

内地与香港间婚姻家事安排的理论检视*

王一栋

(上海外国语大学贤达经济人文学院, 上海 202162)

[摘要]内地与香港就婚姻家庭判决的认可和执行达成了框架性安排, 香港已将其转化立法。婚姻家庭安排的规则构造存在三点显著的问题。第一, 《婚姻家事安排》与《民商事安排》在案由范围上分别采用了正面、负面清单模式, 但两项安排在学理上却并未“严丝合缝”, 存在判决类型的真空地带。二者在法律性质和关系上不同于一般的“特别法与一般法”“新法与旧法”的关系, 可尝试通过重组案由的方式根据需要重新选择正面清单下的案由。第二, 《婚姻家事安排》对先决问题仅作出了原则性规定, 先决问题具有一定的主观性, 往往由法官进行自由裁量, 影响了判决的可预期性。在平行诉讼下, 对“同一争议”的不同理解往往导致先决问题的多样性, 进而影响同一案件的认可和执行。先决问题的存在形态以审理法院为准, 为避免两地安排中的“合法案由”被先决问题所过度干扰, 应当对两地婚姻家庭案件的先决问题进行类型化研判, 并就先决问题与主要问题的认可和执行作出区分。第三, 两地间婚姻家庭的公共政策存在重大差异, 香港法例对婚姻有效性的认定范围显然更广, 既包括实质要件, 也包括诸多形式要件, 甚至还包括大陆法系所罕见的事实要件。这些差异根本性地影响判决的认可和执行, 需要通过粤港澳大湾区的整体思维以取代零和博弈的双边思维, 推动婚姻家庭领域公共政策的立法协同性。

[关键词]婚姻家事安排 民商事安排 认可和执行 案由类型 先决问题 公共政策

[中图分类号] D997

[文献标识码] A

[文章编号] 2096-983X (2025) 06-0081-10

“规则衔接、机制对接”是粤港澳大湾区的独有法治特色。其中, 内地与香港(以下简称“两地”)在婚姻家庭与一般民商事案件判决的认可和执行领域已经达成了制度化成果。《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行婚姻家庭民事案件判决的安排》(以下简称《婚姻家事安排》)已于2022年2月15日纳入香港条例第639章(以下简称《香港婚姻条例》), 标志着香港以转化型立法的方式对内地法院做出的婚姻家庭民事判决予以

正式认可。《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》(以下简称《民商事安排》)也通过转化后纳入香港条例第645章《香港与内地民商事判决(相互强制执行)条例》(以下简称《香港民商事条例》), 并于2024年1月29日正式实施。尽管《婚姻家事安排》和《民商事安排》构筑了两地婚姻家庭民事判决认可和执行的基本框架, 为两地当事人寻求对方法院的认可与保护提供了法律依据, 但这一框架在判决类型、

收稿日期: 2024-11-26; 修回日期: 2025-03-24

*基金项目: 国家社会科学基金重大项目“落实中央对特别行政区全面管制权研究”(22ZDA124)

作者简介: 王一栋, 法学博士, 副教授, 主要从事国际私法、国际经济法研究。

先决问题以及公共政策三方面依然存在商榷与完善的空间。

一、案由真空对两项安排的法律适用效力构成挑战

(一) 两项安排的正负面清单模式是引发案由真空的制度归因

目前学界已有研究指向《民商事安排》或《婚姻家事安排》的案由类型与适用困境的问题。司艳丽认为内地与香港间的安排覆盖了大部分民商事案件,内地与香港之间可以积极开展个案协助,且协助的案件范围不必囿于司法协助安排的规定。^[1]张淑铤在详细比较了《婚姻家事安排》与《民事案件案由规定》(以下简称《案由规定》)和香港相关法例后发现,三者间存在适用空白部分,且《婚姻家事安排》采用完全列举的方式明确了适用范围,较为刚性,对未来可能出现的新案件类型和立法变化缺乏应对弹性。^[2]殷敏、冶利亚认为,《婚姻家事安排》虽然明确列举了内地与香港的婚姻家庭民事案件类型,但缺乏概念性规定或兜底条款,未提及刑事案件中的民事赔偿问题,可能存在适用时的法律依据空缺。^[3]此外,也有学者考虑到两地法律对婚姻家庭案件范围本来就有所不同,故《婚姻家事安排》存在案由保留具有合理性。^[4]

上述研究成果主要集中于2024年前。随着《民商事安排》在2024年被香港方陆续转化立法,案由真空问题需要得到更深层次的理论审视。整体而言,案件类型划定了《民商事安排》和《婚姻家事安排》的横向适用范围,也是当事人据以要求对方法院认可和执行的“合法”案由。案由真空地带的持续存在,会对两项安排整体的适用范围产生制度影响,进而会使人们重新审视粤港澳大湾区民商事司法协助安排的法律位阶与效力。

