

国际私法国际前沿年度报告（2015—2016 年）

杜 涛*

摘 要：在过去的 2015 年 7 月至 2016 年 6 月一年里，欧盟新颁布了婚姻和登记伴侣财产制条例，目前已在 18 个成员国适用。新通过的《第 2015/2421 号关于修订小额请求程序条例和支付令程序条例的条例》对 2007 年的旧条例做了适当修订。新修订的个人数据保护条例正式确认了被遗忘权，并赋予其一定的域外效力。欧盟议会还通过了公文自由流动的新条例。欧盟法院也作出了一些具有典型意义的判例。美国法学会第三次冲突法重述起草工作继续进行。美国联邦最高法院在 OBB 案中对外国国有企业的豁免权问题作出了具有历史意义的判决。联邦地区法院在一起案件中承认了当事人选择中国法院的管辖权条款，但在另一起案件中，联邦地区法院拒绝承认中国上海法院的一份判决书。在古驰诉中国银行案中，美国法院认为其对中国银行没有一般属人管辖权，但拥有特别属人管辖权。厄瓜多尔法院判决在很多国家寻求执行的努力都告失败。海牙国际私法会议多项立法计划顺利开展，其中判决项目已经出台了草案文本。2005 年的《法院选择协议公约》已正式生效。联合国国际贸易法委员会正在起草调解书的国际承认与执行的公约草案。国际统一私法协会也在长期合同等项目上取得了新进展。

关键词：国际私法 发展前沿 年度报告 冲突法

过去的一年，我国“一带一路”战略取得重大进展。国家发展改革委员会、外交部、商务部于 2015 年 3 月 28 日联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。2015 年 7 月 21 日，我国主导的金砖国家新开发银行在上海正式开业。另一个由我国主导的亚洲基础设施投资银行也于 2016 年 1 月在北京正式开业。

在此背景下，2015 年 9 月 17 日，中共中央、国务院正式发布了《关于构建开放型经济新体制的若干意见》，着重指出要加强开放型经济法治建设。要适应对外开放不断深化的形势，完善涉外法律法规体系，重大开放举措要于法有据，营造规范的法治环境。发挥法治的引领和推动作用，加快形成高标准的贸易投资规则体系。以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，推进对内对外开放的立法、执法与司法建设。积极参与国际经贸法律交流。强化涉外法律服务，维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当经济权益。

最高人民法院也于 2015 年 7 月出台了《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，其中重点提出要改进外国法查明的薄弱环节，拓展对外司法协助渠道等。

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

2016年5月,中央全面深化改革领导小组第24次会议审议通过《关于发展涉外法律服务业的意见》。《关于发展涉外法律服务业的意见》指出,发展涉外法律服务业,要健全完善扶持保障政策、进一步建设涉外法律服务机构、发展壮大涉外法律服务队伍、健全涉外法律服务方式、提高涉外法律服务质量、稳步推进法律服务业开放,更好维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益。

上述新发展充分表明,当前世界多极化、经济全球化进一步发展,国际政治经济环境深刻变化,创新引领发展的趋势更加明显。我国改革开放正站在新的起点上,经济结构深度调整,各项改革全面推进,经济发展进入新常态。面对新形势新挑战新任务,我国法律界也要转变观念,必须树立对内改革和对外开放相互促进、引进来与走出去相结合的新观念,以对外开放的主动赢得国内法治建设和国际法律竞争的主动,以开放促改革、促发展、促创新,建设开放型法治国家,弘扬“大国司法”理念,为实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦打下坚实基础。

在这样的背景下,我们更有必要加强对国际私法国际前沿的研究。本报告是第五次国际私法前沿年度报告。^①本次综述将坚持既有方针,对2015年7月至2016年6月期间世界范围内的国际私法新发展进行全面系统的梳理和介绍。本报告主要以欧盟和美国为重点关注地区,同时广泛介绍重要国际组织在国际私法领域的最新动向。为了与“一带一路”战略相配合,本报告也会重点关注亚非拉地区。

一 欧盟国际私法

(一) 概论

正如上一年度报告所说,从2015年起,欧盟在民事司法合作领域开始进入新的“五年议程”。这一期间,欧盟国际私法的重点不再是立法,而是逐渐进入司法实践阶段。在过去的一年,欧盟国际私法立法的确进入低潮,只通过了少数几项条例。不过,欧盟法院的国际私法判例却开始层出不穷,逐渐成为学界研究和关注的焦点。

(二) 英国脱欧的影响

本年度欧盟最大的事件莫过于英国的“脱欧”。2016年6月23日英国举行的脱欧公投中,52%的选民支持英国脱离欧盟。英国脱离欧盟将会对英国国际私法带来巨大影响。根据学者们的研究评估,可能的变化主要集中在以下几点:

首先,一旦英国正式脱欧,原则上欧盟的所有条约都停止对英国生效,英国1972年通过的《欧共体法》(European Communities Act)也将失效,这将导致英国目前所适用的所有欧盟国际私

① 历年综述参见杜涛:《国外国际私法发展前沿年度综述(2011—2012)》,载《中国国际私法与比较法年刊》第16卷,法律出版社2015年版,第469—500页;杜涛:《国外国际私法发展前沿年度综述(2012—2013)》,载《中国国际私法与比较法年刊》第17卷,法律出版社2016年版,第313—347页;杜涛:《国际私法国际前沿年度报告(2013—2014)》,载《国际法研究》2015年第1期,第63—94页;杜涛:《国际私法国际前沿年度报告(2014—2015)》,载《国际法研究》2016年第2期,第101—128页。

法条例都不再对英国有效。这些条例包括：《布鲁塞尔第一条例》、^①《布鲁塞尔第二条例》、^②《罗马第一条例》、^③《罗马第二条例》、^④《扶养条例》、^⑤《取证条例》^⑥和《送达条例》^⑦。此外，欧盟以独立当事方签订的国际条约也不再对英国适用，包括 2007 年的《卢加诺公约》^⑧和海牙《选择法院协议公约》^⑨。

其次，英国脱欧之后，并不意味着英国国际私法会一下子退回到英国加入欧盟（欧共体）之前的状态。^⑩从 20 世纪 90 年代开始，英国就进行了大规模的司法改革，国际私法规则在很大程度上已经发生了很大变化，比如英格兰 1995 年《国际私法（杂项规定）法》、^⑪1998 年的《民事诉讼规则》^⑫以及苏格兰 1982 年《民事管辖权和判决法》^⑬等。此外，英国在参加《阿姆斯特丹条约》之前，已经加入了几项欧共体制定的国际私法公约，包括 1968 年《布鲁塞尔公约》、^⑭1988 年《卢加诺公约》^⑮和 1980 年的《罗马公约》^⑯。这几项公约都是通过独立立法程序对英国适用的，包括 1982 年《民事管辖权和判决法》（Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982）、^⑰1991 年《民事管辖权和判决法》（Civil Jurisdiction and Judgments Act 1991）^⑱和 1990 年的《合同（法律适用）法》^⑲等。因此，英国脱欧之后，这几项公约将会“复活”。不过，由于欧盟 28 个成员国中，只有 15 个国家是《布鲁塞尔公约》缔约国，16 个成员国是 1988 年《卢加诺公约》缔约国，27 个成员国是《罗马公约》缔约国，因此，英国脱欧之后与其他欧盟成员

① Regulation (EC) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) ([2012] OJ L351/1).

② Council Regulation (EC) No. 2201/2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No. 1347/2000 ([2003] OJ L338/1).

③ Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) ([2008] OJ L177/6).

④ Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) ([2007] OJ L 199/40).

⑤ Council Regulation (EC) No. 4/2009 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relation to Maintenance Obligations ([2009] OJ L7/1).

⑥ Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters ([2001] OJ L174/1).

⑦ Regulation (EC) No. 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters ([2007] LJ L324/79).

⑧ Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters ([2007] OJ L339/3). 英国于 1978 年加入该公约。

⑨ Hague Convention on Choice of Court Agreements (30 June 2005).

⑩ 英国 1973 年 1 月 1 日起正式加入欧共体。

⑪ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

⑫ Civil Procedure Rules (SI 1998/3132, as amended), rr 6.36–6.37 and PD6B.

⑬ Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, s 20 and Sch 8.

⑭ Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [1972] OJ L 299/32.

⑮ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters ([1988] OJ L 319/9).

⑯ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations ([1980] OJ L266/1).

⑰ 该法第 2 条第 (1) 款规定：“布鲁塞尔公约在英国境内具有法律效力，司法文书中应予以援用。”

⑱ 该法修订了 1982 年的《民事管辖权和判决法》，其中第 3A 条第 (1) 款规定：“卢加诺公约在英国境内具有法律效力，司法文书中应予以援用。”

⑲ Contracts (Applicable Law) Act 1990. 该法第 2 条第 (1) 款规定：“罗马公约在英国境内具有法律效力。”

国之间的民事司法合作范围会大大缩小。

当然,所有这些都是在理论上的推演,最关键的还是英国与欧盟之间的谈判。英国可以与欧盟之间缔结专门协议,继续适用欧盟的相关条例,就像欧盟与丹麦之间那样。^①英国也可以通过国内立法继续适用欧盟的某些立法。最终还是要由英国的选民来决定。

(三)《第2015/2421号关于修订小额请求程序条例和支付令程序条例的条例》

2013年11月19日,欧盟委员会通过了一项关于修订小额诉讼程序条例和支付令程序条例的立法草案。^②2014年7月16日,欧盟经济与社会委员会出具了对该项草案的评审意见。^③2015年12月16日,欧盟正式通过了《第2015/2421号关于修订小额请求程序条例和支付令程序条例的条例》。^④新条例只适用于跨境案件,其修订要点包括:第一,将小额诉讼程序所适用的请求标的额从2000欧元提高到5000欧元;第二,扩大了跨境案件的范围,即只要有一方当事人住所地或经常居所地位于成员国境内,就适用该条例;第三,增加了电子通讯方式的运用以降低当事人和法庭的成本并提高效率;第四,要求法院运用视频会议、电话会议等远程通讯手段进行口头听证和取证;第五,对法院诉讼费用设置了一个最高限额,不得超过各成员国国内简化程序的收费标准;第六,在诉讼费用支付方面简化相关手续。新条例于官方公报公布20日之后生效,并将于2017年7月14日起正式开始适用。

(四)婚姻和登记伴侣财产制条例

据欧盟理事会统计,在欧盟共有将近1600万对跨国夫妻,他们的财产分布于不同成员国境内。为了解决跨国婚姻财产的法律冲突问题,根据《欧洲联盟运行条约》第81条第(3)款的规定,2011年3月16日,欧盟委员会提交了《关于婚姻财产制事项的管辖权、法律适用和判决承认与执行的条例(草案)》以及与之并行的《关于登记伴侣财产制事项的管辖权、法律适用和判决承认与执行的条例(草案)》,供欧洲议会讨论通过。^⑤这两个条例草案,前者针对的是婚姻

① Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters ([2009] OJ L 149/80).

② Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European order for Payment Procedure', COM (2013) 794 Final.

③ Opinion of the European Economic and Social Committee on the ' Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European Order for Payment Procedure ', COM (2013) 794 Final — 2013/0403 (COD), 2014/C 226/08.

④ Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 Amending Regulation (EC) No 861/2007 Establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 Creating a European order for Payment Procedure.

⑤ Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes, Brussels, 16.03.2011, COM (2011) 126/2; Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships, Brussels, 16.03.2011 COM (2011) 127/2.

关系,包括同性婚姻和异性婚姻;后者针对的是登记伴侣关系,包括同性伴侣和异性伴侣。目前欧盟成员国中已有 14 个国家承认了登记伴侣关系。^①

由于仍有很多欧盟成员国不承认同性伴侣关系,因此,上述条例遭到一些成员国反对,相关讨论持续了较长时间。2014 年底,欧盟理事会决定给予某些不同意见的成员国不超过一年时间的期限以便其进一步表达意见。但是直到 2015 年 12 月,欧盟成员国仍然未能达成一项全体一致的政治协议。之后,有 17 个成员国向欧盟委员会提出请求,首先在这些国家之间就该两项条例所规定的事项范围内进行更广泛的合作。2016 年 3 月 2 日,欧盟委员会终于通过了一项议案,授权这 17 个国家在该领域进行更广泛合作,^② 并通过了两个条例的正式草案。^③

2016 年 6 月 23 日,就在举世瞩目的英国脱欧公投进行的同时,欧盟议会终于表决通过了该两项条例。共有 18 个欧盟成员国(此前的 17 国加上塞浦路斯)首批参加该两项条例。这 18 个成员国是:比利时、保加利亚、塞浦路斯、捷克、德国、希腊、西班牙、法国、克罗地亚、意大利、卢森堡、马耳他、荷兰、奥地利、葡萄牙、斯洛文尼亚、芬兰和瑞典。目前,两项条例需要得到这 18 个成员国国内批准并在《欧盟官方公报》上公布,在公布后第 20 天生效,并且从其生效满 30 个月后才开始适用。其他未参加该两项条例的成员国仍然继续适用其国内国际私法,并可以在该两个条例生效后任何时间加入。

这两个条例都只涉及婚姻和登记伴侣的财产效力问题,而不涉及对婚姻或登记伴侣关系的跨国承认,也不涉及对该财产的定性以及该财产本身的物权关系。两个条例都只涉及传统的国际私法问题,即管辖权、法律适用和判决的承认与执行。条例并不试图统一各国的实体法,也不影响各成员国对婚姻财产的税收。

条例的目的是为了简化婚姻财产案件的管辖权标准,提高法律适用上的可预见性,促进各成员国判决的跨境承认与执行,从而方便当事人更充分地在欧盟范围内行使其财产权利。在管辖权方面,两个条例都采取了附属原则,即对离婚(解散)、继承等事项有管辖权的法院也对婚姻(登记伴侣)财产制有管辖权。在法律适用问题上,两个条例都采取了统一性原则,即婚姻和登记伴侣关系的财产制准据法适用于当事人所有财产,无论是动产还是不动产,无论该财产位于何处。对于财产制准据法,两个条例都允许夫妻或伴侣双方在一定范围内协议选择准据法。若无选择,则适用婚后最初共同经常居所地法律;若没有共同经常居所,则适用其共同国籍国法律。对于登记伴侣关系,若当事人没有选择法律,则适用其登记地法律。

两个条例都要求各成员国承认和执行其他成员国所作出的有关婚姻(登记伴侣)财产制的裁决。

(五) 个人数据保护条例与被遗忘权

个人数据保护问题随着新信息时代的来临日渐突出。针对层出不穷的个人数据泄露和滥用事件,2012 年 1 月 25 日欧盟委员会公布《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流动的第 2012/72、73 号草案》,拟对实施了近 17 年的《关于涉及个人数据处理的个人保护以及此

① 分别是比利时、丹麦、德国、芬兰、法国、爱尔兰、卢森堡、荷兰、奥地利、瑞典、斯洛文尼亚、捷克、匈牙利和英国。

② http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_enhanced_cooperation_en.pdf, 最后访问时间:2017 年 2 月 18 日。

③ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_matrimonial_en.pdf, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/property_registered_partnerships_en.pdf, 最后访问时间:2017 年 2 月 18 日。

类数据自由流动的第95/46/EC号指令》(下简称《1995年欧盟指令》)进行修订。2016年4月27日,欧盟议会和理事会正式通过了《关于在个人数据处理方面对自然人保护和此类数据自由流动的第2016/679号条例》。2016年5月4日,该条例正式在《欧盟官方公报》上公布,将从2018年5月25日起正式实施。^①

新条例的目的在于实现数据保护法律框架的现代化,更好地实现建立欧盟数字单一市场(Digital Single Market)的目标。新条例取代了此前的《1995年欧盟指令》,从而可以在欧盟成员国被直接适用。根据原来的指令,各成员国是根据国内法转化该指令,在具体案件中只根据各国国内法来保护个人数据。《1995年欧盟指令》为此专门设立了第4条的冲突规范,规定了何种情况下适用何国法律。

第四条 应适用的国内法

1. 在以下情况下,各成员国在处理个人数据时应根据本指令适用其国内法:

(1) 数据的处理是基于控制者营业地的行为而引起,而该控制者营业地位于该成员国领域内;如果该控制者营业地位于几个成员国境内,其必须采取必要措施以确保每一营业地都遵守所适用的法律规定的义务;

(2) 该控制者营业地不在该成员国境内,但其所在地根据国际公法的规定应适用该国法律;

(3) 该控制者营业地不在欧共体境内,并且为了处理个人数据的目的而使用了位于上述成员国境内的设备,除非该设备只是用来穿越欧共体领土。

2. 在第1款第(3)项的情形下,控制者必须指派一名营业地位于该成员国境内的代表,并且不得妨碍针对该控制者本人而提起的法律诉讼。

而根据2016年新条例,所有欧盟成员国将直接适用该条例保护个人数据。因此,新条例统一了欧盟境内关于个人数据保护的法律规定,消除了这方面的法律冲突。但是,紧接而来的是欧盟数据保护法与非欧盟成员国法律的冲突问题。这方面,新条例第3条专门规定了该条例的地域适用范围:

第三条 地域适用范围

1. 本条例适用于与营业地位于欧盟境内的控制者或操作者的活动有关的个人数据处理,无论该处理行为是否发生于欧盟境内。

2. 本条例适用于对位于欧盟境内的数据主体的个人数据的处理行为,即使控制者或操作者的营业地不在欧盟境内,只要该处理活动关涉到:

(1) 向欧盟境内的数据主体提供货物或服务,无论是否需要该数据主体进行支付;或

(2) 对该行为的监控,并且该行为发生于欧盟境内。

3. 本条例适用于营业地不在欧盟境内的控制者实施的个人数据处理行为,但该控制者的营业地根据国际公法应适用该成员国法律。

^① REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

这一规定实际上在很大程度上赋予了欧盟数据保护条例域外适用的效力。

新条例中最具争议性的条款当属所谓的“被遗忘的权利”(right to be forgotten。“被遗忘权”,又称为“删除权”(right to erasure),指数据主体有权要求数据控制者永久删除有关数据主体的个人数据,有权被互联网所遗忘,除非数据的保留有合法的理由。这意味着,只要用户想终止或避免自己的个人数据在互联网或其他领域被使用、传播或泄露,就有权要求数据收集方和使用方彻底删除其数据,但这项权利并非绝对的权利,不能践踏言论自由和损害公共利益等。“被遗忘权”的提出是欧盟数据保护法改革的一大亮点,也是争论最大的条款。

新条例在广泛讨论和争议的基础上,采用了“删除权(被遗忘权)”【Right to erasure (right to be forgotten)】这一表述。

“被遗忘权”的提出在欧盟和美国之间引发了巨大的争议和激烈的辩论,支持者认为确立“被遗忘权”有利于保护隐私;而反对者则认为会损害言论自由、阻碍公共信息传播,并严重伤害信息经济的商业活力,争议的背后反映着经济利益之间的矛盾和价值观上的冲突。在欧盟国家,个人数据普遍被承认为一项基本人权。出于第二次世界大战期间纳粹大规模侵犯人权的教训,欧盟国家普遍反对对个人数据的任意获取。而美国法律传统中,普遍倾向于保护个人的言论自由和信息自由。从经济利益上看,世界上信息技术最发达的是美国,美国拥有谷歌、Facebook等一大批网络信息企业,数据获取自由是这些企业生存的基础。而欧盟则要通过对信息获取的严格监管,防止美国企业垄断欧盟国家的数据服务市场。

由于新条例所规定的域外管辖权,欧美之间关于信息保护的法律冲突变得格外尖锐。互联网数据的流动跨越国界,“被遗忘权”的实现容易陷入数据保护法律体系不一致的困境。传统法律大多在主权国家范围内实施,国家地理边界就是法律的适用范围。而互联网世界则是以一种“超空间”的形式存在,其虚拟性和全球性使得原本清晰的“实施地”“结果发生地”“住所地”等一系列与管辖权紧密连接点模糊化和多样化,使得网络上的行为游离于确定的连结点之外,法律管辖遭遇前所未有的尴尬。美国谷歌公司在反对欧洲审查其数据政策的辩解中,一个强有力的理由就是欧洲的个人数据保护立法对于美国人而言不适用。

但是根据新条例第3条第1款的规定,无论数据控制者或处理者对该信息的处理行为是否发生在欧盟境内,只要数据控制者或处理者的营业机构(establishment)位于欧盟境内,该条例就对其适用。该条实际上采纳了欧盟法院在“谷歌西班牙案”(Google Spain case)判决中的结论。

此外,根据第3条第2款,该条例还适用于营业机构不在欧盟境内的数据控制者和处理者,只要数据主体位于欧盟境内,而且对该数据的处理是为了提供商品和服务,或者该数据处理涉及对它们行为的监管,而这些行为发生于欧盟境内。根据这一规定,如果欧盟境内的消费者在中国阿里巴巴网站上购物,阿里巴巴公司所获取的该消费者信息也要受到欧盟条例的约束。

条例第3条第3款还规定,对于在欧盟境内没有营业机构的数据控制者,如果根据国际公法的规定应该适用欧盟成员国法律的,也应适用该条例。

(六) 内部单一市场

从2015年开始,欧盟在司法合作领域启动了一项新的五年议程。新上任的欧盟委员会主席让-克洛德·容克(Jean-Claude Juncker)确立了新一届委员会的十大优先主题,其中重中之重就是建立欧盟内部单一市场(internal single market),其目标就是要实现货物和服务在欧盟范围

内的自由流动。单一市场建设的重点之一就是建立一个“资本市场联盟”(Capital Markets Union),能够让欧盟各成员国的资本市场统一起来,实现证券交易的互通互联,促进欧盟范围内资本的自由流动,便利中小企业融资,从而带动经济增长和就业。

2015年9月30日,欧盟委员会通过了一项《关于建立资本市场联盟的行动计划》,^①其中也提到相关的冲突法立法计划。目前的证券交易中,越来越多的企业进行跨境上市,越来越多的投资者购买境外市场发行的证券,这就导致了越来越多的跨境证券投资纠纷。欧盟各国在这方面的立法各不相同,因此有必要协调和统一各国相关法律。尤其是在欧盟推行证券单一结算系统(Target 2 Securities System, T2S)之后,^②这方面的法律统一工作尤为重要。该计划重点提到证券交易中债权转让对第三方当事人的效力问题。在跨境担保中,由于各国国内法的差异,经常会导致投资者面临很大的法律风险。欧盟委员会计划尽快对这方面的冲突法问题进行研究,并提出一项立法计划。

欧盟委员会另一项优先战略是数字单一市场(Digital Single Market)计划。2015年5月6日,欧盟委员会发布的《关于欧洲数字单一市场战略》^③的声明中,明确规定要建立网上信息获取的统一规则以及电子商务的合同法统一规则,包括消费者保护规则。这可能会导致对《罗马第一条例》第6条的修订。

(七) 公文相互承认

在前几年的综述中,我们介绍了欧盟委员会正在努力推动公文的自由流动和身份证明文书的相互承认。近年来,随着欧盟境内居民跨境流动的增长,已有超过1300万欧盟居民在非母国定居。这些居民在从事民事活动时,经常会遇到身份文书的跨国认证问题,给他们的生活带来极大不便。为了解决该问题,2010年,欧盟委员会发布了一份《减少对公民的官僚主义:促进公文的自由流动和承认身份文书效力绿皮书》。2013年4月24日,欧盟委员会通过了一项《关于在欧盟范围内简化某些公文的接受以促进公民和营业自由迁移并修订第1024/2012号条例的建议》。^④2014年2月4日,欧洲议会表决通过了对该项建议的修正案。^⑤

2016年6月9日,欧盟议会终于通过了该项条例。该条例适用于各国主管机关颁发的公共文书,包括:出生、死亡、姓名、结婚、离婚、司法别居、登记伴侣关系、亲子关系、收养、住所或居所、居民身份、国籍、无犯罪记录、投票权和选举权等。受教育程度、伤残记录、公司的法律地位和代表人等事项暂时被排除在外,待该条例生效两年之后再由欧盟委员会决定是否将其纳

① Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM/2015/0468 final.

② T2S是欧盟于2008年开始启动的一项雄心勃勃的计划,试图统一欧盟各国证券交易结算系统。它本身并不是一个独立的结算机构,而只是为欧盟各国证券交易结算机构提供一个统一的结算平台。目前已有24家成员国证券结算机构签署了协议,准备在2015—2017年之间相继加入该平台。

③ A Digital Single Market Strategy for Europe, COM (2015) 192 final.

④ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

⑤ European Parliament legislative resolution of 4 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (COM (2013) 0228 – C7 – 0111/2013 – 2013/0119 (COD))

人。私人出具或签署的文书以及非成员国主管机关出具的公文不适用该条例。

根据该条例,某一成员国国民向另一成员国当局出示的公共文书,不再需要进行认证签注。但是,该条例并非要求另一成员国当局承认该公共文书的内容和法律效力。各成员国仍然适用其国内法来决定是否承认其内容和效力。如果该公文是用欧盟官方语言做成,另一成员国也不得要求当事人提供翻译。

同时,该条例也设置了相关机制以防止当事人提供虚假文书。该机制是通过内部市场信息系统(IMI)来实现,即受理该公文的成员国当局可以通过该系统向公文作出国当局进行询问以确定公文的真实性。非欧盟成员国作出的公共文书不适用该条例。各成员国应在该条例生效后两年半内采取必要的国内法措施以保证该条例在该国的实施。该条例将于2019年起正式适用。

(八)《布鲁塞尔第二条例》的修订计划

早在2000年5月29日,欧盟就通过了《关于婚姻事项管辖权和判决承认与执行的第1347号条例》(2000年《布鲁塞尔第二条例》)。^①该条例取代了1998年5月28日的《布鲁塞尔第二公约》,并于2001年3月1日生效。此后,该条例被2003年11月27日《关于婚姻事项和父母责任事项管辖权与判决承认和执行的条例》(2003年《布鲁塞尔第二条例》)^②取代,后者于2005年1月1日起在除丹麦之外的所有欧盟成员国生效。

2000年《布鲁塞尔第二条例》生效十年来,欧盟范围内的跨国婚姻有了迅速增长。根据该条例第65条,欧盟委员会应当在2012年1月1日之前向欧洲议会汇报该条例的适用情况。直到2014年4月5日,经过两年多时间的拖延,欧盟委员会的评估报告终于出台。^③根据该报告,2003年《布鲁塞尔第二条例》在各成员国的适用情况基本良好,但也存在需要完善的地方。

比如,在管辖权方面,条例的规定容易引发挑选法院(forum shopping)。主要的原因是该条例仅仅规范了管辖权和判决的承认和执行,而没有规定法律适用问题。而且该条例所规定的管辖权并非唯一。2006年,欧盟委员会曾建议修订该条例并在条例中增加法律适用条款,但是各成员国在这方面没有达成一致。最终的妥协结果是通过了2010年12月20日《关于离婚和司法别居法律适用的条例》(《罗马第三条例》)。^④但是《罗马第三条例》只在14个成员国之间生效,其他国家拒绝适用。这意味着跨国婚姻纠纷在不同成员国法院起诉,所适用的法律会有差异,从而带来挑选法院问题。其次,2003年《布鲁塞尔第二条例》没有规定协议选择管辖权,这与当前的发展趋势不相符。2008年欧盟《扶养条例》和2012年《继承条例》中都允许当事人协议选择管辖权。此外,2003年《布鲁塞尔第二条例》第12条规定的父母责任的管辖权容易带来解释

① EG-Verordnung Nr. 1347/2000 vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (EheGVO), in: EG-Abl. 2000 160, S. 19.

② Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility.

③ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, COM (2014) 225 final.

④ Rome III regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

上的难题。条例第15条规定的管辖权转移制度在实践中也存在执行上的障碍。条例也没有像《扶养条例》和《继承条例》那样规定必要管辖权（forum necessitatis）。最后，条例也没有规定欧盟成员国法院在何种情况下可以宣告自己无管辖权从而让案件到更方便的第三国法院审理。在判决承认与执行方面，委员会在报告中希望取消判决的认证程序（exequatur）。另外，在过去十年的实践中，欧盟法院多次通过判例对该条例中存在的漏洞进行了弥补。对欧盟法院的判例法，也有必要在修订中予以考虑。

2015年，欧盟委员会组建了一个工作小组准备起草修订草案。经过一年多的努力，2016年6月30日，欧盟委员会终于出台了一项修订草案。^① 修订草案在适用范围上并没有任何改变，仍然适用于离婚、司法别居或婚姻无效以及父母责任。试图弥补原条例的不足，并增加了跨国儿童拐带方面的内容，重点在于提高被拐带儿童返还程序的效率。比如，新条例增加了一项时间限制，要求负责的中央机关必须在六周内受理并处理有关申请、确定被告和儿童的位置、进行调解、向申请人推荐合格的律师或告知当事人向法院起诉等。草案还要求成员国将儿童拐带案件交由专门的法院集中管辖，对儿童返还判决的上诉也施加了限制。另外，草案还规定了一些专门措施以提高裁决的实际执行效率。

（九）《关于民商事调解特定事项的指令》的适用报告

2008年5月24日，欧盟通过了一项《关于民商事调解相关问题的第2008/52/EC号指令》，（以下简称《调解指令》）^② 旨在协调调解和司法程序之间的关系，促进欧盟范围内任意性争端解决方式的发展，方便当事人更好地解决争议。该指令适用于跨境民商事争端。作为一项指令，它必须在2011年5月21日前被成员国转化为国内法。

自那以后，调解制度在欧盟范围内有了继续发展。2013年，欧盟通过了《关于消费者争端替代性解决机制的第2013/11/EU号指令》（以下简称《ADR指令》）和《关于网上消费者争端解决的第524/2013号条例》（以下简称《网上争端解决条例》），这两个文件进一步把消费者争端纳入到任意性争端解决机制中。此外，近年来，欧盟还极力在家庭事务领域扩展任意性争端解决机制的运用，尤其是在跨境家事调解方面取得了很大进展。在“欧洲电子司法门户网站”中专门成立了一个独立的家事跨国调解分站。

根据《调解指令》第11条，在其生效五年之内，欧盟需要对其适用的状况进行评估。2016年8月26日，欧盟出台了一份评估报告。^③ 该报告指出，总体上，该指令对有关成员国国内法产生了重要影响。已有15个成员国在该指令出台前就颁布了调解的国内法，因此不需要再重新颁布相关法律。9个成员国此前的国内法不完善，因此根据该指令修改了相关国内法。另有4个成员国此前没有相关国内法，因此根据指令的要求重新颁布了国内法。

报告也指出了所存在的问题，最主要的是在某些成员国不存在“调解文化”，民众对调解一

① Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), COM (2016) 411/2.

② Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136, 24.5.2008.

③ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, COM (2016) 542 final.

无所知,对调解制度的具体运作束手无策。由于调解的非正式性,也很难获得各国关于调解制度的相关数据,比如调解的成功率等。

根据调查显示,各成员国在转化运用《调解指令》方面也存在一些差异。首先,在适用范围上,多数成员国都将调解运用于所有民商事领域,而不仅限于指令所规定的跨国民商事领域。尤其是在家庭事务方面,调解运用得最为广泛。但是在破产领域,调解被运用得极少。

在调解的程序上,很多成员国采用了《欧洲调解员行为法典》,^①有的成员国将该法典转化为国内法,有的则只是在实践中采用。欧洲目前还没有建立一套统一的调解质量管控机制,各国可以自行加以规定。很多成员国呼吁建立统一的管控机制。但是多数接受调查者都反对建立统一的欧洲调解标准。

(十) 仲裁庭禁诉令的效力——高兹普罗姆 (Gazprom) 案

禁诉令 (anti-suit injunction) 是指法院颁发的禁止当事人向其他国家法院提起诉讼程序的命令,多为普通法国家法院所采用。在欧盟范围内,欧盟法院已经通过 2005 年的特纳 (Turner) 案^②和 2009 年的韦斯特油轮 (West Tankers) 案^③禁止欧盟成员国法院颁布禁诉令。但是,如果仲裁庭颁布禁诉令,禁止当事人向其他国家法院提起诉讼程序,其他国家法院是否应当受该禁诉令的约束?这一问题随着 2012 年欧盟《布鲁塞尔第一条例》的修订,越来越受到关注。

《布鲁塞尔第一条例》第 1 条第 2 款 (d) 项明确把仲裁排除在该条例适用范围之外。2012 年新修订的条例保留了这一排除条款,并且在该条例序言第 12 条中还详细做了说明:“(12) 本条例不适用于仲裁。本条例的任何内容都不妨碍成员国的法院在受理一个双方达成了仲裁协议的案件时,告知当事人诉诸仲裁,中止或驳回案件,或者根据其国内法审查仲裁协议是否无效、未生效或者不能履行。成员国法院作出的仲裁协议是否无效、未生效或者不能履行的裁定,无论是作为主要问题还是先决问题作出的,均不适用本条例有关承认与执行的规定。但是,成员国法院根据本条例或其国内法行使管辖权时,若裁定仲裁协议无效、未生效或者不能履行,这并不排除该法院就实体问题作出的判决根据本条例得到承认或得到执行。成员国法院根据 1958 年 6 月 10 日在纽约签署的《承认和执行外国仲裁裁决公约》(《1958 年纽约公约》) 承认与执行仲裁裁决的权限不应受到妨碍,该公约优先于本条例。任何诉讼或附属程序,如果涉及仲裁庭的成立、仲裁员的权力、仲裁程序的进行或该程序的任何其他事项,均不适用本条例;本条例也不适用于任何有关仲裁裁决的撤销、审查、上诉、承认和执行。”

尽管法院颁布的禁诉令遭到欧美法院的拒绝,但是仲裁庭颁布的禁诉令是否不受欧盟法院上述判决的影响?也就是说,当一方当事人没有遵守仲裁协议提起仲裁,而是向某一成员国法院起诉,另一方当事人能否要求仲裁庭发布禁诉令,禁止对方当事人的诉讼?这就是高兹普罗姆 (Gazprom) 案^④所涉及的核心问题。

该案中,一方当事人是立陶宛政府,另一方当事人是高兹普罗姆等几家外国能源公司,双方合资成立了一家立陶宛燃气公司。合资协议里面订立的仲裁条款约定双方争议提交瑞典斯德哥尔

① European Code of Conduct for Mediators, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

② Case C-159/02 Turner v Grovit [2005] ECR I-03565.

