



中国加入海牙《选择法院协议公约》 的规则差异与考量

何其生

摘要: 海牙《选择法院协议公约》旨在通过加强司法合作增进国际贸易和投资。公约采用混合模式,从三个方面:即被选择法院的义务和程序、未被选择法院的义务和程序、被选择法院所作判决的承认和执行,在民商事管辖权和外国判决承认和执行领域建立统一的规则。中国深度参与了《选择法院协议公约》的谈判。作为全球的贸易大国和正在建设的法治大国,中国需要构建开放型的涉外审判机制,提升国际法律服务市场,推动判决的全球性流动,从而为当事人的国际民商事活动提供确定性的法律环境。当然,加入公约需要我国进行利益上的综合权衡,并作出一定的制度上的安排。

关键词: 选择法院协议公约; 管辖权; 外国判决; 承认和执行

2005年,海牙《选择法院协议公约》(以下简称《公约》)^①通过后一直为国际社会广泛关注。2015年6月11日,随着欧盟批准加入,公约于2015年10月1日生效。在起草过程中,中国深度地参加了公约的谈判,并多次召开讨论会^②,公约的多个条文均体现了中国代表团的主张。作为判决承认与执行领域的重要法律文书,公约有利于判决的全球性流动^③,有利于为国际民商事活动创造确定性的法律环境。笔者主要从中国法律与《公约》规定之间的规则差异与制度衔接的层面,分析我国加入公约所面临的问题与解决思路。

一、中国在《公约》适用范围与规制内容上的利益关切

1992年,在参加海牙国际私法会议^④谈判的过程中,美国代表团提出,需要在民商事领域的管辖权和相互承认与执行判决问题上制定一项全球性公约^⑤,这一提议为海牙国

① 本公约的翻译参见中国外交部条约法律司编:《海牙国际私法会议公约集》,法律出版社2012年,第204~214页。

② 例如,笔者就先后参加了2004年8月在内蒙古赤峰召开的“关于《排他性法院选择协议公约(草案)》中有关知识产权部分的建议”;参见何其生:《〈海牙排他性法院选择协议公约(草案)〉有关知识产权问题的建议》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2005年第1期,第63~68页。2005年4月28~29日,中国国际私法学会与外交部条法司在武汉大学国际法研究所召开的“《协议选择排他性法院公约(草案)》研讨会”(该会议为我国参加当年6月举行的外交大会谈判作准备)。

③ 笔者使用“流动”一词主要是指判决的全球可执行性,体现的是一国判决在境外的执行力和既判力。

④ 海牙国际私法会议是一个秘书处设于荷兰海牙的常设政府间国际组织,英文为Hague Conference on Private International Law。中国于1987年7月3日正式加入海牙国际私法会议。

⑤ 美国学者认为,欧盟内部已经存在判决承认和执行的公约。如果美国承认和执行外国法院的判决,而美国法院的判决无法在外国得到承认和执行,这无疑会使美国陷入一种不利的境地。因此,美国极力推动制定相关国际条约的新一轮谈判。参见Yoav Oestreicher,“‘Were on a Road to Nowhere’-Reasons for the Continuing Failure to Regulate Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”,*International Lawyer*, Vol. 42, No. 1 (2008)。

际私法会议所接受,并为成员国所响应。通过谈判,于1999年通过了《民商事管辖权及外国判决公约初步草案》,但是由于与会各国分歧极大,草案难以得到认可。在此情况下,有人提议以“排他性法院选择协议”为管辖依据,制定仅在此领域外国判决的承认和执行的有限公约(Yoav Oestreicher, 2008: 77)。这一建议为海牙国际私法会议所采纳,2005年《公约》终获通过。

(一)《公约》的范围与中国的关切

从公约的适用事项来说主要有:一是公约所适用的法律关系是“民商事宜”(Civil or commercial matters),但实际上主要适用于商事领域,且只适用于企业对企业(Business to Business, B2B)协议。公约第2条不仅排除了婚姻家庭事宜(包括自然人的身份及法律能力、扶养、婚姻和继承等),也排除了消费者合同和雇佣合同;另外,欧盟2000通过并于2012年修订的《欧盟理事会民商事管辖权及判决的承认与执行的条例》(通称《布鲁塞尔条例I》)第24条所规定的专属管辖事项基本被排除在外^①。

对于我国比较关切的知识产权问题,除了著作权和邻接权以外,公约排除了知识产权有效性案件和知识产权侵权案件^②。而对于著作权和邻接权,由于二者没有行政确权程序,更无须司法审查,而且国际社会在此方面已经达成了不少国际公约,因此,未被排除在公约的适用范围之外。公约广泛排除知识产权问题的适用,极大地缓解了我国在此方面的关切。

