



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会

2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law

暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会

and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用

Strengthening the Rule of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

论文集

议题十一：

全球治理中的国际私法问题

主办单位：中国国际法学会 大连海事大学

Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University

承办单位：大连海事大学法学院

Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日，大连

April 25-27, 2025, Dalian

目 录

《海牙取消认证公约》生效对我国涉外公证实务的影响及其应对	王勇 张铮 曹逸珺 1
备用信用证不当拒付损害赔偿：评澳新银行案	王金根 12
独立保函的国际法实践与中国因应	郭德香 28
论“Lex Sportiva”翻译的统一	姜世波；董向荣 37
CISG 下交付不符货物根本违约的认定与违约赔偿——对最高人民法院 107 号指导性案例及其类案的再审视	何鹰 57
《新加坡调解公约》下国际商事调解协议在中国法院执行模式的适应性变革	张亚军 67
跨国代孕亲子关系认定法律适用问题研究	刘奕麟 83
仲裁机构的民间性回归路径研究	方熠 95
从文义解释到实证纠偏：CISG 下宽限期制度探析	安文靖 张佳乐 107
国际商事争议解决视角下对仲裁与诉讼的关系调适	范冰冰 118
国际商事诉讼服务化趋势下地方国际商事法庭建设路径	鲍墨尔根 128
跨境商事和解协议与国内商事调解协议的制度差异及其对司法确认的影响研究——以《新加坡调解公约》为视角	谢丹 137
检察机关参与国际商事争议多元化解决机制研究	陈辉 王昊 150
中国视角下国际平行诉讼管辖权冲突的协调之策	黄勤怡 谢忻池 158
国际商事调解和我国国际商事调解法的制定	朱云龙 169
天津自由贸易试验区国际商事纠纷“一站式”多元化解决机制研究	施 丹 182
国际私法反致制度的初衷与实现状况	黄 钰 194
利益权衡视角下外国判决承认与执行欺诈审查之展开	李昱辰 214
智能合约运行漏洞责任归属探究	洪艺娴 235
论中国法院对域外法查明的审查认定	何嘉欣 248
论我国承认与执行外国法院判决中互惠原则的司法实践	魏潇雪 260
论我国外国法内容查明适用之完善——基于 46 份涉外民商事判决书的实证分析 ...	程靖雯 271
论我国多式联运经营人“网状责任制”条款的适用	徐文琪 283
《新加坡调解公约》下我国国际商事调解制度的完善	施春璐 293
跨境代孕亲子关系认定研究	沈稀萍 306
“儿童利益最大化”原则在跨境代孕亲子关系认定中的适用	王雅馨 315
论《民法典》下的“习惯”以及与航运惯例的关系	孙 渔 323
数字时代的民事诉讼：再中心化问题与异步审理的解决路径	袁家伟 尹嵩淇 336
外国法查明中专业机构查明的问题与解决路径	肖瑶林 344
附加证明书制度在我国的适用探析	王潇雅 357
我国涉外代孕亲子关系确认的冲突规范建构	姜中任 368
我国协调国际平行诉讼的困境与挑战——以 2023 年《民事诉讼法》为中心	王 园 382

国际民商事条约在我国适用的规范重构与实践调适	严培桂	391
国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制中诉讼和仲裁衔接机制研究	洪亦可	402
中国国际商事法庭调解制度的不足与完善	田心如	411
国际调解院构建下我国国际商事调解制度的完善	李 可	419
内地与香港婚姻家庭判决互认的规则衔接与制度完善研究	吴璇 王信凯	430
并入提单的定期租船合同仲裁条款效力研究——以塔利门案为例	李奕涵	440

2025年中国国际法学年会

《海牙取消认证公约》生效对我国涉外公证实务的影响及其应对

王勇¹ 张铮² 曹逸珺³

摘要：附加证明书制度是《海牙取消认证公约》的核心，是传统领事认证的简化机制。涉外公证业务与《海牙取消认证公约》紧密相连，公证与认证相辅相成，本质上都能够推动我国自然人及企业更加便捷、高效地“走出去”。《海牙取消认证公约》对涉外公证产生了诸如大幅节约办证时间及经济成本、减证便民助力涉外遗产继承、优化全球营商环境等积极影响。同时，《海牙取消认证公约》对公证机构的实质审查能力提出了新的要求，未来可通过明确审查标准、深化技术手段应用、完善公证机构内部管理制度等方式来进一步提升涉外公证业务办理水平。

关键词：《海牙取消认证公约》；我国涉外公证；附加证明书；影响；对策

2023年11月7日，《取消外国公文书认证要求的公约》(Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents，下文简称“《海牙取消认证公约》”)正式对中国生效。这意味着，只要公文书是在我国与任一公约成员国之间流转，附加证明书制度就将替代原有适用的领事认证程序，使得我国“公证+认证”的衔接更加顺畅、快捷，对有涉外需求的公民、企业来说都是重大利好。涉外公证业务与《海牙取消认证公约》休戚相关，公证是对申请人需要在外国实施的法律行为、文件和事实的真实性与合理性给予证明，认证则是对涉外公证书上公证机构和公证员的署名和签名的真实性予以证明背书，而在附加证明书制度的语境下，认证则是由文书出具国指定的主管机关为公证书签发的一个验证证书，使之能在境外正常使用。有鉴于此，公证可以理解为是认证的前置程序，并且认证在一定程度上可以视为是我国涉外公证书能够在境外得到有权机关认可的必经程序。是故，在《海牙取消认证公约》框架下对优化涉外公证业务办理的探讨极有必要。

一、《海牙取消认证公约》与涉外公证业务的概述

(一)《海牙取消认证公约》的发展脉络

¹王勇，华东政法大学教授、博士生导师、华东政法大学国际金融法律学院副院长。

²张铮，华东政法大学涉外法治专项博士生在读，上海市静安公证处副主任，国际公证联盟中国委员。联系方式：zhangzhengnotary@163.com。

³曹逸珺，上海市静安公证处公证员助理。

在国际民商事交往中，一国公权力机关出具的公文文书（例如出生医学证明、学历学位证书、婚姻缔结证明、职业资格证书等）通常需要经过一系列繁琐的认证程序才能够在另一国得以正常出示或使用。传统的认证方式为领事认证，即由一国外交、领事机构及其授权机构在公文文书或其他证明文书上，确认文书最终签署人身份及其签字和印章真实性的一种活动，最终目的是使一国出具的文书能够为另一国的有关当局所接受，不致因怀疑该文书上签名或印章的真实性而影响该文书在域外的法律效力。⁴在实际操作中，由于领事认证普遍牵涉文书出具国与文书使用国两地的有关机构，不仅费时费力，而且成本高昂，致使诸多有跨境需求的当事人“望而却步”，给国际经贸往来设置了不必要的障碍。

为推动全球公文书的自由流动、便利国际交往，《海牙取消认证公约》便应运而生。作为海牙国际私法会议主持下最为成功的国际条约之一，《海牙取消认证公约》旨在创造一种更为简便的方式来确认一国公文书的真实性，以替代过往繁琐的领事认证要求。《海牙取消认证公约》于1961年10月5日在第九届海牙国际私法会议上被与会各国通过，并于1965年1月24日正式生效，迄今已有125个缔约方，覆盖全球将近三分之二的国家或地区。

《海牙取消认证公约》共15条，其中近一半的条款都着墨于附加证明书制度（Apostille），突显了该制度在公约中的核心地位。附加证明书制度是一种标准化的证明文件真实性的方法，由文书出具国的官方机构以签发附加证明书的形式对公文文书上的签字、印章或戳记的真实性予以确认，从而在实质意义上对传统的领事认证制度予以简化。此外，《海牙取消认证公约》对于附加证明书的适用也提出了相应的要求，包括附加证明书的适用范围只能够发生在两个公约缔约国之间；附加证明书仅适用于缔约国之间的公文文书；附加证明书应当采用统一的格式以确保在所有缔约国中的可识别性和可接受性等等。

（二）涉外公证的业务概览

涉外公证是公证机关根据国内外当事人的申请，按照法定程序，对申请人需要在境外实施的法律行为、文件和事实的真实性与合理性给予证明的一项公证行为，其区别于普通公证业务，存在鲜明的涉外因素。涉外因素存在于以下几种表现形式：一是当事人为外国公民；二是当事人虽为中国公民但公证书将在外国使用或公证所涉及的证明对象可能涉及到国外的相关方。简言之，涉外公证业务就是为了满足当事人在境外的需要而对发生在中国境内的法律行为或具有法律意义的文书进行的公证。

自2003年加入国际公证联盟以来，我国在该联盟的影响力不断增强，已经连续五届担任国际公证联盟副主席国，为我国公民在境外旅游、留学、工作等方面提供了诸多便利，更为我国企业在国际经贸活动中提升话语权、增强商事交易

⁴ 何其生：《领事认证制度的发展与中国公文书的全球流动》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

透明度与可信度等都提供了基础支撑。目前,我国也积极参与国际公证联盟编纂《国际公证法典》的工作,增强我国在国际规则制定中的话语权。具体到涉外民商事公证业务领域,常见的涉企业务主要是为了满足跨国企业的业务经营需求,由公证机构对企业的文件、合同、授权书等进行公证,通常是由企业的法定代表人或被委托人在公证人的现场见证下在前述文书上签字或盖章,以确保该文书的签署是基于企业的真实意思表示。当然,在公证书出具完毕且经过海牙认证程序后,方能在国外得到认可及执行。相比之下,涉外民事业务的覆盖范围更广,公证事项也更加多元,包括家庭民事、教育、身份证明、财产证明等众多领域。

鉴于涉外公证最终普遍指向境内公证书的境外使用,在程序要求方面除了要遵守境内公证的基本原则和程序之外,还需要办理额外的认证手续以确保公证书得以在境外正常使用。《海牙取消认证公约》自2023年11月7日起已在我国正式生效,若公证书使用国系同样加入公约的缔约国,则适用附加证明书制度即可,反之则仍需遵循领事认证路径。

(三)《海牙取消认证公约》与涉外公证的关系

表面上看,《海牙取消认证公约》与涉外公证之间似乎只存在单方促进的关系,即《海牙取消认证公约》为涉外公证提供了一个相对简化且标准化的认证途径,使得涉外公证文书能够在公约缔约国之间更容易地被接受和认可,对于公证当事人来说是一个重大的便利举措。但深入探究下去不难发现,二者对于推动国际交流亦共同发挥着积极的作用。一方面,如前所述,《海牙取消认证公约》减少了文书认证的成本和时间,让越来越多的企业与个人敢于“走出去”,极大地促进了国际人才流动、商务往来和文化交流,世界银行与国际商会更是大力呼吁各国积极加入公约,盛赞其有益于改善全球营商环境。⁵另一方面,从公证业务的角度出发,公证是公共法律服务的重要组成部分,是响应国家政策,打造市场化、法治化、国际化营商环境中不可或缺的一环。作为优化营商环境的主力军,各类型企业对于维护正当权益、提高经济效益、排除不法侵害、防范法律风险等产生了众多共性需要,催生了近年来企业公证业务需求量的增加。⁶涉外公证就在其中扮演着极为重要的角色,确保企业跨国法律事务的顺利进行。

申言之,《海牙取消认证公约》与涉外公证的有机结合对于推动跨国交往与国际商事贸易活动均大有裨益,能够在事实层面产生“1+1>2”的效果。

二、《海牙取消认证公约》生效对我国涉外公证的积极影响

对一份需要跨境流转的公文书来说,公证与认证分属于两个不同的环节,且

⁵ Limsira, Patthara, *A Journey of Thailand to the Hague Conference on Private International Law: A Christmas Carol*, *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 14, 2021, p. 315; B. Hartoyo, Fauziah Mohd Noor, *Hague Convention 1961: Solution of Foreign Public Document Legalization for Indonesia and ASEAN Member Countries*, *ABC Research Alert*, Vol. 7, 2019, p. 42.

⁶ 黄楚仪:《公证服务企业的类型化研讨》,载《中国公证》2023年第9期。

公证在先，认证在后。《海牙取消认证公约》仅仅是免除了公约缔约国之间针对跨境文书的认证要求，便利了个人与企业的办证手续，但对该文书的公证程序仍然应当履行。一般而言，海牙认证的应用场景多见于涉外民商事公证业务中，其对于涉外公证业务产生了诸多积极影响，且随着我国的国际地位不断提升，海牙认证已经成为助力中国公民与中国企业走出国门的关键一环，与涉外公证业务相辅相成，犹如“鸟之两翼”“车之两轮”。

（一）大幅节约办证时间及经济成本

附加证明书制度是传统领事认证的简化机制，更是构建《海牙取消认证公约》的核心与基础。在传统领事认证的模式下，一份跨国文书的正常流通需要经过文书出具国与文书使用国双方主管机关的双重程序，故而领事认证又被称为是“双认证”。自我国正式加入《海牙取消认证公约》后，我国与公约缔约国之间的跨境公文书流转将不必遵循过往的外交部门与使领馆的“双认证”程序，只需适用“一步到位”的附加证明书新模式即可。

与传统模式相比，现有的附加证明书制度在节约时间成本与促进跨国经贸往来上都取得了显著成效。附加证明书的签发只需以文书出具国的公证机构出具相应公证书为前提，随后即可进行附加证明。据外交部领事司认证处的统计，实践中，每份跨国文书的完成“双认证”的时间约需 20 个工作日，最长可达 45 个工作日，而一旦正式启用附加证明书制度，缔约国签发附加证明的平均时间仅为 1 个工作日。⁷背后的原因在于附加证明书制度的牵涉机关仅为文书出具国单方主体，毫无疑问在程序上会较之领事认证更加简化。与之相应，办证环节简化后，收费项目也相应减少。据估算，入约后每年可为中外人员和企业节省 3 亿多元人民币的办证费用，同时，取消使领馆领事认证还可避免个别国家对部分商业文书收取高额的领事认证费，大幅降低企业对外贸易成本。⁸以某跨国邮轮公司为例。该公司于 2023 年 12 月底完成了邮轮的建设，为了确保邮轮能够按时交付并完成后续的试航任务，该公司急需获取船旗国巴拿马的相关证明。这对于该公司来说至关重要，因为它不仅关系到该公司的声誉，还直接影响到未来的业务发展。

在《海牙取消认证公约》生效之前，该公司必须在完成公证后，经历单认证以及领馆认证的双重流程。即使公证机构能够提供代办认证的服务，认证的时间也往往长达 20 个工作日，还要求公证机构的工作人员频繁奔波于上海外事办公室及巴拿马领馆之间，人力成本较高。领馆认证费用中汇率的波动也是难以预测的，这无疑给成本控制带来了额外的挑战。

好在《海牙取消认证公约》于 2023 年 11 月 7 日正式实施，情况发生了翻天

⁷ 外交部领事司认证处：《促进中国对外贸易的新工具——浅谈〈取消外国公文书认证要求的公约〉》，载《中国对外贸易》2021 年第 4 期。

⁸ 外交部领事司认证处：《助力中国对外贸易跑出加速度——我国正式加入〈取消外国公文书认证要求的公约〉》，载《中国对外贸易杂志》2023 年第 5 期。

覆地的变化公证书只需附加证明书即可在缔约国通用，将办证周期极大缩短至最快2个工作日，显著提升了工作效率。故此，该公司在邮轮建造完成后，迅速和巴拿马当地机构沟通，与公证机构进行紧密合作，利用时差优势，仅用3个工作日时间就完成了所有必要手续。最终，该公司顺利获得了所需的证明文件，圆满完成了首次试航。这一点在2024年习近平主席的新年致辞中也得到了体现——“国产大型邮轮完成试航”，这不仅增强了我们中国制造的自信，也展示了中国企业在国际舞台上的竞争力。

邮轮的建造非一朝一夕可以完成。该公司多次办理公证及认证，时间段横跨了《海牙取消认证公约》实施前后，从而深刻体会到了公约带来的积极影响。公约简化了办证流程，缩短了时间，降低了成本，使得该公司能够更加专注于业务发展和市场拓展。展望未来，随着更多国家和地区加入这一公约，也将有越来越多的中国企业从中获益，推动自身的国际化进程迈上新台阶。

（二）减证便民助力涉外遗产继承

涉外遗产继承的涉外因素主要体现在主体涉外、客体涉外、与继承有关的法律事实涉外这三方面，主体涉外与客体涉外是实践中常见的涉外遗产继承案件类型。以往，如果被继承人在境外去世，或者继承标的在我国境外，继承人继承遗产时所面临的第一个难题就是“材料提供难”。境外公权机构所出具的相关文件（例如死亡证明、财产权属证明等），在我国并不当然具有法律效力。境外文件如果想要在我国境内使用，需要历经一系列繁琐、耗时的认证过程，才能获取法律意义上有效的一纸文书。如此复杂的程序令诸多继承人在面对涉外遗产继承时都“望而却步”。如今，随着《海牙取消认证公约》的诞生，前述文件只需要经过一次性的认证程序，即由文件签发国的指定机构（例如州务卿办公室、外交部等）进行认证，之后这些文件就可以在其它承认海牙公约的国家使用。以笔者所在的公证机构为例，在一起继承人为法国公民、被继承人为日本公民、继承标的为上海房产的涉外继承案件中，由于法律事实大部分发生在法国，所以本案中的继承人也需要回到其国籍国即法国进行声明，用以确认相关的法律事实。考虑到法国出具声明文本的格式及内容要求可能与国内不一致，为了使声明文本能够在形式和内容上同时满足中法两国法律的规定，经本处公证员与法国公证人多次交换意见，共同拟定了最终版本的声明书，并向当事人进行了详细解释和告知，确保当事人完全理解了声明书的内容，特别是文书中所涉及的专业术语。最终该声明书通过“海牙认证”的形式实现了从法国到中国使用的“一步到位”，公证机构随即以最快的速度帮助被继承人在上海顺利完成遗产继承，使原本因失去爱妻而忧思过度的被继承人得到了一丝宽慰，也让这位外籍人士感受到《海牙取消认证公约》出台后涉外遗产继承公证的“中国速度”。

（三）进一步优化我国营商环境

原有的“双认证”制度存在明显的地域限制，即已经取得“双认证”的跨国文书仅能够在特定文书使用国适用，若当事人想要在第三国使用该文书，只能根据第三国的要求再次进行“双认证”，其繁琐程度可见一斑。但是在附加证明书的语境下，一旦取得了文书出具国签发的附加证明书后，同一份文书就可以不受限制地在《海牙取消认证公约》缔约国使用。这一变化从实质层面削减了冗长、复杂的重复性程序，为当事人与行政机关都减轻了程序负担，对于推动跨国交往与国际商事贸易活动都大有裨益。以上海市贸促会⁹为例，原先通过上海市贸促会代办领事认证的国家超过 60 家，费用多在 500-3,000 元人民币/份；现在有 40 多家《海牙取消认证公约》缔约国通过上海市贸促会办理海牙认证，费用在 100-150 元人民币/份。传统领事认证出证时间在 20 个工作日内，最长的要 30 多个工作日（其中包括因部分领馆翻译需求产生的翻译时间）。海牙认证的常规认证时间 4 个工作日，为企业缩短了超过 70% 的认证周期。截止 2024 年 11 月 7 日，即海牙认证实施一周年之际，上海市贸促会出具并代办海牙商事证明书共 3,880 份。按照出证量统计，占前五的证书使用国分别为：土耳其、阿根廷、印尼、菲律宾、俄罗斯。总体来说，亚洲国家、拉丁美洲国家对于海牙商事证明书的需求量较大。

不止如此，根据《海牙取消认证公约》第三条第二款的表述，如果文书使用国存在现行有效且更为简化的程序，则附加证明书制度可以不再适用。换言之，附加证明书制度具有随附限制的可选择性，¹⁰给予了公约缔约国在制度适用上两种选择路径：一是直接适用附加证明书制度；二是若存在比附加证明书更为简化的程序时则可以选择附加证明书制度之外的其他证明程序，国际社会已存在此类实践。例如，捷克、澳大利亚、法国、瑞士均系公约缔约国，四国间的公文书流转本应理所当然地适用附加证明书制度。然而，捷克与其它三国之间存在公文书免于进行附加证明亦可流转的特别规定，故而附加证明书不再是四国间公文书流转的唯一途径。¹¹要而言之，附加证明书制度是《海牙取消认证公约》框架之下缔约国间能够选择的公文书流转方式的“天花板”，公约仅允许缔约国在合理范围内进行适当简化，而不可肆意突破，这亦与《海牙取消认证公约》意图通过减免不必要的程序阻碍来便利各方主体、促进国际商事交易、优化全球营商环境的目标一脉相通。数据表明，我国前十大贸易伙伴中，8 国或地区系《海牙取消认证公约》成员，对其出口额占到我国当年出口总额近 50%。加上《海牙取消认证公约》其他成员，意味着入约后合计超过 82% 的出口贸易额将免于办理商业文书的领事认证，而那些有意向中国投资、出口的外国企业也无需为商业文书办理领

⁹ 上海市国际贸易促进委员会：《认证 | 海牙认证助力跨境贸易便利化再上新台阶》，<https://mp.weixin.qq.com/s/iaa33VTpCI4vA4Lf4lmU-A>，2024 年 11 月 24 日访问。

¹⁰ 沈敬容：《〈海牙取消认证公约〉附加证明书制度及其在我国的适用探析》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期。

¹¹ Bacek, Richard, *Participation of Foreign Companies in Public Procurement Tenders in the Czech Republic and Slovakia*, International In-House Counsel Journal, Vol. 9, 2016, p. 2.

事认证。¹²《海牙取消认证公约》对我国乃至全球营商环境的优化作用不言自明。

三、《海牙取消认证公约》生效对我国涉外公证的挑战

在全球化的今天，国际交流与合作日益频繁，公证业务作为国际法律服务的重要组成部分，其重要性不言而喻。《海牙取消认证公约》的生效，标志着公证业务国际化的新篇章。然而，随着涉外公证业务量的激增，公证机构面临着一系列新的挑战。

（一）公证员数量严重不足，队伍建设亟待加强

根据中国公证协会的相关数据，截至 2023 年，全国共有公证机构 2,941 家，公证员 15,292 人，公证员助理 14,256 人。根据司法部官网于 2022 年 1 月 24 日发布的《全国公共法律服务体系建设规划（2021-2025 年）》在“十四五”时期主要目标中提出“到 2025 年，全国公证员达到 2 万名，预期每十万人拥有公证员 1.5 人”。与律师行业相比，公证员的数量增长相对缓慢。

而随着《海牙取消认证公约》的实施，营商环境的不断优化，不仅吸引了外商的投资，也有大批量的企业需要走出去，涉外公证的需求显著增加。目前，业务量的增加导致公证员需要处理更多的案件，甚至可能影响到公证质量。在经济发展相对较快、对公证业务需求量大的省份，公证员业务量一直居高不下，公证员人少事多压力大已经成为行业常态，但在基层、偏远地区，由于公证员队伍缺口严重，公证员数量难以满足业务需求。

（二）公证机构审查要求增加，对公证员提出更高要求

根据《海牙取消认证公约》的规定，缔约国的相关机构所出具的公证书等公文，只要附有附加证明书，即可在其他缔约国中被视为有效，即附加证明书替代了领事认证，其与领事认证书具备同等功能，仅证明公文书上最后一个印鉴、签名属实，并不对公文书内容本身的真实性和合法性负责。¹³公证机构作为公证书的出具单位，理所当然地应对当事人申请证明的文件的真实性与合法性进行实质审查。根据《中华人民共和国公证法》，公证机构需要对其过错造成的损失承担民事赔偿责任。因而，《海牙取消认证公约》的生效，实质上对公证机构责任与风险带来较大挑战。

以我国香港地区为例。我国内地与香港地区由于历史原因分别采用了不同的法律体系，因此，两地的法律文件和公证程序存在着差异，这直接为香港与内地之间的文件互认增添了无形的阻碍。中国法律服务（香港）有限公司（下文简称“中法”）的诞生恰好解决了这个问题，其中的委托公证文件审核转递工作更是在两地文书互认的程序中起到了不可替代的关键作用。根据香港司法机构加签服务

¹² 外交部领事司认证处：《助力中国对外贸易跑出加速度——我国正式加入〈取消外国公文书认证要求的公约〉》，载《中国对外贸易杂志》2023 年第 5 期。

¹³ 刘茜：《海牙认证——中国自 2023 年加入〈取消外国公文书认证要求的公约〉后涉外文书认证的规则与律师事务》，<https://www.pkulaw.com/lawfirmarticles/9292c85f26b306393f07e5896c65c4a9bdfb.html>，2024 年 10 月 13 日访问。

组于 2025 年 1 月发布的最新公告，加签服务组按照《海牙公约》发出附加证明书，附加证明书只适用于该公约的缔约方，且申请人必须确保附加证明书的使用，不会违反《海牙公约》的规定。因此，公证机构及公证员在办理涉香港地区的文书公证业务时需慎之又慎，做到严格的实质审查，确保文书内容不违反香港法律和内地法律的规定，以确保文书的可用性。该公告同时明确中国内地与香港特区相互之间公文的认证事宜仍将继续沿用现行方式办理，即：由中国内地送往香港特区的公文须由外交部领事司负责办理确认手续，由香港特区送往中国内地的公文，须由委托公证人出具，并由中法确认、转递。由此可见，中法的审核加章转递程序对保障两地文书合法、有效往来，民商事安全交往、防范风险具有不可或缺的作用。

（三）国际合作存在不足，国际合作压力增大

实际操作中，在《海牙取消认证公约》生效后，涉外公证业务的增长对公证机构的国际合作能力提出了新的挑战。尽管我国在 2003 年 3 月 14 日成为国际公证联盟（Unión Internacional del Notariado，简称 UINL）¹⁴ 的第 71 个成员国，但在国际合作方面的参与度和影响力仍有待提高。目前与其他国家相比，中国公证员在联盟中的活跃度相对较低，这限制了中国在国际公证事务中的话语权和影响力。中国公证机构在参与国际合作项目方面的机会较少，限制了公证机构学习和吸收国际先进经验的机会。由于国际合作不足，导致中国公证服务在国际市场上的推广和认知度不足，在国际舞台上未能得到充分展示。

四、涉外公证对《海牙取消认证公约》的应对

为应对上述几大挑战，可主要从以下几方面入手：

（一）明确审查标准，理顺审查程序

清晰的审查标准是确保公证工作高效、准确进行的关键。囿于公证事项的多样性以及个案的特殊性，公证机构或许无法制定出能够适用于所有案件的审查标准，但可以根据实践中的常见情形制定出标准化的审查清单，列出每项审查的具体要求，同时提供详细的审查方法和判断标准。而对于那些因个案特殊化导致无法被审查清单全覆盖的情况，则需要依靠公证员的专业素养与办案经验作出判断。公证机构也可对公证员及相关工作人员定期组织业务培训，以交流办证心得、分析典型案例等多元方式，分享彼此在办证实务过程中面对不常见情形所采取的审查途径或替代性措施，帮助公证员识别类案中的潜在问题和风险点，在后续的案件办理过程中切实提高效率。

审查核实是公证业务办理过程中绕不开的环节，也是确保公证质量的重要程序。实践中，公证调查的方式多种多样，既包括传统的档案资料查阅，又包括新

¹⁴ 国际公证联盟是一个全球性的组织，致力于促进和保护各成员国之间的公证服务合作与交流。联盟通过标准化公证服务、促进成员国间的法律协作、法律与政策研究等功能，对全球经济与法律领域产生了深远的影响。

型的技术查询方式。对此，公证机构内部可成立专门的质量监督小组，负责对机构内所受理案件的公证过程进行全流程监督和评估，强化动态监督机制，确保审查工作能够及时发现并解决问题，尤其确保公证的审查核实阶段是完全按照程序规则进行的，公证业务办理的每一步骤都有据可依。

（二）加强培训教育，提高专业素养

公证员作为公证机构的核心力量，在推动公证行业发展中扮演着至关重要的角色。尤其是在《海牙取消认证公约》实施后，对公证员的专业要求更加严格，他们不仅需要具备深厚的国内法律知识，还要有广泛的国际视野和敏锐的法律感知力，以便准确理解和应用国际规则。为此，公证机构或有关组织定期组织培训显得尤为重要。培训应当涵盖以下几个方面：

首先，深化对《海牙取消认证公约》的学习和理解。这不仅是遵守国际规则的基础，也是确保公证文件在全球范围内得到认可的关键。公证机构应该邀请国内外专家进行讲解，帮助公证员掌握最新的法律法规和政策导向。

其次，强化国际私法的教育培训。随着涉外公证案件日益增多，要求公证员必须熟悉并能够灵活运用国际私法的相关原则。通过举办专题讲座、研讨会等形式，让公证员了解国际私法的最新发展动态，增强处理跨国法律事务的能力。

再次，注重培养实务操作能力。公证机构可以通过组织案例分析会、模拟案例等活动，为公证员提供实战演练机会，提高他们在真实场景中解决问题的能力。

此外，加强跨文化交流能力的培训也十分必要，定期的文化培训可以帮助公证员理解不同国家的商业习惯和法律文化，在处理跨国案件时更加得心应手。

（三）依托国际平台，开展国际合作

中国公证机构要想在国际舞台上发挥更大作用，就必须积极寻求与国际同行的合作。国际公证联盟为中国公证机构提供了重要交流平台，我们可以通过这个平台与世界各地的同行建立长期稳定的合作关系，实现资源共享、优势互补，共同推动全球公证事业的发展。具体而言，中国公证机构应主动参加国际公证联盟组织的各种会议和论坛等，抓住联盟正在编纂《国际公证法典》的难得机遇，发挥联盟内中国委员的作用，展示自身特色和成就，扩大国际影响力，增加我国在国际规则制定中的话语权。同时，也要善于借鉴他国经验，优化自身的工作流程和服务模式，提高我们公证服务的国际化水平，更好地服务于跨国企业和个人。

（四）法律科技加持，同样意义非凡

随着全球数字化技术的迭代发展，巴西、加拿大、爱沙尼亚等国依托国际公证联盟这一全球权威性平台率先于国内建立了统一的在线公证平台，这是国际公

证联盟自 2021 年发布《在线公证指引》以来的最新实践成果。巴西公证人创设的平台不仅实现了统一的数据存储及安全保障，还能就房地产交易、离婚登记等主要业务数据进行实时分析。¹⁵在我国，自最高人民法院于 2022 年发布《关于规范和加强人工智能司法应用的意见》以来，前沿人工智能技术为司法工作提供全方位辅助的重要作用日益显现，法律科技的概念也应运而生。

在这一背景下，上海市政府发布了《关于推动法律科技应用和发展的工作方案》（下文简称“《方案》”），明确加强智能化公共法律服务供给。《方案》中对于公证行业的数字化转型作出了清晰指引，要深入落实公证行业中的区块链技术应用，以此加强数据汇集分析，进而对公证业务风险、职业合规性等进行预警提示。¹⁶在实质审查层面，目前上海的公证机构已经通过与相关技术部门的合作实现了人脸、指纹的在线识别比对，各区公证机构亦结合自身实际，主动适应数据跨链新场景，探索应用区块链技术，开发出线上电子存证平台，通过为申请人上传的每一个电子数据自动生成“电子数据完整性校验值”（又称“存证哈希”）来为这些实体电子数据增添“安全砝码”。¹⁷例如，上海市公证协会联合相关技术力量研发出了“智慧公证”系统，通过大数据联网的方式与法院、公安、民政部门合作，实现了“一站式核查”，帮助承办公证员努力做到材料之间相互印证，最终形成严谨闭环，顺利出证。上海市静安公证处上线了“静芯链”电子数据存证平台，徐汇公证处推出了“汇存”电子存证平台，东方公证处开发了“沪 e 存”APP 等，这些技术应用均大幅降低了因数据搬运而可能发生的信息泄露风险，增强了申请人对公证电子数据保管服务的信任度。未来亦可依托上海市公证协会的平台，整合各区公证机构的现有资源，建设市级统一的上海公证区块链电子证据平台，从而进一步提高公证机构的审查效率及准确性。

五、结语

《海牙取消认证公约》中的附加证明书制度取代了传统的领事认证制度，在节约时间成本与促进跨国经贸往来上皆取得了显著成效，并且突破了以往的地域限制，使我国“公证+认证”的适用衔接更加畅通、快捷。概言之，《海牙取消认证公约》与涉外公证的价值目标是一致的，二者对于跨国交往与国际商事往来均具有重要推动作用。但需要明确的是，附加证明书只对一国的公文书作出形式审查，对公文书实质内容审查的责任则毫无疑问地由各公证机构予以承担。公证机构作为我国法定的证明机构，应当对申请人所申请证明文件的真实性与合法性进行实质审查，在目前已经初步形成的审查框架的基础上，各公证机构应当进一步明确审查标准，尽量将实务中常见的审查要求予以标准化，并通过业务培训加强公证

¹⁵ 《巴西·国际公证联盟大会侧记》，载《中国公证》2023 年第 12 期。

¹⁶ 上海市司法局：《一图读懂〈关于推动法律科技应用和发展的工作方案〉》，https://sfj.sh.gov.cn/2020zcgzjd_zcjd/20240102/201b9da22db54a5d843d75546743685e.html，2024 年 10 月 13 日访问。

¹⁷ 电子数据完整性校验值又称“存证哈希”，可以理解为是实体电子数据的身份证，一经生成便不会更改。

员的专业素养，以应对实务中疑难案件的审查要求。同时，要善于整合多方资源，深化技术手段的应用，灵活运用法律科技等新兴技术来辅助提高公证机构的审查效率与准确度，充分发挥涉外公证业务为我国公民、企业走出国门保驾护航的作用。

2025年中国国际法学年会

备用信用证不当拒付损害赔偿：评澳新银行案

王金根*

摘要：备用信用证是开证人对受益人出具的附条件支付承诺。只要受益人严格按照备用信用证的规定提交了相符单据，开证人就应付款，否则便构成不当拒付，除非开证人有充分证据证明受益人实施了欺诈。最高人民法院在澳新银行案中基于功能等同理论确认备用信用证欺诈适用《独立保函司法解释》，从而否认了基于同名同源理论适用《信用证司法解释》的主张。由此也就导致备用信用证的操作规则和欺诈例外适用规则的割裂。就此有待最高人民法院将来制定一部涵盖商业信用证、备用信用证与独立保函等为一体的全新《信用证司法解释》。在具体判定备用信用证欺诈时，法院必须考虑受益人是否构成信用证欺诈的时间点因素。只有受益人交单之时明知其“确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生”或“没有付款请求权”，仍滥用该权利在备用信用证下提出索款请求的，方才构成备用信用证欺诈。最高人民法院在澳新银行案中将《独立保函司法解释》第12条（四）项和（五）项中认定受益人是否构成欺诈的判断时间节点进行人为区分的理由并不充分。至于欺诈止付的效果，则仅在于暂时停止付款，而非终止付款。从而一旦法院判决受益人欺诈不成立，反担保备用信用证开证人即应对受益人承担不当拒付损害赔偿赔偿责任。基于备用信用证“特殊合同”的性质，受益人可主张的赔偿范围受《民法典》违约损害赔偿全面赔偿、可预见性和减损规则以及备用信用证独立性原则的限制。澳新银行案中最高人民法院尽管就不当拒付损害赔偿范围认定上遵循了上述精神，但却未能直接点明不当拒付损害赔偿的适用法律依据，是为缺憾。

关键词：备用信用证；澳新银行案；欺诈例外；不当拒付损害赔偿

一、问题的提出

备用信用证，又叫担保信用证，是指信用证开证人对受益人出具的，同意在受益人提交符合备用信用证要求的单据时向其支付一定款项的书面承诺。¹一个典型的备用信用证操作模式如下。基础买卖合同的买卖双方约定，卖方付运货物后将提单、保险单等买卖合同规定的单据直接交付买方，并由买方在规定时间内直接向卖方付款。当买方违约未能到期履行付款义务时，卖方（受益人）便可将买方（申请人）的违约声明等备用信用证所要求的单据提交开证人，由开证人承

* 王金根，法学博士，泉州师范学院陈守仁商学院教授。本文为国家社科基金后期资助一般项目《基于价值论的信用证付款机制研究》（项目编号：24FFXB042）的阶段性研究成果。本文仅为初稿。

¹ 参见王金根：《信用证不当拒付损害赔偿研究》，中国政法大学出版社2021年版，第20-21页。

担对受益人的付款义务。²简言之，备用信用证本质上就是开证人对受益人承担的有条件付款承诺。该条件就是受益人必须按照备用信用证的规定提交相符单据。只要受益人提交了相符单据，开证人便必须支付受益人信用证项下款项，除非开证人证明受益人存在信用证欺诈。

备用信用证最早起源于美国。原因是美国法律限制美国的银行开立独立保函业务，于是美国银行便借鉴商业信用证模式开立具有独立担保功能的备用信用证。³由于备用信用证能够给受益人提供从属担保所不具备的迅捷、确定且低成本的保障付款功能，其一经产生，便在各个领域得以广泛适用。⁴

由于我国备用信用证业务并不是特别发达，所以在 2005 年制定《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（以下简称“《信用证司法解释》”）、⁵2016 年制定《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（以下简称“《独立保函司法解释》”）⁶时都没有将备用信用证纳入适用范围，导致存在法律漏洞。

2023 年，最高人民法院审理了中国电力工程有限公司（备用信用证申请人，以下简称“中国电工”）、澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行（备用信用证开证人、反担保备用信用证受益人，以下简称“澳新银行马尼拉分行”）以及江苏银行股份有限公司（反担保备用信用证开证人，以下简称“江苏银行”）之间的反担保备用信用证欺诈止付以及不当拒付损害赔偿赔偿责任纠纷（以下简称“澳新银行案”），⁷为我们观察最高人民法院在备用信用证纠纷中如何适用法律提供了机会。

本文第二部分主要介绍澳新银行案的基本事实，第三部分讨论澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下的索款是否构成备用信用证欺诈，第四部分则探讨江苏银行反担保备用信用证下的不当拒付应如何承担损害赔偿赔偿责任，最后是结论。

二、澳新银行案事实概述

2011 年，中国电工作为承包商与总包方康松吉公司、业主吕宋电力公司签订一份《项目工程合同》，约定由中国电工承担吕宋电力在菲律宾的电厂项目的设计、设备供货以及在现场的培训、指导及部分调试工作，康松吉公司负责项目土

² 参见高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 3 页。

³ 参见高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 3 页。

⁴ 参见高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 4 页。

⁵ 最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（法释[2005]13 号，法释[2020]第 18 号修正）。

⁶ 最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释[2016]24 号，法释[2020]第 18 号修正）。

⁷ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初 2 号（欺诈纠纷）；最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与江苏银行股份有限公司独立保函纠纷案”（2020）最高法商初 3 号（不当拒付损害赔偿纠纷）。

建和安装工作。为担保该合同的顺利履行，中国电工委托江苏银行向澳新银行马尼拉分行开立《反担保备用信用证》，以便为澳新银行马尼拉分行开立以康松吉公司为受益人的《备用信用证》提供反担保。《备用信用证》和《反担保备用信用证》的金额均为 22979687.50 美元。

2015 年 11 月 25 日，康松吉公司根据《备用信用证》向澳新银行马尼拉分行交单索款 22979687.50 美元。2015 年 11 月 27 日，澳新银行马尼拉分行向江苏银行交单索款 22979687.50 美元。由于中国电工仅同意支付 7313543.30 美元，江苏银行遂于 2015 年 12 月 8 日向澳新银行上海分行的账户支付了 7313543.30 美元。2015 年 12 月 8 日，澳新银行马尼拉分行向《备用信用证》受益人康松吉公司支付 7313543.30 美元。

2015 年 12 月 4 日，应中国电工申请，北京四中院裁定澳新银行马尼拉分行和江苏银行各自中止支付案涉《备用信用证》《反担保备用信用证》项下款项 15666144.20 美元。

2017 年 5 月 11 日，康松吉公司与澳新银行马尼拉分行达成和解，双方签订《和解协议》，内容涉及康松吉公司基于两份备用信用证对澳新银行马尼拉分行的索款。一份是案涉《备用信用证》，另一份则是案外人中技公司为申请人的《备用信用证》。《和解协议》约定澳新银行马尼拉分行向康松吉公司支付 600 万美元，以换取康松吉公司撤销上述两份备用信用证项下的索赔。

日，澳新银行马尼拉分行向康松吉公司实际支付上述 600 万美元。2017 年 9 月 8 日，中国电工与康松吉公司签订《和解协议》，协议约定康松吉公司撤销案涉《备用信用证》项下的索款；康松吉公司向中国电工退还康松吉公司根据《备用信用证》已向澳新银行马尼拉分行索款获得的 7313543.30 美元。

因中国电工与康松吉公司和解，北京四中院于 2018 年 1 月 25 日裁定准许中国电工撤诉。2019 年 5 月 27 日，北京四中院裁定解除止付令，民事裁定书于 2019 年 6 月 19 日送达澳新银行马尼拉分行。

2019 年 7 月 19 日，澳新银行马尼拉分行请求江苏银行支付《反担保备用信用证》项下 600 万美元款项及支付自 2017 年 5 月 11 日至该款项支付之日 5% 的年利率。从而引发本诉讼。

法院经审理，认定澳新银行马尼拉分行的索款不构成欺诈，江苏银行应支付 600 万美元及相应利息，利息参照中国银行同期美元存款利率（不超过年利率 3%）从 2017 年 5 月 11 日起计算。⁸

⁸ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初 2 号；最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与江苏银行股份有限公司独立保函纠纷案”（2020）最高法商初 3 号。

三、澳新银行马尼拉分行索款是否构成备用信用证欺诈

如前述，反担保备用信用证下，只要受益人提交了相符单据，开证人便应按反担保备用信用证的规定支付受益人，否则即应承担不当拒付损害赔偿赔偿责任，除非开证人能够举证证明受益人的交单索款构成备用信用证欺诈。因而在澳新银行案中，澳新银行马尼拉分行和江苏银行之间争议的第一个核心问题便是，澳新银行马尼拉分行反担保备用信用证下的交单索款是否构成欺诈。

（一）备用信用证欺诈例外的适用法律

如前述，实务中承担独立性付款义务的法律工具主要有三个，商业信用证、备用信用证与独立保函。⁹其中，商业信用证历史最为悠久，其主要适用于国际货物买卖领域，用于保障受益人（卖方）一旦付运货物并提交与信用证相符的单据，便能够获得开证人的付款。¹⁰其本质上是一种付款工具。备用信用证尽管源自于商业信用证，但其更多的是一种担保工具。¹¹一般是用于申请人基础合同下违约时，受益人只要提交与备用信用证相符的单据，便可获得备用信用证开证人的付款。¹²这一点上和独立保函一致。独立保函本质上也是一种担保工具。¹³

就这三种工具而言，它们都遵循的是独立性原则与严格相符原则，都是开证人（担保人）对受益人做出的有条件付款承诺，即只要受益人提交与信用证（独立保函）严格相符的单据，开证人便必须付款。¹⁴开证人不得以基础交易或申请协议纠纷为理由提出抗辩。¹⁵正是因为如此，美国就备用信用证、独立保函以及商业信用证均适用美国《统一商法典》第五编（信用证编）的规则，此即统一立法模式。¹⁶

我国本无规范信用证与独立保函的法律，为解决实务中的纠纷，最高人民法院于 2005 年制定了《信用证司法解释》，2016 年制定了《独立保函司法解释》。¹⁷但唯独没有制定备用信用证的规则。由此导致备用信用证纠纷究竟应适用何种法律的问题。

其实，早在 2005 年制定《信用证司法解释》的过程中，当时的草案起草人高祥教授便主张制定统一适用于商业信用证和备用信用证的统一信用证司法解

⁹ 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 21-24 页。

¹⁰ 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿赔偿责任研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 19-20 页。

¹¹ 实务中有存在直接付款备用信用证，但使用的并不频繁，see ISP98 Preface。

¹² 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 5 页。

¹³ 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 6 页。

¹⁴ 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 5-6 页。

¹⁵ See e.g., UCP600 Article 4, ISP98 Rules 1.06, 1.07, URDG758 Article 5.

¹⁶ See 1995 UCC §5-102 cmt. 6.

¹⁷ 《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释[2016]24 号，法释[2020]第 18 号修正）。

释。¹⁸但鉴于备用信用证纠纷尚不多见，故而最终颁布的司法解释未明确将其适用拓展至备用信用证。¹⁹到2012年最高人民法院着手起草独立保函司法解释时，高祥教授再次呼吁，制定统一适用备用信用证与独立保函的司法解释。²⁰但最终最高人民法院依然是以“目前人民法院受理的备用信用证纠纷案件极为少量，审判经验不足，司法解释予以系统性调整的条件尚不成熟，应留待司法实践逐步加以解决”为由拒绝该主张。²¹从而最终颁布的《独立保函司法解释》只是单纯适用于独立保函纠纷，而并不及于备用信用证。²²

由此导致的法律漏洞是，一方面，一旦发生备用信用证纠纷，我们缺乏明确的针对备用信用证的法律规则；另一方面，鉴于备用信用证和独立保函与商业信用证都相似，导致纠纷在解释上既可以适用《信用证司法解释》，也可适用《独立保函司法解释》。最高人民法院在本案中基于功能等同精神而最终确认备用信用证纠纷应适用《独立保函司法解释》，²³而非《信用证司法解释》，从而修正了《独立保函司法解释》当时所持的否定立场。²⁴事实上，最高人民法院的此立场变化并非始于本案。早在最高人民法院修订民事案件案由规定时，便注意到备用信用证纠纷究竟应该适用《信用证司法解释》还是《独立保函司法解释》的问题，并强调指出，“由于与独立保函具有相同担保功能，备用信用证在交易流程、法律性质上与独立保函相同，仅在适用地域、名称上与独立保函不同。司法实践中，涉及备用信用证的纠纷时，人民法院应适用专门处理独立保函争议的《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》。”²⁵而本案最为重要的意义之一便在于贯彻最高人民法院民事案件案由规定的精神，明确确认备用信用证（欺诈）纠纷应当适用《独立保函司法解释》，²⁶从而弥补了备用信用证欺诈缺乏相应

¹⁸ 参见《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（2001年底讨论稿，高祥教授起草）第16条：人民法院审理在法律性质上与信用证类似的独立担保等其它独立于基础合同的付款承诺的纠纷案件时，适用本规定中可以适用的条款。

¹⁹ 王琬：《〈关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法》2006年第1期，第18页；高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014年第6期，第15页。

²⁰ 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014年第6期，第14-15页。

²¹ 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法（应用）》2017年第1期，第24页。

²² 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法（应用）》2017年第1期，第24页。

²³ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初2号；最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与江苏银行股份有限公司独立保函纠纷案”（2020）最高法商初3号。

²⁴ 张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法（应用）》2017年第1期，第24页。

²⁵ 杨万明主编：《最高人民法院新民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第959页。

²⁶ 该案之前，部分备用信用证争议案例法院援引适用《信用证司法解释》，例如北京市第四中级人民法院“中国电力工程有限公司与DMCI工程公司申请中止支付信用证项下款项案”（2015）四中民（商）保字第365号。

规则的漏洞。

但是，我们不应将此案判决立场放大认为备用信用证纠纷一概适用独立保函规则。因为，尽管备用信用证和独立保函功能上并无不同，但具体操作实务上还是会存在略微差异。诸如，独立保函一般都是间接开立，²⁷中间并不会存在被指定的付款人、承兑人、议付人与保兑人等，一般也比较少存在通知人等；而备用信用证多数情况下是直接开立，并经由通知人通知受益人，开证人也一般会授权受益人所在地被指定人承担承付或保兑的职责。因而在备用信用证并未规定适用的具体业务规则时，法院不应去依据上述澳新银行案得出结论认为非欺诈性的备用信用证纠纷也应当适用 URDG 等独立保函规则，而是应该适用 ISP 或者 UCP 等信用证规则。²⁸

由此便导致备用信用证法律纠纷适用法律的割裂。一方面，非欺诈性的备用信用证纠纷，基本上是适用 ISP98 或 UCP600 等关于“信用证”的规则；但另一方面，备用信用证欺诈纠纷，又是适用有关“独立保函”的《独立保函司法解释》。从此角度而言，最高人民法院的判决立场亦有可商榷之余地。其实澳新银行案适用《信用证司法解释》欺诈规则也并无不可。²⁹当然，之所以会最终产生如此问题，根源是因为我们最高人民法院针对（商业）信用证和独立保函分别制定司法解释，导致了规则的“南北分立”，而人为制造出来了问题。其实，纵观英美等信用证法律制度发达国家的立法或司法经验，他们都承认独立保函本质上和信用证无异，因而独立保函纠纷一体适用有关信用证的法律规则或判例，从而实行了诸规则合一的模式。³⁰

从我们最高人民法院所持立场来看，他们也都承认独立保函和备用信用证并无差异，独立保函只不过是信用证的一种特殊类型而已。³¹既然如此，似乎将来直接废除《信用证司法解释》和《独立保函司法解释》而起草一部涵盖商业信用证、备用信用证与独立保函等为一体的全新《信用证司法解释》，便合乎逻辑。³²事实上，鉴于商业信用证、备用信用证和独立保函具体业务规则已经有了较为

²⁷ 本案中备用信用证与反担保备用信用证的运作模式和独立保函的间接开立模式相当，加上争议各方当事人都同意适用《独立保函司法解释》，可能这也是法院判决适用《独立保函司法解释》而非《信用证司法解释》的原因之一。

²⁸ 理论上而言，备用信用证也可规定适用 URDG758。但实践中，开证人会更倾向于规定备用信用证适用 UCP600 或 ISP98，而不是 URDG758。See Georges Affaki & Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, ICC Services Publications No. 702E, 2011, pp. 57, 193; 阎之大：《UCP600 修订意见评议》，载《中国外汇》2017 年第 14 期，第 59 页。

²⁹ 《信用证司法解释》第 8 条（一）项。参见高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 15 页：“《信用证规定》第 8 条第 1 项有关‘受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据’的规定，虽然也可以适用于商业信用证，但主要针对的是备用信用证。也就是说，《信用证规定》本来就适用于备用信用证。”

³⁰ 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 8-9 页。

³¹ 参见张勇健、沈红雨：《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》，载《人民司法（应用）》2017 年第 1 期，第 25 页：“《规则》将独立保函定性为一类特殊的信用证。”

³² 高祥：《论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位》，载《比较法研究》2014 年第 6 期，第 15

成熟的国际商事规则，我们最高人民法院所起草的新《信用证司法解释》只需在承认上述几个国际性规则“习惯法”效力基础上，详细规定信用证基本原则、欺诈例外、失权以及不当拒付损害赔偿等规则即可。

（二）备用信用证欺诈例外的认定

本案中，反担保备用信用证申请人中国电工主张反担保备用信用证受益人构成欺诈的依据主要有二。一是《独立保函司法解释》第12条（四）项“受益人确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的”，二是《独立保函司法解释》第12条（五）项“受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”。

针对《独立保函司法解释》第12条（四）项，最高人民法院认为，确认受益人是否构成第（四）项的欺诈，必须要考虑受益人确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的时点。这是判决受益人是否构成信用证欺诈的一个重要时间点因素。一般而言，此时点应限于交单之时。³³即只有受益人交单之时明知其“确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生”，仍然在独立保函（备用信用证）下提出索款请求的，方才构成备用信用证欺诈。正如最高人民法院所强调，“如果受益人提出独立保函项下的索赔之前或当时，其已经确认了保函申请人在基础交易项下已经完全履行了义务或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生，但仍依据保函提出索赔的，可以认定受益人构成欺诈”；但“如果受益人是在向保函开立人提出相符索赔，并从保函开立人处部分或全部获得赔付后，随着基础交易的推进，受益人再确认‘基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生’，则不能以该项规定为据认定受益人构成欺诈。”³⁴正如 Staughton L. J. 在 Group Josi Re 一案中所强调，“法院审理时受益人以及银行才知道信用证的交单在实质内容上系虚假的，这无关紧要，关键的时间点是交单之时。”³⁵

本案中，受益人康松吉公司于2015年11月25日在备用信用证下向备用信用证开证人澳新银行马尼拉分行交单索款，随即反担保备用信用证受益人澳新银行马尼拉分行于2015年11月27日在反担保备用信用证项下向反担保备用信用证开证人江苏银行交单索款，称其已收到备用信用证项下的相符索款。此时并无任何证据表明，在该时点或之前备用信用证受益人康松吉公司或反担保备用信用证受益人澳新银行马尼拉分行作出任何确认“基础交易债务已得到完全履行或者

页。

³³ See *Group Josi Re v. Walbrook Insurance Co., Ltd.* [1996] 1 WLR 1152, 1161.

³⁴ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初2号。

³⁵ *Group Josi Re v. Walbrook Insurance Co., Ltd.* [1996] 1 WLR 1152, 1161.

确认独立保函载明的付款到期事件并未发生”的意思表示。即受益人交单之时并不构成欺诈。自然人申请人“不能以《反担保备用信用证》索赔之后发生的相关事件认定该索赔是否构成欺诈。”³⁶

然而，针对《独立保函司法解释》第12条（五）项，“受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形”，最高人民法院却并未严格将认定受益人是否构成欺诈的时间节点限制于交单之时。“尽管严格来说，滥用付款请求权的欺诈情形下，对受益人主观恶意之判断时点也应限于提出索赔时，但实践中确实存在受益人主观知情状态发生变化的情形。如其索赔时善意相信自身有付款请求权，但其后知晓付款请求权已丧失的事实却坚持不撤回索赔请求的，可以认定构成欺诈，因为此时其已不具有应予保护的法益。”³⁷笔者以为此不甚妥当，至少不存在将《独立保函司法解释》第12条（四）项和（五）项中认定受益人是否构成欺诈的判断时间节点进行人为区分的充分理由。

当然，实务中的确存在受益人索款时善意相信自己有付款请求权，但其后知晓付款请求权已丧失的事实仍坚持不撤回索款请求的情形存在。在本案之前，国内法院判决的正扬轴承案便是典型。³⁸该案中，开证人不当拒付，受益人向法院起诉追究开证人不当拒付损害赔偿赔偿责任。于此期间，受益人已经从开证人或申请人处获得了绝大部分款项。但受益人依然在信用证下要求开证人承担全款的付款责任。最终法院判决，尽管正扬公司的行为不构成信用证欺诈，但是，“如正扬公司的诉讼请求得到保护，则会出现利用信用证重复获利的结果，该结果与通过信用证单据欺诈获利一样，均不符合公平正义，均属非法。”从而，最终法院“参照”《信用证司法解释》第8条（四）项兜底条款的规定，判决驳回受益人的起诉。³⁹显然，该案之所以法院判决受益人的索款不构成信用证欺诈，是因为受益人交单索款之时，其并无欺诈的意图，且合法相信其享有信用证下的索款请求权。这一点毫无疑问是准确的，但法院最终却参照适用信用证欺诈规则而判决驳回受益人起诉，则和前述澳新银行案中最高人民法院的立场似乎“如出一辙”，都不甚准确。因为显然，如果受益人在交单之后，已经获得了开证人的部分偿付，却依然索取全部款项的话，开证人可以部分支付为由抗辩该多索款之部分；如果受益人是从申请人处获得支付，则开证人可以受益人已经减轻损失为由，予以抗辩已减轻损失的部分，在该两类情形下都不存在需要适用或参照适用信用证（独立保

³⁶ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初2号。

³⁷ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”（2020）最高法商初2号。

³⁸ 浙江省宁波市中级人民法院“海宁市正扬轴承有限公司与帕萨加德银行、宁波鄞州农村商业银行股份有限公司信用证纠纷案”（2014）浙甬商外初字第53号。

³⁹ 浙江省宁波市中级人民法院“海宁市正扬轴承有限公司与帕萨加德银行、宁波鄞州农村商业银行股份有限公司信用证纠纷案”（2014）浙甬商外初字第53号。

函) 欺诈规则的余地。⁴⁰

因而, 在澳新银行案中, 最高人民法院以受益人索款之时善意, “但其后知晓付款请求权已丧失的事实却坚持不撤回索赔请求的, 可以认定构成欺诈”, 是不严谨的。

当然, 本案中最高人民法院再次重申了反担保函的双重欺诈规则, 是值得肯定的。⁴¹“反担保函欺诈存在两种情形: 一是反担保函的受益人即独立保函的开立人知晓独立保函的受益人欺诈仍予以付款, 并在反担保函项下提出索赔, 此构成双重欺诈性索赔; 二是反担保函的受益人不以独立保函受益人欺诈性索赔为前提, 而基于自身受益人的身份, 在反担保函项下提出欺诈性索赔。”⁴²

(三) 备用信用证欺诈例外的效力

就备用信用证欺诈例外的效力, 最高人民法院认定欺诈止付并非实体性判决, 一旦确认不构成欺诈, 开证人即应对受益人承担不当拒付损害赔偿赔偿责任, 也是准确的。⁴³“止付裁定的性质系行为保全裁定, 仅起到因司法强制原因暂时停止付款的作用, 而非实体判决, 不具有终止《反担保备用信用证》项下付款义务的法律效果。”既然经进一步审理, 法院判决确定澳新银行在反担保备用信用证下的交单索款并不构成欺诈, 并驳回了申请人“中国电工关于江苏银行终止支付《反担保备用信用证》项下款项的诉请, 故江苏银行的付款义务并未终止, 根据《独立保函规定》第六条第一款的规定, 其应依据《反担保备用信用证》继续履行支付剩余款项的义务。”⁴⁴

四、江苏银行备用信用证不当拒付损害赔偿赔偿责任

既然澳新银行马尼拉分行的索款不构成欺诈, 自然江苏分行在反担保备用信用证下便丧失拒绝支付受益人澳新银行马尼拉分行的合法理由。从而, 在法院裁定解除止付令后, 江苏银行即应对澳新银行马尼拉分行承担不当拒付损害赔偿赔偿责任。

(一) 备用信用证不当拒付损害赔偿适用法律

备用信用证不当拒付损害赔偿所涉及的第一个问题便是确定损害赔偿范围所应适用之法律问题。令人遗憾的是, 最高人民法院在澳新银行案中并未就此做出认定。而只是简单的依据《独立保函司法解释》第 1、6、12 和 20 条的规定,

⁴⁰ Wang Jingren, *Reviewing Zhengyang Bearing: Fraud Rule, Mitigation, and Partial Payment in the Damages for Letter of Credit Wrongful Dishonor*, 2020 *The Banking Law Journal* 137 (2), 104.

⁴¹ 参见张勇健、沈红雨:《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》, 载《人民司法(应用)》2017 年第 1 期, 第 27 页。

⁴² 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”(2020)最高法商初 2 号(欺诈纠纷)。

⁴³ 参见王金根:《信用证不当拒付损害赔偿赔偿责任研究》, 中国政法大学出版社 2021 年版, 第 146 页。

⁴⁴ 最高人民法院“中国电力工程有限公司与澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行独立保函欺诈纠纷案”(2020)最高法商初 2 号(欺诈纠纷)。

判决开证人应对受益人承担不当拒付损害赔偿的责任。

注意,《独立保函司法解释》第1条涉及的是独立保函的定义,而第12、20条涉及的是独立保护欺诈的规定,第6条第2款涉及的是独立性原则,显然无法构成不当拒付损害赔偿的请求权基础。至于《独立保函司法解释》第6条第1款,其规定,“受益人提交的单据与独立保函条款之间、单据与单据之间表面相符,受益人请求开立人依据独立保函承担付款责任的,人民法院应予支持。”注意该款只是确认开立人审单依据,即单据表面相符原则,只要受益人交单相符,开立人便必须承担付款义务。尽管此处有出现“责任”二字,但该责任显然并不是受益人交单相符但开证人不当拒付时应对受益人承担之第二性付款责任。即此处之责任应做“义务”解。⁴⁵从此角度而言,其也并不是足以构成开证人应对受益人承担不当拒付损害赔偿责任之法律依据。

那在开证人不当拒付损害赔偿时,受益人究竟应依据什么法律追究开证人的不当拒付损害赔偿责任。笔者以为,细节藏在最高人民法院所援引的“《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》第四十一条”之中,⁴⁶“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”即,依据该条可知,最高人民法院确认备用信用证本质上构成开证人和受益人之间的一种特殊合同。⁴⁷既然备用信用证本质上是合同,自然在开证人不当拒付(即“违约”)时,受益人可以依据《民法典》第577条(违约责任)以及584条(违约损害赔偿范围及可预见性原则)的规定追究开证人的损害赔偿。换言之,受益人得索赔之范围应受可预见性原则之限制,但开证人得以《民法典》第591条“减损规则”予以抗辩。当然,基于备用信用证的独立性,开证人应赔偿之受益人损失,应仅限于备用信用证下所遭受之损失,自不待言。⁴⁸

(二) 江苏银行应承担的不当拒付损害赔偿范围

1. 索款本金

澳新银行案中,反担保备用信用证下,一开始受益人澳新银行马尼拉分行向开证人交单索款的金额是22979687.50美元。由于反担保备用信用证开证人已经支付了该备用信用证下部分款项7313543.30美元,故而澳新银行在反担保备用

⁴⁵ 参见张勇健、沈红雨:《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》,载《人民司法(应用)》2017年第1期,第27页;《信用证司法解释》第5条1款。

⁴⁶ 参见最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与江苏银行股份有限公司独立保函纠纷案”(2020)最高法商初3号。

⁴⁷ 另参见张勇健、沈红雨:《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》,载《人民司法(应用)》2017年第1期,第28页:“受益人和开立人之间因独立保函而产生的纠纷案件,性质为合同纠纷”。

⁴⁸ 王金根:《独立保函不当拒付损害赔偿研究》,载《比较法学研究》2022年第3期,第195-200页。

信用证下向开证人索款 15666144.20 美元。然而，由于最终备用信用证下受益人与澳新银行达成和解协议，澳新银行马尼拉最终在备用信用证下仅向受益人支付了 600 美元。相应的，“江苏银行在《反担保备用信用证》项下的付款义务也减至 600 万美元。”从而最终法院“确定江苏银行应付款的本金数额为 600 万美元。”

显然，澳新银行马尼拉分行向江苏银行索赔的本金由 15666144.20 美元减额至 600 万美元，一方面是受益人澳新银行自由处分其权利之结果；但另一方面，即使澳新银行在诉讼中仍然依据原金额直接向反担保备用信用证开证人索赔“15666144.20 美元”，开证人仍得依据《民法典》第 591 条“减损规则”的规定，主张受益人已实际减轻了其部分损失为由，主张将赔偿金额降为 600 美元。⁴⁹

此外，还需要特别强调的是，2017 年 5 月 11 日澳新银行马尼拉分行和康松吉公司达成的和解协议涵盖了“康松吉公司基于两份备用信用证对澳新银行马尼拉分行的索款”。一份是案涉备用信用证，另一份则是和本案无关的备用信用证。和解协议约定澳新银行马尼拉分行向康松吉公司支付 600 万美元，以换取康松吉公司撤销上述两份备用信用证项下的索赔。因而，严格意义上澳新银行马尼拉分行在本案备用信用证中对受益人的支款，并没有 600 万美元，而只是其中的一部分。因而江苏银行抗辩认为，澳新银行马尼拉分行“根据《和解协议》向康松吉公司支付的 600 万美元不属于案涉《备用信用证》项下的付款行为。”但该抗辩并未被法院接受。法院认为，“澳新银行马尼拉分行向江苏银行索赔的本金已由 15666144.20 美元减额至 600 万美元，本院确定江苏银行应付款的本金数额为 600 万美元。”法院表述逻辑是，澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下的索款本金本是 15666144.20 美元，这也是江苏银行本应支付的金额。但既然澳新银行马尼拉分行主动将其索款金额降至 600 万美元，法院自然没有理由反对。显然，法院的上述理由并未直接回应江苏银行的抗辩。那法院不接受江苏银行的抗辩的根本原因为何？本文以为，根本原因在于独立性原则，即反担保备用信用证独立于备用信用证。基于独立性原则，澳新银行马尼拉分行对受益人康松吉公司支付的 600 万美元在两份备用信用证下究竟是如何分配的，和反担保备用信用证无关，和江苏银行无关。只要澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下的交单相符，索款金额未超过反担保备用信用证规定的金额，江苏银行便无权提出抗辩。

2. 利息赔偿

反担保备用信用证下，澳新银行不仅仅主张索赔了本金 600 美元，同时还索赔了相应利息，即“请求按照中国人民银行同期美元存款利率，自 2017 年 5 月 11 日起计，计算至实际支付之日止。”

注意，澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下索赔利息之起算点，是 2017 年 5 月 11 日，即澳新银行马尼拉分行在备用信用证下向受益人支付 600 美

⁴⁹ 王金根：《信用证不当拒付损害赔偿研究》，中国政法大学出版社 2021 年版，第 361-388 页。

元之日。本文以为，此索赔利息起算点存在不当。澳新银行马尼拉分行显然并未能准确理解反担保备用信用证独立于备用信用证的精神。因为澳新银行是在 2015 年 11 月 27 日在反担保备用信用证下向开证人江苏银行交单，根据反担保备用信用证所规定适用的 ISP98 第 5.01 条的规定，江苏银行最晚应在 2015 年 12 月 8 日前审单确认单据是否相符。一旦单据相符，开证人便应立即付款。既然江苏银行并未通知澳新银行单据不符点，并实际支付了 7313543.30 美元的款项，开证人应自 2015 年 12 月 9 日起对剩余的款项承担不当拒付损害赔偿赔偿责任，相应的，利息也应自该时起计算，而并非自澳新银行在备用信用证下向受益人实际支付款项的次日起计算。因为反担保备用信用证完全独立于备用信用证。即反担保备用信用证下江苏银行对受益人澳新银行承担的不当拒付损害赔偿赔偿责任，完全独立于备用信用证下澳新银行对受益人的付款责任。正如最高人民法院判决所指出，备用信用证开证人江苏银行“于 2015 年 11 月 27 日收到交单，最迟应在七个营业日内，即 2015 年 12 月 8 日之前审单结束并付款，而在 2015 年 12 月 8 日前，其仅支付了 7313543.30 美元，对剩余的 15666144.20 美元，中国电工又向法院申请了止付令。由于澳新银行马尼拉分行的索赔不存在欺诈行为，中国电工错误申请止付令造成的应付款项下的利息损失，不应由有权获得该款项的澳新银行马尼拉分行承担。因此，江苏银行应付的利息本应从审单结束的次日，即 2015 年 12 月 9 日开始起算，而澳新银行马尼拉分行主张从 2017 年 5 月 11 日起算，应视为澳新银行马尼拉分行对其利息请求权的处分”。

值得指出的是，最高人民法院明确确认欺诈止付令不构成开证人得以免除利息赔偿责任之依据，从而与 UBAF 案中的判决精神保持了一致。⁵⁰其实质是确认了法院止付令不免除开证人反担保备用信用证不当拒付下利息损害赔偿赔偿责任的精神。⁵¹背后根本原因在于，尽管开证人拒付的根本原因是法院裁决止付因而不具可责难性，但开证人在此期间不断继续保有本应归属受益人的资金，且随着时间经过不断从中获益，而受益人因此而丧失利用上述资金的利益。显然开证人的获益和受益人之间的损失之间存在显而易见的因果关系。开证人继续保有上述利益没有法律和合同上的依据，故其应从不当拒付中所获利益返还给受益人，以填补其所受损失。⁵²

然而，就赔偿利率标准，澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下索赔的是“中国人民银行同期美元存款利率”。由于中国人民银行实施外币利率市场化政

⁵⁰ 参见最高人民法院“中国银行股份有限公司河南省分行与阿拉伯及法兰西联合银行（香港）有限公司独立保函纠纷案”（2018）最高法民终 880 号。另参见上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司湘潭分行与平安银行股份有限公司上海分行其他信用证纠纷案”（2021）沪民终 38 号。

⁵¹ 参见王金根：《论独立保函不当拒付损害赔偿：以中国银行与 UBAF 独立保函纠纷案为中心》，载《经贸法律评论》2021 年第 1 期，第 102 页。

⁵² 参见上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司湘潭分行与平安银行股份有限公司上海分行其他信用证纠纷案”（2021）沪民终 38 号。

策，自 2015 年 5 月起已不再公布外币存款利率，澳新银行马尼拉分行主张的“中国人民银行同期美元存款利率”的请求实际上已经无法执行。⁵³从而最终最高人民法院“酌定利率参照中国银行同期美元存款利率执行。”“同时，因澳新银行马尼拉分行提供的利息计算表中主张的利率计算标准为年利率 3%，因此，江苏银行应支付利率的标准为，以年利率 3% 为上限，参照中国银行同期美元存款利率执行。”

显然，澳新银行马尼拉分行主张按存款利率而非贷款利率标准索赔利息损失，是不明智的。尽管我国《民法典》并没有明确规定金钱债务损害赔偿利率标准问题，实践中法院判决立场也并不一致，⁵⁴但一般认为，应是按贷款利率而非存款利率赔偿利息损失，因为只有按贷款利率计算，才能完全弥补受损害方的实际损失，此正是《民法典》第 584 条全面赔偿原则之精神体现。⁵⁵这一点在交通银行案中法院有着非常经典的阐释。⁵⁶该案中，针对开证人提出的应按存款利率而非贷款利率赔偿议付人欺诈止付期间利息损失的上诉主张，二审法院认为，“交行湘潭分行（即开证人——笔者注）本应在到期日支付信用证项下的款项，因止付裁定无需支付，交行湘潭分行就可以继续使用上述资金获得收益。交行湘潭分行是商业银行，资金放贷是他的主要业务和收益来源，故推定其将该笔本应向平安上海分行（即议付人——笔者注）支付的资金用于对外贷款并获得利息收益，符合常理。相反，推定交行湘潭分行将这笔资金存放到其他银行只获得存款利率的收益，或推定交行湘潭分行不利用该笔资金从事盈利性活动，显然有悖常理。一审法院采用同期同类贷款基准利率和同期同类贷款市场报价利率计算利息的作法，并无不当。”最后，二审法院援引《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 21 条、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第 25、26 条等的规定认为，“按同类贷款基准利率、贷款市场报价利率计算利息损失是最高人民法院的主流观点，在司法实践中已被广泛采用。”⁵⁷

此外，最高人民法院参照“中国银行同期美元”的利率标准执行，应该来说是吻合最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 32 条

⁵³ 参见最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》[法（民四）明传（2021）60 号]第 32 条：“……当事人未约定的，可以参照中国银行同期同类外币贷款利率计算”。

⁵⁴ 参见最高人民法院“中国银行股份有限公司河南省分行与阿拉伯及法兰西联合银行（香港）有限公司独立保函纠纷案”（2018）最高法民终 880 号；该案中，最高人民法院也是按存款利率而非贷款利率判决独立保函开立人应对受益人承担之利息赔偿责任。

⁵⁵ 参见最高人民法院“无锡湖美热能电力有限公司与新加坡星展银行信用证纠纷案”（2017）最高法民终 327 号；王金根：《论独立保函不当拒付损害赔偿：以中国银行与 UBAF 独立保函纠纷案为中心》，载《经贸法律评论》2021 年第 1 期，第 103 页。

⁵⁶ 参见上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司湘潭分行与平安银行股份有限公司上海分行其他信用证纠纷二审民事判决书”（2021）沪民终 38 号。

⁵⁷ 参见上海市高级人民法院“交通银行股份有限公司湘潭分行与平安银行股份有限公司上海分行其他信用证纠纷二审民事判决书”（2021）沪民终 38 号。

的规定的。⁵⁸但是由于目前中国银行“对外贷款利率……必须到银行柜台进行查询……中国银行在实际操作过程中对贷款利率的确定是针对不同客户的资信适用不同的利率，系根据客户具体情况个案确定，并无统一标准，也不会向社会公众公布。”⁵⁹因此，最高人民法院的该纪要规定在具体适用时仍会存在不少障碍。

当然，随着最高人民法院《关于外币及港澳台货币逾期付款利息计算标准的批复》的颁布，上述外币利率标准问题应该已经不会再成为问题。在该批复中，最高人民法院明确指出，在当事人没有约定外币利率计算标准的情况下，“可以依据中国人民银行官网定期公开发布的《中国货币政策执行报告》附表中公布的3个月以内、3（含）至6个月、6（含）至12个月、1年、1年以上美元贷款平均利率，由人民法院根据案件具体情况予以确定。”⁶⁰

3. 其他费用

遗憾的是，该案中澳新银行马尼拉分行并未索赔律师费损失及DOCDEX裁决费损失，因而无从知晓最高人民法院就此类费用是否应当赔偿之立场。基于备用信用证付款担保机制所追求之付款迅捷、确定与低成本价值精神，我们理应确认一旦备用信用证开证人构成不当拒付，其不仅仅应赔偿受益人备用信用证下索款金额本身及其利息，还应赔偿受益人包括律师费、DOCDEX裁决费在内的一切费用损失。严格意义上，这类费用损失，都属于开证人开立备用信用证时所应预见之损失范围。⁶¹

五、结论

备用信用证、商业信用证和独立保函本质都是开证人对受益人承担的相符交单下的付款义务。它们都遵循独立性原则和严格相符原则。因而本质上三者性质都是一样的。由于历史原因，我国最高人民法院针对（商业）信用证和独立保函分别制定了《信用证司法解释》和《独立保函司法解释》，由此导致备用信用证纠纷是否可以以及应适用哪一司法解释的问题。最高人民法院在澳新银行案中基于备用信用证和独立保函都是担保工具的属性，认为备用信用证（欺诈）纠纷应当适用《独立保函司法解释》，从而弥补了备用信用证欺诈缺乏相应规则的漏洞。但是，我们不应将此案判决立场放大认为备用信用证纠纷一概适用独立保函规则。因为尽管备用信用证和独立保函功能上并无不同，但具体操作实务上还是会存在略微差异。因而在备用信用证并未规定适用的具体规则时，法院不应去依

⁵⁸ 参见最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第32条：“……当事人未约定的，可以参照中国银行同期同类外币贷款利率计算”。

⁵⁹ 参见最高人民法院民事审判第四庭编著：《〈全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第246页。

⁶⁰ 参见最高人民法院《关于外币及港澳台货币逾期付款利息计算标准的批复》（法释[2025]2号）。

⁶¹ 参见王金根：《论独立保函不当拒付损害赔偿：以中国银行与UBAF独立保函纠纷案为中心》，载《经贸法律评论》2021年第1期，第106页；Wang Jingen, *Damages for Letter of Credit Wrongful Dishonor in China: Reviewing the Humei Case*, 2021 Banking & Finance Law Review 36 (2), 205-207.

据澳新银行案得出结论认为非欺诈性的备用信用证纠纷也应当适用 URDG 等独立保函规则，而是应该适用 ISP 或者 UCP 等信用证规则。由此便导致备用信用证法律纠纷适用法律的割裂。一方面，非欺诈性的备用信用证纠纷，基本上是适用 ISP98 或 UCP600 等关于“信用证”的规则；但另一方面，备用信用证欺诈纠纷，又是适用有关独立保函的《独立保函司法解释》。就此适用法律割裂的问题，有待于最高人民法院将来起草一部涵盖商业信用证、备用信用证与独立保函等为一体的全新《信用证司法解释》。

判定备用信用证欺诈时，法院必须考虑时间点因素。只有受益人交单之时明知其“确认基础交易债务已得到完全履行或确认独立保函载明的付款到期事件并未发生”或“没有付款请求权”，仍滥用该权利在备用信用证下提出索款请求的，方才构成备用信用证欺诈。最高人民法院在澳新银行案中将《独立保函司法解释》第 12 条（四）项和（五）项中认定受益人是否构成欺诈的判断时间节点进行人为区分的理由并不充分。

法院欺诈止付的性质系行为保全裁定，仅起到因司法强制原因暂时停止付款的作用，而不具有终止反担保备用信用证项下付款义务的法律效果。从而一旦法院判决受益人欺诈不成立，反担保备用信用证开证人即应对受益人承担不当拒付损害赔偿赔偿责任。

就备用信用证不当拒付损害赔偿的适用法律，尽管最高人民法院在澳新银行案并未言明，但基于备用信用证“特殊合同”的性质，受益人得依据《民法典》违约损害赔偿全面赔偿规则和可预见性规则追究开证人的赔偿责任，而开证人得以《民法典》减损规则予以抗辩。当然，基于备用信用证的独立性，开证人应赔偿的受益人损失，应仅限于备用信用证下所遭受的损失。

基于此，尽管澳新银行马尼拉分行在备用信用证下和康松吉公司达成的 600 万美元的和解协议涵盖了案内和案外两份备用信用证项下的款项，但基于独立性原则，江苏银行在反担保备用信用证下无权对澳新银行马尼拉分行提出该抗辩。同样地，基于独立性原则，江苏银行在反担保备用信用证下对澳新银行马尼拉分行的利息赔偿责任也和备用信用证无关，自然利息起算点应该是自江苏银行在反担保备用信用证下构成不当拒付之日起计算，而非自澳新银行马尼拉分行在备用信用证下实际向备用信用证受益人支款之日起计算，但澳新银行马尼拉分行自愿放弃其部分利息索赔权利除外。

就利息赔偿，澳新银行马尼拉分行在反担保备用信用证下索赔的是“中国人民银行同期美元存款利率”。基于全面赔偿和可预见性原则，反担保备用信用证下澳新银行马尼拉分行得索赔的利率应该是贷款利率而非存款利率。但澳新银行自愿选择按更低的存款利率索赔，最高人民法院自然没有改判按更高的贷款利率赔偿的理由。然而，由于中国人民银行实施外币利率市场化政策，已不再公布外

币存款利率，“中国人民银行同期美元存款利率”的请求实际上已经无法执行，最终最高人民法院“酌定利率参照中国银行同期美元存款利率执行”。尽管最高人民法院的该参照执行判决本身并无疑问，但中国银行同期美元存（贷）款利率系根据客户具体情况个案确定，并无统一标准，也不会向社会公众公布，因而对今后类案并无太大指导意义。随着最高人民法院《关于外币及港澳台货币逾期付款利息计算标准的批复》的颁布，上述外币利率标准问题应该已经不会再成为问题。在该批复中，最高人民法院明确指出，在当事人没有约定外币利率计算标准的情况下，“可以依据中国人民银行官网定期公开发布的《中国货币政策执行报告》附表中公布……美元贷款平均利率”予以确定。

独立保函的国际法实践与中国因应

郭德香¹

摘要：在国际商务活动发展和世界经济全球化的刺激下，独立保函应运而生并且成为具有鲜明国际法特色的制度。长期的实践证明独立保函可以促进经济的发展，其也逐步成为多国担保制度的重要组成部分。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》的正式出台标志着我国独立保函正式构建，但是我国应当总结现有实践经验，针对独立保函的识别风险、欺诈风险两个主要风险类型提出具有中国特色的解决方案，从而为我国涉外法治建设和国际法治建设贡献中国智慧，提供中国方案。

关键词：独立保函；国际法实践；中国因应

独立保函作为具有国际法特色的制度已经被多个国家纳入国内担保制度而与保证共同成为“人的担保”的两大支柱。《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《保函司法解释》）标志着我国正式构建起独立保函，但是，随着实践发展，现有独立保函面临着识别风险和欺诈风险两个主要风险类型。因此，本文在厘清独立保函国际法框架中的价值取向与制度特征和梳理我国独立保函构建的机理与过程的基础上，针对现有风险，提出应当基于我国现有规则，健全形式和实质结合识别独立保函的识别机制和完善独立保函欺诈的救济途径，从而形成具备中国特色的独立保函。

一、独立保函的国际法框架：价值取向与制度特征

国际社会现有的独立保函以国际商会《见索即付保函统一规则》这一国际示范法作为重要依据。独立保函突破了传统担保的“附属性”，成为国际法独有的制度，并且不断传导至国内担保法律制度之中。

（一）独立保函的价值取向

无论是法律这种硬性规则，还是标准、社群规范等软性规则，两者的形成都不是脱离现实实践而独立发展，而是都需要在不断的总结、比较和试错的过程中持续优化，从而才能形成适应现实实践的规则。独立保函也是与国际经济社会的发展息息相关。

1. 顺应国际经济社会的发展

随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革²。独立保函在国际社会中的产生、演变正是顺应了国际商务活动的实践发展。国际商务

¹ 郭德香，郑州大学法学院教授，博士生导师，研究方向：国际经济法。

² 马克思. 政治经济学批判序言、导言[M]. 北京：人民出版社，1971：591.

作为一种商业活动已有悠久的历史，是世界互联互通最重要的经济活动之一，对当今世界政治经济格局的形成产生了重要影响。商务作为研究跨国（地区）间的经济和商业活动已有相当长的历史，国际商务活动自有了国界以来就已出现，其源头甚至可上溯到罗马帝国时代。从 20 世纪 70 年代开始，国际商务活动迎来迅速发展时期。在 20 世纪前期，英国的跨国公司是世界经济活动的主导力量，第二次世界大战后特别是 20 世纪 60 年代起，美国的跨国公司取代英国公司成为国际商务活动中最重要的力量。从 20 世纪 90 年代起，新兴工业国家，特别是金砖国家（BRICS）——中国、印度、巴西、俄罗斯和南非的跨国公司逐渐成为新的生力军出现在全球国际商务的舞台上，并将持续发挥着越来越重要的作用。国际商务的发展所带来的最重要结果是经济全球化的形成。随着国际经济社会的演进，传统担保制度已经不能适应国际商务活动的发展和世界经济全球化的推进。传统的从属性担保在效力、存续、抗辩权等方面对基础合同的依附性早已无法满足在经济全球化迅速发展的时代背景下大型国际工程、跨国融资业务中高效率担保权益的需求³。国内商事活动处于同一法域之中，商事主体在进行商事活动过程中发生商事争议时可以通过其本国包括协商、商事仲裁、诉讼等国内争议解决机制解决商事争议。在有担保的债务中，尽管债务人没有依约履行合同义务，但是债权人在国内法律强制力的保障下可以有效地通过担保实现债务。但是，在跨境商事活动中，商事主体进行商事活动会跨越两个及以上的法域，这就会产生不同法域之间法律冲突、判决和仲裁跨境承认与执行等问题，从而加大了实现担保的难度，更加大了国际商务活动的经济与时间成本。为了解决传统担保方式的不足，部分国家进行了构建独立保函的尝试。2006 年，法国对其本国担保制度进行了革新，将“独立保函”制度引入《法国民法典》之中。而《欧洲民法典草案》也随之规定了独立保函，但是没有对独立保函的基本特点作出明确规定。银行等金融主体作为独立保函的开具人，这大大提高了担保实现的可能性，从而提高了国际商务活动和世界经济效率。

2. 突破传统担保方式的不足

传统担保附属于主合同之中，即成立、效力、转让和消灭都附属于主合同，但是独立保函却突破了“附属性”而从主合同之中独立出来，具备鲜明的“独立性”和“票据性”。这种“独立性”和“票据性”的形成具备一定的法律合理性。“根据现代法理学的一般见解，法律的合理性分为工具合理性与价值合理性”⁴。法律的工具合理性是指法律实现价值的途径，而法律的价值合理性是指法律所要实现的价值。独立保函的价值合理性主要体现为独立保函本身的“独立性”。随着国际商务活动发展和世界经济全球化，国际商事规则的价值追求已经从安全价值转向到效率价

³ 陆璐. 独立保函国内适用难题研究——以信用证欺诈例外规则的引入为视角 [J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2014, 35 (06): 84-92.

⁴ 刘艳红. 实质刑法观[M]. 中国人民大学出版社, 2019(978-7-300-27330-3).

值。独立保函本身是依据当事人之间的保函条款确立的。不同于传统担保，基础合同条款对于独立保函法律关系的法律约束力大大降低，这就为保函申请人实现担保排除了传统担保性“附属性”的阻碍，从而提高了国际商务活动的整体效率。在建筑工程、公共设施等具有时限、空间特殊要求的商事项目中，独立保函“先付款，后争议”的赔付原则，在保证高效商业运作的同时，也为保函受益人争取了信用保证，符合商业时代信用与效率的双向法理需求⁵。法律的工具合理性主要体现为独立保函本身的“票据性”。国际商务活动跨越不同的国家，传统担保本身的“信用保证”程度有所较低，而且传统担保的实现也因跨国法律冲突等因素而效率较低。独立保函本身的“票据性”则有效解决了上述问题。在独立保函法律关系之中，针对保函受益人的索赔请求，担保人不需要对基础合同的实际履行情况进行审查，而是依据独立保函合同或者条款所约定的票据进行审查，判断是否符合“单据一致”的实现担保要求，从而决定是否向保函受益人进行付款。

（二）独立保函的制度特征

为了顺应国际商务活动的日益频繁和世界经济全球化的持续演变，独立保函革新了传统担保的附属性特征、排除了传统担保的先诉抗辩权并且存在对担保本身特殊的限定。

1.革新传统担保的附属性特征

在商事活动过程中，担保制度成为商事主体提高交易履约率的重要手段。担保制度本身包括“物的担保”和“人的担保”。“人的担保”以保证合同作为主要内容。保证合同基于其本身担保主合同履行的目的而在成立、效力、消灭等多方面附属主合同。但是，独立保函突破了保证本身的“附属性”，即独立保函不再附属主合同。随着在国际商务活动中的频繁应用，独立保函逐步与保证合同并列成为“人的担保”的两大支柱。独立保函革新传统担保“附属性”主要表现在担保履行、担保效力两个方面。在担保履行方面，传统担保制度中的保证履行中，保证人享有同时履行抗辩权等抗辩权。这就意味着保证人只有在满足被保证人无法真正履行、约定连带保证等条件下才会履行保证义务，否则保证人可以援引抗辩权而拒绝履行保证义务。但是，在独立保函合同或者条款生效之后，担保人只需要审查索赔人是否提供了与保函文本约定一致的单据即可以向索赔人进行偿付，而无法通过援引抗辩权等途径拒绝履行担保义务。在担保效力方面，传统担保制度中的保证效力与主合同本身的效力息息相关。但是，独立保函具有不可撤销性，即在独立保函法律关系之中，一经出具，除非经过当事人的同意，不得撤销保函⁶。此外，尽管主债因被撤销、被解除等原因而从有效变为无效，独立保函本身并不会因此而无效。然而，独立保函的“独立性”是相对于传统担保制度中的保证而言的。

⁵ 陆璐. 独立保函之存在机理与发展向度 [J]. 南京社会科学, 2019, (10): 105-109.

⁶ 李双元,周辉斌. 备用信用证法律特征之考察 [J]. 法律科学.西北政法学院学报, 2001, (03): 50-59.

因为，独立保函的成立仍然以基础交易的成立作为前提。

2.排除传统担保的先诉抗辩权

传统担保制度中的保证赋予了保证人先诉抗辩权，即债权人实现债权首先应当向债务人提出履约请求，否则保证人有权拒绝履行保证义务。在独立保函之中，担保人在独立保函合同成立和生效之后并不享有先诉抗辩权。只要单证相符，且不存在欺诈，担保人都必须无条件地承担担保责任。这种规则不仅仅体现在担保人付款前，还体现在担保人付款后。在担保人付款前，担保人判断是否向受益人进行付款的判断依据只有“单证一致”和无止付理由两个条件，而不需要审查主合同当事人之间主合同是否具备有效性、是否构成实际违约、是否已经履行完毕等多种因素。在担保人付款后，当事人仍然可以就独立保函是否有效性、是否存在保函欺诈等相关争议进行审查，并且有部分国家已经将保函欺诈尝试纳入为不当得利的范围内从而保障独立保函法律关系当事人的合法权益。这就是独立保函所构建的“先付款，后争论”的机制。一般而言，此种做法比较有利于保护保函受益人的利益，但这并不意味着保函受益人一方可以随意索赔⁷。担保人履行担保义务仍然是以基础合同和独立保函合同或者条款中所约定的保证范围、索赔条件等相关内容为依据。换言之，如果保函受益人违反基础合同或者独立保函合同或者条款进行索赔，则担保人仍然有权拒绝。

3.存在对担保本身特殊的限定

由于独立保函本身的特殊性，担保制度存在着与传统担保制度不同的特殊做法，具体表现为担保人对保函受益人提供保证金的要求、独立保函对付款金额的限定和独立保函对拒付条件的约定。在担保人对保函受益人提供保证金的要求方面，独立保函所构建的“先付款，后争议”的解决机制虽然增加了实现担保的可能性和商事活动的效率，但是其也提高了担保人本身的风险。在这一主要因素的影响下，银行等金融机构在决定是否向当事人提供担保时往往要求当事人提供一定的保证金或者具备较高的信用水平，从而将自身所承担的风险限制在可控的范围内。在独立保函对付款金额的限定方面，传统担保制度中的保证存在于对担保债权数额的限定，但是一般情形下保证人以自身全部财产担保债务的履行。在独立保函中，当事人通常需要约定确定的或者可确定的金额，而担保人也只有在约定的金额范围内承担担保义务。担保金额范围的确定往往是依据主合同的交易金额来确定的。这种现象产生的主要原因在于独立保函本身的“独立性”，即无论主合同有效还是无效，担保人在单证一致的情形下必须要承担一定的付款责任。这就加大了担保人的风险，也正因此独立保函中担保人会与保函受益人之间对付款金额进行限定性的约定。在独立保函对拒付条件的约定方面，独立保函具有较高的独立性，只要“单证一致”，担保人就应当承担履行担保的义务，但是这并不意味

⁷ Jens Nielsen, Nicolai Nielsen, The German Bank Guarantee Lessons to be Drawn for China (unpublished), p.2.

着担保人应当无条件的付款。如果“单证不一致”或者存在“保函欺诈”两个原因，担保人有权拒绝付款。针对保函欺诈这一现象，保函申请人和担保人都有权向法院申请中止付款。这种制度设计在一定程度上降低了独立保函的风险。

二、中国独立保函构建：制度演进与实践挑战

《保函司法解释》的出台标志着我国正式构建起独立保函制度，但是随着实践的发展，我国独立保函制度面临这保函识别和保函欺诈两个主要风险。

（一）中国独立保函的制度演进

制度的逐步构建往往需要实践的长期推进。中国的传统担保制度中并不存在独立保函这一形式，但是，随着经济外向型发展趋势不断加强，我国对于独立保函的态度逐步从谨慎对待独立保函向重构传统担保制度逐步转变。其中，《保函司法解释》是转变过程中具有标志性的事件。

1. 独立保函的谨慎对待

独立保函本身就是从国际商务活动中衍生出的一种突破传统担保制度的新型担保形式。因此，中国原本并不存在独立保函的担保形式。不过，尽管原《担保法》没有规定独立保函，但据该法第5条关于“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定”的规定，担保合同允许当事人之间的意思自治，为中国独立保函的适用提供了法律适用空间⁸。但是，在当时的审判实践之中，关于当事人约定的独立保函的效力，存在着两种不同的意见。一种观点是独立保函存在于国际商务活动之中，不能适用于国内国内经济活动。另一种观点是独立保函已经被大陆法系和英美法系的法学理论和法律实践所承认，从而与附属性担保制度并列构成现代担保制度。当时，中国对于独立保函采取的则是内外有别的态度，即在国内商事活动中发生的独立保函，很长一段时期内并没有得到司法的认可，但是在对外的商务活动中，中国则是承认独立保函。但是，在中国持续扩大对外开放的背景之下，独立保函的现实需求日益强烈，这就催生出了我国独立保函，而我国对于独立保函的有效性也逐步采取了相对灵活和宽容的司法取向⁹。总之，在《保函司法解释》之前，中国并没有正式确立独立保函，而是在实践中存在约定独立保函的相关实践。

2. 传统担保制度的规则重构

在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）编纂完成之前，中国的《民法通则》《担保法》和《合同法》均未规定过独立保证。改革开放以来，中国的对外开放程度不断加深，国际商务活动在国民经济活动中越来越重要。中国加入WTO之后，逐步发展成为世界最大的贸易国和外资流入国，同时中国企业也越来越多地走出去。随着中国市场经济的国际化程度不断发展，在国际贸易以

⁸ 高圣平. 担保法前沿问题与判解研究第1卷 [M]. 人民法院出版社, 2019.

⁹ 茆荣华. 《民法典》适用与司法实务 [M]. 法律出版社, 2020.

及国内建设工程领域中越来越多的商事主体选择使用独立保函作为基础交易关系的债权担保。微观上,在市场经济的国际化发展中,为适应实际需要,很多企业在国际交易中不得不使用独立保函。宏观上,在经济外向型发展的趋势持续加强的背景下,我国出现了更多与独立保函相关的实践。

由于民事主体对独立保函的适用越来越多,发生独立保函纠纷比较常见,因而对独立保函纠纷的处理成为司法实践不能回避的一个法律适用问题¹⁰。2016年11月,随着《保函司法解释》的正式出台,独立保函在我国得以确认,此时距离其出现在中国商事领域,已有近半个世纪。《保函司法解释》将独立保函从以从属性为基石的担保法中独立出来,终结了学界和实务界十多年来国内交易项下独立保函有效性的争论¹¹。《民法典》中担保制度包括“物的担保”和“人的担保”两种担保类型,其中针对“物的担保”制度的设计与功能主义有了较强的呼应,可谓是“契合了融资市场的需要”¹²,但是,本该归属于“人的担保”项下的“独立保函”并没有被规定在《民法典》之中。总之,我国“独立保函”制度仍然是依据《保函司法解释》所构建的,而“独立保函”也成为了《民法典》第682条规定的保证合同“法律另有规定”的具体内容,并且成为我国担保制度的重要组成部分。

（二）中国独立保函的实践挑战

从立法上独立保函缺失到如今《保函司法解释》确立的中国独立保函制度,我国关于独立保函的理论研究重点也逐步从独立保函是否适用于我国法治实践转向到在依法适用《保函司法解释》之下我国如何完善现有的独立保函制度。

1. 独立保函的识别风险

不同于传统的担保方式,独立保函因其本身的“独立性”,突破了传统担保对于主合同的“从属性”,从而产生更大的潜在法律风险。在法律实践中,当事人关于独立保函的纠纷大部分会集中在对于“独立保函”本身的识别。由于独立保函本身的“独立性”,对于独立保函不同的判定结果会产生差异巨大的法律后果。《保函司法解释》第1条从保函出具程序的角度对独立保函的基本内涵进行了较为详细的阐释,这为司法实践中区分传统担保形式与独立保函提供概念基础。但是,尽管《保函司法解释》第3条对于保函的“独立性”认定提供了担保名称、规则适用和担保内容的三个认定途径,但是,较之于复杂的独立保函法律实践,《保函司法解释》对于独立保函“独立性”的认定标准并没有作出较为明确的规定,这对法律实务届认定是否属于独立保函造成了一定的困扰。依据《保函司法解释》第3条的规定,一般情形下只要担保合同中约定了“见索即付”或者约定了担保“适

¹⁰ 杨立新. 民法典视野下独立保函的法律适用规则——以2021年独立保函司法解释为依据 [J]. 河北学刊, 2023, 43 (04): 190-201.

¹¹ 陆璐. 保函欺诈例外:一例国际商事规则的中国式创新诠释 [J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2018, 45 (01): 72-78.

¹² 高圣平. 民法典担保物权制度修正研究——以《民法典各分编(草案)》为分析对象 [J]. 江西社会科学, 2018, 38 (10): 5-16+254.

用国际商会《见索即付保函统一规则》”，司法人员往往会认定其为独立保函。但是，除了这两种情形，司法人员就需要根据当事人的约定内容运用自由裁量权对是否属于独立保函进行认定。在“中国电子工程设计与长安保证担保有限公司成都分公司等保证合同纠纷案”“杭州长乔旅游投资集团股份有限公司与杭州银行股份有限公司西湖支行信用证纠纷案”等案件中，均存在法官自由裁量引起的裁量标准不一的情形¹³。总之，由于独立保函对传统担保“附属性”的突破，司法人员是否认定当事人约定的担保类型是否属于独立保函将会对当事人的权利义务引起重要影响。这就需要司法人员掌握合理的“独立性”判断标准，从而运用法律技术性方法厘清当事人之间的权利义务关系，化纷止争。

2. 独立保函的欺诈风险

美国作为国际商务活动频繁的国家较早地搭建了“独立保函欺诈”规则体系，并且将“欺诈”作为认定独立保函欺诈的核心因素。为了更好地平衡担保人和保函受益人之间的关系，我国也在独立保函中引入了“保函欺诈例外”的规则。依据《保函司法解释》第12条，在符合欺骗保函、滥用权利等保函欺诈例外的情形下，担保人可以拒绝保函受益人的索赔。但是，独立保函欺诈规则存在着静态风险和动态风险。在独立保函欺诈规则的静态风险上，目前《保函司法解释》第12条所规定的5类情形存在着司法适用的分歧。例如，在“中国工商银行股份有限公司义乌分行与中国技术进出口总公司信用证欺诈纠纷案”中，依据《保函司法解释》第12条第2款之规定，认定欺诈的单据应当属于“第三方”。因此，二审法院就以保函受益人中技公司提供的单据不属于“第三方”为由，直接排除欺诈认定的第2款，并未对单据的真实性进行审查。但是，美国等国家并未将单据的来源作为欺诈认定的考量因素。在独立保函欺诈规则的动态风险上，随着国际商务活动的发展和世界经济全球化的演变，独立保函领域的需求和纠纷也呈现出更加多元化的现象。一方面，在经济逆全球化趋势不断加强的背景之下，独立保函法律关系的主体在政治对抗、经济制裁等多种因素的影响下将会承担更多的包括保函欺诈在内的风险。在这一主要因素的影响之下，当事人对于独立保函的需求将逐步从对效率的追求转向对安全的追求。另一方面，随着实践的发展，独立保函欺诈的内容将更为复杂、形式也更为多样。

三、中国健全独立保函的实践路径

长期以来，独立保函为促进国际社会经济发展作出了重要贡献。但是，在法律实践之中，独立保函面临着识别风险和欺诈风险。中国应当基于我国现有规则，健全形式和实质结合识别独立保函的识别机制和完善独立保函欺诈的救济途径，从而形成具备中国特色的独立保函。

（一）形式和实质结合识别独立保函

¹³ 陆璐. 独立保函之存在机理与发展向度 [J]. 南京社会科学, 2019, (10): 105-109.

识别独立保函的主要依据是独立保函的制度特征，即独立保函的独立性、票据性、要式性等。独立性是识别独立保函的核心因素，但是不能忽视对于独立保函票据性、要式性等重要因素的审查。因此，对于独立保函的识别应当遵循从形式要件到实质要件的识别逻辑，从而正确识别独立保函，厘清独立保函法律关系中当事人的权利义务。

1.依形式要件识别独立保函

《保函司法解释》第1条从保函开具程序对独立保函的概念进行了明确，而第3条则列明了判断独立保函的条件。上述两个条款指明了识别独立保函的形式要件：第一，保函开立主体必须是金融机构；第二，保函应当是书面约定的；第三，应当载明特定金额或者最高额；第四，必须载明据以付款的单据。这四个形式要件是独立保函应当具备的显明特征。如果不具备这四个形式要件，应当谨慎作出独立保函的认定，以避免产生权利义务的错位和实际执行中的困扰。

2.依实质要件识别独立保函

在具备前述四个形式要件基础上，独立保函区别于传统担保方式的核心要素就在于“独立性”。因此，识别独立保函的实质要件就是“独立性”。《保函司法解释》第3条第3项规定，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。这为判断“独立性”提供了法律依据。但是，对于“独立性”的理解不应当脱离于独立保函制度。一方面，在具备前述四个形式要件基础上，如果不具备“独立性”，依旧不能作出独立保函的认定。另一方面，《保函司法解释》第3条规定了三种并列的认定独立保函的情形，包括：载明见索即付、适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则以及独立性三个内容。应当认识到，三种情形虽然在成文法律规则中处于并列的逻辑，但是，如果担保不具备独立性，就算是名为见索即付或者适用国际商会《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则的，也不宜将这个担保认定为独立保函。

（二）完善独立保函欺诈的救济途径

我国现有独立保函制度针对保函欺诈提供了独立保函止付的救济途径，这就要求我国在规则适用上应当依法灵活适用现有独立保函止付规则。同时，我国也应当在规则发展上基于法益细化独立保函止付的裁判标准，为独立保函提供更为充分的救济保障。

1.依法灵活适用现有独立保函止付规则

在我国现有独立保函之中，申请人的行为涉及保函欺诈行为时，担保人防范风险较为有效的方法是向法院提出中止支付的请求。《保函司法解释》第12条规定的5种独立保函欺诈行为为提出中止支付请求提供了法律依据。中止支付请求权的行使可以在提起诉讼或者申请仲裁前，向担保人的住所地或者其他对独立的

保函欺诈纠纷案件有管辖权的法院申请中止支付,或者可以在诉讼或者仲裁中提出中止支付的申请。在确定管辖权的基础之上,法院受理当事人的中止支付申请,需要符合三个条件:第一,止付申请人能够证明存在《保函司法解释》第12条所规定的保函欺诈情形;第二,不立即止付将会给止付申请人的合法权益造成损害;第三,止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。法院基于止付申请人的请求应当灵活结合上述三个条件决定是否作出中止支付裁定。尽管中止支付为当事人维护自身合法权益提供了途径,但是中止支付的滥用将会极大的折损设立独立保函本身对于效率价值的追求。因此,法院在审理独立保函欺诈纠纷案件或处理止付申请中,可以对案件或者申请进行实体审查,即就当事人主张的涉及独立保函司法解释第12条规定的具体情形,审查认定基础交易的相关事实,并且根据实体认定的事实作出判决或者裁定。此种审查,应当遵循有限审查的原则,以免动摇独立保函见索即付的制度价值¹⁴。

2.基于法益细化独立保函止付裁判标准

独立保函止付制度的构建是追求经济发展目的下对当事人利益进行衡量的结果。《保函司法解释》第14条指明了法院裁定中止支付独立保函项下款项的条件和保函止付中的密切相关利益类型,具体包括:申请人因保函可能遭受的损失、保函受益人的索款利益以及被申请人可能遭受的损失。细化独立保函止付裁判标准有利于将法律执行和法律适用控制在合理范围内,从而更有效、更一致地保护独立保函所要保护的利益。保函支付规则具有极强的行为保全性质,对于当事人的利益保护以及维护独立保函的稳定性、有序性具有重要作用。因此,在现有《保函司法解释》第14条所明确的保函欺诈的条件基础上,我国可以适时引入“利益平衡”条款,即将申请人因保函可能遭受的损失、保函受益人的索款利益以及被申请人可能遭受的损失三个利益类型列为法院是否作出止付裁定的综合考量因素,以此为法院在进行个案利益衡量时提供方向指引,从而提高保函止付款的效果。

综上,在经济全球化背景下,我国已经通过《保函司法解释》构建了独立保函,但是,仍然需立足本土实践,通过完善识别标准、强化欺诈例外规则适用等路径,将制度优势转化为治理效能。未来应持续优化法律体系,深化国际规则衔接,为全球独立保函法治建设贡献中国智慧,推动涉外法治与国际治理协同发展。

¹⁴ 杨弘磊,石磊.《安徽省外经建设(集团)有限公司诉东方置业房地产有限公司保函欺诈纠纷案》的理解与参照——受益人在基础交易中存在违约情形并不必然构成独立保函项下的欺诈性索款[J].人民司法,2021,(32):12-16.

论“Lex Sportiva”翻译的统一

姜世波；董向荣

（山东大学法学院（威海）教授；学生 山东威海 264209）

摘要：自“Lex Sportiva”这一拉丁语被我国学者引入后，我国学界对其翻译有较多表达，汉译并不统一，这引起对这一国际体育自治法体系的多元理解，也不利于国内学术交流。因此，需要统一的规范性表达。法律翻译是法律术语和语言学的融合表达，“Lex Sportiva”的翻译也需要从其语词构成和法学内涵两个方面来理解，既要从语词和语用学探讨其构成，也要基于西方国家法与民间自治法的二元法律秩序的构成来准确表达“Lex Sportiva”的自治法内涵，同时还要兼顾与其他各领域自治法体系翻译上的协调和统一，基于上述要求，“Lex Sportiva”译为体育自治法更为妥帖。

关键词：Lex Sportiva；法律术语翻译；体育自治法；全球体育法

当今时代，全球化进程加速，法律领域的国际交流与合作也随之增多，在此过程中，法律术语的翻译成为跨文化法律沟通的关键环节。法律术语是对法律领域中相对单一概念的专门表达，具有专门性、相对精准性、系统性等特征^[1]。Sarcevic 强调，法律翻译与一般翻译有着本质区别，它是“法律机制中的交际行为”，是“法律转换和语际转换的双重操作”^[2]。法律术语译名对立法、司法都有着重要的指导作用，因此，译名的统一化、规范化工作显得更为重要和迫切。

在第五届国际体育法协会（IASL）大会上，协会的第一任主席 Michael Stathopoulos 首次提出“Lex Sportiva”这一术语^[3]。自此，“Lex Sportiva”作为一个新兴的法律术语，在体育法领域逐渐崭露头角。然而，目前国内学者尚未充分运用现代语言学理论对其进行深入分析，其汉译在国内尚未形成统一标准，导致“Lex Sportiva”存在多种译法，如“体育法”“国际体育法”“全球体育法”等。这反映出学界对该术语的理解差异，也凸显了统一其汉译的必要性。因此，本研究将从跨学科角度出发，运用现代语言学理论深入分析“Lex Sportiva”的语义、语用内涵。此外，本研究还将详细论述西方法律二元秩序，并结合该理论探索以“Lex Sportiva”为代表的各类市民社会自治法翻译的统一问题，以期填补国内相关研究的空白，为法律术语翻译研究提供新的思路和方法，提升法律翻译的整体质量，进而推动

^[1] 屈文生. 中国法律术语对外翻译面临的问题与成因反思——兼谈近年来我国法律术语译名规范化问题[J]. 中国翻译, 2012(6): 68-75.

^[2] SARCEVIC S. *New Approach to Legal Translation*[M]. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

^[3] RICHARD H M. The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes[J]. *Valparaiso University Law Review*, 2001, 35 (2) :379-405.

国际法律交流与合作的有效开展。

一、国内“Lex Sportiva”翻译乱象

尽管目前国内存在“Lex Sportiva”翻译的几个版本，如“体育法”“全球体育法”“体育自体法”等，但这些翻译都是法律学者基于体育法研究的需要提出的设想，并未对翻译的合理性进行深入论证。甚至有很多学者在研究中直接保留了“Lex Sportiva”这一形式。本章在梳理常见译本的基础上，分析这些译本产生的原因，以期较为全面地呈现国内“Lex Sportiva”的翻译现状。

（一）直译为“体育法”

优点：在学术著作中，部分学者将“Lex Sportiva”翻译为“体育法”，这种译法简洁明了，能直接体现其与体育领域法律规范的紧密联系以及体育领域法与其他领域法之间的划分。从而使初次接触该概念的人能够迅速从字面理解它。例如，在体育赛事的组织管理、体育教育等场景下，“体育法”这样的表述方便工作人员、学生等快速理解和引用相关概念。此外，这种译法能够比较宽泛地涵盖体育领域的法律事务，不会产生理解上的巨大偏差，通用性强。

局限：容易与国内已有的“Sports Law”的翻译混淆，因为“Sports Law”通常也被译为“体育法”，二者在字面上难以区分，可能导致读者对其所指的具体内涵产生误解；此外，“Lex Sportiva”不是指由国家立法机构制定的规则，它具有超越国家主权法律管辖的自治性等诸多特殊性质，“体育法”这个翻译很难让读者直观地感受到这些区别于一般国家体育立法的特性；在跨文化交流中，“体育法”无法准确传达西方体育文化和法律理念中“Lex Sportiva”的独特意义。

（二）译为“全球体育法”

优点：在当前体育全球化的背景下，奥运会、世界杯等大型国际体育赛事的规则由国际体育组织负责制定。这些规则能够广泛适用于各国运动员、体育团队和赛事组织者。“全球体育法”这个翻译能够让人联想到它是一套统一的、在世界范围内管理体育事务的规则体系，能够充分突出“Lex Sportiva”的全球性特征；此外，国际体育组织作为赛事规则制定主体，在全球体育事务管理中扮演着关键角色。使用“全球体育法”可以体现这些组织通过规则进行全球体育治理的理念，凸显这些组织的影响力。

局限：“Lex Sportiva”主要是基于体育组织的自治规则产生，没有国家强制力保障实施，它的执行更多地依赖于体育组织内部的机制和国际体育仲裁机构。“全球体育法”这一翻译容易让人误解为是一种像国家法一样具有全球统一立法机构、强制执行力的法律体系。此外，体育组织可以根据体育项目的特点、发展需求等因素自主制定和修改规则，具有很大的自治空间。“全球体育法”的翻译没有充分体现这种自治性。另外，在中文语境下，“全球”也易被理解为是“体育法”的形容

词，即“全球的体育法”。

（三）译为“体育固有法”

优点：这种译法比较有代表性的是留日学者周爱光教授在其《体育法学导论》中的翻译。这种翻译借鉴自日本学界的表达，旨在表达这一规则体系是与国内体育法、国际体育法并列的规则体系^[4]。这种译法能在相当大程度上反映这个法律体系是该领域或法律关系所自生的、固有的法律规则，不是外部强加的规则，从而在一定程度上反映西方学者对体育领域自治规则体系的内涵。这种译法类同我国国际私法学界对英美“proper law”的翻译。在国际私法中，英美学者提出当代涉外合同关系、侵权关系等法律关系不应再适用某一单一连结点的法律，而应根据该种法律关系的特殊性、当事人意思自治和最密切联系因素来确定应适用的法律，这种法律被英美学者称为该法律关系的“proper law”。国内学者将其译为“适当的法”^[5]或者“自体法”^[6]。如“合同自体法”、“侵权自体法”等译法。

局限：在中文语境下，“固有”指某种特征或属性在事物中自始至终不变的，与其本质相一致的东西，常用于形容某种特征或属性在事物中始终存在且不变的情况。它强调了事物本身固有的特性，与外界因素无关。但由诸如国际体育组织、CAS 机构所制定的规则实际上是人为的规则，这些规则仍然存在诸如体现体育组织利益、民主赤字、透明度不高、缺乏监督、侵犯成员基本权利等人为规则的弊端。这些弊端常常是所有社团自治法都存在的，并非“自然法”本身所应存在的。因此，这种翻译虽能反映自治规则非国家所应强加的特点，但不能反映社团自治法的共同属性。

综上，无论是“体育法”、“全球体育法”还是“体育固有法”，都是法学家对“Lex Sportiva”汉译的有益尝试，但是这几种常见译法都不能完全反映“Lex Sportiva”的内涵和属性，都不是中文语境下最合适的译本。

二、“Lex Sportiva”汉译统一的必要性

为了规范体育术语，促进国际体育交流合作，统一“Lex Sportiva”的汉译显得尤为必要。国内也有学者也呼吁法律术语翻译的规范统一，如张法连提出，法律翻译权威机构应制定统一标准，定期向社会公布标准译文，以使新的法律术语的翻译统一而规范^[7]。本节将深入探讨“Lex Sportiva”汉译统一的必要性，以推动体育法律术语汉译的标准化进程。

^[4] 陈华荣.体育法的学科体系与日本体育法的借鉴——周爱光教授学术访谈录[J]. 体育与科学, 2016, 37(04): 6-12.

^[5] 吕岩峰. 英国“适当法理论”之研究[J]. 吉林大学社会科学学报, 1992(5): 13.

^[6] 谭岳奇. 自体法: 通向自然法之路径[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2001, 54(1): 33-38.

^[7] 张法连. 英美法律术语汉译策略探究[J]. 中国翻译, 2016(2): 100-104.

（一）促进法律交流与合作

随着全球一体化进程加速演进，各国之间的体育交流也日益增多，在这种背景下，统一“Lex Sportiva”的汉译对促进法律交流与合作意义重大。以国际体育赛事中运动员参赛资格争议为例，当纠纷发生时，适用“Lex Sportiva”是解决争议效率最高、效果最好的途径。但是若“Lex Sportiva”的汉译不统一，各方在沟通协商时可能因对该术语的理解差异而产生误解，进而降低纠纷解决效率，甚至引发新的矛盾与争议。如翻译为“体育法”就很容易与《中华人民共和国体育法》或者国家立法而不是体育组织自治法。在签订体育合作协议方面，统一汉译同样重要。“Lex Sportiva”的多种汉译版本，可能导致协议各方对合同条款的理解偏差，增加合同履行的不确定性，不利于体育合作项目的顺利推进。因此，统一“Lex Sportiva”的汉译，明确规范范围，对于国际体育法律交流与合作来说，是必不可少的。

（二）维护法律体系的严谨性与稳定性

从实践角度来看，当国内法律在条款中“Lex Sportiva”时，若存在多种翻译版本，司法机关在适用该法律时将面临解释困境。以国内兴奋剂监管法律为例，如果对“Lex Sportiva”的翻译不一致，在对兴奋剂违规行为的认定以及处罚上，可能造成“同案不同判”的问题，影响法律的权威性。除了司法机关外，律师等法律从业者在处理涉及“Lex Sportiva”的体育纠纷案件时，也会采用不同的法律推理，让当事人对司法公正产生质疑。从整体来看，这一系列的不确定性有悖于法律该有的指引预测功能，影响法律体系的稳定性。

（三）呼应其他领域的自治法翻译

“Lex Sportiva”作为体育领域的自治法，与其他领域自治法，如“Lex Mercatoria”、“Lex Informatica”等，存在诸多共性。因此，在翻译时需要充分顾及其他领域自治法的呼应。它们都由行业参与者在长期实践中逐渐形成，具有很强的自治性，不依赖于国家立法机构的直接干预。例如，商人法是在商业贸易活动中，由商人团体自行制定和遵循的交易规则；“Lex Sportiva”同样如此，它是在体育赛事组织、运动员管理、体育赛事商业化运营等实践中产生的规则体系。这些自治法都是为了满足特定领域的特殊需求，其规则的制定和发展往往先于国家层面的立法，能够更灵活地适应行业的快速变化。

明明这些拉丁语所表达的都是各领域同一性质的那部分法律规则体系，即自治规则体系，却在不同领域内出现了各不相同的表达，这会给各学科领域间、学者间的沟通 and 交流造成极大误解和混乱。比如，将“Lex Sportiva”译为“体育法”、“全球体育法”、“体育固有法”，那么，商事领域的“Lex Mercatoria”是否也应该译为“商法”、“全球商法”、“商事固有法”？“Lex Informatica”应该译为“信息法”、“全球信息法”或者“信息固有法”？若把体育法学界对“Lex Sportiva”的这些翻译移植到其他领域，显然也不适合其他领域自治法的表达，皆易引起歧异和误读。在中

文语境下，对其他领域的学者和实务工作者来说，一般只说“法”时，通常就是指国家法，而不包括行业和社区自治规则体系；如“体育法”通常是指国家制定的体育法律法规，“全球体育法”对应的是“各国体育法”，“体育固有法”对应的应该是“体育外来法”。从这些翻译的对应面来看，都无法理解成其对应面就是指自治法，也就是说，各领域自生自发形成的规则体系应该有一个统一的称谓是比较合适的，容易在各学科领域达成共同理解而不是各领域法学者自说自话。

三、翻译不统一的原因剖析

（一）法学学者与语言学知识的隔阂

在法律术语翻译的过程中，法学学者通常更关注法律概念的阐释以及法律体系的构建。众所周知，罗马法在西方文明的法律发展中具有基石地位，彼时，罗马法学家使用拉丁语来阐述法律概念、原则和规则，随着罗马法的传播和影响，拉丁语成为法律领域的重要语言工具，这种传统延续至今。究其原因，除了拉丁语的词汇和表达方式能够准确地界定法律概念和法律关系，避免模糊和歧义这个优势外，更重要的是拉丁语在法律学者眼中具有“历史感”。在中世纪的欧洲，教会法和世俗法的学者都广泛使用拉丁语进行法律研究和著述，不同国家的法律学者和法官能够通过拉丁语进行沟通和交流，使得法律知识和理念能够在更广泛的范围内传播和共享。这种通用性也赋予了拉丁语在法律领域的权威性，使用拉丁语词汇可以显示法律的庄重和严肃。因此，拉丁语象征着法律的历史和文化底蕴，使用拉丁语词有助于强化法律的文化认同。

（二）法律术语内涵的复杂性

“Lex Sportiva”作为一个专业性极强且复杂的法律术语，蕴含着众多复杂的法律概念与原则。由于西方不同的学者对于这一词汇所蕴含的各类不同法律规范的种类有不同的理解，导致国内体育法学者在翻译时会从不同视角去把握这个用语的不同侧重点。如翻译为“固有法”的学者侧重强调这一规范体系的内生性；翻译为“全球法”的学者强调这一规范体系的全球普适性、国际性；翻译为“体育法”的学者只是为了强调这类规范体系代表了这是一个不同于其他领域自治法的特点，是在体育领域生成的独特民间规范体系。由于不同学者对这一规范体系的性质、内容、特性有不同的理解，观察这一规范体系的焦点落在不同地方，从而就会产生各自不同的翻译。

（三）缺乏统一的翻译标准与规范

国内在法律术语翻译领域尚未建立起一套完善、权威且统一的翻译标准和规范体系。目前，虽然有一些法律词典和翻译指南，但对于新兴的法律术语，如“Lex Sportiva”，缺乏明确、具体的翻译建议。译者在面对这类翻译时，只能凭借自己的理解和经验进行翻译，从而导致翻译结果的多样性和不稳定性。相比之下，国

际上一些成熟的法律体系和国际组织在法律术语翻译方面有着较为严格的标准和规范,例如欧盟的法律术语翻译,通过建立统一的术语库和翻译指南,确保了法律术语在不同语言之间的准确转换和一致性。^[8]而我国在这方面的不足,使得“Lex Sportiva”等法律术语的翻译处于一种相对混乱的状态,不同译者根据自己的偏好和理解选择不同的译法,严重影响了法律术语翻译的质量和法律交流的顺畅性,也给法律实践和学术研究带来了诸多不便和困扰,阻碍了我国法律术语翻译的规范化和国际化进程。

四、语言学视角下的“Lex Sportiva”

当今时代,国际交流日益频繁,法律翻译的重要性也因此日益凸显。法律术语翻译作为法律翻译的核心,受到了翻译界和语言学界的高度重视,我国法律术语翻译研究热度持续高涨。近年来,语言学领域主要聚焦于法律术语翻译的词汇特征^{[9][10]}、语义语境的运用^[11]等方面;而翻译学则侧重于基于翻译理论的法律双语文本对等性研究^{[12][13]}以及基于国家翻译战略政策的翻译规范化评估研究^[14]。法律翻译不同于文学翻译,法律翻译自由发挥的空间有限,因此,本节拟从语言学视角出发,探究“Lex Sportiva”合适的汉译,希望能为体育法学界的研究提供一点启发。

(一)“Lex Sportiva”的构词分析

西方学者所创造的商法领域的“Lex Mercatoria”、技术领域的“Lex Technica”、全球互联网领域的“Lex Digitalis”“Lex Informatica”、新兴区块链中的“Lex Cryptographia”,这些词的后缀并不完全一致。从构词的角度来看,这些后缀的选择并非随意,而是基于拉丁语的构词规律和语义需求。不同的后缀在拉丁语中具有特定的语法功能和语义倾向,学者们会根据新词所要表达的概念领域和语法需求,选择最合适的后缀。以 Lex Mercatoria (商人习惯法,传统译法)为例,后缀“-atoria”是拉丁语中常见的形容词后缀,通常由名词或动词词根加上“-torius”(男性)或“-toria”(女性)构成,表示“与……相关的”或“具有……性质的”。在“Lex Mercatoria”中,“Mercatoria”源于“mercatus”(商业、贸易),加上“-oria”表示“与商业相关的法律”。这种后缀常用于描述某一领域或活动的性质,具有较强的专业性和领域指向性。若如前所述,“Sportiva”可能源于“sport”,加上“-iva”后缀,

[8] [EB/OL]. <https://knowledge-centre-translation-interpretation.ec.europa.eu/zh-hans/node/132>.

[9] 李克兴. 英语法律文本中主要情态动词的作用及其翻译[J]. 中国翻译, 2007(6): 54-60.

[10] 陈文玲. 试论英汉法律术语的不完全对等现象与翻译[J]. 山东外语教学, 2004(4): 98-101.

[11] 沙丽金, 程乐. 基于语料库的立法语言语义研究[J]. 浙江工商大学学报, 2009(1): 12-16.

[12] 范慧茜. 《中华人民共和国著作权法》若干法律术语英译商榷[J]. 中国翻译, 2017(1): 98-103.

[13] 吴棻弘. 法律术语译名探究——基于术语等值与概念迁移的思考[J]. 上海翻译, 2016(6): 48-53.

[14] 屈文生. 中国法律术语对外翻译面临的问题与成因反思——兼谈近年来我国法律术语译名规范化问题[J]. 中国翻译, 2012(6): 68-75.

根据前面所阐述的拉丁语后缀表示“与…… 相关的”或“具有…… 性质的”等语义倾向,“Lex Sportiva”就可以理解为“与运动相关的法律”。但是“Lex Sportiva”的构词似乎并没有这么简单,很明显,“Lex Sportiva”与上述几种领域法的后缀差别较大,“-iva”式的构词在拉丁语中并不多见。本节尝试对其来源展开分析。

Malynes 曾写过一本书,题为《Lex Mercatoria 或古代商人法》,他在书中指出:“我根据 Lex Mercatoria 的古名为这本书命名,而不是 Ius Mercatorum; 因为这是所有王国和英联邦当局所接受的习惯法,而不是任何国王的主权者在最初建立或延续时制定的法律。”^[15]作者之所以用“Lex Mercatoria”命名商人法体系,而不是“Jus Mercatorium”,这主要是因为,在古罗马,法律主要分为市民法(Jus Civile)和万民法(Jus Gentium)两类。市民法是适用于罗马公民的法律,而万民法适用于罗马境内的外邦人以及涉及不同民族的事务,尤其是在商业和贸易方面。由此可以看出,古罗马法中的“Ius”或“Jus”是指官方法律,是适用于罗马帝国臣民的法律,而不是适用于世界万民的法律。而 Malynes 所要表达的却是一种适用于所有跨国商人共同体的法律,这种法不是由任何君主的权力建立的法律,是能得到所有王国和主权者认可的法律。这也解释了为什么各领域的学者要用类似古老的拉丁语表达,用“lex”而不是“jus”来表达这一全球自治法体系而不是国家法体系。

关于 lex sportiva 的语源及其涵义,学界存在分歧。在 CAS 一个涉及职业足球俱乐部的多重所有权的案件^[16]中,Massimo Coccia 教授在撰写裁决时意识到“Lex Sportiva”一词在语言上没有任何意义,因为“Sportiva”是一个意大利语单词(不是拉丁语),来自法语原版“desport”的英语单词“sport”。他试图用从拉丁语的角度来看更准确的东西来代替“Lex Sportiva”。于是,他发明了“lex ludica”一词。“Ludi”(单数 ludus)是古罗马在各种场合举行的“游戏”,除了角斗士的“Ludi”(少数角斗士,大多在帝国时代)外,还有马术比赛、摔跤比赛、人类比赛(human races)等 ludi。例如,自公元前 389 年以来,每年 10 月中旬左右都会举行卢迪马尼(Ludi magni)(也称为“Ludi capitolini”)比赛,包括体力、跑步、马术、音乐和诗歌比赛。因此,他认为“ludica”可能更准确,但他将其完全用作“Lex Sportiva”的同义词,而不是其他含义。后续 Massimo Coccia 教授也没有对“ludica”做任何深入的拉丁语研究,也没有在之后的裁决中使用“ludica”,而是开始使用“Lex Sportiva”这一表述。

2006 年,T.M.C.阿塞尔研究所和 T.M.C. Asser 出版社出版了《国际体育仲裁院(1984-2004)》一书(以下简称“《CAS 书》”)^[17],其中包括 Ken Foster 的文

^[15] MALYNES G. Consuetudo, vel, *Lex Mercatoria: or, The Ancient Law-Merchant*[M]. London: Adam Islip, 1622/1628. 参见 https://www.trans-lex.org/104970/_malynes-gerard-consuetudo-vel-lex-mercatoria-or-the-ancient-law-merchant-/, 2025-04-02 访问

^[16] 欧盟委员会 (Siekmann R C R) . ENIC/UEFA 案委员会决定 [Z]. 2002-06-25. 案件编号: 37806.

^[17] Blackshaw I S, Siekmann R C R, Soek J. eds. *The Court of Arbitration for Sport (1984-2004)* [M]. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2004.

章“Lex Sportiva and Lex Ludica: 国际体育仲裁院的判例法”^[18]。在文章中, Ken Foster 也使用了“ludica law”一词, 并且将“Lex Sportiva”与“lex ludica”并列, 认为两者都是表示体育活动的法则。但是他并没有说明“ludica”的先例或来源。Siekmann Robert C.R.^[19]查阅经典拉丁语的标准词典《牛津拉丁语词典》发现, 其中并没有“ludica”一词, 与 ludus 同源的经典拉丁形容词形式是 ludicer、-cra、-crum (男性形式的 ludicer 实际上没有得到证实), 因此, “lex ludicra” (带“r”) 一词在形式上是可能的, 但在内容 (含义) 上是不可能的。

由此可以看出, “lex ludica”这个词是个现代的新词, “Lex Sportiva”也是如此。“Lex Sportiva”这个词纯粹是造词者依据中世纪商人法 (Lex Mercatoria) 的一种类比创造, 并未严格遵循拉丁语构词法^[20]。

鉴于“Lex Sportiva”的创造者显然是受到了“Lex Mercatoria”的影响, 因此, 它的翻译就不能不考虑先前的“Lex Mercatoria”的翻译。由于“Lex Mercatoria”作为早期商法的发展历程, 在国内商法教学和翻译中早已将其译为“商人习惯法”或“商人法”, 且在国内已有较大影响力。因此, 如果按照这种思路将“Lex Sportiva”译为“体育法”或者“体育习惯法”, 如前文所述, “Lex Sportiva”的真实涵义就不能充分体现。正如 David 所言, 不同法律体系中没有完全对等的法律概念和分类体系是最大的困难之一^[21]。在中文语境下, “体育法”会让人联想到《中华人民共和国体育法》或者广义体育法, 主要是国家法, 使人对其所表达的自治法体系产生误解。“Lex Sportiva”是指国际体育组织和国际体育仲裁院创造的法规则体系, 而不是国家立法和国际公约。此外, 在中国, 虽然“习惯”可以作为非正式的法律渊源, 但是其效力和认可度不及作为成文法的正式法律渊源。因此, 如果译为“体育习惯法”, 尽管在实质上其效力与正式法律渊源无异, 但会使人联想到非正式法律渊源, 影响对“Lex Sportiva”效力的理解。法律翻译不仅是语言转换的过程, 更是在法律机制中进行的交际活动, 实现法律功能对等逐渐成为法律翻译的终极目标。因此, “体育习惯法”这一翻译也不可取。

(二) “Lex Sportiva”的语义学分析

语义是研究自然语言所蕴含的含义及意义的重要载体, 语义学理论为“Lex Sportiva”的汉译提供了重要的分析工具。语义场理论认为, 词汇在语义上相互关联, 形成一个个语义场, 同一语义场中的词具有共同的语义特征和区别性特征。

[18] Pp. 420-440.

[19] SIEKMANN R C R. The Etymology of the Termini Technici Lex Sportiva and lex Ludica: Where Do They Come From?[J]. *International Sports Law Journal*, 2011(1): 1567-7559.

[20] see generally, Boris Kolev. Lex Sportiva and Lex Mercatoria[C]//*The International Sports Law Journal (ISLJ)*, 2008(1-2): 57, 60-62.

[21] DAVID R, BRIERLEY J E C. *Major Legal Systems in the World Today*[M]. London: Stevens & Sons Ltd, 1985.

在法律术语的语义场中,“Lex Sportiva”与其他相关术语存在着复杂的语义关系。首先,从上下义关系来看,“Lex Sportiva”是“体育法”语义场中的一个组成部分,它与“国内体育法”等下义词共同构成了“体育法”(sports law)这一上位概念。其次,在语义层面上,虽然西方不同学者对这一概念所包含的规则类型有不同看法^[22],但他们的共识是,这是一个由国际体育组织和国际体育仲裁院的判例法所共同确立的涉及体育赛事规则、运动员注册转会、反兴奋剂归责、运动员薪资、俱乐部财务、体育仲裁管辖等领域所形成的一些管理原则和规则。这些规则被认为共同构成了一个相对完整的体育规则体系,这些原则和规则是基于尊重体育的特殊性,如竞争平衡、国际和国家单项体育组织垄断、分性别比赛、兴奋剂制造技术不断升级、运动员流动性强、赛季设置等而确立起来的,是独立于国家法体系而具有高度独特性和自治性的规则体系。因此,用“习惯法”“固有法”等翻译只能表达其某一方面的特性,不能充分表达这种规范体系的性质、形成过程以及效力,而“体育自治法”这个翻译能够将这些广泛的特性都包含在内,体现出“Lex Sportiva”作为体育领域这类规则的自我形成、自我管理、自适应的特点。最后,从反义关系来看,“Lex Sportiva”相对的是“国家体育法的严格属地性规则”,体育自治法与商人自治法、网络自治法、数字自治法一样,其规则从一开始在其社群内形成时就是世界通用的,“自治法”这种翻译具有各法律领域的共性,具有翻译上的通用性。

由以上分析可以看出,尽管在构词方面“Sportiva”“Mercatoria”“Personalis”等词的后缀略有差异,但都是法律学者们积极尝试创造一个拉丁词以表达其领域自治法的独特性、独立性、自治性、全球性,多样的翻译只会造成更多的误解和歧义。这是本文尝试为这些领域的术语探寻统一翻译的重要原因。

五、西方国家与社会二元法律秩序视野下的“Lex Sportiva”

对于“Lex Sportiva”这一概念的自治性的理解,还需要从西方法治传统形成上的国家和社会二元秩序的划分去观察。“Lex Sportiva”作为独立于体育国家法体系之外的存在,体现了其与体育国家法的优势互补关系上。基于“社会契约论”的政治逻辑,国家权力来源于社会的授权,社会保有其完全可以通过自我管理的社会权力,国家权力只管理具有公共性的社会职能,从而形成国家法系统。体育领域的治理概莫能外,而且,体育因其具有较弱的政治性而给体育组织保有的自治程度更高。这更体现了创造“Lex Sportiva”而表达体育社会自治权力的必要。

^[22] 姜世波. Lex Sportiva 之意义多样性及其克服——基于 Lex Mercatoria 的启示[J]. 西安体育学院学报, 2013, 30(01): 12-17.

（一）西方国家和社会法律秩序的二元划分

1. 西方国家法治和社会自治二分的理论

传统西方法学理论主张存在国家法与民间法两种法律体系，分别对应国家秩序和民间社会秩序的存在，西方一般称后者为“私人或者民间规制”（“private regulation”），这两种不同的法律秩序被称为法律秩序二元论。前述“Lex Mercatoria”“Lex Digitalis”“Lex Informatica”“Lex Cryptographia”等表达，都是代表了各不同领域的民间法秩序（或社群自治秩序）。同样，“Lex Sportiva”代表的也是体育社会的自治规则体系，并非国家法规则体系，它既非由国家立法机构制定，也不依赖国家强制力执行，因此，“Lex Sportiva”不属于国家法范畴。

二元秩序的划分源自西方市民社会和国家二分的演进逻辑。马长山将其总结为：国家与市民社会的复合（古希腊）——国家对市民社会的扶持和监护（罗马共和国及罗马帝国）——国家吞并市民社会（西欧中世纪）——市民社会与国家的二元分立和抗衡（近代资本主义社会）^[23]。事实表明，市民社会与国家的二元互动关系是导致西方法治生成和发展的根本因素，并构成法治的基础和界限。正是在市民社会和政治国家二元矛盾互动发展进程中，经过各方利益权衡，“法律统治”的原则和精神才得以确立和传播。

随着近代商品经济的迅速发展，市民社会力量日益增长，大量自治性、开放性的社会团体活跃在市民社会舞台上，成为公民联合起来抗衡君主（国家）专权并监督国家权力的重要形式。社会组织在静态（权力结构上）和动态（权力的生产和分配过程）两方面与政府组织分享权力^[24]，形成多元权力格局。它们一方面有其独立性发展的趋势，要求政府尽量少干预而维护其自治权，扼制国家权力职能和范围的扩张；另一方面，它们又要“不断地向国家领导和官员提出要求并力求对他们施加影响”^[25]，通过积极的直接或间接民主政治参与，力图使“政府政策通过谈判和讨价还价来决定”^[26]。反过来，国家权力也会以宪法和国家法所确立的人权、正当程序等基本法律原则来审查和监督社会权力的行使，毕竟社会组织与其所管理的成员之间是强弱不同的主体，社会成员所赋予社群组织的管理权力可能发生“异化”，背离社群组织成员的利益。这种情况虽然可通过社群完善民主机制来改善，但无法排除组织对成员个人利益的侵害现象。因此，国家法也会在必要时干预社群组织的自治，甚至用国家法规则取代自治法，或者通过承认后者而实现自治规则的国家化转变。

以从商人习惯法（Lex Mercatoria）到国家商法的形成为例。从 13 世纪中叶

^[23] 马长山. 西欧的“独特性”、“东方专制主义”与近代法治[J]. 求是学刊, 2001(02): 63-67.

^[24] [美]梅路西. 后工业民主的悖论: 日常生活和社会运动[M]. 谭晓梅, 译. 现代外国哲学社会科学文摘, 1995(5).

^[25] [美]戴维·波普诺. 社会学（下册）[M]. 刘云德, 等译. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1988: 405.

^[26] [美]罗伯特·A·达尔. 现代政治分析[M]. 王沪宁, 等译. 上海: 上海译文出版社, 1987: 110.

起，商人社会就开始形成了自治的规则体系和纠纷解决机制（如“泥足法庭”和海事法庭），与当时官方的普通法体制和封建法体系形成了二元秩序格局，并且被英格兰的国王和人民接受^[27]。此外，Zouch 博士和 Mansfield 勋爵都发现，商人的习惯和惯例在整个欧洲甚至整个世界都基本相同，由于当时的商人法缺乏系统性，后者还试图发展出一套能得到广泛应用的法律规则^[28]。但是无论商人法的表现形式如何变化，自始至终，商人法本身的自治性、世界性都没有变。

从本质上讲，“商人法（Lex Mercatoria）”代表着一套规范社会中特定社会关系的行为规则，这些规则独立于国家及其法律产生和发展，涉及社会中不同的行业和领域，这些行和领域有着特定的目标和活动，如高效开展贸易。事实上，成功且高效的国际商业活动都需要统一的行为规则，这些规则的适用应不受活动地点的限制。为了避免适用国家立法和国家法院裁决，以及各种形式的国家偏见，商人们会自行制定行为规则，确定高效的争端解决方式（如商事仲裁的“一裁终局”），并形成在违反规则时自执行的以声誉制裁、资格罚，如黑名单、除名、罚款、取消会员资格、禁止参加协会活动等为主的制裁措施。这套规则体系在近代商人法形成时即被西方视为是万民法（jus gentium）的组成部分^[29]，即是全球普遍适用的规则体系，从而不同于因主权国家的利益分歧而导致的国际法的碎片化。^[30]

2. 市民社会秩序的全球化：跨国法作为第三种法律秩序

如今，民间社团组织的地位得以凸显，其功能亦获强化。经济全球化带来了国际非政府组织（INGOs）的快速发展，这些 INGOs 以自己所在领域的社会影响力也在塑造着国际法律秩序。^[31]在此背景下，国际法治体系必然需要进行相应的更新与重构。为了解释这种新的全球公民社会所形成的自治法律秩序，很多学者提出了“全球法”“跨国法”概念，并用独创的拉丁语词来表达。因为在西方国家和社会二元秩序观念来看，全球公民社会应存在并维持其自治秩序的规则，这种规则应该是全球统一的，与国家主权和国家权力无涉，这就是所谓的全球法（global law）、跨国法（transnational law），甚至称为超国家法（super-national law），这些全球法在超越国境的各领域普遍存在。如全球商事领域的“Lex Mercatoria”、技术领域的“Lex Technica”、互联网领域的“Lex Informatica”^[32]、“Lex

^[27] TRAKMAN L E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law[J]. *University of Toronto Law Journal*, 2003, 53: 265.

^[28] BURDICK F M. What is the Law Merchant?[J]. *Columbia Law Review*, 1902, 2(7): 470-485.
<https://www.jstor.org/stable/1109926>

^[29] 见注释[25]

^[30] 马凌. 国际法碎片化的历史变迁与机遇[J]. *外国法制史研究*, 2022, 24(01): 82-98.

^[31] 张晓君. 论非政府组织对国际法的塑造[J]. *法学评论*, 2023, 41(01): 176-185.

^[32] VAHRENWALD A. Out-of-Court Dispute Settlement Systems for E-commerce: Report on Legal Issues (Part IV: Arbitration)[R]. EU Joint Research Centre, 2000: 164-177, 179-182.
<http://www.vahrenwald.com/doc/part4.pdf>

Internetica”^[33]、“Lex Networkia”^[34]、建筑领域的“Lex Constructionis”^[35]、大数据治理领域的“Lex Digitalis”、区块链领域的“Lex Cryptographia”^[36]等法律秩序都被全球法理论者视为“全球法”的重要例证^[37]。其中,“Lex Mercatoria”的发展最早也是最具影响力的领域,因此很多学者都将“Lex Mercatoria”作为“全球法”的重要例证。Berger 明确提出“Lex Mercatoria”是区别于传统法律二分法中国家法和国际法以外的第三种法律秩序,他还进一步指出,“Lex Mercatoria”是基于法律的一般原则、规则和国际商业社会习惯,并有国际商事仲裁来进行管理的自足法律系统^[38]。Gunther Teubner 认为“Lex Mercatoria”是最典型的“没有国家的全球商人法”,并频繁以此为样本来论证他所倡导的“没有国家的全球法”^[39]。

由此可见,“全球法”并非以国家为基础,它既非由国家创制,也不是国家之间达成协议所形成的、用以调整国家间关系的国际法。也就是说,国家的参与并不是必须项。Beloff 从体育法角度出发也论证了这一点,他称国际奥委会适用的法律原则是一套自成一类的原则,这些原则无法在别处找到,不能通过国内的法院来实施,这实际上也暗示了国际法中也没有这些原则^[40]。另外,这种随着全球化而形成的法律新秩序在不同领域的存在基础也是不同的。在 Foster 看来,“Lex Sportiva”存在的基础是虚构的契约,契约的双方不是在平等的地位上^[41]。然而,在国际体育领域,契约关系却广泛存在。个体运动员与国际体育组织、国家体育组织之间,以及国家与国际体育组织之间都存在着契约关系^[42]。例如,当运动员期望参加某项赛事时,他们会与比赛组织者建立契约关系,其中签署参赛报名表实际上就是一种格式化的合同契约。同样,国家若要申办国际体育赛事,也会与相关国际体育组织签订契约,像奥运会申办城市与国际奥委会之间签订的申办城市合同。正是这些契约的存在,为“Lex Sportiva”的自组织化和自我生成奠定了基础。

(二) “Lex Sportiva”的表达描述的是全球体育社会的自治法

“Lex Sportiva”是拉丁文的表达方式,它是由拉丁文中表示“法”、“法律”的“Lex”和表示“体育”的“Sportiva”组成的合成词。它的出现为体育法基础理论的研究

[33] DAVIS B G. The New New Thing: Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers[J]. *Journal of International Arbitration*, 2000(6): 115-137.

[34] VALAUSKAS E J. Lex Network: Understanding the Internet Community [EB/OL]. (1996-10-07) [2023-10-01]. <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/valauskas/index.html>.

[35] MOLINEAUX C. Moving Toward A Construction Lex Mercatoria: A Lex Constructionis[J]. *Journal of International Arbitration*, 1997, 14(1): 55-66.

[36] BECKER K. Blockchain Matters—Lex Cryptographia And The Displacement of Legal Symbolics And Imaginaries[J]. *Law and Critique*, 2022, 33(2): 113-130.

[37] 姜熙, 龚正伟. “Lex Sportiva”基于与“Lex Mercatoria”类比的“全球法”属性探析[J]. 首都体育学院学报, 2015, 27(06): 516-520.

[38] BERGER K P. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*[M]. Netherlands: Kluwer Law International, 1999: 40-42.

[39] Gunther T. *Global Law Without a State*[M]. Aldershot: Dart-mouth Publishing, 1997:31.

[40] BELOFF M, KERR T, DEMETRIOU M. *Sports law*[M]. Oxford: Hart Publishing, 1999.

[41] FOSTER K. Is There A Global Sports Law?[J]. *Entertainment Law*, 2003, 2(1): 1.

[42] 谭小勇, 姜熙. 全球体育法引论[J]. 体育科学, 2011, 31(11): 77.

究提供了新的研究视角。

学者们试图从各自的研究视角出发阐释“Lex Sportiva”的内涵。目前来看,国外学者对“Lex Sportiva”的研究相对较多。在英语语境下,“Lex Sportiva”不能简单等同于“Sports Law”,国外学者大多赞同这点,认为“Lex Sportiva”有着更为丰富的内涵。Beloff 认为,“Lex Sportiva”是一种松散但逐渐走向统一的规则体系,其主要功能在于调整体育实践活动以及解决体育领域的纠纷,这一体系跨越了传统法律的边界,其核心是一套独特的国际性原则规则,并且规定了体育领域非政府决策机构的有限自治权,体现了体育法在国际体育事务中的独特地位和作用^[43]。这一阐述显然把“Lex Sportiva”规定为是不同于传统法律,即国家法秩序的一套独特的法律规则体系,这一规则体系是体育非政府机构自治的产物。Kaufmann-Kohler 主张“Lex Sportiva”就是国际体育仲裁院在仲裁实践中通过判例形成的判例法^[44],这种观点主要是考虑了国际体育仲裁院作为全球体育领域最具权威的体育纠纷仲裁机构,其所具有的判例造法和释法功能。

但 Erbsen 却否认上述观点,他认为 CAS 的案例还不能构成“Lex Sportiva”体系,国际体育仲裁院在仲裁实践中只能对文本进行法律解释^[45]。Casini 和 Marios Papaloukas 则聚焦“Lex Sportiva”的跨国性质,倾向于将“Lex Sportiva”视为“全球体育法”^{[46][47]}。Nafziger 对于“Lex Sportiva”的观点则采用了国际法的视角,将“Lex Sportiva”视为“国际体育法”(International Sports Law),将其归为国际法的分支^[48]。

相比之下,国内研究起步较晚,对该领域进行讨论的学者也比较少。大多学者仅以“国际体育法”为主要研究视角,并没有进一步分析论证“Lex Sportiva”的相关问题。直接针对“Lex Sportiva”展开论述的有郭树理、姜世波、姜熙等学者,其中,郭树理在《国际体育仲裁的理论与实践》一书中将“Lex Sportiva”直译成“体育法”,但是这一表述在客观上很容易与国内传统法意义上的“体育法”相混淆,也远远不能表达“Lex Sportiva”的内涵^[49]。姜世波基于其对传统商人习惯法(Lex Mercatoria)的研究,并结合“Lex Sportiva”这一新词提出的背景,他提出“Lex Sportiva”是指不同于国家法体系的超国家体育法规则,故译为“全球体育法”,并对国外研究进行了综述^[50],但是他并没有对“Lex Sportiva”为何是全球体育法进行论证。姜熙认为,“Sports Law”应该是比“Lex Sportiva”更宏观的概念,单纯地

[43] BELOFF M, KERR T, DEMETRIOU M. *Sports law*[M]. Oxford: Hart Publishing, 1999.

[44] KAUFMANN-KOHLER G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse[J]. *Arbitration International*, 2007(3): 365.

[45] ERBSEN A. The Substance And Illusion of Lex Sportiva[C]//The CAS 1984-2004. Hague: Asser Press, 2006.

[46] FOSTER K. Is There A Global Sports Law?[J]. *Entertainment Law*, 2003, 2(1): 1.

[47] PAPALOUKAS M. The Emergence of Lex Sportiva in the Jurisprudence of the CAS[EB/OL]. (2009)[2023-10-01]. <https://ssrn.com/abstract=1357783>.

[48] NAFZIGER J A R. *International Sports Law*[M]. NY: Transnational Publishers Incorporated, 2004: 75.

[49] 郭树理. 国际体育仲裁的理论与实践[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2009.

[50] 姜世波. Lex Sportiva: 全球体育法的兴起及其理论意义[J]. 天津体育学院学报, 2011, 26(3): 220-224.

将“Lex Sportiva”直译为“体育法”不能体现其真正的含义^[51]。

尽管学者们对“Lex Sportiva”的描述存在差异,但可以明确的是,国际体育仲裁院(CAS)在实践中形成的判例规则是“Lex Sportiva”的关键组成部分,成为规范体育行为、维护体育秩序的重要规则集合。此外,其他国际体育组织官员的表述也暗示了“Lex Sportiva”的存在,如美国国家奥委会副主席 Michael Lenard 认为,全球体育治理需要“Lex Sportiva”,他还倡导要将“Lex Sportiva”提高和提炼为“无争议的法律规则”^[52]。James 和 Nafziger 也支持这一观点,理由是,尽管 CAS 是一个仲裁机构,但 CAS 的裁决正在形成一个“Lex Sportiva”体系^{[53][54]}。总之,随着国际体育法实践的发展,“Lex Sportiva”这一概念正得到越来越多人的接受。

“Lex Sportiva”,是一种独特的自治法律秩序,它的兴起反映了民间组织作为新的规制力量的崛起。国际体育组织通过集体行动和呼吁,制定了一系列民间规则、守则和指南,这些规则不仅对国际体育事务进行直接管理,还向国家施加压力,推动国家法的调整和完善,这种跨国法律现象被称为“跨国民间规制”(Transnational Private Regulation),它填补了国家法和国际法之间的空白,成为一种新的法律秩序^[55]。

体育具有天然的民间性和国际化特征。体育运动的规则统一性和国际化需求促使国际体育组织承担起规则制定的使命。这种规则统一性不仅体现在比赛规则上,还体现在体育组织的自治管理上。国际体育组织通过自治规则和争议解决机制,形成了一个独立于国家法的法律秩序。国家法在面对快速发展的国际体育活动时,表现出立法迟滞和法律适用僵化的局限性。“Lex Sportiva”的出现正是对国家法危机的回应。体育自治法通过体育赛事实践产生规则,并由体育组织自行解决争议,形成了国际体育仲裁制度。这种自治法秩序不仅补充了国家法的不足,还通过法律学术作品和判例法不断动态发展。

国际体育活动的跨国性决定了其法律秩序的超国家特征。每个民族国家的法律只能在其领土内适用,而国际体育活动的规则则超越了单一国家的法域。1949年,Massimo Giannini^[56]就指出,世界体育运动拥有完全自治的法律秩序,这种秩序经常与国内法律秩序发生冲突。Silance 更进一步认为,法律秩序的效力并非由国家或道德价值决定,而是由其自身的存在和机构赋予的^[57]。

体育比赛规则的高度技术性使其难以成为司法审查的对象。体育竞赛的公平

[51] 姜熙. “Lex Sportiva”法的属性证成[J]. 上海体育学院学报, 2014, 38(1): 62-69.

[52] LENARD M. The Future of Sports Dispute Resolution[J]. *Marquette Sports Law Review*, 2009, 10(1): 173-180.

[53] NAFZIGER J A R. The Future of International Sports Law[J]. *Willamette Law Review*, 2006, 42(4): 861-865.

[54] MATTHEW M J, DAVIS T. Athlete Eligibility Requirements And Legal Protection of Sports Participation Opportunities[J]. *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, 2009(8): 81.

[55] 姜世波. 跨国民间法的兴起及其与国家法体系的互动[J]. 甘肃政法学院学报, 2012(4): 56-63.

[56] RIGAUX F. Les Situations Juridiques Individuelles Dans Un Système De Relativité Générale[J]. *Recueil des Cours*, 1989(5): 9.

[57] SILANCE L. *Les Sports et le Droit*[M]. Bruxelles: De Boeck Université, 1998: 81.

性、诚信原则、国籍要求、反兴奋剂等规则往往突破了传统国家法的框架。国家法在维护体育运动的固有规定性时，必须尊重体育自治法的独立性。欧盟通过政策和判例确立了不干预体育自治的原则，进一步强化了“Lex Sportiva”的自治地位^[58]。

总的来说，“Lex Sportiva”具备构成自治法律秩序的所有要素：有自己的主体（国际体育组织）、规则体系（体育规则和仲裁规则）、组织结构（国际体育联合会）和法院（国际体育仲裁院，CAS）。CAS的判例具有造法效力，使得“Lex Sportiva”的自治和独立性远超商人习惯法。国际商事仲裁体制虽然也存在，但其分散性和互不隶属的特点使其无法与“Lex Sportiva”的集中性和层级性相比。需要注意的是，“Lex Sportiva”并非完全自决于国家法体系，而是与国家法并存并相互影响。当“Lex Sportiva”需要国家法来强制执行仲裁裁决时，或当其规则有损公共政策和基本人权时，国家法仍会介入。“Lex Sportiva”与其他法律秩序并行且交汇，但其核心在于保障国际体育事业的健康发展。

六、“Lex Sportiva”的汉译统一化

同“Lex Sportiva”一样，在全球的不同领域中，存在着一系列以拉丁语命名的自治法概念。在商事领域，“Lex Mercatoria”常见的汉译有“商人法”“商业习惯法”“商事习惯法”等；在技术领域“Lex Technica”被译为“技术法”“技术规范法”；在互联网领域中，“Lex Informatica”有“信息法”“网络信息法”等译法，“Lex Internetica”常被译为“互联网法”“网络法”，“Lex Networkia”则有“网络法”“网络空间法”等不同表述；在建筑领域有人讲“Lex Constructionis”译为“建筑法”“建筑行业法”；在大数据治理领域，“Lex Digitalis”常见被翻译为“数字法”“数字治理法”；区块链领域的“Lex Cryptographia”，被译为“加密法”“区块链加密法”。这些多元的翻译虽然在一定程度上反映了不同译者对概念的理解，但也造成了术语使用的混乱。混乱的翻译不仅会让国内学界在研究和交流时产生误解，也不利于社会大众准确理解西方学者提出的这些概念的内涵。就像“Lex Sportiva”需要统一翻译一样，其他领域的这些拉丁语自治法概念同样迫切需要统一译法。这里，笔者将尝试以“Lex Sportiva”为例，探寻适合这些拉丁语术语的统一翻译。

“Lex Sportiva”在不同语境下的含义与功能存在差异，这对其翻译策略的选择具有重要指导意义。请比较以下翻译：

例 1：The application of Lex Sportiva in international sports disputes is becoming more and more extensive.

译文 1：“全球体育法”在国际体育纠纷中的应用越来越广泛。

译文 2：“体育自治法”在国际体育纠纷中的应用越来越广泛。

从例 1 可以看出，“Lex Sportiva”与“international sports”可以在英语语境下并

^[58] 姜世波. 欧盟法适用于体育的例外与启示[J]. 天津体育学院学报, 2013.

存使用，将“international sports”译为“国际体育”这点毫无争议，而且这一翻译表达在句中必不可少。然而，汉语的翻译讲究简洁凝练，在译文 1 中，“全球”与“国际”意思相近，存在重复翻译之嫌。由此可以倒推，尽管“Lex Sportiva”具有全球性，但是这种内在性质不宜显化为该术语的正式翻译，因为在“Lex Sportiva”出现的句子语境中，会有像“international sports”这样的表述凸显其全球性，这个例子也能进一步验证前文提到的“Lex Sportiva”不宜汉译为“全球体育法”的观点。更重要的是，全球性并不是“Lex Sportiva”等法律秩序独有的特征，传统的法律秩序二元体系中的“国际法”也具有全球性。因此，为了凸显“Lex Sportiva”这一法律秩序的本质属性，译文 2 中的“体育自治法”这一翻译更加合适。将“Lex Sportiva”翻译为“体育自治法”，能够突出体育组织在体育事务管理中的自主性，又能在这一拉丁词多数情况下适用于国际体育背景下避免可能的翻译语义上的重复。

例 2: Each national sports federation should abide by Lex Sportiva while formulating its own internal regulations.

译文 1: 每个国家的体育联合会在制定自身内部规章制度时都应遵守体育固有法。

译文 2: 每个国家的体育联合会在制定自身内部规章制度时都应遵守体育自治法。

结合之前的分析，体育固有法这一翻译更侧重强调这个法律体系是该领域或法律关系所内生的、固有的法律规则，不是外部强加的规则。在中文语境下，它强调了事物本身固有的特性，与外界因素无关。但事实上，体育联合会等组织制定的规则都是人为的规则，译文 1 的翻译很明显是前后矛盾的，译文 2 中“体育自治法”这一翻译更能直观地反映体育自治自主制定规则的“自治”特点，因此，更适合作为例 2 的翻译。

在法学和其他社会科学领域，有许多关于“自治”的概念和研究。如在地方自治、行业自治等研究中，“自治”强调了特定主体在一定范围内自我管理的权力和规则。将“Lex Sportiva”翻译为“体育自治法”，可以与这些相关概念相呼应，便于在更广泛的学术和实践领域中进行交流和理解，也有助于将体育规则的研究纳入到整个社会治理和规则体系的研究范畴中。在体育法学术交流语境中，“Lex Sportiva”的含义会因学者的研究视角与侧重点不同而有所变化，其功能在于促进学术观点的准确表达与学术讨论的深入进行。根据目前的研究，学者们大多赞同“Lex Sportiva”不属于国家法体系，而是国际体育组织制定的民间规则，自治性突出。因此，本文提倡将“Lex Sportiva”统一翻译为“体育自治法”应用于学术交流场景之中。

考虑到与其他领域自治法所创造的拉丁词的翻译统一，将“Lex Sportiva”译为“体育自治法”亦可为其他领域的自治法创造统一翻译的可行性。比如“Lex

Mercatoria”翻译为“商人自治法”，“Lex Technica”翻译为“技术自治法”，“Lex Informatica”“Lex Internetica”“Lex Networkia”统一译为“网络自治法”，“Lex Constructionis”翻译为“建筑业自治法”，“Lex Digitalis”翻译为“大数据自治法”，“Lex Cryptographia”翻译为“区块链自治法”都是成立的。如此一来，既能实现翻译的统一规范，也能让国内学界和社会大众清晰准确地把握这些概念的准确含义，促进不同领域知识的传播与交流。

七、结语

“Lex Sportiva”的汉译是一个复杂的语言学和法学交叉的问题，受到多种因素的影响。目前的各种汉译版本都有其优缺点，在不同的语境和使用场景下具有一定的适用性，但尚未有一种译法能够完全精准、全面且通俗易懂地传达其丰富内涵。出于国际体育法学界交流与合作的需要，本文认为应当尽早在国内统一“Lex Sportiva”的汉译，笔者基于语言学分析提出的“体育自治法”也只是初步尝试，还需要在法律实践中不断完善论证。未来，随着国际体育法的发展以及语言学研究的深入，笔者将进一步结合体育法律实践和跨文化交际的实际需求，灵活运用语言学理论和方法，不断探索更加优化、精准且统一的汉译方案，以促进国际体育法学界的交流与合作，推动全球体育事业的法治化进程。

参考文献：

中文文献

1. 陈华荣. 体育法的学科体系与日本体育法的借鉴——周爱光教授学术访谈录[J]. 体育与科学, 2016, 37(4): 6-12.
2. 陈文玲. 试论英汉法律术语的不完全对等现象与翻译[J]. 山东外语教学, 2004(4): 98-101.
3. 范慧茜. 《中华人民共和国著作权法》若干法律术语英译商榷[J]. 中国翻译, 2017(1): 98-103.
4. 郭树理. 国际体育仲裁的理论与实践[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2009.
5. 姜世波. Lex Sportiva 之意义多样性及其克服——基于 Lex Mercatoria 的启示[J]. 西安体育学院学报, 2013, 30(1): 12-17.
6. 姜世波. Lex Sportiva: 全球体育法的兴起及其理论意义[J]. 天津体育学院学报, 2011, 26(3): 220-224.
7. 姜世波. 欧盟法适用于体育的例外与启示[J]. 天津体育学院学报, 2013.
8. 姜世波. 跨国民间法的兴起及其与国家法体系的互动[J]. 甘肃政法学院学报, 2012(4): 56-63.
9. 姜熙. “Lex Sportiva”法的属性证成[J]. 上海体育学院学报, 2014, 38(1): 62-69.

10. 姜熙, 龚正伟. “Lex Sportiva”基于与“Lex Mercatoria”类比的“全球法”属性探析[J]. 首都体育学院学报, 2015, 27(6): 516-520.
11. 李克兴. 英语法律文本中主要情态动词的作用及其翻译[J]. 中国翻译, 2007(6): 54-60.
12. 吕岩峰. 英国“适当法理论”之研究[J]. 吉林大学社会科学学报, 1992(5): 13.
13. 马长山. 西欧的“独特性”、“东方专制主义”与近代法治[J]. 求是学刊, 2001(2): 63-67.
14. 马凌. 国际法碎片化的历史变迁与机遇[J]. 外国法制史研究, 2022, 24(1): 82-98.
15. 屈文生. 中国法律术语对外翻译面临的问题与成因反思——兼谈近年来我国法律术语译名规范化问题[J]. 中国翻译, 2012(6): 68-75.
16. 沙丽金, 程乐. 基于语料库的立法语言语义研究[J]. 浙江工商大学学报, 2009(1): 12-16.
17. 谭小勇, 姜熙. 全球体育法引论[J]. 体育科学, 2011, 31(11): 77.
18. 谭岳奇. 自体法: 通向自然法之路径[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2001, 54(1): 33-38.
19. 吴苌弘. 法律术语译名探究——基于术语等值与概念迁移的思考[J]. 上海翻译, 2016(6): 48-53.
20. 张晓君. 论非政府组织对国际法的塑造[J]. 法学评论, 2023, 41(1): 176-185.
21. 张法连. 英美法律术语汉译策略探究[J]. 中国翻译, 2016(2): 100-104.

