

国际私法国际前沿年度报告（2013—2014）

杜 涛*

摘 要：在过去的2013年7月至2014年6月的一年里，以欧盟和海牙国际私法会议为代表的国际私法统一化进程继续进行，而美国、俄罗斯等国的国际私法立法与实践也非常引人注目。《欧盟破产条例》修正案草案已经出台，《关于相互承认民事保护措施条例》等立法项目也已经获得通过。另外，欧盟即将以欧盟身份加入海牙《协议选择法院公约》。欧盟与国际统一私法协会还展开了跨国民事诉讼程序项目的研究。美国法院在过去一年里审理的冲突法案件创历史新高，有很多案件引起国际关注。中国银行涉及的恐怖主义袭击侵权案件有了新的进展。在证券法的域外管辖权问题上，美国法院面临莫里森案判决与《多德—弗兰克法》之间的冲突问题，迄今没有定论。阿根廷债务危机引发了美国债权人在美国法院对阿根廷政府的巨额赔偿诉讼。美国各州保守主义势力发起的抵制外国法运动也有了新的进展。俄罗斯则修订了《民法典》中的国际私法条款，捷克共和国也颁布了新的国际私法法典。海牙国际私法会议起草的《国际合同法律适用原则草案》已经正式出台，判决承认与执行项目也有新的进展。对跨国代孕、民事保护措施的承认与执行等问题，海牙国际私法会议也展开了研究。全球化过程中各国加强了在法律领域的话语权争夺，中国应当更积极地参与全球法律竞争。

关键词：国际私法 发展前沿 年度报告 法律冲突 法律竞争

2013—2014年，中国的新一轮改革开放进程加快了步伐。2013年8月22日，国务院正式批准设立中国（上海）自由贸易试验区，试验区于当年9月29日正式挂牌。《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》明确规定，要使其成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”，形成可复制、可推广的经验。它的意义不在于争取若干优惠政策，而旨在建立一套与国际接轨的新的制度体系。因此，中国（上海）自由贸易试验区归根结底是要让中国更深入地与世界紧密联系在一起，在一个更加自由、开放的全球体系中促进中国的全面发展。这无疑为中国国际私法的发展带来了更好的机遇。

随着《涉外民事关系法律适用法》的颁布，中国国际私法的立法工作已经告一段落。中国国际私法学界乃至中国法学界接下来的一个任重而道远的工作就是要实施“法律走出去”战略，参与全球的“法律竞争”。国际私法学科应当成为中国法律走向全球的领头羊。

本年度报告是一项持续性研究工作，涵盖的时间范围为2013年7月1日至2014年6月30

* 华东政法大学国际法学院教授。

日。鉴于此项工作涉及面太广，笔者能力和精力有限，因此本报告主要以欧美地区和东亚地区为主要研究范围，重点介绍欧盟、美国、海牙国际私法会议、国际统一私法协会等的国际私法立法、判例和活动。

一 欧盟的国际私法统一化

与前几年相比，2013—2014 年度的欧盟国际私法可谓波澜不惊，统一国际私法的工作继续有条不紊地进行，虽然正式出台的法律文件没有像前几年那么集中，但这并不表明欧盟国际私法的无所作为。欧盟国际私法的统一化已经涵盖了大多数领域，剩下的都是相对比较困难的领域。此外，鉴于欧盟层面的国际私法立法已经基本形成体系，接下来的艰巨任务就是如何应用这些规则。因此，欧盟法院的判例将会成为关注的焦点。

除了欧盟层面的立法之外，欧盟成员国的国际私法也在同步发展。鉴于大多数欧盟国际私法条例都只适用于成员国之间，在成员国和第三国之间的案件中，成员国国际私法仍然适用。各成员国近年来纷纷修订或颁布新的国际私法法规。

（一）《欧盟破产条例》的修订

由于史无前例的经济危机的影响，跨国破产问题在欧盟各成员国引起了高度关注。欧盟委员会（以下简称委员会）于 2012 年 12 月 12 日正式提交了一份评估报告，^① 正式建议欧盟理事会（以下简称理事会）对 2000 年的《关于破产程序的第 2000/1346 号条例》^②（以下简称《欧盟破产条例》）进行修订，同时提交了一份修订草案。^③ 欧盟理事会于 2013 年 6 月和 12 月分别举行政策讨论会，通过了一系列修订工作纲要。2014 年 2 月，欧洲议会以压倒性多数票一读通过了对该项修正案的决议。2014 年 6 月，欧盟理事会法律与内部事务司（Justice Council）也批准了该项修正案，并作出了少数修改。欧洲议会、欧盟理事会和欧盟委员会将会继续磋商，争取在 2014 年底之前达成一项最终文本。根据欧盟理事会法律与内部事务司通过的文本，新修正案的目的是为了提高跨境破产的效率和效益，应对史无前例的经济危机，促进经济复苏，为大量陷入困境的中小企业提供重整机会。修正案主要包括以下要点：

1. 调整范围

修正案扩大了原条例的调整范围，将混合程序（hybrid proceedings）、破产前程序（pre-insolvency proceedings）和债务清偿程序等都纳入其中。^④ 为了更清晰起见，修正案在附录 A 中专门列举了其所调整的程序。各成员国代表所争议的是成员国是否可以自行扩大附录中所列举的程序范围。为了折中各方意见，理事会建议通过正常立法程序对附录进行定期修订。

① Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, Strasbourg, 12. 12. 2012, COM (2012) 743 Final.

② Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 30. 6. 2000, p. 1.

③ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings, COM (2012) 744 Final.

④ 欧盟目前已有至少 15 个成员国国内法中有破产前程序或混合程序。

2. 破产程序对雇佣合同的影响

原条例第10条规定,破产程序对雇佣合同和雇佣关系的效力由适用于该雇佣合同的成员国法律另行确定。如果破产债务人在其他国家有分支机构,与该分支机构有关的雇佣合同的解除或修改不受主要破产程序所在地国法律的影响。但是该条并未规定应由何国法院来对该雇佣合同的解除和修改行使管辖权。因此,修正案对第10条增加了一款,规定由附属破产程序所在国法院行使管辖权。

3. 破产登记簿

修正案要求各成员国建立破产登记簿,将有关债务人和破产管理人的信息予以登记并通过欧洲电子司法网站(European e-Justice Portal)进行公布,以方便相关当事人查阅。但是这样做也会遇到个人信息保护的法律障碍,特别是涉及消费者个人破产的情况下。最后,理事会主席团提出了一个折中方案,即当涉及非从事独立商业活动的个人信息时,成员国可以对该信息的获取施加额外的条件。

4. 综合程序

委员会提交的修正案允许主要程序中的破产管理人向各地方的债权人提供一项承诺,保证在主要程序中像在附属程序中一样对待他们。如果这些债权人接受该承诺,则不需要提起附属破产程序。为了保护各地方债权人利益,修正案采取了一种折中方案,要求该项承诺必须由多数债权人批准。债权人仍然保留了在一定期限内发起附属破产程序的权利。

5. 公司集团的破产问题

欧盟现行破产条例采用分别破产制,即针对公司集团中的每一家公司都要单独启动一项破产程序。在母公司破产程序和子公司破产程序之间,也没有一个合作机制来进行协调以便促进这些公司的重整。为解决这些问题,修正案决定建立一个专门针对公司集团成员破产的协调机制以加强各法院与破产管理人之间的合作。修正案还规定,在修正案生效5年之后,将邀请欧盟委员会对该协调机制的实施情况进行评估,如果有必要,可以对其进行修订。

(二)《关于相互承认民事保护措施条例》

欧盟委员会于2011年5月18日提交了一项《关于相互承认民事保护措施条例(草案)》。^①2013年6月12日,欧洲议会和理事会通过了该项条例。2015年1月11日起,该条例将在除丹麦外的所有欧盟成员国生效。该条例的目的是在欧洲范围内为刑事犯罪行为的受害者提供民事保护。

欧盟十几个成员国国内法中均存在民事保护制度。所谓民事保护制度,是指法院对家庭暴力行为受害者下达民事保护令,提供特定的民事保护措施。比如,责令施害者远离受害者、禁止施害者进入施害者居所等。民事保护措施多用于家庭暴力的受害者。

为了在欧盟范围内加强对受害者的保护,有必要在欧盟成员国之间相互承认和执行对方国家作出的民事保护措施。为此目的,条例规定,受保护人可以申请有关当局出具一份证书(certificate),记载所采取的保护措施,以便申请人请求外国承认和执行该保护措施。其他成员国作出的民事保护措施裁决可以自动在其他成员国得到承认和执行,只有在违反公共政策的情况下才可以申请拒绝承认与执行。此项条例仅适用于民事领域的保护措施,对于刑事领域的保护措

^① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Mutual Recognition of Protection Measures in Civil Matters, COM/2011/0276 final.

施,则适用 2011 年 12 月 13 日通过的欧洲议会和理事会《关于欧洲保护措施的指令》。^① 该项指令将于 2015 年 1 月 11 日转化为各国国内法。

(三) 欧盟账户冻结令程序条例

为了应对欧洲债务危机背景下债权债务的跨国追偿问题,2014 年 4 月 15 日和 5 月 13 日欧洲议会和欧盟理事会先后通过了《为促进民商事领域跨境债务追索而创设欧洲账户冻结令程序的条例》。^② 该条例将从 2017 年 1 月 18 日起在除英国和丹麦之外的其他欧盟成员国直接适用。该条例的目的只是暂时冻结债务人的账户,但是不能直接将款项支付给债权人。债权人仍然要通过各成员国国内法途径获得一个终审判决。该条例是对《关于民商事管辖权及判决承认与执行的条例》(以下简称《布鲁塞尔条例 I》)的重要补充。

(四) 《离婚和司法别居法律适用条例》适用范围的扩大

2010 年 12 月 20 日欧盟通过了《离婚和司法别居法律适用条例》,^③ 但该条例引起了广泛争议,因此一开始只在 14 个成员国之间生效(分别是比利时、保加利亚、德国、西班牙、法国、意大利、拉脱维亚、卢森堡、匈牙利、马耳他、奥地利、葡萄牙、罗马尼亚和斯洛文尼亚)。不过,近年来,其他成员国也开始相继采纳该条例。2014 年 5 月 22 日起,该条例在立陶宛生效。希腊也将于 2015 年 7 月 25 日起适用该条例。

(五) 身份证明文书的承认

2010 年,欧盟委员会发布了一份《减少对公民的官僚主义:促进公文自由流动和承认身份文书效力绿皮书》。2013 年 4 月 24 日,欧盟委员会通过了一项《关于在欧盟范围内简化某些公文的接受以促进公民和营业自由迁移并修订第 1024/2012 号条例的条例的建议》。^④ 2014 年 2 月 4 日,欧洲议会表决通过了对该项建议的修正案。^⑤

早在 1987 年,欧共体就通过了一项关于取消欧共体成员国之间公文认证的公约,^⑥ 但是该公约只有 6 个国家批准,因此一直没有生效。当前,欧盟各成员国公民之间的流动日益频繁,每天有大约 1200 万欧盟成员国公民生活在其他成员国境内。为了保障这些居民的公民权利,需要在各成员国之间相互承认对方公文。对于中小企业而言,公文的相互承认对于它们的跨境经营也至

① Directive 2011/99/Eu, OJ L 338, 21. 12. 2011, pp. 2 – 18.

② Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Establishing a European Account Preservation Order Procedure to Facilitate Cross-Border Debt Recovery in Civil and Commercial Matters.

③ 参见董金鑫:《欧盟〈离婚和司法别居法律适用条例〉介评》,载《国际法研究》2014 年第 3 期,第 94 – 105 页。

④ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Promoting the Free Movement of Citizens and Businesses by Simplifying the Acceptance of Certain Public Documents in the European Union and Amending Regulation (EU) No 1024/2012.

⑤ European Parliament legislative Resolution of 4 February 2014 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Promoting the Free Movement of Citizens and Businesses by Simplifying the Acceptance of Certain Public Documents in the European Union and Amending Regulation (EU) No 1024/2012 (COM (2013) 0228 – C7 – 0111/2013 – 2013/0119 (COD)).

⑥ Brussels Convention Abolishing the Legalisation of Documents Between the Member States of the European Communities on 25 May 1987.

关重要。目前, 欧盟成员国之间仍然存在对他国公民的间接歧视待遇, 而欧盟层面和国际层面都不存在对行政公文的相互承认法律机制。该条例的颁布将会促进欧盟成员国公民和企业之间的自由流动, 降低各种交易成本, 预防和打击公文伪造行为。

该条例适用于各国主管机关颁发的公共文书, 涉及出生、死亡、姓名、婚姻、登记伴侣关系、亲子关系、收养、居所、居民身份、国籍、房产、公司法律地位和代理、知识产权以及犯罪记录等方面。私人出具或签署的文书以及非成员国主管机关出具的公文不适用该条例。

需要注意的是, 该条例的目的并非是要完全统一各成员国的公文认证制度, 也不是要各国相互承认对方公文的法律效力, 而只是要促进各国公文的“自由流动”, 取消各国对外国公文的验证手续和翻译要求。为实现这一目的, 该条例根据 2012 年 10 月 25 日欧盟条例^①建立的“内部市场信息体系”(IMI) 实现各成员国之间有效而安全的行政合作。同时, 该条例还建立了欧盟范围内通用的各种身份文书的多语言的标准格式文本。这些标准格式文本虽然不具有强制性, 但它们与各成员国颁发的公文具有同等法律效力。

(六) 欧洲小额诉讼程序和支付令程序的修订

2007 年 7 月 11 日, 欧洲议会和欧盟理事会通过了《关于建立欧洲小额诉讼程序的欧盟第 861/2007 号条例》(以下简称《小额诉讼条例》)。^② 该条例创设了一个欧盟统一的小额诉讼制度, 自 2009 年 1 月 1 日起正式生效, 适用于标的不超过 2000 欧元的小额诉讼。它促使小额程序的纠纷解决功能渗入欧洲各国司法实践, 极大推动了欧盟各国间民事司法合作的开展。

根据该条例第 21 条, 欧盟理事会在 2014 年 1 月 1 日前向欧洲议会提交一项有关该条例实施情况的评估报告, 认为该条例需要进行修改。主要背景是, 欧盟正面临史无前例的经济危机, 跨境小额诉讼争端急剧增长。该条例实施以来, 尽管有效降低了跨境诉讼的费用和时间, 但是该条例所建立的小额诉讼制度仍然影响有限, 很多当事人仍然不太熟悉该程序, 很少加以利用。该制度也显现出一些弊端, 比如条例的适用范围有限, 诉讼标的额度过低而且仅限于跨境纠纷, 该程序的费用和时间成本仍然太高, 诉讼程序缺乏透明度, 该程序在技术层面不能反映当代技术进步的特征等等。2013 年, 欧盟委员会在《欧洲公民报告》中提到要对该条例进行修订以促进跨境买卖纠纷的解决。^③

另一方面, 2006 年欧洲议会为欧盟建立了一个新的支付令程序。^④ 该程序简化、加速、减少了民商事诉讼中有关金钱索赔的无争议的跨境案件的诉讼成本。除了丹麦, 所有的欧盟成员国均承认了该程序。在这些成员国中支付可以更容易地执行, 且无需进行进一步强制声明。该条例于 2008 年 12 月 12 日生效。该程序的基本思想是建立一套成员国之间的关于无争议债的简化的收债体系。通过该程序, 有管辖权的法院发布一个支付告示, 告示中通知被告人有关索赔事宜, 并且

① Regulation (EU) No 1024/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on Administrative Cooperation through the Internal Market Information System and Repealing Commission Decision 2008/49/EC (the IMI Regulation).

