

我国批准《选择法院协议公约》的问题与对策

刘仁山*

内容提要：《选择法院协议公约》是不同法系主要国家在协议管辖及与之相关的判决承认与执行问题上妥协的结果，是当今国际民商事规则的重要组成部分和国际民商事秩序的重要内容。我国立法及司法实践与《公约》核心条款尚有差距，虽不构成批准《公约》的根本障碍，但我国批准《公约》所面临的整体性问题、声明问题及具体修法问题，均须妥善解决。虽然批准《公约》有助于促进我国民商事判决的域外承认与执行，并推动我国涉外民事诉讼法制度与体系的完善，但是对于我国批准《公约》的时机，尚需慎重考虑。在我国参与包括《公约》在内的全球国际私法造法活动及国际民商事新秩序的构建过程中，应正确看待国家主权与当事人私人利益之间的关系。

关键词：《选择法院协议公约》 判决承认与执行 国际民商事秩序

尊重当事人在国际民商事管辖事项上的意思自治，协调各国在国际民商事管辖权上的冲突，并藉此构建公平和谐的国际民商事秩序，一直是国际社会努力的方向。海牙国际私法会议在这方面的尝试及成效虽未尽人意，但其通过的诸如1965年《选择法院公约》、〔1〕1971年《外国民商事判决承认和执行公约》〔2〕以及1999年《民商事管辖权及判决公约草案》（下称1999年《草案》）及其“2001年临时文本”所产生的积极示范性效应，毋庸置疑。以这些公约及公约草案为基础，海牙国际私法会议于2005年通过《选择法院协议公

* 中南财经政法大学教授。

本文系作者主持的2014年度国家社科基金重大招标项目“中国涉外民事关系法体系完善研究”（批准号：14ZDC032）和中国法学会2017年部级重大课题“构建人类命运共同体的国际法律问题研究”（批准号：CLS（2017）A02）的阶段性成果之一。

〔1〕 1965年《选择法院公约》（Convention on the Choice of Court），1965年11月25日通过。截至目前尚未生效，缔约国仅有以色列。

〔2〕 1971年《外国民商事判决承认和执行公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters），1971年2月1日通过。公约已于1979年8月20日生效，截至目前，缔约国包括阿尔巴尼亚、科威特、塞浦路斯、荷兰和葡萄牙。

约》(下称《公约》),〔3〕专门就民商事交易当事人协议管辖及判决承认与执行问题,作了明确规定。《公约》的核心条款,集中反映出不同法系主要国家在涉外民商事管辖权领域的博弈。我国积极参与《公约》的起草与谈判全过程,并为《公约》的最终达成作出了重要贡献。在目前《公约》已正式生效、且我国已签署《公约》的情况下,我国是否批准《公约》即成为一个亟需明确的现实问题。为此,本文拟评估《公约》核心条款对我国可能产生的影响,阐述我国批准《公约》所面临的主要问题及相应对策,并就我国批准《公约》的立场和时机提出参考建议。

一、《公约》核心条款及其对我国的影响

选择法院协议的准据法、选择法院协议的排他性、实际联系原则等问题,牵涉各国重大利益。作为激烈博弈之结果,规定这些问题的条款,就成为《公约》的核心条款。

(一) 选择法院协议的准据法原则

有效的选择法院协议,是法院对案件行使管辖权的前提。《公约》三个“核心条款”(第5条第1款、第6条a项和第9条a项)均规定,排他性选择法院协议的效力,适用被选择法院地法。此即《公约》著名的选择法院协议之“被选择法院地法原则”。

从《公约》规定及解释报告看,《公约》确立的“被选择法院地法原则”,与我们所熟知的“法院地法原则”迥然不同。

对于选择法院协议或管辖协议的有效性,〔4〕《公约》并未将其明确为程序问题或者实体问题,既未采取传统的程序问题依法院地法的做法,也未将其作为合同事项适用合同准据法。〔5〕《公约》为了更加凸显管辖协议的独立性,与欧盟2012年《布鲁塞尔条例I

〔3〕《选择法院协议公约》(Convention on Choice of Court Agreements),由海牙国际私法会议第20次外交大会通过,已于2015年10月1日生效。截至2018年6月1日,《公约》共有31个缔约方,墨西哥、欧盟28国、新加坡和丹麦已批准《公约》,另美国、乌克兰、黑山和中国已签署《公约》,但尚未批准。参见海牙国际私法会议网站: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>, 2018年7月7日最后访问。

〔4〕从公约解释报告来看,这里讲的选择法院协议的效力,主要是指其实质有效性,而非形式有效性,即主要涉及的是欺诈、错误、虚假陈述、缺乏行为能力等影响协议效力的情形。See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, available at <https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>, para. 126.

〔5〕传统上,对于管辖协议的效力问题,美国联邦法院或州法院一般适用法院地法,仅对少部分案件适用选法条款指定的法律来解释包含在同一合同中的管辖条款。TH Agric. & Nutrition, LLC v. Ace European Group Ltd. (416 F. Supp. 2d 1054 (D. Kan. 2006)) 即为例证。但 Jason Yackee 教授认为,该做法是“法院地法偏见”(lex fori bias),并主张,管辖条款首先应该适用当事人明示选择的法律,在当事人未明示选择的情况下,应该适用被选择法院地法。See Jason Webb Yackee, *Choice of Law Considerations in the Validity & (and) Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies*, 9 UCL A J. Int'l L. & Foreign Aff. 43 (2004). 在法国,1923年和1955年的两起典型案件中,巴黎上诉法院认为,管辖条款应附属于合同实体条款,是完整合同的一部分。因此,管辖条款的实质、效力与存在,应由合同准据法决定。See Otto Kahn-Freund, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, 26 Int'l & Comp. L. Q. 825, 856 (1977). 1968年以前,德国法院认为,将诉讼提交至某一国家法院的行为是“程序行为”(Prozesshandlung),因此,无论如何都要遵守德国法,德国法作为法院地法应适用于其所属的合同。但是,德国法院于1968年否决了之前的判例法,认为合同准据法(lex contractus)应该得到适用。原因之一是管辖协议类似于仲裁协议,法院并对管辖协议实质上是众多商事合同条款的一种这一事实进行了特别分析。法院认为其为实质性合同,根本不是“程序行为”。参见本注所引 Kahn-Freund 文,第830页以下。

修正案》一样，为之引入“被选择法院地法原则”这一特别选法原则，且采分割方法，允许当事人的缔约能力问题由受案法院地法律支配。

同时，为确保《公约》“希望通过加强司法合作增进国际贸易与投资”之目的的实现，确定以“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”为司法合作方式，〔6〕三个“核心条款”均强调“被选择法院地法原则”必须始终得到适用。即只要合同当事人选择了管辖法院，即使当事人对合同准据法另有约定，合同中的管辖条款或单独的选择法院协议，仍应适用被选择法院地法律。当然，公约报告人也指出，该“被选择法院地法”包含被选择法院地国家的国内实体法及冲突法规则。〔7〕据此，若依据被选择法院地国家的冲突规范，选择法院协议应适用另一国法律的，则适用该转致的法律。但这种转致的结果，首先是缘于被选择法院地法的适用。若受案法院非当事人选择的法院，受案法院也应依被选法院地的法律（包括其冲突法），来判断选择法院协议的效力。亦即选择法院协议所适用的法律，始终是“被选择法院地法”。这一原则与传统意义上的“程序问题适用法院地法原则”，是有本质区别的。

《公约》确立“被选择法院地法原则”，是希望有关选择法院协议效力的所有问题，受相同准据法支配，从而在管辖协议效力认定问题上，无论受案法院是业已被选择的法院，还是被选法院之外的其他缔约国法院，都能够取得最大程度的一致，从而避免因选择法院协议效力认定不一致而导致平行诉讼，实现《公约》提升管辖权确定性的宗旨。《公约》所确立的原则虽冠以“协议选择法院”之名，但是否与意思自治原则的本质要求相符，是值得怀疑的。与《公约》形成对照的是，同样在允许当事人选择争议解决机构的国际商事仲裁领域，1958年《关于承认和执行国际商事仲裁裁决公约》（下称《纽约公约》）强调意思自治原则的优先适用，只有在当事人对法律适用未作约定时，才以仲裁地法为准据法。〔8〕《联合国国际商事仲裁示范法》（下称《示范法》）所倡导的原则，也与此相同。〔9〕可见，在管辖协议效力的法律适用问题上，是否切实或优先适用意思自治原则，《公约》与《纽约公约》和《示范法》存在本质区别。《公约》虽有协议管辖之名，但实质上是只准当事人选择管辖法院，并不允许当事人选择适用于管辖协议的法律。《公约》不仅忽视意思自治原则对当事人管辖协议的优先支配效力，而且将当事人管辖协议之效力，简单置于被选择法院地法的框架之内。因而，《公约》是藉“意思自治”之名，行“被选择法院地法”之实。同时，《公约》以被选择法院地法宽泛地包含被选法院地的冲突法规则在內，更是加重了管辖协议效力的不确定性。〔10〕而《纽约公约》和《示范法》不仅允许当事人选择争议解决的机构，而且对于仲裁协议的效力，精确而清晰地遵守了几个世纪以来国际商事领域“意思自治原则”的精髓。〔11〕即对当事人约定的争议解决协议之成立与效力问题，既强调当事人

〔6〕 参见《公约》序言。

〔7〕 参见前引〔4〕，Trevor Hartley等报告，第125段。

〔8〕 参见《纽约公约》第5条第1款。

〔9〕 参见《示范法》第34条第2款a项。

〔10〕 这是相对于《示范法》的规定而言的。《示范法》第28条第1项规定：“仲裁庭应当依照当事人选择的适用于争议实体的法律规则对争议作出决定。除非另有表明，指定适用某一国家的法律或法律制度应认为是直接指该国的实体法而不是其法律冲突规范。”