外文文献

1. BELOFF M, KERR T, DEMETRIOU M. *Sports law*[M]. Oxford: Hart Publishing, 1999.
2. BERGER K P. *The creeping codification of the lex mercatoria*[M]. Netherlands: Kluwer Law International, 1999: 40-42.
3. BLACKSHAW I S, SIEKMANN R C R, SOEK J. *The Court of Arbitration for Sport (1984-2004)*[M]. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2004.
4. DAVID R, BRIERLEY J E C. *Major legal systems in the world today*[M]. London: Stevens & Sons Ltd, 1985.
5. GUNTHER T. *Global law without a state*[M]. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997: 31.
6. MALYNES G. *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria: or, The ancient law-merchant*[M]. London: Adam Islip, 1622/1628.

7. NAFZIGER J A R. *International sports law*[M]. NY: Transnational Publishers Incorporated, 2004: 75.

8. SARCEVIC S. *New approach to legal translation*[M]. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

9. SILANCE L. *Les sports et le droit*[M]. Bruxelles: De Boeck Université, 1998: 81.

期刊论文

1. BECKER K. Blockchain matters—lex cryptographia and the displacement of legal symbolics and imaginaries[J]. *Law and Critique*, 2022, 33(2): 113-130.

2. BURDICK F M. What is the law merchant?[J]. *Columbia Law Review*, 1902, 2(7): 470-485.

3. DAVIS B G. The new new thing: Uniform domain-name dispute-resolution policy of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers[J]. *Journal of International Arbitration*, 2000(6): 115-137.

4. FOSTER K. Is there a global sports law?[J]. *Entertainment Law*, 2003, 2(1): 1.

5. KAUFMANN-KOHLER G. Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse[J]. *Arbitration International*, 2007(3): 365.

6. LENARD M. The future of sports dispute resolution[J]. *Marquette Sports Law Review*, 2009, 10(1): 173-180.

7. MATTHEW M J, DAVIS T. Athlete eligibility requirements and legal protection of sports participation opportunities[J]. *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, 2009(8): 81.

8. MOLINEAUX C. Moving toward a construction lex mercatoria: A lex constructionis[J]. *Journal of International Arbitration*, 1997, 14(1): 55-66.

9. NAFZIGER J A R. The future of international sports law[J]. *Willamette Law Review*, 2006, 42(4): 861-865.

10. RICHARD H M. The Court of Arbitration for Sport: An independent arena for the world's sports disputes[J]. *Valparaiso University Law Review*, 2001, 35(2): 379-405.

11. RIGAUX F. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale[J]. *Recueil des Cours*, 1989(5): 9.

12. TRAKMAN L E. From the medieval law merchant to e-merchant law[J]. *University of Toronto Law Journal*, 2003, 53: 265.

论文集与报告

1. ERBSEN A. The substance and illusion of Lex Sportiva[C]//The CAS 1984-

2004. Hague: Asser Press, 2006.

2. VAHRENWALD A. Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce: Report on legal issues (Part IV: Arbitration)[R]. EU Joint Research Centre, 2000: 164-177, 179-182.

译著

1. 戴维·波普诺. 社会学（下册）[M]. 刘云德等译. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1988: 405.

2. 罗伯特·A·达尔. 现代政治分析[M]. 王沪宁等译. 上海: 上海译文出版社, 1987: 110.

3. 梅路西. 后工业民主的悖论: 日常生活和社会运动[M]. 谭晓梅译. 现代外国哲学社会科学文摘, 1995(5).

Abstract: Since the introduction of the Latin term “Lex Sportiva” by Chinese scholars, there have been various expressions in its Chinese translation in the academic community. This has led to a diverse understanding of this international sports autonomy law system and is not conducive to domestic academic exchanges. And therefore, a unified normative expression is needed. Legal translation is a fusion expression of legal terminology and linguistics. Accordingly, the translation of “Lex Sportiva” also needs to be understood from two aspects: its word composition and legal connotation. It is necessary to explore its composition from the perspective of language and pragmatics, and accurately express the autonomous legal connotation of “Lex Sportiva” based on the binary legal order of Western state law and private autonomous law. At the same time, it is also necessary to consider coordination and unity with other fields’ Latin translation of autonomous law. Based on the above requirements, the translation of “Lex Sportiva” as sports autonomous law is more appropriate.

Key Word: Lex Sportiva; Translation of legal terminology; Sports Autonomy Law; Global Sports Law

CISG 下交付不符货物根本违约的认定与违约赔偿

——对最高人民法院 107 号指导性案例及其类案的再审视

何鹰¹

（南京大学 法学院，南京 210093）

摘要：《联合国国际货物销售合同公约》适用范围内，卖方交付不符货物时，确定是否构成根本违约的应当是客观标准，核心在于违约实际上剥夺了非违约方根据合同约定取得合同标的物的权利，并致使合同目的不能实现。107 号指导性案例蒂森克虏伯案中最高院所作出的买方只要在不存在不合理麻烦的情况下，能使用或转售货物（甚至打些折扣），那么交付质量不符货物并不构成根本违约，仅是非根本违约的判定，为交付不符货物时根本违约的认定提供了可参照的标准，使 CISG 根本违约客观标准在司法实践中得以具象化，而转售成功与否也是重要判断因素。利益衡量理论对 CISG 第 25 条法律解释的目的性限缩、法律适用的个案判定和具体损害赔偿数额的确定意义重大。

关键词：根本违约 客观标准 损害程度 合同目的 利益衡量

普遍认为，107 号指导性案例蒂森克虏伯案²的核心问题是《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》，英文缩写 CISG）的适用。但在司法实践中，该案例还为卖方交付与合同约定不符的货物是否构成根本违约，提供了可参照的标准。卖方德国克虏伯公司与买方中化新加坡公司约定交易标的石油焦的 HGI 指数典型值为 36—46，但卖方实际交付的石油焦的 HGI 指数为 32。对此，买方认为，其作为贸易商购买涉案石油焦的目的是在中国境内销售，但其在中国境内无法正常销售卖方交付的与合同约定 HGI 指数不符的石油焦，自己根据合同规定有权期待的利益被剥夺，根本违约成立。卖方则认为，其交付的不符石油焦仍可以在中国市场销售，并不构成违约。对此，一审江苏省高级人民法院与二审最高人民法院均认定卖方行为构成违约，但分歧在于卖方是否构成根本违约：前者判定成立，后者判定不成立。那么，卖方交付与合同约定不符的货物在何种

¹ 南京大学法学院副教授

² 2019 年 2 月 25 日，最高人民法院发布了第 21 批指导性案例（第 107—112 号），本案即第 107 号指导性案例——蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司（Thyssen Krupp Metallurgical Products GmbH）与中化国际（新加坡）有限公司（Sinochem International (Overseas) Pte Ltd）国际货物买卖合同纠纷上诉案。作为国际货物买卖合同纠纷的典型案，其对国际货物买卖合同准据法的适用和 CISG 中根本违约的认定这两个问题统一了裁判尺度。其一，关于在满足 CISG 适用和有约定的准据法条件下二者的适用次序问题，应优先适用 CISG，在 CISG 无相关规定时，适用双方当事人约定的准据法。若合同当事人明确排除适用 CISG 的，则 CISG 不适用。其二，关于《联合国国际货物销售合同公约》根本性违约条款的正确理解与适用：若卖方交付货物与合同规定不符，但买方在不存在不合理麻烦的情况下，能使用货物或转售货物（甚至打些折扣），则质量不符不构成根本性违约。本文讨论第二点。

情况下将构成根本违约？³《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》（2011）强调要切实发挥好指导性案例作用：要增强运用指导性案例的自觉性，……严格参照指导性案例审理好类似案件，……确保案件裁判法律效果和社会效果的有机统一，保障社会和谐稳定。由此，作为指导性案例，本案的判定对于 CISG 下根本违约条款的理解具有重大意义。研读 CISG 第 25 条可知，根本违约的成立包括违约造成的损害程度和违约方的预见性⁴两个要件，本文仅针对违约造成的损害程度要件，严谨探究我国与国际上适用 CISG 的判例，分析卖方交付不符货物情形下确定根本违约成立需遵循的原则。

一、CISG 根本违约客观标准的核心：违约结果致使合同目的不能实现

CISG 下根本违约的成立需满足客观标准（违约造成的损害程度）和主观标准（违约方的预见性）。其中，对根本违约起决定作用的是客观要件违约造成的损害程度，其包含三层逻辑关系：第一，一方存在根本违约的事实；第二，违约后果使对方遭受实质上的、重大的损害，即损害程度达致非违约方无法得到根据合同规定有权期待得到的东西；⁵第三，违约事实与损害结果间存在因果关系。只有非违约方证明上述三点，才可构成根本违约。其中，最关键之处在于对“实际上剥夺了非违约方根据合同规定有权期待得到的东西”的准确把握。⁶简言之，即“违约方违约的结果致使非违约方订立合同时的目的不能实现”。而此关涉 CISG 宣告合同无效与《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）合同解除的对接。

（一）CISG 宣告合同无效与《民法典》合同解除的对接

我国《民法典》具体涉及卖方交付不符货物致使合同解除的条款是第 563 条第 4 款和第 610 条。从文意上看，这两条规定均对买方行使合同解除权设置了不符货物致使买方合同目的不能实现这一高标准，同时排除了 CISG 第 25 条所规定的主观标准（违约方的预见性），即排除了主观标准对判定根本违约的不确定性。只是《民法典》的用语是“不能实现合同目的”，CISG 的用语是“根据合同规定有权期待得到的东西被剥夺”，此两者关系如何？对此，可参考锡克有限公司

³ 当事人正确理解 CISG 条款根本违约有助于其主张权利，但实践中，也有一些当事人“曲解”CISG 根本违约条款。例如，“晨唐公司与吉斯马公司”一案中，卖方吉斯马公司称“根据 CISG 第 46 条，即使货物不符合合同约定，构成根本违约，买方（晨唐公司）也无权解除合同并退货，买方只能要求换货或令卖方采取补救措施”即是对 CISG 第 46 条的理解有误。吉斯马公司的错误还在于未正确理解 CISG 第 49（1）（a）。参见《晨唐（北京）技术股份有限公司国际货物买卖合同纠纷二审民事判决书》，（2019）京 02 民终 12136 号。

⁴ 对于条件二即“对违约后果的预见性”，除违约方自己的预知外，还应以一个第三人——与违约方具有同等资格、通情达理的人处在相同情况中能否合理预见为标准。本文内容不涉及此。

⁵ 张玉卿：《国际货物买卖统一法联合国国际货物销售合同公约释义》，中国商务出版社，2009，第 169、170、172 页。

⁶ 参见《中化国际（新加坡）有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案-指导案例 107 号的理解与参照：〈联合国国际货物销售合同公约〉与约定准据法的适用及根本违约的认定》，<https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fce124923280fde28381152cc0fda957bce4bdfb.html?Keyword>，访问日期：2023 年 3 月 16 日。

（Sigel GmbH）诉艾派集团（中国）有限公司国际货物买卖合同纠纷案。该案关涉《民法典》规定的合同解除与 CISG 规定的宣告合同无效对接问题。该案中，法院裁判分析指出：关于第二个争议焦点，即双方之间买卖合同应否解除的问题，本院适用的准据法是《公约》，虽然 CISG 没有规定解除合同的条款，但其第 81 条称“宣告合同无效解除了双方在合同中的义务”，这说明 CISG 中的“宣告合同无效”与原告主张的“解除合同”具有一致的法律效果，故本院将依据 CISG 中有关宣告合同无效的条款来判断原告是否有权解除本案双方之间的买卖合同。⁷可见，《民法典》与 CISG 关系密切，相关条款的解释与适用也可彼此支持。因此，将 CISG 根本违约客观标准的核心表述为违约结果致使合同目的不能实现是妥当的，且更有利于理解与适用。

（二）UNCITRAL 法规判例：非违约方合同目的不能实现，根本违约成立

联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）1988 年建立了收集并传播与 UNCITRAL 法规有关的法院判决和仲裁裁决资料的系统，即贸易法委员会法规判例法（法规判例法），以给关于其法规的判决和裁决的一致性提供支持，促进对 UNCITRAL 法规的统一解释和适用。⁸

判例 2 载明：一位意大利制鞋商同意按一位德国买主的规格要求生产 130 双鞋子，作为进一步订货的试样。在一次商展中，该制鞋商展出了若干双此类鞋子，但鞋子上带着该买主可依法使用的商标。当制鞋商拒绝撤回其擅自使用商标的鞋子时，买主在商展后第二天用电传通知制鞋商中断买卖关系，并不予支付 130 双样品鞋的货款，因为这些鞋子对该买主已经不再具有任何价值了。法院认为，买方已及时有效地宣布合同作废，而制鞋商违反了保护专属性的从属义务，根据 CISG 第 25 条，制鞋商根本违约，因为制鞋商危害了合同的目的，正如对制鞋商来说可以预见的那样，买方对该合同不再感兴趣了。⁹

但若当买卖合同的标的物是机械工具，卖方所交付货物虽存在缺陷但易修复，则根本违约不成立。判例 937 载明：合同交易标的为用于热加工的工业锅炉，买方主张合同取消并列举了产品存在的缺陷。对此，法院仅认可买方所称缺陷中的一项，即锅炉的某些部位不符合关于与热表面接触的欧洲安全标准。但法院同时裁定该小缺陷很容易修补，且费用甚低，并不会严重损害合同双方追求的经济目标，根本违约不成立。由此，当卖方迅速提供并完成了修复，而且没有给买方造成任何麻烦，一些法院不愿将其视为根本违约。¹⁰这实质上还

⁷ 参见（2013）泉民初字第 1084 号判决书。

⁸ 参见“贸易法委员会法规的判例法（法规判例法）”相关解释，<https://uncitral.un.org/zh/node/3591>，访问日期：2023 年 6 月 18 日。

⁹ 参见《贸易法委员会法规的判例法》，<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V93/855/95/IMG/V9385595.pdf?OpenElement>，访问日期：2023 年 3 月 16 日。

¹⁰ 联合国国际贸易法委员会：《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》2016 年版，第 115 页。https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/cisg_digest_2016_c.pdf，访问时间：2023 年 6 月 16 日。

是在于非违约方的合同目的并非不能实现。

（三）国内案例：若非违约方合同目的不能实现，构成根本违约

UGRINEKS 公司诉沧州锐天公司国际货物买卖合同案中，一审天津市二中院认定，根据《公约》第 25 条，锐天公司交付货物与合同约定的货物性质存在实质性差距，导致无法实现合同目的，根本违约成立。¹¹二审天津高院认定，涉案货物为有缝钢管，与合同约定的“无缝钢管”存在物理性质上的根本差异，且两种钢管的用途有明显区别。因此，卖方的违约行为根本上剥夺了买方原本根据合同规定有权期待得到的东西，买方合同目的无法实现，卖方构成根本违约。¹²二审的论证显然更为完善。

深圳市亿诚公司与深圳市生辉煌公司国际货物买卖合同纠纷二审案中，法院认定，被告亿诚公司将其生产的圣诞灯串出售给原告，原告以该批货物与欧盟国家进行货物贸易，进军欧盟市场，但被告生产交付的圣诞灯串违反欧盟 CE 强制性安全标准，根本违反了合同，导致原告买方订立合同的目的落空。¹³原告订立合同的目的是向被告购买圣诞灯串，并通过差价销售获得利润。因被告交付的圣诞灯串不符合欧盟 CE 安全标准，当地市政府禁止销售且要求召回，原告已经不能通过差价销售的方式获取利润，因而原告订立合同的目的已经落空，期待的利润已实际被剥夺。

亚玛有限两合公司诉永康市康腾影视设备有限公司买卖合同纠纷案中，浙江省永康市人民法院认定，被告的前两次供货虽然存在质量问题，但原告所提供的证据不足以认定以上质量问题导致“实际上剥夺了其根据合同规定有权期待得到的东西”从而构成根本违约，即原告意图以《公约》第 25 条为依据确定被告根本违约不能成立。¹⁴

青岛高德利物流器材有限公司与株式会社泰度系统国际货物买卖合同纠纷再审案载明：最高院认定，高德利公司主张模具行车存在严重瑕疵，致使合同目的不能实现，其应承担相应举证责任。高德利公司的举证不足以证明模具行车因质量瑕疵致使合同目的不能实现，原判决认定高德利公司应继续支付合同尾款，具有事实依据，并无不当。高德利公司并未提交证据证明设备曾存在致使合同目的不能实现的严重质量问题，原判决认定高德利公司不享有法定解除权，具有法律依据。¹⁵

107 号指导性案例则在以上案例的基础上，作了进一步的阐释：该案中，卖

¹¹ 参见（2014）二中民三初字第 7 号判决书。

¹² 参见（2015）津高民四终字第 2 号判决书。

¹³ 参见（2019）粤 03 民终 3155 号判决书。

¹⁴ 参见（2016）浙 0784 民初 8678 号判决书。

¹⁵ 参见（2020）最高法民申 2676 号判决书，

<https://www.pkulaw.com/pfnl/c05aecd05a57db0a6124f5e90ef8a904dc3f82fe6db925acbdffb.html?>，访问日期：2023 年 2 月 16 日。

方所交付的 HGI 值仅 32 的货物是否否定了或者从根本上降低了非违约方根据合同规定的正当期待？江苏高院认为 HGI 指数的高低对石油焦的硬度有重要影响，卖方所交付的 HGI 指数低达 32 的石油焦肯定会对买方销售该批石油焦造成极大困难，即实际上剥夺了买方订立合同时期望得到的利益¹⁶，因此卖方交付不符货物构成根本违约。最高法院二审则认为，买方将案涉货物已经成功转卖的事实，说明所交付货物并没有从根本上剥夺买方在合同下有权得到的东西，也并没有导致买方订立合同之目的不能实现。因此，最高院认定案涉与合同约定 HGI 指数不符之石油焦仍具使用价值，且买方将其转售的事实，说明案涉石油焦是可以以合理价格予以销售的，卖方行为虽然构成违约但不构成根本违约。

二、根本违约客观标准之具象化：不符货物不能使用或转售

107 号指导性案例中，最高院的二审判决指出：“第三、综合考量其他国家裁判对《销售公约》中关于根本违约条款的理解，买方在不存在不合理的麻烦的情况下，能使用货物或转售货物，甚至打些折扣，质量不符依然不过是非根本违约。故本院认为德国克虏伯公司交付 HGI 指数为 32 的石油焦的行为，并不构成根本违约。”¹⁷遗憾的是，该判决未能进一步对“其他国家裁判对《公约》中关于根本违约条款的理解”进行说明与论理。研读《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016）有助于更好地理解 107 号指导性案例。其第 25 条说明第 8 段开篇即指出：“如果所交货物存在缺陷，当货物与合同不符被正当视为根本违约时，买方可宣告合同无效（第 49 条第（1）款（a）项）。因此，根本的一点是，要弄清在什么情况下交付与合同不符的货物构成了根本违约。在这方面，一些法院裁定，只要买方在不存在不合理麻烦的情况下，能使用货物或转售货物，甚至打些折扣，质量不符依然不过是非根本违约。”¹⁸显然，107 号指导性案例的论证，来源于《公约》各国的判例，并交相印证。

（一）UNCITRAL 法规判例之不符货物能转售或使用，根本违约不成立

法规判例法中以能使用货物或能转售货物（甚至打些折扣）否定根本违约成立的判例有判例 171、79、988 等。其中，判例 171 载明：“法院还认为，并没有根本违反合同。因为被告没有表示在德国或国外不能出售南非的硫酸钴（销售公约 第 49(1)(a)条），因此 被告没有表示它实质上被剥夺了根据合同它有权期望得到的东西（销售公约 第 25 条）。 ”¹⁹判例 988 载明：“仲裁庭裁定，这些纪念币与样币一致。仲裁庭还裁定，即使合同不包含相关条款，货物也应

¹⁶ 一审法院江苏高院认为，作为从事石油焦贸易的专业公司，卖方德国克虏伯公司不可能不知道其违约行为可能给中化新加坡公司造成的损失。这关涉根本违约的可预见性，本文不予讨论。

¹⁷ 《中化国际（新加坡）有限公司与蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案》，《最高人民法院公报》2015 年第 8 期（总第 226 期），第 45 页。

¹⁸ 参见联合国国际贸易法委员会：《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》2016 年版，第 115-117 页。。https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/cisg_digest_2016_c.pdf, 访问时间：2023 年 6 月 16 日。

¹⁹ <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v97/217/08/pdf/v9721708.pdf>, 访问时间：2024 年 6 月 16 日。

该与说明书和证书相一致。所以，卖方违反了合同，但由于买方售出了该批货物的四分之三，卖方没有完全剥夺合同赋予买方的权利，因此卖方并没有构成根本违反合同。”²⁰判例 79 载明：“法院注意到，被告未具体说明鞋子是否为略低于标准（如系此种情况，被告可以采取降低价格或索赔等措施），还是完全不适合转售（如系此种情况，被告可宣布合同无效）。结果，法院命令被告支付价款并按 10% 的利率支付利息。”²¹即，这批鞋子既非不能使用也非不能转售，根本违约不成立。此外，买卖双方订立合同，买方需要用符合合同规定的货物制造其他产品，但货物存在重大缺陷，在买方也不可能将货物另作他用或转售的情况下，根本违约成立。

判例 170 载明：原告是卖方意大利公司，被告是买方德国公司。买方主张因卖方所交付的葡萄酒质量不佳（酒中含有掺兑的 9% 的水）而无法销售，且酒瓶被德国当局查封，酒被销毁，拒绝付款，法院支持了被告买方。判例评析指出：卖方所交付货物因含添加材料而与合同规定不符，若该添加无论在卖方国家还是在买方国家都属非法，则根本违约成立。²²

（二）UNCITRAL 法规判例之不符货物不能被使用或转售，根本违约成立

法规判例法中判例 1505 载明：600 公斤冷冻羊肉，共装成 928 盒，其中 2 盒的保质期出现标记错误，这表明在生产日期和保质期方面不确定和不一致，检疫部门扣押了这 600 公斤冻肉，所有货物被拒绝，且卖方无法证明标记错误不影响该集装箱里的所有盒子。巴黎上诉法院裁决一个集装箱中的货物销售无效，最高法院维持上诉法院裁决认定卖方根本违约。那么，这个案件中认定根本违约的依据是什么？对此，还是应紧扣能否使用或转售这一核心点。本案的关键点在于“卖方无法证明标记错误不影响该集装箱里的所有盒子”。买方是总部设在法国的公司，其向总部设在新西兰的公司（买方）订购 600 公斤冷冻羊肉肯定是要进行销售的，既然卖方无法证明标记错误不影响该集装箱里的所有盒子，那么所有货物的生产日期和保质期均不能排除不确定性和不一致性。而这将导致买方买进的这 600 公斤冻肉不能被使用或转售，由此认定根本违约成立。²³

（三）国内案例：对 107 号指导性案例的参照适用

西班牙 EXPORTEXTIL COUNTERTRADE 有限公司与南通麦奈特医疗用品有限公司国际货物买卖合同纠纷案载明：本案中，人民法院综合考虑《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016）以及其他国家相关裁判，认定虽然货物存在瑕疵，但只要买方经过合理努力，货物能被使用或转售，则卖方不构成《公约》规定的根本违约。这符合《公约》稳定国际贸易

²⁰ <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v10/560/23/pdf/v1056023.pdf>, 访问时间：2024 年 6 月 16 日。

²¹ <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v95/529/09/img/v9552909.pdf>, 访问时间：2024 年 6 月 16 日。

²² <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v97/217/08/pdf/v9721708.pdf>, 访问时间：2024 年 6 月 16 日。

²³ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/069/11/PDF/V1506911.pdf?OpenElement>, 访问日期：2024 年 6 月 16 日。

的立法意图和商业逻辑。²⁴

（四）关键点之“转售”是否成功：济南海航案与 107 号指导性案例比较

107 号指导性案例中，一审期间，为减少损失，买方经积极努力将案涉石油焦成功转售给第三方公司，其在给卖方的函件中亦称案涉石油焦的转售价格“未低于市场合理价格。”正是基于此，最高法院作出了根本违约不成立的终局认定。但在济南海航案中，合同约定标的为 98% 碘化钾，卖方瑕疵交付的碘化钾与合同约定不符。尽管买方 Reda 公司对该批碘化钾予以转售，但其下家 Fluid Energy 公司提出质量异议，最终未经使用的 4 500 公斤瑕疵碘化钾被 Fluid Energy 公司退款退货，已经使用的 1 500 公斤瑕疵碘化钾所生产的产品被 Fluid Energy 公司要求 Reda 公司回购并成功。所以，济南海航案中买方对瑕疵货物的转售并未成功，²⁵107 号指导性案例确立的根本违约认定标准在该案中无法参照适用。克虏伯案与济南海航案存在一个重要区别：前者买方对卖方瑕疵交付的货物进行了成功的转售，后者的转售则是失败的。鉴于此，前者的二审法院最高人民法院判定根本违约不成立，后者二审法院山东高院判定根本违约成立。简言之，买方转售失败，根本违约成立；买方转售成功，根本违约不成立。实践中，转售为何失败以及以何种价格转售失败，显然会引发另一类争议，限于文章主旨，此处不予论述。

三、利益衡量理论在 CISG 根本违约认定与损害赔偿中的适用

概念法学已经难以适应当代法律适用的现实环境，在法律适用中使用利益衡量的方法已经成为一种必然。²⁶具体到 107 号指导性案例，可以如此思量：卖方克虏伯公司瑕疵交付是否构成根本违约应适用 CISG 第 25 条，但 CISG 第 25 条关于根本违约适用条件的规定存在法律漏洞（非违约方根据合同规定有权期待得到的东西因违约方的违约而被实质性剥夺的规定缺乏具体的可操作的或者说方便适用的标准），由此需要法律解释。在法律解释中利益衡量理论得以适用，限制原则得到了充分体现。

（一）法律漏洞的填补：利益衡量理论对 CISG 第 25 条法律解释的目的性限缩

尽管法律保障的绝不仅仅是经济利益，而是所有不同的利益，但经济利益属于法律建构过程中最具有影响力的因素。根据利益衡量的需要，有学者把利益分为当事人的具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益，其间形成一个有机的由具体到抽象呈递进且包容关系的层次结构。²⁷CISG 以第 25 条为核

²⁴ 参见《江苏法院涉外、涉港澳台商事典型案例（2018 年—2021 年）》，(2019)苏 06 民初 429 号，<http://jsfy.gov.cn/article/93393.html>，访问日期：2023 年 2 月 26 日。

²⁵ 参见济南海航科技有限公司、Reda oil field Canada Ltd 国际货物买卖合同纠纷民事二审（2021）鲁民终 2326 号判决书。

²⁶ 梁上上：《利益衡量论（第三版）》，北京大学出版社，2021，第 63 页。

²⁷ 同上书，第 118-123 页。

心的根本违约制度所表现出来的制度利益为交易秩序安全利益，社会公共利益为兼顾买卖双方、禁止权利滥用。鉴于不同层级利益之间的关系，对根本违约的判定采限制原则是妥当的，107号指导性案例结果与论证无疑也是正确的。因为在此时，制度利益（交易秩序安全利益）大于当事人（非违约方、买方）的具体利益（解除权利益），而且对该制度利益的肯定有利于维护和促进社会经济的发展，符合公平正义的要求。对此，《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016）对CISG第25条的解释说明指出：普遍认为，对根本违约应当进行限制性解释。一家最高法院裁定，如有疑问，不接受任何根本违约。²⁸

（二）利益衡量理论对CISG第25条适用的个案判定原则

法律必须面对真实的社会，社会情境也应成为法院裁判的重要依据。²⁹显而易见，对合同约定的理解不应当是机械的、形而上学的，而应当是系统的、有机联系的；不论《民法典》还是《公约》合同效力的判定，同样要受诚实信用原则、比例原则的指导与调整。司法实践中，不符货物能否使用或转售的判定须个案分析。法院或仲裁庭要调查了解案件的各方面情况，然后再确定违约的性质可否构成根本违约。事实上，根本违约和非根本违约之间并不存在一条明确的显而易见的界线，仲裁庭或法院必须根据公约的规定，结合具体纠纷情况，一个条件一个条件地去分析判断。³⁰正如联合国国际贸易法委员会之《贸易法委员会法规的判例法（法规判例法）》判例248中，法院指出：需在考虑到某一特定案例的全部有关情节的情况下，对买方是否有理由采取宣告无效的补救办法予以确定。“某一特定案例”这个表述完美地诠释了个案判定标准。该案中法院进一步指出：这些因素包括买方是否有另行加工货物的能力以及是否有按较低价格出售货物的能力。³¹这涵盖了买方对卖方所交付的不符货物是否“能使用”或“能转售，甚至打些折扣”两种根本违约是否成立的情形。事实上，法官结合具体案件的背景，对案件进行价值或利益上的取舍是可以的，同时可以确定应该优先保护的利益。法官所作出的裁判结果因时空背景的不同有所不同也是法律适应性的体现。³²

（三）107号指导性案例有关损害赔偿数额的判定：利益衡量理论在司法中的适用³³

²⁸ 联合国国际贸易法委员会：《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》2016年版，第114页。https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/zh/cisg_digest_2016_c.pdf，访问时间：2023年6月16日。

²⁹ 梁上上：《利益衡量论（第三版）》，第84、62页。

³⁰ 张玉卿：《国际货物买卖统一法 联合国国际货物销售合同公约释义》，中国商务出版社，2009，第172、174页。

³¹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/892/76/IMG/V9989276.pdf?OpenElement>，访问日期：2023年2月26日。

³² 梁上上：《利益衡量论（第三版）》，第81、82页。

³³ 新疆亚坤商贸有限公司与新疆精河县康瑞棉花加工有限公司买卖合同纠纷案中，二审最高人民法院“在

利益衡量方法强调利益在法律适用中的重要性，正视法官在司法裁判中的主观能动性，直面法律适用中的法官思考问题和分析问题的真实图景，提出解决具体法律问题的妥当方案。³⁴CISG 第四章对国际货物销售合同履行中的风险转移进行了规定，其中第 70 条规定当卖方处于根本违反合同时，第 67—69 条关于风险转移的规定并不损害买方因此种违约而享有的救济手段。第 70 条并没有直接规定当卖方根本违约时，风险就应一直由卖方承担，而只是说买方的救济权不受损害。因此，当卖方处于根本违约时，唯一适用于可把风险退回至卖方的救济手段，就是宣告合同无效。³⁵对此，我国《民法典》第 610 条对于买卖合同根本违约情形下风险承担的规定则更直接。实际上，关于卖方瑕疵交付构成根本违约时风险由谁承担的问题，CISG 第 70 条与《民法典》第 610 条的规定一致，即若非违约方（买方）宣告合同无效（CISG）或合同解除（《民法典》），则风险损失由卖方承担；若非违约方（买方）接受了该质量不符货物则风险由买方承担。107 号指导性案例中，买方成功转售不符石油焦并在转售过程中承担了额外费用。对此，其主张卖方返还自己剩余货款、支付利息并返还额外支出费用。卖方认为买方承担差价损失的原因是石油焦市场下跌造成的正常商业风险，差价损失应由买方自己承担，额外支出费用也是买方因转售而应当自己承担的成本。江苏高院一审时判定卖方瑕疵交付构成根本违约，因而所谓市场价格波动产生的风险损失由卖方承担，支持买方诉请。二审最高法院则判定卖方不构成根本违约，并指出：卖方交付不符货物客观上造成买方不能及时转售，后来买方虽然经过努力予以转售，但受市场价格变动影响而遭受了损失，故对于货款差价损失及利息和堆存费用，卖方应承担相应的赔偿责任；同时，鉴于上述损失的产生也有市场风险的原因，故买方也应自行承担相应的损失。³⁶此处的“相应”二字充分体现了利益衡量理论的适用。

总之，在法律存在漏洞时，法官行使自由裁量权，可以弥补法律与现实之间的裂痕。概念法学家们信奉法律没有漏洞，法律适用采取三段论的形式逻辑操作就可以胜任。也就是说，法律规定作为大前提，案件事实作为小前提，经过形式逻辑的操作，就可以得出结论，但仅仅依靠形式逻辑并不足以应对司法实践。逻辑、事实与价值可共同构成法律的“三角形结构”：逻辑处于三角形底边左端，事实处于右端，价值则处于三角形顶端。³⁷那么，可否将两者融合？首先，对三段论之大前提即法律规定结合立法精神与法律价值进行妥当的法律解释。其次，在

平衡双方利益的基础上，认定棉花减等的差价损失为 400 元×1111.202 吨=444480.8 元，应由康瑞公司向亚坤公司作出赔偿”的判定充分体现了利益衡量于司法实践中的法律适用。参见（2006）民二终字第 111 号判决书，《最高人民法院公报》2006 年第 11 期。

³⁴ 梁上上：《利益衡量论（第三版）》，第 69 页。

³⁵ 张玉卿：《国际货物买卖统一法 联合国国际货物销售合同公约释义》，第 447 页。

³⁶ 参见（2013）民四终字第 35 号判决书。

³⁷ 梁上上：《利益衡量论（第三版）》，第 59-60 页。

从大前提、小前提到结论之间的形式逻辑推理时，需结合案件事实，经利益衡量，对法律规定予以正确适用。此处的利益衡量，亦需考量法律价值。具体到 CISG 根本违约，其第 25 条存在法律漏洞，需要进行法律解释，此间涉及利益衡量的适用。而 107 号指导性案例的裁定使 CISG 下交付不符货物根本违约客观标准损害程度认定的原则性规定具象化，为联合国国际贸易法委员会《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016）有关 CISG 第 25 条的说明提供了支持，也充分体现了利益衡量论在司法实践中的适用。

2025年中国国际法学会年会

《新加坡调解公约》下国际商事调解协议在中国法院执行模式的适应性变革

张亚军*

摘要：《新加坡调解公约》通过直接执行机制重构了国际商事调解的规则体系，但其效力的充分实现依赖各国国内法的主动适配。中国虽已签署《新加坡调解公约》，但现行《民事诉讼法》第194条确立的司法确认程序仍存在双重制度困境：其一，跨境调解协议须经特别程序转化为执行依据，导致平均执行周期延长，程序性成本增加；其二，公约倡导的直接执行机制与我国“转化执行”传统模式产生规范冲突。冲突的本质是《公约》追求的效率价值与国内法安全价值的博弈，各国基于司法主权让渡的边界考虑。对此，在公约保留条款下构建直接执行的可执行性基础，需要借鉴已经批准该公约生效的国家中新加坡、日本等国家衔接《新加坡调解公约》的立法修改经验，以及国际商事临时仲裁裁决的直接执行经验，搭建直接执行衔接的司法试点区域，从而完善直接执行协议效力的立法支持框架。为增强协议跨境执行的公信力保障，可拓展国际商事调解协议在执行中的司法互信与合作的范围。

关键词：国际商事调解协议 司法确认 直接执行 转化执行

一、问题的提出

商事争议解决的三大支柱包括调解、仲裁和诉讼。随着国际商事调解的兴起，它已成为缓解法院工作压力和解决国际商事争议的关键途径。为了提升国际商事调解的吸引力、竞争力和话语权，众多国家和地区正努力优化其商事调解法律体系，并积极完善相关制度。在全球商事调解发展的浪潮中，“一带一路”沿线国家正致力于提高跨境争议解决的便捷性和多样性。同时，新时代的“枫桥经验”也得到了充分展现。为了使我国成为国际商事纠纷解决的优选目的地，各地政府纷纷出台政策，推广国际商事调解机制，从而促进了我国国际商事调解事业的蓬勃发展。我国已在全国范围内建立了23个自由贸易试验区和海南自由贸易港，这些区域作为对外开放的重要窗口，为商事调解制度的创新提供了理想的“试验场”，

* 张亚军，中南财经政法大学法学博士，广西大学法学院助理教授，研究方向：国际私法。

并承担探索国际贸易与投资法律体系改革的重任。¹以上海²、海南³、广东为代表的自由贸易区，已成为中国国际商事调解机制探索的先锋。中国国际贸易促进委员会调解中心于2024年1月6日发布了最新版的《中国商事仲裁报告》(2022-2023年度)⁴，该报告指出，我国在国际商事调解领域的案件数量持续增长，涉及的国家和地区也日益广泛。以中国国际贸易促进委员会调解中心为例，自2017年至2022年，该机构处理了3934起涉外案件，涉案总金额达79.54亿元人民币。这些案件主要涉及跨境贸易、知识产权和工程纠纷，覆盖了60多个国家和地区，包括美国、印度、俄罗斯、澳大利亚、德国、英国、沙特阿拉伯和阿联酋等，同时涵盖了港澳台地区。⁵

2019年8月，46个国家，包括中国和美国，在新加坡共同签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)(以下简称《新加坡调解公约》)。⁶该公约旨在为经调解达成的和解协议提供全球性的执行框架⁷，类似于《纽约公约》⁸(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)为国际商事仲裁裁决的跨境执行所提供的框架。⁹《新加坡调解公约》的签署，标志着国际商事调解协议跨境执行的新途径的开辟，并预示着调解机制在全球范围内的普及。作为首批签署国之一，我国面临将国内商事调解法律制度与公约衔接的挑战。学者们提出了多种衔接方案，¹⁰尽管公约在调解书的既判力和执行力方

¹ 王宇石：《我国自由贸易试验区商事调解制度的优化与创新——以〈新加坡公约〉为背景》，《求索》2022年第5期，第171-172页。

² 在2019年12月13日，最高人民法院颁布了《关于人民法院为中国(上海)自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》(法发〔2019〕31号)，此举旨在促进上海临港新片区调解机制的发展。紧接着，在2019年12月30日，上海市高级人民法院发布了《上海法院涉外商事纠纷诉讼、调解、仲裁多元化解一站式工作机制的指引(试行)》，该指引明确了以下几点：首先，一旦当事人提出立案申请，对于那些双方当事人表现出调解意愿、案件事实相对简单且适宜调解的案件，法院应当鼓励当事人选择调解途径；其次，法院需在法律适用方面为调解机构和仲裁机构提供裁判指引，以确保诉讼、调解和仲裁在法律适用上的一致性；最后，法院将支持调解机构吸纳外籍调解员，并建立外籍调解员的名册制度。

³ 2019年12月，海南推出了国内首个专门针对涉外商事纠纷的在线调解平台。该平台整合了在线咨询、调解评估、仲裁及诉讼等多项服务，旨在提供“一站式”纠纷解决方案。随后，2021年1月，最高人民法院颁布了《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》，其中明确指出：对于在自由贸易港内成立的国际商事调解机构所达成的调解协议，将探索由海南的涉外商事审判机构统一受理和审查司法确认案件。

⁴ 参见中国国际经济贸易促进委员会调解中心网站：中国商事调解年度报告(2022-2023)，<https://adr.ccpit.org/articles/396>，2024年6月10日访问。

⁵ 参见中国国际经济贸易促进委员会调解中心网站：中国商事调解年度报告(2022-2023)，<https://adr.ccpit.org/articles/396>，2024年6月10日访问。

⁶ See United Nations, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018) (the “Singapore Convention on Mediation”), https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/, visited on 4 September 2024.

⁷ 蒂莫西·施纳贝尔(著)、王徽(译)、张岩(校)：《〈新加坡调解公约〉：跨境承认和执行调解而产生的和解协议的制度基础》，《国际法研究》2020年第6期，第105-126页。

⁸ See United Nations, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the “New York Convention”), https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards, visited on 20 September 2024.

⁹ 包康赞：《新加坡调解公约》的“后发优势”与中国立场，《武大国际法评论》2020年第6期，第15页。

¹⁰ 参见王洪根著：《国际商事调解协议跨境执行研究》，法律出版社2023年版，第188-219页；佟尧、王

面存在挑战，但国际社会普遍对其实施成效持积极态度。¹¹

二、国际商事调解协议在中国法院执行的转化模式

国际商事调解协议在中国法院的执行仍需要通过司法或仲裁转化执行。近年来，中国国际商事调解领域在调解协议执行的转化模式上，既有法院在诉前联合调解中委托调解、诉仲衔接的调解、仲调衔接的调解，也有各类国际商事调解机构介入的调解，丰富了中国本土的国际商事调解协议的文书来源类型。不过，对于国际商事调解协议执行过程的便捷性、保障性、成本效益等实际问题，略有差异。

（一）司法化与仲裁化的转化模式

在处理跨境商事争议的裁决文书执行方面，我国法院采取三种不同的处理策略。¹²

1. 司法确认后的执行

第一种是必须先获得国内法院的司法确认，争议解决文书方能生效并得以执行。理论上，尽管所有调解书得到中华人民共和国法院的认可后均能在国内执行。但在中国法律上，境外调解机构促成的国际商事调解协议，既不具备判决同等效力的文件性质，也不属于仲裁机构所作的裁决。因此，无法依据《民事诉讼法》（2023）第 298 条和第 304 条的规定获得承认和执行。若尝试通过法院司法确认后再执行的方法，由于境外调解机构与中国法院之间可能缺乏合作或司法确认的互信机制，且未受法院委派，法院是否愿意对涉外商事调解书进行司法确认，目前尚无实际案例可供参考，使得通过司法确认的转换执行路径也难以实现目的。基于此，在 2018 年 1 月 23 日召开的中央全面深化改革领导小组会议上批准的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》明确指出，由“一带一路”国际商事调解机构出具的调解书，在处理涉及“一带一路”参与国家的跨境商事纠纷时，若得到有管辖权的人民法院的司法确认，将赋予其强制执行力。然而，这一规定仅适用于解决“一带一路”倡议参与国之间商事争端的调解书，其适用范围并未达到《新加坡调解公约》所涵盖的广度。更何况，《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》仅为其他规范性文件，并非与《新加坡调解公约》对接的强制性法律规定，其并不能作为境外调解机构作出的调解协议在中国获得承认与执行的直接法律依据。

不同来源的国际商事调解协议执行的司法确认文书类型。检索中国裁判文书网的数据显示，目前涉及确认国际商事调解协议效力的案件主要分为两类。第一

国华主编：《〈新加坡调解公约〉与中国调解制度》，法律出版社 2022 年版，第 151-214 页；刘晓红：《新加坡调解公约》生效后中国涉外调解的发展，载“多元化纠纷解决机制”微信公众号，2021 年 11 月 11 日；刘晓红：《〈新加坡公约〉背景下的商事调解制度构建》，《法治日报》2021 年 5 月 25 日 10 版；刘敬东主编：《〈新加坡调解公约〉批准与实施机制研究》，中国社会科学出版社 2021 年版，第 73-134 页。

¹¹ 蔡伟：《〈新加坡调解公约〉的困境和应对》，《清华法学》2022 年第 2 期，第 193-208 页。

¹² 佟尧、王国华主编：《〈新加坡调解公约〉与中国调解制度》，法律出版社 2022 年版，第 192-193 页。

类是法院在诉前联合调解中委托调解成功后，主动签发司法确认文书的案例。第二类是当事人通过第三方调解机构达成协议后，向法院提出申请，请求法院出具司法确认文书的情形。针对司法确认的案号规范，我国《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》（法释〔2011〕5号）第四条曾明确：法院受理案件后，应使用“调确字”案号，并及时向当事人发送受理通知书。然而，现行案号体系已进行调整。在特别程序中，两种民事诉讼程序的案号类型存在差异。诉前调解的司法确认案件采用“诉前调确”字号，如西安市灞桥区人民法院（2024）陕 0111 诉前调确 48 号民事裁定书。而调解组织独立调解的案件则使用“民特”字号，例如上海市徐汇区人民法院（2022）沪 0104 民特 116 号民事裁定书、海口市美兰区人民法院（2023）琼 0108 民特 32 号民事裁定书。这一变化意味着法院在司法确认调解书时，区分了不同调解机制下的调解书，包括法院主导的诉前调解与调解组织自主进行的调解。

2. 转化为法院调解书

第二种策略是诉调衔接模式，通过将双方达成的调解内容转化为法院调解书申请执行。法院委托专业调解机构执行的诉前调解程序¹³；法院指定的调解机构所签发的调解书，或经法院确认的调解书，其强制执行力与法院判决书等同。近期，各地纷纷推出各自的涉外商事诉讼与调解对接机制。2023 年 12 月，西安市中级人民法院与市司法局签订《“一带一路”涉外商事纠纷诉调对接合作协议》，成立了专门的“一带一路”涉外商事纠纷调解对接中心，双方就“一带一路”沿线商事纠纷的调解对接达成一致，进一步细化了调解前、调解中、司法确认以及调解书的出具等程序，共同构建了一个涵盖商事调解、司法确认、域外法律查明等服务于一体的高端多元化纠纷解决与合作体系。另外，2023 年 8 月，浙江省高级人民法院与浙江省贸促会联合发布了《进一步完善涉外商事纠纷诉讼与调解对接机制的实施意见》。

3. 转化为国际商事仲裁裁决书

第三种策略是将国际商事调解协议转化为国际商事仲裁裁决，不需要经过国内法院的司法确认，裁决文书即可直接执行。依据我国《民事诉讼法》（2023）第 298 条规定以及《纽约公约》，外国法院的判决、裁定在中国境内执行，需得到中华人民共和国法院的承认之后，方在中国境内具备执行力。另外，依据第 304 条的规定，为了在我国境内执行由国外仲裁机构作出的裁决，相关申请人应向被执行人常住地或资产所在地的中级人民法院提出书面申请。由此可见，国外仲裁机构的裁决在我国执行时，无需经过本国法院的司法确认。因此，只有仲裁裁决

¹³ 参见《诉前调解+司法确认，为化解涉外商事纠纷按下快捷键》，载“海宁法院”微信公众号，2024 年 5 月 11 日；《法院“诉仲调”三方联动，桂林一起涉外纠纷案件成功化解》，载“法治最前线”微信公众号，2023 年 12 月 11 日；《开辟涉外商事纠纷解决新路径 实现服务“一带一路”建设新突破》，载“法治西安订阅号”微信公众号，2024 年 4 月 29 日；《云平台调解+法院司法确认，多元化解涉外商事纠纷》，载“浙江天平”微信公众号，2023 年 5 月 24 日。

以及被视同为仲裁裁决的调解协议，在中国境内执行时无需法院进行司法确认，这一规定适用于国内外所有仲裁机构。在此模式下，又可细分为如下两种路径：

其一，是诉仲衔接模式。近期，部分人民法院在处理涉外商事纠纷案件中，采取了一种创新措施，即促成当事人达成新的补充仲裁协议，以便于执行当事人的意愿。这一做法旨在实现涉外商事诉讼与国际商事仲裁的有效衔接。在处理涉及跨国界的商事案件时，考虑到被执行方的资产可能分散于多个法域，在诉前调解中鼓励当事人在调解协议中加入国际商事仲裁的补充条款。通过这种方式，其核心优势在于国际商事仲裁裁决依据《纽约公约》的承认与执行机制，在国际上具有更广泛的执行力度。中国—东盟自贸区南宁国际商事法庭成立一年来就通过这种方式处理过一起典型案件，并将此方案进行推广。¹⁴相应地，2024年6月1日起在上海市浦东新区施行的《浦东新区健全涉外商事争议多元解决机制若干规定》第8条明确指出：若调解组织成功促成当事人达成协议，则应依据有利于境外执行的原则，指导当事人选取仲裁程序，以获取仲裁裁决书。¹⁵

其二，是仲调衔接模式。2021年，中国《仲裁法》修改草案公开征求意见，该草案引入了“仲裁与调解融合”的通用规则，并增设了“仲裁确认”的相关条款。此举使得当事人得以选择在仲裁庭之外，由特定调解员独立进行调解的程序。目前，商事仲裁与调解的融合及衔接呈现出多种实践形式，主要分为两种模式：一是在仲裁过程中嵌入调解步骤，二是在仲裁之前先行调解，调解无效时再转入仲裁程序。¹⁶中国在这一领域中，商事仲裁与调解的结合与衔接方式在解决争议方面起到了至关重要的作用。目前，中国内地有超270家仲裁机构，其中超过一半的机构已经建立了专门的商事纠纷调解委员会，譬如中国海事仲裁委员会成立了海事调解中心，广州仲裁委员会也设立了针对“三旧”改造行业的仲裁调解中心以及广州空港经济区的商事仲裁调解室。¹⁷这些由仲裁机构成立的调解机构在实际操作中发挥了重要的正面影响。

¹⁴ 南宁市一家担保公司与一家投资公司签订了担保协议，约定担保的最高债权额为人民币五千万及其利息等。十名被告为此提供了反担保。当投资公司未能偿还债务时，担保公司履行了担保责任，并随后提出了追偿权纠纷。南宁国际商事法庭启动了诉讼与仲裁调解联动机制，法官成功促成了初步和解。为了确保裁决能在外国得到执行，案件被转交给仲裁机构以确认包含仲裁条款的和解协议。该案件是南宁国际商事法庭首次运用该机制处理的涉外案件，从立案到和解仅耗时两个月。基于此经验，广西高级人民法院及其他机构共同签署了《关于构建广西涉外民商事纠纷联动解决机制的意见》，旨在建立一个规范、专业且国际化的纠纷解决机制，为广西打造一个良好的法治化营商环境。该案件也荣幸地成为2023年广西法院优化法治化营商环境的十大典型案例之一。参见广西新闻网：《中国—东盟自贸区南宁国际商事法庭成立一年来受理多起典型案件》，<http://gxxwfb.gxnews.com.cn/article.v2019.php?id=21326055>，2024年6月15日访问。

¹⁵ 参见上海市浦东新区人民政府网站：《浦东新区健全涉外商事争议多元解决机制若干规定》，<https://www.pudong.gov.cn/zwgk/glcs-elesn/2024/149/327294.html>，2024年6月8日访问。

¹⁶ 参见中国国际经济贸易促进委员会调解中心网站：中国商事调解年度报告（2022-2023），<https://adr.ccpit.org/articles/396>，2024年6月10日访问。

¹⁷ 参见中国国际经济贸易促进委员会调解中心网站：中国商事调解年度报告（2022-2023），<https://adr.ccpit.org/articles/396>，2024年6月10日访问。

（二）不同转化模式的执行保障性比较

为了缓解司法资源的压力，各地积极探索多元化解矛盾纠纷的新路径，许多地方纷纷出台了一系列创新举措。我国众多法院积极采取“诉前保全、诉前调解、司法确认”的三位一体策略，使得案件处理更为迅速和高效，更有效地保障当事人的合法权益，从而推动了纠纷的实质性解决。¹⁸然而，对于非法院委派或特邀的诉前调解机构，若其案件来源于当事人自主申请调解，这些机构自行组织的调解活动目前并未建立起与仲裁机构相似的财产保全协同机制。实际上，现行的诉前保全、诉前调解和司法确认体系，主要是法院基于自身的社会治理的实际需求，而制定的一套配套措施。然而，法院却未能充分考虑到与其他自发调解机构的协调与配合。由于缺乏财产保全这一关键措施，当事人很可能会对其他国际商事调解机制的自有优势产生怀疑。国际商事调解机构独立作出的调解协议缺乏执行保障，这对当事人的吸引力有所降低，也未能实现国际商事调解机构的设立初衷。

（三）不同转化模式的执行成本效益比较

不同调解途径所产生的调解协议的执行成本，当事人主要关注费用和时间在内的多项成本因素。当前，中国境内的国际商事调解协议，为获取法律上的执行力，必须经法院实施的司法确认流程。依据《民事诉讼法》（2023）第 205 条¹⁹，中国对调解协议的司法确认区分了两种不同的调解机制。一种是针对法院主导的诉前调解协议的司法确认，另一种则是针对调解组织独立进行的调解所达成的协议的司法确认。这两种调解途径所产生的成本差异比较如下：

在费用方面，若诉前调解在法院的主导下成功达成，当事人无需支付额外的调解费用。相比之下，若调解由调解组织独立进行，则根据现行国际商事调解机构的规定，当事人必须向调解机构支付相应的调解费。²⁰

在考量调解组织所涉及的时间成本时，除了当事人在调解机构进行调解时所耗费的时间外，还需考虑调解成功后向法院申请司法确认的程序时间。根据民事诉讼特别程序规定，司法确认的法定期限为 30 天。²¹相比之下，法院主导的诉前

¹⁸ 参见《质效双优：“诉前保全+诉前调解+司法确认”打好为企业解纷组合拳》，载“青海高院”微信公众号，2024 年 4 月 11 日；《“诉前保全+诉前调解+司法确认”——助推纠纷一次性化解》，载蚌埠市中级人民法院“微信公众号”，2023 年 12 月 19 日；《“以保促调”！诉前“保全+调解”跑出纠纷化解“加速度”》，载“京法网事”微信公众号，2024 年 6 月 14 日。

¹⁹ 《中华人民共和国民事诉讼法》（2023 年修正）第 205 条：经依法设立的调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向下列人民法院提出：（一）人民法院邀请调解组织开展先行调解的，向作出邀请的人民法院提出；（二）调解组织自行开展调解的，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出；调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的，向相应的中级人民法院提出。

²⁰ 比如《北京汇祥国际商事调解中心调解规则（试行）》第 8 条调解费用：调解成功的案件按法院财产类诉讼案件普通程序减半收取，诉讼标的超过 1 亿的按照四分之一收取调解费；收取调解费不足 2000 元的按 2000 元收取；撤诉、调解不成功的不收取费用。

²¹ 《中华人民共和国民事诉讼法》（2023 修正）第 187 条：人民法院适用特别程序审理的案件，应当在立案之日起三十日内或者公告期满后三十日内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。但审理选民资格案件除外。

调解同样具有 30 天的法定期限²²，但其优势在于能够避免当事人额外共同申请司法确认的步骤，从而节省时间成本。此外，不同国际商事调解机构的调解周期不同，亦有机构允许当事人协商确定调解周期。²³

关于诉前调解协议在达成后是否可被反悔的问题，当法院主导的调解达成协议并满足司法确认的条件时，并不要求双方必须共同申请司法确认，单方申请即可。²⁴然而，对于调解机构独立进行的调解，司法确认仍需双方共同提交法定材料。²⁵若一方不合作或撤回申请，法院将不会进行司法确认。²⁶为了避免调解成功后一方当事人反悔，影响调解协议的司法执行力，一些国际商事调解机构在其调解规则中规定了提升调解协议强制执行效力的措施。具体而言，调解员可引导当事人签署仲裁协议，并通过仲裁程序由合作的仲裁委员会出具确认调解协议的文书。²⁷当然，采用此方法的案件可能需要承担相应的仲裁费用。²⁸

在我国，人民调解和司法调解共同构成了传统调解体系的两大支柱，其公益性本质已深入人心。根据《人民调解法》第 4 条的规定，人民调解委员会在处理

²² 《最高人民法院关于进一步完善委派调解机制的指导意见》第 9 条关于调解期限规定：人民法院委派调解的期限为 30 日。经双方当事人同意，可以延长调解期限。委派调解期限自特邀调解组织或者特邀调解员确认接收法院移交材料之日起计算。未能在期限内达成协议或者当事人明确拒绝继续调解的，应当依法及时转入诉讼程序。

²³ 比如《深圳市福田区河套国际商事调解中心调解收费办法（试行）》第 3 条：调解费用包括调解登记费、调解服务费及由第三方收取的费用。调解登记费，指调解中心受理商事争议案件而收取的用于对调解申请的审查、案件登记等费用。调解服务费，指当事人接受调解中心及其调解员所提供的争议调解服务而应当支付的对价，包括但不限于调解员报酬、案件秘书报酬、邮递费、通讯费、场地使用费、办公设备使用费等调解中心为管理调解程序产生的由调解中心收取的费用。第 4 条：当事人提出调解申请或同意本调解中心调解的，应当向调解中心缴纳调解登记费。调解登记费用按每方当事人人民币 1000 元的标准收取。各方当事人应在收到缴费通知之日起 3 个工作日内按规定分别向调解中心缴纳调解登记费。当事人任何一方无正当理由逾期未缴纳调解登记费，收到提醒通知 3 个工作日内仍不缴纳的，视为放弃或拒绝调解。当事人的调解申请经审核认定符合受理的，当事人所缴纳的调解登记费不再予以退还。第 5 条：调解服务费一般采取计时方式收费，调解成功的，案件争议标的额在 200 万元以上的，在计时收费的基础上就争议标的额超过 200 万元的部分按一定比例分段累计加收调解服务费。调解中心与当事人对于调解服务费的收费方式及收费标准另有约定的，从其约定。计时收费的收费标准：（a）内地案件一般计费标准为单名调解员每小时人民币 1000-2000 元；（b）跨境及涉外案件计费标准为单名调解员每小时美金 200-300 美元；（c）最低计费时间为 3 小时，调解时间超出 3 小时的部分每 1 小时为一个计费单位，未满 1 小时的按 1 小时计费；（d）当事人选定多名（2 名以上）调解员共同调解的，对于增加的调解员，可以考虑在原收费的基础上予以优惠，具体由当事人与调解中心协商确定；（e）重大疑难复杂案件及专家调解员介入的案件在原有计费标准适当上浮，上浮比例不超过 50%。

²⁴ 最高人民法院印发《关于进一步完善委派调解机制的指导意见》的通知第 11 条关于协议履行的规定：当事人经委派调解达成调解协议的，应当遵照诚实信用原则，及时、充分履行协议约定的内容。当事人向作出委派调解的人民法院申请司法确认的，人民法院应当依法受理。

²⁵ 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》法释〔2011〕5 号第 3 条规定：当事人申请确认调解协议，应当向人民法院提交司法确认申请书、调解协议和身份证明、资格证明，以及与调解协议相关的财产权利证明等证明材料，并提供双方当事人的送达地址、电话号码等联系方式。委托他人代为申请的，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

²⁶ 《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》（法释〔2011〕5 号）第 2 款规定：在人民法院作出是否确认的决定前，一方或者双方当事人撤回司法确认申请的，人民法院应当准许。

²⁷ 比如《北京汇祥国际商事调解中心调解规则（试行）》第 9 条第（4）款：为了提升调解协议的强制执行效力，调解员对于调解成功的商事调解案件，可以指引当事人签署仲裁协议书并进行仲裁确认，由中国海事仲裁委员会、上海仲裁委员会、武汉仲裁委员会、大连国际仲裁院、海南国际仲裁院等仲裁委员会按照仲裁程序出具确认调解协议的调解书或裁决书。

²⁸ 比如《日喀则仲裁委员会仲裁收费办法》第 13 条第 1 款第（一）：当事人未向本会申请，自行达成调解协议后请求本会制作仲裁调解（裁决）书予以确认的，仲裁费按照本会仲裁案件收费标准的 50%收取。

民间纠纷的过程中，不得向当事人索取任何费用。同时，《诉讼费用交纳办法》第6条明确指出，当事人在向人民法院提交案件时，需支付包括案件受理费、申请费及其他相关费用在内的费用。这些费用本质上属于裁判费用，因此当事人在司法调解过程中无需额外支付费用。因此，调解的免费属性已经获得公众广泛认同，这造成了国际商事调解机构在市场化收费模式下，缺乏必要的社会支持环境。

三、国内法转化执行模式与《公约》直接执行模式的冲突

反思国际商事调解协议在中国法院的当前执行路径，在法律框架上尚有局限性。一方面，在我国尚未批准《新加坡调解公约》的背景下，国际商事调解协议的直接执行问题缺乏法律法规和相关制度进行衔接，国际商事调解协议直接执行的执行力不确定。另一方面，尽管我国法律体系通过《民事诉讼法》《仲裁法》以及《人民调解法》等法律法规，在调解制度上构建了具有中国特色的框架。然而，这些规定多侧重于法院调解、人民调解及仲裁调解的特定情形，且并未直接针对国际商事调解协议的执行问题作出明确规定。在实际操作中，国际商事调解协议的执行往往需要通过诉讼、仲裁或其他司法程序进行转化，以确保其具备强制执行力。事实上，在转化执行国际商事调解协议与《公约》排除司法化或仲裁化的协议适用范围。且这一流程相对繁琐，增加了执行的时间和费用成本，影响了调解协议的高效执行，也限制了商事调解的广泛应用。

（一）承认与执行的立法空白

与涉外民商事判决和国际商事仲裁裁决的承认与执行制度相比之下，我国国际商事调解协议承认与执行的相关立法及司法实践尚有差距。在国内立法形式层面，我国《民事诉讼法》涉外篇中仅针对涉外判决书、国际商事仲裁裁决的承认与执行问题作出规定，但尚未制定统一的国际商事调解法规来明确国际商事调解协议的法律地位和执行程序，这导致国际商事调解协议在执行时缺乏立法保障。在最新的《民事强制执行法（草案）》第三章第13条关于执行依据的列举中，也仍未对调解机构直接作出的调解协议赋予直接执行力。在国际条约方面，《新加坡调解公约》致力于构建一个国际商事调解协议跨境直接执行的框架性国际条约支持体系，它使得调解协议在缔约国之间可以得到类似于《纽约公约》赋予国际商事仲裁裁决的执行力。该公约因应国际商业实践的需求，也体现国际调解协议执行制度的“统一化”趋势。《新加坡调解公约》系将调解协议的实质审查工作放在执行救济环节，满足公约第5条中对国际和解协议效力的各项审查后可继续执行。尽管中国已经签署了《新加坡调解公约》，但尚未完成国内立法程序以使其在国内生效。事实上，各国国内立法对于国际商事调解协议是否具备直接执行力的问题，均有自主选择权。比如《欧洲议会和（欧盟）理事会2008年5月21日关于民商事调解若干问题的第2008/52号（欧共体）指令》（Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of

mediation in civil and commercial matters) 第 6 条关于调解协议的强制执行力, 也规定了书面调解协议一般具备直接执行力, 如果成员国法律要求经由法院等有权机构以判决、决定或公证书赋予强制执行力, 则需要转化。²⁹ 目前, 通过梳理“一带一路”国际商事调解相关文件发现, 为确保调解协议具有强制执行力, 双方应在协议正式生效的三十天期限内, 共同前往调解机构所在区域的基层人民法院, 递交关于司法确认的申请。在没有专门针对国际商事调解协议的承认与执行进行立法的情况下, 国际调解协议在我国尚无直接执行力。

从国际司法协助的视角分析, 承认与执行国际商事调解书并不涵盖在判决书或国际商事仲裁裁决书的承认与执行范畴内, 这导致了国际商事调解协议司法确认程序的不确定性。参考《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》中关于外国仲裁裁决承认与执行的规定, 第 100 条对《民事诉讼法》(2023) 第 290 条中“外国仲裁机构”进行了进一步的限定解释。据此, 如果境外仲裁机构在我国境内作出仲裁裁决, 该裁决应被视为我国的涉外仲裁裁决, 而非外国仲裁裁决。因此, 按照这一逻辑, 我国境内调解机构出具的涉外商事调解书, 也不应被纳入国际商事调解协议承认与执行的范畴。但是, 对于由境外调解机构出具的国际商事调解协议, 是否需要先行申请承认, 目前尚无明确的法律规定, 这需要进一步的法律解释和实践探索。

(二)《公约》的效率价值与国内法的安全价值冲突

关于在境外达成的国际商事调解协议, 其是否能够跨越国界并获得他国司法体系的承认与执行, 主要取决于相关国家法律体系的认可。然而, 此类调解协议在不同国家间执行时, 可能会遭遇执行力上的冲突问题。在涉外商事领域, 学者们普遍对未经中国法院委托的调解协议或缺乏司法互信合作机制的机构调解协议是否能获得与涉外仲裁裁决同等的执行力表示怀疑。他们质疑, 现行的中国法律体系是否与《新加坡调解公约》所赋予涉外商事调解书强制执行力的目标存在冲突。³⁰ 宋连斌教授提出, 尽管我国现行法律条文中未明确包含“涉外商事调解”的术语, 但随着“一带一路”倡议的积极推进, 该概念已被多份官方文件采纳。例如, 2018 年 6 月, 中共中央办公厅和国务院办公厅发布的《关于建立“一带一路”

²⁹ See European Union, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj/eng>, visited on 20 January 2025.

³⁰ 参见江保国:《〈新加坡调解公约〉下国际商事调解协议执行的法律效力》,《国际法研究》2024 年第 3 期, 第 2 期, 第 81 页; 李国泉、张鑫:《国际商事调解协议执行衔接机制的前瞻构建——以新时代“枫桥经验”国际化发展为背景》,《法学前沿》集刊 2023 年第 2 卷; 王国华、施长艳:《〈新加坡公约〉与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》,《中国海商法研究》2023 年第 2 期, 第 39-45 页; 冯冬冬:《〈新加坡调解公约〉背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善》,《国际法研究》2023 年第 2 期, 第 143-160 页; 陆一戈:《〈新加坡调解公约〉框架下的国际和解协议执行及我国回应》,《经贸法律评论》2022 年第 4 期, 第 18-38 页; 张艳、房昕:《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》,《法律适用》2021 年第 5 期, 第 38 页; 宋连斌:《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 1 期, 第 21-32 页; 高奇:《论国际和解协议在我国的跨境执行: 理论分析与制度构建》,《理论月刊》2020 年第 8 期, 第 98 页。

国际商事争端解决机制和机构的意见》认可了调解在国际商事纠纷解决中的重要性，同时强调了调解结果需通过法院的司法确认以获得强制执行力。自 2018 年 7 月起，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》为国际商事调解机构达成的协议提供了新的执行途径，允许国际商事法庭根据法律规定出具调解书，或根据当事人请求出具判决书。然而，这种做法在本质上仍是对国际商事调解协议执行力的不认可，类似于法院调解的处理方式。³¹江保国教授强调，尽管《新加坡调解公约》在“承认”方面采取了实用的功能主义立场，但其核心制度设计聚焦于国际商事调解协议的既判力与执行力这两个关键效力。这不仅与多数国家现行的国内法存在冲突，也对现有的商事纠纷解决理论提出了挑战。在效力依附论或效力自足论的框架内，国际商事调解协议在执行过程中所展现的超越合同效力的强制性效力难以得到合理解释。³²总之，只有在获得相应法律授权的情况下，私法性质的国际商事调解协议才能获得超越合同效力的既判力和执行力。

当前，对于当事人主动向国际商事调解机构申请独立调解并达成的协议，司法确认的支持力度尚显不足，执行效率上与《公约》形式审查的高效率相冲突。在国际商事调解领域，一个国家的司法系统支持是至关重要的。中国国际贸易促进委员会调解中心的姚俊逸副秘书长在进行深入调研后指出，对于调解协议的司法确认，目前存在一些令人担忧的问题：其一，法院在确认调解协议时，仅针对那些通过其正式委托的调解程序介入的案件或由特邀调解员组织调解后的案件，最终所达成的调解协议予以承认，至于通过其他途径产生的调解协议，则不予确认；其二，法院对经由商事调解机构独立受理并促成的调解协议，进行司法确认的意愿似乎并不强烈，往往设定了一定的案件数量限制，避免过多地介入；其三，法院在进行司法确认时，不仅审查程序，还深入审查实体内容，这导致了对证据材料的大量需求和较长的审查周期；其四，对于不予确认的调解协议，法院的裁定往往缺乏充分的说理，显示出较强的主观性。这些问题对当事人选择通过调解解决争议的积极性造成了重大打击，严重削弱了调解作为争议解决方式的竞争力和吸引力。³³因此，有必要对商事调解协议的司法确认制度进行深入审视，并重新构建确认的标准与程序。

对于当事人主动向国际商事调解机构提出申请，以独立方式达成的调解协议，与《新加坡调解公约》适用范围冲突。为了获得执行力，当前国际商事调解协议必须经过中国法院的司法确认程序，然而，这一程序的受案范围与《新加坡调解公约》所涵盖的范畴存在不一致之处。如《新加坡调解公约》第 1 条明确了其不

³¹ 参见宋连斌、胥燕然：《我国商事调解协议的执行力问题研究——以〈新加坡公约〉生效为背景》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 1 期，第 21-32 页。

³² 江保国：《〈新加坡调解公约〉下国际商事调解协议的法律效力》，《国际法研究》2024 年第 3 期，第 81 页。

³³ 姚俊逸：《关于我国商事调解的几点思考——从加强企业自主优先的角度分析》，《中国法治》2024 年第 3 期，第 75 页。

适用的范围包括家事领域。但我国《民事诉讼法司法解释》（2022）第 355 条、357 条规定的司法确认不予受理、裁定驳回申请的范围较公约不予适用的协议范围更广。如调解协议内容涉及物权、知识产权确权的调解协议司法确认申请不予受理，但《新加坡调解公约》对该类纠纷并未禁止。换言之，当前部分国际商事调解协议在我国难以获得执行。

四、国际商事调解协议在中国法院执行的制度调适

为了实现国际商事调解协议的高效跨境执行，构建一个直接执行的坚实基础，需要借鉴已批准《新加坡调解公约》生效国家的立法衔接经验，以及国际商事临时仲裁裁决的直接执行经验。通过国际衔接实践的比较法研究，揭示其在司法主权让渡的边界范围。同时，在增强国际商事调解协议跨境执行的公信力方面，可扩大国际商事调解协议执行过程中的司法互信与合作的范围。

（一）制度冲突的化解：直接可执行性基础之构建

我国应秉持积极态度批准《新加坡调解公约》，并逐步调整商事调解制度，使其与公约规则接轨。这将有助于提升商事调解协议的国际认可度和执行力。《新加坡调解公约》的签署显著提升了国际商事调解协议的国际执行力，为这些协议的跨国执行提供了更为便利的条件，使其在执行效力上几乎等同于国际商事仲裁裁决。³⁴尽管在国际商事调解协议的直接执行力仍存在争议，但学术界的主流意见倾向于认为，一旦我国批准《新加坡调解公约》，除声明保留条款外，国际商事调解协议在无需司法确认的情况下，即可向法院申请强制执行。³⁵

1. 借鉴已批准《新加坡调解公约》生效国家的立法衔接经验

目前，在已经批准该公约生效的国家中，有新加坡、斯里兰卡、日本、卡塔尔、土耳其、沙特阿拉伯等国家逐步修改本国调解法律制度，来衔接《新加坡调解公约》的实施。各国在批准公约过程中，基于法律传统、司法主权和市场需求的差异，形成了多元化的衔接路径。选取典型国家的适应性调适案例，分析其如何通过立法修正实现制度衔接，形成类型化的样本。在修改的具体领域而言，在《民事诉讼法》的涉外程序章节中，为从境外获得的国际商事调解协议制定相应的承认与执行条款，可明确境外商事调解协议的法律地位。引入国际商事调解协议的承认与执行衔接机制，业已成为学术界的普遍共识。³⁶抑或在商事调解法中

³⁴ 参见王国华、施长艳：《〈新加坡公约〉与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，《中国海商法研究》2023 年第 2 期，第 38 页。

³⁵ 参见刘敬东等：《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》，《商事仲裁与调解》2020 年第 1 期，第 52 页；孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》，《法学研究》2021 年第 2 期，第 169 页；陈洁：《我国国际和解协议准予救济制度的构建——以〈新加坡调解公约〉的签署为契机》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期，第 92-101 页；杨秉勋：《再论〈新加坡调解公约〉与我国商事调解制度的发展》，《北京仲裁》2020 年第 1 辑，第 115-117 页；高奇：《论国际和解协议在我国的跨境执行：理论分析与制度建构》，《理论月刊》2020 年第 8 期，第 96-108 页。

³⁶ 连俊雅：《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论〈新加坡调解公约〉与中国法律体系的衔接》，《国际商务研究》2021 年第 1 期，第 50-62 页。

增设“涉外商事调解程序”专章，对于涉外商事调解的特殊规定，应优先适用；若无特殊规定，则遵循国内商事调解的一般条款。该章节应当着重阐述国际商事调解协议的执行机制，包括法院的级别和地域管辖原则，以及协议执行的申请、审核、执行和保障等相关程序。³⁷有关观点提出，在商事调解法实施前的过渡阶段，最高人民法院发布司法解释以衔接国际公约是最佳方案。参照承认外国临时仲裁裁决的程序，对国际商事调解协议的执行依据、审查期限和内容等方面进行适当调整，从而构建我国的国际商事调解协议执行衔接机制，使之与公约规定及国内执行制度相衔接，为公约在国内司法实践中的应用奠定基础。³⁸

2. 借鉴国际商事临时仲裁裁决的直接执行经验

在国际私法领域，国际商事临时仲裁裁决的直接执行问题一直备受关注。临时仲裁作为一种灵活、高效的争议解决方式，其裁决的执行效率直接影响到其国际商事活动中的吸引力和权威性。《纽约公约》在促进临时仲裁裁决国际执行中发挥着关键作用，为临时仲裁裁决的跨国执行提供了法律框架。类比国际社会在临时仲裁裁决执行方面的成功经验，为理解国际商事调解协议的国际执行提供了理论支持和实践指导。

首先，在《新加坡调解公约》获得批准的背景下，我们可以借鉴中国《仲裁法》修订草案中有关赋予涉外临时商事仲裁裁决以强制执行效力的改革思路，进而构建一套双轨制的国际商事调解协议执行体系。此体系应明确区分国内调解协议与国际商事调解协议，以确保两者在执行层面既能保持一致性，又能体现其各自的独特性，从而进一步提升调解协议的执行效率。通过这样的制度设计，我们旨在促进国际商事争议的和谐解决，同时维护国家司法主权与国际法治秩序。对于境外调解组织独立促成的调解协议如何获得执行力，我们可以参考涉外商事仲裁临时仲裁裁决获得执行力的相关规定。³⁹最高人民法院在2016年和2021年两次提出，在全国自贸区内引入临时/专设仲裁的“特定地点、特定仲裁规则和特定人员”三个标准，为全面实施《仲裁法》规定的临时/专设仲裁提供了实践数据和经验。⁴⁰《仲裁法》中引入临时/专设仲裁的做法，解决了中国法律界长期存在的双重标准问题，即依据1958年《纽约公约》，中国承认并执行外国的临时仲裁裁决。实务部门对于境外机构作出的国际商事调解协议的效力和真实性等问题的担忧，与对临时仲裁裁决的效力和真实性等担忧相似。在《新加坡调解公约》的背

³⁷ 参见赵毅宇：《中国商事调解立法模式选择及其展开》，《法学杂志》2023年第3期，第157-172页。

³⁸ 参见李国泉、张鑫：《国际商事调解协议执行衔接机制的前瞻构建——以新时代“枫桥经验”国际化发展为背景》，《法学前沿》集刊2023年第2卷。

³⁹ 祁壮：《国际商事调解发展的新趋势与我国的应对》，《江西社会科学》2023年第2期，第201页。

⁴⁰ 在2016年12月30日，最高人民法院发布了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》。该意见的第九条第三款明确指出：若在自由贸易试验区注册的企业彼此间达成协议，约定在内地的某一特定地点，依据特定的仲裁规则，并由特定人员对争议进行仲裁，那么该仲裁协议可被认定为有效。然而，若人民法院判定该仲裁协议无效，必须上报至上级法院进行复核。若上级法院支持下级法院的决定，则需将复核意见逐级上报至最高人民法院，并在获得最高人民法院的答复后，方可作出相应的裁定。

景下，国际商事调解协议的直接执行效力引起了学界的争议，主要集中在调解协议的真实性审查和民间合同对他国司法主权的合法性问题上。尽管直接承认与执行未经司法审查的国际商事调解协议，将挑战传统观念。然而，考虑到《仲裁法》修改中关于临时仲裁的规定，由于临时仲裁同样是没有机构背书的裁决，我们没有理由认为机构调解出具的涉外商事调解书的公信力会低于没有仲裁机构背书的临时仲裁裁决书。实际上，按照前述逻辑，当我国商事调解员和商事调解组织具备足够的专业性和公信力时，境内的国际商事调解协议也可以具备执行力，无需再向法院申请司法确认。

其次，在中国自贸区或特定经济区域内，临时仲裁裁决被承认与执行的先行实验为国际商事调解协议的直接执行提供了可推广的现实参考。⁴¹鉴于临时仲裁制度在中国自贸区范围内作为制度创新得以实施，并且在《仲裁法》修改征求意见中出现，国际商事调解协议同样可以参照此制度进行修改。对于境内机构形成的国际商事调解协议，需要经过司法确认后才具有执行力，这与现有制度的衔接相对容易实现，无需大幅度修改立法内容。而境外机构获得的国际商事调解协议可以直接申请法院强制执行，但前提是必须先获得中国法院的承认，类似于涉外商事仲裁裁决和涉外商事判决书的执行程序。选择自贸试验区作为商事调解制度创新与优化的试验田，具有双重意义。一方面，自贸试验区的核心使命是深化政策改革，致力于搭建一套符合国际标准的国际贸易与投资制度框架，旨在实现制度环境的全面升级。其功能聚焦于通过政策试验与模式创新，为国内外企业提供更加宽松、透明、高效的经营环境，促进贸易和投资活动的自由流动与高效配置，从而增强区域经济的全球影响力与竞争力。另一方面，自贸试验区的“境内关外”特性赋予了其独特的优势，相较于国内其他地区，其贸易投资环境更加开放，政策环境也更加友好透明。由此，自贸试验区吸引了大量外国企业来华贸易、投资，以及开展相关业务的中国企业，从而具备了实行特殊制度的现实需求。⁴²此外，《深圳 ADR 条例》创新性地建立了调解期间的保全衔接机制，其第 75 条明确指出：“在行政机关或调解组织主持调解期间，当事人可依法向人民法院申请财产保全。”该规定旨在防止不诚信行为，鼓励调解机制的使用，并解决了调解组织因缺乏司法权无法实施保全措施的问题。它建立了法院依法接受调解程序中保全申请的机制。这允许当事人在未提起诉讼时申请调解中的保全，有效避免了商事调解可能遇到的无效努力和单方面期望的问题。⁴³这一创新举措无疑为涉外商事

⁴¹ 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，《深圳大学学报（人文社会科学版）》2023 年第 4 期，第 13-25 页；王宇石：《我国自由贸易试验区商事调解制度的优化与创新——以〈新加坡公约〉为背景》，《求索》2022 年第 5 期，第 170-178 页。

⁴² 王宇石：《我国自由贸易试验区商事调解制度的优化与创新——以〈新加坡公约〉为背景》，《求索》2022 年第 5 期，第 171-172 页。

⁴³ 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，《深圳大学学报（人文社会科学版）》2023 年第 4 期，第 18 页。

调解提供了协调配套保全措施的经验。

3.搭建直接执行衔接的司法试点区域

为响应《新加坡调解公约》的正式批准工作需要，建议在粤港澳大湾区或自由贸易试验区进行国际商事调解协议跨境承认与直接执行的配套试点项目。粤港澳大湾区与中国各省（自治区）自由贸易试验区的特殊政策优势，为跨境商事调解协议的相互认可与执行提供了先行先试的制度创新条件。与“一带一路”沿线国家的法律专家和调解机构就跨境商事调解事宜达成共识，共同组建了涉外商事调解合作协会或中心。这些组织共同制定了国际商事调解员的资格评审标准和职业行为准则，并创建了调解员名单，为跨境商事调解协议的相互认可与执行打下了共同信任的基础。⁴⁴

（二）协议公信力的强化：司法互信与合作范围之拓展

加强法院与其他国家和地区的调解员或国际商事调解机构之间的合作与交流，确保调解协议的高效执行。国际商事调解的发展与国家法院的支持密不可分。人民法院展现出对国际商事调解的积极态度，并遵循《新加坡调解公约》中有利于裁决执行的原则，尊重当事人的约定，可以为国际商事调解创造了一个公正且良好的司法环境。中国现行制度为境外调解机构在国际商事调解领域与中国法院建立司法互信提供了坚实的制度基础，诸如《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》等司法政策文件。在涉及境外当事人的国际商事调解过程，引入当事人所在国的外籍调解员或者合作调解机构进行委托调解，在语言、文化、法律沟通上更流畅，从而拓展了国际商事调解协议执行中的司法互信与合作范围。

其一，外籍调解人员的引入有助于降低国际商事调解在语言沟通、外国法查明与适用等方面的成本，增强各方对国际商事调解过程的信任度，为国际商事调解协议的跨境承认与执行奠定司法互信的基础。不同国家适用的法律体系存在差异，这给调解中法律的适用和纠纷的定性带来了困难。如何在尊重各国法律体系的基础上，实现调解协议的国际认可和执行，是当前面临的重要问题。当前，我国法院在诉前调解的跨境合作方面展现出更大的制度开放性，在国外开展委托调解活动具备制度上的合法性。根据《民事诉讼法》（2023）第98条⁴⁵、《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（2020）第1条⁴⁶、《最高人民

⁴⁴ 参见司艳丽：《粤港澳大湾区法律规则衔接疑难问题研究——以多元化纠纷解决机制为切入点》，《中国法律评论》2022年第1期，第215-226页。

⁴⁵ 《中华人民共和国民事诉讼法》（2023修正）第98条规定：人民法院进行调解，可以邀请有关单位和个人协助。被邀请的单位和个人，应当协助人民法院进行调解。

⁴⁶ 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（2020修正）第1条规定：人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。经各方当事人同意，人

最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》第 14 条⁴⁷的规定中，法院不再强制要求调解员必须是中国国籍，对调解机构的地理限制予以放宽。同时，也不再限定经法院委派调解所达成的调解协议必须在国内签署才能申请司法确认。⁴⁸这一变化极大便利了海外形成的调解协议在我国法院获得司法确认的过程。在 2021 年 1 月，最高人民法院发布了《关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》，其中提出建议，鼓励外籍以及来自港澳台地区的调解员参与争议解决过程，法庭正积极吸引对外国司法体系感兴趣的外籍人士加入司法活动，此举凸显了中国司法的开放姿态、自信特质及包容性。⁴⁹此举不仅深化了涉外案件当事人对中国司法制度的信赖，还促进了涉外民商事争议的高效解决。此外，作为最高人民法院国际商事法庭所认可的一站式多元化国际商事纠纷解决平台，上海经贸商事调解中心体现了中国在司法领域的创新与进步。该中心聘请了来自全球各地的外籍调解专家，负责调解国际商事争议。成功调解的案件，当事人可共同向法院申请司法确认书，以确保调解协议的法律效力。⁵⁰上海海事法院在处理海事海商领域的国际案件中，尝试了采用委托调解的新模式。该模式不仅引入了外籍调解员，而且为域外调解的涉外商事案件在国内法院获得司法确认，提供了可行的范例。⁵¹在以往，若国际商事调解协议由境外机构组织下达成，则难以获得中国法院的承认；同样，若境内调解机构组织达成的国际商事调解协议未得到境外法院的认同，之前的调解成果便会付诸东流，这种情况无疑会削弱跨境商事交易当事人对调解途径解决争议的信心，降低其采用调解的意愿。

其二，在解决跨境商事纠纷时，申请与执行法院有合作关系的调解组织进行调解，确保了境外调解机构所达成的调解协议的合法性与信任度得到保障。这种创新举措具有合法性来源。首先，中国现有调解的法律制度并没有限制邀请调解的对象必须是中国境内机构或者中国国籍，也没有限制调解地点必须是中国境内，这也为邀请境外调解机构或外籍调解员进行委托调解留下了合法的空间。根据我国《民事诉讼法》第 98 条之规定，法院在调解过程中有权邀请相关单位及个人

民法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解，达成调解协议后，人民法院应当依法予以确认。

⁴⁷ 《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》第 14 条：调解一般应当在人民法院或者调解组织所在地进行，双方当事人也可以在征得人民法院同意的情况下选择其他地点进行调解。特邀调解组织或者特邀调解员接受委派或者委托调解后，应当将调解时间、地点等相关事项及时通知双方当事人，也可以通知与纠纷有利害关系的案外人参加调解。

⁴⁸ 《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》第 19 条规定：委派调解达成调解协议，特邀调解员应当将调解协议送达双方当事人，并提交人民法院备案。委派调解达成的调解协议，当事人可以依照民事诉讼法、人民调解法等法律申请司法确认。当事人申请司法确认的，由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。

⁴⁹ 参见新华社网站：《外籍调解员参与法院诉前调解 帮助化解涉外纠纷》，

<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1771829777708254243&wfr=spider&for=pc>，2024 年 6 月 18 日访问。

⁵⁰ 《上海经贸商事调解中心：探索多国籍调解员全方位参与涉外案件调解之路》，载微信公众号“临港新片区法律服务中心”，2021 年 6 月 25 日。

⁵¹ 《上海海事法院探索专业委托调解机制改革 助力海事纠纷多元化解》，载微信公众号“中国上海司法智库”，2022 年 5 月 7 日。

提供协助。此外,《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(法释〔2020〕20号)第1条进一步明确,法院可邀请与当事人有关联的单位或组织,以及具备专业知识或社会经验、与当事人有特定联系且有助于调解的个人参与调解。在当事人各方均表示同意的情况下,法院有权委托上述机构或个人执行调解任务。一旦调解协议形成,法院将依照法律程序予以正式确认。与此同时,《最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定》(法释〔2016〕14号)第14条前款明确指出:“调解活动通常应在人民法院或调解机构所在地进行。但是,经人民法院同意,双方当事人亦可选择其他适当的地点开展调解。”鉴于现行法律体系未对海外调解机构、外籍调解人员及境外调解场所设立明确的禁令,上海市高级人民法院在2019年12月颁布的《上海法院涉外商事纠纷诉讼、调解、仲裁多元化解决一站式工作机制的指引(试行)》第22条规定法院鼓励仲裁机构和调解组织聘请外籍调解员和仲裁员,构建外籍调解员和仲裁员名录,同时强化与海外调解组织及仲裁机构的协作交流,旨在提升涉外商事调解与仲裁的专业性和国际化程度。除此之外,以蓝海法律查明与商事调解中心为例,作为国内首家专注于域外法律查明服务的专业机构,该中心整合了国际商事调解与域外法律查明两项核心业务,打造了深圳模式的“涉外商事调解经验”。蓝海中心充分利用其跨境法律服务平台的职能,吸引了来自港澳地区以及英、美、日、荷兰、马来西亚、新加坡等国家的国际纠纷处理专家,共同参与调解工作。⁵²这为境外形成的国际商事调解协议赋予了强制执行的合法性基础。同时,它也为境内外当事人通过在境外申请调解,进而在我国境内获得司法认可提供了有效路径。

五、结论

国际商事调解在解决国际商事争议中具有重要地位,但国际商事调解协议的执行问题影响其吸引力。在未来,构建直接执行的可执行性基础,需要借鉴已经批准该公约生效的国家中新加坡、斯里兰卡、日本、卡塔尔、土耳其、沙特阿拉伯等国家修改本国调解法律制度的公约衔接经验,以及国际商事临时仲裁裁决的直接执行经验,搭建制度衔接的司法试点区域,从而完善直接执行的立法支持框架。此外,国际商事调解的发展与国家法院的支持密不可分,在国内外开展国际商事调解活动中引入外籍调解人员并拓宽境外调解组织的合作范围,降低语言沟通、外国法查明与适用等方面的成本,增强跨境调解协议的权威性与执行中的司法互信基础。

⁵² 参见蓝海法律查明和商事调解中心网站:蓝海法律查明和商事调解中心调解业务介绍,<http://www.bcisz.org/html/tjywjs/>, 2024年6月15日访问。

跨国代孕亲子关系认定法律适用问题研究

刘奕麟*

摘要：禁止代孕的法律规定已无法解决因跨国代孕而日渐增多的法律纠纷。涉外审判纠纷的关键在于代孕儿童亲子关系的认定，解决跨国代孕亲子关系的认定问题，必须进行准据法的选择，这需要根据跨国代孕的分类与实施过程，分析其牵涉的法律关系，承认当事人签订的代孕协议的国家可依据意思自治原则对跨国代孕协议进行法律选择。对于不承认代孕协议效力的国家，往往基于公共政策保留和传统的涉外亲子关系认定的准据法进行法律选择与适用。这种落后的法律适用方式无法切实的保护代孕儿童的利益，因此，在进行亲子关系认定法律选择的过程中必须坚持儿童利益最大化原则，在此基础上平衡个人利益、国家利益与社会利益，不能盲目地适用公序良俗原则与公共秩序保留的理论，回避亲子关系认定的法律选择问题。兼顾法律的稳定性的同时必需充分保障个案的公平，如此才能最大程度地实现对儿童最佳利益的保护。

关键词：跨国代孕；亲子关系；准据法；代孕协议；儿童利益最大化

一、由跨国代孕引发的法律选择问题

目前学界主要从社会学、道德伦理和法律规制等方面对代孕问题做出了比较详尽的研究，但有关代孕的亲子关系的研究较为稀少，针对跨国代孕引起的亲子关系认定法律选择问题的研究，还未受到我国学术界研究的重视。然而，鉴于国际间交往的日益频繁，跨国代孕案件的数量日益增多，对代孕儿的亲子关系问题如何进行法律选择，不仅需要理论支撑更是司法实践需要直面解决的实际问题。

自 20 世纪 70 年代以来，代孕现象和它引发的子女身份认定、监护权之争便已成为英美国家热议的社会话题，代孕虽不同于 IVF (In vitro fertilization 体外受精，又称试管婴儿) 能够在全球范围内得到广泛的认可。但作为一个近几十年才逐渐兴起的生育方式，它正以惊人的速度，在全球范围内迅速扩散。¹商业代孕技术更是以全球为单位的同性恋者、单身人士、不孕不育患者以及其他个人或者夫妇为主体展开跨国服务网，蕴含蓬勃商机的跨国代孕市场逐渐形成。

世界各国（地区）法律对待代孕的态度有所不同。虽然跨国代孕已经在世界

* 刘奕麟，湖北大学，法学院，讲师。

¹间接数据：例如以色列有关部门在 2009 年处理了 12 起案件，在 2012 年则处理了 128 个案件（增长率高达 967%）；澳大利亚移民局在 2009 年至 2012 年间发现了大约 430 起“涉外跨国代孕案件”，曾有澳大利亚律师称，在 2008 年他为两个跨国代孕案件提供了法律服务，但在 2012 年他却处理了 100 个类似案件，到 2013 年仍在不断增加；英国这一领域专业律师称，2009 年他们处理了 3 个案件，2012 年增长到 90 个，到 2013 年年中，已达到 104 个；此外美国、德国和法国的有关从业者或机构提供了类似的数据，显示跨国代孕案件的数量呈递增趋势。详见 HCCH, A Study Of Legal Parentage And The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No.3c, 2014.

范围内逐步蔓延开来,但是许多国家针对代孕的立法仍是一片空白。有些国家明文规定绝对禁止代孕,比如中国、日本、意大利、法国、德国、波兰。其中德国于 1989 年12月开始施行修正后的《收养介绍法》,该法还专门增加了禁止代孕中介机构实施与代孕有关行为的规定。²还有一些国家仅允许非营利性的代孕,又称之禁止商业代孕。比如加拿大、越南、英国、澳大利亚,其中英国更是欧洲少数允许代孕的国家之一,其于 1985 年颁布了世界上最早的代孕法案《代孕安排法》并于该法第 2(1)节规定了禁止商业性代孕的规定。³与此同时还有相当一部分国家对代孕采取完全放开的态度,比如乌克兰、印度、泰国、南非以及美国加利福尼亚州、伊利诺伊州和内华达州等⁴,在印度,生殖医疗旅游已经发展成为其特色产业,其不仅允许无偿代孕也允许商业性质的代孕。⁵因此,人们称乌克兰、印度、美国为著名的“跨国代孕天堂”。

除了跨国代孕本身存在的涉外属性,法律冲突产生的重要原因还表现为:各国针对代孕立法规定上存在差异。目前世界各国对代孕的实体法规定主要有三种立法态度:肯定说、否定说、混合说。肯定说的代表为:英国⁶、乌克兰、泰国、印度⁷;持否定说的国家主要有:德国⁸、法国、日本⁹、澳大利亚;采混合主义的国家主要为:美国,美国作为典型联邦制政体各州均享有独立的立法权,各州可根据其价值取向、实际情况的不同,作出不同的法律规定。如华盛顿州、肯塔基州、犹他州、哥伦比亚地区等认为代孕行为违法,不承认双方签订代孕协议的效力。而像加利福尼亚州、密歇根州等却认可代孕的法律效力,代孕协议效力的认定需要召开听证会经过司法批准。¹⁰这种实体法规定上存在的差异,使法官在审理跨国代孕案件时因当事人主体或行为涉外面临着巨大的法律冲突。而解决这种法

² Gossli, Susanne Lilian, The Recognition of a Judgment of Paternity in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law [J]. *Varia Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Issue 2 (October 2015), pp. 448-465

³ Kriari Ismini; Valongo Alessia. International Issues regarding Surrogacy[J]. *Italian Law Journal*, Vol. 2, Issue 2 (2016), pp. 331-354

⁴学者 Charo, R. Alta.在其文章“Legislative Approaches to Surrogate Motherhood”(1988)中:采用数据统计分析的方法,对美国不同州的法律规定进行整理,因为美国并没有在联邦层面上专门出台代孕规制的法案已有的法案如《统一亲子地位法》也仅具有建议性质,缺乏在各州自动实施的效力。charo 教授在其文章指出,美国只有 17 个州对代孕作出了规定,其余 34 个州在是否允许代孕问题上态度模糊,其中如加利福尼亚州、佛罗里达州、新泽西州等通过司法判例的形式承认代孕不违法。

⁵ Smerdon, Usha Rengachary, Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India [J]. *Symposium: The Baby Market, Cumberland Law Review*, Vol. 39, Issue 1 (2008-2009), pp. 15-86.

⁶英国是世界上首例体外受精婴儿成功诞生的国家。英国对代孕协议的立法走在世界前列,英国政府于 1985 年、1989 年分别颁布了《代孕协议法》和《人工生殖与胚胎研究法》,加强对代孕等人工生殖方式的法律规制但英国对商业代孕是禁止的只允许无偿代孕。

⁷在印度,代孕的成本很低且法律很灵活。一般来说,在美国代孕的成本是 5 万—8 万美元,而在印度,委托人通常只需要支付 1 万美元即可。2008 年,印度最高法院在“曼吉案”(Manji s case)中认为,商业代孕在印度是被允许的。这直接导致了商业性代孕在印度的盛行。

⁸德国 1989 年《收养介绍法》禁止一切行为的代孕,并对非法代孕做出刑事处罚的规定。1991 年,《胚胎保护法》颁布,指出非法代孕滥用和乱用代孕技术的危害性,对于非法代孕以刑法予以严肃处置。

⁹日本政府尽管并未对代孕规制进行明确立法,但日本医疗辅助生殖协会反对任何形式的代孕;而在最高法院的司法判例中也否定了代孕协议的效力,从而以判例的形式否认了代孕的合法性。

¹⁰苏永鹏. 代孕协议法律问题研究[D].华中师范大学,2011.第 10 页。

律冲突的关键在于运用什么样的标准进行法律选择。本文的研究意义在于明确跨国代孕亲子关系认定法律选择的标准。明晰实体法与冲突法的界限，有针对性地解决跨国代孕亲子关系认定准据法适用问题。

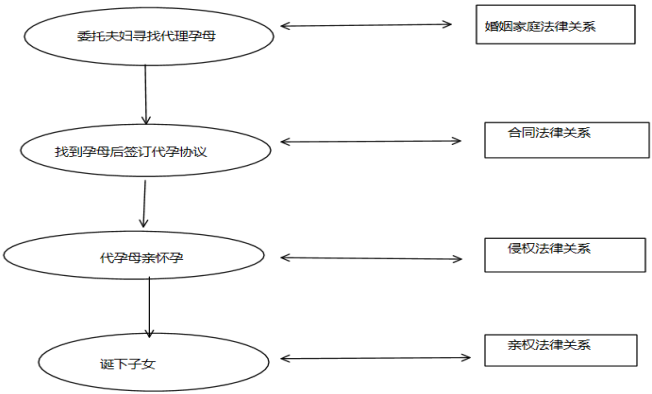


图 1 代孕行为的实施过程

如图1所示跨国代孕行为的实施过程可以被拆分为4个层面的法律关系：包括婚姻家庭法律关系、合同法律关系、侵权法律关系、亲权法律关系四个方面。首先，婚姻家庭法律关系方面的冲突法问题主要涉及到委托夫妇代孕行为的效力，委托夫妇是否能够共同或分别代孕，属于当事人婚姻关系的法律选择问题。而当事人的婚姻关系主要适用当事人共同的属人法¹¹来进行调整；第二层法律关系是代孕合同法律关系，跨国代孕亲子关系认定的过程中，亲子关系认定法律选择问题在某些层面会转化成代孕协议准据法的选择问题。这种情形为：允许当事人对代孕协议进行法律选择的国家，当事人依照意思自治协议选择法律，当事人没有选择的再按照最密切联系原则确立适用哪国法律，对于不允许当事人对代孕协议进行法律选择的国家来说，通常以代孕协议违背该国公共政策为由拒绝适用外国法。对于这些国家来说，只能依照亲子关系认定的准据法来确定代孕儿童与法定父母之间的亲权关系。但依照我国最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）》的规定¹²，我国实际上禁止当事人对代孕协议进行法律选择；第三层法律关系是侵权法律关系。传统的国际私法通常依据侵权行为地法作为处理侵权案件的准据法，进入90年代以后有部分国家，开始重叠适用侵权行为地法与法院地法。直到美国的《第二次冲突法重述》第145条确定了最密切联系原则来解决侵权法律选择问题，随后这一原则被许多国家借

¹¹ 例如《奥地利联邦国际私法》第18条第1款规定：婚姻的人身效力依配偶双方共同的属人法；《瑞士联邦国际私法》第48条第1款：婚姻的效力适用配偶双方共同的住所地法。我国《法律适用法》第23条：夫妻人身关系，适用共同经常居所地法律。

¹² 最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）》第六条规定：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

鉴。¹³因此针对侵权问题，准据法的选择会依照侵权行为地法来确定当事人所应适用的法律；而第四层亲权法律关系，如何进行跨国代孕亲子关系认定的法律选择将直接影响案件实体结果的焦点，传统的国际私法通常适用属人法来判断儿童亲子关系认定所应适用的法律，但跨国代孕亲子关系涉及的主体数量更多，其牵涉的法律关系，法益纠纷更复杂，依照传统亲子关系认定法律选择方法适用于跨国代孕问题的亲子关系认定并不科学合理，这极有可能侵害代孕儿权益。因此，在对跨国代孕亲子关系认定做出法律选择的判断时，首先对涉案的法律关系进行识别，再依据冲突规范的指引选择法律，解决亲子关系的归属问题是大多数跨国代孕案件中最核心的争议焦点，可以运用意思自治原则来确定准据法，从而使当事人的权益得到充分的保障。

二、跨国代孕协议涉及的公共秩序保留问题

在跨国代孕案件的纠纷中，许多禁止代孕的国家通常认为如果允许当事人协议选择法律，便会与该国的公共秩序相抵触，从而直接否认代孕行为和代孕协议的法律效力。例如日本、瑞士、德国、法国等国，他们往往通过公共秩序否认代孕协议的法律效力，甚至直接否认委托夫妇本已取得代孕儿亲权的出生地判决。拒绝承认委托夫妇为代孕儿的法定父母，也拒绝承认代孕儿的公民身份。而对代孕持允许态度或有限开放态度的国家通常将儿童最佳利益原则视为公共秩序的一部分，如英国、美国加利福尼亚州等，固不完全否认代孕协议的效力，以对代孕儿成长最有利为标准，确认他的法定父母并给予他公民身份。

《德国的民法施行法》将公共秩序保留的衡量标准界定为：①外国法的适用会导致与德国法的目的相违背；②外国法的适用会导致背离德国的善良风俗。¹⁴德国联邦法院在规制代孕的法律出台前，对于代孕案件均以违反德国的基本立法精神而判定代孕协议无效。《德国民法典》第134条规定：违反禁止性法令的行为自始无效。

英国法院对于跨国代孕亲子关系的承认问题，在拒绝承认外国法时强调应充分考量三个条件：①从禁止对象上考察外国法的立法目的；②外国法的适用是否会对英国公共秩序造成危害；③外国法的适用是否会影响英国的道德、经济和政治原则。法官在判决时也充分考虑到了代孕子女作为独立的权利主体，法律要对他们的合法权益要予以充分的保护，法院作出的拒绝承认外国法院关于委托父母与代孕子女亲子关系认定的判决时，不能损害代孕子女的合法权益。¹⁵欧洲人权法院认为，虽然禁止代孕的国家不承认外国法院做出的委托父母与代孕子女亲子关系的认定。但是如果委托父母一方与代孕子女之间存在生物学上的基因联系

¹³如《奥地利联邦国际私法》第48条规定：非契约损害的求偿权适用损害行为地国家的法律，但若所涉当事人与另一国家的法律联系更密切时，适用该国法。

¹⁴何阳. 公共秩序保留原则下涉外同性婚姻的效力认定问题研究[D].广州：华南理工大学,2018：17.

¹⁵ Noel P. Keane, Legal Problems of Surrogate Motherhood, 5 S. Ill. U. L.J. 147 (1980) pp. 373-396.

时，法院不能做出侵犯《欧洲人权公约》第 8 条：尊重儿童个人生活的权利的判决。¹⁶欧洲人权法院将对自然人家庭及私人生活权利基本人权的保护与儿童权利的维护作为公共秩序的考量因素。¹⁷

法国最高法院在2007年的Cornelissen案中确立了公共秩序保留三个判断标准，①案件与外国法院联系不充分；②存在法律规避的情形；③代孕儿的身份权不得让与。随后，法国最高法院据此拒绝承认了关于跨国代孕儿童的法定父母在美国法院的判决。在这一案件中，法国的委托父母分别通过代孕在美国加利福尼亚州和明尼苏达州生育了2个代孕儿，并分别在该州通过判决确定了与孩子的亲子关系。随后，委托父母为了给代孕儿办理法国公民身份向法国领事馆请求执行美国法院的判决。法国领事馆为代孕儿办理了法国公民身份登记。但是，法国政府随后撤销了这些登记的效力，政府认为美国法院的判决违反了法国的公共秩序。随后，法国最高法院接受了法国政府的诉请，判定了这些登记无效。法国最高法院认为：根据法国的法律，跨国代孕协议违背了公共秩序中个人身份不能作为私人协议的客体的原则。即使依据外国法，该协议是有效的，但其因为违反《法国民法典》的基本强制性规则而无效。¹⁸

从上述不同的国家对公共秩序所作的规定和在具体案件中的适用来看，并不是所有的国家对公共秩序和公共利益都有明确的界定标准，当然，因为公共秩序本身就是一个仍在发展的概念，它与社会与时代的进步程度息息相关。从上述分析中可以看出公共秩序所包含的共同点有：院地的公共利益；法律的目的和基本原则；社会善良风俗；伦理道德；父母对子女的抚养监护义务；儿童利益的保护。只不过对于代孕持禁止态度的国家认为，适用承认代孕协议法律效力国家的法律会对社会风俗、传统伦理道德产生不良的影响和示范效应。因此排除对代孕协议进行法律选择而直接适用本国法。而英美法系国家在代孕问题上，将儿童利益的保护纳入公共秩序界定标准之中，在综合衡量道德伦理、社会风俗时更注重对代孕儿利益的保护。

我国《法律适用法》第5条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”但公共利益的界定标准却没有明确的法律条文作出限定。如前所述，我国法院审理代孕案件的司法实践中，法官通常直接援引第5条或公序良俗原则直接否认代孕协议的法律效力。在林某与冯某等代孕合同纠纷案¹⁹中，法官认为：当事人之间的代孕协议违反社会公德，扰乱

¹⁶ 《欧洲人权公约》第 8 条第 1 款规定：“人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。”

¹⁷王艺：外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心[J].法商研究,2018,35(1):170-181.

¹⁸余提：各国代孕法律之比较研究[M].北京:中国政法大学出版社,2016: 40.

¹⁹山东省济南市中级人民法院. 林默与冯鲁平等合同纠纷二审民事判决书.(2018)鲁 01 民终 7948 号.[EB/OL]. (2018) [2018-03-28].<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyNDQ1ODQxMzc%3D.html>.

社会经济秩序,所以损害了社会公共利益。因而认定当事人之间的合同无效。在靳某与杨某、广州现代医院有限责任公司代孕合同纠纷案²⁰中,法官审理意见为:靳某与杨某签订的《亲子宝贝代孕网包性别协议》,因约定的代孕事项有违我国民法上的公序良俗原则,亦有损社会公共利益,故该协议应属无效,类似案件不胜枚举。²¹这再次佐证了我国法院在对代孕纠纷进行审判时,会以代孕行为违背基本的公序良俗和社会公共利益而认定代孕行为自始无效。²²

然而,对公序良俗原则究竟该如何解读却并没有一个固定的标准。公序良俗的内容离不开人们长久以来所积累的行为、习惯、思想观念的积淀,也可以说它是一种“社会共识”。曾有调查数据(由湖北社科院、长江商报、腾讯大楚网以及武汉荣泽企业公司联合开展的网上调查数据)表明:仅有15.52%的被调查者认为代孕违反人伦并应予禁止,而认为应当实行代孕的被调查者高达54.02%。²³因此,代孕行为的实施并不必然违法社会共识,毕竟人们进行代孕的初衷买卖的不是孩子,婴儿本身不是商品,而是希望获得对于无法怀孕的弱势群体,给予新生命以抚养与关爱。并且,每个人的身体权以及生育权由其自主支配,代孕母亲当然不能排除在内。女性在代孕时,不仅会实现自身的社会价值,而且也能实现自己的某种目的。²⁴从内容上看,这些目的并不违背公序良俗的要求。²⁵

三、跨国代孕协议无效时准据法的选择

(一) 传统亲子关系认定准据法的选择方法

一直以来,对涉外亲子关系的认定是以身份权行使的前提。在现代许多国家都适用子女的属人法来解决跨国亲子关系认定问题。如《瑞士联邦国际私法》第68条²⁶,《意大利国际私法》第33条²⁷的规定。但很多时候适用子女的属人法也未必会实现对子女利益的保护,就像代孕婴儿其本身不存在惯常居所,其属人法无从界定。因此,许多国家通过立法规定经冲突规范的指引选择适用对子女最有利的法律。如《奥地利国际私法》第21条,1989年《秘鲁民法典》第2803条,美国第二次《冲突法重述》第287条规定了适用最密切联系原则来确认子女与父母

²⁰广东省广州市天河区人民法院. 靳国栋与杨正沛、广州现代医院有限责任公司合同纠纷一审民事判决书. (2018)粤0106民初12551号.[EB/OL]. (2018) [2018-03-28]. <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAyNTY2MzE1NzI%3D?.html>.

²¹美孕国际医疗投资发展有限公司与王庆服务合同纠纷上诉案((2018)沪02民终8849号)、于秀丽与杜俊平等合同纠纷一审民事判决书((2018)京0114民初4168号)、深圳西尔斯国际商务咨询有限公司与孙艳服务合同纠纷二审民事判决书((2018)粤03民终9212号)等,几乎所有涉及代孕纠纷的案件,判决书都以有违公序良俗原则直接判定代孕协议无效。

²²美孕国际医疗投资发展有限公司与王庆服务合同纠纷上诉案: 审理法院: 上海市第二中级人民法院, 案号: (2018)沪02民终8849号, 裁判日期: 2018.12.17

²³代孕(试管婴儿)现象的认知与评价问卷调查[EB/OL]. (2009-10-14) [2017-06-20]. <http://hb.qq.com/a/20091014/000366.htm>.

²⁴梁立智. 代孕女性工具化问题的伦理辨析[J]. 哲学动态, 2016(7): 83.

²⁵杨素云. 代孕技术应用的法伦理探析[J]. 江海学刊, 2014(5): 136.

²⁶《瑞士联邦国际私法》第68条第1款规定:“亲子关系的确立和司法认定中存在的异议,适用子女的惯常居所地法律。”

²⁷《意大利国际私法》第33条第1款规定:“子女的身份应由子女出生时的本国法决定。”

的身份关系。从上述立法的演进过程可以看出。虽然各国立法内容不尽相同，但传统亲子关系冲突法的选择总体趋势更倾向于选择适用对子女有利的法律来调整涉外亲子关系认定问题。

我国关于涉外亲子关系的认定,《法律适用法》第25条规定:“父母子女人身、财产关系,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律。”从条文的字面意思可以看出,子女与父母的共同属人法优先适用于其他的连结点。该法认为父母与子女的共同属人法具有密切联系,这一联系的重要性超过保护弱者利益的需要,在没有共同的属人法时适用子女的惯常居所地法,将惯常居所这一连结点视作子女的生活中心地,但这种冲突法意义上的联系其适用结果却未必对子女最有利。²⁸但是对于跨国代孕的代孕儿来说,他并没有“惯常居所”或生活中心,从地理联系上来看,只有出生地或代孕行为实施地。因此,对《涉外民事关系法律适用法》第25条在适用时应考虑增加出生地这一连接因素解释为:适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者出生地法律中更有利于保护弱者权益的法律”,因为在跨国代孕中,出生地较经常居所地具有更强的确定性,而且一般出生地国都是允许代孕的国家,会确定委托夫妇与孩子的亲子关系,代孕儿不会出现“无父无母”的情形。明确关于跨国代孕亲子关系的裁决是否能得到我国法律的承认,若不能,是否允许意向父母收养该代孕儿,若允许又应当如何收养,是否必须满足现行《收养法》的所有收养条件。

(二) 传统亲子关系认定法律选择的弊端

以血缘为依托的传统亲子关系认定准据法的选择方法,并不能够解决跨国代孕亲子关系认定问题。由于跨国代孕纠纷隐蔽性保密性较强,包括出于对个人隐私的保护,许多案件的判决结果并未得以公开。通常情况下,代孕案件的产生是源于委托夫妇在我国法院提起诉讼,出于对我国目前司法实践中对于代孕亲子关系认定的裁判方法的把握,对我国目前报道的几件典型案例做出了分类和总结(表1)。

表 1 有关案例分析

案件名称	代孕基因关系	案情	纠纷事由	法院裁判结果
陈某与罗某甲、谢某某监护权纠纷上诉案 ²⁹	捐赠卵子+委托方精子	祖父母与委托母亲争夺代孕子女抚养权,要求认定委托母亲与代孕子女不	监护权纠纷	以儿童利益最大化为基本原则,认定委托母亲与代孕子女已形成有抚养关系的继父母子女关系,规定

²⁸同前引许光耀、孙健著作,2013:199页。

²⁹案号为:(2015)沪一中少民终字第56号;<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/>

		具有亲子关系		了祖父外祖父母的探视权。
姚某与覃某探视权纠纷案 ³⁰	代孕母卵子+委托方精子	委托父亲拒绝代孕母亲对孩子的探视权，代孕母起诉要求取得孩子抚养权与抚养费	抚养权纠纷	双方当事人达成和解协议，由委托父亲抚养代孕儿，并规定了代孕母亲的探视权。
孙某与来某甲婚姻家庭纠纷一案民事判决书 ³¹	代孕母卵子+委托方精子	委托母亲与委托夫妻协议离婚后主张与代孕儿无亲子关系	亲子关系纠纷	代孕儿卵子不来源于孙某，孙某与来某不具有血缘联系，固认定两者不具有亲子关系

从上述案件可以看出，我国对于代孕亲子关系的认定，实际采基因主义，对于生母的认定，根据出生事实倾向于遵循“分娩者为母”原则，对于生父的认定，则根据血缘关系而作确定。案件一因陈某与代孕儿不具有血缘关系，但从儿童利益最大化角度考虑将亲子关系界定为继父母子女关系，案件二认可了姚某与代孕儿的亲子关系，规定了其享有探视权；案件三也因孙某与来某无基因联系而否定了两者的亲子关系。我国的司法实践中多以基因联系为标准来确定代孕亲子关系（不论是母子关系还是父子关系）。但却忽略了实施代孕行为主体的双方诉求；忽视了委托父母实施代孕的初衷，也未对代孕子女的权益保护尽到合理的审查义务。

（三） 跨国代孕亲子关系认定法律选择的考量要素

1. 跨国代孕牵涉的法益平衡问题

海牙国际私法会议在这一领域做了大量调研的基础上，成立了专门负责的专家组。在2018年9月25日至28日举行召开了第四次会议，重点围绕合法父母身份的国际私法（PIL）问题形成了初步文件；2019年1月29日至2月1日召开了第五次会议，主要针对国际代孕安排（ISA）案件中出现的法律父母身份问题作出探讨。专家指出：将会吸收借鉴许多成功的HCCH公约中的PIL规则和合作系统并制定关于亲子关系的国际条约，以补充现有的HCCH家庭公约，并尽可能多地吸引国家加入。尤其是在2019年的专家组报告指出：大多数专家都承认了以下内容的重要性：①儿童与有意父母之间存在遗传联系的要求；②在适当的指导下保存和获取有关儿童的信息起源；③防止买卖儿童；④防止剥削和贩卖妇女；⑤代理人 and 有意父母的资格和适合性；⑥财务方面。

³⁰ 案号为：(2011)城中民一初字第 838 号；<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=9e100962-a500-4730-997c-271cc966565c&KeyWord>

³¹ 案号为：(2015)杭拱民初字第 666 号；<https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/>

《中华人民共和国涉外民事法律适用法》第25条虽然已经提出了对实体结果中弱者利益的保护。然而跨国代孕中对“弱者”的定义是广泛的,不单指代孕宝宝,还包括代孕母亲。弱者地位是基于此当事人的经济能力、家庭环境、行为能力水平、文化程度等多方面来判定,同时这种“弱者”的判断应该辩证地看待。在代孕行为的实施过程中,代孕母亲要承受的身体健康与生命危险的风险,包括经济上的负担。而在孩子诞生之后,代孕母亲一旦反悔要求取得对代孕儿的侵权时,委托父母要承担“人才两空”的风险。更重要的是代孕子女理应享有被抚养照顾,获得身心健康成长的环境与法定身份,都应成为有利于弱者保护所应考量的因素。

因此,针对跨国代孕亲子关系的认定要作出客观公平的法益权衡,这就需要树立冲突规范所应坚持的价值追求,跨国代孕审判应衡量的价值包括:①平衡个人利益、国家利益与社会利益;②兼顾法律的稳定性与个案的公平;③对子女最佳利益的保护,子女最佳利益原则强调以儿童(未成年)的利益保护为中心构建亲子关系,“父母在法律上的权利”与“子女的最佳利益”相比,居于次要的地位。³²子女最佳利益原则不但已发展成英美法系和大陆法系国家的法院在处理父母离婚后子女监护权归属案件的最高判断标准,而且在国际人权保护领域也受到了高度重视,是《联合国儿童权利公约》明文规定的一项重要原则。³³④对弱者利益的保护,保护弱者利益体现了国际私法的人文关怀。现代社会将法律面前人人平等的无身份区别保护作为一般原则,弱者身份是这种一般原则的例外。这种例外的产生也是人类文明高度发展的结果。³⁴我国《未成年人保护法》确立的“最大限度地保护未成年人的利益”和“未成年人利益具有优先性”两项基本原则,《婚姻法》更在开篇阐明了“保护妇女、儿童和老人的合法权益”。可见“儿童最佳利益”是我国亲子关系认定的基本价值追求,代孕所生儿童法定父母身份的认定也应以“儿童最佳利益”作为基本的指导原则。

2.对代孕儿最佳利益保护的界定标准

对于跨国代孕子女最佳利益的界定标准,我国目前司法实践中唯一一起代孕案件³⁵的判决中体现了对儿童利益保护的具体界定。该案的基本案情为:委托夫妇罗某与陈某通过代孕生育一对双胞胎子女罗某丁和罗某戊这,两名孩子出生后随罗乙、陈某共同生活。14年罗某因病去世,陈某继续抚养2个孩子共同生活。15年罗某甲和谢某某(为罗某的父母,两个孩子的祖父母)向法院起诉,称两个孩子是由罗某提供的精子和购买她人的卵子实施代孕所生,与陈某不具有血缘关系,陈某不能享有两个孩子的抚养权,而应由罗某甲和谢某某来行使。一审法院

³² Douglas G, Sebba L. Children's rights and traditions Value [M]. England: Dartmouth Publishing Company. 1998. pp.291.

³³ 王洪.论子女最佳利益原则[J].现代法学,2003(6):31-35.

³⁴ 马悦.论国际私法保护弱者利益原则[J].天津市政法管理干部学院学报,2008(3):71-75.

³⁵ 上海市第一中级人民法院。 陈某与罗某甲、谢某某监护权纠纷上诉案. (2015)沪一中少民终字第 56 号.[EB/OL]. (2015) [2018-03-28].
http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f31533f912a1337f815fb5cc26403bf002bdfb.html

支持了两个老人的诉讼请求将代孕子女的监护权判给了罗某甲和谢某某, 陈某随后提起上诉, 二审法院对案件作出了详细的审理, 并充分考量了原审法院忽略的合理因素, 秉承未成年人利益最大化原则对案件进行审理, 认定陈某虽与两个孩子不具有自然血亲但实际已形成民法规定的拟制血亲关系, 援引《儿童权利公约》规定的儿童利益最大化原则, 对该案两个孩子的利益如何实现最大化作出了具体的考量, 判决书中对如何确保儿童利益最大化的衡量要素包括: 抚养人的年龄和监护能力; 生活环境的稳定性、与孩子的亲密程度及孩子的情感需求; 确保家庭结构的完整性, 三个方面详细论证了将两个代孕孩子最终判决给陈某的原因。司法实践对子女利益的最大化的保护已经走在学术研究之前, 只有在个案中对如何实现子女利益的最大化进行具体的考察, 才能真正意义上使这一原则发挥作用, 实现对代孕儿利益的保护。因此, 笔者认为在实践中法官可以参考的标准如下。

1) 父母的抚养意愿与抚养条件

美国《统一结婚离婚法》第402条对子女的最佳利益做出了列举性的规定: (1)父母一方或者双方对取得监护权的愿望;(2)子女对其监护权的意愿;(3)子女与父母一方或者双方, 兄弟姐妹以及其他可能显著影响子女最大利益者相互之间的关系;(4)子女对居住区、学校和家庭的适应情况;以及(5)以上所有有关人的身心健康状况。³⁶对于跨国代孕来说, 由于代孕儿的“父母”数量众多, 在判断孩子最后的亲权归属时, 必须首先衡量这些与代孕儿有关联的“父母”是否具有抚养的意愿。精子和卵子的捐赠者与代孕儿也存在基因上的联系, 但他们多数都在“不知情”的情况下“被动”成为代孕儿生物学上的父母, 他们本人并没有生产、抚养子女的意图, 此时若仅从基因联系上来界定代孕儿法定父母不符合实际。

此外, 法官在做出抚养权归属的判决时, 总是要衡量父母双方的综合条件, 包括父母双方的工资收入水平, 经济实力、工作时间长短, 工作的稳定性等等, 从而判断父母是否给子女提供良好的生活条件。除了经济父母的考察以外, 还应该考查父母双方的品质与性格, 对于品德低下, 有不良嗜好、吸毒、酗酒、赌博等恶习或者是对离婚存在过错的, 明显不适合直接抚养子女。³⁷笔者认为, 对抚养条件的定义不光局限于经济实力, 还要考虑到对儿童成长的教育影响, 品行不良的父母明显不利于儿童健康成长。

2) 代孕儿的成长环境

美国加利福尼亚州《加利福尼亚民法典》第4600条中规定了: 子女监护权案件的法官, 在判断“儿童最佳利益”的标准时, 除了要考虑儿童与父母的关系、儿童的健康因素之外, 儿童的安全、心理幸福也是法院要考虑的因素。³⁸英国于1989年通过的《儿童权利法案》第1条第3款中规定: 法官在裁定儿童最大利益时要考

³⁶谷珊琳子、陈佳莉译.《美国统一结婚离婚法》[J].载《家事法研究》2017年总第13卷,第332页。

³⁷周甜甜.《离婚诉讼中子女最佳利益原则认定标准研究》[D].上海交通大学,2015.

³⁸刘颖.《论子女最佳利益原则》[D].厦门大学硕士论文.2007年.31-32.

虑子女的意愿与情感、环境改变可能对子女造成的影响,子女的物质、精神以及教育需求甚至包括子女的年龄、性别、文化背景等其他特质。³⁹对跨国代孕儿成长环境的考察,不仅仅衡量他可以享受的物质教育条件,还应关注其在未来成长过程中的精神、情感和心理需求。加拿大《联邦子女与家庭服务法》(Child and Family Services Act)第37条第3款第项中也规定了“子女的身体、情感和精神需要以及满足这些需要的恰当的照顾或治疗”应作为法官裁量子女最佳利益的因素。⁴⁰能够给予代孕儿良好的生活环境固然重要,但是否能对其成长中提供足够的呵护与关爱也可以被纳为考察范围之内。

3) 长远和持续性的考察

《法国民法典》第287第2条规定:在确定行使亲权与探视方式或将子女交由第三人抚养的任何临时性和最终性决定作出之前,法官需委派有资格的人进行社会调查。此种调查目的在于,收集有关家庭的物质与道德状况、子女生活与教养条件为其利益有必要采取的措施等方面的情况材料。⁴¹跨国代孕亲子关系的认定不同于传统离婚抚养权纠纷,代孕婴儿不具有思考能力与语言表达能力,使得尊重子女意愿的原则⁴²难有用武之地。因此,法官在进行跨国代孕亲子关系认定的过程中,要充分考虑代孕儿日后与法定父母的相处情况,是否有被遗弃的可能性以及能否得到身心健康的成长。包括代孕儿作为独立的民事主体在日后所应享有的受抚养权、家庭生活权利、受教育权、交往权、表达自己意见的权利、姓名权、财产权利等民事权利等。

四、结语

跨国代孕的产生与发展有其内在的原因与必然性,这与人类社会共同的心理需求密切相关,采用正确的方法引导和控制,远比一味地禁止更有针对性,更能解决纠纷和由此引发的社会问题、法律问题。由于监管不到位、法律法规的缺失,许多代孕中介机构和不良医疗机构私自运作,构建“代孕黑色产业链条”并从中谋取利益,不但会引发代孕母亲健康权益无法得到保障,还会引发代孕儿因某些原因被遗弃,更会使意愿父母人财两空。目前看来,跨国代孕现象最需要解决的症结在于代孕儿亲子关系的认定问题。在亲子关系认定过程中如何进行法律选择,能够不损害公共利益的同时,实现对代孕儿童权益最大限度的保护,是法律选择和法律适用最重要的目标。以儿童最佳利益作为界定标准时,需要各方当事人为了跨国代孕儿童做出让步和妥协。同时,更应明确实现儿童权利充分保障的具体界定标准。由于跨国代孕儿童不具备意思表示的能力,法官在衡量时应该充分考

³⁹ Pilcher, Jane. Contrary to Gillick: British Children and Sexual Rights since 1985[J].International Journal of Children's Rights, Vol. 5, Issue 3 (1997), pp. 299-318.

⁴⁰前引 90, 周婷婷学位论文, 第 20 页。

⁴¹罗结珍译. 民商法典译丛-法国民法典[M]. 中国法制出版社,2002: 92

⁴²《中华人民共和国未成年人保护法》第十四条规定:“父母或者其他监护人应当根据未成年人的年龄和智力发展状况,在作出与未成年人权益有关的决定时告知其本人,并听取他们的意见。”

考虑法定父母的抚养意愿、抚养条件、代孕儿的成长与生活环境等因素。在跨国代孕案件法律选择的过程中，充分考虑对代孕儿利益的保护，合理而客观地看待公序良俗原则与法律规避问题，平衡个人利益、国家利益与社会利益的同时兼顾法律的稳定与个案的公平正义。注重对弱者权益的保护也是一个以权利为本位的法治国家所必然坚持的价值追求。

Abstract: The legal provisions prohibiting surrogacy can no longer solve the increasing legal disputes arising from transnational surrogacy. The key to foreign trial disputes lies in the determination of paternity of surrogate children, and to solve the problem of the determination of paternity of transnational surrogacy, it is necessary to choose a Proper Law, which needs to be based on the classification of transnational surrogacy and the implementation of the process of analyzing the legal relationship involved, and recognizing the surrogacy agreement signed by the parties to the country may be based on the principle of autonomy of the principle of transnational surrogacy agreements to make a choice of law. For countries that do not recognize the validity of surrogacy agreements, the Lex Causae and its application are often based on public policy reservations and the traditional law applicable to the determination of foreign paternity. This backward way of applying the law can not effectively protect the interests of the surrogate child, therefore, in the process of paternity determination of the choice of law must adhere to the principle of maximizing the interests of the child, on this basis, balancing the interests of the individual, the interests of the state and the interests of the community, can not blindly apply the principle of public order and good morals and the theory of public order reservation, avoiding the paternity determination of the Lex Causae problem. While taking into account the stability of the law, it is necessary to fully guarantee the fairness of individual cases, so as to maximize the realization of the protection of the best interests of the child.

Keywords: transnational surrogacy; parent-child relationship; Lex Causae; surrogacy agreement; maximization of the child's interests

仲裁机构的民间性回归路径研究*

方熠**

摘要：在现行《仲裁法》颁布以前，我国仲裁体系长期以行政仲裁为主体，具有浓重的“官方化”“行政化”色彩，严重违背了仲裁隶属于民间法范畴而固有的民间性本源。随着《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》的颁布，我国仲裁法制度已迈入全新的改革阶段，但仲裁机构的诉讼化和官本位倾向依旧明显，仲裁规则内容刻板僵化、地方政府和法院行政化干预严重等问题依然存在，未能实现仲裁机构的民间自治，阻碍了其市场化与国际化发展。为进一步修正仲裁机构的行政化倾向严重，促进其回归民间性本位，我国应当进一步完善仲裁市场机制、确立仲裁制度中的有限监督原则和充分尊重当事人意思自治。

关键词：仲裁机构；行政化；诉讼化；意思自治

一、民间性本位分析

针对仲裁机构民间性的法律释义，《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“仲裁法”）及2021年7月30日由司法部研究起草并向社会公布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》（以下简称“《意见稿》”）中均未给予明确规定，各国立法中也鲜有提及。但无论是从司法实践还是从学理层面考究，仲裁机构的自治性法律地位毋庸置疑。在国际仲裁的司法实践中，仲裁机构的民间性已然被视为是仲裁机构独立性与仲裁裁决合法性的默示前提，成为仲裁行业的惯例而获得广泛认可。如若违背该原则，其裁决结果在跨境的承认与执行程序中将面临巨大阻力。

学界关于仲裁机构的民间性定义曾提出过不同的理论，有学者认为仲裁机构民间性是基于社会系统功能分化论和市民社会理论发展而来的组织形式结构导向。¹该观点将仲裁机构的体系构架与法社会学理论相结合，概要描述仲裁机构民间性的合理之处。也有学者直接从《仲裁法》条款中寻求依据，认为《仲裁法》第14条即是对仲裁机构民间性的规定，并依据该条款细化为包括两个方面：第一，仲裁机构独立于行政机关的管辖；第二，机构的内部管理形式区别于行政机关本身。²但仲裁机构的民间性本位作为该理论体系中的核心前提，其内涵远不

* 天津市教委人文社会科学科研计划项目（2021SK163）。

** 方熠，法学博士，天津师范大学法学院讲师。

¹ 参见周江：《也谈仲裁机构的民间性》，载《北京仲裁》，2007年第2期。

² 参见刘丹冰：《试论中国商事仲裁法律制度演进中的政府作用与修正》，载《广东社会科学》，2014年第

止于此。通过考察各国长期的仲裁实践不难发现,仲裁机构的民间性内涵边界不仅指组织构成的非官方性和独立于行政干预的自治性,还包括仲裁程序的正当性、仲裁员的公正性以及仲裁机构作为市场主体的竞争性等内容。从整个仲裁制度的框架体系出发,其又与仲裁的设立、选任、回避、裁决以及监督等方面紧密相连,贯穿于仲裁程序的始末,构成仲裁理论体系中民间性本位研究的重要组成部分。

因此,仲裁机构的民间性本位取决于仲裁的自治属性,是由仲裁的历史沿袭、合同属性以及效率价值共同决定与影响的根本法律性质。³作为一种私力救济制度,仲裁最初起源于传统的商人社会,并随着社会发展至商品经济时期用于解决城邦之间及各港口之间的跨境交易,形成了以商人主体、商事纠纷(主要贸易纠纷和海事纠纷)为客体的建立在友好协商基础上的民间性争议纠纷解决机制。这种制度排除了国家的法院管辖,构成早期仲裁的运作模式。因此,如若从历史的视角审视仲裁的属性则不难发现,仲裁法本是由商人自发形成的民间法,之后的仲裁体系虽融入了国家法的元素,但其依旧在国家法的发展中延续着该种基于商人共同体对自由贸易的自治追求,并和国家法律秩序之间保持了最低限度的联系。因此,商人社会的自治规则很大程度上塑造与影响了仲裁制度的形成与发展。尽管仲裁法已不再完全隶属于纯粹的民间法范畴,但其固有的民间性并未在此融合的过程中退减。

同时,仲裁协议中合同属性所蕴含的契约自由原则也为仲裁机构的民间性提供了合理依据。作为私法领域中最基本的原则,契约自由是市场经济体制、民主代议制度以及人文主义伦理共同催化的产物,其内容倡导私主体之间的地位平等、关系自由以及意思自治等方面,具体表现为当事人缔约的自由、选择相对人的自由、决定合同内容和形式的自由以及合同变更、解除的自由等,其核心本质在于制定私法领域的边界以免受国家意志和法律命令的随意干涉。⁴契约自由原则体现了民事主体之间关系状态的实质是不受国家法律的任意限制,具体到仲裁领域则表现为当事人可以自由约定或选择适用仲裁规则,享有对仲裁程序的决定权和处分权等内容。因此,仲裁协议作为仲裁程序的基石,其达成的方式及所包含的契约自由原则也决定了仲裁的民间性本位,构成仲裁以机构作为组织形式进行独立裁决的合法性,也是其不受国家法律任意干预的前提。⁵

值得强调的是,仲裁的效率价值也决定着仲裁机构应当坚持其民间性本位。效率一词原本是经济学概念,指在预算约束范围内,以最小的成本获取最大的利益。但经济分析法学派的形成与发展以及经济学在法学各部门的逐步渗透,使得效率价值作为法律多元化价值的一种也越来越受到法学界的重视。具体到仲裁领

1 期。

³ 参见 Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012, p.16.

⁴ 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第18页。

⁵ 参见李昌超:《仲裁协议合意不当及其救济》,载《社会科学家》,2018年第1期。

域，仲裁制度的诞生很大程度上是基于商人的具体实践，因此商人之间的商事纠纷解决最为显著的特征就在于对效率的追求。⁶从形式上看，仲裁制度最早是由商人之间依据共同意愿寻求德高望重的第三人进行居中裁量，并无机构形式的束缚（该制度称为临时仲裁制度），具有民间性、临时性和效率性。⁷但随着常设机构的成熟与发展，目前更为主流的仲裁形式是出于便于管理等需求而建立的机构仲裁模式。虽然设立的模式发生了变更，但为了保障仲裁的效率价值，机构仲裁的管理主体只能是仲裁机构本身，否则不仅会突破仲裁自治的本质要求，也会致使仲裁机构沦为另一种类似于法院的司法机关。

因此，仲裁的民间性本位来源于商人自治规则的影响，是由仲裁协议的合同属性及仲裁效率价值共同塑造的根本性本位，不因仲裁机构的组织形式的发展而改变。

二、民间性改革的演进历程

为了保障仲裁机构的自治性，仲裁员的独立性、仲裁程序的效率性以及裁决结果的公平性与可执行性，一直以来仲裁机构改革内容的重点都在于保持和维系仲裁的民间性本位，避免其因机构框架的形式要素影响而受到源于公权力的任意约束。基于此，仲裁机构的民间性改革历程可根据国家对仲裁的干涉程度分为三个重要阶段：第一个阶段是在仲裁发展初期。此时仲裁的活动范围仅局限于“熟人社会”，对国家公权力的影响较小，因而国家对仲裁采取放任不干涉的态度。⁸第二个阶段是随着跨境贸易的增多，商事仲裁的范围逐步扩大，国家对仲裁的态度也由“不干预”转变为“过度干预”，并以立法的形式将仲裁纳入到国家司法体系中。⁹如若严格以民间性本位作为仲裁的参照标准，此时的仲裁制度已隶属于国家法下的司法体系，仲裁机构也应被视为国家诉讼机关。然而，这种严格的干预最终以商人利益集团为主力军的仲裁实践者们通过与国家统治者的对抗而发生了改变，¹⁰国家通过确立有限干预原则将国家法与仲裁法的关系推进到独立共存的第三个阶段。有限干预原则也作为 20 世纪 60 年代初以来一些国家仲裁立法改革的基本准则，指导着各国在法律层面通过限制国家公法对仲裁的干预来确保仲裁自治化与民间化发展，通过扩大可仲裁范围来突破传统国家立法对仲裁主体与可仲裁范围的限制。¹¹不仅如此，一些国家甚至超越了传统国家法以及国际社会普遍认可的《纽约公约》和《示范法》中对仲

⁶ 参见曹兴国：《国际投资仲裁效率的追求、反思与平衡》，载《江西社会科学》，2021 年第 4 期。

⁷ 参见刘晓红、冯硕：《论国际商事仲裁中机构管理权与意思自治的冲突与协调——以快速仲裁程序中强制条款的适用范围为视角》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》，2018 年第 5 期。

⁸ 参见赵爱玲：《数字赋能，增强国际仲裁发展新动力》，载《中国对外贸易》，2022 年第 10 期。

⁹ 参见 Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, Brill, 2021, p.677.

¹⁰ 参见高杨：《中国法下仲裁保全和临时措施制度之研究》，载《北京仲裁》，2021 年第 2 期。

¹¹ 参见 Albert Marsman, *International Arbitration in the Netherlands: With a Commentary on the NAI and PCA Arbitration*, Kluwer, 2021, p.127.

裁协议生效要件的形式要求，实现当事人的意思自治。例如，1996年新西兰《仲裁法》中明确承认了口头仲裁协议的有效性等。这些国际上的立法改革无论是扩大可仲裁性范围还是宽松仲裁协议有效性的要求，其核心本质都是各国通过突破原有的国家法对仲裁的干涉以希冀仲裁在自由化与民间化的道路上有序发展。这些法律上的改革不仅为之后各国的仲裁法现代化修改奠定了基础，也为仲裁机构的民间性本位提供了法律支持。可见，西方仲裁机构在其建立之初就具备了较为完善的法律与理论支持，加之商人阶层的已然壮大和市民社会的自治体系，国家对仲裁机构的干预起初就极为有限。¹²例如，美国仲裁协会就以其不受行政和司法干预、具有民间性与独立性而著称于世界，在受理的仲裁案件数量上遥遥领先。¹³

相较之下，由于我国长期受到封建统治的影响而缺乏由商人社会自发形成的本土化仲裁制度，因此仲裁直至晚清时期才被法律移植到中国，并遵循着由政府主导的“自上而下”的思维逻辑而建立。这一时期我国仲裁机构也未能脱离政府的行政管辖，于1904年成立了中国第一个商人协会以解决商人之间以及中国商人与外国商人之间的商事纠纷。理论上此时的商会即是早期的仲裁机构，但该商会的职权被称为“裁判”，属于公权力范畴。¹⁴因此，我国早期仲裁机构徒有“商会”之名，但本质仍属于国家的公权力机关。

1949年新中国成立后，我国才开始建立近代意义上的仲裁制度。但由于此时我国受到计划经济的影响，一直延续着苏联时期的行政仲裁制度，导致仲裁机构隶属于不同行政机关的管辖之下来解决专属性的经济纠纷。仲裁机构的管辖权也是通过行政法规进行约束，并非来自当事人的意思自治，具有浓重的行政色彩。直至十九世纪末，随着我国改革开放力度的增强以及对外贸易和经济的飞速增长，传统行政仲裁难以满足新兴的商事需求，加之国际仲裁立法改革的推动和影响，我国才开始进行仲裁的立法革新，其中最为显著的成果就是1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过的《中华人民共和国仲裁法》。¹⁵该法在仲裁的民间性改革道路上，尤其是在仲裁机构民间性本位的确立与回归上都具有里程碑式的意义。首先，我国不再实行严格意义的双轨制并取消国内“行政仲裁”制度，对国内仲裁机构进行重新组建以独立于行政机关的管辖，实现“政仲分离”的目的。依据《仲裁法》，政府机关只能对仲裁机构进行宏观上的引导，有关仲裁机构的人事任免、日常管理以及

¹² 参见郭树理：《民商事仲裁制度：政治国家对市民社会之妥协》，载《学术界》，2000年第6期。

¹³ 参见 Thomas J. Stipanowich, Amy J. Schmitz, *Arbitration: Practice, policy and Law*, Aspen Publisher, 2022, p.37.

¹⁴ 参见张松：《从公议到公断：清至民国民间商事解纷形式的嬗变》，载《政法论坛》，2014年第9期。

¹⁵ 参见何晶晶：《仲裁法修改背景下我国引入临时仲裁制度的几点思考》，载《广西社会科学》，2021年第12期。

利益分配等内容均应当由机构自行决定，体现了仲裁机构的民间性、公益性以及独立性；第二，仲裁委员会也不再按区域划分设立，而是独立的民间性组织。尽管《仲裁法》并没有具体规定仲裁机构的法律性质，但是却明确否认了其行政性并在设立方式上区别于行政机关；第三，仲裁机构的管辖权也源于当事人的意思自治，即仲裁必须基于当事人通过合意达成的书面协议进行申请，区别于早期仲裁权受行政法的授权约束，是权力来源属性上的根本转变。

由此，我国仲裁机构才正式从法律层面初步具备现代意义上的民间性特征，但由于我国刚刚经历了经济体制大转型，商事仲裁制度也处于初步发展时期，国家对仲裁的管控与干预程度仍然较为浓重，导致机构立法改革的实效并不理想，具体表现在：第一，仲裁机构在组织体系的设置上显现的行政化。由于《仲裁法》仅禁止了政府机关对于仲裁机构的行政管辖权，却没有明确划分两者关系之间的界限，甚至某种程度上立法者出于对实际情况的考量而默许了地方政府设立仲裁机构的合法性，导致实践中一些地方性仲裁机构并不是基于市场需要而是借助政府的行政资助建立，并在其后的发展中难以自给自足而逐步沦为政府的行政工具，徒有外观属性上的独立性，实则隶属于行政机关的行政机构；第二，仲裁机构的法律属性深受行政仲裁时期传统观念的影响。由于

《仲裁法》并未明确规定仲裁机构的法律属性，导致实践中，尤其是较为落后地区的仲裁机构深受传统观念与惯例思维效应的影响，仍然把仲裁机构当作行政机关，包括机构的人事任免、内部管理、监督流程等方面均参照行政单位模式，严重影响仲裁机构的独立性与民间性。例如，为更好贯彻落实《仲裁法》关于仲裁机构的管理规定，国务院办公厅于1995年10月颁发了《重新组建仲裁机构方案的通知》，其中规定仲裁机构应当独立于行政机关并参照事业单位的管理模式，但部分地方政府却误解、误判《通知》内容，对仲裁机构采取“行政事业单位”的管理形式。在人员分配上，某些仲裁机构的工作人员构成中部分官员占比超过半数，出现行政机关和仲裁机构联合办公的现象。此种“上命下行”的行政管理观念根深蒂固地影响和摧毁着仲裁机构的自治化与民间化发展；第三，仲裁机构在财政上的行政依赖严重。在财政方面，由于《仲裁法》没有进行明确的规定，实践中仲裁机构采取的管理方式是2003年国务院四部委颁布的“收支两条线”政策，即仲裁收入被视为是政府的财政收入而直接纳入至“收支两条线”的行政财务体制，严重违背了仲裁机构“自收自支”的民间性要求。

尽管在2007年第十届全国政协五次会议上对于改正“仲裁收费行政化”的议案进行了讨论，相关部门也进行了有关预算管理错误的修正。¹⁶但实务运作中仍有部分仲裁机构延续了错误的财政管理形式并继续依靠政府财政拨款的经费

¹⁶ 梁慧星：《关于纠正将“仲裁收费”作为“行政事业性收费”错误的提案》，<http://www.bjac.org.cn/news/view?id=981>，访问日期：2022-11-16。

赖以生存，导致仲裁机构的收支与地方政府的收支严重混同，削弱仲裁机构的市场竞争力。基于此，一些仲裁机构通过寻求内部改革以实现财政独立，如北京仲裁委采用的“民间机构”（folk pattern）改革模式，这种模式将仲裁机构的性质定义为社会团体。¹⁷在此种模式的改革推动下，北京仲裁委自 1999 年起就已经实现了经济独立，并自 2002 年起开始纳税，其财政独立也得到了世界范围内的认可。另一种模式是深圳国际仲裁院发起的“法定机构”（statutory agency pattern）改革形式。通过这种发展，深圳国际仲裁院获得了财政上的独立自主并吸引了大量的海外人才。尽管这两种去行政化的改革模式都取得了显著的效果，但是这两种方案对中国其它地区的仲裁机构改革的借鉴意义并不大。因为无论是北京还是深圳都集中了大量的政治、经济、人才等资源优势，实践中很难辨别这两种机构改革的成就是否没有这些地域优势的加持。由于中国经济发展的不均衡，中国还有很大一部分的仲裁机构分布在其它非一线城市，甚至是一些落后的偏远地区，完全没有上述优势可言。在此背景下，这两种改革模式运用在这些受制于资源发展分配不均等因素影响的仲裁机构中是否可以达到如期效果不得而知。

三、民间性本位回归困境

《仲裁法》的立法改革并未真正恢复仲裁机构的民间性本位，其主要原因在于：第一，政府的行政干预。受到商品经济始终未能占据主流经济体制的历史因素影响，仲裁制度在我国未能经历类似于西方的民间自觉自治的发展过程，导致政府干预在仲裁制度的建立与发展中均发挥着不可替代的作用。因此，法律移植的结果导向让接受式仲裁本身就形成了一种体制性断裂，“仲裁行政化”也集中体现在仲裁机构与政府关系层面，包括仲裁机构的法律属性、行政权对仲裁权的制约以及仲裁机构发展进程中的政府参与和干涉等。如若对政府在仲裁制度中的作用不予以及时修正，仲裁机构的民间性本位则难以回归。

虽然《仲裁法》试图通过立法层面来明确否认仲裁机构具有行政属性以协调与更正机构和政府间的关系，但由于《仲裁法》始终对仲裁机构法律地位的具体归属含糊其辞，导致本就缺乏仲裁内生条件的中国仲裁制度在经历强制性变迁下形成实质性依赖国家公权力供给的制度安排。虽然在仲裁制度的发展进程中政府推进模式曾发挥过不可替代的优势，包括在重新组建仲裁机构过程中资源整合的效率性与优先性以及仲裁制度推广中的广泛影响力等。但明确的法律边界缺失必然会致使政府行政权力的过度介入，仲裁难以回归本位。针对此问题，《意见稿》第十三条明确确立了仲裁机构属于非营利性法人，意味着法律将进一步划清

¹⁷ 参见袁发强、刘弦、邓伟龙、王美文，《中国仲裁机构往何处去--国内部分仲裁机构运行情况调研报告》，载《北京仲裁》，2010 年第 1 期。

仲裁机构与政府之间的关系，承认其市场主体的法律地位。根据《民法典》的有关规定，非营利性法人中法人和其成员之间在经济关系上具有非营利属性，包括法人设立目的的公益属性、法人经营获得的收入应当遵循禁止分配原则以及法人的财产不得通过任何方式归私人所有。因此，我国法律在界定非营利法人的非营利性时仅限于对二者之间经济关系层面的判断，并未禁止非营利性法人的商业行为。基于此，《仲裁法》赋予仲裁机构非营利性法人属性也意味着其可以在保障公益性与民间性的同时兼具市场竞争性。若从功能属性的视域下看，仲裁机构的市场竞争性保障了机构在市场经济的可自治支配地位，同时又反向证明了仲裁机构的独立性与民间性本位。另一方面，仲裁机构的非营利性也意味着其在组织管理上应当区别于行政机关，是依法成立、拥有独立财产的社会组织，可以依照法律和章程独立开展活动，消除“官办”或“半官办”的仲裁机构管理模式。综上，《意见稿》试图通过对仲裁机构法律属性的明确规定以赋予其市场主体的资格身份，实现机构在市场竞争机制中的自治运行，并区别于行政机关的管理模式。但这样的改革并不彻底，仍存在政府干预的遗留问题。例如，依据《意见稿》第十七条，仲裁机构的费用仍采用政府定价的传统方式。虽然此种做法一定程度上可以减少仲裁机构报价乱象的问题，但如此规定却严重阻碍仲裁机构的本位回归，与仲裁机构的市场竞争性、自治性和独立性相背离。除此之外，实践中由于受到资源分配、发展不均等因素的约制与影响，一些置于偏远地区的仲裁机构在实际运行中仍受配于当地政府，其民间性难以保障与复原。

第二，法院的司法干预。基于我国仲裁制度的秩序构建远远晚于国家法，并且发展缺乏本土范式的文化滋养，以至于我国仲裁制度和法院司法制度存在趋同甚至混同的倾向，此种现象也被称为“仲裁诉讼化”。¹⁸虽然目前仲裁和诉讼均是较为常见的商事纠纷解决方式，但两者存在本质差异。首先，仲裁是基于当事人的自由意志将争端交由中立的第三方进行纠纷解决的争议机制，而诉讼则是法院基于公权力依法行使审判权，二者汲取的权力属性存在根本的不同。其次，仲裁属于民间性的私力救济制度，具有自愿性、灵活性、专业性、高效性与保密性的特点，而诉讼则属于国家机关提供的公力救济路径，具有公权性、强制性以及公开性的特征。正是基于仲裁与诉讼在权力属性及法律地位的内核不同，两者的机构组织形式也存在本质区别，体现在仲裁机构的仲裁权源自当事人基于意思自治达成的仲裁协议，而法院的管辖权则依据国家的法律命令。同时，仲裁机构之间的法律地位平等，相互之间没有行政与级别管辖。法院则属于国家公权力机关而代表国家意志，在管理上实行级别和地域管辖。因此，仲裁机构与法院之间无论在内核还是组织形式下的性质与管理形式都存在本质差异。尽管如此，在实践中，由于仲裁裁决管辖的法院可以对仲裁程序及结果予以适当监督与支持的权力，

¹⁸ 参见张绍忠：《以仲裁鉴定制度破解仲裁诉讼化》，载《仲裁研究》，2010年第2期。

导致一些仲裁机构出现诉讼化、法院化的发展模式，表现在仲裁规则强制性、仲裁程序刻板性以及仲裁机构下的仲裁庭缺乏自治性等问题，致使仲裁丧失其固有优势而演变成为一种趋近于诉讼制度的纠纷解决机制。

关于仲裁机构的诉讼化问题，《仲裁法》的立法者仅在法律规定中明确了仲裁机构与法院在组织机构形式下的管理与性质的不同，但却未阐释及梳理两者内核的差异以及在此种差异性下两者的组织机构在互动关系中的界限问题。相较之下，《意见稿》针对该问题进行了明确，即通过承认仲裁庭的自裁管辖权，将仲裁权归还给仲裁庭与当事人来削弱司法权对仲裁权的干涉。仲裁庭的自裁管辖权是国际商事仲裁中的重中之重，决定着仲裁的开始并贯穿于仲裁程序的始终，影响着仲裁裁决的效力与执行。仲裁庭在仲裁程序中的管辖权不受到来自法院等相关诉讼程序的影响，包括确定仲裁庭对案件是否能够管辖以及限制法院介入仲裁管辖权的时间和条件。¹⁹仲裁自裁管辖权理论最早由联邦德国高等法院在一项裁决中确立，即由仲裁员享有对仲裁协议的范围优先作出决定以代替传统国家法院对仲裁协议有效性的决定权。²⁰当事人由此可以对仲裁案件是否继续享有可预见性的权利，协调了仲裁程序与司法监督的平衡，其一经确立就获得了各国的法律和国际公约的广泛认可。例如，《欧洲国际商事仲裁公约》、《欧洲统一仲裁法》、《华盛顿公约》以及《示范法》中均有对仲裁自裁管辖原则的规定。但我国的《仲裁法》却未提及该原则，这在某种程度上是默许法院依据司法权就仲裁案件的管辖实行决定与监督的权力，是司法权可以凌驾仲裁自治权的依据。

为进一步限制法院司法权在仲裁制度中的权力行使范围，此次《意见稿》第二十八条明确承认了仲裁庭的自裁管辖原则，即仲裁庭是对当事人根据意思自治所达成的书面仲裁协议中管辖权异议的首要裁定者，在案件的管辖决定权中具有优先于其他司法机关的决择性。这既是对司法干预的有效限制，也是对当事人作为仲裁庭管辖期待权的落实，提升了仲裁庭及仲裁机构的独立性与自治性。不仅如此，《意见稿》还参照了《示范法》的条款给予仲裁庭相对全面的临时措施决定权，在进一步保障当事人权利的同时细化了仲裁庭的自治权，弱化了法院对仲裁机构中的过度干预。尽管如此，法院的司法干预问题并未彻底根除，仍然影响困扰着仲裁机构的民间性回归。例如，在对裁决的司法监督层面上，《意见稿》将涉外仲裁裁决的审查机制修改为与国内仲裁裁决相同的实体与程序双重审查制度。虽然这种修订符合《意见稿》将国内仲裁制度与涉外仲裁制度并轨的改革初衷，但却为法院过度司法干预提供了更大空间的可能，也和国际通行的有限司法审查机制背道而驰，逆向扩大了法院干涉仲裁机构的范围。²¹

¹⁹ 参见孙南申、胡荻：《国际商事仲裁的自裁管辖与司法审查之法律分析》，载《武大国际法评论》，2017年第3期。

²⁰ 参见 Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld, John Fellas, *International Commercial Arbitration: A Comparative Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 58.

²¹ 参见古黛：《仲裁司法审查中“一事不再理”问题裁判思路评析》，载《北京仲裁》，2020年第3期。

第三，意思自治的缺乏。仲裁作为植根于传统商人社会并由商人通过社会行动与理性建构而自发形成的自助救济路径，其运行的首要前提是尊重当事人的意思自治。在自治范畴的规范框架下实行基本的机构组织管理。然而，仲裁实践中，各地仲裁机构的规则因不低于《仲裁法》的有关规定标准而表征出内容僵化、刻板化的缺陷。一方面丧失仲裁灵活性、高效性等基本优势；另一方面也为仲裁机构易于控制、干预提供了可能。例如，《仲裁法》对可仲裁范围进行了限制，规定仲裁程序只能发生在平等的民事主体之间。相应地，各地仲裁规则中也加入了相关限制要求以否定当事人之间有关投资仲裁、体育仲裁等非平等民事主体之间的仲裁意志。不仅如此，一些仲裁机构规则甚至实行强制名册制度，严重侵犯了仲裁当事人对仲裁员的选任权。对于这些问题，《意见稿》进行了修订，其中第2条将可仲裁范围的主体由平等主体的限制扩大为自然人、法人和其他组织，并将不能仲裁的行政争议范围由“依法”不能仲裁缩小至“法律规定”的不能仲裁。针对强制名册制度，《意见稿》第五十条修订为推荐名册制，即当事人可以选择名册之外的仲裁员裁决其案件以尊重当事人个体的私人意志。《意见稿》的修订也促使一些先进的仲裁机构认知理论的更新并修改相关规则内容以尊重当事人的意思自治。尽管如此，各地仲裁规则仍然存在内容僵化、实施弱化、效果散化等问题，难以贯穿实现对当事人意思自治原则的遵循。

四、民间性回归路径

正是基于仲裁机构外部难以摆脱政府的行政干预、法院的司法干涉以及内部又未建立以意思自治为基准的仲裁规则，导致仲裁机构在民间性的回归路径上困难重重。虽然《仲裁法》和《意见稿》都对仲裁机构的民间性本位回归做出过立法完善的努力，但其内容都存在一定的局限。为此，本文认为仲裁机构的民间性回归路径中可以通过以下三方面呈现：

首先，完善仲裁的市场机制，通过市场规制摆脱政府的行政干涉。无论是《仲裁法》还是《意见稿》虽都试图在法律层面肯定或进一步明确仲裁机构的法律属性，但由于我国仲裁市场机制的不成熟，导致仲裁机构仅具有法律层面的非营利性法人的市场竞争主体身份，而在实际中难以适应现行市场。例如，一些地区的仲裁机构的仲裁案源是由当地政府专门提供，这无疑挤兑了其他仲裁机构的市场资源，造成了不公平竞争、市场失灵等负面影响，甚至一些仲裁机构效仿此类行为而沦为依附于政府机关的行政机构。这也意味着，仲裁机构摆脱行政干预若仅通过明确机构自身的市场主体法律属性并不彻底，而是应当将仲裁机构置于完全的市场环境中加以革新。因此，从本源上解决行政干预的前提是建立自由、公平、完善的仲裁市场竞争体系，尊重市场需求，允许市场竞争主体的多样化、多维度发展。但显然，我国现行以仲裁机构主义为核心的市场机制难以满足多元化的商

业需求,这不仅不利于我国仲裁市场的自由发展,也容易致使市场内的主体缺乏竞争力而受到外界权力的过度干预。针对此问题,许多学者提出应当允许多种仲裁形式加入市场竞争,以此提升市场活力与竞争力。²²例如,允许临时仲裁参与市场竞争,在增加市场竞争力的同时也将满足现时商事需要,无法独立生存发展的仲裁机构也将优胜略汰,实现仲裁市场自我优化进入良性循环。引入临时仲裁制度也意味着我国仲裁实践中不再以仲裁机构所在地作为判断仲裁法律发生地的唯一标准,将确认仲裁地的选择权与决定权交由仲裁当事人以确保仲裁的私法自治。与机构仲裁相比,临时仲裁是由早期仲裁雏形直接演变而来具有更为悠久的历史。由于临时仲裁的程序可以由当事人自行协商确立,往往和机构仲裁相比也更加灵活便捷,节约当事人的成本经济。²³正因如此,临时仲裁制度在国际上被普遍承认与运用。但我国《仲裁法》却对临时仲裁的合法性予以法律否认,《意见稿》也仅在涉外仲裁领域中允许临时仲裁。这不仅违背了《意见稿》并轨的初衷,也不利于仲裁市场的自我更新与完善。

其次,确立有限监督机制,明晰法院与仲裁机构互动中的关系边界。法院与仲裁机构的关系及边界一直是学界较为关注的重点,若未达到最低限度的司法干预,则可能会影响仲裁程序及结果的公正性。但如若法院超过了其应有的职权范围,则可能会造成过度干预仲裁而影响仲裁机构的独立性与自治性。有限监督的合理性源于仲裁中的程序正当原则,即仲裁员作为仲裁活动的裁决者。在仲裁过程中可能会受到诸多因素影响,应当通过对仲裁裁决的事后监督来对仲裁中的程序性事项予以及时修正。这也是仲裁公平、效率以及秩序价值目标下的基本要求,核心本质是法院司法权对仲裁权行使的有限监督。基于此,国际通行的做法是确立国家法院可以对仲裁实行干预的最低界限,即二者的互动关系应当仅限于法院在仲裁程序中提供司法支持。同时对仲裁结果的司法审查范围必须是在有限监督的限度之内的程序性事项,而对于实体性问题则属于仲裁权的自治范畴。因此,有限司法审查制度可以兼顾与平衡仲裁的公平价值与效率价值,明确划分法院和仲裁机构互动关系中的边界,也为当事人滥用自治权通过仲裁损害第三人甚至公共利益时,法院可以依法进行监督和干预提供前提。有限干预原则是在法院与仲裁动态互动的关系中逐步发展确立起来的基本原则,在各国的仲裁实践中被普遍运用与遵循。但由于我国仲裁制度起步与发展都较为缓慢,各地仲裁机构的发展水平不均等原因,导致《仲裁法》的立法者侧重于维护仲裁的公正价值,对国内仲裁实程序与实体的双重审查制度,而《意见稿》修订也将双重审查制度的范围扩大至涉外仲裁。这不仅违背国际通行的有限审查机制,也加大了法院司法权对仲裁机构的干预程度,阻碍仲裁机构的民间性本位回归。

²² 参见毋爱斌:《《仲裁法》引入临时仲裁制度体系论》,载《社会科学家》,2022年第1期。

²³ 参见郑春贤:《临时仲裁的仲裁原则及法律效力——评《中国临时仲裁实务指南》》,载《社会科学家》,2021年,第3期。

第三，建立意思自治观念，将尊重当事人的意思自治作为仲裁规则的核心原则。仲裁的意思自治原则可追溯到古希腊、古罗马时期，并在法国大革命之后得以正式确立，其核心内涵在于除实体法与冲突法外之，程序法中当事人的自治也应被尊重。这是当事人置身于市民社会所享有的不侵犯他人权利和不违背基本伦理道德、公共秩序及公共利益下对争议法益享有和解与处分的权利，是宪法对行为自由权的承认。意思自治原则作为仲裁制度的首要与基本原则，其适用的范畴应当是在不得违反一国强行法并受国家公权力的监督和必要干预的前提下贯穿于整个仲裁程序与规则之中。这并不意味着仲裁民间属性的丧失，而是强调国家的干预和监督是以有限与必要为前提。简言之，就商事仲裁领域而言，自治是原则，干涉是例外，这在各国立法与国际公约中均得以广泛的承认。因此，各地仲裁规则的内容也应当在不违背国家公共利益与强行法、不违反机构管理的基本秩序下最大限度尊重当事人的意思自治，发扬仲裁灵活性、效率性的固有优势。而实践中，各地仲裁机构规则，尤其是落后地区的仲裁机构规则具有强制性、僵化性特征，包括仍然适用强制名册制度、仲裁程序的规定繁琐、仲裁员的聘任要求过高、裁决制度僵化等。这不仅是对当事人仲裁自治权的过度干预，无法满足当事人的商事需求，也难以体现仲裁机构作为一种私力救济组织的民间属性。因此，仲裁机构应当进一步需求机构改革，尤其在《意见稿》出台后，对仲裁规则过于僵化刻板、过度干预限制当事人意思自治的内容予以及时的更新与修正。

五、小结

关于仲裁机构民间性的法律释义，我国现行法律均未明确规定，各国立法中也鲜有提及，但无论是司法实践还是学理层面，其民间性法律地位毋庸置疑。这关系到仲裁组织构成的非官方性和独立性、仲裁程序的正当性、仲裁员的公正性以及仲裁机构作为市场主体的竞争性等内容。仲裁机构的民间性本位是由仲裁的自治属性、合同属性以及效率价值共同决定与影响的根本法律性质。但由于我国长期的历史原因，导致仲裁机构存在地方政府行政化干预严重、仲裁机构诉讼化倾向明显以及规则内容刻板僵化等方面问题。《意见稿》虽然对仲裁机构的民间性回归进行了一定的努力，但仍然存在着诸多不足。基于此，本文提出实现路径可以通过三重维度：完善仲裁市场机制，通过市场竞争手段进一步摆脱政府的行政干涉；确立仲裁制度中的有限监督原则，指引和规范法院和仲裁机构动态关系的边界；以及优化仲裁规则，将尊重当事人意思自治作为制定机构规则的核心原则，在不违背强行法与机构管理秩序下最大限度的尊重当事人自治权的行使。

A study on the return path of arbitration institutions to nongovernmental nature

Fang Yi

Abstract: Before the promulgation of the current Arbitration Law, China's arbitration system has been dominated by administrative arbitration for a long time, with a strong "official" and "administrative" color, which seriously violates the inherent folk origin of arbitration that belongs to the category of civil law. With the Arbitration Law of the People's Republic of China (Revised) (Draft for Comments) China's arbitration law system has entered a new stage of reform since the promulgation of the People's Republic of China, but the tendency of litigation and official standard of arbitration institutions is still obvious, the content of arbitration rules is rigid and rigid, the local government and the court administrative intervention is serious, and other problems still exist. The failure to realize the civil autonomy of arbitration institutions has hindered its market-oriented and international development. In order to further correct the serious administrative tendency of arbitration institutions and promote their return to the folk standard, China should further improve the arbitration market mechanism, establish the principle of limited supervision in the arbitration system and fully respect the autonomy of the parties.

