

# 内地与香港婚姻家事判决认可与执行的二元分化困境及化解

张淑钿\*

**摘要：**部分婚姻家事判决可以认可执行，部分婚姻家事判决不能认可执行的二元分化现象是内地与香港婚姻家事判决流通制度的突出特征，实践中造成内港婚姻家事案件的诉讼困局。2017年《关于内地与香港特别行政区相互认可和执行婚姻家庭民事判决的安排》尽力化解两地婚姻家事领域条约、实体法、程序法和冲突法的差异，详尽的适用范围列举和有进有退的审查事项，将大部分婚姻家事判决纳入安排适用范围。2019年《内地与香港相互认可和执行民商事案件判决的安排》进一步接纳了个别的婚姻家事判决。但仍有小部分婚姻家事判决无法根据两项安排获得认可执行，内港婚姻诉讼困局得以舒缓但未能完全解决。安排之外的内港婚姻家事判决能否得到认可和执行将取决于两地对安排与域内法之间效力关系的认识。基于安排的性质和以往的经验，可以考虑借助司法解释出台的时机，规定参照安排适用条款从而一揽子解决内港婚姻家事判决的认可和执行。

**关键词：**区际司法协助 判决认可与执行 内港婚姻家事判决 区际私法

内地与香港婚姻家事判决承认和执行的二元分化现象是指部分内港婚姻家事判决可以在两地法院得到认可和执行，部分婚姻家事判决无法得到认可和执行。问题的产生可溯源到2006年两地签订《关于内地与香港法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》，将其“家庭事宜判决”排除在适用范围之外。此后，两地法院又分别在个案中根据各自域内法认可执行了小部分内港婚姻家事判决，但大部分婚姻家事判决仍然无法得到认可和执行。为了彻底解决问题，2017年5月两地签署《关于内地与香港特别行政区相互认可和执行婚姻家庭民事判决的安排》（以下简称《婚姻家事判决安排》），试图在两地达成一致性的婚姻家事判决认可与执行制度。<sup>①</sup>作为磋商的产物，《婚姻家事判决安排》对于适用范围的详尽规定，对于判决认可审查条件有进有退的保留充分体现了两地争取最大共识的努力，大部分的婚姻家事判决将根据该安排得到认可和执行。2019年1月两地又签署了《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《民商事判决安排》），进一步接纳了个别类型的内港婚姻家事

\* 深圳大学法学院副教授，法学博士。

① 当前，《婚姻家事判决安排》仍处于等待两地各自转化生效阶段。2018年3月26日，香港特区政府律政司向香港立法会司法及法律事务委员会提交了《内地婚姻家庭案件判决（交互认可及强制执行）条例草案》，表明将在2018年底向香港立法会提交条例草案。参见香港立法会司法及法律事务委员会《内地婚姻家庭案件判决（交互认可及强制执行）条例草案》，香港立法会CB(4)762/17-18(04)号文件，2018年3月26日。

判决。至此，内港婚姻家事判决流通的二元分化现象得到缓解，但没有完全解决。那么，阻碍两地在婚姻家事判决流通领域达成全面一致性安排的原因是什么？安排能否完全化解婚姻家事判决不流通引发的诉讼困局？安排之外的婚姻家事判决又应当如何予以认可和执行？借助安排一揽子解决婚姻家事判决流通是否仍具有可能性与可行性？这些问题是安排通过之后仍然需要思考和回应的问题，也是本文希望回答的问题。

## 一 二元分化现象的形成进路

香港回归前，如果香港地方法院的离婚判决不违反内地“法律的基本原则和社会公共利益”，内地法院可裁定承认其效力。<sup>①</sup>当事人也可以根据香港普通法途径请求香港法院认可内地法院的离婚判决。<sup>②</sup>香港回归后，内地司法实践中基本上都以缺乏双边安排为由不再认可香港法院离婚判决。<sup>③</sup>在香港，尽管当事人“仍可考虑根据普通法在香港执行判决，但该方式充满困难”。<sup>④</sup>至此，回归后到2010年内地与香港婚姻家事判决流通基本中断。

与此同时，回归后内港两地民事经济交往密切发展。2009年香港特区登记跨境婚姻占婚姻总数的32%。<sup>⑤</sup>内地产妇在香港所生活产婴儿（即双非儿童）从2001年7810人到了2011年的43982人，已接近当年香港新出生婴儿的半数。<sup>⑥</sup>2009年上半年香港人投资内地房产数量比2008年同期上升23%；<sup>⑦</sup>内地人在香港大量购买房产导致香港政府在2010年取消了买房移民的政策。<sup>⑧</sup>内港婚姻关系、内港家庭关系和内港家庭财产数量上升带动内港婚姻诉讼数量增加。2009年香港特区家事法庭审理的涉及内地婚姻案件占离婚案件总数的20%。<sup>⑨</sup>跨境婚姻诉讼的增加又进一步催生对解决两地婚姻家事判决流通的现实需求。

2010年转变出现。香港终审法院在个案中以3:2多票认可了深圳市中级人民法院（以下简称深圳中院）的离婚判决，并促使香港立法会修订了《婚姻法律程序与财产条例》。<sup>⑩</sup>此后，内

① 最高人民法院《关于我国公民周芳洲向我国法院申请承认香港地方法院离婚判决效力我国法院应否受理问题的批复》，(91)民他字第43号，1991年9月20日。

② 李洪祥、李秀华：《中国内地与香港互相认可离婚判决的困境与解决模式选择》，载《法制与社会发展》2010年第6期，第142页。

③ 参见2007年广东省高级人民法院（以下简称广东高院）《关于暂时不予承认香港特别行政区法院离婚判决法律效力的批复》。该批复明确指出：“香港回归后，香港特区与内地尚未就相互承认生效判决达成安排，对于香港法院作出的离婚判决，暂时不予承认为宜。”