〔11〕 参见陈隆修：《2005年海牙法院选择公约评析》，台湾五南图书出版公司2009年版，第8页。

选择的法律在适用上的优先性，又强调仲裁协议效力的稳定性。

由于《公约》实质上确立的是披着“意思自治”外衣的“被选择法院地法原则”，我国作为商品及服务乃至资本输出的大国，对以下问题应予充分重视：

第一，《公约》“被选择法院地法原则”对于参与国际民商事交易的当事人的缔约水平尤其是选择争议解决机构及争议解决机构所在地的能力，提出了更高的要求。我国当事人若不熟悉作为被选择法院地法的外国法（包括被选择法院地国冲突法所指向的另一国家法律），不仅要承担管辖协议所指定法院地之法律于相对方可能的利益倾斜所带来的损失，还要面临因选择法院地不当而导致的诉权行使不确定的风险。尤其在国际商品或服务贸易多以格式合同交易时，情况更为明显。因为，掌握较大主动权的买方，往往选择于己有利的法院，而处于合同附从地位的另一方，往往缺乏议价的能力和条件。此种情况下，如何平衡当事人在管辖协议上的权益，对我国当事人而言意义尤为重大。

第二，《公约》在强调“被选择法院地法原则”的同时，又无法避免当事人在“被选择法院”之外提起诉讼。这样，在受案法院地与协议选择法院地不一致时，自然会产生系列问题。其中主要有：（1）原告虽在被告所在地即我国提起诉讼，但双方协议选择的是作为《公约》缔约国的外国法院，根据《公约》规定，我国法院仍应适用“被选择法院地法”来确定管辖协议的效力。对于由此导致我国法院所面临的一系列问题，现行立法和实践尚无解决依据。譬如，法院同样会遇到外国法查明问题，如果外国法无法查明，能否适用我国法律以确定选择法院协议的效力？再如，若被选择的外国法院也同时行使管辖权，我国法院是直接中止诉讼，还是继续依被选择法院地法审查选择法院协议的效力？（2）如果被选择法院是某外国法院（A法院），但原告却在另一外国法院（B法院）提起诉讼，即使原告的行为实质上是为了拖延诉讼而率先提起的“鱼雷诉讼”（torpedo actions），^[12]依据《公约》之规定，B法院仍应依据A法院地法来确定选择法院协议的效力。如何避免当事人为了减损选择法院协议的效果而采取此类行为，既需要《公约》今后进一步完善，也需要我们提前予以考虑并有应对之策。

（二）选择法院协议的排他性与非排他性

一般而言，选择法院协议可分为排他性的和非排他性的两种。^[13]《公约》规定仅适用于排他性选择法院协议，但也可以基于互惠声明而适用于基于非排他性选择法院协议的判决的承认与执行问题。^[14]由此就产生选择法院协议的排他性与非排他性之认定及效力问题，以及基于两类选择法院协议作出的判决的承认与执行问题。

对于排他性选择法院协议的认定问题，《公约》采取的是“假定排他性原则”。^[15]《公约》明确，当事人可以协议选择一个缔约国的法院诉讼，除非当事人有相反表示或另有明示约定，选择法院协议本身就具有排他性；反之，则为非排他性的。《公约》的做法，既不

[12] 在《布鲁塞尔条例I》修订之前，这种现象在欧盟的相关司法实践中表现得尤为突出。See Trevor C. Hartley, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, 54 Int'l & Comp. L. Q. 813, 816 (2005).

[13] Mary Keyes & Brooke Adele Marshall, *Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical*, 11 J. Priv. Int'l L. 345, 378 (2015).

[14] 参见《公约》第1条第1款，第22条。

[15] 参见《公约》第3条b项。

同于以选择法院协议中如果有强制性 (mandatory) 措辞诸如 “shall” “only” “must”, 就判定协议具有排他性的文义解释之做法,^[16] 也不同于以合同准据法为主、以“假定排他性原则”为辅来认定选择法院协议之排他性的实践。^[17] 依据《公约》解释报告,《公约》第22条规定的非排他性选择法院协议必须满足四项条件: 一是符合《公约》第3条c项规定的形式要件; 二是双方当事人必须达成合意; 三是被选法院必须是为了解决某一特定法律关系中产生或可能产生的争议而被指定; 四是该协议必须指定一个或多个缔约国的某一个或多个法院。^[18] 因此, 排他性与非排他性管辖协议唯一的区别在于, 后者没有排他性要求, 其他所有的构成要件与前者都是一样的。^[19]

对于排他性和非排他性选择法院协议的认定及其效力问题, 我国立法均无明确规定。但在排他性选择法院协议问题上, 我国的实践与《公约》一致。^[20] 我国批准《公约》后, 所面临的是非排他性选择法院协议的认定及效力问题。对于这类协议,^[21] 目前我国司法实践中主要有两种情形: 一是当事人在选择法院协议中直接约定某一法院具有非排他性管辖权;^[22] 二是当事人在选择法院协议中未明确说明, 而由法院加以解释认定。^[23] 尽管我国法院一般认定其原则上有效,^[24] 但这类协议只有授权性效力, 并不能排除其他法院的管辖权。显然, 目前我国相关实践是无法避免平行诉讼问题产生的。

对基于排他性选择法院协议作出的判决的承认与执行问题,《公约》规定, 除有第9条规定的例外情况外, 应根据第8条之规定予以承认和执行。应该说,《公约》的这一做法与国际社会的主流实践是一致的。目前国际上主要存在两种做法: 其一, 除特定情形外, 予以承认执行。这种做法以欧盟为代表, 欧盟成员国在不违背《布鲁塞尔条例 I 修正案》第46条的情况下, 应该对另一成员国基于选择法院协议作出的判决予以承认与执行。其二, 依据互惠原则和双边条约予以承认和执行。这一做法现为各国普遍采用, 但复合法域国家

[16] W. Heiser, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The Impact on Forum Non Conveniens, Transfer of Venue, Removal, and Recognition of Judgments in United States Courts*, 31 U. Pa. J. Int'l L. 1016 (2010).

[17] 前引 [13], Keyes 等文, 第 345 页以下。

[18] 参见前引 [4], Trevor Hartley 等报告, 第 242 段。

[19] 同上引报告, 第 242 段中注释 281 的论述。

[20] 参见“徐志明与张义华股权转让合同纠纷案”, 最高人民法院 (2015) 民申字第 471 号民事裁定书; “南京神柏远东化工有限公司与 pmc 专业产品集团公司国际货物买卖合同纠纷案”, 江苏省南京市中级人民法院 (2014) 宁商外辖初字第 1 号民事裁定书。又见最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》(法发 [2005] 26 号) 第 8 条。

[21] 《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 12 条规定, 涉外商事纠纷的当事人协议约定外国法院对其争议享有非排他性管辖权时, 可以认定该协议并没有排除其他国家有管辖权法院的管辖权。如果一方当事人向我国法院提起诉讼, 我国法院依照民事诉讼法的有关规定对案件享有管辖权的, 可以受理。另参见“华懋金融服务有限公司与北京市地石律师事务所等委托合同纠纷上诉案”, 最高人民法院 (2014) 民四终字第 29 号民事裁定书。

[22] 参见“顺富国际有限公司等与贝亿德控股有限公司等涉外股权转让合同纠纷一案”, 广东省东莞市中级人民法院 (2007) 东中法民四初字第 223 号民事判决书; “中国建设银行股份有限公司杭州之江支行与浙江南天邮电通讯技术有限公司等追偿权纠纷案”, 浙江省杭州市中级人民法院 (2014) 浙杭商重字第 2 号民事判决书。

[23] 参见“富邦财务 (香港) 有限公司与瑞通实业公司等融资租赁合同纠纷案”, 重庆市第一中级人民法院 (2012) 渝一中法民初字第 00502 号民事判决书。

[24] 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》(下称 2015 年“民诉法解释”) 第 30 条第 2 款规定, 管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖, 原告可以向其中一个人民法院起诉。

内各法域相互间判决的承认与执行，往往另有依据。《公约》第9条规定了四类例外情形：一是依据被选择国家法律，选择法院协议是无效的。该规定的主要目的在于避免不同国家对法院选择协议的效力作出矛盾性判定。二是依据被请求国法律，一方当事人没有缔约能力。^[25] 根据《公约》解释报告有关缔约能力的阐述，缔约能力会受到受案法院地国、被选择法院地国和被请求法院地国这三个国家法律的约束。依据其中任何一国法律规定，当事人缺乏缔约能力的，都会使得协议无效。^[26] 三是原审法院违背程序正义和公序良俗等基本法律原则。^[27] 四是出现矛盾判决。^[28]

《公约》如此详尽规定的目的，就是要将被请求国拒绝承认和执行判决的理由，限定于有限范围内。这与现行各国在审查外国判决承认和执行时所采取的标准及《纽约公约》的相关规定，大体上是一致的。《公约》为实现判决自由流动所做的努力，将会使《公约》成为建立国际民商事判决承认与执行国际机制的重要依据。^[29] 同时，《公约》所设置的例外条款，也将成为缔约国维护本国公共秩序和司法主权的主要依据。

对基于非排他性管辖协议作出的判决的承认与执行问题，《公约》允许缔约方就此作出“互惠声明”，从而使得非排他性管辖协议的判决能够在作出“互惠声明”的缔约国之间得到承认与执行。^[30] 这一规定表明，对这类判决的承认与执行问题，《公约》是将其交由各缔约国自主决定。这与国际社会以双边公约和互惠原则为据的主流实践是一致的。当然，这种情形下，互惠原则可以发挥的效用，无疑是十分有限的。欧盟在批准《公约》时并没有依据第22条作出“互惠声明”，是因为互惠原则效用的有限性，还是对基于非排他性管辖协议的判决的承认与执行问题暂时不予考虑，尚不得而知。

从我国立法及实践看，对基于排他性选择法院协议的外国判决，可以依据条约或互惠原则来决定是否予以承认与执行。在既无条约关系、也无互惠实践的情况下，我国往往拒绝承认和执行原审法院的判决。^[31] 这一实践与《公约》并不存在实质性差异。对基于非排他性选择法院协议的外国判决，原则上亦可依据我国2017年修订的民事诉讼法第27章的规

[25] 值得注意的是，第6条b项和第9条b项都规定，缔约能力由法院地法决定，但前条规定的是“受案法院”，后条规定的是“被请求国法院”。

[26] 参见前引[4]，Trevor Hartley等报告，第149-150段。

[27] 同上引报告，第190段。

[28] 《公约》解释报告对“矛盾判决”作了严格界定。根据《公约》解释报告，第一种情形，是与被请求国法院作出的判决相矛盾。在此情形下，不论被请求国法院作出的判决是否先于其他缔约国法院作出的判决，被请求国法院的判决应当优先。换言之，被请求国法院作出的判决被赋予优先性，即便该判决是在基于选择法院协议而行使管辖权的法院所作出的判决之后。第二种矛盾判决的情形是，当判决均由外国法院作出时，只有在下列情形下，根据选择法院协议所作出的判决才可被拒绝承认与执行：一是根据选择法院协议作出的判决是在与之冲突的判决之后作出的；二是当事人必须相同；三是诉因必须相同；四是相冲突的判决必须满足在被请求国予以承认的条件。参见上引报告，第191-193段。

[29] Emil Petrossian, *In Pursuit of the Perfect Forum: Transnational Forum Shopping in the United States and England*, 40 *Loy. L. A. L. Rev.* 1257, 1336 (2007).

