

国际私法国际前沿年度报告（2016—2017）

杜 涛*

摘要：在2016年7月至2017年6月的一年里，由于英国脱欧进程正式启动，给正在如火如荼发展之中的欧盟国际私法统一化进程当头一棒，也给英国和欧盟民商事司法合作带来法律难题。双方围绕脱欧后的法律安排展开了艰苦的谈判。欧盟《布鲁塞尔 IIa 条例》的修订草案出台，并通过了简化公文认证的新条例。欧盟法院作出了一些有重要意义的国际私法判决。德国、匈牙利等国颁布或修订了国际私法法典。意大利最高法院对美国惩罚性判决的承认和执行有了新态度。美国特朗普当选总统，保守主义政治势力进一步崛起，联邦最高法院延续了国际管辖权问题上的保守作风。美国《对外关系法重述（第四次）》完成了管辖权、外国主权豁免和条约的适用三个部分的草案。《冲突法重述（第三次）》的编纂也在低调进行中。海牙国际私法会议公约继续被越来越多国家接受。正在进行的判决项目的草案起草工作进入尾声。其他项目也取得了进展。国际统一私法协会与欧洲法学会共同进行的欧洲跨国民事诉讼规则项目即将完成草案起草工作。再保险合同项目和判决有效执行项目被列入新一轮规划。《国际商事合同通则》2016年版正式出版。加拿大最高法院针对谷歌公司和 Facebook 公司的判决在互联网侵权领域引发了域外管辖权的争论。俄罗斯最高法院颁布了审理涉外经济纠纷案件的司法解释。跨国公司的全球供应链责任引发了很多国家立法和司法的关注。

关键词：国际私法 发展前沿 年度报告 冲突法

2016—2017 年度，世界政治局势风云突变。特朗普当选美国总统，保守主义势力在美国立法、司法和行政部门均占据主导地位。美国退出 TPP 标志着“逆全球化”潮流开始对全球自由贸易产生重大冲击。英国脱欧进程正式启动，英国与欧盟展开了艰巨的讨价还价谈判，对欧盟的国际私法统一化进程造成重大打击。在这样的背景下，中国义无反顾地站在了引领世界全球化发展的最前沿。中国政府连续主办了二十国集团领导人杭州峰会、“一带一路”国际合作高峰论坛和金砖国家领导人峰会。正如习近平总书记所说：“从历史维度看，人类社会正处在一个大发展大变革大调整时代。世界多极化、经济全球化、社会信息化、文化多样化深入发展，和平发展的大势日益强劲，变革创新的步伐持续向前。各国之间的联系从来没有像今天这样紧密，世界人民对美好生活的向往从来没有像今天这样强烈，人类战胜困难的手段从来没有像今天这样丰富。”^①

建设“人类命运共同体”已经成为中国领导人对世界的承诺，而人类命运共同体建设离不

* 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基金资助。

① 习近平：《携手推进“一带一路”建设——在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的演讲》，载《人民日报》2017年5月15日，第3版。

开国际法治的保障,国际私法无疑是建设人类命运共同体的重要法律手段。随着我国“一带一路”建设高潮的兴起,涉外法律服务业必将迎来大发展。党中央和国务院开始启动建立“一带一路”争端解决机制和机构的计划,为“一带一路”建设提供全方位的司法服务和保障。最高人民法院正在加快出台一系列的司法解释,发布指导性案例,论证民法典中的涉外民事关系法律法专编。我国国际私法研究可谓迎来了空前的发展机遇。

本报告是第五次国际私法国际前沿年度综述报告。^①本次综述将坚持既有方针,对2016年7月至2017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。本报告主要以欧美国家和“一带一路”沿线国家为重点关注地区,同时广泛介绍重要国际组织在国际私法领域的最新发展。

一 欧盟国际私法

(一) 英国脱欧的影响

英国首相特雷莎·梅2017年3月29日致函欧盟,正式启动了英国“脱欧”的法律程序。2017年4月29日,除英国以外的27个欧盟成员国领导人参加的欧盟特别峰会通过了英国“脱欧”谈判方针。2017年6月19日,英国“脱欧”第一轮谈判在欧盟总部所在地布鲁塞尔正式开始。双方在谈判中同意成立三个工作小组,分别用来处理“金融善后”“公民权利”以及“第三方相关法律事务”等事宜。第一轮谈判后,欧盟先后公布了14份立场文件,涵盖司法管辖权、核材料以及保护装置、在英欧盟机构的地位权利等议题;英国方面则公布了三大立场文件,涉及英欧关系以及英国与欧洲原子能共同体合作等事宜。2017年7月17日,双方的“脱欧”第二轮谈判继续在布鲁塞尔举行,谈判双方就“脱欧费”、公民权利、北爱尔兰边界安排等核心议题展开了磋商。

双方在很多方面都有重大分歧。与国际私法有关的问题主要包括公民权利和民商事司法合作方面。

就公民权利而言,英国提出的方案是:总体上,英国脱欧后,英国将为居住在英国境内的欧盟居民重新规定公民权利。具体而言,英国将为这些欧盟公民设定一个截止日期。在截止日期前,已经在英国生活满5年的欧盟国家公民可以自动获得“定居身份”,可以继续留在英国,在医疗、教育和养老金等方面享受与英国公民一样的待遇。在截止日期前在英生活未满5年的欧盟国家公民,将被允许留在英国直到达到5年的期限。而在截止日期后和正式“脱欧”前抵达英

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

国的欧盟国家公民,将获得大约两年的“宽限期”。在“宽限期”内,他们只能算是“移民”。^①

但是在欧盟看来,英国通过设定截止日期和宽限期,实际上准备将境内的欧盟公民与英国公民“区别对待”,这与欧盟“维持现状不变”的要求相去甚远。欧盟希望,在英国脱欧之后,英国公民在欧盟以及欧盟居民在英国境内都应该继续像从前一样享有完全平等的待遇,尤其是要继续保障公民自由迁移和居住的权利。

在民商事司法合作方面,欧盟于2017年7月12日公布了一份针对第二轮谈判的立场文件。^②文件提出了欧盟关于继续与英国进行民商事司法合作的基本原则(Essential Principles on Ongoing Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters),具体包括:

(1) 关于合同和非合同之债的准据法,欧盟的相关法律继续适用于在脱欧日之前缔结的合同以及脱欧日之前发生的侵权行为;

(2) 关于法院的管辖权,欧盟的法律继续适用于脱欧日之前受理的诉讼程序;

(3) 在脱欧日之前作出的法院选择协议继续按照之前有效的欧盟法律进行判断;

(4) 关于法院判决的承认与执行,在脱欧日之前作出的判决继续适用欧盟法律;

(5) 关于欧盟民商事司法网络范围内的司法合作程序和交换信息请求,凡在脱欧之日仍在处理过程中的,继续按照欧盟有效的法律进行;

该立场文件还列明了16项需要在脱欧协议中进行处理的民商事司法合作领域的欧盟法律文件。

英国政府目前为止虽然还没有发布民商事司法合作领域的立场文件,但是英国上议院在2016年底和2017年初分别举行了一系列听证会,对脱欧后英国与欧盟之间的民事司法合作进行了讨论。2016年12月6日,剑桥大学法学院芬迪曼(Fentiman)教授在英国上议院口头听证会上表示,英国脱欧不会对英国国际私法造成负面影响,英国法院可以继续采用普通法规则处理涉外商事纠纷。英国也不需要通过立法将现行欧盟条例纳入英国国内法。芬迪曼教授也建议,英国政府在与欧盟谈判中没必要采取弱方地位,也就是说,英国没必要担心脱欧之后会出现法律真空,也不必担心脱欧之后会对英国的法律竞争力产生不利影响。

2017年2月17日,著名冲突法学者布里格斯(Briggs)教授提交一份书面听证意见,针对英国脱欧对英国国际私法的影响发表了看法。很多人认为,英国脱欧对英国商法和商事律师来说是一个巨大损失,也会影响到伦敦作为国际纠纷解决中心的地位。布里格斯教授对此提出了不同看法。他认为,脱欧对英国国际私法不会产生很大的不利影响,甚至在某些方面还有好处。他针对欧盟现行各项国际私法条例分别进行了分析:对于《关于合同之债法律适用的第593/008号(欧共同体)条例》(《罗马I》)和《关于非合同之债法律适用的第864/2007号(欧共同体)条例》(《罗马II》),由于涉及的是准据法的选择,因此英国法院在脱欧之后仍然可以继续采用该条例

① The United Kingdom's exit from the European Union: safeguarding the position of EU citizens living in the UK and UK nationals living in the EU, [https://www.gov.uk/government/publications/safeguarding-the-position-of-eu-citizens-in-the-uk-and-uk-nationals-living-in-the-eu/the-united-kingdoms-exit-from-the-european-union-safeguarding-the-position-of-eu-citizens-living-in-the-uk-and-uk-nationals-living-in-the-eu#economic-and-other-relevant-rights](https://www.gov.uk/government/publications/safeguarding-the-position-of-eu-citizens-in-the-uk-and-uk-nationals-in-the-eu/the-united-kingdoms-exit-from-the-european-union-safeguarding-the-position-of-eu-citizens-living-in-the-uk-and-uk-nationals-living-in-the-eu#economic-and-other-relevant-rights), 最后访问时间:2017年8月20日。

② Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters, European Commission, Task Force for the Preparation and Conduct of the Negotiations with the United Kingdom under Article 50 TEU, TF50 (2017) 9/2.

中的规则,不需要欧盟的配合。但是对于《布鲁塞尔条例》,情况有所不同,因为该条例涉及的是欧盟成员国法院之间管辖权的协调和判决的相互承认与执行,需要各成员国的互惠,英国法院不可能单方面继续适用该条例。因此,英国法院要么恢复已经消失了几十年的普通法制度,要么重新与欧盟签署一项新条约,从而继续沿用布《布鲁塞尔条例》的制度。但是布里格斯指出,欧盟可能不情愿与英国缔结一项新协议,但这对英国而言也不会造成太大损失,毕竟英国与一些欧盟成员国之间还有双边条约可以利用。而且,就算英国不再采用布《布鲁塞尔条例》,对英国来说可能更为有利,因为《布鲁塞尔条例》本来就对英国法院的管辖权构成了不利限制。第三种情形是那些混合型条例,比如跨国破产条例、父母责任条例和抚养条例。这些条例之中既有法律选择的内容,也有管辖权和判决承认与执行的内容,因此它们在英国脱欧之后不能像《罗马 I》和《罗马 II》那样直接纳入英国法,也需要英国政府与欧盟重新签署协议,或者直接采纳《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》。在父母责任、抚养、取证、送达等领域,可以直接适用海牙相关公约来取代欧盟各项条例。总之,布里格斯教授指出,就国际私法而言,英国在与欧盟进行谈判时态度不必软弱。

2017年3月26日,英国上议院特委会司法分会公布了一份关于脱欧对英国司法制度的影响的报告,其中涉及跨国民商事司法合作。

2017年7月13日,英国政府发布了一份关于“进行中的欧盟司法和行政程序”的立场文件。^①该文件阐述了英国对处理正在欧盟法院(CJEU)进行中的涉及英国政府、英国自然人和法人的诉讼程序的态度。该文件指出,一旦英国脱离欧盟,欧盟法院的管辖权将不再对英国有效。但是在脱欧之日,仍然会有很多涉及英国的案件在欧盟法院进行中。英国政府提出了几点解决这些问题的原则。

根据《里斯本条约》,“脱欧”谈判应当在2019年3月29日之前完成。

(二)《布鲁塞尔 IIa 条例》的修订草案

2016年6月30日,欧盟委员会发布了《关于婚姻事项和父母责任事项以及儿童拐带的管辖权、判决承认和执行的条例的建议》,^②拟对2003年《布鲁塞尔 IIa 条例》^③进行修订。《布鲁塞尔 IIa 条例》奠定了欧盟家庭法领域司法合作的基石,统一了欧盟内部关于跨国离婚、分居、婚姻效力、父母责任等领域的程序法规则。该条例自2005年3月1日起在丹麦之外的所有欧盟成员国生效。十年来,欧盟法院发表过24份有关该条例的判决意见。在这些司法实践的基础上,欧盟委员会2014年启动了对该条例的评估工作,并决定对其加以修订。条例尤其在父母责任方面存在很严重的问题,迫切需要予以修改,主要包括:

① Position Paper by the United Kingdom, Ongoing Union judicial and administrative proceedings, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627910/FINAL_OFF_SEN_Position_paper_HMG_Ongoing_Union_judicial_and_administrative_proceedings_Position_Papers_FINAL_120717_-_2_-_1_.pdf, 最后访问时间:2017年8月20日访问。

② Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (Recast), COM (2016) 411 final.

③ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000.

第一，儿童返还程序。在父母拐带子女案件中，很难保证儿童被及时返还。条例中对发布返还命令的时间期限是六周，但该时限在实践中被证明过于拖延。现行条例对于中央机关处理申请的时限也没有规定。一些成员国内法缺乏相关规定，也给儿童的跨国返还造成障碍。另外，条例中规定的“优先机制”（overriding mechanism）也被证明缺乏效率。

第二，儿童在其他成员国的安置。如果某一成员国法院或行政机构决定将儿童安置在某个寄养家庭或机构，它在发布安置令之前必须与该国行政机构进行商议。这也会导致案件的拖延。

第三，可执行宣告程序。在某些国家仍然存在可执行宣告程序（*exequatur*），妨碍了判决的自由流通并给当事人带来不必要成本。

第四，对儿童的听证。条例规定了拒绝承认外国判决的理由，其中之一是对儿童的听证要求。某些国家对儿童听证要求非常严格，这导致这些国家拒绝承认其他国家的判决。

第五，判决执行的效果。由于各成员国内法关于家庭事务执行程序的差异，导致关于父母责任的判决经常被拖延执行或根本得不到执行。

第六，中央机关的合作。条例第 55 条关于父母责任案件中中央机关的协助措施规定不清晰，从而经常导致执行的拖延。

针对以上问题，修订草案作出了很多调整。

（三）《关于简化在欧盟内部提供公共文书的要求以促进公民自由流动并修订 2012/1024 号条例的第 2016/1191 号条例》

欧盟 2016 年 7 月 6 日通过《关于简化在欧盟内部提供公共文书的要求以促进公民自由流动并修订 2012/1024 号条例的第 2016/1191 号条例》。^① 该条例旨在取消对公文的认证并简化其他形式要求。该条例还为有关出生、存活、死亡、婚姻（包括同性伴侣）、住所或居所以及无犯罪记录等公文的翻译提供了标准的多语言格式版本。该条例不适用于第三国颁发的公文，也不适用于对成员国机关颁发的公文内容的法律效力的承认。根据该条例，成员国以欧盟任一种官方语言颁发的公文都不再需要翻译件。该条例还第一次规定，按照成员国法律取得职业资格的人士出具的经公证的翻译件可以在所有其他成员国被接受。为了实现这一目标，各成员国应当在 2018 年 8 月 16 日之前公布一份有职业资格的人士名单。新条例的出台标志着在欧盟内部已经取消了对公文的认证和签注要求。新条例已于 2016 年 8 月 15 日起生效，将于 2019 年 2 月起正式适用。但新条例不影响欧盟成员国与第三国之间继续适用海牙《关于取消要求外国公文书认证的公约》。

（四）《关于民商事调解某些事项的指令》的评估报告

欧盟 2008 年《关于民商事调解某些事项的指令》^② 目的在于便利当事人利用替代性纠纷解决机制，并通过鼓励使用调解以促进纠纷的妥善解决。该指令必须由各成员国（不包括丹麦）在 2011 年 5 月 21 日之前纳入国内法予以实施。根据该指令第 11 条的规定，欧盟委员会不应迟

① Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

② Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

于2016年5月21日向欧洲议会、欧盟理事会以及欧洲经济与社会委员会提交一份关于该指令实施情况的报告。2016年8月26日,该报告正式公布。^①

报告首先对该指令进行了总体评估。报告指出,该条例促进了各成员国对调解的认识和了解,也对几个成员国国内法产生了重要影响。有15个成员国在本指令出台前就已有较为完善的调解制度,本指令对它们的国内法没有造成改变。有9个成员国此前有零散的关于调解的规则。本指令的出台帮助它们进一步完善了国内调解制度。另有4个国家此前根本没有调解制度,本指令帮助它们建立了调解制度。

但是报告也指出,还存在一些实际困难影响各国国内调解制度发挥作用。最关键的是很多成员国缺乏“调解文化”,不知道该如何操作调解,更不知道如何对调解员进行质量管控。一些成员国法院甚至不支持当事人去调解。

报告还指出,调解在家庭事务中发挥的作用要高于商事纠纷,尤其是在涉及儿童监护、探视权和父母拐带等问题上。

报告对指令的具体条文提出了评估意见。对于指令的适用范围,报告指出,有些成员国把指令的适用范围扩展到所有案件,而不仅限于跨境案件。报告对此表示欢迎。另外,在破产案件中,调解运用得不是太充分。报告鼓励成员国法院任命专门的调解员帮助债务人和债权人达成重组方案。

对于调解员的质量管控,报告认为指令第4条第1款的实施令人满意。大多数成员国都制定了调解员的行为守则(code of conduct)。18个成员国制定了调解员服务的质量管控机制。大多数成员国建立了调解员的委任程序和登记名册。但是,大多数成员国反对建立一个全欧洲层面的质量标准。

关于强制调解,有5个成员国在某些领域实施强制调解。比如意大利在大多数领域都强制要求调解。匈牙利和克罗地亚在家庭事务中要求调解。13个成员国对当事人采用调解给予费用上的减免。有些成员国对于法院调解给予法律援助。有些成员国还对不遵守调解协议的当事人施加惩罚。但是在调查中,很多人对强制调解表示了不同意见。

报告最后总结道,调解对于减少不必要的诉讼,节省诉讼成本,方便当事人等都有巨大作用。现行指令在实践中也发挥了很好的效果,暂时也不需要对其进行修订。报告也要求成员国法院更多地鼓励当事人采用调解解决纠纷。委员会也会继续对与调解有关的项目进行资助。

(五) 欧盟法院判决希腊强制性法令不能在德国适用

2016年10月18日,欧盟法院在“希腊共和国诉尼基弗里迪斯案”^②中作出一项裁决,认为希腊政府颁布的储蓄法在德国不具有强制效力。

该案一审原告尼基弗里迪斯(Nikiforidis)是一位希腊公民,在被告希腊政府开办的位于德国纽伦堡的希腊学校教书。双方签订的劳动合同约定适用德国法律。2009年之后,希腊爆发债务危机。根据希腊政府与欧盟、欧洲央行和国际货币基金组织签署的援助协定,希腊政府2010

^① 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.

^② *Hellenic Republic v Grigorios Nikiforidis*, CJEU – C – 135/15.