具体而言,《婚姻家事安排》以定义的形式圈定了双方各自的认可范围,并以正向列举的方式明确规定在《婚姻家事安排》第3条中。其

中,香港法院认可的内地判决包括13种:婚内夫妻财产分割纠纷、离婚纠纷、离婚后财产纠纷、婚姻无效纠纷、撤销婚姻纠纷、夫妻财产约定纠纷、同居关系子女抚养纠纷、亲子关系确认纠纷、抚养纠纷、扶养纠纷(限于夫妻之间扶养纠纷)、监护权纠纷(限于未成年子女监护权纠纷)、探望权纠纷和申请人身安全保护令,原载于《婚姻家事安排》第3条第11项的“确认收养关系纠纷”在《香港婚姻条例》中被剔除。第3条属于严格列举,不仅不存在兜底条款,而且不存在诸如“涉及”“有关”等潜在扩张用语,旨在对适用《婚姻家事安排》的内地判决进行严格界定。相较于《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》所规定的婚姻家庭案件的全部案由类型,不难发现《婚姻家事安排》第3条排除了下列8种法定案由类型:婚约财产纠纷、离婚后损害责任纠纷、同居关系纠纷(同居关系析产纠纷)、扶养纠纷(夫妻以外的抚养费与变更抚养关系纠纷)、赡养纠纷(赡养费纠纷和与变更赡养关系纠纷)、解除收养关系纠纷、监护权纠纷(未成年子女以外的监护权纠纷)和分家析产纠纷。

需要注意的是,《民商事安排》第3条列出了不能被香港法院认可和执行的内地民商事判决。其中,除香港特别行政区法院审理的应否裁判分居的案件外,第3条第1项以负面清单的方式将以下6种婚姻家事案由排除在外:赡养纠纷、兄弟姐妹之间扶养纠纷、解除收养关系纠纷、成年人监护权纠纷、离婚后损害责任纠纷以及同居关系析产纠纷,《香港民商事条例》第6条第3项对此予以确认。对比《婚姻家事安排》第3条以外的案由,《民商事安排》的负面清单并未完全覆盖,例如《民商事安排》并未明确排除婚约财产纠纷与分家析产纠纷的适用。这说明,如果以《案由规定》作为规范基准,《婚姻家事安排》和《民商事安排》在内地法院得以被香港法院认可和执行的判决类型上并不完全统一,这就引发了一个最直接的问题,即在出现规则适用真空时,应当以何者为准。这一问题的本质是《婚姻家事

安排》与《民商事安排》的法律关系,进而必须回应二者的法律性质与法律位阶。

(二) 两项安排法律位阶的模糊性加重了对真空案由的司法适用难度

1. 两项安排具有准司法解释的效力渊源: 案由真空难以具有司法解释的法律效力

从制定程序角度而言, 两项安排均是最高人民法院与香港特别行政区政府的“协商”成果, 然后分别立法、统一执行。因此, 两项安排的制定主体均为最高人民法院, 其性质应当最接近《立法法》第49条所提到的法律解释或者相关法律案。两大安排的制定过程也辅助佐证了这一点, 最高人民法院代表在与香港法院达成双边协商后, 往往先报经最高人民法院审判委员会审议通过, 然后再授权最高人民法院主管港澳事务的副院长与香港方面签署正式的安排, 最后经由最高人民法院发布司法解释的方式执行安排。^[5]准司法解释的属性决定了两项安排之间可能并不当然存在如一般性法律一样的位阶关系。此外, 尽管与两项安排相类似的《内地与香港(澳门)关于建立更紧密经贸关系的安排》已被官方认定为具有独立法律效力的自由贸易协议(FTA), 但这是基于香港具有WTO所认可的能够独立缔结经贸协议的独立关税区的法律地位。在香港回归后, 政治性、法律性安排不得以具有国际法属性的协议或条约的形式出现在统一主权下的两地之间, 因而两项安排不具有国际法律效力。^①

司法解释一般具有与法律同等的适用效力, 并在法律适用出现分歧时具有指引和规范的功能。然而, 两项安排仅系司法解释次一级的准司法解释或法律令, 亦不具备区际条约或协议的效力, 其法律效力因其法律位阶的特殊性而具备不确定性。尽管香港方已将两项安排转化立法, 但内地还停留在正式出台司法解释之前的阶段。因而, 在发生此情形下, 如果试图从

《民商事安排》的负面清单或者《婚姻家事安排》的正面清单对涉及“案由真空”的香港判决做出认可与否的单一判断, 尽管司法实践已有支持, 但依然可能存在理论不周延之处。