② Regulation (EC) No 861/2007 Concerning Establishing a European Small Claims Procedure.

③ Commission Communication to the European Parliament the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a EU Citizenship Report, EU Citizens: Your Rights, Your Future", COM (2013) 269 final, pp. 15 – 16.

④ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European order for Payment Procedure.

给予债务人正式提出答辩的机会。如果被告债务人正式答辩,支付令程序自动终结,案件转入普通民事诉讼程序。如果债务人不作为,法院即向债务人送达支付令,要求支付。支付令有强制执行力,且不需进一步执行证书(Exequatur)。该程序的最大缺点是,被告方不必说明任何理由或举出任何证据即可提出异议,该异议一旦提出,支付令程序即告终止,因此债权人需要提前做好下一步诉讼的准备。另外,随着上述小额诉讼程序的实施,支付令程序条例第 17 条需要修改。

2013 年 11 月 19 日,欧盟委员会通过了一项关于修订小额诉讼程序条例和支付令程序条例的立法草案。^① 2014 年 7 月 16 日,欧盟经济与社会委员会出具了对该项草案的评审意见。^②

该项立法议案的要点包括:第一,将小额诉讼程序所适用的请求标的提高到 10000 欧元;第二,扩大了跨境案件的范围;第三,增加了电子通讯方式的运用;第四,要求法院运用视频会议、电话会议等远程通讯手段进行口头听证和取证;第五,对法院诉讼费用设置了一个最高限额(35 欧元);第六,在诉讼费用支付方面简化相关手续。

(七) 欧盟与海牙国际私法公约

1. 海牙《协议选择法院公约》

2014 年 1 月 30 日,欧盟委员会通过了一项建议,要求欧盟以欧盟的身份批准海牙《协议选择法院公约》。^③ 早在 2009 年 4 月 1 日,欧盟就签署了该项公约。一旦欧盟批准该公约,该公约即将生效(两个缔约方批准即可生效,目前已有墨西哥批准该公约)。欧盟批准该公约有助于推动该公约被更多国家接受。

欧盟批准海牙《协议选择法院公约》后将可能产生该公约与《布鲁塞尔条例 I》之间的关系问题。《布鲁塞尔条例 I》并不适用于非欧盟成员国。不过 2012 年通过的《布鲁塞尔条例 I (重订)》已经按照海牙《协议选择法院公约》的条款作了修订。因此,一旦欧盟正式批准该海牙公约,将来在协议选择法院条款的承认方面,欧盟成员国之间以及欧盟成员国与非成员国之间的规则会趋于一致。

海牙《协议选择法院公约》第 26 条第(6)款规定了该公约与其他区域性公约之间的关系:本公约不应影响作为本公约缔约方的区域经济一体化组织规则的适用,不管其在本公约之前或之后通过,只要

- a) 任何一方当事人均非该缔约国居民,且该缔约国不是该区域经济一体化组织的成员国;
- b) 涉及该区域经济一体化组织成员国之间的判决的承认或执行。

根据上述规定,只要有一方当事人是该公约缔约国居民,就应适用该公约而不是《布鲁塞

① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European order for Payment Procedure', COM (2013) 794 Final.

② Opinion of the European Economic and Social Committee on the "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European Order for Payment Procedure', COM (2013) 794 Final – 2013/0403 (COD), 2014/C 226/08.

③ Proposal for a COUNCIL DECISION on the Approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, COM (2014) 46 Final.

尔条例 I》。也就是说，除非两个当事人都是欧盟成员国居民或者都来自非公约缔约国，该公约的规则将取代《布鲁塞尔条例 I》的管辖权规则。对于判决的承认与执行方面，如果作出判决的法院和被请求承认与执行地法院都位于欧盟境内，则适用《布鲁塞尔条例 I》。在其他情况下都适用该海牙公约。

总之，一旦欧盟批准该公约，《布鲁塞尔条例 I》的适用范围将大为缩小。当然，鉴于海牙《协议选择法院公约》适用领域有限，而且迄今为止缔约国数量稀少，这一担忧并不必要。

另外，欧盟在批准该公约的建议中还根据公约第 21 条作出了保留，即该公约不适用于知识产权和保险合同。但欧盟并未作出公约第 19 条、第 20 条和第 22 条规定的保留。

2. 海牙《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》

2014 年 4 月 10 日，欧盟最终批准了 2007 年 11 月 23 日的海牙《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》。^① 2014 年 8 月 1 日，该公约正式在欧盟成员国生效（丹麦除外）。该公约目前的缔约国还有阿尔巴尼亚、波黑、挪威和乌克兰。此外，欧盟还批准了海牙《抚养义务法律适用议定书》，并于 2013 年 8 月 1 日起在欧盟成员国生效（丹麦和英国除外）。

二 美国国际私法的立法与司法实践

2013 年 1 月至 12 月，美国冲突法案例在数量上打破了历史记录。据西蒙尼德斯（Symeonides）教授统计，在 Westlaw 上公布的 2013 年度冲突法判例就达到 5419 件（不包括各州法院审理的案件），比 2012 年度增加了近千件。^② 本报告只关注其中具有重大影响的国际性案件，尤其是与中国有关的案件。

（一）法院选择条款的效力

自从联邦最高法院的不莱梅诉查帕塔离岸公司案（*M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*）^③ 和嘉年华游船公司诉舒特案（*Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*）^④ 之后，美国各级联邦法院以及很多州法院对待法院选择条款的态度都越来越友好，甚至有时候显得过于偏爱。2013 年的彼得森诉波音公司案（*Petersen v. Boeing Co.*）^⑤ 中，亚利桑那州联邦地区法院宣布一项雇佣合同中的法院选择条款可以执行，该条款要求一位雇员在沙特阿拉伯对其雇主提起合同和侵权诉讼请求。

原告与被告波音公司在沙特阿拉伯签署一份雇佣合同，其中包含一项沙特阿拉伯法院选择条款。原告签署合同后，被告拿走了他的护照并拒绝归还。在美国领事馆干预下，被告才归还了他的护照，原告得以返回家乡，并在那里起诉。原告要求法院拒绝执行合同中的法院选择条款，他

^① The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

^② 参见西蒙·C·西蒙尼德斯：《冲突法在美国法院（2013）：第 27 次年度综述》，杜涛译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 56 卷，法律出版社 2014 年版，第 498 页。

^③ 407 U. S. 1 (1972).

^④ 499 U. S. 585 (1991).

^⑤ 715 F.3d 276 (9th Cir. 2013).

声明他在经济上没有能力前往沙特阿拉伯,而且一份美国国务院的报告也显示:

(1) 沙特阿拉伯当局不会向他颁发返还沙特的签证;

(2) 如果他真的返回沙特,他的雇主会在整个诉讼期间扣留他,因为该雇主“可以要求有关机关禁止其雇员离开该国直到争议解决为止,通常是为了强迫该雇员接受一份不利的和解协议,否则就会在没有任何和解协议的情况下被驱逐出境”;

(3) 他不会在沙特得到公平审判,因为沙特司法机关“并不独立而且……受到权势人物的影响”。^①

尽管如此,地区法院仍然在没有听证会的情况下,根据《联邦民事诉讼规则》第 12 (b) (3) 条以“不适当审判地”为由驳回了原告的请求。第九巡回法院推翻了该裁决,认为原告的主张有充分证据支持,足够构成一项事实上的争议点,即该法院选择条款是否可予执行;地区法院在没有听证的情况下驳回诉讼,属于滥用自由裁量权。第九巡回法院要求重审该案,并指示地区法院举行这样的听证会以便确认:(1) 该条款是否以欺诈或不正当手段订立;(2) 是否在此种情况下执行该条款会剥夺原告向法院起诉的权利。^②

在全国工业集团控股公司诉卡莱利投资公司案^③中,特拉华州最高法院运用了“可分割性”概念,认为包含有法院选择条款的合同无效并不特别影响该条款本身,除非当事人能够证明该法院选择条款本身无效。^④ 原告是一家科威特公司,它向被告出售的住房抵押担保证券投资了 2500 万美元。销售协议包含了一项强制性特拉华州法院选择条款并规定该协议受特拉华州法律支配,“除非受到州证券法或者向投资者的要约作出地的‘蓝天法’的影响”。^⑤ 美国金融危机爆发后,原告试图在科威特起诉被告以便挽回损失。原告声称,该销售协议根据科威特的证券法无效,因为该法禁止此类证券销售。被告则在特拉华州提起反诉,要求法院发出禁诉令,禁止全国工业集团控股公司在特拉华州之外提起任何诉讼。法院作出缺席判决,准许了卡莱利投资公司的禁令申请。后来,全国工业集团控股公司提出一项动议要求撤销该禁令。大法官法庭否决了该项动议,而特拉华州最高法院维持了该裁决。法院指出:(1) 即使科威特的证券法应当适用并且会使销售协议无效,该无效也不会影响法院选择协议的有效性;(2) 全国工业集团控股公司根据科威特证券法享有的任何诉讼请求必须由特拉华州法院裁决而非科威特法院;(3) 法院选择条款已

① 715 F.3d 276, 281 (9th Cir. 2013).

② 法院同时指出,如果地区法院发现该条款可以执行,它也会审查其是否涵盖原告的侵权请求,这意味着该请求并不依赖于合同的解释。有关在雇佣合同中执行法院选择条款的案例,参见 *In re Brown*, 2013 WL 6115855 (Tex. App. Nov. 21, 2013)。有关没有执行法院选择条款的雇佣案件参见 *Lapolla Indus., Inc. v. Hess*, 750 S.E.2d 467 (Ga. Ct. App. 2013) (该合同中包含一项德克萨斯州法院和法律选择条款以及竞业禁止协议,该协议根据德州法律有效,但违反了佐治亚州公共政策)。

③ *Nat'l Indus. Grp. (Holding) v. Carlyle Inv. Mgmt. LLC*, 67 A.3d 373 (Del. 2013).

④ 2013 年度其他得出相同判决结果的案件参见 *In re Harris Corp.*, 2013 WL 1190238 (Tex. App. Mar. 20, 2013); *Brandt v. MillerCoors, LLC*, 993 N.E.2d 116 (Ill. App. Ct. 2013); *Salehpour v. Just A Buck Licensing, Inc.*, 2013 WL 5533113 (Ohio Ct. App. Oct. 7, 2013); *In re Emex Holdings L. L. C.*, 2013 WL 1683614 (Tex. App. Apr. 18, 2013), application for mandamus filed (May 20, 2013)。另一些案件中,法官认为法院选择条款不可执行,理由是所选择的法院与当事人和法律关系没有联系,参见 *Dunlap v. Starz Home Entm't, LLC*, 2013 WL 2470080 (Cal. Ct. App. June 10, 2013) (unpublished/noncitable), as modified (June 12, 2013), review denied (Sept. 18, 2013)。另一起案件中,一项法院选择条款被错误地从一份合同复制到另一份合同中,该条款被认为有效。参见 *Espresso Disposition Corp. I v. Santana Sales & Mktg. Grp., Inc.*, 105 So.3d 592 (Fla. Dist. Ct. App. 2013)。

⑤ *Nat'l Indus. Grp. (Holding) v. Carlyle Inv. Mgmt. LLC*, 67 A.3d 373, 377 (Del. 2013).

