



中国批准海牙《选择法院协议公约》 的法律问题及对策

杜 涛

摘 要: 海牙《选择法院协议公约》已经生效,我国批准该公约具有必要性和可行性。选择法院协议的排他性首先取决于该协议的准据法。我国法院通常根据受理案件的法院地法律来判断该协议的效力,而海牙公约则采用当事人协议选择的法院所在地国法律。有学者主张适用当事人协议选择的法律。对于排他性的判断标准,我国和欧盟的做法与公约保持了一致,而美国的做法则相反。我国法律规定了选择法院协议必须符合实际联系原则,虽然西方大多数国家不再采用该原则,但该原则仍然具有一定的合理性和现实意义。批准海牙《选择法院协议公约》对于促进我国司法改革、提高我国司法竞争力具有深远意义。

关键词: 选择法院协议; 管辖权; 海牙国际私法会议; 实际联系原则

一、问题的提出

2014年12月4日,欧盟委员会正式通过《关于以欧盟名义批准2005年6月30日〈海牙选择法院协议公约〉的决定》^①,根据该决定,欧盟以地区性经济一体化组织的身份加入海牙《选择法院协议公约》(以下简称为公约)。2015年6月11日,欧盟代表正式向荷兰外交部交存了批准书。由于此前墨西哥已经批准了该公约,根据公约第31条的规定,公约自第二份批准书交存后三个月期间届满后的第一个月的第一天起生效,因此,公约于2015年10月1日起正式生效。在欧盟,该公约在除丹麦之外的其他27个欧盟成员国境内适用。除欧盟外,越来越多的国家和地区也开始重视该公约。美国于2009年签署了公约,目前正在积极准备批准公约的国内程序。新加坡议会已经于2016年4月14日通过了《法院选择协议法》,正式批准了该公约,目前还需要向海牙国际私法会议交存批准书以完成最后的加入程序。乌克兰也于2016年3月25日签署了公约。俄罗斯、塞尔维亚、土耳其等国家也启动了加入公约的前期程序^②。

我国虽然尚未签署该公约,但有关部门对该公约非常重视,也在着手研究加入该公约的可行性问题。目前,国内学术界对该公约尚存在一些怀疑态度,有学者将该公约视为欧美国家“司法帝国主义”的产物,认为该公约的规则对于司法制度尚不健全的国家而言具有极大危害(陈隆修,2015:40)。他们认为,加入该公约会对我国国内法体系造成冲击,不利

^①Council Decision of 4 December 2014 on the approval, on behalf of the European Union, of the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements(2014/887/EU).

^②Prel. Doc. No 7 of February 2014-Ongoing work on judgments-Choice of Court Convention and Judgments Project, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd07_en.pdf, 2015年6月5日最后访问。

于保护我国社会公共利益和我国当事人权益,甚至会危及我国司法主权。对此,我们认为有必要从公约本身的条文出发,认真厘清其文本的字面含义和内在价值取向,并与我国现行法律制度进行仔细对比。同时,对于是否加入该公约的判断,还要从我国当前以及未来的国际战略出发,结合我国正在进行的司法体制改革,进行中长期规划,而不能局限于短期利益。

二、中国批准《选择法院协议公约》的可行性

(一) 公约概述

《选择法院协议公约》是海牙国际私法会议于2005年6月30日在其第20届外交大会上通过的一项全球性民商事管辖权和判决承认与执行公约^①。该公约试图统一选择法院协议制度下各国法院对民商事案件的管辖权和判决相互承认与执行规则。根据该公约的规定,在一项国际商事合同中如果订立有排他性选择法院协议条款,那么各缔约国将有义务尊重该条款的效力,将案件交由约定的缔约国法院管辖,并且该法院所做出的判决也应当得到其他缔约国的承认与执行。