年颁布了第 3833/2010 号和 3845/2010 号法令，下调所有公共机构工作人员的薪水。本案原告在德国学校领取的工资也被扣发。原告向德国纽伦堡劳动法院起诉，要求希腊政府补发被扣发的工资。该案经过一审和二审之后上诉到德国联邦劳动法院。联邦劳动法院请求欧盟法院就以下问题发表意见：

第一，本案是否要适用《罗马 I》？

第二，《罗马 I》第 9 条第 3 款是否排除希腊强制性规范在德国的适用？

第三，《欧盟条约》第 4 条第 3 款所体现的真诚合作原则是否要求一国法院应当适用另一国的强制性规范？

第一个问题涉及《罗马 I》的时间范围，此处不予讨论。最关键的是第二个和第三个问题，即德国法院是否必须适用希腊的强制性规范？

欧盟法院最终认为，《罗马 I》第 9 条第 3 款必须被解释为排除了法院地和合同之债履行地以外的其他国家的强制性规范的适用，但是并不排除将这些强制性规范作为事实予以考虑，只要合同准据法对此有规定即可。《欧盟条约》第 4 条第 3 款规定的真诚合作原则也不影响这种解释。

根据欧盟法院的这一裁决，德国联邦劳动法院 2017 年 4 月 28 日作出最终裁决：首先，希腊在德国法院不享有主权豁免，因为本案涉及私人劳动关系。其次，本案当事人的劳动关系适用德国法律，希腊不是本案法院地，也不是合同准据法所属国，也不是劳动者惯常从事劳动的地点，因此希腊颁布的第 3833/2010 和第 3845/2010 号法令只能作为第三国的强制性规范看待。对于第三国强制性规范的适用，不适用《罗马 I》第 9 条，因为本案合同是在该条例生效之前签署。本案应依照德国《民法典施行法》确定准据法。《民法典施行法》并未完全排除第三国强制性规范的适用，但根据德国判例，第三国强制性规范只能作为事实予以考虑。就本案而言，希腊政府虽然是为了避免国家破产而颁布了第 3833/2010 和 3845/2010 号法令以降低公职人员的薪金，但是根据《德国民法典》第 241 条第 2 款，这并不能导致本案原告受德国法律保护的劳动关系在没有事先通告的情况下被单方面改变。^①

（六）欧洲国际私法小组关于公司冲突法的草案

2016 年 9 月 16—18 日，欧洲国际私法小组在意大利米兰举行的年会中通过了一项关于公司冲突法的草案。该草案共三章，17 条。第一章“范围”，其中第 1 条规定，该草案适用于公司和其他实体，无论是法人还是非法人，但不适用于税收、海关和其他行政事项，也不适用于合同和非合同之债、物权、破产、信托、劳动关系等事项。第二章为“准据法”。第 3 条“一般规则”规定，公司准据法是成立地国法律。第 4 条则规定，如果根据第 3 条无法确定准据法，则公司准据法为中央机关所在地国法律。但如果公司与其他地点有更密切联系，则适用其他地点所在国法律。第 5 条规定，公司准据法适用于公司的成立、名称、法律性质、一般权利能力和行为能力、代表机构、内部职能、组织和资本结构、账目、审计和披露事项、成员、董事对公司成员和公司所承担的责任、公司成员对其他成员及公司本身所承担的责任、董事和成员对公司债务所承担的责任、公司未满足成立要件的后果等。草案第三章规定了准据法的改变情形。第四章规定了强制性规范的适用、公共政策保留、反致和国际条约等问题。

^① BAG 5. Senat, 26. 04. 2017, 5 AZR 962/13.

（七）欧盟法院关于电子商务合同法律选择条款的判决

在“消费者信息协会诉亚马逊案”^①中，被告亚马逊欧洲公司设立于卢森堡。它所经营的亚马逊德文网站（Amazon.de）上的标准格式合同中包含一项法律选择条款：“本协议条款受卢森堡大公国法律支配并依其解释，并排除《联合国国际货物销售合同公约》的适用”。原告是奥地利的消费者信息协会，它代表一批经常居所位于奥地利的消费者向奥地利法院提起集体诉讼。原告认为，标准条款中的法律选择显失公平，违反了奥地利法律，应属无效。一审法院认为，法律选择条款的效力应适用《罗马 I》第 6 条有关消费者合同的规定。根据该条第 2 款，消费者合同允许当事人选择法律，但是不得剥夺消费者根据其经常居所地法律中的强制性规定所提供的保护。因此，本案中的法律选择条款不能排除奥地利强制性法律规定。一审法院据此认为该法律选择条款无效，应适用消费者经常居所地奥地利法律。二审法院则认为，应适用《罗马 I》第 10 条，法律选择条款的有效性应根据该条款本身的准据法，本案中该条款的准据法应该是卢森堡法律。但是法院又认为，应当对卢森堡法律和奥地利法律进行比较，然后适用对消费者最有利的那一法律。原告上诉到奥地利最高法院。最高法院则向欧盟法院提起一项申请，请求欧盟法院裁决以下先决问题：本案中，消费者协会与亚马逊公司之间并不存在合同关系，因此本案是否属于《罗马 II》第 4 条的适用范围？另外，本案中的法律选择条款是否违反了欧盟 93/13 号指令而显失公平？

欧盟法院首先认为，本案是一起集团诉讼，而无论是《罗马 I》还是《罗马 II》都没有专门规定集团诉讼的法律适用问题。本案到底应适用哪一条例，取决于如何判断“合同之债”和“非合同之债”。本案到底是合同之债还是非合同之债，应根据《布鲁塞尔第一条例》中的区分来进行解释。欧盟法院认为，在《布鲁塞尔第一条例》中，类似于本案的情形一般被识别为非合同之债（侵权或准侵权行为）。欧盟法院最终适用了《罗马 II》第 6 条第 1 款有关不公平竞争的规定。欧盟法院认为，本案中卖方针对特定国家消费者而提供的合同中的不公平条款属于《罗马 II》第 6 条第 1 款所规定的不公平竞争行为，因为它影响到消费者的集体利益，并最终影响到市场的竞争条件。^②

对于奥地利最高法院提出的第二个问题，即本案中法律选择条款是否违反了欧盟《消费者合同不公平条款指令》而有效的问题，欧盟法院认为，根据《罗马 I》第 6 条第 1 款，当事人可以选择准据法。但是根据该条第 2 款，法律选择不得剥夺消费者根据其经常居所地强制性法律规定获得的保护。因此，这一问题应适用奥地利法律。

二 美国冲突法

（一）第四次《对外关系法重述》编纂取得阶段性成果

2012 年，美国法学会启动了第四次《对外关系法重述》的编纂工作，开始对 1987 年的第三

^① *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sarl*, Case C-191/15, 28 July 2016.

^② Case C-191/15 *Amazon ECLI*; EU: C: 2016: 612, para. 42.

次重述进行修订。编纂工作由哥伦比亚大学法学院克利夫兰 (Sarah Cleveland) 教授和弗吉尼亚大学法学院斯蒂芬 (Paul B. Stephan) 教授担任总报告员。2017 年 5 月 22 日举行的美国法学会 2017 年度大会上, 会员们表决通过了主权豁免、条约和管辖权三个章节的草案, 这标志着这三个章节的起草工作已经正式完成。

在主权豁免一章中, 第 452 条对外国国家进行了定义。其中根据美国联邦最高法院近年来的判例重点对外国国家与其代理人和工具 (instrumentalities) 之间的区分进行了规定。第 454 条对商业活动例外进行了规定, 增加了第 2 款, 对“商业活动”“在美国境内实施的商业活动”“基于 (based upon)”“直接影响”等用语进行了界定。这些概念在近年来有关《外国主权豁免法》的案例中都引起了广泛讨论。该条在解释“基于”的意义时采纳了美国联邦最高法院在 2015 年“OBB 诉萨克斯案”中的观点。第 457 条规定了非商业侵权行为的诉讼请求权, 它明确规定, 商业活动例外不适用于包括酷刑在内的行为。第 464 条规定了针对外国的判决的执行, 它只对第三次重述中的规定进行了少量修正。

条约一章基本上也延续了第三次重述的内容, 只是根据最新判例做了一些补充。比如, 对于条约能否为私人创设诉权的问题, 第 111 条沿用了原来的规定, 即国际协定, 即使是那些直接有利于私人的协定, 原则上也不创设私人诉权或者在国内法院创设私人诉因。

管辖权一章与国际私法关系最为密切, 该章报告员是加利福尼亚大学戴维斯分校道奇 (William S. Dodge) 教授, 他同时也对国际私法有精深研究。修订后的该章第一部分是管辖权的分类。它沿用了第三次重述的做法, 将管辖权分为立法管辖权、司法管辖权和执行管辖权。第二部分是关于立法管辖权的行使。第 203 条规定了“反域外适用推定”, 其中纳入了美国联邦最高法院在“莫里森案”和“纳比斯科诉欧共体案”中的观点 (参见下文)。^① 第 204 条规定了合理解释原则, 即美国法院在解释联邦法律的适用范围时应当避免对外国主权的不合理干涉。它建立在美国联邦最高法院 2004 年“安帕格兰案” (Empagran) 的基础之上。第 211 条至第 217 条规定了习惯国际法对管辖权的限制, 包括属地原则、效果原则、积极属人原则、消极属人原则、保护原则和普遍管辖原则等。第 221 条规定了国家行为理论, 第 222 条规定了外国国家强制理论。这两种理论并非习惯国际法的规定, 而是来自于美国司法实践, 体现了对他国的国际礼让。

第三部分是关于司法管辖权。该部分首先指出, 除了主权豁免例外之外, 现代国际法对国家司法管辖权的行使并没有任何限制。该部分接着分别对民事司法管辖权和刑事司法管辖权进行了规定。对于美国法院在民事案件中行使司法管辖权, 重述分别规定了事项管辖权、属人管辖权、送达、不方便法院原则、禁诉令和域外取证等问题。关于送达和取证, 基本上照搬了海牙送达公约和取证公约。有关事项管辖权、属人管辖权、不方便法院原则和禁诉令的规定采纳了美国联邦最高法院和巡回法院近年来最新的判例观点。

刑事司法管辖权共有三个条文。第 311 条规定了被告出现作为管辖权的依据。它是美国国内法的一项原则, 但并非习惯国际法。第 312 条规定了引渡。第 313 条规定了刑事司法协助。

第四部分涉及执行管辖权。第一节规定了执行管辖权的一般规则, 包括习惯国际法的原则,

① 第三次重述中并没有规定“反域外适用推定”, 因为在 1991 年之前的 40 年, 美国法院从来没有用过该推定。直到 1991 年的 Aramco 案, 该推定才被联邦最高法院复活并从此成为近年来美国法院解决国际法律冲突问题时使用最多的工具之一。

比如一国未经他国同意不得在他国境内行使执行管辖权。第二节(第411—420条)专门规定外国判决在美国的承认和执行。在美国,外国判决的承认与执行大都是州法而非联邦法。不过由于大多数州都采用了1962年《统一金钱判决承认法》或2005年《统一外国金钱判决承认法》,因此各州法律基本上是一致的。第411条规定,一项外国法院作出的有关支付一定数额金钱的或确定某一法律争议的终局性和确定性判决有权得到美国法院的承认。第413条和第414条规定了拒绝承认和执行外国判决的理由。重述与前述统一法一样也区分了强制性理由和任意性理由,但在实践中,美国法院把所有任意性理由都视为强制性。值得注意的是,第四次重述将互惠原则重新列为承认和执行外国判决的条件之一。在前述统一法中,互惠原则都被取消了,但少数几个州最近又重新将该原则加入本州法律之中。^①

第418条和第419条规定,美国法院不承认和执行外国法院作出的涉及税收、罚金或其他刑事判决,除非有成文法或国际协定的授权。

(二) 第三次《冲突法重述》的新进展

第三次《冲突法重述》计划有15章,分别是总论(第1章)、属人连结点(第2章)、司法管辖权(第3章)、判决承认与执行(第4章)、法律选择(第5章)、侵权(第6章)、财产(第7章)、合同(第8章)、复杂诉讼(第9章)、信托(第10章)、家庭(第11章)、代理与合伙(第12章)、商业公司(第13章)、遗产管理(第14章)、州与联邦事务(第15章)。目前,第1章和第2章的草案已经被顾问委员会批准,第5—7章的草案已经出台,正在等待批准。其他章节草案尚未出台。

2016年10月5日,《美国国际法杂志网络版》(AJIL UNBOUND)集中刊发了一组研讨会论文,其中,第三次重述的总报告人罗斯福三世教授和副报告人怀托克(Whytock)教授以及另外两位顾问布里迈尔(Brilmayer)教授和迈克尔斯(Michaels)教授的会议论文非常详细地介绍了第三次重述的起草思路和主要内容。

罗斯福三世教授的论文《第三次冲突法重述能做些什么?》^②介绍了他作为总报告人对第三次重述的一些总体设想。他首先回顾了从斯托瑞(Story)开始美国冲突法的历史,重点指出了第二次重述存在的缺陷。他指出,第二次重述虽然受到法官的欢迎,也得到二十多个州采纳,但是实践中还是存在很多弊端,最重要的是它的条文过于复杂、晦涩难懂,不具有确定性,需要法官花费大量时间精力进行解释才能适用,增加了法官负担,而且不同法官得出的结论也会不同,导致审判结果的不确定性。有鉴于此,罗斯福三世教授指出,第三次重述的目标就是要克服之前的缺陷,在条文中增加更多确定性规则从而提高法律选择的可预见性(predictability)。罗斯福三世教授尤其强调了第三次重述与第二次重述的关系。他援引了第二次重述总报告人里斯教授本人的观点。里斯教授本人曾经明确指出,第二次重述只是一个“过渡性文件”(a transitional document),它提出了一些法律选择的衡量原则和因素,但是需要更多更明确的规则来指导法官进行这种衡量,而这正是“未来的重述的任务”。^③因此,罗斯福三世教授指出,第二次重述的

① Fourth Restatement (note 3) § 414 (i).

② Kermit Roosevelt III & Bethan Jones, "What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do", 110 *AJIL UNBOUND*, 2016, p. 139.

③ Willis L. M. Reese, "Conflict of Laws and the Restatement, Second", 28 *Law & Contemp. Probs.*, 1963, p. 699.

任务是把法官从僵硬的规则中解放出来,告诉他们在法律选择过程中需要考虑哪些因素(但并没有告诉法官在个案中如何去具体平衡这些因素的分量),而第三次重述则是要通过对过去50年来美国司法实践的总结,提炼出一些能够让法官在个案中具体衡量这些因素的格式化(in a format)的规则,从而让那些对法律选择并不熟悉的法官也能够容易操作。

然而,如果第三次重述是要回归固定的规则,那么它跟以前的第一次重述或者欧洲的法典又有什么区别呢?换句话说,第二次冲突法革命还有什么意义呢?对此,罗斯福三世教授承认,在外国学者看来,美国冲突法革命是一场“闹剧”,美国学者中也没有几个人将其视为好事情(frolic)。但是,第二次重述的意义在于它纠正了第一次重述所导致的错误结果。冲突法革命及第二次《冲突法重述》使得美国人花了几十年时间去反思第一次重述的错误并思考如何避免这种错误。它为美国法官提供了多种新方法,它使得美国冲突法深深杂根于实践,极大地促进了美国冲突法理论的发展。第三次重述则要把这些理论方法用简明扼要、通俗易懂的语言表述出来,让那些非专业法官也能理解。

罗斯福三世教授希望能够用通俗的法律术语来表述冲突法,他将法律选择视为一个两步走的过程(a two-step process):法律选择问题首先要求我们确定各个州(国家)法律的适用范围,然后来判断二者发生冲突时哪个优先。罗斯福三世教授认为,通过这种两步走方法,第三次重述可以从第二次重述四十年的经验中总结出一些具体规则。罗斯福三世强调,第三次重述要用法学界约定俗成的法律概念来表述法律选择的过程并放弃掉一些学者们所津津乐道的五花八门的概念。总之,第三次重述最重要的目标是要让法律选择变得正常化。

第三次重述的副报告员怀托克教授的论文标题是《通向冲突法和国际法之间的新对话》。^①怀托克教授同时还是正在进行中的第四次《对外关系法重述》的顾问,因此他的这一发言主题非常具有现实意义。

怀托克教授首先指出,在斯托雷时代,冲突法和国际公法本来是同源的,只是到后来,美国学者关注美国国内的州际法律冲突,冲突法才与国际公法分道扬镳,冲突法被认为是美国国内法的一部分。他指出,第三次《冲突法重述》的编纂带来了一个机会,让冲突法和国际法再次汇合,因为今天的冲突法和国际法都要服务于一个共同的目标,就是在一个主权分立的世界如何进行全球治理。为了体现这一点,第三次重述草案开宗明义第一条就规定:“本重述规定的规则……遵守国际公法的要求。在条约没有相反规定的情形下,本规则的适用不能违反各国根据国际公法所承担的彼此间的义务。”为了使第三次重述的规则不违反国际公法,怀托克教授呼吁国际公法和冲突法学者一起来进行对话。

怀托克教授作为第四次《对外关系法重述》的顾问,他特别指出,第四次《对外关系法重述》中也涉及冲突法的内容,尤其是关于司法管辖权的规定和外国法院判决的承认和执行。另外,针对美国冲突法中独特的州际冲突和国际冲突的区别和联系,第三次重述草案第1.04条也专门规定:“本重述中的某些规则仅适用于美国各州之间,某些规则仅适用于国家之间。如果该规则中没有此种限制,则它们可以普遍适用,尽管在特定的国际案件中有些因素可能会导致出现与州际案件中不同的结果。”他指出,几位报告员目前的观点是:一般情况下,解决两种类型的

^① Christopher A. Whytock, “Toward a New Dialogue Between Conflict of Laws and International Law”, *AJIL UNBOUND*, 2016, p. 150.