[30] 参见《公约》第22条“关于非排他性选择法院协议的互惠声明”。该条第2款规定了互惠声明前提下基于非排他性管辖协议作出的判决的承认与执行，必须同时满足的条件为：原审法院是被选择法院；不存在根据非排他性选择法院协议可以提起诉讼的任何其他法院作出的判决，当事人之间也没有在此种法院进行的基于相同诉因的未决诉讼；原审法院是先受案法院。

[31] 参见“俄罗斯国家交响乐团、阿特蒙特有限责任公司申请承认英国高等法院判决案”，北京市第二中级人民法院（2004）二中民特字第928号民事裁定书。北京市第二中级人民法院最终基于条约和互惠关系的缺乏，拒绝承认与执行涉案判决。

定决定是否予以承认和执行。依据2015年“民诉法解释”第533条的规定,我国法院和外国法院对特定案件均享有管辖权时,若我国法院与外国法院作出了平行判决,外国判决将难以在我国得到承认与执行。^[32]而《公约》规定,缔约国作出关于非排他性选择法院协议的互惠声明后,相互之间可承认和执行此类判决的条件之一,是“不存在根据非排他性选择法院协议可以提起诉讼的任何其他法院作出的判决,当事人之间也未有在此种法院进行的基于相同诉因的未决诉讼”。因此,对依据非排他性选择法院协议作出的判决的承认与执行,《公约》排除了基于平行诉讼产生多个判决及未决诉讼之情形。与《公约》相比,前述司法解释第533条并未涉及未决诉讼之情形,也没有涉及两个(以上)外国平行判决的承认与执行问题,与《公约》之间还有一定差距。

(三) 实际联系原则

国际民商事管辖中的实际联系原则,要求当事人协议选择的法院应该与当事人之间的争议存在实际联系。从《公约》整体规定看,《公约》并不要求当事人选择的法院与案件之间具有实际联系。^[33]《公约》第19条的规定表明,无实际联系只是拒绝管辖的例外,且必须由缔约国明确声明,否则,《公约》不认可实际联系原则。^[34]这是自1965年《选择法院公约》以来,海牙国际私法会议在该原则上的根本转变。^[35]

在是否要求实际联系以及实际联系的认定标准上,各国分歧较大。但总的趋势是,不少国家在协议管辖制度上舍弃了该原则,如英美等国均不要求当事人必须选择与案件有联系的法院。^[36]此外,黑山、捷克和土耳其等国家新近的立法规定亦是如此。^[37]对于该原则,我国立法基本持肯定立场。^[38]从我国目前的司法实践状况看,坚持这一原则,能够避免内国管辖权被不当排除,尤其在目前国际商事交往中我国当事人整体上居于弱势的情况下,坚持这一原则对于维护作为弱势方的我国商事主体之利益,是有一定积极意义的。^[39]但在《公约》已将大量与专属管辖权有关的事项及与消费者、雇佣者有关的事项排除在适

[32] 参见2015年“民诉法解释”第533条。在“中国国际钢铁投资公司与日本株式会社、劝业银行等借款合同纠纷管辖权异议案”((2001)民四终字第12号民事裁定书)中,最高人民法院认为,由于当事人约定香港法院享有的管辖权是非排他性的司法管辖权,故不能排除其他享有管辖权的法院的司法管辖权。

[33] 参见《公约》第1条、第3条及第19条的规定。

[34] 《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。”

[35] 1965年《选择法院公约》第15条规定,如果争议与所选择的法院并无联系,任何缔约国可保留对选择法院协议不予承认的权利。但1999年《草案》第4条、2003年《排他性选择法院协议公约草案》第14条及2004年《排他性选择法院协议公约草案》第18条直至2005年《公约》规定,均不再要求被选法院所在国与当事人或争议之间有实际联系。

[36] 参见王吉文:《2005年海牙〈选择法院协议公约〉研究》,东南大学出版社2008年版,第17页以下。

[37] 参见黑山共和国2013年《关于国际私法的法律》第104条、捷克共和国2012年《关于国际私法的法律》第86条和土耳其共和国2007年《关于国际私法与国际民事诉讼程序法的第5718号法律》第47条。

[38] 参见2017年民事诉讼法第34条、2015年“民诉法解释”第531条之规定。但也有不持该立场的立法。依据1999年海事诉讼特别程序法第8条之规定,对于海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织,当事人书面协议选择我国海事法院管辖的,即使与纠纷有实际联系的地点不在我国领域内,我国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

[39] 2000年以来,我国走出国门的企业中,65%都处于海外亏损状态,而其他国家的海外投资中一般有2/3以上企业是盈利的。其主要原因就是中国企业法治思维短缺,国际化思维不够,不熟悉东道国法律。参见江必新:《加强理论研究,提升我国涉外商事审判的国际公信力——在中国审判研究会涉外专业委员会第三次会议上的讲话》,2013年9月26日,载郑鄂主编:《中国涉外商事审判研究》第3辑,法律出版社2014年版,第1页。

用范围之外，而实际上只适用于部分商事合同事项的情况下，仅出于我国当事人利益的维护而坚持实际联系原则，是有疑问的。而且，坚持这一原则，还使我国面临如下问题：

一是实际联系的认定标准仍然存疑。例如，对于当事人的法律选择能否作为实际联系之考量依据，学界分歧较大。尽管有将法律选择作为认定存在实际联系之依据的实践，^[40]但从最高人民法院最近的态度看，司法实践有向“客观标准”转变的迹象。^[41]而且，2017年民事诉讼法第34条列举了五个地点，这是否意味着只要选择的法院位于这些客观标志地，即可认定存在实际联系？尤其对于格式合同中约定客观标志地管辖的选择法院条款之效力问题，我国司法实践中是存在矛盾的。^[42]同时，在法律选择问题上，我国现行司法实践已摒弃了实际联系要求。^[43]如果在认定管辖协议之有效性问题上仍然坚持这一原则，且继续以当事人选择法律的事实作为认定依据的话，既有逻辑依据问题，也有与现实的矛盾问题。

二是有可能限制当事人挑选中立法院。当事人选择的法院无须与争议有实际联系，已成为国际民商事管辖的趋势之一。^[44]海牙国际私法会议在该问题上态度的转变，即是明证。这种变化的逻辑在于，国际商事合同当事人有强弱之分，但也不排除双方当事人经过实质公正协商后，有协议选择中立第三国法院之可能。要求选择与争议有实际联系的法院管辖，不仅在某种程度上有可能使当事人无法选择中立法院管辖，而且还可能使当事人最终无法达成国际商事契约。

三是一定程度上会限制我国法院的管辖权。一方面，在我国与并不要求实际联系的国家之间，不仅可能产生平行诉讼，而且在两国法院均不认可对方管辖权的有效性时，遑论判决能够得到对方的承认和执行，当事人的争议最终亦无法得到有效解决。另一方面，双方当事人为外国人却选择我国法院管辖且案件与我国无实际联系的情形虽然较少，但并不能否认这种可能性的存在。伴随我国全面依法治国的推进，我国法院在涉外商事审判上的国际公信力逐步提高，我国法院作为被选择法院的概率也会增加（如我国在海事诉讼领域的相关实践）。从长远看，一味坚持实际联系原则，可能束缚了自己的手脚。

[40] 在“中东公司与中化公司合同纠纷管辖权异议案”中，最高人民法院认为，当事人选择适用瑞士法，这一事实足以表明瑞士与本案争议有实际联系。在此基础上当事人又选择了瑞士苏黎士法院，这就进一步表明双方当事人选择了一个“与争议有实际联系的地点的法院”来管辖当事人之间的争议，这种管辖法院的选择符合民事诉讼法的规定。参见唐德华主编：《民事诉讼理念与机制》，中国政法大学出版社2005年版，第668页以下。

[41] 在“德力西能源私人有限公司与东明中油燃料石化有限公司买卖合同纠纷案”中，最高人民法院认为，德力西公司未提供证据证明英国与本案争议存在实际联系，山东高院关于双方当事人将管辖权交由英国伦敦高等法院的约定无效的意见是正确的（参见最高人民法院（2011）民提字第312号民事裁定书）。目前司法实践多强调选择的外国法院必须与争议的涉外民事法律关系有某种客观外在的实际联系，仅当事人约定适用特定外国法并不能构成该外国法院与争议有实际联系，如无其他实际联系的连结点，应当认定协议选择管辖法院条款无效。参见江必新、何东宁、李延忱等编著：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·民事诉讼卷》上，中国法制出版社2014年版，第153页。