根据公约序言的规定,公约的目的体现为三个方面:第一,统一各国的法院选择协议制度,并促进根据该协议而作出的判决的承认与执行;第二,促进国际贸易与国际投资的发展。如果当事人在跨国诉讼中费尽人力物力取得了合法判决,然而却得不到其他国家的承认与执行,这会极大地妨碍当事人在他国进行贸易和投资,不利于资本的全球自由流动。第三,实现民事判决领域的国际司法合作,与1958年的《纽约公约》进行竞争。《纽约公约》实现了国际商事仲裁裁决在世界大多数国家的自由流通,极大地促进了仲裁在国际上的发展。而跨国民事诉讼却由于判决承认与执行上的障碍而受到极大限制。虽然仲裁具有其自身的优势,但是当前绝大多数当事人还是更加愿意通过法院解决其纠纷。只有彻底解决了判决在全球范围内的自由流通,才会鼓励当事人到法院进行诉讼。而各国法院为了争取获得更多的案件,也会更加有动力提高司法效率和公正。

(二) 中国批准公约的可行性

1. 公约的谈判过程反映了中国的诉求

中国政府积极参与了公约的起草和谈判过程,并对公约条文的出台做出了重要贡献。2005年6月举行的第20届海牙国际私法会议外交大会上,我国政府派出了阵容强大的代表团,参加了公约的正式讨论和表决。在公约的一些原则问题和立场问题上,我国代表都积极发表意见,坚持我国的主张(徐国建,2005:5)。在公约条款的一些技术性问题上,我国代表也提出了非常有价值的意见,为公约的最后通过做出了积极贡献。比如,对于公约适用范围问题,我国代表团明确建议将侵权事项尤其是知识产权侵权事项排除在公约的适用范围之外。该建议得到了与会代表的多数支持,经过修改后成为公约第2条第2款(k)项^②。另外,我国还支持在公约中设立一项保留条款,允许缔约国发布一项声明,对于一国有重大利益的特殊事项可以不适用该公约(公约第21条)。通过这样一个安全阀,可以将我国现行法律中一些与公约不相一致的规定排除在公约适用范围之外,从而维护我国的社会公共利益和国家主权安全。总体上看,公约的内容与我国国内法虽然在某些方面有一些差异,但我国代表团在谈判过程中已经考虑到了这些差异,并且通过公约规定的保留条款可以将不利于我国的一些规定排除在外,因此完全不用担心加入公约会损害我国社会公共利益和我国当事人的利益。

2. 公约与中国国内法无本质矛盾

如上所述,公约的主要目的是促进各国对国际商事合同中的排他性选择法院协议条款的承认和执行。这一点与我国现行法律并无相悖之处。我国1982年颁布的《民事诉讼法(试行)》完全没有规定协议管辖制度,无论是涉外案件还是非涉外案件都不允许当事人协议选择法院。但是自1991年《民事诉

^①该公约的立法过程参见 F. Pocar & C. Honorati(eds), "The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments", CEDAM, Milan, Italy, 2005. 也可参见王吉文:《2005年海牙选择法院协议公约研究》,东南大学出版社2008年,第59~63页。

^②Commission II of Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 20th Session, Working Document, No. 18(2005).

讼法》正式颁布后,协议管辖制度终于得以确立。1991年《民事诉讼法》第25条规定,合同双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖;第244条也允许涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。经过2007年修正后的《民事诉讼法》完全保留了该两条规定,只是调整了序号(原第244条被调整为第242条)。2012年8月31日再次修正的《民事诉讼法》删除了旧法第242条。立法者的意图显然是把原第242条并入到新法第34条^①。2015年实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第531条最终明确规定:“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人,可以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。”最高人民法院在最近的一起判例中同样援引了《民事诉讼法》第34条来判断一项选择外国法院的管辖权协议的效力。该案中,当事人双方在合同中约定:“如违约则可向蒙古国法院起诉。”最高人民法院直接援引《民事诉讼法》第34条判定该项管辖权条款合法有效^②。由此可见,我国现行法律和司法实践均对当事人协议选择法院的行为给予大力支持,这与公约的目标和宗旨是一致的。

3. 公约有利于促进“一带一路”战略的实施

随着中国“一带一路”战略的逐步推进,中国企业将会更广泛地参与沿线国家和地区的开发建设,在这个过程中,不可避免地会遇到一系列法律风险。在跨国民事诉讼中,首先要解决的是法院的选择问题,同时还要考虑到判决和裁决的跨国执行问题。海牙公约提供了一套非常完善的法律机制,一旦我国加入进去,可以在一带一路沿线国家发挥一个良好的示范效果,带动更多的国家成为公约缔约国,从而有效解决我国与其他国家之间的民事司法合作难题,为“一带一路”倡议的实施提供司法保障。