法律冲突问题背后的政策应当是类似的, 尽管在二者之间存在一些明显的区别(比如充分诚信条款适用于州际案件而不适用于国际案件, 而国际法则不适用于前者而仅适用于后者)。^①

布里迈尔教授作为老一辈学者的代表, 对第二次《冲突法重述》表达了深深的眷恋之情, 认为新重述应当尽可能保留之前的精华, 即对法律选择过程中多重要素的整体分析方法(aggregate contacts)。^②

迈克尔斯教授的论文《冲突法重述与世界》^③重点强调了新的冲突法重述应当更加重视国际案件。第二次重述基本上只考虑到美国州际冲突法, 尽管法院在实践中也把其中的规则适用于国际案件。第三次重述草案在很多地方已经考虑到国际案件与州际案件的区别并做了区别对待,^④但还是不够。迈克尔斯建议, 在新重述中, 应当针对每一项规则都给出一个说明, 指出其适用于国际案件时的不同之处。另外, 针对目前草案中的第1.04条, 应当进一步细化, 应当告诉法官在遇到国际案件时到底该如何处理。

2016年11月4—5日, 迈克尔斯和怀托克教授联合在杜克大学法学院举办了一场“国际法律冲突与第三次重述”的专题研讨会, 集中讨论了第三次《冲突法重述》有关国际案件的规定。会议论文发表在《杜克大学比较法与国际法杂志》(Duke Journal of Comparative and International Law) 2017年第2期。此次研讨会由美国法学会资助, 第三次重述的三位报告员都应邀参会, 但未作发言。

迈克尔斯教授和怀托克教授在开幕发言中重申了之前的观点, 要求第三次重述重视国际法律冲突, 并提出了几点建议。^⑤

齐尔德雷斯三世(Childress III)教授在论文中^⑥指出, 罗斯福三世教授作为总报告员试图在第三次重述中贯彻他所主张的“两步走方法”, 即首先确定案件所涉及的不同法律的适用范围, 然后再确定这些相冲突的法律的优先性。由于第三次重述与第二次重述一样, 同时适用于州际冲突案件和国际冲突案件, 因此这种两步走方法对于州际冲突案件和国际冲突案件同等适用。但是, 齐尔德雷斯三世教授指出, 对于国际冲突而言, 两步走方法却有点行不通, 因为确定法律的适用范围涉及立法解释问题, 美国法官通过对美国各个州立法的解释来确定其适用范围或许没有问题, 但是将其移植到国际案件中就不一定可行, 因为这涉及外国主权问题。退一步讲, 就算能够确定外国法律的适用范围, 当外国法与美国法发生冲突时, 又如何确定何者优先呢? 齐尔德雷斯三世教授指出, 应当对国际案件进行单独对待。齐尔德雷斯三世教授以“反域外适用推定”和“国际礼让”为例, 分析了如何在国际案件中采用两步走方法来解决法律冲突问题, 并要求第三次重述吸收美国联邦最高法院近年来的最新判例。

① 草案第1.04条, 评注c。

② Lea Brilmayer, “What I Like Most About the Restatement (Second) of Conflicts, Why It Should Not be Thrown out With the Bathwater”, *AJIL UNBOUND*, 2016, p. 144.

③ Ralf Michaels, “The Conflicts Restatement and the World”, *AJIL UNBOUND*, 2016, p. 155.

④ Preliminary Draft No. 2 (Aug. 12, 2016), § 1.04 cmt. a.; § 5.01 cmt. e.; § 5.08 Reporters’ note 2, p. 164; § 5.09 Reporters’ note 2.

⑤ Ralf Michaels/Christopher A. Whytock, “Internationalizing the New Conflict of Laws Restatement”, (2016–2017) 27 *Duke J. Comp. & Intl. L.*, p. 349.

⑥ Donald Earl Childress III, “International Conflict of Laws and the New Conflicts Restatement”, (2016–2017) 27 *Duke J. Comp. & Intl. L.*, p. 361.

巴克斯鲍姆教授的论文也同样探讨了“两步走方法”在州际案件和国际案件中的运用。^①希尔伯曼教授的论文^②也从司法管辖权和国际合同中的意思自治原则的角度讨论了州际案件和国际案件的区别并提出了相应的建议。

著名学者博尔切斯 (Borchers) 在发言中^③语重心长地对美国冲突法过去的状况表达了忧虑。他指出,美国的法官们把冲突法这门学科弄得让人费解,这沉重打击了美国冲突法学者。他同时也作出了自我批评,认为自己以前也是造成这一局面的帮凶,因为自己以前也曾极力鼓吹当事人的个人正义而忽视了法律体系整体上的稳定性和可预见性。他明确宣布,自己现在已经正式转变态度了,因为新的重述需要合理的可预见性。

(三) 美国联邦最高法院对公司属人管辖权的进一步限制

2011年的固特异轮胎公司诉布朗案^④中,美国联邦最高法院给一般管辖权下了一个定义,即只有当外国公司与某一州之间具有“持续而系统的一般商业联系”(continuous and systematic general business contacts),以至于该州已经成为该公司“实质上的家乡”(essentially at home)时,该州才可以对该外国公司拥有一般管辖权,从而可以受理针对该公司的一切诉讼。2014年1月,美国联邦最高法院进一步在“戴姆勒诉鲍曼案”(Daimler AG v. Bauman)^⑤中对“实质上的家乡”这一术语作出了限定。美国联邦最高法院认为,法院对法人的一般管辖权只能建立在以下三个基础之上:(1)法人的成立地(place of incorporation);(2)法人的主营业地(principal place of business);(3)例外情形下,法人具有持续而系统的一般商业联系并能合理被认为在家乡的地点。^⑥法院尤其强调,第三个标准只有在极其例外情形下才能适用。通常情形下,即使一家公司在某地已经有大量商业活动,也不能认为它已经以该地为家(at home)。这一判决打破了美国数十年来的先例,正式宣告了“经营活动管辖权”的终结。^⑦

然而,一些原告并不善罢甘休,继续寻求在对自己有利的州法院起诉外州或外国公司。2017年上半年,美国联邦最高法院连续作出了两项判决,再次对公司的属人管辖权问题进行了限定。

“BNSF 铁路公司诉泰瑞尔案”是其中一个典型案例。^⑧该案中,两名原告在蒙大拿州起诉被告 BNSF 铁路公司,认为自己在被告公司工作期间罹患了致命的癌症,要求被告根据《联邦雇主责任法》(FELA)进行赔偿。被告 BNSF 铁路公司并不在蒙大拿州成立,主营业地也不位于该州,两名被告也不在该州居住,损害发生地也不在该州。唯一的联系是被告在蒙大拿州从事实体

① Hannah Buxbaum, “Determining the Territorial Scope of State Law in Interstate and International Conflicts: Comments on the Role of Party Autonomy”, (2016–2017) 27 *Duke J. Comp. & Intl. L.*, p. 381.

② Linda J. Silberman/Nathan D. Yaffe, “The Transnational Case in Conflict of Laws: Two Suggestions for the New Restatement Third of Conflict of Laws—Judicial Jurisdiction over Foreign Defendants and Party Autonomy in International Contracts”, (2016–2017) 27 *Duke J. Comp. & Intl. L.*, p. 406.

③ Patrick J. Borchers, “How ‘International’ Should a Third Conflicts Restatement Be in Tort and Contract?”, (2016–2017) 27 *Duke J. Comp. & Intl. L.*, p. 461.

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

⑤ *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746, 760 (2014).

⑥ *Daimler AG v. Bauman*, at 760–61, 761 n. 19.

⑦ Tanya J. Monestier, “Where is Home Depot ‘At Home’?: *Daimler v. Bauman* and the End of Doing Business Jurisdiction”, (2014) 66 *Hastings Law Journal* 233, p. 234.

⑧ *BNSF Railway Co. v. Tyrrell*, No. 16–405, 581 U. S. ___, 137 S. Ct. 1549 (2017).

经营。蒙大拿州最高法院认为，根据《联邦雇主责任法》第56条，蒙大拿州法院对被告享有属人管辖权，因为被告在该州从事经营活动。蒙大拿州法院还认为，本案不适用戴姆勒案的先例，因为本案涉及的是《联邦雇主责任法》，而且被告是一家铁路公司。

美国联邦最高法院以8:1的意见推翻了蒙大拿州最高法院的裁决，理由是：第一，《联邦雇主责任法》第56条的语言并不涉及属人管辖权。该条规定：“如果被告在诉讼提起时在该地从事经营……则可以在该地区法院提起诉讼。”该条是一项审判地条款（venue provision），而非属人管辖权条款。该条第二句规定：“美国联邦法院根据本章的管辖权可以与几个州法院的管辖权并存”。该条文涉及的是管辖权的并存，也与属人管辖权无关。第二，蒙大拿州最高法院行使属人管辖权不符合联邦宪法第十四修正案的正当程序条款。联邦最高法院再次强调了戴姆勒案中的第三个标准所适用的严格条件，即“在法院地州有实质上的家（essentially at home in the forum state）”。尽管戴姆勒案并不涉及《联邦雇主责任法》和铁路公司，但正当程序条款要求适用于所有对州外公司行使属人管辖权的情形。因此，除了极其例外的情况之外，法院对公司被告行使属人管辖权的前提只能是该公司成立地或主营业地位于法院所在地州。

半个月之后，美国联邦最高法院又在“百时美施贵宝公司诉加利福尼亚州最高法院案”^①中对公司的特别管辖权进行了进一步澄清。该案中，一批加利福尼亚州居民和非加利福尼亚州居民一起在加州法院对被告百时美施贵宝公司提起集团诉讼，指控被告生产的药品对其健康造成了损害。被告公司并未在加州生产、包装该药品，但在该州从事经营活动并在该州销售该药品。原告中的非加州居民所受损害不在加州境内发生，也不是通过加州营业点获得该药品，与加州也没有其他任何联系。加州最高法院认为，根据戴姆勒案判例，加州法院对这些非加州居民原告确实没有一般属人管辖权，但是却对被告公司享有特别属人管辖权，因为被告公司与加州具有广泛的联系。

美国联邦最高法院再次以8:1的表决意见推翻了加州最高法院的裁决，认为加州最高法院的观点违反了联邦宪法第十四修正案的正当程序条款。美国联邦最高法院认为，法院要想获得对诉讼的特别属人管辖权，该诉讼必须是被告与法院之间的联系而引起。美国联邦最高法院强调，对于特别属人管辖权而言，法院地与背后的争议之间必须存在某种从属关系（affiliation），原则上，必须是发生在法院地的一项行为或事件。就本案而言，被告与加州之间的联系与本案诉讼请求之间没有必然关系。

美国联邦最高法院的这两个判例使得美国法院对公司的属人管辖权规则变得更加清晰。但正如索托马约尔大法官在不同意见书中所指出的那样，联邦最高法院的多数意见会对美国境内的集团诉讼造成限制，尤其会带来诉讼的碎片化（piecemeal litigation）。

（四）美国联邦最高法院对“反域外适用推定”的扩张适用

在“RJR 纳比斯科公司诉欧共体案”^②中，美国联邦最高法院将“反域外适用推定”扩张至极限，要求法院将该推定分别适用于一项立法的每一个条款。原告是欧共体（欧盟的前身）及其26个成员国。它们起诉RJR 纳比斯科公司，后者是一家美国烟草生产商。原告认为被告实施

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

^② 136 S. Ct. 2090 (U. S. 2016).

了《美国法典》第 1962 条所禁止的欺诈活动并要求被告根据第 1964 (c) 条对原告的损失给予赔偿。该案涉及《反腐败行为及犯罪组织法》(RICO)^① 的两个条文,即第 1962 条和第 1964 (c) 条。第 1962 条规定,任何从事、参与某些影响到州际或国际商业的欺诈活动或者从该活动中牟利的行为都构成犯罪。而第 1964 (c) 条规定,任何因第 1962 条所规定的犯罪行为而受到伤害的人都可以提起民事诉讼。第 1962 条明确具有域外效力,因为它涵盖了某些发生在美国境外的犯罪行为,比如为外国恐怖组织洗钱和提供实质性支持。通常情况下人们会推定认为,既然第 1962 条可以域外适用,那么第 1964 (c) 条当然也可以。这种推定虽说并非无可置疑,但也完全说得过去,然而美国联邦最高法院在“RJR 纳比斯科案”中却完全作出了相反的裁决。在阿利托大法官^②负责起草并且最终以 4:3 通过的意見书中,美国联邦最高法院认为:“依据 RICO 的文本和内容”,第 1962 条的禁止性规定适用于境外。^③但是,法院继续指出,由于“国会意图使该禁止性规定……适用于域外”并不意味着同一届国会也试图让第 1964 (c) 条所规定的民事救济适用于域外。相反,法院指出,人们必须“独立地将反域外适用推定”^④适用于第 1964 (c) 条。法院进行了这种独立审查后认为,第 1964 (c) 条并没有单独推翻该项推定。用法院的话来说就是:“第 1964 (c) 条中没有任何明显的提示表明国会试图对美国境外所遭受的损害提供一项私人诉因”。^⑤因此,原告无权获得救济,因为它们的诉讼请求“完全是基于境外所遭受的损害”,而“第 1964 (c) 条要求提起 RICO 民事诉讼的原告主张并证明其商业或财产所遭受的是境内损害”。^⑥

纳比斯科案判决在美国引发了激烈评判。^⑦批评意见指出,该案延续了美国联邦最高法院近年来在该领域的判例中所体现出来的令人失望的机械主义思维倾向。它违反了第 1964 (c) 条的字面含义,因为该条为“任何因为违反第 1962 条而在其商业或财产上遭受损害的人”^⑧提供了私法救济,从而把第 1962 条并入在内。其次,正如任何起草过法律的人都知道的那样,这种逐条进行域外效力审查的方式并不符合立法程序的现实。^⑨

美国联邦最高法院认为:“允许在一起 RICO 民事诉讼中对国外的损害提供救济……具有引

① See 18 U. S. C. § § 1961 - 1968.

② 斯卡利亚大法官已过世,索托马约尔大法官没有参加审理。

③ RJR Nabisco, 136 S. Ct. at 2015. “根据 RICO 的文本和内容,我们的结论是,根据隐含其中的意思,国会意图将《美国法典》第 18 卷第 1962 条 (b) 和 (c) 款的禁止规定适用于域外,无论该企业位于何处。”

④ RJR Nabisco, 136 S. Ct. at 2016 - 2018 (“反域外适用推定必须被独立地分别适用于 RICO 的实体禁令及其私人诉权”)。

⑤ RJR Nabisco, 136 S. Ct. at 2118.

⑥ RJR Nabisco, 136 S. Ct. at 2111.

⑦ See, e. g., Pamela K. Bookman, “Doubling Down on Litigation Isolationism”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 57; Hannah L. Buxbaum, “The Scope and Limitations of the Presumption Against Extraterritoriality”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 62; Anthony J. Colangelo, “The Frankenstein’s Monster of Extraterritoriality Law”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 51; William S. Dodge, “The Presumption Against Extraterritoriality in Two Steps”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 45; Stephanie Francq, “A European Story”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 74; Maggie Gardner, “RJR Nabisco and the Runaway Canon”, (2016) 102 *VA. L REV. ONLINE* 134; Note, “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act-Extraterritoriality: RJR Nabisco, Inc. v. European Community”, (2016) 130 *HARV. L REV.* 487; Paul B. Stephan, “Private Litigation as a Foreign Relations Problem”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 40; Carlos M. Vázquez & Ingrid Wuerth, “Introduction to Agora: Reflections on RJR Nabisco v. European Community”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 37; Carlos M. Vázquez, “Out-Beale-ing Beale”, (2016) 110 *AM. J. INTL L UNBOUND* 68.

⑧ 18 U. S. C. 1964 (c).

⑨ See Maggie Gardner, “RJR Nabisco and the Runaway Canon”, (2016) 102 *VA. L REV. ONLINE*, pp. 134, 139.

发国际摩擦的风险”。^①这对本案而言具有讽刺意味，因为本案中，恰恰是欧共体国家本身主动要求美国法院提供救济。美国法院拒绝对外国国家原告提供私法救济，但是其他原告却可以得到这种救济，而且美国的刑事检察官也可以任意地提起刑事指控，这恰恰是对外国国家利益的一种忽视。^②

（五）中国维生素C企业反垄断诉讼案：国际礼让不支持《谢尔曼法》的域外适用

2013年11月26日，美国纽约东区联邦地区法院经过多年审理后作出裁决，认定中国的华北制药集团有限公司及其下属河北维尔康制药有限公司等维生素C生产企业因联合抬升价格，垄断操控美国维生素C市场，触犯了美国反托拉斯法。法院以“三倍赔偿”的原则判处中国企业支付1.623亿美元的巨额赔偿。^③该案被称为美国对华反垄断第一案（以下简称为“维生素C案”）。

2016年9月20日，美国联邦第二巡回上诉法院作出二审裁决，撤销了纽约东区地区法院的裁决，认定中国企业的行为系遵守中国政府的强制性法规，出于国际礼让的考虑，美国法院应尊重中国法律的规定。^④

该案被告是中国的维生素C生产商，被指控在中国境内实施了横向价格固定行为，对美国境内产生了限制竞争的影响，违反了《谢尔曼法》。然而，被告主张，它们实施该行为是基于中国政府的命令。作为证据，它们提交了中国政府出具的一份法庭之友意见书，该意见书确认中国商务部要求被告实施了被诉行为，而该行为是促进中国从一个国有计划经济体制向市场经济转型的计划的一部分，其目标是保持中国在全球维生素C市场的竞争力。

第二巡回法院采纳了这种主权强制行为的抗辩理由，认为，法庭基于国际礼让原则不应适用《谢尔曼法》。通过礼让分析，法院审查了其他巡回法院在天博林案（*Timberlane*）^⑤和曼宁顿·米尔斯案（*Mannington Mills*）^⑥等案例中发展出来的九点衡量因素，并认为这些因素都支持不适用《谢尔曼法》。法院尤其指出：

第一，中国被告的行为“并非明确故意或打算影响美国的商业或者伤害美国的贸易”，尽管“有理由预见”它们的行为“会在整体上对作为国际市场参与者的（美国）原告造成负面影响”；

第二，《谢尔曼法》的适用将会对中国构成“不尊重”并会对“中美关系造成负面影响”；

第三，美国法院作出的任何救济指令都不会在中国得到执行，同样，“中国针对一家美国公司作出的……禁止该公司遵守美国经济管制的类似指令”也不会在美国得到执行；

第四，美国原告“并非别无他法”。它们可以寻求行政部门的帮助，“行政部门最适合处理外交政策、制裁、条约和双边谈判”，或者诉诸于世界贸易组织的程序。

法院最后认为：“认识到中国对其保护性经济政策具有强烈的利益并且在中国政策和我们的

① RJR Nabisco, 136 S. Ct. at 2017.

② See, e.g., Anthony J. Colangelo, “The Frankenstein’s Monster of Extraterritoriality Law”, (2016) 110 *AM. J. INT’L L. UNBOUND*, p. 51.

③ *In re Vitamin C Antitrust Litigation* [*Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al.*], No. 06 – md – 1738, No. 05 – cv – 0453, E. D. N. Y. Nov. 26, 2013.

④ *In re Vitamin C Antitrust Litigation* [*Animal Science Products, Inc., et al. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co. Ltd., et al.*], No. 13 – 4791 – cv, 2nd Cir., September 20, 2016.

⑤ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am., N. T. & S. A.*, 549 F.2d 597, 614 – 15 (9th Cir. 1976).

⑥ *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1297 – 98 (3d Cir. 1979).

