

国际私法国际前沿年度报告（2017—2018）

杜 涛*

摘 要：2017年7月至2018年6月期间，尽管有特朗普政府单边主义政策的影响，但各国国际私法仍然取得了新的进步。欧盟国际私法统一化在英国脱欧谈判背景下有所放缓，但也有几项新的条例得到了修订。《欧盟取证条例》和《欧盟送达条例》也在征求修订意见。欧盟成员国也展开了在国际商事法院方面的竞争。美国法学会第三次《冲突法重述》和第四次《对外关系法重述》的编纂取得了阶段性成果。美国联邦最高法院在维生素C案中否定了中国商务部对中国法律的解释意见。美国国会通过了《CLOUD法》，允许法院和行政机关从域外获取数据信息。美国联邦最高法院还判决跨国公司不适用《外国人侵权法》。中美法院都出现了相互承认和执行对方商事判决的新判例。澳大利亚《国际民法法令》即将颁布，同时，澳大利亚维多利亚省法院首次承认和执行了一起中国金钱判决。新西兰颁布了新的侵权国际私法。新加坡依据海牙《选择法院协议公约》首次承认和执行了英国法院判决。海牙国际私法会议完成了判决公约草案的起草工作。联合国国际贸易法委员会则通过了关于调解的新加坡公约。

关键词：国际私法 发展前沿 年度报告 冲突法

特朗普于2017年开始担任美国总统后，采取了一系列令世人瞠目结舌的举措：先后退出《跨太平洋伙伴关系协定》《巴黎协定》《伊朗核问题全面协议》、联合国教科文组织和联合国人权理事会，并阻挠世界贸易组织（WTO）上诉机构启动法官候选人甄选程序，导致WTO陷入瘫痪状态。美国的行径使得国际政治格局和多边贸易体制受到严重冲击。正如习近平主席在金砖国家领导人第十次峰会发言中所说：“要合作还是要对立，要开放还是要封闭，要互利共赢还是要以邻为壑，国际社会再次来到何去何从的十字路口。”

在这样一个历史转折关头，国际私法的前途何在？传统的以各国法律平等性和互换性为基础的多边主义法律选择体系在单边主义日益盛行的当下，是否再次面临困境？在前几年的报告中，我们已经看到美国联邦最高法院被保守主义的硝烟笼罩，欧盟的“冲突法革命”也在英国脱欧的打击下前景未卜。尽管如此，我们仍然坚信，人类追求和平共处和自由交往的理想是不可能被阻止的。世界不再可能回到闭关锁国的时代，更不可能再通过大规模战争来解决贸易纠纷。国际私法作为解决跨国民商事纠纷的部门法，其用武之地必将越来越广阔。

* 华东政法大学国际法学院教授，博士生导师。本文受中国国际私法学会专题研究委员会专项资金资助。

本报告是第六次国际私法国际前沿年度综述报告。^① 本次综述将坚持既有方针，对2017年7月至2018年6月期间世界范围内的国际私法新发展进行全面系统的梳理和介绍，重点关注欧美发达国家和“一带一路”沿线国家，同时广泛介绍重要国际组织在国际私法领域的最新动态。

一 欧盟

（一）英国脱欧与国际私法

正如去年的报告所说，当前欧盟法律界关注的最重要问题就是英国脱欧协议的谈判。2018年3月19日，欧盟与英国公布了一份有关英国“脱欧”过渡期安排的协议草案，宣布已就其中大部分条款达成一致。^② 根据这一协议草案，“脱欧”过渡期将从2019年3月底开始持续21个月，至2020年12月31日结束，短于英国先前要求的两年。在过渡期内，英国将继续留在欧盟关税同盟与欧洲共同市场内；需要接受欧盟法律的管辖，但不能参与欧盟内部决策；可以与其他贸易伙伴签署新自贸协定，但需待过渡期结束后方能生效。

与国际私法有关的是草案第六章，包括第62—65条。其中，只有第63条（关于管辖权、司法裁决的承认与执行以及其他中央机关合作事项）尚未达成一致，其他方面双方都已谈妥。就合同和非合同之债的法律适用方面，第62条规定：（1）欧盟第593/2008号条例继续适用于过渡期结束前订立的合同；（2）欧盟第864/2007号条例继续适用于过渡期结束前发生的事故所导致的损害赔偿。在司法协助方面，第64条规定：（1）欧盟第1393/2007号条例^③继续适用于过渡期结束前接收到的司法文书和司法外文书的送达；（2）欧盟第1206/2001号条例^④继续适用于过渡期结束前接收到的取证请求；（3）欧盟理事会第2001/470/EC号决定^⑤继续适用于过渡期结束前接收到的请求。第65条还规定了其他一些欧盟法律文件在英国脱欧后的适用情况：（1）欧盟理

① 历年综述参见杜涛：《国外国际私法发展前沿年度综述（2011—2012）》，载《中国国际私法与比较法年刊》第16卷，法律出版社2015年版，第469—500页；杜涛：《国外国际私法发展前沿年度综述（2012—2013）》，载《中国国际私法与比较法年刊》第17卷，法律出版社2016年版；杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2013—2014）》，载《国际法研究》2015年第1期，第63—94页；杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2014—2015）》，载《国际法研究》2016年第2期，第101—128页；杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2015—2016）》，载《国际法研究》2017年第2期，第89—128页；杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2016—2017）》，载《国际法研究》2018年第3期，第85—128页。

② Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community highlighting the progress made in the negotiation round with the UK of 16 – 19 March 2018, available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/691366/20180319_DRAFT_WITHDRAWAL_AGREEMENT.pdf (last visited July 28, 2018).

③ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ L 324, 10. 12. 2007, p. 79.

④ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, OJ L 174, 27. 6. 2001, p. 1.

⑤ Council Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters, OJ L 174, 27. 6. 2001, p. 25.

事会第 2003/8/EC 号指令^①继续适用于过渡期结束前接收机关所收到的法律援助请求；(2) 欧洲议会和理事会第 2008/52/EC 号指令^②在过渡期结束前继续适用于有关调解事项；(3) 欧盟理事会第 2004/80/EC 号指令^③继续适用于过渡期结束前裁决机关所收到的赔偿申请。

2018 年 6 月 19 日，欧盟和英国发表了一项联合声明，表示双方已经对 3 月 19 日公布的协议草案中尚未达成一致的部分条款达成了一致。^④ 其中第六章第 63 条的条文规定如下：

1. 在英国以及在涉及英国事务的其他成员国，针对过渡期结束前启动的法律程序以及与上述法律程序相关的其他程序或诉讼，如果该程序或诉讼的依据是欧盟第 1215/2012 号条例^⑤第 29 条、第 30 条和第 31 条，或者欧盟第 2201/2003 号条例^⑥第 19 条，或者欧盟第 4/2009 号条例^⑦第 12 条和第 13 条，则应适用以下文件或条款：(1) 欧盟第 1215/2012 号条例关于管辖权的条款；(2) 欧盟第 2017/1001 号条例^⑧、第 6/2002 号条例^⑨、第 2100/94 号条例^⑩、第 2016/679 号条例^⑪和第 96/71/EC 号指令^⑫中关于管辖权的条款；(3) 欧盟理事会第 2201/2003 号条例关于管辖权的条款；(4) 欧盟理事会第 4/2009 号条例关于管辖权的条款。

2. 在英国以及在涉及英国的其他成员国，对于法院判决、裁决、公共文书、法院调解书和协议书的承认和执行，以下法律文件或条款的适用情形如下：(1) 欧盟第 1215/2012 号条例应适用于过渡期结束前所受理的诉讼程序作出的判决的承认与执行，在过渡期结束前正式发布或登记的公共文书，以及在过渡期结束前被核准或签发的法院调解书；(2) 第 2201/2003 号条例关于承认和执行的条款适用于过渡期结束前受理的诉讼程序所作出的判决，在过渡期结束前正式发布或登记的公共文书，以及在过渡期结束前订立的协议书；(3) 第 4/2009 号条例关于承认与执行的

-
- ① Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, OJ L 26, 31.1.2003, p. 41.
- ② 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 (OJ L 136, 24.5.2008, p. 3).
- ③ Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims, OJ L 261, 6.8.2004, p. 15.
- ④ Joint statement from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union, available at: https://ec.europa.eu/commission/publications/joint-statement-negotiators-european-union-and-united-kingdom-government-progress-negotiations-under-article-50-teu-united-kingdoms-orderly-withdrawal-european-union_en (last visited July 28, 2018).
- ⑤ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 351, 20.12.2012, p. 1.
- ⑥ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23.12.2003, p. 1.
- ⑦ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10.1.2009, p. 1.
- ⑧ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification), OJ L 154, 16.6.2017, p. 1.
- ⑨ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, OJ L 3, 5.1.2002, p. 1.
- ⑩ Council Regulation (EC) No 2100/94 of 27 July 1994 on Community plant variety rights, OJ L 227, 1.9.1994, p. 1.
- ⑪ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1.
- ⑫ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18, 21.1.1997, p. 1.

条款适用于过渡期结束前所受理的诉讼程序中作出的裁决，过渡期结束前被批准或缔结的法院和解书，以及过渡期结束前所签发的公共文书；（4）第 805/2004 号条例适用于过渡期结束前受理的诉讼程序中作出的判决，过渡期结束前被批准或缔结的法院和解书，以及过渡期结束前签发的公共文书，只要该证书是在过渡期结束前被作为欧洲执行令而提出申请。

3. 在英国以及涉及英国的其他成员国，以下条款的适用情形如下：（1）第 2201/2003 号条例第四章适用于过渡期结束前被请求国中央机关或其他主管机关所接收到的请求和申请；（2）第 4/2009 号条例第七章适用于过渡期结束前所受理的诉讼程序中作出的裁决，过渡期结束前被批准或缔结的法院和解书，过渡期结束前所签发的公共文书，以及过渡期结束前被请求国中央机关收到的请求；（3）第 2015/848 号条例^①适用于主要程序在过渡期结束前启动的破产程序；（4）第 1896/2006 号条例^②适用于在过渡期结束前申请的欧洲支付令；（5）第 861/2007 号条例^③适用于过渡期结束前提出申请的小额请求权程序；（6）第 606/2013 号条例^④适用于过渡期结束前签发的证书。

根据英国政府 2018 年 7 月发布的关于未来英国与欧盟关系的白皮书，在英国脱欧之后，英国将寻求加入《卢加诺公约》并与欧盟缔结新的双边条约来调整双方之间的民商事司法合作事项。^⑤ 但是，英国加入《卢加诺公约》必须得到其他成员国（包括欧盟）的同意。英国也有可能通过单独加入海牙《选择法院协议公约》来弥补国内法的空缺。

2018 年 6 月 20 日，英国上下两院先后表决通过了政府提出的《退出欧盟法》。2018 年 6 月 26 日，英国女王伊丽莎白二世正式批准了该项法案。^⑥ 根据该法，1972 年的《欧共同体法》自脱欧之日起作废。对于脱欧后欧盟法在英国的效力问题，该法规定，首先，来源于欧盟的国内立法（EU-derived domestic legislation）如果已经在英国作为国内法生效，则继续有效；第二，欧盟的直接立法（Direct EU legislation），如果在脱欧前已经实施，则在脱欧后构成英国国内法的一部分。所谓的欧盟直接立法，包括欧盟颁布的条例（regulation）、决定（decision）和三级立法（tertiary legislation）等。另外，所有在脱欧前已经获得的权利、权力、责任、义务、限制、救济和程序等，在脱欧之后都继续被国内法承认和执行。该法还规定了一些限制性条件，并设置了附表，对这些限制进行了详细列举。该法还规定，自脱欧之后，欧盟所颁布的法律在英国不再享有优先性（supremacy），但欧盟对英国脱欧前已颁布的法律所作的解释、修改、废除等除外。脱欧之后，英国法院也不再受欧盟法院对欧盟法所作解释的约束，也不得再把欧盟法的解释问题提交

① Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5. 6. 2015, p. 19.

② Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 399, 30. 12. 2006, p. 1.

③ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, 31. 7. 2007, p. 1.

④ 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, OJ L 181, 29. 6. 2013, p. 4.

⑤ The future relationship between the United Kingdom and the European Union, July 2018, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/725288/The_future_relationship_between_the_United_Kingdom_and_the_European_Union.pdf (last visited October 20, 2018).

⑥ European Union (Withdrawal) Act 2018, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga_20180016_en.pdf (last visited October 20, 2018).

给欧盟法院。英国最高法院和高等法院也不再受欧盟判例法的约束。对于脱欧之后继续在英国适用的欧盟立法,应当由英国国会重新颁布立法予以转化。英国议会已经起草了转化欧盟合同之债和非合同之债条例的立法草案。^①

(二) 欧盟国际私法立法计划

1. 对《欧盟送达条例》和《欧盟取证条例》的评估和修订建议

欧盟近年来在国际私法领域的立法已经失去了前些年的动力。这一方面是因为现任欧盟委员会主席让-克洛德·容克(Jean-Claude Juncker)对此不够积极,另一方面也是因为英国脱欧带来的冲击。不过,欧盟委员会在2017年10月24日发布了一项名为《为了一个更统一、更强大和更民主的欧洲的行动议程》的文件,^②其中指出,欧盟已经实现了连续五年经济正增长,这给欧盟带来了一个机会窗口,可以在将来的一年多时间内采取实际行动,去实现一个更加统一、更加强大和更加民主的欧洲。欧盟委员会决定开始加快立法进程,一方面要制订一些新的法律,另一方面要对已有法律进行更新。在该项文件的附录二中,有两项与国际私法相关的法律更新项目,一项是对2001年的取证条例的修订,另一项是对2007年送达条例的修订。

2018年5月31日,欧盟委员会专家小组同时出台了一份对2001年5月28日《关于成员国法院之间在民商事取证领域合作的第1206/2001号条例》(以下简称《欧盟取证条例》)进行评估和修订的报告,^③以及一份对2007年11月13日《关于在成员国送达民商事司法文书和司法外文书的第1393/2007号条例》(以下简称《欧盟送达条例》)进行修订的评估报告。^④报告指出,近年来,欧盟跨国民商事交往日益发达,2018年,在欧盟各成员国有大约340万件跨国民商事诉讼案件。在欧盟境内,每年缔结25—31万件跨国婚姻,同时也有10—14万件跨国离婚。每年有23万个儿童出生在跨国家庭,同时每年发生将近60万件跨国继承纠纷。这给跨国送达司法和司法外文书以及跨国取证提出了越来越高的要求。2001年的《欧盟取证条例》与1970年《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)相比,采用了一种更为直接的取证模式,即成员国法院之间可以直接相互传递取证申请书,而不需要像海牙取证公约那样通过中央机关转递。但是这种方式仍然远远不能适应当代社会电子化和信息化的发展。建立数字化的电子证据交换平台日益成为现代司法制度的必然发展趋势。

根据上述报告,《欧盟取证条例》存在的主要缺陷包括:(1)对被告的权利保护不足;(2)法律的不确定性;(3)时间和费用上的高成本。实践中,大多数成员国法院在跨国案件中都不愿意通过《欧盟取证条例》来调取域外证据,而更情愿直接传唤证人出庭作证。报告所附的调查

① The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment) (EU Exit) Regulations 2018, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/686754/Rome_I_and_II_Amendment_EU_Exit_Regulations_2018_v4_2_1.pdf (last visited October 20, 2018).

② Commission Work Programme 2018: An Agenda for a More United, Stronger and More Democratic Europe, Strasbourg, 24.10.2017, COM (2017) 650 final.

③ IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, Brussels, 31.5.2018, SWD (2018) 285 final.

④ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), Brussels, 31.5.2018, COM (2018) 379 final.