因排除事项较多,公约的适用范围受到了不少质疑。例如有学者指出,今后通过互联网缔结的在线协议会愈加普遍,而有些协议很难区分是B2B协议还是B2C(Business to Consumer)协议。随着协议数量的大幅增加,将会对公约的适用范围提出挑战(Yoav Oestreicher, 2008: 77)。但就像1958年订于纽约的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)只是适用于契约性和非契约性事项一样,《公约》将适用范围主要限制于商事领域,能够保证更多缔约国的参与,也能够得到更多商人的认可。

二是当事人自愿达成的排他性选择法院协议。根据公约的规定,构成排他性选择法院协议必须具备5个要素^③:一是根据被选择的法院地法律,当事人之间已达成一个有效的管辖权协议;二是该协议符合《公约》所规定的形式要求;三是协议中指定“某个缔约国的法院”或“某个缔约国的一个或多个特定法院”。根据公约的规定,这种指定实际上就排除了其他国家法院的管辖权;四是当事人所选择的法院在缔约国境内;五是当事人选择法院的目的是为了解决与某一特定法律关系有关的已发生或可能发生的争议。根据公约的规定,除非当事人另有明示约定,由当事人协议选择的某个缔约国的法院或某个缔约国的一个或多个特定法院,应具有排他性效力^④。由此而言,只要当事人协议指定“某个缔约国的法院”或“某个缔约国的一个或多个特定法院”管辖,则该国法院具有排他性的管辖权。例如,在2015年徐志明诉张义华案件^⑤中,双方当事人于《股权转让协议》第7条规定:“协议一经签订,双方不得反悔,如违约则可向蒙古国法院起诉,并有权申请查封Rich Fortune相关财产”。当事人虽然约定争议由“蒙古国法院”解决,根据公约的规定,则只能由蒙古国法院审理该案。

三是公约所处理的主要是国际性案件。对于“国际性”的判断,公约规定了两个标准:一是在管辖权方面,公约采纳了排除法,即不管当事人所选择的法院位于何处,如果一起案件中当事人均在同一缔约国居住,并且当事人间的关系以及与争议有关的所有其他因素,均只与该缔约国有关,这一案件就不是公约所调整的国际性案件;否则,一起案件就是国际性的^⑥。但如何界定“当事人间的关系”和“与争议有关的所有其他因素”,则由缔约国法院来判断。二是在判决层面,“只要一项外国判决寻求承认和执行”,一起案件就是国际性的^⑦。而“外国判决”的判断标准则由被请求国法院界定。这就意味着在管辖

①反映在《公约》第2条的规定就是:“……(12)不动产权以及不动产租赁权;(13)法人的效力、无效或者解散,以及其机关所作决定的效力;(14)著作权和邻接权以外的知识产权的有效性;(15)侵犯除版权和邻接权以外的知识产权,但有关侵权诉讼是因违反当事人间与此种权利有关的合同提起或者可以提起的除外;(16)公共登记项目的有效性……”

②《公约》第2条第2款第14和15项。

③《公约》第3条。

④参见《公约》第3(2)条。

⑤参见最高人民法院2015年4月28日作出的“徐志明与张义华股权转让纠纷申请再审民事裁定书”,(2015)民申字第471号。

⑥《公约》第1条第2款。

⑦《公约》第1条第3款。

权方面的一起非国际性案件，在判决承认与执行领域则可能是国际性案件^①。

与案件的国际性界定标准相一致，《公约》在结构上采用“管辖权+判决的承认与执行”的机制。这种机制将外国判决的承认和执行问题同管辖权问题杂糅在一部法律文件之中，采取了“双重或混合公约”的立法模式。现代多数区域性的条约均采用该机制。“双重公约”模式之所以在区域性条约比较普遍，主要原因是：无论是欧盟还是美洲国家组织，其内部都具有高度的同一性，区域内各国在政治、经济、社会、文化方面具有相同的利益，正是这种共同的利益驱动促使他们加入区域性公约（Yoav Oestreicher, 2007: 347-348），而全球性条约则没有此种认同感。因此，前述所提及 1999 年的《民商事管辖权及外国判决公约初步草案》最终以失败而告终。而《公约》能够取得成功，反映了各国在民商事领域就管辖权和判决的承认与执行达成一个公约的共同期盼。

（二）《公约》下法院的权利义务与中国的考量

《公约》以三种方式规制了当事人之间的诉讼，即一是被选择法院必须审理协议下的案件；二是未被选择法院必须拒绝审理协议下的案件；三是被选择法院的判决应该得到承认和执行^②。具体如下：

