



# 我国涉外协议管辖制度的完善

■王吉文 叶轩宇

当代国际社会在协议管辖制度上形成了扩大其适用范围、放宽其形式要件、弱化被选择法院与案件联系因素的宽松化趋势,并同时出现了公共政策和弱者保护原则对其加以限制的倾向。我国的涉外协议管辖制度基本上没有反映出上述趋向,因而应进行适当的完善。不过,在目前,由于案件国际转移现象的可能性,我国还须坚持“实际联系原则”。

[关键词]涉外协议管辖;意思自治;国际民事诉讼;实际联系原则

[中图分类号]D99 [文献标识码]A [文章编号]1004-518X(2008)04-0192-05

王吉文(1972—),男,厦门大学法学院博士研究生,主要研究方向为国际私法;(福建厦门 361005)叶轩宇(1972—),男,江西省高速公路开发总公司,主要研究方向为国际法。(江西南昌 330013)

在协议管辖制度的发展趋势上,国际社会已经出现了日益宽松化与对其进行合理限制的新趋向。这种新趋向的形成,一方面体现了当事人意思自治原则的不断扩张,另一方面也体现了国家利益与社会利益正当诉求的不断深化。虽然我国的协议管辖制度总体上具有一定的合理性,但值得注意的是,我国的涉外协议管辖制度却并没有对该制度的国际发展新趋向表示出足够的重视,因而需要对它加以完善。

## 一、国际社会协议管辖制度发展的新趋势

近年来,随着当事人意思自治原则的不断发展,协议管辖制度在国际社会已经得到了比较一致的肯定。对此,我国有学者曾在多年前就已经正确地断言:“是否承认协议管辖和在多大的范围内承认协议管辖是衡量一个国家国际民事管辖权是否开明和便利诉讼的标准之一。”<sup>[1]</sup>本文并不对协议管辖制度做全面的阐述,而只对该制度的最新发展动向作出一个简要的分析。该制度发展的新趋势主要体现在两个方面,即宽松化及对它加以

合理的限制。下面分别进行阐述。

### (一)协议管辖制度的宽松化

协议管辖制度的宽松化趋势主要体现在:适用范围不断扩大、形式要件不断放松、被选择的法院与案件联系因素逐步弱化等方面。

#### 1. 适用范围不断扩大

一直以来,协议管辖只存在于商事领域,其他民事领域尤其是家事法领域则成为协议管辖的“禁区”。当然,这是与当事人意思自治原则的发展趋势息息相关的。不过,晚近随着意思自治原则的不断深入,协议管辖的适用范围呈现扩张的倾向,并逐渐渗透进家事法领域之中。如1987年《瑞士联邦国际私法》第5条第1款规定当事人可以就有关财产的事项进行协议管辖,而关于夫妻财产制或者遗产继承的争讼在瑞士法中就被认为属于财产事项的范围;而1998年《突尼斯国际私法》第4条则把协议管辖的适用范围扩展到除涉及突尼斯境外的不动产权纠纷以外的所有案件。虽然从一定角度看协议管辖适用范围的不断扩展只是某些国家的个案而

已,但是,随着私法自治与当事人意思自治的不断发展,协议管辖适用范围的不断扩张应该只是时间的问题。事实上,国际商事仲裁中的“可仲裁性”的不断扩张就具有相当的启示意义。

## 2. 形式要件不断放松

在协议管辖的形式要件上,长期以来各国都坚持严格的书面形式。这种要求有其合理价值:作为争议解决的方式,如果缺乏有效的形式,则会对协议本身的存在与否产生争执,进而直接影响到协议管辖的实际效果。不过,随着“在形式方面尽量使之有效”观念的逐步确立,这种严格的书面形式要求也就逐渐被灵活、宽松的形式要件所取代。从国际层面看,对协议管辖的形式要件不断探索并不断发展的当属欧洲联盟(欧共体)。1968年欧共体《布鲁塞尔公约》原始文本第17条对协议管辖的形式要件明确规定为书面形式或者有书面证明的口头协议。但在1978年文本中,该公约则增加了两项极富灵活性的内容:符合当事人间业已形成的惯例;或者在国际贸易中,符合当事人各方知悉或应当知悉的国际贸易惯例。对此,欧洲法院在随后的一个判决中宣称:公约对协议管辖形式要件的要求是全面的、穷尽性的,不需要成员国附加其他形式方面的要求。<sup>[2]</sup>所以,这表明了《布鲁塞尔公约》对协议管辖的形式要件的要求已经相当宽松。