Key Word: Arbitration Institution, Administrative, Litigation, Party Autonomy

从文义解释到实证纠偏：CISG 下宽限期制度探析

安文靖 张佳乐*

摘要：宽限期制度作为维护合同稳定性与保障买方权益间的平衡机制，是国际货物买卖过程中重要的违约救济措施之一。通过规范分析明晰该制度在国际商事实践中的三重矛盾：其一，CISG 未明确“合理期限”的量化标准，导致各国司法实践中同类案件裁判结果差异显著；其二，买方的权利限制与例外规则存在适用争议，CISG 第 47 条第 2 款对宽限期内救济措施的限制与损害赔偿请求权的保留存在解释张力；其三，中国司法实践存在将 CISG 宽限期制度与《民法典》第 563 条混同适用的现象，削弱了公约规则的独立性。基于其“履约激励”的功能定位，结合实证分析为跨境贸易纠纷解决提供可操作的解释路径，明确该制度的独立价值和重要意义。

关键词：CISG；宽限期制度；违约救济

一、问题的提出

国际货物贸易中，履行迟延引发的合同目的落空风险与交易安全威胁，构成《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第 47 条宽限期制度（Nachfrist）的规范原点¹，旨在通过赋予买方设定合理额外履行期限的权利，平衡合同严守原则与违约救济的灵活性。该制度源于德国民法中的催告制度，通过第 47 条与第 49 条的衔接，构建了“宽限期内履行——逾期解约”的双层救济框架：买方在卖方迟延履行时可设定明确合理的额外期限，若卖方仍未履行或明确拒绝，则买方有权宣告合同无效（CISG 第 49 条）。这种制度设计既避免了买方因轻微违约轻率解约，又为卖方提供了补救机会，体现了国际商事立法对交易稳定性与效率性的双重追求。

然而，该制度在实践中暴露出显著的解釋张力。深层原因在于 CISG 宽限期制度本质上是大陆法系“履行优先”理念与英美法系“损害赔偿为主”原则的妥协产物，而在具体适用中，普通法系国家（如英国）仍倾向于将宽限期视为例外救济，而大陆法系国家（如德国）则通过《德国民法典》第 326 条将其发展为一般性制度。²这种法系间的张力在中国司法实践中尤为突出：一方面，《民法典》第 563 条仅将宽限期作为解约的前置条件，未赋予受损害方主动设定权；另一方面，涉外案件中对“合理期限”的认定常受国内法思维影响，往往以国内法“合理期限”

* 【作者简介】：安文靖，华北电力大学（保定）法政系教师，华北电力大学区域法治与司法治理研究中心研究人员，法学博士；张佳乐，华北电力大学（保定）法政系硕士研究生。

¹ Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary* [688] (2nd ed, C.H. Beck/Hart/Nomos 2018).

² 郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社 1999 年 5 月第一版，第 65 页。

标准替代公约的自主性解释框架。这些问题折射出宽限期制度在全球化背景下面临的双重挑战：既要保持规则统一性以适应国际贸易需求，又需兼顾不同法域的法律传统。如何在解释论层面明确“合理期限”的判断要素，在司法实践中区分宽限期设定与一般催告程序，以及在中国语境下实现 CISG 规则与国内法的有机衔接，成为完善宽限期制度的关键课题。本文将通过规范分析与实证研究，系统探讨 CISG 第 47 条的适用逻辑，揭示其在跨国贸易中的制度价值与实践困境，并提出优化建议。

二、买方规定额外期限的法律要求

（一）期限的明确性及其判断标准

1.明确性的表现形式

CISG 第 47 条第 1 款规定，买方所设定的额外期限必须具备明确性，这是确保该条款有效实施的基础条件。Michael R. Will 指出³，宽限期通知必须包含明确的截止日期或可计算的时间段，模糊表述如“尽快”无法满足公约要求，因为其无法为违约方提供“最后履行机会”的警示。John O. Honnold 进一步强调⁴，通知应使违约方无需额外解释即可知悉履行义务的最后期限，例如“2023 年 10 月 15 日前交付货物”或“自通知发出之日起 30 日内”。明确性要求买方在通知卖方时，必须清晰地指明卖方履行义务的具体时间节点，或者给出一个能够通过合理方式确定的时间段，从而使卖方能够确切知晓自己履行义务的截止期限。在实际的国际贸易操作中，明确性主要通过具体日期和可计算的时间段这两种方式得以实现。例如“卖方须于 2023 年 10 月 15 日前交付货物”，这种直接规定具体日期的方式，简单且直观，卖方能够一目了然地确定履行义务的时间界限。再如“自收到本通知之日起 30 日内完成修复”，这一表述则是通过可计算的时间段来确定宽限期，以通知送达时间作为起始点，经过明确的时长后得出截止时间，同样能让卖方明确知晓履行义务的时间要求。在 1997 年 2 月 28 日德国汉堡高等法院审理的案例⁵中，买方要求卖方“在两周内交付符合规格的机械设备。”法院在审理该案件时，认定这一表述符合第 47 条第 1 款对期限明确性的要求。原因在于，根据通知送达的日期，能够准确推算出卖方交付机械设备的截止时间，这种可确定的时间规定给予了卖方清晰的履行指引。

2.无效模糊表述的司法认定

模糊不清的表述，由于无法为卖方提供明确的履行时间信息，不符合 CISG 第 47 条第 1 款的规定，在司法实践中通常会被法院认定为无效⁶。Schlechtriem

³ Michael R. Will, *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 342–346.

⁴ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed, Kluwer Law International 1999) 313–317.

⁵ *Iron molybdenum case* (1997) Oberlandesgericht Hamburg, 1 U 167/95, 28 February 1997.

⁶ John Honnold, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (Kluwer Law International, 2021).289.

在分析《欧洲合同法原则》时提出⁷，明确性要求源于宽限期制度与根本违约解约权的衔接功能，模糊通知可能被认定为一般催告，无法触发解约权。诸如“尽快交付”“立即履行”这类表述，虽然表达了买方希望卖方尽快履行义务的急切心情，但由于没有明确具体的时间节点，卖方难以确定具体的履行时间，容易引发争议。在 2007 年 7 月 19 日美国第三巡回法院审理的案件中⁸，买方以“希望贵方尽快解决质量问题”为由设定宽限期。法院经审理认为，该表述没有明确规定具体的期限，不能满足第 47 条对期限明确性的要求，因此判定买方无权据此宽限期解除合同。这一案例充分体现了法院在司法实践中，严格遵循第 47 条的规定，对于模糊表述的宽限期设定持否定态度，以维护法律的严谨性和合同关系的稳定性。

（二）期限的合理性及其判断标准

1.合理性的具体考量因素

“合理性”是衡量宽限期是否有效的关键要素，Pilar Perales Viscasillas 提出⁹，“合理性”需结合合同性质、履行难度及市场紧迫性综合判断，例如定制设备生产周期长，宽限期应长于标准化商品。Schlechtriem 总结¹⁰四要素框架：原合同期限、买方利益紧急性、义务性质（如机械交付 vs 普通货物）、违约原因（如罢工等不可控因素）。故在判断时需要综合考虑众多因素，以实现买卖双方利益的平衡。这些因素涵盖了货物性质、生产周期、买方需求紧迫性以及卖方履约准备程度等多个方面。

其一，货物性质与生产周期是确定宽限期合理性的重要因素。定制化产品，例如大型机械设备，其生产过程往往涉及复杂的技术和工艺，需要耗费大量的时间进行设计、制造和调试。因此，为这类产品设定的宽限期通常需要更长时间。在德国策勒高等地方法院审理的案例¹¹中，由于涉及海运精密仪器的交付，法院考虑到安排船舶舱位需要额外时间，认定买方设定的 7 周宽限期是合理的。相反，标准化商品，如成衣，其生产流程相对固定且简单，生产周期较短，相应的宽限期也可以适当缩短。

其二，买方需求紧迫性也是影响宽限期合理性的重要因素。如果买方在订立合同时明确表达了对快速交付的特殊需求，例如季节性商品，为了满足特定市场时期的销售需求，避免错过销售旺季，宽限期就应当相应缩短。例如在德国瑙姆堡高等地方法院审理的案件¹²中，买方因圣诞节销售旺季的特殊需求，要求将

⁷ Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The U.N. Convention for the International Sale of Goods* (Kluwer Law International 1986) 395.

⁸ *Valero Marketing & Supply Co. v Greeni Oy* [2007] CISG-online 1510 (US Court of Appeals, 3rd Circuit).

⁹ Pilar Perales Viscasillas, ‘Nachfrist Remedy’ in Singapore International Arbitration Centre (ed), *Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (SIAC 2005) 89–102.

¹⁰ Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Geoffrey Thomas trans, 2nd ed, Clarendon Press 1998) 395.

¹¹ *Plaintiff v Defendant* (1995) Oberlandesgericht Celle, 20 U 76/94, 24 May 1995.

¹² *Ford Escort Cabrio case* (1999) Oberlandesgericht Naumburg, 9 U 146/98, 27 April 1999.

宽限期缩短至 10 日。法院结合市场时效性这一关键因素，认可了买方设定宽限期的合理性。

其三，如果卖方已经为履行合同投入了大量的实质努力，如完成了原材料采购、生产设备调试等前期准备工作，表明卖方具有积极履行合同的意愿和行动，此时宽限期可以适当缩短。反之，如果卖方在宽限期设定时，尚未采取任何履约措施，为了确保卖方有足够的时间履行义务，就需要给予更长期限。¹³

2. 期限不合理的法律后果

第一，当买方设定的宽限期不合理的短时，法院在审理案件时，可能会根据具体情况将其修正为合理期限。例如上文谈到的德国策勒高等地方法院审理的案例¹⁴中，买方最初设定的宽限期仅为 11 天，法院经过审查认为这个期限过短，无法满足卖方合理履行义务的需要。但法院同时认定，该过短的期限启动了合理期限的计算，最终将合理期限确定为 7 周。在这种情况下，买方在合理期限届满后宣告合同解除的行为被法院认定为有效。这一案例表明，即使买方最初设定的宽限期不符合合理性要求，但只要后续给予卖方合理的履行时间，买方仍然能够依法行使解除合同的权利。因此，受损害方规定的宽限期期限不合理不会影响宽限期通知的效力，如果宽限期期限过短以致不合理，则受损害方要等到合理期限经过后才可以解除合同；否则，提前解除合同可能会引致新的违约责任，除非其能证明对方之迟延履行已经构成根本违约或者构成预期根本违约。¹⁵

第二，若买方设定的宽限期过长，虽然可能超出了一般情况下的合理范围，但依据 CISG 第 47 条的规定，该期限仍然具有法律约束力。过长宽限期虽不合理但仍有约束力，守约方需等待其届满。在瑞士联邦法院审理的案例¹⁶中，买方设定了 3 个月的宽限期，这一期限远超通常认为的合理范围。然而，法院在审理时仍然要求买方等待该期限届满，才可以采取相应的救济措施。这体现了法律对买方设定宽限期权利的尊重，同时也强调买方在行使这一权利时，应当遵循诚实信用原则，不能滥用权利设定过长的宽限期，从而损害卖方的利益。

（三）通知的形式与传递风险

1. 通知形式的灵活性

根据 CISG 第 27 条的规定，通知在形式上不要求遵循特定的格式，口头声明同样具有法律效力。这一规定充分体现了 CISG 在通知形式上的灵活性，充分考虑到国际贸易活动的多样性和复杂性，尊重当事人的自主选择。在德国杜塞尔多夫高等地方法院审理的案例¹⁷中，买方通过传真的方式发送宽限期通知，法院

¹³ Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary* [688] (2nd ed, C.H. Beck/Hart/Nomos 2018).

¹⁴ *Plaintiff v Defendant* (1995) Oberlandesgericht Celle, 20 U 76/94, 24 May 1995.

¹⁵ 李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》（第三版），法律出版社 2023 年版，288 页。

¹⁶ *Grinding machines case* (2006) Bundesgericht, 4C.314/2006, 20 December 2006.

¹⁷ *Italian fabrics case III* (1994) Oberlandesgericht Düsseldorf, 6 U 119/93, 10 February 1994.

在审理时认可了该通知的效力。这一案例表明，在实际的国际贸易操作中，只要通知的内容符合第 47 条的相关要求，无论是采用书面形式，如传真、电子邮件、挂号信等，还是口头形式，都能够产生相应的法律效力。然而，口头通知在实际应用中存在一定的局限性。由于口头通知缺乏书面记录，在证明通知的具体内容和送达时间方面存在较大困难，容易引发纠纷。例如，当双方对口头通知的内容产生争议时，难以提供确凿的证据来支持各自的主张。因此，从保障交易安全和便于举证的角度出发，在国际贸易中，当事人最好采用书面形式进行通知，这样可以更好地留存证据，减少潜在的法律风险。¹⁸

2. 传递风险的分配规则

CISG 第 27 条明确规定，只要买方以合理的方式发出通知，即使由于传递过程中的延误、丢失等原因，导致通知未能实际送达卖方，该通知仍然被视为有效，传递风险由卖方承担。¹⁹

在美国第三巡回上诉法院审理的案例²⁰中，买方通过国际快递寄送通知，但由于运输过程中的延误，卖方未能及时收到该通知。在这种情况下，法院援引第 27 条的规定，认定传递风险应由卖方承担，买方的权利不受通知未送达的影响。这一规定的目的在于保护买方的合法权益，确保买方在履行通知义务时，不会因为不可预见、不可控制的传递问题而无法行使自己的权利。同时，这也要求卖方在国际贸易活动中，应当密切关注通知的接收情况，及时与买方进行沟通，以避免因自身疏忽导致错过履行期限，从而引发不必要的法律风险。

三、买方的权利限制与例外

（一）补救措施的限制

1. 限制范围

CISG 第 47 条第 2 款的主要目的在于保护卖方对宽限期的合理信赖利益，因此对买方在宽限期内采取其他救济措施进行了严格限制²¹。在宽限期内，买方不得行使解除合同（第 49 条）、减价（第 50 条）、替代履行请求（第 46 条第 2 款）等权利。李巍认为²²，宽限期内禁止其他救济措施体现了“禁止反言”原则，违约方可能因信赖通知投入履约成本，守约方不得损害其合理期待。张玉卿指出²³，此限制涵盖实际履行、减价、替代交付等所有与宽限期目标冲突的措施，但

¹⁸ Ingeborg Schwenzer and Ulrich G. Schroeter (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford: Oxford University Press, 2022).978.

¹⁹ Stefan Kroll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary* (Munich: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2018).690.

²⁰ *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy* (2007) U.S. Court of Appeals (3rd Circuit), 06-3390, 06-3525, 19 July 2007.

²¹ Stefan Kroll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary* (Munich: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2018).691.

²² 李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》（第三版），法律出版社 2023 年版，290 页。

²³ 张玉卿著：《国际货物买卖统一法—联合国国际货物销售合同公约释义》（第三版），中国商务出版社 2009 年版，309 页。

损害赔偿请求权除外。在瑞士联邦法院审理的案例²⁴中，买方在宽限期内擅自宣告合同无效。法院经审理后认定，买方的这一行为违反了第 47 条第 2 款的限制规定，因此判定该行为无效。这一案例充分体现了法律对买方在宽限期内行为的严格约束，旨在确保卖方能够在一个相对稳定、不受干扰的环境中履行合同义务，防止买方滥用救济权利，对卖方的履约行为造成不必要的干扰。

2.例外：损害赔偿请求权的保留

尽管买方在宽限期内的大部分救济措施受到限制，但依据第 47 条第 2 款的规定，买方仍然有权主张迟延履行损害赔偿。这一规定在保护卖方信赖利益的同时，也充分保障了买方因卖方迟延履行而遭受损失时获得相应赔偿的权利。在荷兰阿纳姆地方法院审理的案例²⁵中，买方在宽限期内要求卖方赔偿因延迟交货导致的仓储费损失。法院在审理时认为，买方的这一主张符合第 47 条第 2 款的规定，因此予以支持。这表明在 CISG 的框架下，既给予了卖方在宽限期内补救违约行为的机会，又确保买方因卖方迟延履行所遭受的损失能够得到合理补偿，体现了法律对合同双方利益的平衡保护，维护了合同交易的公平性。

（二）限制的例外情形

1.卖方明示或默示拒绝履行

当卖方明确声明将不履行义务，或者通过其行为暗示拒绝履行时，买方便可以立即采取救济措施。这一规定是为了保护买方的合法权益，防止卖方利用宽限期故意拖延履行或者逃避合同责任。Michael R. Will 提出²⁶，违约方明示拒绝履行构成预期违约，守约方可立即解约，无需等待宽限期届满。Fritz Enderlein 认为²⁷，宽限期内新发根本违约（如交付严重瑕疵货物）可突破限制，守约方有权提前解约。在德国杜塞尔多夫高等地方法院审理的案例²⁸中，卖方声称“暂无法交付”，法院在审理时，结合卖方后续的消极行为，综合判断认定其构成默示拒绝履行义务。基于此，法院允许买方提前解除合同。在实际的国际贸易中，卖方明示拒绝履行的情况相对容易判断，例如明确表示“因原料短缺无法交货”。而默示拒绝履行的判断则需要法院综合考虑卖方的各种行为，如卖方在宽限期内未采取任何实际的履约准备措施，或者要求延长宽限期但又无法提供合理的理由等，这些行为都可能被法院认定为默示拒绝履行义务。

2.宽限期内发生新的根本违约

如果卖方在宽限期内履行合同义务，但履行行为构成新的根本违约，买方无

²⁴ *FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.r.l.* (Egyptian cotton case II) (2000) Bundesgericht, 4C.105/2000, 15 September 2000.

²⁵ *Arens Sondermaschinen GmbH v. Smit Draad / Draad Nijmegen B.V.* (2008) Gerechtshof Arnhem, 104.003.479, 07 October 2008.

²⁶ Michael R. Will, *Commentary on the International Sales Law* (Milan: Giuffrè, 1987) 342–346.

²⁷ Fritz Enderlein, 'Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods', in Petar Sarcevic and Paul Volken (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (Milan: Oceana, 1996) 133–201.

²⁸ *Italian fabrics case III* (1994) Oberlandesgericht Düsseldorf, 6 U 119/93, 10 February 1994.

需等待宽限期届满，即可解除合同。这一规定的目的在于确保买方在面对卖方严重违约行为时，能够及时采取有效的措施，最大限度地减少自身的损失。²⁹例如在瑞士联邦法院审理的案例³⁰中，卖方在宽限期内交付了替换设备，然而该设备仍然存在重大质量问题。法院经审查认定，卖方的这一履行行为构成新的根本违约，因此判定买方有权立即宣告合同无效。在判断卖方的履行是否构成新的根本违约时，法院通常会综合考虑多个因素，包括货物的质量状况、交付时间是否严重延误、对买方合同目的实现的影响程度等。如果卖方交付的货物存在严重质量问题，导致买方无法实现合同目的，即使是在宽限期内交付，也可能被认定为根本违约。

（三）宽限期与损害赔偿的关系

1. 迟延履行损害赔偿

根据 CISG 第 47 条第 2 款的末句规定，买方在宽限期内仍然可以主张因卖方迟延履行导致的直接损失，例如滞期费、仓储成本等。这些损失是由于卖方未能按照合同约定的时间履行义务直接产生的，与卖方的违约行为之间存在明确的因果关系。在德国慕尼黑高等地方法院审理的案件³¹中，由于卖方迟延交货，导致买方的生产线停工。买方因此遭受了停工损失，在向法院主张权利时，法院经审理判令卖方赔偿买方的停工损失。这一案例充分体现了法院在司法实践中，对于买方主张迟延履行直接损失的支持态度，切实保障了买方的合法权益。买方在主张此类损失时，需要提供充分、有效的证据来证明损失的实际存在以及具体金额。例如，买方可以提供仓储合同，以证明仓储费用的产生；提供支付凭证，以证明相关费用的实际支出；提供生产线停工记录，包括停工时间、造成的生产停滞情况等，以便法院能够准确认定损失的范围和赔偿金额，确保赔偿的合理性和公正性。

2. 其他损失的索赔界限

对于间接损失，如转售利润损失，买方在索赔时需要证明该损失与卖方的迟延履行之间存在因果关系。这一要求的目的在于防止买方不合理地扩大索赔范围，确保损害赔偿的合理性和公正性。崔建远指出³²，转售利润等间接损失需通过市场数据、交易记录等证明可预见性，法院对间接损失持谨慎态度。例如瑞士苏黎世商事法院审理的案件³³中，买方因卖方迟延交货，错过了促销季，从而遭受了转售利润损失。在向法院主张索赔时，买方提供了详细的市场数据，包括促销季的市场需求情况、同类产品促销季的销售价格和利润水平等，以此证明因卖方

²⁹ Stefan Kroll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary* (Munich: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2018).693

³⁰ *Grinding machines case* (2006) Bundesgericht, 4C.314/2006, 20 December 2006 .

³¹ *Italian shoes case XXIII* (2002) Oberlandesgericht München, 17 U 2513/02, 1 July 2002 .

³² 崔建远著：《合同法》，法律出版社 2007 年版。

³³ *Converters case* (2010) Handelsgericht Aargau, HOR.2008.42/rl/tv, 10 March 2010 .

迟延交货导致其错过促销季，进而产生了转售利润损失。法院在综合审查这些证据后，认可了买方的利润损失索赔请求。这一案例提示买方，在主张间接损失时，必须注重收集和提供相关的有力证据，通过合理的方式证明损失与卖方迟延履行之间的因果关系，从而增强索赔请求的可信度和说服力，提高获得法院支持的可能性。

3. 违约金条款的适用

在国际货物买卖合同中，合同约定的违约金条款通常具有独立性，与损害赔偿相互独立存在。这意味着买方在主张损害赔偿的同时，如果合同中明确约定了违约金条款，买方还有权要求卖方支付违约金，进一步为买方提供了更充分的救济途径，保障了买方的权益。杨良宜认为³⁴，违约金与损害赔偿可并行主张，但法院可能依公平原则调整过高金额。例如上文谈到的德国汉堡高等地方法院审理的案例³⁵中，合同明确约定了迟延日罚金为 1000 欧元。在纠纷发生后，法院经审理判定，买方可在主张损害赔偿的同时，要求卖方按照合同约定支付违约金。这充分体现了违约金条款在国际货物买卖中的重要作用，不仅对卖方的违约行为具有一定的威慑力，促使卖方积极履行合同义务，而且在卖方违约时，为买方提供了额外的经济补偿方式。然而，在适用违约金条款时，法院会根据案件的具体情况进行综合考量。如果法院认为违约金的数额过高或过低，不符合公平合理的原则，可能会对违约金金额进行适当调整。例如，当卖方违约程度较轻，而约定的违约金数额过高时，法院可能会酌情降低违约金金额；反之，如果违约金数额过低，不足以弥补买方的损失，法院可能会适当提高违约金金额，以确保合同双方的利益得到公平的平衡。

四、中国语境下宽限期制度的解释适用

（一）涉外案件中对 CISG 第 47 条的援引与适用

在涉外商事仲裁与审判中，中国司法机关对 CISG 第 47 条的适用呈现“选择性援引”特征。例如，在 2005 年工业通用设备案³⁶中，仲裁庭直接援引 CISG 第 47 条和第 49 条，认定买方在给予卖方额外履行期限后未获履行时有权解约，体现了对公约规则的严格遵循。然而，由于 CISG 未对“合理期限”的界定提供明确标准，实践中法院常依赖个案具体情况自由裁量。例如，在 2012 年上海浦东新区法院审理的一起国际货物买卖合同纠纷³⁷中，卖方迟延交货后，买方虽未明确设定宽限期，但法院仍通过推定“合理期限”的存在支持解约请求。这种裁量方式虽具有灵活性，却可能因缺乏统一标准导致裁判结果的不可预测性。

更深层的问题在于，中国法官对 CISG 第 47 条与国内法关系的理解存在分

³⁴ 杨良宜著：《国际货物买卖法》，中国政法大学出版社 1999 年版。

³⁵ *Iron molybdenum case* (1997) Oberlandesgericht Hamburg, 1 U 167/95, 28 February 1997.

³⁶ *Industrial general equipment case* (2005) [13 June 2005] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050613c1.html> [accessed 1 April 2013].

³⁷ 参见(2012)浦民二(商)初字第 2545 号。

歧。部分裁判倾向于将公约规则与《民法典》第 563 条（迟延履行解约条款）混同，忽视二者在制度功能上的本质差异。CISG 第 47 条的核心价值在于通过“通知程序”赋予受损害方自主设定宽限期的权利，而《民法典》第 563 条仅将宽限期作为解约的前置条件，未明确受损害方的主动设定权。这种混淆导致涉外案件中宽限期制度的独立价值被弱化，甚至出现以国内法解释公约规则的“逆向适用”现象。³⁸

（二）国内案件中对宽限期制度的模糊适用

在《民法典》出台前，纯粹国内货物买卖纠纷中，法院通常依照《合同法》第 94 条第三款处理迟延履行问题，但该条款的粗疏性导致实践困境频现。例如上文谈到的上海浦东新区购销合同案³⁹中，卖方未按约定日期交货，买方仅发出一般性催告，未明确设定宽限期。法院直接以“合理期限经过”为由支持解约，但未阐明“合理期限”的具体判断依据。此类裁判逻辑反映出两大问题：其一，当时的《合同法》乃至现今的《民法典》均未规定宽限期设定的形式要求，导致“催告”与“宽限期通知”概念混用，削弱了宽限期作为独立救济程序的功能；其二，“合理期限”的认定缺乏客观标准，法官常以合同原履行期限或行业惯例为参考，但不同法院对相同情形的认定可能大相径庭。故此，合理期限缺乏客观标准导致同案不同判，建议参考 CISG 引入多因素判断框架。

此外，《民法典》对“主要债务”的界定模糊进一步加剧了实践混乱。韩世远指出，“主要债务”界定混乱，部分法院扩张解释至附随义务，违背制度初衷。例如，在涉及附随义务迟延履行的案件中，部分法院扩张解释“主要债务”，将质量瑕疵补救义务纳入宽限期适用范围，而另一些法院则严格限缩解释，仅承认交付货款、货物等主给付义务可适用宽限期。这种分歧不仅损害法律适用的统一性，还可能诱发当事人滥用解约权，破坏合同稳定性。

结语

作为《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）的核心救济制度之一，宽限期制度（Nachfrist）通过 CISG 第 47 条和第 49 条构建了受损害方在迟延履行情形下的解约权路径，已被大陆法系国家国内法、欧洲及国际货物买卖统一法所接受，并在相关法律体系中得到了较为详细的规定。有效化解了迟延履行导致的权利真空。其法理基础涵盖合同有效性、意思自治和诚实守信原则，丰富了“自助性救济”理论，满足了国际贸易中双方当事人在不同情况下的需求。

而中国作为 CISG 缔约国，在涉外贸易纠纷中广泛适用公约规定，但《民法典》对宽限期制度的移植与吸收尚存局限性，学界需进一步阐释宽限期制度“维护合同存续”的核心价值，明确宽限期解约与根本违约解约的互补性：前者适用

³⁸ 李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》（第三版），法律出版社 2023 年版，290 页。

³⁹ 参见(2012)浦民二(商)初字第 2545 号。

于迟延履行且后果未达根本违约的情形，后者适用于所有违约类型但需证明合同目的落空。强调其作为履约激励工具而非解约工具的功能定位，亦契合《民法典》鼓励交易的立法精神。

正所谓制度生命力的延续依赖于动态完善：宽限期制度既需坚守鼓励交易的核心价值，亦需回应数字化、全球化带来的新挑战。

参考文献

一、著作类：

[1] Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary (2nd ed, C.H. Beck/Hart/Nomos 2018)

[2] Michael R. Will, Commentary on the International Sales Law (Giuffrè 1987)

[3] John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd ed, Kluwer Law International)

[4] Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The U.N. Convention for the International Sale of Goods (Kluwer Law International 1986)

[5] Pilar Perales Viscasillas, ‘Nachfrist Remedy’ in Singapore International Arbitration Centre (ed), Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (SIAC 2005)

[6] Peter Schlechtriem, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (Geoffrey Thomas trans, 2nd ed, Clarendon Press 1998)

[7] 郑冲、贾红译：《德国民法典》，法律出版社 1999 年版。

[8] 张玉卿著：《国际货物买卖统一法——联合国国际货物销售合同公约释义》（第三版），中国商务出版社 2009 年版。

[9] 杨良宜著：《国际货物买卖法》，中国政法大学出版社 2002 年版。

[10] 崔建远著：《合同法》，法律出版社 2007 年版。

[11] 李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2023 年版。

二、论文类：

[12] 焦津洪：《论根本违约》，载《中外法学》1993 年第 1 期。

[13] 刘金根：《国际货物贸易中的根本违约探讨》，载《对外贸易实务》2000 年第 6 期。

[14] 韩世远：《迟延履行的理论问题》，载《清华大学学报（哲学社会科学）

版)》2002 年第 4 期。

[15] 赵少群:《国际货物买卖合同中的履约宽限期》,载《贵州社会科学》2005 年第 2 期。

[16] 关晶:《〈联合国国际货物销售合同公约〉中的宽限期解约制度及其对中国〈合同法〉的借鉴作用》,载《国际经济法学刊》2007 年第 3 期。

[17] 朱丁普:《〈联合国国际货物买卖合同公约〉与英国〈1979 年货物买卖法〉违约救济手段比较分析 —— 从强制实际履行和宽限期内履行制度说开去》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008 年第 5 期。

[18] 陈立虎、朱萍:《试析〈联合国国际货物销售合同公约〉的实际履行制度》,载《国际经济法学刊》2008 年第 1 期。

[19] 崔一:《从〈联合国国际货物买卖合同公约〉看合同的强制实际履行和宽限期内履行制度 —— 以 CISG 第 46 条及第 47 条为主要依据》,载《牡丹江大学学报》2010 年第 8 期。

[20] 陆吟:《论〈联合国国际货物销售合同公约〉宽限期解约制度 —— 兼与我国〈合同法〉相关制度比较》,载《法制与社会》2013 年第 3 期。

[21] 刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020 年第 3 期。

[22] 刘承魁:《论民法典合同编的法定解除权规则》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2020 年第 4 期。

国际商事争议解决视角下对仲裁与诉讼的关系调适

范冰仪

摘 要：在国际商事争议解决的视角下，厘清仲裁与诉讼的关系有利于从中观层面完善国际商事争议解决机制，助益我国在国际商事争议解决市场中提供有竞争力的优质公共产品。基于《仲裁法》与《民事诉讼法》，结合我国在国际商事纠纷解决领域的密集举措，国际商事争议解决下的仲裁与诉讼在竞争关系上趋于保守，但司法支持仲裁的立场已得到落实。在大变局背景下，仲裁与诉讼在国际商事争议解决中呈现的现代化关系应强化竞争的作用，并在融合与衔接方面进一步深化。这种现代化关系在国际商事争议解决的制度与实践中能够提供有益的指引。对于涉外“或裁或审”协议的处理，仲裁与诉讼的现代化关系使得《仲裁法解释》第7条体现出滞后性，应被删去；“一站式”国际商事多元化纠纷解决平台亦可通过仲裁与诉讼的现代化关系增强可操作性。

关键词：国际商事争议解决；国际商事仲裁；国际商事诉讼；国际商事法庭

一、问题的提出

作为应用广泛的一种替代性纠纷解决方式（Alternative Dispute Resolution, ADR），仲裁在国际商事争议解决中的关键性更为突出。基于裁决者的中立性与独立性、程序的专业性与灵活性以及裁决更容易被执行等特征，仲裁被普遍认为是与国际商事纠纷最适配的争议解决方式，¹亦有说法称其为国际商事争议解决的“天然方式”。²随着国际商事活动的演进和市场主体需求的发展，国际商事仲裁虽因制度缺陷和实践偏差招致了越来越多的批评，³但根据2021年英国伦敦玛丽女王大学与美国伟凯律师事务所共同发布的国际仲裁调查报告，仲裁仍是跨境争议解决的首选方式，高达90%的受访者将心仪的争议解决方式确定为仲裁或者仲裁与ADR的结合。⁴由此可知，即便质疑与负面评价不容忽略，仲裁作为国际商事纠纷解决首选途径的现实地位仍具有稳定性。进一步说，若一个国家或地区意欲切实提升国际商事争议解决机制对国际商事主体的吸引力，须将国际商事仲裁置于核心视角。

纵然仲裁在国际商事纠纷解决中仍保持稳固地位，全球范围内国际商事仲裁的传统格局却在发生深刻变革。2024年，党的二十届三中全会通过了《中共中央

作者简介：范冰仪，法学博士，吉林大学法学院讲师，研究方向为国际私法、国际经济法。

¹ See Gilles Cuniberti, *Beyond Contact - The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes*, 32 (2) Fordham International Law Journal 417, 417 (2009).

² See Gilles Cuniberti, *Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration*, Edward Elgar, 2017, p. 3.

³ See Vivian Ramsey, *The Challenges to International Arbitration*, Asian Dispute Review, 54, 54-55(2017).

⁴ See 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2021-international-arbitration-survey/>, last visited on 27th March, 2025.

关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，其中指出：“健全国际商事仲裁和调解制度，培育国际一流仲裁机构。”在百年未有之大变局加速推进的背景下，国际经济发展形势的变化与中国等亚太国家仲裁业的集中崛起共同铸就了国际商事仲裁的新格局：原本由西方长期主导的国际商事仲裁呈“东升西降”之势，亚太地区在全球仲裁市场中的影响力飞速提升。⁵作为亚太地区国际仲裁中心的有力竞争者，我国于近年间为打造现代化的国际商事仲裁制度与机构采取了多重举措。首先，自2021年起，我国着手对施行近30年的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称“《仲裁法》”）展开系统的修订工作，2024年11月，《中华人民共和国仲裁法（修订草案）》提请十四届全国人大常委会第十二次会议首次审议。其次，2022年，中央全面依法治国委员会部署在北京市、上海市、广东省和海南省开展国际商事仲裁中心建设试点工作，支持试点地区建设具有高度公信力和国际影响力的国际商事仲裁中心，打造一批国际一流的仲裁机构。由此可见，我国在提升仲裁的公信力、国际化水平与国际竞争力方面行动积极。值得注意的是，从制度完善和机构支持方面入手优化仲裁机制固然重要，但仲裁机制的发展实则面临一个更为根本的先决性问题：作为非诉讼纠纷解决的首要方式，仲裁与诉讼在国际商事纠纷解决视角下应当处于何种关系。这也是本文拟解决的核心问题。相对于多数国际商事纠纷解决相关研究所聚焦于的制度改良问题，本文对国际商事仲裁与国际商事诉讼关系调适的探讨着眼于中观层面。总体而言，国际商事争议解决机制是一国向全球国际商事争议市场输送的公共产品，厘清仲裁与诉讼的关系有助于为仲裁的发展提供充分的空间与适宜的环境，扩大仲裁在国际商事纠纷解决中的潜在影响力，为我国争议解决产品提升国际竞争力打造基础条件。

现有研究在国际商事争议解决语境下对仲裁与诉讼之关系的审视主要可分为两类：一是从国际商事纠纷的基本特征入手，探讨更适合国际商事争议的解纷方式是仲裁与诉讼中的哪一种，且结论多倾向于前者。二是基于国际商事法庭在全球范围内兴起，着眼于国际商事法庭所承载的新型国际商事诉讼制度对仲裁带来的冲击与挑战。⁶但无论其中哪一类，都不免陷入对仲裁与诉讼进行优劣比较的困境中。事实上，由于国际商事争议解决市场中的竞争日趋激烈，作为市场主体的国际商事纠纷当事人在解纷需求方面也愈发精细化和多元化，对不同争议解决方式孰优孰劣的简单定论已丧失说服力，也不符合仲裁与诉讼互相吸纳对方特征、出现融合趋势的现实图景。因此，本文意欲突破既有研究在定位仲裁与诉讼关系时惯常采取的横向比较做法，转而以我国国际商事争议解决机制的优化为导

⁵ 参见刘晓红、冯硕：《大变局背景下的国际商事仲裁：世界潮流与中国因应》，《中国社会科学》2024年第12期，第64-65页。

⁶ See Stephan Wilske, *International Commercial Courts and Arbitration—Alternatives, Substitutes or Trojan Horse*, 11 (2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 153 (2018); See Dalma R. Demeter & Kayleigh M. Smith, *The Implications of International Commercial Courts on Arbitration*, 33 (5) *Journal of International Arbitration* 441 (2016).

向，探索何种关系能够成为引领我国国际商事争议解决机制发展的最优解。

二、国际商事争议解决视角下对仲裁与诉讼的现实关系探析

从多个维度看来，仲裁与诉讼之间的关系均是错综复杂的，⁷牵涉众多实践、政策和理论。⁸本文并不意在对此种关系进行全方位地剖析，而是从助益我国参与国际商事争议解决市场竞争的角度展开对仲裁与诉讼关系的进一步构想。在此前提下，仲裁与诉讼的现实关系仍需被优先考察，《仲裁法》和《民事诉讼法》中蕴涵的体现仲裁与诉讼关系的相关理念应被作为基础指引。在1994年《仲裁法》出台后，仲裁与诉讼被认为形成了竞争、支持、监督与借鉴的“新型关系”。⁹这种关系主要强调司法干预的审慎性，要求法院对仲裁以支持为主导，辅之以必要的监督。¹⁰然而，上述关系是否在真正意义上得到落实还需要进一步检视。需要说明的是，监督主要指法院可裁定仲裁协议效力、采取保全措施、撤销、执行和不予执行仲裁裁决，¹¹其根本目的也在于支持仲裁，¹²可纳入诉讼对仲裁的支持关系一并考量。

（一）竞争关系趋于保守

既然仲裁与诉讼属于争议解决中最为有效且无法并行的两种方式，那么当事人在面对这两种争议解决方式时势必要进行选择，二者之间的竞争关系也随着当事人的比较和衡量而在无形中建立起来。因此，从国家优化国际商事争议解决机制的角度来看，正视这种不可避免的竞争关系具有必要意义。

值得强调的是，这种竞争关系真正形成的前提是当事人仅从争议解决的质效及成本等方面加以考量，而不受外部因素的制约。具体而言，一贯偏好选择仲裁的当事人，通常不会过多地纠结仲裁与诉讼之间的比较，此时二者间的竞争不具备基础。至于真正考虑如何在仲裁与诉讼中择一适用的当事人，或是在争议解决方面缺乏经验，需要审慎地迈出第一步；或是在既往的争议解决中体验不佳，意欲尝试一种新的纠纷解决方式。对于此类当事人，若客观条件导致了他们对于仲裁的选择面临阻碍，那么仲裁与诉讼之间的竞争关系将面临落空风险。首先，我国诉外纠纷解决机制长期处于弱势，信任仲裁、选择仲裁的良好氛围仍需加强。自《仲裁法》实施以来，这种情况已有改观，但公众仲裁意识的建立仍然需要相

7 See S. I. Strong, Border Skirmishes: The Intersection between Litigation and International Commercial Arbitration, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2012, No. 1, 2012, p. 1.

8 Christopher A. Whytock, The Arbitration-Litigation Relationship in Transnational Dispute Resolution: Empirical Insights from the U.S. Federal Courts, *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 2, No. 5, 2008, p. 43.

9 参见李荣珍：《论仲裁与诉讼的关系》，载《现代法学》1998年第6期，第87页。

10 参见江伟、李浩：《论人民法院与仲裁机构的新型关系——为〈仲裁法〉的颁行而作》，载《法学评论》1995年第4期，第39页。

11 参见武兰芳：《完善仲裁司法监督制度的现实价值评析——以构建多元化纠纷解决机制为视角》，载《河北法学》2010年第9期，第41页。

12 参见赵文岩：《仲裁与诉讼衔接制度研究》，载北京仲裁委员会编：《北京仲裁》（第67辑），中国法制出版社2008年版，第92页。

应环境的长期影响，¹³并非一朝一夕之功。尽管近年来我国仲裁事业发展较快，但当前全社会对仲裁的认知仍不健全：一是对于仲裁的定位尚不清晰，仍在市场化与行政化之间摇摆；二是对仲裁文化理念理解有限，尊重仲裁的思想准备不充分。¹⁴因此，在公众对于仲裁的接受度无法与诉讼比肩的情况下，仲裁的种种优势很难得到当事人的理性考量。¹⁵其次，个别现行法律规定在本质上并未赋予仲裁和诉讼以平等地位，最典型的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称“《仲裁法解释》”）第7条，“当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。”这意味着在“或裁或审”协议中，仲裁部分的效力一向是被否定的，无论该协议整体被视为仲裁协议抑或仅有关于仲裁约定的部分被视为仲裁协议，结果都指向仲裁约定的无效，而诉讼约定可能继续保有效力。

综上可知，仲裁与诉讼之间并未形成完全对等、分庭抗礼的竞争关系，这种形式上的竞争仍处于较为保守的状态。

（二）诉讼对仲裁的支持逐步落实

其次，关于诉讼对仲裁的支持关系。诉讼对仲裁的支持一般来自于国内法院，代表的是国家力量对私人化、民间化程序的保障与监督。从宏观层面来看，仲裁需要国家支持的基础原因在于需要调动多方力量打造出适宜其发展的环境条件，¹⁶司法支持是其中的关键部分。

《仲裁法》第19条对仲裁协议独立性的规定是体现“诉讼支持仲裁”的关键制度起点。¹⁷在《仲裁法（修订草案）》第27条中，该规定得到进一步具体化，使得仲裁协议独立性原则的呈现更为全面和明晰。¹⁸该原则被明确冠以“有利于仲裁、实现仲裁意愿”这一目的，在我国司法实践中也有直观的体现。近年来，最高院先后发布多个以支持仲裁为要旨的司法文件，并通过一系列司法解释规范和优化了我国仲裁司法审查制度。¹⁹于2017年12月26日颁布的《关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》要求法院在作出确认仲裁协议无效等仲裁司法审查的否定性结论前，应呈报高级人民法院或最高人民法院确认，更加审慎地对

13 参见王峥、曹伊清：《仲裁与诉讼衔接机制研究》，载《南通大学学报·社会科学版》2016年第6期，第52页。

14 参见高燕：《打造国际商事仲裁目的地 加强涉外法律人才队伍建设》，载《国际法研究》2020年第3期，第6页。

15 这些优势主要包括中立性、高度的当事人意思自治、程序灵活性、保密性、仲裁员的专业性等等。See Kim M. Rooney, Turning the Rivalrous Relations between Arbitration and Mediation into Cooperative or Convergent Modes of a Dispute Settlement Mechanism for Commercial Disputes in East Asia, Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 12, No. 1, 2019, p. 113-114.

16 See Ellen Jane Abromson, The English Arbitration Act of 1979: A Symbiotic Relationship between the Courts and Arbitration Tribunals, Suffolk Transnational Law Journal, Vol. 5, No. 1, 1980, p. 74.

17 原文规定为：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”

18 原文规定为：“仲裁协议独立存在，合同是否成立及其变更、解除、不生效、终止、被撤销或者无效，不影响仲裁协议的效力。”

19 参见沈伟：《我国仲裁司法审查制度的规范分析——缘起、演进、机理和缺陷》，载《法学论坛》2019年第1期，第114页。

待仲裁司法审查；同日，《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》出台，其中第 14 条规定，在涉外仲裁协议的法律适用中，应优先适用有利于仲裁协议效力的法律，尽量实现仲裁协议有效的可能性。²⁰2023-2024 年，最高人民法院及多地高级人民法院和中级人民法院相继发布仲裁司法审查典型案例、报告或办案指引，其中均彰显了司法对待仲裁的积极理念。基于这一系列相关举措，“司法支持仲裁”的基本立场在我国近年来的立法及实践中具有鲜明乃至极致的体现。

然而，由于《仲裁法》的修订久悬不决，即使司法解释和司法文件能够提供一定的指引，仍然难以满足仲裁领域的现行需要。²¹尽管《仲裁法（修订草案）》已于 2024 年 11 月提请十四届全国人大常委会第十二次会议首次审议，但相对于 2021 年《仲裁法（征求意见稿）》，《仲裁法（修订草案）》在现行《仲裁法》基础上的变动显著减少，征求意见稿中的许多创新性规定并未在草案中得到采纳。综合以上情况看来，现阶段诉讼对仲裁的支持为我国法院提出了很高的要求，法院在规则尚未提供指引或指引模糊的情况下，需要既审慎又不乏灵活性地对仲裁相关问题加以解决，其在审判实践中的适当作为将对仲裁取得预期实效发挥决定性作用。

二、国际商事争议解决视角下仲裁与诉讼的现代化关系设定

仲裁与诉讼之间的现实关系固然重要，但随着近年来我国国际商事争议解决机制所进行的全方位、多角度的革新，诉外纠纷解决机制的新纪元已经开启，仲裁与诉讼之间的理想关系也在无形中发生变化。通过国际商事争议解决领域的推陈出新梳理出这种新型关系的应有之义尤为必要，原因在于，仲裁本质上由市场力量驱动，在很大程度上是通过实践向前发展的，²²通过规则回应这种变化难免产生滞后性。明确这种现代化关系的根本目的在于为新背景、新环境下仲裁领域层出不穷的实践问题提供指引，使得法院通过理念上的引导更为高效、灵活地发挥保障和支持仲裁的作用，避免因立法难于跟进实践而陷入困境。两办于 2018 年发布的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》）是明确指出我国国际商事争议解决机制发展重点的引领性文件，²³在其指引下，近年来国际商事争议解决机制创新中最为显著的两大成果分别是国际商事法庭的建成、运行以及多元化纠纷解决机制地位的攀升。因此，对于仲裁与诉讼之间的新型目标关系也宜从这两大成果入手探寻。

20 参见姚宇：《对仲裁协议独立性的反思——以司法支持仲裁为视角》，《河北法学》2024 年第 4 期，第 187 页。

21 参见刘晓红、冯硕：《改革开放 40 年来中国涉外仲裁法律制度发展的历程、理念与方向》，载《国际法研究》2019 年第 6 期，第 107 页。

22 See Kun Fan, Adaptations and Paradigm Shift: Recent Developments of Commercial Dispute Resolution Mechanism in China, McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 7, No. 1, 2020, p. 5.

23 《意见》指出，坚持纠纷解决方式多元化原则……积极培育并完善诉讼、仲裁、调解有机衔接的争端解决服务保障机制。最高人民法院设立国际商事法庭，牵头组建国际商事专家委员会，支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制。

（一）良性竞争关系应被突出

首先，从国际商事法庭在国际商事争议解决机制中发挥的作用来看，诉讼与仲裁之间的竞争关系无需被弱化。我国国际商事法庭是我国用以提升司法竞争力、打造国际商事争议优选地的先行平台。²⁴在国际范围内看来，国际商事法庭的兴起是基于国际仲裁原有的优势随着时间的推移在一定程度上演变为局限性，²⁵由此也引发了对于国际商事法庭与国际仲裁关系的诸多讨论。²⁶从根本上看，在国际商事法庭进行的程序属于诉讼，因此，这种讨论毋宁说是关于优化后的国际商事诉讼与国际仲裁的关系。多数观点一再重申和强调，国际商事法庭与国际仲裁并不构成竞争关系，而是合作关系，²⁷惟恐竞争关系的定位会损及国际商事法庭与国际仲裁的和谐共存。笔者认为，这种观点无益于国际商事争议解决机制的革新。引入国际商事法庭的根本目的在于优化一国国际商事争议解决机制，这种优化的最佳实现路径是国际商事诉讼与以仲裁为代表的诉外纠纷解决方式共同得到提升与发展。上述核心目标的践行并不容易。一方面，绝大多数国际商事法庭尚在运行初期，制度实效仍有待实践检验，尤其是我国国际商事法庭，在短时间内建成并运行导致制度创新十分有限。²⁸另一方面，国际仲裁陷入危机，招致了来自多方的质疑与批评。²⁹在此情况下，一味强调二者之间并非竞争而为合作、互补关系仅能缓和仲裁与诉讼之间的矛盾，但对于激发诉讼与仲裁携手并进的动机并无裨益。笔者认为，化解仲裁与诉讼之间的矛盾依托理念并不足够，重点在于制度的灵活衔接与转化。进一步说，这种调和是多元化纠纷解决机制承担的工作。若立足于两种争议解决方式的蓬勃发展，良性竞争的形成方能取得更佳的效果。况且，从客观情况出发，如前文所述，当事人进行纠纷解决之前对不同纠纷解决方式的比较势必会发生，因此仲裁与诉讼仅互补而无竞争的情况趋于理想化，甚至可以说是一种悖论。³⁰

（二）融合与衔接应持续深化

其次，融合与衔接是仲裁与诉讼现代化关系的重要组成部分，多元化纠纷解

24 参见孙航：《迈向国际商事争端解决舞台中心——最高人民法院国际商事法庭成立一周年回顾》，最高人民法院官网，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-167642.html>，2022年5月23日访问。

25 See Vivian Ramsey, *The Challenges to International Arbitration*, *Asian Dispute Review*, 2017, p. 54-55.

26 参见苏伟康：《竞争或协作——论国际商事法庭与国际仲裁的关系定位》，载广州仲裁委员会主办：《仲裁研究》（第四十九辑），法律出版社2021年版，第13页。

27 See Johannes Landbrecht, *The Singapore International Commercial Court (SICC) - an Alternative to International Arbitration?*, *ASA Bulletin*, Vol. 34, No. 1, 2016, p. 124; See Zhengxin Huo & Man Yip, *Comparing the International Commercial Courts of China with the Singapore International Commercial Court*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, No. 4, 2019, p. 910.

28 2018年1月，中央全面深化改革领导小组会议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》提出“最高人民法院设立国际商事法庭”，2018年6月，最高人民法院第一国际商事法庭、第二国际商事法庭分别在深圳和西安揭牌。

29 See S. I. Strong, *Truth in a Post-Truth Society: How Sticky Defaults, Status Quo Bias, and the Sovereign Prerogative Influence the Perceived Legitimacy of International Arbitration*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2018, No. 2, 2018, p. 564.

30 参见王彦志、范冰冰：《意思自治原则在国际商事法庭中的运用》，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2022年第1期，第122页。

决机制是这种关系的主要载体。我国国际商事争议多元化解决机制的创新有赖于全国法院多元化纠纷解决机制改革的优良成效,³¹这也注定了我国的多元化纠纷解决机制富有鲜明的中国特色与本土经验。多元化纠纷解决机制与国际上通常所说的替代性争议解决(alternative dispute resolution)颇为近似。对于替代性争议解决与仲裁之间的关系,各国存在不同做法,有国家将仲裁纳入替代性争议解决机制,亦有国家认为替代性争议解决仅指除诉讼和仲裁之外的其他争议解决方式,这一问题在我国学界和实务界也曾出现分歧。³²从我国多元化纠纷解决机制自世纪之交被提出后的发展脉络可知,多元化纠纷解决机制的外延已逐渐扩展,从单纯的调解转变为诉讼、调解、仲裁均被纳入其中。³³笔者认为,从这一角度而言,我国现行多元化纠纷解决机制与替代性争议解决机制已出现微妙的区别,后者与我国视阈下的非诉纠纷解决机制更加趋于一致。

相比于各种争议解决方式的独立发展与完善,多元化纠纷解决机制更强调合作共赢,这种理念在我国国际商事法庭对于多元化纠纷解决机制的运用中有着明确体现。我国国际商事法庭最突出的创新点就是通过“一站式”纠纷解决平台将仲裁与诉讼、调解进行深度融合。这种融合不仅是指国际商事法庭的诉讼程序吸纳了仲裁、调解的表征,更关键的意义体现在将三种本为相互独立的争议解决方式置于同一机制下自由转换。³⁴为此,指定的仲裁机构将被作为对接机构纳入进来,³⁵未来甚至将有境外仲裁机构被纳入。³⁶“一站式”多元化纠纷解决平台是首次把真正把诉讼、仲裁、调解有机融合到一个协调统一机制的纠纷“融解决”方案。然而,对于该平台的精细化设计仍然较为匮乏,最显著的问题便在于不同的纠纷解决方式之间如何实现无缝对接、顺畅合作。³⁷笔者认为,对此发挥最大作用的是司法机关,而非当事人。司法机关在这一对接、转化机制中要在当事人之间、机构之间进行充分沟通、准确判断与灵活协调,其此时的职能兼具服务性与保障性。这种职能得以充分履行的前提是司法机关对于不同争议解决方式秉持同等的态度,在进行融合或衔接时惟一的操作标准即在于争议解决方式与特定纠纷之间的适配性,既不存在对于某种争议解决方式的惯性偏好,也不受制于争议解决方式

31 参见黄家贝:《我国国际商事争端多元解决机制:创新、影响与展望》,载《商事仲裁与调解》2021年第4期,第123页。

32 See Gu Weixia, Arbitration in Comparative Perspective, in Maria F. Moscati et al. (eds), Comparative Dispute Resolution, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 311-312.

33 参见郑重:《构建我国多元化纠纷解决机制的三个向度》,《人民法院报》2019年7月26日,第005版。

34 See Wenhua Shan & Yunya Feng, The China International Commercial Court: towards an integrated dispute resolution system, Asia Pacific Law Review, Vol. 29, No. 1, 2021, p. 115.

35 首批被纳入的五家仲裁机构包括中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、北京仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会以及深圳国际仲裁院。第二批被纳入的仲裁机构包括广州仲裁委员会、上海仲裁委员会、厦门仲裁委员会、海南国际仲裁院(海南仲裁委员会)以及香港国际仲裁中心。

36 参见王淑梅:《加强国际商事纠纷多元化解决机制建设 促进中新经贸合作 推动全球治理变革》,在第二届中国-新加坡国际商事争议解决论坛上的致辞。

37 参见单文华:《“融解决”:国际商事争端解决的中国方案》,最高人民法院国际商事法庭官网, <https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/1117.html>, 2025年3月7日访问。

转换的可操作性。如此一来，多元化纠纷解决机制方可取得预期效果。

由我国国际商事争议解决机制的发展取向与发展成果可知，对仲裁与诉讼之间的现代化关系既要从各自发展的角度加以考虑，也要以争议解决机制整体做统一化考量，从这两种不同的维度出发有着不同的侧重点，但二者间并无矛盾或冲突，而是共同助力我国国际商事争议解决机制的优化。

三、国际商事纠纷解决中仲裁与诉讼关系的现实应用

（一）对涉外“或裁或审”协议的处理

涉外“或裁或审”协议的核心争点在于确定当事人选择的究竟是何种解纷方式。毫无疑问，探寻当事人的主观真意是第一要务，但在这种意图确实模棱两可时，一些解释技术的运用是必要的。在《仲裁法解释》第7条存续、《仲裁法（修订草案）》亦未对“或裁或审”协议作出安排的情况下，对于涉外“或裁或审”协议的处理应当以仲裁与诉讼的现代化关系为指引。

首先，基于仲裁与诉讼在现代化关系视域下应当具备的同等地位，应严格把控涉外“或裁或审”协议的认定标准，准确判断选择仲裁与诉讼的意思表示是否并存，通过限缩《仲裁法解释》第7条的适用避免仲裁约定沦为无效。第一，应当将准确识别在仲裁与诉讼之间设定了先后顺位的争议解决协议，将其排除在“或裁或审”协议之外。近年间最具影响力的相关案件是2021年《最高人民法院公报》中收录的“BY.O 诉豫商集团有限公司服务合同纠纷案”。³⁸该案中，法院将当事人约定争议首先适用仲裁方式、然后适用诉讼方式的协议认定为“先裁后审”协议，认为先仲裁条款有效，后诉讼条款无效。这也成为全国首例支持涉外“先裁后审”协议中仲裁条款有效的案例。该案中的做法应当被固定下来。第二，“如有仲裁……”“可以仲裁”这类带有非强制意味的争议解决约定也应被排除在“或裁或审”协议之外。在“阳春海运与九洲船务管辖权异议纠纷上诉案”中，双方约定“如有仲裁，在香港且适用英国法”。法院认为，该条款不代表当事人选择仲裁作为唯一的纠纷解决方式，现当事人既已选择诉讼，原审法院便对纠纷享有管辖权。³⁹然而，在“陈仁忠与谢晓琴等申请确认仲裁协议效力案”中，对于类似情形则有不同判定。案涉合同约定“可选择向深圳仲裁委员会申请仲裁”，深圳市中级人民法院认为，“可”意味着任何一方均可以提起仲裁，而不代表既可提起仲裁也可提起诉讼，不属于《仲裁法解释》第7条中的情形，是合法有效的仲裁条款。在这两起案件中，后者的认定更能够体现仲裁与诉讼的现代化关系，同时也更接近对当事人真实意愿的合理解释。在当事人指明仲裁但未提及诉讼的情况下，仅仅通过措辞的灵活性推断出诉讼与仲裁的并存关系显然欠缺充分性，甚至有冒进风险。

38 上海市浦东新区人民法院民事裁定书，（2020）沪0115民初34710号；上海市第一中级人民法院民事裁定书，（2020）沪01民辖终780号。

39 福建省高级人民法院民事裁定书，（2010）闽民终字第683号。

其次，删去《仲裁法解释》第7条方为长久之策。若要从实质意义上实现仲裁与诉讼的良性竞争与融合衔接，相对于支持仲裁的众多举措，将制度限制予以放宽或者取消能够发挥更为直接的积极作用。原因在于，对于仲裁的鼓励和扶持系通过外部力量促进仲裁领域的内部完善，根本目的是使得仲裁对更多的商事主体产生吸引力，但这种吸引是否能够实现是不可控的。但对于约定了“或裁或审”协议的当事人，其选择仲裁的内心意愿已经体现出来，即使这种意思表示还具有不确定性，但足以说明当事人主观上将仲裁与诉讼置于同等地位之下。因此，相对于无法预测是否会通过仲裁解决争议的商事主体，订立了“或裁或审”协议的商事主体最终适用仲裁的机会更为可观，前提是仲裁和诉讼在协议中得到平等的对待。综上，《仲裁法解释》第7条断然否定了仲裁约定的效力，使得原本可能适用仲裁的当事人所进行的仲裁约定无端落空，将对仲裁与诉讼的协同发展造成阻碍。

（二）对“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台的细化

作为我国国际商事法庭的标识性制度设计，“一站式”国际商事纠纷多元化解决平台受到潜在用户的广泛关注，最高人民法院也对此高度重视、着力推进。目前，“一站式”纠纷解决平台最突出的问题在于欠缺细化的制度设计，使得该平台的应有功能未得到充分发挥。基于仲裁与诉讼的现代化关系，仲裁与诉讼在该平台下的融合衔接将具有更强的可操作性。

目前被纳入“一站式”纠纷解决平台的仲裁相关环节仅有申请仲裁前或仲裁程序开始后申请保全，以及申请撤销或执行仲裁裁决。⁴⁰不同于调解程序的兼容性，诉讼与仲裁在本质上是互斥的两种争议解决方式，因此，在构建“一站式”纠纷解决平台时，国际商事法庭对仲裁所提供的主要是一种司法支持，但笔者认为，这种支持可以基于“仲裁友好”这一理念得到进一步扩展。除了法院在传统意义上对仲裁裁决进行的监督与支持之外，国际商事法庭应当在具体问题的处理中也注意贯彻“仲裁友好”理念，为我国仲裁领域的发展提供助推力。例如，对于争议解决中常见的多层次争议解决条款，应该谨慎判断此类条款中关于仲裁约定的效力，而非轻易进行否定仲裁约定的有效性。至于在此种情况下，若仲裁约定的效力被认可，且约定仲裁机构恰好落入“一站式”纠纷解决平台指定的机构范围内时，将会引发另外一个问题：该平台是否可以径行将案件信息转交该仲裁机构，由仲裁机构直接开展仲裁？此处便关系到国际商事法庭于“一站式”纠纷解决平台的根本属性，如果仅将国际商事法庭视作人民法院，那么根据《民事诉讼法》第127条第2款，在双方达成书面仲裁协议时，法院应当告知原告向仲裁机构申请仲裁，自身并不具有直接将案件移交仲裁机构的权力。然而，若将国际商事法庭视为“一站式”纠纷解决平台的管理者及运行者，统筹不同解决方式的衔接便是国际

40 《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第14条。

商事法庭的职责所在，因此将裁定仲裁协议有效的案件交由其统筹范围内的仲裁机构似乎并无不妥之处。对此，笔者赞同后一种路径，即肯定国际商事法庭作为平台统筹者的地位，这样既能够提高纠纷解决的效率，为当事人提供更大程度的便利，又能够切实发挥平台的衔接功能，将原本难以进行深度融合的仲裁赋予更紧密的联系，实现该平台的核心价值。与此同时，这就对“一站式”纠纷解决平台的信息共享提出了要求，需要保证不同的争议解决机构之间可顺畅进行案件相关信息的传递，⁴¹而不需要当事人反复多次提交材料。

41 See Wenhua Shan & Yunya Feng, *The China International Commercial Court: towards an integrated dispute resolution system*, 29 (1) Asia Pacific Law Review 107, 124 (2021).

国际商事诉讼服务化趋势下地方国际商事法庭建设路径

鲍墨尔根*

摘要：当前，一些国际商事法庭通过诉讼程序变革突破司法被动性，以加强国际竞争力，呈现出司法权服务化趋势。这种趋势可能在法院竞争力、贸易投资环境等方面给我国带来影响。我国地方国际商事法庭具有国家驱动、保守等特点，以及服务“一带一路”、打造区域跨国解纷中心等发展需求，在服务化趋势下有案件量、域外法查明、判决执行等方面的不足。对此，可结合国际实践和我国诉讼制度，探索地方国际商事法庭建设路径。从短期来看，可采取多渠道涉外合作、调解与仲裁结合、完善专家库等措施；从长远来看，应在涉外民事诉讼制度供给、判决与仲裁等方面做出改革，以适应国际商事诉讼需要。

关键词：地方国际商事法庭；国际商事争端；司法权服务化；

国际商事法庭是一种在跨国经贸纠纷频发背景下发展起来的新型国际商事纠纷解决机构。近年来，新加坡、阿联酋、阿曼、哈萨克斯坦等国为国家经济战略目的设立了国际商事法庭。2018年，中国最高人民法院设立国际商事法庭，2020年以来，江苏、北京、吉林等地陆续在地方法院设立了国际商事法庭。目前，已形成由最高人民法院第一、第二国际商事法庭和15家地方国际商事法庭组成的国际商事审判工作格局，对于推进“一带一路”建设有重要意义。地方国际商事法庭为我国国际商事法庭建设提供了基层支撑，其制度设置值得重视。

在近年来设立的新兴国际商事法庭的制度设计中，出现了一种司法权力服务化的趋势，法庭突破了传统的法院角色，主动寻求吸引案件。这种趋势有何具体特点和产生原因？对我国国际商事法庭的发展有何影响？在此背景下，我国地方国际商事法庭的发展应做出怎样的回应？这些问题都有待探讨。

一、国际商事诉讼服务化趋势及影响

考察现有国际商事法庭的制度设计，特别是新加坡、阿联酋、卡塔尔等国新设立的国际商事法庭的制度设计，能够揭示现有国际商事诉讼具有的司法权力服务化趋势，这种趋势可能给我国国际商事法庭建设带来一定影响。

（一）国际商事法庭服务化趋势

现有关于国际商事法庭的研究涉及了其他国家的国际商事法庭发展，何其生、蔡伟、朱伟东、顾维遐等学者关注了国外商事法庭的起源、近期发展、代表性例子，根据法庭设立动机将法庭分为“成熟法域”的国际商事法庭、“新兴法域”的国

* 鲍墨尔根（1993-），男，法学博士，长春理工大学法学院讲师。E-mail: mergen@cust.edu.cn、联系电话:18844191038。

际商事法庭、具有地缘政治和经济动机的国际商事法庭¹，总结了国外代表性法庭扩大管辖、任用外籍法官、允许外国律师代理、程序灵活等特点²，并基于这些特点提出了其对于中国国际商事法庭发展的影响和借鉴价值³。

通过考察现有国际商事法庭的制度设计，特别是新加坡、卡塔尔、阿联酋等国新设立的国际商事法庭的制度设计，可以发现，国际商事诉讼领域出现了一种司法权力服务化的趋势，即法院在国际商事诉讼中突破了司法被动性，主动寻求对案件的吸引，展现出一种类似法律服务的特点。司法权的被动性指法院只能在当事人申请时进行裁判，而不能主动介入社会纠纷，而服务化趋势下的司法权力不再限于被动介入国际商事纠纷的解决，而主动寻求吸引国际商事纠纷通过司法途径解决。这种趋势的表现包括管辖范围扩大、任用外籍法官、可协议选择程序规则、判决与仲裁联动等，体现出法庭对传统法院角色的突破，并且已经隐性突破了司法权被动性的原则。

第一，法庭管辖范围扩大，增加潜在案源。一些近年来新设立的国际商事法庭通常接受协议管辖，并且不对案件与法院地的实际联系做要求。例如新加坡国际商事法庭接受案件当事人协议选择其管辖，并且不要求案件与新加坡有实际联系⁴，巴黎商事法院国际庭不要求案件与法国有实际联系⁵。这种管辖制度设置能够扩大法庭的受案范围，为商事纠纷当事人因认可法庭的纠纷解决能力而选择相关法庭的管辖提供了前提条件，有助于增强法庭的吸引力和竞争力。

第二，诉讼程序更加灵活，为当事人提供便利。近年来新设立的国际商事法庭采用了一些灵活的诉讼程序设置来加强法庭纠纷解决的效率、合理性。例如，新加坡国际商事法庭和迪拜国际金融中心法院允许任用外籍法官，允许在该法院登记注册的外国律师代理案件；新加坡国际商事法庭允许当事人协议选择程序规则。这些诉讼制度变革有助于法庭更合理、迅速地解决商事纠纷，让案件当事人以更高的效率、更低的成本参与诉讼，最终加强法庭解决国际商事纠纷的能力。

第三，通过多种手段加强判决的可执行性，让纠纷解决更有效。迪拜国际金融中心法院在实践指南中提出了一种加强判决可执行性的手段，即由当事人在争议解决条款中约定，当法院判决执行中产生争议时，当事人可将迪拜国际金融中心法院的判决提交仲裁机构仲裁⁶，由仲裁机构做出仲裁裁决，使法院判决在一

¹ 顾维遐：《全球国际商事法庭的兴起与生态》，《南大法学》2022年第6期

² 何其生课题组：《当代国际商事法院的发展——兼与中国国际商事法庭比较》，《经贸法律评论》2019年第2期。

³ 蔡伟：《国际商事法庭：制度比较、规则冲突与构建路径》，《环球法律评论》2018年第5期。

⁴ Singapore International Commercial Court Rules 2021, O. 2, r. 1, <https://sso.agc.gov.sg/SL/SCJA1969-S924-2021?DocDate=20211202>.

⁵ Protocol relating to procedural rules applicable to the International Chamber of the Paris Commercial Court, Art 1, https://www.greffe-tae-nancy.fr/uploads/paris/judiciaire/FOND_REFERES/pdf/protocole_barreau_de_paris_-_tribunal_de_commerce_de_paris_version_anglaise.pdf.

⁶ Amended DIFC Courts Practice Direction No. 2 of 2015 – Referral of Judgment Payment Disputes to Arbitration.

定意义上经过转化为仲裁裁决，从而借助《纽约公约》让纠纷解决结果更容易得到执行。这有助于提高司法解决国际商事纠纷的效率，加强法庭的竞争力和吸引力。

国际商事诉讼服务化趋势的起因在于，有关国家希望满足跨境商事纠纷对争端解决的需求，以抢占法律服务市场从而寻求新的经济增长点，如新加坡国际商事法庭，或完善司法制度以吸引投资促进经济发展，如迪拜国际金融中心法院、卡塔尔国际法院与争议解决中心等。

（二）对我国的影响

国际商事诉讼服务化趋势体现了有关国家对提升商事纠纷解决吸引力、以及通过完善司法制度促进贸易投资吸引力的目的。这种趋势可能在司法、给我国国际商事法庭建设带来一定影响，分析相关影响，可以为我国国际商事法庭建设的方向选择提供帮助。

一方面，这种趋势可能在一带一路纠纷解决领域影响我国法院的国际竞争力。

体现了国际商事诉讼服务化趋势的国际商事法庭，如新加坡、卡塔尔等地的国际商事法庭，其诉讼程序更灵活、结案效率更高、纠纷解决结果更利于执行，法庭也希望吸引商事纠纷当事人来解决纠纷，在主客观上都有利于推进纠纷解决吸引力的提升。同时，这些法庭多位于“一带一路”沿线国家，与这些国家、区域相关联的跨国商事纠纷很可能与“一带一路”相关，“一带一路”相关商事纠纷在这些法庭解决也有地域上的便利性。在此背景下，这些法庭可能会吸引“一带一路”相关商事纠纷的当事人，让当事人选择在我国法院解决纠纷的意愿减弱，影响我国法院的国际竞争力，进而影响我国法院为“一带一路”相关建设提供司法保障的能力。

另一方面，这种趋势可能会改变高水平贸易和投资自由化对司法环境的要求，给我国法院带来接轨压力。

司法环境是贸易和投资自由化水平的评判指标之一，而商事纠纷通过司法途径解决的效率、有效性和公正性是司法环境的重要组成部分之一。在国际商事诉讼服务化趋势下，一些国家将具有服务化趋势的国际商事法庭建设视为提升贸易和投资吸引力的措施之一，通过完善对纠纷解决的保障来推进贸易和投资自由化建设。换言之，国际商事法庭的发展让该区域内跨国商事纠纷解决的制度更能满足当事人的需要，从商事纠纷解决角度优化了该区域的司法环境，进而有利于其跨国贸易和投资的发展。社会环境的发展与人们对其的评价是相互影响的。那么，随着国际商事诉讼服务化趋势的发展，国际社会在追求高水平贸易和投资自由化时，可能会将此类服务化的国际商事法庭视为司法环境的重要评判指标之一。这会给我国的贸易和投资自由化发展带来新的要求，进而给我国法院带来与国际接轨的压力。

综上所述,国际商事诉讼的服务化趋势不仅仅会在国际商事法庭的发展方向 and 竞争力方面对我国产生影响,长远来看,还可能影响国际社会对贸易自由化和投资自由化所需的司法环境的认知,进而给我国带来贸易和投资制度环境与国际接轨的压力。这些影响给我国国际商事法庭的发展带来了挑战,需要得到重视,我国国际商事法庭的进一步建设也应当回应这些影响和挑战。

二、地方国际商事法庭建设的需求和不足

(一) 地方国际商事法庭建设的特点和需求

地方国际商事法庭指的是由最高人民法院同意,由地方人民法院设立的在国内的国际商事法庭发展领域,沈伟、丁凤玲等学者关注了中国设立国际商事法庭的必要性,即能够为一带一路倡议下中国企业的投资、贸易提供法律保障⁷;朱伟东等学者总结了国内相关法庭具有政策驱动、保守型、非牟利等特点⁸。黄进、吴永辉、殷敏等学者探讨了最高法下设的国际商事法庭建设的路径,提出了采用宽松管辖权制度、扩大法官选任范围、丰富审理程序、积极参与执行公约等建议⁹。目前缺乏关于地方法院设立的国际商事法庭发展路径的研究,有必要结合地方法院实际情况,对以提升国际竞争力为目标的地方国际商事法庭发展路径进行探索。

从制度设置角度出发,可以发现中国国际商事法庭属于国家驱动型法庭,直接服务于“一带一路”争端解决的需求,法庭在管辖、专家委员会、“一站式”纠纷解决平台、诉讼证据、域外法查明等方面有机制创新。第一,法庭的案件管辖制度不再要求争议必须与我国有实际联系,法庭可受理当事人协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币3亿元以上的第一审国际商事案件。第二,法庭在外国法的查明和案件调解中引入最高人民法院国际商事法庭专家委员会,有助于专家委员会充分发挥作用。第三,国际商事法庭在证据领域充分利用了信息化社会发展成果,调查收集证据以及组织质证可以采用视听传输技术及其他信息网络方式。第四,国际商事法庭与符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台,形成“一站式”国际商事纠纷解决机制。

在此基础上,需进一步归纳地方国际商事法庭在制度等方面的特点。我国现有的地方国际商事法庭在管辖范围、域外法查明与适用、多元解纷等方面具有自身特点。第一,我国目前已设立的地方国际商事法庭多为各地区主要城市的中级人民法院的下设机构。如长春国际商事法庭由长春市中级人民法院设立,上海国际商事法庭由上海市第一中级人民法院设立,且全国各大区主要城市多数已设立国际商事法庭。第二,国内已设立的地方国际商事法庭在管辖的跨地域、涉外、

⁷ 丁凤玲:《‘一带一路’建设中创设中国国际商事法庭的理论探索》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2018年第5期。

⁸ 朱伟东:《国际商事法庭:基于域外经验与本土发展的思考》,《河北法学》2019年第10期。

⁹ 黄进、刘静坤、刘天舒:《中国国际商事法庭制度改革探析》,《武大国际法评论》2020年第6期。殷敏:《‘一带一路’实践下中国国际商事法庭面临的挑战及应对》,《国际商务研究》2022年第4期。

限制标的额及限制案件类型等多方面具备特点。例如，长春国际商事法庭受理包括吉林省内除吉林市、延边朝鲜族自治州外，诉讼标的额不满 50 亿元的第一审涉外民商事案件，以及上述管辖域内一方当事人为外商独资企业的商事案件、信用证纠纷、保函纠纷案件、申请撤销仲裁裁决案件、确认仲裁协议效力案件、申请承认和执行外国法院民商事判决、裁定等。在长春国际商事法庭的例子中，该法庭作为长春市中级人民法院的一部分，原本其民事诉讼管辖范围在地域、标的额等方面应与中级人民法院保持一致，但该法庭的管辖范围在地域、标的额、案件类型方面突破了中级人民法院的管辖范围。第二，地方国际商事法庭多数通过设立专家委员会来帮助解决域外法查明与适用、调解等问题。目前，多数地方国际商事法庭设立了专家委员会，专家委员会的组成通常具备一定的地域特色，但尚不能全面适应各地在国际商事纠纷领域的特点，如纠纷类型、当事方国家等。第三，地方国际商事法庭有一站式多元解纷机制相配套，体现了最高人民法院推行的“多元化纠纷解决机制”司法改革理念。例如，北京市第四中级人民法院建立国际商事纠纷一站式多元解纷中心，引导当事人选择适宜的途径解决国际商事争端，推动此类纠纷公正高效的实质化解。这种制度设置形成了国际商事争端“融解决”体系，展示了中国司法的创新能力和体制优势¹⁰。

地方国际商事法庭的未来建设与发展有特定的需求，可以基于地方国际商事法庭的设立目的和地区具备的优势对其加以分析。

第一，从整体上看，地方国际商事法庭的设立有服务国内国际两个市场、为地方参与共建“一带一路”提供法治保障、打造地区性的国际商事纠纷解决优选地等目的，这决定了地方国际商事法庭在整体制度方面的建设需求。一是法庭的制度建设需要加强对纠纷当事人的吸引力、加强纠纷解决的合理性、纠纷解决的效率，涉及管辖范围的灵活性、诉讼程序的灵活性、法官及专家的能力和知识背景、纠纷解决结果的可操作性等方面的建设。二是地方国际商事法庭应与最高法的国际商事法庭在定位、功能上有所区分，体现出“地区”性。地方国际商事法庭应有自己的定位，其制度既应能够为所在地区提供关于商事交往的司法保障，又应当能够支撑最高法国际商事法庭所需的前置工作。

第二，建立国际商事法庭的地区具有各自的区位特点、发展特点以及定位，与法庭的重点发展方向有密切联系。一方面，这些地区特点既在一定程度上决定地方国际商事法庭能受到的支持，包括当地对法庭的发展提供的案件来源、配套制度、配套设施、人员等方面的支持，另一方面，地区特点还能够决定法庭作为商事纠纷解决途径乃至司法环境的组成部分，应为当地重点解决哪些领域的问题。地区特点与法庭的这两方面关联，决定了法庭的建设既要重点关注相应地区的商

¹⁰ 单文华、冯韵雅：《国际商事争端“融解决”体系的探索与完善》，《西安交通大学学报(社会科学版)》网络首发论文，网络首发日期：2025-03-24。

事纠纷解决需求有何特点，又要发挥当地的优势以加强法庭的竞争力。

由此可见，地方国际商事法庭建设有充分发挥地区优势、加强争端解决能力、提升国际竞争力的需求，为中外投资者提供有力的权利救济渠道，服务地方参与共建“一带一路”，优化营商环境。

（二）地方国际商事法庭建设的不足

放眼全球，当前国际商事法庭的发展出现了服务化趋势，同时我国对国际商事法庭的建设还有服务“一带一路”、打造区域跨国解纷中心等需求，在此背景下，地方商事法庭的建设存在一定的不足。下面将结合实践展开分析，对地方国际商事法庭建设的不足予以归纳。

如上文所述，我国现有的地方国际商事法庭在管辖范围、域外法查明与适用、多元解纷等方面具有自身特点，这些特点及相关的制度设置与我国需求及国际趋势有一定的不相符之处。对此，可考察我国地方国际商事法庭的现状，通过分析地方国际商事法庭在运行中遇到的各类问题，揭示法庭建设成果在现有发展目标下的不足，为明确目前法庭各项制度的发展空间提供基础。

首先，现有的地方国际商事法庭存在制度不适应国际商事纠纷的问题。地方国际商事法庭的多元解纷机制的设置和运行由各省高级人民法院决定，通常与该省法院系统一般的多元解纷机制保持一致，缺少针对国际商事纠纷特点的特殊设计。例如，根据四川省高级人民法院的多元争端解决机制，为避免调解环节过长进而挤压当事人的诉权，倡导在立案后直接由法官组织调解，而不再先行委托调解员或调解组织进行调解。这一做法也体现在成都国际商事法庭的运行模式中，该法庭制定的《成都国际商事法庭涉外民商事案件诉讼指南(试行)》第8条也明确载明“登记立案后,由本法庭人员进行调解”。¹¹在成都国际商事法庭的例子中，进行调解的是法官而非专家委员会的专家，他们面对复杂、专业的跨国商事纠纷会，调解的思路、效果与专家调解有一定差距，这既不同于最高人民法院国际商事法庭推动专家委员会参与调解的作法，也与专业化、灵活化的国际商事纠纷解决发展趋势有所不同，总之地方国际商事法庭的多元解纷机制缺少针对国际商事纠纷的特殊设计。除多元解纷机制外，涉外民事诉讼审限、等制度也不适应国际商事纠纷。

其次，地方国际商事法庭争端解决结果的执行存在问题。判决在国外的执行问题是显而易见的，除此之外，各地法院重视调解结案的做法，也与争端解决结果的执行存在不协调之处。目前，各地人民法院坚持调解优先，对起诉至人民法院的民事纠纷，适宜调解的可以通过各种机制，促进和支持先行调解。这种做法坚持和发展了新时代“枫桥经验”，是司法积极融入共建共治共享的社会治理大格局的体现，对于实质性化解矛盾纠纷有重要意义。在涉外民事诉讼领域，各地地

¹¹ 孔庆江：《地方国际商事法庭制度设计：挑战与前景》，《现代法学》2024年第6期，第184页。

方国际商事法庭也贯彻了这种理念，对争端予以调解。这在提高争端解决效率的同时，也带来了一个争端解决结果可操作性的问题，即调解书在国外通常无法得到执行，可能导致来之不易的调解结果无法得到实现的后果。该问题的存在并非意味着地方国际商事法庭应减少调解，而是表明国际商事争端解决中的调解书可执行性问题需要得到解决。

最后，受法院权限及司法资源影响，地方国际商事法庭在涉及语言、文字的多个方面有所不足。目前，涉外民事诉讼在质证、文书翻译、庭审交流等方面都涉及多种语言文字转化的问题。当案件所涉及的语言是所谓“小语种”时，翻译问题就常常给诉讼造成很大困难。笔者曾与长春国际商事法庭法官沟通，了解到在涉日、涉韩诉讼中，法官与当事人的沟通较为困难，同时，虽然长春市并不缺乏涉日、涉韩法学专家，理论上能够为法庭提供语言方面的帮助，但由于相关专家在制度上与法庭不存在关联，其对诉讼的参与存在风险。这种关于语言文字的问题，需要制度化的解决方式。

综上所述，目前地方国际商事法庭在运行中遇到制度不适应国际商事争端案件数量少、域外法查明与适用困难、调解书在域外发挥作用不理想等问题。在服务地方参与共建“一带一路”、为地方发展提供司法保障的目标下，以上问题体现出地方国际商事法庭建设在诉讼程序、多元解纷机制、外部合作等方面有发展空间。

三、地方国际商事法庭的建设路径

探讨地方国际商事法庭的建设路径，一方面可以借鉴国际商事法庭发展的国际实践经验，另一方面还要考虑我国诉讼制度及司法权限给地方国际商事法庭制度发展划定的界线。从短期来看，可采取多渠道涉外合作、调解与仲裁结合、完善专家库等措施；从长远来看，应在涉外民事诉讼制度供给、判决与仲裁等方面做出改革，以适应国际商事诉讼需要。

（一）地方国际商事法庭的发展思路探索

针对地方国际商事法庭在当前背景下的不足，应以满足法庭的未来发展需求为目标，探索法庭进一步发展的思路。可以梳理新加坡、阿联酋、卡塔尔等国的国际商事法庭建设情况，分析相关法庭的制度设置在诉前、诉中、诉后三个阶段的优势，发掘各类制度与法庭竞争力的具体联系，提炼出国际实践对地方国际商事法庭建设的借鉴价值。

在诉前阶段，相关国际商事法庭通过扩大管辖范围、法官专业化和任用外籍法官，以及允许协议选择程序规则等创新，增强法庭对商事纠纷当事方的吸引力。这种管辖制度设置能够扩大法庭的受案范围，为商事纠纷当事人因认可法庭的纠纷解决能力而选择相关法庭的管辖提供了前提条件，有助于增强法庭的吸引力和竞争力。

在诉中阶段，相关法庭利用在案件是否公开审理、采取何种证据规则以及是否放弃上诉权等程序规定上，均赋予当事人极大的自主权，提升争端解决效率。这些诉讼制度变革有助于法庭更合理、迅速地解决商事纠纷，让案件当事人以更高的效率、更低的成本参与诉讼，最终加强法庭解决国际商事纠纷的能力。

在诉后阶段，相关法庭充分利用有关判决承认与执行的公约及互惠，并尝试判决转换为仲裁裁决，加强判决流通性。这使得法庭的争端解决结果更有实际意义，有助于提高司法解决国际商事纠纷的效率，加强法庭的竞争力和吸引力。

可见，在诉前阶段，需重视管辖范围和法庭的专业性建设，在诉中阶段，应注重纠纷解决的效率，在诉后阶段，应注重争端解决结果的实际意义，这些经验能够为未来的地方法庭建设实践提供参考。

在探讨地方国际商事法庭发展时，一个必须考虑的问题是我国的司法制度给国际商事法庭制度发展带来了哪些界限。对此，梳理民事诉讼制度、地方司法权限，总结在现有法治体系下，地方国际商事法庭制度发展不能突破的界限，进而探讨可行的完善办法。第一，外籍法官与宪法相悖；第二，判决与仲裁裁决不能转化；第三，诉讼程序不能选择。这些制度限制了借鉴国际实践经验的范围，带来了转化相关经验的要求。

（二）地方国际商事法庭的具体完善措施

以符合我国司法制度规定要求为基调，通过参考国内外国际商事法庭成功经验，形成对地方国际商事法庭发展路径的设计，通过多渠道涉外合作、调解与仲裁结合、完善专家库等短期完善措施提升法庭竞争力和争端解决效率。

第一，诉前阶段。在现有诉讼制度下，地方国际商事法庭虽不能像新加坡等地的国际商事法院一样吸引无实际联系的商事纠纷，但可以采取手段让有实际联系的纠纷当事人信任。一些地方国际商事法庭目前虽聘任了国际商事专家，但尚未建立起较为完整的专家库，可参考最高人民法院成立的国际商事专家委员会，进一步成立专家委员会，化解各类涉外商事纠纷，提升法庭的竞争力。

第二，诉中阶段。针对域外法查明与适用等问题，限于我国诉讼制度规定，法庭不能任用外籍法官，但可以通过其他方式展开合作。可针对需查明较多的域外法，通过政府、高校等层面的交流，与相关国家当地法院建立长期的交流合作，相互提供帮助，破解域外法查明与适用等难题。

第三，诉后阶段。若要发挥法庭解决纠纷的实际作用，不仅需判决得到广泛的承认与执行，调解书的效力也需得到保障。对此，可以创新调解制度，由法庭与相关仲裁委员会合作，将国际商事专家库列入仲裁员库，在专家调解的同时开启仲裁程序，推进调解书与仲裁书相结合，加强其在海外的效力。

若要真正实现我国建设国际商事法庭的目标，需要对现有的民事诉讼制度有所突破，为国际商事诉讼设计合适的制度，这是地方国际商事法庭建设的长期愿

景。对此，需要从诉讼的全过程入手，改革民事诉讼制度，在诉前、诉中、诉后三方面为地方国际商事法庭设计完善措施。第一，在诉前阶段，应针对《民事诉讼法》第 277 条进行解释，明确地方国际商事法庭的受案范围；关于地方国际商事法庭的多元解纷机制，需适应国际商事纠纷特点，无需与一般民事诉讼保持一致，并在全中国范围内保持有一致性。第二，在诉中阶段，应在诉讼语言方面做出改革，适当实现使用外语进行庭审的目标。第三，在诉后，应探索地方国际商事法庭的判决与仲裁裁决的结合¹²。

四、结论

当前，世界范围内新兴国际商事法庭发展体现出司法权力服务化趋势，新加坡、阿联酋、卡塔尔等国的国际商事法庭在管辖、人员、诉讼程序等方面均有特点。相关法庭对传统法院角色和主权限制的突破，相关实践对民商事诉讼不告不理原则有了隐形突破。在此背景下，应引入地方视角，关注我国地方法院设立的国际商事法庭的发展路径。结合国家“一带一路”建设要求，在国家诉讼制度和地方司法机关权限双重约束的基础上，可通过多部门涉外合作、调解与仲裁结合、建立专家库等方式提升竞争力和争端解决效率，形成对地方国际商事法庭发展路径的设计。

¹² 高升、李珂珂：《国际商事法院判决转化为仲裁裁决的实现路径》，《河南财经政法大学学报》2021 年第 1 期，第 68 页。

跨境商事和解协议与国内商事调解协议的制度差异及其对司法确认的影响研究——以《新加坡调解公约》为视角

谢丹¹

摘要：本文以《新加坡调解公约》为参照，系统比较跨境商事和解协议与国内商事调解协议在确认、执行领域的制度差异，尽管经司法确认的和解协议被排除在公约适用范围之外，但二者在“拒绝承认/确认”规则上的相似性为国际国内制度衔接提供了规范基础。研究发现，在审查标准层面，公约与我国司法确认制度在“违反强制性规定”“损害公共利益”“调解员行为失范”等核心排除事由上高度契合，但公约通过区分当事人抗辩事由与执行地主管机关审查事由，重视意思自治与程序争议。我国基于司法监督逻辑，强调对调解协议的主动审查，重视风险防范。在制度衔接路径上，需要借鉴公约的当事人异议机制，优化国内司法确认程序，为跨境商事和解协议的确认与执行开辟通道。研究进一步提出，可依托自贸区实践探索跨境与国内调解协议效力互认的“双轨制”框架，在维护司法主权的前提下，渐进实现国内调解制度与国际商事调解规则的协同发展，为我国参与全球纠纷治理提供制度供给。

关键词：跨境商事和解协议；新加坡调解公约；司法确认制度

引言

发端于甘肃省定西法院系统的实践，²历经数次制度演进：2009年最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》（以下简称“诉讼与非诉讼衔接的意见”）初步确立程序框架；2011年《人民调解法》以立法形式明确人民调解协议的司法确认程序及其效力；2015年，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民诉法解释”）通过负面清单形式细化了司法确认制度中不予受理与不予确认的协议类型；2021年《民事诉讼法》（以下简称“民诉法”）修订后突破人民调解范畴，承认依法设立的其他调解机构达成的协议效力。

2020年9月12日，《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation,

¹ 华东政法大学国际法学院特聘副研究员

² 连继民、王健：《诉前司法确认之定西样本》，载《民主与法制》2009年第20期。

以下简称“新加坡调解公约”）正式生效，我国作为公约的首批签约国，还未建立国际商事和解协议的执行机制，这将制约中国商事调解的发展和商事调解组织的国际竞争力。现行调解协议执行机制在对接国际商事和解协议执行机制时仍面临三重跨境适配障碍，一是我国《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》仅提供了对《最高人民法院关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》承认的国际商事法庭主持下的国际商事和解协议的执行程序，对由境外调解组织主持达成的国际商事和解协议暂时缺乏相应的确认和执行程序。二是国内司法确认对协议的实质审查与国际形式审查趋势存在割裂，且司法确认程序的启动也过于严苛，如果将司法确认的实质审查引入对国际商事和解协议的审查中，可能引发执行冲突。三是我国司法确认需当事人共同申请，排除了被执行人单方异议的可能性，而公约执行程序允许被执行人依三类抗辩事由单方启动救济审查，有必要考虑借鉴当事人异议机制，以便与国际执行标准衔接。

一、跨境商事和解协议与国内商事调解协议的法律定位与差异

1. 法律定义与适用背景

目前我国暂未出台专门针对商事调解的具体法律法规，但依据与调解相关的法律规范，可以将我国法律框架下的商事调解协议归纳为在法院特邀调解、商事调解组织独立主持或行政机关介入场景下，当事人为解决商事纠纷，基于平等协商达成的合意协议。³根据调解主持主体的性质差异，我国商事调解可分为民间性、行政性和司法性三类。民间性商事调解由依法登记的商事调解组织独立主持，其运作具有自治性和行业自律特征，原则上独立于司法和行政体系之外。行政机关依职权对特定商事纠纷（如商标侵权争议）进行调解称为行政性调解，其结果通常仅具行政指导性质，缺乏强制执行力。司法程序或仲裁程序中的调解则是一种依附于相关程序的非独立性调解，通常由法院或仲裁机构主持，其调解结果以调解书的形式记录，经签署即具有与司法判决或仲裁裁决同等的强制执行力。⁴本文所指“国内商事调解协议”针对的是民间性商事调解组织主持达成的协议，其效力生成机制最能体现商事调解的自治性与司法审查的平衡需求。

参照中国国际经济贸易仲裁委员会于 2005 年颁布并生效的《中国国际贸易促进委员会、中国国际商会调解规则》中的不完全列举，商事调解的适用范围主要涵盖了当事人之间在贸易、投资、金融、证券、知识产权、技术转让、房地产、

³ 参见《民事诉讼法（2023 修正）》第 205 条与《人民调解法》第 2 条。

⁴ 参见《仲裁法》第 51 条与《民事诉讼法》第 100 条。

工程承包、运输、保险以及其他商事、海事等领域。联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law, 以下简称“UNCITRAL”）颁布的《国际商事调解示范法颁布和使用指南》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation with Guide to Enactment and Use, 以下简称“示范法使用指南”）认为应对“商事”一词作广义解释, 涵盖所有商业性质关系所发生的事项, 不论该关系是否基于合同, 同样正向列举了部分商业性质关系相关的交易: 贸易销售、商事代理、工程建设、投资融资服务等。⁵比较可见, 我国实践与国际标准在“商事”外延上高度趋同, 均以商业活动的营利性 with 行业专业性为核心判断标准。

国际商事“和解协议”⁶与国内商事调解协议概念上的核心区别在于是否具备“国际性”。UNCITRAL 在 2002 年出台的《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》（UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 以下简称“示范法”）将符合以下三类情形的调解认定为具有“国际性”: 一是以营业地来做区分, 当事人至少有两方在不同的国家设有营业地。二是以与合同或者协议相关的业务履行地在不同的国家进行区分。三是以协议相关事项关系最密切的国家进行区分。⁷《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 以下简称“新加坡调解公约”）沿用这一表述, 并进一步细化营业地认定规则, 强调以和解协议订立时各方当事人已知或可预见的营业地为判断依据。⁸

国际商事和解协议的准据法包括实体法和程序法, 具体适用因情况而异。国际商事和解协议的实体法是指适用于协议实质内容的法律。商事调解实体法律的适用至少包括以下两层含义: 一是当事人可自行选择商事争议解决的实体法; 二是调解员可选择适用的实体法。若当事人未明示选择, 则依据最密切联系原则确定准据法。程序法层面, 调解程序的合法性一般受调解机构规则约束, 涵盖调解员行为准则、保密义务等程序性事项, 在执行阶段, 跨境执行需同时满足《新加坡调解公约》的形式要件与执行地国公共政策及程序法要求。因此, 国际商事和解协议的法律效力受多重约束, 如果缺乏相应制度体系, 可能影响国际商事和解协议的有效性及其执行力。

⁵ See *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, GA RES 73/199, UNCITRAL, 73rd Sess, 62nd plen mtg, UN Doc A/RES/73/496 (20 December 2018), art 1.

⁶ 此处参照《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》官方翻译, 将“settlement agreement”译为“和解协议”, 但依照我国《民事诉讼法》第 241 条规定, 和解协议是指在没有法院、仲裁庭等第三方机构主持或参与的情况下, 争议当事各方自行达成的。实际上, 示范法所说的“和解协议”相当于我国法律语境下的“调解协议”。

⁷ See *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, 19 November 2002, GA RES 57/18, art 1 [UNCITRAL Model Law].

⁸ See *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, 20 December 2018, GA RES 73/198, art 2 (entered into force 12 September 2020) [Singapore Convention on Mediation].

2. 执行路径差异分析

国际商事和解协议与国内商事调解协议的差异性，虽表面呈现为主体制约（调解机构性质与当事人属人法联结）及程序规则（法定要件与形式标准）之区分，但其核心差异集中体现于执行路径的实现机制。

在我国，经商事调解组织调解后达成的具有民事权利义务内容的调解协议，双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。⁹但要具备强制执行效力还需通过法定转化机制实现：一是通过督促程序将给付性内容转化为支付令，或经公证程序形成具有强制执行效力的公证债权文书，¹⁰此种转化执行机制对所有民事合同均可适用，商事调解协议作为民事合同的一种，同样适用。其次，商事调解协议还可以通过申请司法确认，¹¹转化为具有强制执行效力的法律文书。此类转化机制的普适性源于调解协议的合同本质，但其特殊性在于调解程序的规范性（如调解员资质、程序透明度）与当事人合意的程序保障，使之区别于普通民事合同。¹²由此可见，国内商事调解协议的强制执行效力非源于协议自身，而系国家司法权对私法自治的补充性确认。

反观国际商事和解协议，《最高人民法院办公厅关于确定首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构的通知》将中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心等组织明确为国际商事调解机构，经调解机构主持调解，当事人达成调解协议的，国际商事法庭可以依照法律规定制发调解书；当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第十五条明确，国际商事法庭作出的判决、裁定，是发生法律效力判决、裁定。国际商事法庭作出的调解书，经双方当事人签收后，即具有与判决同等的法律效力。

《新加坡调解公约》构建了独立于国内法的执行范式。根据公约第3条，缔约国有义务直接承认符合形式要件的跨境和解协议之可执行性，其效力基础源于国际条约的约束力，而非国内司法审查。这种执行路径凸显国际商事纠纷解决效率优先的价值取向，亦揭示跨境和解协议效力来源的二元性：既依赖国际条约的刚性约束，亦受制于缔约国对公约义务的内化程度。我国虽已签署公约，但尚未批准适用，跨境和解协议的执行仍面临“公约直接适用”与“本土转化审查”的衔接难题。

综上，两类协议的本质区别在于执行效力的效力来源与实现机制：国内协议以司法确认为效力外化前提，体现国内法对私权处分的程序性干预；而跨境协议

⁹ 参见《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第2条第10项。

¹⁰ 参见《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第2条第12项。

¹¹ 参见《民事诉讼法》第206条。

¹² 孙大伟：《商事调解协议之履行问题研究——基于优化营商环境视角的观察》，载《政治与法律》2025年第1期。

依托国际条约的执行机制，其效力既基于国际条约的刚性约束，又来源于当事人意思自治的正当性。

二、中国司法确认制度的现状与制度局限

1. 司法确认的法律依据与适用对象

从法律规范的层面上来看，有关司法确认程序的规定（仅指商事调解相关），主要见之于《民事诉讼法（2023 修正）》、《民诉法解释（2022 修正）》、《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（以下简称“多元化纠纷解决机制改革的意见”）、《诉讼与非诉讼衔接的意见》与《最高人民法院、司法部关于开展律师调解试点工作的意见》（以下简称“律师调解试点的意见”）。这些法律规范和指导性意见基本构建了我国当前商事调解协议的司法确认制度和程序的大体框架，对于申请与受理、管辖制度、审查方式与期限等进行了原则性的规定。司法确认制度是通过司法审查确认调解协议的效力，赋予确认书具有执行力的制度。¹³司法确认制度要求申请司法确认的当事人共同向人民法院提出，即该制度的适用以当事人双方对需要确认的调解协议涉及的权利义务关系没有争议为前提。¹⁴

《民诉法解释》第 355 条明确了司法确认的适用对象，相当于对收到的司法确认申请进行形式要件的审查，明确法院的受案范围、管辖权及调解协议的性质。解决“是否属于司法确认程序适用范围”的问题，是程序启动的前提。首先，法院需要判断争议是否属于法院主管范围内，行政争议、刑事纠纷被当然排除在外。其次，法院需要判断当事人是否依照《民事诉讼法》管辖规则提出的确认申请，若不属于该法院管辖范围，则法院当然不予受理。再次，调解协议涉及身份关系或物权、知识产权确权的，因其需要通过诉讼程序解决，直接排除在司法确认程序之外。最后，与其他法定程序冲突的申请需优先适用特别规则。

司法审查的范围与司法确认适用的案件类型，是两个紧密相关但是角度和侧重点并不相同的问题，司法确认适用是在受理前通过形式审查快速排除明显不符合条件的申请，司法审查的范围解决的是何种纠纷可纳入司法程序，体现司法介入纠纷解决的边界。¹⁵最高人民法院的《诉讼与非诉讼相衔接的意见》第 24 条及《民诉法解释》第 358 条，通过负面清单和兜底条款，确立了司法确认的排除规则，二者都明确损害国家、社会、他人利益及内容不明确的调解协议不予确认。但两者审查侧重有所不同，《诉讼与非诉讼相衔接的意见》侧重调解程序的风险防控，一是将行政法强制性规定纳入审查范围；二是排除涉及刑事责任追究的协

¹³ 潘剑锋：《论司法确认》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

¹⁴ 参见《民事诉讼法（2023 修正）》第 205 条。

¹⁵ 潘剑锋：《论司法确认》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

议；三是排除调解组织或调解员强迫调解的情形，规制调解主持主体的程序违规问题。《民法法》强化对调解协议的实质审查，一是将“社会公序良俗”确立为审查标准，二是将禁止性规定限缩为“法律强制性规定”，而不强调行政法规等表述，三是确立自愿原则的核心地位，不仅局限于调解组织或调解员的违规，确保调解合意的实质真实性。两部规范重心的演变实质是司法政策从“鼓励调解”到“规范调解”的转型，《诉讼与非诉讼相衔接的意见》旨在扩大调解适用，以排除性条款防范极端风险，《民诉法解释》通过规范化审查标准平衡调解效率与公平，标志司法确认制度向精确化治理的转变。

表 司法确认程序适用对象及其范围的有关法源

效力位阶	法规名称	相关法条内容	施行时间
法律	民事诉讼法（2023 修正）	第 205 条 经依法设立的调解组织调解达成调解协议，申请司法确认的，由双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向下列人民法院提出： （一）<u>人民法院邀请调解组织</u>开展先行调解的，向作出邀请的人民法院提出； （二）<u>调解组织自行开展调解</u>的，向当事人住所地、标的物所在地、调解组织所在地的基层人民法院提出；调解协议所涉纠纷应当由中级人民法院管辖的，向相应的中级人民法院提出。	2024.1.1
司法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2022 修正 法释〔2022〕11 号）	第 355 条 当事人申请司法确认调解协议，有下列情形之一的，人民法院裁定不予受理： （一）不属于人民法院受理范围的； （二）不属于收到申请的人民法院管辖的； （三）申请确认婚姻关系、亲子关系、收养关系等身份关系无效、有效或者解除的；	2022.4.10

效力位阶	法规名称	相关法条内容	施行时间
		(四)涉及适用其他特别程序、公示催告程序、破产程序审理的； (五)调解协议内容涉及物权、知识产权确权的。 人民法院受理申请后，发现有上述不予受理情形的，应当裁定驳回当事人的申请。 第 358 条 经审查，调解协议有下列情形之一的，人民法院应当裁定驳回申请： (一)违反法律强制性规定的； (二)损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的； (三)违背公序良俗的； (四)违反自愿原则的； (五)内容不明确的； (六)其他不能进行司法确认的情形。	
司法解释	最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见（法发〔2016〕14号）	第 4 条第 31 项 完善司法确认程序。经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向调解组织所在地基层人民法院或者人民法院依法申请确认其效力。登记立案前委派给特邀调解组织或者特邀调解员调解达成的协议，当事人申请司法确认的，由调解组织所在地或者委派调解的基层人民法院管辖。	2016.6.28
司法解释	关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见（法发〔2009〕）	第 10 条 人民法院鼓励和支持行业协会、社会组织、企事业单位等建立健全调解相关纠纷的职能和机制。经商事	2009.07.24

效力位阶	法规名称	相关法条内容	施行时间
	45 号)	调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解后达成的具有民事权利义务内容的调解协议，经双方当事人签字或者盖章后，具有民事合同性质。 第 20 条 经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议，经调解组织和调解员签字盖章后，当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的，可以向人民法院提起诉讼。 第 24 条 有下列情形之一的，人民法院不予确认调解协议效力： （一）违反法律、行政法规强制性规定的； （二）侵害国家利益、社会公共利益的； （三）侵害案外人合法权益的； （四）涉及是否追究当事人刑事责任的； （五）内容不明确，无法确认和执行的； （六）调解组织、调解员强迫调解或者有其他严重违反职业道德准则的行为的； （七）其他情形不应当确认的。 当事人在违背真实意思的情况下签订调解协议，或者调解组织、调解	

效力位阶	法规名称	相关法条内容	施行时间
		员与案件有利害关系、调解显失公正的，人民法院对调解协议效力不予确认，但当事人明知存在上述情形，仍坚持申请确认的除外。	
部门规范性文件	最高人民法院、司法部关于开展律师调解试点工作的意见（司发通〔2017〕105号）	第3条第12项 完善调解协议司法确认程序。经律师调解工作室或律师调解中心调解达成的具有民事合同性质的协议，当事人可以向律师调解工作室或律师调解中心所在地基层人民法院或者人民法庭申请确认其效力，人民法院应当依法确认调解协议效力。	2017.9.30

2. 制度局限分析

当前司法确认制度要求双方当事人自调解协议生效之日起三十日内，共同向人民法院提出申请。当事人签订调解协议，以及同意法院对其民事利益进行强制处置，这两个行为分别代表了两层不同的意思表示，区分两层意思表示有其合理性，但以此为司法确认的必要条件并不合适。首先，当事人在签订调解协议时，实际上是对基础债权债务关系的一种结算，通常是在一方违约后的安排，其核心在于明确给付内容和方式，有时还可能附带履约担保。因此，当事人在签订调解协议时已经表达了履约的意愿，无需再将“接受法院强制处置”的意思表示从履约表示中分离出来。其次，作为调解协议正当性基础的自愿和自决，是指当事人在签订调解协议时的真实意思表示。即使“两层意思表示说”成立，如果双方未共同申请确认调解协议，也不能因此推断出双方在签订调解协议时并非自愿。¹⁶司法确认的条件过于严苛，在实践中会带来诸多不便。

有学者调研发现，当前调解协议的司法确认面临多重困境。首先，司法确认的适用范围有局限性，法院仅对本院委托、委派的调解或者本案特邀调解员的调解协议给予司法确认，对其他来源的调解协议不予确认。其次，法院对调解机构自主受理并达成的调解协议确认积极性欠缺，给予一定数量额度，不愿过多接收，这限制了调解机构在商事纠纷解决中发挥其作用。再者，司法确认程序在实践中繁琐复杂，法院在确认过程中不仅严格审查调解协议的形式要件，还深入探究其

¹⁶ 参见成阳：《管辖与执行：多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究》，载《上海法学研究》集刊2022年第17卷。

实体内容,要求当事人提供大量举证材料,导致确认周期长,影响了调解的效率。最后,部分不予司法确认的裁定,存在法官说理不足、主观性强的问题,削弱了裁定的公正性和说服力。这些问题严重打击当事人选择调解解决纠纷的积极性,降低了调解作为争议解决机制的竞争力和吸引力。因此有必要进一步检视商事调解协议司法确认制度,重构确认标准与方式。¹⁷

三、《新加坡调解公约》的制度设计与与中国制度的冲突

1. 公约拒绝准予救济的事由

《新加坡调解公约》第一条明确规定,调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的国际和解协议都适用。这一规定设置了四个限定条件。一是“国际性”,公约采用了较广泛的定义,依据当事人营业地、义务履行地或协议所涉事项最亲密联系国为判断标准。¹⁸二是纠纷类型,公约采用负面清单形式,规定只适用商事和解协议,不包含消费纠纷、家事纠纷、劳动纠纷产生的和解协议。¹⁹三是将在诉讼或纠纷中达成的,可作为诉讼判决或仲裁裁决执行的和解协议排除在适用范围外,防止与《承认及执行外国仲裁裁决公约》(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,以下简称“纽约公约”)及《选择法院协议公约》(the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements)的适用范围发生冲突和重叠。²⁰这也当然排除了经过司法确认的调解协议,但对比两个体系不予执行和不予确认的事由有助于为我国未来针对跨境和解协议构建相应的执行机制提供初步依据。四是对“调解”内涵作了说明,需有一名或几名第三人协助,防止权利滥用,而且这些人无权对当事人强加解决办法,强调了调解员的公正性,不得与调解事宜有利益冲突。²¹

《新加坡调解公约》赋予国际和解协议直接可执行性,允许缔约国在执行阶段对国际调解协议的形式要件和公共政策等少数实体问题进行审查。在执行救济程序中,公约第五条确立了双重审查路径,其一是依当事人申请启动的被动审查,其二是执行机关依职权开展的主动审查。具体而言,当被执行人主张存在可撤销和解协议的要件瑕疵时,可基于以下三类抗辩事由请求司法救济。首先是主体资

¹⁷ 姚俊逸:《关于我国商事调解的几点思考——从加强企业自主优先的角度分析》,载《中国法治》2024年第3期。

¹⁸ See *Singapore Convention on Mediation*, 20 December 2018, General Assembly resolution 73/198, art 1.1 (entered into force 12 September 2020).

¹⁹ See *Singapore Convention on Mediation*, 20 December 2018, General Assembly resolution 73/198, art 1.2 (entered into force 12 September 2020).

²⁰ See UNGA, *Settlement of Commercial Disputes - International Commercial Conciliation: Preparation of an Instrument on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Conciliation*, 67th Sess, A/CN. 9/WG. II/WP.202 (2-6 October 2017) 5.

²¹ See *Singapore Convention on Mediation*, 20 December 2018, General Assembly resolution 73/198, art 2.3 (entered into force 12 September 2020).

格瑕疵抗辩，若协议当事人处于某种无行为能力状况时，执行机关经审查属实应拒绝执行。其次是协议效力瑕疵抗辩，包括实体效力瑕疵，即依据协议准据法，和解协议存在无效、失效或无法履行的情形；协议依其条款约定为非终局性，如附有解除条件，或约定特定情形下双方不再受协议约束等；义务履行障碍，协议义务已全部履行或条款内容模糊，无法执行等；条款冲突抗辩，准予执行将实质违背和解协议明示条款。最后是调解程序正当性抗辩，如调解员违反职业准则、未披露利益冲突，且该行为实质影响当事人缔约意思，当事人可主张调解过程存在根本性瑕疵，从而否定和解协议的正当性基础。此外，执行地主管机关可主动审查，基于违反公共政策或协议所涉争议不可调解，如涉及刑事案件等不可通过调解处分的权益，拒绝执行和解协议。

2. 与我国不予确认规定的冲突点

《新加坡调解公约》拒绝准予救济的事由与我国司法确认制度下不予确认的规定存在显著差异，主要体现在主持主体要求、审查范围及制度功能定位三个方面。

《新加坡调解公约》对调解组织或调解员的资质无强制性要求，仅要求当事人提交证明调解程序真实性的形式证据，包括调解员在和解协议上的签名、调解员签署的表明进行了调解的文件、调解程序管理机构证明以及可被接受的其他证据等。司法确认制度严格限定调解主体资质，要求调解协议须由为依法设立的调解组织主持达成。截止 2025 年 1 月 18 日，我国登记设立的商事调解组织共 1334 家，其中接近九成都是民办非企业单位性质，依据《民办非企业单位登记管理暂行条例》设立，且超过六成的机构是在 2023 年至 2024 年间成立的。²²此外，各地商事仲裁机构设立的调解中心，以及事业单位和社会团体性质的调解机构也共同构成了我国商事调解的重要组成部分。地方商事调解机构需依据地方的具体规范设立，如《上海市促进浦东新区商事调解规定》要求浦东新区调解组织发起人向浦东新区司法行政部门申请，并且明确了商事调解组织的具体要求。公约的开放性主体规则与我国对调解组织的法定准入要求形成矛盾。我国仅承认机构调解的协议效力，而公约允许临时调解协议跨境执行。

《新加坡调解公约》采取双重审查路径，分别是依申请审查与依职权审查两类，其中依申请审查需要当事人举证，执行机关根据当事人提出的抗辩事由进行实质审查。司法确认制度启动需由双方当事人共同提出，排除了被执行人异议的可能性，所以都是法院依职权对协议进行主动审查。《新加坡调解公约》聚焦于国际商事调解的效力与程序正当性，例如协议准据法下的无效性、调解员行为失范等，司法确认制度更注重国内法秩序与社会治理需求，例如将法律强制性规定

²² 数据源于“企查查”数据库（<https://www.qcc.com>），不包含港澳台地区，仅供参考。检索日期为 2025 年 4 月 10 日。

与社会公序良俗列为审核标准，保护案外人权益等。由于缺乏司法实践中不予确认的相关裁定，《民诉法解释》中的兜底条款的标准尚不明确。²³司法实践中，法院自主实质审查往往涵盖了公约中需由当事人申请举证的抗辩事由，例如张广良、吴小牛劳务合同纠纷民事一审民事判决书中提到，经调解后，双方签订了调解协议，载明吴小牛确认结欠张广良工资 7300 元。后二人共同向法院申请司法确认，法院以授权委托书上签名的笔迹与民事起诉状上的笔迹不一致等为由裁定驳回司法确认调解协议的申请，这属于是对协议效力的判断。公约将部分实体审查责任转移至当事人，而我国法院主动介入实质审查，设计国际和解协议执行机制，与公约衔接时，需注意公约执行与国内审查管辖权的冲突。

《新加坡调解公约》旨在构建国际商事调解协议的直接执行框架，通过高效审查平衡执行效率与公正，推动调解成为与诉讼、仲裁并行的争议解决机制。我国司法确认制度是服务于诉调对接，赋予调解协议执行力，通过严格审查确保调解协议符合国内法秩序。

四、制度协调路径与完善建议

1. 构建国际商事和解协议的双轨制规则

为有效规范国际商事和解协议的司法确认与执行，完善相关立法至关重要。一种途径是通过修订《民诉法》及相关司法解释，授权司法机关将满足条件的境外调解组织主持达成的国际商事和解协议认定为民事诉讼法框架下的“可执行的法律文书”。面对国内执行的难题和对接《新加坡调解公约》机制的挑战，我国可以选择将《新加坡调解公约》严格限于国际商事争议解决范畴，推行国内调解与国际调解的“双轨制”。如前所述，我国的司法确认制度并未明确适用于境外调解组织主持下达成的和解协议，且跨境商事和解协议与国内商事调解协议存在根本差异，有必要区分国内与涉外商事调解规范，国内调解协议继续适用现行司法确认规则，跨境和解协议适用特别规定。

在制定跨境和解协议执行确认或执行机制时，需要考虑引入当事人异议机制，允许单方当事人凭相关证据材料要求申请或抗议执行，

2. 实践机制建议

由司法部联合商务部制定跨境调解机构相关认证办法，重点考察机构的中立性、专业性及合规性，制定白名单，对白名单机构达成的协议实行加速审查流程。

²³ 参见《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定（2016 修订）》第四条。

依托中国自由贸易试验区及国际商事法庭的制度创新优势，先行试点跨境和解协议的确认与执行机制。例如，授权自贸区国际商事法庭设立跨境和解协议审查委员会，负责审核该地申请执行的跨境商事和解协议，之后试点经验可为全国推广提供参考。

结语

《新加坡调解公约》的生效标志着国际商事调解进入“全球执行互认”的新阶段，而我国作为公约签署国尚未建立适配的跨境调解协议执行机制，面临三重制度性障碍：适用范围局限、审查标准冲突以及程序启动僵化。这些问题不仅制约我国商事调解的国际竞争力，更可能因公约批准后引发执行冲突。为解决上述困境，本文提出以双轨制规则，保留国内协议的审查程序与实质审查标准，跨境商事和解协议则参照国际标准，并引入单方异议机制，实现与公约规则的衔接。其次，构建白名单过滤机制，由司法部认证符合国际标准的跨境调解机构，对其达成的协议实行“加速审查+简化流程”。另外，依托自贸区与国际商事法庭先行试点，设立跨境协议审查委员会，探索跨境协议执行机制，为全国推广积累经验。

检察机关参与国际商事争议多元化解决机制研究

陈辉 王昊*

摘要：随着全球化进程加快，跨境矛盾纠纷的复杂性和多样性显著增加。作为一种灵活且高效的争端解决方式，替代性争端解决（ADR）机制在国际商事纠纷中具有重要作用。构建多元化纠纷解决机制有助于沿线国家深化合作，契合多方利益需求。“一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决机制的构建需符合“一带一路”倡议的基本内涵，寻求合作发展与规则公正的平衡，妥善处理沿线经贸争端中公正与效率的关系。检察机关应充分利用现有资源条件深化涉外司法协作，在兼顾各国利益与法规范框架内进行制度创新，吸收各国相关法律规定内容和经贸实践中积累的有益经验，完善行业调解机制、健全双方当事人认可机制、丰富纠纷在线解决机制、规范程序协调对接机制，将改革和实践的成果进一步上升到相关法律、规则机制的构建层面。

关键词：跨境纠纷解决 司法协作 检察机关 ADR 机制

2023 年中央外事工作会议指出，要坚决反对逆全球化、泛安全化，反对各种形式的单边主义、保护主义，坚定促进贸易和投资自由化便利化。^[1]“一带一路”倡议提出以来，我国与沿线国家的合作与交流日益深化。21 世纪海上丝绸之路通过点线结合的方式，联动了东盟、南亚、西亚、北非以及欧洲等主要经济板块，覆盖的沿线国家众多。然而，国家间社会经济、文化、法律的差异性显著，经贸往来中的矛盾和纠纷也随之增多。有效解决这些社会纠纷是社会治理的重要组成部分，发展替代性争端解决（ADR）机制则成为现代社会治理的必然选择。^[2]在推进一带一路建设中，检察机关通过有效履职，服务保障矛盾纠纷依法化解。随着“一带一路”沿线国际商事贸易规模的持续增长，有效应对跨境纠纷、构建并完善多元化的争端解决机制，具有重要的现实意义。检察机关需要深入探索、结合实际，构建更加多元化的“一带一路”国际商事纠纷解决机制，通过整合各方力量、优化资源配置、丰富纠纷解决渠道并提升司法保障水平，能够畅通沿线国家的合作交流，确保贸易合作的稳定和持续发展。

一、构建国际商事争端多元化解机制的必要性

国际上，保护主义、单边主义上升，全球产业链、供应链稳定性下滑，部分国家推行“逆全球化”的背景下^[3]，世界各国都处在寻求提振经济发展、加强经贸

* 陈辉，江苏省人民检察院检察官助理；王昊，连云港市人民检察院检察官助理。

[1] 外交部党委：《努力开创外交战线涉外法治工作新局面》，载《求是》2024 年第 15 期。

[2] 参见郭蓓：《ADR 制度的域外经验及启示》，载《南方论刊》2019 年第 12 期。

[3] 经济参考报：《立足国内大循环 推动新型全球化》，<http://dz.jjckb.cn/www/pages/webpage2009/html/2020->

合作的格局中。构建稳定联系紧密的区域经济合作体，既需要稳定的政策支撑、有效的多方参与，还需要构建公平、合法、高效的多元化纠纷解决机制。该机制的建立是适应具体的经济发展环境、经济合作的现实需求、区域交流的发展必要。

（一）经济环境新变化亟需提升纠纷解决效度

随着“一带一路”建设不断深入推进，沿线国家间国际贸易、经济文化交往将不断加深，联系也将更加紧密。对相关参与沿线国际贸易与经济合作的主体来说，面对国际交易、跨国投资以及企业收购等增加，相关的交易风险和交易冲突也会相应增加。必须有效应对不同国家的不同商业习惯以及相关法律法规等法律问题，提升纠纷解决的高效化，降低经济成本。在国内、国际经济大环境的发展变化情况下，沿线贸易纠纷呈现主体多元化、类型复杂化等特点，传统的纠纷解决方式难以满足贸易主体的实际需求。“一带一路”沿线商业贸易多样化、风险复杂化过程中，应当寻找适宜各方的纠纷解决方式，整合国家、企业及个人等各种积极力量，提升资源使用效率，推进纠纷解决效率，从而促进沿线国家经济获得更大的发展。

（二）构建多元化纠纷解决机制是多样化法律服务的现实需求

在“一带一路”不断深入推进过程中，沿线国家的经贸参与主体不可避免会面临着跨国贸易争端、法律法规冲突、区域经济合作以及国内外法律相衔接等问题。这些问题的存在对企业参与沿线国家贸易活动产生了巨大的不利影响与风险。^[4]在“一带一路”国际贸易不断频繁的格局下，相关主体对于纠纷的合法解决、合理解决以及高效解决需求迫切。高效的法律服务能够为主体的交流与发展提供充足动力和有效保障。在“一带一路”沿线国家的经济交流中，不同国家的技术标准、法律规定等会给市场主体的交往造成巨大的障碍，严重制约了经济的发展。在沿线国际经贸中，涉外民商事主体有着丰富和具体的法律服务诉求与需求。需要立足参与国的相关涉外经贸法律政策、面临的具体境外法律环境，凝聚相关主体共识，提供沟通平台、区域规则等，以规范化、便捷性、创新性维护相关主体的合法权益。在此背景下，构建多元化的纠纷解决机制对于满足沿线国家以及相关企业的多样化法律服务需求具有显著的现实意义。

（三）既有贸易争端解决机制适用存在不足

从“一带一路”沿线国家的经贸争端类型来看，不仅包括个人、企业等之间的民商事争端，还包括了东道国与他国投资者以及国与国之间的投资贸易争端。沿线国家的法律法规、法律传统以及发展水平存在较大差异。^[5]各种经贸争端不仅包括单纯的经济利益纠纷，还包含着政府间的利益博弈等混合争端。从既有的贸易争端解决机制来看，主要有 WTO 贸易争端解决机制、双边和区域贸易协定中

08/18/content_66853.htm。

^[4] 赵大程：《为“一带一路”建设提供法律服务》，人民日报 2016 年 11 月 17 日版。

^[5] 漆彤：《“一带一路”国际经贸法律问题研究》，北京：高等教育出版社，2018 年版第 80-90 页。

的争端解决机制、国际投资争端解决中心（ICSID）等,其中 WTO 争端解决机制使用最为广泛。但从实践来看,该机制存在明显不足,表现为发展中国家应用能力不足。^[6]沿线国家中,发展中国家占比较高,且有部分国家是非 WTO 成员国,难以有效诉诸 WTO 争端解决机制。同时, WTO 争端解决机制是全球化多变体制下的争端解决方式,沿线的发展中国家基于诉讼成本、程序规则等原因对于机制的适用主动性不强、能力不足。^[7]交叉报复是 WTO 争端解决机制的一种发动执行措施,具有浓重的强权色彩,这与“一带一路”倡议的和谐包容、互利共赢等原则相冲突。^[8]“一带一路”沿线国家的实际情况十分复杂,照搬或直接适用既有的区域性贸易争端解决机制的制约因素众多,实际效果十分有限。

（四）多元化纠纷解决是“一带一路”倡议的应有之义

“一带一路”倡议的原则是共商共建共享,以丝绸之路精神所蕴含的和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢为指引,以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为重点。倡议以来,理念已经转化为实际行动,愿景转化为现实,从倡议转化为全球广受欢迎的公共产品。2016 年 11 月联合国通过决议,欢迎共建“一带一路”等经济合作倡议。2017 年 3 月,联合国安理会决议中呼吁各国推进“一带一路”建设,构建人类命运共同体。“一带一路”倡议源于中国,机会和成果属于世界。据世界银行研究报告,“一带一路”倡议将使相关国家 760 万人摆脱极端贫困、3200 万摆脱中度贫困,将使参与国贸易增长 2.8%至 9.7%、全球贸易增长 1.7%至 6.2%、全球收入增加 0.7%至 2.9%。^[9]“一带一路”沿线国家多元化纠纷解决机制的构建需要各国际相关利益主体的多元参与,各主体有效协商、整合力量,完善衔接机制,畅通纠纷化解,符合“一带一路”倡议的资源共享、共同繁荣、共同发展之路。

二、多元化纠纷解决机制的内在属性

随着非诉纠纷解决机制的不断实践和发展,以及诉讼纠纷存在的局限于不足,特别是跨国间、跨法域国家间的诉讼程序的困难,世界各国纷纷积极推动替代性纠纷解决机制（Alternative Dispute Resolution, ADR）的发展与完善。在“一带一路”沿线国家的经贸纠纷中,替代性纠纷解决机制有着广阔的适用空间。2017 年 6 月,第二届中国-东盟大法官论坛南宁声明达成共识第六条:完善跨境纠纷解决机制有利于形成区域内和谐有序的经贸投资法律环境。在本国国内法允许的范围内,与会各国司法机关将积极考虑调解及其他替代性纠纷解决机制在本国的尝试

^[6] 赵骏:《“皇冠上明珠”的黯然失色 WTO 争端解决机制利用率减少的原因探究》,载《中外法学》2013 年第 6 期。

^[7] 陈咏梅:《发展中成员国利用 WTO 争端解决机制的困境及能力建设》,载《现代法学》2010 年第 3 期。

^[8] 蒋圣力:《论“一带一路”战略背景下的国际贸易争端解决机制的建立》,载《云南大学学报法学版》2016 年第 1 期。

^[9] 《新时代的中国与世界》白皮书, http://www.xinhuanet.com/politics/2019-09/27/c_1125047331.htm。

和运用。^[10]充分肯定了调解及其他替代性纠纷解决机制存在的必要性,并需要积极去应用和完善。^[11]

(一) 纠纷化解的高效性

从跨国间的贸易争端实践来看,传统的诉讼、仲裁等方式程序繁琐,当事人之间激烈对抗,难以满足新形势下海上丝绸之路沿线国家经贸争端解决的实际需求。而 ADR 模式所蕴含的沟通、灵活、方便等优势提升了纠纷化解的高效性,符合“一带一路”倡议和具体建设目标。从世界各国 ADR 规范化路径来看,美国 1998 年颁布了世界上第一部 ADR 法,日本 2007 年颁布了 ADR 促进法,德国 2012 年颁布了法庭外争议解决促进法,这些国家通过立法明确了 ADR 体系。我国非诉纠纷解决机制历史悠久,但相关概念及体系形成时间较晚。^[12]在“一带一路”建设过程中,最大限度利用 ADR 进行沟通调解,快速解决纠纷,有利于相关主体的协调和合作效率的提升,进一步深化沿线国家的经济交往,对世界经济的整体促进与发展很有必要。

(二) 非诉讼程序的属性

多元纠纷解决机制需要相关职能部门和相关主体的积极参与,还需要提供必要的资源支撑。非诉讼纠纷解决机制和程序需要在法治的框架下规范发展。^[13]非诉讼程序的概念内涵和外延具有一定的不确定性,这主要是因为纠纷解决活动本身具有复杂性、纠纷解决机制具有多元性。^[14]相较于诉讼和仲裁程序,ADR 纠纷解决机制强调相关当事人之间的自主选择与相互合意,以双方共同的利益为导向,实现双方利益的最大化。同时,ADR 纠纷解决机制不仅能够适用于时候的纠纷化解,还能应用于合作前的谈判协商,从而达成相关协议,增强互联、互通,促进互利共赢。在发生跨国贸易争端后,相关主体对时间和经济成本更高的仲裁和诉讼路径选择兴趣不高,更愿意通过非诉讼程序的谈判、协商、调解等 ADR 机制来解决相互之间的争端。^[15]

(三) 非诉讼与诉讼程序的衔接性

多元化纠纷解决机制具有联系非诉讼程序与诉讼程序的衔接性,涵盖了公力救济与私力救济交错融合的区域。^[16]诉讼与非诉讼的有效衔接是多元纠纷解决机制的关键,通过有效衔接能够提升司法的制约性,提高非诉讼程序运行的高效性与有效性,降低对解纷资源的滥用与浪费。“一带一路”沿线国家经济合作涉及的领域众多,相关的争议呈现复合型、交叉性等特征,通过多元化纠纷解决机制

^[10] 中国法院网:《第二届中国-东盟大法官论坛南宁声明》,

<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/06/id/2891257.shtml>。

^[11] 祁壮:《“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究》,载《中州学刊》2017年第11期。

^[12] 范愉:《中国非诉程序法的理念、特点和发展前景》,载《河北学刊》2013年第5期。

^[13] [美] 庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆 1984 版,第 37 页。

^[14] 范愉:《中国非诉程序法的理念、特点和发展前景》,载《河北学刊》2013年第5期。

^[15] 漆彤,鲍怡婕:《“一带一路”投资争议处理体系的构建》,载《人民法治》2018年第3期。

^[16] 范愉、李浩:《纠纷解决——理论、制度与技能》,清华大学出版社 2010 年版,第 127、128 页。

的构建，对非诉讼程序达成的相关协议、协商成果等，加强与诉讼程序的衔接，明确法律效力以及诉讼程序适用，为相关主体的实际利益，特别是涉及国家或政府的重大利益提供坚实保障，防止恶意使用非诉讼程序来侵害相关主体合法权益。

三、多元化纠纷解决机制的发展导向

促进相关参与国家的经济融合与经济发展是“一带一路”倡议的重要目标。“一带一路”国际商事争端的多元化纠纷解决机制构建应坚持加强国际合作、符合各方利益，实现互利共赢，打造利益共同体、责任共同体。

（一）参与主体的合作定位

“一带一路”国家商事争端多元化纠纷解决机制的构建涉及的相关主体众多，是一项系统庞大的工程，需要顾及各方利益。2018 年中央深改组通过《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》），提出坚持共商、共建、共享作为“一带一路”争端解决机制和机构建设的原则。^[17]相关参与主体具有多样性、纠纷类型存在复杂性，需要寻求相关参与国家的共同协商，尊重不同国家的具体选择，不断改进心有的争端解决机制，力促目标和举措的一致性。在具体的方式上，可以通过相关主体参与的国际会议平台，拟定多元化纠纷解决机制的整体框架，建立具体纠纷多元化解方式的协商与谈判。扩大相关主体的参与范围，不仅包括相关国家，还可以吸纳相关企业，在参与职能机构上，进一步涵盖法律、税务、金融等经贸相关部门。在互利共赢的基础上进行共同协商合作，集思广益、凝聚共识，不断完善。

（二）坚持开放引领导向

多元化的纠纷解决机制的建立应坚持开放导向，不局限于沿线国家的相关纠纷的处理和解决，还可以应用于与其他地域的经贸往来中。多元化的纠纷解决机制的构建过程应当是开放的，尊重各国立法、司法以及法治文化的差异性和特殊性，培育完善符合共同利益的机制选择。同时应当开放吸收既有的争端解决机制的积极规则，促进不同争端解决机制的衔接与补充。设立多样化的程序规则和协定，由相关参与国自愿选择加入或退出。在多元化纠纷解决机制构建过程中，要坚持中国的引领作用，充分发挥传统丝路精神所蕴含的积极因素，牵头组织多元化纠纷解决机制的框架设立与规则完善。在“一带一路”途经我国的相关重点城市设立相应的多元纠纷处置组织机构心，完善相应职能设置。同时我国要主动研究沿线国家的法律差异，深入考察沿线国家的法律情况以及行业交易传统，加强与沿线国家的法律政策信息对接，为多元化纠纷解决机制提供更有效的信息支撑。

[18]

（三）适应新型全球化需求

[17] 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》，http://www.gov.cn/zhengce/2018-06/27/content_5301657.htm。

[18] 夏文斌：《丝绸之路经济带视角下的向西开放》，载《光明日报》2015 年 6 月 25 日。

“逆全球化”不断发展给国际产业链供应链带来深度调整。国家间的贸易争端和贸易冲突加剧，在国内国际双循环格局下，要努力化解国际贸易中的冲突与纠纷，推动形成国内的经济发展与世界经济开展更深合作，良性互促、实现共赢。因此，需要适应新型全球化的发展现实与需求，采取灵活的争端解决机制，引导和加深国际间的经济交流与合作。在多元化的纠纷解决机制的构建过错中，要从平等、经济等解决争端的角度，完善理念支撑，优化经验模式，激活内生需求，进一步促进沿线国家的经贸合作。

四、跨境纠纷多元化解机制的检察发展路径

“一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决方式在实践中逐步丰富和完善，积累了诸多宝贵的经验与成果。然而，行业调解、商事调解等领域的机制设计与法律规定仍存在较多不足之处。要进一步创新和发展“一带一路”国际商事争端多元化解机制，需要充分发挥现有的资源和条件，确保在各国利益与法律规定之间找到平衡。通过制度创新和经验积累，吸收各国相关法律规定与经贸实践中的有效做法，将改革与实践成果逐步上升至法律和规则层面，为“一带一路”沿线国家的合作与发展提供更加完善的法治保障。检察机关积极参与其中，推动制度创新的有效落实，确保多元化解机制在司法实践中的应用和推广。

（一）完善行业专业调解机制强化检察监督保障

检察机关应积极介入和支持相关机制的建设，进一步推动“一带一路”国际商事争端多元化解机制的发展，强化对行业专业调解的监督保障作用。《意见》提出，建立国际商事专业委员会，制定相应的工作规则。商事调解依托相关主体的意思自治和良好沟通，在维护商业合作的友好关系方面发挥着关键作用。^[19]当下我国已与“一带一路”沿线国家建立了多样化的商事调解中心，推动了联合调解机制的形成，在促进经贸纠纷化解方面取得了积极成效。随着“一带一路”倡议的深入推进，经贸规模不断扩大，各国为争取国际贸易的司法主动权，纷纷设立国际商事法庭，^[20]这一背景下，行业调解的需求和重要性进一步凸显。检察机关应发挥更积极作用，支持行业协会、商会组织充分利用行业自治与专业服务功能，推动制定和完善行业纠纷处置规则与规范标准，建立沿线国家的跨国行业专业调解机构，以有效化解涉及经贸活动的行业性纠纷。鼓励行业专家与法律专家担任调解员，确保调解过程的公正性与专业性。同时加强行业调解机构与商事调解中心的联系与合作，确保相关主体能够享受到便捷、高效、专业的纠纷化解服务，从而进一步完善“一带一路”国际商事争端多元化解机制。

（二）健全双方当事人认可机制推动司法公信力提升

^[19] 参见廖永安、段明：《我国发展“一带一路”商事调解的机遇、挑战与路径选择》，载《南华大学学报》（社会科学版）2018年第4期。

^[20] 谷浩、林玉芳：《中国国际商事法庭构建初探》，载《大连海事大学学报》（社会科学版）2018年第4期。

检察机关通过监督机制的落实,进一步提升司法公信力,确保纠纷化解过程的合法性与合理性。沿线国家的经贸纠纷中,双方当事人认可机制既包括合作的展开,也涵盖了纠纷的处理。在实际操作中,引入并完善民商事纠纷中的中立评估机制以及对无争议事实的记录与确定至关重要。在中立评估过程中,由双方当事人共同认可的机构和程序,对涉及纠纷的关键冲突点和专业要素进行评估和咨询,以中立的立场促进双方的协商与和解。对无争议事实的记录与确定,双方当事人可以对其认可的事实和事项达成共识,并直接应用于后续的处理和执行环节,这样不仅可以降低纠纷化解的成本,还能提高效率。检察机关在这一过程中可以发挥重要的监督和保障作用,确保这些程序的公正性和透明度。纠纷化解的核心基础在于双方当事人的认可,健全这一机制不仅能够兼顾双方的自愿与合意,还能通过加强协商与沟通,寻求符合双方利益的解决方案,实现利益的最大化。

(三) 丰富纠纷在线解决机制提高跨境司法协作效能

随着互联网的快速发展,全球沟通与联系变得更加方便和快捷,互联网服务也日益丰富和多元化。这一趋势为矛盾纠纷的在线解决提供了新的有效路径,快捷的线上沟通和智能辅助显著提升了纠纷化解的效率。在“一带一路”国际商事调解中心的实践中,电话、视频等在线调解方式已经具备了较为成熟的操作模式。放眼全球,国际局势变幻莫测,冲突战乱、国际产业链供应链危机等问题层出不穷,尤其在后疫情时代,越来越多的行业和领域转向互联网线上协作模式。国际商事仲裁中成熟的立法和实践,为“一带一路”国际商事仲裁提供了宝贵的资源支撑。^[21]在沿线国家多元化纠纷解决机制的构建过程中,丰富在线纠纷解决机制尤为关键,应立足传统程序的规范性和当事人之间的保密需求,充分发挥互联网科技的智能化和科技化优势,打造专业的线上纠纷调解平台,构建灵活、便捷、高效和开放的经贸纠纷调解网络,使其更好地服务于跨境司法协作的实际需求。检察机关应积极融入这一进程,可借力数字检察战略推动这些在线机制的完善,进一步提高跨境司法协作的效能,确保沿线国家的经贸纠纷能够得到及时有效的解决,为“一带一路”倡议的顺利推进提供坚实的法治保障。

(四) 规范程序协调对接机制增强检察机关司法引导

检察机关在“一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决机制中,应积极发挥司法引导作用,确保相关机制有效嵌入现有的全球性争端解决体系,提升其有效性和适用范围。^[22]作为包容、开放的系统,“一带一路”国际商事争端多元化纠纷解决机制的目标是为相关主体提供更多的经贸纠纷解决路径,并具有与诉讼程序衔接的基础性特点。要实现这一目标,必须规范相关程序的协调对接机制。

^[21] 参见石春雷:《国际商事仲裁在“一带一路”争端解决机制中的定位与发展》,载《法学杂志》2018年第8期。

^[22] 参见张超、张晓明:《“一带一路”战略的国际争端解决机制研究》,载《南洋问题研究》2017年第2期。

具体而言，在涉外法治实践中，应梳理和规范多元化纠纷解决方式的定位和内容，明确各方分工协作机制。例如，调解达成的协议与执行程序的对接，需要由检察机关在内的司法机关通过法律确认程序，赋予相关和解、调解以及双方认可的公正文书以强制执行效力，从而提高纠纷化解的实际成果。同时，应确定纠纷解决的分层递进程序，尊重当事人的意思自治与合意认可，提供非诉解决方式的前置指引，并通过纠纷分流过滤机制，合理设计非诉解决方式与诉讼解决方式的协调对接。检察机关在这一过程中应以诉讼程序作为强制力保障，确保非诉讼纠纷解决方式成为沿线国家纠纷解决的主要方式，形成规范、高效的多元化纠纷解决机制，为“一带一路”沿线国家的经贸合作提供更加坚实的法治保障。

结语

在当今世界经济下行压力递增背景下，通过“一带一路”倡议加深沿线国家经贸合作，打造利益共同体，有利于推动全球治理体系不断完善发展。^[23]深化“一带一路”沿线国家的经贸合作与发展，需要便捷、高效的多元化纠纷解决机制。检察机关不断深化涉外法治履职，规范多元化纠纷解决机制的程序协调和对接，不仅能够提升司法公信力，还能为“一带一路”沿线国家的经贸关系提供更为坚实的法治保障，助力全球经济的稳定发展。在沿线国家合作不断加深的过程中，坚持从实际需求出发，契合“一带一路”倡议内涵，尊重各方的传统与利益，科学合理设置好具体机制，谋求更高水平的合作。

^[23] 李西霞：《建立以自由贸易协定机制为支撑的“一带一路”长效合作机制》，载《河北法学》2020年第1期。

中国视角下国际平行诉讼管辖权冲突的协调之策

黄勤怡 谢炘池*

摘要：在经济全球化的大背景下，国际平行诉讼治理面临着各国管辖权规则碎片化以及统一国际文书缺失的双重困境。我国于 2023 年修订的《民事诉讼法》引入“先受理法院规则”与“不方便法院原则”用以解决国际平行诉讼管辖权冲突问题，然而在实践中却遭遇诸多挑战。其一，“先受理时间”认定标准的差异引发“择地诉讼”现象，其二，当事人通过欺诈性先诉行为规避管辖，其三，“明显更方便法院”例外条款标准泛化，且与第 282 条存在功能竞合，削弱了规则的可操作性。追根溯源，这源于国际统一规则的缺位，以及立法设计中主权利益与司法效率之间的内在张力。未来，中国需统筹国内制度完善与国际协作，对内，明确当事人同意情况下以中国法院立案时间认定中国法院“先受理”，构建欺诈性先诉识别机制并对欺诈国家实行对等原则，同时细化第 281 条第 1 款第 2 项与第 282 条适用规则与功能界分；对外，依托区域性司法合作推动管辖权互认，最终形成兼具主权立场与国际兼容性的治理模式。

关键词：《民事诉讼法》涉外编 直接管辖权 国际平行诉讼 先受理法院规则 不方便法院原则

引言

在经济全球化与市场国际化的浪潮中，跨国资本流动、技术交流与人员往来日益频繁，国际民商事争议数量激增。这一趋势促使各国基于主权原则不断扩张国际民事管辖权，形成了多元化的管辖权规制体系。当事人为寻求更有利的诉讼结果，频繁利用各国管辖权规则的差异发起平行诉讼，而国家间的司法竞争进一步加剧了这一现象。如在中兴诉康文森案¹中，康文森公司（卢森堡公司）在中国法院提出管辖权异议，主张其已在英国高等法院提起有关标准必要专利侵权及许可费率诉讼，中兴公司在后提起的本案诉讼与康文森公司在先提起的上述英国诉讼的诉讼请求重叠，且英国诉讼已取得显著进展，有关纠纷宜由英国法院管辖。以中兴诉康文森案为代表的国际平行诉讼典型案例解释了“诉讼博弈”不仅关乎个案利益的分配，更涉及全球产业链规则主导权的争夺，牵涉的是一国的国家利益。我国 2023 年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 281 条、第 282 条，通过引入“先受理法院规则”与“不方便法院原则”，旨在维

* 黄勤怡，北京市顺义区人民检察院第四检察部一级检察官助理；谢炘池，北京市顺义区人民检察院第四检察部检察官助理。

¹ 中国中兴通讯股份有限公司诉卢森堡康文森无线许可有限公司专利权权属、侵权纠纷案，广东省深圳市中级人民法院民事裁定书，（2018）粤 03 民初 335 号。

护司法主权与促进国际礼让间寻求平衡。这一立法创新借鉴了海牙管辖权项目中“更适合法院”评估框架（如 2024 年工作组报告提出的六维度审查标准）²，同时融合大陆法系的程序安定性与普通法系的实质正义理念。

一、国际平行诉讼管辖权冲突规则的现状考察

（一）国际平行诉讼的基本内涵。在国际民事诉讼中，管辖权是指一国法院受理某一国际民商事案件并行使审判权的资格或权限，是国际民事诉讼的先决性和基础性问题。³按照管辖权规范的作用不同，管辖权可分为“直接管辖权”（Direct Jurisdiction）与“间接管辖权”（Indirect Jurisdiction）。直接管辖权是指一国法院对国际民事案件是否有受理并行使审判权的资格，涉及的是地点冲突的解决。间接管辖权则是指一国法院是否承认与执行其他国家法院的判决，涉及的是执行问题的解决。⁴其中直接管辖权因与一国司法主权高度关联，直接影响国际民商事案件的实体裁量结果，是解决争议的先决性因素，其重要性不言而喻。在直接管辖权领域中如何解决当事人在多个法域就同一事项同时提起诉讼即国际平行诉讼问题成为各国争议焦点之一。

国际平行诉讼（Parallel Proceedings）是指同一当事人就同一争议基于相同的事实及目的在两个以上国家或地区法院提起诉讼的情形。⁵国际平行诉讼实质上是一种诉讼竞合，是国际民事管辖权积极冲突的表现形式，也是海牙国际私法会议（Hague Conference on Private International Law, HCCH）管辖权项目（the Hague Jurisdiction Project）中的重要议题。⁶

（二）海牙国际私法的规则。自 2021 年 3 月海牙国际私法会议总务与政策委员会（the Council on General Affairs and Policy, CGAP）决定将管辖权项目从专家组阶段转移到工作组阶段，拟为并程序（包括平行诉讼和关联诉讼）制定具有约束力的规则以来，工作组多次召开会议制定了相关条款草案。以 2024 年工作组报告为例，该报告附件二的逻辑图展示了未来公约处理平行诉讼的可能思路（如图 1 所示）。⁷工作组达成的谈判成果实质是以欧盟力推的先受理法院原则与美国主导的不方便法院原则衍生而来的“更适合法院”方法之间博弈的结果。先受理法院原则凸显“国际礼让”，可以有效化解管辖权冲突，提高诉讼效率，但也会诱发当事人随意挑选法院，以欺诈性先诉滥用诉权，加剧平行诉讼的风险。不方便法院原则及其衍生的更适合法院方法凸显了各国对保护本国管辖权需求的回

² See HCCH, ANNEX I to Report of the Working Group on Jurisdiction (Prel.Doc.No2), 2024, pp.7.

³ 参见何其生：《海牙管辖权项目的困境与转变》，载《武大国际法评论》2022 年第 2 期，第 36 页。

⁴ 参见王梦颖：《海牙直接管辖权项目的新发展及其启示》，载《华南理工大学学报（社会科学版）》2023 年第 6 期，第 103 页。

⁵ 参见杜涛：《先受理法院规则与国际平行诉讼问题的解决》，载《武大国际法评论》2015 年第 2 期，第 50 页。

⁶ 参见郭振源：《论国际平行诉讼的海牙公约方法与中国因应——以新《民事诉讼法》第 281 条为中心》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 28 页。

⁷ See HCCH, ANNEX II to Report of the Working Group on Jurisdiction (Prel.Doc.No2), 2024, pp.21.

应，但在实践中基于两国合意确定更适合法院十分困难，同时权衡因素的内涵及其权重也难以明确。⁸同样以 2024 年工作组报告的条款草案为例，第 10 条从当事人的诉讼负担及便利、获取和保存证据容易、受理法院所处的诉讼阶段、判决被承认和执行的可能性等六个维度对更适合法院的选定进行了规范。⁹

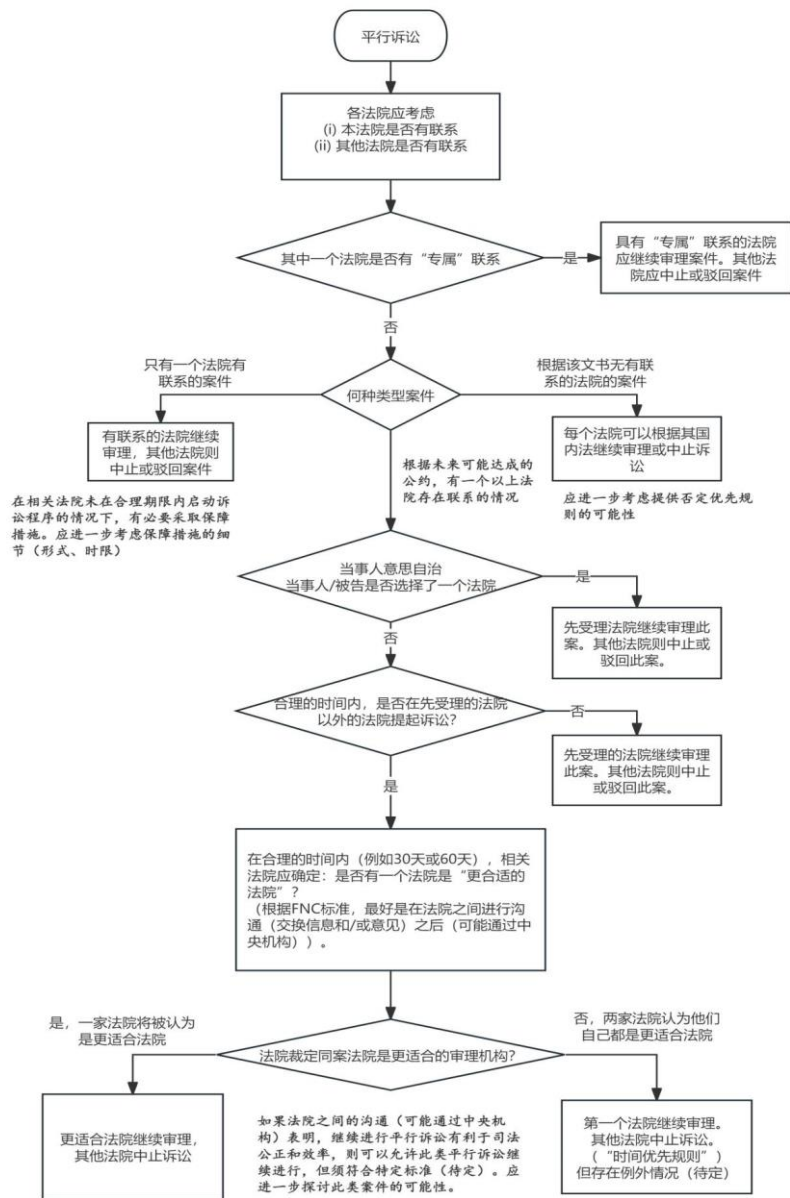


图 1 海牙管辖权项目 2024 年工作组报告中载明的处理平行诉讼的基本框架

⁸ 参见郭振源：《论国际平行诉讼的海牙公约方法与中国因应——以新《民事诉讼法》第 281 条为中心》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 31-35 页。
⁹ See HCCH, ANNEX II to Report of the Working Group on Jurisdiction (Prel.Doc.No2), 2024, pp.7.

（三）我国《民事诉讼法》的规定。根据 2023 年 9 月修订的《民事诉讼法》第 280 条及第 302 条规定，我国原则上对国际平行诉讼持容忍态度，其中第 281 条和第 282 条分别准许人民法院依先受理法院规则和不方便法院原则对外国管辖权予以司法礼让。¹⁰这背后折射出我国对国际民事诉讼案件管辖权在制度设计层面与时俱进、加强国际协作的追求。2023 年《民事诉讼法》对协调国际平行诉讼管辖权冲突规则予以明确规定，吸收借鉴了海牙管辖权项目的谈判成果和其他国际主流规则，整体性采用先受理法院规则，整合司法解释正式明文规定不方便法院规则，立法技术上具有一定的前瞻性。

二、国际平行诉讼管辖权冲突现有规则的适用困境阐述

《民事诉讼法》第 281 条采纳大陆法系国家普遍适用的依据一国法院受案时间的先后顺序来确定涉外民事诉讼管辖权优先性的做法，以法律形式正式确立了我国涉外民事诉讼中协调国际平行诉讼管辖权冲突的基本规则——先受理法院规则，即中国法院对先受理案件的外国法院予以程序礼让。该规则体现我国在坚定维护国家主权基本立场不变的同时，亦注重国际司法合作，适度向先受案法院让渡管辖权。适用先受理法院规则需要满足三个条件：一是相同当事人基于实质相同的诉讼标的而书面申请，二是外国法院“先受理”且具有“合格”管辖权，三是不属于协议管辖、专属管辖及我国为明显更方便法院的情况。鉴于当事人以《民事诉讼法》第 281 条提出管辖权异议时，中国法院拥有是否裁定中止诉讼的自由裁量权，因此亟待我们厘清制度创新背后潜藏的适用困境。

（一）“先受理时间”认定的冲突

跨国司法实践中，各国对“受理时点”的认定标准存在显著差异。如德国以起诉状送达被告为受理节点。《德国民事诉讼法》（Zivilprozessordnung, ZPO）第 253 条、第 261 条规定，当事人提起诉讼的文件提交给法院后，只有当法院将其正式送达给被告后，才能视为案件被受理。¹¹美国则以向法院提交起诉状为受理依据。美国《联邦民事诉讼规则》（Federal Rules of Civil Procedure, FRCP）第 3 条规定，原告提交起诉状即视为诉讼开始。¹²依据我国《民事诉讼法》第 126 条、《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》的相关规定，人民法院对符合起诉条件的案件，以收到起诉状或口头起诉的登记时间作为受理案件的基准。这种差异导致国际平行诉讼中“先

¹⁰ 参见黄志慧：《我国协调国际平行诉讼的立场与方法——民事诉讼法第 281 条之体系解读》，载《法学研究》2024 年第 4 期，第 206 页。

¹¹ See in particular Zivilprozessordnung [German Code of Civil Procedure] §§253, 261, , available at Westlaw (last visited Apr. 2, 2025).

¹² See in particular Federal Rules of Civil Procedure (2022 ed.), Rule 3, available at Westlaw (last visited Apr. 2, 2025).

