

全球视角中的国际私法

〔荷〕汉斯·范鲁* 著 张美榕** 译 吴 用*** 校

摘 要：本文在2015年海牙国际法学院国际私法暑期班开幕式演讲稿的基础上写作而成。首先，本文系统介绍了国际私法的历史演进进程，其最初被视为自然法的一部分，进而经历了被“国内化”的阶段，而今天的国际私法在全球化影响下又一次接受了跨国的、全球性视角。其次，本文阐述了全球化对国际私法发展的影响以及海牙国际私法会议（中国自1987年成为其成员）在全球化中的作用。海牙国际私法会议近年来制定了《选择法院协议公约》和《国际商事合同法律选择原则》以及一系列海牙关于儿童诱拐、儿童收养和儿童扶养的多项公约，其在不断应对全球化在商业贸易、自然人、家庭领域所带来的挑战。再次，本文讨论了当前国际私法面临的全球挑战，包括讨论了复杂的跨国代孕协议问题与国际私法在暂时性移民事项、环境与气候变化方面的作用。本文最后得出结论认为，国际私法对国际公法的互补性作用日益凸显，其必然会在为人类与地球创造可持续发展的未来中发挥应有的作用。

关键词：国际私法 海牙国际私法会议 当事人意思自治 跨国行政与司法机构之间的直接合作 国际私法面临的全球挑战

一 民族国家不断变革背景下国际私法的发展

（一）国际私法的产生及其早期发展

1. 根据已有文字记载，国际私法的起源可以追溯至意大利文艺复兴时期。^① 当时，作为经济

* 海牙国际私法会议（HCCH）前秘书长（1996—2013年）。本文原题为“The Global Horizon of Private International Law, Inaugural Lecture (Private International Law Session, 2015)”，载《海牙国际法演讲集》（*Recueil des cours*）2016年第380卷，第25—108页。

** 中国社会科学院大学法学院副教授。

*** 中国社会科学院大学法学院教授。

① H. Batiffol & P. Lagarde, *Droit international privé*, Tome I, 7th ed., Paris, L. G. D. J., 1981, Nos. 15, 23, but cf. E. M. Meijers, “L’histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l’Europe occidentale”, *Recueil des cours*, Vol. 49, 1936, pp. 543 *et seq.* (p. 592). R. de Nova, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *Recueil des cours*, Vol. 118, 1966, pp. 435 *et seq.*; R. Graveson, “The Origins of the Conflict of Laws”, H. Bernstein, U. Drobnig, and H. Kötz (eds.), *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, Mohr, 1981, pp. 93 *et seq.*; F. K. Juenger, “A Historical Overview”, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2001, pp. 3 *et seq.*

文化及政治活动中心的自治性城市之间的商业与贸易迅速发展，罗马法仍然作为普遍适用的自然法。与此同时，北意大利城邦国家（city-states）——城邦国家出现几个世纪之后，民族国家（nation-state）诞生——发展了各自的法律制度，从而导致了城邦国家间法律冲突的产生。城邦国家的公民面临着新的、紧迫的问题。例如，继承适用博洛尼亚（Bologna）法律还是摩德纳（Modena）法律？基于霸权帝国统治的思想基础，罗马法对此并无答案。^① 万民法（ius gentium）中的一般法律原则，它混合了外国法和仅适用于罗马公民的市民法（ius civile）多种元素，用来适用于非罗马公民，但这并不是在罗马法和其他法律两者之间进行法律选择。

2. 当时的法则区别说学派创设了一种原则上允许法律选择的新方法。这个方法在本质上突破了每一区域法律只适用于固有空间的限制，并区分了属地法与属人法。其中，属地法仅适用于法院地疆域范围内，而属人法则因为自然人在城市之间迁移的缘故而适用于本城邦领域和另一城邦领域，据此，外邦人可以在非本城邦法院请求适用其本邦的属人法。^② 这样，法则区别说学派基于对不同法则的相互尊重而发展了一种多元（meta）体系，使法院有可能在各城邦实体民法存在相互冲突的情况下进行选择适用，尽管这有时会带来一些困难。或许可以认为，他们视这一新方法为罗马自然法进一步发展的表现。自然法是普遍适用的法，不区分国际和国内，事实上，也不区分国际公法与国际私法。

3. 随后几世纪，原有的法律整体观有所改变。主权国家（sovereign territorial state）意识产生——其产生通常被认为与1648年《威斯特伐利亚和约》（the Peace of Westphalia）有关。自然法在很大程度上由各国共同同意的意志法所取代。法则区别说关于城邦法律空间范围问题引起了争论：如果主权国家法律在其领土范围内具有最高效力，那么外国法或外国司法判决在域外是否还有效力？17世纪荷兰法律学者创设了礼让说，认为一个主权国家应基于礼让而尊重另一主权国家的法律及其法院判决。然而，这个观点是以满足商业需要的利己主义为基础，而不是基于高于主权意志的法律秩序。尽管其有一定的含糊性（其性质既非强制性法律亦非任意性法律），但礼让原则在那个时代的普通法世界发挥了特有的作用。^③

4. 美国革命和法国革命的爆发，催生了民族国家的概念，民族国家作为一个地理上和文化上的实体，拥有自己独立的语言、法律及对其效忠的臣民。在欧洲，国际私法日益发展为国内私法的一部分，其经由主权国家国内立法与司法实践而得到发展，与国际公法相分离。国际私法学者倾向于基于国内法律秩序而思考国际层面的国际私法概念和价值。与此相反，国际公法学者则对全球性事务如何影响私人关系、私人经济活动以及他们之间的私法秩序和活动并没有太大兴趣。

5. 然而，关于国际私法属于更宽广的跨国法律秩序的观点从未完全消失过。欧洲国际私法的开创者萨维尼（von Savigny）不接受含糊不清且不确定的礼让说。相反，他主张将主权国家领土属地性与国际社会基础相结合，这促使萨维尼去寻找一个法律关系的所在（著名的“本座”），

① 从这个角度而言，由众多城邦（póleis）所组成且各城邦都有其各自法规的古希腊，更类似于北意大利的城邦国家。M. Gardeñes Santiago, “El marco jurídico del tráfico comercial en la antigua Grecia: un intento de síntesis”, *Faventia*, Suppl. 2, Barcelona, 2013, p. 268, with ref. (adde: C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Vol. 1, London, 1911).

② 这种区分有持续的影响力，因为它“有效反映了当时存在且至今仍在运作的两种关于国际秩序的主要且对立的观点”。A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, CUP, 2009, p. 33, cf. pp. 224 et seq.

③ H. E. Yntema, “The Comity Doctrine”, *Michigan Law Review*, Vol 65, 1966, p. 9 et seq. 另参见第121段。

且其并不依赖于任何可能适用的法律（法则区别说的观点）。^① 意大利律师和学者以及政治家孟西尼（Mancini）也反对礼让说，同时他也反对从国际社会层面来思考礼让。^② 但是，与萨维尼的观点相比，孟西尼的理论并不是基于领土属地标准，而是基于人的标准，其考量自然人与他/她所附属的国家之间的关系。国籍（不能与民族主义相混淆，民族主义与普遍主义思想大相径庭）是孟西尼这个理论的基石，其连结着国际公法与国际私法。依据孟西尼的观点，不同国家相互承认内国法是国家法发展的一种自然结果。

（二）海牙国际私法会议的产生

6. 这些思想，尤其是孟西尼的理论，推动了海牙国际私法会议在 19 世纪末期的诞生。^③ 阿塞（Asser）说服了荷兰政府于 1893 年召开第一次会议，他被称为融合了理想主义者与现实主义者的杰出代表人物。^④ 他和孟西尼是著名的国际主义学派的重要人物，1873 年与其他一些杰出国际法学者成立了国际法研究院（the *Institut de droit international*）。他们循序渐进地为民族国家接受一些观点做好了铺垫，如民族国家有义务基于相互尊重而将每一个国家的法律适用于其公民，承认每一个国家的司法判决等。1893—1904 年，海牙举行了四次外交会议——汇集了欧洲大陆的国家，日本也参加了 1904 年的会议——会议制定了七项多边条约，其中两项关于国际民事诉讼程序，五项关于国际家庭法事项。^⑤ 多边条约或公约——国际公法上的一种法律文件形式——由此成为国际私法统一化的重要载体。^⑥ 由于深受孟西尼的影响，这些早期的海牙公约基本上是以国籍为原则，并未采纳萨维尼的属地性方法。阿塞主张跨国关系连续性和相互承认成为民族国家间“联盟”的基本原则，这些原则在不久之后成为欧洲联盟的基石。^⑦

① F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840–1851, par. 360 *et seq.* English translation, *A Treatise on the conflict of laws*, transl. by W. Guthrie, Edinburgh etc., Clark, 1889, p. 140. Cf. R. Michaels, “Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International law and the Challenge of Europeanization and Globalization”, *Duke Law School Research paper*, 2005. http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5486&context=faculty_scholarship.

② P. S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti: prelezione al corso de diritto internazionale e marittimo*, Turin, Eredi Botta, 1851. E. Cf. E. Jayme, “Mancini heute: einige Betrachtungen”, *Festschrift für K. Zweigert*, *op. cit.*, pp. 145 *et seq.*

③ 推动海牙国际私法会议诞生的另一个因素，来自于拉丁美洲国家成功的国际私法编纂工作，尤其是 1889 年《蒙得维的亚国际私法条约》（Montevideo Treaty on Private International Law）。

④ Cf. A. Eyffinger, *Dreaming the Ideal, Living the Attainable—T. M. C. Asser (1838–1913) Founder of the Hague Tradition*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2011; G. J. W. Steenhoff, “Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *RCDIP*, Vol 83, 1994, pp. 297 *et seq.*; *Id.*, “Avec patience et courage” *A history of the foundation of the Hague Conference on Private International law*, Ministry of Justice, The Hague, 1993. G. de Baere & A. Mills, “T. M. C. Asser and Public and Private International Law: The Life and Legacy of ‘a Practical Legal Statesman’”, *NYIL*, Vol. 42, 2011, pp. 3 *et seq.*; and the author’s “The Hague Conference on Private International Law: Asser’s vision and an evolving mission”, *NIPR*, Vol. 30, 2012, pp. 358 *et seq.*

⑤ See <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions>（1905 年《海牙关于国际民事诉讼程序的公约》是对海牙国际私法会议早期制定的 1896 年条约的修订）。海牙国际私法会议第五届会议于 1925 年召开，第六届会议于 1928 年召开，除了 1931 年承认常设国际法院（Permanent Court of International Justice）对海牙国际私法条约的解释拥有管辖权的议定书之外，并没有制定新的有拘束力的公约。

⑥ 关于全面的历史发展概况，Cf. K. H. Nadelmann, “Multilateral Conventions in the Conflicts Field: an Historical Sketch”, *NILR*, Vol. 19, 1972, pp. 107 *et seq.*

⑦ Cf. H. Laufer, *La libre circulation des jugements dans une union judiciaire: une idée géniale de T. M. C. Asser, visionnaire de la Convention de Bruxelles*, Bern, Lang, 1982.

7. 当时的和平时期 (la belle époque) 被认为是当代全球化的一个前身,在一定程度上实现了区域性和平、经济繁荣、贸易扩张和科技进步,然而,与此同时,它也是民族主义兴起和帝国主义滋长的一个时代。由此,国籍——海牙国际私法公约体系的关键——成为其阿喀琉斯之踵 (Achilles heel)。甚至在第一次世界大战爆发之前,一些国家就开始批评一些公约。在一战期间,当法院援引 1902 年《海牙婚姻公约》而适用包含了反犹太主义内容的德国婚姻法时,公约则遭到了更多的质疑。早期的海牙公约也并没有规定类似安全阀的公共秩序条款,当适用外国法或认可外国法院判决与法院地国的基本价值相冲突时,法院地国的法院并不能据此拒绝适用外国法或者拒绝认可外国法院民事判决。这导致海牙国际私法会议朝着国际私法国际化的努力在实践中几乎处于停滞状态。国际私法的发展较多地是作为国内法的一部分而得以发展,^① 但却受限于国界的限制,失去了许多荣光。国际私法与国际公法之间的距离进一步拉大了,尽管两者本身都是薄弱的学科。^②

(三) 海牙国际私法会议作为一个国际组织而创立——早期的成果

8. 第二次世界大战后,一个新时期开始。战争使人们认识到国际合作的必要性。新政府间国际组织的成立再次肯定了人的基本尊严,其中联合国最为突出。海牙国际私法会议涅槃重生,通过章程成为一个独立的政府间国际组织,创始成员国包括了 15 个西欧国家 (含英国) 以及日本。^③ 简言之,其任务是“致力于国际私法规则的逐步统一”,但并没有关于价值、内容、统一化进程的详细目标或途径的任何说明。^④ 这给海牙国际私法会议的发展提供了很大的自由,同时也意味着它必须更多地依靠自己的资源和创造力。^⑤ 其常设事务局 (Permanent Bureau) 按照一个小型科研秘书处规模进行设立,最初的主要任务是促进多边条约的逐步制定,一个议题紧接下个议题,以深入研究为基础,与有代表性的其他专业组织进行对话,以一种高度规范化且具灵活性的方式进行磋商。^⑥

① 正如巴丹 (Bartin) 所言,“我想提醒大家,国际私法在我看来只不过是祖国的理念在私法关系中所表现出来的法律形式。” E. Bartin, Préface, *Principes de droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930.

② Cf. A. Mills (2009), *op cit.*, Ch. 2.

③ 一个关于复兴海牙国际私法会议的强烈呼吁来自 M. Gutzwiller, “Das Internationalprivatrecht der Haager Konferenzen: Vergangenheit und Zukunft”, *Annuaire suisse de droit international*, Vol. 2, 1945, pp. 48 *et seq.*

④ 《海牙国际私法会议章程》第 1 条中的“逐步统一”可作多重解释:作为一个渐进立法的进程,它意味着并不存在宏大的法典,但存在持续进行的、一个议题紧接着另一个议题的磋商过程;而统一进程的逐步性,也意味着越来越多国家参与到统一进程之中;最后,多边条约修订不易且可能持续实施很长时间,仅从这点看,它还具有前瞻性。Cf. the author's “Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, J. Erauw *et al.* (eds.), *Liber Memorialis François Laurent 1810 - 1887*, Brussels, Story-Scientia, 1989, pp. 1133 *et seq.*

⑤ 海牙国际私法会议于 1958 年与联合国、欧洲委员会缔结了协议,接着与南方共同市场 (MERCOSUR) 于 2010 年缔结协议,从而减少了海牙国际私法会议与这些组织之间潜在的摩擦。尽管国际法委员会并不排除其涉足国际私法领域的可能性,但事实上,国际法委员会更多关注作为其首要任务的国际公法事项。海牙国际私法会议与联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 和国际统一私法协会 (UNIDROIT) 以及泛美国际私法会议 (CIDIP) 之间可能存在的紧张,已经通过各自秘书处的定期会晤以及很多项目的合作而得以避免。海牙国际私法会议与对欧盟国际私法有立法权的欧盟之间的关系,通过使欧盟成为海牙国际私法会议成员方的特别方式而得以建立 (cf. *infra* No. 30)。

⑥ 随着海牙国际私法会议制定的公约数量的增加,尤其是关于司法与行政合作方面的公约,以及海牙公约缔约国数量的增加,海牙国际私法会议工作任务明显扩大,目前包括监督公约实际运作以及支持公约在各缔约国的实施 (“公约后服务”)。

9. 从 20 世纪 60 年代开始,除了英国和爱尔兰之外,美国、加拿大、澳大利亚和其他普通法国家也加入了海牙国际私法会议。除了法语之外,英语亦被设为官方语言。海牙国际私法会议日益重视跨越与融合成文法系(大陆法系)与普通法系这两大法系的巨大分歧。探索融合两大法系在实体法与国际私法方面分歧,其中包括法官与律师的角色、民事诉讼程序中的取证、家庭法、合同法、侵权法、财产法和继承法的分歧的各种方法——基本的假定、概念、方法论——成为一个持续性的挑战。尽管在一些领域,尤其在司法管辖权问题上,美国与其他普通法国家之间的分歧显然并不亚于两大法系国家之间的分歧(参见下文第 47 段,第 121—129 段)。

10. 类似地,埃及和以色列加入海牙国际私法会议之后,地中海及沿岸的其他南部和东部国家也随之加入,以宗教(信仰^①)为基础发展而来的法律制度和基于世俗体系发展而来的法律制度之间的分歧也因此凸显,这促使海牙国际私法会议在这两者之间发挥起桥梁作用。为此,海牙公约有条文规定,对于不同的人们适用不同的法律,同时也规定了特定的法律制度,如遗弃(repudiation)(妻子)制度^②和最近的卡法拉(kafala)制度(参见下文第 73 段)。此外,自 2004 年开始启动的马耳他进程也致力于为跨不同法律体系的父母子女关系争议寻求一个更有效的解决方案,这是一项需要长期努力的工作。^③

11. 除了支持和协调法律多元性的功能外,二战后早期海牙国际私法会议的活动还产生了一些对国际私法发展造成持续性影响的根本性创新。它们包括以下内容:

(I) 惯常居所地的引入

12. 我们看到,海牙国际私法会议第一代条约的重要连接点国籍在民族主义衰败思潮影响下迅速失去了光芒,而且,国籍作为属人连接点未曾为普通法国家所采纳。另一方面,普通法传统上所采纳的属人连接点住所也显得过于僵硬,其在某些情况下会被武断运用,也未能被成文法系国家所接受。而作为一个主要的属人连接点惯常居所地更多地属于事实概念,它不仅可以用于决定应适用的法律,也可以用于确定法院和其他有权机构对国际案件的管辖权,它可以协调不同法律制度之间的法律冲突,具有灵活性。它第一次出现是在 1956 年《海牙抚养儿童义务法律适用公约》(以下简称 1956 年《海牙儿童抚养公约》)和 1958 年《海牙儿童抚养义务判决的承认和执行公约》(以下简称 1958 年《海牙儿童抚养判决公约》)。^④自此之后,惯常居所地在海牙国际私法会议(参见下文第 66 段)和其他国际性与区域性组织所制定的条约以及世界各国的国内立

① Cf. I. Kant, *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, Nicolovius, 1796, p. 64. (English transl., T. Humphrey, *To Perpetual Peace, A Philosophical Sketch*, Indianapolis etc., Hackett, 2003, p. 24: “宗教之间的差异:这是一个奇怪的表述!一经谈及,就会提到不同的道德观点。毫无疑问,历史上曾出现了与宗教无关的各种不同的信仰,其仅仅是特定历史中发展而来的特定方法……”)。

② 1970 Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations, Art. 1 (1).

③ Cf. W. Duncan, “Reflections on the Malta Process”, Permanent Bureau of the Hague Conference, *A Commitment to Private International Law/Un engagement au service du droit international privé*, Cambridge, etc., Intersentia, 2013, pp. 135 et seq.

④ *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* (Convention on the law applicable to maintenance obligations towards children) (Art. 1); *Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (Convention on the recognition and enforcement of decisions on maintenance obligations towards children) (Art. 3). 虽然国籍的地位有所下降,但是其在当代国际私法公约中仍属于一个相关的连接因素,由此可以体现自然人的(文化)地位。住所(但不再以从属住所或原始住所的方式)在司法管辖权事项上仍具有重要地位。

法与判例中开始占据优势地位。

（Ⅱ）实体结果的关注

13. 依据法律多元性的相互尊重而出现的多边（或双边）方法（与支持法院地法的单边方法相对应）并不排斥旨在追求实体结果的规则。事实上，在1956年《海牙儿童抚养公约》中采纳惯常居所地而不是国籍作为决定性的连接点，也是有意致力于实现保护儿童利益这一实体目的。^① 1956年《海牙儿童抚养公约》进一步规定，如果儿童依据惯常居所地法不能获得抚养，则依据公约可以给予儿童第二次机会。^②

另一个体现实体结果追求的公约是1961年《海牙关于遗嘱处分方式法律冲突的公约》（以下简称1961年《海牙遗嘱形式公约》），^③ 它提供了一系列可供选择的支持遗嘱形式有效的法律（参见下文第77段）。类似地，1970年《海牙承认离婚和分居公约》（以下简称1970年《海牙离婚公约》）引入了各种被认为适合连接离婚及其本国的因素，以尽可能使离婚获得承认。1978年《海牙结婚仪式和承认婚姻效力的公约》（以下简称1978年《海牙婚姻公约》）^④ 甚至放弃了这一标准，规定只要婚姻依据婚姻缔结地国家法律是有效的，则可以获得认可（参见下文第76段）。

（Ⅲ）当事人意思自治

14. 孟西尼不仅主张国籍是国际私法尤其是家庭法事项上的主要连接点，而且还主张当事人应当自由决定合同条款和条件应适用的法律，当事人意思自治应仅受限于公共秩序制度。^⑤ 但是，正因为20世纪上半叶民族主义思想对国籍原则产生了影响，这一时期日益强调民族国家为最高立法来源，也导致了合同自由的范围被缩小。二战之后，在一个更为自由的思想影响下，1955年《海牙国际货物销售法律适用公约》（以下简称1955年《海牙国际销售公约》）^⑥ 成为第一个规定当事人意思自治原则适用于国际销售的国际文件。1978年《海牙代理法律适用公约》和1986年《海牙国际货物买卖合同法律适用公约》^⑦ 进一步肯定了当事人意思自治原则在商事领域的主要作用，并将其扩大运用到1980年《罗马关于合同之债法律适用的公约》（以下简称《罗马公约》）（后来发展为EC593/2008《关于合同之债法律适用的罗马条例I》）和1994年《美洲国家（墨西哥）合同法律适用公约》。^⑧ 2015年《国际商事合同法律选择原则》正建立在上述这些国际法律文件的基础之上（参见下文第48—59段）。

① Cf. L. I. de Winter, “Rapport de la Commission Spéciale”, *Conférence de La Haye de droit international privé, Documents relatifs à la huitième session*, La Haye, 1957, p. 127.

② Art. 3. 该观点进一步被规定在1973年《扶养义务法律适用公约》第4—6条和2007年《扶养义务法律时适用议定书》第3—4（2）—（4）条。

③ Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions.

④ Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages.

⑤ Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht; eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, Winter, 2000.

⑥ Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention on the Law Applicable to the International Sale of Goods).

⑦ Convention on the Law Applicable to Agency; Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (not in force).

⑧ Cf., generally, P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon, 1999.

1978 年《海牙婚姻财产制度法律适用公约》、^① 1989 年《海牙关于遗产继承的准据法公约》、^② 2000 年《海牙成年人国际保护公约》^③ 和 2007 年《海牙抚养义务法律适用议定书》在婚姻（财产）法中确立了当事人意思自治原则。欧盟将有关国际立法转化为《2012 年欧盟继承条例》^④ 和欧盟《关于国际夫妻财产制的条例》。^⑤ 1985 年《信托的法律适用及其承认公约》（以下简称 1985 年《海牙信托公约》）^⑥ 则在一般的财产法领域引入了当事人意思自治原则，并为之后的 2006 年《关于中间人持有证券特定权利的法律适用公约》（以下简称 2006 年《海牙证券公约》）沿用。^⑦

选择法律的自由和选择法院的自由这两者在国际私法中获得了平行发展。当事人意思自治原则在选择法院方面的运用，第一次规定于 1958 年《海牙关于国际有体动产买卖协议管辖权公约》，并得到 1965 年《海牙选择法院公约》的再次确认。^⑧ 尽管上述两个公约均没有生效，但这些规定给 1968 年《关于民商事案件管辖权及判决承认与执行的布鲁塞尔公约》（以下简称《布鲁塞尔公约》）带来很多启发，并在此基础上发展为欧盟《关于管辖权与民商事判决相互承认与执行的布鲁塞尔条例》。^⑨ 自 2015 年生效的 2005 年《选择法院协议公约》正是建立在上述公约基础上（参见下文第 35—47 段）。

（IV）公共秩序例外的限制适用

15. 我们发现，第一代海牙公约竟如此天真地没有规定安全阀制度。我们知道，在适用本应适用的外国法或承认与执行外国法院判决会与法院地基本制度相冲突时，运用安全阀制度，法院便可以拒绝适用本应适用的外国法或拒绝承认与执行外国法院判决。作为一个回应，20 世纪 50 年代谈判的第一批公约尽可能地规定公共秩序条款，以排除外国法的适用。^⑩ 但是，这可能导致法官会不尊重外国法或外国判决的国际性，可能会导致在仅与调整纯国内关系的强制性规则冲突时即拒绝适用外国法或拒绝承认外国判决。为了避免这种情形，公约引入了一项条款，该条款第一次出现在 1956 年《海牙儿童抚养公约》中，其规定，只有在明显违反法院地的公共秩序的特定情况下，才可援用公共秩序条款拒绝适用依据公约本应适用的法律。^⑪

① Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.

② Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons (not in force).

③ Convention on the International Protection of Adults.

④ Regulation 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession.

⑤ Regulation 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, and Regulation 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships.

⑥ Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition.

⑦ Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (not in force).

⑧ Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sale of goods) (not in force); Convention on the Choice of Court (not in force).

⑨ Cf. Rapport Jenard, *OJ European Communities* No. C 59/2, pp. 36 – 38.

⑩ E. g., 1955 International Sales Convention, Art. 6, and 1958 Convention on Forum Selection in International Sales, Art. 5 (4).

⑪ 关于该条款的产生，参见前引 De Winter, pp. 130 – 131。

尽管存在一些细微差异和一些例外情形,公共秩序这一表述范式成为之后的海牙公约、其他国际组织制定的文件以及世界各国国内立法所采纳的一项标准条款。规范化的公共秩序条款有效地强化了国际私法多边方法的效果:肯定了开放性原则,^①尊重了外国法和外国判决,同时使法院能够在真正例外的情况下审查适用条约其他条款的结果是否与法院地基本原则相冲突。当全球性公共秩序和区域性公共秩序的基本概念日益渗透到国内法律制度时,公共秩序条款也允许审查区域性和全球性的基本规范和价值观,尤其在人权公约中有这样的表述(参见下文第55段、第56段和第59段)。

此后的1978年《海牙代理法律适用公约》引入了一种做法,即如果依据与案情有重大联系的第三国法律必须适用法院地的强制性规范,则应予以允许。^②这一立法以更全面的方式将范围扩至法院地绝对适用的强制性规则,后来也体现在《罗马公约》(后来演变为《罗马条例I》)、^③随后的海牙公约和欧盟立法以及国内立法中。

(V) 建立行政与司法合作的直接渠道

16. 国家之间传统上通过外交和领事的合作方式来支持国际民事诉讼,例如1896年、1905年和1954年《海牙民事诉讼程序公约》。这些机制并不足以处理日益增多的域外文书送达和域外取证请求,因此,1965年《海牙送达公约》和1970年《海牙取证公约》提出了各国行政与司法当局之间直接交流与合作机制。^④这意味着一个标志性的进步。^⑤该机制很快为其他国际(区域)和国内立法者所采纳,并在家庭法领域的海牙公约中得到了进一步发展(参见下文第21段和第62—70段),且具有很大的发展潜力(参见下文第92—93段和第98—104段,第147—150段)。

类似地,为了减少外交和领事在私人关系事项上的介入,1961年《海牙关于取消外国公文认证要求的公约》(以下简称1961年《海牙认证公约》)^⑥取消了外国公文认证要求,例如公民身份证件和公证行为。该公约目前因海牙e-APP项目^⑦而得以加强,通过由主管当局办理认证证书这种简单的方式取代了原有繁琐法律程序。

17. 在平等对待法院地法和外国法为根本原则的基础上,上述规定及其他创新之处为国际私法进一步发展奠定了基础,这不仅体现在海牙国际私法会议的条约,也体现在其他诸如美洲国际私法协会(CIDIP)、南方共同市场、欧洲委员会和欧盟的国际文件和国际组织,以及世界各国国内立法和判例之中。然而,直至20世纪最后10年,国际私法发展进程仍然较缓慢。一般而

① Cf. J. Basedow, "The Law of Open Societies-Private Ordering and Public Regulation of International Relations", *Recueil des cours*, Vol. 360, 2013.

② Art 16, cf. I. G. F. Karsten, Explanatory Report, esp. Nos. 91 - 95 and 228 - 229, Hague Conference on Private International Law, A&D XIIIth Session, Tome IV, Agency, pp. 378 et seq.

③ See Report Giuliano-Lagarde, *OJ European Communities* 1980, No. C 282, p. 27.

④ Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters; Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters.

⑤ Cf. G. A. L. Droz, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 129 et seq.

⑥ Convention Abolishing the Requirement of Foreign Public Documents.

⑦ C. Bernasconi, "The Electronic Apostille Program (e - APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era", J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, M. Pons, 2013, pp. 199 et seq.

言，国际私法学者们倾向于着眼于在民族国家的国内私法的边缘地带，而国际公法学者们则聚焦于国家之间的关系及国家与个人之间的关系。^①

（四）全球化对民族国家的影响

18. 上述情形随着全球化进程的推进而变化，^② 通常认为与同时代发生的 1989 年柏林墙倒塌和万维网发明有关。^③ 铁幕的解除为交流、旅行、投资、生产和市场销售创造了新的机会，它不仅跨越了东西欧之间的原有意识形态和政治障碍，而且横跨了所有地区和大陆。万维网在全球范围内对网络和信息共享方式进行了一场革命。这些变化加速了全球生产链和市场的发展，快速提高了人员、商品和服务以及资本的全球性流动，人们通过大众媒体和网络可以在世界范围内即时共享信息，从而改变我们（不仅作为个体，而且也作为群体，包括国家）对世界、国家以及对我们自己的看法。^④

19. 全球性合作的范围、强度和速度以及影响的扩大，模糊了地区性事务与全球性事务之间的曾经的界限。这不可避免会影响到民族国家作为一个在特定领土上行使主权的实体的传统功能与权力。事实上，全球化对民族国家的作用和权力具有“向上”和“向下”双重影响：

20. 一方面，世界各国被迫加强彼此之间的合作，以处理一国无法独自解决的问题。这导致各国愿意将其更多的传统职能和特权“向上”转移给全球性和区域性的政府间国际组织，诸如世界贸易组织（WTO）争端解决机制这样具有深远影响力的组织，或诸如欧盟^⑤那样的超国家组织。上述国际组织规范所调整的更多属于私人行为（而非国家行为）所导致的跨国性问题。^⑥ 尽管其运行结果远远不像一个世界性政府，欧盟也并不属于联邦国家，但这确实对传统的国家权力在国际舞台的行使产生了重要影响和限制。

21. 事实上，目前的全球治理经常采取各国政府官员直接跨境合作的方式，在某些事项合作上甚至是各国法官的直接合作。这些合作网络，通常以彼此之间缔结条约和制定国内法规的方式呈现，其有助于信息交流，促进共同政策的执行，协调各国形成最佳实践经验。^⑦ 它们可能成长为相互联系的

① 值得注意的是，这些方法的例外包括了 G. Scelle 和 P. Jessup 的学说，他们虽然采用不同的方法，但都将国际私法和国际公法视为一个统一整体。Scelle 依据国家在国内法和国际法中发挥的功能而提出了“双重功能”理论，这至今仍是一个热门的话题。See *infra* Nos. 23 and 143, and A. Cassese “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, in *EJIL*, Vol 1, 1990, pp. 210 *et seq.* P. Jessup 在其 1956 年的一项卓有远见的研究中提出了“跨国法”这一术语，“包括了所有调整超越一国边界的行为或事件的法律。国际公法和国际私法都被包含在其中，还包含了不完全适合这种标准类别的其他法律规则”，P. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 1. 本文将遵循这一法律术语。

② 这个概念采用描述性方法进行定义。（cf. R. Michaels, *Globalization and Law: Law beyond the State*, http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2862, p. 2, 对“作为现实的全球化”和“作为意识形态的全球化”以及“作为理论的全球化”进行了区分）

③ T. Berners-Lee, *Information Management: A Proposal*, CERN, March 1989.

④ Cf. R. Wai, “The Cosmopolitanism of Transnational Economic Law”, C. M. Bailliet & K. F. Aas (eds.), *Cosmopolitan Justice and its Discontents*, Oxford etc., Routledge, 2011, p. 155, 用哈贝马斯的话来说，是一种“潜移默化地改变民族国家及其国民的自我意像”的“意识形成的过程”，（*The Divided West*, Oxford, Polity, 2006, p. 177 – translation from *Der gespaltene Westen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2004）。

⑤ 关于国际私法的欧盟化，参见本文第 30 段。

⑥ R. Wai, *op. cit.*, p. 159.

⑦ Cf. A. M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, PUP, 2004.

政府间全球性社区。在国际私法领域,以几个海牙公约尤其是儿童公约为基础建立的中央机构合作网络,以及有关法官的国际海牙网络,均为这样的全球性社区提供了范例(参见下文第62—70段)。

22. 另一方面,国家权力“向下”转移到私人实体,或由私人实体承担。诸如信用评级机构那样新的私人实体——穆迪债券评级公司、标普信用评级公司和惠誉评级公司——控制了全球性的评级业务,或诸如互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)那样操控着全球主要的网络域名。^① 跨国公司制定它们自己的私秩序,如跨国行为守则或全球性关于贸易合作的框架协议。国际商会的各种规则、^② 广泛采用的示范合同、商人法与国际商事合同都“为跨国性(商业)实践的发展提供了一个看似稳定的基础,这个基础通常不是国内法,或者不属于国内法”。^③ 更普遍意义上,全球经济活动很大程度上取决于私人之间的安排。^④

23. 如果就此便得出全球化导致民族国家已经过时这一结论,那是错误的。^⑤ 公法上的跨国秩序、国际法和政策仍然主要依赖于国家机构和政府人员。事实上,国家行政人员和法院越来越多地发挥着双重作用。在“纯”国内领域的运作——国家的传统功能——其仅仅作为一国的国家机构而行使权力。但是,当各国越来越多地参与国际法的制定,或者解释和适用国际条约时,各国事实上也在行使着相对分散状态下的国际法律秩序的代理人的职权(*dédoulement fonctionnel*)。^⑥ 比如,全球性人权和环境法的大量膨胀,其效力在很大程度上取决于国内法院和行政当局的行为,这将在下一部分中予以说明。

24. 民族国家与跨国私法秩序之间的相互关系面临着一些挑战。一方面,传统的国内法,特别是国际私法规则,通常是商业贸易和非商业活动的障碍。目前越来越多国家为了适应全球化经济和社会而作出改革(参见下文第26—28段),这在实践中具有显著的重要性。另一方面,国际层面的自由化与国家层面的放松管制政策带来了负面效应。^⑦ 由于全球市场欠缺一个纠正市场扭曲和滥用、保护公共利益的中央政府,经济主体活动在全球市场中的运作,创设出了新的

① 互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)致力于加强其公共责任。cf. A. Pellet, “Les transformations de la gouvernance mondiale”, *SFDI, L'état dans la mondialisation-Colloque de Nancy*, Paris 2013, p. 563 *et seq.*

② E. g. Incoterms, the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, Contractual Joint Venture Model Agreements, etc., cf. R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick & J. Wool, *Transnational commercial law: text, cases and materials*, Oxford etc., OUP, 2007, pp. 197–200.

③ R. Wai, *op cit.*, p. 157.

④ Cf., generally, G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

⑤ 2015年国际足联丑闻曝光了普遍存在于这一非政府间国际组织的腐败问题。这一丑闻有力地说明了,国内法可能对全球事务产生全球性影响,而这种影响甚至不一定需要通过国内法在效力范围上的域外延伸即可实现。[在国际足联案中适用的1970年《腐败组织规制法》(RICO)]一般来说,关于全球化背景下国家的作用,参见A. Pellet, “Les transformations de la gouvernance mondiale”, *SFDI, L'état dans la mondialisation-Colloque de Nancy*, Paris 2013。该书对此进行了很多讨论。关于移民议题的持续争论也使得民族国家的作用再次得到重视:“经济全球化使民族经济去民族化,相反,移民却又让政治再度民族化。”S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, New York, Columbia University Press, 1996, Ch. 3 “Immigration tests the new order”, pp. 59 *et seq.* (p. 59); 关于移民,参见本文第94—104段。

⑥ 在G. Scelle看来(参见第17段),“拥有某项制度性权力或被某一法律秩序授权的代理机构会根据创设该机构的法律秩序的安排来行使其职权,不过,其目的却是,确保另一法律秩序之下的规则能够得到执行,因为该另一法律秩序缺乏必要的规则执行机构”。参见“Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel”, *Rechtsfragen der Internationalen Organisation-Festschrift H. Wehberg*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1956, pp. 324 *et seq.* (p. 331)。也参见本文第17段、第143段。

⑦ 政府可能会对由国际货币基金组织实施的政策失去控制。关于一些国际货币基金组织政策的重要解释,参见J. E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, London, Penguin, 2002。

“权力版图”,^①这也导致了严重问题。^②

25. 这些问题成为《联合国商业与人权指导原则》所关注的焦点,2011年联合国人权理事会批准通过了该项“鲁吉原则”(Ruggie Principles)。^③这些原则旨在寻求建立一个法律框架,包括如下:(1)在联合国基础上发展全球性人权规范;^④(2)商事企业活动的全球性规范;以及(3)国家作用的全球性规范。新的问题是,它们针对的不仅是国家也包括了企业,强调商事企业“不管其规模、行业、地点、所有权和架构”,“作为履行专门职能的社会专业组织”,都“必须……尊重人权”。但是它们并没有主张跨国企业的国际法主体地位,或者创设新的义务。^⑤保护人权、当人权受侵犯时提供救济的主要责任,仍然由国家承担。

尽管如此,作为软法,联合国指导原则的影响力正在增强。它们鼓励商事企业无论是跨国企业(公司),还是仅在某一民族国家内经营的企业对人权问题的关注更加坦率与一致。与此同时,也明确确认了国家机构和政府官员在日益全球化的经济中继续发挥着重要的作用。我们将在下文中再次提到联合国指导原则(参见下文第59段和第115段)。

二 全球化对国际私法发展的影响

(一) 内容的发展、渊源的扩增和新方法的出现

26. 全球化带来的新景致,例如全球性国际组织与区域性组织、政府官员和法官所构建的跨国性网络、从事跨国商业活动和其他令人瞩目的活动的私人实体、与国内法既存在竞争关系又对国内法产生影响的跨国法,^⑥必然对国际私法发展产生深远影响。^⑦

27. 全球化已经给世界各地从事国际私法的立法者、法院和行政当局带来了巨大的推动作

① S. Sassen, *op. cit.*, pp. 5 *et seq.*

② Cf. H. Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des cours*, Vol. 307, 2004.

③ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. Based on *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, UN Doc A/HRC/8/5, 2008. Similar initiatives include the UN Global Compact, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc>, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 ed., <http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>.

④ I. e., the Universal Declaration of Human Rights (1948), the two UN Covenants on civil and political, and on economic, social and cultural rights (1966), and the eight ILO core Conventions set out in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998).

⑤ 事实上,它们明确表示,它们并没有计划创设一个针对公司或国家的、有拘束力的新规则,而仅提醒它们在国际法下所承担的国际义务。

⑥ 关于跨国法(参见本文第17段),也参见 P. Zumbansen, “Transnational Law, evolving”, J. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2nd ed., Edward Elgar, Cheltenham etc., 2012, pp. 898 *et seq.*, and cf. R. Wai;

“跨国法框架将挑战任何完全以国家为中心的国内法与国际法渊源形式的传统基础……跨国主义观点认为,跨境法律关系并不是以简单的国内公法与国际公法的传统形式而呈现,它甚至包含了大量与私人有关的民商事形式……同样地,跨国法预期调整的关系不仅包括私人与公共机构之间存在的各种合作关系,而且也调整它们之间所存在的竞争与争执。” R. Wai, *op. cit.* p. 160.

⑦ Cf. R. Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 209 *et seq.*

用。我们看到,过去几十年,国内、区域以及全球层面的“法律编纂活动骤增”。^①铁幕的解除和苏联的解体引发了东欧和亚洲法典化浪潮,这也为很多其他国家所仿效。^②一些国家的国际私法法规反映了国内、区域以及全球资源之间相互联系日益增加。这导致一个多层构架法律的出现,其规则既来源于国内法,也来源于国际法,国际法条款常常通过简单援引而被纳入一国国际私法。^③

但是全球性与区域性法律渊源的影响并不限于其表现形式,其方法论与规则亦有借鉴意义。海牙公约和欧盟条例启发了世界各地的国际私法立法。例如,2010年中国《涉外民事关系法律适用法》^④的诸多创新点中,经常居所地取代国籍作为属人法的主要连接点是其中勇敢的一步。^⑤而新近的《多米尼加共和国国际私法法例》在其序言中明确,即使多米尼加(还)不是海牙国际私法会议成员方,海牙公约仍可作为其渊源。

28. 一般来说,各国国际私法均存在大量的“仿效、借鉴和移植”^⑥以及融合,尤其是在合同之债和侵权之债的法律适用领域。新的国际私法法典一般不采纳僵硬的规定,而是通过多元方法制定灵活、精巧的解决方案。^⑦它们依然遵循平等对待法院地法与外国法的原则,当涉及弱方当事人时通常关注适用规则的实体结果,由此也大大地体现了海牙公约的多边方法特征,与此同时,通过单边规则和强制性规则来保护重要的法院地利益。^⑧尽管如此,在家庭法领域,通常更多受浓厚传统的影响,因而各国在这个领域仍然存在重要的分歧。^⑨上述融合现象通常也会发生在与国家利益密切相关的司法管辖权、外国判决相互承认与执行的国内立法中。

29. 区域层面上,在美洲,自1975年开始,美洲国家组织通过美洲国际私法协会的努力,至今已经制定了20项美洲国家之间的公约以及一些附带的国际私法机制。在拉丁美洲,自1991年开始,南方共同市场在商业与贸易领域的立法活动也扩大到了国际私法领域。海牙公约被美洲国际私法协会和南方共同市场视为借鉴的范本。^⑩

① S. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford etc., OUP, 2014, p. 345.

② 按时间顺序和按字母顺序的列表,以及参考文献, see Symeonides, *op. cit.*, p. 5 *et seq.* and Appendix.

③ 这种立法例的典型代表是《瑞士联邦国际私法法典》,其很多条款大多数情况下均指向海牙国际私法会议制定的条约。《荷兰民法典》第十卷或许是融合国内法与欧洲法以及全球性(海牙)法律的最显著的范例。此外,关于1995年《意大利国际私法法案》可能采取的改革措施,参见 Hans van Loon, “The Transnational Context: Impact of the Global Hague and Regional European Instruments”, *RDIPP* 2015, pp. 743 *et seq.*

④ Law of the People's Republic of China on the Application of Laws to Foreign-related Civil Relations, text and English translation in J. Basedow & K. B. Pissler, *Private International law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 439 *et seq.*; Q. He, “Recent Developments of New Chinese Private International Law With Regard to Contracts”, *ibid.*, pp. 157 *et seq.*

⑤ J. Huang, “New Perspectives on Private International Law in the People's Republic of China”, *ibid.*, pp. 3 *et seq.* W. Chen, “Selected Problems of General Provisions in Private International Law: The PRC Perspective”, *ibid.* pp. 51 *et seq.*

⑥ Symeonides, *op. cit.* p. 346, 特别提到了“先进的西欧国际私法法典化和《关于合同义务法律适用的公约》(罗马公约)对东欧和亚洲国际私法法典化进程”的影响。

⑦ Cf. J. D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol. 287, 2002, pp. 9 *et seq.*

⑧ Symeonides, *op. cit.* pp. 347–351; H. Gaudemet-Tallon, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel)”, *Recueil des cours*, Vol. 312, pp. 9 *et seq.*

⑨ 因此,诸如马耳他进程的启动正发挥了重要的桥梁作用。

⑩ E. g., 1975 Inter-American Convention on Letters Rogatory, supplemented by its 1979 Additional Protocol, inspired by the 1965 Hague Service and 1970 Hague Evidence Conventions, the 1989 Inter-American Convention on the International Return of Children, influenced by the 1980 Hague Child Abduction Convention; the 1992 Protocol de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Chapters II and IV), again, inspired by the 1965 Hague Service and 1970 Evidence Conventions.

30. 最重要的是,自从1999年《阿姆斯特丹条约》生效后,欧盟通过了众多法律文件,并且直接适用于欧盟各成员国。^① 国际私法“欧盟化”得益于海牙国际私法会议的各项成果,海牙公约不仅在上一世纪为欧洲范围内的国际私法统一化进程奠定了基础,而且这些条约也为欧洲各国立法活动提供了范本。^② 与此同时,欧盟作为一个全新的国际私法参与者的出现,也成为海牙国际私法会议的会员资格及其工作进一步全球化的另一推动力,并导致了海牙国际私法会议修改其章程以使得欧盟可以成为其成员方。^③

31. 海牙国际私法会议的成员数,从1990年35名,2000年增至47名,2015年增至80名。几十年前,有人会说,海牙国际私法会议主要是由发达国家组成的俱乐部,如今这种现象已经不再存在。尤其是,如果包含加入一项或多项海牙公约的非成员方,与海牙国际私法会议有关的国家总数几乎达到150个。这也意味着,谈判必须更具有包容性,并对日益增加的发展中国家的需求作出回应。^④ 目前适用范围最广的是那些构建或包含了直接司法与行政合作内容的海牙公约,^⑤ 这些公约的实施给一些国家带来了特定的挑战,同时也是对海牙国际私法会议的广泛支持。^⑥

32. 全球化不仅促进国内层面、区域层面和国际层面的国际私法立法的繁荣发展,也影响着国际私法的前景和方法。当民族国家不再囿于其固有的空间时,国际私法也必须超越其传统的限制,在保持其完整性的同时,通过调整其方法论,使其适应日益形成的全球性社会。这与法则区

① Cf. A. Borrás, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des cours*, Vol. 317, pp. 313 *et seq.*; X. Kramer et al., *A European Framework for Private International Law: Current Gaps and Future Perspectives*, EP Parliament Study, 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>.