而于2005年6月通过的海牙《选择法院协议公约》(以下简称海牙公约)也体现出了这种宽松化趋势。根据该公约第3(c)条规定,排他性选择法院协议必须以下列方式缔结或者获得证明:(1)书面形式,或(2)通过其他任何能够提供可获取并供后来可援用的信息的通讯方式。因而,实际上,海牙公约中协议管辖的形式要件就包含了书面形式、书面证明以及其他任何可以提供证明的方式在内。这样,在协议管辖形式要件上,海牙公约也体现出了灵活、宽松化的趋势。而此种规定,不仅避免了因公约规定不合理所产生的不利影响(正如1958年《纽约公约》对仲裁协议的形式要件持严格规定的态度而给国际商事仲裁所带来的负面效果),也有利于促进国际社会对形式方面的“尽量使之有效”观念得到坚持与发展。

## 3. 被选择法院与争议之间的联系日益减弱

在被选择法院与案件之间的联系要求上,一直以来,大陆法国家与英美法国家之间都存在着不同的观点。大陆法国家要求被选择法院与案件之间应有实际联

系,即主张“实际联系原则”:“要求当事人选择的法院必须与争议具有一定的联系,也是大陆法系国家协议管辖制度的特点。”<sup>[3]</sup>而对大陆法国家“实际联系原则”要求最好的体现莫过于1965年海牙《选择法院协议公约》,该公约第15条规定:“任何缔约国得保留对选择法院协议不予认可的权利,如果争端与所选择的法院并无联系。”而英美法国家则主张相反的观点,不要求“实际联系原则”,以便实现当事人的意思自治。

对于英美法国家的做法,多数学者只是从当事人意思自治的角度进行分析,认为这种做法符合当事人的意思自治,可以方便当事人选择中立或便利的法院。应当认为,这种分析是符合协议管辖制度的本质的,体现了协议管辖制度建立在私法自治与当事人意思自治原则基础之上的本质属性。不过,我们以为,英美法国家之所以不坚持“实际联系原则”,除了当事人意思自治原则的因素外,一个更为重要的原因是英美法国家实行的不方便法院原则。该原则的存在使得法院享有广泛的自由裁量权以决定当事人的选择是否可以被尊重。所以,英美法国家法院的这种“留权在手”制度的存在使机械的“实际联系原则”毫无必要。

在被选择法院与案件之间的联系因素上,晚近的发展表明,“实际联系原则”已经逐渐被弱化。这种弱化趋势主要应该归功于当事人意思自治原则在私法领域的不断渗透。而这种弱化趋势的最新表现即为2005年的海牙公约,该公约允许当事人进行任意的选择,而未要求被选择法院与案件之间必须存在实际联系。

## (二) 协议管辖制度的合理限制

与协议管辖制度日益宽松化的发展趋势相对应,对该制度进行合理限制的发展倾向也表现得越来越明显。这反映了在协议管辖制度上,国家利益和社会利益的正当诉求需要充分合理地加以体现。对该制度的合理限制主要表现在以下两个方面:

### 1. 弱者保护原则对协议管辖的限制

长期以来,各国立法普遍认为协议管辖是具有平等地位的当事人对管辖法院所作的选择,所以,并不对当事人本身的不同状况加以考虑。不过,随着实体正义在国际私法领域的逐步确立,晚近各国法律的发展中逐渐呈现出对某些法律关系如雇佣合同、消费者合同中的弱势一方加以特殊保护的重要特点,进而形成了“弱者保护原则”。这种原则对当事人的自由形成了适当的限制,因而构成了对协议管辖的合理限制。这种因弱者保护原

则对当事人协议管辖加以限制所形成的管辖权,一般被称为“保护性管辖权”。在这个方面,欧共体《布鲁塞尔公约》的规定也许是目前最典型且最全面的。该公约第15条规定了消费者合同的保护性管辖权,而第17条又规定了个人雇佣合同的保护性管辖权。而在海牙公约第2条“适用范围”中,也明确把消费者合同、个人雇佣合同事项排除在公约适用范围之外。这就表明在这些事项上,即使当事人进行了协议管辖,也不能适用海牙公约,从而表明了海牙公约对弱者保护原则的尊重。

