

“一带一路”背景下承认与执行 外国判决中互惠原则适用的变革及建议

——以以色列最高法院首次承认和执行我国民事判决为视角

陈 洁 肖 冰

内容提要 外国判决^[1]的承认与执行中互惠原则的适用是国家利益权衡的结果,并伴随国际形势的发展和国内政策的变化而调整。随着“一带一路”倡议的提出,我国适用互惠原则的审判指导精神发生了重大转变,但目前审判实务仍囿于条约互惠和事实互惠,亟需我国理论和实务界寻找互惠原则适用的平衡点,合理确定互惠原则在我国的适用标准。借鉴以色列最高法院首次承认和执行我国民事判决中的案例和经验,可以完善我国域外判决的承认与执行机制的措施。

关键词 一带一路 互惠原则 南通案件 以色列法院 互惠原则

陈 洁,东南大学法学院博士、南京财经大学法学院讲师 211189

肖 冰,东南大学法学院教授 211189

2017年8月14日以色列最高法院作出终审判决^[2],维持以色列特拉维夫地区法院(以下简称“特拉维夫法院”)对江苏海外集团企业有限公司(以下简称“海外集团”)申请承认和执行江苏省南通市中级人民法院所作(2009)通中民三初字第0010号判决(以下简称“0010号判决”)的一审判决。此案在以色列被称作“南通案件”^[3](Nantong Case),为中国民事判决首次获得以色列法院的承认与执行。由于中国和以色列尚未缔结相关司法互助协议,此案也是以色列首次基于互惠原则承认和执行中国判决,对两国在司法领域的合作具有里程碑式的意义。笔者作为该案中方法律服务团队成员之一,认为该案暴露出的我国司法实践中互惠原则适用的诸多问题值得反思,以色列法院在互惠原则适用上积极和开放的态度值得我们借鉴。

[1]本文所讨论的“外国判决”仅限于以金钱给付为内容的涉外民事判决、裁定、决定、调解书和支付令。

[2]本文以色列最高法院判决为本案以色列代理律师提供,原文为希伯来文,经以色列律师翻译成英文,后由作者翻译成中文,均为一手资料,特此说明。

[3]“南通案件”从2009年在南通中院起诉到2017年取得以色列最高法院判决,历时八年,案件全程可分为国内诉讼部分和在以色列申请承认与执行两个部分。鉴于本文主旨讨论外国判决承认与执行中的互惠问题,故本文中“南通案件”仅指在以色列申请承认与执行之诉。

一、“南通案件”互惠问题的争议、主要判决理由及启示

1. 双方对于互惠问题的争议焦点及法院判决理由

2009年12月14日,南通市中级人民法院(以下简称“南通中院”)对海外集团与以色列籍公民Itshak Reitmann(以下简称“Reitmann”)合同纠纷案作出“0010号判决”,判定被告Reitmann返还海外集团佣金并承担案件受理费。判决生效后,被告一直未履行,由于被告在中国境内没有可供执行的财产,海外集团于2012年12月向被告住所地特拉维夫法院递交了《执行外国判决申请书》。2015年10月6日特拉维夫法院裁定0010号判决在以色列可以执行。被申请人Reitmann不服,向以色列最高法院提起上诉,以色列最高法院于2017年2月2日在耶路撒冷进行了二审庭审,并于2017年8月14日作出终审判决,维持特拉维夫法院的一审判决,承认和执行南通中院0010号判决。

从该案2012年在以色列提起申请到2017年作出终审判决,5年的申请承认与执行之诉的焦点即在于对中以两国互惠关系的确认。由于两国之间尚未订立有关相互承认与执行判决的双边或多边条约,在以色列申请承认与执行中国判决的法律依据即为以色列的内国法,换句话说,南通中院0010号判决要得到以色列法院的承认与执行必须满足以色列《外国判决执行法》第4条所列条件,而本案的争议焦点即在于对《外国判决执行法》第4条a款^[1]关于互惠原则适用的解释,判断是否中以两国存在互惠关系。

最终,以色列最高法院经过谨慎考量支持了一审特拉维夫地区法院对于互惠原则的解读。在终审判决书^[2]中,最高院Y. Danziger法官阐述道:“本次上诉中我们审理的主要问题即是否存在《外国判决执行法》4(a)中要求的互惠。更准确的说,是否能证明在两国不存在相关国际条约以及中国法院从来没有执行(或不执行)以色列法院判决的情况下,存在一个以色列判决在中国被执行的可能性”,继而从以色列互惠原则适用的既往判例、举证责任、互惠原则适用的目的三方面对判决结果作出了说明:

其一、从以色列互惠原则适用的既往判例解释了互惠原则的适用条件

Y. Danziger法官认为,《外国判决执行法》第4(a)条互惠原则的适用标准在3年前Double Kay v. Gazprom案的判决^[3](以下简称“Double Kay案例”)中才得到确认。在该案中,D Barack-Erez法官判定,只要该外国法院有一个承认以色列判决的“合理的潜在可能性”,即使该外国法院还未有执行以色列判决的事实,即视为满足互惠要求。Barack-Erez法官阐述了对互惠原则作宽大解释的优点:

这使得原诉讼中已取得胜诉的一方当事人可以取得表面属于他的胜诉结果;可以促进司法效率,避免重复诉讼;有利于司法确定性;同时,有利于以色列判决在境外的执行。

[1]以色列《外国判决执行法》第4(a)条规定:“如果根据一个国家的法律规定,以色列法院的判决不能在该国得到执行,那么该国的判决也不能在以色列得到执行。”

[2]See the Decision of the Israel Supreme Court sitting as a Civil Appeals Court, Civil Case 7884/15, 2017.

[3]此案是俄罗斯法院的一个判决在以色列的执行申请。双方当事人对于俄罗斯和以色列之间不存在承认和执行外国判决国际条约这一事实没有异议。根据俄罗斯的相关法律,俄罗斯承认与执行外国法院判决的条件是该国必须与俄罗斯签订过相关国际条约,即不承认互惠原则。然而,司法实践显示,即使在以上条件缺失的情况下,外国判决仍有在俄罗斯得到执行的先例。这一事实在以色列法院看来,表明俄罗斯法律存在一个“改变的趋势”,即在不存在国际条约的情况下仍可能执行外国法院判决的意愿。之后,一方向法庭出示了一个俄罗斯法院因以色列方无法证明以两国间存在互惠关系而拒绝承认以色列判决的裁定。然而,在Double Kay案件的最终判决中,法官仍认为俄罗斯的司法形势展示出以色列判决将会得到执行的“合理的潜在可能性”,这即可满足互惠的要求。

在 Double Kay 案中,尽管俄罗斯曾拒绝承认以色列的判决,但以以色列法院仍判定存在一个执行的可能性。法院做出以上判决不仅基于存在执行的倾向,而且基于鼓励与外国司法体系的互惠互助以及防止因为每个司法体系都拒绝“先走一步”而产生“无休止的恶性循环”的考虑。

其二、从举证责任角度否定了上诉方的理由

Y. Danziger 法官认为,证明缺少互惠关系的举证责任在反对执行外国判决的一方。

上诉方举证的是中国以缺少互惠关系为由驳回日本和德国申请的案件。以色列最高法院认为,当缺少执行或不执行以色列法院判决的直接证据的情况下,外国法院对于和以色列判决类似的其他国家判决的承认与执行可以作为证据证明该国在同一司法环境下承认和执行外国法院判决的趋势和态度。然而法庭认为,并不能从这个两个案例得出中国有清晰的倾向性,不认为他们有足够的证据证明中国承认和执行以色列判决缺少合理的可能性。在没有以色列判决在中国执行的先例的情况下,法庭在执行的可能性上保持司法中立。上诉人提供的这些证据不足以说明互惠原则不存在。

其三、从互惠原则适用的目的出发揭示了互惠原则本质的激励作用

法庭认为,互惠的目的是为了激励外国承认和执行以色列法院的判决。判决时,不仅需要考量中国关于承认和执行外国判决司法体系的倾向性,而且需要重视互惠原则的基础法律原则:司法效率、司法和贸易的稳定性以及鼓励创设与外国司法体系间的互惠关系的目的。

法庭赞同特拉维夫法院将两国高速发展的多领域合作和贸易关系与互惠关系相联系的观点,认为如果仅因中国没有关于承认和执行以色列判决的先例就否定中国法院的判决,将会给两国的司法互惠和商业往来投下阴影,损害两国贸易关系。

2. “南通案件”的启示

不难看出,上述“南通案件”的博弈过程其实就是法院对互惠原则适用的解释过程。各国在互惠的基础上相互承认与执行对方国家在内国的判决效力,从而达到相互获益的目的^[1],这种基于“国际礼让说”理念的互惠原则作为承认与执行的先决条件之一由来已久,但各国对于互惠原则的具体适用,并无统一标准,对于互惠原则的适用解释各不相同。一般而言,一国在承认他国判决时,基于两国间达成的互相给予互惠承诺的双边或多边条约,即条约互惠,是适用互惠原则最为理想的一种形式。但涉及主权让渡的国际条约并不容易达成,所以各国在承认与执行他国判决时大多基于在内国法中规定的承认与执行的条件,大部分国家也将互惠列为条件之一在内国法中列明,在解释互惠原则时,将本国承认与执行条件与判决作出国的条件进行比较,要求该外国法院会在同等条件下承认与执行本国判决,或至少判决国的条件不比承认国规定的更严格,此种互惠原则适用的解释即为法律互惠。但有些国家出于过度的自我保护主义,在适用互惠原则时,是以考察两国是否存在相互承认和执行对方法院生效民商事判决的先例为标准^[2],以对方国家优先给惠作为互惠关系承认的前提,这种丧失互惠原则鼓励国家间司法协助主旨的互惠称为事实互惠。而有些国家从宽解释互惠的适用,只要不能证明判决作出国法院有拒绝承认与执行内国判决的事实,则推定互惠关系的存在,甚至如以色列法院,即便有拒绝承认本国判决的先例,只要该国司法实践有一个明显的“改变的趋势”,使得本国判决在判决作出国有被承认的“合理的可能性”,即可判断互惠关系的存在。