表显示,大多数被调查者都同意采用视频取证方式。但是在有些成员国,电子化取证方式不被法律认可。报告最后对该条例的修订提出了一些具体建议。

欧盟送达条例存在的问题与《欧盟取证条例》类似,主要是效率低下,成本高昂,未能充分利用现代通讯技术的优势。传统的送达方法也存在障碍,比如欧盟送达条例规定的邮寄送达在实践中失败率很高,直接送达方式的采用也受到限制。报告建议采用强制性电子通讯送达方式以提高效率并节省费用。

2. 对欧盟婚姻条例的修订计划

近年来,欧盟委员会一直试图修订2003年11月27日《关于婚姻事项和父母责任事项管辖权与判决承认和执行的条例(布鲁塞尔IIa条例)》(以下简称欧盟婚姻条例)。^①2016年6月30日,欧盟委员会出台了一项修订草案。^②2017年3月,欧洲议会工作组一读通过了该草案。2017年12月,欧洲议会法律委员会发布了一份针对该项草案的报告,^③进一步修改了委员会草案,特别强调了对儿童最佳利益的保护,并建议将该条例适用于所有在欧盟境内的外国儿童难民。报告还要求增加调解在跨境儿童保护领域的应用。报告对引入儿童听证制度进行了完善,强调要充分维护儿童自由表达观点的权利。欧洲议会2018年1月18日立法决议批准了欧盟委员会的上述草案并建议欧盟委员会采取进一步工作。欧盟委员会预计将在2018年完成该条例的修订工作。

3. 对《外派劳工指令》的修订建议

外派劳工是指被其雇主派往另一国家从事临时劳动的雇员。由于各国劳动法的差别,在同一成员国境内,来自其他国家的外派劳工和本地劳工在劳动条件和标准上存在差别,从而带来不公平竞争和对外派劳动者的压榨问题。1996年,欧盟通过了一项《关于在提供服务框架下外派劳工的第96/71/EC号指令》(以下简称《外派劳工指令》)。^④该指令为欧盟范围内的跨国劳动服务市场建立了一套最低标准,包括最高工作时长、最短休息时间、最低带薪年假、最低工资(包括加班工资)、健康、安全和卫生条件、劳动保护措施、男女平等待遇等。该指令生效20年来,欧盟劳动市场发生了巨大变化。一些东欧国家纷纷加入欧盟,导致欧盟成员国之间的工资水平差异越来越大,从而使得很多企业更愿意雇佣廉价的外国劳工。2010年到2016年,欧盟境内外派劳工增长了69%,达到230万人。近年来,随着大量外国难民涌入欧洲,外国劳工越来越多地挤占当地工人就业机会的现象凸显,引发剧烈的社会冲突。

尽管2014年欧盟通过了一项关于执行外派劳工指令的第2014/67/EU号指令,^⑤强化了成员国之间的合作,对所谓的邮箱公司给予了打击,但仍留下了一些未解决的问题。2016年3月8

① Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility.

② Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM (2016) 411/2.

③ REPORT on the proposal for a Council regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM (2016) 0411 – C8 0322/2016 – 2016/0190 (CNS).

④ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ L 18, 21. 1. 97.

⑤ Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System, OJ L 159, 28. 5. 2014, p. 11.

日，欧盟委员会发布一项关于修订《外派劳工指令》的立法建议，总的原则是试图实现同一地区的外派劳工和本地劳工同工同酬。另外，对于当前外派劳务市场中存在的一些违法现象进行了规范，比如“阴阳合同”、虚假雇佣、邮箱公司等。不过，欧盟委员会在对立法建议进行讨论的时候，东欧和西欧国家的代表发生了很大争论。以法国为代表的外派劳工输入大国希望对外派劳工的最低薪水施加严格限制，以保护本国劳动市场免受廉价外来劳工的不正当竞争。而东欧国家则认为法国的做法是一种市场保护主义。一些国家也不希望将新修订的规则适用于运输行业。2017年，欧洲议会、欧盟理事会和欧盟委员会的三方会谈也没有达成完全一致。

4. 《地理屏蔽条例》

2018年2月28日，欧盟通过了一项《关于处理不正当地理屏蔽和其他基于消费者国籍、住所或营业地而实施的各种形式歧视并修订欧共体第2006/2004号条例和欧盟第2017/2394号条例以及第2009/22/EC号指令的条例》（以下简称《地理屏蔽条例》）。^①该条例于2018年3月22日起生效，并于2018年12月3日起正式适用。

所谓的地理屏蔽（Geo-blocking）是指在跨境电子商务中，供应商对来自其他国家和地区的消费者施加特殊的限制措施，使其受到歧视性对待。这种地理屏蔽或地理歧视包括：其他国家的消费者无法登陆供应商所在国电子商务网站；外国的消费者被禁止在本国网站购物；外国消费者在本国网上购物时需要支付更高的价格或采用特殊的支付方式等。例如，当你从比利时一家网上商店购物，并在该商店的法国网站上找到了你想要的商品。当你填写好购物车，然后点击“购买”时，你的屏幕上会出现“您正在被重新定向到本网站的比利时页面”的信息，随后你就被迫自动回到该网店的比利时页面，而在该页面上根本不存在你想要的商品。

据统计，2017年，68%的欧盟网络用户都有网购经历。电子商务供应商所实施的各种地理屏蔽或地理歧视措施给消费者和商家都带来了损害和不便。另外，在网上购物中也存在类似的地理歧视，外国消费者在本地消费过程中也会遭到不平等对待。《地理屏蔽条例》的颁布是实现欧盟数字单一市场计划的重要步骤，该条例将确保在欧盟内部实现对不同成员国消费者的平等保护。条例并不要求电商将其在不同成员国的网络界面都统一化，而只是要求它们不得限制其他成员国消费者方便地在另一国家网络界面上购物。

《地理屏蔽条例》适用于以下领域：有形商品的销售，例如网上购买衣服、电器、手机、图书等；网络服务，例如云服务、数据保存、网站维护等；其他特定物理空间的服务，例如租车、购买门票、旅游度假服务等。在这些领域，境外消费者都有权要求与境内消费者享受平等待遇。但是，条例也允许一些例外，比如酒精饮料的销售，可以对外国人施加限制。另外，对于受版权法保护的非试听类作品的网上服务可以不受条例的限制。比如，网络消费者在其本国网站下载了网络游戏、电子书、音乐、软件，如果去另一个欧盟国家度假或出差，通常无法继续使用其已经付费购买的这些内容，因为这些节目的版权受到地域限制。不过条例也规定，将在两年后对此进行审查评估，看是否可以将条例适用于此类服务。

条例只适用于具有跨国因素的情形，包括消费者或供应商的国籍、住所地、营业所在地以及

^① REGULATION (EU) 2018/302 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC.

履行地、支付方式以及网络接口等。但是,商品或服务的投递是否发生在境外不属于被考虑的因素。该条例也不适用于某些特定行业,包括运输业、金融零售业务、视听服务业等。但是,水、电、煤气等公用事业也适用该条例。

条例适用于所有向欧盟境内的消费者提供商品和服务的供应商,无论它们是否在欧盟境内设立。因此,即使是欧盟境外的电子商务网站,只要在欧盟境内从事了销售,就要适用该条例。同时,受该条例保护的消费者包括所有欧盟成员国公民、居民或企业,只要它们作为最终用户在欧盟境内购买了服务或产品。该条例不影响2008年《罗马第一条例》有关国际消费者合同中特定国家强制性规范的适用;也不影响2012年修订的《布鲁塞尔第一条例》中有关国际消费者诉讼中的专属管辖权规定。

5. 《消费者保护合作条例》的修订

2004年欧盟颁布的《关于各国消费者保护法律执行机关合作的条例》^①于2006年生效。该条例是在不影响相关国际私法规则的前提下,要求各成员国主管机关在消费者保护领域加强信息交换和执行合作。十多年来,该条例在保护欧盟市场内部消费者权益方面发挥了良好作用,但是也暴露出一些缺陷,主要是缺乏有效的相互协助机制,尤其是在当前电子商务越来越发达的时代,如何更好地应对越来越复杂的网上侵犯消费者行为,该条例缺乏必要的机制,无法适应网络时代的需要。2014年,欧盟委员会发布了关于该条例的运作情况的报告,并于2016年发布了一份评估报告,同时附上一项修订建议草案。2017年12月12日,欧洲议会和理事会通过了新条例。新条例将于2020年1月17日正式适用。

新条例在以下几个方面作了修改:

第一,赋予各成员国执法机关更大的权力以便更快更有效地处理网上侵犯消费者权益的行为,这些权力包括:进行试购和秘密购买、采取临时措施、关闭非法网站、要求域名注册机关和银行提供相关信息、直接进行处罚等。

第二,扩大了条例的调整范围。新条例不仅适用于欧盟内部的对消费者的侵权行为,还适用于所谓的广泛侵权行为和影响到欧盟的广泛侵权行为,即使该行为在执法前已经中断或完成。所谓“欧盟内部侵权行为”(intra-Union infringement)是指任何违反欧盟保护消费者利益的法律并损害到在某个成员国境内居住的消费者的利益的行为,并且该行为实施地或来源地位于另一成员国,或者对该行为应承担责任的供应商位于另一成员国,或者与该行为有关联的供应商的证据或财产位于另一成员国。所谓的“广泛侵权行为”(widespread infringement)是指:(1)任何违反欧盟保护消费者权益的法律并损害到在两个以上成员国境内居住的消费者的集体利益,并且该行为的实施地或来源地位于另一成员国,或者对该行为承担责任的供应商位于另一国,或者与该行为有关的供应商的证据或财产位于另一国;(2)任何违反欧盟保护消费者权益的法律并损害到消费者利益,并且该行为具有共同属性,包括具有同样的非法活动、侵害了相同的利益,并且由一个供应商在至少三个以上成员国同时实施。所谓的“影响到欧盟的广泛侵权行为”是指一项广泛侵权行为至少侵害到三分之二以上成员国境内的消费者的集体利益且影响到欧盟境内至少三分之二的人口。

^① REGULATION (EC) No 2006/2004 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws.

第三,建立了新的监督机制取代以前的预警机制。条例增加了其他外部机构可以参与预警机制。

第四,将原来的两年一度的报告制度修改为两年一度的国内执行计划。

6. 《债权转让对第三人效力冲突法条例草案》

2015年9月,欧盟委员会制定了一项“资本市场联盟”(Capital Markets Union,简称CMU)计划,希望在2019年前实现欧盟资本市场的一体化。^①2017年6月,欧盟委员会对该计划进行了修改。^②新的行动计划提出,随着英国这个最大的金融中心即将脱离欧盟,欧盟的资本市场联盟计划面临重大挑战。为此,欧盟委员会决定加快相关立法进程。2017年度,欧盟委员会的三项立法计划中,包括一项与国际私法有关的计划,即关于证券交易和债权转让对第三人影响的冲突规则。2017年4月,委员会发起了一项公开的征求意见,^③并成立了一个专家小组对相关问题进行研究。

该项目要研究的问题是,在证券发行人和投资者位于不同国家,并且证券分别被不同国家的金融机构持有的情况下,由于各国法律的差异,导致证券所有权的不确定性。另外,由于不同国家法律的差异,导致证券被抵押后,债权转让对第三人的效力的不确定性,使得投资者无法评估投资风险。为了促进欧盟内部投资,资本市场联盟行动计划决定对证券及债权转让对第三人效力的冲突法问题进行统一规定。目前的《关于合同之债法律适用的第593/008号(欧共体)条例》(以下简称《罗马第一条例》)并未对债权转让对第三人效力问题作出规定。

目前,欧盟各国的证券发行方式已经逐渐从传统的凭证式证券向记账式证券形式(电子证券)演变,证券的持有和交易也多数通过中间人持有的账户以借贷方式进行。欧盟现有立法中已有针对证券法律适用的规则,比如1998年《清算指令》第9条第2款、2002年《金融衍生品指令》第9条和第2条以及《清算指令》第24条等。所有这些规范都采用了所谓的“相关中间人账户所在地”(the Place of Relevant Intermediary Approach,简称PRIMA)作为连结点。但是,这三个法律文件所使用的表述方式并不完全一致,而且也没有对相关概念进行具体界定,导致在实践中会发生分歧。特别是近年来,随着大数据技术的发展,金融数据的存储地和客户服务机构所在地越来越分散在不同国家。另外,现代证券交易越来越复杂,经常存在多层级交易,可能牵涉多个相关中间人,此时准据法不止一个。最后,上述三项指令在不同成员国的适用范围并不一样,这导致不同国家在处理同一问题时所采用的冲突规范也可能不一样。这都给证券交易法律关系的稳定性带来困扰。2003年欧盟委员会曾建议各成员国签署《海牙证券公约》,但各国存在很大分歧,最终委员会于2009年撤回了该项建议。另外,2001年联合国通过的《债权转让公约》也有冲突规范,欧盟委员会也曾于2005年建议欧盟成员国加入该公约,但欧盟立法机关认为还需要进一步研究。

2017年6月,欧盟委员会在《资本市场联盟行动计划中期审查报告》中要求加快推动行动

① Communication From the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of Regions Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM/2015/0468 final.

② Communication From the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of Regions Action Plan on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan, COM (2017) 292 final.

③ https://ec.europa.eu/info/consultations/finance-2017-securities-and-claims_en (last visited August 4, 2018).

计划。委员会要求在2018年一季度出台相关立法建议案。

2018年3月12日,欧盟委员会终于推出了一项《关于债权转让对第三人效力的法律适用条例的建议案》。^①该建议案要求制定一项单独的条例作为对《罗马第一条例》的补充。该条例草案规定,对于债权转让对第三人的效力,原则上应适用转让人惯常居所地国法律。特殊情况下可以适用被转让的债权的准据法。转让人和受让人也可以书面协议选择准据法。对于不同受让人针对同一债权享有的优先权之间的法律冲突,也依照上述法律解决。条例还规定了强制性规范和公共秩序保留等制度。根据该建议案,新条例将不会取代已有的欧盟立法中的规定,包括《金融衍生品指令》《结算终结指令》和《清算指令》中的冲突规范。

7. 《关于修订欧盟2017/1132号指令有关跨境转换、兼并和分立事项的指令草案》

2018年4月25日,欧盟委员会发布了一项有关公司跨境转换、兼并和分立事项的立法建议。^②该建议与另一项有关公司法中采用数码工具和程序的立法建议同时出台,^③是欧盟委员会为了实现欧盟公司法现代化而作出的最新努力。欧盟目前有2400万家公司,其中80%是有限责任公司。虽然欧盟一体化已实施多年,但不同成员国公司之间的跨国迁移自由仍然受到很大阻碍。

早在2012年,欧盟委员会就发布了一项《关于公司法和公司治理的行动计划》,^④其目的是要把欧盟现行凌乱的公司法立法加以合并和法典化,最终成果是欧洲议会和理事会于2017年6月14日通过的《关于公司法某些事项的第2017/1132号指令(法典)》。^⑤该指令为各成员国公司法设立了一些应当遵守的最低标准,主要涉及公司的成立、资本维持和变动,公司债务的披露和有效性,公司分支机构的披露,公司的兼并、分立等。

2018年4月25日,欧盟委员会同时发表了一项对该条例的评估报告,主要涉及对该条例两方面的修订:一方面是数字工具和程序在公司法中的运用,另一方面是公司的跨境转换、兼并和分立。报告指出,随着公司在欧盟内部越来越多地跨境经营,带来了一系列问题,包括雇员权利的保护、中小股东权益的保护、债权人的保护等。目前欧盟有关公司跨境经营的法律呈现出碎片化的现象。2017年的条例只规定了公司的跨境兼并问题,而没有对跨境分立和转换加以规定。这些问题都由各国国内法处理,而很多成员国国内法也没有这方面的规定。各成员国法律的差异需要通过冲突规范来选择准据法,但是欧盟层面又缺乏统一的公司冲突规范。欧盟法院在这方面形成了一些判例法,但是引发了很大争议。

2017年10月25日,欧盟法院在波尔巴德案(Polbud-Wykonawstwo)中作出了一项有关公司

① Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third - party effects of assignments of claims, Brussels, 12.3.2018, COM (2018) 96 final.

② Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM (2018) 241 final.

③ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/11321 as regards the use of digital tools and processes in company law, COM/2018/239 final.

④ Communication From the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of Regions Action Plan: European company law and corporate governance—a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM/2012/0740 final.

⑤ Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification), O. J. L 169/46.

跨境转换的裁决。^① 该案中，波尔巴德公司是一家波兰私人有限公司，它将其注册营业地迁移到卢森堡。根据波兰商法典，波兰公司将营业所转移到他国之后必须进行清算，并从公司登记簿中除名。该公司后来成功在卢森堡获得登记，并将公司名称改为 Consoil Geotechnik。随后，该公司向波兰公司登记处申请将公司从登记簿中注销。但波兰公司登记处拒绝将其注销，因为该公司并未按照波兰法律完成清算手续。波尔巴德公司认为它不需要进行清算手续，因为根据卢森堡法律，它之前在波兰获得的法律人格并未消失，它只需要从波兰登记簿中注销而无需清算，因为它的法律人格在卢森堡继续存在。波尔巴德公司向波兰法院提出了诉讼，一审和二审法院均驳回了其请求。波尔巴德公司向波兰最高法院上诉，波兰最高法院向欧盟法院请求先决裁决。欧盟法院最后裁决认为：公司的跨境转换问题也属于《欧盟运行条约》第 49 条和第 54 条的调整范围，即不能限制企业的设立自由。对于第 49 条和第 54 条的解释，欧盟法院认为，如果一个成员国的立法规定，根据该国法律成立的公司将其注册营业地转移到另一个成员国境内并且根据前一成员国法律获得法人资格，必须要按照前一成员国法律进行清算，则是违反第 49 条和第 54 条的。因此，欧盟法院认为，该案中，波兰法律的规定构成了对欧盟境内企业设立自由的限制。

波尔巴德案的判决引起了广泛讨论。^② 不过该案并未解决公司冲突法的问题。由于欧盟公司法并未实现全部统一，公司法主要还是各成员国国内法。公司在跨境经营过程中，面临适用不同国家法律的风险。欧盟还没有对公司冲突法进行统一规定，目前各成员国在公司冲突法上主要有两种做法：实际所在地理论（real seat theory）和成立地理论（incorporation theory）。欧盟法院在此前的一些判例中认为，采用实际所在地理论的成员国对于在其他成员国成立的公司施加的一些限制违反了欧盟的设立自由原则。但是这些判例只具有个案效力，并不能改变成员国的国内法。评估报告指出，目前最佳方案是在欧盟层面制订统一的公司冲突法规则，在连结点上统一采用成立地理论。

8. 欧洲议会关于弱势成年人保护的立法建议

2017 年 6 月 1 日，欧盟议会通过了一项《关于弱势成年人保护向委员会提交的立法建议》的决议。^③ 该决议指出，随着残疾人和精神障碍人士在欧盟境内自由流动的增加，而各成员国有关弱势成年人保护措施管辖权、法律适用和承认与执行的法律规定存在很大差异，给弱势成年人的法律保护带来不利。2012 年的《关于民商事案件管辖权和判决执行的第 1215/2012 号（欧盟）条例》（以下简称《布鲁塞尔第一条例》）将自然人的法律地位和能力问题排除在其适用范围之外，使得欧盟的相关法律制度存在空白。海牙国际私法会议 2000 年《关于成年人国际保护的公约》虽然生效了，但只有少数几个欧盟成员国加入该公约。决议呼吁欧盟委员会采取起草一份相关的立法议案，并在决议附录里提出了几项立法原则，具体包括：

- (1) 促进弱势成年人保护措施的跨国承认与执行；
- (2) 建立各国有关弱势成年人保护措施的档案，促进有关保护措施信息的流通和查阅便利；

^① *Polbud-Wykonawstwo*, C-106/16.