④ 香港律政司《关于香港与内地订立安排以相互认可和执行民商事判决的咨询文件》，2018年7月，香港律政司网站，[https://www.doj.gov.hk/sc/public/2018ConsultationPaper\\_LPD.html](https://www.doj.gov.hk/sc/public/2018ConsultationPaper_LPD.html)，最后访问时间：2019年6月2日。

⑤ 香港立法会司法及法律事务委员会：《有关香港与内地订立相互认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议》，香港立法会CB(4)1144/15-16(05)号文件，2016年6月27日。

⑥ 《香港1年内新生儿近半数为内地产妇所生》，中国新闻网，2010年8月17日，<https://news.qq.com/a/20100817/001123.htm>，最后访问时间：2018年12月1日。

⑦ 《港人投资内地物业热情再升温》，中国新闻网2009年9月14日。<http://news.sohu.com/20090914/n266719813.shtml>，最后访问时间：2018年12月1日。

⑧ 《香港房产政策巨变》，搜狐网，[https://www.sohu.com/a/118402202\\_371255](https://www.sohu.com/a/118402202_371255)，最后访问时间：2018年12月1日。

⑨ 香港立法会司法及法律事务委员会：《有关香港与内地订立相互认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议》，香港立法会CB(4)1144/15-16(05)号文件，2016年6月27日。

⑩ *ML v YJ*, FACV 20/2009.

地法院离婚判决和内地收养判决可以分别根据香港《婚姻诉讼条例》第 IX 部和《领养条例》第 17 条在香港获得认可。<sup>①</sup> 2011 年广东高院作出《关于承认香港特别行政区区域法院 2007 年第 7112 号离婚判决法律效力的批复》，深圳中院认可了香港离婚判决。此后，从 2011 年到 2016 年 4 月，内地广东、上海、北京、重庆等法院共有 20 起案件认可了香港法院离婚判决。<sup>②</sup> 司法实践的共识是认可香港法院离婚判决，但排除财产分割与子女抚养判决。至此，形成了小部分内港婚姻家事判决可以根据两地各自域内法或通过个案机制得以认可，但大部分的婚姻家事判决不获认可的二元分化现象。

二元分化现象下，能够获得认可的内港婚姻家事判决范围非常有限，跨境当事人婚姻家庭关系，未成年人利益保护以及家庭财产权益保护仍处于不稳定状态，当事人不得不通过多种途径解决问题，平行诉讼和域外判决证据认定是常见的方法。平行诉讼通过在内港两地法院分别提起诉讼以求完整解决婚姻关系解除、子女抚养和夫妻财产分割问题。例如在陈某案中，<sup>③</sup> 原告在香港获得了离婚和财产分割的判决后，又就财产分割问题重新在内地法院提起诉讼。平行诉讼浪费了两地司法资源，潜伏着不一致判决可能带来的跛脚婚姻风险，直接冲击着司法的权威性与公信力。域外判决证据认定通过直接在诉讼中提交对方法院判决作为证据，期望借助法院的证据认定间接认可域外判决，回避判决认可执行困难。面对域外判决的证据认定纠纷，司法实践有着认可与不认可的分歧，<sup>④</sup> 也引发了对未经认可的域外判决证据效力的学理争议。<sup>⑤</sup> 但显然，无论何种方式都不能全面保护当事人的权益，也不能全面维护司法的权威与公信力。与之形成鲜明对比的是，除了香港特区之外，内地已经通过多项制度实现了对外国、澳门特区、台湾地区婚姻家事判决的流通。<sup>⑥</sup> 外国法院的离婚判决也可根据香港《婚姻诉讼条例》在香港认可。一桥之隔的内地与香港婚姻判决流通的二元分化现象，显然需要制度性变革。

- 
- ① 香港立法会司法及法律事务委员会：《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背景资料简介》，立法会 CB (4) 762/17 - 18 (05) 号文件，2018 年 3 月 26 日。
- ② 以“承认”“离婚判决”“香港”或“涉港”为关键词，在中国裁判文书网上进行搜索，截止到 2016 年 4 月 15 日，除去撤回申请案件，共获得涉及认可香港离婚判决的内地裁判文书 21 项，其中唯一一例不予认为的案件是：郭伟明与陈爱刚请求承认和执行香港特别行政区民事判决书，(2013) 佛中法民一初字第 14 号民事裁定书。参见张淑钿：《内地法院认可香港离婚判决的裁判分野及标准构架——基于 2011 年以来司法实践的考察》，《中国国际私法与比较法年刊》2016 年卷，法律出版社 2017 年版，第 219—229 页。
- ③ 陈某与张某甲离婚后财产纠纷，(2015) 深中法民终字第 535 号民事判决书。
- ④ 有的法院直接认可当事人提交的香港法院离婚判决确认的事实并依此作出裁判，例如徐某与兰某离婚纠纷，(2014) 深中法民终字第 100 号民事判决书；有的法院基于两地婚姻判决尚未相互承认和执行拒绝认可判决的效力，例如郭伟明与陈爱刚请求承认和执行香港特别行政区民事判决书，(2013) 佛中法民一初字第 14 号民事裁定书。
- ⑤ 有学者认为未经认可的域外判决不具有生效判决的法律效力，但可以作为证据的一种。参见黄海涛、李晓龙：《未经承认之外国判决的效力分析》，载《人民司法（案例）》2013 年第 11 期，第 28—32 页；李庆明：《论域外民事判决作为我国民事诉讼中的证据》，载《国际法研究》2017 年第 6 期，第 117—128 页。
- ⑥ 1991 年最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》对没有条约也没有互惠关系的外国法院的离婚判决建立了简便的承认程序。1998 年最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》认可台湾婚姻判决。台湾地区根据“两岸人民关系条例”认可内地离婚判决。2006 年内地与澳门签订《内澳判决承认与执行安排》认可澳门婚姻判决。