首先，被选择法院的义务和程序。对于被选择的法院来说，如果当事人在协议中指定缔约国的一个或多个法院，则该缔约国的法院对当事人争议的管辖权具有排他性。而且，该享有管辖权的法院不得以争议应由另一国家法院审理为由拒绝行使管辖权^③。例如，如果中国法院是被选择法院，不管当事人在协议指定中国的某一个法院或指定多个中国法院，中国法院的管辖权是排他性，其他国家法院不得行使管辖权。而且，中国法院不得拒绝行使管辖权。因此，被选择法院行使管辖权既是其权利，也是其义务。但被选择法院行使管辖权有三项例外：一是根据被选择法院地国法，选择法院协议无效；二是涉及诉讼标的或者请求数额的管辖权，不受当事人选择法院协议的影响；三是当事人指定一个或多个法院不影响缔约国法院管辖权的国内分配。以我国为例，国内法院间管辖权的分配属于国内强制法规定，当事人没有选择的自由，因此，公约进行了例外规定。但公约第 5(3)(2) 条亦赋予了被选择法院的自由裁量权，即“当被选择法院有权自行裁量是否移送某一案件时，应适当考虑当事人的选择。”

其次，未被选择法院的义务和程序。由于被选择的法院具有排他性的管辖权，未被选择的缔约国法院就需要中止或者放弃相关的诉讼程序。但公约规定了如下 5 种例外情形：(1) 依据被选择法院所在地国家的法律，当事人选择法院的协议无效；(2) 依据受理案件的法院所在地国家的法律，一方当事人缺乏缔约能力；(3) 承认该协议的有效性将会造成明显的不公，或者明显地违背法院所在地国家的公共政策；(4) 由于当事人所不可控制的特殊原因，当事人不能合理地履行协议；(5) 被选择法院已决定不审理该案^④。但在前述 5 种情形下，公约并没有明确未被选择法院是否必须行使管辖权，这就使未被选择的法院具有一定的自由裁量权。

最后，被选择法院判决的执行程序。被选择法院所作判决的执行程序是《公约》的规制重点。公约关于管辖权的规定仅有 3 条（第 5~7 条），而关于判决承认和执行的条款多达 8 条（第 8~15 条），所涉内容包括承认和执行的判决和审查；拒绝承认和执行的理由；先决问题；损害赔偿；和解协议；需提供的文件；执行的程序以及判决的可分割性。这些规定旨在提升协议选择法院判决的可执行性。

公约关于被选择法院和未被选择法院义务与程序的规定，自然会成为缔约国加入该公约的重要权衡因素。以我国为例，加入《公约》所带来的一个比较关切的问题是：我国当事人由于各种各样的原因，会更多地选择或被动选择西方发达国家的法院进行诉讼。而该问题会进一步带来连锁性反应。一方面，由于法律制度、语言和司法制度的不同，我国当事人的利益可能在所选择的法院得不到应有的保护；另一方面，我国又不得不执行外国法院所做出的判决。这种担心有着现实原因。

目前，由于法律制度的不健全、司法的公正与效率有待加强等因素，我国法院对外国当事人还很难

^① 参见 Trevor Hartley & Masato Doguchi, “Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, http://www.hech.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98,para.11.

^② 参见 Hartley/Doguchi Report, para. 1.

^③ 《公约》第 5 条。

^④ 《公约》第 6 条。

具有吸引力。以国际社会关于司法独立性的考量为例,在世界经济论坛的《全球竞争力报告 2014—2015》(The Global Competitiveness Report 2014—2015)中,我国的司法独立性位居全球排名的第 60 名。而像英国、荷兰、德国等国家均排名在前 15 名^①。而对于争议解决制度的效率,英国位列第 5,德国位列第 11,美国位列第 23;中国近年来排名有所上升,但依旧排在第 49 位^②。这种国际报告对我国的司法形象负面影响很大,从而直接影响外国当事人选择我国法院解决争议。尽管如此,中国仍不能以封闭性思维,主张中国法院只解决与中国有关的涉外民事案件,而应该以开放性的思维,来发展开放性的涉外审判机制。

中国作为经济实力雄厚的大国,应以大国的心态看待当事人选择外国法院。正如美国联邦最高法院在 M/S Bremen v. Zapata Off - Shore Co. 案^③中所言:“如果我们坚持所有争议都必须适用美国的法律、在美国法院解决的狭隘观念,而不考虑合同如何规定,美国商业和工业就不能得以扩张……而仅仅根据我们的条件、适用我们的法律并在美国法院解决争议,我们也不可能在全球市场和国际水域进行贸易和商业。”^④对于当代的全球性商事活动,选择法院协议是当事人缔约和从事国际贸易所必不可少的内容^⑤。国际商事活动需要尊重当事人的意志。从法哲学、法社会学的角度来说,当事人意思自治是基于这样一种观念,即每一社会成员依自己的理性判断、管理自己的事务,自主选择、自主参与、自主行为、自主负责(江平、张礼洪,1993:20)。在私法关系领域,由当事人自己决定他们之间的权利义务,自己决定自己的纠纷,不仅符合私法关系的本质,是国际交往的需要,同时也是对人——社会主体的尊重。