反托拉斯法之间存在直接冲突,我们认为,就法律而言,中国的利益要高于美国在本案中执行其反托拉斯法所具有的利益”。^①

美国联邦最高法院已接受了原告的申诉意见并决定对该案进行调卷复审。复审结果将在下一年度的报告中介绍。

(六)《外国人侵权法》与公司责任

去年的报告中,我们介绍了在“杰斯纳诉阿拉伯银行外国人侵权法诉讼案”中,第二巡回法院的卡布雷纳斯(Cabranes)法官继续坚持了自己在吉奥贝案(Kiobel)中的观点,认为公司不能依据《外国人侵权法》承担国际习惯法上的责任。^②2016年第二巡回法院对该案进行的全席审理中,再次以7:6的投票结果否决了再审申请,雅克布斯法官和卡布雷纳斯法官撰写了意见书,重申了他反对公司责任的观点。^③原告继续向联邦最高法院提起了调卷申请,联邦最高法院于2017年4月3日接受了申请,发布了调卷令,决定对该案进行提审。

早在2013年,联邦最高法院在吉奥贝案^④中就维持了第二巡回法院的判决,但是却回避了公司的责任问题,而是根据“反域外适用推定”驳回了诉讼。但是,联邦最高法院的回避态度并没有让这一问题归于消失,反而激化了矛盾。吉奥贝案之后,类似案件在美国法院层出不穷。仅仅在2016年,第二巡回法院就遇到一系列相关案件。其中的一个案子,即“里奇诉黎巴嫩加拿大银行案”^⑤第三次被提交到第二巡回法院。还有两起案件涉及一家美国公司被告,即美国运通公司。里奇案中,法官认为,公司被告可以被追究国际法上的责任。^⑥里奇三号案基于相同的事实,但涉及的是一家外国公司被告,即黎巴嫩加拿大银行,该银行在美国境内并没有任何分支机构、办公室或雇员。原告是一些以色列和加拿大公民,他们家属在黎巴嫩真主党对以色列公民发动的多起火箭袭击中死亡。在他们提起的《外国人侵权法》诉讼中,原告主张,黎巴嫩加拿大银行帮助和支持了黎巴嫩真主党实施了战争犯罪行为,在以下几个方面违反了国际法:(1)蓄意为真主党的分支机构舍希德(Shahid)基金会提供银行账户;(2)通过其位于纽约的合作银行为舍希德基金会实施多起跨国电汇,总额达数百万美元。地区法院根据吉奥贝二号案(Kiobel II)驳回了原告的《外国人侵权法》诉讼请求,理由是原告未能推翻《外国人侵权法》不能适用于境外的推定。

第二巡回法院驳回了该项理由。法院认为,黎巴嫩加拿大银行被指控帮助和支持真主党的行为包括多次电汇和通过该行位于纽约的合作银行为真主党提供其他银行服务,但是根据起诉书,这些银行服务“是由黎巴嫩加拿大银行通过纽约州来实施的”。法院认为,这一行为“明显‘触及并牵涉到’美国领土因而推翻了反域外适用推定”。^⑦但是,法院仍然认为应当维持驳回原告

① In re Vitamin C Antitrust Litigation.

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

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

④ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).

⑤ 834 F.3d 201 (Licci III) (2d Cir. 2016), petition for certiorari filed (U.S., Dec. 19, 2016).

⑥ See *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank, SAL*, 672 F.3d 155 (2012); *Licci ex rel. Licci v. Lebanese Canadian Bank, SAL* (“Licci II”), 739 F.3d 45, (2d Cir. 2013).

⑦ *Licci III*, 834 F.3d at 215 (quoting *Kiobel II*, 133 S.Ct. at 1669). See also *id.* at 217 (“原告所主张的‘触及并牵涉到’美国并且有足够强烈的理由取代该项推定,只要该行为同时我们所做的域外适用分析的第二分支。”)。

诉讼请求的裁决，理由是根据吉奥贝案的判例，公司不能承担国际法责任，从而再次维持了阿拉伯银行二号案（Arab Bank II）案的裁决。

我们相信，联邦最高法院将会通过杰斯纳案的提审对这个折磨了美国法律界多年的棘手问题做一了断。

（七）福岛核泄漏事故的损害赔偿：库伯诉东京电力公司案

2017年6月22日，美国联邦第九巡回法院在“库伯诉东京电力公司案”中作出一项无异议判决，裁定东京电力公司向原告支付12亿美元赔偿金。该案是福岛核泄漏事故发生后唯一在美国法院被受理的相关案件，而且该案发生在日本刚刚加入《核损害补充赔偿公约》之后不久，因此其意义非同寻常。

2011年发生的日本福岛核泄漏事故不仅给日本人民和日本境内的财产造成了巨大损害，而且损害还扩散到世界各地，尤其是日本周边国家和地区。由于日本政府和东京电力公司在损害赔偿方面一直采取拖延和逃避态度，很多受害者开始在日本以外的他国法院寻求法律救济。

在事故发生后的处理过程中，一批美国海军现役人员被派到事故现场实施救援行动。他们在诉讼中声称，由于东京电力公司提供了错误的信息，导致原告在行动过程中遭受了辐射并导致身体受到伤害。原告认为，尽管事故的发生是地震和海啸等自然原因引起的，但是根据日本政府事后组织的调查委员会的结论，海啸导致的核电站停机和爆炸本来是可以避免的，造成核泄漏完全是公司管理不善和应对不力所致。事故发生后，日本政府虽然建立了善后赔偿机制，成立了专门的核损害赔偿纠纷解决中心，允许受害者直接向该中心提出赔偿请求，也允许受害者直接向日本法院起诉。但是这批美国海军士兵仍然选择在美国加利福尼亚州南区联邦地区法院对东京电力公司提起诉讼，他们向东京电力公司要求设立10亿美元的赔偿基金以负担他们今后的治疗费用。同时，原告还提出了非经济损失和惩罚性赔偿请求。^①东京电力公司则要求美国法院驳回原告诉讼，理由是国际礼让、不方便法院原则和政治问题理论。

联邦地区法院于2015年裁决驳回了被告的抗辩，但把案件提交到第九巡回法院进行复审。^②在复审过程中，日本政府提交了一项法庭之友意见书，要求驳回地区法院的裁决，并将案件交由日本法院审理。日本政府认为，本案原告在美国的诉讼会破坏日本政府一揽子解决福岛核事故损害赔偿纠纷并促使所有受害者得到公平赔偿的努力。

第九巡回法院则出示了美国国务院提交的一封针锋相对的法庭之友意见书。美国国务院指出，允许原告在美国法院起诉符合美国政府促进《核损害补充赔偿公约》的外交努力。对于美国政府的这一观点，法院进行了详细分析。

1. 《核损害补充赔偿公约》

《核损害补充赔偿公约》（以下简称为CSC）是在美国主导下由国际原子能机构于1997年通过的一项世界范围的核损害责任赔偿公约，其目的是建立一个补充和加强核损害赔偿措施的全世界范围的责任体制以便提高核损害赔偿额。该公约一个重要规定是核损害赔偿诉讼的专属管辖权，公约第13条规定：“除本条另有规定外，对于与核事件所造成核损害有关的诉讼的管

^① *Cooper v. Tokyo Elec. Power Co., Inc. (Cooper I)*, 990 F. Supp. 2d 1035, 1039-42 (S. D. Cal. 2013).

^② *Cooper v. Tokyo Elec. Power Co., Inc. (Cooper II)*, 166 F. Supp. 3d 1103 (S. D. Cal. 2015).

管辖权仅属于发生核事件的缔约方的法院。”另外，当核事件发生在一缔约方专属经济区区域内，或如果尚未建立此种经济区，缔约方倘若建立此种经济区，在不超出该区界限的区域内，对于与该核事件造成的损害有关的诉讼的管辖权，为了本公约的目的应只属于该缔约方法院。这样一来，一旦某国加入该公约，就该国境内发生的核事故而言，该国法院就获得了关于该事故诉讼的专属管辖权。这对该国是相对有利的，因为这样一来可以避免受害者到其他国家诉讼，并获得更有利于受害者的赔偿，尤其是惩罚性赔偿。另外对缔约国有利的是，缔约国法院在很大程度上可以适用本国法律。公约第 14 条规定：（1）在适当情况下，《维也纳公约》或《巴黎公约》或本公约附件适用于某一核事件，但适用其中之一即排除其他两文书的适用；（2）在不违反本公约、《维也纳公约》或《巴黎公约》规定的情况下，在适当情况下，可适用的法律是主管法院法律。

但是有一利就必有一弊。公约规定，一国要想加入该公约，必须首先加入 1963 年《关于核损害民事责任的维也纳公约》和 1960 年《关于核能领域第三方责任的巴黎公约》，或者该国已经制定了与《核损害补充赔偿公约》附件相一致的国内法。美国虽然不是《巴黎公约》和《维也纳公约》的缔约国，但美国 1957 年就颁布了与该两项公约内容相一致的《普莱斯—安德森核工业赔偿法》。1997 年的《核损害补充赔偿公约》是在美国主导下进一步补充《巴黎公约》和《维也纳公约》的国际文件，它对缔约国施加了更为高昂的赔偿责任，因此在通过后很少有国家愿意加入。美国一直在努力推动更多国家加入该公约。^①而“库伯诉东京电力公司案”的发生正好给美国政府提供了一次促使日本加入该公约的机会。美国政府的努力也确实发生了效果。正是在本案进行期间，日本政府于 2015 年 1 月 15 日正式宣布加入公约。日本政府加入公约的目的就是为了防止发生类似于本案这样的境外诉讼。^②由于日本是第五个加入公约的国家，根据公约第 20 条第 1 款的规定，在日本加入公约后，公约满足了生效的条件，即在至少 5 个共拥有不低于 400 000 核装机容量单位的国家交存了第 18 条中所述的文书之日后第九十日生效。因此，公约于 2015 年 4 月 15 日正式生效。

被告东京电力公司主张，鉴于日本已加入公约，因此应该适用公约第 13 条的专属管辖权规定，将案件交由日本法院管辖。被告的理由是，公约第 13 条的管辖权条款与其他实体性条款不同，可以具有溯及力。

第九巡回法院没有认同被告的这一观点。法院认为，尽管在过去的判例中，法院曾经将管辖权条款适用于已经受理的案件，但是这并不意味着所有的案件都应该如此。法院认为，在判断一项法律中的管辖权条款是否具有溯及力时，应当根据一般的法律解释规则来判断。就本案而言，要判断公约第 13 条的专属管辖权条款是否可以溯及既往地适用于本案，应当对该条款进行解释。法院提出了两项理由驳回了东京电力公司的主张：第一，根据公约第 13 条的文本，“诉讼的管辖权仅属于发生核事件的缔约方的法院”（the courts of the Contracting Party within which the nuclear incident occurs），其中“发生”一词用的是现在时态（occurs）而不是过去时

① 2015 年 6 月 22 日至 24 日在美国举行的第七轮中美战略与经济对话和 2016 年 6 月 6 日至 7 日在北京举行的第八轮中美战略与经济对话中，美国都专门要求中国就加入该公约的问题进行讨论，参见《第七轮中美战略与经济对话框架下战略对话具体成果清单》，载《人民日报》2015 年 6 月 26 日，第 10 版；《第八轮中美战略与经济对话框架下战略对话具体成果清单》，载《人民日报》2016 年 6 月 8 日，第 17 版。

② 周永生：《日本为何谋求加入〈核损害补充赔偿公约〉？》，载《国际商报》2011 年 6 月 10 日，第 3 版。

态,这表明,公约只适用于未来发生的核事故,而不适用于过去发生的核事故。第二,公约应当被作为一个整体来看待,因此,公约第13条所规定的管辖权规则与公约其他规则是一个整体,不能被孤立地对待。如果认为第13条具有溯及力,而公约其他部分不具有溯及力,就损害了公约的整体性。法院还援引了美国国务卿鲍威尔就该公约提交给美国总统布什的公函,通过对其中文字的解释,法院认为该公约也只适用于美国加入以后所发生的核事故。总之,根据公约的文本、结构和历史都表明了公约第13条不具有溯及效力,只能适用于公约对日本生效之后所发生的事故。

2. 国际礼让

东京电力公司提出的第二项抗辩理由是,美国联邦地区法院受理本案违反了国际礼让原则。第九巡回法院对此进行了分析。法院指出,国际礼让包括两方面:立法礼让(prescriptive comity)和司法礼让(adjudicative comity)。前者是指一国限制本国法律的域外适用,后者是指一国法院对于外国法院依法受理的案件放弃自己的管辖权。本案所涉及的礼让是指后者。

本案中,地区法院在判断是否根据国际礼让放弃行使管辖权时依据以下三个标准:(1)美国对于诉诸外国法院的利益强度;(2)外国政府的利益强度;(3)替代法院的适当性。

第九巡回法院首先分析了美国政府和外国政府各自的利益强度比较,具体从以下几个要素来分析:(1)所涉行为发生地;(2)各当事人的国籍;(3)所涉行为的性质;(4)国家的外交政策利益;(5)公共政策利益。

就前两项利益而言,本案所涉事故发生于日本,日本具有利益;原告是美国公民,美国具有利益。因此,前两项利益美国和日本基本持平,难分高下。就行为的性质而言,日本的利益在于对核电站进行管理并对受害者进行赔偿,而美国的利益在于确保世界范围内的核电站安全运营,尤其是在涉及美国公民的情况下。就美国和日本的外交政策利益而言,法院不认为日本的利益比美国更强。美国法院行使管辖权不会在美国和日本之间造成外交冲突。最后,就公共政策利益而言,双方利益也难分仲伯。

在复审程序中,日本政府提出了一项驳回诉讼的理由,即美国法院行使管辖权会破坏日本处理福岛核泄漏事故统一赔偿机制的有效性,因为不同国家法院赔偿标准不统一会导致对不同受害者的区别对待。日本政府特别指出,由于日本政府已经参与了福岛核事故的善后赔偿并主导了东京电力公司的破产重整,因此对事故受害者的赔偿应当由日本法院统一处理。

巡回法院认为日本政府的意见有合理性,为了进一步判断美国政府的利益,法院请求美国国务院提交了一份意见书。国务院在意见书中表达了支持美国法院继续审理该案的态度,认为美国的利益在于促进《核损害补充赔偿公约》被更多国家接受。《核损害补充赔偿公约》与之前的《巴黎公约》和《维也纳公约》的不同之处在于,它试图建立一项适用于全球所有国家的核损害责任制度,不仅适用于有核装置的国家,也适用于没有核装置的国家。对于那些没有核装置运营的国家,公约为了吸引它们加入,特地在第11条规定,根据公约设立的赔偿基金中的50%应用于赔偿在装置国领土外所受核损害的索赔。而对于像日本这样有大量核装置的国家,公约吸引它们加入的措施之一就是第13条所规定的专属管辖权。

美国非常希望像日本、中国、俄罗斯、印度、法国等拥有最多核装置的国家能够加入该公约,因为公约所设立的公共赔偿基金是根据缔约国的核装机容量来缴纳的。加入的核装机容量越多,基金的数额越大。如果有核装置的国家都不加入,公约就丧失了意义。因此,美国政府极力

鼓动所有有核国家加入公约。但是，有大量核装置的国家由于不愿分摊过高的公共基金，迟迟不愿加入。对于日本而言，之所以在 2015 年才不情愿地加入公约，很大程度上正是由于福岛核事故的发生，促使日本政府试图通过公约所规定的专属管辖权来规避受害者的境外索赔诉讼。因此，在美国政府看来，尽管日本加入公约本身是符合美国政府的利益的，但是日本加入公约的动机却是为了规避类似于库伯案这样的境外诉讼，这就严重违背了美国政府的本意。假如美国政府在本案中支持驳回美国法院的诉讼而赞同日本法院对案件的专属管辖权，就会给其他国家提供一个先例，即不用急于加入公约，而等到发生核事故之后再加入，这样就可以一方面规避公约的义务，另一方面照样享受到公约规定的专属管辖权优惠。这是美国政府非常不愿意看到的。因此，美国政府在法庭之友意见书中，反对美国法院放弃对本案的管辖权。

美国政府的这一态度实际上是给那些尚未加入《核损害补充赔偿公约》的国家一个警示：如果你们现在还不加入公约，等到你们国内发生类似福岛核泄露这样的事故，你们就得不到公约中的专属管辖权的保护。公约中的专属管辖权成了美国政府与外国政府进行公约谈判时的一个主要筹码 (bargaining chip)。法院最后认同了美国政府的意见，认为“法院在对外国的诉讼行使国际礼让的时候，不能违反美国政府的公共政策”。

法院还对被告所提出的其他一些理由进行了分析，比如不方便法院原则、政治问题理论^①以及消防员规则 (Firefighter's Rule)^② 等。法院认为，这些理论都不足以排除美国法院对本案的管辖权。

(八) 外国国家主权豁免案

1. 伊朗中央银行豁免权案

“玛卡奇银行诉彼德森案”^③ 是联邦最高法院提审的又一起涉及外国主权豁免的案件，但该案所争议的是美国宪法中有关三权分立的一个棘手问题。

根据美国《外国主权豁免法》，外国政府如果从事了支持恐怖主义的行为，美国公民就可以针对该外国提起损害赔偿诉讼，该外国不能以主权豁免为由主张免受美国法院的管辖，这就是所谓的“恐怖主义例外”。但是，就算美国法院作出了要求该外国赔偿的判决，这些判决在实践中也很难得到执行，因为《外国主权豁免法》对外国国家财产规定了执行豁免。根据《外国主权豁免法》，位于美国境内的外国国家财产中，只有那些“用于商业活动”的财产才可以被用于判决的执行。此外，外国中央银行或财政部门所拥有的财产也不能被用于判决执行。^④

多年前，超过 1000 名恐怖主义袭击受害者分为 16 组根据美国《反恐怖主义法》分别针对伊

① 政治问题理论 (political question doctrine) 是指根据美国的三权分立原则，属于行政部门管辖的事项不能由司法机关处理。

② 所谓的消防员规则是指消防员不能去起诉因过失而导致火灾的人。

③ *Bank Markazi v. Peterson*, 136 S. Ct. 1310 (U. S. 2016).

④ FSIA, § 1611 (b) (1).