无论何种形式的互惠原则的适用,均是各国基于自身的历史、经济发展、国际地位、外交策略等综

[1]徐崇利:《经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则》,《厦门大学法律评论》2005年第1期。

[2]任明艳:《论互惠原则在承认与执行外国法院判决中的适用》,〔北京〕《公民与法》2011年第1期。

合因素的考虑,并且会随着国际经济的发展和国内政策的变化而不同。而我国的互惠政策,正是在“一带一路”策略提出前后,发生了重大变化。

二、我国互惠原则在承认与执行外国判决中的适用变革

1. “一带一路”倡议提出前我国互惠原则的适用

我国关于承认和执行外国判决的法律规定在《民事诉讼法》第281条。根据该条规定,在两国间不存在司法协助条约的情况下,“按照互惠原则”审查,是我国承认和执行外国判决的唯一途径。但对于互惠原则审查的具体标准,无论是法律或者司法解释均未提及。

从我国长期司法实践不难看出,我国的互惠原则与“事实互惠”基本一致,最具典型意义的,就是被反复引证的“日本公民五味晃申请中国法院承认和执行日本法院判决”案^[1]。在这个1994年的案例中,最高人民法院以复函的形式回复辽宁省高级人民法院:“中国与日本之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约,也未建立相应的互惠关系……中国人民法院对该日本国法院的判决不予承认和执行。”该案是外国当事人向中国申请承认执行外国法院判决被驳回的最具有代表性的案例之一,也是最早由最高人民法院以复函的形式解决关于承认和执行外国法院判决问题的案例。

此案在很长时间内确立了我国“事实互惠”的审判精神,此后,我国法院有关日本法院判决的承认和执行的案件主要参照该复函。并且在此审判精神的影响下,我国各地法院在审理承认和执行外国判决的案件时,对于无双边司法协助协议也无承认与执行我国判决先例国家的判决,均以无互惠关系为由拒绝承认。例如,德国某公司于2001年2月申请承认法兰克福地方法院于1998年及1999年做出的关于与中国某租赁公司发生的一般融资租赁合同纠纷判决一案^[2];俄罗斯国家交响乐团与阿特蒙特有限责任公司于2004年向北京市第二中级人民法院申请承认英国高等法院分别于2002年10月3日及2003年2月27日作出的其与北京国际音乐节协会之间合同纠纷的判决一案^[3];澳大利亚的弗拉西动力发动机有限公司于2006年向深圳市中级人民法院申请承认和执行澳大利亚法院作出的判决一案^[4];株式会社SPRING COMM于2011年向深圳市中级人民法院申请承认和执行韩国首尔西部地方法院第12民事部于2010年作出的支付金钱判决一案^[5]。

这些案件的判决书如出一辙,中国法院均以“我国与该国外国之间没有缔结或者参加相互承认和执行法院判决、裁定的国际条约,亦未建立相应的互惠关系”为由,“对该国法院作出的判决的法律效力不予承认”。事实上,我国司法实务中,除少数几个根据两国间订立的司法协助协议承认对方国家判例外^[6],我国至今从未根据互惠原则,主动承认和执行过外国的判决。

这样的事实互惠观也造就了我国判决在国外的承认与执行之路困难重重。例如日本原本是个实施“法律互惠”的国家,日本《民事诉讼法》第118条(4)规定“与作出判决的外国法院有一个相互的保

[1]案情详见《最高人民法院公报》1996年第1期。

[2]顾国增:《涉外民事管辖权的正确认定》,〔北京〕《审判前沿》2003年第3期。

[3]北京市第二中级人民法院(2004)二中民特字第928号判决。

[4]2007年3月1日《最高人民法院关于申请人弗拉西动力发动机有限公司申请承认和执行澳大利亚法院判决一案的请示的复函》,(2006)民四他字第45号判决。

[5]深圳市中级人民法院(2011)深中法民一初字第45号判决。

[6]如2003年中国广东省佛山中级人民法院承认意大利米兰法院破产庭和米兰法院民事、刑事法庭的破产判决;2005年中国广州市中级人民法院承认法国普瓦提艾商业法院的破产判决〔(2005)穗中法民三初字第146号民事裁定〕;2014年浙江省宁波市中级人民法院承认波兰共和国弗罗茨瓦夫上诉法院的判决〔(2013)浙甬民确字第1号〕。