二、管辖权方面的规则差异与中国的选择

在 2012 年我国《民事诉讼法》的修改中,涉外民事诉讼中的协议管辖被删除,相关内容被并入到修订后《民事诉讼法》的第 34 条,但内容上并没有多大的变化,即合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反该法对级别管辖和专属管辖的规定。不过,此条规定主要针对的是当事人选择“人民法院”的情况,没有就当事人选择外国法院进行规定。

为此,2015 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)第 531 条规定,涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人,可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。需注意的是,该条详细规定了当事人选择外国法院的一些条件。但当事人选择外国法院协议有效与否,通常由外国法院根据其自身的法律来判断。在此层面,上述规定有些多余。但在我国法院对当事人选择外国法院的协议进行审查,或在判决承认与执行阶段对外国法院的管辖权进行审查时,上述规定具有一定的价值。与《公约》相比,我国目前的选择法院协议还在如下方面存在差异。

首先,书面形式。不管是《民事诉讼法》第 34 条所规定的选择“人民法院”,还是 2015 年《民事诉讼法解释》第 531 条规定的选择“外国法院”,均有“书面形式”的要求。考虑到我国 1999 年《合同法》^⑥和 2004 年《电子签名法》^⑦的规定,“书面形式”在我国应作广义的理解,即包括电子邮件和数据电文所达成的协议。但即使如此,我国的规定也与《公约》存在差异。《公约》第 3 条规定了排他性法院选择协议的形式要求:即需要以书面形式;或者以其他任何联系方式,且该方式能提供可获取的信息使其日后能够被引用。公约所规定的“以其他任何联系方式,且该方式能提供可获取的信息使其日后能够被引用”主要是指电子方式,但并不局限于电子方式。另外,在效力上,《公约》规定构成合同一部分的排他性法院

① World Economic Forum, “The Global Competitiveness Report 2014—2015”, p. 411.

② 参见 World Economic Forum, “The Global Competitiveness Report 2014—2015”, pp. 191, 377 & 379.

③ 407 U. S. 1, 9(1972).

④ M/S Bremen v. Zapata Off - Shore Co., 407 U. S. 9(1972).

⑤ Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. v. Regal-Beloit Corp., 130 S. Ct. 2433, 2448(2010).

⑥《合同法》第 11 条 书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。

⑦《电子签名法》第 4 条 能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。

选择条款，应独立于合同的其他条款，而且，不能仅因合同无效而认定排他性法院选择条款无效。《公约》强调选择法院协议的独立性，但我国法律和司法解释对此尚缺乏明确的规定。

其次，“实际联系”的要求。根据我国《民事诉讼法》第34条，当事人选择的法院需要与争议有“实际联系”。这是因为不作此要求可能会导致法律规避的产生，而且不利于保护弱方当事人的利益（因为可能会存在管辖协议是当事人一方通过欺诈、胁迫、滥用经济权力或其他不正当的方式达成的情况），有时也会给审判法院造成不方便。在我国涉外民事诉讼的司法实践中，在权衡“与争议有实际联系的地点的法院”时，通常要考虑当事人的住所地、登记地、营业地，以及合同签订地、合同履行地、标的物所在地等因素^①。但学界对此种观点一直存在分歧。李浩培（1996）就曾认为：“因为这样的要求就排除当事人以合意将直接国际裁判管辖权赋予一个中立法院的可能性，而这是对国际经济往来的发展不利的。订立契约以进行国际贸易的法律主体，不论是自然人或法人，通常属于两个不同国籍的国家。这些法律主体通常倾向于维护其本国的司法制度的威望，而对于对方的司法制度难免抱有不信任感。要求选择与争议有实际联系的地点的法院管辖就是排除中立法院管辖的可能性，其结果可能是双方当事人因此不能达成国际贸易的契约的缔结，而对国际经济往来的发展不利。所以现代各国国际民事程序法的发展的趋势，是不要求选择与争议有实际联系的地点的法院。”

对于国际贸易的当事人而言，是通过自由的协商而缔结管辖权协议。当事人在合同谈判时选择一个与交易没有任何联系的法院起诉，应该料想到在该法院诉讼所可能产生的不便及其他一些法律后果。因此，这种不便或者没有联系本身不能成为管辖权协议无效的理由^②。2000年我国《海事诉讼特别程序法》第8条就规定，如果海事争议的当事人均是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，而且当事人书面协议选择我国海事法院管辖的，即使与争议有实际联系的地点不在我国领域内，我国海事法院对该争议也具有管辖权。进一步而言，考虑到我国在协议选择准据法方面已经放开了联系的要求^③，我国当事人协议选择管辖权方面也应逐渐放开。