2. 两项安排不具有特殊法/一般法或新法/旧法的关系: 案由真空不具有直接适用的法律效力

有观点可能认为, 婚姻家庭隶属于民事领域, 因此在出现规则适用冲突时应当基于“特殊法优于一般法”的原则而适用《婚姻家事安排》。这一观点忽视了《婚姻家事安排》和《民商事安排》的彼此独立性, 二者均系最高人民法院与香港政府就相关问题协商而达成的特定共识, 而非总分结构下的部门法安排; 且并未能在两项安排中寻觅到“本安排未尽事项, 参见其他规定”或“其他安排与本安排不一致的, 参照适用本安排”等条文表述。反观香港, 《香港民商事条例》第6条“被排除的婚姻或家庭案件”与《香港婚姻条例》第3条“内地婚姻或家庭案件判决”之间存在明显的规则关联性^②, 《香港婚姻条例》的判决类型受制于《香港民商事条例》, 二者规定之间不得发生体系冲突。换言之, 除非与香港一样, 内地将两项安排经由立法程序上升到法律的高度或通过法律解释的方式加以统一, 否则很难认定两项安排的条款间具有特殊法与一般法的关系。

同样地, 主张“新法优于旧法”的观点也难以成立。通过对两项安排的制定过程考察不难发现, 最高人民法院审判委员会分别于2017年5月22日和2019年1月14日通过了《婚姻家事安排》和《民商事安排》, 双方约定等待香港方面立法程序完成后同时生效。^[6]因而所谓的新旧法, 仅仅是两地间就统一生效时间的一种合意, 并不具有明确的法律意义。更重要的是, 最高人民法院尚未就两项安排出台相关司法解释, 因而作为准司法解释的安排, 就更不具有新旧法问题。即使未来制定了相关的司法解释, 由于

① 参见《维也纳条约法公约》第1条。

② 《香港民商事条例》第6(1)条规定: “内地判决如符合以下说明, 即属就被排除的婚姻或家庭案件作出 —— (a) 该判决是在《内地婚姻家庭案件判决(相互承认及强制执行)条例》(第639章)第3(2)条所指的婚姻或家庭案件中作出的……”

司法解释是为法院在审理案件时面临的法律适用问题提供具体方案,效力范围只限于审判工作中如何具体适用法律问题,因而很难认定司法解释间具有相互解释效力或其他溯及力。^[7]

综上所述,《民商事安排》和《婚姻家庭安排》之间不具有一般性法律的适用顺位,亦不存在补充或解释的关联性。一旦案由适用落入真空地带,法院不得因该案由属于特殊法或新法的内容而直接适用,否则可能因于法无据而被审判监督程序予以撤销。事实上,两项安排间就认可与执行的案由事宜做出差异化规定,是有意为之的。黄善端认为,两项安排在诸多事宜上存在相似之处,但又在细节上有所区别,这是香港律政司对拟被认可与执行的案由做出类型化的细致考量之后的结果。香港律政司在一些核心案由上持明确的保留态度,例如继承问题;而在另一些案由的处理上呈现出开放的心态,例如真空案由,后者可能会随着司法实践的发展而得以进一步解决。^①无论如何,就现有框架而言,内地法院仍需在处理涉及真空案由的香港法院判决时持审慎司法的态度。

(三) 现有法律框架下对案由真空的解决路径

可见,《婚姻家庭安排》与《民商事安排》之间彼此独立,几乎不存在一项安排填补另一项安排漏洞或空白的功能构造。因此,对于《婚姻家庭安排》第3条的判决类型,不能通过对《民商事安排》的体系解释而扩大其范围,反之亦然。但由于两项安排中不能存在明显的体系冲突,对于二者间的空白地带,如婚约财产纠纷与分家析产纠纷,应在安排框架内依法进行。

尽管《婚姻家庭安排》与《民商事安排》并无隶属关系,但婚姻家庭却属于民商事范畴,能否直接适用《民商事安排》中的负面清单以解决可能在《婚姻家庭安排》中的案由不全的问题,依然值得探讨。由于婚姻家庭纠纷日趋复

杂化,同一案件中可能只有一个案由,也可能存在多个并行案由,而依据这些案由所作出的判决,香港法院的认可问题上可能存在难以预测的灰色地带。《香港法例》第181章并不存在彩礼返还的规定,但允许旧式婚姻和合法妾侍制度^②。例如,内地人甲男和香港人乙女基于合法妾侍制度而结婚并约定彩礼,但因乙的过错,甲起诉至内地法院要求离婚,并主张分家析产、返还彩礼以及要求乙承担婚姻过错损害责任。本案的案由既包括《香港民商事条例》认可的离婚纠纷,还包括不予认可的离婚后损害责任纠纷(关乎离婚后损害赔偿的法律责任的事宜)以及同居关系析产纠纷(关乎同居关系引起的财产分割的事宜)以及两地均未置可否的婚约财产纠纷。从表面看,香港法院可依据《民商事安排》第10条对上述三种案由的判决作区分处理^③,但若无法全部在香港得到认可和执行,则对于内地当事人甲而言显然不利。造成这一现象的根源在于婚姻家庭案件的牵连性与复杂性,及两地基于公共政策差异而提出的保留。