经成为“州际和国际商业协议中重要的组成部分”；(4) 本案中，经验丰富的双方当事人经过长期谈判达成协议，认为特拉华州法院“符合他们的商业诉讼中的中立性和专业性标准”。法院得出结论认为，除了某些强制性和抵消性理由之外，法院选择条款应当被尊重，而本案不存在这些例外情形，而国际礼让也不反对确认此项禁令。^①

(二) 不方便法院原则

不方便法院原则是一项非常具有灵活性的制度，即使在很相似的案件中，不同法院也可能作出不同的裁决。在科特兹诉皇宫度假公司案 (*Cortez v. Palace Resorts, Inc.*)^② 和麦凯琳诉万豪国际公司案 (*McLane v. Marriott Intern., Inc.*)^③ 中，都涉及美国公民在外国度假地遭受侵害而提起的侵权赔偿。前一案件中，佛罗里达州初级法院以不方便法院原则为由驳回了原告的诉讼，理由是原告没有资格选择该法院因为她不是佛罗里达州居民。佛罗里达州最高法院推翻了该裁决，认为“除非原告来自另一个国家，原告最初的法院选择始终应得到尊重”。^④

迪费德里科诉万豪国际公司案 (*DiFederico v. Marriott Int'l., Inc.*)^⑤ 是一起美国人境外遭遇恐怖主义袭击而发生的侵权诉讼，原告是美国国务院的一位美国私人供应商的遗孀，该供应商在巴基斯坦伊斯拉马巴德万豪酒店发生的一次恐怖主义袭击中死亡，该酒店由一家巴基斯坦特许经营人经营。该遗孀在该特许经营方——万豪国际的主营业地马里兰州提起诉讼，主张被告对于伊斯拉马巴德酒店的安全有完全的支配权但是却未能提供足够的安全。一审法院依据不方便法院原则驳回了诉讼并主张诉讼应在巴基斯坦进行，但第四巡回法院推翻了该裁定，认为“一个美国原告的选择只有当被告证明对被告造成的压力和烦恼超过了对原告的便利的比例，而这种便利显然很微不足道甚至根本不存在时，才能被排除。”

西格尔诉凯悦全球公司案 (*Siegel v. Global Hyatt Corp.*)^⑥ 与迪费德里科案有类似的事实和情节，但是结果却两样。在约旦阿曼的凯悦酒店发生的一起恐怖袭击事件的受害者家属在凯悦酒店特许经营方的总部所在地伊利诺伊州库克县起诉被告。与迪费德里科案可能的不同之处在于，西格尔案的原告不是美国公民。一审法院认为，不方便法院原则的所有私人利益和公共利益要素都倾向于驳回诉讼而倾向于在约旦法院诉讼，而且二审法院也维持了该裁决。

(三) 中国银行涉及的恐怖主义侵权诉讼

中国银行在美国法院面临一系列因以色列恐怖袭击事件而牵涉的案件。该案起因于巴勒斯坦伊斯兰吉哈德和哈马斯组织对以色列实施的恐怖袭击，其中有数十位受害者或其家属在美国法院针对中国银行提起民事赔偿诉讼。其中，伍尔兹诉中国银行案 (*Wultz v. BOC*) 是在纽约联邦法院提起，而艾尔马里亚赫诉中国银行案 (*Elmaliach v. BOC*) 则在纽约州法院进行。两个案件目前都尚未了结。

① *Nat'l Indus. Grp. (Holding) v. Carlyle Inv. Mgmt. LLC*, 67 A.3d 373, 387 (Del. 2013).

② 123 So.3d 1085 (Fla. 2013), reh'g denied (Oct. 1, 2013).

③ — F. App'x— 2013 WL 6482012 (11th Cir. 2013).

④ 123 So.3d 1085, 1096 (Fla. 2013), reh'g denied (Oct. 1, 2013).

⑤ 714 F.3d 796 (4th Cir. 2013).

⑥ 2013 IL App (1st) 112832 – U (Ill. App. 1st Dist. Sept. 26, 2013).

1. 艾尔马里亚赫案的进展

2013年9月17日,纽约高等法院上诉庭针对艾尔马里亚赫诉中国银行案作出了一项裁决,维持了纽约高等法院于2011年7月8日的裁决,驳回了中国银行提出的抗辩。^① 该案涉及两个国际私法上的问题:第一,应适用何国法律?纽约州法律还是以色列法律?第二,不方便法院问题。

对于第一个问题,原告主张适用以色列法律,包括以色列1968年《民事侵权法》第35条和第36条规定的“过失侵权”以及以色列《民事侵权法》第63条规定的违反法定义务责任。原告还声称,被告违反了以色列《反恐法》第4条和以色列《刑法》第145条和第148条以及以色列《国防法》第85条。中国银行则主张适用纽约州法律,根据纽约州法律,“银行并不向非顾客承担一项义务,保证其不受其顾客的侵权损害”。^② 2011年7月7日,纽约高等法院法官卡普尼克(Barbara R. Kapnick)在一项裁决中适用了纽约州法律,但是并未采纳中国银行的意见,而是认为中国银行明知该账户持有人舒拉法(Shurafa)与恐怖组织有关联,但中国银行仍然继续向其提供服务,因而应当承担侵权责任。

纽约高等法院上诉庭芬曼(Feinman)法官在上诉裁决中,改变了卡普尼克法官适用纽约州法律的做法,转而适用了以色列法律。芬曼法官采用了纽约州冲突法来分析本案的法律冲突。芬曼法官首先承认本案所涉的几个国家的法律之间存在真实冲突,因此需要采用利益分析方法来确定到底适用哪一国家或地区的实体法。

利益分析方法就是要看哪一法律与案件有最密切的联系。此时要考虑两方面因素:第一,案件所涉及哪些连结点;第二,所涉法律的性质和目的。连结点包括当事人的住所和侵权行为发生地,所涉法律主要是银行对第三人的义务。根据纽约州冲突法,此类案件应适用侵权行为地法,通常是损害发生地法,因为侵权行为地法对于调整其境内的行为具有最大利益。当被告的过错行为和原告所受损害的地点不一致时,原告的损害发生地将被视为侵权行为地。

本案中,所涉连结点分布于三个国家:美国纽约、以色列和中国。三个地方都具有各自不同的利益。芬曼法官分析了伍尔兹案和里奇案^③的判决结果。伍尔兹案和本案属于姊妹案件,被告都是中国银行。尽管在伍尔兹案中纽约南区法院认为应当适用被告行为地法律即中国法律,但是芬曼法官认为本案可以不受伍尔兹案的影响,并且表示不同意纽约南区法院的观点。芬曼法官坚持认为,最后的损害发生地也就是爆炸发生地才具有最大利益。因此,本案应适用以色列的法律。芬曼法官还驳回了中国银行有关公共秩序保留的抗辩,认为适用以色列法律并不违反纽约州的公共政策。法官认为,中国银行未能提供足够证据表明纽约州存在这样一项公共政策,即银行不对非客户第三人承担其免受侵权损害的责任。相反,银行如果未能客观谨慎行事,就不得以其应遵守某项法律为由免除其侵权责任。法官指出,根据以色列法律,中国银行存在重大过失,违反了以色列《民事侵权法》第63条。

对于第二个问题,即中国银行提出的不方便法院抗辩,芬曼法官也予以驳回。中国银行认为中国与本案具有更实质性联系,原告主张的大多数侵权行为和证据也位于中国境内,因此纽约法院审理本案不方便,应由中国法院审理。但法官认为,纽约与本案也具有足够利益和联系。而且

^① *Elmaliach v. Bank of China Ltd.*, 971 N. Y. S. 2d 504 (N. Y. App. Div. 2013).

^② *Licci v. American Express Bank Ltd.*, 704 F. Supp. 2d 410 (S. D. N. Y. 2010).

^③ *Licci v. Am. Express Bank Ltd.*, 704 F. Supp. 2d 403, 409 (S. D. N. Y. 2010).

在伍尔兹案中，联邦法院同样驳回了中国银行提出的不方便法院抗辩。综上所述，芬曼法官最终驳回了中国银行的抗辩。

艾尔马利亚赫案的裁决在美国也引起了争议，尤其是纽约高等法院上诉庭对侵权行为地的认定与第二巡回法院的认定标准出现了分歧。正如著名学者西蒙尼德斯教授所评论的那样，纽约高等法院上诉庭和第二巡回法院的观点都不完全正确，该问题的正确答案取决于该两个国家（州）法律的目的。就艾尔马利亚赫案而言，正确的法律选择分析应当集中关注银行是否已经预见到会在以色列发生损害。如果答案是否定的，则适用以色列法律就是不恰当的。

2. 伍尔兹案的新进展

伍尔兹案与上述艾尔马利亚赫案是姊妹案件，原告是同一起袭击事故的受害者，被告也是中国银行，诉因也完全相同。不同的是，伍尔兹案是由纽约南区联邦地区法院审理的。^①

该案与艾尔马利亚赫案涉及类似的问题，即法律适用问题和不方便法院问题。在法律适用方面，辛德林法官（Scheindlin）先是主张适用以色列法律，后来在里奇案判决结果公布后又改变了态度，认为应当适用侵权行为发生地法律，即中国法律。此后，双方围绕中国侵权法的解释进行了多轮辩论。最后，法官驳回了原告侵权法上的指控。但是，原告随后又提出联邦《反恐怖主义法》（ATA）上的赔偿请求。原告向法院提出动议，要求中国银行提交相关证据，包括中国银行与中国政府之间的通讯记录以及中国银行内部之间的通讯记录等，包括银行向管理机关提交的“可疑行为报告”、“可疑交易报告”和“大额转账交易报告”等。中国银行则指出，提交上述资料会触犯中国的保密法规。2013年5月1日，辛德林法官仍然作出裁决要求中国银行提交上述资料。

2013年6月30日，中国银行向法院申请传唤第三人以色列哈勃利姆（Hapoalim）银行，要求该银行提交与舒拉法账户有关的交易记录，同时还要求该银行提交其反洗钱和反恐怖主义的政策以及该银行与以色列政府之间的通讯记录等资料。中国银行将哈勃利姆银行拉进本案的目的是要证明这样一个推论：假如以色列政府对于其本国境内的银行与恐怖主义组织的金融交易都未能发出警告，那么就无法解释以色列政府为何要千里迢迢去警告一家中国的银行为恐怖主义组织提供金融服务。中国银行认为，哈勃利姆银行的证据对于确定中国银行的法律责任至关重要。哈勃利姆银行则认为，遵守该传票将会导致该银行触犯以色列的保密法并可能导致其自证有罪。2014年2月13日，辛德林法官作出裁决，驳回了哈勃利姆银行的抗辩，要求其提交该证据。法官给出了以下理由：首先，哈勃利姆银行的证据对于本案至关重要；其次，该证据无法通过其他途径获取，因为以色列政府已经依据“主权与安全例外”拒绝了法院的取证请求；第三，美国的利益在这个问题上大过以色列政府的利益。

2014年7月21日，法院又作出一项裁决，支持了以色列政府向法院提起的一项动议，撤回了对一名前以色列国家安全局官员的传票。原告认为，该名官员在任职期间负责以色列政府对巴勒斯坦恐怖组织的金融反恐工作，并直接负责与中国政府就中国银行涉嫌恐怖组织金融服务的行为进行交涉。但以色列政府认为，对该名官员的传唤侵犯了以色列享有的国家豁免权，也触犯了以色列的国家保密法，同时也违反了《联邦民事诉讼规则》第45条。法院支持了以色列的请求，认为以色列政府有权提起该项异议，被传唤的外国政府官员也享有豁免权。

^① Wultz et al v. Bank of China Limited, Doc. 261, May 1, 2013.

上述两个案件恐怕都还要耗费很长时日。无论如何,我们认为,美国法院受理此类案件是否妥当,值得进一步研究。虽然中国银行在纽约设立了分支机构,但是本案所涉及的账户位于中国广州,恐怖主义袭击行为也发生于以色列,案件所涉及的大量证据资料都需要从中国和以色列获取。美国法院强行受理该案必然会引发与中国和以色列之间的主权冲突。

(四)《外国人侵权法》诉讼的新发展

近年来,《外国人侵权法》(Alien Tort Statutes)诉讼一直是一个广受关注的话题。2013年4月17日,联邦最高法院就吉奥贝诉皇家荷兰石油公司案(*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*)作出判决,维持了第二巡回法院的判决结果。^①本来,第二巡回法院在判决书中是以跨国公司在习惯国际法上没有法律地位为由驳回原告诉讼请求的,^②但是最高法院在诉讼过程中却把问题的焦点转向另一个问题:《外国人侵权法》是否具有域外适用效力?对于该问题,最高法院援引了其在莫里森诉澳大利亚国民银行案(*Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*)^③中引入的“反域外适用的推定”(presumption against extraterritoriality)理论,认为《外国人侵权法》不具有域外适用效力。

吉奥贝案之后,一些人权主义团体仍然希望寻找《外国人侵权法》域外适用的空间。巴林图罗诉戴姆勒公司案(*Balintulo v. Daimler AG*)^④也是一起《外国人侵权法》案件,由南非种族隔离制度期间的侵犯人权行为而引起,其中一些被告是美国公司。原告援引了吉奥贝案中法院判决书中最后一段表述以及布雷耶(Breyer)大法官的协同意见书,主张吉奥贝案并没有完全排除《外国人侵权法》的适用,因为被告的美国国籍“涉及到”美国且具有“显著说服力”以排除反域外适用推定。^⑤

第二巡回法院驳回了该观点,指出原告“明显采取了布雷耶大法官所表述的观点”,但该观点并不代表多数意见书观点。^⑥多数意见书“并未说明被告的国籍对于反域外适用推定具有重要意义”,而且多数意见书要求诉讼请求“涉及到”美国也只是法律格言而已。^⑦根据第二巡回法院的意见,吉奥贝案采用一种“明线”测试方法(bright-line test),“反复重申《外国人侵权法》禁止针对发生在境外的行为提起的诉讼”。巴林图罗案进一步限制了《外国人侵权法》域外适用的空间。

(五) 证券法的域外适用

在莫里森诉澳大利亚国民银行案^⑧中,美国联邦最高法院根据所谓的“反域外适用推定”将1934年《证券交易法》第10(b)条的反欺诈条款的地域适用范围限定为“在本地登记的证券的交易和在本地对其他交易所证券的交易”。^⑨这一判决推翻了美国法院40年来普遍采用的“效

① *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 185 L. Ed. 2d 671 (2013).

② *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 138 (2d Cir. 2010).

③ 130 S. Ct. 2869 (U. S. 2010).

④ 727 F.3d 174 (2d Cir. 2013).

⑤ 727 F.3d 174, 189 (2d Cir. 2013).

⑥ 727 F.3d 174, 189 (2d Cir. 2013).

⑦ 727 F.3d 174, 190 (2d Cir. 2013).

⑧ 130 S. Ct. 2869 (U. S. 2010).

⑨ 130 S. Ct. 2869, 2884 (U. S. 2010).