## 二 制度冲突下的化解困境

司法实践依靠单边立法下零散司法个案形成的规则显然缺乏稳定性与一致性，寻求建立一致性的内港婚姻家庭民事判决流通机制开始提上日程。2011年2月28日广东高院表示广东作为先行先试地区争取在现行法律框架内灵活解决这一问题。<sup>①</sup>2011年5月23日，香港特区政府首次向立法会提交有关讨论资料，认为“适宜就是否有需要为推动两地在婚姻事宜上的司法合作与内地展开磋商”。<sup>②</sup>然而，由于两地婚姻家事制度的差异较大，2011年到2016年间磋商进展缓慢。

婚姻家事领域国际条约的适用是问题之一。根据香港基本法第153条的规定，香港享有缔结国际条约的权利，同时也保留了回归前缔结的国际条约的继续适用。在婚姻家事领域，香港参加了1961年海牙《关于遗嘱处分方式的法律冲突公约》、1970年海牙《承认离婚和分居公约》、1980年海牙《国际掳拐儿童民事方面公约》以及1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》。但内地仅仅参加了海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》。基于公约适用的担忧主要集中在儿童掳拐判决的承认与执行上。由于中国内地没有参加相关国际公约，司法实践中内地法院对于外国法院作出的要求当事人交还被拐带儿童的案件也不予承认，<sup>③</sup>对于香港法院根据海牙《国际掳拐儿童民事方面公约》作出的判决能否得到内地法院认可存在疑虑。<sup>④</sup>

两地婚姻家事实体法领域存在着极大的差异。香港婚姻家庭纠纷通常包括以下三个方面：（1）婚姻诉讼和婚姻法律程序。婚姻诉讼指香港《婚姻诉讼条例》第2条所指的离婚、婚姻无效、裁判分居、推定死亡及解除婚姻关系等纠纷；婚姻法律程序是涉及香港《婚姻诉讼条例》适用的法律程序。（2）家庭法律程序。家庭法律程序是指香港高等法院以及家事法庭（区域法院）基于下列条例规定开展的家事法律程序：《收养条例》《家庭及同居关系暴力条例》《未成年人监护条例》《财产继承（供养遗嘱与收养人）条例》《婚生地位条例》《赡养令（交互强制执行）条例》《婚姻条例》《已婚者地位条例》《婚姻制度改革条例》《婚姻法律程序与财产条例》《父母与子女条例》和《分居令及赡养令条例》。（3）儿童保护和儿童诱拐程序。儿童保护和儿童诱拐程序是指香港法院基于《保护儿童及少年条例》《高等法院条例》第26条中的监护程序和《诱拐和管养儿童条例》开展的儿童保护和儿童诱拐程序。<sup>⑤</sup>因此，香港婚姻家事程序没有一个单一的成文法定义，上述立法构成香港婚姻家事领域的成文法规。在内地，内地法院适用《民法通则》《婚姻法》《继承法》及相关司法解释审理有关的婚姻家事纠纷。2011年修正后的最高人民法院《民事案件案由规定》第三部分规定了“婚姻家庭、继承纠纷案由”。婚姻家庭纠

① 《粤倡与港互认离婚判决》，《大公报》2011年3月1日。

② 香港立法会司法及法律事务委员会：《有关内地与香港相互认可/执行婚姻判决的资料》，香港立法会CB（2）1781/10-11（04）号文件，2011年5月23日。

③ 杜涛：《国际私法原理（第二版）》，复旦大学出版社2018年版，第165页。

④ 香港立法会司法及法律事务委员会：《与内地相互认可和执行婚姻及相关事宜的判决》，香港立法会CB（4）303/16-17（06）号文件，2016年12月13日。

⑤ Keith Hotten, Azan Marwah and Shaphan Marwah, *Hong Kong Family Court Practice* (LexisNexis Butterworths, 2nd edition, 2015), pp. 1-3.

纷包括：婚约财产纠纷、离婚纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害责任纠纷、婚姻无效纠纷、撤销婚姻纠纷、夫妻财产约定纠纷、同居关系纠纷（包括同居关系析产纠纷和同居关系子女抚养纠纷）、抚养纠纷（包括抚养费纠纷和变更抚养关系纠纷）、扶养纠纷（包括扶养费纠纷和变更扶养关系纠纷）、赡养纠纷（包括赡养费纠纷和变更赡养关系纠纷）、收养关系纠纷（包括确认收养关系纠纷和解除收养关系纠纷）、监护权纠纷、探望权纠纷、分家析产纠纷。继承纠纷包括法定继承纠纷（转继承纠纷和代位继承纠纷）、遗嘱继承纠纷、被继承人债务清偿纠纷、遗赠纠纷、遗赠扶养协议纠纷。