三、批准海牙公约面临的法律问题及对策

(一) 选择法院协议的准据法

实践中,如果当事人明确约定其所选择的法院的管辖权具有排他的(exclusive),则毫无争议。问题是,如何判断“当事人另有明确约定”?对此问题,首先要确定依照何国法律来进行判断,这需要确定选择法院协议的准据法。对此有几种不同的观点。

1. 受理案件的法院地说法

这种观点认为,选择法院协议的效力应依受理案件的法院地法判断。我国最高人民法院历年来的实践均采这种观点^③。

2. 意思自治说

该观点认为,选择法院协议的效力应依当事人所选择的法律判断。在美国,有些法院就适用当事人所选择的法律,前提是法律选择条款有效^④。

3. 海牙公约:被选择的法院地说法

2005年《海牙协议选择法院公约》没有笼统规定选择法院协议的准据法,而是区分了两种不同情形:被协议选择的法院和被协议排除的法院。但是,两种情况下,海牙公约都规定应适用被选择的法院

①新《民事诉讼法》第34条规定:“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以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、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

②中华人民共和国最高人民法院民事裁定书,(2015)民申字第471号。

③参见最高人民法院(2009)民申字第1095号裁定;最高人民法院(2010)民申字第417号裁定;最高人民法院(2011)民提字第301号裁定;最高人民法院民事裁定书(2011)民提字第312号;最高人民法院(2015)民申字第471号民事裁定等。

④See, e.g., *Abbott Laboratories v. Takeda Pharmaceutical Co. Ltd.*, 476 F. 3d 421, 423(7th Cir. 2007); *Yavuz v. 61 MM, Ltd.*, 465 F. 3d 418(10th Cir. 2006); *Jacobsen Constr. Co. v. Teton Builders*, 106 P. 3d 719, 723(Utah 2005); *Szymczyk v. Signs Now Corp.*, 168 N. C. Ct. App. 182, 606 S. E. 2d 728(2005); *Jacobson v. Mailboxes Etc. USA, Inc.*, 646 N. E. 2d 741(Mass. 1995); *Cerami-Kote, Inc. v. Energywave Corp.*, 773 P. 2d 1143(Id. 1989); *Simon v. Foley*, W. D. N. Y. No. 07-CV-766S, 2011 WL 4954790 (Oct. 18, 2011); *Lanier v. Syncreon Holdings, Ltd.*, E. D. Mich. No. 11-14780, 2012 WL 3475680 (Aug. 14, 2012); *Global Link, LLC v. Karamtech Co., Ltd.*, 06-CV-14938, 2007 WL 1343684 (E. D. Mich. May 8, 2007); *TH Agric. & Nutrition, LLC v. Ace European Group Ltd.*, 416 F. Supp. 2d 1054(D. Kan. 2006).

地法律^①。

4. 笔者的观点：区分原则

笔者认为，无论是意思自治说还是法院地法说都有失偏颇。二者的共同缺陷都在于没有区分选择法院协议对当事人的效力和选择法院协议对法院的效力。

选择法院协议与选择法律协议在性质上都是一种合同，即诉讼合同(Prozessvertrag)(Wagner, 1998: 32)，该合同的成立、内容和解释等问题属于实体问题，应当首先适用合同准据法(lex causae)。比如选择法院协议的形式、当事人的意思表示是否真实、协议条文的字面含义等问题，都依照合同准据法判断。如果当事人选择了合同准据法，则选择法院协议当然适用所选择的法律。