受理”事实的认定可能产生冲突，这种冲突不仅影响司法礼让的正当性，更可能被当事人利用制造“择地诉讼”机会。

（二）引发欺诈性先诉

“欺诈性先诉”行为是指当事人通过不正当手段，如虚构管辖连接点、恶意制造时间差等，选择一个表面上拥有“合格”管辖权但与案件联系甚微的法院提起诉讼，从而规避中国法院的管辖权。欺诈性先诉在国际民事诉讼中屡见不鲜，尤其是在涉及跨国公司、跨境金融交易和知识产权纠纷等复杂案件中，当事人通过精心策划的策略性诉讼行为，试图在国际平行诉讼中占据优势地位。《民事诉讼法》第 281 条未要求对外国法院管辖权的适格性进行实质审查，可能纵容这种“欺诈性先诉”，从而导致国际民事诉讼失序。例如，在跨境股权纠纷中，原告通过在某法域设立空壳公司并虚构合同履行地，获取“先受理”优势地位。

（三）“例外条款”的适用模糊

1.“人民法院审理明显更为方便”的判断标准泛化

第 281 条第 1 款第 2 项将“人民法院审理明显更为方便”作为中止诉讼的例外情形，但这一标准缺乏具体的操作指引，未明确“方便性”的评估维度。司法实践中，法院多参照《民事诉讼法司法解释》¹³第 530 条，综合考量证据分布、法律适用难度、判决执行可能性等因素。例如，在“中兴诉康文森”案¹⁴中，最高人民法院以“核心专利在中国实施”“主要证据集中于境内”为由认定我国为更方便法院。在这种个案裁量模式下，法院在判断时享有较大的自由裁量权，不同法院在判断“明显更方便”时的标准不一致，导致司法实践中的不确定性增加。

2.与第 282 条功能竞合风险

《民事诉讼法》第 282 条¹⁵规定国际平行诉讼的不方便法院原则，旨在通过司法礼让，将案件移转至更合适的法院审理，以提高司法效率并减少当事人的诉累。由于第 281 条第 1 款第 2 项的“明显更方便”标准缺乏明确界定，可能导致法院在适用时与不方便法院原则产生混同。司法实践中，法院仍需要借助不方便法院原则对管辖权问题进行判断，从否定“不方便法院”的理由来证明中国法院管辖“明显更为方便”。例如，当外国法院先受理案件，但我国法院认为自身为“明显更

¹³ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（法释〔2015〕5号 2022 年修正）。

¹⁴ 康文森无线许可有限公司诉中兴通讯股份有限公司标准必要专利许可纠纷管辖权异议上诉案，最高人民法院民事裁定书，（2019）最高法知民辖终 157 号。

¹⁵ 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百八十二条：人民法院受理的涉外民事案件，被告提出管辖异议，且同时有下列情形之一的，可以裁定驳回起诉，告知原告向更为方便的外国法院提起诉讼：

（一）案件争议的基本事实不是发生在中华人民共和国领域内，人民法院审理案件和当事人参加诉讼均明显不方便；

（二）当事人之间不存在选择人民法院管辖的协议；

（三）案件不属于人民法院专属管辖；

（四）案件不涉及中华人民共和国主权、安全或者社会公共利益；

（五）外国法院审理案件更为方便。

裁定驳回起诉后，外国法院对纠纷拒绝行使管辖权，或者未采取必要措施审理案件，或者未在合理期限内审结，当事人又向人民法院起诉的，人民法院应当受理。

方便法院”时，既可援引第 281 条拒绝中止，也可依据第 282 条主动拒绝管辖。这种规范竞合容易产生第 281 条第 1 款第 2 项的“例外条款”与第 282 条适用混乱，存在模糊先受理法院规则与不方便法院原则作为解决国际平行诉讼两种不同方法之界限的弊端。¹⁶

三、国际平行诉讼管辖权冲突适用适用困境成因分析

（一）统一国际文书的缺乏增加了法律的不确定性

统一国际文书对各国立法提供框架性共识，具有重要的导向和协调作用。其中作为具有约束力的国际文书，公约通过各国承诺尊重公约所规定的义务，而使各国法律得到最大程度协调，促使各国法律与公约条款相符合，维护法秩序的统一性。¹⁷目前，关于国际平行诉讼议题尚未形成统一国际法律文书，此种法秩序的不确定性及可供直接借鉴的术语体系匮乏无疑增加了立法成本，同时也给具体法律适用带来了阻碍。

1.立法上的不确定性：缺乏可供直接借鉴的术语体系

既往国际实践中，我国涉外法“内化”国际法的情形并不少见，例如进入 WTO 后，为使我国国内法更好适应世界贸易规则，制定了《中华人民共和国对外贸易法》《中华人民共和国外资企业法》等一些列法律，通过“内化”国际规则的形式优化涉外法治，但此种“内化”建立在有成熟完备统一的国际规制基础上。¹⁸反观国际平行诉讼议题，目前仅有《选择法院协议公约》和《承认与执行外国民商事判决公约》等少数成果，关于直接管辖权的文书尚在工作组磋商谈判阶段。此外，欧盟国际私法统一化的重要成果《布鲁塞尔公约》由于是区域性公约，基于缔约背景、历史文化等存在较大差异，布鲁塞尔体系的借鉴价值有限。

2.司法上的不确定性：易引发管辖权的积极冲突和消极冲突

我国 2023 年修订的《民事诉讼法》确立的先受理法院规则与不方便法院原则，旨在优化涉外民事诉讼管辖权配置并减少平行诉讼。然而，我国法院依据《民事诉讼法》第 281 条判断是否受理涉外案件时，可能面临外国法院基于不同管辖权基础主张管辖权的冲突，例如当我国法院以先受理规则确立管辖权，而外国法院依据“被告住所地”或“实际联系”等标准主张管辖时，缺乏统一的管辖权规则可能导致国际司法礼让原则的适用边界模糊。此外，相较于英美法系的“最适当法院”或“更适当法院”模式对私人利益和公共利益等多项因素的综合考量，我国《民事诉讼法》第 282 条所规定的适用不方便法院原则的条件更加原则化，如果缺乏关于国际民商事管辖权的统一法律法律文书，各国对“不方便法院”或“适当法院”的认定不一致，形成管辖权消极冲突，使当事人陷入无法院管辖的困境。

¹⁶ 参见黄志慧：《我国协调国际平行诉讼的立场与方法——民事诉讼法第 281 条之体系解读》，载《法学研究》2024 年第 4 期，第 213 页。

¹⁷ 参见何其生：《国际私法秩序与国际私法的基础性价值》，载《清华法学》2018 年第 1 期，第 40 页。

¹⁸ 参见杨解君：《“双碳”目标的涉外立法回应——基于国内法与国际法协同视角》，载《求索》2024 年第 1 期，第 92 页。

（二）管辖权制度设计背后的多重考量增加了法律适用的复杂性

管辖权是一国法院审理涉外民商事案件的前提和基础，管辖权的确定意味着一国法院在冲突规范的选择和案件实体问题的法律适用上拥有了主动权，间接影响案件的实体审理结果。¹⁹随着我国深度参与民商事交往实践，管辖权积极冲突情形愈加常见，复杂的国际平行诉讼与各国法院对于直接管辖权的积极争夺使《民事诉讼法》涉外编修改需平衡多重价值目标，既不能过度偏袒本国司法管辖权的过度扩张造成他国反感同时又要保留必要的获取管辖权的能力避免我国当事人利益受到实质性损害，立法背后的复杂性也引发了具体条款在司法适用中的困境。进一步来看，管辖权的多重考量背后有深刻的法经济学原理。诉讼主体对司法管辖需求的无限性和一国司法正常运转需税收维持的有限性之间的矛盾意味着国际民商事管辖权是一种稀缺资源，同时该种资源向不特定多数人服务，具有公共产品属性，有鉴于此，需要结合法经济学原理深度洞察我国《民事诉讼法》相关条款背后的立法考量。²⁰

一方面，整体性采先受理法院规则给当事人“鱼雷诉讼”以可乘之机。整体性采先受理法院规则的立法初衷是尽可能避免平行诉讼，减少司法资源浪费，增强管辖的可预见性，更符合先诉当事人的预期，但也为当事人制造了挑选先受理法院的机会，造成了对原告和先受诉法院管辖权的过度维护，诱发了欺诈性先诉等恶意诉讼情形。基于理性经济人假设，当事人必然会基于自身利益考量选择诉讼成本最小、收益最大的法院进行诉讼，挑选法院在所难免。²¹例如，在跨国侵犯专利案件中，专利侵权地在 A 国，但侵权人抢先在 B 国提起宣告专利无效的诉讼，基于先受理法院原则，此时 B 国法院相较于 A 国法院具有优先管辖权，但如果 B 国法院审判制度拖沓不决，最终宣布 B 国法院无管辖权，当事人以此获得了一段时间的“诉讼冻结期”，给其谋取不正当利益以可乘之机。²²此外，此种欺诈性先诉引发的司法资源错配、浪费等负外部性需由多国分担，导致单边治理动力不足。

另一方面，整体性采先受理法院规则对维护国际核心利益提出了新要求。从国家层面来看，经济全球化下各国民商事往来愈加频繁，其中牵涉的国家利益特别是核心产业涉及的关键性利益使管辖后的预期收益增加，同时诉讼程序的健全和司法资源的进一步充实降低了管辖成本，收益大于成本的情况下，各国民商事案件管辖权呈扩张之势，以期维护本国核心利益。相反，整体性采先受理法院原

¹⁹ 参见何其生：《国际私法秩序与国际私法的基础性价值》，载《清华法学》2018年第1期，第44页。

²⁰ 参见王国华，海燕：《国际民商事管辖权冲突之法经济学分析》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2020年第5期，第60页。

²¹ 参见王国华，海燕：《国际民商事管辖权冲突之法经济学分析》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2020年第5期，第61页。

²² 参见杜涛：《先受理法院规则与国际平行诉讼问题的解决》，载《武大国际法评论》2015年第2期，第58-59页。

则易使我国在同他国法院争取管辖权过程中处于劣势。《民事诉讼法》第 281 条第 1 款第 2 项规定了“由人民法院审理明显更为方便”，但必须由中国法院“自证方便”，增加了中国法院的负累且不利于维护当事人利益，也易引发过度管辖之虞。²³

四、国际平行诉讼管辖权冲突规则优化的中国路径

（一）尊重当事人双方高度的意思自治

在国际平行诉讼中，“先受理时间”是决定先受理法院管辖权的关键因素。对于“先受理时间”的具体认定标准仍未达成共识的局面，尊重当事人双方高度的意思自治是提高诉讼的效率和公正性的重要路径之一。当事人意思自治是现代国际民事诉讼法的基本原则之一。尊重当事人的意思自治不仅符合国际私法的发展趋势，也有助于提高司法效率和减少司法冲突。因此，针对“先受理时间”认定冲突的问题，只要双方当事人达成一致意见，同意以中国法院的立案时间为准，中国法院即有权受理案件。这一策略不仅符合国际私法的基本原则，也为解决“先受理时间”认定冲突提供了一种可行的路径。具体而言，一是在《民事诉讼法》及相关司法解释中明确当事人意思自治的适用条件以增强这一策略的可操作性。例如，当事人双方必须在书面协议中明确表示同意以中国法院的立案时间为准，并且该协议必须在案件受理前提交给中国法院。这种明确的法律规定可以为当事人提供清晰的指引，同时也为法院提供了明确的审查标准。二是通过司法解释和指导性案例，进一步细化当事人意思自治的具体适用情形。例如，对于当事人在书面协议中未明确约定“先受理时间”认定标准的情况，法院可以参考国际惯例和国内法的有关规定，进行合理判断。通过这种方式，可以为下级法院提供具体的指导，确保司法实践的统一性。

（二）基于国家主权原则，对受理欺诈先诉国家实行对等原则

国家主权原则是国际法的核心原则之一，它要求各国在国际事务中相互尊重主权，不得干涉他国内政。在国际民事诉讼中，国家主权原则同样适用。中国作为主权国家，有权维护自身的司法主权，确保中国法院在国际民事诉讼中能够公正、有效地行使管辖权。因此，针对欺诈性先诉行为，中国可以基于国家主权原则，对受理欺诈先诉国家实行对等原则，以维护中国法院的司法权威和当事人的合法权益。当外国法院通过欺诈性先诉行为规避中国法院的管辖权时，中国法院可以采取对等措施，拒绝承认和执行该外国法院的判决，并在必要时对相关当事人采取制裁措施。具体而言，一是在《民事诉讼法》及相关司法解释中明确规定对欺诈性先诉行为的认定标准和处理措施。例如，对于当事人通过虚构管辖连接点、恶意制造时间差等手段提起的诉讼，中国法院可以认定其为欺诈性先诉行为，

²³ 参见郭振源：《论国际平行诉讼的海牙公约方法与中国因应——以新《民事诉讼法》第 281 条为中心》，载《国际经济法学刊》2023 年第 4 期，第 38 页。

并有权拒绝承认和执行该外国法院的判决。同时，中国法院还可以对相关当事人采取制裁措施，如罚款、限制出境等，以维护司法权威。二是建立欺诈性先诉行为的识别机制。法院要从“诉讼动机”“程序正当性”“实质联系度”等方面对外国法院的管辖基础进行“正当利益”审查，可要求当事人证明外国法院与争议存在“真实、实质的联系”（如合同履行地、侵权行为地等），否则推定存在欺诈性先诉，然后可援引第 281 条第 1 款第 2 项“明显更方便法院”例外予以排除。

（三）细化第 281 条第 1 款第 2 项与第 282 条适用规则

细化第 281 条第 1 款第 2 项与第 282 条的适用规则，能够为法院提供明确的操作指引，减少司法实践中的不确定性，提升司法效率与公正性，减少因管辖权争议导致的诉讼成本增加。同时，中国通过明确管辖权规则能够更好地与其他国家的司法体系接轨，增强国际司法合作的互信。

1. 确立“明显更方便法院”的类型化指引

可通过司法解释或指导性案例确立类型化标准及权重系数。判断中国法院审理“明显更方便”应考虑以下五个重要因素：（1）地理位置因素。法院在判断时，应考虑案件的主要事实发生地、当事人的住所地或经常居住地、证据所在地等因素。例如，如果案件的主要事实发生在中国境内，且大部分证据位于中国，那么中国法院可以认定为“明显更方便法院”。这种类型化指引能够为法院提供明确的操作标准，减少因地理位置判断不一致而导致的司法冲突。（2）证据可及性，即证据收集与调查的便利性。如果案件的关键证据位于中国境内，且中国法院能够更高效地进行证据收集和调查，那么中国法院可以优先行使管辖权。例如，在涉及知识产权侵权的案件中，如果侵权行为发生在中国，且相关证据（如侵权产品、销售记录等）均位于中国境内，那么中国法院可以认定为“明显更方便法院”。（3）当事人诉讼成本的合理性。法院在判断时，应考虑当事人的经济负担、诉讼时间成本等因素。如果在中国法院审理案件能够显著降低当事人的诉讼成本，那么中国法院可以认定为“明显更方便法院”。例如，如果案件的当事人均为中国企业或在中国境内有重要利益，且在中国法院审理能够减少当事人的差旅费用和时间成本，那么中国法院可以优先行使管辖权。（4）法律适用的稳定性。如果案件适用中国法律，且中国法院在适用该法律方面具有丰富的经验和更高的专业性，那么中国法院可以认定为“明显更方便法院”。例如，在涉及中国合同法的案件中，中国法院能够更准确地适用中国法律，从而确保案件处理结果的公正性和合理性。（5）外国法院存在系统性司法不公风险。例如，在涉及“一带一路”基础设施纠纷中，若项目主合同适用中国法且主要履行地在境内，可直接认定我国为更方便法院。

2. 明确第 281 条第 1 款第 2 项与第 282 条的功能界分

一是功能定位的明确化。明确第 281 条第 1 款第 2 项侧重解决“平行诉讼竞

合”，确保中国法院在处理涉外民事案件时能够优先行使管辖权；而第 282 条用于处理“单一管辖不适格”情形，通过司法礼让，将案件移转至更合适的法院审理，以提高司法效率并减少当事人的诉累。

二是适用顺序的明确化。首先判断是否存在先受案法院。当仅有中国法院受理案件时，方可启用第 282 条审查自身管辖适当性；若存在外国先诉法院，则优先适用第 281 条。其次审查管辖权适格性。一般情况下，中国法院应首先适用第 281 条第 1 款第 2 项，判断是否“明显更方便”。最后评估例外情形。如果不符合“明显更方便”的标准，再考虑适用第 282 条不方便法院原则。这种明确的适用顺序能够为法院提供清晰的操作指引，减少司法实践中的不确定性。

三是注重司法礼让的平衡。在适用第 281 条第 1 款第 2 项时，中国法院应充分考虑司法礼让原则。即使中国法院被认定为“明显更方便法院”，但如果案件在其他国家法院已经进入审理程序，且移转案件能够更好地实现国际司法合作的目标，法院应适当考虑适用第 282 条不方便法院原则。这种平衡能够确保中国法院在维护司法主权的同时，也能够尊重其他国家的司法主权，促进国际司法合作的健康发展。

（四）积极推动国际协调与合作

一是与其他国家签订双边或多边司法合作条约。签订司法合作条约是解决国际平行诉讼管辖权冲突的重要手段。通过与更多国家签订双边或多边司法合作条约，中国可以明确与其他国家在民事诉讼中的管辖权分配规则，减少因管辖权冲突而导致的平行诉讼问题。例如，在尊重当事人意思自治的基础上，中国可以与其他国家通过双边或多边条约，共同制定“先受理时间”认定的统一标准。

二是加强国际司法合作与信息共享。这是解决国际平行诉讼管辖权冲突的关键。中国可与其他国家的法院建立“受理通知互认机制”，通过国际司法协助渠道统一时点认定标准。建立信息共享机制，帮助中国法院在案件受理前及时了解其他国家法院的相关情况，减少因信息不对称导致的“先受理时间”认定冲突，还可以及时通报欺诈性先诉行为的相关信息，共同打击欺诈性先诉行为。建立跨法域案件信息共享机制，通过国际司法协助平台实时查询外国诉讼进程，避免因信息不对称导致的管辖权冲突。

三是积极参与国际规则的制定和完善。这是提升中国在国际民事诉讼中话语权的重要途径。中国可以通过参与国际司法会议和相关条约的磋商，提出相关议题，倡导制定统一的国际规则，推动国际社会对国际平行诉讼管辖权冲突的协调与解决。

五、结语

国际平行诉讼治理的演进深刻反映了全球化时代规则话语权的博弈逻辑。我国从“规则适应者”向“制度引领者”转型的过程中，要始终把“大国司法理念”作为

中国国际民事诉讼制度改革的基本价值取向，²⁴通过内国司法审判、主导制定区域性协调指引，积极影响国际规则的制定。唯有将国内法治优化与国际规则塑造动态衔接，才能在国际民商事治理中实现从“被动回应”到“主动引领”的转型，为构建包容、公正的全球经济秩序贡献中国智慧。

²⁴ 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，载《中国社会科学》2017年第5期，第145页。

国际商事调解和我国国际商事调解法的制定

朱云龙 Yunlong Zhu

华盛顿大学，西雅图，华盛顿州 98195，美国

University of Washington, Seattle, WA 98195, USA

赢和国际，深圳，广东，中国

WinGlobal, Shenzhen, Guangdong, China

E-mail: zyl127.uw@gmail.com

简介：毕业于华盛顿大学法学院，主要从事国际法业务、律师事务所管理

运营方向的研究和实践

摘要：国际商事调解是指借助中立第三方调解员，通过协商达成合意解决国际商事争议的跨境纠纷解决机制，具有高灵活性、当事人利益导向、高效率成本低、保密性的特点。当前国际商事调解已成为跨境争议解决的重要方式，我国也已通过自贸区进行先行试点，但是目前我国国际商事调解制度存在立法缺位、调解员资质不明、执行机制不健全的现实问题，需要通过立法进行完善。应当进行国际商事专门性立法，创立双重调解模式的立法框架、在执行机制增设司法确认程序、对调解员进行资质认证和市场激励、加强与国际规则衔接，从而适应国际社会的新需求，提升我国的竞争力，填补我国商事争议解决的制度空白。

关键词：商事调解制度，发展现状，现实价值，国际商事调解立法

Abstract: International commercial mediation refers to a cross-border dispute resolution mechanism that resolves international commercial disputes through negotiation and agreement with the assistance of neutral third-party mediators. It is characterized by high flexibility, a focus on the interests of the parties involved, high efficiency and low cost, as well as confidentiality. Currently, international commercial mediation has become an important means of resolving cross-border disputes. China has also conducted pilot projects through free trade zones. However, there are still practical problems in China's international commercial mediation system, such as the absence of legislation, unclear qualifications of mediators, and an incomplete enforcement mechanism. These issues need to be addressed through legislation. Specialized legislation for international commercial mediation should be carried out, a

legislative framework for a dual mediation model should be established, a judicial confirmation procedure should be added to the enforcement mechanism, qualifications of mediators should be certified and market incentives provided, and connections with international rules should be strengthened. This will help meet the new demands of the international community, enhance China's competitiveness, and fill the institutional gap in China's commercial dispute resolution.

Keywords : the commercial mediation system, current development status, practical value, international commercial mediation legislation

引言

调解与诉讼、仲裁并称为争议解决的“三驾马车”¹。随着“一带一路”倡议的推进和全球经济一体化的加速，我国涉外商事活动规模显著增长。相较于国际商事仲裁与国际商事诉讼，国际商事调解起步晚，立法及执行机制欠缺，一直不是国际商事贸易的主要纠纷解决方式。但随着经济全球化与国际商事贸易活动的急剧增加，复杂多样的国际商事环境逐渐让“调解”为商事主体所青睐，尤其是国际商事调解这一跨境纠纷解决机制具备高灵活性、当事人利益导向、高效低成本、保密性等显著优势，成为跨境纠纷解决的重要选择。2021 年全国法院受理涉外民事案件达 2.73 万件，贸仲受理涉外案件 636 件。如何让国际商事调解在国际领域以及各个国家或地区适用成为新的时代课题。2019 年 8 月 7 日，联合国国际贸易法委员会在新加坡开放签署《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡公约》），中国、美国等 46 个国家和地区作为首批签约方签署该公约。2020 年 9 月 12 日，《新加坡公约》正式生效，其与仲裁领域的《承认执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）和诉讼领域的《承认与执行外国国民商事判决公约》（以下简称《海牙公约》）一起成为国际商事争议解决的三大支柱公约。然而，我国尚未制定专门的国际商事调解法，现行规则散见于《人民调解法》《民事诉讼法》等，导致调解机构资质模糊、调解协议跨境执行困难，难以适应《新加坡调解公约》的国际化要求。制定国际商事调解法，不仅是完善我国多元化纠纷解决机制的关键，更是提升国际规则话语权、服务“一带一路”建设的重要举措。通过立法，可培育具有全球竞争力的调解机构，推动中国从国际争议解决的“接受者”向“主导者”转变。

一、国际商事调解的概念阐释与发展流变

相较于诉讼和仲裁，调解制度的发展相对较晚，国际商事调解更是近几年才逐渐进入大众的视野，因此对于国际商事调解的概念应当进行明确，梳理出对于

¹ 王国华,施长艳.《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道[J].中国海商法研究,2023,34(02):37-48.

国际商事调解的特征，与国际商事诉讼和国际商事仲裁进行界分，在此基础上分析国际商事调解的发展现状。

（一）国际商事调解的概念阐释

1. 国际商事调解的含义

《新加坡公约》的诞生标志着商事调解制度产生了最新标准，其在 46 个国家和地区的成功签署也代表着国际商事调解的立法和适用达成了初步共识，因此虽然关于国际商事调解的定义学界和实务界并没有形成确然概念，但基于长期以来商事调解制度的发展以及《新加坡公约》的基准，我们可以将“国际商事调解”定义为“借助中立第三方调解员，通过协商达成合意解决国际商事争议的跨境纠纷解决机制”。判断一个争议解决方式是否是国际商事调解，必须通过“国际性”“合意性”“商事”等构成要件要素来逐一辨别。

“国际性”在《新加坡公约》中的含义与我国“涉外”含义基本相同，以“营业地”为判断标准，只要双方当事人不同国家设有营业地、或者和解协议规定的部分义务履行地所在国不同于当事人营业地所在国，即可满足“国际要求”。另外，在实践中存在较多当事人“营业地”与和解协议“义务履行地”不一致的情形，应当将“实质义务履行地”与“最密切联系地”作为考察是否具有“国际性”的关键要素²。

“合意性”强调国际商事调解作为一种非诉讼程序，不具备天然的强制性，而是要求双方当事人在调解员的协助下，通过意思自治达成合意来解决纠纷。相较于诉讼能够强制执行的特点，国际商事调解更近似于准法律性质的合约，它保证了双方当事人在友好的氛围下定分止争，保证商事活动的可持续和合作的再延续。

“商事”与“民事”对应，是一种专门的经济活动。《新加坡公约》采用负面清单的方式来定义商事，除了“解决消费者为个人、家庭或家居目的进行交易”以及“与家庭法、继承法或就业法有关的协议”这两类交易，其他是否是商事活动则显而易见，工作组认为不必加以具体描述。³2002 年《国际商事调解示范法》第 1 条第 3 款间接地将“商事”概括界定为合同引起的或与合同的其他法律关系有关的事项。2018 年《国际商事调解示范法》对内容进行了修正，将“商事”做了广义解释，认为一切由于商业性质而发生的事项，无论该关系是否属于合同关系，都应当认定为商业性质的关系，包括但不限于供应或者交换货物或者服务的任何贸易交易，销售协议，商业代表或代理，保理，租赁，工程建造，咨询，工程技术，发放许可，投资，融资，银行业务，保险，开发协议或者特许权，合营企业或其他形式的工业或者商业合作，航空、海路、铁路或公路客货运输。⁴

2. 国际商事调解的典型特征

² 祁壮.国际商事调解发展的新趋势与我国的应对[J].江西社会科学,2023,43(02):193-205.

³ UNCITRAL第二工作组第 65 届会议文件:《解决商事争议国际商事调解:拟订关于调解所产生国际商事和解协议执行的文书秘书处的说明》，2016 年 9 月 12 日至 23 日，第 4、6 页。

⁴ 杜军.我国国际商事调解法治化的思考[J].法律适用,2021,(01):150-156.

作为非诉跨境争议解决途径，其天然不具有诉讼的权威性和强制性；同作为同样是是非解决方式的仲裁相比，调解的制度构造也显得稚嫩与粗糙。但是由于国际商事调解存在诉讼、仲裁所难以替代的其他显著性优越性，使得国际商事调解与其他途径三足鼎立。

（1）高灵活性

由于文化渊源的差异，国际上存在不同的法系，例如大陆法系、英美法系、伊斯兰法系、混合法系等，我国的法律制度在早期受到苏联法律制度的影响，现阶段更接近于大陆法系，也有观点认为我国是兼收并蓄结合我国国情而形成的中华法系。⁵不同法系在解决内国问题时具有不同的实体标准和程序，但是当出现跨境纠纷时，通常选择哪一方的法律制度会面临较多的争议，即使有国际公约做出明文规定，也可能因其强制性而阻碍双方当事人后续商事活动的友好开展。采用商事调解方式，可以搁置法律制度之间的龃龉，寻求双方当事人的合意来和平解决问题。

（2）当事人利益导向

国际商事调解以当事人利益为首要准则，其协议的制定并非基于法律的权威性和强制性，通常也不存在实体上的明确性责任规定。国际商事仲裁具有准司法性属性，当事人一旦达成仲裁协议，则必须按照约定的仲裁规则采用仲裁方式解决争议，无论当事人是否愿意，仲裁员都会依据当事人选择的法律或者规则做出仲裁裁决。国际商事调解一切以当事人利益为主导，完全尊重意思自治，当事人在调解过程中随时可以退出。国际商事调解注重“做大蛋糕”而非“切分蛋糕”，通过调解员的协助，可以友好解决商业冲突中的误解和偏见，构建和谐的商业关系，有利于当事人实现长期合作并获得长远利益，从而推动双方共同利益最大化。

（3）高效率、低成本

与国际商事诉讼相比，跨国诉讼面临复杂的法律问题和程序问题，诉讼的时间成本和经济成本更高，与商业活动的高效流转背道而驰；国际商事仲裁相对更加灵活，但是《纽约公约》使得仲裁具有司法化特征，国际律师引入了大量的诉讼技巧，导致仲裁趋向于诉讼的费用和成本。以实践为例，2019年国际商会仲裁院做出最终裁决的时长为26个月，而国际商事调解的方案一般2-3个月，且调解的费用只有仲裁费用的六分之一。

（4）保密性

商事调解制度在法律性质中更类似于合同，属于双方当事人之间基于意思自治达成的协议，不涉及公权力的执行，因此商事调解通常不公开进行，商事调解的结果保密，能够显著降低因公开而给当事人带来的不确定性风险。同时，《新加坡公约》等国际公约的存在使得调解过程与内容受法律保护，避免商业信息泄

⁵ 张文显.中华法系的独特性及其三维构造[J].东方法学,2023,(06):4-14.

露。

（二）国际商事调解的流变与发展现状

《新加坡公约》的签署是国际商事调解制度正式诞生的标志，但商事调解制度也早有渊源。20 世纪 60 年代起，美国率先开始探索利用调解方式解决国际商事争议⁶，1994 年美国律师协会、美国仲裁协会和纠纷解决专业社团制定了《调解人行为模范标准》，2001 年美国统一州法全国委员会于 2001 年公布《统一调解法》，2005 年得克萨斯州最高法院发布了《调解人行为指南》，美国对于商事调解制度的创立提供了有益探索。在国际层面，1980 年联合国大会通过了《联合国国际贸易法委员会调解规则》，2002 年 11 月 19 日联合国国际贸易法委员会通过了《国际商事调解示范法》，2008 年欧洲议会和理事会通过《关于民商事调解若干问题的 2008/52 号指令》进一步明确调解的基本特征，一直到《新加坡公约》正式产生，国际商事调解制度逐渐形成体系。⁷

在《新加坡公约》的助推下，国际商事调解呈现方兴未艾的新趋势。从立法层面看，全球范围内包括印度、日本、新加坡等国已有 30 多个国家或地区制定专门商事调解法，明确调解协议效力与执行规则，如中国香港 2013 年制定的《调解条例》，新加坡 2020 年推出的《新加坡公约调解法》；从国际规则统一化层面看，联合国《国际商事调解示范法》和《新加坡调解公约》构建了全球调解框架，截至 2025 年已有 53 个国家加入公约；从技术革新的角度看，人工智能以及大数据分析系统的迅速发展为调解提供了更加便捷的平台，在线调解平台（如粤港澳大湾区金融调解委员会）逐渐普及，2023 年深圳前海法院通过线上调解成功处理跨境金融纠纷，涉案金额达 13.98 亿元。

综上所述，国际商事调解制度已经成为重要的跨境纠纷解决途径，随着全球经济活动的日益频繁，更加灵活高效的调解将扮演着更为重要的角色，为国际商事领域的发展贡献力量。

二、我国国际商事调解的发展现状和现实挑战

中国深受儒家文化影响，讲求“以和为贵”，在中国几千年的争议解决中调解具有举足轻重的地位。我国 2011 年施行了《人民调解法》，由人民调解委员会发挥调解员作用，帮助基层人民法院、公安机关等解决司法纠纷和群众间的普通纠纷，2019 年我国是《新加坡公约》的首批签署国，标志着我国的国际商事调解制度逐渐开始建立。但直至目前我国并没有批准其在我国生效，同样没有与国际商事调解相衔接的专门立法，而是通过自贸区来探索适宜我国的国际商事调解发展路径，在国际国内商事调解制度的发展过程中，我国跨境商事调解存在的现实枷

⁶ Connerty. *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*[J]. *Arbitration International*, 1996 (12): 47-56.

⁷ 费秀艳. 国际商事调解的法律性质及其制度构建[J]. *江汉论坛*, 2022, (11): 123-129.

锁也逐渐显现。

（一）我国国际商事调解的发展现状

当前我国国际商事调解制度仍需完善发展，尽管我国已签署《新加坡公约》，但是我国并没有国际商事调解的高位阶专门立法，同样也尚未确立商事调解的配套制度与执行程序，我国主要采用自贸区先行试点的方式逐渐探索既契合我国法系同样能与国际商事衔接的调解制度。其中上海、广东、海南、深圳的探索成果较为典型，在商事调解适用范围、法律适用、调解员引入等方面进行了体制机制创新。

上海自贸区将调解与诉讼相结合。2019年12月最高人民法院通过《关于人民法院为中国（上海）自由贸易试验区临港新片区建设提供司法服务和保障的意见》，为上海调解机制的创设提供了基本方向，此后上海市高级人民法院印发《上海法院涉外商事纠纷诉讼、调解、仲裁多元化解一站式工作机制的指引（试行）》，就自贸区内诉讼调解提出多方面的指导⁸。

广东自贸区强调商事调解的意思自治，2020年1月广东省高级人民法院、广东省司法厅联合通过《广东自贸区跨境商事纠纷调解规则》，进一步完善了广东自贸区的纠纷解决机制，辐射面带动粤港澳大湾区的跨境争议解决，其主要从规则的基础上对商事调解的意思自治特点进行明文规定。

海南自贸港着力构建国际商事诉讼、仲裁、调解三位一体的多元化跨境纠纷解决机制，利用三个制度各有利弊的特性，互相补充，取长补短。海南省既成立了第一、二涉外民商事法庭，又上线了民商事纠纷在线调解平台，给商事主体提供了多样化的纠纷解决路径。

深圳于2022年5月施行了《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》（以下简称《深圳ADR条例》），在调解机制的执行中进行了多方面创新，包括中立评估机制、司法保全机制、司法确认程序等内容，为国际商事调解建立起架通国际国内法律的桥梁。

（二）我国国际商事调解的实践挑战

我国国际商事调解制度呈现非独立性的特征，现阶段依然依赖于诉讼等司法程序来保障其可执行性和正当性，这也侧面反映出我国国际商事调解制度依然非

⁸ 上海市高级人民法院于2019年12月公布《上海法院涉外商事纠纷诉讼、调解、仲裁多元化解一站式工作机制的指引（试行）》，该指引于2019年12月施行。其中第10条规定：在涉外商事纠纷一站式解决机制中，人民法院商请调解组织协同以下工作：（一）指派专人负责线上线下调解窗口接待，承担调解咨询、接收调解申请材料等工作。（二）对于当事人有意愿进行调解的案件，依法进行调解。第4条规定：涉外商事纠纷一站式解决机制具备以下主要功能：适法统一功能。建立必要的信息沟通与反馈机制，促进案件在诉讼、仲裁、调解中保持法律适用的统一。第22条规定：人民法院支持仲裁机构和调解组织引入外籍调解员、仲裁员，建立外籍调解员、仲裁员名册，并加强与域外调解组织、仲裁机构之间的合作交流，提高涉外商事调解、仲裁的专业化、国际化水平。

常稚嫩，将其现实化存在多方面的辖制和挑战。

1.商事调解立法缺位

我国现有的调解规定散见于《民事诉讼法》和《人民调解法》中，缺乏现实系统的明文规定。立法是国际商事调解普适性的根基，缺乏高位阶的专门法律规定导致商事调解制度缺乏奠基石，在执行程序的设置与适用、当事人合法权利的保障等方面缺乏法理依据⁹，也使得《新加坡公约》由于缺乏现实的国内法规而被“束之高阁”。

2.调解员资质不明

在立法先行缺位的“先天不足”情形下，国际商事调解也继发其他现实困境，首先是作为中立第三方的调解员资质不明。在国际体系中商事调解制度并未对调解员的主体身份作出限制，因此自然人或者组织均可以做为商事调解员，有些国家允许中立自然人或一人公司直接为商事主体提供调解服务¹⁰，尽管美国不同州之间有不同的法律适用规则，但是美国大部分州都允许中立自然人或一人公司直接提供调解服务。我国同样未对调解员的身份作出明确限定，但是在现实层面非经授权或登记认证的第三方协助纠纷当事人达成的和解协议难以提交公权力进行确认，因此商事调解变成了普通的商事合同。受制于市场化水平和专业化水平的发展，商事调解员的培养机制和专业化发展依然处于萌芽状态，调解机构收费机制不健全，部分当事人仍存在“调解免费”的认知误区，调解员也缺乏资质认定机制，这导致如果跨境和解协议是由自然人调解完成，该协议将在国内难以执行。

3.跨境执行机制缺陷

当前，不管是国际还是国内领域，各界均对和解协议的法律性质存在分歧¹¹，但是基于其非诉的本质，一般均承认商事调解协议不具有强制力。如果要求和解协议强制执行，必须通过司法程序或者仲裁程序进行二次确认。《新加坡公约》第条明确规定：当事人可以向所在公约当事主管机关寻求救济，申请执行。但是该规定并未明确执行程序，具体应用到各国依然依赖于本国的法律程序。在我国协议执行通常要经过司法确认，保证国际商事活动不会对境内诉讼、仲裁以及商事活动产生不利影响。

三、我国国际商事调解立法的必要价值

经济全球化与区域一体化浪潮中，国际商事纠纷呈现井喷式增长。中国作为全球第二大经济体和 130 多个国家的最大贸易伙伴，在“一带一路”倡议纵深推进的背景下，构建具有国际竞争力的多元化纠纷解决机制已成当务之急。国际商事

⁹ 郭子平.我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2023,40(04):13-25.

¹⁰ Rodney L. Lewis. *Mediation in USA*[ED/OL].<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?l=1afc5951-1db6-4f91-8e3b-500022484dbd>, 2022-09-09.

¹¹ 刘静.论一站式国际商事纠纷解决平台下的商事调解制度——以《新加坡调解公约》为视角[J].河南财经政法大学学报,2023,38(03):118-130.

调解立法不仅有利于建立完整的商事纠纷解决制度体系,同样影响着我国在全球经贸规则制定中的话语权。

（一）国际商事领域对调解的普遍需求

随着国际社会中跨境商事交易频率加快、规模增长,国际商事冲突和纠纷呈现出更加复杂多元的特征,利用传统的诉讼和仲裁解决愈来愈庞大繁杂的商事活动已显得捉襟见肘。面对时间跨度长、程序严格的诉讼和仲裁,许多商事活动主体希望能有更加灵活便捷高效的纠纷解决方式。¹²国际调解协会曾对 20 多个法域和 150 多名代表进行调查,结果显示过半数的当事人表示在纠纷导致强制性法律行动之前,希望尽可能将调解前置来化解争议;只有 6% 的被调查对象对现阶段的跨境纠纷解决机制感到满意,认为诉讼和仲裁已足以满足国际商事争议解决的需求。在国际商事主体的强烈需求下,《新加坡公约》应运而生,为实质意义上的商事调解制度构建搭建起基本框架。但是现有的国际规则下,具体的执行依赖于各国的法律程序,我国作为国际商业贸易大国以及最早签署《新加坡公约》的 40 多个国家之一,对国际商事调解进行专门立法顺理成章。

（二）提升国际竞争力的战略选择

当今社会,世界之变、时代之变、历史之变正以前所未有的方式展开¹³,国际社会中的贸易摩擦和商事纠纷伴随着各类国际形势的变化而层出不穷,建立完善的国际商事纠纷调解制度,能够适应当今的国际规则,在面临各国之间的经济冲突时利用完善的法律制度提前掌握主动权,保障我国商事主体的利益和我国国家的主权利益,促进我国国际贸易的高质高效发展,带动我国社会主义市场经济的额持续发展。经济基础决定上层建筑,从国家战略角度考量,完善的商事经济调解制度更是提升国家竞争力的有力方式。

（三）填补商事争议解决的制度空白

我国是依法治国的社会主义国家,完善的法律制度是追求的主要目标之一。在当前,传统的商事纠纷只能通过诉讼和仲裁来解决,随着我国涉外民商事案件以每年 15% 的速度递增,诉讼和仲裁已不能完全消解庞大的案件量,因此实践中商事调解已逐渐扮演着重要角色,在问题解决中逐渐发挥了巨大作用。尤其是在我国自贸区,诉讼、仲裁、调解三位一体的多元化的纠纷解决机制已成为解决商事纠纷的最佳模式。¹⁴自贸区对于调解制度的应用彰显了其旺盛的生命力和可行性,2023 年上海、海南通过地方立法引入临时仲裁和调解规则也为全国立法提供了试点经验,应当制定全国性的高位阶国际商事调解法律规范,填补商事调解

¹² 林福辰.中国商事调解协议执行机制与《新加坡调解公约》:功能承载差异及渐进并轨发展[J].中国海商法研究,2025,36(01):103-112.

¹³ 习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗:在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M].北京:人民出版社,2022:60.

¹⁴ 祁壮.“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究[J].中州学刊,2017,(11):61-66.

领域的法律制度空白，推动“诉讼—仲裁—调解”三位一体机制落地，完善我国多元化的纠纷解决机制。

四、我国国际商事调解法的立法建议

不过是从国际层面还是国内层面来看，对国际商事调解进行专门立法已经势不可挡，当前没有对其进行立法的主要原因并非是不具备现实条件，而是在斟酌立法如何在保证我国法律制度完整性的基础上，与国际规则进行有效衔接。因此在对商事调解进行专门的单独立法基础上，还应当从以下几个方面重点关注。

（一）框架设计：双重调解模式

基于我国现有的法律框架和司法制度，当前商事调解主要包含依附式调解模式和独立式调解模式。所谓依附式商事调解模式是指调解制度在一定程度上依赖于诉讼和仲裁来实行，本质上是“诉源治理”理论的应用，目前上海、广东、海南等自贸区就对于诉调衔接以及仲裁调解衔接进行了尝试，建立起“先行调解”的机制，这是多元化商事争议解决的创新思路。所谓独立式商事调解模式是指争议调解仅通过调解这一个途径来进行，不需要诉讼和仲裁来作为辅助，在我国主要依赖于中国国际商会和各地商会下设的调解组织。依附式商事调解是调解制度建立的开端，但是现在独立式商事调解也开始得到越来越多的应用，因此这两种方式同样在国际商事调解中具有各自存在的重要价值，在《商事调解法》中都应当得到确认和应用。

但是双重调解模式面临着《新加坡公约》的一定挑战，《新加坡调解公约》明确规定允许当事人凭调解协议直接向法院申请执行，无需司法确认。这代表着《新加坡公约》更加希望调解制度能够摆脱诉讼和仲裁制度的束缚，直接保证其执行力。但是实际落地我国这种构想并不现实，调解制度以当事人利益为直接导向，这种利益的选择可能并不符合我国的法律价值追求，如果直接予以承认将会对我国法律制度、国家利益造成难以预测的影响。应当同时设立这两种调解模式，根据和解协议的不同类型和不同影响适用不同的模式，但为了避免调解制度落于诉讼、仲裁的窠臼，可以对于诉调衔接、仲裁调解衔接的程序规定进行明确规定，通过简化程序来提高效率，保证调解制度最大限度发挥作用。

（二）执行机制：司法确认程序

调解制度的重要特点在于灵活性，缺乏强制力，这就代表着调解文书不具有执行力。为了解决该问题，应对执行机制进行创新，在保证调解不丧失其独特优越性的基础上使得执行现实可行，避免成为“准合同”。¹⁵《深圳 ADR 条例》就提供了一个解决途径，其第 71 条规定：“经依法设立的调解组织达成的民事调解协议，当事人可以依法申请人民法院司法确认”。前期的争议解决完全通过调解制

¹⁵ 程华儿.涉外法治发展视域下我国法院对《新加坡调解公约》执行机制革新的因应[J].法律适用,2020,(24):46-54.

度来进行，在执行程序时引入“司法确认”，既提高了效率也保证了其执行力。

由于我国的商事调解包括依附式和独立式，司法确认程序也应当进行对应的程序，分为形式审查和实质审查。对于依附式商事调解模式，本身就是调解与诉讼、仲裁相结合的解决模式，在调解制度的适用过程中已经有全流程司法的参与，保证了该调解制度符合我国的法律制度，因此这种调解协议的执行可以进行形式意义上的司法确认，只要通过形式审查就保证执行力。对于独立式的商事调解模式，由于调解只是双方当事人意志的反应，为了避免我国的法律制度和其他利益受到影响，应当进行实质审查，如果确认只涉及双方利益那么可以进行司法承认，如果双方当事人的和解协议可能影响我国第三人的利益甚至不符合我国的价值取向，司法可以进行否定。同时可以创设司法支持制度，在诉讼程序和仲裁程序中对于司法确认进行匹配性的立法设计和制度匹配。

（三）调解员管理：资质认证和市场激励

商事调解员的资质、能力和公正性对调解程序的效率和公平至关重要，这不仅是调解进行司法监督的重点，也是和解协议执行力的重要渊源。国际上已经有许多国家和地区制定了规范的调解员制度，强调调解员的公正性和独立性以确保和解协议的真实有效。我国商事调解机构也已经形成相对统一的调解守则，可以对其进行吸纳整理，通过立法制定统一的调解员规范体系。统一的调解员规范体系应当包括商事调解员的专业资格认证机制、行为守则标准以及激励与约束机制等内容。为此，可以参考中国香港地区和新加坡的做法，如香港特别行政区政府律政司制定了《香港调解守则》和《调解条例》，并成立了香港调解资历评审协会有限公司，专职负责调解员的资质审核、培训等方面的工作。新加坡专门授权由新加坡国际调解学会这样的独立第三方担任调解员质量把控机构，保证公平公正原则。建议由司法部牵头制定相关草案，核心内容在于构建以能力为主的调解员资格认证机制、以诚信意识为主的调解员行为守则标准。同时组建各区域“商事调解协会”作为统一的调解员资质审核和行为监督主体。调解员的行为激励与约束机制可以借鉴爱尔兰的立法经验，其以调解员的调解课时数完成情况、经验丰富程度为标准推行调解员的分级分类管理制度。建议由“商事调解协会”主导构建以调解员业绩为主的评价机制，增设争议当事方的投诉机制，实行调解员等级评定、投诉处理与资质认证和聘任挂钩，以引导激励和约束的方式促进中国调解员队伍职业化发展。同时，应当进行市场化激励，允许调解机构按争议标的的比例收费，调动调解员积极性，使得调解员的专业化得到保障。

（四）国际合作：加强国际规则衔接

由于国际商事调解不仅是我国领域内的商事调解，还涉及跨境和各国的争议解决，因此我国应当在国际商事立法中专门一章规定如何与国际规则进行衔接，明确提出哪些类型的规定我国可以直接适用、选择性适用、不予适用，对于不明

确以及未来可能制定的国际规则制定兜底条款，最大限度保障我国的国际利益¹⁶。例如，对于执行境外和解协议的审查标准予以明确拒绝，《新加坡调解公约》第5条明确列明了公约缔约国可以拒绝跨境执行和解协议的情形。但公约规定拒绝执行的抗辩情形与理由较多，有关事由的具体理解和适用仍需通过缔约国立法或司法解释等方式加以明确。我国也应结合实际，通过立法或司法解释明确拒绝执行境外和解协议的审查标准。此外，对于区域互认机制，可以参考前海法院委托香港调解员的经验，对于能够进行区域互认的情形允许互认。该制度可以在自贸区先行试点，保障区域互认制度能够更加符合我国国家利益。

对于国际商事调解制度，我国也应该增强在国际领域的话语权，积极参与国际规则制定，在联合国贸法会等平台推动“东方调解经验”纳入国际文本，让我国的商事调解法在国际领域也能够得到承认和一定的应用，为全球的商事调解立法提供中国方案。

四、结论与展望

国际商事调解法的制定是统筹国内法治与涉外法治的关键举措，既能解决当前调解机构碎片化、执行难的问题，又能提升我国在国际争议解决中的话语权。目前，在全球领域国际商事调解方兴未艾，《新加坡公约》的制定使得国际商事调解正式成为与诉讼、仲裁并驾齐驱的“三驾马车”，美国、新加坡、日本等国也已经制定了适合国际公约的国内法律规范。在我国，国际商事调解也在跨境争议解决中扮演着重要角色，尽管存在着商事调解立法缺位、调解员资质不明、跨境执行机制缺陷等现实困境，但由于现实需要应当对国际商事调解予以重视，并且对于国际商事调解进行专门性的立法。我们应当从创立双重调解模式的立法框架、在执行机制增设司法确认程序、对调解员进行资质认证和市场激励、加强国际规则衔接等四个角度为国际商事立法提供路径创新，使得国际商事立法逐渐落地。我国通过立法打造“调解+仲裁+诉讼”的多元化跨境纠纷解决平台，增加对于调解制度的应用，有利于提升我国商事纠纷解决领域的国际竞争力，逐渐成为亚太地区国际商事纠纷解决中心，在国际商事领域发挥出我国的重要影响力。

参考文献：

- [1] 单文华,冯韵雅.国际商事争端“融解决”体系的探索与完善[J/OL].西安交通大学学报(社会科学版),1-16[2025-03-30].<http://kns.cnki.net/kcms/detail/61.1329.c.20250324.1657.004.html>.
- [2] 林福辰.中国商事调解协议执行机制与《新加坡调解公约》:功能承载差异及渐进并轨发展[J].中国海商法研究,2025,36(01):103-112.

¹⁶ 冯冬冬.《新加坡调解公约》背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善[J].国际法研究,2023,(02):143-160.

- [3]江保国.《新加坡调解公约》下国际商事调解协议的法律效力[J].国际法研究,2024,(03):81-95.
- [4]郭子平.我国国际商事调解特区立法:问题争议、解决机制及制度贡献[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2023,40(04):13-25.
- [5]王国华,施长艳.《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道[J].中国海商法研究,2023,34(02):37-48.
- [6]刘静.论一站式国际商事纠纷解决平台下的商事调解制度——以《新加坡调解公约》为视角[J].河南财经政法大学学报,2023,38(03):118-130.
- [7]许志华.我国批准《新加坡调解公约》的问题与对策[J].中国法律评论,2023,(02):204-217.
- [8]赵勇.《新加坡调解公约》的适用范围及衔接对策[J].河北法学,2023,41(05):102-117.DOI:10.16494/j.cnki.1002-3933.2023.05.006.
- [9]冯冬冬.《新加坡调解公约》背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善[J].国际法研究,2023,(02):143-160.
- [10]祁壮.国际商事调解发展的新趋势与我国的应对[J].江西社会科学,2023,43(02):193-205.
- [11]费秀艳.国际商事调解的法律性质及其制度构建[J].江汉论坛,2022,(11):123-129.
- [12]蔡伟.《新加坡调解公约》的困境和应对[J].清华法学,2022,16(02):193-208.
- [13]赖建国.香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴[J].法律适用,2021,(06):45-52.
- [14]孙南翔.《新加坡调解公约》在中国的批准与实施[J].法学研究,2021,43(02):156-173.
- [15]包康赞.《新加坡调解公约》的“后发优势”与中国立场[J].武大国际法评论,2020,4(06):15-36.DOI:10.13871/j.cnki.whuilr.2020.06.002.
- [16]杜军.我国国际商事调解法治化的思考[J].法律适用,2021,(01):150-156.
- [17]程华儿.涉外法治发展视域下我国法院对《新加坡调解公约》执行机制革新的因应[J].法律适用,2020,(24):46-54.
- [18]漆彤,张生,黄丽萍.调解在国际争端解决中的发展与应用[J].武大国际法评论,2020,4(02):80-100.DOI:10.13871/j.cnki.whuilr.2020.02.005.
- [19]高奇.论国际和解协议在我国的跨境执行:理论分析与制度建构[J].理论月刊,2020,(08):96-108.DOI:10.14180/j.cnki.1004-0544.2020.08.011.
- [20]陈洁.我国国际和解协议准予救济制度的构建——以《新加坡调解公约》的签署为契机[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2020,22(02):92-101.DOI:10.13916/j.cnki.issn1671-511x.2020.02.009.

[21]王琦.海南全面深化改革进程中的国际商事纠纷调解机制研究[J].海南大学学报(人文社会科学版),2019,37(03):116-123.DOI:10.15886/j.cnki.hnus.2019.03.016.

[22]石静霞,董暖.我国国际商事法庭的若干核心问题[J].西安交通大学学报(社会科学版),2019,39(03):116-123.DOI:10.15896/j.xjtuskxb.201903014.

[23]王淑敏,何悦涵.海南自贸试验区国际商事调解机制:理论分析与制度建构[J].海南大学学报(人文社会科学版),2018,36(05):26-35.DOI:10.15886/j.cnki.hnus.2018.05.005.

[24]祁壮.“一带一路”建设中的国际商事调解和解问题研究[J].中州学刊,2017,(11):61-66.

[25]王钢.论文化差异在国际商事调解中的表现及影响[J].西北大学学报(哲学社会科学版),2009,39(04):76-81.

[26]张文显.中华法系的独特性及其三维构造[J].东方法学,2023,(06):4-14.DOI:10.19404/j.cnki.dffx.20231107.006.

[27]习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗:在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M].北京:人民出版社,2022:60.

[28]Rodney L. Lewis. Mediation in USA[ED/OL].<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?l=1afc5951-1db6-4f91-8e3b-500022484dbd>, 2022-09-09.

[29]Connerty. The Role of ADR in the Resolution of International Disputes[J]. Arbitration International, 1996 (12): 47-56.

天津自由贸易试验区国际商事纠纷“一站式”多元化解决机制研究

施 丹

摘要:天津自由贸易试验区（以下简称“天津自贸区”）积极回应各商事主体国际化、多元化、法治化的司法需求，探索建立“一站式”多元化纠纷解决机制。本文认为，应完善相关立法，构造顶层设计，在“诉、仲、调”三大模式的选择上，建立以天津自贸区特色产业为底色的，以行业调解为主导、仲裁裁决为辅助、诉讼审判为兜底的总体思路，在流程上设置案件评估前置程序，明确衔接机制。由政府发挥统筹协调作用，坚持“一体导向”，使各部门通力协作，并借助科技化、信息化的手段，研发国际商事纠纷“一站式”多元化解决机制平台，融合多种功能，实现线上线下的调处机制。打造具备京津冀特色的解决体系，推进京津冀地区调解资源、调解数据、调解力量共建共治共享机制，打破地域壁垒，实现区域协同发展。

关键词: 天津自贸区 国际商事纠纷 多元化 一站式解纷

当前，世界百年未有之大变局加速演进，我国发展进入战略机遇和风险挑战并存的时期，党的二十大报告明确强调统筹推进国内法治和涉外法治，坚持统筹推进国内法治和涉外法治也是习近平思想“十一个坚持”的重要组成部分，在全球化程度日益加深的今天，涉外法治的重要性不言而喻，而如何妥善高效的解决涉外商事纠纷成为迫在眉睫的问题。2018 年初，中央全面深化改革领导小组会议审议通过的《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》，公布了“一带一路”国际商事争端解决机制和机构，明确以共商共建共享为原则，推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制，形成便利、快捷、低成本的“一站式”争端解决中心，为“一带一路”建设参与国当事人提供优质高效的法律服务¹。同年 6 月，最高人民法院先后在深圳和西安设立了国际商事法庭，标志着我国建立了解决国际商事纠纷的专属机构，开启了国际商事一站式多元解纷机制的新篇章。天津自贸区作为北方第一个自贸区，是京津冀高水平对外开放的改革示范平台，也是制度创新机制的试验田。本文立足天津自贸区，以国际商事纠纷解决路径为出发点，分析诉讼、仲裁与调解各个方式的优劣特点以及现有机制运行的难点堵点，借鉴全国先进地区处理国际商事纠纷的经验，立足自贸区实际，

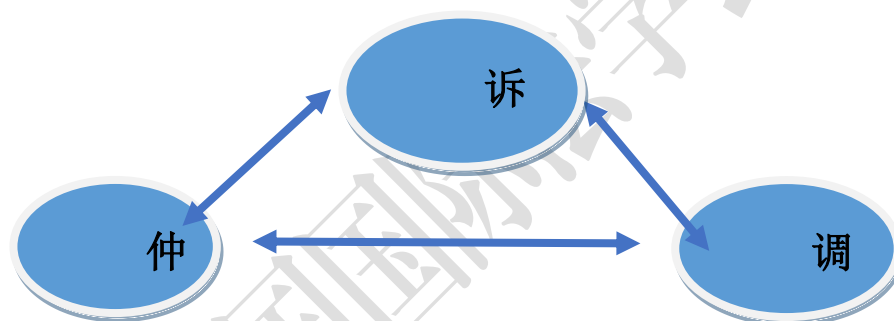
¹ 参见 https://hnrbs.voc.com.cn/hnrbs_epaper/html/2018-06/28/content_1321323.htm?div=-1。

从顶层设计、运行流程以及统筹保障等几个方面提出机制落地运行的具体建议，探索建立一条功能齐备、高效便捷的“一站式”解纷司法服务体系，助力天津自贸区成为国际商事纠纷解决优选地、提升法治软实力并营造一流法治化营商环境。

一、国际商事“一站式”解纷的运行基础与现实意义

（一）运行基础：多元解纷司法服务的延伸发展

与传统民事纠纷不同，商事行为是交易与盈利的集合体，而国际商事活动在具备营利性、营业性的同时，还具有主体多元、跨越地域、法域差异的国际化、全球化的特征，这导致国际商事纠纷往往覆盖面广、影响程度深，纠纷类型复杂。目前，“诉讼、仲裁、调解”为国际商事纠纷解决的主要方式，各方式具备特点明显，商事主体可以利益最大化为根本，考虑平衡成本与回报，结合纠纷具体情形从优选择。



（图一 国际商事纠纷三种解决方式）

1.诉讼。诉讼具有客观、公正及国家强制力，是国际商事纠纷解决的重要方式之一。2015 年，全国各级法院审结涉外商事案件 6079 件，至 2018 年，仅由最高人民法院审结的一审涉外民商事案件就达到了 1.5 万件，全国涉外诉讼案件大幅增长。然而，诉讼固有的局限性无法忽视，一国的法院判决如何得到别国的有效承认与执行仍是诉讼方式的难解之题。国际上，海牙国际私法会议于 2019 年通过的《承认与执行外国民商事判决公约》成为首个全面确立民商事判决国际流通统一规则的国际文书，旨在国际范围内建立外国民商事法院判决承认和执行的统一法律制度²，我国目前主要依靠与他国司法协助的双边协定、互惠关系等进行跨境承认与执行，对公约尚未批准。

2.仲裁。根据 2019-2020 年度《中国国际商事仲裁年度报告》，2019 年全国 253 家仲裁委员会共受理案件 486955 件，比 2017 年增长 103%，仲裁以其自身

² 参见：https://www.sohu.com/a/324945224_100162414，访问时间 2022 年 2 月。

独有的高度自治性、专业性、秘密性等特点，成为处理国际商事纠纷的极优选择。国际上，《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）《国际商事仲裁示范法》（以下简称《示范法》）作为重要的仲裁公约，赋予了一国的仲裁裁决在全球范围内执行的可能性，该公约被 168 个国家通过和批准³，《示范法》也被全球 111 个主要法域中 80 个法域的立法采纳⁴，促进了商事仲裁程序与商事仲裁规则的一致。如 AAA（美国仲裁协会）、LCIA（伦敦国际仲裁院）、SCC Institute（斯德哥尔摩商会仲裁院）等都是享有盛誉的国际仲裁机构，解决了大量国际民商事争议⁵。

3.调解。调解不同于诉讼与仲裁针锋相对的特点，而是尝试以平和的方式解决纠纷。2018 年底，最高人民法院公布了首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的国际商事仲裁及调解机构，支持具备条件、在国际上享有良好声誉的国内调解机构开展涉“一带一路”国际商事调解。国际上，《新加坡调解公约》生效以后，解决了以往跨境执行的调解协议要以提起仲裁或者诉讼的方式转化为生效的法律文书，再依据《纽约公约》或多边条约执行的问题，使得跨境企业间的调解协议可以直接向签署国家的法院申请执行，《新加坡调解公约》是国际商事纠纷解决制度的一项重大变革，有“调解领域的纽约公约”之称。截至 2025 年，包括中国在内的 57 个国家成为签署国和 17 个正式缔约国，6 个国家批准了公约⁶。

4.三种解决方式比照

	优点	缺点
诉讼	1.客观性。法院作为中立的国家机构，处理过程与结果相对独立，不受干扰； 2.公平性。法院在审判程序中严格依照法律规定处理； 3.强制性。为了防止胜诉判决无法执行可以申请保全，也可以申请强制执行。	1.送达难、送达时间长，程序繁琐； 2.诉讼周期长； 3.外国法查明的法律适用是诉讼程序中的一大难点； 4.历经一审、二审及再审程序； 5.证据规则系诉讼程序事项，规则法定性； 6.各国诉讼制度差异较大，跨国文书的承认与执行只能依据

³ 参见：<https://iidps.bit.edu.cn/gatsw/5f194aa59a964f41b7f20c2b8be4da4f.htm>，访问时间 2022 年 2 月。
⁴ 王徽：《〈国际商事仲裁示范法〉的创设、影响及启示》，载《武大国际法评论》，2019 年第 3 期。
⁵ 参见：<https://www.zhonglun.com/content/2019/07-10/1345030601.html>，访问时间 2022 年 8 月。
⁶ 参见 <http://mbd.baidu.com/ma/s/InKbDiT8>，访问时间 2025 年 4 月。

		多边或双边条约执行。
仲裁	1.自治性。当事人可以选择仲裁机构、仲裁庭人员组成、具体审理方式、审理规则等； 2.专业性。仲裁员可以相关领域的权威专家担任，不局限于法律人士； 3.秘密性。大多以不公开的庭审方式缩小参与范围，保证商事主体的商业技术、商业秘密等信息不外漏； 4.一裁终局。提高纠纷的处理效率； 5.当事人可以一致选择适用某一国家的证据规则，突破法院地诉讼规则的法定化； 5.跨境承认与执行可依据《纽约公约》。	1.仲裁费用较高； 2.当事人申请保全的，需要转交人民法院，由人民法院审核后采取保全措施； 3.无执行权，需要向法院申请强制执行。
调解	1.调解费用低廉； 2.时间成本较少； 3.保证结果秘密性； 4.省却了法律查明，弱化不同法系间的差异； 5.解决方式有恢复性的特点； 6.纠纷处理有彻底性； 7.对于已经签署并批准《新加坡调解公约》的国家，在跨境承认与执行可依据该公约进行。	1.难以保证调解周期、调解进度、调解效率； 2.公告案件不具有调解基础； 3.如案件争议较大，达成和解率低； 3.调解执行存在不确定性，对于未签署、批准《新加坡调解公约》的国家，调解协议仍需经诉讼或仲裁程序进行确认。

如前所述，“诉讼、仲裁、调解”三种方式各有优劣，“一站式”解纷机制力求充分发挥各个方式的优势，从一元模式向三位一体模式转变，达到“一次申请，多种途径，贯穿始终，实质解决”的司法服务目标。

（二）现实意义：全球化背景下商事纷解渠道的创新

1.推进“一带一路”建设的坚实保障。自习近平总书记提出“一带一路”倡议以来，“一带一路”建设逐渐从中国倡议走向国际实践，从理念转化为行动，取得了丰硕的发展成果，我国在推进“一带一路”建设的过程中必然需要完善纠纷的解决机制。2015 年，最高人民法院院长周强在全国法院多元化纠纷解决机制改革工

作推进会上提出，中国大陆一些城市，包括北京、上海，都具备“区域性国际商事纠纷解决中心”的条件，打造区域性国际商事纠纷解决中心，吸引更多涉“一带一路”纠纷当事人到中国化解纠纷，需要深化改革，构建多元化纠纷解决机制的平台⁷。天津拥有着京津冀海上门户的国际港口，是“一带一路”的重要海陆交汇点，天津具备建立“区域性国际商事纠纷中心”的能力，在自贸区建立国际商事“一站式解纷”机制，将成为推进“一带一路”建设的坚实保障。

2.打造国际一流营商环境的重要内容。2021年，国务院发布《关于开展营商环境创新试点工作的意见》，指出要加强涉外商事法律服务，建设涉外商事一站式多元解纷中心，为国际商事纠纷提供多元、高效、便捷解纷渠道。天津出台营商环境三年行动计划，按照“世界标准、国际通行”要求，主动对标北京、上海等先进地区，计划用三年的时间使天津市营商环境达到市场化、法治化、国际化一流标准，进入先进城市前列⁸。天津自贸区作为天津重要的改革创新平台，要持续释放政策红利，在国内大循环和国内国际双循环的新发展格局下，实现国际商事“一站式解纷”，力争对标国际、赶超先进、争创一流营商环境。

3.对接国际高水平经贸规则的重要途径。放眼国际，《纽约公约》《承认与执行外国商事判决公约》和《新加坡调解公约》被称为国际商事争议解决的三大公约支柱。在“诉讼、仲裁、调解”方式的选择上，越来越多的国际商事解纷机构形成了一体化解纷的国际趋势。例如迪拜国际金融中心纠纷解决管理局（DRA）下设3个彼此独立的机构，即迪拜国际金融中心法院（DIFC Courts）、迪拜国际金融中心-伦敦国际仲裁院（DIFC-LCIA）以及根据“12号迪拜法”设立的与DIFC法院相关的法庭及附属机构，各机构通力合作，致力打造快捷与高效、精英化与国际化的纠纷解决平台⁹。新加坡汇集了新加坡国际仲裁中心（SIAC）、特许仲裁委员会（CIArb）、国际商会仲裁法院（ICC）、国际投资争议解决中心（ICSID）等世界顶级的替代性纠纷解决机构，设置了“仲裁-调解-仲裁”（Arb-Med-Arb）程序，在机构和规则的设置上做到统筹兼顾¹⁰。当下，全球国家间的竞争，已经演变为制度的竞争，我国进一步扩大对外开放必然要对接高标准国际经贸规则，“一站式解纷”机制，就是天津自贸区与国际高标准经贸规则相衔接的创新司法服务。

二、我国国际商事“一站式解纷”机制的实践检视

（一）我国各地的具体做法

1.重庆，“线上+线下”双渠道工作模式。重庆实施“内地+港澳台+外籍”调解员“1+X”工作模式，采用“一案一方”个性化对接方式，制定《涉外商事纠纷诉非对接流程指引》¹¹。线下，解纷中心设立调解室、仲裁庭和“云法庭”，提供法律

⁷ 参见：<http://www.110.com/ziliao/article-814616.html>，访问时间 2022 年 5 月。

⁸ 参见：https://www.cnr.cn/tj/jrtj/20201218/t20201218_525367220.shtml，访问时间 2022 年 4 月。

⁹ 参见：https://www.sohu.com/a/157071490_170817，访问时间 2022 年 4 月。

¹⁰ 辜韧佳：《创新海南自由贸易港国际商事多元化纠纷解决机制研究》，载《新东方》，2022 年第 1 期。

¹¹ 参见：<https://cqgz.cqnews.net/news/zcms/detail/97342066>，访问时间 2022 年 9 月。

咨询、中立评估、案件转接等服务，实现线下“零距离”对接。线上，解纷中心搭建了中心网站和手机端网页，提供立案申请、问题咨询、资料下载等诉讼与非诉讼解纷服务。同时，解纷中心的线上平台与各机构线上工作平台相衔接，实现线上“无缝”链接¹²。

2.浙江，“浙江解纷码”实现一码管到底。2020年，浙江推出“知识产权·国际商事调解服务云平台”，整合了国内国际专职调解、行业调解、律师调解资源，完善纠纷解决的案件预判、信息共享、资源整合和数据分析等功能，促进多元化纠纷解决机制的信息化发展¹³。还对已有的在线矛盾纠纷多元化解平台与矛调协同应用系统的基础上，打造“浙江解纷码”，为当事人提供调解、咨询、投诉、举报等一站式服务¹⁴。

3.海南，率先立法保障解纷机制。2019年，海南研发了全国首个专门针对涉外民商事案件的在线调解平台，具有在线咨询、评估、调解、仲裁等“一站式”服务功能。又率先在全国实行《海南省多元化解纠纷条例》，该条例规定：“建立国际商事纠纷多元化解机制，完善国际商事纠纷案件集中审判机制，利用国际商事仲裁、国际商事调解等多种非诉讼方式解决纠纷。国际商事调解机构调解国际商事纠纷，应当依照相关法律法规，尊重国际惯例，遵守该机构的调解规则或者当事人协商确定的规则。”这是首次以地方立法的形式明确建立“诉、仲、调”等多位一体的国际商事纠纷化解机制，为海南多元解纷提供了立法保障。

4.深圳，“异地调解+线上确认”打破地域限制。深圳前海法院建立了诉调对接中心、深圳国际仲裁院粤港澳商事调解联盟、蓝海法律查明和商事调解中心、前海国际商事调解中心等众多调解平台，其中，蓝海法律查明和商事调解中心是国内首家以“域外法律查明”为核心业务的实务机构。前海法院特邀香港和解中心、香港国际仲裁中心调解会、澳门世界贸易中心仲裁中心等知名调解组织，采用“港籍调解员 内地调解员”以及“港籍调解员 调解法官”等联合调解模式，实现调解员在异地调解，法官线上确认的模式。制定《前海“一带一路”国际商事诉调对接中心调解规则》和实务指引，深圳国际仲裁院牵头发起粤港澳仲裁调解联盟，粤港澳地区15家主要商事仲裁调解机构为成员机构，构建了一个通过调解、仲裁等方式解决境内外商事纠纷的法治平台。

5.广东，融入港澳调解惯例突显大湾区特色。2020年，广东省高级人民法院联合省司法厅印发《广东自贸区跨境商事纠纷调解规则》，该规则具有鲜明的粤港澳大湾区特色，借鉴了港澳商事调解的通常方法，为港澳法律专业人士参与调解粤港澳跨境商事纠纷提供了遵循和便利，有利于促进粤港澳三地商事调解规则

12 参见：<https://www.cq.chinanews.com.cn/news/2022/0721/39-36976.html>，访问时间 2022 年 8 月。

13 参见：https://mdaily.hangzhou.com.cn/mrsb/2020/07/01/article_detail_3_20200701A063.html，访问时间 2021 年 12 月。

14 参见：http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100047/2021-07/12/content_12508485.shtml，访问时间 2022 年 3 月。

的衔接和联通¹⁵。该规则赋予了当事人充分的选择权，在不与我国法律法规冲突的前提下，当事人可选择国际公约、惯例或域外法律作为调解依据，还可以选择调解期限、地点和方式¹⁶，还聘任 90 名粤港澳资深退休法官、商事律师、法学专家等担任跨境商事纠纷特邀调解员¹⁷。

6.天津自贸区，探索“法院审判+专业调解”机制。天津自贸区官网数据显示，2018 年，自贸区新设立企业数 11071 家，实有企业数 67408 家，其中外商投资企业数 2473 家，备案境外投资机构 54 个，自贸区吸引着越来越多的外资企业入驻，与此同时，相应的涉外司法服务需求也与日俱增。2015 年，天津自贸区出台《中国(天津)自由贸易试验区条例》，为自贸区改革创新提供了基本法治框架，其中，“鼓励行业协会、商会等社会组织独立或者联合依法开展专业调解，建立调解与仲裁、诉讼的对接机制”作为一项重要司法服务保障内容写入了该法规。天津自贸区不断探索国际商事纠纷解决的创新机制，引进了北京融商一带一路商事调解中心、北京德恒（天津）律师事务所作为国际商事纠纷提供咨询和调解服务的专门调解组织，积极争取并获批在自贸区法院设立国际商事审判庭，作为国际商事纠纷专门的审判机构，并联合自贸区法院与中国国际贸易促进委员会天津市分会、中国国际经济贸易仲裁委员会天津分会、天津仲裁委员会国际仲裁中心共同签订了国际商事纠纷一站式多元解纷机制合作备忘录，力求汇集具有一定规模的优质的司法资源，打造国际商事服务水平的新高地。

（二）国际商事“一站式”解纷机制的运行难题

1.顶层设计不足，尚未形成国际商事纠纷解决机制的法律文本。“诉讼、仲裁、调解”三种方式各自依托于不同性质的机构组织，人民法院属于国家的司法机关，仲裁机构中各地的仲裁委员会属于事业单位，如天津仲裁委员会，其他大多属于社会团体法人，如中国国际贸易促进委员会及各地分会。而调解机构则为中立的社会服务组织，三种纠纷解决实体组织的性质不同，具体适用的规则、流程也有所差异，因此，建立国际商事“一站式”解纷机制，要整合不同机构，亟需一部专门处理国际商事纠纷的法律法规作为顶层宏观的法律支撑，为该机制达到整体协同、体系优化、配套保障等方面在立法层面予以支持。2022 年 12 月 1 日，天津市人大常委会通过了《天津市矛盾纠纷多元化解条例》，该条例明确了完善社会矛盾纠纷调处化解综合机制，形成对矛盾纠纷实行一站式接收、一揽子调处、全链条解决的工作制度¹⁸。但遗憾的是，该条例中并未专门提及有关国际商事纠纷的解决机制。

2.缺乏实践矫正，“一站式”解纷机制运行程序未细化。一是的未能形成一体

15 参见：<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1654663712115295565>，访问时间 2022 年 5 月。

16 参见：<https://gd.sina.cn/news/2020-01-02/detail-iihnzakh1388825.d.html>，访问时间 2022 年 4 月。

17 参见：<https://new.qq.com/rain/a/20220224A073CA00>，访问时间 2022 年 4 月。

18 参见：<http://news.enorth.com.cn/system/2022/12/01/053398083.shtml>，访问时间 2022 年 7 月。

化机构的模式。“诉讼、仲裁、调解”各个机构办公地点分散在不同区域，工作人员分属不同组织，未成立“国际商事法庭+国际商事仲裁+国际商事调解”合署办公的联合式的国际商事纠纷解决中心；二是纠纷的解决流程未细化。我国诉解衔接机制实践运行相对成熟，但诉讼与仲裁程序衔接机制不流畅，如在调解或是仲裁以后转入诉讼的，是否将前期调查材料一并转交，特别是是否包含当事人预留的送达地址确认书。又如诉讼转调解或者仲裁对于已经缴纳的诉费等费用如何处理，是否可以直接划入，已经采取的保全措施如何处理，是否要继续等待后续程序暂不解封，但时限如何确定，各机构程序如何衔接；三是缺乏“一站式”解纷的在线平台。在国际商事纠纷处理中，可能涉及到公证、材料翻译、域外法查明等环节，各个程序复杂，即使是选择一种纠纷处理方式，手续也较为繁琐，如果出现程序转换的情形处理成本则会更高，目前来看，“天津移动微法院”“多元调解”“天津法院诉讼服务网”等平台，仅能支持部分的诉讼和调解功能，与更高水平的国际处理方式还有较大差距，未能体现“一站式”的处理效果；四是无案件评估先导机制，如前文所述，对于商事主体来说，纠纷处理一定是效率优先，国际商事纠纷不同的解决方式所对应的处理时间、流程、成本也不尽相同，在未能引入案件评估引导机制下，当事人贸然选择一种解纷方式，可能并不是最优路径，如果再转入其他程序，无疑增加二次流程的成本。除此之外，仲裁事项可能分属于不同级别的法院，也成为“一站式”解纷机制中的实际问题，如案件实践在基层法院审理，但是涉外仲裁保全、申请仲裁裁决撤销或者执行的案件又在中级法院管辖，可能引起衔接不畅。

三、优化天津自贸区“一站式解纷”机制的对策与建议

（一）立法先行：构造法律法规的上层建筑

法治创新的基础和关键在于立法，在国家治理体系和治理能力现代化建设的进程中，涉外法治迎来了良好的发展机遇，纠纷解决机制是国家治理体系中的关键内容，也是国际化法治文明建设的重要体现，完善我国国际纠纷解决机制，为国际商事主体创造一个稳定的、便利的、法治化、国际化的营商环境，消除投资主体的后顾之忧，应加强纠纷解决机制的相关立法，为更高水平的对外开放提供“有法可依”的法治保障。在天津自贸区暂未有立法权的前提下，由天津市人大常委会制定国际商事解纷机制有关的地方性法规，为天津自贸区对接最高标准国际经贸规则、激励全球范围内优质的投资、贸易、金融、服务等生产要素在自贸区内双向流动，从而实现自贸区产业集聚、技术创新、和经济稳步发展提供法律支持。

（二）合理布局：结合自贸区特色产业，构建以行业调解为主导，仲裁裁决为辅助，诉讼审判为兜底的解决模式

天津自贸区分为三个片区，包含天津机场片区、天津港东疆片区和滨海新

区中心商务片区，各片区产业相互支撑功能互补，在发展布局上，东疆保税港区主要着围绕航运、物流和仓储等功能，依托天津港的区位优势，不断扩大开放，在跨境电商、平行进口车等国际贸易领域内拓展，而融资租赁产业更是成为东疆片区享誉全国的靓丽名片；空港保税区是先进制造业生产与研发、航空物流与金融创新为主，在民航科技产业基地的基础上，在航空领域内使得相关产业横向全链条齐头并进；滨海新区中心商务区则是侧重于金融、贸易与商务服务业的发展，金融业是中心商务区的支柱产业，特别是于家堡金融区聚集聚焦了许多创新型的金融产品，覆盖了银行、保险、证券、保理、租赁等领域，旨在更好的服务京津冀协同发展¹⁹。天津自贸区建立国际商事解纷中心，必须以天津自贸区的特色产业为基点，以实际出发，从现实入手，与时俱进、积极探索，在上述行业领域内大力发展以特色产业为底色的“国际调解+国际仲裁+司法保障+多元化纠纷解决”多位一体的法治保障体系，选取有相关行业背景的人员作为处理国际商事纠纷调解员与仲裁员，吸引更多的行业内专家学者的参与与融入，可以考虑在不同自贸片区设立国际商事一站式解纷中心的分支机构，对不同国际主体的不同需求，提供精准的类型化的便捷司法服务。在“诉讼、仲裁、调解”三者之间关系上，应建立以调解为主，仲裁为辅，诉讼为底的解纷原则，将国际商事纠纷首要归集于调解模式，在调解不能的情况下，分流引入不同的后续机制，引导当事人选择仲裁或者诉讼，并将诉讼程序作为处理纠纷的最后一道防线，保证国际主体能切实解决实际问题，因此，在“诉讼、仲裁、调解”各个环节的转换机制上，就需要建立明确的规则以保障程序的顺利进行。

（三）高效运行：畅通“一站式”解纷流程，确保程序转换自如

1.增加案件前置评估环节。在正式选择诉讼、仲裁、调解程序以前，当事人可根据自身的案件特点及自身需求，选择一种模式解决商事纠纷，但当事人对于争端解决专业性的判断有限，其选择的解决模式可能不是最优路径，因此，为了降低纠纷解决成本、减少处理时间、节省司法资源，在案件前期设立评估环节尤为重要，可以将律师、退休法官或是专家学者等具体专业法律知识的人员纳入评估员范围，评估员在举行听证程序或是书面了解案情及证据后，为当事人出具评估报告，建议选择哪一条方式。

¹⁹ 孟广文、王洪玲、杨爽：《天津自由贸易试验区发展演化动力机制》，载《地理学报》，2015年第10期。

适宜调解的类型	1.当事人选择调解；2.事实清楚、争议不大的纠纷；3.当事人注重纠纷处理效率，希望快速解决的；4.其他。
适宜仲裁的类型	1.当事人选择仲裁，合同中有仲裁协议或仲裁条款；2.如合同中没有仲裁约定，但能达成补充协议选择仲裁的；3.涉及执行的财产在境外；4.涉及公司商业秘密，希望不公开解决的；5.追求解决效率，希望一裁终审的；6.其他。
适宜诉讼的类型	1.当事人选择诉讼；2.需要公告送达的；3.其他。

(图二 不同类型案件适宜的纠纷解决方式)

2.理顺诉讼与仲裁衔接的流程。下图“一站式”国际商事纠纷多元化解平台的流程体现了“诉讼、仲裁、调解”三种方式下的具体步骤，除了各方式单向顺序之外，还存在着各程序互相流转交叉的情形，例如在诉讼或仲裁程序中“调解优先”的原则下，调解则贯穿在整个诉讼或仲裁过程中，也就是说，在诉讼或仲裁中可以在各个节点插入调解程序的内容；又如诉讼中如果发现了当事人签订了仲裁协议或是仲裁条款，而应该转为仲裁的情形，或者仲裁中发现仲裁协议无效或是不属于仲裁受理范围而应转为诉讼的情形，具体如下：

(1) 调解→如果成功→形成调解书→执行→如执行财产在境外→如满足《新加坡调解公约》的条件，可按公约执行，如不满足，仍需经仲裁或诉讼确认→执行；

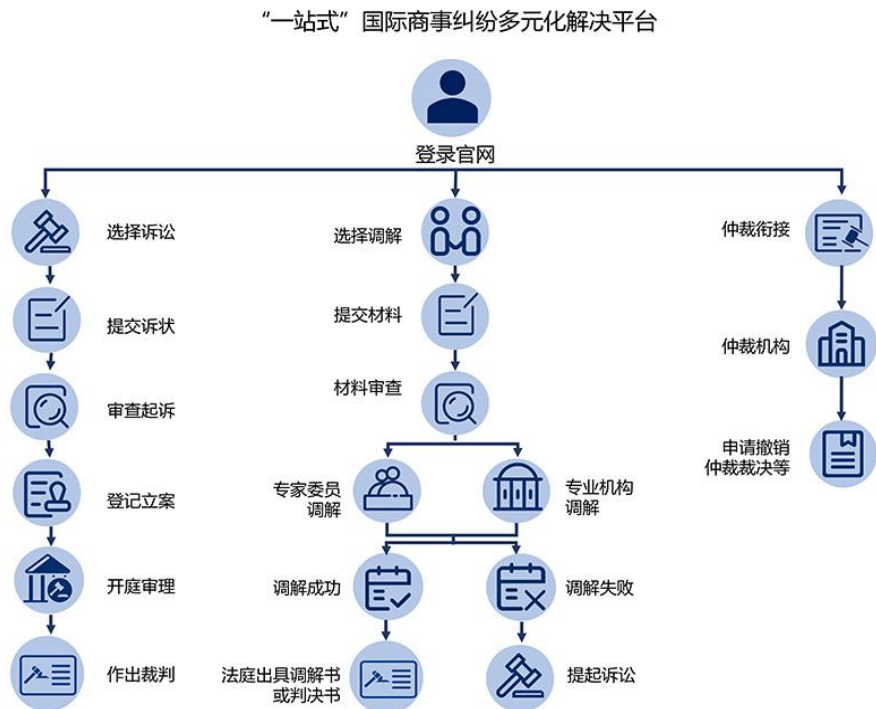
调解→如果失败→需诉讼或仲裁确认→执行；

(2) 诉讼→形成裁判文书→执行→如执行财产在境外→依双边、多边条约承认与执行；

(3) 仲裁→如申请保全→移交法院审核→采取保全措施→形成仲裁裁决→申请撤销仲裁裁决或者申请执行仲裁裁决→如执行财产在境外→依据《纽约公约》承认与执行；

如前文所述，诉讼与仲裁在国际商事纠纷处理中具备各身优势，仲裁是处理国际商事纠纷中的重要方式，但涉及到仲裁保全或执行等事项的，仲裁要向诉讼寻求支持，因此应当明确具体适用规则，便于实践操作，减少当事人的处理成本，研究制定国际商事诉调对接的调解规则、国际商事非诉对接机制的指引文本等。如果在诉仲衔接上，应当对已经采取保全的案件可以带着保全一并转交，保全事项由法院统一操作，但要与仲裁机构作好续封与解封的交接，在交接之前形成的地址确认书、举证质证笔录等材料应当随案移转。对于已经缴纳的诉讼费、

仲裁费等可以考虑在流程转化时一并转入。



（图三 “一站式”国际商事纠纷多元化解流程²⁰）

3.建立“一站式”国际商事解纷信息平台。全国多地已经开发了专属纠纷解决的线上产品，为“一站式解纷”提供平台支持。天津自贸区应在原有的多元解决平台上进行升级迭代或者研发属于天津自己的多元解纷平台，将翻译机构、公证机构、仲裁机构、调解组织、人民法院、律协组织等合并上线，平台上设立主体公证、外国法查明、材料翻译等模块，建立自有的数据库，包含外国法律、涉外商事判决等供当事人在线上查询，优化司法服务新路径。在线下，选取特定地点，由法院、仲裁机构、调解组织派专人入驻现场，力求达到让当事人“只进一次门”即可“办完所有事”的良好效果。

（四）汇聚优势：京津冀共建共治共享联动调解机构

目前，一带一路调解中心入驻天津自贸区，成为国际商事纠纷解决的重要调解组织。下一步，自贸区还要吸纳更多的国际知名调解组织落地津沽大地，并加强外籍、港澳台调解员、专家学者调解员的参与度，迎合多元商事主体的不同需求，提供精准的司法服务。天津自贸区作为京津冀的改革开放先行区，在区域协同创新、体制协同改革、社会协同治理等方面要发挥着天津的独特作用。在京津冀协同发展格局下，应充分区位优势，打造具备京津冀特色的国际商事纠纷解决体系，推进京津冀地区调解资源、调解数据、调解力量共建共治共享机制，为

20 注：下载于最高人民法院国际商事法庭网站 <https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/321/index.html>。

妥善化解国际商事纠纷提供新的思路与模式。例如京津冀可以北京或河北的调解员可以以异地调解的方式提供涉外商事纠纷调解服务，天津自贸区法官在异地进行线上调解协议的确认，反之亦然，共同充实调解组织的解决力量，打破地域壁垒，区域协同发展，优化国际商事“一站式解纷”的工作机制。

（五）运筹帷幄：政府统筹保障，部门合力支持

从国际商事纠纷的发展趋势来看，“诉讼、仲裁、调解”单线解决方式逐步向一体化、组合式、高效率转变，这种转变需要政府发挥统筹协调作用，坚持“一体导向”，树立开放、协调、融合的工作理念，打破各自为战、自成一体的格局，推动办案机制从“一部门一通道、一条线一入口”向“一张网、一站式、一条龙”转变²¹。具体做法一是政府建立国际商事解决多元解决机制的经费保障体系，批准国际商事“一站式解纷”平台研发费用，为该机制预留专项基金；二是天津自贸区申请设立国际商事法庭的基础上，由党委政府主导进一步引进国际仲裁及调解组织入驻天津自贸区，使自贸区成为汇聚国际商事法庭、国际仲裁组织、国际调解机构的“一站式解纷”的优选之地；三是由党委政府牵头，发挥调解组织力量，法院作为协同保障部门，与司法局、公安机关、税务机关、海关、市场监督管理局等政府部门加强司法协作，强化非诉的社会治理，充实化解涉外商事纠纷的力量；四是扩大吸纳更多高素质、高水平、专业化的涉外法治人才，建立专家智库，使“诉讼、仲裁、调解”三种方式共享专家资源，引入外籍或港澳台调解员，允许外籍调解员运用英语参加调解活动等，针对不同案件特点选取适合的调解员，高效完成调解工作。

结语

总的来说，在天津自贸区建立国际商事“一站式解纷”机制不应仅是纸上谈兵，也不仅是制度的创新亮点，制度的运行大于制度的设立，创新制度的落地需要经历“运行-反馈-纠正-再运行”的循环检验，充分利用“诉讼、仲裁、调解”三种方式的优势，打通衔接壁垒，畅通流转程序，取长补短，协同运作，发挥“1+1+1>3”的合力，使得国际商事“一站式解纷”机制成为天津自贸区“可复制”“可借鉴”“可推广”的天津品牌，树立天津文明司法形象，加强高质量涉外司法服务能力，开启高水平对外开放新格局。

21 参见：https://www.sohu.com/a/314225555_120066130，访问时间 2022 年 8 月。

国际私法反致制度的初衷与实现状况

黄 钰*

摘要：从起源来看，反致从一开始就旨在追求“判决一致性”。经历了百余年的发展，尽管关于反致的争议从未停歇，但目前接受反致的国家逐渐增多，适用范围也日益趋同，然而各国（地区）的具体制度设计却相差甚大，在具体利用这项制度时产生了复杂多样的情形。在理论上，反致要实现判决一致性会受到终结致送、立法目的和实际运用等诸多限制。尽管如此，各国（地区）在立法与实践中仍然多将“判决一致性”作为接纳反致的目标，而从实践来看，各国多样化的设计正好为反致提供了广阔的发展空间，同时国际私法当前的发展趋势进一步激发了其活力，使其追求“判决一致性”的初衷得到了较好的实现。反致的内在逻辑与价值同其“判决一致性”的追求是高度一致的，国际私法作为调和各国实体法冲突的规则，采纳反致是有价值的，而且在合理的制度设计下，也是可取的。

关键词：国际私法 反致 判决一致性 本国法主义

国际私法旨在调和各国民商事实体法的冲突，而反致作为国际私法中一项特殊的制度，被用于调和冲突法之间的冲突。而事实上，反致制度包含在广义的冲突规范之中，仍然被视为用来实现国际私法本身目的的工具，所以反致制度的目的与国际私法的目的在一定程度上是重合的，那么传统国际私法所坚持追求的“判决一致性”于反致而言又是怎样的地位呢？本文第一章旨在从理论层面探讨反致制度的初衷，第二章通过模拟总结反致实现其初衷所面临的障碍。第三章对各主要国家和地区的反致立法进行分析，总结目前反致的不同制度设计，以此为基础在第四章探索当下反致制度发展的状况，再结合理论，分析在该等状况下其初衷的实现状况。

目前为止，对于反致制度的研究不在少数，但大多集中在其利弊分析，多采国际私法整体的宏观视角，分析其价值和实用性。¹而本文旨在采取“自下而上”的角度，从反致制度本身的起源和发展入手，对反致制度的初衷进行详细的分析，并对其发展进行详细评述，以求探索出作为调整冲突规则之间冲突的制度，其内在逻辑与价值究竟如何，对于追求其初衷的价值又是如何，以及在经过了各国长久地发展和实践之后，是否保持以及实现了其初衷。我国大陆《涉外民事关系法

* 复旦大学法学院博士研究生。

¹ 有关研究参见王秀玲、武兰芳：《浅析国际私法中的反致制度》，载《河北法学》2006年第7期，第149-151页；许光耀：《论反致制度的不合理性》，载《时代法学》2007年第4期，第100-107页；焦龙：《论国际私法上的反致制度及中国的立法选择》，载《荆楚学刊》2016年第3期，第90-96页。

律适用法》已经施行 10 年有余，制定“国际私法典”的呼声和“学者建议稿”的编纂也持续活跃。虽然目前我国对反致采取完全否定的态度，但随着理论和实践的发展，有必要根据现实情况对现有制度进行审视。本文旨在揭示反致制度的内在逻辑和价值，并对具体的制度设计进行评析，以期在反致制度上对今后我国国际私法的理论和实践有所关照。

一、反致制度的初衷及其发展

（一）反致制度的源起与初衷

国际私法规则本身致力于通过设置连接点，将特定民商事法律关系置于特定法域法律的支配之下，以期使其得到适当的调整。这种“分配”方式着眼于特定法律关系与特定法域之间的联系，并不涉及当事人之间的权利义务关系，对最终适用的调整规则亦少有考量。冲突规则本身亦属于国内法，是一特定法域法制整体的一部分。而冲突规则作为一种间接规则，法院在根据冲突规范指引法律的过程中，如果指引的法律是法院地法，则自然适用法院地的实体法律进行裁判，但如果指引的法律是外国法，就会面临一个特殊的前置问题，那就是冲突规则所指引的外国法律是否包含该国的国际私法，如果包含，就要考量该外国国际私法对案件所涉法律关系的准据法态度，而反致的产生在根本上正是源于这一考量。但值得注意的是，在包含的情况下，如果该外国与法院地国关于涉案民商事法律关系的冲突规则一致，即指向该外国的法律，那么最终自然适用该外国的实体法进行裁判，此时仍然只涉及一个法域的实体法规则，不会有反致发生。然而如果两国的此项冲突规则并不一致，而是分别指向了不同国家的法律，此时，反致便应运而生。

从以上的分析可以看出，反致的产生有两个基础，首先是国际私法的规则模式使得指引对象是一个法域的法制整体，而国际私法规则本身亦包含其中。其次国际私法只能预见某一法律关系受哪一地域的法律调整，无法预见该地域法律的具体规则，而各国的国际私法由不同国家的立法机关制定，对于各项连接点的选择势必有所不同，于是在特定的法律领域，自然就会产生反致的现象。根据韩德培先生的说法，反致产生的根本原因就在于各国的国际私法规则有较大差异，未能趋于一致，²然而这也是国际私法本身的发展和丰富带来的结果。

虽然法国法院17世纪的一些判决就出现了类似反致的情况，而且在19世纪前叶，欧洲诸国也曾做出过有关反致的判决，³但是反致被广泛关注和研究却是在1878年法国福果遗产继承案之后。⁴该案中，福果出生地为巴伐利亚，定居在法

² 参见韩德培：《韩德培文选：国际私法上的反致问题》，武汉大学出版社 1996 版，第 5 页。

³ 如英国法院 1841 年科利尔诉里瓦兹案（*Collier v. Rivaz*）、1847 年弗来尔诉弗来尔案（*Frere v. Frere*）、1877 年拉克罗斯货物案（*The Goods of Lacroix*）以及德国法院 1861 年 *Krebs-Rosalno* 案。

⁴ 参见德马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 版，第 283 页。

国，福果未立遗嘱而在法国留下一笔动产，福果母亲的旁系血亲要求依巴伐利亚法律继承其遗产。案件在法国法院起诉，法国的冲突规范指引当事人本国法，即巴伐利亚法律，但巴伐利亚冲突规范指引当事人住所地法，即法国法。案件审理时，法国法院接受了巴伐利亚国际私法的反致，最终选定法国实体法为准据法。

5

必须说明的是，在当下去探求百余年前审理福果案的法官的心理活动是不可能的，更应该指出的是，依据个人的想法来判断一项影响深远的制度亦不是合理的论证方式。本文之所以提出“初衷”这一表述，意图探求的是，在国际私法发展过程中出现的反致制度，其出现的实然与应然的统一。也即国际私法发展到十七、十八世纪，理论与实践上所面临的问题和反致内在价值的契合，“初衷”唯有在这个层面上才能显现其真意，探讨也才有价值。

从福果案可以看出，反致是在适用冲突规范指引确定准据法的过程中产生的，它也是国际私法本身之冲突的一种表现形式。⁶国际私法发端于十三世纪民商事交往频繁的意大利北部，要解决的基本问题是确定适用于跨地域民商事法律关系的实体法律。至十七世纪四百余年的发展，国际私法仍然主要处在“法则区别说”的理论之下，而将民商事法律关系划分为不同的属性分而治之是“法则区别说”的理论基础。与理论上“法则区别说”位居主流相反，在将不同的民商事法律关系划分为“人法”“物法”等类别之后，如何具体确定属人法、物之所在地法等在各各国呈现出不同的选择，一方面由于地理大发现和蒸汽机等技术发展，世界交往空前繁荣，另一方面各国家和地区的国际私法规则在发展中逐步确立了自己的体系，因此出现了不同的连接点的选择，使得即便共处“法则区别说”之下，实际连接点的选择也会出现差异，从而引发了新的问题。在“法则区别说”的影响之下，各国国际私法对于民商事法律关系的定性趋于一致，调和的实际上是各国对不同民商事法律关系实体内容的冲突，然而社会发展所带来的连接点选择的差异仍会导致适用不同的实体法，也即国际私法规则的冲突，而这正是反致的着眼点。

十八世纪的国际私法来到了“法则区别说”与“法律关系本座说”的过渡时期。现代国际私法之父萨维尼创造性地跳脱出“法律域内域外效力”这一基本思路，转而关注法律规则与法律关系之间的关系。⁷不再仅仅看到法律关系属性的差异，还进一步探讨基于不同法律关系的属性确定最终适用哪一地域的法律。例如对于属人法，萨维尼认为传统罗马法中的出生地法应被住所地法所替代。以“法律关系本座”为指导，如何具体确定连接点，成为了当时以萨维尼为代表的国际私法学者努力的方向。而反致亦是跳脱出某一特定地域国际私法规则之外，将各国国

⁵ 参见邹瑜、顾明主编：《法学大辞典》，中国政法大学出版社1991版，第1626页。

⁶ 参见黄进、郭华成：《论澳门国际私法的反致》，载《武汉大学学报(人文科学版)》1997年第4期，第30-35页。

⁷ 参见杜涛：《德国国际私法：理论、方法和立法的变迁》，法律出版社2006年版，第153页。

际私法平等视之，通过法律的致送实现判决的一致，这一点与萨维尼论述互惠原则应取代严格的主权原则时所阐明的理由高度一致。⁸

因此，十七、十八世纪国际私法首先面临着连接点差异带来的判决不一致的问题，同时萌发了平等互惠的国际私法观念，而这些都与反致的基本思路相一致。福果案呈现的是最简单的反致形式——直接反致。此案涉及甲乙两国当事人，前述是在甲国起诉会发生的情形，如果在乙国起诉，乙国法院根据自己的冲突规则会指引适用甲国法（不包含甲国的国际私法），没有反致发生但最终也适用了甲国实体法进行裁判。借助反致这一制度，此案实现了无论是在甲国还是乙国起诉，最终会适用相同的实体法的结果，这与国际私法所追求的判决结果一致性是高度契合的。正是这样一种结果的出现，使得人们看到了反致在实现判决一致性方面的价值，同时也被越来越多的立法所采纳。

（二）反致制度的发展

在国际私法和反致制度都还尚未成熟的时代，反致的价值很容易就体现出来了，因为彼时各国国际私法的差异较大，很容易产生不一致的判决。同时，反致的形式也相对简单，可以被很好地利用起来。一些国家基于对反致工具价值的考量，开始将反致制度纳入到本国的国际私法体系当中。然而随着国际私法的发展以及对反致研究的深入，实际的情况愈发复杂。而且二十世纪下半叶，“个案公正”这一目标逐渐进入国际私法的视野，对“判决一致性”的追求有所下降。反致也发展出了“转致”“间接反致”以及“外国法院说”等复杂的情形，反致的运用越来越困难，人们也发现反致可能导致“恶性循环”等缺陷。

然而，许多国家接纳反致的事实却是不容否认的，于是，对于反致，开始了赞成派和反对派的长期对立。赞成派的理由主要有：（1）反致有利于实现“判决一致”；（2）反致有利于实现“个案公正”；（3）反致不会导致“乒乓球游戏”，因为不可能所有的国家都接纳反致，现实中也从未发生过。反对派的理由主要有：（1）反致导致判决结果难以预测，也不一定能实现“判决一致”；（2）反致会增加案件审理的难度和司法人员的负担；（3）反致会导致“乒乓球游戏”。⁹可以看出，双方的观点是针锋相对的，而且即使是在上文分析的“判决一致性”问题上，双方亦有分歧。这不仅在于反致制度本身的复杂性，很大程度上也是由于各国在反致的具体制度设计上呈现出不同的模式。从现行的国际私法国际状况来看，有 37 个国家和地区（有国际私法立法的国家和地区总数为 57）在立法或实践中表明了对反致的接纳态度，¹⁰然而具体的法律规定以及实践又各有不同。于是，反致制

⁸ 参见德弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社 1999 年版，第 13-17 页。

⁹ 参见杜涛：《国际私法原理》，复旦大学出版社 2014 年版，第 52 页。

¹⁰ 参见高崎：《国际私法反致制度研究》，载《中国社会科学院研究生院学报》2012 年第 2 期，第 75 页。

度从诞生到发展至今，不仅理论上的争议永无休止，实践层面亦是问题颇多。本文要探索的正是这一制度的初衷——“判决一致性”，在经历了长期的发展、研究和实践以后，是否得以实现？是否有所偏离？而其程度又是如何？

二、反致实现“判决一致性”的优势与障碍

（一）理论与案件模拟

反致制度经历了百余年的发展，演化出了直接反致、转致和间接反致三种基本情形，而间接反致又是由直接反致和转致融合而成，这三种反致方式在各国的立法和实践中均有体现，“外国法院说”则是一种更为特殊的模式。以下就最基本的直接反致、转致和特殊的“外国法院说”三种模式进行分析。

1. 直接反致

在直接反致的情形中，假设某涉外案件甲乙两国均有管辖权，以动产继承为例，存在本国法主义和住所地法主义的对立，会出现以下三种情况：一是甲乙两国均采用本国法主义/住所地法主义；二是甲国采本国法主义，乙国采住所地法主义，而被继承人国籍国为甲国，住所地位于乙国；三是甲国采本国法主义，乙国采住所地法主义，而被继承人国籍国为乙国，住所地位于甲国。其中第一种情况下，无论在哪个国家起诉，产生一致的判决，有无反致均无影响；第二种情况下，无论在哪个国家起诉，均会适用法院地的法律，有无反致均会产生不一致的判决；考虑对直接反致的态度，第三种情况的准据法结果及判决一致性情况如表一：

表一

	甲国（本国法主义） 起诉	乙国（住所地法主义） 起诉	判决一致
均接受	甲国法	乙国法	×
均不接受	乙国法	甲国法	×
甲接受，乙不接受	甲国法	甲国法	✓
甲不接受，乙接受	乙国法	乙国法	✓

可见，在一方接受反致，另一方不接受反致的情形下，利用反致制度可实现判决一致。但在双方均接受的情况下，各国会适用各自的法院地法，无法实现判决一致。

2. 转致

按照上述模拟方式，简略具体过程，在转致的情形中，加入第三国丙国，会出现以下三种基本情形：一是三国均采本国法主义/住所地法主义，其结果同上，有无反致无影响；二是其中两个国家采本国法主义，一个国家采住所地法主义；三是其中两个国家采住所地法主义，一个国家采取本国法主义。在第二种基本情

形下（第三种基本情形情况相似，不再单独分析），会有以下 4 种情况：1、被继承人国籍国与住所地所在国相同。则无论在何国起诉，结果都会适用国籍国（住所地国）法，产生一致的判决，有无反致均无影响；2、被继承人国籍国采本国法主义，住所地国采住所地法主义。在这种情况下，当案件在采本国法主义或住所地法主义的国家起诉，会产生不一致的判决，但有无反致均无影响；3、被继承人国籍国（甲）采本国法地主义，住所地国（乙）亦采本国法主义，案件在当事人国籍国、住所地国或另一国家（丙）起诉；4、被继承人国籍国（甲）采住所地法主义，住所地国（乙）采本国法主义，案件在当事人国籍国、住所地国或另一国家（丙）起诉。在不考虑反致的情况下，第 3、4 种情况均会产生不同的判决。

若考虑对反致的态度，则在第 3 种情况下，只要采住所地法主义的另一国家（丙）接受反致，无论另外两个国家的态度如何，判决一致均能实现。（具体情况见表二）。

表二

	甲国（本国法主义）起诉	乙国（本国法主义）起诉	丙国（住所地法主义）起诉	判决一致
均不接受	甲国法	甲国法	乙国法	×
均接受	甲国法	甲国法	甲国法	✓
乙接受，丙不接受	甲国法	甲国法	乙国法	×
乙不接受，丙接受	甲国法	甲国法	甲国法	✓

第 4 种情况下，在只有采住所地法主义的国家（甲）接受反致，或只有采本国法主义的国家（乙和丙）接受反致的情况下，判决一致能够实现（具体情况见表三）。

表三

	甲国（住所地法主义）起诉	乙国（本国法主义）起诉	丙国（本国法主义）起诉	判决一致
均不接受	乙国法	甲国法	甲国法	×
均接受	甲国法	乙国法	乙国法	×
甲接受，乙丙不接受	甲国法	甲国法	甲国法	✓
甲乙接受，丙不接受	甲国法	乙国法	甲国法	×
甲丙接受，乙不接受	甲国法	甲国法	乙国法	×
甲不接受，乙丙接受	乙国法	乙国法	乙国法	✓

甲乙不接受，丙接受	乙国法	甲国法	乙国法	×
甲丙不接受，乙接受	乙国法	乙国法	甲国法	×

进一步分析可知，在上述 3 的情形下，判决不一致的情况均是由于丙国的不接受导致的，而且即使三国都接受转致，仍然不会出现相互指定的情况，却能实现判决的一致，这一点是优于直接反致的。这一点可进一步在具体案件中得到体现，法国法院曾审理过一件涉及婚姻有效性的转致案件¹¹，基本案情如下：

一名阿根廷女子 **Machain Cueto**，在阿根廷与一阿根廷男子结婚后，在美国纽约州离婚，后于美国纽约州依当地法律与一美国男子成婚。因阿根廷政府拒绝承认纽约州认定的离婚，该女子就其与美国男子婚姻有效性问题在法国法院起诉。按照当时法国国际私法规则，婚姻有效性适用当事人本国法，即阿根廷法，而彼时阿根廷国际私法规则规定婚姻效力适用住所地法，因此最终指向美国纽约州法律。依当时纽约州法律，该女子与美国男子的婚姻有效。法国法官在此案中接受了阿根廷法律向美国法律的转致，最终适用美国纽约州实体法裁决该女子与美国男子的婚姻有效。

该案件在当时所涉各国的法律下，由于法国法官接纳了转致，最终适用了美国纽约州的实体法。值得一提的是，该案例因为没有坚持法国自身的本国法主义而在当时受到了批评。¹²为便于讨论，现假设发生同样的案情，但参照当下法国、阿根廷和美国的国际私法规则适用。法国在民事身份领域长期坚持本国法主义，根据法国民法典国际私法法规第二草案，婚姻有效性适用夫妻双方共同国籍法，若无共同国籍，则适用共同住所地法。法国国际私法的反致制度也正是在案例中发展起来的，如今在实践中，在民事身份领域，法国法院在多个案例中都接纳了反致和转致。¹³而阿根廷国际私法对于反致的规定是“如果指定外国法适用于一项争议，在可能的情况下，应按该法律的本国法官的同样方式适用之。”该规定类似于“外国法院说”，而依现行阿根廷国际私法，婚姻有效性适用婚姻缔结地法，在此案中，该女子与美国男子的婚姻缔结地即为美国纽约州，而美国纽约州对于婚姻有效性问题规定适用婚姻缔结地法。¹⁴因此，假设该女子在阿根廷起诉，依阿根廷国际私法指引，最终适用美国纽约州实体法律；若在美国起诉，适用美国纽约州实体法律无疑；而若仍在法国起诉，如果法国不接受转致，则会适用阿根

¹¹ *Machain Cueto v. Lopp*, App. Paris, Jan. 28, 1920, 47 Clunet 187.

¹² See Francis Deak, Conflict of Laws: Recent Development concerning Marriage, *Michigan Law Review*, Vol.27:4, 1929, p.408.

¹³ 参见法巴蒂福尔、拉加德合：《国际私法总论》，中国对外翻译出版公司 1989 年版，第 13-14 页：法国最高法院在 1953、1954 和 1973 年分别在一起波兰人亲子关系案、一起英国夫妻离婚案和一起玻利维亚夫妻离婚案中适用了反致。

¹⁴ 《纽约州冲突法》3.3 (b) (6)：一般原则：依婚姻缔结地法律有效成立的婚姻，在各地均有效……

廷的法律，而一旦法国如其在原案中所做的那样接受转致，则会实现在三地起诉均有一致判决。

在 4 的情形下，均接受但出现判决不一致的情况与前述直接反致的情形一致，而其他不一致的情况虽然从表面上看占据了大多数，但其原因都在于同时采取本国法主义的国家对于反致采取了不同的态度，而当采取本国法主义的国家的态度一致时，无论采取住所地法的国家态度如何，均能实现判决一致。

3. “外国法院说”¹⁵

在直接反致、转致和间接反致之外，较为特殊的“外国法院说”与前三种基本模式有着理论基础上的差异，前三种模式均是站在本国法的角度，采取“命令式”的态度在各国法律之间致送。“外国法院说”则是站在他国法院的角度，采取“顺从式”的态度跟进法律的致送。在经典的“*Re Annesley*”案¹⁶中，英国女子 Annesley，去世时住所地为法国，生前立有遗嘱处理其遗产，子女因未获得遗产而在英国法院起诉，而英法两国的相关实体规定有差异。当时审理法官的思路是，根据英国冲突法，遗嘱继承适用被继承人住所地法，即法国法，而法国国际私法规定遗嘱继承适用被继承人本国法，即英国法，同时，法国接受反致，因此站在法国法院的角度，最终会适用法国法，因此最终此案适用了法国实体法。而在相似的“*Re Ross*”¹⁷案中，因为意大利彼时不接受反致，最终英国法官适用了英国实体法。

如前所述，英国的外国法院说是有别于传统反致的一种特殊的反致类型，在此种思路下，法官要考量的不仅是本国的反致规则，还要将外国法院对反致的态度纳入考量，展现的是一种“体察他者，命令自我”的模式。传统反致没有将他国的反致规则纳入考量，无法洞悉案件在他国审理的情形，使得判决一致的目标在有限条件下才能实现。在直接反致的情形下，也就出现了只有一国接受反致而另一国不接受反致时才能实现判决一致的情况。相反，如前述两案所呈现的一般，“外国法院说”所采取的“求诸己”的态度使得判决一致必然实现，因为他者是不可控的，而自我是可控的。¹⁸因此，“外国法院说”对于“判决一致性”达成的有利作用是不容置喙的，这一点也被英国国内许多法官所承认。¹⁹

（二）反致制度实现“判决一致”所面临的障碍

¹⁵ 在学理上，有学者从反致的基本类型出发，将英国的反致分为了“双重（完全）反致”和“单一反致”。（参见：许光耀：《论反致的不合理性》，载《时代法学》2007年第4期，第105-106页；罗先云：《身份性涉外民事关系与反致制度可适用性分析——对〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉第九条的质疑》，载《红河学院学报》2014年第4期，第40页。）但笔者认为，在英国开始依照“外国法院说”这一思路进行考量时，虽然最后的结果会出现和传统反致相类似的情形，但按照“外国法院说”，最终的实体法不是像传统反致一般仅仅依照法院地冲突规则确定的，二者有本质上的区别，不宜混为一谈。

¹⁶ *Re Annesley* [1926] Ch 692.

¹⁷ *Re Ross* [1930] Ch 377.

¹⁸ 参见张春良：《暗香浮动：双重反致的伦理密码》，载《法制与社会发展》2012年第1期，第78页。

¹⁹ 参见德马丁·沃尔夫：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社1988版，第294页。

从以上模拟可以看出，反致在实现判决一致上有其天然的价值，同时受到的限制也是颇多的，要想更好的实现“判决一致”的目标，还需要通过具体的制度设计来回避或者消除这些障碍。

首先，虽然从现实来看，所谓“乒乓球游戏”在实践中从未出现过，但是由于反致的基本逻辑就是在法域间进行致送，所以不管是直接反致还是间接反致乃至“外国法院说”，都面临着“相互指定”的逻辑困境。国际私法本身只是实体规则的选择规则，案件的最终裁判还是要依赖于实体法，如何让致送停止以确定最后的实体法是必须解决的问题，因此“乒乓球游戏”确是横亘在反致制度面前的第一道障碍，而如何良好地解决这一障碍是反致制度得以发挥效用的关键所在。

其次，反致作为国际私法的一项制度设计，虽然与“判决一致性”有着天然的联系，然而各国立法在设计这一制度时未必都是利用其来实现“判决一致”的目标，也有可能偏重于其他立法目的，从而背离了其初衷。另外，国际私法除了“判决一致性”的追求之外，也存在如“实体公正”、“最密切联系”等其他价值追求。因此有必要对各国（地区）的实际立法进行分析，以判断反致制度在各立法中的目的导向，以及各自反致的制度设计上是如何在不同的价值和追求之间权衡的。

再者，通过以上的模拟可以看出，从实践的角度出发，反致要想实现“判决一致”，一定程度上依赖于差异化的制度设计和各国在实践中对反致的包容态度。而且不可否认，反致制度在表面上确实呈现了一定的复杂性，司法者在实践中可能由于自身水平或出于案件审理的便捷考虑，在司法中有意无意地回避这一制度，因此反致在实践中的实际适用也是反致实现“判决一致”的另一障碍。尤其在“外国法院说”当中，反致的利用对司法者的要求更高。

三、从国内外立法看反致的制度设计与初衷的坚守

目前世界各国（地区）的国际私法立法中，对于反致的态度主要有以下四种：

（1）全面排斥反致：如我国大陆、埃及等；（2）只接受反致不接受转致：如日本、西班牙等；（3）在多重限制下接受反致：反致和转致在多重限制下适用，如法国、英国、德国、我国香港、澳门和台湾地区等；（4）原则上接受反致和转致，或有少量限制，如奥地利和捷克；现对各典型国家（地区）的立法进行分析，对比其制度设计同时判断其目的导向。

（一）全面排斥反致

我国大陆是典型的是少数完全排斥反致的地区。2011年4月1日起施行的《涉外民事关系法律适用法》第九条规定冲突规范指引的外国法，不包括国际私法。这一规定将外国法中的国际私法与实体法区分开来，切断了反致产生的第一个基础，所以我国大陆目前的国际私法立法明确排除了反致的适用。在此之前，《民法通则》（征求意见稿）第八章“涉外民事关系的法律适用”曾同时将直接

反致和转致纳入其中。然而,我国大陆最终施行的《民法通则》并未采纳这一规定,所以在立法层面,大陆彼时对于反致没有明确的态度。其后,1987年《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》(现已废止)规定在合同领域排除反致,但未言及其他领域。²⁰另外,1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》也间接表达了对反致的排斥态度。²¹与正式的法律文件对反致的一律排斥相反,2000年我国国际私法学会集体起草的《中国国际私法示范法》²²以及2003年《中华人民共和国民法》(草案)²³均在民事身份领域对反致予以接纳。而在实践中,法官对反致基本也采取排斥的态度,大陆法院在审理涉外民商事案件时,如果准据法的确定存在疑问,绝大多数情况下法官都会径直适用中国实体法,不考虑其他国家的法律。这与我国属地主义的倾向、法官涉外审判水平等因素都有关系。

可以想见,在我国法制体系、立法水平和司法人员素质都不是十分成熟的时期,出于实务方面的考量,排除反致确实可以避免繁琐,提高效率。但是在我国法制整体有了提升、对国际私法的研究也日益深入的今天,对反致的态度是值得重新被讨论的,乃至对国际私法这一特殊的法律部门的认识,也是需要深入思考的。这也是本文讨论反致制度的现实考量,寄希望于通过对各主要国家(地区)的立法分析,对我国今后国际私法在反致一项制度上的完善有所关照。

(二) 只接受反致不接受转致

采取这一态度的国家以日本代表,无论是其1898年颁布的《法例》,还是2007年开始实施的《法律适用通则法》,都对反致采取了基本一致的规定,不仅没有接纳转致,而且将直接反致的适用限定在了当事人本国法对日本法的反致,与此同时又排除了反致在婚姻效力和亲子关系领域的适用。²⁴

首先,作为一个采取本国法主义的国家,将反致的适用与国籍这一连接点直接联系起来,反致即通常发生于当事人国籍国(位于日本以外的其他国家)与住所地或惯常居所地(位于日本)不一致的情况之下,同时国籍国必然采取的是住所地法主义。很明显这一制度设计直面的就是本国法主义与住所地法主义之间的

²⁰ 1987年《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》第2条第(5)款:当事人协议选择的或者人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律,是指现行的实体法,而不包括国际私法规范和程序法。

²¹ 1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条第2款:人民法院在审理涉外民事关系的案件时,应当依照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

²² 《中国国际私法示范法》第8条:本法规定应适用的法律,是指现行有效的民商事实体法律,不包括冲突规范,但本法另有规定的除外。

²³ 2003《中华人民共和国民法》(草案)第九编第2条:本法规定应适用的法律,是指现行有效的民商事实体法律,不包括冲突规范。依照本法规定应当适用的法律是指有关国家的民商事实体法,而非国际私法,但对于自然人的法律地位和身份关系,依照本法规定应当适用某外国法律,而依照该国国际私法又应当适用中华人民共和国法律的,可以适用中华人民共和国法律。

²⁴ 日本《法律适用通则法》第41条:“根据本法规定应当适用当事人本国法,而依当事人本国法应适用日本法的,适用日本的实体法。但是依本法第25条(含第26条第1款及第27条准用的情形)或者第32条应依当事人本国法的情形除外。”

冲突。而在社会流动加剧、住所地法主义（包括惯常居所）被更多接受的趋势下，对采取本国法主义的日本法的指定的情况会更加常见，而日本接受这一指定无疑会增加判决一致的可能。其次，将反致的适用排除在婚姻效力和亲子关系领域的设计，是源于日本的国际私法在这两项内容上有性别平等的实体内容追求。日本《法律适用通则法》将婚姻效力和亲子关系的连接点设置为双方共同的连接因素，²⁵而共同的连接因素从理论上讲不仅符合性别平等的实体追求，也符合国际私法法律选择的“最密切联系原则”，反过来，这一制度设计也暗含了“无分歧无反致”的逻辑。因此，相比于将这一制度阐释为对反致的排斥，不如理解为在此等情况下无反致产生的基础，而非对反致的贬损。尽管日本理论界对反致的态度实际上长期偏于消极，²⁶然而其前后两部国际私法仍然将反致纳入其中，一定程度上也反映了从实践出发反致制度存在的必要性。

（三）在多重限制下接受反致

对反致的适用在条件和领域等层面进行诸多限制是大多数国家（地区）采取的做法。一方面反致本身源于连接点选择的差异，因此在各国对连接点没有分歧的领域，自然不会发生反致。进一步，国际私法制度中，“强制性规则”、“公共秩序保留”“意思自治”等方面的内容也排斥法律的致送，没有反致产生的基础。反致这一制度天然地在有限的领域被适用，因此在许多国家（地区）立法中受到诸多限制也属正常。

1. 德国

德国作为成文法系集大成者，其反致制度立法经历了一系列的变化，但是确是少见的始终明确在国际私法中将外国法视为包括国际私法在内的一个整体的国家。现行德国《关于对国际私法进行重新规定的法律》于1986年颁布，该法首先明确了“将外国法视为整体”的基本思想，但是附带了一个限制条件，即“不能违反适用外国法的意图”，紧接着，又以多数国家采用的适用本国实体法的方式终结致送。²⁷其中最值得探究的就是所谓“适用外国法的意图”，此条款通过这一限制条件，其实为各领域对反致的态度奠定了基础，从此法后续的规定来看，所谓“适用外国法的意图”其实就是“适用外国实体法的意图”，即在某些领域（如合同）适用外国法仅限于该外国的实体法，而且该法规定在当事人意思自治领域，当事人所合法选择的法律仅限实体法，²⁸不会产生反致的问题。德国这一规定表

²⁵ 日本《法律适用通则法》第25条：“婚姻效力适用双方共同国籍国法，若双方没有共同的国籍国，则适用双方共同的经常居所地法，若双方亦无共同的经常居所地，则适用与夫妻双方有最密切联系的地方的法律。”

²⁶ 参见苏继权：《日本国际私法的最新发展及对中国国际私法的启示》，大连海事大学2003年硕士学位论文，第65-68页。

²⁷ 德国1986年7月25日《关于对国际私法进行重新规定的法律》总则第4条第1款：若适用某外国法，应适用该国的国际私法，除非适用此国际私法违反适用外国法的意图。如果该外国法反致德国法，适用德国实体法。

²⁸ 德国1986年7月25日《关于对国际私法进行重新规定的法律》总则第4条第2款：当事人有权选择

面上与其他国家规定在特定领域不接受反致不同,但是通过上述第一款的限制条件,达到了相同的效果。也正是由于这一限制条件,加之其《民法施行法》在多个领域向当事人开放选择的权利,导致在实践中,德国国际私法上的反致基本上限制在自然人法和继承法领域。

德国在反致的立法上,对于转致的规定不甚清晰,单纯从其文字表述来看,首先,适用的外国法包含外国的国际私法,其次,提到了反致德国法的处理。理论上,外国法的国际私法规则也有指向其他国家的可能,因此德国的反致立法应该也包含转致。

2. 台湾地区

中国台湾地区关于反致的立法较为独特,根据台湾地区 1953 年“涉外民事法律适用法”第 29 条:若台湾地区冲突规范指引当事人本国法,而当事人本国法冲突规范又指引第三国法律,则适用该第三国实体法,若该第三国法冲突规范又指引其他国家法律,仍依其指引。但其他国家法律指引台湾地区法律的,则适用台湾地区实体法。台湾地区这一规定对反致的形式展现了极大的接受度,但需要注意的是,这一规定将第一次被指引的法律限定在当事人本国法,而本国法多适用于民事身份领域。而后,台湾地区 2010 年“涉外民事法律适用法”第 6 条将上述 29 条中有关第三国法律继续致送的内容删去,这一改动似有意终结第三次致送,将反致明确限定在直接反致、一级转致和间接反致三种情形。

台湾国际私法立法对日本有很强的借鉴,也采取本国法主义,而且也将国籍这一连接点与反致绑定在一起,但是却较日本更加宽容,而且在简洁的立法语言中同时包含了三种反致的情形。从实际效果来看,作为同样采取本国法主义的地区,除了如前述日本一样,在指引台湾地区法律情况多见的情况下,接受转致有助于判决一致的实现,而台湾地区还接受间接反致,更为判决一致增添了可能。在上述台湾地区反致制度之下,转致发生的情形通常是:首先根据台湾地区国际私法指引当事人本国法,而该当事人本国采住所地法主义,指引向当事人住所地国法律。若该住所地国法律采本国法主义,则如上述理论模拟的情况 3,不再赘述;若该住所地国法律采住所地法主义,台湾地区接受转致恰能实现在三地起诉判决均一致。

3. 澳门地区

我国澳门地区的反致制度设计也较为特殊,现行澳门《民法典》第 15 条首先规定了一般原则,即澳门冲突规范指引的外国法律不包括该外国的冲突规范。

²⁹而根据该法第 16 条第一款,如果被指引的外国法律的国际私法指引另一国家

准据法时,只选择一国的实体法。

²⁹ 澳门《民法典》第 15 条:冲突规范指引澳门以外之法律时,如无相反规定仅适用该法律之域内法;本章规定之效力,域内法系指实体法,不包括冲突规范。

法律,而该另一国家法律的国际私法亦规定其为案件所涉法律关系的准据法,则适用该另一国家的实体法。³⁰这一规定比较特殊,即其明确限定了最终指引到的国家的冲突规则与指引该国家的冲突规则在案件所涉法律关系上是一致的。紧接着,根据第16条第二款,当其他国家冲突规范指引澳门法时,适用澳门实体法。³¹这一规定表明澳门原则上接受对澳门法的直接反致和间接反致。而其第17条规定了不接受反致的两种情况,一是接受反致将导致法律行为变为无效或身份变为不正当;二是在允许当事人选择法律的情况下,当事人已经选择了准据法。³²第17条本质上是对第16条适用的限制,从内容上看,其遵循的是“有利生效”原则,以及在当事人意思自治领域,无反致可言。³³澳门《民法典》对于“有利生效”原则的追求还体现在其35条及62条,分别涉及法律行为意思表示方式有效性和遗嘱方式有效性。从上述条款可以看出,“澳门模式”对反致的态度在“原则上不接受反致”、“追求判决一致性”和“有利生效”三个原则之间进行权衡。

4. 英国及香港地区

由于历史原因,香港地区有关反致的规定遵循英国普通法中的“外国法院说”原则,这一原则要求在根据本国冲突规则指引某一外国法律时,法官应“设身处地”地将自己置于外国法院的立场,在此立场基础上,考量该外国对反致的态度,然后决定最终的准据法。³⁴特别需要说明的是,按照“外国法院说”原则,如果英国的冲突规范指引的外国法接受反致,按照实践,英国法院就会以该外国法为准据法,这一做法实质上简化了在两个都接受反致的国家之间法律的相互指定,将一国接受反致简化为“直接反致”,这一做法规避了“恶性循环”,为两个均接受反致的国家之间法律的相互指定提供了一个出路。“外国法院说”在理论上比传统反致模式更具优越性,一部分原因在于法院在适用反致时具有较强的灵活性。然而也会存在问题,即如果乙国法院也采取同样的做法,那么甲国法官在站在乙国法院立场时又会回到自身的立场,这就产生了类似传统模式中的“相互指定”的逻辑困境。

尽管英国国内对“外国法院说”颇有争议,³⁵在实践中,自拉塞尔(Russell)1926年在安妮斯勒(Annesley)案提出这一理论以来,英国法院运用“外国法院

³⁰ 澳门《民法典》第16条:如果澳门冲突规范所指引的法律的国际私法引用另一法律,而该法律认为本身为规范有关情况的准据法,则应适用该法律的国内法。冲突规范所指定之法律之国际私法引用澳门域内法时,澳门域内法为适用之法律。

³¹ 澳门《民法典》第16条。

³² 澳门《民法典》第17条:一、适用上条规定将引致按第十五条之规定原为有效或产生效力之法律行为变为非有效或不产生效力,或使原为正当身分状况变为不正当身分状况时,即不适用上条之规定。二、在容许当事人指定适用法律之情况下,当事人已指定法律者,亦不适用上条之规定。

³³ 参见黄进、郭华成:《论澳门国际私法的反致》,载《武汉大学学报(人文科学版)》1997年第4期,第30-35页。

³⁴ 参见黄进:《国际私法》,法律出版社2004年版,第194页。

³⁵ 参见英J.H.C.莫里斯:《戴西和莫里斯论国际私法》,中国大百科全书出版社1998版,第98页。

说”进行进行裁判的案件不在少数。³⁶理论上的探讨也趋于认为：完全接受和彻底拒绝都是不合理的，反致在某些情况下是便利的，并能提高公正性，而在其他情况下，反致不便利并应被拒绝。³⁷在实践中，“外国法院说”原则在香港地区和英国都仅适用于继承、婚姻等十分有限的领域，而且按照这一原则的理念，还要受制于其他国家对于反致的态度。

5. 美国

美国的国际私法经历了所谓的“国际私法革命”，这一运动使得其前后的冲突规则差别较大。《第一次国际私法重述》对反致基本采取排斥的态度。而以“最密切联系原则”为理论核心的《第二次国际私法重述》则为反致敞开了大门。根据该法相关规定，原则上，州际之间的法律指引，不考虑被指引州的国际私法；但是如果该另一州的冲突规范旨在实现判决一致，则法院可以在考虑可行性的前提下适用该另一州的冲突规范。³⁸这一规定将反致的适用直接与判决一致性的目的联系起来，而且，规定了一个前提，即“具有可行性”，这一规定实则给予法官一定的自由裁量权，使得其适用更加灵活。美国的《第二国际私法重述》直接将“判决一致”明确作为适用反致的条件，很明显美国接受反致制度就在于利用其实现判决一致的目标。

（四）全面接受反致

全面接受反致的国家（地区）确属少数，大多数国家（地区）即便接受反致，也对反致进行了限制。部分原本全面接受反致的国家，也逐渐修改了立法，如波兰，其 1966 年施行的国际私法明确承认反致和转致，而在 2011 年修改后，不仅排除了转致，对反致也进行了三项限制。³⁹目前全面接受反致的典型国家是奥地利和捷克。

1. 奥地利

奥地利目前施行的国际私法于 2015 年颁布，反致制度规定在其第 5 条，共 3 款。其首先明确了冲突规范指引的外国法包括外国的实体法，为反致提供前提。其次规定外国冲突规范反致奥地利法时，适用奥地利法的实体规范，同时接受转

³⁶ 如 1930 年罗斯（Re Ross）案，1968 年富尔德（Fuld）案等。

³⁷ 英 J.H.C.莫里斯：《戴西和莫里斯论国际私法》，中国大百科全书出版社 1998 版，第 98 页。

³⁸ 美国《第二次国际私法重述》第 8 条：另一州法律选择规则的可适用性

（1）除第 2 款、第 3 款的规定外，在本州的法律选择规则指明应适用另一州的“法律”时，法院适用该另一州的本地法。

（2）如特定法律选择规则的目的在于使法院就案件事实得出的结果与另一州法院审理该案时得出的结果相一致，则法院可适用该另一州的法律选择规则，但须考虑实际可行性。

（3）如法院地州与特定问题或当事人无实质联系，而各利害关系州的法院会一致选择某个适用于该问题的本地法规则时，法院通常将适用该规则。

³⁹ 波兰共和国 2011 年 2 月 4 日《关于国际私法的法令》第 5 条：

（一）依照本法应适用的外国法指定所涉法律关系应适用波兰法时，则适用波兰法。

（二）本条第一款的规定不予适用，如果对准据法的指引：

（1）以法律选择的方式做出；（2）涉及法律行为的形式；（3）涉及合同之债、非合同之债或者由单方法律行为引起的债务关系，且本法对这些债务关系的法律适用已有规定。

致（包括多重转致），适用直到不再致送或者被第一次反致的国家实体法。最后一款是关于外国法律体系存在多个法域时的指引规定。

可以看出，奥地利目前的国际私法对于反致的接受程度是非常高的，尤其是其中关于多重转致的规定。从制度设计上来说，其在直接反致和转致中都是通过“一次反致”的设计解决了终结致送的问题。而且奥地利接受了转致，按照前述转致的理论模拟 3 的情况，接受转致的国家越多，在该种情况下“判决一致”达成的可能性也越大。而在情况 4 下，经前述模拟可知，甲乙两国的矛盾根源在于直接反致，在丙国起诉才会产生转致的情况，而假设丙国采取了与奥地利一致的转致制度设计，此时在丙国起诉时最终会适用甲国实体法，而在该等情况下，如果甲国接受反致，则在采取住所地法主义的甲国和采取本国法主义的丙国起诉，均会适用甲国实体法，惊喜地部分调和了本国法主义和住所地法主义的冲突。而在转致中接受多重转致的设计，虽然因发生的几率微小而现实意义不大，但是这一设计本身不仅暗含了奥地利对反致十足的积极态度，而且从理论上讲，在解决了致送终结的问题后，“更多的致送”对“判决一致”的达成有必然的积极作用。⁴⁰

2. 捷克

捷克的反致制度设计也同时接受了直接反致和转致，与奥地利相比，捷克只接受一级转致（如同前述，因多重转致发生几率微小，因此仅是理论上的差异），而且对于转致的适用特别附加了“按照该外国冲突法，第三国的法律应予以适用”这一条件。另外，捷克明确排除了反致制度在债权债务和劳动法律关系中的适用。⁴¹因此，除开适用领域的限制，总体上，捷克与奥地利关于反致制度的立法大同小异。

全面接受反致的国家本身对于反致就抱有极高的友好态度，而从具体制度设计而言，奥地利对于反致几乎没有限制，展现了全方位的接受态度，进一步从其接受多重转致的规定来看，奥地利的制度设计最大程度利用了“致送有利于判决一致”的根本优势。因此奥地利的立法虽然没有直接体现其目的导向的语言，但是其充分接纳的态度本身就是对反致制度实现判决一致的最大肯定。对于捷克而言，值得分析的是其在转致中附加的条件，这一条件指明转致的适用以捷克冲突规范指引的外国法的冲突规范适用第三国实体法为前提，实际上导致的情况就是，捷克通过转致所最终适用的实体法，与捷克冲突规范指引的外国法所在国裁决同

⁴⁰ 因为在引入更多的国家的情况下，“更多的致送”其实就是将在不同国家起诉的情况进行了模拟，最终导向不会再生致送的国家。

⁴¹ 捷克共和国 2012 年 1 月 25 日《关于国际私法的法律》第 21 条：

（1）本法规定应适用外国法，而该外国法规定又反致捷克法律的，则适用捷克法律中的实体法条款。外国法规定指向另一外国法律的，则适用该另一外国的实体法规定，前提是其依照该国的冲突法规定应予以适用；在其他情况下，适用捷克法律中的实体法规定。

（2）反致和转致不适用于债权债务关系和劳动法律关系。当事人协议选择准据法的，则仅在当事人协议有规定时方考虑其冲突法规定。

样案件会适用的法律是一致的，因此实质意义上捷克适用转致的条件就是达成“判决一致性”。

（五）规定特定连接点优先的海牙公约

除了各主权国家和其他地区的立法外，国际层面的国际私法立法也对反致有所留意，其中以旨在协调各国国际私法差异的海牙公约为代表。第一批海牙公约中的《婚姻法律冲突公约》第一次引入了反致条款，规定当事人本国法指引适用其他国家法律的情形为公约所承认。⁴²在其后的《关于夫妻财产法律适用公约》中，则直接对反致进行了比较明确的规定，即在夫妻共同国籍国法（非缔约国）与共同惯常居所地法都规定适用夫妻共同国籍国法的情况下，则依其共同规定。⁴³这一规定旨在协调国籍国法与惯常居所地法的冲突，这一冲突源于国际私法长期以来存在的本国法主义与住所地法主义的对立，而在实践中，正是这一对立导致了大量的反致情形的发生。为了协调这一对立，1955年诞生了《解决本国法与住所地法冲突的公约》，即《反致公约》，根据该公约前三条的规定，如果当事人的住所地国及其本国均规定适用住所地法或本国法，则适用其共同的规定；如果当事人的住所地国和本国的冲突规范相互指定，优先适用住所地法。

作为协调各国国际私法差异的国际公约，从普遍意义上规定“住所地法优先”以及尊重缔约国之间的相同规定是具有正面意义的。因为这样就直接终结了致送，避免了后续产生的复杂问题，将反致的结果明确限定在了“住所地法”，但是这样的规定对于采用本国法主义的国家来说是不易接受的，也正因为如此，该公约至今尚未生效。而且从国际私法作为各国的国内法的角度来讲，这样从限定国际私法规则本身来终结致送的方法是违背部分国家的国际私法立法意图的，因此很难被各国立法所采纳。

在目前37个明确在国际私法领域接受反致的国家和地区中，有11个无条件接受反致，26个有条件地接受。⁴⁴尽管反致制度争议不断，但从发展趋势来看，采纳反致的国家逐渐增多，适用范围趋同，在克服反致弊端方面各有对策，具体制度设计差异化明显。基于上述各国的反致立法和实践可以看出，反致制度本身具有的实用性和生命力是极富价值的，在国际私法趋于统一的国际潮流之下，反

⁴² 参见《海牙婚姻法律冲突公约》第1条：缔结婚姻的权利依当事人各该本国法的规定，但依其本国法规定应适用其他法律者，不在此限。

⁴³ 参见《关于夫妻财产法律适用公约》第四条：如果配偶双方婚前未指定适用的法律，其夫妻财产制受配偶双方婚后所设定的第一个惯常居所地国的国内法支配。

但在下列情况下，夫妻财产制应受配偶双方共同国籍所属国家的国内法支配：

……

（二）遇有该国不是本公约的缔约国，并且根据该国的国际私法规则应适用其国内法，以及配偶双方于婚后设定的第一个惯常居所是在：

……

2. 不是本公约的缔约国，而其国际私法规则同样规定适用其国籍所属国家的法律。

⁴⁴ 参见高崎：《国际私法反致制度研究》，载《中国社会科学院研究生学报》2012年第2期，第75页。

致这一制度仍然具有较大的差异性和复杂性,或许在具体案件中其适用会更加明晰。

四、反致实现“判决一致性”的活力与展望

(一) 致送终结制度设计各有千秋

尽管接受反致的国家逐渐增多,但各国具体的制度设计多有不同,对于反致理论上的“相互指定”这一弊端而言,从实践来看,反对者认为的“乒乓球游戏”从未发生过,最常见的做法就是如日本、德国等所采取的适用法院地法来终结致送。诚然这样做会导致适用本国法的机会增多,于判决一致性的目标亦有损,但在确定准据法的最终目标目前,这一做法亦无可厚非。然而相较于“澳门模式”而言,澳门的反致制度虽然也有适用本国法终结致送的规定,但是又特别规定了致送终结于指引适用本国法的国家的法律,后者更具有灵活性和合理性,而且对于实现判决一致很明显是有益的,因为在致送过程中,指引适用本国法的国家是相对确定的,判决一致的概率也就大大增加了。此外,奥地利在直接反致和转致中共同采取的“一次反致”终结致送的设计,根据上述分析,其在转致中部分调和了初始连接点选择差异的矛盾,对判决一致的实现有明显的益处,也是值得借鉴的。

在终结致送的方式上,各国均有相应的制度设计,也可见各国对于这一现象和反致可操作性的重视。但必须指出的是,如果通过设计终结了致送,假设一个案件中涉及甲乙两国,在甲国起诉时,若最终确定了甲国实体法为准据法,其结果不一定会同案件在乙国起诉时相同。因为假设乙国根据其冲突规范指引甲国法,甲国冲突规范又反致乙国法时,乙国法院同样也可能会确定乙国实体法为准据法,如此“判决一致”仍未实现。所以,反致在追求判决结果一致性上的瑕疵是无法摆脱的,但是上述情况的出现根源不在于采取了反致制度,而在于最开始对于连接点选择的差异,而事实上也正是这种连接点的差异才导致了法律适用上的相互指定。⁴⁵任何制度都不可能解决产生这个制度的问题,更值得关注的是如何通过良好的设计来发挥制度的优势。正如萨维尼在《现代罗马法体系》第八卷指出的那样,“实在法的不同来源于专门机构的运作”⁴⁶,那么解决连接点差异导致的判决不一致问题,以及反致适用进一步导致的“乒乓球游戏”等问题,首先要正视问题的存在,然后必须通过进一步的“专业运作”来解决这些问题。实际上,在以上对各国(地区)制度设计的分析中,已经惊喜的发现,“终结致送”这一本身是反致得以成立的前提设计,却在部分制度设计中直接为“判决一致性”做出了贡献,如

⁴⁵ 参见周黎明:《论反致问题》,载《河南大学学报(哲学社会科学版)》2002年第6期,第83-88页。

⁴⁶ 参见德弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》,李双元等译,法律出版社1999年版,第1页。

澳门、捷克等，这就更加说明了反致在实现“判决一致”这一目标上的天然价值和强大活力。

（二）“判决一致”目标追求或明或暗

解决了终结致送的问题，反致便有了较大的发挥空间，由此便可探讨各国在设计反致时所确立的目的导向。从上述各国（地区）的立法分析可以看出，许多国家的反致立法都或明或暗的体现了“判决一致性”的追求，当然也有在不同价值目标之间的权衡。

最直接的如美国，其《第二国际私法重述》直接将“判决一致”明确作为适用反致的条件，自然，美国的这一设计对于追求判决一致是完全有利的；同样的，澳门地区将致送的终结设计为“被指引法律认为本身为规范有关情况的准据法”，以及捷克将转致的适用设计为“以捷克冲突规范指引的外国法的冲突规范适用第三国实体法为前提”，这些特殊的规定很明显追求的都是“判决的一致性”；而在上述《关于夫妻财产法律适用公约》中，虽然没有明确阐明设置反致的意图，但是可以看出，公约中的规定旨在适用与当事人有最密切联系的国家的冲突规则的指引，符合当事人的合理预期和利益维护。⁴⁷最密切联系原则作为当代国际私法的核心理论之一，旨在选择与当事人有最密切的联系的地域的法律，这一法律选择的方式虽然重在最终实体法的合理性，但是在理论上，与当事人有最密切联系的地点是相对确定的，反致之所以会发生各国法律之间的致送，背后的也隐含了寻找合适法律的逻辑，而这一“合适法律”与“最密切联系法律”并不矛盾，甚至不谋而合，这也是为什么以“最密切联系原则”为核心的美国《第二国际私法重述》也接受了反致。

相反，日本的反致设计将其适用排除在了追求“性别平等”这一实体内容之外，澳门将反致的适用排除在“导致法律行为无效”之外，这两项设计都是将“实质正义”排在了“判决一致”之前。必须指出的是，国际私法作为以间接调整方法为主的法律规范，其本身在绝大多数情况下并不涉及实体内容，但是若确实如日本关于婚姻的法律适用一般，出现间接调整规范影响实体追求的情况，毋庸置疑，是应该将实体追求放在优先地位予以考量的。因为冲突规范说到底服务于实体内容，尽管在笔者看来，“实质正义”并不是国际私法的本意，然而毫无疑问它是整个法律的永恒追求，如果将冲突规范视为法律适用的一个“前置程序”，那么这个“程序”本身确实不应背离实体的追求。同样的，德国的反致立法特别规定不得妨碍其“适用外国法的意图”，而这一意图更加强调准据法的最终确定，所以德国的国际私法逻辑上将最终准据法的确定这一追求置于利用反致实现判决一致之上。但作为少见的在法律指引过程中将外国法律作为包括冲突规范整体对待的国家，

⁴⁷ 参见李双元：《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社 1993 版，第 287-298 页。

德国展现了对反致极大的接受度，这一规定表面上是对反致适用的限制，但是从实际情况来看，这一条文更多是为了确定反致适用的领域，而不是对反致的适用过程进行限制。

对于英国的“外国法院说”，由于一个法官审理案件时设身处地站在其他国家法院的立场，这一做法使得这一制度从理论上而言必然实现在两国起诉获得相同的判决，对判决一致性的追求也是毋庸置疑的。然而不可否认，随着反致制度的复杂化，本国法院何以能完全站在“外国法院的立场”来考虑法律的最终适用确是对法官不小的考验。然而在国际民商事关系日趋复杂的大势之下，固守本国法主义倾向和司法的简便是狭隘和落后的，司法的追求之一也是“清晰”，而非“简单”，而清晰必然建立在法官对规则的深入理解和娴熟的法律应用水平之上。因此笔者认为，“判决一致性”这一追求虽应排在“实体正义”之下，但不能置于案件审理的“高效便利”以及“属地主义”之下。

（三）国际私法发展趋势激发活力

反致起源于国际私法中“本国法主义”与“住所地法主义”对立，而随着国际人员流动的加剧，“住所地法主义”以及由其演变而来的“惯常居所地法主义”受到更多国家（地区）接受的趋势下，在前述分析日本及台湾地区时曾发现，由于向住所地法指引的几率大大增加，本国法主义国家接纳反致将在实践中为“判决一致”之实现增加可能。而经过检索，目前坚持本国法主义的国家（地区）主要有法国、德国、意大利、比利时、奥地利、西班牙、匈牙利、波兰、捷克、俄罗斯、土耳其、日本、韩国、越南、泰国、中国台湾地区、突尼斯、罗马尼亚、阿尔及利亚等，⁴⁸而其中除突尼斯、阿尔及利亚不接受反致外，其余国家均不同程度接纳了反致。⁴⁹尤其是长期坚持排斥反致的意大利，也从1995年《意大利国际私法改革法》开始接纳直接反致和转致。可以看出，采本国法主义国家中接纳反致的比例，远远超过了世界总体立法中不接受反致的国家的比例。这或许存在一定巧合，然而一个可能是理由是，在法院地法和本国法重合的情况下，采本国法主义的国家也倾向于在法律适用中适用本国法。尽管笔者并不赞同利用反致增加本国法适用的机会，但是从事实来看，很多国家（地区）终结致送的设计确实使得反致从实际效果上有此特点。也就是说本国法主义国家可能是出于对本国法主义本身的坚持而选择接纳反致，然而“阴差阳错”，由于反致在实现“判决一致”上的天然属性，使得二者最终在一定程度上达成一致。

此外，在上述对转致的理论和案件模拟，以及对完全接纳反致的国家的制度分析中可以看出，转致在实现“判决一致”上有更大的裨益，而且其受到的限制也

⁴⁸ 目前各国（地区）的国际私法立法在属人法连接点上趋于多元，本处所称“本国法”主义是指“国籍国法”在该等国家中属于首要属人法连接点。

⁴⁹ 其中比利时、西班牙、匈牙利、波兰、俄罗斯、日本、韩国、泰国、罗马尼亚只接受直接反致，但前述分析已表明，接受直接反致即有助于实现“判决一致”。

更少。现实中的案件并不都如理论模拟中那般复杂，回到实际，随着国际私法统一化的发展趋势，更可能出现的是类似上述 *Machain Cueto v. Lopp* 一案中的情形，多数国家对于某一法律关系的系属有相同的规定，而少数国家有不同的系属选择，正如案件中模拟的一样，在该等少数国家接纳转致时，判决一致就能得以实现。“外国法院说”也是如此，这一理论虽然对于法官的要求较高，但是如果法官具备了良好的法律适用能力，就能很好地利用该制度在理想情况下实现绝对的判决一致。

综上，反致制度发展至今日，规则趋于多样和复杂，但是反致对于实现判决一致的内在价值是无可否认的，同时差异化的制度又为反致提供了广阔的适用和发展空间。纵观各国的反致制度设计，或直接，或间接，都体现了利用反致实现判决一致的目标追求，同时又各有设计来规避其弊端。在具体案件的适用过程中，国际私法目前的发展趋势进一步激发了反致实现“判决一致”之目标的活力。因此，反致制度在实现判决一致上是取得了较大进展并实现了其初衷的。

五、结语

反致制度发展至今已百年有余，从根本上讲，今日已无法得知福果案中法国法官接受反致的做法是基于怎样的考量，但从各国后续的反致立法与实践来看，尽管存在弊端和诸多限制，反致制度的内在价值和现实追求一直以实现涉外民商事判决的一致性为核心，并且在很大程度上实现了这一初衷。笔者认为，对于作为调整各国法律冲突的国际私法本身而言，实现判决一致性也一直是核心的目标。尽管 20 世纪下半叶以来，“个案公正”的目标更加为人们所关注，但是冲突规范作为间接规范，在实现个案公正上的价值相比实体法是比较微小的。因此我们必须正视国际私法的地位和目标追求，在国际私法统一化的趋势下，看到反致制度与国际私法内在逻辑的一致性，加以充分利用，最大程度达成“判决一致”。

对于我国而言，在法治水平和从业人员素质都已实现较大提升的当下，对于国际私法本身以及案件审判而言，都不应将国际私法自身追求的判决一致置于避免繁琐和减轻负担的考量之下，必须重新审视国际私法的地位和功能，与时俱进，充分利用反致在实现判决一致上的优势，同时缓解我国目前国际私法制度的僵化，⁵⁰在实践中进一步完善国际私法立法和司法水平。至于具体的制度设计，首先，全面开放反致对于我国而言既不现实，也缺乏可操作性，更合适的是将反致作为一项例外；在终结致送上，笔者认为“澳门模式”和捷克的“一次反致”都是值得借鉴的。最后，对于反致，应当采取灵活的制度设计，给予法官一定的自由裁量权，这不仅符合反致本身的逻辑，也有利于在实践中探索更加符合我国国情的反致操作。

⁵⁰ 参见张鸿雁：《论反致与我国国际私法的立法》，载《西部法学评论》2009 年第 4 期，第 94 页。

利益权衡视角下外国判决承认与执行欺诈审查之展开

李昱辰*

摘要：通过衡量拒绝承认与执行欺诈获取的外国判决与保障诉讼终结性和判决全球自由流通下的两造利益，欺诈例外制度的设立在中国具有必要性与合理性，但应对欺诈审查进行必要限制。欺诈行为的主体包括除被申请人外的当事人及原审法院。欺诈行为的范围涵盖除被申请人外的当事人及原审法院在外国民商事诉讼中恶意利用诉讼程序进行欺诈以获取判决的行为，包括程序性欺诈行为与程序-实体双重性欺诈行为。在欺诈例外的行为结果审查上，欺诈行为与判决的作出之间应具有直接因果关系。在欺诈例外的“新证据”审查方面，对于程序性欺诈行为抗辩，被申请人无需提供在原审期间通过合理注意义务无法发现的新证据；对于程序-实体双重性欺诈行为抗辩，被申请人原则上应提供此类新证据，但其存在客观、合理及无法克服的理由无法提供的除外。

关键词：外国判决的承认与执行 欺诈例外 利益权衡 诉讼终结性 判决全球自由流通

引言

在外国民商事判决承认与执行领域，根据“欺诈推翻一切”（*fraus omnia corrumpit, fraud unravels all*）的普通法原则，欺诈获取判决的行为在普通法系国家普遍是拒绝承认与执行外国判决的事由之一，¹大陆法系国家多未单独规定欺诈例外，而是将其纳入公共政策的考量范围内。²当前，外国学界在欺诈审查制度方面存在较大分歧。究其原因，在于不同学者在维护欺诈例外制度与保障诉讼终结性与判决全球自由流通的利益冲突权衡中选择不同：认为“欺诈推翻一切”原则优先的学者往往主张更宽泛的审查制度，而反对这一立场的学者倾向于对欺诈审查予以限制。³

《中华人民共和国民事诉讼法》（2023年9月1日修正，以下简称《民事诉讼法》）新增承认与执行外国判决的具体审查事由，其将欺诈获取判决的行为规

* 武汉大学国际法研究所 2024 级博士研究生。

¹ 本文所指的“外国判决的承认与执行”，均指外国民商事判决、裁定的承认与执行。

² See Francisco Garcimartín & Geneviève Saumier, Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil or Commercial Matters 118 (HCCH Publications 2020).

³ 主张较为宽泛的欺诈审查制度的观点如 Richard Garnett, *Fraud and Foreign Judgements: The Defence that Refuses to Die*, in Linda J. Silberman & Franco Ferrari (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* 677-678 (Edward Elgar Publishing 2017); Daniel Tan, *Enforcement of Foreign Judgments-Should Fraud Unravel All?*, 6 (2) *Singapore Journal of International & Comparative Law* 1057 (2002)。主张限制欺诈审查制度的观点如 Tenya J. Monestier, *Foreign Judgments at Common Law: Rethinking the Enforcement Rules*, 28 (1) *Dalhousie Law Journal* 177-178 (2005); Zelman Cowen, *Foreign Judgments and the Defence of Fraud*, 65 (1) *Law Quarterly Review* 84 (1949)。

定为拒绝承认与执行的独立事由。⁴目前，我国司法实践尚未有根据该规定审查外国判决的公开文书，⁵国内学界对欺诈例外研究也较少，对如何合理开展欺诈例外审查的研究不足。⁶欺诈例外审查可能突破形式审查的一般原则，若不予以谨慎限制，将存在降低判决承认与执行的效率、阻碍国际民商事交往的潜在风险，与我国坚持的判决承认与执行便利化、高效化立场相悖。⁷因此，我国是否有必要单独规定欺诈事由、欺诈审查如何具体展开，成为亟待解决的问题。本文采取利益分析法、比较分析法，以欺诈例外的利益权衡为主线，在维护欺诈例外制度与保障诉讼终结性和促进判决全球流通两造利益的平衡与协调下，论述欺诈例外审查的适当展开。

一、欺诈例外的利益冲突与权衡

欺诈例外制度下追求个案基本公平正义和维护司法权威的利益与当代判决承认与执行下终结诉讼和促进判决全球流通利益之间存在冲突。通过权衡二者利益，拒绝承认与执行欺诈获取的判决具备合理性和必要性。法院应在二者利益间寻求权衡，通过利益衡量指导欺诈例外审查的具体展开。

（一）欺诈例外的利益内涵

拒绝承认与执行欺诈获取的外国判决体现了保护个案基本公平正义与维护司法权威的利益内涵。欺诈例外来源于“欺诈推翻一切”的普通法原则：只要欺诈被证实，那么欺诈获取的判决、合同或任何交易便归为无效。⁸外国判决承认与执行领域同样适用该原则。首先，根据“任何人均不得从其不法行为中获利”（no man can take advantage of his own wrong）的法律原则，采取欺诈手段获取的判决不得作为任何诉讼的基础。⁹其次，欺诈获取判决的行为破坏了最庄严的司法程序，构成对司法行为的规避，其剥夺了当事人获得法院公平且充分审判的机会，违背程序正义的基本准则。¹⁰最后，当事人对各方诚实守信地参与诉讼、法院公平地审判有合理预期。欺诈获取的判决会破坏当事人的合理预期，有违案件基本的诚实信用与公平正义。综上，普通法系国家普遍以“欺诈推翻一切”原则为

⁴ 参见《民事诉讼法》第300条第3项。

⁵ 通过关键词检索在中国裁判文书网、北大法意、威科先行数据库进行搜索，均未搜索到依据《民事诉讼法》第300条第3项审查外国判决的案件，最后检索日期为2024年12月31日。

⁶ 我国有关欺诈例外的专门研究见林峰、钱振球：《论域外法院判决承认与执行中的欺诈抗辩——以内地与香港法院判决的认可与执行为视角》，《法治社会》2019年第2期，第1-12页；李伟：《承认与执行外国法院判决的欺诈例外》，《武大国际法评论》2017年第5期，第141-157页。

⁷ 参见最高人民法院《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，法发〔2015〕9号，第6条；最高人民法院《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》，法发〔2019〕29号，第19条。

⁸ See *Lazarus Estates Ltd v. Beasley*, [1956] 1 All ER 341, 345.

⁹ See *Abouloff v. Oppenheimer*, [1881-5] All ER Rep 307, 310.

¹⁰ See Alan Reed, A New Model of Jurisdictional Propriety for Anglo-American Foreign Judgement Recognition and Enforcement: Something Old, Something Borrowed, Something New, 25 (2) *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 253 (2003).

基础，将欺诈获取判决的行为作为拒绝承认与执行外国判决的独立事由。¹¹

（二）欺诈例外的利益冲突

1. 与诉讼终结性利益的冲突

诉讼终结性（finality of litigation）是“任何人不得因相同原因受两次起诉”（*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*）准则下的要求，¹²其体现了对法律确定性和稳定性的追求。诉讼终结性是各国程序法体系的基本组成，是现代程序法关键特征的体现。¹³在判决承认与执行领域，诉讼终结性要求被请求承认与执行民商事判决国（以下简称“被请求国”）法院尊重外国判决的终局性，避免审查外国判决实质，以确保诉讼应有终结，其体现了私人 and 公共两方面利益：在私人层面，确保诉讼有终结避免了重复、无休止的诉讼带给当事人沉重的诉讼负担，也能保障外国诉讼结果的可预见性；在公共层面，其有利于节约被请求国的司法资源，促进纠纷高效解决。¹⁴

于我国而言，外国判决承认与执行制度有确保诉讼终结性的利益需要。一方面，法律的确定性和可预见性是我国国际私法的重要价值。另一方面，我国法院司法审判资源紧张，人案矛盾日益突出。¹⁵其中，部分中级人民法院办案压力大，¹⁶而中级人民法院又是受理承认与执行外国判决案件的管辖法院。¹⁷法院通过确保诉讼有终结，原则上仅对外国判决进行形式审查，有助于稳定当事人对国际民商事争议解决的合理预期、避免司法资源浪费，提升涉外司法效能。

欺诈例外制度可能会阻碍对诉讼终结性的利益追求。首先，在欺诈获取的判决中，欺诈方往往是申请承认与执行外国判决的当事人（以下简称“申请人”），被欺诈方为被申请承认与执行外国判决的当事人（以下简称“被申请人”）。“欺诈推翻一切”原则侧重保护被欺诈方利益，而维护诉讼终结性对欺诈方更有利。其次，欺诈审查难免会审查外国判决实质。例如，被请求国法院审查提供伪证以认定虚假实体事实的欺诈行为时，需要审查被指控伪造的证据拟认定的实体事实等

¹¹ See Richard Garnett, *Fraud and Foreign Judgements: The Defence that Refuses to Die*, in Linda J. Silberman & Franco Ferrari (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* 672-678 (Edward Elgar Publishing 2017).

¹² Sirko Harder, *The Effects of Recognized Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, 62 (2) *International and Comparative Law Quarterly* 450 (2013).

¹³ See Jacob B. Van Develde, *Finality in Litigation: The Law and Practice of Preclusion – Res Judicata (Merger and Estoppel)*, Abuse of Process and Recognition of Foreign Judgments 12 (Kluwer Law International B.V. 2017).

¹⁴ See Jacob B. Van Develde, *Finality in Litigation: The Law and Practice of Preclusion – Res Judicata (Merger and Estoppel)*, Abuse of Process and Recognition of Foreign Judgments 12-13 (Kluwer Law International B.V. 2017).

¹⁵ 人民法院案件总量自 2013 年以来年均增幅达 13%，2023 年法官人均办案数量为 357 件。参见中华人民共和国最高人民法院公报，《最高人民法院工作报告——2024 年 3 月 8 日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/91879661d9288abc72798a23b1ecec.html>，2024 年 8 月 14 日访问。

¹⁶ 参见中华人民共和国最高人民法院公报，《最高人民法院工作报告——2023 年 3 月 7 日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》，<http://gongbao.court.gov.cn/Details/0cf2ab48a3d2a9cd604af4991aa7d7.html>，2024 年 8 月 14 日访问。

¹⁷ 参见《民事诉讼法》第 298 条。

涉及判决实质的内容。此种审查在一定程度上破坏了纠纷解决的确定性和可预见性。最后，因原诉讼程序在外国进行，被请求国法院对境外证据的调取、外国法律的查明与适用难度较大，会消耗大量司法资源。

2. 与促进判决全球流通利益的冲突

促进民商事判决在全球范围内的自由流通是当代判决承认与执行的重要目标，其根植于经济全球化背景下多边主义发展的要求，旨在促进国际民商事交往，推动国际投资贸易的健康良性发展。在经济全球化发展背景下，世界各国广泛参与到全球产业链条中，全球产业链促使世界各国相互竞争、合作，凝聚成为“利益共同体”。¹⁸承认与执行外国判决的根本目的是满足本国对外交往的需要，¹⁹为了更好地促进国家发展，融入国际自由市场竞争，一国需要采取开放包容的态度便利国际间民商事交往，优化对外投资和吸引外资政策，提升国际民商事交往的确定性和可预测性。促进民商事判决的跨国自由流通有助于提升国际民商事纠纷的解决效率，降低交易成本，推动国际投资和贸易往来。因此，不少国家逐步放宽判决承认与执行的条件，²⁰国际社会也普遍支持推动判决的全球流通。²¹

中国有促进民商事判决全球自由流通的重要利益。首先，推进高水平对外开放要求中国营造市场化、法治化、国际化一流营商环境，²²深度参与全球产业分工与合作。保障民商事判决全球自由流通有利于满足这一要求。其次，“一带一路”建设要求高效化解我国与沿线各国的国际民商事纠纷，便利外国民商事判决的承认与执行，²³密切沿线各国的经贸合作往来。最后，我国在实践中体现了支持判决全球流通的态度。2023年9月1日修订的《民事诉讼法》完善承认与执行外国判决规则，反映了积极推进民商事判决跨境流通的立场。²⁴此外，中国积极参与海牙国际私法会议2005年《选择法院协议公约》和2019年《承认和执行外国民商事判决公约》（以下简称“《海牙判决公约》”）的起草、谈判过程，²⁵并正式签署了《选择法院协议公约》。

欺诈审查的开展存在阻碍判决全球自由流通的可能。一方面，如前所述，欺

¹⁸ 参见郝立新、周康林：《构建人类命运共同体——全球治理的中国方案》，《马克思主义与现实》2017年第6期，第5页。

¹⁹ 参见肖永平：《国际私法原理》（第二版），法律出版社2007年版，第422页。

²⁰ 参见黄志慧：《论承认与执行外国民商事判决的单边自由化》，《国际法研究》2024年第4期，第153页。

²¹ 例如，《选择法院协议公约》和《海牙判决公约》都将促进判决全球流通作为目标之一。See Francisco Garcimartín & Geneviève Saumier, Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil or Commercial Matters 45 (HCCH Publications 2020).

²² 参见张文显：《习近平法治思想的理论体系》，《法制与社会发展》2021年第1期，第48页。

²³ 参见最高人民法院《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》，法发〔2019〕29号，第19条。

²⁴ 参见沈红雨、郭载宇：《〈民事诉讼法〉涉外编修改条款之述评与解读》，《中国法律评论》2023年第6期，第79页。

²⁵ 参见徐国建：《2019年〈海牙判决公约〉判决承认和执行机制概述》，《中国应用法学》2020年第4期，第65-66页；何其生：《中国加入海牙〈选择法院协议公约〉的规则差异与考量》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016年第4期，第79页。

诈审查可能会耗费大量的司法资源和时间成本,降低承认与执行的效率。另一方面,过于宽泛的审查模式实质上构成了被请求国对外国司法体系的不信任,会阻碍国家间的礼让与司法互信的构建。在“欺诈推翻一切”原则下,一些国家或地区的法院对欺诈审查设置了较为宽泛的标准。例如,在英国普通法下,若一方当事人提出了证明外国判决是欺诈获得的初步证据,不论该证据是否在原审审结前就存在、外国法院是否已经审查过该欺诈抗辩,或当事人在原审审判中明知存在欺诈而故意未在原审中主张,英国法院均可以审理欺诈抗辩并重新审查外国判决的实质。²⁶

（三）欺诈例外的利益权衡

1. 欺诈例外的必要性与合理性

首先,从被欺诈方利益保护层面分析,欺诈例外制度具有必要性。欺诈获取判决的行为严重侵犯了诉讼当事人的程序与实体权利,破坏了个案程序和实体层面的基本公正。当事人之间的诚实信用是维持民商事法律关系和民商事诉讼程序正常运转的基本准则,欺诈获取判决的行为违背了当事人之间、当事人与法院之间的诚实信用,破坏了司法公正等基本价值。²⁷在中国国内诉讼语境下,我国法律保护被欺诈方的利益,被欺诈方既可以依据《民事诉讼法》的规定提起再审,²⁸也可以要求欺诈方承担民事侵权责任。

其次,从国家政策和民事诉讼法基本原则层面分析,欺诈例外具有必要性。欺诈行为与我国民事诉讼法律的基本理念和精神相悖,中国有抵制诉讼欺诈的强烈政策需求。第一,依据《民事诉讼法》以及《中华人民共和国刑法》(2020年12月26日修正,以下简称《刑法》),对于伪造证据、捏造案件事实等欺诈手段获取判决的行为,视情节轻重,有关欺诈主体将承担司法乃至刑事责任。²⁹第二,欺诈获取民商事判决的行为使欺诈方通过不法手段获取了非法利益,损害了被欺诈方诉诸司法的权利,与《民事诉讼法》诚信诉讼的基本原则相悖。³⁰

再次,欺诈例外制度具备合理性。便利外国民商事判决的承认与执行不应是无限制的。一国不具有承认与执行外国判决的国际法义务,促进国际民商事交往应当建立在维护本国正当利益的基础上,而被请求国法院承认与执行欺诈获取的判决会对本国司法体系的公正和权威造成不良影响。由于各国在政治、社会以及经济体系方面存在明显的不同甚至冲突,应当允许被请求国法院在维护本国基本的法律原则以及社会、道德准则的基础上适当审查外国判决实质,拒绝承认与执

²⁶ See *Abouloff v. Oppenheimer* (1882) 10 QBD 295; *Vadala v. Lawes* (1890) 25 QBD 310; *Syal v. Heyward* (1948) 2 KB 443.

²⁷ 参见汤维建:《论民事诉讼中的诚信原则》,《法学家》2003年第3期,第98页。

²⁸ 依据《民事诉讼法》第211条,对于伪造判决、裁定认定事实的主要证据的行为,或欺诈行为存在导致法律适用错误、剥夺当事人辩论权利等法律规定的情形的,依据当事人的申请,人民法院应当再审。

²⁹ 参见《民事诉讼法》第114-115条、《刑法》第307条之一。

³⁰ 参见《民事诉讼法》第13条。

行外国判决。在实践中，一些国内立法以及国际公约也承认形式审查这一基本原则存在例外。³¹因此，即使欺诈审查可能会突破形式审查的一般原则，但为维护我国民事诉讼法基本原则、司法权威和个案公正，以及保护被欺诈方的合法权益，欺诈例外制度具备合理性。

最后，虽然日本、德国等大陆法系国家通常将欺诈例外纳入到公共政策的考量范畴，³²但本文认为，将欺诈例外区别于公共政策例外，作为拒绝承认与执行外国判决的独立事由是必要且合理的。第一，在判决承认与执行中，公共政策重点维护国家、社会公共利益，以及一国法律的基本原则，侧重对国家或社会利益的保护。³³欺诈例外既要求保障个案的基本公正，又要求保护司法权威和程序公正，兼顾个体利益和国家社会整体利益。将欺诈例外含括在公共政策例外之中，无法充分体现其价值理念。第二，公共政策的范围模糊，其在判决承认与执行中没有较为统一的定义。³⁴公共政策例外的适用具有任意性，学界普遍主张应当限制适用公共政策例外，将其作为判决承认与执行审查的“安全阀”，仅在例外情形辅助适用。³⁵第三，虽然欺诈例外与公共政策例外存在部分重合，但欺诈行为严重侵犯个案公正，我国也有抵制诉讼欺诈的政策需求，其有必要作为拒绝承认与执行的单独事由予以明晰并强调。因此，我国《民事诉讼法》第300条第3项将欺诈行为作为拒绝承认与执行外国判决的独立事由是必要且合理的。³⁶人民法院在审查欺诈时，应当与公共政策区分，优先依据欺诈例外事由予以审查。

2. 欺诈例外的限制适用

通过衡量维护诉讼终结性和促进判决全球流通的利益，欺诈审查应受必要限制。过于宽泛的欺诈审查会导致以下三方面消极后果：第一，被请求国法院会因对外国法院已决事项的审查而被施加过重的司法负担，降低审查效率；第二，恶意败诉方会滥用其程序权利，拖延争议的解决，损害胜诉方的合法权益；³⁷第三，被请求国法院对外国已决事项重复审查，会反映出其对外国司法主权的不信任，阻碍国家间的司法互信和国际民商事交往。因此，人民法院应当限制欺诈审查，

³¹ 如瑞士1987年12月18日《关于国际私法的联邦法》（2022年7月1日修订）第27条、《海牙判决公约》第4条。See Federal Office of Justice, Federal Act on Private International Law, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, visited on 16 October 2024; See the Convention of 2 July 1919 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Art. 4.