^② Stephan Rammeloo, “Cross-border company migration in the EU: Transfer of registered office (conversion) – the last piece of the puzzle? Case C-106/16 *Polbud*, EU: C: 2017: 804”, (2018) 25 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 87, pp. 87-107.

^③ European Parliament resolution of 1 June 2017 with recommendations to the Commission on the protection of vulnerable adults (2015/2085 (INL)), P8_TA (2017) 0235.

(3) 加强各成员国之间根据《关于成年人国际保护的公约》的规定进行合作、信息交换等;

(4) 引入欧盟统一的关于弱势成年人信息的登记表并促进其流通和相互承认与执行, 并可以借鉴海牙国际私法会议的示范表格;

(5) 向负责为弱势成年人提供保护的人发放一种证书, 该证书在欧盟都有效, 以证明其身份和相应权利;

(6) 促进各成员国保护措施的自动承认与执行;

(7) 促进各成员国之间进行谈判和协商以便分摊保护措施的费用;

(8) 引入统一的“失能前委托书”(mandate-in-anticipation-of-incapacity)表格并确保其流通和被承认执行。

该决议还要求欧盟委员会在2018年3月31日之前向议会和理事会提交一份关于加强成员国之间合作和弱势成年人保护措施自动承认与执行的条例草案。

9. 《调解指令的实施决议》

欧盟委员会2016年8月26日发布了2008年5月21日《关于民商事调解问题的第2008/52/EC号指令》的评估报告。^①2017年9月12日, 欧洲议会作出了一项决议, 批准了该项报告, 并对下一步的工作提出了要求。^②

该决议对调解指令在成员国国内的实施进行了评估, 认为该指令在各成员国的实施程度并不一样。有些国家原封不动把该指令纳入国内法, 有些国家对其进行了改造。大多数国家都将该指令扩大适用于国内案件, 只有三个成员国将该指令仅仅用于跨境纠纷。决议指出, 成员国对待调解制度的差异反映了各国法律文化的不同。决议认为, 调解作为一种法庭外的纠纷解决方式, 能够为某些案件的当事人提供快捷、便宜的服务, 这也有利于正义的实现和经济的成长。

但是决议指出, 调解指令在实践中的运用并不令人满意, 大多数成员国中, 不到1%的案件采用了调解方式。决议认为, 各成员国应当尽可能要求法院鼓励当事人采用调解或者至少要告知当事人有关调解的信息。决议注意到, 有些成员国对于当事人采用调解给予一定的经济优待, 比如降低收费或提供法律援助等。决议还指出, 采用欧盟统一的调解员行为守则有利于提高调解的质量。决议欢迎有些成员国在家庭法领域采用调解, 尤其是在涉及儿童监护权、探视权和儿童拐带的案件中, 调解能够发挥更好的作用。决议也欢迎委员会对各成员国的法官和律师进行调解方面的培训。

决议还要求提高调解协议的可执行性, 要求各成员国鼓励当事人采用调解, 要求欧盟委员会发展出一套欧盟范围内的调解质量最低标准, 创设和维持一套各国调解程序登记系统以便信息查询。

10. 欧盟民事诉讼共同最低标准立法建议

欧洲议会于2017年7月4日通过了一项《关于欧盟民事诉讼共同最低标准》的决议, 要求欧盟委员会在2018年6月30日之前起草一项这方面的立法草案。^③

^① COM (2016) 0542.

^② European Parliament resolution of 12 September 2017 on the implementation of 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 (the 'Mediation Directive') (2016/2066 (INI)), P8_TA (2017) 0321.

^③ European Parliament resolution of 4 July 2017 with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the European Union (2015/2084 (INL)), P8_TA (2017) 0282.

目前, 民事诉讼法在欧盟仍然属于国内法范围, 各成员国法院审理民事案件都依照各成员国国内程序法。欧盟法院在判例中确立了两项原则: 平等原则 (principle of equivalence) 和有效原则 (principle of effectiveness)。前者要求各成员国在处理涉及欧盟法的案件时, 应当与审理国内法的案件同等对待; 后者要求各成员国在保护当事人根据欧盟法上的权利义务时不施加障碍。欧洲议会希望通过立法建立一套适用于整个欧盟的民事诉讼最低标准, 从而有利于欧盟内部市场的平稳运转。从长期来看, 这也是迈向未来欧盟统一民事诉讼法典的第一步。

欧洲议会希望委员会在 2018 年 6 月 30 日之前起草一项立法草案, 该项立法不仅适用于欧盟法范围内的案件, 同时也能够适用于跨境纠纷和纯国内纠纷。欧洲议会的决议附录中提出了一些具体的指导原则:

(1) 在欧盟范围内, 法律的实施主要还是由成员国国内法院进行, 成员国法院必须保证有效适用欧盟法律;

(2) 民事判决的相互承认原则使得各成员国之间对彼此的司法制度越来越信任, 而成员国法律的相近性也有利于各成员国法院之间的合作;

(3) 各成员国民事诉讼规则之间的差异不利于各国司法机关之间的互信;

(4) 为了保护欧盟公民的基本权利和自由, 有必要实现各国国内诉讼程序的现代化, 从而有必要制定一项指令来发展出一套最低标准供各国国内法采纳;

(5) 民事诉讼的共同最低标准为各国国内法的趋近和提高提供了适当的基础, 它赋予成员国一定灵活性来完善民事诉讼法;

(6) 共同最低标准有利于提高各成员国民事司法制度的互信, 并有利于在此基础上实现更有效、更快捷和更灵活的司法合作; 这种最低标准也有利于消除公民跨境流动的障碍, 免除他们对其他国家司法制度的担心;

(7) 计划中的指令并非要实现各国国内民事诉讼法的完全统一; 各国的特性和基本权利应当得到尊重; 它只是为各成员国民事诉讼制度提供一个逐步融合的基础;

(8) 该项立法草案不影响成员国有关法院组织和法官任命的制度;

(9) 该项立法草案遵守附属原则和比例原则, 任何成员国都不能单独设置一些民事诉讼的最低标准; 草案不能超越有效司法和相互信任的必要限度。

决议附件 B 是一份详尽的立法草案文本, 共 28 条。

(三) 各成员国关于国际商事法庭 (院) 的竞争

随着英国的脱欧, 伦敦原先享有的欧盟跨国商事争议解决中心的地位有可能受到削弱, 这也给其他一些成员国提供了新的机遇, 很多欧洲国家纷纷开始设立专门的国际商事争议解决机构 (国际商事法院或国际商事法庭), 试图取代伦敦国际商事争议解决中心的地位。

法国巴黎商事法院早在 2010 年就设立了一家专门的国际法庭, 专门审理复杂的国际案件。该法庭可以用外语审理案件。但是该法庭只能审理一审案件, 它所作出的判决的上诉仍然要按照通常程序由巴黎上诉法院审理。2017 年 3 月 7 日, 法国司法部要求巴黎金融市场高级法律委员会提交一份报告, 对成立巴黎上诉法院国际商事法庭的可行性提供意见和建议。2017 年 5 月 15 日, 该委员会提交了报告, 建议成立该上诉法庭。2018 年 2 月 7 日, 巴黎上诉法院正式签署成立国际商事法庭的文件, 并于 2018 年 3 月 1 日起正式生效。凡是 2018 年 3 月 1 日后提起的符合条件的

诉讼,都将由该法庭审理。该法庭全部用英语或其他外语审理案件。法官均具有丰富的商事和金融执业经验,并熟悉外国法律。^①

德国法兰克福所在的黑森州司法部于2017年3月30日主办了一场名为“司法倡议”(Justice Initiative)的研讨会,并发表了一份倡议书,明确提出希望法兰克福能够在英国脱欧后取代伦敦成为新的欧洲金融纠纷解决中心。其中最关键的一个措施就是准备在法兰克福州法院成立一个专门的国际商事法庭,并在法兰克福高等法院成立一个相应的上诉法庭。该法庭的法官将用英语审理案件。^②

2017年7月18日,荷兰政府向议会提交一项关于成立荷兰国际商事法院的法案。该项法案包含荷兰民事诉讼法的修正案,规定以英文作为诉讼语言,并允许阿姆斯特丹地区法院和上诉法院的“国际商事法庭”(如“荷兰商事法院(NCC)”和“荷兰商事上诉法院(NCCA)”)使用英语判决。该法院的管辖权以当事人的协议为基础,程序上适用荷兰民事诉讼法和专门颁布的商事法院程序规则。法院的审理全部采用现代化电子通讯技术和数码技术。为了该法院的运行,该法案还对荷兰民事诉讼法作出了部分修改,使其更符合当事人需要。根据立法规划,荷兰商事法院原本在2018年年1月1日修订的生效日期正式成立。但是由于议会存在的分歧,该立法一再被推迟。^③

比利时也于2017年10月宣布将在布鲁塞尔设立一家类似的国际商事法院——布鲁塞尔国际商事法院(BIBC)。比利时政府已于2018年5月15日向议会提交了一项有关该法院运作程序的法案。^④按照该法案的设计,布鲁塞尔国际商事法院的程序规则将依照联合国国际商事仲裁示范法的模式,实行一审终局,并且由三位临时法官审理,其中一位为职业法官,两位为非职业法官,从国际贸易法专业人士中临时选任。庭审全部可用英语。不过该法案受到比利时高等法院的批评,认为其对比利时现行审判制度可能构成负面影响,因此该法案还需要国会的继续审议。比利时政府希望能够在2020年1月1日前正式组建该法院。

鉴于各国之间的竞争可能对欧盟法律市场带来负面影响,一些学者提出了另一项建议:建立统一的欧洲商事法院(European Commercial Court)。^⑤但是该建议争议很大。

二 美国

(一) 第三次《冲突法重述》的新进展

美国法学会第三次《冲突法重述》草案共15章,其中第一章和第二章的第2.01—2.07条案

① 参见王战涛:《巴黎上诉法院新设英法双语国际商事法庭 欲填补英国脱欧空白》, <http://world.huanqiu.com/exclusive/2018-02/11600184.html?agt=15438>, 最后访问时间:2018年3月11日。

② 参见毛晓飞:《独特的德国国际商事法庭模式——解析〈联邦德国引入国际商事法庭立法草案〉》,载《国际法研究》2018年第6期,第97—109页。

③ 参见沈伟:《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》,载《国际法研究》2018年第5期,第107页。

④ 参见沈伟:《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》,第108—109页。

⑤ Giesela Ruehl, “Towards a European Commercial Court?”, <http://conflictoflaws.net/2018/towards-a-european-commercial-court/> (last visited October 20, 2018).

文已经在 2016 年的理事会大会上通过。在 2017 年 10 月 19—20 日举行的美国法学会理事会大会上,又表决通过了理事会草案第二稿中第二章的第 2.08 和 2.09 条以及第五章的第 5.01 条和第 5.08 条。

第 2.08 条规定了法人属人法的连结点。第 2 款规定,仅就法律选择而言,法人的连结点被推定为法人的主营业地。对于特定的法人,比如公司、有限责任公司和有限合伙等,其连结点也可能是其注册登记的机关所在地。

第 2.09 条规定了对连结点的解释应依照法院地法。

第 5.01 条是第五章的核心条款,规定了法律选择规范的性质。第 1 款规定,法律选择规范确定两个问题:第一,决定某一涉及多个国家的案件中当事人的权利义务的确与哪些国家的法律相关;第二,选择一个法律来解决该案件中的特定争议。第 2 款是一项说明性条款,它指出,法律选择规范绝大多数都是判例法规范,与其他普通法规范一样具有开放性。在确定该规范时,需要法院考虑相关国内法的特殊政策和与跨国事件相关的一般政策,还要考虑到可预见性和诉讼的效率以及对当事人合理预期的保护等政策。法律选择规范的不断演进体现了这些不同政策在不同时期此消彼长的变化。

第 5.08 条规定了外国法的确定:(1)法院有义务确定外国法;(2)通常,法院在确定外国法时应当考虑到该法在外国的权威解释和适用方式;(3)如果法院必须援引外国法来作出一项因当事人未能主张权利而驳回其起诉的动议,则法院可以使用有关外国法的信息,即使包含该信息的资料不在当事人请求的范围之内;(4)有关确定外国法的争议不能排斥法院作出一项简易裁决;(5)法院对外国法的确定属于法律问题,可以被复审。

值得注意的是,该条第(2)项的规定与美国联邦最高法院刚刚在维生素 C 案中的裁决结果不一致(参见下文)。

(二)《国际商事仲裁和投资仲裁法律重述》起草工作完成

在纪念《纽约公约》60 周年之际,美国法学会承担的《国际商事仲裁和投资仲裁法律重述》(以下简称《国际仲裁法重述》)起草工作顺利完成。2018 年 1 月份举行的美国法学会理事会大会上,《国际仲裁法重述》草案第六部分第 1 章第 2—6 条和第三章的全部条文获得批准,并在 2018 年 5 月份举行的年会上获得全体会员表决通过。^①

长期以来,美国一直没有联邦层面的独立的国际仲裁成文法。在《联邦仲裁法》中,第二章和第三章分别规定了联合国《纽约公约》和《美洲国家间关于仲裁裁决承认与执行的公约》在美国的实施。除此之外,国际仲裁法主要由判例法调整。

大约在十年前,美国法学会启动了《国际仲裁法重述》的起草工作。计划中的《国际仲裁法重述》分为五章。第一章为一般规定,包括概念和联邦法优先性;第二章为仲裁协议的执行,包括一般规定、执行仲裁协议的抗辩、执行仲裁协议的程序等;第三章为法院在仲裁程序中的作用,包括法院对国际商事仲裁的干预、多方当事人仲裁程序和仲裁程序的辅助事项等;第四章为仲裁裁决后的救济,包括一般规定、救济措施、裁决后的诉讼、裁决的修改、修正和发回等;第五章为投资者—国家仲裁,包括法院在投资者—国家仲裁中的作用、仲裁义务的执行、法院对投

^① <https://www.ali.org/projects/show/international-commercial-arbitration/> (last visited September 15, 2018).