但是，选择法院协议毕竟不同于一般合同，因为它所约定的是一国法院的管辖权，而“管辖权是国家主权一个至关重要的、甚至是核心的特征，因为它是国家权力的行使”(马尔科姆·N·肖, 2011: 505)。国际民事诉讼管辖权虽然处理的是私人间的民事纠纷，但既然是国家主权的权能之一，我们就不能脱离国家主权的基本功能而孤立、抽象地看待它。正如著名国际法学者布朗利所说：“事实上，因为民事管辖权最终是通过包括刑事制裁在内的执行程序而得以巩固的，因此，原则上主张对外国人的民事管辖和刑事管辖而产生的问题没有什么太大的差别。”(伊恩·布朗利, 2007: 331)这充分表明，国际民事诉讼管辖权的行使同样要遵守国际公法上的基本原则，即属地管辖、属人管辖、保护性管辖等基本原则。民事诉讼管辖权不可能像有些学者所说的那样完全是当事人的私权，与国家无关。因此，选择法院协议除了其本身在合同法上的有效性之外，还要考虑其在程序法上的可执行性。

具体而言，首先，被选择的国家的法院是否接受当事人的选择，完全由该国法院根据该国法律自行决定，而不受当事人意愿的支配。其次，未被当事人选择的国家的法院，并非就完全失去对该争端的管辖权。该国仍然可以依据本国法律拒绝执行一项法院选择协议。比如美国法院在20世纪70年代以前都拒绝执行合同中的法院选择条款，直到1972年联邦最高法院在著名的“Bremen诉Zapata案”^②中才打破了先例。巴西最高法院也曾明确指出：“巴西关于管辖权的规定属于公法，不能被合同排除，因为管辖权的行使是国家主权的固有表现形式……效率原则不妨碍巴西的管辖权。”^③我国旧《民事诉讼法》第242条和新《民事诉讼法》第34条都是关于管辖权协议必须符合实际联系原则的规定，这也属于我国程序法上对选择法院协议效力的强制性规定，无论合同准据法是哪国法律，我国法院都应当予以执行。因此，我国即使批准公约，也不影响我国现行《民事诉讼法》第34条的适用。

(二) 判断选择法院协议排他性的标准

如上所述，公约把“排他性”的认定标准赋予各缔约国法院根据选择法院协议的准据法进行判断。事实上，各国对于“排他性”的认定标准存在很大分歧。尤其是欧盟和美国之间几乎是尖锐对立的。

在美国，法院选择协议原则上只被认为具有许可性(permissive)，而不具有排他性，除非当事人在其中有明确的相反意思表示^④。在2012年的“柏兰德诉乔治·S·梅·国际公司案”^⑤中，合同中的法院选择条款规定：“伊利诺伊州享有管辖权”。马萨诸塞州法院认为，该条款仅仅“允许而非强制要求诉讼在伊利诺伊州法院进行”^⑥。“恩奎普技术集团诉泰康公司案”中^⑦，当事人签订的合同规定：“本协议应受意大利法律支配并依该法解释。威尼斯法院对任何争议拥有管辖权。”^⑧佛罗里达公司在俄亥俄州

① 分别见公约第5条和第6条。

② M/S Bremen and Unterseer Reederei v. Zapata Off-Shore Company, 407 U. S. 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513,

③ S. T. J., R. E. No. 251. 438/RJ, Relator: Athos Gusmão Carneiro, 08. 08. 2000 (Brazil).

④ See, e. g., John Boutari & Son, Wines & Spirits, S. A. v. Attiki Imp. and Distrib., Inc., 22 F. 3d 51, 53 (2d Cir. 1994); Docksider, Ltd. v. Sea Technology, Ltd., 875 F. 2d 762, 764 (9th Cir. 1989); Hunt Wesson Foods, Inc. v. Supreme Oil Co., 817 F. 2d 75, 77-78 (9th Cir. 1987); Keaty v. Freeport Indonesia, Inc., 503 F. 2d 955, 956-57 (5th Cir. 1974); Citro Florida, Inc. v. Citrovale, S. A., 760 F. 2d 1231, 1231-32 (11th Cir. 1985).

⑤ 969 N. E. 2d 166 (Mass. App. Ct. 2012).

⑥ Id. at 168. McDonald v. Amacore Group, Inc., 2012 WL 2327727 (unpublished, N. J. Super. Ct. App. Div. June 20, 2012), 该案中的法院选择条款规定“本协议应受佛罗里达州法律支配，该州对本合同有关的事务引起的任何请求或纠纷具有排他性管辖权……”

⑦ 2012 WL 6737839 (unpublished, Ohio App. 2nd Dist., Dec. 28, 2012).