朗政府提起了损害赔偿的集团诉讼,并获得了16项胜诉判决。^①但是由于《外国主权豁免法》的上述规定,导致这些判决无法得到执行。

为了解决执行困境,美国国会专门在2002年颁布了一项《恐怖主义风险保险法》(TRIA),它允许执行那些根据《外国主权豁免法》中的恐怖主义例外规则而获得的胜诉判决,被执行的财产限定为“恐怖主义当事人被扣押的财产”。根据该法的授权,美国总统于2012年颁布了一项执行令,对任何伊朗金融机构(包括伊朗中央银行)的财产和收益予以冻结。但是,这些被冻结的财产能否被用于判决的执行,尚有争议。为了解决这些财产的执行难题,美国国会再次颁布了一项法规,即2012年《降低伊朗威胁和叙利亚人权法》第502条,后来被编入《美国法典》第22卷,成为其第8772号法律。该法规定:如果法院有特别裁定,那么金融资产可以被执行,以便满足任何判决中针对伊朗所支持的恐怖主义行为导致的人身损害或死亡的赔偿。该法还要求法院必须确定,该财产是伊朗享有权利或收益的财产,并且没有其他人对该财产享有宪法上受保护的權利。

本案中的这些恐怖主义受害者为了执行针对伊朗的判决,向纽约南区联邦地区法院申请了登记,并要求根据上述第8772号法律执行伊朗中央银行(玛卡奇银行)在纽约账户中的资产,合计有17.5亿美元。

玛卡奇银行则提出了一项抗辩,认为国会所颁布的第8772号法律违反了三权分立原则,因为它直接干预了法院对个案的审判权。地区法院驳回了玛卡奇银行的抗辩,认为国会的该项立法并不违反三权分立原则,因为该法只是改变了本案所适用的法律,并没有篡夺法院的司法权。

第二巡回法院也维持了地区法院的意见。玛卡奇银行向联邦最高法院提出了申诉,联邦最高法院接受申请,并发布了调卷令。玛卡奇银行援引了“美国诉克莱恩案”,认为如果国会对正在审理的案件事先规定了裁判规则,那就是对司法权力的践踏。联邦最高法院则认为,克莱恩案已经过时了,新近的判例已经不再限制国会去修订法院所适用的法律。法院认为,通过颁布1976年《外国主权豁免法》,国会已经把判断外国是否服从美国法院管辖的权力交给了法院,但是国会仍然保留改变外国国家豁免的特权。国会通过修改法律来对属于伊朗的财产进行扣押,这并不违反国会享有的对外国国家豁免和财产豁免的主导权。因此,联邦最高法院维持了下级法院的裁决。

2. 外国主权财富基金的豁免权

“亚特兰迪卡控股公司诉萨鲁克-卡其纳 JSC 主权财富基金案”^② 涉及哈萨克斯坦主权财富基金发行的债券引发的证券欺诈诉讼。该案中,美国境内的几个投资者购买了哈萨克斯坦主权财

① *Wultz v. Islamic Republic of Iran*, 864 F. Supp. 2d 24 (DC 2012); *Murphy v. Islamic Republic of Iran*, 740 F. Supp. 2d 51 (DC 2010); *Valore v. Islamic Republic of Iran*, 700 F. Supp. 2d 52 (DC 2010); *Bonk v. Islamic Republic of Iran*, No. 1: 08 - cv - 01273; *Spencer v. Islamic Republic of Iran*, No. 1: 06 - cv - 00750; *Arnold v. Islamic Republic of Iran*, No. 1: 06 - cv - 00516; *Estate of Brown v. Islamic Republic of Iran*, No. 1: 08 - cv - 00531 (D DC, Feb. 1, 2010); *Acosta v. Islamic Republic of Iran*, 574 F. Supp. 2d 15 (DC 2008); *Beer v. Islamic Republic of Iran*, 574 F. Supp. 2d 1 (DC 2008); *Kirschenbaum v. Islamic Republic of Iran*, 572 F. Supp. 2d 200 (DC 2008); *Levin v. Islamic Republic of Iran*, 529 F. Supp. 2d 1 (DC 2007); *Estate of Heiser v. Islamic Republic of Iran*, 466 F. Supp. 2d 229 (DC 2006); *Estate of Bland v. Islamic Republic of Iran*, No. 1: 05 - cv - 02124 (D DC, Dec. 6, 2006); *Greenbaum v. Islamic Republic of Iran*, 451 F. Supp. 2d 90 (DC 2006); *Campuzano v. Islamic Republic of Iran*, 281 F. Supp. 2d 258 (DC 2003); *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46 (DC 2003).

② See *Atlantica Holdings v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC*, 813 F.3d 98 (2nd Cir. 2016), cert. denied, 137 S. Ct. 493 (U. S. 2016).

富基金公司发行的债券，它们在纽约南区地区法院起诉哈萨克斯坦及该基金公司，认为对方实施了虚假陈述行为，违反了美国证券法。被告认为自己享有主权豁免。地区法院驳回了被告抗辩，认为根据《外国主权豁免法》第 1605 条第 1 款第 2 项的“商业活动例外”，本案的诉讼是“基于与该外国在别处的商业活动有关，而且在美国领土以外进行但在美国引起直接影响的行为提出的”，因此被告不享受豁免权。

“亚奇贸易公司诉厄瓜多尔共和国案”^①的结果则相反，法院驳回了原告针对厄瓜多尔政府及其所发行的国家债券的诉讼，因为被告在厄瓜多尔境内发行债券，被告所购买的债券在厄瓜多尔境内被厄瓜多尔政府没收，因此该债券并未“涉及美国境内的商业活动”，不符合《外国主权豁免法》第 1605 条第 1 款第 3 项所规定的商业活动例外，被告享有豁免权。

“弗兰克诉安提瓜和巴布达联邦案”^②中，原告指控被告安提瓜和巴布达政府牵涉到一起庞氏骗局，根据 RICO 法的规定要求被告承担损害赔偿。被告根据《外国主权豁免法》要求管辖权豁免。地区法院驳回了被告抗辩，认为自己根据《外国主权豁免法》的商业活动例外享有管辖权。第五巡回法院推翻了地区法院意见，认为被告的行为没有对美国造成“直接影响”，不符合商业活动例外。

“简维诉利比亚投资管理局案”^③同样涉及复杂的庞氏骗局。被告利比亚投资管理局 (LIA) 是利比亚政府拥有控股权的机构，属于《外国主权豁免法》意义上的外国的代理人。利比亚对外投资公司 (LFICO) 是利比亚投资管理局拥有控股权的公司。利比亚对外投资公司卷入了一起庞氏骗局，原告向美国法院起诉。被告主张国家主权豁免。地区法院认为，本案中的利比亚投资管理公司不享有豁免权，因为该公司卷入了美国境外的商业活动，并对美国产生了“直接影响”。法院同时认为，利比亚投资管理局享有豁免权，因为它并未参与商业活动，而且利比亚投资管理公司并非利比亚投资管理局的代理人或“二位一体” (alter ego)。上诉法院认为，虽然利比亚投资管理公司是利比亚投资管理局的子公司，但是本案事实表明，该公司实际上是为利比亚政府的利益行事，因此上诉法院要求地区法院重新考虑利比亚投资管理公司是否构成利比亚政府的下属机关。接下来的问题是：假设利比亚投资管理公司是利比亚政府的机关，那么它的行为是否构成《外国主权豁免法》中的商业例外？上诉法院通过分析认为，对利比亚投资管理公司不适用商业活动例外，因此，假如利比亚投资管理公司被认为是利比亚政府的机关，那么它应当享有豁免权。最后，上诉法院维持了地区法院对利比亚投资管理局的判决，但同时要求地区法院对利比亚投资管理公司的身份进行重新判断。

“理查德森诉多诺万案”^④涉及不列颠维京群岛海关船舶造成的一起沉船事故损害赔偿。被告维京群岛主张主权豁免。根据《外国主权豁免法》第 1605 条第 1 款第 5 项，如果“某外国或者该外国任何官员或雇员在职务或雇佣范围内的行动中发生侵权行为或过失，从而在美国境内造成人身伤害、死亡或者财产损害或丧失，(受害一方)为此向该外国追索损害赔偿金的”，该外

① See *Arch Trading Corp. v. Republic of Ecuador*, 839 F.3d 193 (2nd Cir. 2016).

② See *Frank v. Commonwealth of Antigua and Barbuda*, 842 F.3d 362 (5th Cir. 2016).

③ See *Janvey v. Libyan Investment Authority*, 840 F.3d 248 (5th Cir. 2016) (认为即使一家公司被另一家完全属于利比亚政府的公司所有从而本身构成利比亚政府的“代理人或工具”，但是其商业活动完全发生在美国境外从而在美国境内并没有“直接影响”，因此并没有启动 FSIA 的商业活动例外)。

④ See *Richardson v. Donovan*, __ Fed. App'x. ___, 2016 WL 7240172 (3rd Cir. 2016) (人身伤害例外)。

国不享有豁免权。地区法院在未经听证的情况下就判断事故发生在美国领水之内并裁定维京群岛不享有豁免权。第三巡回法院推翻了该裁决，要求其进行重审。

“巴拉平德诉印度政府案”^①涉及《外国主权豁免法》第1605条第1款第1项中的弃权例外(waiver exception)。原告指控印度旁遮普警察局官员对他实施了引渡后的酷刑折磨，违反了印度政府和美国政府之间的引渡协定，并认为印度政府在协定中放弃了管辖权豁免。地区法院认为，印度政府并未放弃豁免权，因此美国法院缺乏管辖权。二审维持原判。

(九) 知识产权法的域外适用

1. 知识产权的地域性与不方便法院原则

“哈罗创新与设计公司诉康普托德斯印德斯公司”^②案中，原告是一家位于香港的私人公司，被告是一家位于加拿大的企业。原告拥有多项美国专利、商标和版权，所生产的使用了该专利和商标的家具在美国市场销售。被告加拿大公司也生产家具，但通过位于中国大陆、越南和印度的代工厂生产。被告的产品通过伊利诺伊州的分销商在美国销售。原告起诉被告，指控对方侵犯了自己的美国专利、商标和著作权，违反了伊利诺伊州消费者欺诈法。被告以不方便法院原则为由提出抗辩，主张加拿大法院是更为方便的法院。伊利诺伊州地区法院支持了被告的抗辩理由，认为加拿大法院是可以替代的适格法院。法院认为，加拿大、中国香港、美国都是伯尔尼公约的缔约方，根据公约规定的国民待遇原则，原告可以在加拿大获得加拿大法律提供给加拿大公民的同等保护。原告也可以期待加拿大法院会适用美国知识产权法律处理本案。因此，地区法院以不方便法院原则驳回了原告诉讼。

上诉法院则推翻了下级法院的判决，认为公约中要求的“国民待遇”仅仅意味着加拿大法院对其他缔约国作者的著作权所提供的保护与加拿大本国公民相同。但这并不意味着，加拿大法院要对发生于境外的知识产权侵权行为提供救济，也不意味着加拿大法院会根据外国法律赔偿发生在加拿大境外的知识产权侵权，或者是对境外侵权行为适用本国法。法院认为：“原告要求针对在美国境内发生的侵犯其美国知识产权的行为提供法律救济，而属地性在知识产权争议中一直具有重要意义。我们不能假设外国法院能对发生在任何地方的知识产权纠纷作出裁决，而该案与所选择的法院却没有任何关联。美国的版权法和专利法也反映了这样的属地性。例如，美国版权法对境外的侵权也不提供任何救济，除非被指控的侵权行为首次发生在美国境内。本案被告也没有提出证据证明加拿大版权法有不同的规定。”^③法院援引加拿大权威著作权法学者的观点认为，加拿大法院对于作者提起的诉讼不会行使管辖权，只要被诉行为发生在加拿大境外，哪怕被告位于加拿大境内亦然。就本案而言，没有任何证据表明被控侵权行为与加拿大有关联，除了被告位于加拿大境内这一连结点之外。

上诉法院还指出，地区法院判决中认为加拿大法院有可能会适用美国法律，但这只是一种推

① See *Barapind v. Government of Republic of India*, 844 F.3d 824 (9th Cir. 2016) (认为并未通过其与美国政府之间的外交通讯放弃其外交豁免)。

② 816 F.3d 1366 (Fed. Cir. 2016)。

③ *Id.* 根据加拿大有关的版权条约，加拿大法院对发生在加拿大外的侵权行为没有管辖权。See John S. McKeown, “Canadian Law of Copyright and Industrial Designs”, 591 (3d ed. 2000)。

测,没有任何证据支持。尽管美国法院曾有个别判例对发生在境外的侵权行为适用了外国版权法。^①但该案是否还有先例效力值得怀疑。法院援引权威知识产权学者的观点认为,让美国法院来受理违反外国版权法的案件,仍然是不现实的。法院总结说:“如果否定国内法院去裁判国内法律所授予的权利,而没有充分证明存在一个适格的、可以替代的外国法院,这将有损于美国版权、专利和商标法中体现出来的政策。主要因为这个原因,当美国的知识产权构成纠纷的关键时,地方法院通常会拒绝以不方便法院原则驳回诉讼。”^②

2. 商标法的域外适用

在1952年的“史提尔诉布罗瓦手表公司案”^③中,美国联邦最高法院认为,《商标法(兰哈姆法)》适用于美国境外以保护美国商标,只要“其他国家或者其国民的权利不受侵犯”。^④在确定该法是否适用于发生在境外的侵权行为时,法院考虑了三点因素:(1)被告的境外行为是否对美国境内的商业产生潜在的不利影响;(2)被告是否具有美国国籍;(3)颁发禁令是否会侵犯被诉侵权行为发生地的其他国家的主权。^⑤

在“康摩多雷斯娱乐公司诉麦克莱瑞案”^⑥中,地区法院颁发了一项临时禁令,禁止一位美国音乐家在美国境内和境外以“康摩多雷斯”的名义进行表演,因为该名字是原告在美国的注册商标。上诉中,被告对该禁令的域外效力提出抗辩。他认为,该禁令“对他国主权构成了潜在的侵犯”,因为他曾向欧盟的主管当局申请了一项共同体商标。^⑦第十一巡回法院驳回了该抗辩,认为被告“未能提交任何证据证明其已获得欧盟共同体商标”,也没有“提出任何法律能够表明《兰哈姆法》适用于一项共同体商标会影响到美国法院在美国境内和境外保护其国民利益的能力”。^⑧

在“Trader Joe公司诉哈拉特案”^⑨中,地区法院驳回了原告要求根据《兰哈姆法》颁发禁令的请求,因为被告的侵权行为发生于加拿大,而原告未能适当地证明该行为如何影响到美国商业。被告的行为包括在华盛顿州购买了商标为“Trader Joe”的商品并将其运往加拿大,然后在一家名为“Pirate Joe”的商店销售,该商店的设计模仿了“Trader Joe”的商店。上诉中,第九巡回法院认为,《兰哈姆法》适用于被告在加拿大和美国的行为并要求地区法院重审。

第九巡回法院进行了详尽的分析,并以布罗瓦案中的三要素开头,但是增加了很多从RJR纳比斯科案中借用来的长篇冗词和“两步走”方法,随后又采用了“天博林案”中的“三支方法”,最后又分析了“天博林案”的“七点次要因素”。根据“天博林案”的三支方法,《兰哈姆法》在以下情况下应当适用:

“(1)被诉侵权行为……对美国的对外商业产生影响;(2)该影响足够强烈以致于根据《兰哈姆法》对原告造成了明显的伤害;(3)跟美国对外商业的利益和联系相对于其他国家而言足

① *Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co.*, 145 F. 3d 481, 492 (2d Cir. 1998).

② *Halo Creative & Design*, 816 F. 3d at 1373.

③ 344 U. S. 280 (1952).

④ *Id.* at 286.

⑤ *See id.* at 285 - 87.

⑥ 648 Fed. App'x. 771 (11th Cir. 2016).

⑦ 648 Fed. App'x. 771 (11th Cir. 2016), at 778.

⑧ 648 Fed. App'x. 771 (11th Cir. 2016), at 778.

⑨ 835 F. 3d 960 (9th Cir. 2016).

够强烈，足以说服境外当局的主张。”^①

法院认为，原告满足了上述第一点和第二点，因为原告证明了被告在加拿大低劣的质量控制败坏了原告在美国的声誉，降低了其在美国持有的商标的价值，造成其在美国境内的销售损失。法院随后审查了第三分支中的七点次要因素以便确定是否国际礼让原则反对《兰哈姆法》的域外适用。法院认为：（1）不存在与加拿大法律的冲突；（2）被告不仅在加拿大而且也在美国境内活动，而且其加拿大的行为在美国境内造成了可预见的后果；（3）针对被告的判决的执行不会有困难，因为他在美国境内有财产。法院最终认为，天博林案的三分支分析都支持《兰哈姆法》的域外适用。

四 海牙国际私法会议

（一）判决项目的新进展

2016年3月份举行的总务委员会大会上，委员会决定设立一个特别委员会（Special Commission）负责起草公约草案。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，并在此基础上正式提出了一份公约草案（以下简称特委会草案）。第一次特委会会议草案共有16条，增加了关于费用的规定。

2017年2月24日召开的海牙国际私法会议外国判决承认与执行特别委员会第二次会议通过了一份完整的初步草案，共34条。^②新草案最大的变化是在第2条第1款排除事项中增加了“知识产权（版权和邻接权以及登记和未登记的商标权除外）”。这主要是根据2017年1月的一次专门针对知识产权问题的工作会议而作出的。^③

会议还要求特委会尽快起草一份草案解释报告，以便提交给将来的外交大会代表进行讨论。

根据2017年3月海牙国际私法会议总务委员会会议的决议，第三次特委会会议将于2017年11月举行。总务委员会希望在2018年底或2019年初召开一次外交大会以便通过该项公约。判决公约起草工作完成后，专家组将接着起草一项管辖权公约草案。

（二）《跨国收养公约》的实施问题

1. 国内收养的域外承认问题调查问卷

1993年的《跨国收养公约》解决了跨国收养（养父母和养子女经常居住在不同国家）的域外承认问题，但是没有解决国内收养（养父母和养子女经常居住在同一国家）的域外承认问题。实践中，越来越多的收养人和/或被收养人移居到其他国家后，他们之间的收养关系得不到新居住地的承认，给他们带来很多不便。比如，一对中国夫妻在中国收养了一位中国儿童，他们后来

^① 835 F.3d 960 (9th Cir. 2016), at 969.

^② Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Revised Draft Text as of 24 February 2017, WORK. DOC. No 170 E.

^③ Info. Doc. No 6 of January 2017 – Report on Intersessional Work on Intellectual Property Related Matters – only available on Secure Portal.

移居外国,但是他们之间的收养关系并不能自动被该外国承认,需要办理复杂的手续。有的国家甚至根本不承认国外的收养关系,给收养家庭造成很多困难,尤其是在父母责任、儿童入学、医疗保险和财产继承等方面。在人口流动性越来越频繁的世界,收养关系的跨国承认问题迫切需要相应的法律机制予以解决。为此,2016年3月的海牙国际私法会议总务委员会大会上同意常设局进行一项问卷调查,目的在于收集各国有关信息并了解该问题在世界各国的具体情况。2016年11月,常设局向各成员国发布了该项问卷。目前,问卷还在进行中。^①

2. 跨国收养的收费问题

1993年的《跨国收养公约》规定,收养国和来源国的有关机构可以收取合理的费用。但是公约没有对“合理的费用”进行明确规定,导致实践中很多收养人被收取不适当的高额费用。一些国家的机构和个人甚至利用跨国收养进行非法牟利,并导致儿童拐卖等犯罪现象。在一些国家甚至出现了跨国收养的“地下市场”,为收养人提供一条龙商业服务。为此,总务委员会于2011年建议成立一个专家组对跨国收养中的收费问题进行调查。^②专家组于2012年成立,由具有地理代表性的一些成员国中央机关派代表组成,并于2012年10月举行了第一次会议。2014年6月,专家组发表了一份《关于跨国收养财政方面的声明》。^③声明指出,成立专家组的目的是帮助缔约国采取适当立法和监控措施应对跨国收养中的财政问题,防止滥收费。专家组建议成员国将来采取一系列措施,包括限制跨国收养中的盈利行为,避免收养机构对跨国收养收费的依赖性,避免在收养国之间不适当的竞争,对收养机构进行监管,对收费的合理性进行限定等等。所有这些措施都是为了更好地保护儿童和相关家庭的利益,反对跨国收养的商业化。

为了更好了解跨国收养中的收费问题,专家组建议总务局进行一项示范调查(Model Survey),对养父母在跨国收养中被收取的费用进行调查。同时,专家组还建议进行一项更广泛的针对成员国的收费问题的问卷调查。2016年,海牙国际私法会议实施了该项调查,已有十多个国家提交了回复。^④

(三)《取消认证公约》2016年特委会

《取消认证公约》特委会会议于2016年11月2—4日在海牙举行。此前,特委会曾于2003年、2009年和2012年分别举行过会议。此次特委会报告^⑤首先对危地马拉、伊朗和菲律宾等国加入公约表示欢迎,也注意到圭亚那和印度尼西亚对公约的兴趣,中国政府也表示有可能在大陆地区适用该公约。

特委会对2013年出版的公约操作手册(Apostille Handbook)表示满意,并对手册的希腊文、西班牙文和越南文译本的出版表示欢迎。手册的德文本、俄文本也即将出版。

特委会对欧盟2016年7月6日通过的《关于简化在欧盟内部提供公共文书的要求以促进公

① <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6524&dtid=33>, 2017年9月4日访问。

② Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011).