在现有安排框架下,通过案由选择适用正面清单而规避负面清单具有一定的可行性^④,这其中涉及对案件的解构与重组,并根据需要重新选择正面清单下的案由。例如,对于婚姻无效而被认定为同居关系的情形(如妾侍制度)而言,直接主张婚姻无效并分割“婚后财产”就有可能落入《香港民商事条例》第6(c)(vi)“关乎同居关系引起的财产分割的事宜”的规定之中而被拒绝认可和执行。如果有其他事由能够暂缓主张婚姻无效,而可依据对方之过错而要求承担基于婚姻的过错责任,则该判决可由香港法院依据《香港法例》第182章第5条中的已婚者侵权行为之诉而予以认可。由于婚姻无效之诉与婚姻关系解除之诉的法律后果基本相同,则可绕开婚姻无效之诉(以避免被认定为同居析产

①黄善端在2024年9月21日广州举办的第七届“区际·涉外家事法治论坛”的演讲中提及。

②1971年,香港正式废除妾侍制度,但对于之前成立的妾侍婚姻,香港法院依旧予以认可。参见《香港法例》第38、39条。

③《民商事安排》第10条规定,被请求方法院不能对判决的全部判项予以认可和执行时,可以认可和执行其中的部分判项。

④负面清单包括《民商事安排》第3条和《民商事条例》第6条。

纠纷)而直接要求法院以其他理由判决离婚。再如,对于两地均未涉及的婚约财产纠纷而言,选择更加贴近《香港法例》规定的案由更可能得到香港法院的认可。鉴于《香港法例》第182章第10(a)条规定了“……丈夫无须纯粹因身为该女性的丈夫而就以下事宜负责——该女性婚前所订立的合约,或所负的债务或义务……”,婚约行为(如彩礼)即可被解释为婚前所订立的合约,内地当事人进而可以选择以财产给付或债务履行的案由在内地法院起诉。

二、先决问题的模糊性及其衍生的平行诉讼难题

(一)《民商事安排》第14条关于先决问题的模糊判定可能导致类案异判

先决问题是解决案件主要问题之前所必须要提前解决的问题,具有主观性、基础性、独立性和必要性特征,如离婚诉讼以婚姻的有效性为先决问题,离婚后的财产纠纷以婚姻关系解除的有效性为先决问题。纵观两地间达成的婚姻家庭与民商事安排(法例),仅存在一条关于先决问题的规定。即《民商事安排》第14条:“被请求方法院不能仅因判决的先决问题不属于本安排适用范围,而拒绝认可和执行该判决。”尽管该条并未出现在《婚姻家庭事安排》中,也并未被《香港法例》所转化立法,但这一条被纳入两地重点协商的《民商事安排》中,表明了两地就先决问题的基本政策指引。因而就《婚姻家庭事安排》而言,该条同样得以适用。

先决问题具有一定的主观性,某个婚姻家庭案件中是否存在、存在几个先决问题,往往由法官进行自由裁量。此外,《民商事安排》第14条的模糊性进一步增加了先决问题在两地民商事判决中的复杂性。从学理上,《民商事安排》第14条具有至少三种解释的可能性:(1)法院已对先决问题作出了判决并要求对方法院对先决问题一并认可和执行;(2)法院已对先决问题作出了判决但并未要求对方法院对先决问题

一并认可和执行,如先决问题所涉内容无需对方法院认可和执行;(3)法院已对先决问题作出了判决,但对方法院认为该先决问题的判决超出了认可和执行的范畴。从第14条的立法旨趣不难看出,制定者已考虑到在主要问题可被认可的前提下,先决问题超出了双方约定的法定案由的情形。从前半句中的“不能仅因”一词中可大致窥测出制定者对先决问题的态度,即尽可能限制先决问题对主要问题判决的认可和执行的负面影响,除非有其他必要因素,否则对方法院依然有义务认可和执行主要问题的判决。

尽管先决问题是为解决主要问题而生,但其本身是一个独立的问题,法律适用亦具有独立性,这就决定了先决问题的案由与判决均应是独立的。即使先决问题并非婚姻家庭案件,对方法院既不能就此否定主要问题案件的性质,如《香港婚姻条例》第4(2)条规定,如在某法律程序中,有一项或多于一项的命令批出、发出或作出,该法律程序就本条例而言,即属婚姻或家庭案件;也不能因先决问题属于负面清单而影响主要问题的认可和执行,如《香港婚姻条例》第3(2)条规定,若内地判决就不同事宜作出以及就不同事宜分别作出判决的情况下,即使只有部分属于“合资格判决”,亦属于可被认可的内地判决。如果先决问题亦属于《民商事安排》及《香港民商事条例》中的合法案由,则内地当事人可将该案件整体交由香港法院一并认可和执行,香港当事人亦然。

(二)先决问题的模糊性引致《婚姻家庭事安排》第16条平行诉讼的理论程序困境

先决问题的认定具有一定的主观性,加之两地婚姻家庭法制的差异性,可能导致同案异判的现象。而结合两地的平行诉讼,先决问题的模糊性又会衍生出新的问题。《婚姻家庭事安排》第16条规定:“在审理婚姻家庭民事案件期间,当事人申请认可和执行另一地法院就同一争议作出的判决的,应当受理。受理后,有关诉讼应当中止,待就认可和执行的申请作出裁定或者命令后,再视情终止或者恢复诉讼。”本条