⑧ Enquip Technologies, 2012 WL 6737839 at * 8.

起诉该意大利生产商违约且未支付佣金,因为该意大利公司的母公司总部设在俄亥俄州。法院认为,由于法院选择条款附带有一个法律选择条款,该法院选择条款的含义应依据该法律选择条款所选定的法律予以确定,即意大利法律。法院认为:“法律选择条款可以被视为同一合同中的法院选择条款的含义的证据。正如被选择的法律用于解释该合同中任何其他条款的含义一样,它也应被用于解释该法院选择条款。”^①如前所述,意大利所遵守的《布鲁塞尔第一条例》规定,法院选择条款“具有排他性,除非当事人另有约定。”鉴于该项规定以及意大利最高法院的一项判决,俄亥俄州法院认为“该法院选择条款在意大利法律中的含义是:威尼斯法院拥有排他性管辖权。”^②法院接下来对其判决理由做了如下解释:

很清楚,对于“许可性——排他性”问题,我们没有将其作为法律选择问题处理。相反,我们只是将其作为合同解释问题。我们适用俄亥俄州合同解释法律来解释法院选择条款。俄亥俄州法律规定,法院选择条款的含义由当事人确定。根据当事人的法律选择条款的规定,当事人之间的协议应当由意大利法律来解释,我们认为,当事人希望的含义就是该法院选择条款在意大利法律中的含义。因此,我们确定了意大利法律对该条款用语所赋予的意义。然后,我们确定,意大利法律认为该法院选择条款具有排他性^③。

中国现行立法并未规定选择法院协议是否具有排他性,也没有排他性的判断标准。但是在司法实践中,我国法院基本上采用了与欧盟相同的做法。

首先,如果合同中的法院选择协议明确约定了“非排他性”(non-exclusive)字样,此种约定当然不能排除其他国家法院的管辖权。比如在“中国国际钢铁投资公司与日本国株式会社、劝业银行等借款合同纠纷管辖权异议案”^④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,因此不能排除其他依法享有管辖权的法院的司法管辖权。……因此,被上诉人有权在香港法院以外的其他依法有管辖权的法院就贷款合同纠纷提起诉讼。”最高人民法院在“汕头海洋(集团)公司、李国俊与被上诉人中国银行(香港)有限公司借款担保纠纷管辖权异议一案”^⑤和“黄艺明、苏月弟与周大福代理人有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司股权转让合同纠纷案”^⑥等案中都有相同判决。

其次,如果当事人所使用的用语中没有“非排他性”字样,不管该协议文字如何复杂,我国法院一般都会认定该协议具有排他性。比如在“赖某等与荷兰银行有限公司财产损害赔偿纠纷上诉案”^⑦中,双方签署的《个人外汇及衍生品交易主协议》中有一个非常复杂的司法管辖权条款:“(a)此协议适用英国法律,并相应由英国法律解释;(b)关于任何起诉、诉讼或与此协议相关的诉讼程序以及为了银行自身的利益,合约方不可撤销地将有关诉讼提交给香港法院裁决,且搁置在任何时候都可能有的对在任何这样的法院的诉讼程序地点选择的反对意见,限制对认为在一个不方便的法庭进行的这样的诉讼程序任何主张,并进一步免除反对这样的法庭没有相应的与此诉讼程序相关的司法审判权的权力。协议中没有规定不许银行将此诉讼提交到任何其他的司法辖区,同时将此诉讼提交到另外一个或多个司法辖区也不会妨碍将诉讼提交到任何其他的司法辖区。”法院最终认定该管辖权协议具有排他性,我国法院无管辖权。

(三) 实际联系原则对排他性的限制

从我国《民事诉讼法》第34条的规定看出,我国法律要求当事人之间的选择法院协议必须符合实际联系原则。在“山东聚丰网络有限公司与韩国 MGAME 公司、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管辖权异议案”中,双方合同约定:“本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解

① Enquip Technologies, 2012 WL 6737839 at * 5.

② Enquip Technologies, 2012 WL 6737839 at * 9.

③ Enquip Technologies, 2012 WL 6737839 at * 9.