果与行为”标准,极大地限制了美国法院对境外证券欺诈案件的管辖权。但是在莫里森案判决作出后不到24小时,美国国会就在2010年6月25日上午5点39分左右通过了《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》(以下简称《多德—弗兰克法》)。^①该法第929P(b)条的标题为“联邦证券法反欺诈条款的域外管辖权”,其中第(1)款规定,在1933年《证券法》第22条最后增加如下新款:“(c)域外管辖权。对于证券交易委员会或美国政府以违反第17(a)条为理由提出或发起的任何诉讼或程序,如果涉及以下事项,则美国的任何地方法院以及任何属地的美国法院都拥有管辖权:(1)构成该违法活动的关键步骤的行为发生在美国境内,即使证券交易发生在美国以外并且只牵涉到外国投资者;或(2)发生在美国境外的行为在美国境内造成了可预见的实质性影响。”^②这一条款将莫里森案中被最高法院废除了的“效果与行为”标准又复活了。

莫里森案的判决结论与几乎同时通过的《多德—弗兰克法》第929P(b)条形成了鲜明对比,也就是说,国会和最高法院在联邦证券法的域外效力问题上产生了尖锐对立。由此产生了一个重大的争论:即《多德—弗兰克法》第929P(b)条是否推翻了莫里森案的结论?学者们对此形成了两种对立的观点:一种观点认为该法案推翻了莫里森案判决;而另一种观点认为,该法案对莫里森案的判决几乎没有什么实质影响。^③

近年来,美国各级法院在一些案件中已经遇到这个难题。比如在证券交易委员会诉图尔案(*SEC v. Tourre*)中,纽约南区地区法院认为:“就证券交易委员会所提起的执行诉讼而言,《多德—弗兰克法》已经有效地推翻了莫里森案……”^④该法院在证券交易委员会诉格鲁斯案(*SEC v. Gruss*)中也简单指出:“《多德—弗兰克法》第929P(b)条允许证券交易委员会在某些案件中针对域外的行为提起民事诉讼。”^⑤在证券交易委员会诉国际金融公司案中,法院则进一步指出:“《多德—弗兰克法》第929P(b)条表明国会有意将联邦证券法的某些条款域外适用,而莫里森案中法院认为其不能域外适用。可以认为《多德—弗兰克法》是有意地被设计出来以便恢复第二巡回法院的‘行为和效果标准’。”^⑥

不过,上述案例中,法院都没有对这个问题进行具体分析论证,而只是一笔带过。直到2013年8月6日,伊利诺伊州北区地区法院在证券交易委员会诉芝加哥会议中心案的判决中对这

① Dodd-Frank Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, 1376 (2010).

② 该条款英文原文: SEC. 929P. STRENGTHENING ENFORCEMENT BY THE COMMISSION. (b) EXTRATERRITORIAL JURISDICTION OF THE ANTIFRAUD PROVISIONS OF THE FEDERAL SECURITIES LAWS. — (1) UNDER THE SECURITIES ACT OF 1933. —Section 22 of the Securities Act of 1933 (15 U. S. C. 77v (a)) is amended by adding at the end the following new subsection: “(c) EXTRATERRITORIAL JURISDICTION. —The district courts of the United States and the United States courts of any Territory shall have jurisdiction of an action or proceeding brought or instituted by the Commission or the United States alleging a violation of section 17 (a) involving— (1) conduct within the United States that constitutes significant steps in furtherance of the violation, even if the securities transaction occurs outside the United States and involves only foreign investors; or (2) conduct occurring outside the United States that has a foreseeable substantial effect within the United States.”

③ See Richard W. Painter Douglas Dunham Ellen Quackenbos, “When Courts and Congress Don’t Say What They Mean: Initial Reactions to *Morrison v. National Australia Bank* and to the Extraterritorial Jurisdiction Provisions of the Dodd-Frank Act”, (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 1, p. 1.

④ *SEC v. Tourre*, 10 Civ. 3229, 2013 WL 2407172, at *1 n.4 (S. D. N. Y. June 4, 2013).

⑤ *SEC v. Gruss*, 11 Civ. 2420, 2012 WL 3306166, at *3 (S. D. N. Y. Aug. 13, 2012).

⑥ *SEC v. Compania Internacional Financiera S. A.*, 11 Civ. 4904, 2011 WL 3251813, at *6 n.2 (S. D. N. Y. July 29, 2011).

个问题作出了迄今为止最为详尽的阐释。^① 法院认为,《多德—弗兰克法》第 929P (b) 条是否推翻莫里森判决的问题是一个过于复杂的问题,难以有明确的结论。但是,就本案而言,法院无需解决这个问题,因为无论是根据莫里森案的“交易标准”还是根据第 929P (b) 条的“行为与效果标准”,证券交易委员会的抗辩都能够成立。因此,法院于 2013 年 8 月 6 日作出裁决,否決了被告公司要求驳回诉讼的请求,支持了证券交易委员会的主张。

与此有关的另外一个争议的焦点在于,莫里森案确立的“反域外适用推定”是否在证券刑事诉讼中同样有效?^②

在美国诉维拉案 (*United States v. Vilar*) 中,^③ 第二巡回法院认为,根据莫里森案,第 10 (b) 条在刑事诉讼中和在民事诉讼中具有同样的地域适用范围。维拉案的被告在莫里森案之前被判几项证券欺诈罪行。莫里森案之后,他们据此提起上诉要求驳回对他们的指控,理由是被指控的行为发生在美国境外,因此根据莫里森案判决不构成第 10 (b) 条项下的犯罪。美国政府则认为,莫里森案的结论只适用于民事诉讼而不适用于刑事诉讼。不过第二巡回法院却指出:“一般规则是,反域外适用推定适用于刑事法律,第 10 (b) 条也不例外。”该推定“是解释一项立法的方法,它在所有案件中都有相同含义,……而不是一项用来适用于每个案件特定事实的规则”。^④ 一项立法“要么适用于域外,要么不适用”,既然联邦最高法院已经将第 10 (b) 条解释为只适用于登记在美国证交所的证券和在美国境内交易的证券,“如果根据第 10 (b) 条提起刑事诉讼从而允许政府惩罚域外行为,‘将会建立……危险的原则,即法官可以在不同案件中赋予同一项立法文本不同的含义’”。^⑤ 法院认为,尽管国会在《多德—弗兰克法》中修改了证券法的域外管辖权规则,但是该修正案的文本并没有明确将其限定在民事诉讼领域。不过,法院并未因此而推翻对被告的犯罪指控,而是认为被告所实施的欺诈行为是在美国境内实施,故此构成境内交易,应当受到美国证券法的制裁。

(六) 《多德—弗兰克法》反报复条款的域外效力问题——刘梦林诉西门子公司案

刘梦林 (Liu Meng-Lin, 以下简称刘) 是我国台湾地区居民。2008 年 3 月,西门子中国有限公司聘用刘担任该公司医疗保健部门的集团合规专员 (GCO)。此后,刘又担任分部的合规专员。西门子中国有限公司是德国西门子股份公司的子公司。西门子中国有限公司的医疗保健部负责开发和生产专门销往中国医院的医疗设备。刘声称,该公司医疗保健部涉足一项回扣计划。他指控西门子中国公司在向朝鲜和中国的公立医院销售医疗成像设备时经常性地抬高报价。该报价一旦被接受,销售该设备的中间商会给接受订单的官员一定比例的提成。

2009 年 10 月,刘注意到在朝鲜进行的一笔买卖涉嫌规避了西门子股份公司的内部合规审查程序,而该程序是在西门子股份公司于 2008 年承认违反《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, 以下简称为 FCPA) 的指控后开始实施的。2009 年 12 月,刘收到一份负面的业绩

① *SEC v. Chicago Convention Ctr., LLC*, No. 13 - C - 982, 2013 WL 4012638, at *3 (N. D. Ill. Aug. 6, 2013).

② David Keenan and Sabrina P. Shroff, “Taking the Presumption Against Extraterritoriality Seriously in Criminal Cases after *Morrison and Kiobel*”, (2013) 45 *The Loyola University Chicago Law Journal* 71, p. 96.

③ 729 F. 3d 62 (2d Cir. 2013).

④ 729 F. 3d 62, 74 (2d Cir. 2013).

⑤ 729 F. 3d 62, 64 - 74 (2d Cir. 2013).

评估,而他认为这是对他关注该事件的报复。但是刘继续进行揭发活动,通过电子邮件和演讲发布西门子的违规事项。他尤其注意到西门子给医院的报价和西门子从中间商那里实际收回的货款之间存在偏差。

2010年4月,刘试图实施一项新的合规程序,按照该程序,西门子中国有限公司、购货医院和中间商之间将会签订一式三份的合同,通过这种方式,他认为可以避免腐败风险。然而,他的上司拒绝采用他的新程序并拒绝给他报销旅行费用以参加在德国举行的西门子股份公司内部的全球医疗合规大会。2010年6月,刘拒绝批准采纳某些中间商向中国军队医院销售设备的报价。随后他突然被解除了审批权。

2010年8月,西门子中国有限公司取消了刘对审批和合规事务的监督权,将其职责仅限于“培训、工艺改良和(地区合规专员)分派的其他特定任务”。刘利用其获得的空闲时间收集资料,比较了三个月期间内所有中国交易中报价和向中间商实际销售价之间的差额。他发现抬高的额度在25%到133%之间。当年10月,刘将其发现报告给西门子中国有限公司的医疗部财务总监(CFO)。

大约两周之后,刘在西门子股份公司于上海举行的一次大会上做了发言,西门子中国有限公司董事长和首席执行官程美玮(Mei-Wei Cheng)先生也参加了大会。刘声称“合规性很低,如果西门子遵守合规指南,西门子将会失去30%的医疗业务”。同一天,刘接到一封信函,通知他不必再履行其雇佣合同中的剩余三个月期间。2011年3月,刘的聘用合同到期。2011年5月17日,刘向美国证券交易委员会举报西门子中国公司可能违反FCPA。

刘根据《多德—弗兰克法》第922条的反报复条款(Anti-Retaliation Provision)提起诉讼,认为自己因为举报西门子中国有限公司违反FCPA的行为而遭到该公司报复从而被非法解雇。《多德—弗兰克法》第922条规定:“在雇佣合同期间,如果举报人实施了2002年《萨班斯—奥克斯利法》、1934年《证券交易法》或任何其他属于证券交易委员会管辖范围的法律、法规或条例所要求或保护的揭发行为,任何雇主不得因为举报人实施的合法行为而直接或间接地解聘、降职、停职、恐吓、骚扰或以其他方式区别对待举报人。”^①《多德—弗兰克法》将“举报人”(whistleblower)定义为“任何以证券交易委员会所认可的方式向证券交易委员会提供有关违反证券法的信息的个人”。^②

法院援引了联邦最高法院2010年在莫里森案中提出的判决理由:“除非国会以非常明确的方式表达了肯定的意图赋予一项成文法域外效力,否则我们必须推定该成文法主要调整的是国内事项。”^③因此,只要该法律本身没有明确规定其可以域外适用,则不能域外适用。在2013年的吉奥贝案中,最高法院再次肯定了这一原则,即美国的法律原则上只调整国内事项而不是要管全世界。^④2013年,德克萨斯州南区地区法院在阿萨迪案中已经对《多德—弗兰克法》中的反报复条款的域外效力问题作出过裁决,认为该条款不具有域外效力。^⑤基于上述理由,纽约南区地区法院认为,《多德—弗兰克法》的反报复条款并未规定其是否可以域外适用。这本身就隐含着反域

① 15 U. S. C. § 78u-6 (h) (1) (a).

② 15 U. S. C. § 78u-6 (a) (6).

③ *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 561 U. S. 247, 130 S. Ct. 2869, 2877, 177 L. Ed. 2d 535 (2010).

④ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1664, 185 L. Ed. 2d 671 (2013).

⑤ *Asadi v. G. E. Energy (USA), LLC*, No. 4: 12 - 345, 2012 WL 2522599 (S. D. Tex. June 28, 2013), *aff'd on other grounds*, 720 F. 3d 620 (5th Cir. 2013).

外适用的推定。尽管该条款中使用了“任何个人”和“任何雇主”等宽泛的字样，但这并不表明该条款可以约束美国境外的人。另外，尽管《多德—弗兰克法》在其他一些条款中明确规定其可以域外适用，比如该法第 929P (b) 条允许证券交易委员会可以对发生在美国境外的某些行为或交易提起执行诉讼。但这也仅仅表明只有该条款可以域外适用，其他没有明文规定可以域外适用的条款就不能域外适用。

刘援引了一项证券交易委员会的条例，根据该条例，外国政府的雇员和官员不能获得举报人奖金。刘认为，这表明外国雇员也被包括在“举报人”的范围之内。法院驳回了刘的这一抗辩，认为位于境外的人可以作为举报人，但并不意味着该人可以受到《多德—弗兰克法》反报复条款的保护。不能把这两个问题混为一谈。

法院指出，本案原告是中国台湾居民，被告是德国公司，所涉及的是该公司中国子公司在中国和朝鲜实施的腐败行为。该案唯一与美国的联系是西门子股份公司在美国发行了美国存托凭证 (ADRs) 并在纽约证券交易所上市交易。这一点与莫里森案中的情形很类似。因此，莫里森案的结论适用于本案是适当的。鉴于国会丝毫没有将反报复条款域外适用的意图，法院于 2013 年 10 月 21 日判决，驳回刘的诉讼请求。^①

(七) 反垄断法的域外管辖权

近年来，随着经济全球化进程的加快，各国企业之间的跨国竞争日益激烈。除了反倾销和反补贴等法律手段之外，反垄断诉讼也成为各国企业进行市场竞争的另一个杀手锏。2013 年 11 月 26 日，美国纽约东区联邦地区法院经过多年审理后作出最终裁决，认定中国的华北制药集团有限公司及其下属河北维尔康制药有限公司等维生素 C 生产企业因联合抬升价格，垄断操控美国维生素 C 市场，触犯了美国反托拉斯法，以“三倍赔偿”的原则被处以 1.623 亿美元巨额赔偿。^② 该案被称为美国对华反垄断第一案，引发了各方面广泛关注。

该案并非孤例。2005 年 9 月，美国多名原告针对中国五矿化工进出口商会和中国五金矿产进出口总公司等 17 家中国镁砂企业提起另一起反垄断诉讼案，该案已经进行了多年，至今尚未终审。美国法院于 2011 年作出了一项裁决，驳回了中国企业的属人管辖权抗辩。^③ 该案案情与维生素 C 案实际上属于姊妹案件，两案几乎同时发起，案情非常类似，两案的原告相同，而且其代理律师也是同一人，因此两案最终结果也可能大同小异。^④

在维生素 C 案中涉及属人管辖权的争论。^⑤ 该案中，被告之一石药集团有限公司 (CPG，以下简称石药集团) 根据美国《联邦民事诉讼规则》第 12 (b) (2) 条对法院的属人管辖权提出

① *Meng-Lin Liu v. Siemens A. G.* —F. Supp. 2d—, 2013 WL 5692504 (S. D. N. Y.), Fed. Sec. L. Rep. P 97, 711, 36 IER Cases 1698.