② 国际私法“欧盟化”带来了欧盟成员国国内法的恰当性或优先性的一些问题 [《欧盟条约》第5(3)条和《2号议定书》规定的辅助性原则和比例性原则], 也带来有关全球层面的立法问题 (辅助性原则的“反转”或“倒置”)。关于后者, 参见 Hans van Loon, “Remarks on the Needs and Methods for Governance in the Field of Private International Law at the Global and Regional Levels”, in F. Cafagi & H. Muir Watt (eds.), *Making European Private International Law*, Cheltenham etc., E. Elgar, 2008, pp. 197 *et seq.* P. Beaumont, “International Family Law in Europe—the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity”, *RebelsZ.*, Vol. 73, 2009, pp. 509 *et seq.*

③ Cf. A. V. M. Struycken, “Coordination and Cooperation in Respectful Disagreement”, *Recueil des cours*, Vol. 311, 2004, especially Chapter IV; H. van Loon & A. Schulz, “The European Community and the Hague Conference on Private International Law”, B. Martenczuk & S. van Thiel (eds.), *Justice, Liberty and Security*, Brussels, VUBPRESS, 2008, pp. 257 *et seq.*; J. Pirrung, “A Special Relationship: the EU and the Hague Conference”, P. Cardonnel, A. Rosas & N. Wahl (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System*, 2012, pp. 77 *et seq.*

④ 这体现在,例如1993年海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》(参见第68—70段、第83段)和2007年海牙《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》(参见第67段)的产生原因。作为国际机构的海牙国际私法会议通过改变投票方式为协商一致方式(通过2005年修改《海牙国际私法会议章程》)从而提高了其工作方法的包容度,通过在拉丁美洲的布宜诺斯艾利斯(2005)和亚太地区的香港(2012)建立区域性办事处以满足日益增加的成员方的需求。关于“回应型法”,参见 P. Nonet & P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 2nd ed., New Brunswick etc., Transaction Publishers, 2007。

⑤ 最受广泛认可的公约包括1961年《海牙关于取消外国公文认证要求的公约》、1965年《海牙送达公约》、1970年《海牙取证公约》、1980年《海牙儿童诱拐之民事事项公约》和1993年《海牙儿童收养公约》,参见 <http://www.hcch.net>。

⑥ 关于跨境儿童保护的一系列海牙公约尤其需要一个运作良好的社会法律基础。海牙国际私法会议已经发展了各种策略,与诸如联合国儿童基金会(UNICEF)等其他国际组织合作以确保这些网状机制的正常运作。位于布宜诺斯艾利斯和香港的海牙国际私法会议区域性办事处也在其区域范围内支持海牙国际私法会议工作的有效运作。Cf. F. Pocar & H. van Loon, “The 120th anniversary of the Hague Conference on Private International Law”, *RDIPP*, Vol. 50, 2014, pp. 517 *et seq.*

别说时期以来国际私法发展遥相呼应，萨维尼、孟西尼和阿瑟也都是在更大的跨国性社会的基础上思考的。然而，这一次，这一思想涵盖的是全球性社会，一个人类整体。^①

33. 在日益全球化的社会里，国际私法不应成为丰富高效的跨国经济金融活动的阻力，而应促进并支持跨国经济与金融活动，降低跨国交易成本，增进当事方对法律的信心。^② 同时，国际私法应纠正市场缺陷，保护弱势当事人和重要的社会价值观及公共道德。

同样，在自然人与家庭法领域，国际私法不应阻碍而应促进并支持跨国之间的关系，包括其金融与财产方面的事项，帮助避免跛足的法律关系。与此同时，要认识到文化与传统在这一领域比在经济领域有着更为重要的影响力。

34. 在过去的几十年间，海牙国际私法会议已经成为一个不断发展的平台，其通过制定新的方法以应对全球化在商业贸易与自然人、家庭领域所带来的挑战。这一发展，前者体现在《选择法院协议公约》和《国际商事合同法律选择原则》之中，后者则体现在最新一代的海牙关于儿童的公约中。

（二）商业与贸易：有限的当事人意思自治

（I）当事人意思自治与选择法院——2005 海牙选择法院公约

35. 与得到各国广泛批准的确保仲裁裁决跨国效力的 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）相比，在民事诉讼领域至今也还没有形成一项相类似的基于法院选择协议而作出的普通民事法院判决有关的全球机制。这显然使得国际商事仲裁相较于国际民事诉讼具有优势。《选择法院协议公约》于 2015 年 10 月 1 日始在欧盟^③和墨西哥生效，其目的在于为这两种争端解决方式提供公平竞争的机会。因此，该公约将增加私人经营者争端解决的选择，^④ 帮助私人经营者实现其商业关系的有效规划，为其共同利益的实现提供服务。

当然，仲裁和民事诉讼之间存在着重要区别。在仲裁领域，当事人可以协议选择一项私人争议解决方式，这已确立为一项原则，^⑤ 《纽约公约》的焦点所在是通过法院机制赋予仲裁裁决国际效力。相反的是，在民事诉讼领域，对主权的顾虑往往更加突出。21 世纪初，全球化所带来的压力最终压倒了这些主权方面的顾虑，各国就制定一项公约达成了全球共识，以确保双方当事人可以协议选择法院，且被选择的法院作出的判决应得到承认与执行。

36. 民事诉讼程序的特殊之处可解释该公约的结构。除了关于判决承认与执行的规则外，它

① 正如国际公法，cf. Pellet, *op. cit.* ; M. Delmas-Marty, *Vers une communauté de valeurs?* Paris, Seuil, 2011。

② 从更普遍的层面讲，“法律规则，不管其理论具有多大吸引力，不管其根植于法律概念与传统有多深，不管其表达有多么优雅，如果它们并没有促进合法商业目的的实现，反而成为一种障碍，那么，它们是没有价值的。” R. Goode, “The UNIDROIT Draft Mobile Equipment Convention, Confluence of Legal Concepts and Philosophies”, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, Société de législation compare, 1999, pp. 69 *et seq.*, p. 82。

③ 除丹麦外，《选择法院协议公约》对欧盟所有成员国均具法律拘束力。公约文本内容链接如下 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>。

④ Cf. L. E. Teitz, “The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration”, *AJCL*, Vol. 53, 2005, pp. 543 *et seq.* 当事人当然也可以寻求目前世界各国日益接受和关注的 ADR（替代性纠纷解决机制）方式，如调解与调停。cf. T. J. Stipanowich, “The International Evolution of Mediation: A Call for Dialogue and Deliberation”, *46 Victoria U. Wellington L. Rev.* pp. 1191 *et seq.* (2015)。

⑤ 依据《纽约公约》第 2 条的规定，缔约国法院受理诉讼时发现当事人之间存在仲裁协议，则原则上应命当事人将相关争议提交仲裁。

还包括被选择的法院与其他潜在的有管辖权的法院之间管辖权分配的规则。因此该公约的三项基本规则是：

(1) 如若选择法院协议有效，被选择的法院原则上必须接受此项管辖权；

(2) 如若一方当事人在其他管辖区法院提起诉讼，则该未被选择的法院原则上必须中止或驳回所受理的案件；

(3) 被选择的法院作出的判决原则上必须在所有缔约国获得承认与执行。

鉴于商业诉讼在日益全球化的世界经济中的发展，该公约的如下几个创新点值得我们关注：

(1) 国际的定义

37. 传统上，适用国际私法公约要求涉外因素的存在，比如，它们只适用于“各方当事人营业地在不同国家”。^① 这反映了一个民族国家的视角，其认为，含国际因素的案件是一种适用的例外，而含国内因素的案件为适用的一般情形。公约采用了相反的观点。它也适用于“国际性的案件”，但是，就其管辖权条款的规定而言，“一起案件是国际性的，除非当事人在同一个缔约国居住，并且当事人之间的关系和所有与争议有关的其他因素，除了被选择法院的地点之外，都仅与该国有联系”。^② 因此，范式转变了：跨国因素的案件不再被视为一种适用例外，而是作为条约适用的正常情形，而纯国内案件作为例外。

(2) 排他性、排除不方便法院和平行诉讼

38. 当商业合同中包含了法院选择条款时，当事人通常的意图是，其选择是排他性的，他们希望被选择的法院接受此项管辖权。^③ 但在实践中，这样的期望可能会令人感到沮丧。法院可能会发现，该条款实际上是非排他的，或者，可能放弃此项协议管辖而适用不方便法院原则或平行诉讼规则。^④ 除非情况特殊，在高效的跨国经济中干预各方期望的做法并不适当。公约为这两个问题提供了解决方案。

39. 首先，它规定，选择法院协议“应视为具有排他性，除非当事人另有明确规定”。^⑤ 该规则不同于某些司法管辖区的推定，尤其在大多数美国法院，选择法院条款一般情况下并不具排他性，除非有相反的明确规定。^⑥

40. 其次，被选择的法院“不得以争端应由另一国法院管辖为由而拒绝行使管辖权”。^⑦ 而与此相对应的是，任何其他法院原则上“应中止或驳回本应适用排他性选择法院协议的诉讼程序……”。^⑧

① Art. 1 a) of the Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, see also its Art. 1 b).

② 《选择法院协议公约》第1(a)(b)条。依第1(c)条的规定，“只要寻求承认与执行一项外国判决，一起案件就是国际性的”。第19条（限制管辖权的声明）和第20条（限制承认与执行的声明）允许各缔约国作出保留以限制公约中一些过于宽泛的定义。到目前为止，尚未有缔约国对此作出保留。

③ 《选择法院协议公约》第22条规定，缔约国可以声明其法院将承认与执行根据非排他性选择法院协议指定的其他缔约国法院作出的判决。see Explanatory Report by T. Hartley & M. Dogauchi, Hague Conference on Private International Law, A&D XXth Session, Tome III, Choice of Court, pp. 784 et seq., Nos. 240 et seq. 非排他性选择法院协议，see also M Keyes & B. A. Marshall, “Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical”, *JPIL*, Vol. 11, 2015, pp. 345 et seq.

④ Cf. C. McLachlan, “*Lis pendens* in International Litigation”, *Recueil des cours*, Vol. 336, 2008.

⑤ Art. 3 b).

⑥ T. Hartley & M. Dogauchi, *op. cit.*, No. 102. R. A. Brand and P. M. Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Cambridge etc., CUP, 2008, p. 17.

⑦ Art. 5 (2).

⑧ T. Hartley & M. Dogauchi, *op. cit.*, Nos. 127 et seq.

41. 依据主要适用于普通法系国家的不方便法院原则, 具有管辖权的法院如果认为另一法院更适合审理案件, 则可以酌情中止或驳回诉讼程序。但是, 当一方当事人无视其原有约定而在非被选择的法院进行起诉, 这会成为一个问题。^①

42. 这同样也适用于一方当事人在非被选择的法院进行起诉的情形。依据主要适用于大陆法系国家的平行诉讼规则, 如果另一法院已经首先受理了这一案件, 则其他法院应中止或驳回其法律程序。从欧盟法院在加塞诉米赛特 (*Gasser v. MISAT*, 以下简称 *Gasser 案*)^② 案的判决中, 显而易见的是当事人存在选择法院协议, 然而, 在这种情况下, 欧洲法院优先考虑的是首先受理该案的意大利法院, 而不是双方当事人协议选择的奥地利法院。这一判决受到了广泛批评, 因为它打开了一扇拖延战术的大门 (“发射意大利鱼雷”), 在更深意义上, 它使公权力基于《布鲁塞尔条例 I》项下的客观标准对管辖权的调控优先于当事人之间的选择法院协议和商业需要。^③

与 *Gasser 案* 相反, 公约坚决地优先尊重当事人之间的协议。只有被选择的法院决定不行使管辖权时, 其他法院才可以行使对该案的管辖权。^④ 这也消除了其他法院可能以任何过度的管辖权依据为由而行使管辖权, 例如, “接触的管辖权” (*tag jurisdiction*) ——一个非法院地国的居民的被告在法院地国短暂停留期间被送达相关起诉文书, 或者被告财产位于法院地国。

43. 公约对当事人意思自治原则的重视已经引起了区域层面和国内层面立法的改革。自 2015 年 1 月 10 日实施的《布鲁塞尔关于管辖权以及判决承认与执行条例 I (修订)》(以下简称《布鲁塞尔条例 I (修订)》) 规定, 必须优先考虑当事人协议选择的欧盟成员国法院, 即使该被选择的法院是第二个受理此案的法院。^⑤ 因此, 该规定与 *Gasser 案* 完全相反, 确立了与《选择法院协议公约》相类似的机制。同样的, 2015 年 8 月生效的阿根廷新的《民商法典》确认了选择法院条款的排他性与当事人达成选择法院协议的自由。^⑥ 而自 2016 年 3 月生效的巴西新的《民事诉讼法典》也巩固了法院选择事项上的当事人意思自治原则。^⑦

(3) 选择法院协议效力之确定

44. 公约引入了另外一项创新, 其规定, 当一方当事人声称选择法院协议无效时, 受理案件的法院, 而不是被选择的法院, 在确定选择法院协议实质效力时, 其依据的并不是法院地国法律, 而是被选择法院所属国的法律。^⑧ 与此相反, 《纽约公约》并没有明确规定仲裁协议实质效力的准据法问题, 从而使得受理的法院可以自由适用其本国法。^⑨ 《选择法院协议公约》谈判代表倾向选择的规则服务于全球跨国法律视角: 它要求受理案件的法院在确定当事人协议效力时, 应超越其自身国内体系的限制, 而将自己置身于被选择法院的视角, 并依据被选择法院所属国法

① 关于不方便法院原则, 同时比较下文第 125—129 段与第 149 段。

② CJEU 9 December 2003, *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*, Case C-116/02.

③ E. g., H Muir Watt, *RCDIP*, 2004, pp. 444 *et seq.*; R. Fentiman, *CMLR*, Vol. 41, 2005, pp. 241 *et seq.*; C. McLachlan, *op. cit.*, Ch. 2.

④ Art 6 e).

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 (recast) OJ L351/1, 20.12.2012., Art. 32 (2) - (4). 该条例以前的版本就已规定了排他性选择法院协议条款 [见第 25 (1) 条]。

⑥ Código Civil y Comercial, Arts. 2606 and 2605.

⑦ Código de Processo Civil, Art. 25.

⑧ Art. 6 a); T. Hartley & M. Dogauchi, *op. cit.*, No 149.

⑨ Cf Art. II (3) of the 1958 New York Convention.

律包括冲突法的规定来作出判断。^①《布鲁塞尔条例 I（修订）》遵循了这一创新。^②

（4）弱方当事人的保护

45. 显然，当事人意思自治原则有其另外一个方面。由跨国关系中强势的一方当事人主导的选择法院协议可能对正义的实现与诉讼的费用都产生深远影响。例如，强势当事方强迫弱势当事人在一个法律体系存在巨大差异且偏远的管辖区法院进行诉讼。在国内层面和区域性层面，立法者和法院以不同的介入方式来定义与保护特定类型的弱势当事人，包括债权人、消费者、乘客和托运方、雇工、投保人在其分别与债务人、专业人士、雇主、承运方和保险公司之间的关系中的弱势方。

考虑到以上各种方法的存在，公约可能通过采纳一个诸如“如果协议的缔结是通过行使经济权力而滥用不正当手段获得的，则选择法院协议应视为无效”的规则来解决这一问题。^③但是这显然会影响公约核心目的（可预见性）的实现。^④取而代之的是，各国形成了一个共识，明确排除选择法院条款适用于消费者合同^⑤和雇佣合同（包括集体谈判）——即使该协议是在争议发生之后达成——以及一些诸如涉及赡养义务事项和旅客、货物运输等事项的合同。^⑥

46. 因此，这些排除适用选择法院协议的合同与事项，则留待各国国内法或区域性立法进行规范。比如，《布鲁塞尔条例 I（修订）》规定了限制选择法院协议适用于消费者合同和个人雇佣合同的具体规定。^⑦此外，它限制了选择法院协议适用于保险合同。^⑧由于后者在原则上属于《选择法院协议公约》所调整的范围，因此，欧盟在批准该公约时，依据公约所提供的上述可能，^⑨当投保人居住在欧盟、风险或保险事故发生时项目或财产只与欧盟有关时，排除公约适用于与保险合同相关的特定事项。^⑩

（5）“海牙判决项目”的进展

47. 《选择法院协议公约》被称为“海牙判决项目”的第一步。在《选择法院协议公约》于2005年制定之后，该项目的工作仍在民事判决问题上继续展开，在一个工作组准备的文本基础上，特别委员会已经起草了一份关于承认与执行民商事判决的公约草案。^⑪该草案的范围限定在判决的跨境效力（判决的承认与执行），其在以后的阶段是否可以实现在直接管辖权问题上达成共识，仍有待继续观察（参见下文第121—122段）。^⑫

（II）当事人意思自治与冲突规范——2015年海牙法律选择原则

48. 为了在全球层面进一步努力加强当事人意思自治原则，海牙国际私法会议于2015年3月

① 相同的规则也适用于被选择法院作出的判决的承认与执行事项上。参见《选择法院协议公约》第8（a）条。

② Art. 25（1）。

③ 1965 Hague Convention on the Choice of Court（not entered into force），Art. 4（3）（参见第14段）。

④ Cf. D. Svantesson, *Private International Law and the Internet* Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, p. 263

⑤ 比较关于保护弱势当事人的讨论，尤其在电子商务合同背景下。*Id.*，“The Choice of Courts Convention: How Will it Work in Relation to the Internet and E-Commerce?”，*JPIL*, Vol. 5, 2009, pp. 517 *et seq.*

⑥ Art. 2（1）and（2）b）and f）。

⑦ Arts. 19 and 23.

⑧ Art. 15.

⑨ Offered by Art. 21 of the Convention.

⑩ 该声明具有互惠的效力，因此当被选择的法院位于欧盟境内时，公约的其他缔约国将不得对此类合同适用公约。

⑪ Accessible at <https://assets.hcch.net/docs/42a96b27-11fa-49f9-8e48-a82245aff1a6.pdf>.

⑫ R. Wagner, “Ein neuer Anlauf zu einem Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen”，*IPRax*, Vol 36, 2016, pp. 97 *et seq.* Cf. also R. A. Brand, “Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments”，*Recueil des cours*, Vol. 358, 2014.

通过了《国际商事合同法律选择原则》。^① 这属于原则，并不是具有拘束力的规则，也不会障碍现行已经接受了当事人意思自治原则的诸如1955年《海牙国际销售公约》和1994年《美洲国家公约》以及2008年《罗马条例I》（参见上文第14段）等具有拘束力的国际法律文件。

49. 那么，海牙国际私法会议为什么进行这项工作？事实上，该项目的建议来自于海牙国际私法会议的姐妹机构——主要从事商事实体法律全球协调的国际统一私法协会（UNIDROIT）和联合国国际贸易法委员会。它们发现，当事人意思自治作为法律适用规则仍然受到抵制，例如，在南美洲和中东地区的商业交易仍面临各种风险，包括法院诉讼和仲裁程序方面的风险。因此，《国际商事合同法律选择原则》的主要目的就在于，将当事人意思自治的概念普及到未采纳当事人意思自治原则的国家中，或者通过对当事人意思自治原则进行重大限制，从而确保合同领域的当事人意思自治成为私人国际交易的全球性法律框架中的一项基本原则。^② 有些国家已经意识到了此前关于主权的一些观念过时了，这些国家可以决定将当事人意思自治原则纳入其本国法。^③

此外，该国际文件不具拘束力的性质使得起草者制定符合理想预期的规则成为可能，从而可以激励已采纳当事人意思自治原则的国家也可促使其法律持续发展与完善。^④

（1）国际性的定义

50. 正如《选择法院协议公约》，作为适用《国际商事合同法律选择原则》的条件国际性的定义是基于一个跨国的观点：“为实现本原则的目的，一项合同是国际性的，除非每个当事人都在同一个国家，且各当事人之间和所有其他因素的关系，无论其所选择的法律为何，都只与这个国家有关。”^⑤ 事实上，这些原则已经超越了地理条件：它们不仅允许当事人不受主合同的影响，也为当事人选择非国家法打开了一道门。

（2）无需存在联系

51. 《国际商事合同法律选择原则》确立了当事人选择合同准据法的自由。此外，依据该原则，当事人选择的法律可以只适用于合同的一部分，并且，在不影响合同形式效力或第三方权利的条件下，当事人可以随时选择或修改合同准据法。^⑥ 此外，该原则也不要求被选择的法律与当事人他们的交易之间须存在联系。^⑦ 到目前为止，该原则已经超越了《美国第二次冲突法重述》关于“当事人的选择需有一个合理基础”的要求。^⑧ 这一规定为不断增长的实践提供了空间，当

① Accessible, with an official commentary, at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. Cf. M. Pertegás & B. A. Marshall, “Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, pp. 975 et seq.

② 2015年7月在维也纳举行的联合国国际贸易法委员会第四十八届委员会会议认可了海牙《国际商事合同法律选择原则》。

③ 巴拉圭已于2005年1月15日通过其本国的“*Ley sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*”而将海牙《国际商事合同法律选择原则》立法化。See J. A. Moreno Rodríguez, “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales ¿regreso al pasado?”, *Temas actuales del derecho bancario y societario*, 2015, pp. 119 et seq.; 澳大利亚政府最近的一项研究建议通过一部新的国际民法典以同时落实海牙《国际商事合同法律选择原则》与2005年海牙《选择法院协议公约》，*Australia's Accession to the Convention on Choice of Court Agreements, National Interest Analysis* [2016] ATNIA 7。

④ 澳大利亚（参见前面的注释）提供了一个范例。

⑤ Art. 1 (2).

⑥ Art. 2 (1) - (3).

⑦ Art. 2 (4): “No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction”.

⑧ Section 187 (2). 有评论指出，当事人“不合理”的选择仅限于理论层面，而并没有出现在实践中。

事人可以选择与合同没有联系的法律，因为该法律对于双方而言是中性或者该法律在所涉的交易类型领域特别发达。以海上运输和银行交易为例，选择英国法为准据法颇受欢迎。通常，案件会存在使其具有“国际性”的其它因素，但情况并非总是如此，《国际商事合同法律选择原则》并未对其适用设定任何前提条件。^①

(3) 非国家法

52. 此外，《国际商事合同法律选择原则》肯定了当事人选择的“法律规则”是非国家法的可能性，但是非国家法是“国际、跨国家或区域范围内作为一套中性、平衡规则被普遍接受的法律规则，除非诉讼地法律另有规定”。^② 因此，如果法院地法不禁止这种选择，^③ 即使《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）根据其本身条款并不适用，当事人也可以选择 CISG 公约^④ 这样的实体规则，或者，选择 UNIDROIT 的《国际商事合同通则》，作为调整其合同法律关系的准据法。

53. 目前，在国内法院提起诉讼的当事人通常并不享有选择非国家法的权利。例如，《罗马条例 I》仅允许当事人通过间接方式将非国家法或国际条约纳入合同之中，即合同仍须受《罗马条例 I》所指定的准据法的拘束，而非予以替代。^⑤ 相反，当事人在国际商事仲裁中可以选择非国家法，已没有争议。《国际商事合同通则》已为世界各地的仲裁庭所适用，包括当事人明确选择适用《国际商事合同通则》以调整合同争议的实体内容，或者合同笼统指定适用“法律一般原则”或“商人法”的情形。^⑥

这种类型的法院判决相对罕见但并不缺乏。甚至，法院援引《国际商事合同通则》来支撑其对作为准据法的本国法的解释。^⑦ 如果冲突规范已经被接受为一项基本原则，我们会很难理解为什么在跨国私人法律秩序如此普遍的全球化世界经济中，允许在仲裁中选择非国家法，但却禁止在法院诉讼程序中选择非国家法。在这方面，正如《选择法院协议公约》所致力实现的，《国际商事合同法律选择原则》可以有损于平衡国际商事仲裁与国际民事诉讼之间的竞争。^⑧

① 如果当事人在纯国内案件中选择适用外国法，那么，当事人本国法院可能会依据《国际商事合同法律选择原则》第 1 (2) 条认定该案件并不具有“国际性”，从而忽视当事人选择的法律。但是，外国法院和仲裁庭则不太可能这样做，他们可能会适用《国际商事合同法律选择原则》第 11 条中的某一项理由对结果进行修正。（参见下文第 55—56 段、第 59 段）

② Art 3.