³² 参见李伟：《承认与执行外国法院判决的欺诈例外》，《武大国际法评论》2017年第5期，第148页。

³³ 参见宣增益：《国家间判决承认与执行问题研究》，中国政法大学出版社2009年版，第73页。

³⁴ 参见刘淑勤：《公共秩序保留制度新探》，《政法学刊》1997年第3期，第55页。

³⁵ 参见付颖哲：《承认与执行外国民商事法院判决时的公共秩序审查》，《西部法学评论》2015年第1期，第126页；马永梅：《外国法院判决承认与执行中的公共秩序》，《政法论坛》2010年第5期，第66页。See Jan Oster, *Public Policy and Human Rights*, 11 (3) Journal of Private International Law 550 (2015); Charles W. Mondora, *The Public Policy Exception, the Freedom of Speech, or of the Press, and the Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act*, 36 (3) Hofstra Law Review 1167 (2008).

³⁶ 参见《民事诉讼法》第300条第3项。

³⁷ 例如，败诉方已经在原审国寻求合理救济的情况下，在被请求国再次提出欺诈抗辩，导致欺诈事项的重复审理；或者败诉方在原审期间故意掌握欺诈证据而不提出，直到承认与执行程序才向被请求国法院提出，恶意拖延争议的解决。

从欺诈的范围、行为后果、证据等方面对欺诈审查的具体展开予以限制，以合理利用法院的审判资源、保护胜诉方的合法权利和诉讼结果的可预见性、提高承认与执行的效率和范围。

综上所述，欺诈例外审查的利益考量因素包括：①对个案基本程序和实体公平正义的维护；②对司法公正权威的维护。维护诉讼终结性和促进判决全球流通的利益考量因素为：①国际民商事诉讼的确定性和可预见性；②当事人诉讼成本和法院司法资源的节约；③承认与执行效率的提升和范围的扩大。下文拟以这两组因素的权衡为核心，结合比较研究，论述欺诈审查的具体展开。

二、欺诈的主体和行为范围审查

（一）欺诈的主体范围审查

目前，关于欺诈的行为主体，有学者主张应包括胜诉方和法院；³⁸也有学者主张应包括当事方和法院；³⁹还有学者认为应含括所有诉讼参与人。⁴⁰通过衡量欺诈例外以及维护诉讼终结性和促进判决全球流通的利益，本文认为，除被申请人外的当事人以及法院属于欺诈获取判决的行为主体范围，其他诉讼参与人不属于欺诈获取判决的行为主体范围。

1. 当事人

（1）原审原告

在外国判决承认与执行程序，原审被告在被请求国一般为申请人，是最常见的欺诈获取判决的行为主体。一方面，原审原告作为案涉民商事法律关系的直接利益者，具有采取欺诈行为获取有利判决的主观利益。另一方面，原审原告可以利用其当事人的诉讼权利义务为欺诈行为，严重破坏诉讼程序的基本公正、侵犯被申请人的程序乃至实体权利，具备欺诈获取判决的客观条件。

（2）原审被告

原审被告作为欺诈获取判决的行为主体时，存在两种情况：一是被申请人以其他原审被告存在欺诈行为进行抗辩；二是原审被告自己作为被申请人，以其自身存在欺诈行为而主张法院拒绝承认与执行。

对于第一种情况，即被申请人以其他原审被告存在欺诈获取判决的行为进行抗辩时，法院应予审查。一方面，为获取有利判决，原审被告具有采取欺诈行为，将其本应承担的民商事责任转嫁给被申请人的主观利益。另一方面，原审被告可以利用其作为当事人的权利义务为欺诈行为，严重破坏诉讼基本公正、侵犯被申

³⁸ See David McClean & Veronica Ruiz Abou-Nigm (eds.), *Morris on The Conflict of Laws* 246 (9th ed. Sweet & Maxwell 2016).

³⁹ See Elizabeth B. Crawford & Janeen M. Carruthers, *International Private Law: A Scots Perspective* 224 (W. Green 2010); Martin Davies et al., *Nygh's Conflict of Laws in Australia* 830 (8th ed. LexisNexis Butterworths 2010).

⁴⁰ 参见林峰、钱振球：《论域外法院判决承认与执行中的欺诈抗辩——以内地与香港法院判决的认可与执行为视角》，《法治社会》2019年第2期，第9页。

请人的程序及实体权利，具备欺诈获取判决的客观条件。

对于第二种情况，即原审被告作为被申请人以自身存在欺诈获取判决的行为而主张法院拒绝承认与执行判决的，法院应不予审查。首先，该行为是对原审诉讼程序和被请求国承认与执行程序的双重滥用，构成恶意抗辩。其次，原审被告披露自身欺诈行为具有较高的风险性，其一般不具有主动披露的主观利益。最后，通过合理释明，法院拒绝审查被申请人自身的欺诈行为不会损害申请人的利益。在被申请人以自身的欺诈行为进行抗辩时，被请求国法院可以向申请人释明其可以依法向原审国寻求救济。申请人若认为自身利益受损，其可以选择依法撤回或请求中止承认与执行程序，并向原审国法院请求撤销原判决或重新审理案件。⁴¹

（3）具有当事人资格的第三人

本文认为，具有当事人资格的第三人，可能被判决享有民商事权利或承担民商事责任，其诉讼地位、诉讼利益与原告、被告相同或类似，属于判决承认与执行中欺诈获取判决行为的主体范围。⁴²被请求国法院应当分析此类第三人的诉讼地位，其诉讼地位与原告或被告相同的，法院应依据前文所述的原审原告或原审被告情形审查。

2. 其他诉讼参与人

本文认为，对于证人、鉴定人员、翻译人员等其他诉讼参与人，不属于判决承认与执行中欺诈的主体审查范围。一方面，其他诉讼参与人不是原审诉讼程序的当事人，他们在诉讼中的程序权利义务有限。另一方面，其他诉讼参与人独立于案涉当事人间的民商事法律关系，他们不是外国判决的直接获得者和利益方，且被请求国法院审查他们独立实施的欺诈行为时会更深入地分析外国判决实质，容易导致对外国判决的过度审查。因此，其他诉讼参与人不适宜纳入欺诈获取判决的行为主体范围。但是，若当事人为获得有利判决，通过教唆等手段促使其他诉讼参与人利用诉讼程序采取欺诈行为的，属于当事人采取欺诈手段获取判决的行为，法院应予审查。

3. 法院

法院操纵诉讼程序，欺骗当事人作出的民商事判决不得被承认与执行。首先，司法是维护社会公平正义的最后防线，法院操纵诉讼程序、以欺诈手段作出民商事判决的行为是对程序正义的严重践踏和对司法维护个案公正目标的漠视。其次，

⁴¹ See Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* 143 (4th ed. Oxford University Press 2019).

⁴² 例如，在美国联邦地区法院的民事诉讼中，根据现行《美国联邦地区法院民事诉讼规则》（2023年12月1日修订），第三人可以通过诉讼介入（intervention）和第三人诉讼（third-party practice）两种方式参与诉讼，在这两种情形下的诉讼第三人均具有当事人的地位。又如，在中国，依据《民事诉讼法》，具有独立请求权的第三人有权就当事人的诉讼标的提起诉讼，具备当事人的诉讼权利义务；无独立请求权的第三人被判决承担民事责任的，同样具备当事人的诉讼权利义务。参见蒲一苇：《民事诉讼第三人制度研究》，厦门大学出版社2009年版，第63、65、69页。See United States Courts, *Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil_federal_rules_pamphlet_dec_1_2023.pdf, visited on 25 September 2024.

承认此类判决会导致外国司法机关的欺诈行为不当侵犯本国境内的财产或在本国境内产生、变更的民商事权利。最后，在各国实践中，因法院欺诈而请求拒绝承认与执行外国判决的情况很少，⁴³难以对司法资源产生巨大消耗。

（二）欺诈的行为范围审查

对于应当纳入欺诈审查的行为范围，现有划定过于模糊，容易导致实践认定的混乱。本文认为，应当将当事人或法院在外国民商事诉讼中恶意利用诉讼程序进行欺诈以骗取判决的行为纳入欺诈行为审查范围。这些欺诈行为可细分为程序性欺诈行为和程序-实体双重性欺诈行为。

1. 既有欺诈行为范围考察

（1）概括式

在英国普通法下，欺诈获取判决的行为包括“一方当事人以恶意和渎职误导和欺骗法庭的行为”。⁴⁴英国对欺诈行为的解释较为宽泛，⁴⁵反映了英国法对“欺诈推翻一切”原则的侧重。然而，此行为范围过于模糊，“恶意”“渎职”难以精准统一定义，容易被法院扩张解释。过于灵活且缺乏明确认定标准的欺诈行为范围易导致实践认定的混乱，不利于国际民商事诉讼的确定性和可预见性，会阻碍欺诈例外制度下维护个案公平正义和司法权威功能的实现。

《海牙判决公约》将欺诈获取判决的行为作为缔约国可以拒绝承认与执行外国判决的事由之一。该公约的解释报告指出，欺诈获取判决系指“故意通过欺骗以获取不公正或不法的利益，或者剥夺他人权利的行为”。⁴⁶该范围同样存在宽泛模糊的缺陷，在判决承认与执行视域下对“获取不公正或不法利益”“剥夺他人权利”如何理解并不清晰。

（2）程序事项的欺诈和实体事项的欺诈

《选择法院协议公约》区分了“程序事项上的欺诈”（*fraud in connection with a matter of procedure*）和“实体事项上的欺诈”（*fraud as to the substance*），并单独将“程序事项上的欺诈”作为拒绝承认与执行外国判决的独立事由。⁴⁷程序事项的欺诈包括原告故意将传票送达或导致其送达至错误地址；原告故意向被告提供错误的审理时间和地点；任何一方当事人试图贿赂法官、陪审员或证人，或者故意隐瞒关键证据等行为。⁴⁸但是，该公约实质上并未排除实体事项上的欺诈，该公

⁴³ See Gatehouse Chambers, *Unravelling It All: Challenging Judgments Tainted by Fraud*, <https://gatehouselaw.co.uk/unravelling-it-all-challenging-judgments-tainted-by-fraud/>, visited on 17 September 2024.

⁴⁴ See Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* 729 (6th ed. Informa Law from Routledge 2015).

⁴⁵ See *Habib Bank Ltd v. Ahmed*, [2000] All ER (D) 1370, para. 42.

⁴⁶ See Francisco Garcimartin & Geneviève Saumier, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 1919 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil or Commercial Matters* 118 (HCCH Publications 2020).

⁴⁷ See HCCH Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Article 9.

⁴⁸ See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* 71 (HCCH Publications, 2013).

约的解释报告指出，实体事项的欺诈可以划分到公共政策例外的范畴。⁴⁹该公约对欺诈的范围解释存以下缺陷：首先，对于程序与实体事项欺诈的区分标准，该公约文本及解释报告均未提及。其次，公约文本仅明确程序事项欺诈而未明确实体事项欺诈，目前各国对公共政策的理解尚不统一，⁵⁰实体事项的欺诈是否违反公共政策依赖于被请求国的解释，欺诈行为范围存在不确定性。最后，一些欺诈行为同时具备程序与实体性质，法院对欺诈行为的程序与实体性质认定存在困难。

（3）外在欺诈与内在欺诈

在美国、加拿大等国家，欺诈行为被区分为外在欺诈（*extrinsic fraud*）和内在欺诈（*intrinsic fraud*）。这两个概念在不同地区存在不同理解：在美国，一般认为外在欺诈是剥夺当事人向法院充分陈述案件机会的欺诈，例如原告基于伪造的判决认诺（*confession of judgment*）获取缺席判决等行为；内在欺诈是涉及原审法院实际审理事项的欺诈，例如证言或文件的伪造等。⁵¹在加拿大，一般认为外在欺诈是涉及外国判决管辖权的欺诈，内在欺诈是涉及外国判决实质以及诉因的欺诈。⁵²尽管对内在和外在欺诈存在不同理解，但究其本质，区分二者的核心在于欺诈行为是否发生在法院实体审判期间，在实体审判期间作出的欺诈行为一般属于内在欺诈，反之则为外在欺诈。

有观点认为，外在欺诈构成拒绝承认与执行外国判决的欺诈行为，内在欺诈应被排除。因为被欺诈方可以在原审法院提出内在欺诈抗辩，⁵³被请求国法院审查内在欺诈会涉及原审法院实际审理的事项，损害外国判决的既判力。⁵⁴在实践中，美国统一法律委员会（Uniform Law Commission）2005年《承认外国金钱判决统一法》（*Uniform Foreign-Country Money Judgements Recognition Act*）认为外在欺诈构成可以拒绝承认与执行外国金钱判决的事由，而内在欺诈应在原审国法院提出并处理，不构成拒绝承认与执行的事由。⁵⁵

本文不主张对欺诈行为作“内在”和“外在”的区分，并排除内在欺诈。首先，内在欺诈所包含的提供虚假证据等行为明显构成欺骗法庭、利用诉讼程序获取判决的欺诈行为。不论欺诈获取判决的行为是否发生在法庭实际审理期间，其均对诉讼程序的庄严公正以及个案基本公正造成了损害。其次，在特殊情况下，被欺

⁴⁹ See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* 71 (HCCH Publications, 2013).

⁵⁰ 参见刘淑勤：《公共秩序保留制度新探》，《政法学刊》1997年第3期，第55页。

⁵¹ See Ronald A. Brand, *Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgements*, 74 (3) *University of Pittsburgh Law Review* 518-519 (2013); Christopher A. Whytock & Cassandra Burke Robertson, *Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgments*, 111 (7) *Columbia Law Review* 1504 (2011); Symeon C. Symeonides, *American Private International Law* 344-345 (Kluwer Law International 2008).

⁵² See *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416, 442-443.

⁵³ See S. I. Strong, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in U.S. Courts: Problems and Possibilities*, 33 (1) *Review of Litigation* 112 (2014).

⁵⁴ See J.G. Castel, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada*, 17 (1) *McGill Law Journal* 89 (1971).

⁵⁵ See *Uniform Foreign-Country Money Judgements Recognition Act*, Section 4 (c) (2) and Comment 7 of Section 4.

诈方可能无法在外国原审法院寻求撤销判决的救济，绝对地拒绝审查内在欺诈，会使被欺诈方承担更大的诉讼成本和风险，而作为恶意行为人的欺诈方却受到了保护。最后，内在与外在欺诈无统一理解，且二者界限模糊，难以明确区分。⁵⁶

2. 利益权衡视角下的欺诈行为范围审查

在判决承认与执行视域下，我国法院未来应对欺诈获取判决的行为作如下理解：在外国法院审理的民商事诉讼中，除被申请人外的当事人或法院恶意利用诉讼程序进行欺诈以骗取判决的行为。该行为范围有两个要素，一是“恶意利用诉讼程序进行欺诈”的行为手段，二是“骗取判决”的行为目的。首先，欺诈获取判决行为本质上是通过破坏诉讼程序的秩序与权威以损害个案公正，因此欺诈例外制度的底层逻辑是通过维护程序秩序，确保案件在公正的程序下解决。⁵⁷“恶意利用诉讼程序进行欺诈”作为行为手段，“骗取判决”作为行为目的，共同体现了欺诈获取判决行为的本质特征。其次，鉴于我国法院在涉外民商事审判中存在自由裁量权运用失当的情况，⁵⁸该范围在保留灵活性的前提下明晰了欺诈行为的范围，限制法官自由裁量的空间，为欺诈审查提供了确定性和可预见性。最后，通过限定行为手段和行为目的，能够避免法院对欺诈行为作出过于宽泛的解释，不当审查外国判决实质。

具体而言，恶意利用民商事诉讼各个阶段的程序骗取判决的欺诈行为可以分为两类：一类为程序性欺诈行为，另一类为程序-实体双重性欺诈行为。程序性欺诈行为是指欺诈方通过欺诈手段剥夺被欺诈方的程序主体地位，使其未能在有管辖权的法院实质性地参与诉讼程序，进而获取判决的行为。例如：原告向被告做出不会就争议事项提起诉讼的虚假承诺，导致被告认为法院不会行使管辖权，以骗取缺席判决；原告伪造事实欺骗本不具有管辖权的法院对案件进行管辖；欺诈方胁迫被欺诈方不出庭应诉以骗取缺席判决，等等。程序-实体双重性欺诈行为是指欺诈方恶意利用诉讼程序，通过欺诈手段致使法院依据错误的实体事实或法律作出判决的行为，此类欺诈行为同时具备程序与实体性质，被请求国法院一般需要同时审查程序和实体方面的事实认定和法律适用。例如：原告故意提供伪证、教唆证人作伪证以印证虚假的实体事实；法庭因受贿操纵诉讼程序，违背实体事实和法律，故意作出有利于被告的判决，等等。此外，纯实体性欺诈是欺诈方

⁵⁶ See Charles Alan Wright *et al.*, *Federal Rules of Civil Procedure Federal Practice and Procedure* (Wright & Miller) § 2868 (3rd ed. Thomson West 2024).

⁵⁷ See Alan Reed, *A New Model of Jurisdictional Propriety for Anglo-American Foreign Judgement Recognition and Enforcement: Something Old, Something Borrowed, Something New*, 25 (2) *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 254 (2003).

⁵⁸ 参见翁杰、李蕊：《国际私法规则与方法下法官自由裁量权之进退》，《中国国际私法与比较法年刊》2020年第2期，第42-43页。

在民商事交往中针对实体事项进行欺诈的行为，不涉及对诉讼程序的恶意滥用，不属于欺诈获取判决的行为范围。（见图1）

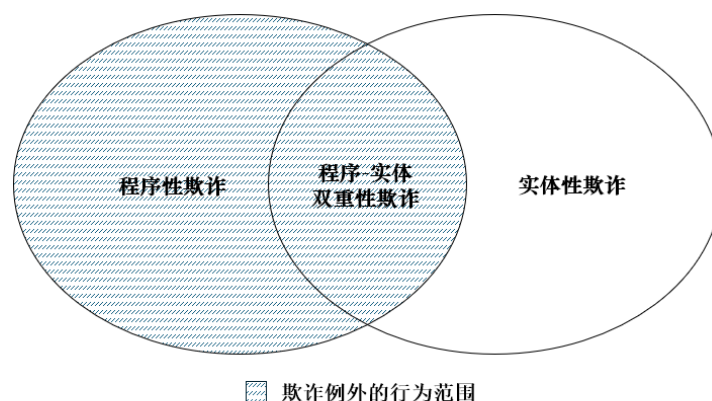


图1 欺诈例外行为范围图示

三、欺诈例外的行为结果审查

学界对外国判决承认与执行欺诈例外中欺诈行为结果审查研究较少。目前各国司法实践一般要求欺诈行为直接导致判决的作出。本文认为，要求欺诈行为与判决作出之间具有直接因果关系具备合理性，但是，程序性欺诈行为以及程序-实体双重性欺诈行为各具特殊性，应分别确定二者的行为结果审查标准。

（一）欺诈例外的行为结果审查实践

1. 欺诈行为结果审查实践梳理

目前，各国司法实践一般要求欺诈行为与判决的作出之间存在直接因果关系，但不强制要求欺诈行为一定会扭转判决结果。首先，美国法院一般要求欺诈行为剥夺了被欺诈方充分参与庭审的机会。⁵⁹其次，英国法院要求欺诈行为应在外国判决的获得中起关键作用，即在不存在欺诈行为的情况下，有关判决就不会被作出，或者存在不会被作出的真实可能性。⁶⁰最后，加拿大最高法院在“比尔斯诉萨尔达尼亚案”（*Beals v. Saldanha*，以下简称“比尔斯案”）⁶¹确立了欺诈行为结果的认定标准：对于涉及管辖权的欺诈行为，被欺诈方应证明欺诈行为导致法院错误地行使了管辖权；对于涉及判决实质的欺诈行为，欺诈证据所印证的事实是应当是“重要的”（*material*）。⁶²对于该重要性如何理解，法院没有做出明确解释。实践中，有法院在承认与执行仲裁裁决的案件以及撤销国内判决的案件中认为“重要性”应当指欺诈证据可能会对判决结果产生影响。⁶³

⁵⁹ See *De Fontbrune v. Wofsy*, 39 F.4th 1214, at 1235 (9th Cir. 2022); *Bluebell Business Limited v. Jones*, 2018 WL 3740694, at 11; *Chevron Corp. v. Donziger*, 886 F.Supp.2d 235, at 285 (S.D.N.Y. 2012).

⁶⁰ See *Gelley v. Shepherd*, [2013] EWCA Civ 1172, paras. 46, 47, 49, followed by *Kireeva (as bankruptcy trustee of Georgy Bedzhamov) v. Bedzhamov*, [2022] EWHC 2676 (Ch).

⁶¹ *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416.

⁶² See *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416, 443-444.

⁶³ See *Ary Homes Inc. v. Triple-A Classic Homes Ltd.*, 2017 ABQB 510, para. 43; *Canada v. Granitile Inc.*, 2008 CanLII 63568 (ON SC), para. 497.

2. 欺诈行为结果审查实践评析

首先,要求欺诈行为与判决的作出之间存在直接因果关系具备合理性。前文已述,在欺诈例外的利益内涵下,承认与执行制度所规制的欺诈获取判决行为的本质特征体现在恶意利用诉讼程序进行欺诈的手段与骗取判决的目的。而当欺诈行为与判决的作出不直接相关时,不具备因欺诈行为拒绝承认与执行外国判决的必要性。例如,若当事人提供了虚假证据,但该证据真伪与否不影响法院对案涉主要争议进行公正审判,则该欺诈行为对司法权威和个案的基本公平正义破坏较小。此外,要求欺诈行为与判决的作出之间存在直接因果关系也避免了欺诈审查范围的扩大,有助于提高审查效率。

其次,对于程序-实体双重性欺诈,仅要求欺诈获取判决行为可能扭转原审判决结果具备合理性。第一,欺诈例外制度在于维护司法权威,确保判决是在保障当事人基本程序权利的情况下作出的,以实现个案程序与实体公正,而不在于纠正原审法院的实体判决结果。因此,只要证明欺诈行为存在扭转判决结果的可能性即足以反映欺诈行为破坏司法权威和个案公正的严重程度。第二,被请求国法院只有在详细审查原审判决已决事项的基础上才能够得出欺诈行为是否会扭转判决结果的结论,⁶⁴这不仅对被请求国法院施加过重的审查负担,也会导致被请求国法院对外国判决实质的过度审查。但是,该标准难以适用于程序性欺诈行为,在该行为中,欺诈方通过欺诈手段剥夺被欺诈方的程序主体地位,使其在实质上未能有效参与诉讼程序,⁶⁵若将欺诈行为结果审查侧重在对判决结果的影响上,会导致无法有效保障被欺诈方在有管辖权的法院实质性参与诉讼的权利。

本文认为,程序性欺诈行为与程序-实体双重性欺诈行为各具特殊性,应当区别情况分析其行为结果。若仅将欺诈行为的结果审查单方面地侧重在对程序主体地位或实体判决结果的影响上,均会导致欺诈行为的结果认定无法得到恰当处理。因此,被请求国法院应当分类讨论,确定精细化的欺诈行为结果审查模式,下作详细分析。

(二) 利益权衡下欺诈例外的行为结果审查

本文认为,欺诈行为应当与判决的作出之间存在直接且紧密的联系,即欺诈行为是判决作出的直接原因。主要理由前文已详细阐述,总结而言有两方面原因:一方面,欺诈行为与判决的作出之间的联系过于松散时,该行为对个案公正和司法权威破坏较小,不具有拒绝承认与执行的必要性。另一方面,考虑到诉讼终结性和促进判决全球流通的利益,此种要求符合当事人对诉讼结果的可预见期待,也有利于节约司法资源。具体而言,被请求国法院应当区分程序性欺诈行为以及

⁶⁴ See *Tinkler v. Esken Ltd.*, [2023] Ch. 451, 471.

⁶⁵ 参见任凡:《论美国法院对听审请求权的保障——从联邦最高法院判例谈起》,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第6期,第151页。

程序-实体双重性欺诈行为两种情况分别判断。

1. 程序性欺诈行为结果审查

程序性欺诈行为应当导致当事人在有管辖权的法院就外国判决项下的主要争议参与诉讼的基本权利被剥夺，这主要表现为当事人就争议事项陈述主张、提出证据、到庭参审、开展辩论等听审权利被剥夺。一方面，听审权作为当事人的基本诉讼权利被国际社会所普遍承认，⁶⁶其反映了尊重当事人的人格意愿和权利、提高审判正当性和可接受性的要求。不论诉讼结果如何，在当事人因欺诈而被剥夺了就争议事项在适当法院进行攻防机会的情况下作出的判决无法保障个案的程序与实体正义。⁶⁷另一方面，若欺诈行为仅导致程序存在轻微瑕疵，不影响当事人行使诉讼基本权利、就主要争议事项在适当的法院参与诉讼程序，那么欺诈行为与判决的作出之间不存在直接关联，没有拒绝承认与执行的必要。

2. 程序-实体双重性欺诈行为结果审查

在程序-实体双重性欺诈行为下，当事人提供的欺诈证据应当证实欺诈行为导致法院判决所依据的主要实体事实认定或法律适用是错误的，存在影响判决主要实体结果的可能性。首先，只要欺诈证据能够推翻原审法院认定的主要事实或适用的主要法律，那么该证据即能够证实被欺诈方就关涉判决结果的关键事实和法律争议进行陈述、辩论等诉讼权利的行使因欺诈行为而存在重大瑕疵，判决主要实体结果可能发生改变，外国法院据以作出判决的主要依据也失去了真实性基础，该判决应当被拒绝承认与执行。其次，不要求欺诈证据一定能扭转判决结果有利于节约有限的司法资源，符合不审查判决实质的一般原则。最后，如果欺诈方的欺诈行为仅影响原审法院对案件次要实体事实的认定或法律的适用，不影响其对判决主要实体结果的判断，那么就不足以为惩罚较轻的欺诈行为而贬损诉讼终结性的政策。⁶⁸

四、欺诈例外的“新证据”审查

在各国司法实践中，对于被申请人就欺诈抗辩是否应当提供自原审审判结束后才能够发现的新证据，存在两种对立做法。一类是英国等国家采取的宽泛模式，即不要求当事人在主张欺诈抗辩时提供新证据。另一类是加拿大、新加坡等国家采取的限制模式，主张对于涉及外国判决实质的欺诈，被申请人必须提供在原审审判时无法发现的新证据。宽泛模式和限制模式的对立本质上体现了拒绝承认与执行欺诈判决的利益与判决终结性和促进判决全球流通利益之间的冲突。通过平衡两造利益，我国法院未来应当在宽泛和限制模式间进行折衷。

⁶⁶ 参见任凡：《论美国法院对听审请求权的保障——从联邦最高法院判例谈起》，《法律科学（西北政法大学学报）》2010年第6期，第151-152页。

⁶⁷ 参见刘敏：《论民事诉讼当事人听审请求权》，《法律科学（西北政法大学学报）》2008年第6期，第107-108页。

⁶⁸ See *Gelley v. Shepherd*, [2013] EWCA Civ 1172, para. 50.

（一）宽泛模式

1. 宽泛模式的司法实践

采取宽泛模式的代表性国家为英国，英国普通法在司法实践中确立了审查欺诈抗辩的宽泛模式：不论欺诈是程序方面的欺诈还是涉及诉因的欺诈，不论欺诈抗辩所依据的证据和事实是否已经被原审法院审理并裁决，也不论当事人是否应当在原审期间提出欺诈抗辩，法院均可以审查当事人提出的欺诈抗辩，即使这意味着法院需要审查外国判决的实质。

宽泛模式最初确立于“阿普罗夫诉奥本海默案”（*Abouloff v. Oppenheimer*，以下简称“阿普罗夫案”）⁶⁹。在该案，原告向英国法院请求执行 1877 年俄罗斯帝国第比利斯地区法院的民商事判决，被告主张判决是原告欺诈获得的。英国上诉法院指出，被请求国法院可以依据欺诈抗辩拒绝执行外国判决，即使当事人依据原审中相同的证据主张欺诈抗辩，或有关的事实已经被外国原审法院审理。⁷⁰ 随后，英国上诉法院在司法实践中进一步发展了“阿普罗夫案”确立的规则。在“瓦达拉诉劳斯案”（*Vadala v. Lawes*，以下简称“瓦达拉案”）中，英国上诉法院明确，即使被告已经在原审程序中主张过同一欺诈抗辩，仍应当适用“阿普罗夫案”确立的规则进行欺诈审查。⁷¹ 在“叙亚尔诉海沃德案”（*Syal v. Heyward*）中，英国上诉法院指出，被请求国法院可以审查被申请人在原审程序中本可以提出的欺诈抗辩。⁷² 随后，在“捷特控股公司诉帕特尔案”（*Jet Holdings Inc. v. Patel*）中，英国上诉法院认为，宽泛模式既适用于程序方面的欺诈，也适用于直接涉及诉因的欺诈。⁷³

73

但是，宽泛模式存在一项例外，若当事人在原审国另行提起诉讼提出欺诈抗辩，那么该诉讼产生争议事项禁反言（*issue estoppel*）的效果，除非有证据证明原审国法院另行审理的欺诈之诉也存在欺诈，或另有新证据证明原判决是欺诈获得的，当事人不得依据相同的证据向被请求国法院提出欺诈抗辩。⁷⁴

2. 宽泛模式的支持理由

支持宽泛模式的理由主要有以下四点。第一，基于“任何人均不得从其不法行为获利”的原则，某人以利用为目的欺诈获取的判决不得作为任何诉讼的基础。⁷⁵ 第二，即使外国法院于原审期间已经审理过欺诈抗辩所依据的证据和事实，被请求国法院对其审查也不一定构成对同一事项的重复审理。在“阿普罗夫案”中，布雷特法官（*Brett LJ*）指出，原审法院审查相关证据和事实的目的在于确定案件事实是否真实；而被请求国法院审查相关证据和事实的目的在于确定是否存在欺

⁶⁹ *Abouloff v. Oppenheimer* [1881-5] All ER Rep 307.

⁷⁰ See *Abouloff v. Oppenheimer* [1881-5] All ER Rep 307, 310-311.

⁷¹ See *Vadala v. Lawes* (1890) 25 QBD 310, 313, 316-317, 320.

⁷² See *Syal v. Heyward* [1948] 2 KB 443, 448.

⁷³ See *Jet Holdings Inc. v. Patel*, [1990] 1 QB 335, 345.

⁷⁴ See *House of Spring Gardens Ltd v. Waite* [No.2] [1991] 1 QB 241, 251.

⁷⁵ See *Abouloff v. Oppenheimer* [1881-5] All ER Rep 307, 310.

诈获取判决的行为，二者本质不同。⁷⁶第三，欺诈审查仅阻止了外国判决在被请求国得到承认与执行，并不影响当事人向其他国家请求承认与执行。⁷⁷第四，世界各国法律体系一般都更严格地对待不诚实和欺骗行为，因此对欺诈例外采取更自由的审查规则是合理的。⁷⁸

3. 宽泛模式评析

宽泛模式不限制欺诈证据的获取时间，以尽可能地排除欺诈获取的外国判决，保护个案基本公平正义、维护司法权威。但是，宽泛模式受到学界的广泛批评，本文也认为，过分倾斜于“欺诈推翻一切”原则的宽泛模式已无法适应现代判决承认与执行的要求，理由如下：

首先，宽泛模式下，被请求国法院可以根据与原审期间提出的相同证据审理欺诈抗辩，进而审查外国判决实质，破坏了外国判决的终局性。⁷⁹宽泛模式允许被请求国法院依据相同的证据审查外国判决实质，使实质审查的启动更容易、内容更深入，与不审查外国判决实质的一般原则明显相悖。其次，就中国而言，欺诈获取判决的行为固然有违我国抵制诉讼欺诈的重要政策。但宽泛模式过于倾向保护被申请人，会诱使其滥用诉讼程序。此外，判决的全球自由流通也关涉我国的重要政策，过于宽泛的欺诈审查模式会降低承认与执行的效率，对判决的跨国流通构成严重阻碍。再次，宽泛模式不符合国际礼让。宽泛模式诞生于19世纪英国主导国际秩序的时代，表现为各国法律发展程度差异极大、英国认为本国法律体系在全球具有优越性。⁸⁰然而，当代各国法律体系一般能够伸张正义，且国家间司法主权平等，各国法院的司法行为一般应得到尊重与信任，宽泛模式与经济和政治现状完全脱节。⁸¹最后，虽然被请求国因欺诈拒绝承认与执行外国判决不妨碍申请人向其他国家请求承认与执行，但是外国判决得到特定国家的承认与执行往往是判决价值得以实现的关键。对于金钱判决，申请人倾向于选择向被申请人主要财产所在地国家请求承认与执行；对于身份关系的判决，得到当事人属人国的承认对于其法律行为在当地的合法开展和生活的便利最为关键。因此，被请求国法院应当谨慎对待欺诈抗辩主张，平衡对当事双方利益的保护。

（二）限制模式

1. 限制模式的司法实践

⁷⁶ See *Abouloff v. Oppenheimer* [1881-5] All ER Rep 307, 311.

⁷⁷ See Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* 731 (6th ed. Informa Law from Routledge 2015); Lawrence Collins *et al.* (eds.), *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws* 728-729 (15th ed. Sweet & Maxwell 2012).

⁷⁸ See Richard Garnett, *Fraud and Foreign Judgments: The Defence that Refuses to Die*, in Linda J. Silberman & Franco Ferrari (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* 693 (Edward Elgar Publishing 2017).

⁷⁹ See Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law* 1102 (15th ed. Oxford University Press 2017).

⁸⁰ 参见刘文明：《19世纪欧洲“文明”话语与晚清“文明”观的嬗变》，《首都师范大学学报（社会科学版）》2011年第6期，第17页。

⁸¹ See Tenya J. Monestier, *Foreign Judgments at Common Law: Rethinking the Enforcement Rules*, 28 (1) *Dalhousie Law Journal* 178 (2005).

采取限制模式的代表性国家为加拿大、新加坡等。他们主张区分欺诈类型作不同要求：对于涉及判决程序事项的欺诈，被申请人无需新证据即可以质疑外国判决；若欺诈涉及到判决实质，则要求被申请人提出在原审期间通过适当注意义务无法发现的新证据，才得以质疑外国判决。

在加拿大最高法院审理的“比尔斯案”⁸²中，原告请求加拿大法院执行美国佛罗里达州萨拉索塔县巡回法院 1991 年就地产交易作出的民商事判决。被告抗辩原审法院在评估损害赔偿时被隐瞒了相关实体事实，存在欺诈。加拿大最高法院多数意见认为，对于涉及原审国法院管辖权的欺诈，被告总是可以在被请求国法院提出质疑。然而，若要因欺诈质疑外国判决的实质，则欺诈抗辩的主张应当是未被原审法院审查过的新主张。⁸³被告必须证明在获得外国判决前，欺诈事实通过适当注意义务是无法被发现的。若在原审判决前无法发现的事实存在质疑原审判决证据的潜在可能，那么法院可以拒绝承认与执行外国判决。⁸⁴

新加坡的普通法也采纳了类似做法，在“洪片第诉杰曼·高蒂埃投资公司”（*Hong Pian Tee v. Les Placements Germain Gauthier Inc*）⁸⁵案中，原告请求新加坡法院执行加拿大魁北克蒙特利尔地区高等法院作出的民商事判决。被告主张原告隐瞒了案件实体事实，构成欺诈。法院否认了英国“阿布罗夫案”的观点，认为宽泛模式实质上会导致无尽的诉讼，使被请求国法院凌驾为外国法院的上诉法院。⁸⁶新加坡上诉法院认为只有在以下两种情况下，法院才能够因欺诈抗辩审查外国判决的实质：（1）外在欺诈；（2）内在欺诈，前提是内在欺诈的证据是外国判决作出后才能够发现的新证据。⁸⁷对于内在欺诈下的新证据，应当是被告在原审判决作出前通过适当注意义务无法发现的证据，且该证据可能改变判决结果。⁸⁸

2. 限制模式的支持理由

支持限制模式的理由主要有以下四点。第一，涉及管辖权的事实对法院而言是至关重要的，因此总是可以因涉及管辖权的欺诈而质疑外国判决；而对于涉及判决实质的欺诈抗辩，要求当事人提交新证据符合债务原则和外国判决终局性的规则。⁸⁹第二，限制模式防止了无尽诉讼。放任败诉方无条件地提出欺诈抗辩会允许当事人有第二次审理相同事项的机会。允许败诉方提交在原审时尽适当注意

⁸² *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416.

⁸³ See *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416, 418.

⁸⁴ See *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 SCR 416, 445.

⁸⁵ *Hong Pian Tee v. Les Placements Germain Gauthier Inc* [2002] SGCA 18.

⁸⁶ See *Hong Pian Tee v. Les Placements Germain Gauthier Inc* [2002] SGCA 18, paras. 20, 27, 28.

⁸⁷ 实质上，本案所指的外在欺诈一般仅涉及外国判决程序事项，而内在欺诈一般同时涉及外国判决的程序与实体内容，与本文所指的“程序-实体双重性欺诈”相似。该判决指出，外在欺诈包括欺诈行为导致被告没有被合理传唤、被告在未缺席的情况下未能参与辩论、被告缺席审判，或者其他法院诉讼程序中实施或允许实施的侵害被告的一些欺诈行为。内在欺诈指在审判中作出的虚假主张，而另一方当事人针对该主张提出了相反主张，且整个事项已经被法院裁决并进入了禁反言的状态。See *Hong Pian Tee v. Les Placements Germain Gauthier Inc* [2002] SGCA 18, paras. 20-21, 27.

⁸⁸ See *Hong Pian Tee v. Les Placements Germain Gauthier Inc* [2002] SGCA 18, para. 30.

⁸⁹ See J.G. Castel, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada*, 17 (1) *McGill Law Journal* 96 (1971).

义务就可以向原审法院提交的证据，是不公正的。⁹⁰第三，限制模式能够有效平衡抵制欺诈获取判决利益和维护外国判决终局性利益之间的需要。⁹¹第四，限制模式更符合国家间的礼让，被请求国法院并非外国原审法院的上诉法院，其应当对外国法院判决有更大的信心。⁹²

3. 限制模式评析

限制模式倾向于维护诉讼终结性与促进判决全球流通下的利益。相较于宽泛模式，限制模式更尊重外国判决的终局性，严格控制对外国判决例外地开展实质审查，有利于国家间的礼让，减轻了法院审查欺诈抗辩的司法负担。此外，限制模式鼓励被申请人在原审期间充分行使程序权利主张欺诈抗辩，避免被申请人恶意滥用承认与执行程序。因此，限制模式是试图平衡拒绝承认与执行欺诈获取判决的利益与维护诉讼终结性和促进判决全球流通的利益，并向维护后者利益倾斜的有益实践。

由于各国实践普遍认可被请求国法院审查外国判决的程序事项，因此不限制涉程序事项的欺诈抗辩具备合理性。但是，对于涉及判决实质的欺诈抗辩，要求被申请人必须提供新证据，存在一定的缺陷。理由是，被申请人在原审国主张欺诈的救济权利可能无法实现，强制要求其提供新证据不利于保护被申请人的权益。一方面，根据个案情况，当事人虽掌握欺诈证据，但其在原审国可能没有适当、合理的机会就欺诈事项寻求救济。⁹³另一方面，即使被申请人在原审法院提出过欺诈抗辩，但原审法院的审理结果可能也并不公正，由于个案的腐败等原因，由原审法院审查欺诈抗辩可能是不适当的。

（三）利益权衡下的折衷模式

本文认为，我国法院未来应当在拒绝承认与执行欺诈获取判决的利益与维护诉讼终结性和促进判决全球流通的利益之间形成张力，构建欺诈例外证据审查的折衷模式。在欺诈获取外国判决的行为中，程序性欺诈行为仅涉及判决程序事项，

⁹⁰ See Jane Doe v. Howard, [2015] VSC 75, para. 130.

⁹¹ See Beals v. Saldanha, [2003] 3 SCR 416, 444.

⁹² See Elizabeth B. Crawford & Janeen M. Carruthers, International Private Law: A Scots Perspective 224 (W. Green 2010).

⁹³ 例如，被欺诈方受到欺诈方的威胁。又如，在原审程序中，外国判决经过上诉，而在上诉期间存在欺诈行为，这时被欺诈方虽可以在上诉期间主张欺诈抗辩，但其可能无法就欺诈抗辩的决定再提出上诉。

程序-实体混合性欺诈行为同时涉及判决程序与实体事项。在折衷模式下，应当对这两种欺诈区分，下作详细分析（见图2）。

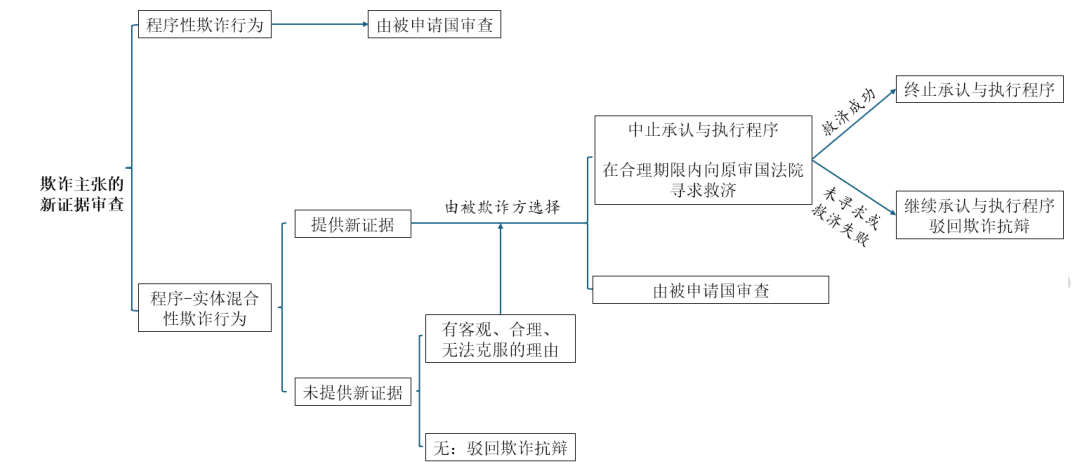


图2 欺诈抗辩“新证据”审查的折衷模式

1. 程序性欺诈行为的证据要求

本文认为，对于程序性欺诈行为，被请求国法院可以审查该欺诈抗辩，而无需要求被申请人必须提供新证据，主要理由如下：

第一，如前所述，拒绝承认与执行欺诈获取的判决的底层逻辑是通过维护程序正义以保护个案的基本公正。⁹⁴在当代民事诉讼中，只有在程序得到保障的前提下，才能够发挥民事诉讼制度的功能。⁹⁵程序性欺诈一般含括管辖权、传唤、送达等关涉被欺诈方参与诉讼程序的基本权利事项，该权利若被剥夺，诉讼程序便会失去其正当化的基础，导致实体正义的实现缺乏最基本的程序保障。第二，审查程序性欺诈行为不阻碍国际互信的构建，目前各国以及相关国际条约普遍允许被请求国法院审查外国判决的程序事项。第三，程序事项的事实认定和法律查明的难度一般较低，对被请求国法院造成的司法负担较小，不会严重拖延承认与执行程序。

2. 程序-实体双重性欺诈行为的证据要求

首先，对于程序-实体双重性欺诈行为抗辩，原则上应当要求被申请人提供新证据，被申请人应当提供在原审诉讼程序终结前，通过合理的注意义务无法发现的新证据。第一，程序-实体双重性欺诈行为的审查会涉及判决实体事项，应当谨慎处理。相较于仅审查新证据而言，被请求国法院对已在原审国法院审理过的证据重新审理会导致对外国判决实质的审查过于深入。第二，在民事诉讼中，诉讼当事人互相负有促进诉讼的义务。⁹⁶被申请人在原审期间应积极收集欺诈证据，

⁹⁴ See Alan Reed, *A New Model of Jurisdictional Propriety for Anglo-American Foreign Judgement Recognition and Enforcement: Something Old, Something Borrowed, Something New*, 25 (2) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 254 (2003).
⁹⁵ 参见章武生、吴泽勇：《论民事诉讼的目的》，《中国法学》1998年第6期，第95页。
⁹⁶ 参见林剑锋：《当事人平等原则解释论功能的再认识》，《法律科学（西北政法大學學報）》2020年第3期，第55页。

在掌握欺诈证据时及时在原审国主张。第三，若欺诈审查涉及判决实体，被请求国法院在境外证据的调取、外国实体法律的查明等方面需要消耗大量的司法资源。新证据的要求减少了此类欺诈抗辩的审查，有助于提升审查效率。

其次，若被申请人提供了新证据，被请求国法院应当允许被申请人选择向原审国寻求救济或由被请求国法院直接审查。理由如下：第一，由于新证据尚未在原审国法院提出并审查，应当尊重被申请人向原审国寻求救济的权利。但为避免程序滥用，被申请人只能选择其一，且被申请人选择向原审国提出救济的，其应当尽快行使权利。第二，欺诈行为大多在原审国实施，原审国法院对案情较为熟悉，由其审查明显更为方便高效。第三，允许被申请人向原审国寻求救济能够避免被请求国法院审查外国判决实质，体现了对外国司法主权的尊重。具体而言，该机制的展开如下：被申请人选择向原审国寻求救济的，被请求国法院应中止承认与执行程序，要求被申请人在合理期限内（应根据个案情况明确期限）向原审国寻求救济。未在合理期限内寻求救济的，视为放弃救济权利，被请求国法院继续承认与执行程序并驳回欺诈抗辩；在合理期限内寻求救济但失败的，经申请人申请，被请求国法院应继续承认与执行程序并驳回欺诈抗辩。

最后，新证据标准应有例外。被申请人于原审期间掌握或能够掌握欺诈证据的情况下，其若能举证证明存在客观、合理且无法克服的事由，导致其在原审期间无法提出相关证据或其提出的欺诈证据不存在得到公正审理的可能时，应当允许被申请人无新证据的欺诈抗辩得到审查。

结论

在我国抵制诉讼欺诈、优化涉外法治环境的驱动下，将欺诈获取外国民商事判决作为拒绝承认与执行外国判决的独立事由符合我国的重要政策利益与国际实践趋势，有助于维护个案公正，促进国际民商事判决的有序跨国流动。但是，欺诈例外制度的实施必然会面临与诉讼终结性和判决全球自由流通利益的冲突。未来，我国法院在进行欺诈审查时需要进行利益权衡，在实施欺诈例外制度与保护诉讼终结性和维护判决全球自由流通的利益之间形成张力。人民法院应在维护个案基本公平正义和司法权威的必要限度内开展欺诈审查，并兼顾纠纷解决的确定性和可预见性、诉讼成本和司法资源、承认与执行的效率和范围，以妥善处理欺诈例外制度下的利益冲突，充分彰显我国的涉外司法国际公信力，使司法更好地服务于更高水平对外开放。

Fraud Review in the Recognition and Enforcement of Foreign

Judgments under the Perspective of Interest Balancing

Abstract: Balancing interests between the refusal of foreign judgments obtained by fraud, and the finality of litigation as well as the global free circulation of judgments, it is necessary and reasonable for China to adopt fraud exception while necessary limitations shall be addressed. The fraudulent actors should include parties other than the respondent, as well as the court of origin itself. The scope of fraudulent conduct covers any actions by parties or courts who, with the purpose of obtaining judgments, maliciously commit fraud by exploiting foreign civil and commercial litigation proceedings, which includes procedural fraud and fraud with both procedural and substantial nature. As for the outcome of the fraudulent conduct, a direct causal relation is required between fraudulent act and the rendition of the judgment. Regarding the “new evidence” standard, it is suggested that, for procedural fraud, the respondent is not required to provide new evidence that is unable to be discovered during the original proceedings by due diligence. For fraud defense with both procedural and substantial nature, the respondent is required to provide such new evidence, however, exceptions exist when the respondent couldn’t provide such new evidence due to objective, reasonable and irresistible grounds.

Keywords: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Fraud Exception, Balance of Interests, Finality of Litigation, Free Cross-Border Movement of Judgments

智能合约运行漏洞责任归属探究

洪艺娴¹

关键词：随着区块链技术的不断成熟，智能合约的应用场景不断拓展。数字货币、数字藏品金融保险等领域，都有智能合约的运用。然而，作为一种新兴的订约方式，智能合约的法律属性为何？传统的法学理论在规范智能合约时是否有一席之地？智能合约运行漏洞一旦发生，将造成数以亿计的损失，如何归属责任成为保障交易信心的重要议题。2024 年联合国国际贸易法委员会通过了《贸易法委员会自动订约示范法》，为智能合约的实践提供原则上的指引和规则上的参考。这体现了国际组织对于自动订约方式的重视和规范运用的期许。本文分析智能合约的法律属性，阐述智能合约运行漏洞的分类、危害和损失，介绍《自动订约示范法》的规范路径，探讨公平原则、代理制度、归责原则在智能合约运行漏洞责任归属问题上的适用空间，根据刑法、民法、经济法等的规范工具对代码编程人员、平台、用户等不同主体的责任进行分配，并提出对策建议。

摘要：智能合约；运行漏洞；规范工具；责任归属

引言

智能合约的概念最早由美国的密码学家、计算机科学家、法律学者尼克·萨博（Nick Szabo）于 1994 年提出。智能合约（Smart contract），指的是用代码订立、验证或执行合同的计算机协议。在数字经济时代，智能合约以代码的形式在合同领域带来颠覆性变革。然而，智能合约的兴起也带来了法律挑战。当智能合约的运行出现代码漏洞等问题时，各方主体应当承担什么责任，目前没有各国明确的法律规定。不过，2024 年 7 月 11 日，联合国国际贸易法委员会通过了《贸易法委员会自动订约示范法》（UNCITRAL Model Law on Automated Contracting (2024)，以下简称《自动订约示范法》）。《自动订约示范法》对于本文核心问题的深入探讨具有指引和借鉴的作用。

在中国裁判文书网上，以“智能合约”为全文检索词，截止 2025 年 4 月 3 日，检索到全国各级法院上网公开的判决书和裁定书共 105 份，其中涉及民事责任的案件 39 起，涉及侵权行为的案件 30 起，涉及实际损失的案件 30 起。虽然有涉及智能合约的国内案例，但并没有关于智能合约运行本身引起的纠纷。有观点认为，目前智能合约在国内并没有得到广泛应用，且没有关于智能合约运行漏洞责任承担的案件，因此相关研究不具有理论和实践意义。这样的观点值得商榷。法律具有滞后性，法律的制定常常晚于所规制事物的盛行，这体现了法律的谦抑性。

¹ 对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生，ohyeah13579@163.com

然而,这并不代表研究超前事物是不具有法学意义的。随着 Web3.0 时代的到来、元宇宙的构建,智能合约的应用场景将越来越广泛。在智能合约广泛铺开之前,对智能合约运行漏洞责任归属的探究,有助于明晰法律关系,布好法律先手棋,为应对不久的将来可能发生的风险做好准备。

一、智能合约运行漏洞责任归属的理论框架

(一) 智能合约的特点和分类

智能合约的运行仰赖区块链技术。区块链技术具有去中心化、匿名化、防篡改、不可逆、可追溯、自动执行等特点。以上特点都在智能合约的建构和实行中得以体现。关于去中心化,智能合约的运行不需要依靠中间平台,可以实现自治。关于匿名化,在公有链中,智能合约的用户名称等不受到披露。关于防篡改,智能合约的订立、执行等行为都被记录在区块链上,一旦数据信息被打包并打上时间戳即不能篡改。²关于不可逆,内置的代码一旦验证到预设条件的实现,智能合约将自动执行,且不能停止或者撤销。关于可追溯性,与智能合约相关的信息,例如交易对象、内容、时间、价格等将被记录在区块链上,通过链上追溯,可以了解智能合约的交易历史。关于自动执行,用户事先将合约标的物存入区块链中,待预设条件达成时,智能合约将自动执行。

从缔结方式的角度,智能合约可以分为两种,即双方协商的智能合约和单方预设的智能合约。³前一种是当事人经过协商一致确定合同内容后,通过编程语言将合同转译为智能合约的代码嵌入区块链中,使合同的内容得到自动执行;后一种是发布方将智能合约的内容以代码形式发布在区块链上,当接收方点击“同意”后,智能合约订立并在满足条件时自动执行。⁴这两种类型的智能合约区别在于合同成立的时间不同。在双方协商的智能合约中,当事人通过谈判,完成“要约-承诺”的程序。智能合约只是该合同内容的代码化转译,从而确保自动执行。在单方预设的智能合约中,发布方先在区块链上发布要约,在接收方“点击同意”后,承诺才作出,合同才成立。这个分类,有助于厘清当智能合约运行出现漏洞时的责任承担问题。在双方协商的智能合约中,当事人对于编写智能合约的参与度相差无几,例如约定委托由某一编程人员进行。然而,在单方预设的智能合约中,明显发布方在智能合约的构建中起主导作用,应当承担更大的责任。

从运行条件的确定性角度,可分为确定性智能合约与非确定性智能合约。在

² 参见张婉婷:《NFT 智能合约物权凭证属性探析》,载《法学杂志》2025 年第 1 期,第 85 页。See Zhang Wanting, *An Analysis of the Property Rights Certificate Attribute of Smart Contracts: A Case Study of NFT Smart Contracts*, 46 LAW SCI. MAG. 75, 85 (2025).

³ 参见徐文,李思奇:《智能合约运行的风险集群与防治对策》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2024 年第 6 期,第 44 页。See Wen Xu & Siqi Li, *The Risk Cluster and Prevention Measures of Smart Contracts Operation*, 36 J. CHONGQING U. POSTS & TELECOM. (SOC. SCI. ED.) 43, 44 (2024).

⁴ 参见李涛,《智能合约格式条款的法律规制》,载《科技与法律(中英文)》2024 年第 6 期,第 108-109 页。See Tao Li, *The Legal Regulation of the Form Clause of Intelligent Contract*, (06) SCI. TECH. & L. (CHINESE-ENGLISH VERSION) 107, 108-109 (2024).

确定性合约中，代码自动运行的条件和结果已经预设，当条件满足时，将执行确定性的结果。例如，智能合约以代码的形式写明，当 A 支付给 B 款项时，某数字藏品将自动归为 A 所有。在非确定性合约中，关于代码自动运行的条件是否达成，需结合外部数据才能加以判断。这是因为智能合约依靠区块链进行运行，但区块链和外部数据并不是互联互通的。例如，一个智能合约的内容是，当今年的与水量超过 x 时，A 将向 B 的账户中转入 y 元。关于天气数据，区块链上并没有信息。要实现将外部数据传输到区块链上，需要借助“预言机”。在确定性智能合约中，出现代码运行漏洞的可能性较小。在非确定性智能合约中，运行漏洞的风险较大。

（二）智能合约的法律性质

关于智能合约的法律性质争论主要有三种立场。第一种，智能合约属于履行工具。智能合约具有自动履行的功能。智能合约的运行逻辑为“如果……那么……”（“if...then...”），当发生预设条件，智能合约触发自动执行。因此，有的观点认为智能合约实质上是自助行为。第二种，智能合约属于代码和数据的集合。Solidity 官网指出，智能合约是代码（其函数）和数据（其状态）的集合。⁵美国统一法律委员会在《统一电子交易法、关于全球和国内商业中的电子签名法、区块链技术和智能合约的关系指引》（Guidance Note Regarding the Relation Between the Uniform Electronic Transactions Act and Federal Esign Act, Blockchain Technology and Smart Contracts）指出，智能合约是基于区块链技术运行的计算机代码，在预设条件满足时进行状态更改。第三种，智能合约属于合同。美国有一些州以立法的形式肯定了智能合约属于协议的性质。⁶美国亚利桑那州修订法典（Arizona Revised Statutes）第 44 章第 7061 条规定，合同中包含智能合约条款，不影响合同的效力。美国田纳西州法典汇编（Tennessee Code Annotated）第 47 章第 10 部分第 202 条也做出了类似规定。

本文认为，智能合约属于合同的一种特殊形式。第一，民法上的自助行为的要件需要紧急情况的出现，即如果不立刻采取措施，将对权利人造成难以弥补的损害。智能合约通常是在符合当事人预期的情况出现后自动执行。将智能合约视为自助行为，是将智能合约不当地界定为事实行为的做法，无视当事人的意思表示。⁷第二，将智能合约视为计算机程序，也忽略了当事人的意思表示，对当事人的参与未给予充分的肯定和回应。第三，依据合同的构成要件进行分析，智能合

⁵ 智能合约简介，Solidity 网站，<https://docs.soliditylang.org/en/v0.8.29/introduction-to-smart-contracts.html>，最后访问时间 2025 年 4 月 4 日。

⁶ 参见陈爱飞：《区块链智能合约纠纷解决的可能性边界》，载《比较法研究》2025 年第 5 期，第 198 页。See Aifei Chen, *The Possibilities for Blockchain Smart Contract Dispute Resolution*, J. COMP. L. 196, 198 (2024).

⁷ 参见许可：《决策十字阵中的智能合约》，载《东方法学》2019 年第 3 期，第 50 页。See Ke Xu, *Smart Contracts in the Decision Matrix*, (03) Oriental L. 44, 50 (2019).

约属于合同。首先，智能合约存在缔约的主体，例如发布方和接收方。其次，智能合约存在一致且真实的意思表示。例如，发布方发布智能合约传达要约，接收方点击确认表示承诺。再次，智能合约关于交易的标的物、价格等内容规定清晰。第四，智能合约属于特殊形式的合同。合同出现之初，采用口头形式，随着文字的发展，又出现书面形式。在电子合同兴起之时，关于邮件、电讯、传真等是否书面形式也曾引起讨论。当交易以智能合约的形式进行时，应当肯定智能合约以代码的形式呈现，属于书面形式的合同。同时，也要注意智能合约的特殊性，采用特殊的规则进行规制。以上关于智能合约法律性质的分析，意在指出以合同法理论分析智能合约问题存在法理基础。智能合约的运行模式仍然落入社会公众对于合同的知识 and 常识中，只是其系统略微复杂，亟待专门的规则去规范和引导。

（二）UNCITRAL《自动订约示范法》的规范路径

《自动订约示范法》并非规制自动化合同的第一项法律努力。《自动订约示范法》的制定，参考了1996年《电子商务示范法》（the Model Law on Electronic Commerce）和《联合国国际合同使用电子通信公约》（the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts）。《自动订约示范法》肯定了使用自动化系统实现合同订立和履行的法律效力，智能合约即是使用自动化系统订立和履行的合同中的一种。在条款的内容方面，《自动订约示范法》将技术中立原则和当事人意思自治原则贯彻始终。

《自动订约示范法》在第1条中指出，自动化系统是指不需要人为审查或者干预即可自动运转的计算机系统。这明晰了自动化系统的定义。自动订约的形式包括网站订约、通过人工智能自动谈判和智能合约等等。⁸对于使用自动化系统订立和履行的合同的效力问题，《自动订约示范法》在第5条进行回应。第5条规定，使用自动化系统订立或履行的合同的法律效力、有效性和可执行性，不受是否存在人为审查或干预的影响。这以示范法的形式肯定了自动订约的效力，为讨论自动订约的相关法律问题奠定基础。

《自动订约示范法》第7条对自动化系统所执行行动的归属作出规定。首先，第7条第1款考虑当事人的意思表示。自动化系统所执行行动的归属，按照当事人商定的程序进行判断。这一“有约定从约定”的规定，尊重当事人的意思表示，体现了民法上的意思自治原则。其次，第7条第2款规定，在当事人自动化系统所执行行动的归属没有明确约定时，将自动化系统所执行行动归属于为此目的使用该系统的人。在当事人没有约定的情况下，这为执行行动归属判断提供了规则参考。再次，第7条第3款规定，即使自动化系统所执行行动出乎意料，也不影响该行动的归属。执行行动与预期不符属于特殊情况。该款规定为在这种特殊情

⁸ 《自动订约示范法》颁布指南草案，
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/065/50/pdf/v2406550.pdf>，2025年4月5日访问。

况下如何归属执行行动提供了制度设计。最后，第7条第4款规定指出，以上规定并不影响其他法律规则的适用。这也为相关法律的适用预留空间，具有灵活性和协调功能。

《自动订约示范法》第8条对于自动化系统执行的意外行动归属作出规定。在自动化系统所执行行动归属于一方当事人时，如果出现以下两种情况，则另一方当事人不能依赖该行动。一是，该方当事人无法合理预料到该行动。二是，对于该方当事人无法合理预料到该行动的情况，另一方当事人知道或应当知道。此外，第8条不影响当事人约定和法律规定的适用效力。第8条从主观因素的角度，为意外行动的发生后的执行行动归属提供判断标准，更好地平衡当事人的利益。

（四）传统法学理论的适用与挑战

公平原则在分析智能合约运行漏洞责任认定上仍有适用空间。当发布方在区块链上发布智能合约的要约时，该要约是公开可见的。对于接收方而言，可以选择接受或者拒绝，却不能要求修改，这限制了合同的自由。由发布方预先拟定的智能合约，内容由发布者单方决定，未和接收方进行协商，有可能是为格式合同。⁹有的发布方在智能合约中规定，智能合约运行出现漏洞而引起的损失全部或者大部分由接受方承担。或者，有的智能合约平台在用户接入时，要求签署同意书，由用户承担风险和运行漏洞责任。以上行为就属于排除或者不合理地限制另一方的主要权利。在这种情况下，公平原则和关于格式合同无效的规定就有了适用场景，从而维护合同相对方的权利。

代理制度在分析智能合约运行漏洞责任认定上似有困难。代理是代理人以被代理人名义进行的独立意思表示。代理人在被代理人授权范围内的法律行为后果直接归于被代理人。交易双方将合意以代码的形式部署在区块链上。在预设条件满足后，不需要当事人作出反应，智能合约通过共识机制的验证即可自动执行。此时，智能合约的自动执行机制是否可以适用代理制度呢？探讨这个问题的意义在于，如果代理制度可以适用在智能合约的运行上，那么智能合约运行漏洞的法律后果应当由被代理人即用户承担。然而，代理制度适用的困境在于，智能合约的自动执行机制并不具备独立的意思表示。智能合约的运行，不是出于独立意志，而是按照代码的指令，且代码的编写基于用户的意志。¹⁰

何种侵权责任归责原则适用于分析智能合约运行漏洞责任认定上尚有讨论空间。归责原则是侵权责任承担的法律基础。归责原则可以分为过错责任原则、

⁹ 参见李涛，《智能合约格式条款的法律规制》，载《科技与法律（中英文）》2024年第6期，第111页。See Tao Li, *The Legal Regulation of the Form Clause of Intelligent Contract*, (06) SCI. TECH. & L. (CHINESE-ENGLISH VERSION) 107, 111 (2024).

¹⁰ 参见徐文，李思奇：《智能合约运行的风险集群与防治对策》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2024年第6期，第47页。See Wen Xu & Siqi Li, *The Risk Cluster and Prevention Measures of Smart Contracts Operation*, 36 J. CHONGQING U. POSTS & TELECOM. (SOC. SCI. ED.) 43, 47 (2024).

无过错责任原则、公平原则。其中过错责任原则可以分为一般过错责任原则和过错推定原则。对于智能合约运行漏洞的责任承担应当采用何种原则法律没有明确规定。是将智能合约运行漏洞视为一般侵权行为，从而适用一般过错责任原则，使相关主体按照过错大小对造成的损害负责？还是适用过错推定原则、无过错责任原则、公平原则？目前，法律未对智能合约运行漏洞的归责原则作出规定，应当适用一般过错原则。不过，由于代码的专业性，普通用户较难理解，对代码编程者和平台适用其他更严格的归责原则，也许可以更好地保护智能合约用户的利益。

二、智能合约运行漏洞分类、危害与损失

（一）智能合约运行漏洞分类

按照引发主体的不同，智能合约的运行漏洞可以分成代码层漏洞、管理层漏洞、依赖项漏洞。代码层漏洞，主要是指由于代码编写人员或者平台的疏忽或者故意所造成的漏洞。依赖项漏洞，指的是智能合约运行所依赖的除区块链以外其他平台造成的漏洞。

代码层漏洞，主要的形式有重入攻击、整数溢出、跨链通信漏洞等。关于重入攻击，2016 年由于代码编写的漏洞，黑客采用重入攻击的方式，从 The DAO 的智能合约中偷走了 1.5 亿美元的以太坊，为了阻止黑客，不得不对以太坊进行分叉，使黑客获得的以太坊存于旧的区块链中，不再有效。关于整数溢出，这并不是很难规避的问题，但由于有关人员没有进行检查，2018 年黑客利用整数溢出的代码漏洞，攻击智能合约中 BEC 代币，转走巨额的代币，导致该代币价格几乎归零。关于跨链通信漏洞，2022 年跨链协议 Nomad 在升级智能合约时，由于初始化出现差错，接收链上的智能合约受到破坏，黑客趁虚而入盗取超过 20 亿美元。

依赖项漏洞，主要的形式有预言机漏洞、编译器漏洞等。在非确定性智能合约中，当预言机在将链下数据传输到区块链上时，可能出现错误风险。预言机输入的数据关系到智能合约判断预设的条件是否达到，从而影响自动执行的结果。因此，预言机的数据故障将威胁智能合约的运行安全。如果因为预言机平台遭受攻击，输入错误数据，导致智能合约的运行与预期不符，预言机平台应当对此负有责任。此外，编译器的安全也关系着智能合约的稳健运行。编译器可以将高级程序语言源代码转化成底层协议可以执行的指令代码。编译器出现漏洞可能导致智能合约代码所转化而成的指令代码出现差错，从而引发智能合约的整体风险。如果编译器存在漏洞，导致储存在区块链上的智能合约代码，编译器平台应当承担责任。

（二）智能合约运行漏洞的危害

智能合约的应用场景丰富，运行漏洞危害的涉及的领域较广。智能合约的适用，有助于提高合同效率，促进当事人之间的信任，保障合同安全。目前，智能合约用于同质化代币（Fungible Token）的交易，例如数字货币，也用于非同质化代币（Non-Fungible Token）的交易，例如数字藏品。除此之外，保险、医疗、教育等领域都有智能合约的适用场景。去中心化自治组织（Decentralized Automated Organization, DAO）的出现更加支持了智能合约的发展。

运行漏洞打击智能合约的用户信心，不利适用推广。用户适用智能合约，除了高效便利，一个最主要的原因，在于智能合约的安全性。智能合约依赖区块链运行，具有去中心化、自动执行、安全可信的优点。然而，运行漏洞的出现显示，智能合约并不是坚不可摧的。并且，对运行漏洞的恢复，甚至可能颠覆“去中心化”的特征。2016 年 The Dao 事件损失的挽回，是通过硬分叉的方式，形成以太坊经典和以太坊两条链。这种解决方式，虽然保障了财产安全，但本质上不符合“去中心化自治组织”的特点。总之，智能合约运行漏洞造成用户权利遭受损害，增加用户的使用顾虑，影响智能合约作为交易工具的价值发挥。

（三）智能合约运行漏洞的损失

智能合约运行漏洞的损失与智能合约的适用场景息息相关。在同质化代币的交易中，智能合约可能用于比特币、以太坊、狗狗币等的交易。可能是与美元互换，也可能是数字货币之间的兑换。一旦智能合约出现运行漏洞，可能导致区块链上的数字货币瞬间或者源源不断地被盗取。有的国家不承认数字货币的货币地位，但数字货币仍然可以作为一种财产。在非同质化代币的交易中，智能合约可能服务于一首歌、一幅画等数字藏品的交易。智能合约运行漏洞，可能导致数字藏品流向其他账户。这可能造成数字藏品所有人财产的损失。在保险领域，智能合约运行漏洞可能导致，保险事件未发生，但智能合约仍然给付赔偿。这可能使保险人遭受财产损失。

三、智能合约运行漏洞的责任分配

探讨智能合约运行漏洞的责任分配问题，首先，应当先厘清智能合约运行的过程中所涉及的主体。一是代码编程人员。代码编程人员按照代码语言和编译方式，在区块链上部署智能合约。二是用户。使用智能合约进行交易的主体，按照缔约方式的不同，可能是发布方和接收方，也可能是协商一致的合同双方。三是平台，包含区块链平台、预言机平台等。四是外来攻击者。外来者利用智能合约的运行漏洞进行攻击。其次，如果智能合约运行漏洞的引起，是由于以上多数人造成的，例如共同侵权行为、教唆帮助行为、共同危险行为、无意思联络的数人侵权行为，那么，多数人应当对运行漏洞对外承担连带责任，对内再根据责任的

大小进行分担。¹¹最后，责任的承担应以填平式的补偿责任为主。智能合约运行漏洞引发的损失通常金额巨大。要使责任主体承担惩罚性赔偿，可能较难实现。甚至填平式的补偿金额，都有可能使平台濒临破产。

（一）刑法的规范工具

从刑法的角度，利用运行漏洞攻击智能合约，情节严重的，构成犯罪。第一，如果外来攻击者攻击智能合约运行漏洞是为非法获取数据、或者控制智能合约的运行，可能构成非法获取计算机信息系统数据罪。构成此罪的可能判处有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。第二，如果外来攻击者攻击智能合约运行漏洞是为对智能合约进行删除、修改、增加、干扰，可能构成非法破坏计算机信息系统罪。构成此罪的可能判处有期徒刑或者拘役。第三，如果外来攻击者攻击智能合约运行漏洞是为盗窃财产，可能构成盗窃罪。构成此罪的可能判处有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。第四，如果外来攻击者攻击智能合约运行漏洞是为骗取财产，可能构成诈骗罪。构成此罪的可能判处有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。第五，如果外来攻击者攻击智能合约运行漏洞是为非法经营，例如非法从事资金支付结算业务，可能构成非法经营罪。构成此罪的可能判处有期徒刑、拘役，并处或者单处罚金。如果代码编程人员、用户、平台存在共同犯罪，则应当发挥的作用承担不同的责任。如果嫌疑人同时构成多个罪名，则可能进行想象竞合择一重罪，或者数罪并罚。

（二）民法的规范工具

代码编程人员作为服务合同的当事人，负有确保智能合约稳定运行的义务。智能合约的用户大多对代码不甚了解。在公链上，智能合约的编写依赖于代码编程人员。代码编程人员代替用户进行合约编写，用户和代码编程人员之间为服务合同的法律关系。代码编程人员的义务涉及事前事中事后。在事前，为用户提供智能合约编写相关内容的介绍和解释。在事中，确认理解用户的合同内容进行代码转译，在代码运行的过程中进行检查和维护。在事后，发现漏洞时进行及时的上报和修复。如果代码编程人员疏忽大意，未检查代码漏洞，或者故意或者通谋，预埋代码漏洞，导致智能合约运行出现漏洞，则应当对服务合同的另一方承担违约责任。

在遭受智能合约运行漏洞后，用户仍然要对合同的另一方负有履行合同的义务。这可以从二个角度进行理解。一是，一方用户自己遭受损失。在区块链中，更改智能合约状态，需要公钥和私钥。私钥掌握在用户手里，用户可能对私钥的保管不当，导致运行风险。或者说，即使用户已经尽到合理的注意义务，但仍可

¹¹ 参见狄行思，《论智能合约的风险负担及责任分担》，载《科技与法律》2020年第6期，第81-82页。
See Di Xingsi, Risks Burden and Responsibilities Sharing Rules of Smart Contracts, (06) SCI. TECH. & L. (CHINESE-ENGLISH VERSION) 76, 81-82 (2020).

能因为其他主体的原因，导致智能合约的运行出现漏洞，造成自己的损失。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 593 条规定，即使第三方造成当事人一方违约，该方当事人也应当向另一方承担违约责任。因此，应当认识到运行漏洞的出现，不影响合同的履行义务，遭受的损失的一方仍然应当对另一方履行合同。至于如何就运行漏洞的出现进行追责，则属于另一个问题。二是，用户双方都遭受损失。未履行义务的一方仍然应当对另一方履行合同义务。用户双方都可以对运行漏洞向行为者追责。值得注意的是，如果用户一方疏忽，或者和其他主体通谋，引起智能合约运行漏洞，该用户应当对另一方用户承担赔偿责任。

（三）经济法的规范工具

智能合约平台具有安全保障的义务。《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消费者保护法》）第 18 条规定，经营者提供商品或者服务，应当保证消费者的人身和财产安全。经营场所的经营者，对于消费者负有安全保障义务。举一个例子，顾客到某商场与其中的某柜台进行交易。商场作为顾客和柜台交易的场所，负有安全保障的义务。商场应当安排保安进行巡逻，防止窃贼进入，安排保洁进行打扫，防止垃圾阻碍顾客通行。区块链平台是智能合约代码发布、存储、运行的平台，类似于这里提到的商场。因此，区块链平台应当对智能合约的安全运行进行监管和维护，保障用户的财产安全。《消费者保护法》第 48 条规定，经营者未进到安全保障义务，应当承担侵权责任。此外，《中华人民共和国电子商务法》（以下简称《电子商务法》）第 38 条规定，对电子商务平台经营者保障消费者的财产权提出了安全保障义务要求，未能采取必要措施的，应当与平台内经营者承担连带责任。这一规定，也可以类推适用于智能合约平台。

智能合约平台具有维护系统安全的义务。《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》）第 21 条规定，网络运营者应保障网络运行免受干扰、破坏或者未经授权的访问等。《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）第 27 条规定，在互联网上使用数据开展活动应当履行数据安全保护义务。智能合约平台作为网络和数据运营者，应当保障运行的安全，否则应当承担责任。

关于平台的责任分配，应当考虑平台义务的大小、平台行为和损失之间因果关系的联系程度等的因素。一般而言，平台被认为具有设计、维护、控制等的功能，需要承担的责任份额通常更多。¹²第一，应当考虑智能合约平台对于使用的用户是否收费。如果是免费开放的平台，用户需要承担的责任更大，平台可能承担的责任可能较小，但绝不会完全没有责任。有的观点可能试图以好意施惠作为免责理由，认为智能合约平台无偿提供给用户使用，不应当承担责任。这种观点

¹² 参见狄行思，《论智能合约的风险负担及责任分担》，载《科技与法律》2020 年第 6 期，第 81-82 页。
See Di Xingsi, Risks Burden and Responsibilities Sharing Rules of Smart Contracts, (06) SCI. TECH. & L. (CHINESE-ENGLISH VERSION) 76, 81-82 (2020).

不太恰当。这是因为，一方面，智能合约平台虽然未收费，但仍然可能从用户的使用中获利，例如广告费用、数据池的形成。另一方面，智能合约平台并非在实施使用户受恩惠、从而增进和用户之间情谊的行为。如果智能合约平台是收费的，则更有理由应当承担责任。收费的多少也与责任的大小相关，但不是完全对应。第二，考虑平台行为和损失之间因果关系，应当考虑平台是否采取必要的措施。判断是否采取了合理的措施，可以考虑法律、行政法规、部门规章等提出的标准规则。如果智能合约平台采取的维护系统的措施，符合安全保障标准，其应当承担的责任应当减轻。

四、智能合约运行漏洞的对策建议

（一）加强技术规范指引和管理

行政部门和行业协会可以对于智能合约技术的安全建设作出引导和规范。例如，2023年12月，工业和信息化部、中央网络安全和信息化委员会办公室、国家标准化委员会联合印发《区块链和分布式记账技术标准体系建设指南》（以下简称《标准体系建设指南》）的通知。对于安全保障标准的建设，《标准体系建设指南》对应用服务、系统设计、基础组件的安全标准提出指引。对于标准体系的建设，《标准体系建设指南》要求规定参考架构，统一主要概念，规范技术要求等等。在采用智能合约进行交易的场景下，建立统一规范是有必要的。因为代码的语言和逻辑和法言法语不同，建立法律名词和代码之间的转换目录，将有助于规范智能合约的编写，从而更好地判断相关的法律关系。

行政部门、行业协会、智能合约平台可以对于智能合约技术运行加强管理。可以要求智能合约的缔结需要进行登记备案。也可以要求智能合约向监管机构披露智能合约订立时的原始代码，当监管机构觉察智能合约运行时的代码与原始代码有所不同时，将自动中止智能合约的运行，这使智能合约成为可控的合同。¹³此外，提供智能合约的平台可以设置冻结程序。在出现代码错误或者意外事故后，智能合约的平台对自动执行程序进行冻结，在当事人充分协商或者争议解决后，可修改智能合约的内容。目前，Sagewise 的软件开发工具包（Software Development Kit）对智能合约的变化提供监控、通知、冻结、争议解决等的服务。

（二）目前法律解释的路径

将现有的法律应用于新兴问题，可以节省立法成本，还能扩大法律的适用场景。目前《民法典》《电子签名法》《电子商务法》在智能合约的适用上大有可为。由于智能合约的先进性，法律解释可以有助于现有法律工具的更好适用。我国目前可以通过司法解释填补智能合约的法律空白。在出现智能合约运行漏洞的案例

¹³ 参见陈爱飞：《区块链智能合约纠纷解决的可能性边界》，载《比较法研究》2025年第5期，第204页。See Aifei Chen, *The Possibilities for Blockchain Smart Contract Dispute Resolution*, J. COMP. L. 196, 204(2024).

后，可以选出指导性案例进行推广。

《民法典》关于合同编的规定大有解释空间，可以在司法解释中列举合同书面形式的类型，并将智能合约明确列入。《民法典》关于网络服务商侵权责任的规定，可以在司法解释中明确，适用于智能合约的用户和平台。《消费者保护法》可以在司法解释中明确，智能合约平台属于经营者，因此应当负有安全保障的义务。《电子签名法》可以在司法解释中明确，接收方在对发布方发布的内容进行电子签名后产生“承诺”的效力。《电子商务法》可以在司法解释中明确，智能合约的运行也受电子商务法的规范，由于电子商务平台经营者应当向行政部门报送平台内经营者的信息，智能合约平台也应当向市场监督管理局披露交易主体的信息。这可能损害智能合约的匿名性，但却可以促进其安全性。

（三）将来立法的完善建议

可以参考 UNCITRAL《自动缔约示范法》。《自动缔约示范法》无意于提供一套完整的规则，以规范使用自动化系统订立和履行的合同，但可以减轻法律的适用障碍，并为立法提供借鉴。《自动缔约示范法》中规定了核心原则和具体问题的规范思路。《自动缔约示范法》由联合国国际贸易法委员会制定，其规定参考了国际做法，可参考性较强。

在智能合约广泛运用的未来，可以制定智能合约法。智能合约法可以对智能合约的定义、适用范围、法律属性、参与主体、权利和义务、归责原则、例外情况等作出规定。智能合约法的制定不能操之过急。应当在智能合约发展更为成熟的时机下，结合充分的交易实践、纠纷案例、行业需求，再制定智能合约法。这是考虑到法律制定后难以大幅度修改，因此在智能合约发展趋于稳定的场景下制定专门法会更为合适。正如《电子商务法》也是在电子商务较为普遍可及的情况下、为回应实务需要而制定。通过专门的法律，为重要且特别的事物的规范发展保驾护航。

结语

在 20 多年前，电商平台刚刚兴起的时候，关于平台、商家、消费者之间的法律问题亟待解决。在如今，智能合约不断应用的当下，关于智能合约出现运行漏洞时责任的分配规则研究，有利于增加责任承担的明确性和可预见性，提振用户对于智能合约的信心。对于方兴未艾的事物，规则的明晰和用户的信心，是促进发展的增速剂。对于智能合约运行漏洞的责任归属问题，法律不应当作壁上观，而应当提前研究和讨论，为智能合约的发展准备好规则工具箱。

Investigation into Responsibility Attribution for Operational Flaws in Smart Contracts

Hong Yixian [Doctoral Candidate at the School of Law, University of International Business and Economics]

Abstract: With the continuous maturity of blockchain technology, the application scenarios of smart contracts are expanding. Smart contracts are now employed in areas such as digital currency, digital collectibles, and finance and insurance. However, as an emerging form of contracting, what is the legal nature of smart contracts? Do traditional legal theories have a role in regulating smart contracts? If operational flaws in smart contracts occur, potentially causing losses amounting to billions, how can responsibility be assigned—becoming a crucial issue in maintaining transactional confidence? In 2024, the United Nations Commission on International Trade Law adopted the Model Law on Automatic Contracting, providing principles and regulatory guidance for the implementation of smart contracts. This highlights the international community's emphasis on and aspirations for the regulated use of automatic contracting methods. This article analyzes the legal attributes of smart contracts, elaborates on the categories, harms, and losses caused by operational flaws, introduces the regulatory framework of the Model Law on Automatic Contracting, explores the applicability of fairness principles, agency systems, and attribution principles to issues of responsibility allocation arising from flaws in smart contract operations. It also leverages regulatory tools from criminal law, civil law, and economic law to assign responsibility among programmers, platforms, users, and other stakeholders, while proposing countermeasures and suggestions.

Keywords: Smart contracts; operational flaws; regulatory tools; responsibility allocation.

参考文献:

- [1] 陈爱飞:《区块链智能合约纠纷解决的可能性边界.》,载《比较法研究》2025年第5期.
- [2] 张婉婷:《NFT 智能合约物权凭证属性探析》,载《法学杂志》2025年第1期.
- [3] 李涛,《智能合约格式条款的法律规制》,载《科技与法律(中英文)》2024年第6期.
- [4] 徐文,李思奇:《智能合约运行的风险集群与防治对策》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2024年第6期.
- [5] 许可:《决策十字阵中的智能合约》,载《东方法学》2019年第3期.
- [6] 狄行思,《论智能合约的风险负担及责任分担》,载《科技与法律》2020年第6期.
- [7] 王睿康、姜世波:《区块链:代码自治的法律幻象》,载《民间法》2024年第4期.
- [8] 刘沁予:《智能合约下的消费者权益保护:风险与对策》,载《学术探索》2024第3期。:
- [9] 许中缘,郑煌杰:《智能合约的治理逻辑:法律性质、风险类型、化解路径》,载《学术交流》2024第2期.
- [10] 游文亭:《〈民法典〉对智能合约的法律规制》,载《理论月刊》2023年12期.
- [11] 徐翕明:《区块链智能合约应用中的刑事风险及其应对》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2024年第1期.
- [12] 赵磊:《NFT 的法律规制——从“胖虎打疫苗案”谈起》,载《法律适用》2023年第11期.
- [13] 赛铮:《保险智能合约的法律构造与风险防控》,载《法商研究》2023年第5期.
- [14] 张力:《智能合约嵌入合同的功能主义阐释》,载《社会科学辑刊》2023年第5期.
- [15] 戴文骐:《区块链法律治理的问题、图式及路径》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2023年第4期.

论中国法院对域外法查明的审查认定

何嘉欣¹

摘 要：域外法查明对准确适用域外法至关重要，是涉外法治建设中的重要环节。文章梳理了中国法院对域外法查明的审查内容，包括域外法律的具体规定、资历证明和中立性声明、公证认证手续等；从裁判文书及地方法院规定入手，分析了域外法查明的审查标准。在尊重域外法是法律这一客观事实的基础上，审查标准的设定应以法律适用为核心，构建包含准确性、时效性、关联性等实质方面的审查体系，对私人途径提供的域外法内容应严格审查形式要件，对官方途径获取的域外法内容应保障当事人发表意见的权利。当不同审查标准发生冲突时，应以准确理解和适用域外法律为宗旨，确保域外法内容符合准确性、时效性、关联性的标准。

关键词：域外法查明；审查内容；审查标准；域外法性质

2024 年 10 月，《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》特别强调“加强涉外法治建设”，其中要求完善涉外民事法律关系中当事人依法选择适用域外法的司法审判制度。审判实践中，有将近一半的涉外民商事案件系基于当事人选择适用域外法而适用域外法。而查明域外法是准确适用域外法的必然前提，只有完善域外法查明制度，才能够真切落实二十届三中全会的涉外法治精神。同时，域外法查明的能力和水平也是衡量中国法院在国际社会上的司法竞争力的重要指标。因而，健全中国域外法查明制度具有重要的意义。域外法查明是指涉外民事诉讼中通过多种适当途径确定依据冲突规则（包括当事人意思自治）应适用的域外法律的内容。²域外法内容的确定，离不开法院的审查认定。根据《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《司法解释一》）第 16 条的规定，³在涉外民事诉讼中，法院应当听取各方当事人对域外法查明与适用的意见，当事人对此有异议的，由法院审查认定。但是，对于审查什么内容，以及遵循什么标准，现行法律及司法解释均未作出明确的规定。虽然审判实践中在这方面已经形成了一些惯常的做法，然而不同法院或者不同案件仍存在不同的处理思路。基于此，本文基于现行法律和司法解

¹ 作者简介：何嘉欣，外交学院 2022 级博士生。联系方式：hjxcupl@163.com。文章的构思与观点尚不成熟，诚盼各位同仁不吝赐教、批评指正。

² 域外法，顾名思义，是指本法域之外的法律，因而包括外国法律以及中国港澳台地区法规。一般而言，外国法律与中国港澳台地区法规因国别不同应有所区分，但在审判实践中对中国港澳台地区法规的查明一般参照外国法律的查明规定。而且，涉外民事诉讼中有大比例的案件涉及港澳台地区法规查明。鉴于此，本文一并研究外国法律和中国港澳台地区法规的查明。

³ 《司法解释一》第 16 条：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”

释规定、地方法院制定的查明规则，以及涉外民商事案件中的域外法查明实践，梳理中国法院对域外法查明的审查认定的现状与不足，并提出相关完善建议。

一、中国法院对域外法查明的审查内容

2023 年，最高人民法院专门就域外法查明制定了司法解释，即《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《司法解释二》），其中的第 3 条和第 4 条首次对当事人、法律查明服务机构、法律专家提供域外法的材料提出了要求。并且，《司法解释二》第 5 条首次明确规定，查明的域外法的相关材料应当在法庭上出示。这就说明，法院在涉外民事诉讼中应当对这些域外法材料进行审查，并结合当事人的意见作出认定结论。然而，对于通过司法协助、使领馆、法律查明合作机制、国际商事专家委员会等具有官方性质途径查明，应提交什么材料，目前法律及司法解释尚未涉及。可见，对于不同途径查明的域外法，需要审查的内容和材料有一定的区别。

（一）域外法律的具体规定

根据《司法解释二》第 3 条的规定，当事人应当提交域外法律的具体规定，域外法律为判例法的，应当提交判例全文。同时，当事人还应说明域外法律的获得途径、效力情况、与案件争议的关联性等。⁴这不仅是当事人提供这一途径应提交的材料，其他途径也应包含域外法律的具体规定，并附上便于理解与适用的相关说明或信息。

首先，域外法律的具体规定是法院作出判决的法律依据。依法判决是司法公正的基本要求。对于成文法，法官在审判中应以法律为大前提，事实为小前提，作出法律判断。当然，有的法院要求当事人在提供成文法时，提交整部法律的全文、权威解释等材料，以更好地理解具体规定的内涵并予以准确适用。⁵对于判例法，当事人应提交判例全文，这是因为判例法中的原则和规则往往建立在具体的案件实践之上，仅提供体现原则或规则的一部分判例，难以准确把握这些原则或规则的适用范围和情形。与成文法不同，判例法的适用应遵循先例原则，采用类比推理的方法，对当前案件与先例进行细致的比较，只有它们之间存在足够的相似性时才予以适用。

其次，当事人应说明域外法律的获得途径，比如官方网站、法律数据库、特定法律文献等。当事人通过不同的途径获取域外法律，会影响法院对域外法内容的确信程度。当事人对此作出说明，能够让法院了解该域外法律信息的来源是否

⁴ 《司法解释二》第 3 条：“当事人提供外国法律的，应当提交该国法律的具体规定并说明获得途径、效力情况、与案件争议的关联性等。外国法律为判例法的，还应当提交判例全文。”

⁵ 以 ING 银行与北鲲航运（天津）有限公司船舶物料和备品供应合同纠纷案为例，双方当事人协议约定适用英国法律，原告 ING 银行提交了英国某律师出具的法律意见书，以证明相关的英国法律。经审查，该法律意见书引用了 1925 年《英国财产法》第 136 款的具体内容，但没有提供这部法律的全部条文，也未提供该法律意见书引用的其他英国成文法或判例的完整内容。法院认为，在页脚中标注判例依据，尽管这些判例可公开查询，也不能免去当事人提供完整的条文或判例的责任。

可靠。一般而言，对于通过官方的法律数据库或者知名的国际法律数据库获取的域外法内容，法院往往予以采信。例如，在菲戈与北京百轩胜利联盟体育发展有限公司合同纠纷案中，⁶案涉转让协议发生于中国境外，且转让双方约定适用香港法律，因此应适用香港法律处理该协议所涉事项。二审期间，菲戈的委托诉讼代理人提交了其在香港律政司管理的“电子版香港法例”网站下载的《公司条例》和《法律修订及改革（综合）条例》条文节录，法院经审查予以确认。而对于文献报告中的域外法内容，法院往往持有保留态度。例如，在香港怡通船务有限公司与高某、魏某船舶租用合同纠纷案中，⁷案涉协议均约定适用香港法律，故本案应适用香港法律。被告高某提供了何美欢所著《香港担保法》一书关于“阐释保证的一般原则”的一页内容等材料。法院认为，该书籍的作者在相关领域的专业资质及权威性均无法认定，不足以作为证明香港相关法律的依据。对于网页下载的文章，法院更是持以质疑的态度。在恒发船务有限公司与高某、魏某 1、魏某 2 船舶租用合同纠纷案中，⁸案涉协议均约定适用香港法律，故本案应适用香港法律。原告恒发公司为此提供网页下载的香港法文章，法院对其真实性和完整性不予认定。由此可见，对于当事人通过非官方、非权威的途径获取的域外法内容，法院往往不用作裁判的直接依据。

再次，当事人应说明域外法律的效力情况，如时间效力、空间效力等。就时间效力而言，法律需经过特定的立法程序、公告程序或其他条件满足后方才生效，并且法律随着时间推移会有修订、废止或有新的司法解释出台。法院在认定时需要考察域外法律的溯及力以及内涵变化等问题，明确应适用的具体规定及其内涵。例如，在马士基航运有限公司、天津航星国际货运代理有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案中，⁹马士基公司与航星公司在“订舱代理协议”中未约定仲裁条款适用的法律，但约定在伦敦仲裁，因此，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第 18 条的规定，本案应适用仲裁地法即英国法律来认定仲裁条款效力。本案法院依职权对英国法律下认定仲裁协议效力相关问题进行了查明，航星公司也提供了（2017）鲁民终 789 号民事裁定载明的 The“PetrShmidt”[1995]1LLR202 案例等材料。法院认为，上述英国案例系在 1950 年《英国仲裁法》及其修订案有效期间作出，此后英国通过了新的仲裁法，因而该案例不能单独作为认定本案适用的英国法律的依据，可以结合其他材料予以认定。

就空间效力而言，一个国家或地区的法律可能存在地域适用的差异。联邦制国家中，各州在某些领域有独立立法权，如美国不同州对公司法有不同规定。法

⁶ （2020）京民终 58 号民事判决书。

⁷ （2016）闽 72 民初 515 号民事判决书。

⁸ （2017）闽 72 民初 167 号民事判决书。

⁹ （2018）津民终 245~251 号、（2018）津民终 253~278 号判决书。

院在查明域外法时，需明确该法律在具体案件所涉地域范围内是否有效适用。例如，在陈某与强某合同纠纷案中，¹⁰当事人未选择适用的法律，鉴于强某的经常居所地位于德国，而且合同约定转让德国某酒店经营权及某公司股权，依据《法律适用法》第41条，本案应适用德国法律。经法院释明后，双方当事人均提交了载有德国相关法律的材料。法院认为，鉴于德国是联邦制国家，各州享有独立的立法权，而且民法典与商法典并存，法院难以根据当事人提供的简单检索结果，直接确认德国法律制度下本案应适用的具体法律规则。鉴于此，法院对双方当事人提交的德国法律材料不予认可。

最后，当事人应说明域外法律与案件争议的关联性，以便法院审查该域外法律能否直接作用于案件争议焦点的判定。这要求域外法所调整的法律关系与本案涉及的法律关系性质相符。例如，在东亚银行有限公司、六虹集团（香港）有限公司等融资租赁和担保合同纠纷案中，¹¹由于当事人的选择而应适用香港法律，原告提交了某律师出具的法律意见书。被告明确对该法律意见书的关联性提出异议，认为其未包含有关融资租赁合同的成文法规定，也未涉及相关判例法的具体内容，因而与本案的关联性不强。经法院综合审查，对该法律意见未予以采纳。

（二）资历证明和中立性声明

根据《司法解释二》第4条的规定，委托法律查明服务机构或者法律专家提供域外法律的，除上述提及的域外法律的具体规定及相关说明外，还需提供查明服务机构的资质证明、法律专家的身份及资历证明、与案件无利害关系的书面声明。¹²

首先，查明服务机构的资质证明、法律专家的身份及资历证明，能够证明该机构或专家具备从事域外法查明服务的专业能力与资格，以确保其在专业领域的权威性与可信度。专家一般需要具备相应的专业知识、经验及学术背景，在相关领域有深入研究和实践经验，熟悉相关国家的法律体系和司法实践，能够在其专业领域内对域外法作出准确解读。若专家缺乏必要资质，其提供的法律意见可能因缺乏专业性而不具客观性。例如，在东亚银行有限公司、六虹集团（香港）有限公司等保证合同纠纷案中，¹³双方当事人选择适用香港法律，故本案应适用香港法律。当事人提交了一份法律意见书，出具该意见书的专家是一名香港律师，曾在英格兰及韦尔斯获认许为大律师，在香港地区正式执业，在北京大学法学院给法律硕士授课，同时被聘为华东政法大学律师学院特聘教授。鉴于此，法院认为其具备查明与本案相关法律所需的基础能力、专业知识，以及与之匹配的职业

¹⁰ （2020）京04民初345号民事判决书。

¹¹ （2015）深前法涉外初字第2号民事判决书。

¹² 《司法解释二》第4条：“法律查明服务机构、法律专家提供外国法律的，除提交本解释第三条规定的材料外，还应当提交法律查明服务机构的资质证明、法律专家的身份及资历证明，并附与案件无利害关系的书面声明。”

¹³ （2015）深前法涉外初字第2号民事判决书。

道德和职业素养。

其次，法院需审查服务机构或专家与案件是否存在利害关系。若机构或专家与当事人存在经济利益关联，或者专家与当事人存在亲属关系等可能影响专家作出独立判断的关系，那么其出具的法律意见可能会偏向于某一方当事人，从而影响中立性。如果专家是一方当事人的常年法律顾问，其在解读域外法时有可能不自觉地倾向于该方当事人的利益，这样的意见显然不符合中立性要求。例如，在 ING 银行与北鲲航运（天津）有限公司船舶物料和备品供应合同纠纷案中，¹⁴原告 ING 银行提交了英国某律师出具的法律意见书，经审查，该律师当前是丹麦宝运燃油诉讼中原告的首席出庭律师，而丹麦宝运与本案具有利害关系，所以，该律师也与原告具有利害关系。因此，该法律意见书不能满足中立性的要求，法院未予以采信。

由最高人民法院国际商事专家委员会专家提供这一途径查明，提交的域外法材料是否也要附有资历证明和中立性声明？专家身份和资历来看，国际商事专家委员会专家由最高人民法院选聘，目前共有 63 名。¹⁵《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》（以下简称《国际商事专家委员会工作规则（试行）》）第 2 条对国际商事专家委员会专家的专业能力、国际影响力、道德品行、职业素养作出了具体规定，即在专业能力上有精深造诣并在国际上具有较高影响力，品行高尚、公道正派，依法依规认真履职尽责。同时，《国际商事专家委员会工作规则（试行）》第 4 条要求国际商事专家委员会专家结合专业特长，以个人身份独立、客观、公正地提供法律意见。¹⁶相较之下，现有法律规定尚未对法律服务查明机构聘请的专家以及其他中外法律专家的资质条件作出要求，缺乏统一的严格筛选机制，需要法院在具体个案中予以审查认定。以深圳市蓝海法律查明和商事调解中心为例，入库的个人专家达到 2400 多位，且以域外律师为主体。¹⁷在这种情况下，域外律师应当法律专家的身份及资历证明等材料，法院才能对其专业能力等予以认定，从而确定其法律意见的可信度。所以，从目前的具体实践来看，国际商事专家委员会专家的身份及资历证明已经得到了最高人民法院的认可，在审判实践中无需提交这类证明材料。但是，不能排除的是，国际商事专家委员会专家与当前案件存在利害关系，比如曾经担任过当前案件当事人的法律顾问等。鉴于此，国际商事专家委员会专家在提供法律意见时，需附上其本人与案件无利

¹⁴ （2016）鲁 72 民初 1454 号民事判决书。

¹⁵ 《国际商事专家委员会工作规则（试行）》第 2 条：“国际商事专家委员会由最高人民法院聘任的中外专家组成。国际商事专家委员会成员（以下简称专家委员）应符合下列条件：（一）在国际贸易、投资等国际商事法律领域具有精深造诣并在国际上具有较高影响力；（二）品行高尚、公道正派；（三）能够按照本规则认真履职尽责。”

¹⁶ 《国际商事专家委员会工作规则（试行）》第 4 条：“专家委员应遵守下列规定：（一）结合专业特长，以个人身份独立、客观、公正地提供咨询意见及建议；（二）中立、公正调解国际商事案件，平等对待当事人；（三）遵守专家委员行为守则规定的其他事项。”

¹⁷ 参见“蓝海港澳台及外国法律查明平台”网站，<https://www.bcisz.org/plugin/ap/home.action?fromcicc>。

害关系的书面声明。

（三）公证认证手续

一般而言，在境外形成的证明材料应通过公证或认证的手续，才能够具备证明的效力。虽然现行法律及司法解释尚未规定在境外形成的域外法材料是否要经过公证认证手续，但是在审判实践中已经形成了委托境外律师提供域外法需要经过公证认证的做法。例如，在东明中油燃料石化有限公司与德力西能源私人有限公司运输合同纠纷案中，¹⁸双方当事人在合同中约定适用英国法律解决合同纠纷，德力西公司提供了英国某律师事务所出具的专家意见，但未经过公证认证，法院经过综合审查，对此予以不予采信。这也为一些地方法院的查明规则所确认。例如，《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》第13条规定，当事人从域外提供的域外法内容，应依法办理公证、认证或其他证明手续，但对方当事人无异议的除外。¹⁹再如，《厦门海事法院外国法查明指南》第4条规定，在中国领域外形成的专家意见书，应办理公证认证手续。²⁰

然而，审判实践中有的案件将域外法律材料视为在境外形成的证明材料，从而要求对当事人自行查明的域外法内容进行公证认证。例如，在凤凰航空代理服务（天津）有限公司、广州盛澳国际货运代理有限公司合同纠纷案中，²¹涉案协议约定适用美国新泽西州法律。凤凰公司在诉讼过程中提交了其摘录的部分美国相关法律条文，法院因该材料未经美国公证机关证明，而未予以认定。当事人自行查明的域外法内容，不同于境外律师或专家在境外作出的法律意见书，不应视为在境外形成的域外法材料，以免公共资源的过度占用。

还应注意的是，固然经过公证认证的境外专家意见具有较高的证明力，但并非境外专家意见一定要经过公证认证才能予以采信。比如，上述《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》第13条规定，当事人之间没有异议的，境外专家意见可以不经公证认证。此外，根据《最高人民法院关于未经我国驻外使领馆认证的域外形成的证据效力问题的请示的复函》的有关规定，²²如果我国驻该国使领馆拒绝为其办理认证且未告知理由、法院认为有必要了解情况的，可以通过外交部领事司向驻外使领馆核实；并且，法院不应直接采纳未经公证认证的境外意见，但可以结合当事人的意见辨别真伪后决定是否采纳。

此外，对于通过司法协助、法律查明合作机制、使领馆途径查明的域外法，

¹⁸ （2016）鲁民终1891号民事判决书。

¹⁹ 《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》第13条：“当事人从域外提供的域外法内容，应该依法办理公证、认证或其他证明手续，但对方当事人无异议的除外。”

²⁰ 《厦门海事法院外国法查明指南》第4条：“委托中外法律专家查明外国法的，有关专家意见书应附有专家的身份证明、专业资格证明以及专家与当事人和案件审理无利害关系、保证客观、独立出具意见的声明和承诺。在中华人民共和国领域外形成的专家意见书，应参照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条的规定办理公证认证手续。”

²¹ （2023）粤01民终16655号民事判决书。

²² （2012）民四他字第15号。

其来源和合法性是经过国家有权机关认可的，在司法程序中具有相应的证明效力，无需单独进行公证或认证。比如，《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》第 26 条规定，本协定中所指的任何文书，包括缔约国法律的证明书，不需办理认证手续。

二、中国法院对域外法查明的审查标准

目前，我国法律和司法解释尚未对域外法查明的审查标准作出规定。从审判实践以及地方法院规则来看，法院对域外法内容的审查认定，主要围绕合法性、真实性、关联性、客观性、准确性、完整性等要素。

（一）裁判文书中常见的审查标准

审判实践中，法院多从真实性、合法性、关联性三个方面对域外法内容进行审查，当事人也主要围绕这三个方面对域外法内容提出意见。相较于证据的认定标准，存在一定的相通之处，也存在一定的差异。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第 104 条的规定，当事人应围绕真实性、合法性、关联性进行质证，符合这三个标准的证据可以作为定案依据。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 87 条进一步作出了规定，²³即对于单一证据，法官可以从是否为或者符合原件原物、与案件事实相关、形式来源合法、证据内容真实、与当事人无利害关系五个方面来审核认定。综合来看，“真实性”包括是否为或者符合原件原物、证据内容真实，“合法性”是指形式来源符合法律规定，“关联性”包括与案件事实的相关度，与当事人无利害关系是证据的客观性的表现。

从审判实践来看，“真实性”一般是指域外法材料是否客观、全面、准确地载明域外法的内容。在东部高科有限公司等与南京扬洋化工运贸有限公司海事保函纠纷案中，²⁴东部高科、东部韩农提交的齐礼律师事务所的法律意见，因未附完整判例或法律，法院无法判断其真实性及与案件的关联性，故未将其作为英国法律的查明结果。

“合法性”一般是指域外法材料是否经过公证认证、是否有明确的来源等。在新加坡长荣海运股份有限公司与第一产物保险股份有限公司、长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案中，²⁵新加坡长荣海运公司提交的墨西哥法律意见，因部分中文翻译不全、未办理公证认证等问题，其证据效力未被采纳。而在海通国际证券有限公司与施洪流保证合同纠纷案中，²⁶海通证券公司通过香港执业大

²³ 《关于民事诉讼证据的若干规定》第 87 条：“审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：

（一）证据是否为原件、原物，复制件、复制品与原件、原物是否相符；（二）证据与本案事实是否相关；（三）证据的形式、来源是否符合法律规定；（四）证据的内容是否真实；（五）证人或者提供证据的人与当事人有无利害关系。”

²⁴ （2012）鄂民四终字第 00130 号民事判决书。

²⁵ （2018）最高法民再 196 号民事判决书。

²⁶ （2018）闽民初 133 号民事判决书。

律师出具法律意见书，并依法经中国委托公证人及香港律师公证后由中国法律服务（香港）有限公司转递，程序合法，得到了认可。

“关联性”一般是指域外法内容与案件争议焦点相关，且对案件裁决有实质影响。在东明中油燃料石化有限公司与德力西能源私人有限公司运输合同纠纷案中，²⁷德力西公司提交的专家报告虽涉及英国法，但对本案争议焦点，即买卖合同的成立时间和信用证是否变更合同约定价款的问题，缺乏针对性的法律依据，无法解决争议，因此未被法院采信。在深圳市广兴集国际物流有限公司与大新银行有限公司融资租赁合同纠纷案中，²⁸大新银行提交的香港律师出具的《法律意见书》，因双方均未进一步提供香港特别行政区法律中关于涉及机动车辆的融资租赁合同规定或生效判例，法院通过其他途径也无法查明，故未被采纳。

（二）地方法院对审查标准的规定

一些地方法院的查明规则对域外法查明的审查标准作出了明确的规定。具体来说，可以分为以下两种审查标准体系。一是更类似于事实证据的审查标准，即审查域外法内容的客观性、真实性和关联性；二是更侧重于准确理解和适用域外法律，即审查域外法内容的真实性、完整性和准确性。

第一，审查域外法内容的客观性、真实性和关联性。以深圳前海合作区人民法院为例，²⁹“客观性”涵盖域外法内容本身的客观全面、专家意见应具备资质条件、专家应与案件没有利害关系；“真实性”包括域外法的真实性以及有效性，其中，域外法材料获取途径及来源的权威性是域外法内容真实的重要保障，有效性是指域外法对于案件纠纷是否具有空间效力和时间效力；“关联性”是指域外法内容与案件争议解决的关联性和适用性，即查明的域外法内容能否解决案件纠纷。这种审查标准体系参照了事实证据的审查标准，但鉴于域外法性质的特殊性，未完全照搬事实证据的审查标准，如以“客观性”代替了“合法性”。如果要求审查域外法内容的“合法性”，则无异于否认其作为法律的性质。因此，“客观性”标准似乎是最为合适的选择。然而，对于何为“客观性”仍需进一步斟酌。第一，域外法内容本身的客观全面，其实也可以归入“真实性”的范畴。第二，专家的资质条件，体现了域外法内容的客观性，同时也是真实性的保障，更是权威性的认定依据，将其归入“客观性”值得商榷。

第二，审查域外法内容的真实性、完整性和准确性，如广东省高级人民法院。³⁰这种审查标准体系更为重视域外法作为法律的性质，只要域外法内容真实准确，

²⁷ （2016）鲁民终 1891 号民事判决书。

²⁸ （2014）深中法涉外终字第 5 号民事判决书。

²⁹ 《深圳前海合作区人民法院域外法查明办法（试行）》第 15 条：“人民法院应从客观性、真实性和关联性方面对查找到的域外法进行谨慎审查。客观性审查应包括审查所查找到的域外法是否客观、全面，出具法律意见的专家资质及其与当事人或本案是否存在利害关系等；真实性审查应包括所查找到的域外法的真实性和有效性，时间效力和空间效力等；关联性审查应包括审查所查找到的域外法与本案争议解决的关联性、适用性等。”

³⁰ 《广东省高级人民法院关于法律专家协助查明域外法的指引》第 6 条：“人民法院应当对法律专家提供

能够达到法律适用的标准,则可以作为定案依据。言下之意,域外法获取途径或来源,在审查认定域外法内容时并不具有决定性作用。审判实践中,对于域外法获取途径或来源,不同的法院也有不同的处理方式。例如,在伍某与阮某1离婚后财产纠纷案中,³¹当事人提交了载有域外法内容的打印件,法官通过官方网站进行核查,确认了这份打印件上的域外法内容。然而,在苏州市利飞特电器有限公司与HHK器械有限公司国际货物买卖合同纠纷案中,³²HHK公司也是提交了载有域外法内容的打印件,法院因其提交的是打印件,但直接认定域外法内容的真实性无法确认。两个案件涉及的域外法均为香港法律,前案法院通过官方网站即可完成核查,后案法院却止步于域外法材料的形式要件。由此可见,法律和司法解释在审查标准方面的缺失,导致法官在认定域外法查明结果时具有较大的随意性。不同法官可能基于不同的判断标准,或者基于不同的标准次序,对相同或近似的查明情况作出完全不同的认定,容易发生不同案件对同一域外法内容作出不同的认定,或者导致类似案件裁判结果差异较大,不利于维护司法的公正性与权威性。

三、中国法院审查认定域外法内容的考量

域外法的性质被认为是域外法查明制度的核心问题,直接影响法院对域外法内容的审查认定。目前,我国现行法律及司法解释不仅没有明确界定域外法的性质,也没有明确规定域外法查明的审查标准,导致审判实践中存在不一致甚至相反的做法。在明确域外法性质的基础上,对中国法院对域外法查明的审查标准提出相关建议。

(一) 域外法性质的再思考

关于域外法的性质,主要有“法律说”“事实说”以及“折衷说”三种观点。事实上,这些观点的判断依据系基于法院在审判中如何查明并适用域外法。比如,以英国为代表的国家,采取事实证据规则来查明域外法的内容,于是作出了“域外法是事实”的论断。随着国际民商事交往日益频繁,域外法性质的“法律说”与“事实说”的界限逐渐模糊,越来越多的国家采取“折衷说”的做法。鉴于此,域外法查明制度建设应回归域外法的本质,即域外法是法律的客观事实。域外法查明的审查标准也应充分考虑到域外法的法律本质。

域内法与域外法处于平等地位,是现代国际私法的基本前提。而承认域外法是法律这一客观事实,是平等对待域内法与域外法的首要基础。域外法通过冲突规范的指引进入内法域的司法适用范围,虽不属于内法域的法律体系的组成部分,

的域外法内容的真实性、完整性和准确性等进行审查,并根据以下情形分别作出认定:(一)当事人对域外法的内容及其理解与适用均无异议的,人民法院可以确认;(二)当事人对域外法的内容及其理解与适用有异议的,应当说明理由,经过庭审或者补充提供域外法内容仍不能达成一致的,由人民法院审查认定;

(三)当事人未对域外法的内容及其理解与适用发表意见的,由人民法院审查认定。”

³¹ (2017)粤0781民初2306号民事判决书。

³² (2016)苏05民初437号民事判决书。

但在特定涉外民商事案件中发挥着其作为法律的本质职能。从法律适用的角度来看，域外法的适用应遵循其所属法律体系的解释规则，并将法院认定的事实涵摄于域外法规则之下，从而得出法律结论，因此域外法的适用与域内法的适用没有本质上的区别。从实践角度分析，“法律说”更有利于保障司法的公正性。法官作为法律适用的专业主体，有责任和义务主动去查明和适用相关的域外法。这有助于避免因当事人在查明域外法能力上的差异而导致的不公平结果。

就我国而言，虽然在审判实践中采取了“折衷说”的做法，但不能以此承认域外法具有事实的性质。首先，以《法律适用法》为核心的冲突规则体系充分地尊重域外法是法律的客观认识。一方面，从条文表述来看，不论是域外法律，还是法院地法律，都是冲突规则所指引的某法域的“法律”。另一方面，《法律适用法》第 10 条确立了以法院依职权查明为主的查明模式，³³法院查明域外法不受限于当事人所提交的材料。这表明我国倾向于采取“法律说”，进一步印证了我国立法充分尊重域外法的法律性质。此外，《司法解释二》第 8 条第 3 项明确规定，法院应当采信已为其他生效裁判所认定的域外法内容。这就意味着法院对于同一域外法内容应作出一致的认定，以做到同案同判，增强司法的稳定性和可预测性。

综上所述，域外法在本质上是法律。这是现代国际私法的重要基石，我国法律规定亦予以认可。基于“域外法是法律”的客观事实，法院对域外法查明的审查标准应以法律适用为核心，以准确理解和适用域外法律为宗旨。

（二）审查认定的标准及协调

我国法律及司法解释对域外法查明的审查标准尚缺乏统一的规定，导致实践中存在一定的随意性和不一致性。为了进一步完善域外法查明的审查标准，确保域外法查明的科学性、合理性和公正性，可从以下方面着手。

第一，明确域外法的审查标准。审查标准的总体框架应契合域外法的性质，并结合查明方法和程序来确定。一方面，域外法是法律。这就决定了域外法审查标准与证据认定标准存在本质上的区别。根据《民事诉讼法解释》第 108 条和第 109 条的规定，³⁴我国民事诉讼的基本证明标准是高度盖然性标准，即待证事实的存在具有高度可能性的，应当予以认定；对于特殊类型的事实，如欺诈、胁迫、恶意串通、口头遗嘱、赠与的事实，应达到更高的证明标准，即排除合理怀疑。而准确性是法律适用的基本要求，因此域外法的查明不能当然地采取上述两种证明标准。此外，域外法内容应与案件事实具有紧密的关联性才能得到适用，关联

³³ 参见 徐伟功、杨怡悦：《我国外国法查明困境的突破》，《社会科学》，2025 年第 2 期，第 173-184 页。

³⁴ 《民事诉讼法解释》第 108 条：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人反证负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。”第 109 条：“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”

性也是法院审查的重要标准之一。因此,域外法的审查标准应以法律适用为核心,构建一套包含对域外法的准确性、时效性、关联性等实质方面的审查体系。

另一方面,域外法查明实际上需借助多种途径以及事实认定的规则。在具体审查环节中,可以合理借鉴证据审查的标准。借鉴事实证据的审查标准,主要是针对由当事人提供、委托查明机构或中外专家提供等私人途径。通过私人途径获取的域外法内容,不仅可靠性参差不齐,而且欠缺权威性。私人获取域外法信息的渠道多样,包括个人研究、商业数据库、专家咨询等。这些渠道缺乏严格的监管机制,信息的真实性和准确性难以保障。个人研究和专家咨询可能受限于专业水平、主观情感,对域外法的理解出现偏差;商业数据库可能存在信息更新不及时、内容不完整等问题。而且,私人并非官方认可的法律信息发布者,其提供的内容需要经过更严格的质证和审查,才能予以采信。因此,对于私人途径提供的域外法内容,应严格审查其获取途径和来源等形式要件,以确保审查过程既符合法律适用的专业性要求,又能有效利用已有的司法审查经验。这一观点在《司法解释二》中得到了印证。《司法解释二》第3条和第4条对由当事人、查明机构和法律专家提供的域外法材料作出了具体要求,³⁵为当事人发表意见、法院审查认定提供了明确指引。而通过司法协助、使领馆、法律查明合作机制等官方途径获取的域外法内容,由于具有天然的权威性和可靠性,无需经过质证程序来确认其证明力,但仍应保障当事人发表意见的权利。这种做法与“域外法是法律”的客观事实相符,在尊重域外法权威性的同时,给予当事人充分参与辩论的机会。

第二,当不同标准之间出现矛盾或难以协调的情况时,遵循一定基本原则或规则予以解决。域外法查明的目标是准确适用域外法作出公正裁判,因而准确性、时效性、关联性应是法官在认定域外法内容时最为重要的标准。在发生冲突时,如当事人提供的法律专家意见书,其关联性较强,但在客观性或真实性方面存在一定缺陷时,可根据缺陷的严重程度、是否有其他替代资料等因素,综合判断是否继续适用或采取进一步的补充调查措施。此外,当事人提交域外法材料,如果不符合上述审查标准,也可以作为法官依职权查明的线索。在前文提及的伍某与阮某1离婚后财产纠纷案中,当事人提交的是打印件,没有任何的证明手续,法官并没有直接不予认定,而是通过官方网站予以核查认定。因此,当事人提交的材料一定程度上能够调动法官知法适法的主观能动性。

四、结语

域外法查明制度在涉外民商事审判中占据关键地位,其完善程度直接影响我国法院的司法审判质量以及国际司法竞争力。当前,中国法院在审查认定域外法内容方面已积累一定实践经验,但仍存在不足。法律及司法解释对审查内容的规

35 《司法解释二》第3条:“当事人提供外国法律的,应当提交该国法律的具体规定并说明获得途径、效力情况、与案件争议的关联性。外国法律为判例法的,还应当提交判例全文。”《司法解释二》第4条:“法律查明服务机构、法律专家提供外国法律的,除提交本解释第三条规定的材料外,还应当提交法律查明服务机构的资质证明、法律专家的身份及资历证明,并附与案件无利害关系的书面声明。”

定不够全面，且缺乏关于审查标准的统一规定，致使不同法院的具体做法各异，影响司法的公正性与权威性。域外法本质上是法律，这要求法院在审查域外法查明时，以法律适用为核心，构建以准确性、时效性、关联性为重点的审查标准体系。针对不同查明途径应有所区别，对于私人途径获取的域外法内容，应严格审查形式要件；对于官方途径获取的域外法内容，应保障当事人发表意见权利。在标准冲突时，以准确理解和适用域外法律为宗旨，以准确性、时效性、关联性为重要判断依据，综合考量各种因素予以确认。构建完善的审查认定体系，有助于提高中国法院查明域外法的效率，以及适用域外法的准确率，从而推动涉外司法审判制度的完善，增强我国法院在国际社会的司法公信力。

论我国承认与执行外国法院判决中互惠原则的司法实践

魏潇雪¹

(浙江大学光华法学院, 浙江 杭州 310008)

摘要:互惠原则是国际法领域的一项重要原则,也是处理承认与执行外国法院判决问题的重要依据,对于涉外民商事判决在全球范围内的流通影响重大。认定存在互惠关系的国家在承认与执行对方国家判决时会予以便利。互惠原则涉及一国司法主权、私人利益、国际协作等问题,在国际民商事往来日益频繁、“一带一路”和开放型经济深入发展的当下,厘清和明确互惠原则的具体适用的重要性不言而喻。然而,我国目前所采用的互惠关系认定标准过于单一严格,已显现出滞后性。对我国有关互惠原则的立法与司法实践进行反思十分必要。我国应进一步明确间接管辖权的规定和互惠原则的适用标准,根据不同的案件类型具体适用互惠原则,促进判决的国际流通和跨国民商事往来,增强国际司法互信和司法协作。

关键词:互惠; 外国判决; 承认; 执行

在司法实践中,一个诉讼案件终局有效的判决的执行,不仅关乎诉讼当事人实体权利的保障和实现,也涉及到司法诉讼程序的完整性。随着经济全球化和国际民商事往来日益密切,国际纠纷和涉外民商事诉讼的数量日益增长。互惠原则是国际法领域的一项重要原则,后被引入到国际私法领域,成为外国判决承认与执行领域的一项基础性原则,也是我国法院承认和执行外国法院判决的重要制度。目前,我国在外国判决的承认与执行问题上,主流的处理方式是遵循严格的事实互惠制度,即我国与判决作出国之间是否存在互惠关系,是该外国判决能否在我国获得承认与执行的关键考量因素。2017年《南宁声明》中达成的司法合作共识又确立了推定互惠的制度,是我国在承认与执行外国法院判决领域的新进展。2019年最高人民法院出台的《关于人民法院进一步为“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》,体现出我国法院在认可外国法院判决问题上的积极应对的态度。此外,中国签订的相关国际条约以及双边司法协助条约数量较少。

由于我国关于互惠原则的法律规定尚不够明确具体,加之严格的事实互惠制度等因素,我国在承认与执行外国判决的司法实践中对互惠原则的适用也存在一些问题,比如,证明存在互惠的举证责任问题。在国际民商事往来日益密切和“一带一路”经济深入发展的背景下,思考解决互惠原则在承认与执行外国法院判决中的适用问题,具有一定的司法需求和现实意义。本文通过梳理我国有关互惠原

¹ 浙江大学光华法学院国际法学博士研究生。

则的法律规定和司法实践中互惠原则的具体适用,尝试就我国互惠原则在适用中所面临的困境提出合理可行的解决建议。

一、互惠原则概述

(一) 承认与执行外国法院判决中互惠原则的含义

一主权国家法院作出的合法、终局、生效的判决,其法律约束力原则上只限于原审国即该判决作出国的主权领土范围,不享有当然的域外效力。其判决中包含的具有涉外因素的内容并不能当然地被外国承认、执行,若要想在其他国家获得承认与执行,则需被申请国法院依据其国内法相关规定进行审查,以判断是否认可该外国判决在其内国具有法律约束力。[需要注意的是,承认与执行原是两个不同的概念,在司法实践中不能等同视之,比如身份性或宣告性的判决只需承认而不存在需要执行的判决内容,因本文探讨的重点是互惠关系认定标准,故而对此不多做区分讨论。]是以,外国法院判决能否获得承认与执行,与当事人能否通过法律途径获得实际上的权利救济密切相关。承认与执行外国法院判决既非一国之权利也非一国之义务,其理论基础广义上包括国际礼让说、互惠说、债务说、既得权说等。但是在经济全球化的大背景下,基于各国之间博弈和对国家利益最大化的追求,互惠原则的适用往往成为此类研究中较为推崇的一种战略。²

互惠原则的基本含义是,如果一个国家凭借某个国际法规范向对方国家主张权利,那么这个国家自己也得受该规范的约束。³互惠原则是国际法中的一项重要基本原则,是一个国家对外主权独立和平等交流的体现,各国之间相互予以合理的尊重和便利,增强国际司法协作,维护国际秩序。

外国法院判决的承认与执行,是国际诉讼程序的环节之一,是指一外国法院作出的合法、生效判决,原则上只在该判决作出国的主权领土范围内享有效力,不具有域外效力,该外国判决要想在其他国家获得承认与执行,则需其他国家依据其国内法或相关的国际条约进行审查以决定是否认可该外国判决。目前,外国法院判决的承认和执行主要是在民商事领域。

承认与执行外国法院判决中的互惠原则,是互惠原则被引入至国际私法领域的体现。即指一内国与一外国,即判决作出国之间缔结有关判决承认与执行的双边条约,或者两国共同参加了有关判决承认与执行的国际公约,或者一国在司法实践中存在承认和执行该外国法院判决的事实,或者基于两国在法律上有关外国法院判决承认与执行问题的规定,作出了承认与执行判决的互惠承诺,可以认定两国之间建立有互惠关系,那么该外国法院判决可以基于互惠在另一国获得承认与执行,该外国判决在被承认的范围内享有约束力和执行力。

² 范冰仪:《我国承认与执行外国判决中适用互惠原则的实证研究》,载《国际经济法学刊》2021年第3期,第117-118页。

³ 杜涛:《互惠原则与外国法院判决的承认与执行》,《环球法律评论》2007年第1期,第110页。

（二）互惠原则的价值初衷

当今世界经济全球化深入发展，各国之间的民商事交错往来较以往更为密切，跨国交易和国际人员流动增加，相应的，国际民商事纠纷的数量也在增加。诉讼是跨国民商事争端解决的一种主要的有效工具，然而，一个涉外民商事案件的判决结果往往不仅需要在判决作出国生效，还需要获得相关外国的承认和执行。因为判决能否获得相关外国的认可，关乎诉讼当事人的实体权利能否得到有效的保障和实现。

互惠，顾名思义，即互相给予方便和优惠。互惠原则要求外国与本国之间存在互惠关系，其初衷就是方便一个涉外诉讼程序完整地，判决文书不会变成被束之高阁的一纸空文，判决结果能够有效执行。目前，大多数国家都将互惠原则作为承认与执行外国法院判决的条件之一，在司法实践中，大致有条约互惠、法律互惠、事实互惠以及推定互惠这四种互惠的形式。⁴互惠原则的价值取向是增强各国司法互信和司法协作，节约各国司法资源和诉讼成本，推动外国法院判决在国际社会层面的流通，为跨国民商事往来保驾护航，保护正当的私人利益，以维护和稳定国际社会秩序。因此，互惠原则的存在和适用对当今各国承认与执行外国法院判决仍有一定的必要性。

二、我国互惠原则的立法及司法实践

（一）关于互惠的法律规定

我国在承认和执行外国法院判决中，有关互惠的法律规定主要见于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第 281 条、第 282 条，⁵和《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》（以下简称《解释》）的第 543 条、第 544 条。⁶

由法律条文可知，我国实行严格的互惠制度，对外国发生法律效力的裁判的承认和执行有着严格规定。一般情况下，中国法院承认和执行外国法院生效裁判需满足三个条件：一是前提性条件，即申请承认和执行的该外国裁判必须是在裁判作出国已经发生法律效力；二是积极条件，即中国与有关外国之间在实践中存在有条约义务或互惠；三是消极条件，即不违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益。

离婚判决和缺席判决比较特殊，离婚判决即使不存在条约义务和互惠也可以获得承认和执行，但认可的范围仅限于法律关系的认定；缺席判决除应满足一般情况的承认和执行条件外，还应证明外国法院已经合法传唤。

⁴ 任明艳，《论互惠原则在承认与执行外国法院判决中的适用》，《公民与法》2011 年第 1 期，第 52-53 页。

⁵ 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》第 281 条、第 282 条（2017 年修正）。

⁶ 《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》第 543 条、第 544 条，（法释[2015]5 号）。

（二）关于互惠的司法实践

本文以互惠为核心，仅就一般情况下我国承认与执行外国法院判决的司法案例进行整理，可大致分为以下三类。

1. 无条约互惠及事实互惠而拒绝承认与执行

中国与有关外国之间在实践中既没有条约义务，也不存在互惠，如此既不符合我国法律所规定的条约互惠标准，亦不符合事实互惠标准，故而认定中国与相关外国之间缺乏互惠关系，中国法院拒绝承认与执行外国判决。例如，在弗拉西动力发动机有限公司申请承认和执行澳大利亚法院判决一案中，申请人于 2006 年 5 月 11 日向我国法院提出申请，请求承认并执行该澳大利亚金钱判决。⁷根据我国法律规定，外国法院判决在我国获得承认与执行的必要条件是，我国与判决原审国之间存在相关条约义务，或者存在承认与执行对方国家判决的先例。反观我国与澳大利亚之间：首先，中国与澳大利亚并非某有关判决承认和执行的多边条约的共同缔约国；其次，两国未签订有包含判决承认与执行内容的双边条约；再次，中国与澳大利亚之间此前并不存在相互承认与执行判决的司法先例。所以，无论是依据条约互惠标准还是事实互惠标准，均得出认定中澳之间未建立相应的互惠关系的结论。该案不满足我国法院承认和执行外国判决的积极条件，此时无需进一步审查消极条件，我国法院最终作出拒绝承认和执行该澳大利亚判决的决定。

我国是成文法国家，依托成文法规定进行裁判，外国法院判决在我国的承认与执行必须以我国立法机关制定的法律规范为依据。即条约互惠标准或事实互惠标准是认定互惠关系存在的唯一通道，满足互惠关系的要求之后，外国法院判决才有获得我国承认与执行的可能性。在司法实践中，由于条约互惠标准相对客观明确，易于判断两国之间是否存在条约义务和互惠关系，所以我国法院通常先审查中国与外国之间是否存在包括判决承认与执行内容的双边条约，或者是否同为某一相关多边条约的缔约国。在无法适用条约互惠标准时，则需审查另一条通道是否行得通——依据事实互惠标准来认定互惠关系，审查两国之间是否存在承认与执行对方国家判决的先例。如上文所述，依据条约互惠标准来达成互惠关系的认定进而承认外国判决的案例在司法实践中占比极小，事实互惠标准的适用几乎占据主导地位，日渐形成了我国互惠关系认定标准的适用较为单一化的局面。而适用频率更高的事实互惠标准具有被动性，相当于在互惠关系的启动之初设置一道高高的门槛，无形之中提高了外国判决在中国获得承认与执行的难度系数。

⁷ 《最高人民法院关于申请人弗拉西动力发动机有限公司申请承认和执行澳大利亚法院判决一案的请示的复函》，（民四他字[2006]第 45 号）。本案中，双方当事人因债务纠纷，于 2002 年诉至澳大利亚西澳大利亚最高法院，该院于 2005 年 11 月 28 日作出生效判决，判令被告向原告支付和赔偿相关费用，原告于 2006 年 5 月 11 日向我国深圳市中级人民法院申请承认与执行。

2.因存在条约互惠而予以承认与执行

中国与有关外国之间在实践中没有条约义务，但存在互惠，中国法院依据互惠承认和执行外国判决。

在此以申请人弗里古波尔公司申请承认和执行波兰判决一案为例进行分析说明。⁸中国与波兰之间订立有涵盖判决承认与执行内容的双边司法协助协定，因此根据我国《民事诉讼法》的规定，我国和波兰之间负有相互承认与执行对方国家判决的条约义务，可以适用条约互惠标准，根据该双边司法协助协定的有关规定来审查是否承认该波兰法院判决，而无需再适用事实互惠标准进行审查。本案的争议焦点有二：向我国法院提出的申请是否超过法定期限；以及该波兰判决是否违反该双边司法协助协定第 20 条第 3、4 项的规定，也即被申请人甬昌公司是否未经法院合法传唤，是否被剥夺了其法定的应诉答辩的权利，使其丧失了及时、充分地维护自己权益的机会。⁹首先，在本案中，承认与执行该判决的申请发生了时效中断的问题，而申请人补充提交申请时距首次申请未满两年，故尚未超过法律规定的两年的期限限制。其次，存在《授权书》委托 Agnieszka Kanawka 代理被申请人甬昌公司参加诉讼，且接受委托的一方经法院合法传唤，也实际代理甬昌公司参加了波兰法院的诉讼，故不存在未经合法传唤的情形。最后，承认和执行该波兰法院民事判决符合上文所述的前提性条件、积极条件以及消极条件，不存在中国与波兰所缔结的双边协定中第 20 条规定不予承认的两种情形。最终，我国浙江省宁波市中级人民法院依据条约互惠标准承认了该波兰法院民事判决。

不难看出，依据条约互惠标准承认与执行外国法院判决是相对便捷的，但也难逃因相关条约数量较少使得作用范围有限的窠臼，故而条约互惠标准在外国法院判决承认与执行的整体司法实践中并不是居于主导角色。

3.因存在事实互惠而予以承认与执行

中国与有关外国之间在实践中有条约义务，但不存在互惠，中国法院依据条约承认和执行外国判决。

例如，申请人弗里古波尔股份有限公司申请承认和执行波兰民事判决一案，¹⁰中国与波兰之间存在《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》（以下简称《协定》），因此根据我国《民事诉讼法》的规定，应当根据该《协定》的有关规定审查该案涉波兰判决是否应予承认。本案的争议焦点在于申请人弗里古波尔公司的申请是否超过法定期限，以及该波兰判决是否违反

⁸ “弗里古波尔股份有限公司、宁波市甬昌工贸实业公司等民事裁定书”，[浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬民确字第 1 号]。

⁹ 1987 年《中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》第 20 条。

¹⁰ “弗里古波尔股份有限公司申请承认与执行波兰民事判决案”，[浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬民确字第 1 号民事裁定书]。

《协定》第 20 条第 3、4 项的规定，也即被申请人甬昌公司是否未经法院合法传唤，是否被剥夺了答辩的可能性。首先，根据我国《民事诉讼法》的规定，申请执行的期限为二年，在本案中，申请人弗里古波尔公司的申请发生了时效中断的问题，因此弗里古波尔公司补充提交申请时距首次申请未满二年，故其申请未过法定期限。其次，存在《授权书》委托 Agnieszka Kanawka 代理被申请人甬昌公司参加诉讼，且 Agnieszka Kanawka 也实际代理甬昌公司参加了波兰法院的诉讼，波兰法院有理由确信甬昌公司经过了合法传唤，故不存在未经合法传唤的情形。最后，承认和执行该外波兰民事判决符合上文所述的前提性条件、积极条件以及消极条件，不存在《协定》第 20 条规定的两种不予承认的情形。综上所述，我国浙江省宁波市中级人民法院承认了该波兰民事判决。

在同样因事实互惠而予以承认和执行美国生效判决的刘利案中，¹¹被申请人陶莉和童武答辩称美国法院在诉讼时未通知其参加诉讼，作出的判决在中国不具有法律效力，且申请人与被申请人所签订的《股权转让协议》真实、合法、有效，被申请人不应当向申请人返还股权转让价款。根据我国《民事诉讼法》的规定，经我国法院查明，美国法院作出该缺席判决以及送达均是符合法律规定的正当程序要求，该外国判决具有法律约束力，且本案属于司法协助案件，并不涉及对双方实体权利义务关系的审查，对于被申请人的答辩不予支持。该申请符合我国规定的承认和执行外国裁判的法律规定，故我国法院对申请人提出承认和执行美国法院判决的请求予以支持。但申请人主张的 2015 年 5 月 25 日美国法院判决日至执行终结前的逾期利息，不属于申请承认和执行外国法院判决的范畴，本案中不予支持。

三、我国承认与执行外国法院判决的司法实践特征

综观我国《民事诉讼法》和《解释》对于承认和执行外国判决问题的处理，我国当前承认与执行外国法院判决在司法实践中共包括如下特点：

其一，在前提性条件——外国裁判的效力方面，一般情况下这不会成为阻碍外国裁判获得承认和执行的因素，但在一些案件中也会由被申请人在答辩中提出，法院依法对事实作进一步审查并作出处理结果。因为我国法律明确规定申请承认和执行的外国裁判必须是在裁判作出国已生效的，具有法律约束力，才有可能获得我国法院的认可，所以申请人通常会尽到对此的注意义务，向法院提交相关证明材料。但在一些案件中，被申请人会以此作为答辩理由，一般从该外国裁判作出时是否有合法传唤、缺席判决等正当程序角度提出，请求法院对裁判的效力进行审查。¹²

¹¹ “刘利申请承认和执行美国判决案”，[湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号]。

¹² Wenliang Zhang, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China: A Call for Special Attention to Both the “Due Service Requirement” and the “Principle of Reciprocity”, Chinese Journal of International Law

其二,在是否存在条约义务方面,即客观审查中国是否与相关外国缔结司法协助条约或两国有无参与同一个关于裁判承认与执行的国际条约。如果存在,则我国法院基于条约规定和条约义务进行审查判断是否认可该外国的裁判,一般在不违反其他规定的情况下都可以得到肯定回答。如果中国与相关外国之间不存在条约义务,那么该外国裁判不能通过条约互惠获得我国法院的认可,或可能进入是否存在事实互惠的审查环节。故该因素有可能成为中国法院拒绝承认和执行外国裁判的理由。

其三,在是否存在事实互惠的审查方面,即中国与相关外国是否建立了事实上的互惠关系。如果该外国没有承认和执行我国法院作出的裁判的先例,我国法院一般认定两国之间未建立事实互惠关系,从而拒绝承认和执行该外国裁判。如果该外国有承认和执行我国法院作出的裁判的先例,我国法院一般会在该条件的审查上作出否定回答。故该因素是外国裁判能否获得我国法院认可的门槛条件之一,有可能成为中国法院拒绝承认和执行外国裁判的理由。

其四,在申请之诉中的诉讼请求管辖范围方面,我国法院受理管辖的诉讼请求范围,即申请承认和执行的范围仅限于该外国裁判中的内容。如果申请人在申请承认和执行外国裁判的诉讼中,提出了该外国裁判内容之外的诉讼请求,我国法院认为不属于申请承认和执行外国法院判决的范畴,不予支持。

其五,对于消极条件的审查,即是否违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益,我国法院一般作后置处理,即先审查申请承认和执行的外国裁判是否符合前提性条件和积极条件。如果符合前两项条件,则进一步审查消极条件,消极条件一般不会成为申请承认和执行的阻碍因素;如果不符合前两项条件,那么该外国裁判不能获得中国法院的认可,此时无需进一步审查消极条件。

四、我国当前互惠原则适用中存在的缺陷

由上文分析可知,我国法院在依照法律规定处理外国法院判决承认和执行的问题中,存在如下足:

第一,外国法院判决通过条约互惠来获得承认和执行的路径窄。条约互惠是一国对外国法院判决于事前作出的互惠承诺,从而产生国际法上的司法协助义务,好比外国法院判决在一内国获得承认与执行的“绿色通道”。但是目前我国与外国签订的双边司法协助条约数量少,条约内容笼统,可操作性不强;且与中国缔结有关判决承认与执行的双边司法协助条的国家,大多数都是与我国地缘相近或者政治关系友好的国家,一些与我国民商事往来频繁的贸易大国,如美国、英国这些国家,中国与其并未与之缔结司法协助条约。涉及判决承认和执行的国际条约更是难以在全球范围达成一致,比如从海牙判决公约的发展历史就可见一斑。所以,在我国的司法实践中,条约互惠能够发挥的作用是有范围限制的。

(2013), 143-174.

第二，我国法院采用严格的事实互惠，容易招致外国法院的报复心理。由于我国法院实行严格的事实互惠制度，在没有条约义务的情况下，对外国法院判决的态度较为保守，先审查相关外国是否存在承认和执行我国判决的先例，以此为根据认定两国之间是否存在互惠关系。例如，在日本“五味晃案”的承认与执行问题上，因为我国与日本之间没有缔结或参加有关外国判决承认与执行的国际条约，日本国内也无承认与执行我国法院判决的先例，故我国法院认定两国之间不存在互惠关系，从而拒绝认可该案，之后在日本寻求承认与执行的我国法院判决，便被日本法院援引“五味晃案”以认定两国之间未建立互惠关系为由拒绝认可。¹³

第三，互惠关系存在的证明标准不明确。我国《民事诉讼法》仅规定了依据互惠原则承认与执行外国法院判决，存在条约的情况下可以直接依据条约处理，在条约互惠缺位的情况下，我国法院则采取严格的事实互惠的方法，对互惠原则的规定较为模糊。如此一来，外国法院在审查我国关于承认与执行外国法院判决的法律规定时，无法较为准确地判断中国认可外国法院判决的具体条件、宽容度和确定性，对其他国家首先迈出建立互惠关系的一步造成一定的担忧和阻碍。

第四，证明存在互惠关系的举证责任规定不明确。我国《民事诉讼法》未明确证明互惠关系存在的举证责任分配，仅在《解释》第 543 条中规定了在外国法院裁判为缺席裁判的情况下申请人负举证责任证明该外国法院已经合传唤。2017 年的《南宁声明》中达成了推定互惠的司法合作共识，但仍未明确由谁来证明申请国不存在因互惠而拒绝承认与执行被申请人商事判决的先例。¹⁴而且，存在互惠的举证难度比国内诉讼程序要大，而且不同的主体出于不同的利益考量，举证角度和结果可能会有所不同。法律规定不够细化明确会产生一系列连锁反应，可能会增加我国法院处理判决承认与执行问题的负担，对司法实践操作、司法效率会产生消极影响。

五、对完善适用互惠原则的思考

随着国际民商事往来的日益频繁，我国开放型经济和“一带一路”经济的深入发展，承认与执行外国法院判决逐渐成为常态化的司法问题，适用互惠原则对这类问题的处理同时也影响着我国法院作出的判决在外国的认可和流通情况。如前所述，我国在互惠原则的立法和司法适用中存在不足之处，导致我国法院处理外国法院判决的承认与执行问题上掣襟肘见。因此，本文提出以下建议，尝试化解当前互惠原则面临的困境。

¹³ 《最高人民法院关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》，[[1995]民他字第 17 号]。

¹⁴ 王雅菡，《“一带一路”建设下礼让原则在承认和执行外国法院判决中的可行性研究》，《河南大学学报》（社会科学版）2017 年第 5 期，第 67 页。

（一）提高互惠原则的包容度

我国法院应改变过于保守的心态，提高互惠原则的包容度，积极推动互惠关系的建立，均衡保护国家利益和私人利益，促进判决的国际流通。互惠原则的理论基础是国家主权平等，后引入至国际私法领域，互惠原则仍与国家利益、司法主权密切相关，但是在外国法院判决的承认与执行问题中，实际上是判决当事人的私人权益能否得到稳固有效的保障和实现。日本“五味晃案”发生在上世纪 90 年代，处于我国改革开放初期，最高人民法院在该案批复中体现出来的谨慎态度和严格立场，与当时需要对我国经济发展予以特殊保护的历史背景相关。丁小巍和王吉文教授指出，法院基于国家利益的考虑而抱持的消极心态和报复主义观念，可以在相当程度上避免“己方合作而他方背弃”这种最劣结果，但也带来了猜疑和顾忌心理，无法使互惠原则发挥出鼓励和促进各国相互合作的积极效果。¹⁵

如今，我国开放型经济和“一带一路”经济发展不断扩大，过于严苛和保守的态度相当于固步自封。我国大多数学者都赞成提高互惠原则的包容度，但是在互惠原则的软化程度上观点不一。如朱伟东主张中国应采取反向互惠的方式。¹⁶黄志慧在其文章中对各国有关互惠适用的理论和实践上的发展动态进行分析后，认为客观上互惠原则仍有存在必要，我国法院可以对法律中规定的互惠原则进行更为宽松的解释。¹⁷李旺教授认为，我国现在实行的法院宣告制是在特定历史时期对《民事诉讼法》第 281 条及第 282 条理解或解释出现偏差的结果，我们应该重新审视外国法院判决的承认制度，改变我国司法现在推行的法院宣告制为自动承认制。¹⁸

本文认为，互惠原则的软化应该循序渐进，逐步提高包容度，增强司法互信，实现合作共赢。软化互惠原则并不等于不注重国家利益和司法主权的保护，而是在外国法院判决的承认与执行中，我国法院与时俱进，积极、包容地应对外国法院判决的承认与执行，体现我国的大国风范。

（二）完善我国关于互惠原则的法律规定

我国应进一步细化完善关于互惠原则的法律规定，明确互惠关系的举证责任和证明标准，把不同性质的案件分门别类，明确适用互惠原则的范围。当前，我国有关互惠的法律规定略显粗糙，未明确互惠关系的举证责任和证明标准等问题，未能很好的发挥法律的指引作用。法律规定不够具体会直接影响司法实践，产生一系列连锁反应。

黄志慧教授在此问题上指出，在互惠关系存在与否之证明责任上，应由被请

¹⁵ 丁小巍，王吉文，《论我国互惠原则的司法改进》，《学术交流》，2018 年第 8 期，第 82 页。

¹⁶ 朱伟东，《试论中国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》，《河北法学》，2017 年第 4 期。

¹⁷ 黄志慧，《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》，《政法论坛》，2018 年第 6 期，第 73 页。

¹⁸ 李旺，《论外国法院判决的自动承认制度》，《清华法学》2019 年第 6 期，第 189 页。

求人(判决债务人) 承担;在互惠原则的适用范围上,应将自然人的身份和婚姻家庭领域的非金钱判决排除在外。¹⁹最高人民法院沈红雨法官认为,在“一带一路”不断深化的背景下,有必要合理确定互惠原则的适用标准,促进国家间判决跨境承认和执行方面的合作。²⁰

上述论断的科学之处在于指出从立法层面完善有关在外国法院判决中适用互惠原则的法律规定,可以通过司法解释、指导性案例的形式完善互惠原则的适用,并把不同性质的外国法院判决进行类别化处理,比如分为涉及物权关系的判决、涉及债权关系的判决和涉及人身关系的判决。就举证责任而言,本文认为可以借鉴“谁主张谁举证”原则,由申请人承担证明存在互惠关系的责任,如此可以减轻法院繁重的工作负担,提醒申请人在准备进行跨国诉讼时注意被申请国相关法律规定,提前做好相关准备工作。

（三）积极参与相关双边或多边国际条约

建议我国积极参与并缔结有关判决承认与执行的双边或多边的国际条约,积极促进互惠关系的建立。即使条约互惠是判决在国际社会流通的有利推手,但如上文所述,目前我国与外国签订的涉及判决承认与执行的双边司法协助条约数量较少,在司法实践中发挥的作用杯水车薪。在经济全球化的大环境下,中外民商事往来日益频繁,我们要积极主动参与国际社会有关判决承认与执行的国际公约,例如《南宁声明》以及2019年7月通过的《承认与执行外国民商事判决公约》,促进互惠关系的建立,在判决承认与执行领域形成良性互动。这既有利于判决落到实处,切实保障私人利益,也有助于提升我国的国际形象,增强各国司法互信,实现合作共赢。

结语

在承认与执行外国法院判决的问题中,互惠原则的适用有其缺陷,但是其兼顾考量国家利益和私人利益,具有坚实的司法实践基础。通过梳理和分析我国法院承认与执行外国法院判决的法律规定和司法案例,我们可以看出我国在承认与执行外国法院判决的司法实践中的特点和存在的不足之处。在经济全球化的大背景下,承认与执行外国法院判决逐渐成为常态化的司法问题,我国法院应积极转变心态,进一步细化完善关于互惠原则的法律规定,提高互惠原则的包容度,积极参与并缔结有关判决承认与执行的双边或多边的国际条约,推动互惠关系的建立,促进判决的国际流通,形成判决承认与执行的良性互动。

¹⁹ 黄志慧,《我国判决承认与执行中互惠原则实施的困境与出路》,《政法论坛》,2018年第6期,第75页。

²⁰ 沈红雨,《外国民商事判决承认和执行若干疑难问题研究》,《法律适用》,2018年第5期,第14页。

On China's Judicial Practice of the Principle of Reciprocity in Recognition and Enforcement Foreign Judgments

Abstract: The principle of reciprocity is important in the field of private international law. It is also one of the conditions for most countries to recognize and enforce foreign judgments, which requires a reciprocal relationship between the domestic country (the requested country) and the foreign country (the country where the judgment is made). The principle of reciprocity involves a country's judicial sovereignty, private interests, and international cooperation. Nowadays, with the economic globalization, international civil and commercial transactions are becoming more frequent, the Belt and the Road economy is developing in depth. So, the importance of clarifying the application of the principle of reciprocity in the recognition and enforcement of foreign judgments in China is self-evident. Legal regulations and judicial practice show that China implements a strict system of reciprocity, and there are some defects in judicial practice. It is necessary to reflect on the legislation and judicial practice to make a breakthrough, such as further clarifying the indirect jurisdiction and the applicable standards of the principle of reciprocity, to promote the international circulation of judgments and cross-border civil and commercial transactions, and enhance international judicial trust and judicial cooperation.