资者—国家仲裁程序的干预和裁决后的救济等。

《国际仲裁法重述》涉及到一些在仲裁法上很有争议的问题。首先，对于仲裁庭的管辖权到底由仲裁庭自己裁定还是由法院决定？美国联邦最高法院已经指出，除非当事人双方已经“明白无误”（clearly and unmistakably）地将该问题提交给仲裁庭裁决，否则，一方当事人可以将该问题提请法院最终裁定。^① 实践中，如果仲裁协议约定了某一仲裁机构的仲裁规则，而该规则规定由仲裁庭自己决定其管辖权，那么这是否构成“明白无误”的约定呢？多数案例都采用了肯定观点，但是《国际仲裁法重述》却反其道而行之，认为这并不属于“明白无误”。

另一个有争议的问题是法院撤销国际仲裁裁决的标准。《国际仲裁法重述》认为，“明显漠视法律”（manifest disregard of the law）不能作为撤销裁决的独立理由。《国际仲裁法重述》还对国际仲裁中的取证问题、集体仲裁程序、被撤销裁决的执行、仲裁裁决执行中的不方便法院等复杂问题作了规定。

（三）第四次《对外关系法重述》的新进展

《对外关系法重述》已被美国法学会2017年度会员大会表决通过。2018年1月，新泽西州颁布的《统一外国金钱判决承认法》（Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act）就采纳了《对外关系法重述》的部分条款。

2018年2月2日，美国哥伦比亚特区上诉法院在“雷多斯诉希腊共和国案”^②中，首次援引了刚刚通过的《对外关系法重述》条款。该案原告雷多斯公司在2004年希腊举办的奥运会中与希腊政府签约，负责提供安保设施和系统。合同约定的付款货币是欧元。合同还约定，所有争议应在希腊按照国际商会仲裁规则仲裁并适用希腊法律。双方发生争议后，雷多斯公司于2009年在希腊提请仲裁。2013年，仲裁庭作出最终裁决，要求希腊政府向雷多斯公司支付近4000万元的赔偿。随后，雷多斯公司向美国哥伦比亚特区地区法院请求承认和执行该裁决。同时，希腊政府则向希腊法院请求撤销该裁决。美国哥伦比亚特区地区法院决定暂停诉讼以等待希腊法院判决结果。希腊雅典法院先是以腐败为由撤销了该仲裁裁决，但希腊最高法院于2016年9月推翻了该判决，确认了仲裁裁决的结果。2017年1月，美国哥伦比亚特区地区法院也作出裁决，支持了雷多斯公司的请求，要求希腊政府按照仲裁裁决的结果向雷多斯公司支付近4000万欧元。但雷多斯公司随后又向法院请求按照裁决作出之日的汇率将裁决赔偿金额转换成美元。美国哥伦比亚特区地区法院支持了雷多斯公司的请求，根据美国《联邦民事诉讼规则》第59(e)条的规定，最终按照仲裁裁决作出之日的汇率将赔偿金折算成6273万美元。由于欧元兑美元的汇率从2013年到2017年发生了巨大贬值，如果按照2017年的汇率计算，换算成美元之后的赔偿金相比之前的欧元赔偿金要多出将近1100万美元。希腊政府不服美国哥伦比亚特区地区法院的换算结果，提起上诉。

上诉法院推翻了美国哥伦比亚特区地区法院的判决结果。在讨论美国联邦法院如何计算判决货币的换算时，上诉法院提到了刚刚通过的第四次《对外关系法重述》第420条（现为第490条），该条规定：

^① *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938 (1995).

^② *Leidos, Inc. v. Hellenic Republic*, No. 17-7082 (D. C. Cir. 2018).

(1) 如果外国判决要求用外国货币支付, 则承认或执行该判决的美国法院既可以用该外国货币也可以用美元作出自己的判决, 除非州法另有其他规定;

(2) 美国法院在用美元作出一项判决时, 如果需要将外国货币转换成美元, 则应采用给予承认或执行的美国判决作出之日的汇率。

不过法院并未深入讨论判决中的货币转换问题, 而只是结合该案具体情况, 认为既然原仲裁裁决采用了欧元, 原告之前也没有提出异议, 法院就应当按照原裁决采用欧元作出判决。

(四) 美国联邦最高法院推翻中国维生素 C 企业反垄断诉讼案二审裁决

美国联邦第二巡回法院于 2016 年 9 月 20 日针对动物科学制品公司诉河北维尔康药业有限公司案中作出二审裁决, 撤销了纽约东区地区法院的裁决, 认定中国企业的行为系遵守中国政府的强制性法规, 出于国际礼让的考虑, 美国法院应尊重中国法律的规定。^① 2018 年 6 月 14 日, 美国联邦最高法院作出全体一致裁决, 推翻二审裁决, 将案件发回重审。^②

美国联邦最高法院认定中国政府对其本国法律作出的解释和说明在美国联邦法院不具有决定性效力, 而只应得到实质性的尊重。美国联邦最高法院认为: 1966 年采纳的美国《联邦民事诉讼规则》第 44.1 条彻底改变了联邦法院此前确定外国法的模式, 该规则明确了外国法的查明“必须作为法律问题来处理”, 而不再是事实问题。相应地, 在确定外国法时, 法院不应局限于当事人所提交的材料。相反, 他们“可以考虑任何相关的材料或资料, ……无论该等材料或资料根据《联邦民事证据规则》是否可以被采信。”无论是对外国法查明问题的上诉审查, 还是对国内法的查明, 都采用重新审查 (de novo) 标准。第 44.1 条使得法院可以“重新审查并详细分析由律师提交的……基于当事人的或者不够详细的材料。”该条的修改, 其“明显的”目的是“使得查明外国法的程序与确定国内法的方法, 在可能的情况下, 应完全相同。”联邦法院在根据第 44.1 条查明外国法时, 有时会收到相关外国政府提供的观点, 正如本案中中国商务部以法庭之友身份提交的陈述。上诉法院认为, 第 44.1 条并未提到联邦法院在查明外国法时, 应给予外国政府提交的观点多大程度的尊重, 这一理解是正确的。其他法律法规对此也同样没有规定。基于“国际礼让”的精神, 联邦法院应当仔细考虑外国政府对于其本国法律含义的观点。然而, 每个案子中应该给予外国政府的观点多少尊重, 应具体情况具体分析; 联邦法院既没有义务采纳外国政府对其本国法律的定性, 也不应被要求忽视其他相关证据材料。当外国政府作出的陈述互相矛盾时, 或者, 外国政府的陈述是在诉讼过程中提供的, 恰如本案中中国商务部的陈述, 此时在衡量外国政府提交的文件时, 有理由慎重。

由于世界上有很多不同的法律制度, 并且外国政府有可能表达其观点的情形范围很广, 没有一种公式或规则能适用于所有外国政府描述其本国法律的情形。相关的考虑因素应包括这些陈述的清晰性、全面性, 及是否有证据支持; 其上下文及宗旨; 外国法律制度的透明程度; 提供陈述的部门或官员的职责与授权; 该陈述是否与外国政府之前的立场相吻合。据此判断, 上诉法院认为商务部提交的陈述只要表面上看是合理的就有拘束力, 这种观点是错误的。这一僵化的规则与

^① In re Vitamin C Antitrust Litigation [*Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al.*], No. 13 - 4791 - cv, 2nd Cir., September 20, 2016.

^② *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd.*, No. 16 - 1220, slip op. (U.S. June 14, 2018).

第44.1条不符,并且很明显不符合本院对美国各州政府提交的类似陈述的态度。另外,上诉法院只将其注意力集中于中国商务部提交的陈述上,而并未考虑其他证据,比如中国对WTO所作出的其已经在2001年底“取消对……维生素C的出口管制”的声明。

(五) 微软诉美国案与《CLOUD法》

美国国会众参两院分别于2018年3月22日和23日凌晨投票通过一项总金额高达1.3万亿美元的政府拨款法案,^①该法案将使联邦政府可以运转至2018年9月30日,即2018财年结束。美国总统特朗普于2018年3月23日已签署该项法案。在这份2000多页的法案中,还隐藏了一项预谋已久的法案,即所谓的《澄清境外数据的合法使用法案》(the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act,简称《CLOUD法》),该法使执法机构更容易访问在线信息,而不管数据存储在哪个国家。

该法案的出台背景要追溯到轰动一时的“微软案”。2013年,美国纽约南区地区法院的治安法官为了调查一起毒品走私案件,向微软公司下达了一份调查令,要求微软公司根据1986年的《存储通信法》(Stored Communication Act,简称SCA)提供一位用户邮箱中的所有邮件和其他信息。该邮箱信息存储在微软公司位于爱尔兰的服务器中,于是微软公司拒绝提供,并请求法院撤销该调查令。治安法官驳回了微软公司的请求。^②微软公司向纽约南区地区法院申请撤销治安法官的命令,地区法院支持了治安法官的结论,认为《存储通信法》不受地域限制,因此要求微软公司必须提交存储在爱尔兰服务器中的邮件。微软公司继续上诉到联邦第二巡回法院。^③爱尔兰政府向美国上诉法庭提交了一份法律意见书,表明爱尔兰政府不赞同微软公司交出位于其境内的数据。爱尔兰数据保护部长墨菲(Murphy)指出:“个人数据保护的权利是现代社会和数字经济发展的基石。我们必须确保个人、机构的隐私保护工作已做到位,让他们对(政府的)条例和实施抱有信心。我们在解决犯罪问题合作上(跟美国)拥有一个共同的法律援助框架,包括数据交流在内的合作仍是(我们)首选途径。我们经过深思熟虑之后决定向美国法院提交一份法律意见书。”2016年,上诉法院三位法官一致裁决推翻了地区法院的裁决,要求治安法官撤回其调查令。巡回法院的意见书认为,根据2010年莫里森诉澳大利亚国民银行案(*Morrison v. National Australia Bank Ltd.*)的判决,^④美国国会的立法原则上只能适用于美国境内,除非国会明确的相反规定。法院认为,1986年的《存储通信法》没有明文规定其可以域外适用,因此该法所规定的调查令也只能用于美国境内。美国政府向第二巡回法院提请全席再审,结果再次败诉。美国政府再次向美国联邦最高法院提请再审,美国联邦最高法院于2017年10月同意发布调卷令。^⑤

本案值得关注的是,就在美国联邦最高法院提审本案期间,美国国会最终通过了上述

^① Consolidated Appropriations Act, 2018, Pub. L. 115 - 141.

^② *In re Warrant To Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corp.*, 15 F. Supp. 3d 466 (S. D. N. Y. 2014).

^③ *In re Warrant To Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corp.*, 829 F.3d 197, 204 - 205 (C. A. 2 2016).

^④ *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247 (2010).

^⑤ *United States v. Microsoft Corp.*, 138 S. Ct. 1186 (2018).

《CLOUD法》，对《存储通信法》的域外适用范围进行了补充规定。《CLOUD法》在原《存储通信法》中新增了一条，规定如下：

电子通信服务和远程计算服务提供商应遵守本章所规定的义务，对该提供商所占有、保管或控制之下与顾客或消费者相关的电报或电子通信的内容以及任何记录或其他信息进行保存、备份或披露，无论该通信、记录或其他信息位于美国境内还是境外。^①

《CLOUD法》为当前在国家之间共享互联网用户信息的过程或多方司法互助条约提供了一种替代方案。对于美国联邦最高法院而言，由于国会通过了新的《CLOUD法》，对1986年的《存储通信法》的域外适用进行了澄清，那么微软诉美国政府案的审判就变得没有意义了。2018年3月23日，就在特朗普总统签署《CLOUD法》的当天，美国司法部总检查长办公室向美国联邦最高法院提交了一封声明，要求美国联邦最高法院关注刚刚颁布的《CLOUD法》中的相关条文。果不其然，2018年4月17日，最高法院作出最终裁定认为，随着《CLOUD法》的颁布，双方当事人之间已经不再存在争议，裁决撤销该案。^②

不过，本案的结果可能引发美国《CLOUD法》与爱尔兰以及其他外国数据保护法的冲突。爱尔兰政府在2014年提交的“法庭之友”意见书中就明确表示了不希望美国企业将爱尔兰境内的数据提交给美国政府，除非美国和爱尔兰政府通过双边司法协助途径进行合作。

（六）中国石膏板集团诉讼案的新进展

2005年，美国爆发的“卡特里娜”飓风导致众多房屋倒塌，致使美国国内建筑材料缺乏，一些公司便从中国进口了大量石膏板。北新集团建材股份有限公司（以下简称北新建材公司）控股子公司泰山石膏有限公司（以下简称泰山公司）就是向其出口石膏板的公司之一。2008年末，美国媒体开始广泛报道“中国石膏板存在污染问题”，事态逐渐扩大，自2009年起，美国多家房屋业主、房屋建筑公司等针对包括北新建材公司和泰山公司以及德国科诺夫公司天津子公司（Knauf Entity）等多家中国石膏板生产商在内的数十家企业提起多起诉讼，要求赔偿其宣称因使用中国生产的石膏板而产生的各种损失。其中约50多起在各联邦法院的诉讼被合并为一项多区诉讼（Multidistrict Litigation，简称MDL案），由路易斯安那东区联邦地区法院合并审理。^③

德国科诺夫公司于2009年参加了美国法院的诉讼，并于2011年与原告达成了一项全球集团和解协议，彻底解决了该公司所涉及的诉讼。但中国被告泰山公司及其子公司以及北新建材公司拒绝出庭应诉。2010年，美国法院在一起案件中针对泰山公司作出了有利于原告的缺席判决。之后，泰山公司向美国法院提起上诉并提起对人管辖权抗辩。2012年9月4日，法院驳回了泰山公司的管辖权抗辩，认为法院有对人管辖权。法院认为，根据法院所属的第五巡回法院判例法，判断法院对外国被告的对人管辖权有两个条件：第一，法院所在州的长臂管辖法创设了对被告的管辖权；第二，不违反联邦宪法的正当程序条款。法院所在的弗吉尼亚州《长臂管辖法》（the Long-arm Statute）规定，法院可以基于以下理由行使对人管辖权：（1）该人在本州从事活动或营业；（2）该人根据合同在本州提供服务或货物；（3）该人在本州的行为导致侵权损害；（4）该

^① CLOUD Act § 103 (a) (1).

^② *United States v. Microsoft Corporation*, 584 U. S. _ _ _ (2018).

^③ *In Re: Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation*, MDL No. 2047.

人在州外的行为在本州境内产生侵权损害，只要该人经常性在本州从事营业或其他持续性活动或者从来源于本州的货物或服务中获得收益；（5）该人违反了其在州外的销售中所作的明示或默示承诺从而在本州产生损害。

法院认为，被告泰山公司与弗吉尼亚州的一家公司缔结了提供石膏板的合同，但合同是在中国缔结并且是一份 FOB 合同，被告的履行地也位于中国，因此不符合上述第（2）项；但是根据上述第（4）项和第（5）项，被告在州外的行为在本州造成了侵权损害，因此法院判定自己对被告泰山公司拥有对人管辖权。

接下来法院需要判断该对人管辖权的行使是否违反联邦宪法的正当程序条款。根据联邦最高法院的判例，此时需要满足两个条件：（1）被告是否通过建立与法院地州的最低联系而有目的地获得了法院地州的利益和保护；（2）对被告行使管辖权是否违反了传统的公平和实质正义观念。由于本案原告提出的是特别对人管辖权，法院重点分析了联邦最高法院在麦金泰案（*McIntyre Case*）中的观点。^①

同样作为被告的中国建材集团有限公司和北新建材公司。其中，中国建材集团有限公司提出主权豁免抗辩，认为其是外国国家代理人，根据美国 1976 年《外国主权豁免法》第 1603（b）条享有豁免权。法院认为国建材集团有限公司没有直接在美国境内生产、销售产品，不适用商业活动例外，因此接受了该项抗辩，将国建材集团有限公司排除于诉讼之外。北新建材公司是国建材集团有限公司的全资子公司，在深圳和香港两地上市。北新建材公司是泰山公司的控股股东。

2017 年 4 月 20 日，路易斯安那东区地区法院作出一项管辖权裁决，驳回了北新建材公司提出的管辖权抗辩。^② 法院认为，根据第五巡回法院的判例法，当多家关联企业一起被起诉时，如果其中一家企业与法院地具有联系从而使法院对其拥有对人管辖权，那么这种联系可以被转嫁于（*be imputed to*）其他关联企业，从而使法院对其他企业也具有对人管辖权。^③ 其理论基础就是所谓的揭开公司面纱：母公司和子公司之间的关系非常紧密，因而它们在管辖权方面不可能构成独立的不可分割的法律实体，而是一个单一的实体。对于一个子公司而言，如果它事实上成为其母公司的化身（*alter ego*）或代理人（*agent*），那么在管辖权上，该子公司与法院地之间的联系就可以被转嫁于其母公司。

本案中，法院首先分析了所谓的“化身”理论。要判断泰山公司是否就是北新建材公司的化身，应当依据哪里的法律呢？法院认为，本案的法院地分别是路易斯安那州、佛罗里达州和弗吉尼亚州。根据这些州的冲突法，揭开公司面纱的问题应当根据该公司成立地法律判断，本案中应当适用中国法律。中国《公司法》第 20 条第（3）款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”。

但问题是，这一条规定主要针对公司股东承担的法律责任，能否将其类推适用于对人管辖权问题呢？法院再次回到法院地法，根据第五巡回法院此前的判例，认为“在采用化身这一标准来转嫁对人管辖权的联系时，要比判断责任问题时更为宽松”。但法院认为，无论是路易斯安那州法律还是弗吉尼亚州或佛罗里达州法律，在采用化身理论来揭开公司面纱时都要求原告证明两

^① *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, -- U. S. --, 131 S. Ct. 2780, 180 L. Ed. 2d 765 (2011).

^② *In Re: Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation*, No. 09 - 2047, 2017 WL 1476595, at * 46 (E. D. La. Apr. 21, 2017).

^③ *Freudensprung v. Offshore Technical Servs., Inc.*, 379 F. 3d 327, 345 (5th Cir. 2004).