指明了两地平行诉讼的机制构造,并与《香港婚姻条例》第10条的登记令规则形成了有机衔接^①,有利于确定和保障当事人的诉讼期待利益。然而,由于《民商事安排》第14条先决问题模糊性的存在,将进一步导致《婚姻家事安排》第16条平行诉讼所涉及的认可与执行的复杂性。其原因在于对《婚姻家事安排》第16条中所规定的“同一争议”内涵理解的理论差异。这一差异将可能引发结果迥异的法律适用分歧,进而与先决问题产生规则适用问题上的糅杂。

从字面表意看,《婚姻家事安排》第16条中“同一争议仅由一方法院作出即可”更近似于内地《民事诉讼法》中的“一事不再理”,因而似乎可以将“同一争议”类比“重复起诉”。根据《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》第247条的规定,重复起诉需要满足诉讼主体、诉讼标的和诉讼请求均相同的构成要件。基于此,“同一争议”与重复起诉存在以下三点区别:第一,规则目的不同。《婚姻家事安排》第16条是为协调区分法域下的平行诉讼而设定的诉讼程序优化,而禁止重复起诉则是为确立统一法域下的司法审结权威,限制司法诉权的滥用。^[8]第二,规则基础迥异。“同一争议”的前提本就是双方就相同案件进行平行诉讼,而重复起诉则不存在平行诉讼。第三,构成要件不同。“同一争议”的构成要件尚在探讨之中,但至少可以囊括“重复诉讼”,可能还包括非重复诉讼的部分案件。

从规则目的出发,《婚姻家事安排》第16条的“同一争议”是对两地平行诉讼问题的规范,因此如果两地当事人所起诉的案件在诉讼主体、诉讼标的和诉讼请求均相同的情况下,当属此类。我们关注到“争议”一词本身更加强调诉讼标的和诉讼请求问题。由于两地安排中允许“部分认可、部分执行”,因此如果争议的标的和请求间存在交叉,当事人有权就交叉部分提请对方法院中止诉讼以等待本方判决结果。倘

若诉讼标的和诉讼请求均相同,是否依然存在“争议”的“不同一”的情况呢?本文持肯定观点,原因在于如果本案存在先决问题,两地法官就可能因先决问题而产生不同一的判决,进而影响“同一争议”的认定。例如,内地当事人甲男与香港当事人乙女结婚后起诉离婚并要求分割财产,分别诉至两地法院;内地法院判决二人正常离婚,但香港法院认为本案的先决问题即二人所缔结的婚姻无效,因此判决本案属同居析产关系。由于同居析产关系并不属于两地协商的法定案由,因此如果乙基于平行诉讼请求内地审理法院中止内地的平行诉讼,则本案的判决无法在内地得到认可和执行。

如果先决问题已经独立成诉,其法律后果依然值得研究。如果双方当事人就主要问题的先决问题另行提起平行诉讼,是否同样适用《婚姻家事安排》第16条,值得研究。虽然第16条并未限制平行诉讼的案由在两地认可的“合法案由”范围之内,但如果非系合法案由——甚至非系婚姻家庭案由,是否适用《婚姻家事安排》,亦值得商榷。有观点认为《民商事安排》第14条允许先决问题不落入安排的案由范围内,但这是对于主要问题的认可所作出的补充规定,而非鼓励两地法院将案由泛化并纳入《民商事安排》进行统一适用。而且,先决问题的存在形态以审理法院为准,为避免两地安排中的“合法案由”被先决问题所过度干扰,《民商事安排》第14条明确地对先决问题与主要问题的认可和执行作出区分。因此,对于已独立成诉的先决问题而言,若该先决问题属于“合法案由”,可基于《香港婚姻条例》第2部分以及《香港民商事条例》第2部分规定的登记令制度单独申请登记,以作为后续相关诉讼(如主要问题之诉)判决的基础与限制性条件。《香港民商事条例》第29、30条规定,任何人对涉案判决提出登记申请,则香港的有关法律程序中止,并限制就同一诉讼因由在香港提起法律程序。

①《香港婚姻条例》第10条规定,凡有人就某内地判决中的某指明命令,提出登记申请,区域法院或(如该法院已作出第9(1)条所指的移交令)原讼法庭如信纳有以下情况,即可应上述申请,命令按照本分部登记该指明命令。

(三) 积极因素不可忽视

事实上,我们依然需要积极评价两地在平行诉讼上的合作精神。对于一般的国际平行诉讼而言,若双方之间缺乏规定先受理法院原则作为制度性约束,各国法院在适用先受理法院规则时并未有义务一并做出中止本国诉讼的决定。^{[9](P13-15)}这一习惯性做法将导致先受理法院的适用规则的任意性,同时不利于协调平行诉讼体系的功能。^[10]尽管存在内涵与外延的可探讨空间,但《婚姻家庭安排》第16条无疑为(准)平行诉讼的判决提供了积极的衔接机制,其有意模糊了“受理法院”与“先受理法院”“适合法院”间的概念间距,有助于形成两地间关于民事管辖权与判决认可机制的有序分配。