③ Experts Group on the Financial Aspects of Intercountry Adoption, Note on the financial aspects of intercountry adoption (June 2014).

④ <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6455&dtid=33>, 2017年9月4日访问。

⑤ Conclusions & Recommendations of the Special Commission on the Practical Operation of the Apostille Convention, 2-4 November 2016, <https://assets.hcch.net/docs/274103ec-0086-46a3-adc5-c192993304f6.pdf>, 2017年9月3日访问。

民自由流动并修订2012/1024号条例的第2016/1191号条例》^①表示欢迎。特委会表示，对于公文的性质，应当根据公文作出地法律进行判断。对于医疗证书及其翻译也适用这一规则。公约并不排除适用于与引渡有关的公文。特委会注意到某些机构比如国际商会到底是不是公共机构尚有争论，它们发出的文书是不是公约适用范围内的公文？这应根据文书作出地法律判断。

2016年11月1日，常设局在海牙举办了第十届电子签注项目国际论坛（International Forum on the electronic Apostille Program）。目前，已有29个缔约方的200多家主管机关实施了电子签注项目。电子签注的签发数量日益增长。各国在电子签注的具体做法上各有不同。与会代表对一些共同面临的问题提出了建议。

特委会大会还对政府间和超国家国际组织出具的公文书的取消认证问题进行了讨论。一种办法是制订一项公约议定书，另一种办法是在公约框架下予以解决。后者又有两种具体方式：一种是对国际组织出具的公文书进行公证，然后由公正机关所在国主管机关根据公约对公证书进行签注。此时，被签注的只是公证书而不是公文书本身。第二种方式是接受国主动把该文书认定为公文书。这需要接受国与该国际组织之间订立相关协议。

（四）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问题

2017年6月14—16日，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问题的专家组又举行了一次会议，并通过了一项为2018年总务委员会大会准备的总结与建议报告。^②报告指出，尽管现有的海牙各项家庭公约都鼓励当事人采用协商方式解决涉及儿童的争端，但是这些公约都没有考虑过采用所谓的“打包协议”（package agreements），这种打包协议是指家庭成员达成的涉及监护、探视、变更、抚养以及其他财务和财产安排的一揽子协议。这种打包协议在实践中越来越流行。现有的海牙公约都没有对这种协议的承认与执行加以规范。专家组认为，缔结一项新的有约束力的法律文件对于维护儿童的最佳利益是有利的。专家组建议总务委员会启动这样一项公约以便对1980年、1996年和2007年的公约进行补充。

（五）跨国代孕项目专家组会议报告

2017年1月31日至2月1日，跨国代孕项目专家组在海牙举行了一次会议，19位专家、2位观察员和常设局的成员参加了会议。^③

专家组报告首先认为，跨国代孕中，子女的法定父母身份是最为关键的问题。由于当代社会家庭模式和医疗技术的发展，很多国家关于父母身份的法律都有了新的发展。

对于法定父母身份的承认问题，大多数专家表示，缔结一项这方面的国际公约是可行的。关于间接管辖权问题，专家组支持采用一个宽泛的任择性管辖权清单，其中要体现出判决来源国和

① Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

② Conclusions and Recommendations for the attention of the 2018 Council on General Affairs and Policy – Meeting of the Experts' Group on cross-border recognition and enforcement of agreements in family matters involving children (The Hague, 14 – 16 June 2017).

③ Report of the January/February 2017 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy, <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>, 2017年9月3日访问。

当事人之间的充分联系。专家组同意进一步考虑其他特别连结节点。

对于连结点的可变性，专家组认为应当以导致判决的程序开始时的时间节点为准。对于承认与执行的条件，专家组认为应当规定一些必要的条件。专家组认为，在父母身份发生争论时，应当规定一些不予承认的有限理由，以便保护被告的利益。比如，程序的公平性（包括诉讼通知和参加庭审的机会等）、欺诈、平行诉讼等。对于公共秩序保留，专家组同意按照现有海牙公约模式处理。

专家组认为，应当区分承认法定父母身份和承认公文书（出生证明等）的形式有效性。不过，二者之间的区分有时候比较困难。但是，很多情况下，公文书中并不包含对父母身份的认定。另外，公文书的签发是一项行政行为，与判决的司法性质不同。因此，承认外国公文书并不等于承认外国司法判决。

对于确定父母身份的准据法，专家组存在分歧。一些成员建议以后再予以考虑。还有一些专家建议是否可以考虑采用一种新的替代性文书，比如国际代孕证明或一种“印章”（stamp）来确认代孕父母身份。到底采用“准据法模式”还是“承认模式”，尚存争议。专家组承认，跨国代孕下的父母身份问题十分复杂，其国际私法方面的问题也十分重要。专家组同意，无论如何，所有儿童，无论其出生如何，都应被同样对待。

关于直接管辖权，一些专家认为规定一个单一的直接管辖权标准有利于更方便地确定父母身份。但是大多数专家认为，采用任择性的管辖权标准更可行。专家组讨论了几种不同管辖权标准的优缺点，包括儿童的国籍、出生地、经常居所地，代孕母亲的经常居所地、委托父母一方或双方的国籍、经常居所地等。

专家组还讨论了成员国之间的合作机制。总之，专家组认为，针对法定父母身份的外国判决的承认缔结一项有约束力的多边公约是可行的。专家组建议委员会继续对此进行研究并准备下一次会议。

五 国际统一私法协会

（一）与欧洲法学会合作的跨国民事诉讼项目

2016年9月7—9日，在欧洲法学会年会上，项目组进一步讨论了项目的进展情况。2016年11月21—22日，指导委员会和共同报告人第三次联合会议在维也纳举办。会议讨论了三个工作组初步草案，分别是“信息获取和取证”“送达和程序的正当通知”和“临时性和保护性措施”。欧盟委员会、欧洲议会、欧洲律师协会、海牙国际私法会议、国际统一私法协会以及一些律师、学者参加了会议讨论。三个小组的报告人因泽斯逃（Inchausti）教授、斯托斯克鲁普（Storskrubb）教授和克拉默（Kramer）教授分别介绍了三份草案的内容。会上还成立了四个新的起草小组，分别是“费用”“当事人和参与人”“判决”和“诉讼结构”。每个小组由最多八名专家组成，有两位共同报告人。各小组起草工作完成后，由“诉讼结构”小组统一负责编辑，形成一份完整的欧洲民事诉讼规则草案，提交给欧盟和各成员国立法机关讨论。

2016年，欧洲议会公民权利和宪法事务政策部出版了一份《关于欧洲诉讼法协调规则和最

低标准的深度分析》报告。^① 报告指出,现在,欧盟的统一实体法正在急速扩张,比如在消费者保护和数据保护领域。但是各个成员国通过国内程序法来实施欧盟的实体法,会产生标准不统一的问题。另外,对于跨国诉讼,由于各国诉讼程序的不统一,给当事人带来一系列障碍。根据《欧盟运行公约》第67条,欧盟获得了对跨境争端解决的立法权。但是欧盟的现行立法过于零散。

对于各成员国的诉讼法,欧盟现行做法只是进行协调而非进行统一。这种方法包括《布鲁塞尔条例》等一系列立法。这种方法还是存在不足,不能完全消除对跨境民事纠纷解决的障碍。报告指出,需要为欧盟各成员国诉讼法建立一套最低标准。欧盟法院的实践已经发展出了这样一些标准。另外,还需要发展出独立的诉讼程序规则。目前,欧盟的小额诉讼程序条例和统一专利法院的诉讼程序已经树立了良好先例。报告高度评价了民事诉讼规则的起草工作,认为这是建立统一欧洲诉讼法的第一步。

2017年1月,欧洲议会法律事务委员会也出版了一份深度分析报告《作为解决法律冲突软法工具的ELI/UNIDROIT民事诉讼项目》,专门对该项目进行了评价。^②

(二) 再保险合同原则

2015年7月,几位欧洲学者向秘书处建议考虑起草一项“再保险合同原则”(Principles of Reinsurance Contract Law)的可行性。该项目是受“欧洲保险合同法原则”的启发。^③ 该项目的领导者希望该原则能够作为国际统一私法协会《国际商事合同通则》的一部分。该项目得到瑞士科学基金会、德国研究基金会和奥地利研究促进基金会的支持,项目团队成员来自比利时、巴西、中国、德国、法国、英国、意大利、日本、新加坡、南非和美国等代表性国家。全球各大保险公司代表作为顾问团队。项目小组第一次研讨会于2016年1月在苏黎世举行,确定了该原则所包括的内容,其中,冲突法也被包括在内。起草小组同意在2018年内完成该草案。该项目已被2016年12月1日举行的第75届管委会大会批准列入2017—2019年工作计划(非优先项目)。

(三) 判决有效执行原则

国际统一私法协会与美国法学会(ALI)于2004年共同发布的《跨国民事诉讼原则》尽管影响广泛,但是该原则对判决的承认和执行并没有加以详尽规定。该原则起草者也明确表示,判决的承认和执行不属于该原则的调整范围。尽管海牙国际私法会议已经启动了判决承认与执行的项目,但是迄今为止,世界上还没有一项广为接受的国际文件对该问题加以规范。很多国家已经在近年来对相关国内法进行了改革,比如欧盟及其成员国、日本等国。世界银行等国际组织最近也把各国对判决的承认与执行效率作为评估该国国民经济竞争力和信用级别的重要参考指标。有鉴于此,前美国法学会/国际统一私法协会《跨国民事诉讼原则》共同报告人德国弗莱堡大学退

^① In-Depth Analysis on Harmonized Rules and Minimum Standards in the European Law of Civil Procedure, PE 556.971 (2016).

^② The European Law Institute/UNIDROIT Civil Procedure Project as a Soft Law Tool to Resolve Conflicts of Law, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/556972/IPOL_IDA\(2017\)556972_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/556972/IPOL_IDA(2017)556972_EN.pdf), 2017年9月4日访问。

^③ Principles of European Insurance Contract Law, Edited by Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law”, established by Fritz Reichert-Facilides †, Chairman: Helmut Heiss, Sellier European Law Publishers (October 2009).

休教授斯图尔纳 (Stuerner) 向国际统一私法协会管委会第 95 届大会提出建议, 要求启动该项目的前期研究工作。他希望该项目能够为各国提供一套普遍接受的最低标准, 并弥补《跨国民事诉讼原则》的漏洞。斯图尔纳教授的建议在 2016 年 12 月 1 日的第 75 届全体大会上被批准, 被列为 2017—2019 三年规划的非优先项目。

(四) 间接持有证券立法指南草案

国际统一私法协会于 2009 年通过了《间接持有证券实体规则条约》(《日内瓦公约》), 并成立了新兴市场委员会以在新兴市场国家推广该公约。委员会负责的一项重要工作是起草一份间接持有证券立法指南。该指南将为新兴市场国家提供一些促进证券交易的规则和原则。该项指南已被国际统一私法协会 2017—2019 三年规划优先项目。

新兴市场委员会为此分别于 2010—2014 年举行了三次会议, 讨论了该立法指南的范围、内容和结构等, 并成立了一个非正式专家组开始进行起草工作。专家组随后举行了多次会议, 并在 2016 年 12 月第三次会议上形成了一份完整草案。2017 年 1 月举行的一次视频会议对该草案进行了再次审核之后, 被提交给新兴市场委员会审查。

新兴市场委员会于 2017 年 3 月在北京举行了第四次会议, 中国证监会主席刘士余在开幕式上表示, 中国股票市场实行“直接持有”制度, 这一透明持有体系是中国资本市场的一大特色, 是实施“看穿式”市场监管和有效保护投资者权益的重要基础, 在保障市场公开透明、落实“三公”原则方面具有独特的制度优势。UNIDROIT 起草制定的《中介化证券实体法公约》是国际上重要的基础性法律制度, 虽然与中国的做法存在很大不同, 但值得中国证监会和证券行业的高度重视。要处理好对外开放过程中与境外不同制度的协调衔接, 需要进一步加强对国际市场法律制度的跟踪研究和吸收移植, 同时使中国的法治建设从中受益。

该次会议专门对立法指南草案进行了审议和修改, 决定将其提交给 2017 年 5 月举行的管委会第 96 届大会讨论。管委会大会接受了该草案, 并授权秘书处采取措施促进其被采纳和实施。^①

(五) 《开普敦公约第四议定书》(草案)

《开普敦移动设备国际利益公约》(《开普敦公约》) 第四议定书是专门针对矿业、农业和建筑业设备 (简称为 MAC 议定书)。去年的报告介绍了 2016 年 5 月管委会决定召集政府专家委员会会议对议定书草案进行讨论。2017 年 3 月 20—24 日, 政府专家委员会在联合国粮农组织罗马总部举行了第一次会议, 来自 48 个国家和一些国际组织的 126 位代表参加会议。会议对初步草案各项条款进行了详细讨论。^② 会议决定, 委员会第二次会议将于 2017 年 10 月 2—6 日在罗马举行, 将对第一次会议形成的草案继续讨论。^③ 在法律适用方面, 草案第六条允许当事人选择合同所适用的法律。

① 草案文本参见: <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2017session/cd-96-05-e.pdf>, 2017 年 9 月 4 日访问。

② 会议报告参见: <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge01/s-72k-cge01-report-e.pdf>, 2017 年 9 月 4 日访问。

③ 草案文本见: <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge02/s-72k-cge02-02-e.pdf>, 2017 年 9 月 4 日访问。

（六）《国际商事合同通则》2016年版出版

去年的报告中我们介绍了国际统一私法协会在其2016年第95届大会上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。^①最新版的《国际商事合同通则》已于2016年公布。^②条文上与2010年版相比，只有第1条第11款、第2条第1款第14项、第5条第1款第7项、第5条第1款第8项和第7条第3款第7项有所修改。另外，通则的评论（Comment）有了较大修订。

六 其他国家

（一）加拿大最高法院发布禁令要求谷歌关闭侵权人的全球网页

2017年6月28日，加拿大最高法院以7:2的裁决结果驳回了谷歌公司的上诉，支持了不列颠哥伦比亚上诉法院的一项中间禁令，要求谷歌公司关闭侵权公司在谷歌搜索引擎上的搜索结果。^③

该案的起因是原审原告E公司与它的经销商D公司之间的知识产权侵权纠纷。E公司起诉D公司及其代表人杰克在其网站上非法销售E公司享有知识产权的产品。E公司向法院起诉后者并获得了法院的一项中间禁令，要求谷歌公司在其搜索引擎上关闭对D公司侵权产品的搜索网页。谷歌公司仅仅关闭了google.ca网站中的搜索结果，但是并未关闭google.com上的搜索结果。E公司向不列颠哥伦比亚省法院申请禁令，要求谷歌公司在全球范围内关闭侵权人的搜索网页。谷歌公司则抗辩认为，谷歌不是本案的当事人；不列颠哥伦比亚法院没有管辖权；禁令不应该有域外效力；而且一旦该禁令被执行，将会侵犯谷歌公司作为一家搜索引擎公司的合法经营权。不列颠哥伦比亚法院认为，谷歌公司与不列颠哥伦比亚有“真实而实际的联系”，因为相关事项涉及谷歌公司在不列颠哥伦比亚从事的经营活动，而且该事项涉及不列颠哥伦比亚的知识产权。谷歌公司上诉到加拿大最高法院。

最高法院认为，本案涉及的问题发生在因特网上，因特网无国界，天生具有全球性。为了使禁令有效发挥作用，必须让其在谷歌公司经营的所有范围内适用，也就是全球所有地方。如果该禁令只限于谷歌的加拿大网站，那么就无法实现其阻止侵权人实施伤害行为的目的，因为侵权人仍然可以在加拿大之外的其他地方继续实施侵权活动。即使是加拿大的消费者也仍然可以通过登录加拿大境外的网站继续从网上购买侵权产品。

谷歌公司主张，在全球范围内实施禁令违反了国际礼让，因为谷歌公司在他国实施该禁令可能会违反其他国家法律。但是加拿大最高法院认为谷歌公司并未提供证据表明该禁令会违反某一国家法律。鉴于本案的情况，只有实施全球禁令才足以有效防止侵权人对权利人的伤害，因此应当支持发布禁令。

① <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>.

② <http://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/official-languages/english-integral>

③ *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34.