Keywords: the principle of reciprocity; foreign judgments; recognition; enforcement

论我国外国法内容查明适用之完善

—基于 46 份涉外民商事判决书的实证分析

程靖雯¹

摘要：2014 年到 2023 年十年间，从涉外民商事案件管辖权的确定到案件实体争议的解决再到执行阶段，我国实现了对涉外民商事争议解决的全流程覆盖。随着《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（二）的出台，为进一步完善外国法查明制度，规范外国法查明司法实践提供了具体依据。但根据目前的司法实践现状及新发展来看，外国法内容查明主体责任不明、外国法内容查明途径与查明期限冲突、审查外国法内容查明的认定标准不一等问题仍存在。本文主要通过实证研究、对比研究的方法，得出应细化外国法内容查明主体责任、明确外国法内容查明期限、增加视为未查明外国法的内容，未来希望构建外国法内容查明配套的程序机制，加快智慧法院的建设并加强内部培训与监督。

关键词：域外法内容查明；适用；完善

引言

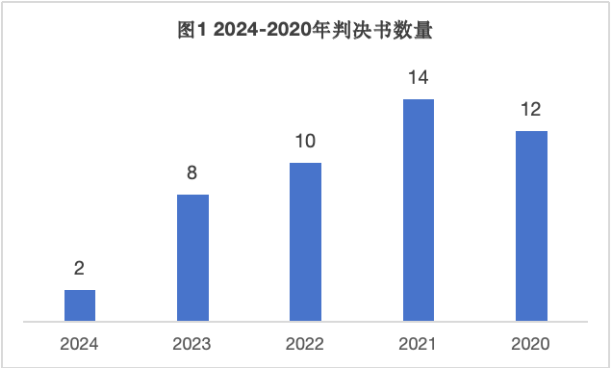
自中国国际进口博览会连续七届成功举办以来，累计意向成交额超过 5000 亿美元，累计有 151 个“一带一路”共建国家参展，累计有 2.3 万家次境外展商参加企业展，这些数字的背后，不仅凸显了对外开放的决心，也同时提高了开放水平。习近平总书记强调，要建设同高质量发展、高水平开放要求相适应的涉外法治体系和能力，加快推进我国涉外法治体系和能力建设。而涉外民商事交往中，正确适用域外法，合理解决涉外民商事争议，对于营造国际化、法治化、市场化的营商环境，打造良好的国际民商事交往环境至关重要。但，现实存在的问题仍刻不容缓，亟需转变司法态度，积极应对外国法内容查明及适用问题。

一、外国法内容查明适用的现状及评析

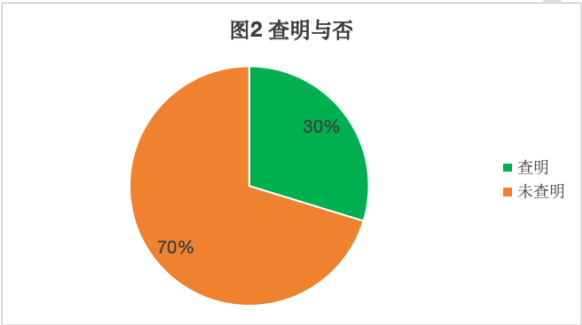
（一）外国法内容查明适用现状

在中国裁判文书网，以“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条”为关键词检索近五年的判决书，共检索出 46 份（如下图 1）。

¹ 程靖雯，南京工业大学在读硕士研究生。



在这 46 份判决书中，当事人事先约定准据法的有 14 份，当事人未约定准据法的有 31 份。其中，涉及外国法查明及参照外国法查明的共有 37 份，已查明的有 11 份，未查明的有 26 份（如下图 2）。



在已查明的 11 份判决书中，法院依职权查明的有 4 份；当事人查明的有 5 份；法院依当事人申请查明的有 2 份（如下表 1）。其查明途径/方式如下表 2。

查明主体	数量	比例
法院依职权查明	4	36%
当事人查明	5	45%
法院依当事人申请查明	2	18%

表 1 查明主体

案号	查明途径/方式
(2023) 津民终 842 号	1.华政外国法查明中心 2.西南政法大学“一带一路”沿线国家或地区法律查明服务中心数据库与服务平台 3.印尼法律法规数据库
(2022) 浙 02 民初 434 号	华政外国法查明中心
(2020) 沪 0115 民初 4843 号	当事人提供《法律意见书》及深圳市 XX 中心查明报告
(2020) 沪 0107 民初 15078 号	华政外国法查明中心
(2021) 苏 05 民终 2105 号	苏州国际商事法庭专家委员会专家
(2019) 粤 05 民终 1129 号	深圳市蓝海法律查明和商事调解中心
(2019) 鄂 01 民初 8098 号	政府网站
(2019) 闽 05 民初 1686 号	当事人提供《法律意见书》
(2019) 渝 01 民初 1 号	当事人提供《法律意见书》
(2019) 黔民初 13 号	当事人提供《法律意见书》
(2018) 粤 0391 民初 5353 号	当事人提供《法律意见书》

表 2 查明途径/方式

在未查明的 26 份判决书中，因当事人未提供而未查明的有 17 份，因法院依职权未查明的有 9 份（如下表 3）。

原因	数量	比例
当事人未提供/未查明	17	65%
法院依职权未查明	9	35%

表 3 未查明原因

（二）外国法内容查明适用现状评析

综上，整体可以看出我国外国法内容查明的司法实践现状不是很理想。首先，在涉及外国法内容查明的案件中，查明的比例远远低于未查明的比例。在已查明的案件中，当事人查明外国法内容的居多，且在双轨制查明的基础上，司法实践中出现了法院依当事人申请查明的新的查明方式。在已查明的案件中，司法实践中查明的途径几乎限于当事人提供、由最高人民法院建立或者参与的法律查明合作机制参与方提供、由法律查明服务机构或中外法律专家提供、由最高人民法院国际商事专家委员会专家提供这几种途径查明。而在未查明的案件中，因当事人的原因未查明外国法内容的居多，而法院依职权未查明的居少。

其次，笔者通过分析这 46 份判决发现一部分法院对于外国法内容的查明呈消极态度。比如，在孙某 1、孙某 2 继承纠纷²案中，双方未明确适用的准据法，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的规定，应当适用加拿大法律作为准据法，但法院认为“由于原告 1 明确无法提供涉案加拿大地区法律，亦不委托提供涉外法律查明服务的机构进行查明，故本次查明加拿大法律的程序无法继续进行，而原告 2 经合法传唤不到庭参加诉讼，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条：“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律，据此，本案适用中国法律。”该案本应由法院依职权查明，却转而因为当事人的原因而未能查明而径行适用我国法律。再比如，在李某、郑某离婚后财产纠纷³案中，一审法院未能查明澳大利亚的法律规定，而二审法院径直适用我国法律处理。在该案中二审法院根本未进行查明外国法就直接认定外国法无法查明，在法院应当依职权去查明外国法的时候既未查明也未详细说明不能查明的理由。

再次，在法律查明的认定标准及外国法内容查明适用上也存有一定的疑问。例如，在袁某与袁楠一审民事判决书⁴中，法院认为“因根据双方陈述等难以查明当地法律所称‘收养’的具体含义，难以认定该‘收养’是否与我国法律规定的‘收养’是同一含义，同时难以查明当地所称的‘收养’是否影响被告继承其生父遗产，综上应属于不能查明外国法律或者该国法律没有规定的情形，故本案适用中华人民共和国法律。”在该案例中，法院应该是查到了该外国法，但是基于对其“收养”的

² 参见广东省广州市番禺区人民法院（2020）粤 0113 民初 2774 号民事判决书。

³ 参见广东省湛江市中级人民法院（2022）粤 08 民终 4514 号民事判决书。

⁴ 参见北京市朝阳区人民法院（2021）京 0105 民初 94809 号民事判决书。

含义不清，因而视为未查明该国法律。

最后，根据现行《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（二）第十条的规定，其应当在裁判文书中载明外国法律的查明过程及外国法律的内容；人民法院认定外国法律不能查明的，应当载明不能查明的理由。但，根据目前的 46 份判决书来看，一些裁判文书还有待进一步完善。例如，在北京盛伦国际物流有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司厦门分公司海上、通海水域货物运输合同纠纷⁵中，法院仅仅说明“本院无法查明刚果（金）的法律，亦无法确定刚果（金）对于危险品公路运输是否有规定”在此情况下，本案应适用中华人民共和国法律。再比如在天津机电国际贸易集团有限公司、天津市泰合船舶工程有限公司等海事担保合同纠纷⁶民事一审民事判决书中，本院认为“本案纠纷处理应当在查明伯利兹共和国法律基础上适用其法律，但伯利兹共和国法律未能查明，根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十条第二款：‘不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律的规定’本案应当适用中国法律。”且在司法实践中，很多法律查明机构往往都是以《法律意见书》的形式来进行查明的，这往往会导致法院在审理该案时有倾向性。此外，无论是最高人民法院域外法查明统一平台法律查明服务平台还是其他法律机构的平台，其查明的过程或路径都是不公开的。

二、问题困境成因

（一）外国法内容查明主体责任不明

外国法的性质通常决定了查明外国法内容的义务主体。根据高晓力法官对于外国法性质的释明，外国法的性质主要有“法律说”、“事实说”、“折中说”。“法律说”是将外国法看作是法律，认为法官有知法的义务，因此，应由法院查明外国法，英美等普通法系国家多奉行此说。“事实说”将外国法视为事实，认为事实应由当事人举证证明，因此，应当由当事人提供外国法，奉行这种学说的国家有法国、意大利、荷兰、奥地利等国。“折中说”，是为了调和“事实说”和“法律说”的矛盾而产生的，认为外国法既非单纯的事实，也非绝对的法律，是一种特殊的法律事实，所以，外国法的查明必须采取有别于确定事实的程序，又不同于确定法律的程序，德国、瑞士等国采用此学说。但我国并没有采纳上述所谓的“法律说”、“事实说”或“折中说”，而是根据是当事人约定适用外国法还是法院依职权适用外国法在当事人和法院、仲裁机构或者行政机关之间划分查找外国法的义务。

在司法实践中，究竟谁去查明外国法的内容依旧是处于混沌状态。在司法实践中不仅存在法院依当事人申请而进行查明外国法内容：如陈舜娟与林镇佳、方奎琴民间借贷纠纷⁷和绿能（中国）有限公司与聪敏环宇集团有限公司等买卖合

⁵ 参见天津市高级人民法院（2021）津民终 1026 号民事判决书。

⁶ 参见武汉海事法院（2019）鄂 72 民初 437 号民事判决书。

⁷ 参见广东省汕头市中级人民法院（2019）粤 05 民终 1129 号民事判决书。

同纠纷⁸案，而且存在法院与当事人共同查明外国法内容：如中国某某银行股份有限公司天津分行与天津龙某粮油工业有限公司、天津市聚某贸易有限公司、杨某某、PT.R...K...（印尼金某某有限公司）等金融借款合同纠纷⁹案。根据《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》第十条的规定，外国法内容查明的义务主体有人民法院、仲裁机构、行政机关和当事人。出现上述问题的原因本质上还是对其规定不明确，才会出现法院的消极态度，才会呈现当事人申请法院或者与法院共同查明外国法内容的情况。此外，由于未明确上述主体查明外国法的优先顺位及优先适用，从而导致相互的冲突与推诿。例如，在张静、郑州四维机电装备制造有限公司等民间借贷纠纷¹⁰案件中，当事人对适用法提异议，但法院未去查明是否应当适用外国法，而是依据“最密切联系原则”认为应当适用中国法。

（二）外国法查明途径与外国法查明期限冲突

据《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（二）第二条最后一款及第九条的规定，加之现行最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第十五条的规定，就容易导致司法实践中仅以当事人未在规定的期限内提供外国法而认定无法查明。也由此，导致法院的积极不作为，法院会因为是当事人选择的法律，而其又无法在规定的期限内提供而导致无法查明。也因此，不乏一些当事人为了自己的利益最大化而故意不在规定的期限内提供，而法院又消极处理致另一方的权益无法保障。归根结底是因为外国法查明途径与外国法查明期限的内容不相容。在司法实践中，当事人“未提供外国法”经常是作为外国法“无法查明”拒绝理由的基本依据，二者相互结合，从而共同为法院拒绝外国法的适用、以及为内国法的适用提供“正当性”理由。

毋庸置疑，这种结果既有损于我国外国法查明制度的有效性，也终将不利于涉外民商事案件的公正解决，从而损害我国国际私法对形式正义和实质正义价值目标的追求。在案号为（2014）中法民四终字第6号案件中，在未涉及当事人选择法律适用的情形，结果还是被法院以当事人“未提供外国法”为由拒绝外国法的适用。毫无疑问，这判决是有缺陷的，因为在当事人未选择法律的情况下，法院本应该是外国法查明的责任主体，但是上述案件中法院仍要求当事人提供外国法，并据此认定当事人“未提供外国法”，显然是错误地理解了《中华人民共和国民事诉讼法适用法》¹¹。在笔者所统计的46份判决书中，北京甲甲影视文化传媒有限公司与

⁸ 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪0107民初15078号民事判决书。

⁹ 参见天津市高级人民法院（2023）津民终842号民事判决书。

¹⁰ 参见河南省高级人民法院（2020）豫民终1283号民事判决书。

¹¹ 丁小巍，王吉文：《论外国法查明中的当事人“未提供外国法”问题》，载《天津法学》2016年第1期，第72页。

雋翼娱乐发展有限公司合同纠纷¹²、陈林与强达合同纠纷¹³等案中也同样有此问题。但需要明确的是，当事人主张适用与当事人约定是不同的。一方当事人主张适用不应认为是双方当事人协商一致的结果，因此，不应由提出主张适用外国法的当事人来提供，且更不能以此为由规避法院查明外国法内容的义务，并由此适用中国法进行审理。

此外，在钟某某、钟某华甲等继承纠纷¹⁴民事再审判决书中，在处理认定无效有效事项时，单方认为应适用外国法，法院就此适用“谁主张、谁举证”来认为当事人负有提供该国法律的举证责任而法院不负有查明外国法内容的义务，这显然是一个值得探讨的问题，如果依此，则相当于把外国法的性质认定为“事实说”，但我国显然未采纳此作为划分依据。另，当事人自己选择适用外国法是否属于协助提供外国法的范畴以及当事人不能在合理期限内提供外国法律的时候，法院究竟有没有义务去补充查明外国法值得进一步探讨。

（三）审查外国法内容的查明认定标准不一

由于《中华人民共和国民事诉讼法》中没有相关证据概念的表述，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十六条的表述，意味着证据仅仅包括以下所罗列的八种证据。因此，在法定证据种类下，通过中外法律专家提供外国法内容的方式，常常会涉及其所呈现的形式不同，被认定或者采纳的标准也不一样。例如，对于中外法律专家提出的专家意见，是按照属于证据的标准来进行认定，还是按照非证据的标准进行认定并未明确。若是按照证据来进行认定，是将中外法律专家提供的外国法内容作为当事人陈述还是证人证言亦或是鉴定意见来进行认定也是未解之题。针对，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（二）中最高人民法院国际商事专家委员会专家提供的意见亦是如此。在华侨永亨银行有限公司与胡斯诺等保证合同纠纷¹⁵案中，法院对于《伍李黎陈律师行法律意见书》的认定参考的是法律查明服务机构出具的法律意见书的做法来进行认定的。但，每种证据种类均有不同的认定和采纳规则，在司法裁判中不同的认定规则以及不同的对待方式，均会对当事人的权利义务产生影响，在以审判为中心改革的浪潮下，此问题需谨慎对待。

三、域外对比与启示

（一）英美法系—以美国为例

美国法院最初将外国法定性为事实，属于应由当事人证明的范畴，20 世纪 60 年代以后，美国很多州开始采用 1962 年《统一州际和国际诉讼程序法》，允许法院将外国法认定为法律。法官在适用外国法时，可以不要当事人提供证据

¹² 参见北京市第四中级人民法院（2021）京 04 民初 1127 号民事判决书。

¹³ 参见北京市第四中级人民法院（2020）京 04 民初 345 号民事判决书。

¹⁴ 参见广东省广州市中级人民法院（2023）粤 01 民再 124 号民事判决书。

¹⁵ 参见上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 4843 号民事判决书。

证明外国法，而是以司法认知的方式直接援引外国法。尽管美国各州对外国法的定性存在不同认识，但总体上美国的立法和司法实践可以在一定情况下将外国法定性为法律，法院享有查明外国法的权力，不再受证据规则的限制。当事人并不因法官享有外国法的权力而排除自己提供外国法的义务。在当事人无法查明外国法时，法官可以与当事人共同承担查明外国法的义务¹⁶。法官可自由决定是否采信当事人或法院自己委任的专家证人提供的法律意见，也可通过运用完备的外国法图书馆来了解涉案外国法信息，法官甚至可以请一位专门研究案件所涉外国法问题的教授友人单方讨论外国法¹⁷。

（二）大陆法系—以日本为例

日本将外国法视为法律，法官知法规则同样适用于外国法，因此，当案件涉及适用外国法时，由法官依职权查明外国法，但是考虑到外国法查明的困难，法官也可以要求当事人予以协助。查明外国法既是法官的职权也是义务，也即法官并不受当事人提供的外国法内容的约束。除了由当事人协助查明外国法内容以外，法官一般通过查阅书籍、期刊、互联网等途径查明外国法，几乎不采用专家证人、向专家或专家机构咨询的途径查明外国法，但是当事人聘请的专家可以向法庭提交外国法的内容。在日本，个人或组织向法庭提供外国法信息并不需要任何资质，所提供的法律信息并不能直接约束法庭，法官依职权调查它的可采性。至于可采性标准，法律未作规定。¹⁸

（三）启示

无论是英美法系的美国还是大陆法系的日本，其共通的一点是查明外国法的内容并不受当事人提供外国法内容的约束，且其对于证据的种类及外国法内容的可采性都是开放的。对比我国来看，我国法定证据主义由来已久，对外国法内容的查明责任主体不明且采纳标准不清。但无须拘泥于外国法的性质，也可以完善我国外国法内容查明制度。

四、完善路径

学界内对于应不应该确定外国法的性质来完善外国法内容查明问题，主要有两种态度。一种是赞成说，一种是反对说。赞成说认为应该明确外国法的性质来完善外国法内容查明问题。而反对说则认为，无须拘泥于外国法性质着手构建我国外国法查明的相关制度。笔者认为，两种学说观点均具有一定的合理性，但笔者更倾向于后者。虽然我国现存的外国法内容查明主体责任不明以及外国法内容

¹⁶ 孙健：《中美外国法查明义务分担问题比较研究》，载《南开学报》2015年第1期，第154页。

¹⁷ 张建：《外国法查明问题的各国实践与典型案例——基于若干样本的考察》，载《海峡法学》2016年第9期，第95页。

¹⁸ Remien O., Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe. In: Nishitani Y. (eds) Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, vol 26. p.192. Springer, Cham.转引自李凤琴、张涛：《涉外商事审判中的外国法查明》，载《司法论坛》2021年第16期，第103页。

的查明认定标准不一问题，究其本质就在于外国法性质不明。但对于外国法内容查明的规范程序来讲，笔者认为符合自己国情、适合自己的最重要。

（一）完善措施

（1）细化外国法内容查明主体责任分配

在现行“双轨制”下，明确在双方当事人未明确或未达成一致适用外国法的前提下，法院应依职权进行查明，而不是以当事人一方未提供或者未在规定的期限内提供而不依职权查明。此外，应当明确优先适用顺位：即在双方当事人优先选择适用外国法的情形下，优先适用当事人查明的外国法内容，若当事人无法查明外国法的内容，此时退而求其次，法院或仲裁机构或行政机关应承担补充查明外国法的内容。规定优先顺位不仅可以避免冲突，也可以此明晰外国法内容查明主体责任，防止一方的懈怠与推诿。

（2）明确外国法内容查明期限

如前所述，查明的确需要进行一定的期限限制，一方面不仅因为“迟来的正义非正义”，另一方面法律同时也是一门经济学，期限的设置不仅仅意味着效率，也是经济效益最大化的一种体现。但《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》及相关司法解释的相关条款均未对期限加以明确规定，仅用“合理期限”及“法院确定的期限”对查明期限加以规定，事实上将对查明期限的限制完全自由裁量化，作为“理性人”的法官从节约精力与司法成本的角度上更愿意适用无法查明的条款，希望在立法上能够有所明确或者加以强化。¹⁹

（3）构建外国法内容查明配套的程序机制

有的学者认为外国法内容的查明认定标准应当采用我国民事证据的标准²⁰，而有的学者则认为应另行构建合理的外国法查明标准²¹。笔者认为，在当下应另行构建合理的外国法内容查明标准。如前所述，中外法律专家提供的外国法内容查明以及出具的法律意见是否属于当前法律法规的证据存疑。且，无论是英美法系的美国还是大陆法系的日本其对证据的种类都是开放的立法体例，通过上述域外对比也可以看出，无论是将外国法定性为事实还是定性为法律，法院并不当然受当事人提供外国法内容的约束，法院都享有查明外国法的权力或义务，并且不受证据规则的限制，当事人并不因法官享有查明外国法的权力而排除自己提供外国法的义务。随着 AI 技术的发展，各种查明外国法内容的途径也在不断扩充，世界是处于一个永远向前发展的态势，未来肯定会有更多的途径及方式出现，若是仍按照现有法律规定的证据种类及相应的证据标准将无从适用，所以在现有法定证据种类下，外国法内容查明的标准无须遵循法定证据种类及相应的证据规则，

¹⁹ 明飞、蔡斯扬《“一带一路”倡议下外国法查明制度的完善》载《法学》2018年第3期，第126页。

²⁰ 丁小巍，王吉文：《论外国法查明中的当事人“未提供外国法”问题》，载《天津法学》2016年第1期，第74页。

²¹ 李凤琴、张涛：《涉外商事审判中的外国法查明》，载《司法论坛》2021年第16期，第104页。

宜保持一种开放的态度来对待。且为了预防法官的先行主观判断，宜对法律服务中心或中外法律专家等出具的《法律意见书》进行一定的审查判断，再据此做出合理的判决。在此，可以借鉴域外的做法，法官享有自己的判断，可以采纳《法律意见书》也可以不采纳《法律意见书》。

（二）未来展望

（1）加快智慧法院与统一平台建设

2022 年浙江高院部署研发了“域外法查明线上委托”应用，由于现代科技的发展，许多地区都建立起了智慧法院，应加强法院的联建机制，建立外国法内容查明的专项制度。且根据目前所罗列的途径，建议联合多个部门建立较为广泛全面统一的查明中心或网络数据库。2019 年 11 月 29 日，最高人民法院域外法查明统一平台正式上线，但相当于只是提供了一个平台，最终还是要当事人或者法院去委托查明中心去查明外国法。此平台的上线启动，虽然方便了外国法的查明，但也仅仅限于各级人民法院、诉讼案件当事人及代理律师、跨境商贸投资或跨境需要查明域外法律的企业，以及需要了解域外法律的立法机关、行政机关、仲裁机构或其他单位开放。另，可以加入有关提供各国法律信息的国际公约及国际上的比较法研究机构。

（2）增加视为未查明外国法的内容

司法实践中出现了对于已查明外国法内容的具体字词句的理解存疑而视为未查明外国法内容的情形。但我国现行法律法规及相关司法解释并未规定此种情况，由于各国的国情、法律是不同的，加之语言文化等的差异性，对字词句的理解会存在一定的偏差，且由于法官自身的有限性，不宜加大法院审理难度和深度，鉴于此，应增加相应情形视为未查明外国法内容。比如，增加对于查询到外国法内容的字词句的理解难以确定，且该字词句的理解会对案件产生实质影响或查询到的外国法内容属于未更新的版本且该版本与案件相关条文涉及内容的更新与变化等情形视为未查明外国法的内容。总而言之，面对司法实践中出现的复杂多样的情况宜采取开放的立法体例，把握会对案件产生实质影响的原则来面对日新月异的世界。

（3）加强内部培训与监督

在笔者所统计的案件中，未查明外国法内容的处理适用的都是中国法。当无法查明时就适用中国法，难免会给一些想方设法适用中国法的当事人制造了便利条件，同时也难免会造成一些当事人的不满和无法查明外国法的滥用。同时，由于我国对于外国法内容不能查明的处理是直接适用内国法，这不仅给予当事人一种强行适用内国法的感觉，也不利于我国涉外民事纠纷的处理与良好营商环境的塑造。因此，更应加强内部培训与监督。一是应建立健全内部监察制度，防止权力的过度滥用。二是要激发法官对外国法查明的意愿，增加其主动性，积极作为。三是要加强培训完善法律文书，公开查明过程或路径。

五、结语

外国法内容查明的根结问题一直存在，希望未来能够有所完善或改进，在新时代与新科技的发展下，应立足最大化满足当事人的需求和需要，这样才能打造友好的营商环境，加强涉外法治的建设！

2025年中国国际法学会年会

参考文献

- [1]孙健:《中美外国法查明义务分担问题比较研究》,载《南开学报》2015年第1期。
- [2]明飞、蔡斯扬:《“一带一路”倡议下外国法查明制度的完善》,载《法学》2018年第3期。
- [3]丁小巍,王吉文:《论外国法查明中的当事人“未提供外国法”问题》,载《天津法学》2016年第1期。
- [4]张建:《外国法查明问题的各国实践与典型案例——基于若干样本的考察》,载《海峡法学》2016年第9期。
- [5]郑静静:《外国法查明中的专家制度》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2019年第4期。
- [6]李凤琴、张涛:《涉外商事审判中的外国法查明》,载《司法论坛》2021年第16期。
- [7]葛淼:《论实质正义优先之下的外国法查明问题》,载《南华大学学报(社会科学版)》2021年第6期。
- [8]黄雨婧:《论我国外国法查明制度的完善》,载《黑龙江人力资源和社会保障》2022年第4期。
- [9]季烨、王胜民:《台湾地区民商事法律查明机制的实证分析》,载《台海研究》2022年第1期。
- [10]王莉莉、宋汉鲲:《我国涉“一带一路”建设民商事案件的外国法查明机制创新研究——基于涉“一带一路”建设典型和专题指导性案例的分析》,载《山东财经大学学报》2022年第3期。
- [11]肖永平、仇念轩:《完善我国法院运用专业机构查明外国法的建议》载《国际法学刊》2022年第4期。
- [12]朱酉彤:《大湾区商事优选地法院建设中的外国法查明问题》,载《广西政法管理干部学院学报》2022年第6期。
- [13]高小雅:《澜湄合作机制下我国法院适用澜湄国家法律困境与启示分析》,载《普洱学院学报》2023年第5期。
- [14]冯子涵:《外国法的证明与适用——基于45份民事判决书的分析》,载《国际经济法学刊》2023年第1期。
- [15]张昊彦 连佳鑫:《“双轨制”外国法查明模式的“得”与“失”——基于43份涉外民商事判决书的实证分析》,载《法律研究集刊》2024年第1卷。
- [16]王晶:《我国外国法查明的司法困境与完善路径——基于海事案例的实证研究》,载《世界海运》2024年第4期。

On the Improvement of the Application of the Identification of the Content of Foreign Law in China

**---Empirical analysis based on 46 foreign-related civil and commercial
judgements**

Jingwen CHENG

Abstract: In the ten years from 2014 to 2023, China has achieved full process coverage of foreign-related civil and commercial dispute resolution, from the determination of jurisdiction over foreign-related civil and commercial cases to the resolution of substantive disputes in the case to the enforcement stage. With the introduction of the Interpretation (II) of Certain Issues of the Law of the People's Republic of China on the Law Applicable to Foreign-related Civil Relations, it provides a concrete basis for further improving the system of identification of foreign law and regulating the judicial practice of identification of foreign law. However, according to the current status quo of judicial practice and new development, the main responsibility of foreign law content ascertainment is unclear, foreign law content ascertainment path and ascertainment period conflict, review of foreign law content ascertainment of the determination of the standard is not the same and so on still exists. Through empirical and comparative research, this paper concludes that the responsibility of the main body for identifying the content of foreign law should be refined, the time limit for identifying the content of foreign law should be clarified, the content of foreign law deemed to be unidentified should be increased, and it is hoped that in the future, the procedural mechanism for identifying the content of foreign law will be constructed, and that the construction of the intelligent court will be accelerated and internal training and supervision will be strengthened.

Keyword: Foreign law content identification; applicability; refinement

论我国多式联运经营人“网状责任制”条款的适用

大连海事大学 2023 级法学（海商法）硕士研究生 徐文琪

摘要：随着经济一体化趋势，货物多式联运凭借其经济、安全、便捷、效率等优势逐渐成为国际货物贸易的重要运输方式，其在推进我国对外开放、发展国际货物贸易中具有重要作用。我国《海商法》第 105 条与《民法典》第 842 条的规定相似，均规定了网状责任制，但是并没有明确对于“调整该运输区段的有关法律规定”应该如何理解。在我国理论和司法实践中，对于该“网状责任制”条款的性质，即该条款是否具有指引外国法适用的功能，有很大分歧。2021 年《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 68 条明确了“网状责任制”条款是冲突规范，可以指向外国法的适用，这一规定有利于类案同判，推动人民法院统一法律适用，但也存在法律适用不确定性大、外国法查明困难、查明费用高等问题。

关键词：多式联运经营人；“网状责任制”条款；冲突规范；《海商法》第 105 条；《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 68 条

一、我国“网状责任制”条款的规定

（一）多式联运经营人责任制度

经营人责任制度是多式联运制度中的重难点和核心制度，总体分类可以分为统一责任制、网状责任制和混合责任制三类。在统一责任制下，经营人的责任内容受同一规范调整，完全不受单式运输合同适用的公约或国内法的调整，具有较高的预见性，但与各区段单式运输合同适用的公约或国内法难以衔接；在网状责任制下，经营人的责任内容适用各区段单式运输合同适用的国际公约或国内法，因此可预见性相对较低；混合责任制包括修正的统一责任制与修正的网状责任制。

1975 年《多式联运单证统一规则》¹是国际商会制定的国际规则，该规则作为任意性规则，没有强制适用的效力，但对于多式联运的统一规范制定具有重要意义，在国际多式联运中当事人可以自愿约定适用。《1975 年统一规则》采用修正网状责任制，当发生定域货损时，经营人责任制度由货损区段适用的国际公约或国内法的调整；这就导致了在货损发生前当事人无法预知适用何种法律规范、适用何种责任限额，不可预见性和不确定性较高；发生非定域货损或者没有国际公约和国内法可以适用时，适用该规则的制约。

1980 年《联合国国际货物多式联运公约》²在多式联运国际规则中具有重要

¹ 《多式联运单证统一规则》于 1973 年由国际商会制定，于 1975 年修订，供当事人自愿采纳，后文简称为《1975 年统一规则》。

² 《联合国国际货物多式联运公约》于 1980 年 5 月 24 日在日内瓦举行的联合国国际联运会议第二次会议

地位，是第一部关于国际货物多式联运的统一立法，在各国多式联运国内立法中提供了参考，该公约中将“多式联运”定义为以至少两种不同的运输方式跨国运输货物，该条款被国际社会普遍认可为广义的多式联运的定义。《1980年公约》首次采用了修正的统一责任体制，多式联运经营人和各运输区段承运人的责任内容适用公约的规定，但根据条约第19条国际单式运输公约和国内法的责任限额在一定情形下可以有条件适用。该公约的规定可以让当事人更好预估运输风险、安排运输保险。

1991年《联合国贸易和发展会议/国际商会多式联运单证规则》³在此前的国际规则基础上进行了细化和完善。在责任形式上，《1991年单证规则》采用修正的统一责任制，该规则6.4条⁴规定了发生定域货损时，当《1991年单证规则》与单式运输公约或者国内强制性规范规定的赔偿责任限额不一致时，应以单式运输公约或者国内法所确定的赔偿责任限额为准。

各国法律中，也有和我国“网状责任制”条款相似的规定。例如《荷兰民法典》第8:41条规定：“运输的每一区段均应受适用于该区段的法律规则管辖。”该条款没有区分强制性和补充性法律规则，因此涵盖了两类。《德国商法典》第452a条：“如果造成货物损毁、灭失或是导致延迟交付的事件已经确定在一个特定的运输区段，那么承运人的赔偿责任应与第一分章的规定相反，根据将适用于包含该区段的运输合同的法律条款确定。”

（二）“网状责任制”条款中我国的确立

我国关于多式联运的纠纷主要援引《民法典》和《海商法》作为法律依据，关于多式联运的规定同时散见于司法解释、其他部门规定等法律规范当中。

《海商法》在制定之初大量借鉴了各个国际公约的规定，同时结合我国发展现状，建立了适合我国国情的法律规范。《海商法》作为规范我国海商事法律关系的特别法，主要调整海上运输部分。其中，《海商法》第105条明确规定了网状责任制，该条款源于《1991年单证规则》6.4条，删除了适用强制性规范的规定，改“强制性国家法律”为“调整该区段运输方式的有关法律规定”。《民法典》主要对其他运输方式进行规范，《民法典》第842条沿袭了《合同法》321条关于多式联运经营人责任形式的规定。《海商法》第105条与《民法典》第842条均规定了修正的网状责任制，该责任形式与我国侧重承运人利益保护、促进多式联运

上，经与会的84个贸发会议成员国一致通过，要求三十个国家的政府签字才能生效，后文简称为《1980年公约》。

³ 《联合国贸易和发展会议/国际商会多式联运单证规则》是1991年由联合国贸易和发展会议与国际商会制定的国际规则，供当事人自愿采纳，后文简称为《1991年单证规则》。

⁴ 《1991年单证规则》6.4条：“如果货物的灭失或损坏发生在多式联运中的某一特定区段，而适用于该区段的国际公约或强制性的国家法律规定了另一项责任限额，如同对这一特定区段订有单独的运输合同一样，则多式联运经营人对此种灭失或损坏的赔偿责任限制应当按照此种公约或强制性国家法律的规定计算。”

发展的立法目的相符。

二、“网状责任制”条款在适用中的分歧

我国《海商法》第 105 条与《民法典》第 842 条的规定相似，均规定了网状责任制，但是并没有明确对于“调整该运输区段的有关法律规定”应该如何理解。具体来说，就是在涉外多式联运中，货物在境外运输区段发生货损，当多式联运合同纠纷确定以中国法律为准据法，“网状责任制”条款中的“调整该运输区段的有关法律规定”，指的是适用准据国法，即我国相关法律，还是指货损地国家调整该具体运输方式的法律。这一问题，在我国理论和司法实践中都有很大分歧，争议的焦点在于该“网状责任制”条款是否具有指引外国法适用的效力：理论中存在对于我国多式联运经营人“网状责任制”条款是否为冲突规范的争议，同时，在司法实践中，当货物在国外某一运输区段损毁、灭失，经营人赔偿责任和责任限额的法律适用问题也存在分歧。

（一）观点一：准据国法

在我国早期司法实践中，一般按照准据国法确定经营人的责任，即认为《海商法》第 105 条并非冲突规范，当货物在国外某一运输区段发生货损时，经营人的赔偿责任及其限额应适用准据法国家调整特定运输方式的法律，也就是我国调整该运输方式的法律。

本文认同这一观点，《海商法》第 105 条并非冲突规范，不能指向外国法律。第一，如果在我国境内的运输区段发生货损，当然适用我国法律中调整该运输方式的法律。在此情况下，《海商法》第 105 条并不具备冲突规范的功能。第二，就构成要件而言，该条款不满足冲突规范的条件，缺乏一般意义上的“连结点”，也就是缺乏可以确定的事实要素，仅凭该规定并不能排除对某一运输区段存在两个或更多的国家法律对其进行调整的可能。第三，《海商法》第 105 条的适用条件是，法院依据冲突规范或者当事人合意选择，已经确定了以我国法律作为准据法。国际多式联运合同作为一个完整合同，应适用同一个准据法。当确定将中国法作为准据法后，再适用《海商法》第 105 条指引外国法律，属于冲突法的二次适用，这不仅与我国不适用反致和转致的原则相悖，也与当事人意思自治原则相悖。

《德国商法典》第 452a 条与我国《海商法》第 105 条在适用“网状责任制”条款方面有类似之处。同样，也有学者对《德国商法典》第 452a 条的规定持相似观点。荷兰学者 Michiel Spanjaart 认为《德国商法典》第 452a 条没有冲突规范的功能，法律冲突已经在早期阶段通过适用的冲突规则解决了，当德国法律因此适用时，《德国商法典》第 452a 条不能再次重新开始这一讨论，否则就可能导致反致。因此，《德国商法典》第 452a 条解决的是哪些规则管辖承运人对具体运输

区段的赔偿责任的问题。⁵德国学者 Hartenstein 指出,如果《德国商法典》第 452a 条指引外国法的适用,则具有冲突规范的性质,那么使得多式联运合同在整体上适用德国法而在具体运输区段上适用他国法。这种冲突法的二次适用与寻求法律适用和裁判一致的国际私法原则相悖。因此,《德国商法典》第 452a 条仅可在不具有涉外因素的多式联运合同中指引外国法的适用。德国学者 Basedow 指出,《德国商法典》第 452a 条属于实体性规范,它规定了国内法中实体性规范的适用规则,而非冲突规范或者国际私法规范。

在我国早期司法实践中,多符合这一观点:

1、中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司为与被告青岛航美国际物流有限公司多式联运合同纠纷案⁶

2015 年,多式联运经营人青岛航美国际物流有限公司接受委托,负责涉案货物的运输,第一段系从上海至墨西哥的拉萨罗卡德纳斯港的海运运输,第二段系从卸货港拉萨罗卡德纳斯港至墨西哥城的陆路运输,涉案货物在从卸货港运往目的地过程中遭受他人劫持灭失。

上海市高级人民法院对案件进行了审理,经当事人合意选择,确定中国法为准据法。法院根据《海商法》第 55 条的规定确定货物灭失的赔偿额,根据《海事诉讼特别程序法》第 93 条的规定确定赔偿范围。

该判决体现出,上海市高级人民法院在本案中认为《海商法》第 105 条是将中国法作为多式联运合同准据法之后的“国内法适用规则”,由此可以推断,审判法院认为《海商法》第 105 条并非冲突规范,不能指引外国法律,经营人的赔偿责任及其限额应当适用准据国法,也就是我国相关法律。

2、国泰世纪产物保险股份有限公司与深圳浩航船务代理有限公司多式联运合同纠纷案⁷

2017 年 11 月,嘉木兴公司与被告达成协议,原告委托被告办理一批全地形车从重庆至危地马拉城的全程运输事宜,包括从重庆至上海的内河运输,从上海至危地马拉国夸特扎尔港的海路运输,以及从夸特扎尔港至危地马拉城的陆路运输。2017 年 12 月 20 日,在从上海至危地马拉国夸特扎尔港的海路运输过程中,装运涉案货物的集装箱在海运途中落海灭失。

广州海事法院经审理认为,涉案货物需以包括海运在内的两种以上方式运输,同时原告是台湾地区法人,故本案是一宗具有涉外、涉台因素的多式联运合同纠纷。双方合意选择大陆法律解决本案实体争议,未选择区段法律。涉案货物于海运途中落海灭失,根据《海商法》第 105 条对规定,法院直接依照《海商法》中

⁵ Michiel Spanjaart, *Multimodal Transport Law*, Routledge, 2018, p.179-p.185.

⁶ 参见上海海事法院(2016)沪 72 民初 2556 号民事判决书、上海高级人民法院(2017)沪民终 305 号民事判决书。

⁷ 参见广州海事法院(2019)粤 72 民初 957 号民事判决书。

关于海上货物运输的相关规定认定被告的赔偿责任。

由此判决可以推出，广州海事法院在本案中就对《海商法》第 105 条的解读为该条款并非冲突规范，不能指引外国法律，经营人的赔偿责任及其限额应当适用准据国法，也就是我国相关法律。

（二）观点二：货损地法

亦有学者持另一种观点，认为《海商法》第 105 条是一条冲突规范，当在境外发生货损时，经营人的赔偿责任及其限额应当适用货损地调整该运输方式的法律。

2021 年《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 68 条（以下简称《会议纪要》）第 2 款对“网状责任制”条款的适用问题进行了答复，明确了当多式联运适用我国法律为准据法的情况下，如果货物在国外发生货损，经营人的赔偿责任应依据货损地法确定，而不能直接适用我国对该区段运输方式进行调整对法律；但是，在确定诉讼时效的问题上，仍然应以我国关于诉讼时效的规定为准。⁸此次《会议纪要》第 68 条将《海商法》第 105 条“调整该区段运输方式的有关法律规定”的表述解读为我国法律对经营人在特定运输区段发生货损的赔偿责任及限额的法律适用进行了特别规定。

目前的主流观点认为《海商法》第 105 条是一条冲突规范，司法实践多采用这一观点：

1、北京盛伦国际物流有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司厦门分公司多式联运合同纠纷案⁹

2019 年 12 月 27 日，盛伦公司与奉兴公司签订《货物运输代理合同》，委托盛伦公司作为奉兴公司的国际货物运输代理，负责货物起运港到最终目的地交货的货物运输代理服务。2020 年 5 月，奉兴公司根据合同约定将涉案货物委托盛伦公司由上海港运输至刚果，2020 年 9 月 1 日，涉案货物在刚果境内陆路运输区段发生交通事故，造成货损。

本案为多式联运合同纠纷，当事人明示选择适用中国法为准据法。一审法院在确定多式联运经营人的赔偿责任时直接适用了中国法律。二审法院予以纠正，认为确定多式联运经营人的赔偿责任不能直接适用中国法律，而应适用刚果有关调整公路货物运输的法律予以确定。

⁸ 2021 年全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要第 68 条：“具有涉外因素的多式联运合同，当事人可以协议选择多式联运合同适用的法律；当事人没有选择的，适用最密切联系原则确定适用法律。当事人就多式联运合同协议选择适用或者根据最密切联系原则适用中华人民共和国法律，但货物灭失或者损坏发生在国外某一运输区段的，人民法院应当根据海商法第一百零五条的规定，适用该国调整该区段运输方式的有关法律规定，确定多式联运经营人的赔偿责任和责任限额，不能直接根据中华人民共和国有关调整该区段运输方式的法律予以确定；有关诉讼时效的认定，仍应当适用中华人民共和国相关法律规定。”

⁹ 参见天津海事法院（2021）津 72 民初 786 号民事判决书、天津高级人民法院（2021）津民终 1026 号民事判决书。

二审法院通过非洲法律专家查明，刚果作为非洲商法协调组织成员国，调整其国内公路货物运输适用非洲商法协调组织通过的《公路货物运输合同统一法》，故本案确定盛伦公司的赔偿责任应当适用该统一法。《公路货物运输合同统一法》第一章第一条第2项规定：“本统一法对危险品运输、丧葬托运、家具搬运或任何受国际邮政公约调整的运输均不适用。”涉案货物为磷酸，属于危险化学品，根据上述规定，危险品运输又排除适用《公路货物运输合同统一法》，故本案确定盛伦公司的赔偿责任无法使用该统一法。查找刚果其他有关调整公路货物运输的法律存在现实困难，本院无法查明刚果的法律，亦无法确定刚果对于危险品公路运输是否有规定。在此情况下，本案应适用中华人民共和国法律。

从本案可以推知，二审法院对《海商法》第105条的理解为，当货物全损发生在国外铁路运输区段时，应当援引损失发生国调整铁路运输区段的法律确定经营人的赔偿责任，而非根据我国法律予以确定，与后续出台的《会议纪要》观点相契合。

2、江苏秀强玻璃工艺股份有限公司与青岛万嘉集运物流有限公司连云港分公司合同纠纷案¹⁰

本案中，原告秀强玻璃公司因出口产品至墨西哥，委托被告万嘉物流公司作为国际运输业务代理人，运输一批冰箱用钢化玻璃和塑料饰条至墨西哥。涉案货物多式联运包括从中国至墨西哥的海运运输和到达墨西哥的陆路和铁路运输。涉案货物于2020年5月20日到达墨西哥，在运向阿波达卡的途中发生火车脱轨事故，造成货物全部损坏。

南京海事法院对该案件进行了审理，认为双方当事人在协议中明确约定适用中国法律，因此本案适用中国法律审理。作为多式联运经营人，被告应对整个运输过程中发生的货损向托运人承担承运人责任。对于涉案货物于铁路运输中遭受毁损，被告的赔偿责任及其限额应根据《海商法》第105条，适用墨西哥法律中调整当地铁路运输的法律来确定。最后，依据中国政法大学外国法查明研究中心的查明结果，被告的赔偿责任应按照墨西哥《关于铁路服务的实施法》中的赔偿责任限额条款进行计算。最后，法院判决被告万嘉物流公司赔偿原告秀强玻璃公司人民币19662.93元及利息。

3、湖南贝加尔动力科技有限公司诉深圳市中创国际物流有限公司多式联运合同纠纷案¹¹

2019年1月7日，原告湖南贝加尔动力科技有限公司向北京迪安帝科技有限公司采购电气柜、电机等实验设备。2019年5月23日，原告与被告深圳市中创国际物流有限公司签订货运承运协议，原告委托被告办理从中国长沙到美国亚

¹⁰ 参见南京海事法院（2020）苏72民初1061号民事判决书。

¹¹ 参见广州海事法院（2020）粤72民初399号民事判决书。

特兰大的海运散货 DDU 贸易条款服务。根据合同约定，被告负责涉案货物多式联运的全程运输，第一段系从湖南长沙至香港的公路运输，第二段系香港至美国纽约港的海运运输，第三段系从美国纽约港到亚特兰大佐治亚大学的公路运输。由于被告怠于对电气柜进行打木架包装及二次加固，涉案货物在美国亚特兰大的公路运输区段出现货损。

广州海事法院认为，本案是包含海运区段的国际货物多式联运合同纠纷案件，货损发生在美国亚特兰大的公路运输区段，根据《海商法》第 105 条，被告的赔偿责任及其责任限额本该根据美国亚特兰大的法律确定。在庭审中，原、被告均选择就本案整体适用中国法，被告亦表示放弃责任限制的相关抗辩。广州海事法院在充分尊重当事人合意选法权利的基础上，适用了我国法律，基于当事人意思自治，排除了美国亚特兰大的法律规定的适用。

由此可以推断，广州海事法院在本案中认为《海商法》第 105 条为冲突规范，可以指向域外法的适用，且该条款并非法律适用的强制性规定，当事人一致同意适用中国法并未违反该规定，被告选择适用中国法是其行使处分原则的体现，法院应予以尊重。

三、《会议纪要》第 68 条评析

《会议纪要》第 68 条在内容上实际是关于涉外多式联运合同的法律适用规定。

第 68 条第 1 款规定了涉外多式联运合同法律适用的一般性规定，即除法律另有规定外，应优先适用当事人选择的准据法，只有在当事人未作出选择时，才能适用与合同有最密切联系的国家的法律。该条款与《涉外民事法律关系适用法》第 41 条关于涉外合同准据法的原则性适用规定以及《海商法》第 269 条包含海上运输区段的涉外多式联运合同的法律适用的规定基本一致。

《会议纪要》第 68 条第 2 款为最高人民法院针对“适用调整该运输区段的有关法律规定”是指适用准据国法还是货损国法这一问题做出的明确答复。根据该款规定，涉外多式联运合同纠纷中，根据当事人合意选择或者最密切联系原则适用我国国内法为准据法的，货物在境外运输区段发生损毁、灭失，根据《海商法》第 105 条，经营人的赔偿责任和责任限额应当按照货损地法确定，而不能直接适用我国对该特定区段运输方式进行调整的法律，但是，在确定诉讼时效的问题上，仍然应以我国关于诉讼时效的规定为准。依据《会议纪要》第 68 条第 2 款的精神，在审理以我国法律为准据法的涉外多式联运合同纠纷时，对于多式联运经营人在境外特定区段货损的赔偿责任及其责任限制问题，应当按照我国关于网状责任制的实体规定和法律适用指引，在合同整体准据法确定为中国法的基础上进行冲突法的二次适用。

（一）《会议纪要》第 68 条的积极功能

在国际运输中, 尽管各个国家关于承运人归责原则的有关规定已逐渐趋于一致, 但是在责任限额方面仍有较大差异, 尤其是在与其自身产业发展水平紧密相关的陆路运输方面, 这种差异更为显著。各国法律的适用对多式联运经营人的赔偿责任和责任限额有重大影响。在“第一产物保险股份有限公司与新加坡长荣海运股份有限公司、长荣海运股份有限公司多式联运合同纠纷案”¹²中, 多式联运经营人新加坡长荣公司负责运输一批电脑从中国上海通过海运运输至墨西哥曼萨尼约, 再从曼萨尼约通过公路运输至墨西哥墨西哥城, 货物在从曼萨尼亚至墨西哥城的陆运区段遭遇抢劫, 造成货物灭失。当事人合意选择中国法作为准据法, 但在确定新加坡长荣海运的赔偿责任及责任限额时, 是否适用墨西哥调整公路运输的法律存在争议。一审、二审法院认为货物灭失发生在墨西哥境内的公路运输区段, 应当适用墨西哥法律体系中调整公路运输的法律, 但因相关外国法查明困难, 适用了中国法, 依据《合同法》的规定, 按照实际损失赔偿原则, 经营人需要赔偿 3082795.78 美元。再审法院适用了当事人查明的墨西哥法, 根据墨西哥《联邦道路桥梁和车辆运输法》第 66 条关于免责情形的规定, 最终实际赔偿额仅为 1737.97 美元。

在裁判文书网以“多式联运合同”、“《海商法》第一百零五条”、“法律适用”为关键词进行检索, 共有 27 份相关判决。通过对这些案件的分析, 可以看出法院在不同案件中对《海商法》第 105 条的性质解读存在差异。例如, 前文所述的“北京盛伦国际物流有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司厦门分公司多式联运合同纠纷案”、“江苏秀强玻璃工艺股份有限公司与青岛万嘉集运物流有限公司连云港分公司合同纠纷案”、“湖南贝加尔动力科技有限公司诉深圳市中创国际物流有限公司多式联运合同纠纷案”等案件中, 法院认为《海商法》第 105 条可以进行冲突法的二次使用, 在货损发生在境外时, 指向货损地所属国家调整特定运输方式的法律规定, 以此确定多式联运经营人的赔偿责任和责任限额; 而前文所述的“中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司为与被告青岛航美国际物流有限公司多式联运合同纠纷案”、“国泰世纪产物保险股份有限公司与深圳浩航船务代理有限公司多式联运合同纠纷案”等案件中, 法院则认为《海商法》第 105 条不具有冲突规范的功能, 不能指向外国法的适用, 而应该适用我国法律调整特定运输方式的法律规定。

即使是同一法院, 对该类型的案件也做出了不同的判决, 例如广州海事法院在 2020 年审理的“湖南贝加尔动力科技有限公司诉深圳市中创国际物流有限公司多式联运合同纠纷案”, 承办法官为谭学文法官, 该案件认为《海商法》第 105 条为冲突规范, 可以指向域外法的适用; 而该审判机构同年审理的“国泰世纪产

¹² 参见上海海事法院 (2013) 沪海法商初字第 1633 号民事判决书、上海 (2015) 沪高民四 (海) 终字第 55 号民事判决书、最高人民法院 (2018) 最高法民再 196 号民事判决书。

物保险股份有限公司与深圳浩航船务代理有限公司多式联运合同纠纷案”，承办法官为平阳丹柯，认为《海商法》第 105 条并非冲突规范，不能指引外国法律，经营人的赔偿责任及其限额应当适用准据国法，也就是我国相关法律。

《会议纪要》第 68 条虽然不具备法律渊源的效力，但其体现了最高人民法院对于国际多式联运合同的法律适用的审判思路以及对于我国《海商法》“网状责任制”条款的性质解读，对化解司法实践中的观点分歧，进一步推动人民法院统一法律适用，规范司法裁量权正确行使，促进“同案同判”、“类案同判”，保证依法公正高效审判具有积极意义。

（二）《会议纪要》第 68 条的不合理之处

《会议纪要》第 68 条仍存在一些不合理之处。《会议纪要》第 68 条认为《海商法》第 105 条是冲突规范，可以指向域外法的适用，这一规定存在不可预见性高、当事人举证责任加重、外国法查明困难等问题。

一份多式运输合同可能包含多个国家的多种运输方式，不同国家、不同运输方式的规定不同，责任制度差异较大。《会议纪要》第 68 条的规定使多式联运各区段所经之国的法律均可能作为确定经营人赔偿责任的依据，这就导致了在货损发生前当事人无法预知将会适用何种法律规范、适用何种责任限额，不可预见性和不确定性较高，无法很好地预估运输风险、安排运输保险。法律适用的不确定性大大增加了经营人的风险。货运人出于利益考虑，选择更符合自己利益的运输方式，一定程度上对我国多式联运的发展和国际货物贸易发展产生阻碍作用。

法律适用的极大不确定性很可能给当事人，尤其是托运人，带来不必要的诉讼负担。各国法律对于经营人赔偿责任和责任限额规定的不同可能导致经营人隐瞒对自己不利的确定货损地的证据，虽然货损地所属国家法律规定与我国相关运输方式法律规定相比，责任限额高低不确定，实践中承运人可能会选择性披露确定货损地的证据，从而适用赔偿责任限额较低的国家的法律进行赔偿，而货方在运输过程中对货物没有控制权，因此难以通过举证确定货损地，以适用更高的赔偿限额，不符合实践的具体操作。

同时，《会议纪要》第 68 条导致在案件审理中需要查明外国法，这既会增加当事人的举证负担，又会消耗更多司法资源，尤其会拖慢审理进程，拖延诉讼程序。更何況查明外国法律有很大困难，在很多案件中，由于不能达到查明适用的标准，法院最终根据中国法作出裁判。且查明外国法的费用较高，对于诉讼标的较小的案件，可能会造成当事人的负担。例如，在前文所述的“北京盛伦国际物流有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司厦门分公司多式联运合同纠纷案”中，天津高级人民法院虽认为应根据《海商法》第 105 条的指引，适用刚果法律，但由于查明刚果法律存在现实困难，最终适用了中国法审理。在“湖南贝加尔动力科技有限公司诉深圳市中创国际物流有限公司多式联运合同纠纷案”中，广州海事法院认为，本案诉讼标的额较小，而外国法查明的费用高昂，当事人查明外

国法的诉讼成本和收益极不相称,强行要求当事人查明外国法会额外增加当事人负担并造成诉讼程序的拖延,最终,广州海事法院根据当事人的合意选择,适用了中国法确定经营人的赔偿责任和责任限额。

四、结语:多式联运的出现,提高了运输效率,促进了国际货物贸易的发展,但随之而来的是各类多式联运纠纷。我国《海商法》第 105 条规定了“网状责任制”,但对于其中“适用调整该运输区段的有关法律规定”是指适用我国调整货损区段的运输方式的国内法,还是货损地调整货损区段运输方式的法律,存在争议。

《会议纪要》第 68 条对此问题进行了明确,将《海商法》第 105 条解读为冲突规范,可以指向外国法的适用。《会议纪要》第 68 条虽不具有法律渊源的地位,但对于我国规范法官的自由裁量,促进同案同判、类案同判,促进司法公正,具有重要意义。但冲突法的二次适用与国际私法追求法律适用及判决统一的原则相悖,也违反了我国不适用反致和转致的原则,且法律适用的不确定性会增加经营人的运输风险,查明外国法律较为困难,也会增加当事人的举证负担,增加诉讼费用,《会议纪要》第 68 条仍有一些不足之处,对我国多式联运和国际货物贸易发展具有不利影响。

参考文献:

专著类:

- [1]司玉琢:《海商法》,法律出版社 2018 年版。
- [2]John Furness Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, Longman, 2010.
- [3]David A. Glass, *Freight Forwarding And Multimodal Transport Contracts*, Routledge, 2012.
- [4]Michiel Spanjaart, *Multimodal Transport Law*, Routledge, 2018, p.179-p.185.

期刊类:

- [1]周灵、刘水林:《“一带一路”背景下我国国际多式联运责任制度的完善》,载《上海财经大学学报》2019 年第 5 期,第 53 页。
- [2]刘玲:《国际货物多式联运经营人责任规则分析》,载《中国海商法研究》2020 年第 2 期,第 83 页。
- [3]刘丹:《国际货物多式联运定域损失赔偿责任法律适用问题分析》,载《世界海运》2021 年第 11 期,第 28 页。
- [4]徐春龙、周茜:《论定域损失多式联运经营人赔偿责任的法律适用》,载《中国海商法研究》2022 年第 3 期,第 102 页。
- [5]俞旭明、李根:《〈海商法〉中多式联运经营人“网状责任制”的法律适用问题》,载《世界海运》2023 年第 1 期,第 34 页。

《新加坡调解公约》下我国国际商事调解制度的完善

施春璐 大连海事大学

摘要：国际商事调解作为一种介于公力救济与私力救济之间的解决国际商事纠纷的方式，因其具有的灵活性、高效性、保密性、兼容性与友好性，越来越受到国际商事主体的青睐，相较于传统的国际商事诉讼与国际商事仲裁，国际商事调解基于各方主体的意思自治，通过中间人居中调停，达成各方利益平衡的状态，且效率的提升为各国际商事主体的商事活动提供了极大的便利。当前，国际商事活动的日益增多使得国际商事调解制度也随之发展与进步，各国际主体也相应推出了一系列公约与举措促进国际商事调解制度更好适用。我国在国际商事调解方面仍处于不完善状态，《新加坡调解公约》的通过，使得我国需要参照其分析我国国际商事调解制度的现状，并推出应对举措来完善我国国际商事调解制度。

关键词：《新加坡调解公约》，国际商事调解，意思自治，制度完善

一、《新加坡调解公约》中国际商事调解的特殊机制

（一）国际商事和解协议的执行管辖权归属

《新加坡调解公约》的制定旨在在当前国际商事活动增多的大环境下提升国际商事和解协议的可执行性，以此来增进国际商事主体对于国际商事调解制度的信任，更多地选择该方式来解决国际商事纠纷。但是在公约中并未明确被请求救济方应当如何确定执行管辖权，而是采取了较为灵活的方式，允许各国根据本国程序法规则来确定执行和解协议的管辖法院，这是对各国司法主权的尊重，也为国际商事和解协议的执行提供了更广泛的适用性。鉴于国际商事调解制度与国际商事仲裁制度都属于替代性纠纷解决机制（ADR），我们可以参照仲裁管辖权的确定方法来确定国际商事和解协议的执行管辖权。

确定对外国仲裁裁决有管辖权的法院要根据我国《民事诉讼法》规定，若一方当事人不履行由我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行，该规定明确申请人仅限于当事人以及受理法院必须为被申请人住所地或财产所在地中院。《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第三条对外国仲裁裁决的承认与执行的管辖范围进行了适度拓宽。具体而言，对于被申请人住所地及财产所在地均不在中国境内的外国仲裁裁决，与之相关联的案件受理法院，或是相关仲裁机构所在地的法院，均被赋予管辖权。这一规定在客观上为更多外国仲裁裁决在中国获得承认与执行提供了便利与可能。¹

¹ 马婧禹：《新加坡公约在我国落地的思考》，载《上海法学研究》集刊（2020年第17卷 总第41卷）——

确定对国际商事和解协议有管辖权的法院,参照上述规定,即由被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院负责管辖。此外,为了提升国际和解协议得到执行的可能性,建议适度扩展管辖权的范围。具体而言,在被申请人住所地及财产所在地均不在我国的情况下,可授权处理相关关联案件的法院,或是相关仲裁机构所在地的法院,来行使相应的管辖权。²

此外,当事人之间若意思自治在和解协议中明确约定了执行管辖法院,且该约定不违反相关法律规定和公共利益,那么该约定应被视为有效。同时如果国际商事和解协议符合国际商事法庭的管辖条件,当事人亦可向国际商事法庭申请执行,这也有助于利用国际商事法庭的专业性和高效性,快速解决争议。

(二) 国际商事和解协议的执行条件和执行程序

《新加坡调解公约》规定其适用范围,《公约》要求能够被执行的国际商事和解协议需要具有国际性,只有满足国际性要求才能申请执行。国际性包括两种情形,第一种是商事和解协议中至少有两方当事人的营业地位于不同国家,第二种是商事和解协议中各个当事人的营业地不是和解协议主要义务履行地所在国,或者不是与和解协议涉及事项联系最密切的国家。³只要满足上述两种情形其中之一即可,由此可见《公约》对于商事和解协议的国际性要求较为宽松。同时《新加坡调解公约》也规定了其不适用的范围:首先是各主体的非商事行为即用于个人或家庭目的的消费、交易行为,以及与家庭法、继承法、就业法有关的行为。⁴此外还有在司法程序中、仲裁程序中达成的和解协议并且和解协议可以作为判决或裁判予以执行的也不属于适用《新加坡调解公约》的情形。因为这两种情形属于《纽约公约》和《法院选择协议公约》的适用范围,既然已有救济途径,《新加坡调解公约》就无需再进行重复救济。

与此同时,《新加坡调解公约》对于国际商事和解协议的形式要件有所要求,《公约》规定当事人申请执行时不仅要提交其所签署的和解协议,还要提交表示该和解协议确已经过调解产生的证据。⁵对于这一事实的证据,我们在此通过示例性而非穷尽性的方式进行了具体说明。这些证据可以包括但不限于以下几种形式:调解员的亲笔签名,作为调解过程真实性的直接证明;或者由调解员签署的证明文件,该文件详细记录了调解的进展情况;亦或是由调解过程管理机构出具的证明,用以证实调解活动的存在及其合法性。此外,我们还设置了兜底条款,

——西北政法大学文集,2020年,第8页。

² 连俊雅:《〈新加坡调解公约〉下我国国际商事和解协议执行机制的构建》,载《长江论坛》2022年第3期,第69-78页。

³ 张冰:《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》,载《商事仲裁与调解》2021年第5期,第25-39页。

⁴ 连俊雅:《经调解产生的国际商事和解协议的执行困境与突破——兼论〈新加坡调解公约〉与中国法律体系的衔接》,载《国际商务研究》2021年第42卷第1期,第50-62页。

⁵ 冯子涵:《〈新加坡调解公约〉与中国法律制度的冲突与应对》,载《湖湘法学评论》2022年第2期,第103-117页。

即执行地主管机关能够接受的其他任何形式的证据。这一条款旨在确保和解协议的合法性和有效性得到最大程度的认可，同时也为未来可能出现的其他证据形式预留了空间。《公约》还深入阐述了当事人以数据电文或电子通信形式提交的和解协议，在满足特定条件下，可被视作符合上述的和解协议，并据此向执行地的主管机关提交。具体而言，这些条件首要包括：该数据电文或电子通信必须能够准确无误地识别出各方当事人及调解员的身份，并清晰展现各方或调解员对其内容的真实认可与意愿表达。进一步地，若综合考虑所有相关因素后，能确认采用此种电子形式订立和解协议的目的是正当合理的，或者结合其他辅助证据，能够充分证明该电子通信或数据电文在实质上具备确认当事人及调解员身份和真实意愿的功能，那么，这样的电子通信或数据电文即满足了《公约》中关于和解协议的形式规定。

《新加坡调解公约》虽然对国际商事调解协议的执行的基本条件进行了设置，但是对于具体的执行并未规定一定的程序或规则，只是创设了国际商事和解协议的“直接执行机制”，然后将问题留给各国国内法，但是国际商事调解协议的执行仍然要在实体和程序问题上受到公约、相关准据法以及申请地法的支配。《新加坡调解公约》也设置了一定的执行程序导向，如调解程序的核心要素是无强制解决争议权的第三人的“协助”，这也就排除了当事人自发达成的无需第三人介入调解产生的和解协议，《公约》只对第三人的存在提出要求，至于第三人的调节方式以及第三人的身份并无严格限制。此外，《新加坡调解公约》还对调解员的公正性提出了要求，来保证最低限度的程序正义。《公约》规定，若调解员存在严重违反适用于调解员或者调解准则的情形，或是存在未披露有损于其公正性或独立性的事实并对调解有实质影响的情形，当事人可以向主管机关申请拒绝准予救济。⁶这一规定在程序上一定程度上保证了当事人的权益。

（三）拒绝执行国际商事和解协议的理由

《新加坡调解公约》第五条明确规定了五种拒绝执行调解协议的情形。首先，若调解协议的一方因特定原因无法履行其义务，导致协议无法执行，执行机关可拒绝执行。其次，若调解协议因适用的法律规定而失效或无效，失去法律效力，执行机关亦可拒绝执行。第三，若调解协议中的某些条款缺乏法律约束力、违反公共政策或非最终确定性，执行机关有权拒绝执行。第四，若调解协议中的义务已履行或内容不明确、难以理解，执行机关同样可拒绝执行。最后，若调解员在调解过程中严重违反行为准则或未履行披露义务，执行机关可基于此拒绝执行。⁷这一规定强调了调解员的中立性，若调解员未向当事人披露可能影响其公正性或独立性的事项，执行机关可驳回执行申请。《新加坡调解公约》选择援引的救

⁶ 戴欣媛：《〈新加坡调解公约〉下中国执行国际商事和解协议路径探索》，载《国际经济法学刊》2020年第4期，第37-48页。

⁷ 段明：《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》，《商事仲裁与调解》2021年第2期。

济方式的规定体现了对执行效率和简便性的重视。通过有限列举的方式，公约确保了辩护理由的明确性和可操作性，便于执行机构快速、准确地核查和驳回不当的执行申请。尽管一些国家曾提议引入复审机制作为执行调解协议的先决条件，但由于调解协议缺乏明确的属地属性，确定其来源国存在困难。因此，公约最终采用了直接执行机制，旨在提高执行效率，避免复杂的复审程序。这一决策确保了调解协议能够以高效、直接的方式执行，从而更好地服务于国际商事争议的解决。由此可见，《新加坡调解公约》通过有限的列举方式和直接执行机制，体现了对执行效率和简便性的追求，确保了调解协议能够快速、准确、有效地执行。

二、我国国际商事调解制度的现状

我国国际商事调解在立法方面、司法方面和机构组成方面上都存在一定缺陷。具体表现为立法空白、司法内容空泛、执行困难、机构组成尚不成熟、纠纷解决机制混乱。

（一）我国国际商事调解立法方面

当前，我国在国际商事调解制度上并无具体的法律规范，立法上呈现空白状态，面对国际商事纠纷需要调解时一般采取援引其他法律规范的行为，包括民事诉讼法、仲裁法和人民调解法，这也意味着我国当前的国际商事调解制度与国际通用的形式存在着区别，国外商事调解主要有两种运作方式，包括机构调解与个人调解，个人调解是指调解员在以个人名义从事调解义务而不隶属于任一调解机构或组织，⁸但是我国尚不认可个人调解的法律效力，也即若要进行国际商事调解需要采取调解中心、调解委员会、法院调解或者仲裁调解等专门解决纠纷的途径。这就导致国际商事调解的效率大大下降，无法满足国际商事调解的市场需求，尤其是在我国签署加入了《新加坡调解公约》后，市场需求大大增加的情况下，若不调整相应的立法认可个人调解的效力，就会出现供不应求的状况，也会导致我国的国际商事调解制度与国际无法衔接的问题，脱离了国际商事调解的发展大势。

（二）我国国际商事调解司法方面

在国际商事调解具体的司法实践中，我国只有两份文件可以供司法工作人员参考，包括 2009 年最高人民法院发布的《建立健全诉讼与非诉讼衔接的纠纷解决机制的若干意见》以及 2016 年《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》。⁹这两份文件响应了我国国际商事调解的改革，将商事调解与司法调解并列，是我国多元化纠纷解决机制的开端，但是文件的内容仅仅是提到大体内容，在概念上实现突破，还尚未形成具体的内容供司法实践参考，这就导致在实务中需要各司法工作人员通过自由心证来进行国际商事调解行动，从而使各

⁸ 段明：《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》，《商事仲裁与调解》2021 年第 2 期。

⁹ 段明：《〈新加坡调解公约〉与中国商事调解的立法选择》，《商事仲裁与调解》2021 年第 2 期。

调解结果存在良莠不齐的状态，可能产生司法混乱的情形。

（三）我国国际商事调解协议执行方面

在国际商事调解协议的执行方面，我国国际商事调解遵循自愿合法原则，法院调解和仲裁达成的调解书具有法律效力且可以被强制执行，但是民间调解的调解协议在未被规范的法律途径公证时虽然具有一定的法律效力，尚不具有强制执行力。这就导致完全依靠双方的诚信进行执行活动会使双方都陷入风险之中，而若要使调解协议具有强制执行力仍需要司法途径的转化，是一种程序冗杂，致使各商事主体面对商事纠纷大多还是采取诉讼或者仲裁手段来保证执行，调解只是无奈下的选择，不利于我国国际商事调解制度的发展。

（四）我国国际商事调解机构组成方面

在国际商事调解的机构组成与人员组成方面，我国成立了中国国际商会调解中心、上海经贸商事调解中心、北京融商一带一路法律与商事服务中心与海口国际商事调解中心。¹⁰这些机构的组成意味着我国国际商事调解组织开始与国际接轨，但是我国国际商事调解组织中的调解员的专业性仍不足，《新加坡调解公约》中规定，调解员的不当行为可能导致该协议不被承认且被拒绝执行，因此我国调解组织或机构的组成尚不成熟，亟待专业人员的加入。

综上所述，国际商事调解在国际上是作为一种诉讼之外的纠纷解决机制，而我国将商事调解依附于司法调解之上，仍具有一定的局限性，若建立在司法调解上会出现司法人员担任调解员的情形，产生了职能冲突，若是调解不成而后进行诉讼或者仲裁，那么司法人员会产生先入为主的观念对于裁判或仲裁结果产生一定影响，既是对调解活动的不负责任也是对当事人诉权的一种侵害，此外商事调解作为一种减轻司法人员的负担的工具，不应与司法活动混为一谈，将商事调解建立在司法调解的基础上会导致二者无法明显区分，不利于多元化商事纠纷解决机制的建设，会导致纠纷解决机制混乱的状态。

三、我国商事调解制度与《新加坡调解公约》的衔接问题

（一）关于商事调解的法律界定有所差异

我国与《新加坡调解公约》在和解协议上的法律界定存在差异，关于调解、和解的实质内涵的定义有所不同。¹¹调解作为一种非诉讼纠纷解决机制，本质上与诉讼这类司法适用的过程不同，其相较于司法诉讼在社会背景、文化传统上的互动更为密切，是当事人通过意思自治协商达成互利互惠结果的纠纷解决方式，在此过程中不可避免地受到第三方的影响，不具有司法诉讼中理性化、概念化、逻辑化的特点。不同地域都会适用调解来解决纠纷，但是不同地区的文化影响导

¹⁰ 张冰：《〈新加坡调解公约〉背景下我国法院执行国际商事和解协议的路径探索》，载《商事仲裁与调解》2021年第5期，第25-39页。

¹¹ 赵泽慧：《〈新加坡调解公约〉的衔接困境与突围——从调解协议效力的冲突切入》，载《商事仲裁与调解》2020年第4期，第83-95页。

致调解这种方式在具体适用上有所影响。从《公约》框架内的调解制度到我国传统文化场域中的调解实践，二者之间绝非简单的术语转译关系。作为具有东方特色的纠纷解决机制，中国调解制度与《公约》所构建的 mediation 体系在价值取向、程序规则及功能定位层面均存在本质区别。这种制度机理的深层差异昭示着，我国在适用《公约》执行国际和解协议的过程中，需要深入考察法律移植与文化土壤的适配性，其本质乃是一个兼具规范整合与价值重构双重维度的复杂命题，而非单纯的法律制度对标工程。当前，我国国内对于调解协议的定义混乱，《新加坡调解公约》中通过调解手段解决争议的文件被明确定义为和解协议，然而在我国现行法律规定中，这种文件叫做调解协议。此外，中国国际贸易促进委员会在其仲裁规则框架内，将当事人合意形成的纠纷解决方案定性为“和解协议”；而依据《民事诉讼法》第 103 条及《仲裁法》第 52 条形成的司法或准司法调解成果，称之为调解书。这种对于法律术语的定义的多样与混乱导致了国内法与国际公约衔接的制度性障碍。更加值得重视的是，此类概念之间的难以衔接直接导致我国商事调解协议难以被纳入公约的适用范围，影响我国实现公约的国内化。更为深远的制度性障碍在于，这种问题已实质性影响我国在全球争议解决治理体系中的法治话语权。这种制度竞争力落差不仅制约我国参与国际商事务治理的能力建设，更可能引发国际社会对我国法治化营商环境的结构性质疑。

（二）我国较《新加坡调解公约》商事调解协议执行困难

在我国，个人达成的调解协议以及域外达成的国际调解协议无法执行。根据《新加坡调解公约》的规定，调解可以由专业的调解员或调解机构进行，且两种方式达成的调解协议具有同等的法律效力，都具备一定的强制执行力，但是由于我国法律尚不认可个人调解的法律效力导致限制了调解协议的执行范围，这种限制与《新加坡调解公约》的目的相悖，为国际商事主体申请执行个人达成的调解协议造成了障碍；此外，我国现行法律框架对国际商事调解协议的执行采取“双重审查”模式，即要求协议须先经外国法院司法确认，再依《民事诉讼法》第 290 条启动承认与执行程序。¹²这种“司法化前置”要求与公约第 3.1 条确立的“直接执行原则”存在根本性冲突。其法理根源在于我国《民法典》第 562 条将调解协议定性为普通民事合同，而非公约框架下的“准司法文书”。此外，《民事诉讼法》第 299 条将“公共秩序保留”作为兜底条款，进一步扩大了司法审查范围，这也导致了更多的跨境调解协议因“违反社会公共利益”被拒绝承认。由此可见，个人达成的调解协议因在我国尚无法律效力而无法被执行，域外达成的国际调解协议因前置的司法承认程序过于严苛无法被执行，这无疑给我国商事调解协议的实施带来了极大的挑战，将我国商事调解制度与《新加坡调解公约》尽快衔接显得尤为重

¹² 张艳、房昕：《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》，载《法律适用》2021 年第 5 期，第 38-45 页。

要。

此外，我国商事调解协议执行机制的启动较《新加坡调解公约》较为困难。在我国，商事调解协议执行的启动需要双方当事人共同申请，《新加坡调解公约》规定只要有一方申请即可启动执行程序。¹³相较于《新加坡调解公约》而言，我国商事调解协议的执行启动更为困难，这主要是我国为了保障双方当事人的自愿性而设置。在这一过程中，任何违反中国法律或损害国家主权的行为都是绝对禁止的。尽管这些严格的启动条件有助于确保调解协议的自愿性和合法性，防止存在意思表示瑕疵的协议进入执行阶段，从而维护司法公正，但它们也在一定程度上增加了程序启动的难度，导致实际操作中可能出现启动困难的问题。并且在现行司法实践中，司法确认的程序要求双方当事人共同申请可能产生程序悖论。根据《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第九条设定的30日共同申请期限，在当事人意思自治原则与程序效率价值之间形成了结构性矛盾——当义务方当事人采取消极不作为策略时，申请期限的强制性规定反而变成阻碍权利人寻求司法救济的制度障碍。这种程序设计客观上不仅会使调解程序瓦解，迫使守约方不得不启动新的诉讼程序，实质上造成司法资源的浪费，还会降低调解这一纠纷解决方式的效率，削弱社会公众对多元化纠纷解决机制的信任基础。尤其值得注意的是，现行规范未建立对恶意拖延行为的惩戒机制，使得程序启动要件沦为规避法律义务的技术性工具，这种现象值得立法者在完善司法确认制度时予以重点考量。因此我们要在平衡当事人意思自治与司法监督的程序法理基础上，推进商事调解协议执行程序的结构性改革，实现与《新加坡调解公约》跨境执行互认机制的制度对接。

（三）我国商事调解协议需经过司法确认方可执行

我国对于商事调解协议的司法确认程序存在问题，如司法确认程序中的执行依据存在争议以及司法确认案件管辖法院难以确定。我国现行《民事诉讼法》及相关法律尚未对“国际商事调解协议”的法律概念及性质作出明确定义。这一法律概念的缺失，导致实务中将国际商事调解协议主要归类为涉外商事合同，而未能直接确立其作为仲裁裁决类执行依据的法律地位。值得注意的是，这种法律属性的模糊性不仅存在于国际商事调解领域，在国内商事调解实践中同样存在，由此对国际商事调解协议的执行基础理论构成挑战。¹⁴关于经司法确认的商事调解协议能否作为执行依据，学界存在分歧。持否定立场者援引《民事诉讼法》第231条，指出该条列举的“应当由人民法院强制执行的法律文书”未明确包含调解协议，强调法条适用的严格性。此观点同时依托司法审查的有限性特征，主张法院仅应

¹³ 卫彦明、蒋惠岭、向国慧：《〈关于人民调解协议司法确认程序的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2011年第9期，第35页。

¹⁴ 张文亮、李雨芳：《〈新加坡调解公约〉的执行和审查机制研究》，《经贸法律评论》2021年第5期，第60页。

对协议中可确认执行部分进行审查，而非赋予整体协议强制执行力。持肯定观点者则从实体角度出发，认为经法庭审查确认真实性、合法性及有效性的调解协议，尤其是具有给付内容的协议，已具备转化为执行依据的实质要件，应当突破形式要件的限制。这种理论争议的根源，在于我国商事调解法律体系存在结构性缺陷。目前无论对国内抑或国际商事调解协议，均缺乏清晰统一的执行标准体系。这种立法空白不仅影响争议解决效率，更可能造成当事人权益保障的不确定性。对于法院是否拥有对商事调解协议进行司法确认的管辖权问题，我国法律尚未作出明确规定，司法解释中规定当事人在申请司法确认时享有一定的选择权但是这种选择权受到专属管辖的限制，新颁布的《民事诉讼法》在吸收以往改革成果的基础上，对司法确认案件的管辖权归属问题作出了明确规定。根据新法，司法确认案件的管辖权归属于调解机构所在地的基层人民法院，旨在确保司法资源的合理配置和案件处理的便捷性。在实际操作中，若出现指派法院与管辖法院不符的情形，新法提供了先立案、后委托、再转换为法院调解书的解决方案。具体而言，当发现指派法院与管辖法院不符时，可先在指派法院立案，随后将案件委托给有管辖权的法院审理，最终通过转换为法院调解书的方式确保案件得到妥善处理。这一机制有效避免了因执行不当导致的管辖问题，保障了当事人的合法权益。然而，对于《新加坡调解公约》所规定的执行案件，主要由中级人民法院负责处理。《新加坡调解公约》执行机制与国内司法确认程序的管辖冲突：依公约第3条产生的国际商事和解协议执行案件，根据我国《最高人民法院关于适用〈新加坡调解公约〉若干问题的规定》第5条，统一由中级人民法院管辖。这与国内司法确认案件的基层法院管辖形成“审级管辖双轨制”，导致具有涉外因素的调解协议可能面临国内确认（基层法院）与国际执行（中级法院）的程序割裂。

（四）我国商事调解协议的执行审查尚不完善

我国对于商事调解协议的执行审查存在问题，如执行审查标准不一、执行审查中虚假调解规定不足以及执行审查中调解员规范缺失。在执行审查的标准方面，我国主要采取形式审查与实质审查相结合的方式。实质审查方面，要审查当事人的自愿性、商事调解协议的合法性与可执行性。自愿性是达成商事调解协议的前提，合法性要求协议的内容不违反法律规定、不违背公序良俗，可执行性要求协议的给付内容在客观上可实现且给付内容具体明确。《新加坡调解公约》对于商事调解协议的审查仅限于形式审查，即寻求救济所在公约当事方的主管机关对提出申请执行的协议从当事人的行为能力、调解协议的效力、调解员的行为不当、违反公约当事国的公共政策或法律等方面审查调解协议是否可以执行。由此可见我国对于商事调解协议的审查义务更重，更尊重当事人的意思自治。《新加坡调解公约》确立的调解协议形式审查机制，虽契合国际商事争议高效解决的价值取向，却衍生出显著的制度性风险。公约第5条规定的审查标准聚焦于协议形式要

件与程序正当性，对协议实体内容的真实性审查存在结构性局限。此种审查模式使跨国恶意串通（如虚构债权债务关系）或单方欺诈（如伪造履约凭证）等虚假调解行为极易规避司法审查，尤其在国际商事场景中，当事人跨境商事营业地的分散性、义务履行地的多元性以及证据材料的域外性，进一步加剧了法院对调解协议真实性的核查难度。而我国在该方面更是相对于《新加坡调解公约》处于空白的落后状态。此外《新加坡调解公约》作为国际商事调解领域的关键法律文件，其核心内容之一便是对调解员行为的审查。然而，由于我国在调解员行为规范方面的法律法规尚未健全，审查国际商事调解协议时可能缺乏充分的参考依据和指引。这不仅增加了审查的难度和不确定性，也可能影响我国在国际商事调解领域的竞争力。由于不同商事调解机构对调解员行为准则的规定存在差异，可能导致调解员滥用权利，使一方权利明显受损。因此，《新加坡调解公约》规定，调解协议必须以调解员的职业操守为主要依据。然而，目前我国调解员队伍的建设仍面临诸多挑战，如缺乏系统化和专业化的培训体系、统一的资质认证模式尚未确立，以及不同调解机构间标准各异、专业水平参差不齐等。这些问题不仅限制了我国商事调解制度的进步，也在一定程度上削弱了我国在国际商事调解领域的影响力。

四、《新加坡调解公约》下我国商事调解制度的应对

（一）完善关于国际商事调解的法律定义及相关制度

我国要明确商事调解协议的定义以及个人调解的法律效力，弥补立法缺陷。当前，我国法律实践中仍存在“和解协议”与“调解协议”术语使用界限模糊的问题，同时《新加坡调解公约》框架下的调解协议内涵与我国现行定义存在显著差异。为推进公约在我国的有效适用，亟需通过立法手段对相关概念进行系统性重构。具体建议以公约定义为基础构建双层化概念体系，既吸收国际通行的“调解协议”核心要素（如第三方中立性、程序规范性），又结合本土司法实践保留具有中国特色的制度设计。在立法层面推行术语规范化改革，例如在《民法典》合同编司法解释中增设专章，严格区分调解协议与和解协议的适用场景及法律效力，避免实务中因概念混淆导致执行争议。在此基础上，需对《民事诉讼法》《仲裁法》等 12 部相关法律进行联动修订，重点完善调解协议的可执行性条款，明确其司法审查标准与跨境执行程序。通过制度衔接与规则创新，不仅能够提升我国在国际争议解决机制中的话语权，更有利于培育具有全球竞争力的非诉讼纠纷解决市场。

此外，我国调解制度存在主体资格的双轨制特征：依据现行法律规定，调解协议需经调解组织签署确认方具完整法律效力，未经机构确认的协议在司法确认程序中效力层级显著受限。这种制度设计实质上形成了对个人调解的效力排除机制——根据《人民调解法》相关规定，司法确认程序仅适用于经人民调解委员会

等机构主持达成的协议。然而,《新加坡调解公约》第2条第3款对调解主体的界定具有包容性,明确将“调解员”定义为独立第三方个体或群体,既未限定调解员资质,亦未要求必须依托调解机构。这种情况就会导致境外独立调解员依公约形成的协议可在我国申请执行,而国内调解从业者却需依附机构才能开展国际商事调解,形成国内外调解主体的权利不对等的情形。¹⁵因此我国要构建兼容公约要求的调解主体制度,如确立调解员独立法律地位,区分机构调解与个人调解的程序规范;构建调解员分级认证体系,设立国际商事调解员资质考试制度;完善跨境调解协议执行规则,对接公约第3条执行机制。通过制度创新,既可消除国内外调解主体的权利差序,更能培育具有国际竞争力的调解服务市场。

（二）完善我国国际商事调解协议的司法确认程序

根据《新加坡调解公约》第3条执行机制要求,建议在《民事诉讼法》特别程序章增设条款:“经人民法院司法确认的国际商事调解协议,具有与生效裁判文书同等的强制执行效力。”在司法确认程序中的实际操作中,要对调解协议进行整体、全面的审查。¹⁶此外,我国对于国际商事调解协议的确认是否需要采取部分确认的方式在我国也没有明确的法律规定,属于法院自由裁量的部分,从尊重双方当事人排除仲裁、诉讼的争议解决方式选择调解方式解决商事纠纷的角度来说,对调解协议的效力进行整体确认符合当事人最初达成调解协议的意愿。

同时我国要进行配套制度衔接机制的完善,通过修订《关于适用〈新加坡调解公约〉若干问题的规定》,明确调解协议执行程序与公约第5条拒绝执行情形的对应审查标准。还要对审查程序进行优化,设立快速审查通道:对符合《公约》形式的调解协议,适用《民事诉讼法》第十五章特别程序,将审查期限压缩至20个工作日;建立电子备案系统:依托人民法院调解平台,实现跨境调解协议在线核验、电子送达等全流程数字化办理。组建国际商事调解司法审查专家库,参照《国际商事专家委员会工作规则》建立咨询机制;在最高人民法院国际商事法庭设立公约执行指导小组,定期发布典型案例指引。

（三）完善我国国际商事调解协议的执行程序

首先我国在构建执行审查机制时,应当确立“形式审查为主、实质审查为辅”的基本原则,在确保司法监督有效性的同时,避免对争议事项的二次审理。具体而言,执行主管机关应重点核查申请文件的完整性与形式合法性,对协议可执行性进行程序性判断,仅针对公共政策保留条款保留必要的实质审查权限。在立案审查阶段,当事人向被执行人住所地或财产所在地中级法院提交申请时,应当提供经认证的和解协议原件、调解过程证明文件及中文译本。执行机关应在5个工

¹⁵ 刘沁予:《〈新加坡调解公约〉签署后我国商事调解员的任职资格》,《商事仲裁与调解》2022年第3期,第113页。

¹⁶ 黎理:《国际商事调解协议在我国法院司法确认与执行问题研究——以〈新加坡调解公约〉为视角》,《法治论坛》2022年第2期,第219页。

作日内完成形式审查，重点核查申请主体资格、管辖适格性及文件完备性。建议建立电子立案预审系统，允许申请人通过线上平台补正材料，将补充期限缩短至10个工作日，逾期未补正则通过智能文书系统自动生成不予受理裁定。

同时完善虚假调解相关制度，构建当事人信用评级、调解过程回溯、履行能力分析的虚假调解识别模型。¹⁷执行机关可调取全国法院涉诉信息、市场监管登记数据及人民银行征信记录进行交叉验证。对于调解金额与当事人资产规模显著偏离、短时间内多起关联调解案件等异常情形，自动触发调查程序。还要在民事诉讼法中增设“调解程序欺诈”特别条款，规定虚假调解参与者需承担协议标的额1-3倍的惩罚性赔偿。¹⁸探索建立调解案件司法审计制度，对涉嫌损害第三人利益的调解协议，允许利益相关方在执行阶段提起第三人撤销之诉。建议将虚假调解行为纳入刑法“虚假诉讼罪”规制范畴，形成民刑衔接的惩戒体系。¹⁹

此外，完善调解员统一管理制度，建立国家调解员资格认证中心，设置专业资质体系。推行调解员执业档案全国联网制度，记录调解案件数量、成功率、当事人评价及投诉处理情况。建立跨部门的调解员执业监督委员会，对违规行为采取警示谈话、暂停执业、注销资格等阶梯式惩戒措施。开发智能调解质量评估系统，通过自然语言处理技术分析调解录音录像，自动识别程序瑕疵。支持成立全国性商事调解协会，制定行业服务标准与收费指引。²⁰建立调解员执业责任保险制度，设立行业风险互助基金。在国际商事调解领域推行调解机构评级制度，培育具有国际竞争力的本土调解品牌。²¹

（四）我国国际商事调解制度的执行公示

我国商事调解制度以自愿原则为基石，调解协议效力源于当事人意思自治与契约自由的私法精神。但现代商事争议解决往往具有涉他性特征，调解协议的效力边界可能突破当事人合意范畴，对第三人权益及社会公共利益产生外溢影响。司法实践中存在的虚假调解现象，集中表现为当事人通过虚构争议、恶意串通等方式，利用调解程序不当处分第三人权益或规避公共政策监管。基于此，现行法律确立的执行审查机制需构建多维度监督体系：一方面应当保留调解保密性特质，另一方面须建立必要的信息披露制度。具体实施中，法院在初步确认调解协议可执行性后，应当启动为期三日的公示程序。该程序要求对调解协议进行必要脱敏处理，在隐去商业秘密、个人隐私等敏感信息后，通过法定公示平台向利害关系

¹⁷ 陈雅峥：《国际商事调解中的虚假调解问题及中国因应——以〈新加坡调解公约〉为视角》，《商事仲裁与调解》2023年第1期，第93页。

¹⁸ 杨安琪、杨署东：《我国商事调解机制与〈新加坡调解公约〉对接的现实困境及其破解路径》，《河南财经政法大学学报》2022年第2期，第80页。

¹⁹ 严红、陈庆特：《〈新加坡调解公约〉下虚假调解的界定、挑战及中国因应》，《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第3期，第93页。

²⁰ 周建华：《商事调解立法体系的递进式构建研究》，《北京理工大学学报(社会科学版)》2022年第5期，第161页。

²¹ 陈明之：《商事调解的制度逻辑及其构建——以〈新加坡调解公约〉为视角》，《人民调解》2023年第9期，第28页。

人披露协议核心条款。公示期间应设立异议申报通道，允许潜在利害关系人主张权利。对于执行异议的司法审查应当遵循双重标准：当异议涉及第三人实体权利时，法院应进行实质审查并作出终局裁定；若异议指向公共政策冲突，则需结合执行地强制性规范进行合目的性解释。值得注意的是，调解保密义务的豁免边界应严格限定于执行审查必要范畴，既不能不当扩张损害调解制度优势，亦不可因过度保密减损司法公信。这种分层公示机制的价值在于平衡三重关系：其一维系调解程序的契约本质，其二构建社会公共利益防护网，其三通过程序透明实现司法公信。这种动态平衡机制的确立，既符合《新加坡调解公约》关于执行审查与公共政策保留的国际规则，也为我国构建国际商事争议解决中心提供了制度支撑。

（五）我国国际商事调解制度中的保留条款

《新加坡调解公约》第八条为缔约国设定了两项保留制度：第一项涉及公共机构缔结的和解协议（即“国家和解协议保留”），第二项则为当事人意思自治保留。基于我国法治现状与国际实践需求，建议在批准公约时采取差异化保留策略。就当事人意思自治保留而言，我国宜作出声明，将公约适用范围限定于当事人明示选择适用的和解协议。此项保留具有双重制度价值：首先，其通过设置合意要件平衡了程序效率与权利保障。虽然公约确立的直接执行机制提升了调解的制度效能，但客观上形成了对诉讼救济渠道的限缩。要求当事人对公约适用作出特别约定，既能确保商事主体充分认知法律后果，又符合国际商事争议解决中意思自治的核心原则。其次，该保留具有制度缓冲功能。在公约实施初期，通过设置选择适用前提，既可促进商事主体系统认知公约的适用范围、救济条件及抗辩事由等核心要素，又能有效控制法律适用风险。特别值得注意的是，鉴于公约未设置互惠保留条款，此项机制可为我国涉外经贸主体提供自主风险管控空间，实现国际条约义务与国家法治利益的动态平衡。关于国家和解协议保留，建议不作声明保留。此项决策与我国现行《外国国家豁免法》确立的限制豁免原则保持体系协调。承认政府机构从事私法行为所缔结和解协议的可执行性，既符合国际商事交易惯例，也有助于维护法律适用的统一性。对于可能产生的执行风险，可通过已设置的当事人选择保留机制实现风险过滤——即便涉及政府机构参与的和解协议，仍需当事人明示同意方能获得公约项下的直接执行力。从制度衔接视角考察，双重保留机制的协同运作具有显著优势：一方面，通过当事人意思自治保留构建风险管控阀门，确保公约适用与商事主体预期相符；另一方面，不排除公共机构协议适用的策略选择，既维护了我国限制豁免立场的国际公信力，又为“一带一路”框架下的政府间商事争议提供了高效解决路径。这种制度设计既体现了对国际条约义务的积极履行，又彰显了维护国家法治安全的审慎立场，充分契合我国参与全球治理的“负责任大国”定位。

五、结语

我国调解制度作为非对抗性争议解决机制，既承载着“以和为贵”的传统文化基因，又展现出与市场经济体制深度融合的时代特征。但是当前调解机制在专业化建设与程序规范方面仍存在显著短板，突出表现为调解协议既判力缺失与执行力不足，这一制度性缺陷不仅制约了其在商事纠纷解决中的实效性，更与现代争议解决机制的发展规律形成结构性矛盾。《新加坡调解公约》通过构建国际统一的执行框架，赋予经调解达成的国际商事和解协议以跨境执行效力，实质性地提升了调解在国际商事纠纷解决体系中的独立地位。公约的批准实施既契合我国坚持多边主义的国际法治观，又能助推国内多元化纠纷解决机制的优化升级，特别是有助于我国商事主体在跨国交易中突破法律文化差异壁垒，实现争议高效化解与商业关系维护的双重价值。构建与国际接轨的和解协议执行机制，需重点解决三大规范性问题：其一，明确商事调解的适用范围与标准界定；其二，建立国际/国内和解协议的差异化执行规则；其三，确立标准化司法审查程序及审查要素。同时应当建立风险防控机制，通过声明保留条款限制公约适用范围，配套执行公示制度以平衡当事人权益保护与公共利益维护。在制度整合层面，亟需推进商事调解专项立法进程，构建涵盖调解程序规则、调解员资质认证、职业伦理规范的全流程标准体系，并通过专业化人才培育提升调解服务的国际化水平。建议适时制定《商事调解法》，系统性提升调解制度的法律位阶。在国际合作维度，我国应积极推动主要贸易伙伴加入公约实施体系，共同构建以商人自治为基础的新型国际商事争议解决秩序。《新加坡调解公约》在我国的落地将推动我国商事调解的进一步发展，我们应在坚持“国家主权”的指导思想下，不断完善相关的国际商事调解制度，顺应国际商事活动的发展。

跨境代孕亲子关系认定研究

沈稀萍*

摘要：跨境代孕亲子关系认定存在亲子关系认定及亲子关系在本国的承认两大难题。在人工辅助生殖技术蓬勃发展的当代，在代孕亲子关系认定上，传统的基因说以及分娩说逐渐被摒弃。亲子关系的认定多遵循儿童利益最大化原则，一定程度承认意向及事实父母。在外国亲子关系判决、裁定的承认上，本国适用公共秩序保留制度否认外国的亲子关系判决具有一定正当性，但适用结果可能对儿童利益不利。在跨境代孕亲子关系认定上，本国应平衡公共秩序与儿童利益，对不同类型的代孕行为所生子女的亲子关系予以认定。

关键词：跨境代孕 儿童最大利益 公共秩序保留 利益平衡

一、问题的提出

跨境代孕是指代孕女子居住国与意向父母居住国属于不同国家的代孕。在跨国代孕的情况下，委托父母与代孕母亲的国籍或惯常居所分属不同的国家或地区，委托父母在代孕儿童出生后将其带回自己的惯常居所国。除此之外，跨境代孕亦包括委托父母与代孕母为同一国籍或者居住地，但代孕行为发生于境外的代孕。

跨境代孕亲子关系认定存在亲子关系认定及亲子关系在本国的承认两大难题。逻辑上，明确代孕儿童的法律亲子关系是保障跨国代孕儿童身份权利的核心基础。¹但是目前世界各国对于代孕的态度并不统一，代孕亲子关系认定标准仍十分模糊。纵观全球，仅美国的加利福尼亚州、阿肯色州等部分地区以及乌克兰、南非少数国家允许代孕。即使是代孕持较为开放态度的国家，大多数也禁止商业性代孕。而大多数国家和地区都对各类代孕持反对立场。法、德、日本等国家对代孕活动持完全禁止的态度，将其明确规定为非法行为。在这些国家，不仅作为交易基础的代孕合同被认为无效，而且基于代孕行为所生子女的法律身份也不为法律所承认。由于涉及涉外因素，跨国代孕儿童法律父母身份在不同国家可能具有不同的认定方式。在外国法院已对亲子关系进行确认后，本国法院还需要决定是否认可该判决、裁定。在婚姻家庭样态多样的当代，跨国代孕亲子认定需要平衡社会公共利益及儿童利益。不同国家对于代孕的法律政策更使得跨境代孕亲子关系认定十分困难。

二、代孕亲子关系认定之原则及趋势

*沈稀萍，女，福州大学法学院 2023 级民商法学硕士研究生，电子邮箱：2307641590@qq.com。

¹参见汪金兰：《跨国代孕儿童身份权的保护：以亲子关系确立为中心》，载《中国青年社会科学》2021 年第 5 期，第 123 页。

从理论上说,父母的角色可以分为社会性父母和生物学父母两种身份。²在早期,由于辅助生殖技术的不成熟,子女多基于自然方式受孕产生,生物学父母与社会学父母多重合。故早期亲子关系法的重点在于社会学父母身份的缺失的非婚生子女的父亲身份的确立,实现对于非婚生子女利益的保护。在人工辅助生殖技术蓬勃发展的当代,社会性父母与生物学父母身份开始分离,亲子关系认定标准更加复杂多样。在早期,当社会性父母与生物学父母分离时,亲子关系的认定往往基于传统的基因说或者分娩说。但在这几年,亲子关系的认定开始注重儿童最大利益原则,认可意向及功能性父母的地位。

(一) 儿童最大利益原则

台湾也有学者指出:“现代亲子法之立法精神,不是为‘家’为‘亲’,而是以‘子女之利益’为最高指导原理”。³纵观全球,家庭领域中的亲子关系立法原则正逐步从强调父母权利转向以子女权利为主导。自20世纪中后期开始,西方大多数国家在亲子关系立法中已将保障子女的最大利益作为核心原则。“儿童最大利益”也正式成为《儿童权利公约》的重要原则。针对“最大利益”的含义,儿童权利委员会从实体权利、指导原则与行事规则三个层面进行了诠释。⁴儿童最大利益意味着将儿童真正视为权利的主体核心,全力以赴地协助他们克服在成为权利主体过程中遇到的各种挑战,并且为他们提供促进身心健康发展的各类社会资源与条件。反映到代孕亲子关系认定层面,确定父母身份不应当从纯粹的基因联系或者法律规定来确定,而应当根据个案中与代孕子女密切相关的各种要素中寻找对子女未来发展最优的方案确定其父母的身份。⁵儿童最大利益原则的适用在一定程度上缓解了国际代孕下代孕儿童身份无法确定的境况,有利于保护代孕儿童的利益。欧洲人权法院在帕拉迪索和坎帕内利诉意大利案⁶中认为,接受国对亲子关系的不予承认违反了《欧洲人权公约》第8条赋予申请人的权利。

(二) 意向及事实父母

随着人工辅助生殖技术的发展,世界各国逐渐摒弃通过传统的基因联系或者分娩关系认定亲子关系的方法。全球对儿童利益最大化原则的重视使得父母由血缘父母转向意向及事实父母。

1. 意向父母

有学者认为,由于传统社会生物性父母和生物学父母的高度重合,血缘联

²参见刘颖:《论意向作为亲子关系认定的底层逻辑》,载《法学》2025年第1期,第105页。

³参见林秀雄:《婚姻家庭之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第111页。

⁴参见冯源:《论儿童最大利益原则的尺度——新时代背景下亲权的回归》,载《河北法学》2014年第6期,第159页。

⁵参见游文亭:《代孕亲子关系认定的法律问题研究》,山西人民出版社2021年版,第70页。

⁶Application No 25358/12.

系掩盖了意向作为法律上亲子关系的认定条件。⁷在自然生殖过程中，成为父母的意向是一种事实行为。若男女双方自愿发生性行为，则可以初步判断男女双方具有成为父母的意向。在人工生殖过程中，成为父母的意向是在婚姻关系存续期间或非婚同居期间一致“同意”使用人工授精方式生育。

在代孕场景下，由于我国对代孕持禁止态度，因此代孕所生子女的亲子关系认定规则存在争议。⁸从司法裁判的结果来看，意向也是代孕所生子女亲子关系认定的底层逻辑。有学者认为在不使用委托母亲的卵子时，妻若欲取得法律上母亲的地位，只能得代理孕母之同意，借收养的方式达成。⁹该观点亦在我国司法裁判中得到了验证。在首例代孕双胞胎监护纠纷案的生效裁判中，法院认为委托母亲陈某与双胞胎之间虽然不存在基因关系，但由于其存在抚养教育关系，故可形成拟制血亲的继母与继子女关系。¹⁰除此之外，还有法院直接认可委托父母可基于意向可成为代孕子女之父母。在同质人工生殖代孕中的亲子关系认定案例中，法院认为代孕母亲仅是按照委托父母的安排完成“代孕”这一行为，其没有抚养所生育孩子的意愿和要求，故确认夫妻双方与代孕所生的子女存在亲子关系。¹¹在异质人工生殖代孕中，法院从侧面认可了委托母亲与代孕子女之间的亲子关系。¹²但值得注意的是，意向作为代孕人工生殖子女亲子关系的认定依据，仅限于夫妻关系存续期间，并不适用于非婚同居期间。若委托父母仅仅为具有同居关系的异性，司法实践一般不认可其与代孕子女的亲子关系。¹³

2.事实父母

事实上的父母往往被视为更广泛的功能性父母的一部分。在过去，家庭法通常把功能性父母作为非父母。功能上的父母或者事实上的父母往往指代“与儿童建立了父母性质的束缚和依赖关系”的人。在早期，许多法院认为事实上的父母不是父母，而只是像父母一样，只能被授予探视权。正如波利科夫后来描述的那样：“她仍然是第三方。她只是属于有权探视权的一类第三方。”¹⁴在近期，普通法的家庭法对亲子关系认定的标准逐渐放宽，认可功能性父母为父母。根据2017年《统一亲子关系法》，事实父母的认定需要满足持续生活、持续照料、不期待经济补偿、与该儿童建立了父母性质的担保和依赖关系以及维持该

⁷参见刘颖：《论意向作为亲子关系认定的底层逻辑》，载《法学》2025年第1期，第105页。

⁸参见周丽华：《论代孕亲子关系的认定规则》，载《法律适用》2022年第3期，第158页。

⁹参见戴炎辉、戴东雄、戴瑀如：《亲属法》，元照出版有限公司2021年版，第381页。

¹⁰参见上海市第一中级人民法院（2015）沪一中少民终字第56号民事判决书。

¹¹参见陕西省白河县人民法院（2021）陕0929民初970号民事判决书。

¹²参见上海市第二中级人民法院（2020）沪02民终5384号民事裁定书，转引自国家法官学院、最高人民法院司法案例研究院编：《中国法院2022年度案例·婚姻家庭与继承纠纷》，中国法制出版社2022年版，第98-104页。

¹³参见上海市第二中级人民法院（2019）沪02民终10045号民事判决书，湖北省武汉市武昌区人民法院（2017）鄂0106民初5067号民事判决书。

¹⁴See Nancy D. Polikoff, From Third Parties to Parents: The Case of Lesbian Couples and Their Children, Law and Contemporary Problems, vol. 77:1, p. 195-220 (2014).

关系最符合子女的最佳利益等条件。¹⁵一般来说,除非不判决父母数量超过两个对儿童不利,法院不得判决认定子女的父母超过两个。若有两个及以上的人对子女亲子关系提出相冲突的主张的诉讼时,法院应当在符合子女的最大利益的情况下,综合考量子女的年龄、每个人承担该子女的父母责任的期间、该子女与每个人之间的关系的性质、不承认该子女与每个人之间的关系将对该子女造成的伤害等因素对亲子关系进行确认。我国亦一定程度认可事实父母。依照最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》第3条规定可以反推出“稳定的生活状况”是亲子关系认定一种重要的裁判依据。我国法院也认为若代孕子女已经与委托夫妇生活较长时间,且互相生活存在一定的稳定性,可以判定存在合法的亲子关系。¹⁶

三、跨国亲子关系认定之限制:公共秩序保留

跨国代孕亲子关系认定因遵循儿童最大利益原则,对父母的认定从血缘联系放宽至意向及事实生活。但这仅为一国内部认定亲子关系的依据。在跨国代孕的情景下,一国可能基于儿童最大利益原则,认定委托父母与代孕子女的亲子关系。但是该判决、裁定可能因公共秩序保留制度在本国而不宜承认。

公共秩序保留制度是国(区)际私法中的一项重要制度。其可以在法院审理涉外民事案件时排除外国法律适用,亦可以成为拒绝承认外国判决的理由,被学界形象地称为安全阀。¹⁷通过该制度,本国法院得以维护法院地的基本法律原则、重要理念和社会秩序。¹⁸公共秩序保留制度在涉外民事案件数量急剧增加的时代是一项不可或缺的制度。¹⁹在跨国代孕亲子关系认定案件中,公共秩序保留往往通过拒绝承认外国法院的判决来保护本国的公共秩序。

(一)公共秩序保留在跨国代孕亲子关系认定案件中适用的理由

公共秩序保留制度的主要目的是确保案件能够在本国的法律框架下得到合理解决,以保护本国的公共利益。²⁰由于跨国代孕亲子关系认定案件关联着跨国代孕这一灰色地带。抑制本国公民规避法律以及彰显本国价值取向均决定了公共秩序保留得以在跨国亲子关系认定案件中适用。

1.抑制本国公民规避法律

由于法律政策的不同,各国对于代孕的态度不同,大致可以分为允许、限制及禁止三种类型。纵观全球,仅美国的加利福尼亚州、阿肯色州等部分地区

¹⁵参见《统一亲子关系法》第609条。

¹⁶广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民一终字第5385号民事判决书。

¹⁷参见王艺:《外国判决承认中公共秩序保留的怪圈与突围——以一起跨国代孕案件为中心》,载《法商研究》2018年第1期,第170页。

¹⁸参见涂广建、杨铁铮:《再论中国区际私法中的公共秩序保留制度》,载《国际法研究》2024年第5期,第95页。

¹⁹See Jacob Dolinger, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, Texas International Law Journal, vol.17:167, p. 174(1982).

²⁰参见马志强、张慧玉:《论跨境代孕中公共秩序保留制度的适用》,载《兰州文理学院学报》(社会科学版),2024年第3期,第103-108页。

以及乌克兰、南非少数国家允许代孕。即使是代孕持较为开放态度的国家,大多数也禁止商业性代孕。而大多数国家和地区都对各类代孕持反对立场。法、德、日本等国家对代孕活动持完全禁止的态度,将其明确规定为非法行为。在这些国家,不仅作为交易基础的代孕合同被认为无效,而且基于代孕行为所生子女的法律身份也不为法律所承认。为了进一步禁止代孕行为,法、德、瑞典等国家还将该行为入刑。伴侣选择跨国代孕往往基于规避本国法律的目的。本国法院基于抑制本国公民规避法律的行为、维护社会稳定之需要自然会在跨国代孕相关案件中适用公共秩序保留排除外国法之判决。

2.保障自由意志及人格尊严

中立的自由主义法学家认为,若一份合同基于双方自由意志订立,且合同的内容尚未影响或者是侵犯第三人利益,则该合同应该得到法律的允许和道德的认可。故而在中立的自由主义理论下,代孕合同具有其道德基础,国家无须对其进行干预。²¹但不可忽视的是,多数女性从事代孕行业是因为经济窘迫,而非出于利他动机或者享乐动机。再者,孕母往往是被拐卖的妇女,或者是战乱、贫困地区妇女。这些女性作出代孕的意思表示往往并非出自于自由意志。最后,代孕与产生劳动产品的劳务行为存在本质的不同。从伦理道德层面上看,代孕的实质是将子宫视为一种可替代的生殖资源的行为。委托方将女性物化为生育工具。孕母具有社会性的人的主体性价值被贬损。邪恶的土壤无法开出正义之花。通过给付孕母交付子女报酬的代孕契约与买卖婴儿的契约并无二致。²²若不通过公共秩序保留对跨国代孕之产物(代孕所生子女)予以负面评价,实质就是对代孕这一剥削女性行为的赞同。故基于保障人类自由意志和人格尊严之视角,本国法院也会适用公共秩序保留拒绝认可代孕子女的本国身份。

(二)公共秩序保留在跨国代孕亲子关系认定案件中适用的不足

尽管公共秩序保留制度在跨国代孕亲子关系认定案件中适用具有其正当性,但是由于其在跨境代孕中的认定标准不一,其适用后可能导致代孕儿童在出生国及接受国的身份认定不一,不利于实现儿童利益最大化。

1.在跨境代孕中的认定标准不一

《中华人民共和国民事诉讼法》第300条规定,对违反中华人民共和国法律的基本原则或者损害国家主权、安全、社会公共利益的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,人民法院裁定不予承认和执行。何为公共秩序,应在何种情况下援引公共秩序保留,各国无论是在理论上还是在立法上,抑或是在实践中,均未达成一致。²³国际私法学界限制公共秩序启动的传统方法是主观说与客观说。主观说认为,只要外国的法律规定本身的内容与本国的公序良俗相抵触,就可以启

²¹参见曹钦:《代孕的伦理争议》,载《道德与文明》2012年第6期,第132页。

²²参见曾淑瑜:《医疗伦理与法律15讲》,元照出版公司2016年版,第355-356页。

²³参见邓杰:《论公共秩序保留制度的限制适用》,载《学海》2006年第3期,第130页。

动公序良俗条款,拒绝该外国的法律的域外效力,而不必考虑具体案件的结果是否符合正义。这种观点强调外国的法律规定本身的可恶性和有害性,只要外国的法律规定与本国的公序良俗不一致,就可以直接拒绝其域外效力,而不必考虑具体案件的结果。客观说强调个案的具体情况,注重外国的法律规定在本案中的具体应用结果是否违反本国的公序良俗,而不是外国的法律规定本身的可恶性和有害性。尽管如今大多数国家开始意识到客观说具体问题具体分析的理念较为科学,但客观说的抽象性使得公共秩序保留的启动具有不确定性。

其次,公共秩序的内涵具有不确定性。法官在实践中随意解释的行为不当地扩大了公共秩序的范围,使得公共秩序保留被滥用。国内及国际立法采取的做法是,区分国内民法上的公共秩序和国际私法上的公共秩序,将公共秩序保留制度的适用限定在违反国际私法上的公共秩序的范围。瑞士的学者布鲁歇对两者作了区分,强调只有属于国际私法上的公共秩序的强行法才具有排除外国法适用的效力。简而言之,只有在有关外国法的适用会损害内国在国际私法上的公共秩序时,才可援引公共秩序保留制度对该外国法的适用予以限制或排除。但公共秩序所呈现的社会价值在全球范围内缺乏统一的优次排序,且跨境代孕中的公共秩序内容又都具有一定的国际认可度。跨境代孕中案件中,接收国一般都能以一项或几项国际公共秩序拒绝承认外国判决、裁定。国际公共秩序不仅不能限制公共秩序保留的启动,还会使代孕儿童出生地国与接收国所作出的前后判决不一,矛盾更加难以调和。

2.不利于儿童利益最大化的实现

本国适用公共秩序保留制度拒绝承认外国裁定、判决往往基于维护法院地的社会秩序,力图保护全人类尊严,遏制因代孕而引发的黑产。但拒绝承认代孕子女的本国身份亦伤害了代孕所生子女的利益。代孕儿童不能选择自己的出生,即使他们是由意向父母规避本国法律而来,但作为一个孩童本身具有的权益也应当受到保护。笔者认为,代孕行为的有效性与代孕所生子女亲子关系认定属于不同类型的法律关系。对代孕行为的否认并不一定需要通过否认代孕子女身份进行。当严禁代孕的社会价值对峙于无辜儿童的法定权益时,虽然代孕儿童的出生越过禁止代孕的法律规定,不符合法院地的公序良俗,但法官应平衡社会公共利益与儿童权益,一定程度限制公共秩序保留的适用。

四、利益平衡视角下的跨境代孕亲子关系认定

在跨境代孕亲子认定案件中,一方面需要从儿童最大利益出发,另一方面也要平衡公共秩序保护。利益平衡理论在跨境亲子关系认定中发挥着重要作用。

(一)利益平衡理论适用之必要性

利益是法学中的一个重要范畴。尽管自古罗马开始,法学家就始终把利益问题作为他们研究法律、关注社会的出发点和核心。但多数学者并未直接界定利益

的法律概念,而仅仅只论及利益可分为私人利益与社会公共利益这两大类。只有著名法学家庞德对利益问题作过经典论述。庞德认为,法律的作用和任务在于承认、确保、实现和保障利益,或者说以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足相互冲突的利益。这些相互冲突的利益可分为个人利益、公共利益与社会利益三大类。个人利益是直接从个人生活本身出发、以个人名义所提出的主张要求和愿望;公共利益是从政治组织社会生活角度出发,以政治组织社会名义提出的主张、要求和愿望;社会利益就是从社会生活角度出发,为维护社会秩序、社会的正常活动而提出的主张要求和愿望。

在跨境代孕亲子认定的情况下,相互冲突的是儿童的个人利益、维护儿童福利的公共利益与遏制代孕风气、维护自然人人格尊严的社会公益。传统上,大多数人认为代孕违反了一国法律的基本原则,造成本国伦理秩序的混乱和减损人的尊严,因而应严格禁止。但随着我国医疗技术的发展、不孕不育率的上升以及人们价值观的多元化,代孕不再被认为是违反人伦和道德、危害家庭关系的行为,而是为不孕夫妇带来福音的一项利他行为。若过分重视法院地之公序良俗而否认所有代孕所生子女之本国身份显然矫枉过正,使得儿童沦为无国籍儿童,权益得不到保护。

（二）利益平衡理论在跨境代孕亲子关系认定的具体适用

《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国未成年人保护法》对儿童权利保护做了原则性规定。国务院也在《中国儿童发展纲要（2001—2010年）》和《中国儿童发展纲要（2011—2020年）》中明确提出了儿童利益优先的原则,保障儿童的生存和发展权。儿童不仅是家庭联系的重要纽带,也是家庭传承的关键组成部分。在个人身份认同中,亲子关系的稳定性至关重要。如果法律不承认代孕儿童的意愿父母对其的亲权,这些儿童可能会遭遇被遗弃的风险,甚至可能面临生命安全的威胁。基于此,我国应在不承认代孕协议合法性的前提下,根据利益平衡理论来认定代孕子女的亲子关系。

根据代孕所生子女的基因来源为依据,代孕行为可以分为有基因联系的代孕和无基因联系的代孕。其中,有基因联系的代孕所生子女至少与委托父母中一方具有生物关系。无基因联系的代孕仅包括精子和卵子均来源于委托父母以外的捐献者或者非法出售者。一般来说,无基因联系的代孕行为较少。除非委托父母无生殖能力,否则一般不会出现使用他人生殖细胞为代孕之行为。从伦理角度看,若允许无基因联系的父母成为代孕子女的父母,可能带来人口买卖的风险。代孕子女与委托父母也不存在较强的联系。对于有基因联系的代孕,根据委托父母是否具有婚姻关系可以分为委托父母为有婚姻关系的以及无婚姻关系的伴侣。对于有婚姻关系的伴侣进行的代孕活动,由于两人的关系较为稳定,因而以意向为依据,认定据有婚姻关系的伴侣为代孕儿童的父母并无不

妥。由于无婚姻关系的伴侣联系较为松散,除非该伴侣是因法律政策原因而无法在国内缔结婚姻关系,但已经在外国合法缔结婚姻,为儿童利益计,应当只承认与代孕子女具有基因联系的人为父母。另一方即使与该子女共同生活,未经过领养手续或者具有构成事实父母的条件,一般不宜认定其为该子女的父母。

（三）国际公约之辅助

在跨境代孕亲子关系认定中,利益平衡理论虽然可以作为限制公共秩序保留适用的理由,为承认外国判决提供一定的理论基础。但由于法官的自由心证,其是否会被适用于个案及适用结果如何难以预测。跨境代孕相关问题迫切需要国际法规范的调整。该规范无需为统一的跨境代孕实体规范条约,也不是致力于消除跨境代孕法律冲突的统一冲突法公约,而是通过规定一系列跨境代孕亲子关系认定的程序,加强代孕子女出生国与意向父母所在国之间的国际合作来避免或消除跨境代孕中法定父母身份确认法律冲突的发生。在国际公约方面,海牙组织自2010年开始关注跨境代孕问题。2016年,专家小组就跨境代孕的问题上指出,鉴于各国的法律适用以及外国判决的承认与执行各有不同,短时间内无法制定统一的实体法,可加强建立代孕儿童出生地国与接受国主管机构的合作机制。2021年,亲子关系/代孕项目专家组举行了视频会议。专家组的第九次会议有代表来自各区域成员国、区域经济和海牙国际私法会议常设局的33名专家出席,就代孕亲子关系公约的草案进行集中讨论。有学者认为,由于均秉承儿童利益最大化原则,跨境代孕公约的制定可以《海牙跨国收养公约》为蓝本,参考与借鉴《海牙跨国收养公约》相关规定。²⁴但也有学者持反对意见,他们认为代孕与收养在法律性质上存在显著差异,《海牙跨国收养公约》并不能完全适用于跨境代孕问题。²⁵笔者认为,跨境代孕公约的制定可以借鉴《海牙跨国收养公约》的相关规定,但需要根据代孕的特殊性进行必要的调整和完善。

五、结语

在人工辅助生殖技术蓬勃发展的当代,为规避本国法律,具有代孕需求的伴侣往往会前往异国寻找孕母进行代孕,即所谓的跨国代孕。跨国代孕下,不仅具有传统代孕所需面临的亲子关系认定问题,亦存在本国不予承认外国判决、裁定这一特殊情况。有些国家并不承认委托父母的父母地位,仅通过发放临时通行证、居留许可证等变通方式确认代孕子女与委托父母的事实抚养关系。但这些方式都不能保证代孕子女取得委托夫妇所在国国籍,而只能建立事实上的家庭抚养关系。在跨境代孕亲子关系认定上应遵循儿童利益最大化原则,一定程度承认意向及事

²⁴参见单娟,李敏:《跨境代孕中限制公共秩序保留的路径探析》,载《中国卫生法制》2023年第2期,第53页。

²⁵参见袁泉,罗颖仪:《跨境代孕中的法律冲突及其解决路径——〈跨国收养方面保护儿童及合作公约〉的经验》,载《国际法研究》2019年第2期,第128页。

实父母。在认可外国判决、裁定时，不宜过分强调公共秩序保留，而要注重其与儿童利益的平衡，对不同类型的代孕行为所生子女的亲子关系予以认定。在跨境代孕行为愈加多发的当代，为保护儿童利益，有关代孕亲子关系认定的国际公约制定需要提上日程。

Abstract: There are two major challenges in the determination of parent-child relationships in cross-border surrogacy cases: the determination of the parent-child relationship itself and the recognition of the parent-child relationship in the home country. In the contemporary era, with the rapid development of assisted reproductive technology, traditional theories such as the genetic theory and the birth theory in determining the parent-child relationship in surrogacy cases have gradually been abandoned. The determination of parent-child relationships mostly adheres to the principle of maximizing the best interests of the child, to a certain extent recognizing the intended parents and the factual parents. In terms of recognizing foreign judgments or rulings on parent-child relationships, the application of the public order reservation system by the home country to deny foreign judgments on parent-child relationships has a certain degree of legitimacy, but the application outcome may be detrimental to the interests of the child. In determining the parent-child relationships in cross-border surrogacy cases, the home country should balance public order with the best interests of the child, and recognize the parent-child relationships of children born from different types of surrogacy arrangements.

“儿童利益最大化”原则在跨境代孕亲子关系认定中的适用

王雅馨

(福州大学 法学院 福建福州 350100)

摘要：国际社会在代孕的合法性上存在较大的分歧，这导致了跨境代孕的冲突现象，并引发了亲子关系认定难题，其核心矛盾在于“公共秩序保留”与“儿童利益最大化”原则的冲突适用。为破解这一困境，国际社会亟需构建统一的亲子关系认定标准。对此，协调路径需分阶段推进：短期可通过区域性司法协作强化“儿童利益优先”原则，如欧洲人权法院通过比例原则限制公共秩序保留的滥用；长期应以《海牙跨国收养公约》为蓝本制定跨境代孕国际公约，并以设立专管跨境代孕问题中央机构、构建儿童利益动态评估机制为公约制定的重点内容。国际社会需在尊重主权差异的基础上，以《儿童权利公约》确立的身份权为底线，构建兼顾生殖自主、女性尊严与儿童福祉的全球治理框架。

关键词：跨境代孕；意向父母；公共秩序保留；亲子关系认定；

代孕作为一种人类辅助生殖技术，能够使人类摆脱固有生殖模式，进入到可控生殖的崭新阶段。但这种技术的发展也带来伦理上的挑战，“代孕母亲”身份的诞生使得生育主体与基因提供主体之间产生割裂，进一步致使生育儿童的女性与该儿童不再当然存在基因联系，对现有“分娩者为母”的亲子关系认定格局发起了挑战。各国对代孕产业的态度也存在较大差异：有的国家完全禁止代孕；有的国家禁止商业代孕或禁止外国人在使用代孕服务；也有的国家立法未明确对代孕的态度。各国对代孕法律态度的差异引发跨国代孕的复杂问题，其中诸如代孕合法性的法律冲突、亲子关系和亲权行使的法律冲突、代孕协议的有效性等问题，以及有关国家基于公共秩序拒绝承认外国法院代孕判决问题等。有鉴于此，通过国际私法协调不同法域对代孕亲子关系的认定对保障代孕子女权益，维护身份稳定性、解决跨境家庭关系纠纷等具有重要现实意义。

一、跨境代孕亲子关系认定的立法与理论差异

由于不同法域在代孕问题上存在深刻的价值分歧，各国立法者对代孕行为采取了差异化的规制路径。从完全禁止的保守立场到有限开放的折中模式，再到全面承认的包容政策，全球代孕立法呈现出多元化的谱系特征。各国对代孕的法律态度可以概括为以下三类，即完全禁止型、部分禁止型和完全允许型。

第一，完全禁止型。所谓完全禁止，是指国家禁止各种形式的代孕，甚至以刑罚加以惩罚。德国属于典型的完全禁止代孕的国家。早在 1989 年公布的《收养中介法》和 1990 年公布的《胚胎保护法》中，德国立法者就表达了其对代孕

绝对禁止之态度。¹这种对代孕的严厉态度与其民法倡导的“分娩者为母”之价值取向存在直接联系：德国《民法典》第 1591 条遵循了传统的罗马法原则，²强调实际分娩的妇女才是孩子法律意义上的母亲，阻却了代孕关系中女性委托人对儿童的权利。³对于这种立法的主要目的，德国学者评价道：“站在刚刚出生的婴儿的利益角度，他们必须得到分娩者立刻的责任和关怀。而仅仅是遗传学上的母亲在生产分娩期间更多的却不在孩子身边。由怀孕和生产所产生的紧密的、生物学的联系让我们可以推测，分娩者作为最‘亲近’的人能最好地承担新生儿所期待的责任和完成对新生儿的帮助。”⁴第二，部分允许型。部分允许代孕的国家通常会对商业性质的代孕加以限制，而允许无偿代孕或不超过正常生育所花费的代孕行为。以英国为例。英国立法者对代孕的态度经历了从“绝对禁止”到“部分允许”的转变：1984 年，沃诺克委员会发布了《人类受精与胚胎学研究委员会报告》，指出“代孕所潜藏的危机远远超过可获得的利益”，“在伦理上是完全不能接受的”，避免代孕及其负而影响的惟一有效办法是“使其非法化”。⁵但随后发生的“Baby Cotton”案⁶让沃诺克委员会不得不接受代孕已经客观存在并且不可能有效禁绝的事实，但是如果鼓励或者任其发展可能对社会、伦理和法律秩序产生强烈震荡，为此建议政府禁止商业性或者盈利性代孕。最后，英国政府选择部分采纳沃诺克委员会的建议，严禁商业性代孕和代孕中介，而将自愿性的代孕和酬金给付合法化，这一立场至今未变。⁷英国政府对代孕的严谨立场同样影响其对亲子关系认定标准之选择，2008 年修订的《人类授精与胚胎法案》确定了与德国类似的“分娩者为母”的法律标准，但基因父母可通过“亲权令”程序取得法定身份。⁸第三，完全允许型。完全允许型一般是指对商业代孕持开放态度的国家或地区，典型如美国加利福尼亚州。美国是全球商业代孕最为发达的国家之一，绝大部分州

¹ 德国《收养中介法》禁止支持代孕的一切商业行为，规定了详细的禁止性规则和违法产生的刑事责任，第 13 条明文禁止为代孕进行的中介行为、为代孕中介进行广告的行为，以及公开搜索代理孕母和有意向父母的信息的行为；第 14 条规定了从事上述禁止行为的代孕中介的刑事责任，最高可处以 3 年有期徒刑及罚金；《胚胎保护法》禁止所有代孕行为，规定为代理孕母进行人工授精或者试管婴儿手术，将被处以 3 年以下有期徒刑及罚金，除非代理孕母改变代孕初衷，愿意长期抚养照顾代孕子女。

² 参见任巍：《论完全代孕中子女身份归属的法律认定——从“子女最佳利益”原则出发》，载《学术探索》2014 年第 8 期，第 43 页。

³ 参见王吉文：《儿童最大利益原则在跨国代孕判决承认中的适用问题——以德国的判例为例》，载《青少年犯罪问题》2018 年第 4 期，第 40 页。有关德国《民法典》相关内容，参见陈卫佐：《德国民法典》法律出版社 2020 年版，第 560 页。

⁴ Marina Wellenhofer, Munchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, §1591 C.H.Beck 2012, Rn.4. 转引自曾琦：《谁为人母——德国法视角下与“适度放开代孕”的争锋》，载《中德法学论坛》（第 13 辑），法律出版社 2016 年版，第 95 页。

⁵ See Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (1984) warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf

⁶ See Claire O'Boyle, Britain's first surrogate mum interrogated by social services during labour and forced to 'abandon' child, The Mirror, Dec.27,2024. Britain's first surrogate mum interrogated by social services during labour and forced to 'abandon' child - The Mirror

⁷ See Surrogacy Arrangements Act 1985 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01>; Human Fertilisation and Embryology Act 1990 Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

⁸ Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Human Fertilisation and Embryology Act 2008

都允许代孕，其中加利福尼亚州又被称成为“全美最适合代孕的州之一”。加利福尼亚州通过 1993 年 *Johnson v. Calvert* 案的里程碑判决，确立代孕合同的合法性原则。州最高法院明确：“妊娠代孕中，基因父母与代孕者通过自愿协议建立的亲子关系，受宪法与家庭法保护。”⁹此判例为商业代孕的规范化奠定法理基础。加利福尼亚州不仅对委托代孕方身份无任何限制，而且儿童出生后的归属权也极少引发争议。¹⁰对代孕的宽容态度使其较早构建了有关代孕的完备的法律规范及配套制度。加利福尼亚州也是世界上少数采纳“契约说”为跨境代孕亲子关系认定标准的地区之一：《加利福尼亚州家庭法典》规定，代孕协议中需明确配子的来源，除非是来自匿名捐赠者，但捐赠者不是人工辅助生殖孩子的父母，除非符合儿童的最大利益。同时，在实施代孕行为之前，委托父母可向相关法院申请作出生前指令，以确定其为未来代孕子女的法定父母。¹¹

各国采取的亲子关系认定标准除前述“分娩说”和“契约说”外，还包括“基因说”与“儿童最大利益说”。“基因说”认为应当认定与代孕儿童有基因联系的父母为法定父母。在意向父母为合法夫妻和提供精子卵子方时，意向父母为法定父母。在传统生育模式中，“分娩说”与“基因说”具备形式与实质之关系，然而在代孕情境下，因代孕母亲与抚养母亲的分离，形式要件与实质关系发生根本性背离。“基因说”与“分娩说”的认定结果产生分歧。此时，赞成“基因说”的国家和地区认为僵化适用“分娩说”形式标准，将导致法律身份与生物事实的割裂，故需将“基因说”作为优先考量要素，以实现亲子关系认定中伦理基础与客观事实的协调。¹²“儿童最大利益说”认为在跨国代孕的场合应当以代孕儿童的最大利益为依据确认亲子关系。¹³如美国“Baby M”案中初审法院和最高法院的关注焦点在于婴儿最大利益的问题上，并以此为依据判决婴儿归委托夫妇抚养，将“儿童最大利益”优先于合同约定确立为一项普适的司法原则。¹⁴然而在司法实践中，仅仅依靠儿童最大利益原则确认代孕子女的法定父母并不具有切实的可执行性。主要原因是在目前的法律适用规则下，儿童利益最大原则无法被优先适用。此外，该原则本身内容极其宽泛，依据个人的道德和专业因素可以延伸出多种解释。如若不对原则本身进行更进一步的进行阐明，容易导致法官在代孕儿童身份认定案件中的自由裁量权过大，难以真正保证代孕儿童的合法权益。¹⁵

⁹ See *Johnson v. Calvert* (1993) *Johnson v. Calvert* (1993) :: Supreme Court of California Decisions :: California Case Law :: California Law :: U.S. Law :: Justia

¹⁰ 加利福尼亚州高等法院自 1993 年起即有判例承认代孕协议的合法性。

¹¹ California Code, Family Code - FAM § 7962 California Code, Family Code - FAM § 7962 | FindLaw

¹² 参见杨成铭、潘坤：《非法代孕中的亲子关系认定规则研究——评典型非法代孕亲子关系纠纷案》，载《法律适用》2020 年第 24 期，第 8 页。

¹³ 参见李雅男：《代孕背景下亲子关系的确定》，载《法律科学(西北政法学报)》2020 年第 2 期，第 78 页。

¹⁴ *In re Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988) *Matter of Baby M* :: 1988 :: Supreme Court of New Jersey Decisions :: New Jersey Case Law :: New Jersey Law :: U.S. Law :: Justia

¹⁵ 参见黄振威：《论儿童利益最大化——基于 199 份裁判文书的实证分析》，载《法律适用》2019 年第 24 期第 65 页。

一、统一国际亲子关系认定标准的必要性

亲子关系认定标准的不确定性直接导致了跨境代孕实践中的规范真空与制度碰撞：当意图父母选择代孕服务跨境流动时，不同法域对代孕协议效力认定、亲权归属规则以及儿童身份承认等核心问题的立场分歧，极易引发复杂的法律冲突。¹⁶特别是在国际私法层面，这种立法差异不仅加剧了准据法选择的困境，更催生出跨境代孕中特有的管辖权争议、儿童国籍认定危机以及“法律孤儿”现象。为此，应当通过统一国际亲子关系认定标准，为在缺乏立法指引的情况下进行的代孕母亲提供法律框架保护。¹⁷

（一）破解法律冲突的刚性需求

跨国代孕引发的法律冲突已从理论争议演变为全球性司法困境，其核心症结在于各国亲子关系认定标准的不可调和性。这种冲突不仅威胁代孕子女的基本人权，更侵蚀国际私法秩序的稳定性和确定性。制定国际跨境代孕公约、统一亲子关系标准能够修复上述制度缺陷，具体体现在以下两方面：一是回应技术伦理挑战。科技的高速发展在改善人类福祉的同时使得众多领域焕发出新的生机与活力。近几十年来，令人瞩目的一项重大突破就是人工辅助生殖技术的出现，同时也不可避免的导致了一系列伦理和法律争议，给人类社会带来了前所未有的挑战和讨论，如代孕技术对女性身体的异化、经济剥削与阶层压迫的加重及生命商品化。¹⁸因此，在跨境代孕公约的规范框架中，以康德伦理学的人性目的论为法哲学基础，明确禁止将代孕母亲、意向父母及代孕子女工具化，是确保代孕实践不悖离人性尊严的规范性根基。二是通过法律规范规制跨境代孕灰色产业乱象。跨境代孕产业链涉及胚胎非法交易、虚假出生证明、跨国资金洗白等灰色领域，亟需国际公约构建系统性监管框架。如区分商业代孕与利他代孕的法律地位，明确禁止涉及胚胎买卖、多胎减胎选择权等违法条款，同时要求代孕协议必须包含医疗风险告知、代孕母亲自愿退出权等强制性条款。针对“共享代孕”等新型模式中可能涉及的非法行医罪、拐卖儿童罪，可通过跨境代孕公约设立国际司法协作机制。例如，中国《刑法》第 336 条将非法实施代孕手术纳入非法行医罪范畴，公约可要求缔约国建立犯罪信息共享数据库，对跨境代孕中介机构实施联合监管。

（二）保障儿童基本人权的核心理径

跨国代孕面临的权利保护困境不仅体现在亲子关系认定标准模糊这一方面，

¹⁶ 以我国为例：2025 年 3 月，上海长宁区人民法院审理的一起遗产继承案中，法官便以我国严令禁止代孕行为，认定当事人签订的《辅助生殖协议》无效，并最终判决代孕子女不享有遗产继承权。参见钟延成：《丈夫带新生儿争夺亡妻遗产——法院：无继承权》，载腾讯网 2025 年 3 月 24 日，<https://news.qq.com/rain/a/20250324A094DW00>。

¹⁷ See Elizabeth S. Scott, Surrogacy and the Politics of Commodification, 72 L. & CONTEMP. PROBS. 109, 146 (2009); Richard Storrow, Surrogacy: American Style, in SURROGACY, LAW AND HUMAN RIGHTS 193, 193-216 (Paula Gerber & Katie O'Byrne eds., 2015).

¹⁸ 参见刘长秋：《权利视野下的代孕及其立法规制研究》，载《河南大学学报(社会科学版)》2015 年第 4 期，第 2 页。

更棘手的问题在于当跨境代孕儿童的法定身份获得一国认可后，他国因对代孕所持立场不同而通过适用“公共秩序保留”拒绝承认该代孕儿童身份。“公共秩序保留”是国际私法上的一项基本制度，是指一国法院依据其冲突法规则本应适用外国法时，因其适用会与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用的一种保留制度。¹⁹跨境代孕的主要法律困境便在于禁止代孕的国家往往以“公共秩序保留”为依据排除出生地国法律适用的情形，或拒绝承认出生地国确定跨国代孕儿童的法定父母身份的证明文件。由于各国对代孕的态度不一，允许代孕的国家作出的认定代孕子女法定父母的判决在接受国难以得到承认与执行，导致实践中拒绝承认外国亲子关系判决的案例频频出现，代孕子女因此成为“无国籍人”或丧失继承权。可见，代孕亲子关系的认定不仅关涉到国际私法冲突规范的适用，更需直面国家公共秩序保留原则与“儿童最佳利益最大化”间的价值冲突——前者以维护本国伦理秩序为由否定代孕效力，后者则要求优先保障儿童身份权、国籍权等基本人权，二者运用上的冲突直接导致跨国代孕儿童陷入法律真空困境。统一国际亲子关系认定标准能够为儿童身份设置认定底线，在一定程度上限制“公共秩序保留”适用的任意性，落实《儿童权利公约》第七、八条之内容。²⁰

二、国际亲子关系认定标准协调路径

（一）短期路径：区域性规则的适用

在国际性跨境代孕公约尚未制定的情况下，可以优先考虑区域性规则的适用。以欧洲人权法院与美国《统一亲子关系法》为例。近几年，欧洲人权法院通过多个判例确立了“儿童利益优先于国家伦理立场”的裁判逻辑，要求缔约国在否定跨境代孕亲子关系前，必须证明其措施符合比例原则，且对儿童权益的损害最小化。此类司法实践为儿童利益最大化原则提供了可操作的解释框架，推动其从抽象条款向具体规则的转化。在 *Mennesson v. France* 案中，法国最高法院援引“公共秩序保留”制度，拒绝承认法国公民通过跨境代孕所生子女的法律地位。委托父母遂向欧洲人权法院提起诉讼，主张法国司法实践实质剥夺了代孕子女的身份权及家庭生活权。欧洲人权法院于 2014 年作出终审判决（Application no. 65192/11），认定法国政府以绝对化公共秩序为由否定亲子关系的做法构成对《欧洲人权公约》第 8 条的实质性违反，²¹并依据比例原则要求法国政府采取必要措施承认委托父

¹⁹ 参见任际：《国际私法中公共秩序保留的综合要素及适用趋势》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 6 期，第 34 页。

²⁰ 参见《儿童权利公约》《儿童权利公约》文本 | 联合国儿童基金会

²¹ 《欧洲保障人权和根本自由公约》第 8 条规定：1. 人人有权享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的权利。2. 公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。有关《欧洲保障人权和根本自由公约》的内容，参见 European Convention on Human Rights

母与代孕子女间的法律联系。²²根据这一判决,法国最高法院 2015 年认定,可以依据法国《民法典》第 47 条认定代孕所生子女与其生物学父亲及代孕母之间存在亲子关系。²³类似判决还包括 *Labassee v. France* 案,该案中,欧洲人权法院同样根据《欧洲人权公约》第七条判决法国政府通过“公共秩序保留”而拒绝承认代孕儿童出生证明的行为侵犯了代孕儿童的家庭生活权。²⁴而美国作为联邦制国家,其代孕法律呈现显著的州际差异,形成“法律碎片化”现象。2017 年修订的《统一亲子法》通过确立代孕协议效力审查标准及亲子关系确认程序,为弥合州际法律分歧提供了示范性框架,其核心在于构建“出生前指令”制度,使意向父母可经司法审查预先取得法定亲权,从而减少各个州法院自由裁量的空间。²⁵据此,尽管美国联邦层面未承认代孕合法性,但修订后的《统一亲子关系法》通过协调州际规则,为代孕子女的权益保护提供了制度框架,填补了法律空白。同时,通过州际法律协调机制、司法互认实践及区域性合作尝试,美国在代孕领域形成了一定程度的区域性协调模式,为国际代孕法律冲突的解决提供了重要参考。

(二) 长期路径: 跨境代孕公约的制定

直至今日,国际上依然未能制定出一部调整跨境代孕及其亲子关系认定的国际公约,各国只能参考适用一系列保障妇女生育权利与儿童权益的公约以解决相关纠纷。2022 年 11 月 1 日,HCCH 亲子/代孕项目专家组发布《最终报告: 关于合法亲子关系一项或多项国际私法文书的可行性》。该报告认为,HCCH 应尽快推动缔结一项有关一般亲子关系认定的具有约束力的国际私法公约,其应着重解决判决承认与执行中合法亲子关系的认定问题。从国际私法实践来看,统一亲子关系认定标准已成为国际社会亟待解决的核心议题,而现阶段的关键争议在于统一路径的选择。多数意见认为,目前应当统一各国有关父母身份的国际私法规则,可以借鉴和参考海牙组织于 1993 年订立的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》(以下简称《收养公约》)的有关规定,用以解决跨境代孕的诸多法律问题。待时机成熟由海牙组织起草制定专门的跨境代孕公约。²⁶在亲子关系认定标准方面,应当明确“儿童利益最大化”原则为跨境代孕亲子关系认定标准。

国际人权法框架下,儿童权利保护理念历经系统性演进。1959 年联合国《儿童权利宣言》首次确立“儿童应享有特别照料与协助”之原则,1989 年《儿童权利公约》第 3 条更将“儿童利益最大化”明定为具有强制拘束力的国际法基准。²⁷在

²² See *AFFAIRE MENNESSON c. FRANCE. MENNESSON c. FRANCE*.

²³ 《法国民法典》第 47 条规定,外国作出的任何关于法国人或外国人的公民身份记录,被认为是真实有效的,除非有充分证据表明,该记录不合法、存在欺诈或者与事实不符。

²⁴ See *AFFAIRE LABASSEE c. FRANCE. LABASSEE c. FRANCE*

²⁵ Uniform Parentage Act, UPA. The New Uniform Parentage Act of 2017

²⁶ 参见袁泉、罗颖仪:《跨境代孕中的法律冲突及其解决路径——〈跨国收养方面保护儿童及合作公约〉的经验》,载《国际法研究》2019 年第 2 期,第 124 页。

²⁷ 参见陈苇、郭庆敏:《美国亲子关系的推定与否认制度及其启示——基于美国新〈统一亲子关系法〉的考察》,载《私法》2020 年第 2 期,第 444 页。

此规范指引下，现代立法呈现显著的“儿童本位”转向——各国立法逐步摒弃家长权绝对主义传统，代之以子女平等原则、父母责任制度及儿童利益优先审查机制为核心的新型亲子关系范式。以德国法域实践观之，其虽在实体法层面恪守代孕禁止立场，但在跨境代孕判决承认领域展现司法能动性：在德国联邦最高法院在一起同性伴侣代孕案²⁸中，法院面对同性伴侣通过美国加州代孕所生子女的亲权认定争议，并未机械适用《民法典施行法》第6条公共秩序保留条款否定域外判决，而是基于CRC第3条及《欧洲人权公约》第8条之复合审查框架。最终，法院突破国内禁止性规范，承认美国加州法院确立的亲子关系。此判决标志着德国司法从“伦理绝对主义”向“儿童利益衡平主义”的范式转型，亦为大陆法系国家协调国内公共秩序与国际儿童权利义务提供重要先例。但以“儿童利益最大化”原则作为处理相关案件的唯一或排他性原则存在巨大的不确定性，同时“儿童最大利益”原则作为国家介入家庭关系的工具，排他性适用可能导致国家对家庭关系的过度干涉。²⁹因此，制定跨境代孕公约时应当以儿童利益最大化原则为价值基石，重点构建该原则在代孕情境下的规范适用体系。在跨境代孕亲子关系认定的国际协调中，需以《海牙跨国收养公约》的成熟机制为参照蓝本，同时兼顾代孕技术伦理的特殊性，系统设计包含实体性审查标准与程序性保障机制的规则框架，具体路径包括：第一，设立跨国儿童利益审查机构。参照《收养公约》第三章，在缔约国设立中央机构，负责提供各自国家有关代孕法律的资料以及统计数据和标准格式等其他资料，同时就本公约的实施和执行情况互通信息，并尽力消除贯彻实施公约的任何障碍。³⁰此外，各国、各地区中央机构还应重点审查代孕协议是否存在剥削性条款，如超额经济补偿、代孕母亲健康风险，并且赋予中央机关一定强制调取证据权，以确保亲子关系认定的事实基础完整。各国也可以设立儿童代理人制度，在涉及多法域的代孕争议中，指定独立代理人全程参与诉讼，代表儿童表达利益诉求，避免其沦为成人权利博弈的客体。第二，制定动态化儿童利益评估标准。儿童利益最大化原则的司法实现，需以科学化、可操作化的评估标准体系为支撑。基于国际家事法实践与儿童发展心理学理论，儿童利益评估标准应围绕抚养能力适格性审查与情感纽带强度评估两大核心维度展开，并构建动态化综合判定机制：一方面，应当审查意向父母的经济稳定性、心理健康状况及家庭教育计划，评估意向父母的抚养能力是否适格；另一方面，重视儿童与意向父母/代孕母亲的实际情感依赖程度，如共同生活时长、心理依恋证据等，同时确保亲子关系的认定不会导致国籍悬置或法律身份断裂。第三，为国家权力的介入设置边界。虽然维护儿童利益被看作是公权力干预家庭生活的正当理由，但必须

²⁸ BGH Beschluss Akz. XII ZB 463/13.

²⁹ 刘征峰：《在儿童最大利益原则和父母人权保护间寻找平衡——以〈欧洲人权公约〉第8条为考察中心》，载《广州大学学报（社会科学版）》2015年第7期，第18页。

³⁰ 同前注①，第127页。

为这种干预制定相对具体的评判标准，防止公权力对私权利的侵犯。因此，在跨境代孕公约的规则设计中，须以欧洲人权委员会的司法经验为参照，将“合理、可理解、可预见且符合比例原则”确立为国家干预亲子关系的四项司法审查基准。首先，公权力介入需以客观证据证明儿童利益面临监护缺失或虐待等实质风险；其次，干预依据的法律条款须避免模糊性，确保公民可预判代孕行为的法律后果；再次通过立法或判例明确干预措施的类型化清单，防止国家权力的无限放大；最后，干预手段需与保护目标严格匹配，禁止过度限制家庭生活权。这种评估框架既赋予国家保护儿童权益的能动空间，又通过法律确定性约束权力恣意，最终实现“家庭自治”与“儿童利益最大化”原则的规范平衡。

三、结语

跨境代孕技术的迅猛发展，既为人类生殖自主权的实现开辟了新路径，也深刻挑战着传统法律体系对亲子关系的认定逻辑。各国立法在代孕问题上的价值分歧导致代孕子女陷入身份悬置、国籍冲突与权利受损的多重困境，其本质是全球化时代国家主权绝对性与儿童权益普遍性之间的深层张力。在此背景下，确立“儿童利益最大化”原则为国际统一亲子关系认定标准为破解伦理与法律的二元对立提供了价值指引与实践框架。但国际规则的构建始终面临主权让渡与伦理共识的双重挑战。一方面，各国对代孕的伦理立场根植于文化传统与社会价值观，强制统一可能引发主权抵触；另一方面，“儿童利益最大化”原则的模糊适用仍需通过量化指标、审查清单与司法培训加以具象化。未来，国际社会需在尊重差异的基础上，以《儿童权利公约》确立的身份权为底线，通过技术伦理委员会、信息共享平台等机制，平衡生殖自主、女性尊严与儿童福祉的多元诉求。

论《民法典》下的“习惯”以及与航运惯例的关系

孙 渔¹

摘要：航运惯例在海事海商审判中有着非常重要的作用，如何发挥其效用并使得我国航运实践同国际航运实践接轨是海商法将来发展的重要议题。虽然航运惯例在一定程度上属于《民法典》下的“习惯”，但学者们对于“习惯”后位于一般法的观点存在争议，商事学者们更加主张商事惯例应当优先于民事一般法。而从航运惯例的内涵上看，航运惯例本身同民事习惯有着较大的差别，更加偏向于商事习惯。而航运惯例更具有规范程度高，体系化强，国际性等诸多特点。考虑到海商法本身的“用尽海商法”原则以及海事海商的审判需要，可以考虑将航运惯例的适用顺序优先于民事一般法从而满足司法实践的需要

关键词：海商法 习惯 商事习惯 航运惯例

习惯历来是法律的重要渊源之一，其重要性得到学界的普遍认可。以成文形式展现的法律不可能对所有的问题进行准确的调节，因此需要辅以“习惯”，为解决办法提供必要的依据。在全球经济化的时代背景下，许多具有涉外因素的案件没有完善的成文法律提供可靠的解决办法。国际惯例在解决这些问题上发挥着极其重要的作用，这一特征在海事海上领域尤甚。《海商法》施行于1993年，在我国当时的诸多立法中具有极高的先进性，但终究还是会受到时代局限性的影响，对于某些问题的论证不够充分，考虑不够周全，规定不够完善，并不能完全契合司法实践²。因此在审判具有涉外因素的海事海商案件时，法院仍需查找航运惯例辅助问题进行解决。航运惯例，或者我们可以称之为海事国际惯例，是指国际海事行业在船舶关系和海运关系的长期实践中逐渐形成，由非政府组织编纂成文，在较大范围内被经常遵守和普遍接受，并由此产生合理期望的行为规范，从种类以及属性来说，航运惯例可以被确定，是国际惯例的一种。航运惯例多基于多年国际实践而产生，甚至有专门从事编撰航运惯例的国际组织。诸多特性使得航运惯例在一定程度上同国内民事一般法存在一定的差别。而按照目前《海商法》的规定，只有国内法律被用尽的前提下，才能适用国际惯例³，而在实践司法中，不同层级不同地域的各个法院又对于国际航运惯例存在不同的认知。⁴可以说目前航运惯例在我国海事海商审判中并未完全发挥其效用，诸多因素制约着航运惯例

¹ 孙渔 大连海事大学 海商法硕士研究生 15642559184 辽宁省大连市甘井子区凌海路1号。

² 参见司玉琢：《我国海事立法的里程碑 纪念我国〈海商法〉实施十周年》，载《中国远洋航务公告》2003年第7期。

³ 《海商法》第268条

⁴ 郁世宸：《论航运惯例在海商法体系下的适用》，载《世界海运》2024年第1期。

的适用。

为提高海事海商审判效果,《海商法(修改送审稿)》调整了国际惯例的适用位阶,在海商法未针对该问题规定时,法院可以直接适用国际惯例,而非用尽一般法⁵。修改组希望通过此条来实践“用尽海商法”原则,与国际航运实践接轨。但该条规定在后续的意见征集中分歧较大。因立法难度较大,加之本次《海商法》修改的时间紧任务重,该问题最终被搁置,删除了相关规定。《民法典》明确规定了在没有法律规定时才可以适用习惯⁶,因此本问题解决的一大重点是航运惯例是否属于我国《民法典》下的“习惯”,《民法典》对于“习惯”的安排是否在适用在国际航运惯例上的具有合理性。本文旨在分析民法典下的习惯与国际航运惯例之间的关系,在问题真正解决时提供一定的理论参考。

一、《民法典》下的“习惯”概念

相较于明文规定的法律,习惯有着诸多的特点。习惯虽然是不成文的,但本身得到了长期地遵守,并且反复进行。习惯往往同实践有着高度的贴合性,是针对目标问题而得到反复认可的解决办法。习惯在民事生活还是在商事交易中都扮演着重要的角色,一些明文法律所不能触及的地方必须靠习惯加以补充。这些特点在有高度国际性或者有着悠久历史的行业中体现得更加明显。

不同领域的习惯有不同的价值追求,民事领域的习惯主要以维持秩序为主,而商事领域的习惯可以帮助商人追求更高的交易效率又一定程度上保证交易安全。两种领域的习惯虽然都被涵盖在习惯的这个统一概念之下,却有着不同的价值和重要性,更不能混为一谈。确定航运惯例的独特性以及价值,必须先从《民法典》中“习惯”的概念出发,明确《民法典》中“习惯”概念,地位以及种类,了解“习惯”的具体内涵。

(一)《民法典》习惯的概念以及地位

《民法典》第十条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”该条首次在立法上赋予“习惯”民法渊源的地位⁷。从概念角度出发,民法学界对“民事习惯”的理解着重于以下几个方面:一是民事习惯构成要件;二是习惯与“法律”的关系;三是民事习惯的范围。

首先,民事习惯的构成要件上,主要分为“二要件说”和“三要件说”。原《合同法司法解释(二)》中对于交易习惯的识别标准大致可归纳为两点:一是反复实践性;二是内心确信性。因而有学者对于《民法典》下对于习惯的判断标准为

⁵ 《海商法(修改送审稿)》第323条。

⁶ 《民法典》第10条。

⁷ 侯国跃,何鞠师:《我国〈民法典〉第10条中的“习惯”之识别》,载《甘肃政法大学学报》,2021年第2期。

应有事实的普遍性及法律上的确信性。⁸在此基础上还有学者提出“三要件说”：一是须由各方公认，二是需要经过反复实践，三是要形成事实规范效力。⁹

我国作为一个大陆法系国家，使用成文的形式，在法律制定上偏向通过明确细致的成文法律来解决问题，为当事人定分止争。这一目标也会使得法律在制定时要进行综合周全的考量，尽最大可能平衡当事人的利益，但侧面也可能导致在案件纠纷的处理过程中过分注重法律适用而忽视习惯的作用。早年间便有学者指出，中国当代制定法存在着轻视习惯的问题，在法律制定过程过分重视“政策”扮演着十分重要的角色，仅在涉及少数民族和对外关系等内容上才会重视习惯。¹⁰这种现状导致了习惯因在民法体系和司法裁判中的地位不明确，实践中法官不敢大量直接引用习惯进行裁判的现象，而习惯作为法律渊源的地位直到《民法总则》时才得到确认¹¹。

我国的《民法典》第十条确定了习惯之于法律进行填补的功能。同时，民商法学界对于习惯的认知普遍是“习惯”独立于“法律”，是对法律补充的一种手段。有的学者认为《民法典》下“习惯”的法律含义是：当立法者意识到国家的法律存在不足时，允许在法律未进行规定时，依据习惯来处理民事纠纷。¹²因而对于习惯的传统认知为在法律无法触及或者进行针对性调整之处，辅之以习惯处理，保证法律的适用，使得法律不与现实过于脱节。

（二）《民法典》习惯的种类

目前根据法律对于习惯的吸收以及法官的识别，可以分为三类，第1种习惯是被法律吸收而上升到成文的程度。第2种是虽然未被吸收，但是经法官识别之后，认为可以作为处理纠纷的依据，第3种未被吸收为成文法，也未被法官加以识别的习惯。《民法典》本次修改所指的习惯便是第2种的含义。

依据“习惯”的内容，可以将其分为民事习惯和商事习惯两种。学者讨论“习惯”的构成要件以及相关内容上，一般不区分民事习惯和商事习惯，会有讨论民事习惯的文章中将商事习惯涵盖在民事习惯下的情况¹³。

8 宋菲：《论习惯作为民法法源——对〈民法总则〉第10条的反思》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》第23卷，中国法制出版社2018年版。

9 郭少飞：《论习惯的民法构造》，载谢晖主编：《民间法》第19卷，厦门大学出版社2017年版。

10 苏力：《当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视》，载《法学评论》2001年第3期。

11 王利明：《论习惯作为民法渊源》，载《法学杂志》2016年第11期。

12 郭少飞、李彤：《司法裁判视角下《民法典》第10条的习惯法意义探析》，载《民间法》2022年第2期。

13 谢娟婧的《论民法渊源之民事习惯》中第95页的表述：在民事法律领域，尊重民事习惯，承认民事习惯的民法渊源地位，是世界各个国家和地区的普遍做法。如我国台湾地区《民法》第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”日本《商法》第1条规定：“本法未规定的，适用商业习惯，没有商业习惯法的，适用民法。”

我国民商合一的法律体系促使通常的民法学者一般不会故意区分二者,《民法典》第十条规定的“习惯”也是指民事习惯和商事习惯的统称,但民法和商法追求的目的及其价值是不同的。商法学者在进行学术讨论或者文献发表时,会着重强调所讨论的是商事习惯。因而准确认识并区分民事习惯和商事习惯,对于认识《民法典》下的“习惯”有着十分重要的作用。

1.民事习惯的概念

《民法典》第10条中的民事习惯包括物权习惯、婚姻家庭习惯、继承习惯、丧葬习惯等。¹⁴

其中物权习惯主要包括两种,一种是人们解决法定物权过程中所约定俗成的一些习惯和惯例,而这些习惯适用的前提便是物权法定原则,如原《物权法》第85条以及第116条中所提及的习惯,而另一种便是在长期的社会生活中形成用于界定和表征主体之间财产归属或流转关系的非法定物权的类型习惯,为进行区分,有的学者将前者称为“物权习惯”,后者称为“习惯物权”¹⁵。

“物权习惯”方面,一般认为是在经过长期的集体生活中,得到了广泛的认可,且与当地的地理特点和人口以及生活等各因素密切相关。在我国尤其农村地区,长期有着分家析产的习惯,而这种习惯也可以被看作一种简单的财产共有关系,虽然不涉及相邻关系或孳息但是一种物权共有关系,可视为“物权习惯”。父母会在子女成家立业之后,将家庭财产分配留下自己养老所需之外,平均地分给各个儿子,但是这种习惯也会随着地域发生改变,在广东台湾等地区,在分配财产时,如果长子已经有了儿子,则会将这位长孙也视为一个分配名额。¹⁶

“习惯物权”相较于“物权习惯”因缺乏物权法定的属性,若一项习惯想被视为“习惯物权”,则需要经过更长时间的沉淀,被当地集大成的吸收,成为可供法律参考的习惯。同时,由于我国有着极其悠久的历史以及十分深厚的文化底蕴,许多婚姻,家庭,继承丧葬的相关习惯流传至今,而这些习惯也在当今民事领域发挥了十分重要的作用,并被人们深深地认同,在无形中也是形成了一种评价标准,对于人民群众有着极强的约束力。这些已经构建成评价标准的习惯,是为人们长久以来而普遍知晓的,是人们熟知的。

在朱广祖与胡勇扶养纠纷案的一审民事判决书中法院论述中提到“养儿防老是中华民族数千年的传统习俗”¹⁷,同样在婚姻方面,在顾某、谢某婚约财产纠纷案中法院指出:“依照本地长期风俗习惯,磕头礼系新婚男女双方家人及亲友对

14 高其才:《民法典编纂与民事习惯研究》,中国政法大学出版社2017年版。

15 侯国跃、何鞠师:《我国〈民法典〉第10条中的“习惯”之识别》,载《甘肃政法大学学报》,2021年第2期。

16 周林彬、董淳鐸:《物权法中“习惯”的法经济学研究——从“物权习惯”到“习惯物权”》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》第7卷,山东人民出版社2008年版。

17 盐城市盐都区人民法院(2017)苏0903民初5121号民事判决书

男女双方的赠予，对新人新组建家庭的扶持，不应当属于彩礼的范畴”。另外，在李乃娟、厉永耐与厉向明、董国花案中，法院认为写道：“风俗习惯是特定社会文化区域内长久以来形成的，为人们普遍知晓，具有一定道德约束力的行为规范或模式，其内容必然也是明确的。”¹⁸这些案件都说明民事习惯是长期的。被人们所知晓的特点，同时也是同地域相关关系的，被习惯当地所深深承认的。

综上，无论是物权习惯还是其他的民事习惯，都是经过长期的时间沉淀，与习惯当地有密切联系，被当地群众所广泛认知，已经成为一种共识，或者有着极高的影响力。民事习惯的价值取向是维护好人民群众的生活和谐，明确交往过程中的行为规范，在纠纷发生时提供处理办法。这些习惯虽然没有较高的专业性，但是针对具体问题的解决能力优秀，能照顾到当地特点，提供接受度高的处理办法。但部分民事习惯虽然能起到维稳当地社会秩序的作用，却经常会与封建残留相关联，其背后复杂的价值取向也影响着法院在适用习惯时的判断。

2. 商事习惯的概念

我国目前法律关于“商事”习惯的条款存在数量少，术语表达不一，“交易习惯”条款居多这三个特点，而商事习惯在表达上也存在术语混淆的问题，主要集中在主要集中于商事习惯、交易习惯、商事惯例、交易惯例、行业惯例、商业惯例、商事习惯法之间。¹⁹但准确理解商事习惯，最重要的是把握住其相对于民事习惯的差异之处——商事性。

商事习惯为商人群体进行服务，应用于商事领域，与商事活动有着密切的联系关系。而商事习惯一般为高度专业化，以满足其实现营利，提高效率，规避风险的价值取向。在适用的主体方面，商事习惯是交易双方形成的习惯，而非如民事习惯一般基于家庭或血缘。同时在商事习惯的具体应用场景中，其适用的范围是交易双方而非是为一个群体进行服务，这也是其独特性的标志之一。

商事习惯建立的具体逻辑是在营利行为中，商人与交易对象深度参与交易，因涉及财产等重要利益，双方会进行博弈，最后达到一种平衡，而这个过程中所形成的经验也会被商人用到下一次的营业行为中，从而逐渐使这种经验变得高效，稳定，安全。同时出于利益考量和价值取向相同的因素，商人会主动学习其他地方，行业或者领域的经验，进行借鉴学习，然后应用到自己的交易行为中，从而逐渐形成一种虽然应用于双方但是范围却超脱交易双方的共同认知，这一点也促使行业，领域或者地域的习惯产生。

因此，目前商事习惯可以划分为两大类，一类是在当事人之间所形成的习惯性做法，另一种是在某一地区，某一领域或某一行业中被大家通常采用且在进行交易时双方知道或应当知道的做法。法院在认定第一类商事习惯时，一般认为只

18 山东省高级人民法院（2016）鲁民终 2152 号民事判决书

19 季洁：《法律适用中的商事习惯类型化研究》，载《河北法学》2023 年第 4 期。

要双方当事人进行反复且均认可的实践便可以构成；面对第二类商事习惯，则法院在认定时需要注意内心确信方面。²⁰

二、民商事习惯的差异以及商事习惯的适用困境

前文已仔细论证了民法典下习惯的概念以及具体分类，具体可从性质而言分为民生习惯和商事习惯，这二者虽然统一被称为“习惯”，但是在价值取向，适用主体以及内容专业度等诸多方面有着很大的不同，在目前统一规定下商事习惯也面临一定的使用困境亟待解决。

（一）民事习惯与商事习惯的差异性

具体介绍了民事习惯和商事习惯这两者的概念。我国《民法典》第十条虽然将二者统一称为“习惯”，但是其间的差异性是不可忽视的，甚至可以说是巨大。准确认识二者之间的差异，对于理解航运惯例同《民法典》下的习惯的区别有着重要的意义。从理论上讲，民事习惯和商事习惯的差异性主要如下。

第一，价值取向差异明显。民事习惯主要集中在物权，婚姻，继承，丧葬等社会关系之中。而这些关系涉及了财产和人身，对于个体来说都是“大事”。这些方面规则的明晰对于稳定社会有着十分重要的作用。我们可以看出民事习惯的价值取向便是维持社会的稳定，民事习惯更偏向于日常生活中的一种规则，一方面引导人民群众形成一种行为习惯，另一方面在纠纷发生时起到定分止争的作用。但商事习惯的价值取向与此不同，商人重复使用某一做法的目的是取得更高的效率，更好地开展营业活动，从而赚取更多的利益，而这一价值取向也在商事习惯中得以体现。

第二，在适用主体方面差异性明显。民事习惯主要针对普通的人民群众，其适用主体不具有明显特征，涵盖范围极其广泛。民事习惯涉及的物权，婚姻，继承，丧葬的关系所产生的群体身份可有父母，子女，夫妇等多种。适用主体的广泛特点也是民事习惯经长期积累并获得社会共同认可的表征。但商事习惯与此不同，是主要针对商人这一群体，虽然涉及的人可能会有许多身份，但是在习惯中他们都有着一个共同的身份——商人，其群体是具有高度统一性的，而这种统一性也保证了在这个群体中可以达成专业性更高的统一认识。

第三，技术性和相对性上有着明显的区别，民事习惯所适用的社会关系范围广阔，涉及的群众的社会身份也十分复杂，很少局限在一个小范围内。其稳定社会关系的价值取向也使得民事习惯向着接纳更多的人民群众的方向发展。但是广泛的主体适用也使得民事习惯会尽量的“通俗易懂”，越复杂的习惯越难以被人民群众接受，而且在长时间的历史沉淀中，也会因发展趋势而被简化，因而民事习

20 侯国跃,何鞠师:《我国<民法典>第10条中的“习惯”之识别》,载《甘肃政法大学学报》,2021年第2期第。

惯不会具有复杂的技术性。但商事习惯与此不同，开始时便是被商人进行精心设计的，随后在一次一次的实践中得以完善和发展，其内容已经绝非一般人所能准确理解，与民事习惯越来越简化不同，商事习惯只会在积累中更加完善，即使进行了简化，也是为提高效率而做的简化。商事习惯不需要考虑自身被接纳度，更多考虑的是专业度和效率，从而更好地为目的服务。但是商事习惯依然还是针对商人这一主体而设定的习惯，当事人双方之间的交易习惯仅限于当事人之间所熟知，即使得到了参考和借鉴，上升到行业领域，那也只是在行业内，不会同民事习惯一样有着广泛的受众。

第四，对于稳定性的取向不同。民事习惯因为其价值取向和受众的广泛性，一般都较为稳定，不会进行大规模的变化，也很少有更新迭代。作为稳定社会的一种手段，若手段本身也经常发生变化，无法做到稳定，也没有办法使社会进行稳定，就如我国一句谚语所讲到的一样“祖宗之法不可变”。但商人在日常实践中会进行经验总结，不断提取更适合效率更高的办法来融入自己的习惯之中，同时也会积极学习借鉴其他人的做法，将他人的先进做法融合到自己的习惯之中，因而商事习惯有着开放和包容的特点，但同样稳定性也较差，一旦有更好的更先进的办法，商人可能会基于对更高效率的追求而使用新的办法。实践中，许多国际商事惯例都会进行版本更新，从而更好地适应商人群体需求。

第五，地域范围不同。民事习惯的交流方式一般是当地人们的互相传达，或以口头的方式，或以家规祖训等方式予以明确。可以通过同辈之间的互相告知，长辈对晚辈之间的传授教导等多种办法。但是民事习惯适用的主体流动性却是相对较低的，尤其是在农村地区。主体的低流动性叠加交流手段的常规性，使得民事习惯会具有很大的地域性的特征，在我国具象化就是各个地方都有自己独特的习惯做法，各地的风俗习惯、村规民约各有不同，就同一事项的规定可能会因隔一个山头便发生变化。商事习惯却与此不同，它是在商主体交易过程中所产生，而经商这一行为通常会使商人有着极高的流动性，例如我国古代封建社会认为商人流动性过高，对于社会稳定性不利。这种流动性可以使得商人的商事习惯传播到很远的地方，也不太会受到地域的限制。同时商人们共同的对于高效率的追求，也会使得他们在交易中遇到更加先进高效率的方法时，就积极吸收，这也进一步降低了商事习惯受到地域的限制。

此外，前文已提到我国民商事立法是采取统一的路径，立法“从形式逻辑维度将民商事习惯两者适用约束机制同质化”，但两者在司法适用上却表现出较大的不同，反而趋向于异质化，有学者作出过调查统计，特征如下²¹：

其一，商事习惯与民事习惯适用案件类型有明显的区别。商事习惯适用的案件类型虽然涉及侵权纠纷等民事案件，但仍以非消费合同的买卖纠纷、公司纠纷、

21 陈洪磊：《民法典视野下我国商事习惯的司法适用》，载《政治与法律》2021年第4期。

保险纠纷等商事性质的纠纷为主。在民事习惯所适用的案件中，婚姻家庭继承纠纷、人格权纠纷、物权纠纷以及侵权责任纠纷等传统的民事案件类型较多，其余多为自然人间的民间借贷纠纷；其二，法院对习惯审查标准存在差异。法院在评价商事习惯时，是考虑公序良俗较少，而是依照公平原则进行判断。民事习惯所秉持的审查标准一般为公序良俗，与《民法总则》第10条的规定一致；其三，法院援引发条的意愿强弱不同。该条为法官处理民商事纠纷适用习惯提供了正当性基础，一般而言应在裁判文书中予以援引。法院适用商事习惯裁判的案件引用较少。对于民事习惯的适用，法院却援引得十分积极。

（二）商事习惯的适用困境

我国《民法典》第十条，第十一条确立了“习惯”对于法律的补充地位，而具体到商事习惯中，便是商事制定法→民事制定法→商事习惯的法源顺位，这也是商法漏洞填补规则的顺序，有学者也同样地认为商法在其性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时，有关的纠纷应是由民事基本法的一般规则²²，但这一顺序以及相关观点遭到诸多商法学者的批评。

有学者指出，商事习惯是商人群体集体自治意识的载体，商法规范供给的源头活水，是纠纷解决了压舱石，商事习惯对于商人群体具有重要的作用。同时通过比较法研究，也不存在民事制定法优先于商事习惯的定论，反而相反的位阶安排在司法二元制的情况下更为常见。²³

也有学者指出，民事规范填补商法漏洞会因商事纠纷的独特性而存在一定的局限；商主体相对于普通民事主体有着更强的职业性，专业性以及风险承受能力；商主体以盈利为目标导向，会催生着更加频繁的交易，以及相对固定的商业模式的产生，从而取得更高的商业活动效率，在纠纷发生时，也要求迅速经济地解决问题；在行为主体意思表示的效力上商行为一般不考虑真实意思，而是采取严格的外观主义，但同民事行为注重表意人内心的真意不同。²⁴

而在司法方面也存在着商事习惯优先于民法适用的相关经验，例如沈阳天意公司与北京马仕公司经销合同纠纷案的判决书中，法院写道：“因现有的法律条文对经销合同没有相关的法律规定，故应根据本案涉及的法律原理、商业惯例及案件事实作出裁判，依商业惯例……”²⁵

同时，最高人民法院指导案例第1号关于上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案的裁判理由是：虽然在形式上禁止跳单条款可能违反合同法有关居间合同的规定，然而法院基于商业交易特殊性的考虑，通过将其解读为一种

22 王利明：《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期。

23 李建伟：《论商事习惯的法源位阶》，载《中国法学》2022年第5期。

24 陈洪磊：《民法典视野下我国商事习惯的司法适用》，载《政治与法律》2021年第4期。

25 北京市海淀区人民法院（1999）海经初839号民事判决书，案例来自于李建伟：《论商事习惯的法源位阶》

商业交易习惯而认可了该条款的效力。²⁶

总的来说,研究商法的学者更加倾向于将商事习惯的法源位阶提升至民事制定法之前,提高商事习惯的优先度。此我们可以看到,虽然都是《民法典》下的习惯这一概念,学界却对其适用顺序提出了不同的态度。学界并未对民事习惯的适用顺序提出异议,但是有主张将商事习惯与民事习惯分开规定将其适用顺序排在一般法之前。

三、国际航运惯例同《民法典》下“习惯”的异同

航运惯例也是“习惯”的一种,但是它同《民法典》下的“习惯”的内涵并不完全重合。航运惯例有着自身独特的性质,同时同民事习惯有着较大的差异性,同商事习惯有较多的相似性。

(一) 航运惯例的概念

航运惯例具有国际惯例通常拥有的跨国性(调整的范围超过一国国境之内),任意性(由非政府组织进行编撰,没有相关机关赋予并保证其强制力)和普遍性(在涉外经贸和海运领域,经常得到反复实践,且在较大范围中被知晓)这三个特点。同时航运惯例的内容会涉及航海技术,贸易往来,单证流转等多个领域,具有非常强的专业性,这也是其最重要的特征。另外它对船舶关系和海运关系以及国际海事行业的行为有规范和指导作用,具有规范性。²⁷而以上这些特点交汇,使得航运惯例相较于其他惯例有着更加巨大的影响力,对航运业有着重要作用。

目前航运惯例种类繁多,部分国际贸易惯例也涵盖其中,而且大量的航运惯例已被编撰成文件,制定水平以及专业程度都是较高的,在海事审判,货运代理,海上保险,租船合同等多个方面都有极为重要的影响力,部分惯例现在还不断地更新,以适应最新的行业变换,如《国际贸易术语解释通则》INCOTERMS,因与海事审判有着密切联系,是可以被看作为航运惯例的国际贸易惯例,目前已更新到了2020版,以适用最新的时代发展。

同时,除以上种类繁多且专业的惯例之外,还存在着一种特殊的惯例,这种惯例主要为被我国未加入的国际公约吸收的该或已成为国际公约文本但尚未生效的规范性文件所包含的。这主要是我国在海事、海商方面加入或接受的国际公约数量很少,而我国国内立法又缺乏相应的规定。但事实上有很多重要的海事海商国际公约本身就是总结国际海商业务实践中的惯例基础上订立的,例如1924年《海牙规则》已有80多个国家和地区批准、参加但我国尚未加入。从基本内容来看我国《海商法》关于提单问题的规定和《海牙规则》的基本精神一致。

从性质角度来说,航运惯例是国际海事行业所普遍遵循的一种行为规则,而

26 李建伟:《论商事习惯的法源位阶》,载《中国法学》2022年第5期。

27 王建新:《论海事国际惯例的适用》.导师:肖永平.武汉大学,2004。

且得到了极大范围内的承认，具有鲜明的国际性和较高的影响力，没有片面地被政治制度所裹挟影响。

（二）航运惯例同《民法典》下“习惯”的异同以及自身价值

前文已叙述过民事习惯和商事习惯的巨大差别，这二者在价值取向，适用主体，地域性，基础性，相对性，稳定性这几个方面有着巨大差别。因而要讨论这个问题，应当将《民法典》的“习惯”分为民事习惯和商事习惯两部分，然后进行比较讨论。

在价值取向方面，航运惯例同商事习惯基本一致，航运惯例的存在也是为了保证航运事业的稳步发展，提高航运效率。航运惯例也是在各个主体的一次次的航运实践中反复积累下来，并得到承认和推广。