应当说,这种限制是有其合理性的,可以防止经济地位不平等的当事人之间出现一方利用其优势地位迫使弱势方缔结对其有利的管辖协议而损害弱势方利益的现象。

## 2. 协议管辖不得违反一国的公共政策

公共政策作为国际私法的“安全阀”,在国际私法的各个领域似乎都有其存在的身影,在协议管辖上也不例外:当事人的协议管辖不得违反一国的公共政策。由于公共政策体现的是一国的根本利益与基本原则,因而,如果当事人的协议管辖违反该国的公共政策,则会对该国的重大利益产生不利后果,故而,各国都对协议管辖作出了此种限制。不过,与先前各国在运用公共政策来限制当事人的协议管辖态度上的模糊性不同,新的发展趋势使这种限制在各国立法中表现得越来越明确,进而形成了所谓的“直接适用的法”。此外,与先前公共政策适用上的随意性相比,晚近公共政策在协议管辖制度上的适用更为严格,因而,当事人的协议管辖可能会获得更多的尊重,而公共政策对协议管辖限制的实际效果可能会有所降低。如美国在Bremen案<sup>[4]</sup>之前所主张的公共政策就显得比较随意与宽松,可以由立法或者法院根据各种因素来断定公共政策的内容。不过,在该案后,公共政策的限制就更为严格了。美国最高法院在Bremen案中曾对公共政策例外加以了严格的限定:首先,公共政策例外必须有明确的法律或司法判例作为依据,而不能仅仅从抽象的公共利益中加以推导;其次,公共政策例外所要求的并不仅仅是外国法院地与美国法院地之间存在实体法上的差异。<sup>[5]</sup>不过,尽管如此,各国立法与法院以公共政策为由而对协议管辖进行限制的根本立场并没有改变。

## 二、我国涉外协议管辖制度存在的问题

与国际社会协议管辖制度上的发展新趋势相比较,

我国涉外协议管辖在下列方面存在不同程度上的不足:

### (一)关于涉外协议管辖的适用范围

我国涉外协议管辖的适用范围被限定在涉外合同或者涉外财产权益纠纷之中。这种规定的不足之处,首先就体现在“涉外合同”与“涉外财产权益纠纷”二者的关系方面。二者之间是何种关系,将它们并列加以规定是否合理?二者其实并非同一性质的概念,涉外合同涉及商事、民事等方面的合同,它本质上应该是与涉外侵权相对应的;而后者客观上是包含了前者的,即“涉外财产权益纠纷”是包含了“涉外合同”的。其次体现在如何理解“涉外合同”与“涉外财产权益纠纷”,对于协议管辖的适用也有直接的影响。“涉外合同”是否包括所有类型的涉外民事或商事合同?或者如有的学者所理解的,婚姻关系是否作为一种特殊的合同关系?如认定其属于一种合同关系,那么对于离婚诉讼是否允许当事人协议管辖?……因此,关于当事人离婚的诉讼完全可以被视为一种合同纠纷,可以由当事人协议选择管辖法院。<sup>[6]</sup>而“涉外财产权益纠纷”又应如何理解,其中是否包含各种民商事关系中所涉及的财产权益纠纷,还是仅指狭义上的纯粹因财产权益而产生的争议?如是前者,那么这种财产权益纠纷就可能会涉及人身侵权纠纷、婚姻、继承、扶养等民事关系中的财产权益纠纷。另外,把适用范围限定在涉外合同或财产权益纠纷上,也没有充分注意到国际社会的发展新趋势。

### (二)协议管辖的形式

在协议管辖的形式要件上,我国法律规定了严格的书面形式。需要注意的是,虽然我国《民事诉讼法》中的措辞是“可以”,不过,这并不意味着它是一个任意性规定,相反,这是一种强制性要求:“本条中的‘可以’是相对选择管辖法院这一行为而言的,即可以选择管辖法院,也可以不选择管辖法院,而不是相对协议形式而言的。因此,当事人选择管辖法院的协议,还是应当采取书面形式。”<sup>[7]</sup>应当说,在我国《民事诉讼法》中,对涉外协议管辖规定严格的书面形式是有历史必然性的。不过,在协议管辖制度在我国已历经多年的发展,尤其是1999年《合同法》对合同形式要件明显放宽的情形下,继续坚持这种要求是否合理值得怀疑。