在两地婚姻实体法冲突中，以下五类案件的分歧较大。（1）继承案件判决。内地一般认为继承纠纷涉及身份关系，属于广义的婚姻家庭案件的范围，最高人民法院《民事案件案由规定》也将婚姻家庭纠纷、继承纠纷并列为案由的第二部分。香港认为继承案件涉及财产的转移，属于财产法上的问题；香港高等法院以及区域法院家事法庭受理的家事程序案件范围不包括继承案件。（2）赡养费案件。根据香港《赡养令（交互强制执行）条例》第6及第10条规定，被请求地的香港法院还有权力更改原审地的赡养令判决，但更改赡养令却可能涉及到对内地原判决的修改问题。（3）财产分割案件。财产分割判决的执行涉及到财产的转让和分割，香港认为有关物业权转移的判决需要物业所在地法院的配合才能切实执行，这些事宜已经涉及到家事法以外的范畴，基于实际考虑，建议把财产调整的命令排除在外。<sup>①</sup>（4）儿童抚养案件。内地法院的探视令判决内容可能涵盖子女探视、监护权、法院监管以及领养等，香港社会认为须考虑如何在香港予以执行。在儿童抚养权案件方面，由于“内地法庭和香港法庭在发出管养令方面可能会有不同考虑因素，……内地法庭通常会把婴儿或者儿童的管养权判给母亲，而把男童的管养权判给父亲，令兄弟姐妹们分开。此外，内地法庭也倾向于把管养令判给父母中经济情况较佳的一方，令到经济情况较逊的一方较为不利。”香港社会担忧认可和执行内地儿童抚养权案件可能有悖于儿童最大利益保护原则。<sup>②</sup>（5）其他特殊婚姻家事案件。香港认可1971年10月7日前根据当时的中国法律与习俗在香港举行婚礼的旧式婚姻，<sup>③</sup>但香港旧式婚姻并不完全符合当前内地《婚姻法》一夫一妻的原则。2013年香港终审法院判决依专业医疗机构认可之变性人可以变形后之性别在香港登记结婚，<sup>④</sup>2014年7月15日，香港立法会通过《婚姻（修订）条例》确认变性人婚姻的合法性，这与内地法律对于男女性别的判定标准可能构成冲突。此外，内地存在着分家析产、其他家庭成员抚养、婚约、同居关系析产、离婚后损害赔偿等特有的案件类型。

婚姻关系解除的相关程序性事项也是造成分歧的原因之一。内地婚姻关系的解除包括协议离婚和诉讼离婚两种途径，具有同等法律效力。香港旧式婚姻也可以在2名见证人见证下通过签署协议书或备忘录互相同意解除婚姻。<sup>⑤</sup>根据香港《婚姻诉讼条例》，香港只能认可经由司法程序的离婚判决。<sup>⑥</sup>因此，在没有任何法院判决的情况下，透过登记程序而获准的离婚证是否可以获

① 香港立法会司法及法律事务委员会：《有关香港与内地订立相关认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议》，香港立法会CB(4)303/16-17(05)号文件，2016年6月27日。

② 《香港立法会司法及法律事务委员会会议纪要》，立法会CB(4)81/18-9号文件，2018年3月26日。

③ 香港《婚姻诉讼改革条例》第7条。

④ *W. v. Registrar of Marriages*, (2013) 3 H. K. L. R. D. 90 (H. K. C. F. A.).

⑤ 香港《婚姻诉讼条例》第v部“认可婚姻及旧式婚姻的解除”第14条认可婚姻的解除。

⑥ 香港《婚姻诉讼条例》第55条订明：外地离婚如要在香港特区获得承认为有效，必须在香港以外的任何地方藉司法或其他法律程序而获准，以及根据该地方的法律具有效力。

得认可属未知之数，香港有回应者希望有所保留，但协议离婚作为内地解除婚姻关系的一种重要方式，如果被排除在认可范围之外，将能影响到安排的实际效果。<sup>①</sup> 在诉讼离婚审理程序上，内地法院的离婚调解书和离婚判决书均一次生效，当事人不能上诉。香港诉讼离婚案件以及婚姻无效案件均采用复合判决程序，首次判决为暂准判令，不发生法律效力，第二次为绝对判令，具有正式法律效力。<sup>②</sup> 此外，香港婚姻法还有裁判分居制度，香港法院可以根据当事人的申请颁布裁判分居判令，一经颁布，即发生法律效力。因此，在诉讼离婚方面，是否涵盖内地的离婚调解书，香港的离婚暂准判令以及分居令是需要考虑的问题。

