仅以分娩这一个因素作为判断代孕儿童法定父母身份的标准，而不对其他因素进行考量是不全面的，也是不适应社会发展需要的。

（3）契约说

顾名思义，该学说主张根据订立的协议来确定代孕儿童的法定父母，这一方式以“白纸黑字”的方式明确了代孕儿童的父母与应取得的国籍，体现了当事人的意思自治，避免了亲权认定难和儿童无国籍的情况。但是，目前涉及“伦理”的契约是否能作为合同行为调整、各国对于代孕的协议效力是否认可、这类协议是否违背公序良俗，仍存在疑问。此外，这种学说把儿童写进契约，进行交易，存在一定的“商业化”色彩，可能会被一些非法机构所利用，作为买卖儿童的手段。

（4）子女最佳利益说

“子女最佳利益说”是指在认定代孕儿童亲权关系和国籍的时候，应当以儿童最大利益为考量标准，即认定亲权及国籍的目的是为了儿童更好的成长和发展。

“儿童最大利益原则”为这一学说提供了理论支持，要求关于儿童的一切行动，均应以儿童的最大利益作为首要考虑。从 1959 年颁布的联合国《儿童权利宣言》到 1989 年的《儿童权利公约》，该原则已经逐渐被确认为保护儿童权利的一项国际性指导原则。依据《儿童权利公约》，每个儿童在出生后都拥有立即登记和获得国籍的权利，缔约国应保障儿童维护其身份、国籍、家庭关系不受干扰的权利。[②]

通常情况下，代孕儿童是基于委托方的人工生殖意愿出生，而有代孕意愿的委托方一般都具有良好的经济能力和稳定的家庭关系，仅仅是由于自身缘故无法顺利怀孕生产，才委托代孕者代为怀孕分娩。可见委托方无论是从心理还是物质上，都做好了抚养儿童的准备。根据儿童最大利益原则，结合相关因素进行考量，可以推定最有利于儿童成长的委托

---

① 王洪根.论跨国代孕法定父母身份承认中的公共秩序[J].西部法学评论,2018(01):122-132.

② 王吉文.儿童最大利益原则在跨国代孕判决承认中的适用问题——以德国的判例为例[J].青少年犯罪问题,2018(04):39-44.

方为代孕儿童的法律意义上的父母。在这种情况下，委托方所在国拒绝承认出生地国确认的委托方法定父母身份，是不符合“儿童最大利益原则”的。但这一说法也有不足之处，即如果发生代孕者对法定父母身份提出质疑，并提出其在情感上更能照顾和关爱儿童，要求成为儿童的法律意义上的母亲，此时该代孕儿童的亲权和国籍到底该如何认定，就成为了依靠法官自由裁量权来判断的问题，但这可能会造成“同案不同判”，产生法律冲突。

2. 认定跨境代孕儿童亲权关系及国籍存在困难

（1）跨境代孕中的儿童亲权关系认定问题

通常情况下，委托方由于其所在国对代孕禁止或限制的态度，会去往对代孕不加以限制的国家进行代孕。而这些代孕儿童的出生地国大都又倾向于将委托方确定为代孕儿童的法定父母。委托方在出生地国获得法定父母身份后，会向自己的所在国为代孕儿童申请合法的公民身份。但由于两国在代孕认可程度和法定父母身份认定方面的法律规定存在差异和冲突，如果委托方所在国承认出生地国确定的代孕儿童法定父母身份，就会与其禁止代孕的态度或确定法定父母身份的强制性法律规定发生冲突。故此，当委托方申请承认其在出生地国已经得到确认的法定父母身份时，委托方所在国常常会因公共秩序保留而拒绝承认该亲权关系和在代孕行为发生地法院的亲权判决。[①]例如，日本法院在 Aki Mukai 一案中[②]，判决认为代孕行为是“违背公共秩序”的，并拒绝承认已获美国法院判决承认的代孕儿童亲权关系。日本最高法院认为法定父母身份的判定标准系由《日本民法典》规定，基本上奉行“孕者为母”的原则。当代孕行为所涉及的当事人身份不符合《日本民法典》规定的时候，外国法院作出的确定亲权的判决就违背了日本《民事诉讼法典》中所述的公共秩序，因此确定跨境代孕儿童亲权关系和国籍的外国法院判决在日本不发生效力。[③]

在传统的法律认定亲权关系时，大多采用血缘和妊娠来进行确定，但如今新兴人工辅助生殖技术背景下出现的亲权关系极大的挑战了现有的社会观念和法律秩序，导致认定跨境代孕儿童亲权关系存在困难。

（2） 跨境代孕中的儿童国籍认定问题

由于多数国家的法律都以父母作为儿童的第一监护人，当委托方所在国不承认代孕儿童的法定父母身份时，在委托方所在国的司法管辖下，该代孕儿童与委托方就不存在亲权关系，进而该代孕儿童可能由于法定父母身份不确定而导致国籍不明，成为无国籍人。

目前，国际上国籍取得通常采用两种方式，包括基于出生而取得和因加入而取得。因出生而取得国籍所采取的原则主要有血统主义、出生地主义和混合主义三种。[④]在采用出生地主义原则的国家，代孕儿童一出生即具有该国国籍，若委托方又为其申请委托方所在国国籍，那么该代孕儿童可能会成为事实上具有双重国籍的人，构成国籍的积极冲突。跨境代孕中的儿童国籍问题，多数以国籍的消极冲突为主，即因委托方不能确定其法定父母身份而导致代孕儿童不能取得委托方所在国国籍。

毫无疑问，亲权关系和国籍的认定对于跨境代孕儿童而言，具有重要意义。如果代孕儿童不能取得出生地国或委托方所在国的合法公民身份，就不能以合法身份离开出生地国并入境委托方所在国。这会导致该代孕儿童只能作为无国籍人存在，不能享有出生地国和

---

① 王洪根,闫星宇.跨国代孕法定亲子关系承认问题研究[J].河南财经政法大学学报,2019(01):158-166.

② Aki Mukai 是一名因罹患宫颈癌而丧失怀孕能力的日本籍女性，2003 年其与丈夫在美国内华达州找到一名代孕者，用夫妻双方的精子和卵子进行代孕产下一对双胞胎。内华达州法院裁定 Aki Mukai 夫妇是双胞胎的法定父母，并颁发了记载其是法定父母的出生证明。Aki Mukai 夫妇据此向日本政府申请登记，但该申请被拒绝。他们向东京家事法院提起诉讼，但该法院不予受理，之后他们又提起上诉。最后，日本最高法院在 2007 年 3 月作出判决，以违背公共秩序为由拒绝承认美国内华达州法院作出的确定 Aki Mukai 夫妇为双胞胎法定父母的裁决。

③ Marcelo De Alcantara. Surrogacy in Japan: Legal Implication for Parentage and Citizenship, Family court review, 2010, 48.

④ 佟连发.国际法学[M].北京:北京大学出版社,2003:101.

委托方所在国的公民权利和国民待遇，理论上没有定居在出生地国的权利，也不能通过取得出生地国和委托方所在国签证的方式进入委托方所在国。在这种情况下，亦存在该代孕儿童会变成弃婴的可能。

除此之外，委托方和代孕者可能发生道德和情感上的冲突，如出现代孕者生下儿童后，但委托方并未如期将代孕者生育的儿童接走，导致儿童无人抚养或发生代孕者中途反悔，不愿将儿童交给委托方的情况。如果代孕儿童的亲权关系和国籍问题能在代孕行为发生前就通过立法或双方协议的方式予以明确，那么就算冲突发生，一定程度上也能保证代孕儿童的权益不受侵害。

（3）跨境代孕中涉及冷冻胚胎的特殊情况

1）人体冷冻胚胎的基本认识

人体冷冻胚胎是试管婴儿技术下胚胎移植的衍生技术，是指通过体外受精技术将精子和卵子结合形成受精卵，待受精卵发育成胚胎后，将其在一定条件下进行冷冻保存，待母体做好受孕准备后，再将其解冻，移植到母体体内的一种人工辅助生殖方式。[①]人体冷冻胚胎和代孕产生联系则是体现在当寻求代孕的需求者无法通过自身的精卵进行生育时，可以通过胚胎捐赠的方式取得冷冻胚胎，并将其移植进入代孕者体内，这种方式又被称为“胚胎收养制度”。[②]

目前，世界各国在人体冷冻胚胎领域的立法大多是对其法律地位进行规制，即判断冷冻胚胎是否具有“人”或“物”的性质。对此，存在着三种学说，包括赋予冷冻胚胎以民事权利主体地位的“主体说”、将冷冻胚胎视为民事法律关系客体的“客体说”以及因冷冻胚胎的特殊性，将其视为主体与客体之间的过渡体的“折中说”。[③]

就我国而言，“主体说”的观点不符合我国现行法律体系下对于民事法律关系主体的认定。我国法院在针对国内首例涉及冷冻胚胎相关纠纷的案件——江苏省无锡宜兴市的“冷冻胚胎权属纠纷案”中将冷冻胚胎认为是“有生命可能性”的介于人与物之间的过渡体来判决该冷冻胚胎的继承归属。[④]该案件的后续进展中与代孕因素有所连接——该冷冻胚胎的继承和处置者通过老挝的商业性代孕，最终在中国广州产下一名男婴。因为该男婴是“完全意义上的中国人”（具有中国血统、在中国出生），所以并不存在国籍认定难的问题。但在国际司法实践中，存在着很多在跨境代孕背景下，借冷冻胚胎所孕育的儿童亲权关系难以确认而导致代孕儿童国籍的消极冲突，从而影响儿童的根本权益。

2）冷冻胚胎所孕育的儿童亲权关系及国籍的认定

人体冷冻胚胎技术的最终目的是帮助有孕育需要的群体实现生育愿望，在其生育愿望完成后，对于剩余冷冻胚胎的处分则是需要考虑的重点。目前包括销毁、用于科研和胚胎捐赠三种处理方式。其中，如以跨境胚胎捐赠的方式进行处置，那么则涉及到“胚胎收养制度”的概念和代孕的程序。

“胚胎收养制度”起源于美国的“雪花计划”[⑤]。2001 年，美国卫生与公众服务部公开资助雪花计划，提出不区别种族、国籍的胚胎收养和捐赠，在该计划中统计的出生婴儿高达四百多名。“雪花计划”和“胚胎收养制度”并未对收养时冷冻胚胎所属的国籍作出要求，若收养方以人工辅助生殖技术将其收养的冷冻胚胎移植进入自己体内，并正常生产，则在以“出生地主义”获取国籍的国家，该冷冻胚胎所孕育的儿童自然获取了其出生地，即收

---

① 李燕,金银林.冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究[J].人民司法,2014(13):35-40.

② Katheryn D. Katz. The Legal Status of The Ex Utero Embryo: Implications for Adoption Law. Capital University Law Review ,2006:320-321.

③ 杨立新.人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题[J].人民司法,2014(13):25-30.

④ 来源于江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第 01235 号民事判决书。

⑤ “雪花计划”由美国夜光基督徒领养中心于 1997 年创立，该计划承诺为遗传学上的父母和他们的“冷冻胚胎”找到合适的收养家庭，亦会对申请胚胎的家庭进行严格的审查。

养方所在国的国籍；若该儿童是在以“血统主义”为取得国籍方式的国家出生，那么该儿童的亲权关系和国籍的认定就受到了冲击。

目前，跨境胚胎收养能否与正常的跨境收养采用同样的亲权关系和国籍认定方式还未形成定论。此外，如果将人体冷冻胚胎和跨境代孕领域相交互，即假如收养方在收养冷冻胚胎后，以跨境代孕的形式孕育儿童，则该儿童的亲权关系和国籍问题会更加复杂化。

（4）法律冲突的公共秩序保留

在国际私法中，公共秩序的保留是一项排除外国法适用的普遍原则，是指一国法院根据其冲突法规则在适用和承认外国法律或判决时，因其会与法院地国的国内法律制度、基本政策、道德秩序和社会公共利益相冲突而拒绝承认并排除其适用的一种保留制度。[①]

同理，跨境代孕儿童国籍冲突的所涉及的公共秩序保留是指，委托方所在国以违背本国公共秩序为由排除代孕儿童出生地国的法律适用且拒绝承认出生地国认定的代孕儿童亲权关系及国籍的情形。[②]例如，在两个涉及法国夫妇于美国通过代孕协议所生代孕儿童能否获得法国登记取得法国国籍的案件中[③]，法国以公共秩序保留为由不允许案件中的代孕儿童获得法国公民身份。但欧洲人权法院肯定了儿童最大利益原则，认为法国法院判决不承认法国夫妇与代孕子女之间亲子关系的行为违反了《欧洲人权条约》，而且没有将保护儿童利益放在首位。欧洲人权法院表示，儿童最大利益原则应当作为一种国际社会公认的超国家的公共秩序存在。[④]

可见，保护儿童利益作为世界各国的共同目标和价值追求，在各国确认跨境代孕儿童法定父母身份的司法实践中得到了广泛的应用，甚至呈现出儿童最大利益原则优先于一国公共秩序的趋势。[⑤]在这种情况下，认定代孕儿童亲权关系和国籍的法律、判决的位阶能够高于委托方所在国本国公共秩序的保留。

除此之外，如委托方所在国认为出生地国法院所做出的判决符合本国的公共秩序，该判决就可以得到承认。如目前，我国面对低生育率的挑战，已于 2015 年废除计划生育政策，全面二孩政策于 2016 年 1 月 1 日起正式实施。这一政策的改变意味着，我国现有的公共政策对儿童出生的态度是表示支持的。在这一背景下，因我国对代孕行为并未明确立法规制，事实上的跨境代孕行为不与我国现行法律相矛盾，如出现有中国籍代孕委托方需要中国法院承认代孕儿童合法身份和取得国籍的权利时，这一需求与我国目前的鼓励生育的公共政策和公共利益不发生冲突，且符合儿童最大利益原则。

三、 我国代孕法律法规及立法可行性分析

1. 我国对于代孕的态度及相关法律法规

（1） 禁止代孕

目前，我国的法律法规没有明确规定代孕行为，相关的现行法规内容很少且含糊不清。不过，从我国目前涉及代孕的司法判决中，能够看出我国对于代孕的态度是不支持的，但对于代孕所生儿童的权利给予无差别的同等保护，换言之，代孕所生儿童的权利不因代孕行为的违法性而不予保护。

在针对人工辅助生殖技术的立法上，我国卫生部于 2001 年 8 月颁布了《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类精子库管理办法》。《人类辅助生殖技术管理办法》在第 3 条规定中明确使用了“代孕”一词，并规定不得以任何方式买卖配子、合子和胚胎，并且禁止医

---

① 韩德培.国际私法新论[M].武汉:武汉大学出版社,2010:105.

② Charles P. Kindregan, Danielle White: International fertility tourism: the potential for stateless children in cross-border commercial surrogacy arrangements, Suffolk Transnational Law Review, 2013(36): p.551—554.

③ Mennesson v.France & Labassee v.France

④ 俞提.各国代孕法律之比较研究[M].北京:中国政法大学出版社,2016:32.

⑤ Susanne Lilian Gössl. The recognition of a "judgment of paternity" in a case of cross-border surrogacy under German law-commentary to BGH.

疗机构和医务人员以任何形式实施代孕技术。[①]此外，2003 年卫生部制定并颁布的《人类辅助生殖技术与人类精子库相关技术规范、基本准则与伦理原则》中，也明确禁止了技术实施人员进行代孕的操作。可事实上，前述法律法规并未对其他组织和个人产生法律约束，这一“法不禁止即可为”的状态，使得我国的代孕市场存在混乱，需要立法予以规制。

（2） 认定亲权关系及授予国籍

虽然没有相关立法可供援引，但从司法实践中可以看出，我国对于代孕儿童亲权关系的确认系以“分娩说”为主，代孕所形成的是一种类似于收养的拟制血亲关系。[②]

在跨境代孕领域，尽管查询不到我国相关的司法实践，但在网络上以“中国”、“跨境代孕取得国籍”为关键词进行搜索，大约有 39,600 个相关结果是关于跨境代孕儿童如何顺利回国并取得中国国籍的提问和咨询，由此可见，在现实生活中，跨境代孕儿童国籍认定的问题亦是跨境代孕委托方所关注的问题之一。在网络搜索结果中，大部分回答的法律依据是我国《国籍法》的第五条，即父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍。也就是说，目前我国跨境代孕儿童获取中国国籍的方式是把实际上跨境代孕的情形解释为委托方母亲在国外旅游时恰好生育。只要委托方能提供合法的儿童出生证明和 DNA 检测结果，大使馆就会给新生儿办理回国的旅行证，在入境我国以及后续确认亲权关系和国籍时都不受影响，回国后只需要按照正常程序给新生儿办理户口即可。由此可见，我国在对于代孕的态度上是消极回避的，而且在跨境代孕的监管方面并不严格，存在法律空白和法律漏洞。

2. 确认跨境代孕儿童国籍的修法需求

（1） 我国人口公共政策的转变

根据我国国家统计局发布的数据显示，2018 年末中国大陆全年出生人口为 1523 万人，人口出生率为 10.94‰；人口自然增长率为 3.81‰，新增人口数量较 2017 年减少 200 多万。人口出生规模连续第二年出现萎缩，出生率创历史最低。这还是取消“计划生育”、放开“全面二孩”计划之后的结果。[③]

对此，2019 年 1 月 3 日中国社科院人口所与社会科学文献出版社共同发布《人口与劳动绿皮书：中国人口与劳动问题报告 No.19》指出，长期的低生育率会引发人口衰退和严重的人口老龄化，给社会经济带来挑战，这一趋势亦会在未来导致人口负增长。由于我国生育率转变非常迅速，如果低生育率不能很快扭转，将会面临比其他国家更为严峻的局面。[④]

目前，有很多想要二孩的夫妻都年龄较高，不能通过体内自然受孕的方式孕育新生命，不能承担生育的风险。另外，据中国人口协会发起的关于中国不孕不育现状的调查显示，在近二三十年我国不孕不育发病率逐年上涨，由 80 年代 2%-5%上升至近年的 10%左右。[⑤]但由于我国对于代孕的禁止态度，有代孕需求的人大多选择跨境进行，这一具有法律规避性质的行为，会造成一定的法律冲突，而且会使本该拥有我国国籍的代孕儿童在认定国籍时出现困难，在我国人口数量增长趋缓、人们生育意愿降低的时代背景下是十分不利的。

因为我国计划生育这一公共政策的改变和人工辅助生殖技术的发展，依靠新兴人工辅助生殖技术进行生育的行为会日益增多。基于公共利益的需要，我国需要更多的人口，而确定无国籍人的所属国籍是增加人口的有效方式，我国可以把更多的与中国相关的无国籍人认定为具有中国国籍的公民。这在一定程度上可以解决生育困难的问题，亦可以成为国家公共政策改变的辅助措施。

（2） 顺应减少无国籍状态的国际趋势以及“儿童最大利益原则”

在国际私法中，无国籍人虽然具有自己独立的法律地位，但其不享有任何国家所赋予

---

① 袁玮.再论代理孕母问题的伦理学问题[J].中国医学伦理学,2006(04):61-63.

② 我国首例失怙代孕龙凤胎监护权案：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/01/id/2509528.shtml>

③ See<http://www.stats.gov.cn/tjsj/sjjd/201901/t20190123_1646380.html>

④ See<http://ex.cssn.cn/zx/bwyc/201901/t20190104_4806519.shtml>

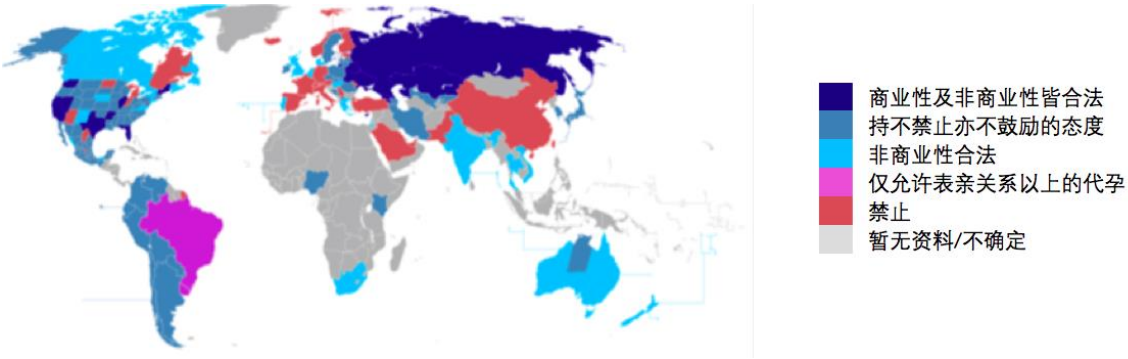
⑤ 吴颖臻,傅咏南,方茹,卢大儒,卞雪莲,秦新华.当前我国生殖健康与出生缺陷的现状分析与思考[J].中国优生优育,2014(08):571-575+580.

的公民权利和国民待遇，在国际社会上不能享受任何国家的外交保护。根据“儿童最大利益原则”，运用人工辅助生殖技术所生育的儿童也应当享有公民权、人格尊严权、平等继承权以及与自然所生儿童的平等法律地位和法律保护，不能因其出生方式的特殊，对其进行歧视。换句话说，运用新兴生殖技术所生育的儿童，也应当具有同一名普通公民一样的权利——获得国籍。

不仅如此，无国籍人士数量的增多还会引发严重的包括边境安全、民族团结和国家安全在内的问题。国际社会长期以来为减少无国籍状态订立了许多国际条约和国际性法律文书，包括 1954 年《关于无国籍人地位的公约》和 1961 年《减少无国籍状态公约》。自上世纪 90 年代中期以来，一些主权国家和包括联合国难民署在内的国际组织和人权机构都对保护无国籍人士予以越来越多的关注，并建议各国在国内立法层面上，要尽可能的避免本国国民成为无国籍人士。1948 年《世界人权宣言》亦规定，人人有权享有国籍。可见，授予代孕儿童取得国籍的权利是符合国际上减少无国籍状态趋势的，也是维护人权的体现。足见完善跨境代孕儿童在国籍问题上的立法是不违背国际上的公共秩序且符合儿童最大利益原则的。[①]

（3）顺应世界各国代孕开放程度的提升

代孕这一人工辅助生殖技术的出现，帮助了不能或不愿自己生育的人实现生育的权利。在这一基础上，加之民众生活水平的提高和思想观念的转变，代孕已经渐渐被人们所接受。从比较法的角度看，世界各国对立法确认人工辅助生殖技术的有限开放已经逐步成为趋势。由图三可以看出，目前世界范围内，完全开放代孕和非商业性合法的国家已经多于完全禁止的国家。



（图三：世界各国对于代孕的态度）

3. 跨境代孕儿童国籍认定的制度构建

（1） 明确代孕的开放程度

代孕行为虽然属于私法调整的领域，但因为其涉及到道德伦理、婚姻家庭等问题，会影响现有的公序良俗，因而与普通的民事行为存在很大区别，不能由当事人根据意思自治原则随意约定，必须由公权力进行介入与引导。[②]而且，在明确代孕开放程度时，可能会面临对传统公序良俗的挑战，这使得我国在借鉴外国的代孕规制模式时，必须考虑如何协调其与现有的法律原则。诚然，完全放开代孕政策，允许代孕技术广泛使用会引发很多法律和伦理的问题，但考虑到代孕人群的现实需求，也不能采用完全禁止的方式。而且现今为止，在我国采用禁止代孕的态度下，有代孕需求的人仍然会选择跨境代孕的方式实现其目的。

① 高媛媛.无国籍状态的保护[J].今日中国论坛,2013(17):423-424.

② 李健华,李佳穗,吕蕊,吴忠端.关于我国代孕制度的立法构想[J].法制博览,2019(07):37-39.

在跨境代孕造成的儿童权利受到侵害的问题下，构建跨境代孕立法制度有利于规范跨境代孕秩序，从制度层面确定代孕儿童的归属和法律地位，解决因跨境代孕造成的儿童无国籍问题，进而保障儿童的根本利益。对此，我国可以在人工辅助生殖技术规范领域将代孕行为认为是试管婴儿技术的延伸，如根据 2000 年最高人民法院副院长李国光在全国民事审判工作会议上的讲话中提到的，对于非婚生子女的认领和抚养，试管婴儿、借腹生子、人工授精等所生子女的法律地位和父母子女关系的确定，要遵循婚姻法的基本原则，充分保护当事人的人格权。[①]

我国在面向代孕开放程度进行立法的时候，亦可以把该法律法规作为试管婴儿技术相关法规的延伸，采用儿童最大利益原则为主，禁止商业化代孕为辅的原则对代孕开放程度进行明确规制。总之，在我国当前生育率趋于下降的大背景下，以公权力介入，完善代孕相关法规和措施，规范新兴人工辅助生殖技术行为，有利于缓解因代孕市场混乱所带来的社会问题，并保障代孕儿童的公民权利。

（2） 明确代孕儿童亲权关系及取得国籍的权利

尽管我国目前对于跨境代孕所生的儿童是否认定为中国国籍的问题仍没有确定，但从我国《未成年人保护法》中“最大限度的保护未成年人利益”和“未成年人优先”两大基本原则可知“儿童最大利益原则”也是我国在亲权关系上的价值追求。

我国目前把亲子关系的认定方式分为自然血亲（婚生子女和非婚生子女）和拟制血亲（养父母子女关系和继父母子女关系）。由此可以看出，我国法律对于亲子关系的分类系以自然血缘联系作为考量标准。另外，据前所述，我国《国籍法》规定，父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍。那么以此类推，在跨境代孕领域，拥有事实上中国血统的代孕儿童，应当被认定为可取得中国国籍。这种亲权关系和国籍的认定标准与现行的法律相接轨，符合法律上亲子关系的分类标准。虽说不是传统的“分娩者为母”概念的延续，但也可以反映出传统的以血缘关系为纽带的伦理道德。

除此之外，在确立代孕开放程度以后，建议推行代孕合同制。在双方意思表示一致的情况下，代孕双方约定权利和义务，且在合同中明确约定所育儿童的亲权，保障儿童不会成为无国籍人，这亦是“契约说”在实践领域的应用。

（3） 针对跨境代孕问题设立相关监管机构

介于代孕行为本身的复杂性和特殊性，当有代孕需求的人选择跨境代孕的时候，会涉及到比选择在本国境内代孕更多的法律冲突和伦理道德问题。在网络上以“代孕机构”为关键词进行搜索，出现的大部分搜索结果都是境外的机构，少部分我国境内的机构因为法律的禁止，难以查询到详细的信息，也没有明确的权利义务条款。由此可见，我国需要设立专门对代孕行为进行监管的机构，以保障寻求代孕人士和因代孕出生的儿童的权利。

目前为止，我国没有设立任何规范代孕行为的机构，一些在外国通过代孕出生的父母均为中国国籍的儿童，如果不能通过正常的途径入籍中国，就只能通过“代孕-跨境收养”这一具有法律规避性质的方式，回归中国国籍，这增加了事实上具有中国血统的儿童回归中国国籍的困难。

如果能确立跨境代孕管理机制，如设立跨境代孕行政管理机构并明确其事前审查、事后救济的相关职能，为跨境代孕的委托方提供一个合法的、可靠的平台；并严格审查代孕合同的有效性；同时采取行政手段监管跨境代孕儿童的亲权关系及国籍认定。在不能确认代孕儿童亲权关系和国籍问题的时候，可以辅以跨境收养的方式帮助代孕儿童入籍。

四、结语

托马斯·杰弗逊曾言：“法律和制度必须跟上人类思想进步。”如今，跨境代孕已是一

[①] 陈明明.论非婚生子女的法律保护[J].法制与社会,2010(07):77.

个国际上不容忽视的现象，这其中涉及到代孕儿童亲权关系和国籍认定的问题也随之而来。如今，在英美法系中，部分国家已经确立了在跨境代孕下确定父母子女关系的法律，但由于这些法律规制并不统一，甚至存在冲突。因此，认定代孕儿童法定父母身份的问题在解决时仍会遇到许多困难。

但是，我们必须承认代孕儿童的存在已经是既定事实，且代孕儿童作为代孕关系中最无辜的亦是弱势群体的主体，应当予以保护。不能因法律和伦理的冲突就使其成为没有公民身份且无父母监护的无国籍人。在国际私法的领域，尚未形成统一的认定跨境代孕中法定父母身份及代孕儿童国籍的冲突法规则，海牙国际私法会议最近正在探讨是否有可能制定统一的国际准则来规范代孕行为。这意味着对此尚未有立法规制的国家应当在国家立法层面对代孕这一人工辅助生殖技术予以关注。

我国作为存在大量代孕需求却对代孕行为并未有明确法律规定的国家，应当明确代孕开放程度，将保护代孕儿童的最大利益作为价值导向进行修法。同时，建立专管跨境代孕的行政机构，以保障跨境代孕儿童取得父母监护和获得国籍的权利。这亦是维护公共利益和顺应公共政策的体现。

13.比较法视野下跨国代孕判决的承认研究

——以公共秩序与儿童权益的衡量为视角

陈雨*

摘　要：各国对代孕的认可程度不同，在一定程度上促使禁止代孕国家中具有代孕需求的意向父母赴开放代孕的国家寻求代孕。意向父母通过代孕获得与其具有基因联系的代孕儿童并获得认可存在亲子关系的代孕国判决后，意向父母国籍国对依照代孕国法律作出判决的承认不尽相同。拒绝承认相关判决及亲子关系多基于国家对公共秩序的考量，但却在一定程度上损害了代孕儿童的权益。近年来，许多禁止代孕及不承认相关判决的国家对一概拒绝承认的态度进行反思，重新衡量公共秩序与儿童权益的关系。我国是禁止代孕的国家之一，且尚未有一例跨国代孕判决请求我国法院予以承认，但仍有必要探讨上述国家发生所述变化的原因并取其精华。本文从比较法的视野，以公共秩序与儿童权益的衡量为视角分析典型国家最高法院对跨国代孕判决承认的观点与做法，并以此反思公共秩序与儿童权益保护原则之间的矛盾与协调。

关键词：跨国代孕；判决承认；比较法；公共秩序；儿童权益

Abstract: The attitude towards surrogacy varies from country to country. Intended parents who have the need of surrogacy in countries where surrogacy is prohibited are tend to go to countries where surrogacy is allowed to seek surrogacy. After intended parents obtain the judgment of the foreign country which recognize the existence of parentage, the country of intended parents' nationality has to face the difficulty and challenge to recognize the judgment. Refusal of recognition of relevant judgments and parentage is considered by a country out of the domestic public order, but it damages the interests of surrogate children to a certain extent. The

* 作者简介：陈雨，女，山东大学法学院 2018 级国际私法专业博士生，美国南加州大学法学硕士（LLM），中国政法大学法学学士、经济学学士。

controversy over the recognition of international surrogacy judgments focuses on public order and the protection of children's interests. In China, surrogacy is strictly prohibited and there is not a case of international surrogacy judgment which requires to be recognized. However, the necessity and scope of recognition of relevant judgments in the context of prohibition of surrogacy in China are still need to be discussed. From the perspective of comparative law and the measurement of public order and children's interests, this paper analyses the views and practices of the Supreme Court of typical countries on the recognition of international surrogacy judgments and try to reflect the contradiction and coordination between the preservation of public order and interests of child.

Keywords: international surrogacy, recognition of foreign judgement, comparative law, public order, interests of child

一、跨国代孕的概念界定与问题的提出

（一）跨国代孕的概念界定

跨国代孕[①]指异性或同性夫妻或单身人士（以下统一称为“意向父母”[②]）通过委托他国代孕母亲[③]提供妊娠服务而获得代孕子女的行为。代孕[④]一词本身语意模糊，包括传统代孕（即代孕母亲本身就是受精卵的卵子提供者）、人工辅助代孕等。在多国司法实践中，传统代孕并不被认定为代孕，所生子女通常被认定为非婚生子女而非代孕子女。本文不考量上述传统代孕模式。本文所指的代孕，是指将受精卵植入代孕母亲子宫，由代孕母亲替意向父母完成怀胎与分娩的过程。即代孕卵子提供方为意向母亲或第三方女性，代孕精子提供方为意向父亲或第三方男性，意向父母与代孕儿童[⑤]之间应至少存在一方或双方基因联系[⑥]。

跨国代孕的外在驱动在于各国对代孕[⑦]采取的态度不同。跨国代孕的内在驱动在于其不同于收养所具有的基因联系。[⑧]意向父母对具有基因联系子女的迫切渴望，诞生并发展了跨国代孕的市场。跨国代孕涉及多方服务提供者，包括提供子宫以实施代孕的代孕母亲、提

---

① 海牙国际私法会议(以下简称 HCCH) 在 2011 年的《关于跨国代孕的初步报告》中对“跨国”的界定是:委托父母(intended parents) 、代孕母亲(surrogate mother) 的住所(resident) 或者代孕的实施地至少与两个及两个以上的国家有联系。The Permanent Bureau of HCCH．Private International Law Issues Surrounding the Status of Children，Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements 2018 年 9 月 25 日至 28 日，海牙国际私法会议亲子关系/代孕项目专家组第四次会议召开 Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project, https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf

② 本文对委托方统一称为“意向父母”（intended parents），包括有婚姻关系的夫妻、男性一方、女性一方、同性婚姻等。其他学者表述方式有“委托父母”（commissioning parents）。

③ 本文对提供子宫与妊娠的女性统一称为“代孕母亲”（surrogate），其他表述方式还有“胚胎载体”（embryo carrier）、“妊娠载体”（gestational carrier），部分学者称其为“子宫出租者”。

④ 本文并不计划对代孕是否应当合法化的问题加以论述，代孕议题背后所蕴藏的道德伦理、性别平等、自然权利以及政府作用等范畴的问题非本文论证范围，虽不对跨国代孕价值的判断加以论证并非面对日益繁荣的代孕市场的应对之道，而该问题涉及面之广，解决难度之大，非本文所能涉及。

⑤ 本文对基于代孕协议，通过代孕方式出生的儿童统一称为“代孕儿童”，其他表述方式有“代孕子女”、

⑥ 选择代孕的方式不仅出于不孕不育，亦存在部分高龄母亲或者遗传病携带者以期通过此种方式规避生育风险。本文不对个人对孩子存在基因联系的心理是否正常、健康甚至道德作出任何判断与评价，仅客观描述其存在的特定心理。

⑦ 本文统一称为“代孕”(surrogacy),其他表述方式有“第三方辅助生殖”（third-party assisted reproduction）、“代孕生殖”（reproductive surrogacy）、“代孕妊娠”（gestational surrogacy）等。

⑧ 参见：BernadetBordas, Surrogacy with Cross-Border Effects: Reality and Law, 46 ZbornikRadova 97 (2012)，p.117：Taking advantage of the lack of an international legal framework in this domain and the permissive national regulations of some states, persons who want to become parents of a child who is genetically related to them, use the services of surrogate mothers abroad.

供法律咨询的律师、向医疗机构购买卵子或精子的中介机构[①]等。跨国代孕产生的民事法律关系，始于意向父母、代孕母亲及各类中介等当事人签订代孕协议，通常在协议中明确代孕儿童与意向父母之间的亲子身份关系。

（二）问题的提出

国际旅游日益频繁，只要存在国家开放代孕，则跨国代孕将始终无法得以有效禁止。跨国代孕面对的是允许代孕国与禁止代孕国之间处理代孕态度不同而产生的困境。跨国代孕的涉外性，大大增加了明确各方主体法律地位及相互关系的难度。1970 年开始大规模出现跨国代孕，随后代孕市场迅速扩大。[②]近几年，各国纷纷出台相关法律对代孕行为加以明确限制甚至明令禁止，但跨国商业性代孕市场仍不断发展。2013 年，外国人在美国代孕的数量占美国总代孕数量近 20%。[③]

根据海牙国际私法会议（HCCH）统计，各国对代孕的立场分为禁止[④]、规制[⑤]和忽视[⑥]。但即使部分国家开放代孕，不同国家对代孕儿童的国籍与亲子关系的认定的方式仍存在显著区别。[⑦]意向父母并非仅依据代孕协议即可当然获得代孕儿童法定父母的身份。如美国[⑧]要求意向父母在实施代孕前或代孕儿童出生前，经法院审理得到认定代孕儿童与意向父母之间将成立法律上亲子关系的判决。英国[⑨]立法注重保护代孕母亲的法律权益，将代孕母亲认定为代孕儿童的法定母亲。意向父母为取得法律上的父母地位，需在满足一定形式要件的前提下，在代孕儿童出生前向法院申请亲权命令。但代孕母亲在代孕儿童出生后仍有 6 周时间保留该孩子与其的法定亲子关系并拒绝交付，代孕母亲从而保有法律上的母亲地位。部分对代孕亲子关系认定未做明确规定的国家，可在满足一定条件的前提下，意向父母可通过身份登记、收养等方式建立亲子身份关系。[⑩]

跨国代孕长期处于灰色地带，且当前并无规范跨国代孕以及确立亲子关系标准的国际公约[11]。跨国代孕行为的效力仅受制于代孕国国内对代孕的法律规范以及意向父母国籍国或

---

① 帮助寻找精子提供者、卵子提供者以及子宫提供者。中介在大量国家中寻求以满足客户要求，确保质量可靠、渠道方便以及价格合适的对象。

② Yasmine Ergas, Babies without borders: Human rights, human dignity, and the regulation of international commercial surrogacy, 27 Emory Int’l L. Rev. 117(2013), p.119：The rapid expansion of transnational adoptions, beginning in the 1970s, highlighted the existence of a growing market for babies in which particular states came to be characterized as exporters and others as importers (and some as both).

③ Kiran M. Perkins, et al., Trends and Outcomes of Gestational Surrogacy in the United States, 106 fertility & sterility 435(2016). 该文章用实证分析的方式统计了 1999－2013 美国代孕的情况，用数据直观展示了从 2005 年开始到 2013 年非美国国民在美国实施代孕的数据每年稳定增长，从 2.8%涨至 18.4%。

④ 完全禁止任何形式的代孕，包括任何形式的商业代孕、私人代孕等，典型国家如西班牙、瑞士、日本、法国、德国、中国、意大利、奥地利、挪威等。

⑤ 不完全禁止代孕，仅禁止商业代孕，允许向代孕母亲支付报酬（并非购买代孕儿童的对价）的代孕行为，即非商业代孕，认定为代孕母亲为代孕儿童法律意义上的母亲，如比利时、荷兰。

⑥ 即无明确法律规定禁止代孕，任何形式的代孕均不违法，如英国、美国部分州、印度、乌克兰、俄罗斯`格鲁吉亚、希腊、乌克兰、南非、巴西等。

⑦ 小林贵典，论涉外代案件中外国裁判之承认，台北大学法学论丛，第 103 期，p.199。

⑧《统一亲子法》，亲属法关系属于各州管辖事项，代孕在内的人工生殖亦属于州法管辖范围，各州对于开放代孕观点不一，判例法与制定法所采的具体规范亦是不同。美国全国统一州法委员会 2002 年修订统一亲子法（uniform parentage act）增加代孕协议一章（gestational agreement）,要求满足一定适格要件的情况下，该法未要求意向父母为法律上的夫妻，但代孕协议需经法院事先认可，否则代孕协议无强制力。该法要求代孕母生产后，意向父母通知法院并予以确认意向父母为代孕儿童法律上的父母，并要求相关机构核发相应的出生证明书。

⑨ 代孕协议法：surrogacy arrangements act 1985

⑩ 如俄罗斯、乌克兰、乔治亚等国家以身份登记成立意向父母与代孕儿童之间的亲子身份关系；荷兰、比利时等只能通过依法收养。参见小林贵典，论涉外代案件中外国裁判之承认，台北大学法学论丛，第 103 期，p.207-208.

11 Bernardet Bordas, Surrogacy With Cross-Border Effects: Reality and Law, 46 ZbornikRadova 97(2012)，p.117.

住所地国家的国际私法。“公共政策是现代各国判决承认与执行中的一项重要制度，各国均以不得违反被申请国的公共政策作为承认和执行外国法院判决的先决条件。”[①]各国考量是否应当承认跨国代孕判决之初，考虑的主要标准即为公共秩序[②]，以承认相关外国代孕判决以及认可判决中的亲子关系为违反了国家公共政策。近年来，各国开始倾向于基于儿童利益保护原则，平衡与公共秩序之间的关系，在满足特定条件下，对相关跨国代孕外国判决予以承认。

本文不试图论述允许或禁止代孕国家对待代孕态度的理论基础，亦不认同当前我国国情存在代孕合法化的可能性。本文将仅从国际私法角度，以公共秩序与儿童权益的衡量为视角分析典型禁止代孕国家的最高法院对跨国代孕判决承认的观点与做法，论述对外国就跨国代孕已作出相关判决的情况下，承认或拒绝承认相关判决的理论基础，并进一步通过典型国家司法实践对跨国代孕判决承认态度的转变来反思公共秩序与儿童权益保护原则之间的矛盾与协调。本文以我国当前禁止代孕并将长时间禁止代孕的前提，但并不认为该前提是可以忽视其他国家对代孕判决态度转变、在处理相关案件时对不同原则之间的协调以及对相关理论的进一步思考的理由，以期对我国相关理论的反思与司法实践的操作提供一定的借鉴意义。

二、典型禁止代孕国家对跨国代孕判决的态度

西班牙、瑞士、日本、德国和法国均是严格禁止代孕的国家。但对于跨国代孕判决承认的态度不同，并非一概拒绝承认。

西班牙认定国内代孕协议无效，且代孕儿童在代孕国出生后无法在西班牙民事登记处被登记。西班牙最高法院在审理跨国代孕判决的承认案件时，倾在于适用传统的公共政策，以西班牙法律以及西班牙对于亲子关系认定的模式来裁定拒绝承认跨国代孕的相关判决。

根据《瑞士联邦国际私法》第 32 条[③]，如果判决满足作出的法院有管辖权等（根据第 25 条、26 条[④]）条件则可对案件予以承认。2014 年瑞士公开第一起关于承认跨国代孕判决的裁定[⑤]。虽然之前早已有就相似问题作出的裁决但大多数并不为人所知，另一原因为相关判决缺乏对官方立场的说明。瑞士当局的表述表明，因为有损公共秩序，通常或者至少大

---

① 徐冬根著，《国际私法（第二版）》，北京大学出版社 2013 年 1 月，p.531。

② 英美法系国家多表述为“公共政策”（public policy），大陆法系国家多表述为“公共秩序”。本文除引用内容外，均采以“公共秩序”的表达。

③ 1987 年 12 月 18 日瑞士联邦国际私法（Swiss Federal Code on Private International Law of 18 December 1987, CPIL）第 32 条：（1）有关民事身份的外国判决，根据管理民事身份事项的州机关的裁定，在出生、死亡和婚姻的民事身份登记处进行；（2）如果满足第 25 条至第 27 条的规定的条件，登记即可批准；（3）如果不能证明在判决作出地的外国国家，当事人的权利在诉讼中已被充分尊重，就应事先听取有关人员的陈述。

④ 瑞士联邦国际私法第 25 条：外国判决可在瑞士得到承认：（1）如果作出判决的法院或主管机关被认为有管辖权；（2）如果判决已不能再上诉或判决为终局判决，以及（3）如果不存在依第 27 条拒绝承认的理由。

第 26 条：外国机关被认为有管辖权：（1）如果依本法的规定应有管辖权，或在没有这种规定时，被告在判决作出国有住所；（2）在有关财产事项中，如果当事人根据本法认为有效的公约而自愿服从作出判决的机关的管辖；（3）在有关财产事项中，如果被告应诉而未作保留，或（4）在反诉的情况下，如果作出判决的机关对本诉有管辖权，并且在两诉之间有联系。

第 27 条：拒绝的理由：（1）如果对外国判决的承认明显地不符合瑞士的公共秩序，在瑞士应拒绝承认该判决。（2）对外国判决的承认也同样应予拒绝，如果当事人一方能证明：a.他没有依其住所地法或依其习惯居所地法受到正常传唤，但无保留地应诉的除外；b.判决的作出违反瑞士程序法的基本原则，尤其是前述当事人没有得到出庭辩护的机会；c.相同当事人间就同一标的进行的诉讼已在瑞士提起或已在瑞士作出判决，或者第三国已先行作出判决，并且该判决又符合瑞士予以承认的条件。（3）如本法另有规定，否则外国的判决不得作为实质审查的对象。

⑤ Andrea Buchler; Luca Maranta, Surrogacy and International Private Law in Switzerland, 2015 Int'l Surv. Fam. L. 327 (2015).

多数情况下不承认意向父母与代孕儿童之间存在法定亲子关系。如果意向父母双方提供精子和卵子，亲子关系通常会被直接承认；但仅意向父亲一方与代孕儿童存在基因联系，则仅意向父亲被认定为法律上的父亲。在这种情况下，为使另一方成为法律上的父母，该孩子就应当以收养的方式成为其继子。2014 年瑞士法院就此类案件作出大量判决。

日本最高法院 2007 年 3 月 23 日裁定认为，以承认跨国代孕判决将违反日本公共秩序为由拒绝承认。在日本，无法通过《日本民法典》来判断代孕协议的有效性并进一步确定相关主体之间的亲子关系[①]。仅在满足极为严格的要件下，在外国实施代孕并取得的确认亲子关系的外国法院判决可被承认。具体要件包括生物学上的联系、意向父母寻求实施代孕的目的和动机、代孕母亲提供代孕的目的和动机。支付价格应当是手续费而不可作为子女的对价。代孕协议应优先保障代孕母亲怀孕生产过程中的身体安全，不得包含侵犯其人性尊严与身体健康的内容等。

德国及多数欧盟国家严格禁止代孕，禁止包括商业或无偿等任何形式的代孕。《德国民法典》第 1591 条规定："一个孩子的母亲是指将其生育的女性"。德国 2014 年 12 月 10 日裁定认为，承认跨国代孕判决并不违背德国公共秩序，应当予以承认[②]。德国联邦最高法院近期的一个判决[③]利用利益衡量原则对公共秩序与儿童权益保护加以权衡，赋予代孕儿童的利益以较大比重，以保障代孕儿童的生存权和发展权，进而承认美国法院的代孕判决。德国法院在判断是否应当承认男同性伴侣是代孕儿童的法定父母时认为，德国《胚胎保护法》禁止人工辅助生殖且《德国民法典》强制规定生育母亲是代孕子女的法定母亲，因而美国加州法院判决违反德国强制性规定及公共秩序，不予以承认。案件最终上诉至德国联邦最高法院。德国联邦最高法院对该案予以改判，要求德国登记机构将男同性伴侣登记为代孕双胞胎儿童的法律上的父母。德国联邦最高法院认为该美国判决符合程序法上的要件，但未认定该外国判决是否能创造产生法律关系，即意向父母基于代孕协议可直接取得代孕儿童法律上的父母身份。对该外国判决的承认仅是对该亲子关系确认即仅是对于既有法律状态加以确定的判决，属于《家事事件法》承认的标的，应当予以承认。

法国政府以代孕协议违反法国公共秩序拒绝对代孕儿童予以出生登记且拒绝承认法国夫妇与代孕儿童之间存在亲子关系。曼尼松夫妇一案，十年内经过五次审理，最终上诉至法国最高法院。法国最高法院 2011 年 4 月 6 日裁定认为，对代孕儿童的出生登记会使被《法国民法典》基于公共秩序而确认无效的代孕协议发生法律效力，进而拒绝承认，此后曼尼松夫妇向欧洲人权法院提起诉讼。欧洲人权法院 2014 年 6 月 26 日判决[④]认为，首先意向父亲与代孕儿童之间存在生物学上的联系，拒绝承认代孕儿童与生物学上的父亲之间的亲子关系，且未准许意向父母以认领、收养或身分占有的方式与代孕儿童构成亲子关系，是对代孕儿童私人及家庭生活受到尊重的侵害，违反了《欧洲人权公约》第 8 条[⑤]的规定。法国法禁止承认基于代孕协议而形成的亲子关系，主要目的在于维系国内禁止代孕规定的一致性以及坚持"生者为母"的基本原则。但是对代孕儿童的出生证明拒绝登记以及拒绝确认法国父母与代孕儿童之间的亲子关系，将使得其不能获得法国国籍，并影响其法国居住权，

---

① Trisha A. Wolf, Why Japan Should Legalize Surrogacy, 23 Pac. Rim L. &Pol'y J. 461 (2014).

② Susanne Lilian Gossl, The Recognition of a Judgment of Paternity in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law, 7 Cuadernos Derecho Transnacional 448 (2015), p.449.

③ BGH BeschlussAkz． XII ZB 463 /13．

④ 曼尼松诉法国案 Mennesson v. France https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["65192/11"],"itemid":["001-145179"]}

⑤《保护人权与基本自由公约》第 8 条：1.人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利；2.公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。

使得家庭陷入不稳定状态。

三、跨国代孕判决承认的对象与审查要点（本章节略）

（一）跨国代孕判决的承认对象

（二）认定承认跨国代孕判决违反公共秩序的界限与标准

（三）反思儿童最大利益原则是否是适用承认跨国代孕判决的最佳原则

（四）公共秩序与儿童利益的权衡

四、结论

跨国代孕案件涉及多学科内容，有其复杂性。各国对代孕协议的合法性认定不同。而即使在允许代孕的国家，缔结代孕协议后，代孕母亲不愿按照协议交付子女、因子女出生存在健康问题而意向父母不愿履行原协议等原因，原合同极易因无法正常履行而导致纠纷并诉诸诉讼。代孕国法院受理案件后，需就代孕协议的有效性予以确定，并进一步认定代孕儿童国籍及法律上的父母等。此时，作为跨国代孕“产物”的代孕儿童，如果基于代孕协议由意向夫妇抚养，会面临相关判决及亲子关系易被拒绝承认的困境以及遭遇在意向父母国籍国生活所需面对的程序上的重重困难，对自我身份产生怀疑等；如果由代孕母亲抚养，代孕母亲的生存条件往往并不能提供儿童生存而和发展的最优环境，亦不能充分保障该儿童的权益。多数情况下，意向父母希望与代孕儿童一同回到意向父母的国籍国继续未来的家庭生活，该国籍国如何认定代孕协议的有效性、承认外国判决的标准以及公共秩序的范围均与意向父母和代孕儿童之间是否存在亲子关系的认定具有密切联系，或将直接影响代孕儿童的权益。若一概拒绝或不当拒绝承认，从国际视角来看，恐无法满足国际法对于人权的部分要求。

部分国家认定代孕母亲为代孕儿童法律上的母亲，但不认定代孕母亲应当承担代孕儿童最终的抚养责任，该认定的合理性与必要性仍需要加以论证。此外，各国在适用公共秩序时，普遍保持较为谨慎的态度。探讨一国国内立法或政策禁止代孕的理由，才可探讨一国是否应当承认相关外国判决，尤其是当承认会违背国内公共秩序时，如何进一步厘清公共秩序在代孕问题上的界限、判决承认与否对儿童权益影响的可能性与程度是需要研究的问题。是否承认跨国代孕判决会对与公私环境紧密相关的家庭结构以及个人身份的社会概念造成影响。禁止代孕协议的公共秩序要求与拒绝承认跨国代孕判决之间并非是必然的关系，需要进行论证以及划定与儿童权益保护之间的界限。

多数国家认为以收养方式建立意向父母与子女之间的亲子关系较为合适，进而拒绝直接承认外国作出的认定意向父母与子女之间法律上的亲子关系。该做法亦会造成不良影响，即使得在拒绝承认判决后再通过收养建立亲子关系的时间段内，代孕儿童的身份处于不安定的状态，陷入实质上无法律意义上的父母以及无国籍的状态。该身份真空的阶段会带来多个法律上的问题，在生活、求学等多方面陷入重重困境。首先，在代孕国已作出代孕母亲非为法律上母亲的判决，代孕儿童在代孕国已是意向父母法律上孩子，该身份认定是否能够顺利完成收养程序是一大问题。此外，若存在代孕母亲不愿意配合收养，加之国际收养程序复杂，若孩童健全，意向父母收养意向强烈还可勉强为之，若孩子具有生理或心理上缺陷，意向父母以此逃脱抚养责任，不愿收养孩子，会对这样诞生的子女造成进一步的伤害。再者，若意向父母意外死亡，会造成孩子收养程序的中止，本可被认定为代孕儿童的遗产继承受到本无需经受的阻碍，对孩子的利益保护更是不利。基于此，收养并非是从另一侧面解决跨国代孕的良方。应当正视承认跨国代孕判决所需面临的理论与实践难题，对公共秩序和儿童权益加以衡量，充分考量具体个案中相关主体的利益，以实现儿童利益的充分保障。

14.境外保险合同的法律适用问题研究

蒋怡*

摘　要：跨境保险活动的出现，使一国保险产品的销售和经营从本国扩展到其他国家，接踵而来的就是基于这些跨境保险产品的销售和经营而产生的问题，关于保险合同的订立、履行以及争议的处理时都会面对至少两种不同国家或地区的保险法律规范的制约和调整。境外保险合同的法律适用问题，在不同的国家、地区也有不同的规定。欧盟关于保险合同法律适用的规定十分细致、完备，不仅区分了人寿险和非人寿险的规定，还将保险风险详细划分为大规模风险和非大规模风险，并且有关于强制性规则和公共秩序的规定。美国也将人寿保险和非人寿保险的法律适用区别对待，并赋予法官在“更密切联系”的情形时灵活适用冲突规范。而中国的规定则较为简单、笼统，不足以应对复杂的保险合同问题，因此，我们可以通过借鉴上述更为详尽、完备的规定来完善本国相关规定。

关键词：保险合同；法律适用；更密切联系；公共秩序保留

Abstract：The emergence of cross-border insurance activities has led to the expansion of the sale and operation of insurance products in one country from one country to other countries, followed by problems arising from the sale and operation of these cross-border insurance products. The conclusion, performance and treatment of the disputes of insurance contracts will face the constraints and adjustments of insurance laws and regulations in at least two different countries or regions. The legal application of overseas insurance contracts also has different provisions in different countries and regions. The EU's provisions on the application of the law on insurance contracts are very detailed and complete. They not only distinguish between life insurance and non-human life insurance provisions, but also classify insurance risks into large-scale and non-large-scale risks in detail, and there are provisions on mandatory rules and public order. The United States also distinguishes between the legal application of life insurance and non-life insurance, and gives judges flexibility to apply conflict norms in "more closely related" situations. The Chinese regulations are relatively simple and general, and are not enough to deal with complex insurance contract issues. Therefore, we can improve our relevant regulations by drawing on the more detailed and complete provisions mentioned above.

Key words: insurance contract, application of law, closer connection, public order reservation

一、境外保险合同的含义及特征

（一）境外保险合同的含义

“保险合同”在我国《保险法》第十条被定义为：“投保人与保险人约定保险权利义务的协议”。该定义只是沿用了合同的概念，略为简单笼统。但《保险法》第二条对“保险”作出了比较具体详实的定义：“本法所称保险，是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。”两个法条结合便可显示出保险合同不同于其他一般民商事

* 蒋怡，广东外语外贸大学法学院国际法专业研究生。

合同的特殊性。

“境外”这一词在本文中不仅可以理解为“本国国境之外”，也包含了“关境以外”的内涵，即包括了国界跨境和区际跨境两个部分。既考虑到含有外国因素的消费者合同，又涵盖了多法域国家内不同法域间涉及到区际因素的消费者合同，对“境”之理解不应简单浮于国家间的地理边界，而应以国际私法的研究环境为背景，兼顾多法域国家复杂的立法现状，将其界定为施行独立法律制度的区域，即法域。[①]因此，本文认为“境外保险合同”是指位于不同国家或隶属于不同法域的投保人与保险人约定保险权利义务的协议。例如，中国内地的消费者在香港境内旅游期间，与香港保险公司订立的商业保险合同就属于本文境外保险合同的范畴。

（二）境外保险合同的特征

排除“境外”的因素，境外保险合同与境内保险合同并没有本质上的区别。而保险合同作为一种特殊合同，既具有一般合同的特性，也要具有自身的特殊性。例如，保险合同具有强烈的个人属性，这主要体现在保险人对被保险人及保险标的基本情况的认知与了解，直接决定了保险人是否承保等情况；体现了超出普通合同的最大诚信原则；是附条件的双务合同；具有典型的有偿性；是需要保险人明确说明的附和合同；是不需要采取特定形式的非要式合同；是具有部分射幸性的合同，因为保险合同通常约定只有在符合条件的风险事故发生时，保险人才承担赔付，但风险事故是否发生等情况均具有不确定性。[②]一般保险合同的上述特征也是暗含在境外保险合同中的。

但与常见的境内保险合同不同，由于具有了境外的因素，使得消费者合同与两个或者两个以上的国家或地区的法律产生联系，使之区别于单纯的国内合同，成为国际私法规则调整的对象。因此，由于国际社会上各国、各地区制定的与保险合同相关的法律不尽相同，境外保险合同在法律适用上呈现出复杂的局面。

二、境外保险合同的法律适用

由于各国、各地区与保险合同相关的法律规定各不相同，存在差异性，这就产生了境外保险合同的法律冲突。比如说，在我国，与保险合同相关的实体法就有《保险法》、《合同法》、《民法总则》等，而在投保人与保险人未选择适用的法律的情况下，境外保险合同纠纷可适用的法律又涉及到两个或两个以上的国家或地区，这种情况导致法律适用的复杂性就加剧了。因此，为了解决境外保险合同理论界和司法实务的难题，研究不同国家、不同地区的境外保险合同法律适用的规则，不断完善国内现行规定，是很有必要的。

（一）欧盟保险合同法律适用规则

欧盟保险合同法律适用规则自其产生以来就是一系列非常复杂的法律规定。在 2008 年《罗马条例 I》颁布之前，欧盟保险合同的法律适用规则主要分布于《罗马公约》、欧盟一系列的《保险指令》以及成员国国内冲突规范。以风险所在地为主要考量因素，三者的适用范围各不相同：《罗马公约》适用于欧盟再保险合同和风险位于欧盟成员国外的保险合同；欧盟保险指令适用于承保风险和保险人都位于欧盟成员国境内的保险合同；欧盟成员国国内的冲突规范适用于保险人位于欧盟成员国境外而承保风险位于欧盟成员国境内的保险合同。[③]

1.《罗马公约》和欧盟《保险指令》并行调整时期

（1）《罗马公约》

1980 年颁布的《罗马公约》没有单独对保险合同法律适用进行规定，只是一开始在公

---

① 肖雯，跨境消费者合同法律适用问题研究，西南政法大学博士学位论文，2016 年，第 37 页。

② 王雨静著，保险合同法律问题研究，中国政法大学出版社，2014 年，第 6-11 页。

③ 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 8 页。

约第条第款的适用范围中声明该公约不适用于承保风险位于欧盟成员国境内的保险合同，同条第款规定再保险合同不受前款约束。因此整个《罗马公约》能够支配的保险合同为承保风险位于欧盟成员国境外的保险合同和所有再保险合同。

《罗马公约》在合同准据法方面规定了两类规则：一类是适用于一般合同的法律适用规则，包括意思自治原则、最密切联系原则、强制性规则等。二是适用于特殊合同，包括消费合同和雇佣合同的法律适用规则。根据公约第 5 条的规定，消费合同是指向消费者提供其行业或职业以外的货物或服务的合同，或者为了该货物或服务提供信贷的合同。[①]其中没有对保险合同法律适用规则进行专章单独规定，但是根据公约第条对消费者合同定义，即向消费者提供其行业或职业以外的货物或服务的合同，或者为了该货物或服务提供信贷的合同为消费者合同，保险合同是保险人对被保险人（即消费者）提供的一种分担风险的服务合同，属于服务合同的一种，而该条规定适用于提供服务的合同，那么该消费者合同的法律适用规则也可能适用于保险合同。[②]因此，保险合同既可能适用 《罗马公约》中一般合同的法律适用规则，也可能适用消费合同的特殊规则。

（2）欧盟《保险指令》

欧盟保险指令是以建立欧洲统一保险市场为目标，在世纪年代协调成员国实体保险合同法失败的情况下，欧盟理事会根据《欧洲共同体条约》有关规定颁布的一系列保险服务指令。欧盟《保险指令》蕴含着欧盟保险合同法律适用的核心规则，这些规则又可分为几种不同的类型：第一种指令旨在协调成员国之间的实体法律。第二种指令旨在建立欧洲单一保险市场，包含间接调整欧盟保险合同的法律选择规则，可以被系统地梳理为四代保险指令。这些保险指令除了主要以非人寿险和人寿险两大类进行规定，还涉及再保险合同法律适用的规定。第三种指令不直接规范保险合同，但对保险合同当事人产生影响。如《消费者合同不公平条款指令》。[③]实践中，第二种指令对欧盟跨境保险合同纠纷的解决起主要指导作用。

在 20 世纪 70 年代协调成员国实体保险合同法失败的情况下，委员会采纳了替代的方法，在第二种指令的第二阶段指令及第三阶段指令中规定了保险合同的法律适用规则。非人寿险合同方面，第二非人寿险 88/357/EEC 指令第 7 条和第 8 条首次对非人寿险合同的法律适用作出规定。第三非寿险指令第 27 条对第二非寿险指令的规定进行了一定的修改，扩大了当事人可以自由选择法律的范围。在人寿险方面，委员会最早在 1990 年第二寿险指令第 4 条对寿险合同的法律适用作了规定。2002 年 11 月 5 日欧洲议会和理事会 2002/83/EC 人寿险综合指令中有关法律适用的第 32 条则与上述第 4 条的规定完全相同。总结指令中的相关规定，对于非人寿险合同而言，指令将所承保的风险分为普通风险和大风险加以区别对待。在大风险的情况下，适用意思自治原则，当事人可以选择任何法律。对非人寿险的普通风险而言，主要采纳有限制的意思自治原则和有限制的最密切联系原则。人寿险合同适用保单持有人有惯常居所地的国家的法律；如果保单持有人是法人，则适用该法人与合同有关的机构所在地成员国的法律。[④]

2.《罗马条例 I》统一调整时期

2008 年 6 月 17 日欧洲议会和欧盟理事会在法国通过了《欧洲议会和欧盟理事关于合同之债准据法的第号（欧共体）条例》，《罗马条例 I》在第 7 条新增了有关保险合同法律适用

[①] 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 233 页。

[②] 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 9 页。

[③] 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 9-10 页。

[④] 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 233 页。

规则的特别条款。并且，在其第 23 条规定条例不得妨碍共同体法律中与合同义务有关的冲突规则的适用，但第 7 条，即保险合同冲突规则除外。也就是说，保险合同条款可以影响共同体法律中与合同义务有关的冲突规则的适用，包括欧盟《保险指令》，因此，但作为后法的第 7 条规定将优先适用于前法《保险指令》。第 24 条规定，在成员国内，该条例将取代《罗马公约》。[①]因此，《罗马条例 I》中有关保险合同法律适用的规则最终成为目前欧盟调整保险合同法律冲突唯一一个具有法律拘束力，可直接适用于成员国的欧盟立法。

《罗马条例 I》第 7 条规定将保险合同依其承保风险规模大小的不同分为大规模风险[②]和非大规模风险。对于承保大规模风险的保险合同而言，无论其风险是否位于欧盟成员国境内都适用本条关于保险合同的法律适用规则；对于承保非大规模风险的保险合同而言，其风险只有位于成员国境内才可适用此规则。[③]

《罗马条例 I》第 7 条第 2 款规定，承保大规模风险的非人寿险合同可以适用当事人选择的法律。当事人选择法律必须是明示的或必须通过合同条款或案件的情形明确地表达出来。当事人选择的法律可以适用于合同的全部或部分。当事人没有选择时，保险合同应适用保险人有惯常居所地国家的法律。当所有情况表明合同明显地与另一国家有更密切联系时，应适用更密切联系国家的法律。[④]

《罗马条例 I》第 7 条第 3 款规定，非大规模风险保险合同当事人只能在以下范围内进行法律选择：（a）合同缔结时风险所在地之成员国法；（b）保审持有人惯常居所地法；（C）人寿保险中的保弟持有人为某一成员国公民的，该成员国法；（d）保险合同所承保的风险限于风险所在地成员国之外的保险事故发生地之成员国，该保险事故发生地之成员国法；（e）保单持有人从事工商业或自由职业，合同承包两个或两个以上与之有关的风险位于不同成员国境内的，任何一个相关成员国法或保单持有人惯常居所地法。如果（a）（b）或者（e）中国家的法律能给予合同当事人更大的选法自由，告事人可利用这一规定。如果当事人没有选择合同准据法，该合同应当由合同缔结时风险所在地成员国的法律所调整。

《罗马条例 I》第 7 条第 4 款规定了强制保险合同的法律规则。除非保险合同遵循有关成员国制定的强制保险的特别条款，西则保险合同不应满足投保义务的履行。如果风险所在地法与强制投保义务国法发生冲突，后者应优先适用；（b）通过第条第、琐的减损方式，成员国可规定保险合同应适用强制投保义务国之法律。

除此之外，《罗马条例 I》还更加明确地规定了在强制性规则。首先，条例对“最重要的强制性规定”与“不能通过协议减损的规定”这两个概念加以区分，指出对前者应加以限制解释。其次，条例分别在第 9 条和第 3 条对这两类规则的适用作了具体规定。

公共秩序方面，根据 《罗马条例 I》第 21 条的规定，适用任何国家的法律规则，只有在这种适用与法院地国的公共政策显然不符时，才可以拒绝适用。[⑤]

（二）美国《第二次冲突法重述》

由于承袭普通法的司法传统，加之联邦制的特殊政治体制，使得美国的立法和司法系

[①] 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 14 页。

[②] 大规模风险是指根据保险指令定义的风险。根据欧盟第二非寿险指令第 5 (d) 条的规定，大规模风险包括：仅根据风险的性质定义的风险，如海上、航空、铁路运输工具有关的财产及运输保险；根据风险的性质及保险原因定义的风险，如为专业或商业 目的而投保的信贷和保证保险；根据风险的性质以及保单持有人的类型定义的风险，如火灾和自然灾害造成的财产损失、火灾和自然灾害以外的其他原因造成的财产损失、普通责任、各种金融损失。在最后一种情况下，指令对保单持有人的财产总额、营业额、雇员等方面规定了其他要求。

[③] 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 17 页。

[④] 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 236 页。

[⑤] 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 237 页。

统较之一般的国家更为复杂，分为联邦和州两个层面。[①]这就造成在美国，关于保险合同的法律适用没有统一的规定。美国在联邦法层面对涉外保险合同的法律适用主要由《第二次冲突法重述》中的冲突规则进行调整。具体来看，保险合同被规定在该法第二部分特种合同之中，

位于第 192 和第 193 条。该法将保险合同分为人寿保险和非人寿保险合同。

1.人寿保险合同的法律适用

对于人寿保险合同，第 192 条规定，根据被保险人申请而签发给他的人寿保险合同的有效性及由该合同产生的权利，在被保险人未在其申请中作出有效的法律选择时，依申请保险单时被保险人住所地州的本地法。但在该特定问题上，按照第六条规定的原则，某另一州与该交易及当事人有更重要联系时除外。在后一种情况下，依该另一州的本地法。《第二次冲突法重述》认为之所以适用被保险人住所地法是因为：人寿保险牵涉公共利益；住所地州就人寿保险事务对被保险人拥有显要的利害关系 ；住所地的保险法是为了保护被保险人的利益；人寿保险一般是格式合同，被保险人要么不订立要么全盘接受。[②]从中可以看出，《重述》这样规定的根据是出于采用保护弱势当事人原则，以及最密切联系原则。

2.非人寿保险合同的法律适用

而对于火灾保险、担保保险和意外保险合同等非人寿保险合同，第 193 条规定，合同的有效性及由该合同产生的权利，依当事人理解的、在保险单有效期内被保危险主要发生地州的本地法。但在该特定问题上，按照第六条规定的原则，某另一州与该交易及当事人有更重要联系时除外。在后一种情况下，依该另一州的本地法。这是依照政府利益分析方法确定合同的准据法。

（三）中国现行法律关于境外保险合同法律适用的相关规定

我国现行《保险法》没有相关国际保险合同的条款，也没有涉及国际保险合同法律适用 的规则。因此，在我国发生境外保险合同纠纷时，只能依照《涉外民事关系法律适用法》、《合同法》以及《海商法》的一般规定来确定保险合同的准据法。

其中，《法律适用法》也并没有对保险合同单独规定，只是在第六章“债权”中在第 41 条首先规定“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”。《合同法》第 126 条规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。” 根据最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 5 条，与保险合同最密切联系的法律是保险人住所地法。《海商法》第 269 条规定：“合同当事人可以选择合同适用的法律，法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

从上述规定可发现，我国关于保险合同法律适用的规定基本上都是规定当事人可以选择适用的法律，当事人未选择的就根据最密切联系原则来使用，这样的规定过于原则和简单。并且最高人民法院的司法解释的规定也不利于保护投保人的合法权益。这种状况与保险业进一步对外开放的现状和趋势是不相适应的，同时也不利于当事人实体权利义务的确定。国际保险合同立法方面的空白，不仅不利于保护保单持有人的利益，还会给保险公司开展业务带来极大风险，不利于我国保险市场的安全和稳定。

[①] 牛昱尹，涉外消费者合同的冲突法规制研究，中国政法大学硕士学位论文，2017 年，第 36 页。

[②] 屈广清、张新颖，国际保险合同的法律冲突与法律适用，山东警察学院学报，2006 年第 4 期，第 40 页。

三、对我国境外保险合同法律适用存在的问题的几点建议

（一）我国境外保险合同法律适用存在的问题

对比欧盟、美国和我国的保险合同法律适用的规定，不难看出我国保险合同法律适用存在以下三方面的问题：

1.没有重点考虑到保护投保人的利益

在保险合同关系中，双方当事人的地位是不平等的。保险人在这一领域大多具有丰富的经验，投保人却没有经验、财力单薄，双方的议价能力、经济地位差距较大。在我国保险合同法律适用规则中，却没有看到能够体现保护合同弱方当事人——投保人利益的具体规定。为了保护相对而言处于弱方地位的被保险人，当今各国在国际保险合同的法律适用中均通过特别规定来力求使有利于被保险人的法律得到适用。我国相关立法中还非常缺乏这方面的规定。但是随着我国保险服务贸易市场的开放，越来越多的外国保险公司将会在我国展业务，如果在我国自己的法律中仍然缺少保护弱方当事人利益的法律规定，我国保险业与国外的竞争的情势将十分严峻。为了在国际保险业竞争中保护好我国弱方当事人的利益，我国切需要制定相关法律规范。

2.规定过于简单笼统，没有将保险合同分类规定

保险合同的种类是多种多样的，按照保险合同的标的来划分，既可能涉及人身，也可能涉及到各种财产，包括有形财产和无形财产，甚至还有可能包括法律责任。不同类型的保险合同在法律适用上应当考虑到的因素是不同的。而我国相关立法和司法解释规定，在当事人没有选择适用法律的情况下，保险合同一概适用保险人所在地法。这种做法显然过于简单、笼统。对比欧盟和美国保险合同法律适用规则的经验，强调保险合同分类是因为没有进行保险合同分类的法律适用规则会直接影响到对合同弱势一方当事人的利益保护，也会影响对保险合同纠纷的公证判决。[①]每一类保险合同都其自身的特点，这些特点也直接影响到它们在冲突规则中连结点的形成，这些连结点的确定将会对保单背后的保单持有人的利益起着决定性的作用。因此，想要真正维护好保险合同中弱方当事人即投保人的利益，就应该在保险合同的冲突规则中将保险合同进行分类，根据不同种类的保险合同设置不同的连结点，制定合理的选法规则。

3.没有考虑本国强制性规则的适用

我国现存立法缺少对保险合同法律纠纷适用本国强制性规则的要求。强制性规则通常与一国的社会、经济利益有重大关系，它包括直接适用的规则、法院地的公共政策以及保护公共利益的法律规定。[②]就保险法而言，由于保险业属于一国金融业的重要组成部分，往往对国家的经济有着举足轻重的作用，因此各国都对保险业加强监管，颁布了许多对保险市场和保险业务进行干预的立法，这些立法无疑都属于强行规范的范畴，它们在国际保险法律纠纷中的适用应当遵循特殊的连结原贝。而我国相关立法规定似乎还未考虑到这一步，仍然停留在简单、笼统的选法规则中。不过，在对欧盟相关经验有所了解后，我们应开始注意强制性规则在保险合同法律适用规则中的适当运用，以维护我国自身的利益。

（二）完善建议

1.注重保护投保人的利益

在注重保护投保人利益这一方面，我们可以借鉴欧盟的立法。在推进欧盟保险市场一体化以及统一国际私法的进程中，注重保单持有人利益的保护也是欧盟立法所追求的目标。为此，欧盟保险指令采纳了有限制的意思自治原则和有限制的最密切联系原则。即使采纳

---

① 曹美阳，欧盟保险合同法律适用规则研究，武汉大学博士学位论文，2013 年，第 103 页。

② 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 243 页。

完全意思自治原则的 《罗马公约》，为了加强对消费者利益的保护，在消费合同的法律适用方面也作了一些特殊规定。《罗马条例 I》则综合两者的规定，采纳了有限制的意思自治原则。

我国可以采纳有限制的意思自治原则和有限制的最密切联系原则，而不是单一地规定当事人可以选择适用的法律，在当事人未选择适用的法律时，保险合同适用保险人住所地的法律。尽管完全的意思自治原则有利保险服务的自由提供，但是它不利于保持有人利益的保护，

在当事人没有明示选择法律，或所选择的法律的国家不在所限制的有利于保护投保人利益的国家中时，可以通过最密切联系原则来确定所适用的合同准据法。同样，为了实现保护投保人利益这一目标，应该对最密切联系国家进行一定的限定。对这些国家进行一定的限制，有利于当事人对将来适用的合同准据法形成预期，从而消除当事人对法律适用不确定的后顾之忧，向有利于实现自己利益最大化的国际保险公司投保，进而促进国际保险服务的跨境提供。[①]当然，最密切联系地要具体问题具体分析，例如，人身保险合同中，对于自然人而言，合同准据法的连结点应确定为保单持有人惯常居所地；对于法人而言，即为该法人与合同有关的机构所在地。

2.对保险合同的法律适用进行分类规定

欧盟法和美国法中关于保险合同的法律适用规定都对保险合同进行了分类，都是将保险合同分为人寿保险合同和非人寿保险合同两大类型。欧盟的立法还将保险风险划分为大规模风险与非大规模风险。我国《保险法》中也将保险合同按照保险标的的不同，分为人身保险合同与财产保险合同。我国对保险合同的法律适用进行规定时也是有必要对保险合同进行分类的。人身保险合同与财产保险合同是具有显著不同的两种保险合同类型。首先，人身保险合同的保险标的是人的寿命和身体，具有不可估价性，保险金额具有定额给付性，[②] 保险期限具有长期性，[③]不适用保险代位制度。[④]而财产保险合同的保险标的是财产及其有关利益，是一种补偿性合同，保险金额要依保险价值确定，通常为短期性合同，并且适用代位求偿权。[⑤]最后，从法律适用的角度来看，财产保险合同当事人的权利义务遵循合同法的一般规定，其冲突问题依据合同法的冲突规则解决；而人身保险合同中保单持有人及第三方受益人的权利义务并不完全适用合同法，其冲突问题依据劳动法、家庭法、合同法的冲突规则加以解决。[⑥]因此，对保险合同进行分类规定是十分有必要的。

3.为保护国家利益，重视强制性规则及公共秩序保留制度的适用

我国现行立法中关于强制性规则的设计过于简单，不仅不符合国际立法趋势，而且也不利于跨境纠纷的解决。在我国的涉外民事法律适用法的制定中，除了法院地强制性规则外，还应对第三国强制性规则的适用条件作出明确规定。例如可以规定，强制保险合同，适用规定强制投保义务的国家的法律。并且，当事人的选择不得违反当事人本国的强制性或者禁止性法律规定。

---

① 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 242 页。

② 赵青东、丁力主编，商法学，吉林大学出版社，2014 年版，第 153 页。

③ 藤笛、林琳主编，商法，中国铁道出版社，2016 年版，第 213 页。

④ 赵青东、丁力主编，商法学，吉林大学出版社，2014 年版，第 153 页。

⑤ 陈晴主编，保险法学，武汉大学出版社，2010 年版，第 101-102 页。

⑥ 温树英、刘佳佳，欧盟保险合同法律适用规则的最新发展及其对我国的启示，武大国际法评论，2010 年第 2 期，第 241-242 页。

15.通过跨国诉讼追索中国流失水下文物的问题与对策

余萌*

摘　要：中国水下文物是我国国家所有的文物，原则上不得出境。因非法打捞等原因流出境外的中国流失水下文物，在法律性质上不仅系被盗文物，同时也属于非法出口文物。通过跨国诉讼追索中国流失水下文物，需要选择合适的管辖法院，确定适格的诉讼主体与适用的法律，以及确保文物所有权法的有效性。为推动我国合理利用跨国民事诉讼机制，促进实现流失水下文物的回归，建议我国设立以国家文物行政部门为主导，外交、公安、海关等部门配合的文物追索机制，并由国家文物行政部门代表国家参加诉讼；制定相应的诉讼策略预案，准确理解并运用外国诉讼规则，考虑利用流失文物到第三国借展之机提起诉讼；完善我国文物所有权法，确保其具有明确性、连续性和强制执行性；设定被盗文物私法规则，确立“被盗文物不适用善意取得”基本原则；以及推动文物信息共享，充实流失海外文物数据库建设，健全国家文物登录制度。

关键词：水下文物；跨国诉讼；追索；中国

The Recovery of Chinese Underwater Cultural Objects through Cross-border Litigation: Problems and Solutions

Abstract: China's underwater cultural objects are state-owned cultural heritage, subject to a general export ban. Due to illegal salvage and other reasons, a great number of Chinese underwater cultural objects have been lost overseas, with a legal nature of stolen and illegally exported cultural property. In order to repatriate China’s lost underwater cultural property through cross-border litigation, it is advisable to determine, among others, the competent court, the eligible litigant, the applicable law and the effectiveness of cultural patrimony law. To achieve the goal, it is therefore suggested to establish a systematic cultural property recovery mechanism, which entails the departmental cooperation between the national cultural relics administrative department and the departments of foreign affairs, public security and customs, and where, in the meantime, the national cultural relics administrative department can represent the State in the litigation. Furthermore, it is advised to formulate corresponding litigation strategy plans, which requires an accurate understanding of foreign litigation rules, and where appropriate, to file a lawsuit when the lost cultural object is on loan in a third country. It is also recommended to improve China’s cultural patrimony law to ensure its clarity, continuity and enforceability, to set the private rules for stolen cultural objects, which feature the principle that stolen cultural property cannot be acquired bona fide, and to promote the information sharing through the construction of the lost cultural relics database and the improvement of the national cultural heritage inventory.

Keywords: Underwater cultural object, Cross-border litigation, Recovery, China

一、问题由来：水下文物的流失及追索途径

（一）水下文物的流失现状

* 中国政法大学国际法学院博士后

“海上丝绸之路”沿线的沉船遗址及遗物，是古代中国海外贸易的见证，是中华民族水下文化瑰宝的遗珍。然而，近半个世纪以来，因非法打捞等原因，大量水下文物遭到盗掘并流失海外。譬如，南宋沉船“华光礁一号”位于海上丝绸之路要冲的西沙群岛，于 1996 年由我国渔民发现，自 1997 年以来曾多次遭非法盗掘，沉船遗址破坏严重。[①]就在该沉船遗址抢救性发掘工作期间，考古队新发现沉船遗址十处，其中北礁的四处新遗址中就已有两处被盗掘。再如，同样是地处海上丝绸之路航线，清代沉船“碗礁一号”出水于福建省平潭县海域，沉船遗址亦曾遭盗宝者大肆盗掘。[②]此后，“碗礁一号”附近海域和平潭大练岛附近海域陆续新发现古沉船文物，不法分子再掀盗捞狂潮。仅一年时间，福州边防官兵已查获私自打捞和贩运沉船文物案十二起，追缴被非法打捞、贩卖的珍贵文物两千余件。[③]

事实上，中国水下文物流失的问题由来已久，几乎伴随着中国水下考古与文化遗产保护事业的发展全程。上世纪八十年代的“海尔德马尔森号”（Geldermalsen）沉船文物非法打捞和拍卖事件（简称“海尔德马尔森号事件”），为中国水下考古元年的标志性事件，直接催生了我国出台《水下文物保护管理条例》、加大对水下文物的保护。[④]1985 年，英国人迈克尔·哈彻（Michael Hatcher）在南海海域发现并盗捞了 1752 年驶离中国广州开往荷兰阿姆斯特丹的海尔德马尔森号沉船残骸。次年，哈彻在阿姆斯特丹将沉船所载货物以“南京号船货”（Nanking Cargo）为名拍卖，共拍出约 15 万件瓷器、125 块金锭等文物，总价值达 3700 万荷兰盾（约 2000 万美元）。[⑤]这批珍贵的水下文物则由美国、巴西、日本、南非、马来西亚、澳大利亚等国的藏家竞拍收购，自此流失于世界各地。[⑥]必须指出，海尔德马尔森号事件中的打捞活动严重破坏了沉船遗址，招致文化遗产保护者的强烈批评。[⑦]更令人扼腕的是，非法打捞者对沉船遗址的破坏行为是为了彻底清除遗址的痕迹，以便中国政府无法确认该沉船的位置，从而无法对其所捞获的文物主张权利。[⑧]

除了海尔德马尔森号文物拍卖之外，在欧美拍卖市场上还出现了数起瞩目的沉船遗物拍卖，也都涉及来源于中国的水下文物。譬如，1992 年在阿姆斯特丹举行的“头顿号船货”（Vung Tau Cargo）拍卖，拍品为在越南海域被发现的头顿号沉船所载货物，其大多系由中国销往荷兰的清代瓷器。类似地，还有 1995 年在阿姆斯特丹的“戴安娜号船货”（Diana Cargo）拍卖，该沉船于马来西亚海域被发现；2000 年在德国斯图加特的“泰兴号”（Tek Sing）沉船主题拍卖，该沉船于南海水域贝尔威得（Belvidere）暗礁附近被发现；以及 2007 年在阿姆斯特丹的“金瓯号”（Ca Mau）沉船主题拍卖，拍卖了从越南金瓯海域打捞上来的约 7.6 万件清代青花瓷器。[⑨]

---

① 海南省博物馆，“海南西沙群岛华光礁 I 号南宋沉船遗址”，http://www.hainanmuseum.org/hnkg/view/?tag_id=1&aid=2，最后访问于 2019 年 5 月 1 日。

② 参见碗礁一号水下考古队：《东海平潭碗礁一号出水瓷器》，科学出版社 2006 年版，第 5 页。

③ 贺华锋、傅元熙、陈其：“福州边防严防文物流失，珍贵青瓷免遭贩卖厄运”，载中国新闻网，http://www.china.com.cn/chinese/difang/1035469.htm，最后访问于 2019 年 5 月 1 日。

④ 宋建忠：“新时代、新航程、新目标——中国水下考古与文化遗产保护事业再起航”，载国家文物局网站，http://www.sach.gov.cn/art/2018/1/4/art_722_146309.html，最后访问于 2019 年 5 月 1 日。

⑤ Tullio Scovazzi, “The Application of ‘Salvage Law and Other Rules of Admiralty’ to the Underwater Cultural Heritage: Some Relevant Cases”, in Roberta Garabello and Tullio Scovazzi, eds., The Protection of the Underwater Cultural Heritage: Before and After the 2001 UNESCO Convention, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 23.

⑥ Rita Reif, “Porcelain Grows in Value After Two Centuries Under the Sea”, The New York Times, May 11, 1986.

⑦ See George L. Miller, “The Second Destruction of the Geldermalsen”, Historical Archaeology, vol. 26, 4, 1992, pp. 124-131.

⑧ Craig Forrest, International Law and the Protection of Cultural Heritage, Routledge, 2012, p. 296.

⑨ See UNESCO, “Underwater Heritage alongside the Silk Roads”, https://en.unesco.org/silkroad/silk-road-themes/underwater-heritage.

放眼世界，可以发现，水下文物流失的受害者并不只有我国，世界各国都面临着此类威胁。由于陆地文物藏量逐渐枯竭，艺术品市场对水下文物的需求日趋旺盛，这直接刺激了对水下文物的大规模非法打捞。在许多地区，水深 60 米以内的水下考古遗迹中，只有 5%至 10%未被打捞。根据 1974 年的一项研究，所有已知在土耳其海岸的水下遗迹都被打捞过。到 20 世纪 90 年代，以色列考古学家估计，以色列海域的文物有 60%已被打捞并流失境外。法国研究人员也估计，在所有已知在法国沿海沉没的古沉船中，只有 5%未被打捞过。[①]这表明各国的水下文物都面临着非法打捞和贩运的严重威胁。

（二）追索流失水下文物的途径

如何防止非法打捞和贩运水下文物，以及如何追索流失水下文物已成为备受国际社会关注的紧迫问题。一般而言，海外流失文物回归的途径主要有四种，包括国际执法合作、跨国民事诉讼、谈判与协商、返还与捐赠。[②]这里着重讨论前两类，一类是国际执法合作，主要以国际条约为基础，另一类为跨国民事诉讼，即通过在文物流入国法院提起诉讼的方式来追索流失文物。

首先，若考虑利用国际条约追索流失文物，首要考虑当前文物返还领域内的两大国际公约——1970 年联合国教科文组织《禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》（“1970 年公约”）和 1995 年国际统一私法协会《关于被盗或者非法出口文物的公约》（“1995 年公约”）。然而，这些公约不可避免地会面临条约无溯及力、约束力有限等问题，其实际效用有限。[③]接着，若考虑利用针对水下文物专门保护的国际公约，如《联合国海洋法公约》和联合国教科文组织《保护水下文化遗产公约》，这两项公约又主要规定相关国家对水下文物的管辖权，对所有权却予以回避。加之《保护水下文化遗产公约》目前的缔约国数量有限，截至目前仅 59 个，包括我国、英国、美国、荷兰等在内的水下文化遗产大国，以及与中国海域相邻的所有国家，均未加入该公约。因此，对于中国的流失水下文物追索而言，实际上缺乏有力的国际机制加以利用。

其次，若考虑通过司法途径，利用跨国民事诉讼机制，则不失一种灵活的追索途径。与其他途径相比，通过跨国民事诉讼追索流失文物有利、有弊。有利之处是启动诉讼程序后，原告可请求法院采取诉讼保全措施，以免标的被原告转移、藏匿或毁坏；且在普通法国家，依“因循先例”原则，一旦胜诉，该判例对今后在该国追索文物能提供判例法支持。其弊端是诉讼成本高昂，程序繁冗耗时，对人力、物力都有较高要求。因此，我国应在重视跨国民事诉讼机制的同时，深入研究相关国家的国内法，审慎选择在有胜诉把握的国家提起民事诉讼。[④]

二、中国流失水下文物的界定及其法律性质

（一）“中国水下文物”的界定

本文所讨论“中国水下文物”，是指依据中国法律规定归属于中国的，具有历史、艺术和科学价值的水下文化遗产。有关的法律规定主要包括《文物保护法》和《水下文物保护管理条例》。

依据《文物保护法》第五条和《水下文物保护管理条例》第二条，中国水下文物可分为两类：第一类为遗存于我国境内内水和领海内的一切文物，包括起源于中国、起源于外

---

① Jean-Yves Blot, L’histoire Engloutie ou L’archéologie Sous-marine, Gallimard, 1995, pp. 104-111.