③ 有趣的是，2015 年巴拉圭法律在引入《国际商事合同法律选择原则》时并未对此作出保留，而是允许了当事人选择适用非国家法。

④ 1980 年 4 月 11 日《联合国国际货物销售合同公约》第 1 条对其适用界定了地理范围。

⑤ Cf. Recital (13)，这是有悖于委员会最初提议的做法。

⑥ Cf. E. Finazzi Agrò, “The Impact of Unidroit Principles in International Dispute Resolution in Figures”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 719 *et seq.* 关于 Unidroit 原则与其他非国家法之间的比较，参见 J. Kleinheisterkamp & J. -F. Tossens, “L'autonomie de la volonté, le droit transnational et l'arbitrage international”. M. Fontaine & D. Philippe (eds.), *Contrats internationaux et arbitrage/International Contracts and Arbitration*, Brussels, Larcier, 2009, pp. 135 *et seq.*

⑦ E. Finazzi Agrò, *op cit.*

⑧ Cf. G. Saumier and L. Gama Jr, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, D. P. Fernández Arroyo & J. J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41 *et seq.*; J. L. Neels and E. A. Fredericks, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts” *De Jure Vol. 44*, pp. 101 *et seq.*, and, critical, R. Michaels, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Kai Purnhagen & Peter Rott (eds.), Heidelberg etc., Springer, 2014, pp. 43 *et seq.*

(4) 弱方当事人、第三人和公共利益

54. 合同领域的当事人意思自治原则显然不能无所限制。弱方当事人、第三人和公共利益必须得到保护。正如《选择法院协议公约》的规定,不管在争端发生之前还是发生之后,《国际商事合同法律选择原则》并不适用于消费者合同和雇佣合同,从而将当事人意思自治原则在这些事项中的适用留待国内法或区域性立法进行调整。^①适用《国际商事合同法律选择原则》的国家仍可自由选择在这些领域排除当事人意思自治原则。^②

55. 关于民事诉讼法院,《国际商事合同法律选择原则》遵循了1978年《海牙代理法律适用公约》和1980年《罗马公约》(《罗马条例I》)所采纳的传统模式:本原则并不妨碍法院适用法院地的绝对优先适用的强制性规则,不论当事人所选的法律为何,绝对优先强制性规则都应当得到适用。只有当法院适用当事人选择的法律将明显有悖于法院地的公共政策基本理念时,法院可以排除适用当事人选择的法律^③(参见上文第15段)。《国际商事合同法律选择原则》还规定,法院地法决定法院是否可以或者必须适用第三国法律(法院地法或准据法之外)的绝对优先适用的强制性规则,或者无当事人选择法律的情况下是否适用准据法国公共政策。^④

56. 在国际仲裁领域,仲裁庭与法院有所不同,它们并不是单一国家法律体制内部的司法机关的一部分,^⑤而是作为跨国法律秩序的组成部分。各国可能需要考虑承认或不承认相关仲裁裁决的效力问题。^⑥《国际商事合同法律选择原则》明确承认,仲裁裁决可能需要或允许考虑被选择法律以外的法律中的公共政策或强制性规则。一个明显的例子是,至少需要考虑申请承认与执行仲裁裁决所在国的法律。

(5) 《国际商事合同法律选择原则》:是一个进展中的项目吗

57. 对不具有法律拘束力的规则进行不定期的审查,以更新、修改或扩大适用,这在国际上是较为常见的。就其本质而言,与具有法律拘束力的条约相比,“软法”性质的国际文件更容易审查。^⑦相关评论报告提到的《国际商事合同法律选择原则》未来工作可能针对无当事人选择法律时合同准据法的确定。但这是一项雄心勃勃的项目,存在不同的关注点,“目前尚缺乏”共识。^⑧

58. 考察前述不具有法律拘束力的规则在其退而指向并求助于国内法的情况下能否提供更多的指引,也许更值得考虑且更接近《国际商事合同法律选择原则》的原始目的。一方面,可尝试为当事人意思自治在消费者合同(可能包括一些保险合同)和雇佣合同中的适用起草特定规则,而不是简单地将此类合同排除在当事人意思自治范围之外。因此,在此类合同背景下,当事

① Art 1 (1).

② 2015年巴拉圭法律在引入《国际商事合同法律选择原则》时,在适用范围上也排除了特许经营合同、代理合同和分销合同。

③ Art. 11 (1) and (3).

④ Art. 11 (2) and (4).

⑤ 尽管从功能角度来看,法院也越来越多地行使着相对分散状态下的国际法律秩序的代理人的职权。参见第17段、第23段、第143段。

⑥ Cf. e. g., G. B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen a. d. Rijn, Kluwer, 2012, Part III.

⑦ Cf. UNIDROIT 原则最近进展, <http://www.unidroit.org/work-in-progress.-studies/current-studies/long-term-contracts>.

⑧ Commentary I. 14.

人自由选择法律的准许条件，可留待多个国内（或区域）国际私法规则加以界定。^①

59. 此外，鉴于《国际商事合同法律选择原则》借以运作的全球化背景以及责任主体尊重国际公认的核心人权的重要性，如《联合国商业与人权指导原则》强调了人权准则（参见上文第25段，也参见下文第115段），^② 我们应当要考虑绝对优先适用的强制性规则和公共政策条款（第11条）进一步细化的可能性。

当然，由于法院或仲裁庭会适用或考虑到一国公共政策或绝对优先适用的强制性规则，这些国内规范可能是国际人权规范的一些体现（参见上文第15段）。然而，考虑到法院或仲裁庭适用《国际商事合同法律选择原则》时需要考虑所谓的跨国因素，因而提醒特殊责任主体必须尊重这些规范，将是有益的。因此，本文建议在《国际商事合同法律选择原则》第11条中增加一款如下：

当适用本条款时，法院和仲裁庭应注意到可能渗入到法院地或其他相关国家的公共政策或绝对优先适用的强制性规则之中的国际公认的人权准则。

（三）家庭与儿童：直接跨国机构合作和与人权的相互关系

60. 当事人意思自治原则在跨国商业合同中的作用日益增加，在其他领域的作用也日益凸显，包括跨国家庭法（参见上文第14段）。事实上，当事人意思自治原则可以被视为“自由原则的抽象，它无须依赖外在变动就可以实现法律规则的选择，突破了法律体系之间领土疆界之限制，开放各法律体系进行竞争。”^③ 当涉案问题牵涉多个国家时，当事人在个人与家庭事项方面的法律选择，包括家庭财产关系（婚姻财产关系、继承）以及抚养关系（参见下文第82段），可以使他们能够更轻松地处理这些事项，允许他们表达他们的文化认同，促进跨境关系的持续发展。事实上，与商业领域中适用的当事人意思自治原则相比，扩大适用于这些领域的当事人意思自治原则更为谨慎。^④ 当事人意思自治原则的限制问题也是一个持续讨论的问题。^⑤

61. 全球化对国际层面的私人与家庭关系事项方面的国际私法发展的影响最为明显。显然，这个领域的当事人，尤其是儿童，需要国际私法的保护以防范全球化给他们带来的风险。再一次（参见上文35—39段），我们看到一个明显的转变，从法院地国的视角走向跨国甚至全球的视角。专业行政机构（在某些情况下，甚至是特殊的私营机构）与法院之间的直接合作已经扩展到全球，有助于突破领土边界的限制以保护儿童和家庭的利益，也有助于支持全球性人权准则：

（I）直接的跨国机构合作

62. 1980年《海牙国际诱拐儿童民事方面的公约》（以下简称《海牙儿童诱拐公约》）为满

① 至少在消费者合同方面已经有一些规则，1980年10月25日海牙国际私法会议通过的海牙关于某些消费者销售合同的法律适用公约（内部文献，译者注）第6条（消费者惯常居所地国的强制性规则优先于当事人意思自治原则）。Cf. A&D, XIVth Session, Tome I-II, pp. I-60 et seq. (text) and pp. II 193-194 (Explanatory Report A. T. von Mehren). 这也可能成为保护雇佣劳动者立法的一个起点。Cf. Arts. 6-8 of the Rome I Regulation, Arts. 27-28 of the 2001 Korean Private International Law Act, and Arts. 3117-3119 Civil Code of Quebec.

② Cf. *Guiding Principles on Business and Human Rights*, op. cit., 《联合国商业与人权指导原则》原则12规定：“工商企业有责任依据国际公认的人权标准对人权予以尊重，其有义务至少去了解明文规定在《国际人权宪章》以及国际劳工组织《关于工作中的基本原则与权利的宣言》对基本权利所规定的原则。”

③ A. Mills, op. cit. p. 293.

④ 例如，极少的实证研究表明，当事人根据意思自治原则来选择离婚准据法的情形是非常罕见的。cf. J. Verhellen. *Het Belgische Wetboek IPR in familiezaken, wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Bruges, Keure, pp. 183 et seq.

⑤ Cf. J. Basedow (2013), op. cit. p. 213.

足现代全球化发展的预期,首先突破了各国法律秩序基本自足(self-contained)为着眼点的传统国际私法方法。该公约主要目的在于“保护儿童在国际上不因不当迁移或滞留而遭受不利影响……确保儿童尽快返还回其惯常居所地”。^①实现这一目的的传统方法是,通过各国有权机关建立一个承认与执行机制,即由儿童在被诱拐之前的常住国作出判决,该判决在儿童被诱拐之后的避难国获得承认与执行。^②这种方法的主要不足就在于,它要求被留下来的父/母一方首先应在儿童常住国获得一个判决,而一种常见的情形却是诱拐儿童行为具有违法性而常住国对此没有作出判决。

《海牙儿童诱拐公约》并未采纳须经儿童常住国法院的间接合作方式,该公约的关注点是儿童避难国的有权机关,公约要求它们直接超越国际边界而考虑儿童常住国法律状况。在判断儿童是否被不当诱拐时,避难国依据的不仅是本国规则,而且也包含了儿童常住国规则。^③

63. 此外,正如《海牙民事诉讼公约》建立一个成功的合作机制一样(参见第16段),《海牙儿童诱拐公约》建立了一个直接的跨境行政合作机制,赋予了中央机关广泛职权以防止与应对儿童诱拐行为。^④中央机关必须“采取一切适当措施……以确保儿童被自愿返还或以友好方式解决争议”。^⑤调解在诸多的措施中显得日益重要。^⑥为了使整个系统运作,中央机关获得适当的认可是至关重要的,缔约国应确保他们设备齐全和资源丰富。虽然目前该机制仍存在问题,但是一个由百余个中央机关构成的网络已经在世界各地获得发展,它们在海牙举行定期审核会议,海牙国际私法会议常设局举行一系列活动和提供工具对其予以支持。这一全球性的专业共同体在防止和打击父母诱拐儿童的事项上发挥着重要的作用。

64. 除了行政合作机制,该公约还规定,当父母持续冲突的情况下,允许法院进行协调。即使在公约中没有明确的依据,法院也表现出跨境直接联络的需要。与全球性的中央机构网络相平行的是,由来自70多个管辖区的数百名法官组成的网络——“海牙国际法官网络”——旨在促进法官们在儿童诱拐案件中进行直接司法沟通。这不仅有助于解决儿童返还的实际问题,也可促进父母在避难国法院达成和解。^⑦

65. 《海牙儿童诱拐公约》为儿童返还规定了具体的救济措施(也包括探视权行使的初步机

① 《海牙儿童诱拐公约》序文第2段。公约第21条表明公约目的还在于“确保探望权得到有效行使”。更为全面的批判性分析,参见 R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, Oxford etc., Hart, 2013。

② The Council of Europe 1980 Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children is based on this approach.

③ 《海牙儿童诱拐公约》第3(1)a)条规定“下列情形被视为对儿童的不当迁移或滞留:a)迁移或滞留侵犯了在该迁移或滞留行为发生前依儿童惯常居住地国法律已经赋予某人、某机构或任何其他团体联合或单独行使的监护权。”

④ Arts. 6 and 7.

⑤ Art. 7(2)c)。

⑥ 一般而言,调解在1980年《海牙儿童诱拐公约》框架中的适用,参见 Hague Conference, *Mediation-Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5568。

⑦ Hague Conference, *Direct Communications*, <https://assets.hcch.net/docs/62d073ca-eda0-494e-af66-2ddd368b7379.pdf>. Cf. C. Kessedjian, “Le dialogue des juges dans le contentieux privé international”, Permanent Bureau Hague Conference, *A Commitment to Private International Law/Un engagement au service du droit international privé*, op. cit., pp. 253 et seq. P. Lortie, “Direct Judicial Communications and the Hague International Network of Judges under the Hague 1980 Child Abduction Convention”, M. Zupan (ed.) *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts-Family at Focus*, Univ. of Osijek, 2015, pp. 137 et seq.

制)，但其并没有制定一个更广泛的儿童保护框架。1996 年海牙《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认与执行以及合作公约》（以下简称《海牙儿童保护公约》）填补了这一空白。1996 年《海牙儿童保护公约》通过为儿童保护措施与返还儿童命令提供管辖依据——例如，禁止父亲接近或骚扰母亲及其孩子的命令——并确保儿童常住国当局承认与执行这些措施，对《海牙儿童诱拐公约》的实施也有帮助。

66. 事实上，1996 年《海牙儿童保护公约》历经绵延了近一个世纪的发展演变，呈现了本文所描绘的国际私法的发展。关于儿童保护的多边条约的起草，基本上都是以儿童与其国家之间存在正式的国籍联系的框架开始，隐含着很强的主权之意。^① 后来，另一个体系诞生了，虽然国籍作为连接点在这个体系中仍占重要位置，但该体系还为以儿童惯常居所地作为连接点留下了空间。^② 最后，在现代全球化的背景下，1996 年《海牙儿童保护公约》终得以孕育而生：这是一个全面的跨国儿童保护体系，它完全以儿童的生活中心为核心，同时兼顾跨境的流动性，并且配备关于父母责任法律适用的创新规则和通过各国中央机关合作机制来完成儿童保护措施跨境执行的强大机制。^③

67. 2007 年海牙《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》（以下简称《海牙抚养公约》）加强和深化了中央机关之间的合作。该公约为通过中央机关系统处理的儿童抚养案件慷慨地提供无偿的法律援助，并且，通过规定抚养判决承认与执行的详细程序，包括这些程序的有效运用，该公约还渗入到传统上由国内法独占的领域。它考虑了各国的不同能力，允许资源有限的国家对免费的法律援助条款进行限制，^④ 并提供替代程序以承认与执行外国法院的儿童抚养判决。^⑤ 作为批准该公约的先决条件，各国应提供与国内法和程序相关的信息，包括“国家概况”，并提供一个先进的自动化案件管理系统（ISupport）。^⑥

68. 一系列海牙儿童公约规定了直接的机构合作机制，而这一发展演进清晰地反映了全球人员流动背景下的法律秩序中各国之间的联系日益增强：全球化时代下时空两个方面均被压缩（参见上文第 18 段及以下各段）。1993 年海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》（以下简称《海牙收养公约》）极大地推进了机构之间的直接合作，突破了传统的国际私法方法论。该公约的目的在于在跨境收养中保护儿童和家庭的利益，尤其在发展中国家和发达国家之间的关系中，即“南半球”与“北半球”的关系。南北关系的不对称，再加上文化的显著差异导致收养的滥用和失败时有发生。

① 1902 年《海牙关于婴幼儿监护权公约》。在适用 1902 年《海牙关于婴幼儿监护权公约》的一起案件中（*Netherlands v. Sweden*- “*Elisabeth Boll*”），该公约成为关注的焦点。该案的判决影响了之后的 1961 年海牙公约在国籍的地位问题上的立场（*Judgment of 28 November 1958, I. C. J. Reports 1958, p. 55*）。

② 1961 *Convention on the jurisdiction of authorities and the applicable law in matters of protection of minors*.

③ 2000 年 1 月 13 日《海牙成年人国际保护公约》对于不能保护自身利益的成年人的保护事项进行了规定，该公约在依循了 1996 年公约基本结构的基础上进行了必要的调整。

④ 《海牙抚养公约》第 16 条规定，一国将在符合基于儿童财产状况评估标准的情况下提供免费法律协助。

⑤ *Cf. Arts. 23 and 24*.

⑥ W. Duncan, “The Hague Convention of 23 November The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance: Comments on its Objectives and Some of its Special Features”, *YPIL*, Vol. 10, 2008, pp. 313 *et seq.*; P. Lortie, “The Development of Medium and Technology Neutral International Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems: the Example of the 2007 Hague Convention and Protocol”, *YPIL*, Vol. 10, 2009, pp. 359 *et seq.*

69. 传统的多边条约模式^①将儿童送养国与儿童接收国视为彼此独立的法律秩序。1993年公约认为,前者主要负责儿童及其原生家庭的事项,并最终决定将儿童交给预期收养父母,^②后者关注预期的收养家庭和儿童永久居住于接收国的条件。^③但是,与传统模式相反,该公约没有规定管辖权和法律适用规则,而是规定了实体保障和程序,如若这些规定得到认可,最终可能由中央机关或者代表中央机关作出一个联合决定,将儿童委托给预期收养父母收养:两国的中央机关必须为每一个儿童的收养开绿灯。^④ 为了加强公约项下的合作框架,所有缔约国必须承认收养关系。

70. 公约的另一个创新之处是它认识到私人中介机构的作用。历史上,私人中介机构一直是跨国儿童收养发展中的先驱者。该公约接受已获得国家认证的私人机构,在另一国家从事活动的私人机构则须获得该国的授权。这些私人机构追求的是非盈利目的,受有资质的人指导和配置,并受国家监督。^⑤ 概而言之,该公约禁止任何“不当的财务或其他收益”,这是联合国儿童公约提出的几个要求之一。

(II) 与人权的相互关系

71. 全球化不仅促进了国际私法在全球的传播,而且也促进了人权法的发展。^⑥ 此外,它也引发了两个法律领域之间的互动,尤其在与家庭和儿童有关的事项上。^⑦ 欧洲人权法院在过去十年中作出的如下两个判决表明了人权法与国际私法之间的相互影响。

72. 在瓦格纳诉卢森堡案(Wagner v Luxembourg,以下简称瓦格纳案)中,^⑧ 卢森堡法院拒绝承认一个卢森堡单身母亲完全收养一个秘鲁儿童的效力,该单身母亲与儿童在卢森堡生活。母亲和孩子抱怨卢森堡法院的拒绝承认导致了他们日常生活的障碍,不利于儿童完全融入到收养家庭。卢森堡法院之所以拒绝认可,并不是因为质疑秘鲁收养判决的效力,而是因为依据卢森堡冲突规范,收养的条件应适用收养父母本国法(即卢森堡法),而卢森堡法律只允许已婚夫妻进行收养。欧洲人权法院发现,卢森堡法院拒绝承认秘鲁收养判决的做法——赋予了卢森堡冲突规范的效力优先于儿童和母亲居住在卢森堡的“社会现实”——不符合《欧洲人权公约》第8条关于保护家庭生活的规定,在解释《欧洲人权公约》第8条时,欧洲人权法院依据《联合国儿童权利公约》进行了解释。^⑨

73. 在哈奥迪基诉法国案(Harroudj v France)中,^⑩ 法国法院拒绝了一个法国妇女提出的完

① 1965年《海牙关于收养的管辖权、法律适用及判决承认与执行公约》和1984年《美洲国家关于未成年人收养的冲突法公约》为传统多边条约模式的典型。

② Arts. 4, 16.

③ Arts. 5, 15.

④ Art 17 c).

⑤ Articles 9–13. 《海牙收养公约》第22(2)–(5)条也允许盈利性中介机构发挥其有限的作用。

⑥ 关于全球化、人权与家庭法的相互影响,参见B. Stork, “When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2006, pp. 1551 *et seq.*

⑦ 关于拉丁美洲的新近视角,参见M. C. Fresnedo de Aguirre, “Public Policy: Common Principles in the American States”, *Recueil des cours*, 2015, in particular Ch. IV.

⑧ ECtHR 28 June 2007, *Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg*, application 76240/01.

⑨ *Ibid.* par. 120. 卢森堡法院拒绝承认秘鲁收养判决的做法也被认为违反了《欧洲人权公约》第6条(公平的审讯)和第14条(不得歧视)以及第8条。该案件发生在卢森堡成为1993年《海牙收养公约》缔约国之前,因此不能适用1993年《海牙收养公约》。

⑩ ECtHR, 4 October 2012, *Harroudj v. France*, application 43631/09.

全收养一个在阿尔及利亚出生的、被遗弃的阿尔及利亚儿童的申请，阿尔及利亚法院赋予了该法国妇女通过卡法拉（*kafala*）方式照顾儿童的法律权利，并允许其定居法国。阿尔及利亚法律禁止收养，卡法拉方式并不会在儿童与照顾人（*kafil*）之间创设一个合法的亲子关系。由于依据法国的冲突规范应适用的法律不允许收养儿童，法国法院以此为由拒绝承认该收养关系，除非该儿童惯常居所在法国且儿童出生于法国。^①

与瓦格纳案不同的是，欧洲人权法院裁定，该案并没有违反《欧洲人权公约》第8条的规定。其理由是，《儿童权利公约》、^② 1993年《海牙收养公约》^③ 和1996年《海牙儿童保护公约》^④ 都承认了卡法拉方式与收养的区别。此外，儿童仍可以基于遗嘱而获得继承权，并且，在被养育五年之后可以获得法国国籍，之后则可以由其照顾人（*kafil*）收养。法院的结论是，法国官方由此“在适用支配这些措施的国际公约时，作出了灵活的安排，以包容儿童原住国法和本国法”。“通过逐渐废除对收养的禁止……促使外国儿童在不立即切断其与原住国法律规则的联系条件下，法国官方展现了对文化多元主义的尊重，并在公共利益与卡法拉申请者的权利之间作出了一个合理的平衡。”^⑤

74. 比较这两个案件^⑥可知，人权法与国际私法之间的互动并不是单向的。当家庭根据外国法律制度拥有了既得权这一“社会事实”需要获得承认而国际私法规则却对此构成阻碍之时，人权法可以排除国际私法规则的适用。这只是一个方面。反过来，国际私法也可能对国际人权规则产生影响，以使其适用会适当顾及人的文化认同及其演变和法律多元主义。^⑦

75. 然而，事实是，区域性人权法的兴起，尤其导致了对传统国际私法方法论的质疑。^⑧ 这尤其可能发生在，依法院地冲突规范援引适用的法律来确定源自于国外的关系的法律效力。在一个相对封闭的法律秩序里，这样的做法是可以理解的。但是，正如在瓦格纳案所呈现的那样，在一个全球化的环境中，这就可能会与有关人权规定相冲突。同样的，这将与欧盟成员国人员自由流动原则相冲突。^⑨

海牙国际私法会议发展了一系列技术，以避免法院在涉外家庭和儿童事项上适用法院地国冲

① Art. 370 - 3 (2) Code civil.

② 《儿童权利公约》第20(3)条规定，在考虑其他方式的照顾时，“应适当注意到……儿童的族裔、宗教、文化和语言背景”。

③ 1993年《海牙收养公约》第2(2)条限定了该公约仅适用于产生永久的父母子女关系的收养；第4条规定了由原住国主管机关决定儿童是否适于被收养。

④ 1996年《海牙儿童保护公约》第3条和第33条明确了其范围涵盖卡法拉方式。

⑤ Par. 51. 法院也认为因《欧洲人权公约》第14条而产生的争议并不是一个单独的问题（par. 55）。Cf. ECtHR, 16 December 2014, *Chbihi Loudoudi c. s. v. Belgium*, application 52265/10.

⑥ Cf. Harroudj, par. 147.

⑦ 正如 L. Gannagé 所指出的，文化认同包含了个体、群体与民族的认同，其随着人生的时间变化而发展，认同感可能会增强，同时也可能会产生相互抵触。L. Gannagé, “Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures”, *Recueil des cours*, Vol. 357, 2013, Nos. 12 et seq. 关于复杂的自然人与集体地位对当代国际私法的挑战，参见 I. Isilovic, “Political Recognition and Transnational Law”, H. Muir Watt & D. P. Fernández Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, OUP, 2014, pp. 318 et seq. Cf. also Stark, *op. cit.*, p. 1603.

⑧ Cf. P. Kinsch, “Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol. 318, 2005, pp. 9 et seq.; L. d'Avout, “Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé”, E. Dubout & S. Touzé, *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 165 et seq. D. Burdeau & H. Muir Watt, *Droit international privé*, Vol. I, 3rd ed., Paris, Thémis, 2014, Nos. 581 et seq.