③ Case C-185/07 West Tankers inc v Allianz SpA [2009] ECR I-00663.

④ Case C-536/13 Gazprom v Lithuania ECLI: EU: C: 2015: 316.

摩仲裁院。但是，立陶宛政府在发生争议后向立陶宛法院提起诉讼，该法院受理了案件，认为双方争议不受仲裁条款约束。而高兹普罗姆公司则向斯德哥尔摩仲裁庭提起仲裁，认为立陶宛政府违反了仲裁协议。在立陶宛法院审理期间，仲裁庭作出裁决，认为立陶宛政府违反了仲裁协议，要求其停止法院的诉讼程序。高兹普罗姆公司向立陶宛法院请求承认并执行仲裁庭的此项裁决，立陶宛上诉法院以违反公共政策为由拒绝承认执行。高兹普罗姆公司上诉到立陶宛最高法院，该法院将案件提交欧盟法院，请求该法院对《布鲁塞尔条例》进行解释，以确定立陶宛法院的做法是否违反该条例。欧盟法院最终作出裁决认为：《布鲁塞尔条例》并不禁止成员国法院承认或执行一项包含禁诉令的仲裁裁决，也不禁止成员国法院拒绝承认或执行这样的裁决，因为该条例并不涉及一个成员国承认或执行另一成员国的仲裁庭所做的仲裁裁决的问题。这就意味着，立陶宛法院可以根据本国国内法或国际公约（《纽约公约》）的规定自行决定是否承认和执行该仲裁裁决。与之前的 West Tankers 案相比，这一判决结果对仲裁而言是比较宽容的，因为它没有像 West Tankers 案那样完全禁止成员国法院颁发禁诉令。

（十一）自然人姓名的跨国承认

2016年6月2日，欧盟法院针对广受关注的纳比尔·彼得·伯根多夫·冯·沃夫斯多夫（Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff）诉卡尔斯鲁厄民政局案中作出了一项判决，认为欧盟成员国拒绝承认另一成员国公民在该国登记的姓名的行为限制了《欧盟运行条约》第21条所规定的公民自由权。不过法院同时认为，只有根据公共政策考量才可以实施这种限制。

该案中，原告是一位德国公民，原名纳比尔·巴佳迪（Nabiel Bagadi），后来被别人收养，并被改名为彼得·纳比尔·伯根多夫·冯·沃夫斯多夫（Peter Nabiel Bogendorff von Wolfersdorff）。他移居到英国后获得英国国籍，并将其姓名改为彼得·马克·伊曼纽尔·格拉芙·冯·沃夫斯多夫·弗赖赫尔·冯·伯根多夫（Peter Mark Emanuel Graf von Wolfersdorff Freiherr von Bogendorff）。但是德国民政机关拒绝承认其新姓名，因为其中的“Graf”（格拉芙）和“Freiherr”（弗赖赫尔）在德国属于贵族称号。根据现在仍然有效的《魏玛宪法》第109条，在德国不能创设新的贵族称号。不过在该法律颁布的时候，已经有很多贵族称号变成成为普通姓氏的一部分，因而让很多德国人拥有这种贵族姓氏。本案当事人的女儿也曾在另一起诉讼中遇到同样的问题，她要求德国当局承认其在英国获得的姓名拉丽莎·泽尼亚·格拉芙·佛里·冯·伯根多夫（Larissa Xenia Gräfin von Wolfersdorff Freiin von Bogendorff），并获得德国法院许可。

本案中，卡尔斯鲁厄（Karlsruhe）地区法院将案件提交给欧盟法院并要求回答以下问题：如果一位本国公民加入另一国国籍并在该另一国惯常居住，从而在该另一国合法更改了姓名，如果新的姓名违反了之前国籍国国内法，那么之前的国籍国是否有义务承认其更改后的姓名？

欧盟法院判决指出，原则上，在一个成员国合法获得的姓名应当得到其他成员国的承认。但是，如果该姓名违反了该国公共利益，则可以拒绝承认。但是对于公共利益的判断应当采取严格解释。

（十二）如何判断案件的“国际性”？

通常情况下，欧盟颁布的国际私法条例适用于涉及多个成员国的“国际性”纠纷。但是，如何判断纠纷的“国际性”？这在实践中往往会发生争议。2016年欧盟法院受理的 SMD 诉西班牙

牙桑坦德—托塔银行 (Banco Santander Totta SA) 案^①就提供了一个机会, 可以让欧盟法院对此问题加以解释。

该案中, 双方当事人都是葡萄牙的两家公司, 双方签署的一份掉期协议 (SWAP) 中约定适用英国法律并由英国法院管辖。葡萄牙最高法院将案件提交欧盟法院, 请求回答以下关键问题:

均为国内法人的当事人选择外国法院作为管辖法院, 是否可以被认定为具有“国际性”并可以适用欧盟《布鲁塞尔条例》? 能否根据不方便法院原则排除所选择的外国法院? 如果上述答案是否定的, 那么是否还有其他国际因素可以考虑? 当事人选择外国法律是否可以作为考虑因素?

欧盟法院对该案的回复对欧盟国际私法具有重要意义, 我们将拭目以待。

二 美国冲突法

(一) 冲突法革命 50 周年

2015 年 9 月 7 日是美国冲突法革命的领袖布莱纳德·柯里 (Brainerd Currie) 教授逝世五十周年纪念日。柯里的逝世代表着美国冲突法革命高潮的结束。五十年之后再来反思这场轰轰烈烈的“革命”确实有着非同寻常的意义。为了纪念柯里逝世五十周年, 美国法学院协会 (AALS) 冲突法分会利用其 2015 年年会的契机举办了一场主题为“冲突法方法论: 布莱纳德·柯里之后的五十年”的专题研讨会。这次研讨会的六篇论文发表在《伊利诺伊大学法律评论》(University of Illinois Law Review) 2015 年第 5 期。

研讨会上, 柯里教授的弟子, 加州伯克利分校法学院赫尔玛·希尔·凯伊 (Herma Hill Kay) 教授首先回顾了柯里教授生前的教学和学术工作, 介绍了自己跟随柯里教授从事冲突法研究的经历。^② 凯伊教授尤其感激柯里教授对自己职业生涯的帮助。凯伊教授本人也是柯里学说的坚定支持者, 曾于 1989 年在海牙国际法学院做《为柯里政府利益分析说辩护》的演讲。^③

耶鲁大学法学院李·布里迈耶 (Lea Brilmayer) 教授随后做了题为《疑难案件、单一因素理论和〈第二次冲突法重述〉反思》的发言。^④ 布里迈耶教授指出, 无论是《第一次冲突法重述》中的属地主义方法, 还是柯里为代表的利益分析方法, 都属于“单一因素”理论, 也就是说, 它们的结果都是适用某一个单一的法律去解决涉及到多个国家的法律纠纷。而《第二次冲突法重述》则可以避免这一弊端。布里迈耶教授认为, 《第二次冲突法重述》中的最密切联系原则具有充分的灵活性, 因此是一种“多元因素”方法。

哈佛大学法学院辛格 (Joseph William Singer) 教授在其论文中则对“更好法律说” (better law)

① Case C-136/16.

② Herma Hill Kay, “Remembering Brainerd Currie”, (2015) *University of Illinois Law Review* 1961, pp. 1961-1968.

③ Herma Hill Kay, “A Defense of Currie’s Governmental Interest Analysis”, (1989-III) 215 *RECUEIL DES COURS* 9.

④ Lea Brilmayer, “Hard Cases, Single Factor Theories, and a Second Look at the Restatement 2nd of Conflicts”, (2015) *University of Illinois Law Review* 1969, pp. 1969-1998.

大加推崇。^①

德克萨斯大学法学院温伯格 Louise Weinberg 教授则指出,要利用美国法学会着手起草《第三次冲突法重述》的契机,推动冲突法的根本转型。^② 温伯格教授为《第三次冲突法重述》设计了一个全新的方案,他认为,应当放弃那种陈旧的追求完美抽象规则的企图,抛弃前两次冲突法重述叠床架构的臃肿结构,也不要所谓的“最密切联系原则”。他认为,从柯里的著作中其实就可以延伸出一种全新的解决法律冲突(包括州际冲突和国际冲突)的全新体系。新的冲突法重述应当以美国最高法院在冲突法领域的宪法解释意见为基础,完全采纳各级法院所遵循的普通法冲突规则。温伯格主张,应当放弃现行重述中对案件的分类方法,比如按照合同、侵权等进行分类。他提出,新重述应当借鉴柯里的理论,按照法律冲突的类型进行分类并设计相应的规则。他根据柯里的理论将冲突案件分为五种类型,其中重点是以下四类:无冲突案件、虚假冲突案件、无从下手的案件(unprovided case)、真实冲突案件。^③ 温伯格教授对这四种冲突案件都给出了自己的解决方案。

伊利诺伊大学法学院前院长彼得·海(Peter Hay)教授的论文对冲突法革命后的欧洲冲突法发展做了比较研究。^④ 他重点探讨了美国冲突法革命对欧洲的影响,同时也指出了二者的区别。他认为,欧洲冲突法在美国冲突法的影响下也经历了重大变革,这体现在近年来欧盟国际私法的发展之中。但是彼得·海教授也强调指出,欧盟国际私法与美国冲突法仍然存在很多根本性差异,其中最根本的是欧洲国际私法并未抛弃传统的冲突规则,而只是尽可能地赋予了这些冲突规则更多的灵活性。彼得·海教授一针见血地指出了欧洲国际私法与美国冲突法最本质的差异:美国冲突法理论所探求的根本问题是为什么要适用法院地以外的其他地方的法律?而欧洲国际私法则认为这根本不是一个问題,适用外国法是不言而喻的,因此欧洲国际私法所要探讨的根本问题就是在各种可供选择的法律当中到底选择哪一个?欧洲学者根本不会去关注真实冲突或虚假冲突的问题,而在美国学者眼里这却是最根本的问题。这种基本前提的差异决定了欧洲和美国冲突法在理论和实践中的分歧。彼得·海教授也指出了美国冲突法革命对欧洲的影响,比如最密切联系原则。不过在欧洲,最密切联系原则主要作为一种例外机制发挥作用。另外,欧洲的强行规范理论也是在美国影响下发展起来的一种重要理论,但这种理论在美国却无用武之地。另外彼得·海教授还以反致制度为例说明了欧洲和美国冲突法的差异。反致制度在美国冲突法中根本是多余的,而在欧洲却受到欢迎。彼得·海教授指出,欧洲国际私法正在逐步走向联邦化,相反,美国冲突法仍然处于碎片化的陷阱之中难以自拔。希望《第三次冲突法重述》的编纂能够有助于美国冲突法的统一。本次研讨会的组织者西蒙尼德斯教授以一篇《柯里之后五十年的冲突法革命:

① Joseph William Singer, "Multistate Justice: Better Law, Comity, and Fairness in the Conflict of Laws", (2015) *University of Illinois Law Review* 1923, pp. 1923 - 1960.

② Louise Weinberg, "A Radically Transformed Restatement for Conflicts", (2015) *University of Illinois Law Review* 1999, pp. 1999 - 2052.

③ 柯里理论中的第五种冲突案件是指相冲突的两个州都不是法院地州的情况,也就是说,法院地州是一个无利害关系的第三方。这种情况不属于讨论的范围。

④ Peter Hay, "European Conflicts Law After the American "Revolution" —Comparative Notes", (2015) *University of Illinois Law Review* 2053, pp. 2053 - 2074.

一个终结与一个开端》^① 的论文对冲突法革命五十年的发展做了一个总结。他首先从正反两个方面分析了柯里的“政府利益分析”理论目前的状况。西蒙尼德斯教授指出,一方面,在实践层面,柯里的理论已经逐渐被绝大多数州所抛弃,只有极个别州还在采用柯里的政府利益分析方法;但另一方面,柯里的理论在学术界却仍然主导着学者们的话语权,也是法学院冲突法课程上无法回避的关键词。西蒙尼德斯认为,冲突法革命赋予了美国冲突法过多的灵活性,但同时也降低了结果的确定性。他认为,冲突法革命已经过去了五十年了,现在十分有必要将革命的成果转化为现实,因此需要将美国冲突法予以统一化和标准化。西蒙尼德斯是最早呼吁重订冲突法重述的美国学者,现在他的呼吁已经被美国法学会采纳,《第三次冲突法重述》正在起草过程之中。西蒙尼德斯将其视为旧的结束和新的开始。最后,西蒙尼德斯还为新的冲突法重述提出了一些自己的建议,比如,新版冲突法重述只应包含法律适用问题,而不要把管辖权和判决承认与执行问题纳入;新版冲突法重述应当更多关注国际冲突,而不仅仅是州际冲突。

(二) 外国国有企业的管辖权豁免

《外国主权豁免法》禁止针对外国国家及其代理人或机构提起诉讼,除非该诉讼属于该法规定的特别例外情形。这些例外之一就是商业活动例外,它在某些情形下取消了主权豁免,即“诉讼是基于(based on)外国国家在美国境内实施的一项商业活动”。^②

奥地利联邦铁路诉萨克斯(OBB Personenverkehr AG v. Sachs)案^③是美国联邦最高法院提审的最新一起涉及外国公司被告的民事诉讼,也是联邦最高法院二十多年来再次提审《外国主权豁免法》的案件。本案最终结论取决于“基于(based on)”的含义。该案原告是一位加利福尼亚州居民,在网上从一家马萨诸塞州的旅行社那里购买了一张欧铁通票用于在欧洲境内的火车旅行。原告在奥地利因斯布鲁克境内登车时不幸坠落在铁轨上并身受重伤,该火车是由被告运营的,被告是一家由奥地利政府所有的企业。原告起诉该公司,认为自己的诉讼请求是“基于(based on)”被告公司在美国境内向原告销售火车票的行为引起的,而这一行为属于《外国主权

① Symeon C. Symeonides, “The Choice-of-Law Revolution Fifty Years After Currie: An End and a Beginning”, (2015) *University of Illinois Law Review* 1847, pp. 1847–1922.

② 28 U. S. C. § 1605 (a) (2). 2015 年涉及《外国主权豁免法》商业活动例外的其他案件: *Global Technology, Inc. v. Yubei (XinXiang) Power Steering System Co.*, 807 F. 3d 806 (6th Cir. 2015); *Singh ex rel. Singh v. Caribbean Airlines Ltd.*, 798 F. 3d 1355 (11th Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 850 (2016); *Schoeps v. Freistaat Bayern*, 611 Fed. App'x 32 (2d Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 895 (2016), reh'g denied, No. 15–447, 2016 WL 1079050 (U. S. Mar. 1, 2016); *Intercontinental Industries Corp. v. Wuhan State Owned Industrial Holdings Co., Ltd.*, 619 Fed. App'x 592 (9th Cir. 2015), as amended on clarification (Aug. 19, 2015); *EM Ltd. v. Banco Central De La Republica Argentina*, 800 F. 3d 78 (2d Cir. 2015); *Ezeiruaku v. Bull*, 617 Fed. App'x 179 (3d Cir. 2015); *Architectural Ingenieria Siglo XXI, LLC v. Dominican Republic*, 788 F. 3d 1329 (11th Cir. 2015). 涉及征收例外的案件: *Helmerich & Payne Intern. Drilling Co. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 784 F. 3d 804 (D. C. Cir. 2015), reh'g en banc denied (Jul. 30, 2015), petition for cert. filed (No. 15–423), 84 U. S. L. W. 3202 (Oct. 5, 2015), and petition for cert. filed (No. 15–698), 84 U. S. L. W. 3327 (Nov. 25, 2015); *Mezerhane v. Republica Bolivariana de Venezuela*, 785 F. 3d 545 (11th Cir. 2015), petition for cert. filed, 84 U. S. L. W. 3202 (Oct. 2, 2015), docketed (Oct. 2, 2015). 涉及仲裁例外的案件: *Chevron Corp. v. Ecuador*, 795 F. 3d 200 (D. C. Cir. 2015), reh'g en banc denied (Sep. 28, 2015); *Belize Social Development Ltd. v. Government of Belize*, 794 F. 3d 99 (D. C. Cir. 2015), reh'g en banc denied (Sep. 28, 2015). 涉及其他例外的案件: *Bennett v. Islamic Republic of Iran*, 799 F. 3d 1281 (9th Cir. 2015) (扣押例外); *Mohammadi v. Islamic Republic of Iran*, 782 F. 3d 9 (D. C. Cir. 2015) (恐怖主义例外)。

③ 136 S. Ct. 390 (2015).