### (三)被选择法院的范围

在此问题上,我国法律规定了两个方面的强制性要求:其一是只能选择一个法院,否则协议无效;其二是要求被选择法院必须是与争议有实际联系的地点的法院,

即要求被选择法院必须符合“实际联系原则”。前者体现在最高人民法院“1992年民事诉讼法意见”第24条之中,但该司法解释并没有对涉外协议管辖作出特别规定。那么,这种立法规定上的缺失可能导致涉外协议管辖认定上的困难,如当事人只选择了某一个国家的法院,而没有指明该国的具体法院;或者如海牙公约所允许的选择了一个国家中的两个或两个以上法院时,这种协议的效力应如何认定?后者是我国涉外协议管辖中的一个重要原则,标志着我国立法在涉外协议管辖态度上的谨慎小心。不过,对于这种“实际联系原则”却遭到了学者们的普遍批评,他们认为该原则既不符合协议管辖的发展趋势,也不符合协议管辖的本意。<sup>[8]</sup>而从当事人的角度看,选择管辖法院显然有他们自身利益的考量:之所以在合同中选择某一国的法院来处理他们之间可能发生或已经发生的争议,或者是合同双方相互妥协的结果,或者是当事人利用第三国法律制度的完备从而期望他们之间的争议能够获得公平公正的审理,或者是当事人期望利用第三国法院的特殊经验与技能从而解决某些特殊的合同争议。所以,在协议管辖中要求实际联系原则,当事人的期望就难以实现。

#### (四)对协议管辖的限制条件

在协议管辖的限制条件上,除了要求实际联系原则之外,我国法律还规定了级别管辖和专属管辖的要求。对于级别管辖的限制,虽然在国内协议管辖上有其合理之处,但在涉外协议管辖方面则显得有些过分。因为要求外国当事人对我国法院结构有充分的了解并不合理,要求外国当事人选择我国法院来处理他们之间的争议,如果仅因为他们之间的协议不符合我国级别管辖的规定就否定其协议管辖的效力,实际上是自动放弃我国法院的管辖权,也使当事人的合理期望受到阻碍。其实,这本来可以适用本国的程序法规定而加以解决。对专属管辖的规定同样存在这种问题。如果依据我国法律有关专属管辖事项的规定,当事人协议管辖选择我国法院所涉及的争议属于外国法院的“专属管辖”范围(如发生在外国的港口作业),但该外国法并不认为这是专属管辖事项而允许当事人协议管辖,那么,我国法律规定的不合理性就更加明显了。这可能出现外国法院认为当事人之间存在排他性管辖协议而拒绝行使管辖权,从而使当事人处于投诉无门的境地。

相反,我国法律对如今各国通常采用的公共政策例外与弱者保护原则却付之阙如,从而可能使处于强势方

的外国当事人利用其优势地位而片面选择对其有利的外国法院,损害我国当事人的合法权益。

### 三、完善我国涉外协议管辖制度的建议

我们以为,对我国涉外协议管辖的完善,应结合我国的现实国情与当代国际社会的发展趋向两个方面来加以考虑。因而主要应反映在以下几个方面:

#### (一)明确其适用范围

如上文所分析的,我国涉外协议管辖制度的适用范围是含混不清的,因而,我国立法须加以明确。当然,我国是否应对国际社会协议管辖在各个领域不断扩张的新趋势加以借鉴,是一个需要慎重考虑的问题。既要考虑我国现行的法制状况是否已足够完备从而容许当事人意思自治的深入,也须考虑国际社会的总体趋向。而从2005年海牙公约的规定看,协议管辖的适用范围仅局限于商事关系(B2B),而并未扩展至其他领域,可以认为,国际社会总体上还是坚持比较狭窄的适用范围的。所以,我们还是倾向于不作过于开放的扩大。而且,必须在立法中规定对我国涉外协议管辖的公共秩序保留例外以及弱者保护原则例外,从而保护我国的公共利益以及弱方当事人的合法权益。

#### (二)放宽其形式要件

形式要件的宽松化趋势已经获得国际社会的普遍认可,因而,坚持严格的形式要求在当代社会已经不需要过多的理由与理论支持。其实,我国《合同法》已经在形式要件上体现了宽松化态度。此外,我国仲裁协议形式要件上的演变也具有直接的借鉴意义。与协议管辖类似,我国在仲裁的形式要件上也一直坚持严格的书面形式。但是,受国际社会在形式方面尽量使之有效观念的影响以及《合同法》规定的现实作用,2005年最高人民法院通过了《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》。其中第1条对“其他书面形式”的解释就表明了对仲裁协议形式要件宽松化发展趋势的赞同。《仲裁法》第16条规定的“其他书面形式”的仲裁协议,包括以合同书、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)等形式达成的请求仲裁的协议。那么,作为当事人意思自治选择解决争议的方式,协议管辖固守严格的书面形式并没有实际的价值。