内港两地认可婚姻家事判决还存在冲突法上的差异。根据香港《婚姻诉讼条例》，一项内地法院的离婚判决，只要符合生效判决、原审法院具有合格管辖权、未出现不予认可的事项（包括无婚姻关系、诉讼程序不公和明显有违公共政策）即可以获得香港法院认可。<sup>③</sup> 参照最高人民法院1991年《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》，一项香港法院的离婚判决，原则上如果出现判决没有发生法律效力、原判法院对案件无管辖权、程序违法、诉讼竞合或违反公共政策将无法得到内地法院的认可。<sup>④</sup> 比较两地立法，一方面，生效判决、间接管辖权审查、程序公正和公共秩序保留是两地的共性条件，但具体审查存在细节差异。第一，生效条件。两地对于生效判决的界定并不相同。香港认为终局性判决指“最终的和不可更改”<sup>⑤</sup> 的判决。内地通常认为终局性判决指发生法律效力的判决，即一审已过上诉权未上诉的判决和二审判决。但是，由于内地还有再审程序，对于内地法院判决终局性的认定，两地分歧较大，终局性问题是“阻碍实现两地判决相互承认与执行的一个重要问题。”<sup>⑥</sup> 第二，间接管辖权审查。对于原审法院管辖权的审查，内地立法没有明确审查依据是请求地法还是被请求地法，香港明确规定原判法院必须享有《婚姻诉讼条例》第56条规定的合格管辖权，即原审法院所在地必须是任何一方配偶的惯常居住地或居籍，或者任何一方配偶是该地方的国民。第三，程序公正。内地指判决是否“在被告缺席且未得到合法传唤情况下做出的”，香港指根据原审地法律，负有通知义务的一方当事人没有采取措施将有关法律程序的通知告知另一方当事人；或者由于通知之外的其他原因导致另一方当事人没有获得应该享有的参与法律程序的机会。如果出现程序不公事项，内地法院应拒绝承认和执行判决，但香港法院仍然具有“自由裁量权”，可自行决定是否拒绝认可。第四，公共政策。香港要求外地判决“明显有违公共政策”时方可考虑是否裁量予以拒绝。内地则对公共政策的违反缺乏程度要求，并属于应予拒绝事项。另一方面，两地还存在一些个性化的

① 香港立法会司法及法律事务委员会：《有关香港与内地订立相关认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议》，香港立法会CB(4)303/16-17(05)号文件，2016年6月27日。

② 香港《婚姻诉讼条例》第20条。

③ 香港《婚姻诉讼条例》第IX条。

④ 实践中，由于内地法院对认可香港法院离婚判决的法律依据缺乏一致性认识，因此不同地方法院在审查依据和条件上并不完全一致。有的法院参照最高人民法院1991年《关于我国公民周芳洲向我国法院申请承认香港地方法院离婚判决效力，我国法院应否受理问题的批复》予以认可，如林某某申请认可和执行香港法院民事判决，(2015)江中法民一初字第3号民事裁定书。有的法院参照最高人民法院1991年《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》，如彭琦与许家和申请承认和执行外国法院民事判决、裁定，(2014)深中法涉外初字第161号民事裁定书。

⑤ *Nouvion v. Freeman*, [1889] 15 App. Cas 1, P. 13 (HL).

⑥ 董立坤：《内地与香港相互承认与执行民事判决中的“终局性判决”问题》，载《法律适用》2004年第9期，第17页。

审查条件。内地法院要求审查诉讼竞合问题，如果当事人之间的离婚判决属于内地法院正在审理或已作出判决，或者第三国法院对该当事人之间作出的离婚案件判决已为内地法院所承认，则将不予承认和执行。香港《婚姻诉讼条例》没有将诉讼竞合作为一项单独的审查条件，司法实践中列入公共政策的考量因素。<sup>①</sup>此外，根据香港《婚姻诉讼条例》第61条规定，香港法院必须审查当事人在外地离婚判决作出时根据香港国际私法以及《婚姻诉讼条例》是否存在有效婚姻，内地则对此不做审查要求。

综上，如何化解两地在婚姻家事国际条约、实体法、程序法和冲突法上的制度差异而带来的婚姻家事判决认可与执行困境，是解决内港婚姻家事判决认可执行的二元分化现象的关键所在，也是难点所在。

### 三 安排之内与安排之外：逐步弥合的二元分化现象

#### （一）《婚姻家事判决安排》：最大共识

以何种立法形式表达两地婚姻家事判决范围的最大共识是《婚姻家事判决安排》的核心问题。<sup>②</sup>在立法形式上，安排第3条呈现了正面清单、完全列举和差异化表达的特点。第3条采用正面清单模式，明确列出了内地14类婚姻家事案件和香港12项婚姻家事案件判决。第3条没有规定兜底条款，也没有对婚姻家事判决范围予以概念化的描述，意味着安排对适用范围是完全列举，不存在可以自由裁量的弹性空间。<sup>③</sup>第3条对两地判决采用差异化的表达，规定了内地婚姻家事案件的案由，但没有限制判决的名称或类型，也没有限定作出判决的法律依据；规定了香港婚姻家事判决的类型但明确规定作出该项判决的法律依据。以离婚中的解除婚姻关系判决为例，在内地指离婚纠纷案件，在香港指根据香港法例第179章《婚姻诉讼条例》第III部作出的离婚绝对判令。在这一立法模式下，《婚姻家事判决安排》第3条用了相当篇幅以尽可能详尽规定可认可的婚姻家事判决。一方面，将共同属于两地婚姻家事性质的案件或者判决，列入安排的范围。内地包括婚内夫妻财产分割纠纷案件、离婚纠纷案件、离婚后财产纠纷案件、婚姻无效纠纷案件、撤销婚姻纠纷案件、夫妻财产约定纠纷案件、同居关系子女抚养纠纷案件、亲子关系确认纠纷案件、抚养纠纷案件、夫妻间扶养纠纷案件、确认收养关系纠纷案件、未成年人监护权纠纷案件、探望权纠纷案件、申请人身安全保护令案件等14类案件；在香港包括离婚绝对判令、婚姻无效绝对判令、赡养费令、财产转让及出售令、领养令、父母身份、婚生地位宣告、管养令、

① *ML v YJ*, FACV 20/2009. 本案中，当事人是先在香港法院提起诉讼的，香港法院为先受理法院，但随后内地法院比香港法院在先做出了判决，最后香港法院认可内地判决，中止香港诉讼。就本案而言，在香港提起的在先诉讼不能成为阻碍法院认可外地离婚判决的理由，但在公共政策分析部分中，法官对于平行诉讼是否构成对公共政策的违反进行了分析。