豁免法》中商业活动例外的适用范围。第九巡回法院同意了原告的请求,理由是欧铁火车票的销售是一项在美国境内实施的商业活动并构成了原告的诉讼请求所依赖的一个“实质性要件”。

美国联邦最高法院于2015年12月1日作出裁决,推翻了第九巡回法院的判决。联邦最高法院援引了其之前的判例“沙特阿拉伯诉纳尔逊案”^①,该案认为,“基于”这一要件必须关注的是“控诉的要旨”,也就是导致原告实际受到伤害的行为,而不是后来引起杀害的之前的行为。^②在纳尔逊案中,原告在美国境内被招聘,但是导致其受到实际伤害的行为发生在沙特阿拉伯。法院认为不适用商业活动例外,因为原告指控的要旨是发生在沙特的伤害。本案与此类似,法院认为,“构成原告诉讼要旨的行为明显发生在境外。原告所有的诉讼请求都取决于发生在奥地利的悲剧事件,也就是在奥地利的过错行为和危险环境,它们导致了在奥地利遭受到伤害。”^③根据这一标准,“欧铁火车票的销售构成该诉讼请求的唯一要素,这一事实并不足以证明该诉讼请求是‘基于’该销售行为从而构成商业活动例外”。^④

不过,联邦最高法院的这一判决并未平息对这一问题的所有争议。就在该案判决作出后不久,在王者世界控股公司诉哈萨克斯坦国民福利基金公司(Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC)案中,^⑤联邦第二巡回法院裁定哈萨克斯坦国民福利基金公司在美国境外的行为符合商业活动例外,从而在美国不享受国家主权豁免。该案被告是哈萨克斯坦一家国有基金公司,原告是该公司的投资人,包括两名美国人。原告指控被告在其网站上发布大量广告,导致原告通过位于美国迈阿密境内的一家投资公司购买了被告的基金。此后,该基金价值暴跌。原告以被告虚假陈述为由向美国纽约南区联邦地区法院起诉。被告提出国家主权豁免抗辩。联邦地区法院认为本案适用商业活动例外,联邦第二巡回法院也维持了该判决,认为被告的虚假陈述行为虽然发生在美国境外,但本案的诉讼请求是“基于”被告虚假陈述这一商业行为所产生的,理由是被告的虚假陈述行为对美国产生了直接影响。法院援引了《第一次冲突法重述》,认为在虚假陈述案件中,侵权行为地通常是指损失发生地,而不是侵权行为发生地。因此,本案符合《外国主权豁免法》的商业活动例外。

(三) 一般管辖权与不方便法院原则:冉莎诉耐克公司案

在罗兰丹娜·冉莎诉耐克公司案中,联邦第九巡回法院以缺乏一般管辖权和不方便法院为由,驳回了原告对耐克公司的起诉。^⑥

该案中,原告是一位居住在荷兰的美国公民,被告是总部位于俄勒冈州的美国耐克公司及其子公司倪奥(NEON)公司。NEON公司是根据荷兰法律成立的,由美国耐克公司全资拥有,负责耐克产品在欧洲市场的销售。

原告于1996年被NEON公司雇佣为销售经理,2008年遭到NEON解聘。解聘前,根据荷兰法律的规定,NEON公司向荷兰一家法院申请批准解聘协议。荷兰法院审理后批准了对原告的解

① 507 U. S. 349 (1993).

② 507 U. S. 349, 395 (1993).

③ 507 U. S. 349, 396 (1993).

④ 507 U. S. 349, 395 (1993).

⑤ 813 F.3d 98 (2016).

⑥ *Loredana Ranza v. Nike, Inc. et al.*, 793 F.3d 1059 (2015).

聘，并判给原告 20 万欧元的补偿金。但是在荷兰法院诉讼期间，原告又向荷兰公平待遇委员会提起申诉，指控受到被告的性别和年龄歧视。但是该委员会裁决不存在歧视。

就在荷兰的两项程序正在进行之时，原告又向美国公平雇佣机会委员会（EEOC）提起申诉，但遭到驳回。随后，原告向美国俄勒冈州地区法院起诉 NEON 公司及其母公司耐克公司。俄勒冈地区法院认为自己没有对人管辖权，且俄勒冈地区法院审理本案不方便，驳回了原告起诉。原告向第九巡回法院上诉。第九巡回法院维持了地区法院的判决，认为对原告缺乏一般对人管辖权，因为被告 NEON 公司是一家荷兰公司，尽管耐克公司是其母公司，但是 NEON 公司与俄勒冈州之间不具有持续且系统的联系，根据戴姆勒（Daimler）案的判决，美国法院不能对其行使一般对人管辖权。同时，根据不方便法院理论，法院驳回了原告针对耐克公司的诉讼，因为美国法院审理本案不方便，而荷兰公平待遇委员会更便于处理本案，并且该委员会已经受理了本案且作出了裁决。

（四）美国法院承认中国法院选择条款

2016 年 2 月 5 日，美国佛罗里达州南区联邦地区法院在“江苏宏远医药有限公司诉 DI 全球物流公司案”中，^① 以不方便法院原则为由，驳回了原告的诉讼，承认了双方在合同中约定的中国法院管辖条款的效力。

原告是一家中国企业，被告是一家美国佛罗里达州企业。2013 年 4 月，双方签署一份代理协议，原告根据该协议授予被告专属代理权，负责在哥伦比亚、特立尼达和多巴哥、巴西、委内瑞拉以及美国销售其产品，期限为五年。原告根据协议向被告发运了价值 21 万美元的货物，但被告未支付货款。2015 年 6 月 26 日，原告在美国的子公司向美国佛罗里达州南区联邦地区法院提起诉讼，要求被告承担违约和不当得利等责任。被告以法院缺乏异籍（diversity）管辖权为由提出抗辩，因为原告在美国的子公司和被告都是佛罗里达州企业。法院准许原告修改起诉书，故原告以自己的名义再次提起诉讼。被告则根据《联邦民事诉讼规则》第 12 条（b）款之第（3）项，以不方便法院为由提出不适当审判地的抗辩。被告援引了双方协议第 6 条（准据法）的如下规定：“本协议仅应适用中国法律。对于双方当事人之间的任何争端，（中国）江苏省人民法院应当有权予以审理，除非强制性法律规定由其他法院审理”。

被告据此认为，该条包含有一项法院选择条款，根据其规定，本诉讼应由中国法院管辖。原告则认为“没有任何法律上或合同上的义务强迫原告去中国法院起诉”。法院于 2016 年 1 月 25 日举行了第二次庭审。

法院认为，根据不方便法院理论，即使在审判地适当的情况下，地区法院也有权拒绝行使管辖权。根据美国判例，提出不方便法院抗辩的当事人必须证明一下几项条件：（1）公共要素和私人要素都倾向于支持驳回该诉讼；（2）存在一个适当的替代法院；（3）原告可以在替代法院行使其诉讼权利而不会遭受不方便或歧视。

法院分别从以下几个方面进行了讨论：

1. 法院选择条款是有效的。首先，该合同不是欺诈或强迫缔结的；其次，该合同是原告起草的，原告主动选择中国法院，因此该法院不会对原告不方便；再次，原告在合同中选择适用中

^① *Jiangsu Hongyuan Pharmaceutical Co. v. DI Global Logistics Inc.* (S. D. Fla. 2016).

国法律,该法律不会剥夺原告所获得的救济;最后,执行该条款也不会违反任何公共政策。

2. 法院选择条款具有强制性。法院选择条款有两类:强制性(mandatory)条款和许可性(permissive)条款。如果法院选择条款是许可性的,那么它只是授权被选择的法院可以管辖该诉讼,但并不排除其他有管辖权的法院也可以受理该诉讼。强制性法院选择条款则授予被选择的法院排他性管辖权(exclusive jurisdiction)。

本案所涉条款规定:“对于双方当事人之间的任何争端,(中国)江苏省人民法院应当有权予以审理,除非强制性法律规定由其他法院审理。”原告之所以在起草的合同中加入这样一个法院选择条款,就是要排除其他替代法院的管辖权。如果认为该条款是任意性的,那么这一条款就失去了意义,因为即使没有这一条款,原告或被告同样可以到中国法院去起诉。因此,该条款只能被理解为强制性条款,它后面的除外规定是毫无意义的。

3. 法院选择条款适用于本案纠纷。法院认为,尽管本案所涉条款中没有出现“因本合同所引起的所有争端”这样的字样,但是根据美国法院判例,合同争端已经被广义地解释为包括了所有与合同直接和间接相关的争端。因此,本案合同中的法院选择条款也适用于当事人双方因为该合同所产生的所有争端。

4. 法院选择条款与不方便法院原则。在美国,根据美国最高法院在大西洋海运建筑(Atlantic Marine Construction)公司案中的判决,如果当事人已经达成了一项法院选择条款,那么就意味着他们放弃了以不方便法院为由对所选择的法院提出抗辩的权利。本案中,法院从三个方面进行了分析:(1)所有的公共利益都支持驳回原告的诉讼。首先,双方合同第6条规定,该合同只适用中国法律。而中国法院对中国法律更为熟悉。其次,中国对于本案在中国法院起诉具有更大的利益,因为双方选择在中国法院起诉,中国法院也希望该国公民在该国法院得到救济。最后,受害企业是一家中国企业,在其家乡解决纠纷显然更有利于保护其本地利益。(2)替代法院被推定为适当的法院,除非原告有相反证明,比如存在严重偏袒、腐败或拖延。中国法律对于违反合同也提供了适当的救济,双方当事人协议选择了中国法院,而且被告律师也表明愿意服从中国法院的管辖。(3)替代法院并非严重不方便或对当事人构成歧视。

最终,法院认为,不方便法院原则的所有要件都满足,因此驳回了原告的诉讼。

(五) 美国法院拒绝承认中国法院商事判决

在陈诉孙案中,^①美国纽约联邦地区法院以原告未能证明法院具有异籍管辖权(diversity jurisdiction)为由,拒绝了原告要求承认中国上海法院一起商事判决的诉讼请求。

根据美国民事诉讼法,联邦法院受理民事案件必须首先具有事项管辖权(subject matter jurisdiction),事项管辖权又包括两方面:其一是联邦问题管辖权(federal question jurisdiction),其二就是异籍管辖权。

根据《美国法典》第28章第1332条(a)款(2)项,异籍管辖权是指美国联邦地区法院对于“一州(国)公民与外州(国)公民之间的争议”具有管辖权。根据判例法,这种异籍管辖权被进一步细化。如果全部当事人都是外国人,或者一方当事人中既有本国人又有外国人,但是另一方当事人中全部是外国人,则异籍管辖权也不成立。此外,根据判例法,在判断异籍管辖

^① *Chen v. Sun* (S. D. N. Y. 2016).

权时，居住在外国的美国公民既不是美国任何州的公民，也不是任何外国的公民。因此，法院对于这种人的诉讼不能行使异籍管辖权。

本案中，原告陈是中国公民，住所也在外国，被告孙是美国公民。双方因合同纠纷在中国法院发生诉讼，上海市第一中级人民法院判决被告孙败诉。原告陈在中国无法找到孙，但发现孙及其妻子在美国纽约拥有房产，子女也住在美国。但被告则主张他虽然于 2002 年获得美国国籍，但是从 2004 年起就和母亲住在中国，也取得了中国工作签证，在中国工作并交税。因此，他认为自己住所不在纽约，而在中国。因此，美国联邦地区法院对其案件不具有异籍管辖权。纽约南区地区法院接受了被告的抗辩，驳回了原告的诉讼请求。

其实，本案原告没必要选择到联邦法院诉讼，而应该选择在州法院。

(六) 美国法院承认台湾地区法院一夫多妻判决

昭德案 (In re Chao-Te)^① 是一起同一丈夫的两位妻子之间发生的婚姻财产纠纷。1964 年，丈夫在我国台湾地区根据习惯法娶了第一位妻子，但没有登记。七年后，在与第一个妻子生下几个孩子后，他娶了第二个妻子，但这一次进行了登记。一年后，他在台湾地区购买了一幢房产，部分钱款来自第一位妻子的捐助。几年后他将该房产卖出，获取了三倍多的收益。随后他用这笔钱购买了位于拉斯维加斯的一家汽车旅馆，并与第二位妻子和四位子女一起移居该地。2005 年，第一位妻子在内华达州的家庭法院起诉离婚。丈夫则在台湾地区起诉要求宣布其与第一位妻子的婚姻无效。内华达州法院中止诉讼程序等待台湾地区的法院的判决结果。台湾地区的法院认为，第一起婚姻有效，台湾地区“内政部”更新了登记状况以表明该第一位妻子是合法妻子，而第二位妻子是“妾”。

在内华达州法院重新启动诉讼程序之后不久，丈夫去世，争议继续在两位妻子之间进行，因为第一位妻子要求获得该汽车旅馆和他丈夫遗赠给第二位妻子的其他财产的一半价值。第二位妻子认为，不应承认台湾地区的判决。但是内华达州法院认为，承认该判决符合内华达州法律规定，故裁定第一位妻子胜诉。

(七) 雇佣合同中法院选择条款的效力

通过将法律选择条款和法院选择条款相结合，当事人可以规避那些未被选择的国家的法律对另一方当事人提供的保护。这种组合在雇佣合同和消费者合同中正变得越来越普遍。这就是为什么一些外国的法律制度直接保护消费者、雇员和其他一些被推定为弱方的当事人，其方法就是在涉及这些当事人的合同中对当事人意思自治施加一些一般性的或特别的限制。^② 比如，《罗马第一条例》规定，法律选择协议不能剥夺在没有该协议的情况下一个“被动的”消费者或一个雇员依据所应适用的法律——准据法——中的强制性规定所享有的保护。^③ 《布鲁塞尔第一条例》

① 2015 WL 3489560 (Nev. May 29, 2015).

② 563 U.S. 333 (2011). 另参见 *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown*, 132 S. Ct. 1201 (2012); *Nitro-Lift Techs., L.L.C. v. Howard*, 133 S. Ct. 500 (2012).

③ See Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), [2008] OJ L 177/6, arts. 6 (2), 8 (1).

也提供这种保护,规定事先作出的不利于消费者或雇员的法院选择条款不可执行。^①

相反,美国法原则上更加鼓励商业交易并反对管制,它并没有特别挑出一些弱方当事人加以保护。比如,《第二次冲突法重述》就只规定了一条意思自治条款(第187条)适用于所有合同,而没有针对不同类型的合同或事项规定不同的规则。《统一商法典》也对当事人意思自治只设置了一个条文,即第1—301条,该条甚至要比《冲突法重述》第187条更为简洁和灵活。^②

不过在某些州,成文法填补了部分空白。某些调整消费者、劳动、特许交易或保险合同的实体立法中包含了“地方化条款”,它强行要求那些与该州有特别联系的公司必须适用该法。这些立法中,有一些明确禁止放弃该州法律,要么是直接要么是间接地通过合同选择另一州法律;另一些州还禁止将管辖权赋予另一州法院的法院选择条款。^③这些地方化条款实际上就是单边类型的冲突规则。如果可以适用的话,它们就极大地降低法院对法律选择进行分析的必要性。

阿查里雅(Acharya)诉微软公司案^④涉及微软公司英格兰分公司及其华盛顿总公司与一位微软前雇员之间的雇佣合同,该雇员是根据与微软公司之间的一项协议而被其分公司雇佣。该雇员在伦敦工作并向位于比利时的上司汇报工作,但是该合同包含一项瑞士法院选择条款和法律选择条款。该雇员根据《华盛顿州反歧视法》(WLAD)起诉微软公司,声称其遭到比利时上司的性别歧视。微软公司援引瑞士法院选择协议提出驳回起诉的动议。华盛顿州法院驳回了该动议。法院将微软公司视为原告事实上的雇主并推断认为,就该动议而言,歧视行为发生在华盛顿州。法院指出,根据华盛顿州法律,“免于歧视的权利是不可谈判的并且不能在合同中被放弃”,而“根据该法院选择条款和法律选择条款,原告根据《华盛顿州反歧视法》享有的权利将不会被承认”。法院认为,执行该条款将会违反华盛顿州的公共政策。^⑤

(八) 外国司法不公正能否作为拒绝承认该国判决的依据?

德克萨斯州是采用1962年旧版《统一外国金钱判决承认法》(UFMJRA)的州之一,而没有采用2005年新版《统一外国金钱判决承认法》。两部法律都规定,如果判决是“根据一个不能提供公正法庭或程序的司法制度而作出,该制度不符合法律的正当程序的要求”,则属于拒绝承认的强制性理由之一。^⑥然而,新法增加了一项拒绝承认的非强制性理由,即外国判决的作出“让人对该法院的诚实”产生重大怀疑。^⑦这一项针对法院的抗辩理由加上前面的制度性抗辩理由,可以在某些案件中带来各种差别。如果判决债务人证明某些外国法院不正直,就可以拒绝承认该判决而不用对外国的整个制度进行谴责。此外,在有些情况下,外国制度可能确实很完善,但是特定的程序却非常不完善。此时,对于判决债务人而言,告诉他外国制度对于所有其他诉讼

① See Articles 19 and 23 of 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), L 351/1 O. J. (Dec. 20, 2012).

② 《统一商法典》第1—301条规定:“如果一项交易与法院地州和其他州或国家有合理联系,当事人可以同意适用该法院地州或其他州或国家的法律支配其权利与义务。”U. C. C. § 1—301 (a). 因此,对于该条款所支配的合同,与被选择州具有“合理联系”就成为允许合同法律选择条款的唯一明示要件。

③ 包含该立法的案例参见下文。

④ 354 P. 3d 908 (Wash. Ct. App. 2015).