因此，对该问题的解决可有两种方式：一是修改我国《民事诉讼法》第34条和相关司法解释的规定，去除“实际联系”的要求；二是根据公约第19、20条的规定进行保留，即根据第19条不受理与当事人或争议无任何联系的案件^④；根据第20条拒绝承认和执行没有联系法院所做的判决^⑤。而考虑到修改现行的民事诉讼法并非一朝一夕之事，对第19、20条的规定进行保留，应是较理性的选择。

三、判决承认与执行方面的规则差异与制度安排

（一）判决承认与执行的条件

统一的外国法院判决承认与执行制度是公约的主要内容，也是公约的核心目标之一。公约下的判决是指法院就实质问题所作出的决定，包括裁定或命令，以及法院对开支或者费用的决定（《公约》第4条第1款）。和解协议在一定条件下也应以判决相同的方式执行^⑥。公约区分判决承认和执行而分别规定了条件：对于需要承认的判决，必须是在原审国有效的判决；而对于需要执行的判决，则要求不仅在原审国有效而且要具有可执行性^⑦。尽管我国法院实践中也对判决的承认和执行进行区分，例如，对离婚判决仅进行承认即可，但我国的法律和司法解释在承认和执行的条件上则没有对二者进行实质的区分。

^① 参见《第二次涉外审判纪要》第4条。

^② *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499 U. S. 585, 593-97 (1991).

^③ 2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第7条规定：一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的，人民法院不予支持。

^④ 《公约》第19条“限制管辖权的声明”规定：一国可以声明，如果除被选择法院所在地外，该国与当事人或者争议并无联系，其法院可以拒绝受理一项排他性选择法院协议适用的争议。

^⑤ 《公约》第19条“限制承认和执行的声明”规定：一国可以声明，如果当事人在该被请求国居住，并且除被选择法院所在地外，当事人的关系与争议有关的任何其他因素仅与该被请求国相关联，其法院可以拒绝承认或者执行另一缔约国法院作出的判决。

^⑥ 《公约》第12条规定，由排他性选择法院协议指定的缔约国法院已许可的，或者在该法院诉讼程序中当庭达成的、并且在原审国可以与判决相同的方式执行的和解协议，应当根据本公约以判决相同的方式予以执行。

^⑦ 参见《公约》第8条第3款；Hartley/Dogauchi Report, para. 171.

而关于判决承认和执行领域的核心内容,公约主要规定了以下5种情形:

1. 选择法院协议无效。选择法院协议无效在判决承认与执行下又区分为两种情形:一是根据被选择法院地国的法律,协议无效。即便如此,如果被选择法院确定协议有效,则不能拒绝承认和执行外国法院判决;二是根据被请求承认与执行法院地国法律,一方当事人缺乏缔约能力^①。

2. 程序不正当。在判决承认与执行的情形下,正当程序是各国的基本要求,它通常包括充分的抗辩和合法的送达。公约也规定了这两方面的要求:一是如果被告收到相关诉讼的文书后没有足够的时间安排答辩,则可拒绝承认和执行。例外情形是:被告在原审法院出庭并答辩,且在原审国法律允许就迟延履行提出异议的条件下,未提出异议。该例外情形旨在鼓励被告尽可能地在原审程序中行使辩护权,而不能把异议的权利留在执行阶段,从而不必要的导致程序拖延^②。二是在被请求国通知被告的方式与被请求国有关文书送达的基本原则不符时,可拒绝承认和执行(《公约》第9条第3款)。在送达领域,英美法系比较灵活,通常认为是私人行为;而对于大多数大陆法系国家,送达则被视为行使国家的司法职权的行为。违反这些国家关于送达的规定,则可能被视为违反该国国家主权的行為。中国目前在此种情形下,也拒绝承认和执行外国的判决(何其生,2005:126-137)。例如,在最高人民法院关于对乌兹别克斯坦共和国 Chorvanaslxizmat 有限责任公司申请承认和执行乌兹别克斯坦共和国费尔干纳州经济法院作出的 NO15-08-06/9474 号民事判决一案的请示的复函中^③,最高人民法院认为,乌国法院向我国境内当事人送达开庭传票和判决书,应由乌国的中央机关以请求书的形式向我国的中央机关提出请求,由我国的中央机关进行送达。而在该案中,乌国费尔干纳州经济法院送达方式有两种:一是通过我国驻乌国大使馆经商参处转新疆外经贸厅,再转交被告送达开庭传票,二是通过传真方式送达开庭传票及判决书。这两种方式均不符合中国和乌兹别克斯坦双边司法协助协定的规定,有损我国的司法主权。

3. 欺诈。在判决是通过与程序事项有关的欺诈而作出的情况下,公约规定被请求国法院可以拒绝承认和执行。公约所规定的程序性欺诈包括蓄意欺骗和故意的不道德行为。例如,在向被告送达诉讼令状时,原告故意向错误的地址送达或促使别人向错误的地址送达;或者原告故意向被告提供错误的开庭时间和地点等信息;或者一方当事人贿赂法官、陪审员和证人或者故意隐瞒关键证据^④。而在签订选择法院协议时,如果一方故意冒充他方签署协议,也属于此处的欺诈(徐国建,2005:13)。