② 霍政欣、刘浩、余萌：《流失文物争夺战——当代跨国文物追索的实证研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 483 页。

③ 霍政欣：“追索海外流失文物：现状、难题与中国方案”，载《法律适用·司法案例》2017 年第 20 期，第 104 页。

④ 霍政欣：《追索海外流失文物的法律问题》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 294 页。

国以及起源不明的文物；第二类为遗存于中国领海以外依照中国法律由中国管辖的其他海域内的，起源于中国的和起源国不明的文物。这两类水下文物，属于中国国家所有，由国家对其行使管辖权。至于其他文物，如遗存于外国领海以外的其他管辖海域以及公海区域内的起源于中国的文物，依据《水下文物保护管理条例》第三条，我国虽对此类享有辩认器物物主的权利，但未明确享有所有权，故不在本文所指“中国水下文物”之列。

依此界定，前述提及的西沙“华光礁一号”沉船与平潭“碗礁一号”沉船及其所载具有历史、艺术和科学价值的文化遗产，都属于本文所称的“中国水下文物”，由我国国家所有，由国家对其行使管辖权。而金瓯沉船与头顿沉船及其所载货物，因遗存于外国领海或外国领海以外的其他管辖海域，均不属于本文所称的“中国水下文物”。

需要指出，与地下文物追索不同的是，中国水下文物中有一类特殊的文物，即在中国领海内，属于中国国家所有，但起源于外国的文物。对于这类文物，外国国家可能也会对其主张权利。细言之，一般而言，在我国境内地下通常不会有源于外国的文物，而在我国领海内，因古近代海上贸易往来以及国际法上的领海无害通过制度等原因，自然会出现来源于外国的船舶等遗存在中国领海内的情况。如果这里涉及到外国的沉没军舰、其他公务船舶及飞行器，那么，大多数旗国（海洋大国）极可能对此主张国家主权豁免，并要求非经其旗国明示同意，其他任何国家、组织与个人均不得对之展开任何行动。[①]这无疑与我国主张的所有权和管辖权利存在一定的冲突。是否以及如何化解这类权利冲突，还有待进一步研究。

（二）“中国流失水下文物”的法律性质

如前所述，中国水下文物属于我国国家所有，系国有文物。同时，根据《文物保护法》第六十条，国有文物不得出境，但依法律规定出境展览或者因特殊需要经国务院批准出境的除外。因此，原则上，中国水下文物不得出境。

鉴于此，因非法打捞等原因流出境外的“中国流失水下文物”，在法律性质上不仅系“被盗文物”，同时也属于“非法出口文物”。若考虑利用与文物追索相关的两大国际公约——“1970 年公约”与“1995 年公约”追索，我国既可以原所有者的身份追索作为“被盗文物”的流失水下文物，也可以文物来源国的身份追索作为“非法出口文物”的流失水下文物。但囿于公约无溯及力、约束力有限等原因，我国依托既有国际条约追索成功的可能性并不高，且依据国际条约追索流失文物不在本文讨论之范围，故在此不予赘述。

三、通过跨国诉讼追索中国流失水下文物的主要问题

利用跨国诉讼追索文物，是文物原所有人通过在文物所在国法院提起文物返还的民事诉讼，追回流失文物的途径。在国际民事诉讼机制下促进流失文物的回归，追索国或其他追索主体需要在充分了解文物所在国法院诉讼程序和司法证明标准等方面的基础上，尽可能确认文物的下落和文物持有人的身份，并在掌握相关证据后，及时向该国法院依法提出文物返还的请求。[②]当追索的对象是中国流失水下文物，通过跨国诉讼追索将面临诸如管辖权、诉讼主体资格、法律适用以及文物所有权法的有效性等方面的问题。具体而言：

（一）选择合适的管辖法院

选择合适的管辖法院，即确定哪一国的法院有权并适合审理文物追索诉讼。实践中，文物所在地国、被告（文物现持有人）住所地国或国籍国、文物来源国以及文物借展所在国等都有可能对跨国文物返还争议享有管辖权。

以西沙“华光礁一号”沉船相关文物为例，假设一批遭非法打捞的文物已被贩运至境

[①] 赵亚娟：《联合国教科文组织<保护水下文化遗产公约>研究》，厦门大学出版社 2007 年版，第 66 页。

[②] 霍政欣、刘浩、余萌：《流失文物争夺战——当代跨国文物追索的实证研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 485 页。

外，这批文物可能已几经转手由 A 国的文物持有人所占有，也可能由文物持有人借展给 B 国某博物馆临时展出。

在此情形下，三个国家的法院——A 国法院、中国法院和 B 国法院——都可能对该争议享有管辖权。首先，A 国法院可根据国际民事诉讼普遍采用的“原告就被告”管辖原则，对于被告住所（或惯常居所）在 A 国的案件行使管辖权。[①]其次，根据我国《民事诉讼法》，对因其他财产权益纠纷对在我国没有住所的被告提起的诉讼，我国人民法院可以“侵权行为地在中国”为由行使管辖权。[②]最后，若在展出期间我国在 B 国提起文物返还之诉，那么，B 国法院也可能以“诉讼时文物所在地”作为其管辖权依据。[③]

这里的问题是：在两个或两个以上国家/地区的法院对同一跨国文物返还争议享有管辖权的情形下，如何确定合适的管辖法院。对此，有观点建议，应重视国内司法救济途径，即使文物不在国内，我国国内法院也可以对海外流失文物进行确权裁判，其后以败诉被告位于国内可供执行的财产为条件，以诉讼促和解，以便达成返还文物的安排。[④]这种观点，除了提供“以诉促谈”的有益思路外，其实并无太大建设性，因为其忽视了两个重要的问题：其一，由于被告和拟追索的文物均在境外，跨国文物返还诉讼会涉及到域外送达、域外调查取证等国际民事司法协助问题。鉴于我国法院在这种情况下行使管辖权很难得到外国法院的认可，相关的司法协助请求也难以获得有关国家的支持。其二，各国普遍认可此类诉讼由起诉时文物所在地的法院管辖，因此，即便文物追索方获得胜诉判决，无论是确权裁判还是给付裁判，都很难得到文物所在国的承认与执行。

（二）确定适格的诉讼主体

诉讼主体资格问题，即确定原告是否具有诉讼主体资格。对于流失文物追索方而言，确保其享有诉的利益、具有诉的能力，是其作为适格原告的前提。

对于“诉的利益”，一方面，在追索被盗文物这类涉及所有权的诉讼中，国家、集体和私人都可作为原告，其诉的利益是基于所有权权益。因此，追索中国流失水下文物时，国家作为水下文物的所有权人，其诉的利益基于国家所有权。另一方面，在追索非法出口文物这类不涉及所有权的文物诉讼中，国家亦可作为原告，其诉的利益是基于其他利害联系，确切地说，是基于保护国内文化遗产的保护性利益（或称“联系利益”）。[⑤]这种保护性利益，同样适用于追索中国流失水下文物的情形。换言之，中国国家同样可基于保护国内水下文化遗产的联系利益出发，向文物持有者主张归还非法出口的水下文物。

---

① See Peter Kaye, Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments, Professional Books, 1987, p. 255. See also Gary B. Born and Peter B. Rutledge, International Civil Litigation in United States Courts, Aspen Publishers, 2007, p.110.

②《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十五条：“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖”。

③ 对于跨国文物返还之诉，除“原告就被告”这一传统管辖规则同样适用外，另一项管辖权基础——“诉讼时文物所在地”也在发挥着不容忽视的作用。以 1995 年国际统一私法协会《关于被盗或者非法出口文物的公约》（“1995 年公约”）为例，公约第 8 条规定有关追索文物（包括被盗文物和非法出口文物）的请求，不仅可以向“根据其现行法律拥有管辖权的缔约国法院或其他主管机关”提出，还可以向“文物所在地的缔约国法院或其他主管机关”提出。 据此，公约在确认各国既有的管辖权基础之外，创设了一项新的管辖权基础——“诉讼时文物所在地”。

④ 萧凯：“追索海外流失文物法律分析——从圆明园兽首拍卖事件谈起”，载《东方法学》2009 年第 2 期，第 130 页。

⑤ 关于“联系利益”，有观点指出，在涉及非法出口文物时，出口国的“（文化）联系利益”逐步得到承认，在一定程度上也被视为相关国家的主权利益。See Beat Schönenberger, The Restitution of Cultural Assets, Stampli Publishers, 2009, p. 80.

对于“诉的能力”，我国国家、集体或私人要作为适格的原告，须是法律意义上的实体，具有法律人格。在这一点上，我国面临的问题主要在于：在涉及国有文物和集体所有文物的返还争议中，谁是代表国家或集体的、具有法律人格的实体。对此，我国法律规定不甚明确，这不仅反映了立法空白，也暴露了配套机制的缺失。

就中国流失水下文物而言，国家是水下文物的所有权人，但是由谁来代表国家作为原告参与追索，是国务院或国务院文物行政主管部门，还是地方人民政府、地方文物行政主管部门或地方海事部门，抑或是其他国有机关单位，诸如国有文物收藏保管单位、国有水下打捞公司等。对此，我国不仅没有明确的法律规定，追索文物的专门机构等配套机制也一直尚未建立起来。

（三）确定适用的法律

在跨国文物返还诉讼中，要确定支配文物归属的准据法，离不开法律适用的问题。传统上，各国法院依“物之所在地法”确定适用的法律，如此，“末次交易时文物所在地国”或“诉讼时文物所在地国”的民商事法律通常成为支配此类问题的准据法。此外，在当前世界范围内寻找替代性冲突规范的尝试中，“文物原属国”作为唯一或主要连结点的建议已频频提出，并在个别国家（如比利时）和地区（如欧盟）已推广适用。在此情形下，文物原属国法作为准据法予以适用的可能性也相应增大。[①]

那么，接下来的问题就是：“文物原属国法”能否成为“合格”的准据法，换言之，适用“文物原属国法”是否有利于文物原所有者，并在根本上实现最大限度地保护文物，防止非法文物贩运。从这一角度出发，我国相关的民商事法律存在明显的缺漏，或可成为“不合格”准据法的问题，不得不引起我们的重视。具体而言：

首先，中国流失水下文物系被盗物，但关于盗赃物能否适用善意取得的问题，在我国至今没有明确的法律规定，在实务中也未形成统一的认识。[②]细言之，一方面，在法律层面，我国《物权法》第 107 条对遗失物的善意取得问题作了规定。根据该规定，遗失物可以有条件地适用善意取得。[③]但是，《物权法》对于盗赃物的问题并没有作出规定。对此，能否将遗失物这条规定类推适用到盗赃物上，在学理上也颇有争论，对此有不同看法。另一方面，在目前的司法实践中，盗赃物是否适用善意取得的问题，也是一个较为突出的问题。有部分司法机关认为，根据我国《刑法》第 64 条的规定，[④]对于仍在犯罪分子手中的赃款、赃物，应将其追缴或返还被害人，换言之，司法机关对赃物具有无限的追及权，对其不适用善意取得制度。但是，也有部分司法机关认为，依据最高人民法院的有关复函中关于盗赃物善

---

① 一方面，文物原属国可能恰好是“末次交易时文物所在地国”，文物原属国法可因传统“物之所在地法”冲突规则的指引而适用；另一方面，在新兴的替代性冲突规范中，在满足特定条件下，如“文物原属国法”能为善意购买人提供一定保护时，文物原属国法同样可作为准据法予以适用。

② 刘智慧：《占有制度原理》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 299 页。

③《中华人民共和国物权法》第 107 条：“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内 向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿”。

④《中华人民共和国刑法》第 64 条：“第六十四条 犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理”。

意占有的处理意见，有条件地承认盗赃物适用善意取得。[①]由此可见，这一重要法律问题上的立法缺失和司法实践之不统一，会导致无法真正解决被盗文物的归属问题，这一困境亟待解决。

其次，中国流失水下文物为国有文物，在我国属于限制流通物，原则上不适用善意取得，但我国限制流通物相关的法律在外国是否发生效力，取决于其能否得到外国法院的承认。细言之，国有文物的特殊性之处在于其属于“限制流通物”。根据我国《文物保护法》的规定，公民、法人和其他组织不得买卖国有文物，国家另有允许的除外。[②]同时，我国《物权法》设定了排除“善意取得”的例外情形，即在法律另有规定的情况下，善意取得不予适用。[③]善意取得的前提是取得物为可流通物，故依据我国法律规定，对于国有文物这类“限制流通物”，不应适用善意取得。然而，关于“限制流通物”的法律是否在域外产生法律效力，取决于能否得到外国法院的承认，与该国对外国公法效力的态度直接相关，故具有相当的不确定性。

（四）文物所有权法的有效性

如前所述，追索中国流失水下文物时，国家作为水下文物的所有权人，其诉的利益基于国家所有权。而这种所有权权益能否为外国法院认可，与一国文物所有权法的有效性密切相关。通常而言，一国法院在判断是否承认外国文物所有权法的效力时，会考虑该法是否具有三项因素——明确性、连续性和强制执行性。以这三项要素作为检验标准，可以发现：我国文物所有权法尚存有漏洞，极可能影响外国法院对我国文物所有权法效力的判断。

首先，文物所有权法应具有明确性，这是对文物和来源国之间法律联系的保障，是一国法院承认其效力的基本前提。要确认基于所有权的利益联系确系存在，清晰明确的文物所有权法必不可少。然而，我国的文物所有权法离“清晰明确”的要求还存在一定距离，最明显的一处缺憾体现在我国对未发掘考古类文物（包括尚未发掘的水下文物）的规定上。具体而言，我国目前已有《文物保护法》和《水下文物保护管理条例》明确“境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有”、“未经国家文物局批准，任何单位或者个人不得以任何方式私自勘探或者发掘”、“考古发掘的文物，任何单位或者个人不得侵占”，[④]并有《刑法》及 2015 年《关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》有关“盗掘古文化遗址、古墓葬罪”的规定。[⑤]但是，对于“违法盗掘或合法挖掘后非法占有的文物”是否属于“被盗物”的性质问题，虽能从前述规定中推断得出，但由于当前尚无法律规定予以明确说明，这将不可避免地给外国司法机关将此类文物判定为“被盗物”造成困难，从而阻碍海外追索流失文物的顺利进行。

其次，文物所有权法应具有连续性，这是对文物和来源国之间事实联系的保障，是确保文物与来源国不间断联系的合理条件。在跨国文物追索争议中，文物来源国如要证明对

[①] 在我国早期的一些司法解释中，如 1951 年 11 月 22 日最高人民法院《关于善意作直接由所有人手中取得之所有权应否保护的问题的复函》，1953 年 11 月 9 日最葛人民法院《关于追缴与处理赃物问题的复函》，1958 年 7 月 14 日最高人民法院：关于不知情的买主买得的赃物应如何处理问题的复函》，1965 年 12 月 1 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、财政部《关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定》等，都在不同程度上承认了盗赃物可以有条件地适用善意取得制度。较近时期的一些司法解释，对盗赃物可以有条件地适用善意取得也是予以承认的。如 1998 年 5 月 8 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局颁布的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》的第 12 条。参见刘智慧：《占有制度原理》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 300-301 页。

[②]《中华人民共和国文物保护法》第 51 条。

[③]《中华人民共和国物权法》第 106 条。

[④]《中华人民共和国文物保护法》第 5 条、第 34 条，《中华人民共和国水下文物保护管理条例》第 7 条。

[⑤]《中华人民共和国刑法》第 328 条、最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》（2015 年）第 8 条、第 9 条。

某文物享有国家所有权，须证明文物来自境内，且在出境时依该国所有权法属国家所有。[①]这里，“出境时的所有权法”有两层含义：第一，该所有权法是在文物出境时有效、可适用的法律。第二，该所有权法的范围不以文物保护法等特别法为限，民法也常作为法律依据。[②]但是，因年代久远、证据不足等原因，文物的出境时间往往难以精准确定。职是之故，我国如欲于法有据地追索流失物，需尽力确保在相当长一段时间内存在持续、有效的文物所有权法，即便是此类法律可能几经修订、替换。否者，一旦文物的出境时间落入法律的“空档期”，我国只能承担追索主张无法可依的不利后果。

最后，文物所有权法应具有强制执行性，这是确保原属国保护文物的必然要求。真正意义上的所有权法，不仅仅是宣誓性的权利证书，而应当具有强制执行力的保障。所谓“强制执行力”的保障，不仅体现在侵害所有权的不法行为应承担的法律责任上，例如规定在境内偷盗国有文物或对国有文物隐瞒不报的刑事责任等，还体现在此类法律的实施效力上，亦即确有相关行政机关依照此法主动执法，以保护国家对国有文物的所有权不被侵犯。[③]

许多来源国都有严格的文化遗产法律，但是对这些法律的实施执行差强人意，中国在这一点也不例外。[④]在我国，对考古发现隐瞒不报者，并未设定对应的刑事责任；或者有关主管机关在接到考古发现的报告后，很难及时采取对应的保护措施，将考古遗址和发现物列入国有文物清册。另据调查，破坏文物本体及其原生环境的法人违法行为时有发生，且发生后不处理不追责的情况较为普遍。2016 年，国家文物局全年督办案件中法人违法案件占比高达 76.5%。除了法人违法，文物安全问题的关键原因，还有地方政府主体责任、部门监管责任、文物管理使用者直接责任的履行不到位。“怕担责任”、“知情不报”，仍旧是我国当前文物管理执法中存在的突出问题。[⑤]

四、通过跨国诉讼追索中国流失水下文物的建议

如何妥善利用跨国民事诉讼机制，以实现流失文物的回归，是所有文物流失国和文物原所有者需要面对的问题。在反思我国通过跨国诉讼追索的主要问题之后，我们在此提出如下完善建议，以期推动我国合理利用跨国民事诉讼追索流失水下文物：（1）设立专门追索机制；（2）制定诉讼策略预案；（3）完善我国文物所有权法；（4）设定被盗文物私法规则；（5）健全国家文物登录制度。

（一）设立专门追索机制

我国应建立以国家文物行政部门为主导，外交、公安、海关等部门配合的文物追索机制，并由国家文物行政部门代表国家参加跨国文物返还诉讼。当前我国对海外流失文物的追索，采取的是文物行政部门与公安、海关等多部门协调机制，但部门之间长期“条块分割”的工作方式使得文物追索工作缺乏统筹协调，效率相对较低。[⑥]

2015 年 12 月报国务院审议的《中华人民共和国文物保护法修订草案（送审稿）》，首次对文物追索机制作了规定，即“非法出境的文物，由国务院文物主管部门会同国务院其他

---

① Government of Peru v. Johnson, 720 F. Supp. 810, 814 (C.D. Cal. 1989).

② 以“美国诉含月球材料树脂球案”（又称“月球石案”）为例，首先，美国法院考察了洪都拉斯的两部文化遗产保护法律——1984 年法案和 1997 年法案，并指出两法案分别因调整范围和溯及力的问题不能适用于 1990 年至 1994 年期间被盗的涉案文物。接着，法院考察了洪都拉斯的民法典，进而得出涉案文物是国有公用财产的结论。See U. S. v. One Lucite Ball Containing Lunar Material and One Ten Inch By Fourteen Inch Plaque, 252 F. Supp. 2d 1367 (S.D. Fla. March 24, 2003).

③ United States v. Frederick Schultz, 333 F.3d 393, 402 (2nd Cir. 2003).

④ Craig Forrest, International Law and the Protection of Cultural Heritage, Routledge, 2010, p. 155.

⑤ 施雨岑：“4 年‘截住’非法进出境文物 1.2 万余件——文物安全红线怎么守？”，载新华网，2017 年 12 月 25 日，http://www.xinhuanet.com/legal/2017-12/23/c_1122156963.htm，最后访问时间 2019 年 1 月 25 日。

⑥ 王仙波：“文物保护执法应注意的六种关系”，载《中国文物科学研究》2009 年第 1 期，第 7 页。

有关部门予以追索”。该条虽然并未指定文物行政部门为文物追索工作的主管负责部门，但确认了文物行政部门的牵头角色和“会同国务院其他有关部门”进行追索工作的职责。[①]这一立法建议尽管在 2017 年《文物保护法》修订时未能获得采用，但其为建立以国家文物行政部门为主导代表国家追索，其他有关部门负责配合的文物追索机制，提供了宝贵的改革思路。

此外，建议在国家文物行政部门专设文物追索工作组，由其负责包括诉讼、谈判在内的文物追索工作。应当认识到运用跨国民事诉讼机制，追索人不仅可以合理利用文物目的国的司法程序，提出文物返还请求，维护自身权利；还可以通过提起跨国民事诉讼，以诉促谈，为协商、谈判等其他文物追索方式创造有利条件。因此，在文物追索工作组内，除负责诉讼的研究人员外，还建议配备专业的谈判人员和其他辅助工作人员，建立分工明确、有组织基础的追索队伍。

（二）制定诉讼策略预案

我国应深入研究相关国家的国内法和国际条约，结合我国国情和现实需要，制定有针对性的诉讼策略预案。以如何选择合适的管辖法院为例，在管辖权问题上，首先，我国应重视文物与文物所在地的联系，遵循跨国文物返还诉讼由起诉时文物所在国法院管辖这一原则。一方面，这是出于保护文物之需要，文物所在地法院可通过采取临时保全措施，保证文物不被二次转手、拍卖、转移出境或因不当处置而遭到毁损、灭失。[②]另一方面，这在最大程度上可避免外国法院裁判的承认与执行难题，文物所在地法院可控制拟追索的文物，不会出现阻碍裁判结果最终实现的问题。

其次，在启动国际民事诉讼程序之后，应准确理解诉讼规则，善于利用证据开示制度。以美国民事诉讼中的证据开示程序为例，在此阶段，追索方不仅有权要求文物持有人披露所有与案件有关的证明材料（包括对持有人自己不利的材料），还可以将己方已掌握的材料与尚处于文物持有人占有之下的涉案文物进行比对，通过委托专家鉴定并出具专家证人意见等方式，收集更多有利证据。

最后，我国可考虑利用流失文物到第三国借展之机，向文物借展地国法院提起跨国文物返还诉讼。如果通过研判发现，在文物原所在地国或文物持有人住所地国（或惯常居所地国）通过诉讼途径追索文物存在不可逾越的障碍，那么，当文物因借展等原因而位于第三国时，如该第三国法律相对有利，及时选择在该第三国提起诉讼，不失为一种追索策略。如在 2008 年荷兰阿姆斯特丹市返还 14 件马列维奇画作一案中，[③]追索方就是利用争议标的物在美国展览之际，在美国法院提起诉讼，并最终通过与荷兰阿姆斯特丹市达成了庭外和解，实现了文物的回归。

（三）完善我国文物所有权法

我国应从明确性、连续性和强制执行性出发，进一步完善我国文物所有权法，以促使外国法院尽可能承认我国文物所有权法的效力。具体而言：

首先，从确保文物所有权法具有明确性出发，应至少解决以下两点问题：其一，完善我国现有对考古类文物（包括尚未发掘的地下或水下文物）的规定，解决违法盗掘或合法挖掘后非法占有的文物是否属于“被盗物”的问题。对此，建议参考 2011 年联合国教科文组织（UNESCO）和国际统一私法协会（UNIDROIT）联合发布的《未发掘文化财产的国家

[①]《中华人民共和国文物保护法修订草案（送审稿）》（2015 年 12 月）第 69 条：“非法出境的文物，由国务院文物主管部门会同国务院其他有关部门予以追索。对历史上非法出境的文物，国家保留收回的权利。国务院文物主管部门应当会同国务院其他有关部门，对历史上非法出境的文物开展调查，促进其返还”。

[②] UNIDROIT, Study LXX - Doc. 30, Report on the second session of the Committee of Governmental Experts on the International Protection of Cultural Property from 20 to 29 January 1992, §182.

[③] Malewicz v. City of Amsterdam, 362 F.Supp. 2d 298 (D.D.C. 2005); 517 F.Supp. 2d 322 (D.D.C. 2007).

所有权的示范条款》及其解释性指导原则，明确规定“凡违法盗掘或合法挖掘后非法占有的文物，一律为被盗物”。[①]其二，规定我国对境内地下、内水和领海中遗存的一切文物不仅享有所有权，也享有“直接占有的权利”。文物所有权法的明确性并不以“所有权”表述为限，“直接占有权”也可被认定为所有权法法律规范的有效表述，这在普通法系国家尤其如此。[②]在国家最初未能直接占有文物的情况下，尤以水下考古文物为例，文物原属国在立法保证其国家所有权的情况下，还应确保国家享有“直接占有权”，方能在最大程度上满足法院地国对外国文物所有权法的明确性要求。

其次，从确保文物所有权法具有连续性出发，应进一步加强对文物立法沿革发展的研究，以保证我国的文物立法连续不间断，避免文物的出境时间落入法律的“空档期”。细言之，一方面，建议我国近一步发掘文物所有权相关的法律资料，尤其关注以下两个潜在的“空档期”：一个是 1949 年新中国成立后到 1961 年《文物保护管理暂行条例》出台前的这段时期；另一个是 19 世纪下半叶到 1949 年以前，[③]即重点对清末和民国时期的文物相关法律进行梳理研究。[④]另一方面，建议对可能处于“空档期”的珍贵流失文物登记入册，并做好跨国民事诉讼之外的追索策略准备。

（四）设定被盗文物私法规则

我国应设定被盗文物的私法规则，为我国法律作为“合格”的准据法提供坚实基础，实现最大限度保护文物之目的。如前所及，在跨国文物返还诉讼中，通过冲突规范的指引，中国法律可能成为文物返还争议的准据法。但是，有关盗赃物能否适用善意取得的问题，我国至今没有明确的法律规定，在司法实践中也未形成统一的认识，这直接为判定被盗文物的归属问题造成了实质性的障碍。

鉴此，我国有必要设定被盗文物的私法规则，从保护文化财产、打击非法文物贩运的宗旨出发，确立“被盗文物不适用善意取得”的基本原则。对此，建议我国参照“1995 年公约”第 3 条和第 4 条之规定，通过特别立法或司法解释明确：“被盗文物的占有人应归还该被盗物”，“被要求归还被盗文物的占有人只要不知道也不应当知道该物品是被盗的，并且能证明自己在获得该物品时是慎重的，则在返还该文物时有权得到公正合理的补偿”。[⑤]

（五）健全国家文物登录制度

我国应完善文物信息管理，推动文物信息共享，充实流失海外文物数据库建设，以健全国家文物登录制度。目前，我国通过“文物调查及数据库管理系统建设项目”、全国第三次文物普查以及 2012 年至 2016 年期间开展的第一次全国可移动文物普查工作等，已初步

[①] Provision 4, UNESCO-UNIDROIT Model Provisions on State Ownership of Undiscovered Cultural Objects (2011).

[②] Norman Palmer, “Fetters and Stumbling Blocks: Impediments to the Recovery and Return of Unlawfully Removed Cultural Objects – A Common Law Perspective”, in: Lyndel V. Prott, Ruth Redmond-Cooper and Stephen Urice eds., Realising Cultural Heritage Law: Festschrift for Patrick O'Keefe, Institute of Art and Law, 2013, p. 99.

[③] 在 19 世纪下半叶到 1949 年以前这段时期流失出境的文物，主要包括因斯坦因（Stein）等西方殖民者以学术考察为幌子对我国西北地区石窟、壁画和古文化遗址进行盗掘而流失出境的文物，以及在“英法联军”、“八国联军”及日本侵华期间因战争劫掠流失出境的文物。

[④] 值得注意的是，2002 年《文物保护法（修订草案）》二次审议稿第五条第四款第一项规定，中华人民共和国成立以来在境内出土的文物属于国家所有。对此，“一些常委委员提出，规定建国以来出土的文物属于国家所有，用意很好，但可能会影响我国对非法流失到境外文物的追索权，不利于文物保护。因此，法律委员会建议修改为：除国家另有规定的以外，‘中国境内出土的文物’属于国家所有”。参见全国人大法律委员会：“关于《中华人民共和国文物保护法（修订草案）》修改情况的汇报”，2002 年 4 月 24 日。

[⑤] “1995 年公约”第 3 条第 1 款、第 4 条第 1 款。

完成了文物信息数据系统的建设。[①]但要为我国文物所有权人在举证文物归属问题时提供证据支持，阻碍文物购买人在诉讼中以善意取得来抗辩，必须进一步完善全国文物信息登录制度。具体而言：

首先，建议我国完善全国文物犯罪信息平台，推动文物信息共享。2017 年 11 月，中国被盗（丢失）文物信息发布平台正式上线发布。[②]该平台采集了新中国成立以来被盗（丢失）文物信息数据，并可向公众和国际社会发布。对此，我国应考虑充分运用图像识别、云计算、大数据等现代信息技术，进一步推动文物保护与现代科技融合创新。[③]一旦重要文物非法流失出境后，我国应及时对外通报，通报对象包括但不限于联合国教科文组织、国际刑警组织（INTERPOL）、世界海关组织（WCO）国际博物馆协会（ICOM）、国际艺术研究基金会（IFAR）等国际组织和机构、各大博物馆、拍卖行及相关科研机构等，并及时将信息共享给国际刑警组织“被盗艺术品数据库”、世界海关组织的文物实时通信平台等。

其次，建议我国加强流失海外文物调查，充实流失海外文物数据库建设。摸底调查海外藏中国文物，了解世界著名博物馆和收藏机构所藏中国文物的总量，梳理海外流失文物流转的路径，以此为基础建立数据库进行分析研究，并寻求相应的政策制定和解决沟通渠道。这一基础性工作对海外流失文物的追索有着战略意义。目前，中国国家博物馆与海外博物馆专家合作完成的《海外藏中国古代文物精粹》丛书，就是摸底调查海外藏中国文物的成果之一。[④]该工作亟待加强。在此基础上，我国还可利用海外公开的文物电子数据平台，如法国的文化财产电子参考系统、德国的国家文化财产数据库和二战时期被掠文物数据库等，调查外国收藏机构的藏品，排查出可疑的中国流失文物。与此同时，我国还可借助驻外使领馆及华人团体的力量，密切关注海外涉及中国文物的拍卖与转让活动。一旦发现有非法流出的中国文物参与拍卖与展览，及时通报国内有关部门，并尽快制定应对方案。

第六部分 涉及其他议题的论文

1.大数据时代下个人信息保护法的域外效力边界

丁汉韬

摘　要：大数据背景下，各国个人信息保护的法律冲突明显。个人信息保护的公私二元属性，导致国际私法难以有效解决现有法律冲突。越来越多国家出于保护本国人数据相关基本权利和数据主权的目的域外适用本国个人信息保护法。但这种单边的域外适用可能导致个人权利保护的不确定、数据控制者负担的加重和各国间的对抗性立法，无助于法律冲突的解决。现有问题的症结之一是各国在网络空间进行管辖权竞争的过程中，没有为私人权利保护留下缓冲地带。个人信息保护的域外效力应对公法层面和私法层面予以区分，对个人信息相关的私人权利通过国际私法规范予以调整。各国针对域外数据控制者和数据控制行为行使立法管辖权时，应当明确数据处理活动和本国公民的直接联系，不宜过度扩

[①]国家文物局：“‘文物调查及数据库管理系统建设’项目圆满完成”，2011 年 6 月 24 日，http://www.nach.gov.cn/art/2011/6/24/art_98_3204.html；国家文物局：“第一次全国可移动文物普查工作报告”，2017 年 4 月 7 日，http://www.sach.gov.cn/art/2017/4/7/art_722_139372.html，最后访问时间 2018 年 1 月 5 日。

[②]国家文物局：“‘中国被盗（丢失）文物信息发布平台’在西安正式对外发布”，2017 年 11 月 16 日，http://www.sach.gov.cn/art/2017/11/16/art_722_145094.html，最后访问时间 2018 年 1 月 5 日。

[③] 参见《国务院办公厅关于进一步加强文物安全工作的实施意见》（国办发〔2017〕81 号），2017 年 9 月 9 日。

[④] 鲁博林：“摸清中国海外文物的‘底’”，载《光明日报》2015 年 4 月 8 日，第 5 版。

张管辖权。

关键词：个人信息；域外效力；属地原则；数据保护

The Boundary of Extraterritorial Effect of Personal information protection in Big Data Era

Ding Hantao

Abstract： In the big data era, the conflict between different countries' personal information protection law became more fierce. The symbiosis of private and public elements in personal protection law increased the difficulty of conflict of laws. For protecting personal data-related fundamental rights and data sovereignty, some countries tend to extraterritorially apply domestic data protection law. However, there are some negative effects of extraterritorial application, including the uncertainty of personal rights protection, excessive burdens of data controllers and blocking law between countries. The deficiency of the buffer zone between private rights and sovereignty in cyberspace is the crux of the problem. There should be a separation of public law and private law in cross-board data protection. Private international law should play a more important role in the private sector. Countries have to restrict their legislative jurisdiction over personal data protection. Correspondingly jurisdiction should be exercised based on significant connection and extortion jurisdiction should be prohibited.

Keywords: personal information ;extra-territoriality ;territorial principle ;data protection

一、跨境个人信息保护的法律冲突困境

（一）个人信息保护的法律冲突

互联网技术的不断发展加速了人类进入大数据时代的步伐。在大数据背景下，与公民身份、财产、通信、活动相关的个人信息被各类数据控制者广泛的采集、传输、储存和利用，个人信息受到侵犯和滥用的可能性也随之明显升高。在这一新时代背景下，如何妥善保护公民个人信息相关的权利成为许多国家关注的议题。

自 1948 年《世界人权宣言》明确提出“每个人都有私生活、家庭、住宅或通信免受干扰的权利，并应受到法律的保护。”的重要原则以来，越来越多的国家开始通过立法加强对个人信息的法律保护。1970 年德国黑森林州颁布的《数据保护法》是世界上最早的个人信息保护法律之一，该法明确了除了在法律授权或当事人同意的情形外，电子数据应当被严格保密。[①]这部法律也为日后欧洲大陆各国的个人信息保护立法确立了基本框架。而在进入 21 世纪后，各国在个人信息保护立法上的进程明显加快，目前已经有 100 余个国家或地区进行了保护个人数据或个人信息的相关立法。[②]

然而，个人信息的保护与一国的法律体系、社会文化和经济发展水平紧密相连，这导致各国在立法上产生了显著的差异。例如，在个人信息的保护模式上存在两种截然不同的

---

① Hessisches Datenschutzgesetz (The Hesse Data Protection Act), Gesetz und Verordungsblatt I (1970), 625.

② 根据联合国贸易和发展会议的调查，截止 2018 年 12 月 31 日，共有 107 个国家通过立法对数据或隐私提供了法律保护。参见 https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx，最后访问时间 2018 年 12 月 31 日。

做法。美国在个人信息保护领域采用政府引导下的行业自律模式，以民间组织为主导实现对个人信息的保护，政府只在部分涉及公共事务的范围内进行立法。[①]而欧盟则强调以政府为主导通过立法实现对个人信息的保护，主张对个人信息这一基本权利提供更多的法律保护。此外，数据主体所享有的具体权利也会随着国家不同，而具有不同的内涵或限制条件。以删除权为例，欧盟《一般数据保护条例》明确了数据主体享有删除权，在数据的搜集已不再必要、数据主体撤回同意、缺乏合法依据、依据其他成员国法律需要删除、涉及未成年人的社会服务信息的条件下，数据控制者有义务删除数据主体相关的个人数据而不得加以不当拖延。[②]但在俄罗斯，删除权的适用范围被扩大。当网站相关信息的散播违反俄罗斯法律；信息不准确；无关信息；个人信息已经失去其原有含义的情况下，个人都可以请求删除网址。[③]美国加利福尼亚州 2015 年生效的“网络橡皮擦法”也规定了数据主体的删除权，但请求网站操作者删除相关内容的权利仅限于未成年用户，成年人则无法享有此项权利。[④]

国际社会也注意到个人信息保护的法律冲突问题，不少区域和全球性的条约都尝试解决这一问题。经济合作与发展组织（Organization for Economic Cooperation and Development 以下简称 OECD）在 1980 年的《个人数据保护和转移流通操作指南》就明确提出了对各国立法不一致而导致的数据自由流动困难。[⑤]为了缓解各国在个人数据保护和数据流动上的法律差异，OECD 提出了保护个人数据、隐私和数据自由流动的八大基本原则即：收集限制原则、数据质量原则、特定目的原则、限制使用原则、安全保护原则、公开原则、个人参与原则和责任原则。然而这些过于宽泛的原则未能缩小实践中各国法律的差异。

欧盟在一体化的进程中也意识到各国在个人信息保护立法上的碎片化现象，并试图通过欧盟层面的统一立法来缩小各成员国在立法上的差距，欧盟《个人数据保护指令》（第 95/46/EC 号指令）应运而生。[⑥]该指令的第 4 条提供了一条类似法律选择的规则来确定法律的地域效力范围。根据该条的规定，数据控制者的设立机构在成员国领域内进行数据处理或数据控制者并未在设立在欧共体范围内但出于处理数据的目的，在成员国领域内使用设备、进行自动化操作等其他类似行为（除非这些设备仅用于数据传输）的情形下，成员国都应适用依据《个人数据保护指令》制定的本国法律。然而，由于欧盟指令本身缺乏精确性，各国在依据《指令》制定本国法律时仍会出现法律上的差异。以法律概念的定义为例，《指令》中个人数据的“处理”（processing）是指对个人数据进行的单一或一系列操作（不论其是否以自动化方式进行），例如收集、记录、组织、储存、调适或更改、取回、协商、使用、通过传输披露、传播或其他获取方式、排列或组合、封锁、消除或毁损。部分国家直接在本国个人信息保护立法中直接引入了上述概念，但也有国家，例如芬兰、丹麦、爱尔兰、奥地利、德国等在《指令》的基础上对“处理”的定义进行了修改，导致在不同成员国中相关概念的内涵并不相同，而在其他关键定义上如“控制者”、“处理者”、“设立机构”等，各国也均存在着法律规定不一致的情况。[⑦]

整体上看，目前世界各国在个人信息保护领域的立法仍然存在明显差异，这也导致个人信息保护的法律冲突成为必然。个人信息保护领域的法律冲突在互联网无国界特征的影

---

① 齐爱民：《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》，法律出版社 2015 年版，第 162 页。

② See The General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Art. 17.

③ Federal law 149-FZ “Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii”, article 10.3(1).

④ See Cal. Bus. & Prof. Code § 22581 (a)(1).

⑤ See Introduction of OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.

⑥ See The Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data And on the Free Movement of Such Data, Directive 95/46/EC, para (65).

⑦ Douwe Korff, Working PAPER No. 2: Data Protection Laws in the EU: The Difficulties in Meeting the Challenges Posed by Global Social and Technical Developments, p.63.

响下被放大，并导致跨境个人信息保护中法律适用的困境。

（二）个人信息保护法律冲突的特殊性

消解涉外民商事法律冲突是国际私法的重要使命之一。但在个人信息保护领域的法律冲突，国际私法难以发挥其实质功能。这主要是由个人信息保护法律的特殊性质决定的。

首先，个人信息的权利属性尚存在争议。目前，我国理论界对于个人信息是否属于民事权利的争论存在着两种截然不同的观点。一种观点是将个人信息视为一项个人民事权利，在这个大前提下，既有将个人信息视为隐私权、人格权的主张，也有将个人信息视为财产权的主张。[①]另一种观点则否定个人数据和信息的私权属性，认为根据数据信息的特征，数据的权利化难以实现，[②]或应将其定位为公共物品。[③]这种理论上的争议也反映在各国立法上，以美国为代表的部分国家主张将个人信息视为隐私权并进行保护，如：澳大利亚、新西兰、菲律宾等。[④]而部分国家则更加偏重个人信息的公法属性。[⑤]这种对个人信息是否属于私权的争论，直接影响了跨境个人信息保护法律冲突的解决。如果个人信息属于人格权、隐私权或财产权等私权，那么其法律冲突的解决应当通过冲突规范的指引来适用准据法。但如果个人信息不属于私权，那么有关个人信息的法律就应当遵守公法的属地性要求，或通过其他司法合作的渠道来解决法律冲突。但个人信息游走在公法和私法的边缘，使得国际私法难以发挥其解决法律冲突的作用。

其次，在国内法中，对于个人信息的保护可能同时存在公法保护和私法保护两个层面。[⑥]从世界范围看，将个人信息和数据视为私权予以保护的做法是目前的主流方式。[⑦]但在视个人信息为私权的法域，个人信息保护法中的公法性质并不能完全被排除。例如，经济合作与发展组织（OECD）1980 年通过的《隐私保护与个人数据跨国流通指南》就明确指出了该指南同时适用于公共和私人领域的个人数据。[⑧]

个人信息领域公私保护并存的特征也体现在各国立法之中。例如，许多国家在个人信息保护法中对政府收集、处理公民个人信息作了特殊规定。[⑨]如加拿大《隐私法》第 5 条的规定：政府机构应尽可能仅出于行政管理目的而向个人收集与他相关的信息，除非获得个人授权或个人信息依据其他规定而被披露，同时政府机构应当向个人告知收集信息的目的。[⑩]美国 1974《隐私法》中则专门对政府机构收集个人信息作出了包括需要告知当事人收集目的、提供授权根据、进行记录等限制条件。[11]另一个体现个人信息公、私法保护并存的现象是越来越多的国家倾向于由本国政府设立专门的个人信息保护机构来加强对公民个人信息的保护。由于在互联网环境下个人想要对抗庞大的互联网公司和处理复杂的信息数据技术是非常困难的，因此即使认定个人信息是私权的国家，仍然会在国家层面设立个人信息保护机

---

① 王利明：《论个人信息权的法律保护 ———以个人信息权与隐私权的界分为中心》，《现代法学》2013 年第 4 期，第 70 页；刘德良：《个人信息的财产权保护》，《法学研究》2007 年第 3 期，第 87 页。

② 梅夏英：《数据的法律属性及其民法定位》，《中国社会科学》2016 年第 9 期，第 175 页。

③ 吴伟光：《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》，《政治与法律》2016 年第 7 期，第 116 页。

④ 参见美国 1974 年《隐私法》以及加利福尼亚州《消费者隐私法》、《儿童在线隐私法》等州法；澳大利亚 1988 年《隐私法》（The Privacy Act 1988）；新西兰 1993 年《隐私法》（The Privacy Act 1993）；菲律宾 2012 年《数据隐私法》（The Data Privacy Act of 2012）。

⑤ 参见俄罗斯《联邦个人数据法》（Federal Law No. 152-FZ on Personal Data 2006）。

⑥ 程啸：《论大数据时代的个人数据权利》，《中国社会科学》2018 年第 3 期，第 110 页。

⑦ 丁晓东：《个人信息私法保护的困境与出路》，《法学研究》2018 年第 6 期，第 195 页。

⑧ 参见 OECD《关于隐私保护和个人数据跨境流通的指南》第 2 条。

⑨ 齐爱民：《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》，法律出版社 2015 年版，第 269 页。

⑩ See Canada Privacy Act (R.S.C., 1985, c. P-21), Section 5 (1), (2).

11 See The Privacy Act of 1974, 5 U.S.C. § 552a, (e).

构来实现公民个人信息的保护。[①]其中最典型的是欧盟成员国根据欧盟《一般数据保护条例》第 51 条所成立的本国个人信息监管机构，英国的信息专员办公室（ICO）、法国的国家自由和信息委员会（CNIL）等。这些个人信息监管机构会除了承担了监督本国和欧盟信息法律的实施；提高公众对于保护数据信息的认识；加强各国间有关个人信息保护的合作等一般职能外，还有权力直接对数据控制者开展调查和实施临时措施。[②]

最后，互联网的无国界特征迫使个人信息保护法需要突破属地原则。从国际法的角度看，公法的适用和本国主权的行使紧密相连，因此各国的立法管辖权都应遵循属地原则以免与其他国家在司法主权上产生冲突。[③]但基于电脑的全球交流打破了地域界限，创造了一个全新的人类活动领域，并减弱了传统法律基于地域边界而产生的正当性和可行性。[④]具有较强公法性质的个人信息保护法律同样会受到互联网技术导致的非地域化影响，从而产生各国法律适用上的冲突。

大数据时代下，某一国公民的个人信息在外国互联网服务提供商的不当处理下而被传播至世界每个角落的情形已不再是天方夜谭，但这其中涉及到的法律冲突却已经超出了国际私法所能解决的范围，短期内各国也难以达成具有普遍约束力的个人信息保护国际条约。在这一背景下，赋予本国个人信息保护法域外效力开始成为越来越多国家的选择。

二、域外效力在个人信息保护领域的适用

（一）域外效力的界定

随着经济全球化的深入发展，越来越多不属于私法范畴的部门法开始引入域外效力规则。包括竞争法、劳动法、证券法、环境法等领域都存在着域外适用本国法的立法或司法实践。[⑤]

在讨论国内法域外适用时，法律的域外效力（extra-territorial effect）、域外适用（extra-territorial application）、治外法权（extraterritoriality）、域外管辖权（extra-territorial jurisdiction）是几个常用的概念。这其中域外效力和域外管辖权是使用最为频繁的两个概念，但对二者之间的区别和各自内涵，各国学者尚存在不同理解。[⑥]

上述分歧很大程度来自于管辖权一词的丰富含义。在国际法上，管辖权通常被认为具有三层含义：立法管辖权（legislative jurisdiction）、司法管辖权（adjudicative jurisdiction）和执法管辖权（enforcement jurisdiction）。[⑦]理论上，域外管辖权的表述不仅表明了一国立法对于外国人或发生在外国行为的效力，也包括了一国法院或执法机构对外国人或发生在外国行为行使权力的意涵。当然亦有学者主张域外效力和域外管辖权本就是同一概念，只是采取了不同的表述方式。[⑧]本文着重探讨国家单边将本国个人信息保护法律适用于外国主体或发生于外国行为的立法模式。因此，域外效力和域外管辖权的细微区别在本文中不做进一步区分。

（二）个人信息保护法中域外效力的普遍化趋势

[①]目前已有 70 多个国家和地区设立了个人信息保护机构，其中既包括专门的信息保护机构，也包括像美国美国联邦贸易委员会（FTC）这样的实际承担数据保护工作的政府机构。参见法国国家信息和自由委员会网站：https://www.cnil.fr/en/data-protection-around-the-world, 最后访问时间 2018 年 12 月 31 日。

[②] See The General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Art. 58.

[③] Hannah L. Buxbaum, Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict, 57 The American Journal of Comparative Law 632, 2009.

[④] David R. Johnson, Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace, 48 Stanford Law Review 1367, 1996.

[⑤] 张利民：《经济行政法的域外效力》，法律出版社 2008 年版，第 102 页。

[⑥] 孙国平：《论劳动法的域外效力》，《清华法学》2014 年第 4 期，第 25 页。

[⑦] Cedric Ryngaert, Jurisdiction in International Law (2nd Edition), Oxford University Press, p.26.

[⑧] 参见王中美：《竞争规则的国际协调》，人民出版社 2005 年版，第 46 页。

由于个人信息保护法的发展较晚，因此在国际法上对个人信息保护域外效力的讨论并不热烈。但综观世界各国立法，近二十年来赋予本国个人信息保护法域外效力的做法开始被越来越多国家和地区的立法者所采纳，并有逐步扩大的趋势。

澳大利亚是较早在个人信息保护领域规定本国法域外效力的国家之一。澳大利亚 1988 年的《隐私法》第 5B 条明确规定了该法的域外适用。根据该条的规定，澳大利亚的《隐私法》同样适用于有“澳大利亚联系”的组织、小型经营者在澳大利亚领土外实施或完成的行为。[①]这一法律规定明确将发生在澳大利亚境外的部分行为也归入到了本国《隐私法》的调整范围，是较为典型的域外效力条款。

欧盟是目前推动个人信息法域外效力最为积极的法域，但欧盟这种域外适用本国法的倾向在其进行个人信息保护立法的早期阶段并不明显。1981 年欧洲委员会颁布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》是欧洲第一部有关个人信息保护的国际公约。该公约明确将其适用范围限制在了各国的领土范围内。[②]欧盟 1995 年颁布的《个人数据保护指令》则向域外适用欧盟个人信息保护法迈出了一大步。《指令》第 4 条规定了欧盟成员国针对个人信息处理应当适用国内法的几种情形：（1）由设立在成员国领域内的数据控制者的机构在其活动范围内从事数据处理；（2）数据控制者并没由设立在成员国领域内，但依据国际公法应当适用；（3）数据控制者并没有设立在成员国领域内，但为了处理个人数据使用了成员国境内的设备或自动操作等情况，这些设备仅用于数据传输而经过共体国家情形除外。[③]由于这三个标准在解释上存在着很大的空间，实践中来自非欧盟国家的数据控制者即使仅仅使用了欧盟公民浏览网站而产生的 cookies，都会被认为是使用了位于欧盟领域内的设备，而必须遵守《指令》和成员国国内法的规定。[④]因此有学者认为《指令》的三个标准将欧盟法的适用范围扩大到令其他国家难以接受的程度。[⑤]受到《指令》的影响，许多欧洲国家在本国法中也制定了类似《指令》第 4 条的规定以赋予国内法域外效力。例如，英国 1998 年的《数据保护法》第 5 条规定：当数据控制者设立在英国并由其处理数据或数据控制者没有设立于英国及欧洲经济区但使用位于英国的设备进行数据处理的应当适用该法，数据仅传输通过英国的除外。[⑥]荷兰的 1998《个人数据保护法》第 4 条也采取了类似的表述。[⑦]

美国虽然没有统一的个人信息保护法律，但在 1998 年通过的《儿童网上隐私保护法》中也试图将其法律效力扩张至位于境外的数据控制者。该法直接将运营商定义为运行网站或网络服务并收集或维护用户或访客（包括直接访问网站、其他行为、通过互联网提供商品或服务）的个人信息的人。同时这些网站或网络服务是以商业为目的而在不同州或不同国家之间从事商业活动。[⑧]依据这一定义，只要是收集了美国境内儿童的个人信息，即使是在外国运行的网站同样要适用该法。

进入 21 世纪后随着各国个人信息保护立法脚步的加快，个人信息保护法域外效力的立法实践也越来越多。欧盟 2018 年生效的《一般数据保护条例》是近年来赋予个人信息保护法域外效力最有影响的立法。新的《一般数据保护条例》第 3 条在 95 年《指令》第 4 条的

---

① 澳大利亚联系包括：组织或小型经营者是澳大利亚公民；持续出现在澳大利亚；在澳大利亚形成合伙；在澳大利亚设立信托；公司在澳大利亚设立；未在澳大利亚设立但管理和控制中心在澳大利亚；在澳大利亚从事商业活动；在澳大利亚收集个人信息。参见 Australia PRIVACY ACT 1988 - SECT 5B.

② 《个人数据自动化处理中的个人保护公约》第 1 条规定：“本公约旨在保护各缔约国领土内每一个人，无论他的国家和居住地，在自动化处理与他个人相关的数据时的权利和基本自由，特别是隐私权。”

③ 参见前注 8，第 4 条。

④ See Article 29 Working Party (A29 WP), 'Opinion 8/2010 on applicable law' (16 December 2010), p.25.

⑤ 郭瑜：《个人数据保护法研究》，北京大学出版社 2012 年版，第 247 页。

⑥ See UK Data Protection Act 1998, Section 5.

⑦ See Dutch Personal Data Protection Act, Article 4.

⑧ See Electronic Code of Federal Regulations Part 312—Children's Online Privacy Protection Rule § 312.2.

基础上进行了修改，规定当数据处理活动涉及到（a）为欧盟境内的数据主体提供货物或服务，而不论数据主体是否被要求支付费用；（b）对数据主体在欧盟境内的行为进行监控时，无论相关的数据处理行为是否发生在欧盟境内都将会适用该条例。[①]相较于《指令》，《一般数据保护条例》在成员国范围内有更强的法律效力，可以直接适用于所有成员国。随着《一般数据保护条例》的生效，域外适用个人信息保护法的做法已经在欧盟范围内得以确立。

除欧美国家纷纷在个人信息保护立法中引入域外效力外，亚洲许多国家也开始倾向在本国个人信息保护立法中引入域外效力的规定。

日本 2017 年新修改的《个人信息保护法》第 75 条，对于法律适用范围的规定中专门列举了该法的 15、16、18、19-25、27-36、41、42、43 条同样适用于对日本人提供货物或服务但主营机构在外国的或匿名的处理者与获得个人信息相关的情形。这些条文的主要内容包括：个人数据处理主体的责任，包括利用目的的明确和限制（15、16 条）、获取数据后的通知义务（18 条）、第三方条款的限制（23—25 条）、披露义务（27 条）；个人信息保护委员会的指导、建议和限制（41—43 条）。[②]

新加坡 2012 年的《个人数据保护法》虽然没有明确指明该法可以域外适用。但在新加坡个人数据保护委员会的《个人数据保护法建议指南》中，增加了对于该法效力范围的解释：新加坡《个人数据保护法》适用于在新加坡境内执行个人数据有关活动的机构，在数据由海外机构搜集随后传输到新加坡的情况下，该法也适用于个人数据相关活动。[③]

此外，我国澳门特别行政区的《资料保护法》第 3 条第三款规定：本法律适用于对可以认别身份的人的声音和影像进行的录像监视，以及以其他方式对这些声音和影像的取得、处理和传播，只要负责处理资料的实体的住所在澳门特别行政区（以下简称特区），或者通过在特区设立的提供资讯和电信资讯网络服务的供应商而实施。而我国台湾地区《个人资料保护法》第 51 条第二款也规定：公务机关及非公务机关，在中华民国领域外对中华民国人民个人资料搜集、处理或利用者，亦适用本法。

总体上看，赋予本国个人信息保护法域外效力已经成为各国在制定个人信息保护法时的普遍选择。但域外效力的普遍运用并不能消除其在理论上的争议，反而将这一问题摆到了更突出的位置。

三、个人信息保护域外效力的法理检视

属地原则蕴含着一个国家对本国主权和公共利益的维护。由于各国之间的平等地位，一个主权国家没有认可或执行其他国家法律的义务。本国法律超越属地原则的域外效力只能在特定的条件下才能被接受。尽管互联网的发展对传统属地原则提出了新的挑战。但法律的属地原则仍然是有关一国法律地域范围的最基础原则，对属地原则的突破必须建立在充分的理论基础之上。

传统理论中，对属地原则的突破主要来自三种不同的理论。一是将属地原则做主观和客观的划分从而扩大解释属地原则[④]；二是以保护本国重大利益为基础行使管辖的保护原则；[⑤]三是为国际公共政策目的而对非本国国民行使管辖权的普遍原则。[⑥]虽然经过数十年的发展，域外效力的适用早已从国际刑法延伸到证券法、进出口管制法、环境法、劳动法、

---

① See The General Data Protection Regulation (EU) 2016/679, Art. 3.

② 参见日本《個人情報の保護に関する法律》，第 75 条。

③ See Advisory Guidelines on Key Concepts in the Personal Data Protection Act, para 10.2, 11.2.

④ See Lotus Case (France v. Turkey) [1927] PCIJ, Series A, No.10, para 50. 通常认为美国经济法领域的“效果原则”也来自客观属地原则的发展和运用，参见张利民：《经济行政法的域外效力》，法律出版社 2008 年版，第 101 页。

⑤ 王铁崖：《国际法学》，法律出版社 1995 年版，第 128 页。

⑥ [英] 伊恩·布朗利著：《国际公法原理》，曾令良译，法律出版社 2003 年版，第 333 页。

反垄断法等诸多部门法，但上述三种原则仍然是本国法域外适用的理论基础。目前各国的立法和司法实践表明，个人信息保护法的域外适用仍然是基于传统理论，但互联网技术的飞速发展和公民权利意识的不断觉醒为传统的域外效力理论基础注入了新的内涵。

（一）数据主权与属地原则扩张

属地原则的概念自诞生以来就和国家主权、领土边界紧密相连。而与之形成鲜明对比的是互联网在产生之初就脱离了物理边界的范畴形成了超越国界的网络空间。随着互联网在世界范围内的普及，网络空间和国家主权边界也发生了激烈的碰撞。虽然网络空间具有跨国界的特征，但网络空间不是“法外飞地”， 主权国家仍然需要对发生在网络空间的行为进行规制。[①]在当前这个大数据时代，如何为承载个人信息的数据寻找物理意义上的位置（location），是一个国家在确定法律地域适用范围时必须解答的问题。

在美国的微软案中，微软公司和美国政府对于国家如何享有数据主权产生了严重分歧。2013 年一起毒品案件中，纽约州南部地区法院依据《存储通信法》向微软公司发出一份搜查令，要求微软提供与其电子邮件服务相关的内容。微软随后提供了储存在美国的相关数据，但拒绝提供储存在爱尔兰服务器中的数据。因为微软公司认为储存在爱尔兰服务器中的数据已经超越了美国法院搜查令的管辖权范围。[②]该案的争议之一是美国要求微软提供储存在爱尔兰服务器的数据是否构成了域外管辖。从微软的角度看，数据的位置就是数据储存服务器的位置而不是访问者所在的位置。从美国执法机关的角度看，搜查令针对的是微软这家美国公司，而微软能够控制相关的数据。因此美国执法机关要求微软提供储存在海外的数据并非是行使域外管辖。[③]虽然该案中，美国联邦第二巡回法院偏向了微软公司的观点。多数法官认为政府的执法行为是一种域外管辖，而《存储通信法》在立法时并未明确赋予该法域外效力，因此微软可以拒绝提供相关数据。[④]但这一观点很快就失去了意义。在 2018 年，美国国会快速通过的《澄清域外合法使用数据法》（CLOUD 法）中实际表明了美国在数据主权的立场。[⑤]国会明确赋予了政府跨境调取数据的权力。

从国际视角看，美国政府的观点会获得更多国家的支持。在《网络活动适用国际法塔林手册 2.0》中，起草专家们显然更加偏向微软案中美国政府的观点。在这一份处理国际网络问题的重要准则中，来自不同国家的国际法专家们提出：只要来自一国的公民可以访问某一网站，即使网站服务器位于国外，该国同样可以行使地域管辖权。[⑥]“meant to be accessible”标准极大的扩展了国家主权在网络空间中的地域范围。国家的主权可以随着全球流动的数据扩张至地理疆域之外。

虽然目前学界对于数据主权的准确内涵尚无定论，但从内容上看“数据主权”至少包括了两个层面：国家规制领域内与数据相关的活动权力和国家对数据本身的控制权。[⑦]将数据纳入主权的范畴，无疑是对国家地理疆域的一次重要突破。在网络空间中，数据是承载所有信息的最基本单元。所有与网络相关的行为都必须依托数据来展开，对于个人信息而言

[①] 张新宝、 许可:《网络空间主权的治理模式及其制度构建》， 《中国社会科学》 2016 年第 8 期，第 145 页。

[②] See In re Warrant to Search a Certain E-mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp., 15 F. Supp. 3d 466, 470 (S.D.N.Y. 2014).

[③] See Brief for the United States at 31－32, Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016) (No. 14-2985), 2015 WL 1139654.

[④] See Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

[⑤] See Covington represents Microsoft Corporation in United States v. Microsoft, No. 17-2.

[⑥] See Michael N. Schmitt,Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfar, Cambridge University Press (2015), p.69.

[⑦] 曹磊：《网络空间的数据权研究》，《国际观察》2013 年第 1 期，第 56 页；齐爱民、祝高峰：《论国家数据主权制度的确立与完善》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2016 年第 1 期，第 85 页；翟志勇：《数据主权的兴起及其双重属性》，《中国法律评论》2018 年第 6 期，第 202 页。

就更是如此。在这一理论框架下，只要数据属于本国，一个国家可以对外国人在外国实施的行为进行规制。数据主权的提出，为属地原则在个人信息保护的域外适用提供了理论支撑。

（二）个人信息的人权化保护

保护隐私是对人性自由和尊严的尊重，是人类文明进步的一个重要标志。个人信息是否已经构成了具有普遍意义的人权尚存在争议，但将个人信息视为公民的基本权利则已被大部分国家所接受。目前，包括《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等主要的世界性人权法律文件均将个人隐私和个人生活不被打扰的权利纳入到公民的基本权利范畴。2013 年联合国大会通过的“数字时代的隐私权”决议，重申了与个人数据和信息相关的隐私权的人权属性，并促请各国尊重并保护隐私权，包括数字通信方面的隐私权。[①]

随着国际法人本化趋势的加强，以国际人权法为代表的一种超越国界的更高层次国际共识正在形成。[②]基于人权的普遍性而域外适用本国法律已经普遍存在于反恐、反酷刑等法律领域，并向劳动法等社会法领域蔓延。[③]而以欧盟为代表的部分国家正表现出将个人信息也纳入到人权范畴中并予以额外保护的倾向。

虽然 1950 年的《欧洲人权公约》就将个人隐私和生活不被打扰的权利归入欧洲公民的基本权利和人权。[④]但在 20 世纪 90 年代之前的欧洲，个人数据仍然只被视为一种经济需求。[⑤]直到 1981 年欧洲委员会颁布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》中，个人数据才开始被明确视作公民的基本权利和自由并予以法律保护。此后，个人信息在欧盟法律体系下具有了超越一般民事权利的更高定位。在 1995 年的《个人数据保护指令》中立法者进一步表现出对个人信息保护的关切。《指令》在前言中提出：由于个人信息保护法的目标就是对《欧洲人权公约》所确立的公民基本权利和自由提供保障，因此必须采取高水平的保护。[⑥]2018 年的《一般数据保护条例》则继续保持对个人信息保护的人权化趋势，同时《条例》试图通过建立第三国评估机制，将欧盟对个人数据保护的规则推向其他国家。

在司法实践中，欧盟法院通过判决表明了个人信息的高水平保护与地域效力范围扩张之间的有机联系。2014 年的“谷歌案”中，一名西班牙公民对谷歌西班牙公司和谷歌公司提起诉讼，认为该公司的互联网搜索服务侵犯了他的隐私权。此案在多次诉讼后上诉至欧盟法院。该案面临的第一个争议就是是否要对位于美国的谷歌总公司适用欧盟法律。根据谷歌西班牙公司的解释，该公司并不参与任何搜索引擎服务，而仅仅是谷歌公司在西班牙的商业代表，只负责相关业务的广告和推广工作。而根据《指令》4（1）条中所设立的标准，除非谷歌在西班牙设立商业代表的行为也构成“数据处理行为”，否则对位于美国的谷歌公司适用欧盟法于法无据。而该案法官在判决中指出：鉴于指令保护欧盟公民基本权利和自由的目标，对从事相关活动不必进行严格解释。而且依据《指令》前言中的相关表述，欧盟的立法者制定一个宽泛的地域范围就是为了防止《指令》赋予当事人的保护被剥夺或规避。[⑦]因此即使设计机构从事的并非数据处理相关的工作，但只要数据控制者通过此行为获利就应当被纳入《指令》适用范围内。

个人信息的人权化，使得部分国家在域外适用本国个人信息保护法时能够高举正义的

---

① See United Nations, General Assembly, A/RES/68/167, 21 January 2014.

② 参见曾令良：《现代国际法的人本化发展趋势》，《中国社会科学》2007 年第 1 期，第 92 页。

③ 孙国平：《论劳动法的域外效力》，《清华法学》2014 年第 4 期，第 34 页。

④ 参见《欧洲人权公约》第 8 条。

⑤ Mistale Taylor, The EU’s Human Rights Obligations in Relation to Its Data Protection Laws with Extraterritorial effect, 246 International Data Privacy Law 5, 2015.

⑥ 参见欧盟《个人数据保护指令》前言，第（10）条。

⑦ See Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, C-131/12, para 53,55.

旗帜，甚至对其他国家的立法施加压力。[①]

四、个人信息保护域外效力的局限性

在微软案的审理过程中，微软总裁拉德·史密斯曾多次呼吁：我们正在努力用 20 世纪 8、90 年代的法律来管理 21 世纪的技术，但我们需要的是新的解决办法。当今个人信息保护法域外适用的趋势可以视为对新技术的一次回应，但绝非完美的答案。随着个人信息保护法域外效力的发展，它的局限性也正在浮现。

（一）个人权利保护的确定性

无论是在公法还是私法中，都存在着对法律确定性的追求。但各国域外适用本国个人信息保护法的做法不仅不能增加法律适用的确定性，反而使得个人权利的保护出于更加不确定的状态。

1.域外效力与国际私法的关系

法律适用的确定性是国际私法最基本的价值取向之一。[②]在跨境个人信息纠纷中，国际私法可以为私人权利的保护提供确定性。以我国《涉外民事关系法律适用法》为例，该法虽没有专门规定涉外个人数据或个人信息的冲突规范，最为接近的是有关人格权和网络侵犯人格权的冲突规范。根据这两条冲突规范，个人数据的保护范围和侵权保护应分别适用权利人经常居所地和被侵权人经常居所地法律。这种将权利人的经常居所地作为连结点的立法模式，重视的是权利人与其活动中心的密切联系，符合冲突法所追求的稳定性和一致性的目标，同时体现我国国际私法“有利于弱者”的立法理念与现代社会注重以人为本的时代精神。[③]在涉外民商事关系中，国际私法在明确法律适用的可预见性和确定性上有明显优势，但域外效力规则的引入使得国际私法已经在实际上被架空了。

在理论上，域外效力条款是天然排斥冲突规范的。一方面，域外效力条款属于国内法，而在国际私法的选法方法中，冲突规范先于域外效力条款决定哪国法应当被作为准据法适用。如果准据法是外国法，那么本国的域外效力条款是无法适用的。相反如果优先适用本国法的域外效力条款，那么实体法律的适用已然确定，冲突规范也就失去其实际功能了。另一方面，冲突规范和域外效力条款遵循的是两种截然不同的适用逻辑。国际私法通过冲突规范明确在何种情况下外国法可以在本国适用，而域外效力则是规定本国法在何种情况下可以适用于外国的人或行为。前者是本国法律在保护私权时的有意避让，后者则是维护本国利益时的主动进攻。在跨境个人信息保护纠纷较多的欧盟，司法实践已经证明法官在处理法律适用问题时优先适用《个人数据保护条例》第 4 条或《一般数据保护条例》第 3 条后，《罗马条例 I》已经不再有适用的空间。[④]

尽管个人信息保护法的公法属性明显，但个人信息仍然是一种私权。在解决法律个人信息法律冲突时完全用域外效力来代替法律选择时，个人权利保护的确定性不可避免的会被牺牲。

2.域外效力与法律适用的确定性

当域外效力条款完全取代国际私法选法方法后，法律适用的确定性能否得到保障呢？答案并不乐观。

[①] 例如欧盟要求欧盟境内的个人数据只允许流入欧盟认为能够提供“充分保护”或“适当保障措施”的第三国。

[②] 参见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社 2008 年版。第 301 页。

[③] 万鄂湘：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 329 页。

[④] Jiahong Chen, How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation, 6 International Data Privacy law 318, 2016.

一方面，当各国都采取域外效力的时会产生新的法律冲突。不同于各国在私法领域有一套专门解决法律冲突的方法，域外效力的法律冲突目前尚无妥善的解决办法。当一国主张其他国家不能接受的域外效力时，另一国通常只能同样以域外效力予以还击。在反垄断领域，美国基于效果原则域外适用本国法的立法模式被欧盟大部分成员国所借鉴，包括希腊、德国、奥地利等国也采用这一域外效力模式。在 1988 年的著名的欧盟纸浆案中，欧盟委员会发现部分木纸浆制造商和纸浆协会违反了《欧共体条约》第 85 条有关禁止垄断协议的规定。欧盟委员会对其进行罚款并命令其停止达成价格协议的行为，但部分生产企业并不位于欧洲，还有几家位于美国。因此这非欧洲的企业提起上诉。但是根据美国法，这些企业的行为是合法的。[①]这种域外效力的冲突由于不能通过冲突规范来预见将被适用的准据法，不免会使当事人权利的保护陷入两难境地。

另一方面，各国的司法主权并不总是能保证域外效力的实现。虽然域外效力代表着国家的对于相关领域价值和利益的重视，但本国在外国的司法主权是否能有效及于外国并不是本国可以单方面决定的。在实践中，即使是美国这样的在世界经济、文化具有领先的地位的国家，想要顺利的实现域外效力仍然是困难的。因此也有外国学者将域外效力比喻为“立法者的美梦和法官的梦魇”。[②]

欧盟的部分行为也反应出这些担忧的现实性。虽然欧盟在谷歌案中为保护西班牙公民的私人权利而极力将《指令》扩展适用于美国的谷歌总公司，但实际上欧盟内部对于域外效力的执行并不乐观。在欧盟根据《指令》第 29 条所成立的的咨询工作组出台的相关报告中，工作组明确提出：在欧盟法下每个人都享有数据权利，但欧盟数据保护机构将主要集中于那些数据主体和欧盟有清晰连结的诉求。[③]

这种司法主权伸得过远而导致失去效力的情形主要表现为无国界的互联网空间国家主权难以行使导致的控制力丧失；互联网上行为因为及于整个网络空间而导致的效应失灵；互联网价值观突破特定国家而导致的合法性危机；地理疆域模糊导致的警示性消弱四个方面。[④]对个人而言，在具体个案中国家是否能够真正实现法律的域外效力是不可预知的。

（二）控制者负担及其负面效果

当谈到个人信息保护域外效力时对数据主体的保护始终被放在了核心的位置，而数据控制者则鲜有人提及。作为与数据主体对立的一方，对数据主体权利保护的不断加强，意味着数据控制者的义务也在不断加重。域外效力给数据控制者带来的过重负担往往被学界所忽视。

首先，面对域外效力，数据控制者几乎无处可逃。是否在本国进行了数据处理活动是目前各国域外适用本国法律的主要前提。而互联网活动的特征，决定了数据控制者一定是在世界范围内开展相关活动。无论哪一国的互联网服务商多需要面临来自全世界各个国家的用户，同时使用者还可能在不同国家间流动。因此数据控制者可能会频繁受到其他国家法律的域外适用。例如，在欧盟通过《一般数据保护条例》后，不管是美国的互联网经营者还是来自中国的互联网经营者都会面临着欧盟法律的监管导致的成本上升。[⑤]

其次，域外效力容易导致法律的重叠适用。域外效力并不能排斥本国法律的效力，所

[①] William S. Dodge, Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism, 39 Harv. Int'l L.J. 101, 155 (1998).

[②] Dan Jerker B Svantesson, Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation, 5 International Data Privacy Law 226, 231 (2015).

[③] Article 29 Data Protection Working Party, ‘Guidelines on the Implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on“Google Spain and Inc. v. Agencia Espan˜ola de Proteccio´n de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonza´lez”—C-131/12’ (2014) WP225, 3.

[④] 齐爱民：《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》，法律出版社 2015 年版，第 48 页。

[⑤] 王孔祥：《GDPR 出台，互联网企业该如何应对》，《中国经济报告》2018 年第 9 期，第 77 页。

以当数据控制者受到来自外国法律支配时，他的行为同样要符合本国法律的规定。对此，数据控制者只能对企业进行更高水平的合规处理，才能减小其法律风险。正如美国最高法院所指出的："如果我们坚持所有（海外）争议必须在美国法院以美国法律来解决的狭隘观念，那么美国工商业的扩张将难以为继。"[①]域外效力和属地原则的作用下，互联网企业不得不面临额外的经营压力。

此外，域外效力具有明显的杠杆效应。域外效力在适用上的一个重要特征是其通过域外适用本国标准，会抬高各国的法律保护水平。因为只有当本国保护水平高于其他国家时，才需要域外适用本国法以在跨境活动中保护本国相关利益。当本国保护水平低于外国时，域外适用本国法的实际意义并不大。2000 年欧盟和美国签订了著名的《安全港协议》。在该协议签署之前，欧盟已经出台了《保护个人数据指令》将欧盟个人数据保护的整体水平提到了较高水准。而美国为保证本国企业的仍然坚持是以行业自律和松散立法的方式来保护。该协议的签署和执行事实上抬高了美国企业对欧盟居民信息和数据的保护水平。[②]

有调查显示 2018 年欧盟实施《一般数据保护条例》后，各国企业为了使自己的经营符合该法的监管要求普遍额外支付了高昂的成本。[③]一方面，高昂的数据控制成本阻碍了数据的自由流动。目前，个人数据保护中在全球层面的规制存在"三难选择"，无法同时兼顾"良好的数据保护"、"跨境数据自由流动"和"数据保护自主权"。[④]避免被较高保护水平国家法律管辖的最简便方法就是直接屏蔽来自该国的使用者，或为该国的用户专门设置新的数据处理系统。[⑤]无论数据控制者采取哪种方式规避监管，都会造成数据在各国间难以自由流动。另一方面，域外效力导致的额外负担会加速数据寡头的形成。各国域外适用本国个人信息保护法以加强个人信息保护的做法抬高了互联网行业的管理成本。在各国高强度的个人信息保护网交织之下，中小型互联网企业面临发展的危机。大型的互联网企业凭借自己资金和管理上的优势吸引更多用户并掌握更多的数据，最终形成一定形式的数据垄断。

域外效力给数据控制者带来的成本负担可以视为对数据主体保护的一种牺牲。但从长远来看，各国法律的域外适用对整个网络空间和互联网产业的发展留下了隐患。

（三）引起对抗性立法

除了在个人保护确定性、数据自由流动和互联网产业发展上的负面效应，过分的域外效力还会引起各国间的对抗性立法。

美国最高法院大法官斯卡利亚在 Hartford 案中曾呼吁礼让原则在域外适用法律中的重要意义："对于礼让原则的考量是应先于分析《谢尔曼法》的域外管辖权是否成立的。"[⑥]因为在大多数情况下，对域外效力或域外管辖权的考量代表着该国已经在相应问题上放弃礼让原则。但在域外效力的发展过程中，各国之间因为立法管辖权的碰撞而引起对抗时有发生。在反垄断领域，美国在向外扩张《谢尔曼法》的立法管辖权时，欧盟通过颁布《反对第三国立法域外适用的条例》予以了还击。[⑦]根据这项条例，欧盟境内的人员和公司有义务

---

① See The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).

② Gregory Shaff, Extraterritoriality in A Globalizing World: Regulation of Data Privacy, 97 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 314, 2003.

③ See IAPP-EY Annual Privacy Governance Report 2018, available at https://iapp.org/media/pdf/resource_center/IAPP-EY-Gov_Report_2018-FINAL.pdf, last visited on Jan. 31, 2019.

④ 黄宁、李杨：《"三难选择"下跨境数据流动规制的演进与成因》，《清华大学学报》(哲学社会科学版)2017 年第 5 期，第 172 页。

⑤ 《一般数据保护条例》实施后，大量的美国中小型互联网服务商选择屏蔽欧盟用户以保障自身利益。参见 http://fortune.com/2018/08/09/news-sites-blocked-gdpr/，最后访问时间 2019 年 1 月 31 日。

⑥ 参见 Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 797 (1993)，但斯卡利亚的这一观点并不是最高法院判决的多数意见。

⑦ See Protecting Against the Effects of the Extra-Territorial Application of Legislation Adopted by A Third Country, Council Regulation (EC) No. 2271/96.

将他们受到美国法律影响的情况通知欧盟委员会，并同时负有未经授权不得遵守适用这两部法律的义务。同时，欧盟境内的人员和公司享有拒绝承认和执行根据域外立法做出的判决、裁决和行政决定的权利，并且可以获得因美国上述法律造成损失的全部补偿。[①]此外欧盟还通过外交行动法和 WTO 程序进行了全方位的回应。[②]在劳动法领域，南非曾经制定《商务保护法》来对抗美国《进出口银行法》中关于对外国劳动标准调查的规定。南非《商务保护法》明确规定：除非有南非经济部的批准，否则任何人都不应遵守或回应外国发出和民事诉讼相关的命令、指示、质询、委托调查、请求信函，不得提供商业信息，无论这些商务活动发生在南非境内或境外。[③]这种针对域外效力的对抗行为在进出贸易管制领域更加激烈，美国对苏联、伊朗的禁令都曾经引发其他国家的强烈反应。[④]

在个人信息保护领域，这种法律上的针锋相对同样存在。欧洲部分国家如法国、瑞士都有针对美国域外取证和域外证据开示的对抗性立法。[⑤]法国 1968 年的 68-678 号法律（即"《法国封锁法》French Blocking Statute"，该法于 1980 年进行了修改）明确限制了域外证据开示中的信息传输，该法第一条规定：禁止任何法国公民或经常居住在法国的个人，以及任何政府官员、民意代表、代理机构和在法国有中心或设计机构的法人的雇员通过书面、口头及任何其他形式将有可能损及主权、安全、法国潜在经济利益或公共政策的经济、商业、工业、金融、科技信息传送给外国公共机关。[⑥]但美国法院则同样对这类立法怀有抵触情绪，认为这类封锁立法的规定过于宽泛，并过分的保护本国利益。因此在实践中美国法院仍会忽视外国相关法律规定，并要求当事人对域外数据进行取证或证据开示。[⑦]在不同法域的对抗中个案的当事人成为受到影响最深的一方。例如在法国的 Christopher X 案中，法国检方就对一位在法国境内为美国诉讼收集证据的律师作出了刑事处罚。[⑧]对抗性立法把原本复杂的域外法律适用的纠纷进一步复杂化了。

五、个人信息保护法域外适用的边界

当前，全球网络的崛起正在挑战地理位置在传统法律中的地位，但在网络空间中各国的主权意识并没有弱化而是更加强化了。因为，个人数据不仅仅是个人权利的载体，也关系到国家的整体安全和发展。各国都在试图用网络数据本地化立法为网络空间构筑藩篱，以至于有学者提出目前存在着一种"数据民族主义"。[⑨]在这种环境下，国家对个人信息进行域外保护的行为都有可能碰触到其他国家的主权，从而引起法律乃至政治、外交上的冲突。

尽管国家域外适用本国法律的做法并不违反现有的国际法，但这并不意味着这种适用方式就能在国际间通行无阻。因为一国法律在外国领域内发生效力还需要其他国家的承认。

---

① 张劲松：《论欧盟对美国经济法域外效力的法律阻却》，《欧洲》2001 年第 2 期，第 54 页。

② Alexander, Angharad, Extraterritorial Jurisdiction—European Responses, 26 Houston Journal of International Law 314, 2004.

③ See South African Protection of Businesses Act 99 of 1978, article 1 (1) (b).

④ 张利民：《经济行政法的域外效力》，法律出版社 2008 年版，第 32《》0 页。

⑤ See Hughes Hubbard & Reed LLP, The Impact on U.S. Discovery of EU Data Protection and Discovery Blocking Statutes, available at https://www.hugheshubbard.com/index.php?p=actions/vmgHhrUtils/download/asset&id=6793, last visited on Jan. 31, 2019.

⑥ See French Law no. 80-538, Article 1, dated July 16, 1980.

⑦ See Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 522 (1987)

⑧ See Cour de cassation chambre criminelle du 12 decembre 2007 no.07-83228, 7 Digital Evidence & Elec. Signature L. Rev. 130 (2010).

⑨ See Chander, Anupam, Data Nationalism, 64 Emory L.J. 677, 2015.

当一国基于本国利益而希望域外适用本国法时，通常也涉及到外国在相关领域的国家利益。鲜有国家会希望主动放弃行使本国主权而让本国公民受到外国法律支配。在《塔林手册 2.0》中，来自不同国家的法学家同对网络空间的域外管辖表现出谨慎态度。根据手册第 11 条的规定，只有在国际法明确授权或对方国家的有效同意下，国家才可以对网络活动行使域外管辖权。[①]基于网络空间共治的基本理念，各国对个人数据保护的域外效力应当谨守边界，以减小域外效力的局限性。

首先，跨境个人数据保护的私法保护应当通过国际私法规范予以实现。虽然私法的社会化的趋势在个人信息保护领域表现明显，公法保护也构成对个人信息保护的主要方式，但有关个人信息保护的私人保护仍然是保护公民人身、财产权利的最直接方式。在处理跨国个人权利的保护上，国际私法的多边选法方法已经被证明是较为有效的途径。为了加强对本国公民个人权利的保护域外适用本国法而忽视国际私法规则有舍本逐末之嫌。综观各国的个人信息保护法，在个数据保护领域仍然存在着更加偏重私权保护的规则。如个人信息权或数据权利的具体内容；个人和非国家主体在个人信息储存和处理上达成协议和约定的权利；个人对非国家主体不当使用个人数据的行为通过民事诉讼请求损害赔偿的权利等。在偏重私权利保护的问题上，国际私法规则更能保障涉外民事法律关系的稳定和可预见性。

其次，域外管辖的依据应与本法域具有实际联系。域外管辖不等于过度管辖。当国家试图将本国法适用于特定法律关系中与本国联系微弱的外国当事人时，政治和公共利益的考量已经盖过了对特定民商事关系中私人权利的保护。[②]目前各国在个人信息和数据保护领域域外效力的连接因素可以被根据数据处理活动和数据主体所在国的联系划分两种类型。一类是境外数据控制者直接对本国的数据进行收集和处理，如美国域外适用《儿童网上隐私保护法》的依据是外国数据控制者搜集了美国儿童的数据和信息。这种直接针对外国数据主体的数据处理行为既给了国家基于保护本国公民的理由行使立法管辖权，也符合以数据主权扩展本国属地原则范围的理论。另一类则是数据活动和数据主体之间没有直接联系，而是通过设立机构、分公司、商业行为来建立间接联系。与前一类和数据处理有直接联系的域外效力依据相比，这种间接联系容易导致导致私人保护的不确定、数据控制者的重叠管辖和各国间的管辖权冲突。

最后，国际合作是现阶段确定个人数据保护法的域外效力边界的最有效途径。虽然个人数据保护同时具有私法和公法的性质，但由于国家主权在网络空间的互不让步，个人数据的域外效力冲突短时间难以协调。欧盟和美国在 2000 年达成的《安全港协议》是通过国际合作解决个人数据域外效力冲突的一个示范。依据该协议，美国的机构为欧盟的个人提供充分的隐私权保护，但是协议并没有完全采用《指令》的所有标准。《指令》的域外效力由于《安全港协议》的存在也并不发生效力，事实上是欧盟和美国两种隐私权保护标准之间形成的妥协。随着欧盟个人数据保护的进一步加强，《安全港协议》被欧盟法院认定无效，但欧、美之间很快又达成了新的《隐私盾协议》。这两份协议显示出欧、美两大经济体在寻求数据流动自由和本国监管的平衡上做的努力，在短期内无法实现各国个人数据保护法趋同的情形下，这种国际协调仍然是比域外效力规则更为有效的方式。

总体上看，域外适用本国个人信息保护法的困境在于不同国家数据主权冲突下如何实现私权利保护的协调。互联网空间中，传统的依据国家边界划分主权应当更加灵活和具有弹性，避免将国家主权的考量混入私人民事法律关系之中，从而为私人活动留下空间。

---

① See Michael N. Schmitt,Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfar, Cambridge University Press (2015), p.66.

② See the Hague Conference on Private International Law, Preliminary Draft Convention on "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 7 of April 1997)

六、结语

随着《民法总则》的出台，个人信息在我国的法律保护也越来越受到重视。该法明确规定，自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息。《个人信息保护法》的立法工作也越来越受到关注，已有多位专家起草了《个人信息保护法》专家建议稿。在有关《个人信息保护法》效力范围的讨论中，已经有部分学者提出，我国将来的《个人信息保护法》应该采纳域外效力条款。[①]还有学者指出应当采纳类似的欧盟《一般数据保护条例》的域外效力立法模式。[②]但这些建议都存在对欧盟立法模式的模仿，缺乏明确的框架并且未对域外效力的负面效果加以考虑。

综合前文分析，笔者认为《个人信息保护法》设置域外效力条款的做法并不违反国际法，其理论依据在于对本国公民基本权利的扩张保护和国家主权的扩张解释。但个人信息保护法具有公私二元特性，域外效力对本国主权和社会利益、公共安全的保护功能并不必然导致个人权利的妥善保护。鉴于我国目前在个人数据保护私法层面的法律保护尚较为薄弱，在个人数据保护法中全面引入域外效力规则，会导致跨境个人数据纠纷中公民个人本身应获得的私法保护，并导致法律适用的不确定性。因此在相关立法中，对于域外效力规则的引入应当对个人数据的私法层面和公法层面作出区分，而非一刀切式的概括式立法。从平衡国家主权维护、个人权利保护、数据跨境自由流动的长远目标来看，建立行之有效的国际合作机制是比域外效力规则更加有效的的途径。

2.数据跨境流动规制的模式及我国的因应

洪志远*

摘　要：2014 年习近平总书记在第一次中央网络安全和信息化领导小组第一次会议上谈到："网络信息是跨国界流动的，信息流引领技术流、资金流、人才流，信息资源日益成为重要生产要素和社会财富，信息掌握的多寡成为国家软实力和竞争力的重要标志。"可以说，在数字经济时代下，数据的全球化不仅推动了信息技术和网络服务的创新发展，而且在促进各类企业全球经营和商业拓展的基础上提升各国的经济效率和社会福祉。然而，数据全球化也不可避免地引发各国对于个人隐私、国家安全等风险的担忧。2018 年 5 月 25 生效的欧盟《一般数据保护条例》（以下简称 GDPR）被称为史上最严格数据保护条例。对包括 GDPR 数据跨境流动规则及其他规制模式进行分析，结合我国目前的立法现状，对我国数据跨境监管规则及我国企业的因应进行探析。

关键词：数据跨境流动规制；数据跨境监管规则；我国企业的因应

数据是推动新一轮技术创新、制度创新和管理创新的关键生产要素，是资本、物资、

[①] 齐爱民，王基岩：《大数据时代个人信息保护法的适用与域外效力》，《社会科学家》2015 年第 11 期，第 104 页；张新宝：《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》，《吉林大学社会科学学报》2018 年第 05 期，第 45 页。

[②] 张建文，张哲：《个人信息保护法域外效力研究———以欧盟《一般数据保护条例》为视角》，《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2017 年第 2 期，第 42 页。

* 洪志远，男，广东财经大学国际法硕士研究生。

技术、人员等其他生产要素高效组合的纽带与核心。数据的开放、流动、和共享将颠覆传统工业时代的商业形态和产业边界，推动大规模跨产业协作和创新，衍生出包括平台经济、共享经济等经济模式，激活人类的创新力和生产力。[①]数据的生命在于流动，没有流动性的数据是没有价值的。在现阶段社会、技术条件下，经济、政治以及文化等诸多事务已经与数据有着密切的要素性联系，各方面的正常展开在很大程度上取决于各类数据的动态流转甚至是跨国传输。[②]同时，作为信息载体，数据跨境自由流动也会引发诸如国家安全、公共道德和个人隐私保护等正当政策关切。其中，个人数据隐私保护因为涉及面广泛而备受关注。由于各主要国家关于数据隐私的价值定位和制度设计各不相同，必然就会就如何保护个人数据隐私产生分歧。在此情况下，如何妥当解决数据隐私保护与数据跨境自由流动之间的冲突，促进贸易自由化，同时不过分限制各国规制空间，成为数字经济时代国际社会必须要解决的顶层设计问题之一。[③]

一、数据主权与数据跨境流动

（一）数据主权的定义

数据主权概念源自国家主权理论，强调国家主体对于数据的管控权，数据具有类似“物”的属性，人对数据的利用类似对物的利用，这都使得主体可以控制数据的使用。广义的数据主权包括国家数据权力与私人数据权利。[④]由此，国家数据权力的主体是国家，私人数据权利的主体则是公民。同时，私人数据权利的行使应是在国家数据权力的框架下进行，从而受到国家的保护。

在对数据进行分类前，我们主张，承认各国对数据拥有主权，并通过协调数据主权的定义和内涵，解决数据管辖权冲突问题。明确数据本地化要求的合法性，依据为各国的数据主权，即一国对其拥有主权的数据，可提出本地化要求而不受质疑。[⑤]

（二）数据跨境流动的定义

对于数据跨境流动存在着不同的定义。OECD 在 1988 年制定的《关于隐私保护与个人数据跨境流动的指南》（以下简称《OECD 隐私指南》）是从全球视角对跨境数据流动进行规制的第一次尝试，其将跨境数据流动定义为：“点到点的跨越国家、政治疆界的数字化传递。”联合国跨国公司中心将其界定为：“跨越国界对机器可读的数据进行处理、存储和读取等活动”。在美国国会的报告中，数据跨境流动被定义为：“跨越国境对计算机中的电子数据进行处理和存储的行为”。

尽管对于数据跨境流动的定义没有非常统一的看法，但从这些定义我们可以看出数据跨境流动所包含的基本含义：（1）数据跨境流动的主体是可被识别的数据；（2）其范围应是跨越国境的地理突破；（3）数据的跨境流动需要对数据进行存储、读取和处理等操作。

数据跨境流动的定义关系到其规制的内容，根据数据跨境流动所包含的含义，我们可以知道数据跨境流动规制是一国政府对企业进行跨越国境的数据传输进行管控所实施的政策法律。而数据主权是一国能够进行数据跨境流动规制的理论基础和权力来源。

---

① 惠志斌、张衡：《面向数据经济的跨境数据流动管理研究》，载《社会科学》2016 年第 8 期。

② 吴沈括：《数据跨境流动与数据主权研究》，载《新疆师范大学学报》（哲学社会科学版）2016 年 9 月第 5 期。

③ 参见黄宁、李杨：《“三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2017 年第 5 期，第 172 页。转引自彭岳：《贸易规制视域下数据隐私保护的冲突与解决》，载《比较法研究》2018 年第 4 期。

④ 果园、马可：《跨境数据流动的主权分析》，载《信息安全研究》2016 年 9 月第 9 期。

⑤ 陈咏梅、张姣：《跨境数据流动国际规制新发展：困境与前路》，载《上海对外经贸大学学报》2017 年第 6 期。

二、数据跨境流动规制的困境：数据隐私保护与数据跨境自由流动的冲突

2010 年以来，信息通信技术使信息的收集和使用呈现出两大新现象[①]：

首先，全球掀起一股通信基础设施建设投资大潮，移动通信技术升级换代，移动智能通信设备迅速普及，电子商务应用在传统产业升级和新兴产业不断渗透，移动智能设备和各类电子商务服务几乎全方位接入了个人生活。跨境电子商务服务和数字产品的行使和种类极大丰富，人们为了获取这些服务和产品更愿意主动提供个人信息，同时人民接受跨境电子商务服务或购买数字产品的跨境消费意愿也越来越强，同时个人在使用这些服务和数字产品的过程中留下了更多“网络足迹”，为大数据分析技术的应用提供了资源和环境。

其次，大数据分析技术和云计算服务逐步得到应用，这使得各行各业越来越重视大数据收集和信息挖掘以优化其生产、营销和服务。例如，百度公司基于对搜索数据的分析挖掘帮助其客户实现精准营销。而阿里巴巴公司则基于交易平台数据、信用数据和消费者操作网页的行为数据推出数据魔方、淘宝指数等数据产品，为卖家提供营销指导。在此背景下，数据跨境流动，尤其是商业和技术数据的自由流动，对与商业活动、投资和就业增加，甚至全球的经济增长都具有重要意义。

（一）数据隐私保护

个人信息[②]是个人在社会中标识自己、建立联系的工具，也是社会了解和识别每一个体并展开活动的依据。但是，个人信息的不当使用可能侵害个人权益，危害人的尊严和自由，甚至带来人身和财产安全风险。[③]因而，个人信息的隐私保护无论是在一国之内，还是在跨越国境的数据流动都是公民权利保护的一项基本内容。随着 2013 年斯诺登棱镜门、2017 年 Gmail 和雅虎账户售卖案等事件的发生，数据隐私的保护越来越受到关注。

（二）数据跨境自由流动

数据天然地具有流动性，互联网产业的良性发展、信息与知识的传播更新等无不依赖于数据的自由流动，而全球化的深入发展则进一步凸显了数据流动的跨国性。传统行业对于数据跨境流动在内的信息技术有了越来越重的依赖，超过 50%的贸易服务是依赖这些技术实现的。[④]可以说，几乎所有的跨境贸易都要依靠数据的跨境流动来满足基本的商业需要。此外，许多服务贸易本身就是通过电子数据的跨境传输来完成的，比如一些数字化服务产品、用电子数据存储的知识产权等等。

（三）冲突

跨境数据流动的核心问题是个人数据隐私保护与跨境数据自由流动的平衡。[⑤]类似与传统的贸易自由化与贸易保护的冲突与矛盾，在数据全球化背景下，一方面，跨境数据自由流动是当下企业在国外市场上竞争的有力武器；另一方面，一国基于涉及到国家安全、商业秘密、个人隐私等数据的保护，对数据的跨境流动予以一定的限制。从而，就产生了既要充分保障数据跨境自由流动，又要采取一定限制数据流动的措施对数据隐私进行保护的数据跨境流动规制的困境。

---

① 李思羽：《数据跨境流动规制的演进与对策》，载《网安观察》。

② 本文中个人信息与个人数据的表述意思一致。

③ 高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018 年第 3 期。

④ UNCTAD. Information Economy Repot 2009: Trends and Outlook in Turbulent Times [R]. Switzerland: United Nations Conference on Trade and Development, 2009.