个公司之间存在化身关系并且被告实施了不当行为从而滥用了这种关系。法院还分析了路易斯安那州的“单一商业体理论”，即如果两个或多个商业体为了一个共同的商业目的事实上作为同一个实体进行运营，那么其中每一个实体都应当为它们的过错承担责任。而要判断几个实体是否构成单一实体，需要判断以下因素：共同所有人、共同董事和经理、共同职员、共同办公场地、统一的行政管理、相似或互补的经营职能、资金相互支持、资本不充足、一家实体是另一家实体的创始人、一家实体支付另一家实体的工资、费用或损失、共享财产、不遵守法人形式、一家实体的员工为另一家提供服务、统一会计、企业之间相互转移资金而不入账、企业之间没有明确的盈亏分配、过分地将一家实体分裂为几个独立实体等。

接下来，法院分析了代理人理论。根据佛罗里达州长臂管辖法，如果代理人与佛罗里达州法院具有联系，则其委托人也应当接受法院的管辖权。^① 弗吉尼亚州法律也承认，如果子公司是其母公司的代理人，则二者在管辖权方面可以合二为一。^② 路易斯安那州法律同样承认，法院可以根据外国公司代理人与法院地之间的联系而对该公司行使管辖权。^③ 在判断两家公司之间的代理关系时，主要看双方之间的控制关系。

法院指出，无论适用中国法律还是法院地法律，结果没有实质差别。法院指出，中国学者在解释《公司法》第20条时，通常都认为该条规定就是接受了普通法上的揭开公司面纱理论。^④ 因此，法院认为，在这个问题上不存在真实的法律冲突，法律可以直接适用法院地法来判断泰山公司的管辖权抗辩。

法院接下来对北新建材公司和泰山公司之间是否存在“化身”或“代理”关系进行了详尽分析，具体包括以下几个因素：

法院承认，法人独立人格和揭开公司面纱理论都是西方法学概念，它们的演变和适用都具有深厚的西方文化和经济背景，即民主观念和资本主义制度。而中国的公司法以及中国公司本身都具有独特的中国社会经济背景。其中最大的一个特征就是中国政府对中国经济的全面管控。国有企业掌握着几乎所有自然资源、基础设施和公用事业。即使是上市公司，通常也都被国有企业控股。中国的儒家传统文化对中国的企业也有巨大影响，它强调一种集体主义和上下级服从关系。^⑤ 这种价值观导致中国的母公司对其子公司的一些细枝末节的问题都要进行严格控制。这种控制常常通过一种无形的等级观念和忠诚思想来实现，而不是像西方公司那样通过正式的、透明的机制来进行。这就导致很多中国母公司即使在子公司中只拥有少数股份或者少数董事会席位，却可以事实上控制该子公司。因此在非西方文化背景下理解法人地位独立这一概念时，经常会有南橘北枳之感。

法院接下来指出，本案原告没有证据证明泰山公司的独立存在是出于非法不正当的目的，因此根据佛罗里达州、弗吉尼亚州法律，泰山公司都不构成北新建材公司或中国建材公司的化

① Fla. Stat. Ann. § 48.193 (1) (a).

② *PBM Products v. Mead Johnson Nutrition Co.*, No. 3: 09 - CV - 269, 2009 WL 3175665, at * 3 - 4 (E. D. Va. Sept. 29, 2009).

③ See La. Rev. Stat. § 13: 3201 (A); *Gillespie v. Bynum*, 508 So. 2d 628, 630 (La. App. 2 Cir. 1978).

④ See Chao Xi, “Piercing the Corporate Veil in China: How Did We Get There?”, (2011) 5 *Journal of Business Law* 413, p. 424.

⑤ Clyde D. Stoltenberg, “Globalization, Asian Values, and Economic Reform: The Impact of Tradition and Change on Ethical Values in Chinese Business”, (2000) 33 *Cornell International Law Journal* 711, p. 719.

身。但是，法院又指出，现有证据表明，北新建材公司实际上控制着泰山公司，因此泰山公司实际上是北新建材公司的代理人。所以，泰山公司与法院地之间的联系就可以被转嫁于北新建材公司。法院列举了以下证据：泰山公司和北新建材公司共享董事成员、经理和主管人员；北新建材公司控制着泰山公司的财务和战略决策；北新建材公司控制着泰山公司的日常经营活动；北新建材公司曾经自称其与泰山公司是一家企业；双方的财产混同等。

因此，根据佛罗里达州和弗吉尼亚州法律，泰山公司是北新建材公司的代理人，泰山公司与佛罗里达州和弗吉尼亚州之间的联系应当被归于北新建材公司。

接着法院分析了路易斯安那州法律。由于路易斯安那州采用了“单一商业实体理论”，因此，在判断能够将对子公司的管辖权转嫁于母公司时，需要分析以下七个因素：（1）几个实体共同拥有的股份数额；（2）几个实体是否拥有共同公司总部；（3）几个实体是否拥有共同的高管和董事；（4）几个实体是否都遵守公司手续；几个实体是否共享银行账户、会计、薪金系统、保险合同、预算、财务记录和税收返还等；（6）母公司是否对子公司的一般决策有控制权；（7）母公司是否对子公司的日常经营有控制权。通过对上述各个因素的一一分析，法院认为，北新建材公司与泰山公司同属于“单一商业实体”，因此泰山公司与路易斯安那州之间的联系也可以被归于所有被告，故此法院对所有被告都拥有管辖权。

法院接下来还进一步分析了北新建材公司与佛罗里达州的联系。法院指出，就算北新建材公司与泰山公司之间不存在代理关系，北新建材公司自身也在佛罗里达州存在营业活动，从而使佛罗里达州法院对其拥有管辖权。相关证据显示，2000年，北新建材公司在佛罗里达州成立北新建材公司美国公司，并在美国销售北新建材公司生产的石膏板。2006年，该公司解散。北新建材公司生产的石膏板获得了美国保险商试验所（Underwriter Laboratories Inc.，简称UL）认证和美国材料与试验协会（American Society of Testing，简称ASTM）认证。2005年，两家佛罗里达州批发公司与北新建材公司达成协议，从北新建材公司购买石膏板。北新建材公司同意在石膏板上使用美国公司商标，并在包装密封带上打印“北新建材公司生产，戴维斯（Davis）在美国销售”字样。北新建材公司负责按照CIF条款将货物运到佛罗里达州港口。北新建材公司一共向佛罗里达州出口了价值超过1000万美元的石膏板。

根据佛罗里达州长臂管辖法，如果某个非居民被告在该州境内实施了营业活动或者在该州拥有办公室或代理人，或者在该州实施了侵权行为，该州就可以对其拥有对人管辖权。北新建材公司完全符合该州长臂管辖法的条件。另外，对北新建材公司行使特别对人管辖权符合联邦宪法的正当程序条款。

2017年6月19日，美国联邦最高法院在广受关注的“百时美施贵宝公司诉加利福尼亚州最高法院案”^①中对公司的特别管辖权作出了进一步解释。随着这个判例的出台，中国石膏板案被告马上在2018年8月1日向法院提出一项动议，要求地区法院根据美国联邦最高法院最新判例判定法院无管辖权。同时，几家被告向第五巡回法院提起上诉。2017年11月30日，第五巡回法院裁决认为，美国联邦最高法院在百时美施贵宝案中的判决并不影响本案中的管辖权决定，因为该案并不适用于联邦法院受理的集团诉讼。百时美施贵宝案中，美国联邦最高法院认为非加州居民原告与加州制药公司之间不存在联系，因此加州的州法院不能对该公司行使对人管辖权。但是

^① *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California*, No. 16-466, 582 U.S. __ (2017).

该案属于人数众多的侵权诉讼 (mass torts), 而不属于集团诉讼 (class actions), 二者存在显著差异。

目前, 中国石膏板诉讼案仍在美国法院继续进行。北新建材公司已与其中部分原告达成了和解协议。

(七) 中美法院相互承认和执行商事判决

2017年6月30日, 湖北省武汉市中级人民法院作出(2015)鄂武汉中民商外初字第00026号民事裁定书, 承认并执行美国加利福尼亚州洛杉矶县高等法院第EC062608号判决。这是中国法院首次承认和执行美国法院的商事判决。该案中, 申请人主张互惠关系的依据是美国加州中区联邦地区法院曾于2009年在湖北葛洲坝三联实业股份有限公司等诉罗宾逊直升机有限公司一案中判决承认和执行湖北省高级人民法院的民事判决。^①

2017年10月27日, 美国加州中区联邦地区法院就“Qinrong Qiu 诉 Hongying Zhang 等”一案作出缺席判决, 承认江苏省苏州工业园区人民法院作出并得到苏州市中级人民法院维持的二审判决。^② 本案中, 被告章某(音译)与其妻子余某曾于2013年向原告邱某借款2100万元人民币, 后拖欠未还。邱某遂向江苏省苏州工业园区人民法院起诉, 并得到一、二审法院判决支持。其后, 邱某向苏州工业园区人民法院申请强制执行, 未能执行到全部金额。其后, 邱某发现章某、余某与其儿子居住在美国加州, 且余某与其未成年儿子在加州共同拥有不动产, 并以儿子名义设立一家有限责任公司, 将上述不动产赠与该公司, 并由该公司出售给第三人。邱某遂以章某、余某违约以及余某及其儿子构成欺诈性转移财产和推定欺诈性转移财产向美国加州中区联邦地区法院起诉, 并申请承认江苏省苏州工业园区人民法院作出的判决。因各被告缺席, 美国法院于2017年10月27日作出缺席判决。美国法院指出: “原告提交的证据足以证明中国法院已作出金钱给付判决, 该判决具有终局性、终结性和执行力。原告同时也证明了中国法院是公正的法院, 对本案当事人章某和余某具有事项管辖权和对人管辖权, 两被告在中国法院的诉讼程序中享有充分的正当程序权利。”^③

(八) 美国联邦最高法院裁决《外国人侵权法》不适用于外国公司

在“杰斯纳诉阿拉伯银行外国人侵权法诉讼案”中, 第二巡回法院卡布雷纳斯(Cabranes)法官继续坚持了自己在吉奥贝案(Kiobel)中的观点, 认为公司不能依据《外国人侵权法》承担国际习惯法上的责任。^④ 2016年第二巡回法院对该案进行的全席审理中, 再次以7:6的投票结果否决了再审申请, 卡布雷纳斯法官撰写的意见书, 重申了他反对公司责任的观点。^⑤ 原告继续向美国联邦最高法院提起了调卷申请, 美国联邦最高法院于2017年4月3日接受了申请。

① *Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co., Ltd. and Hubei Pinghu Cruise Co., Ltd. al. v. Robinson Helicopter Co., Inc.*, 06 - 01798 (C. D. Cal 2009).

② 江苏省苏州工业园区人民法院(2015)园民初字第02762号民事判决书。

③ *Qinrong Qiu -v-Hongying Zhang et al.*, CV17 - 05446 - JFW (JEM).

④ *Jesner v. Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation*, 808 F.3d at 151, 2d Cir. Dec. 8, 2015.

⑤ 822 F.3d 34 (2d Cir. 2016), petition for cert. docketed (U. S., Oct. 13, 2016).

美国联邦最高法院早在2013年的吉奥贝案^①中就遇到这一问题，但当时却回避了公司的责任问题，而是根据“反域外适用推定”驳回了原告的诉讼。2018年4月24日，美国联邦最高法院终于作出了最终裁决，维持了第二巡回法院的结果。

美国联邦最高法院指出，《外国人侵权法》从严格意义上来看只是一项管辖权规则，它并没有对违反国际法的行为规定一项诉因。它的立法本意是为了给在美国受到违反国际法的侵害的外国人提供一个联邦法院的救济，从而避免让美国承担国际法上的责任。就本案而言，原告是外国公民，被告是约旦的银行，被控的侵权行为是外国恐怖分子在中东地区发动的恐怖袭击，唯一与美国的联系是被告银行的美元结算是通过其美国分行的纽约清算所银行同业支付系统（clearing house interbank payment system，简称CHIPS）实施的。本案的诉讼已经引发了约旦政府与美国政府之间的外交纠纷。这种涉及对外政策问题的决定不应由法院处理，而应当由行政机关负责。综上所述，美国联邦最高法院认为，外国公司不应成为《外国人侵权法》诉讼中的被告。^②

（九） 追还被纳粹掠夺的艺术作品案

1. 卡西勒诉蒂森—伯恩米萨收藏品基金会案

2016年底，国会通过并由奥巴马总统签署了《大屠杀掠夺艺术品返还法》（the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016，简称HEAR），它对于追还被纳粹掠夺的艺术作品规定了6年的诉讼时效。^③ 该法在相关部分规定：“尽管已有其他联邦或州法对时间流逝问题作出了规定或法律上的抗辩……针对被告提起的要求返还上述期间（1933年1月1日至1945年12月31日）因纳粹迫害而丧失的文物或其他财产的民事请求或诉因可以在原告或原告的代理人实际发现以下情况后6年之内提起：（1）艺术品或其他财产的身份和所在地；（2）原告对该艺术品或其他财产的所有权。”^④ 该法已于2016年12月16日生效，并适用于当时正在审理或之后提起的案件。到2017年底，上诉法院已裁决了三起涉及该法的案件。^⑤

卡西勒（Cassirer）案是一起非常吸引人的案件，涉及到三个外国（德国、瑞士和西班牙）和两个美国州（加利福尼亚州和纽约州）的法律。在1939年的德国，莉莉·诺伊保尔（Lilly Neubauer），一位德国籍犹太人，被迫向一位纳粹商人“出售了”一幅毕加索的画作。1976年，一位瑞士收藏家巴隆（Baron）从一家纽约画廊购买了该幅画作并将其转移到瑞士。1988年，该收藏家将一批收藏品包括该幅画作借给被告蒂森—伯恩米萨收藏品基金会（Thyssen-Bornemisza Collection Foundation，简称TBC），一家西班牙政府机构，并且于1993年将该幅画作卖给了被告，价格不到当时该幅画市场价的三分之一。2005年，莉莉的曾孙子女在加利福尼亚州联邦法院起

① *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

② *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 U. S. _ _ _ _ (2018).

③ Pub. L. 114-308, 130 Stat. 1524 (codified as Statutory Note under U. S. C. § 1621).

④ Holocaust Expropriated Art Recovery Act § 5 (a).

⑤ 影响较大的是“卡西勒诉蒂森—伯恩米萨收藏品基金会案”，*Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017)。另外两个案件是 *De Csepel v. Republic of Hungary*, 859 F.3d 1094 (D. C. Cir. 2017) 和 *Maestracci v. Helly Nahmad Gallery, Inc.*, 63 N. Y. S.3d 376 (N. Y. A. D. 2017)；前者允许原告变更诉讼请求，纳入根据 HEAR 的提起的诉讼；后者认定预先裁决中被告无法根据 HEAR 禁止原告的诉讼请求。

诉被告,要求其归还该幅画作。^①在《大屠杀掠夺艺术品返还法》颁布之前的一份裁决中,地区法院同意了被告要求进行简易判决(summary judgment)的动议。法院认为,被告TBC通过1889年《西班牙民法典》第1955条的取得时效获得了该画作的所有权,而加利福尼亚州关于纳粹掠夺艺术品诉讼时效的特别立法是2010年才生效的,不能溯及既往适用,否则会损害TBC的正当程序权利。^②2017年,第九巡回法院推翻了该裁决,认为案件的实体情况决定了不能进行简易判决。显然,这并不是案件的结束,但是法院解决了几个重要的法律问题。

首先,法院认为,原告的诉讼根据《大屠杀掠夺艺术品返还法》并未超过诉讼时效,因为该诉讼在该法颁布之时尚在审理之中,而且是在原告得知画作的情况之后6年内起诉的。随后法院指出,在根据《大屠杀掠夺艺术品返还法》提起的诉讼中,法院的管辖权依据的是美国1976年《外国主权豁免法》,实体准据法则根据《冲突法重述(第二次)》加以确定。通过适用《冲突法重述(第二次)》,法院认为,对于TBC的所有权请求,西班牙具有最密切联系从而应适用该国法律,这导致《西班牙民法典》第1955条的适用。根据该条(它规定,善意占有动产超过3年或者无论是否善意占有动产超过6年的获得其所有权),TBC应当获得所有权,因为在原告提起诉讼之前,被告已公开占有该画作超过12年。

但是,同一法典的第1956条规定了一项对第1955条的例外,它把“销赃者”(encubidor)占有被盗财产的取得时效期间延长了(本案中是到2019年)。^③因此,TBC的所有权取决于TBC是否被定性为“销赃者”,该术语由西班牙《刑法典》加以界定。当第1956条生效时(1889年),西班牙1870年《刑法典》相关条文对销赃者定义为故意从被盗财产中获益的人。但是,1973年新《刑法典》的相应条文将销赃者的定义进行了限制,即在盗窃后帮助窃贼逃避惩罚的人。初审法院适用了该定义并认为TBC并非销赃者。在详细讨论了西班牙的立法解释原则之后,第九巡回法院正确地指出,应当采用1870年的定义。根据该定义,结果取决于TBC是否在从巴隆Baron那里购买该画作时明知其是被盗物。这样一来,就出现了一个需要陪审团裁判的事实问题,从而不能采用简易判决。

其次,法院还审查了另一个问题,即TBC的卖家巴隆是否已经获得了该画作的所有权。法院认为,根据《冲突法重述(第二次)》,准据法应当是西班牙法院本来应适用的法律,因为当交易发生时,该画作已经位于西班牙境内(作为租借的收藏品的一部分)。而西班牙法院则会适用纽约法律,因为巴隆在那里购买了画作。由于根据纽约法律购买被盗财产并不导致所有权的转移,因此向巴隆出售该画作的画廊并不拥有其所有权,同样,受让人巴隆也不能因此获得所有权。这就导致最后一个问题:巴隆是否可以通过在瑞士境内公开占有该画作超过5年时间而根据瑞士法律获得其所有权?但是,该问题取决于巴隆在购买时是否属于善意,而这也是一个事实问

① 在卡西勒诉西班牙案中,法院认为其根据《外国主权豁免法》的“违反国际法的行为”例外原则享有管辖权。*Cassirer v. Kingdom of Spain*, 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010) (en banc).