本案裁决引发了全球广泛关注。即使是加拿大最高法院内部也有争论。审判庭的科特法官和罗孚法官发表了不同意见书,认为即使加拿大法院享有管辖权针对谷歌公司发布禁令,加拿大法院也不应该这么做,加拿大法院应该保持适当的司法克制。本案权利人完全可以到侵权人所在的外国去申请救济。

本案裁决并非孤例,它与此前西班牙法院在谷歌西班牙公司案中的裁决很有共性。该案中,欧洲法院要求谷歌公司保护原告的被遗忘权,在其全球网站上撤销关于原告搜索结果。^①

(二) 隐私权与排他性管辖权条款:多伊兹诉 Facebook 公司案

2017年6月23日,加拿大最高法院在“多伊兹诉 Facebook 公司案”中,以4:3的微弱多数意见推翻了下级法院的判决,驳回了 Facebook 公司的管辖权抗辩,认为加拿大不列颠哥伦比亚法院有管辖权。^②

该案中, Facebook 公司是注册于美国加州的互联网公司。2011年,它在一款广告产品中使用了其用户的姓名和照片。加拿大不列颠哥伦比亚省的约180万用户根据该省《隐私法》第3(2)条对 Facebook 公司提起了集团诉讼。 Facebook 公司则认为,所有 Facebook.com 用户都接受了 Facebook 公司的网上格式合同,其中包含了一项管辖权条款,约定由美国加州法院管辖并适用加州法律。因此, Facebook 公司要求法院遵守该管辖权条款而驳回原告的诉讼。初审法院拒绝执行该法院选择条款。不列颠哥伦比亚上诉法院则推翻了初审裁决,认为 Facebook 公司的管辖权条款可以执行。

加拿大最高法院推翻了不列颠哥伦比亚上诉法院的裁决并恢复了初审法院的裁决。最高法院认为,本案应当依据普通法上判断管辖权条款效力的规则,即庞贝案 (Pompey)。^③本案不应根据《法院管辖权和诉讼移交法》(Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act)中所规定的不方便法院原则来处理。庞贝案采取的是两步走分析法:首先,主张管辖权条款有效的一方当事人必须要证明一项管辖权条款是可执行的;其次,如果该条款可执行,则另一方当事人必须证明有强烈的理由 (strong cause) 要求法院不应该执行该法院选择条款。在进行第二步分析时,法院必须考虑到所有相关情形,包括当事人的便利性、当事人之间的公平性和司法利益。同时还要考虑到公共政策。在商事案件中,各种与“强烈的理由”相关的因素都要得到严格解释,但是在消费者案件中却有所不同。在考虑消费者合同中的管辖权选择条款的可执行性时,法院应当特别关注到一些特殊情形,包括当事人之间谈判地位严重不平等所包含的公共政策考量以及所涉及的权利的性质。

就本案而言,首先,法院选择条款是有效的和可执行的。但是,在进行第二步测试时,原告方指出,本案涉及的是消费者合同,消费者和 Facebook 公司之间在谈判地位上严重不平等。本案原告不得不接受 Facebook 公司的格式条款。而且,本案涉及的是不列颠哥伦比亚的准宪法上的权利——隐私权。这种权利是加拿大宪法上的核心价值观,在自由民主社会中具有重要地位。这些公共政策上的考量都支持有强烈的理由拒绝执行该管辖权条款。

① *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Marios Costeja Gonzalez* (2014) Case C - 131/12.

② *Douez v Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33.

③ *Z. I. Pompey Industrie v. ECU - Line N. V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S. C. R. 450.

此外,从司法利益角度考虑也支持不列颠哥伦比亚法院行使管辖权。本案涉及的是不列颠哥伦比亚隐私权的保护,没有证据表明美国加州法院会受理本案;就算加州法院受理本案,相对于不列颠哥伦比亚法院而言,后者更适合来判断不列颠哥伦比亚立法的目的和内容。再者,要求不列颠哥伦比亚当事人去加州诉讼也会带来高昂费用和不便。

最终,最高法院多数意见驳回了 Facebook 公司的意见,拒绝执行该管辖权条款。

(三) 跨国公司供应链责任的新发展

近年来,随着企业社会责任理论的发展,一些国家和地区开始从法律上要求跨国公司对其供应链企业的侵权行为承担法律责任。这一理论是对公司法上“揭开公司面纱”理论的进一步发展。它不仅要求追究公司对其海外分支机构法律责任,甚至进一步要求公司对第三人(供应链)的行为承担责任。这一理论的基础是,随着全球社会风险的日益增加,仅仅依靠单个国家难以解决全球化时代的风险防范和治理。而大型跨国公司在这方面具有主权国家不具备的能力,因此跨国公司不能仅仅关注其股东的利益,而应当承担更多的社会义务和责任。

一些国际组织已经颁布相关法律文件。国际商会早在 2007 年就发布了一份《供应链责任指南》。^① 经合组织 2011 年发布的《经合组织跨国企业准则》也要求跨国公司对其供应链承担相应的社会责任。^② 国际标准组织也制定了相应的企业社会责任国际标准(ISO26000)。^③ 欧盟近年来也相继颁布了一系列条例,^④ 并于 2017 年 6 月发布了《帮助公司披露环境和社会信息指南》。^⑤ 法国于 2017 年 2 月 21 日颁布了一部公司谨慎义务法。^⑥ 荷兰、澳大利亚等国也开始制订相应国内法。^⑦

近日,美国和加拿大法院分别针对孟加拉国拉纳广场(Rana Plaza)事件所作出的两起裁决再次引发了广泛关注。该案件起因于 2013 年 4 月 24 日时孟加拉国首都达卡市发生的拉纳广场大楼倒塌事故,该事故导致 1000 多人死亡,2000 多人受伤。事故受害者及其家属分别向美国特拉华州法院和加拿大安大略省法院提起集团诉讼,被告分别是美国和加拿大的多家知名服装品牌企业,它们从倒塌的拉纳广场大楼里面的几家服装加工厂订货。原告指控被告违反了谨慎义务,未能保障其委托加工厂的安全生产环境,导致了事故发生。

2016 年 5 月 4 日,美国特拉华州最高法院作出裁决,驳回了原告的诉讼请求,理由是该诉讼超过了孟加拉国法律规定的一年诉讼时效。另外,法院还认为,本案原告与被告之间不存在特别的关系,因此被告对原告没有谨慎义务。^⑧

2017 年 7 月 5 日,安大略最高法院也驳回了原告诉讼,^⑨ 理由与美国法院类似,一方面是因

① ICC guidance on supply chain responsibility, 2007.

② <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/MNEGuidelines-Chinese.pdf>, 2017 年 9 月 5 日访问。

③ <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>, 2017 年 9 月 5 日访问。

④ Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council on the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH).

⑤ https://ec.europa.eu/info/publications/170626-non-financial-reporting-guidelines_en, 2017 年 9 月 5 日访问。

⑥ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>, 2017 年 9 月 5 日访问。

⑦ Environmental Protection (Chain of Responsibility) Amendment Act 2016 (Qld).

⑧ *Abdur Rahaman v. J. C. Penney Corporation, Inc.*, N15C-07-174 MMJ (Del. Super. Ct. 2016).

⑨ *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129.

为原告的诉讼请求超过了孟加拉国法律的诉讼时效，另一方面，无论是根据孟加拉国法律还是安大略省法律，原告对于被告都不享有法定的侵权请求权或违背信托义务请求权。

（四）澳大利亚国会建议加入海牙《法院选择协议公约》

澳大利亚一直积极参与海牙《法院选择协议公约》的谈判和后续工作。2008年和2012年，澳大利亚先后进行了两次关于是否加入该公约的国内问卷调查，结果显示，大多数接受调查者都对该公约表示欢迎。2015年海牙《法院选择协议公约》生效以后，澳大利亚加快了加入该公约的立法程序。2016年，国会委托国家利益分析机构出具了一份报告。^① 2016年10月10日，国会邀请司法部参加海牙公约谈判的代表举行了一场听证会。^② 2016年11月，澳大利亚国会“关于条约的联合常设委员会”通过一项报告，建议澳大利亚加入海牙国际私法会议2005年《法院选择协议公约》。^③ 根据该报告的建议，澳大利亚将颁布一项《国际民法法令》（International Civil Law Act），将《法院选择协议公约》转化为澳大利亚国内法。该法令预计将于2017年冬季出台。^④ 同时被该法令转化为国内法的还将包括2015年通过的海牙《国际商事合同法律适用原则》。将来的《国际民法法令》将会把澳大利亚普通法中有关法院选择协议的规则予以明确化。

报告指出，加入该公约对澳大利亚而言具有以下几点好处：第一，该公约能够确保各国法院根据当事人之间的管辖权协议行使管辖权，从而可以避免在不同国家之间产生平行诉讼。第二，公约也能够确保更多外国法院判决在澳大利亚得到承认和执行，反之亦然。第三，公约将促进更多跨境商事争议选择诉讼方式解决，从而提高法院竞争力并降低诉讼成本。

报告指出，《法院选择协议公约》中包含的法律原则与澳大利亚现行国内法中的原则基本一致。目前，对于排他性管辖权协议的处理主要是通过普通法来进行。在澳大利亚，这种排他性协议通常都被认为是有效的。

报告也指出了加入公约可能带来的一些负面影响。比如，在如何判断管辖权协议问题上，加入公约可能会导致澳大利亚国内法的分裂。目前，除了澳大利亚和新西兰之间的跨国案件之外，澳大利亚主要通过普通法来判断排他性管辖权协议的效力。^⑤ 一旦澳大利亚加入公约，对法院选择协议排他性的判断将按照公约进行。而公约的规定与澳大利亚普通法的实践是有区别的。

加入公约对澳大利亚承认与执行外国法院判决的法律也会产生影响。目前，澳大利亚关于判决承认与执行的法律主要包括1991年《外国判决法》（Foreign Judgments Act 1991）和《跨塔斯曼诉讼法》（Trans-Tasman Proceedings Act），后者专门适用于澳大利亚和新西兰之间的诉讼案件。

① National Interest Analysis [2016] ATNIA 7, Australia's Accession to the convention on Choice of Court Agreements [2016] ATNIF 23.

② Mr Andrew Walter, Assistant Secretary, Civil Law Unit, Attorney-General's Department (AGD), Committee Hansard, Canberra, 10 October 2016.

③ Parliament of Australia, Joint Standing Committee on Treaties, Report 166 - Australia's Accession to the Convention on Choice of Court Agreements.

④ Department of Prime Minister and Cabinet, Legislation Proposed for Introduction in the 2017 Winter Sittings (2017) 2; <https://www.pmc.gov.au/sites/default/files/publications/2017-winter-public-list.doc>, 2017年9月5日访问。

⑤ 澳大利亚和新西兰之间通过2010年缔结、2013年生效的《跨塔斯曼诉讼法》来解决跨国诉讼问题，其中，对于法院选择协议的排他性的判断与海牙公约稍有不同。

除此之外的国家所做的判决只能通过普通法程序请求澳大利亚法院承认和执行。

1991年《外国判决法》适用于特定国家法院作出的判决。这些国家的名单包含在1992年的《外国判决条例》(Foreign Judgments Regulation)之中。^①相对而言,海牙公约所规定的可以承认和执行的外国判决的范围比澳大利亚国内法中所规定的更为广泛,后者仅包括外国金钱判决。《国际民法法令》一旦通过,它将优先于现行的《外国判决法》和普通法。但是对于那些不属于公约适用范围的外国判决,则继续适用传统的法律规则。

报告还指出,加入该公约不会影响到澳大利亚与其他国家签署或即将签署的双边或多边自贸协定中的争端解决机制。后者是一种仲裁机制,与公约所规定的诉讼机制完全不同,二者之间不会发生相互矛盾。

根据国家利益分析报告的建议,将来加入公约时,澳大利亚无需作出任何声明或保留。

(五) 俄罗斯联邦最高仲裁法院通过审理涉外经济纠纷案件的决议

2017年6月27日,俄联邦最高法院全体会议以76票赞成票通过了关于俄联邦仲裁法院审理涉外经济纠纷的决议。^②

涉外经济纠纷案件是指诉讼当事人为外国人、标的物为域外财产或案件的相关法律事实发生在国外的案件。决议共53条,主要包括:

1. 俄联邦仲裁法院的管辖权

按照决议的规定,以下涉外经济纠纷案件属于俄联邦仲裁法院的专属权限:

- (1) 涉及俄罗斯联邦的国有财产;
- (2) 标的物为俄罗斯联邦境内不动产或不动产权利;
- (3) 需要在俄罗斯联邦境内注册、授予专利权或证明的智力活动成果的相关注册和授权事项;
- (4) 认定在俄罗斯联邦境内国家登记簿的记录无效;
- (5) 法人和个体企业在俄罗斯联邦境内设立、破产、注册以及判决争议等相关事项。

俄联邦仲裁法院的管辖权应参照《俄罗斯联邦仲裁法院法》第4章第1节和第2节的规定。同时,俄联邦仲裁法院应当审查是否属于其专属权限的范围。违反专属管辖权的规定是拒绝承认和执行外国法院判决的法律依据。

2. 当事人的法律地位

俄联邦仲裁法院应确定参加诉讼的外国人的法律地位(包括权利能力和行为能力),以及其进行经营活动和其他经济活动的权利。外国组织的法律地位由其设立地的国家予以确定。外国私人企业的法律地位由其登记地或其主营业地的法律予以确定。

3. 案件审理的程序

俄联邦仲裁法院可委托外国法院执行某些程序性事项。譬如,交付法院通知书、接受书面证据、现场调查、司法鉴定等。因委托外国法院执行程序性事项,俄联邦仲裁法院可对案件延期审

① 目前,《选择法院协议公约》缔约国中,法国、德国、意大利、波兰、新加坡和英国也都在该条例的列表之中。

② Постановление Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 года № 23 О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом, <https://docs.pravo.ru/document/view/96387996>, 2017年9月5日访问。

理或推迟案件的调查。

就送达的通知而言,若诉讼参与人在国外,则审理期限就有可能被延长。若在案件一审中法院已通知送达到诉讼参与者中的外国人,则在该案第一上诉审、第二上诉审和监督审中该诉讼参与者被视为可送达。

4. 文书的认证

若国际条约中没有其他规定,则所有的境外文件须经俄罗斯联邦的领事机构或者外交部领事司认证。认证是为了确认证据的来源,因此法院不能替代认证来自证。俄罗斯已加入海牙《取消认证公约》。根据该公约规定,由一国主管机关出具的为在另一国使用的文件,须加盖专门的附加证明书印章(апостиль)。

5. 准据法的查明

若当事人双方决定案件在俄罗斯境内审理,并不意味着案件自动适用俄罗斯的实体法。若双方对适用的法律未达成一致,则交由案件管辖法院来决定适用的法律。在这种情况下,法院适用国际条约或俄罗斯联邦国际私法的规定。俄联邦仲裁法院有权要求当事人双方承担提供外国法内容的义务,但该义务并不是当事人双方需要自动承担的。

6. 保全措施

外国法院审理的案件,可由以下俄联邦仲裁法院采取保全措施:

- (1) 申请人住所地法院;
- (2) 财产所在地法院;
- (3) 侵权行为地法院。

符合上述条件之一的均为有效管辖的法院。在有效管辖的范围内,俄联邦仲裁法院应当迅速采取保全措施并按照规定执行。因此,采取保全措施的管辖法院与对案件进行实质审理的法院可以不是同一法院。

如果俄联邦仲裁法院无权审理案件,这并不影响该院对此案采取保全措施。因此,俄联邦仲裁法院不仅应审查对案件进行实质审理的权限,而且还要确认在外国法院审理的案件是否违反了俄联邦仲裁法院的专属管辖权。

(六) 土耳其最高法院以善意原则拒绝执行法院选择协议

土耳其最高法院近期连续作出三项裁决,涉及法院选择条款的执行。^①三起案件中都涉及土耳其当事人和外国当事人缔结的合同,其中选择外国法院作为管辖法院。但是外国当事人均向土耳其法院起诉,土耳其当事人提出管辖权抗辩,要求由管辖权条款指定的外国法院审理。三起案件中,一审法院均驳回了外国当事人的起诉,认为土耳其法院没有管辖权。但是土耳其最高法院第十一民事法庭推翻了下级法院裁决,援引了《土耳其民法典》第2条的善意原则,认为本案中,土耳其当事人在本国法院提出管辖权抗辩,相对于外国当事人而言处于一种优势地位。土耳其当事人之所以提出管辖权抗辩拒绝土耳其法院的管辖,显然是出于一种拖延诉讼的目的,违反了民法中的善意原则。因此,最高法院认为,尽管当事人约定了外国法院管辖,但土耳其法院对这样的案件仍然可以行使管辖权。

① 三起案件分别是第2015/11534-2016/8512、2015/9758-2016/4646和2015/5517-2015/12591号案。

值得注意的是，其中一个案件还涉及不对称管辖权条款的有效性。土耳其法院承认了这种条款在土耳其的效力。

（七）英国法院执行中国国际贸易仲裁委员会（CIEATC）仲裁裁决

在“中科源国际公司诉 RBRG 贸易公司案”^①中，英国商事法院裁决承认并执行了中国国际贸易仲裁委员会（贸仲）作出的一项仲裁裁决。该仲裁裁决双方当事人是中科源国际有限公司和英国 RBRG 贸易公司。双方订立的钢材买卖合同中有一项仲裁条款，约定由贸仲在北京仲裁，并适用中国法律。贸仲在此后双方的纠纷中作出裁决，要求 RBRG 公司向中科源公司支付赔偿金。中科源公司向英国法院申请执行仲裁裁决。RBRG 公司以中科源公司伪造提单为由，认为执行该仲裁裁决违反英国公共政策。法院审理后认为，根据因果普通法，对于合法交易下的合法诉求，即便另一方认为该交易受到欺诈或非法行为的“污染”，法院仍然不会拒绝执行该合法诉求。法院认为，支持仲裁裁决的终局性这一公共利益显然必须放在优先地位。

（八）意大利承认和执行美国惩罚性判决

意大利承认和执行非欧盟国家法院判决的制度规定在 1995 年《国际私法》之中。该法第 64 条（外国判决的承认）规定：“1、外国判决无需特殊程序即可在意大利得到承认，只要：（1）按照意大利有关管辖权的基本原则，作出判决的法院有管辖权；（2）进行诉讼的法律文书已按照诉讼进行地有效的法律规则告知被告，并用其基本的辩护权未受侵害；（3）当事人已根据诉讼进行地有效的法律规则参加了诉讼或者已依据该规则进行了缺席宣告。（4）按照判决作出地法律，判决已生效；（5）该判决不与意大利法律所作的另一有效判决相抵触；（6）在外国诉讼程序开始之前，没有其他发生于相同当事人之间，基于相同请求的诉讼在意大利法院进行；（7）判决的内容不与公共秩序相抵触。”

对于外国法院作出的惩罚性赔偿判决，意大利法院通常会根据上述规定之第（7）项，以违反公共秩序为由拒绝承认和执行。在 2007 年最高法院作出的第 1183 号裁决（Fimez 案）中，美国阿拉巴马州联邦地区法院作出的一项针对意大利生产商的产品责任判决就因此而被拒绝承认和执行。^②意大利最高法院认为，在意大利，民事赔偿就能具有补偿性质（compensative），而不能具有惩罚性质（punitive）。

然而十年之后，意大利最高法院改变了以前的态度。2016 年 5 月 16 日，意大利最高法院第一审判庭作出了一项革命性裁决，推翻了此前的先例，首次承认了美国佛罗里达州法院作出的具有惩罚性质的赔偿判决。第一审判庭的理由包括：（1）意大利法律中已经采纳了惩罚性赔偿制度，比如在知识产权法、劳动法、新闻出版法和金融调解法等法律之中；（2）过去几年里，意大利法院对国际私法中的公共秩序的理解已经发生了重大变化，公共秩序不再包括意大利国内法中的那些所谓的公共秩序，而仅仅是指国际公共秩序，即体现全体人类共同价值观念的一些基本原则。法院尤其指出了欧洲其他一些国家如德国、法国和西班牙等国都不再把惩罚性赔偿列为违

^① [2017] EWHC 251 (Comm).

^② Francesco Quarta, “Recognition and Enforcement of U. S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court’s Veto”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, Vol. 32 (1), 2008, p. 753.