⑨ 这体现在欧盟法院的诸多判决中，特别是 Grunkin-Paul 案判决（2008年10月14日 C-353/06）。

突规范会导致不可接受的后果:

(1) 承认的方法

76. 1978 年《海牙婚姻公约》是对外国婚姻效力予以广泛认可的公约的原型:

“依据婚姻缔结地法律有效缔结的婚姻,或之后依据该国法律有效的婚姻,所有缔约国均应视其为有效婚姻。”^①

因此,公约要求法院地当局在决定外国婚姻效力时并不适用其本国冲突规范,而应依据婚姻关系缔结地法律(无论该国是否为公约缔约方)。公约所采纳的认可外国婚姻效力的方法通常被视为一种替代传统法律选择方法的主要范例。^②一种可比较的方法体现在《海牙儿童诱拐公约》(参见第 62 段)和《选择法院协议公约》(参见第 44 段)的规则中,其规定,法院不允许适用其本身的冲突规范,而应适用儿童惯常居所地所在的缔约国的法律或者当事人选择的法院所在地的法律。

(2) 可替代的冲突规范的方法

77. 1961 年《遗嘱形式公约》以冲突规范方法论为基础而运用了不同的方法。与 1978 年《海牙婚姻公约》不同,该公约并没有规定遗嘱的效力须依据制定有效遗嘱的任何国家的法律,而是规定了包含多种可能的连接点的选法规则。该规则的效果是,遗嘱形式有效性在几乎所有可能的情况下都得到支持,无论遗嘱是否在缔约国缔结,以此支持立遗嘱人及其家庭与财产的全球流动。

(3) 合作的方法

78. 第三种方法体现在 1993 年《海牙收养公约》,即其并没有要求法院放弃适用其冲突规范,而是在创设该涉外法律关系时就考虑到法院地的法律规定。^③在跨境收养过程中最为重要的两个法律秩序之间的行政合作,为所有缔约国承认跨境收养关系提供了基础。

所有这三种方法避免了法院适用其僵化的选法规则处理产生于国外的法律关系时所导致的不利影响,也可以在家人和家庭存在跨境情况时保障法律关系的连续性。

79. 关于在全球层面的人权法与国际私法发展之间的相互影响,1989 年《联合国儿童权利公约》和四个现代的海牙儿童公约(参见上文第 62—70 段)之间的互补性是其最好的说明。与主要针对单一国家人权而制定的《联合国人权公约》或区域性的欧洲、美洲和非洲人权公约相比,《联合国儿童权利公约》规定了一些有关儿童和家庭的跨境问题与风险,包括他们跨境之后的相互关系问题。《联合国儿童权利公约》呼吁各国通过加入已有公约或缔结新的国际公约的方式开展合作,以解决这些跨境法律问题。上述所有的海牙公约都与《联合国儿童权利公约》的一个条款、通常是几个条款的规定相关。^④

a. 1980 年《海牙儿童诱拐公约》

80. 《联合国儿童权利公约》第 11 条的规定直接启发了 1980 年《海牙儿童诱拐公约》的相

① Art. 9.

② Cf. recently, P. Lagarde, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol. 371, 2014; *id.* (ed.), *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, Paris; A. Bucher, “La dimension sociale du droit international privé”, *Recueil des cours*, Vol. 341, 2009, in particular Chapter V.

③ 各国关于涉外收养的法律,举例而言,在一些国家的实践中(如中国),涉外收养基于收养协议而创设。

④ 更为详尽的论述, See the author’s “Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children’s Conventions”, T. Liefwaard & J. Sloth-Nielsen (eds.), *25 Years of The UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill, 2016, pp. 31 *et seq.*

关规定,其要求各国“采取措施打击非法转移和不当滞留儿童”。《海牙儿童诱拐公约》为各国采取措施制定了规则和机制,这不仅仅是一般性的规定,而是针对公约范围内的每一个儿童诱拐案件。此外,公约支持儿童与父母公共生活的权利,在儿童与父母其中一方分离的案件中,“保证儿童定期与父母双方的人身关系与直接联系,包括儿童的父母居住在不同国家的情况”。^①因此,加入《海牙儿童诱拐公约》是落实《联合国儿童权利公约》这些目标的关键步骤。

但是,互动方式有如下两种。《联合国儿童权利公约》第12条规定,儿童有权知悉影响到其本人的一切事项。对于条约文义问题,各国法院依据《联合国儿童权利公约》的规定来解释《海牙儿童诱拐公约》中的措辞涵义。^②相比之下,对《海牙儿童诱拐公约》与《联合国儿童权利公约》第3条(或者《欧洲人权公约》第8条)相容性的质疑并不会得到支持:法院一般倾向于以协调的方式解释这些人权条约与《海牙儿童诱拐公约》。^③

b. 1996年《海牙儿童保护公约》

81. 1996年《海牙儿童保护公约》支持了《联合国儿童权利公约》中的一系列条款:第9条和第10条关于父母与儿女之间的人身关系与联系;第11条关于儿童诱拐;^④第12条关于儿童的意见;第18条关于父母责任;第19条关于防止滥用的保护;第20条关于可替代的照顾(包括卡法拉);第22条关于难民;第35条关于儿童非法贩卖,这只是其中一些条款。对于跨境问题,1996年《海牙儿童保护公约》将决定:(1)哪一个机关或法院可以处理这些国际法律关系,(2)适用哪一个国家的法律,(3)一国作出的判决应当何时在其他国家得到承认与执行,以及(4)国家之间应如何合作以保护儿童利益。以下一些例子可以说明公约的运作情况:

(1) 管辖权。很明显,在前南斯拉夫战争中,前南斯拉夫的一些国家当局并不愿意采取保护儿童的特定措施——例如,为来自另一个前南斯拉夫国家的难民的孩子提供寄养服务——因为他们认为其作为儿童所在地并不足以构成其采取儿童保护措施的合法依据,儿童国籍国当局才有资格采取保护行动。当然,在难民的情况下,这往往并不可能。^⑤1996年公约明确规定,儿童所在地这一因素就足以构成管辖权依据。^⑥另一个创新之处借鉴了来自美国的经验,公约将其移植至跨国法律关系中,即一国法院管辖权转移到另一缔约国法院,或者请求一国法院授权另一缔约国法院行使管辖权。^⑦

(2) 法律适用。以未婚父亲为例,关于其父母责任的实体法律规则,不同国家存在不同规

① Arts. 9 and 10 CRC.

② EU regulation No 2201/2003 of 27 November 2001 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, (Brussels II a or Brussels IIbis), 其以1980年《海牙儿童诱拐公约》为基础,强调了欧盟成员国当局在适用公约的第11(2)条、第23(b)条、第41(2)(c)条以及第42(2)(c)条时承担令儿童有机会知悉相关事项的义务。

③ Cf. International Child Abduction Database, INCADAT, <http://www.incadat.com>.

④ 1996年《海牙儿童保护公约》吸纳了1980年《海牙儿童诱拐公约》的主要规则,但并不影响1980年《海牙儿童诱拐公约》的适用(第50条)。

⑤ Cf. Report of the joint mission of UNICEF, UNHCR and DCI in collaboration with the Hague Conference on Private International Law for the protection of the rights of unaccompanied children in former Yugoslavia (1993) at <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3916&dtid=28>.

⑥ 1996年《海牙儿童保护公约》第6条为2000年《海牙成年人国际保护公约》第6条和《布鲁塞尔条例II a》第13条提供了一个范本。

⑦ 1996年《海牙儿童保护公约》第8条和第9条为2000年《海牙成年人国际保护公约》第8条和《布鲁塞尔条例II a》第15条提供了一个范本。

定。在儿童跨境背景下,这可能导致一系列问题的产生。该公约确保,如果父母责任是依据儿童惯常生活所在国的法律所确定,那么这种关系将伴随着儿童从一国迁移到另一国家,即使后者的法律并不赋予父母责任,或者须通过一项法院命令才能获得父母责任。^①

(3) 承认与执行。如果避难国法院在儿童诱拐案件中愿意作出返还儿童的命令,但前提是该命令必须与一项保护措施相结合,例如,禁止父亲接近或骚扰母亲与儿童的命令,那么,1996年《海牙儿童保护公约》不仅为这一措施提供了管辖权依据,而且也确保原住国当局尊重这一命令,直至他们对儿童监护问题作出判决。^②

(4) 行政合作。对于无人陪伴的儿童(包括难民在内的移民)或者离家出走的青少年,一国中央机关可以请求其他国家中央机关的合作,以采取措施保护这些儿童。^③

c. 2007《海牙扶养公约》

82.《联合国儿童权利公约》第27(4)条提醒父母对儿童的生活条件承担主要责任,并规定,为了确保跨境情况下儿童扶养权的实现,各国必须通过加入现行公约或缔结新的公约的方式进行合作。^④正如我们所看到的(参见第67段),2007年《海牙扶养公约》建立了一个全面的体系,规定了行政合作的细则以及承认与执行扶养判决的规则,尤其是有关儿童扶养和(有关的)配偶的赡养费,由此具体落实了《联合国儿童权利公约》的合作规则。作为该公约的补充,2007年《扶养义务法律适用议定书》规定了一系列的选法规则,在成人之间的扶养义务事项上采纳了当事人意思自治原则,以及儿童保护为导向的选法规则。

d. 1993年《海牙收养公约》

83.《联合国儿童权利公约》第21条专门规定跨境收养问题。该条款对1993年《海牙收养公约》的实体保障和程序的起草具有明显的影响。该公约对儿童及其生父母在知情的条件下作出同意被收养的决定有着详细的规定。怀孕期间作出儿童收养的同意是不被允许的。^⑤中介机构应获得相关认证,其工作人员需符合特定的标准,包括工作人员的报酬标准,以禁止“不当收益”。^⑥此外,公约也规定各国有义务保存儿童出生信息,以保护儿童身份权。^⑦

《海牙收养公约》也实施了《联合国儿童权利公约》的重要政策目的,即应优先考虑在儿童出生国寻找一个永久的家。该公约将“辅助原则”作为公约范围内的任何收养必须满足的一项条件。儿童原住国的有权机关,在每一个案中,在批准跨境收养之前应首先适当考虑本国家庭照顾这一解决途径。^⑧

这一规则的实施给一些国家带来了特定的挑战,因为这需要一个运作良好的社会法律基础。海牙国际私法会议因此与诸如联合国儿童基金会(UNICEF)等国际组织合作,制订了各种策

① Art. 16 (3).

② Arts. 7 (3), 11, and 23 – 28. 《布鲁塞尔条例II a》引入类似机制值得期待。参见作者的另一篇论文,标题是“The Brussels IIa Regulation: Towards a Review?”, *Cross-Border Activities in the EU-making Life easier for Citizens*, report for the European Parliament, 2015, pp. 177 – 207, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).

③ Chapter V, Arts. 29 – 39.

④ Art. 27 (4).

⑤ Arts. 4 and 15, cf. CRC Art. 21 (a).

⑥ Arts. 9 – 12, and 32, cf. CRC Art. 21 (d).

⑦ Art. 30, cf. Art. 8 CRC.

⑧ Preamble and Art. 4 (b) Adoption Convention, cf. Art. 21 (b) CRC.

略，以确保《海牙收养公约》的正常实施。^① 这些工作也发挥了一定作用：公约敦促诸如柬埔寨、中国、巴西、危地马拉、立陶宛、菲律宾和泰国等儿童送养国采取措施支持家人团聚，制订一系列国内收养项目。这也说明了，公约处理跨境问题的方式可以对国内社会法律政策产生重要的影响力。

三 国际私法面临的全球挑战

84. 全球化在给人们带来机遇的同时也对人类的尊严、自然环境甚至整个地球都带来了风险。因此，国际私法面临的全新挑战也出现在地平线之上。

85. 人员的全球流动和科技的创新导致跨国代孕协议这一新现象的出现。这些协议引发了严重的国际私法与人权法问题，其中至少有一部分问题是可以旨在保护所有相关权利的全球性跨境机构合作予以解决（参见第 88—93 段）。暂时性移民是另一个可以合作的问题——关注于原住国和接受国所同意的工人暂时性移民项目的条件——致力于实现全球治理（参见 94—104 段）。

86. 关于对环境造成损害与威胁的情形，包括气候变化的风险，通过（跨境）民事诉讼解决争议可能是一个有效的途径，受害者不仅由此可以获得救济，而且也可以应对与防止对环境有害的行为。国际私法问题通常是这些诉讼的核心，关于管辖权和法律适用的判例法在全球范围内获得一定的发展，特别是涉及跨国公司的责任问题。可以预见的是，以直接司法与行政合作为基础，一个致力于解决环境事项方面的私人争议的可能的全球性框架正在形成（参见第 105—149 段）。

（一）移动中的人们

87. 基于行政与司法机构进行跨国私人关系的直接跨国合作（参见第 16—17 段；第 62—70 段）的“海牙模式”条约，已被证明是有助于家庭与儿童克服全球化给他们关系带来的一些重大危险的有效工具。这个模式除了已为海牙国际私法会议的多个多边条约采用之外，也为美洲国际私法特别会议（CIDIP）和欧洲委员会以及欧盟条例所采纳，其涵盖的领域与海牙诸公约相类似。这一模式在一些需要直接跨境合作的新家庭法问题也有潜力，包括代孕协议以及家庭法范围之外的临时跨境移民事项。

（I）跨国代孕协议

（1）实体法的多样性——与人权的关系

88. 代孕协议使夫妻与单身人士可以成为父母亲，这就需要一个愿意孕育婴儿的女性的帮助，这要求这名女性不仅愿意生下婴儿并将婴儿交给他们，且愿意放弃她对这个孩子的所有权利。代孕母亲与孩子传统的代孕关系中是存在基因关系的，而在妊娠代孕中，代孕母亲与孩子并没有基因关系，胚胎是在体外受精形成，由预期父母/委托父母（intending parents）分别提供的卵子和精子，也有可能由第三方提供。通常代孕协议具有商业性质。世界市场已经可以提供必要的医疗技术，预期父母/委托父母可以在代孕技术完备的外国履行这样的代孕协议，这名女性

^① 为更好履行 1993 年《海牙儿童收养公约》，一个特殊的“技术性协助项目”（ICATAP）已获得长足发展，cf. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>。

必须愿意成为一名妊娠母亲，且该国法律并不禁止代孕协议。

89. 由于各国（州，下同）代孕法存在着很大差异，因此凸显出严重的国际私法问题。总的来说，各国关于代孕协议的实体法制度可分为如下四类：^①

（1）严禁任何形式的代孕关系的国家。法国是其中一例。^② 奥地利、德国、瑞士、瑞典和美国一些州（如密歇根州、哥伦比亚特区）都同属于这一组立法例。

（2）法律规定代孕是合法的，但必须遵循严格的条件。它们通常禁止商业代孕，对预期父母/委托父母或代孕母亲规定了严格的住所或居所地条件。英国、希腊、南非、澳大利亚和新西兰以及美国的几个州（如华盛顿州、弗吉尼亚州和新罕布什尔州）都同属于这一组立法例。

（3）既不明确规定禁止代孕，也不明确规定允许代孕，但是认定所有代孕协议无效且不可执行。这些国家包括比利时、荷兰、爱尔兰和西班牙。

（4）允许通过自由的方法缔结代孕协议。这些国家允许预期父母/委托父母（或他们之一）取得合法父母身份，不强加国籍、住所或惯常居所强制性条件，目前这些国家包括乌干达、乌克兰、美国大部分州以及俄罗斯。

90. 各国国内对待代孕协议的立场将会影响一国在跨境安排中所采之方法。属于（1）和（2）以及（3）立法例的国家，可能倾向于在其冲突规范中规定代孕协议违反其公共秩序或者规避其应适用的法律无效。此外，这些国家也倾向于在其民事登记处拒绝登记此类外国出生的小孩为预期父母/委托父母之合法子女，拒绝赋予这些孩子以公民身份。另一方面，属于（4）立法例的国家并不会对立法规定要求预期父母/委托父母必须满足国籍、住所或惯常居所的条件。因此，如果来自对代孕协议有限制性规定的预期父母/委托父母在一个代孕自由的国家缔结了一个代孕协议，那么，依据后者而非前者的法律规定，该代孕协议很可能是合法的，预期父母/委托父母（至少其中之一）可以取得合法的父母身份。

91. 与其他情况一样，人权法可能会在此时伸出援手，排除在儿童最大利益保护领域太多极端的国际私法规则。2014年，欧洲人权法院干预了两个跨境商业代孕的案件，曼尼森诉法国（*Menesson v France*）^③ 和拉巴赛诉法国（*Labassee v France*）^④。在这两个案件中，依据美国法律（加利福尼亚州和明尼苏达州），孩子与预期父母/委托父母之间的亲子关系已经合法建立，但是法国当局拒绝在法国民事登记处进行儿童的出生证明登记，法国法院认为，进行这样的出生证明登记将有违民事身份不可转让的原则，且会使得依据法国法本应是无效的代孕协议因此而获得效力。一方面，欧洲人权法院尊重了法国法的政策，认为其做法并未违反《欧洲人权公约》第8条关于预期父母/委托父母的家庭生活权利的规定。

然而，另一方面，欧洲人权法院确认法国的做法违反了《欧洲人权公约》第8条关于儿童

① Cf. Hague Conference on Private International Law (Hannah Baker), *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, 2012, at pp.9 - 18, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, and subsequent report *The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project*, 2014, <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf> with accompanying *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, 2014, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

② Code civil, Art. 16-7: “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”.

③ ECtHR 26 June 2014, application 65192/11.

④ ECtHR 26 June 2014, application 65941/11.

私生活权利的规定，包括确立儿童与存在基因关系的预期父亲之间的身份关系权利。

法院的司法实践留下了很多其他悬而未决的问题，例如，是否给予孩子与无基因关系的未来父母在国外有效建立的亲子关系以效力。^① 其他人权问题包括侵犯妇女、无视代孕协议存在和未经代孕母亲同意而遗弃儿童以及中介机构的滥用，尤其在一些发展中国家。这使得一些国家重新考虑他们的友好代孕政策。泰国已经完全禁止了代孕，印度也正在立法对代孕协议进行限制。^②

(2) 制定一个关于跨境代孕协议的全球公约吗

92. 显然，无论是“承认方法”（参见前文第 76 段），还是“可替代的冲突规范方法”（参见前文第 77 段），都不足以解决其中包含的多个问题。事实上，如果不存在一个由条约框架予以支持的某种长期合作形式（参见前文第 78 段），我们很难想象，各国如何尊重彼此法律与政策的重大差异、尤其在儿童与代孕母亲事项上获得人权保护的可持续发展。在这样的合作框架下，所有参与国将在代孕方面宣布它们的政策（及这些政策的变动），以及——甚至对代孕采友好政策的国家——会采纳关于保护儿童、代孕母亲和预期父母基本权利的一些基本的实体性和程序性的保障措施。^③

甚至，采自由代孕政策的国家将会尊重严格控制代孕的国家的关切，它们将在立法中规定，只允许经医学证明需要代孕、依其本国法有权缔结代孕协议的外国人进行代孕。^④ 无论如何，中介机构应当受到一定的控制。^⑤ 除此之外，如果孩子与预期父母之间亲子关系依据出生地国是合法的，则预期父母所属国应当予以承认，所有其他国家原则上都应当认可这项亲子关系。^⑥

93. 有人曾经建议，1993 年《海牙收养公约》可以为跨境代孕相关的法律框架提供一个示范。^⑦ 或可预期在不远的将来，这个有关跨国代孕协议公约的谈判会在一个与当前现状相比更为广泛的共识背景下进行。它呈现的特征——包括各国合作的责任分工、最低标准的同意、中介机构的控制、出生证明的获得、亲子关系的承认——可以为跨国代孕全球性合作框架提供启示。

在大量的前期准备工作的基础上，海牙国际私法会议已经建立了专家组，负责更广泛背景下

① “欧洲人权法院的做法的主要弊端在于，仅仅为跨境代孕中的一些问题提供了一种事后的解决途径，且仅仅基于一种承认的方法”。P Beaumont and K Trimmings, “Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-border Surrogacy: Is There still a Need for Global Regulation of Surrogacy?”, in G. Biagioni *et al*, *Migrant Children in the XXI Century*. Ed. Scientifica, 2016.

② A. & R. Malhotra, *International Indians and the Law*, 3d. ed., New Delhi, Universal Law Publishing, 2015, pp. 236 *et seq.*, pp. 610 *et seq.*

③ See Y. Ergas, “Thinking ‘Through’ Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy”, in K. Trimmings and P. Beaumont, *op. cit.*, pp. 427 *et seq.*

④ 事实上，目前印度正朝着这个方向发展，其通过制定规则要求预期父母须证明其本国法律允许缔结代孕协议。

⑤ See H. Baker, “A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There “Lessons” to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention?”, *ibid.* pp. 411 *et seq.*

⑥ M. S. Najurieta, “L’adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”, *Recueil des cours*, Vol. 376, 2014, pp. 334 – 362.

⑦ See K. Trimmings and P. Beaumont, *op. cit.*, pp. 531 *et seq.* 这一建议促使人们进一步分析，而不仅依赖他们书中所列举的各种方法去分析，比如，更民主的国家是否期望强加或要求对预期父母进行收养匹配度的测试，目前并不明确。更严谨的分析，参见 H. Baker, *op. cit.* And cf. M. Wells-Greco, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, The Hague, Eleven, 2016.

的跨国代孕问题。^①

但是,“海牙模式”可以有很好的潜力超越严格意义上的国际私法。

(II) 暂时性移民

94. 移民现象如历史一样古老,人们为了改善自己及家人的经济状况(“拉动的因素”),或为了逃避经济衰退、迫害、战争、人权的侵犯和环境灾害(“推动的因素”)而迁移。但是,在21世纪,移民现象达到了前所未有的规模,迅速的城市化导致了一国内部的大量迁移,^②而全球化的进程则导致了跨境迁移。^③拉动力和推动力因全球的低成本即时通讯和快速运输(“网路因素”)而得到强化。跨境迁移,既发生在世界的几个大地区之内,也发生在这些地区之间,呈现出从经济发展中地区向发达地区的趋势。^④随着迁移规模的增加,问题变得日趋复杂,并越来越与诸如安全、贸易、发展、环境和人权等其他重要的全球问题密切相关。^⑤

95. 尽管跨境迁移已经在世界很多地方成为一个日益严重的问题,但是这个领域目前仍是全球治理中的一个“黑洞”。尚不存在一个类似于规范资本或商品贸易流动的全球化体系的跨境人员流动机制。迁移的规范基本上属于单边的国家政策,甚至——与第三国有关——在如欧盟那样的整合区域。^⑥关于人员流动的一个全球法律框架,目前仅限于一类特定的移民,即难民:1951年《联合国关于难民地位的公约》及其1967年议定书。关于经济移民,1990年《联合国关于保护所有迁移雇员及其家庭成员权利的国际公约》为移民提供了广泛的实体权利,该公约已经得到且基本上仅为一些发展中国家批准。^⑦

(1) 移民与国际私法

96. 移民与国际私法之间的联系是显而易见的。移民会带来法院及其他当局的管辖权问题、法律适用问题、判决及其他公开法令的承认与执行问题。^⑧一国对待移民的立场可能会影响其国际私法政策,例如,在决定一国的司法管辖权和自然人的身份地位、家庭法律关系的准据法时,

① 项目进程可通过链接海牙国际私法会议的网站获悉, <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>。

② 中国内部的迁移目前达到了一个前所未有的规模。K. W. Chan, “China, Internal Migration”, in I. Ness and P. Bellwood (eds.), *The Encyclopaedia of Global Migration*. Wiley Blackwell Publishing, 2013, pp. 1 et seq.