② 关于加利福尼亚州立法参见:Rajika L. Shah, “The Making of California’s Art Recovery Statute: The Long Road to Section 338 (c) (3)”, (2017) 20 *Chapman Law Review* 77, pp. 77–118; Michael J. Bazylar & Rajika L. Shah, “The Unfinished Business of the Armenian Genocide: Armenian Property Restitution in American Courts”, (2017) 23 *Southwestern Journal of International Law* 223.

③ 第1956条规定:“被偷盗的动产在被盗窃人或其同伙或合谋(销赃者)占有期间不受时效限制,直到该罪行或不法行为或其审判以及要求民事赔偿的诉讼在正常情况下被诉讼时效禁止为止。”本案中,该条将诉讼时效扩展到2019年。

题，因此裁决要求初审法院根据上诉法院的驳回意见进行重新判断。

2. 菲利普诉德国案

1929年，一家犹太人拥有的财团购买了一批被称为“威尔芬财宝”的中世纪文物，其中大部分保存在阿姆斯特丹。1933年纳粹上台后开始迫害犹太人。在当时的纳粹头目戈林操纵下，该批财宝的主人被迫以低价将财宝出售给当时的普鲁士联邦政府。戈林将该财宝运往柏林并献给希特勒作为礼物。该财宝的原主人有一人在纳粹大屠杀期间死亡，其他人逃往他国。第二次世界大战结束后，该批财宝被美军扣押，后来被移交给新成立的普鲁士文化遗产基金会（Stiftung Preußischer Kulturbesitz，简称SPK），该基金会的目的就是为继承所有普鲁士的文化财产。该批财宝现在被展览于该基金会位于波兰的一家博物馆。

2014年，该批财宝原主人的继承人菲利普（Philipp）等人开始与该基金会交涉追还该批财宝。双方将争议提交给根据1998年达成的《关于纳粹没收文物的华盛顿大会原则》（以下简称《华盛顿原则》）而成立的委员会解决。该委员会认为，该批财宝的出售并非出于强迫，因此不能将其返还给原主人的继承人。

菲利普等人于是在美国哥伦比亚特区地区法院对联邦德国和SPK基金会提起诉讼，要求返还财宝并支付2.5亿美元赔偿。德国政府提出三项抗辩：第一，根据美国1976年《外国主权豁免法》，德国政府享有管辖豁免；第二，根据国际礼让要求，原告应首先用尽德国当地救济；第三，根据美国外交政策，原告不具有州法上的诉因。地区法院驳回了德国的三项抗辩。德国提起上诉。

2018年7月10日，哥伦比亚特区上诉法院作出裁决维持原判。上诉法院一一分析了德国的三项抗辩理由。^①

第一，针对德国提出的《外国主权豁免法》上的豁免抗辩，原告提出了征收例外。根据该法第1605(a)(3)项，构成征收例外必须满足两个条件：第一，所涉及的财产被违反国际法征收；第二，被告与美国之间存在商业联系。

对于第一个条件，法院认为，一个国家征收其本国国民的财产一般不违反国际法，但是，如果该征收行为属于种族灭绝行为（genocide），则违反了国际法，美国可以对其行使管辖权。对“种族灭绝”的定义，法院援引了联合国《防止和惩治灭绝种族罪公约》的规定，并采纳了2016年西蒙诉匈牙利共和国案^②和稍后的德杰佩尔诉匈牙利共和国案^③的裁决意见，认为征收犹太人的文物也属于种族灭绝。

对于第二个条件，法院认为，只要被征收的财产在美国境内出现，就可以认为被告与美国存在商业联系。由于威尔芬财宝不在美国境内，因此法院认为，这个条件对德国政府而言不满足，因此德国政府可以享有管辖豁免。但是，对于第二被告SPK基金会，法院认为不需要满足这个条件，而只需要该基金会在美国境内从事商业活动即可。

第二，关于用尽当地救济抗辩。法院认为，《外国主权豁免法》对于征收例外原则并没有规定用尽当地救济条件，因此本案原告没有义务用尽当地救济。

^① *Philipp v. Federal Republic of Germany*, No. 17-7064 (D. C. Cir. 2018).

^② *Simon v. Republic of Hungary*, 812 F.3d 127 (D. C. Cir. 2016).

^③ *De Csepe v. Republic of Hungary*, 859 F.3d 1094 (D. C. Cir. 2017).

第三,关于原告是否具有州法上的诉因。德国认为,根据《华盛顿原则》,本案所涉及的争议应当由指定的委员会采用任意性纠纷解决机制进行处理,如果允许原告再将争议提交美国法院,则会导致《华盛顿原则》的签署国对该原则的有效性产生质疑,从而损害美国政府为此而作出的外交努力。但法院认为,《华盛顿原则》并没有规定任意性争议解决机制是排他性的,也没有明文禁止当事人向法院起诉。因此,法院行使管辖权不会与美国政府的外交政策相冲突。

最终,法院裁定要求地区法院认可联邦德国政府提出的管辖权抗辩,但驳回其他被告的抗辩。

(十) 不得援引中国《合同法》第192条撤销已履行的赠与合同

EB—5 签证是美国所有美国移民类别中申请核准时间最短、资格条件限制最少的一条便捷通道,被很多中国人称为“黄金签证”。一些“聪明绝顶”的移民律师为了帮助当事人获得 EB—5 签证,采用了各种各样的规避法律的手段。

2017年6月29日,美国伊利诺伊州上诉法院就作出了一份令中国人唏嘘不已的判决。^① 该案双方当事人是来自上海的一对父子。2012年2月,父亲为了能够让儿子通过 EB—5 方案移民美国,与儿子在国内签订了一份赠与合同,父亲在合同中同意“自愿且无条件地赠与其儿子 59 万美元”。合同用中文签订,并且约定适用中国法律。儿子拿到该笔款项后移居到美国,并按照美国移民法的要求进行了几次投资,试图获得 EB—5 签证,但都失败了。儿子的 50 万美元资金被存管在芝加哥国际银行的账户。

儿子移民美国的美梦遇到波折,导致父子关系越来越恶化。2016年5月17日,父亲一纸诉状将儿子告上上海法院,要求根据中国《合同法》第192条撤销对儿子的赠与合同。三天后,父亲又向芝加哥国际银行所在地美国伊利诺伊州库克县巡回法院起诉,要求撤销赠与合同并取回儿子账户中的 50 万美元。之后不久,上海法院发布裁定,要求芝加哥国际银行冻结儿子账户中的资金。父亲在伊利诺伊州库克县巡回法院的诉讼中要求根据中国法律撤销该赠与合同。原告援引了中国《合同法》第192条,根据该条规定,受赠人有下列情形之一的,赠与人可以撤销赠与:(一)严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属;(二)对赠与人有扶养义务而不履行;(三)不履行赠与合同约定的义务。

父亲主张,儿子违反了上述三项规定。首先,儿子拒绝扶养父母,而且“拒绝跟他们讲话”;其次,儿子未能履行赠与合同约定的义务,即获得美国移民签证。父亲还主张,儿子违反了中国《婚姻法》第21条所规定的子女赡养父母的义务。原告向美国法院提交了中国的《合同法》和《婚姻法》的英文译本。

2016年10月11日,库克县初审法院驳回了原告的请求,理由是原告未能提供解释外国法律的足够证据。法院认为,法院没有义务对外国法律进行司法认知,原告应当像提供其他事实一样举证外国法律,而本案原告未能提供任何证据支持其对中国《合同法》第192条和《婚姻法》第21条的解释。原告自己对该法的解释是“不公平、不道德且不明智的”,违反了伊利诺伊州法律,因而是不可执行的。

^① *Fu v. Fu*, 2017 IL App. 1st 162958 decided by the Appellate Court of Illinois, First Judicial District, Fourth Division on June 29, 2017.

父亲不服判决，上诉到伊利诺伊州上诉法院。上诉法院审理后认为，原告已经向被告作出了一项有效的赠与。根据美国普通法，赠与合同要求赠与人将赠与物交付给受赠人，并且主观上有意把所有权完全地、不可撤销地转移给受赠人。赠与人必须把赠与物上所有现存的和将来的支配权和处分权转交给受赠人。从本案当事人的赠与合同条款来看，原告自愿地、无条件地赠与被告59万美元，因此，从合同语言来看，原告自愿将59万美元的所有权转移给被告。原告不能一方面承诺他自愿无条件赠与59万美元给被告，另一方面又可以事后以儿子不孝顺为由撤销合同。尽管赠与合同约定适用中国法律，而且原告主张根据中国《合同法》第192条可以撤销赠与合同，但是根据冲突法上的一般规则，外国法必须被举证。原告尽管提供了中国法律的翻译件，但是未能解释为什么根据中国法律被告的行为构成撤销合同的事由。

接下来，法院进一步认为，即使父亲能够证明中国法律允许赠与人撤销一份无条件赠与合同，法院还是会拒绝适用该法律，因为这会导致“不公平、不道德且不明智”的结果，从而违反了伊利诺伊州的公共政策。

法院指出，根据美国移民法律，获得EB-5签证的条件是外国投资者必须在美国特定项目中至少投资50万美元，并且投资者必须证明该笔资金是其合法所有。本案中，原告签署赠与合同的目的就是希望被告获得59万美元的合法所有权，以便其符合美国政府所规定的条件，从而能够获得EB-5签证。如果允许原告事后援引中国合同法撤销赠与合同，则会产生一种“鼓励当事人欺骗美国政府”的效果。如果法院允许当事人撤销合同，就等于是参与了这种欺骗行为。故此，上诉法院维持了原审裁决，驳回了原告的诉讼请求。

三 其他国家

（一）澳大利亚

1. 《国际民法法令》的新进展

澳大利亚国会于2016年底通过了一项报告，建议澳大利亚加入2005年海牙《选择法院协议公约》。^① 根据该报告的建议，澳大利亚将颁布一项《国际民法法令》（International Civil Law Act），将海牙《选择法院协议公约》转化为澳大利亚国内法。同时被该法令转化为国内法的还将包括2015年通过的海牙《国际商事合同法律选择原则》。按照立法计划，该法令本来应于2017年冬季出台。^② 然而，就在2017年，澳大利亚国会爆发了一场有关议员资格的危机，^③ 并引发了一场各党派之间的政治大战，使得国会没有精力处理任何立法事项。

2. 维多利亚省最高法院承认中国金钱判决

2017年12月19日，澳大利亚维多利亚省最高法院墨尔本普通法庭作出一项裁决，^④ 依照普

^① Parliament of Australia, Joint Standing Committee on Treaties, Report 166 - Australia's Accession to the Convention on Choice of Court Agreements.

^② Department of Prime Minister and Cabinet, Legislation Proposed for Introduction in the 2017 Winter Sittings (2017) 2; <https://www.pmc.gov.au/sites/default/files/publications/2017-winter-public-list.doc> (last visited September 5, 2018).

^③ *Re Canavan* [2017] HCA 45

^④ *Liu v. Ma* [2017] VSC 810.

通法承认并执行了中国江苏省南通市崇川区人民法院于2017年4月6日作出的一项金钱判决。由于中国法院不属于1992年《外国判决条例》中所列举的法院，因此中国法院判决只能根据普通法进行承认执行。由于被申请人没有出庭，本案属缺席裁决。

该案所涉原审案件是一起借贷合同，法院判决被告马某向原告刘某支付人民币390多万元，马某的妻子是共同被告。原审判决是缺席判决。

维多利亚最高法院认定中国法院的判决也应得到执行，理由如下：（1）中国法院判决是终局判决和确定性判决，当事人特定，判决的金额固定。（2）外国法院必须根据澳大利亚冲突法享有管辖权，其判决才能被澳大利亚承认和执行。根据权威观点，如果被告拥有判决作出国的有效国籍，则该国法院的判决可以被澳大利亚法院执行。本案当事人均出生于中国并拥有中国护照，而中国法律也不承认双重国籍，因此可以证明当事人拥有有效的中国国籍。因此，中国法院拥有对该案的国际管辖权。

3. 对推特公司的全球禁令

加拿大最高法院于2017年6月28日作出一项裁决，支持下级法院发布的一项中间禁令，要求谷歌公司在全球范围内关闭侵权公司在其搜索引擎上的搜索结果。^① 该项裁决引发了广泛争议，人们关注的是，加拿大最高法院的此项裁决是否过度行使了管辖权。

无独有偶，2017年9月28日，澳大利亚新南威尔士最高法院也针对推特（Twitter）公司发布了一项类似的全球禁令。^② 该案原告是一家匿名合伙企业，其金融信息被网上钓鱼软件窃取并被窃取人通过推特在网上泄漏。原告要求推特公司披露有关该泄密人的信息以便起诉该人。但推特公司拒绝了该请求，认为违反了该公司的隐私政策。无奈之下，原告向法院提起了诉讼，要求法院发布命令，强迫推特公司披露该泄密人的相关信息。

两家被告分别是推特公司和推特国际公司。前者注册于美国特拉华州，主营业地位于美国加州，负责美国国内业务。后者注册于爱尔兰，主营业地位于都柏林，负责美国以外的全球业务。推特公司的隐私政策也明确规定，如果用户居住在美国境外，则其数据管理由爱尔兰公司负责。新南威尔士法院受理案件后，两被告均拒绝出庭。法院需要判断的问题是，法院是否有权对位于澳大利亚境外的不出庭被告发布强制令。在普通法上，如果被告不出庭，那么法院就只能根据被告与法院地之间的地域联系来行使管辖权。彭布洛克（Pembroke）大法官认为：“强制令的目的是要强迫或限制被告在世界上任何地方实施特定行为。这当然也包括澳大利亚。”^③ 这也就意味着，推特公司在澳大利亚也有营业活动，因此也就应当服从澳大利亚法院的管辖权。此外，根据2016年新颁布的《统一民事程序规则》第11部分和表格6，如果诉讼请求与法院地有法定的联系，则可以对被告进行域外送达。最终，彭布洛克大法官同意了原告的申请，要求推特公司对匿名泄密人的泄密行为加以限制并删除其发布的有侵权内容的资料。

对于新南威尔士最高法院的裁决，有学者提出了批判，认为它行使了一种过度管辖权。如果每个国家的法院都如此行事，则意味着每个国家的法院都可以对任何一家互联网公司的任何行为行使管辖权。^④

^① *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34.

^② *X v Twitter Inc* [2017] NSWSC 1300.

^③ *X v Twitter Inc* [2017] NSWSC 1300, para. 20.

^④ Michael Douglas, “Extraterritorial Injunctions Affecting the Internet”, (2018) 12 *Journal of Equity* 34, p. 36.