[42] 例如“燕丰进出口公司与法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”（法宝引证码：CLI.C.874998）和“温州市轻工工艺品对外贸易公司与法国达飞轮船有限公司海上货物运输合同纠纷案”（法宝引证码：CLI.C.848846）案情类似，但天津高院和福建高院在管辖依据上却有截然相反的态度。参见北大法宝：<http://www.pkulaw.cn/case>，2018年7月7日访问。

[43] 参见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。

[44] 参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版，第64页。一般而言，目前的普遍趋势是允许当事人选择一个中立法院来处理当事人之间的争议，例如《公约》第3条、《布鲁塞尔条例I》第23条第1款。但是，为了保护弱者的利益，一些例外的限制还是有必要的，例如针对消费者合同和雇佣合同等。

总的来看,我国目前坚持实际联系原则,实际上是一种特定情势下的“临时措施”,是发展中国家维护国家利益和国民利益的权宜之计。但从国际民商事交往的总体趋势看,尤其从促进国际民商事交往、公平保护当事人利益着眼,我们应当认识到,将实际联系作为协议管辖的前提,在某种程度上是对当事人解决争议方面意思自治的侵蚀。

(四) 知识产权问题

知识产权问题是各国在《公约》谈判过程中最为关注且争论最为激烈的核心问题之一。《公约》最终将以下事项排除在其调整范围之外:第一,版权及邻接权以外的知识产权的有效性;第二,侵犯版权及邻接权以外的知识产权,但因违反涉及知识产权的合同所引发的权利侵害诉讼除外。^[45]在判决承认与执行方面,《公约》对涉及知识产权的先决问题确立了一项特殊例外规则,如果作为案件先决问题的是版权和邻接权以外的知识产权的有效性,不能以涉及此类知识产权的有效性为由,拒绝承认和执行案件主要问题的判决。^[46]因此,与海牙国际私法会议以往相关条约草案所主张的管辖范围相比,^[47]《公约》作了一定收缩。这一方面是由于国际社会在知识产权协议管辖问题上分歧较大,^[48]另一方面是由于相当一部分国家基于知识产权的地域性和专利权及商标权登记或注册的特点,将相关侵权争议归于专属管辖范畴,不允许当事人意思自治。^[49]但如果将《公约》第2条和第10条结合起来看,这种收缩其实又是不太明显的。尽管如此,《公约》已对包括非《公约》签署国在内的一些国家产生了一定影响。^[50]

从《公约》的规定及已经产生的影响看,我国批准《公约》所面临的主要问题为:

一是我国现行知识产权管辖制度将面临新挑战。这主要缘于我国现有实践与《公约》的差距。对于“版权和邻接权之侵权”这一未被《公约》排除的事项,我国现行立法未认

[45] 依《公约》第2条第2款n项及o项之规定,《公约》不适用于“(n)版权及邻接权以外的知识产权的有效性;(o)版权及邻接权以外的知识产权侵权,除非侵害权利的诉讼是因或者本可以因违反了当事人之间涉及这些权利的合同而提起”。

[46] 当然,《公约》第10条第3款规定了两项例外:(1)关于知识产权有效性的认定与根据其法律产生知识产权的国家的主管机关就此作出的判决或决定不一致;或者(2)在该国关于该知识产权有效性的诉讼正在进行。

[47] 1999年《草案》将关于登记性知识产权的规定集中在专属管辖中,将其他类型的知识产权归入一般管辖范畴,但这一做法引起了许多国家的强烈反对。

[48] 如美国法学会2007年出台《知识产权:跨国纠纷管辖权、法律选择和判决原则(最终建议草案)》(下称“ALI原则”)将因版权、邻接权、专利权、商业秘密、商标权、其他知识产权以及与这些权利相关的协议而产生的纠纷,甚至TRIPs协议强制执行以外的“精神权利”(moral right)和“限制使用受让的信息的合同权利”(contractual right limiting the use of transferred information),均纳入其调整范围。而且,“ALI原则”不仅规定了当事人协议选择法院的权利,还承认了默示协议、格式合同的效力,甚至将习惯做法或商业惯例也视为有效协议。See *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (proposed final draft, March 30, 2007)*, p. 50. 但这一做法立即引起欧洲学者的忧虑。欧洲学者认为,基于美国法院在这一领域丰富的经验和高超的专业技术,美国法院通常会成为被指定法院,这会使其他国家感到沮丧。See François Dessemontet, *A European Point of View on the ALI Principles-Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Dispute*, 30 *Brook. J. Int'l L.* 849 (2004-2005).

[49] Andrea Schulz, *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, 2 *J. Priv. Int'l L.* 243 (2006).

[50] 以LG v. Obayashi Co. and Tanaka案为例,首尔地区法院根据1999年《草案》第12条之规定,认定专利权转让合同争议属专属管辖,当事人间协议选择法院的行为无效。但首尔高等上诉法院则参考了《公约》第2条第2款o项之规定,认可当事人之间的管辖协议,并据此作出判决,该判决得到韩国最高法院的支持。目前美国法院已经基于礼让原则对该判决予以承认和执行,但日本法院却以该案归日本法院专属管辖为由而拒绝执行该判决。Marta Pertegás, *WIPO-ILA Seminar on Intellectual Property and Private International Law*, available at <https://www.hcch.net/en/news- archive/details/? varevent = 457>, 2018年7月7日最后访问。

可协议管辖制度，而是适用一般侵权行为的管辖规定。^[51]同时，可否将“版权和邻接权之侵权”及“因违反涉及知识产权的合同的权利侵害诉讼”解释为2015年“民诉法解释”第531条规定之“涉外合同及其他财产权益纠纷”，进而允许当事人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，我国现有司法实践并不明确。^[52]

二是可能减损对我国当事人利益的保护。在知识产权贸易中，发达国家当事人可能利用其技术优势，迫使我国当事人依据《公约》同意选择其他国家的法院作为管辖法院，加之外国企业在语言、文化交流与传播、诉讼资源上往往占据优势，我国当事人会面临更多利益受损的风险。此外，依据《公约》第10条之规定，若《公约》所排除的知识产权事项作为先决问题产生时，以该先决问题为基础的判决，不应依据《公约》得到承认与执行。但是，当先决问题涉及版权及邻接权以外的知识产权（如专利、商标、外观设计等）的有效性时，只有在对该先决问题的裁判与权利来源国主管机关就该问题的判决或决定不一致，或权利来源国法院关于该知识产权有效性的诉讼程序正在进行时，才可以拒绝承认与执行此类判决。显然，《公约》对拒绝承认和执行以版权及邻接权以外的知识产权有效性为先决问题的判决之理由，是予以严格限制的，这就使得这类知识产权的有效性问题的有效性问题，不再受地域性限制。从根本上看，这是有利于在知识产权领域拥有优势的国家的。因而，对于我国而言，若将版权及邻接权以外的知识产权的有效性作为先决问题纳入《公约》的范围，对我国当事人利益的保护是不利的。

（五）惩罚性赔偿判决

惩罚性赔偿（punitive damages）判决的承认与执行问题，是《公约》起草过程中最有争议的问题之一。涉及惩罚性赔偿判决的承认与执行的《公约》第11条表明：（1）《公约》区分补偿性和非补偿性赔偿。尽管《公约》第11条在文义上并未明确对赔偿的补偿性和非补偿性（惩罚性）予以区分，但《公约》解释报告指出，惩罚性赔偿的目的，在于惩罚被告及阻却未来的不法行为。这种性质的赔偿，是相对于补偿原告实际遭受损害的补偿性赔偿而言的。^[53]在此基础上，《公约》确立了分割承认方法，以确保缔约国不应因判决涉及惩罚性或惩戒性功能就加以拒绝。^[54]（2）《公约》出于对商事交易主体利益的保护，对惩罚性赔偿判决采取的是有限认可态度。尽管《公约》第11条第1款规定，判决所确定的包含惩罚性赔偿在内的损害赔偿，若并非赔偿当事人的实际损失或所受到伤害的，则可以在该限度之内拒绝承认或执行该判决。但对该款的适用，《公约》解释报告主张予以严格限制：一是对于惩罚性判决，缔约国法院并非绝对拒绝承认，而是可以选择承

[51] 2017年民事诉讼法第28条规定：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”另见2015年“民诉法解释”第24条、第25条。

[52] 对于知识产权合同争议，最高人民法院的实践表明，我国允许当事人协议选择与争议有实际联系的外国法院管辖。参见“山东聚丰网络有限公司与韩国MGAME公司、第三人天津风云网络技术有限公司网络游戏代理及许可合同纠纷案”，最高人民法院（2009）民三终字第4号民事裁定书。但对于知识产权侵权争议是否允许当事人协议选择有实际联系的外国法院管辖，目前最高人民法院在司法实践中并无明确立场。在“渡边淳一与文化艺术出版社侵犯著作财产权纠纷案”中，上海市第一中级人民法院认可当事人针对著作权合同争议选择与争议有实际联系的外国法院管辖，但否定当事人可针对著作权侵权争议选择与争议有实际联系的外国法院管辖。参见（2008）沪一中民五（知）初字第210号裁定书。

[53] 参见前引〔4〕，Trevor Hartley等报告，第204段。

[54] 同上引报告，第205（g）段。

认此类判决。^[55]而且,缔约国法院拒绝承认与执行惩罚性判决仅为例外情形。^[56]二是不能仅以公共政策为由拒绝承认惩罚性判决。^[57](3)为便于判决的承认和执行,《公约》尽可能对“惩罚性”予以淡化:一是“惩罚性”为一个自治的(autonomous)概念,其界定不应简单依据原审法院和被请求国法院有关损害的法律;二是《公约》倾向采纳比例原则,即被请求国只能拒绝承认和执行明显超出实际损害的赔偿额部分;^[58]三是将违约赔偿金和法定赔偿金作为补偿性赔偿而非惩罚性赔偿。^[59](4)《公约》规定的损失范围较为宽泛。《公约》所谓的损失,既包括当事人实际遭受的损失,也包括未来的损失。^[60]而且,《公约》解释报告将诉讼费用和开支(costs and expenses of proceedings)归为损害赔偿考虑的范围(但并未明确其属于补偿性赔偿还是惩罚性赔偿)。^[61]另外,《公约》虽排除了人身损害所引发的精神损害赔偿问题,但仍将侵害隐私及名誉毁损所产生的精神损害赔偿纳入其适用范围,包含此类赔偿的判决亦可得到承认。^[62]