证”(mutual guarantee)。该条中的“相互的保证”即“互惠”要求^[1],即指在与118条实质上相同的条件下,日本法院作出的类似判决也能够得到该外国法院的承认和执行。而且日本法院在司法实务中解释互惠原则的问题上,一贯秉承着相当宽松的态度。纵观日本法院承认和执行外国法院判决的历史,自从1983年日本最高院对互惠要求采取宽松解释之后^[2],在近二十年里没有一例以互惠原则拒绝承认和执行外国判决的案例。直到2003年大阪最高法院拒绝承认中国法院的一个判决^[3],这不妨看作是对中国法院以缺少互惠为理由拒绝承认日本判决的一个“报复”。

本次“南通案件”中,同样因为我国长期“事实互惠”的存在,对方在上诉过程中提出我国不具有执行以色列判决的潜在可能性,其理由是:一,中国至今没有以互惠原则承认过任何国家的判决;二,与中国没有司法协助条约的国家在中国申请判决的承认与执行,被中国法院拒绝,如英国和日本;三,少数得以在中国承认和执行的外国法院的判决,也是那些与中国有双边司法协助协议的,如意大利;四,即使有些国家的法院承认和执行了中国的判决,如美国的加州地方法院2009年承认和执行了中国判决,然而至今,中国没有任何一个法院承认和执行过美国的判决。这些理由无疑给案件造成了不小的阻碍。

我国这种出于狭隘的自我保护主义而形成的“事实互惠”观,不仅背离了互惠原则鼓励国家司法互助的初衷,而且造成国家间司法流通甚至国家交往的障碍,倘若两国均依此互惠观裹足不前,互相观望,互惠关系就永远无法形成^[4],互惠原则也将失去它本来的意义,并造成互相报复的恶性循环。

2. “一带一路”背景下我国互惠原则适用的变革

显而易见,长期以来形成的“事实互惠”造成的困境已不能满足当今中国的发展需要。特别是2013年习近平主席提出“一带一路”倡议后,与之相关的民商事法律纠纷的解决以及良好法治环境的构建业已成为一带一路国家的最大利益关切和需求,亟待我国有效开展国际民商事司法协助,国家间法院判决的自由流通更是“一带一路”倡议顺利实施的重要法律保障。

在此背景下,最高人民法院2015年6月16日颁布了《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(以下简称《若干意见》),文件第六条明确规定,“推动缔结双边或者多边司法协助协定,促进沿线各国司法判决的相互承认与执行。要在沿线一些国家尚未与我国缔结司法协助协定的情况下,根据国际司法合作交流意向、对方国家承诺将给予我国司法互惠等情况,可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助,积极促成形成互惠关系,积极倡导并逐步扩大国际司法协助范围。”^[5]这无疑是我国审判指导精神在互惠原则适用问题上顺应时代潮流的巨大转变。笔者参与的中方律师团队在此次执行案件的二审过程中也向以色列最高法院提交了该文件作为补充材料,证明中国司法实践领域在互惠问题上有一个明显的“改变的趋势”,表明我们在承认与执行外国判决

[1]See Satoshi Watanabe,“A Study of A Series of Cases Caused Non-recognition of A Judicial Judgments between Japan and Mainland China—A Cross-border Garnishment Order of the Japanese Court Issued to a Chinese Company as a Third-party Debtor”, Japanese Yearbook of International Law, Vol.57, 2014, p.298.

[2]1983年,日本最高法院作出判决中指出,对方国家规定的条件与本国规定的条件相比,在重要方面如果没有的重大的不同,那么就应视为有互惠关系。

[3]See Osaka High Court decision of 9 April 2003, Hanrei Jiho, No. 1841 at 111; Hanrei Taimuzu, No.1141 t 270. For English translation, see the Japanese Annual of International Law, 2005, pp.171ff.

[4]谢新胜:《条约与互惠缺失时中国判决的域外执行——以美国法院执行中国民商事判决第一案为视角》,〔北京〕《环球法律评论》2010年第4期。

[5]法发〔2015〕9号文。

上也是有可能“先走一步”的,这为二审法官的判决提供了有力的支持。

2017年“一带一路”的国际合作不断深入与拓展,这给我国配套法律服务提出更加开放的要求。2017年6月8日,第二届中国—东盟大法官论坛通过了《南宁声明》,其中第七项规定:“区域内的跨境交易和投资需要以各国适当的判决的相互承认和执行机制作为其司法保障。在本国国内法允许的范围内与会各国法院将善意解释国内法,减少不必要的平行诉讼,考虑适当促进各国民商事判决的相互承认和执行。尚未缔结有关外国民商事判决承认和执行国际条约的国家,在承认与执行对方国家民商事判决的司法程序中,如对方国家的法院不存在以互惠为理由拒绝承认和执行本国民商事判决的先例,在本国国内法允许的范围内,即可推定与对方国家之间存在互惠关系。”