⑤ 354 P. 3d 908, 914—915 (Wash. Ct. App. 2015).

⑥ UFMJRA § 4 (a) (1); UFCMJRA § 4 (b) (1).

⑦ UFCMJRA § 4 (c) (7).

当事人都是非常公正的，这是无济于事的。

在德乔里亚 (DeJoria) 案”中，^① 判决债务人要求一家德克萨斯州法院不要承认一份摩洛哥法院判决，该判决涉及他和几位摩洛哥皇室成员之间的纷争。由于德克萨斯州不允许针对法院的抗辩理由，该债务人不得不主张摩洛哥司法制度整体上腐败。他主张，摩洛哥法官依附于国王，并引用了一份美国国际开发署 (United States Agency for International Development, 简称 USAID) 的报告和一份美国国务院报告，指出摩洛哥司法制度“受到政治干预”，并且该国法官“容易受到政治惩罚”并且“易受干预，尤其是在敏感案件中”。

法院驳回了该债务人的理由。法院指出，德克萨斯州的《统一外国判决承认法》不允许审查“特定的判决”，但是允许对整体司法制度进行权衡。法院还强调该法不要求外国制度“照搬美国的正当程序”，而只是要求其程序“相当于”正当程序。法院认为，摩洛哥司法制度符合这一标准，因为债权人的专家证明，“摩洛哥法官必须通过一项许可考试并且要接受为期两年的法官职业培训”，“摩洛哥商事法院采用的诉讼程序类似于美国法院”。^② 法院比较了本案和其他两起案件（这样的案例极少），其中，一家美国法院以同样的理由拒绝承认了一份外国判决。其中一份外国判决被告是前伊朗国王的姐姐，发生在该国王于 1979 年革命下台之后不久。^③ 第二份判决是在利比亚发生的残酷内战期间作出的。^④ 法院认为，“摩洛哥的司法制度并没有处于这样的恐怖状态”。^⑤

（九）判决套利现象

在美国，对外国法院的判决和外州法院的判决的承认与执行都是由各州法律来规范。通常，各州对于外国法院判决的承认和执行条件比较严格，而对于姊妹州法院的判决，根据《美国宪法》中的充分诚信条款，各州必须给予承认与执行。这样一来，一些当事人为了规避对外国法院判决的执行限制，就会选择先在一个州内申请承认某一外国法院的判决，然后再到另一个州去申请执行前一个州法院的承认判决。这就把外国法院判决的承认与执行问题转化成了姊妹州法院的判决承认与执行问题。这种现象被学者们称为“判决套利” (Judgment Arbitrage)。^⑥ 对于这种套利现象，美国各州法院有两种态度：（1）将前一个州法院的判决视为一份姊妹州的判决，从而根据充分诚信条款自动予以承认；（2）仍然按更严格的承认外国判决的标准来对待该判决。

2015 年的“阿尔伯塔证券委员会诉里克曼 (Alberta Securities Commission v. Ryckman) 案”^⑦ 也采用了第一种做法。该案中，一阿尔伯塔省法院作出一项判决，对于一位阿尔伯塔省居民违反

① 804 F. 3d 373 (5th Cir. 2015).

② 804 F. 3d 373, 382 (5th Cir. 2015).

③ See *Bank Melli Iran v. Pahlavi*, 58 F. 3d 1406 (9th Cir. 1995).

④ See *Bridgeway Corp. v. Citibank*, 201 F. 3d 134 (2d Cir. 2000).

⑤ DeJoria, 804 F. 3d at 383. In *United States v. Shkambi*, 620 Fed. App'x 260, (5th Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 515 (2015). 被告因图谋销售可卡因和海洛因而在美国被定罪。他提出了抗辩，认为法院将其以前在阿尔巴尼亚的海洛因罪行作为证据，属于滥用裁量权。他主张，阿尔巴尼亚的司法制度不符合程序正义的最低标准。法院驳回了该主张，认可了控方的专家证人提供的可靠的相反证据。

⑥ Gregory H. Shill, “Ending Judgment Arbitrage: Jurisdictional Competition and the Enforcement of Foreign Money Judgments in the United States”, (2013) 54 *Harvard International Law Journal* 549, p. 459.

⑦ 2015 WL 2265473 (Del. Super. Ct. May 05, 2015), aff'd 127 A. 3d 399 (Del. 2015).

加拿大证券法的行为判处罚金。该判决的债权人已经在亚利桑那州法院获得了对该判决的承认,而该判决债务人离开了那里,因此债权人随后又申请在特拉华州针对债务人在那里的财产承认该判决。阿尔伯塔省判决本身在特拉华州并未得到承认,因为它违反了特拉华州的《统一外国金钱判决承认法》,理由包括两个。第一,该判决是在17年之前作出的,而《统一外国金钱判决承认法》对于外国判决的承认规定了15年的诉讼时效。第二,该判决作出了一项罚金,而《统一外国金钱判决承认法》并不适用于施加罚金的判决。然而,亚利桑那州并没有采用《统一外国金钱判决承认法》并且其法律也没有对承认施加限制。亚利桑那州法院在判决债务人全部参与的一个程序中承认了该判决。该债务人反对在特拉华州承认该判决,指责债权人“挑选法院并且通过走特拉华州的‘后门’来‘谋取承认’一项外国判决”。^① 法院承认存在挑选法院的可能性,但是指出本案并不涉及挑选法院,因为当债权人申请在亚利桑那州承认判决时,亚利桑那州是债务人的住所地。法院认为:“即使特拉华州不能直接转化加拿大的判决……特拉华州的公共政策也必须屈从于更强烈的给予姊妹州判决充分诚信的国家利益……亚利桑那州判决有权获得特拉华州的充分诚信。”^②

(十) 古驰诉中国银行案的新进展

上年度的报告中,我们介绍了“古驰诉中国银行案”的进展。2014年9月17日,美国第二巡回法院在“古驰诉中国银行案”^③ 中根据戴姆勒案的判决结果,推翻了纽约南区地区法院的一项判决,认为美国法院对中国银行没有一般属人管辖权。^④ 但第二巡回法院要求南区地区法院重新审查对中国银行是否拥有特别属人管辖权以及这种管辖权的行使是否违反对中国的国际礼让。在同日宣判的另一起“蒂芙尼诉中国招商银行案”中,该法院也作出了同样的判决。^⑤

2015年9月29日,纽约南区地区法院作出裁决,认为其对中国银行拥有特别管辖权,^⑥ 且行使该管辖权并不会违背礼让原则。故此,法院命令中国银行遵守古驰公司的传票,提供相关的账户信息及其他文件。2015年11月,纽约南区法院认定中国银行未遵守相关传票及命令,判定中国银行在民事上藐视法庭,并对中国银行处以每日五万美元的强制性罚款。

在管辖权分析中,法院认为,联邦法院要对一个主体行使属人管辖权,必须符合三个主要条件:(1) 该主体必须被合法送达;(2) 法院行使该等属人管辖权必须具有法律依据(statutory basis);(3) 行使该等属人管辖权符合《美国宪法》规定的正当程序。各方对中国银行已被合法送达并无异议,故纽约南区法院着重分析了后两个条件。首先,纽约南区法院认为其有法律依据对中国银行行使属人管辖权。纽约的长臂法案(long-arm statute)规定,若某非居民自己或者通过代理人在纽约州从事交易,而原告的诉由源于该等交易,则法院可以对该等非居民行使属人管辖权。所以,在对一个主体行使属人管辖权之前,法院需要决定:(1) 被告是否在纽约从事交易;及(2) 诉由是否源于该等交易。中国银行在纽约拥有不动产,并有两个分支机构;中国银

① Ryckman, 2015 WL 2265473 at *4.

② Ryckman, 2015 WL 2265473 at *7.

③ 该案的真正被告是 WEIXING LI 等多位涉嫌在网上销售假冒古驰(Gucci)产品的个人和网站,但古驰公司同时申请法院发布命令,要求中国银行提供被告在银行的账户信息。中国银行以法院缺乏属人管辖权为由提出抗辩,但遭到一审法院驳回。

④ Gucci v. Weixing Li, 768 F.3d 122 (2d Cir. 2014).

⑤ Tiffany LLC v. China Merchants Bank, 12-2317-cv (L) (2d Cir. 2014).

⑥ Gucci Am. et al. v. Weixing Li et al., 2015 WL 5707135 (SDNY Sept. 29, 2015).

行总行在纽约摩根大通银行开立有代理银行账户，以便摩根大通银行的客户向中国银行的客户直接转账。法院据此认定中国银行在纽约从事交易。法院还进一步认为，古驰公司宣称被告利用中国银行在摩根大通银行的代理银行账户完成美国与中国的电子转账，是其制假售假业务的关键组成部分。古驰公司的两份传票要求中国银行提供与这些电子转账以及被告与中国银行关系相关的信息。可见，古驰公司的证据开示要求与中国银行在纽约的交易活动密切相关。其次，纽约南区法院认为其行使属人管辖权符合宪法规定的正当程序。在评估法院对某主体行使特别属人管辖权在宪法上是否恰当时，法院必须分两步来分析：首先必须确定该主体与该法域具有充足的“最低限度联系”；其次，必须确定在这种情况下行使管辖权是合理的。纽约南区法院认为中国银行在纽约有实质运营、员工和办公场所并积极在纽约开拓业务和客户，其与纽约存在有意且重复发生的联系；而且，中国银行向其纽约的客户广泛的服务，从而与纽约具有充足的“最低限度联系”。

在分析美国法院的管辖权是否违反对中国的国际礼让时，纽约南区法院认为，中国银行保密法关于未经同意不得披露个人账户信息的规定对中国建立与其他国家接轨的现代银行系统来讲是必要的。但其根据中国银行提供的专家意见得出结论，中国的银行保密法提供的保护可以由开户人自己放弃或者由人民法院、税务机关、公安机关、工商部门及证券监管部门等有权机关豁免。法院由此认定，中国的银行保密法仅仅是赋予客户一项个人特权，并未反映一项值得认真尊重的国家政策。法院还认为，中国银行在选择到纽约开展业务、享受纽约作为美国主要金融中心的诸多好处时，就不能躲在中国银行保密法这样一个保护盾后面，逃避其他美国金融机构都要面对的要求。与此同时，纽约南区法院认为，美国在执行国会通过的法案方面拥有强大的利益，尤其是执行像《兰哈姆法》(Trademark Act of 1946, 又称 Lanham Act) 这样意在保护知识产权和防止消费者混淆的法案。通过比较两国所涉利益，考虑到被告等造假者看起来是有意利用外国银行保密规定为其实施违反《兰哈姆法》的侵权行为提供便利，纽约南区法院认为国家利益平衡测试明显对原告有利。法院还认为，中国银行未能证明其遵守传票要求将导致在中国承担民事或者刑事责任的实际可能性；虽然中国银行提供了吴志攀教授提供的中国法律专家意见以及银监会和中国人民银行等监管部门关于中国的银行保密法律的信函，但纽约南区法院认为中国银行未能提供中国金融机构因为遵守外国法院提供信息的命令而被处罚的具体案例。对中国银行提出的其在中国境内败诉的事实，纽约南区法院的认定出人意料，它认为这使得国家利益平衡更倾向于美国利益。因为这些判决认可了中国银行对其客户的账户信息拥有广泛的合同权利，比如说在特定情形下暂停或者终止服务的权利；中国银行未能充分证明这些情形的存在不能改变北京判决认可中国银行拥有该等权利的事实。北京判决未能提供支持证明中国银行的主张，未能证明中国的银行保密法被严格执行，或者是一项利益超过美国执行《兰哈姆法》利益的强烈的国家政策。综合分析后，纽约南区法院得出结论，认为其对中国银行行使管辖权符合国际礼让原则。

(十一) 外国人侵权法诉讼的新进展

在 2013 年的综述中，我们介绍了联邦最高法院在 2013 年 4 月 17 日的柯欧贝诉皇家荷兰石油公司案 (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 以下简称 Kiobel 案) 中维持了第二巡回法院的判决结果。^① 本来，第二巡回法院在判决书中是以跨国公司在习惯国际法上没有法律地位为由驳

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

回原告诉讼请求的。^①但是联邦最高法院在诉讼过程中却把问题的焦点转向另一个问题:《外国人侵权法》是否具有域外适用效力?对于该问题,联邦最高法院援引了其在莫里森(Morrison)案中引入的“反域外适用的推定”(presumption against extraterritoriality)理论,^②认为《外国人侵权法》不能适用于该案中发生于美国境外的侵权行为。

联邦最高法院的判决并未能解决第二巡回法院在Kiobel案中提出的另一个问题:即公司能否承担《外国人侵权法》上的国际法责任?在Kiobel案中,第二巡回法院的审判庭以2:1的票数通过了卡布拉内斯(Cabranes)法官撰写的意见书,认为公司不能根据《外国人侵权法》承担责任,因为习惯国际法并不承认公司责任的概念。这确实是一个新理论。但是这一结论遭到很多学者的评判,正如波斯纳法官所指出的那样,按照该理论,“一个海盗可以根据《外国人侵权法》被起诉,但是一个名叫印度洋海盗公司的海盗公司却不能。”^③其他几个巡回法院都没有接受第二巡回法院的观点。^④联邦最高法院在这个问题上打起了擦边球,没有直接给出结论。从技术上看,联邦最高法院的复审判决似乎并未推翻第二巡回法院的裁决。这意味着Kiobel案二审中公司不承担责任的理论仍然是第二巡回法院的有效法律,除非其被该法院全席判决推翻或者被联邦最高法院推翻。

在阿拉伯银行案中,^⑤第二巡回法院的一个审判庭认为,“Kiobel II案确实在几个方面挑战了Kiobel I案”。该审判庭给出了三个理由。第一,联邦最高法院在Kiobel II中声明,仅仅是公司在美国存在并不足以推翻反域外适用推定,这意味着具有其他美国因素的公司有可能推翻该推定,因此可以承担公司责任。第二,Kiobel II案中包含了对索萨(Sosa)案^⑥的解释,即“根据国际法只有该行为被禁止,而由国内法来规定应给予的救济以及所针对的当事人”。第三,“Kiobel I案和Kiobel II案有可能会用来限制联邦法院根据《外国人侵权法》享有的管辖权,而该管辖权超出了国会通过该法时所赋予的范围”,并将受伤害的原告置于“一个很小的盒子里”。^⑦

尽管如此,阿拉伯银行案的审判庭还是决定不偏离此前在Kiobel案二审中的观点,认为公司不能承担《外国人侵权法》上的国际法责任,决定“留待(第二巡回法院)全席审判庭或者将来的联邦最高法院复审来推翻Kiobel I案判决,如果其确实不再有用。”^⑧

三 其他国家和地区

(一) 瑞士修订《国际私法典》

瑞士联邦参议院于2015年10月14日公布了一项立法议案,决定对1987年12月18日的

① *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 132 S. Ct. 472 (U. S. 2011).

② *Morrison v. National Australia Bank* (08-1191).

③ *Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co.*, 643 F.3d 1013, 1017 (7th Cir. 2011).

④ See *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F.3d 11 (D. C. Cir. 2011), vacated on other grounds, 527 F. App'x 7 (D. C. Cir. 2013); *Al Shimari v. CACI Premier Tech., Inc.*, 758 F.3d 516 (4th Cir. 2014); *Beanal v. Freeport-McMoran, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999); *Flomo v. Firestone Nat. Rubber Co.*, 643 F.3d 1013 (7th Cir. 2011); *Doe I v. Nestle USA, Inc.*, 766 F.3d 1013 (9th Cir. 2014); *Doe v. Drummond Co., Inc.*, 782 F.3d 576 (11th Cir. 2015).

⑤ *Jesner v. Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litig.*, 808 F.3d at 151, (2d Cir. Dec. 8, 2015).

⑥ See *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692 (2004).

⑦ *Jesner v. Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litig.*, 808 F.3d at 155 (2d Cir. Dec. 8, 2015).

⑧ *Jesner v. Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litig.*, 808 F.3d at 157 (2d Cir. Dec. 8, 2015).