4. 公共政策。公共政策作为安全阀,是各国在判决承认与执行制度上必不可少的规定。但各国对于公共政策内涵的理解却有着很大的差别,但大都倾向于狭义解释公共政策,限制公共政策适用的范围(何其生,2014:143-163)。《公约》第5条第5款也规定了公共政策,即承认或执行外国判决将会与被请求国的公共政策明显相悖,包括外国法院的诉讼程序不符合被请求国程序公正的基本原则等情形,被请求国法院将可以拒绝承认和执行外国法院的判决。与被请求国的公共政策“明显相悖”的要求,旨在为公共政策建立起较高的门槛,同时与第6条所规定的公共政策保持一致。而在一些国家,违反程序公正的基本原则也属于公共政策的范畴,公约所规定的“不符合被请求国程序公正基本原则的情形”主要是为了满足这些国家的关切^⑤。

5. 与既有的判决相冲突。判决相互冲突包括两种情形:一是外国法院判决与被请求国法院就相同当事人间的争议所作出的判决相冲突(《公约》第9条第6款);二是外国法院判决与较早前第三国就相同当事人间就相同诉因所作出的判决相冲突(《公约》第9条第7款)。但在第二种情形下拒绝承认和执行外国判决需要满足如下条件:当事人选择法院所作出的判决要晚于第三国法院所作出的判决;当事人相同;诉因相同;第三国法院的判决满足在被请求国承认所必需的条件^⑥。

在外国法院判决的承认与执行领域,尽管我国法院承认与执行的外国法院判决屈指可数,但我国已

①《公约》第9条第1和2款。

②参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 186.

③2011年8月16日, [2011]民四他字第18号。

④参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 186.

⑤参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 190.

⑥参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 193.

经缔结了 30 多个双边司法协助协定。在这些协定中,承认与执行外国法院判决的条件与《公约》相差无几(何其生,2015:325-328)。而且,目前国际社会关于外国法院金钱判决承认与执行的审查主要是形式审查,这一点也是我国法院实践和《公约》的一致之处^①。

(二) 惩罚性赔偿判决与可分割判决

《公约》规定了惩罚性赔偿判决(第 11 条)和可分割判决(第 15 条)的问题,但这一领域一直是谈判中各国争议的焦点。关于惩罚性赔偿问题,公约第 11 条使用了两个术语“惩戒性(exemplary)”或者“惩罚性(punitive)”赔偿。这两个术语意味着外国法院的判决旨在惩罚被告,阻止其再从事类似的行为,而不是损害赔偿的基本功能:补偿实际的损失。在公约协商的过程中,一些代表担心,在有些国家赋予损害赔偿的判决有可能远远超越原告的实际损失,而惩戒性赔偿和惩罚性赔偿就是两个例子。一些代表主张适用公约中的公共政策例外;另一些代表则表示,由于他们国家严格限制公共政策的适用范围,惩罚性赔偿判决不能纳入公共政策的范畴^②。因此,公约专门规定了惩罚性赔偿问题,即如果判决所确定的损害赔偿,远远超过当事人的实际损失或者所受的损害,则可以在该限度范围内拒绝承认或者执行该判决^③。但对于损害赔偿的审查,公约第 11 条设置了较高的门槛,仅在判决的数额显而易见的超过实际损失或所遭受的损害,或者判决中清楚地提到了惩戒性赔偿或惩罚性赔偿,或具有这类赔偿的特征时,方可启动^④。但关于损害赔偿的评估,公约第 11 条包含了一个自治性的概念,由被请求国法院来审查,并不意味着被请求国法院适用被请求国关于损害赔偿的法律。而且即使存在惩罚性赔偿,公约依旧禁止对案件进行实体性审查。就像其他拒绝的理由一样,它仅适用于极其例外的情形^⑤。

惩罚性判决的承认与执行必然涉及判决的分割问题。而公约为了鼓励尽可能的承认和执行外国判决,还在第 15 条专门规定了可分割的判决,即如果当事人只申请部分的承认或者执行外国法院判决,或者根据本公约只有部分判决能够予以承认或者执行,则该项外国判决可分割的部分应予承认或者执行。对于可分割的部分,争议的问题必须具有相对独立性;而在判决的分割问题上,则适用被请求国法律^⑥。由于我国目前实践中很少有外国法院的判决被承认和执行,判决分割承认和执行的实践尚未出现。但在外国仲裁裁决的承认与执行上,我国法院则有相关的案例。例如,在美国 GMI 公司与芜湖冶炼厂买卖合同纠纷案^⑦就对裁决进行了分割。