此项声明可解读为与会东盟各国达成的“推定互惠”的共识,亦可看作是对《若干意见》中互惠内容的进一步的深化和具体落实,指明了如何“由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助,积极促成形成互惠关系”。该项规定也为中国法院在承认和执行东盟国家乃至更广阔范围法院民商事判决时认定互惠关系的适用提供了重要指引^[1]。从《若干意见》到《南宁声明》,我国在互惠原则上体现了与时俱进的态度,更是契合了互惠原则鼓励司法协助的本质内涵。

“一带一路”战略对于互惠原则的宽松要求促使我国在司法实务界发生了积极的改变,也给我国在外国申请承认与执行之诉创造了有利条件。如此次“南通案件”二审中,在证明我国审判实务界互惠态度转变的新证据^[2]中即包括武汉中院于2013年作出的(2012)鄂武汉中民商外初字第00016号《民事裁定书》。在该裁定书中,武汉中院陈述道,“鉴于德国柏林高等法院已于2006年5月18日做出判决承认中国无锡高新技术产业开发区人民法院(2004)新民二初字第154号民事裁定,本院可按照互惠原则审查,对卷宗编号为‘14 IN 335/09’裁定的法律效力予以承认”。

另一个具有里程碑式意义的案例是2016年12月9日南京市中级人民法院依据申请人高尔集团股份有限公司(Kolmar Group AG)的申请,作出的民事裁定:“由于新加坡共和国高等法院曾于2014年1月对我国江苏省苏州市中级人民法院的民事判决进行了执行,根据互惠原则,我国法院可以对符合条件的新加坡法院的民事判决予以承认和执行”^[3]。

再有,2017年6月30日,申请人刘利向湖北省武汉中级人民法院申请承认和执行美国加利福尼亚洛杉矶县高等法院判决^[4],武汉中院同样依据互惠关系原则进行审查,证实美国有承认和执行我国法院民事判决的先例存在,从而认定双方之间存在互相承认和执行民事判决的互惠关系。

虽然上述案件在我国承认与执行外国判决的司法实践领域均具有里程碑式的意义,标志着我国确认与这些国家互惠关系的达成,但是值得我们注意的是,中国法院对以上案件的承认与执行依然是基于“事实互惠”原则,实际上并没有突破过去的司法习惯和固定的思维模式,最高院2015年的《若干意见》和《南宁声明》的精神尚未在实务界得到确切落实。

需要指出的是,以色列并不是第一个在没有司法协助条约和国际公约的情况下基于互惠原则主动承认和执行中国判决的国家。早在2006年德国柏林高等法院承认中国江苏省无锡市中级人民法院

[1]张勇健:《“一带一路”背景下互惠原则实践发展的新动向》,〔北京〕《人民法院报》2017年6月20日第2版。

[2]包括最高院2015年《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》;武汉中院2012年鄂武汉中民商外初字第00016号裁定书;南京中院2016苏01协外认3号裁定等。

[3](2016)苏01协外认3号,Kolmar Group AG与江苏省纺织工业(集团)进出口有限公司申请承认和执行外国法院判决、裁定特别程序民事裁定书。

[4]武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民商外初字第00026号判决。

院判决时,德国法官即以宽松解释,认定中国立法规定的承认与执行外国法院判决的条件比德国更宽大,判定中国与德国之间存在法律上的互惠关系^[1]。更为难得的是,其后当德国律师又提出,中国法院不仅从未承认与执行德国法院判决,相反还有拒绝承认德国判决的案例时,德国法院却更着眼于两国未来的司法与经贸合作,仍然率先承认互惠:“如果双方都等待对方先迈出一步,自己再跟进给予对方互惠的话,事实上永远不可能发生相互间的互惠,互惠原则也只能是空谈而已,这种情况并不是立法者和执法者所希望的。为了在没有签订国际条约的情况下不妨碍相互承认法院判决的向前发展,要考虑的是,如果一方先走出一步,另一方会不会跟进。按现在国际经贸不断发展的情况,中国有可能是会跟进的。”^[2]这种从互惠原则的宗旨,从促进两国经济交往的发展出发的观点与以色列的判决理念是一致的,这种灵活、豁达的互惠观也为两国互惠关系的建立扫清了障碍。