② 香港立法会司法及法律事务委员：《有关香港与内地订立相互认可和执行婚姻及相关事宜判决安排的建议》，香港立法会CB(4)1022/16-17(04)号文件。

③ 一般情况下，区际司法协助安排乃至国际司法协助条例对于判决承认和执行范围多采用概念化的表述以及负面清单方式。例如《内地与澳门相互认可和执行民商事判决的安排》规定，“内地与澳门特别行政区民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括劳动民事案件）判决的相互认可和执行，适用本安排。本安排亦适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。本安排不适用于行政案件。”

有关家庭暴力的禁制令等12类案件。另一方面,尽可能将存在争议较小的案件纳入安排范围。因此,对香港旧式婚姻的协议离婚书和内地离婚证确立了参照适用规则,<sup>①</sup>对婚姻家事案件中的财产争议判决包括财产转让和财产出售判决,也纳入安排范围。<sup>②</sup>

尽可能建立宽松便利的审查条件是《婚姻家事判决安排》的另一特点。第9条采用负面清单模式,确立了以认可和执行为原则,以拒绝认可和执行为例外的模式。第9条将双方共同接受的生效判决、程序公正和公共秩序保留等三项审查条件列入审查范围;删除了部分双方共同的或个性化的审查条件,包括共同的间接管辖权事项和香港法律要求的有效婚姻审查条件;增加了部分两地立法中的个性化审查条件,包括香港法中的欺诈例外事项以及未成年人最佳利益保护原则,内地法律中的诉讼竞合与判决竞合审查条款。第9条区分审查事项的性质,规定了被申请人申请审查和法院主动审查两类事项,对于程序公正、欺诈例外、诉讼竞合和判决竞合等事项,需要被申请人提供证据证明且经法院审查核实后方可拒绝认可与执行。对于公共秩序保留以及未成年人最佳利益考虑事项,法院可以主动审查。

可见,2017年《婚姻家事判决安排》的达成是两地正视法律冲突,求同存异,为跨境婚姻纠纷解决提供更为便利和清晰法律保障的努力结果,安排有关适用范围和审查事项的规定体现了两地寻求最大共识的智慧合作。

## (二)《婚姻家事判决安排》之外:未能完全消除的二元分化格局

2017年《婚姻家事判决安排》生效之后,大部分的内港婚姻家事判决将直接根据安排认可执行,但仍有一小部分的婚姻家事判决被排除在安排的适用范围之外,其最终如何认可和执行仍为未知之数。

《婚姻家事判决安排》接纳内地14类婚姻家庭民事案件,但内地最高人民法院《民事案件案由规定》第二类“婚姻家庭纠纷”总共有17类案件,比较发现,有部分属于内地婚姻家庭纠纷的案件并没有出现在安排的适用范围内。<sup>③</sup>包括内地婚姻家庭纠纷中的婚约财产纠纷;离婚后损害责任纠纷;同居关系析产纠纷;非夫妻之间的扶养纠纷(包括非夫妻之间的抚养费纠纷和变更扶养关系纠纷);赡养纠纷(包括赡养费纠纷和变更赡养关系纠纷);成年人监护纠纷案件;分家析产纠纷案件和继承纠纷。因此,内地法院作出的上述婚姻家事判决将不能根据安排得到认可。

《婚姻家事判决安排》接纳了香港法院12类婚姻家事判决,并明确规定判决的法律依据。比较安排与香港婚姻家事立法,香港婚姻家事立法中的以下判决不在安排的适用范围之内:裁判分居命令;根据《婚姻诉讼条例》作出的呈请分居令以及根据《分居及赡养费令条例》的申请

<sup>①</sup> 《婚姻家事判决安排》第1条规定:“当事人申请向香港特别行政区法院申请认可内地民政部门所发的离婚证,或者向内地人民法院申请认可依据《婚姻制度改革条例》第V部,第VA部规定解除婚姻的协议书、备忘录的,参照适用本安排。”

<sup>②</sup> 《婚姻家事判决安排》第12条规定:“在本安排下,内地人民法院作出的有关财产归一方所有的判项,在香港特别行政区将被视为命令一方向另一方转让该财产”。

<sup>③</sup> 另外还有部分判决,在内地司法解释中没有独立案由,但属于安排可予承认和执行的范围,为安排“增”的部分,包括婚内夫妻财产分割纠纷案件;亲子关系确认纠纷案件;申请人身安全保护令案件等。



分居令；<sup>①</sup> 暂准判决包括离婚暂准判令和婚姻无效暂准判令；委任监护人的命令；《婚姻诉讼条例》中对子女保护的命令，包括《婚姻诉讼条例》第 VII 部“对子女的保护”第 48 条就子女交由监管、第 48D 条禁止将儿童带离香港的命令；《婚姻诉讼条例》中给有关供应配子的人获判定为父母的命令等。因此，香港法院作出的上述婚姻家庭民事判决将不能根据安排得到认可。

《婚姻家事判决安排》有关判决认可和执行的审查事项与两地域内法的规定也并非完全一致。首先，安排虽然取消了间接管辖权的审查要求，呈现了宽松便利的趋势，但也增加了原两地婚姻家事判决承认成文立法中都没有的欺诈例外事项审查。其次，安排将一部分原属于法院自由裁量的审查事项列为法院必须予以拒绝认可的审查条件，弱化法院的自由裁量权，增加了拒绝认可和执行的可能性。在香港，公共秩序保留以及程序公正事项两项审查条件均为法院自由裁量事项，香港法院有自由裁量权决定是否“可不予认可和执行该裁决”，但安排将其确定为法院必须拒绝认可和执行事项。再次，安排增加了未成年人最佳利益的审查要求，规定“应当充分考虑”，但如何认定未成年人最佳利益以及应该如何予以考虑存在着认定上的困难。