三、公共政策的差异性可能增加判决认可难度

公共政策保留构成了两地有关婚姻家庭安排的基本例外,一旦违反法院地的公共政策,婚姻家庭判决即无法得到对方法院的认可和执行。《婚姻家庭安排》第9条第2款规定了双向公共政策保留条款,但并未就公共政策问题作出进一步的细化安排。公共政策制定是围绕特定公共问题寻求共识性解决方案的过程。^[11]在国际法学场域下,公共政策往往包含了维护己方社会公共利益、基本道德或法律秩序而设立的原则性规范,应当是对公共利益与私人利益、国内利益与国际利益以及现时利益与未来利益的再平衡。^[12]

(一) 两地民商事领域公共政策的差异性

内地关于公共政策的概念外延呈现扩大化趋势,包括泛国家安全、社会经济发展、公共利益和公序良俗等方面。例如《民法典》第153条将公序良俗作为民事行为效力的判断标准,而《仲裁法》第58条规定法院可因裁决“违背社会公共利益”而撤销或不予执行。在冲突法领域,公共

政策则集中体现为“直接适用的法”与“社会公共利益排除”这对矛与盾的组合^[13],以维护内地法律的强制性规则适用为基础,以排除他国法律适用为辅助手段,集中体现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条“涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用……的强制性规定”的规则之中。整体而言,内地法律的公共政策呈现出高位性、复杂性、动态性和多元性特征。^[14]

香港沿用普通法传统,公共政策的适用更具灵活性,既涉及对重大程序或实体权利的侵犯,也包含对法律或判决的合法性审查。前者如香港法院在认可内地判决时,若发现内地程序存在严重瑕疵(如未保障被告答辩权),可能以违反“自然公正”(Natural Justice)这一公共政策为由拒绝执行;后者如香港《基本法》第160条亦规定,原有法律若与基本法抵触则无效,此处的“抵触”隐含对公共政策的维护。整体而言,香港法中的公共政策以“道德与正义的基本概念”(fundamental conceptions of morality and justice)的解释呈现,包括但又不限于传统意义的程序正义和实体正义。在“维塔食品诉尤纳斯航运公司案”的裁决中,英国法院提出法律的适用须符合善意、合法且符合公共政策。^①香港判例法承袭了这一理念,并通过判例对违反特定事由(不限于“公共政策”)解释为违反公共政策。在H v. H 案件中,香港法院提出了婚姻家庭案件中适用公共政策保留的六点考量:

- (1) 审慎适用公共政策保留;
 - (2) 注重国际礼让;
 - (3) 法官是否享有适用公共政策的自由裁量权;
 - (4) 离婚当事人的行为;
 - (5) 当事人提出公共政策保留的动机;
 - (6) 拒绝公共政策保留对当事人权利的影响。^②
- 在Z v. Y 案中,香港法院认为基础合同是否是虚构、非法且不可执行的问题至关重要,但内地法律并无相关规定,因而由香港

^①Vita Food Products V. Unus Shipping Co. AC 277, (1939).

^②e H v. H (The Queen's Proctor Intervening) (Validity of Japanese Divorce), 1 FLR 1318, (2017).

法院执行内地判决可能有违公平和正义。^①此外,香港《仲裁条例》第95条规定了合法仲裁协议所依据的“公共政策”因素,包括“仲裁员未能合理解释关联案件中同一问题的认定差异原因”^②“当事人滥用仲裁程序”^③“当事人违反禁反言规则”^④等不同事由,法官据此裁定内地裁决违反香港公共政策而拒绝认可和执行。与内地更加强调判决影响与法律权威不同,香港法中更强调具体个案中所呈现出的对规则价值的遵守和对当事人利益的衡平。

(二) 两地婚姻家庭领域公共政策的差异性

两地在婚姻家庭的公共政策上存在根本共性,即将公共政策条款通常用作婚姻判决的兜底条款,用于排除与两地婚姻、家庭、伦理或公序良俗相冲突的法律行为或判决的效力。由于两地间法制的巨大差异性,同一婚姻家庭问题的公共政策问题可能相去甚远。即使规则相近,也可能因规则的具体适用(如需依据先例)而产生明显的差异性。以婚姻的有效性问题上为例,两地立法迥异。《民法典》第1051条仅规定了3种法定无效事由(重婚、近亲结婚与未达法定婚龄)以及2种被撤销的事由(胁迫和隐瞒疾病)。反观之,《香港婚姻条例》第27条规定当事人明知但默许的下列情形所导致的婚姻均属无效:(1)属特定血亲或姻亲关系的婚姻(近亲结婚);(2)婚礼没有按照法定程序举行或程序具有重大瑕疵;(3)假姓名结婚;(4)没有获取婚姻特别许可证;(5)有一方未满16岁。此外,《香港法例》第179章《婚姻诉讼条例》第20(1)(2)条又补充规定了3种“无效”事由和6种“可使无效”事由,前者包括:(1)依据香港法律,该宗婚姻在其他方面亦属无效;(2)重婚;(3)非异性结婚。后者包括:(1)由于任何一方无能力圆房以致未有完婚;(2)由于答辩人故意