（二）新西兰2017年侵权国际私法

2017年11月29日，新西兰议会三读通过了《2017年国际私法（侵权法律选择）法》（以下简称《侵权法律选择法》），该法于2017年12月20日起生效。^① 该法共分两个部分，11条。第二部分为该法的实体条款。

1. 一般原则

第7条规定了四项一般原则。第一款规定，对侵权案件的识别由新西兰法院负责；第二款规定，侵权准据法同时也适用于一项可诉的侵权行为是否发生；第三款规定，所适用的准据法不包括其中的法律选择条款；第四款规定，该法不仅适用于发生于新西兰境内的行为，也适用于发生在其他任何国家的行为。

2. 一般规则

第8条规定了选择准据法的一般规则。其中，最基本的规则是适用导致侵权的行为发生地法律。如果行为发生地位于不同国家，则适用以下规则：（1）人身损害侵权，适用受害人遭受损害时所在地法律；（2）财产损害侵权，适用损害发生时财产所在地法律；（3）其他侵权，适用侵权行为最主要因素发生地法律。

3. 例外规则

第9条规定了一般规则的例外情形。法院通过对有关因素的考虑，如果认为适用其他国家的法律更为合适，则可以不适用第8条所规定的法律。

4. 废除双重可诉规则

第10条规定，普通法中的双重可诉规则被废除。

5. 其他规定

第11条规定了一些保留条款，包括公共秩序保留、公法保留等。该条还规定，程序问题不受该法影响，继续适用新西兰法律。另外，该法也不排除当事人通过协议选择准据法。

（三）加拿大

1. 一般管辖权与真实联系原则：费尔南德斯诉沃尔玛案

2017年10月3日，加拿大曼尼托巴省上诉法院作出一项裁决，肯定了曼尼托巴法院对沃尔玛公司的管辖权。^② 该案原告费尔南德斯（Fernandes）是沃尔玛公司在安大略省一家超市的短期雇工，其被聘用时住所位于安大略省，雇佣合同签署地和工作地都位于安大略省，其工作与曼尼托巴省也没有任何直接关联。费尔南德斯后来被沃尔玛公司辞退，之后他移居到曼尼托巴省并在当地法院针对沃尔玛公司提起一项超过5000万美元的赔偿请求。沃尔玛公司在曼尼托巴省有十多家超市。费尔南德斯将其诉状送达给沃尔玛公司位于曼尼托巴省的一位经理手中。沃尔玛公司提交了一项书面意见，认为曼尼托巴省法院没有管辖权。

初审法院援引了加拿大最高法院2012年的范布雷达案，^③ 采用了该案所提出的“真实联系

^① Private International Law (Choice of Law in Tort) Act 2017, No. 44.

^② *Fernandes v Wal-Mart Canada Corp.*, 2017 MBCA 96.

^③ *Club Resorts Ltd v Van Breda*, 2012 SCC 17.

原则” (real and substantial connection), 认为本案中沃尔玛公司与曼尼托巴省唯一的联系是它在曼尼托巴省有营业点, 但是该营业点与本案的案情没有任何关联。仅仅以沃尔玛公司在曼尼托巴省有营业点为由而对其行使管辖权是不恰当的, 因此法院驳回了原告的诉讼请求。

二审中, 原告援引了加拿大最高法院 2015 年在雪佛龙公司案中对管辖权问题的裁决。^① 该案中, 加拿大最高法院认为, 真实联系原则不能取代传统的普通法上的管辖权依据。按照普通法, 只要被告在法院出现, 法院就对其享有管辖权, 即所谓的“出庭管辖权” (presence-based jurisdiction)。就本案而言, 援引依据雪佛龙案认为, 被告沃尔玛公司在曼尼托巴省有营业点, 原告也将诉状合法送达了该营业点的经理人, 因此法院可以对其行使管辖权。

被告则认为, 对于一般管辖权 (jurisdiction simpliciter), 唯一的依据就是范布雷达案所确立的真实联系原则, 该原则可以取代普通法的传统管辖依据。传统的确立管辖权的连结点, 比如住所或营业地, 如果与案件事实没有真实联系, 就应当被推翻。本案被告在曼尼托巴省的营业地与原告的诉讼请求没有任何关联, 因此曼尼托巴省法院不应当行使管辖权。

二审法院重点审查了雪佛龙案中法院对管辖权的结论。雪佛龙案是一起承认和执行外国法院判决的案件, 申请人申请安大略省法院承认和执行厄瓜多尔法院针对雪佛龙公司作出的一项判决, 被申请人是雪佛龙公司位于安大略省的加拿大全资子公司。加拿大最高法院判决认为, 承认和执行外国法院判决的一项前提条件是该外国法院对判决所涉案件有管辖权, 而判断管辖权的依据是: 该法院与争议有真实联系, 或者符合传统的管辖权标准。因此, 范布雷达案所提出的真实联系原则并未废除传统的管辖权依据。

二审法院最终认为, 一审法官以真实联系为由认为法院无管辖权的裁定是错误的, 他没有考虑到传统的管辖权依据。本案原告合法地将诉状送达给了被告在曼尼托巴省的营业地经理, 已经符合了传统的出庭管辖权标准。因此原告所主张的法院有一般管辖权的观点是正确的。但是, 二审法院紧接着进行了不方便法院的分析, 认为尽管曼尼托巴省法院享有一般管辖权, 但是鉴于本案与曼尼托巴省没有真实联系, 该省法院行使管辖权不方便, 而安大略省法院是更适当的审判法院。

(四) 新加坡法院依照《选择法院协议公约》承认和执行英国判决

2015 年, 新加坡签署了海牙国际私法会议 2005 年通过的《选择法院协议公约》, 并于 2016 年 5 月 14 日颁布了《选择法院协议法》, 将公约内容纳入新加坡国内法。^② 2018 年 6 月 2 日, 新加坡正式批准了公约。2016 年 10 月 1 日, 随着《选择法院协议法》的生效, 公约也对新加坡生效。

2018 年 6 月 19 日, 新加坡高等法院首次适用《选择法院协议法》承认和执行了英国法院的一项商事判决。这是新加坡 2016 年 10 月 1 日起正式加入该公约以来的首个案例。^③ 该案申请人 E 是一家英国公司, 它向新加坡高等法院申请承认和执行由英格兰和威尔士高等法院王座法庭作出的一项简易判决 (summary judgment), 该判决要求被申请人新加坡 S 公司支付相关款项。高等

^① *Chevron Corp v Yaiguaje*, 2015 SCC 42.

^② Choice of Court Agreements Act (Cap 39A, 2017 Rev Ed).

^③ *Ermgassen & Co Ltd v Sixcap Financials Pte Ltd*, [2018] SGHCR 8.

法院根据《选择法院协议法》的规定对申请人的请求进行了审查。法院认为：第一，新加坡和英国都是《选择法院协议公约》的缔约国；第二，被请求执行的判决是一项“国际案件”的判决；第三，该判决的作出依据的是当事人之间的一项“排他性选择法院协议”；第四，该协议约定的是“民商事事项”；第五，被请求执行的不是临时保护措施。法院还指出，该选择法院协议的缔结时间是在公约对英国生效之后，属于公约适用范围。法院最后还审查了一些形式方面的要件，比如申请人的申请是否符合格式要求等。最终，法院认为，申请人的申请符合《选择法院协议法》所规定的全部要求，应予准许。

（五）新加坡国际商事法院与不方便法院原则

新加坡于2015年设立的新加坡国际商事法院专门受理国际商事纠纷，包括：（1）当事人以书面形式约定将其纠纷提交国际商事法院审理的，且当事人营业地位于不同国家；（2）当事人营业地均不位于新加坡境内；（3）当事人之间的商事关系的主体部分是在任一当事人有营业地的境外国家境内履行；（4）与纠纷有密切联系的地点位于境外，且任一方当事人在该地有营业地；（5）当事人一致明示同意纠纷与多个或一个外国有关联。此外，新加坡高等法院还可以自行决定将某一案件提交国际商事法院审理。由此可见，新加坡国际商事法院管辖的案件大多与新加坡没有实际联系。实践中，如果当事人依据普通法中的“不方便法院原则”对新加坡国际商事法院的管辖权提出抗辩，法院该如何处理？2017年，新加坡上诉法院审理的拉波（Rappo）案首次对该问题作出了明确解答。^①

该案原告是俄罗斯大亨雷波洛夫列夫（Rybolovlev）家族信托控制下的几家公司，雷波洛夫列夫夫人以前居住在瑞士，2011年后居住于摩洛哥，其名下的信托注册于塞浦路斯，而该信托所控制下的公司（原告）则注册于维京群岛。被告之一拉波此前是雷波洛夫列夫的朋友，居住于摩洛哥，拥有瑞士和保加利亚双重国籍。其他被告是著名的国际艺术品交易商布维尔（Bouvier）控制下的公司。布维尔是瑞士人，经常居住于新加坡。

经拉波介绍，原告委托布维尔为其购买艺术品。从2003年到2014年，双方合作良好，经被告之手，原告购入38件大师级艺术品，包括毕加索、梵高、达芬奇等人的作品。2014年，双方关系破裂。原告向摩洛哥检察机关控告布维尔倒买倒卖非法牟利并且从事欺诈和洗钱活动。拉波和布维尔随后被摩洛哥警方逮捕并被提起刑事诉讼。原告还在摩洛哥对被告提起刑事附带民事诉讼。与此同时，原告又向新加坡高等法院对被告提起民事诉讼。被告则向新加坡高等法院申请中止诉讼程序，理由是摩洛哥法院正在审理他们之间的诉讼，因此存在平行诉讼。被告还主张，对于本案，瑞士法院和摩洛哥法院相对于新加坡法院而言都是更方便的法院。新加坡高等法院驳回了被告的申请，认为原告已经中止了在摩洛哥的诉讼，因此本案不存在平行诉讼。此外，高等法院还督促当事人同意将本案移交给新加坡国际商事法院审理。被告向新加坡上诉法院提起上诉。

传统上，新加坡法院判断不方便法院的依据是1987年斯皮里阿达案（Spoliada）所确立的“斯波里阿达规则”。^② 根据该规则，法院需要考虑两项指标：第一，是否存在另一个更适当的法

^① *Rappo v Accent Delight International Ltd and another and another appeal* [2017] SGCA 27.

^② *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987] AC 460.

院来审理案件；第二，新加坡法院中止审理是否违背正义的要求。上诉人认为，高等法院在分析上述两项指标时，错误地把本案是否能够移交给国际商事法院审理作为考量的因素。

上诉法院审理后认为，法院在判断新加坡法院是否不方便法院时，可以把新加坡国际商事法院的存在作为一个考量因素，但是不能作为唯一的判断标准。上诉法院尤其指出，尽管有新加坡国际商事法院的存在，但是这并不意味着可以毫无原则地把所有跨境商事案件都争夺到新加坡法院来审理，从而拒绝颁发中止令。上诉法院强调，如果当事人认为将案件移交给新加坡国际商事法院审理更有利于新加坡法院行使管辖权，则必须提出充分的证据加以证明。原告必须证明新加坡国际商事法院具有特别的优势使其更适合审理该争议。

上诉法院指出，新加坡国际商事法院的存在并不影响法院在判断不方便法院时继续考虑斯波里阿达案中确立的各项标准，比如案件与当事人之间的人身联系、案件与事实和行为之间的联系、准据法等。新加坡国际商事法院的存在是法院考量的一个因素，但并不能超越其他因素。因此，新加坡国际商事法院的诞生也不会彻底改变普通法上的管辖权制度。

另外需要注意的是，本案并不存在双方当事人协议选择新加坡国际商事法院管辖的情况。如果存在当事人之间的排他性管辖权协议，则新加坡国际商事法院可以直接行使管辖权而不需要考虑不方便法院因素。

（六）日本最高法院推翻适用《国际儿童拐带公约》的判决

2017年12月21日，日本最高法院作出一项裁决，推翻了大阪高等法院根据《国际儿童诱拐民事方面的公约》（以下简称《国际儿童拐带公约》）作出的判决。^①

该案原告美国人库克（Cook）与被告日本人A在美国相识结婚，并生下四个子女。2014年，双方婚姻触礁，库克同意A将子女带回日本过暑假，双方签署了经公证的协议书，其中A同意将子女带回美国。但直到该年底，A也没有返回美国。2015年8月，库克向大阪法院起诉，要求其妻子将子女带回美国。

2014年4月，日本加入了海牙《国际儿童拐带公约》，日本也颁布了实施该公约的国内立法。但是，日本民法中采用单独监护权制度，即夫妻离婚后只有一方（通常是女方）享有子女监护权，另一方只享有每月两小时的探视权。尽管国际上一直要求日本修改单独监护权制度，但日本国内存在强大的反对声音，导致日本政府在该问题上一直踟蹰不前。另外，日本国内法对实施海牙《国际儿童拐带公约》也没有规定强制执行措施，即使法院作出了将子女返还到其惯常居住地的判决，当事人也不会自愿履行。

就本案而言，大阪高等法院于2016年1月作出了终审判决，要求A将四个子女送还美国。但是到2016年2月，情况出现了变化。库克在美国陷入破产，其房产被拍卖，只能寄居于朋友家里。A于是向法院提起上诉，认为库克的情况不利于子女的利益，并且其长子也不愿意回到美国，要求法院改变判决结果，将子女留在母亲身边。日本实施海牙《国际儿童拐带公约》的国内法规定，如果情况发生变化从而导致继续执行原判决不再合理，则可以改变该判决。大阪高等法院迅速支持了A的请求。库克向日本最高法院上诉，被驳回。

^① 平成29年（許）第9号，平成29年12月21日。

四 海牙国际私法会议

（一）海牙国际私法会议125周年

2018年9月12日是海牙国际私法会议成立125周年庆典日。截至该日，海牙国际私法会议已有83个会员方（82个会员国和欧盟）。

2017年7月至2018年6月，又有多个国家加入了会议所通过的系列公约：突尼斯于2017年7月10日加入1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》；拉脱维亚于2017年12月6日加入2000年《成年人国际保护公约》；洪都拉斯于2017年10月16日加入1996年《关于父母责任和儿童保护措施方面的管辖权、准据法、承认、执行及合作的公约》，成为其第48个缔约国；葡萄牙于2018年3月14日批准了2000年的《成年人国际保护公约》；塞浦路斯于2018年7月4日批准《成年人国际保护公约》；白俄罗斯于2018年2月16日加入2007年《国际追索儿童抚养费和其它形式家庭扶养公约》；2018年4月18日，黑山共和国加入海牙《选择法院协议公约》；2018年5月30日，丹麦加入海牙《选择法院协议公约》，但根据公约第21条作出了保留声明，规定公约不适用于某些特殊的保险合同。2018年7月19日，圭亚那共和国加入1961年《取消对外国公文认证要求公约》，成为其第116个缔约国。

（二）判决项目的新进展

2017年11月13—17日，判决项目特别委员会举行了第三次会议，出台了一项公约草案。2018年3月，理事会大会对委员会的工作表示了肯定。2018年5月24—29日，特委会第四次会议在海牙举行并出台了公约最终草案，圆满完成了理事会委托的任务。根据理事会的授权，常设局将于2019年组织召开成员国外交大会对公约草案进行表决投票。

第四次特委会通过的2018公约草案共4章，28条。^①第1章规定了公约的适用范围，根据第1条，公约适用于一个缔约国法院所作出的民商事判决在另一缔约国境内的承认与执行，并且不适用于税收、海关或行政方面的判决。根据公约草案第2条，公约不适用于自然人身份和能力、扶养义务、其他家庭事务、遗嘱和继承、破产、清算和金融机构的重整（resolution）、旅客和货物运输、海洋污染、海事责任限制、共同海损和海难救助等、核事故责任、法人或其他组织的有效、无效或解散及其机关决议的有效性、公共登记的有效性、诽谤等事项。草案第2条还列举了其他几项有可能被排除在公约范围之外的备选事项供外交大会讨论：隐私权、知识产权、军事行动、执法行动、反托拉斯和竞争事项等。另外，公约也不适用于仲裁。

知识产权问题是争议最大的问题之一。在2016年初步草案中，知识产权并未被排除在公约范围之外。2017年2月的草案开始把知识产权（版权和相邻权及注册和未注册商标除外）作为排除事项的备选项。2017年11月第三次特委会召开之前，美国政府改变了态度，要求把知识产

^① 2018 DRAFT CONVENTION, <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0f8e0d0dd.pdf> (last visited September 6, 2018).

权全部排除在公约范围之外。2017年11月第三次特委会对此进行了激烈讨论仍未达成一致。最后通过的草案第2条第(m)项把全部知识产权和类似事项列为排除事项的备选项。2018年5月草案继续保持这一做法。2018年5月特委会第四次会议的解释报告指出,^① 知识产权被排除于公约适用范围之后,有关知识产权的合同仍然可以适用公约,比如知识产权许可协议、分配协议、合资协议以及开发协议等。有争议的是“知识产权和类似事项”概念和范围。一些国家所承认的知识产权在另一些国家并不被认为是知识产权,比如生物资源、传统知识和传统文化表现形式等。不过,如果知识产权问题作为案件的先决问题被提出,则有关该知识产权的外国判决不属于公约的排除范围。

另一个有争议的事项是隐私权(privacy)。在2016年的初步草案中,将诽谤问题(defamation)排除在公约适用范围之外。这主要是因为一些国家认为诽谤问题涉及宪法上的言论自由,不完全属于民商事范畴。2017年2月草案则把隐私权与诽谤并列为第2条(k)项,作为备选排除事项。2017年11月草案第2条(k)项保留了诽谤,但把隐私权单列为(1)项,作为备选排除项,并且把“非法披露与个人生活有关的信息”列为并列项。2018年5月草案第2条第(1)项删除了该并列项,但增加了“当事人之间因违约而提起的诉讼除外”这一例外情形。这一条款涉及到当今世界广为关注的的数据保护问题,由于这方面的技术发展非常迅猛,而且各国的发展水平很不均匀,因而引发了极大的分歧,尚有待于各缔约国进一步讨论。^②

(三)《收养公约》25周年

2018年是《1993年海牙跨国收养方面保护儿童和保护的公约》(以下简称《收养公约》)出台25周年,海牙国际私法会议特意出版了一本《跨国收养儿童保护25周年》宣传手册。^③ 该手册对公约的制订背景、主要内容以及25年来在缔约国的实施情况进行了详细介绍。此外,贝宁共和国于2018年6月28日加入该公约,使公约缔约国达到99个。

与此同时,海牙国际私法会议还出台了一份《关于〈1993年海牙跨国收养方面保护儿童和保护的公约〉中的惯常居所和公约范围的说明》(以下简称《说明》)。^④

在《收养公约》中,惯常居所(habitual residence)是一个核心概念。根据公约第1条,公约适用于惯常居住在一缔约国(原住国)的儿童在该国被惯常居住在另一缔约国(收养国)的夫妻或个人收养以后,或者为在原住国或收养国进行此收养的目的,已经、正在或将要被移送到收养国的案件。因此,确定收养人和被收养人的惯常居所对于正确适用公约至关重要。海牙国际私法会议已通过的所有公约中都没有对惯常居所给出明确定义。实践中,各缔约国完全根据个案情形来确定当事人的惯常居所,这导致对惯常居所概念存在不同的解释,从而给公约的统一适用带来困扰。

^① Judgments Convention; Revised Preliminary Explanatory Report.