③ 据估计,在过去25年,国际移民的数量已经翻了一番,达到了2.3亿多人。UN SG, *International Migration and development*, A/69/207, 2014. 关于跨境移民问题的概述,参见 S. Castles, H. de Haas & M. J. Miller, *The Age of Migration*, 5th ed., London, Palgrave Macmillan, 2014。

④ 在发展的第一个阶段,移民现象甚至随着国家的发展而增加。H. de Haas, *Migration transitions: A theoretical and empirical inquiry into the development drivers of international migration*, Working Papers, Paper 24, Oxford, International Migration Institute, University of Oxford, 2010。

⑤ Cf. Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world: New directions for action*, Geneva, 2005, www.gcim.org。

⑥ On the limited, and scattered, EU cooperation with third countries, see the study prepared for the EU Parliament, *EU Cooperation with third countries in the field of migration*, Brussels, 2015, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536469/IPOL_STU%282015%29536469_EN.pdf。

⑦ 该公约所涵盖的范围的确很广,涵盖了永久移民与暂时性移民,以及合法移民与非法移民,这可能会让工业化国家望而却步。然而,该公约很多条款都是基本人权准则的一部分,且并不会给各国增加额外的负担。此外,对某些条款作出保留也是允许的。工业化国家对该公约的批准,将会是建立一个全球的劳工移民的最低标准系统的重要一步。Cf. GEDIP. *Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union*, Recommendation 2 b), <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>。

⑧ 国际私法与移民之间的相互关系已经为法国国际私法所承认,其认为“外国人地位”(condition des étrangers)这一章节包含了移民。《里斯本条约》则将移民与国际私法作为实现自由、安全与正义的组成部分(第五章)。

应选择国籍还是住所/惯常居所作为连接点这一问题。^① 也可能影响到国家参与国际私法领域国际公约的谈判或缔结意愿。因此, 移民政策可能会影响到国际私法战略目标。但是, 反过来, 国际私法是否也可以为移民的全球治理作出贡献?^②

97. 事实上, 一些成功的海牙公约为个人和家庭提供了解决途径, 由此也为国家解决跨境移民所带来的各方面问题提供了方法。1993 年《海牙收养公约》提供了一个旨在于控制特定类型儿童移民的范例——促进和规范有利于儿童最大利益的移民, 并遏制不利于儿童最大利益的移民方式。涉及移民的其他海牙公约包括 1961 年《海牙取消外国公文书认证要求的公约》和《遗嘱处分方式公约》、1980 年《海牙儿童诱拐公约》、1996 年《儿童保护公约》、2000 年《成年人保护公约》、1973 年和 2007 年《国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》。

(2) 是否制定一个关于暂时性移民的全球公约

98. “海牙模式”可能包含着一些构建全球多边条约框架的因素, 这有助于促进各国更好的协调和直接的机构跨境合作。^③ 建议对移民问题采用一个国际私法方法的原因在于, 其着重点在于个人和家庭事务。多边解决途径的优势在于, 可以将多种经验和法律经济文化观点引入谈判, 并由此产生一个框架。定期的评估会议将逐步提升世界范围内的理解与合作。^④

99. 鉴于移民的规模、复杂性和敏感性, 一个日益值得推荐的方法是, 在具有足够公共利益的领域, 由移民原籍国、过境国和目的地国之间进行合作。这样的公共利益, 无可置疑地存在于制定暂时性或循环性移民项目(移民可以定期返回原籍国)的国家, 主要是雇主的利益。这些移民项目的成功运作将要求相关国家进行某种形式的机构合作。事实上, 一些关于暂时性和循环性移民的双边协议已经存在。^⑤

暂时性的移民项目, 一方面, 很可能吸引越来越多的目的地国, 这些国家经常面临特定经济部门的工人短缺的问题; 另一方面, 反对永久移民的意见, 也是来自原籍国的意见, 他们认为, 与永久移民项目所可能带来的“人才流失”这不利结果相比, 暂时性移民返回原籍国后将能够

① Cf. V. van den Eeckhout, *Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?* https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=2203729.

② Cf. S. Corneloup, “Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?”, H. Muir Watt & D. P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, pp. 301 *et seq.*

③ 两者都有其必要性, 参见 Global Commission on International Migration, *op. cit.*, *passim*, 其指出, “移民在本质上是一个跨国问题, 需要各国在次区域层面、区域层面以及全球层面展开合作”, p. 3。

④ 海牙国际私法会议常设局曾经提出一个关于移民的提议作为海牙国际私法会议或其他(可能事实上的)论坛中的可选议题, 在 2006—2013 年期间的海牙国际私法会议的讨论中曾对此进行讨论。但因为各国在当时并没有对这个提案达成共识, 因此又在常设局建议下撤回了该提案。Cf. *Some reflections on the utility of applying certain techniques for international cooperation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration*, General Affairs and Policy, Preliminary Document No. 8 (2006); Updates: Prel. Doc. No. 23 (2007); Prel. Doc. No. 6 (2008); Prel. Doc. No. 8 (2009); Prel. Doc. No. 7 (2010), <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive-2000-2015->, under Meetings of 2006 – 2010. And cf. the author’s “Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, liber amicorum H. Gaudemet-Tallon, Paris, Dalloz, 2008, pp. 419 *et seq.*

⑤ 例如, 拉丁美洲国家和西班牙之间的几个双边协定规定了临时移民的几个问题。在欧盟 2005 年全球移民与人口流动办法框架下, 欧盟与几个欧盟成员国以及第三国之间所缔结的几项伙伴关系中也凸显了临时移民和循环移民的重要性。 http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration/index_en.htm.

分享更多的专业知识，以及包括与外国的联系在内的其他资源。事实上，在一个相互联系的世界里，“永久移民并定居的旧模式正逐渐为暂时性和循环性移民模式所取代”。^①

100. 特别在暂时性移民的三个方面将会推动各国致力于制定一个多边条约框架开展直接机构合作：①移民项目的实施；②通过关于中介机构的授权和评估系统而遏止从事的贩运与走私行为；和③汇款更简捷、价廉和安全：

①暂时性移民项目实施过程中的合作

101. 为了使这些项目得以顺利实施，原籍国和接收国都应在一个多边的全球框架下承担特定责任，并定期进行磋商与合作。例如，原籍国将确保移民资料是有据可查的，可以自由流动，协助其与家人之间联系，确保其返回原籍国并完整融入国内生活的权利。接收国则应在移民离开原籍国之前为他们提供有关其权利和义务以及雇佣条件的全面资讯，包括他们在合同到期之后应返回到原籍国的条件，提供必要的签证和工作许可，评估工作和居住许可的执行情况等。原籍国和接收国将以合作的方式在原籍国设立招聘机构，提供培训方案，并组织移民返回。通过国家协调中心（“中央机构”）开展行政合作，确保项目实施过程中的内部协调，与多边条约框架中的其他国家的合作伙伴进行交流与合作。

②移民中介的许可和管理体系之建立与评估的合作

102. 原籍国、接收国和过境国，最重要的是移民本身，通常会面临骇人听闻的滥用行为，这是因为跨国界的人员流动中存在着一些贩运者和不法分子。^② 各国国内以及各国之间对这些行为进行了刑事打击，这方面仍需要付出更大的努力，也需要一个从另一切入点展开的协助：各国将就移民中介从业人员在诸如专业知识、经验、财务结构、目标、评估等方面的最低条件达成一致，从而使任何涉及招募国际移民的中介机构都得到应有拘束，并在此基础上建立许可证制度。许可和评估这些中介机构从业人员，可以作为条约框架所指定的政府有权机构的责任。

③简捷价廉的汇款方面的合作

103. 国际移民向原籍国的汇款，对其家庭甚至社会来说通常都是非常重要的，同时也是很多原籍国主要的收入来源。国家在这里发挥着一个重要作用，可确保这些资金转移是价廉和快速且安全的。^③ 这也将减少国际移民及其家属通过地下洗钱网络转移资金所带来的风险。接收国的特定政府机构应采取一些措施确保金融市场的透明度，而原籍国也应确保国际移民的家庭，包括一些偏远地区在内，能够获得金融服务并可以领取款项。

104. 一个轻便灵活的多边条约框架和必要的机构合作，将有助于上述三个目标的实现。它必须是有拘束力的，以支持机构基础设施的构建，但也赋予缔约国自由限制跨境人员流动的权

① “比如，每年有两百万亚洲雇工通过签订短期雇佣合同而离开他们自己的国家外出工作，有的工作地点在亚洲，也有在亚洲以外的地区”，Global Commission on International Migration, *op. cit.* p. 31, 委员会指出，“这为移民输出国提供了发展的机会”，也建议国家、雇员以及贸易共同体等应当在设计临时移民方案时宜仔细考虑的一些问题，*ibid.* p. 18。

② 滥用行为可能采用贩卖方式（为实现剥削的目的而不顾移民的自由意愿，强迫或欺骗移民进行移转）或走私方式（为规避移民控制政策而由双方合意达成的一种交易），但在实践中往往很难对两者进行区分。

③ Cf. the UN 2030 Agenda for Sustainable Development (Transforming our world), adopted by World Leaders in 2015, Goal 10. c: “至2030年，移民资金转移的成本减少至低于3%，而消除移民资金转移渠道的费用则高于5%”，<https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>；当前的移民资金转移成本平均超过了交易额的7.5%，<https://remittanceprices.worldbank.org/en>。

利，例如：条约仅支持原籍国和接收国相互同意的移民项目。磋商过程应准确充分、循序渐进、包容度大，参与者包括了国际组织、移民协会、金融部门的代表和小额信贷金融机构等。在几个方面，1993 年《海牙收养公约》的准备及其成果可以作为一个范例。^①

1993 年《海牙收养公约》缔约国通过其主要的政府机构代表举行定期会议，审查条约框架的实施情况，允许利益相关者和民间社会代表的参与，将会产生对当前实践有益的信息，促进更好的程序，激发新的举措等。这些会议也可以建立信任，并可以在日后阶段扩展合作至移民问题，例如，社会保障和养老金权益的可移植性，与民事地位有关的文件认证问题——可能涉及法律适用问题——或者学生和学员的暂时性迁移问题。

（二）环境与气候变化

（I）环境

105. 与移民相比，虽然在自然环境领域明显缺失全球法律框架，但并不缺少与自然环境相关的全球性原则与规则——以成文与不成文形式，“硬法”与“软法”形式。但是这些原则与规则的实施会带来一些问题，尤其当这些原则与规则在国内法律秩序中执行时。^② 虽然存在大量的几乎普遍被同意的原则，^③ 他们甚至可能会为国内法院适用，但由于其抽象性而极少提供特定结果。^④

106. 就条约而言，通常认为，各国应遵守（长期）行动方针，而非由公民权利义务所派生而来的、有拘束力的义务。^⑤ 在这个方面，他们不同于全球性与区域性人权公约与国际私法条约，后者可以经由当事人直接援引相关的内容，也可以为国内法院及其他权威机构直接适用。因此，环境法和（国际）私法通常是相结合的，在推动和执行环境法方面发挥着重要的作用。

（1）全球与区域人权法律机制与程序的作用

107. 人权与环境之间的联系日益获得全球性认可，例如，联合国从任命一名独立专家发展到任命一名人权与环境领域的特别报告员。^⑥ 一些新近的有关人权的国际文件明确规定了人们享有获得一个良好环境的（集体）权利，这些条款可以在法庭中援引。在塞阿泊诉尼日利亚案（SERAP v. Nigeria）这一涉公共利益的案件中，西非国家经济共同体法院认为，依据《非洲人权

① 1993 年《海牙收养公约》也不强行赋予缔约国为了收养目的而承担送养或收养的任何义务，它仅仅为已经对儿童收养达成一致意见的送养国与收养国提供一个法律框架。

② See generally, S. Maljean-Dubois and L. Rajamani (eds.), *Implementation of International Environmental Law/La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, The Law Books of the Academy, Leiden etc., Nijhoff, 2011, in particular Ch. 13, M. Francheteau-Laronze, “L'application du droit international de l'environnement par le juge national, éléments d'analyse comparative”, pp. 607 et seq.

③ 这些原则包括预先防范原则、预防原则、无害原则、可持续发展、代际公平原则和污染者赔偿原则等。

④ The 2015 *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, with commentary, prepared by the Expert Group on Global Climate Obligations, The Hague, Eleven, 2015, “寻求……克服之前成果的一般抽象性以明确定义气候变化法律义务的范围”, p. 1。

⑤ 对特定（类型）污染者责任的机制，主要限制适用于石油或固体危险货物运输以及核设施运行中。

⑥ Cf. *Mapping Report of the Independent expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, John H. Knox, A/HCR/25/53, (December 2013), 其以 14 份关于全球性和区域性的人权制度和国际环境机制的个人报告为基础，最终完成了其关于人权与气候变化的核心报告（June 2014），at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/MappingReport.aspx>。

与民族权利宪章》的明文规定,^① 尼日利亚政府的作为不足以保护尼日尔三角洲地区免遭石油污染,^② 因而违反了其对尼日利亚非政府组织应当承担的义务。在此案之前, 非洲人权委员会依据《非洲人权与民族权利宪章》也曾作出类似的判决。^③

108. 此外, 人权机构和法院已经成功援引全球性和区域性人权条约中非专门处理环境问题的条款用以支持有关环境损害的程序性和实体性的国家责任。这类程序性义务业已出现, 包括提供获取环境信息的途径、使人们能够事先评估环境损害、使人们可以参与环境政策决策和获得法律救济。^④ 实体性义务包括, 国家有义务制定和实施一个致力于平衡环境保护和其他利益的法律框架, 保护包括诸如儿童、妇女或土著民这些弱势群体在内的个体免受跨境环境诉讼中的私人行为所导致的环境损害。^⑤

例如, 欧洲人权法院已从《欧洲人权公约》第2条(生命权)和第8条(私人和家庭生活权)中发展出保护的环境义务。^⑥ 美洲人权法院则明确援引了《欧洲人权公约》的相关案例, 并且在解释《美洲人权公约》时更进一步强调了环境层面公共利益的重要性。^⑦

(2) 跨国民事诉讼

109. 经济发展在一定程度对环境造成了不利影响, 进而影响人们的生活环境甚至生命, 也导致了环境保护压力剧增, 导致越来越多环境争议进入国内法院民事诉讼程序。^⑧ 为停止或减少环境损害, 人们通过民事诉讼方式寻求救济。然而, 卷入环境诉讼可能会带来高损害和/或声誉损害风险, 这促使相关经济主体在诉讼早期即倾向于和解并支付赔偿金, 以减少或停止可能会危害环境的活动。这样的公益诉讼依据各国侵权法、宪法、全球公法性质的国际法或区域立法而提起。而且, 当事人越来越依据多个不同的法律提起诉讼, 这导致了多层法律的诉讼。^⑨

110. 由于全球与区域相互依存, 诉讼往往超越一国疆域。有可能因为环境损害和造成环境

① 《非洲人权与民族权利宪章》第24条规定, “人人均有权享有一个有利于其发展的普遍良好的环境。”

② Court of Justice ECOWAS, 14 December 2012, *SERAP v Federal Republic of Nigeria*. 该法院裁定尼日利亚政府确保恢复石油开采对尼日尔三角洲地区所造成的损害, 且采取措施防止造成进一步的污染, 并对责任行为人的责任进行追究, http://www.courtecawas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf.

③ 非洲委员会作出的这个判决也涉及尼日尔三角洲地区遭受石油污染事件, 该诉讼是由一位尼日利亚人和一个总部位于纽约的非政府国际组织对尼日利亚政府提起的公共利益案件。非洲委员会认为尼日利亚政府的行为违反了《非洲人权与民族权利宪章》第24条以及其他一些条款的规定, *Communication 155/96*, communicated to the parties on 6 June 2001, at <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96b.html>.

④ 对环境事务上的支持来自于1992年《里约环境与发展宣言》第十项原则, *A/Conf. 151. 151/26* (Vol. 1) 13 June 1992, 31 ILM 874; 反过来, 环境事务的发展又推动了欧洲经济委员会于1998年在奥斯胡制定了《公众在环境事务中获悉信息、参与决策以及诉诸司法的公约》, 参见第148—149段。

⑤ 详细的阐述, see John Knox, *Mapping Report*, *op. cit.*

⑥ See, e. g., ECtHR 9 December 1994, application 16798/90, *Lopez Ostra v Spain*; 30 November 2004, application 48939/99, *Öneryıldız v Turkey*; 10 November 2004, application 46117/99, *Taşkın and Others v. Turkey*; and recently 24 July 2014, applications 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, *Brincat and others v Malta*.

⑦ E. g., IACtHR 28 November 2007, *Saramka v Suriname*, and 27 June 2012, *Kichwa Indigenous People of Sarayaka v. Ecuador*, 法院在该案中支持了土著民在环境案件中的集体权利。Cf. R. Pavioni, “Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights-Comparative Insights”, in B. Boer, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, OUP, 2015, pp. 69 *et seq.*

⑧ See, more broadly, R. Wai, “Private v Private-Transnational Private Law and Contestation in Global Economic Governance”, in H. Muir Watt and D. Fernández Arroyo, *op. cit.* pp. 34–53.

⑨ Cf. M. Francheteau-Laronze, *op. cit.*

损害的事件发生在不同国家，环境损害具有跨境效果，也可能因为在国内进行的某个法律诉讼涉及在母国或第三国从事经营活动的跨国公司，迄今为止的一个典型案例是美国政府主张在某一东道国有子公司或承包商的跨国公司造成了环境损害。在后一情形下，公司法人结构或经济组织而非环境损害的结果是跨境因素。^①

111. 国际私法通常在此类诉讼中发挥着关键作用。冲突规范可以指引找到应适用的实体法，以决定经济主体是否可以被追究责任，以及在多大程度上对其国内或国外行为承担责任。国际私法中的司法管辖权规则将决定哪个国家法院对案件有适格的管辖权，以及跨国公司在个案中所承担的损害责任范围是否可以涵盖其在东道国从事营业活动的子公司或承包商的活动。

这时，立法者可能会注意到国际私法的重要作用，并运用国际私法为公民提供跨境环境损害的救济途径，进而影响跨境经济主体与环境相关的行为。

(3) 国际私法作为实现环境政策的工具

112. 国际私法在促进旨在保护跨境环境损害受害者的公法政策方面发挥着重要作用，最近欧盟立法对此予以了肯定。依据《罗马条例Ⅱ》第4条第1款的规定，跨国侵权事项的准据法一般为“损害发生地国家的法律，而无论导致损害的事件发生地国家为何……”而且，《罗马条例Ⅱ》规定了有关环境侵权的特别条款。第7条规定：“因环境损害或作为此类损害后果的个人或财产损害而引起的非合同之债的准据法，应为依据本条例第4条第1款所确定的法律，除非受害人选择适用造成损害的事件发生地国家的法律。”依据该条款，对在欧盟内外发生的环境侵权，欧盟内外的原告均可以作此选择。

《罗马条例Ⅱ》序言第(25)段通过援引《欧盟运行条约》(第191条)将此选择正当化，后者规定欧盟关于环境政策的目标和基本原则，包括污染者应予赔偿。

113. 法律适用问题在跨国环境案件中至关重要，但是，跨国诉讼遇到的第一个问题是，如果存在一个管辖法院，应由哪一国法院对该案行使管辖权。与《罗马条例Ⅱ》相反，《布鲁塞尔条例Ⅰ(修订)》并没有特别规定环境侵权条款。依据该条例主要的一般管辖权规则，其第4(1)条规定“……凡在一个成员国有住所的人，无论其国籍为何，均应在该成员国法院被诉”。此外，此人也可以在其他成员国法院被诉，“当涉案争议涉及侵权、不法行为或准不法行为，则可以在损害事件发生或可能发生的所在国法院被诉”[第7(2)条]。^② 欧盟法院在啤酒公司诉矿业公司案(*Handelskwekerij Bier v Mines de Potasse*)——早期的公共利益环境诉讼——裁定该条款“……应被解释为包括损害结果发生地法与引起损害发生的事件发生地法”。^③ 然而，依据《布鲁塞尔条例Ⅰ(修订)》，在这两个法院之间进行选择的情形仅存在于某一成员国为引起损害“发生或可能发生”的事件发生地国的情形，欧盟以外发生的事件引起的环境损害则应适用第4(1)条且仅可在被告住所地法院提起诉讼。^④ 我们可以看到(参见下文第129—137段)这些规

① J. Ebbesson, “Transboundary Corporate Responsibility in Environmental Matters: Fragments and Foundations for a Future Framework”, in G. Winter (ed.), *Multilevel Governance of Global Environmental Change*, Cambridge etc., CUP, 2006, pp. 200 *et seq.* *Id.*, “Piercing the State Veil in Pursuit of Environmental Justice”, J. Ebbesson & F. Okawas (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge etc., CUP, 2009, pp. 270 *et seq.*

② 原则上，对于住所地在欧盟之外的自然人的司法管辖权事项，由各国国内法进行规定(第6条)。

③ CJEU 30 November 1976, C 21/76.