《国际私法典》中的有关条款进行修订。^① 此次修订主要涉及第十一章中的跨国破产条文。

现行《国际私法典》第十一章“破产与和解”主要规定了对外国破产宣告的承认问题。对于跨国破产的管辖权和法律适用问题,《国际私法典》中并没有规定,这是因为瑞士 1889 年的《债务追偿和破产法》(SchKG)中已有规定。

根据属地原则,外国破产宣告原则上在瑞士不具有法律效力。如果外国破产债权人需要在瑞士境内执行破产债务人的财产,必须首先申请瑞士承认该外国破产宣告的效力。根据第 166 条的规定,在债务人住所地国家作出的外国破产宣告,需符合以下几个条件才能得到承认:(1) 该破产宣告在作出地国家可以被执行;(2) 不存在本法第 27 条规定的拒绝理由;(3) 存在互惠关系。而该法第 27 条规定的拒绝承认外国判决的理由包括:(1) 当事人未被合法传唤;(2) 违反诉讼法基本原则,尤其是未给予当事人出庭辩护机会;(3) 违反瑞士法院或第三国法院的既判裁决。上述规定的条件比较严格,实践中经常会导致外国破产宣告在瑞士很难得到承认和执行,从而不利于保护外国债权人的利益。据统计,2010—2014 年,瑞士法院受理了约 50 起申请承认外国法院破产宣告的案件。实务部门对现行法律提出了很多批评意见。

新的修订草案大量借鉴了联合国 1997 年《跨国破产示范法》的规定,尤其是考虑到欧盟 2015 年新修订的《跨国破产条例》。^② 草案在以下几个方面做了较大改革:

1. 扩大了外国破产宣告的范围,除了破产债务人住所地国家作出的破产宣告之外,破产债务人利益中心地 (COMI) 所在国作出的破产宣告也可以被申请承认;
2. 简化了承认外国破产宣告的条件,取消了互惠要求;
3. 简化了外国破产宣告在瑞士执行的程序,如果没有需要保护的瑞士债权人,则可以取消在瑞士的辅助程序 (Hilfsverfahren);
4. 扩大了外国破产管理人在瑞士行动的权力;
5. 加强了内、外国破产机构的协调与合作。

(二) 瑞士法院拒绝承认美国代孕判决

瑞士联邦法院在 2015 年 5 月 21 日作出的一项裁决中,^③ 拒绝承认一对瑞士同性伴侣在美国代孕产子的父亲身份。该案中,两位瑞士同性伴侣于 2010 年在美国加州与一对美国夫妇达成代孕协议,对方同意为其代孕生子,并且同意放弃对所生子女的父母身份。子女出生后,加州法院向该同性伴侣颁发了子女出生证,并作出一份裁决书,认定该同性伴侣为该子女的法定父母。随后,该同性伴侣向瑞士有关机关申请承认美国法院的裁决并要求身份登记。瑞士圣加仑州内务部要求登记机关将两位同性伴侣都登记为该子女的父亲,但是联邦司法部提出抗议,圣加仑州行政法院驳回该抗议。上诉后,瑞士联邦法院赞同联邦司法部的意见,认为承认该伴侣为该儿童的父亲身份会违反瑞士的法律和道德观念 (公共政策)。在瑞士,代孕生子在宪法层面被禁止,因此这属于瑞士法律的基本信仰和核心观念。如果承认加州的裁决,则会导致承认一对与子女没有任何血缘关系的男子成为该子女的“父亲”,这在瑞士是不能允许的。

① <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2015/2015-10-141.html>, 最后访问时间: 2017 年 2 月 18 日。

② Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ersetzt durch die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren.

③ Urteil vom 21. Mai 2015 (5A_748/2014).

（三）英国法院的禁诉令——埃萨（Essar）公司诉中国银行案

2013年11月27日，埃萨运输公司（Essar Shipping Ltd，简称Essar）将一艘船定期租赁给OBS，合同约定适用英国法，依据英国海事仲裁员协会规则提交英国仲裁解决。同日，OBS与阿特拉斯钢铁公司（Atlas Iron Ltd，简称Atlas）签订航次租船合同，规定遵守上述法律适用和争议解决条款。2013年12月25日，该船装载一集装箱货物运往中国。提单表明Atlas是发货人，并由船长代理人签字。该提单是凭指示提单，2013年11月27日可付，同时规定提单包含租船合同的所有条款和条件，包括法律适用和仲裁条款。该集装箱货物通过中国银行信用证付款。由于付款方的违约，中国银行成为合法的提单持有人。该货物在仅有对Essar出具的保函的情况下被无单放货。2014年3月，中国银行扣货并紧接着在2014年9月扣船以作担保，来分别实现其在信用证和提单下的诉求。中国银行在青岛对Essar提起诉讼，要求赔偿提单项下11,165,128.46美元的损失。2014年11月Essar基于法律适用和争议解决的仲裁条款提起管辖权异议。最终未被支持，并被驳回上诉。之后，Essar在英国高等法院申请禁诉令。

高等法院认为，Essar在诉讼程序启动将近2个月后提起管辖权异议，并且在将近9个月后才在英国法院申请禁诉令。也就是说，Essar直到对中国的诉讼提起管辖权异议的7个月后才申请禁诉令。这一行为违反了该院在The Angelis Grace案件中的裁决，即授予禁诉令必须同时满足两个条件：及时申请，并且外国的诉讼程序尚未深入进展。仅仅缺乏及时性就足以构成拒绝授予禁诉令的合法理由。^①由于没有任何理由显示Essar能在管辖权异议之诉中获胜，因此有充分的理由认为Essar在英国法院申请禁诉令的行为是迟延的。并且，高等法院认为该迟延非常严重，因此拒绝授予禁诉令。

（四）香港法院拒绝承认英国同性婚姻

2016年3月10日，在“QT诉入境事务处处长案”^②中，香港高等法院支持了香港入境事务处拒绝向原告颁发依亲签证的决定。该案中，申请人是英国国民，她的同性伴侣持工作签证在香港工作。申请人以其同性伴侣的受养人的身分，申请依亲签证来港居留。根据受养人政策，“配偶”被视为仅由男女结合的一夫一妻婚姻中的其中一方，而这种婚姻被理解为唯一一种获香港法律认可的婚姻；入境事务处处长以此为依据，拒绝发给申请人依亲签证。申请人寻求司法复核，被法院驳回。法院的理由是，如果入境处给予申请人签证，则会变相地承认同性伴侣或同性婚姻关系在香港的法律效力，而这在香港是不被法律允许的。

香港2006年4月11日颁布法律禁止英国驻香港领事馆为同性伴侣颁发结婚登记。而英国驻中国大陆地区的领事馆则可以向英国公民颁发同性结婚证书。

（五）加拿大法院对厄瓜多尔判决的执行案

在去年的年度报告中，我们介绍了厄瓜多尔法院针对美国雪佛龙公司作出的天价惩罚判决。2013年12月12日，厄瓜多尔最高法院作出了终审判决，支持厄瓜多尔居民的上诉，判令雪佛龙

^① *Essar Shipping Ltd v. Bank of China Ltd* [2015] EWHC 3266 (Comm), para. 42.

^② *QT v. Director of Immigration* [2016] 2 HKLRD 583.

公司承担 95 亿美元的赔偿金。

然而，比起巨大的赔偿金，雪佛龙公司在厄瓜多尔的资产只是杯水车薪。因此，胜诉原告开始了一场全球的追债历程，在雪佛龙公司有资产的国家（美国、加拿大、巴西、阿根廷等国）提起承认与执行厄瓜多尔法院判决的诉讼。^①

2013 年，47 名厄瓜多尔人作为原告，在加拿大渥太华高等法院对雪佛龙公司及雪佛龙加拿大有限公司提起了承认与执行厄瓜多尔判决的诉讼。该案件中，渥太华高等法院是否对案件有管辖权具有至关重要的意义，也是双方激烈交锋的争议点。雪佛龙公司及雪佛龙加拿大有限公司从诉讼战略角度出发，分别提出管辖权异议，并将就此动议的裁决上诉至安大略省上诉法庭乃至加拿大最高法院。加拿大最高法院于 2015 年 9 月 4 日作出最终裁决，判定安大略法院对该案件有管辖权，否认了雪佛龙公司及雪佛龙加拿大有限公司的上诉申请。^②

根据加拿大的法律，承认和执行一项外国案件必须满足真实且实质性的联系（real and substantial connection）标准，即法院要对诉讼当事人或者诉讼争议事项有真实且实质性的联系。雪佛龙公司认为，其作为一个在加拿大内没有任何资产的外国企业，且诉讼争议事项发生在厄瓜多尔，与加拿大并无任何关系，因此该案件不满足真实且实质性的联系标准的要求。

加拿大最高法院驳回雪佛龙的动议。加拿大最高法院虽然肯定真实且实质性的联系标准的适用，但认为该项标准的实质是要求外国法院（本案中为厄瓜多尔）与判决有真实而实际的联系，并非要求执行法院具有该项联系。加拿大最高法院从成文法、判例法、法律原则、学者观点以及其他国家的态度等五个方面进行了论证并得出了上述结论。但法院同时表示，对管辖权抗辩的否决并不意味着雪佛龙公司及雪佛龙加拿大有限公司会输掉这场官司。

（六）荷兰法院驳回厄瓜多尔撤销仲裁裁决的请求

在厄瓜多尔法院对雪佛龙公司作出判决的同时，雪佛龙公司和德士古石油公司根据厄瓜多尔和美国的双边投资协定中的仲裁条款于 2009 年向位于荷兰的仲裁庭提起了仲裁。仲裁庭根据《联合国贸易法委员会仲裁规则》以海牙作为仲裁地进行了仲裁。雪佛龙和德士古石油公司在仲裁中请求仲裁庭作出了多项临时裁决，要求厄瓜多尔停止在国内外寻求执行厄瓜多尔法院判决的行动。

厄瓜多尔则向仲裁地海牙的地区法院提起诉讼，要求撤销仲裁庭裁决。厄瓜多尔援引荷兰《民事诉讼法》第 1064 条和第 1065 条，认为双方不存在有效的仲裁协议因而仲裁庭没有管辖权，仲裁裁决违反公共政策，仲裁员没有遵守委托义务。

地区法院对上述三点理由阐述如下：（1）双方之间的争议属于双边投资协定中仲裁条款所包括的范围，因此仲裁庭有管辖权；（2）仲裁庭的临时裁决要求厄瓜多尔停止执行其判决，这并不违反厄瓜多尔的主权和司法独立，因为厄瓜多尔在双边投资协定中自愿地、无条件地同意受仲裁条款约束，因此仲裁庭的裁决不违反公共政策；（3）仲裁员也没有违反委托义务。最终，法院于 2016 年 1 月 20 日作出裁决，驳回厄瓜多尔的诉讼请求。^③

① Manuel A. Gomez, "The Global Chase: Seeking the Recognition and Enforcement of the Lago Agrio Judgment outside of Ecuador", (2013) 1 *Stanford J. of Complex Litigation* 429, p. 429.

② *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42.

③ *The Republic of Ecuador v Chevron Corporation*, DISTRICT COURT OF THE HAGUE, C/09/477457 / HA ZA 14 – 1291.

（七）西班牙颁布《国际民事司法合作法》

西班牙于2015年7月31日公布《国际民事司法合作法》（Ley de cooperación jurídica internacional en material civil），并于公布20日后生效。

该法一共六编、61条。序言编规定了立法宗旨和原则。根据该编规定，西班牙与外国之间的民事司法合作不需要互惠。第一编规定了国际司法合作的一般制度，包括中央机关、请求书的内容和要求、请求的执行程序等。该编还规定了拒绝提供司法合作的理由。另外，该编还专门规定了司法文书和司法外文书的送达。第二编为外国法的证明。该编规定，外国法应按照《民事诉讼法》规定证明其内容和有效性。如果无法证明，则适用西班牙法律。第三编规定了西班牙与外国相互提供法律信息的程序和条件。第四编规定了平行诉讼和关联诉讼。对于西班牙法院和外国法院同时受理的案件，如果西班牙法院认为外国法院与案件具有合理联系，并且可以预见到外国判决能够在西班牙得到承认，或者为了正当司法程序的需要，可以中止西班牙法院的程序。第五编为外国判决的承认与执行。其中最重要的是拒绝承认的理由，包括违反公共政策、损害当事人辩护权、违反西班牙专属管辖权、与西班牙法院的判决相抵触、与另一国法院判决相抵触、违反平行诉讼原则。该法还规定了外国公共文书在西班牙的执行条件和程序。只要其在作出国能够执行并且不违反西班牙的公共政策，即可在西班牙予以执行。

四 海牙国际私法会议

（一）新成员国和缔约国

1961年10月5日通过的《取消外国公文书认证要求的公约》（通常被简称为《证明书公约》，The Apostille Convention）迄今已有112个缔约国，是海牙国际私法会议迄今为止缔约国数量最多的公约，因此也是最成功的公约。

2015—2016年度，有多个国家加入该公约。科索沃于2015年11月6日向海牙国际私法会议递交加入《证明书公约》的文件。该公约将于2016年7月14日对科索沃生效。摩洛哥于2015年11月27日向海牙国际私法会议递交加入《证明书公约》的文件。该公约于2016年8月14日对摩洛哥生效。巴西于2015年12月2日向海牙国际私法会议递交了加入《证明书公约》的文件。《公约》于2016年8月14日对巴西生效。智利于2015年12月16日向海牙国际私法会议递交了加入《证明书公约》的文件。《证明书公约》于2016年8月30日对智利生效。

2015年9月21日，纳米比亚加入1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》，公约自2016年1月1日起对该国生效。

2015年9月30日，意大利加入1996年《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》，公约于2016年1月1日起对意大利生效。自此，该公约对所有欧盟成员国均已生效。

2015年10月15日，哈萨克斯坦共和国加入1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》，公约自2016年6月1日起对该国生效。

2015 年 12 月 24 日, 黑山共和国加入 2007 年《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养公约》, 公约自 2017 年 1 月 1 日起对该国生效。

2016 年 1 月 15 日, 塞尔维亚加入 1996 年《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》, 成为其第 43 个缔约国, 公约自 2016 年 11 月 1 日起对该国生效。

2016 年 3 月 4 日, 摩纳哥加入 2000 年《成年人国际保护公约》, 成为其第 9 个缔约国。公约自 2016 年 7 月 1 日起对摩纳哥生效。

2016 年 3 月 16 日, 摩尔多瓦共和国加入海牙国际私法会议, 成为其第 81 个成员国。摩尔多瓦迄今已参加了 8 项海牙公约。

2016 年 3 月 16 日, 哥斯达黎加和越南同时加入 1965 年《送达公约》, 该公约于 2016 年 10 月 1 日起对该两个国家正式生效。《送达公约》目前已有 71 个成员国。

2016 年 3 月 21 日, 乌克兰签署了 2005 年《法院选择协议公约》和 2007 年《抚养义务法律适用议定书》。乌克兰目前已经加入了 10 个海牙公约。

2016 年 3 月 30 日, 挪威加入 1996 年 10 月 19 日《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》, 成为其第 44 个缔约国, 公约于 2016 年 7 月 1 日起对挪威生效。

2016 年 7 月 13 日, 玻利维亚加入 1980 年《国际诱拐儿童民事方面的公约》, 成为公约第 95 个缔约国。公约于 2016 年 10 月 1 日起对该国生效。

2016 年 8 月 12 日, 吉尔吉斯斯坦共和国加入 1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》, 公约 2016 年 11 月 1 日起对该国生效。

2016 年 9 月 21 日, 加纳加入 1993 年 5 月 29 日《关于跨国收养方面保护儿童及合作公约》, 成为该公约第 98 个缔约国。公约自 2017 年 1 月 1 日起对加纳生效。

2016 年 9 月 7 日, 美国加入 2007 年《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》, 成为其第 33 个缔约国。公约于 2017 年 1 月 1 日起对美国生效。美国迄今加入了 6 个海牙公约。

2016 年 7 月 14 日, 玻利维亚加入 1980 年《国际诱拐儿童民事方面的公约》, 成为该公约第 95 个缔约国。

2016 年 10 月 19 日, 沙特阿拉伯王国正式递交加入海牙国际私法会议的批准书, 成为该组织第 82 个成员国。目前, 沙特还没有参加任何一项海牙公约。

2016 年 10 月 7 日, 土耳其政府签署并递交了批准 1996 年 10 月 19 日《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》和 2007 年 11 月 23 日《关于国际追索儿童抚养费和其他形式家庭抚养的公约》。两个公约将于 2017 年 2 月 1 日起对土耳其生效。1996 年公约目前已有 45 个缔约国, 2007 年公约已有 34 个缔约国。

(二) 2016 年度大会

2016 年 3 月 15—17 日, 来自 69 个成员国、两个候选国和 12 个国际组织和非政府组织的 219 名代表参加了 2016 年特委会大会。大会上, 摩尔多瓦共和国和哈萨克斯坦共和国加入了海牙国际私法会议。哥斯达黎加共和国加入了 1965 年 11 月 15 日《关于域外送达民商事司法和司法外文书的公约》(成为该公约第 70 个缔约国)、1980 年 10 月 25 日《国际司法救助公约》(成为第

28个缔约国)和1970年3月18日《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(第59个缔约国)。菲律宾加入1980年10月25日《国际诱拐儿童民事方面的公约》(第94个缔约国)。越南加入1965年11月15日《关于域外送达民商事司法和司法外文书的公约》(第71个缔约国)。

对于判决项目,特委会决定成立一个特别委员会准备起草一项公约,并责成秘书长于2016年6月召开第一次会议(第二次会议将于2017年2月举行)。

对于亲子关系和代孕项目,委员会对专家小组的报告表示欢迎,并邀请该小组根据2015年的授权继续工作。专家小组将在下一年大会前召开第二次工作会议,工作重点在于承认问题。

对于和解协议的承认与执行问题,委员会要求常设局起草一项非约束性“指导性文件”(navigation tool),为当事人提供一份最佳实践。委员会将在2017年大会上进一步讨论是否有必要起草一项约束性法律文件。