在《公约》下,惩罚性赔偿判决和其他可分割判决均可分割承认与执行,这在一定程度上缓冲了外国惩罚性赔偿等情形所带来的冲击,从而在我国加入时不必作出特别的制度安排。

四、结论与展望

前述讨论可知,《公约》致力于跨国商事合同,以当事人的自愿协议选择为基础,对于被选择法院和未被选择法院均规定了明确的义务和程序,而详细的判决承认和执行规定,能保障缔约国法院判决的可执行性。因此,加入《公约》不失为中国的一个选择。然而,加入《公约》带来的另一个较关切的问题是:作为公约的缔约国,我国负有承认与执行其他缔约国法院判决的义务,而这些判决中我国当事人可能是败诉者,从而不得不切割一定的利益。这一问题的深层关切是全球化背景下如何进行利益取舍。

当今的国际社会,全球化为各国带来经济上的收益,也更多地促使各国从全球层面考虑合作。在全球性的经济和贸易活动中,商人关系不仅超越了国家与国家之间的国际公法关系,商人争议解决的复杂性更成为国际社会努力克服的障碍,这种努力推动了私人争议解决在全球层面的合作(Carolyn Dubai,

① 参见《公约》第 8 条。

② 参见 Hartley/Dogauchi Report, paras. 204-205.

③ 但在实际损失方面,各国的计算方法也有差别。例如,英国的实际损失就与法国的不同,英国包括未来的损失。参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 205(c).

④ 参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 205(d).

⑤ 参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 205(h).

⑥ 参见 Hartley/Dogauchi Report, para. 217.

⑦ 《最高人民法院关于美国 GMI 公司申请承认英国伦敦金属交易所仲裁裁决案的复函》,(2003)民四他字第 12 号,载《涉外商事海事审判指导》2004 年第 1 辑(总第 7 辑),第 30~35 页。

2011: 1)。在此方面,1958年《纽约公约》是各国在争议解决领域合作的典范,目前该公约已经有156个缔约国。《纽约公约》主要处理的是仲裁裁决的全球性流动问题,而《公约》则推动的是商事判决的全球性流动。法院所做判决能够得到更多国家的承认和执行,这既是《公约》的初衷,也是该公约的目的。

就公约的初衷而言,1992年5月,美国国务院致函海牙国际私法会议秘书处指出,在判决承认与执行领域,目前国际上还没有像1958年《纽约公约》那样成功的全球性公约。美国还不是任何判决承认与执行领域公约的成员国。因此,很有必要由海牙国际私法会议牵头达成这方面的条约。^①对于美国的函件,海牙国际私法会议秘书处进行了反思,他们认为,《纽约公约》已证明在商事领域达成全球性争议解决法律框架的切实可行性。随着全球性商事活动的扩张,缺乏一个判决承认和执行公约所导致的法律不确定性、以及拖延和成本的浪费,很可能阻碍贸易和商业的流转。因此,非常有必要制定一个内容像《布鲁塞尔条例I》那样的全球性公约^②。这种初衷最终转化为《公约》所追求的目的,反映在公约的序言中就是:“希望通过加强司法合作增进国际贸易和投资,相信在民商事事项的管辖和外国判决承认与执行上统一规则能够加强这种合作,相信增进这种合作尤其需要国际法律机制提供确定性,并保障商业交易当事人达成的排他性选择法院协议的有效性以及根据这种协议进行诉讼产生的判决的承认和执行。”

因此,《公约》的最终目的是增进国际贸易和投资^③。《公约》因欧盟的批准而于2015年10月生效,而在欧盟内部,2012年修订、2015年生效的《布鲁塞尔条例I》废除了原来的认证程序,一成员国法院做出的判决,只要在该国是可执行的,无需任何特别程序就可得到欧盟其他成员国法院的承认。

因此,不管国家层面的美国、区域性组织的欧盟以及国际性组织的海牙国际私法,都在强调判决承认和执行领域全球性公约对于经济发展,尤其是贸易和商业活动的重要性。中国作为一个经济大国和正在建设中的法治大国,无疑应该注重当事人自主选择法院的协议,注重本国判决的全球性流动。尽管法治水平的提升需要一个过程,但我国可以考虑在当事人协议管辖领域相关法院判决在全球的可执行性,即加入海牙《公约》。加入该公约一方面能体现对当事人意思自治的尊重,另一个方面也可以在判决承认与执行领域进行小范围内的尝试和突破。当然,加入《公约》就意味着可能会承认和执行更多的外国法院判决,也就意味着更多的利益再分配。但无论从当事人还是国家层面,这种利益博弈都非常有必要。

从当事人层面来说,当事人通常会选择一个对双方便利的、有良好法律环境和能有效执行判决的国家起诉,从而对双方实现公平。即使所选择法院位置遥远,当事人在谈判时应该料想到在该地诉讼所可能产生的不便,这种不便不应成为管辖权协议无效的理由,也不应该因此而认定该法院的判决具有不可执行性^④。因此,《公约》能够保护和规范当事人的自由选择^⑤。