⑤ 贾开：《跨境数据流动的全球治理：权力冲突与政策合作》，载《汕头大学学报（人文社会科学版）》2017 年第 5 期。

三、数据跨境流动规制的模式

各个国家基于数据主权及其经济前途，在数据跨境流动规制的方式选择上，存在着显著的差异。基于规制基调的不同，跨境数据流动规制分为两类，第一类倾向于确保跨境数据自由流动，第二类倾向于对跨境数据流动进行限制。基于规制方式的差别，第二类规制又分为两种。一种是隐私规制，一般是以数据保护法（隐私法或个人信息保护法等）为基础，根据隐私保护的原则和标准对跨境数据流动进行限制。另一种就是数据本地化。[①]

（一）倾向于确保数据跨境自由流动

倾向于确保数据跨境自由流动的数据跨境流动规制是指一国对于数据跨境流动的规制采取宽松态度，以促进数据跨境自由流动为基本原则，此模式的典型代表为美国。美国政府和实务界反对立法规范个人数据处理行为，认为强硬的法律结构会“不可避免地阻碍商业活动”[②]，而奉行以市场为主导，以行业自律为中心的个人数据保护政策。这种立场从根本上决定了美国在跨境数据流动上的诉求更加注重数据自由流动和经济利益，更希望通过促进数据跨境维护业已建立的信息优势。在大数据时代，美国更清醒地意识到数据利用意味着价值和机遇，也更透彻地理解促进数据跨境流动对国家利益产生的潜在裨益。为此，它更加重视通过鼓励数据跨境流动确立和固化“数据占有和利用”的优势，最大限度地攫取“数据金矿”。[③]

（二）倾向于对数据跨境流动进行限制

倾向于对数据跨境流动进行限制是指一国对于数据跨境流动的规制采取严苛态度，采取一定的措施对于数据跨境流动进行限制。此种模式主要以欧盟的隐私规制及诸多国家均有规定的数据本地化两种方式为代表。

1. 隐私规制

根据欧盟 GDPR 的规定，除极少数例外的情况，[④]欧盟境内的个人信息只允许流入欧盟认可能够提供“充分保护”或者“适当保障措施”的国家或地区。GDPR 第五章规定了允许个人数据向第三国或者国际组织传输的几种情况。[⑤]

为了完善数据跨境传输过程中欧盟个人信息保护规则以及补充欧盟于 1995 年 10 月 24 日通过的《关于个人数据处理保护与自由流动指令》（以下简称《95 指令》）规定的有限地数据跨境传输方式，GDPR 规定了多样化的传输方式。根据其规定可将数据跨境传输分为“基于充分性决定的传输”“提供适当保障措施的传输”以及“特殊情况下的例外传输”三大类。

GDPR 建立在《95 指令》的基础上，保留了《95 指令》的基本框架和大部分内容。最常用的数据跨境传输方式是向获得“充分决定”的国家传输、数据主体的明确同意、欧盟委员会的标准合同以及有被批准的行为准则。GDPR 保留以上几类跨境传输方式并创建了其他机制，包括有约束力的公司规则、认证机制加入成员国制定并经欧盟委员会批准的个人数据保护标准合同。在没有得到欧盟充分保护认可的国家，没有一种数据传输方式是完美的，需要根据特定的情况，决定使用哪种传输方式更合适。

2. 数据本地化

数据本地化（data localization），与数据跨境流动相对，指的是一国政府要求对在其境内收集的个人数据的存储和处理必须在境内进行，不允许将个人数据向境外自由转移。数

---

① 黄宁：《数据本地化的影响与政策动因研究》，载《中国科技论坛》2017 年 9 月第 9 期。

② 戴恩、罗兰德等著：《信息技术法》，宋连斌、林一飞、吕国民译，武汉大学出版社 2004 年版，第 308 页。

③ 许多奇：《个人数据跨境流动规制的国际格局及中国应对》，载《法学论坛》2018 年 5 月第 3 期。

④ 详细规定参见 GDPR 第 49 条。

⑤ 参见 GDPR 第 45~50 条。

据本地化的政策形式有多种，包括禁止将信息向境外发送、要求在信息跨境传输之前必须征得数据主体同意、要求在境内存留信息副本、对数据输出进行征税等[①]。

发展中国家偏好出台数据本地化政策。目前并没有关于全球各国数据本地化政策的完整统计，但现有证据足以现实发展中国家对于数据本地化征得的偏好。首先，目前出台数据本地化政策的基本都是发展中国家。仅有极少数发达国家出台数据本地化政策，而且都局限在很小的地域和政策范围内。其次，代表性的发展中国家出台数据本地化政策的比例也很高。在金砖五国中，除南非外的四个国家都出台了数据本地化政策。在二十国集团的 11 个发展中国家中，有 7 个发展中国家都出台了本地化政策（分别是中国、巴西、印度、印度尼西亚、韩国、俄罗斯、土耳其）。[②]

应该来说，数据本地化相比其他两种模式，其弊端更加凸显。首先，数据存储高度几种、位置明确，会使网络攻击或监听更加容易。其次，严格的跨境数据流动规制，会使某一市场被孤立起来，本国相关企业难以参与到国际化的竞争中，消费者也无法享受全球规模带来的好处，为经济发展带来负面影响。最后，当一国实施较为严格的数据跨境流动规制后，其他国家出于对等原则也可能采取相似的跨境流动规制。[③]

尽管数据跨境流动规制的模式存在着较大的差异，但是，其仍然具有一定的共同之处。首先，不同数据跨境流动规制模式尽管倾向不同，但是，其都不是完全地开放数据自由流动或者禁止数据流动；其次，三种模式都对数据的保护进行了规制。

四、我国的因应

大数据加工利用是数字经济时代经济发展的必然趋势。不仅是电信、互联网行业，中国制造业的发展也离不开数据跨境传输，随着业务不断扩大，中国企业产生大量跨境传输数据的需求。欧盟是不容忽视的大市场，要确保企业贸易畅通、避免商业风险就必须在 GDPR 生效前做好合规指南，确保数据从欧盟跨境传输的合法性。[④]

发挥大数据的商业价值是互联网企业的核心竞争力，中国拥有全球最多的网民，互联网经济增长迅猛，因此制定出符合我国人文环境和经济发展的数据流动政策对我国互联网产业乃至整个国民经济的发展有至关重要的意义。我国政府与欧盟、美国同样面临如何平衡促进数据流动、发挥信息优势与个人信息安全保护之间关系的问题。要制定出良法，就必须解决这两方面的问题。纵观我国有关个人信息保护立法规定还存在分散性、规则简单、缺乏系统性的问题，但近两年随着我国互联网产业的迅速发展和数据跨境传输需求的增加，我国做了一系列平衡个人信息保护和数据商业利用的有益尝试。下分分别从法律规则和企业合规两方面阐述我国的因应。

（一）我国数据跨境监管规则因应

1. 我国跨境数据流通的法律现状

（1）缺乏系统的专门立法

我国关于个人信息保护的规定散见于《反恐怖主义法》、《刑法》、《网络安全法》、《信息安全技术　个人信息安全规范》、《电信和互联网用户个人信息保护规定》等。这些规范

---

① See Chander, Anupam and Uyen P. Le, 2015, “Data Nationalism”, Emory Law Journal, v. 64, pp.677-739. P.680. 转引自黄宁：《数据本地化的影响与政策动因研究》，载《中国科技论坛》2017 年 9 月第 9 期。

② 黄宁：《数据本地化的影响与政策动因研究》，载《中国科技论坛》2017 年 9 月第 9 期。

③ 高山行、刘伟奇：《数据跨境流动规制及其应对》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2017 年 3 月第 2 期。

④ 京东法律研究院：《欧盟数据宪章：<一般数据保护条例>GDPR 评述及实务指南》，北京：法律出版社，2018 年 5 月，第 111 页。

适用范围不一，执法主体各异，法律效力不同，缺乏系统性和可执行性。这对数据跨境传输的生效规定更是少之又少。保障我国公共信息安全和个人信息安全是处理好信息保护和数据跨境传输的起点，也是在我国实现数据跨境传输的基础。在这点上，可借鉴欧盟 GDPR 的经验，针对个人数据保护制定包含数据跨境传输内容的个人信息保护单行法，对数据进行界定和分类，设立独立的数据保护机构和问责体系，确保个人数据保护得以实现。

（2）仅规定限制个人数据跨境传输的法律规范

《网络安全法》第 37 条规定，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。国家质量监督检验检疫终局与国家标准化管理委员会共同发布的《信息安全技术　个人信息安全规范》与《网络安全法》的规定基本一致。可见，我国对待数据跨境传输问题的基本态度，原则上限制数据跨境传输，例外情况可在评估后跨境提供给境外的机构、组织及个人。

2. 我国跨境数据流通的立法趋势及建议

以现有科技进步速度，仅仅规定数据跨境信息本地化存储，不足以保证国家信息安全和公民隐私不受侵犯，反而在数据跨境传输作为经济引擎的大数据环境下，这种保护措施会加剧信息不对称现象，从而影响我国的国际竞争力。[①]在数据跨境流动的管控上，必须考虑到数据跨境流动是互联网和大数据发展的必然要求，不能一味地追求数据本地化政策。[②]各种严格的数据本地化政策不利于全球互联网和大数据的发展，而中国在这个方面处于优势地位，中国应该采取更开放的政策，鼓励数据在做出特定保护后的自由流通，这才有助于中国的互联网企业和大数据公司参与全球化的竞争。

在经济一体化和互联网经济迅速发展的今天，数据跨境传输是不可逆的趋势，因此我国应该加强国际合作，积极参与国际层面跨境规则的制定，完善现有法律法规，为跨境数据传输提供法律基础。首先，关于完善跨境数据流动相关规定的趋势。2016 年 11 月 7 日颁布的《网络安全法》第 37 条规定表明了我国对待数据跨境传输问题的基本态度。2017 年 4 月 11 日，互联网信息办公室公布了《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》（以下简称《评估办法》），《评估办法》包括了安全评估的适用范围、评估内容、评估重点、评估机构等基本规则，构建了个人信息和重要数据出境安全评估的基本框架。其次，吸收国际经验。既借鉴美国的自律原则，对非敏感、非大量的数据跨境传输采取自我评估为主的方式；同时吸收欧盟严格防范数据跨境传输风险的精神，对有可能影响国家安全、社会公共利益的数据传输，网络运营者需要报请行业主管部门进行评估，主管部门评估后作出是否准许出境的决定。最后，加强国际合作，助力中国企业扩展海外市场。

（二）我国企业的因应

1. 从中国境内向中国境外传输数据

首先，对信息是否能进行传输进行评估。中国企业在业务往来中有跨境业务需求时首先要对信息进行分类，判断信息是否属于个人信息或者重要数据。属于个人信息或者重要数据的，要对其进一步评估是否属于禁止出境的类型。

其次，取得用户的明示同意。在考虑任何数据出境时，无论出口到哪个国家，都必须征得数据主体的同意。未征得数据主体同意，我国法律明确禁止数据出境。

最后，对个人信息出境作安全评估。在数据出境安全自评估启动后，审查数据出境计划，对个人信息与重要数据依照流程进行评估，并形成评估报告。评估报告至少应保存两年，以供主管部门检查时提供。

[①] 黄道丽、何治乐：《欧美数据跨境流动监管立法的“大数据现象”及中国策略》，载《情报杂志》2017 年第 4 期。

[②] 翟志勇：《数据主权的兴起及其双重属性》，载《中国法律评论》2018 年第 6 期。

2. 从欧盟境内向欧盟境外传输数据规则对我国企业的启示

（1）根据数据传输类型确定应当适用的数据转移方式

不同的公司类型以及不同的跨境数据传输类型适用不同的传输方式。如果公司通过网站收集个人数据，并将这些数据转移到欧盟以外的其他国家，该公司应当通过在线征得个人同意的方式，在采用此种方式时满足 GDPR 对“同意”的标准，由于欧盟“知情同意”的标准较高，这种方式比较适合小规模的跨境数据传输，不适合大规模、长时间的跨境数据传输；如果数据直接从欧洲境内的多个国家传输出境，那么公司就应当考虑在数据出口商和进口商之间签署欧朋批准的标准合同范本；如果只从欧盟一个成员国转移至其他国家和地区，可以考虑使用成员国标准合同文本；如果公司是一家大型跨国公司，经常要从欧盟向许多国家转移个人数据，该公司就应当考虑“具有有约束力的公司规则”。[①]

（2）有约束力的公司规则

通过“有约束力的公司规则”在集团内部进行跨境数据传输，可以节约集团公司合规成本，很多集团公司采用这种方式向欧盟境外的分支机构传输数据。集团公司应当在欧盟成员国中选择一个主要监管机构向其递交“有约束力的规则”，并经其批准。

（3）标准合同文本

有从欧盟内长期、大量跨境传输数据需求的非集团公司，或者不仅仅局限集团内部跨境传输数据需求的其他公司可以根据实际情况选择采纳欧盟提供的标准保护协议或者成员国经欧盟批准的标准保护协议。

（4）“数据港”方案

由于我国个人信息保护水平与欧盟尚有较大差距，不满足欧盟“充分决定”的标准，未被列入欧盟跨境数据传输“白名单”。但对于具有一定实力的中国企业，可以结合业务布局考虑，选择在欧盟成员国或欧盟认可的“充分决定”国家（如加拿大、阿根廷、新西兰等）建立或选择数据中心，作为“数据港”，以尽可能降低数据跨境传输成本和合规风险。此外，在欧盟市场面临的问题，也将在其他效仿欧盟建立跨境传输机制的国家体现，如非洲等新兴市场国家，企业需要提前做好合规路径准备。[②]

3.涉外网络诽谤的法律适用

姜悠悠 *

摘　要：随着科技发展，涉外网络诽谤的冲突规则向国际私法提出了新挑战：面对原被告属人法、行为地法、网络服务器所在地法等众多规则时，如何取舍才能平衡名誉权与言论自由？曾经因地理位置确定性而占据统帅地位的侵权行为地规则，在网络环境下恰好因此丧失了优势。双重可诉规则、谢韦尔（Shevill）规则、被侵权人住所地规则以及最密切联系规则从不同的切入点试图解决网络诽谤的法律适用问题，但各有利弊得失。相对中立的最密切联系原则以其自身的弹性空间容纳了一定限度的政策价值。以此为基础重建中国的涉外网络诽谤冲突规则，弥补现行“被侵权人经常居所地”规则的不足之处，对我国有长远的意义。

关键词：网络诽谤；法律适用；最密切联系原则

[①] [德]Christopher Kuner：《欧洲数据保护法——公司遵守与管制》，旷野、杨会永等译，法律出版社 2008 年版，第 164 页。

[②] 王融：《数据跨境流动政策认知与建议——从美欧政策比较及反思视角》，载《信息安全与通信保密》2018 年 3 月

Abstract: With the development of science and technology, the conflict rules of Internet defamation have presented a new challenge to private international law: face many rules such as lex personalis, lex loci delicti, and the law of the location of the network server, how can we choose to balance the right to reputation and freedom of speech? The rules of infringement that once occupied the position of commander due to geographical certainty just lost the advantage in the network environment. The dual actionable rules, the Shevill rule, the rules of the infringer's domicile, and the most significant connection attempt to solve the problem of the application of the law of the Internet defamation from different points, but each has its advantages and disadvantages. The principle of the most significant connection with neutrality accommodates a certain degree of policy value with its own flexible space. Based on this, it is of long-term significance for China to rebuild China's Internet defamation conflict rules and make up for the inadequacies of the current rule--the habitual residence of the infringed.

Key words: Internet defamation; choice of law; the most significant connection

一、引言

科学技术的进步为全球开启了工业 4.0 时代，这是一个最好的时代，也是一个最坏的时代。网络在社会发展的过程中产生了创造性的破坏。[①]网络技术让人们的交流突破了地理上的国界线，同时，网络诽谤诞生于云端。[②]诽谤的实质是被告的言行攻击了原告的人格、名誉，理性的第三人对原告的社会评价降低，最终原告的社会地位下降。[③]与借助传统媒体（报纸、广播、电视等）传播的诽谤相比，网络诽谤的实质并无改变。但在广度上，传播范围彻底突破了地理界线，诽谤材料存在于网络空间因此持续时间更久、影响范围更广，对原告名誉损害更为严重。在深度上，即使管辖权已经确立，场所化方式也无法精确定位诽谤的行为地点。所以，涉外网络诽谤的难题是：面对适用原告属人法、被告属人法、行为发生地法、结果损害地法、网络服务器所在地法或出版机构主营业地法等众多选择时，究竟该如何取舍。[④]换言之，在冲突规则的层次上，如何平衡名誉权保护与言论自由。

面对网络诽谤的法律适用这个问题，有两种选择：对既有规则做出新的解释，或是另辟蹊径创立新规则。重新解释侵权行为地理论，必须首先界定在网络诽谤的语境下“侵权行为地”的概念。从行为导向的角度，可以将“侵权行为地”解释为：第一次上传诽谤材料的地点，也可以解释为任意一次下载或点击的地点。从结果导向的角度，则需要综合考虑原告在不同地区的名誉受损程度、诽谤材料的传播范围等诸多因素之后，另行解释。

当重新解释既有规则还不能妥善处理问题时，国际社会基于不同的思想基础产生多种新规则。双重可诉规则的适用效果是以本国法的标准评价行为地法的价值，并不是单纯的重叠适用两个连接点，而是筑起高墙保护法院地法。[⑤]欧盟深受“谢韦尔（Shevill）案”和 2000 年《欧盟电子商务指令》的影响，鼓励原告奔赴出版机构或服务提供商总部所在地起诉，

---

*姜悠悠，南京大学法学院博士研究生。本文系国家社科基金项目“我国涉外民商事审判中选法规则的实证研究”（项目编号：18BFX218）阶段性研究成果。

① 参见[美]克劳斯·施瓦布：《第四次工业革命：变革的力量》，李菁、陈彦衡、陈嘉宁译，中信出版社 2016 年版，第 11 页。

② 网络诽谤即以网络为传播媒介的诽谤行为。

③ See G. H. L. Fridman, The Law of Torts in Canada (vol. 2),1990, Toronto: Carswell, p.141.

④ See Craig Martin, Tolofson and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation, 31 U. Brit. Colum. L. Rev. 127 (1997),p.128.

⑤ See Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws (15th ed.),Sweet＆Maxwell,p.2253.

适用法院地法。[①]因为服务提供商不应该受到比自己总部所在地法律更加严格的法律的约束。[②]该规则对被告保护范围有限，非欧盟境内创立的机构不在其管辖范围。美国冲突法革命之后，固定规则几乎被全盘否定，诞生于合同法领域的自体法蓬勃发展。[③]最密切联系规则以弹性灵活的方式分析个案，在美国占据一席之地。或是德国的“学院派观点”：适用原告住所地法。2010 年在德国国会会议上提出，但是遭受到了来自商业巨头的经济压力以及欧盟的政治压力，最终方案未能通过。[④]从实体正义的角度似乎弹性规则最具有适用价值，但是弹性规则如何引入成文法体系则是大陆法系国家共同面临的难题。网络诽谤法律适用的复杂性如同一个没有地标的奥德赛迷宫，各国都试图找到走出迷宫的方法，遗憾的是尚无万全之策。

我国学者对网络诽谤冲突规则的探讨呈现出了百家争鸣的局面。在综合分析了欧盟法院发展出的“谢韦尔（Shevill）规则”之后，有的学者认为网络侵权与传统媒体侵权并没有多少质的差别，至多也仅仅是量的差别。[⑤]有的学者认为适用侵权的一般规则(即行为地规则)可以满足可预见性的要求。众多行为地之中，起源地最具有代表性，适用起源地即服务器所在地法律即可。[⑥] 而且无论损害结果地的数目是否可以确定，起源地是唯一的，可以满足可预见性以及确定性。也有学者认为起源地甚至服务器所在地虽然相对清晰明了，但是如果无法查明，则失去了救济的途径。[⑦]有的学者批评了“谢韦尔（Shevill）规则”对原告的名誉进行分割处理，增加法律适用的难度，甚至与侵权冲突规则的“同一”发展趋势背道而驰。[⑧]有学者提出终结网络诽谤适用法之争的根本办法是各国制定统一的实体法，彻底消灭冲突问题。[⑨]还有学者认为网络空间无权性，足以构成单独的空间，需要各国签订国际条约共同约束侵权损害。[⑩]

我国的法律体系中并没有类似英美法系中的“诽谤侵权”的侵权分类，可以参考适用的是《涉外民事关系法律适用法》（以下简称：《适用法》）的第四十四条和第四十六条。[11]网络诽谤侵权行为发生于云端，超越了一般意义上的时间和空间概念。任何一次诽谤材料与网络的连接或者是传播，都仅仅是侵权的一部分，不足以代表整个侵权行为。即使在现阶段避开对网络侵权行为地的定义，以行为本身作为连接点，也无法满足保护原告名誉以及言论自由的目的。对于冲突规则来说，选取的连接点必须是最能体现出诽谤侵权的本质。

---

① See Proposal for a European Parliament and Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"). Com (2003) 427 final.

② See Csongor Istvan Nagy, The World Is a Dangerous Weapon: Jurisdiction Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities, 8 J. Priv. Int'l L. 251 (2012),p.289.

③ 在美国冲突法革命之后，至今 52 个州中的 42 个都已经逐渐抛弃了侵权纠纷适用“侵权行为地”规则。See Symeon C. Symeonides, Choice of Law in Cross-Border Torts, electronic copy available at http://ssrn.com/abstract=1328191,最后访问时间 2019 年 2 月 13 日。

④ See Gilles Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation,available at http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/ 最后访问时间 2019 年 2 月 13 日。

⑤ 参见黄志慧：《欧盟关于人格权侵权管辖规则的晚近发展——以欧洲法院的司法协调为据》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2015 年第 5 期，第 128 页。

⑥ 参见刘仁山：《欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角》，载《环球法律评论》2014 年第 6 期，第 173 页。

⑦ 参见肖永平：《网络诽谤国际管辖权问题初探》，载《法商研究》2003 年第 3 期，第 82 页。

⑧ 参见黄志慧：《国际人格权侵权法律适用问题之司法协调: 从欧盟到中国》，载《政法论坛》2015 年第 3 期，第 114 页。

⑨ 参见贺旭红：《跨国网络侵权的法律适用》，载《甘肃政法学院学报》2008 年第 5 期，第 140 页。

⑩ 参见何其生：《冲突法的回应与变革》，载《国际私法与比较法年刊》2002 年第 5 卷，第 315 页。

[11]《适用法》第四十四条是作为侵权冲突法的一般规则，规定了侵权责任，适用侵权行为地法律，但当事人有共同经常居所地的，适用共同经常居所地法律。侵权行为发生后，当事人协议选择适用法律的，按照其协议。《适用法》第四十六条规定：通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的，适用被侵权人经常居所地法律。

而相对于适用第四十六条，会带来的问题是：最终的判决可能会涉及惩罚性损害赔偿。[①] 而中国实体法层面尚无明确的关于名誉权惩罚性损害赔偿的规定，在冲突规则层面也没有明确规定。最终结果很可能要么以公共政策作为兜底条款否定，要么只能承认执行。

本文并非试图找到解决网络诽谤的万全之策，因为单一的法律适用规则难以平衡言论自由与名誉权保护。本文试图找到相对有效的冲突规则，引入最密切联系原则，重新评估我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称：《适用法》）的第四十四条和第四十六条，弥补其不足之处。在中国语境下，找到一条走出奥德赛迷宫的路径。

二、网络诽谤适用侵权行为地规则的困境

自普通法系国家废除双重可诉规则之后，侵权行为地规则就成为两大法系共同认可的侵权冲突法的一般规则。[②]网络诽谤隶属于多地侵权，如果适用侵权冲突法的一般规则，则会面对无法解决的困境。

第一个是事实认定的困境：该如何定义网络诽谤语境下“侵权行为地”这个概念。网站的可登录性、信息内容的上传或下载、计算机及网络软硬件技术或程序的使用、当事人所谓的行为的针对性等关联因素的存在，都丰富了侵权行为地的内涵。[③]信息的交流和传播分为两个步骤：第一步是信息的上传发布，第二步是信息的阅读。仅仅发布诽谤信息并不能达到毁损原告名誉的目的，必须要有除了原告之外的第三人下载、点击阅读后降低了对原告的社会评价才能构成诽谤。[④]所以仅仅发布、上传信息并不能直接完成诽谤行为，只有发生了点击、下载行为，才可以推定信息交流行为存在。[⑤]当原告因某地存在该信息交流行为，并声称自己在该地的名誉受损，则该地确实发生了网络诽谤侵权。当原告是国际名人，在全球享有声誉，那么被告将潜在面临多个法律体系冲突的问题。又或者当原告是难民、无国籍人，社会知名度几乎可以忽略不计时，那么损害结果发生地又该认定？是否需要针对这一类特殊人群制定网络诽谤法律适用规则的例外规则？

第二个困境是泛化解释 “行为地”概念。从《欧洲议会和欧盟理事会关于非合同之债准据法的 864 /2007 号(欧共体) 规则》(下文简称《罗马条例 II》) 的第四条第一款规定来解读：“侵权所产生之非合同之债的准据法应当是侵权结果发生地法，而非导致损害发生的事件所在地法，也不是该事件所产生的间接后果地法。”这一规定将“侵权行为地”解释为 “侵权直接损害结果地”。那么侵权直接损害结果地可以在平衡原被告地位的同时还满足可预见性吗？[⑥]遗憾的是，在网络诽谤中，可预见性无法建立于损害结果发生地之上。从原告角度，声称自己名誉在某地受损，按《罗马条例 II》的思路，应当适用该地区法律，满足了可预见性要求。从被告角度而言，被告最多可以预见到该诽谤材料的潜在读者，并无

---

① 美国司法实践中，在非永久性损害的轻微损害案件中，常将精神损害赔偿数限定在特殊赔偿数额的三到四倍（医疗费及损失收入）。原文参见：关今华：《精神损害赔偿数额的确定与评定》，人民法院出版社 2002 年版本，第 161 页。

② 参见宋晓：《中国国际私法的制度生成》，北京大学出版社 2018 年版，第 213 页。

③ See Annette Kur, Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments——The General Structure of the MPI Proposal, in Josef Drexl & Annette Kur(eds.), Intellectual Property and Private International Law, 2005，Hart Publishing, pp.26 -28.

④ 本文对名誉的理解采取了客观评价说，即名誉是指每个人因其自身的品性、德行、名声、信用等，所接受的社会对其人格价值的客观评价。参见[日]五十岚清：《人格权法》，铃木贤、葛敏译，北京大学出版社 2009 年版，第 17 页。

⑤ 即若诽谤材料只有原告本人接触，无其他第三人可见，则不构成诽谤。例如被告在微信朋友圈发布了仅原告一人可见的诽谤材料，则并不构成名誉权侵权行为。王利明教授认为，如果侮辱一个人时，没有第三人在场，难以成立侵害名誉权，只是侵害了原告的名誉感。参见 王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 455 页；杨立新：《人格权法》法律出版社 2011 年版，第 517 页。

⑥ 这里的可预见性特指当事人处于自己的立场，可以预见适用具体的准据法的可能性。

法预测到原告名誉受损发生的具体地理位置。泛化解释最终的法律适用效果是有利于原告而不利于被告。

第三个困境是价值判断的“强行”流动。侵权关系还原成当事人之间债的关系，以既得权的形式存在。[①]例如非常著名的“雅虎公司涉嫌拍卖亲纳粹物品案”（The French case of UEJF et LICRA v. Yahoo! Inc. et Yahoo France）就是典型的例子。被告在法国法语境下不仅有罪，甚至要承担刑事责任，而在美国法下则无罪，反而受美国宪法保护。尽管被告在法国被判有罪，但是美国很快发表声明：“美国不会承认与执行该判决，因为与美国第一修正案相冲突。”[②]美国援引公共政策否定了外国判决的效力。反之，若美国承认或执行了法国的判决，则意味着法国的价值观流传到了美国。那么可能会产生的后果是：在全球化的时代，可能与原告的个人生活、社会关系没有一点联系的行为地之一的国家的价值观会借由诽谤判决在全球传播。

最后一个困境是侵权地点自身具有极强的偶然性，无论是在何种类型的侵权中。例如在航空器坠毁事件中，极具偶然性的坠机地点作为损害行为发生地，以当地的法规来决定所有乘客的损失赔偿以及航空公司需要承担的责任并不恰当。 在网络诽谤纠纷中，适用随意一次点击行为地的法律来规制原告所有的名誉损失，是不合理的。

侵权行为地这个以地理位置为出发点的连接点既没有平衡原告、被告之间的地位，也没有满足可预见性的要求。莫里斯（Morris）教授给出的建议是：在定义不明确的情况下，当侵权事件中过错行为与许多国家有联系时，法院可以避免界定“行为地”的定义，例如在一个人由于广播或电视等新闻媒介受到的诽谤的情况下。[③]在对侵权的一般性规则做出新的解释之后，也无法适用于网络诽谤纠纷之中。因此网络诽谤的法律适用需要新的规则。

三、国际社会关于网络诽谤法律适用的新尝试

侵权行为地规则无法直接在网络诽谤领域适用，越来越多的国家放弃了解释既有规则，转而创立新规则。比较有代表性的新规则有：双重可诉规则、谢韦尔规则、被侵权人住所地规则以及最密切联系规则。众多新规则分别基于不同的立场，试图在保护名誉权与言论自由之间找到平衡点，尤其是以何种方式将言论自由纳入考量范围。

（一）双重可诉规则

英国通过“菲利普斯案”（Philips v. Eyre）确立了双重可诉规则，通过“查普林案”（Chaplin v. Boys）和“红海保险公司案”（Red Sea Insurance Co. Ltd v. Bouygues SA）发展出了双重可诉规则的例外：更密切联系规则。根据该规则，英国与这两起纠纷具有更密切联系，扩大了法院地法的适用范围，同时也增加了双重可诉规则的不确定性。1995 年的《国际私法（杂项条款）》中，除了诽谤领域，英国废除了双重可诉规则。[④]

双重可诉规则指适用英格兰法律规则取决于两个条件：第一，行为必须有这样的性质：这个行为如果在英格兰实施，在英格兰是可以起诉的;第二，依照行为地的法律，它并不是正当行为。[⑤]双重可诉规则可以抽象成行为地法与法院地法重叠适用的方法。[⑥]

---

① 霍姆斯法官认为：“尽管被诉行为不属于任何在本院有效的法律；但他引起了一种义务，是跟随行为人的债，无论在哪里发现行为人都可以执行。由于这一义务的唯一来源是行为地法律，所以该法不仅决定了这一义务的存在，还决定了它的范围。
原文参见 Slater v. Mexican National Railroad Co.194 U.S.120,126(1904).

② See Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l’Antisemitisme, 169 FSupp2d, (N4 Cal 2001),p.1194.

③ See Dicey,Morris and Collins, The Conflict of Laws (15th ed.), 2012, Sweet＆Maxwell, p.1511.

④ Private International Law (Miscellaneous Provision) Act1995, Part III.

⑤ 参见[德]马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社 2009 年版，第 529 页。

⑥ 参见[加]泰特雷：《国际冲突法：普通法、大陆法及海事法》，刘兴莉译、黄进校，法律出版社 2003 年版，第 282 页。

从侵权行为的确立过程来看，适用双重可诉规则需要经历两个步骤。第一步是依据侵权行为地法判断该行为在行为地是否不正当。当满足“不正当”这个条件时，转向第二步，若该行为发生在英国，是否为侵权行为，若是侵权行为，那么适用英国法。

双重可诉规则是避开行为地规则的尝试，避开了是否要分割处理原告的名誉，以及定义行为地的内涵诸多僵化规则带来的困境。但是，双重可诉规则也有其弊端。一是，原被告地位严重失衡。基于原告的立场，双重可诉规则是重叠适用的法律规则。原告若想胜诉，必须同时证明，被告的行为既符合侵权行为地法的民事不法行为的标准，同时又符合法院地法的侵权标准。相比之下，被告若想摆脱原告的侵权之诉，只需要选择证明行为在法院地或是发生地之一的正当性即可。基于被告的立场，双重可诉规则是选择适用的规则。二是，法院地法和行为地法的作用效果比例失衡。在侵权行为是否成立这个问题上，行为地法参与，但在侵权效果层次上，完全倒向了法院地法。最终结果是适用英国国内法（即适用了法院地法），作为侵权行为地的外国法需要接受英国法的评估。有学者指出，因为英国对原告保护程度高，原告往往在英国取得判决后，申请在欧洲大陆承认判决。而英国在诽谤方面，本地法主义严重，最终效果是欧盟法被间接英国化。[①]三是双重可诉规则的实质是法院地法的政策决定了行为地法的效果，这与现代侵权法的发展方向是格格不入的。萨维尼支持适用法院地法理论是有其时代烙印的，侵权法的功能倾向于惩罚。而现代侵权法更加侧重于社会利益分配，最终目的是实现分配正义。[②]四是在红海保险公司案之后，双重可诉规则发展出的以最密切联系原则为例外的情况。理论上无论是行为地法分支还是法院地法分支都有可能适用，但是在实践中，更多的是转向了适用法院地法。在网络诽谤领域，适用双重可诉规则产生的最终效果是被告的言论自由优于原告的名誉权。而且法院地的价值观念会借助判决强加于所有的“行为地”。

（二）谢韦尔规则

虽然《罗马条例 II》涉及到非合同侵权问题，但是未涉及人格权的规则，尤其是没有关于诽谤的规则。究其根本原因，《罗马条例 II》是各方妥协的产物。各国实体法关于诽谤的实体法差异过大，在冲突法层面上，各国对于如何平衡言论自由和私权也有争议，所以不可能以抽象立法的方式统一。

欧洲法院认为，无论是加害行为发生地还是损害结果地，都与案件事实有紧密的联系，因此“侵权行为地”应做扩大解释：侵权行为发生地和损害结果发生地。[③]在谢韦尔案中，欧洲法院遵从了欧洲委员会最初的提案，采取了“分散式”的法律选择方法：如果受害人选择在出版发行地之一的法院提起诉讼（例如受害人住所地），适用法院地法。但是如果受害者选择在出版机构总部所在地提请诉讼，法院则对受害人的名誉受到的所有损害均有管辖权：法院地法可以约束发生于该国境内的所有损害并且可以将法院地法适用于与诽谤有关的所有地区，如果受害人还要求对发生于其他国家境内的损害提出赔偿，也将适用出版机构总部所在地法律。[④]这种分割处理方式被称为谢韦尔规则，也有学者称之为“马赛克规则”。[⑤]

至此，谢韦尔规则标志着欧盟法律选择规则的立场从赋予原告有选择权的行为地规则，转向了平衡原告、被告地位的马赛克规则。在 eDate 案中，欧洲法院对谢韦尔规则的贡献是

---

① See Douglas W. Vick & Linda Macpherson, Anglicizing Defamation Law in the European Union, 36 Va. J. Int’l L. , p.933.1996.

② 参见[德]福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 5 页。

③ See SC-364/9 Antonio Marinari v. Lloyds Bank Plc and Zubidi trading Company (1995)ECR 1-2719, pp.11-12.

④ See ECJ,C-68 /93,Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA[1995]ECR I-415.以及 Initial Proposal,18.

⑤ See Gilles Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation,available at http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/ 最后访问时间 2019 年 2 月 13 日。

将名誉的分割处理运用于网络网络诽谤之中，拓展了谢韦尔规则的适用范围。[①]此时欧洲法院深受《2002 年 6 月 8 日欧洲议会及其欧盟理事会关于共同体内部市场的信息服务社会服务，尤其是电子商务的若干法律方面的第 2000/31/EC 号指令》（以下简称《电子商务指令》）影响。虽然第一条第四款声称：本指令不增添额外的国际私法方面的规定，也不涉及司法管辖问题。但是却在第三条的第二款规定了“成员国不得限制另一成员国向本国提供信息社会服务的自由。”[②]第四条明确要求成员国对建立在自己境内的机构适用法院地法。[③]实际上是创立了以成立地为连接点的国际私法规则。意味着成员国在适用国际私法规则时，不可以限制在其境内建立的服务机构的言论自由。即服务提供者不应该被比其总部所在地更加严格的法律所约束。但是，哪个法律更为严格，肯定是在法律选择完成之后才会得出结论。而且“谢韦尔规则”的约束范围非常有限，只能是创立于该国的出版发行机构。未在该国创立却以该国为主营业地的机构以及自媒体用户均不在谢韦尔规则的约束范围。

由此可以见，谢韦尔规则并没有实际解决网络诽谤的法律适用问题，而是加剧了法律适用的复杂程度。如果同一份诽谤材料，通过网络、卫星电视、国际发行的报纸等多种途径，那么将不得不进行多次分割处理。首先要依据传播的媒介，经行分类。借助报纸等纸媒传播的人格利益侵权将适用各国的国际私法规则。借助电视、广播等试听媒体传播以及网络的人格利益侵权将适用《2015 年欧盟试听服务管理指令》以及 “谢韦尔规则”，鼓励原告奔赴出版发行机构总部所在地提请诉讼，适用法院地法。若原告选择在传播地之一起诉，则将再一次对名誉分割处理：适用行为地法律，既判力范围仅限于当地。那么最复杂的情况将演变成，原告在居住地（非报社总部所在地）起诉一份同时发表于报纸的纸质版和网络版的诽谤材料，法官将第一次分割传播介质的类型，以纸质报纸为媒介的诽谤的法律适用遵从各国具体的国际私法。法官将对以视听及网络为媒介的诽谤的法律适用再次分割，仅仅约束发生于法院地的侵权。原告如果试图对其名誉在多个国家受到的损害追偿，若非前往出版机构总部所在地，将只能去产生损害的各个国家一次一次提起诉讼。

“谢韦尔规则”分割处理原告的名誉，并非是因为名誉具有可分割性，而是为了尊重欧盟成员国的主权。各成员国之间不可干涉彼此境内的言论自由。言论自由与名誉保护两者地位的高低，应该是由实体法决定，国际私法规则应该是寻找两者之间的平衡。在实际情况中，出版发行方甚至可以在诽谤材料发出之间，主动选择其成立地。从国际礼让的角度，适用法院地法会使得欧盟的价值观通过判决流向与欧盟境外的第三国。我认为“谢韦尔规则”侧重于欧盟作为一个共同体，其内部的冲突规则效力分配问题，难以推广到全球范围内。

（三）被侵权人住所地法

与适用“分散式”连接点的“谢韦尔规则”截然相反的趋势是适用“唯一式”连接点的被侵权人住所地法规则。遗憾的是在欧盟，尤其是德国，被侵权人住所地规则最终成为了乌托邦。2002 年 5 月，《罗马条例 II》的商议过程之中，有学者提出过诽谤适用“受害人住所地法”，但惨遭滑铁卢。2010 年德国国会召开了关于国际私法的会议，会上学者们也提出了适用原告被侵权时住所地法的方案。遗憾的是遭受了自于商业巨头们的极力反对，尤其是注册地为免税天堂的大企业们。因为这意味着他们有可能受制于一个不知名的小国家的法律，而不是他们所熟悉的欧盟法律或者是免税天堂的有利于他们的法律。[④]

[①] See eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited, 2011 E.C.R. I-10269.

[②] 2002 年 6 月 8 日欧洲议会及其欧盟理事会关于共同体内部市场的信息服务社会服务，尤其是电子商务的若干法律方面的第 2000/31/EC 号指令

[③] 同上。

[④] http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation/，最后访问时间：2019 年 3 月 22 日。

住所地法有非常强烈的属地痕迹，在同一国土内来自不同国家人适用同一个法律，目的在于在该特定区域内消除民事法律关系适用上的差异，促使他们的地位平等。在客观上促进了同一国家内不同种族的融合。也有学者认为，如今在网络诽谤领域适用被侵权人住所地法也符合《罗马条例 II》的精神。[①]因为《罗马条例 II》提出了提出潜在的受害人有不被打扰的权利。那么从这条规则传递出的最重要的信息其实是指：不法行为的责任就不是过错者的罪过，而是关于受害者的权利。那么无论适用行为地规则还是法院地规则都不能完整地、真实地衡量出原告名誉受损的程度以及原告因此受到的影响。还有一个理由则是来自欧洲法院的判例：法院认为原告的居所地最能体现其的利益重心，如果居住地非利益重心，则考虑职业活动地。[②]笔者认为欧洲法院的判例极有参考价值，因为如前文所述，欧盟作为共同体不可能以高度统一的立法方式推进争议较大的问题的解决进程，却可能以判例的方式推进。

既然适用被侵权人住所地法，则不必基于原告角度探讨是否满足可预见性，而应当转向被告的角度。被告至多可以预见原告的国籍，而不可能以“俯视的姿态”预见原告的住所。首先，因为各国实体法中对住所的定义并不相同。在中国大陆地区，住所通常是户籍所在地。而美国法则鼓励法官根据具体的场合（税收、离婚，无遗嘱继承等）结合社会经济状况来判定自然人住所。[③]在可预见性上，适用原告住所地法并没有超越起源地法。住所地法甚至允许自然人通过改变住所而改变属人法。其次，与前文提到的出版发行机构在诽谤发生前通过选择成立地的方式来选择法律适用相反，原告可以在诽谤发生后，以改变住所的方式完成法律选择。两者的困境在本质上是一样的，只是“重担”从原告转移到了被告。

从民法层面上考虑，名誉权归属于人格权的一种。[④]拉伦茨认为每个人都有权使自己的生命、健康以及活动自由不受侵犯，都有权要求他人尊重自己的尊严和名誉。[⑤] 似乎人格权以绝对权的形式存在，或者是具有准绝对权的性质。以此为出发点，民法已经带有保护原告的倾向。那么在国际私法层次需要再次保护原告吗？从逻辑上看，实体法层次的保护并不一定会影响冲突法的价值取舍。名誉受损的原告并不必然与消费者、个人雇佣劳动者一样处于弱者地位，那么就不必在冲突规则的层面上给予额外的保护。

对于大陆法系国家其可操作性有待商榷。在背景差异较小的欧盟各国住所地法的罅隙不会直接突显。最终，在网络诽谤中适用原告住所地法，只能是乌托邦。

（四）侵权自体法——最密切联系原则

基于自体法在合同领域的不断发展，莫里斯（Morris）教授将自体法中“最密切联系原则”引入侵权领域。[⑥]1951 年莫里斯（Morris）教授在《哈佛法律评论》上，以《侵权自体法》（The Proper Law of a Tort）一文论述了以最密切联系为核心构建的侵权自体法体系。[⑦]莫里斯（Morris）教授认为将英国规则中的灵活性发扬光大，可以实现特定的政治、经济目的。莫里斯（Morris）教授认为在侵权法的冲突规则中，并不需要以自体法全面取代传统的规则，而是填补原有的空间。[⑧]首先，最密切联系原则足以应对各种层出不穷的新情况，而不必针

---

① See Csongor Istvan Nagy, The World Is a Dangerous Weapon: Jurisdiction Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities, 8 J. Priv. Int'l L. 251 (2012),p.294.

② See ECJ, In Joined Cases C 509 /09 and C 161 /10,p49.

③ 参见 焦燕：《变动中的英国住所法》，载《民商法论丛》2004 年第 31 卷，第 416 页。

④ 参见 王泽鉴：《人格权法》三民书局 2012 年版，第 175 页。

⑤ 参见[德]卡尔 拉伦茨《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2004 年版，第 282 页。

⑥ 本文中的“侵权自体法”特指以最密切联系原则为核心的侵权自体法。立法实践主要来自美国第二次侵权法重述，并非是指双重可诉规则的例外：最密切联系规则。因为双重可诉规则的例外还是以扩大法院地法的适用为核心。

⑦ J. H. C. Morris, The Proper Law of a Tort, 64 Harv. L. Rev. 881 (1951),p.882.

⑧ 同上，p.883.

对例外情况设置特殊规则。其次，运用最密切联系原则处理涉及多个法域的纠纷更容易得出合理的结论。最后一个优点是最密切联系原则可以对纠纷进行分割处理，将社会、政策因素纳入考虑范围，从而有更详尽的分析。

在网络诽谤这类名誉侵权中，存在着一盏天平，一端是名誉权，另一端是言论自由。适用双重可诉规则或谢韦尔规则会使得言论自由优于名誉权。反之，适用受害人住所地规则会使得名誉权优于言论自由。换言之，无论以哪方当事人的立场为起点，均无法维系平衡。保护名誉权的同时也需要引入政策因素：保护言论自由。虽然可以借助公共政策保留引入价值判断，最密切联系原则比起公共政策保留，更加灵活。主要表现在两个方面，一是灵活地将诸多连接点纳入考量范围，不必仅仅局限于行为地。二是灵活地将一个纠纷分割为更为细致的部分加以处理。

将侵权自体法移植到网络诽谤纠纷，将会焕发出新的生命力。严格意义上，网络空间不属于任何单一国家，因此，行为地连接点无法适用。完全符合莫里斯(Morris)教授认为的侵权自体法发挥作用的前提条件：以自身的灵活性填补僵化规则留下的空间。无论受害人的身份是国际名人、普通人甚至难民都可以适用侵权自体法，而不必设置特殊规则。最密切联系原则自身的弹性空间给予了法官足够的自由裁量权，将法院地的价值判断也纳入其中。最大程度上可以在保护名誉权的同时，兼顾言论自由。

在诽谤领域对最密切联系原则的运用有两种方式，一是以美国《冲突法重述（第二版）》为代表的例举式方法。例如，第一百四十五条作为侵权法章节的总则，第一款规定了当事人在侵权行为某个问题上的权利义务，依在该特定问题上，按照第六条规定的原则，与该事件及当事人有最重要联系的州的本地法。第二款规定了法院为决定在该特定问题上与该事件及当事人有最重要联系的州，将至少考虑下述可能发生的联系: (1)原告根据被告的陈述而采取行动的地方; (2)原告收到该陈述的地方; (3)被告作出该陈述的地方; (4)当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和营业地; (5)作为当事人间交易标的的有形物当时的所在地; (6)根据受被告引诱而签订的合同，原告将履行合同的地方。[①]第一百五十条规定了跨州诽谤的法律适用：因书籍或报纸的任何一个版本、或电台或电视台的任何一次广播、电影的任何一次放映或类似的一次性传播中的诽谤性内容而引起的权利义务，依在该特定问题上，按照第六条规定的原则，与该事件或当事人有最重要联系的州的本地法。[②]法官在裁决网络诽谤纠纷时，第一百四十五条第二款罗列出的众多连接点均会被纳入法官的考虑范围，但具体比重的分配将由法官自由裁量。《冲突法重述（第二版）》的诞生有其浓厚的时代背景：重点在于“精神”而非“具体操作规则”。罗列式的“最密切联系规则”并不适合大陆法系。一是因为大陆法系依赖于潘德克顿模式的抽象规则，列举方式缺乏抽象的提取，无法直接适用。二是因为英美法系生长于判例之上，于是第一百四十五条的连接点将会随着判例法的前进而不更新其内涵，最终发展方向很有可能是不断泛化。第二种方式是推定。例如加拿大学者卡斯蒂奥（Castel）提出，诽谤的最密切联系地可以推定是受害人名誉受损最严重地。[③]一般情况下，原告名誉受损最严重地为原告社会生活的重心地，即为与原告有最密切联系的地区。例如日本的国际私法第十九条规定，由于损害他人的名誉或是信用的不法行为而产生的债权，其成立与效力，依据被害人的惯常居所地法（明显有更密切联系的例外）。

① Restatement (Second) of Conflict of Laws, Art.145.

② Restatement (Second) of Conflict of Laws, Art.150.

③ J. G. Castel, Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes, 28 Osgoode Hall L. J. 153,(1990),p.177.

[1]推定的方式在一定程度上可以控制最密切联系规则的不确定性，在裁量上有一个统一的方向，使最密切联系规则在大陆法系有生存之地。

四、以最密切联系原则构建中国网络诽谤规则

通过梳理目前国际社会较主流的四种理论的法律功能，最密切联系原则相对而言更加适合作为网络诽谤的冲突规则。最密切原则以自身的弹性空间容纳一定的社会政策，从而维系名誉保护和言论自由的平衡。下文将剖析我国目前的立法、司法实践，引入最密切原则，构建具有中国特色的网络诽谤冲突规则。

（一）中国目前的立法与司法现状——扭曲的《适用法》四十六条

名誉权的保护是复合的价值取向：私权保护与言论自由。由于各国法律文化的差异，对于两个价值取向的侧重有所不同，但有一点毫无疑问：在保护人格权利的同时，必然需要兼顾言论自由。[2]

在我国的立法实践中，《适用法》第四十四条与第四十六条属于“侵权一般性规则”与“侵权特殊性规则”。从适用顺序上而言，若符合人格权侵权范围（例如名誉权）则应当优先适用第四十六条。然而第四六条规则不仅仅针对名誉权侵权，而是涵盖了所有人格权侵权的范围。名誉权与其他不需要顾及言论自由的人格权一律采取了被侵权人经常居所地法规则。从受害人的角度出发保护了名誉权却忽视了言论自由，完全没有给代表着言论自由的法院地法介入的余地。

于是在司法审判过程中，为了适用法院地法，而扭曲了本该适用的被侵权人经常居所地法，大致可以分为“直接规避”和“间接规避”。“直接规避”是指纠纷应当优先适用作为特殊规则的第四十六条，却直接跳过的情况。第一种直接规避方式：直接“内地处理”。即被侵权人虽为香港、台湾地区居民，但忽略《最高人民法院关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》（以下简称：《涉台规则》），从而避开《适用法》。例如周杰伦与北京人和书画院名誉权纠纷一案（以下简称：周杰伦案），被告在其微信公众号上发表侮骂原告的文章，是非常典型的涉外名誉权侵权纠纷。然而判决中适用的法律有：《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）、《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称：《侵权责任法》）以及《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）。[3]周杰伦案首先规避了《涉台规则》，进而规避了《适用法》第四十六条指向的“被侵权人经常居所地法”即可能是台湾地区法，最终适用了中国内地法。[4]

第二种直接规避即处理网络诽谤时选择《适用法》第四十四条之行为地规则，而舍弃第四十六条之被侵权人经常居所地规则。例如在林志玲与上海玛丽医院有限公司肖像权纠纷（以下简称：林志玲案），判决书载明：本院认为，原告系台湾地区居民，故本案系涉台侵权案件。因原、被告未协议选择适用法律，依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十四条的规定，本案处理应适用大陆法律。[5]林志玲案较之周杰伦案的进步之处在于承认了涉外性，向着《适用法》跨出了一步。令人但遗憾的是，判决书一边确认了人格权侵权成立，另一方面却未解释因何理由放弃适用人格权侵权冲突规则，却转而适用侵

---

[1] 参见 法律适用通则法 http://elaws.egov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=418AC0000000078&openerCode=1，后访问时间：2019 年 3 月 22 日。

[2] 侧重言论自由的地区会提高名誉权侵权成立的难度，例如无比珍视新闻自由的英国以“双重可诉规则”加大了侵权成立的难度。

[3] 参见：周杰伦与北京人和书画院名誉权纠纷，（2015）朝民初字第 47613。

[4] 与周杰伦案非常类似的还有向华强与广州网易计算机系统有限公司名誉权纠纷，（2017）粤 01 民终 2166 号，完全回避了涉外性。

[5] 林志玲与上海玛丽医院有限公司肖像权纠纷，（2017）沪 0118 民初 6420 号。

权一般性规则。在法律适用顺序上，林志林案违背了“特殊优先于一般”的原则。其次，若适用第四十六条，连接点仅有一个即被侵权人经常居所地，并无意思自治介入的空间。该案中理论上只会适用林志玲的经常居所地法（即很有可能是台湾地区法律）。然而法官选择适用侵权一般性规则，连接点为侵权行为地，无形中扩大了潜在的准据法范围。[①]类似的涉外名誉权侵权成立，但是选择适用侵权一般性规则的判决还有厦门紫翔电子科技有限公司、王保清与被告陈青青名誉权纠纷（以下简称紫翔案）。[②]判决书载明：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。本案侵权行为地在厦门市，且本案属福建省厦门市中级人民法院指定由本院集中管辖的涉台案件，因此，本院对本案享有管辖权。本案侵权行为发生后，各方对法律适用没有约定，应当适用侵权行为地法律，故本案适用中华人民共和国法律。”“侵权行为地”的内涵在管辖权及法律适用阶段并不完全相同。如果在法律适用阶段不对侵权的一般性规则与特殊性规则有所区分，那么会得出荒谬的结论：从价值目标上看，产权责任侵权与名誉权侵权并无实质区别。换言之，在司法实践中，法官并没有意识到名誉权的复合价值取向：人格权保护与言论自由。最终法律效果是适用法院地法，排除了适用中国台湾地区法律的可能性。

间接规避方案可以称之为：内地住所地直接认定法。即被侵权人虽为香港、台湾居民，但判决书中直接认定原告住所地为中国内地地区。例如在林心如与杭州同欣整形美容医院有限公司肖像权纠纷一案（以下简称：林心如案）判决书载明：“被侵权人的经常居所地位于中国大陆，故本案的处理应适用中华人民共和国法律。”[③]对于如何得出林心如的经常居所地或者住所地为中国大陆地区，并无论证过程。参照《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国涉外民事关系法律适用法＞若干问题的解释(一)》第十五条（以下简称：《司法解释一》）：自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。很明显，我国经常居所地的认定采取的也是主观、客观复合标准。“连续居住一年期限”既然作为客观条件，那么在计算时应当排除林心如在内地从事演艺工作的时间，因为演艺工作属于“公务”。而生活中心这个条件则需要综合考虑生活意愿、社会关系、纳税情况等综合因素。遗憾的是法官直接认定了“居住地”、“惯常居所地”此类连接点，绕开了《司法解释（一）》，虽然最终达到适用法院地法的结果，兼顾了言论自由，但说服力有待商榷。[④]

笔者以《适用法》第四十六条为搜索关键词，通过检索无讼数据库，发现目前在我国司法实践中仅有两起原告均为韩国艺人郑多燕的名誉纠纷适用了外国法。依据《适用法》第四十六条，适用的外国法为：《韩国宪法》第十条、第十七条和《韩国民法》第 750 条、第 751 条。[⑤]尚且不论在名誉权侵权纠纷中适用一国宪法是否得当，仅就判决效果而言，法院地法完全无法控制外国法带来的赔偿效果。

从司法实践最终呈现出的效果来看，名誉权立法上忽视言论自由的后果已经展露无遗。只有出现了诸如郑多燕这样的“完美原告”的情况下，迫不得已才会适用，否则一定会直接或者间接的回避。法官通过避免涉外性、混同“侵权行为地”的概念、扭曲解释“被侵

---

① 而在<最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释>第二十四条中,侵权行为地包括侵权行为发生地以及侵权结果发生地。

② 参见：厦门紫翔电子科技有限公司、王保清与被告陈青青名誉权纠纷，（2013）海民初字第 2507 号。

③ 参见：林心如与杭州同欣整形美容医院有限公司肖像权纠纷，（2012）杭下民初字第 1747 号。

④ 参见：在江门市大自然化工有限公司诉林心如肖像权纠纷，（2014）江中法民一终字第 108 号，中，判决书载明：“林心如的经常居住地在北京，故本案适用中华人民共和国内地法律调整。”同样没有给出被侵权人住所地为内地的推导过程，最终适用法院地法。最后访问时间：2019 年 3 月 22 日。

⑤ 郑多燕与浙江淘宝网络有限公司、徐斌姓名权纠纷，（2016）浙 0110 民初 960 号，以及郑多燕与浙江淘宝网络有限公司、陈尊玉肖像权纠纷、姓名权纠纷，（2016）浙 0110 民初 927 号。

权人住所地”等方式追求特定的结果——适用法院地法。《适用法》第四十六条完全排除法院地法适用空间的做法已经不能满足目前司法实践的需求。需要引入最密切联系原则并以推定的方式来重新构建涉外网络诽谤的法律适用新规则。

（二）基于最密切联系原则重新构建被侵权人经常居所地法

网络诽谤的冲突规则包含两个层次，一个层次是以最密切联系原则为切口，引入法院地法，从而实现法院地的言论自由的价值追求与惩罚性损害赔偿等对我国被告而言不可预见的风险控制。另一个层次是以保护被侵权人的名誉权为最终方向，实现损失填补。侵权冲突法的发展并非完全依赖属人法，但确需要其发挥辅助作用。衡量被侵权人的名誉受损程度，住所比国籍更能反应其生活中心，尤其是住所地与国籍地相分离时。所以，最密切联系原则的推定是以住所地法的方式来进行。那么这就涉及到何为起点的问题？如果以最密切联系原则为起点，住所地法对其做具体推定，来不断纠正最密切联系的不确定性，同时最密切联系原则对住所地法保留了撤销的余地。那么，住所地法就会居于从属于最密切联系原则的地位。对于追求确定性的大陆法系国家而言，过于虚无飘渺。反之，如果起点是被侵权人的住所地法，辅之以最密切联系原则，则可以顾及到极端情况，例如被侵权人有多个住所甚至没有住所，可以适用最密切联系原则辅助确定与被侵权人最有联系的准据法。由此，涉外网络诽谤的二阶式的冲突规则诞生。第一步：适用被侵权人住所地法。第二步：当诽谤的整体情况表明与另一个国家的法律具有更密切联系时，则适用该国家的法律。无论是 “侵权行为地”、“住所”等等连接点的含义，最初也是人们的主观概念，之后赋予其社会或是历史背景下的客观条件，进而转化而来的。如果固守教义学上一个个概念意义，或是追求所谓的确定性、维护“提取公因式”般抽象的体系化，如果再把这种情况推到极致，那就是把整个法律体系关到了似乎永恒的“概念”的笼子里。正因如此，固步自封的教条主义无法满足生生不息的社会进步的需求。[①]

五、结语

网络诽谤纠纷的法律适用既要保护名誉权也要保护言论自由。侵权行为地规则因其自身极强的地理因素，无法概括发生于云端空间的诽谤行为。双重可诉规则以法院地法衡量行为地法的价值取向。谢韦尔规则基于尊重欧盟各成员国的主权为出发点，对被侵权人的名誉进行了分割处理。这两种规则均倾向于保护言论自由。被侵权人住所地法则认为名誉权保护优于言论自由。冲突法层面并不应该决定言论自由与名誉权保护的优先性的问题，而是在两者之间达到平衡。脱离了原被告立场，相对中立的最密切联系原则在网络诽谤的法律适用领域焕发生机。最密切原则在判例法体系中以列举参考因素的方式让法官自由裁量比重分配，在成文法体系中采用推定的方式收紧最密切联系的泛化倾向。

以被侵权人经常居所地法为核心的《适用法》第四十六条引发了两个问题，一是忽略了名誉权并不完全等同于人格权，需要引入政策价值；二是无法回避由适用外国法可能带来的惩罚性赔偿问题。在司法实践中，《适用法》第四十六条的效果并不理想。

以最密切联系原则引入《适用法》第四十六条则既可以在立法上平衡名誉权与言论自由，也可以在司法上容纳一定的政策价值，维护我国司法体系的稳定。以被侵权人住所地为出发点，若纠纷整体表现出与另一个国家有更密切的联系，则适用该国法律。

“山重水复疑无路，柳暗花明又一村”深刻诠释了涉外网络诽谤法律适用问题这个奥德赛迷宫。无论站在哪方当事人的立场，必然无法达到兼顾名誉权与言论自由。而诞生于半个多世纪前的侵权自体法却以中立而且可以容纳价值考量的最密切联系原则为后人指出了方向。

[①] See Benjamin N. Cardozo, The Nature of Judicial Process, Yale University Press ,1946,pp.46-47.

4.论外国法人认许中的属人法问题

朱鹤*

摘　要：进行外国法人认许是外国公司进入内国进行经常性营业活动的前提，而法人属人法在各国的外国法人认许制度中都具有重要意义。本文在梳理外国法人认许的两个层面的问题的基础上，对法人属人法在外国法人认许中的适用方式和范围等问题作一分析。

关键词：外国法人认许；法人属人法；真实本座主义；成立地主义

Abstract：The recognition of foreign legal persons is a prerequisite for foreign companies to enter the home country for regular business activities, and the person law of legal person is of great significance in the foreign legal person recognition system of each country. On the basis of sorting out the problems of the two levels of foreign legal person recognition, this paper analyzes the application methods and scope to the personal law of legal person in the recognition of foreign legal persons.

Key words：foreign legal person recognition; personal law of legal person; theory of seat; theory of incorporation

法人作为民商事交往的重要参与者，不仅在国内民商事交往中扮演着举足轻重的角色，其经营范围的扩大也是推动跨国民商事关系不断发展的重要动力。在国际民商事交往日益深入、外国法人[①]和跨国公司如雨后春笋般纷纷出现的大背景下，一国法人的经营行为跨越国界、参与外国或国际经济活动已成为一种普遍现象，外国法人认许问题也就逐渐成为跨国民商事交往中不可忽视的一个重要问题。

外国法人认许是外国法人进入内国开展经常性经营活动的前提。一般而言，对于一个并非依据本国法律成立的法人到本国进行经营活动时，内国出于保护本国市场秩序的目的，势必要对该法人进行一次“身体检查”[②]，在审查该法人的组织形式等条件后，承认其法律人格并赋予其与本国法人相同或相似的权利能力，允许其在本国境内开展经营活动的过程就是对外国法人进行的“认许”。

一、 外国法人认许概述

通说认为，外国法人认许包括两个具有优先性差别的问题：首先是外国法人依照某一有关国家的法律是否有效成立，亦即是否具有“初始性”法律人格的问题；然后是依有关国家法业已有效成立的外国法人，内国法律是否承认其法人资格并在内国进行经营。前者涉及法人的身份和内部构成的问题，应由其属人法来确定，而法人在内国的经营行为具有属地性，应受到内国法律法律约束。

（一） 外国法人法律人格及内部治理的属人性

法人这一概念自产生时起就伴随着较大的理论分歧，就法人的本质而言，存在着认为

---

*作者简介：朱鹤（1995-），女，河南周口人，中南财经政法大学法学院国际法专业硕士研究生，研究方向为国际私法。

①本文所指的法人主要是指在外国开展经常性经营活动的营利性法人，这是因为非营利性法人（如非政府组织等）在内国受到的规制与以公司为代表的营利性法人在有较大不同，限于篇幅无法尽述。也有学者采用“外国公司”的表述方式。

② 参见 林承铎：《外国公司法人认许与外国公司法人人格的区分理论》，《河北科技大学学报》2007 年，第 9 卷第 3 期，第 47 页。

“法人为人工的单纯拟制之主体，即因法律上之目的而被承认的人格”[①]的法律拟制说；也存在着法人实在说，即认为法人与自然人一样，是一个客观实体，具有独立的意思和活动，因此其自成立时起就具有法律人格。而无论是哪一种学说，都承认法人产生和存在与某一个国家的法律具有密切的、非偶然性的联系，应当依据这个特定国家的法律来确定法人的法律人格，也就是说，法人人格的确定具有属人性，应当由其属人法来确定。

这种属人性在许多国家的立法和实践中都得到了确认，如 1995 年意大利《国际私法制度改革法》第 25 条规定公司的成立、转让、解散、能力、组织的编制、权力与运作方式、取得或丧失组织成员资格的方式及由此产生的权利与义务问题均适用公司属人法。[②]我国 2010 年颁布的《涉外民事关系法律适用法》在第 14 条中也规定了法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力及组织机构、股东权利义务等事项适用法人属人法的规定。由此可见，外国法人在内国进行经营活动时，属于其内部治理的事项并不受内国公司法的规制，而只受其属人法的管辖。[③]

（二） 外国法人在内国经营行为的属地性

虽然各国法律都承认法人人格和内部事务应受其属人法的管辖，但外国法人进入内国经营这一行为则被认为应当由内国法律进行规制。外国法人在内国开展经营活动，是对于内国市场的深度参与，其作出的行为与内国国民和国家利益具有紧密联系，因此，出于保护本国利益的需要，内国法律具有天然的管辖权，从这一角度来说，外国法人在内国的活动具有属地性。

从认许这一制度的根本出发点来看，其真实目的在于承认外国法人根据内国法所具有的“法人资格”，[④]以此来影响外国法人中内国行为的效力。从某种程度上来说，经过认许的外国法人与本国法人在内国法律面前实现了“平等”：一方面，只有经过内国认许的外国法人才能享受内国法律及该国与外国所签订的相关国际条约的保护和优惠待遇，另一方面也可以将外国法人的不法行为纳入本国法规制的范围中，以保护本国国民和国家利益。

二、 属人法连结点的选择：两种理论

在外国法人认许制度中，法人属人法发挥着重要的作用，它不仅是判断该外国法人的法人人格是否有效成立的依据，同时也是规范其内部治理的规则。正因如此，法人属人法的确定是法人认许制度的一个关键的、前提性的问题。传统上，两大法系国家在连接点的选择上存在分歧：英美法系国家倾向于选择注册登记地的成立地主义，大陆法系国家倾向于选择活动中心地的真实本座主义。

（一） 成立地主义

成立地主义又称为设立地主义或内部事务理论，认为法人属人法应依据其成立地而定，注册登记地法律就是其属人法。这一主张的理论根据在于法人拟制说，法人人格本身并不存在，法人是基于法律拟制才享有人格，因此，法人人格实际上是由成立地的法律赋予的，在外国认可其人格之前，法人在成立地国之外并不有效存在，成立地是法人的诞生地，所以成立地的法律对法人具有决定的影响。美国是持有此种观点的国家之一，《第二次冲突法重述》中指出，公司成立州的法律决定公司的设立要件，并且诸如公司的股东、内部管理和分红、表决委托、股份占多数的股东人的义务、普通股东人的义务、董事或高级职员的

---

① 转引自 王利明等主编：《民法新论》，中国政法大学出版社 1988 年版，第 217 页。

② 参见 主力军：《海外上市之德国证券市场股票上市规则研究》，《财贸研究》2006 年第 6 期，第 125 页。

③ 法人属人法的适用范围在各国规定中存在差异，关于法人属人法适用的限制将在后文论述。

④ 参见 曾远：《一般或特殊：跨国资产证券化中的外国法人认许》，《国际商务研究》2015 年，总第 36 卷第 202 期，第 82 页。

义务等问题原则上也同样由公司成立地州（或国家）的法律确定。[①]

成立地主义带有一定程度的意思自治原则的色彩。从某种角度来说，法人可以视为一系列合同的集合体，而意思自治就是这一系列合同的内核。[②]法人的发起人可以选择成立地，同时也就表明法人成立所依据的法律也在发起人选择的范围内。另一方面，法人的成立地非常容易确定，同时也相对固定。在确定法人属人法时既不必花费过多资源寻找连接点指向的具体国家，也不会因为公司经营中心的转移而发生改变，确保了当事人对法律选择的可预测性。

然而，成立地的固定性也是成立地主义的一个明显缺陷。在跨国民商事交往不断复杂深入的现在，法人的成立地并不一定就是其主营业地，甚至可能出现法人的活动与成立地没有任何实质联系的情况。在这种情形下，法律选择的可预测性虽然可以保证，但选择的结果却未必是合适的法律。进一步讲，法人的发起人可以选择在一个对法人成立的条件要求较低的国家设立法人，如没有最低注册资本的要求、董事长对任何交易都不承担责任等[③]，而在另一个对法人有较多规则要求的国家开展经营活动，也就是法律规避问题。

（二）真实本座主义

真实本座主义与成立地主义相对，认为调整法人的内部与外部法律关系的法律，应当能够反映法人与该特定国家的真实联系，这种真实联系就是该特定国家是法人进行其经营或管理活动的中心。采取真实本座主义的国家在立法上也存在着管理中心地和营业中心地的区别。

将法人管理中心地视作其真实本座的理由主要在于，法人的管理中心是法人权力机关的所在地，法人的重要决定均在此地作出，并在此对法人的经营行为进行实际控制，因此应当由管理中心地的法律作为法人的属人法。[④]例如 1966 年波兰《国际私法》中就规定，法人的能力，以法人主要事务所在地标准。[⑤]以管理中心地法作为法人的属人法在一定程度上可以避免成立地主义在法律选择上的弊端，能够体现法人与其所选择的法律之间存在的真实联系，但是并没有能克服法律规避的问题，法人依然可以通过转移管理中心的方式躲避监管。同时，在实践中可能存在一个法人具有多个管理中心的情况，此时确定哪一个管理中心地的法律才是应当作为法人属人法予以适用，仍然存在着困难。

而支持营业中心地作为法人的真实本座的理由则相较而言更为充分，营业中心地是法人开展活动的中心，也是通过活动实现其目的的场所。经营活动是法人的核心活动，营业中心地法与法人所具有的联系在某种程度上比成立地和管理中心地更加密切和客观，并且作为一个客观认定的标准，营业中心地很难随意变动，可以有效抑制法律规避的情况出现。法国是支持这一观点的代表。同样的，营业中心地也面临着难以确定的问题，一个法人的可能同时保有多个营业规模和重要程度相差无几的营业地，也可能随着其经营活动的发展改变其主要营业地，这就为法律选择带来很大的不确定性。

无论是成立地主义还是真实本座主义，两者都存在着明显的缺陷。单一标准势必会造成法律选择的机械化，不利于减少法律规避和法律欺诈的产生。随着跨国民商事交往与实践的不断深入，许多国家开始采取符合主义的做法，不再将法人属人法的连接点的选择限于成立地或真实本座中的某一个，而是将二者结合起来，进行选择性或重叠性适用。如 1951

---

① 参见 李双元、徐国建主编：《国际民商新秩序的理论建构》，武汉大学出版社 1998 年版，第 506 页。

② 参见 邢钢：《公司属人法的确定：内部事务理论的规范路径》，《湖南科技大学学报》2019 年 3 月，总第 22 卷第 3 期，第 114 页。

③ 参见 邢钢：《从国际私法角度论外国公司的法律规制》，中国政法大学博士论文 2006 年，第 29 页

④ 参见 张涵：《外国法人认许问题研究》，外交学院硕士论文 2010 年，第 19 页。

⑤ 转引自 诸远征：《外国法人在内国的主体资格与能力问题探讨》，中国政法大学硕士论文 2002 年，第 10 页。

年海牙《关于外国公司、实体和基金会的法律人格的承认的公约草案》中规定："根据缔约国法律成立的外国公司、实体和基金会，并且它的主事务所也在那里，其他缔约国应当承认其法律人格。"就是一种重叠适用登记地和主要事务所在地来确定属人法的做法。

三、 属人法的适用与内国法的限制

如前所述，法人的法律人格和内部事务问题应当由其属人法进行规范，但外国法人在内国进行营业活动，同样也受到内国法律的管辖。

（一） 法人属人法的适用范围

根据各国实践和立法例观察，较为公认的属人法适用范围包括法人的成立及其法律性质、权利能力与行为能力、法人的内部管理问题、法人代表人的权限以及法人的解散、清算和变更问题（破产问题不在此列）。[①]除此之外，也有立法讲公司的名称和商标问题也归入属人法的调整范围，如 1987 年的《瑞士联邦国际私法》第 155 条规定公司的名称和字号适用调整公司问题的一般法律。[②]

我国 2010 年颁布的《法适法》第 14 条对于法人属人法的适用范围的规定较为模糊，导致了我国私法实践中多有矛盾判决出现。例如针对公司证照返还纠纷，最高人民法院在"何智刚案"中将之认定为公司证照返还纠纷，适用 14 条所选择的法人属人法；而在"菲尔德成衣公司"案中，一审法院则将其认定为侵权纠纷。[③]

（二） 内国法对于法人属人法适用的限制

各国内国法对于本属于属人法适用的领域中存在着不同程度的限制，主要有针对外国法人的权利能力、行为能力对属人法适用范围进行的特别限制，以及基于保护本国利益在某些具体问题上限制属人法适用。

1、 针对法人权利能力和行为能力限制属人法适用

法人的权利能力和行为能力属于属人法的适用范围这一观点虽然被普遍接受，但无论在实践中还是理论上，属人法的适用都受到内国法的影响和制约。在某种程度上，一个外国法人的权利能力和行为能力是受到其属人法和内国法的两重限制的，也就是说，外国法人根据其属人法不能享有的权利能力或行为能力，即使内国法律赋予了其本国法人，经过认许的外国法人仍然不能在内国享有该能力；若外国法人依据其属人法享有的某种能力，如果不被内国法律所承认，该外国法人依旧不能在内国享有这种能力。

而如果一个外国法人根据其属人法可以具有某种能力，内国法也赋予了其本国法人相似的能力，经过认许的外国法人可能仍然不能具有这些能力，这有可能是内国出于维护本国重大利益和公共安全的考虑作出的决定，例如我国法律规定外国法人不能享有土地所有权。[④]

2、 出于保护本国利益限制属人法适用

除了对外国法人的行为能力和权利能力的限制，内国法还可能在某些涉及法人身份和能力问题的具体问题上限制法人属人法的适用。例如外国法人的解散和清算问题，加拿大《清算法》规定，若在加拿大从事营业活动的外国公司处于清算过程中，且根据该公司的

---

① 参见 于喜富:《法人属人法的确定及其适用范围——<涉外民事关系法律适用法>第 14 条的理解与适用》，《山东审判》，第 102-103 页。

② 公司商号同样也可以适用知识产权的有关法律，相关知识产权问题本文暂不涉及。转引自 李晶:《公司法律规则适用初探》，《武大国际法评论》2006 年 4 月第 1 期，第 198 页。

③ 案例转引自 邢钢:《公司准据法适用范围限定的实证考察与改进路径》，《江西社会科学》2019 年第 1 期，第 186 页。

④ 参见 诸远征:《外国法人在内国的主体资格与能力问题探讨》，中国政法大学硕士论文 2002 年，第 32 页。

任何股份持有人或清算人要求适用该法的请求，《清算法》都可以适用。即在此情形下，外国法人清算的程序问题和实质问题均由加拿大法管辖，而不再适用其属人法。[①]内国法规定清算问题由本国法律管辖的根本出发点即在保护本国债权人的利益。

内国出于保护本国国民利益或本国市场秩序等目的对于外国法人属人法适用的限制并不局限在解散和清算问题上，在股东对公司债务、外国公司在本国上市、等可能出现双方利益冲突的问题上都可能加以限制。

四、结语

在外国法人认许制度中，属人法作为确认外国法人的权利能力和行为能力的依据被各国实践和立法所接受，是外国法人认许中前提性的问题。但是在法人经营活动的过程中，属人法的适用则受到内国法律的制约，这是由外国法人在内国经营行为规制的属地性所决定的。内国法对于属人法适用的限制太过，可能会出现歧视外国法人的倾向；而属人法的绝对适用，又有可能出现外国法人伤害内国国民和国家利益的行为无法得到制约的情况。这还需要在实践中不断探索，以求得适当的平衡。

参考文献

[1]邢钢.公司属人法的确定:内部事务理论的规范路径[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2019,22(02):112-124.

[2]邢钢.公司准据法适用范围限定的实证考察与改进路径[J].江西社会科学,2019,39(01):184-192.

[3]诸远征. 外国法人在内国的主体资格与能力问题探讨[D].中国政法大学,2002.

[4]邢钢.公司属人法的确定:真实本座主义的未来[J].法学研究,2018,40(01):188-208.

[5]曾远.一般或特殊:跨国资产证券化中的外国法人认许[J].国际商务研究,2015,36(02):82-88.

[6]于喜富.法人属人法的确定及其适用范围——《涉外民事关系法律适用法》第 14 条的理解与适用[J].山东审判,2011,27(04):99-103.

[7]张涵. 外国法人认许问题研究[D].外交学院,2010.

[8]林承铎.外国公司法人认许与外国公司法人人格的区分理论[J].河北科技大学学报(社会科学版),2007(03):46-49.

[9]主力军.海外上市之德国证券市场股票上市规则研究[J].财贸研究,2006(06):125-129.

[10]李晶.公司法律适用规则初探[J].武大国际法评论,2006,4(01):189-204.

[11]邢钢. 从国际私法角度论外国公司的法律规制[D].中国政法大学,2006.

[12]王利明.民法新论[M].中国政法大学出版社,1988.

[13]李双元,徐国建.国际民商新秩序的理论建构 [M].武汉大学出版社,1998.

[14]刘仁山.加拿大国际私法研究[M].法律出版社,2001.

[①] 参见 刘仁山：《加拿大国际私法研究》，法律出版社 2001 年版，第 324-325 页。

5.论最密切联系原则在涉外婚姻家庭领域的运用

马骁潇*

摘　要：随着我国对外开放程度的日益扩大，国际交往的不断加深，制定符合我国具体国情又顺应当代国际私法发展趋势的涉外婚姻关系法律适用条文，以解决现实中出现的问题具有切实的意义。

本文拟从最密切联系原则在涉外婚姻家庭领域的运用切入，通过对国外既有立法实践的对比研究，探讨最密切联系原则对婚姻家庭领域的意义及在中国的完善。我国传统涉外结婚法律制度主要存在主体不全面、连结点单一、实质要件与形式要件不加区分的问题，引入最密切联系原则可以增加法律适用的灵活性，同时辅以“最有利原则”以避免实体正义的牺牲。

同时，笔者建议明确最密切联系在婚姻家庭领域中例外条款的地位或通过相关司法解释使最密切联系原则在婚姻家庭领域的适用规则得以明晰，并进一步提高法官驾驭最密切联系原则的能力，以使最密切联系原则在我国涉外婚姻家庭领域更好地发挥效用。

关键词：最密切联系原则；涉外婚姻家庭；婚姻家庭法

Abstract：With the increasing degree of China's opening up to the outside world and the deepening of international exchanges, China must formulate applicable law provisions on foreign-related marriage relations that conform to China's specific national conditions and follow the development trend of private international law, in order to resolve real life problems.

This paper starts with analyzing the doctrine of the most significant relationship in the field of foreign-related marriage and family law, through the comparative study of the existing legislative practice, domestic and abroad, to explore the significance of the doctrine of the most significant relationship in the field of marriage and family law and relevant legal improvement in China. China's traditional foreign-related marriage legal system mainly has such defects as that the subject is not comprehensive, that the connection point is single, and that the substantive elements and the formal elements are not differentiated. Introducing the doctrine of the most significant relationship can increase the flexibility of the law. Meanwhile, the doctrine could be supplemented by the "most favorable principle" in order to avoid sacrifice of substantive justice. It is at the same time recommended to clarify that the doctrine of the most significant relationship should be treated as an exception clause in the field of marriage and family law, or the application of the doctrine of the most significant relationship should be made clear through relevant judicial interpretations. Therefore, the judges could have better control of the application of this doctrine and better serve the field of foreign-related marriage and family law in our country.