^② Note on the possible exclusion of privacy matters from the Convention as reflected in Article 2 (1) (k) of the February 2017 draft Convention, Prel. Doc. No 8 of November 2017.

^③ <https://assets.hcch.net/docs/ccbf557d-d5d2-436d-88d6-90cddb78262.pdf> (last visited November 5, 2018).

^④ Note on Habitual Residence and Scope of the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, available at: <https://assets.hcch.net/docs/12255707-4d23-4f90-a819-5e759d0d7245.pdf> (last visited November 5, 2018).

为了解决上述问题,《说明》第一部分专门对惯常居所的概念进行了解释。《说明》首先指出,惯常居所是一个“事实问题”(question of fact)而非法律问题,其含义应由缔约国司法机关或行政机关根据个案来确定。一般认为,惯常居所是一个人的家庭和职业生活中心所在地。在确定惯常居所时,要考虑不同的因素。《说明》在第四部分所附录的表格中列举了需要考虑的一些因素并给出了具体的适用指南。

实践中应以何时的惯常居所为准呢?《说明》认为,对于儿童而言,应以缔约国中央机关履行第16条义务的时间为准;对于收养人而言,应以收养人提出收养申请时为准。

《说明》的第三部分专门对公约的适用范围作了进一步解释,以防止缔约国错误适用公约。《说明》指出,最重要的事情是确保缔约国正确理解公约的适用范围,缔约国在制订国内法实施公约时,应当使国内法与公约第2条所规定的范围保持一致,尤其是应当把惯常居所作为立法中唯一的连结点。《说明》还要求缔约国抓紧对中央机关职员的培训,让他们正确理解惯常居所的概念,避免与国籍或居所相混淆。另外还要防止当事人故意规避公约第2条,比如当事人故意移居到某一缔约国或者把儿童从一国转移到另一国,从而将跨国收养转变成某一国的国内收养。《说明》要求缔约国中央机关认真审查收养人或被收养人在该国境内的居住情况。《说明》再次强调,各缔约国应当尽量对惯常居所采用一致的认定标准。但是在认定时,不能仅仅考虑某一个单一的因素,而应当对不同因素综合考量,并根据具体案情对不同因素的权重予以区别对待。《说明》列举了以下几个可供考量的因素:(1)当事人在该国生活的时间长短;(2)当事人在该国居留的条件(比如是否有合法移民身份或者工作许可等);(3)移居到该国或在该国生活的原因;(4)当事人在该国生活的目的(包括他们希望在该国继续生活多长时间等);(5)当事人工作的地点或者他们主要职业活动中心所在地;(6)他们与该国之间的联系,包括亲属、社会、文化和经济联系等(比如家庭和社会关系、子女就读地点、语言知识等);(7)当事人与所在国的其他联系(比如商业利益、动产和不动产所有权、税务联系、社会保险、银行账户等);(8)当事人与其他国家的联系。

(四) 与儿童有关的家事协议跨境承认与执行项目

关于与儿童有关的家事协议跨境承认与执行项目专家组在2017年举行的第三次会议上讨论了起草一项《海牙公约项下家事协议实务指南》的必要性。2017年10月,“关于1980年海牙儿童拐带公约和1996年海牙儿童保护公约实务操作的特别委员会”第七次会议上通过了一项《海牙公约项下家事协议实务指南》。^①该指南的目的是帮助当事人起草一份有法律约束力并且能够在多个国家得到执行的家事协议。指南的基础仍然是海牙1980年《国际儿童拐带公约》、1996年《关于父母责任和儿童保护措施方面的管辖权、准据法、承认、执行及合作的公约》和2007年《国际追索儿童抚养费和其它形式家庭扶养公约》。

指南设计了三种示范协议:(1)儿童安置协议(父母一方合法地将未成年子女从一国安置到另一国的协议);(2)送还协议(针对《国际儿童拐带公约》);(3)不送还协议(针对《国际儿童拐带公约》)。每一项示范协议都附有一份流程图,对相关海牙公约的机制进行了简要说

^① Practical Guide to Family Agreements under the Hague Conventions, <https://assets.hcch.net/docs/6255b7c8-84fe-4a6a-ab81-cf7be153fa61.pdf> (last visited November 6, 2018).

明。指南附录包含一项解释说明,告诉当事人如何借助相关海牙儿童公约的规定在国外申请承认和执行一项与儿童有关的家事协议。

2018年3月举行的理事会大会上,理事会支持专家组于2018年举行第四次会议以完成指南的起草工作。最终草案将提交2019年理事会大会审议。2018年6月28—29日,专家组第四次会议完成了指南的起草工作,并将草案散发给各缔约国征求意见以便在2019年大会上得到批准。专家组建议常设局继续支持其工作以便探讨制定一项有约束力的公约的可行性。

(五) 跨国代孕项目新进展

2018年2月6—9日,父母身份/代孕项目专家组第三次会议在海牙举行,^①主要讨论了以下事项:

1. 外国有关父母身份的司法裁决的承认问题

制定一项国际法律文件的可行性。专家组认为,未来的国际法律文件应实现以下目标:(1)在国际情形下为所有人提供可预见性的、明确的和持续的父母身份;(2)解决各国之间有关法定父母身份问题的法律冲突;(3)在确定法定父母身份时,考虑到所有相关人员的基本权利,尤其是要首先考虑到儿童的最佳利益。专家组认为,未来的法律文件不应仅针对未成年人。

就非缔约国判决的承认问题,专家组存在分歧,并同意将其留待以后再讨论。专家组同意,未来的法律文件仅限于承认一国主管机关作出的有关一个人的法定父母身份的裁决。以下事项应当被排除在外:子女的姓名、扶养义务、父母对子女的人身和财产所担负的责任、信托或继承、国籍以及现行公约已规定的事项。

专家组同意在承认外国有关父母身份的裁决时要判断间接管辖权。管辖权的连结因素主要是惯常居所,而不应是国籍。对于一些代表提出的“真实和重要联系”这一连结点,其他代表提出了不同看法。一些代表认为,列举一些宽泛的间接管辖权依据有可能增加挑选法院的风险并可能导致跛脚法律关系。一些代表也提出,是否可以规定直接管辖权来取代间接管辖权。但多数代表同意,现阶段仍然应考虑间接管辖权问题。对于拒绝承认的理由,专家组只讨论了三项:公共政策、程序公正和平行诉讼。

专家组还讨论了缔约国的合作机制。对于是否应当建立中央机关系统,专家组存在争议,主要的担心是这种机制的成本和官僚化。

2. 关于父母身份的公文书

实践中,父母身份往往记载在出生证明和其他公文书里面,但很多国家对这些公文书(尤其是出生证明)都只当作证据对待。当事人如果只提交了这些公文书(比如出生证明)而没有提交司法裁决,是否可以承认其法律效力?专家组提出了三种解决方案:统一冲突规范;外国出生证明作为证据;通过法律操作方式予以承认。

^① 海牙国际私法会议官方主页上有专门的父母身份/代孕栏目,发布父母身份/代孕事项的会议、进展, <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, 最后访问时间:2018年12月7日。

五 联合国国际贸易法委员会

（一）《关于调解所产生的国际和解协议公约》

联合国国际贸易法委员会于2018年6月25日至7月13日在纽约举行了第51届会议，60个成员国全部派代表出席了会议，20个非成员国、多个国际组织和非政府组织应邀出席了会议。会议最后审定并通过了《关于调解所产生的国际和解协议公约草案》。大会还一致同意将该公约简称《新加坡调解公约》。

新通过的《新加坡调解公约》共16条，主要规定了调解所产生国际商事和解协议的跨国承认与执行。其中第3条规定了一般原则，即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。第5条规定了拒绝执行和解协议的理由，包括（1）和解协议一方当事人处于某种无行为能力状况；（2）和解协议根据相关准据法无效、失效或无法履行，或者和解协议不具有约束力或不具有终局性，或者和解协议后来被修改；（3）和解协议中的义务已经履行或不清楚或无法理解；（4）执行和解协议有悖于和解协议条款；（5）调解员违反调解准则；（6）调解员未向各方当事人披露可能对调解员公正性或者独立性产生正当怀疑的情形。此外，被请求执行国主管机关如果认为执行和解协议将违反其公共政策或者根据该公约当事方的法律争议事项无法以调解方式解决的，也可拒绝执行。

（二）《国际商事调解示范法》的修正

2002年《国际商事调解示范法》以及1980年12月4日大会第35/52号决议所建议使用的《联合国国际贸易法委员会调解规则》（1980年）大大促进了各国通过调解公平和高效解决国际商事争议的统一法律框架。委员会决定并行拟订一部关于调解所产生国际和解协议的公约草案和《国际商事调解示范法》修正本，其目的是顾及不同法域在调解方面的经验参差不齐并为各国提供关于跨境执行调解所产生国际和解协议的一致标准，同时不对有关国家将通过其中一项文书确立任何预期。

委员会核准了《国际商事调解示范法》修正草案的标题及其分三节的结构和编排方式。委员会商定，将第2节标题中“调解”一词改为“国际商事调解”，还核准文书草案全文将术语“conciliation”（“调解”）改为“mediation”（“调解”），最终一致同意将原示范法修改为《国际商事调解和调解所产生国际和解协议示范法》。鉴于统一争议解决程序法律的可取性以及国际商事调解惯例的具体需要，委员会建议所有国家在颁布或修订本国法律时对《国际商事调解和调解所产生国际和解协议示范法》给予积极的考虑。

新修订的《国际商事调解和调解所产生国际和解协议示范法》包括三节，共20条。第一节为适用范围，第二节为国际商事调解，第三节为国际和解协议。其中第二节的内容与之前的《国际商事调解示范法》的内容基本一致，第三节的内容和前述《新加坡调解公约》的内容基本一致。

六 亚洲商法学会《承认与执行外国判决国别报告》

2018年1月8日，亚洲商法学会（Asian Business Law Institute，简称ABLI，或译亚洲商业法

律研究所)^① 发布了标题为《在亚洲承认与执行外国判决》的国别报告。该报告涉及东南亚国家联盟（东盟）10 个成员国和亚洲的其他 5 个经济体，即中国、印度、日本、韩国和澳大利亚，并提供了上述国家承认与执行外国判决的规则及相应要求。这是东盟所有成员国及其主要贸易伙伴之间第一次发布此类报告，无论对学术界还是实务界均有重要参考作用。

2016 年 8 月，该项目由 ABLI 理事会批准，目的是确定在东盟及其主要贸易伙伴之间协调承认与执行外国判决规则的最佳方式。该项目的背景是，亚洲尤其是东盟及其主要贸易伙伴之间贸易自由化程度较高，但是该地区多元化的法律环境可能引起许多不确定性，并因此增加跨境争议解决的成本。亚洲国家分别属于普通法系、大陆法系和混合法系，不同的规则不仅使得诉讼当事人因不同法律之间重大和细微的差异而感到困惑，同时原告可能发现来之不易的胜诉判决无法在外国得到承认与执行。比如，印尼和泰国不承认与执行外国判决，尽管存在对其有利的外国判决，尽管该外国判决可能在当地诉讼中作为证据提出而在上述 2 个国家具有效力，但是诉讼当事人需要以相同的诉因再次起诉。一些其他国家仅在原审国（作出判决的法院所属的国家）和被请求国（被请求对判决予以承认与执行的国家）具有条约关系时，才承认与执行外国判决。大陆法系的此种互惠要求可以认为是在普通法系和大陆法系之间统一此一领域法律制度的最大障碍之一。

该项目包括两个阶段：第一阶段是确认每一国家现有的承认与执行外国判决的规则，并撰写国别报告，重点关注主要原则，因此内容简明短小，此一阶段已经完成。第二阶段将根据第一阶段的国别报告，考察是否存在足够的共同区域以推动该法律领域趋于一致，以及如何趋于一致。对于 ABLI 将如何推动承认与执行外国判决领域的法律趋于一致，我们拭目以待。

七 总结

通过对过去一年世界主要国家和地区以及国际组织有关国际私法的发展现状的分析，我们可以看出，尽管美国特朗普政府在世界各地掀起一股保守主义风浪，但是这似乎并未影响到国际私法的继续发展。欧盟的国际私法统一化进程尽管受到英国脱欧的影响，但是仍然在继续推进之中。以海牙国际私法会议和联合国国际贸易法委员会为代表的国际组织仍然在不遗余力地推动国际私法的统一化工作，出台了多项公约草案和示范法。尤其是以中国为代表的发展中国家，仍然在为国际贸易的多边化和自由化构建新的法律保障机制。

不过，在贸易保护主义的大背景之下，当今国际私法的发展也出现了一些新趋势，这就是主权国家在跨国民商事纠纷解决中的回归现象。这种主权国家的回归表现在以下几个方面：第一，国家越来越重视本土化的国际商事纠纷解决机构建设。我们看到，越来越多的国家和地区建立了专门的国际商事法院和法庭，用于审理涉外商事纠纷。这种法院或法庭与传统的国际法院或法庭不同，它们隶属于主权国家。同时，它们也不同于传统的国内法院。传统的国内法院只审理与本国有关的涉外商事案件，而这些国际商事法院或法庭可以审理与本国无关联的纯国际案件。第二，主权国家越来越重视本国涉外法治建设，积极参与国际法律竞争。正如本文作者在前几次综述中所言，越来越多的国家开始致力于建设更有利于吸引外国投资的法治环境，积极改革和完善

^① <https://abli.asia>, 最后访问时间: 2018 年 12 月 31 日。

本国商事法律，包括纠纷解决方面的法律制度。世界上主要国家近年来都修订了或正在积极修订本国的仲裁法和国际私法等涉外法律，积极参加海牙国际私法会议通过的国际公约。以美国为例，尽管特朗普政府在国际上越来越采取保守主义和孤立主义政策，但是美国国内法学界仍然在不遗余力地致力于跨国商事法律机制的改革。美国法学会正在紧锣密鼓地进行《冲突法重述》和《外交关系法重述》的修订工作。

综上所述，面对贸易保护主义思潮的挑战，我们仍然对国际私法的未来发展抱有积极乐观的信念。历史经验一再告诫我们，人类对交往和合作的向往与追求是人类本性的体现，这不是某些人能够彻底逆转的。即使是两次毁灭性的世界大战也没有中断全球化的总趋势。国际私法作为一门历久弥新的学科，一定能够在未来迎来更大的发展。

Frontiers of Private International Law around the World: An Annual Review (2017 – 2018)

Du Tao

Abstract: From July 2017 to June 2018, despite the influence of unilateralist policies from the Trump administration, private international law has made a new progress. The unification of EU private international law has slowed down in the context of the Brexit negotiations, but several new regulations have been revised. The EU Evidence Regulation and the EU Service Regulation are also seeking amendments. EU member states have also begun to compete in international commercial courts. The compilation of the Restatement (Third) of Conflict of Laws of the United States and the Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law of the United States by the American Law Institute has achieved initial results. The US Supreme Court denied the Ministry of Commerce of the People's Republic of China's interpretation of Chinese law in the Vitamin C case. The US Congress passed the CLOUD Act, which amended the law for accessing data outside the territorial reach. The Supreme Court also ruled that transnational corporations were not sued under the Alien Tort Statute. Both Chinese and American courts have new jurisprudence that mutually recognizes and enforces the other's commercial judgments. Australia's International Civil Law Act is about to be promulgated, and the Victorian Court of Australia has recognized and executed a Chinese monetary judgment for the first time. The New Zealand has enacted a new act of private international law of tort. Singapore first recognized and enforced English court decisions under the Hague Convention on Choice of Court Agreements. The Hague Conference on Private International Law completed the drafting of the judgment convention. The United Nations Commission on International Trade Law adopted the Singapore Convention on Mediation.

Keywords: Private International Law, Frontiers, Annual Report, Conflict Law

(责任编辑:李庆明)