从国家层面看,判决的承认和执行均需被请求国法院的审查。尽管主要是进行形式审查^⑥,但若外国法院的判决存在公约规定的如下情形:协议无效、缔约当事人缺乏能力、欺诈、判决相互冲突和违反国内公共政策,被请求国法院均可拒绝执行^⑦。审查制度能保证中国当事人在国外诉讼程序中得到公平对待,能保护国内的公共政策,维护我国的社会公共利益和法律的基本原则不被侵犯。法治中国的建设

①参见 Letter from the Department of State to the Permanent Bureau dated 5 May 1992. <http://www.state.gov/documents/organization/65973.pdf>.

②参见 Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments, *Proceedings of the Seventeenth Session*, Vol I, p. 231(1993).

③如果该公约能够得到广泛的批准,能够很好地提高商业诉讼的可预见性和确定性。参见 Thalia Kruger, "The 20th Session of the Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership", *Int'l & Comp. L. Q.* Vol. 447, No. 55 (2006).

④Carolyn Dubay, "From Forum Non Conveniens to Open Forum: Implementing The Hague Convention on Choice of Court Agreements in the United States", *George Mason Journal of International Commercial Law*, 14-15(2011).

⑤国际商会和美国律师协会的调查显示,超过98%受访者的回复指出《选择法院协议公约》将会在他们的实践中有用;超过70%的回复指出他们更愿意在合同中选择诉讼,而不是仲裁。参见 Louise Ellen Teitz, "Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation", *Roger Williams University Law Review*, Vol. 63, No. 10(2004).

⑥《选择法院协议公约》第8(2)条。

⑦《选择法院协议公约》第9条。

如火如荼，无论在法律制度还是司法体制上，在全球都越来越有竞争力。2014年通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中还特别指出：“适应对外开放不断深化，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制。”同时，“深化司法领域国际合作，完善我国司法协助体制，扩大国际司法协助覆盖面。”“开放型经济新体制”意味着更多国际贸易和商业活动，而维护我国公民在海外的利益，需要我国深化司法领域的全球性合作，包括判决的承认和执行，更需要争议解决领域相对确定的法律环境。

在全球贸易大环境下，当事人选择中国法院解决纠纷，就需要我国的判决能够得到更多国家的承认和执行。如果中国法院作出的判决不能被执行，即不利于推进国际贸易和投资的发展，也有损我国法院的权威。因此，在做出合理的制度安排和衔接后，加入海牙《公约》，既是经济大国和法治大国的一个可期待选择，也是建设具有竞争力的国际民事诉讼制度的重要尝试。

参考文献：

- [1] 何其生(2005). 我国域外送达机制的困境与选择. 法学研究, 2.
- [2] 何其生(2014). 国际商事仲裁司法审查中的公共政策. 中国社会科学, 7.
- [3] 何其生(2015). 比较法视野下的国际民事诉讼. 北京: 高等教育出版社.
- [4] 李浩培(1996). 国际民事程序法概论. 北京: 法律出版社.
- [5] 江平、张礼洪(1993). 市场经济和意思自治. 法学研究, 6.
- [6] 徐国建(2005). 建立国际统一的管辖权和判决承认与执行制度——海牙《选择法院协议公约》述评. 时代法学, 5.
- [7] Yoav Oestreicher(2007). The Rise and Fall of the “Mixed” and “Double” Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. *Washington University Global Studies Law Review*, 6(2).

Evaluation of Regulation Differences for China to Ratify the Hague Convention on Choice of Court Agreements

He Qisheng (Wuhan Univeristiy)

Abstract: The Convention on Choice of Court Agreements concluded in 2015 aims at promoting international trade and investment through enhanced judicial co-operation. The Convention adopts a mixed model and regulates international litigation in three ways: the obligations and procedures to be used in chosen courts, the obligations and procedures of non-chosen courts, and procedures to enforce the judgments of chosen courts. The purpose of the Convention is to establish uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matter. China's delegation widely and comprehensively participated in the negotiation of the Convention on Choice of Court Agreements. As a large country in global trade and a constructing rule of law country, China needs to build an open foreign-related trial mechanism, to promote international markets of legal service, and to enhance global enforceability of Chinese courts' judgments. Such enhanced co-operation will provide legal certainty for Chinese people who engage in international civil or commercial activities. Although China needs re-arrangements of its legal system for ratification of the Convention, it will be a good try and start for China to improve the global competitiveness of its legal system.

Key words: the Convention on Choice of Court Agreements; jurisdiction; foreign judgments; recognition and enforcement

■作者地址：何其生，武汉大学国际法研究所；湖北 武汉 430072；Email：heqisheng@126.com。

■基金项目：国家社会科学基金重点项目(14AZD140)

■责任编辑：李 媛