④ 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2001)民四终字第12号。

⑤ 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2007)民四终字第16号。

⑥ 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2011)民四终字第32号。

⑦ (2010)沪高民五(商)终字第49号。

释。由本协议产生或与本协议相关的所有争议应当在新加坡最终解决，且所有由本协议产生的争议应当接受新加坡的司法管辖。”^①最高人民法院在判决书中首先指出，对协议选择管辖法院条款的效力，应当依据法院地法进行判断，即依据《民事诉讼法》第242条。对于该条中关于“可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖”的规定，最高人民法院指出：“应当理解为属于授权性规范，而非指示性规范，即涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院时，应当选择与争议有实际联系的地点的法院，否则，该法院选择协议即属无效；同时，对于这种选择管辖法院的协议，既可以是事先约定，也可以是事后约定，但必须以某种书面形式予以固定和确认。据此，按照我国现行法律规定，对于涉外合同或者涉外财产权益纠纷案件当事人协议选择管辖法院的问题，仍应当坚持书面形式和实际联系原则。”^②在稍后的“上海衍六国际货物运输代理有限公司与长荣海运股份有限公司海上货物运输合同纠纷案”^③、“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”^④等案件中，最高人民法院也都坚持了实际联系原则。最高人民法院在其他一些案例中也坚持了这一标准^⑤。

不过在我国学术界，一直存在着对实际联系原则的评判声音，一些学者甚至要求废除实际联系原则^⑥。其中的一个理由就是实际联系原则削弱甚至违背了管辖权协议的排他性。有学者指出：“我国民事诉讼法可以删除实际联系要求，以尊重合同自由原则。如果当事人选择与案件无实际联系的外国法院而排除了我国法院，只要案件不属于我国法院专属管辖，就可以执行法院选择协议。”（王吉文，2010:147）

笔者认为，从国际法的现状来看，否定实际联系原则的观点看上去似乎具有一定合理性，但却经不起实践的检验。综观国际法，我们可以清楚地看到，当前习惯国际法中，唯一被广泛接受的管辖权原则就是所谓的“实际联系原则”^⑦，根据该原则，国家行使管辖权的权利取决于有关问题与行使管辖权的国家之间存在相当密切的联系，从而使该国有理由对该问题加以管辖（詹宁斯、瓦茨，1995:328；布朗利，2007:330）。因此，如果当事人选择一个与他们之间的纠纷完全无关系的外国法院进行管辖，该外国法院审理起来并不方便，通常也不一定愿意行使管辖权，因为其作出的判决会遇到执行上的困难。有学者认为：“当事人签订协议时通常已经慎重考虑了诉讼便利的问题，即使有不便利的存在也是当事人事先可以预见到的，实难以不便利为由否定管辖协议的可执行性。”（邓杰，2002:55）

笔者认为，我国没有必要取消实际联系原则^⑧。《民事诉讼法》中的实际联系原则类似于法律适用法中的最密切联系原则，具有很大的优越性。一方面，该原则建立在习惯国际法基础之上，能够被国际社会普遍接受，因此，根据该原则所作出的判决也就能够被其他国家承认和执行；另一方面，该原则有利于当事人纠纷的解决，节约诉讼成本。如果不遵循实际联系原则，就会纵容和鼓励当事人挑选法院，当事人故意到一个与纠纷无关的国家法院去提起诉讼，其目的肯定不会是为了寻求一个适当的判决，而往往是为了拖延时间。这也正是所谓的“鱼雷诉讼”（torpedo actions）产生的原因（Stothers, 2011:67）。在“鱼雷诉讼”中，当事人故意到一个与案件没有实际联系的国家法院提起诉讼，从而恶意拖延时间。比如，甲公司的专利在乙国被乙公司侵犯，甲公司试图到乙国法院起诉乙公司侵权。但是，乙公司却抢先到丙国法院提起一项针对甲公司的诉讼，主张甲公司的专利无效。由于丙国的司法制度非常官僚主义，程序进展非常缓慢（例如意大利等国实行三级终审，全部程序进行完毕通常需要几年时间），丙国法院需

① 最高人民法院民事裁定书(2009)民三终字第4号。

② 最高人民法院民事裁定书(2009)民三终字第4号。

③ 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2011)民提字第301号。

④ 中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2011)民提字第312号。

⑤ 最高人民法院民事裁定书(2009)民三终字第4号；最高人民法院民事裁定书(2011)民提字第312号。

⑥ 这种观点早期代表是我国著名国际私法学者李浩培教授，参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年，第64页。

⑦ Nottebohm case(Liechtenstein v. Guatemala), I. C. J. Report, 1955, p. 4.