另一个典型案例是我国昆山捷安特轻合金科技有限公司向新加坡法院申请承认与执行苏州中级人民法院作出的判决一案^[3],该案中,我国和新加坡虽有签订的双边司法协助条约,但未包含判决的承认与执行问题,而且我国尚未有承认与执行新加坡法院判决的先例,但是新加坡法院率先给予我国互惠关系的认定,意图促进两国判决的承认与执行^[4]。

三、从“南通案件”看我国“一带一路”背景下互惠原则适用存在的问题及改革建议

以互惠关系作为承认与执行外国判决前提条件的国家并非只有中国,但是由于互惠原则在运用上过多体现的是对于国家利益的保护,往往以牺牲个人利益为代价;各国在互惠原则在适用上的不确定性,造成判决结果的难以预计;以及各国在建立互惠关系时浓重的保护主义思想,使得互惠原则难以在判决的承认和执行上发挥积极的作用,因而受到越来越多的批评^[5]。一些英美法系国家已逐步放弃将互惠原则作为承认外国判决的法定要求,而注重对外国判决的个案处理。有所不同的是,一些大陆法系国家,或者受大陆法系影响的国家仍会考察互惠关系,但开始尝试对互惠原则进行软化处理,以开放的司法心态,对互惠原则作宽松解释,例如上述德国和日本。“南通案件”中的以色列法庭出于互惠原则创设的宗旨、促进两国间经济贸易的发展和互惠关系的建立以及本国企业的长远利益考虑,只要对方国家的司法实践对互惠原则有一个“执行的潜在可能性”或者即使过去有过否认的事实,但是只要司法环境有一个“改变的趋势”,即可认定互惠关系的存在。

无论是《若干问题》的出台或是《南宁声明》的达成都释放出积极的信号,中国在积极寻求与世界各国,特别是“一带一路”沿线国家的司法合作,试图用一种更加开放、包容、积极的心态去解读互惠原则,但目前我国审判实务的基础仍囿于条约互惠和事实互惠。当然,目前阶段在我国完全取消互惠原则也是不现实的。互惠原则是国际法中主权观念的具体体现,就如同国际私法中的“公共秩序保留”一样,给本国法院提供了最后一道“安全阀”,同时也给本国政府与外国进行有关司法协助的外交谈判增加了讨价还价的砝码^[6]。“一带一路”互利共赢的目标与互惠原则互利互惠的内在价值取向是一致的,如果能够借鉴各国对互惠原则的经验,对互惠原则进行软化处理,善加利用,根据本国战略发展目

[1][2]See Vgl.Urteil des Kammergerichts Berlin vom 18.05.2006, Aktenzeichen 20 Sch 13/04.

[3]See Giant Light Metal Technology(Kunshan)Co Ltd v. Aksa Far East Pte Ltd[2014]SGHC 16.

[4]宋锡祥、朱柏燃:《“一带一路”战略下我国开展国际民商事司法协助的法律思考》,《上海大学学报》(社会科学版)2017年5月第34卷第3期。

[5]王吉文:《互惠原则在判决承认与执行上的缺陷》,〔昆明〕《云南大学学报》(法学版)2008年第3期。

[6]杜涛:《互惠原则与外国法院判决的承认与执行》,〔北京〕《环球法律评论》2007年1期。

标确立合理的互惠标准,不仅可以保护国家主权和国民个人利益,亦可对国际经济往来发挥良好的促进作用。

1. 平衡国家主权原则和国际民商事交往需求,寻找互惠原则适用的平衡点,合理确定互惠原则在我国的适用标准,树立以法律互惠为主,推定互惠相辅的灵活开放的互惠观,完善跨境承认与执行机制。

虽然《南宁声明》已就推定互惠在东盟各国达成共识,但要对“一带一路”沿线所有国家短时间内均采取推定互惠并不现实。所以,笔者建议在东盟各国推行推定互惠的基础上,对“一带一路”沿线国家实施以法律互惠与推定互惠相结合的互惠政策,继而推广到其他更多国家。

首先应以法律或司法解释的形式明确承认与执行外国判决的条件。纵观各国立法,一般从管辖权适格性和所作判决终局性要求、程序正当性要求、公共秩序要求以及互惠保证要求这几个方面进行规定,我国亦可效仿。在审查时,首先对比对方国家的承认与执行的条件,如果不严苛于我国,即认为满足条件;其次再审查判决作出国法院是否不存在以缺乏互惠为由而拒绝承认和执行我国的案例,如果满足以上两点,即认为互惠关系成立。

当碰到对方国家有拒绝承认我国判决的情况下,也不应一概否认,可参考以色列法院的做法,对判决作出国的司法环境和实务进行审查,判断是否有一个“改变的倾向”,即对互惠关系采取积极宽松的认定标准,在判断两国间是否存在互惠关系时,应从评估本国法院所作判决在他国法院被承认和执行的可能性入手,重点应考虑一方如果率先承认,另一方是否有可能跟进的问题;条件成熟时,可以考虑单方先行给惠。