④ 一个类似的机制为2007年《关于民商事案件的管辖权以及判决承认与执行的卢加诺公约》，它适用于欧盟与丹麦、冰岛、挪威以及瑞士。

则在全球性环境案件中如何发挥作用。

(4) 关于跨境环境侵权的跨境诉讼

114. 除了受环境政策影响的诸如《罗马条例Ⅱ》第7(1)条等立法之外,各国大量的重大诉讼,尤其是美国和欧盟的诉讼,凸显了国际私法在跨境环境民事诉讼中的作用。很多案件的争点都在于跨国公司的责任问题。

115. 联合国商业与人权特别代表约翰·拉吉(John Ruggie)指出(参见上文第25段和第59段),目前全球层面存在一种

“根本的制度性失衡……体现在以下两者之间,一为经济力量和经济主体的范围和影响,另一则是管理其不利后果的社会能力。这种失衡造就了一个宽容的环境,公司可能在尚未形成适当制裁或赔偿机制的情况下实施了备受谴责的行为。为了保护受害者利益,为确保全球化成为一个积极推动力,这一局面应当得到修正。”^①

当从事经营活动的(跨国)公司所属的东道国母国是一个发展中国家时,通常缺乏保护东道国的法律规定且也很难执行这种规定。

这种治理差距可能会使得该国对外国投资更具有吸引力,因为它有利于外国投资者将外在的环境成本转移给东道国的环境和人们。如果不存在反补贴的因素,外国投资者可能不会积极推动制定更严格的法律,更不用说存在几个发展中国家都在竞争获得其投资的情况下,外国投资者都会将其发展视为至关重要的因素(这可能会导致“触及底线的竞争”)。在极端的情况下,“制度性的失衡”可能会完全失控,导致工业环境灾难的发生,外国公司有时会被指控为与东道国政府共谋(“帮助和教唆”)在东道国领土范围内侵犯其本国公民或外国人人权的不法行为。

116. 依据传统的国际公法,跨国公司的行为并不直接适用国际规则:尊重国际法的主要义务取决于各国。因此,针对跨国公司环境损害的法律诉讼,在极端情形下,并不由国际法院进行审理,而必须在国内法院进行民事法律诉讼。^②

117. 直到几年前,美国仍是提起这类跨国公司责任诉讼的首选国家。但美国和欧盟判例法上的新发展则表明,我们可以期待在跨国环境公司责任的诉讼策略上有一个转变,尤其对于在发展中国家有营业活动的欧盟(母公司)公司而言,美国将不再是准自动的法院地之选。

118. 司法管辖权问题,是对法学发展有重要影响的核心问题。确定法院是否享有管辖权构成了一个门槛:如果某一法院不享有管辖权,受害者可能没有(其他)法院可以寻求法律救济。而且,法院管辖权具有重要的程序性意义,例如集体诉讼和公益诉讼中的可采性和兼容性,是否允许其他被告加入诉讼,包括取证规则在内的取证条件和方法,临时性命令、惩罚性或补偿性损害赔偿的可采性和费用,^③在民事诉讼中享受由公正的陪审团审理的权利等。当然,管辖权问题可能会影响到准据法的确定;事实上两者可能交织并相互影响(参见下文第134段)。

① Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UNGA doc. A/HRC/4/35, 2007, p. 3

② A. Nollkaemper, “Responsibility of Transnational Corporations in International Environmental Law”, G. Winter, *op. cit.*, pp. 179 *et seq.*

③ 例如,每一当事方支付各自费用,还是由败诉方承担费用;(无)应急收费系统。

①美国

119. 虽然大西洋两岸均将环境诉讼界定为民事侵权诉讼，但在美国有一个特别法案《外国人侵权法》（ATS），其通常是外国人因其人权遭受侵犯（包括美国境外发生的环境损害导致的人权侵犯）而在美国进行损害赔偿诉讼的法律依据。依据《外国人侵权法》的规定，“（美国）地方法院应当享有由外国人提起的、只针对违反国际法或美国缔结的国际条约的侵权行为的任何民事诉讼的原始管辖权”。^① 十多年来，国外的索赔者依据该法案对美国及外国公司提起诉讼，不无成功，并获得高额损害赔偿金。^②

120. 然而，在2013年的克奥贝诉荷兰壳牌公司案（*Kiobel v Royal Dutch Shell*，以下简称克奥贝案）——涉及一个荷兰公司帮助尼日利亚政府侵犯尼日利亚居民的人身完整权——美国联邦最高法院大大限制了这个法案的适用，^③ 裁定该法案并没有域外效力。^④ 法院认为，荷兰公司并没有“与美国领土有足够的接触和关联”，因此不适用这一法案。荷兰公司在美国的“纯商业存在”这一因素并不充分。这一裁判依据《外国人侵权法》对美国联邦法院的对事管辖权基础进行了限制性解释，这很可能减少大多数依据《外国人侵权法》而对商业活动在美国的外国公司提起的（完全）发生在美国境外且违反“外国立法”的人权与环境行为。^⑤

121. 紧接着，在2014年的戴姆勒诉鲍曼案（*Daimler v Bauman*，以下简称戴姆勒案）——产生于阿根廷发生的侵犯人权的案件^⑥——美国联邦最高法院探索了一个更广的问题，即依据《美国宪法》，美国法院对在美国被诉的外国母公司是否享有一般的对人管辖权，因为其子公司在美国存在商业活动。^⑦ 依据加利福尼亚州的长臂管辖规则，加利福尼亚州法院可以“基于任何不与《美国宪法》相违背的管辖权基础”行使对人管辖权。根据这一规则，基于加利福尼亚州与戴姆勒公司在加利福尼亚州的子公司有关联，因此美国联邦第九巡回法院裁定其对德国戴姆勒公司享有管辖权。联邦最高法院撤销了上述裁定，其理由在于管辖权不能违反《美国宪法》第十四修正案的正当程序条款：戴姆勒公司及其子公司均不是在加利福尼亚州成立，且他们的主要营业地

① 这部古老的联邦立法又被称为《外国人侵权索赔法》（ACTA），是《1789年司法法》的一部分。它因为美国上诉法院1980年审理的 *Filártiga v. Peña-Irala* 案 [630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)] 脱颖而出。

② N. Boschiero, “Corporate Responsibility in Transnational Human Rights Cases. The U. S. Supreme Court Decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*”, *RDIPP*, 2013, pp. 249 *et seq.*

③ 在早期的美国判例中，*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004)，美国联邦最高法院已经对此作出裁决，认为《外国人侵权法》（ATS）只涵盖最严重的侵犯“特定的、普遍的、强制性”人权规范的行为，由此限制法院依据《外国人侵权法》而对位于美国以及外国（跨国）公司享有管辖权。

④ US Supreme Court, 17 April 2013, *Kiobel et al. v Royal Dutch Petroleum Co et al.*, 569 US (2013), 17 April 2013. 美国联邦最高法院法官布雷耶（Breyer）、金斯伯格（Ginsburg）、索托马约尔（Sotomayor）和卡根（Kagan）均同意判决的结果，但却反对依据《外国人侵权法》而得出美国法院无域外管辖权的推定。在他们看来，当侵权发生在美国境内，被告是美国公民，或“被告行为对美国重要国家利益产生重大不利影响”，包括防止美国成为庇护酷刑实施者或其他人类共同敌人的安全港（无须追究民事与刑事责任），才可以依据《外国人侵权法》确立管辖权（另参见第123段）。

⑤ *Kiobel* 案并不排除依据其他联邦法而进行跨境诉讼，如依据1991年《酷刑受害者保护法案》（TVPA），也不排除基于美国各州法律而展开诉讼。

⑥ 该案的管辖权依据是加利福尼亚州法（包括《外国人侵权法》）以及阿根廷法律，法院裁判的焦点在于加利福尼亚法律与《美国宪法》之间的兼容性问题。

⑦ *Daimler AG v. Bauman*, *et al.*, 134 S. Ct. 746 (2014). 在克奥贝案中，联邦最高法院认为对人管辖权依据的缺失并不会成为一个问题，因为它并不是被告提出抗辩的依据。与此相反，*Daimler* 案则讨论了对人管辖权问题，联邦最高法院并不（必须）考虑《外国人侵权法》，尽管这个法案也被援引。

也不在加利福尼亚州。在这样的情况下，加州法院对该案行使管辖权将被视为是“过度的”且“也可能产生这样的结果，使得本州以外的被告根本无从确定他们的经营行为何时可能会在加州被诉”。而且，法院在最后指出，这将会导致“国际礼让的风险”，因为“其他国家对〔巡回法院的〕一般管辖权的观点并不持相同意见”。^①

122. 正如最后意见所表明的，戴姆勒案在某种程度上可以被视为是美国对各国批评美国过度审判管辖权规则的一种回应。^② 这些批评声音在海牙国际私法会议此前举行的1996—2001年海牙“判决项目”谈判中已经出现（参见上文第47段），该海牙项目旨在构建一个民商事管辖权及判决承认与执行的全球性公约。虽然美国原有提案采“混合”公约模式——白色（或绿色）清单列举了强制管辖权基础，黑色（或红色）清单列举了禁止管辖权基础，留下“灰色”地带则属于允许各国弹性立法的管辖权基础——很多国家对美国扩大解释一般管辖权的做法提出了批评意见，他们主张减少灰色地带，并限制美国法院行使过度的管辖权基础。戴姆勒案，正如克奥贝案，减少了居住在美国外的被告面临不可预见的管辖权、在美国的外国公司所担心承担的惩罚性赔偿等效果。因此，这个判决也缩小了美国和其他国家在这个问题上的分歧。

123. 因此，美国法院民事管辖权限缩适用是值得欢迎的，这有助于世界各国管辖权之间更平衡的分配。戴姆勒案表明，美国法院可以基于外国母公司通过其子公司在美国的营业活动而对其行使管辖权。然而，这不应导致案件在其他国家无法进行诉讼或无法提出合理请求的情形，而应当促进遭受国外发生的严重不法行为（包括侵犯人权行为在内的）侵犯的受害者获得公正的司法救济。^③ 在这种情况下，频繁的司法实践情形是，母公司在美国，其在国外东道国的子公司对东道国造成了损害，那么该子公司是否可以在美国法院被诉？

124. 这是固特异诉布朗案（*Goodyear v Brown*）的一个核心问题——一起在法国发生的侵权（意外死亡）案件——美国联邦最高法院于2011年作出裁判。^④ 在这个案件中，法院认为，当案件与子公司在法院地国的任何行为无关时，为了对涉案的外国子公司行使一般管辖权，外国子公司与法院地的关联必须是“如此连续且系统以致认为本质上其属于法院地国的公司”。^⑤ 因此，子公司与母公司的联系本身并不足以让法院确立对子公司的管辖权基础。在缺少案件管辖权依据的情况下，该案判决减少了在美国法院对海外环境损害的子公司提起诉讼的可能性。

125. 然而，即使法院认为其对母公司和/或其“以法院地国为家”的子公司享有管辖权，它也仍然可能因为不方便法院原则而拒绝行使管辖权。我们看到，2005年《选择法院协议公约》排除了不方便法院原则（参见上文第38—43段）。然而，作为一般的做法，不方便法院原则在美国^⑥及其他普通法管辖法域仍然被广泛适用。该原则最初产生是为了保护被告免遭骚扰，之后该

① Pp. 21–23. 另参见上文第3段。

② 法院引用了（p. 23）司法部副部长的《法律意见书》，依据“外国政府反对一些国内法院过度行使管辖权的立场，这在过去成为相互承认与执行判决国际公约谈判的障碍”，间接提及了海牙关于管辖权和判决执行“混合”公约的谈判。

③ 参见少数同意 *Kiobel* 的观点（参见第120段）。参见《海牙关于民商事管辖权与判决承认与执行公约（草案）》第18（3）条规定禁止的管辖权依据之例外，<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3499>, and cf. N. Boschiero, op. cit., pp. 271–272。

④ *Goodyear Dunlop Tires Operations S. A. v Brown*, 131 S Ct 2846 (2011)。

⑤ *Ibid.* at p. 10.

⑥ 2007年美国联邦最高法院在 *Sinochem International Co. v. Malaysia International Shipping Corp.*, 549 U. S. 422 (2007) 案中再次确认了当替代国法院位于外国时不方便法院原则的适用。

原则进一步发展为法院应对存在另一更方便法院情形时的有效工具，它已经成为跨国公司在海外进行的损害环境及侵犯人权行为的集体诉讼中频繁援引的一项原则。^① 而且，由于这类案件普遍不具备合法的管辖权依据，因此，美国有关跨国公司责任的冲突规范尚未得到很好的发展。结果是，跨国公司一般免于对其在国外的行为承担责任，外国原告则无法获得损害赔偿。

126. 美国联合碳化物公司（Union Carbide）博帕尔燃气厂灾难案是适用不方便法院原则的最著名的案件之一，不方便法院原则在该案的适用受到广泛批评。1984 年博帕尔悲剧被描述为“史上最具破坏性的工业灾难”，^② 造成了数千人死亡和数万人受伤。这是由美国联合碳化物公司经营的、位于印度博帕尔的化学燃气厂气体泄漏所造成的灾难。印度原告在美国对美国联合碳化物公司及其在印度的子公司提起诉讼，但是，纽约联邦地区法院以及上诉法院均撤销了该案。^③ 印度被认为是更方便和更适合审理该案件的法院——尽管事实上印度政府承认印度法院系统在当时无法胜任审理这些案件，支持本案原告在美国提起诉讼。当案件被美国法院撤销之后，双方当事人达成了和解，但普遍认为这种做法并不足以很好地解决跨国环境纠纷。^④

127. 美国在雪佛龙案（Chevron）中适用不方便法院原则导致了一个奇怪的结果。在这个案件中，来自厄瓜多尔和秘鲁土著民族^⑤的 55000 名原告在美国法院起诉美国雪佛龙公司（该公司是德士古公司的继承者）及其在厄瓜多尔的子公司，诉因是德士古公司运营的石油业务对厄瓜多尔和秘鲁造成了环境损害。雪佛龙公司以不方便法院原则作为抗辩理由，美国法院予以同意，裁定该案件应由厄瓜多尔法院进行审理。正常情况下，厄瓜多尔法院作出的确定判决，如果原告提出申请，可以在美国获得强制执行。但是，厄瓜多尔法院对这个案件作出的判决在美国申请强制执行却并没有那么顺利，因为雪佛龙公司成功地辩称厄瓜多尔法院的诉讼程序——正是其最初主张适用的程序——存在腐败的因素。雪佛龙公司甚至在美国法院获得了禁止强制执行该判决的一项禁令，该禁令适用的范围不限于在美国，而且还涵盖整个世界。^⑥

128. 这个结果显然不能令人满意。毕竟雪佛龙公司最初是依据全球公认的一项管辖权基础而在其住所地国法院被诉。如果雪佛龙公司案有一个好的发展的话，那么该案就很有可能在美法院赢得诉讼，这样就可以避免法律层面的乒乓球游戏。

② 欧盟

129. 正如我们所看到的（参见第 113 段），欧盟成员国针对欧盟公司的基本诉讼管辖权依据规定在《布鲁塞尔条例 I（修订）》第 4（1）条。公司的住所（第 63 条）为针对公司提起的包括在海外发生的环境损害在内的侵权诉讼提供了一个管辖权依据。如果侵权发生在欧盟以外，依

① E. Foley Smith, “Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U.S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 44, 145 et seq.

② 809 F.2d 195 (2d Cir. 1987), at p. 197.

③ U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, 14 January 1987, In re *Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal India in December 1984*, 809 F.2d 195.

④ J. Cassels, “Outlaws: Multinational Corporations and Catastrophic Law”, *Cumberland Law Review*, Vol. 31, 2001, pp. 311 et seq.

⑤ 关于土著民团体在该诉讼以及类似诉讼中的地位，参见 V. Davidov, “Aguinda v. Texaco Inc.: Expanding Indigenous ‘Expertise’ Beyond Ecoprimitivism”, *Journal of Legal Anthropology*, Vol. 1, 2010, pp. 147 et seq.

⑥ 该案也涉及包括常设仲裁法庭在内的其他法庭，cf. H. Muir Watt, “Chevron, l’enchevêtrement des fors, un combat sans issue?”, *RCDIP*, Vol. 100, 2011, pp. 339 et seq.

据《布鲁塞尔条例 I（修订）》，那么将只有唯一一个合法的管辖法院。而且，这个法院是一个确定不变的法院，因为，与美国管辖权体系相反，《布鲁塞尔条例 I（修订）》并没有规定不方便法院原则。^① 因此，原则上，如果欧盟以外的原告^②在欧盟成员国法院起诉一个总部在欧洲的欧盟公司，那么该成员国法院极有可能对该案作出最后的判决。

130. 依据《布鲁塞尔条例》的规定，欧盟以外的公司是否可以在欧盟法院就发生在欧盟之内或之外的环境损害行为提起诉讼这一问题，原则上属于欧盟成员国国内法所调整的范畴（第6条）。那么，对受害者、特别是欧盟之外的受害者而言，她们在欧盟法院获得环境损害救济的可能性有多大？欧盟的跨国公司的海外子公司或承包商，和/或母公司本身，是否对环境损害负责，并承担责任？这个答案，一部分取决于准据法的规定，一部分则取决于管辖权标准。

131. 正如我们所看到的（参见第112段），环境侵权损害的准据法的确定应适用《罗马条例 II》第7条和第4（1）条的规定。依据准据法的规定，例如，如果准据法为英国法，则依据英国法进行审理，当子公司应当对发生在国外的作为或不作为承担直接责任时，母公司如果对索赔人没有尽到注意义务则可能应对索赔人承担连带责任。^③ 然而，如果依据准据法的规定，子公司不应对环境损害承担责任，那么，目前情况下，母公司在原则上也不可能对其子公司或承包商的经济行为导致的发生在欧盟之内或之外的环境损害承担责任。^④ 这就引出了下一个问题是：依据准据法的规定，子公司是否应当承担环境损害责任？

132. 由于母公司及其子公司通常会在母公司住所地法院一起被诉，这将给法院带来一些新的法律问题。但事实是怎样呢？在多个被告的情况下，《布鲁塞尔条例 I》第8条规定，一个共同被告“在一个成员国居住，则可以在以下法院提起诉讼：（1）……任何一方住所地国的法院，须证明其诉讼请求之间的联系是如此密切以致于可以合并审理和裁判，以避免单独提起诉讼所带来的不协调的裁判风险。”然而，成员国法院是否对于居住在欧盟之外的共同被告享有管辖权，应依各国国内法的规定（第6条）。因此，各国国内的管辖权规则将决定欧盟以外的子公司或者承包商是否可以在母公司住所地国法院与欧盟母公司一起被诉，以及须满足哪些条件。

133. 这一问题及其他诸如准据法等问题，出现在荷兰法院目前待决的一个重要案件阿克潘等诉壳牌案（Akpan et al. v. Shell）中。^⑤ 在两起平行案件的诉讼过程中，^⑥ 四名尼日利亚渔民和

① CJEU, 1 March 2005, C-281/02, *Owusu v Jackson*.

② Cf. CJEU, 13 July 2000, C-412/98 *UGIC v Group Josi*.

③ UK Court of Appeal, 25 April 2012, *Chandler v. Cape plc*, [2012] EWCA Civ 525. 尽管母公司对索赔人的注意义务可能会通过“揭开公司面纱”的方式来实现，法院仍强调两种方法是有所不同的：“不会因为只有一个公司是另一个公司的母公司而对其强加责任。问题在于，母公司的行为是否意味着其须对受害者承担直接的责任”，par. 69-70。

最近援引了这一裁决的跨国公司案，see High Court of Justice, Technology and Construction Court, 27 May 2016, *Lungowe c. s. v. Vedanta and Konkola*, [2016] EWHC 975 TCC。

④ 关于跨境公司责任（未来）的讨论，see J. Ebbesson (2006), *op. cit.*, pp. 222 *et seq.*

⑤ See, most recently, Court of Appeal The Hague, 18 December 2015, ECLI: NL: GHDHA: 2015: 3587, *Akpan et al. v Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD*（中间的上诉判决，程序仍在进行）。Appeal from District Court The Hague 30 January 2013, ECLI: NL: RBDHA: 2013: BY9854，非官方的英文翻译链接如下 <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view>。

⑥ *Idem*, ECLI: NL: GHDHA: 2015: 3586, *Dooh et al. v Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD et al.*; and ECLI: NL: GHDHA: 2015: 3588, *Oguru and Efang et al. v Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD et al.*（中间的上诉判决，诉讼仍在进行）。Appeals from District Court The Hague 30 January 2013, ECLI: NL: RBDHA: 2013: BY9845, and ECLI: NL: RBDHA: 2013: BY9850, respectively.

农民，在荷兰非政府组织环境保护基金会（Milieudefensie）的支持下，起诉设立在伦敦而总部在海牙的壳牌母公司（Royal Dutch Shell PLC-RDC）及其尼日利亚子公司（Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD-SPDC），请求法院裁判壳牌母公司及子公司对尼日利亚奥贡尼兰（Ogoniland）的土地和鱼塘遭受油污污染承担侵权责任。^①

134. 荷兰法院对壳牌母公司 RDC 及子公司 SPDC 环境损害赔偿案是否享有管辖权，是本案的一个入门槛。2013 年海牙地方法院认为，依据《布鲁塞尔条例 I》的规定，^② 因母公司 RDC 注册地在荷兰，因此其对母公司享有管辖权；对于子公司 SPDC，依据《荷兰民事诉讼法典》，^③ 考虑到诉求之间相关关联性，应适用尼日利亚法。2015 年 12 月海牙上诉法院作出了中间判决/非终局性判决，确认了海牙地方法院作出的关于管辖权的裁定，其认为，依据尼日利亚法律，母公司 RDC 应对子公司 SPDC 行为导致的损害承担这一阶段的法律责任，因为母公司 RDC 本应承担的注意义务并没能在前期的排除；索赔请求基于相同事实而提出；可能需要进行额外的现场调查，最好可以在同一法院主持下进行。^④

值得一提的是，上诉法院也对信息获取问题作出决定——与海牙地方法院裁判相反——其认为，母公司 RDC 应当向原始原告披露一定数量的关于母公司 RDC 是否了解泄漏以及泄漏管道的状况等相关文件。^⑤

135. 上诉诉讼继续针对母公司 RDC 和/或子公司 SPDC 是否对 SPDC 行为所造成的环境损害承担责任的问题而展开。海牙地方法院于 2013 年作出结论认为，该侵权诉讼应适用尼日利亚法律，^⑥ 因 RDC 母公司基于英国法成立，因此对其解释应依据英国法律。基于此，RDC 母公司并不对疏忽行为（包括子公司的疏忽）承担责任。^⑦ 但是，子公司 SPDC 采取的不足以保护油井免遭简单破坏的疏忽行为导致了特定的环境侵权，因此其必须向受害者承担赔偿责任。在上诉过程中，双方当事人同意适用尼日利亚法律作为准据法，但在其解释和责任问题上仍然存在分歧。

136. 任何上诉法院的最终判决最后都有可能上诉至荷兰最高法院，因此，在这个问题上，目前尚不能肯定上诉法院对地方法院管辖权问题的确认在最后也会得到最高法院维持。但是，鉴

① 在该案中反复出现的问题：尼日利亚受害者对于因外国跨国公司石油开采造成的尼日尔三角洲环境损害及对他们生活与生计造成的伤害寻求救济。正如我们所看到的，在西非国家经济共同体法院和非洲人权委员会的诉讼，尼日利亚政府被认为因其违反《非洲人权与民族权宪章》而应承担赔偿责任，尤其不对责任行为者追究责任（参见第 107 段）；而在美国的诉讼，美国联邦最高法院最终在 *Kiobel v Royal Dutch Shell* 案作出裁判，被告就是跨国公司本身，依据《外国人侵权法》并不承担责任（参见第 120 段）。Cf. also the case before the London High Court, *The Bodo Community and Others v SPDC* [2014] EWHC 1973 (TCC).

② Arts. 2 (1) and 60 of the applicable version of the Brussels I Regulation, now Arts. 4 (1) and 63.

③ 《荷兰民事诉讼法典》第 7 (1) 条规定，“如果荷兰法院因传票送达而已经对其中一名被告享有管辖权，那么，如果不同被告的请求权之间存在联系、且有正当理由共同审理，则荷兰法院对在同一个诉讼中的其他被告也同样享有管辖权。”

④ 海牙上诉法院依据欧盟法院关于《布鲁塞尔条例 I》第 6 (1) 条 [现在的第 8 (1) 条] 的判例法而驳回了子公司 SPDC 关于其没有预见到可能会在尼日利亚之外的法院被诉的论点。依据漫长的历史和尼日尔石油泄漏对环境产生的影响，以及“包括美国与英国诉壳牌公司案在内的很多诉讼案件”，对母公司和子公司来说，他们可能迟早会一起被诉，这是“可以被预见的” (par. 2. 6.)。

⑤ Par. 5. 1 – 10.

⑥ 由于罗马条例 II 在该案所涉的侵权损害发生时尚未生效，不能适用罗马条例 II 的规定，而应依据荷兰关于涉外侵权的冲突规范，而尼日利亚法为侵权行为地法（the *lex loci delicti*），则该侵权诉讼应适用尼日利亚法律。

⑦ 海牙地方法院将此案与 *Chandler v. Cape* 案相区别，(2012) EWCA Civ 535（参见上文第 131 段）。

于最近关于“外商承担直接责任”的趋势来看,^① 当子公司行为在海外造成严重环境损害的情况下, 欧盟跨国公司及其海外子公司主张他们不能一起在母公司住所地国法院被诉, 但这似乎已经越来越难获得抗辩上的成功——至少在这些欧盟成员国法院, 法院已经将《布鲁塞尔条例》中共同被告规则^②扩大适用到欧盟以外居住的被告。这非常符合商业与人权指导原则的精神(参见上文第25段、第29段和第115段)。^③

137. 看来, 欧盟很可能在未来发展成为发展中国家当事人起诉跨国公司及其子公司寻求环境损害赔偿方面法律救济的一个区域, 因为, 就外国跨国公司和美国跨国公司而言, 欧盟提供的法律救济比起美国而言更能令人看到希望。^④ 无论如何, 大西洋两岸的判例法均表明, 跨国侵权法在环境问题上的地位日益凸显。鉴于气候变化的隐忧, 跨国侵权法在环境问题上的作用将可能进一步扩大。

(II) 气候变化

138. 尽管很多有害环境的污染活动都有一定偶然性且仅限于某个特定地区, 然而, 气候变化则是一个渐进的“人类共同关心的议题”。^⑤ 它“对人类社会和地球构成了紧迫且潜在不可逆转的威胁, 因此需要所有国家尽可能广泛地合作”。^⑥ 正如2015年12月《联合国气候变化框架公约》^⑦ 谈判进程所表明气候变化法律治理需要民间社会的支持, 同时它也承认了民间社会力量的努力。^⑧

民间社会组织的活动可以——甚至在气候变化这一全球威胁问题上——以民事侵权诉讼的方式敦促政府采取相关措施, 这体现在最近一个判决中, 荷兰法院在巴黎协议谈判前作出了这个判决。2015年6月, 海牙地方法院在一个荷兰非政府环境组织 Urgenda 和 886 名原告诉荷兰政府的侵权诉讼中作出了一个具有标志性的判决。^⑨ 在这个集体诉讼中, 原告故意不请求损害赔偿, 而

① 上诉法院在该案判决第2.6段中所提及的趋势, 一般可参见 L. Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond: Exploring the Role of Tort Law in Promoting International Corporate Social Responsibility and Accountability*, The Hague, Eleven International Publishing, 2012。

② Now Art 8 (1) Brussels I (recast)。

③ 参见上诉法院的意见, 其认为“壳牌公司设定了包括环境事项在内的公司目标和愿望, 并通过制定公司政策以协调一致的方式实现了这些目标和愿景”, *Akpan et al. v. Shell*, par. 5.5。

④ Cf. N. Jägers, K. Jesse & J. Verschueren, “The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell”, *AJIL Unbound*, 2014, pp. e-36 et seq. 关于瑞典的发展, 参见 R. Kløcker Larsen, “Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from *Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB?*”, *Nordic Journal of International Law*, Vol 83, 2014, pp. 404 et seq. 关于德国的发展, 参见 M. P. Weller, L. Kaller and A. Schulz, “Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 216, 2016, pp. 387 et seq. ⑤ 2015年12月12日在巴黎通过的《巴黎气候变化协定》(以下简称《巴黎协定》)序言正呼应了1992年《联合国气候变化框架公约》(下一个脚注)的序言。

⑥ Decision 1/CP.21 adopting the Paris Agreement, Preamble, cf. Preamble 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change.