⑧ 值得注意的是，与我国法学理论界对实际联系原则的评判声音相反，我国司法实务界对实际联系原则一直青睐有加，参见晁晓明：“论我国涉外商事诉讼中协议管辖条款的认定”（上），《法律适用》2002年第3期，第15页；刘贵祥、沈红雨、黄西武：《涉外商事海事审判若干疑难问题研究》，载《法律适用》2013年第4期，第53页。新《民事诉讼法》第34条和最高人民法院新司法解释第531条以及最高人民法院判决一再坚持实际联系原则就鲜明地体现出我国理论界和实务界的这种分歧。我国学术界对此现象应当深刻反思。

要很长时间才能对自己是否能够行使管辖权做出裁决。而乙国与丙国之间缔结了管辖权方面的国际协定,需要等待丙国法院首先做出管辖权裁定。等到丙国法院的裁决做出来,侵权者已经获得了一段较长时间的“诉讼冻结期”,从而拖延了时间,谋取不正当利益(Kenny&Henningan,2015:197)。

实际联系原则是我国法院长期以来的司法实践所采用的一项司法原则,可以继续坚持下去^①。取消实际联系原则只会增加判决承认与执行上的难题并损害弱方当事人的诉讼权利。任何纠纷的解决,最关键的是执行问题。只有与纠纷有实际联系的国家法院做出的判决才最容易得到有效执行,因为与纠纷有实际联系的地点往往是法律关系的发生地或当事人的所在地或财产所在地,只有当地法院才最容易查清案件事实,并通过有效方式执行判决。

实际联系原则并不影响我国批准公约。实际上,在海牙《选择法院协议公约》谈判过程中,围绕着被选择法院与争议之间是否需要存在合理联系,也产生了重大分歧。很多大陆法系国家传统上都要求被选择法院与争议之间必须具有合理联系。但是这一观点遭到以美国为首的英美国家反对。他们认为,实际联系原则对当事人的选择权产生了不利影响,使当事人期望选择中立法院的愿望受到限制(徐宏、郭晓梅,1998:549)。在英美国家坚持下,实际联系原则没有被写入公约,也就是说,公约允许当事人协议选择一个中立国家的法院。这虽然与我国《民事诉讼法》的规定不一致,但是根据《民事诉讼法》第260条,中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同《民事诉讼法》有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。因此,在公约缔约国之间,可以不适用实际联系原则。但是我国国内法中的实际联系原则也没必要取消。

四、结论与展望

对于海牙《选择法院协议公约》是一项历经艰难才诞生的公约。中国政府积极参与了公约的谈判和起草,公约中的一些条款也充分体现了中国代表的意见。公约的成果可谓来之不易,是不同国家之间妥协和平衡的产物。管辖权和判决承认与执行问题说到底是一个国家的司法主权问题。缔结一项国际公约就意味着要限制成员国的司法主权,这是很多国家不愿意接受的根本原因。即使各国愿意接受一个国际公约的限制,对于国际公约所体现的价值目标,各国也各有所图。

对于美国而言,由于普通法制度具有某些先天的优势,具有一种“偏向原告”的倾向(pro-plaintiff features),吸引着各国当事人^②。美国也一直试图在世界范围内推广美国的诉讼制度。对于欧盟而言,追求的价值观与美国有很大不同。近年来,欧盟致力于欧洲的统一化进程,并在此基础上试图建构一种“后民族结构”下的欧洲新秩序。在这样的基础上,欧盟所追求的管辖权和判决承认与执行制度体现的是一种“社会价值导向”(social values),而非当事人主义。