Key Words: The doctrine of the most significant relationship, Foreign-related marriage relations, Marriage and family law

（二）　最密切联系原则概述及其对婚姻家庭领域的意义

（一）最密切联系原则的涵义及其主要特征

最密切联系原则（The Doctrine of the Most Significant relationship）是指法院在审理涉外民商事案件时，不按原来单一、机械的连结因素来决定适用的法律，而考虑各种与该案

* 马骁潇，北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心仲裁秘书，武汉大学国际私法专业硕士研究生。

当事人具有联系的因素，综合分析与该法律关系有关的各种因素，从质与量两方面对主客观连结因素进行衡量，寻找和确定一个国家或法域与案件的事实和当事人有最直接、最本质、最真实的联系，从而以该国家或法域的法律作为该法律关系的准据法的原则。[①]

最密切联系原则是现代国际私法理论重要的理论成果，是法律选择方法论和司法实践不断发展的成果，其价值和重要作用毋庸置疑。

首先，最密切联系原则的精髓在于软化传统的硬性连结点，增强法律适用的灵活性。原有的冲突法理论，在解决合同领域法律冲突时，都是根据预先设定的连结因素去寻找具体合同关系的准据法，而最密切联系原则则考虑到了与案件有关联的各种因素，改变了传统冲突法中连结因素的单一性，充分考虑到法院地的相关政策、有利益关系的其他州（或国家）的相关政策、当事人的合理期望、有关法律的目的以及判决结果的确定性、可预见性和一致性等方面后，结合每一个具体案件，灵活地选择准据法，[②]加强了案件处理的全面性和科学性。从对连结点的选择上这一原则优于其他法律选择方法。[③]

其次，最密切联系从本质上赋予了法官充分的自由裁量权。在法官不能根据既定的法律寻找到解决法律争议所应适用的法律时，法官可以根据此原则寻求案件可以适用的法律。确立此原则目的在于能够实现该特定民商事关系由该法律调整过程中所追求的合理、公正。所以，这种对法律选择的分析应是一种实质上的分析，即是从实质上解决法律冲突，并表明其是与特定民商事关系最相适应的最恰当的法律。法官自由裁量权的正确行使，一是指法官拥有个人自由裁量权（personal discretion），可凭借个人对案件事实的判断办案；二也是指法官的裁判必须有理由，且受法律原则的指导。法官自由裁量权的正确行使，可以克服法律的局限性，妥善解决纠纷，促进具体正义的实现。

（二）传统涉外婚姻家庭问题中法律适用的缺陷

我国传统的涉外结婚法律制度主要存在以下几个缺陷：

1.主体的不全面性

《民法通则》第 147 条规定："中国公民同外国人结婚适用婚姻缔结地法律。"该条只规定了中国公民与外国人结婚的情况，对涉外婚姻作了过于狭义的解释，而在实际生活中，除该条规定的这种情况外，还可能包括中国人之间在中国境外结婚和外国人与外国人在中国结婚两种情况，根据属人与属地原则，它们同样也可归属于中国有关涉外法律调整。

2.连结点的单一性

《民法通则》第 147 条还规定中国公民同外国人离婚适用受理案件的法院地法律，即涉外离婚以法院地法为准据法，包括离婚的实质要件和形式要件。按照我国最高人民法院的司法解释，我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。此规定可以看出，我国对于结婚问题只规定了适用婚姻缔结地法律、离婚问题适用受理案件的法院所在地法律，且未涉及涉外的诉讼协议离婚的法律适用问题。在这一点上，《民法通则》的规定虽然简单易行,便于操作，但由于涉外婚姻涉及到结婚的实质要件、形式要件、婚姻的效力以及一些特殊婚姻的问题，单单依照婚姻缔结地法来解决所有的问题，可能会造成不公正、不合理的结果，也可能产生"跛脚婚姻"[④]等问题。

---

① 参见赖来焜著：《当代国际和法学之构造论》，台湾神州图书出版有限公司 2001 年版，第 591 页。

② 肖永平：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版，第 46 页。

③ 田慧颖，边锋：《论最密切联系原则对我国国际私法立法的启示》，载《辽宁经济》2002 年第 10 期，第 54 页。

④ "跛脚婚姻"是指在一个国家有效而在另一个国家无效或者解除的婚姻。由于跛脚婚姻的存在，就可能出现一个人可以在不同国家与两个以上的配偶维持着所谓"一夫一妻"制婚姻的奇怪现象。这样势必违背一个国家的公共秩序、风俗、伦理道德，也使涉外婚姻处于一种不稳定的状态。因此，国际社会应尽量避免"跛脚婚姻"的产生。

3.实质要件与形式要件不加区分

结婚的实质要件和结婚的形式要件有着不同的内涵，各国对两者在法律适用方面采取不同的规则。结婚的实质要件关系到本国的人口素质、民族身心健康以及家庭的稳定等，所以各国一般对结婚的法律适用规定较为严格，往往采取重叠冲突规范的做法，不仅要符合本国冲突规范所指引的外国法律，而且也要符合法院地国家的法律规定。而结婚的形式要件主要则是关于结婚的外在形式问题，是为了确保婚姻的有效性而做出的规定，因此应对此进行相对宽松的规定，一般都是采取选择性冲突规范的做法，只要当事人的结婚形式符合其中一个国家的法律，该婚姻就是有效的婚姻。[①]

由此可见，随着我国对外开放程度的日益扩大，国际交往的不断加深，仅凭这些法律已经远远不能满足现实的需要，必须制定符合我国具体国情又顺应当代国际私法发展趋势的涉外婚姻关系法律适用条文，以解决现实中出现的问题。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）的出台在一定程度上对这些问题进行了调整，但关于最密切联系原则方面仍有可待改进之处，在下文中也会有涉及。

（三）最密切联系原则对婚姻家庭领域的意义

对于婚姻家庭领域，最密切联系原则的运用相较之合同侵权领域还是一种较新的适用原则，但其对婚姻家庭领域法律适用的意义却不可小觑。分析其对婚姻家庭领域的意义，可以从涉外婚姻家庭的特殊性、最密切联系原则本身的属性与优势来考虑。

1.有利于最大限度保护当事人的合法利益

婚姻家庭法具有适用范围广、具有强烈的伦理性以及鲜明的强制性的特点。强制性是一切法律部门的共同特点，在婚姻家庭法上表现得尤为明显。为了有效保护公民在婚姻家庭领域的合法权益，婚姻家庭法领域的规定大多也是强制性规范，可以由当事人协议、约定的任意性规范也必须以婚姻家庭法有关原则和规定为依据。[②]而将最密切联系原则上升至法律一般规定的高度，可以用法律的手段给予涉外婚姻家庭关系双方当事人以最有力度的保护。

此外，最密切联系原则的本质即是其法律选择适用的最适当性。婚姻是市民社会的基础，是社会生活的细胞，婚姻问题的合理解决关乎社会的稳定与发展。而找出适用于涉外民商事案件最适当的法律，一直是法律选择的根本任务和最高追求。最密切联系原则正好做到了这一点，只有找出并适用与和当事人的权利义务关系最紧密的法律，这样才能恰如其分地处理争议，从而做出有利于当事人的判决，使婚姻家庭问题得到合理公正的解决。

2.使婚姻家庭领域的纠纷解决更为灵活多样

婚姻家庭是人类最广泛、最普遍的社会关系，从调整对象的范围看，婚姻家庭法要调整既包括婚姻家庭关系发生、变更和终止的动态运行全过程，还包括由该动态运行所形成的主体间的权利义务关系。从婚姻家庭调整的对象看，既包括婚姻家庭方面的人身关系，又包括婚姻家庭方面的财产关系。如此庞大而多元的调整体系如果只靠硬性的连结点来调整，必然无法实现当事人利益最大化的目标，更使纠纷解决机制单一和僵化。任何一个社会，如欲保持政治、经济与文化的长期稳定发展，就必须在婚姻家庭的法律化与制度化方面显示与其经济发展水平相当的成就。最密切联系原则在合同、侵权领域的运用使得许多涉外商事案件得到了合理解决，将其运用到婚姻家庭领域是势在必行的正确选择。

3.有利于促进涉外婚姻家庭领域法律适用机制的完善和发展

将最密切联系原则引入涉外婚姻家庭领域既兼顾了确定性与灵活性，最大限度地维护了当事人的合法权益也改变了人们对国际私法功能的传统认识，且其所具有补漏和纠偏的

[①] 《涉外婚姻法律适用之探讨》，载找法网 http://china.findlaw.cn/ 访问日期：2012 年 4 月 10 日。

[②] 参见杨大文：《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 57 页。

功能为解决涉外婚姻家庭领域问题注入了新鲜的血液，对于促进涉外婚姻家庭领域法律适用机制的完善和发展具有重要的意义。

二、最密切联系原则在有关国家的立法规定

近年来，最密切联系原则逐渐渗透到各国国际私法及其有关婚姻家庭的法律适用领域中。在具有相似规定的同时，各国在规定方式、规定的范围及相关要求限定等方面上又各有不同，有的国家将最密切联系原则写进总则，总则部分的条款可以统摄全法，效力范围最为广泛。有的国家也会在分则篇章中针对某一类法律关系设置，那么根据这些规定，这部分的例外条款也具有一定的适用性。此外，在欧洲，一些国家的冲突法确立了以当事人属人法为主，以与当事人联系最密切的法律为辅确定婚姻家庭关系准据法的原则，如奥地利。[①]还有的国家立法时同时包含总则性例外条款和特定性例外条款，这种立法方式又被称为兼容式立法模式。此外，有的国家将属人性质连结点作为首要的连结因素，而有的国家则将经常居住地作为连结要素的首选，如此的规定背后也有各国国情、立法政策的考虑。

下面，从最密切联系原则在各国国际私法及其婚姻家庭领域的规定方式及规定范围对各国立法进行比较。

（一）规定方式

1.仅在总论中规定的国家

在总论中规定最密切联系原则的国家有：俄罗斯、摩尔多瓦共和国、土耳其共和国、中国等。总论对全法有着统领作用，一般会确立一国国际私法的基本原则及对待基本国际私法问题的态度。仅在总论中确立最密切联系原则，虽未在婚姻家庭领域有明确规定，但却使最密切联系原则在婚姻家庭领域具有了适用的可能性，当依照具体规定无法确定所应适用的法律时，可以援用最密切联系原则寻找与案件有最紧密关系的法律得以适用，通过法官的自由裁量以使案件得到公正合理的判决。比如俄罗斯，在《俄罗斯联邦民法典》总则第 1188 条规定："若要适用一个国家的法律，而该国同时施行多个法律体系，则适用根据该国法律所确定的法律体系。如果不能根据该国法律确定哪一个法律体系应得以适用，则适用与该关系有最密切联系的法律体系。"[②]此外，摩尔多瓦[③]也有类似给定。[④]

2011 年 10 月 28 日，《法律适用法》被表决通过，明确了涉外婚姻的法律适用。在涉外婚姻家庭领域中，《法律适用法》也并未对最密切联系原则在婚姻家庭领域的具体适用做出相关规定，但在第一章一般规定中，最密切联系原则以兜底性条款的身份出现在第二条第二款的位置。最密切联系原则上升为一般领域准据法确定的补充原则写进立法，无疑是一大进步，对我国国际私法有重大意义。

但此种规定方式，给予了法官较大的自由裁量权，对法官灵活运用基本原则的水平要求较高，法官在适用具体法律规则的同时，应不忘原则的统领与兜底作用，尽量避免原则适用上的随意性与抽象性。

---

① 1979 年《奥地利联邦国际私法法规》第 18 条第 2 款规定："如果婚姻依第 1 款所指定的配偶双方共同的属人法未生效，而在奥地利的管辖范围内为有效，其人身法律效力依奥地利法，但如果配偶双方与第三国有较强的联系，并且根据它的法律，该婚姻也产生效力，则以该第三国的法律取代奥地利法。"

② ［中］邹国勇译著：《外国国际私法立法精选》，中国政法大学出版社 2011 年 1 月第一版，第 28 页。

③ 《摩尔多瓦共和国民法典》第一编关于国际私法的一般规定第 1576 条规定："涉外民事法律关系准据法而确定（1）与外国法律有联系的民事法律关系，其准据法依摩尔多瓦共和国签署的国际条约、本法典、摩尔多瓦共和国其他法律以及摩尔多瓦共和国认可的国际习惯确定；（2）依照本条第一款无法确定准据法时，适用与涉外民事法律关系有最密切联系的法律。"

④ 前引［中］邹国勇译著：《外国国际私法立法精选》，中国政法大学出版社 2011 年 1 月第一版，第 58 页。

2.在婚姻家庭领域有具体规定的国家

在婚姻家庭领域有具体规定的国家包括立陶宛共和国、哈萨克斯坦共和国、日本、奥地利共和国、斯洛文尼亚共和国、保加利亚共和国、瑞士、罗马尼亚等。这类国家不仅将最密切联系原则作为国际私法一般规定，而且将其明文规定于婚姻家庭领域的具体法律适用中，在具体婚姻家庭案件的处理过程中，给予了法官良好而明确的提示，比如立陶宛。[①②]

在婚姻关系的准据法中，立陶宛又做了如下规定："（1）婚姻协议的准据法，依合同当事人的固定住所地法确定；（2）协议结婚的双方当事人的固定住所地位于不同国家的，该协议的法律后果，在考虑与争诉有最密切联系的法律的前提下，依协议签订地法、合同当事人一方的固定住所地法或国籍法确定。"

对于夫妻人身关系的准据法，立法中又规定："（1）夫妻之间的人身关系，适用夫妻双方的固定住所地法；（2）若夫妻双方的固定住所地位于不同国家，则夫妻之间的人身关系适用最后的共同固定住所地法。夫妻双方无共同固定住所地的，适用与夫妻之间人身关系有最密切联系的国家的法律。不能确定与夫妻之间人身关系有最密切联系的国家的法律时，使用婚姻缔结地法律。"

再如《哈萨克斯坦共和国民法典》第七编第六十一章总则中也有如下规定："（1）适用于有外国公民或外国法人参加的或含有其他涉外因素的民事法律关系的法律，依照本民法典、其他法律文件、哈萨克斯坦共和国批准的国际条约或认可的其他国际惯例确定；（2）如果依照本条第 1 款规定不能确定准据法，则适用与涉外民事法律关系有最密切联系的法律。"

此外，《哈萨克斯坦共和国家庭法典》第七编中婚姻与家庭规范对外国人和无国籍人的适用第 205 条还规定了婚姻当事人的人身非财产性和财产性权利与义务："婚姻当事人的人身非财产性和财产性权利与义务，依其设立共同固定住所地国法；无共同固定住所时，依其最后的共同固定住所地国法。以前亦无共同固定住所的，婚姻当事人的人身非财产性和财产性权利与义务，在哈萨克斯坦共和国境内，依哈萨克斯坦法律。"[③]这种针对具体领域和具体规则制定的特殊性例外条款，一方面对法官适用法律起到了良好的提示作用，另一方面在其增加规则灵活性的同时又不至于给整部法律带来不确定性。

3.未引入最密切联系的国家

目前世界上仍有些国家未将最密切联系引入国际私法领域的相关立法中，究其原因主要是由于国内立法发展程度的落后、对国际私法观念的陈旧以及对最密切联系原则弊端的放大。此种立法方式固然规避了最密切联系原则的种种弊端，但也将其对案件解决的不可替代的积极意义排除在外，不符合国际私法发展趋势，相信在日后的国际私法立法领域终将被淘汰。

（二）规定范围

各国在引入最密切联系原则时，对其适用范围的规定各有不同。不仅有仅适用于总则

---

① 《立陶宛共和国民法典》总则第 1.11 条对适用外国法的限制中规定："与诉讼案件有最密切联系的立陶宛共和国及其他国家的强制性法律规范，不论合同当事人是否已协议选择另一外国法，必须予以适用。在解决此类问题时，法院需考查法律规范的性质、适用或不予适用的法律后果；依照本民法典本应适用的外国法，在考查诉讼案件的全部事实因素时若发现诉讼案件或诉讼案件的某些部分与该法律无任何联系而与另一国法律有最密切联系，则应予以排除。若应适用的法律系合同当事人协议选择所致，则不适用本款规定。"

② 前引［中］邹国勇译著：《外国国际私法立法精选》，中国政法大学出版社 2011 年 1 月第一版，第 46—50 页。

③ 前引［中］邹国勇译著：《外国国际私法立法精选》，中国政法大学出版社 2011 年 1 月第一版，第 86—95 页。

领域的泛化规定，在婚姻家庭领域的具体适用范围也各有特点。而他们主要体现在以下两个领域：

1.婚姻的一般效力

在一般效力上采用最密切联系原则的国家有：德国、瑞士、日本等。日本在新《法例》第 14 条中规定："婚姻的效力，夫妻的本国法相同时，依该法律；无此法律，而夫妻经常居住地法律相同时，依该法律；前述任何一种法律时，依与夫妻有最密切关系地的法律。"首先，原则上当夫妻的本国法是同一国家的法律时，依照共同本国法；其次，作为补充性规定，如果没有共同本国法，当夫妻的经常居住地法相同时，依照共同经常居住地法；最后，两者均不存在时，《法例》规定适用与夫妻有最密切联系地的法律。可以看出，共同本国法、共同经常居住地法、最密切联系地的法是阶段性适用的关系。关于夫妻财产关系的《法例》第 15 条第 1 款以及关于离婚的《法例》第 16 条也均规定适用该条款。关于《法例》第 14 条，其具有以下的特征：第一，采用了当事人的共同法主义；第二，为了维持共同法主义，通过连结的多样化来达到此目的；第三，作为准据法，采用了本国法主义和经常居住地法主义；第四，本国法的适用优先于经常居住地法的适用；第五，适用最密切联系原则。[①]

此外，瑞士在《关于国际私法的联邦法》第三章婚姻法中关于婚姻的一般效力第 48 条有如下规定：(1)婚姻的效力，适用夫妻双方住所地国法律；(2)夫妻双方的住所不在同一国家的，婚姻的效力适用与案件有更密切联系的住所地国法律；(3)原籍地的瑞士法院或者行政机关依照本法第 47 条规定有管辖权时，则其应适用瑞士法律。"

与日本不同的是，瑞士以夫妻双方住所地国法律来确定婚姻的效力，如双方住所地不同，则直接适用最密切联系原则确定婚姻效力。

2.夫妻的人身关系或财产关系

在夫妻人身关系或财产关系上适用最密切联系原则的国家则有：保加利亚共和国、斯洛文尼亚共和国、奥地利共和国、立陶宛共和国、罗马尼亚共和国等。

斯洛文尼亚《关于国际私法与诉讼的法律》第二章第 38 条规定："（1）配偶双方的人身关系与法定财产关系，依其共同国籍法；（2）若配偶双方为不同国家公民，则依其住所地国法；（3）若配偶双方既无相同国籍住所又不在同一国的，则依其最后共同居住地国法；（4）若依本条第 1 款、第 2 款或第 3 款规定均不能确定准据法，则适用与关系有最密切联系的法律。"

奥地利《关于国际私法的联邦法》在第三章家庭法有关婚姻的人身法律效力的规定有："（1）婚姻的人身法律效力，依照夫妻双方共同的属人法判定，如无共同属人法，依照其最后的共同属人法判定，前提是夫妻一方仍保留该属人法；否则，依照夫妻双方的惯常居所地国法律判定，如无惯常居所，则依照夫妻双方最后的惯常居所地国法律判定，前提是夫妻一方仍保留该居所；（2）如果婚姻依照第 1 款所指的法律不成立，而在奥地利法律管辖范围内为有效，则其人身法律效力依照奥地利法律判定。但是，如果夫妻双方与第三国有更强联系，而依照该第三国法律婚姻同样有效，则以该第三国法律为准并取代奥地利法律。"

此外，《罗马尼亚关于调整国际私法法律关系的第一百零五号法》（简称《罗马III》）第二十条[②]也有相关规定。

---

① ［日］笠原俊宏:《日本国际家族法》，李旺译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 65 页。

② 夫妻之间的人身关系和财产关系适用其共同本国法。如果双方国籍不同则适用其共同居住地法律。如果夫妻一方国籍改变或住所迁移，其婚姻的效力仍由夫妻共同本国法或共同住所地法决定。如果夫妻双方不存在共同本国法或共同住所地法，则适用于夫妻之间人身关系或财产关系的法律应是其现在或以前共同居住地国家法律，或是与其有最密切联系的国家的法律。

而从我国《法律适用法》中[①]关于夫妻人身关系、财产关系的规定可以看出我国有关夫妻人身关系的规定亮点在于，共同经常居住地优于共同国籍法。各国关于夫妻人身关系的法律适用，主要采取以下三种法律适用规则：适用当事人本国法、当事人住所地法和法院地法及行为地法。夫妻人身关系适用当事人的住所地法，英美法系国家、南美洲一些国家均主张这一适用原则。[②]这些国家认为，婚姻关系到住所地公共秩序和住所地的经济负担，与住所地的关系极其密切，故夫妻人身关系应当适用住所地来调整。从现行立法来看，除了法人属人法是指其本国法之外，我国对属人法的理解主要是住所地法；从目前国际社会的发展趋势来看，住所地法代表了属人法的发展方向；从司法实践来看，以当事人的住所地法或经常居住地法为其属人法，更能体现当事人与特定法律关系之间的最密切联系。本国法是以国家为中心的主权原则支配的，而经常居住地法是受侧重当事人的现实生活的亲近原则支配的。[③]所以，采经常居住地主义优于共同国籍主义的选择虽不同于许多国家的现行规定，但却有其独特的优点。确定最密切联系地的法律，是要探求夫妻关系集中地，即是探求婚姻关系的中心地。笔者认为，把共同经常居住地作为首要连结因素是符合国情、顺应法理的正确选择。

我国有关夫妻财产关系相关规定的亮点在于，引入了当事人意思自治原则。与夫妻人身关系的身份性质不同，夫妻财产关系的契约性得到国际社会的广泛认可。将当事人意思自治原则引入涉外夫妻财产制领域尊重了夫妻财产关系的契约性，增强了其在法律适用上的灵活性，更有利于保护当事人的利益。

如前所述，《法律适用法》第三章虽未直接对婚姻家庭法律选择问题规定适用最密切联系原则，但基于总则第二条的规定，最密切联系原则在婚姻家庭法律选择问题上也具有了适用的可能性。根据第 23、24 条规定，实践中如双方当事人既无共同经常居所地法律也无共同国籍国法律时，则需按照最密切联系原则确定应适用的法律。[④]

三、最密切联系原则在我国相关立法的完善

(一)我国涉外婚姻家庭立法的变革及利弊分析

1.我国涉外婚姻家庭立法的变革

于 1987 年 1 月 1 日施行的《民法通则》在第八章涉外民事关系的法律适用关于婚姻家庭领域有如下规定：中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

于 2011 年 4 月 1 日起施行的《法律适用法》不仅在婚姻家庭领域进行了完善，弥补了以往法律适用的空白，如增加了夫妻人身财产关系的规定，将离婚分为协议离婚与诉讼离婚的情况等，也将“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律”进行了补充与修正。[⑤]当然，总则中的最密切联系原则条款也会在一定程度上影响到涉外婚姻家庭领域法律的适用，

---

① 《法律适用法》第 23、24 条规定：夫妻人身关系，适用共同经常居住地法律；没有共同经常居住地的，适用共同国籍国法律。夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居住地法律；没有共同经常居住地法律的，适用共同国籍国法律。

② 参见齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法——婚姻、家庭、继承论》，法律出版社，第 98 页。

③ 参见前引［日］笠原俊宏:《日本国际家族法》， 李旺译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 66 页。

④ 郭玉军：《涉外民事关系法律适用法中的婚姻家庭法律选择规则》，载《政法论坛》2011 年第 3 期，第 27 页。

⑤ 《涉外民事关系法律适用法》规定：“扶养，适用一方当事人经常居住地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。”

其作用亦不容小觑。

将最密切联系原则和意思自治原则上升为法律适用基本原则是涉外民事关系法律适用根本性的变革，是我国法律选择方法的一次革命，实现了法律选择由“规则选择”向“方法选择”的转变。长期以来，涉外民事关系的法律适用一直追求法律适用的确定性、可预见性和统一性，这种追求与法律适用的灵活性、平衡性及具体案件具体对待形成抵触，这种抵触表现为法律选择规则与选择方法之间的对立或并存。《法律适用法》突破了我国以往立法以“规则选择”为主的立法模式，采用“方法选择”为主导，“规则选择”为补充方式确定涉外民事关系应适用的法律，这一转变有重大的方法论意义，代表了法律适用法的发展方向。[①]

2.引入最密切联系原则的利弊分析

（1）优势

最密切联系的引入弥补了传统冲突法立法上的缺陷，发挥了补缺功能。将此重任交由法院，体现了主权者意识到真正准确而有效地反映复杂化了的国际关系中主权者的意志，仅凭传统立法者的局限性日益明显。只有通过直接参与现实案件的法院之自由裁量才能弥补立法机关面对现代国际关系新走向所产生的缺憾。[②]百密必有一疏，再完备精良的立法也无法做到可以解决涵盖现实生活中复杂案件的方方面面，最密切联系原则的补缺与纠偏功能使法官对于任何情况的案件都能做到有法可依，从而增强了国际私法对案情的适应能力。

个案公正是隐藏在法官内心的一架天平。最密切联系原则避免了法律选择的机械性，融入了灵活性，反映了法官的主观倾向，法官可以把对弱方当事人有利的法律作为最密切联系的法律，这样有利于保护特定案件中弱方当事人的利益，在某种程度上也体现了对个案公正的追求。[③]

（2）弊端

最密切联系原则的本质在于软化传统硬性的连接点，增强法律选择的灵活性，但不可避免地，在法官行使自由裁量权的同时，其灵活性有余而确定性不足的弊端也突显出来。在选法的过程中，到底哪一个法律可以被称之为与案件有最密切联系可谓因人而异。同一案件，不同的法官可能会做出完全不同的选择。如这种自由裁量权被滥用或不正当使用，法律选择和案件解决的结果很可能会失控。密切联系原则的灵活性是其优点，而前提是拥有一个超脱的、熟悉世界各国乃至地区的法律的法官；然而再博学的法官也不可能掌握世界各个国家的法律，这就使得最密切联系原则适用的结果难以保证其初衷目的的实现。[④]如果最密切联系原则不能得到合理的运用，则有可能导致其成为披着“合法”外衣滥用权力的代名词。

（二）对我国涉外婚姻家庭领域适用最密切联系原则的立法思考与建议

从最密切联系原则在各国法律适用制度的产生和发展看来，理论及实践界一直在冲突法稳定性和灵活性中寻找最佳结合点。我们并非说外国婚姻领域法律适用问题的解决如何完美，但其在该领域的理论及实践对我国是有启示及借鉴意义的。

1.思考——我国涉外婚姻家庭法律制度的立法取向

（1）法律适用的确定性与灵活性考虑

我国具有成文法的传统，明显不同于判例法的立法模式。在我国法院的任务是适用法

---

① 齐湘泉：《论<涉外民事关系法律适用法>的立法特点》，载《西北大学学报(哲学社会科学版)》，2011 年 3 月第二期，第 143 页。

② 参见李金泽：《最密切联系原则：冲突法在现代社会中的自我超越》，载《甘肃社会科学》1998 年第 1 期，第 22-25 页。

③ 马志强：《国际私法中的最密切联系原则研究》，人民出版社，2010 年 8 月第 1 版，第 198 页。

④ 参见邱新：《最密切联系原则之质疑》，载《中山大学学报论丛》，2003 年第 23 卷第 5 期，第 203 页。

律而不是制定法律，这决定了我国在进行冲突法立法时应更好地把握法律灵活性和确定性的平衡。我们应当意识到要使起源于判例法国家的最密切联系原则能移植于我国的土壤中，它必须与规则紧密地联系在一起。

（2）立法中对实体法政策的考虑

对规则细化的考虑既然我国选择以规则为主、方法为辅的法律选择模式，那么，对婚姻家庭案件的复杂性决定了法律选择规则更应该具有针对性。并且，联结因素的多样性考虑至关重要。立法上首先应该区分不同的婚姻家庭法律关系，分门别类的做出规定，然后还可以将某种法律关系中的各种情形分别做出规定。这种细化的方法可以使规则的针对性和确定性提高。当然，细化的所有方面不能完全涵盖婚姻家庭的所有领域和方面，对此，通过最密切联系原则的补充运用来弥补缺漏，两者便可相互补充、共同利用。[①]

（3）采用“最有利原则”作为扶养法律适用首要原则

《民法通则》148 条的规定，目的是为了更好保护扶养权利人的利益，但采用最密切联系原则来确定扶养的法律适用，对扶养权利人来说不一定最为合适，即“与被扶养人有最密切联系的国家的法律”并不等同于“对被扶养人最有利的法律”。[②]《法律适用法》中对扶养做出的适用一方当事人经常居住地、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。”根据新法优于旧法，此款可以看作是对《民法通则》有关规定的修正。因为扶养关系与夫妻人身和财产关系有别，被扶养人往往处于相对弱势的地位，采用最有利原则作为抚养法律适用的首要原则是符合实体正义的选择。从另一角度讲，它们在立法的出发点上是相通的，也可以理解为最密切联系原则是手段，而最有利于保护弱者原则是目的。

2.完善我国涉外婚姻家庭法律适用制度的建议

（1）明确最密切联系在婚姻家庭领域中例外条款的地位

《瑞士联邦国际私法》是世界上最完备、最具有借鉴意义的国际私法立法，其最大的亮点体现为最密切联系原则的例外条款第 15 条。[③]有学者认为，该条反映了瑞士法规只将最密切联系原则作为补充性原则，而不是作为整个法规制定法律选择规则的基本原则。[④]换言之，该条并没有像奥地利法规第 1 条那样明确指出法规中的具体规则都体现了最密切联系原则。

但由于该条款处于统领整个法典的总则地位，因而适用于所有分则中的具体冲突规则。这一规则为这部以硬性规则为主的法典打开了一个缺口，将法律选择权向司法过程敞开，使其能较为自由地把实质正义纳入冲突法。正如该法立法者认为的：“如欲设计历史不衰的冲突法规则，就必须给法官留下自由发挥的空间。为避免产生不恰当或不公正的结果，必须保证法官能够在例外情况下摆脱僵化法律选择机制的束缚。”[⑤]

《法律适用法》第二条将最密切联系上升为一般领域准据法确定的补充原则，突破传统合同领域，无疑是一大进步。然在我国，最密切联系原则既不是法律适用一般原则，更不具排他效力。我国现行冲突法有关最密切联系原则方面的立法除个别法律法规较完善外，从整体上看立法的系统性不够，现实可操作性弱。采取总则式例外条款立法模式而不对具

---

① 刘仁山、周琳：《美国侵权法律适用制度中的“最密切联系原则”》，载《中国国际私法与比较法年刊》，法律出版社 2005 年卷，第 149-150 页。

② 参见卫荣辉：《论国际扶养制度与我国实践》，载《宁波广播电视大学学报》，2009 年 4 月第 7 卷第 3 期，第 108 页。

③ 该条规定：“根据所有情况，如果案件与本法指定的法律联系并不密切，而与另一法律的联系明显的更为密切，则可以作为例外，不适用本法所指定的法律。在当事人自愿选择法律的情况下，不适用本规定。”

④ 肖永平：《中国冲突法立法问题研究》，武汉大学出版社 1996 年版，第 147 页。

⑤ 转引自（美）弗里德里希·K·荣格：《法律选择与涉外私法》，霍政欣、徐妮娜译，法律出版社 2007 年版，第 87 页。

体法律适用做限制性规定有可能使最密切联系原则的消极影响扩展到整个国际私法领域。从司法实践来看，由于最密切联系原则本身没有提供严密而精确的分析方法，且我国现有立法在接受最密切联系原则时没有对它加以必要的限制，这就使得司法实践的统一性将受到很大影响。目前，我国理论界和实践部门都主张以连结点的质量，而不仅仅以数量来确定最密切联系地。但如何评估不同的连结因素在具体案件中的质量，却还没有明确的回答。[①]综上，我国的现状不符合最密切联系原则的发展趋势，赋予法官更大自由裁量权的总则式例外条款脱离我国司法实际，我国应当在相关立法中明确最密切联系例外条款的地位，避免在增加法律选择灵活性的同时，丧失法律选择的确定性和可操作性，[②]即采取兼容式最密切联系例外条款立法模式。如《法律适用法》中夫妻人身和财产关系没有最后的落脚点，应在法条中予以说明，并做出有关限制性规定，使法律的适用更加明朗。

那么，例外条款的灵活性会不会对传统冲突规则的确定性与可预见性造成冲击呢？导入最密切联系原则将法律选择权定位于对立法者法律选择权的合理补充，只有满足下列条件时法官才能偏离立法者的指定：一，案件与按照法律选择规则指定的法律之间关系的松散性；二，案件与另一法律之间有密切得多的联系存在；三，当事人尚未有效地选择所适用的法律。

（2）提高法官驾驭最密切联系原则的能力

从法律选择的方法看，最密切联系原则是最能体现法官主观能动性的方法。法官在运用最密切联系原则的过程中，必须对案件中法律背后隐藏的相关国家的政策利益、当事人的正当期望以及个案的公正等因素综合衡量。[③]

总则式例外条款具有普遍效力，原则上法官在审理所有案件时均可以联系不够紧密排除一般冲突规则适用。故最密切联系原则是其优点也是缺点，正由于这种灵活性，法官可以针对例外的情况，发挥其补缺功能，使判决得到公正的结果。但由于其本身具有的法律选择的灵活性，使其适用很大程度上依赖法官的判断，而法官能力素质各异，会直接导致判决结果的各异。

正因如此，在法律授予法官更大自由裁量权的同时，就需要有一大批具有很强资质的法官,也需构建一个能够约束和控制法官谨慎公正解释法律的有效机制。鉴于我国成文法体制及法官实际情况,该机制形成尚不成熟，法官在思想道德素质上良莠不齐，导致滥用自由裁量权选择事实上并非最密切联系的法律的现象时有发生。我国涉外审判实践中存在的各种问题，相当程度上客观地表明了我国涉外案件审判人员的水平参差不齐，确实需要进一步学习国际私法知识，树立国际私法理念，澄清模糊认识，统一不同做法。因此，必须提高中国法官的道德修养和专业素质，以展现最密切联系原则光明的前景。最有效的办法或许就是由最高人民法院组织全国性的涉外案件审判人员进行集中培训。[④]

《涉外民事关系法律适用法》的出台使最密切联系原则在涉外婚姻家庭领域的适用成为可能，较之于我国传统规定可谓一大进步；但鉴于我国目前法律发展的水平，建议明确最密切联系在婚姻家庭领域中例外条款的地位或通过相关司法解释使最密切联系原则在婚姻家庭领域的适用规则得以明晰，并进一步提高法官驾驭最密切联系原则的能力，以使最密切联系原则在我国涉外婚姻家庭领域更好地发挥效用。

[①] 参见田慧颖，边锋：《论最密切联系原则对我国国际私法立法的启示》，载《辽宁经济》，2002 年第 10 期，第 54 页。

[②] 郭玉军：《涉外民事关系法律适用法中的婚姻家庭法律选择规则》，载《政法论坛》第 29 卷第 3 期，第 24 页。

[③] 参见李华成：《论冲突法中最密切联系例外条款》，载《大连海事大学学报(社会科学版)》第 10 卷第 2 期，第 56-59 页。

[④] 参见郭玉军、徐锦堂：《从统计分析看我国涉外民商事审判实践的发展》，载《中国国际私法与比较法年刊》（第十一卷），北京大学出版社 2008 年版，第 153 页。

6.我国涉外协议离婚法律适用规则的独立性思考

许凯*

摘　要：我国《涉外民事关系法律适用法》第二十六条关于涉外协议离婚的法律适用规范因其激烈的法律冲突、独创的双轨制模式以及适用场域的有限性，受到学界和实务界的广泛批评，然其是否具有独立适用之价值应从该条冲突规范的范围部分予以解析。“涉外协议离婚”应当定性为以涉外离婚协议的效力或履行为争议的事项，至于登记等要式行为的法律适用应由行为地国家的“公法”予以支配，而我国婚姻登记机关在当事儿合意选法的场合仍有适用第二十六条的余地。正确的做法是在肯定该条具有独立意义的前提下，在未来修法中区分涉外协议离婚的实质要件与形式要件，同时明确将准据法的适用范围扩展至离婚协议所产生的法律效果。

关键词：《法律适用法》第二十六条；涉外协议离婚；涉外离婚协议；适用主体；适用范围

一、问题的提出：对《法律适用法》第二十六条的两种立场

协议离婚，也称为自愿离婚，其主要是指合法婚姻关系的双方对离婚以及离婚后相关问题达成合意，并经有关部门认可而发生婚姻关系解除效果的离婚方式。我国国内法上协议离婚的法律渊源主要是《婚姻法》第三十一条的规定，[①]至于协议离婚时需要完成的程序性规定，则主要见于我国国务院的行政法规和民政部的相关配套性文件。[②]改革开放以后，随着我国与国际社会的不断放开接触，涉外婚姻的类型与数量均呈现上升态势，其中涉外离婚案件在我国法院时有出现，这也促成了 1986 年《民法通则》第一百四十七条规定的出台：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。”然而，当时该条文在涉外离婚的范畴中只包含了涉外诉讼离婚这一内容，而并未涵盖我国法上承认之协议离婚事项。究其原因，主要是因为当时我国涉外婚姻登记的相关规定并不允许中国公民和外国人在中国的婚姻登记部门提出协议离婚的申请，故第一百四十七条关于涉外协议离婚的缺位也看似顺理成章。[③]

时移世易，在《民法通则》实施后，国际私法学界开始逐渐关注、支持涉外协议离婚法律适用规范的制定问题。其原因有二，一是当年立法中禁止中外当事人在我国协议登记离婚的规定逐渐与时代脱节，因而在 2003 年国务院公布的《婚姻登记条例》中出现了有条件允许中外当事人在我国协议登记离婚的转变；[④]二是在《民法通则》实施之后的司法实践

---

* 华东政法大学国际法学院副教授、上海市长宁区法院副院长。

① 《中华人民共和国婚姻法》第三十一条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。”

② 现行有效的、规范协议离婚事项的主要法律或规范性文件为：2003 年国务院发布的《婚姻登记条例》、2015 年民政部公布的《婚姻登记工作规范》。

③ 1983 年民政部发布的《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》第六条规定：“中国公民和外国人在华要求离婚的，应按《中华人民共和国民事诉讼法（试行）有关规定，向该管人民法院提出离婚诉讼，要求复婚的，按结婚办理。”同年，民政部在《关于办理婚姻登记中几个涉外问题处理意见的批复》第四条中作出解释：“《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》中，关于中国公民同外国人在华要求离婚的规定，是根据有的国家规定不经法院判决离婚无效的情况作出的，不论双方自愿离婚还是一方要求离婚的，都由我国人民法院处理。这一规定是经最高人民法院统一的，应按规定执行。”学界普遍性认为，这样规定的主要目的是为了避免在我国获准的涉外离婚，在有关国家得不到承认的情形。参见黄进、姜茹娇主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>释义与分析》，法律出版社 2011 年版，第 136-137 页。

④ 2003 年《婚姻登记条例》对于中国公民同外国人或者内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地自愿离婚的情形，允许双方到共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记，但就涉外离婚登记而言，条例第十二条第（三）项规定了一项特别条件，即申请涉外协议离婚登记的双方其结婚登记必须也在中国内地办理。

中，出现了中外当事人在外国协议离婚的效力需要我国法院予以鉴别的案件。[①]有鉴于此，涉外协议离婚的法律适用应当具有独立的冲突法意义在这一时期被学界所广泛支持，[②]最终该种观点为 2010 年《法律适用法》第二十六条所体现："协议离婚，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍的，适用办理离婚手续机构所在地法律。"

但在《法律适用法》出台之后，第二十六条的实施却并没有像此前学界预想的那样一帆风顺，近年来对该条规定的质疑之声似乎愈演愈烈，不少学者认为第二十六条所规范的涉外协议离婚事项并无独立的规范意义和现实意义。因此，面对《法律适用法》前后两种截然不同的立场，笔者在下文中拟对质疑第二十六条的主要理由进行分类分析，进而从该条冲突规范的适用范围为中心予以剖析，最终目的在于说明《法律适用法》第二十六条适用的边界和价值。

二、《法律适用法》第二十六条独立性质疑的主要理由

《法律适用法》作为新世纪至今我国在涉外法律适用领域最为重要的单行法，其对于涉外离婚法律选择规则进行了重构，这其中最大的特色就在于将此前立法中并无涉及的涉外协议离婚事项进行了专条规定，并在冲突规范连接点的选择和排布方面引入了意思自治以及共同属人法规则，这两大"创新"幅度不可谓不大。然而从《法律适用法》实施至今，国际私法学界与实务界对于上述"创新"均有着不同的反对声音，虽然这些质疑之声来自于不同视角，但其共同的指向则是明确的，那便是以《法律适用法》第二十六条为代表的涉外协议离婚的法律适用规则不应当具有独立的规范意义。

（一）激烈的法律冲突：涉外协议离婚不应承认

在人类婚姻的历史发展中，离婚制度经历了一个长期的发展，时至晚近，离婚自由主义已为世界绝大多数国家所采纳。但离婚终究是一项解除婚姻关系的要式法律行为，亦因其常与各国的公序良俗紧密关切，故经历何种离婚形式方可为一国承认，将直接影响跨国离婚的效力判断。相较于诉讼离婚方式，各国对待协议离婚问题上的法律冲突要激烈得多：第一，并非所有的国家都允许协议离婚这种离婚方式，一些国家仅承认判决离婚的方式，如德国、意大利、瑞典等国家。[③]第二，在允许协议离婚的国家，协议离婚的受理机关和适用程序也有很大差异，主要区分为行政协议离婚和诉讼协议离婚。前者是由行政机关通过行政程序办理的协议离婚，其中行政机关包括户籍机关（如日本、蒙古）、民事机关（如墨西哥）和其他行政机关（如丹麦，协议离婚由州长处理，在挪威，协议离婚由郡都处理）。诉讼协议离婚也可分作两种情况：一是当事人离婚须经法院审批，如法国；二是当事人的协议离婚须经法院裁决，如奥地利。[④]第三，某些允许协议离婚的国家对于协议离婚的实质

[①] 在 1998 年上海法院受理的渡边义睦重婚罪一案中，被告人渡边义睦（日本籍公民）与自诉人宋某（中国籍公民）于 1994 年 4 月在中国登记结婚，当年 6 月被告人向日本有关部门申请协议离婚并获准。1995 年 5 月，被告人又在中国上海与他人登记结婚。1998 年自诉人在上海法院提起刑事自诉，控告被告人犯有重婚罪。本案的焦点问题是被告人与自诉人于 1994 年 6 月在日本进行的协议离婚行为是否有效，但囿于当时《民法通则》第一百四十七条未涉及涉外协议离婚的法律适用规则，因而引起学界热议。参见左冰：《从渡边义睦重婚一案看我国涉外协议离婚的法律适用》，载《法学》1999 年第 8 期，第 57-60 页。

[②] 2000 年由中国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》第一百三十二条第二款规定："当事人协议离婚的，适用其以明示方式选择的当事人任何一方或者共同的本国法、住所地法、惯常居所地法。当事人没有选择法律的，适用离婚登记机关或者其他主管机关所在地法。"对于这一规定，当时学界普遍认为是考虑中国实际情况所致，在涉外离婚案件中允许当事人协议离婚，并可以协商选择所要适用的法律，反映了国际私法发展的最新方向。参见赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 409 页。也有学者认为，《法律适用法》对协议离婚的法律适用问题作了明确的规定，弥补了《民法通则》对涉外离婚法律适用规定不完整的缺陷。乔雄兵：《涉外离婚的法律适用：传统、变革及发展——兼评<涉外民事关系法律适用法>有关规定》，载《江汉学术》2013 年第 6 期，第 46 页。

[③] 齐湘泉著：《<涉外民事关系法律适用法>原理与精要》，法律出版社 2011 年版，第 222 页。

[④] 李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社 2016 年版，第 671 页。需要说明的是，法国于 2016 年 11 月 18 日颁布了《21 世纪的司法现代化法》，该法规定从 2017 年 1 月 1 日起，选择协议离婚的案件不再由法官审理，离婚双方达成的私署协议经各自律师联署签名后，递交公证人审查存档，即可完成离婚手续。参见蔡勇：《法国改革离婚制度，分流法院非诉案件》，载《人民法院报》2017 年 7 月 28 日第 8 版。

性条件存在特别规定，例如俄罗斯、蒙古规定，双方不得有未成年子女，不论是亲生的还是收养的皆在此列。[①]

正是由于协议离婚在各国法制中的差异甚大，因而早在《法律适用法》尚处于草案时期，就有学者指出我国在涉外离婚方式上不宜采用协议离婚的方式，进而认为未来立法应取消协议离婚的法律适用规则，其主要理由在于基于协议离婚方式并未获得国际社会的普遍认可，协议离婚的效力一般不能得到外国的承认。[②]但笔者认为，协议离婚法律冲突的激烈性与《法律适用法》中涉外协议离婚法律适用规则存废之间的关系有待讨论，在当下我国《婚姻登记条例》已经有条件认可涉外协议离婚方式的前提下，即便我国婚姻登记部门作出的离婚登记不被外国所认可，但此困境的产生与《法律适用法》第二十六条似无因果关系。退而言之，即便我国真的摈弃涉外协议离婚这种方式，但假如某一成立于外国的协议离婚效力需要得到我国法院认定时（如前述引注 5 渡边义睦重婚罪案之情形），似乎又存在《法律适用法》第二十六条之适用余地。因此，即便协议离婚之法律冲突甚剧，其也不应成为废弃《法律适用法》第二十六条的理据。

（二）比较法上的孤立：双轨制立法模式的并轨

就国际私法本身而言，面对涉外离婚这一个整体性的概念，在设计、编排法律适用规范时以是否需要区分为涉外诉讼离婚和涉外协议离婚两个部分，形成了单轨制立法与双轨制立法两种模式。在单轨制立法模式中又可分为两种，一种是前述不承认协议离婚国家的国际私法立法，其仅仅就涉外诉讼离婚进行了规范，此非本文所涉；第二种是将协议离婚和诉讼离婚合二为一，用统一的冲突规范予以规制，这是当今世界主要国家和地区的做法。如奥地利共和国《关于国际私法的联邦法》第 20 条规定："1、离婚的要件及效力，依照离婚时支配婚姻的人身法律效力的法律判定。2、如依照该法律，婚姻不能根据所主张的事实而解除，或者第 18 条所规定的连接点均不存在，则离婚依照离婚时提出离婚请求的夫妻一方的属人法判定。"[③]而双规制的立法模式正是以我国《法律适用法》的规定为典型，区分涉外诉讼离婚和协议离婚分而治之。针对这种双轨制的立法模式，有学者指出："'协议离婚'这一规定在当今国际社会尚属首例，从目前我国实践中是否需要运用涉外'协议离婚'之法律适用状况来看，恐怕的确能算得上是超前立法。然而是否需要这样的'独创'，学界也是存在争议的。"[④]反对双轨制立法的学者认为："区分协议离婚与诉讼离婚，分别适用不同的准据法，势必造成涉外离婚准据法的不统一，使我国涉外离婚制度变得复杂。对于涉外离婚的当事人而言，这种区分模式会引导当事人根据法律适用的结果来选择离婚的方式，在客观上容易导致法律规避的发生。"[⑤]

那么，到底要不要顺应世界立法之趋势实现并轨？笔者以为这一问题的回答应集中于《法律适用法》第二十五条"诉讼离婚"的探讨，即我国的涉外诉讼离婚的法律选择规则有无必要与可能引入第二十六条中的意思自治与共同属人法规则。如果答案是肯定的，那么将两条文合二为一便是顺理成章的。但就现有立法以及既有的涉外离婚司法时间而言，诉讼离婚适用单一的法院地还是具有很强的支持度和操作性，因而在第二十五条的连接点无法变动的情况下，双轨制的立法模式恐怕还将在很长一段时间内予以维持。

（三）中国涉外协议离婚的司法实践：适用场域的有限性

除了通过比较方法质疑《法律适用法》第二十六条的独立性以外，还有不少学者通过对该条在实践中适用范围的分析，得出其并未存在适用实意的观点。如有学者将第二十六条的适用区分为"在我国境内的离婚"和"在我国境外的离婚"两种情况分别探讨，一方面认为第二十六条无法适用于我国境内的离婚登记，原因在于在我国境内进行离婚登记要符合我国法律规定的条件；另一方面指出在我国境外的离婚协议如未取得离婚登记或判决，

---

① 万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 192 页。

② 参见汪金兰：《关于涉外婚姻家庭关系的法律适用立法探讨——兼评<涉外民事关系法律适用法>（草案）的相关规定》，载《现代法学》2010 年第 4 期，第 165-166 页。

③ 邹国勇译注：《外国国际私法立法选择》，武汉大学出版社 2017 年版，第 155 页。

④ 彭思彬：《涉外婚姻家庭关系法律适用若干争议评析》，载《成都理工大学学报（社会科学版）》2011 年第 6 期，第 84 页。

⑤ 汪金兰：《中欧涉外离婚法律适用法的新趋势》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》第十五卷，北京大学出版社 2013 年版，第 163 页。

这一协议原则上不会被我国所承认，因此第二十六条的规定与我国现行实践相背离。[①]笔者赞同这种分类探讨的方式，但上述观点似乎对“在我国境内的离婚”并未区分协议离婚的实体问题和程序问题，而对“在我国境外的离婚”仅仅注意了判决承认问题而遗漏了在具体案件中可能以协议离婚作为先决问题的情形，有待于下文详述。

另一种证明《法律适用法》第二十六条适用范围有限的方式来自于对我国涉外审判实践的检索与统计，比如有学者在中国裁判文书网上查询自 2011 年 4 月至 2015 年 10 月适用《法律适用法》第二十六的案例，得出的结果仅有两件。[②]也有专业法官通过中国裁判文书网以及其他渠道对截至 2017 年 9 月适用《法律适用法》第二十六的案例进行检索，得到的结果是五件相关案例，这表明涉外判实践中援引该条的案件非常之少。[③]笔者自己也曾尝试对 2018 年 3 月 8 日之前的相关案例进行检索，得出 8 个相关案例，其中还存在错误援引的情况。[④]但假如仅仅因为案件发生数量和援引第二十六条的数量稀少就否定其存在意义，不免有些本末倒置。事实上，涉外离婚本身的特点必然导致其涉诉性的减弱，而前述适用第二十六条案件的存在正好说明了其在司法实践中具有一定的“用武之地”，因而正确的做法应是在这些案件中通过归类、排除等方法寻找第二十六条的适用范围。

三、《法律适用法》第二十六条的适用范围

回到本文的主题，《法律适用法》第二十六条作为涉外协议离婚的法律适用规则，不能仅仅因为协议离婚法律冲突的激烈、双轨制立法的弊端以及实践中适用数量的稀少就对其独立性进行否定。笔者认为，判断该条存废的路径应当从四个主要问题入手：其一，该条冲突规范的范围“涉外协议离婚”应作出何种理解？哪一些类型的争议应当适用本条冲突规范？其二，第二十六条的适用主体是否仅限于我国法院，我国婚姻登记机关有无适用义务？其三，涉外离婚协议与涉外协议离婚究竟属于何种关系，哪些涉及涉外离婚协议的案件或者争议可以适用《法律适用法》第二十六条？其四，经由第二十六条指引后找到的准据法，其适用范围如何？能否将其适用于协议离婚中有关夫妻财产分割以及子女抚养等事项？

（一）“涉外协议离婚”的定性

从《法律适用法》第二十六的范围来看，何谓“涉外协议离婚”是需要首先予以界定的。依我国国内法的视角而言，带有涉外性质且符合《婚姻法》第三十一条规定的协议离婚的案件，在法律适用的过程中显然属于“涉外协议离婚”的范畴。但超越《婚姻法》第三十一条规定的事项能否被纳入其中存在一定的争议，最为典型的情况是在涉外诉讼离婚的案件里，如当事人双方在诉讼过程中达成调解协议，能否适用第二十六条？对于此问题，最高人民法院的倾向性意见是赞同的，认为：“当事人以诉讼方式离婚，不能协议选择适用的法律。但如果夫妻双方在诉讼过程中达成调解协议，则可以在其中选择协议离婚适用的法律。”[⑤]学界与实务界对于这一问题也大多持支持立场，其理由主要是三点：一是可以充

---

① 参见杜涛著：《<涉外民事关系法律适用法>释评》，中国法制出版社 2011 年版，第 215-216 页。

② 两件案例分别为：松田浩德诉松田江美、黄淑芳确认无效合同纠纷案[（2014）晋民初字第 641 号判决]与原告刘某诉被告韩某离婚案。[（2014）大民一终字第 354 号判决]。参见戴霞：《论涉外协议离婚的法律适用 ——以<法律适用法>第二十六条为中心》，www.sohu.com/a/197319639_725762，访问日期：2018 年 7 月 3 日。

③ 五件案例分别为：（2014）晋民初字第 641 号确认无效合同纠纷案、（2014）大民一终字第 354 号离婚纠纷案、（2016）京 0108 民初 38611 号离婚后财产纠纷案、（2015）穗越法民一初字第 4012 号离婚后财产纠纷案和（2016）粤 06 民终 876 号案外人执行异议之诉案。参见王姝：《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>第 24、26 条》，载《法律适用》2017 年第 23 期，第 113 页。

④ 八件案例分别为：燕某离婚后财产纠纷案[（2017）京 01 民终字 5355 号判决]、刘某与韩某离婚纠纷案[（2014）大民一终字第 354 号判决]、曹诗华与广发银行股份有限公司佛山南海分行案外人执行异议之诉案[（2016）粤 06 民终 876 号特殊程序民事判决]（法条援引错误）、徐某与严某 1 婚姻家庭纠纷案[(2015)佛顺法民一初字第 391 号民事判决书]、徐艺雯与佛山市顺德区民政和人力资源社会保障局民政行政管理（民政）离婚登记案、[（2015）佛顺法行初字第 75 号行政判决]及该案再审审查和审判监督案件[（2016）粤行申 1469 号行政裁定]、张某与马某离婚后财产纠纷案[（2015）穗越法民一初字第 4012 号判决]、松田浩德诉松田江美、黄淑芳确认无效合同纠纷案[（2014）晋民初字第 641 号判决]。

⑤ 万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 196-197 页。

分体现意思自治原则在涉外离婚案件中的贯彻；二是打破“进入诉讼即为诉讼离婚”的固有认识，扩大第二十六条的适用范围；三是从实务上看，避免因婚姻登记机关只适用“公法”而导致的第二十六条的适用落空。[①]

对于上述问题，笔者同意第二十六条中“涉外协议离婚”的范围应大于我国国内《婚姻法》中“协议离婚”范围的基本立场，因为基于各国“协议离婚”要式方式的不同，在识别境外国家协议离婚时，应当在标准上充分考虑协议离婚要式行为完成地的不同要求（有些国家要求协议离婚应经过法院裁决，另有国家行政登记的机关各异），而不应当拘泥于我国法中行政机关登记制这一唯一标准。如此进行识别，既得以尊重行为地法律的公序，也可以消弭各国之间在协议离婚形式要件上的冲突。

但是，就上文提到的我国法院受理涉外离婚案件后当事人调解结案的情形之下是否能够适用第二十六条的问题，笔者持反对的观点：第一，冲突规范的识别问题在我国法律中应当坚持法院地法原则，[②]而在我国《婚姻法》的规定中，协议离婚与诉讼离婚的界限是泾渭分明的，只要通过法院诉讼最终以判决书或者调解书方式达成离婚法律效果的，一律认为属于诉讼离婚范畴。上述最高院及部分学者的观点将调解结案的协议归于协议离婚范畴，显然与我国作为法院地的识别标准不符，同时还会导致内外协议离婚法制不统一的结果，故非有充分之理据实不可采；第二，从学者们支持的观点来看，似乎认为不把诉讼中调解离婚事项纳入第二十六条的范围，该条就有得不到适用之虞。笔者认为，与离婚相关的诉讼案件是否均属“诉讼离婚”案件应当从当事人的请求出发进行判断，比如涉外案件中的当事人签署了离婚协议，但一方因拒绝履行法定登记手续，另一方当事人请求法院判决离婚的案件应当属于涉外诉讼离婚范畴。但假如双方离婚协议已经登记，而一方当事人向法院起诉请求撤销离婚协议[③]或者请求对方当事人履行离婚协议的案件，[④]则属于第二十六条涉外协议离婚的范畴。另依据司法实践，以协议离婚效力作为先决问题而引发的夫妻财产分割、处分类案件也属其中。[⑤]可见，进入诉讼程序并不必然进入“诉讼离婚”的冲突规范范围，故即便不将上述讨论事项纳入“涉外协议离婚”的范畴，第二十六条仍具有独立的适用空间；第三，从操作性的层面来看，一件涉外离婚案件在我国法院被提起，当事人一旦达成调解协议，其后的结果无非两种：第一是调解协议经过《民事诉讼法》中的普通程序或者特别程序，最终由法院出具具有既判力的《民事调解书》，在该种情形下当事人不可能在调解协议中约定法律适用问题，即便能够约定，这种约定面对具有既判力的司法文书又有何意义？第二是当事人达成协议后未经过司法确认而以撤诉方式结案的情形，在此情形下当事人的调解协议尚需得到登记机关的确认方得有效，故其当然属于涉外协议离婚的范围，而此种结果与前次法院的诉讼行为已无任何关系。因此，笔者以为从实践操作的角度而言，讨论上述问题根本不具有现实的可能性，而实践中至今也未出现此类案件。

（二）婚姻登记机关适用《法律适用法》第二十六条的分析

由于涉外协议离婚是一项要式的身份法律行为，因此当我国内地适格的婚姻登记机关受理涉外协议离婚申请时，便会产生该登记机关是否需要适用《法律适用法》第二十六条进行法律选择的问题。在此问题上有三种观点：一是赞同说，该说认为由于《法律适用法》第十条赋予了行政机关查明外国的资格，因而当婚姻登记机关受理涉外协议离婚申请后，便应当按照第二十六条的规定进行法律选择。但由于行政机关工作人员素质不够，行政资源也很有限，因此查找外国法在实践中不可能实现，即便实现也存在行政机关僭越法院司

[①] 参见戴霞：《论涉外协议离婚的法律适用 ——以<法律适用法>第二十六条为中心》，www.sohu.com/a/197319639_725762，访问日期：2018 年 7 月 3 日。王姝：《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>第 24、26 条》，载《法律适用》2017 年第 23 期，第 116 页。

[②] 《法律适用法》第八条：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”

[③] 燕某离婚后财产纠纷案[（2017）京 01 民终字 5355 号判决]、徐某与严某 1 婚姻家庭纠纷案[(2015)佛顺法民一初字第 391 号民事判决书]、徐艺雯与佛山市顺德区民政和人力资源社会保障局民政行政管理（民政）离婚登记案[（2015）佛顺法行初字第 75 号行政判决]及该案再审审查和审判监督案件[（2016）粤行申 1469 号行政裁定]。

[④] 张某与马某离婚后财产纠纷案[（2015）穗越法民一初字第 4012 号判决]。

[⑤] 刘某与韩某离婚纠纷案[（2014）大民一终字第 354 号判决]、松田浩德诉松田江美、黄淑芳确认无效合同纠纷案[（2014）晋民初字第 641 号判决]。

法权的危险；[①]二是反对说，该说认为当事人协议离婚不能选择适用离婚程序的法律，因为婚姻解除的手续时法定机关代表国家依法行使职权，法定机关审查和认可协议离婚的程序和条件只能是本国的法律，此乃公法属地性的体现；[②]三是折衷说，这种观点一方面承认行政部门协议离婚因其公法性质只能适用中国法，另一方面却也认为实践中民政部门无能力依据第二十六条审查协议离婚的法律适用情况。[③]

针对上述婚姻登记机关在离婚登记时的法律适用问题，笔者提出以下意见：第一，支持反对说的观点，因为一国如何办理协议离婚的手续属于一国公法之范畴，就我国而言，无论当事人在涉外离婚协议中作出何种选法安排，其均应当按照我国《婚姻登记条例》的规定提出离婚申请，而适格的登记机关也只能按照《婚姻登记条例》的规定进行审查；第二，应当区分涉外协议离婚的形式要件和实质要件，限缩第二十六条的适用范围。具体而言，根据程序问题适用法院地法的国际私法原则，第二十六条规定的协议离婚的法律适用，应仅是指协议离婚实质要件的准据法的确定规则。[④]而就协议离婚的形式要件而言，未来修法时应当明确为仅适用“办理离婚手续机构所在地法”，以照顾到境外离婚形式要件的周延性。

第三，折衷说与赞成说的担忧是否有理？假如一项符合我国《婚姻登记条例》涉外协议离婚申请条件的申请向我国适格的婚姻登记机关申请，而依据当事人的选择或者共同属人法规则的指引实质问题应当适用外国法，此时婚姻登记机关是否要适用第二十六条？如果该外国法对协议离婚的实质要件规定与我国法不符（如要求协议离婚必须经历一定时期的分居期或“冷静期”），而申请人的申请不符合外国法的实质性要求时，婚姻登记机关应当如何处理？笔者以为，从理论上看，依照前文区分协议离婚形式要件和实质要件的逻辑，我国婚姻登记机关的登记行为显然属于形式要件的范畴，但又因为婚姻登记机关在受理审查时需要对双方是否符合协议离婚条件进行审查，故此时的确会涉及实质要件的法律选择问题。虽然实践中登记机关可能拒绝受理选择外国法的申请，但如此种情形下当事人提出行政诉讼，登记机关恐怕会面临败诉的风险。假如登记机关受理了申请却仅仅适用我国法律作出离婚登记的，后续当事人又向人民法院提出的民事诉讼或行政诉讼中涉及协议离婚效力问题，而人民法院依据《法律适用法》第二十六条适用外国法导致协议离婚效力被否定时，便可能形成行政机关与人民法院因适法不一而相互矛盾的尴尬境地。

当然，在肯定婚姻登记机关需要适用第二十六条判断协议离婚实质要件的前提下，如何破解登记机关外国法查明无力的困境，笔者以为需要回到第二十六条的连接点中进行分类探讨。第一种情况是当事人协议选择外国法的情形，这种情况下依据《法律适用法》第十条的规定，查明责任的负担在当事人而非行政机关。⑤如当事人确能提供合适的外国法，则登记机关审查难度不大，如无法查明外国法，登记机关应适用中国法。第二种情况是当事人未选法，但在境外具有“共同经常居所地”的情况，⑥在徐艺雯离婚登记系列案中，原告与第三人 2007 年登记结婚时均为中国内地居民，自 2008 年起直至协议离婚时均居住于澳门地区并领取澳门地区非永久居民身份证，但在中国内地仍保留内地户籍，2014 年双方回到户籍登记地以内地居民身份向当地婚姻登记机关申请并办理了协议离婚登记。其后，原告向人民法院提出行政诉讼并请求撤销离婚登记，理由是原告与第三人之间在澳门地区

[①] 参见钱澄：《我国涉外离婚冲突规范的合理性分析》，载《淮海工学院学报（人文社会科学版）》2013 年第 22 期，第 43 页。

[②] 参见万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 194-195 页。

[③] 参见戴霞：《论涉外协议离婚的法律适用 ——以<法律适用法>第二十六条为中心》，www.sohu.com/a/197319639_725762，访问日期：2018 年 7 月 3 日。

[④] 参见黄进、姜茹娇主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>释义与分析》，法律出版社 2011 年版，第 135 页。

[⑤] 《法律适用法》第十条：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”

[⑥] 如在徐艺雯与佛山市顺德区民政和人力资源社会保障局民政行政管理（民政）离婚登记案中，原告与第三人 2007 年登记结婚时均为中国内地居民，自 2008 年起直至协议离婚时均居住于澳门地区并领取澳门地区非永久居民身份证，但在中国内地仍保留内地户籍。

存在共同经常居所地，而澳门地区《民法典》对于协议离婚设置了实质条件（有关子女抚养的协议内容必须经过澳门地区法院确认），但内地登记机关在离婚登记时未依据《法律适用法》第二十六条适用澳门地区法律。对于该案折射出的“共同经常居住地”问题，笔者认为需要结合《婚姻登记条例》中涉外离婚登记的管辖权来分析。《婚姻登记条例》第十条第二款规定：“中国公民同外国人在中国内地自愿离婚的，内地居民同香港居民、澳门居民、台湾居民、华侨在中国内地自愿离婚的，男女双方应当共同到内地居民常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记。”可见，我国婚姻登记机关受理的条件之一是协议离婚的一方存在“内地居民常住户口”，这一条件导致了涉外协议离婚双方共同经常居住地均在境外的情况几无可能。之所以发生前述徐艺雯离婚登记系列案的特殊纠纷，原因在于双方在递交离婚申请时隐瞒了共同经常居住地均在境外的事实（否则无法满足登记管辖条件），而婚姻登记机关对于当事人合意提交文件的审查标准应为形式审查而非实质审查，故此种情形下行政机关不存在登记违法之情形，也就没有适用第二十六条的余地。至于第三种情况，即当事人未选法也没有在境外的共同经常居住地，但其存在共同外国国籍的情况有无可能发生？根据上开《婚姻登记条例》第十条第二款的规定可以明显看出，我国内地婚姻登记机关不受理双方均为外国人或港澳台居民的协议离婚登记申请，故第三种情况实践中也不会发生。综上，我国婚姻登记机关适用《法律适用法》第二十六条仅在双方合意选法的情形下方有可能，而此种情况下登记机关并不负担查明责任，因此折衷说与赞成说的担忧是多虑的。

（三）离婚协议与涉外协议离婚的关系

在我国的婚姻法学界，与本文有关的离婚协议效力问题主要来自于两个方面：一是离婚协议的性质问题，其究竟属于单一的涉及身份关系的协议、混合型的民事合同还是以离婚作为条件的民事合同？二是未经登记的离婚协议的效力，即未经登记的离婚协议可否在其后的诉讼离婚中作为法院考虑夫妻财产分割和子女抚养问题的依据？[①]针对以上两个问题，笔者赞同华东政法大学许莉教授的观点：离婚协议是数个身份性质法律行为的混合，其中解除夫妻关系的法律行为是形成行为，而有关夫妻财产分割、子女抚养等内容的法律行为是附随行为，其以形成行为的成立为前提。离婚协议中形成行为与附随行为的生效要件并不一致，在未完成登记要件之前，形成行为因欠缺特别成立要件而未成立，而附随行为虽具备了一般的生效要件，但其因形成行为的不成立而未生效。[②]

根据以上对离婚协议效力的学理判断，在涉及涉外离婚协议的案件中，哪些事项属于《法律适用法》第二十六条的涵盖范围，笔者以下基于涉外协议离婚采取的“离婚协议+要式方式”的成立要件，认为实践中可分为三种类型进行探讨：第一种类型是既有完整的离婚协议也完成了要式方式的案件，其典型为在我国内地办理离婚登记后请求法院撤销离婚登记的案件、[③]请求实际履行生效离婚协议的案件、[④]夫妻财产权利处分为主要问题而以境外离婚协议的效力确认为先决问题的案件，这些案件当属“涉外协议离婚”无疑；[⑤]第二种类型是只有离婚协议而未完成要式行为的案件，此时离婚协议这一混合型的法律行为的定性应当发挥其功能。一方面，如果在案件中涉及离婚其议的效力问题，那么其准据法的选择应适用协议离婚的规定，而不适用涉外民商事合同的法律选择规则。[⑥]另一方面，根据前

---

① 参见李洪祥：《离婚财产分割协议的类型、性质和效力》，载《当代法学》2010 年第 4 期，第 72-77 页。

② 参见许莉：《离婚协议效力探析》，载《华东政法大学学报》2011 年第 1 期，第 37-38 页。

③ 此类案件具有两种诉讼路径，其一是以《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第九条为依据，向人民法院提起民事诉讼，请求变更或者撤销财产分割协议，参见燕某离婚后财产纠纷案[（2017）京 01 民终字 5355 号判决]、徐某与严某 1 婚姻家庭纠纷案[(2015)佛顺法民一初字第 391 号民事判决书]；其二为以《婚姻登记条例》等行政法规为依据，向人民法院提起行政诉讼，请求判令撤销婚姻登记机关作出的违法登记行为。参见徐艺雯与佛山市顺德区民政和人力资源社会保障局民政行政管理（民政）离婚登记案、[（2015）佛顺法行初字第 75 号行政判决]及该案再审审查和审判监督案件[（2016）粤行申 1469 号行政裁定]。

④ 参见张某与马某离婚后财产纠纷案[（2015）穗越法民一初字第 4012 号判决]。

⑤ 参见刘某与韩某离婚纠纷案[（2014）大民一终字第 354 号判决]、松田浩德诉松田江美、黄淑芳确认无效合同纠纷案[（2014）晋民初字第 641 号判决]。

⑥ 万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 195 页。

述混合型法律行为的效力分析，此时离婚协议中解除夫妻关系的形成行为具有决定性意义，而这一行为因未完成特别成立要件而未成立，因此财产分割和子女抚养等附随行为也未生效。在这一实体法判断下，法院如需继续审理该件离婚案件，则后续的争议事项应属于“诉讼离婚”的范畴。

第三种类型的案件比较特殊，即协议离婚的要式方式已经完成，但离婚协议的内容或效力存在争议的案件。此类案件在我国国内法背景下几无可能，因为我国《婚姻登记条例》明确将离婚协议书作为婚姻登记机关受理离婚申请的条件，且“离婚协议书应当载明双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的意见”。[①]但在涉外协议离婚领域，由于某些国家离婚登记制度不要求全面的处置意愿，因而会产生在协议离婚时未作出约定的夫妻财产分割、子女抚养等问题的法律适用疑义。在松田浩德诉松田江美、黄淑芳确认无效合同纠纷案中即发生此种情况，该案原告与被告一均为日本籍公民，2012 年在日本登记离婚，但《日本民法》规定协议离婚无需对夫妻共同财产作出处理即可办理离婚手续。其后，双方对夫妻财产分割问题产生争议，被告一出示一份没有落款时间的《离婚协议书》以证明双方已完成财产分割之事实，但原告对该份《离婚协议书》的真实性予以否定。就本案中双方签订的《离婚协议书》的效力而言，受理案件的法院援引了《法律适用法》第二十六的规定并依据当事人的合意选法最终适用《日本民法》作为准据法。这一案件的法律适用情况表明，当境外协议离婚的要式行为已经完成时，《法律适用法》第二十六条的适用范围是可以被扩展至离婚协议的效力审查以及实际履行等争议事项的。

（四）涉外协议离婚准据法的适用范围

在界定了涉外协议离婚法律适用规范的适用案件类型后，假如我国法院在这些案件类型中依据《法律适用法》第二十六条的指引而找到应当适用的准据法，那么这一准据法的适用范围究竟是仅仅限于协议离婚的效力问题，还是可以在因协议离婚而导致的夫妻财产分割、子女抚养等方面也发挥同样的作用？对于《法律适用法》第二十六条准据法的适用范围问题，我国国际私法学界和实务界存在以下三种看法：一是狭义说，即认为既然《法律适用法》已经就夫妻人身关系（第二十三条）、夫妻财产关系（第二十四条）、父母子女关系（第二十五条）、涉外抚养关系（第二十九条）分别作出规定，那么从逻辑上推断，关于离婚的法律适用针对的仅仅是婚姻关系的解除，即离婚的理由；[②]二是中义说，认为离婚的效力应包含离婚以及因离婚而引起的财产分割，其理据为 1988 年《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第 188 条的规定；[③]三是广义说，这一说法乃最高人民法院的意见，认为第二十六条适用于协议离婚的实质要件即离婚条件、财产分配、夫妻扶养及子女抚养等问题。也就是说，当事人协议离婚在条件及离婚相关事项均需符合选择的准据法的规定。[④]

面对上述三种不同观点，笔者一方面认为由于目前立法对于第二十六条准据法适用法的范围未作明确，因此在未来立法或司法解释中应当予以界定，以防止司法实践中的适用混乱，这也是学界的一致意见。但另一方面，在目前无法可依的情况下，应当采取何种解释，笔者赞同广义说的观点。理由有二：一是离婚协议的性质是一项混合法律行为，而在多数涉外离婚协议中，解除夫妻间婚姻关系的法律行为与后续财产分割、子女抚养的法律行为之间形成了强大的牵连关系，前者的有效成立构成后者的生效要件，故如果将其分割适用不同的冲突规范，与两类法律行为之间牵连性的本质不符；二是协议离婚与诉讼离婚之最大区别，在于当事人往往对于是否离婚以及离婚后财产与人身关系的变动有着清晰的

---

① 《婚姻登记条例》第十一条、第十二条规定。

② 参见汪金兰：《中欧涉外离婚法律适用法的新趋势》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》第十五卷，北京大学出版社 2013 年版，第 165 页；汪晶、刘仁山：《我国涉外离婚法律适用立法之完善——兼论<罗马Ⅲ>对我国相关规定的借鉴》，载《湖南社会科学》2013 年第 6 期，第 92 页。

③ 1988 年《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第 188 条规定：“我国法院受理的涉外离婚案件,离婚以及因离婚而引起的财产分割,适用我国法律.认定其婚姻是否有效,适用婚姻缔结地法律。”参见刘元元：《我国涉外离婚法律适用规则的新发展及反思》，载黄进、肖永平、刘仁山主编：《中国国际私法与比较法年刊》第十六卷，北京大学出版社 2015 年版，第 246 页。

④ 万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 194 页。

约定，且实践中有时是否愿意离婚还会以离婚后财产与人身关系的约定作为前提和“对价”，故针对当事人整体性的意思表示应以统一适用准据法为方案。至于离婚协议未涉及的财产分割或扶养事项，则不属于第二十六条的范围，而属于第二十七条诉讼离婚的范围。[①]

四、结论

通过以上四点问题的厘清，我们可以对《法律适用法》第二十六条的存废作出一个基本的判断：虽然协议离婚制度并未获得各国立法的一致认可，但在我国无法解决双轨制立法的现实背景下，第二十六条具有独立的法律适用价值和适用场域。从现有的司法实践来看，当我国法院受理涉及境内外协议离婚有效性纠纷、以离婚协议的效力为先决问题的婚姻家庭纠纷、离婚协议生效后的履行纠纷案件时，应当以《法律适用法》第二十六条为指导，但法院调解离婚的案件不应在其列。在未来修法的过程中，应当明确区分协议离婚的实质要件（离婚协议效力）与形式要件（要式行为）两部分，将第二十六条仅限于前者，而后者因其公法性质仅可适用“办理离婚手续登记机构所在地法律”。

7.涉外夫妻财产纠纷适用域外法的司法弊病

----以 10 例涉台案件的法律查明为视角

孙长刚 郑珠玲*

摘　要：域外法适用是审理涉外案件的关键，但目前司法实践对于域外法的适用和查明均有弊病。本文聚焦涉台夫妻财产制度的法律适用和法律查明，指出目前司法裁判中法律选择规范存在不一致，法律查明结果的释明存在随意性、独断性，司法实践存在大相径庭的裁判结果，这将导致域外法查明责任承担主体的不确定性、损害当事人诉讼权益等问题，进而导致司法的权威性受到质疑。据此，为防止瑕疵的再次发生，法律查明机构在释明法律时应当整体分析，释明案件与法律适用的逻辑。

关键词：涉外夫妻财产关系，域外法查明，域外法释明，法定财产制

Abstract: The application of extraterritorial law is the key to the trial of foreign-related cases, but the current judicial practice has drawbacks in the application and identification of extraterritorial law. This paper focus on taiwan-related case of the applicable law and law of marital property system, points out that the choice of law in the judicial judgment standard is inconsistent, the interpretation of legal findings is arbitrary.There are very different judgments in judicial practice. This will lead to the uncertainty of the subject of liability ascertainment in extraterritorial law, damage in lawsuit rights, the judicial authority being questioned. Therefore, in order to prevent the recurrence of defects, the legal verification agency should analyze the whole law and explain the logic of the case and the application of law.

key words: foreign-related marital property relationship, extraterritorial investigation, interpretation of extraterritorial law, legal property system

国内关于域外法查明的研究多集中在责任主体、查询渠道等，但对查明主体的释明责任和法律后果尚未有立法，研究成果也甚少。然而，这却是目前域外法查明难以突破的瓶颈。域外法查明的前提是冲突规范指向域外法，因此在案件审理中冲突规范是否适用是一切问题的起点。在进行法律查明时，包括两个过程，“查找”与“释明”。查找是技术层面，

[①] 需要说明的是，对第二十七条准据法的适用范围，最高人民法院的观点认为其也适用于离婚所产生的夫妻人身关系、财产分割、子女扶养等关系。万鄂湘主编：《<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>条文理解与适用》，中国法制出版社 2011 年版，第 205 页。而按照部分实务界法官的观点，《法律适用法》第二十七条解决的是离婚后的法律关系，自然包括当事人离婚之后，再次请求财产分配的“离婚后财产纠纷”。王姝：《意思自治原则在涉外婚姻司法实践中的困境与出路——兼评<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>第 24、26 条》，载《法律适用》2017 年第 23 期，第 115 页。

* 作者简介：孙长刚：北京市炜衡律师事务所高级合伙人；郑珠玲：深圳大学国际法硕士生。

本文受到涂广建教授等学者启发，在此表示感谢。

而释明则是理论分析层面的，释明者需具备专业研究和分析能力。各国法律条文体例存在差异，势必导致充分理解并准确适用存在困难。[①]不同法域对法律概念、法律文本的解释存在冲突，对于法律文本的解释需要结合整个法律文本和法律体系，而不是形单影只地解释某个条文。缺少整体解释，往往容易导致误读、误判的司法风险。任何查明或理解的瑕疵都将导致案件大相径庭的裁判结果并引致严重的司法后果。本文以涉台司法案例[②]中所涉的涉台夫妻财产关系的查明为例，剖析目前我国法院对域外夫妻财产法律查明过程中的适用和释明环节的乱象，以此抛砖引玉，由此延伸出在整个区际、国际私法领域，域外法适用和释明的司法困境，并提出构建域外法释明的法律责任规范，以促进域外法查明和释明过程中的程序正义和实体正义。

一、涉台夫妻财产纠纷的实证分析

不同法域夫妻财产制采纳不同的立法模式，一般以立法文本规定至少两种财产制度，分别是约定财产制度和法定财产制，而法定财产制度又可以分为分别财产制和共同财产制或者分别与共同财产制度的结合。在审理涉外夫妻财产案件中，对于财产制度查明和释明是判断夫妻财产关系的关键，而正确法律适用是查明的前提。

为了解涉台夫妻财产关系的司法实践情况，笔者通过“台湾、夫妻财产”关键词在中国裁判文书网对 2011 年后的案件进行检索，共计 109 例，去除重复性和无关性案件后，共计 10 例关涉法定财产制的财产确权问题，呈现如下情况：（1）关于涉台夫妻财产关系的法律选择规则，其中有 3 例案件适用 2011 年 4 月 1 日起施行的《中华人民共和国涉外民事法律关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 24 条关于夫妻财产关系的冲突规范；2 例适用《法律适用法》第 36 条物之所在地法的冲突规范；1 例适用第 31 条关于法定继承的冲突规范；还存在未指明冲突规范、整体适用案件冲突规范而未予以分割、未进行涉外性判断等适用情形。（2）对于准据法的适用，有 5 例适用中国大陆法；5 例案件适用中国台湾法。（3）对于适用中国台湾法的案件，法律查明结果中有 3 例查明结果显示台湾实行法定分别所有制，有 1 例查明结果显示台湾法定夫妻财产制除了分别所有制还存在推定共有制。通过对以上案例的检索，发现目前司法审判对涉台夫妻财产制度的中存在两个裁判分歧：一是对夫妻财产制度的冲突规范选择分歧；二是当准据法指向台湾法时，对台湾法的法定财产制度的解读具有解释偏差。

[①]曹柯、宋爽、杜东安：域外法律查明的路径和方法，人民司法，2018 年第 31 期，第 51 页。
[②]参见中国裁判文书网：2019 年 5 月 23 日访问。

序号	案例名称及案号	法律适用	准据法	备注/法律查明结果
1.	颜达仁与叶蔚聆、颜达成所有权确认纠纷（2014）厦民终字第 3749 号	第三十六条不动产所在地法	内地法	夫妻财产共有权确权
2.	洪郭秀盆与邱志英、和谐健康保险股份有限公司广东分公司健康保险合同纠纷（2018）粤 2071 民初 4810 号	第二十四条	台湾法	台湾地区的法定夫妻财产制为分别制
3.	王某、刘某离婚后财产纠纷（2018）粤 19 民终 258 号	第三十六条	内地法	在婚姻关系存续期间未约定夫妻共同财产制登记在各自名下的财产应属各自所有，案涉房产登记在王某个人名下，应属于王某的个人财产。
4.	朱永福与陆秀琴、徐优红民间借贷纠纷	无	台湾	根据台湾地区家庭财产管理的习惯，实行的是夫妻财产共同所有制。
5.	郭淑敏与林春妗、王萍房屋买卖合同纠纷（2013）海民初字第 172 号	第二十四条	1992 年台湾地区法	并无证据证明讼争房产为夫妻一方所有之财产，故讼争房产应属夫妻共同财产。
6.	陈某某与胡甲（2009）杭建民初字第 1522 号	第三十一条遗产的法定继承，不动产适用不动产所在地法律。	内地法	/
7.	交通银行股份有限公司芜湖分行与詹秦凉、陈秋利、安徽万成建设投资集团有限公司借款合同纠纷案（2013）芜中民二初字第 00219 号	未约定适用则大陆法	内地法	/
8.	詹某与欧某离婚后财产纠纷（2014）蕉民初字第 1472 号	未进行涉外性判断	内地法	/
9.	中国银行股份有限公司中山分行与杨文昌、杨何淑娜信用卡纠纷（2014）中一法民三初字第 161 号	第二十四条	台湾地区民法第 1005 条	法定财产制下，夫妻各自对其债务负清偿之责。
10.	祖思慧、钟瑞原房屋买卖合同纠纷（2017）粤 03 民终 2563 号	第二十四条	台湾地区法律	若夫妻未以书面契约约定夫妻财产制，则适用“法定财产制”，即夫妻之财产不论婚前或婚后财产，均应由夫妻各自所有。

（表 1:我国内地法院审理的涉台夫妻财产关系的司法实证汇编表）[①]

二、涉台夫妻财产关系的法律适用和法律查明乱象之缘由

（一）夫妻财产关系的冲突规范规制范围不明

我国《法律适用法》第 24 条规定了夫妻财产关系的准据法，但对于准据法的规制范围、效力区间未予明确，也未与第 36 条关于不动产的冲突规范的适用情形相区别，更未明确涉及第三人时的适用问题，[②]这导致了司法实务中选择冲突规范的混乱，如上述十个案件呈现出了六种情形，分别是第二十四条、第三十一条、第三十六条等。夫妻财产关系中的物，不是单纯的物，首先它附属于夫妻财产关系，但同时又不能完全不受制于物之所在地法；又涉及到债法与夫妻财产关系的交叉问题，在法律选择上，应倾向于满足第三人的债，还是倾向于认为是共同财产从而保护配偶另一方可能会有冲突。此时涉及到调适（Angleichung）问题，即一个案件涉及几个法律关系，每个法律关系适用不同国家法律，而他们彼此造成冲突，需要法官予以调适。

有学者认为夫妻财产制的法律适用规范只涉及夫妻财产制内部关系的法律适用问题，而没有涉及外部关系。因为当第三方与夫妻一方进行商事交易时，不能期望第三方知晓支配

[①]此表中的法律适用法条皆指《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》

[②]黄韧霆：论夫妻财产关系准据法的确定与适用，载于中国涉外家事法律论丛（第 1 辑），第 137 页。

夫妻财产制的准据法，这是与商事便利与快捷原则是相违背的。作为夫妻财产制法律适用的一般规则是不应适用于涉及第三人权益的情形的，涉及第三人所要判断的某财产如何归属于夫妻的情形，应当适用物之所在地法。[①]1987 年海牙《夫妻财产制法律适用公约》、1939 年泰国国际私法第 22 条规定有类似的规定。[②]上述案例中有 3 例案件遵循此裁判逻辑。但此类观点未考虑到夫妻财产关系较之普通不动产关系的特殊性，如果认为涉及夫妻不动产的判断应当根据不动产所在地法，而物之所在地法往往是法院地法，如上述提及的十个涉台案例均为内地法院审理并且不动产在内地，这势必增加不动产所在地法律被适用的几率而减少了外国法的适用可能性。况且，单纯的夫妻内部财产关系的判断少，往往涉及到第三人的问题，如依照此观点，涉外夫妻财产关系的冲突规范存在的必要性将受质疑。

（二）内地与台湾夫妻法定财产制度的法律冲突

大陆婚姻法司法解释[③]、台湾地区民法第 1003 条第二项规定了夫妻财产关系约定不得对抗善意第三人，但对于法定财产制的原则性和例外性规定存在多个层面法律冲突，例如大陆采取列举式规定哪些属于夫妻共同财产，且由司法解释做补充解释；台湾采取推定式规定不能证明属于夫妻一方的财产即为夫妻共同财产，[④]此种法律差异给内地法院法官在释明域外法时增设困难。

台湾地区关于夫妻财产制规定在《中华民国民法》第四编第二章第四节，期间经历了 1985 年、2002 年、2007 年的三次修正，于 2002 年起废除了联合财产制，采用所得分配制度，又称财产增益共同制，以分别财产制为基础，同时吸收共同财产制度之精神对分别财产制进行修正。[⑤]“夫妻财产制”规定了不同情形下的财产制度判断。根据台湾民法第 1005 条 “夫妻结婚后，如果没有约定夫妻财产制，一律适用法定财产制。”第 1017 条“夫或妻之财产分为婚前财产与婚后财产，由夫妻各自所有。不能证明为婚前或婚后财产者，推定为婚后财产；不能证明为夫或妻所有之财产，推定为夫妻共有。夫或妻婚前财产，于婚姻关系存续中所生之孳息，视为婚后财产。夫妻以契约订立夫妻财产制后，于婚姻关系存续中改用法定财产制者，其改用前之财产视为婚前财产。”未约定时，以分别财产为前提，婚前财产不属于剩余财产分配范围，但婚后财产并非全部得为剩余财产分配的标的物，例如无法取得的婚后财产或抚慰金；并且不能证明为婚前财产或婚后财产的，推定为婚后财产，当无法证明财产为夫妻一方财产的，推定为共同财产。[⑥]法定情形的共同财产还有夫妻共同的自由处分金、法定财产制关系消灭时[⑦]的剩余财产共同分配等。此外，还增设财产报告、剩余财产分配对象追加计算和保全制度、夫妻按经济能力负担家庭内生活费用，以贯彻夫妻平等之原则，2007 年还修定非常财产制度。台湾最高法院 105 年度台上字第 1750 号判决指出“法定财产制..惟夫或妻婚后收益之盈余（净益），实乃双方共同创造之结果，法定财产制关系消灭时，应使他方得就该盈余或净益予以分配”。[⑧]

[①]焦燕. 婚姻冲突法问题研究[M]. 法律出版社, 2007 年，第 171 页～173 页.

[②]齐湘泉. 《涉外民事关系法律适用法》原理与精要[M]. 法律出版社, 2011.第 281 页。夫妻财产关系，婚前无契约时依本国法，夫妻国籍不同则依丈夫本国法；但不动产依物之所在地法。

[③] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》首先对婚姻法中共同财产的处分权进行了界定，确立了优先保护善意第三人的原则。

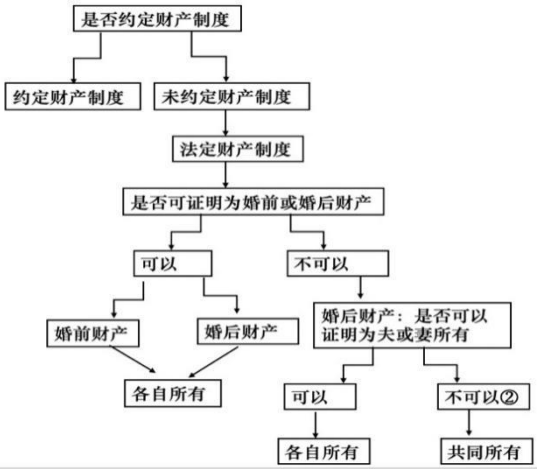
[④]陆栋良：两岸法定夫妻财产制度比较研究，普法选萃，2014 年，第 51 页。

[⑤]张福森：海峡两岸法学研究. 第三辑, 两岸法制发展与社会进步[M].北京;九州岛出版社，2014 年，第 151～152 页。

[⑥]林秀雄：民法亲属编：通常的法定财产制，月旦法学教室第 78 期，第 42 页

[⑦]法定财产制关系消灭时的原因包括：Ⅰ夫妻离婚、Ⅱ一方死亡、或Ⅲ夫妻约定改用其它财产制。

[⑧]曾品杰：民事法类，第一九〇期，2018 年 8 月，第 95 页～96 页。



（表 2:台湾地区民法关于夫妻财产制度的判断流程图）

（三）查明主体缺乏对查明条文的整体性判断

对台湾夫妻财产制的法律查明呈现不同结果的原因在于查明意见过于果断，域外法查明分析缺乏整体分析，忽视例外情况，存在理解上偏差，认为台湾地区法定财产所有制实行单纯的分别所有制，而忽略了法律条文的例外规定，即在无法证明财产的归属方、关系消减时、日常生活的自由处分，如存在此类情形，应当推定为共同所有，而不是单纯适用前款的原则性的“分别所有”规定。

以上述“祖思慧案”为例。

1.案件事实

该案为卖方祖思慧与买方钟瑞园对房产转让的买卖合同纠纷案，房产登记在涉案妻子祖思慧名下，是与其配偶在双方夫妻婚姻关系存续期间所取得，其丈夫主张该房产为其承担的房款，关于其妻子与买方的买卖合同不知情且也完全不同意，涉案买方也无法提供证据证明其丈夫对买卖房产的同意证明。争议焦点之一为“祖思慧配偶崔燕智不同意房产出售事宜的问题”，为解决该问题，需确认祖思慧与其配偶的夫妻财产关系。因夫妻双方均为台湾地区居民，对此法院定性为涉台民事案件并根据《最高人民法院关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》第一条第二款的规定，参照《涉外民事关系法律适用法》第二十四条有关夫妻财产关系的规定，以确定准据法并进而认定涉案房屋是否系祖思慧、崔燕智的夫妻共有财产，因双方没有进行法律选择，法院最终适用双方共同经常居所地的台湾地区法律判断涉案房屋是否为共有财产。

2.法律查明事实

为查明台湾地区法律，法院委托深圳市蓝海现代法律服务发展中心出具法律查明意见书。[①]查明结果显示“台湾地区法律认为首先须视该夫妻有无于结婚前或结婚后，以书面契约约定其夫妻财产制为“分别财产制”或是“共同财产制”，如已书面约定采“共同财产制”或约定为其夫妻共同共有，应至台湾地区法院办理登记后方具有对抗他人的效力；若夫妻未以书面契约约定夫妻财产制，则适用“法定财产制”，即夫妻之财产不论婚前或婚后财产，均应由夫妻各自所有。”据此，法院认为“鉴于祖思慧、崔燕智不能提交其在台湾地区法院登记的共有财产书面约定，本院认定讼争房产应属祖思慧单独所有。”[②]

3.案件分析

（1）整体释明的相异结果

不同的裁判逻辑和法理基础之下将产生完全不同的判决结果。对于法律查明，台湾民法关于夫妻法定财产制存在原则性和例外规定。对于该房产登记在原告名下，案件审理过程

---

① 2015 年 8 月 27 日，最高人民法院以法【2015】250 号作出《关于设立“港澳台和域外法律查明研究基地”“港澳台和域外法律查明基地”决定》，决定在深圳前海合作区人民法院和深圳市司法局支持设立的深圳市蓝海现代法律服务发展中心分别设立“最高人民法院港澳台和域外法律查明研究基地”和“最高人民法院港澳台和域外法律查明基地”，查明港澳台和域外法律。参见中国裁判文书网：祖思慧、钟瑞原房屋买卖合同纠纷二审民事判决书，（2017）粤 03 民终 2563 号

②参见中国裁判文书网：祖思慧、钟瑞原房屋买卖合同纠纷二审民事判决书，（2017）粤 03 民终 2563 号。

中原告丈夫提出的其支付了房产款项（但判决未表明丈夫是否已提供相应的出资证明和还款证明），对于房产的归属存在异议。根据台湾民法典第 1017 条“不能证明为夫或妻所有之财产，推定为夫妻共有。”对于该房产归属并不明确，应当适用上述图示②的推定结果，即该房产属于夫妻共有。即便完全根据公示主义，涉案法律查明意见也未考虑财产无法证明归属方、夫妻间的自由处分金等共同所有的情形，而简单得出台湾地区的夫妻财产制度为分别财产制的独断结果，并得出房产属于妻子的结果。类似的案件事实，在海南法院审理的“郭淑敏与林春妗、王萍房屋买卖合同纠纷”却呈现完全不同的结果，同样依据台湾法，该案法院考虑到配偶提出的财产的共有性，法院作出“并无证据证明讼争房产为夫妻一方所有之财产，故讼争房产应属夫妻共同财产”的判决；在“朱永福与陆秀琴、徐优红民间借贷纠纷”依据台湾法，也得出共同制的判决结果。

（2）不同程度的外国法适用错误

如依照上述案例分析的裁判逻辑，前述案例可能存在不同形式、程度错误，分为法律适用和法律查明错误，还可根据判决结果是否正确做细分，即查明内容错误但判决结果正确、查明内容错误导致判决结果错误；法律适用错误但判决结果正确；法律适用错误且判决结果错误。

本案形式意义上的判决结果正确，如果对于财产归属方的判断仅凭公示主义，即房产登记方为房产所有权人，而不考虑房产可能由配偶出资购买等其它影响房产所有权的情形，那么本案判决将涉案房产归属于妻子的论断正确。但法律查明内容存在根本错误，因忽略了其它的法定财产制情形。查明内容错误导致判决结果错误。本案严格意义上分析，当涉案当事人配偶对房产的归属方提出异议时，法院应当由当事人采取证据证明归属方，而从判决书内容看，并未释明涉案妻子是否可证明房产由其单独所有。因此从这个层面，法律查明的内容错误导致的判决结果推导错误。二是不同程度的法律适用错误。如若依照部分学者的观点，认为关于夫妻财产关系的准据法只可以适用于关于夫妻双方的财产关系的判断，对于涉及第三方的法律适用应当援引物之所在地法。此种观点将导致两种不同结果。一是如本案的法律适用错误且准据法适用错误。本案房产在中国内地，而夫妻共同经常居所地在中国台湾，按照物之所在地法应当适用中国内地法。但也存在某些情况，如双方共同经常居所在地在中国内地，房产也在内地，则适用不同的冲突规范所指向的准据法是相同的，即中国内地法。

这些不同错误将对实体正义、程序正义产生不同程度的冲击，对于具体归责考量是否应当存有差异，这是值得进一步思考的问题。

三、后续事项：法律适用和查明错误之后果

《法律适用法》第十条规定“涉外民事关系适用的域外法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用域外法律的，应当提供该国法律。不能查明域外法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。该条详细规定了域外法律查明的主体，但对于域外法查明的责任、域外法的查明方法、查明资料的核实、域外法查明失败的处理等问题未予以规定。[①]《涉外民事关系法律适用法司法解释》第18条规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的域外法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该域外法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”该条规定了当事人对查明结果的异议权，但实践中的当事人往往对于域外法的理解有困难，如何确保域外法查明的准确性是域外法查明的难点。具体而言，将产生实体和程序两方面的不确定性问题：

（一）当事人的程序权益问题

外国法的查明对于涉外民商事案件的审理具有重要意义，关乎国际私法的生死存亡。[②]外国法查明专家所提供的专家意见是作为涉外民商事案件裁判的依据之一，[③]对案件审判起着决定性作用。一旦存在域外法查明错误，将影响裁判结果并给当事人造成损害。如当事人在判决后才发现域外法查明存在错误，将产生一连串的程序问题，其诉讼权利如何保

① 张磊：“域外法的查明之立法及司法问题探析”，载《法律适用》2003 年第 18 期。

② 宋晓．当代国际私法的实体取向［M］．武汉：武汉大学出版社，2004．329。

③ 张红宽．外国法查明中的专家制度探析[J]．河南财经政法大学学报，2016(5):第 150 页。

障将是不可回避的司法问题。其中，能否以外国法适用错误为理由提出上诉是主要争议点之一。[①]目前域外法的性质一直在事实和法律之间摇摆不定，对于该域外法错误的情形应当归类于何种情形不确定。不论是事实错误抑或法律错误，都可能面临无法上诉的问题。一方面只受理法律问题而非事实问题上诉的法律体系中,如果外国法被认定为事实,那么依据逻辑推论,外国法的错误适用将不能通过上诉机制得到救济；另有部分国家即使将外国法视为法律，也有限制的予以上诉。[②]如涉案财产已被执行，提起执行异议也将成为问题。因此，对于域外法的性质、法律责任尚未确定前，诉讼权益的行使存在一定困难。我国民事诉讼法第269条规定，在中华人民共和国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起三十日内提起上诉。如若当事人未意识到法律查明存在错误，可能错失上诉的机会。此时，如何救济当事人权益？司法权威性如何保障？

（二）域外法查明错误的责任分配问题

不同法系对于此类错误的责任分担的立法不同。英美法系国家采用合同责任和侵权责任原则并结合追究刑事原则和出庭接受询问的方式来约束外国法查明专家。[③]与英美法系国家不同的是，大陆法系国家一般将外国法查明专家视为专家辅助人或鉴定人，认为外国法查明专家在出具错误专家意见给法院或当事人造成损失的，应承担损害赔偿责任。[④]根据对不同主体的损害可分为违约责任和侵权责任。对于接受委托方的专家，出具了错误的专家意见并造成损害的，应当承担违约责任；对于非委托方，如另一方当事人、法院裁判所涉的当事人，因过错出具了错误的专家意见并造成损害的，宜定性为侵权责任。以祖思慧案为例，该案法律查明瑕疵的可追溯至法律意见书提供的第三方查明机构。此时，首先应当关注的是由法院引入的第三方查明机构的责任，是否区别于由专家直接提供法律查明意见的？学者认为当法院引入专业的法律查明机构作为第三方法律查明平台，这相当于法院与专业的法律查明机构有了正式的合作关系，此种合作关系由类似于委托合同性质的正式文件来缔结或确认，因此法院可以追究违约责任。[⑤]而对于非委托方而言，应当承担侵权责任，那侵权责任的标准如何判断也将成为问题。如存在域外法查明错误的现象，此类错误既非法院的过错，也非当事人的证明责任，那么因第三方查明机构的过错，应当由谁承担法律责任？这些问题都是目前立法尚未解决的问题。

总结：遵循整体分析的释明路径

在我国目前的域外法查明实践中，偏重于对域外法律实体规则的查明，而对域外法如何进行解释和推理重视不够。[⑥]本文围绕涉台夫妻财产制度的解读，旨在点明在涉外案件审理过程中，对于域外法律的查明和适用具有严重弊病。台湾地区与内地地区同属大陆法系，立法成文化，然而仅仅在夫妻法定财产制度的判断就存在如此多的司法弊病，更不敢言及涉港案件或涉外案件，不同法系、不同语言差异，将产生司法解读差异，细思密恐。对于所查明的域外法的理解是域外法查明应当突破的瓶颈，目前，法院在查明域外法过程中更为关注查找的困难，而少为关注查找后如何进行正确分析适用。法院应当不限于查找，还应当正确、全面、整体的释明和分析，关注法条的具体规定和细节，分析其整体结构，了解查询的条文在整部法律中所处的位置。[⑦]规范法律查明中心的法律责任，允许当事人对查

---

① 苏晓凌. 外国法的适用:一个宏观到微观的考察[M]. 中国法制出版社, 2015.第 244 页。

② 参见 DiceyandMorris, p.224。参见宋晓. 外国法:“事实”与“法律”之辨[J]. 环球法律评论, 2010(1):14-21.第 20～21 页。

③ 徐继军．国外专家证人责任制度改革动态及其对我国的启示［J］．诉讼法论丛(第 10 卷) ［C］．北京:法律出版社，2005．444－446．转引自张红宽. 外国法查明中的专家制度探析[J]. 河南财经政法大学学报, 2016(5):第 154 页.

④ 肖宏亮，肖勇． 论司法鉴定人的损害赔偿责任［J］． 贵州社会科学， 2005，(2) : 69．转引自张红宽. 外国法查明中的专家制度探析[J]. 河南财经政法大学学报, 2016(5):第 154 页.