### （三）2019 年《民商事判决安排》：进一步弥合婚姻家事判决认可分歧

作为一项基本覆盖民商事判决认可和执行的新安排，2019 年《民商事判决安排》第 31 条首先确认两地《婚姻家事判决安排》将继续施行，明确了原《婚姻家事判决安排》适用范围内的婚姻家事判决将继续该安排予以认与执行。另一方面，2019 年《民商事判决安排》第 3 条明确列举了暂不适用于该新安排的判决范围，第（一）项即为婚姻家事案件：包括“（一）内地人民法院审理的赡养、兄弟姐妹之间扶养、解除收养关系、成年人监护权、离婚后损害责任、同居关系析产案件，香港特别行政区法院审理的应否裁判分居的案件。（二）继承案件、遗产管理或者分配案件”。

然而，2019《民商事判决安排》与 2017 年《婚姻家事判决安排》排除的婚姻家事案件范围并不完全一致。在 2017 年《婚姻家事判决安排》排除的内地婚姻家事案件类型中，婚约财产纠纷、分家析产纠纷，非夫妻及非兄弟姐妹的扶养并未被 2019 年安排所排除，意味着上述三类案件将可以根据 2019 年安排得到适用。2017 年《婚姻家事判决安排》排除的香港婚姻判决中，委任监护人令、子女保护令、禁止将儿童带离香港令以及供应配子的人获判定为父母的命令也不在 2019 年《民商事判决安排》的排除范围内。由此，在 2019 年《民商事判决安排》生效后，两地认可和执行的婚姻家事判决范围进一步扩大，部分婚姻家事判决虽不能根据 2017 年《婚姻家事判决安排》得到认可，但却可根据 2019 年《民商事判决安排》得到认可。至此，内地与香港婚姻家事判决认可和执行呈现以下状态：大部分婚姻家事判决根据 2017 年《婚姻家事判决安排》认可和执行，极小部分的婚姻家事判决根据 2019 年《民商事判决安排》认可，小部分的婚姻家事判决内地法院的赡养、兄弟姐妹之间扶养、解除收养关系、成年人监护权、离婚后损害责任、同居关系析产案件，香港特别行政区法院审理的应否裁判分居的案件，以及两地法院的继承、案件遗产管理或者分配案件判决将既不能根据 2017 年《婚姻家事判决安排》也不能根据 2019 年《民商事判决安排》得到认可，游离在当前内地与香港认可和执行判决安排的框架之外。

<sup>①</sup> 安排并没有接受此两类裁判分居令的承认和执行。但是，安排接受了法院作出裁判分居令后的有关赡养令和子女管养令。

#### 四 未尽问题：安排之外的婚姻家庭民事判决的认可与执行

显然，2017年《婚姻家庭判决安排》和2019年《民商事判决安排》生效之后，内港婚姻家庭判决认可和执行的二元分行现象仍然存在，不同的是大部分婚姻家庭判决将根据两项安排获得认可，小部分判决能否一如既往根据各自域内法得到认可仍然属未知之数。这意味着，二元分化现象带来的跨境婚姻家庭案件的诉讼难题仍然无法完全解决。首先，多元复杂的婚姻家庭事宜案件具有内在的整体性，不同的诉求往往在同一个诉讼中被同时提出。一项解除婚姻关系的纠纷往往还涉及到夫妻财产的分割、子女监护权的归属，子女抚养甚至夫妻赡养问题；一项继承纠纷往往还需要首先确认和分割夫妻财产以及确认婚姻及亲子关系。婚姻家庭判决认可与执行的二元分化，导致部分婚姻家庭判决无法流通，自然将引起二次诉讼。其次，安排没有认可香港法院的离婚暂准判决，意味着两地间婚姻家庭判决的平行诉讼不能在判决承认和执行层面得到完全缓解。2010年马林案<sup>①</sup>就是利用了香港原讼法庭离婚暂准判令与绝对判令之间的时间差在内地法院提出了平行诉讼，这一问题在未来也将继续存在。再次，由于两地离婚程序办理简便程度不同，诉讼竞合又影响到判决认可与执行，也将造成当事人挑选法院、离婚起诉赛跑或者判决申请赛跑的现象。最后，对于未能根据安排得以认可的婚姻家庭判决，也不排除当事人继续借助证据规定提请对判决内容的事实认定，司法分歧与学术争议也将继续存在。

无论如何，2017年《婚姻家庭判决安排》和2019年《民商事判决安排》将大多数的婚姻家庭案件纳入了双边安排的认可和执行框架内，只有极小部分婚姻判决游离在现有安排框架之外。鉴于2017年《婚姻家庭判决安排》是针对婚姻家庭判决的专门性安排，安排之外的婚姻家庭判决如何认可与执行将取决于两地对于《婚姻家庭判决安排》效力的认定。如果两地法院认为《婚姻家庭判决安排》是认可和执行婚姻家庭判决的唯一依据，那么安排之外的婚姻家庭判决显然将无法得到认可和执行。如果两地法院认为安排是认可和执行婚姻家庭判决的依据之一，安排并没有高于其他域内法的效力，也没有优先于其他域内法适用的效力，那么安排之外的婚姻家庭判决仍存在可以根据内地或香港自身域内法予以认可和执行的可能性。