② *In re Vitamin C Antitrust Litigation* [*Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al.*], No. 06 – md – 1738, No. 05 – cv – 0453, E. D. N. Y.

③ *Animal Science Products, Inc. v. China Minmetals Corp., et al.*, No. 10 – 2288 (3d Cir. Aug. 17, 2011).

④ 美国法院受理的针对中国博赛矿业集团公司的反垄断诉讼案也在进行中，参见 *Resco Prods., Inc. v. Bosai Minerals Group Co., Ltd.*, No. 06 – 235, 2010 WL 231069 (W. D. Pa. June 4, 2010)。

⑤ *Animal Science Products, Inc. et al v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd. et al.*, MEMORANDUM DECISION AND ORDER denying (387) Motion for Summary Judgment; denying (286) Motion to Dismiss for Lack of Jurisdiction, July 18, 2012.

了抗辩。石药集团是本案被告之一河北维生公司的控股公司，注册地位于香港。^① 石药集团认为，该公司在香港注册，在美国境内没有任何营业地、雇员、代理机构、产品销售、银行账号或财产。石药集团也从不参与维生素 C 的生产、销售和经营，其主要业务是投资。石药集团并不控制维生公司的生产经营，两家公司各自独立经营。石药集团与纽约、马萨诸塞州、加州乃至整个美国都没有任何联系。原告则认为，石药集团是河北维生公司的控股公司。维生公司所进行的价格操控行为都是在石药集团的主导下进行的。维生公司的 11 位董事同时也担任过石药集团的董事。维生公司的所有董事都由石药集团任命。石药集团的年报和官方网站也公开声称自己是中国主要的原料药生产商，主要产品包括维生素 C 等。

法院认为，由于石药集团对维生公司拥有“非同寻常的支配权”，维生公司事实上可以被认定为石药集团的代理人。最后，法院还进一步分析了属人管辖权的行使是否违反美国《宪法》第十四修正案的正当程序条款。法院指出，正当程序条款要求属人管辖权的行使必须建立在被告与法院地之间存在“最低限度联系”的基础之上。而判断“最低限度联系”的因素包括三个方面：（1）被告是否有目的地利用其在法院地营业的特权并可以预见到自己会因此而在该地法院被起诉；（2）原告的诉讼请求是否因被告与法院地之间的联系而引起；（3）对被告行使管辖权是否公平合理。法院分析后认为，石药集团通过维生公司在纽约、加州和马萨诸塞州销售了大量维生素 C，属于有目的地利用了其营业特权。原告的诉讼请求是直接因维生素 C 的销售而引起。对石药集团行使管辖权公平而合理。最终，法院驳回了被告石药集团提出的属人管辖权抗辩。

（八）阿根廷债务危机引发的诉讼

20 世纪 90 年代，阿根廷大规模举债，外债总额达到上千亿美元。21 世纪初，受东南亚金融危机影响，阿根廷终于爆发主权债务危机。2001 年 12 月 23 日，阿根廷政府宣布暂时停止偿付所有公债的利息和本金。虽然阿根廷此后与国际金融机构达成债务重组协议，但此次债务危机留下的后遗症迄今仍未完全消除。近年来，一些受害者在多国法院和仲裁机构发起了对阿根廷的诉讼和仲裁。2014 年，美国联邦最高法院连续作出了两项针对阿根廷政府的判决。

1. 英国天然气集团有限公司诉阿根廷仲裁条款案

1990 年代，阿根廷政府实行私有化政策，将其国有天然气资源卖给一些私有企业，其中包括大都会天然气（MetroGAS）公司，该公司是由原告英国天然气集团有限公司（BG 公司）控股的一家阿根廷企业。阿根廷政府授权 MetroGAS 公司享有 35 年的天然气专属开采权。同时，阿根廷政府通过法律规定对天然气企业收税，并且以美元结算，其税率将保证这些企业能够获得合理水平的回报。

2001 年爆发的金融危机后，阿根廷政府通过了新法律，规定对天然气的税收不再以美元支付而代之以比索，其汇率按照 1:1 兑换。但是在金融危机下，阿根廷比索的实际汇率只有 3:1，这导致 MetroGAS 公司损失严重。BG 公司认为阿根廷政府的行为违反了阿根廷和英国政府之间的双边投资协定。1990 年英国和阿根廷政府签订的双边投资协定第 8 条包含一项争端解决条款，其中规定，双方当事人应当首先将争端提交东道国法庭解决，如果该法庭在 18 个月内仍未作出判决的，当事人可以提交仲裁。本案的争议就是围绕着该项仲裁条款而发生。美国联邦最高法院

^① 石药集团有限公司在香港上市公司名称为中国制药集团有限公司（China Pharmaceutical Group Ltd）。

需要回答的问题是：当法院在审查一项根据国际条约作出的仲裁裁决时，是否需要重新对条约中的本地诉讼条款进行审查，或者，法院对此问题应当听凭仲裁裁决本身的决定。换句话说，到底应当由法官还是由仲裁员来判断本地诉讼条款的效力？

2003年，BG公司依照该投资协定第8条请求仲裁，双方同意将争议提交国际商会仲裁院进行仲裁，仲裁地位于美国华盛顿。仲裁庭认为BG公司有权提请仲裁，仲裁庭拥有管辖权，并最终裁决阿根廷政府败诉并向BG公司支付1.85亿美元赔偿金。

2008年，双方均向哥伦比亚特区联邦地区法院提请司法审查。BG公司要求法院根据《纽约公约》和《联邦仲裁法》承认和执行该裁决，而阿根廷政府则申请法院确认该仲裁裁决无效，因为仲裁庭没有管辖权。地区法院否决了阿根廷政府的请求。^①但是哥伦比亚特区巡回上诉法院却推翻了地区法院的判决。巡回法院认为，法院有权重新审查该投资协定第8条的本地诉讼条款的效力，而不用考虑仲裁庭的看法。^②巡回法院认为，BG公司在任何情况下都应当遵守本地诉讼条款并首先在阿根廷境内诉讼，只有等待18个月而未获判决之后才能提请仲裁。

BG公司向联邦最高法院申请调卷令，2014年3月5日，最高法院作出终审判决，推翻了巡回法院的判决。联邦最高法院首先认为，对于合同中的仲裁问题，应当区分两个层面的问题。第一，关于可仲裁性问题（arbitrability）一般应由法官来判断。第二，对于提请仲裁的一些程序性前提条件，则应由仲裁员决定。联邦最高法院认为，本案所涉的问题即本地诉讼条款只是对仲裁设置的一个前置程序条件，在性质上属于程序性问题，因此应当由仲裁员而不是法院来决定。最终，由布雷耶大法官撰写的判决书以7:2的票数驳回了阿根廷政府的请求，维持了仲裁庭作出的裁决。

2. 阿根廷诉NML资本公司案

2014年6月16日，联邦最高法院又作出了另一项针对阿根廷政府的裁决。2001年和2002年，一批对冲基金乘阿根廷金融危机时以极大折扣购买了大量阿根廷主权国债。2005年和2010年，阿根廷宣布债务互换方案，但NML等几只对冲基金却拒绝参与，并随后在美国纽约南区联邦地区法院向阿根廷政府提起诉讼，要求阿根廷100%全额偿付本息。2011年，地区法院判决阿根廷政府向这些对冲基金支付总计25亿美元的款项。2012年12月26日，第二巡回法院维持了原判。^③阿根廷政府向联邦最高法院要求提审，联邦最高法院于2014年6月16日驳回了调卷请求。

美国法院的裁决引发了全球关注，阿根廷股市大幅下跌。国际货币基金组织等一些机构表示，他们担心对阿根廷不利的裁决将让其它国家更加难进行重组债务，从而造成金融灾难。一些机构也表示，美国法院的裁决会纵容这些秃鹫基金更加肆无忌惮地对那些陷入债务困境的国家发起攻击。

（九）美国各州禁止适用外国法的立法

近年来，法律间的文化冲突在西方国家似乎有愈演愈烈之势。尤其在“9·11”事件之后，西方法学界日益关注伊斯兰法律和西方法律之间的冲突。欧洲一些国家的法院在司法实践中也遇到相关案例，需要判断如何对待伊斯兰法律。^④2010年10月14号的《经济学家》杂志发表了一

① 764 F. Supp. 2d 21 (DC 2011); 715 F. Supp. 2d 108 (DC 2010).

② 665 F. 3d 1363 (2012).

③ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F. 3d 246 (2d Cir. 2012).

④ Katayoun Alidadi, "The Western Judicial Answer to Islamic Talaq: Peeking Through the Gate of Conflict of Laws," (2005/2006) 5 *UCLA J. Islamic & Near E. L.* 1, p. 1.

篇评论:《伊斯兰法在西方:谁的法律算数?》。该文认为,在伊斯兰法律和西方法律之间要想找到一种妥协异常艰难。^①在深受“9·11”事件刺激的美国,这场争论以更为激烈的方式表现了出来。美国社会一直有一股巨大的力量在顽强抗拒外国法律对美国的影响。美国法官在审查某项国内立法是否违宪时,能否援引外国法律资料作为论据?围绕着这一问题,前几年在美国联邦最高法院爆发了一场大辩论,个别极端保守的学者在公开发表的文章中对主张援引外国法的大法官进行公然的人身攻击和死亡威胁。这场争论甚至惊动了美国国会。2004年,众议院的共和党人提出一项议案,要求禁止援用外国法律。美国部分参议院议员也在2005年提出了一项内容相同的议案。国会还组织了多次针对联邦最高法院大法官的听证会,要求他们对外国法的适用问题作出解释。个别参议员甚至建议,如果法官援引外国法来解释美国宪法,将被视为犯罪行为予以弹劾。美国的各大媒体也推波助澜,大肆炒作。^②

在美国社会,著名的反伊斯兰律师和活动家大卫·耶鲁萨米(David Yerushalmi)发起了一项“美国法院的美国法”(American Laws for American Courts)运动,起草了一项示范法“美国法院的美国法法案”(American Laws for American Courts Act),呼吁各州立法机关采纳。^③其中公然规定:“法院不得参阅任何异国或异文化的法律戒条”;^④“如果当事人在合同中约定用外国法律来解决他们之间的争端,则只要这些法律限制了当事人在州宪法和联邦宪法上的人权,应被认定为无效。”^⑤目前已有二十多个州响应该项呼吁,提出了相应的立法议案。尽管美国联邦法院在2010年的一起判例中认定奥克拉荷马州的上述立法违反了联邦宪法第一修正案。^⑥但一些州很快改头换面,对原有法案进行修改使之表面上符合联邦宪法。原来的法案主要针对的是伊斯兰法律,现在的新法案则都采用了较为中性的用语(比如外国法律或国际法律),不再专门针对伊斯兰法律,这样就不违反宪法的平等保护和宗教自由原则。这些法律很快得到一些州议会通过。^⑦2014年5月12日,佛罗里达州州长正式签署了一项法令,禁止该州法院在家庭法领域援引任何外国法律和判例。该州成为第八个正式颁布类似法律的州。这些法律实际上主要针对的是伊斯兰法律,因此遭到美国伊斯兰团体的广泛抗议。

三 日本、俄罗斯、捷克和新加坡的国际私法新发展

(一) 日本加入海牙《诱拐儿童公约》

2014年1月24日,日本正式加入海牙国际私法会议1980年《国际诱拐儿童民事方面的公

① “Sharia in the West, Whose law counts most?”, *The Economist*, Oct 14th 2010, see <http://www.economist.com/node/17249634> (last visited October 7, 2014).

② 参见杜涛:《美国法院关于外国法的大辩论》,载《美国研究》2011年第3期,第52-71页。

③ 参见该组织网页:<http://publicpolicyalliance.org/legislation/american-laws-for-american-courts>,最后访问时间:2014年10月7日。

④ South Carolina General Assembly, 118th Session, 2009—2010, Joint Resolution 1387, available at http://scstatehouse.gov/sess118_2009-2010/bills/1387.htm (last visited October 7, 2014).

⑤ H. F. 2313 (Iowa 2010).

⑥ See *Awad v. Ziriax*, 2010 WL 4676996 (W. D. Okla. Nov 09, 2010) (NO. CIV - 10 - 1186 - M).

⑦ La. Act No. 886 (2010年6月29日批准,2010年8月15日生效), codified at La. R. S. 9: 6000.