⑤黄漫山.我国域外法查明途径问题研究[D].深圳大学硕士论文，2017 年。

⑥陈柳波. 首宗涉港案件中立第三方评估案例体现的制度创新和意义——多元化纠纷解决机制和香港法查明机制交叉创新的探索[J]. 法律适用(司法案例), 2018, No.397(04):12-19.第 16 页。

⑦曹柯、宋爽、杜东安：域外法律查明的路径和方法，人民司法，2018 年第 31 期，第 52～53 页。

明结果提出异议，对提出异议的当事人需承担举证责任证明所查明和释明法律的错误，如当事人提出可动摇先前查明结果的证据，法院应当审查，重新进行法律查明，并判断当事人和查明中心各自查明法律的准确度和可适用性。

8.浅析夫妻财产关系准据法的变更及其溯及力

林 萌*

摘　要：夫妻财产关系是一种具有持续性的法律状态，且一般存续的期间较长；在婚姻存续期间内，涉外夫妻财产关系的准据法既可能发生客观变更，也可能发生主观变更，且二者之间存在一定联系；关于夫妻财产准据法变更后的溯及力问题,不同国家和地区的规定了“法定绝对不溯及既往”“法定一般不溯及既往”和“法定一般溯及既往”三种模式，其中“法定一般不溯及既往”在确保法律可预期性的基础上，又通过当事人意思自治为其注入灵活性；我国《法律适用法》及其司法解释并未对准据法的变更及其溯及力问题作出明确规定，立法者应当借鉴欧盟理事会《婚姻财产制条例》做法，采用“法定一般不溯及既往”模式。

关键词：夫妻财产关系；准据法；时际变更；溯及力

Abstract: Marital property relationship is a kind of legal status, which generally last for a long time. During the marriage, the applicable law of foreign matrimonial property law may change objectively or subjectively. There is some connection between the two ways of change said above. As for the retrospective effect of the new applicable law, there are mainly three legislative models, which respectively are statutory not retroactivity absolutely, statutory not retroactivity generally and statutory retroactivity generally. Among the three ways, statutory not retroactivity generally ensures the predictability of applicable law in principle and injects flexibility by party autonomy. In China, The Law of Application of Law and its judicial interpretation are unclear on the change and its retroactivity of applicable law on matrimonial property relationship currently. The legislator should take example by Regulation(EU) 2016/1103 and adopt the model of *statutory not retroactivity generally.*

Key Word：Matrimonial Property Relationship; Applicable Law; Intertemporal change; Retrospective Effect.

2016 年 6 月 24 日，欧盟通过了《关于在婚姻财产制上的管辖权、准据法以及判决的承认的第 2016/1103 号条例》，实现了欧盟在该事项上国际私法规则的统一，并推动了其他领域（比如注册伴侣财产事项）国际私法的统一化。在确定准据法方面，在该条例鲜明地体现了“有限的当事人意思自治原则”：首先，允许当事人以协议的方式，在有限范围内选择夫妻财产关系的准据法，这些法律体系包括协议时双方或一方的惯常居所地法，以及协议时任何一方的国籍国法；其次，在法律选择时间上，该条例赋予当事人在任何时间（any moment）选择或变更准据法的自由，包括在结婚之前、婚姻成立之时以及婚姻关系存续期间（序言第 45 项）；最后，在适用效力方面，当事人选择或变更的法律一般情况下并不产生溯及效力（第 22 条），但当事人双方可以作出明确约定赋予变更后的准据法以溯及力。

* 河北邯郸人，武汉大学国际教育学院 2016 级国际法硕士研究生。导师：邹国勇，武汉大学国际教育学院，副教授。

一、问题的提出

“夫妻财产关系”是一个内涵丰富、外延广泛、性质特殊的法律概念：在内容上涉及夫妻双方归属、管理和处分，还涉及婚姻关系终止时的财产清算与分割；在财产类别上，不仅涉及货币、家具、车辆等动产，还一般涉及房屋、土地等不动产，甚至著作权、商标权中的财产性权益；在时间上，不仅包括婚姻关系存续期间所获得的财产，还可能涉及当事人婚前财产，甚至还涉及婚姻终止（自然终止与法定终止）后的“适当帮助”义务[①]等，是一个持续性关系；在效力上，不仅涉及（准）夫妻共同体的内部财产关系，还涉及夫妻或准夫妻一方或双方与第三方的外部财产关系等。

夫妻财产关系归属婚姻家事领域，其与一般商事领域的财产关系存在诸多不同，表现之一就是夫妻财产关系往往不是即时的、短暂的、反复的，而是持续的、长久的、稳定的。这是由于夫妻财产关系以夫妻人身关系为前提和基础，二者均服务于“永久共同生活”目的，共同体现“夫妻共同体”的本质。但在涉外夫妻财产关系方面，这种持续性和长久性增加了准据法变更的概率，引起“准据法变更”的法律事实将连续的“夫妻财产关系”在时间上分割成两个甚至多个区段。在这种情况下，究竟是采取“统一论”还是“分割论”[②]，即各个区段所获得财产究竟是适用当时的准据法，还是适用于争诉问题发生时的准据法，也即变更后的准据法是否具有向前追溯适用的效力。采用何种做法不仅影响到当事人财产利益的分配，还关系到法院所查明和适用准据法的数量、难度和效率等。

我国《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释，对夫妻选择或变更财产关系准据法的范围、形式和时间等均作出了规定，但是这个规定比较单薄粗糙，并且未明确准据法的溯及力问题。

二、夫妻财产关系准据法的变更

在本文论域内，夫妻财产关系领域的“准据法的变更”是一个外延广泛的概念，不仅包括当事人有意识、有目的地选择或者变更准据法，还包括由于冲突法规则、准据法规则以及事实连结点变动下的准据法的时际变化。按照是否以当事人的意志为转移，可以将第一种情形归结“准据法的主观变更”，第二种情形归结为“准据法的客观变更”。

（一）夫妻财产关系准据法的主观变更

就“准据法的主观变更”而言，不仅包括当事人由“未作法律选择”到“作出法律选择”的情形，还包括由“适用 A 法律体系”到改换“适用 B 法律体系”的情形。

1. 当事人协议选择准据法

此种情形是指在当事人于婚前以及结婚后的一段时间内并未协议选择夫妻财产关系的准据法，而是在婚姻关系存续一定期间后才进行了选择。对于夫妻双方在法律选择协议达成之后获得的财产，一般情形下当然地受制于夫妻双方所选择的法律；对于在此之前所获

[①] 《中华人民共和国婚姻法》第 42 条：“离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议，协议不成时，由人民法院判决。”

[②] 所谓“统一论”是指对一个夫妻财产关系，无论是从事实上还是从法律上均应视为一个整体，在该夫妻关系之下所获得的财产的归属、管理、处分、清算和分割，均受同一准据法支配；“分割论”则以准据法的变更作为时际分割点，此前获得的财产适用变更前的准据法，此后获得的财产适用变更后的准据法。该定义参照王霖华：评合同法的《解释》对合同溯及力问题的规定，载《广州大学学报（综合版）》2001 年第 1 期，第 71 页。

得的财产，夫妻财产关系可能受双方先前达成的夫妻财产协议支配；[①]或者在当事人既未达成夫妻财产协议亦未达成法律选择协议的情况下，作为“当事人未作法律选择”的情形进而确定准据法，比如我国确定了“共同经常居所地”“共同国籍国”以及“主要财产所在地”三个连结点，美国伊利诺伊斯州最法院审理的 Besse v. Pellochoux 案[②]中，法官则认为“当事人默认地选择了住所地的法律”。在此种情形下，夫妻财产关系法律适用的时间分割点为“法律选择协议达成时”。

2. 当事人协议变更准据法

协议变更准据法则是同一个的涉外夫妻财产关系中，夫妻或准夫妻双方有意识、有目的地将先前协议选择的法律体系更换为另一个法律体系。在功能上，变更后的准据法与先前的准据法具有一致性、接序性和替代性。所谓一致性，是指变更后的准据法与变更前的准据法均是为了解决夫妻财产关系中的实体权利、义务和责任，均须满足法律所规定的法律选择协议的实质要件和形式要件；[③]所谓接序性，是指在法律变更协议生效后，变更后的法律体系可以支配和调整此后获得的财产，法律适用状态是连续的，一般不存在“空白期”；所谓替代性，是指为了保证法律适用的确定性和唯一性，先前被选择的法律体系将被变更的法律体系替代，而不能与之共同调整夫妻财产关系，尤其在当事人依法协议赋予后者以溯及力的场合下，变更的准据法更是自始替代了先前的准据法。在此情形下，夫妻财产关系法律适用的时间分割点为“法律变更协议达成时”。

（二）夫妻财产关系准据法的客观变更

夫妻财产关系准据法发生客观变更的原因，与国际私法理论中“时际法律冲突”的产生原因一一对应，具体包括法院地冲突法规则发生变化、准据法本身发生变化以及事实连结点改变三种。[④]

1. 夫妻财产关系冲突规则变化，以我国为例，则 2011 年 4 月 1 日《法律适用法》的生效成为重要的时间分割点，在此之前，根据最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）第 188 条的规定，因离婚所引起的财产分割适用，以我国法律作为准据法；在此之后则适用《法律适用法》第 24 条的规定，首先允许当事人在共同经常居所地、共同国籍国以主要财产所在地法中进行选择，若当事人未作出有效选择，则法院应有次序地选择适用共同经常居所地法　或共同国籍国法。

2. 夫妻财产关系准据法本身变化，比如 2004 年 4 月 1 日实施的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法司法解释（二）》）第 22 条规定：“结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外。”而于 2011 年 8 月 13 日实施的《最高人民法院关于适用《<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法司法解释（三）》）第 7 条却规定：“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”那么以 2011 年 8 月 13 日为时间分割点，父母前后为双方出资

[①] 即使当事人订立了夫妻财产协议，该协议在内容上可能不会覆盖所有夫妻财产关系事项。对于超出当事人在协议时所预期的财产和情势等，如果当事人不能达成补充约定，则就该部分财产关系仍然需要通过法律适用规则确定准据法。

[②] 73 Ill. 285

[③] 此处的使用“法律”这一概念，原因在于法律选择协议须满足一定的实质要件和形式要件，这些要件有一般要件与特殊要件之分。冲突法规则虽然常常对法律选择的范围以及协议的形式作出规定，但是与协议效力有关的当事人适格性、意思表示真实性以及标的合法性等，则依赖民商法实体规定予以确定。关于适用哪一法律体系的民商法规定，存在法院地法、当事人协议选择的法律以及最密切联系的法律等多种主张。参见沈娟：法律选择协议的法律适用辩释，载《法学研究》2015 年第 6 期，191~206 页。

[④] 参见李双元主编：《国际私法》（第三版），北京大学出版社 2011 年 7 月版，第 122~123 页。

购置的房屋，将面临不同的法律境遇。

3. 夫妻财产关系事实连结点改变而造成准据法的“动态冲突”，比如在上述 Besse v. Pellochoux 中，当事人的“共同住所地”在婚姻关系存续期间发生改变，在共同居住于瑞士时依照其法律达成了有效的婚前财产协议，但是对于双方在移居美国伊利诺伊州之后所获得的财产，该协议并不不能予以调整和支配，而只能适用伊利诺伊州的法律。因此，“住所、国籍等事实连结点发生变动之时”成为了该夫妻财产关系法律适用的时间分割点。

（三）夫妻财产关系准据法的主观变更和客观变更的关系

从静态角度分析，夫妻财产关系准据法的主观变更和客观变更之间。不仅存在相同点而且还存在不同点；从动态角度，二者之间还存在一定的互动和联系。

首先，无论主观变更还是客观变更，在本文所探讨的“夫妻财产关系准据法的变更”问题上，二者均必须达到“真实法律冲突”的效果，即变更先后的准据法须对当事人之间的财产和财产性权益作出不同的分配，并造成时际层面的“同案异判”效果，由此进一步研究“夫妻财产关系准据法变更的溯及力”问题才有意义和价值。

准据法主观变更和客观变更的区别，则主要表现在当事人主观上是否以变更准据法为主要目的。法律选择规则和的时际变化归因于法院地国立法者的立法或改法行为，准据法内容的时际变化则归因于准据法所属国立法者的立法或改法行为，二者均是作为微观法律关系主体的夫妻或准夫妻所不可控制和干预的客观因素；对于事实连结点的变化，在排除法律规避行为的前提下，则主要归因于夫妻协议变更准据法以外的其他法律行为，比如移居、归化、境外购置不动产以及动产转移等，均属于其他民事法律行为的附带法律效果而非主要目的。

除此之外，夫妻财产关系准据法的主观变更和客观变更还具有一定的联系。一方面，对于奉行“变更主义”国家，准据法的主动变更一般可以排除或解决准据法的“动态冲突”。因为当事人协议选择或变更准据法的结果往往是具体的、明确的某个法律体系，后续夫妻的惯常居所、国籍国、主要财产所在地等发生变动，一般不会影响当事人已作的有效法律选择。比如**规定了夫妻财产关系准据法的自动变更，但其同时将当事人协议选法情况排除在外。另外，对于在动态冲突中奉行“不变更主义”的国家，一般并不拒绝准据法的主观变更，这可以在一定程度上赋予法律适用以灵活性。此外，夫妻财产关系准据法在发生主动变更后，也还可能由于规则变动和地域变动等而进一步发生客观变更。

三、变更后夫妻财产关系准据法的溯及力

在法理层面，夫妻财产关系准据法的变更及其溯及力问题属于“法律的时间效力”问题之一。对于夫妻财产关系准据法的变更，“溯及既往”和“不溯及既往”各有其利弊。

（一）变更后准据法溯及适用的法理分析

1. 保证夫妻财产制法律适用的整体性和统一性

当事人将变更后的准据法回溯适用于变更之前的财产事项，可以使得变更后的准据法在效力上覆盖“夫妻财产关系”整体。尤其在法财产关系准据法发生多次变更的情况下，“溯及力”条款可以使得最终的准据法统摄于在婚姻关系期间所获得的所有财产乃至婚前财产，受案法院只需要按照变更后的准据法一并解决以下问题：婚姻关系存续期间以及婚姻关系解除后财产的类别归属；财产的类别转化；一方对另一方的法律负担和债务所承担的责任；一方或双方就财产所享有的权力、权利和义务；婚姻财产制的解除，财产的分割、分配以及清算；婚姻财产制对夫妻一方与第三方之间的法律关系的效力；婚姻财产协议的有效性等等，而不必就准据法变更之前获得的财产适用先前的法律，同时就变更之后所获得的财

产适用新法，从而确保法律适用的整体性和统一性。

2. 符合司法便利化原则

在新准据法回溯适用的情形下，受案法院不必对当事人先前的法律选择协议在进行效力认定，也无需对先前准据法进行查明、解释和适用，不仅可以减少法院的工作量从而促进争议的高效解决，并且也降低了产生法律适用错误的风险。在准据法发生多次变更的情形下，准据法溯及既往所带来的司法便利性尤其明显。

3. 有利于提高当事人对于司法判决的可接受程度

不论是纯国内民事审判还是涉外民事审判，其首要的目的和功能是借助公共权力解决当事人之间的私人争议，从而稳定与之相关的社会关系。该司法解决有效性的最直观的表现是当事人双方对于法院判决书中所认定的事实、适用的法律以及权利义务的分配结果均不持有异议。基于此，允许当事人合意选择或变更法律并决定该法律是否溯及既往，本质上仍然属于当事人选择准据法的行为。对于法院依照当事人合法的合意进行审判而获得的判决，当事人一般会予以接受而不必开启上诉审、再审等司法监督程序。

（二）变更后准据法不溯及适用的法理分析

“法不溯及既往”原则的基础是法律的可预期性原则。法律并不是一成不变的，立法者常常需要根据社会发展的实际情况和普遍需求，通过平衡法律主体之间以及法律主体与社会之间的利益需求，对既存法律适时地予以修改和废除，或者制定新的法律。“法律作为一种行动指南，如果不为人所知而且也无法为人所知，那么就会成为一纸空话”。[①]但是，当事人在成立夫妻财产关系时，难以预料此法律会发生何种变化，而只能以结婚时、订立夫妻财产协议时等行为时或共同惯常居住等状态持续时的法律为准。如果绝对地赋予法律以溯及既往的效力，则可能推翻既定的法律事实从而破坏稳定的民商事关系。

在解决夫妻财产关系争议时，“法不溯及既往”原则同时存在严重的弊端[②]：“法律选择协议达成时”这个时间点将整个婚姻存续期间划分为两个阶段，第一个阶段是自“婚姻成立时”至“法律选择协议达成时”，第二个阶段则是“法律选择协议达成时”至“婚姻关系解除时”（由于一方死亡或者离婚等），对于当事人各方在婚前和第一阶段所获得的财产，则仍然以法律选择作出前的婚姻财产制予以支配，而对于各方在第二阶段所获得的财产，则适用当事人合意选择的法律以决定其归属、管理、处分以及分割等事项。倘若这两个阶段的存续时间均较长，对于哪些财产应属于第一阶段而哪些财产属于第二阶段时，法院在认定时在可能存在困难。比如夫妻双方在第二阶段购置不动产作为其共同居住房屋，而为购买该房屋所支付的款项是通过出售其在第一阶段所购置的房产而获得的。因此，如果一味地奉行“法不溯及既往”原则，则可能造成法院在具体认定某财产的获得时间和对应法律适用方面的难题。尤其，当事人可能在法律允许的期间内多次变更法律选择，如果一味遵循“法不溯及既往”原则，则最终会适用多个法律体系处理具有持续性的夫妻财产关系，则实体裁判结果也是分散、零碎甚至矛盾的。

四、关于夫妻财产关系准据法变更及其溯及力的立法例

围绕“夫妻财产关系准据法发生主观变更后是否具有溯及力”这一问题，不同国家和地区在其国际私法规则中作出了不同的规定，有关的国际条约也采取了不同的立法模式。

[①] Benjamin N. Cardozo, The Growth of the Law (New Haven, 1924), p.3,转引自[美]E•波登海默,《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 339 页。

[②] Ulf Bergquist: Declarations, last wills and agreements in accordance with the EU Succession and Matrimonial Property Regulations, ERA Forum 4(2019), Published online: https://doi.org/10.1007/s12027-019-00559-9.

总体上，主要分为以下三种：

（一）法定绝对不溯及既往

法定绝对不溯及既往，是指变更后的准据法仅产生未来效力，即仅适用于准据法变更后所获得的财产，任何情况下不允许当事人以协议予以变更，也不允许任何例外。

比如奥地利共和国《关于国际私法的联邦法》（2017 年 6 月 15 日文本）仅在第 19 条规定，婚姻财产制，依照当事人明示选择的法律判定；如无此种法律选择，则依照结婚时支配婚姻的人身法律效力的法律。但是该规则并未明确规定“明示选择”的时间以及准据法变更的溯及力问题。但该法总则第 7 条规定：“据以确定与特定法律体系的联系的各种要件事后发生变化的，对已完成的事实不发生影响”。因此，可以将“当事人明示选择法律”作为“据以确定与特定法律体系的联系的各种要件事实”之一，而被选择或变更的法律不得适用于“明示法律选择”作出之前已经发生的事实，即不产生溯及效力。因此，奥地利法并未对夫妻财产关系准据法之变更作出主观变更还是客观变更的区分，准据法一经变更，先前既成的夫妻财产关系事实是不可能由变更后的准据法推翻的。

同样地，日本 2006 年 6 月 15 日《关于法律适用的通则法》（2007 年 1 月 1 日施行）第 26 条第 2 款规定，针对夫妻财产制，当事人以书面协议在有限范围内选择的准据法仅向将来发生效力；且在适用外国法的情形下，就在日本实施的法律行为以及在日本的财产而言，不得对抗善意第三人。

（二）法定一般不溯及既往

法定一般不溯及既往，是指仅以当事人之间协议约定作为例外情形，否则原则上变更后的准据法仅产生未来效力支配之后获得的财产，而不能回溯调整之前获得的财产。

比如罗马尼亚国际私法第 2591 条第 3 款第 2 项规定，除非夫妻在满足不以任何方式损害其他人权利的条件下另行作出约定，否则由夫妻协议变更后支配其婚姻财产制的“新法”仅仅产生未来效力。①因此，在当事人作出合法约定的情况下，婚姻财产制准据法的主观变更可以产生溯及力。

再比如，1978 年《关于夫妻财产制的海牙公约》也作出类似规定。首先，该公约只准许婚姻财产制准据法的主观变更而排斥客观变更，其第 6 条规定，夫妻双方可以将其财产制先前所适用的法律，变更为任何一方的国籍国法异或任何一方的惯常居所地法；其第 7 条第 1 款规定，在夫妻双方未另行指定其他法律的情况下，不论当事人的国籍或惯常居所是否发生改变，依照本公约指定的法律应当持续性适用。”但是根据第 8 条第 2 款规定，不论是主观变更还是客观变更，夫妻可以在任何时间、以法定形式（该公约第 13 条）约定他们的所有财产受新法的支配，但这一选择不得对第三人的权利产生不利影响。因此，一般情况下，变更后获得适用的新准据法并不产生回溯替代先前的准据法的效力，但是如果当事人意愿使准据法变更之前的财产也受制于新准据法，可以通过书面形式作出有效约定。

（三）法定一般溯及既往

法定一般溯及既往，是指以变更后的夫妻财产关系准据法具有溯及力为一般原则；只有在当事人约定排除此溯及力的情况下，新准据法才仅适用于准据法变更后所获得的财产。

比如瑞士《关于国际私法的联邦法》（2017 年 4 月 1 日文本）②第 52 条规定第 2 款规定：“夫妻双方可以选择双方住所所在的国家或婚后在其境内有住所的国家的法律，或者其中

① Nadia-Cerasela Aniei：Agreement of Election of the Law Applicable to Matrimonial Regime，Procedia - Social and Behavioral Sciences 92 (2013), pp.42.

② 瑞典《关于国际私法的联邦法》（2017 年月 1 日文本）关于“夫妻财产制”的法律适用规则集中为该法第 52~57 条。参见邹国勇：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社 2017 年版，第 386~388 页。

一方的本国法律。本法第 23 条第 2 款的规定[①]不予适用。”对于当事人行使此法律选择权的时间和以及法律选择的可变性，该法在第 53 条第 2 款作出延伸规定：“法律选择可随时作出或变更。如果法律选择系在结婚后作出，其效力追溯至结婚之时。”据此，当事人既可以作为准夫妻在婚前就财产制作出法律选择，也可以作为夫妻在婚姻关系存续期间作出法律选择。对于第一种情形，根据法律在时间上的“未来效力”（future effect），被选定的准据法当然地自婚姻伊始即发生法律效力；而对于第二种情形，瑞士法一般性地赋予被选定的准据法以回溯至结婚之时的时间效力，但是倘若当事人希望该法仅发生未来效力，瑞士法也予以尊重和保护。据此，在当事人多次协议变更法律选择的情形下，法院以当事人最后作出的有效选择确定准据法，使得同一个夫妻财产关系适用于同一个法律体系调整。在形式问题上，根据该条第 1 款的规定并结合第 1 款和第 2 款之间的逻辑关系，当事人达成的法律变更协议以及排除溯及力的约定必须“以书面协议作出或者在婚约的具体条款中明确的体现出来。在其他情形下，法律选择由所选择的法律支配”。对于由于住所变更而造成的准据法客观变更，瑞士《关于国际私法的联邦法》第 55 条第 1 款规定：“夫妻双方将其住所从一国移至另一国时，应适用新住所地国家的法律且其效力追溯至结婚之时。夫妻双方可通过书面形式约定排除该追溯力”。

再比如保加利亚《关于国际私法的法典》（2005 年 5 月 4 日文本）第 80 条第 3 款也作出类似规定，不仅允许当事人在婚后选择或变更准据法，而且所选择或变更的法律的效力将回溯至“结婚时”，除非当事人以约定方式排除其溯及力。而第四章“准据法的一般规定”中第 42 条规定则更多指向当事人未作法律选择的情形：“据以确定准据法的情势事后发生变更的，无任何追溯力”。在此情形下，根据该法第 79 条规定，夫妻财产关系同夫妻人身关系适用相同法律适用规则，即按照“共同国籍国——共同惯常居所地——与双方均具有最密切联系的国家”的顺序确定准据法，而连结点的事实转移并不产生准据法自动变更的效果，因而保加利亚奉行的是“不变更主义”。

（四）小结

在夫妻财产关系准据法发生客观变更的情形下，如果以“结婚时”对应的连结点确定准据法，则在起诉之该准据法与夫妻财产关系之间的“实质上的最密切联系”或许已经被中断或被替换，而且难以保护变更后的“惯常居所地”“国籍国”以及“住所地”的公共秩序。事实上，在争议发生时，保护当事人最后的共同惯常居所地、共同国籍国或者共同住所地的公共秩序更加具有紧急性，司法判决所引起的社会效应在上述地域也更为明显。因此，笔者主张在夫妻财产关系准据法发生时际冲突之时，应奉行“变更主义”——对准据法变更之后获得的财产，适用新准据法。在夫妻关系准据法发生主观变更的情形下，则当然地尊重当事人双方变更准据法的协调意愿，以变更后的准据法支配此后获得的财产。

是否应由新准据法一并调整变更之前所获的财产，即是否赋予新准据法以溯及力，是上述三种立法模式的分歧之处。笔者认为，“法定绝对不溯及既往”在一定程度上忽视了夫妻财产关系所具有的契约属性和持续性；“法定一般溯及既往”则不利于既存法律关系的稳定性；“法定一般不溯及既往”则以法律规则的可预期性和稳定为基础，以当事人合意选择作为弹性设置，能较好地实现二者的侧重和平衡。并且，既然法律的“可预期性”立足于保护当事人利益的价值立场，当事人选择将变更后的回溯适用于之前取得的财产，事实上可以弥补新准据法的“超预期性”。二者的价值立场和法律适用逻辑是一致的，均以当事人的协调意志贯穿于夫妻财产关系的始终，并没有偏离国际私法部门同样应该具备的可预知性和确定性。

[①] 该款规定：“一人具有多个国籍时，除本法另有规定外，在确定应适用的法律方面，应以与该人具有最密切联系的国家的国籍为准。”参见邹国勇：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社 2017 年版，第 381 页。

四、我国关于夫妻财产关系准据法的变更及其溯及力的立法

我国关于“夫妻财产关系”的法律适用规则，仅限于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 24 条。该条首先允许当事人选择适用一方的经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律；若未作当选择或者法律选择协议无效的，则以“共同经常居所地法律——共同国籍国法律”的顺序确定应适用的法律。

（一）未明确夫妻财产关系准据法的可变性

不同于《法律适用法》中所规定的“结婚条件”（第 21 条）、“结婚手续”（第 22 条）、“协议离婚”（第 26 条）和“诉讼离婚”（第 27 条）等涉外民事关系，“夫妻财产关系”通常表现为一种持续性的法律状态，一般具有一定的时间跨度，短则可至几个月，长则可达几十年。对于持续时间较长的婚姻关系，倘若在婚姻成立之时至当事人就财产争议提起诉讼之时，有关的冲突法规则、准据法规则以及当事人的“经常居所地”“国籍国”或者“主要财产所在地”等变化，导致夫妻财产关系准据法发生客观变更；或者，当事人在此期间选择或变更准据法，均会产生导致同一夫妻关系之下前后获得的财产适用不同的准据法规则。

对于准据法的客观变更，《<法律适用法>司法解释（一）》第 2 条针对冲突法规则变更的情形提供了解决方案，赋予《法律适用法》以有条件的溯及效力。[①]但是对于准据法规则的变更或者事实连结点的变更，该法并未通过在第 24 条中订入“结婚时”“起诉时”等时间条件加以限定，因此我国法律究竟采取“变更主义”还是“不变更主义”并不明朗。

尽管《法律适用法》允许夫妻财产关系准据法的主观变更，但是在主观变更的基础之上还有可能发生准据法的客观变更。比如在夫妻财产关系的事实连结点发生变更后，当事人先前所选法域可能已经不再符合《法律适用法》的要求——不属于“共同惯常地”“共同国籍国”或“主要财产所在地”。如果奉行“不变更主义”，便难以保护事实连结点变更后所指向的法域的公共秩序；如果奉行“变更主义”，则可能违背了当事人的意愿或超过了行为当时的预期。

笔者认为，这种情况下，理论上法院可以采取的做法有四种：（1）按照尽量尊重当事人的自治意愿的原则，向当事人释明此种情形，提示当事人有权变更夫妻财产关系的准据法。（2）按照准据法的确定性和可预期性原则，采取“不变更主义”，即继续按照既有的法律选择协议确定准据法；（3）根据当事人的选法逻辑，根据协议中选择的法律体系寻找出对应的连结点，然后重新依照该连结点确定新的准据法；（4）依照合同效力理论，将“法律选择协议”视为当事人就夫妻财产关系法律适用所达成的合同，而《法律适用法》所规定的法律选择范围为具有强制适用效力，连结点的事实变更导致该合同的效力区间发生“时际分割”，在该分割点之后的法律选择协议因为违反《法律适用法》的强制性内容而无效，法院可以将之作为“当事人没有选择法律或法律选择无效”的情形对待，从而有次序地适用“共同经常居所地”和“共同国籍国”来确定准据法。

（二）未明确变更后的准据法的溯及力问题

为了兼顾不同婚姻关系的实际状况和当事人需求，应借鉴《婚姻财产条例》的规定，即不强制赋予当事人协议变更后的准据法以溯及力，而是将“溯及力”问题作为可以由当事人选择和决断的事项。由当事人协议赋予新准据法溯及调整财产关系的效力，适应了婚姻家庭领域扩大当事人意思自治的立法趋势。在夫妻财产关系问题上，当事人是其个人利

[①] 根据该条规定，对于在《法律适用法》实施以前发生的涉外民事法律关系，倘若当时存在专门的法律适用规则，则适用该规则；倘若不存在此规则，则法院可以参考《法律适用法》的相关规定。

益的最佳法官[①]（best judge of their interest）。法官作为中立的第三方，无法深入了解夫妻关系的内部实际状况，而是主要根据冲突法规则中的连结点，并结合案件事实，寻找出某连结点指向的具体法域。在逻辑上以“每一种涉外民事关系有与之有最密切联系的地理空间意义上的‘本座’”为预设前提，适用过程和结果难免抽象和狭隘，所确定的准据法也并不一定是解决夫妻财产关系的“最佳法”。只有夫妻财产关系的当事人最熟悉各自的财务状况、各自对家庭的经济贡献程度以及具体财产的获得、使用以及处分状况等。在争议发生后，各方一般会倾向于适用有利于自身财产利益最大化的法律体系，由当事人自行就准据法达成选择或变更协议并决定其是否具有溯及力，实质上就是由双方各自估量并进行博弈、平衡和妥协，这是一种可以实现的“利益最大化”。

对此，笔者认为应当借鉴欧盟理事会《婚姻财产制条例》所采取的“法定一般不溯及既往”模式，将夫妻财产关系准据法变更后的的溯及力问题优先交由当事人决定，当且仅当当事人未作约定时，则变更后的准据法一般性地不溯及既往。

（三）未体现对善意第三人利益的保护

根据《<法律适用法>司法解释》第 8 条第 1 款的规定:“当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的，人民法院应予准许。”结合我国《合同法》第 10 条的规定，“明示”可以表现为“书面、口头或其他形式”。在法律选择与变更协议中，“其他形式”主要表现为“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的”。这几乎赋予了当事人变更准据法的绝对权利，而并不需要法官依照职权或依申请审查准据法的变更是否会对第三人的合法预期利益造成影响。

如果当事人在庭审时采用口头形式或者“其他形式”变更法律选择，法院是否须审查此行为对第三人利益的影响，以及法院是否有足够的能力审查当事人一方或双方诉争发生以前与第三人建立的民商事关系？对此，我国法律并未区分法律变更协议及溯及适用的内部效力和外部效力，这似乎为当事人合意减损第三人的利益留下了空间——即便当事人就内部效力发生争议，但是双方在防止争议财产总量减少以及扩大争议财产总量方面存在共同利益，继而有可能出现双方恶意讨债的行为。

因此，在夫妻财产关系准据法发生变更的情况下，或者当事人赋予新准据法以溯及力的情况下，应该确保新法的适用不损害善意第三人的预期利益，增加体现保护善意第三人原则的限制条款。

9.论涉外网络著作权侵权的法律适用

王光英子* 汪文涵*

摘　要：如今，我们对于网络的使用越来越不可缺少和频繁，涉外网络著作权侵权行为正是利用了网络的虚拟性，再加上此种侵权行为会利用网络作为“桥梁”联系世界上任何一个国家从而具有了涉外属性。由于涉外网络著作权侵权的新颖性和其独有的特点，给传统的知识产权侵权行为带来了两个挑战，首先对知识产权类型的分类有待仔细区分，其次对于连结点“被请求保护地”的解释也需要进一步扩大。回应挑战的同时也需要灵活运

① Westen, P. The logic of consent: The diversity and deceptiveness of consent as a defense to criminal conduct. (2004).

* 宁波大学法学院，2018 级国际法学专业硕士研究生。
* 宁波大学法学院，2018 级法律硕士研究生。

用最密切联系原则，然后站在一个宏观的、全面的角度去思考涉外网络著作权侵权的法律适用问题。

关键词：涉外知识产权；网络著作权侵权；法律适用

Abstract： Nowadays, our use of the Internet is becoming more and more indispensable and frequent. Foreign-related Internet copyright infringement makes use of the virtual nature of the Internet. In addition, such infringement will use the Internet as a "bridge" to contact any country in the world and thus has foreign-related properties. Due to the novelty and unique characteristics of foreign-related network copyright infringement, two challenges have been brought to the traditional intellectual property infringement. First, the classification of intellectual property types needs to be carefully distinguished; second, the interpretation of the link point "protected place requested" needs to be further expanded. While responding to the challenge, it is also necessary to flexibly apply the principle of the closest relation, and then consider the legal application of foreign Internet copyright infringement from a macroscopic and comprehensive perspective.

Key word: Foreign intellectual property rights; Network copyright infringement; The applicable law

引言

20 世纪 90 年代中期以后，尤其是进入 21 世纪以来，随着计算机技术和互联网应用技术的日益发展，网络作为信息技术革新的产物，在国内以极快的速度取得蓬勃发展。它早已摆脱了从属于传统媒体的“第四媒体”角色，日益社会化且成为现代媒体产业中不可或缺的支柱之一。

网络作为一个虚拟空间，它所提供给我们的这样一个新兴的平台，在便利生活的同时也对作为上层建筑的法律提出了新的挑战。网络拥有无国界性和虚拟性的特质，这样的特质使得网络法律问题复杂且难以预见。网络所负担的功能要比以往任何一种媒介更深入而广泛，因此，利用网络侵权的行为层出不穷，涉外网络侵权纠纷也愈发频繁。其中以“诽谤”和“知识产权侵权”问题最为典型和复杂。

其中典型的知识产权侵权案件便是从 2011 年以来一直吸引公众眼球的作家联盟三诉“苹果”系列案件。2011 年 7 月，韩寒、李承鹏等 5 位作家和磨铁、新经典等五家出版社共同发起了“作家维权联盟”，起诉美国苹果公司的 App Store（即“网上应用商店”）未经作家许可和同意销售多位由个人程序开发员上传的中国作家作品应用程序，包括韩寒的《青春》、《他的国》，当年明月的《明朝那些事》和麦家的《暗算》等，并索赔共计 1100 万元人民币。北京第二中级人民法院已于 2012 年 12 月 27 日对部分案件作出初审判决，作家联盟胜诉，但是判决的赔偿金额只有 40 余万元。

那么，涉外网络著作权侵权对传统涉外网络侵权的法律适用造成了哪些冲击呢？关于规制涉外网络著作权侵权我们是不是要重新制定一套规则呢？又该如何去制定呢？

一、涉外网络著作权侵权的特征

在讨论涉外网络知识产权侵权对一般涉外网络侵权带来的冲击之前，有必要先讨论一下涉外网络著作权侵权的特征，因为涉外网络著作权侵权的特性及其对传统侵权法律适用的挑战从源头来看，是跟网络本身的特性有关系的。

（一）涉外网络著作权侵权的特征

1.虚拟性

虚拟性主要指的就是侵权行为人实施侵权行为是通过一种虚拟的媒介来达成的。这类行为的实施并不是通过一般民法上的“面对面”的“线下”活动，而是通过网络这一新兴媒介“线上”对远程的不特定或特定的对象实施的侵权行为。面对越来越快捷的生活需要，很多书籍都推行了“电子版本”，使得大家可以不受纸质书的束缚，随时随地进行阅读。通过各种网络平台，如论坛、贴吧的连载或者专门的读书网站的发布，让每一个人都可以成为作家的同时也让每一本书的著作权都有可能被侵犯。

无边界性是虚拟性中体现得最为显著的因素。主要强调由于网络侵权行为传播范围广、传播速度快的特点，通常给受侵害人造成的损失是无法预估和计算的。Internet（互联网）是一个没有国家、没有法律、没有警察的网络空间。但是，它并非完全独立于现实的物理空间，而是后者的延伸和补充，两者存在明显的共生关系。由于从事网上活动的人、法律关系的主体处于不同国家的控制之下，许多网上活动的标的、法律关系的客体位于不同国家，随着网上活动的日益频繁，它必然影响到各国的利益，国家便会对这些活动作出反应，加以调整。[①] “只要连接网络，就可以走遍世界。”这并不是一句空话，现在很多年轻用户善于运用各种手段获得更多的信息，如利用 VPN 作为“跳板”就可以“翻墙”出国界，接收来自各个国家的信息。对于涉外网络著作权侵权行为来说，利用这种方法，用户完全可以通过复制、转载等方式将国内的某一个作家的作品不加任何注明地发布到域外。

2.涉外性

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》是我国首次在立法上对涉外民事关系加以定义，该解释第一条规定：民事关系中当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人的；当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；标的物在中华人民共和国领域外的；以及产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的，人民法院可以认定其为涉外民事关系。

这里的“涉外性”主要指的是侵权行为人将通过我国国内的网络发布的作品，通过一系列的操作在无注明转载来源、无告知作者本人的情况下将其通过网络上传到域外的网站、论坛等公众平台上。所以这里讨论的涉外网络著作权侵权行为是区别于仅涉及在我国国内通过网络侵犯他人著作权的行为。因为这里主要讨论的是国际私法中的涉外的网络著作权侵权，且涉及到可能任何一个国家的域外网络，因此涉外性是其必不可少的性质。

二、涉外网络著作权侵权对传统侵权法律适用的挑战

随着知识经济时代的到来，知识产权作为一种财产权的地位日益凸现。然而，地域性仍然是知识产权的显著特征。一系列保护知识产权的国际公约在一定程度上削弱了严格“属地主义”的作用，但这些条约的主要目标是最大限度地统一保护知识产权的实体法，在涉及跨国知识产权方面仅设定了最低标准，即“国民待遇”原则。[②]之前提到网络空间的侵权行为特点之一就是虚拟性，在涉外网络著作权侵权上表现出来的就是使得著作权原本的“地域性”衰减，信息交互越来越快捷、便利使得著作权的专属性以及保护变得越来越困难。

（一）对知识产权类型分类带来挑战

根据知识产权各类权利的共性和差异性，一方面将知识产权作了注册性权利与非注册性权利的区分，分别就这两种类型的权利从整体上作了原则性的规定；另一方面，又就各自类型中的各别具有典型意义的权利进行了具体的规定。例如，《ALI 原则》除了对注册性

[①] 肖永平、李臣：《国际私法在互联网环境下面临的挑战》，《中国社会科学》2001 年第 1 期，第 100 页。
[②] 肖永平、李臣：《国际私法在互联网环境下面临的挑战》，《中国社会科学》2001 年第 1 期，第 101 页。

权利进行规定，也对未经注册的商标和商业外观进行了规定。《ALI 原则》通过这种方式，来为法官和当事人在确定准据法时提供相对明确的指导。[①]我们必须看到，一方面知识产权虽然都是无形财产权，但其中有一部分权利获得保护的前提是经过注册，而另一部分权利的保护则无此前提；另一方面，知识产权是无形财产权的一个概称，其范围也在不断扩张，但作为无形权利，这些权利既有差异也存在共性。除了将知识产权分为注册性和非注册性权利，另一分类就是将其分为著作权和工业产权，从而更有针对性。对于涉外网络著作权侵权来说就属于非注册性权利，对知识产权作出类型上的区分能够更好的保护该权利。

（二）对连接点的解释带来挑战

我国《涉外民事关系法律适用法》第 44 条、第 46 条以及第 50 条分别规定了侵权责任，使用网络侵害人格权以及知识产权侵权责任的法律适用。在涉外网络知识侵权的诸多侵权种类中，知识产权侵权涉及到的就是知识产权作为一种财产权由此带给权利人利益，而诽谤则涉及侵害人格权问题，所以涉外知识产权侵权不可用第 46 条加以规制。第 44 条中的“侵权行为地法律”以及第 50 条中的“被请求保护地法律”和“法院地”供选用，二者之中，涉外网络著作权侵权显然跟第 50 条中的规定比较接近，对于第 50 条的“被请求保护地”，加上了“网络”这个因素之后应该适当的做一些扩大解释。

通过第 50 条我们可以看出立法者对于知识产权侵权规制的基本思路，将意思自治在知识产权领域的作用加以肯定，但是对意思自治的选择范围又应该加以严格限制。第 50 条的后半部分规定了当事人可以协议选择法院地法，法院地法其实体现了对于法院地国主权的保护，这种思路其实有利于纠纷解决的，但是当事人只能协议选择法院地法吗？当受害方作为原告提起诉讼的时候，势必会选择对自己更为有利的法律，而站在保护受害方权利的角度看，其实应该取消对协议选择的限制，这样能够让受害方的保护得到更多保障，毕竟涉外网络著作权侵权中在各种因素都难以确定的情况下，应该赋予当事人多一点选择的余地。

对于“被请求保护地”来说，其实它是包含了侵权行为地、法院地、权力来源地以及提起请求保护地。其中对于“侵权行为地”需要做出进一步扩大解释。由于 Internet 连结着全球 170 多个国家上亿台计算机，这就导致任何网上活动都是全球的而不是地方性的。这就使侵权行为地的确定具有很大的随意性和偶然性。[②]由此，鉴于网络本身的特点，在网络上经常会遇到难以找到侵权行为人，或行为人的住所地和侵权行为地均在国外等情况，可以对难以确定侵权行为地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

三、对于涉外网络著作权侵权法律适用带来的挑战的回应

随着网络的飞速发展和国际交流逐渐频繁，涉外网络侵权案件已经也将会越来越多。在我国现有的法律体系和法律适用实践的基础上，如何加以完善，使得涉外网络著作权侵权案件得到更加公平有效的解决，具有重要的现实意义。在涉外网络著作权侵权案件给传统的管辖规则带来挑战的同时，我们也面临着探求全新的、与网络环境相适应的管辖规则或对传统管辖规则进行改良的选择。

马克思·普朗克知识产权冲突法研究组于 2011 年 12 月颁布了《知识产权冲突法原则》（简称《CLIP 原则》），该原则创新性的将当事人意思自治原则奉为一般性原则，认为涉外知识产权侵权和救济的法律适用法当然也可以是当事人根据协议选择自行作出，前提是协

---

① 何艳：《知识产权国际私法保护规则的新发展——<知识产权:跨国纠纷管辖权、法律选择和判决原则>述评及启示》，《法商研究》2009 年 1 期，第 116 页。

② 肖永平、李臣：《国际私法在互联网环境下面临的挑战》，《中国社会科学》2001 年第 1 期，第 103 页。

议没有损害到第三方的合法权益。应该注意的是，在当事人双方并没有作出协议选择的时候，《CILP 原则》第 304 条明确规定知识产权侵权以及救济都适用保护国法。当然，在双方当事人都未能进行协议选择时，准据法的选择应该是合同订立时与合同有最密切联系的法律。在广泛考量了知识产权的行使，义务履行的明示与暗示，被许可的知识产权权利是否具独占性，权利的主要行使实施地，当事人惯常居所地等一系列因素之后，如果认定权利受让人或实施许可人即被许可人的惯常居所地存在更加密切的联系时，则应当适用惯常居所地法律。

（一）软化连接点因素

萨维尼的“法律关系本座说”可以视作是最密切联系原则的渊源，然后最密切联系原则在实用度上是远超前者的。“法律关系本座说”认为，所有的法律关系都必然存在一个具体本座和其相联，也即只要找到本座所在地对应的法律，就能确定某一法律关系的造用准据法。与此相反，最密切联系原则绝不呆板的追求一个唯一的本座，它更注重的是某法律关系与具体法律之间可能存在的密切联系，进而对比这些联系的强弱度，挑选出最强联系以确定法律选挥的最终依据。最密切联系原则能更有效的保护案件当事人的利益，也最有希望寻得公平正义的个案判决结果。

我们不妨将最密切联系视为一种创新型的连接点，因为其在地位上可与传统国际私法中的属人连接点、物之所在地、侵权行为地等处于同等位置。最密切联系原则依旧不放弃行为的场所化因素，但是其淡化了场所具体指向的固定地点，转而追求具体的法律关系中因为所涉事实不同而具备的更多可能性。最密切联系原则换弃硬性的客观连结点，注重灵活多变的最密切联系地。而根据最密切联系原则的要求，法官在处理具体个案时，就更多的要考量案件所涉法律问题本身的特征，在确定实质的基础上判断与案件相关的诸多因素，维护多方当事人的利益，致力于调和各项公共政策和价值追求，而不是完全基于地理位置的化械选择。[①]网络打破了传统的地理边界、侵权方式复杂多变，人们更加关注个案的正义和公正，要求连结点的发展需要更加趋向多元性和灵活性。

（二）国家本位向国际本位转换

在网络社会里，国家和政府的角色重量被大大地稀释了，其开放性的协议使得世界上每个网络空间的人都有可能平等自由地交流。网络促使国家性一步一步弱化，越来越多的国家法学者开始关注国际利益的重要性。而保护网络世界中的国际利益也显得尤为重要。只注重保护本国的利益，侧重法院地的法律适用原则，而不顾其他国家的发展水平，在现实世界里是行不通的。突破以国家本位为出发点的传统，努力实现国家利益和国际利益之间的平衡，并注重保护国际利益。早在 3 个世纪以前，胡伯在其著名的国际礼让说(Comitas Gentium) 中指出，主权国家对于另一国家已在其本国有效实施的法律，出于礼让，应保持其在境内的效力，只要这样做不损害自己国家及臣民的权益。在现代国际交往中，胡伯的观点仍有启迪性，国家间的礼让依然发挥着重要作用。直到今天，英国有些法院还以礼让作为确定准据法的理由。因此，人民法院在审理涉外知识产权案件时应平等对待内外国法律，在礼让的基础上充分顾及到外国法适用的可能性和必要性。[②] 每个国家和地区的文化背景、法律制度都各不相同，要达成一致、相互妥协仍需各国一致的竭诚努力。

结语

荷兰法学家弗鲁恩德曾说：“国际私法的全部思想都是建立在法律和领土之间的联系上；国际私法要回答的问题就是如一个人、一件事、一个行为究竟和哪一个地方的法律有

[①] 宋晓：《侵权冲突法一般规则之确立——基于罗马 II 与中国侵权冲突法的对比分析》，《法学家》2010 年第 3 期，第 162 页。

[②] 王承志：《论涉外知识产权审判中的法律适用问题》，《.法学评论》2012 年第 1 期，第 138 页。

关联。”[①]但是互联网无国界、虚拟化和无边界化环境的特点，对传统国际私法提出了严峻挑战。也就是说，通过互联网所反映出的一个人、一件事、一个行为不再像传统国际私法上只是与某一个地方存在着关联，而可能是与“一系列”的地方乃至世界各地相联系，并且无法区分各地之间的界线。法律在网络社区中遭受到了冲击和影响，但它不应成为阻止网络社区发展的障碍。对国际私法而言，迫切需要对那些具有明显地域特征的法律适用规则进行适当的变革；有必要对运用于网络环境下使用的国际私法概念做相应地调整；采用新的法律适用规则来替代旧的国际私法规则。

目前我们尚不能下定论，网络世界会发展成什么摸样，但是我们应当抱着积极的态度应对科学技术日新月异带来的许多新的法律问题，加快建立和完善涉外网络侵权的立法。在确定涉外侵权的法律适用原则时，我们要保持开放的头脑，但心中秉持基本原则，用一种灵活、弹性的方式，使之既满足瞬息万变的社会实践需要，也要对法官的自由裁量进行限制，从而实现法律适用的正义。

参考文献

（1）孙尚鸿：《中国涉外网络侵权管辖权研究》，《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 2 期。
（2）肖永平、李臣：《国际私法在互联网环境下面临的挑战》，《中国社会科学》2001 年第 1 期。
（3）朱军：《信息时代对著作权的新挑战》，《法学评论》1998 第 6 期。
（4）王德全：《试论 Internet 案件的司法管辖权》，《中外法学》1998 第 2 期。
（5）肖永平、郭明磊：《网址的法律地位探析》，《法学杂志》2000 年第 3 期。
（6）黄进、何其生：《电子商务与冲突法的变革》，《中国法学》2003 第 1 期。
（7）徐剑：《中国涉外网络著作权侵权诉讼的实证分析》，《出版科学》2017 年第 1 期。
（8）张春良、周童：《论涉外不正当竞争法律适用——基于同知识产权并存交叉的考量视角》，《电子知识产权》2016 年第 10 期。
（9）王承志：《论涉外知识产权审判中的法律适用问题》，《法学评论》2012 年第 1 期。
（10）齐爱民、何培育：《涉外知识产权纠纷的法律适用——兼评<涉外民事关系法律适用法>相关规定》，《知识产权》2011 年第 2 期。
（11）何艳：《知识产权国际私法保护规则的新发展——<知识产权:跨国纠纷管辖权、法律选择和判决原则>述评及启示》，《法商研究》2009 年 1 期。
（12）姜丹明：《涉外知识产权案件管辖权的国际协调》，《专利法研究（2004）》2005 年第 13 期。
（13）叶金强：《风险领域理论与侵权法二元归责体系》，《法学研究》2009 年第 2 期。
（14）陈彬：《略论网络社区规则对国际私法的影响——法哲学层面的思考》，《网络法律评论》2004 年第 2 期。
（15）宣增益：《论跨国侵权法律适用中的几个新动向——兼谈对我国立法的建议》，《比较法研究》2010 第 5 期。
（16）宋晓：《侵权冲突法一般规则之确立——基于罗马 II 与中国侵权冲突法的对比分析》，《法学家》2010 年第 3 期。
（17）袁泳：《计算机网络上数字传输的著作权问题研究》，《中外法学》1998 年第 1 期。
（18）张柳坚：《多媒体技术与著作权法》，《知识产权》1997 第 5 期。

[①] 陈彬：《略论网络社区规则对国际私法的影响——法哲学层面的思考》，《网络法律评论》2004 年第 2 期，第 245 页。

（19）张新宝：《侵权责任法原理》，中国政法大学出版社 2005 版。
（20）【美】西蒙尼德斯：《20 世纪的国际私法——进步还是退步》，宋晓译，Private international Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?，Kluwer Law International (2000)。

10.香港上市公司关联交易信息披露制度及其启示

艾相健*

摘 要：香港是我国的国际金融中心，是最受欢迎的国际集资中心之一，拥有完善的法律制度和健全的金融体系。内地证券市场作为新兴证券市场正处于制度完善期，有一些制度还没有建立。内地和香港是互利共赢的关系，具有相似的文化底蕴，并且都与中国经济密切相关，因此内地证券市场向香港借鉴经验具有重要的价值。本文通过对香港《联交所上市规则》的论述来展开对香港上市公司关联交易信息披露制度的研究，通过对《上交所关联交易实施指引》及其他规则的论述来研究内地关联交易信息披露制度，同时也研究了内地和香港的相关案例，本文侧重于对香港市场经验的研究。本文主要研究当上市公司与其关联人士构成关联交易时，上市公司应该履行的信息披露责任，通过对比研究香港和内地相关制度，找出内地需要进一步完善的地方。

关键词：上市公司；关联交易，信息披露

Abstract: Hong Kong is China's international financial center and one of the most popular international fund-raising centers. It has a sound legal system and a sound financial system. The mainland securities market as an emerging securities market is in a period of institutional perfection, and some systems have not yet been established. The Mainland and Hong Kong are mutually beneficial and win-win relations, have similar cultural heritage, and are closely related to the Chinese economy. Therefore, it is of great value for the mainland securities market to draw lessons from Hong Kong. This paper explores the information disclosure system for connected transactions of listed companies in Hong Kong through the discussion of the Hong Kong Stock Exchange Listing Rules, and studies the information disclosure system for related transactions in the Mainland through the discussion of the Guidelines for the Implementation of SSE Related Transactions and other rules. At the same time, the relevant cases of the Mainland and Hong Kong have also been studied. This paper focuses on the study of Hong Kong market experience. This paper mainly studies the information disclosure responsibilities that a listed company should perform when a listed company and its related parties constitute a connected transaction. By comparing the relevant systems in Hong Kong and the Mainland, it is necessary to find out where the mainland needs further improvement.

Keywords: listed company; related party transactions, information disclosure

一、关联人士与关联交易的定义

（一）关联人士的定义

* 艾相健：华中科技大学 法学院，湖北 武汉 430073

明确关联人士的含义是研究关联交易信息披露制度的基础，只有清楚了上市公司的关联人士组成范围，才能确定上市公司的交易是否属于关联交易，然后才能确定上市公司是否负有信息披露的责任。

根据《联交所上市规则》第 14A.07 条的规定，关联人士是指：（1）上市公司或其任何附属公司的董事、最高行政人员或主要股东；（2）过去 12 个月内，曾经担任该上市公司或其任何附属公司的董事的人；（3）中国上市公司或其任何附属公司的监事；（4）任何上述人士的联系人；（5）关联附属公司[①]；（6）被联交所视为有关联的其他人士。第 14A 章一共 105 条，其中联交所用了 16 个条文和 16 幅关系图来解释和说明关联人士的定义，这充分说明了该定义的复杂性和重要性，也说明了联交所对关联人士认定的严格要求（见图 1）。概述之，关联人士就是指与某上市公司有密切关系的人或者其他机构，这些人或者其他机构与上市公司之间构成关联关系。针对与上市公司的关联度的不同，联交所将上市公司的关联人士分为发行人层面的关联人士与附属公司层面的关联人士，前者与上市公司的关系要比后者密切很多，也是上市公司信息披露的重点。根据《上交所关联交易实施指引》的规定，上交所将关联人士分为关联自然人和关联法人，其定义与联交所相似，但是两者之间也存在一些明显区别。上交所对关联人士的定义较为笼统，不够细化。本文认为上交所可以借鉴联交所的经验，进一步细化其现有规定，同时引入图示，使关联人士概念更加清晰易懂。

1.新申请人

根据《联交所上市规则》的定义，关联人士不包括新申请人的关联人士，但是根据联交所的要求，新申请人在申请上市的时候需要提交申请版本，申请版本中需要专章披露关联交易的情况[②]。如果关联人士不包括新申请人的关联人士，根据第 14A.15 条的规定，其自然不存在关联交易，也就无需披露，上交所也没有将拟上市公司的关联人士纳入关联人士范围。因此本文认为，应该在内地和香港的关联人士定义中加入新申请人或者拟上市公司的关联人士，使其在 IPO 阶段披露关联交易信息具有法律基础。

2.董事

根据《联交所上市规则》的规定，董事是指以任何职称担任董事职位的人。香港是实行英美法系的国家，公司结构实行的是二元制，只有股东大会和董事会，没有监事会。董事一般分为执行董事和非执行董事，执行董事一般代表主要股东，由股东大会选举产生。为了更好地监督执行董事，使其以股东整体利益为重，联交所规定上市公司的董事会必须至少包括三名独立非执行董事，并且必须占董事会成员人数至少三分之一。这些独立非执行董事不参与公司日常经营管理，起着内地监事会的作用，监督执行董事的工作。还有一种幕后董事，一般也称为影子董事，根据《香港公司条例》第 2 条的规定，幕后董事是指其虽然不担任董事职位，但是该公司的过半数董事按其指示行事的人。因此根据联交所关于董事的定义，董事包括执行董事、非执行董事和影子董事。上交所也对上市公司董事进行了规定，但是规范对象主要为上市公司的执行董事而较少涉及独立董事，鉴于目前内地证券市场独立董事独立性较差，内地应该加强对独立董事的监管，将其纳入关联人士的监管范围。

3.主要股东

联交所认为持有 10%以上股份的人是上市公司的主要股东，而上交所则认为主要股东

[①] 根据《联交所上市规则》第 14A.16 条的规定，关联附属公司是指(1)符合下列情况之上市公司旗下非全资附属公司：即发行人层面的关联人士可在该附属公司的股东大会上个别或共同行使 10%或以上的表决权；该 10%水平不包括该关联人士透过上市公司持有该附属公司的任何间接权益；或(2)以上第(1)段所述非全资附属公司旗下任何附属公司.

[②] 香港联交所：指引信 GL56-13

是持有 5%以上股份的人。这一差异是与两地的投资者结构相适应的，香港投资者主要是机构投资者，而内地则主要是散户投资者。主要股东对上市公司具有重要影响力，往往具有控股权，并担任执行董事。因此对主要股东的监管是关联交易信息披露制度的重要内容。

（二）关联交易的定义

关联交易，也称为“关连交易[①]”“关联方交易[②]”、“基本自我交易[③]”，上文已经明确了上市公司关联人士的定义，根据《联交所上市规则》第 14A.23 条的规定，关联交易是指上市公司与其关联人士之间进行的交易，以及与第三方进行的指定类别交易，而该指定类别的交易可使关联人士间接获得利益。因此可以发现在关联交易中不一定非要有关联人士参与。根据《上交所上市规则》第 10.1.1 条的规定，关联交易是指上市公司或者其控股子公司与关联人之间的交易，而不包括与非关联人士之间的交易。与联交所对比可以发现，上交所的监管规定不够严密，因此上交所对关联交易的认定应该扩大。关联交易一般分为一次性关联交易与持续性关联交易，内地证券市场一般将持续性关联交易称为日常关联交易。一次性关联交易是指交易持续时间较短，金额一般较小。持续性关联交易是指持续时间较长，一般超过一年甚至三年，金额较大的关联交易。

根据联交所的定义可知关联人士与上市公司之间的任何交易都是关联交易，而不论交易内容和金额大小，一旦认定存在关联关系并且产生了交易那么关联交易就成立了。对于独立第三方则只有那些可能使关联人士获得利益的交易才被认定为关联交易，本质上看，上市公司与独立第三方之间的交易就是上市公司与其关联人士之间的交易，独立第三方只是中介。因此上市公司与其关联人士之间的关联交易范围很广，一旦成立交易就必须纳入管理范围，遵守不同的监管规定。对于那些影响较小、交易金额较小的、履行了相关法律程序的关联交易，联交所的监管力度较小，联交所主要监管涉及重大利益的关联交易，这也是本文研究的重点。

二、关联交易信息披露的重要内容和类型

（一）关联交易信息披露的重要内容

1.关联交易定价政策

关联交易定价政策是关联交易信息披露中最重要的内容，因为价格是反映该关联交易是否公允的最重要指标，因此必须详细披露。联交所为此专门制定指引信 GL73-14 进行详细说明，该指引主要是针对持续关联交易的，一次性的关联交易也可以参照适用。联交所[④]认为可以根据不同的定价政策将持续关联交易协议分为两类，一类是固定条款协议，这类协议规定的定价政策是固定的，包括固定金额或者固定计算公式来计算价格等情况，第二类是框架协议，这些协议的定价政策是不固定的，每项交易的价格可能会是依照定价指引或一系列的决定因素订立的，此类协议大多数会规定交易须按照市价进行。关联交易定价政策的披露是内地上市公司关联交易信息披露最明显的不足之处。很多内地上市公司在披露其定价政策时只是简单披露其交易金额，使投资者无法判断该定价政策是否公允。虽然《上交所关联交易实施指引》第五章对关联交易定价进行了单独说明，但是由于该规则不够细化，且操作性不强，对上市公司约束力不强。

联交所规定如果是固定条款协议上市公司应该对外披露其具体的定价条款，包括固定价格、确定价格的程序等。如果是框架协议，上市公司应该对外披露管理层确定价格及交易条款的方法和程序，并且需要解释为何其董事认为有关方法及程序可确保交易公平合理。

[①]《香港联交所上市规则》第 14A 章

[②]《企业会计准则第 36 号——关联方披露》

[③]（美）罗伯特·C·克拉克著；胡平等译：《公司法则》，1999 年，工商出版社，p130.

[④]香港联交所：《有关检讨关联交易规则的谘询文件》，2013 年 4 月，p47.

对于一份协议涉及多个关联交易的情况，联交所特别强调上市公司必须根据交易性质分别披露其定价政策，而决不可笼统概述。联交所认为上市公司应该尽量避免使用通用的样本定价机制，例如常用的“按一般商务条款”、“当时市价”、“公平协商的价格”。

2.关联交易参与人

关联人士是关联交易的重要参与人，必须对外披露，否则股东和公众无法判断该项关联交易是否公平合理。在披露关联交易对手方时也需要披露上市公司自己。如果对手方是机构，一般需要披露其主要业务、主要的管理层和控股股东。如果对手方是个人一般需要披露其姓名、住址等个人信息。其中关键一点是要披露上市公司与关联人士之间的关联关系，一般需要披露到对方的最终实益拥有人。在实践中这一项的披露存在很多瞒报和谎报的情况。这是与价格一样重要的要素，在审核时应该着重注意。例如在华谊嘉信案中，中国证监会认定其在《上市公告书》中未披露发行对象与该公司的关联关系。 同时也需要注意，由于上市公司关联人士较多，遗漏关联人士的情况较为普遍，因此联交所一般不要求上市公司完整披露其关联人士，但是必须披露有重要关联关系的人士。关联人士的认定是披露的重要前提，很多上市公司会根据情况变化不定期更新其关联人士清单以更好认定其关联人士。

3.关联交易事项

关联交易种类众多，不同的交易事项产生的风险不同，发生非公允关联交易的可能性不同，因此联交所对不同的关联交易进行不同的监管。联交所规定，全面披露的关联交易是需要重点披露的，对于部分豁免的关联交易是只需要遵守部分披露规定即可，而对于全面豁免的关联交易则是无须披露的，即所谓的差异化信息披露。联交所没有列举出需要进行重要监管的关联交易事项，采取概括规定。上交所列举了十六项常见的关联交易事项，同时规定了一项概括性条款。根据统计[①]，内地证券市场常见的非公允关联交易事项是上市公司为关联人士提供担保。一般情况下上市公司违规披露关联交易事项可以分为两类，一类是虚假披露关联交易事项。例如华泽钴镍为掩盖关联方长期占用资金的事实，将无效票据入账充当还款，在年报中进行虚假记载。第二类是不披露其关联交易。这是一种上市公司关联交易信息披露最常见的违规方式，例如舜天船舶未披露其与明德重工的关联交易。

（二）关联交易信息披露的类型

根据上市公司与其关联人士之间的交易内容、上市公司与其关联人士的关联度和关联交易需要遵守的信息披露规定的不同，联交所将关联交易分为三类，分别是：全面披露的关联交易、全面豁免的关联交易、部分豁免的关联交易。内地证券市场也可以进行类似分类，但是范围和衡量标准有一定的区别。在改革开放初期，联交所[②]把 H 股公司的关联交易分为两大类：（1）非国家政策或计划规定，但与关联人士有关的交易；（2）按国家政策或计划执行的交易。

1.全面披露的关联交易

（1）全面披露的关联交易需要遵守的规定

何美欢[③]认为除非获得豁免，否则所有的关联交易都必须向联交所披露，通过公告向公司股东公布，通过媒体向公众公布。对于全面披露的关联交易，上市公司需要完整地遵守联交所的相关规定，因为这些关联交易都是非常重要的，如果不完整披露是极有可能损害上市公司或者中小股东利益的，此时上市公司的负担是最大的。联交所规定上市公司需要遵守下列规定：

---

① 上海证券交易所研究中心：《中国公司治理报告（2011）：关联交易与同业竞争》，上海人民出版社，2011.

② 中国证券监督管理委员会，中华企业股份制咨询公司编：《香港上市公司规范运作实务指引》，改革出版社，1996 年，p63.

③ 何美欢：《公众公司及其股权证券》，北京大学出版社，1999 年，p637.

①签订书面协议。联交所和上交所都规定关联交易需要签订书面协议，不能是口头协议。

②刊发公告。根据联交所的规定，全面披露的关联交易需要刊发公告，上交所则规定需要刊发临时公告。

③股东批准。对于全面披露的关联交易需要经过股东批准以后才能生效。

④寄送通函。因为需要股东批准，联交所为了让股东更好地投票决定是否批准关联交易。联交所规定上市公司必须向股东发送通函，上市公司需要在通函内详细介绍待批准的关联交易的情况，并且还会附上由上市公司组成的独立董事委员会和委聘的独立财务顾问的意见，以帮助股东更好地参考是否批准该项关联交易。沪深证券市场不使用通函，而将待表决事项放在会议资料内发送给股东。

⑤年度申报。即需要在年报中披露此种关联交易的内容。

⑥持续关联交易是指涉及提供货物、服务或财务资助的关联交易。这些交易经常发生，并预期会维持较长时间，交易涉及的金额较大，因此往往属于需要全面披露的关联交易，但是也有属于其他类型的持续关联交易。对于持续关联交易除了需要遵守以上规定以外，联交所规定上市公司还需要遵守以下规定：

a.签订的书面协议必须载有关于付款项的计算基准。这主要是为了防止关联人士以虚高或者虚低的价格损害上市公司的利益，这是防止不公允关联交易产生的关键措施。

b.签订的书面协议必须有固定期限，一般不得一次性签订超过三年的协议，除非上市公司委任独立财务顾问作出合理解释。规定固定期限是为全年上限做铺垫，因为联交所规定持续关联交易必须订立全年上限，并且还需要以币值进行量化规定。这样做可以使不公允的持续关联交易得到进一步的遏制。因为一旦订立了全年上限，如果在规定时间内出现关联交易金额超过全年上限，那么就需要遵守公告和股东批准的规定。在实际情况下，有些上市公司在制定了全年上限以后由于市场环境的变化，导致该全年上限金额太小，比如油价的突然增加导致成本增加，在这些情况下上市公司往往主动更改其全年上限。

c.年度审核：除了年度申报以外，上市公司的独立非执行董事需要审核该年度进行的持续关联交易。上市公司也需要委聘其核数师来审核上市公司该年度进行的持续关联交易，核数师只需要将审核报告提交给上市公司董事会即可，上市公司需要在其年度报告付印至少 10 个营业日前，将核数师函件副本送交联交所审核，而无需在年报中披露。上市公司必须确保其关联人士与其一同接受该核数师的审核，否则核数师无法进行客观公正的审核工作。如果独立非执行董事和核数师发现违规情况，上市公司必须尽快通知联交所并且刊发公告。

（2）全面披露的关联交易种类

需要全面披露的关联交易数量是最少的，但是它是最重要的监管对象。联交所没有详细例举说明哪些关联交易需要全面披露，其衡量一项关联交易是否重大，主要采取四个指标来衡量，分别是资产比率、收益比率、代价比率、股本比率，盈利比率除外，因为盈利还未产生，本文涉及对关联交易进行判断的百分比率都将盈利比率除外，下文不再重复说明。根据《联交所上市规则》第 14A.76（2）条的规定，若资产比率、股本比率、收益比率、代价比率中有一项符合以下条件之一，交易即属于需全面披露的关联交易：（1）>5%；（2）≤5%，但是交易总额高于 1000 万港元。根据《上交所关联交易实施指引》第四章的规定，下列关联交易需要全面披露：（1）上市公司与关联自然人发生的关联交易达 30 万元以上；（2）上市公司与关联法人发生的关联交易达 300 万以上，且占公司最近一期经审计净资产绝对值 0.5％以上。

2.全面豁免的关联交易

（1）全面豁免的关联交易需要遵守的规定

全面豁免的关联交易也称为无需披露的关联交易，该项交易一般涉及金额较小，对上市公司造成重大损害的可能性很小。根据《联交所上市规则》第 14A.74 条的规定，全面豁免是指上市公司无需遵守股东批准、年度审阅及所有披露规定。但是该关联交易必须订立书面协议[①]。

（2）全面豁免的关联交易种类

①一般规定

根据《联交所上市规则》第 14A.76 条的规定，若一项关联交易所有百分比率都符合下列任何一个界线的规定，此项关联交易将属于全面豁免的关联交易：（1）<0.1%；（2）<1%，并且该项关联交易涉及附属公司层面的关联人士；（3）<5%，同时交易总额也少于 300 万港币。上市公司向关联人士发行新证券不属于该条的监管范围，而属于《联交所上市规则》第 14A.92 条的范围。根据《上交所关联交易实施指引》第四章规定推断，以下关联交易可以全面豁免：（1）上市公司与关联自然人的关联交易在 30 万以下；（2）上市公司与关联法人的关联交易在 300 万以下或占公司最近一期经审计净资产绝对值 0.5％以下。在整个《上交所关联交易实施指引》中直接规定可以全面豁免的只有第五十三条，即以下关联交易可以豁免披露和审议：（1）以现金认购公开发行的股票和债券；（2）作为承销团成员承销公开发行的股票和债券；（3）依据股东大会决议领取红利、股息等。这说明上交所对关联交易的豁免较联交所严格，只有较少的关联交易才可以直接获得全面豁免，但是这也与上交所对关联交易的狭窄定义有关，因为很多交易类型还未纳入关联交易的范围。

百分比率的计算在衡量关联交易的重要性和关联度的时候起着重要的量化作用，除上市公司发行新证券不适用以外，其他关联交易都适用该测量标准，后面一些关联交易也运用这些指标来作为测量标准。

根据表 1 可以发现，百分比率从最初的 0.03%逐渐升高至 0.1%,交易金额上限由 100 万港元升高到 300 万港元，这说明随着上市公司关联交易交易金额的不断增大，符合原来全面豁免的关联交易也越来越少，为了减轻上市公司的合规成本，将衡量标准逐步提高是有必要的，否则上市公司的合规成本会越来越高。2009 年联交所在市场咨询文件[②]中曾咨询市场意见，即全面豁免的关联交易无论采取哪个百分比率是否都应该同时设定一个绝对交易金额上限。由于上市公司大小及关联交易的规模大小都很不相同，因此要针对关联交易设定一个绝对交易金额上限很困难，最终在 2010 的修订中没有采纳该项建议。

②财务资助

a.上市公司提供的财务资助

根据《联交所上市规则》第 14A.89 条的规定，如果上市公司是按一般商务条款提供的财务资助，并且其提供的财务资助符合其在关联人士中所占的股权比例，该项交易可以全面豁免披露。如果是上市公司提供担保而构成关联交易，则必须是个别担保，而不能是其他类型的担保，因此上市公司需要严格按照其所占的股权比例来进行关联交易。根据《上交所关联交易实施指引》第二十条的规定，上市公司向其关联人提供担保，不管情况如何，都需要及时披露，并且需要董事会和股东大会审议。但是对于关联人士向上市公司提供担保且上市公司未提供反担保，上市公司则可以向上交所申请豁免披露。这说明内地对上市公司提供担保规定得较为严格，这主要是由于内地上市公司的关联人士曾经存在大量让上市公司为其提供担保进而损害上市公司利益的案例发生，为了减少此类情况的发生，内地证券市场对此做出极为严格的规定。

b.经营银行业务的公司提供的财务资助

---

① 香港联交所：常问问题系列 7，编号 32.

② 香港联交所：《2009 年 10 月-有关建议修订关联交易规则之谘询文件》，2009 年 10 月.

对于那些经营银行业务的公司[①]来说，如果银行按照正常的商业手续和一般的市场条件给关联人士提供财务资助可以获得全面豁免。但是对于不是按照一般商务条款提供的财务资助，如果数额较小，也可以获得全面豁免。根据《联交所上市规则》第 14A.87（2）条的规定，如果交易不是按一般商务条款进行，但所有百分比率都符合下列其中一个界线规定，交易将可获得全面豁免：(1)<0.1%；(2)<1%，该项交易涉及附属公司层面的关联人士；(3)<5%，交易总额也低于 300 万港元。

c.上市公司收取的财务资助

如果关联人士向上市公司提供财务资助是按照一般商务条款进行的，并且上市公司并没有提供抵押那么是可以获得全面豁免的。说明此时上市公司是受益人，获得了关联人士提供的利益。一旦上市公司为此提供了抵押，那么关联人士很可能以上市公司无法偿还债务为由非法获取上市公司的抵押品。在实践中存在大量这种掩人耳目的做法，关联人士表面上是向上市公司无偿转移利益，实则最后受损的却是上市公司。根据《上交所关联交易实施指引》第五十六条的规定，对于上述情况上市公司不是直接被豁免披露的，而是需要向上交所申请豁免披露。

3.部分豁免的关联交易

部分豁免的关联交易也称为部分披露的关联交易，其关联度较强，处于前两者中间的位置，因此联交所规定只需要做部分披露即可，无须进行全面披露。有一些关联交易是联交所规定上市公司只需要部分披露，有一些是联交所规定上市公司可以向联交所申请豁免披露的。联交所为了根据实际情况灵活运用其上市规则，在保持严格监管上市公司的同时合理减轻其合规负担，联交所允许上市公司向其申请豁免遵守部分关联交易监管规定。上市公司在向联交所申请豁免时须向联交所提交详细的申请理由以供联交所参考，联交所可以附加或者不附加条件同意授予上市公司部分或者全部豁免申请，上市一旦公司收到联交所批准的豁免申请，必须尽快刊发公告。上交所所规定的部分豁免的关联交易类型与联交所的极为不同，上交所规定若干交易可以向上交所申请豁免，而没有联交所那样明确的衡量标准。综合来看，可以发现，联交所将全面披露、全面豁免、部分豁免的关联交易进行了良好的区分，形成了一个清晰的层次感，而上交所只是简单区分了全面披露和全面豁免的关联交易，对于部分豁免的关联交易则是进行个案处理，没有形成明确的监管层次。除了上文提到的三种部分豁免的关联交易以外，上交所还规定对于以下关联交易上市公司可以向上交所申请部分豁免：（1）一方参与面向不特定对象进行的公开招标、公开拍卖等活动所导致的关联交易；（2）关联交易价格为国家规定的；（3）涉及国家秘密、商业机密，如果披露可能导致造成严重后果或者违反法律规定时，上市公司可以向上交所申请豁免披露相关信息。

三、关联交易信息披露的载体

（一）公告

1.关联交易的公告

公告内容必须符合《联交所上市规则》第 14A.68 条，公告是最重要的上市公司关联交易信息披露文件。上交所也规定上市公司需要以临时公告的形式披露关联交易。

2.核数师或独立非执行董事未能确认有关持续关联交易事宜的公告

根据《联交所上市规则》第 14A.55、14A.56 的规定，上市公司的持续关联交易每年需要核数师和独立非执行董事审核，以确认上市公司的前财政年度的持续关联交易是否合规，

[①] 经营银行业务的公司：指上市公司或其附属公司本身是银行、《银行条例》所指的有限制牌照银行或接受存款公司、又或根据海外适当的海外法例或权力组成的银行.

如果不合规上市公司需要发出公告，说明核数师或独立非执行董事不能确认有关持续关联交易合规。核数师可参考香港会计师公会发出的《实务说明》第 740 号关于香港《联交所上市规则》所述持续关联交易的核数师函件进行审核。根据披露易的数据，2017 年全年未出现一份这样的报告。2018 年出现了两份这样的报告，都是关于桑德国际股份有限公司（00967）的报告，目前其已被联交所停牌。

3.联交所就关联交易规定所授予的豁免公告

如果联交所认为上市公司的某些关联交易不需要某些规定，可以根据上市公司的申请允许其不需要遵守这些规定，以减轻上市公司的一些不必要负担。如果上市公司获得了联交所的某些豁免就需要发出公告。根据统计数据，2017 年披露易上公布的三级标题为“就关联交易规定所授予的豁免”的公告一共 11 份，仅占 0.32%，涉及 7 家上市公司，说明联交所对上市公司的豁免申请极其慎重，很少给予豁免批准。从表中可以看到联交所授予最多的是豁免遵守《联交所上市规则》第 14A.37 条的规定，即上市公司无须召开股东大会批准关联交易。

4.担保有形资产净值或溢利的公告

如上市公司购买关联人士一项业务或一家公司，同时对于该公司或业务的有形资产净值、盈利情况等财务表现作出相关保证，此时上市公司需要公告关联人士担保这些有形资产的净值数额或者溢利数额。如果后来上市公司没有实现关联人士所作出的保证情况，此时关联人士有义务赔偿上市公司的损失。上交所也对该情形极为关注，在《上交所关联交易指引》用专章对此事进行规范。因为上市公司在溢价购买关联人士的资产时非常可能发生非公允关联交易，因此确保该资产的价值公允极为重要。

5.须予公布的交易的公告

如果关联交易其后被终止、其条款有重大修订，或完成日期出现严重延误，上市公司必须尽快公布这些事宜。此时上市公司应按照第 14 章须予公布的交易的相关规定来发布公告。

（二）通函

根据《联交所上市规则》第 14A.46 条的规定，上市公司必须在规定时间内向股东发送通函。在沪深证券市场不使用通函，而在香港证券市场，在对重大关联交易事项进行表决时通函具有极为重要的作用。通函是股东表决关联交易事项的重要参考资料，有些上市公司使用大量时间来编制符合法律规定的通函，足可见通函对于股东的重要性。内地证券市场可以考虑引入通函的做法，在表决前给有表决权的股东提供详细的关联交易信息供其参考，加强对非公允关联交易的监管。

关联交易的通函需要达到以下要求：(1)充分及清晰地解释通函的主要事项，并且说明该交易对上市公司利益的影响；(2)载列有关的数字估算；(3)载有全部所需资料，让股东可作出有适当根据的决定；(4)加入标题，以强调文件的重要性，并建议股东如对应采取的行动有任何疑问，应咨询合适的独立顾问。关联交易的通函内容必须符合 14A.70 条的规定。

（三）年报

上市公司必须在年报内披露在该财政年度内进行的关联交易。以及以往年度签订的协议但是在本财政年度还继续进行的持续关联交易。关联交易信息一般在年报中的董事会报告和财务报表附注中予以披露。香港上市公司无须在中期报告中披露关联交易情况，但是根据《上交所关联交易指引》第三十七条的规定，内地上市公司不仅需要在年报中披露关联交易情况，也需要在中期报告中披露。

（四）申请版本

根据联交所指引信 GL56-13 的规定，在申请版本中应该披露关联交易的情况。在申请版本中披露关联交易是香港证券市场上市公司关联交易信息披露制度的起点。内地上市公

司也需要在招股说明书中披露其关联交易情况，例如登云股份和嘉寓股份由于在招股说明书中遗漏其重大关联交易情况而受到中国证监会的处罚。

四、香港关联交易信息披露制度对内地的启示

通过对香港上市公司关联交易信息披露制度的研究，同时结合内地相关制度、内地和香港相关案例的分析，可以发现不管是香港证券市场还是内地证券市场都存在一些需要进一步完善的地方。但是总结发现，香港证券市场经过 120 多年的发展已经形成了完善的制度体系，内地证券市场建立时间较短，不足 30 年，虽然各项主要制度都已建立，但是大多数都处于完善期。因此虽然内地和香港证券市场各有特色和优势，但是总的来看，内地证券市场还应该多借鉴作为发达证券市场之一的香港市场经验。同时，随着在内地和香港两地上市的公司越来越多，两地证券市场的联动性逐渐加强，内地借鉴香港证券市场的监管经验也具有较强的操作性。本文认为香港上市公司关联交易信息披露制度对内地具有以下重要启示：

（一）关联人士范围

关联人士的认定在实践中是一个较为复杂的事情，并且随着上市公司业务与组织架构的不断变换，上市公司的关联人士构成也在发生变化，因此要准确认定关联人士需要花费较大精力，香港特许秘书公会发布的《关联交易指引》是少数较为详细地、清晰地认定关联人士的文件之一。联交所和上交所为了加强监管，都规定自身有权将任何人士视为上市公司的关联人士，因此不管上市公司通过何种复杂途径试图绕过交易所的监管，交易所都可以将其纳入监管范围。虽然认定关联人士的范围非常复杂，但是最根本的认定标准就是判断其是否与上市公司存在重大关联关系，并且这种关系可能导致重大的非公允交易。

1.联系人

在定义联系人的时候，联交所将自然人与法人分开来规定，但是在其他很多地方则是放在一起进行规定的，这主要是因为联系人的定义较为复杂。在认定联系人时，主要是根据其与上市公司的关系密切与否来认定。这里的关系包括工作关系、感情关系、血缘关系及一切可能导致重大不公平交易产生的关系。必须注意“重大”的含义，与上市公司之间只有很小关联的人或者其他机构是不能构成上市公司关联人士的。这里的关系包括与上市公司的直接关系，也包括与上市公司的间接关系。上交所上市规则没有联系人的概念，这是上交所与联交所在定义关联人士时的最明显区别。

在香港证券市场，联系人内涵极为丰富。联系人大多数是与上市公司存在间接关联关系的，因为一般情况下与上市公司存在直接关联关系的人士较为清楚，但是联系人由于多种多样、关系复杂而不易辨别。《上交所关联交易实施指引》没有采取联系人的概念，也不存在与之相似的概念，而将与上市公司有直接和间接关系的人士混杂在一起，导致对关联人士概念的界定不清。建议引入联系人的概念，按照与上市公司的关联关系的不同详细规定上市公司的联系人，包括上市公司董事、监事、主要股东、经理的亲属，还有他们持股的公司等机构与上市公司的关系。联系人的认定是监管关联交易信息披露制度的重要步骤，只有不断完善和细化联系人的定义和范围才能更好地促进监管效果。笼统模糊的规定必然带来监管上的随意，使非公允关联交易频繁出现从而破坏证券市场的正常运行。

2.完善上市公司的子公司、分公司的认定

联交所对上市公司的附属公司是否构成关联人士认定极为详细。由于两地公司法的差异，内地附属公司与香港附属公司含义不同，内地附属公司仅指分公司，不包含子公司，而香港附属公司概念包含两者。上交所上市规则没有关于上市公司的子公司、分公司在什么情况下构成关联人士的单独规定，而着重规定上市公司的控股股东和高级管理人员。应当单独对子公司和分公司构成关联人士的情况进行详细规定，以更好监管不同的关联人士。

（二）关联交易事项

1.关联交易分类标准

关联交易分类标准是监管关联交易信息披露的重要前提，只有合理判断关联交易才可以对其进行监管，衡量标准就是最重要的工具。只有能够全面衡量一项关联交易是否重大的标准才是合适的，否则会使很多非公允关联交易避开监管要求。绕过监管要求始终是众多上市公司的目标，因此为了有效打击违规行为，必须从多角度全方位判断关联交易。

联交所的关联交易分类标准是联交所关联交易信息披露制度最重要的、最具有特色的部分，主要为资产比率、代价比率、收益比率、股本比率四个指标，也包括交易金额大小。上交所是按照交易金额大小和占公司最近一期经审计净资产绝对值这两项指标来判断一项关联交易的重要性。仅依靠这两项分类指标很可能导致上市公司绕过监管措施，因为这两项指标衡量关联交易的重要性较为狭窄，而没有考虑到其对上市公司盈利、收益等方面的影响，因此不能全面反映关联交易的重要性。

对于这些百分比率的计算联交所作了详细规定。在计算过程中主要涉及运用财务知识去认定各项计算指标的数据。联交所规定《联交所上市规则》第 14 章中的计算方法如果符合第 14A 章的要求也适用于第 14A 章，联交所也对计算持续关联交易的百分比率进行了规定，即如果一项交易属于持续关联交易，上市公司需要以全年上限作为计算百分比率的分子，如有关交易的协议期限超过一年，该项交易将以协议期内最高的上限作为分类基准。对于计算涉及选择权[①]的关联交易，联交所作了极为详细的规定，但是由于其不在本文的论述范围内，在此不再赘述。若计算出来的百分比率结果异常或这种计算方式不适用于对这种交易进行计算，联交所允许上市公司采用自己提供的替代测试方法，但是事先必须取得联交所的同意。为了防止有些上市公司通过化整为零的方法规避这种计算方式，根据《联交所上市规则》第 14A.81 条的规定，如果发现上市公司有一连串的关联交易全部在同一个 12 个月内进行或完成，或者相关交易有密切联系，联交所可能会将这些交易合并计算，视为一项关联交易来监管。如果发现关联人士的这些交易合并计算以后成为需批准或者需披露的交易，那么上市公司需要尽快符合相应的监管要求。

本文认为内地可以借鉴联交所的做法，引入前面四个评价指标，完善以往过于单一的分类标准。鉴于内地会计准则与香港持续趋同[②]，内地借鉴这一评价体系是可行。

2.持续性关联交易

联交所没有规定持续关联交易的类型，而上交所对日常关联交易的类型进行了限定，即只有以下日常关联交易才需要履行更为严格的信息披露规定：（1）购买原材料、燃料、动力；（2）销售产品、商品；（3）提供或者接受劳务；（4）委托或者受托销售；（5）在关联人的财务公司存贷款。本文认为上交所不应该对需要履行特殊信息披露规定的日常关联交易类型进行强制规定，而应该根据实际情况来认定其是否需要履行更严格的规定。

对于那些期限超过三年的协议，上交所没有规定要独立非执行董事和独立财务顾问进行年度审核，而是规定应当每三年根据规定重新履行相关决策程序和披露义务。联交所则规定不管期限是否超过三年，都需要独立非执行董事和独立财务顾问进行年度审核。因此可以发现联交所对于持续关联交易的规定较为严格，内地可以借鉴此做法，改三年一审为一年一审。

（三）信息披露制度

1.建立差异化信息披露制度

根据联交所对关联交易信息披露的分类可以发现，其实行的信息披露制度即差异化信

---

① 选择权：指买入或卖出某项资产的权利而非责任.

② 财政部：2018 年内地与香港企业会计准则保持持续趋同.

息披露制度。差异化信息披露制度是根据上市公司的不同情况使其承担不同的信息披露义务，这要求建立合理的分类标准对上市公司进行分类，并在此基础上赋予不同类型的上市公司以不同的信息披露义务。结合本文，不同的上市公司关联交易情况不同，例如国有企业一般来说关联交易比民营企业要多，家族企业比非家族企业要多，大型上市公司比小型上市公司要多。通过建立差异化信息披露制度，可以使上市公司与投资者之间的信息供给与需求达到更好的平衡。联交所将关联交易信息披露分为三种类型，分别规定每种关联交易应该承担的信息披露义务。虽然从《上交所关联交易实施指引》中也可以看到差异化信息披露制度的影子，但是还没有形成系统完善的制度规范。杨淦[①]认为可以从行业细分和风险评级两个角度来对上市公司进行细分，本文认为，根据风险评级对上市公司进行分类较为合适。因此，上交所可以借鉴联交所的经验，在对关联交易进行合理分类的基础上，建立差异化信息披露制度，使内地现有的关联交易信息披露制度更加合理。

2.建立统一的电子信息披露制度

目前沪深两市都有自己的信息披露网站，中国证监会也指定了多家纸媒作为信息披露指定报纸，面对如此众多的信息披露渠道，在上市公司数目不断增加的情况下，信息披露内容越来越多，如果不统一信息披露渠道会给投资者带来诸多麻烦。2018 年 3 月 29 日《上海证券报》出现 1024 版，内容极为庞杂，这给投资者获取相关信息带来很多不便，使投资者被淹没在信息的海洋中，而无法发现真正重要的信息，同时也造成很大的浪费。例如慧球科技通过不同渠道发布大量矛盾信息，误导公司股东。随着上市公司的不断增多，信息披露也随之增多，如果不取消纸媒披露渠道，将会出现极为不合理的情况。香港证券市场的上市公司信息披露渠道主要是披露易网站，不存在指定纸媒披露。内地应该在取消纸媒的基础上整合现有的沪深证券市场的披露网站，建议该网站由中国证券业协会主管，这样会极大便利投资者对所需信息的获取和分析。

结　论

本文主要通过研究《香港联交所主板上市规则》来研究香港的上市公司关联交易信息披露制度，同时通过研究《上交所关联交易实施指引》来研究内地证券市场的相关情况，最后结合香港证券市场的经验提出对完善内地有益的启示，以促进内地证券市场在上市公司关联交易信息披露制度上的完善。

将香港上市公司关联交易信息披露制度与内地相关制度对比可以发现，香港也存在需要完善的地方，例如，应该将新申请人的关联人士纳入关联人士定义内，应该完善对独立董事的监管，特别是董事过度兼任问题。但是总的来看，内地证券市场还需要借鉴香港证券市场的成熟经验。本文认为，内地应该进一步细化现有法律规定，主要是细化关联人士的定义，将上市公司的重要关联人士纳入监管范围，使其无法避开监管措施；完善关联交易分类标准和日常性关联交易；　强化中介机构和独立董事审核责任，使其监督功能得到有效发挥；建立差异化信息披露制度和统一电子信息披露。

内地资本市场正迎来新一轮的改革热潮，各项改革措施不断推出。注册制的全面实施也在快速推进，科创板试点正在进行。随着中国经济的快速增长，我国资本市场必将进入快速发展轨道，通过借鉴域外发达证券市场经验教训可以促进沪深交易所的成熟。中国经济潜力巨大，国家大力推动创新驱动发展战略，这必将催生许多优秀科技公司的诞生。这些科技公司的发展壮大离不开成熟资本市场的帮助，因此建立具有吸引力的、竞争力的、强大的资本市场是我国经济体制建设的重要任务。香港与内地资本市场存在诸多相似之处，他们是互相合作、互相促进和共同发展的关系，因此内地证券市场借鉴香港的成熟经验具有重要作用和意义。

[①] 杨淦：上市公司差异化信息披露的逻辑理路与制度展开，载《证券市场导报》2016 年 1 月号.