在适用主体方面，航运惯例同商事习惯相似，是针对参与航运的各个主体而形成的。但也存在一定的不同，航运惯例主要集中在航运主体上，相对于普通的商业主体可以有着更高的专业性，同时航运业涉及的金额较大，会使得参与的主体自身体量更大，更加谨慎小心，抗风险能力也更强。而这些因素也有助于适用航运惯例的主体相较于普通商主体，有着更加丰富的经验和更为规范的做法，也更有能力来总结行业内的相关惯例，让航运惯例更加明晰，甚至可以成体系的发展。

在技术性和相对性而言，航运惯例也是同商事习惯相似的，但也存在差异。航运惯例的适用主体的规模更大，涉及的金额更多，有能力也有意向让航运惯例更为专业。航运业本身身体量较大，且国际性质明显，因而航运惯例影响度也更高，适用范围会更加广泛。

在稳定性方面，航运惯例同商事惯例基本一致，同样也追求着更高效，更便捷和更安全的做法，如前文所提及的 INCOTERMS，就是在不断更新。

地域方面，航运习惯有着比航运惯例更加宽广的范围，航运惯例有着极强的国际属性。本身它就是国际惯例的一种，部分还是由国际组织进行编撰，在使用时，各个主体也可能有着不同的国籍。

除以上几点之外，航运惯例还有几个特点

航运惯例的现行国际体系是十分完善的，有着许多的将惯例编撰为成文的文件，这种各个非政府组织出台了各种成文惯例文件使得惯例自身能得以明确，这些文件也在不断地更新和变化，并没有受到成文这一表现形式地过多限制。

而且目前航运惯例已经被国际条约进行了一定的吸收和接纳，惯例与条约之间互成渊源的度相较于其他习惯有着更高的程度，而我国海商法在制定的过程中也吸纳了许多国际条约以及惯例。这些现象所产生的结果是航运惯例有着相较于普通商事习惯更大的体系性和影响力。

前文提到，研究商法的学者更加倾向于将商事习惯的法源位阶提升至民事制

定法之前，提高商事习惯的优先度。航运惯例不单纯地等同于《民法典》下的“习惯”，且相较于商事惯例适用主体更加专业，技术性更强，国际性明显，成文程度高，影响力大，因而笔者认为商法学者的这个关系也应被海商法的学者进行考虑借鉴。同时，还有学者提出过：“《民法典》第十一条规定特别法优先的法源位阶，此处的“特别法”，多被认为是指现在及未来都置身民法典之外的民商事单行法，且主要是商事部门法。但需要进一步解释的是，此处的商法仅指商事制定法抑或包括商事习惯在内？如为后者，借助于《民法典》第十条、第十一条的体系性解释，即可证成商事习惯优先于民事制定法的逻辑推论，完成“商事制定法—商事习惯—民事制定法”商法渊源体系构建。”²⁸一观点，而《海商法》作为一部《民法典》之外的民商事单行法，也可以对此观点进行参考和考虑。

综上所述，我们不能当然现在将航运惯例就等同于《民法典》下的“习惯”，虽然本次修订的《民法典》对于“习惯”方面作出对应规定，但是这对于实践来说仍然不够的，在民法典下的民事习惯不能当然性地涵盖住航运惯例，而商事习惯同航运惯例有一定的相似性。但航运惯例也有着自身的独特性，法典本身对于商事习惯的调整还有进一步改进和讨论的空间。

五、基于海商法自体性的航运惯例合理设想

通过前文，我们已清楚地认识《民法典》下“习惯”的种类以及概念以及航运惯例从各种习惯之间的区别和相似点。航运惯例同商事习惯有着较多的相同点，商事习惯在适用中所面临的困境也是航运惯例也面临，结合航运惯例以及海商事行业的特点，对航运惯例的适用进行合理安排，对解决实际争端中的问题有着重要作用。

（一）航运惯例在海商法中的独特价值

海商法自体性指的是对海商法自成一体特性的简称，海商法自出现之初，便是具有自给自足，自成一体的特性，而这一特性在诸多学者的著作或论文中都有所提及。²⁹海商法中诸多特色制度，也是其自体性的表现之一，而这些制度多是由航运惯例演化而成。实践因素一直是海商法自体性延续传承的重要因素，相关实践的一旦形成传统便会有非常强的稳定性，具有极高的技术性和专业性，形成大量的习惯做法和被反复遵守的规矩，最终构成了一套为海事商人所熟知的话语体系。而其中的不少习惯做法和约定俗成的规矩，又在长期实践过程中被确定为了法律，如我们所熟知的“共同海损”“责任限制”等制度。³⁰因此惯例在海商法的发展中扮演着极其重要的角色

从我国《海商法》发展历程上讲，我国并非《海牙—维斯比规则》《汉堡规

²⁸ 李建伟：《论商事习惯的法源位阶》，载《中国法学》2022年第5期

²⁹ 曹兴国：《海商法自体性研究》，大连海事大学2017年博士学位论文，第20页。

³⁰ 曹兴国：《海商法自体性研究》，大连海事大学2017年博士学位论文，第73页。

则》的缔约国，但是立法时却也仔细参考了相关公约，而这些公约是对多年海商的商业习惯进行总结，并结合相关方面法律制定的。我们还需注意到，海商法因自体性表现出极高的国际性和专业性，但这也使得海事海商领域对于一般法的适应性相较于其他法律弱，而这个特性也使得《海商法》成为目前条例最多的单行法规，具体到法律内容上我们可以看到《海商法》同我国民法一般法有较多重合点，《海商法》中规定了物权、合同、保险、侵权等诸多内容。因此更加应坚持“用尽海商原则”，提高航运惯例的优先度，从而更加有效地调整相关法律关系。

（二）对航运惯例的合理适用的必要性

将惯例放在一般法之前适用已是商法学界中许多学者所呼吁的办法。航运惯例同商事惯例有着许多的相似之处，并且其重要性也更加突出。目前航运惯例的国际体系是十分完善的，并且随着时代的变化正在不断地进行修改编撰，国际条约对于航运惯例的认可度也是较高，将惯例却认为条约也是有多次实践。航运业本身极其复杂且追求极高的效率，双方主体的专业程度相较于普通商事主体更强。航运本身的高价值也使得专业性较强，在特殊法无法进行完全的规制之下径直使用普通法并不能很好地解决航运业中所存在的问题，借此将其交由航运惯例进行处理是更为合适的办法。可以说航运业是天然的将惯例放于一般法之前的实验场。

从我国的立法角度而言，目前的相关法律对于国际惯例的适用并不明确，《民法典》仅仅是肯定了“习惯”作为法律渊源，仅在《民法典》下“习惯”角度而言，民事习惯和商事习惯有着巨大差异，而航运惯例这种国际习惯同普通民事习惯的差别更加巨大。航运惯例相较于普通商法习惯更具有“商”的特色，实践中对于惯例的需求也远高于其他行业。同时航运业本身体量较大，对于法律法规政策极为敏感，也是竞争较为激烈的国际领域，更是关乎民生的重点领域，合理有效地调整是保持航运业具有活力，维持秩序稳定的重要目标。鉴于海事海商法律有大量将之前的习惯转化为成为法律的特点，更应重视航运惯例在海商事审判中所发挥的作用。

我们更需要认识到实践对于航运惯例的需求是一直存在的，如果问题无法通过《海商法》的具体条文调整，那民法一般法也很难达成更好的调整结果。而民法一般法往往具有一定的地域性，对于海事海商这种国际性较强的行业调整能力也是有限。因此《海商法》修改中必须重视航运惯例，发挥其在海事海商的重要作用，这样国家也能使得对于海事海商的调整更加贴近行业特色。

（三）对航运惯例的合理适用安排

航运惯例在《海商法》的发展过程中扮演着极其重要的角色，而海商法拥有自己的自体性，同时考虑到《民法典》中的商事习惯又因为过于笼统的困境在适用上存在一定的困难，在《海商法》修改的过程中，应当对航运惯例的适用做出一定的特殊安排。

首先，可以考虑将航运惯例提至一般法之前进行使用。整个国际航运界对惯例的依赖性极高，在《海商法》法条无法解决问题时，法院通过用行业惯例来解决问题，可以有更高的专业性。航运惯例相较于一般法，也更容易获得双方主体认可。

其次，在将惯例适用顺序提高的情况下，设置限缩机制，并以我国的公序良俗作为基本底线，明确，惯例的使用前提和使用标准，航运惯例虽然是在航运业长久实践并得到反复确认的，但并不代表航运惯例本身便是公平的，在双方地位差距较大时，不公平的惯例也会得到长期的实践。应建立健全法院审查制度，健全法院体系对于航运惯例的认可制度，在确保审判公平公正的前提下，进一步地提高航运惯例在海事海商审判中的适用，避免出现因滥用航运惯例而当事人或法院“造法”的情况。

六、结语

航运惯例在整个航运业扮演着极其重要的角色。海事海商法律在其长久的发展过程中也是吸收了大量的航运惯例，行业从业主体也普遍遵循着大量航运惯例。虽然《民法典》通过规定明确承认“习惯”作为法律渊源，但是其规定却将民事习惯和商事习惯统一规定没有结合二者的差异点进行调整，以至于使得商事习惯的重要性得不到体现。海事海商较普通商事领域更加需要习惯进行指导，是海上领域从业主体的高度专业性为航运惯例提前至一般法之前进行适用提供的天然的条件。虽然本次《海商法》修改并未能提高航运惯例调整的优先度，但考虑航运惯例在海事海商领域中发挥的重要作用，应改变航运惯例的适用顺序，为案件审判提供更可靠的依据，同时需要注意建立明确的海事惯例审查机制，避免出现“造法”或者因惯例适用而违反我国公序良俗的情况。

数字时代的民事诉讼：再中心化问题与异步审理的解决路径

袁家伟^[1]，尹嵩淇^[2]

(1.北京邮电大学 北京 100876; 2.湘潭大学 湖南 411105)

摘要：随着数字技术的快速发展，法治体系面临前所未有的挑战，民事诉讼领域正在经历深刻的数字化变革。数字技术的普及对传统司法程序产生了显著冲击，使法治需要适应技术革命所带来的内在需求。同时，“再中心化”现象在民事诉讼程序中表现突出，导致传统强弱地位关系格局的变化，亟需法律制度进行相应调整与反思。在此背景下，异步审理模式作为数字化法治的实践探索，凭借其在线性、效率性和公开性，展现出对再中心化问题的调节作用，不仅有效平衡了民事诉讼中当事人间的强弱势地位差异，也通过技术赋能推动了诉讼模式的创新。然而，异步审理模式的局限性也不容忽视，需要进一步通过制度设计和价值引导实现优化和完善。

关键词：再中心化 数字正义 异步审理 解决路径

一、数字技术驱动下的法治挑战

(一) 民事诉讼的数字化背景

1. 数字技术普及对司法运作的冲击

数字时代的信息革命打破了传统物理时空下的“固态社会”，国家生产生活规律、社会组织形式、社会治理体系、法律制度规范等方面，都面临着数字时代“液态”发展逻辑的挑战和重塑。^[3]法治也需要回答数字时代的新问题，时代的再中心化让原有的主体强弱地位发生变化，法律需要重新衡量做出合理回应；技术突破产生的“法外之地”也亟需法律给出回应。良法善治的理想对法律规范的合理性、科学性提出了要求，为了实现这一愿景，法律不能固步自封而不适应时代的发展变化。

2. 法治在技术革命中的适应性需求

数字时代的治理权力正被网络组织或个人分享，而治理权的“旁落”可能导致平等主体在网络中的不平等地位。技术的迅速发展使得国家的部分治理权限在实质上与各个科技公司分享，提供数字服务的企业承担着实质上的公共管理者责任，

[1] 第一作者：袁家伟，汉族，上海人，2001年6月生，现读与北京邮电大学网络法专业2023级硕士研究生，联系电话18017639176，电子邮箱yuanjw2023@163.com。

[2] 第二作者：尹嵩淇，汉族，湖南人郴州，2001年10月生，现读于湘潭大学知识产权法专业2023级硕士研究生，联系电话15273527566，电子邮箱1657259687@qq.com。

[3] 参见马长山：《数字社会的治理逻辑及其法治化展开》，载《法律科学（西北政法学报）》2020年第5期，第4页。

而在此过程中,“随着信息的生产和传播从集中走向分散,治理的权力也从集中走向分散”。^[4]虽然社会治理正在去中心化,但值得注意的是“一种形式的权力或许被摧毁了,但另一种正在取代它。”^[5]在去中心化浪潮的掩盖下,仍然可能形成一种新的中心化形式。如掌握互联网话语权的个人与机构可能重新形成网络上的不平等;又如掌握大量网络信息的平台可能实际建立了一种新型的互联网帝国,拥有或明或暗的操纵用户认识的能力。法律的重要使命是对权力的约束,当权力从一种中心化的形态转变为隐秘的“再中心化”形态时,法律需要适应这种变化并进一步发展。这正是数字时代对法治建设提出的新的要求与挑战。

数字技术的高速发展带来了生产力的提升,也带来了基于技术产生的独特法律问题,这对法治提出了新的要求。易言之,数字化的时代潮流下,算法与代码的广泛运用常常能够提高各方行动的效率,^[6]但算法、代码等数字技术在法治命题下产生了更多全新的问题。例如,技术权力化、权力技术化的趋势使得技术成为一种超强的监控形式,^[7]引发公民的隐私权受到侵害的问题;算法不透明的特性以及算法本身较高的门槛会使得公众对数字治理产生怀疑,公众无法看清其中的规则,无法提出不同意见,也不能参与决策过程,只能接受最终的结果,^[8]引发司法公信力遭受削弱的问题;并且由于数字鸿沟的存在,不同主体之间数字能力的强弱差异会产生实质上的数字不平等,^[9]在社会治理中表现为数字治理的便利性并没有在接受能力弱势方中得到较好的实现,引发对“数字公平”如何实现思考。

（二）再中心化问题的法律困境

1.再中心化在民事诉讼程序中的具体表现

民事诉讼法调整的是平等主体之间产生的人身关系、财产关系和其他关系的纠纷,当民事主体之间对社会资源的控制力差距过大时,其法律地位的平等也将受到影响。“再中心化”的社会现象重构了社会关系中各主体间强弱关系的衡量方式,重新审视强弱关系变化的实质是影响力、注意力等社会资源的再分配引起的原衡量方式的调整,进一步变化对弱势一方的保护方式也需要重新规定。民事诉讼活动中需要审慎的判定双方的强弱关系,传统观念中劳动者的绝对弱势地位在新兴行业将动摇,甚至手握流量的主播将成为在与公司劳动关系中的主导方。观

[4] 参见周学峰、李平:《网络平台治理与法律责任》,中国法制出版社2018年版,第36页。

[5] 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中法律》,李旭等译,清华大学出版社2009年版,第89页。

[6] 参见[美]伊森·凯什、[以色列]奥娜·拉比诺维奇·艾尼:《数字正义——当纠纷解决遇见互联网科技》,赵蕾等译,法律出版社2019年版,第24页。

[7] 参见马长山:《数智治理的法治悖论》,载《东方法学》2022年第4期,第66-67页。

[8] 参见[美]卢克·多梅尔:《算法时代:新经济的新引擎》,胡小锐等译,中信出版社2016年版,第139-140页。

[9] 参见曹荣湘:《数字鸿沟引论:信息不平等与数字机遇》,载《马克思主义与现实》2001年第6期,第20-22页。

众基于长期观看直播而对主播产生信赖基础,并在进一步的互动交流中加深信任关系,甚至形成一种对主播的依赖。这使得体量大的主播能够与公司进行博弈,甚至处于强势地位。除了在上述劳动关系中发生的民事纠纷,在其他社会关系中发生的民事纠纷都将受到影响。例如,网红与普通人之间发生纠纷时,网红的大量粉丝在网络中对相对人施加压力或引导舆论,极易对相对人和法院造成压力,对纠纷的解决起到或多或少的影响。因此,在处理数字时代的民事纠纷时,不能按照过去的思维惯性判断强弱地位,而如何恰当的评判和处理是当下需要回答的问题。

2. 数字技术对传统民事诉讼法的冲击与反思

数字技术的发展导致信息传播打破了时间空间的限制,纠纷产生的条件已经不受时间空间的局限,在数字时代下相距上千公里的主体可以由于不同时间发出的信息产生误解、爆发纠纷。基于此特性,数字时代是诉讼爆炸的时代,并且往往当事人之间相距万里,对于法院的审理能力、当事人的程序保障提出了新的挑战。

由于人口数量与经济规模的增长、国家治理政策与司法政策的变化、公民权利意识的提高,各类民商事案件数量在近 30 年有着巨大的增长。^[10]在这样的背景下,数字技术的不断发展,进一步打破时间空间对信息传播的掣肘,使得人与人之间的纠纷产生更加的频繁与多样。而在法官员额制改革的制度下,进一步导致了法院“案多人少”的事实,^[11]曾任最高人民法院院长周强在 2021 年《民事诉讼法》修改草案的说明中表达“矛盾纠纷数量持续高速增长,民事审判工作形势发生深刻变化,现行民事诉讼法有些规定已经不能完全适应人民群众对公正、高效、便捷解纷的司法需求,有必要予以完善。”有学者将此解读为“案件数量的增加,使得在现行法的规定之下无法实现更高效率的审判”。^[12]“网络资源本身即可用于解决基于网络环境而产生的诸多争议”^[13],由于数字技术发展带来的诉讼难题,也可以依靠数字技术来解决。

技术的引入虽然增强了法院的审理效率,但同时也对当事人的程序保障提出了更为严峻的考验。在数字时代,当事人程序权益的侵蚀往往以隐秘的方式发生。因此,民事诉讼在借助数字技术提升司法效率的同时,必须清醒地认识到技术运用的双面性。不当使用数字技术可能引发一系列技术伦理难题,使“第四代人权”的实现受到阻碍,也让数字正义的目标蒙上阴影。

人工智能的普及使得数字正义相较于传统正义观中人的主体性地位降低,让

[10] 参见左卫民:《“诉讼爆炸”的中国应对:基于 W 区法院近三十年审判实践的实证分析》,载《中国法学》2018 年第 4 期,第 239-246 页。

[11] 参见任重:《民法典与民事诉讼法的协同实施:回眸与展望》,载《当代法学》2023 年第 1 期,第 52 页。

[12] 参见张卫平:《“案多人少”困境的程序应对之策》,载《法治研究》2022 年第 3 期,第 92 页。

[13] 参见李虎:《网上仲裁法律问题研究》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 58-59 页。

位于技术理性；正义的作用对象扩大到机器行为，并因此产生算法公开的正义实现方式。^[14]大数据技术将案件的各个特征要素化，用精巧的衡量技术将案件的客观情况标准化，从而为民事案件的裁判提供指引。但在此过程中，由于技术理性对人主体性地位的冲击，各个民事案件中的特殊情况很容易无法得到合理的重视，而这将无法实现机器的行为正义。更不可回避的是，算法技术的产权保护、理解门槛、结论得出的无过程性将大大阻碍算法公开的效果，这极易侵害审判公开原则所保障的程序正义。在民事诉讼领域中引入人工智能技术，诉讼全过程的智能化，不仅能提高司法决策的科学性，还能提高司法预测预判能力和应急响应能力，让数据为司法业务服务。^[15]但网络化、数字化、智能化的社会趋势让数据分析无处不在，“无隐私的公众”^[16]现象是数字人权面临的第一大挑战。特别是民事诉讼过程中，大量当事人的隐私信息将被人工智能获取，由于算法黑箱的存在，不仅是当事人，甚至是技术使用方——法院也不能保证隐私数据得到很好的保护。这无疑是数字技术对“第四代人权”^[17]保护的挑战。

二、异步审理模式：数字化法治的实践探索

（一）异步审理对再中心化问题的调节作用

1. 民诉中当事人强弱地位差异的来源分析

在传统观念中，判断诉讼当事人强弱地位的因素主要包括经济状况、对社会资源的掌控能力以及对法律的使用能力等。例如，劳动者之所以处于相对弱势，不仅因为其经济实力远逊于用工单位，还由于其对劳动法的了解有限。与拥有专业法律团队的用工单位相比，劳动者在法律认知和应用方面天然处于劣势。经济状况的悬殊可能使部分当事人难以负担诉讼成本；法律知识的缺乏可能让他们在证据保存和自力救济上显得被动；而社会资源的分配不均又使得双方在行使自力救济或依赖公力救济时能力差距显著。这些差异的存在，使形式平等主义的诉讼程序难以实现真正的实质正义。

进入数字时代，影响诉讼双方强弱地位的因素进一步扩展，新增了对数字技术运用能力、信息获取和分析能力，以及社会影响力的差异。这些新的变量同样加剧了当事人之间的地位不平等。数字技术运用能力的强弱，在当下社会的意义类似于农耕社会中耕作能力的高低，不仅影响个人生活质量，还关系到其实现更高价值追求的可能性。同样，信息获取和分析能力的差异，如同经过海量数据训练的人工智能与未经训练的人工智能之间的性能差距，能够深刻影响数字时代个

[14] 参见谷佳慧：《数字时代正义的内涵变迁及法治保障》，载《北方法学》2023年第5期，第134-136页。

[15] 参见张卫平：《民事诉讼智能化：挑战与法律应对》，载《法商研究》2021年第4期，第29-30页。

[16] 参见〔英〕约翰·帕克：《全民监控：大数据时代的安全与隐私困境》，关立深译，金城出版社2015年版，第1页。

[17] 参见马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019年第5期，第8-19页。

体之间的竞争力。掌握更多信息的人能够获得更多机会和资源，这种差距对诉讼当事人之间的平等性构成了新的挑战。民法在必要领域应适度介入，弥补这种不公平。

此外，社会影响力的差异也成为影响诉讼当事人地位的重要因素。尽管社会影响力可以在一定程度上对当事人形成监督，促使其公平行事，但当社会影响力被恶意引导时，也可能引发诸如网络暴力等不良后果，甚至影响司法的公信力。这些因素的复杂性对现代民事诉讼提出了更高要求，呼唤法律制度的适应性改进。

2. 异步审理如何平衡权利保护与技术便利

异步审理模式一种纠纷解决的方式，辨别当事人之间的强弱关系并不在其功能范围之内，但它作为民事诉讼程序之一，如何处理诉讼双方的新的强弱关系是不能回避的问题。异步审理模式作为数字时代下的新型审理模式，它所具备的在线性、效率性、公开性使它能够适应诉讼主体强弱地位的变化，在一定程度上实现对弱势方的保护以弥补双方之间的差异。

首先，在诉讼成本方面异步审理模式可以缩小双方的差距，原先可能因为工作时间冲突而无法出庭、异地庭审路费高昂不愿出庭的当事人，可以通过线上异步审理模式来获得救济自身权利的机会。并且异步审理模式可以体现在诉讼的全流程中，不仅可以通过互联网在线法院诉讼平台或微法院小程序进行在线立案，其他诉讼环节也可以在线进行，极大的减轻了当事人的讼累。毫不夸张的说，异步审理模式在为当事人提供平等的权利救济途径方面起到的巨大的贡献，为法治实现提供了程序保障。

其次，异步审理模式可以提高司法资源的利用率，进而使得更多的相对弱势方获得司法救济的机会。异步审理的审判效率是传统诉讼的几倍，在保证当事人得到基本公平正义的前提下，极大的提高了司法审判的效率，让有限的司法资源可以在更多的人群中得到实现，尤其是弱势一方。审判效率的提高当然能够使得法院受理更多的案件，但这样也可能会影响到每一个案件本身的审理质量，也就是当事人的合法权益是否能够得到合理正当的维护。然而，采用异步审理模式的案件极大概率能够获得当事人的认可，异步审理模式不仅提高了审判的速度，并且没有降低审判的质量，对于诉讼效益的提高是显而易见的。

再次，异步审理模式带来的更便利、优质的公开方式可以化解具有较高社会影响的诉讼主体带来的可能存在的问题。司法的独立性虽然可以应对个人社会影响力差异造成的公众对案件的偏见，但这会降低公众对司法的信任程度。而相较于传统的线下审理方式，异步审理模式采用交互式文字交流方式能够在不影响司法独立性的前提下实现更好的司法公开，让案件审理全流程、庭审全过程都在时间轴的统一下展现出来，让任何选择旁听庭审者在短时间内遍览案件。并且文字不同于录像和语音，文字更便于检索，这更有利于司法公开的实现。

最后，不得不承认在公共领域应用高新技术需要考虑到数字鸿沟的问题。异

异步审理模式是应用数字技术的具体体现,因此不同主体对数字运用能力的差异可能导致主体间产生强弱势差异,这种差异如果未加合理限制易发展成一种隐形的不公,为了避免这一现象可以通过降低数字技术使用门槛来化解。而属于信息能力上的差异,异步审理模式通过在线审理平台公开双方提交的与诉讼相关的信息,保障双方信息获取的机会平等,并且通过人工智能技术将证据的主要作用和内容、发言的主旨以概括的方式降低信息分析能力的差异,这将极大的帮助诉讼当事人,缩小双方的信息获取、处理能力的差异。

（二）技术发展引发的问题与异步审理的应对之道

1. 技术赋能的民诉创新

利用数字技术本身解决数字技术带来的问题无疑是一个很好的思路,但不可否认的是如何使用数字技术是一个需要回应的问题。法律作为调解社会关系的上层建筑,在应用数字技术时需要对可能发生的数字正义问题、第四代人权保障问题做出适当的预测和应对措施准备。

数字正义的实现需要保障数字人权与规范数字技术应用伦理,而数字鸿沟正是实现这一目的的现实描绘。数字正义是人类正义观的发展和进步,主要体现数字社会、数字经济的时代特征和正义需求,以满足数字经济高质量发展对司法的新需求、规范数字空间秩序和数字技术应用伦理为主要价值目标。^[18]数字人权是以数据和信息为载体,展现着智慧社会中人的数字化生存样态和发展需求的基本权利。^[19]而数字鸿沟正是数字技术应用伦理产生问题的因素之一,其是指社会上不同性别、年龄、种族、经济、居住环境、阶级背景的人,接近使用数字产品的机会与能力上的差异。^[20]这种差异导致的数字鸿沟可以简单分为三类,分别是因难以接触数字产品而产生的接入鸿沟、因难以熟练运用数字产品而产生的使用鸿沟、因难以获得数字产品相关知识而产生的知识鸿沟。^[21]这三道鸿沟将对人的数字化样态的生存需求和发展需求造成关键影响,足以使得数字人权的实现出现危机。申言之,数字鸿沟的存在极可能使得数字人权难以实现,进一步将影响传导至数字正义的实现。

2. 异步审理模式的实践优势与局限性

（1）异步审理的优势

异步审理在实践中广泛运用,并取得了非常好的效果,这为异步审理模式的现实意义提供了有力支撑。异步审理模式最早在杭州互联网法院的《涉网案件异

[18] 参见张凌寒:《数字正义的时代挑战与司法保障》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期,第134页。

[19] 前引[15],马长山,第17页。

[20] 参见孟醒:《智慧法院建设对接近正义的双刃剑效应与规制路径》,载《中国政法大学学报》2020年第6期,第38页。

[21] 参见韦路、张明新:《第三道数字鸿沟:互联网上的知识沟》,载《新闻与传播研究》2006年第4期,第44-46页。

步审理规程（试行）》中提出。随后，广州互联网法院提出在线交互式审理方式^[22]；北京互联网法院在《电子诉讼庭审规范》中提出非同时审理方式；苏州虎丘区法院^[23]、厦门集美区法院^[24]、成都互联网法庭^[25]等法院均有适用异步审理方式。可见异步审理模式已在全国范围广泛运用，这代表着异步审理模式在实践领域的发展领先于理论领域，而这种实践先于理论的趋势在数字时代往往是普遍现象。因此，对此类新兴领域事物的理论研究不能再以过分保守的眼光看待，而应当采取开放包容未来的态度对待。

（2）异步审理的局限性

异步审理模式需要克服在使用数字技术时由于数字鸿沟的存在而产生的问题，否则可能违背数字技术应用伦理，进而影响数字正义与数字人权的实现。在司法权利机关的角度，需要额外优化数字产品的使用体验，包括但不限于简化操作流程、易化理解难度、提供语音版本等方式来填补接入鸿沟；需要提供人工辅助操作、诉讼流程视频指引等方式保证数字产品使用不存在过于困难的情况；需要进行适当的数字产品宣传和教学，在提供普遍的基础引导后，根据当事人需要提供相应程序的进阶引导，这样才能克服知识鸿沟。在诉讼当事人的角度，克服由于年龄、经济等外在差异导致的数字鸿沟更多的需要内在的改变。不管是接入鸿沟、使用鸿沟还是知识鸿沟，阻碍当事人越过鸿沟的关键因素还是他们自身对新事物的接受能力的差异导致的，在司法权力机关做到足够称职的情况下，当事人应当积极接受异步审理这种新型的审理模式。在公众角度，异步审理模式需要提供更多的社会曝光度，让公众了解和接受这种新型审理模式。新事物的产生时常伴随质疑，因此异步审理需要在践行法治精神，赢得公众的信任。

三、面向未来的法治实践：异步审理的意义与启示

（一）异步审理在民诉领域的潜力

异步审理模式作为民事诉讼程序中的一种新兴实践形式，其潜力主要体现在优化程序效率、平衡当事人权利和推动司法公正三个方面。首先，异步审理通过在线化和非同步性操作，打破了传统诉讼程序对时间和空间的限制，显著提升了司法效率，为司法资源稀缺的地区提供了有效解决方案。同时，这种模式赋予当事人更多自主选择 and 参与的空间，使得强势主体不再因资源优势占据绝对主动权，从而促进了程序的平等性。此外，异步审理公开化、透明化的特点有助于增强司

[22] 参见《广州互联网法院成立一周年工作报告》，广州互联网法院官网 2019 年 9 月 30 日，<https://www.gzinternetcourt.gov.cn/#/articleDetail?id=ca7f099d20104cdb874165be6b716fd1&titleType=advancedSearch&type=WorkReport&apiType=convincing>，2024 年 9 月 9 日访问。

[23] 参见《强化技术支撑规则制约 创新构建异步审判模式》，《人民法院报》2021 年 7 月 13 日，第 4 版。

[24] 参见林达、许明茹：《“异步质证”技能解锁！在线搞定庭前工作》，微信公众号“最高人民法院”2020 年 3 月 27 日。

[25] 参见夏菲妮：《成都互联网法庭交出一周年成绩单，这项工作全省第一！》，微信公众号“四川法治网”，2022 年 4 月 10 日。

法过程的可信度和公信力，尤其在涉及公众利益的案件中，这种公开性能够进一步增强公众对司法的信任。

然而，异步审理的潜力并非无条件释放，其实施效果在一定程度上受到技术支持、规则设计及操作规范的限制。例如，在异步环境中，如何保障数据安全与当事人的信息隐私，如何避免因技术障碍导致的权利受损等问题，均对现有司法体系提出了新的挑战。因此，异步审理虽然具有较大的发展空间，但其进一步推广需以法治理念和技术创新为支撑，通过完善的规则设计确保其公平性和合理性。

（二）数字时代民事诉讼制度的改进方向

面对数字化带来的机遇与挑战，民事诉讼制度的改进应在充分尊重传统司法原则的基础上，积极吸纳数字技术的创新成果，从而实现技术与法治的深度融合。首先，应建立健全与数字技术相适应的民事诉讼规则，明确异步审理等新兴诉讼模式的适用范围、程序规范和操作细则，确保司法活动在技术环境下的合法性和规范性。其次，需要进一步强化技术与法律的协同机制，尤其是针对技术赋能过程中可能引发的不公平现象，如数字鸿沟导致的当事人诉讼能力差异问题，应通过技术补偿和制度保障的双重手段予以解决。

此外，数字时代的民事诉讼制度改进，还需重视对司法人员的数字化能力建设。随着技术在司法中的深入应用，法官、律师及其他司法从业者需具备更高的技术素养，以便在异步审理等创新模式中熟练应用相关工具并及时应对技术风险。与此同时，加强公众的法治教育和技术普及，让更多当事人了解并熟悉异步审理模式，确保其真正成为高效、公平且可普及的诉讼方式。

综上所述，数字化背景下民事诉讼制度的改进不仅是对现有法律框架的优化，更是对法治与技术关系的重新审视。通过不断完善异步审理模式及相关规则，民事诉讼制度有望在新时代实现司法效率与公正的双重提升，为数字社会的法治建设提供更加坚实的保障。

结语

异步审理模式作为在线法庭审理模式的新尝试，是对传统线下民事诉讼法的又一个新尝试，也是对时代社会发展的民诉回应。异步审理模式对于“再中心化”导致的诉讼主体强弱关系如何处理的问题、数字鸿沟导致数字技术运用时产生的数字不平等的问题都能给出恰当合理的回应，这表明异步审理是民事诉讼法在迎接数字时代到来的重要的程序手段，作为维护秩序、追寻正义的民事诉讼法，拥抱数字时代的浪潮无疑能够更合理的分配司法资源、提高资源利用效率，让民事诉讼法在数字时代闪出更耀眼的光芒。

外国法查明中专业机构查明的问题与解决路径

肖瑶林*

(河南大学法学院 河南 开封 475001)

摘要:我国对外国法查明中专业机构查明途径缺乏详尽规定。专业机构查明外国法已经获得一定进展,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释(二)》的出台对外国法查明制度做了进一步完善,然而实践中专业机构查明仍存在资格界定、查明报告纵向效力以及可采性标准等方面的问题。通过比较分析两大法系外国法查明的实践,建议明确专业机构法律资格、确定专业机构查明报告效力以及完善查明报告可采性标准。

关键词:外国法查明;专业机构;程序保障;可采性标准

一、外国法查明中专业机构查明的现状及问题

外国法查明¹(ascertainment of foreign law)是涉外案件处理与解决的起点与核心,准确查明外国法反映了维护国家经济安全利益的现实需求。作为外国法查明的途径之一,专业机构查明在我国已经得到了一定程度地发展,然而实践表明,专业机构查明在资格、专业机构查明报告效力与法院判定查明结果的可采性标准等方面仍存在问题亟需解决。

(一)外国法查明中专业机构查明的现状

随着涉外民商事案件数量增加,我国专业机构查明外国法在法律与实践层面已获得初步发展。学界在宏观角度上对外国法查明制度整体的研究较为成熟,微观层面上对外国法查明中专业机构查明途径的研究则付之阙如。

1.专业机构查明外国法的重要性及法律规定。当前,我国与外国国家不断深入民商事交往,经贸往来不断密切带来了涉外民商事案件数量不断上升的现实。最高人民法院第十四届全国人民代表大会第二次会议上的工作报告指出,较2023年,法院审结涉外民商事案件2.4万件、海事案件1.6万件,同比分别增长3.6%、5.3%,²涉外案件数量呈现不断上升的趋势。2024年1月1日起施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释(二)》(以下简称《解释二》)规定了7种查明途径,³对外国法查

* 肖瑶林,女,河南三门峡人,河南大学硕士研究生,从事国际经济法研究。

注释:

1 又被称为外国法内容的确定(establishment of the content of foreign law),在普通法系国家被称为外国法的证明(proof of foreign law)。

2 参见张军:《最高人民法院工作报告》,2024年3月8日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上。

3 具体7种查找途径参见《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释(二)》第2条第1款规定:人民法院可以通过下列途径查明外国法律:(一)由当事人提供;(二)

明制度做出了进一步完善，其中专业机构因其法律从业的专业性在诉讼中越来越多的得到法院与当事人的青睐，在未来的诉讼中将占据重要地位。

2.专业机构查明外国法的实践运用。最高人民法院已经设立域外法查明平台，并在国际商事法庭网站设立一级栏目“域外法查明”，列明了西南政法大学东盟国家法律研究基地、深圳蓝海港澳台和外国法律查明基地、中国政法大学外国法查明研究基地、华东政法大学外国法查明研究中心、武汉大学外国法查明中心五所外国法查明机构。当事人为了促成法官选择自己所提供的外国法，推动案件朝着利己方向发展，通常会穷尽各种途径对外国法进行查明，例如，在德力西能源私人有限公司、东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖合同纠纷⁴当中，德力西公司提交了英国夏礼文律师事务所出具的英国法下的法律意见；中国远洋运输总公司诉菱信租赁公司租赁国际(巴拿马)有限公司借款合同纠纷案⁵中，北京市高级人民法院就采信了被告菱信租赁公司提供的国外律师行出具的法律意见；中金汇理商业保理（新加坡）有限公司诉被告东莞市入世丰针织有限公司案⁶中，法院与华东政法大学外国法查明研究中心合作对相关外国法律进行查明，可见多样化专业机构对外国法进行查明的途径在国内获得了初步的发展并在诉讼中获得越来越多的运用。

3.专业机构查明外国法的研究现状。学界对外国法查明制度的研究多集中于法律性质认定、责任分配及查明不能后果等基础问题，然而对专业机构这一关键查明途径的研究仍显不足。有学者司法实践中存在专业机构法律意见采信标准混乱、费用分担失当及裁判说理不足等操作困境；^{[1]34}有学者认为，为了正确认识与回应外国法查明责任分配、查明路径创新、查明不能标准等问题，建议完善外国法的第三方查明平台的整合和专家库建设；^{[2]108}另有学者指出，外国法查明研究机构的设立虽拓展了查明途径，却引发三重争议：一是机构法律性质模糊，二是其出具的法律意见书属性存疑（是否属于专家意见或特殊鉴定结论），三是程序规则适用冲突。主张此类机构不宜直接套用《民事诉讼法》普通鉴定程序，应通过立法建立独立程序规则，其法律效力与法院委托专家意见等同，需遵循专家意见出具的程序规范。^{[3]140}总而言之，当前对于外国法查明中专业机构查明途径的研究止步于初步探索，缺乏深入讨论。

通过司法协助渠道由对方的中央机关或者主管机关提供；（三）通过最高人民法院请求我国驻该国使领馆或者该国驻我国使领馆提供；（四）由最高人民法院建立或者参与的法律查明合作机制参与方提供；（五）由最高人民法院国际商事专家委员会专家提供；（六）由法律查明服务机构或者中外法律专家提供；（七）其他适当途径。

4 德力西能源私人有限公司（DelixyEnergyPte）诉东明中油燃料石化有限公司国际货物买卖合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申2704号民事判决书。

5 中国远洋运输（集团）总公司诉菱信租赁公司租赁国际（巴拿马）有限公司借款合同纠纷案，北京市高级人民法院（2001）高经终字第191号民事判决书。

6 原告中金汇理商业保理（新加坡）有限公司。

（CHINAINTERNATIONALFACTORING(SINGAPORE)PTE.LTD）诉被告东莞市入世丰针织有限公司其他合同纠纷案，上海市静安区人民法院（2020）沪0106民初17032号民事判决书。

（二）外国法查明中专业机构查明的问题

《解释（二）》虽确立了专业机构作为外国法查明主体的法律地位，然囿于制度缺陷与实践经验不足，我国现行外国法查明机制中专业机构的制度设计仍存结构性疏漏，具体体现于主体资质认定标准缺位、专家意见证据效力模糊及司法审查标准失范等核心问题。

1.专业机构资格问题规定不尽明确。对于被排除在司法认知⁷之外的外国法的查明，在对外国法的认定缺乏实质性审查程序的背景下，外国法查明主体的资格认定是避免出现“实体不公平”现象的第一道防线，必须予以重视。

在外国法查明的实践中，法院委托专家或专业机构对外国法查明时，一般都会对其出具的意见予以采纳。^{[4]19}我国提供外国法查明服务的机构类型多样，包括本国及外国律师事务所、国内外研究机构等。尽管最高人民法院域外法查明平台列明的五所专业机构具有权威性，但实务中法院对其他具备查明能力的机构亦予以认可。例如，2017年上海海事法院在对身份进行核实后，采纳了英国律师事务所 MICHAELNOLAN 皇家御用大律师和英国律师与香港孖士打律师行律师提供的《法律意见书》；⁸再如，中国远洋运输（集团）总公司诉菱信租赁国际（巴拿马）有限公司借款合同纠纷案⁹当中，北京市高级人民法院采纳了富而德律师事务所提供的有关英国法律及其解释意见。《解释（二）》已对专业机构资格问题作出了初步规定，¹⁰然而对于各个类型的专业机构应当具备何种具体资质则语焉不详。所谓“资格”，是指“从事某种活动所应具备的条件、身份等”，从事某项专业活动最好的“资质”是具有相关的专业证书，而资格是从事某项工作最基本的条件。^{[5]707}外国法查明涉及多个国家的联系，而规定统一的专业证书来设定外国法查明的门槛，是一个国家主权内的事项，无法涵盖域外专业机构查明外国法的情况。因此，为专业机构或专家规定“资质”是当前无法实现的，只能对查明主体进行资格上的限定。

专业机构在外国法查明中的法律资格存在概念模糊性。《解释（二）》第二条虽赋予法院通过专业机构或中外法律专家查明外国法的合法性，但未明确界定其法律资格，可能导致法院适用时的任意性，并引发专业机构诉讼地位的不确定性。实践中，当事人可在诉前或诉中委托其出具《法律查明意见》，法院亦可直接委托或要求补充相关文件。尽管这一模式与我国专家辅助人制度相似，

7 司法认知主要指的是审判上的认知，指法官在审理案件的过程中，对于应当适用的法律或某种待认定的事实存在及真实性，无须借助当事人的举证即可予以认知，并作为裁判的依据。

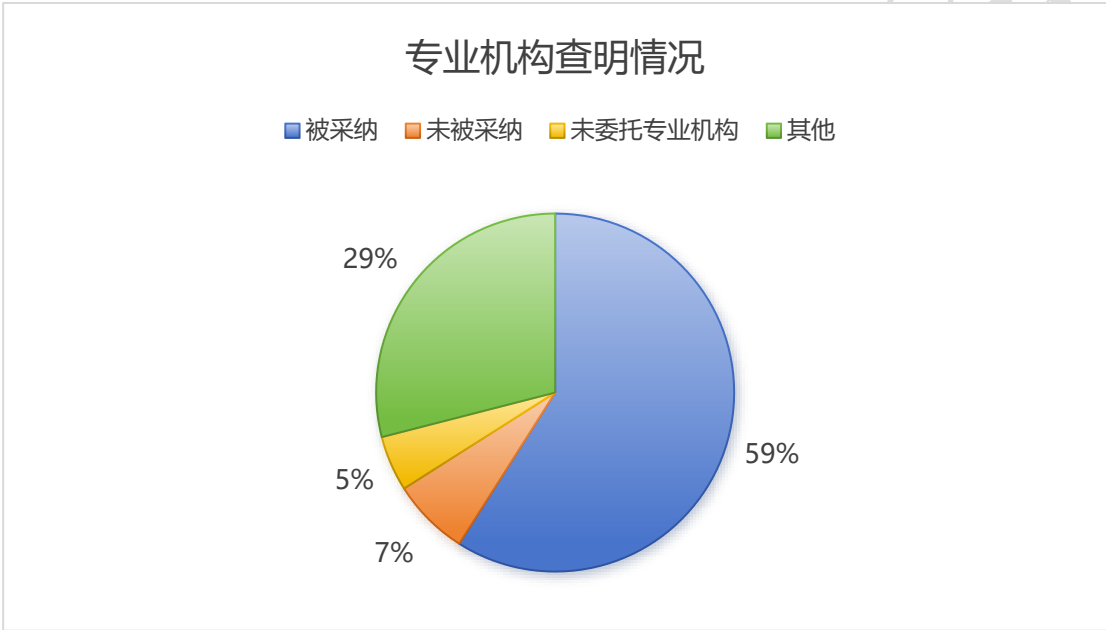
8 远东宏信有限公司与安顺船务有限公司以船舶设定担保的借款合同纠纷案，上海海事法院（2017）沪72民初526号判决书。

9 中国远洋运输(集团)总公司诉菱信租赁国际(巴拿马)有限公司借款合同纠纷案,北京市高级人民法院(2001)高经终字191号民事判决书

10 《解释（二）》规定：“法律查明服务机构、法律专家提供外国法律的，除提交本解释第三条规定的材料外，还应当提交法律查明服务机构的资质证明、法律专家的身份及资历证明，并附与案件无利害关系的书面声明。”

但专业机构查明外国法应与现行专家制度有所区别，具体差异将在第三部分详述。

2.专业机构报告效力问题制度缺位。¹¹实践中法院或当事人委托专业机构查明外国法，就法律适用问题出具意见书，意见书经过法院审查后，发现没有损害我国公共利益或者是出现法律规避的情况下，便会根据该意见书提供的意见对案件作出裁判。^{[6]98}以“外国法查明”为关键词对“中国裁判文书网”上近五年的52起案件进行搜集，其中委托专业机构进行外国法查明的案件有34起，并且其出具的查明报告为法院所采纳的案件有30起。



通过数据可以看出，近年来外国法查明专业机构查明外国法在诉讼当中得到了越来越多的运用，尤其是最高人民法院列明的五家机构出具的法律意见，基本上都能够被法庭所采纳，在这种背景下，应当由法院进一步对双方当事人出具的法律意见书的效力进行认定。根据我国《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第51条的规定，¹²该条规定在提供了多种外国法查明途径的同时，也带来了不同查明途径效力认定的问题。在外国法查明途径多样化的现实背景下，专业机构出具意见效力的制度缺位主要有以下几个方面的表现：

其一，在采用专业机构查明外国法这一途径下，法律对不同专业机构查明外国法的效力位阶缺乏规定。截止当前，域外法查明平台上设立的五家外国法查明机构均对社会开放，进行商业合作。在具体的案件当中，存在当两家机构“势均力敌”，面对司法认知之外的外国法律，法院如何形成心证的问题。此外，法律未对最高人民法院指定的五家外国法查明专业机构以外的专业机构出具的法

¹¹ 该处“效力”是指在纵向对比中，专业机构查明途径与其他几种查明途径的效力对比。

¹² 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第51条规定：“专家意见书可以由法律专家、法律服务机构、行业自律性组织等多种途径提供。”

律意见的采纳标准做出规定,实践中可能会出现非权威机构出具的法律意见书不被认可,使当事人实体权利受损的情况。

其二,在采取多种查明途径情况下,专业机构查明位于何种效力位阶,立法尚未明确。《解释(二)》中未对外国法查明途径做封闭式列举,最高人民法院印发的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》又体现了最高人民法院对多种途径查明外国法律之认可,¹³然而不同主体提供的外国法效力不同,一个未从事过法律工作或法律研究的学者与马普所研究员提供的外国法查明法律意见相比,效力一目了然。查明方法规定的不完善将会直接影响到法院适用外国法的实效。

3.外国法查明专业机构出具查明报告可采性标准缺失。可采性规则框定了当事人委托专业机构广阔收集信息的自由与作出结论的空间,《解释(二)》对专业机构查明外国法程序进行了一定程度的完善,可以看出我国司法实践对于专业机构出具的查明报告倾向于采用传统证据的认定程序与适用标准。外国法作为一种独特的、仅存在于涉外诉讼当中的元素,不仅其性质之争是数年来学者讨论的热点,而且由外国法性质之争衍生的外国法查明报告的性质之争亦是争论之所在,因此即使专业机构法律查明报告于传统证据具有相似之处,也不可草率地同等而论。

实践中已经存在专业机构查明报告可采性标准方面的疑惑,在笔者调查的52起外国法查明案件之中,香溢发展有限公司(Box Easy Development Limited)、辛格(宁波)供应链管理有限公司等海上货运代理合同纠纷一案¹⁴中,法院在判决书中提到“经审查,该证据拟证事实系属于外国法查明范畴,但该证据不符合《民事诉讼法》规定的外国法查明的形式要求”,该案件反映出我国与外国法查明相关的制度中缺乏有关外国法查明报告或其他证明文件的形式要求的规定,对于专业机构查明外国法法律报告的可采性标准缺失于民事诉讼可预测性的价值目标所不符,也不利于提高当事人对案件的接受度。

二、比较法视域下专业机构查明外国法的镜鉴

对于专业机构查明外国法这一具体问题,并非所有国家都进行了完善且具体的立法,但外国法查明涉及到不同的法系,了解不同国家实践做法对于我国外国法查明制度的完善与实施具有借鉴意义。

13 “涉外商事纠纷案件应当适用的法律为外国法律时,由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。当事人可以通过法律专家、法律服务机构、行业自律性组织、国际组织、互联网等途径提供相关外国法律的成文法或者判例,亦可同时提供相关的法律著述、法律介绍资料、专家意见书等。当事人对提供外国法律确有困难的,可以申请人民法院依职权查明相关外国法律。”

14 香溢发展有限公司(Box Easy Development Limited)、辛格(宁波)供应链管理有限公司等海上货运代理合同纠纷案,宁波海事法院(2023)浙72民初40号判决书。

（一）英美法系国家实践——以英、美国为例

英美法系国家在对外国法查明资格问题方面采取的“适格专家”标准，以及对于外国法查明结果的认定方面的实践做法自成体系，对于完善我国专业机构查明外国法具有借鉴意义。

1.专业机构资格问题。英国和美国在立法上对专家资格仅作概括性规定，如“具备必要知识、技能或培训”，¹⁵但实践中采用“适格专家”标准，¹⁶即具备外国法查明能力的主体均可成为适格专家证人，但法官会基于自由裁量权考察以下方面：首先，主体需证明其具备相关知识和能力。例如，在英国，外国法学者未必被认可，而非法律从业者若能证明其专业能力，亦可成为适格专家。¹⁷其次，专家需证明其资质与经验。例如，在美国一起案例当中，当事人选择一位在沙特阿拉伯工作两年的人为查明沙特阿拉伯法律的专家证人，最终未被法院所接受。¹⁸符合标准的专家至少应当是法律所属国公认的法学权威、本国熟悉需查明法律的高校教授或者具有相关资质和实务经验的法律工作者。最后，专家证人资格可受质疑，当事人可对其教育背景或实践经验进行审查。^{[7]334}

2.查明结果可采性标准问题。其一，美国专家证言的可采性标准。在美国司法实践中，专家主要分为三类：拥有外国法律执业资格的实务工作者、通晓外国法律的美国法学教授以及外国公民。法院认为，从事外国法律事务的专家证言可采性高于外国公民。专家证言分为基于事实的证言（*fact-based evidence*）和基于意见的证言（*opinion-based evidence*）。依据《联邦民事程序规则》，¹⁹由于外国法查明属于“法律问题”，法院对其采信标准不同于一般专家证言。首先，专家证言需符合普遍接受原则，即参考其专业成就和实践经验判断其可采性。其次，多伯特案以《联邦证据规则》702为基础，提出了新的可采性标准，包括验证性、可重复性、权威发表及科学有效性。此外，关联性、可靠性与可接受性规则虽未明文规定，但通过判例得以体现。

其二，英国专家证据采信规则。英国对专家证据的可采性主要考虑四个方面：必要性、可靠性、专业性与中立性。首先，必要性要求专家证据能为法院提供超出其知识范围的帮助，必须是帮助法院作出结论的证据。其次，证据是否具有可靠性取决于专家是否公正且适格，其意见需有充分依据。再次，专业性要求专家具备特殊知识、技能与经验，明显不符合资格的“热情的业余爱好者”提供的证据不具有可采性。最后，中立性要求专家提供客观公正的证据。除必要性确保证明

15 Federal Rules of Evidence, Article 702.

16 英国《民事证据法（Civil Evidence Act）》第四条规定，在民商事诉讼中，如果某人具有对外国法提供专家意见的知识或经验，无论是否是法律从业者，是否具有法律执业资格，那么都是可以证明外国法内容的适格的专家证人。

17 Richard Fentiman, “Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof, and Choice of Law”, Oxford University Press, 1998, p181.

18 Chadwick v. Arabian American Oil Company, 656 F.Supp.857 F.2d 1014 (5th Cir. 1988).

19 Federal Rules of Evidence, Article 44.

价值外，其他标准旨在满足最低限度的可靠性，以实现“全面可靠性”。^{[8]85}

（二）大陆法系国家实践——以德、法国为例

德国与法国作为典型的大陆法系国家，其对专业机构资格的界定及意见处理机制对我国具有重要的借鉴意义。德国法院在专业机构资格认定及法律意见采纳方面形成了较为成熟的实践体系，而法国惯用的证明书制度亦为我国专业机构资格限定及法院处理法律意见提供了有益的参考范式。

1.专业机构资格问题。德国在专业机构查明外国法方面发展较为成熟，法官在无法通过自由心证查明时，可委托如马克思·普朗克汉堡研究所(Max Planck Institute of Hamburg，以下简称“马普所”)、慕尼黑国际法和比较法研究所、慕尼黑东欧法律研究所等专业机构。^{[9]152}实践中，德国形成了三项标准：首先，专业机构或专家需保持客观、中立、独立，法官明知其不中立而采信则构成过失；其次，意见出具者需通晓外国法，至少了解其与德国法的差异。值得一提的是，马普所通常仅对法院等机构提供法律意见，拒绝为欲在外国进行诉讼的个人提供。

法国将外国法视为事实，证明方式灵活，常使用习惯证明书(certificats de coutume)这一特别的证明形式。该证明书最初用于查明外国习惯法，现扩展至成文法等一切外国法的查明，出具主体包括律师、学者及商会。²⁰法官为当事人设定查明期限，若双方提交的证明书内容冲突，则由法官裁定其正确性。

2.法院处理专业机构意见问题。其一，德国法院对成熟专业机构意见的采纳。德国法官对专业机构出具的意见并非全盘接受。实践中，当事人双方委托机构出具的意见常存在冲突，法官通过比较机构资质或意见的连贯性与逻辑性作出选择，并要求意见提供辅助资料对外国法的适用做出说明。^{[10]69}为避免受操纵，法官不能完全依赖当事人意见，而应穷尽查明途径。例如，在一起涉及委内瑞拉法的案件中，尽管法院采纳了马普所的意见并作出裁判，但联邦最高法院认为法官未进一步咨询委内瑞拉法律专家或充分利用查明资源，因而撤销了原判决。

其二，德国法院对判决书的要求。德国法院要求在判决书中写明外国法查明的途径，在1992年一起需要调查西班牙法的案件中，德国联邦法院认为上诉法院未尽到查明外国法的义务，理由是其判决书中仅提及西班牙法的成文规则，而没有说明围绕该规则的西班牙司法实践、适用情况以及相关理论学说。可见，德国不倡导由专业机构代替法官进行释法说明，仅仅是起到辅助作用的主体，无论是哪方主体提供的外国法查明意见，法官都不得不得加审查的运用，而是应当在充分审查过后，作出逻辑说明。

（三）两大法系专业机构查明外国法对我国的镜鉴

英美法系重视庭审质证，其对专家的程序要求通常涵盖专业机构查明外国法的情形。由于英美法系在专家查明外国法方面发展成熟，且专业机构查明过程由

20 Carlos Esplugues, Application of Foreign Law, Sellier European Law Publishers, 2011, P.190.

专家操作，其规定对我国完善相关制度具有借鉴意义。大陆法系的德国法院承担外国法查明责任，并拥有成熟的查明机构体系，对我国完善专业机构查明机制具有重要参考价值。法国采用习惯证明书形式，广泛规定出具查明意见的主体，为完善专业机构资质问题提供了思路。

三、专业机构查明外国法中问题的解决路径

将专业机构对外国法进行查明的过程进行拆分，可分为专业机构本身、专业机构针对所需外国法查明的结果，以及法院在面对专业机构出具报告时的采纳，也即查明主体、查明结果以及可采性标准，对该三方面内容的完善将会促进外国法查明中专业机构查明途径的体系化、规范化发展。

（一）明确专业机构主体法律资格

专业机构的水平、职业素养与工作经验将会直接影响到其作出法律意见的权威性与可靠性，在“程序正义”价值的指引下，对专业机构主体资格进行法律上的界定能够在一定程度上防范“实体不公平”现象的出现，对于外国法的正确查明具有保障意义。

1.与现行专家制度模式的区分。我国司法鉴定制度与专家辅助人制度共同构成司法审判中认定专业问题的二元专家制度模式，^{[1][17]}旨在解决案件中的专门性问题。专业机构查明外国法是我国涉外民事诉讼中外国法查明途径的创新举措，由于法官无义务知晓外国法，涉外诉讼中外国法的准确查明与正确适用成为其知识盲区，需由具备相关外国法知识的主体进行说明。民事诉讼中的鉴定人制度、专家辅助人制度与专业机构查明制度具有一定相似性，如均对案件专业问题提供解答、影响案件走向及法官心证等。但是二者不可等同而论，理由如下：

首先，司法鉴定指“鉴定人运用科学技术或专门知识对诉讼中的专门性问题进行鉴别、判断并提供鉴定意见的活动”，鉴定人在诉讼中具有中立地位。²¹实践中，当事人常在诉前或诉中自行委托鉴定，并将单方委托机构出具的意见作为证据提交。通说认为，当事人有权自行委托鉴定，但其意见不属于司法鉴定范畴，可准用私文书证之规定。法律对鉴定人资格有特殊准入要求，如《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、卫生部关于精神疾病司法鉴定暂行规定》规定：具有五年以上精神科临床经验并具有司法精神病学知识的主治医师以上人员以及具有司法精神病学知识、经验和工作能力的主检法医师以上人员可以担任鉴定人身份。

其次，专家辅助人的法律概念与法律地位在立法与司法解释中没有明确的规

21 《中华人民共和国民事诉讼法》第79条规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定”

定，学界将其解释为：“由当事人聘请，经过法庭的允许，出庭协助当事人对诉讼中有专业问题的争议案件中的鉴定意见发表质证或者发表自己的专业意见，在专业领域有专门知识的专业人员”。²²就民事诉讼司法解释层面上而言，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第122条第2款规定：“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人陈述。”根据该条解释，可以得出专家辅助人出具的意见并不属于法定证据种类，但是实践中可以视为“当事人陈述”，其效力与“当事人陈述”等同。

与专业机构对外国法查明相比，不同之处有二：其一，资格要求不同。民事诉讼要求鉴定人需“具备资格”，专家辅助人需“有专门知识”，而外国法查明因涉及国际性因素，各国规定不一，我国对其主体资格尚无程序限制。有学者认为，例如在合同领域，由当事人协议选择外国法时，遵循传统证据规则虽可行，但可能导致主体资格程序规定混乱。

其二，适用程序不同。司法鉴定意见作为传统证据类型，其效力判断遵循证据“三属性”规则；²³专家辅助人意见虽非法定证据，但其效力参照“当事人陈述”，亦适用“三属性”规则。然而，外国法作为“特殊性质的法律”，不能简单等同于传统“证据”。外国法是根据冲突规范援引的，而传统证据属于“事实”范畴。若将域外法视为证据，则需遵循传统证据规则，分配查明义务。《解释（二）》明确了外国法查明责任，²⁴而传统证据规则下，当事人首先承担举证义务，法院仅为“协助方”。若将外国法视为证据，可能限制法院与当事人的查明权限。^{[12]154}

因此，专业机构查明是独立于民事诉讼“证明系统”之外的，与“证明”类似，但性质不同的诉讼中活动，应当具备独立的程序规定。

2.与不同责任下查明外国法的专业机构资格的区分。首先，法官在外国法查明上存在局限性。尽管法官是法律专家，但受限于本国法律体系，独立查明不同法律体系和术语的外国法难度较大。作为非利益相关方，法院在查明外国法方面动力不足。实践中，因冲突规范的任意性适用，²⁵法官常规避适用外国法，如“莫斯科考兰特有限公司诉中国平安保险股份有限公司绍兴支公司案”。²⁶其次，当事人查明外国法受立场和经济因素制约。当事人往往基于利益考虑，

22 《中华人民共和国民事诉讼法》第82规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”

23 2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第50条规定“质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小进行质疑、说明与辩驳。”

24 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第1条规定：“人民法院审理涉外民事案件适用外国法律的，应当根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定查明该国法律。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。当事人未选择适用外国法律的，由人民法院查明该国法律。”

25 冲突规范的任意性适用，是指在涉外民事案件的审理中，只有在至少一方当事人提出请求时，法院才会适用冲突规范及其可能指向的外国法。

26 莫斯科考兰特有限公司（Trading Company korat）诉中国平安保险股份有限公司绍兴支公司等海上货物运输合同纠纷案，宁波海事法院（1999）甬海商初字第209号民事判决书。

选择性举证利己的外国法信息，而隐藏不利信息。此外，外国法查明需经济成本，投入更多的当事人往往能提供更完整、更具说服力的查明结果。鉴于当事人与法官在诉讼中的不同角色——当事人是利益相关方，法官是有限裁量的消极裁判者——应区分二者在外国法查明中的主体资格，避免过度同质化。具体划分建议如下：

其一，在当事人查明外国法的情况下，专业机构应当限定为“具有法律背景的从业机构”。当事人查明能力的差异直接影响案件结果，其委托机构的专业素质和法律熟悉程度会影响法院判断，由于当事人委托专业机构查明外国法存在不确定性，专业机构资格范围不宜过宽。^{[14]20} 实践中，对外国法的查明与适用通常依赖于判案法官的职业素养、对经验法则的熟知以及制度上充足的保障措施和合理的制约措施，因此，有必要在宽松准入的基础上对外国法查明专业机构进行主体上资格的最低标准规定，以确保其权威性和正确性。尽管最高人民法院主张不限制查明主体的国籍、身份和职业，仅审查查明结果的准确性，但是，这种态度并未反映在《解释（二）》之中。可参考美国实践，综合考虑教育背景、职业性质和语言能力，将专业机构资格限定为“具有法律背景”的从业机构，如中外律师事务所、研究机构、高校及律师协会等。无论是英美法系的专家证人制度，还是大陆法系的德国鉴定人制度，均对查明主体设定了准入标准。相比之下，我国缺乏程序限制和统一标准，需通过立法明确。并且，《解释（二）》第2条第1款的概括性规定易导致法官主观随意性，应改为开放式列举以适应司法实践需求。

其二，在法院查明外国法的情况下，专业机构应当定义为“专门服务于法院与仲裁委的机构”。鉴于我国尚无此类机构，建议由最高人民法院组建外国法查明中心，并限制申请主体，理由如下：

首先，法官在法律认知方面具有优势。尽管外国法不属司法认知范围，但法官的法律推理能力和对法律规律的把握优于普通公众。因此，在法院承担查明责任时，应设定严于当事人查明情况的资格条件。其次，法院作为中立方，其委托的查明机构也应体现中立性。可参考德国马普所的做法，仅对法院等机构提供法律意见，拒绝对个人提供服务。我国外国法查明发展尚不成熟，最高人民法院合作的五所研究中心虽取得一定进展，但其开放性商业运作可能影响查明结果的权威性。因此，建议最高人民法院牵头成立专门服务于法院或仲裁委的外国法查明中心，吸纳资质审核通过的专家，专门提供查明服务。最高人民法院具备组建研究中心的能力，可确保中立性。从经济法角度看，此举有助于提高司法透明度并节约成本。

（二）明确专业机构查明的效力认定

对于纵向对比不同查明途径中专业机构查明途径的效力认定，有等效性与效力位阶两方面的建议：

1.等效性认定。在专业机构查明外国法的情况下，应明确不同机构出具的报告具有等效性。当前，最高人民法院与五家研究中心进行合作，该五家外国法查明机构也在实践中得到一定程度的运用，具有权威性，如W某与张金才等继承纠纷一案²⁷当中，北京市西城区人民法院委托中国政法大学外国法查明研究中心对瑞典国家关于遗嘱方式及遗嘱效力的法律规定进行查明，对相关瑞士法律问题出具了报告，W某提交了北京双雄对外服务公司、北京百嘉翻译服务有限公司、北京译佳林翻译有限公司对瑞典继承法律的翻译件和邮件打印件，表示翻译的原文来源于瑞典驻北京大使馆提供的网站链接，从内容来看，有关内容与中国政法大学外国法查明研究中心查明的有关内容基本一致。马某不认可适用W某提供的这三份翻译文件，认为应以中国政法大学出具的查明函为准。在前一部分将当事人与法院委托专业机构查明外国法时，将专业机构的主体资格区分开来的基础上，应当进一步明确不同专业机构出具报告具有等效性，对专业机构出具法律意见的正确与否，应当在实质性审查程序中进行审查，而不应因机构的权威与否判断其效力。

2.效力位阶认定。在多种查明途径中，应当对不同途径查明外国法进行效力位阶的排序，实践中，不同途径获取的外国法意见常产生冲突，且随着查明方式增加，冲突可能加剧。当法院无法确定外国法的正确适用时，可通过厘清查明途径的效力位阶辅助认定。^{[15]69}毋庸置疑，通过签订或加入的外国法查明条约与司法互惠协助途径查明的外国法效力最强。目前，我国与沿线国家通过1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的多边条约机制进行司法协助。按照2015年《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》第6条的规定，在推动与沿线国家建立和发展互惠关系的前提下先行施惠以扩大国际司法协助范围的做法，显然亦包括外国法的查明。当查明主体为目标国家的司法机构时，其作为该国法律精英，对外国法的查明、解释与适用最具权威性，因此通过条约或司法协助查明的外国法效力最强。

法院运用专业机构查明的途径的效力应当次于外国法查明条约与司法互惠协助途径。专业机构查明途径已取得初步进展，随着经验积累，其可信度将逐步提升。法院作为最终适用外国法的中立权威机关，其内部组织的外国法查明机构出具的意见效力高于当事人委托机构出具的意见。根据《涉外民事关系法律适用法》及《解释（二）》第1条，法院、仲裁机构或行政机关负责查明外国

27 W某与张金才等继承纠纷案，北京市西城区人民法院（2020）京0102民初35173号民事判决书。

法，当事人选择适用外国法时需自行提供。因此，当事人委托法院查明外国法是基于自愿原则，其法律意见效力高于当事人自行委托专业机构的情形。

最高人民法院通过我国驻外使领馆或外国驻华使领馆查明外国法，虽具权威性，但因外国法查明专业性强，使领馆工作人员的法学素养通常低于法律专业人员，故其查明的外国法意见效力最低。

（三）完善专业机构查明报告的可采性认定形式标准

主体与效力位阶的规定仅为专业机构查明外国法程序的辅助性限定，其查明报告应设定标准。法律作为精密学科，对逻辑性要求较高，外国法亦不例外。由于外国法的理解与运用超出司法认知范围，依赖法院理解与当事人质证，对查明报告进行实质性量化规定难度较大。因此，仅对其可采性进行形式规定，既可规范无序的外国法查明活动，又为当事人辩驳留有余地，是客观情况下的最佳选择。当前，《民事诉讼法》对证据的认定标准为客观性、关联性、合法性，但外国法查明报告不属于传统证据类型，应在原有标准基础上进行特殊性规定。

1.中立性。与传统证据规定的标准相同，专业机构出具的报告应当保持客观与中立性，不得“收入钱财，替人说话”，前文提到，对于资格的限制是可采性标准的一部分，上文已对主体方面进行了详述，需要强调的是，专业机构出具外国法查明报告也应强调客观性，避免其成为当事人“攻击对方的工具”，应当实事求是的对外国法进行客观查明，避免出现“可能是”“猜测是”等主观性或模糊性用词，法院应当优先采纳中立主体出具的意见。

2.完整性。专业机构出具专家报告应当完整呈现需要查明的外国法律，杜绝断章取义式报告。法律的完整性是确保法院作出正确判决的基础，法院在判断权利义务时需要对所涉外国法进行全面了解，包括条文的例外情况、规定的特殊情形等。因此，在面临两份意见相左的查明报告时，法院应当采纳内容完整度高、有案例或其他证据加以佐证的查明报告。

3.权威性。查明报告来源的权威与否应当是法院判断是否采纳的标准之一，对于需要查明的外国法律，由该国家的立法机构官方出具的原文的可采性必然高于该国家权威法学教授的著作，而著作的可采性又必然高于来源不明或于互联网上下载的文章。因此，法院在对查明报告进行可采性判断时应当将报告来源的权威性考虑在内。

四、结语

现实需求与政策要求使涉外民商事案件的重要性日益提升。在国家战略深入推进的背景下，人民法院能否准确适用法律、查明域外法及国际条约与惯例，直接影响各方对我国投资、贸易及司法环境的信心与评价。依法平等保护

中外当事人权益，也体现了维护国家经济安全的需求。最高人民法院设立域外法查明平台，表明国家对专业机构在涉外诉讼中作用的重视。未来，专业机构将在涉外诉讼中占据不可替代的地位，其组建与扩张对完善外国法查明制度具有重要现实与理论意义。规范专业机构查明程序将推动外国法查明制度向多元化、规范化发展，通过借鉴不同法系国家的经验，长远有助于营造良好法治环境，构建公正、合理、透明的国际经贸规则体系。

参考文献：

- [1] 肖永平,仇念轩.完善我国法院运用专业机构查明外国法的建议[J].国际法学刊,2022,(04):34-52+154-155.
- [2] 王莉莉,宋汉鲲.我国涉“一带一路”建设民商事案件的外国法查明机制创新研究——基于涉“一带一路”建设典型和专题指导性案例的分析[J].山东财经大学学报,2022,34(03):108-120.
- [3] 李建忠.论我国外国法查明方法规定的重构[J].法律科学(西北政法大学学报), 2019, 37 (01): 133-143.
- [4] 郑静静.外国法查明中的专家制度[J].成都理工大学学报(社会科学版),2019,27(04):18-24.
- [5] 刘鑫,王耀民.论专家辅助人资格的审查[J].证据科学,2014,22(06):698-715.
- [6] 张磊.外国法的查明之立法及司法问题探析[J].法律适用,2003,(Z1):96-99.
- [7] 乔恩·G·华尔兹.刑事证据大全[M].何家弘,译.北京:中国人民大学出版社,1993.
- [8] 宫雪.英国专家证据的评价与采信[J].中国司法鉴定,2022,(02):78-87.
- [9] 张红宽.外国法查明中的专家制度探析[J].河南财经政法大学学报,2016,31(05):149-157.
- [10] 徐鹏.冲突规范任意性适用研究[M].福建:厦门大学出版社,2010.
- [11] 陈秋竹.专家辅助人意见的可信性难题及疏解路径[J].中国司法鉴定,2022,(02):16-21.
- [12] 孙建.中美外国法查明义务分担问题比较研究[J].南开学报(哲学社会科学版),2015,(01):149-157.
- [13] 徐鹏.论冲突规范的任意性适用——以民事诉讼程序为视角[J].现代法学,2008,(04):141-147.
- [14] 乔一涓,董金鑫.外国法查明的中外比较[J].太原理工大学学报(社会科学版),2013,31(06):18-21+30.
- [15] 王贵枫.我国外国法查明途径的拓展与革新[J].武大国际法评论, 2016, 19 (01): 57-71.

附加证明书制度在我国的适用探析

王潇雅¹

摘要:附加证明书制度是《取消认证公约》的核心制度,该制度通过以统一附加证明书替代传统领事认证的“双认证”模式,显著简化了跨国公文书的流转程序,降低了公民与涉外企业进行国际交往的成本。随着我国加入《取消认证公约》,我国面临着如何接受与适用该公约,如何将附加证明书制度与我国既有法律衔接,如何补充附加证明书的规则等一系列挑战。由于该条约仅规定了框架性的内容,因此我国应当结合具体国情出台相应的履约规则,制定《〈取消认证公约〉在我国的适用办法》并在其中规定与我国《领事认证办法》、《民事诉讼法》衔接的问题,遵循流转程序更便利原则来解决法律冲突问题以及补充附加证明书的适用范围、适用程序方面的具体规则等相关问题,最终形成内外衔接、程序完备的认证制度体系,全面提升我国涉外法治服务能力。

关键词: 附加证明书; 领事认证; 公文书

一、引言

2023年3月8日,我国正式向荷兰外交部提出加入海牙《取消外国文书认证要求的公约》(以下简称为《取消认证公约》),且根据加入公约的规定,该公约在2023年11月份,对我国生效。该公约的主要作用在于简化国际文书的认证程序,是我国扩大涉外文书流转领域制度型的重大举措。加入该公约不仅大幅度降低了跨国文书的流转时间和流转成本,有利于普通公民和涉外企业,而且有利于优化我国的营商环境,也积极回应了党的二十大报告中明确提出的“营造市场化、法治化、国际化一流的营商环境”。

领事认证是公文书的传统认证方式,即“双方主管部门+领事馆认证”的双认证模式,其具有确认公文书最后一个签名、印鉴真实性的功能,但是过于复杂冗长的认证方式已经不适合国际社会的需求。在这种背景下,我国加入了《海牙取消认证公约》,该公约以取消外国文书认证、简化外国文书认证程序为目的创设了附加证明书制度,该制度取消了“双认证”环节中的领事馆认证环节,其是公文书出具国主管机关以签发附加证明书的形式对公文书上的签字、印鉴的真实性予以确认的一种证明制度。²由于《海牙取消认证公约》的内容仅是对附加证明书制度的概括性规定,以便缔约国能够根据本国国内法的规定适用附加证明书制度,

1 法学硕士,大连海事大学法学院;邮箱:19811834600@163.com;电话:19811834600

王潇雅,法学硕士,大连海事大学法学院硕士研究生。联系方式:19811834600@163.com

2 许育红.中国正式加入《取消外国文书认证要求的公约》[J].世界知识,2023,(10)第69页.

因此我国在适用附加证明书制度时应当对具体的细节性的内容进行规定，例如，该《公约》通过列举的方式确定了四种类型的公文书，但是并未对公文书的定义和性质作出一般性规定，那么我国在适用该公约时，如何认定公文书的适用范围是一个值得探析的问题。除此之外，我国需要解决关于条约的接受与适用的前置问题，即该条约以什么方式在我国适用以及如何解决与我国既有法律的衔接和冲突问题。

二、《取消认证公约》在我国的适用方式

（一）条约在我国适用的理论与实践

1、条约在我国适用的理论

条约的适用即条约的执行，是指国内立法、司法和行政机关为履行条约义务通过特定的程序与方式以实施条约。³条约在缔约国适用是以缔约国接受该条约为前提的，条约的接受方式分为转化和纳入，转化的方式只是缔约国通过国内的立法程序将条约内容制定为国内法，然后在国内进行适用，该种方式并不承认该条约本身在国内的法律效力。纳入是指根据本国的国内法，通过一定的程序将条约直接并入到本国的法律体系予以适用。⁴纳入的适用方式通常对条约自身存在一定的要求，若该条约本身仅涉及缔约国政府而不是涉及缔约国的自然人、法人、非法人组织，或者该条约仅规定了大纲性的内容而不是具体的规定，即使采用纳入的方式，该条约也不能在缔约国直接适用。⁵在我国的法律体系中，虽然未规定条约的接受方式，但在实践中接受了区分“直接适用”和“间接适用”两种方式。直接适用是将条约纳入中国法律体系后，由中国司法机关或者行政机关直接予以适用。间接适用是将条约纳入中国法律体系后，由立法机关通过补充立法的方式将条约内容规定为国内法，在与该条约并行适用。

2、条约在我国适用的实践

在实践中，我国对国际条约在国内法的适用上存在以下几种方式：一是，直接在國內法中通过专门的条款规定适用国际条约或者规定当国内法与国家条约冲突时优先适用国际条约，比如《民事诉讼法》第238条。二是，为了执行国际条约，另行制定国内法，比如我国的《领海及毗连区法》、《专属经济区和大陆架法》、《缔结国评家程序法》、《外交特权与豁免条例》，这种方式即“转化”，实际上很多条款基本上都是转述了相关国际公约的规定。⁶三是，参照国际条约制定相关法律，如《著作权法》。四是，我国采用直接适用国际条约，在法院的判决

³ 李浩培.条约法概论[M].北京:法律出版社,2003:313-314

⁴ 万鄂湘.国际法与国内法关系研究：以国际法在国内的适用为视角[M].北京:北京大学出版社,2011 第 466 页

⁵ 李建忠.论《取消认证公约》在中国的适用于实施[J].国际法研究,2025,(01)第 110 页。

⁶ 钟飞燕.浅谈国际条约在我国国内法中的适用问题[EB/OL].中国法院网,2010-12-23[2025-04-08].
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2010/12/id/438917.shtml>.

中直接援引国际公约作为判决依据，如《联合国国际货物销售合同公约》、《巴黎公约》、《华沙公约》等等。由此可见，我国既有以“纳入”方式适用的国际条约，也有以“转化”方式适用的国际条约，我国对于国际条约的接受及适用方式并没有特别规定，而是应当从国家最大利益出发，根据我国的具体国情灵活适用国际条约。

（二）《取消认证公约》在我国适用方式的选择

《取消认证公约》的内容主要是关于取消民商事公文书的领事认证程序，因此该公约在性质上属于民商事国际条约的范畴。根据我国以往对于民商事国际条约的接受方式，该公约可以通过“纳入”的方式直接并入到中国法律体系。在最高人民法院发布的涉外民商事典型案例“文某申请承认美利坚合众国加利福尼亚州圣马特奥县高等法院离婚判决案”中成都市中级人民法院在案件审理过程中根据文某提供的外国判决及其附加证明书，⁷免除了认证手续并认可相关签名、印章的真实性。这也表示我国最高人民法院认可在司法判决中适用“纳入”的方式接受该《条约》。

实践中，美国、荷兰、德国等国家在采用“纳入”方式接受条约时会通过区分“自执行条约”和“非自执行条约”来达到“直接使用”和“间接适用”的效果。由此可见，“纳入”并不意味着直接适用该国际条约。《取消认证公约》仅仅规定了十五条的内容，自从该国际条约生效，在实践中确实存在许多问题，除此之外，该条约规定的内容是属于大纲性的规定，在很多方面需要根据缔约国的国内法律规定。我国在适用该国际条约时不宜采用“直接适用”的方式，而是应当采用“间接适用”的方式，即将该《公约》纳入中国的法律体系后，对该《公约》规则的欠缺的适用范围以及适用程序方面存在的问题进行补充规定，同时该《公约》与我国国内法冲突的内容，相关国内法可以明确规定了上述条约优先于国内法适用的原则。如我国规定了法院审理涉及《海商法》、《票据法》、《民用航空法》、《海上交通安全法》的涉外民商事案件时，国际条约与中华人民共和国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。⁸

三、附加证明书制度在我国适用面临的问题

（一）与我国既有法律衔接方式不明确

通过上述论述，我国在适用附加证明书制度时应当采用“间接适用”的方式，这种方式分为两种途径，一种是制定单行法或者特别法，一种是对国内法进行修改、补充。

⁷ 成都市中级人民法院(2023)川01协外认15号。

⁸ 最高人民法院.《关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》（法释〔2023〕15号,2023年12月28日发布），第1条第2款。

有部分学者认为,虽然我国不存在与附加证明书相关的法律规定,但是领事认证与同为文书证明的附加证明书制度有诸多相似之处,因此可以对《领事认证办法》进行修改、补充即可,无需再颁布单行法或特别法。也即将《领事认证办法》改名为《文书证明办法》,在对其内容进行修改的同时加入“附加证明书”专章并详细规定相关内容。他们认为应该这样修改的原因是领事认证与附加证明书制度在主管机关以及职责、证明的功能与效力方面有诸多相似之处,修改的程序相对容易。同时,作为缔约国的美国的多个州也存在将领事认证与附加证明书制度两种方式规定于同一部法律的实践,因此我国可以借鉴他国实践经验。也有少部分学者认为,应当制定附加证明书相关的适用办法,能够与领事认证明确区分,降低普通公众区分的难度。

由此可见,我国对于附加证明书制度如何与我国既有法律如何衔接,尤其与《领事认证办法》的衔接存在较大的争议。

（二）如何解决与我国既有法律之间的冲突

在我国加入《取消认证公约》之前,我国与其他国家之间的公文书流转方式大多数是领事认证,而附加证明书制度与领事认证是一种相反的制度,这就可能导致加入《取消认证公约》之后,附加证明书制度可能会与部分法律发生冲突。而可能与附加证明书制度发生冲突的法律有两种:一是与领事认证相关的法律,如我国与其他国家之间缔结的条约规定了领事认证的要求,另一个是我国加入的其他国际条约,如我国加入的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、《关于从国外调取民事或商事证据的公约》,这两个公约的缔约国与海牙《取消认证公约》多有重合,均规定相关文书无需认证或其他类似手续。

与领事认证相关的法律冲突最显著的就是《领事认证办法》,但是看似附加证明书制度会与《领事认证办法》发生冲突,实际上附加证明书制度可以看作领事认证的例外情形,即附加证明书制度是适用领事认证的例外。因此在适用上基本不会与《领事认证办法》冲突。我国面临的问题是对于领事认证与附加证明书制度发生所谓冲突时应当如何应对没有明确的表态。

当我国加入的其他国际条约与附加证明书发生冲突时,该种国家条约可以大体分为两类:一种是公文书的流转程序较附加证明书更为复杂,一种是公文书的流转程序较附加证明书更为简易。对于这两种类型的国际条约,与附加证明书制度发生冲突是现实存在的,当我国面临该种冲突是应当如何进行选择,目前没有相关规定。

（三）附加证明书具体规则的缺失

1、附加证明书的适用范围

其一是《海牙取消认证公约》确定的适用对象。《海牙取消认证公约》的起

草者在界定附加证明书的适用范围时，在“公文书”和“官方文书”之间选择“公文书”。他们认为官方文书的范围过于狭窄，不能包括公证书。而公文书能够传达更广泛的适用范围，起草者本着扩大附加证明书制度适用范围的原则，选择该公约的适用对象为公文书。该公约的起草者在确定附加证明书的适用范围时，采取了列举的方式，列举了四类可以适用该公约的公文书，同时排除了两类文书的适用，但是该四类适用的公文书并不能穷尽附加证明书制度的适用范围，它只是起草者为缔约国提供的指导性和确定性的建议，其列出以下四类文书：第一，涉及来自一国法院或法庭有关的当局或官员发出的文件，包括来自检察官、法院书记员或诉讼代理人发出的文件。第二，行政文书。第三，公证书。第四，对个人以私人身份所签署文件的官方证明。由于每个缔约国对于四类文书的存在不同的理解，因此可能会出现对于何种文书属于四种公文书范围的争议。事实上，一份文件是否属于以上四类文书其中的一类，不是决定该文书能否签发附加证明书的决定性因素，根据文书出具国的法律该文书被认为是一份公文书才是决定文书签发附加证明书的决定性因素。⁹当不同的国家会对某项文件是否属于公文书发生争议，往往这种争议情况分为两种：一是，附加证明书的签发国认为该文件属于公文书，而根据文件目的国的法律不属于公文书的范围，这是根据《海牙关于取消认证公约》的规定，文书目的国不能仅以根据本国法律不属于公文书的范围而拒绝接受附加证明书。¹⁰另一种情况是，文件目的国认为该文件属于公文书，而附加证明书的签发国认为该文件不属于公文书，不予签发附加证明书。这种情况下会影响附加证明书适用。

因此，我国作为附加证明书的签发国在适用附加证明书制度时应当明确该四类文书的范围。

其二是《取消认证公约》排除的适用对象。该公约确定的不能适用附加证明书制度的两类文书为：第一，由外交或领事机关出具的公文书。第二，与商业或海关事务直接有关的行政文书。根据目的论解释的原则，起草者将这两种公文书排除在适用范围之外是为了避免不必要的认证手续，从而使认证复杂化，因此应当对这种两种公文书作出狭义解释。外交或领事机关出具的公文书对于外交或领事机关所在国来说属于外国文件，外国文件自然不应受外交或领事机关所在地的国家法律的约束。与商业或海关事务直接有关的行政文书被排除在附加证明书适用范围之外的原因在于，这类文书在公约的大多数缔约国并不需要进行领事认证，或者已经收到了简化认证手续的优待，为了防止出现适用法律的冲突，起草者做出了不予适用的决定。¹¹

⁹ 周冰倩.论《取消外国公文书认证公约》的附加证明书制度[D].武汉:中南财经政法大学,2023:22

¹⁰ 《关于取消认证外国文书认证要求的公约》第2条：“缔约国对适用本公约且需在其领土内出示的文书应免除认证要求。就本公约而言，认证仅指文书出示地国的外交或领事人员为证明签名的真实性、文书签署人签署时的身份，以及在需要时为确认文书上的印鉴属实而履行的手续。”

¹¹ 周冰倩.论《取消外国公文书认证公约》的附加证明书制度[D].武汉:中南财经政法大学,2023:22

随着时代的发展，公文书也已经不局限于民商事领域，引渡请求及其支撑文件也能适用附加证明书制度。公文书的适用范围在实践中的扩张趋势，也在一定程度上解决了公文书适用范围的局限性。

2、附加证明书的适用程序

我国明确表示中国外交部是该《公约》的主管机关，并为本国境内出具的公文书签发附加证明书。受外交部委托，中国相关省、自治区、直辖市人民政府外事办公室以及部分市人民政府外事办公室可为本行政区域内出具的公文书签发附加证明书。¹²该说明明确了我国附加证明书的签发主体是外交部及其授权的机关。

该《公约》明确附加证明书的完整签发程序是：申请-核实-签发-登记。其中容易出现问题的环节是核实和登记。核实环节面临的主要问题是主管机关除了对公文书的签名及印鉴的真实性进行核实外，是否对公文书的内容进行核实。该《公约》并不强制要求主管机关核实公文书内容的真实性。在实践中，大多数国家并不核实公文书内容的真实性，这不仅是因为该《公约》以简化认证程序为目的，还因为核实公文书内容的真实性过程复杂，会大大降低签发附加证明书的效率，这与附加证明书制度的制定目的是相违背的。但是也有少数国家会根据国内法核实公文书内容的真实性。仅对公文书进行形式核实就会导致主管机关签发附加证明书的文件被伪造或者篡改的情况不能及时发现，虽然能够达到附加证明书简化认证程序的功能，但是会妨碍附加证明书的公信力。因此我国应当对该问题进行衡量，决定我国主管机关是否对公文书的内容进行核实，以及核实为虚假时应当如何追究相关责任主体的责任的问题。

根据该《公约》第7条第1款的规定，主管机关仅需要保存记录所发证书的登记册或卡片索引，并应当载明其规定的内容。¹³因此，登记环节面临的主要问题是，我国以何种方式保存登记册以及将什么内容记录在登记册上。

四、附加证明书制度我国的适用路径

（一）与我国法律体系的衔接

我认为，适用附加证明书制度应当制定相关的单行法，而《领事认证办法》的部分内容可以为制定关于附加证明书制度的单行法提供一定的思路，例如申请办理领事认证需要提交的材料以及法律责任等方面的规定。

其一，附加证明书制度适用范围是有限的，仅适用于条约中规定的涉及民商

¹² 中华人民共和国外交部.《取消外国文书认证要求的公约》将于2023年11月7日在中国生效实施[EB/OL].(2023-10-23)[2025-04-01].

https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202310/t20231023_11165858.shtml.

¹³ 《关于取消外国公文书认证要求的公约》第7条第1款：“根据第六条所指定的主管机关应备有登记册或卡片索引以记录所签发的附加证明书，并详细列明：（一）附加证明书编号和日期；（二）公文书签署人的姓名及其签署时的身份；无签名文书上印鉴机关的名称。”

事领域的公文书，虽然随着时代的发展，引渡的文书也能适用附加证明书制度，但是并不意味着所有的文书都能适用附加证明书制度，因此我国的《领事认证办法》与附加证明书制度应当是并行的，并不意味着该《办法》的废除，对于附加证明书制度适用范围以外的文书仍然应当适用该《办法》，因此，直接将该《办法》改名后加入“附加证明书”专章的方式，虽然在形式上看似更加简单，但实质内容上与制定单行没有显著的差异。如此，制定关于适用附加证明书制度的单行法在形式上更加清晰，能够让申请人更加清楚地认识到附加证明书的性质。

其二，党的十八大以来，法律名称实质修改的情形明显增多，¹⁴例如 2014 年制定的《反间谍法》废止 1993 年制定的《国家安全法》，但是修订该法的总体考虑是以现行国家安全法的内容为基础，突出反间谍工作特点，与《国家安全法》维护国家安全和防范、制止和打击危害国家安全行为的目的相一致。¹⁵而领事认证与附加证明书制度在制定目的上是相背离的，领事认证的制定目的是为了保证文书签章的真实性，在一定程度上牺牲了程序的便利，而附加证明书制度是为了简化认证程序，与上述法律名称的实质修改并不相同，因此，制定目的相违背的两种制度融合到一个法律规定中，我国没有这样先例。比如《民法典》的各编虽然内容不同，但是其制定目的是为了维护公民的合法权益，促进社会公平正义，促进社会秩序和经济秩序。

综上所述，该《条约》在我国适用时应当采用制定单行法的形式，可以参照某某的名称《〈取消认证公约〉在中国的适用办法》。

（二）与我国既有法律间的冲突

1、与《领事认证办法》之间的协调

在我国加入《取消认证公约》之前，对于外国的公文书需要经过“双认证”之后才能在我国适用。我国加入《公约》后，公约明确取消了缔约国之间公文书流转的“双认证”要求。该规定实际上并不与《领事认证办法》发生规范冲突，因此《领事认证办法》第 19 条规定，我国加入的其他国际条约另有规定的除外。而《取消认证公约》就属于该种例外情形。因此，对于涉外民商事活动中涉及公文书流转时，我国应当免除相关外国人的“双认证”手续，并依据该条约与国内相关法律的规定，接受其出示的附加证明书。

此外，我国《民事诉讼法》中也规定了涉及民事诉讼的外国文书的领事认证的要求。中国在加入《取消认证公约》后也应当取消司法机关在民事诉讼活动中对于其他缔约国的公文书的领事认证。但是基于附加证明书制度仅能保证对公文书签名、印章的真实性，而无法保证公文书内容的真实性，因此，法院在接受公

¹⁴ 黄海华.新时代法律修改的特征、实践和立法技术[J].中国法学评论,2022,(05),第 175 页

¹⁵ 朱宁宁.国家安全法拟修改为反间谍法[N].法制日报,2014-8-26(03)[2015-04-08].
http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/cwhhy/12jcw/2014-08/26/content_1875415.htm.

文书的附加证明书时,为了保证公文书的真实性,应当组织当事人进行质证,然后决定是否采信办理了附加证明书的公文书,而不能以附加证明书代替质证。¹⁶

2、与我国加入的其他国际条约之间的协调

根据《取消认证公约》第3条和第8条的规定,当其他国际条约与该《公约》发生冲突时,若其他国际条约对相关文书要求的手续比附加证明书的手续更为简化,则应当适用其他国际条约的规定,若其他国际条约对相关文书的要求的程序比附加证明书的手续更为复杂,则附加证明书制度应当优先适用。可见,该《公约》并不禁止缔约国采取更为简便的认证方式,并鼓励缔约国尽可能简化对外国公文书的认证手续,不是缔约国因加入了该公约而使本来更为简便的程序复杂化。¹⁷因此,当附加证明书制度与其他国家条约发生冲突时,我国处理案件的相关机关仅需要对两个程序进行对比,选择适用较为简化的程序。

(三) 补充附加证明书制度的规则问题

1、公文书的性质

鉴于公约将适用于该公约的公文书的性质交由文书作出国的法律来决定,因此我国在制定《取消认证公约》的履约规则时,应当对公文书的性质作出一般性规定。鉴于公约解释报告中将“公文书”界定为有官方签发的文件或者有官方授权的个人签发的文件,中国主管机关也应当借鉴该报告,将公文书定义为有官方签发或有官方授权个人或机构并以官方名义签发的文件。¹⁸对于公文书的具体范围应当从《公约》中列举的四类公文书进行如下界定:

对于第一类公文书,其中法院和法庭的理解应当通过目的论解释的方法对其进行扩大解释,不仅包括人民法院,也包括处理劳动仲裁案件的仲裁庭。对于第二类公文书,一是,行政机关的解释应当是按照我国法律规定的行政机关的类型,分为中央行政机关和地方各级行政机关。另一方面是,行政文书应当进行广义理解,其不仅包括狭义上的行政公文,也包括在行政机关在处理公务的过程种形成的其他文书。行政公文的具体类型在《国务院关于发布<国家行政机关公文处理办法>的通知》文件中进行了确定,关于行政机关在处理公务过程中形成的其他文书,应当按照行政机关的公章进行认定,该有该行政机关公章的章程、条例、总结、调查报告等也应当认定为行政文书。对于第三类公文书,按照体系解释,此处的公证文书并不是公证机构起草的文书或者证书,而是公证机构根据缔约国国内法被授予的职权作出的官方证明文书。对于第四类公文书,对个人以私人身份所签署文件的官方证明是指某个私人文件的官方证明,而不是指处理私人事务

¹⁶ 袁发强,魏文博.域外证据领事认证的合理性质疑[J].武大国家法评论,2017,(01)第156页.

¹⁷ 连俊雅.“一带一路”背景下中国与沿线国家间简化认证要求问题研究——以《海牙取消认证公约》和欧盟第2016/1191号条例为参考[J].国际法研究,2017,(03)第77页.

¹⁸ 李建忠.论《取消认证公约》在中国的适用与实施[J].国际法研究,2025,(01)第119页.

的文书本身。

2、公文书的签发

我国主管机关在对公文书进行签发时应当尽到相应的实质审查义务，而不是仅对公文书进行形式审查。原因在于，公文书的内容是否属实，是否与签发国法律相符，主要取决于签发国的公证机关或者相关机关的审查和证明。¹⁹附加证明书也是我国对本国公文书是否符合本国法律以及签章是否真实作出的认证。如果仅对公文书的签章真实性进行审查而不保证内容的真实性，那么公文书的出具国都无法保证公文书的内容真实性，当该公文书在国家之间适用时无疑会造成混乱的局面，也会损害我国在国际上的公信力。在理论上，形式审查虽然符合该《公约》对于简化认证程序的要求，但是该《条约》的适用无疑还要考虑实践。

随着信息技术的日益进步，核实公文书的内容真实性不在是过于复杂繁琐的程序，主管机关仅需与作出公文书的机关取得联系，该机关在本单位的电子资料库中进行检索以此来验证公文书的内容真实性，或者建立一个可以供所有主管机关访问的集中数据库，该种数据库能够让某个地区的主管机关核实另一个地区制作的公文书的内容真实性，每个地区的主管机关负责本区域内官员和当局的身份变化时更新样本数据库。

因此，我国在对公文书签发附加证明书时要对公文书进行实质审查，可以在相关适用办法中规定实质审查的内容及方式。

3、登记册的保存

登记册的保存应当讨论两个方面的问题，一方面是登记册应当以什么形式保存，另一方面是登记册上应当记载什么内容。

其一，登记册的形式分为两种：一种是纸质登记册，一种是电子登记册。但是限于条约起草时的信息技术发展水平，起草者在条约中规定的登记册形式应当是纸质登记册。现在越来越多的主管机关正在朝着以电子形式保存登记册的方向发展，电子登记册具有易于保存、便于访问、易于记录等优点，因此我国在保存登记册时应当保存两种形式的登记册。

其二，登记册记载的内容，根据公约的规定，登记册应当记载附加证明书编号和日期、公文书签署人的姓名及其签署时的身份、无签名文书上印鉴机关的名称。这仅意味着这些信息必须供接收者查看和确认，并不意味着登记册仅需要记载这些信息。其他需要记载的信息可以由签发国的主管机关酌情决定，²⁰因此，我国应当规定，除了公约中规定的信息，还需要在登记册中记载的某些信息。比如原始公文书的性质、申请人的姓名、登记册记录的保存期限等等，这不仅是为了能够符合公约对缔约国的要求，更是为查阅登记册提供方便。

¹⁹ 连俊雅.“一带一路”背景下中国与沿线国家间简化认证要求问题研究——以《海牙取消认证公约》和欧盟第 2016/1191 号条例为参考[J].国际法研究,2017,(03)第 72 页.

²⁰ 李若彤.《海牙取消认证公约》在我国的实施研究[D].杭州:杭州师范大学,2024:33.

结论：附加证明书制度是《取消认证公约》的核心制度，解决附加证明书制度在我国的适用问题应当先确定《取消认证公约》在我国的适用方式，根据我国适用民商事公约的经验，应当采用“纳入”的方式接受该条约，并采用间接适用的方式适用该条约。由于我国间接适用并不排除条约本身的效力，因此附加证明书制度的实施可以采用制定单行法的形式，而不是将《领事认证办法》改名并加入专章的形式。对于附加证明书制度存在的适用范围不明确以及适用程序不具体的问题，可以在关于适用附加证明书制度的单行法中进行规定，例如明确该制度适用对象的一般性定义以及四项公文书的具体范围，明确核实公文书的方式以及签发附加证明书后登记册如何保存等。

参考文献

- [1]许育红.中国正式加入《取消外国文书认证要求的公约》[J].世界知识,2023,(10):68-69.
- [2]李浩培.条约法概论[M].北京:法律出版社,2003 版.
- [3]万鄂湘.国际法与国内法关系研究:以国际法在国内的适用为视角[M].北京:北京大学出版社,2011.
- [4]钟飞燕.浅谈国际条约在我国国内法中的适用问题[EB/OL].中国法院网,2010-12-23[2025-04-08].
<https://www.chinacourt.org/article/detail/2010/12/id/438917.shtml>.
- [5]李建忠.论《取消认证公约》在中国的适用于实施[J].国际法研究,2025,(01):107-126.
- [6]最高人民法院.关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释[Z].法释〔2023〕15号,2023年12月28日.
- [7]周冰倩.论《取消外国公文书认证公约》的附加证明书制度[D].武汉:中南财经政法大学,2023:22.
- [8]沈敬容.《海牙取消认证公约》附加证明书制度及其在我国的适用探析[J].国际经济法学刊,2023,(04):17-27.
- [9]中华人民共和国外交部.《取消外国文书认证要求的公约》将于2023年11月7日在中国生效实施[EB/OL].(2023-10-23)[2025-04-01].
https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202310/t20231023_11165858.shtml.
- [10]黄海华.新时代法律修改的特征、实践和立法技术[J].中国法学评论,2022,(05):172-181.
- [11]朱宁宁.国家安全法拟修改为反间谍法[N].法制日报,2014-8-26(03)[2015-04-08].
http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/cwhhy/12jcwh/2014-08/26/content_1875415.htm.
- [12]袁发强,魏文博.域外证据领事认证的合理性质疑[J].武大国家法评论,2017,(01):145-157.
- [13]连俊雅.“一带一路”背景下中国与沿线国家间简化认证要求问题研究——以《海牙取消认证公约》和欧盟第2016/1191号条例为参考[J].国际法研究,2017,(03):71-85.
- [14]李若彤.《海牙取消认证公约》在我国的实施研究[D].杭州:杭州师范大学,2024:33.

我国涉外代孕亲子关系确认的冲突规范建构

姜中任¹

摘要：随着社会观念的转变和跨境代孕现象的增多，我国面临着涉外代孕亲子关系确认的法律困境。鉴于各国立法差异导致“跛脚亲子关系”频现，而我国在实践层面需应对制度空白和司法困境，理论层面应采何种观点尚无定论等现实情况。本文基于实践需求与理论冲突，通过分析德国、英国、美国、欧洲人权法院的司法实践，借鉴其“基因联系分类规制”“儿童最大利益优先”及“司法能动主义”等经验，确立儿童利益、公共秩序及父母诉求的层级利益考量，拟提出“依托既有冲突规范和设计司法解释条款”的双重路径，并提供更有利于保护儿童利益的连结点选择，对我国涉外代孕亲子关系确认的冲突规范进行建构。同时，对涉外代孕亲子关系规制问题的未来发展进行展望。

关键词：冲突规范；代孕亲子关系；国际私法

一、问题的提出

不孕不育症状的普遍存在，使得诸多夫妻无法通过自然生育满足其生育意愿、行使生育权。根据世界卫生组织（WHO）在 2023 年发布的报告，全球约有 17.5%（全球约六分之一人口）的成年人患有不孕不育症²。同时，随着社会观念的革新，同性伴侣关系已经在全球众多国家/地区获得不同程度的法律承认，但此类同性伴侣因生理限制同样无法通过自然生育。在此背景下，代孕作为能满足生育意愿、行使生育权的替代性方案之一，受到广泛关注。而由于各国间对于代孕的合法性存在显著差异，生活在禁止代孕国家的意向父母往往通过跨境代孕（生育旅行）的方式来规避本国法律规制，这就在法律层面人为地制造出代孕行为的涉外因素，进而引发跨国亲子关系确认等国际私法问题。

在扩大对外开放和全球化进程中，代孕亲子关系确认问题在我国同样面临着法律困境。我国公民通过机构或旅行等方式到境外寻求代孕的现象屡见不鲜，而我国对于代孕的禁止态度与代孕儿童利益保护之间存在着规范衔接上的割裂。此外，未来可能出现外国人在我国提起代孕亲子关系确认之诉的场景，我国于此问题，理论界尚未形成共识，实践方面由于我国冲突规范中仅做原则性规定，导致可能指向的法律因案而异。综上，亟需对代孕亲子关系确认的冲突规范进行体系化建构，以回应跨境代孕引发的法治新挑战。

1 西南政法大学国际法学院学生，15526877906

2 《1 in 6 people globally affected by infertility: WHO》，载世界卫生组织网，<https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility/>。

二、建构涉外代孕亲子关系确认的冲突规范之必要性

（一）各国立法差异导致的“跛脚亲子关系”困境

针对代孕问题，全球各国态度不尽相同，当前各国代孕法律规制呈现三种典型模式：（1）全面禁止型，禁止一切代孕行为。如中国³、德国⁴、意大利⁵等；（2）有限开放型，允许非商业性代孕，如英国⁶、加拿大⁷等；（3）允许商业代孕的国家/地区，如乌克兰⁸、美国加利福尼亚州⁹等。意向父母为了规避本国的法律限制而选择到别国代孕，这种“生育旅行”行为带来了不同国家法律之间的冲突，进而造成诸多法律困境。同时，据前所述，各国对于代孕问题的态度各不相同，意向父母的亲权在允许代孕的国家或地区获得承认，其子女获得出生证明，但因代孕协议在意向父母经常居所地国或国籍国不合法，法院适用公共秩序保留制度而不被承认。这就造成了所谓的“跛脚亲子关系”，亦即某一亲子关系在不同国家效力不一致的情况。此外，法律冲突还可能引发代孕子女国籍认定、监护权、身份认同等方面的法律及社会问题，不利于儿童权利的保护。

在全球代孕法律规制呈现全面禁止、有限开放与商业许可多元模式并存的背景下，“生育旅行”引发的跨境亲子关系效力割裂已成普遍困境。我国作为禁止代孕的法域，实践中既面临公民境外代孕后亲子关系确认的司法需求，亦可能因全球化趋势成为外国人代孕亲子关系诉讼的法院地，但现有冲突规范难以应对代孕法律冲突所带来的亲子关系的不稳定与公共秩序受冲击的双重矛盾。在此语境下，基于符合我国立法司法立场的利益考量，建构专门的涉外代孕亲子关系确认冲突规范，既是破解跨境代孕法律适用困境、避免“跛脚关系”损害儿童利益的现实需要，也是完善我国国际私法规则体系、提升涉外民事司法公信力的必然要求。

（二）我国涉外代孕亲子关系确认的制度空白与司法困境

1. 制度空白

首先是我国国内法实体规范空白下的裁判矛盾，以 2015 年我国首例失怙代孕龙凤胎监护权案（罗荣某、谢某某诉陈某某监护权纠纷案）为例^{10 11}。本案中两审法院均认为本案中的代孕行为违法、代孕合同无效。但需要看到，本案判断依据为原卫生部颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条第二款 禁止以任何

3 《人类辅助生殖技术办法》第 3 条。

4 德国《民法典》第 1591 条明确规定“母亲是分娩子女的女性”。

5 《（2024 年《代孕禁令法案》）》

6 英国《人工授精与胚胎学法》（2008）第 54 中允许无偿代孕，但出生证明须登记孕母信息，委托父母需经法院“亲权令”（Parental orders）确认身份。

7 加拿大《辅助人类生殖法》第 6 条限定代孕补偿不得超过合理支出。

8 乌克兰《家庭法典》第 123 条明确规定允许通过代孕生育子女，但限制委托方为具有合法婚姻关系的异性伴侣。

9 美国加利福尼亚州《家庭法典》第 7962 条承认代孕合同的强制执行力，允许商业代孕，且不限制委托父母的婚姻状况或性取向。

10 参见上海市闵行区人民法院民事判决书，（2015）闵少民初字第 2 号。

11 参见上海市第一中级人民法院民事判决书，（2015）沪一中少民终字第 56 号。

形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术¹²。但有几个问题值得注意，其一，该办法在法律效力层级上属于部门规章，也就是说对于代孕问题，我国尚无更高层级的法律对代孕问题进行全面规制；其二，该办法主要的规制对象限于医疗机构和医务人员，对于其他主体，如委托方、受托方等缺乏约束力。其三，因相关立法空白导致由非法代孕所引发的亲子关系确认等后续问题缺乏解决依据。此外，有观点认为，以非营利为目的的代孕不失为生育权正当行使的一种方式¹³，又因生育权属于我国《宪法》¹⁴及《计划生育法》¹⁵所规定并保障的基本人权范畴，在此方面而言可能涉及秩序与人权的法律价值选择问题

其次，相较于实体法的规制困境，冲突规范层面的挑战更为复杂。在准据法的选择上，国际私法并未对涉外代孕而产生的亲子关系问题进行明文规定，仅在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第二十五条¹⁶进行概括规定。本条款虽有一定程度上的灵活性，给予弱者一定保护。但在处理涉外代孕等新型法律问题时仍显不足。譬如，代孕所生子女无法选择自己的经常居所地和国籍国，而一对在中国定居的意向夫妻发生相关诉讼，则该条指向的法律是中国法，而中国法对于代孕问题又持禁止态度。这就导致代孕所生子女的法律地位难以确认。在实践中，涉外代孕亲子关系也常常表现为收养亲子关系或监护权确认之诉的形式。而《法律适用法》第二十八条有关涉外收养¹⁷、第三十条有关涉外监护¹⁸的条款，同样存在着前述儿童一方经常居所地不明确的指向困境。同时，在外国裁判的承认上，也存在着两难境地，若直接以公共秩序为由而拒绝承认则不利于亲子之前关系的稳定性，但若承认又不符合我国对于非法代孕的否定性态度。

2. 司法困境

由于我国代孕亲子关系确认规则并不完善，承办法官对此问题的理解不同，因此各法院在进行裁判时不免出现对于一类案件形成不同判决结果的情况。在此列出几个典型案例：

案例一¹⁹：双方协议代孕，亲子关系如何界定。周某某（男）与史某某

12 卫生部《人类辅助生殖技术管理办法》（2001年）。

13 参见李亭慧：《权利正当性视野下代孕合法化的三重条件》，《财经法学》2022年第1期，第167页。

14 《中华人民共和国宪法》第33条第3款。

15 《人口与计划生育法》第37条。

16 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第25条 父母子女人身关系、财产关系，适用共同经常居所地法律；没用共同经常居所地的，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国中有利于保护弱者权益的法律。

17 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第28条 收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除，适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。

18 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第30条 监护，适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。

19 参见熊燕：《子女系代孕所生，丈夫可否认妻子与子女的亲子关系吗？》，载上海高院公众号，2022年

（女）在夫妻关系存续期间，协议通过以周某某精子、案外人卵子、由他人孕育的方式进行代孕，育有双胞胎周甲、周乙。后夫妻不和，周某某以史某某既非卵子提供者，也非孕母为由，提请法院判令史某某与两孩子之间不存在亲子关系。上海二中院经审查，驳回周某某的诉讼请求。本案中法院提到：面对权利冲突，血缘真实并不是亲子关系确认的唯一规则，婚姻家庭关系稳定，特别是儿童利益最大化都是应当考量的因素²⁰。

案例二²¹：一方不知情时，亲子关系是否存在。高某（女）与郭某（男）系夫妻。2018年，郭某在高某不知情的情况下，与他人以代孕方式生下小郭，并在出生证明上标明生母为高某。高某向法院提起诉讼，请求判令高某与小郭之间不存在亲子关系，取消其对小郭的监护权以及小郭对高某财产的继承权。经审查，法院依据我国《民法典》第一千零七十三条第一款，支持了高某的诉讼请求，确认其与小郭不存在亲子关系。本案与案例一相似，但结果不同，原因在于当事人是否具备成为意向父母的意愿。本案法院基于高某的真实意愿，确定亲子关系的不存在。

案例三²²：郑某涉外代孕弃养事件。明星郑某在美国内华达州、科罗拉多州非法委托他人分别代孕一子一女，后不愿抚养。该事件一经曝出立刻引爆媒体。虽未经由我国法院裁判。但管中窥豹可见一斑，我国公民在外国委托外国孕母代孕，在孕母匿名情况下，意向母亲又弃养时的亲子关系、抚养权无疑是一个十分棘手的问题。

案例四²³：外国人在我国委托我国公民代孕。外籍华人胡某夫妻到我国与柳某达成协议进行代孕。柳某产子后因赔偿不足为由拒绝转交孩子。后胡某夫妻将柳某诉至法院。法院经过审理认为，在有关代孕的法律法规缺失的情况下，依照当时《中华人民共和国合同法》第八条²⁴之规定，据此判决子女归胡某夫妻监护、抚养。本案独树一帜，依据合同法承认代孕协议的有效性，并判决代孕母亲放弃监护权。但不免在裁判时有违我国一贯的禁止代孕立场，对于案件的涉外性也并未进行考虑，完全依据我国实体法进行裁判。

结合上述案例及前述2015年龙凤胎监护权案来看，由于代孕亲子关系的制度空白，目前我国对于代孕亲子关系相关案件的裁判标准不一。在代孕协议的有效性上，绝大多数法院认定协议无效，但也有个别法院认定有效。在具体裁判依

7月7日，<https://mp.weixin.qq.com/s/39h9i4xQwWcCPI7jJaHcCA>。

²⁰ 同18。

²¹ 参见张莉：《丈夫找代孕生子，妻子要求否认亲子关系受支持》，载顺义法院公众号，2021年1月16日，<https://mp.weixin.qq.com/s/H54V7L64LD8VwfSmeEA75w>。

²² 《郑爽代孕弃养风波：钻法律空子，这绝不是无辜！》，载新浪娱乐网，2021年1月19日，<https://ent.sina.com.cn/s/m/2021-01-19/doc-ikftssan8416723.shtml>。

²³ 《[常德]女子代人生子后反悔，引发争夺大战》，载华声在线网，2010年8月18日，<https://hunan.voc.com.cn/news/201008/27148167.html>。

²⁴ 《中华人民共和国合同法》（1999）第8条 依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除。

据方面，多数以儿童利益为核心考量，但也有分娩事实、抚养事实、父母意愿等不同裁判标准。而对于具有涉外性质的相关案例，在实践中面临着涉外性认定等困境。基于这一司法困境，我国应从实体法和冲突规范两方面完善。特别要加快涉外代孕亲子关系确认的冲突规范建构，破解现有司法实践难题。

（三）亲子关系认定的理论冲突

1.“分娩者为母”原则

“分娩者为母”原则（又称“生母恒定”原则）作为传统民法中的亲子认定的核心准则，强调通过生物学分娩事实确定法律母亲身份。这一原则的法理基础在于：怀孕过程中孕妇要承担更多的风险和痛苦，而母子关系建立在十月怀胎的过程和分娩的艰辛所带来的情感联系之上，因此分娩者是当然的母亲²⁵（如《德国民法典》第一千五百九十一条）。且传统社会缺乏人工辅助生殖技术的干扰。然而，随着科技的发展，在现代社会人工辅助生殖技术背景下（特别是代孕技术），这一原则也可能面临如下挑战：

其一，主体意志冲突。代孕母亲基于合同约定放弃亲权（如 1993 年美国加州 Johnson v. Calvert 案中，分娩者拒绝放弃亲权²⁶），导致法律母亲与意向母亲冲突的情况。其二，身份认定矛盾。若分娩者出现隐名或失联，此种情况下，僵硬地适用分娩者原则可能出现“法律规范目的落空”的问题。

2.血缘主义原则

血缘主义原则强调通过基因联系确定亲子关系，其法理基础在于：基因提供者（提供精子和卵子的人）因生物学关联自然成为法律父母（如我国《民法典》第一千零七十一条²⁷，隐含了对于血缘主义原则的承认）。同样，在人工辅助生殖技术发展之下，该原则面临着一些挑战：

其一，基因捐赠匿名。当基因来源是第三方以捐赠的方式提供，如依据我国《人类辅助生殖技术规范》需遵循“双盲原则”，若僵化适用血缘主义原则将基因提供者认定为法律父母就有违捐赠者本意，也有悖于人工辅助生殖技术的伦理规范。其二，代孕主体矛盾。在分娩母亲、基因父母、意向父母三方主体分离的情况下，现代社会也更加看重在养育过程中的情感、精力及时间等投入所建立起的联系，忽视这些因素而单纯以血缘关系认定亲子关系也不符合法律以人为本的观念。

3.契约意向原则

契约意向原则强调契约及意向对于法律父母身份认定的重要影响，其法理基

25 参见朱晓峰：《非法代孕与未成年人最大利益原则的实现——全国首例非法代孕监护权纠纷案评析》，《清华法学》2017 年第 1 期，第 120 页。

26 参见王慧霞：《代理孕母行为：江森对抗卡维特案》，载北京法院网，<https://bjgy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2013/05/id/957157.shtml>。

27 《中华人民共和国民法典》第 1071 条。

础在于：根据契约，代孕双方主体在妊娠前已经同意由委托方成为子女的父母，法律应当尊重当事人的意愿。（如 *Johnson v. Calvert* 一案中，加州法院就运用了“意图测试”规则），优先于基因或分娩事实来确定亲权的归属。我国也有观点论证了自然生殖中意向的默示推定（性行为合意）及人工生殖中意向的明示要求（书面同意）这两类意向作为亲子关系认定的逻辑²⁸。然而，这一原则也面临着一些挑战：

其一，代孕合同无效。当法院以法院地国公共秩序保留为由，否认代孕合同的有效性时，合同中的亲子关系条款亦自然失效，此时如何选择确定亲子关系的依据就面临困难。其二，意思表示瑕疵。如果将代孕视作契约，那自然需要考虑在契约中意思表示的有效性问题。但是代孕合同作为“人身关系契约”，其意思表示瑕疵的救济成本远高于一般合同，此时该合同的撤销不仅对已妊娠的代孕母亲造成不可逆的损失，也将直接危及胎儿或新生儿的权利。其三，意向父母悔约。当意向父母悔约，而出于某些原因代孕母亲必须进行生育时（如 2014 年泰国“婴儿 Gammy 案”²⁹），无法依据契约意向原则对亲子关系进行“强制分配”，此时法院的裁判就无处着手，依据其他原则又与合同的意思自治存在价值冲突。

4. 儿童最大利益原则

儿童最大利益原则（*best interests of the child*）强调从儿童利益角度出发，将如何保障和实现儿童最大利益作为确认亲子关系的核心准则。这一原则来源于《儿童权利公约》第 3（1）条的规定³⁰。其适用的法理基础在于：在代孕关系中，儿童作为绝对的弱势方，儿童利益应优先于成人意愿、合同自由或社会伦理争议等因素。在不明显违背公共秩序的情况下，理应尽可能地实现儿童最大利益。目前，在代孕亲子关系确认问题上，应用儿童最大利益原则已获得学者认可³¹。但尚未形成明确的法律条文规范。

综上所述，涉外代孕亲子关系确认问题的理论学说纷乱复杂，各执一词。前三个原则在涉外代孕语境下各有弊端，儿童最大利益原则获得学界认可，但仍需解决司法裁量标准与本土规范衔接的问题。正因如此，我国应及时建构契合代孕技术特性与儿童权益保护需求的涉外代孕亲子关系确认冲突规范，在司法机关内建立起统一的裁判法理共识，恰是破解跨国代孕法律适用困境、实现禁止代孕立场与儿童利益平衡的必要路径。

三、我国涉外代孕亲子关系确认之域外镜鉴

（一）域外代孕亲子关系确认的典型司法实践

28 参见刘颖：《论意向作为亲子关系认定的底层逻辑》，《法学》2025 年第 1 期，第 102 页。

29 参见李亨慧：《代孕的伦理风险与法律规制——由域外晚近代孕伦理事件切入》，《人权》2024 年第 6 期，第 157 页。

30 联合国《儿童权利公约》第 3 条（1）关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要的考虑。

31 参见金蕊、毕莹：《儿童利益最大化视角下代孕子女亲权确认研究》，《浙江社会科学》2022 年第 11 期。

1.德国：代孕亲子关系确认的司法演变

德国属于全面禁止型国家，在代孕的亲子关系确认规则上，经历了一个阶段性转变的过程³²，展现了其制度设计的动态适应性与价值平衡。德国在代孕亲子关系确认规则上经历了从严格禁止到渐进开放的四个阶段：早期（2013 年前）严守“分娩者为母”原则，拒绝承认外国代孕判决³³；2013-2014 年转向有条件承认与基因关联的外国判决³⁴；2015-2019 年间弱化基因标准，承认儿童稳定家庭关系与实际抚养关系的标准³⁵；2020 年后全面以“儿童最大利益”为核心，在确保不侵害代孕母亲人权的前提下承认外国判决效力³⁶。

其制度优势在于：通过动态调整公共政策解释，平衡国内禁止代孕的伦理立场与跨境儿童权益保护，以“儿童利益优先”原则弱化血缘刚性标准，在坚守人性尊严底线的同时，灵活协调法律逻辑与现实需求，为国际代孕法律冲突提供了“原则坚守与例外救济”兼容的治理范式。

2.英国：“亲权令”制度下的快速确权

英国属于有限开放型国家，允许非商业性质的代孕，其以独特的“亲权令（Parental orders）”制度确认代孕亲子关系。这一制度的形成与完善经历了一个长期的过程^{37 38}。早期英国受 1984 年《沃诺克报告》³⁹及同期“Baby Cotton 案⁴⁰”影响，出台了 1985 年《代孕协议法》⁴¹，核心在于限制商业代孕及代孕中介问题。到 1990 年，英国政府出台《人类受精与胚胎学法》，较为全面地对代孕问题进行规制。该法第 30 条⁴²首创“亲权令”制度，代孕母亲及其配偶是代孕儿童当然的法律父母，但意向父母可以在孩子出生后的六个月内向法院申请“亲权令”，经法院裁定后，“亲权令”直接转移法定父母身份，代孕母亲及其配偶的权利义务终止。根据现行的 2008 年《人类受精与胚胎学法》第五十四条⁴³，“亲权令”的申请条件为：申请人年满 18 周岁、在英国有所居、伴侣关系持续（in an enduring family relationship），一方或双方与儿童具有基因联系，儿童出生 6 个月内，申请人与儿

32 参见李珏、肖永平：《跨国代孕案件中德国法院承认外国判决的变迁与启示》，《国际法研究》2024 年第 3 期，第 96 页。

33 See KG, 01.08.2013 - 1 W 413/12.

34 See BGH, 10.12.2014 - XII ZB 463/13.

35 See AG Friedberg (Hessen), 01.03.2013 - 700 F 1142/12.

36 See BGH, 12.01.2022 - XII ZB 142/20.

37 参见潘荣华、杨芳：《英国“代孕”合法化二十年历史回顾》，《医学与哲学(人文社会医学版)》2006 年第 11 期，第 49 页。XII ZB 142/20

38 参见马一迪、刘文楷：《英国代孕规制：历史进展和未解决的问题》，《医学与哲学》2024 年第 17 期，第 72 页。

39 全称《关于人类受精与胚胎学研究的报告》（Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology）。

40 See Re C (A Minor) [1985] FLR 846.一对美国夫妻与一名英国女性达成代孕协议，后该英国代孕母亲从中获得 6500 英镑报酬。本案意向父母经多次诉讼，最终英国高等法院授予该父母监护权。

41 英国《代孕协议法》（1985 年）。

42 英国《人类受精与胚胎学法》第 30 条。

43 英国《人类受精与胚胎学法》第 54 条。

童共同生活，代孕母亲同意，禁止对价（no money or other benefit）（具体由法官进行判断）。

英国“亲权令”制度的优势在于：将代孕亲子关系的确认交由司法机关裁判，既避免代孕行为的泛滥，又能够较为迅速地实现对亲权和儿童利益的保护，体现司法能动主义的独特性。

3.美国加州：成文法与判例法的完善规制

美国加利福尼亚州允许商业代孕，是美国最早且最全面规范代孕的州之一，通过成文法与判例法协同，构建了一套完善的代孕法律体系。在成文法角度，其在加州《家庭法典》中较为全面地规定了关于代孕的相关事项⁴⁴。根据加州《家庭法典》第七千六百一十三条，意向父母可以根据代孕协议获得法律父母身份。从判例法角度而言，自1993年Johnson v. Calvert案以来，加州法院就依据“意图测试法”，将生育意图作为亲子关系确认的核心标准。后续还将意图测试法的适用范围扩展至无基因联系的代孕场景⁴⁵以及跨境代孕的适用场景⁴⁶之中。现在，亲子关系确认主要有两种途径，其一是依据出生前亲权令（Pre-Birth order），在代孕子女的出生证明上直接登记意向父母姓名；其二是依据出生后亲权令（Post-Birth order），由法院进行裁判。

“加州模式”的优点在于：自动承认代孕亲子关系能有效照顾到意向父母的意愿及代孕子女的利益，为亲子关系提供明确预期，在规则的灵活性和司法能动性方面为全球代孕规制提供借鉴。

4.欧洲人权法院：基因联系与儿童利益的双重审查机制

欧洲人权法院通过2014年Mennesson v. France案⁴⁷和2015年Paradiso and Campanelli v. Italy案⁴⁸两个典型案例，确立了以基因联系为核心的代孕亲子关系确认准则。两案具有相似的背景，都是由于代孕国与申诉人国籍国法律冲突，导致代孕亲子关系不被国籍国承认，申诉人依据《欧洲人权公约》第八条所规定的“私人及家庭生活获得尊重的权利（right to respect for private and family life）”⁴⁹向欧洲人权法院提起申诉。但两案的裁判结果却大相径庭，其根本差异在于意向父母与代孕子女之间是否存在基因联系。综合两案及相关观点来看，基因联系是欧洲人权法院判断意向父母是否会履行父母职责，抚养儿童成长的核心标准。并

44 美国加州《家庭法典》。

45 1998年In Re Marriage of Buzzanca案中，夫妻协议使用匿名捐赠的精子与卵子代孕，离婚后男方否认亲子关系。法院判决，即使双方均无基因联系，基于共同生育意图，双方仍为法律父母。

46 1994年In re Marriage of Moschetta案：跨国代孕子女的亲权争议中，加州法院依据代孕协议中的意图条款确认意向父母身份，无视代孕母亲的国籍与居住地差异。

47 See Mennesson v. France, Application no 65192/11, Judgment of 26 June 2014.

48 See Paradiso and Campanelli v. Italy, Application No. 25358/12, Judgment of 27 January 2015.

49 《欧洲人权公约》第8条（1）人人有权享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的权利。（2）公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或者道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。

因此考虑是否构成所谓的“私人与家庭生活获得尊重的权利”。

欧洲人权法院做法的优点在于：通过上述两案以及一系列有关案例，建立起一套双重审查标准。即首先确认是否存在基因联系，据此确认“家庭生活”的存在及可持续性，继而依据《儿童权利公约》对“儿童利益最大”进行考量。这一审查机制表明，欧洲人权法院在调和法律冲突时，始终致力于平衡基因亲权认定与儿童权益保护的双重价值。

（二）域外司法实践对我国的经验启示

1. 区分“基因联系存在或缺失”场景的分类规制

综合不同实践来看，基因联系仍是大多数国家及法域所采取的核心判断标准。也是诸多案件裁判的关键因素，无论是前述德国在对外国裁判的逐步放宽但仍坚持基因联系作为亲子关系确认的准则，还是欧洲人权法院面对基因联系或缺失所形成的不同判决结果，都印证了这一点。就我国而言，我国向来有重视血脉传承的伦理传统，因此在代孕亲子关系相关立法及冲突规范建构时，应着重考虑基因联系的影响，避免标准过开放导致的对我国伦理秩序的冲击。因此，在法律条文中对于基因联系存在或缺失两种场景，应分别进行规制。

2. 立法克制与司法能动的结合

上述不同法域的制度实践各有千秋，但都彰显出立法谦抑性与司法能动性的结合。有关代孕中亲子关系确认的问题不仅是一个单纯的法律问题，也是一个伦理问题。立法者在立法时应考虑到法律条文对社会可能产生的影响，过分严苛的条款必然会侵犯私人家庭的自由，亦可能导致对案涉家庭造成不可挽回的损失。因此，在立法或对法条进行解释时，应当保持相对克制的谨慎性，比如，在对我国《民法典》第八条“公序良俗条款”⁵⁰《法律适用法》第五条“社会公共利益”⁵¹进行解释时遵循比例原则。将判断法律是否能在具体案件中适用的能动性留给司法机关来衡量。

3. 法益之间的价值平衡

各种制度有各自的法益倾向，诸如意思自由、私人权利、儿童利益及公共秩序等。在冲突规范建构时，应把握各项价值之间的梯度次序和平衡。在涉外代孕亲子关系问题中，法律价值的优先序列应遵循“儿童利益→公共秩序→私人诉求”的三层梯度。首先儿童利益放在最先考虑的位置。因为儿童无法自由选择而其利益有又常容易受到侵害。其次，公共秩序特别在代孕场景下易受到冲击，如不加以特殊保护，可能会导致商业代孕产业化等乱象。最后，在儿童利益得到保护且不破坏公共秩序的情况下，再去考虑意向父母的诉求等私人利益。

50 《民法典》第8条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

51 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第5条 外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。

四、我国涉外代孕亲子关系的冲突规范建构之路径设计

由于代孕问题的实体法规制与冲突规范所规制的对象不同,因此本文在此仅基于前述内容讨论冲突规范的建构。笔者认为对我国涉外代孕中亲子关系确认的冲突规范进行建构可以从以下两个方面展开,其一:依托既有的冲突规范,以现行《法律适用法》第二十五条涉外父母子女亲子关系条款和第二十八条涉外收养关系条款为核心,辅以第三十条涉外监护关系条款进行救济,建构冲突规范体系框架;其二:通过司法解释条款的设计,指引涉外代孕亲子关系确认的准据法,建构一条新的冲突规范路径。

(一) 既有冲突规范选择

依据我国目前主流观点,代孕协议不具备法律效力,但亲子关系的认定不受其影响。因此,在处理涉外代孕亲子关系纠纷时,我国法院应当采取“分割论”的方式,将涉外代孕协议效力与亲子关系认定分开处理。对此先决问题进行判断后,再进行亲子关系确认。结合国内外司法实践经验来看,法院在确认涉外代孕亲子关系时,应首先判断是否存在基因联系,具体可分为如下情况:

其一:意向父母单方或双方与代孕子女存在基因联系时,可以认定为属于父母子女亲子关系的管辖范围,自然援引《法律适用法》第二十五条关于父母子女关系之规定进行准据法的指引,如准据法指向我国法,则依据我国实体法即《民法典》相关条款进行裁判。鉴于在亲子关系未获承认时,儿童经常居所地和国籍国尚不确定,实践中可考虑适用意向父母经常居所地或国籍国中有利于保护儿童的法律。其二,请求确认亲子关系的一方与子女间不存在基因联系,则应综合考虑分娩事实、抚养事实、儿童利益等因素,参照适用《法律适用法》第二十八条关于涉外收养关系的规定,判断是否能构成收养关系。在涉外代孕语境下,则可能适用意向父母的经常居所地法。此外,涉外代孕亲子关系确认常表现为对监护权的确认。因此,在当事人仅请求确认监护权时,法院可以从儿童最大利益角度,适用《法律适用法》第三十条关于涉外监护的规定,仅对当事人提出的监护权确认之诉进行指引,即适用一方经常居所地或国籍国中有利于儿童的法律。特别是在外国判决确认而我国未承认的涉外代孕亲子关系中,在监护权层面进行有限承认。避免因制度空白及公共秩序保留造成的涉外代孕亲子关系不稳定的冲击。

综上,在依托既有冲突规范,对涉外代孕亲子关系确认的冲突规范进行建构时,整体要秉持儿童利益最大原则,适当照顾公共秩序和意向父母诉求等因素,通过《法律适用法》第二十五、二十八和三十条的功能衔接,形成基因联系、拟制血亲、监护救济的体系框架。既能维系我国目前的冲突规范的稳定性,又能调和涉外代孕场景下儿童权益、公共秩序与父母诉求的价值冲突,为司法实践提供制度供给。

(二) 司法解释条款设计

1.方式之选择

我国冲突规范条款的修改, 广义而言有三种方式: 在原条款上直接修改、增加新条款进行修改、以司法解释的形式修改。笔者认为, 以司法解释的形式修改更优, 选择这一建构方式, 原因如下:

由于代孕亲子关系不同于传统父母子女人身关系, 在一些国家也可能属于公共秩序范畴, 导致《法律适用法》第二十五条在适用时, 要么指向国法律对于相关问题仍处于未定的空白状态, 要么指向国关于该问题持禁止态度导致儿童利益受损。从立法技术而言, 第二十五条有相对独立的法益客体, 且法条已经较为完善, 在其中增加代孕相关条款可能使得条款变得冗长, 不利于法条的清晰性和指引性。同时代孕相关条款也可能破坏第二十五条所保护的法益。

从司法实践及学界普遍观点来看, 虽然尚未有系统的法律规定, 但根据《人类辅助生殖技术管理办法》第三条, 以及《民法典》第一千零七条⁵²之立法精神, 可以预见的是纯粹的境内代孕行为在可预见范围内仍将被严格禁止。从这一点而言, 我国冲突规范应与实体法的价值取向保持内在统一。正如最高人民法院在(2019)最高法民申1024号裁定⁵³中强调的, “国际私法制度不得成为规避国内强行法的工具”。而不论是在原条款基础上直接修改还是增加新的条款, 都可能被视作对于涉外代孕的默示承认, 易引发冲突规范与国内法的矛盾。因此, 通过最高人民法院以司法解释这一“弱法”形式确立冲突规则, 既可维系国内法禁止代孕的立场, 又能对涉外代孕中亲子关系的确认问题进行准据法的指引, 有效避免法律矛盾。而若后续国家针对代孕行为进行立法, 司法解释的修改废立都更加容易方便, 能为未来可能出现的代孕立法保留制度弹性。

2.连结点之选择

国际社会在国际私法中确认亲子关系时, 呈现出儿童利益本位倾向, 表现为在连结点的选择上, 多选用儿童经常居所地作为主要连结点, 如瑞士《国际私法》第六十八条(亲子关系的确立, 包括司法认定和对亲子关系的存在提出异议, 适用子女的习惯居所地法律。但是, 如果父母双方在子女习惯居所地国家都没有住所, 但父母与子女具有同一国籍的, 适用他们的共同本国法律)⁵⁴和德国《民法典施行法》第十九条(儿童的血统受儿童惯常居住地的法律管辖。对于父母双方, 血统也可以由该父母国籍所在国的法律确定)⁵⁵。因此在我国冲突规范建构的连结点选择上, 也可以学习国际上的立法经验以儿童利益为考量, 考虑将儿童经常居所地作为主要连结点。此外, 瑞士在国际私法第六十八条还在选择亲子关系的

52 《民法典》第1007条 禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。

违反前款规定的买卖行为无效。

53 参见最高人民法院裁定, (2019)最高法民申1024号。

54 瑞士《联邦国际私法》第68条第1款。

55 德国《民法典施行法》第19条。

连结点时引入最密切联系原则作为参考（如果案件与子女或双亲的国籍显然存在更为密切的联系，则也可以适用该国的法律）⁵⁶，这种弹性制度设计也值得借鉴，放置于代孕场景，由于亲子关系在尚未确认的情况下，子女的国籍也有待确认，则子女出生地即是与代孕亲子关系纠纷案件有最密切联系地。因此，可以考虑将子女出生地法律、子女经常居所地法律、子女国籍国法律进行选择适用。

3. 价值之平衡

根据前文所述，我国在建构冲突规范时，要注意价值取向之间的平衡。在本条中，对儿童最大利益作肯定性规定无需赘言，作为《儿童权利公约》缔约国，优先适用国际条约也是我国的司法惯例。但对于其他价值，笔者认为用“但书+例外排除”的禁止性规范形式，能对其进行保护而又不至于使其过分扩张。第一款第一项“严重违反子女经常居所地社会公共利益的”是对于公共利益的保护，而严重与否，则可以交由法院进行判断，防止扩大化；第二项“仅以代孕协议在实施地为由规避子女经常居所地法律的”，是对于法律规避的禁止，避免该条款成为跨国非法代孕的借口；第三项“父母双方与子女均无血缘关系的”彰显对于我国血缘主义和基因联系的伦理秩序的保护。

综前所述，涉外代孕中亲子关系确认的冲突规范以司法解释的形式出台，具体的条款设计为：

人民法院确认涉外代孕亲子关系时，应当优先考虑《儿童权利公约》第三条确立的“儿童最大利益原则”。适用子女出生地法律、子女经常居所地法律或子女国籍国中有利于保护儿童最大利益的法律。以下情况除外：

- （1）严重违反子女经常居所地社会公共利益的；
- （2）仅以代孕协议为由规避子女经常居所地法律的；
- （3）父母双方与子女均无血缘关系的；

如有前款第三项但已实际建立家庭生活的，人民法院可以根据实际情况考虑依照涉外收养相关规定适用法律。

五、结论

涉外代孕中亲子关系确认的冲突规范建构，核心在于通过制度设计弥合儿童利益、公共秩序与父母诉求之间的价值裂隙。这一目标需从以下维度展开：第一，儿童利益最大原则的优先地位。基于《儿童权利公约》第三条确立的“儿童最大利益原则”，建构后的冲突规范需将儿童的身心健康、身份稳定性和未来发展置于首位。在连结点的选择上，优先适用子女出生地法和子女经常居所地法，确保代孕子女身份的确定性。在制度设计上，建立“既有框架+规范增设”的双重建构路径。第二，公共秩序审慎保留的底线思维。在保障儿童权益的前提下，需防范代孕行为对国内伦理秩序与社会稳定的冲击。在制度设计中以否定性例外排除的

⁵⁶ 瑞士《联邦国际私法》第68条第2款。

方式，对商业性质和无基因联系的代孕行为进行规制。同时司法机关充分发挥能动性，运用比例原则对公共秩序保留条款进行限缩解释，仅在代孕行为直接冲击社会基本伦理时方可适用公共秩序保留。第三，父母诉求的有限承认。在儿童利益和公共秩序均得以保护的前提下，允许提供基因联系和实施抚养的双重标准承认意向父母与代孕子女之间的合法亲子关系。

建构后的冲突规范不仅能平衡司法实践中的各项价值，更对代孕行为的法律治理产生深远影响：第一，消解“跛脚亲子关系”困境。通过法律冲突规范的明确指引，减少不同法域之间的亲子关系效力法律冲突。并能增强代孕当事人对于子女身份的可预期性和亲子关系的可持续性。第二，遏制非法代孕产业链。通过构建明晰、可预期的冲突规范规制路径，减少因法律空白造成的灰色地带，阻断灰色产业链的境外延伸。

在建构目标与制度价值同步推进时，也期待国际规则与国内相关制度协力并进，应对代孕跨境化带来的挑战。在此列出一些可能的未来发展方向：第一，推动海牙国际私法会议制定代孕专项公约。敦促海牙国际私法会议发挥在国际私法领域的引领作用，参考《海牙抚养公约》《海牙收养公约》等“海牙模式”，依托代孕报告制定相关公约。第二，国内立法与司法实践的联动改革。立法上以《法律适用法》及其司法解释为载体，逐步吸纳国际有益经验，为未来代孕立法预留制度接口。实践中建立专门审判机构，对涉外代孕等家事案件进行集中管辖，以司法审查和司法协助机制建立快速有效的保障制度。第三，社会多元合力的完善。通过基层社群和媒体平台进行普法宣传，对非法代孕的后果及危害进行普及，提升公众对于代孕的法律风险和伦理责任的认知。

Abstract: With the transformation of social concepts and the increase in cross-border surrogacy, China is facing legal dilemmas in confirming foreign-related surrogacy parent-child relationships. In view of the frequent occurrence of "limping parent-child relationships" caused by differences in legislation among countries, as well as the practical situations such as the need to address institutional gaps and judicial difficulties in China and the lack of a consensus on which theoretical views to adopt at the theoretical level. Based on practical needs and theoretical conflicts, this paper analyzes the judicial practices of Germany, the UK, the US, and the European Court of Human Rights, draws on experiences such as "classified regulation based on genetic links", "priority of the best interests of the child", and "judicial activism", establishes a hierarchical interest consideration of child interests, public order, and parental demands, and intends to propose a dual path relying on existing conflict norms and designing judicial interpretation clauses, and provide a choice of connecting points that is more

conducive to protecting the interests of children, so as to construct the conflict norms for confirming foreign-related surrogacy parent-child relationships in China.

Key words: Conflict norms; Surrogacy parent-child relationships; International private law

2025年中国国际法学会年会

我国协调国际平行诉讼的困境与挑战

——以 2023 年《民事诉讼法》为中心

王 园¹

摘要：当前基于各国民事管辖制度的多元化以及当事人选择法院的自由化，国际平行诉讼的案件量持续增加，这也让国际平行诉讼的规制成为各国当前亟待解决的问题。在 2023 年《民事诉讼法》的修改前，我国对于国际平行诉讼的规制在法律条文方面存在空白，2023 年《民事诉讼法》涉外编填补了这一空白，在一定程度上完善了我国涉外民商事管辖权制度体系。但是，相关条文中对“同一争议”、“更方便法院”的认定仍存在模糊性。为避免过度模糊导致相关制度的不当适用，通过研究两大法系对国际平行诉讼的规制以及各国对于海牙管辖权公约中涉及国际平行诉讼的相关态度，结合我国当前立法现状，分析探讨我国法院如何更好适用相关法律条款以规制国际平行诉讼。

关键词：国际平行诉讼；先受理法院原则；不方便法院；涉外法治

一、问题的提出

平行诉讼（parallel proceedings）是指相同当事人就同一争议基于相同的事实及相同的目的在两个以上国家或地区法院提起诉讼的情形，在不同的法域与国家也被称为“一事两诉”、“双重诉讼”、“诉讼竞合”等。国际平行诉讼产生的直接原因大多是由于当事人挑选法院，即诉讼当事人在几个均具有管辖权的不同国家的法院之间选择对自己最有利的法院进行诉讼，以期获得最有利的司法判决。²但从本质而言，平行诉讼是国际民商事管辖权的积极冲突，这一冲突的本质是利益冲突，包括当事人私人利益的冲突和国家公共利益的冲突。

海牙国际私法会议长期致力于制定国际民事诉讼管辖权协调机制，但由于两大法系之间分歧较大，一直未能达成具有约束力的国际平行诉讼协调规则。但随着近几年两大法系主要国家的相互让步，海牙管辖权公约取得一定进展。在当前背景下，无论是出于保护本国利益还是增强涉外管辖权的竞争力，以及未来海牙管辖权公约的对接，我国有必要完善国际平行诉讼的相关规定。在 2023 年《民

1 王园，河南大学国际法学研究生；联系电话：18396799770

2 何其生：《非方便法院原则问题研究》，载《诉讼法论丛》第 7 卷，法律出版社 2002 年版，第 441-443 页。

民事诉讼法》修改前，我国长期坚持本国涉外民事诉讼制度不受外国法院管辖权影响的立场，虽然承认国际平行诉讼的存在但认为应当给予适当规制，遗憾的是由于缺乏相关具体规则，致使难以满足当时的现实需求。2023 年《民事诉讼法》修改后，在涉外编第 280 条、第 302 条新增对于平行诉讼的相关规定，表明原则上接受国际平行诉讼，在满足上述法条规定情形下人民法院可以基于自由裁量权中止本国诉讼。³

虽然新出台的《民事诉讼法》中的涉外编对国际平行诉讼作出规定，在条文中包含对抗式平行诉讼与重复式平行诉讼，但是对于条文中规定的“同一争议”的认定以及其是否涉及关联诉讼的问题均存在模糊性。同时，在 2023 年《民事诉讼法》第 281 条中，有关“更方便法院”的认定问题暂无相关的司法解释。未来是否有必要出台相关司法解释以完善“更方便法院”的认定，以确保法律条文的规范适用仍值得探讨。鉴于此，通过研究借鉴大陆法系与英美法系有关平行诉讼的理论与实践，结合我国立法与实践，分析探讨我国当前国际平行诉讼中面临的困境与挑战，有助于我国进一步协调国际平行诉讼。

二、大陆法系中国际平行诉讼的规制方式

大陆法系国家的国际私法，其主要特点是强调法律的确定性、一致性与可预见性。因此，对于平行诉讼的规制方式主要分为两种形式：一种是一些大陆法系国家所采用的预期承认原则，另一种则是欧盟布鲁塞尔体系所确立的严格的先受理法院原则。

（一）预期承认原则

预期承认原则是指在一国法院对于同一诉讼，如果外国法院受理在先，并且能够预见外国法院作出的判决未来能够在本国法院得到承认与执行时，本国法院应当中止或驳回诉讼。⁴该原则是国内未决诉讼规则适用到跨国平行诉讼中的一种形式，即以法院受理案件的时间方面的先后顺序作为决定性因素，并适当给予法官一定的自由裁量权，实现一种“可控的灵活性”。⁵

对于预期承认原则，瑞士、意大利、法国的立法存在差异。《瑞士联邦国际私法》第 9 条第 1 款规定：“如果同一当事人之间就同一诉讼标的已经在外国提起诉讼，外国法院在合理的期限内即可作出一项能够在瑞士得到承认和执行的判决的，瑞士法官可以中止对案件的处理。”而对于诉讼程序的启动，该条第 2 款中规定：“向瑞士法院起诉的案件，第一次提起诉讼的日期对于案件的处理具有

3 黄志慧：《我国协调国际平行诉讼的立场与方法——民事诉讼法第 281 条之体系解读》，载《法学研究》2024 年第 4 期，第 206 页。

4 罗丛九：《论规制国际平行诉讼的承认预期规则》，载《西部法学评论》2010 年第 2 期，第 121 页

5 See George, James P. *International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws*, Texas International Law Journal, 37(3), 2002(9), pp. 499-540.

重要意义。”由此可以看出,《瑞士联邦私法》中对于预期承认原则的规定较为完善,且赋予了法官在处理平行诉讼的主导权。

《意大利国际私法制度改革法》第7条中规定,“当在一项诉讼中提出了涉及相同当事人之间相同标的及相同权利诉讼的未决诉讼抗辩,意大利法院如认为外国法院的判决可能在意大利法律制度中产生效力,则其可中止本院诉讼。”由此可见,意大利对于预期承认原则的规定不同于瑞士,不要求法院对外国判决作出积极预测,这在一定程度上减轻了法官的负担,也加快了法官处理类似诉讼情况的效率。

法国在传统上并不愿意将“未决诉讼”原则类推适用到跨国诉讼中。1959年《法国民法典国际私法法规(第二草案)》第15条规定:“在两诉竞合、有联系的多个案件及先决问题的情况下,法国法院没有为了外国法院的利益而放弃管辖权的义务。”可见法国法院在平行诉讼和关联诉讼存在时,也不愿意中止法国的诉讼程序。直到1974年法国最高法院对未决诉讼规则适用国际诉讼做出了例外规定。当外国诉讼和国内诉讼在实质上是相同的,并且法院认为外国法院作出的判决会得到法国法院的承认,那么法官可以根据其自由裁量权,中止后诉的法国诉讼程序。但是,客观而言,法国法院并不愿意将未决诉讼适用于跨国诉讼之中,相较于其他国家的开放性态度,法国法院更倾向于保护本国利益。

(二) 先受理法院原则

在20世纪后半叶欧洲大陆法系国家将解决国内平行诉讼的先受理法院规则类推适用到国际平行诉讼,并赋予本国法院向先受案外国法院让渡管辖权的自由裁量权。⁶根据先受理法院原则,一国法院受理案件的时间优先顺序是规制平行诉讼问题的决定性因素,也是唯一因素。欧洲国际私法以《欧洲经济共同体条约》为基础,逐步发展并建立起了一个关于民商事案件管辖权及判决执行的“布鲁塞尔体系”。通过该体系将国际民事诉讼管辖权进行严格的分配,在管辖权层面建立了一个“欧洲司法区”。由于预期承认原则并不符合公约的目的和性质,因此在该体系中,平行诉讼的规制方式是以时间优先性为核心的先受理法院原则。

《布鲁塞尔条例I》第27条和《布鲁塞尔公约》第21条规定了“先受理法院规则”(first-seised rule)。两项公约均没有对“受理”的时间点赋予一个明确的界定,仅在一定程度上缓解了各法院间协调方面的困境。对受理时间点进一步优化的是2003年的加塞尔公司诉米萨特公司案(以下简称“加塞尔案”)。在该案件中,加塞尔案主要向欧洲法院提出了两个问题:(1)如果“后受理法院”根据《布鲁塞尔公约》第17条享有专属管辖权时,那么是否还适用第21条的“先受理法院原则”?

(2)如果在某成员国法院的诉讼程序超过合理期限,且不能归因于双方当事人,致使一方当事人遭受实质性的损害,是否可以让“先受理法院”以外的法院进行诉

6 See Peter Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation*, 284 Recueil des Cours 25, (2000), p. 81.

讼？⁷对于第一个问题，欧洲法院总法律顾问雷杰先生认为，专属管辖权是凌驾于公约第 21 条的规定的；但是欧洲法院没有采纳，并认为“先受理法院原则”优先于选择法院协议的专属管辖权，当出现平行诉讼时，管辖权的确立仅基于法院受诉的时间顺序。⁸对于第二个问题，法院持否定态度。

由此可以看出，《布鲁塞尔条例 I》实行严格的“先受理法院原则”，法院依据先受理法院原则确定的管辖权效力优先于专属管辖权以及排他性协议管辖权，虽然有助于保障公约的确定性与可预见性，但也造成了“鱼雷诉讼”（Italian Torpedoes）现象的不断发生，当事人为个人利益而故意选择诉讼程序冗长的法院提起诉讼，致使其他后受理法院不得不终止其诉讼程序，等待先受理法院对案件的处理结果，很大程度上延缓了诉讼进程，损害了其他当事人的合法权益。

因此，2012 年《布鲁塞尔条例 I 重订》对选择法院协议与平行诉讼之间的关系进行了规定。在选择法院协议与平行诉讼之间，公约规定当事人意思自治优先，由协议选择的法院行使管辖权，其他成员国法院的相关诉讼应当中止或暂停，等待该法院对管辖权的认定结果。但对于专属管辖权，公约仍认为其不应作为“先受理法院原则”的例外情形。在涉及与第三国有关的平行诉讼问题，《布鲁塞尔条例 I 重订》第 33 条对此进行了规定。当成员国法院受理案件后，存在第三国平行诉讼的情形时，新条例并不强制执行“先受理法院原则”，除非能够被预期承认或对司法行政是有必要的

三、英美法系中国际平行诉讼的规制方式

相较于大陆法系对平行诉讼的积极规制，普通法系国家对国际平行诉讼的规制则持相对消极的态度，通常并不禁止当事人在不同国家的法院提起同一诉讼，但出于基于司法经济的考虑，法院仍享有中止或撤销诉讼的自由裁量权。⁹在普通法系国家，法院并不将“先受理法院原则”作为一个单独条件予以适用，仅是将其作为不方便法院原则的考量因素之一，用以确定管辖案件的“适当法院”。¹⁰因此《美国第二次冲突法重述》将先受理法院规则认定为不方便法院原则适用中的一个子问题。¹¹相较于大陆法系国家侧重受理的时间顺序，英美法系国家更侧重于法官的自由裁量权。其规制国际平行诉讼的方式主要分为两种：第一种是中止驳回本国法院的诉讼，寻找一个“更合适法院”，最为典型的的就是不方便法院原则（doctrine of forum non conveniens）；第二种是干涉当事人在外国法院的诉讼，即

⁷ Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl, Case C- 116 /02, 9 December 2003, [2003] E.C.R. I-14693.

⁸ Case C- 116 /02, [2003] E.C.R. I-14693.

⁹ See *Ingersoll Milling Machine Co. v. Granger*, 833 F. 2d 680.

¹⁰ See Janet Walker, *Teck Cominco and the Wisdom of Deferring to the Court First Seised, All Things Being Equal*, 47 (2) Canadian Business Law Journal 192, 207 (2009).

¹¹ See Peter Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation*, 284 Recueil des Cours 25, 78 (2000).

禁诉令（anti-suit injunction）。

（一）不方便法院原则

“不方便法院”是普通法系中影响法院行使司法管辖权的一项重要制度，主要是指法院以本院是“不适当”或“不方便”法院，或者外国法院是“更适当”或“更方便”法院为由，拒绝审理案件的一种自由裁量权。当前“不方便法院”已经作为大部分普通法系国家规制国际平行诉讼的有效手段，但不同国家在适用“不方便法院”的过程中，都存在着各自的标准和方法。

苏格兰法院认为只有在“不公平的劣势”（unfair disadvantage）或“真正不公平”（real unfairness）的情况下才能适用。其中最令人信服的权威学说是主张“正义的目的”测试或“适当性”测试来判断是否适用。“正义的目的”源于麦克尼尔法官在判决中的阐述：“当事人应当寻找另一个更适合于正义的法院以寻求救济措施”。¹²“适当性”则在巴黎天然气公司诉法国船东案中，凯夫大法官和达尼丁法官将“方便”要素解释为“适当”。¹³基于以上要素，对不方便法院原则的适用可以认定为，当事人的利益可以更适当地得到满足的同时，维护正义的目的可以更适当地在该另一法院实现。¹⁴

美国在派珀飞机公司诉雷诺案¹⁵以前，下级法院很少将不方便法院原则适用于用于跨国诉讼，即便提出，也不可能被支持。这一情况在该案发生了变化，最高法院在该案中特别适用不方便法院原则，驳回了一项跨国索赔。在该案件中，法官认为，“尽管相较于美国法律，替代法院的法律不利于原告的胜诉，也可以以不方便法院为由予以驳回”，即不能仅通过替代法院适用的实体法比目前的法院更不利于原告就推翻以不方便法院为依据作出的驳回申请。法院援引吉尔伯特案，重申不方便法院调查的核心重点是方便性。¹⁶但存在例外情形，即替代性法院提供的补救措施明显不足，甚至根本没有补救措施，此时可对法律的不利情形给予实质性的重视：¹⁷

英国不方便法院原则的确立是在斯皮利亚达案，戈夫（Goff）法官在该案中作出了非常明确和权威的判决，承认英格兰对苏格兰学说的采纳是完整的。但是必须强调，所谓的“方便法院”其实是指“适合正义实现的法院”，该判决着重于“适当性”和“正义”这两个关键因素。斯皮利亚达案确立了英国法院适用不方便法院原则的两阶段测试，第一阶段是确定是否存在另一个审理案件更合适的外国法院，如果有，那么第二阶段就考虑是否有充分理由说明应当在英国法院审理案件，如果没有，英国法院应当中止本国诉讼。同时，法官还强调了其他因素对判断不方

¹² Longworth v. Hope (1865) 3M. 1049.

¹³ Société du Gaz de Paris v. Société Anonyme de Navigation 'Les Armateurs Français', 1926 SC (HL) 13.

¹⁴ Credit Chimique v. James Scott Engineering Group Ltd., 1979 SC 406.

¹⁵ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981).

¹⁶ Ibid..

¹⁷ Ibid..

便法院的重要性。英国的不方便法院原则的适用可以归结为三个递进式的问题：

（1）是否存在外国替代法院；（2）英国法院和外国法院，哪一个是适当法院；

（3）如果英国不是自然的或适当的法院，法院是否会基于“正义”利益的考虑，要求原告继续在英国的诉讼。

（二）禁诉令制度

不同于“不方便法院原则”是对本国法院诉讼的中止或驳回，禁诉令是基于外国法院不是审理诉讼的“更适当法院”的判断，一国法院通过对外国法院诉讼程序进行干涉，从而达到解决平行诉讼的效果。¹⁸相对于不方便法院原则，禁诉令是一种更为激进的平行诉讼规制方式，被认为是对国际礼让的一种侵犯。

英国在大西洋之星案和麦克山努诉洛克威尔玻璃公司案中对禁诉令的适用采取了与不方便法院相同的适用标准，要求被告必须证明：（1）被告有义务接受另一法院的管辖，在该法院进行诉讼可以节约诉讼成本的同时，能够使双方当事人得到公正的判决；（2）诉讼的中止不得剥夺原告如果在英格兰法院接受管辖所能够享有的正当的个人或法律上的优势。在卡斯塔尼奥诉船舶公司案¹⁹中，上议院将这一测试延伸至禁诉令的适用。在 1986 年斯皮利亚达案中，英国法院确立不方便法院原则在英国的适用标准，即法院只需确定“更适当的法院”和“正义”要求的标准。而为了防止法官通过自由裁量权将这一原则直接适用于禁诉令，致使管辖权冲突的加剧，英国枢密院在法国国家工业航空航天公司诉李奎泽案²⁰中，切断了禁诉令和不方便法院原则之间的联系。戈夫法官认为早期的不方便法院测试标准已经滞后于现实案件的发展需求，需要根据斯皮利亚达案重新考虑适用标准。戈夫法官认为，一国法院发布禁诉令应当满足下列条件：首先，有权颁发禁诉令的法院应当是本案的自然法院；其次，需要判断是否“以正义目的的需要”为由发出禁诉令。如果不满足上述条件，英国法院有权拒绝颁发禁诉令。

在美国哥伦比亚特区巡回上诉法院在莱克航空公司案²¹中，威尔基法官认为只有三种情况适用禁诉令是合适的。并且，威尔基法官排除了不方便法院作为发出禁诉令的有效理由。²²但是，并不是所有的美国法院在处理平行诉讼时都遵循着这一规则。目前，对于禁诉令，美国国内学者的态度不尽相同。对禁诉令持自由态度的法院强调衡平法院的传统权力，即禁止其管辖范围内的人在外国进行诉讼，所存在的问题是不能够很好的尊重外国法院的司法主权；而对禁诉令持保守态度的法院只在“有必要保护发出禁诉令的法院的管辖权，或防止诉讼当事人规避法院的重要公共政策”时才使用禁诉令。

¹⁸ 杨桐宇：《国际平行诉讼的法律规制研究》，外交学院，2023 年博士学位毕业论文。

¹⁹ *Castanho v. Root & Brown*, [1981] A.C. 557.

²⁰ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] UKPC 12, [1987] AC 871.

²¹ *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984).

²² *Ibid.*.