约》(以下简称《诱拐儿童公约》),成为该公约的第 91 个缔约国。该公约自 2014 年 4 月 1 日起对日本生效。日本加入该公约在国际社会引发了广泛关注,这主要是因为日本与西方国家(主要是美国)之间围绕着跨国儿童诱拐问题存在着长期的争端。美国甚至因此问题与日本发生过多次外交纠纷,奥巴马总统在多次日美首脑会晤中专门向日本施压,要求日本尽快加入该公约。

根据《诱拐儿童公约》的规定,任何缔约国都有义务将非法转移到该国境内的儿童交还至该儿童的经常居住地国家。长期以来,日本女性外嫁到西方国家的跨国婚姻日益增长。而这些跨国婚姻破裂之后,很多日本女性往往会私自将子女携带回日本。根据西方国家的法律,离婚后,父母双方仍然拥有对子女的共同监护权。因此,女方私自将子女带离其经常居住地的行为违反了当地法律,构成诱拐儿童行为。该行为甚至在一些国家被列为犯罪行为,女方因此而可能受到刑事通缉。然而在日本法律中,离婚后子女监护权往往都判给母亲。因此,一旦发生母亲将子女带回日本的事件,当外国一方监护人到日本法院要求将儿童返还时,日本法院往往会加以拒绝。日本的做法遭到美国等西方国家的激烈批评。迫于外界压力,日本政府从 2011 年开始考虑加入海牙《儿童诱拐公约》,并终于在 2013 年获得国会批准。

不过,由于日本的家庭法受到传统文化的影响,很难在短期内改变。即使国会修订了法律,也难以在短期内获得良好实施。对于日本如何履行公约义务,还有待实践的检验。

日本的做法对中国等亚洲国家也有很大借鉴意义。东亚地区长期受儒家文化熏陶,东南亚国家则受伊斯兰教影响,在婚姻家庭法方面与国际公约的要求存在很大距离。海牙《儿童诱拐公约》虽然已有 90 多个缔约国,但亚洲国家加入的并不多,原因也在于此。中国也曾发生过多起所谓的“跨国夺子大战”。^①在婚姻家庭法律领域,更多体现了文化的冲突。目前的国际条约受西方法律文化影响,往往重视“儿童的最佳利益”。但在中国涉及儿童监护权分配时,往往并不完全考虑儿童的最佳利益。比如,中国父母如果有两个孩子,通常会把两个孩子分给父母两个人,但在欧美国家这是不道德的,他们认为把几个孩子分离是残忍的。又比如,中国人考虑孩子的监护权的时候,常常也会从父母的角度出发,通常会照顾女方。另外,如果父母一方年龄大身体不好不能再婚,或者失去了生育能力,或者身有残疾,法院是会优先考虑他的监护权的,因为在中国人的观念里,孩子可以照顾父母,尤其是在他们晚年的时候,孩子可以成为依靠。而在西方会重视孩子的感受和成长需求,他们会认为孩子跟着年龄大的或身有残疾的人是对孩子的不公平,他们往往会把孩子判给更有能力抚养孩子的一方。这就是东西方观念的差别。

(二) 俄罗斯修订国际私法

2013 年 9 月 30 日,俄罗斯总统发布了第 260-FS 号法律,对俄罗斯《民法典》第三卷第六编中所规定的国际私法条款进行了修订,并自 2013 年 11 月 1 日起生效。^②新修订的条款主要涉及以下内容:

1. 将第 1192 条的名称由“强行规范的适用”改为“直接适用的规范”

直接适用的规范是指俄罗斯立法中具有特殊性质的强制性规范,它们可以不考虑准据法的规

^① 见朱伟东:《南非妈妈和中国爸爸的夺子之战》,载《法制日报》2011 年 7 月 12 日,第 9 版;见赵春艳:《华裔母亲带子回京被捕引关注》,载《民主与法制时报》2014 年 9 月 29 日,第 16 版。

^② C. Mindach, “Russische Föderation: Weitere Teilnovelle des Zivilgesetzbuches ändert IPR”, (2014) 1 WiRO 53, S. 53.

定而直接被适用。这一修订的目的是为了解决此前实践中对强行规范概念的滥用。

2. 法人的准据法

新法将《民法典》第 1202 条增加了第 4 款。它针对的是那些在外国成立、但主要在俄罗斯从事经营的法人的成员的责任。根据其规定,此类法人成员的责任应适用俄罗斯法律或者根据债权人的选择适用该法人的属人法。

3. 物权关系准据法

新法修订了《民法典》第 1205 条。该条规定了物之所在地法原则,即动产和不动产的所有权和其他物权适用该物之所在地法律。

新法增加了一个条文,即第 1205.1 条,该条规定了物权准据法适用的范围。物权准据法用于确定以下事项:物权标的的种类,包括该物属于动产还是不动产;物的可交易性;物权的种类;物权的行使和物权的保护等。

《民法典》第 1206 条增加了一款,规定了当事人意思自治原则,即当事人在不损害第三人利益的前提下,可以协议选择将他们之间的合同的准据法适用于物权的产生和终止。

4. 法律行为的形式

由于废除了《民法典》第 162 条第 3 款,涉外合同不再以书面形式为要件,因此《民法典》原第 1209 条也失去意义。新修订的第 1209 条规定,法律行为的形式适用该行为的准据法。此外,只要符合行为地法的形式要件,该行为亦可成立。如果法人成立地法律对该法人的有关行为有特殊的形式要求,则应遵守该地法律。需要在俄罗斯强制登记的行为,必须遵守俄罗斯法律。

5. 当事人未选择时合同的准据法

合同原则上适用当事人选择的法律。但当事人未选择时,原来的《民法典》第 1211 条第 1 款采用了最密切联系原则。新法不再把最密切联系原则放在首位,而是直接规定适用合同特征性履行方住所地或营业地法律。只有当合同与其他地点具有更为密切的联系时,才可以适用其他地方的法律。

对于各种合同的特征性履行方的确定,新法也对《民法典》第 1211 条第 2 款的规定进行了适当调整。原来的特许经营合同和许可合同都是以特许方和许可方为特征性履行方,新法则对接受许可方的利益给予了考虑。

6. 消费者合同

新法修改了第 1212 条,进一步加强了对消费者的保护。新增加的第 4 款规定,合同中的法律选择不得剥夺消费者在没有选择的情况下所获得的保护。

7. 法人成立合同

原来的《民法典》第 1214 条只规定了合资企业合同的准据法。新法则将其扩大到所有成立法人的合同。此种合同可以由当事人选择准据法,但不得违反法人成立地法律的强制性规定。如果当事人没有选择准据法,则适用法人成立地法律。

8. 代理关系准据法

新法为《民法典》增设了第 1217.1 条,规定了代理关系准据法。协议代理,代理人与被代理人的关系适用其合同准据法。代理人或被代理人与第三人之间的关系适用被代理人在授权书中所选择的法律。若没有选择,则适用代理人住所地法律。对于涉及不动产的代理,适用不动产登记地法律。诉讼或仲裁代理,适用诉讼地或仲裁地法律。

9. 债务抵消

新增的第1217.2条规定了债务抵消的准据法。债务抵消原则上适用导致债权产生的法律关系准据法。

10. 侵权

对于侵权行为,新法修订了第1219条第2款和第3款。双方当事人住所相同的,适用其共同住所地法;住所不同但国籍相同的,适用共同国籍国法律。

(三) 捷克共和国新国际私法

2012年,捷克共和国颁布了一部新的国际私法法规,并于2014年1月1日正式生效。^①新法继承了1963年捷克斯洛伐克共和国国际私法典的立法模式,将法律适用规范、国际民事诉讼规范集中规定为一部法典之中。捷克共和国自1993年独立以来,一直继续沿用1963年捷克斯洛伐克国际私法典。该法典在2004年捷克共和国加入欧盟后有一些修改,但没有大的改变。新国际私法典的起草工作早在20世纪90年代就已开始。近年来随着新民法典的颁布,新国际私法典的立法进程也加快,并终于在2012年得以通过。

新法典共125条,包括4章。第1-3章为总则,第4章为主体部分,包括具体法律关系的管辖权、法律适用和判决承认与执行规范,第5章为国际司法协助规范,第6章和第7章分别规定了跨国破产和仲裁,第8章为最后条款。新法典将原来存在于其他单行法中的国际私法条文都纳入进来,比如原《商法典》中关于法人属人法的规定、原《票据法》中的冲突法规定、原《仲裁法》中关于国际商事仲裁的规定等。

在法律适用方面,新法典一个重大改变在于对惯常居所这一连结点的采纳。惯常居所不仅作为属人法的主要连结点,同时也作为管辖权的主要依据。鉴于捷克司法实践中历来坚持国籍原则,新法典对惯常居所的采纳受到了一些学者的批评,认为这对司法实践造成很大不便。

新法典在很大程度上受到欧美国际私法立法的影响。作为欧盟成员国,捷克法院首先要适用欧盟国际私法。只有欧盟立法覆盖不到的领域,才会适用捷克国际私法。为了与欧盟立法保持一致,新法在很多领域原封不动采纳了欧盟立法。

(四) 新加坡首次执行中国法院判决

新加坡高等法院于2014年1月28日裁定执行了中国苏州市中级人民法院就“昆山捷安特轻合金科技有限公司与雅柯斯(远东)私人有限公司、上海亚提思机电设备有限公司买卖合同纠纷一案”作出的判决。^②这是新加坡法院首次执行中国大陆司法判决。

该案原告昆山捷安特轻合金科技有限公司系在苏州注册的一家外商合资企业,经被告上海亚提思机电设备有限公司担保,于2003年12月向被告雅柯斯(远东)私人有限公司购买了两台发电机组,后经有关出入境检验检疫部门检验鉴定,发电机原产地为新加坡或土耳其,而非合同约定的英国。苏州市中级人民法院经审理后认为,被告雅柯斯(远东)私人有限公司交付的标的

^① Monika Pauknerova and Magdalena Pfeiffer, "The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives within the European Union", (2014) 10 *Journal of Private International Law* 205, No. 2, p. 205.

^② *Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v Aksa Far East Pte Ltd*, [2014] SGHC 16.

物不符合约定,构成根本违约,遂判决其返还原告昆山捷安特轻合金科技有限公司货款并赔偿损失。被告雅柯斯(远东)私人有限公司系一家注册在新加坡的企业,判决生效后原告在新加坡高等法院申请执行并最终获得支持。目前,中国大陆与新加坡并未签署任何关于互相承认和执行法院判决的双边或多边协议。此次苏州市中级人民法院的判决在新加坡得到承认和执行,无疑为中国企业在新加坡申请执行中国法院判决开创了一个良好的先例。

四 海牙国际私法会议的国际私法实践

(一) 海牙《国际商事合同法律选择原则草案》及其注释

近年来,海牙国际私法会议一直在进行《国际商事合同法律选择原则草案》(Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts)的起草工作。2013年11月,国际合同法律选择工作小组完成了一份正式的评注草案(draft commentary),^①该评注草案对原则草案的12条条文进行了逐项解释。2014年1月27-28日,国际合同法律选择工作组在海牙举行了第五次工作会议,继续对原则草案和评注草案进行了讨论和修改。2014年3月,常设局向总务委员会提交了工作小组完成的原则草案供委员会讨论。^②2014年4月8-10日举行的总务委员会大会对该原则草案及其评注草案给予了高度评价,并进一步要求各成员国在2014年8月31日之前继续向常设局提交修改意见。之后,工作小组将根据修改意见完成一份最终文本并提交给各成员国书面批准。^③

常设局2014年7月提交的原则文本仍然保持了12个条文,但最大的修改之处是其标题,将原来的“国际合同法律选择原则”改为“国际商事合同法律选择原则”。增加“商事”一词是为了突出显示该原则仅适用于商事合同领域。商事合同是指当事人出于贸易或其他职业行为而缔结的合同。消费者合同和雇佣合同被排除在商事合同之外。另外,原则草案对“国际”一词的定义也比其他国际公约广泛。草案第1条第2款仅仅排除了那些仅与一个国家有关联的合同,而没有对国际一词进行正面界定。在评注中,起草者也认为,国际性的定义需要从个案角度进行分析。比如,位于甲国境内的合同双方当事人购买一批位于甲国境内的货物,尽管该批货物原产于乙国,但该合同仍不属于国际合同,因为货物原产于外国对该合同并无实质性影响,该合同仍然只是一项内国合同。此外,合同中选择外国法律本身也不能使该合同具有国际性。

此外,新提交的原则草案对原来的第3条、第6条、第10条和第11条等进行了文字上的修改,在基本内容上没有实质性改动。需要注意的是,评注草案对原则草案第3条规定的“法律规则”(rules of law)进行了解释。根据其解释,所谓的“法律规则”一般是指国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》、联合国贸易法委员会制定的《国际商事合同示范法》《欧洲合同法原则》等国际社会广泛承认的机构或组织制定的合同法规则。但是像国际贸易术语等商事规则并不能被接受为“法律规则”。

① http://www.hcch.net/upload/wop/princ_com.pdf, 最后访问时间:2014年10月7日。

② http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06_en.pdf, 最后访问时间:2014年10月7日。

③ Revised Prel. Doc. No 6 of July 2014.

（二）《协议选择法院公约》与判决承认与执行项目

如前所述，2005年海牙国际私法会议通过的《协议选择法院公约》迄今只有墨西哥一个国家批准。但是欧盟在2014年1月30日公布了一项议案，准备批准该项公约。欧盟的批准程序预计将在2015年上半年完成，届时《协议选择法院公约》将因两个缔约方批准而生效。此外，已有俄罗斯、塞尔维亚、土耳其、乌克兰等国家也已经启动国内程序准备加入该公约。^①

与《协议选择法院公约》紧密相关的是重新启动的判决承认与执行项目。2011年和2012年，海牙国际私法会议总务委员会分别成立了一个专家组和一个工作组，重启判决承认与执行公约的起草工作（judgments project）。目前遇到的问题是，专家组和工作组的任务发生重叠，两个小组成员在一些问题上也经常发生意见分歧，导致工作效率低下。常设局于2013年8月发表了一份报告，^②对两个小组的分工提出了建议。常设局认为，为了节约资源，提高效率，应当优先考虑让工作组发挥作用，而专家组的工作可以推后进行。目前，应当由工作组继续从事判决承认与执行项目的准备工作并向委员会汇报，专家组的工作可以暂停。

根据上述建议，工作组于2014年2月24-28日举行了第二次会议，来自19个成员方的31位代表参加了该次会议。会议就以下议题进行了讨论并达成共识：第一，应当按照2005年《协议选择法院公约》的模式起草新的关于判决承认与执行公约；第二，未来的公约所针对的判决应当包括金钱判决和非金钱判决；第三，未来的公约不应包括临时性和保护性措施的承认，该问题留待以后再规定；第四，缺席判决的承认与执行也应包括在内；第五，司法和解的承认与执行也应包括在内。工作组决定将在2014年10月（香港）和2015年（海牙）举行第三次和第四次会议并对以下议题进行讨论：侵权和合同判决的承认与执行问题；集体诉讼判决的承认与执行问题；消费者纠纷和雇佣纠纷问题；知识产权纠纷问题。2014年6月17日，常设局与俄罗斯外交部在圣彼得堡合作举办了一次“跨境判决承认与执行研讨会”。^③工作组预计于2015年底提交一份初稿供特别委员会审议。

（三）跨国代孕的国际私法问题

随着医学的发展，出现了代孕现象（gestational surrogacy）。代孕是指通过辅助生殖技术将体外受精的卵子植入孕母子宫，由孕母替他人完成怀胎和分娩的行为。世界上大多数国家包括我国都在法律上禁止商业性人工代孕，^④但是仍有一些国家和地区允许商业代孕，比如印度和美国的某些州。^⑤由

① Prel. Doc. No 7 of February 2014 – Ongoing work on judgments-Choice of Court Convention and Judgments Project, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd07_en.pdf.