11.涉外信托关系在司法实践中应如何定性？
——涉外信托冲突规范“零”适用的根源探索*

郑珠玲**

《涉外民事关系法律适用法》第 17 条首次规定了涉外信托的冲突规范。但就司法实践而言，我国法院虽审理了多起涉外信托案件，但仍未有判决适用该第 17 条，涉外信托冲突规范出现了“零”适用的现象。通过审视我国司法实践发现，涉外信托案件在审判时并未被识别为涉外信托法律关系或遵循国际私法审理连贯性原则，而是法官直接规避第 17 条的适用。究其原因，这与涉外信托案件多重法律关系的交织、信托实体法之间存在冲突有密切联系。对此，法官必须在司法审判中尊重委托人创设信托的合理期待并在各个环节规范信托识别，正确适用冲突规范。

为规范涉外信托纠纷的审理，2010 年 10 月 28 日通过的我国《涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 17 条（以下简称“第 17 条”）首次规定了涉外信托冲突规范，即“当事人可以协议选择信托适用的法律。当事人没有选择的，适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”迄今，《法律适用法》施行已逾七年，我国法院处理了多种类型的涉外信托案件，但涉外信托冲突规范未能发挥预期的立法效果。这些涉外信托案件未能按照国际私法规定定性为涉外信托法律关系，并适用涉外信托冲突规范推导准据法。可以说，相当数量的涉外信托案件的存在，与涉外信托冲突规范的“零”适用现象形成了案件与法律适用的“二律背反”。这引发笔者对下列问题的思考：在没有适用第 17 条的情况下，法院是如何完成上述涉外信托案件的法律适用过程？为何法院不将其识别为涉外信托关系？怎样能够推进法院对涉外信托冲突规范的正确适用？

一、涉外信托案件的裁判图景

（一）2011-2018 年涉外信托案件来源

本文为整理我国涉外信托冲突规范的适用情况采用了两种检索方法。

一是法条检索，以“《涉外民事关系法律适用法》第十七条”为关键词，对中国裁判文书网的法条援引情况进行检索，结果显示为零。[①]这意味着尽管《法律适用法》自 2011 年以来已经对涉外信托的法律适用予以明确规范，但从可得数据来看，我国法院至今仍未有一例援引第 17 条解决涉外信托案件的法律适用的案件。

二是关键词检索，以“涉外”、“信托”等关键字在中国裁判文书网再次检索 2011 年 4 月 1 日至 2018 年 5 月 2 日的判决，案例数据库检索结果有 1435 个判决，笔者发现如下两种类型的涉外信托案件：（1）案由为信托纠纷的案件，包括“华美丰收公司、王一虹和禾之禾公司信托纠纷案”、“王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷案”、“中国华融资产管理股份有限公司深圳市分公司与甘肃建新实业集团有限公司等信托纠纷案”；（2）未识别为信托纠纷，但案件裁判主要围绕信托法律关系，这一类还分为未援引信托法和援引信托法的案件，前者例如“陈国强与杨立民出资人权益确认纠纷案”，法院识别为出资人权益纠纷，案件裁判要点是信托契约的效力即受托人的信托管理义务履行；“何小慰诉朱文贤委托理财合同纠纷案”识别为委托理财合同纠纷，但争议焦点是集合资金信托的资金返还。后者案件准据法为某国或地区信托法的案件，例如“青岛吉佳来银塑料有限

* 感谢深圳大学法学院张淑钿副教授、吕成龙助理教授对本论文的指导。
** 深圳大学法学院国际法硕士生。
① 数据来源：中国裁判文书网：http://wenshu.court.gov.cn/，最后访问日期：2018 年 5 月 2 日。

公司等诉青岛龙胜达塑料有限公司债权纠纷案”适用中国《信托法》及日本《信托法》；“株式会社友利银行香港分行、株式会社友利银行新加坡分行等与 KP5 国际股份公司等申请海事债权登记与受偿案”涉及信托协议效力、担保信托的认定，最终适用英国《信托法》。

本文将上述案件中案由为信托纠纷、案情围绕信托关系的案件按照信托类型的异同整理出如下 19 个本应作为涉外信托关系处理的案件。[①]

表 1 我国法院审理的涉外信托纠纷（2011 年 4 月～2018 年 5 月）汇编表

案件类型	序号	案例名称/案号	识别情况	适用法律	裁判要点
股权信托		华美丰收公司、王一虹和禾之禾公司信托纠纷案（2016）粤民初 9 号、10 号、21 号	信托纠纷	《民法通则》第 145 条第 1 款→中国法	信托协议效力及信托财产收益归属
		应磊与白俊平合同纠纷（2013）浦民二（商）初字第 3229 号	合同纠纷	【未点明冲突规范】意思自治→中国法	股权信托管理义务的履行
		谭力扬与陈刚等合同纠纷（2015）沪一中民四（商）终字第 S557 号		《法律适用法》第 41 条→中国法	《信托声明》效力判定
		北京法院网仇福宪与其汇国际投资（香港）有限公司合同纠纷（2011）二中民初字第 02667 号		《合同法》第 126 条→最密切联系地原则→中国法	股权信托代持权益的返还
		陈国强与杨立民出资人权益确认纠纷（2015）中中法民四终字第 28 号	出资人权益确认纠纷	《法律适用法》解释(一)第 8 条第 1 款→意思自治→中国法	信托契约的效力及受托人的信托管理义务履行
		纪素珍与宝隆(厦门)彩印有限公司股权转让纠纷（2014）厦民初字第 558 号	股权转让纠纷	国内案件处理→中国法	信托转让和股权信托的判定
信托投资		何小慰诉朱文贤委托理财合同纠纷 (2015)浦民二(商)初字第 1329	委托理财合同纠纷	最密切联系原则→中国法	集合资金信托计划的资金返还
		王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷（2016）陕民终 211 号	信托合同纠纷	《法律适用法》第 41 条→意思自治原则→中国法	信托合同的效力及资本返还
		许强与中元国信信用融资担保有限公司保证合同纠纷（2017）京 0105 民初 4516 号	保证合同纠纷	《法律适用法》第 41 条→最密切联系原则→中国法	信托投资的连带责任
		中国建设银行股份有限公司佛山市分行与佛山市忠坤进出口有限公司、肇庆市忠宏资源再生有限公司金融借款合同纠纷 (2015)佛中法民二初字第 238 号	金融借款合同纠纷	《法律适用法》第 41 条→意思自治原则→中国法	清偿 12 笔信托收据贷款

[①] 数据来源：中国裁判文书网，http://wenshu.court.gov.cn/，最后访问日期：2018 年 5 月 2 日。

		南洋商业银行有限公司与富力木业（香港）有限公司、广东富林木业科技有限公司金融借款合同纠纷 （2015）东三法民四初字第 103 号		《法律适用法》第 41 条→意思自治原则→中国法/香港法	信托提货贷款逾期未归还
		中国华融资产管理股份有限公司深圳市分公司与甘肃建新实业集团有限公司等信托纠纷 (2016)粤民辖终 491 号	信托纠纷	管辖权裁定-协议管辖	\（尚无判决书）
		汕头海洋（集团）公司、李国俊、中国银行（香港）有限公司担保合同纠纷 （2011）民四终字第 17 号	担保合同	《法律适用法》第 4 条→中国法	信托提货借款额度超出限度
		中国银行（香港）有限公司与四川省丝绸进出口集团有限公司借款合同纠纷 （2011）成民初字第 432 号	保证合同纠纷	《法律适用法》第 3 条意思自治→中国法	偿还信托提货贷款
遗嘱信托		黄英伟与黄惠珍、黄少联遗嘱继承纠纷 (2014)江中法民一终字第 517 号	遗嘱继承纠纷	《法律适用法》第 31、32 条→中国法	遗嘱信托财产处置的判定
诉讼信托		青岛吉佳来银塑料有限公司等诉青岛龙胜达塑料有限公司债权纠纷 （2012）鲁民四终字第 121 号	债权转让	最密切联系原则→中国信托法、日本信托法	诉讼信托的判定
推定信托		徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷 （2016）沪 01 民终 2239 号	所有权确认纠纷	《法律适用法》第 24 条→中国香港法	推定信托的判断
担保信托		株式会社友利银行香港分行、株式会社友利银行新加坡分行等与 KP5 国际股份公司等申请海事债权登记与受偿纠纷 （2013）武海法商字第 00516 号	船舶抵押合同纠纷	《法律适用法》第 41 条→意思自治原则→英国法	信托协议的效力、信托财产受益权担保信托的判断
著作权管理信托		昆明欢歌企业管理有限公司、中国音像著作权集体管理协会侵害作品放映权纠纷[①] （2017）云民终 433 号	侵害作品放映权纠纷	《法律适用法》第 48 条→中国法	著作权管理信托效力判定

上述涉外信托案件的冲突规范主要有适用于普通合同纠纷的《法律适用法》第 41 条及《合同法》《民法通则》等规定的意思自治原则或最密切联系原则，但没有任何一起案件是根据《法律适用法》第 17 条涉外信托冲突规范予以处理的。

（二）丢失的第 17 条

[①] 资料来源：中国裁判文书网，http://wenshu.court.gov.cn/，检索结果显示，有 21 起著作权管理信托纠纷，案件客体涉外，裁判理由中识别和法律适用部分基本一致，因此本文单列该案进行分析，其余本文不列举，最后访问日期：2018 年 2 月 10 日。

根据《法律适用法》的规定，如果纠纷属于涉外信托关系，法院应适用第 17 条的规定确定案件准据法。但是，在上述 19 个涉外信托案件中，却没有一例适用第 17 条的规定。纵观这 19 个涉外信托案件，可以发现，法院主要采用以下方法解决案件的法律适用问题，从而规避适用第 17 条。

1.将涉外信托案件当作国内案件，从而回避冲突规范的适用。例如“纪素珍与宝隆(厦门)彩印有限公司股权转让纠纷”，本案为涉外股权信托转让纠纷，原告纪素珍为香港居民，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》（以下简称《法律适用法司法解释一》）第 1 条对涉外民事关系的判断要件和第 19 条香港地区参照适用本法的规定，本案因原告纪素珍为香港地区永久居民，即案件当事人涉外，本应当作为涉外案件处理，但法院忽略了案件“涉外性”，将其认定为国内案件处理，从而避开了冲突规范的适用。

2.将涉外信托案件定性为其他涉外纠纷，从而适用了其他冲突规范。19 个案件中，除却“华美丰收公司、王一虹和禾之禾公司信托纠纷案”、“中国华融资产管理股份有限公司深圳市分公司与甘肃建新实业集团有限公司等信托纠纷”、“王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷”3 例定性为信托纠纷，其余案件中，有 9 例将涉外信托纠纷识别为一般合同纠纷，采用“本案系××合同纠纷”的统一表述，转为适用《法律适用法》第 41 条，根据“意思自治原则”或“最密切联系原则”确定了准据法。例如“谭力扬与陈刚等合同纠纷案”当事人签署《信托声明》，后因股权信托管理发生争议谭力扬起诉要求确认《信托声明》的效力，但法院将其识别为“涉港合同纠纷”，并适用了《法律适用法》第 41 条。

3.忽视涉外信托关系作为案件先决问题的独立性，直接适用案件主要问题冲突规范解决涉外信托纠纷。根据《法律适用法》第 12 条的规定，涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。在 19 个案件中，有 2 个案件将涉外信托关系作为先决问题提出，但法院没有区分先决问题和主要问题，直接适用主要问题的冲突规范和准据法解决信托效力纠纷。具体而言，“徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案”主要问题是所有权确认纠纷，其准据法是内地法和香港法，需要判断当事人之间是否存在“涉外推定信托”关系，法院没有适用第 17 条解决涉外推定信托纠纷，而是直接适用主要问题的冲突规范即《法律适用法》第 24 条和 25 条处理信托关系的判断问题。又如“黄英伟与黄惠珍、黄少联遗嘱继承纠纷案”，遗嘱信托内容的效力是判断遗嘱继承纠纷的先决问题，但法院也未加区分，而是将整个案件定性为涉外继承纠纷后，径直适用第 31 条涉外继承冲突规范指引的准据法判断信托的效力。

4.忽视涉外信托关系的独立性，与案件其他法律关系一并解决法律适用问题。根据《法律适用法司法解释一》第 13 条规定，案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定适用的法律。在涉外信托案件审理过程中，法院忽视了分割制的运用，从而回避了第 17 条的适用。例如在“昆明欢歌企业管理有限公司、中国音像著作权集体管理协会侵害作品放映权纠纷案”中，涉及著作权管理信托关系和侵权责任关系，需要分别适用冲突规范，但法院仅依据《法律适用法》第 48 条关于涉外知识产权法律适用的规定确定中国内地法为准据法，而未能适用第 17 条。又如“株式会社友利银行香港分行等与 KP5 国际股份公司等申请海事债权登记与受偿案”涉及多个争议焦点，其中包括《代理及信托协议》有效性判断和信托主体之间的法律关系问题，法院将该问题统一适用“船舶抵押问题”的冲突规范，未再细分。

由此可见，即使当前我国法院尚未出现适用《法律适用法》第 17 条解决涉外信托纠纷的个案，但并不等于我国司法实践中不存在着涉外信托案件，相反，大部分涉外信托案件的法律适用因法律关系识别环节错误或误差而被“移花接木”到了其他的冲突规范上，导致第 17 条零适用的错误表象。

二、涉外信托关系识别困境的缘由

国际私法上的识别，英国学者多认为应从动态过程对“识别”进行定义，[1]定义为法院将由案件事实所引起的争议问题归入正确的法律范畴，并适用正确冲突规范以确定准据法的过程。[2]识别事实上包括三个过程：对法律事实的分类或定性、选择相应冲突规范、确定准据法。[3]涉外信托案件的审理偏差也贯穿这三个环节。

（一）涉外信托案件多重法律关系的交织

信托是指委托人基于特定信托目的与受托人达成确立信托法律关系的合意后，将信托财产交由受托人以实现信托目的和受益人利益而管理和处分。经由发展，信托从单纯财产管理功能向灵活性、多样性的目的转变。[4]因此，特定的信托目的是信托法律关系确立的关键。从上述 19 个案件的事实看，委托人和受托人均基于特定信托目的设立信托，但该信托目的又同时间接构成另一种法律性质，导致涉外信托案件隐含多元法律关系，法律性质呈现“信托+其它”的竞合和聚合现象，其中竞合是指在多重法律关系需择一确定；聚合是指多重法律关系可同时存在，几乎不存在以单一信托法律纠纷提起的诉讼，也因此大多数案件的法律适用存在模棱两可的空间。法院未能将案件的法律关系一一查明，未能分割适用不同性质纠纷所对应的法律适用条款，最终导致案件选择了不匹配的冲突规范。

1.涉外信托纠纷+涉外遗嘱纠纷

在“黄英伟与黄惠珍、黄少联遗嘱继承纠纷案”中，争议焦点中“关于涉案财产的处置意思表示的认定”的本质是遗嘱信托的判定问题，但法院整体识别为法定继承纠纷，仅适用《法律适用法》第 31 条作出继承准据法的判断，未予探析案涉的涉外遗嘱信托关系。在法理上，遗嘱信托是委托人通过遗嘱设立的财产安排，既涉及信托关系也包含遗嘱继承关系。美国信托条款规定可通过独立意义事实原则以及参引合并进行原则确定遗嘱信托关系，前者是根据信托条款独立解释并可影响遗嘱的内容，后者是指信托的承认与执行需依据遗嘱的要求。[5]而我国《信托法》缺乏继承法的特留份衔接制度，受托人承诺的成立要件、登记生效制度等与遗嘱信托不匹配，《继承法》中缺少遗嘱信托的制度设计，遗嘱信托与普通遗嘱继承的区分立法缺失导致了涉外遗嘱信托的识别缺陷。

2.涉外信托纠纷+涉外股权纠纷

前述多个案件涉及到股权信托管理义务及权益返还争议、股权信托关系判定的股权信托纠纷，即涉外信托与涉外股权的聚合关系。涉外股权信托是企业家充分利用境外股权信托灵活性优势，其可以实现由离岸信托持有境内资产的目的，[6]但因股权信托常以“股权契约”的方式设立，在个案处理中，涉外股权信托纠纷往往被视为涉外合同纠纷予以处理，而未能当作涉外股权信托法律关系。

在“北京法院网仇福宪与其汇国际投资（香港）有限公司合同纠纷案”中，其汇香港公司在香港以信托人身份代仇福宪持有股份，后发生纠纷诉请被告返还股权信托代持所产生的权益，法院将股权信托识别为合同关系，适用《合同法》第 126 条最密切联系原则。在“应磊与白俊平合同纠纷案”中，本案原被告的股权信托声明中信托管理义务在履行时

---

[1] See Mayss Abala, Principles of Conflict of Laws,3rd ed, London: Routledge-Cavendish Press, 1999, p.12.转引自陈小云：《英国国际私法本体研究》，知识产权出版社，2008 年版，第 91 页。

[2] See Peter North & J.J.Fawcett, Cheshire and North’s private international law, London: Butterworth, 1999, pp.36-45.转引自陈小云：《英国国际私法本体研究》，知识产权出版社，2008 年版，第 96 页。

[3] 参见韩德培：《国际私法新论（上）》，武汉大学出版社，2009 年版，第 173 页。

[4] S Varadharajan Vijay，“Evolution and challenges in trust and security in information system infrastructures”, International Conference on Security of Information and Networks ACM, 2009, p. 2070.

[5] [美]爱德华.C.哈尔巴赫：《吉尔伯特信托法》，张雪楳译，法律出版社 2017 年版，第 110 页。

[6] 柏高原：《股权信托是信托业转型发展新模式》，载《清华金融评论》2015 年第 4 期。

存在争议，法院识别为涉外合同纠纷，但未指出具体的冲突规范，仅道明由当事人选择。在“谭力扬与陈刚等合同纠纷案和纪素珍与宝隆(厦门)彩印有限公司股权转让纠纷案”中，前者涉及股权信托代持合同关系的判定，后者涉及信托转让和股权信托、股权信托转让还款的给付等判定，但两案均未识别为信托法律关系。在“陈国强与杨立民出资人权益确认纠纷案”中，原告诉请中除了确认出资人资格，尚有要求被告履行信托契约义务，且信托契约的效力认定是本案的关键问题，直接决定了裁判结果，然而本案聚焦于出资人权益确认的问题，忽略了信托契约认定、信托管理义务履行的事实。

3.涉外信托纠纷+涉外著作权管理纠纷

“昆明欢歌企业管理有限公司、中国音像著作权集体管理协会侵害作品放映权纠纷案”中著作权人与著作权管理协会通过设置著作权管理信托的方式对著作权进行管理，著作权管理协会在履行职责时查明侵权人有侵害著作权的行为，因此提起诉讼，案件焦点之一为著作权管理信托的效力判定。在我国，涉外著作权管理的法律性质一直处于不确定的状态，理论上存在三种解释：一种为委托代理关系说，在著作权管理信托中，根据代理关系的原理，集体管理组织将不具有独立的诉讼资格；一种为权利转让关系说,认为著作权人将权利以有偿的方式转移给集体管理组织；一种为信托关系，著作权管理（信托）须符合《信托法》对信托效力的规定，例如在上述案件中需判断著作权是否满足信托财产确定性和合法性、著作权管理信托意图是否明确等要件，如满足，作为受托人的著作权集体管理组织将受到信托法原理中关于受托人忠诚、审慎义务的约束，著作权管理信托中的受益人也将享受信托收益。《著作权法》和《著作权集体管理条例》泛泛的将著作权集体管理组织与著作权之间的关系规定为授权与被授权关系，未予明确二者的法律性质，[①]这也导致了涉外案件审判时避开承认著作权管理中的信托关系。

4.涉外信托纠纷+涉外投资合同纠纷

“何小慰诉朱文贤委托理财合同纠纷案”、“王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷案”、“许强与中元国信信用融资担保有限公司保证合同纠纷案”三案涉及集合资金信托计划的效力及资金返还问题、信托投资连带责任的涉外信托投资纠纷，因信托基金、信托投资主要通过信托合同方式设立，法院均未区分信托投资与普通投资合同的关系，仅识别为一般合同关系，而未适用第 17 条作出裁判。这显然不合理，需重新审视涉外信托投资的法律性质，承认案涉的信托关系，涉外信托冲突规范才有正确适用的可能。

5.涉外信托纠纷+涉外（提货）贷款合同纠纷

案例 9-14[②]，表面上看仅为借款合同纠纷，涉及信托借款、贷款合同中保证责任的承担问题、信托（收据）贷款的偿还问题，但实质上涉及信托关系和信托义务的履行。案件本应按照信托（提货）贷款文件确定的法律性质，认定各方存在的信托贷款法律关系，而非当作普通的委托贷款或金融借款合同。

信托贷款是以发放、收回贷款为信托目的的一种信托，[③]受托人接受委托人的委托，以信托资金按照约定的用途、期限、利率等向融资方发放贷款，并按期回收贷款本息的信托

[①] 姚朝兵：《著作权集体管理的信托法规制:信义义务的视角》，载《华北电力大学学报(社会科学版)》,2015 年第 4 期。

[②] 许强与中元国信信用融资担保有限公司保证合同纠纷案；中国建设银行股份有限公司佛山市分行与佛山市忠坤进出口有限公司、肇庆市忠宏资源再生有限公司金融借款合同纠纷案；南洋商业银行有限公司与富力木业（香港）有限公司、广东富林木业科技有限公司金融借款合同纠纷案；中国华融资产管理股份有限公司深圳市分公司与甘肃建新实业集团有限公司等信托纠纷案；汕头海洋（集团）公司、李国俊、中国银行（香港）有限公司担保合同纠纷中国银行（香港）有限公司与四川省丝绸进出口集团有限公司借款合同纠纷案。

[③] 卢斌：《信托贷款资金监管账户内资金不宜认定为信托财产》，载《人民司法》2015 年第 20 期。

业务。[1]根据《信托法》及商业银行规范，从事信托贷款业务应当履行信义义务，根据不同的信托财产设置专用存款账户，专门用于接收、发放信托贷款资金，确保信托财产独立性得到落实。

综上可知，当前涉外信托案件表明信托纠纷的当事人所设置的信托并非单纯仅涉及信托问题，更多的是将信托的法律结构应用到其它领域中，导致信托案件必然存在与其它法律性质交叉重叠的现象。根据《法律适用法司法解释一》第 13 条，当同一案件存在多重法律关系和法律性质，应当适用分割法分别界定法律关系、区别适用冲突规范。但法院在审判牵涉其他法律关系的涉外信托案件时，往往未能采用分割制度，而是将涉外信托案件识别为普通涉外合同纠纷或其他涉外纠纷，从而未能识别信托法律关系并适用《法律适用法》第 17 条涉外信托冲突规范的规定。

（二）涉外信托法律关系识别的羁绊：信托实体法冲突

在世界主要国家之间，信托实体法存在着非常严重的冲突。在我国司法实践中，信托的根本性质、信托分类法律冲突、信托财产归属不明确是涉外信托识别的困境所在，直接导致了法院将之归入不同的类别。

1.信托法律性质冲突

大陆法系国家，以中日两国为例，法院对信托法律关系的成立多从“信托契约”的角度认定。我国《法律适用法》第 17 条所规定的信托适用意思自治原则其理论基础也是将信托视为一种契约关系，允许双方当事人协议选择。在英美法系国家，信托产生远早于契约关系，[2]即使承认信托存在契约关系，但普通法学者依然主张信托应当具有其独立性，[3]当事人的关系如具有信托性质的（当事人之间存在互相的信任关系）应认定其行为为信托。以美国为例，法院在认定当事人法律关系时，即使不是真正的信托，但因其与信托具有相同的效果而适用“推定信托”的方式认定当事人具有信托法律关系。[4]基于此种性质冲突，英美法系国家主张的信托适用当事人意思自治的理论基础是保护委托人利益[5]，而非契约自由，两大法系性质存在根本冲突。

2.信托类型冲突

大陆法系国家常见的分类有合同信托和遗嘱信托、私益信托和公益信托、意定信托及法定信托和推定信托、民事信托和商事信托。英美法系国家信托类型主要有明示信托、隐含信托、法定信托三大类。其中明示信托又细分为：简单信托与特定信托、完全设定信托和不完全设定信托；隐含信托又细分为：归复信托和推定信托；法定信托包括土地信托、遗产管理信托、破产受托。

我国《信托法》将信托分为：民事信托、营业信托、公益信托和私益信托，私益信托又可分为自益信托和他益信托[6]；意定信托和非意定信托[1]；民事信托和营业信托。比较可

---

[1] 张同庆：《信托业务法律实务》，中国法制出版社 2012 年第 1 版，第 263 页。

[2] See Gao Lingyun, “Comments on the Chinese Law of Conflict of Laws Applicable to Trusts: In Comparison with the U.S. Law and the Hague Convention”, Fudan Journal of the Humanities & Social Sciences, Vol. 7, Issue 3, 2014, pp.483-501.

[3] See John H. Langbein,“The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, Yale Law Journal, Vol. 105, Issue 3, 1995, p630.

[4] [日]樋口范雄：《信托与信托法》，朱大明译，法律出版社 2017 年版，第 176-177 页。

[5] 高宏贵：《中国涉外民事关系法律适用法研究》，法律出版社 2016 年版，第 188 页。

[6] 《中华人民共和国信托法》第 43 条第 2 款规定：委托人可以是受益人，也可以是同一信托的唯一受益人。《中华人民共和国信托法》第 15 条规定：信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产；但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，其信托受益权作为其遗产或者清算财产。

知，我国缺少了必要的法定信托类型，与各国法律中的信托类型冲突较大。案例 16-18 涉及信托类型的判断，“徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案”需判定推定信托的构成要件，“株式会社友利银行香港分行等申请海事债权登记与受偿案”需判定担保信托，“青岛吉佳来银塑料有限公司等诉青岛龙胜达塑料有限公司债权纠纷案”需是否存在诉讼信托。根据《法律适用法》的规定，识别依法院地法，但我国立法没有规定推定信托、担保信托的信托类型，在立法缺失的情况下，将无法对涉外信托案件所涉信托类型予以识别，从而导致将信托案件或认定为其它法律关系，或不作论证。

3.信托财产的权属不清

信托源于英美法系国家，信托结构存在普通法和衡平法双层所有权，不存在绝对所有权，受托人享有普通法上的财产合法持有权，受益人享有衡平法上的受益权。[②]大陆法系仅有少数国家存在信托制度，[③]承认信托的国家并不认同信托财产的可分割性或双层所有权，两大法系信托制度存在根本冲突，成为涉外信托案件的识别难点。[④]例如我国信托法并未明确权属问题，仅规定为“委托给”，无法判断是否将所有权转移。为避免陷入信托财产的权属认定困境，法院直接避开识别为信托关系。例如“应磊与白俊平合同纠纷案”中涉及信托财产所有权判定，法院并未识别为信托关系，直接依据合同关系作出受托人不享有财产所有权的判决。

综上，涉外信托案件性质的多重性、信托法律冲突无法化解导致有意或无意错误定性涉外信托关系，引致涉外信托冲突规范零适用的司法困境，因而也将影响实体审判和程序负担。

三、涉外信托案件识别误差的隐患

现代信托是一种灵活、多功能的制度，应用范围广泛，随着国际投资、经贸流通，信托被视为最佳资产管理工具，人们将境内外资产交涉境内外机构信托管理的现象更为频繁，国际往来频繁也使信托财产遍布世界各地，这也必然产生大量的涉外信托纠纷的案件。按照国际私法案件审理逻辑，案件应当区分先决问题和主要问题，其中涉及信托的先决问题采用信托冲突规范推导信托准据法予以处理，不涉及信托纠纷的主要问题适用其它冲突规范予以处理；对主要问题中存在多种纠纷的案件，采用分割制度，其中若为信托纠纷的案件，也应当依据第 17 条并适用信托法予以处理。但遗憾的是，前述 19 例因案件性质的多重性、信托法律冲突无法化解导致不予进行信托识别的现象发生，并引起案件法律适用环节的瑕疵或错误，产生第 17 条零适用的错误表象，进而影响涉外信托的实体审判和当事人的程序负担，最终产生大相径庭的结果。上述案件主要涉及信托效力和信托管理两方面的纠纷，因识别的偏差和错误，也导致信托效力判断存在失误、无法要求履行受托人义务。

（一）影响信托效力的判断

涉外信托案件若未识别为信托法律关系，将直接影响信托效力的判断依据。一方面，无法通过信托冲突规范指向案件适用的准据法。在“徐韵凤与张顺良案”中确认所有权前须先处理先决问题----是否存在“推定信托”，但该案未区分先决问题和主要问题，导致先决

[①] 《中华人民共和国信托法》第 8 条第 3 款规定：采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立。

[②] See Emmanuel Gaillard & Donald T. Trautman, “Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts”, American Journal of Comparative Law, Vol. 35, No. 2, Spring, 1987, p307-340.

[③] 包括加拿大魁北克、马耳他、中国及中国台湾、日本、韩国、法国、瑞士、卢森堡、列支敦士登、南非、埃及、波兰、委内瑞拉；参见张淳：《大陆法系的信托立法》，载《南京大学法律评论》2004 年第 22 期；李旺：《国际私法》，法律出版社 2004 年版，第 170 页。

[④] See Raúl Lafuente Sánchez,“Cross border testamentary trusts and the conflict of laws”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, No. 1, 2016, p187.

问题直接适用主要问题的冲突规范和准据法，即香港法例，但法院认为香港法律对推定信托的构成要件未作明确规定，法院结合当事人的主张、法律意见书从双方是否存在共有争议财产的合意、主张推定信托存在的一方是否存在使自己利益受损的行为或是否为取得争议财产作出贡献这两个构成要件予以判断。假设该案对先决问题的信托问题单独判断，应当根据《法律适用法》第 17 条推导准据法。因本案当事人法律选择不一致，应适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律，两个连接点均指向中国内地，应适用中国内地信托法。中国内地并不承认推定信托，因此该案的推定信托的效力将直接被否认。

另一方面，无法正确适用《信托法》相关规定对信托效力予以判断，而适用其他法律规定，这无疑提高了信托有效的判定标准，不利于尊重当事人创设信托的意图。例如，一个涉外信托纠纷被识别为“涉外合同纠纷”，信托效力的判断依据合同效力判断的规定。在我国，信托无效的判断依据是《信托法》第 11 条，无效要件包括信托目的的违法性、信托财产的不确定性或非法性、诉讼信托或讨债信托、受益人的不确定性等；但《合同法》规制下的“信托合同纠纷”，无效的判断依据是《合同法》第 52 条，对比两项条款的无效情形，可知在《信托法》项下信托效力的判断特别强调信托财产的合法性和确定性。法院若将信托案件识别为合同案件，负有举证责任的主体须证明所设立的信托符合《合同法》关于合同效力的规定，而非《信托法》之规定，信托的必要构成要件将被无视；将信托案件识别为信托合同案件，举证人既须证明当事人所设立的信托符合《合同法》关于合同效力的规定，也应证明符合《信托法》关于信托效力的规定；当且仅当识别为信托法律关系时，才有可能单独适用《信托法》的效力判定规定。这一做法大大加重了举证责任，降低了信托被认定为有效的可能性，这将不利于主张信托效力的当事人，而有利于主张信托无效者。主张无效者只需证明信托违反《合同法》或《信托法》的任一情形即为无效，换言之，司法扩张了信托无效的情形。在“王一虹等诉深圳市兴云信投资发展有限公司信托纠纷案”中，法院将该纠纷识别为信托合同纠纷，本案涉及对信托协议效力的判定，法院结合《合同法》第 52 条[①]关于合同无效的规定和《信托法》第 11 条[②]关于信托无效的规定综合审查后得出现有证据不足以证明存在无效的情形；“王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷案”同样被识别为信托纠纷，信托合同的效力判定结合我国《合同法》第 52 条第 3 款之规定“以合法形式掩盖非法目的”和《信托法》第 19 条规定综合判断得出并无事实和法律依据可证明信托合同无效。（见表 2）

表 2 是否识别为*涉外信托法律关系*的差异比较

[①] 有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。

[②] 有下列情形之一的，信托无效：（一）信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益；（二）信托财产不能确定；（三）委托人以非法财产或者本法规定不得设立信托的财产设立信托；（四）专以诉讼或者讨债为目的设立信托；（五）受益人或者受益人范围不能确定；（六）法律、行政法规规定的其他情形。

纠纷	案件名称	法律依据		最终结果
		识别偏差/错误	予以信托识别	
信托效力	王一虹等诉深圳市兴云信投资发展有限公司信托纠纷案	《合同法》第 52 条 《信托法》第 11 条	《信托法》第 11 条	举证负担的不同：利于主张信托无效者
	王耀钦与长安国际信托股份有限公司信托合同纠纷案	《合同法》第 52 条第 3 款 《信托法》第 19 条	《信托法》第 19 条	
	陈国强与杨立民出资人权益确认纠纷	无法律依据	《信托法》	
	徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案	《法律适用法》第 24 条；中国香港法例	《法律适用法》第 17 条；中国内地法	准据法适用差异

（二）影响受托人信义义务履行

从理论上说，信托识别的错误后患无穷。首先，识别为非信托法律关系降低受托人信义义务标准。我国司法实践将信托案件识别为合同纠纷、依据《合同法》处理信托纠纷问题，意味着《信托法》关于受托人信义义务的规定将无法实现，此种裁判不强调受托人的义务。与此相反，各国信托法为将信托投资区别于普通的投资，保障信托委托人、受益人的利益，对受托人设定不同程度的受托义务，例如日本《新信托法》的投资注意义务[①]、美国《统一谨慎投资人法》及《信托法重述（第三次）》确立受托人谨慎投资义务履行标准、英国三部《受托人法》规定受托人履行合理谨慎注意义务。并且，考虑到设立信托的委托人一般缺乏专业的信托投资能力或财产管理能力，当委托人主张受托人违反信义义务时，一般由受托人举证证明。[②]在美国，如需证明受托人未履行注意义务，受托人需自行证明通常不可能处理此种信托事务。[③]而一般的合同纠纷，遵循“谁主张谁举证”的通行规则，当信托案件识别为合同纠纷，委托人负有证明受托人违反了信义义务的责任，这加重了委托人的负担，不利于受托义务的履行。

其次，不利于受托人信托管理，影响判断受托人诉讼主体的适格性。《关于信托的法律

[①] [日]樋口范雄：《信托与信托法》，朱大明译，法律出版社 2017 年版，第 129 页。

[②] 孙德昌、李志刚：《信托受托人尽责标准之司法认定》，载《人民法院报》2014 年 12 月 24 日，第 7 版（民商审判）。

[③] [日]樋口范雄：《信托与信托法》，朱大明译，法律出版社 2017 年，第 106 页。

适用及其承认公约》（以下简称“《海牙信托公约》”）第 11 条明确了信托承认意味着受托人有权就信托财产以自己的名义按照受益人利益或信托目的为法律行为，必要时以诉讼上或诉讼外法律程序为之，承认信托亦即承认受托人诉讼或非诉讼行为的适格性。在英国上诉法院“贝壳公司与总公司案”中，油品被储存在原告所有的油罐中，油罐及油管由两家公司基于信托为原告所持有，后出于被告疏忽发生爆炸，该案原告作为受益人行使衡平法权利，但被告认为原告诉讼资格存在障碍，无权向被告主张经济损失索赔。法院认为本案诉因是信托关系，信托受托人作为共同原告加入诉讼，信托受益人与财产法定所有权人一样，均有权基于注意义务被违反而主张侵权法下的责任。[①]

在“应磊与白俊平合同纠纷案”中，双方签署股权信托声明，案件焦点为被告作为受托人是否有义务向委托人兼受益人的原告交付股权凭证和章程。法院判决无法律依据，具体理由有两点：一是认为章程的不实或虚假应当由原告（委托人兼受益人）承担举证责任；二是认为被告（受托人）并非股权所有人，无法直接获取原告作为股东才能取得的股权凭证。如该案予以信托识别，裁判结果将截然不同。法院判决认为的受托人非信托财产所有权人，但根据我国《信托法》第 2 条“信托确立后信托财产委托给受托人，受托人有权按照信托目的以自己的名义进行管理和处分行为”规定表明本案被告作为受托人可以为股权所有人，因而也可以获取股东凭证。如果双方确立的股权信托关系将获得承认，法院裁判将有充足的法律依据判断后续的受托人义务，而不是仅仅凭借被告阐述的事实。原告作为委托人兼受益人将有权依据《信托法》第 20 条的规定了解涉案信托财产的管理运用、处分，并要求受托人作出说明，还有权查阅处理信托事务的文件，而受托人应当按照《信托法》第 33 条规定履行定期报告义务，也即是予以信托识别将为判定是否被告是否履行了交付股权凭证和公司章程等义务提供充足法律依据。（见表 3）

表 3 是否识别为*涉外信托法律关系*的差异比较

[①] [美]格雷厄姆.弗尔：《衡平法与信托的原理（上）》，葛伟军译，法律出版社 2018 年版，第 79-80 页。

<table>
<tr><td rowspan="2">纠纷类型</td><td rowspan="2">案件名称</td><td colspan="2">法律依据</td><td rowspan="2">最终结果</td></tr>
<tr><td>未予信托识别</td><td>予以信托识别</td></tr>
<tr><td rowspan="2">受托人义务</td><td>应磊与白俊平合同纠纷案</td><td>无法律依据</td><td>《信托法》第 20 条、第 33 条</td><td rowspan="2">举证负担和具体义务内容的不同：减轻受托人义务</td></tr>
<tr><td>陈国强与杨立民出资人权益确认纠纷</td><td>《合同法》第 60 条</td><td>《信托法》第 25 条、第 29 条</td></tr>
</table>

四、规范涉外信托案件审判的未来路径

涉外信托案件审判的诸多问题，而信托案件的逐年增多，重新审视当下的司法审判逻辑变得更为迫切。我国现有的涉外信托法律制度面临诸多法律困境，但因《法律适用法》2010 年才正式实施，修法时机尚未成熟，尚需在实践中进一步积累经验，这便在现有的立法基础上对法院提出新的审理逻辑要求。

“尊重委托人创设信托正当合法意愿”为传统判例法法律适用和《海牙信托公约》最高指导原则，[①]只要在法理上有合理化空间，英国法院就会选择适用能使信托有效的法律。[②]涉外信托当事人依据信托法理有效创设的信托关系，应当给予尊重并识别为涉外信托法律关系，[③]并依据国际私法案件识别、法律适用、管辖权规则确定连贯性的原则，经由正确识别为涉外信托关系后，根据信托文件确定管辖权规则、选择涉外信托冲突规范推导案件准据法，并依据信托制度或法理依据对案件所涉的信托效力、信托管理、信托财产归属、信托解释等问题作出裁判。

（一）识别环节尊重委托人创设信托的合理期待

[①] 许兆庆：《英国信托法律适用法则》，载《东海大学法学研究》2006 年第 25 期；许兆庆：《国际私法选法理论的新思维——以信托法制之实体核心价值为中心》，载《东海大学法学研究》2008 年第 28 期。

[②] See Dicey and Morris, The Conflict Of Laws, 9th ed, London: Steven and Sons Limited, 1975, p. 675.转引自许兆庆：《英国信托法律适用法则》，载《东海大学法学研究》2006 年第 25 期。

[③] See Gao Lingyun, “Comments on the Chinese Law of Conflict of Laws Applicable to Trusts: In Comparison with the U.S. Law and the Hague Convention”, Fudan Journal of the Humanities & Social Sciences, Vol. 7, Issue 3, 2014, p.480.

尊重当事人意思自治，辅之以法院根据实际裁判的规则。我国最高人民法院 2011 年 2 月 18 日发布的《关于印发修改后的<民事案件案由规定>的通知》第三款第 5 点规定“当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不一致的，人民法院结案时应当根据法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系的性质，相应变更案件的案由。”涉外信托案件的识别应当根据当事人的诉讼请求并结合案件的具体事实作出判断，原则上尊重当事人的自主选择权，按原告提起的诉因识别，法院不得随意改变。但为避免恶意诉讼或当事人以错误诉因起诉，法院也应适度进行独立识别。根据案件的实际情况认真审查当事人的诉讼请求，对案件所涉法律关系进行识别。在审理信托案件时，应当根据当事人纠纷产生的根源，查明当事人的真实意思表示。对于当事人未提出涉案为信托法律关系，法院经由审查后符合信托法律关系的，应当承认案件所涉的信托法律关系。

识别时为满足委托人合理意愿，应尽可能承认信托，使信托关系得以有效成立。英美法系国家的法院表现出一种明显倾向，就是以合理方式做到尽可能适用确认信托有效的法律。对于以信托为形式的特定目的信托，且符合信托构成要件的复合型、创新性的信托类型，应当识别为信托法律关系。案件存有多个信托关系，应分别确定有效的信托关系；当涉及多重不同的法律关系时，应当尽可能分别确认不同法律关系的性质和效力。

（二）遵循识别、法律选择、准据法的连贯性原则

优先适用涉外信托法律适用条款推导出准据法。存有重叠可选择连接点时，应尽量采取适用有效连接点。前述有 3 个案件定性为信托纠纷，但适用非信托冲突规范选择准据法，未与定性阶段确定的法律关系相衔接，也未就选择的依据进一步分析，导致最终的零适用。这表明，未遵循连贯性原则，直接影响了冲突规范选择和最终审理结果。

涉外信托案件牵涉多种复杂的法律关系，选择法律适用规范时应当区分原因行为与信托行为。首先，信托原因行为依据原因行为适用规范。《海牙信托公约》第 4 条明确声明排除先决问题的适用。此处的先决问题也即信托原因行为，包括有关转移财产受托人原因法律关系，诸如财产据以转移的契据、遗嘱等，这些原因行为必须与信托条款的实质内容的执行相区隔，[①]原因行为应由法院地处理原因行为的法律适用规范决定。进而，信托法律关系应当适用信托冲突规范。虽然学者提出第 17 条存在诸多问题，但从目前审判的案件可知，第 17 条第 1 款承认“当事人意思自治”完全可被援引解决大多数案件的法律适用问题；第 2 款“信托关系发生地”或“信托财产所在地”可结合《法律适用法》第 3 条最密切联系原则加以判断，因为既已存在信托冲突规范，不应再适用合同或其他法律关系的冲突规范。

结语

对于涉外信托案件的法律适用，国内研究长期围绕适用规范的内容展开，但通过对我国司法实践的分析，现阶段困扰我国法院的是信托识别问题，即使制定并完善信托冲突规范而未予正确识别，零适用的问题仍无法解决。因涉外民事审判识别和法律适用相互独立却又紧密联系的现实，对涉外信托识别的规范需要在司法审判各个阶段予以贯彻，并待司法机关积累、总结审判经验后对涉外信托冲突规范加以细化和完善。

[①] 许兆庆：《英国信托法律适用法则》，载《东海大学法学研究》2006 年第 25 期。

12.Concealed Risks of FinTech and Goal-Oriented Responsive Regulation: China's Background and Global Perspective

徐冬根*

ABSTRACT: This Article provides critical and analytical views on legal regulation to achieve a balance between FinTech innovation, risks prevention and financial stability, by focusing on the trend of FinTech firms entering financial services industry and the associated regulatory and legal challenges which are already arising in China. It adopts a balanced approach as theoretical analysis perspective, weighing various considerations, and proposes the policy option *of FinTech regulation under principle* of interest balance. The analysis aims to contribute new insights to an ongoing debate in China on the relationship between legal and regulatory reform, fintech innovation, and risk prevention. This Article argues that legal challenges, rather than technical problems, remain the key obstacles to appropriate FinTech regulation. Our proposed hypothesis seeks to explain how a legal regulation achieves balancing the competing interests between FinTech innovation, risks prevention and financial stability in booming of China's FinTech. Finally, this Article proposes the implementation of goal-oriented responsive regulation by improving the legal framework of FinTech regulatory regimes through policy option.

摘　要：本文通过关注金融科技公司进入金融服务行业的趋势以及中国已经出现的相关法规和法律挑战，对法律监管提供了批判性和分析性的观点，以实现金融科技创新，风险防范和金融稳定之间的平衡。它采用均衡的方法作为理论分析视角，权衡各种考虑因素，并建议在利益平衡原则下进行金融科技监管的政策选择。该分析旨在为中国正在进行的关于法律与监管改革，金融科技创新与风险防范之间关系的辩论提供新的见解。本文认为，法律挑战，而非技术问题，是金融科技恰当监管的主要障碍。我们提出的假设旨在解释法律监管如何在中国金融科技蓬勃发展的情况下实现金融科技创新，风险防范和金融稳定之间的竞争利益之间的平衡。最后，本文建议通过政策选择，改进金融科技监管制度的法律框架，实施以目标为导向的响应性监管。

INTRODUCTION

I. RISE OF FINTECH IN CHINA AND REGULATION
A. *From Internet Finance to Fintech*
B. *Landscape of China's FinTech*
C. *Call for FinTech Compliance*
II. FINANCIAL REGULATION AND TWO-DIMENSIONAL RISKS
A. *Two-Dimensional Risks of Finance and Technology*
1. *Technological risk*
2. *Financial risk*

* 徐冬根教授,上海交通大学法学院 ,地址：上海 200030，华山路 1954 号，交大法学院
手机：13040609287，电子邮箱：xudonggen@sjtu.edu.cn

B. *Compliance Logic of Fintech Supervision*
C. *Fintech Supervision Rules and Policy against Risks*
III. GOALS-Oriented RESPONSIVE REGULATION AND POLICY OPTION
A. Regulating different Actors with Different Countermeasure
B. Implementing Appropriate Regulatory Policy
C. Integrating Technology in Financial Regulation
D. *Setting up Effective Monitoring Structure*
E. *Initiating Principle-Based Regime*
F. *Moving toward Goals-Oriented Regulation*
CONCLUSION

INTRODUCTION

Financial technology (“FinTech") is not just a Silicon Valley phenomenon: China, Singapore, and London all are home to significant FinTech activity. ① At the broadest level, FinTech refers to the use of technology to deliver financial solutions or refers to the application of technology to finance.② FinTech includes any tool or application that relies in any significant part on advanced technology to perform a role significantly related to financial transactions. ③ The term’s origin can be traced to the early 1990s and the Financial Services Technology Consortium, a project initiated by Citigroup to facilitate technological cooperation efforts.④ The continuous evolution and development of FinTech has spawned many new financial forms. The development of mobile internet in the last decade and the appearance of emerging technologies such as big data, artificial intelligence, and blockchain have brought changes in traditional financial services industry. The World Economic Forum has estimated that 10% of global gross domestic product will be stored on the blockchain by 2027. ⑤

As a proportion of total market size, FinTech firms are also quickly expanding. One study concluded that 10% of total investable wealth will be in robo-advising funds by 2025. ⑥ FinTech has set off on a global scale. Development of FinTech promotes the digitalization and intelligence of the financial services industry.

China's FinTech has begun to move toward a new stage of development in various vertical segments, and traditional financial institutions have begun to accelerate the pace of transition to

① See Jamie Lee, Singapore, London in Race to Be Top Global Fintech Hub, Bus. Times (Sept. 30, 2016), http://www.businesstimes.com.sg/banking-finance/singapore-london-in-race-to-be-top-global-fintech-hub.
② Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int’l L. 1271, 1271 and 1274 (2016).
③ Christopher G. Bradley, FinTech’s Double Edges, 93 Chi.-Kent L. Rev. 61, 77 (2018).
④ See Marc Hochstein, Fintech (the Word, That Is) Evolves, Am. Banker (Oct. 5, 2015), http://www.americanbanker.com/bankthink/fintech-the-word-that-is-evolves-1077098-1.html.
⑤ See Glob. Agenda Council on the Future of Software & Soc’y, World Econ. Forum, Deep Shift: Technology Tipping Points and Societal Impact (2015), http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf.
⑥ MyPrivateBanking, Robo Advisors vs. Human Financial Advisors: Why Not Both?, Bus. Insider (Nov. 21, 2017), http://www.businessinsider.com/hybrid-robo-advisors-will-manage-10-of-all-investable-assets-by-2025-2017-11-21.

the direction of digitarization. At the same time, the cross-border financial products in the financial market have gradually emerged. China's FinTech is developing rapidly. However, while FinTech has brought innovation to the world of finance, it has also had a major impact on the competitive landscape of China's financial services industry.

FinTech has emerged as a powerful new market force as a result of the coming together of a number of disconnected trends. Significant advances have occurred in the areas of computer and digital technology, the Internet, mobile telecommunications as well as economics and finance, which have created important potential new business structures and operations, and transformed traditional areas of study. ① Today, rapid developments in fintech dominate discussions of financial markets.② Although legal scholars have recognized the rise of FinTech，they have yet to pay sustained attention to the concealed risks of fintech and the interaction between traditional financial industry and the recent wave of digital innovation represented by fintech. Nor have they analyzed how regulators' organizational design and mission conflict undermine financial regulation. Fully understanding the concealed risks of fintech could help us more clearly analyze the demands and dilemmas of China's FinTech to explore how China's financial services industry and financial regulatory agencies address new regulatory challenges arising from FinTech and how to optimize competition policy and legal framework in the financial services industry.

This Article focuses on the trend of FinTech firms entering financial services industry and the associated regulatory and legal challenges which are already arising. Part I begins from analyzing the rise of FinTech in china and regulation, and considering the regulatory implications of its growth, and developing a topology of the FinTech landscape today. It does so by first considering the interlinked evolution of financial services and information technology in Parts I. Financial regulation and two-dimensional risks are then explored in Part II, in the broader evolutionary context, which is necessary for understanding its current status and possible future development. In Part III, highlights the responsive regulation and policy option. This final section seeks to provide a legal framework to understand how to achieve a balance between FinTech regulation and risks control.

I. RISE OF FINTECH IN CHINA

FinTech in China is supported by a strong underlying rationale, including, but not limited to, the following characteristics: (1) young digitally-savvy populations equipped with mobile devices; (2) inefficient financial and capital markets creating opportunities for informal alternatives; (3) less stringent data protection and competition,③ (4) there are a great numbers of engineering and technology graduates.④ These characteristics of FinTech facilitate the government to promote opportunities offered by digital financial services.

A. *From Internet Finance to FinTech*

Unlike foreign countries, the starting point of China's FinTech is not the FinTech industry

① George Walker, Financial Technology Law-A New Beginning and a New Future, 50 Int'l Law 137, 137 (2017).

② Charles W. Mooney, FinTech and Secured Transactions Systems of the Future, 81 Law & Contemp. Probs. 1 (2018).

③ See Zhang Yuzhe & Wang Ling, Alibaba Firm Riles Gov't with Promotions for Credit Services, Caixin (Sep. 28, 2015), http://english.caixin.com/2015-09-28/100859064.html.

④ Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int'l L. 1271, 1299 (2016).

itself. ① The term FinTech has existed for a long time in the concept of Internet finance. In China, the term “Internet Finance” was originally used to refer to new financial form based on Internet. In July 2015, the People’s Bank of China and other 10 ministries and commissions issued the Guidelines on the promotion of the healthy development of internet Finance (hereinafter referred to as “Guidelines for 2015”), ② stating that Internet finance is the use of internet technology by traditional financial services industry and Internet companies. Information and communication technology realize a new financial business model of financing, payment, investment and information intermediary services.

As the interaction of finance and technology has become more extensive and deeper, FinTech has become more popular. Internet Finance highlights the innovation in the context of "Internet +", while FinTech emphasizes the support of science and technology for finance. The commonality of the two phenomenon is more important, which is characterized by dual integration of technology and finance. FinTech emphasizes the use of various new technical means to provide, optimize and create financial services. This development model of warfare has led to the current technology needs to be attached to the actual financial business, and it is difficult to exist independently. This has also given China's vast majority of small and medium-sized Internet finance companies an additional value, which has led to the shift of the value of the unit's production value in the past.

In this context, before 2016, the Internet user dividends still exist, so both Internet financial institutions and traditional financial institutions that are aware of the importance of the Internet have invested heavily in user scale and user experience. However, in 2016, the overall demographic dividend of the Internet industry was exhausted, and the growth rate of netizens and mobile netizens fell below 10%. More importantly, the competition pattern of the Internet giants is basically stable, and the cost of migration between users is huge. At the level of user scale, the marginal effect is reduced.③

Under the promotion of public opinion and the trend of global industrial development, the importance of FinTech has been highlighted and enlarged in the field of Internet finance. FinTech has opened a new chapter in the development of China's financial services industry.

The way of financial products and financial services, which meets the needs of the people for a better and better life, is quickly integrated into the daily life of the people. For example, digital technology enables consumers to pay for their purchases globally,④ and individual investors can buy and sell securities traded on different stock markets directly over the internet.

Although China's FinTech started late, its latecomer advantage is obvious: in 2016, there were 281 FinTech financing projects, accounting for 56% of the world, with a total amount of 87.5 billion yuan, accounting for 77% of the world.⑤ According to the “2016 Top Market Report” issued by the US International Trade Administration (ITA), China's FinTech market ranks second

---

① PWC. Global FinTech Survey China Summary(2017), https://www.pwccn.com/en/financial-services/publications/fintech/global-fintech-survey-china-summary-jun2017.pdf.

② Guideline on the Promotion of the Healthy Development of Internet Finance, Ministry of Fin. of The People’s Republic of China (July 20, 2015), http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/zhengcefabu/201507/t20150720_1332370.htm.

③ See http://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=2966&isfree=0.

④ Lawrence J. Trautman, E-Commerce and Electronic Payment System Risks: Lessons from PayPal, 16 U.C. Davis Bus. L.J. 261, 278 (2017).

⑤ See http://www.nbd.com.cn/articles/2017-01-13/1069877.h.

in the world in terms of overall development, ranking first in the world in the payment market.① According to the statistics of FSB and BIS, the scale of China's online financing market in 2015 was 99.7 billion US dollars, accounting for 71% of the world, far ahead of other countries and regions. ② Almost one billion Chinese consumers deposit money, make payments, and transfer funds on their mobile phones, and Chinese fintech firms have a comparable number of customers as do legacy banks.③ Take 2018 as an example. The top three countries in FinTech investment and financing are China, the United States and India.④ Global FinTech financing in 2018 was $111.8 billion. Tmall and Jing Dong had a combined market share of over 85% in China's B2C e-commerce market in Q4 2018.⑤ As of 2018, China has a total of 120 major FinTech firms, covering the integration of internet finance groups in various fields such as payment, financing, crowdfunding, wealth management, insurance. The business of FinTech firms in China spans the B to C and B to B, as well as domestic and foreign, and provides unlimited imagination and possibility for Chinese financial institutions to overtake on the international stage.

China's transition from a brick and mortar towards a digital financial system is both demand-driven and policy-driven. In addition, certain characteristics of the Chinese market make it particularly fertile ground for FinTech. ⑥Chinese FinTech firms, represented by Ant Financial Service – affiliated to China's Alibaba Group – is a big one, are increasingly interested in investing overseas, aiming at global expansion. ⑦ At the beginning of 2019, Alibaba Group successfully acquired Data Artisans, a data processing company based in Berlin, Germany, and finally achieved its first iconic victory for its long and rugged overseas acquisition. ⑧ Recently, Ant Financial Service acquired London-based payments company WorldFirst in its biggest overseas deal since a U.S. expansion was thwarted. Ant Financial has been in talks on to buy WorldFirst for $700 million.⑨

B. *Landscape of China's FinTech*

Looking back at the development of China's FinTech over the past decade, we can find that FinTech has been introduced into China's financial services industry as early as 2004, but at that time, FinTech only existed as a traditional financial institution's IT system. An infrastructure that is not valued. With the emergence of payment and peer-to-peer lending, FinTech has penetrated from the back-end stage to the core business of finance. Moreover, with the enrichment of other technical means, the mutual attraction between science and technology will make financial and practical life more closely interacted and eventually integrate into social life. Traditional financial institutions have begun to actively explore the path of FinTech transformation. Mobile banking based on mobile Internet, precision marketing based on big data, and service optimization based on intelligent operation are widely used to promote banking services to low cost, high efficiency

① See https://www.trade.gov/topmarkets/pdf/Financial_Technology_Executive_Summary.pdf.

② See http://www.sfi.org.cn/plus/view.php?aid=1072.

③ See James T. Areddy & Alyssa Abkowitz, What Is A Bank? The Future of Banks on Display in China, WALL STREET J., June 2, 2016, at C1.

④ KPMG, The Pulse of FinTech 2018, Biannual Global Analysis of Investment in FinTech, 13 February 2019.

⑤ See https://www.chinainternetwatch.com/tag/suning/.

⑥ Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int'l L. 1271, 1302 (2016).

⑦ KPMG, The Pulse of FinTech 2018, Biannual Global Analysis of Investment in FinTech, 13 February 2019.

⑧ See http://finance.sina.com.cn/stock/usstock/c/2019-01-08/doc-ihqfskcn5125946.shtml。

⑨ See Ant Financial Service to Acquire U.K.'s WorldFirst, https://www.biia.com/ant-financial-to-acquire-u-k-s-worldfirst.

and excellent customer experience.① For example, China Merchants Bank, the leader of the 12 largest joint-stock banks in China, proposed to be a "FinTech bank" in 2017. The top five banks in the wealthy class, the top five national banks in the forefront of the World Bank's top 500, have joined forces with FinTech firms. Ping-An Bank has achieved many results in the fields of big data, artificial intelligence and blockchain.

For the industry, this is both an opportunity and a risk. It gave the opportunity for the rise of small and medium-sized Internet finance companies, but it also accelerated the integration within the Internet finance industry. In the field of China's FinTech, the objective environment has enabled some non-FinTech firms to quickly establish their own advantages in the field of FinTech. The attraction of giants to various resources has made them a key factor in the competitive landscape. Therefore, in the future, the vast number of FinTech and Internet finance companies outside the giants will inevitably have two paths: self-development and mergers and acquisitions.②

Under the background that policies and regulations are increasingly regulated, the economic situation is generally optimistic, and enterprises are under increasing pressure to improve operational efficiency, users are increasingly demanding convenient financial services, and technology is developing rapidly, Internet companies are user-centric. The strategy and the representative of advanced technology are naturally easy to become leaders. In the past ten years, we have continuously explored and formed a relatively complete financial ecological chain. For the latecomers, they only have three options, but most of them are eliminated. The financial ecological chain is broadly divided into payment, financing, savings and investment, and a total of four dimensions. The key players in China's Internet, led by Badu, Alibaba and Tencent ("BAT"), have established their own financial ecological closed loop, and the online and offline business segments are highly integrated. The complete industrial chain includes: payment, borrowing, asset management, credit scores (acquisition) and so on.

In many ways the leadership of China's FinTech is already happening at the industry level with developments in China now leading innovation in the financial sector and being replicated globally. ③ For example, AliPay's introduction of facial recognition payment in March 2015, ④ was followed by MasterCard in July 2015.⑤ Similarly, SMEs lending by Alibaba in 2010 using alternative credit-scoring data from its e-commerce platform was introduced in the United States and Japan in 2012 and is now being undertaken by Amazon in Europe.⑥

C. *Call for FinTech Compliance*

---

① PWC. Global FinTech Survey China Summary(2017), https://www.pwccn.com/en/financial-services/publications/fintech/global-fintech-survey-china-summary-jun2017.pdf.

② PWC. Global FinTech Survey China Summary (2017), https://www.pwccn.com/en/financial-services/publications/fintech/global-fintech-survey-china-summary-jun2017.pdf.

③ Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int'l L. 1271, 1302 (2016).

④ See Geoffrey Smith, Alibaba's Jack Ma Shows Off New 'Pay With a Selfie' Technology, FORTUNE (Mar. 17, 2015, 7:39 AM), http://fortune.com/2015/03/17/alibabas-jack-ma-shows-off-new-pay-with-a-selfie-technology/.

⑤ See Jose Pagliery, MasterCard Will Approve Purchases by Scanning Your Face, CNN (July 1, 2015, 3:03 PM), http://money.cnn.com/2015/07/01/technology/mastercard-facial-scan/.

⑥ See Oliver Smith, Looking For a UK Business Loan? Amazon Might Be the Answer, The Memo (June 29, 2015), http://www.thememo.com/2015/06/29/looking-for-a-uk-business-loan-amazon-might-be-the-answer/.

FinTech presents challenges such as cybersecurity-related risks, and also presents opportunities for regulatory compliance and supervision.① The rapid development of FinTech call for urgently effective legal supervision. In China, the term technology is more vague than the concept of finance. The form of digital currency is difficult to understand for individual investors. Some enterprises use this kind of information asymmetry, carry out market value management with hot spots, deliberately confuse virtual digital currency issuance and blockchain, and seriously mislead investors. In addition, the growth of virtual digital currency market value, active currency exchange transactions, and the prevalence of forks have further exacerbated market turmoil. FinTech in a broad sense can be considered as a FinTech business as long as it is involved in the use of program code. From an academic perspective, this is clearly not a scientific definition, but online users do not usually have professional identification capabilities. The drawback is that after 2016, a large number of FinTech firms suddenly emerged in the market, and under the pressure of policy tightening on Internet finance, many companies began to advertise their own FinTech concepts for survival and marketing needs. This phenomenon runs through the history of the development of various industries in China. In the early stage, a great number of operating institutions flocked to the future, which inevitably led to a huge decline in the attractiveness of the industry. Therefore, at present, there are certain hidden risks in development of China's FinTech industry.

The rise of fintech raises concerns about fintech’s effect on the stability of the financial sector as a whole. These concerns are closely connected with the structure of the fintech industry and the ways that fintech firms operate, as well as the particular innovation that fintech is introducing to the market.② Based on this, in the current FinTech development environment, we should pay attention to and foster the development of FinTech firms with the most open attitude, but we should sort out the development of the industry with the most prudential standards, and provide substantial support and assistance. iResearch believes that under the market economy environment, only FinTech institutions recognized by the market may play a positive role in the future development of the industry.③ The mark recognized by the market is the production of technology revenue.

II. FINANCIAL REGULATION AND TWO-DIMENSIONAL RISKS

The integration of finance and technology has constructed a new and rapid financial ecology outside the traditional financial structure. The openness, interconnectivity and higher technology content of FinTech make financial risks more subtle, information technological risks are more prominent, and the potential systemic and periodical risks are more complicated. As the size of the fintech industry grows, so too will the technological risk and financial risk associated with it. One should not underestimate the risks that would face a broad expansion of fintech. The events of illegal fund-raising in the name of "Internet finance" and peer-to-peer lending are endless, all in the cloak of FinTech, enveloping the core of investment, speculation and even scams. Such phenomenon not only expands the local and systemic financial risks, but also suspects fraud, pyramid schemes and other illegal and criminal acts, which disrupts seriously the financial laws and rules.

---

① Willem Van de Wiele, European FinTech: New Rules on the Way, 37 No. 5 Banking & Fin. Services Pol’y Rep. 16, 16 (2018).

② William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1199-1200 (2018).

③ See http://www.iresearch.com.cn/Detail/report?id=2966&isfree=0.

FinTech may be obscuring risk. The FinTech model bears many of the features of financial risk and technological risk, and the level of such risks is likely to increase as the industry grows. But recent regulation of the financial service industry has focused on a different segment of the market and has largely ignored the unique problems associated with FinTech. As a result, regulators have neither the tools nor the expertise necessary to properly guide and constrain the behavior of FinTech firms. ① As noted above, many aspects of the internal workings of FinTech remain unknown. And it is from this lack of understanding that concerns about risks are born.② The financial plug-in of technology wings is stronger, broader and faster destructive, and the consequences of its impact on the financial market are difficult to predict.③ Therefore, it is more necessary to deconstruct the two-dimensional risks of finance and technology, and analyze them to achieve the regulation and guidance at the institutional level.

A. *Two-Dimensional Risks of Finance and Technology*

With the increasing use of FinTech in financial services industry, rules of financial services industry have been changed by the technological innovations. At the same time, risks have accompanied, and the forms of risk and the way customers are perceived have also changed. The financial services industry is facing the most profound and ambitious technological innovations since the birth of modern financial institutions and financial markets. The technological development of continuous iterations such as big data, artificial intelligence, and blockchain has even begun to fundamentally change the current business model and regulatory framework. ④ Of course, while FinTech promotes China's financial innovation and broadens financial services, it also leads to an increase in potential risks, and FinTech supervision faces challenges.

On a broader perspective, the Chinese regulatory objective of “macro prudential supervision” focuses on systemic risks, and this objective is one of the greatest values that the global financial crisis has brought. But FinTech firms are also likely to become new systemically important actors, which will undoubtedly lead to an increase in systemic risks.⑤ At the same time, the use of innovative means may also enhance the procyclicality of financial markets.⑥ Through the powerful information system, the original interconnections in the market will be highly enhanced, and new interconnections will be created, thus increasing the possibility of “cross-infection” in the financial marker. This problem will become more and more serious with the popularity of artificial intelligence. In the process of automation, manual supervision may be reduced, and the experience of financial crisis has already told us that the “standardization” audit is not a guarantee of compliance, and it is impossible to eliminate the hidden systemic risks. Based on this scenario, “macro-prudential supervision” should take into account the above risks that financial technology may bring.

---

① William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1204 (2018).

② Christopher K. Odinet, Consumer Bitcredit and Fintech Lending, 69 Ala. L. Rev. 781, 857 (2018).

③ See Iris H-Y Chiu, Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products, Intermediation and Markets, 21 J. Tech. L. & Pol’y 55, 66 (2016).

④ See Iris H-Y Chiu, Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products, Intermediation and Markets, 21 J. Tech. L. & Pol’y 55, 81 (2016).

⑤ He, D., Leckow, R. B., Haksar, V., Mansini-Griffoli, T., Jenkinson, N., Kashima, M., Khiaonarong, T., Rochon, C. & Tourpe, H., Fintech and Financial Services: Initial Considerations, IMF Discussion Note, SDN/17/05. https://www.imf.org/en/Publications/
Staff-Discussion-Notes/Issues/2017/06/16/Fintech-and-Financial-Services-Initial-Consid- erations-44985.

⑥ FSB, Financial Stability Implications from FinTech: Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities Attention，http://www.fsb.org/wp-content/uploads/ R270617.pdf.

The business innovation of some internet institutions deviates from the track, deviates from the positioning of information intermediary and the nature of services to SMEs and relying on Internet operations, and is alienated into credit intermediaries. There are acts such as illegal lending, establishment of fund pool and large-scale offline marketing. Risks have occurred from time to time. Some internet institutions even use self-integration, Ponzi schemes, counterfeit fundraising, and even financial fraud. Effectively understanding the potential risks in the development of FinTech is an inevitable requirement for promoting China's FinTech regulatory reform.

1. *Financial Risk*

Information asymmetries in the fintech industry are high.[①] Most fintech firms are not subject to the extensive disclosure obligations that large, public financial institutions are, and thus there is significantly less information about them available.[②] When the FinTech firms are unstable and information asymmetry, due to the small scale of FinTech firms, the lack of funding sources, business non-compliance, weak risk control, etc., due to imperfect industry information disclosure mechanism, market participants unable to obtain sufficient counterparty's information, which in turn makes credit risk difficult to identify. This lack of information can become an important, and dangerous, channel for propagating financial risk in times of adversity.

Regulators also identified that online banking creates new credit risks. Through the removal of the physical link between the consumer and the bank, it was anticipated that competition would increase (e.g. borrowers would have access to a greater pool of lenders with the removal of geographical limits). [③] In fact, in many ways, small actors may have greater incentives, and abilities, to engage in excessively risky behavior than large, more established ones.[④] Consider the internet lending industry's practice of offloading risk, many peer-to-peer lending platforms provide ways for individuals and companies to transact with one another, with the platforms themselves not bearing any of the risks associated with the resulting transactions.[⑤] This offloading of risk to third parties raises the possibility that crowdfunding firms will encourage excessively risky behavior.

Financial innovation often involves more credit creation. Such increases in leverage as a systemic phenomenon often creates greater risk for all participants in the financial and real economies, and could raise systemic fragility in the face of shocks or crises.[⑥] Further, financial innovation also produces more complexity,[⑦] which often exacerbates information asymmetry resulting in mispriced allocations in the market, asset bubbles, and painful corrections and market

---

[①] Donald C. Langevoort, Toward More Effective Risk Disclosure for Technology-Enhanced Investing, 75 WASH. U. L.Q. 753, 755 (1997).

[②] See Mary Jo White, Chair, Sec. & Exch. Comm' n, Opening Remarks at the Fintech Forum (Nov. 14, 2016), https://www.sec.gov/news/statement/white-opening-remarks-fintech-forum.html.

[③] Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int' l L. 1271, 1285 (2016).

[④] William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1207 (2018).

[⑤] See From the People, for the People, ECONOMIST (May 9, 2015), https://www.economist.com/news/special-report/21650289-will-financial-democracy-work-downturn-people-people (describing peer-to-peer lending companies, such as Lending Club).

[⑥] See Tim Adam & Andre Guettler, Pitfalls and Perils of Financial Innovation: The Use of CDS by Corporate Bond Funds, 55 J. Banking & Fin. 204, 204-05 (2015).

[⑦] See Kathryn Judge, Fragmentation Nodes: A Study in Financial Innovation, Complexity, and Systemic Risk, 64 Stan. L. Rev. 657, 660-61 (2012) (discussing the consequences of complexity).

instability.[1]

Interest rate also poses obstacles to the growth of the FinTech industry. On the one hand, the income of FinTech products is not stable, and the high-yield model introduced to attract investors cannot be maintained for a long time. On the other hand, the interest rate marketization reform will enable traditional financial institutions such as banks to increase their competitiveness by lowering deposit interest rates and lowering lending rates, and reducing the yield advantage of FinTech institutions.

Taking the Bitcoin as another example of financial risk, most of the holders of Bitcoin do not have the relevant professional knowledge, so it is difficult to determine that the holder invests in the value of Bitcoin, and the behavioral choice is more affected by the "flock". In fact, these financial consumers are often vulnerable to fraud and misleading because of the lack of financial knowledge and blind follow-up. The shock of the "coin circle" from the end of 2017 to the beginning of 2018 is enough to illustrate this point.

2. *Technological Risk*

The development of FinTech business depends on advanced technology and internet trading platform. The mistakes in technology and internet trading platform selection will bring greater risks. New FinTech firms use emerging technologies such as big data, artificial intelligence，and blockchain to provide financial services to consumers. In the context of computer-driven transactions, transaction frequency and transaction volume are rapidly rising. Technical loopholes or programming errors will have a huge impact on financial markets. When using technologies such as big data, artificial intelligence, and blockchain, data correlation is not used to detect causality but to predict the future, and it can create miscalculated costs and risks. The participation of technology makes the hidden risks more dispersed, more systemic and contagious. If the size of the FinTech enterprise is large enough, once the bankruptcy risk is quickly transmitted to the enterprises with which it is linked.

Perhaps the most obvious mechanism, and one that has long been a concern in the fintech world, is shared susceptibility to hacking.[2] While hacking can come in many forms--from merely gathering information to theft to outright system failure--the possibility that the programming that underlies an industry might contain vulnerabilities is a clear pathway for adverse shocks to spread.[3]

B. *Compliance Logic of FinTech Supervision*

The rise of FinTech brings inevitably the reconstruction of financial supervision. On the one hand, driven by FinTech, the way financial risk occurs, the breadth of influence, the speed of dissemination, and even the structure, model and pricing of financial risks are fundamentally different from traditional financial risk, and have not yet been applied to regulatory rules governing the risk of new financial forms. The financial supervision model under the traditional financial theory is not able to effectively respond to the regulatory needs of technology-driven

---

[1] See Iris H-Y Chiu, Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products, Intermediation and Markets, 21 J. Tech. L. & Pol’y 55, 62 (2016).

[2] Hacking, of course, is also a major concern for traditional financial institutions, forcing them to spend significant amounts of money on cybersecurity efforts. But the magnitude of fintech’s exposure to hacking is far greater than that of traditional players, given that many fintech firms’ entire models are based on coding and other forms of automated decision-making.

[3] See Iris H-Y Chiu, Fintech and Disruptive Business Models in Financial Products, Intermediation and Markets, 21 J. Tech. L. & Pol’y 55, 106-07 (2016) (outlining challenges faced by private money-based economies).

new financial services. Therefore, it is necessary to construct FinTech supervision model, so as to use real-time, dynamic and transparent intelligent supervision by means of technology, thereby improving the efficiency of financial supervision and making up for the limitations of traditional financial supervision model in dealing with FinTech.

With the mutual penetration and dual integration of technology and finance, the financial market driven by FinTech is advancing rapidly. The traditional regulatory model has been unable to adapt to such a market environment. The path of FinTech supervision has its rationality. Big data has changed the lag of the traditional regulatory model in the past, and even reached the pre-judgment and ex ante regulation of future trends. In the FinTech era, data and information are the core of regulation. Financial regulation is increasingly driven by data. Assess most of the data types required for prudential regulation as risk data, which typically requires clarity, accuracy, completeness, and structuring requirements, ultimately enabling regulators to understand systemic risks and the entities involved. The data also helps to understand how entities in the financial market directly expose risks or indirectly expose risks to each other through similar exogenous factors, even directly exposed to risks through financial instruments associated with the same institution. Financial regulation and increasing data reporting requirements may constrain the operation and major innovations of traditional financial institutions. Therefore, resetting, simplifying or automating supervision will help improve regulatory efficiency.

C. *Fintech Supervision Rules and Policy against Risk*s

The FinTech firms represented by BAT (Baidu, Alibaba and Tencent) in China have made remarkable achievements. The application of FinTech mainly appears in the fields of online lending, equity crowdfunding, internet payment and internet financing. At the same time, the impact and impact of new technologies on the traditional financial services industry is also increasingly apparent. With the cross-border, cross-industry and cross-market characteristics of blockchain technology, the speed of financial mixed industry is accelerating and the difficulty of supervision is increasing. The limitations of separate supervision and institutional supervision have gradually emerged, and the shortcomings have been highlighted in the time of rapid development of FinTech. The participants in the FinTech market are growing rapidly, and the types of business are mixed. However, due to various technical reasons, the related business supervision is far behind. On the regulatory side, most Asian regulators have initiated a FinTech strategy and met in Kuala Lumpur to discuss this alongside the World Capital Market Symposium in 2013.[①]

Before 2015, due to the burgeoning period of China's FinTech, the regulatory authorities adopted an inclusive and loose regulatory policy, showing a weak supervision attitude. At this stage, various financial forms are still unclear, and the regulatory authorities only control relatively mature areas such as electronic payment and internet lending. At this time, the Internet finance industry developed rapidly, but because of the lack of strong restraint mechanism and effective supervision, it also showed a situation of brutal growth and extensive development. However, there are legitimate reasons for regulators to adopt a tolerant attitude toward the Internet finance industry at the initial stage.

First of all, the law has always a lag. Although the update of laws and regulations in the

---

① See Ray Chan, Asian Regulators Seek Fintech Balance, FIN. ASIA (Sep. 4, 2015), http://www.financeasia.com/News/401588,asian-regulators-seek-fintech-balance.aspx.

financial sector has been considered timely enough, the comprehensive and continuous supervision of the emerging financial innovations still makes the regulatory authorities unable to do so. Secondly, Internet finance is still in the early stage of exploration. It is difficult for the regulatory authorities to grasp the direction of supervision. It is better to wait and see. Finally, the new financial format is always accompanied by new types of technical means and business models. Before 2015, China adopted basically an inclusive and loose regulatory policy for FinTech.

The beginning of China's FinTech supervision legislation was issuance of the "Guidelines on the promotion of the healthy development of internet Finance", which adopted the principles of supervision.

In 2015, FinTech in China has begun to emerge. In view of the chaos of Internet finance, the regulatory authorities have to shift the tolerant regulatory policies and adopt a strict regulatory attitude. Taking cash loans as an example, after 2015, the online lending industry showed explosive growth both in terms of business scale and number of institutions, but with the emergence of money running, financial fraud, illegal fund-raising, violent levy and so on. The tragedy caused by "campus loan" and "naked loan" is even more common. As a result, the regulatory authorities have issued a series of legal rules and self-regulation rules.

FinTech in this context is regulated by a patchwork of laws, regulation, and rules. In July 2015, the People's Bank of China and other 10 ministries and commissions issued the " Guidelines on the promotion of the healthy development of internet Finance." ① On December 28, 2015, the People's Bank of China promulgated the “Management Measures for Network Payment Services of Non-bank Payment Institutions, which clarified the positioning of Internet payment institutions. On April 13, 2016, the China Banking Regulatory Commission issued the “P2P Network Lending Risk Special Rehabilitation Work Implementation Plan”. On August 24, 2016, the CBRC and other four ministries and commissions issued the Interim Measures for the Management of Business Activities of Internet Lending Information Intermediaries, which made the P2P network lending a basic law. On October 13, 2016, the State Council issued the “Implementation Plan for Special Remediation of Internet Financial Risks”. The China Banking Regulatory Commission, the China Securities Regulatory Commission, the China Insurance Regulatory Commission and the State Administration for Industry and Commerce also issued corresponding specific remediation plans. On that issue, it seems that China’s Internet Finance Guidelines and the consultation on third party payment are pointing towards a two-tiered market. It may introduce a measure of regulatory harmony between traditional financial institutions and new start-up participants. ②

Chinese Fifth National Financial Work Conference to be held on July 14 and 14, 2017, ③ has set the policy for future financial reforms and direction. Three tasks are highlighted in the meeting, including making the financial sector better serve the real economy, containing financial

① For a more in depth analysis of Financial Technology developments in China, see Weihuan Zhou, Douglas W. Arner & Ross P. Buckley, Regulation of Digital Financial Services in China: Last Mover Advantage?, 8 Tsinghua China L. Rev. 25 (2015).

② Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int’l L. 1271, 1305 (2016).

③ The National Financial Work Conference has been held every five years since it was first held in 1997

risks and deepening financial reforms.① This Conference has set up the Financial Stability and Development Committee of the State Council, (hereinafter referred to as "FSDC"). China's FinTech supervision was upgraded to a new regulatory model consists of one committee, one bank and two commission. ② The establishment of Financial Stability and Development Committee is charged to coordinate macro-prudential supervision and to promote the deepening reform of the financial industry. The merger of the China Banking Regulatory Commission and the China Insurance Regulatory Commission will also help the reform direction of target supervision.

In May 2017, the People's Bank of China Financial Technology Committee (FinTech Committee) has been set up. The Committee mentioned explicitly to strengthening FinTech research with blockchain technology as the core, to strengthening the application of regulatory technology (“RegTech”), and aiming to strengthening the research planning and overall coordination of FinTech innovation. The active use of big data, artificial intelligence, cloud computing and other technologies should be encouraged for enriching financial supervision methods, improving the ability to identify, prevent and resolve cross-industry and cross-market cross-financial financial risks, and effectively strengthening the application of regulatory technology. Relevant regulatory authorities, such as the Bank of China, China Banking and Insurance Supervision Commission, have also continued to conduct research in the field of FinTech and regulation, and explore the use of big data and cloud technology to improve regulatory efficiency.

In May 2017, the People's Bank of China led the joint publication of the Financial Services Industry Standardization Structure Construction and Development Plan (2016-2020), which plans to build financial products and services, financial infrastructure, financial statistics, financial supervision and risk prevention and control standards. The People's Bank of China also released the “13th Five-Year Development Plan for China's Financial Services Industry Information Technology” in June 2017, which clarified the development goals of RegTech, required the establishment of a FinTech innovation management mechanism, and formulated relevant specific regulations. Upgrade regulatory platforms and tools to fully utilize technology to improve regulatory quality and reduce costs.

In addition, the Shanghai Banking Regulatory Bureau has created a regulatory innovation interactive platform in the Free Trade Zone. In principle, it is similar to the foreign regulatory sandbox, and it is a pioneering pilot exploration in the free trade zone. However, there is still a problem: the platform cannot put all FinTech firms in, because many FinTech firms are not under the control of the banking regulatory bureau, and the banking regulatory bureau does not have the right to market access and license in this regard.

III. GOAL-ORIENTED RESPONSIVE REGULATION AND POLICY OPTION

The concealed risks of FinTech present immediately a keen legal problem, a problem of regulatory path and responsiveness. The FinTech regulations, legal structure, and policies of countries all over the world have important implications for China. Although the background and foundation of China's differs from other countries, whether it is policy formulation, institutional

① National Financial Work Conference has been held in Beijing, See http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/15/content_5210774.htm.

② These regulatory agencies are Financial Stability and Development Committee of the State Council, People’s Bank of China, China Securities Regulatory Commission, China Bank and Insurance Regulatory Commission.

design concept, or some specific measures, it is undoubtedly inspiring and referential. Facing the rapid development of emerging financial forms, China should first look and think from the perspective of improve financial regulation and legal framework of FinTech.

A. *Regulating different Actors with Different Countermeasure*

The structure of FinTech makes it more difficult for regulators to identify the relevant actors for regulation. Fintech defined is in many ways by its decentralized nature, relying on decentralized networks of small actors and sometimes relying on decision-making algorithms. This decentralization is an obstacle to effective supervision. The virtual currency Bitcoin provides a good example of the severity of the problem. If a regulator wants to increase its monitoring of Bitcoin, where does it start? The currency is a product of a decentralized computer network, and there is no centralized control and operating through consensual group dynamics. Of course, it could focus on the creator of the system--but it turns out that the creator is a shadowy figure going by the name of Satoshi Nakamoto who is still the subject of much uncertainty, including whether he is a single person at all.① It could, instead, focus on the Bitcoin exchanges, where a portion (but not all) of bitcoin transfers (but not all transactions) occur. Or it could focus on the bitcoin miners, who create extra bitcoin, but the miners are usually anonymous individuals located in different locations as Iceland,② Mongolia,③ and China Tibet.④ It could also focus on the individuals using Bitcoin for trading, but given the anonymity of Bitcoin, the process of identifying these participants is difficult.

These are difficult questions, and perhaps the best method would be to tackle all of the above. But regardless of the eventual method adopted, the disaggregated nature of FinTech makes this process difficult and costly. And all of these questions will need to be answered anew as new services and products arise. ⑤

Given the small size of FinTech firms and the already sizeable barriers to entry in world of finance generally, regulation must aim to impose minimal administrative burdens on firms.⑥ Administrative burdens can be expected to have a disproportionately adverse effect on FinTech firms, and regulation must take this effect into account. ⑦ FinTech regulation should be aimed at producing higher-quality information in the most cost-effective manner possible.

---

① Adrian Chen, We Need to Know Who Satoshi Nakamoto Is, NEW YORKER (May 9, 2016), https://www.newyorker.com/business/currency/we-need-to-know-who-satoshi-nakamoto-is.

② Nathaniel Popper, Into the Bitcoin Mines, N.Y. Times: Dealbook (Dec. 31, 2013), https://dealbook.nytimes.com/2013/12/21/into-the-bitcoin-mines/.

③ Bitcoin: The Magic of Mining, Economist (Jan. 8, 2015), https://www.economist.com/news/business/21638124-minting-digital-currency-has-become-big-ruthlessly-competitive-business-magic.

④ Simon Denyer, The Bizarre World of Bitcoin "Mining" Finds a New Home in Tibet, Wash. Post (Sept. 12, 2016), https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/in-chinas-tibetan-highlands-the-bizarre-world-of-bitcoin-mining-finds-a-new-home/2016/09/12/7729cbea-657e-11e6-b4d8-33e931b5a26d_story.html?utm_term=.bef7286d503f.

⑤ William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1205-1206 (2018).

⑥ See Howell E. Jackson, Variation in the Intensity of Financial Regulation: Preliminary Evidence and Potential Implications, 24 Yale J. On Reg. 253 (2007) (quantifying the substantial regulatory costs imposed on financial institutions in the United States); John C. Coates IV, Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Case Studies and Implications, 124 Yale L.J. 882 (2015) (describing the difficulties of measuring compliance and other regulatory costs ex ante).

⑦ William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1216 (2018).

B. ***Implementing Appropriate Regulatory Policy***

An appropriate Regulatory policy could reduce systemic risk. Future crises are unpredictable. The main point is that Regulatory policy can become a valuable ally for financial stability in the FinTech era. Neglecting Regulatory policy can lead to missed opportunities to reduce familiar risks in the short term and may create new threats in the long run. It is very important to understand the stakes, focusing on the opportunities and challenges presented by FinTech and helping to develop the stakes of effective Regulatory policies. Because policymakers and regulators can contribute to competitive shortcomings in a variety of ways.

The policymakers must decide how to allocate limited resources among different regulatory goals, and must consider the possibility that pursuing one mission will undermine others. The point here is not that Regulation should win out over other major financial regulatory goals that currently receive greater attention, such as consumer protection and stability. Regulatory policy is important not only in its own right for the economy, but also for how it can advance consumer protection and stability.

Independent FinTech has created their own way of threat to stability. Over time, an independent FinTech could become so giant and interconnected that its failure could undermine the stability of financial structure. A concentrated FinTech market could create additional risks from coordinated large-scale financial movements or systemically important FinTech institutions. [①]

C. Integrating Technology in Financial Regulation

In addition, the implementation of intelligent dynamic supervision relies on the coding of financial regulatory rules or the identification of machines, that is, automated supervision through code. Blockchain technology enables the rapid expansion of the “structural” role of code, hardware, and other constrained behaviors, at least redefining the design, implementation, and enforcement of legal and regulatory rules. Decentralized technologies (such as blockchain technology) can be used for technology-driven financial regulation. In this model, regulators play a dual role: formulating laws and regulations; working with technical experts to embed laws and regulations in decentralized technology and gain full network recognition, so that the implementation of laws and regulations can be achieved through code.

Automated supervision through code to create data and protocol-based solutions that include risk data, transaction data, and process data. The agreement is simply a digitalization of regulatory requirements, regulatory policies, and compliance requirements. The main advantage brought by digitalization is that it does not require offline manual intervention, reduces the problems caused by discretion, and can establish a unified implementation standard. Both financial institutions and regulatory agencies adopt automated procedures to deal with them, greatly reducing costs and improving Efficiency and reduce moral hazard. Regulators can provide regulatory documents and other documents in machine-readable form, which obviously makes it easier to synchronize regulatory dynamics. The legislator's modification of the current rules is recorded and stored in the form of data. This form of data can be directly processed by the financial enterprise, which in turn can automatically modify its internal settings, automatically update the rules and regulations, and report mechanisms.

[①] See Rory Van Loo, Making Innovation More Competitive: The Case of Fintech, 65 UCLA L. Rev. 232, 251 (2018).

It is important to note that because writing code requires specific expertise, without the cooperation of experts in the decentralized technology ecosystem, regulators will not be able to draft rules that allow the machine to be identified. Only high-frequency cooperation and mutual response between the drafters of the law and the writers of the code can ultimately lead to strict and valuable regulatory rules. In addition, in the process of cooperation between regulators and the FinTech industry, it is inevitable to discuss the functional objectives of the current regulation. How to embed these goals in a code-supported system and make them function equally is very important.

For the automation system, trusted algorithm constraints and execution are more conducive to enhancing people's trust in the system than the design code of the mandatory disclosure system. In the past 20 years, many scholars have called for greater transparency in automated procedures, but this approach is not a panacea. The most representative method is to disclose the source code of the system, but this is only a small step to ensure the reliability of the automation program. Because non-experts can't understand the source code of a computer system. Even an expert can hardly figure out what the software code execution will produce: checking the source code has limited effect on predicting how the computer program will run.

The typical representative of emerging automation decisions is machine learning, especially for source code analysis. Because it automates the decision-making rules based on the specific data being analyzed, no one can predict a specific process. In this case, the source code has little effect on the reviewer because the code only indicates the machine learning method used and not the data-driven decision rule. To take a step back, even if the open source code is feasible, it is not possible to open it in many cases, especially when it comes to consumer data protection, commercial proprietary information and trading secrets. However, the development of technology has provided a new opportunity to improve governance and enhance reliability through the setup of computer programs, which can make automation decisions more in line with legal and policy objectives.

D. *Setting up Effective Monitoring Regime*

The operations of FinTech firms are significantly more opaque than those of traditional, large financial institutions, rendering it difficult if not impossible for regulators to effectively monitor their behavior.[①] The technical system of the regulatory authorities cannot monitor and cannot achieve good connection with financial institutions.

Monitoring depends on transparency; without accurate and timely information about the creation of risk within an industry, regulators cannot take action to prevent or mitigate systemic risks as they arise. If the number of actors is large and their behavior is not easy to verify - that is, from the perspective of regulators, the opacity of an industry is high - monitoring may collapse. It is in these scenarios that regulation is least effective as a constraint on behavior. [②]

Regulators should adopt a “regulation lite” model that incentivizes FinTech firms to provide information to regulators about their businesses and seek guidance on the applicability of current law.

One way to achieve this goal is to create a “regulatory sandbox”, a method adopted by the United Kingdom. The UK’s Financial Conduct Authority has created a regulatory project that

[①] William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1199 (2018).
[②] William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1207 (2018).

allows FinTech firms and start-ups to launch new financial products on an accelerated basis and with minimal regulatory barriers.[1] The advantages of this approach are obvious, because it increases the transparency of the industry while encouraging innovation. [2]

It is well recognized that effective regulatory regimes require effective monitoring regimes.[3] A regulator cannot constrain the behavior of relevant actors if it cannot observe their behavior, or even identify the relevant actors in the first place.[4]

Using effective data management and market monitoring tools, technology governance lays the groundwork for moderate and risk-based financial regulation, such as artificial intelligence and deep learning that can provide automated consumer protection, market monitoring and prudential supervision.

RegTech allows for more efficient information gathering and monitoring. This would include, for instance, tools that provide credit reports or bank records. [5] Regulatory authorities shall encourage and facilitate the development of self-regulatory codes of conduct, [6] for purpose to define guidelines on best practices to facilitate the switching of providers and to ensure that they provide to counterparties with sufficiently detailed, clear, and transparent information before a business contract for internet finance has been concluded.

These data should inform policy making and best practice guideline writing so as to ensure that industry rules and standards are based on real (rather than perceived) issues. This means that more research should be done on the consumer experience for FinTech borrowers, as well as how FinTech lenders operate and run their businesses. [7] A unified prudential regulatory regime would help achieve these goals.

E. *Initiating Principle-Based Regime*

Principle-based regulatory regimes differ from rule-based regimes. The latter create clear rules and processes. For a FinTech firm or start-up, rule-based regimes are expensive because each rule and process needs to be identified and complied with. That may consume significant portion of a start-up's financial resources that could instead be used to develop their business.[8]

The benefits of Principle-based regulatory regime are not clear from the perspective of FinTech firm or start-ups. The flexibility of a principle-based regime creates a level of uncertainty as to what exactly is expected in terms of compliance. As for the rule-based approach, the fact that the compliance obligations are clearly set out can limit the incentive of the supervised entity to do

---

[1] Max Colchester & Rachel Witkowski, U.K. Takes Novel Approach on Fintech, Wall St. J. (Apr. 11, 2016, 6:30 AM), https://www.wsj.com/articles/u-k-takes-novel-approach-on-fintech-1460370600.

[2] William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1215-16 (2018).

[3] See, e.g., Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. POL. ECON. 169, 172-73 (1968); Robert J. Jackson, Jr. & David Rosenberg, A New Model of Administrative Enforcement, 93 Va. L. Rev. 1983 (2007); A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines, 35 J.L. & ECON. 133, 135-39 (1992) (discussing several monitoring regimes and the associated pros and cons); George J. Stigler, The Optimum Enforcement of Laws, 78 J. POL. ECON. 526 (1970) (discussing enforcement mechanisms for effective regulatory regimes).

[4] See Matthew T. Wansley, Regulation of Emerging Risks, 69 Vand. L. Rev. 401, 442-43 (2016) ("If the expected risk were not observed, agencies would be hard pressed to justify continued regulation.").