问题的解决涉及到区际司法协助安排与域内法的效力关系，对此理论和实践没有统一的认识。理论上，区际司法协助安排作为两地磋商的结果，理应具有比各自域内法更高的法律效力。但是，从安排的立法依据看，区际司法协助安排签订依据是香港基本法第95条，但本条规定并没有限制通过磋商达成安排是开展区际司法协助的唯一方式。从安排自身表述看，安排自身也没有强调其具有优先效力或者排他效力或者唯一效力。从安排的司法适用看，由于安排在两地采用不同的生效方式：在香港转化为本土条例，在内地转化为最高人民法院司法解释，两地法院对于安排效力是否高于域内法有着与理论认识不一致的实践。2010年香港终审法院马琳案面临的问题之一就是2008年两地《协议管辖判决安排》排除婚姻家庭判决认可的情况下，能否转为根据其他香港本土条例认可和执行内地婚姻家庭判决，最终香港终审法院通过解释香港《婚姻诉讼条例》的立法目的与相关条款，判决认可内地婚姻判决不违反香港《婚姻诉讼条例》，并据此认

<sup>①</sup> *ML v. YJ*, FACV 20/2009.

可了内地婚姻判决。在香港普通法下，外地判决并非一定需要根据条约或者安排才能得到认可，安排之外的内地婚姻家事也仍然可以根据香港普通法途径提请认可和执行。可见，以香港条例形式生效的区际司法协助安排在法律位阶上与其他香港成文法和普通法处于同一位阶，一并适用于区际司法协助的解决。在内地，司法实践中也有过同时根据安排和域内法开展司法协助的先例。1999年内港签署《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》确立了委托送达方式。内地法院在广东步步高公司案<sup>①</sup>中认为安排只是表明需要通过香港高等法院送达的可以按照安排办理，因此法院可以根据案件的具体情况选择其他有效的送达方式。<sup>②</sup> 2009年最高人民法院《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》第6条规定“可以”根据安排送达，明确安排送达途径是法院可以同时采取的送达方式之一。在婚姻家事判决流通领域，2010年后开始的个案认可也是借助内地司法解释的规定实现的。从区际司法协助的立法目的看，内地和香港同属一个中国，基于共同国家司法主权，对于尚不能达成共识建立一致性认可与执行制度的其他婚姻家事判决，如果两地法院各自根据其域内法另行予以认可，也是表示了法域之间的充分信任与尊重，释放了相互认可和执行区际民事判决的诚意和善意，体现了双方齐心合力通过多途径推动区际民事判决流通的共同努力。就此而言，对于安排之外的婚姻家庭民事判决，允许两地法院可以另行根据各自域内法予以认可和执行，是一个在法律上可以考量的方案。具体操作上，从香港法院的角度，香港法院存在着根据香港普通法认可和执行安排之外的婚姻家事判决的现实途径。从内地法院的角度，由于最高人民法院1991年《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》仅限于对离婚判决的认可，无法覆盖安排之外的其他婚姻家事判决，建议最高人民法院在将安排转化为司法解释时，在司法解释中规定参照适用条款，即：对于安排第3条适用范围之外的香港其他婚姻家事判决，内地法院也可以参照安排的规定予以认可和执行，从而推动安排之外的婚姻家事判决的认可。

## The Dichotomy Dilemma of the Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments on Matrimonial and Family Matters between the Hong Kong and the Mainland

Zhang Shudian

**Abstract:** There is a dichotomy that some matrimonial and family civil judgments can be recognized and enforced while others cannot, which is a prominent feature of reciprocal recognition and enforcement of civil judgments on matrimonial and family matters between Mainland and Hong Kong. In practice, it has put the matrimonial and family matter litigation between mainland and Hong Kong in dilemma. The Arrangement on Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments in Matrimonial and Family Cases by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region which was signed in 2017 tries to resolve the differences among the treaties, substantive laws, procedural laws and

<sup>①</sup> 广东步步高电子工业有限公司诉台湾重明纸器有限公司商标侵权纠纷案，(2004)粤高法民三终字第152号判决书。

<sup>②</sup> 《内港送达安排》第1条规定：“内地法院和香港特别行政区法院可相互委托送达民商事司法文书。”

conflict laws in the field of matrimonial and family matter between the Hong Kong and the Mainland. The detailed scope of application and censorship clauses which can both advance and retreat enable most of the matrimonial and family judgments to be included in the arrangement. However, some matrimonial and family judgments could not be recognized and enforced according to the arrangement. The lawsuits dilemma of matrimonial and family between Hong Kong and the Mainland was eased but not fully resolved. Whether the matrimonial and family matter judgments which are excluded from the arrangement can be recognized and enforced depends on the Hong Kong and the Mainland's understanding of the relationship between the arrangements and the intra-regional law. Based on the nature of the arrangement and the precedents, especially when the Supreme Court issues the judicial interpretation of the arrangement, in the short run it is a good time to consider to stipulate the provisions of application of the arrangement to find a comprehensive solution to the recognition and enforcement of the domestic and foreign matrimonial and family judgments. In the long run, it is necessary for Mainland and Hong Kong to reach consensus and conclude a comprehensive recognition and enforcement of Civil Judgments arrangement as soon as possible.

**Keywords:** Inter-Regional Judicial Assistance, Recognition and Enforcement of Judgments, Judgments in Matrimonial and Family Cases by the Courts of the Mainland and of the Hong Kong Special Administrative Region, Inter-Regional Private Law

(责任编辑:李庆明)