⑦ 2016年4月22日《巴黎协定》开放签署。《巴黎协定》在不少于55个《联合国气候变化框架公约》缔约方, 包括其合计共占全球温室气体总排放量的至少约55%的缔约方交存其批准、接受、核准或加入文书之日后第三十天起生效。

⑧ 作为“非缔约方的利益相关者”(连同“私营部门、金融机构、城市以及其他地方当局”), *ibid.* par 118 et seq. and 134 et seq.

⑨ District Court The Hague, 24 June 2015, *Stichting Urgenda v the State of the Netherlands*, ECLI: NL: RBDHA: 2015: 7196 (判决全文的官方英文翻译)。

是请求颁布救济禁令。^① 法院认为，依据当时政策，荷兰政府必须采取更多的措施以减少荷兰的温室气体排放量，并命令荷兰政府确保 2020 年荷兰的温室气体排放量应比 1990 年至少降低 25%。

139. 这一案件从表面上看是一个国内案件。该案的主要原告 *Urgenda* 是一个荷兰基金会，被告是荷兰政府，法院是荷兰本地法院。案件的审理也并没有提出管辖权和法律适用问题。然而，更仔细观察，尽管该案并不属于一个典型的国际私法案件，但是其在几个方面都涉及跨国性因素。

（1）原告非政府组织的立场

140. 第一，关于非政府组织 *Urgenda* 提起诉讼的立场，^② 法院认为，依据该基金会章程细则，其有权依据《荷兰民法》^③ 以保护荷兰或“持续性发展的社会”利益为目的而行使权利，法院认为基金会“有一种天生的国际（全球）视野”和“一种超时代的眼光”。^④ 法院最后裁定，*Urgenda* 可提起诉讼，其不仅代表了当代的荷兰公民以及在荷兰以外生活的同时代的人们，而且可以代表未来几代的荷兰公民和国外生活的未来几代人。^⑤ 荷兰法院在该案中肯定了当前以及未来的全球性利益，据此，此后基金会在原则上都可以代表正处于岌岌可危状态下的全球利益提起诉讼。

（2）全球和欧洲法所赋予的荷兰民事侵权法中的注意义务

141. 第二，关于诉讼内容，法院认为，依据荷兰侵权法及其规定的注意义务，荷兰政府对 *Urgenda* 的行为是非法的。^⑥ 该项注意义务——更具体而言，是避免非法危险疏忽的义务^⑦——采纳“开放的标准”，法院的任务在于在个案中确定该义务的具体内容，“注意到履行义务过程中的裁量权”。气候变化是一项全球性危机，荷兰政府对其具有“共同的风险管理义务”，国家的注意义务在于避免危及荷兰境内的生活气候，对荷兰有拘束力的关于气候变化的全球和欧洲标准框架所赋予国家裁量权，以及荷兰的宪法性义务。法院特别提到了 1992 年《联合国气候变化框

① 虽然认识到赔偿之诉是侵权案件通常寻求救济的一种方式，但在气候变化侵权案件中，基于对气候变化的全球性、多重原因和长期影响以及对损害结果潜在的重大影响的考量，赔偿之诉所寻获的救济可能并没有禁止令所带来的救济那么有效。cf. J. Spier and U. Magnus, *Climate Change Remedies-Injunctive Relief and Criminal Law Responses*, SUN MeDIA, Stellenbosch, 2013, 尤其是第一章。与之不同的观点，see D. A. Kysar, “What Climate Change Can Do About Tort Law”, *Environmental Law*, Vol 41, No. 1, 2011, pp. 1 et seq.

② 关于个人索赔问题，法院认为，除了 *Urgenda* 的利益之外他们并没有足够的属于自己的利益，因此法院驳回了他们的请求（par. 4. 109）。

③ Art 3: 303, 305a Civil Code, judgment par. 4. 4 – 4. 6.

④ Par 4. 7, 4. 8.

⑤ 然而，法院最终裁定认为，*Urgenda* 在其提起的减排索赔之诉中代表了目前以及未来的荷兰人们，因此没有必要决定该诉讼是否也会成功保护目前以及未来在国外生活的几代人。（4. 92）由此，本案避开了根据《罗马条例 II》会出现的法律适用问题。

⑥ 具体而言，《荷兰民法典》第 6: 162 条规定：

“1、行为人对他人实施可归责于自己的侵权行为的，有义务赔偿他人因此所遭受的损失；

2、除了存在正当理由外，以下情形视为侵权行为：侵犯权利，或者违反法定义务或者维系社会正常交往的不成文规则的作为或不作为；

3、如果行为人有过错，或者行为人造成了根据法律或社会观念应当由其承担责任的事由，则侵权行为可归责于行为人。”英译本参见 P. Haanappel & E. Mackaay (eds.), *Netherlands Civil Code*, Book 6, 1990.

⑦ Par. 4. 53 (“onrechtmatige gevaarstelling”).

架公约》^①《里斯本条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第191—193条^②和《欧洲人权公约》第2条和第8条。尽管这些对荷兰有拘束力的国际文件并没有创设某种 *Urgenda* 可以直接援引的权利。但对《荷兰民法典》的注意义务进行解释时,上述公约的规定对《荷兰民法典》的解释起到了很好“仿效效应”。因此,后者在解释时应避免与国家的国际义务相冲突。而且,这些义务,必须考虑到双方在诉讼中所分享的最新科学知识,尤其是政府间气候变化专门委员会(IPCC)的报告书。^③

直至2010年,荷兰已经设定了一个减排目标为30%,^④并且荷兰政府实际上仍然能够达到这个目标。鉴于荷兰政府所提供的意见书,法院进一步指出,这并不会导致额外的不成比例的费用。法院得出结论认为,并不存在真正的可替代性——政府所作出的适应性措施并不充分。

142. 荷兰政府主张,荷兰在全球排放量减排中所占的份额可以忽略不计,额外的减排措施只会带来微不足道的改善,因为“任何认为的温室气体排放,无论多么微小,都会导致二氧化碳含量的增加,从而引起危险的气候变化。因此,减排关系到了《联合国气候变化框架公约》签署国的共同责任和各国责任。”^⑤法院驳回了荷兰政府的请求。

法院在考虑了其他一些防御措施后得出了如下结论,“鉴于气候变化后果的严重程度和发生危险性气候变化带来的巨大风险”,国家的注意义务要求其采取立即增加减排措施以确保2020年荷兰温室气体排放水平比目前降低25%—40%,而不是现在所确立的降低17%的目标。鉴于国家具有自由裁量权,该减让命令将降低额度仅限定为25%。

(3) 法院行使着作为国家机构的法院和国际社会机构的法院的职能

143. 第三,如前文所述,在这个判决中,海牙地方法院在适用荷兰法的同时也在确保其适用符合国际法规定。因此该判决为国家的双重功能(*Scelle's dédoublement fonctionnel*)或角色分演功能提供了一个范例(参见上文第17段和第23段)。一方面,作为一个国家的法院机构,荷兰法院在国内法律体系中行使其权利,以确保荷兰政府依据《荷兰侵权法》而履行注意义务。另一方面,作为一个国际社会的机构,荷兰法院需考量政府行为是否符合国际标准,也要确保这些国际标准的实施。这项判决是关于一国法院如何介入并代表国际社会的一个范例,作为“缺失

① 法院还考虑了1997年《京都议定书》以及会议缔约方的不同决定,包括了2007年《巴厘行动计划》,2010年《坎昆协议》以及2011年德班加强行动平台。

② 法院也考虑了各种执行指令,包括ETS(排放交易体系)2003/87/EC指令修正案,以及相关的决定,包括确定建立一个2030年气候与能源框架的欧盟理事会决定EUCO 169/14。

③ 政府间气候变化专门委员会(IPCC)于2007年决定,为了限制全球温度升高2摄氏度(3.6华氏度),为了避免对地球可能导致不可逆转的重大影响,至2020年,诸如荷兰等发达国家应当相比20世纪90年代减少排放25—40%。

④ 自2010年,为了与欧盟“共同努力决定”协调一致,荷兰已经确立减少其排放量至大约17%的目标,法院认为,“荷兰目前确立的目标低于气候科学所规定的必要标准和国际气候政策,这意味着,为了避免危险性气候变化带来的巨大风险,至2020年荷兰温室气体排放水平应减少排放25—40%,从而实现2摄氏度的目标”。欧盟普遍同意将降低的标准作为一个最低目标,欧盟没有足够证据证明各国愿意放弃这曾被认为具有必要性和可行性的目标,而且在诉讼过程中再次宣称该目标的可行性(par 4.31)。

⑤ Cf. US Court of Appeals 2nd circuit, 21 September 2009, *Connecticut v. Am. Electric Power Co. Inc.*, 582 F.3d 309, 69 ERC 1385 (2d Cir. 2009),在该案中,美国第二上诉法院同样驳回了被告的请求,被告认为其排放量“占人为二氧化碳排放量的2.5%”过于微不足道而不足以造成未来的损害,尤其不会导致诸如全球排放的集体效应才会产生的损害。上诉法院关于这一问题的裁定并不会因为上诉法院的判决已被美国联邦最高法院所推翻而受到影响。US Supreme Court, 20 June 2011, 564 U.S. (2011)。

行使集体执行权的国际机构和各国履行权利不足的一个替代”。^① 然而，这并不是假定存在普遍的民事管辖权，^② 而是依据各国本国的规定行使管辖权，并在有关全球共同利益的领域注意到一国在全球法律秩序中所应承担的责任。

144. 国家通常通过立法或行政法令来应对气候变化问题——公法行为，主权行为（*acta iure imperii*）——这也意味着国家将在外国法院享有管辖豁免权。因此，在实践中，针对外国国家的跨境民事法律诉讼并不被接受，对此唯一的救济方式是通过内国法院依其民法的规定谴责国家的行为或疏忽。^③ 事实上，*Urgenda* 案所确立的规则已经为比利时法院一个类似案件所遵循。^④

145. 荷兰政府对该案判决提起了上诉，^⑤ 但荷兰政府也表示，在上诉结果待定之前，它将会尊重并临时执行法院的命令。上诉将会给予双方当事人一个崭新的机会去陈述事实和法律论据。反过来，在上诉审中，荷兰最高法院有可能对上诉法院判决中的法律依据进行审查。然而，无论最终结果为何，荷兰地方法院的判决都具有里程碑意义，基于其敏锐觉察到了这个问题本质上具有全球性和严重性，并基于对相关全球、欧洲和国内法律以及现有科学证据的审查而提供了广泛且详尽的依据。^⑥

146. *Urgenda* 案可能会刺激类似诉讼在其他国家的发生。荷兰法院的观点，如与国家特定气候管理责任无关的注意义务——气候变化带来的损害性质和程度、可预见性和气候变化损害的发生几率以及因果关系，也会导致有关企业温室气体排放的侵权诉讼。但是，这类诉讼需要克服相当大的障碍，尤其在跨境诉讼中。^⑦ 在这个方面，2015 年关于全球气候变化的奥斯陆（Oslo）原则可能会注意到国家和公司都会被卷入进跨境诉讼之中。^⑧

（Ⅲ）制定一个关于跨境环境污染之民事事项的全球公约吗

147. 虽然各国内环境损害诉讼可能会增加，但具有全球影响力的跨境民事侵权诉讼可能仍属于例外。涵盖司法管辖权、法律适用、判决承认与执行问题的统一全球性规则所创设的机构合作机制将会有助于支持这类诉讼。这一全球性机制的技术可行性一直以来都是广泛研究和讨论的议题，包括在海牙国际私法会议层面。目前海牙会议还没有启动相关的全球性公

① A. Cassese, *op. cit.*, p. 228.

② 相关的新近论述，参见 A. Bucher, “La compétence universelle civile”, *Recueil des cours*, Vol 373, 2015, pp 9 *et seq.*

③ J. Spier & U. Magnus, *op. cit.*, p. 129.

④ 被告是比利时联邦政府与三个州政府，<http://klimaatzaak.eu/nl/rechtszaak/>。

⑤ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/inhoud/klimaatrechtszaak>。

⑥ 这一判决果然成为了公众和学术争议的焦点，包括对法院是否充分尊重了传统上宪法规定的权力分立（*trias politica*）的问题。Cf. e.g., R. van Gestel & M. Loth, “*Urgenda*: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0” *Nederlands Juristenblad*, 2015, pp. 2598 *et seq.*, 其中援引了很多学者的评论。一般而言，关于宪法性规范对私法的影响，可参见 H. W. Micklitz (ed.), *Constitutionalisation of European Private Law*, Oxford etc., 2014。

⑦ 最为重要的是，跨国公司获悉信息的程序性问题，承认外国组织或团体诉讼主体能力问题。在一次最近的尝试中，为了避免诉讼程序上困难，一个秘鲁农民在德国埃森法院提起针对德国莱茵集团（RWE）的诉讼，起诉德国莱茵集团在全球的温室气体排放所引起的全球变暖的可能结果会对秘鲁造成潜在的损害威胁，<http://www.theverge.com/2015/12/2/9821758/climate-change-lawsuit-un-rwe-energy-vs-peru-farmer>; <https://germanwatch.org/de/11537>。

⑧ Expert Group on Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, with commentary (reporter J. Spier), The Hague, Eleven International Publishing, 2015. Also accessible at <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/news/oslo-principles-global-climate-change-obligations>.

约的磋商。^① 在区域性层面, 欧洲理事会 1993 年通过了一项公约, 规定了民事责任的实体规则, 以及信息的获取和程序性方面的事项, 同时规定了法院管辖权规则和判决承认与执行规则。^② 2003 年, 另一个类似的公约为联合国欧洲经济委员会 (UNECE) 所通过, 其范围限于跨界水域工业事故造成的环境损害。^③ 但目前两公约均未生效。

148. 另一方面, 1993 年《北美环境合作协定》对环境法律法规的提前公开、政府执法、获得民事和行政救济途径、程序性保障等问题规定了最低标准, 该协定自 1994 年在加拿大、墨西哥和美国生效。^④ 1998 年《奥胡斯公约》(Aarhus Convention), 于 2001 年 10 月正式生效, 目前对 47 个国家具有拘束力, 是当前最先进的国际机制, 但它仅聚焦于国内层面的行政事项。

149. 公众对环境恶化问题的日益关注、企业对环境的共同责任意识日益增强、越来越多民众在民事法院采用集体诉讼和公共利益之诉途径、属于目前标志性事件的《巴黎协定》都促使各国致力于对环境事项上的跨境民事侵权诉讼确立一个至少是基本的全球性“游戏规则”。民事侵权诉讼作为一个自下而上的环境标准执法方式, 是对自上而下政府执法方式的有效补充。各国及其公民不仅对全球框架下加强资讯获取、司法权利实现以及参与行政决策等方面的兴趣日益增加——也包括了跨境情况^⑤——1998 年《奥胡斯公约》为此提供了一个范本。^⑥ 他们无意致力于建立一个促进跨境民事侵权诉讼的基本全球性框架, 由此, 受海牙直接跨境机构合作模式的启发, 各国倾向于采用国际私法作为实现其环境政策的一项工具 (参见第 112—113 段)。基于现有全球性和区域性国际文件所出现的“模式”,^⑦ 我们可以预见, 在这样一个框架下, 应有可能就特定基本原则达成一致, 包括如下:

(1) 管辖权: 不得因不方便法院原则而排除被告住所地法院的管辖权, 广义上也包括当事人为法律实体的情形 (参见第 41 段, 125—129 段);^⑧ 多个被告与诉讼请求的密切联系也作为确定管辖权的一项依据, 当法院基于他们中的其中一名被告的住所而享有管辖权的情况下 (参见

① 海牙国际私法会议常设事务局准备了几项关于该议题的研究, 尤其在如下几个事项上, “Note on the law applicable to civil liability for environmental damage” (A. Dyer), May 1992, *A&D XVIIth Session, Tome I, Miscellaneous Matters*, pp. 187 *et seq*; “Note on the law applicable and on questions arising from conflicts of jurisdiction in respect of civil liability for environmental damage” (A. Dyer), April 1995, *A&D XVIIIth Session, Tome I Miscellaneous Matters*, pp. 72 *et seq*, and C. Bernasconi, “Civil Liability Resulting from Transfrontier Environmental Damage: A Case for the Hague Conference?”, April 2000, *A&D XIXth Session, Tome I Miscellaneous Matters*, pp. 320 *et seq*. 1994 年 4 月, 奥斯纳布吕克大学 (University of Osnabrück) 与海牙国际私法会议合作举办学术研讨会, 会议以英文论文为主, 也有一些法文论文, 可参见 C. von Bar (ed.), *Internationales Umwelthaftungsrecht I*, Köln etc., C. Heymanns Verlag, 1995。

② 1993 Lugano Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment.

③ 2003 Kiev Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters.

④ <http://www.cec.org/about-us/NAAEC>.

⑤ Cf. J. Ebbesson (2009) *op. cit.*, p. 285.

⑥ “尽管《奥胡斯公约》属于区域性公约, 但其意义却具有全球性。它是至今为止最为深刻的《里约宣言》原则 10 的具体化, 其强调了公民参与环境事项决策和获悉公共当局环境资讯的必要性……公约有潜质发展成为强化公民环境权的全球性框架。” K. A. Annan, Foreword to UNECE, *The Aarhus Convention-An Implementation Guide*, 1st ed., p. v。

⑦ J. Ebbesson (2006) *op. cit.*, p. 203.

⑧ Cf. 2005 Hague Choice of Court Convention, Art. 2 (2); International Law Association, Sofia Guidelines on Best Practices for International Civil Litigation for Human Rights Violations, Arts. 2. 1., 2. 5., *ILA Report of the 75th Conference held in Sofia*, 2012, pp. 321 *et seq*.

第 124 段、第 132—137 段)；^① 原告有权选择损害结果发生地或可能发生结果的所在地国家的法院行使管辖权，或者选择损害发生地国家法院行使管辖权（参见第 113 段。）

（2）法律适用：适用损害结果发生国的法律，寻求救济的当事方可以选择基于损害结果发生地国法律而提出其诉求（参见上文第 112 段和 131 段）。

（3）判决的承认与执行：如果外国法院判决是基于（1）所规定的管辖权依据而作出，则在符合通常保障措施的情况下，该判决应予以承认与执行；互惠并不是一项必备的条件。^②

（4）司法与行政沟通与合作：

——法院之间的直接跨国沟通，应基于尊重双方当事人的诉讼权利、避免重复诉讼的观点，以及关于管辖权和证据方面问题的沟通。^③

——国内的行政联络人（“中央机关”）之间的直接跨国合作，以促进跨境文书的送达、取证、在被请求国可以提供法律援助的情况下为当事人转交其法律援助申请、^④ 集体诉讼中的组织或原告法律地位的认证、^⑤ 向外国人和居民提供有关允许参与环境决策的信息、^⑥ 以及与其他国家中央机关通常进行环境事项信息的交换。^⑦

四 一些结论

150. 从上文可以得出如下几个结论：

（1）国际私法最初属于普遍适用的自然法的一部分。随着主权国家的出现，国际私法被视为国内法律秩序而被“国内化”，属于调整含涉外因素的案件的民法范畴。当代国际私法在全球化影响下又一次接受了跨国的、全球性视角。

（2）国际私法在继续关注私人关系的同时，其对区域和全球（国际）公法的互补性作用越来越凸显。这不仅体现在条约和规则等法律文件中，而且还通过国际私法与国际公法规则的相互影响而有所呈现，如体现在海牙关于儿童的公约与全球和区域人权公约之间的相互影响，也体现在国际私法与欧盟关于环境问题的政策性规则，以及国际私法在人权和自然环境相关的跨国公司责任的全球性标准方面所起的作用。

（3）跨境机构之间直接的行政与司法合作已经成为一项主要机制。一方面，它促进跨国流动和活动，包括跨国民事程序和公文书的全球流动，另一方面，保护作为弱势当事人的儿童与成年人免于遭受全球化带来的严重风险。国际私法在国际代孕协议与暂时性雇工移民以及跨国环境

① Sofia Guidelines（上一脚注），Art. 2. 2.

② *Ibid.* Art. 5.

③ *Ibid.* Art. 4.

④ Cf. 1965 Hague Service, 1970 Hague Evidence, and 1980 Hague Access to Justice Conventions, on which D. McClean, “Procedural Matters”, C. von Bar, *op. cit.*, pp. 195 *et seq.* (pp. 202 – 203); 1993 North American Agreement on Environmental Cooperation, *op. cit.*, Art. 6; 1998 UNECE Aarhus Convention Art. 9.

⑤ D. McClean, *op. cit.*, p. 204.

⑥ North American Agreement on Environmental Cooperation, Art. 4.; UNECE Aarhus Convention, Arts. 6 – 8.

⑦ 合作事项可能会超过民事领域的范围，包括关于环境的全球协议实施的进展状况，如尽管 2015 年《巴黎协定》要求缔约国增强公共参与和公共信息获悉途径（第 12 条），但它并没有要求各国建立一个重点在于跨境交流与合作的国内体系。

侵权责任问题等新领域的治理潜力，也值得进一步探讨。

(4) 最后，国际私法面临两方面的挑战：一是为频繁的全球性跨国活动消除障碍；一为保护弱方当事人和包括共同福祉在内的重大公共利益，为人类与地球创造可持续发展的未来发挥应有作用。

The Global Horizon of Private International Law

[Dutch] Hans van Loon Translated by Zhang Meirong, Proofread by Wu Yong

Abstract: This article develops a lecture held in July 2015 at the opening of the Private International Law Summer Course of the Hague Academy of International Law. Chapter I describes how private international law originated as part of universal, natural law, then became “nationalized”, but today is called upon to adopt transnational, global perspective. Chapter II discusses the impact of globalization on the development of private international law and the role of the Hague Conference on Private International Law-of which China has been a Member since 1987 – as an evolving platform for the elaboration of new approaches to meet the challenges of globalization. This is illustrated by the innovations made by the Hague Choice of Court Convention and Hague Principles on Choice of Law; and by the four modern Hague Children’s Conventions, on child abduction, protection, adoption and support. Chapter III discusses the intricacies of transnational surrogacy arrangements; suggests that private international law might assist in regulating temporary migration; and discusses its role in cross-border litigation in environmental matters and climate change. The article concludes that private international law is increasingly complementary to public international law, and must play its part in building a sustainable future for humanity and the planet.

Keywords: Private International Law, Hague Conference on Private International Law, Party Autonomy, Direct Transnational Administrative and Judicial Cooperation, Global Challenges for Private International Law on the Horizon

(责任编辑：李庆明)