[5] See Christopher G. Bradley, FinTech's Double Edges, 93 Chi.-Kent L. Rev. 61, 77 (2018).

[6] Willem Van de Wiele, European Fintech: New Rules on the Way, 37 No. 5 Banking & Fin. Services Pol'y Rep. 16 (2018).

[7] Christopher K. Odinet, Consumer Bitcredit and Fintech Lending, 69 Ala. L. Rev. 781, 857 (2018).

[8] Chris Brummer & Daniel Gorfine, FinTech: Building a 21st-Century Regulator's Toolkit, Milken Inst. 7 (Oct. 2014), http://assets1c.milkeninstitute.org/assets/Publication/Viewpoint/PDF/3.14-FinTech-Reg-Toolkit-NEW.pdf.

more because the obligations are perceived as sufficiently comprehensive.①

There is nonetheless a way of to resolve the differences between Principle-based regulatory regimes differ from rule-based regimes for traditional financial institutions and FinTech firms. The solution may go beyond rule-based or principle-based an “either-or” attitude; instead, these should not be seen as mutually exclusive. Corporate regulatory obligations should be dynamic because they need to adapt to the size and activity of a business as the business grows and changes.② For example, while a principle-based approach may provide a FinTech firms with the benefit of flexibility at an early stage, such regulations may limit a business’ scalability. Investors may prefer the regulatory clarity and certainty that rule-based models bring.③ Thus for FinTech firms and start-ups, the legal predictability and higher compliance costs associated with a rule-based model may be balanced by being more attractive to investors. Then, as the FinTech firms and start-ups mature, its compliance culture and capacity increase as it develops more and more financial resources. Therefore, the higher costs and complexity associated with a rule-based approach can be understood as benefits, both to companies and investors. In fact, rule-based regulatory approaches are more likely to create a barrier to entry for subsequent new competitors.④

The principle-based supervision has been initiated in China by the Guidelines on the promotion of the healthy development of internet Finance, which has established the principles of supervision, namely, "principles of appropriate supervision”, “principles of classified supervision”, “principles of coordinated supervision”, and “principles of innovative supervision". These principles have significant flexibility and are conducive to financial innovation in China.

F. *Moving toward Goals-Oriented Regulation*

While the considerations underlying the conventional wisdom remain important, clear and specific laws may not be possible when technology is changing rapidly and when its application provides sufficient flexibility to evade narrowly drawn, bright-line rules. Faced with a concern over legal obsolescence given the speed of change and technologically enabled evasion of legal standards, a turn to more purposive, standards-based legislation may be appropriate. It is necessary to appraise legal, governance, and scalability issues and support standardization efforts of FinTech.⑤

A potential approach would be to orient regulations explicitly toward goals or purposes in regulations,⑥ so the rules can remain applicable as the specific forms of risk or abuse change.

Along these same lines, purposive laws could expressly require that FinTech firms and Startups put into place internal procedures and policies to address major policy concerns that their business models raise--in other words could require companies to invest in compliance. Required compliance policies might include mandatory consideration of discriminatory impact of

---

① Douglas W. Arner, Jànos Barberis, and Ross P. Buckley, The Evolution of FinTech: A New Post-Crisis Paradigm? 47 Geo. J. Int’l L. 1271, 1312 (2016).

② For more detail on real-time regulation, see Tim O’Reilly, Open Data and Algorithmic Regulation, in Beyond Transparency: Open Data and the Future of Civic Innovation (Brett Goldstein & Lauren Dyson eds., 2013).

③ See generally Project Innovate: Call for Input, Fin. Conduct Auth. (Oct. 2014), https://www.fca.org.uk/static/documents/feedback-statements/fs-14-2.pdf.

④ See Julia Groves, Crowdfunding--Regulations are Now the Biggest Barrier to Entry, UK CROWDFUNDING (May 30, 2014), http://www.ukcfa.org.uk/crowdfunding-regulations-are-now-the-biggest-barrier-to-entry/news.

⑤ See Willem Van de Wiele, European FinTech: New Rules on the Way, 37 No. 5 Banking & Fin. Services Pol’y Rep. 16, 18 (2018).

⑥ See Chris Brummer, Disruptive Technology and Securities Regulation, 84 Fordham L. Rev. 977, 1039-42 (2015) (discussing the attractiveness and limitations of Objectives-Based Regulation).

technologies, or of security risks with respect to personally identifiable information.[1] FinTech firms and Startups will try to comply with reasonable guidelines particularly if the risk prevention purpose is readily apparent or clearly articulated.

CONCLUSION

The goal of this article was to provoke a conversation about the role of law and regulation for risk control in the development of FinTech. FinTech is transforming finance and challenging its regulation at an unprecedented rate.[2] FinTech is already pervasive in virtually every aspect of financial market, both for financial services industry and for financial consumers. Application of FinTech tools has unquestionably reduced transactions costs to the benefit of all, and also have all sorts of other unpredictable effects.

As the previous sections demonstrated, FinTech raises a number of red flags related to technological and financial risks. FinTech firms are particularly vulnerable to adverse shocks, they have multiple pathways for those shocks to spread to other actors, they present significant informational asymmetries, and their market is growing. All of these elements indicate that FinTech could potentially serve as a catalyst for wider losses in cases of extreme events, some of which may be predictable and others of which may not.[3] A financial ecosystem with a well-regulated environment and a clear regulatory framework will rapidly promote the development of FinTech and provide an appropriate ecological environment for FinTech by assessing whether there are unjustified regulatory obstacles to financial innovation in the financial services regulatory framework. Abuses may be overlooked if blind optimism concerning a technological tool holds sway--or innovations may be stifled if distrust dominates instead. [4] The task of policy makers is to permit technological development to be as free as possible while controlling risks. It is important to avoid allowing regulation to get ahead of innovation, or allowing the technology to get ahead of the law. Perhaps innovative firms such as Alibaba, Badu, Tencent, and the next generation of FinTech firms and startups will recognize that the prospects for a responsive regulation offer new approaches with a view to balancing the competing interests of FinTech development, innovation, financial stability and risk control. The ideal prospect is to set up an appropriate regulatory approach with a view to balancing the competing interests of FinTech innovation, financial stability and risk control.

13.论涉外劳动关系认定的法律适用

黄晓原*

摘　要：涉外劳动关系的主体能力、主体之间的关系从属性、作为客体的劳动行为等

[1] Christopher G. Bradley, FinTech’s Double Edges, 93 Chi.-Kent L. Rev. 61, 84 (2018).

[2] Dirk A. Zetzsche, Ross P. Buckley, Douglas W. Arner, Janos N. Barberis, From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance, 14 N.Y.U. J.L. & Bus. 393, 393 (2018).

[3] William Magnuson, Regulating FinTech, 71 Vand. L. Rev. 1167, 1204 (2018).

[4] Christopher G. Bradley, FinTech’s Double Edges, 93 Chi.-Kent L. Rev. 61, 95 (2018).

* 黄晓原，中国社会科学院研究生院博士研究生在读。本文尚未在期刊发表，正在修改完善的过程中。由于时间关系，还有很多问题未及修改。如果对本文有任何意见和建议，欢迎来信：hxy0518@126.com。

因素促使涉外劳动关系认定的法律适用成为独立问题。其独立性成为解决涉外劳动关系法律适用难题的关键：它不同于选择适用劳动法抑或民法的识别问题，可以作为涉外劳动合同法律适用的先决问题，但不完全是强制性规定问题。涉外劳动关系认定的准据法受到主客体因素的影响。客体决定了以行为地法为主，主体和主体之间关系决定了属人法和法院地法可以补充适用。

关键词：涉外劳动关系认定；劳动关系主体能力；劳动关系从属性；法律适用。

Abstract: In foreign-related labor relations,the subjective ability, the relationship between subjects, and the object make foreign-related labor relations become independent issues. Its independence has become the key to solving the problem of the applicable law of foreign labor relations: it is different from the choice of the application of labor law or civil law on identification, and can be a preliminary question for the application of foreign labor contract law, but it is not a mandatory issue. The applicable law for the affirmation of foreign-related labor relations is influenced by the subject and object factors. The object determines lex loci actus, and the relationship between the subject and the subject determines that lex personalis and lex fori can be supplemented and applied.

Keywords: the affirmation of foreign-related labor relationship; labor relationship subject ability; labor relationship sub-attribute; the application of law.

涉外劳动关系认定的法律适用往往不被认为是独立的问题。这导致了一些司法实践中的误区。这些误区直接表现为对涉及涉外劳动关系问题的法律适用不一致，尤其是如何适用 2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 43 条[①]和 2012 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（以下简称《司法解释一》）第 10 条第 1 款第 1 项[②]的规定。澄清误区并独立分析影响涉外劳动关系认定的因素将有利于选择涉外劳动关系认定问题的准据法。

一、涉外劳动关系认定问题的独立性

涉外劳动关系认定是否仅仅属于涉外劳动合同的一部分？司法实践对此提出质疑。③从劳动法实体法上看，劳动关系认定是独立问题，与劳动合同是两个不同的问题。对此随着劳动关系和全球劳动力市场的发展，涉外劳动关系的认定问题越来越复杂，其法律适用也越来越有独立研究的意义。

涉外劳动关系认定的对象是劳动关系的主体和客体。劳动关系的主体主要包括劳动者和用人单位，主体之间的从属性是劳动关系的要件之一，规定了主体之间强制与服从的特殊权利义务。④劳动关系客体主要包括提供劳动的行为和条件。⑤所以，涉外劳动关系的认定

---

① 2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 43 条规定："劳动合同，适用劳动者工作地法律；难以确定劳动者工作地的，适用用人单位主营业地法律。劳务派遣，可以适用劳务派出地法律。"

② 2012 年《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第 10 条第 1 款第 1 项规定："有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：（一）涉及劳动者权益保护的……"

③ 程立武：《涉外劳动关系的认定及准据法的确定》，《中国劳动》2013 年第 11 期；程立武：《非法用工的司法认定和处理》，《中国劳动》2014 年第 1 期。

④ 参见《劳动与社会保障法学》编写组编：《劳动与社会保障法学（马克思主义理论研究和建设工程重点教材）》，高等教育出版社 2018 年版，第 33-34 页。

⑤ 参见王全兴著：《劳动法（第四版）》，法律出版社 2017 年版，第 78 页。

问题比涉外劳动合同问题更有一般性，前者是后者的上位概念。

第一，在主体方面，涉外劳动关系的能力问题独立于涉外劳动合同问题。各国对劳动关系主体的劳动权利能力规范不同，[①]劳动者身份的认定有多样的标准。[②]是否赋予外国公民劳动者主体资格，是一个国家的主权事务。[③]因此，劳动法主体能力标准是一国劳动法的一般性规定，而不仅仅是劳动合同问题。

第二，在主体之间的关系方面，劳动主体之间的从属性可以有不同的认定标准，不同于狭义劳动合同的定义。传统的人身从属性标准不再是不可或缺的，现代的经济从属性标准使更多就业者能够得到劳动法的保护，尤其是“灵活就业”的从业人员。[④]劳动关系理论为适应劳动的现代化背景，[⑤]提出采用新的从属性理论，主张自由与劳动关系和谐，提高社会保障体系的相对独立性。[⑥]

第三，在客体方面，提供劳动的方式呈现多元化、灵活化的趋势，超出了狭义劳动合同的范围。劳务派遣、国际劳务合作和灵活就业的增多成为了趋势，[⑦]推动着国际劳动法意思自治的体系化。[⑧]提供劳动方式的灵活性还体现在“零工经济”处于劳动法保护的灰色地带，“独立从业者”概念存在歧义和模糊性。[⑨]所以，涉外劳动关系认定的客体问题比涉外劳动合同难以涵盖的。

因此，涉外劳动关系认定是独立于涉外劳动合同的问题。简言之，涉外劳动关系认定的法律适用是独立的问题，这是由涉外劳动关系的主体、主体之间的关系、客体等因素共同决定的。

二、涉外劳动关系认定法律适用的实践误区

涉外劳动关系认定的独立性是对其进行独立的法律适用的基础。尽管涉外劳动关系的主客体因素决定了涉外劳动关系认定的独立性，但实践中对此尚有疑问：第一，认为这是劳动合同的效力问题；第二，认为这仅仅是法院查明法律事实的过程；第三，认为这是保护劳动者权益的强制性规定问题。

（一）涉外劳动关系认定与涉外劳动合同效力的关系

质疑涉外劳动关系认定独立性的第一点是涉外劳动关系认定与涉外劳动合同效力的关系问题。司法实践的常见误区在于把涉外劳动关系纠纷性质的识别问题理解为涉外劳动合同的实体问题。

有效的涉外劳动合同是认定涉外劳动关系的重要依据之一，可是并非唯一依据。事实劳动关系和非标准劳动关系不一定具有标准劳动合同的全部法定要件，但是符合劳动关系的构成要件，仍然可以认定为劳动关系。在这些情况下签订的合同，不同国家对此规定不同，可能是劳动合同也可能是一般的民事合同。涉外劳动合同的无效、部分无效或一定期

---

① Hannah Esquenazi, Who Can "Seize the Day?": Analyzing Who isan "Employee" for Purposes of Unionization and Collective Bargaining through the Lens of The "Newsie" Strike of 1899, (2018) 59 B.C. L. Rev. 2551

② Michael C. Duff, A Tale of Two Standards: Why Wyoming Courts Should Apply the Actual Substantial Evidence Standard when Reviewing Workers' Compensation Cases, (2018) 18 Wyo. L. Rev. 1.

③ 参见《劳动与社会保障法学》编写组编：《劳动与社会保障法学（马克思主义理论研究和建设工程重点教材）》，高等教育出版社 2018 年版，第 37-38 页。

④ 田思路：《工业 4.0 时代的从属劳动论》，《法学评论》2019 年第 1 期。

⑤ Jedidiah J. Kroncke, The False Hope of Union Democracy, (2018) 39 U. Pa. J. Int'l L. 619.

⑥ Luke Norris, The Workers' Constitution, (2019) 87 Fordham L. Rev. 1459.

⑦ Katrina M. Wyman, Taxi Regulation in the Age of Uber, (2017) 20 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y 1.

⑧ Bruce P. Archibald, The Significance of the Systemic Relative Autonomy of Labour Law, (2017) 40 Dalhousie L.J. 1.

⑨ 赛思·D.哈瑞斯：《美国“零工经济”中的从业者、保障和福利》，汪雨蕙译，《环球法律评论》2018 第 4 期。

限后无效，都可能使其转为民事的涉外劳务合同。此外，灵活性的劳动形式也使劳动法与商法之间的界限变得不再清晰。[①]

在这些情况下，该合同是劳动法性质抑或民法性质，实际上是识别问题。不论该劳动合同是否成立有效，都不影响一国法院把其识别为劳动纠纷或民事纠纷。

（二）涉外劳动关系认定是事实问题还是法律问题

质疑涉外劳动关系认定独立性的第二点是涉外劳动关系认定是否仅属于法院查明法律事实的过程，换言之是事实问题还是法律问题。司法实践的常见误区在于把认定从属性的实体法问题理解为事实调查问题。

涉外劳动关系从属性的认定是涉外劳动主体之间关系的认定，不同国家有不同的认定标准。标准劳动法律关系的特点之一是主体之间的从属性，包括劳动者的服从义务和用人单位的特殊权利义务。[②]非标准劳动法律关系的从属性要求往往低于标准劳动法律关系的要求，例如，双重劳动法律关系、试用劳动法律关系、劳务派遣法律关系、借用劳动法律关系、非全日劳动法律关系等。[③]欧盟的劳动关系也越来越灵活，出现各种形式非标准工作，从事非正规劳动合同与自由职业的劳动力占劳动力市场比例大幅增加。[④]涉外劳动合同只是标准劳动关系的形式之一，从属性的认定先于劳动合同有效性的认定。

劳动主体之间从属性的认定是劳动法实体法问题，因为不同国家规定了不同程度的从属性能否认定某种特定的劳动关系，包括标准的或何种形式的非标准的劳动关系。也因为如此，这一问题不是简单的法律事实查明问题，而是法律适用问题。从属性的认定先于劳动合同有效性的认定，也先于其他非标准劳动关系具体问题的法律适用，所以涉外劳动关系认定问题是大部分涉外劳动关系纠纷的先决问题。

（三）涉外劳动关系认定是否国际私法上的强制性规定问题

质疑涉外劳动关系认定独立性的第三点是涉外劳动关系认定是否国际私法上的强制性规定问题。司法实践的常见误区在于把认定劳动关系的劳动法实体规范理解为国际私法上的强制性规定，把劳动法上具有强制性的实体法问题理解为保护劳动者权益的国际私法上的强制性规定。

劳动法规范有一定强制性，但不能等同于国际私法上的强制性规定。常被误作强制性规定的劳动法规范主要有两种：其一，劳动关系的主体适格问题；其二，与劳动关系有关的社会保障问题。这两种情况下的具体规范有不同的性质，不能一概视为国际私法上的强制性规定。

对第一种规范，劳动关系的主体适格问题包括劳动关系主体的权利能力和行为能力、主体资格等具体问题。

劳动关系主体的能力问题分为两方面：劳动者的权利能力和行为能力中，最典型的是劳动者的年龄，不同国家对未成年人和退休人员能否成为劳动关系主体的规范不尽相同；[⑤]用人单位的权利能力和行为能力中，用人单位的合法用工资格受商事法和劳动法共同影响，不同国家对用人单位概念的规范也不同。[⑥]这都属于民事主体能力问题，可以进行法律选择，而不属于强制性规定。

劳动关系主体资格方面，境外劳动者的就业证、用工单位聘用境外劳动者的资质等涉

---

① 参见（比）罗杰·布兰潘著：《欧洲劳动法（第一册）》，付欣等译，商务印书馆 2016 年版，第 240 页。

② 参见《劳动与社会保障法学》编写组编：《劳动与社会保障法学（马克思主义理论研究和建设工程重点教材）》，高等教育出版社 2018 年版，第 33-34 页。

③ 参见《劳动与社会保障法学》编写组编：《劳动与社会保障法学（马克思主义理论研究和建设工程重点教材）》，高等教育出版社 2018 年版，第 34-36 页。

④ 参见（比）罗杰·布兰潘著：《欧洲劳动法（第一册）》，付欣等译，商务印书馆 2016 年版，第 240 页。

⑤ 参见王贵勤：《劳动人权与法律规范下的劳动自治》，《中国劳动关系学院学报》2017 年第 2 期。

⑥ 参见秦国荣：《劳动法上用人单位的法学判别:理论与实践的考察》，《政法论丛》2016 年第 3 期。

及行政许可，如 2013 年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第 14 条。[1]在此情况下，行政许可行为属于强制性规定，但是该行政许可是否影响涉外劳动关系的认定则属于劳动法的实体内容，不属于强制性规定。

对第二种规范，与劳动关系有关的社会保障问题不都属于强制性规定。

在保护劳动者权益上，劳动法与社会保障法分别从劳动关系与全体社会成员的视角进行保障，两种既相互独立又相互交叉。[2]在社会法法域理论、英美法系的政府管制理论、大陆法系的法律现代化理论等不同理论[3]指导下，不是所有国家的实践都主张把标准的涉外劳动关系认定与保护劳动者权益紧密联系起来，这些劳动者权益保护规范也不一定属于强制性规定。

因此，涉外劳动关系认定主要是法律选择的问题，只有部分内容涉及强制性规定。

综上，通过分析以上实践中的质疑，得出独立进行涉外劳动关系认定法律适用的实践基础：第一，涉外劳动关系适用劳动法抑或民法是识别问题；第二，涉外劳动关系认定是涉外劳动合同法律适用的先决问题；第三，涉外劳动关系认定不完全是强制性规定问题。

三、涉外劳动关系认定问题的准据法

涉外劳动关系认定问题具有独立性，而且涉外劳动关系认定的法律适用有实践基础，那么应该如何确定涉外劳动关系认定问题的准据法呢？促使涉外劳动关系认定问题具有独立性的三个影响因素，如前文所述分别是：第一，主体，即劳动关系主体的权利能力和行为能力；第二，主体之间的关系，即从属性问题；第三，客体，即提供劳动的行为和条件。这也同时是确定涉外劳动关系认定问题的准据法的影响因素。

因为劳动关系的基本客体是劳动行为，[4]而劳动行为是涉外劳动关系的特殊性所在，根据“场所支配行为”的原则，行为地法是涉外劳动关系认定问题最基本的准据法。但在主体因素和主体之间的关系因素的影响下，属人法和法院地法都有适用的合理性。

（一）主体因素如何影响涉外劳动关系认定的准据法

劳动关系主体的权利能力和行为能力本质上是特殊的民事权利能力和行为能力，在法律适用上有相似之处。劳动关系主体包括劳动者和用人单位，其本质上是特殊的自然人和法人，在法律适用上也与之相对应。

在自然人和法人主体能力的法律适用上，一般采用尽量让主体适格的原则。例如，《法律适用法》第 12 条第 2 款。[5]作为特殊的自然人和法人，劳动者和用人单位在权利能力与行为能力上可以适用类似的原则。从便利民商事交往的目的出发，尽可能让法律关系有效，能减少主体问题适格的障碍。

然而，劳动关系主体的权利能力和行为能力具有特殊性，不能直接适用自然人和法人主体能力的准据法。相比起民事关系主体适格认定的依据是民法的一般性问题，劳动关系主体适格认定的依据受到宪法、劳动法、社会保障法、行政法、民法、商法等部门法共同

---

[1] 2013 年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第 14 条规定：“外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同，以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人，与中国境内的用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。”

[2] 参见林嘉：《论社会保障法的社会法本质——兼论劳动法与社会保障法的关系》，《法学家》2002 年第 1 期。

[3] 钱叶芳：《“社会法法域说”证成——大陆法系和英美法系融合的一个例证》，《法学》2017 年第 4 期。

[4] 王全兴著：《劳动法（第四版）》，法律出版社 2017 年版，第 78 页。

[5] 2010 年《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 12 条第 2 款规定：“自然人从事民事活动，依照经常居所地法律为无民事行为能力，依照行为地法律为有民事行为能力的，适用行为地法律，但涉及婚姻家庭、继承的除外。”

调整，这导致涉外劳动关系仅因主体适格问题被拒绝认定的机会比较多。若涉外劳动关系被轻易否定，则劳动者权益保护、投资安全、商业信任等都难以保障。

一般的涉外民事主体问题中，属人法是最重要的准据法，如自然人的经常居所地法、法人的登记地法。然而，涉外劳动关系认定的主体问题中，适用属人法有不合理之处。由于劳动关系的基本客体是劳动行为，[①]而劳动行为是涉外劳动关系的特殊性所在，根据“场所支配行为”的原则，行为地法是涉外劳动关系认定问题最合适的准据法。

尽管劳动者的能力是客观的、凝结在劳动者人身上的要素，但是劳动权利能力和劳动行为能力的判断取决于能否适应工作需求。所以，涉外劳动关系主体问题中，尤其是劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力往往不是由经常居所地法决定的。换言之，是该工作的主客观需求决定了该劳动者是否有能力为该工作提供劳动。例如，在劳动权利能力方面，特殊文艺工作接受不足 16 周岁的人成为劳动者，而有毒有害工作不允许；在劳动行为能力方面，专业性强的工作要求劳动者具有相应的专业技能或资质。

具体而言，涉外劳动关系主体问题中，行为地法为劳动关系主体能否在工作地进行劳动提供了依据。一方面，只有劳动关系主体均满足该工作的客观需求，实体上的劳动关系才有可能产生；另一方面，劳动提供地法是否赋予主体参与劳动关系的资格，直接影响到该劳动关系是否受当地法律保护。在涉外劳动关系主体适格认定上，劳动者资格是最常见的问题，表现为没有取得一国就业许可的外国劳动者是不合格劳动者。用人单位在从事涉外业务时需要办理的相关行政许可也影响到用人单位能否取得资格。

可是，如果有多个行为地或者行为地难以认定，那么属人法就仍然存在适用空间。其一，劳动力跨国流动越来越频繁，劳动形式趋于灵活化，劳动者的独立性、自由度都大为提高；其二，用人单位也不一定是大型跨国公司，雇主形式多元化，劳动内容多样化，也降低了其与行为地的联系。在此情况下，属人法可能有更密切联系。因此，涉外劳动关系主体适格认定，适用行为地法，一般为劳动提供地法。如果行为地法认为不具备行为能力，而当事人属人法认为具备的，且该当事人属人法确实是更密切联系的法律时，可以适用当事人属人法。但违反行为地法强制性规定的除外。

因此，在主体因素占主导地位时，涉外劳动关系认定问题的准据法以行为地法为主，属人法为补充。

（二）主体之间的关系因素如何影响涉外劳动关系认定的准据法

主体之间的关系因素是指涉外劳动关系主体的从属性。如前文所述，涉外劳动关系从属性认定问题在实践中不被认为是法律适用问题，单纯把劳动关系的从属性作为事实问题，而没有正确认识该问题进行法律选择的重要性。劳动关系的从属性是劳动法实体法的重要理论问题，不同国家对从属性的认定有不同标准。

随着劳动关系和经济模式发展，全球劳动力市场流动性大，劳动关系趋向灵活性发展，涉外劳动关系从属性的认定标准变得模糊。由此，问题转变为是否应当严格遵循从属性标准来认定涉外劳动关系，而法律选择是选择认定标准的依据。涉外劳动关系从属性认定有两种标准：一是从宽认定，一是从严认定。行为地法能规范劳动行为，但主体之间的从属性与行为地没有必然联系。从属性的标准是从宽认定还是从严认定有其他理由，不能被行为地法涵盖。

从宽认定涉外劳动关系从属性的理由是涉外劳动关系范围的扩展期待倾向于认定劳动关系有效。这基于劳动者是弱者的假设。如果是否认定从属性是劳动关系效力的必要条件，那么劳动者可能期待选择肯定其从属性的法律。这种观点主张对劳动关系进行扩大解释，

[①] 王全兴著：《劳动法（第四版）》，法律出版社 2017 年版，第 78 页。

承认“广义的劳动”，不再片面强调人身从属性和经济从属性，[①]提出“类似劳动者（受雇佣者）提供劳务”、[②]“国际法上的劳动关系”[③]等概念，试图让形式多样的类似劳动的关系能适用一国的劳动法。从宽认定涉外劳动关系从属性的基础是弱者利益保护原则，认为这是防止法律规避、保障劳动者权益的方式。

从严认定涉外劳动关系从属性认定的理由是涉外劳动关系形式的多样化反映了法律选择多元化的需求。这基于劳动关系双方意志自由的假设。这种假设并不否认劳动者是弱者，但是肯定了劳动者仍然有一定的自主选择权。从严认定劳动关系从属性有时被称为“避免劳动关系泛化”。[④]从法律价值的角度上看，其本质是自由价值与保护价值的冲突，因为从属性意味着用自由换取保护，即用人单位承担更多责任，但劳动者也承担更多义务。对于从属性的过度重视是与就业灵活趋势相悖的。尤其是在国际劳动力市场中，对从属性不同程度的法律规定可能是该地的相对优势，是吸引国际劳动力或吸引国际投资的特点之一。从严认定涉外劳动关系从属性的基础是肯定不同国家对认定劳动关系从属性的理论，不用结果选择导向来抹平从属性标准的差异。

可见，从属性问题不是一个明确的法律规则，而是一个需要一国劳动法立法体系和劳动法学理论体系共同解释的问题。以何种标准认定劳动关系主体之间的从属性取决于一国法院对劳动法实体法的认识，这种法律解释给法官留下了适用法院地法自由裁量的空间。

因此，在主体之间关系的因素占主导地位时，涉外劳动关系认定问题的准据法以行为地法为主，以法院地法为补充。

综上，涉外劳动关系认定问题的准据法以行为地法为主，以属人法和法院地法为补充。其中，核心的客体因素决定了法律适用以行为地法为主。行为地法不足以认定涉外劳动关系的情况下，受主体因素和主体之间的关系因素影响，如果该关系符合属人法和法院地法的规范，那么可以认定涉外劳动关系。

四、结语

涉外劳动关系认定问题在主体、主体之间的关系、客体等方面都有独立性，所以涉外劳动关系认定的法律适用成为一个独立问题。其独立性解释了涉外劳动关系认定实践中容易混淆的识别问题、先决问题和强制性规定问题。在主客体因素的共同影响下，涉外劳动关系认定问题的准据法以行为地法为主，以属人法和法院地法为补充。其中，核心的客体因素决定了法律适用以行为地法为主。行为地法不足以认定涉外劳动关系的情况下，受主体因素和主体之间的关系因素影响，如果该关系符合属人法和法院地法的规范，那么可以认定涉外劳动关系。

[①] 谢增毅：《互联网平台用工劳动关系认定》，《中外法学》2018 年第 6 期。

[②] 战东升：《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》，《法学》2018 年第 10 期。

[③] 范姣艳：《国际法视角上的劳动关系与雇佣关系》，《工会论坛(山东省工会管理干部学院学报)》2009 年第 2 期。

[④] 王天玉：《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e 代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》，《法学》2016 年第 6 期。

14.中国自由贸易港通关便利化与贸易安全的辩证统一*

王淑敏 冯明成*

摘　要：世界海关组织（WCO）为平衡通关便利化与贸易安全制定的一般性国际标准，是中国自由贸易港海关建设的重要国际法渊源。鉴于通关便利化与贸易安全的辩证关系，在海关管理中并不冲突，现代海关均基于国际标准以解决平衡通关便利化与贸易安全之难题，尤其是自由贸易港发展日臻成熟之国家。因此提出，中国自由贸易港建设中既要借鉴一般性国际标准和先进国际经验，同时需要结合中国自由贸易试验区建设的现状，努力改进海关的立法模式、通关建设、管理制度等方面的建议。

关键词：通关便利化；贸易安全；中国自由贸易港；辩证统一

Abstract：The World Customs Organization (WCO), a general international standard for balancing customs clearance and trade security, is an important source of international law for China's free trade port construction. In view of the dialectical relationship between customs clearance facilitation and trade security, there is no conflict in customs administration. Modern customs are based on international standards to solve the problem of balancing customs clearance and trade security, especially in countries where free trade ports are developing. Therefore, it is proposed that China's free trade port construction should draw on both general international standards and advanced international experience. At the same time, it is necessary to combine the status quo of China's free trade pilot zone construction and make efforts to improve customs legislation, customs clearance, and management systems.

Keywords: customs clearance facilitation; trade security; free trade port in China; dialectical unity.

随着对外开放程度的不断深入，党的十九大报告赋予自由贸易试验区更大的自主权，并探索逐步建设自由贸易港。从自由贸易试验区到自由贸易港，通关便利与贸易安全之间的矛盾愈发突出，海关管理将面临着平衡两者的难题。关于平衡两者的难题，世界海关组织（WCO）制定了一系列一般性国际标准。本文从通关便利化与贸易安全的辩证关系角度出发，分析了现代海关管理之定位，并提出了相应建议，以期实现中国自由贸易港海关管理的辩证统一。

一、平衡通关便利化与贸易安全的必要性

实现通关便利化和贸易安全的平衡是现代海关建设的国际标准之一，而中国自由贸易港的建设要求正是要对标国际标准，打造对外开放的新高地。因此，平衡通关便利化与贸易安全，是中国海关建设的必由之路，更是中国探索自由贸易港建设的必然要求。

（一）平衡两者是必然要求

当前全球经济疲软导致贸易流速放缓，在经济压力的作用下，各国海关通过各式各样的政策调整，不断提高经济体的活力和自由度，但政策的变化将使得世界各地的边境管制当局都面临着同样的困境——人员和货物数量不断增加，而监管资源却没有相应增加。如何平衡通关便利与贸易安全，中国亦不例外，在建设自由贸易港的过程中，“一线逐步放开”

* [基金项目]本文系 2018 年研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项立项课题“建设中国自由贸易港的法律保障与政策推进研究”（18VSJ076）的阶段性成果。

* 王淑敏：大连海事大学法学院教授；冯明成：大连海事大学 2018 级硕士研究生。

势必会更加突出资金、人员、货物急剧增加的现象，在“二线高效监管”，从自由贸易港区进入庞大的中国国内市场阶段，贸易商对更快的处理和通关时间抱有更大的期望，而政府和社会则期望边境当局严格执法，以保护他们的利益，保障公民的健康和安全，并确保国家安全。这意味着一方面要平衡贸易便利化，另一方面要平衡贸易安全，即：允许合法货物在没有不必要障碍的情况下通过“二线监管”，同时保护国际贸易供应链免受有组织犯罪、走私者、商业欺诈者、恐怖分子甚至可能危及人们的货物的威胁。

（二）平衡两者的国际法渊源

各个有关全球经贸的国际组织都对平衡通关便利化与贸易安全问题有所涉及，其中WCO作为全球范围内海关制度发展的标志性组织，对平衡两者出台了一系列国际标准。既有在原《京都公约》的基础上修改的新协定（即：《京都公约》（修订）），也有面对新环境、新形势下推出的《全球贸易安全与便利标准框架》（SAFE，以下简称《标准框架》），作为《京都公约》（修订）的补充，《标准框架》在推动便利贸易的大趋势下，给予了边境安全问题足够的重视。

首先，《京都公约》（修订）侧重于通关便利，兼顾贸易安全。《京都公约》（修订）文本之始便明确表达了目的：力图消除缔约各方有碍于国际贸易和其他国际交流的海关制度及做法上的差异；希望通过简化和协调海关制度及做法，促进国际合作，为发展国际贸易和其他国际交流活动做出有效贡献；注意到可以在不降低海关监管适当标准的同时实现便利国际贸易的重大利益。[①]不难看出，《京都公约》（修订）在贯穿文本始末的原则中，的确是着重强调了为实现通关便利而设定“技术性”标准，但确保贸易安全的海关监管却是适用前提。此外，公约的内容设置上，明确了很多新的通关便利化措施，这些措施尽可能的为企业合法贸易行为提供了快速通关的便利，但贸易安全依旧是其严格警惕的底线。例如：公约第 3 章专门设置了特殊通关手续一节，只有符合规定的相对人才能享受在不完全申报的情况下，取得放行货物、统一申报、自我估税的便利；[②]第 6 章规定了海关应将风险管理和后续稽查等海关措施纳入到海关监管制度之中。[③]

其次，《标准框架》侧重于贸易安全，兼以平衡通关便利。“9.11”事件之后，贸易安全问题跃然纸上，侧重贸易安全兼以通关便利化的方案应运而生。整个《标准框架》主要是由两大支柱性合作原则，[④]贯之以四大核心要素，[⑤]分为 17 项具体标准构建而成。这些制度创新是世界海关组织在重新整合传统标准的基础上，为保证供应链安全与便利而建立的新的国际标准，这些国际标准不断丰富着平衡通关便利化与贸易安全的工具性措施。例如：国际海关合作方面确立了一体化供应链管理、风险管理系统、海关联合交流平台；海关与商界合作方面确立了AEO制度[⑥]、企业自我安全评估等制度。

由上述分析可知，如何平衡贸易安全和通关便利化是各国海关共同面临的难题，WCO在平衡两者中扮演着重要角色，其为世界各国海关提供了一系列一般性国际标准。此类标准是中国海关需要履行的国际义务，也是中国自由贸易港建设必然借鉴的国际标准。那么

---

① Preamble of General Annex of Protocol of the Amendment to the International Convention on the Simplification and Harmonized of Customs Procedures (as amended).

② Chapter III. Article 3(32) of General Annex of Protocol of the Amendment to the International Convention on the Simplification and Harmonized of Customs Procedures (as amended).

③ Chapter III. Article 6(3) (6)of General Annex of Protocol of the Amendment to the International Convention on the Simplification and Harmonized of Customs Procedures (as amended).

④ 两大支柱性合作原则:支柱一为海关与海关的合作;支柱二为海关与商界的合作。

⑤ 四大核心要素:(1)提前递交电子货物信息(2)成员海关采用一致的风险管理手段(3)出口国海关应根据进口国合理要求对出口的高风险集装箱货物进行查验(4)成员海关要向达到安全标准的企业提供相应的便利。

⑥ AEO 意为“经认证的经营者”，是指由以任何一种方式参与货物国际流通，并被海关当局认定符合世界海关组织或相应供应链安全标准的一方，包括生产商、进口商、出口商、报关行、承运商、理货人、中间商、口岸和机场、货站经营者、综合经营者、仓储业经营者和分销商。

借鉴过程中，如何平衡通关便利化和贸易安全两者间的关系？又如何定位自由贸易港海关管理模式？是目前亟需解决的课题。

二、现代海关在通关便利化与贸易安全中的定位

在全球贸易自由化趋势带来的国际货物、人员、资金、技术大流动的背景下，现代互联网电子商务平台、区块链技术、人工智能使得全球正常贸易变得更加简便、丰富，但同时违法行为也搭上了全球贸易自由化的“顺风车”，给口岸的贸易安全带来了全新挑战。因此，如何厘清通关便利化和贸易安全两者的关系，是各国海关亟待解决的难题，也是现代海关发展最重要的定位。

（一）通关便利化与贸易安全的关系

通关便利化和贸易安全作为海关职能中最重要的两个部分，其表现的辩证统一关系深刻阐释了全球经贸合作与发展过程中的内在规律。[①]从逻辑关系上可分析出，通关便利化和贸易安全是一对矛盾体，两者此消彼长，充满了对立和冲突。但从价值关系角度却大相径庭，尤其在管理价值和经济价值两方面，两者能够相互融合，彼此促进。

两者为逻辑对立关系。为了实现通关便利化，降低通关时间，加快通关速度的目标，必然要求海关实施减少审批、缩小范围、放松管制等一系列宽松型的政策，简化各个边境管理机构繁复的行政手续或程序，避免各个管理机构对进出口环节的行政干预，给进出口贸易商更大的自主权，营造一种宽松、自由的管理环境。而要支持贸易安全，防范口岸隐患，必然要对进出口货物进行层层审批、扩大范围、加强管控等相应的监管型措施，除了上述检查和管理，注重对通关之后跟踪、稽查依旧必不可少。简而言之，通关便利化与贸易安全的逻辑关系就是若要用其一，必先废其一。

两者为价值互补关系。价值关系，又分为管理价值和经济价值两个层面：在管理价值中，一方面由于通关便利化的要求，一大批新技术、新平台、新挑战的不断涌现，给边境安全提出了更高质量的要求，海关必须打破原有的管理思维，不断丰富监管模式、控制手段从而建立一个多方面、多层次、多维度的立体式安全控制网；另一方面，海关不断加强安全管理系统的完善和发展，其管理预期也并非是要限制海关的通关便利化，也会直接或间接的助力于通关便利化。例如：《标准框架》中引入的经认证的经营者（AEO）管理制度，AEO制度作为一种国际化的安全认证体系，更多注重的是海关与贸易界的协商、沟通及合作，在保证了国际贸易供应链安全的前提下，也促进了海关对通关运行的高效管理。[②]

根据Yeon Soo CHOI的估算，《京都公约》（修订）是现代高效海关手续的蓝图，平均进口时间减少 62％~64％，进口成本减少 63％~64％，出口时间减少 63％~69％ 。在批准《京都公约》（修订）的国家中，自批准实施之后 1 年的时间，进口时间减少 6％~7％，进口成本减少 9％。通过实施《标准框架》，平衡贸易便利化和安全，进口时间减少 65％~71％，进口成本减少 68％，出口时间减少 70％~78％并将出口成本降低 71％。[③]这一结果值得高度重视，因为它证明了促进贸易和确保贸易安全的海关政策并非不相容。换句话说，即使在适当保障贸易安全的情况下，贸易也可以更加便利，并能够创造巨大的经济价值。中国作为较早实施《京都公约》（修订）与《标准框架》的国家之一，早在 2007 年“中欧安全智能贸易航线计划”中实现数据提前交换进行安全评估，[④]之后又引入了AEO的概念和做法。

通过上述分析可以得出，虽然通关便利化和贸易安全在逻辑上是一对矛盾体，但在创造实践价值的效果中是并行不悖的，并且两者在斗争中可以相互融合、相互促进。面对两

---

① 胡明,陈建.基于安全与便利化的国际贸易发展战略研究.现代管理科学,2017(05):64-66.

② 马永飞.基于 AEO 制度贸易便利与安全保障的研究.上海海关学院学报,2012,33(05):64-68.

③ Yeon Soo CHOI.Customs Policies and Trade Efficiency.WCO Research Paper No. 42.

④ 张树杰.国际组织框架下的贸易便利化议题与进程:发展与趋势.海关法评论,2010(01):57-87.

者的现实关系，各个世界组织和国家也都不断利用其价值优势转化矛盾关系，以求创造良好的社会效果。

（二）现代海关的定位及发展趋势

通关便利化与贸易安全两者休戚与共，WCO从平衡两者角度为各国海关制定了一系列建议性国际标准。这些标准基于现代海关的行政、服务两大核心职能，为各国海关实现通关便利和贸易安全的平衡提供了有效手段和工具，而通过分析海关两大核心职能可知，现代海关将更加突出服务职能，平衡通关便利和贸易安全的高效型管理模式，是中国自由贸易港海关发展的必由之路。

1、行政功能

海关作为国家机器的重要部分，行政功能是海关最本质的属性。一直以来，海关的职能和管理目标总是以经济为中心，海关税收被看做是中央财政收入以及维护国家经济的有力保证。①海关行政管理依据《海关法》为主的相关法律法规，以维护国家税收安全、经济安全为基本原则，从而推行行政管理的公开化、公平化、公正化。不同的历史阶段，不同的发展重心会有调整，但政府始终将海关作为管理边境的重要工具，始终牢牢的将海关的发展方向、监管手段与整个国家的对外贸易政策联系在一起。海关必须服从国家宏观调控安排，并倾向于国家利益、政治利益、社会利益，维护进出口贸易的安全与稳定。

2、服务功能

海关作为对外贸易的重要组成，服务功能是海关高水准的属性。随着经济全球化、信息化技术的飞速发展，环境、检疫、走私、知识产权问题层出不穷，除了依靠海关自身的力量，为达到高效便利的行政效果，就必须寻求与商界的合作。商界为降低通关成本，也愿意与海关合作并要求高质量的服务，加之服务型海关理念的广泛传播，海关的公共服务功能也日益凸显且被不断开发。

行政功能和服务功能是海关管理的两大核心功能，对两者的分析有利于我们把握现代海关的发展方向。客观方面：海关的行政功能表现在监督管理行为，简单称之为“监管”，其功能在于贸易安全；海关的服务功能表现在服务行为，可以称之为“服务”，其功能在于通关便利。特别注意的是，不能把“监管”与“安全”、“服务”与“便利”简单的划上等号。客体方面：海关的监管对象主要是需要通关的企业和人员；海关的便利化服务对象除了进出境企业和人员外，还有国家政策和其他政府部门，称之为“三位一体”。换言之，海关的行政功能比较单一，而服务功能不仅能为通关需求者提供便利化服务和安全保障服务，也可以与其他政府部门检查检疫、数据搜集、资质核实等工作互通互联，同时也服务于国家宏观调控政策、社会安全稳定的大形势。在目前国际社会中，“服务型海关”的理念在美国、德国、荷兰、韩国等国家纷纷生根发芽，他们广泛的采取“客户导向”理论用以改进海关的发展瓶颈。比如：最为成功的荷兰有以下几项经验：组织机构“客户导向”，由最初的 9 个关区压缩为西部、北部、南部、鹿特丹 4 个关区，据了解未来将压缩为 2 个；海关后续管理，即企业监管“客户导向”，将监管对象分为：按月集中申报企业、经常进出口企业、偶尔进出口企业，根据企业规模：对大型企业一年稽查一次、中型企业两年稽查一次、小型企业三年稽查一次；伙伴合作“客户导向”，积极与商界的交流，变被动式的联系为主动式的关系，利用自动化系统与欧盟各国数据联网，加强打击商业欺瞒方面的合作。②当然，上述国家强调海关的服务功能并非是要弱化其行政功能，两者需要辩证看待。一方面，海关监督管理体现的“安全”保障是基础，“服务”功能是在此基础上引申而出；另一方面，服务功能是对“安全”保障功能的补充，行政功能的“安全”保障也是“国家安全”服务

① 余大乐.改革开放以来我国海关管理目标与实现机制演进研究(一).海关与经贸研究,2014,35(04):1-29.

② 海关总署国际合作司.WTO《贸易便利化协定》解读.北京:中国海关出版社,2017:132-133.

的应有之义。因此，不可对海关的两大核心功能做狭义化、片面化理解。

3、平衡安全与便利化的海关管理模式

海关是国家进出境管理的核心部门。一方面，海关需要发挥其行政属性，此时海关管理目标就是在关境上加强守法程度，实行严格的监管模式，即保障安全置于首位；另一方面，海关需要发挥其服务属性，此时海关管理目标落在降低守法成本，实行宽松的管理模式，即实现便利化置于首位。按照此两种不同管理目标的追求，黄丙志教授将海关管理模式分为四种不同类型：

图一　海关管理目标——贸易安全与便利

如图一，以“安全”与“便利”作为坐标参数，将其分为Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ、Ⅳ四个象限，分别代表高效型、管制型、无效型、放松型四个不同的区间状态。[①]高效型是最理想的海关管理模式，其代表的是高守法低成本的管理状态，不仅能够使得管理部门在口岸安全和管理成本之间达成平衡，还有助于进出口企业便利通关，实现贸易安全与通关便利化的辩证统一；管制型代表的是高守法高成本的管理状态，这种以牺牲“便利化”为代价，追求“安全”的管理模式，是一种低效型海关管理；无效型代表的是低守法高成本的管理状态，这种牺牲了“安全”和“便利化”的管理模式，明显与海关管理目标背道而驰；放松型代表的是低守法低成本的管理状态，这种以牺牲“安全”为代价，追求“便利化”的管理模式，亦是一种低效型海关管理。显而易见，无效型模式是最不可取的，管制型模式将使得经济发展成本过高，从而失去活力，放松型模式将使得贸易安全受到严重威胁，此两种低效型管理模式亦不可取。当前，中国自由贸易港定位于新一轮改革开放的新高地，应以开放促改革，以改革促发展，实现便利化与贸易安全的双赢为目标。因此，中国自由贸易港海关管理必然要以高效型模式为指导，力求贸易安全与通关便利化的辩证统一。

（三）国际自由贸易港、自由区的海关管理

国家目前对自由贸易港的发展定位，是要对标国际最高标准，逐步建立全球开放水平最高的中国特色特殊经济功能区。因此，除了借鉴WCO制定的一般性国际标准，还要深入了解国际自由贸易港、自由区中的海关管理模式，理性认识自由贸易港的海关定位，以便更准确的规划发展路径。

1、新加坡自由贸易港的海关管理

新加坡是世界公认的自由贸易港。其特殊的地理位置促使其迅速发展成为国际航运中心，同时带动了金融、服务、贸易等相关行业发展，实行了全岛零关税自由贸易政策，成为全球认可度较高的自由贸易区。但是，自由贸易之自由，并非绝对的自由、不受监管的自由，新加坡政府在边境上划出一部分海关特殊监管区域，设立自由贸易港并称之为“自

[①] 黄丙志.贸易安全与便利:海关管理目标及阶段性推进的逻辑思辨.上海经济研究,2015(11):88-93.

由贸易园区”，执行最为宽松的贸易政策。事实上，新加坡对外贸易是分为两个区域进行，“自由贸易园区”类似于“境内关外”被视为“一线”，而在“自由贸易园区”进出岛内区域仍需海关监管，视为“二线”。

新加坡政府在《进出口管理条例》中对受管制进出口货物做了严格的规定。如第 3 条第 1 款：“除了主管机构根据本部分批准的许可。或者第（2）（2A）（3）及（4）款及第 5A 条另有规定外，任何货物不得——（a）进口到新加坡；（b）出口新加坡；（c）在新加坡转运”。[①]本条款规定了受管制进出口、转运货物未经许可不能进入自由贸易园区，虽然规定了可豁免情形，但大多数受管制货物仍在监管之列。第 4 条：“根据第 3 条申请进出口或转运任何货物的许可证，应向主管机构提出，主管机构根据各自情形，以适当的形式或方式予以决定”。[②]本条款规定了申请许可的受管制进出口、转运货物，由相应的主管机构批准决定。对两条款中“新加坡”的地域解读势必包涵了“自由贸易园区”，自由贸易港固然自由，但其依旧置于国家主权和国家安全的利益之下，对外贸易活动应当受到海关监管。可见，国家对外贸易的进出口、转运货物，尤其是受管制的货物，它们或从域外进出“自由贸易园区”，或从“自由贸易园区”进出岛内其他“自由贸易区”，或在不同自由贸易区之间以及同一自由贸易区内转运，这些贸易行为必须接受海关的许可或批准。[③]值得一提的是，新加坡政府在明晰进出口禁止性货物和限制性货物方面，采取了穷尽式列举方式，方便了贸易商查询，也不断整合负面清单并实时更新，以平衡整个边境贸易的安全与便利。

2.鹿特丹自由贸易港海关管理

鹿特丹被称为“欧洲门户”，主要发展转口贸易，设“保税仓库”免征关税，通过鹿特丹进入欧盟的货物可免征关税，享受各项通关便利化措施。囿于鹿特丹本身置于欧盟之下，其对外贸易的海关管理必须适用于《欧盟海关法典》。

当今的自由贸易的起源可追溯至欧洲对于自由区的设置，面对当今全球贸易环境挑战，为了统一欧盟内部海关标准，《欧盟海关法典》根据对欧盟内部环境的评估，在平衡贸易便利和安全之间做了细化。例如：第 244 条“自由区的建筑物及相关活动的规制”，对于区内的所有建筑物、航道等不动产必须经海关授权，区内的工业活动、商业活动、服务活动应当受到相关法律规制，针对特殊性质的货物，海关应当监管，必要时候可以行使行政处罚权。[④]第 245 条规定在以下情形需要递交办理手续：货物自欧盟境外直接进入自由区；货物在上一海关监管程序结束或核销后转为自由区程序监管；享有减免税待遇而置身于自由区程序；除海关法以外的法律规定。[⑤]除上述规定外，鹿特丹也将受管制的货物分为限制或禁止进出口的货物两类，海关主要负责对进口货物的管理工作，执行欧盟制定的贸易原则和规定。

三、中国自由贸易港海关平衡两者的建议

随着中国自由贸易试验区改革创新的不断深入，各方面制度创新不断涌现，给中国自由贸易港海关制度的创新和完善提供了发展机遇。本文将参照上述一般国际标准以及先进国际经验，对中国自由贸易试验区现状进行分析，并为中国自由贸易港海关制度建设提出建议，以期实现贸易安全与通关便利的辩证统一。

（一）中国自由贸易实验区海关监管现状

---

① Article3(1) of Regulation of Imports and Exports Regulations.

② Article 4 of Regulation of Imports and Exports Regulations.

③ 何力.海外自由贸易港海关法律规制及其对我国自由贸易港建设的借鉴,上海市法学会海关法研究会 2018 年年会暨第十一届海关法论坛学术研讨会,上海海关学院,开会年:2018 年,272-279.

④ Article 244 of Union Customs Code, Official Journal of the European Union, 10.10.2013, L 269/1.

⑤ Article 245 of Union Customs Code, Official Journal of the European Union, 10.10.2013, L 269/1.

中国建设自由贸易港并非“空穴来风”，从十九大报告到确定建设海南自由贸易港，不难看出，中国自由贸易试验区的作用重在“实验”，它的存在是为了建设自由贸易港而投石问路。因此，自由贸易港海关职能定位和制度创新的源头就在自由贸易试验区。

首先，中国自由贸易实验区的立法模式。2018 年 10 月 16 日，国务院印发的《中国（海南）自由贸易试验区总体方案》改变了自由贸易实验区“1+3+7”的局面，形成了“1+3+7”+“1”的东中西协调统筹发展新格局，第四阶段的“1”赋予了海南自由贸易试验区探索建立自由贸易港的新任务。有学者研究表明，虽然 12 个自由贸易试验区分属四个阶段，但其立法模式基本遵循着“全国人大常委会授权国务院暂行实施法律—国务院批准自由贸易试验区总体方案—地方政府立法—地方人大立法”的“四步走”路径。[①]在这种立法模式的引导下，固然对于开发地方积极性、鼓励地方创新、形成地域特色有着良好的保证，但由于国家层面的立法真空而导致地方为主的立法模式已经深刻影响到了自由贸易试验区的海关政策，尤其是各个试验区海关监管范围、程序、手段的不协调、不统一、不权威的现象普遍存在。

其次，自由贸易实验区的海关制度创新与不足。自 2013 年 9 月 28 日上海自由贸易试验区正式成立以来，中国海关利用政策优势不断创新。国务院在全国范围内部署推广的两批制度经验中，海关制度创新占三分之一，共 16 项；海关总署对自由贸易实验区共出台了 268 条支持措施，也同时分两批向全国公布、推广了 25 项海关制度创新成果；各个自由贸易试验区也积极推行制度创新，仅最早设立的 4 个自由贸易实验区的 7 个海关就推出了 287 项地方特色海关制度。[②]这些海关制度创新成果不仅为全国海关制度改革提供了有益经验，也对探索自由贸易港的海关职能定位具有重要意义。比如：“先进区、后报关”、区内“自行运输”等制度创新，为自由贸易港实现“一线自由、放开”的目标提供了经验；简化通关作业随附单证、统一备案清单、智能化卡口验放管理制度等制度创新，为“二线高效管住”探索了可行性方案；企业信用信息公示、国际海关AEO互认合作的制度创新，为承接自由贸易港对标国际规则，融入世界经贸体系的政策提供抓手。但是，这些制度创新在港口物流方面却是捉襟见肘，国际中转、舱单申报方面还沿用着 2008 年颁布的《中华人民共和国海关进出境运输工具舱单管理办法》，这些制度还没有在自由贸易试验区进行改革，更无法为自由贸易港的建设提供经验了。

再次，通关制度改革的成果与不足。不久前我国进行了全国通关一体化改革，不管是广义上基于“三互”的大通关建设，还是狭义上全国海关围绕“两中心、三制度”的小通关改革，都为自由贸易港的发展提供了优质平台。比如：全面建设了总署、直属海关两级风险管理体系，着重强调风险准入与税收征管两方面，分别对应加强了一线、二线的安全风险管理；推广“一次申报、分步实施”的通关模式，将纷繁复杂的舱单评估和税收征缴置于放行之后，大幅度提高进出口货物的通关效率；部分试点海关实施的自报自缴、自行打印税单等措施，已经让很多企业享受到了改革红利。此外，2018 年 4 月 20 日，国家质量监督检验检疫总局的出入境检验检疫管理职责和队伍正式划入海关总署。[③]2018 年 11 月 23 日，国务院发布的《国务院关于支持自由贸易试验区深化改革创新若干措施的通知》中第（三十四）条，支持设立首次进口药品和生物制品口岸。[④]显然，中国海关制度正在向专门

---

① 王淑敏,谭文雯.中国特色自由贸易港的港口立法问题探析.大连海事大学学报(社会科学版),2018,17(04):1-6.

② 郭永泉.中国自由贸易港的海关制度创新研究.海关与经贸研究,2018,39(02):22-33.

③ 《出入境检验检疫划入海关 建设中国特色社会主义新海关》.海关总署官网:http://www.customs.gov.cn/customs/xwfb34/302413/302415/1684635/1684638/1696533/index.html,最后访问日期：2019-1-14.

④ 《国务院关于支持自由贸易试验区深化改革创新若干措施的通知》.中华人民共和国中央人民政府官网:http://www.gov.cn/zhengce/content/2018-11/23/content_5342665.htm,最后访问日期：2019-4-23.

化、高效化、便利化方向稳步推进。但是，目前海关制度的改革仍有部分无法满足自由贸易港的功能性要求。如：负面清单改革中不明确的货物种类，导致海关监管范围模糊化；预裁定制度中申请人资质和申请范围的褊狭化、裁决内容的不公开化、裁决效力的保守化等诸多问题得不到妥善解决。

最后，港口航运建设的成果与不足。港口航运建设一直与中国的对外开放程度息息相关，改革开放四十年以来，港口、航运事业取得了突飞猛进的成果，全球集装箱吞吐量港口前十名，中国占据 7 席，上海港更是连续八年坐稳头把交椅。当然，不仅是海港发展迅猛，我国北京、上海、广州等国际空港同样也实力不俗，加之中国“八横八纵”的发达铁路网，逐渐形成了覆盖广泛、多式联运的交通运输体系。所以，海关体制改革中对于口岸通关效率、关际货物运输、转关管理等各方面不断完善并日趋成熟。但是，中国自由贸易实验区在港口中转、增值配套服务项目方面的短板明显，导致对大量需要国际中转的货物吸引力不够。相对于国际高标准，中国自由贸易实验区口岸作业流程仍显复杂、边境机构协调性不够，一方面贸易便利化的程度会大打折扣，口岸安全也难以保障，这都是我国在探索建设自由贸易港时值得注意的部分。

综合来看，中国自由贸易实验区的建立，以及全国通关一体化改革都初见成效，取得了不俗的成绩，尤其在通关便利化的制度创新方面，实现了对内区域的通关贸易便利化。但是，对标上述国际规则标准，中国自由贸易港仍需要在一线放开、制度衔接、协调治理、配套服务等方面加快对外便利化建设，同时注重通关便利与安全的辩证关系。

（二）中国自由贸易港海关制度的建议

基于对贸易安全与通关便利关系的逻辑分析，结合WCO在平衡两者中所设计的一般性国际标准，本文将以国际、国内宝贵实践经验为基础，联系海关核心管理功能的内涵和外延，从立法模式、通关制度、边境管理三个方面，为中国自由贸易港海关进行制度创新、平衡贸易便利和安全提供路径。

1、立法模式的制度创新

建设自由贸易港必须做到有法可依，尤其是作为执法部门的海关更应如此。自由贸易港是未来世界经贸交往的中心，其法律体系的完善，不仅仅是为海关行使行政职能提供依据，用以保障准入安全、口岸安全，更为重要的是能够发挥海关的服务功能，加强与国际海关、商界的合作，建立优质的营商环境吸引资本、人才，服务于经济建设。

世界上发展比较成熟的几个自由贸易区（港）都是在成熟的市场体系内建立的，惯常做法都是先立法再设区，比如美国的《对外贸易区法案》，或者是自贸区政策之后迅速进行国家层面立法的新加坡《自由贸易区法案》。这些法案使得自由贸易港总是在法律框架内有序进行，并给予了自由贸易区承认和保障，提供了最基本的指导意见。中国自由贸易实验区（港）碎片化、地方化的立法模式和立法手段，已经远远滞后于国家发展自由贸易港的需要，亟需一部有别于国内一般法的专门法律法规的出台，比如制定《自由贸易港法》、《自由贸易港海关条例》等拥有基本法职能的国家立法。当然，国家层面的立法并非一蹴而就，仍需不断整合各方资源，协调各个法律法规之间的冲突，徐徐图之。此外，强调国家立法并非摒弃地方立法，各个自由贸易港在遵循统一国家立法的前提下，仍要体现自身独特定位。例如：上海自由贸易区的定位应在于对标国际最高标准，打造国际金融、航运中心；福建自由贸易区的侧重在于沟通海峡两岸的经贸往来。

2、通关建设的制度创新

通关制度的创新是整个自由贸易港海关制度建设的重中之重，既要求口岸安全，也需要平衡通关便利。基本思路为：在一线放开中实施以“舱单为核心”的信息管理体系，辅之以负面清单完善风险防控；港区内实行分类管理；最大程度的降低通关制约；在二线高效管住中实施以智能化验放为核心，加强AEO制度、预裁定制度完善；通关流程中匹之以

“一次申报，分步实施”的监管方案。形成一线以风险监管为重心，二线以高效便利为重心的双重监管模式。

首先，一线逐步放开，海关应侧重风险安全监管。一线逐步放开，伴随贸易自由的是外部风险的增加，在通过一体化改革之后，舱单数据已经成为外部风险信息的关键来源之一，以“舱单为核心”为海关后续风险管理、情报稽私、通关速度、物流监控提供可靠的风险参考。此外，除获取风险数据信息，仍需实施负面清单对进出口货物做第一轮筛选。吸取新加坡和鹿特丹对准入货物的限制措施，进行可穷尽的清单列举，明确非限制性货物与受限制性货物的种类、数量，在保障基础安全的前提下实现最大化“自由”。

其次，二线实为“把关”，海关应侧重高效便利监管。二线是海关监管的主要阵地，海关通关制度应实施以高效便利的智能化验放为核心，落实“先出区、后申报”、预裁定、AEO 制度互认等一系列先进的通关实践经验，加快货物在二线的快速、高效通关放行。适时拓宽预裁定的范围、申请资格，在通关前利用预裁定的优势，对运输货物进行备案、监控；通关中可以引入红外查验，结合应用物联网技术掌握货物数据及状态，刷卡核验及时放行；通关后海关接受集中申报，整合货物信息，分析货物风险，进行后续稽查。将海关查验重点置于关口放行之后，保证通关高效便利。

最后，区内服务贸易的制度创新。2018 年 11 月 5 日中国国际进口博览会的顺利举办，是在区内开展货物的展览、交易等增值服务的突破，也是为自由贸易港港区内服务贸易制度创新，为区内服务贸易的开展与完善的有利探索，对于营造优质的投资、贸易、中转等业务环境大有脾益。而且，形成一个集中转、仓储、加工、包装、物流等多项环节连接的服务链，也有利于发展国际航运中心。区内发展多种服务贸易制度，相应的海关也应运用多种方式联动监管。实施统一电子备案、统一平台监管、分类管理、一道环节，区内自由，事后审核，与“一线放开”和“二线高效管住”的各项改革形成集聚，达到贸易便利与安全的相互平衡、相得益彰。

3、海关管理的制度创新

海关管理的制度创新是通关建设制度创新效果的保证，总体包涵海关内部管理制度的创新和海关对外部企业管理制度的创新。

首先，海关内部管理的制度创新。内部创新亦需要注重两方面：港区之间的辐射带动作用和现代互联网管理技术的应用。在港区辐射带动方面：自由贸易港的建设除了发展自身，更为重要的目的是辐射带动周边，以及入境货物的大通关。建议在全国多点自贸港布局建成后，港区之间要形成联运关系，对入境后的转关进行协调统一，使得各对外一线入境港与承接港对内二线海关运作实现对接，使得入境货物能在各个自由贸易港之间流转，形成一线真正意义的自由。在现代管理技术的应用方面：将“互联网+”技术平台与大数据平台相结合，推进各个环节的电子化改革，整合各个环节的数据信息，综合评估、高效精准处理，形成全网络化的海关作业系统。

其次，边境机构对外管理的制度创新。除上述对海关内部管理的创新外，需要加强海关与商界的交流、协作，更需要防范现实中不良信用企业的风险。因此，边境管理要综合企业贸易、保险、融资等关键领域的征信状况，对自由贸易港内企业统一评定信用等级、统一进行身份认证、统一建立诚信档案，根据企业进出口通关信息，即时化、动态化更新企业信用状态，促进企业自律守法。同时，改善审计、评估方式，引入有资质的第三方机构评估体制，保证审计、评估结果的科学性、客观性、权威性。

四、结语

自由贸易港是全球范围内自由程度最高的海关特殊监管区，施行通关便利化和贸易安全双重的管理模式，将是面对改革开放新阶段挑战的潜在解决方案。中国建设自由贸易港，

需要站在已有的便利化实践的基础上，达到“一线放开”的高标准一线开放程度，辅之以完善的增值性服务和制度优惠。同时，需要以海关为核心的边境机构在通关、监管、安全各方面统筹协调，注重货物监管与贸易安全，从而实现通关便利化与贸易安全的有机统一，形成现代化海关综合治理体系。

15.新外商投资法负面清单运作制度初探

伍俊颖*

摘　要:世界投资自由化使得外商投资准入措施成为目前国际贸易中的一大重要问题。我国外商投资法的出台，引领我国外商投资准入措施从“准入后国民待遇+正面清单”制度向“准入后国民待遇+负面清单制度”跨步。负面清单制度在国际上已有大量实践，美国的外商投资负面清单制度发展最早，适用效果显著，其内容与经验需要我国来进行借鉴，但其以BIT与FTA的国际条约模式与我国现阶段成立《外商投资法》的国内法模式框架不同，而菲律宾作为国内法框架下外商投资负面清单的典型适用国，其运作框架值得我国进行学习。本文旨在通过阐述我国外商投资准入的经济环境，借鉴美国负面清单的发展内容与菲律宾的发展框架，分析我国初具雏形的负面清单。由于立法进程的仓促以及初次建立负面清单的生疏，导致了清单内容缺乏、配套法律依据及规章制度的矛盾以及行业外资引入的风险。负面清单制度是我国计划经济时代的转折点，进一步增强负面清单的透明度、控制外资引入对于中小行业的冲击、建立完善的法律体系对吸引外商投资，扩大对外开放有重要作用。

一、我国外商投资法与负面清单的前世今生

王利明先生曾经说过“负面清单，即在外资准入阶段，将不符合国民待遇原则的规定加以汇总而形成的文件。”[①]在笔者看来，结合准入前国民待遇的负面清单，就是外资准入视同本国企业享受国民待遇的例外，通过行业领域及详细规则以列表的形式公布出来。负面清单运用了“法无禁止即自由”的法律理念激发市场活力，倒逼国家进行经济发展革新。我国发布的《外商投资法》第四条中明确规定了准入前国民待遇与负面清单制度，将促进外商投资、扩大对外经济革新正式提上了新的行动日程。

（一）我国外商投资法的发布

为进一步贯彻落实十九大“推动形成全面开放新格局”的主要精神，扩大改革开放、促进外商投资的举措从 2019 年 3 月 15 日十三届全国人大常委会二次会议表决通过《外商投资法》开始展开。《外商投资法》从草案公开征求意见到通过方案，短短三个月时间两次提请全国人大常委会审议，并专门加开一次人大常委会以核心议题审核通过《外商投资法》草案，足见其立法的迫切性与重要性。制定《外商投资法》的目的是为了进一步扩大对外开放，积极促进外商投资，保护外商投资合法权益，推动形成全面开放新格局，促进社会主义市场经济健康发展。[②]其内容整合并替代了过去 20 世纪 90 年代颁布的“外资三法”(《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中

---

* 中国政法大学国际法学院在读博士生

① 王利明：《负面订单管理模式与私法自治》,《中国法学》2014 年第 5 期,第 29 页

② 迈进制度型开放：《外商投资法》的亮点与意义，中国政法大学副教授张西峰 http://finance.people.com.cn/n1/2019/0318/c1004-30981057.html

外合作经营企业法》)，相比于过去的外资三法，外商投资法以国际经济全球化的视角出发，与新出台的《公司法》、《合伙企业法》等等进行衔接，并对外资并购等等都有了新定义。《外商投资法》的制度框架主要分为三个部分，即外商投资促进制度、外商投资保护制度与外商投资管理制度。外商投资促进制度为外商投资法的核心，外商投资促进制度的核心内容便是“准入前国民待遇加负面清单管理制度”。

（二）我国负面清单的发展沿革

2013 年 11 月 12 日，中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议发表了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，其中第（9）点提出“实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。”[①]。再此之前同年 10 月，中国（上海）自由贸易试验区已经出台了《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）(2013 年)》，上海自贸区成为了中国开始负面清单模式改革第一站，并以此为经验起点开始了从内容瘦身到规章衔接等一系列调整，从上海自贸区负面清单 2013、2014 年版到统一适用于自贸区的 2015 版、2017 版与 2018 版，负面清单制度在中国境内“多点开花”，充分发挥自由贸易试验区“试验田”作用，为更大范围扩大开放、完善负面清单管理制度积累了很多可复制可推广的敬仰。期间，商务部于 2016 年 10 月出台《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》，使外商投资国家规定实施准入特别管理措施(负面清单)至此成功实现了负面清单全国范围内适用，并于 2018 年出台了 2018 年版《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》。从 2013 年上海自贸区负面清单特别管理措施的 190 条减少到 2018 年版外商投资负面清单的 48 条，大幅度减少了外资限制领域，提高了负面清单的透明度与规范度。在 2019 年出台的《外商投资法》给予了负面清单以明确的法律形式。2019 年 3 月 5 日，李克强总理在第十三届全国人民代表大会第二次会议上做政府工作报告时指出，要进一步压缩市场准入清单，推动“非禁即入”普遍落实。要进一步放宽市场准入，压缩外资准入负面清单，允许更多领域实行外资独资经营。[②]可见我国对于深化改革扩大开放的决心，在未来时间里，我国将推动外商投资法的进一步完善，合理缩减并详细规定负面清单中的禁止和限制外国投资者投资的领域。

二、国际负面清单法律制度经验

笔者对于外商投资准入的负面清单管理模式持“二元论”，即外商投资准入负面清单管理分为两大阵营，第一种是国际法层面的负面清单，通常表现为 BIT、FTA 中外资准入管理的特别管理措施以附件的形式附在条约后，通过各国对于国际条约的签约而具有国际法层面的效力；第二种是国内法层面的负面清单，通过《外商投资法》、《外资特别管理措施》等以国内法律法规的形式管理外商到东道国投资的具体监管流程，列出准入前国民待遇中的例外条件。“准入前国民待遇+负面清单”模式日前正在成为国际投资政策的一个流行趋势，世界上大约有 77 个国家都适用了这种模式。[③]也由此给予了我国负面清单管理模式以经验借鉴。

（一）美国负面清单管理模式——国际条约式

[①] 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》

[②] 新华网：（现场实录）政府工作报告—2019 年 3 月 5 日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上 http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/05/c_1124194454.htm

[③] 中国新闻周刊：《全国版负面清单的“三年之约”》，http://viewpoint.inewsweek.cn/detail-2632.html.

美国是适用外商投资负面清单管理模式最早的国家之一，美国是典型的以签订双边投资协定（BIT）与自由贸易协定（FTA）的方式来与世界各国推行高标准的外商投资负面清单管理模式。自 1992 年美国、墨西哥与加拿大签署《北美自由贸易协定》以新型负面清单外资管理模式吸引大量外国投资开始，迄今为止，美国签署的生效 FTA 已有 20 个，[①]BIT 也已有 42 个，[②]且 FTA 和 BIT 均设有作为负面清单的附件规定。美国以自身的实践过程证明了负面清单对于国内产业推动与刺激外商投资的优越性。

1. 美国负面清单的运作模式

美国国内无具体的国内组织法来发布统一的负面清单作为国际条约的依据，而是对外商投资的准入限制条款散见于各专门的法律法规中。并于签署的 BIT 及 FTA 中，将禁止或限制外商投资的领域以负面清单的形式详细列明，将国内法律法规作为国际负面清单的法律基石。对于签署的投资协定并非绝对的各有所异，美国从 1982 年起开始制定专门的 BIT 范本，以期为自己国家达成一个稳定的投资框架，引导其他国家以此为鉴设立一个开放、透明、实施“准入前国民待遇+负面清单”模式的投资法律思维。

2. 美国负面清单的基本内容

（1）美国 BITS 中的“负面清单”具体内容

1982 年美国与埃及签订了第一个双边投资条约，由此往后的 42 个双边投资条约均以负面清单的形式规定了不符措施的相关内容，每个 BIT 负面清单之间都有着一定的差异。2005 年以前的 BIT 条约往往以其中国民待遇条款之例外规定所附内容作为负面清单，没有独立列出或专门设置“不符措施”条款。其形式简单，内容只包括对国民待遇及最惠国待遇例外所涉及的行业领域，所涉及领域主要集中于运输领域、金融领域、资源领域、能源领域、海关报关、通信领域和房地产领域、以及水平型限制（针对行业的限制）。但 2005 年之前的双边条约也仅限于此，对于行业领域的定义，以及如何限制准入都未在条约中进行详细的规定，仅在国民待遇条款中采取“在相同或者类似情况下”（in like circumstances; in like situations）的限制性描述。[③]

自 2005 年以后，美国相继签订了美国-乌拉圭双边投资协议与美国-卢旺达双边投资协议，相较于之前，美国负面清单的行业列表进行了一定程度的删减，其负面清单的列表元素从单纯的行业列表演进成为了含有所属行业领域、协议相关条款、法律层级、相关法律依据、实施何种不符措施等等细致附件型清单。其不符措施就有绝对禁止、比例禁止、岗位限制、区域限制、市场准入、政府优惠等等规则。美国投资协定所签署的负面清单皆开始有透明的法律法规可以依照。美国对于负面清单的法律衔接与冲突处理从创设负面清单初期即涵盖其理念，从国际层面的投资协定到国内法层面的相关法律法规，再由国内投资贸易法律法规到国际 TRIPS、国际税收等等国际法规定的协调，使得美国投资准入的整体流程避免了双边协定与国内法的法律冲突，也避免了国内法与国际协定的法律冲突。

（2）美国的 BIT 范本

1982 年美国开始制作自己的 BIT 范本，目前最新范本为“美国 2012 年双边投资协定范本”，根据 2012BIT 范本第十四条，范本中包括三个负面清单附件，附件一是国民待遇和最惠国待遇等四项义务的例外规定，所有部门的限制措施都要列出相应的法律依据；附件二

[①] 高维和、孙元欣、王佳圆：美国 FTA、BIT 中的外资准入负面清单：细则与启示，外国经济与管理，2015 年第 3 期

[②] Office of the United states trade representative https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp

[③] 何金蔚：负面清单模式对中国外商投资准入制度的影响研究，深圳大学硕士学位论文

则是规定对于将来可能要求保留的需要采取不符措施的部门和领域做出的规定，具体内容有相关部门、所涉义务、对于不符措施的说明等；附件三是专门列出关于金融部门的不符措施。[①]美国 BIT 负面清单范本的改善与修订，刻画了美国负面清单的发展历程，2012 年版本的 BIT 范本增加了透明度，对于规章要求、通知以及法律衔接方面要求更加严格细致。

3. 美国负面清单的特点

美国负面清单条款涵盖内容细致、法律依据详实、在扩大透明度的同时不乏对相关内容的灵活性、将国际法层面上的负面清单与国内法相协调、在产业促进的同时以“口袋条款”对国家安全相关产业施以保护。张弛有度、宽严分明形成了美国相对成熟的负面清单法律运作体系。

（三）菲律宾负面清单管理模式——内国外资法式

如上文所示“负面清单”分为国际法意义上与国内法意义上的，前者通常是自由贸易协定中用于列明服务和投资承诺的一种方式，后者主要是指某一国家列明外国投资者准入特别管理措施的一种方法。[②]菲律宾于 1991 年发布了《外商投资法》并首次开始使用“负面清单”制度，是以内国投资法定义“负面清单（negative list）”最早的国家之一，至今为止，菲律宾已发布 11 版负面清单。菲律宾的“负面清单”制度在国际评价中一直弊大于利，但菲律宾负面清单近 28 年的外商投资准入制度经验可以给我国新外商投资法以启示与借鉴。

1. 菲律宾负面清单的运作模式

菲律宾于 1991 年发布《1991 年外国投资法》随之发布了《1991 年外国投资法实施规章》，外资企业迈入菲律宾国门的关键即要详细对照负面清单，对于限制或禁止的领域行业职业进行规避。在负面清单中，以脚注的形式列明了相对应的法律依据。因此，宪法与单行法律中设定了那些对外国投资的禁止与限制，通过查阅外国投资“负面清单”即可了解。[③]如第 11 版“负面清单”A 部分第 9 条要求外资禁止制造修理或存放供应核武器。[④]对比依据来自《菲律宾宪法》第 2 条第 8 款菲律宾处于国家安全利益考量在其领土上采取全面禁止核武器的措施。[⑤]负面清单与对应法律相互照应，依据明确，环环相扣。除此之外，《菲律宾宪法》对外商投资设定了严格又具体的限制。[⑥]《1987 年综合投资法》中也涉及了对国内外企业投资的优惠政策。[⑦]1991 年发布了外国投资法后，《1995 年经济特区法》也同时发布，旨在通过一定措施吸引外国资本到菲律宾特定区域进行投资。[⑧]这样的鼓励与禁止相互搭配，共同构建了菲律宾外商投资准入体系。

2. 菲律宾负面清单的基本内容

---

① See BIT text for ACIEP ,https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

②【澳】沃尔特·古德：《贸易政策术语词典》第 5 版，张伟华等译，上海人民出版社 2013 年版，第 348 页。

③ 申海平:菲律宾外国投资“负面清单”发展之启示,法学,2014 年第 9 期

④ See The eleventh Regular Foreign Investment Negative List http://www.officialgazette.gov.ph/downloads/2018/10oct/20181029-EO-65-RRD.pdf

⑤ See 1987 Constitution of the Republic of the Philippines https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/

⑥ See 1987 Constitution of the Republic of the Philippines, https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/

⑦ See The Omnibus Investments Code of 1987, http://www.lawphil.net/executive/execord.eo1987/eo_226_1987.html

⑧ See The Special Economic Zone Act of 1995, http:/www.congress.gov.ph/download/ra_09/Ra07916.pdf

菲律宾政府在颁布《1991 年外国投资法》时，先发布过渡性“负面清单”，36 个月后再发布常规性“负面清单”。相较而言只有清单 C 部分大有不同，在过渡性“负面清单”中 C 部分对于相关法律法规行政规章以及许可协议期内特定知识产权遗留问题做以保留，在第一版常规性“负面清单”中，更改 C 部分仅剩当时已满足经济需求不需要外国投资的领域，并于第二版常规性清单中彻底取消 C 部分。菲律宾最新发布的第 11 版“负面清单”分为序言、条款正文（A、B 清单）与附录三部分。

（1）“负面清单”的制定与修改

当今的第 11 版负面清单分为 A、B 两部分，对与宪法法律相关的 A 部分采取备案登记的方式，对与国家安全相关的 B 部分采取行政审批的方式，在外资比例达到规定条件时，A 部分对外资的审查便为“国民待遇”。并于《实施规章》中规定，清单 A 的修改由国家经济发展署随时根据法律进行，相关宪法法律一旦变更就可以随之反应于“负面清单”中，同时序言设定了独立性条款，若负面清单中出现违宪违法的内容，不影响负面清单其他条款的效力。清单 B 的修改不得超过两年一次。

（2）负面清单 A、B 列表

负面清单正文分为 A、B 两部分，A 清单是被宪法及其他单行法律所限制的外商投资，并分为不可投资，投资比可达 25%、40%三类 24 项并以脚注备注其相关法律依据。B 清单是由于安全、国防、健康和道德风险以及保护中小企业而所限制的领域。其中只设置了外资门槛为 40%的 7 项。附件为菲律宾对于外国人来菲律宾工作的职业限制。

3. 菲律宾负面清单的特点。

菲律宾的外资准入制度受国内外饱受诟病，《1991 年外国投资法》规定“负面清单”的本意在于清楚地告诉外国投资者哪些领域不对外国投资开放，以提高其在菲律宾投资的透明度，减少外国投资准入的官僚裁量权。[①]但菲律宾过长的负面清单降低了外商投资的透明度，审核外资的严格限制过于严格，而且负面清单的修改程序过于繁杂，各部门均需要对负面清单进行审批，审批的流程、时间都成为了外资进入菲律宾的障碍。最后，对于外国投资者的职业限制也大大提高了外资者踏入国门的门槛。严格的外资准入给予菲律宾引入外资带来了极大的负担，但整体外资法负面清单框架是详细成体系的，如何抽丝剥茧，化整为零，是我国需要借鉴菲律宾外资负面清单所要做的。

三、我国负面清单存在的问题

（一）我国外资准入制度运作模式

外商投资法出台前，我国构建了“三资企业法+外商投资法指导目录”体系，整体准入模式为“准入后国民待遇+正面清单”模式。外资企业进入我国首先要根据《指导目录》了解自己投资的产业是鼓励类行业还是限制禁止类行业，若不在指导目录所需行业中即默认允许外资准入，并依据三资企业法逐案向审查批准机关申请批准，待取到营业许可后与国内企业享受同等的国内法监管制度。

2019 年 3 月 15 日，《外商投资法》出台的同时宣布废止三资企业法，我国开始实行“准入前国民待遇+负面清单”模式。凡外资企业进入我国投资，根据“负面清单”所列，禁止投资的不得进入我国境内投资，限制投资的须向相关部门申请外国投资准入许可，未列入“负面清单”的行业无需申请准入许可，进行备案即可同我国企业一样管理方式进行投资。

[①] See Jamie P. Horsley, Philippines Enacts New Investment Code, E. Asian Executive Reps July 1991, at 9.

相较于之前的“准入后国民待遇+正面清单”模式，“准入前国民待遇+负面清单”模式对于外资企业更加开放便利，减少了诸多限制，是吸引外资，扩大对外开放的助推剂。

（二）我国负面清单存在的问题及建议

《外商投资法》从意见征集到结合建议进行修改仅仅用了两个月的时间，可见我国对于扩大对外开放、促进和保护外商投资的决心。同时，如此迫切的进行外商投资的立法，也是出于一些现实投资问题的需要，尤其是中美 BIT 谈判的需要，其次对于知识产权保护，国民待遇问题以及 WTO 改革中的贸易与投资规制问题等等，使得负面清单的整体体系仍处于婴儿式框架阶段。

由于立法进程的加快，外商投资法将三法合一的框架才初具雏形，负面清单作为外商投资法的核心要义，其实施框架及内容还应再三斟酌推敲。当前我国负面清单制度还存在如下问题：

1.负面清单中的内容需要进一步完善

我国日前的负面清单仅列明了禁止外资准入的领域、行业以及粗略的限制条款，其透明度、措辞严谨度、结构紧密度都有待商榷。首先，行业分类与国际不同。国际通行的行业分类是依据 WTO 的《服务部门分类列表的文件》来进行分类编码，我国的《国民经济行业分类》编码方式分类细致但行业概括不全，我国在多边或者双边协定中将面临与他国国际法律框架无法协同，因此我国应努力与国际负面清单框架相融合。其次，涉及范围不同。我国负面清单仅针对投资项目与投资企业，而美国的 BIT 范本涵盖范围更广，对于直接与间接投资均有所涉及，我国在时机成熟时应当对间接投资领域的管制准入问题进行完善。最后，负面清单制度用词模棱两可。以美国为例，负面清单里每一项不符措施一般包括部门或事项、国内或国际产业分类编码。保留类型。政府级别、法律依据。措施的简要描述及逐步自由化的承诺。我国的负面清单只包括了部门和含糊的限制措施。[①]适用严谨的措辞加上兜底条款，可以增强负面清单的透明度，清晰明确协议双方的权利义务，并将需要预留行业政策的空间使用兜底条款罗列清晰，使负面清单更大的发挥其效用。

2.负面清单相衔接与冲突的法律法规

外商投资法出台速度之快，使得负面清单配套的行业政策、法律法规缺失或者与新法相矛盾。如 2018 年版负面清单第 39 条规定“医疗机构限于合资、合作”，与《国家卫生计生委、商务部关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》（国卫医函[2014]244 号）有关规定向矛盾。[②]相关程序性立法也滞后于负面清单的出台，如外商投资企业可以申请食盐批发许可，工信部和食盐行业主管机关根本木有相配套的法规政策，外资准入流程无法落地。我国双轨制的内外资立法法律构架，由于准入前国民待遇的出现，应当明确负面清单在内国立法法规中的法律依据，形成外资准入的系统性整合。

3.负面清单与行业保护

对外开放是一把双刃剑，一方面引进外商投资可以刺激我国经济发展，另一方面外资的涌入会由于行业竞争对我国一些行业造成重大冲击。首先，负面清单应当对行业进行评估。各国应根据自身产业特点制定负面清单。各行业主管部门评估目前限制措施对其行业现存和潜在的影响，以此作为行业清单的制定依据。其次，注重对中小企业的保护。以墨

---

① 何曼青:我国外商投资“负面清单”管理实践的成效、问题与建议，全球化 2018 年第 4 期

② 中华人民共和国商务部 《国家卫生计生委、商务部关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》（国卫医函[2014]244 号） http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/201408/20140800711993.shtml

西哥为例，NAFTA 使墨西哥大量中小企业由于经受不住发达国家的冲击而破产，导致员工失业，进而加剧了贫富差距，大量的资金注入制造业，从而严重破坏了墨西哥的生态环境。[①]在引进负面清单的同时，我国应当有对于负面清单风险面的控制手段，比如设置兜底条款，防止棘轮效应，以及实施贸易援助措施等，用以弥补对于扩大外商投资引起的负面效应。最后，新兴行业的预留空间不足。针对云计算、人工智能等新增行业，未来是否进行市场准入限制，是否会对我国国家安全、公共道德或知识产权领域产生影响，如何进行限制，在现行的负面清单中并未考虑与涉及。很多国家立法时除列明不能开放或暂时不能开放企业的同时，列明了目前暂时不存在的领域和部门，应在我国制定负面清单予以考量。

4.负面清单与信息平台的构建

新《外商投资法》第三十四条建立了外商投资信息报告与信息共享制度，外资投资信息报告与共享制度的成熟构建，可以为监管主体提供监管的信息和依据，提高了各部门间的信息交互速度，降低市场交易成本和寻租风险。同时《外商投资法》第三十八条设立了信用信息公示系统，把负面清单实施落地，构建一系列惩罚措施，推动市场准入前的信用承诺制度。

结语

在国际经济形势日渐复杂的当下，英国脱欧、特朗普退出 TPP 等使得全球贸易形成了一股反全球化思潮。我国作为全球化的受益国，应采取积极措施来捍卫和推动全球化的进程。中国外商投资“准入前国民待遇+负面清单”制度的推行就是应对国际形势的写照。但我国若贸然减低外资准入门槛也同时会给我国产业以冲击。建立有中国特色的外资准入制度，健全法律监管体系将是我国推行负面清单的重要保障。

参考文献

[1] 王利明：《负面订单管理模式与私法自治》，《中国法学》2014 年第 5 期
[2] 沃尔特·古德：《贸易政策术语词典》第 5 版，张伟华等译，上海人民出版社 2013 年版
[3] 高维和、孙元欣、王佳圆：美国 FTA、BIT 中的外资准入负面清单：细则与启示，外国经济与管理, 2015 年第 3 期
[4] 申海平:菲律宾外国投资“负面清单”发展之启示,法学,2014 年第 9 期
[5] 何曼青:我国外商投资“负面清单”管理实践的成效、问题与建议，全球化 2018 年第 4 期
[6] 杨艳芳：外商投资准入制度之负面清单管理模式，法制博览，2018 年第 4 期
[7] 何金蔚：负面清单模式对中国外商投资准入制度的影响研究，深圳大学硕士学位论文
[8] Jamie P. Horsley, Philippines Enacts New Investment Code, E. Asian Executive Reps July 1991, at 9.
[9] 迈进制度型开放：《外商投资法》的亮点与意义，中国政法大学副教授张西峰 http://finance.people.com.cn/n1/2019/0318/c1004-30981057.html
[10] 新华网：（现场实录）政府工作报告—2019 年 3 月 5 日在第十三届全国人民代表大会第二次会议上 http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/05/c_1124194454.htm
[11] 中国新闻周刊：《全国版负面清单的“三年之约”》 http://viewpoint.inewsweek.cn/detail-2632.html.