② Process Paper on the Continuation of the Judgments Project drawn up by the Permanent Bureau, http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2013processpaper_e.pdf.

③ Conference “Cross-Border Recognition and Enforcement of Judgments”, St Petersburg, Russian Federation (17 June 2014).

④ 见我国卫生部2001年发布的《人类辅助生殖技术管理办法》第22条。

⑤ 美国加利福尼亚州、伊利诺伊州和内华达州允许代孕，see *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 778 (1993); Cal. Fam. Code § 7606 (2012); 另外，英国、俄罗斯、希腊、乌克兰等国也允许代孕。印度、美国加州和俄罗斯允许商业代孕。关于各国对待代孕的法律政策，可以参见海牙国际私法会议所做的问卷调查“Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (Questionnaire No 1)”，访问 www.hcch.net，点击“父母身份/代孕项目”（Parentage / Surrogacy Project）浏览。

此导致世界各地的人士纷纷到这些允许代孕的国家找人代孕生子。^① 在印度甚至形成了一个年营业额数亿美元的跨国代孕市场。^②

跨国代孕给传统家庭关系造成严重挑战, 比如父亲身份、母亲身份、监护权、探视权、儿童的权利等。在国际私法上, 应依照什么法律解决上述问题, 代孕协议的跨国承认与执行问题, 开始引起国际社会的关注。海牙国际私法会议从 2010 年起开始关注该问题。^③ 2010 年 4 月, 总务委员会邀请常设局向其提交一份有关该问题的报告。2011 年 3 月, 常设局完成了该报告。^④ 2012 年 3 月, 常设局根据总务委员会的要求提交了一份更详尽的初步报告。^⑤ 该报告对代孕问题进行了较为详细的比较法研究, 并提出了国际私法上的应对方案, 包括统一相关领域的国际私法规则并在各国之间建立合作框架。

在总务委员会支持下, 常设局于 2013 年进行了一系列问卷调查, 分别针对各成员国、法律实务部门、各卫生组织和代孕代理企业。在上述问卷调查的基础上, 常设局于 2014 年发布了一份名为《关于父母身份/代孕项目进一步工作的必要性和可行性》的初步报告。^⑥ 该报告指出, 在父母身份和跨国代孕领域制定一项国际法律文件具有很大的必要性和可行性。首要的原因在于各国法律在父母身份的确定方面存在很大的差异, 短期内很难将各国实体法进行统一, 而国际私法方法可以在各国法律之间建立一座沟通的桥梁。各国国际私法规则在此领域也有差别, 这使得代孕所生的儿童在法律地位上处于极为不利的状态, 迫切需要进行国际协调。

从各国对问卷调查的回复来看, 大多数国家也都支持制定一项此领域的国际法律文件。对于该项国际法律文件的性质, 多数意见认为应当采取有约束力的国际公约的形式。至于将来的国际法律文件的范围, 多数意见都认为应当统一各国有关父母身份的国际私法规则。这样可以确保代孕所生子女的法律地位的统一。报告指出, 将来的法律文件应当实现两个政策目标: 第一是确保儿童获得相应的法律身份; 第二是保护各相关当事人的权利和待遇使其符合国际人权标准。报告建议组成一个专家小组进一步对将来的法律文件的起草问题进行研究。

常设局的工作得到了 2014 年总务委员会年度会议的好评。总务委员会要求常设局继续进行该项研究工作, 并准备在 2015 年度会议上讨论是否组建一个专家组。

(四) 民事保护措施承认与执行项目

所谓民事保护制度, 是指法院对暴力行为受害者下达民事保护令, 提供特定的民事保护措施。比如, 责令施害者远离受害者、禁止施害者进入施害者居所等。民事保护措施多用于家庭暴

① 2010 年, 香港巨富李兆基未婚的长子李家杰通过代孕生下三胞胎, 此事因违反香港法律而引起广泛关注。见扈洪波: 《从李兆基家族代孕添丁看企业家的创新逻辑》, 载《第一财经日报》2011 年 2 月 15 日, C02 版。

② Kimberly D. Krawiec, “Altruism and Intermediation in the Market for Babies”, (2009) 66 *Washington and Lee Law Review* 203, p. 225.

③ 关于父母身份/代孕项目, 可以进入海牙国际私法会议主页 (www.hcch.net), 然后选择点击“父母身份/代孕项目”(Parentage / Surrogacy Project) 进行浏览。

④ Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Prel. Doc. No. 11 (Mar. 2011), <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf> (last visited March 13, 2014).

⑤ <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> (last visited March 13, 2014).

⑥ The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project, Prel. Doc. No 3B of March 2014, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf (last visited March 13, 2014).

力的受害者。早在 2008 年,联合国就号召各国采取立法措施,保护女性免受家庭暴力的侵害。近年来,各国纷纷制定相关法律,引入民事保护令制度。^① 由于各国民事保护令彼此存在差异,其相互承认与执行问题就日显突出。2013 年 6 月 6 日,欧盟委员会通过了《关于相互承认民事保护措施的条例》。^② 该条例的目的是在欧洲范围内为刑事犯罪行为的受害者提供民事保护。

与欧盟的立法相对应的是,海牙国际私法会议也于 2011 年将外国民事保护令的承认问题纳入议事日程。^③ 2012 年 3 月,常设局发表了一项初步报告,^④ 对各国立法现状进行了比较法研究。2012 年 11 月,常设局向成员国和一些组织机构进行了问卷调查,并对调查结果进行了总结,提交给 2013 年总务委员会会议审议。2013 年 4 月,总务委员会授权常设局组建一个专家小组对该问题进行进一步研究,并讨论制定一项国际法律文件的可行性。2014 年 2 月 12-13 日,专家小组召开第一次会议并发表了一份报告。报告指出,有必要在该领域缔结一项国际法律文件。

专家小组讨论了将来的法律文件可能采纳的三项制度:第一是现场执行 (on-the-spot/immediate enforcement) 制度,即外国保护令可以立即在他国得到执行而不需要任何手续;第二是提前登记制度 (advance establishment),即当事人可以事先将其在一国获得的保护令向他国有关当局申请获得认可;第三是事先承认制度 (advance recognition),即通过事前申请他国当局承认的方式获得他国的保护。专家小组认为,各国制定一个中央机关专门负责民事保护令的相互执行是一个有效的制度。专家小组还认为,常设局草拟的国别情况表 (Draft Country Profile) 也是一个很好的方案,可以方便当事人获得有关国家的信息。

(五) 对取证公约、送达公约、救助公约的评估

2014 年 5 月 20-23 日,海牙国际私法会议特别委员会召开会议,对如下公约进行评估:1965 年 11 月 15 日的《民商事司法文书和司法外文书域外送达公约》(以下简称《海牙送达公约》)、1970 年 3 月 18 日的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(以下简称《海牙取证公约》)和 1980 年 10 月 25 日的《国际司法救助公约》。特别委员会由来自 53 个国家和 8 个国际组织的 130 位代表组成。此次评估主要是审查这些公约在过去五年来的实施情况,并起草新版的公约操作手册。

特别委员会首先对这几个公约在过去五年来的实施情况表示满意。这几个公约是海牙国际私法会议比较成功的公约。目前,《海牙送达公约》已有 68 个缔约国,《海牙取证公约》已有 58 个缔约国,《国际司法救助公约》已有 26 个缔约国。甚至有很多非会员国都加入了这些公约。

特别委员会的主要任务是起草新版的取证公约操作手册和送达公约操作手册。针对这两个公约在实施中遇到的问题,特别委员会分别作出了解释和说明。

就《海牙取证公约》而言,特别委员会提醒各缔约国应当尽早向被请求国提交请求书。特

① 据联合国统计,已有 86 个国家规定了民事保护令制度。参见 <http://webapps01.un.org/vawdatabase/advancedResults.action?searchType=viewall>, 最后访问时间:2014 年 10 月 7 日。

② Regulation (EU) No 606/2013 Of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters.

③ Conclusion and Recommendation No 23 of the Conclusions and Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011), 详细信息参见海牙国际私法会议主页,进入 www.hcch.net, 然后点击“Work in Progress”, 下一步点击“General Affairs”。

④ Recognition and enforcement of foreign civil protection orders: a preliminary note, Prel. Doc. No 7 of March 2012.

别委员会欢迎各缔约国使用电子通信方式进行有关合作,但是要注意保护隐私。特别委员会鼓励缔约国使用格式请求书 (Model Form), 并欢迎常设局发布的《格式请求书填写指南》。对于请求的费用, 特别委员会指出, 公约并没有规定被请求国可以预支费用。在取证请求被撤回的情况下, 被请求国仍然可以要求对方支付费用。电子支付方式也可以被接受。

对于拒绝取证请求的理由, 比较有争议的是第 12 条第 1 款规定的司法机关职权范围。特别委员会要求各缔约国向常设局提交有关信息以表明哪些职权在该国不属于司法机关职权。对于通过远程视频进行取证, 特别委员会表示会建议总务委员会成立一个专家小组进行研究, 以探讨是否需要制定一项议定书, 允许通过视频等现代技术手段进行域外取证。

对于《海牙取证公约》的强制性问题, 最早是美国联邦最高法院在国家航天工业公司诉美国爱荷华州南区地区法院案 (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*) 中首次提出的。该案中, 美国联邦最高法院认为《海牙取证公约》不具有强制性。^① 2008 年常设局就这一问题进行了详细讨论, 认为《海牙取证公约》的强制性问题由各国国内法确定。一般而言, 大陆法系国家倾向于认为该公约具有强制性, 而普通法系国家倾向于认为其不具有强制性。造成分歧的原因主要在于《海牙取证公约》的文本中使用了较为模糊的用语, 比如公约第 1 条就规定, 每一缔约国“可以”根据该国法律请求另一缔约国主管机关调取证据或履行某些其他司法行为。而且公约第 27 条还规定, 公约不妨碍缔约国根据其国内法律或惯例允许以本公约规定以外的方式调取证据。相反, 在《海牙送达公约》中就不存在这一争议, 因为该公约中没有出现这些模棱两可的字眼。因此, 《海牙送达公约》普遍被认为属于强制性公约。

对于《海牙送达公约》, 特委会也提出了一些建议。首先, 特委会要求各缔约国相互协助以确定被送达人的处所。其次, 特委会鼓励缔约国采用格式请求书。对于公约第 5 条第 2 款规定的非正式送达, 特委会表示, 尽管有些缔约国国内法并没有这方面的规定, 但公约并不禁止采用该种方式。对于送达费用问题, 特委会认为可以借鉴取证公约领域的做法。对于拒绝提供送达的理由, 特委会认为只能根据公约第 13 条第 1 款的规定, 不能超出其范围。特委会针对电子方式送达专门表示了欢迎态度, 建议常设局继续对此进行研究。特委会特别提到电子送达中的安全问题。

鉴于《海牙送达公约》和《海牙取证公约》都只适用于民商事领域, 对于“民商事”的界定, 特委会表示, 这属于各缔约国国内法解释的问题。特委会希望各缔约国不要仅仅根据请求机关的性质来决定, 而是要根据请求事项的性质而定。最后, 特委会表示, 下一次特别委员会会议将在 4—6 年后举行。

(六) 对《跨国收养公约》的评估

2015 年 6 月, 海牙国际私法会议将举行《跨国收养方面保护儿童及合作公约》(以下简称《跨国收养公约》) 特别委员会第四次会议, 对《跨国收养公约》生效 20 年来的实践进行评估。为准备该次会议, 2014 年 7 月, 常设局发布了一份问卷调查表, 要求各缔约国针对 20 个问题作出回答。

^① 482 U. S. 522 (1987).

在《跨国收养公约》的实施中,越来越多成员国开始关注跨国收养中的财务问题。1993 年的《跨国收养公约》允许参与收养的有关机构收取合理的费用(第 32 条第 2 款)。但是公约并未明确规定何谓“合理的”费用,各国在这方面的规定也各不相同。这就导致在实践中,收养人在某些国家被强迫要求支付高额费用以完成收养。在一些国家,围绕着跨国收养已经形成了非法的地下产业,甚至出现拐卖儿童用于跨境收养的违法犯罪行为。

海牙国际私法会议总务委员会于 2011 年 4 月组建了一个专家小组专门来研究跨国收养中的收费问题。专家组成立于 2012 年,成员来自中国、美国、德国、意大利、澳大利亚、法国、荷兰、菲律宾、南非、巴西、加拿大、瑞典、立陶宛和瑞士等国。这些国家是世界上最主要的收养国和送养国。专家组的主要任务是收集相关信息,就相关概念达成一致,讨论相关问题的解决方案。专家组经过讨论,于 2012 年 10 月完成了一份总结报告,并制定了一套跨国收养收费表,包含两份表格,一份针对送养国,一份针对收养国。该表格详细列明了跨国收养中具体收费细目,使得跨国收养收费透明化。专家小组还制定了一份跨国收养财务问题最佳实践总结表,目的是为各国提供一个明确的收费规范。在上述工作基础上,专家小组于发布了一项《关于跨国收养财务问题的说明》。^①该说明在 2014 年总务委员会年度大会上受到欢迎。该说明对当前跨国收养商业化带来的严重问题给予了高度关注。根据该说明,专家小组的长期任务是帮助各缔约国采取措施,控制和监管跨国收养中的滥收费问题,防止有关机构和个人从跨国收养中牟利,避免跨国收养走向商业化。为实现这些目标,必须使得跨国收养透明化。同时,必须保证跨国收养的非营利性,限制对跨国收养的收费。对于跨国收养中收养人的捐献捐赠和合作项目,必须使其与收养行为本身保持独立。一些国家设立的跨国收养基金,也需要进行合理监管,避免其走向盈利化。在 2015 年举行的特别委员会大会上,还会就这一问题进行进一步讨论。