我国民法总则、侵权责任法、消费者权益保护法、食品安全法、商标法、旅游法等均确立了惩罚性损害赔偿制度。从《公约》的现有规定以及我国实践看,我国面临以下问题:

一是惩罚性赔偿的界定问题。从部分国家的实践看,与惩罚性赔偿相近但存在区别的,有所谓加重赔偿(aggravating damages)。《公约》第11条规定的例外中,并未提及加重赔偿。那么,加重赔偿是补偿性赔偿还是惩罚性赔偿?对于加重赔偿判决,是否应予承认和执行?^[63]而且,有观点认为,“惩罚性赔偿的目的,并非为惩罚被告,而是为了赔偿受害人的实际损失和预防未来伤害。”^[64]我国惩罚性赔偿制度是旨在规制或惩戒“具有类似犯罪性质”之恶意侵权行为,还是主要为了充分补偿原告的损害,^[65]也尚须进一步澄清。因而,解决国内外对惩罚性赔偿界定的冲突,是处理此类判决承认与执行问题的前提。

伴随惩罚性赔偿的界定问题而来的,就是在对惩罚性赔偿判决的承认和执行中,要不要适用分割承认方法和比例原则的问题。一方面,若采用《公约》倡导的“分割承认”方法,就必须对判决中的补偿性和惩罚性内容予以区分。这既牵涉对判决的识别,也牵涉识别的依据问题,^[66]但根本上仍取决于对惩罚性赔偿的界定。同时,该方法在具体运用中,可能与判决承认与执行中的“禁止实质性审查原则”相悖。我国在实践中虽然逐步倾向采用分

[55] 参见前引[4], Trevor Hartley等报告,第205(i)段。

[56] 同上引报告,第205(h)段。

[57] 同上引报告,第205(g)段。

[58] 同上引报告,第205(d)段。

[59] 同上引报告,第205(e)段。

[60] 同上引报告,第205(c)段。

[61] 同上引报告,第205(j)段。

[62] 同上引报告,第65段。

[63] Anthony Gray, *Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements*, 17 *Williamette J. Int'l L. & Dis. Res.* 116 (2009).

[64] Jason E. Kelley, *Seeking Justice for Pollution Victims in China: Why China Should Amend the Tort Liability Law to Allow Punitive Damages in Environmental Tort Cases*, 35 *Seattle U. L. Rev.* 527, 529 (2012).

[65] 国内有学者认为,惩罚性赔偿是对恶意、恶劣行为所造成严重损害的全部填补。所谓“超额”赔偿,实际上是对可见损害背后无形损害的赔偿。由于无形损害难以用金钱衡量,故以可预见损害的合理倍数予以计算。参见马新彦:《内幕交易惩罚性赔偿制度的构建》,《法学研究》2011年第6期,第116页以下。

[66] 尽管《公约》解释报告指出,该问题并不能简单依据被请求国法律,但不可否认被请求国法律在其中所起的主要作用。参见前引[4], Trevor Hartley等报告,第205(f)段。

割承认方法，^[67]但分割方法本身被视为一把“双刃剑”。要适用该方法，既要解决制度层面上的障碍，又要克服法官自由裁量水准方面的困难。另一方面，从我国目前对惩罚性赔偿的态度考虑，是否有必要采纳比例原则以及如何确定比例原则的适用，尤其是比例原则的具体范围和内涵不确定，比例原则的具体适用条件和标准均较难把握等，都将是我国立法及司法实践面临的难题。当然，比例原则的适用，有助于法院在当事人的实际损害范围之外，承认与执行判决中具有救济功能的惩罚性赔偿部分，并降低高额惩罚性赔偿判决在我国执行的可能性。

二是惩罚性赔偿所涵盖的范围问题。如前所述，《公约》解释报告认为，对诉讼费用和开支，《公约》不宜设计明确规则决定其究竟属于补偿性赔偿抑或惩罚性赔偿。^[68]可见，对诉讼费用和开支性质的认定，仍属缔约国法院自由裁量的事项。在外国判决将高昂诉讼费用和开支明确列为补偿性赔偿项目的情况下，我国现行立法和司法解释仅对诉讼开支和费用的承担问题作出了有限规定，其无法为法官提供充分行使自由裁量权的依据。^[69]另外，《公约》第2条第2款j项虽排除了自然人或其代表提出的人身伤害诉讼，^[70]但并未排除精神性人格权损害。对于这类非金钱性损失，英美法系国家多允许进行惩罚性损害赔偿。^[71]我国立法虽承认范围宽泛的精神损害赔偿，^[72]允许追索非金钱损失（包括精神损害赔偿在内），但仅适用一般性补偿原则。批准《公约》后，外国法院作出的高额精神损害赔偿判决需我国法院承认和执行时，依据《公约》解释报告，在不能简单依据被请求国有关损害的法律判断该赔偿是否具有惩罚性之情况下，我国关于精神损害的有限赔偿数额之实体法规定，将难以发挥其在分割承认方法适用中的作用。

三是公共秩序保留制度的适用问题。从既有实践看，拒绝承认和执行外国惩罚性赔偿判决的国家，多以公共秩序保留制度为据。^[73]但坚持这一传统做法的国家如德国和法国，

[67] 《最高人民法院关于承认和执行外国法院民商事判决若干问题的规定》（草案，2017年6月第六稿）第22条规定，人民法院经审查认为应部分不予承认和执行外国法院民商事判决，且不予承认和执行部分与判决其他部分可分的，人民法院可以裁定部分承认和执行。可见，我国在未来的相关实践中属意分割方法的适用。

[68] 参见前引[4]，Trevor Hartley等报告，第205（j）段。

[69] 国务院2006年《诉讼费用交纳办法》第6条规定：“当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用包括：（一）案件受理费；（二）申请费；（三）证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。”该办法规定，诉讼费用一般由败诉方承担。2017年民事诉讼法第152条规定：“判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由。判决书内容包括：……（三）判决结果和诉讼费用的负担。……”司法实践中，诉讼开支原则上由双方当事人自己承担。对于胜诉方合理的诉讼开支（不涉及律师费），仅在有特殊规定的案件类型中由败诉方承担，如著作权法第49条、《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第22条、反不正当竞争法第17条第3款等规定即如此。对于律师费，仅个别司法解释如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第26条明确了律师费的承担问题。可见，关于诉讼费用和开支，我国现行规定并未明确其属于补偿性赔偿或者惩罚性赔偿，亦未提供补偿性赔偿与惩罚性赔偿的区分标准。

[70] 根据《公约》解释报告，人身伤害包括精神打击（nervous shock），例如目睹家庭成员的死亡等。但人身伤害不包括对非物质性人格权利的侵害，如侵犯隐私权和名誉权。参见前引[4]，Trevor Hartley等报告，第65段。

[71] 惩罚性赔偿产生之初，就主要适用于诽谤等使受害人遭受名誉损害及精神痛苦的案件。See David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 Mich. L. Rev. 1257 (1976).

[72] 参见叶金强：《精神损害赔偿制度的解释论框架》，《法学家》2011年第5期，第87页以下。

[73] 如德国民法典施行法第40条第3款明确禁止判处非补偿性损害赔偿，因此，任何非补偿性的损害赔偿判决，都是与德国基本法原则相违背的。而根据德国民事诉讼法第328条第4项，如果外国判决的结果与德国法的基本原则不相协调，特别是与德国的宪法性权利不相协调，判决之认可与强制执行将被拒绝。因而，惩罚性判决包括与惩罚性判决类似的判决，都无法在德国得到承认与执行。参见[德]贝福柯：《德国惩罚性损害赔偿的神话与现实》，王萍译，载王洪亮等主编：《中德私法研究》第10卷，北京大学出版社2014年版，第131页。

已有所缓和。^[74] 尽管我国在域外判决承认与执行问题上, 对该制度的适用较为谨慎, 但不能说《公约》缔约国的惩罚性赔偿判决在我国的承认与执行, 绝不会引发公共秩序保留的适用。虽然目前还没有根据公共秩序拒绝承认的实例, 但如何合理、适度地适用公共秩序保留制度, 仍是亟待解决的问题。

总之, 对于惩罚性赔偿制度本身及相关判决的承认与执行, 鉴于我国相关立法和司法实践与其他国家存在显著差异, 全盘接受《公约》的相关规则并无可能。在我国及我国当事人利益的保护与当事人获得有效司法救济的权利之保护之间, 仍然需要进行适当平衡。

二、我国批准《公约》的主要对策

在《公约》已经生效且我国已经签署《公约》的情势下, 基于前述《公约》核心条款对我国可能产生的影响, 我们既要批准《公约》的立场有清醒认识, 也要提前做好批准《公约》的应对之策, 并选择好批准《公约》的时机。

(一) 批准《公约》的立场问题

前述表明, 从总体上看, 《公约》更有利于目前在国际贸易和投资领域拥有若干优势的西方发达国家。尽管如此, 对于我国批准《公约》的必要性及可行性, 也是毋庸置疑的:

其一, 批准《公约》, 有助于在缔约国之间为国际贸易及投资的当事人建立有效的争议解决机制。《公约》为实现其宗旨, 首先明确了参与特定国际民商事交往的当事人之协议管辖, 继而确立管辖协议效力问题的“被选择法院地法”这一准据法原则, 然后设定缔约国之间承认和执行依管辖协议所生判决的义务及若干例外, 并设计了若干限制管辖权及判决承认与执行的声明条款, 由此形成协议管辖及判决承认与执行的统一规则, 来达成缔约国之间的司法合作。《公约》所构建的这一机制, 成为其实现判决在缔约国之间“自由流动”的保障, 也能最大程度地促进争议解决的实效性。首先, 《公约》对排他性选择法院协议着力支持的倾向, 将简化涉外民商事管辖权的认定过程。^[75] 其次, 《公约》在赋予选择法院条款独立效力的同时, 尽可能保障当事人选择法院协议的有效性。^[76] 与现有国际实践相比, 《公约》对管辖权积极冲突的协调, 对平行诉讼概率的降低, 都具有独特性。尽管《公约》在选择法院协议的效力认定方面, 其可预见性还有缺憾, 但在选择法院协议效力认定的一致性方面, 《公约》所做的努力是有助于实现判决在缔约国之间“自由流动”的。再则, 《公约》在明确缔约国负有义务承认和执行其他缔约国依据选择法院协议作出的判决的同时, 也进一步将缔约国拒绝承认与执行相关判决的理由限制在特定范围内, 这在一定程

[74] 近年来德国法院在人格权侵权、雇佣歧视、知识产权侵权和不正当竞争案件中所作的判决, 已具有和美国惩罚性赔偿判决类似的性质。即试图通过高额的赔偿, 来预防或阻却类似行为的发生。有学者认为, 从这些判例中, 可以推知惩罚性判决在德国应该是被允许的。See Madeleine Tolani, *U. S. Punitive Damages Before German Courts: Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public*, 17 Annual Survey of International & Comparative Law 185 - 208 (2011). 2010年的“方腾案”(Fountaine)中, 法国法院认为惩罚性赔偿制度本身并不违背法国的公共政策, 只是赔偿数额不符合比例原则, 构成对法国公共秩序的违背。See Benjamin West Janke & François-Xavier Licari, *Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fountaine Pajot*, 60 Am. J. Comp. L. 775 - 804 (2012).

[75] 参见前引[4], Trevor Hartley等报告, 第12-13段。

[76] 《公约》之目的就是要“使得当事人的选择法院协议尽可能有效。”同上引报告, 第1段。

度上有助于确保被选法院所作判决在缔约国得到承认和执行。从判决实效性的角度而言,批准《公约》,自然可以有效提升国际民商事诉讼对于当事人的吸引力,从而在国际商事争议解决领域,形成与仲裁相平行的机制。

因而,批准《公约》有助于弥补目前我国判决(尤其是金钱判决)在域外承认与执行方面的制度性缺憾。一方面,我国与存在重要经贸关系的国家和地区(如美国、欧盟和日本等),尚未缔结双边民商事司法协助条约。^[77]而且,现有的双边条约中,相关规定多为原则性规定,缺乏可操作性。另一方面,在无条约关系的情势下,一般以互惠原则作为判决承认与执行的依据。而无论国际社会还是我国,对互惠原则的实施往往局限于“事实互惠”,从而形成“事实互惠”与判决承认与执行之间的恶性循环。因此,我国批准《公约》,自然可以弥补现有双边司法协助条约机制及互惠原则之不足。而且,《公约》及其所保障的判决“自由流动”机制,会对我国涉外民商事管辖制度提出更高的要求,由此产生的改进和完善动力,将有助于我国司法制度在国际竞争和博弈中扩大影响力。

其二,保障对外开放基本国策的落实,增强制定国际规则的话语权。在新一轮经济全球化和我国积极促进“一带一路”国际合作的背景下,我国依托《公约》赋予当事人意思自治,并保障其权利义务的实现,可以有效降低当事人在对外贸易和对外投资中的风险,增强当事人参与国际民商事交往的积极性。另一方面,我国积极参与了《公约》起草与谈判的整个过程,在公约相关条款的设计上,充分表达了我国的立场与关注。^[78]《公约》无论是将部分知识产权事项排除在适用范围之外,还是针对涉及重大利益的特别事项确立的保留条款,在很大程度上都与我国的利益诉求基本一致。我国批准《公约》,并非在根本上减损我国及我国当事人的利益。在我国参与国际民商事交往规则的制定、修改方面,在目前话语权甚为有限的背景下,选择批准《公约》,既可为日后对《公约》之修订争取更多话语权机会,也可避免在这一领域游离于国际游戏规则之外的尴尬。

其三,基于长远利益考量,我国批准《公约》的可行性也是可以肯定的。首先,我国立法及实践与《公约》尽管还存在若干差异,但尚不存在不可调和的冲突和矛盾。而且,我国可以通过《公约》中的保留或声明条款,降低可能存在的风险。其次,批准《公约》后,虽暂时面临“案件国际转移”及请求承认和执行的域外判决的涌入,但这类难题将伴随我国涉外民商事法治的完善得以降低或化解。前述《公约》并不要求实际联系原则的做法,可能助长当事人选择与争议无实质联系的中立国法院诉讼。^[79]《公约》对“国际性案件”界定相对宽泛,为当事人挑选法院提供了便利,实质上也将压缩我国涉外民商事案件

[77] 截至2018年7月,我国与相关国家签订的民商事司法协助条约共20项,已生效18项。签约国家分别为:法国、意大利、西班牙、保加利亚、泰国、匈牙利、摩洛哥、新加坡、突尼斯、阿根廷、韩国、阿联酋、科威特、巴西、阿尔及利亚、秘鲁、波黑、埃塞俄比亚、比利时(尚未生效)、伊朗(尚未生效)。民刑事司法协助条约19项,已全部生效。签约国家分别为:波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、土耳其、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、埃及、希腊、塞浦路斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、越南、老挝、立陶宛、朝鲜。详见外交部官网:http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfshzy_674917/t1215630.shtml,2018年7月7日最后访问。

[78] 参见高晓力:《海牙国际私法会议〈选择法院协议公约〉与对我国涉外民商事审判的影响》,《人民司法》2006年第3期,第85页以下。

[79] 参见前引[44],李浩培书,第64页。

的管辖权范围。^[80]只要满足当事人是不同缔约国居民或法人,或与争议有关的其他因素与其他国家有联系,外国法院就可以基于管辖协议而拥有管辖权。^[81]与此同时,《公约》采取“排除法”,并不禁止缔约国对其他缔约国国内案件进行管辖。并且,《公约》第19条所规定的声明只是缔约国片面作出,对其他缔约国没有约束力,这就在实际上扩大了《公约》的适用范围。因此,从某种程度上讲,《公约》的制度设计无形中是对当事人挑选法院的鼓励。由《公约》的上述情况所导致的“案件国际转移”,必然会给我国司法主权带来巨大挑战。对此,我们应意识到,目前我国涉外民商事立法及司法实践还有诸多待完善之处,但这并不意味着我们不能有这样的期许:伴随全面依法治国进程的推进,我国法院公正高效解决涉外民商事争议的能力也将不断提升,我国将逐步成为对国际民商事主体具有吸引力的争议解决中心。近年来我国在海事争议解决方面的建设成就,可资佐证。^[82]

“案件国际转移”现象本质上缘于当事人对特定缔约国法院的偏好。正因如此,在各国涉外民事司法制度竞争日趋激烈的今天,强化对当事人程序利益的保护,提升法院处理涉外民商事争议的能力和效率,成为许多国家吸引国际商事合同当事人到本国法院诉讼,并藉此提升本国在国际商业版图中的地位 and 全球竞争力的重要举措。显然,从提升我国法院成为被选法院的几率着眼,我国当然有必要积极提升涉外民商事立法和司法水平,以便在《公约》下强化我国法院对当事人的吸引力。尤其要在遵照“加强涉外法律工作”之方针,进一步“完善涉外法律法规体系”之同时,着重在提升我国涉外司法公信力及水准方面采取切实举措。^[83]实际上,在涉外民商事管辖权的理念上,我国应以开放立场看待当事人依据《公约》选择外国法院作为争议解决机构的做法。尽管各国对于司法管辖权的争夺甚为激烈,但并不意味着所有与我国或我国当事人存在联系的案件,都必须由我国法院管辖。如果抱着狭隘、封闭的心态,一味扩张本国司法管辖权,反而无助于我国当事人参与全球民商事交往。在经济全球化与区域经济一体化日益凸显的当下,尊重并保障当事人订立的选择法院协议的效力,不仅是顺应国际贸易发展的需要,而且有助于彰显我国作为一个负责任、守规则、有担当的开放大国的国际形象。

(二) 批准《公约》的对策

基于上述,我们除了应该有观念和认识上的转变外,还应有一系列完善涉外民商事法治的具体对策。这些对策既需要解决相关事项所涉及的国内法的修改完善问题,也要解决是否有必要对相关事项作出声明的问题。

[80] 《公约》第1条第2款将管辖案件的国际性界定为:“为本公约第二章的目的,除非当事人都居住在同一缔约国,且当事人之间的关系和其他与争议有关的因素仅与该国有关之外,案件是国际性的。”而且,依《公约》在第4条第2款中对法人实体的“居住地”之宽泛规定,法人的法定住所、成立所依法律的所属国或管理中心、主要营业地所在国,都可以被视为其居住地。

[81] 《公约》解释报告针对该问题举例加以说明:假设合同当事人都居住在葡萄牙,且合同在葡萄牙订立并履行,合同当事人协议选择日本法院管辖。而且,除葡萄牙外,案件与其他国家无任何联系因素。于《公约》管辖规则的目的而言,此种案件并不属于“国际性”案件。因此,如果合同一方当事人在葡萄牙起诉,《公约》第6条并不适用。如果合同当事人选择在日本法院提起诉讼,日本法院依据《公约》第6条并无义务对该案行使管辖权。参见前引[4], Trevor Hartley等报告,第42段。

[82] 参见何其生:《构建具有国际竞争力的国际民事诉讼制度》,《法制与社会发展》2015年第5期,第63页以下。

[83] 参见中国共产党第十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第七部分之“加强涉外法律工作”。