[①] 杨艳芳：外商投资准入制度之负面清单管理模式，法制博览，2018 年第 4 期

[12] 中华人民共和国商务部 《国家卫生计生委、商务部关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》（国卫医函[2014]244 号）
http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/201408/20140800711993.shtml
[13] Office of the United states trade representative
https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp
[14] BIT text for ACIEP
https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf
[15] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》
[16] The eleventh Regular Foreign Investment Negative List
http://www.officialgazette.gov.ph/downloads/2018/10oct/20181029-EO-65-RRD.pdf
[17] 1987 Constitution of the Republic of the Philippines
https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/
[18] The Omnibus Investments Code of 1987,
http://www.lawphil.net/executive/execord.eo1987/eo_226_1987.html
[19] The Special Economic Zone Act of 1995,
http:/www.congress.gov.ph/download/ra_09/Ra07916.pdf

16.新《外商投资法》下我国外商投资国际私法规则的困境与转型

王怡然*

摘　要：2019 年 3 月通过的《中华人民共和国外商投资法》将于 2020 年 1 月 1 日起生效。该法生效后将就此取代我国现有规制外商投资企业的三部法律《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》，成为在我国境内从事外商投资活动所必须遵守的“基础性法律”。然而，从目前的立法情况来看，新 《外商投资法》的生效将为我国当前相关外商投资合同法律适用规则及诉讼管辖规则的适用带来困境，同时也为相关领域的国际私法立法提出了迫切的转型要求。笔者认为，应以《外商投资法》的生效为契机，废除我国当前严苛的外国投资合同单一适用我国法律及三类特殊涉外合同诉讼由我国法院专属管辖的规则，为我国外商投资及国际私法的进一步发展增益。

关键词：外商投资法 法律适用规则 管辖规则 国际私法

2019 年 3 月 15 日，第十三届全国人民通过了《中华人民共和国外商投资法》（“《外商投资法》”），该法将于 2020 年 1 月 1 日起生效，生效后将就此取代我国现有规制外商投资企业的三部法律《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》（以下简称“外资三法”），成为在我国境内从事外商投资活动所必须遵守的“基础性法律”[①]。该法的生效将使得我国长久以来施行的外商准入逐案审批正式成为历史，并首次从法律

* 复旦大学法学院国际法专业博士研究生

① 宋晓燕：“中国外商投资制度改革:从外资‘三法’到《外商投资法》”，《上海对外经贸大学学报》，2019 年第 26 卷第 4 期，第 5 页

层面确立了我国外商投资“负面清单限制下的准入前民待遇”制度。[①] 《外商投资法》一经出台立刻引起热烈反响，被誉为顺应了高水平投资自由化与便利化的要求，体现了对外国投资国际规则的充分接受。[②]然而，新 《外商投资法》是否能真正实现外商投资的高度自由与便利，这与后续实施细则的颁布以及其他相关部门法的协调配合密不可分，而我国外商投资领域的国际私法相关立法无疑将成为其中尤为重要的一环。但从目前的立法情况来看，新 《外商投资法》的生效将为我国当前外商投资领域的国际私法规则适用带来困境，同时也为相关领域的国际私法立法提出了迫切的转型要求，这尤其体现在我国三类特殊涉外合同（即，中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同及中外合作勘探开发自然资源合同）及其衍生出的其他外商投资合同，包括但不限于外国投资者并购境内企业的股权购买协议、增资协议、资产购买协议（以下简称“外商投资合同”）的法律适用规则及外商投资合同争议的诉讼管辖规则两个方面。

一、新《外商投资法》下外商投资国际私法规则的适用困境

外商投资合同关系作为一个重要的涉外民商事关系，其相关国际私法立法一直处于极为保守的状态中，这与我国长久以来施行严格的外商投资法律制度相一致。首先，在外商投资合同的法律适用层面，我国法律明确规定，由外资三法规制的三类特殊涉外合同及与之相关联的其他外商投资合同一律适用中华人民共和国法律。其次，在诉讼管辖层面，我国民事诉讼法明确规定因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼属于中华人民共和国人民法院的专属管辖。

尽管当前我国外商投资合同的法律适用与管辖分别规定于《合同法》与《民事诉讼法》中，似乎不应因《外商投资法》的生效而失效，但鉴于三类特殊涉外合同的概念与定义主要由《合资企业法实施条例》及《合作企业法实施细则》赋予，待外资三法废止后，外商投资企业将逐渐与《公司法》及《合伙企业法》接轨，原有的外商独资企业、中外合资企业及中外合作企业的区分将被淡化：外商独资企业与中外合资经营企业将不再因资本来源不同而具有法律监管或政策上的不同，而将根据企业的具体组织形式由《公司法》及《合伙企业法》等规制；中外合作经营企业作为一种完全由《中外合作经营企业法》定义的企业组织形式，很有可能待《外商投资法》生效后被废除，从此退出历史舞台。在这种情况下，由三资企业法及其配套的相关法规规章定义的三类特殊涉外合同及其衍生出的其他外商投资合同也很可能失去法律依据。由此，《合同法》第 126 条规定的“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律”及《民事诉讼法》第 266 条规定的：“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖”的关于外商投资合同法律适用与民事诉讼管辖规则的条款将在《外商投资法》正式生效后面临适用困境。

是困境，亦是机遇。笔者认为，《外商投资法》的颁布将同时为我国外商投资国际私法立法转型提供契机。事实上，自改革开放以来，我国以三资企业法为基础的外商投资国际私法立法一直面临着学术界与实务界的种种质疑。尤其，在 2010 年颁布的《涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《法律适用法》”）因充分适用意思自治原则、体现我国国

[①] 《中华人民共和国外商投资法》第 4 条：“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。”第 28 条：“外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。”

[②] 前引 1，“中国外商投资制度改革:从外资‘三法’到《外商投资法》”，第 5 页

际私法立法的现代化而备受褒奖。[①]相比之下，我国对于外商投资合同一律适用中华人民共和国法律，涉及外商投资合同的民事诉讼一律由中国法院专属管辖的规定似乎不论从外商投资立法还是国际私法立法角度都已远远落后于时代要求，啓待转型。

二、外商投资合同法律适用规则现状与转型思考

（一）我国外商投资合同法律适用规则性质辨析

国际私法学界一直以来都对我国外商投资合同一律适用中华人民共和国法律的相关法律条文的性质存在争议。多年来，学界出现了单边冲突规范[②]、意思自治的限制规则[③]、“直接适用的法”[④]、涉外合同之债的特殊原则[⑤]等多种性质认定。尽管各有论据，但笔者认为，我国外商投资合同一律适用中华人民共和国法律的规定应为单边冲突规范。以《合同法》第 126 条为例，笔者认为其具有单边冲突规范的典型结构，“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同”为“范围”，“适用中华人民共和国法律”为“系属”，因其最终指向的准据法仅为中华人民共和国法律，因此该条款属于单边冲突规范。

此外，笔者认为，对于该类条款性质多种论说并不利于我国有关单边冲突规范、强制规则、公共秩序保留、“直接适用的法”等国际私法基本理论问题的研究发展。尤其自《法律适用法》第 4 条正式将“直接适用的法”引入我国国际私法立法后，存在大量将法院误将冲突规范作为“直接适用的法”来适用的判决[⑥]。但鉴于该类条文性质仍存在争议的事实，笔者在本文统称该类条款时仍使用“法律适用规则”一词而非单边冲突规范。

（二）我国外商投资合同法律适用立法沿革

外商投资合同的法律适用规则并未出现在我国专门的冲突法立法——《涉外民事关系法律适用法》中，而是散落在规制外商投资法律关系及合同关系的多份法律与行政法规中。在现行有效的法律法规中，对于外商投资合同一律适用中华人民共和国的规则主要规定于《合同法》第 126 条、《中外合资经营企业法实施条例》第 12 条及《中外合作经营企业法实施细则》第 55 条之中。

在改革开放伊始、我国市场刚对外资敞开大门之际，应运而生的 1979 年《中外合资经营企业法》并未就中外合资企业合同应当适用的准据法作出任何规定。外商投资合同必须适用中国法律的首次规定出现于 1983 年颁布的《中外合资经营企业法实施条例》中。随后，1985 年《涉外经济合同法》第 5 条首次明确了三类特殊涉外合同适用中华人民共和国法律。《涉外经济合同法》失效后，该条文被原封不动地被纳入了 1999 年《合同法》文本中并沿用至今。1990 年，对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《关于承包经营中外合资经营企业的规定》中含有对于承包经营中外合资经营企业的承包合同应依照中国的有关法律订立的规定，尽管该条款本身并非是一条明确的法律适用规则，但 2007 年最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》中将“外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作

---

① 参见陈卫佐：“中国国际私法立法的现代化——兼评《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的得与失”，《清华法学，2011 年第 5 卷(02)，第 100 页

② 参见韩德培：《国际私法（修订本）》，武汉大学出版社，1983 年版，第 50 页；韩德培：《国际私法》，高等教育出版社，2000 年版第 94 页；丁伟：《冲突法论》，法律出版社，1996 年版，第 194 页； 黄进：《国际私法》，法律出版社，1999 年版，第 233-234 页；杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社，2014 年版，第 48 页

③ 参见韩德培：《国际私法（修订本）》，武汉大学出版社，1983 年版，第 167 页

④ 参见丁伟：《冲突法论》，法律出版社，1996 年版，第 197-199 页

⑤ 参见黄进：《国际私法》，法律出版社，1999 年版，第 428 页

⑥ 例如，（2011）广海法初字第 373 号杨某与钟某、王某、古某人身损害责任纠纷案、（2012）豫法民三终字第 00126 号董桂琴与励明股权转让纠纷案件等

经营企业的合同”纳入必须适用中国法的八类涉外商事合同之中，很明显是将《关于承包经营中外合资经营企业的规定》第五条视为一个强制适用中国法的规则并吸收于该司法解释中。1995 年的《中外合作经营企业法实施细则》效仿 1983 年《中外合资经营企业法实施条例》，将中外合作企业合同的准据法明确为中华人民共和国法律。2006 年商务部等六部委发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》将股权购买协议、境内公司增资协议、资产购买协议也明确为应适用中华人民共和国法律。2007 年最高人民法院通过《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（“《涉外民商事合同法律适用规定》”）以司法解释的形式在三类特殊涉外合同应适用中国法律的基础上又增加了五类涉外合同，该司法解释将散见于《合同法》、《关于承包经营中外合资经营企业的规定》、《关于外国投资者并购境内企业的规定》等法律法规中的外商投资合同法律适用规则进行了系统地整合，并加入了兜底条款，一度成为我国外商投资合同法律适用的指导性规则。尽管该司法解释因与《法律适用法》冲突已于 2013 年被废止[①]，但其仍对我国司法及仲裁实践产生持续的影响。[②]

鉴于我国外商投资合同法律适用规则的立法实践具有规则零散、层级复杂且是否仍现行有效各不相同，为清晰之目的，笔者对该等条款以下表方式进行梳理。值得注意的是，《中华人民共和国外资企业法实施细则》第 79 条：“外资企业与其他公司、企业或者经济组织以及个人签订合同，适用《中华人民共和国合同法》”本身并不属于外商投资合同法律适用规则范畴，因为该条规制的并非为外国投资者与中国企业之间的投资合同法律适用，而是为解决已成为中国法人的外资企业与其他公司、企业或经济组织及个人之间的合同关系的法律适用问题。但笔者认为，当此处的其他公司、企业或经济组织及个人为外国法人、外国经济组织或外国国籍的自然人时，该合同关系即为涉外合同关系，该条款亦成为规制我国外商投资企业对外签订合同的冲突规范。因此，笔者认为该条款亦属于外商投资领域的国际私法范畴，为完整起见，笔者将该条款一并纳入下表外商投资合同法律适用规则中。

名称	条款内容	层级	时间	是否现行有效
《涉外经济合同法》	第五条第二款：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”	法律	1985 年	失效
《合同法》	第一百二十六条第二款：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”	法律	1999 年	有效
《中外合资经营企业法实施条例》	第十二条：“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决，均应当适用中国的法律。”	行政法规	1983 年，后经 1986 年至 2019 年五次修订	有效，应于《外商投资法》生效后被废止
《中华人民共和国外资企业法实施细则》	第七十九条：“外资企业与其他公司、企业或者经济组织以及个人签订合同，适用《中华人民共和国合同法》。”	行政法规	1990 年，后经 2001 年、2014 年两次修订	有效，应于《外商投资法》生效后被废止

[①] 参见《最高人民法院关于废止 1997 年 7 月 1 日至 2011 年 12 月 31 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定》(法释[2013]7 号)

[②] 丁伟：“论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展”，《国际商务研究》,2017 年第 2 期，第 24 页

《中外合作经营企业法实施细则》	第五十五条："合作企业合同的订立、效力、解释、履行及其争议的解决，适用中国法律。"	行政法规	1995 年，后经 2014 年、2017 年两次修订	有效，应于《外商投资法》生效后被废止
《关于承包经营中外合资经营企业的规定》	第五条第（二）款："承包合同应依照中国的有关法律订立，并应符合原合营企业合同的宗旨和原则，不得修改合营企业合同中与承包经营无关的条款。"	部门规章	1990 年	失效
《关于外国投资者并购境内企业的规定》	第二十二条："股权购买协议、境内公司增资协议应适用中国法律。"第二十四条规定："资产购买协议应适用中国法律。"	部门规章	2006 年，后经 2009 年修订	有效
《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》	第八条：在中华人民共和国领域内履行的下列合同，适用中华人民共和国法律："（一）中外合资经营企业合同；（二） 中外合作经营企业合同；（三）中外合作勘探、开发自然资源合同；（四）中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；（五）外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；（六）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；（七）外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；（八）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产的合同；（九）中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。"	司法解释	2007 年	失效

（三）我国外商投资合同法律适用立法中存在的问题

纵观自 1985 年《涉外经济合同法》以来我国的外商投资合同法律适用立法，笔者认为主要存在以下问题值得反思。

首先，我国外商投资合同法律适用立法呈现法条零散且笼统、层级复杂、内容重叠但互有补充的现象，这将为我国外商投资合同法律适用的司法实践带来重重困难。如前文所述，我国外商投资合同法律适用规则散见于多份法律、行政法规、部门规章及司法解释之中，不同条文对于适用中国法律合同范围的规定不尽相同、对于适用中国法的具体合同法律关系范围的规定也不尽相同，且由于部分法条属于部门规章及司法解释，易被废止，且被废止后并未制定替代性条款，这使得被废止条文中规定的与仍生效法律法规内容不同的部分在司法实践中是否仍应被适用的问题发生。尤为典型的是，2013 年《涉外民商事合同法律适用规定》被废止后，现行有效的法律法规中规定的应适用中华人民共和国法律的外商投资合同范围应为《合同法》规定的三类特殊涉外合同及《关于外国投资者并购境内企业的规定》中规定的股权购买协议、增资协议、资产购买协议，未被纳入其中的外国投资者承包经营中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同是否仍应适用中国法律存疑。此外，经笔者检索，发现不乏自《涉外民商事合同法律适用规定》于 2013 年被废止后仍援引该规定第八条作为判断外商投资合同应适用中国法的案例存在，例如辽宁省高院于 2018 年作出判决的（2017）辽民终 87 号"抚顺通恒公共交通有限公司、抚顺市公共汽车总公司股东出资纠纷案"、福建省高院于 2017 年作出判决的（2015）闽民终字第 850 号"大国度兴

业有限公司、福建省长乐市航洋针织有限公司等股权转让纠纷案”等。

其次，现行有效的《中外合资经营企业法实施条例》及《中外合作经营企业法实施细则》两部行政法规及《关于外国投资者并购境内企业的规定》这一部门规章中的法律适用规则与《合同法》第 126 条的关系难以界定，存在与《立法法》精神不符之嫌。上述两份行政法规及一份部门规章中的规定均与《合同法》第 126 条的内容有所不同。《中外合资经营企业法实施条例》及《中外合作经营企业法实施细则》两部行政法规细化了《合同法》中规定的应适用中国法的合同法律关系范围，将笼统的“适用中华人民共和国法律”明确为就“订立、效力、解释、履行及其争议的解决”适用中华人民共和国法律。而《关于外国投资者并购境内企业的规定》则扩大了《合同法》中规定的应适用中国法的合同种类，在三类特殊涉外合同的基础上直接增加了股权购买协议、境内公司增资协议及资产购买协议三类合同。就上述两种现象，笔者倾向于将其理解为对于合同法法律规定的扩大或细化解释。但如按此理解仍存在问题。因根据这几份法规文本，两部行政法规分别是为便于《中华人民共和国中外合资经营企业法》的顺利实施或根据《中华人民共和国中外合作经营企业法》制定的，而《关于外国投资者并购境内企业的规定》则是“依据外商投资企业的法律、行政法规及《公司法》和其他相关法律、行政法规”制定，均未提及唯一规定了外商投资合同适用法律规则上位法法律——《合同法》（或《涉外经济合同法》）。因此，笔者认为此处存在立法逻辑链的断层，且长期以来被忽略、从未进行过修正。

第三，《中华人民共和国外资企业法实施细则》第 79 条的规定立法目的及合理性存疑。如上文所述，尽管《中华人民共和国外资企业法实施细则》第 79 条规定本不属于外商投资合同的适用法律规则，但由于其内容涉及外商投资企业对外签订合同的法律适用，因此笔者将其纳入外商投资领域的国际私法立法范畴中加以讨论。笔者认为该条款的制定存在问题。首先，如外资企业拟签订合约的相对方均为中国主体且该合同完全不含涉外因素，则该合同关系不属于涉外民事法律关系，势必应适用中华人民共和国合同法的相关规定，无需作特别规定。但如外资企业的拟签订合同相对方为外国主体或拟签订合同含有其他涉外因素，则应根据《法律适用法》有关债权关系法律适用的规则确定准据法，在本细则中仍要求《中华人民共和国合同法》的适用似与《法律适用法》的规定及国际私法的立法精神相悖。

综上所述，仅就我国外商投资合同一律适用中国法这一规则的立法现状而言，已然问题重重。而我国外商投资合同“一律适用中国法”这一规则本身亦远远落后于时代，及时地转型已为大势所趋、势在必行。

（五）我国外商投资合同法律适用规则啓待转型

笔者认为，我国沿用多年的外商投资合同一律适用中国法的国际私法规则早已啓待转型，而新《外商投资法》的颁布给予了一个绝佳的转型契机。

首先，外商投资合同一律适用中国法的规定与我国当前涉外民事关系法律适用及外商投资领域的立法宗旨均不相符，亦与我国当前倡导的积极的对外开放政策不符。如上文的立法沿革介绍中所述，外商投资合同强制适用中国法律的制度起始于 20 世纪 80 年代，那时中国吸收外资起步不久，对外资缺乏驾驭能力，且有关外国法适用的相关制度尚不健全，在立法上将外商投资合同与一般合同区别开来有其特殊时代背景下的必要性。[①]然而，在其

[①] 参见丁伟：“论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展”，《国际商务研究》,2017 年第 2 期，第 28 页

后的 30 多年间，该规定不仅未作改变，甚至有愈演愈烈的趋势，不禁令人感到遗憾。[①]事实上，不论是 2010 年颁布的《法律适用法》还是 2019 年新颁布的《外商投资法》，均因其尊崇自由、开放、促进涉外民商事交易或外商投资交易而备受赞誉。2010 年的《法律适用法》积极适用意思自治原则，不仅在冲突规范的设置上将当事人自由选择适用法律的规则突破了传统的债权领域，甚至在总则的第 3 条还确立了当事人意思自治原则在整部法律中的总体地位，这种做法在晚近各国的国际私法立法中独树一帜[②]，广受好评。而新颁布的《外商投资法》则因其彻底废除个案审批、实现了以负面清单为例外的外资准入前国民待遇并明确允许外商投资企业参与某些事项及对于行政部门提出了清晰的约束性要求[③]而被认为给予外国投资者极大保护，并被视为中国向全世界发出了更进一步主动、有序对外开放的信号。在这种时代背景下，如我国外商投资合同法律适用领域仍坚持一律适用中国法的单边主义规则，不仅与《法律适用法》及《外商投资法》的立法精神相悖，甚至会对《外商投资法》希望打造的高度自由化与便利化的投资环境造成阻碍。

其次，外商投资合同一律适用中国法规则中蕴含的单边主义倾向与全球化背景下世界各国国际私法的发展趋势相逆。在全球化背景下的现代国际私法发展中，摒弃单边主义已为大势所趋。从国际立法实践来看，多数国家均未就外商投资合同的适用法律作特别规定，仅以俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦、蒙古、朝鲜和中国为例外。[④]而在作出特别规定的国家中，仅有朝鲜人民民主共和国和中国两个国家以单边冲突规范形式规定了外商投资领域的法律适用规则，白俄罗斯和哈萨克斯坦则明确允许当事人对外商投资合同的法律适用进行选择，俄罗斯和蒙古尽管不允许当事人自由选择，但规定的是双边冲突规范。[⑤] 陈卫佐教授在《法律适用法》立法时便发文表示："要考虑全球化背景下世界各国国际私法的发展趋势, 兼顾国际条约的冲突规则，克服狭隘的单边主义观念, 并注入应有的国际主义精神。"[⑥]很遗憾，尽管《法律适用法》的立法遵循了这一发展趋势，但外商投资合同领域的国际私法立法仍坚持狭隘的单边主义，长久以来未被打破。

[①] 我国国际私法学界部分学者均对 2007 年最高人民法院《涉外民商事合同法律适用规定》中对于三类特殊合同的扩大解释表示不满与遗憾，亦对该司法解释的合法性表示存疑。参见丁伟："论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展"，《国际商务研究》,2017 年第 2 期，第 25 页；参见陈卫佐："涉外民事法律适用法的立法思考"，《清华法学》，2010 年第 4 卷(03)，第 113 页

[②] 参见前引 1："中国国际私法立法的现代化——兼评《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的得与失"，第 100 页

[③] 参见《中华人民共和国外商投资法》第二章至第三章

[④] 谢宝朝：《合同冲突法的当代发展及我国的立法完善》， 华东政法大学, 2012 年，第 197 页

[⑤]《朝鲜人民民主主义共和国涉外民事关系法》第 27 条： "朝鲜人民民主主义共和国的自由经济与贸易地区内的外商投资企业的财产关系，受朝鲜人民民主主义共和国法律的支配"，刘仁山译，韩德培校，载《中国国际私法与比较法年刊》2002 年第 5 卷，法律出版社 2002 年版，第 581－582 页；1999 年《白俄罗斯国际私法》第 1125 条第 3 款（1）项规定，在没有当事人选择的情况下，"有关企业合作的合同、建筑合同及有关基建工作的其他合同，适用从事该活动地国或合同规定的结果发生地国法。"第 1126 条规定："具有外方参与的法人成立合同，适用该法人成立地国法。"参见《白俄罗斯国际私法》，邹国勇译，韩德培校，载《中国国际私法与比较法年刊》（第 4 卷），法律出版社 2001 年版，第 715 页 1999 年《哈萨克斯坦共和国民法典》第七编"国际私法"3 第 1113 条第 3 款（1）项规定，在当事人没有选择的情况下，"对于涉及合作行为和建筑活动的合同，适用相关行为发生地国或合同中约定的结果发生地国法律。"第 1114 条规定："1．关于建立一个有外国人参与的法人的合同，适用该法人成立地国法律。2．本条所规定的法律关系包括法人的成立和解散，该法人股份的转让以及该法人股东之间的、与他们之间的权利和义务相关的其他关系。3．本条规定也适用于通过其他有关法人成立的文件来确定有外国人参与的法人的各个股东相互之间的权利和义务。"参见《哈萨克斯坦共和国新国际私法立法和新国际民事诉讼法》，杜涛译，载《中国国际私法与比较法年刊》2003 年第 6 卷，法律出版社 2003 年版，第 621－622 页；2002 年《俄罗斯联邦民法典（第三部分）》"第四编 国际私法"第 1214 条规定：对创设涉外参股法人合同，适用法人按合同应在其境内成立的那个国家的法律，参见张洪波、姚晓南译，刘慧珊校，载《中国国际私法与比较法年刊》2002 年第 5 卷，法律出版社 2002 年版，第 623 页。转引自谢宝朝：《合同冲突法的当代发展及我国的立法完善》， 华东政法大学, 2012 年，第 197 页

[⑥] 陈卫佐："涉外民事法律适用法的立法思考"，《清华法学》，2010 年第 4 卷(03)，第 100 页

第三，在我国涉外民事关系法律适用立法已相对完整、健全的当下，废除外商投资合同一律适用中国法的规定并不会对我国国家利益造成不利影响。1999 年《合同法》保留第 126 条第二款规定的立法用意，立法机关并未作任何说明。[①]但根据最高人民法院民四庭陈纪忠法官就《涉外民商事合同法律适用规定》起草背景的介绍，可以判断出最高人民法院确定八种涉外经济合同一律适用中国法规则设置的主要目的在于维护我国的外资审批制度。陈纪忠法官表示："实践中，已经有三资企业股份转让合同的当事人选择转让合同适用外国法的情况，对于这类合同如果允许当事人意思自治，则我国三资企业的有关批准制度就形同虚设。"[②]笔者认为，在 2010 年《法律适用法》已明确引入"直接适用的法"制度后，上述担忧已然解决。我国关于外商投资的行政审批规定均可作为《法律适用法》中规定的强制性规定，使得当事人无法通过协议选择境外法律而得以排除适用。尤其，在新《外商投资法》颁布后撤销大量外商投资的行政审批的新时代背景下，上述担忧更应大为淡化。以"直接适用的法"作为"进攻长矛"，辅以公共秩序保留作为保底的"防御盾牌"，我国外商投资领域的国家利益足以被有效保护，废除外商投资合同强制适用中国法的条件业已成熟。

三、外商投资合同纠纷诉讼管辖规则现状与转型思考

与外商投资合同领域的法律适用的立法繁杂、散乱不同的是，相关诉讼管辖规则立法较为清晰，明确地规定于我国《民事诉讼法》第 266 条: "因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。"然而，其在即将面临外资三法失效后的适用困境的同时，学界对这一规则的设置亦存在不少批评之声。

首先，从国际立法实践层面，鲜有国家就外商投资领域诉讼纠纷设置专属管辖规则。纵观典型大陆法法系国家或国际公约的相关立法内容，如欧盟的布鲁塞尔公约、匈牙利及俄罗斯等国的相关立法，可以发现该等国家立法中规定的专属管辖主要集中于两个方面：不动产纠纷中不动产所在地国家法院专属管辖以及由公权力登记确认产生的纠纷，如公司等组织机构或商标等工业产权的效力争议，应由登记地国家法院专属管辖。[③]而我国强制要求中国法院对于三类特殊涉外合同之诉的专属管辖，既不利于我国对外开放及引进外资，亦有悖于国际私法中国际礼让原则的遵守。

更为重要的是，我国现有立法已开放且鼓励三类特殊涉外合同选择仲裁作为争议解决方式，且未禁止中外双方协议选择境外仲裁机构，这使得我国对于三类特殊涉外合同的专属管辖规则设置如同"鸡肋"。《中外合资经营企业法》第 16 条、《中华人民共和国中外合作经营企业法》第 26 条及《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》第 24 条均规定发生三类特殊涉外合同纠纷时，当事人可事先或事后协议确定由中国仲裁机构或其他仲裁机构进行仲裁或调解。实践中，亦存在中外合资合同选择境外仲裁机构进行仲裁，且该仲裁裁决作出后在我国法院最终得以承认与执行的案例，如江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏 02 协外认 1 号"Bright Morning Limited 申请宜兴乐祺纺织集团有限公司承认和执行外国仲裁裁决案"。鉴于此，在我国外商投资纠纷争议解决的仲裁层面已面向国际开放的情况下，在诉讼层面仍严格限制三类特殊涉外合同纠纷须由中国法院管辖已无必要。

[①] 参见丁伟："论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展"，《国际商务研究》,2017 年第 2 期，第 30 页

[②] 陈纪忠："《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》的理解与适用"，《人民司法》2007 年第 12 期，第 22 页

[③] 陶立峰、高永富："我国三类特殊涉外经济合同纠纷专属管辖条款之重构"，《国际商务研究》，2013 年 7 月，总第 34 卷第 192 期，第 79-80 页

此外，即使案件在外国法院得以判决，如欲在中国执行还需中国法院进行承认与执行外国法院判决的审查，我国法院可在此阶段审查是否存在有损我国公共利益的情况，因此，这一程序亦可成为维护我国司法主权的一道有力保障。

综上所述，我国现有的对于外国投资合同法律适用规则及相关合同纠纷的诉讼专属管辖规则本就问题重重，新《外商投资法》的生效会为该等规则的适用带来困境，更为该等规则的转型带来契机。笔者认为，在三资企业法即将被新法替代、原有的外商审批机制即将彻底退出历史舞台之际，废除当前严苛的外国投资合同单一适用我国法律及三类特殊涉外合同诉讼由我国法院专属规则已具有其重要性及必要性。一方面，该等规则的及时转型有利于扫清我国外商投资在国际私法领域的现有障碍、促进我国外商投资的进一步发展；另一方面，我国当前愈发成熟的国际私法立法体制亦足以保证我国的相关国家利益不受损害。

17.2018 年国际民事诉讼年度综述

国际民事诉讼专题研究委员会*

摘　要：在 2018 年，国际社会围绕法律合作与法律竞争展开了丰富的司法实践。在法律合作方面，海牙国际私法会议致力于推进民商事判决的全球性流通、提高国际司法协助水平，得到国际社会的广泛关注和参与。同时，在跨国代孕的国际合作、国际旅游者的司法救济等问题上也取得了实质性的进展；联合国贸法会通过制定《新加坡公约》、开展《纽约公约》60 周年活动等方式不断加强多元纠纷解决机制的国际合作。在法律竞争方面，各国在全球化进程中围绕司法话语权的竞争日趋激烈，突出体现为法国、荷兰在英国脱欧的时代背景下加快了国际商事法庭的建设，以争夺英国脱欧后的法律市场。与此同时，由于法律制度等方面的差异，大陆法系与普通法系国家之间的法律冲突仍然是阻碍国际民商事司法合作的重要因素，最为典型的是中国和美国在银行信息取证领域的冲突更加明显，如何妥善应对急需中国方案。

关键词：司法协助 判决承认与执行 法律竞争 法律合作 国际商事法庭 主权豁免

目　次

一、国际商事法庭的构建和完善
　（一）法国成立巴黎国际商事法庭
　（二）中国成立国际商事法庭
　（三）荷兰成立商事法庭
二、民商事领域的司法协助与合作
　（一）银行信息域外取证的法律冲突
　（二）现代信息技术在司法协助中的运用
　（三）跨国代孕问题的国际合作

* 本文由武汉大学国际法研究所博士研究生刘桂强负责起草，供本次会议交流、讨论，对于文中存在的疏漏，敬请批评指正，联系邮箱：liuguiqiang@whu.edu.cn。

（四）国际旅游者的司法救济与合作

三、外国法院判决的承认与执行

（一）海牙特委会形成判决公约草案

（二）中国-新加坡签订民商事判决备忘录

（三）承认与执行过程中的互惠问题

四、主权豁免理论的理解与适用

五、资产冻结令的实践与发展

六、多元纠纷解决机制的国际合作

七、回顾与展望

晚近，国际民事诉讼在国际私法中的重要性不断提升，有学者认为国际民事诉讼已经取代法律适用成为国际私法学习中的最重要一部分。[①]随着我国“一带一路”倡议的不断推进，跨国民事诉讼在民商事争端解决中所扮演的角色愈发重要。在这一背景下，本文试图通过对 2018 年国际民事诉讼司法实践情况的梳理，分析国际民事诉讼的发展动态，总结国际社会的发展经验。

一、国际商事法庭的构建和完善

（一）法国成立巴黎国际商事法庭

随着英国决定退出欧盟，伦敦国际商事争议纠纷解决的国际影响力可能有所下降，为了提升法国商事争议解决的国际竞争力，巴黎金融中心高级法律委员会在法国司法部的指示下开始探索建立专门法庭来处理有关国际商事或者金融等专业领域的案件，并于 2017 年 5 月 3 日正式公布《关于设立处理国际商事纠纷的专门法庭的倡议》。该倡议得到法国司法界和政界的积极回应。巴黎金融中心高级法律委员会建议合并巴黎商事法院的部分法庭，用以专门处理国际商事与金融纠纷，并在巴黎上诉法院创设专门法庭，为此类争议提供上诉审理。[②]

2018 年 2 月 7 日，巴黎金融中心高级法律委员会分别与巴黎上诉法院院长、巴黎商事法院院长以及巴黎律师公会主席签署《关于巴黎上诉法院国际法庭诉讼程序的法令》和《关于巴黎商事法院国际法庭诉讼程序的法令》，巴黎国际商事法庭（la Chambre Internationale Commerciale de Paris）正式宣布设立，该法令于 2018 年 3 月 1 日正式生效。事实上，早在 1995 年，巴黎商事法院就已设立国际法法庭（la Chambre de droit international）专门受理国际性商事案件，后又于 1997 年设立欧盟法法庭（la Chambre de droit de l’Union Européenne）来专门处理欧盟范围内的国际性商事案件，2015 年二者合并统称为国际法法庭（la Chambre de droit international）。巴黎商事法院原有的国际法法庭包括其庭长共设有 10 名法官，均能使用英语作为工作语言，其受理的案件主要为将适用或可能适用欧盟法或外国法的具有国际性特点的经济商事案件。因此，2018 年新设立的巴黎国际商事法庭，实质上是在巴黎商事法院原有的国际法法庭的基础上加以创建的。然而除了继承其原有特点外，该国际商事法庭又在诸多方面作出了创新，比如在双方当事人和法庭同意的情况下使用英语作为案件审理的主要语言，明确受理案件的具体类型，以及明确要求法官在审理案件过程中确定审理日程以提升审判效率等。[③]

[①] See Carmen Tiburcio, The Current Practice of International Co-operation in Civil Matters 24 (Brill Nijhoff 2018).

[②] 参见何其生课题组：《当代国际商事法院的发展—兼与中国国际商事法庭比较》，《经贸法律评论》2019 年第 2 期，第 63 页。

[③] 参见何其生课题组：《当代国际商事法院的发展—兼与中国国际商事法庭比较》，《经贸法律评论》2019 年第 2 期，第 63 页。

（二）中国成立国际商事法庭

为服务和保障“一带一路”建设，为涉外民商事主体提供公正、专业、高效、便捷的争议解决服务，中央全面深化改革领导小组于 2018 年 1 月 23 日审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称“《意见》”），《意见》提出由最高人民法院设立国际商事法庭。[①]2018 年 6 月 29 日，最高人民法院发布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称“《规定》”）。同日，最高人民法院第一国际商事法庭和第二国际商事法庭分别在深圳市和西安市揭牌，正式对外办公。[②]

根据《规定》，我国的国际商事法庭受理国际商事案件，[③]案件审理实行一审终审，[④]成立专业的法官队伍[⑤]和国际商事专家委员会，构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。

2019 年 5 月 29 日下午，最高人民法院第二国际商事法庭在西安公开开庭审理原告泰国华彬国际集团公司与被告红牛维他命饮料有限公司及第三人英特生物制药控股有限公司股东资格确认纠纷一案，敲响了最高人民法院国际商事法庭公开开庭审理案件的“第一槌”。[⑥]2019 年 5 月 31 日上午，最高人民法院第一国际商事法庭在深圳公开开庭审理原告广东本草药业集团有限公司与被告贝思迪大药厂产品责任纠纷一案，这也是第一国际商事法庭首次公开开庭审理案件。[⑦]

（三）荷兰成立商事法庭

近年来，比利时、德国、荷兰、法国等国家为抢占英国脱欧后的法律服务市场、提升本国在国际争端解决中的地位，纷纷着手设立国际商事法庭。[⑧]2018 年 3 月和 12 月，《荷兰商事法庭议案》分别在荷兰众议院和参议院获得通过，决定在阿姆斯特丹地区法院和阿姆斯特丹上诉法院分别成立商事法庭。2019 年 1 月 1 日，荷兰商事法庭正式成立。

荷兰国际商事法庭具有如下特点：

第一，在受理案件范围方面，荷兰商事法庭要求案件具有国际因素，而且规定当事人

[①] 参见新华社：《中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm，2019 年 6 月 15 日访问。

[②] 参见中国法院网：《最高人民法院国际商事法庭官方网站正式运行》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/07/id/3383932.shtml，2019 年 6 月 15 日访问。

[③] 《规定》第 2 条指出，国际商事法庭受理案件的范围包括：第一，当事人依照民事诉讼法第三十四条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；第二，高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件，认为需要由最高人民法院审理并获准许的；第三，在全国有重大影响的第一审国际商事案件；第四，依照本规定第十四条申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的；第五，最高人民法院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。对于“国际性”的认定，《规定》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民事诉讼法司法解释》”）第 522 条有关“涉外民事案件”的规定基本一致。

[④] 根据《规定》第 1 条，国际商事法庭是最高人民法院的常设审判机构，这意味着国际商事法庭作出的判决、裁定、调解书是发生法律效力的判决、裁定和调解书。 当事人如有异议，需依照民事诉讼法的规定向最高人民法院本部申请再审。

[⑤] 2018 年 7 月 3 日，最高人民法院任命张勇健、王闯、高晓力、奚向阳、孙祥壮、沈红雨、朱理、杜军 8 名法官为国际商事法庭法官。参见最高人民法院：《最高人民法院任命国际商事法庭法官》，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/820.html，2019 年 6 月 15 日访问。同年 12 月 7 日，最高人民法院法院任命王淑梅、魏文超、宋建立、张雪楳、余晓汉、丁广宇、郭载宇 7 名法官为国际商事法庭法官。参见最高人民法院：《最高人民法院任命第二批国际商事法庭法官》，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1130.html，2019 年 6 月 15 日访问。

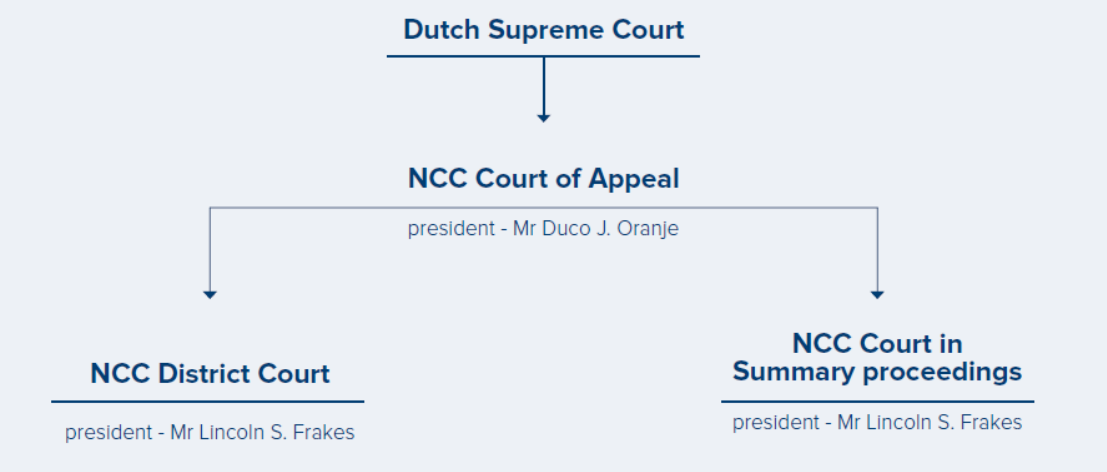
[⑥] 参见国际商事法庭：《最高人民法院国际商事法庭敲响“第一槌”》，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1235.html，访问时间 2019 年 6 月 15 日。

[⑦] 参见国际商事法庭：《最高人民法院第一国际商事法庭首次公开开庭审理案件》，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1247.html，访问时间 2019 年 6 月 15 日。

[⑧] See Giesela Ruehl, *Towards a European Commercial Court?*, available at: http://conflictoflaws.net/2018/towards-a-european-commercial-court/, visited on 7 January, 2019.

向荷兰商事法庭提起的诉讼是依当事人意思自治形成的民事或商事纠纷，不在区法院的管辖范围之内，也不得属于任何组织机构或法庭的专属管辖。同时，诉讼各方指定阿姆斯特丹地区法院作为审理案件的法院或者阿姆斯特丹地区法院基于其他理由具有审理本案的管辖权；[①]

第二，在法院审判层级方面，荷兰商事法庭由荷兰商事法庭地区法庭（NCC District Court）和荷兰商事上诉法庭（NCC Court of Appeal）组成，分别属于阿姆斯特丹地区法院和阿姆斯特丹上诉法院，由荷兰最高法院管理。此外，阿姆斯特丹地区法院还专门成立一个简易程序法院（the NCC Court in Summary Proceedings），负责处理申请临时措施等申请。根据规定，荷兰商事上诉法庭作出的判决可以上诉到最高法院。[②]



图一：荷兰商事法庭审判层级结构[③]

第三，在语言方面，《荷兰商事法庭程序规则》（以下简称“《荷兰程序规则》”）明确规定法庭程序的语言为英语。不过在提交原始诉讼材料后，如果当事方一致请求，法庭可以准许在特定争议或全部争议中以荷兰语进行诉讼程序。[④]

第四，在律师代理方面，除非法律另有规定，否则当事人必须聘请律师代理诉讼，而且律师必须为荷兰律师协会的会员。[⑤]

第五，在诉讼程序方面，《荷兰程序规则》规定案件公开审理。不过，为保护公共政策利益、良好道德和国家安全，保护少数群体利益或当事人隐私，保护良好司法管理免受不当影响，法庭可以决定庭审部分或全部不公开，或者决定仅由特定的人参与审理。[⑥]

第五，在执行方面，《荷兰程序规则》规定，除非法律另有规定或者案件性质特殊，在

[①] See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 1.3.1.

[②] 当事人可以提起上诉的情形包括：（1）对国际商事法庭（包括简易程序法庭）作出的判决不服提起的上诉；（2）在一审程序中，当事人各方指定阿姆斯特丹上诉法院而非阿姆斯特丹地区法院审理，且案件需符合上诉的条件并满足本规则第 1.2.1 条的要求；（3）根据《荷兰民事诉讼法》（DCCP）第 1064 条 a 款规定的仲裁之后提起的诉讼，仲裁地在阿姆斯特丹上诉区域之内，且需满足本规则第 1.2.1 条 b 款和 d 款的要求。See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 1.3.3.

[③] See Official Website of Netherlands Commercial Court, available at: https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx,visited on 16 June, 2019.

[④] See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 2.1.1.

[⑤] See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 3.1.1.

[⑥] See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 7.5.

一方当事人提出请求后，尽管有上诉，法庭也可以要求判决强制执行。同时，荷兰所加入的有关公约、欧盟的条例以及判决申请执行地有关执行外国判决的国际私法规定都适用，以保证相关判决能够比较快速地获得执行。[①]

二、民商事领域的司法协助与合作

（一）银行信息域外取证的法律冲突

2018 年，我国商业银行再度因为银行资料取证被卷入美国的证据开示程序并可能面临藐视美国法庭的处罚。在 Nike Inc. v, Wu 案中，耐克、匡威等公司在纽约南区法院提起商标侵权诉讼并获得法院的缺席判决。随后，原告将判决债权转让给一家名为 Next Investment 的投资公司，后者随即向纽约南区法院申请执行该判决。期间，Next Investment 公司向中国农业银行、中国建设银行、交通银行、招商银行、中国工商银行和中国银行六家银行的纽约分行送达传票，要求上述银行提供与被执行人资产相关的银行信息。对于申请执行人的请求，六家银行向美国法院申请撤销该传票，认为美国法院对银行并无管辖权且进行证据开示会违反我国的银行保密法，主张法院通过《海牙取证公约》进行调查取证。与此同时，我国司法部也分别致函美国司法部和该案的主审法官迈克马洪（McMahon）表明上述法律立场。

对于管辖权的异议，美国法院认为对六家银行并无一般管辖权但是享有特殊管辖权。[②]在一般管辖权的认定上，法院遵循联邦最高法院在 Daimler AG v. Bauman 案[③]中所确立的“实质上的家”（at home）这一标准，认为六家银行仅仅在纽约设有一家分支机构，并未与纽约州形成“持续而系统”的商业联系，并不符合“实质上的家”这一标准，据此认定法院对涉案银行并无一般管辖权；就特殊管辖权而言，麦克马洪法官结合纽约州的长臂管辖法案认为，涉案银行通过在纽约州设立的银行代理账户、结算账户为判决债务人提供金融服务，构成法院行使特殊管辖权的依据。[④]

对于是否强制要求涉案银行违反本国法律进行证据开示，法院经过礼让分析后认为要求我国银行遵循证据开示程序提供银行资料符合国际礼让原则。在礼让分析过程中，法院结合《对外关系法重述（第三次）》和判例法，综合考虑“被要求出示文件的重要性”“请求的具体性”“被调取的证据是否位于美国境内”“替代性措施的可行性”“不遵守证据开示请求对于美国重要利益的损害程度”“拒绝证据开示方所遭受的不利后果”以及“拒绝证据开示方的善意”七个要素。[⑤]法院认为，虽然需要开示的文件位于中国境内、涉案银行拒绝进行证据开示并不具有恶意且涉案银行进行证据开示会违反中国法律这三个要素支持中国银行的主张，但是其他四个要素的分析更加倾向于通过证据开示程序进行取证。首先，法

[①] See Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal), Art. 9.7.

[②] 根据美国学者的理解，法院的对人管辖权分为一般管辖权（general jurisdiction）和特殊管辖权（specific jurisdiction）。其中，一般管辖权使法院可以审理任何与被告有关的诉讼请求。而特殊管辖权则只允许法院管辖由被告与法院地之间存在的联系所引起或与之相关的诉讼请求。See Arthur T. von Mehren & T. Trautman, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, 79 Harvard Law Review 1121 (1966).

[③] See Daimler AG v. Bauman, 134 S. Ct. 746 (2014).

[④] 纽约州《民事诉讼程序法律与规则》第 302 条规定了法院针对非本州居民行使管辖权的条件，其中第 302 条第 1 款第 1 项规定：“如果非本州居民亲自或者通过其代理人在纽约州从事商业交易活动或与本州其他地方（企业）签订供货协议或服务协议，且案件诉因基于被告的上述行为，法院便可以对非本州居民行使对人管辖权。”据此，法院对非本州居民行使管辖权需证明：第一，该自然人或法人在纽约州从事商业交易活动；第二，案件诉因基于该活动。See N. Y. C. P. L. R. § 302 (a) (1).根据纽约州法院的判例，如果外国银行是有目的利用纽约州的代理银行账户，往往会被认定为符合长臂法案所要求的“从事交易活动”这一要件。据此，麦克马洪法官指出，涉案银行多次通过银行代理账户为判决债务人提供数百万美元的转账服务，属于有目的的利用纽约州独立和透明的银行系统，构成在纽约州“从事交易活动”。

[⑤] See Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States § 442 (1) (c); Gucci v. Weixing Li,

院认为要求银行出示的文件对于确认判决债务人的身份、确定被执行财产的所在地具有重要作用。其次，法院认为要求银行提供与判决债务人银行账号相关的银行文件属于明确、具体的证据开示请求；再次，在考虑替代措施的可行性这一要素时，法院认为虽然中国司法部在信函中承诺会认真对待美方通过《海牙取证公约》提出的取证请求并提供必要协助，但是该信函实际上是司法部给中国农业银行的复函，更像是一封格式信函而非是对美国法院的函件。据此，麦克马洪法官认为该信函并非是中国司法部愿意积极配合《海牙取证公约》取证请求的证据；最后，在进行国家利益的分析时，法院指出即便承认中国在实行银行保密法方面具有重要利益，但是中国银行选择在纽约开展银行业务并利用纽约世界金融中心的便利时，银行便不能选择以本国的银行保密法为盾牌躲避其他美国金融机构所要面对的要求。法院进一步指出，美国在执行《兰哈姆法案》以保护知识产权和消费者权益方面具有重大利益。综合上述分析，美国法院在礼让分析后坚持认为涉案银行应该按照美国的证据开示程序提供相应的银行文件。

近年来，我国国有商业银行多次作为案外第三人被卷入美国的证据开示程序。在 Gucci v. Weixing Li 案[①]中，纽约南区法院要求中国银行按照证据开示程序提供商标侵权人的银行信息，并且先后两次判定中国银行构成藐视法庭。在该案中，中国银行迫于美国法院的高额罚金，提交了位于中国境内的 7000 多页银行文件。由近期的案件可以看出，美国法院尤其是纽约南区法院在实践中更倾向于绕开《海牙取证公约》并通过证据开示程序获取诉讼所需要的证据，进而引发域外取证领域中的法律冲突。我国司法部门和金融机构如何采取有效措施予以回应值得关注。

（二）现代信息技术在司法协助中的运用

随着科学技术的不断发展，现代信息技术在国际司法协助中的运用正得到越来越多的关注。对此，欧盟委员会和海牙国际私法会议均围绕现代信息技术使用这一主题进行了一系列的调查和讨论。

2018 年 5 月 31 日，欧盟委员会发布《关于欧盟议会和欧盟理事会修改<关于成员国法院间民商事取证合作第 1206/2001 号条例>的提案》（以下简称《欧盟取证条例提案》）和《关于欧盟议会和理事会修改<关于在成员国法院间送达民商事司法文书和司法外文书地 1393/2007 号条例>》的提案（以下简称“《欧盟送达条例提案》”）。提案指出，欧盟成员国法院在 2018 年所审理的案件中有接近 340 万件属于跨国诉讼，成员国法院间的司法协助不仅仅对欧盟居民的日常生活产生实质性影响，而且对于欧盟内部市场的合理运转具有十分重要的意义。[②]

《欧盟取证条例提案》提出，目前欧盟成员国法院间的沟通仍然以纸质文书为主，不利于减少费用成本和提高合作效率。因此，强调取证合作的现代化，尤其是数字化和现代信息技术在取证合作中的运用是提案的重要目的之一。基于这一目的，提案第 6 提出有关取证的请求和通信应当（shall be）通过信息技术系统进行；如果取证请求的提出和往来通信需要印章或者手写签字，可由电子印章和电子签名代替。[③]

《欧盟送达条例提案》指出，在文书送达过程中，传统的“转递-接收”模式表现出低

[①] Gucci AmericaInc. v. Weixing Li, 2011 WL 6156936 (S. D. N. Y 2010).

[②] See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (Ec) No 1206/2001 Of 28 May 2001 On Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters, p. 1; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, p. 1.

[③] See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (Ec) No 1206/2001 Of 28 May 2001 On Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters, p. 12.

速和低效，而现代化的通讯方式在实践中尚未得到运用。[①]对此，提案第 3 条提出发出和接收部门之间的信息沟通和文书传递需通过信息系统进行。与此同时，提案在第 15 条将电子途径送达作为文书送达的可行性措施之一，从而明确由文书发出者账户直接向文书接收者账户这一电子直接送达方式的合法性。[②]

为发挥现代信息技术的作用并促进其在国际取证合作中的使用，海牙特委会在 2014 年建议海牙一般事务和政策理事会（the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference）成立专家组，就域外取证中使用视频链接或其他现代信息技术可能产生的问题进行调查。2018 年 12 月，专家组向海牙一般事务和政策理事会提交了《<海牙取证公约>下使用视频链接的良好实践指南（草案）》（以下简称“《视频取证实践指南》”）。[③]

《视频取证实践指南》着重讨论了通过视频链接获取证人证言或专家意见过程中存在的一系列问题，主要分为三部分：

第一部分讨论的是提出视频取证请求过程中存在的问题，具体包括通过视频取证的法律依据、通过请求书方式进行视频取证以及通过领事或外交人员进行视频取证过程中分别存在的问题；

第二部分关注视频取证准备阶段和执行阶段的问题，具体包括技术障碍的排查、取证计划的安排、技术支持和培训、取证过程中翻译的使用以及取证过程的记录、报告和审查等事项；

第三部分着重从技术和安全层面进行阐述，包括使用授权软件和供应商保证设备的性能、确立最低技术标准等内容。

《视频取证实践指南》指出，通过视频链接的方式进行取证既不违反《海牙取证公约》的精神也不与公约的文本相抵触，但是成员国在具体实践中可能会存在差异。例如，一国法院能否通过请求书的方式对位于另一缔约国的证人或专家直接进行视频取证在各国存在争议，一国在提出取证请求时需要事先调查清楚被取证国是否允许通过视频取证的方式对该国国民直接进行取证；特派员可在取证请求国或者取证被请求国以视频取证的方式获取证人证言和专家意见，但是必须遵守被取证国所在地的法律；同样，领事可通过视频取证的方式向位于驻在国的证人或专家调查取证，同时也需要符合驻在国法律的要求。[④]

（三）跨国代孕问题的国际合作

2018 年，海牙跨国代孕专家组先后于 2 月和 9 月召开第三次和第四次专家组会议，就

[①] See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, pp. 2-3.

[②] See Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, p. 13.

[③] See Permanent Bureau in consultation with the Experts' Group on the Use of Video-link and Other Modern Technologies in the Taking of Evidence Abroad, Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention, available at: https://assets.hcch.net/docs/e0bee1ac-7aab-4277-ad03-343a7a23b4d7.pdf, visited on June 19, 2019.

[④] See Permanent Bureau in consultation with the Experts' Group on the Use of Video-link and Other Modern Technologies in the Taking of Evidence Abroad, Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention, p. 73, available at: https://assets.hcch.net/docs/e0bee1ac-7aab-4277-ad03-343a7a23b4d7.pdf, visited on June 19, 2019.

跨国代孕问题的国际合作展开讨论。[①]

专家组在 2017 年第二次会议中认为针对法定父母身份的外国判决的承认达成一项有约束力的多边国际公约在原则上是可行的。[②]在此基础上，第三次专家组会议结合各国乃至国际社会的最新实践，重点讨论了三个事项：第一，承认针对法定父母身份的外国判决的多边国际公约的文本设计；第二，在只有公文书但没有法院判决的情况下，承认法定父母身份的可行性以及方案；第三，在儿童由辅助生殖技术帮助下出生等这类特定情境下，对法定父母身份的承认是否给予特别的关注或采取不同的方法。[③]

针对第一个事项，专家组就公约起草的宗旨、目标、适用范围、管辖权、拒绝承认的理由、承认的程序以及承认的效力问题进行了讨论；[④]针对第二项议题，专家组指出为了增加法定父母身份的可预测性、确定性和连续性，在没有认定法定父母身份的司法判决的情况下，可以通过统一法律适用、将公文书作为可供辩论的证据以及根据成员国法获得承认三种方式；[⑤]在讨论第三项议题时，专家注意到实践中许多法律问题是由国际代孕协议（International Surrogacy Arrangements）和辅助生殖技术所引起的。对于将来的国际公约是否涵盖由国际代孕协议所引发的法律问题，专家组并没有达成一致并决定留待第四次会议时继续进行讨论；对于运用辅助生殖技术所引发的法律问题，专家组现阶段认为并不需要对此进行单独规定，不过在将来公约制定过程中仍需要进行进一步的考虑和讨论。[⑥]

2018 年 9 月，专家组再次在海牙召开会议并重点讨论了四项议题：第一，关于接受外国公文书认定的法定父母身份的可能性；第二，在没有司法判决的情况下承认在国外成立的法定父母身份的可能性；第三，是否有必要就法定父母身份的准据法达成统一以及达成统一的可能性；第四，完善承认法定父母身份的外国司法判决的公约文本。[⑦]值得注意的是，本次专家组决定暂不讨论国际代孕协议下产生的父母身份认定的问题，这一问题将留待第五次专家组会议进行解决。

经过讨论，专家组得出以下结论：首先，建立法定父母关系的方法主要有依成员国国内法确认、依个人行为确认（例如当事人承认等）以及通过一国司法判决确定三种。专家

[①] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018), available at: https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf, visited on June 19, 2019; Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (25 to 28 September 2018), available at: https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf, visited on June 19, 2019.

[②] See "Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference (14-16 March 2017)", C&R Nos 8 to 10, available on the HCCH website at < www.hcch.net >, visited on June 19, 2019.

[③] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018), p. 1, available at: https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf, visited on June 19, 2019.

[④] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018), pp. 1-5, available at: https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf, visited on June 19, 2019.

[⑤] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018), p. 5, available at: https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf, visited on June 19, 2019.

[⑥] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018), p. 6, available at: https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf, visited on June 19, 2019.

[⑦] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (25 to 28 September 2018), p. 2, available at: https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf, visited on June 19, 2019.

[⑦] See "Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference.

组认为无论采取哪种措施都应当保证程序的便捷，并且认为三种方式有机结合将会是最有效的方式；[①]其次，对于在外国形成的法定父母身份的跨国延续性问题，专家组分两种情况进行了讨论：第一，在将来公约中缺少统一的准据法条款时，可以将外国公文书视作是可供辩论的证据并经过质证后予以承认，同时也可采取国际代孕证明（international certificate of parentage）等格式文书来实现对法定父母关系的承认。第二，在将来公约中明确规定准据法条款时，专家组提出四种连结点留待日后进行进一步讨论，分别是儿童出生地、儿童出生时的惯常居所地以及与儿童存在真实和实质性联系的国家；[②]再次，专家组围绕管辖权、适用范围、拒绝承认的理由等条款进行了进一步讨论，并在第三次专家组会议成果的基础上进行了修改和完善。

根据安排，专家组将会在 2019 年 1 月 29 日召开第五次专家组会议，对国际代孕协议以及辅助生殖技术下产生的问题进行讨论。

（四）国际旅游者的司法救济与合作

自巴西政府于 2013 年向海牙国际私法会议提议制定《国际旅游者司法救济与合作公约》以来，海牙国际私法会议一直在推动这一议题的进行。2018 年 2 月，该项目的顾问 Emmanuel Guinchard 完成了《关于进一步开展<国际旅游者司法救济与合作公约（草案）>工作的必要性和可行性的研究》的最终报告，并向海牙一般事务和政策理事会提交。[③]Emmanuel Guinchard 先生的报告主要研究了针对国际旅游者制定国际性公约的必要性、可行性以及该公约与世界旅游组织起草的公约之间的交叉与兼容性问题。

就公约的必要性而言，大致可以体现在八个方面：（1）由于缺乏明确而系统的信息传播和协助造成信息的不对称，国际旅游者无法知晓他们享有的权利和法律救济；（2）由于旅游者停留时间较短以及语言方面的障碍，无法通过调解程序维护自己的权益；（3）传统的法律障碍，如诉讼费用担保等阻碍了旅游者获得司法救济；（4）由于诉讼程序多要求当事人出席，而旅游者停留时间较短这一特征决定了其无法启动诉讼程序来维护自己的合法权益；（5）即便旅游者能够顺利启动诉讼程序，但是考虑到诉讼程序周期较长，旅游者受签证等因素的影响无法长期停留，导致诉讼程序无法正常进行；（6）小额诉讼程序难以适用；（7）缺少专职的政府部门帮助国际旅游者获得司法救济；（8）旅游者访问国与所在国之间缺少有效的沟通机制。[④]

就公约的可行性而言，研究报告指出进一步推进国际旅游者公约项目是具有可行性的。Emmanuel Guinchard 先生指出，现阶段公约是建立在中央机关的模式上，这一模式在海牙国际私法会议制定的其他公约的实施中被证明是有效且高效的，而且这一模式并不会妨碍将来成立专门机构来协助旅游者获得司法救济。[⑤]

[①] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (25 to 28 September 2018), p. 3, available at: https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf, visited on June 19, 2019.

[②] See Experts' Group on Parentage / Surrogacy Project, Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (25 to 28 September 2018), p. 6, available at: https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf, visited on June 19, 2019.

[③] See Final report concerning a possible future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

[④] See Final report concerning a possible future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), p. 3, available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

[⑤] See Final report concerning a possible future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), p. 4, available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

研究报告还提出，海牙国际私法会议目前正在进行的旅游者项目与世界旅游组织正在起草的《旅游者和旅游服务提供者保护公约（草案）》（UNWTO Convention on the Protection of Tourists and Tourism Service Providers）并不存在冲突，因为世界旅游组织起草的公约并未专门就旅游者的司法救济问题进行规定，因此两个公约之间并不存在规定上的重叠，而是形成相互补充的关系。[①]这一观点也得到世界旅游组织的认可和确认。[②]

2018 年 8 月 28 日到 8 月 31 日，旅游者项目专家组在海牙召开专家组会议，并主要围绕八个方面的问题进行了讨论：（1）专家组指出，因为信息的不对称以及语言障碍，国际旅游者存在脆弱性（vulnerabilities），缺乏合理的救济途径；（2）对于“旅游者”范围的界定，有专家建议改变传统的“旅游者以休闲为目的进行旅游”的看法，提出旅游者也会因为其他理由而旅游，并建议对“旅游者”采取广义的理解；（3）专家组提出在旅游者项目推进过程中，仍然需要与世界旅游组织进行信息沟通和协调，避免将来公约之间产生重合或者冲突；（4）专家组听取了巴西和阿根廷专家提交的关于 2005 年《南方共同市场关于向消费者和游客提供协助的协议》（Mercosur Agreement on Assistance to Consumer-Visitors）以及欧盟专家对欧盟消费执法机关“欧盟消费者中心网络”（European Consumer Centres Network）的解释报告；（5）专家组强调 1980 年海牙《国际司法救济公约》在解决旅游者存在的脆弱性问题和面临的挑战等方面具有重要作用。对此，也有专家指出海牙《国际司法救济公约》并未完全解决上述问题，建议以议定书的形式将公约的范围拓展到旅游者，并且从而为旅游者提供有效的保护；（6）专家组讨论了《国际旅游者司法救济与合作公约（草案）》所应该体现的价值，具体包括：第一，旅游者能够获得适当的信息，包括通过旅游者能够理解的语言来确定他们的权利、知晓获得救济的方式。第二，公约应为负责机构之间提供合作机制（Co-operation mechanism），从而以协调一致的方式促进争议解决。第三，公约应具有预防作用（preventive effect）。第四，公约可以为旅游者创建一份正式的官方记录，该记录可供在国外使用；（7）对于公约运行过程中的费用，有专家建议应预先考虑公约发展和实施的费用，同时也有专家认为目前应重点关注公约的内容并在日后公约基本框架清晰后再进行考虑；（8）对于未来公约的性质，有专家支持形成一种硬法性公约，而其他专家则建议制定软法性公约。[③]

三、外国法院判决的承认与执行

（一）海牙特委会形成判决公约草案

2018 年 5 月，海牙国际私法会议在海牙召开了“海牙判决项目”第四次特委会，继续对《外国法院承认与执行公约（草案）》的核心条款进行磋商。2017 年第三次特委会之后，会议决定就公约谈判的重点问题，成立 7 个非正式工作组。第四次特委会的议程也围绕着这七个工作组的研究报告展开，对这些核心问题进行重点磋商。

1. 隐私权事项的排除

工作组各国普遍同意将隐私权事项排除在公约的适用范围之外，这主要是因为：第一，

[①] See Final report concerning a possible future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), p. 4, available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

[②] See Letter of Endorsement by the United Nations World Tourism Organization, in Final report concerning a possible future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), p. 105, available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

[③] See Aide Memoire of the Meeting of the Experts' Group on the Co-operation and Access to Justice for International Tourists, in Final Report Concerning a Possible Future Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project), p. 4, available at: https://assets.hcch.net/docs/7e92cd2a-7329-4152-9713-e0e3fcecf46e.pdf, visited on June 20, 2019.

在许多国家的法律制度中，隐私权与言论自由息息相关，因而此类判决往往与各国的公共政策紧密相连。隐私权事项的排除是隐私权与言论自由的平衡。第二，公共政策是隐私权判决的承认与执行的主要障碍。如果公约加入隐私权判决可能导致公共政策条款的滥用，这可能使一些国家对加入公约产生担心。第三，各国还对隐私权的术语适用存在不同意见，很难统一界定隐私权。对此，中国代表团提出应当采用一般性术语，即“privacy”，并在这一问题上在专家组范围内达成一致。但是，一些代表团也认为，应当对隐私权事项采取更加友好的态度，因为简单地将隐私权事项排除在公约之外可能此类判决在承认与执行的过程中受到被请求国法院的实质审查。

2. 程序性费用

程序性费用条款包含两点因素：（1）禁止国籍歧视原则。不得因当事人的国籍或住所，要求其提供担保或其他任何此类性质的保证。（2）承认与执行外国法院判决的过程中所产生的费用判决的流动。同时，工作组认为，程序性费用条款难以达成合意的原因是第 15 条第 1 款所规定的免除费用担保问题。一些国家认为应当坚持禁止国籍歧视原则，而另一些国家则认为这一要求与其国内法相冲突。对此，欧盟代表团认为，第 15 条第 3 款的声明机制可以有效协调了这两种不同观点，因而应当保留。考虑到各国的分歧，工作组建议将程序性费用问题提交外交大会，交由各国代表团表决。

3. 与政府有关判决的声明

工作组认为，第 20 条的排除机制使得有关国家，尤其是坚持绝对豁免的国家，在该情形下有了排除适用公约的选择。声明机制的存在一方面使得国家有了更多的空间，便于更多国家加入公约。另一方面，声明机制需要与公约的目标之前寻求平衡，即不得损害公约“促使民商事判决自由流通”的目的。但是，工作组也指出，第 20 条中的“enterprise owned by a State””和“governmental agency”等概念需要在公约的解释报告中进行明确说明。

4. 共同法院

共同法院条款的重要性在第四次特委会上得到了进一步的提升，这主要体现在：第一，条文位置的变化。相比于早前的文本，共同法院条款被规定在被认为是《海牙判决公约》最核心条款的第 4 条当中。第二，删除共同法院的概念性的规定，淡化共同法院的分类。共同法院的概念没有在第 4 条当中加以规定，第 4 条第 5 款不再从审判权的角度对共同法院进行划分。第三，方案的开放性。第四次特委会草案第 4 条第 6 款为共同法院条款设定了两种声明机制，这两种声明机制充分考虑了不同国家关于声明的意见，这种开放式的方案有利于各国对这一问题展开充分的讨论。

对此，工作组提出了四种不同的处置方案。第一，删除共同法院条款，而将共同法院判决的承认与执行问题交由各国的国内法进行处置。这主要是考虑到共同法院问题的新颖性，并且为了与 2005 年海牙《选择法院协议公约》保持一致。第二，设置积极声明机制，使得给共同法院问题能够根据明确性。第三，设置“选择性进入”或“选择性退出”机制。第四，在第 4 条中对共同法院的概念进行解释。

但是，共同法院的明确性和互惠问题仍然没有得到妥善的解决。因此，工作组建议提供了直接在公约文本中不规定共同法院问题和在公约文本中处理共同法院问题的两种不同处置方案留待外交大会讨论决定。

5. 非单一法律制度

尽管工作组对于第 24 条的非单一法律制度与各国进行了充分的讨论，但是依然不能形成意见。其中，各国对于这一问题的主要分歧主要集中于以下三个方面：第一，第 24 条 1 款 b 项和 d 项的排除或限制。第 24 条第 1 项 b 款有关的“居所”的判定与第 5 条第 1 款 b 项的确定相关联。第 24 条第 1 项 b 款的“被告的联系”的确定是第 5 条第 1 款 g 项有关合同义务的判决的间接管辖权判定的关键因素。工作组对此问题并未形成统一意见，但整理

了五种不同的处置方案。第二，第 24 条第 2 款和第 3 款的表述。工作组对此问题的关心主要集中于第 2 款和第 3 款是否需要与第 1 款保持一致性。一些国家认为应当对第 2 款与第 3 款进行补充，从而增加该条文的可适用性，但也有国家认为第 1 款与后两款之间是特殊与一般的关系。第 1 款是为解决个案而提出的处置方案，第 2 款和第 3 款更多地是为了解决公约与公约缔约国不同领土单位之间的关系问题，因而他们建议保持现有文本。第三，对区域性经济组织的适用。对于现有条文，一些国家认为应当删除第 24 条第 4 款，即非单一法律制度条款不适用于区域经济一体化组织的规定。他们认为，应当将区域性经济组织视为一个大的单一的管辖权单元（one large jurisdiction），而不再是成员国和集合。因而，删除该条文可以使得外国法院判决的承认与执行不再拘泥于单一国家的限制，从而扩大部分条文的可适用性。但是，也有国家认为删除该条文会导致第 1 款中的“如恰当”的表述不再适用，这反而会使其无法发挥其保护阀的作用。

6. 与其他国际文书的关系

工作组认为该问题的主要争议点在于：第一，公约与其他国际法律文件相冲突情形。为了更为形象地描述这一问题，工作组一共总结了 8 种不同的条约冲突情形。但是，有些条约冲突似乎在实践中并不太可能会发生，比如第 6 种和第 7 种条约冲突情形。第二，第 2 款与第 3 款中的“其他国际文书”的表述是否应当保留。美国代表团认为，可以在这一表述前增加“法律上的拘束力”的限定，但这一方案遭到了中国代表团和欧盟代表团的反对。第三，第 2 款中的“在此国际文书当事方之间适用”的表述是否应当保留。尽管这一表述存在表意含糊之处，但是可以解决部分条约冲突的情形。因此，主席团认为应当保留。这一问题的关键在于如何解释第四，第 3 款中“不得以该另一条约为理由，影响非该另一条约缔约方的本公约缔约国根据第六条所承担的义务”的表述是否应当保留。这一表述可以解决第 6 种条约冲突的情形，但是并未在代表团之间形成共识，且原因不明。第五，第 5 款的取舍问题。第 5 款的取舍与第 2 款和第 3 款中的“其他国际文书”直接关联，鉴于后者不能达成共识，因而前者也不能形成确定的结论。

7. 知识产权

第四次特委会对于知识产权问题的讨论主要集中于知识产权主管机关决定的效力认定问题。一些国家认为应当承认知识产权主管机关所作决定的效力，将其作出的有关知识产权有效性的决定纳入到公约的范围之内。但是，这一观点的支持意见较少，多数谈判方代表均认为需要继续讨论。此外，一些国家认为，如果此类决定满足以下要求，既可以认为它属于公约所称之判决：第一，主管机关特指知识产权局；第二，决定是针对已经办理登记的知识产权，或者要求登记的；第三，符合知识产权的地域性要求；第四，该决定经由司法或者准司法性的对抗式程序作出，符合程序性规则的要求。

对于一般的知识产权问题，工作组认为各国对于是否将知识产权问题纳入到公约的范围之内依然存在较大分歧，且问题的争议焦点不应继续停留在知识产权的可执行性问题上，而应重点讨论知识产权有效性和侵权问题。此外，如果公约将知识产权问题排除在公约之前，应当对第 2 条第 1 款第 m 项中“知识产权和类似事项”的范围进行明确，必要时可以采用列举的方式对排除的知识产权进行说明。

值得注意的是，美国代表团建议删除第 2 条中的“海洋污染”、“紧急拖船”和“救助”的排除范围，从而将其纳入到公约的适用范围之内。对此，中国代表团提出，现在已有与海洋污染相关的国际条约，此类判决可以依据这些条约进行承认和执行。但是，紧急拖船和救助却不存在此类国际条约，因此可以考虑将其纳入到公约的适用范围之内。

（二）中国-新加坡签订民商事判决备忘录

2018 年 8 月 31 日，在第二届中新法律和司法圆桌会议上中华人民共和国最高人民法院首席大法官、院长周强与新加坡最高人民法院首席法官梅达顺共同签署了《中华人民共和

国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》（以下简称“备忘录”），这是最高人民法院与外国最高法院签署的第一个关于承认和执行判决的指导备忘录。备忘录全文共计 32 条，主要围绕适用范围、法律效力、在我国承认与执行新加坡法院判决以及在新加坡法院承认与执行我国法院判决四部分展开。

从适用范围上，备忘录仅适用于在商事案件中要求某一自然人或者法人向另一自然人或者法人支付固定或者可确定数额金钱的判决。[①]值得注意的是，备忘录中使用的是“商事”（commercial）这一术语，并没有采用我国同新加坡签订双边司法协助条约时所使用的“民商事”（civil and commercial）一词。双方将来在理解和界定备忘录中“商事”的范围时可能会发生分歧。同时，备忘录还指出我国法院不会执行涉及知识产权、不正当竞争和垄断案件的新加坡法院判决。[②]

在法律效力上，备忘录明确指出其不具有法律约束力、不构成条约或者法规、不对任何一方法官产生约束作用，同时也不取代现行或者未来的法律、司法判决或法院规则。[③]虽然备忘录不具有法律约束力，但由于目前中国与新加坡之间没有缔结或共同参加相互承认和执行民商事判决的国际条约，备忘录的签订能够为当事人在两国法院申请承认和执行对方国家法院的判决提供更加清晰的指引，有助于双方在相互承认和执行判决的司法协助方面常态化和制度化，增加了各自判决在对方法院获得承认和执行的可预期性，对于中、新两国的司法合作，以及推动承认和执行外国法院判决的国际司法合作，都具有里程碑的意义。[④]

在我国承认与执行新加坡法院判决部分，备忘录指出我国法院可在互惠基础上承认与执行新加坡法院的判决。[⑤]在此基础上，备忘录就申请承认与执行判决请求的提出与受理[⑥]、判决的终局性与确定性[⑦]、拒绝承认与执行的理由[⑧]、判决的审查[⑨]以及判决的强制执行[⑩]进行了规定。

在新加坡法院承认与执行我国法院判决部分，备忘录指出当事人可以根据普通法的规定向新加坡法院请求执行我国法院的判决。备忘录同样就申请承认与执行判决请求的提出与受理[11]、间接管辖权[12]、拒绝承认与执行的理由[①]、判决的审查[②]等事项进行规定。

[①] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 1 条。

[②] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 8 条。

[③] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 2 条。

[④] 张勇健、杨蕾：《司法机关相互承认执行民商事判决的新探索》，http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/164/1218.html，2019 年 6 月 20 日访问。

[⑤] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 6 条。

[⑥] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 12-15 条。

[⑦] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 6 条。

[⑧] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 10 条。

[⑨] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 11 条。

[⑩] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 16 条

[11] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 24-28 条。

[12] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 21 条。

（三）承认与执行过程中的互惠问题

互惠原则是承认与执行外国法院判决的重要依据之一。近年来，随着“一带一路”倡议的深入推进，我国在司法实践中对互惠原则的解释呈现出宽松化的趋势。[③]

1. 2017 年武汉市中院承认与执行美国加州洛杉矶县高等法院判决

在申请人刘利与被申请人陶莉、童武申请承认与执行外国法院判决民事判决案中，申请人刘某及被申请人陶某、童某均系旅美华人。2014 年 7 月，美国加利福尼亚州洛杉矶县高等法院以缺席判决形式，就原告刘某诉被告陶某、童某的股权转让纠纷作出裁判，判决陶某、童某连带偿还刘某 12.5 万美元股权转让款，并承担相应利息和诉讼费用。因陶某和童某在武汉市内均有房产，刘某遂向武汉中院提出申请，请求承认并执行洛杉矶县高等法院的判决。

由于中美两国并未缔结或参加关于承认和执行法院判决、裁定的国际条约，两国是否存在互惠关系成为判决能否得到承认和执行的关键因素。本案中，申请人向法院提交了湖北省高原作出的葛洲坝三联诉罗宾逊直升机案判决在美国法院得到承认与执行的报道。武汉市中院认为，“申请人提交的证据已证实美国有承认和执行我国法院民事判决的先例存在，可以认定双方之间存在相互承认和执行民事判决的互惠关系。”[④]在此基础上，武汉市中院裁定承认并执行美国加利福尼亚州洛杉矶县高等法院的判决。

2. 2018 年上海市一中院承认与执行美国伊利诺伊州北部东区分庭判决

在申请人纳尔科公司诉被申请人陈大维承认和执行外国法院民事判决一案中，申请人纳尔科公司和被申请人陈大维分别为美国法人和公民。2015 年 10 月 20 日，美国联邦地方法院伊利诺伊州北部东区分庭就纳尔科公司与陈大维之间的担保纠纷作出判决，判定陈大维向纳尔科公司支付本金 200 多万美元及相应利息。[⑤]据此，申请人纳尔科公司向上海市第一中级人民法院申请承认和执行该判决。

本案的争议焦点之一为上海市一中院是否可以依据互惠原则承认和执行美国法院的判决。对此，上海市一中院经审理后认为，“考虑到美国法院曾多次承认和执行我国法院作出的民商事判决，我国法院可以基于互惠原则，对涉案美国法院民事判决予以承认和执行”。

[①] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 22 条。

[②] 参见《中华人民共和国最高人民法院和新加坡共和国最高法院关于承认与执行商事案件金钱判决的指导备忘录》，第 23 条。

[③] 2015 年 6 月 16 日，最高人民法院颁布《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，提出“要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协定的情况下，根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况，可以考虑由我国法院现行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系”。2017 年的《第二届中国—东盟大法官论坛南宁声明》同样规定，“尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家，在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中，如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例，在本国国内法允许的范围内，即可推定与对方国家之间存在互惠关系”。参见黄志慧：《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，《政法论坛》2018 年第 6 期，第 64 页。

[④] 参见（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号判决书。

[⑤] 案中，申请人纳尔科公司是在特拉华州注册成立的公司，陈大维为美国公民并在 2007 年初同其他公司在上海市浦东新区共同投资设立纳尔科摩博泰柯环保科技公司（以下简称“环保科技公司”）。由于经营不善，该环保科技公司在 2010 年初向花旗银行申请贷款，申请人作为担保人向花旗银行出具了担保函。与此同时，申请人与被申请人单独签署了一份《补偿协议》，约定若环保科技公司未能按时向花旗银行归还贷款导致申请人为此承担担保责任，被申请人需无条件向申请人支付其代替环保科技公司向花旗银行还贷金额的 40%及相关利益（年利率 9%）。后来，花旗银行向环保科技公司发放贷款 3000 万人民币，但是环保科技公司在贷款到期后仍未能偿还贷款本息，申请人为此承担了担保责任并替被申请人偿还了贷款。由于陈大维拒绝履行《补偿协议》，纳尔科公司于 2012 年 11 月向伊利诺伊州杜佩奇县的第十八司法管辖区巡回法院提起诉讼，要求陈大维支付相应的补偿金和相关利息，该案于 2012 年 12 月 13 日被转移到美国联邦地区法院伊利诺伊州北部东区分庭进行审理。

[①]最终，上海市一中院作出裁定，承认并执行美国联邦地区法院伊利诺伊州北部东区分庭作出的判决。

3. 2019 年青岛市中院承认与执行韩国水原地方法院判决

在申请承认和执行韩国水原地方法院民事判决一案中，申请人与被申请人因贷款合同纠纷诉至韩国水原地方法院。根据法院的判决，被申请人需向申请人支付 8000 万韩元及相应利息。由于被申请人长期居留在青岛市且主要财产均位于中国，于是申请执行人向青岛市中级人民法院提出执行韩国法院判决的请求。

中国同韩国缔结的双边民商事司法协助条约仅规定了仲裁裁决的承认与执行事项，两国目前还尚未缔结或参加关于相互承认与执行法院判决的国际条约，因此中韩两国是否存在互惠关系成为本案的关键点。对此，青岛市中级人民法院指出，“由于韩国法院曾在司法实践中对我国山东省潍坊市中级人民法院的一份民事判决进行了承认，依据互惠原则，我国法院可以对符合条件的韩国法院的民事判决予以承认和执行”。[②]

上述案件表明，我国法院越来越多的依据互惠原则对外国法院的判决予以承认和执行，在司法实践中表现出一种积极开放的姿态。不过，我国的司法实践目前并没有突破传统的事实互惠的限制，上述三起依据互惠原则承认与执行外国法院判决的案件中，均存在外国法院事先承认与执行我国法院判决的在先实践。在外国没有承认与执行我国法院判决先例的情况下，我国法院如何理解和适用互惠原则仍然值得关注。

四、主权豁免理论的理解与适用

2019 年 2 月 27 日，美国联邦最高法院在 Jam v. International Finance Corp.案[③]中作出裁定，政府间国际组织在美国法院同外国主权国家一样均适用限制豁免，即国际组织在从事商事活动等情形下不享有主权豁免。该案是美国联邦最高法院对外国政府采取限制豁免理论后首次就国际组织的豁免问题发表意见，其典型性和重要性不言而喻。

被告国际金融公司（International Finance Corporation）是世界银行集团框架下的政府间国际组织，总部位于美国，致力于向发展中国家的私营企业提供融资支持。2008 年，国际金融公司向一家位于印度的 Coastal Gujarat Power Limited（以下简称“Gujarat 公司”）提供 4.5 亿美元的贷款，用以资助燃煤发电厂的建设。项目进行过程中，Gujarat 公司并未遵守其合同义务导致周边环境遭受破坏。为此，发电厂附近的村民对以过失侵权等事由对国际金融公司提起诉讼。国际金融公司则主张其享有绝对豁免权。根据美国 1945 年《国际组织豁免法》规定，国际组织享有“同外国政府相同的豁免”。[④]因为当时美国法院对外国政府采取绝对豁免的立场，所以国际组织也相应的在美国享有“几乎绝对的豁免”。[⑤]但是，随着美国主权豁免理论的发展，尤其 1976 年《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act）明确规定外国国家就商业活动、侵权等例外情况不能享受豁免，国际组织究竟是仍然享有绝对的豁免还是适用同外国政府相同的限制豁免规则成为本案中的核心焦点。

美国联邦最高法院首先从文义解释的角度出发，认为《国际组织豁免法》意在将国际组织的豁免与外国政府的豁免持续不断地联系起来。罗伯茨法官指出，立法者原本可以直接规定国际组织享有绝对豁免或者具体规定可以享有豁免的限度，或者也可以在立法中明

[①] 参见（2017）沪 01 协外认 16 号判决书。

[②] 参见（2018）鲁 02 协外认 06 号判决书。

[③] See See Jam et al. v. International Finance Corp, available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf,

[④] See 22 U. S. C. §288a(b).

[⑤] See Jam et al. v. International Finance Corp, p. 5, available at: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1011/28500/20180119145856186_17-_PetitionForAWritOfCertiorari.pdf, visited on June 22, 2019.

确纳入某一时期存在的外国主权豁免法，但是立法者并没有这样做，据此，罗伯茨法官认为“同……相同”的表述最好可以理解为立法者试图将国际组织豁免与外国政府豁免持续地保持一致（continuously equivalent）。[①]

法院还根据“援引规则”（reference canon）指出，如果一项立法指向某一概括性的事项，那么该立法将采纳争议发生时规制该项事项的法律的规定；反之，如果某一立法指向具体的法律规定，那么该立法只是采纳立法通过时所确立的法律规则，而不考虑以后该法律规定修订的内容。[②]在本案中，《国际组织豁免法》只是概括性地规定国际组织享有“同外国政府相同的豁免”，指向的是不断发展变化的国家主权豁免相关的立法而并非具体的法律规定，因此国际组织所享有的豁免应与外国政府的豁免规定保持一致。

在本案中，美国联邦最高法院认为《国际组织豁免法》所规定的国际组织享有“同外国政府相同的豁免”是一项动态规则，即国际组织的豁免应与外国政府豁免的立法发展保持一致，因此国际金融公司在本案中并不享有绝对豁免。

Jam v. International Finance Corp.案是美国联邦最高法院对主权豁免理论的最新实践，受到理论界和实务界的广泛关注。目前，该案判决对国际组织的影响仍有待进一步观察，国际组织是否会因此在美国法院遭受滥诉同样值得关注。

五、资产冻结令的实践与发展

长久以来，新加坡法院是否有权就在外国进行的诉讼程序对位于新加坡境内的财产发布资产冻结令一直未有定论。2018 年，新加坡高等法院先后在 PT Gunung Madu Plantations v Muhammad Jimmy Goh Mashun 案（以下简称“PT Gunung Madu 案”）[③]和 China Medical Technologies v. Wu Xiaodong 案（以下简称“China Medical Technologies 案”）[④]中对这一问题进行了讨论。

在 PT Gunung Madu 案中，被告是原告公司的一名主管并且原被告双方均为印度尼西的自然人或法人。原告以被告违反工作义务为由先后在新加坡、马来西亚和印度尼西亚提起诉讼。在新加坡的诉讼中，原告经法院同意向位于印度尼西亚的被告送达了传票并获得法院的缺席判决。在执行阶段，被告以法院缺乏对人管辖权为由向提出异议，要求法院撤销原缺席判决。对此，原告请求新加坡法院冻结被告在新加坡的财产。本案的争议主要有两点：第一，新加坡法院是否对被告享有对人管辖权；第二，法院是否有权发布资产冻结令以协助在马来西亚和印度尼西亚进行的诉讼程序。针对第一个争议，新加坡法院提出送达传票是法院享有对人管辖权的基础，而向位于新加坡境外的当事人送达传票的前提之一是新加坡的法院为审理该案的方便法院（*forum conveniens*）。[⑤]由于本案中双方当事人均非新加坡人且争议发生在印度尼西亚境内，据此法院认为新加坡法院并非本案的方便法院，进而撤销了之前向被告送达传票的命令。[⑥]针对法院是否有权就国外的诉讼程序发布财产禁令，法院援引判例提出讨论法院是否有权就外国的诉讼程序发布禁令的前提是对被告享有

---

① See See Jam et al. v. International Finance Corp, p. 7, available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, visited on June 22, 2019.

② See See Jam et al. v. International Finance Corp, p. 9, available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, visited on June 22, 2019.

③ PT Gunung Madu Plantations v Muhammad Jimmy Goh Mashun [2018] SGHC 64.

④ China Medical Technologies, Inc and another v Wu Xiaodong and another [2018] SGHC 178.

⑤ The three major considerations or requirements which a plaintiff must meet to obtain leave to serve a writ out of Singapore are: (a) the claim must come within the scope of one or more of the paragraphs of O 11 r 1; (b) the claim must have a sufficient degree of merit; and (c) Singapore must be the forum conveniens. See PT Gunung Madu Plantations v Muhammad Jimmy Goh Mashun [2018] SGHC 64, at 29.

⑥ See PT Gunung Madu Plantations v Muhammad Jimmy Goh Mashun [2018] SGHC 64, at 31.

对人管辖权。由于本案中法院对被告并无管辖权，因此并没有讨论第二个争议的必要。最终法院同意了被告的主张并驳回了原告请求发布财产禁令的请求。事实上，PT Gunung Madu 案并没有正面回应法院是否有权就外国诉讼程序发布财产禁令的问题，这一问题稍后在 China Medical Technologies 案中得到了进一步讨论。

在 China Medical Technologies 案中，原告以欺诈等事由在中国香港高等法院起诉被告，并向新加坡法院申请冻结被告在新加坡的财产。在本案中，新加坡高等法院明确提出，根据新加坡《民法法法令》（Civil Law Act）第 4（10）条法院有权就在外国进行的诉讼程序发布资产冻结令，对涉案当事人在本国的资产进行冻结。与此同时，法院还就发布资产冻结令的标准进行了阐述，认为法院在决定是否发布资产冻结令时应着重考虑五点要素：（1）原告必须对被告具有合理的诉讼事由且该诉讼事由根据新加坡法律是可以由法院裁断的；（2）被告受到新加坡法院的管辖；（3）被告在新加坡境内拥有财产；（4）原告必须已经在新加坡法院单独提起针对被告的诉讼程序；（5）外国正在进行的诉讼程序能够产生判决且该判决有望在新加坡执行。

新加坡作为国际金融中心之一，大量的跨国企业和公民在该地均拥有一定的财产。新加坡高等法院的判决也预示着如果自然人或者法人在新加坡之外的法院涉诉，如果新加坡法院对其拥有管辖权，其位于新加坡的财产就有可能受到冻结。同时，这在一定程度上也是新加坡法院在协助外国法院程序方面的积极信号，对新加坡国际争端解决中心的建设无疑也具有促进作用。

六、多元纠纷解决机制的国际合作

在《外国判决承认与执行公约（草案）》谈判如火如荼进行的同时，国际社会也在不断加强多元纠纷解决机制的国际合作，以求促进和解协议、仲裁裁决在全球范围内的自由流动。

（一）联合国大会通过《新加坡公约》

2014 年，联合国贸法会接受美国政府的提议，着手制定一部旨在通过调解方式解决民商事争端的国际性公约。经过 4 年的共同努力，2018 年 6 月 27 日，联合国贸法会第 51 届会议正式通过《关于调解所产生的国际和解协议公约》。2018 年 12 月 20 日，公约在联合国大会获得通过。根据安排，各方初步同意于 2019 年 8 月在新加坡举行首次开放签字，因此该公约也被称为《新加坡公约》。至此，《关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称“《新加坡公约》”或“公约”）同《纽约公约》以及《选择法院协议公约》共同构成了对民商事纠纷解决的国际承认与执行领域的三大基础性法律文件。[①]

《新加坡公约》全文共计 16 条，主要特点体现为以下几点：

第一，就适用范围而言，《新加坡公约》适用于调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议，而不适用于为解决由其中一方当事人（消费者）为私人、家庭或家居目的进行交易所产生的争议而订立的协议以及与家庭法、继承法或者就业法有关的协议。[②]这一条款参照《联合国国际货物销售合同公约》《法院选择协议公约》的做法将集中非商事的和解协议排除在公约的适用范围之外。与此同时，公约为了避免与《法院选择协议公约》《纽约公约》发生重复或者冲突，在第 1 条第 3 款将可作为法院判决或者仲裁裁决执行的和解协议排除在适用范围之外。[③]

第二，就和解协议的执行而言，公约规定缔约国应按照本国程序规则并根据公约规定

[①] 参见温先涛：《<新加坡公约>与中国商事调解—与<纽约公约><选择法院协议公约>相比较》，《中国法律评论》2019 年第 1 期，第 199 页。

[②] See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 1.2.

[③] See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 1.3.

的条件予以执行。[①]这一规定意味着公约对和解协议的执行采取直接执行机制而非审查机制。如此一来，在执行和解协议时并不要求在和解协议来源国对协议进行审查，当事人可以直接到执行地要求执行。[②]这一规定也体现了公约追求高效、简易执行程序的精神。

第三，就拒绝执行的事由而言，公约第 5 条所规定的事由大致可分为四类：第一，与当事人有关的抗辩事由，如和解协议一方当事人处于某种无行为能力状态；[③]第二，与和解协议有关的抗辩事由，如和解协议无效、失效或无法履行，和解协议不具有约束力或不具有终局性，和解协议被修改；此外，该情形还包括和解协议中的义务已经得到履行以及执行和解协议将有悖于和解协议的条款；[④]第三，与调解过程有关的事由，如调解员严重违反调解员或调解准则、调解员未尽披露义务等；[⑤]第四，与公约缔约国公共政策或国内法有关的抗辩事由，如执行和解协议会违反缔约国的公共政策、争议事项无法以调解方式解决。[⑥]

第四，对于并行程序的处理，在当事人已经向法院、仲裁庭提出与和解协议有关的申请或请求，并且该请求可能会影响到根据本公约正在寻求的救济，公约允许和解协议的执行机关裁定决定是否暂停执行，或者允许执行机关应一方当事人的请求要求另一方当事人适当具保。[⑦]

（二）《纽约公约》签署六十周年

2018 年正值《纽约公约》签署六十周年，联合国贸法会在全球范围内组织多场纪念活动，总结经验、反思不足。作为目前民商事领域最为成功的国际性公约之一，《纽约公约》在日新月异的当今社会仍然表现出极强的适应性和发展势头。2018 年 3 月 22 日，佛得角共和国交存加入《纽约公约》的文书，成为《纽约公约》的第 158 个缔约国。[⑧]

七、回顾与展望

在经济经济全球化、一体化的时代背景下，人口、资金、技术的全球性流动日益频繁，加强国际合作显得尤为重要。以海牙国际私法会议为代表的非政府间组织为消除普通法系与大陆法系国家间的法律差异、促进国际社会的民商事合作提供了广阔的平台。与此同时，我们也必须意识到，各个国家为提升本国在国际民商事争议解决中的地位进行了一系列的竞争与博弈。法国、荷兰、德国、比利时等欧盟国家在英国脱欧的背景下成立国际商事法庭便体现了国家间司法竞争的激烈程度。

在过去的一年，我国积极参与海牙判决公约草案、新加坡调解公约等国际文书的谈判，并成为谈判进程中的中坚力量，在国际舞台上展现了大国的风采。同时，最高人民法院积极响应党中央的号召，经过长期筹备正式成立了国际商事法庭，彰显出我国在服务保障“一带一路”建设、打造国际争端解决中心的决心和魄力。我们在看到自身成绩的同时也需要冷静的面对自身所存在的问题。例如，中美银行信息取证中的法律冲突一定程度上体现出美国法院对我国司法部门进行国际司法协助工作效率的不满，提升和完善我国的司法形象应成为司法部门工作的重要议题。

---

① See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 3.

② 参见孙巍：《<联合国关于调解所产生的国际和解协议公约>立法背景及条文释义》，法律出版社 2018 年版，第 32-34 页。

③ See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 5.1(a).

④ See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 5.1(b)-(d).

⑤ See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 5.1(e)-(f).

⑥ See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 5.2.

⑦ See United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, Art. 6.

⑧ 参见法制网：《<纽约公约>迎来第 158 个缔约国》，2018 年 4 月 9 日，http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20180409/Articel06004GN.htm，2019 年 6 月 22 日访问。

可以预见的是，在接下来的 2019 年，各国围绕司法话语权的竞争将会更加激烈，我国相关部门在司法实践中应坚持大国司法的理念，对外积极参与国际规则的制定、开展国际司法合作，对内不断提升法律服务水平、建设国际争端解决中心，更好地为“一带一路”倡议的推进提供司法保障。