拒绝圆房以致未有完婚;(3)不论是出于威迫、错误、心智不健全或其他原因,以致婚姻的任何一方并非有效地同意结婚;(4)婚姻的任何一方在结婚时虽然有能力作出有效同意,但当时正连续或间歇地患有《精神健康条例》(第136章)所指的精神紊乱,而其所患的精神紊乱类别或程度是使其不适宜结婚者;(5)答辩人在结婚时患有可传染的性病;(6)答辩人在结婚时已怀孕,而使其怀孕者并非呈请人。

不难看出,香港法例对婚姻有效性的认定范围显然更广,既包括实质要件,也包括诸多形式要件,甚至还包括大陆法系所罕见的事实要件。同时,香港法例对婚姻无效的认定方式也不同于内地的“自始无效”。对于上述“可使无效”的婚姻,只有在法官发出绝对判令,或者将一般判令转为绝对判令时该婚姻才溯及既往地无效。^⑤尽管如此,香港法允许依据冲突法适用外国法中对“凡影响任何婚姻的有效性的任何事宜”所做出的补充性规定,以弥补香港法例的漏洞。^⑥同时,认可外法域判决是香港法院履行《海牙公约》的法定义务,香港法院只能在极其例外的情形下拒绝认可域外离婚判决,例如当认可的结果会明显导致实质非正义。^[5]

(三) 两地公共政策差异性对判决认可的负面效应与纾解路径

需要明确的是,《婚姻家事安排》第9条第2款的公共政策保留可能涉及对“认可”和“执行”这两个阶段的区分。尽管学界通常并称“认可和执行”,但二者的法律后果存在显著区别。认可是法院对对方司法判决符合本国法律认可度的公示,是对外国判决可执行问题的官方标准,在法律上一般体现为执行预备阶段,例如《香港婚姻条例》对内地合资格判决的登记制度,以达到执行预告的法律效果。执行则是

①Z v. Y, HCMP 1771/2017, High Court, (2018).

②A v. B, HCCT 40/2014, High Court, (2015).

③Paklito Investment Ltd v. Klochner East Asia Ltd.HKCU 0613, (1993).

④Gao Haiyan & Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited, CACV. 79/2011, High Court, (2011).

⑤《婚姻诉讼条例》第20B条。

⑥《婚姻诉讼条例》第20A条。

司法判决的终极阶段,是当事人诉讼利益的实现与司法程序的最终完结,如果在执行阶段出现法定事由,亦不得要求强制执行。例如,内地《民事诉讼法》第243条规定,执行时需保留被执行人及其所扶养家属的“生活必需费用”;《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第3条明确列举了不得查封、扣押、冻结的生活必需财产范围,包括被执行人及其所扶养、抚养、赡养所必需的物品、生活费用、完成义务教育所必需的物品和用于身体缺陷所必需的辅助工具及医疗物品、未公开的发明或者未发表的著作等。只有当执行阶段结束,一项婚姻家庭案件才得以从法律上宣告终结。尽管学界主流观点认为公共政策的审查一般仅限于认可阶段的审查,但在触及上述条款时依然可能存在中止或转换执行的问题。这就可能涉及认可和执行这两个阶段所要遵循的公共政策。执行阶段的公共政策在目前香港法例中尚未涉及。在此情形下,只能对认可和执行问题统一适用现行法律、判例中的基本规范标准。

从规则与政策机制交互视角看,两地公共政策衔接是规则衔接的充分必要条件。规则共识是两地民商事交往的秩序保障,而公共政策的制定和执行从长远看应当有利于加深两地对规则和判决的认同。当公共政策机制更加开放和包容时,人们往往对程序规则更加信任,从而有助于提高公众参与积极性,进一步强化规则共识;当公共政策机制呈现封闭特征时,保守主义盛行,两地公众对规则的认同与参与度将会显著下降,并实质性地降低规则和判决的合法性基础,损害业已形成的规则共识。^[1]

因此,两地既要在原则层面达成一致,又要在具象层面实现规则衔接。从顶层的湾区战略角度出发,可以用大湾区的整体化协同立法政策代替两地各自的公共政策。正如美国判例法所作出的认定,区际法律目的与公共政策的冲

突并不是真实的利益博弈或者此消彼长的零和规则,各州间只有对案涉利益关切度的区分,而无本质的冲突。^①因此,建构大湾区的整体政策思路具备理论共识基础。在司法实践中,内地或香港法院选择适用公共政策条款仅是基于对己方法律的熟知,这并不能解释为一方法律优于另一方法律,更不能解释为一方的公共政策高于另一方。这一论点在New Link Consultants Ltd. v. Air China and Others 案中被香港高等法院得以认可,该案认为内地的再审制度与普通法案件改判制度并无本质不同,不能由此得出香港法制更加优越的结论。^②