1. 对协议管辖中的弱者予以保护

这一对策,是基于前述《公约》所确立的“被选择法院地法”这一准据法原则而提出的。国际民商事领域中的弱者,通常是指基于经济、技术、信息、权利配置、组织关系和智力体能等方面的判断,在民商事交往中处于弱势或不利地位的当事方。^[84]当事人占有资源的不对等,会对协议中处于不利地位的当事人的公正权益产生消极影响。正因为此,《公约》缔结过程中,欧盟明确要求把弱者保护原则纳入其中,而美国则强调弱者保护原则将对正当程序原则产生消极后果,强调协议的可执行性。最终《公约》仅排除适用于消费者合同、雇佣合同,而对于弱者保护问题采取了回避态度。^[85]

基于这种现状,我们可以考虑充分利用《公约》第6条c项来达到对协议管辖中的弱者予以保护的目。鉴于《公约》关于管辖协议效力的准据法原则,与商事交易中弱方当事人利益的保护及受案法院地国家的公共政策之间,存在内在的紧张关系,《公约》第6条c项亦规定,承认选择法院协议的有效性将明显不公正或明显违反受案法院地国家的公共政策时,该协议应为无效。《公约》解释报告指出,由于有些国家将公共政策严格界定为社会公众的普遍利益,而并不涉及任何个人的利益,故即使对某一当事人显然不公正,也不会被认为违反了公共政策。^[86]由此,对于基于弱者保护之需而介入选择法院协议效力的判断问题,可以借助《公约》第6条c项规定的“明显不公正”之例外规定。

依据《公约》解释报告,“明显不公正”主要包括三种情形:一是因偏见或腐败的原因,一方当事人在被选择法院将不能得到公平审判;二是因一方当事人的特殊原因而导致其不能到被选择法院进行诉讼;三是选择法院协议是一方当事人受到欺诈的结果。^[87]而且,相对于“明显违反公共政策”例外,《公约》通过对“明显不公正”的解释,赋予了未被选择法院相当大的自由裁量权,法院只须考虑某一当事人的特殊情况,而无须考察社会的整体利益。此外,“明显不公正”之例外的适用,可以直接依据案件的具体事实或者仅依据公平原则加以决定。^[88]

总之,《公约》为“被选择法院地法”原则所设置相应例外,主要目的虽然是为了平衡被选择法院和未被选择法院之间的利益,但我们也可以考虑如何充分利用这些例外规则来保护弱者。尽管尚无缔约国对该例外条款的适用作出解释的实践,但此种例外条款能够成为矫正个案不公的依据,已得到德国联邦最高法院相关司法实践的佐证。^[89]

2. 对《公约》第22条进行充分评估

这里主要涉及的是,对于依据非排他性选择法院协议所作判决的承认与执行问题,我国是否选择依据《公约》第22条作出互惠声明。

[84] 刘仁山主编:《国际私法》,中国法制出版社2012年版,第25页。

[85] See E. Kerns, *The Hague Convention and Exclusive Choice of Court Agreements: An Imperfect Match*, 20 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* 509 (2006).

[86] 参见前引〔4〕, Trevor Hartley 等报告,第153段。

[87] 同上引报告,第152段。

[88] 参见前引〔4〕, Trevor Hartley 等报告,第151-152段。

[89] 在涉及德国私人投资者在格式合同中选择纽约州或伦敦法院管辖的案件中,德国联邦最高法院认为,被选择外国法院所属国并无保护私人投资者的强制性规则,因而依据公共政策条款否认了当事人协议选择法院条款的效力。See Matthias Weller, *Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: Coherences and Clashes*, 13 *J. Priv. Int'l L.* 91 (2017).

在该问题上,我国目前的实践与《公约》尚存在一定差异。批准《公约》虽可以有效改善判决承认与执行中所面临的困境,但我国现阶段还不具备全然接受和认可的条件。主要原因在于:对平行诉讼和关联诉讼所带来的问题,尚无有效的、相对统一的解决方式;对于非排他性选择法院协议的认定问题,各国实践不同,有可能导致在判决承认与执行问题上双边不对等;在当前我国对外交往愈加频繁的背景下,我国当事人成为国际诉讼中被告的机会增多,对该类判决若一概予以承认与执行,从某种程度上讲,并不一定有利于保护我国当事人。截至目前,已批准《公约》的欧盟及其他国家还未对此作出声明,即使我国依据该条作出声明,所发挥的作用自然也是有限的。由此,我国现阶段较为现实的选择是,对《公约》第22条采取不予声明的态度。即对基于非排他性管辖协议的判决,依据我国2017年民事诉讼法第282条的规定,仅对于符合条件的相关判决予以承认和执行。同时,为了更好地适用《公约》之规定并应对《公约》所带来的影响,我国应进一步加强“非排他性协议”的认定及效力问题研究,完善相关立法及司法实践。

3. 对实际联系原则的取舍

《公约》已经放弃在协议管辖上的实际联系要求,且在协议管辖上坚持实际联系原则的弊端,已得到不少国家的认同。但《公约》第19条仍然规定,缔约国可以作出声明,对无实际联系的案件可以拒绝管辖。从支持当事人的意思自治,并契合《公约》在最大程度上尊重当事人订立的选择法院协议之目的而言,为坚持实际联系原则而依据《公约》第19条作出声明,显然构成对当事人选择管辖法院权利的重大限制,从而有悖于《公约》之宗旨。而且,《公约》设定该条的目的,也只是为减轻一些国家的司法负担。^[90]因此,伴随我国涉外民商事法治水平的提升,若依据《公约》第19条作出声明,既会束缚我国法院针对特定案件行使管辖权,也不利于我国法院作出的相关判决在域外的承认与执行。基此,我们不妨采取两种思路来应对实际联系原则的取舍问题:

一是保留我国国内立法中的实际联系原则,不对《公约》第19条作出声明。依据2017年民事诉讼法第260条之规定,在我国与其他未对《公约》第19条作出声明的缔约国之间,我国可以不再适用实际联系原则。同时,在我国与对《公约》第19条作出声明的缔约国之间,我国仍可坚持实际联系原则。显然,这种做法就无需在国内法中就实际联系原则问题进行修法工作,也不影响在我国与对《公约》第19条作出声明的缔约国以及非《公约》缔约国之间,仍坚持民事诉讼法第34条要求的实际联系原则。

二是舍弃我国国内立法中的实际联系原则,不对《公约》第19条作出声明。这就需要改变民事诉讼法第34条将国内协议管辖制度与涉外协议管辖制度合并规定的做法,并对涉外协议管辖制度与国内协议管辖制度予以区分,至少在涉外协议管辖制度上不再坚持实际联系原则。同时,舍弃2015年“民诉法解释”第531条针对涉外协议管辖制度规定的实际联系原则。显然,这种思路实际上是借批准《公约》之机,在涉外协议管辖制度上彻底放弃实际联系原则。

4. 对知识产权事项的排除

基于我国在知识产权事项上所面临的挑战和问题,我国是否可依据《公约》第21条规

[90] 参见前引[4], Trevor Hartley等报告,第230段。

定的“特别事项的声明”，将所有知识产权事项作为有“强烈利益”而不适用《公约》的“特别事项”，这是目前需要考虑的对策。

《公约》第21条之规定，正是中国、俄罗斯等国基于本国专属管辖及知识产权事项的实践而提出，并得到各国广泛支持的结果。^[91]我国若利用《公约》第21条进行声明，将包括违反知识产权合同而引发的权利侵害在内的所有知识产权问题，一并排除在协议管辖制度的适用范围之外，当然是较为稳妥的办法。但应注意以下方面：

一是满足“强烈利益”和“特别事项”两个实体性条件。前者要求作出声明的缔约国应有合理理由，防止缔约国借机随意作出声明而侵损《公约》的普遍性价值。^[92]后者则要求声明排除的事项应具有与《公约》第2条所排除事项同样的性质，且该被排除的事项能够得到清楚和明确的界定，以防止声明国作出一个概括性的排除事项，减损《公约》实施的明确性。我国若要依据《公约》第21条声明排除知识产权事项，必须按上述要求明确作出阐释。

二是符合《公约》的透明度原则（第32条）及互惠原则（第21条第2款）的要求。前者要求该声明必须通知《公约》保存机关，由保存机关向其他缔约国通报，以避免有关缔约国不负责任的声明行为。后者则意味着，“如果一个缔约国不准备把公约所体现的利益授予其他缔约国，它也不能指望从公约中受益。因而，作出一个声明就要付出一份代价”。^[93]

总之，基于知识产权事项的特殊性，我国目前并无必要追求“一个大而全但并不可知的公约”，不妨借助声明条款将其排除在《公约》适用范围之外。

但是，我们也应当认识到，目前根据《公约》第21条作出声明，仅为权宜之计。从长远看，注重并牢固树立知识产权的保护意识，提高保护知识产权的水平，是国际民商事交往的主体尤其是企业需要着重努力的。伴随我国知识产权输出比重的提高，以及海外知识产权保护需求的增强，对依据《公约》第21条声明的功能，也许很快就需要重新评估。

5. 对惩罚性赔偿判决承认与执行规则的明确

对惩罚性赔偿判决予以有限承认和执行，已渐成趋势。这种立场可确保在判决债权人与被请求国（包括该国当事人）之间达成利益平衡。基于此，为配合《公约》实施，我国有必要构建关于惩罚性赔偿判决承认与执行的专门规则，并尤其明确以下两点：

其一，明确惩罚性赔偿判决识别的法律依据。我国法院在界定外国惩罚性赔偿判决时，应采取较为谨慎的态度，不宜宽泛地将相关判决识别为惩罚性赔偿判决。参考《公约》解释报告，我国可在国内立法中明确，原则上应以我国法律作为识别惩罚性赔偿判决的依据。对外国判决，我国法院可依我国实体法并考虑相关损害赔偿的目的和功能，确定其是否属于惩罚性赔偿判决，以便对判决中填补当事人实际损害的部分予以认可。而对于惩罚性赔偿部分，则视具体赔偿范围、数额以及造成损害程度的情况而定。