对于旅游者保护项目,巴西政府愿意出资赞助聘请一位专家到常设局从事专题研究工作,委员会对此表示感谢。常设局将会具体落实专家的聘请工作,并对相关问题进行报告。

委员会还讨论了域外取证中录像链接的运用问题、域外民事保护措施的承认与执行问题、婚外同居法律问题等。

委员会对于秘书处和国际统一私法协会以及联合国国际贸易法委员会的合作给予了高度关注。三方准备共同起草一份国际商事合同的法律文件。另外,海牙国际私法会议和世界知识产权组织也开展合作,共同进行国际私法与知识产权的研究。

(三) 判决项目的新进展

海牙判决项目2015年取得了新进展。根据2015年3月委员会的授权,专家组于2015年11月份完成了一份草案。^①2016年3月份举行的特委会大会上,委员会决定设立一个特别委员会(Special Commission)准备起草公约草案。2016年6月1日至6月9日,特别委员会举行了第一次会议,共有来自53个国家和一个地区性经济组织的153名代表参加了会议。会议对专家组草案进行了审议和修改,并正式提出了一份公约草案(以下简称为特委会草案)。

特委会草案共16条,比工作组草案增加一条。第1条规定公约适用范围,即在一个缔约国作出的民商事判决在另一个缔约国的承认与执行。第2条规定了公约排除适用的事项,包括:a)自然人的身份和法律能力;b)抚养义务;c)其他家庭法事项,包括婚姻财产制、因婚姻或类似关系产生的其他权利与义务;d)遗嘱和继承;e)破产、重整及类似事项;f)客运和货运;g)海洋污染、海事赔偿责任限制、共同海损以及紧急拖航与救助;h)核损害责任;i)法人或社团的有效、无效和解散,及其机关决议的有效性;j)公开登记(或注册)的有效性;k)诽谤等。公约也不适用于仲裁。

草案第4条规定,被请求国不应应对判决进行实质审查。对于判决的终局性,只要该判决在来

① C&Rs adopted by the Council of 24 to 26 March 2015, para. 4.11 “Report of the Fifth Meeting of the Working Group on the Judgments Project (26 – 31 October 2015) and Proposed Draft Text Resulting from the Meeting”, Prel. Doc. No 7A of November 2015 for the attention of the Council of March 2016 on General Affairs and Policy of the Conference. The reports of the Working Group’s meetings, along with the other documentation and information concerning the developments of the Judgments Project from 2010 to date, are available on the Hague Conference website < www.hcch.net > under “Judgments” then “Recent developments (2010 onwards)”, 最后访问时间:2017年2月18日。

源国具有可执行性即可。第 5 条规定了承认与执行的间接管辖权,包括:(1) 被请求人在来源国法院有惯常居所;(2) 被请求人主营业地位于来源国;(3) 被请求人是原诉讼的起诉人;(4) 被请求人在来源国有分支机构、代理机构或营业所;(5) 被请求人同意来源国法院的管辖权;(6) 被请求人出庭且未提出管辖权异议;(7) 判决作出地是合同约定的履行地;(8) 判决作出地是不动产所在地;(9) 判决作出地是不动产担保物之所在地;(10) 判决作出地是损害发生地;(11) 判决作出地是知识产权登记地;(12) 判决作出地是版权来源国;(13) 判决作出地是信托文件指定的法院地或信托准据法所属国或信托管理地;(14) 判决涉及反诉,法院对原诉有管辖权;(15) 判决涉及之前的一项判决,法院对前诉有管辖权。

第 7 条规定了拒绝承认与执行的理由,包括:(1) 送达不及时或违法送达;(2) 判决通过欺诈获得;(3) 违反公共政策;(4) 违反信托文件中约定的管辖权;(5) 违反平行诉讼;(6) 违反在先判决。

草案还规定,惩罚性赔偿判决不能被承认与执行(第 9 条)。司法和解协议可以与判决同等执行(第 10 条)。被承认与执行的外国判决与国内判决具有同等效力(第 14 条);判决可以全部或部分承认与执行(第 15 条)。

(四) 婚外同居关系的国际私法立法计划

早在 1987 年,海牙国际私法会议常设局就起草了“关于非婚伴侣(cohabiting couples)法律适用的说明”。在第十六届大会上,代表们研究了该问题,但没有将其作为优先课题。1992 年,常设局再次提交了一份说明,其中包含了一份调研报告,从比较法角度对该问题进行了调研。该报告指出,非婚同居现象(cohabitation outside marriage)已经逐渐从西欧国家蔓延到东欧和拉美国家。1995 年,总务和政策事项特别委员会(Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference,以下简称“特委会”)组织专家讨论了该问题,认为应当把登记伴侣关系(registered partner)纳入该问题之中一起考虑。第十八届大会决定把该议题纳入大会议程,但不作为优先议题,同时决定把研究的范围扩大到管辖权、法律适用和判决承认与执行三个领域。^①

2008 年,常设局发布了《关于非婚同居和登记伴侣国内法和国际私法发展状况的说明》。^② 2013 年,特委会要求常设局继续对该领域加强研究。2015 年 3 月,常设局向特委会提交了一份关于非婚同居和登记伴侣的国内法和国际私法的最新发展情况的更新说明。^③ 特委会同时要求常设局进行问卷调查,并在此基础上于 2017 年提交一份报告。^④ 调查的内容包括两方面:一方面是各国国内法对非婚同居和登记伴侣关系的规定;另一方面是有关国际私法的规定。截至 2016 年 9 月 17 日,已有 28 个国家和地区回复了该问卷。

根据各国回复情况,非婚同居现象(unmarried cohabitation)目前已经越来越普遍,并且伴随

① Final Act of the Eighteenth Session of the Hague Conference on Private International Law, 19 October 1996, under Part B 4 c.

② Note on developments in internal law and private international law concerning cohabitation outside marriage, including registered partnerships, Prel. Doc. No 11 of March 2008 for the attention of the Council of April 2008 on General Affairs and Policy of the Conference.

③ Prel. Doc. No. 5 of March 2015 for the attention of the Council on General Affairs and Policy of March 2015.

④ See the Conclusions and Recommendations adopted by the Council of 2015 (24–26 March 2015), para. 10, available on the Hague Conference website at <www.hcch.net> under “Governance” then “Council on General Affairs and Policy”, 最后访问时间:2017 年 2 月 18 日。

着越来越多的非婚生子女。比如在英国,非婚同居在2012年已经占全国人口的11.7%,达到590万人。预计到2031年,将有四分之一的伴侣是以非婚同居方式生活在一起。在美国,2010年有6.6%的家庭属于非婚同居家庭。即使是在相对保守的亚洲各国,非婚同居现象也在大幅增长。

同时,越来越多的国家开始在立法上承认登记伴侣关系(registered partnership)。登记伴侣在不同国家有不同名称,如“家庭伴侣”(domestic partnership)、“民事伴侣”(civil partnership)、“民事结合”(civil union)、“固定伴侣结合”(permanent couple union)、“法定同居”(statutory cohabitation)等。登记伴侣包括同性伴侣和异性伴侣。

对于登记伴侣关系,中国大陆的法律尚不予承认。而对于非婚同居,我国《婚姻法》虽然未作规定,但是1989年最高人民法院发布《关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》和2001年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》^①有专门规定。根据该规定,我国在一定条件下将非婚同居作为事实婚姻对待。但是,我国国际私法并没有专门针对非婚同居关系作出规定,因此,非婚同居当事人在我国境外依照当地法律获得的权利和义务,在我国并不被承认。^②

我国香港特别行政区也禁止同性婚姻,同时也不承认境外同性婚姻的效力。^③但是,我国澳门特别行政区对于境外登记伴侣(包括同性伴侣)的态度较为宽容,一定程度上可以承认其效力。^④

海牙国际私法会议目前已有的国际公约中并不直接涉及婚外同居关系,但是在某些公约中间接有所涉及。比如,海牙《跨国收养公约》就没有要求收养人必须是正式结婚的夫妻。因此,理论上说,登记伴侣也可以通过该公约收养儿童,不过,不同成员国可能会对公约是否适用于非婚同居收养人有不同解释。

常设局在其报告中指出,目前还没有一项国际公约专门对婚外同居关系的国际私法问题加以规范,给现实中的当事人带来很大法律障碍。因此,报告呼吁海牙国际私法会议起草相关国际公约以消除该领域的法律不确定性。

(五) 国际儿童争端中调解协议的跨境承认与执行问题

近年来,在家庭事务领域,调解被运用得越来越广泛。海牙国际私法会议近年来通过的一系列家庭领域的国际公约^⑤也鼓励当事人通过调解解决纠纷。与此同时,海牙国际私法会议也开始积极关注调解协议的跨境承认与执行问题。2012年,特委会要求成立一个专家小组对国际儿童争端中各种协议的跨境承认与执行问题加以研究,并探讨缔结一项新的法律文件的可能性。^⑥专

① 法释[2001]30号。

② 参见中国外交部对该问卷调查的回复: <https://assets.hcch.net/docs/c11de156-4c61-4297-a092-0bca2f18abcb.pdf>, 最后访问时间:2017年2月18日。

③ QT v Director of Immigration [2016] 2 HKLRD 583.

④ 参见澳门特别行政区的答复: <https://assets.hcch.net/docs/81a0d0f1-5d66-4d21-8795-258359faf30c.pdf>, 最后访问时间:2017年2月18日。

⑤ The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (“1980 Convention”); The Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (“1996 Convention”); The Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (“2007 Convention”).

⑥ See Conclusions and Recommendations adopted by the Council of 2012 (17-20 April 2012), para. 7 (available at <www.hcch.net> under “Work in Progress” then “General Affairs”), 最后访问时间:2017年2月18日。

家小组于 2013 年底在海牙举行了会议，对这方面的理论与实践问题进行了讨论。会议报告中指出，在家庭纠纷中达成的各种协议（不限于调解协议）对于有效解决纠纷，尤其是对于保护儿童具有很好效果。但是各种协议的跨境执行会面临各国法律的障碍，因此，专家小组认为，有必要制定一项“非约束性”指导文件“导航工具”（navigation tool）来帮助当事人在不同国家承认与执行相关协议，同时，也有必要制定一项约束性国际公约来对这种协议的承认与执行问题加以规范，为当事人提供一种“一站式服务”（one-stop shop）。^①

为了进一步加强该问题的研究，常设局于 2015 年进行了一项问卷调查，针对海牙国际私法会议所通过的三个公约在实践中的运用情况，征询了各成员国对各种协议的承认与执行方面的意见和建议。

2015 年 11 月 2—4 日，专家小组再次举行会议，并通过了一项《关于与儿童有关的家庭事务中各种协议的跨境承认与执行的报告》。^② 专家小组最后建议特委会继续保留专家小组以便继续相关工作，包括：（1）起草一项非约束性指导文件以方便当事人运用现有的三个海牙公约去寻求在其他国家承认和执行其达成的协议；（2）通过一项有法律约束力的公约为各种家庭领域的协议建立一个“一站式服务平台”（one-stop shop）。公约应当制定一个排他性法院或机关来批准这种协议并提供简便的机制以便承认和执行该种协议。常设局将筹备下一次会议以便开始起草相关文本。

（六）跨国代孕项目

2015 年 3 月举行的特委会年度大会上，特委会决定成立一个专家组讨论是否有必要开展代孕问题的立法工作。专家组将首先研究跨国代孕中儿童的身份问题的国际私法规则。2016 年 2 月 15—18 日，专家小组在海牙举行了会议。来自 21 个国家的 21 位专家和 3 位观察员出席了会议，并提交了一份报告。会议首先从讨论各国典型案例开始。通过讨论，代表们认识到当前各国法律对于代孕问题缺乏统一的规定，导致很严重的法律冲突问题，比如对于代孕子的父母身份、代孕子的法律地位、代孕子的国籍、扶养、移民等。工作组指出，代孕子的父母身份问题是国际私法上最需要关注的问题。只有解决该问题，儿童的其他权利才能依次得到解决。海牙现有的各项公约中都没有相关规定。工作组也讨论了迄今各国在国际私法上的实践。现有资料显示，各国在跨国代孕问题上对于管辖权、法律适用和判决承认与执行方面的做法各有差别。对于管辖权问题，代表们认为实践中尚无特别需要关注的问题。对于法律适用，专家组指出，目前各国的实践分为两种：一些国家统一适用法院地法，另一些国家也会考虑适用外国法。不过，大多数国家都没有专门的国际私法规则，而是类推适用一般规则。专家组建议进一步研究是否需要统一相关连结点。在外国公文和裁决的承认方面，报告也认为有必要进行更深入的研究，特别要考虑到各国的公共政策因素。考虑到各国在代孕问题上的法律差异，报告认为会议还难以达成统一意见，因此建议常设局继续支持专家小组进行相关工作。

① Prel. Doc. No 5 of March 2014 – Report on the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in international child disputes and recommendation for further work.

② Prel. Doc. No 5 of January 2016 – Report of the Experts' Group meeting on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 2 – 4 November 2015).

（七）域外取证中使用视频链接和其他现代技术的专家组报告

随着各种现代通讯技术的发展，运用视频等手段进行取证已经在很多国家被采用。如何在1970年《海牙取证公约》框架下运用视频等现代技术进行域外取证，逐渐受到海牙国际私法会议的关注。2009年2月，海牙国际私法会议就举行了相关的特别委员会会议讨论这一问题。^①

比如《海牙取证公约》第7条规定，如请求机关提出请求，应将进行司法程序的时间和地点通知该机关，以便有关当事人和他们已有的代理人能够出席。第8条也规定，缔约国可以声明，在执行请求时，允许另一缔约国请求机关的司法人员出席。这里的“出席”能够通过视频方式进行？

常设局的报告指出，公约第9条第1款规定，执行请求书的司法机关应适用其本国法规定的方式和程序。这就给视频取证提供了合法性依据，只要执行国法律允许视频取证即可。另外，第9条第2款也规定，执行机关也可以采用请求机关提出的特殊方式和程序进行执行，只要不与执行国国内法相抵触。这也为视频取证提供了理论上的可行性。

另外，视频取证对于公约第二章具有更为重大的意义。该章第15条规定，缔约国外交官员或领事官员在另一缔约国境内可以向他所代表的国家的国民在不采取强制措施的情况下调取证据。第16条规定，缔约国的外交官员或领事代表在另一缔约国境内也可以向他执行职务地所在国或第三国国民在不采取强制措施的情况下调取证据。第17条也允许特派员可以在不采取强制措施的情况下在一缔约国境内调取证据。公约中并没有禁止外交官员或领事代表或特派员采用视频取证，但是第21条要求取证不得违背取证地国法律。因此，如果取证地法律禁止视频取证，则不得采用。

由此，常设局得出结论认为，海牙取证公约并不禁止视频取证，但是视频取证带来的一系列问题需要予以澄清，尤其是当取证涉及多个国家时，可能会产生相应的法律冲突，比如当事人作伪证的责任及其惩罚、当事人蔑视法庭拒绝提供证据的责任等。

2015年，特委会年度大会决议成立一个专家组专门讨论域外取证中视频链接和其他现代技术的应用问题。2015年12月2—4日，专家组举行了第一次会议。来自26个国家和两个国际组织的39位专家参加了会议。

会议指出，专家组的工作并不是要修改公约或者改变公约的性质。专家组的任务只是探讨在公约框架下如何运用视频取证等现代技术，从而进一步促进公约的采用。因此，专家组的工作主要是起草一份良好实践指南或一份软法性质的文件，比如示范法或原则。

专家组建议，成立一系列专题小组对相关问题进行更深入的专题研究和讨论，并负责相关条款的起草工作。^②

（八）《选择法院协议公约》正式生效

欧盟委员会于2014年12月4日正式通过《关于以欧盟名义批准2005年6月30日〈海牙选

① Prel. Doc. No 6 of December 2008 – The taking of evidence by video-link under the Hague Evidence Convention.

② Prel. Doc. No 8 of December 2015 – Report of the Experts' Group on the use of video-link and other modern technologies in the taking of evidence abroad.

择法院协议公约〉的决定》。^① 根据该决定，欧盟以地区性经济一体化组织的身份加入该公约。2015 年 6 月 11 日，欧盟代表正式向荷兰外交部交存了批准书。由于墨西哥已经批准了该公约。根据公约第 31 条的规定，公约自第二份批准书交存后三个月期间届满后的第一个月的第一天起生效，因此，公约于 2015 年 10 月 1 日起正式生效。

公约的生效促进了更多国家相继加入公约。2016 年 3 月 21 日，乌克兰签署了该公约，成为其第 29 个缔约国。2016 年 6 月 2 日，新加坡正式签署该公约，成为该公约第 30 个缔约国，也是亚洲第一个缔约国。

公约的生效将会促进国际商事交易中纠纷解决的可预见性，方便当事人选择法院。公约的核心原则包括：当事人所选择的法院对纠纷具有排他性管辖权，其他任何法院必须放弃管辖；被选择的法院所作出的判决必须被其他缔约国承认和执行。如果更多的国家接受该公约，将会极大地便利国际商事纠纷的解决。

五 联合国国际贸易法委员会

（一）国际货物销售合同公约 35 周年

2015 年是联合国《国际货物销售合同公约》（CISG）通过 35 周年。联合国国际贸易法委员会秘书处于 2015 年 7 月 6 日第 48 届会议期间在维也纳举行了一次高级别小组座谈会，邀请全球国际货物销售合同领域的专家参加。

匈牙利前外长马尔托尼·亚诺什（János Martonyi）主持会议。著名 CISG 专家伯格斯特登（Bergsten）教授、新加坡高等法院昆廷惠（Quentin Loh）法官、葡萄牙瑞·曼努埃尔·莫拉·拉莫斯（Rui Manuel Moura Ramos）教授、来自萨尔瓦多的安娜·伊丽莎白·维拉尔塔·比斯卡拉（Ana Elizabeth Villalta Vizcarra）女士、中国代表王利明教授等作了发言。

（二）和解协议的承认与执行

联合国国际贸易法委员会早在 1980 年就颁布了一份《调解规则》，并于 2002 年出台了一项《国际商事调解示范法》。2014 年，联合国国际贸易法委员会在其第 47 届会议上决定着手起草一项关于调解所产生的国际商事和解协议的可执行性的公约或示范法。^② 委员会同意第二工作组在其第 62 届会议上着手讨论此项议题的可行性。2015 年，委员会在其第 48 届会议上讨论了工作组提交的报告，同意工作组继续进行该领域的工作，包括准备起草一项公约草案、示范条款或操作指南的文本等。^③

工作组随后分别在其第 63 届和第 64 届会议上着手进行了相关工作，并提出了草案文本。^④

① COUNCIL DECISION of 4 December 2014 on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (2014/887/EU).