四、结语

尽管本文就两地婚姻家庭安排中的判决类型、先决问题与公共政策进行了系统性探讨,但这些问题的存在只是两地间法制衔接的显性制度壁垒,依然存在大量隐性的制度壁垒亟待两地通过新的安排予以消除。例如已生效的判决错误(包括事实认定和法律适用错误)在触及公共政策因素时同样可能构成对方法院拒绝认可的潜在事由。一些程序性事项的规范亟待进一步明确化,例如依据《婚姻家庭安排》第16条,当事人是否有权依据自身利益而在己法院和对方法院中自由选择何者可继续审理。此外,鉴于公共政策适用的模糊性与广泛性,两地司法当局应当尽快就这一问题达成新的规则共识,以避免规则适用的泛化,保障当事人的诉讼期待利益。

参考文献:

- [1]司艳丽. 粤港澳大湾区法律规则衔接疑难问题研究——以多元化纠纷解决机制为切入点[J]. 中国法律评论, 2022(1): 215-226.
- [2]张淑铤. 内地与香港《婚姻家庭安排》生效后的规则衔接问题及应对[J]. 国际法研究, 2023(1): 145-160.
- [3]殷敏, 冶利亚. 内地与香港民商事判决认可和执行

①Matter of Crichton, 20 N. Y. 2d 134-135, (1967).

②New Link Consultants Ltd v Air China and others, (2001).

问题探究[J]. 港澳研究, 2020(4): 51-60, 95.

[4]司艳丽. 关于内地与香港婚姻家庭案件判决互认的若干问题[J]. 法律适用, 2024(1): 123-131.

[5]江保国. 内地与香港特别行政区《家事判决安排》的协商与适用[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2020(1): 108-119.

[6]香港律政司副司长张国钧. 《安排》实施对香港是个很好的发展机遇[EB/OL]. (2024-01-29)[2025-09-04]. https://news.southcn.com/node_d16fadb650/9613d6c90c.shtml.

[7]刘哲玮. 论民事司法解释的时间效力规则——从《民间借贷司法解释》的两次修订展开[J]. 现代法学, 2021(2): 60-74.

[8]张卫平. 重复诉讼规制研究, 兼论“一事不再理”[J]. 中国法学, 2015(2): 43-65.

[9]CAMPBELL M. Lis Pendens in international

litigation[M]. Recueil des Cours, 2009.

[10]黄志慧. 我国协调国际平行诉讼的立场与方法——民事诉讼法第281条之体系解读[J]. 法学研究, 2024(4): 205-224.

[11]姜海, 陈乐宾. 公共政策过程中的社会共识建构[J]. 江海学刊, 2024(5): 156-163.

[12]冯硕. 论仲裁司法审查中公共政策的平衡——从最高人民法院指导性案例199号切入[J]. 国际法研究, 2024(3): 146-160.

[13]王一栋. 论“禁止法律规避”制度的废除——兼论我国国际私法法典相关制度的重构[J]. 政治与法律, 2023(4): 130-147.

[14]贺东航, 孔繁斌. 公共政策执行的中国经验[J]. 中国社会科学, 2011(5): 61-79, 220-221.

【责任编辑 邱佛梅】

Theoretical Reviews of Marriage and Family Matters Arrangements between the Mainland and Hong Kong

WANG Yidong

Abstract: The Chinese mainland and Hong Kong have reached a framework arrangement regarding the recognition and enforcement of marriage and family judgments, and Hong Kong has translated this arrangement into local legislation. There exist three prominent issues in the rule structure of the marriage and family arrangement. Firstly, in terms of the types of cases covered, the “Marriage and Family Matters Arrangements” and the “Civil and Commercial Matters Arrangements” respectively adopt the positive list and negative list models. Secondly, the marriage and family arrangement only provides principle based regulations on preliminary questions. Preliminary questions are somewhat subjective and are often subject to the discretionary power of judges, which undermines the predictability of judgments. In the context of parallel litigation, different interpretations of “the same dispute” often give rise to diverse preliminary questions, thereby affecting the recognition and enforcement of the same case. Thirdly, there are significant differences in public policies related to marriage and family between the Chinese mainland and Hong Kong. The scope of determining marriage validity under Hong Kong laws is obviously broader—it covers not only substantive elements but also numerous formal elements, and even factual elements rarely seen in civil law systems. These differences fundamentally affect the recognition and enforcement of judgments. Therefore, it is essential to replace the zero-sum game-based bilateral thinking with a holistic Greater Bay Area perspective to promote legislative coordination of public policies in the field of marriage and family.

Keywords: Marriage and Family Matters Arrangements; Civil and Commercial Matters Arrangements; recognition and enforcement; types of case causes; preliminary questions; public policies