其二，确立分割方法作为惩罚性赔偿判决承认与执行的路径。尽管《公约》第15条规定了判决承认与执行的分割方法，但基于惩罚性赔偿判决的特殊性和复杂性，我国有必要

[91] 参见孙劲：《论海牙〈选择法院协议公约〉的范围和声明条款》，载黄进等主编：《中国国际私法与比较法年刊》第19卷，法律出版社2016年版，第5页。

[92] 参见前引〔4〕，Trevor Hartley等报告，第236段。

[93] 同上引报告，第238段。

专门针对此类判决的分割问题作出规定。对于包含惩罚性赔偿的外国判决,若判处的惩罚性赔偿金明显高于实际损失的,则可以通过比较惩罚性赔偿金与原告实际遭受的损害,来确定我国法院可予承认与执行的比例。但不能将比例原则的适用作为一个简单的技术性问题来对待,而应给予我国法院一定的自由裁量权限。^[94]在适用比例原则时,我国立法及司法解释中规定的“退一赔三”“退一赔二”“退一赔十”等实体法规则可供法院参考。对于外国判决中明显超出我国法律允许或法院接受的赔偿部分,可依据《公约》第11条第1款之规定拒绝承认与执行。

(三) 批准《公约》的时机抉择问题

尽管从长远来看,我国应该批准《公约》,但从现实情况来看,在批准《公约》的时机抉择问题上,还有如下情势需要我们冷静思考:

其一,从《公约》目前更有利于西方发达国家并可能导致民商事利益分配失衡之情势,以及我国涉外民商事法律制度体系的现状来看,我国参与国际民商事交易的主体,在提升化解风险、协调冲突的能力及水准上,都还需要经历一个艰难周期。

基于对外国法律的不了解、对外国法院存在疑虑,以及高昂诉讼成本及语言障碍等方面的考虑,在外方当事人无特别要求的情况下,我国绝大多数当事人还是更倾向于选择我国法院解决将来或已经产生的争议。仅此而言,我国现阶段是否批准《公约》,对我国大多数当事人来说影响不大,但我们不能忽视前述“案件国际转移”以及需要我国承认和执行的外国判决大量涌入的可能。尽管我国将完全具有应对批准《公约》后“案件国际转移”问题的能力和举措,但对“案件国际转移”问题的协调或化解,既有赖于系统修法工作的完成,尤其是前述修法重点的完成,也有赖于我国当事人参与国际民商事交往水平的提高,更仰仗于我国涉外司法工作质量和信誉的提升,这无疑都需要一个较长周期。

其二,《公约》在现阶段的影响力还甚为有限,普遍效力的获得还有待时日。

尽管《公约》已于2015年10月生效,但截至目前,批准《公约》的国家和地区仅为墨西哥、新加坡、欧盟和丹麦。其中,欧盟根据《公约》第30条作出声明,欧盟是以区域经济组织身份批准《公约》,其成员国虽然并未签署、加入或批准《公约》,但由于欧盟已批准《公约》,其成员国也应受《公约》约束。^[95]参与《公约》制定的绝大多数成员国,仍在观望中。这在某种程度上说明,《公约》的若干重要条款还未能得到大多数国家接受。

[94] 例如,在首次引入比例原则的“方腾案”(Fountaine)中,法国法院直接比较惩罚性赔偿金与原告实际遭受损害之间的比例,并认为美国判决在该比例上不符合1:1之要求而违反法国的公共秩序。对此做法,法国学者提出批评意见:惩罚性赔偿金与原告实际遭受损害之间原本就是不相称的,法国法院应比较惩罚性赔偿金与不法行为人的过错程度。See Nathalie Meyer Fabre, *Enforcement of US Punitive Damages Award in France: First Ruling of the French Court of Cassation in X. v. Fountaine Pajot*, 26 Mealey's International Arbitration Report 1, 2 (2011).

[95] 《公约》报告解释指出,《公约》中State既指国家,也指复合法域国家中有独立法律制度的领土区域,同时还可以指区域经济一体化组织。因此,欧盟的做法对我国有一定的借鉴意义。基于“一国两制”基本国策及现已形成三法系四法域之国情,我国暂时并没有统一的区际国际私法。依照《公约》第28条之规定:“如果具有两个或多个法律体制适用于其不同领土区域的国家将有关问题适用于本公约,则该国在签署、批准、接受、承认或加入时可声明本公约将扩展至其所有领土区域,或仅适用于其中一个或多个区域,并可在任何时间递交另一声明以修改此声明。”若中国(大陆地区)批准《公约》的时机尚未成熟,而特别行政区如香港具备条件并希望运用《公约》,那么我国可以利用该条之规定,批准《公约》,使《公约》仅适用于指定的特别行政区。参见前引[4], Trevor Hartley等报告,第17段。

《公约》虽然设计了一些声明和例外机制，但由于各国涉外民商事法治水平的差异，以及各国在《公约》关键性条款上的分歧，可以预见的是，《公约》普遍性目标的实现仍需时日。

《公约》的初衷是基于选择法院协议建立多边判决自由流动机制，但在《公约》框架内，我国作为缔约国能否获得明显利益，除了要解决前述困难外，某种程度上还取决于《公约》普遍性效力的提升状况，尤其是并未与我国订立相关双边条约及建立互惠关系的国家批准《公约》的情况。

其三，尽管《公约》确立了灵活的“声明机制”，但对《公约》的声明毕竟非朝令夕改的行为。我国批准《公约》，是像欧盟那样不作任何声明，还是作出相应声明，声明什么，都需要认真研究。

《公约》第39条明确规定，缔约国根据《公约》相关条款所作的声明，可以“在签署、批准、接受、核准或加入时或者此后任何时间作出，并且可以在任何时间予以修正或者撤回”。这虽然让我们对批准《公约》不要有畏惧心理，但批准《公约》声明与否及如何声明，毕竟是国家外交行为。而且，我国需要观察其他国家尤其是与我国存在重要经贸关系的国家对《公约》的立场，并研究《公约》后续的实施，评估我国现行法律制度完成前述修法和完善工作的进程与周期，这些都要求我们不可有莽然之举。

基于上述，我们仍有必要进一步加强对《公约》的深入和系统研究，以选择我国批准《公约》的时机。

结语：从《公约》看我国参与国际民商事新秩序的构建

《公约》将成为国际民商事领域的重要规则。《公约》本身是海牙国际私法会议自1992年开始计划的国际民商事管辖领域所谓“混合公约草案”的重要内容，是在1999年《草案》及其“2001年临时文本”基础上折中的结果。海牙国际私法会议自2012年重启关于国际民商事管辖权和外国判决承认与执行公约谈判以来，已经出台2017年《外国法院判决承认与执行公约草案》。可以预见，《公约》和未来在“2017年草案”基础上通过的海牙“判决承认与执行公约”，将使得规范国际民商事领域管辖权及判决承认与执行问题的条约法体系基本形成。在国际民商事领域更注重或强调当事人意思自治的今天，《公约》在这一条约法体系中的重要地位将日益凸显。尽管笔者认为，《公约》为实现判决自由流动之目的，在追求管辖协议效力认定一致性的同时，忽视了结果的预期性，一定程度上背离了意思自治原则，但目前国际民商事规则的制定仍由西方主导，这是暂时还无法改变的事实。当然，《公约》的缺憾，使得它本身在未来面临更多挑战的同时，也将使得海牙国际私法会议需要在意思自治原则和“被选择法院地法原则”关系的处理上，作出进一步努力。

我国签署并最终批准《公约》，既面临机遇也面临挑战。作为国际私法统一化方面最重要和最富影响力的政府间国际组织，海牙国际私法会议已经成为统一国际民商事规则的重要平台。我国已参与包括《公约》在内的多个国际私法条约的谈判和制定工作，批准《公约》，表明作为一个秉持对外开放政策的负责任大国，中国一直是国际民商事规则的践行者。同时，对于擅长利用《公约》规则的我国当事人，其在参与国际民商事交往过程中的合法权益也可以得到应有保障。但是，囿于《公约》的现有规则及其缺憾，无论从我国现

行立法及司法实践亟待完善的制度看,还是从我国当事人参与国际民商事交往的现状看,我们还面临诸多需要克服的困难。

当然,我国不应仅停留在对国际民商事规则的遵守层面,还应该积极参与国际民商事规则的制定。这既是我国“加快培育国际经济合作和竞争新优势”的必然要求,^[96]也是我国参与国际关系治理的重要行动和参与国际民商事新秩序构建的重要之举。为此,可以将对《公约》的研究,作为我国积极参与国际民商事规则制定的基础性工作。在当今新一轮经济全球化、社会信息化、文化多样化持续推进的时代,在人类命运共同体的宏大愿景已触手可及的背景下,扩大同各国的利益交汇点,“继续发挥负责任大国作用,积极参与全球治理体系改革和建设,不断贡献中国智慧和力量”,^[97]也是我国参与包括《公约》在内的国际民商事秩序构建中的重大任务和目标。由此,我们既要关注海牙国际私法会议的动态,也要充分发挥海牙国际私法会议凝聚各国关于国际私法问题最大共识的功能,并促进我国涉外民商事法律体系不断完善。

Abstract: The Hague Convention on Choice of Law Agreements, as a compromise between the major countries of different legal traditions on choice of court agreements as well as on the recognition and enforcement of foreign judgments, is an essential part of international civil and commercial rules that helps shape the international civil and commercial order. There are discrepancies between core provisions of the Convention and the relevant legislations and judicial practices in China, although these discrepancies do not constitute a fundamental obstacle to China's ratification of the Convention. In ratifying the Convention, China should make both overall and specific modification to its legislations accordingly. Although China needs to ratify the Convention, it should consider the timing of ratification prudently. In order to promote the construction of a community of shared future for mankind, China should not only comply with private international law but also play an active role in making it. While shaping the international civil and commercial order, China should also properly deal with the relationship between state sovereignty and individuals rights.

Key Words: Hague Convention on Choice of Court Agreements, recognition and enforcement of judgment, international civil and commercial order

[96] 习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第35页。

[97] 同上引报告,第60页。