四、我国协调平行诉讼的现状路径规制

相较于不方便法院原则在大陆法系国家存在有条件的替代性制度,禁诉令在大陆法系国家是没有生存空间的;同样,先受理法院原则与未决诉讼在普通法系国家的具体适用上也存在较大的阻碍。但是,随着当前海牙管辖权公约谈判的不断推进,各国对于平行诉讼的解决立场发生让步,这一变化有利于未来平行诉讼问题的缓解。当前,我国不断完善有关平行诉讼的相关法律规定,平行诉讼制度的完善不仅有利于我国法院在司法实践中更好的处理国际平行诉讼,也有利于我国未来与海牙管辖权公约项目的衔接。

(一) 我国协调国际平行诉讼的立法现状

2023 年《民事诉讼法》的修改是我国涉外民事诉讼立法中第一次对国际平行诉讼作出明确规定,相较于对国际平行诉讼的规定,我国在国内平行诉讼领域则较早就明确了先受理法院的优先管辖。虽然理论上法院可以根据参考《民事诉讼法》第 36 条有关国内平行诉讼的规定规制涉外平行诉讼。但在司法实践中,该规定仅严格适用于国内平行诉讼,并不解决涉外平行诉讼问题。

2023 年《民事诉讼法》的涉外编增设了平行诉讼以及先受理法院原则的认定及适用条件,并将学者广泛讨论的不方便法院原则上升到立法层面,使得我国涉外民商事法律体系更加完善,改变了先前无法可依的司法现状。2023 年《民事诉讼法》第 281 条规定的先受理法院规则,在大致遵循大陆法系国家适用模式的同时,也在一定程度上受普通法系国家适用模式的影响而设置逃避条款,是先受理法院规则的中国模式。该模式在致力于提升国际司法合作的基本立场的同时,发挥先受理法院规则在理论上蕴含的协调国际平行诉讼之优势。但是,修改后的条文在平行诉讼的界定以及更方便法院的认定方面存在一定的空白。

首先,对于平行诉讼的界定。理论上而言,不管是对重复起诉的识别还是对平行诉讼的定义,都需要考虑诉的构成要素,此方面有“二要素说”和“三要素说”。²³“二要素说”即诉的构成要素包括当事人和诉讼标的两方面;“三要素说”则认为诉的构成要素包括诉讼当事人、诉讼标的和诉讼理由三个要素,其中诉讼理由是当事人提起诉讼和进行诉讼的事实上和法律上的根据;²⁴也有观点认为诉的构成要素分别是诉的主体、诉的客体和诉的原因(诉的原因事实),其中,诉的原因是指权利发生的事实,包括民事法律事实和民事纠纷事实,支持诉讼标的和诉讼请求,并使诉特定化和具体化。而修改后的条文中,仅规定“同一争议”,对于同一诉讼的认定仍然存在模糊。当前海牙管辖权公约谈判的不断推进,各国对制定具有约束力的国际平行诉讼规则达成一致意见,因此,无论是当前我国法院基

²³ 夏璇:《论民事重复起诉的识别及规制——对关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释第 247 条的解析》,载《法律科学》2016 年第 34 期,第 167-174 页。

²⁴ 刘家兴、潘剑锋编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社 2018 年版,第 23-24 页。

于处理国际平行诉讼方面的需要，还是未来与海牙管辖权公约的顺利对接，我国应当就同一诉讼的界定予以明确。

其次，对于“方便法院”的认定问题。法律在规定先受理法院原则的同时，为该原则的适用设置了两个例外情形。其中，“我国法院审理更为方便”为例外情形之一。但是，如何认定我国法院审理更为方便是一个值得探讨的话题。即使是简单的对照 2023 年《民事诉讼法》第 282 条的不方便法院原则的相反条件进行认定，在该条款中还存在“外国法院审理更为方便”的表述。对于“方便法院”的认定，多依赖于法官的自由裁量权。但是，法官自由裁量权的行使是不能不加以规制的，否则就会产生自由裁量权滥用的问题，特别是在当前国际形势下，各国对于本国的涉外管辖权多持一种扩张的态度。如果不对“方便法院”的认定加以明确，那么可能不利于协调各国间平行诉讼问题，不利于对平行诉讼的规制，违背立法初衷。

（二）我国协调平行诉讼规制的路径规制

第一，应当明确“同一诉讼”的认定问题。有学者认为，诉讼请求是一个具有多义性的概念，通常是指当事人要求法院裁判的请求。诉讼请求往往包含着诉讼标的，诉讼标的是诉讼请求的内容，即诉讼请求是一个更大的、上位的概念。在我国立法上和实务中，诉讼标的不同于诉讼请求，但是两者之间存在一致性。诉讼请求（或诉的声明、请求旨意）是原告以诉讼标的为基础提出的具体实体请求。²⁵关于“诉讼标的与诉讼请求的关系”，最高人民法院民事审判第一庭曾有一段论述：诉讼标的与诉讼请求是一对紧密联系的概念，但诉讼请求不同于诉讼标的。诉讼请求又称为诉的声明、请求旨意，是原告以诉讼标的为基础提出的具体实体请求，是原告获得实体（法）上的具体法律地位或具体法律效果的诉讼主张。²⁶诉讼标的与诉讼请求存在关联，诉讼标的是诉讼请求的基础，没有诉讼标的也就无所谓有诉讼请求，但二者也存在一定的区别。²⁷有学者认为，相对于诉因或诉讼请求，使用诉讼标的来界定平行诉讼更加科学，也更容易理解。²⁸因此，有必要明确涉外平行诉讼的认定标准，并将其与关联诉讼区分，以保障法律条文的正确适用。

第二，完善“更方便法院”的考量因素。“更方便法院”的认定是同一诉讼所涉及的法院对该诉讼均基于联系因素享有管辖权，在这些法院中选择更为方便，联系更为密切的法院。更方便法院的考量因素应当更注重客观方便，从少量的、可管理的因素进行认定。第一，首先应当考虑的是当事人的利益保护以及诉讼成本问题。在不涉及公共利益的情况下，不合理的增加当事人的诉讼成本本身就是对

²⁵ 江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 28 页。

²⁶ 姜伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 26 页。

²⁷ 最高人民法院民事审判第一庭：《诉讼标的与诉讼请求的关系》，《民事审判指导与参考》2019 年第 4 辑，第 89 页。

²⁸ 何其生：《海牙管辖权项目下平行诉讼的解决方案与启示》，载《武大国际法评论》2022 年第 5 期，第 40 页。

当事人利益的损害，该标准结合了对公平与效益的考量；第二，应当考虑当事人递交诉讼文书以及相关证据的便利性，这是从效率的角度出发所进行的考量；第三，如果涉及到关联诉讼，法院对关联诉讼的处理问题也应成为“更方便法院”的考量因素。

第三，在2023年《民事诉讼法》（草案）中还曾经将“预期承认原则”加入到先受理法院的条款的适用条件之中，但最后在正式法条中予以删除。由于预期承认原则需要法官对诉讼的判决结果做出一个积极预测，法官需要在充分掌握实施与证据的情况下才能进行预测，该过程近似于法官对该诉讼进行了审理，增加了法官在案件工作量方面的负担。因此，未来可以参考《意大利国际私法制度改革法》中的相关规定，不要求法官做出积极预测，只要求法院如认为外国法院的判决可能在我国法律制度中产生效力，将其作为先受理法院的适用条件之一。

五、结语

当前各国对于规制国际平行诉讼成绩一种积极态度，海牙管辖权公约的谈判不断进行，国际民商事管辖权冲突的协调机制不断完善。平行诉讼的规制不仅关乎国际民事诉讼中争议解决的效率与各国司法资源的节省，也因一国法院的管辖权而对案件实体结果产生不可忽视的影响。在加快推进涉外法治体系建设并致力于提升涉外执法司法效能的当下，应明确我国解决国际民事管辖权冲突的立场与方法。正确认定国际平行诉讼，完善先受理法院原则的适用条件，进而规范平行诉讼协调机制，确保能够顺利适用于当前司法实践，从而妥善划分本国法院与外国法院之间司法管辖权的界限，保障各国民事管辖权跨国分配之国际秩序利益的实现。

国际民商事条约在我国适用的规范重构与实践调适

严培桂

(华南理工大学 法学院 硕士研究生)

摘要：《民法典》的系统化整合重构了国际民商事条约适用的规范场景，法律位阶理论揭示出条约效力层级模糊与法典价值序列冲突的制度性困境。民商事条约适用模式呈现从形式优先到实质衡平的转向，表现为目的解释技术对国内公共政策的嵌入；而条约保留条款的司法激活困境则暴露规范识别体系的断裂。构建宪法授权、法典转介与特别法实施的分阶框架能够协调效力层级矛盾，并通过“功能等效”方法论实现国际规则与法典价值的动态兼容。未来研究应聚焦《区域全面经济伙伴关系协定》等新型经贸条约，探索多层次规则体系下国际条约与民法典体系的制度性互构，推动全球化治理与本土法治的范式融合。

关键词：国际民商事条约；法律位阶；规范重构

《民法典》的颁布标志着中国私法体系的法典化转型，其系统整合为国际民商事条约的适用创设了新的规范语境。传统“国际法优位”与“国内法中心主义”的二元对立范式，因无法有效协调消费者权益保护中的公平与效率张力等一系列条约规范与法典价值的深层冲突，亟需基于法律位阶理论与司法实证的双重视角重构适用规则。本文聚焦《民法典》体系下国际民商事条约与国内法的互动逻辑，通过分析宪法授权框架、条约嵌入路径及司法转向机制，探索全球化规则本土化的动态兼容路径，以期为法典化与全球化的制度性兼容提供理论支撑。

一、法典化浪潮与条约适用的体系张力

《民法典》的系统化整合标志着我国民事法律规范从分散立法向价值统合的范式转型，其通过总则与分编的体系构造实现了私法秩序的重构，而第12条“涉外民事关系法律适用”条款虽未明示条约适用规则，却在法典化逻辑中凸显出国际条约与国内法关系的深层悖论：法典的统一性追求与条约适用的碎片化特质形成结构性张力，致使《涉外民事关系法律适用法》司法解释确立的“直接适用优先”模式遭遇规范位阶的体系性挑战^[1]。从法律位阶理论审视，法典对民事规范的系统吸纳导致条约效力定位陷入“宪法特别条款缺位”与“民法典吸收限度不明”的双重困境，当条约规范与法典具体规则形成竞合时，既缺乏宪法第67条与民法典第12条的效力衔接机制，又面临特别法优先原则在法典化体系中的适用边界消解；^[2]司法实践则进一步揭示，条约保留条款与民法典基本原则的价值冲突，

[1] 《中华人民共和国民法典》第12条：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”

[2] 《中华人民共和国宪法》第67条：“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：（一）解释宪法，监

如 2013 年西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司案中《纽约公约》保留声明与诚信原则的适用抵牾^[3]、区域经贸协定争端解决机制与国内司法管辖的程序冲突，如《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP) 投资仲裁条款与《民法典》侵权责任编的管辖权竞合，均暴露出单向度的“直接适用”范式难以调和法典自治性与国际义务履行间的制度裂隙。破解此等张力亟需构建宪法授权、法典吸纳与特别法实施的分阶规范框架，在司法层面发展“条约合宪性审查”与“体系解释技术”双重进路，通过动态衡平实现法典化秩序与全球化治理的制度性兼容。

二、国际民商事条约在《民法典》体系中的嵌入路径

国际条约在《民法典》体系中的规范嵌入，本质上是法律全球化与法典本土化互动的制度缩影。宪法性授权通过权力配置奠定条约效力的法源根基，《民法典》则以转介条款构建特别法规则的传导路径，二者形成的宪法奠基与法典转介的复合结构，因效力层级指引缺失导致国际规则与本土规范的价值竞合，既体现为实体维度上消费者权益保护规则与商事效率原则的张力，例如格式条款解释标准的分歧；亦反映于程序层面国际仲裁条款效力认定中条约义务与司法主权的博弈。此种规范冲突的消解，需在宪法统摄下重构效力识别体系：实体领域通过宪法位阶的人权保障原则重塑强制性规范边界，程序领域借助条约友好型解释技术弥合管辖冲突，最终以法律位阶理论与司法衡平技术的协同，实现国际规则吸纳与法典体系自治的范式革新。

（一）民商事条约适用的双重规范基础

宪法性授权与部门法转介构成的制度框架，与自动执行条约的司法识别范式形成动态互构。宪法规范通过权力配置确立条约效力的本源地位，《民法典》则以转介技术实现特别法规则的体系化嵌入；而司法实践中对条约可诉性的实质判断，虽通过解释技术弥合立法沉默，却在法典精细化背景下遭遇实体规范吸收与程序规则固守的价值分裂。

1. 宪法性授权与部门法转介的复合结构

《民法典》时代国际民商事条约的嵌入路径，本质上是宪法授权与私法自治双重规范基础的结构性耦合。《宪法》第 67 条、第 89 条与《缔结条约程序法》构筑了条约适用的宪制框架，^[4]通过国家权力配置确立条约的国内法效力源泉；而《民法典》第 12 条以“法律另有规定”的开放性转介条款，将《涉外民事关系

督宪法的实施；（二）制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；（三）在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触；（四）解释法律；……（十五）决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除……”

[3] 西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司案，上海市第一级人民法院(2013)沪一中民认(外仲)字第 2 号民事裁定书。

[4] 《中华人民共和国宪法》第 89 条：“国务院行使下列职权：（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；……”

法律适用法》第2条“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律”的情形下的“条约优先适用”规则导入法典体系，形成宪法赋权、法典转介与特别法实施的分阶传导结构。^[5]此种复合规范体系虽维系了法秩序的形式统一，却因宪法性条款缺乏条约效力层级的实质指引、《民法典》未对“法律另有规定”作效力等级释明，导致司法实践中条约与法典规范的效力竞合陷入规范真空，如适用《海牙规则》与《民法典》合同编运输合同条款的裁判冲突，暴露出宪法性授权抽象化与部门法转介碎片化的体系裂隙。

2. 自动执行条约与非自动执行条约的区分困境

国际商事条约的统一实体法属性赋予其效力优先性，典型如《联合国国际货物销售合同公约》(the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)。有学者认为，国内法体系对条约与国内法冲突的规制路径直接影响司法实践中优先适用的实效，各国基于宪法框架与司法传统形成了差异化模式。^[6]有学者指出，我国民商事国际条约适用路径的规范整合面临司法实践与制度演进的张力。民法典编纂未承继民法通则第142条条约优先适用条款，加剧了理论争议与司法识别的不确定性，但司法实践中仍延续直接适用路径——此系国际法“条约必须信守”原则在司法场域的具体化，亦符合《宪法》第67条缔约权与民事诉讼法涉外编的规范授权。在司法审判权框架下，除条约保留条款、立法特别禁止或国内法特别规定等例外情形，法院应对争议事项进行条约调整范围的实质性识别：当特定权利义务关系落入条约规范领域时，即应依循法律适用法司法解释确立的“直接援引”准则，将国际条约作为裁判规范基础，此种路径选择既维护了国际条约在国内法体系的规范效力，亦通过司法识别技术调和了条约适用统一性与国内法秩序稳定性的价值冲突。^[7]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第4条构建了涉外民事关系中法律适用的可选择性之实质判断标准，其司法实证呈现双重桎梏^[8]：一方面，CISG等私法性条约因《民法典》合同编的精细化建构，面临“特别法吸

[5] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第2条：“涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”

[6] 杨梦莎：《CISG 优先适用法律模式探析——兼评我国国际商事条约适用立法及司法实践》，载《东北大学学报(社会科学版)》2020年第4期。

[7] 参见李大朋：《我国法院适用民商事条约的路径探析》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2025年第43卷第2期。

[8] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第4条：“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律，当事人选择适用法律的，人民法院应认定该选择无效。”

收”与“直接适用”的规范叠合困境，如 CISG 第 35 条^[9]与《民法典》第 616 条^[10]的适用竞合，迫使法院通过“规范目的解释”进行个案裁量；另一方面，程序性条约因缺乏国内法对应规范仍维系直接适用惯性，此种“实体从新、程序从旧”的割裂状态，折射出法典化浪潮下条约适用类型化标准的理论缺失。

有学者指出，《民法典》未延续《民法总则》对国际条约适用的规定，导致 CISG 在涉外商事审判中面临法律依据缺失，引发准据法选择分歧。“条约必须遵守”原则要求符合条件的 CISG 案件优先适用，以契合国际法义务并增强判决跨境承认效力。^[11]又有学者指出，尽管我国法院在多数案件中能够正确援引 CISG，但部分判决仍存在适用路径混乱、解释标准不统一及说理不足等问题，例如错误援引冲突法规则替代 CISG 优先适用，或未充分论证当事人默示排除公约的合意。这些问题源于我国法律体系对 CISG 效力层级的定位模糊、统一解释机制的缺失以及法官对公约条款的熟悉度不足。^[12]尽管 CISG 允许商事主体通过意思自治排除公约适用，但在中国司法实践中的适用亦存在显著偏差：一是本应适用 CISG 的案件因法院未履行缔约国查明义务或错误援引冲突法规则而被不当排除；二是当事人虽选择中国法但未明示排除 CISG 时，法院未正确识别公约的优先适用性，直接以国内法替代公约。^[13]还有学者指出，CISG 作为统一实体法，其适用规则具有优先于缔约国国内冲突法规范的效力，但我国现行法律体系未充分明确这一优先性，导致司法实践中存在 CISG 适用规则模糊、冲突法不当援引及适用顺序混乱等问题。法院需强化对 CISG 条款的语义分析与法律推理，避免以国内冲突规则替代公约的直接适用，尤其应杜绝将“国内法优先”与“公约优先”的适用逻辑倒置。^[14]

（二）条约与民法典规范冲突的解决机制

国际条约与民法典规范的冲突调适，本质上是全球化规则本土化进程中法律秩序的双向整合。实体维度上，私法自治与社会公益的价值张力在消费者权益领域具象化为格式条款解释规则与商事效率原则的规范博弈，需通过宪法位阶重塑强制性规定的识别基准；程序维度上，国际仲裁条款效力认定则映射出程序自主

[9] 《联合国国际货物销售合同公约》第 35 条：“（1）卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。（2）除双方当事人已另有协议外，货物除非符合以下规定，否则即为与合同不符：（a）货物适用于同一规格货物通常使用的目的；……（3）如果买方在订立合同时知道或者不可能不知道货物不符合同，卖方就无须按上一款（a）项至（d）项负有此种不符合同的责任。”

[10] 《中华人民共和国民法典》第 616 条：“当事人对标的物的质量要求没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用本法第五百一十一条第一项的规定。”

[11] 李佳：《〈民法典〉背景下〈联合国国际货物销售合同公约〉的司法适用研究》，载《上海对外经贸大学学报》2023 年第 3 期。

[12] 贺辉：《我国法院适用 CISG 的问题、成因及改进》，载《法学》2019 年第 4 期。

[13] 连俊雅：《〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国的司法适用困境及应对——以当事人协议选择中国法为视角》，载《国际法研究》2023 年第 1 期。

[14] 刘瑛：《论〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国法院的适用》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期。

与条约遵从的规范博弈,要求司法审查机制在宪法授权框架内发展条约解释的技术。此种分层协调机制的构建,既需依托法律位阶理论厘清规范效力的辐射边界,亦仰赖司法实践中目的解释与体系解释的技术融合,在法典自治性与国际义务履行间实现规范理性的平衡。

1. 实体规范冲突:以消费者权益保护为例

《民法典》第 496 条^[15]与第 497 条^[16]通过格式条款的严格规制强化实质公平价值,而 CISG 第 19 条对“实质性变更”的认定偏重商事交易效率,^[17]二者在“条款提示义务”的履行标准与“不利解释原则”的适用强度上存在显性冲突,此时《涉外民事关系法律适用法》第 4 条虽以“强制性规定直接适用”规则协调规范竞合,^[18]但“消费者权益保护规范是否构成国际私法意义上的强制性规定”亟待通过法律位阶理论澄清,需结合《宪法》第 33 条人权保障条款^[19]与《民法典》第 128 条特别保护原则^[20],构建公私法交融的效力识别标准。

2. 程序规范竞合:国际仲裁条款与国内诉讼管辖

《民法典》第 470 条将仲裁协议纳入合同一般条款的规范框架^[21],与《承认及执行外国仲裁裁决公约》(即《纽约公约》, the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) 第 2 条“书面仲裁协议强制效力”规则形成程序法域冲突,^[22]当国内法院依据《民法典》合同编第 153 条认定仲裁条款因违反公序良俗无效时^[23],实则触及条约义务与司法主权的价值平衡,需通过法律位阶理论与司法实践中的“条约友好型解释”技术,在维护国内

[15] 《中华人民共和国民法典》第 496 条:“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务,致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。”

[16] 《中华人民共和国民法典》第 497 条:“有下列情形之一的,该格式条款无效:(一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形;(二)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利;(三)提供格式条款一方排除对方主要权利。”

[17] 《联合国国际货物销售合同公约》第 19 条:“(1)对发盘表示接受但载有添加、限制或其它更改的答复,即为拒绝该项发盘,并构成还盘。……(3)有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等等的添加或不同条件,均视为在实质上变更发盘的条件。”

[18] 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 2 条:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”

[19] 《中华人民共和国宪法》第 33 条:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”

[20] 《中华人民共和国民法典》第 128 条:“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”

[21] 《中华人民共和国民法典》第 470 条:“合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:(一)当事人的姓名或者名称和住所;……(八)解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

[22] 《纽约公约》第 2 条:“一、当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。二、称‘书面协定’者,谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。……”

[23] 《中华人民共和国民法典》第 153 条:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”

法秩序统一性与履行国际条约义务间进行妥善协调。

三、民商事条约适用模式的司法转向

国际民商事条约适用的司法转向，本质上是法律全球化与条约本土化双重张力下解释范式的结构性转型。司法机关在民商事条约适用中呈现双重面向：一方面通过目的解释技术将国内公共政策嵌入条约解释，如绿色原则对国际环境公约的效力重塑，构建起“从条约目的到法典价值，再到公共利益”的衡平框架；另一方面却对条约保留条款的适用保持司法克制，暴露规范识别体系的制度断裂。这种看似矛盾的司法图景，实为法律位阶理论未充分衔接条约保留机制与法典体系的必然结果。当目的解释突破形式优先主义时，条约保留条款因缺乏宪法性效力指引沦为规范适用的“灰色地带”。未来的转向可能是在宪法授权框架内重构条约解释的双层结构：在保留条款领域强化形式审查以维护缔约主权，在普通条款领域深化目的解释以实现价值调适，最终通过司法技术的体系化革新弥合国际规则吸纳与法典秩序自治的制度裂隙。

（一）从“机械优先”到“目的解释”的裁判逻辑演变

《民法典》时代国际民商事条约的司法适用呈现从“机械优先”到“目的解释”的范式转向，这一转向既源于法律位阶理论下国内法体系自治性的内在需求，亦植根于司法实践对全球化规则本土化的功能性调适。最高人民法院近年涉条约案件的统计数据表明，法院逐步突破形式优先主义窠臼，转向以“条约目的—国内政策—当事人利益”为复合基准的实质解释方法：《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》明确提出“善意履行条约义务需兼顾国家主权与社会公共利益”的裁判指引，^[24]大部分适用 CISG 的案件通过目的解释限缩条约适用范围，以适配《民法典》的规范价值。此种转向的法理逻辑在于，法律位阶理论要求国际条约的适用须嵌入宪法授权框架与法典价值序列，当条约规范与《民法典》基本原则冲突时，法院需依托《宪法》第 33 条人权保障条款与《民法典》第 9 条绿色原则等“高阶规范”^[25]，重构条约解释的效力辐射边界。典型如对《国际油污损害民事责任公约》的责任限制条款进行目的性限缩，援引《民法典》第 9 条绿色原则将“可预见性损害”解释为包含生态修复成本，从而突破公约文本的狭义文义，使国内环境公共政策渗透至条约适用过程。一方面，条约必须遵守原则需受《维也纳条约法公约》第 26 条与国内强行法双

[24] 《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》：“第一条 …… 人民法院审理上述法律调整范围之外的其他涉外民商事案件，涉及适用国际条约的，参照上述法律的规定。国际条约与中华人民共和国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。……第四条 当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的，人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务，但违反中华人民共和国法律、行政法规强制性规定或者损害中华人民共和国主权、安全和社会公共利益的除外。……第七条 适用国际条约和国际惯例损害中华人民共和国主权、安全和社会公共利益的，人民法院不予适用。”

[25] 《中华人民共和国民法典》第 9 条：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。”

重约束；^[26]另一方面，民法典的体系化整合倒逼法院在个案中权衡条约目的与国内法秩序的价值位阶，通过目的解释技术弥合国际规则统一性与本土法治特殊性的张力。由此，国际条约的适用从形式优先转向实质衡平，成为民法典体系下统筹国内法治与涉外法治的枢纽性制度实践。

（二）条约保留条款的司法激活困境

尽管我国在加入 CISG 时对合同形式要件作出保留，要求国际货物买卖合同须以书面形式订立，但实证研究表明，基层法院在涉公约案件中普遍未主动审查保留条款的适用条件。此种司法惰性源于三重制度张力：其一，法律位阶体系中《民法典》第 490 条书面形式^[27]要求与 CISG 第 11 条非形式主义原则的规范冲突未被体系化消解^[28]，导致法官在条约保留条款的效力识别上缺乏明确指引；其二，条约保留的宪法性授权机制缺位，最高人民法院虽通过《关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》明确“保留条款优先适用”原则，但未构建保留条款与民法典规范冲突时的审查标准，致使法官陷入“规范选择焦虑”；其三，司法实践中对条约保留条款的“功能性误读”——部分法院将保留条款视为静态的“历史性声明”，忽视其动态的制度衔接功能，虽援引 CISG 第 11 条认可口头合同效力，却未结合我国撤回保留声明的法律后果审查《民法典》第 490 条的适用边界。此种司法惰性不仅削弱了条约保留的制度功能，使保留条款沦为“沉睡条款”，更导致《民法典》书面形式强制性与公约非形式主义原则的规范冲突长期悬置，加剧了法律适用的碎片化。破解该困境可以从规范重构与司法技术双重维度切入。在规范层面，应通过《民法典》司法解释明确保留条款的“穿透效力”，确立“保留声明优先于公约条款，但不得抵触民法典基本原则”的位阶规则；在司法技术层面，可参照 CISG 咨询意见的裁判逻辑，将保留条款的审查纳入“从条约目的到国内公共政策，再到当事人合理期待”的解释框架，通过动态衡平实现条约义务与法典价值的制度性兼容。

四、条约适用规则的重构路径

（一）构建“民法典特别法”位阶的条约适用体系

在《民法典》司法解释中增设“国际条约适用专章”属于存在一定可行性的路径之一，即明确将国际民商事条约定位为《民法典》的特别法。第一，明确自动执行条约优先于《民法典》普通条款但不得抵触强制性规定，既因特别法优先原则要求国际条约作为特别法填补法典体系缝隙，如《联合国国际货物销售合同公

[26] 《维也纳条约法公约》第 26 条：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”

[27] 《中华人民共和国民法典》第 490 条：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”

[28] 《联合国国际货物销售合同公约》第 11 条：“销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其它条件的限制。销售合同可以用包括人证在内的任何方法证明。”

约》对合同形式要件的特殊规则优于《民法典》第 490 条一般规定，又因宪法第 33 条人权保障条款与《民法典》第 153 条公序良俗原则构成效力边界，^[29]防止条约适用冲击国内法秩序根基。第二，非自动执行条约需经国内立法转化，因其实体内容需与民法典价值序列相适配，如《海牙国际商事合同通则》需转化为《民法典合同编司法解释》补充规则，转化法优先适用则基于法律位阶理论中“转化法兼具特别法与下位法双重属性”的复合逻辑，当转化法由全国人大常委会制定时，其作为特别法优先于《民法典》普通条款，但若与法典强制性规范冲突则受上位法效力制约。第三，建立冲突识别与层报机制，源于司法实践中条约与法典规范竞合的类型化需求，如《国际油污损害民事责任公约》责任限制条款与《民法典》侵权责任编绿色原则的效力冲突，具体规则应包括：基层法院初步识别冲突性质后层报至最高人民法院，由后者结合条约目的、法典价值与公共利益等递进式审查标准作出统一解释；对涉及宪法性议题的冲突，如条约保留条款与民法典基本原则抵牾，则应启动与全国人大常委会的联动审查机制，通过司法识别与立法确认的双向通道维系法秩序统一。

此三重规则体系通过司法解释的规范赋权与程序建构，既可确立国际条约在民法典框架内的特别法地位，又能依托司法技术的精细化运作实现全球化规则本土化的制度性转译。

（二）引入“条约合宪性审查”的双阶控制模式

“条约合宪性审查”的双阶控制模式，即通过法律位阶理论与司法审查技术的协同，实现国际规则本土化的制度性调适。借鉴欧盟法院先行裁决机制，可探索如下路径：第一，下级法院在审理中发现条约与《宪法》或《民法典》基本原则冲突时，应参照《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》第七条“损害国家主权不予适用”的裁判规则，裁定中止审理并层报最高人民法院审查。此程序设计的法理基础在于法律位阶理论中的“宪法优位原则”与《民法典》第 10 条“习惯补充适用”的体系闭合性需求，^[30]具体可通过修订司法解释增设“条约合宪性争议层报专章”，明确下级法院的强制提请义务与最高人民法院的专属管辖权，形成个案识别、程序中止与集中审查的递进式控制链条。第二，最高人民法院可依据《宪法》第 67 条赋予的条约批准权与法律解释权，对冲突条款进行限制性解释或启动条约修改建议程序。其原理在于宪法性权力对国际条约的效力辐射具有终局性，例如在条约保留条款与《民法典》第 153 条公序良俗冲突时，可考虑将条约条款置于宪法价值框架内进行目的性限缩。具体实施需在《宪法》第 67 条下增设“条约合宪性审查”实施细则，授权最高人

[29] 《中华人民共和国民法典》第 153 条：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。”

[30] 《中华人民共和国民法典》第 10 条：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

民法院通过审判委员会发布指导性案例确立条约目的、宪法原则、法典价值的分阶审查标准,对严重冲突情形可建议全国人大常委会启动条约修改或保留声明调整程序。此双阶模式既承袭欧盟先行裁决机制中分散发现与集中解释的效能优势,又通过宪法授权框架调整司法审查权与立法权的交互结构。

（三）完善条约解释的“动态兼容”方法论

《民法典》时代国际民商事条约适用的规范重构,亟需发展“动态兼容”的解释方法论,通过法律位阶理论与司法技术的协同,实现国际规则与本土法秩序的价值融贯。车丕照教授主张,涉外民事关系中需区分国际条约与国际惯例的适用路径:在《民法典》未明文规定时,全国人大常委会可通过条约批准程序明确司法适用方式,或由最高人民法院以司法解释指示适用;国际惯例则可纳入《民法典》第10条“习惯”范畴,经法院直接援引。车教授强调,民商事立法应与条约义务保持协调,但无需受惯例约束;条约适用应突破“优先性”单一逻辑,依效力层级差异化处理,而惯例适用以当事人意思自治为先,无约定时作为补充法源。该观点通过类型化区分,为《民法典》涉外规则体系提供了效力层级与适用顺位的双重分析框架。^[31]在《民法典》第10条“习惯”条款的解释框架中纳入国际商事惯例,须突破传统国内法与国际法二元对立的解释逻辑:一方面,基于法律位阶理论中“习惯”的补充法源地位,可根据《维也纳条约法公约》第31条之规定,^[32]将《国际商事合同通则》等国际惯例作为解释CISG的“嗣后惯例”,例如援引“艰难情形”规则以填补公约文本对不可抗力经济效应的规范空白;另一方面,借助条约、惯例与国内法三者的互动解释,可在《民法典》合同编第533条情势变更原则与CISG免责条款之间构建效力辐射链条,^[33]通过“规范目的同构性”检验实现法律渊源的体系融合。此种动态兼容的法理基础在于《宪法》第15条市场经济条款^[34]的开放性授权与《民法典》第10条“习惯”解释的体系功能:当条约文本滞后于数字经济催生的新型合同形式等商事实践时,司法机关可运用“功能等效”原则,将国际惯例作为《民法典》第142条意思表示解释的“交易习惯”嵌入裁判说理,既缓解条约修订的刚性约束,又维系法典体系的解释弹性。^[35]有学

[31] 车丕照:《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国的适用》,载《中国应用法学》2020年第6期。

[32] 《维也纳条约法公约》第31条:“一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。……三、应与上下文一并考虑者尚有:(甲)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(乙)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。……”

[33] 《中华人民共和国民法典》第533条:“合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的具体情况,根据公平原则变更或者解除合同。”

[34] 《中华人民共和国宪法》第15条:“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法,完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”

[35] 《中华人民共和国民法典》第142条:“有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义。无相对人的意思表示的解释,不能完全拘泥于所使用的词句,而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定行为人的真实意思。”

者指出,《民法典》的颁布废止了《民法通则》第 142 条关于国际条约优先适用及国际惯例补充适用的规定,而《涉外民事关系法律适用法》亦未承接相关内容,导致民商事领域国际条约地位条款出现规范缺位,形成法律适用真空。其主张“条约必须遵守”的法理基础源于国家作为独立政治体的意思自治属性,即国家通过缔约行为承担国际义务,需通过立法权限分配保障条约效力。^[36]更深层的制度建构需延展至三重维度:其一,建立“条约—惯例”效力辐射规则,明确国际惯例在填补条约漏洞时不得抵触《民法典》第 153 条公序良俗等强制性规范;其二,创设最高人民法院主导的“条约解释司法联动机制”,通过类案检索系统识别国际裁判机构对同类条款的解释趋向,如参考国际商会仲裁院对 CISG 第 35 条质量标准的解释路径,实现全球商事规则与本土司法智慧的交互滋养;其三,在司法解释中引入“动态保留条款”,授权法院在条约适用中结合法典价值序位对国际惯例进行合目的性筛选,例如将《民法典》第 9 条绿色原则嵌入《国际油污损害民事责任公约》的损害赔偿计算,通过解释技术实现环境保护价值对商事效率原则的规范矫正。此等方法论革新,实质是法律位阶理论从静态规范排序向动态价值衡平的范式转型,最终在宪法授权框架内构建具有中国特色的全球化规则转译机制。

五、结语

《民法典》的体系化建构为国际民商事条约的适用创设了全新的规范场域,通过法律位阶的重塑与价值序列的整合,实现了从分散规则到体系融贯的范式转型。传统“国际法优位”与“国内法中心主义”的二元对立范式,因难以调和条约规范与法典基本原则的深层张力,已无法适应全球化与本土化交织的私法治理需求。未来研究需聚焦 RCEP 等新型经贸条约与《民法典》的互动逻辑,探索以“功能等效”为核心的多层次适用规则:一方面,通过条约解释技术将数字贸易、跨境数据流动等新兴领域的国际规则嵌入《民法典》合同编、侵权编的规范框架;另一方面,构建条约目的、法典价值、区域利益的分阶审查机制,在宪法授权下发展动态进化的司法技术,以期实现国际规则的本土转译与法典体系的开放性演进,最终形成兼具全球视野与中国特色的民商事法律秩序。

参考文献

- [1] 王玫黎.民法典时代国际条约地位的立法模式[J].现代法学,2021,43(01):199-209.
- [2] 车丕照.《民法典》颁行后国际条约与惯例在我国的适用[J].中国应用法学,2020,(06):1-15.
- [3] 李大朋.我国法院适用民商事条约的路径探析[J].法律科学(西北政法大学学报),2025,43(02):154-167.

[36] 王玫黎:《民法典时代国际条约地位的立法模式》,载《现代法学》2021 年第 1 期。

- [4] 李佳.《民法典》背景下《联合国国际货物销售合同公约》的司法适用研究[J].上海对外经贸大学学报,2023,30(03):76-87.
- [5] 贺辉.我国法院适用 CISG 的问题、成因及改进[J].法学,2019,(04):181-192.
- [6] 连俊雅.《联合国国际货物销售合同公约》在中国的司法适用困境及应对——以当事人协议选择中国法为视角[J].国际法研究,2023,(01):129-144.
- [7] 刘瑛.论《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的适用[J].法律科学(西北政法大学学报),2019,37(03):191-201.
- [8] 杨梦莎.CISG 优先适用法律模式探析——兼评我国国际商事条约适用立法及司法实践[J].东北大学学报(社会科学版),2020,22(04):97-103.
- [9] Lisa Spagnolo, Iura Novit Curia and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole, in Schwenzer and Spagnolo, Towards Uniformity, Eleven International Publishing 2011.
- [10] 王勇.论国际民商事条约在中国的适用方式及其完善对策[J].华东师范大学学报(哲学社会科学版),2011,43(06):78-82+151-152.
- [11] Martin F. Koehler and Yujun Guo. The Acceptance of the Unified Sales Law (CISG) in Different Legal Systems, (2008) Pace International Law Review: 45—52.

国际商事法庭“一站式”纠纷解决机制中诉讼和仲裁衔接机制研究

洪亦可*

摘要：诉讼和仲裁衔接机制是“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的关键环节，构建完备的诉仲衔接机制对提升我国国际商事纠纷解决竞争力具有重要意义。目前，诉仲衔接机制存在缺少仲裁协议效力审查规则、仲裁裁决的籍属认定标准有待改进、未赋予仲裁庭发布临时措施的权力、诉讼和仲裁衔接机制多样性不足、国际商事仲裁机构的国际化程度有待提升等问题。对此，一方面应当查漏补缺，补全缺位的仲裁协议效力审查规则，将仲裁裁决籍属认定标准改为“领域标准”，赋予仲裁庭发布临时措施的权力。另一方面应当推陈出新，灵活借鉴域外先进经验，探索法院判决转化为仲裁裁决、以禁诉令制度保障仲裁等诉仲衔接新模式，同时吸纳国外优秀仲裁机构入驻“一站式”平台，尝试构建联合仲裁机制，不断提升国际商事仲裁机构的国际化、专业化程度。

关键词：国际商事法庭；“一站式”纠纷解决机制；诉讼和仲裁衔接机制

随着“一带一路”区域合作倡议的纵深推进，各种风险多元叠加，相关商事纠纷呈现出愈发复杂化的特点。在此背景之下，中央全面深化改革领导小组第二次会议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》），提出由最高人民法院设立的国际商事法庭牵头，构建诉讼、仲裁、调解有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解机制（以下简称“一站式”机制），为“一带一路”建设参与国当事人提供更加优质、高效的法律服务。随后，最高人民法院相继颁布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》）、《“一站式”国际商事纠纷多元化解平台工作指引（试行）》（以下简称《工作指引》）等多项规范性法律文件，为多元化纠纷解决机制建设提供具体的规则指引。

诉讼和仲裁衔接机制是“一站式”纠纷解决机制的关键环节，《规定》中明确了国际商事法庭对“一站式”国际商事仲裁机构审理的案件，在仲裁保全、撤销内地仲裁裁决、承认和执行境外仲裁裁决上实行司法审查和支持的集中管辖，《工作指引》进一步对涉及“一站式”国际商事仲裁机构的当事人申请仲裁、仲裁保全的对接、仲裁保全的处理以及仲裁司法审查案件办理流程等作出了明确规定。然而，此种诉仲衔接机制仍然在国内诉仲衔接的传统框架之内，衔接规则存在缺陷，

* 中南财经政法大学法律硕士教育中心硕士研究生。

国际竞争优势亦不明显。如何完善诉讼和仲裁衔接机制是未来“一站式”机制优化升级所面临的首要问题。基于此，本文将首先分析“一站式”机制中诉讼和仲裁衔接机制的现状与局限，之后介绍域外对于诉讼和仲裁衔接机制的探索，最后提出完善我国“一站式”机制中诉仲衔接机制的对策，以期优化我国“一站式”纠纷解决机制提供理论支撑。

一、“一站式”纠纷解决机制中诉讼和仲裁衔接机制的现状

（一）衔接机制的理论基础

诉讼和仲裁能够进行有效衔接主要在于仲裁需要司法支持与监督，诉讼需要仲裁进行案件分流。对于仲裁而言：首先，仲裁虽然是以当事人通过意思自治达成的仲裁协议为基础和依据，仲裁庭的权力源自于当事人的授权而非国家法律的直接规定，具有较强的契约性，但是仲裁协议的效力需要有关国家法律的认可，仲裁程序的顺利进行和仲裁裁决的有效执行都需要国家法律和国家司法强制力的保障，因而又具有一定的司法属性。其次，仲裁实行“一裁终局”以保证高效解决纠纷，但一裁终局制使得仲裁缺乏错误纠正的上诉机制，仲裁是否超出当事人的授权、仲裁程序是否公正、当事人的正当权益是否得到充分保障，这些都有赖于法院的监督和干预。¹对于诉讼而言：法院判决虽有国家强制力保证执行，有完善的纠错机制，但是由于程序复杂繁琐，所耗时间及金钱成本较高，对当事人意思自治的限制更严格，并不符合商事纠纷解决诉求，且法院员额制改革后法院面临案多人少的困境。商事仲裁由于更能实现当事人程序自治，可以有效缓解司法职权主义主导下传统诉讼程序的刚性和僵化，²且仲裁裁决跨国承认与执行的基础优于法院判决，因此更能吸引商事主体选择此类纠纷解决方式，从而有效地为诉讼分流。国内实践中也开始尝试将仲裁引入诉讼辅助，或者作为诉讼前置调解机构的一个参与单位，以加强诉源治理。

（二）衔接机制的法律规则

1. 诉讼对仲裁进行支持和监督。诉讼对仲裁的支持体现为由法院协助采取临时措施以及保证仲裁裁决得到强制执行，诉讼对仲裁的监督主要体现为对仲裁进行司法审查，即由法院撤销或拒绝执行不当仲裁裁决。关于法院协助采取临时措施：《规定》第14条规定，当事人可以在申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向国际商事法庭申请证据、财产或者行为保全。《工作指引》第22条规定，国际商事仲裁机构收到当事人提交的保全申请材料后，符合受案范围的，应当向国际商事法庭出具转递函，由国际商事法庭予以立案并作出裁定。关于撤销以及执行仲裁裁决：《工作指引》第24条规定，国际商事法庭收到当事人关于申请撤销内地仲裁裁决或者认可和执行境外仲裁裁决的材料后，符合受案范围的，应予立案并

¹ 参见杜新丽，宣增益：《国际私法》（第六版），中国政法大学出版社2022年版，第360页。

² 参见刘沁予：《国际商事法庭的诉讼仲裁化及其限度》，载《国际法研究》2024年第2期，第143页。

作出裁定，在裁定书送达当事人后，告知国际商事仲裁机构。

根据《民事诉讼法》以及《仲裁法》规定，涉外仲裁保全以及涉外仲裁裁决的执行由被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院管辖，涉外仲裁裁决的撤销由仲裁委员会所在地中院管辖。对比《民事诉讼法》的规定，“一站式”机制提供的临时措施的种类更多，不仅限于财产保全和证据保全，还包括行为保全。并且由国际商事法庭集中管辖仲裁保全以及执行和撤销仲裁裁决，仲裁机构及当事人无须前往被申请人住所地或者财产所在地，可直接向国际商事法庭转交或提出申请，在“一站式”机制支持下极大减轻仲裁机构及当事人的负担。此外，根据《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》，为防止法院滥用或错用司法审查权，法院拟撤销或者不予执行涉外仲裁裁决的，应当启动法院内部报告制度，由受案法院报辖区内高院，高院同意撤销或不予执行的，再报最高院，最高院审核同意的，才能作出撤销或不予执行裁定。而“一站式”机制采取由国际商事法庭直接管辖撤销与执行仲裁裁决案件，鉴于国际商事法庭为国内最高层级的法院，因而无需采取层报制度，在简便司法审查程序的同时提高了国际商事仲裁裁决得到执行的可能，有利于鼓励我国仲裁事业的发展。

2. 利用“一站式”信息化平台畅通诉仲交流机制。实践中，诉仲衔接不畅主要在于案件材料转递不规范、案件信息共享不畅以及卷宗信息的获取不能实现无纸化等。³对此，《工作指引》就“一站式”纠纷解决机制框架下的信息化平台构建作出部署，即在国际商事法庭官网上设立与“一站式”纠纷解决机制内的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构以及国际商事专家委员会有机衔接的全流程在线服务平台。平台内有关案件进展的相关材料及节点信息将同步发送给平台内各机构，国际商事法庭进行司法审查时无需人工调阅仲裁机构卷宗，通过平台便可随时查看相关证据材料，以数据方式存储案件信息也能够有效减少材料丢失、遗漏风险。《工作指引》第22条及第24条也规定到，国际商事法庭在作出采取保全措施的裁定、撤销与执行仲裁裁决的裁定后，应通过“一站式”平台将裁定书送交国际商事仲裁机构，方便仲裁机构掌握案件进展，进一步健全司法与仲裁信息交流机制。

二、“一站式”纠纷解决机制中诉讼和仲裁衔接机制的局限

（一）缺少仲裁协议效力审查规则

法院对仲裁的司法审查除了撤销和不予执行仲裁裁决外，还包括审查仲裁协议效力。有效的仲裁协议是仲裁机构取得案件管辖权、排除法院管辖权的依据，是仲裁程序顺利开展的前提。上述《规定》和《工作指引》对仲裁保全以及执行和撤销仲裁裁决均作出由国际商事法庭集中管辖的规定，唯独缺少关于仲裁协议效力审查的管辖规定。《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规

³ 参见于家傲：《新时代诉源治理背景下商事仲裁与诉讼分流衔接机制的体系构建》，载《人民法院报》2023年12月29日第五版。

定》第2条规定，确认仲裁协议效力案件由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或被申请人住所地的中级人民法院或专门人民法院管辖。并且法院经审查拟认定仲裁协议无效的，还需启动前述法院内部报告制度。在规则缺位的情况下，“一站式”纠纷解决机制中的仲裁协议效力审查案件究竟是由相应的中级法院管辖并实施层报制度，还是由国际商事法庭集中管辖，是需要司法解释予以明确的问题。

（二）仲裁裁决的籍属认定标准有待改进

由于各国对内国仲裁裁决与外国仲裁裁决在承认与执行条件上一般规定不同，且一国法院只能撤销内国仲裁裁决而无权撤销外国仲裁裁决，因此面对撤销和执行仲裁裁决案件，首先需要认定该仲裁裁决对法院地而言是内国裁决还是外国裁决，也即确定仲裁裁决的籍属。对此，国际上多数国家参照《承认和执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》），实行“领域标准”，即以仲裁裁决作出地区区分内国仲裁裁决与外国仲裁裁决。然而我国《仲裁法》实行的是“机构标准”，即以仲裁机构所在地区区分内国仲裁裁决与外国仲裁裁决。两种标准的冲突集中体现在外国仲裁机构在我国领域内作出的仲裁裁决的籍属认定上，是依据“领域标准”认定为内国仲裁裁决，从而按照我国《民事诉讼法》进行承认和执行且我国法院享有撤销权，还是依“机构标准”认定为外国仲裁裁决，从而按照《纽约公约》进行承认和执行且我国法院无权撤销？更有甚者，如果该外国仲裁机构所属国采取领域标准，我国采取机构标准，则这份仲裁裁决的撤销案件将无法法院管辖。此种冲突若不及时解决，将会影响到境外仲裁机构入驻我国的积极性。

（三）未赋予仲裁庭发布临时措施的权力

关于有权发布仲裁临时措施的主体，目前国际上主要采取三种模式：①由法院决定是否发布临时措施；②由仲裁庭决定是否发布临时措施；③仲裁庭和法院同时享有发布临时措施的决定权。其中，仲裁庭和法院同时享有发布临时措施的决定权是目前多数国家仲裁立法和国际示范法普遍采取的模式。然而我国《仲裁法》及《民事诉讼法》采取的是法院单一决定模式，《工作指引》第22条亦遵循了此种模式，规定由国际商事法庭决定是否采取保全措施，国际商事仲裁机构只负责转递当事人提交的申请。仲裁庭作为实际参与争议解决的主体更加了解案情，且临时措施具有急迫性，由仲裁庭发布临时措施有利于节省再次审查及转递材料的时间。因此同时赋予法院和仲裁庭发布临时措施的权力，允许当事人进行选择更符合效率和便利原则。⁴“一站式”机制作为我国首创的国际化纠纷解决方式，不能完全局限于国内立法，而要积极和国际实践保持一致步调。

（四）诉讼和仲裁衔接机制多样性不足

构建有效的诉仲衔接机制，一方面要加强诉讼对仲裁的支持与监督，另一方

⁴ 参见杜新丽，宣增益：《国际私法》（第六版），中国政法大学出版社2022年版，第365页。

要充分发挥仲裁的非诉解纷功能，加强仲裁对诉讼的辅助。关于“一站式”机制中的诉仲衔接机制，现有文件及司法解释仅规定当事人可以通过“一站式”平台选择仲裁服务，以及国际商事法庭集中管辖仲裁保全、撤销与执行仲裁裁决案件。诉讼对仲裁的支持仍在国内诉仲衔接的常规框架内，仲裁对诉讼的辅助则没有明显体现，与国际上在诉仲衔接模式上采取的创新做法相比仍有进步空间。作为拥有 14 亿人口的国家，我国绝不能成为“诉讼大国”，为此需要加强“诉源治理”。仲裁作为一种重要的非诉手段，既有与调解相似的、以当事人合意为基础的解纷效能，亦可通过一裁终局实现纠纷的彻底化解，兼有诉讼和调解的优势。为了完善“一站式”机制，一则要加强诉讼对仲裁的支持，二则应当进一步挖掘仲裁的纠纷解决潜能。

（五）国际商事仲裁机构的国际化程度有待提升

目前，“一站式”纠纷解决机制所纳入的十家国际商事仲裁机构中，除了香港国际仲裁中心外，其余九家均为内地仲裁机构，机构内部也主要为国内仲裁员。中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）作为我国国家级仲裁机构，2023 年受理案件共 5237 件，其中国际/涉外案件 645 件，占比 12.3%，双方均为境外当事人的国际案件 62 件，占比 1.18%，仲裁员共 1698 名，港澳台及外籍仲裁员共 483 名，占比 28.4%。⁵伦敦国际仲裁院（LCIA）作为世界级国际仲裁中心，2023 年受理案件共 327 件，其中具有国际性质的案件占比 96%，不涉及英国当事方的案件占比 79%，非英国籍仲裁员占 42%。⁶以上数据对比可得，我国仲裁机构在涉外/国际案件受理率、外籍仲裁员占比、国际认可度方面与国外知名仲裁机构相比仍有显著差距。

三、域外对于诉讼和仲裁衔接机制的探索

（一）英国商事法院加强诉讼对仲裁的支持

2017 年，英国整合高等法院下辖的商事法院、技术与建筑法院以及金融法庭、破产法庭等专门法庭，成立英格兰及威尔士商事与财产法院（B&PCs）（以下简称“英国商事法院”），负责审理高等法院管辖范围内的所有商事和商业纠纷案。吸纳了各色法院优势的英国商事法院在国际商事诉讼业务上展现出更大的活力，逐渐成为解决国际商事纠纷的中心地，其结果是相比原伦敦国际商事法庭，B&PCs 能够将更多国际商事纠纷案源引流至 LCIA。另外，1996 年《英国仲裁法》（Arbitration Act 1996）在法院对仲裁的监督上采取限制策略，只有仲裁程序

⁵ 参见中国国际经济贸易仲裁委员会：《中国国际经济贸易仲裁委员会 2023 年工作报告》，载中国国际经济贸易仲裁委员会官网：<http://cn.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=20067>，2024 年 7 月 1 日最后访问。

⁶ 参见 The London Court of International Arbitration (LCIA)：Annual Casework Report 2023，载 <https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>，2024 年 7 月 1 日最后访问。

出现严重错误并导致实体不公时法院才可以纠正仲裁裁决。⁷近年来，英国法院逐渐通过发布禁诉令来支持国际仲裁，例如在[2023] EWHC 3243 (Comm)案中，英格兰和威尔士高等法院判决支持了被告再保险公司根据《1996年仲裁法》第9条中止诉讼以便仲裁的请求，并驳回了原告泰森国际有限公司的反诉禁令，在[2023] EWHC 3135 (Comm)案中，法院支持了原告尼日利亚壳牌石油的永久反禁诉令申请，禁止被告 Sunlink 在尼日利亚当地法院继续推进诉讼程序。这些案例中，英国法院通过维持禁诉令，阻止一方当事人违背有效的仲裁协议而向外国法院提起或继续诉讼，重申了对有效仲裁协议的尊重。

（二）迪拜国际金融中心法院探索“判决—裁决”转化机制

2004年，阿联酋于迪拜设立迪拜国际金融中心（以下简称 DIFC），作为阿联酋最大的自由贸易区，DIFC 建立了一套多元化纠纷解决机制，其中迪拜国际金融中心法院（以下简称 DIFC 法院）以及迪拜国际金融中心-伦敦国际商事仲裁院（以下简称 DIFC-LCIA）首创性地设立“判决—仲裁”转化机制。根据 DIFC 法院于 2015 年通过的实务指导文件《判决支付争议提交仲裁》，对于 DIFC 法院作出的金钱给付判决，若双方就该判决的给付产生争议，债权人可以将该争议提交 DIFC-LCIA 等仲裁机构进行仲裁。被提交仲裁的判决必须已经生效；判决不涉及消费者合同与雇佣劳动合同；判决没有被上诉，且当事人上诉的期限已满；判决项下的双方当事人已书面同意将判决支付争议根据《判决支付争议提交仲裁》提交仲裁。迪拜的“判决—裁决”转化机制突破了诉讼与仲裁衔接的传统模式，使仲裁独有的《纽约公约》保障跨国承认与执行的优势惠及到法院判决，从而提高判决被跨国承认与执行的可能。需要注意的是，迪拜酋长于 2021 年 9 月 14 日颁布法令间接撤销了 DIFC-LCIA 仲裁中心，其仲裁资源交由迪拜国际仲裁中心（DIAC）掌管，这种改变可能会使原来的“判决—仲裁”转化机制受到一定影响，但是无论如何，迪拜国际金融中心法院的这种创新精神仍然值得我们学习。

四、“一站式”纠纷解决机制中诉讼和仲裁衔接机制的完善

（一）明确仲裁协议效力审查案件由国际商事法庭集中管辖

根据《意见》的指示精神以及《规定》和《工作指引》对仲裁保全和撤销与执行仲裁裁决的规定，“一站式”机制的设立意图是将对仲裁的司法审查权集中于国际商事法庭，使仲裁与诉讼能够高效衔接、实现良性互动。若将仲裁协议效力审查案件交由中级人民法院管辖，并履行复杂的层报制度，显然不符合司法解释本意。因此作为司法审查重要一环的仲裁协议效力审查也应由国际商事法庭集中管辖。实践中，第一国际商事法庭也已然受理了数起确认仲裁协议效力的案件⁸。

⁷ 参见陈磊，时界，黎家祺：《“三位一体”国际商事争端解决机制中仲裁制度的革新——从国际商事法庭与国际商事仲裁机构的关系切入》，载《仲裁研究》2021年第1期，第7页。

⁸ 参见运裕有限公司（Luck Treat Limited）与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力

面对仲裁协议效力审查规则缺位的情形,司法解释应尽快明确由国际商事法庭集中管辖国际商事仲裁协议效力审查案件,保证法律规则和司法实践的一致性。

（二）明确仲裁裁决籍属认定采取“领域标准”

国际主流立法趋势是以“仲裁地”认定仲裁裁决的籍属,即采取“领域标准”,而我国一贯采取“机构标准”,以“仲裁机构所在地”认定裁决籍属,已然与国际仲裁的主流实践相脱轨,由此也引发了如何对境外仲裁机构在我国内地所作裁决进行司法审查等一系列难题,阻碍了我国仲裁事业的国际化发展路径。鉴于此,近年来司法实践中对仲裁裁决籍属的认定标准开始由“机构标准”转为“领域标准”,如2020年布兰特伍德案中,对于总部设于巴黎的国际商会仲裁院在我国广州作出的仲裁裁决,广州市中级人民法院根据裁决作出地位于我国领域内,认定该裁决属于《民事诉讼法》下的“涉外仲裁裁决”,应按照《民事诉讼法》的规定申请承认和执行。⁹2021年《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条首次正式确立“仲裁地”的概念,并规定“仲裁裁决视为在仲裁地作出”,有力回应了司法实践中逐渐采取的“仲裁地”标准。¹⁰但是鉴于立法修改不是一朝一夕之事,“一站式”机制的完善不能坐等修法,而要主动适应国际趋势,积极作出改变。例如,可以尝试在自贸区引入联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》(以下简称《示范法》),¹¹根据《示范法》制定“一站式”机制内的国际商事仲裁制度,由此改变“机构标准”为“领域标准”。

（三）赋予仲裁庭发布临时措施的权力

同时赋予法院和仲裁庭发布临时措施的权力,允许当事人进行选择更符合效率和便利原则。世界主要仲裁地国的仲裁立法以及联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》都或多或少地赋予了仲裁庭发布临时措施的权力。然而《工作指引》仍然参照《仲裁法》及《民事诉讼法》单一赋予国际商事法庭临时措施发布权,显然已落后国际实践。虽然《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第43条开始赋予仲裁庭发布临时措施的权力,¹²但是如前所述,“一站式”机制应当先行先试,故也可以凭借在自贸区引入《示范法》的方式,调整

案((2019)最高法民特1号);新劲企业公司(New power Enterprises Inc.)与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力案((2019)最高法民特2号);北京港中旅维景国际酒店管理有限公司等与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力再审案((2019)最高法民特3号)。

⁹ 参见“布兰特伍德工业有限公司(Brent wood Industries, Inc. (U.S.A))申请承认与执行仲裁裁决案”,广州市中级人民法院(2015)穗中法民四初字第62号民事裁定书。

¹⁰ 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第27条规定:“当事人可以在仲裁协议中约定仲裁地。当事人对仲裁地没有约定或者约定不明确的,以管理案件的仲裁机构所在地为仲裁地。仲裁裁决视为在仲裁地作出。仲裁地的确定,不影响当事人或者仲裁庭根据案件情况约定或者选择在与仲裁地不同的合适地点进行合议、开庭等仲裁活动。”

¹¹ 参见薛源,程雁群:《以国际商事法庭为核心的我国“一站式”国际商事纠纷解决机制建设》,载《政法论丛》2020年第1期,第156页。

¹² 《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》第43条规定:“当事人在仲裁程序进行前或者进行期间,为了保障仲裁程序的进行、查明争议事实或者裁决执行,可以请求人民法院或者仲裁庭采取与争议标的相关的临时性、紧急性措施。临时措施包括财产保全、证据保全、行为保全和仲裁庭认为有必要的其他短期措施。”

国际商事仲裁制度，率先赋予“一站式”机制内的国际商事仲裁庭发布临时措施的权力。

（四）探索诉讼和仲裁衔接新模式

1. 诉讼对仲裁的支持。我国法院近年来开始在海事和知识产权领域发布禁诉令，以维护当事人合法权益。参考英国法院通过维持禁诉令以支持仲裁的举措，我国可以在“一站式”机制中率先尝试赋予国际商事法庭在国际商事仲裁领域发布禁诉令的权力，在双方当事人约定在我国国际商事仲裁机构进行仲裁，而其中一方违背仲裁协议向外国法院提起或继续诉讼时，由国际商事法庭发布禁诉令，以维护有效仲裁协议的约束力。¹³

2. 仲裁对诉讼的辅助。一方面，从加强诉源治理角度出发，国际商事法庭可将适合的国际性案件分流至国际商事仲裁机构，发挥仲裁在解决商事纠纷上灵活高效的优势，减轻法院和当事人负担。另一方面，由于我国尚未批准《协议选择法院公约》、《承认与执行外国国民商事判决公约》也尚未生效，加之我国签署的双边司法协助协议数量有效，互惠制度也有待进一步完善，使得我国法院判决的跨国承认与执行基础不似仲裁裁决有《纽约公约》的有力保障。鉴于此，我国可以灵活借鉴前述的 DIFC 法院将判决转化为仲裁裁决的思路，创设一套适合于我国的“判决—裁决”转化机制，在符合相应条件的前提下将国际商事法庭所作判决转化为国际商事仲裁机构的裁决，充分利用《纽约公约》国际认可度，提高判决跨国承认和执行的可能。

（五）提升国际商事仲裁机构的国际化程度

一方面，吸引更多国外知名仲裁机构入驻“一站式”平台。目前，国际商会仲裁院、新加坡国际仲裁中心等多家知名仲裁机构已入驻上海自贸区，可以考虑将这些机构纳入平台名单中，总体上提升平台的国际化水准。另一方面，鉴于国际商事仲裁中，双方当事人在协商谈判中一般不会选择双方所在国的仲裁机构解决商事争端，多数会在第三国的仲裁机构中进行选择。¹⁴为此，我国仲裁机构可以尝试与国外仲裁机构尤其是“一带一路”建设参与国仲裁机构建立联合仲裁机制，设置联合仲裁庭。联合仲裁机制赋予当事人更多选择，所作裁决也更具有中立性和公信力，能进一步鼓励当事人选择“一站式”平台解决纠纷。联合仲裁机制还可以建立一种良性的竞争环境，在与国外优秀仲裁机构交流沟通、互助合作下，我国仲裁机构能进一步汲取国外优秀仲裁机构在仲裁规则设置、仲裁程序安排、软硬件设施部署等方面的优秀经验并化为己用，进而实质性地提升我国仲裁机构的核心竞争力。

¹³ 参见陈磊，时界，黎家祺：《“三位一体”国际商事争端解决机制中仲裁制度的革新——从国际商事法庭与国际商事仲裁机构的关系切入》，载《仲裁研究》2021年第1期，第11页。

¹⁴ 参见贸仲委湖北分会：《中外仲裁机构合作建立联合仲裁平台》，载《法治日报》，2019年7月9日。

五、结语

诉讼和仲裁衔接机制的完善不仅要查缺补漏，更要推陈出新。一方面填补现有诉仲衔接框架的漏洞，补全缺位的仲裁协议效力审查规则，将仲裁裁决籍属认定的“机构标准”改为“领域标准”，将单一赋予国际商事法庭临时措施发布权改为同时赋予国际商事法庭和国际商事仲裁庭临时措施发布权。另一方面要不断提升国际商事仲裁机构的国际化、专业化程度，吸纳国外优秀仲裁机构入驻“一站式”平台，尝试构建联合仲裁机制，同时灵活借鉴域外先进经验，探索“判决-裁决”转化、发布禁诉令保障仲裁的诉仲衔接新模式。唯有不断改良诉仲调衔接机制，才能切实提高我国在“一带一路”国际商事争端解决中的竞争力。

中国国际商事法庭调解制度的不足与完善

田心如*

摘要：一带一路倡议提出的十年来，我国同各国商事纠纷数量激增，建立了“一站式”国际商事纠纷多元化解机制，在该机制下我国创新建立了国际商事法庭，推动了涉外法治的进步。但在实践中国际商事法庭的调解显现出一些不可忽视的问题，特别是我国签署《新加坡调解公约》之后越发明显，存在我国商事调解法缺失、与《新加坡调解公约》无法接轨、各国商事调解文化差异明显等问题，需要进一步解决和完善。通过两种不同的调解制度的碰撞，从中取长补短、互相借鉴，使我国国际商事法庭调解制度得到不断完善，加快一站式纠纷解决机制中商事调解与当代国际通行的商事调解制度接轨，确保中国在国际事务中的参与和涉外活动符合法律规范。

关键词：国际商事法庭；商事调解；新加坡调解公约；不足与完善

一、引言

2018年3月，中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（以下简称《意见》）。最高人民法院认真贯彻落实《意见》要求，于2018年6月27日公布《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（以下简称《规定》），为设立国际商事法庭提供了有力的制度保障。国际商事法庭建立起了诉讼、仲裁、调解融合的一站式国际商事纠纷解决平台，致力于构建具有中国特色的一站式国际商事纠纷解决机制，特具创新价值和重要意义。^[1]在“一带一路”背景下，习近平总书记作出“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”“要统筹推进国内法治和涉外法治”的重要指示。¹调解在我国有着悠久发展历史，其与传统文化中“和为贵”“无讼”理念与之不谋而合^[2]，尽管调解在我国有深厚的传统和广泛的认可，但缺乏专业化、类型化、职业化的深入研究。^[3]但我国传统的调解仅指“人民调解”，国际商事法院中的商事调解是我国传统调解与现代调解理论有机结合的产物。

现代国际商事纠纷有三种解决方式，目前调解因其高效率、低成本等特点，越来越受到各国的青睐。在英美法系国家，调解已成为各国解决国际商事纠纷的主要手段^[4]。在此背景下，2018年12月30日，《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》）在联合国大会通过，确立了调解作为国际商事纠纷解决的三大支柱的地位，也为国际和解协议的执行提供了国际

*田心如，女，湘潭大学法学院硕士研究生，主要研究方向为国际经济法、国际空间法。

¹罗一坤《把非诉讼纠纷解决机制挺在前面》，网址为

“<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/10/id/6965111.shtml>”，最后访问时间为2023年12月23日。

法依据。中国在公约起草过程中发挥了重要作用，中国也是首批《新加坡调解公约》签约国，这将成为我国发展商事调解，完善涉外法治的重要契机。我国国际商事法院的调解是我国结合本国国情创新的产物，而《新加坡调解公约》中的调解是国际绝大多数国家长期承认并运用的调解。

《新加坡调解公约》通过之后，商事调解作为一种商事争议解决制度，真正走到了国际争端解决机制舞台的中央，未来 10 年商事调解会成为法律服务行业非常热门的一个行业，我国积极签署该公约表明我国与国际通行的商事调解制度接轨的强烈愿望。本文通过参照国际通用的调解制度，总结我国国际商事法庭调解制度的特点，发现其目前存在的突出问题，抓住我国为批准《新加坡调解公约》对我国现有调解相关制度进行修补的契机，找到完善我国商事法庭调解制度的路径。

二、中国国际商事法院调解的特点

我国的历史传统和群众基础为人民调解的发展提供了良好的环境，但是我国目前在国际商事调解的发展进度有一定的滞后性，落后于国际商事调解发展速度和水平。中国国际商事法院的调解与国际商事调解在很多方面存在差异，主要具有调解与诉讼相融合，调解更具审判性、干预性这两个特点。

（一）中国国际商事法庭的调解与诉讼相融合

目前我国处理国际商事纠纷案件时，基本模式有“调解+诉讼或仲裁”两种，在商事纠纷调解的实践中，主要以“调解+仲裁”为主。在我国，在很大程度上调解是将国际化的“仲裁”与本土化的“调解”进行结合。^[5]而我国国际商事法庭则是以“调解+诉讼”，是将国际的商事纠纷案件与本土化的“调解+诉讼”相结合，属于非独立的商事调解²。而国外目前建立的国际商事法庭，如新加坡、迪拜、阿布扎比、荷兰、比利时等国家和地区，可以发现，这些法庭仅有审判一种纠纷解决方式。

我国国际商事法庭调解制度的融合性具体体现在，在程序方面，根据《最高人民法院国际商事法庭程序规则》（以下简称《程序规则》）第十七条的规定，当事人在诉前可以确定调解方式，不同意调解的也可以转为诉讼程序。在实践审理的案件中，也存在当事人同意审前调解，但因无法达成共识，转入诉讼阶段的情况。在调解文书效力方面，我国法院对商事纠纷双方达成的和解协议和经人民法院确认后形成的调解书的效力是不同的，调解书的效力在我国等同于判决而一方拒绝履行和解协议，另一方只能向法院申请执行判决。这一方面表明我国商事法

²独立商事调解是指商事调解组织、行业调解组织、律师调解中心等主持的独立于诉讼、仲裁程序的商事调解；非独立商事调解包括诉讼调解（又称法院调解）和仲裁调解，即法院或法官在诉讼程序中委托调解组织或调解人主持的调解，以及仲裁机构、仲裁员委托或当事人选定调解组织或调解人主持的调解。

庭调解与诉讼、仲裁的融合程度高，另一方面也表明调解的程序和标准可能较为灵活。

（二）中国国际商事法庭的调解更具审判性、干预性

中国国际商事法庭调解的审判性和干预性是其与国际商事调解之间最大的不同。在英美法系和绝大多数大陆法系国家调解的核心是当事人自愿，充分尊重当事人的自主权和选择权，调解员在其中主要起到促进性和辅助性作用。即使是在“评估型调解”³中，调解也不具有任何审判性。由于我国国际商事法庭的调解制度在本质上仍然是在法院管辖下的司法调解，受我国传统国内商事纠纷调解、人民调解观念的影响，以及法院公权力机关的属性，审判性和干预性一定程度是是很难避免的，虽然《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》（以下简称《工作规则》）与《程序规则》中有明确规定⁴，专家委员和国际商事调解机构应该在确保各方当事人自愿参与的前提下，鼓励当事人之间相互谅解和妥协，而不应涉及可能损害调解独立性和公正性的情况。

换言之，西方的调解是自愿的、合作性的、以当事人为中心的，调解员在其中主要起到辅助、促进作用，尊重当事人的自主权和选择权是重点，调解员是消极的，而我国国际商事法庭的调解更具审判性和干预性。中国的调解文化倾向于调解员对案件更积极主动的控制与管理。造成此种差异有诸多原因，在文化和理念方面，中国调解强调和解、妥协和互利共赢，注重双方关系和情感的维护。它通常基于中国传统文化中的亲和力以及对人际关系的重视；国际商事调解更多地着眼于法律、合同和商业利益，侧重于客观、合理、法律依据的解决方案，更强调实际利益的平衡和合同的执行。在法律适用性方面，中国式调解在法律适用性方面可能较为灵活，可能更依赖于当事人之间的协商和愿意。国际商事调解通常需要考虑多国法律的适用和国际法的规定，更注重合法性和国际认可度。

三、中国国际商事法庭调解的实践及意义

（一）中国国际商事法庭调解的实践

最高人民法院国际商事法庭自 2018 年 6 月 29 日成立以来，创新程序机制、规范审判管理，审理了一批有规则意义和国际影响的国际商事案件，各项工作稳步推进、成效显著。是设立国际商事法庭，审结一批有影响力的国际商事案件。2018 年 6 月，最高人民法院在深圳、西安分别设立第一、第二国际商事法庭，受

³ 评估型调解是指调解员向当事人提出其认为是公平的解决方案的建议或者分析，假如当事人不接受该建议，调解员继续沟通，直到当事人同意，或者结束调解。

⁴ 《最高人民法院国际商事法庭程序规则》第二十条，《最高人民法院国际商事专家委员会工作规则（试行）》第十一条。

理平等主体之间的国际商事纠纷案件。截至目前，共受理国际商事案件 27 件，审结 17 件，当事人涉及美国、泰国、菲律宾、意大利等国家。2023 年刚刚发布的典型案例中，就有一件是国际商事法庭审结的案件。⁵但虽然我国国际商事法庭调解的取得了一定成果，但也可以明显看出我国国际商事法庭建立以来，面临着案源不足的问题。

这是多种原因共同作用的结果，最高人民法院也认识到了这个问题，于 2023 年 12 月 18 日发布《关于修改〈最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定〉的决定》（以下简称《决定》），决定共两条，其中之一就是扩大当事人协议选择国际商事法庭管辖的案件范围。将《规定》第二条第一项修改为：“（一）当事人依照民事诉讼法第二百七十七条的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件”。⁶民事诉讼法第二百七十七条构建了符合我国国情、顺应国际趋势的涉外协议管辖制度，明确涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖，不要求争议必须与我国有实际联系，以鼓励外国当事人选择中国法院管辖，充分体现我国尊重当事人意思自治、平等保护、包容开放的司法态度。据此，《规定》第二条第一项作适应性修改，明确国际商事法庭受案范围包括当事人依照民事诉讼法第二百七十七条规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件，不再适用 2012 年民事诉讼法第三十五条中关于当事人协议管辖须选择与争议有实际联系的地点的人民法院的规定。

（二）中国国际商事法庭调解的意义

目前全球化日益深化，各国立法、司法、法治文化之间差异巨大，仅靠诉讼途径难以满足国际交往与合作中互利共赢的纠纷解决需求，特别是 2020 年《新加坡调解公约》的正式生效，标志着“调解全球化”的新纪元已然到来。虽然中国国际商事法庭的调解与国际一般商事调解存在差异，但随着国际间交流与合作的增加，中国商事调解的某些特点也逐渐被国际商事调解所借鉴和采纳，双方也在不同文化背景下寻求更多的交流和共同点，以提高解决纠纷的效率和公正性。对于“一带一路”建设中产生的跨国商事纠纷，各国势必会更加重视调解在纠纷解决过程中的作用。中国国际法院的调解强调的是通过调解达成双方和解或妥协，重视双方互利共赢的解决方案。

首先，在文化融合和理念交流方面，各个国家和地区拥有不同的文化、法律和商业习惯。一站式纠纷解决机制中的商事调解注重尊重和理解对方文化背景，

⁵ 《为高质量共建“一带一路”提供有力司法服务和保障——最高人民法院民四庭负责人就发布第四批涉“一带一路”建设典型案例相关问题答记者问》，网址为：

<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/413292.html>，最后访问时间为 2023 年 12 月 24 日。

⁶ 《关于修改〈最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定〉的决定》

倡导寻求共同利益的解决方案，有助于缓解跨文化交流带来的障碍。其次，在灵活性和效率方面，中国国际商事法庭中商事调解通常更注重灵活性，可以在解决纠纷的过程中根据各方需求和具体情况调整解决方案。^[6]在商事纠纷中，这种灵活性有助于高效解决问题，避免繁琐的法律程序和长时间的仲裁过程。此外，通过国际商事法庭进行调解还有利于执行，法院出具的调解书相比于和解协议等具有直接的法律效力，目前国际纠纷的当事人在我国不能直接依据双方达成的调解协议向法院申请执行。我国国际商事法庭建立“一站式”机制，近年来分两批吸纳 10 家国际商事仲裁机构和 2 家国际商事调解机构，形成诉讼与仲裁、调解有机衔接的“一站式”平台，具有多元、便捷、低成本的解纷优势。⁷

四、中国国际商事法庭调解存在的问题

国际商事法庭的调解制度在实践中也面临一些问题和挑战，特别是涉及外国当事人的纠纷，最高法第一国际商事法庭原法官就曾指出，从国际商事法庭“一站式”纠纷解决的实践来看，虽然已经对部分问题做出了补救，但仍还有很多需要完善和修补的地方，特别是当事人最终选择调解的结果并不理想。⁸最高人民法院院长周强在所做的关于人民法院涉外审判工作情况的报告中也指出，“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制还有待进一步健全。⁹造成这种情况的原因可能与我国现阶段调解制度的不完善以及国际商事调解制度的缺失有关。其中一些包括：

（一）我国尚未制定商事调解法

商事调解目前是国际上使用频率最高的国际商事纠纷解决方式，为顺应时代发展的趋势，联合国国际贸易法委员会制定了《新加坡调解公约》。一站式纠纷解决机制中商事调解目前我国国际商事纠纷解决中占据主导地位，但我国目前仍未制定专门的商事调解法，仅制定了较低效力层级的司法文件和司法解释。¹⁰这使我国虽然率先签署了《新加坡公约》，但国内法体系现阶段无法与之接轨，例如审查问题，我国在仲裁方面采取的是“双轨制”审查体制，即根据是否涉及涉外因素，区分国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决。但目前我国调解没有相关的审查规定无法与《新加坡公约》对接，这就导致一站式纠纷解决机制中商事调解发展缓

⁷ 《最高人民法院民四庭负责人就修改最高人民法院国际商事法庭司法解释的决定答记者问》，网址为：<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/421002.html>，最后访问时间为 2023 年 12 月 24 日。

⁸ 张勇健：《“中德仲裁法律圆桌会：国际营商环境与国际争端解决”成功举办》，网址为：http://iolaw.cssn.cn/xshy/201910/t20191028_5022274.shtml，最后访问时间为 2023 年 12 月 24 日。

⁹ 周强：《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告》，网址为：<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/156/22315.html>，最后访问时间为 2023 年 12 月 24 日。

¹⁰ 《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》《若干问题的规定》和《程序规则》等。

慢且在国际上的认可度不高。这背后一个重要原因是我国对商事调解的政策引导不够，虽然进入 21 世纪以来我国已经充分认识到调解的重要性，但主要精力集中在发展人民调解制度的建设和发展上，对更加专业的商事调解重视程度不够^[7]。

（二）中国国际商事法庭的调解与《新加坡调解公约》的冲突

截止 2023 年 12 月，《新加坡调解公约》已经得到 58 个国家和地区的签署。¹¹各国签署《新加坡调解公约》绝大多数是因为其创设了国际间商事和解协议的直接执行机制，国际商事和解协议获得了与仲裁裁决近乎相同的法律地位，这大大增加了跨国执行商事和解协议的可能性。这一举措进一步推动了国际商事调解成为国际社会广泛认可的争议解决方式，将其置于国家司法和商事仲裁制度之后的重要地位。^[7]但考虑到执行和解协议的难度以及防止权利滥用^[8]，《新加坡调解公约》第 1 条明确规定了，该条约不能适用于转化为法院调解书、司法确认裁定书或仲裁裁决书的调解协议。正如前文所提到的，我国国际商事法庭的调解与诉讼的融合度很高，纠纷当事人在法庭之下达成的调解书是经过司法确认的。因此，一旦国际纠纷的当事人选择了我国国际商事法庭调解，那么就表明其自动放弃了通过《新加坡调解公约》直接执行和解协议来迅速维护自身权益的机会。

（三）中国国际商事法庭的调解还存在一些其他问题

首先，我国国际商事法庭的本土调解的人员素质仍需提高，虽然我国国际商事法庭首创国际商事专家委员会制度，与两个国际调解机构达成合作，我国本土也涌现出了一批商事调解组织，但在国际调解公信力、调解经验、竞争力等方面与西方仍有较大差距。其次，文化差异和理念冲突：我国国际商事法庭的调解有着明显的中国式调解的特点，强调的是双方和解、妥协和互利共赢，但在跨文化背景下，外国当事人需要面对一站式纠纷解决机制中商事调解可能存在不同的理念和价值观冲突，导致调解过程难以顺利进行；此外，法律适用和执行难题：调解强调灵活性和解决问题，但在一些商事纠纷中，可能涉及不同国家的法律体系和规定，调解达成的协议在法律适用和执行上可能存在困难，虽然中国加入了《新加坡调解协议》，但根据我国民事诉讼法的规定，对当事人达成的和解协议是不赋予强制执行力的。再加之法庭调解的司法属性，这也是目前纠纷当事人不愿通过调解解决纠纷的关键因素。

五、中国国际商事法庭调解制度的完善

要想解决中国国际商事法庭调解在实践中出现的问题需要综合考虑多方面

¹¹ 数据来自联合国条约汇编网站，网址为：

https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028054826c&clang=_en，最后访问时间为 2023 年 12 月 24 日。

因素，包括立法、改进调解机制、提升专业水平、加强监管和规范等方面。

（一）制定商业调解法律

如前文提到的我国目前没有专门的商事调解法，但基于我国商事调解刚刚起步，没有形成一套完整统一制度的国情，不能仓促立法。让我国当前快速出台一部完整的商事调解法是不切实际的，也会产生副作用。在这种情况下为了暂时解决一站式纠纷解决机制中国际商事法庭调解在解决国际商事纠纷中的问题，首先可由最高人民法院发布相关的司法解释来先行解决。针对目前比较突出的问题出台相关的司法解释，待实施一段时间后根据时间的效果，总结经验教训再形成立法的草案。其次，充分发挥“一带一路”典型案例的作用，将更多商事纠纷调解的典型案例纳入其中。目前，最高人民法院已经持续发布数十个典型案例，对相关纠纷的处理指明了方向，但没有调解相关的案例。如果最高法总结“一带一路”中商事调解的典型案例向公众乃至全球发布，可以体现我国对商事调解的重视，给外国当事人一个合理预期。

（二）提高调解的独立性

一站式纠纷解决机制中国际商事法庭调解、仲裁、诉讼是在同一个机构中进行的，由同一个机构提供三种纠纷解决方式虽然让当事人自由灵活选择，也可以减少经济和时间成本，但当事人面临无法通过《新加坡调解公约》进行及时救济以及违反程序正义的风险，这会显著影响当事人通过商事法庭解决纠纷的意愿。对比国际其他知名调解仲裁地，如新加坡，新加坡国际仲裁中心（SIMC）发起了一项“仲裁-调解-仲裁”的计划，它规定仲裁和调解分别是由 SIAC 和 SIMC 各自进行，仲裁员和调解员分属两个机构。这是在制度和机构设计上保障仲裁和调解的独立性^[10]，让双方当事人既有机会和解，又能避免一站式纠纷解决机制中商事调解由同一人担任调解员和仲裁员容易造成不公正的风险。目前我国已经认识到将调解与仲裁、诉讼分开的必要性，提倡尊重各国的立法、司法、文化差异，满足当事人多元化解决纠纷的需求。

（三）其他完善措施

首先，做好调解人员的培训与规范化，提升商事调解人员的专业素养和能力，建立标准化的培训机制，确保调解人员具备必要的法律、文化和解决争端技能；提供多样化的调解方式，允许当事人选择更适合其需求和文化背景的解决方案，例如结合传统文化调解方式和现代法律手段的方式。其次，确保调解结果与当地法律体系相容并符合法律适用的要求，可能需要法律专业人士参与调解，以保障调解结果的合法性和可执行性。此外，建立更为透明的调解程序，确保当事各方了解调解的过程和规则，提高调解结果的可预测性，建立有效的监管机制，对调

解机构和调解人员进行监督和评估,确保其遵守规范和标准。在解决这些问题时,需要各方的共同努力和持续改进,同时尊重和理解不同文化和法律背景下的差异,以推动中国式调解在商事争端解决中发挥更大的作用。

参考文献

[1] Tao, Jingzhou, and Mariana Zhong. "Resolving Disputes in China: New and Sometimes Unpredictable Developments." *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution*. Brill Nijhoff, 2019. 56-73.

[2] 刘艳芳:《我国古代调解制度解析》,载《安徽大学学报》2006年第2期。

[3] 高翔:《人民调解机制的现状调查与制度改进》,载《西南政法大学学报》2008年第1期。

[4] Stipanowich, Thomas J. "The international evolution of mediation: a call for dialogue and deliberation." *Victoria U. Wellington L. Rev.* 46(2015): 1191.

[5] 顾维遐:《论调仲作为中国跨境商事及投资争议的多元化纠纷解决方式》,载《国际法研究》2022年第4期。

[6] 朱伟东:《一带一路背景下中国国际商事法庭的发展与完善》,载《学术探索》2023年第9期。

[7] 范愉:《商事调解的过去、现在和未来》,载《商事仲裁与调解》2023年第1期。

[8] 刘敬东、孙巍等:《批准〈新加坡调解公约〉对我国的挑战及应对研究》,载《商事仲裁与调解》2020年第1期。

[9] Schnabel, Timothy. "The Singapore convention on mediation: a framework for the cross-border recognition and enforcement of mediated settlements." *Pepp. Disp. Resol. LJ*. 19 (2019): 1.

[10] 高升,李珂珂:《国际商事法院判决转化为仲裁裁决的实现路径》,载《河南财经政法大学学报》2021年第36期。

国际调解院构建下我国国际商事调解制度的完善

李 可

(湘潭大学法学院, 湖南湘潭 411105)

摘 要: 随着“一带一路”倡议的提出,“一带一路”沿线国家商事交往日益频繁,贸易摩擦也日渐增多,为了促进沿线国家贸易往来,本着和平共赢的原则,中国同“一带一路”沿线各国达成合意,共建国际调解院。在国际调解院的构建背景下,当前我国商事调解制度与国际社会通行的调解规则仍存在较大差异,如何构建国际调解院的工作制度系当前一大重点任务。当前仍需结合国内及香港地区的调解制度现状构建更为完善的国际商事调解制度,需加强国内调解与国际调解的衔接性,由此探寻一种适用于国内与国际调解通用的调解机制,为国际调解院的具体建设提供调解工作机制。

关键词: 国际商事调解制度; 国际调解院;《新加坡公约》; 香港调解制度

引言

“一带一路”倡议提出以来,中国一直以共商共建共治共享为原则,坚持以维护世界和平、促进共同发展为宗旨推动构建人类命运共同体,与其他国家在各领域实现合作共赢。而当前正处于世界格局动荡的时代,随着经济贸易全球化的不断发展,各国贸易交往日益频繁,不可避免地会出现争端。而当前国际争端的解决方式还是以诉讼和仲裁为主,“一带一路”倡议以维护世界和平、促进共同发展为宗旨,联合国也以维护国际和平与安全、以和平方式解决争端为原则,在寻求解决对策的过程中,调解这种相对缓和的方式则成为了最合适的争端解决方式。

虽然国际间的调解需求日益增多,但在此之前国际上并没有一个政府间国际组织专门提供国家间争端调解服务,更多的是采取国际间的诉讼或仲裁的形式,国际调解服务亟须增加。而此前我国在国际争端解决方面虽然在最高法下设置了国际商事法庭,但在实践中实际受理的案件少之又少,甚至当前所涉及的案件没有以调解形式结案的案件,没有发挥出调解应有的效用。¹ 因此,针对当前对调解服务的供不应求,为顺应国际调解发展态势和需求,进一步构建人类命运共同体,我国与印尼、巴基斯坦、老挝、柬埔寨、塞尔维亚等国家共

¹ 参见最高人民法院国际商事法庭官网: <https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/180/314/index.html>, 访问日期: 2025 年 4 月 6 日。截至 2025 年 4 月,国际商事法庭以调解结案的案件仍然为 0 件。

同起草并达成了《联合声明》，共同构建国际调解院。²到目前国际调解院的构建仍在构建当中，但因为国际调解院是对全方面、各领域的国际争端提供调解服务的机构，我国的国际商事调解制度也需要与之相衔接，进而促进国际调解院的实际应用。

一、我国国际商事调解制度现状

国际调解院的构建将成为我国在国际调解中的新国际机构，为我国进入国际调解市场提供平台，但目前国内各地区，尤其内地与香港的商事调解制度因不同法律体系而存在不同，仍需分析探究如何在国际调解院之下顺利与国际接轨。

（一）大陆地区商事调解制度

自国家对多元化解纷的大力推进，国内各机构积极探索、拓展调解的方式，从立法顶层设计到机构建设、调解协议执行等都在逐步发展，到目前为止，国内的商事调解以呈现出多元化的方式。国内对商事调解也作出了多种探索，最高法此前设立商事调解法庭专门针对商事解纷进行结案，贸促会、商会也不断承接各区域内的商事调解案件，国内的商事调解机构呈现多样化趋势。在商事调解立法层面，当前仍没有专门的商事调解法律，国家层面仍以《中华人民共和国人民调解法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律对调解事宜予以宏观层面的规定。³但对于商事调解的具体工作细则各地区均有不同的探索结果。目前大部分地区的商事调解细则仍然根据商事调解机构的选择而不同，贸促会作为当前国内商事调解纠纷的一大平台，各地的贸促会也在积极参与各地的商事调解案件，湖南、江西等地区的商事调解案件就以贸促会调解为主。各地的商会也致力于参与商事调解，例如湖南郴州地区的商会调解占比远大于贸促会调解，除此之外，行业调解、民间机构调解也在不断发展。而当前的商事调解规则除机构规则外，一些地区也开始探索新路径以实现区域内商事调解规则的统一，2024年深圳地区以团体标准的形式出台了《商事调解工作规范》，为商事调解规则的形式提供了新思路。而多元化解纷机制的构建也使得当前国内的大多数调解仍然需要与诉讼或仲裁相衔接，因此商事调解并不具有直接的法律效力。为构建诉仲调衔接的“三位一体”多元化纠纷解决机制，国内的商事调解基本需要诉前分流、诉中委托、司法确认等调解流程赋予其后续执行力，

² 参见外交部新闻：《中方将在香港特区设立国际调解院筹备办公室》，发布时间：2022年11月1日，资料来源：https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202211/t20221101_10795358.shtml，访问日期：2025年4月6日。

³ 参见杨安琪、杨署东：《我国商事调解机制与〈新加坡调解公约〉对接的现实困境及其破解路径》，载《河南财经政法大学学报》2022年第2期，第77页。

因而使调解依附于诉讼、仲裁等其他争端解决机制，系中国国情下的特殊调解模式。

（二）香港商事调解制度

相较于内陆地区，香港的商事调解制度发展更早、经验更多。自 2007 年《香港施政报告》便提出了以调解的形式解决商事纠纷，之后便开启了调解制度的改革。到 2010 年香港便发布的《调解守则》规定了调解原则和具体规则，但相较于《人民调解法》的评估式调解模式，《香港调解守则》更倾向于促进式调解模式，在具体的调解过程中调解员更偏向于促进双方达成合意，也即当事人提出调解方案。⁴当前香港的调解机构主要以香港和解中心、香港国际仲裁中心的调解委员会为主，此外中国贸促会、中国国家商会调解中心与香港和解中心合作成立了内地—香港联合调解中心作为香港与内地商事调解的重要合作机构。不仅如此香港针对调解员的认证成立了专门机构，香港调解资历评审协会作为唯一法定资格评审机构采取四级调解员认证体系，对普通商事、复杂商事、家事及专业领域调解员都涵盖在内，通过统一培训、资格审查等流程确保调解员队伍的专业性。与内地相一致的是香港地区调解协议的效力认定，香港的调解协议也需通过司法确认程序、仲裁转化机制、公证强化三种方式赋予调解协议强制执行力，并未直接赋予其直接执行力。

（三）粤港澳大湾区商事调解制度

粤港澳大湾区作为深化内地与港澳合作的区域成立以来也致力于探索商事调解的合作机制，当前粤港澳三地法律部门联合成立调解工作委员会，制定《调解平台建设工作方案》，统筹跨区域争议解决。在商事调解规则方面，《粤港澳大湾区跨境争议调解示范规则》为粤港澳三地的商事调解提供了调解具体细则，提升了大湾区商事调解服务的规则统一性。在调解员认证方面，大湾区发布了《粤港澳大湾区调解员资格资历评审标准》《粤港澳大湾区调解员专业操守最佳准则》，为调解员的资格认定和行为提供了标准。此外大湾区仍在不断推动三地之间的调解制度的协同发展以及调解员的互认，为内地与港澳地区的商事调解协同发展提供先行经验。

二、在国际调解院构建中我国调解制度面临的困境

国际调解院在香港落地，国内的商事调解制度亟需与国际接轨，也需要和香港的商事调解制度相衔接，才能使国际调解院的调解协议在国际以及国内顺利执行。

⁴ 参见赖建国：《香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴》，载《法律适用》2021 年第 6 期，第 48 页。

（一）内地与香港商事调解制度的差异较大

国际调解院将在香港落地，尽管目前商事调解规则如何还未确定，但根据当前已知的商事调解规则明显可见内地与香港的商事调解制度存在较大差异。

1、内地与香港地区的商事调解模式本质不同

区别于内地的商事调解的评估式调解模式，香港地区采取了促进式调解模式，两种模式的主要区别在于调解员在调解过程中的参与度，这一差异的存在主要是因传统法系的影响。我国内地与澳门都属大陆法系，其传统诉讼模式为职权主义，我国内地此前的争端解决模式也是以诉讼为主，近些年来调解才成为主要争端解决模式的一种，调解制度也不可避免地会受到诉讼制度的影响。职权主义是法官主导整场诉讼的进行，内地现行调解制度显然有诉讼的影子，调解员对调解过程有一定的主导，当事人对调解的自主性相对较弱。而香港地区受英美法系的影响其调解原则更接近于当事人自决，尽管各英美法系国家对调解中当事人自决程度的观点不同，但香港地区的商事调解显然受到了诉讼模式的影响。我国内地的法律受到很多传统文化的影响，在调解方面尤为明显。⁵内地的调解实践出现得较早，进而受到传统文化的影响很大。我国一直以来厌讼、耻讼的观念，使得调解在古代成为了解决矛盾的一个重要方式。但当时的调解员只能是世族大家的族长或一定范围内有一定声望的长辈才能担任，当时的调解便会更注重调解员的看法，且调解员的地位明显是凌驾在当事人之上，调解便更像是一种民间的裁判，其也影响了现在的调解，呈现出了一种当事人尊重调解员的情况。⁶同时，也正是因为作出裁判的法官往往都是政府人员，而内地传统文化对官僚的印象又区别于普通百姓，因此在调解进行中当事人也会对调解员有一定的敬畏，从而就可能导致当事人在调解时对调解员的一些观点妥协。

2、内地与香港地区的调解协议执行效力存在差异

在调解协议执行上，香港与内地之间的制度差异较大。尽管两者都认为调解协议的效力等同于民事合同，但在具体的效力赋予上仍存在差异。香港直接赋予了商事调解协议的法律效力，任何一方当事人违反协议内容即构成违约，守约方可通过民事诉讼追究违约责任，或依据《仲裁条例》第 81 条将协议转化为仲裁裁决，这一规定强化了商事调解协议的法律效力。而内地调解协议的法律效力需经司法确认程序激活，商事调解协议的直接执行力仍需通过其他途径获取。⁷内地与香港效力认定机制的差异主要源于两地法律体系对私法自治的接

⁵ 参见杨晔：《中国基层纠纷调解的制度变迁与模式转变》，载《民间法》2022 年第 30 卷，第 361 页。

⁶ 参见陈明之：《商事调解的制度逻辑及其构建——以〈新加坡调解公约〉为视角》，载《人民调解》2023 年第 9 期，第 32 页。

⁷ 参见冯冬冬：《〈新加坡调解公约〉背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善》，载《国际法研究》2023 年第 2 期，第 152 页。

纳程度：香港普通法传统更强调当事人意思自治，而内地成文法体系更注重司法权对私权处分的监督。在具体执行上，香港构建了“司法确认+仲裁转化+公证执行”的三维执行体系，针对标的额、案件复杂程度等区分不同的执行路径。而内地则以司法确认为单一核心执行路径，尽管内地也存在公证等指向效力的认定途径，但实践中仍是以司法确认这一单一路径执行商事调解协议，司法确认中法院不仅审查形式要件，还实质审查协议内容合法性，且跨境执行需转化为法院判决或仲裁裁决，内地受制于《新加坡调解公约》未完全批准的现状，执行难的问题仍然存在。

（二）国内与国际社会的衔接不足

尽管我国签署了《新加坡调解公约》，但仍然未批准相关条约，我国的商事调解仍无法直接在国际社会执行，跨境执行的效力仍有所欠缺，仍需进一步构建与国际接轨的商事调解制度。

1、国际社会对我国的调解结果缺乏信任

当前我国的调解种类包括人民调解、法院调解、行政调解、仲裁调解四种。但不论是以上哪一种调解都与国际上其他调解机构或调解组织存在许多差异，也正是这些差异使得国际上对我国做出的调解结果的可信度存在质疑。

在调解组织的地位上，我国与国际社会通行的观点不一，国际上的调解机构一般都是民间营利机构，不隶属于政府或其他权力机构，通过收费的方式给国际间的商事主体提供调解服务。而中国的调解机构不全是民间营利机构，进行无偿提供调解服务的，但调解机构却都隶属于政府，即便是人民调解也隶属于民政部门，也并没有脱离政府。虽然法官或其他调解员持中立态度，但毕竟组织隶属于政府之下，调解组织存在一定的立场，对待各个调解案件机构也难免存在不中立的立场。正因如此，国际上往往会产生对我国调解结果的质疑——调解结果是否被政府意志所左右，导致不能完全体现当事人的本意。此外，我国调解员的兼职特性也导致了当事人对调解结果的不信任。正因为是兼职，同时调解时还可以自己选择调解员，这就导致当事人会选择与自己观点相近的调解员。而且兼职导致他们会在不同的身份之间转换，若是之前曾担任过其他相类似案件的代理人，那么调解员就可能有支持的观点，由此结果就会产生偏向。⁸

2、调解员的认定需要进一步完善

我国的国际调解院是面向世界构建的，我们的调解制度就需要和国际上的调解有一定的接轨，不能只局限于中国的视角，以使得我国的商事调解能顺利适应国

⁸ 参见曹兴国：《裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造》，载《政法论丛》2021年第3期，第138页。

际调解院及国际上的规则。因此我国的商事调解制度需要和国际上的调解进行一定的对接，避免出现国际调解的后续效力问题，在调解员选任方面也同样需要进一步改进，当前我国的各类调解都处于政府之下，调解员一般都是由法官等其他人员进行兼任，没有专职的调解员。将调解员放在其他职位下的兼职虽然在一定程度上能够方便调解的顺利进行，减少调解和其他争端解决方式的衔接问题，但有可能导致各类调解的结果存在差异，造成不公。而且随着调解需求的增加，调解员的职业化能更好地解决调解供不应求的现状。⁹即便是香港地区，其在调解员选任、资格认定等方面都制定了相应规则，但其调解员仍然没有实现专职化。

3、缺少与国际调解相衔接的立法

虽然我国的调解实践存在了一定的时间，但在国际调解方面的立法并不完善，在商事调解上缺少专门法律。¹⁰ 随着“一带一路”的进行，国际商事交往愈加频繁，对国际商事调解的需求也开始增多。而当前我国没有商事调解法，现有的其他调解法也没有对商事调解的问题作出具体规定，再加上国际商事争端的当事人处于不同地区，真正执行和解协议变得更加困难。

在实践中，国际商事争端中达成的和解协议为了能解决争端，可能会出现弹性较大的情况，在我国国内执行就会出现困难。但我国现阶段与《新加坡公约》相衔接的法律还未修改完成，若是想直接适用《新加坡公约》在国内执行和解协议会存在问题。我国虽已签订了《新加坡公约》，但仍有保留条款的存在，而且《新加坡公约》第三条也规定了“本公约每一当事方应按照本国程序规则并根据本公约规定的条件执行和解协议。”若想国际调解顺利进行，对相关法规的梳理以及与《公约》衔接进行修改是必不可少的事情。实际上，当前对于直接执行机制而言，能真正实施的国家还是少数，即便有，也是经历了很多年的不断发展、改革才实现的。¹¹

三、我国国际商事调解制度的完善

为在国际调解院运行后保障调解协议的国内外执行力，国内的商事调解制度应进一步完善，既能符合我国国情要求的诉仲调衔接，又能符合国际要求的专业性商事调解，为国际调解院的实际应用提供助力。

⁹ 参见刘晓红、徐梓文：《〈新加坡公约〉与我国商事调解制度的对接》，载《法治社会》2020年第3期，第56页。

¹⁰ 参见陈咏隽、赵勇：《〈新加坡调解公约〉与“一带一路”商事调解机制建构》，载《福建江夏学院学报》2023年第1期，第40页。

¹¹ 参见李建欢：《商事调解协议效力类型化及多阶段决策研究——以广东省实践为例》，载《商事仲裁与调解》2023年第3期，第43页。

（一）促进民间调解组织的建设

我国当前的商事调解制度主要还是因商事调解机构的选择而决定，而目前中国的各类调解都位于中国政府之下，而国际上的调解组织大多是脱离政府的民间机构，而且往往都是营利性的组织。为了提高国际上对调解结果的信任度，同时使更多国家选择国际调解院作为解纷平台，国内的商事调解机构需脱离政府属性，加快构建民间调解机构的建设。中国可以参照国际上的其他国际性调解组织的做法，而非将调解机构放在政府或民政部门之下，或是与政府签订协议的形式进行调解工作，而是将其性质定义为一个民间营利组织。¹²将商事调解组织设置为民间营利机构，其将不受政府的管辖，调解员的选任就更取决于机构自身的标准，调解员受政府意志的影响就会相对较小，另一方面，营利性质使得调解更偏向于花钱办事的服务，当事人对调解的结果也会更加信服，从而减少执行难问题的出现。此外，既然是面向世界的调解组织，调解员必然不会仅是中国的公民，而我国政府的工作人员必然是中国公民，从人员的组成来看就缺少了国际性，就像是中国内部的调解，其他国家对调解结果的信任度必然会降低，也就不太会有其他国家愿意加入，国际商事调解的“国际性”也就名存实亡了。

（二）加快立法规定调解相关制度

在构建国际调解院下，为使国内商事调解与国际调解院以及国际社会能顺利衔接，还需要加快国内对调解制度的法律法规，使国际调解与国内的规则相衔接，使和解协议后续执行顺畅。在条件满足时要加快制定商事调解的专门法律。当前国内缺乏专门的商事调解法，国内对国际商事调解的机构虽然有很多，然而各地的商事调解差异较大，亟需一个专门法律以确定规则。¹³对于调解程序启动、调解程序、和解协议的强制执行、调解保密等都应有所规定。但显然目前商事调解法的立法无法快速实现，针对立法条件不足的困境，实践中不同地区也采取了不同的方案应对，例如深圳地区的商事调解机构共同设立了商事调解的团体标准，为深圳地区的商事调解提供工作规范。对此在商事调解条件成熟的地区不妨参考深圳模式，政府可推进商事调解机构以标准的形式先行完善商事调解制度，在立法条件满足时再构建统一的商事调解法律规范。同时应在国情允许范围内完善与《新加坡公约》相衔接的法律法规、司法解释。当前国内调解与《新加坡公约》的衔接不多，现存的调解法律主要是针对人民调解以及其他特殊的领域或问题的调解。因此在衔接问题上需要继续加强，尤其是在执行方面需要尽快做出完善。针对执行方面的问题，可以在自贸区以及经济特区等特殊地区借助其特区优势在区域内率先立法，为国内商事调解制度的改革、转变提供先行经验。先通过地方性的立法进行试点，

¹² 参见郭子平：《我国国际商事调解特区立法：问题争议、解决机制及制度贡献》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2023年第4期，第19页。

¹³ 参见王国华，施长艳：《〈新加坡公约〉与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道》，载《中国海商法研究》2023年第2期，第47页。

再确定可行之后进行全国范围内的推广。¹⁴针对执行的问题，可构建国际调解协议快速有效执行的机制，确认调解协议与法院判决具有同等效力，若不违反调解相关规定的不予执行或缔约国拒绝执行的情形，可以由法院直接执行。

（三）完善调解员制度

国际社会以及香港都设置了具体的调解员准入及培训制度，形成了调解员准入门槛，对此我国的商事调解可参考其制度完善调解员制度。¹⁵香港通过非营利机构“调评会”与 30 余家机构合作开展培训认证，调解员需学习律政司统筹设置的专门课程。在调解员培训上可对普通商事调解员设置基础的专业学历和调解技能培训要求，对涉外调解员增加外语能力、国际法知识及跨文化沟通能力考核，培养符合条件的国际调解员。在调解员进入后，应先鼓励行业组织建立自律惩戒机制，对违规行为采取警告、暂停执业、注销资格等分级处罚，必要时在司法行政机关设立调解员纪律委员会，对调解员的调解行为进行监督规范。在资格互认方面，可针对《新加坡调解公约》要求，借鉴香港与内地联合制定《粤港澳大湾区调解员资格评审标准》的经验，在自贸区、经济特区等地先行试点与新加坡、香港等地的调解员资格互认，允许符合条件的外籍调解员经备案后参与涉外案件调解，试点跨境资格互认。在国际上，应积极开展与国际调解机构的互动、合作，推动中国调解机构加入国际调解协会，制定调解员能力框架，积极参与国际标准制定，以提升我国在商事调解领域的话语权，推进我国商事调解制度在国际上的认可。

（四）完善与其他争端解决方式的联动

在我国诉仲调衔接的多元解纷模式下，调解从中分离显然很难实现。调解、诉讼、仲裁三者在解决争端时并不是完全分离的状态，更多时候需要三者的深入联动才能完全解决争端。我国当前的调解很多都是放在法院之类的地方进行，在调解前后与其他解决方式联动解决争端。对此，国内应采取调解和仲裁应采取仲调分立并衔接的方式进行平衡，这也是国际仲裁机构较为成熟的做法。¹⁶新加坡国际仲裁中心和新加坡国际调解中心早在 2014 年就启动了

《AMA 仲裁协议》，实施仲调分离并衔接的形式。在案件采取仲裁程序后被暂时搁置，就转到调解程序，调解成功，则和解协议视为同意裁决；若调解失败，则转回仲裁程序。尤其国际社会对调解要求其系独立于其他纠纷解决机制的，我国的商事调解即便需要与诉讼、仲裁衔接，在独立的基础上衔接更贴合商事调解的要求。在制度构建中可以采取仲调分离的模式，考虑与国际上其他

¹⁴ 参见成阳：《管辖与执行：多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究》，载《上海法学研究》集刊 2022 年第 17 卷——长三角法治论坛文集.上海市第一中级人民法院商事庭，第 78 页。

¹⁵ 参见孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》，载《法学研究》2021 年第 2 期，第 164 页。

¹⁶ 参见刘欣怡、李宏茂：《国际投资争端解决中的调解：现状、困境与出路》，载《扬州职业大学学报》2021 年第 4 期，第 19 页。

仲裁机构合作，或成立专门的国际仲裁机构进行合作，构建一个完整的合作机制，加强多元解纷各机构的衔接。¹⁷对于国际调解而言应加强国际合作，与国际法院进行联动。国际法院审理案件是以国际法为基准审理案件，当国际调解因语言差异、意识形态冲突、利益价值等因素出现分歧时可以和国际法院合作，在调解达不到预期效果时，有国际法院做最后的保障。但国际法院作出的裁判可能会因立场使得发展中国家的不满，因此应对规则设置、调解程序等做好制度完善，商事调解制度需要在调解和诉讼中作出一个平衡，避免出现各方势力影响话语权重及调解结果的公平合理。

结语

自我国签署《新加坡公约》后，国内对调解的相关研究开始涌现，也有不少学者提出过要建立专门的国际调解组织，而在 2022 年中国提出建立国际调解院至今仍在建设中。在国际调解院构建阶段应加快完善国内调解制度，加强与国际调解的对接工作，将促进国际调解院更好地建立及后期运行，为良好国际营商环境的营造提供中国力量。

参考文献：

- [1]杨安琪,杨署东.我国商事调解机制与《新加坡调解公约》对接的现实困境及其破解路径[J].河南财经政法大学学报,2022,37(02):75-84.
- [2]赖建国.香港国际商事调解本质属性考——与内地司法实践交流及借鉴[J].法律适用,2021,(06):45-52.
- [3]杨晔.中国基层纠纷调解的制度变迁与模式转变[J].民间法,2022,30(02):348-366.
- [4]陈明之.商事调解的制度逻辑及其构建——以《新加坡调解公约》为视角[J].人民调解,2023,(09):28-33.DOI:10.19380/j.cnki.cn11-2790/d.2023.09.010.
- [5]冯冬冬.《新加坡调解公约》背景下中国国际商事调解协议执行机制的完善[J].国际法研究,2023,(02):143-160.
- [6]曹兴国.裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造[J].政法论丛,2021,(03):137-148.
- [7]刘晓红,徐梓文.《新加坡公约》与我国商事调解制度的对接[J].法治社会,2020,(03):53-64.DOI:10.19350/j.cnki.fzsh.2020.03.006.

¹⁷ 参见胡仕浩：《中国特色多元共治解纷机制及其在商事调解中应用》，载《法律适用》2019 年第 19 期，第 10 页。

- [8]陈咏隽,赵勇.《新加坡调解公约》与“一带一路”商事调解机制建构[J].福建江夏学院学报,2023,13(01):38-46.
- [9]李建欢.商事调解协议效力类型化及多阶段决策研究——以广东省实践为例[J].商事仲裁与调解,2023,(03):39-57.
- [10]郭子平.我国国际商事调解特区立法:问题争议、解决机制及制度贡献[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2023,40(04):13-25.
- [11]王国华,施长艳.《新加坡公约》与中国国际商事调解机制的冲突及破解之道[J].中国海商法研究,2023,34(02):37-48.
- [12]成阳.管辖与执行:多元解纷体系中商事调解制度疑难问题研究[C]//全面推进依法治国的地方实践(2022卷).上海市第一中级人民法院商事庭;香港城市大学;,2024:282-307.DOI:10.26914/c.cnkihy.2024.017060.
- [13]孙南翔.《新加坡调解公约》在中国的批准与实施[J].法学研究,2021,43(02):156-173.
- [14]刘欣怡,李宏茂.国际投资争端解决中的调解:现状、困境与出路[J].扬州职业大学学报,2021,25(04):16-20.DOI:10.15954/j.cnki.cn32-1529/g4.2021.04.005.
- [15]胡仕浩.中国特色多元共治解纷机制及其在商事调解中应用[J].法律适用,2019,(19):3-14.

The perfection of China 's mediation system under the construction of the International Mediation Institute

Li Ke

(Law school, Xiangtan University, Xiangtan 411105, China)

Abstract: With the proposal of the " Belt and Road " initiative, the commercial exchanges between countries along the " Belt and Road " have become increasingly frequent, and trade frictions have also increased. In order to promote trade between countries along the route, in line with the principle of peace and win-win, China and countries along the " Belt and Road " have reached an agreement to jointly build an international mediation institute. Under the background of the construction of the International Mediation Institute, there is still a big difference between the current commercial mediation system in China and the mediation rules prevailing in the international community. How to construct the working system of the International Mediation Institute is a major task at present. At present, it is still necessary to construct a more perfect international commercial mediation system in combination with the current situation of the mediation system in China and Hong Kong. It is necessary to

strengthen the connection between domestic mediation and international mediation, so as to explore a general mediation mechanism suitable for domestic and international mediation, and provide a mediation mechanism for the specific construction of the International Court of Mediation.

Keywords: international commercial mediation system ; international Court of Mediation ; 'Singapore Convention ; Hong Kong Mediation System

2025年中国国际法学年会

内地与香港婚姻家事判决互认的规则衔接与制度完善研究

吴璇¹ 王信凯²

摘要：随着粤港澳大湾区一体化发展加速，婚姻家事判决的跨境互认成为区际司法协助的核心命题。在“一国两制”宪制法理框架下，2017年《婚姻家事安排》虽初步构建互认制度，但两地管辖权竞合、实体法冲突及执行障碍仍严重削弱制度效能。本文通过剖析管辖权规则的制度性张力、实体审查的规范抵牾以及公共秩序保留条款异化等问题，揭示当前互认机制的深层困境。首先，构建“便利性司法审查”机制，融合婚姻登记地、惯常居所地等连结因素细化管辖权审查标准；其次，引入欧盟“自动承认原则”，对身份效力判决采用形式审查豁免实体复核；最后，借鉴美国“分割承认规则”，区分婚姻解除效力与财产事项以提升执行效率。本文立足实证案例与比较法经验，既为区际司法协同提供规范调适样本，亦在“一国”宪制逻辑下探索法域价值衡平路径，助力大湾区治理体系法治化转型。

关键词：

引言

在“一国两制”宪制框架下，内地与香港特别行政区的婚姻家事判决互认机制既是区际司法协助的重要组成，亦是跨法域私权保护的核心命题。然而两地法域的制度性差异与互认规则供给不足，持续引发判决效力不确定性与权利实现的不充分。年最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（以下简称《婚姻家事安排》）虽为制度衔接提供了初步路径，但在后续实践中依旧存在问题，进而导致其规范效能遭遇显著折损。法域管辖权规则的竞合是首要障碍：香港《高等法院条例》第条确立的“实际控制管辖权”与内地《民事诉讼法》第条“户籍管辖为主、经常居住地为辅”原则存在功能性重叠，³管辖权冲突导致内地与香港婚姻家事判决互认存在基础性障碍，并且大量平行诉讼的产生削弱了判决的终局性和权威性。《婚姻家事安排》第条虽引入“先受理法院优先”规则，而内地法院依据《民诉法司法解释》第条仍将涉港婚姻案件参照涉外程序处理，致使部分判决因程序瑕疵被对方法域否定。

实体法律冲突则进一步加剧判决互认的复杂性。香港《婚姻法律程序与财产条例》第条要求以“通奸、不合理行为”等具体事由证明婚姻破裂，而内地《民法典》第条采用概括式“感情破裂”标准，两地对婚姻解除要件的证明标准差异导致实体审查中的正当性争议。财产分割规则的兼容困境更为突出：香港法院在

1 吴璇，女，江西理工大学法学院在读法学硕士

2 男，江西理工大学法学院在读法学硕士

3 李华成.内地与香港离婚诉讼管辖制度比较研究[J].法制与社会.,():.

FCMP/案⁴中对内地“夫妻共同财产制”下的债务分配方案启动实质性审查，而《婚姻家庭安排》第条“禁止重新审理实体争议”的刚性规定，迫使执行程序异化为实体争议的二次战场。此类裁量权扩张实质反映了内地与香港法域间价值位阶的错位：内地司法强调家庭稳定与社会伦理秩序优先，而香港更注重个案中个体权利保障。

粤港澳大湾区一体化和要素流动加速的背景下，婚姻家庭权益的区际保护已从法律技术问题演变为社会治理命题。《婚姻家庭安排》虽在形式上构建合作框架，但未能消解法域间法律传统、程序规则及价值取向的深层张力。规则的碎片化不仅导致当事人权益实现的迟滞与不确定，更可能削弱“一国两制”法治实践的协同效能。因而，对现有制度的功能性缺陷展开系统性剖析，既是实现判决自由流通的必然要求，亦为“一国”宪制框架下法律体系整合提供试验样本。

二、内地与香港婚姻家庭判决互认的制度演进与法律基础

（一）制度演进的三阶段范式

内地与香港婚姻家庭判决互认的制度构建，历经双重法域割裂期（-年）、有限合作尝试期（-年）及协同规则整合期（年至今），体现出一国内不同法域司法权协调的独特路径。

（二）法域割裂期：单向认可与属地主义僵局

香港回归初期，两地司法协作长期受制于《民事诉讼法》第条的“涉外程序参照”机制。该条款将涉港家事案件纳入涉外司法协助框架，但仅允许对婚姻关系解除部分的单向认可，对于财产分割及子女抚养等附随事项则严格适用属地管辖。香港法院则以属地主义为核心，援引普通法“不可执行外国涉及身份关系判决”（Foreign Status Judgment）原则，全面排斥内地判决效力。这一阶段形成了“实体权利分割化”的司法窘境。

（一）有限合作期：程序补正与主权协调探索

年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖民商事案件判决的安排》的签署，首次确立区际司法协助的双向框架，但明确排除婚姻家庭案件适用⁵。为解决跨境婚姻案件激增的实践需求，香港于年修订《婚姻诉讼条例》，将“国家”（Country）替换为“地方”（Place），为内地判决的认可提供成文法依据⁶。此后，香港法院采用“分项审查”模式，即认可内地离婚效力，但独立处理财产分配问题。内地虽通过年《民诉司法解释》第条完善终局性认定标准，但限于实体法分歧，仍存在认可率不足的情况。

4 .CL and ZRC, FCMP /.

5 陈春智.内地与香港民商事判决认可与执行问题研究[D].广东外语外贸大学,.

6 梁琦祥.论内地与香港地区离婚判决认可与执行的新发展[D].西南政法大学,.

（一）协同整合期：系统协调与规则互嵌

年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》（简称《婚姻家事安排》）的签署，标志着区际家事司法协助的范式转型。其通过三层次革新实现制度突破：

一是管辖规则衔接：创设“受理法院首次受理优先”规则（第条），缓解管辖权积极冲突，同时保留“实际联系”（Substantial Connection）标准作为例外条款；二是程序弹性兼容：引入“可分离婚”机制（第条），允许婚姻关系解除效力独立于财产或抚养争议而被认可，避免因单项争议导致全案无效；三是执行效率提升：确立“一站式认可与执行”程序（第条），将传统“两阶段审查”（认可+执行）压缩为复合程序，案件互认效率得到提升。

（二）宪制框架与法律规范的双重构造

首先，主权原则下的协商型授权系《婚姻家事安排》的宪法性依据。《香港特别行政区基本法》第条构成两地互认制度的宪制基石。该条以“一国两制”为原则，授权两地通过平等协商建立司法协助关系，既维护中央事权对区际法律冲突的最终调控，又尊重特别行政区高度自治权⁷。

其次，互补性规则体系的构建，体现《婚姻家事安排》在程序法上协同的协同机制。内地以《民事诉讼法》第条为基础，结合《婚姻家事安排》第条确立“形式审查为主、实质审查例外”原则，仅对“欺诈取得判决”“公共秩序违反”等情形进行有限干预。香港依托《高等法院规则》（第A章）第号命令，将互认程序纳入登记制（Registration System），赋予被申请人异议权（第号命令第条），但通过《婚姻家事安排》附件增设“紧急救济条款”，允许赡养费判决先行执行。

最后，在实体法调适方面，主要体现为价值衡平与解释趋同。两地实体法规则差异虽未消弭，但通过司法解释与案例指引实现功能性协调：离婚标准互释，香港普通法采“婚姻破裂至不可挽回”（Irretrievable Breakdown）标准（《婚姻诉讼条例》第A条），与内地《民法典》第条“感情破裂”原则形成价值互通；财产分配互补，香港《婚姻法律程序与财产条例》第条的“公平分配”原则与内地《民法典》第条的“照顾女方及子女权益”规则形成互补。

三、规则衔接障碍与制度困境

尽管《婚姻家事安排》为内地与香港婚姻家庭判决的互认提供了制度框架，但两地法律体系、程序规则与司法理念的深层差异仍衍生出复杂的衔接障碍与制度困境，具体表现为以下四重矛盾。

（一）管辖权认定标准的法律冲突

⁷ 舒盈.内地与香港法院相互认可和执行婚姻家庭判决研究[D].昆明理工大学,2020:15.

管辖权的区际竞合是阻碍判决互认的首要障碍。内地《民事诉讼法》第22条以“被告住所地”为一般管辖依据，而香港《婚姻诉讼条例》和《程序与财产条例》采用普通法“实际关联”（Substantial Connection）标准，要求婚姻住所、财产分布或子女惯常居住地至少一项在法域内。这种差异可能导致案件面临“双重起诉”风险。虽然《婚姻家事安排》构建了比较完善的平行诉讼审查机制，平行诉讼困境未能完全化解。例如《婚姻家事安排》第9条、第16条和第17条对不同性质的程序竞合问题作出规定。但其适用的前提是在两地进行的诉讼属于同一争议，当前内地和香港尚未就区际民商事案件管辖权冲突的协调达成相关安排，对平行诉讼的认定尚未形成共识，《婚姻家事安排》也没有规定同一争议的具体认定标准，这需要两地进一步明确相关规则⁸。尤其《婚姻家事安排》第4条对“受理法院首次受理优先”（First-in-Time）规则的引入。该条款试图通过时间顺序消弭管辖权争议，但实践中两地司法机关对“受理时间”认定标准不一——内地以立案登记日为基准，而香港以令状送达日为节点。

（二）公共秩序保留条款的滥用风险

公共秩序保留作为区际司法协助的“安全阀”，在两地判决互认中被异化为实质审查工具。香港法院依据《高等法院规则》第84号命令，对内地判决进行“程序正当性”与“实体合理性”双重审查，违反普通法传统中“不审查实体”的限制原则。内地虽通过《婚姻家事安排》第9条第2款明确限制公共秩序保留适用（仅在“明显违背社会公共利益”时启动），但司法解释中缺乏对“公共利益”的量化标准。审查标准的泛化，进一步削弱判决互认的确定性。

（三）判决终局性认定的制度分歧

“终局性”（Finality）作为判决互认的核心要件，因两地程序法差异面临解释冲突。香港判例法要求判决“不可推翻”（Conclusiveness），即原审法院不得再次审查；而内地《民事诉讼法》第178条规定离婚判决生效后仍可通过审判监督程序再审，导致香港法院对内地判决的终局性质疑。《婚姻家事安排》第10条虽允许通过“补充材料补正”机制缓解终局性争议，但两地对补正范围的解释存在分歧。内地倾向于认可形式瑕疵的补正（如判决书签章缺失），而香港要求补正内容必须涉及实体权利变更（如赡养费数额调整）。判决终局性认定的分歧，极易导致“平行诉讼”“重复诉讼”的情况，既浪费司法资源，也对司法的权威性造成冲击。

（四）实体法价值导向的不可调和

两地在婚姻家事领域实体法的价值分歧，构成规则衔接的深层障碍。香港法以“子女最佳利益”（Best Interests of the Child）为监护权判定的唯一标准，注重

⁸ 张淑铤.内地与香港《婚姻家事安排》生效后的规则衔接问题及应对[J].国际法研究,2021(4):115-130.

个案衡平；而内地《民法典》第条采用“最有利于子女原则”，强调社会公益与父母责任的平衡。财产分割领域的冲突更为显著。香港依据《婚姻法律程序与财产条例》第条，采用“公平分配”（Fair Distribution）原则，考虑婚姻贡献、未来需求等动态因素；而内地《民法典》第条以“平等分割”为基调，侧重财产原权利归属。

四、比较法经验：国际与区际司法合作的启示

国际与区际司法合作的经验对完善内地与香港家事判决互认机制具有重要启示。欧盟、美国等成熟法域的制度设计，以及英国的区际协调实践，为化解中国区际司法冲突提供了可参鉴的范式。

（一）欧盟婚姻家事判决合作机制特征及其启示

1998年5月，欧盟15个创始成员国为统一婚姻家事案件司法协作标准，在比利时首都签署了《关于婚姻事项管辖权及判决的认可与执行公约》（即《布鲁塞尔第二公约》），这一立法实践构建了跨国婚姻事项的管辖权规则体系及判决互认制度框架⁹。该公约体系主要呈现两项显著制度特征：

首先，建立互信审查豁免机制。针对离婚、婚姻关系解除及司法分居三类裁判文书，公约创设了司法自动承认原则，即成员国在承认他国裁判时既无须重新检视原审法院管辖权的适格性，亦不需实质复核判决实体内容。此项制度创新突破了传统国际私法中对域外判决的双重审查标准，通过程序简化显著提升了跨国离婚案件的处理效率，使得涉及身份关系变更的司法裁判可在联盟内快速产生既判力。

其次，构建子女权益保障特殊程序。根据《布鲁塞尔条例IIa》第23条与第28条的规范设计，涉及探望权执行及未成年子女返还的判决采用“自动生效+直接执行”的特别规则。此类强制性规定不仅为跨境儿童权益纠纷提供高效救济通道，更通过预先排除成员国国内法差异带来的法律冲突，确保涉及未成年人保护的裁判得以及时实现。特别值得注意的是，此类判决经互认后即产生终局性效力，不再允许通过司法审查程序予以撤销。

从比较法视角审视，上述欧盟立法经验对完善内地与香港特别行政区《婚姻家事安排》具有重要参考价值。核心制度借鉴应聚焦于认可程序的效率化改革：对于涉及身份关系确认的离婚、婚姻无效认定及司法分居裁判，以及探望权实现、未成年子女交还等程序性事项，可考虑构建“形式审查为主、实体审查豁免”的新型互认机制。此种制度安排不仅能缩减跨境司法协作的周期成本，更有利于实现以下价值目标：其一，通过简化裁判认可流程为家庭关系修复提供及时司法保障；其二，藉由快速执行机制最大限度维护未成年人最佳利益；其三，基于司法互信

⁹ 唐坚毅.对内地与香港相互认可与执行婚姻家庭民事案件判决安排的解读[D].深圳大学,2018:20

原则构建统一的家事裁判效力认定标准，从而实质性促进区际法律冲突的化解。

（二）美国相互认可与执行方式婚姻家事判决方式

美利坚合众国基于联邦制政治结构，各成员州自 18 世纪立宪时期即获得独立立法权限，这一制度设计天然形成复合型法域格局¹⁰。为协调跨州离婚判决的效力认定问题，联邦与州层面逐步构建起双重法律架构：依据宪法第四修正案创设的“充分诚意与信任”条款构成制度基石，明定各州须对姊妹州的司法裁决及公共记录给予法定尊重¹¹；各辖区则通过自主立法完成程序规则的具象化配置，明确裁判承认的具体要件与执行程序。值得注意的是，该模式并未采取统一立法的强制路径，而是依托统一州法全国委员会（NCCUSL）这一协调平台起草示范法案，供各州自主选择转化实施，有效平衡了法律统一需求与司法主权的张力关系。

联邦最高法院通过 1948 年 *Esten v. Esten* 判例确立具有里程碑意义的分割承认规则，将离婚判决效力认定解构为身份关系变动与后续权利处分两个维度：对于婚姻关系解除部分采行“终局性推定”原则，各州无裁量权拒绝承认其效力；而涉及未成年子女监护权安排、财产分割及经济补偿等附随事项，则允许司法辖区根据实体正义要求进行个案审查。这种精细化的处理机制折射出两大价值取向：婚姻身份效力的确定性优于财产关系争议；未成年人利益保护具有超州法域属性。后续《统一子女监护管辖法》（UCCJA）与《国际父母绑架儿童民事救济法》（ICARA）等配套立法进一步细化了执行规制，在维护子女最佳利益与防范跨州司法规避行为间实现动态平衡。

借鉴美国解决其州际之间判决认可与执行的做法，即通过宪法性或准宪法性文件的方式，规定只要符合一定的条件，各地之间应相互给与对方的法律、司法行为、判决、裁定充分的信任¹²。虽然域外制度安排难以完全契合“一国两制”的特殊宪制框架，但其蕴含的司法协作理念仍具参考价值。在推进《婚姻家事安排》实施过程中，双方法律系统可着力发掘制度共性：一方面，通过建立常态化的司法协助渠道增进相互理解；另一方面，依托典型案例的示范效应培育裁判共识，为更深层次的区际司法协作创设制度基础。这种渐进式互信构建模式，既能尊重两法域差异特性，又可逐步筑牢法律协作的信任根基。

（三）英国区际离婚判决的认可与执行的制度

英国国土是由四个部分组成，包括英格兰、威尔士、苏格兰和北爱尔兰。整个英国共分为三法域，分别是英格兰威尔士、北爱尔兰、苏格兰，其中，英格兰

¹⁰ （美）彼得·海著，王晶译者，许庆坤.美国法概论，第4版[M].北京：北京大学出版社，2020:7.

¹¹ 美国联邦宪法第4条第1款规定：每个州对于他州公共法律、案卷和司法程序，应给予充分信任和尊重。国会可以一般法律规定这类法律、案卷和司法程序如何证明和具有的效力。

¹² 宣增益著.国家间判决承认与执行问题研究[M].北京：中国政法大学出版社，2009:270.

和威尔士的法律制度完全的统一¹³，属于英美法系，而苏格兰则实行大陆法制度，北爱尔兰在 1972 年开始，由威斯敏斯特对其进行直接管辖开始，其主要法律都是通过英国国会法令的形式生效。英国在处理境内多个法域之间判决的承认与执行问题时采用了中央统一立法的规范模式，这一机制历经多次法律修订而逐步完善。现行有效的《1982 年民事管辖权和判决法》在保留《1801 年王室债务法》确立的基本登记框架的基础上，将该制度扩展适用于苏格兰、英格兰及威尔士、北爱尔兰等三个法域的所有层级法院。这种覆盖全境的登记机制确保了司法裁判特别是离婚判决在英国境内获得普遍承认的法律效力。

英国中央集权式的立法体制为这一制度的有效运作提供了制度保障，其中苏格兰地区享有特殊的立法参与权，任何统一法律的制定必须获得该地区议会的同意。至于北爱尔兰地区，自 1972 年起主要法律就直接由英国议会颁布实施，这大大提升了不同法域间法律适用的协调性。由此观之，英国境内判决登记制度实质上是对高度统一的法律体系在程序层面的具体延伸，这种制度设计有效解决了多法域国家内部判决流通的难题，体现了普通法系国家对司法确定性和高效率的价值追求。同时，区际判决的认可与执行，不存在以违反公共秩序为由，不予认可和执行离婚判决¹⁴。这与中国区际间是非常不同的，中国成为单一制的复合法域国家才短短几十年时间，不同法域不同的文化背景导致内地与香港之间关于社会公共利益和公共政策的规定尚需存在一定的时间。

五、制度完善的路径设计

（一）明确对管辖权的审查规则

当前《婚姻家庭安排》在管辖权审查标准上的规制缺位，构成了制度衔接的重要漏洞。为防范裁判机构在跨境案件审查中滥用管辖异议权，建议在实体规范层面确立“判决来源地管辖权适格推定”原则，将裁决机构依法取得管辖权的积极认定作为承认生效判决的前提要件。鉴于两地司法实践差异，可采取示范性列举与弹性裁量相结合的立法技术，对婚姻登记地、惯常居所地以及当事人协议管辖等特殊连结因素予以类型化规定。

建构统一管辖审查标准需植根于“一国两制”原则，合理吸纳比较法经验与本土智慧。建议引入“便利性司法审查”机制¹⁵，在考量诉讼文件的可获取性、当事人主张的可救济性以及案件与管辖地的实质联系等要素基础上，建立包含婚姻效力持续状态、夫妻共同生活重心、子女最佳利益等多维度复合评估标准。此举既可消解香港法院泛化适用“实际控制”标准带来的裁判冲突，也可通过最高人民法院发布指导性案例及香港高等法院制作实务指引的方式促进规则衔接。同时考虑

¹³ 英国文化文员会编.英国法律周辑—中英法律介绍[M].北京:法律出版社,博慧出版社,1999:32.

¹⁴ 王红燕.内地与香港区际离婚判决认可与执行的最新研究[D].华东政法大学,2012:25.

¹⁵ 张淑钿.香港不方便法院原则的实践及对内地的启示[J].法律适用,2009,(08):41-43.

婚姻家事案件特点,结合准据法适用、证人或证据的可用性、婚姻登记地、夫妻经常居住地、尊重当事人约定管辖、司法正义等因素,通过内地制定司法解释或香港通过案例的方式对限制管辖权滥用作必要约束。或者退一步,结合上述不方便法院原则及婚姻家事案件的特点,在有关安排中直接规定认可与执行中管辖权的审查问题等方式建立起管辖权审查的规则,限制香港法院适用“实际密切联系原则”等情形供内地法院与香港法院在受理涉港离婚纠纷案件时作为具有合适管辖权的依据¹⁶。

(二) 明确内地立法“公共秩序”含义

最高法院可以借鉴香港法院的做法,确立一些适用公共秩序的考量因素:(1) 原审判决是否违反内地的公平正义理念。除了判断原审判决是否是当事人通过欺诈手段获取的外,还包括双方当事人在诉讼中是否处于平等的诉讼地位,获得平等的诉讼机会,拥有平等的诉讼权利。(2) 原审当事人选择管辖法院的目的。随着《内地与香港判决安排》生效后,内地与香港很多跨境案件并不只有一个有管辖权的法院,因此就可能出现当事人选择一方法院诉讼,获得胜诉判决后再向内地或香港法院申请认可和执行的情况。除此之外,最高法院还可以考虑若认可或拒绝认可域外判决将会导致的结果,是否会损害一方当事人的正当利益,有悖内地的公序良俗等因素。在判断认可和执行香港民商事判决是否违反公共秩序时,统一采用结果说。结果说标准,是指如果适用某域外法或国际惯例实际上会损害我国社会公共利益时,则可以排除对该域外法或者国际惯例的适用。结果说标准比主观说标准更优越,是因为其能限制两地法官的自由裁量权,进而限制两地司法协助中公共秩序的适用,有利于促进民商事交往,而这种做法也恰恰是当今各国立法以及司法实践的主要趋势。

公共秩序作为一个弹性概念,自身具有内涵的模糊性、时间上的可变性等特点,各国立法均难以对其进行明确的界定¹⁷。根据《涉外民事关系法律适用法》第5条和《〈涉外民事关系法律适用法〉司法解释一》第19条规定,内地与香港民商事判决认可与执行制度中的适用的社会公共利益,但由于对社会公共利益这一概念缺乏明确的解释,可以通过最高院对社会公共利益作出进一步解释。建议最高人民法院通过出台解释性文件,参照香港司法经验确立多维度审查标准,系统构建符合“一国两制”原则的公共秩序审查机制。

明确将程序正义要素纳入审查范畴,需综合考察当事人诉讼地位的对等性、程序参与机会的均等性以及合法诉权的保障程度,而不仅局限判断是否存在欺诈性诉讼行为。此种制度设计可有效避免审判机构以简单的实体结果作为裁量依据,符合现代程序法治的精髓。其次,引入司法策略审查维度。自两地判决互认机制

¹⁶ 唐坚毅.对内地与香港相互认可与执行婚姻家庭民事案件判决安排的解读[D].深圳大学,2018:22.

¹⁷ 邹淑环.我国国际私法中公共秩序保留制度探析[J].天津商业大学学报,2015,35(05):63.

实施以来,当事人策略性挑选法院(forum shopping)现象日益突出,部分诉讼主体利用平行诉讼规则谋求不当程序利益,损害司法秩序的稳定。因而在对原审管辖权的审查中,应当将法院选择的动机合理性纳入评估体系。

同时,应当确立公共秩序损害的“结果说标准”。区别于传统主观裁量模式,该标准聚焦于司法协助行为本身可能引发的实际后果:若承认境外判决将导致国家根本法律秩序受损、重大民生权益受损或核心价值观念被突破,则应当启动公共政策保留条款。此标准的确立既能约束两地法官的自由裁量幅度,又与国际社会限制公共秩序保留适用的通行做法相契合。这种审查机制的改进不但符合法治发展规律,更是推进大湾区法治融合的现实需要,而这种做法也恰恰是当今各国立法以及司法实践的主要趋势¹⁸。

(三) 实现案件终局性要件协调

为实现内地与香港民商事判决互认中“终局性”要件的协调,可通过立法解释更新终局性审查标准、建立补正机制的双向解释规则以及引入程序终结动态评估方法构建系统性解决方案。

首先,需突破普通法“不可推翻性”的形式审查壁垒,将终局性审查基准重构为“具有争议解决终局效力”的实质标准。具体应区分身份关系与财产权利义务两类型判决:对于婚姻解除等涉及身份关系解除的判决,应当按照内地《民事诉讼法》第213条“不得申请再审”的标准,当然认定其终局性;而对于财产权利义务判决,则可根据《婚姻家庭安排》第11条设置“执行效力稳定性”指标,若未在合理期限内实际启动再审程序,即应认可其终局性。此方案既尊重内地再审制度的纠错功能,又符合普通法下争议终局解决的实质标准。

其次,补正机制的解释分歧可通过区分“形式补正”与“实质补正”层级进行弥合。对于判决执行必需的完整性要素(如签署盖章、送达回证等),由内地法院按《婚姻家庭安排》程序补强即视为成立;而涉及权利义务变更的补正(如赡养费调整),则需通过两地认可的共同审查机制确认补正内容与原审裁判基础的关联性,避免香港法院将此类补正解释为否定原判终局性的事由。该机制需引入“补正事项类型清单”,明确各类型补正对终局性认定的溯及力效果。

最后,可借鉴《内地判决的交互强制执行》(第71A号命令)第6条的立法技术,将程序终结状态作为终局性核心认定标准。即原审法院在法定程序框架内完成争议处理且未实际启动再审程序时,即便存在抽象再审可能性,亦不影响香港承认执行的终局性效力。此方法既契合香港判例法对司法确定性的实质追求,又能协调内地再审制度的程序保障功能,从而消解因制度差异引发的系统性冲突。

六、总结

¹⁸ 徐进.论公共秩序保留制度在我国区际冲突法中的应用[J].西安政治学院学报,2003,(05):64-65.

内地与香港婚姻家事判决的互认机制既是“一国两制”宪制逻辑下的特殊实践，亦是区际司法协同的理论模型。其制度张力根本上源于英美普通法系与大陆法系的程序理念分歧及实体规范差异，具体表现为管辖权竞合引发的效力冲突、婚姻解除标准的证明尺度差异以及公共秩序保留等程序性规则的异化适用。《婚姻家事安排》的框架性设计虽弥合了部分冲突，但在规则衔接深度与价值衡平精度上仍未突破传统区际司法协助的思维桎梏。

未来湾区婚姻家事司法协作的制度发展，需以跨境家庭治理的现实需求为导向，在“规则互通”“程序互信”及“价值互认”三个维度深度磨合。一方面，依托最高人民法院与香港司法机构的常态化对话机制，探索身份效力互认的“负面清单模式”及财产判决执行的“独立审查标准”，避免司法主权冲突对婚姻私权保护的倾轧；另一方面，借助大湾区融合发展政策，推动跨境家事案件管辖、调查取证及判决执行的程序一体化立法，在身份关系稳定性与权利义务可执行性之间建立动态平衡机制。唯有通过两法域法律秩序的深度对话与规则共治，方能在“一国”宪制框架下真正实现区际司法协助的价值自洽与制度效能转化，为全球化背景下法律冲突的治理提供中国经验范式。

并入提单的定期租船合同仲裁条款效力研究——以塔利门案为例

李奕涵^[1]

摘要：在国际海上货物运输中,货物运输的纠纷往往参照海运提单中的仲裁援引条款解决。虽然这一做法已成为商业习惯而被广泛应用于金康合同等租船合同的格式合同,但是中国法院对此类仲裁条款的效力持谨慎态度,常常否定其效力。因此以塔利门案为切入点,分析我国司法实践对仲裁条款并入提单效力认定的现状及问题,并通过对比英国判例法的基础上对我国司法判决否决此类仲裁条款效力的理由做出法理分析,以推动我国海事司法与国际航运实践的良性互动。

关键词：仲裁条款；定期租船合同；并入条款；管辖权异议

国际商事仲裁凭借其经济快捷、专业性、灵活性以及保密性的特性,在商事领域成为较受欢迎的纠纷解决方式,并广泛地应用于海商领域。仲裁条款一般载于租船合同,明示租船人和承运人约定运输纠纷由仲裁解决,该仲裁条款的效力往往通过海运提单中的援引条款延伸至提单持有人。司法实践中当承运人承运货物发生货损或货差时,提单持有人或取得代位求偿权的保险人往往会依据承运人签发的提单、以承运人为被告在我国海事法院提起索赔之诉。然而在我国司法实践却屡屡否决此类仲裁条款的效力。然而,英国法院通常对此类仲裁一般采取支持的态度,提单中的仲裁援引条款是英国法院裁判法院是否对案件具有管辖权的重要依据。我国与英国司法实践截然不同的态度在塔利门一案^[2]中鲜明体现,上诉人尽管在英国取得了禁诉令,但在中国的两次管辖权异议却屡屡碰壁,一审法院和二审法院分别给出的理由,正是中国司法实践中常常用以否认并入提单的租约仲裁条款效力的理由。这些理由是否合理?中国法院的谨慎态度是否妥当?本文将结合塔利门案和中国和英国的其他判例,对上述理由的合理性加以分析,并为中国法院对此类案件的审理提出建议。

一、塔利门案案情概述与问题提出

(一) 基本案情与法院判决

本案全名塔利门航运有限公司、中国太平洋财产保险股份有限公司大连分公司海上、通海水域货物运输合同纠纷民事管辖异议案。起因是2020年7月,中国某进出口公司从巴西进口68,599.91吨大豆,由被告塔利门航运有限公司(以下简称塔利门)承运,但是卸货时发现货物因热损霉变受损,经第三方检验认定

^[1] 李奕涵,大连海事大学法学院,法学硕士研究生,联系电话:18004136910,通讯地址:辽宁省大连市甘井子区凌海路1号。

^[2] 参见(2022)鲁民辖终18号。

货损系船方管货不当所致。中国太平洋财产保险股份有限公司(以下简称太平洋)依据保险合同向被保险人赔付 725 万元,取得代位求偿权后向青岛海事法院提起诉讼。2021 年 9 月 30 日,青岛海事法院立案后,被告提出管辖权异议,由于涉案提单正面已经明确载明“与 2020 年 6 月 2 日租约并用”,且租约第 17 条规定“General Average/Arbitration in London. Arbitration in accordance with the latest L.M.A.A.terms.English law to apply.”认为提单相关争议应依照租约中的仲裁条款,提交伦敦仲裁庭仲裁,请求依法驳回起诉。随后,青岛海事法院裁定驳回被告提出的管辖权异议。被告不服该裁定提起上诉,山东省高级人民法院于 2022 年 4 月 20 日做出判决,依法维持原裁定。在此期间,被告于 2021 年 12 月 15 日向英国高等法院英格兰和威尔士商事与财产法院商事法庭申请禁诉令,并于 2022 年 1 月 21 日取得 CL-2021-000734 号禁诉令。随后青岛海事法院仍然认为本院享有管辖权,于 2022 年 6 月、8 月、9 月多次公开开庭审理了该案,最终本案以调解结案。

本案的一审判决中,青岛海事法院认为租约中的仲裁条款不能并入提单,理由主要为以下三点:(1)被告提交的 Time Charter 合同未经当事人双方签字,因此该合同不能有效成立;(2)法官认为租约第 17 条中双方约定仅限于共同海损纠纷中若发生争议,采用仲裁方式解决;(3)中国《海商法》仅对航次租船合同有效并入提单作出规定,而本案中涉及的是一份定期租船合同;(4)本案的原告是保险人,并非提单法律关系或者租船法律关系的主体,因此本案原告和被告之间不存在仲裁协议。上诉人塔利门航运有限公司不服裁定,随后提起上诉,理由如下:(1)上诉人辩称通过邮件方式而非签字形式确认和签署租约是航运惯例,因此租约合同成立;(2)租约第 17 条的本意是“共同海损及仲裁均在伦敦进行。Arbitration in accordance with the latest L.M.A.A.terms.English law to apply.”,而非仅适用于共同海损纠纷;(3)本案应当适用英国法而非一审法院指出的《海商法》来查明租约是否有效并入提单。本案中提单正面记载:“与租约并用;运费依据 2020 年 6 月 2 日租约支付;运输条款参提单背面。”而提单背面第(1)条约定“背面所述租约中所有的条款和条件,自由和免责,包括法律适用和仲裁条款,均并入本提单。”而根据英国法该仲裁条款应当有效。然而二审法院以从提单内容来看,无法确定是哪一份具体的租约为由,维持了原裁定。

(二) 问题提出

本案是较为典型的因提单并入仲裁条款而引起的管辖权异议案件,这类型案件通常是提单持有人因货损货差起诉承运人要求赔偿损失,承运人出于各种原因通常会主张提单并入了租船合同中的仲裁条款。法院以管辖权异议程序审查此类案件,裁判结果通常是否定提单并入租船合同,进而否定仲裁条款约束提单持有人。本案中,虽然申请人成功取得英国高等法院签发的禁诉令,但中国法院在

两次管辖权异议程序中均予以驳回。这一裁判结果并非偶然,而是体现了中国司法对定期租船合同仲裁条款并入提单问题的一贯审慎立场。与英国司法不同,中国法院在此类案件中更注重保护弱势方的诉讼权利和维护司法主权。事实上,在中国近年来的司法实践中,绝大多数并入提单的定期租船合同仲裁条款都被认定为无效。这种裁判倾向的形成主要基于形式要件、主体适格性、法律依据三个方面的法律考量,这些考量是否合理值得进一步思考。

二、并入提单的期租仲裁条款形式要件对其效力的影响

(一) 中英司法实践对形式要件认定的比较分析

从形式要件来看,中国法院要求仲裁条款的并入必须符合严格的明示标准。根据《中华人民共和国仲裁法》的规定,仲裁协议应当以书面形式明确订立。在实务中,法院通常要求提单必须明确记载被并入租约的具体信息,包括合同编号、签订日期等关键要素,而不能仅使用"与租船合同合并使用"等笼统表述。例如在中国寰球工程有限公司与中国太平洋海运有限公司、白杏船务有限公司海上货物运输合同纠纷案^[3]中,法院即以此为由认定仲裁条款无效。此外,中国法院还要求并入条款应当记载于提单正面,如重庆红蜻蜓油脂有限责任公司诉白长春花船务公司案^[4]中,法院认定提单背面的并入条款无效。这一立场与中国最高人民法院在《最高人民法院关于连云港祥顺矿产资源有限公司与尤格兰航运有限公司海上货物运输合同纠纷管辖权异议一案的请示的复函》^[5]中的观点一致,该复函明确指出提单背面的并入条款对提单持有人不具有约束力。

反观英国法院判决也有着类似的形式要求,要求在提单中加入仲裁条款时表达必须要明确,提单必须要表达出仲裁条款已经加入至合同中,措辞必须清晰地表达双方当事人将仲裁条款加入提单的意愿。^[6]英国法院早期的判例对“明确”的要求比较严格。第一起关于租约仲裁条款能否并入提单的案件 *Thomas v. Portsea* 案确立了仲裁条款并入的基本规则。在该案中,租约本身包含仲裁条款,规定"因本租约条件条款引起的任何纠纷或索赔,应当在纠纷发生地通过仲裁解决",但提单仅在空白处增加"甲板货的风险由托运人承担,所有其他条款、条件和除外责任(包括过失条款)依据租船合同"这样的概括性表述试图并入租约条款。大法官 Lord Atkinson 在判决中明确指出,仲裁条款属于与运输合同核心内容无直接关系的附属条款,若要通过提单并入,必须使用专门的特定词语明确提及。他认为,提单作为可转让的商业票据,不能通过模棱两可的表述剥夺当事人的普通法救济权利,因此裁定该案中的仲裁条款并入无效。^[7]此后,“*The Anne field*”案进一步

^[3] 参见(2019)鄂民终1219号。

^[4] 参见(2012)武海法商字第01085号。

^[5] 参见最高人民法院(2013)民四他字第1号。

^[6] ALLISON Simon & DHARMANANDA Kanaga, *Incorporating arbitration clauses: the sacrifice of consistency at the altar of experience*, 30 *Arbitration International* 265 (2014), p.265-282.

^[7] *Thomas & Co., Ltd. v. Portsea Steamship Company, Ltd.*, 1912.

要求作为一项完整的仲裁协议,仲裁条款还需明确争议事项,如未明确争议内容,则原租约中关于“任何本合同的争议提交仲裁”仅限于租约争议而不包括提单争议。然而,随着商业实践的发展,英国法院在1978年The Rena K案^[8]、1994年The Nerano案^[9]和2001年The Delos案^[10]等一系列判决中逐步放宽了认定标准。在The Rena K案中,法院甚至认可了载有“1977年4月13日在伦敦签订的租船合同中的所有条款、条件和除外责任条款包括仲裁条款”^[11]这种表述的提单效力。^[11]The Nerano案认定“本提单背面标明签订日期的租约中的所有条款、条件、权利、除外责任和仲裁条款并入本提单”的表述满足形式要求。2001年The Delos案为并入提单的仲裁条款有效性做出了明确的标准:对于康金提单(Congenbill)这类明确提及“仲裁条款”的标准格式满足专门提及的要求;但对于仅载有“All terms whatsoever of the said charter ... apply to and govern the rights of the parties concerned in this shipment.”的普通提单,则仍坚持否定其效力。这样看似在英国法下在提单的并入条款中提及“仲裁条款”才可达到生效标准。作为拥有海上运输服务和国际仲裁制度竞争优势的国家,以及针对实际海运中多数提单格式性地印制了“伦敦仲裁”的条款等现实。英国司法立场的转变无疑对于吸引外国仲裁和推动本国仲裁服务业的发展具有现实意义,因此对于并入的限制转由宽松的做法是不难理解的。^[12]

(二) 并入提单的期租仲裁条款形式要件合理性分析

中英两国不同的形式要件要求分析哪一方更为合理?以塔利门一案为例,涉案提单采用的是国际通用的康金1994格式,提单明确记载了“General Average/Arbitration in London. Arbitration in accordance with the latest L.M.A.A.terms. English law to apply.”的条款内容。根据英国判例法,特别是The Delos案确立的标准,此类明确提及仲裁机构、适用规则和准据法的条款,显然符合英国法下仲裁条款并入的形式要求。至于一审法院提及的并入条款指向的租约并未被实际签署问题,正如the “Merak”案中,提单的并入条款将实际上位于租约第32条的仲裁条款误写作第30条的情况下,Sellers法官所述的“任何人阅读租约后都知道提单所指的‘第30条’是指租约中的仲裁条款”。这议案自指明当合同条款的援引存在技术性瑕疵时,法院应当透过形式看本质,着重探究当事人的真实缔约意图。由于康金提单1944在航运实践中使用广泛,已经成为了一种国际海事习惯,在使用康金提单1994格式时,当事人将租约仲裁条款并入提单

^[8] 参见 The Rena K [1978] 1 Lloyd's Rep. 545.

^[9] 参见 The Nerano [1996] 1 Lloyd's Rep. 1.

^[10] 参见 The Delos [2001] 1 Lloyd's Rep. 703.

^[11] 参见黄永申:《英国“租约并入提单”百年史话及现状》,《中国海商法年刊》2009年第1期,第28-29页。

^[12] 孟梧茜:《租约仲裁条款并入提单的效力性研究》,载《〈上海法学研究〉集刊》,2023年第20卷,第61页。

的意图是明确的。^[13]专业航运公司和保险公司在采用此类标准格式时,对其中"General Average/ Arbitration in London"等条款的法律后果应有明确预期。在这种情况下,过分强调租约的签署形式,反而可能背离商事主体真实的缔约意图。这一点实际上不足以影响双方当事人采用仲裁并入条款的意图。因此塔利门案中租约的仲裁条款在英国法下显然应当被认定为有效,上诉人也正因为取得了英国法院的禁诉令。伦敦是国际海事仲裁的中心,英国法是大部分海事仲裁案件的适用法律,可以说在海事案件中,英国法院的判例地位十分重要。我国内法院与英国法院的判决大相径庭,这种做法是否可以说与国际商事仲裁的主流发展趋势存在一定程度上的脱节?这种认定标准可能影响中国航运业的国际竞争力。此外,康金提单作为国际航运界广泛使用的标准格式,其条款设计经过长期实践检验,被国际商事主体普遍认可。中国法院否定此类标准条款的效力,可能导致国际船东和承运人对中国司法环境产生疑虑,进而影响中国港口的国际吸引力。特别是在"一带一路"倡议推进的背景下,这种过于严格立场可能不利于中国航运的发展。

三、并入提单的期租仲裁条款主体适格要件对其效力的影响

从主体适格性角度,中国法院特别关注仲裁条款对第三方的约束力问题。在The××与浙江××公司海上货物运输合同货损赔偿纠纷上诉案^[14]中,浙江省高级人民法院明确指出,作为格式条款的提单中并入的仲裁条款,实质上构成承运人单方拟定的争议解决机制,未经保险人或提单受让人明示同意,不能产生约束效力。其背后的根本原因在于对仲裁协议"合意性"要件的严格把握,即仲裁协议的效力必须以当事人真实意思表示一致为基础。但是值得注意的是,第三方受让提单或者接受保单的行为是否真的不构成接受仲裁条款的默示意思表示?

(一) 并入提单的期租仲裁条款对提单受让人的效力分析

针对仲裁条款对提单受让人约束力的问题,从契约正义角度分析,提单仲裁条款约束提单持有人是公平合理的,因为提单仲裁条款具有可知性。如果提单持有人是托运人,他可以对提单条款提出更改或与承运人协商签发何种提单。若托运人对提单没有异议,应视为其默认,原因是提单作为海上货物运输合同的证明,当然约束承运和托运人。如果提单持有人是收货人,那么尽管其未直接与承运人协商提单条款,却可以在与托运人(卖方)之间的贸易合同或信用证中对签发何种提单或提单内容作出限制性规定。^[15]如果作为提单受让人的提单持有人认为提单条款不甚合理,他就完全可以拒绝接受作为物权凭证的提单。反之,既然他接受提单,就意味着他接受了包括仲裁条款在内的全部提单条款。可见,包括提单仲裁条款在内的提单条款的可知性和对提单格式的选择性赋予了当事人自治权,

[13] 参见董璐宇:《海运提单中仲裁援引条款效力的重建》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2023年第2期,第105页。

[14] 参见(2008)浙民告终字第181号。

[15] 参见刘敏:《提单中仲裁条款效力的若干问题探究》,《高等函授学报(哲学社会科学版)》2011年第24卷第6期,第34页。

不能说是提单签发人强加于提单受让人而非后者的真实意思表示。^[16]

（二）并入提单的期租仲裁条款对保险人的效力

在保险代位求偿纠纷案件的管辖确定问题上，我国司法实践采取了涉外案件和国内案件区别对待的做法。根据 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》，对于没有涉外因素的保险代位求偿权纠纷，被保险人和第三者在保险事故发生前达成的仲裁协议对保险人具有约束力；但对于存在涉外因素的案件，仲裁条款并不当然约束保险人。因此存在涉外因素的案件如何确定管辖权仍是一个有争议的问题，理论界和实务界主要形成了三种不同的观点。第一种观点主张依照被保险人与第三人的合同关系或侵权关系确定管辖。这一观点在现行司法实践中占据主导地位，其法律依据主要体现在多个司法解释和指导性案例中。《最高人民法院关于审理海上保险纠纷案件若干问题的规定》第 14 条以及 2014 年最高人民法院发布的第 25 号指导案例^[17]进一步强化了这一立场。第二种观点认为应依照合同法中的代位权规定由被告住所地法院管辖。这一观点主要源于已废止的《合同法解释（一）》第 14 条的规定。然而，这种观点忽视了保险代位求偿权与合同代位权之间的本质区别。从法律性质上看，保险代位求偿权属于法定债权让与，而合同代位权则属于债的担保制度。《保险法解释（二）》第 16 条第 1 款明确规定：“保险人应以自己的名义行使保险代位求偿权。”这一规定采纳的正是法定债权让与理论，与合同法中的代位权制度存在本质差异。^[18]因此，简单套用合同法关于代位权的管辖规则来处理保险代位求偿案件，不仅缺乏法律依据，也违背了两种制度的设立目的和运行机理。第三种观点主张依照保险合同关系确定管辖。这种观点认为，保险代位求偿权虽然形式上表现为对第三人的索赔权，但其权利范围和行使条件都受保险合同的制约，因此应当以保险合同关系作为管辖依据。然而，这种观点面临着理论和实践层面的双重挑战。在理论层面，它与《保险法》第 60 条确立的“法定债权让与”性质存在根本冲突。保险代位求偿权的核心是保险人取代被保险人的法律地位，其权利基础是被保险人对第三人的请求权，而非保险合同本身。在实践层面，这种做法可能导致管辖法院与案件实质争议脱节，增加审理难度。最高人民法院在相关理解与适用中已明确否定该观点，认为保险代位求偿权纠纷的审理重点应当是被保险人与第三人之间的法律关系，而非保险合同关系。

第一种观点即依照基础法律关系确定管辖的做法最为合理，也最符合保险代位求偿权的法律性质。这种处理方式具有多方面的优势：首先，它契合法定债权

^[16] 参见冉瑞雪：《论提单仲裁条款的效力》，《中国海商法年刊》1995 年卷，第 44-46 页。

^[17] 《指导案例 25 号：华泰财产保险有限公司北京分公司诉李志贵、天安财产保险股份有限公司河北省分公司张家口支公司保险人代位求偿权纠纷案》，载中华人民共和国最高人民法院网，<https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/13329.html>。

^[18] 肖建国：《民事指导性案例中的管辖规则研究——以最高人民法院指导案例 25 号为中心》，《环球法律评论》2018 年第 40 卷第 3 期，第 50-52 页。

让与的理论本质,保险人在取得代位求偿权后,实际上是承继了被保险人对第三人的法律地位,因此以基础法律关系确定管辖最能反映权利的真实属性。其次,这种做法有利于查清案件事实,因为保险代位求偿纠纷的核心争议通常是被保险人与第三人之间的责任认定问题,而非保险合同的解释问题。这种处理方式的合理性在于,保险代位求偿权的实质是保险人取代被保险人的法律地位,向第三人主张权利,因此以基础法律关系确定管辖更符合权利行使的本质特征。同时《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(简称《仲裁法司法解释》)第9条规定:“债权转让时,受让人原则上要受到原仲裁协议的约束,但受让人不知道该协议存在或明确表示拒绝的除外。”既然理论普遍认可保险人的代位求偿权性质上属于债权转让,那么该条款将得到适用,实务中法院和仲裁机构均认可仲裁对相关保险代位求偿之诉的管辖权。这并非是对仲裁协议相对性的违反,反而是对仲裁协议,即实体纠纷双方当事人仲裁意愿的充分尊重,亦符合保险代位求偿权的本意。^[19]塔利门案中因被上诉人是保险人而否决仲裁协议的效力的做法值得再次考虑。

四、并入提单的期租仲裁条款效力的法律依据分析

从法律依据层面,《海商法》第九十五条明确将租约条款并入的范围限定为航次租船合同。对于定期租船合同等其他类型租约的并入问题,法律未作规定。在五某贸易有限责任公司与拉某航运有限责任公司海上货物运输合同纠纷上诉案^[20]中,一审法院采用了严格解释,拒绝承认定期租船合同仲裁条款的并入效力。这种裁判立场虽然在形式上符合法律文本的字面含义,但从其妥当性值得深入探讨。

(一) 并入提单的期租仲裁条款效力应属当事人契约自由

上述争议源自于航次租船合同被规定在《海商法》第四章,而定期租船合同被规定在《海商法》第六章。然而从定期租船合同和航次租船合同的性质来看,两类合同本是同类合同。海上货物运输合同的类别可以分为两类:一类是限制合同自由的货物运输合同,即提单证明的运输合同;另一类是不限制合同自由的运输合同,航次租船合同和定期租船合同均属此类。而限制合同自由的货物运输合同的理由在于船方和货方的地位不同,为保护弱势方的利益,只能通过对合同自由加以限制。但是租船合同情况有所不同,基于历史的和现实的租船市场的情况,出租方同承租方谈判实力相当,法律没有必要对租船合同的合同自由予以限制。从《海商法》第94条第2款的措辞可以看出,如果航次租船合同的出租人和承租人依据契约自由原则约定各自的权利和义务,则这种约定即便和第四章的关于

^[19] 刘克政、阎冰:《议海上保险代位求偿之诉的程序障碍》,《中国海商法研究》2012年第23卷第3期,第58-59页。

^[20] 参见(2002)鲁民四终字第24号。

合同当事人^[21]的权利义务的约定不同,也是有效的。换言之,我国海商法下航次租船合同的特别规定除了第94条第1款(适航义务、管货义务、直航义务)的规制之外,是任意性规范范畴。^[22]《海商法》在船舶租用合同一章第127条规定“本章关于出租人和承租人之间权利、义务的规定,仅在船舶租用合同没有约定或者没有不同约定时适用。”也就是说《海商法》对于船舶租用合同起到一个补充的作用,彰显了立法者对租船合同领域意思自治原则的尊重。而实务中也是如此,无论是航次租船合同还是定期租船合同,其法律适用更多依赖于合同双方的约定和交易习惯。因此即便《海商法》没有规定定期租船合同的仲裁条款并入提单的效力,双方当事人也可自行约定并入提单。因为《海商法》没有禁止定期租船合同并入仲裁条款提单,在法律未明确禁止的情况下,根据“法无禁止即自由”的私法理念,双方当事人达成的仲裁条款也应当生效。

(二) 并入提单的期租仲裁条款效力的程序法属性

此外,《海商法》第95条本质上将航次租船合同的仲裁条款并入提单本质是一种特殊的合同援引机制。根据联合国《国际商事仲裁示范法》,当合同当事人通过明确约定将其他法律文件中的仲裁条款纳入本合同时,该被援引的条款即构成书面形式的仲裁协议。这种援引机制的核心在于当事人真实、明确的合意表示,而非实体法的授权。《海牙规则》《纽约公约》等对仲裁条款并入问题未作规定。航次租船合同的仲裁条款能否并入提单,属于程序法范畴,从而无需也不应在《海商法》中作出规定,^[23]反而应当依照程序法、仲裁法的规定判断。综上所述,塔利门案中一审法院提出的《海商法》仅对航次租船合同有效并入提单作出规定,从而否决本案中定期租船合同的仲裁条款效力理由并不妥当。

五、结语

由于海运提单特殊的法律性质和使用方式,定期租船合同中仲裁条款的效力延伸陷入困境。就提单的法律性质而言,海运提单作为货物运输单据,其内容通常仅包括直接与货物运输相关的条款,而仲裁条款并不在此列。此外,提单具有较强的流通性,在国际货物运输中,往往存在提单流转至运输合同的第三方手中。同时由于海上风险较大,国际货物运输中往往出现保险人行使代位求偿权,但是他们并不是海上货物运输合同的当事人。由于大部分的海事仲裁通常在伦敦、新加坡等地进行,对于国内的当事人来说,一旦发生争议需要通过仲裁解决,所耗费的时间成本和金钱都比较多,往往会希望避免此类仲裁条款的生效。同时我国《海商法》仅仅规定航次租船合同的并入条款效力,而没有规定定期租船合同的此类

^[21] 参见司玉琢:《航次租船合同的立法反思——以〈海商法〉修改为契机》,《中国海商法研究》2019年第30卷第4期,第4-7页。

^[22] 马得懿:《海商法典的体系化和民族性:海上货物运输合同立法的实证研究》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2023年第73卷第1期,第102页。

^[23] 孙思琪、胡正良:《航次租船合同立法:理论检视与规则完善》,《中国海商法研究》2020年第31卷第2期,第55页。

条款效力，上述原因导致我国司法实践中往往采取谨慎的态度，认定此类仲裁条款无效。本文以具有代表性的塔利门案为例，分析我国司法实践中认定此类仲裁条款无效理由的其实并不妥当。我国法院对仲裁条款并入提单的效力认定长期持谨慎态度，随着国际海上贸易发展，这种谨慎态度可能并不利于我国与国际接轨，以致可能影响到我国国际贸易的蓬勃发展。

2025年中国国际法学会年会



中国国际法学会
Chinese Society of International Law



大连海事大学
DALIAN MARITIME UNIVERSITY

中国国际法学会2025年学术年会
2025 Annual Academic Conference of the Chinese Society of International Law
暨世界反法西斯战争胜利及联合国成立80周年与国际法研讨会
and the International Law Symposium Commemorating the 80th Anniversary of the Victory of the World Anti-Fascist War and the Founding of the United Nations

加强涉外法治建设与推进中国式现代化：国际法的地位和作用
Strengthening the Role of Law in Foreign Affairs and Promoting Chinese Modernization: The Status and Role of International Law

主办单位: 中国国际法学会 大连海事大学
Co-sponsored by Chinese Society of International Law and Dalian Maritime University
承办单位: 大连海事大学法学院
Organized by Law School of Dalian Maritime University

2025年4月25日-27日, 大连
April 25-27, 2025, Dalian