笔者认为互惠原则的适用不应千篇一律,应根据不同的国家,不同的案情,结合国际形势的发展及国家利益的要求、判决作出国的司法环境和司法实践趋势及时作出调整和改变。互惠原则是把双刃剑,只有顺应时代发展对司法的需要,善加利用,找到国家利益和个人利益、国家发展和主权保护之间的平衡点,才可以真正发挥其正面效用。

2. 明确互惠关系的举证责任

我国《民事诉讼法》、《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》等法律及解释中均未提及互惠关系的举证责任问题。我国法院适用互惠原则的案例的判决书中也没有明确互惠关系的举证责任,一般只在判决书笼统提及由法院查明。

笔者认为,对于证明责任问题应将证明对象划分为法律部分和事实部分,在上述立法设定好法律互惠条件的前提下,对于法律互惠的部分,应视为法律问题,应根据外国法查明,由法院查明;而对于推定互惠部分,需要证明判决作出国是否有否认互惠关系的事实,应为事实部分,应采取举证责任倒置,由被申请人举证互惠关系不能成立的案例,承担举证不能的责任。这是因为申请人是原诉中的胜诉方,不应增加申请人的诉累,而应当由被申请人提供互惠关系不能证明的证据。

正如以色列法官所说:“缺少互惠原则的举证责任在反对执行外国判决的一方。如果他不能履行举证责任,那么就证明有一个互惠的存在。”

3. 做好跨境承认与执行的大数据统计工作,设立跨境审判信息数据库和查询平台。从“一带一路”国家着手,做好与沿线国家的审判数据交流,迅速有效的更新我国与他国相互承认与执行的案例。

跨境案件的一大特点就是地域间的法律、文化、经济、语言环境差异大,司法数据信息交流渠道不畅,法院在判案时取证困难。具体到我国对外国判决的承认与执行的案件审理中,经常会因涉外判决承认与执行的信息更新不及时,出现法院对本国与他国互惠关系成立与否认识不清,造成案件误判。

以本次以色列“南通案件”为例。2017年6月,在该案二审审理期间,我国福州中院仍然做出了(2017)闽01协外认4号判决,以不存在互惠关系为由驳回以色列艾斯艾洛乔纳斯有限公司(S.L.Jonas Ltd)申请,拒绝承认和执行以色列耶路撒冷裁判法院9411-02-16号民事判决。在该判决做出后,“南通案件”的对方当事人即以因互惠关系被拒为由,要求以色列最高法院中止审理,并做出对我方不利的判决。虽然以色列最高法院从程序角度出发,拒绝采纳该案作为上诉方的新证据,但福州中院的判决确实在审理过程中造成了不必要的麻烦,并且可以预期的是,如果我国法院在将来没有一个明显的审判态度的转变,我国今后的判决在以色列的承认和执行将会困难重重。

这一情况同样发生在中国与韩国之间。韩国首尔地方法院在1999年受理的一起申请承认与执行中国山东省潍坊市中院判决的案件中,判定中韩之间存在“相互的保证”(即“互惠”),从而承认了该判决。但在判决书的结尾部分,首尔地方法院追加了如下说明:“不过,即使我国法院现在认为我国和中国之间存在相互保证,并对中国法院的判决予以承认,但如果发生中国法院以与我国不存在相互保证为由而拒绝承认和执行我国法院作出的判决的事例的话,我国法院也很难继续维持肯定相互保证存在的立场。”^[1]对此,韩国学者解释说,希望该案的判决能在中国得到广泛宣传,这样中国法院就此作出相应裁判的可能性就会很高,从而为中韩之间判决的承认和执行铺平道路^[2]。

然而,由于大数据信息不畅,深圳中院没有及时了解这一判例,在2011年韩国株式会社 Spring Comm 向深圳市中院申请承认和执行韩国首尔西部地方法院作出的民事判决时,深圳中院仍然以中韩双方不存在互惠为由驳回了当事人的申请^[3]。这就使中韩两国失去了一个建立互惠关系的良好机会,从而使今后双方判决的承认和执行陷入困境^[4]。由此可见,设立一个及时高效的跨境审判信息平台对我国跨境判决承认与执行的审判工作乃至国家间司法协作关系的建立至关重要。

因此,笔者建议设立一个类似我国裁判文书网的跨境审判信息数据平台,与“一带一路”沿线国家做好审判数据的及时更新,方便提供涉外法律服务的律师和法官进行查阅。也便于一带一路沿线国家在进行涉外承认与执行审判中的取证和判断,避免因审判信息传输不及时造成的跨境判决承认与执行的阻碍。