反公共秩序的事项。

不过,考虑到本案事关重大,第一审判庭没有作出终局裁决,而是主动要求最高法院院长将案件提交联合审判庭进行审查,以便对该问题作出统一解释。

一年以后的2017年7月5日,最高法院联合审判庭终于作出了最终裁决,肯定了第一审判庭的初步裁决,支持了美国惩罚性赔偿判决在意大利的可执行性。^①最高法院也支持了第一审判庭所提出的那些理由。不过,最高法院同时指出,外国惩罚性赔偿判决的执行有一些前提条件。首先,外国法院必须根据该国法律的明文规定和授权,在可预见的特定条件下作出惩罚性赔偿判决;其次,惩罚性赔偿的数额必须是有限制的,不能完全由法官自由裁量决定。

意大利最高法院还特别指出,美国联邦最高法院近年来对惩罚性赔偿制度已经作出了一些改革,特别是限制了过去某些法官滥用惩罚性赔偿制度作出天价赔偿的权力,要求惩罚性赔偿不能过分超出受害者所受到的损害。因此,美国的惩罚性赔偿制度也不再违反意大利公共秩序。

(九) 德国《民法典施行法》增加代理条文

2017年6月11日德国国会通过《关于修改国际私法和国际民事程序法有关规定的法律》,^②其中在《民法典施行法》中增加了第8条“协定代理”,具体规定如下:

第八条 协定代理

(1) 协定代理适用授权人在代理权被行使之前所选择的法律,但该项选择须为第三人和被授权人所知晓。授权人、被授权人和第三人可以随时选择应适用的法律。根据第2句所选择的法律优先于第1句所规定的法律。

(2) 若未能根据第1款作出选择,并且被授权人所从事的是营业性活动,则应适用被授权人实施代理权时的经常居所地国实体法,除非该地点不为第三人所知晓。

(3) 若未能根据第1款作出选择,并且被授权人是作为授权人的雇员而从事活动,则应适用实施代理权时授权人经常居所地国实体法,除非该地点不为第三人所知晓。

(4) 若未能根据第1款作出选择,并且被授权人既非从事营业性活动,亦非授权人的雇员,则在有固定期限的代理权情形下应适用被授权人惯常从事代理活动地国法律,除非该地点不为第三人所知晓。

(5) 如果从以上第1款和第4款中均无法得出应适用的法律,则应适用被授权人具体实施某项代理权的地点(实施地)所在国实体法。如果第三人和被授权人应当知道代理权只能在某一特定国家实施,则应适用该国法律。如果实施地不为第三人所知晓,则应适用代理权实施时授权人经常居所地国实体法。

(6) 若协定代理所处分的是不动产或关于不动产的权利,则应适用第43条第1款和第46条所指定的法律。

(7) 本条不适用于交易所交易和拍卖交易中的协定代理。

(8) 在确定本条意义上的经常居所时,应适用欧共同体第593/2008号条例第19条第1款和第

^① Joint Divisions of the Court of Cassation no. 16601/2017.

^② Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, BGBl. I S. 1607.

2 款第 1 项的规定,其中,应以代理权的行使取代合同的缔结。欧共体第 593/2008 号条例第 19 条第 2 款第 2 项不应适用,如果依照该项规定所确定的地点不为第三人所知晓。

(十) 匈牙利颁布新国际私法典

2017 年 4 月 22 日,匈牙利议会通过了新的《国际私法典》(2017 年第 28 号法令),取代了 1979 年的《国际私法典》。新法典于 2018 年 1 月 1 日起生效。

匈牙利是世界上较早颁布独立国际私法典的国家。1979 年的匈牙利国际私法典是当时世界上最先进的国际私法典之一,共 75 条,内容涵盖了法律适用、管辖权和外国判决的承认与执行,可谓开创了独立国际私法典的先河。考虑到当时匈牙利还是一个以计划经济为主体的社会主义国家,这一成就尤其值得人们赞扬。

过去的三十多年,匈牙利发生了巨大的变化。尤其是 20 世纪 90 年代的东欧剧变,彻底改变了匈牙利的政治经济制度。2004 年,匈牙利加入欧盟后,在法律上进一步受到欧盟的影响。

内容上,新法典与 1979 年法典基本一致,包含了法律适用、管辖权和判决承认与执行三大部分内容。结构式分为十二章,分别为导言、总则、人法、家庭法、物权、知识产权、合同、继承、程序法、管辖权、判决承认与执行和最后条款。新法典共 134 条,条文数量上比 1979 年法典增加了将近一倍。

总则上,新法典增加了直接适用的强制性规范和一般例外条款,同时把最密切联系原则作为一般兜底条款。

在分则中,新法典增加了一些旧法典没有的内容,比如对夫妻财产制准据法允许当事人选择法律。另外还增加了关于非法出口文物的法律适用。

(十一) 英国法院关于不对称管辖权条款的判决

英国商事法院在 2017 年 2 月 3 日作出的“商业银行诉利奎马尔邮轮管理公司案”^① 判决中,对所谓的“不对称管辖权条款”的有效性进行了分析。“不对称管辖权条款”(asymmetric jurisdiction clauses)是指在合同中包含的一种管辖权选择条款,它允许一方当事人决定将合同纠纷提交到指定的法院管辖,而限制另一方当事人的选择权。这种条款的具体表现形式各有不同,但都表现为合同一方当事人拥有比另一方当事人更大的选择权。这种管辖权条款在国际金融市场中被广泛采用,但是其有效性存在很大争论。

本案例原告是一家德国银行,在伦敦有营业地。被告利奎马尔公司是一家在利比亚登记的邮轮管理公司,但其主营业地位于希腊雅典。原告与被告下属的公司在 2006—2008 年期间缔结了三份贷款协议,利奎马尔公司是其中两份协议的担保人。担保书中包含有一项法律选择条款和一项管辖权条款,它规定:(1)担保和赔偿应全部受英国法律支配并依其解释;(2)为了出贷方的排他性利益,担保人不可撤销地同意英国法院有权审理所有与本担保和赔偿有关的争端,任何诉讼程序都应向该法院提出。(3)本条款不得限制出贷方在任何其他有管辖权的法院针对担保人提起任何诉讼,而在一个或多个管辖地针对担保人提起的任何诉讼也不得排除在任何其他管辖地提起任何诉讼,无论是否同时;(4)对于在本条款所指定的任何法院进行的任何诉讼,担保人不可撤销地放弃其现在或将来拥有的对管辖地的抗辩权,并不得主张该诉讼程序是在一个不方

^① *Commerzbank v. Liquimar Tankers*, [2017] EWHC 161 (Comm).

便或不适当的法院提起,同时不可撤销地同意任何该法院进行的诉讼程序中所作出的判决都应当被服从和遵守并且在任何管辖地法院得到执行。

此后,由于被告拖欠还款,双方发生争议。2015年6月16日,本案被告利奎马尔公司首先在希腊法院对商业银行提起侵权诉讼。2016年5月23日,商业银行在英国法院对被告提起诉讼,要求其承担担保义务,同时还指控被告向希腊法院起诉的行为违反了双方的管辖权协议。

本案的关键是:面对当事人在希腊法院和英国法院的平行诉讼,英国法院该如何判断自己的管辖权?而这一问题又取决于当事人双方缔结的非对称管辖权条款是否有效。2012年修订的《布鲁塞尔第一条例》第31条规定:

1. 如果数个法院对案件均有专属管辖权,则首先受诉法院以外的法院应放弃管辖权,让首先受诉法院审理。

2. 在不影响第二十六条的情况下,如果第二十五条所指的协议赋予了某一成员国法院排他性管辖权且该法院已经受理了案件,则在该法院宣布其根据协议没有管辖权之前,任何其他成员国法院都应暂停诉讼程序。

3. 如果协议中指定的法院已经根据协议确立管辖权,任何其他成员国法院应放弃管辖权,让协议指定的法院审理。

根据上述规定,本案中,如果当事人之间缔结的非对称管辖权条款被认为属于有效的排他性管辖权协议,则英国法院应当优先行使管辖权。那么,这种非对称管辖权条款是否构成排他性管辖权协议呢?法院对此进行了分析。

法院首先考察了1968年《布鲁塞尔公约》。该公约第17条第1款规定:如果当事人双方同意某一缔约国法院对他们之间的争端解决行使管辖权,则该法院应拥有排他性管辖权。第17条第4款又专门规定:“如果一项管辖权协议只是为某一方当事人利益而订立,该方当事人仍然有权在任何根据本公约规定享有管辖权的其他法院提起诉讼。”也就是说,不对称管辖权条款所指定的法院并不享有排他性管辖权。而对于平行诉讼,《布鲁塞尔公约》第21条规定:“相同当事人之间针对相同诉因在不同缔约国法院提起的诉讼,最先受理的法院以外的其他法院都应主动暂停其诉讼程序直到最先受理的法院确定其管辖权为止。”《布鲁塞尔公约》的上诉规定被原封不动地移植到2000年的《布鲁塞尔条例》第23条和第27条之中。2005年的盖赛尔案(Gasser)^①引发了广泛争议。该案当事人之间的管辖权协议约定奥地利法院享有管辖权。但意大利当事人首先向意大利法院提起诉讼,奥地利当事人稍后也向奥地利法院提起了诉讼。欧盟法院认为,根据《布鲁塞尔公约》第17条和第21条,意大利法院作为先受理的法院享有优先权。而英国法院的做法与此不同。在1994年的大陆银行案(Continental Bank Case)^②中,尽管希腊法院首先受理了案件,但是英国法院认为,当事人在管辖权协议中约定的英国法院应当享有优先权,尽管该案所涉及的管辖权条款也具有“非对称”性质。

在海牙国际私法会议制订《选择法院协议公约》的过程中也对非对称管辖权协议有争论。2005年通过的该公约第1条规定:“(a)排他性选择法院协议是指由双方或多方当事人订立的符合c款的协议,以解决与某一特定法律关系有关的业已产生或可能产生的争议为目的,而指定一

① Case C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* [2005] QB 1.

② *Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA* [1994] QB 588.

个缔约国法院或一个缔约国的一个或多个法院,并排除其他任何法院的管辖权。(b)指定的一个缔约国法院,或一个缔约国的一个或多个特定法院的选择法院协议应认为具有排他性,除非当事人明确地作出相反表示。”在该条的草案中,起草人试图加入一项明文限制,将非对称管辖权协议排除在定义范围之外,但最后未能成功。不过公约的解释报告专门做了说明:“非对称法院选择协议(根据该协议,一方当事人可以排他性地在指定法院起诉,而另一方当事人可以在其他法院起诉)不属于本公约意义上的排他性法院选择协议”。^①

此外,未被选择的法院也可以援引公约第6条排除非对称管辖权协议的约束力:

“第6条 未被选择法院的义务

被选择法院之外的缔约国法院应中止或驳回排他性选择法院协议所适用的诉讼,除非

a) 根据被选择法院国家的法律,该协议是无效的;……

c) 赋予协议效力会导致明显不公正或会将明显违背受理法院国家的公共政策……”

盖赛尔案引发的争议导致了2012年欧盟对《布鲁塞尔条例》的修订。修订后的《布鲁塞尔条例》很大程度上采纳了2005年海牙《法院选择协议公约》的原则,尤其对当事人的意思自治给予了更大尊重。在平行诉讼的解决方面,《布鲁塞尔条例(修订版)》改变了盖赛尔案的判决结果,它要求先受理法院应暂停诉讼程序并等待被选择的法院作出管辖权裁决。如果被选择的法院决定受理案件,那么先受理的法院应当放弃管辖(第31条)。根据《布鲁塞尔条例(修订版)》第25条,被选择的法院应根据本国法律判断管辖权协议的实质有效性。除非当事人另有约定,该管辖权协议应当具有排他性。

就利奎马尔案而言,根据《布鲁塞尔条例》的上述规定,英国法院应当根据英国法律判断此种非对称管辖权条款的有效性。因此,英国法院接下来分析了相关的英国判例法。在英国,法院经常遇到不对称管辖权条款,并且大多认为它们是有效的且可以执行。^②

而在其他欧洲国家,不对称管辖权条款的有效性经常遭到质疑。法国最高法院2012年9月26日在罗斯柴尔德案中认为,贷款协议中的不对称管辖权条款违反了《布鲁塞尔第一条例》第23条的目的,因而无效。^③但在2015年的苹果公司案中,苹果公司在一份协议中与对方约定“如果对苹果造成伤害,则苹果可以在爱尔兰起诉”,法国最高法院却又认为该项不对称管辖权条款是有效的。^④卢森堡法院在2014年的一起案件中反驳了法国法院在罗斯柴尔德案中的观点,认为不对称管辖权条款符合《布鲁塞尔公约》和《布鲁塞尔第一条例》的目的,并且当事人的缔约自由应当得到尊重。^⑤西班牙马德里上诉法院也曾在一起案件中认为不对称管辖权条款有效。^⑥意大利法院也曾根据当事人契约自由原则裁定不对称管辖权条款有效。^⑦

① Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, The Hague, Netherlands, p. 37.

② *Credit Suisse First Boston (Europe) Ltd v. MLC (Bermuda) Ltd* [1999] 1 All ER 237, p. 249G - 250A; *Bank of New York Mellon v. GV Films* [2009] EWHC 2338, [14]; *Black Diamond Offshore Ltd v. Fomento de Construciones Y Contratas SA* [2015] EWHC 1035, [43].

③ *Mme X v. Société Banque Privé Edmond de Rothschild*, First Civil Chamber, 26 September 2012, Case No. 11 - 26022.

④ *Société eBizzuss. com v. Apple*, First Civil Chamber, 7 October 2015, Case No. 14 - 16898.

⑤ Tribunal d' Arrondissement of Luxembourg, Commercial judgments 127/14 and 128/14, 29 January 2014.

⑥ Court of Appeal of Madrid, 18 October 2013, *Camimalaga SAU v. DAF Vehiculos Industriales, S. A.*

⑦ Corte di Cassazione, 11 April 2012, *Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest, HSBS*, Case No 5705; Corte D'Appello di Milano, 22 September 2011, *Sportal Italia v. Microsoft Corp.*

希腊比雷艾夫斯法院 2016 年审理的一起案件中，一家银行与一家在马绍尔群岛注册但营业地位于希腊的轮船公司达成的贷款协议中包含了一项不对称管辖权条款，约定英国法院管辖。当轮船公司向希腊法院起诉时，希腊法院根据《卢加诺公约》认为应当由合同约定的英国法院管辖并驳回了起诉。

通过上述分析，在利奎马尔案中，英国法院最终认为应当适用 2012 年《布鲁塞尔第一条例（修订版）》。法院认为，本案中，不对称管辖权条款是否具有排他性的问题，属于对《布鲁塞尔第一条例（修订版）》的解释问题，而不是对英国法的解释问题。法官认为，按照《布鲁塞尔第一条例（修订版）》第 31 条第 2 款的字面含义，“排他性管辖权协议”包括了不对称的管辖权协议。将不对称管辖权条款视为排他性条款也符合《布鲁塞尔第一条例》的目的，即鼓励意思自治，促进排他性管辖协议的有效性以及避免当事人滥用诉讼策略。就本案而言，如果不把合同中的管辖权条款视为排他性条款，就会鼓励当事人恶意起诉。最终，法官认定本案中的非对称管辖权条款有效，并驳回了被告利奎马尔要求停止诉讼程序的请求。

值得注意的是，2016 年 7 月，伦敦金融市场委员会（Financial Markets Law Committee）发布了一份《关于非对称管辖权条款引起的法律不确定性问题的报告》，^①对欧洲各国的相关法律进行了综述，并提出了建议。

七 总结与展望

综观过去一年全球国际私法的发展，我们感到，虽然全球化浪潮在部分西方发达国家遭遇挑战，但是人类社会实现人员、商品、服务和信息自由流动的愿望是天生俱来的，这不是少数政治家可以左右的。尽管全球化会面临暂时的倒退，但是从人类历史长河来看，这种退步终究不过是进步力量的集聚过程而已。即使是在美国，联邦最高法院虽然一再收缩自己的管辖权，但法学界主流学者仍然在不遗余力地展开激烈的批判，法学会也在低调地进行着《冲突法重述》的修订工作。这些工作无疑将会为美国冲突法未来的浴火重生奠定基础。欧盟的发展也是如此。英国脱欧尽管导致欧盟国际私法统一化进程遭遇挫折，但是英国法学界精英人士早就认识到脱离欧盟的市场会给英国的法律服务业带来巨大损失。他们也在不遗余力地呼吁英国政府继续保持同欧盟在法律上的合作。

随着全球经济格局的演变，发展中国家在涉外法律服务业方面开始发力。我们看到，海牙国际私法会议近年来的缔约国越来越多，而且大多数都是发展中国家。新加坡、香港、迪拜等城市近年来都开始加大力度发展法律服务业，试图同传统法律服务中心伦敦、纽约、斯德哥尔摩等进行竞争。印度、南非、巴西等金砖国家也开始加大对法律服务业的投入，开始打造区域性法律纠纷解决中心。中国如何在这场全球法律服务业转型大战中提高自己的竞争力？这是值得每一个国际私法学者和实务工作者认真思考的问题。

^① Paper on Issues of Legal Uncertainty Arising in the Context of Asymmetric Jurisdiction Clauses, <http://www.fmlc.org/paper-on-asymmetric-jurisdiction-clauses.html>, 2017 年 9 月 3 日访问。

Frontiers of Private International Law around the World-An Annual Review (2016—2017)

Du Tao

Abstract: From the July, 2016 to the June, 2017, the international private law legislations and practices in various countries continued to make great progress. The Brexit-Negotiations with the EU has officially started in June 2017. This has been a heavy blow to the development of the EU civil and commercial judicial cooperation. Nevertheless the development of the EU private international law has not stopped. The revised draft of the Brussels IIa Regulations has been introduced and a new Regulation has been adopted to simplify the certification of public documents within EU. The European Court of Justice has made a number of important judgments. Germany, Hungary and other countries enacted or revised their private international law codes. The Italian Supreme Court has a new attitude towards the recognition and enforcement of punitive judgments from the United States. After Trump has been elected president of the U. S. , the conservatism politics has risen gradually. The Supreme Court continued its conservative attitude toward the international jurisdiction of American courts. The draft of the Restatement of Foreign Relations (Fourth) has completed first three parts: jurisdiction, foreign sovereign immunity and the application of treaties. The draft Restatement of Conflict of Laws (third) is also underway. The Hague Convention on Private International Law continues to be accepted by more and more countries. The drafting of the ongoing Judgment Project will soon come to an end. Other projects have also made progress. The Members of the ELI-UNIDROIT Project “From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure” met on 21 –22 November in Vienna to discuss the advanced drafts of the three initial Working Groups. The new edition of the General Principles of International Commercial Contracts was published in 2016. The Canadian Supreme Court’s decisions against Google and Facebook have sparked disputes about the extraterritorial jurisdiction in the area of Internet infringement. The Supreme Court of Russia issued a judicial interpretation on the procedure rules against cases involving foreign elements. Many national legislations have been adopted to deal with the transnational corporation’s global supply chain responsibilities.

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

(责任编辑:李庆明)