② Official Records of the General Assembly, Sixty-ninth Session, Supplement No. 17 (A/69/17), paras. 123 – 125.

③ Official Records of the General Assembly, Seventieth Session, Supplement No. 17 (A/70/17), para. 142.

④ International commercial conciliation: preparation of an instrument on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from conciliation, A/CN.9/WG.II/WP.198.

该草案文本目前暂时以一项独立公约的形式起草。如果最终通过的是一项《联合国国际商事调解示范法》(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation), 则该草案文本将作为该示范法的一部分。

该草案文本将用于规范调解所产生的国际商事和解协议的跨国承认与执行。对于“国际性”的认定, 草案借鉴了《国际商事仲裁示范法》第1(3)条的规定, 以当事人营业地位于不同缔约国为主要标准。对于“和解协议”的概念, 草案第3条将其定义为“商事争议当事人通过调解达成的用于解决其全部或部分争议的书面协议”。草案第3条并没有提到和解协议是否具有终局性, 但第8条规定和解协议的非终局性可以作为执行和解协议的抗辩理由。工作组第六十三届会议, 对于将文书范围局限于调解所产生的和解协议表示了广泛支持(A/CN.9/861, 第19段), 认为文书中的“调解”概念应当是广义和包容性的, 可以涵盖不同类型的调解方法。普遍认为《联合国国际商事调解示范法》第1条第(3)款关于“调解”的定义提供了一个有益的参照(A/CN.9/861, 第21段)。草案第4条规定了和解(conciliation)的概念。和解是通过不具有司法权的第三方的协助在争端当事人之间达成的友好解决争端的一种程序。工作组也考虑了是否可以用“调解”(mediation)取代“和解”(conciliation)这一术语。对于当事人在司法程序或仲裁程序过程中达成的和解是否可以纳入计划中的公约的适用范围, 尚有争议。草案中提出了几种建议方案。对于消费者事务、家庭事务和劳动关系中的和解协议, 不应包括在公约适用范围之内。

草案规定, 符合草案适用范围的和解协议应当在缔约国被赋予法律效力。当事人也可以申请承认与执行。草案第8条规定了拒绝承认与执行的几项理由, 包括和解协议当事人无行为能力、和解协议的执行违反其自身规定、和解协议无效或失效、和解协议无法执行、调解程序违反公平、和解协议下的主题争议不能通过调解解决、违反公共政策等。

草案还规定了保密性问题、执行程序与司法程序和仲裁程序的关系、当事人能否选择适用本公约等问题。

(三) 破产相关判决的承认与执行

联合国国际贸易法委员会2014年第47届大会上, 第五工作组(破产法)被授权起草一项关于破产相关判决承认与执行的示范法或示范条款。第五工作组在其第46次会议(2014年12月)上对该问题进行了讨论, 认为应当起草一项独立的法律文件, 而不是作为《跨境破产示范法》的一部分。在第47次会议上, 工作组提交了第一份草案, 内容包括判决的类型、承认和执行的程序、拒绝承认的理由等。

2015年第48次会议上, 工作组对该草案进行了修改。2016年5月2—6日举行的第49次会议对该文本进行了进一步审议。^① 最新的示范法草案共13条。第1条规定了示范法的调整范围。草案提供了两种供选择的文本: (1) 当一个外国代表或其他人在一个国家申请承认和执行一项与破产有关的判决, 而该判决与一项外国程序相关联时, 适用本法; (2) 本法适用于承认和执行一项在其他国家进行的程序中作出的与破产相关的判决。

第2条规定了相关定义, 其中最关键的是“与破产有关的判决”。该条列举了涉及以下事项的判决: 破产财产的移交、破产财产的数额、破产财产的售卖、与外国程序相关的会计要求、与

^① A/CN.9/WG.V/WP.138 – Cross-border recognition and enforcement of insolvency-related judgments.

债务人或破产财产有关的交易的撤销、境外程序中诉讼搁置的修改或执行、担保债权的有效性、经法院批准的债权人所提出的诉因、破产实施期间董事的责任、重组或清算计划的确认、特定债务的清偿、对债务人清偿的承认以及当事人提出的与破产有关的诉因等。

第 3 条规定了条约义务优先原则。草案还提供了另两种供选择的条文方案。

第 4 条规定了管辖法院或机关。第 5 条规定了各国被授权申请承认和执行一项与破产有关的判决的个人或机关。第 6 条规定了其他法律提供的补充性协助措施。第 6 条的另一种方案是公共秩序保留条款。第 7 条是解释规则。第 8 条是如何申请承认和执行一项破产相关判决。第 9 条规定了承认和执行判决的决定。第 10 条是拒绝承认和执行判决的理由。第 11 条规定了被承认的外国判决具有与本国判决同等效力。第 12 条规定了判决的可分性。第 13 条规定了临时救济措施。

六 海牙国际法学院

2016 年 8 月 1 日至 8 月 19 日，海牙国际法学院（The Hague Academy of International Law）“国际私法暑期班课程”在和平宫举行。课程由德国海德堡大学杰米（Jayme）教授作开幕发言，主题为“语言和国际私法”。他将语言视为跨国合同准据法选择的一个连接点，讲述了跨国合同中的语言对于准据法的确定产生的影响。

美国维拉米特大学西蒙尼德斯教授讲述了国际私法从诞生至今的历史发展。西蒙尼德斯教授通过总结和观察，得出结论：（1）国际私法的公法性和政治性均在不断增强，意思自治不断削弱，弱者保护、维护公共利益等实质正义的追求在增强；（2）法律选择的灵活性在不断增强，法官被赋予了更多选择法律的自由裁量权，强制规定适用某一准据法的条文不断减少；（3）在形式上，国际私法的法典化进程不断加快，世界各国的国际私法典和国际私法条约层出不穷。

来自海牙国际私法会议的首席秘书桑德（Sender）女士依据其多年从事国际私法公约制定的经验，介绍了目前国际私法界最为关注的话题：外国法院判决的承认与执行。桑德女士认为，外国判决的承认和执行不仅是国际私法上的一大突破，更是实现世界经济一体化的必经程序；但由于目前缺少普遍性公约，各国对于外国判决的承认和执行，更多依靠互惠等原则，因此充满了较大的不确定性。为此，她重点讲解了 2005 年的《法院选择协议公约》和正在制定的《外国判决承认与执行公约》的草案。

来自巴西里约天主教大学的卢拉·伽码（Lauro Gama）教授讲述了罗马国际私法统一协会《国际商事合同通则》（UNIDROIT Principles on International Commercial Contract）的内容和作用。该原则作为现代商人习惯法的总结，以非国内立法的身份在世界范围内得到了广泛的适用，特别是对 CISG 起到了补充解释作用。

来自德国汉堡 Bucerius 法学院的托恩（Thorn）教授讲述了国际私法中对于中小企业的保护，意大利罗马大学的马尔基西奥（Marchisio）教授讲述了外层空间开发中国际私法的作用和意义，来自瑞典斯德哥尔摩大学的海尔纳（Hellner）教授讲述了跨国代孕协议中的国际私法问题。

七 国际法学会《关于国际罪行赔偿的普遍民事管辖权的决议》

久负盛名的国际法学会（Institut de droit international）于 2015 年 8 月 22—30 日在爱沙尼亚

首都塔林大学举行了第77届大会。国际法学会的主要议题以国际公法为主，但也经常涉及国际私法问题。本次大会就通过了一项与国际私法和国际公法都紧密相关的决议：《关于国际罪行赔偿的普遍民事管辖权的决议》。^① 对于严重违反国际法的罪行，比如种族屠杀、战争、酷刑、海盗等，国际法赋予各国享有普遍管辖权。但是这种管辖权通常被认为仅限于追究罪犯的刑事责任。对于国际罪行所导致的民事损害赔偿责任，一国法院能否依据普遍管辖原则行使管辖权？这个问题在国际法上存在巨大争议。^② 此次大会通过的决议共六条。其中，第1条指出，国际罪行的受害者有权从责任人那里获得有效赔偿。而且，受害者要求民事赔偿的权利并不取决于犯罪行为实施者已经被追究刑事责任。第2条规定，对于国际罪行的损害赔偿诉讼，如果没有其他国家与该罪行有更密切联系，则任何国家的法院都可以行使管辖权。如果其他一个或多个国家与该罪行有更密切联系，但是该国法院无法提供救济，则其他国家法院也可行使管辖权。该决议还要求各国尽量降低对损害赔偿诉讼的法律和经济阻碍，并为相关集体诉讼提供程序保障。各国不应以国家豁免为由阻碍受害者行使其救济权。该决议还要求海牙国际私法会议等国际组织在通过的相关管辖权和判决承认与执行的公约中应考虑到上述问题。

国际法学会通过的决议虽然不具有法律效力，但是对于国际法的发展具有很大的影响力。

八 国际统一私法协会

（一）长期合同法律项目

国际统一私法协会国际商事合同通则关于长期合同的工作组于2015年发布了一份由波奈尔（Bonell）教授起草的《国际商事合同通则和长期合同》的基调文件。^③ 2015年10月26—29日，工作组在汉堡举行了第二次会议，对报告人提交的报告进行了逐条讨论。^④

会议认为应当在修订后的《国际商事合同通则》里面增加关于长期合同的规定。在第7.3.6条的评注1中取消“经过一段时期后履行的合同”这一用语，代之以“长期合同”这一术语。在其他有关条款中也同样处理。

对于长期合同的概念，原来的草案给出了以下定义：“长期合同是指那些与将在同一时间履行的简单交换合同不同的合同，它们在一定程度上涉及到超过一定期间的履行、复杂的交易和当事人之间的关系。”工作组对这一概念进行了语言上的修订：“长期合同是指那些需要经过一段期间才能履行的合同，它们通常在一定程度上会涉及复杂的交易和当事人之间长期的关系。”

新草案在第六章增加第三节，标题为“因不可抗力而终止合同”，其中规定：“长期合同可以因不可抗力而被任一当事人终止，所谓不可抗力是指，在考虑到所有特殊情况的前提下并权衡双方当事人利益的情况下，仍然不能合理地预期终止合同的当事人会继续履行合同关系。”

① Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes, JUSTITIA ET PACE 1st Commission INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL PLENIERE Session de Tallinn – 2015 30 August 2015.

② Andreas Bucher, La compétence universelle civile, Rec. des cours 372 (2015), pp. 9 – 127.

③ 文件可在国际统一私法协会官网下载：<http://www.unidroit.org/english/documents/2014/study50/s-50-126-e.pdf>. 最后访问时间：2015年9月30日。

④ <http://www.unidroit.org/english/documents/2016/study50/s-50-misc32-e.pdf>, 最后访问时间：2015年9月30日。

将原来的第 5.1.8 条标题修改为“无明确期限的合同的解除”，在正文中用“可以被解除”代替“可以被终止”。修改第 5.1.8 条，明确规定，一旦无明确期限的合同被解除，对于相关的赔偿问题适用第 7.3.5 条和第 7.3.7 条的规定。

2016 年 5 月 18—20 日，国际统一私法协会第 95 届大会在罗马举行，指导委员会通过了长期合同工作组所修订的 2010 年《国际商事合同通则》修订版草案，并授权秘书处出版一份新版的《2016 年国际统一私法协会国际商事合同通则》。^①

（二）《开普敦公约》第四议定书

国际统一私法协会正在准备起草《移动设备国际利益公约》（《开普敦公约》）的第四议定书，专门针对矿业、农业和建筑业设备（简称为《MAC 议定书》）。2015 年 10 月 19—21 日，第四议定书研究小组在罗马举行了第三次会议。来自联合国国际贸易法委员会、世界海关组织、国际金融公司等国际组织的代表也参加了会议。研究小组重点对固定附着物的处理以及“统一商品描述和编码系统”进行了研究。2016 年 3 月 7—9 日，研究小组在罗马举行了第四次会议，审查了议定书草案的全文，重点讨论了几个尚未解决的法律问题，包括矿业、农业和建筑设备变成不动产附属物之后的法律效力问题以及议定书修订程序如何完善等。第四次会议之后，研究小组决定把议定书初步草案提交给理事会，并建议召集政府专家委员会对议定书进行进一步研究。根据会议结果，秘书处修订了有关文件。2016 年理事会第 95 届大会上审核了研究小组提交的议定书草案文本，并决定可以召集政府专家委员会进行审议。

2017 年 3 月 20—24 日，政府专家委员会将举行第一次会议审议第四议定书草案。秘书处已向各国及国际组织发出参会和征集意见的邀请。

九 总结与展望

过去的一年，国际形势风云变幻。世界各国经济都陷入增长乏力的“新常态”，而全球政治环境也面临越来越大的不确定性。欧洲的难民危机让欧盟焦头烂额，而英国的脱欧公投更使得欧盟面临解体的危险。美国大选的波诡云谲让美国的全球领导力大打折扣。在这样的环境下，我们来重新思考国际私法面临的机遇与挑战，无疑具有现实意义。

欧盟过去十多年在国际私法立法上的“革命”随着斯德哥尔摩议程的结束是否会告一段落？美国虽然启动了《第三次冲突法重述》的编纂工作，但充斥美国司法机构的保守主义倾向会不会让这项工作的价值大打折扣？近年来重新焕发活力的海牙国际私法会议的各项立法活动会不会再次夭折？

冷战结束之时，人类充满了对世界的乐观主义幻想。在法律界，世界法、全球法、普世法的理念深入人心。所有人都在倡导自由化，倡导更少的贸易管制。所有的国家都普遍认识到需要更安全、更可预测、因而更一致的法律环境，需要更统一的法律框架。然而，近年来世界所展现出的复杂性、不确定性、不可预知性和偶然性，让我们认识到全球化比表面看起来更为复杂和多样

^① <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>, 最后访问时间：2016 年 2 月 18 日。

化，它与碎片化、区域化和本地化趋势似乎交织在一起。

仅仅在十几年前，不同法律规则层面之间的层次关系看上去还相当明确，尤其是国际法与国内法律之间，自二战以来所形成的所谓的金字塔结构似乎牢不可破。但如今这种层次关系已越来越模糊，不同性质、功能和层面的法律规范之间相互竞争、相互交错、相互作用，同时也相互吸纳和相互排斥。碎片化和区域化趋势不仅在国际法领域表现突出，在国际私法领域也越来越明显。

怀着忐忑而期待的心情，我们希望下一年度的国际私法能够给我们一些意外惊喜。

Frontiers of Private International Law Abroad-An Annual Survey (2015 – 2016)

Du Tao

Abstract: From July 2015 to June 2016, the legislation and practice of private international law in various countries continued to make great progress. The new EU Matrimonial Property Regimes regulations have now been applied in 18 Member States. The newly adopted Small Claims Procedure and the Payment Order has made appropriate amendments to the old ordinance of 2007. The newly revised Regulation on the Protection of Personal Data has formally recognized the right to be forgotten and has given it some extraterritorial effect. The European Parliament has also adopted a new regulation on the free flow of official documents. The European Court of Justice has also adjudicated some typical cases. The American Law Society's Third Restatement of Conflict Law Drafting continues. The Supreme Court made a historic decision on the immunity of foreign state-owned enterprises in the OBB case. In one case, the Federal District Court recognized the effect of the parties' jurisdiction clause choosing Chinese courts, but in another case the district court refused to recognize a judgment of the People's Court of Shanghai. In *Gucci v. Bank of China*, the United States Court held that it had no general personal jurisdiction over the Bank of China, but had special personal jurisdiction. The endeavor to enforce an Ecuadorian court judgment in various countries has failed. The Hague Conference on Private International Law had a number of legislative initiatives in place, including an official draft text on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. The Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements has entered into force. The UNCITRAL is preparing a draft convention on the international recognition and enforcement of conciliation agreements. UNIDROIT has also made new progress on projects such as long-term contracts.

Keywords: Private International Law, Frontier, Annual Survey, Conflict of Laws

(责任编辑：李庆明)