4. 联合外交部、司法部、最高人民法院设立涉外案件相关的应答部门和处理机制

“南通案件”一审开庭前,为了更好的了解中以互惠问题,对案件作出公正判断,以色列法庭曾向以色列司法部长发出过特别申请,询问其对于中以两国间互惠原则问题的立场,并且在二审开庭时,特别将其列为第三方当事人参加庭审。

以色列司法部长派出代表参加了庭审,并在庭审的结尾作了发言。其虽未正面回答法庭的询问,但表示曾于2014年1月8日和12月9日两次向中国大使馆发函,询问中国的法院是否会在将来执行以色列法院的判决,是否可能建立互惠关系,但至开庭为止,中国方面未做出任何答复,也未做任何解释。虽然上述情况最终没有成为法庭考量案件的决定性依据,但也确实在审判过程中埋下了隐患。

笔者认为,随着“一带一路”战略的深入,包含跨境相互承认与执行的涉外案例日益增多,亟需成立一个由各相关部门组成的应答部门,处理跨国案件中的疑难或紧急问题,避免类似情况的发生。而外交部条约法律司的主要工作职能之一就是承担双边、多边条约对外谈判工作以及处理国家对外缔

[1][4]朱伟东:《试论我国承认与执行外国判决的反向互惠制度的构建》,〔石家庄〕《河北法学》2017年第4期。

[2]石光现:《几个在韩国法院出现的与中国法律有关的问题》,The Interface between Korean Law and Chinese Law, Seoul University Press,2011年版,第227-229页。

[3](2011)深中法民一初字第45号判决。

结双边、多边条约和国际司法合作的有关事项,处理涉外案件;司法部的主要职责亦包括有关国际司法协助条约的草拟、谈判;而最高人民法院作为最高层级的一线审判机关,统一管理、协调全国法院的执行工作,发布审判指导意见。笔者认为,这三个部门均在涉外案件和司法协助领域各司其职,由这三个部门联合成立一个涉外案件的应答部门,可以涵盖外交、司法、审判实务各领域,当遇到跨境案件中的疑难或紧急情况咨询时,可以在第一时间协调作出及时应答,避免造成跨境审判工作中的延误或阻碍。

5. 做好各地区法院涉外案件部门法官的培训工作

由于互惠原则在法律规定上的模糊性和运用上的灵活性,使得法官在适用互惠原则上拥有更多的自由裁量权,需要法官在审理过程中根据案件的具体情形灵活的加以解释,这就对法官的专业素养提出较高要求,不仅需要相关案件的法官了解国际政治经济形势,国家对外政策,也需要法官掌握最新司法协助形式及相关判例等,这样才能把控好互惠原则认定的尺度。笔者建议定期对各地区法院涉外案件部门的法官做好培训工作,统一审判精神,学习最新案例,提高专业素质。

6. 积极参与民商事判决承认与执行的双边和多边条约的签订,与各国建立法律互惠

在本次以色列“南通案件”的二审庭审中,以色列司法部长代表在发言中表示,以色列近日将和包括中国在内的各国讨论签订互相承认和执行外国法院判决的国际条约,据此她认为,以色列和中国很有可能在不久的将来达成互相承认执行判决的共识。以色列司法部长代表的上述证词实际给庭审法官传输了一个积极的信息,也为法庭最终作出有利我方的判决起到了积极作用。以色列司法部长所说的,就是2017年2月16日至24日在海牙举行的国际私法会议(HCCH)“判决项目”第二次特委会,会议的目的就是继续谈判起草《外国民商事判决承认与执行公约》。

如前所述,法律互惠是最为理想和稳定的互惠模式,但是条约互惠的达成并非易事。目前,与我国缔结承认与执行的司法互助双边条约的大多局限在与我国有着良好政治关系的国家。而在国际公约层面,当前缺少一个有效的、较为全面、为大多数国家所接受的公约,这不利于国际民商事法律体系的稳定性和可预见性,也不利于民商事领域公平和争议的跨国实现。因此,各国对于通过谈判来建立一个有效的承认和执行外国判决的国际条约有着相当高的意愿,也在积极进行磋商,寻求利益平衡点。

值得肯定的是,中国从未停止寻求建立统一的判决承认与执行制度的步伐。2017年9月12日中国正式签署了《选择法院协议公约》(以下简称《公约》)。可以预见,如果《公约》在我国获得批准并且生效,确实将在一定程度上弥补中国现行民商事判决承认与执行机制的不足。但我们也需看到,《公约》目前的缔约国仍然较少,仅有欧盟、墨西哥、新加坡三个缔约方,美国和乌克兰虽已签署但尚未批准,且《公约》适用范围局限于商事交往中当事人排他协议选择法院作出的判决的承认与执行,调整范围过于狭窄。我国仍应积极寻求在更广阔适用范围的国际民商事判决承认与执行的国际公约达成,并积极与“一带一路”沿线国家协商签订双边司法协助条约。

[责任编辑:钱继秋]