(七) 拉美地区和亚太地区办事处的工作

1. 拉美办事处

2013 年,海牙国际私法会议分别在阿根廷布宜洛斯艾利斯和中国香港建立了两个地区办事处。2013 年 8 月 23 日,关于海牙国际私法会议拉美地区办事处的东道国协议正式生效。该协议规定了地区办事处的法律地位、特权与豁免及其与海牙总部的关系等。同日,海牙国际私法会议秘书处在布宜洛斯艾利斯举办了一个成立大会,来自拉美地区的 15 国代表参加。

在拉美地区办事处的组织下,2013 年 10 月 17-18 日,第八届电子认证国际论坛在蒙特维迪奥举行。该次会议有利于电子认证(e-APP)在拉美地区的推广。2013 年 12 月 4-6 日,拉美地区办事处组织召开了拉美国际儿童保护和域外索取抚养费会议(圣地亚哥会议)。该次会议主要讨论 1996 年的《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》以及 2007 年《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》在拉美地区的实施问题。会议出台了两份文件:《关于儿童保护公约特定问题的解释说明(草案)》和《儿童抚养公约对拉美国家的法律和实践影响研究》。

伊比利亚—美洲司法峰会(Ibero-American Judicial Summit)分别于 2013 年 2 月 26 日-3 月 1 日和 9 月 4-6 日举行。该峰会关于司法合作的工作组负责起草了一份《伊比利亚—美洲司法合

^① <http://www.hcch.net/upload/wop/note33fa2014.pdf>, 最后访问时间:2014 年 10 月 7 日。

作议定书》，准备提交下次峰会审议。

在拉美地区办事处的帮助下，很多拉美国家都在考虑参加一些海牙国际私法公约。2013年12月10日，巴拉圭加入海牙《关于取消要求外国公文书认证的公约》（2014年8月30日起对巴拉圭生效）。另外，智利和危地马拉等国在办事处的帮助下也在加强对该公约的研究，积极准备加入该公约。危地马拉最高法院于2013年1月发布命令，完善了法院对儿童诱拐民事案件的管辖权。海牙国际私法会议举办了一个培训班，帮助法官和有关官员更好地理解 and 运用《诱拐儿童公约》的条款。委内瑞拉最高法院也举办了第一次有关《诱拐儿童公约》的大会，有800多人参会。阿根廷、巴拉圭和乌拉圭最高法院也在海牙国际私法会议帮助下举办了该公约的培训班。萨尔瓦多虽然加入了海牙《跨国收养公约》，但是其国内法中却没有相关规定。在拉美办事处协助下，该国也召开了一次关于跨国收养的国际论坛，准备在公约基础上制定新的国内法。哥伦比亚也在海牙国际私法会议常设局协助下于2013年5月举办了有关跨国收养问题的会议。

2. 亚太办事处

海牙国际私法会议亚太地区办事处的东道国协议是2012年12月13日生效的。随后，办事处与多家大学和机构签署了合作备忘录。其中，办事处与剑桥大学合作，计划按照劳特派特国际公法研究中心的模式建立一家国际私法研究中心。在过去的一年里，办事处举办了多项重要活动。2013年6月，办事处与亚太经合组织合作在印尼举办了一场有关海牙《关于取消要求外国公文书认证的公约》的研讨会。亚太经合组织和计划与办事处合作在2014年下半年举办有关《海牙送达公约》和《海牙取证公约》的研讨会。2013年9月，办事处在武汉大学召开了一场有关亚太地区国际诉讼的研讨会。该研讨会的主要目的是介绍海牙《协议选择法院公约》和未来的判决承认与执行项目。办事处还于2013年12月向香港政府申请成立了一家名为“香港亚太办事处之友”的非营利性机构。其目的是吸引一些对国际私法感兴趣的人参加并支付年费，所获得的收益将资助一些与国际私法有关的讲座和研讨会。该机构还将建立一家网站和判例数据库，公布亚太国家的与国际私法有关的判例。办事处代表参加了多国举办的研讨会，并大力宣传海牙公约。

五 国际统一私法协会跨国民事诉讼项目

2004年，国际统一私法协会（UNIDROIT）与美国法学会合作完成了《跨国民事诉讼原则》。^① 该原则试图弥合世界各国民事诉讼规则之间的差异，致力于全球民事诉讼规则的统一和协调，从而有利于跨国民事纠纷的解决。尽管该原则完成十年来并未被任何国家采纳，但UNIDROIT仍然希望继续完善和推广该原则，使其成为各国立法机关参考的范本。近年来，随着欧盟统一化进程的加速，欧盟也开始了统一成员国民事诉讼规则的努力。这一努力与UNIDROIT的愿望不谋而合。2011年，欧洲法学会（ELI）成立。该学会是仿照美国法学会（ALI）而成立的一个独立的非营利性学术团体，目标是致力于欧洲法律的统一化研究。该学会成立后，马上将民事诉讼法的统一化研究纳入议事日程。经过两个机构之间的协商，双方决定联合发起一项研究计划，共

^① <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure> (last visited October 7, 2014).

同探讨在《跨国民事诉讼原则》基础上制定统一的欧洲民事诉讼规则的可能性。

为了宣传该项计划,2013年10月18-19日,国际统一私法协会和欧洲法学会联合在维也纳举办了该项目的第一次说明会。^① 该次会议探讨了联合计划的背景和可行性。其重点问题是,《跨国民事诉讼原则》能否被引入欧洲以及该原则是否适应欧洲的法律文化。会议上,来自美国法学会的专家介绍了该原则起草经验并对欧洲的起草计划提出了自己的建议。该次会议确定了三个专题作为该项目的开端:诉讼的送达和正当传唤、临时性和保护性措施以及信息和证据的获取。2014年,欧洲法学会理事会批准了该项计划,并任命了五名报告员。^② 欧洲法学会和UNIDROIT签署了一份谅解备忘录并成立了一个指导委员会。2014年5月,该项目的指导委员会在罗马召开了第一次会议并任命了工作组成员。工作组将在2015年内提交一份工作报告。

六 总结与展望

综观近年来全球国际私法的发展,笔者深深感受到,自从全球金融危机爆发以来,随着世界格局的剧烈变动,国际私法也面临重大转折关口。

首先,金融危机改变了美国全球独霸的国际格局,也沉重打击了美国司法界的国际主义势力。由于保守主义势力在美国联邦最高法院占据了主导地位,美国在跨国诉讼领域开始改变以前的“长臂管辖”政策,越来越自我克制。^③ 最高法院在2010年的莫里森案中所确立的“反域外适用推定”已经从证券诉讼领域扩展到其他各种跨国诉讼之中。我们以前所极力批判的美国司法帝国主义似乎正在主动洗心革面。美国的司法保守主义不仅仅体现在审判当中。美国政府和美国法律界在国际立法方面似乎也失去了十几年前那种高昂的激情。遥想当年,冷战结束不久,正是在美国政府代表的鼓吹之下,海牙国际私法会议才发起了一项雄心勃勃的关于跨国民商事管辖权和判决承认与执行的公约起草计划。美国法学会也意气风发地与UNIDROIT合作出台了一项《跨国民事诉讼原则》。美国各级法院更是挥舞着长臂,把一部沉睡了上百年的《外国人侵权法》从故纸堆中复活过来,引起全球热议。然而形势比人强,如今的美国司法界早已把罗尔斯的“新万民法”抛在了脑后,再次捡起了“反域外适用推定”这面盾牌,试图“两耳不闻窗外事”。

其次,就在美国被司法保守主义笼罩之时,大西洋彼岸的欧盟开始了一场轰轰烈烈的国际私法“革命”。随着《里斯本条约》的出台,欧盟在国际私法领域的立法权得到进一步加强,从而试图首先从国际私法领域开始逐步实现其一统欧盟法律的宏伟大业。在国际层面,欧盟也跃跃欲试。在欧盟的推动下,海牙国际私法会议最近重新启动了搁置已久的判决承认与执行项目,欧盟也于2014年批准了2005年《协议选择法院公约》,使该公约生效。以欧盟为主导的海牙国际私法会议近年来在拉美和亚太地区设立地区办事处并极力鼓动各国加入海牙公约。此外,欧盟与国际统一私法协会合作展开了《跨国民事诉讼原则》的欧洲化工作。当美国法学会于2008年完成了《知识产权冲突

① The ELI-UNIDROIT Project: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure-1st Exploratory Workshop, <http://www.unidroit.org/english/documents/2014/study76a/201310-eli-progr-e.pdf> (last visited October 7, 2014).

② 分别是尼尔·安德鲁斯(Neil Andrews)、吉斯·卡尼贝迪(Gilles Cuniberti)、费尔南多·嘉松·因科斯蒂(Fernando Gascon Inchausti)、阿斯特丽德·斯塔德勒(Astrid Stadler)和爱娃·斯托斯克鲁普(Eva Storskrubb)。

③ 参见杜涛:《美国联邦法院管辖权的收缩及其启示》,载《国际法研究》2014年第2期,第82-95页。

法原则》^①之后,欧洲马上也出台了一项与之相抗衡的欧洲版《知识产权冲突法原则》。^②种种迹象表明,欧盟利用美国退缩之机,开始极力争取在国际私法统一化运动中的领导地位。

欧盟和美国如此,同为欧盟成员国的英国和德国之间也展开了法律的竞争。我们注意到,英国法学会不久前公开出版了一份名为《英格兰和威尔士:理想的管辖地》的宣传手册,向全球推销英国法院和英国法律。^③德国联邦司法部则针锋相对地发布了一份名为《法律德国制造》的宣传手册,并联合法国司法部共同发布了一份向全球宣传大陆法系的文件。^④

由此可见,各发达国家已经开始利用世界格局转型之机,大力展开了法律之间的竞争。在仲裁领域,这种竞争更显激烈而残酷。^⑤百年不遇的经济危机使得各国都充分认识到,当今世界面临的诸多问题都是传统的“国际体系”无法解决的。从1945年以来的“国际治理”(international governance)已经漏洞百出、捉襟见肘,而“全球治理”(global governance)则变得日益必要和迫切。全球化和全球问题是全球治理的根本依据。全球治理是当今世界最强烈的政治呼吁之一。而在全球治理中,国际私法将发挥怎样的作用以及如何发挥作用,已经引起了国际私法学术界的高度关注。德国马克斯—普朗克比较法与国际私法研究所所长巴泽多(Basedow)于2013年出版的新著《开放社会的法》中,运用卡尔·波普的开放社会理论,为国际私法在未来世界的作用描绘了一幅理想图景。^⑥

在新的世界格局中,中国国际私法何去何从?我们认为,首要一点,中国国际私法应当承担中国法律“引进来、走出去”的重任,积极参与全球游戏规则的制定。中国的法院也不应固步自封,而应借中国(上海)自由贸易试验区的东风,积极参与全球法律竞争,做中国企业在全球市场的坚强后盾。同时,中国法院也要借助党中央新一轮反腐败斗争和法治建设的春风,在全世界树立司法正义的旗帜,积极参与全球治理。^⑦

我们欣喜地注意到,我国一些法院已经开始在某些领域有所突破。比如在反垄断领域,我国广东省高级人民法院于2013年10月28日在广受关注的华为公司诉美国IDC公司滥用市场支配地位纠纷案作出了二审判决,驳回了IDC公司的上诉,维持了一审法院的判决。该案中,广东法院创造性地在全球首次将“公平、合理、无歧视原则”(Fair, reasonable, and non-discriminatory terms, 简称Frاند)运用于专利反垄断诉讼之中。同时,该案还第一次实现了我国反垄断法真正意义上的域外适用。^⑧

① The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes* (ALI Publishers, 2008).

② The Final Draft of the CLIP Principles, <http://cl-ip.eu/> (last visited February 25, 2014).

③ The Law Soc'y of Eng. & Wales, England and Wales: The Jurisdiction of Choice, http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf (last visited February 23, 2014).

④ Bundesministerium der Justiz, Law-Made in Germany, <http://www.bmj.bund.de/files/-/3426/Broschuere-Rechtsexport.pdf> (last visited August 30, 2014). See also Volker Triebel, *Der Kampf ums anwendbare Recht*, 5 ANWALTSBIATT 305 (2008). 该手册2013年已发布了第二版,并有了中文和俄文译本。

⑤ Wilske/Fox, "The Global Competition for the "Best" Place for International Arbitration-Myth, Prejudice, and Reality Bits", (2009) *Austrian Arbitration Yearbook* 383, pp. 383, 415.

⑥ Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law* (Leiden/Boston: Nijhoff, 2013).

⑦ 关于国内法院在全球治理中的作用,参见 Christopher A. Whytock, "Domestic Courts and Global Governance", (2009) 84 *Tulane Law Review* 67, p. 67.

⑧ 广东省高级人民法院(2013)粤高法民三终字第306号判决书。

Frontiers of Private International Law Abroad-An Annual Survey (2013—2014)

Du Tao

Abstract: From July, 2013 to June, 2014, the harmonization of private international law sponsored by the European Union and the Hague Conference on Private International Law continued, and the legislations and judicial practices of private international law in the United States, Russia and other countries are also very compelling. The draft amendment of the EU Bankruptcy Regulation has been introduced. The regulation on the mutual recognition of protection measures in civil matters and other regulations had been adopted. In addition, the EU as a whole is about to join the Hague Convention on Choice of Court Agreements. The EU and the UNIDROIT also carried out research project of transnational civil procedure. The amount of conflict-of-law cases in the US courts over the past year has reached a history record. Many cases are of international concern. Two suits against Bank of China for acts of international terrorism have made new progress. In *Liu v. Siemens*, the District Court held that the anti-retaliation provision of the Dodd-Frank Act did not apply extraterritorially to employee's claim. In *re Vitamin C Antitrust litigation*, the court denied the claim of China Pharmaceutical Group Ltd. for a determination of foreign law and judgment. In two cases against Argentina, the Supreme Court supported the decisions of the arbitrators and of the low court to force Argentina to pay huge compensation to the creditors. Russia has revised the provisions of private international law, and the Czech Republic also issued a new code of private international law. A draft of Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts has been formally introduced by the HCCH. The HCCH has also initiated other projects about transnational surrogacy, civil protection measures, etc. The process of globalization makes the fight for the right to speak in the legal field be more intense, China should be more actively involved in the global competition law.

Keywords: Private International Law, Frontiers, Annual Survey, Conflict of Laws, Competition of Laws

(责任编辑:李庆明)