#### (三)取消我国级别管辖的限制

正如本文第二部分所分析的,要求涉外协议管辖不违反我国级别管辖的规定是极不合理的,本质上是对我

国管辖权的自动放弃,也是与当今世界不断扩大本国管辖权的趋势直接相悖的。而对于专属管辖的限制,由于这种限制体现了一国的公共政策,目前似乎还应得到继续坚持。不过,对于专属管辖的内容可作适当调整。在这个方面,我们认为,中国国际私法学会通过的《中华人民共和国国际私法示范法》<sup>[9]</sup>的规定更具有合理性。该《示范法》第46条把遗产继承纠纷排除在专属管辖之外,而另把法人登记事项、知识产权的有效性纳入到专属管辖范围之中。

#### (四)明确被选择法院的范围

首先,可借鉴海牙公约,明确规定当事人选择一国的法院或者一国中某两个或两个以上特定法院也为有效;其次,在“实际联系原则”问题上,我们认为应持慎重的态度。虽然在我国学界目前比较一致的观点都认为应放弃该原则,认为该原则不符合当事人意思自治和协议管辖的发展趋势,对此,我们也持赞同的态度。但需要注意的一个问题是,在实践中当事人常常乐于选择一些法制比较完善的发达国家。韩国政府在对1999年《民商事管辖权与外国判决承认与执行公约临时草案》(2005年海牙公约的前身)发表的一份评论中曾经指出:“最高法院从来没有处理过一件由外国当事人之间选择韩国法院的案件。”<sup>[10]</sup>虽然其中表达的意思可能是韩国最高法院没有处理过此类上诉案件,而不是从来没有外国当事人选择韩国法院的现象,但这或许在一定程度上可以说明法制不发达国家在国际民商事协议管辖中所处的现状。严格地说,我国也要面临这种尴尬局面。如果海牙公约生效,这种不利效果将很快显现出来,并可能引发案件的国际转移现象。这里所谓的“案件的国际转移”主要是指由于当事人协议选择的结果,而使国际民商事案件从一个国家转移到另一个国家的现象。这既涉及案件在有管辖权的两个国家之间的转移,也包含案件从有管辖权的国家转移到无管辖权的国家的情形(这是因为海牙公约赋予了当事人管辖协议以排他性的效果:非被选择国家法院被禁止行使管辖权)。那么,当事人选择的结果是使案件发生了管辖权的国际转移。这种协议选择的结果是法制完善的国家被选择的机会更多,而法制相对不完

善的国家则面临着需要更多地承认与执行外国法院判决的情形,从而出现受理案件少而承认与执行外国法院判决多的困难局面。这种案件的国际性转移的情况对于这些法制不发达的国家而言毫无疑问是有害的。<sup>[11]</sup>

有鉴于此,我们认为,我国目前仍须继续坚持“实际联系原则”,待法制进一步完善、我国法院审理涉外案件的水平进一步提高之后才能放弃。

#### [参考文献]

- [1] 李双元. 关于我国国际民事管辖权的思考[A]. 海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究[C]. 济南:山东大学出版社, 1991.
- [2] Case 150/80, Elefanten Schuh v. Jacqmain, [1981] ECR 1671.
- [3] 郭玉军, 蒋剑伟. 美国联邦法院执行管辖权条款规则评析[A]. 武大国际法评论(第5卷)[C]. 武汉:武汉大学出版社, 2006.
- [4] The Bremen v. Zapata Off - Shore Co., 407 U. S. 1 (1972).
- [5] 张茂. 美国国际民事诉讼法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999.
- [6] 邓杰. 论国际民事诉讼中的协议管辖制度[J]. 武汉大学学报(社会科学版), 2002, (6).
- [7] 奚晓明. 论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定[J]. 法律适用, 2002, (3).
- [8] 李浩培. 国际民事程序法概论[M]. 北京:法律出版社, 1996.
- [9] 中国国际私法学会中华人民共和国国际私法示范法[Z]. 北京:法律出版社, 2000.
- [10] The Republic of Korea: Comments on the Preliminary Draft of the Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (www. hcch. net).
- [11] 王祥修. 论国际民事诉讼的协议管辖制度[J]. 企业经济, 2007, (9).

责任编辑:叶萍】