在当事人协议选择法院方面,这种差异体现的十分明显。美国法院对法院选择条款的尊重甚至达到了一种将其神圣化的状态。欧盟《布鲁塞尔第一条例》在保险合同、消费者合同和雇佣合同案件中限制对消费者和受雇者不利的法院选择条款^③。而美国法院则不同,通常会毫不犹豫地执行这样的条款。2012年的Estate of Myhra诉皇家加勒比游船公司案^④就说明了这一点。

以中国为代表的发展中国家的关注点与欧美均有不同,它们都特别强调管辖权和法院判决的国家

①2015年2月4日实施的《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531条规定:“涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人,可以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。”该条规定继续保留了实际联系原则。

②比如美国的诉前证据开示制度、陪审团制度、惩罚性赔偿制度、集团诉讼制度、律师风险代理收费制度等,吸引了各国当事人向美国法院起诉。See Russell J. Weintraub, “Introduction to Symposium on International Forum Shopping”, 37 Tex. Int’l L. J. 463 (2002).

③参见欧盟2012年12月12日关于民商事领域管辖权与判决承认与执行的第1215/2012号条例(布鲁塞尔I)第19条, L 351/1 O. J. (20.12.2012)。第19条规定,在消费者合同中规定许可性管辖基础的条款“只能依据下列协议排除:(1)该协议在纠纷发生后才缔结;(2)该协议允许消费者在指定的法院以外的法院起诉”或者该协议选择消费者和其他当事人共同住所地法院。第23条规定,在雇佣合同中规定许可性管辖基础的条款“只能依据下列协议排除:(1)该协议在纠纷发生后才缔结;(2)该协议允许受雇者在指定法院以外的法院起诉”。

④695 F.3d 1233(11th Cir. 2012)。

主权属性，在管辖权的行使上不轻易让步。发展中国家对于美国法院过于扩张的长臂管辖制度尤其反感，因为很多发展中国家的政府或其领导人经常被起诉到美国法院，很多外国跨国公司也纷纷成为美国法院的被告，这都招致这些国家采取各种手段抵制美国法院的审判，甚至引发外交危机^①。在对待当事人选择法院协议时，印度、巴西和中国法院在实践中都采取严格限制，并不因当事人选择外国法院而自动放弃本国法院的管辖。在承认外国法院判决时，也有非常严格的限制条件（如互惠原则、公共秩序保留等）。在发生管辖权冲突的情况下，发展中国家法院既不采用欧盟的先诉法院优先制度，也对不方便法院原则持限制态度^②。

当今世界，经济全球化已经逐渐向法律全球化蔓延。各国和各地区的法律相互交流、相互融合，已经逐步融合为一个全球法律大市场。在这个市场中，法律之间的竞争如同经济之间的竞争一样，正如火如荼地展开。各国纷纷修订和完善本国法律，向全球当事人承诺更好的法律服务，吸引全世界当事人将他们之间的纠纷提交到本国法院或司法机构来解决，同时也极力吸引当事人在合同中选择适用这些国家的法律。比如，英国法学会就曾专门出版了一份宣传手册，对英国的法院和英国的法律进行推销^③。而德国和法国等大陆法系国家也不甘示弱，德国联邦司法部也发动了一项所谓的“法律德国制造”的宣传攻势，建立专门网站，将德国法律全部翻译为英文予以公布。德国政府还和法国司法部一起发布了一份宣传文件，向全球推销大陆法系的法律制度^④。日本政府也开展了“法律透明度计划”，将日本法律全部翻译为英文在专门网站上公布。由此可见，国家之间的法律竞争已经如火如荼展开。

如果说 WTO 致力于实现各国商品和服务的自由流动，那么海牙国际私法会议的核心目标就是实现各国法律和判决文书的自由流动，从而实现各国法律市场的开放。加入海牙《选择法院协议公约》，实际上就是承诺开放本国的法律服务市场，在国民待遇基础之上实现对外国法院判决的承认与执行。

自从中国共产党第十八次全国代表大会召开以来，我国领导人一直试图通过上海自由贸易试验区推动中国的再开放，同时以开放倒逼改革，促进政府职能的彻底转变，推动久拖不决的行政体制改革，进一步开放服务市场和资本市场，打破既得利益集团的垄断，最终实现社会转型发展。我们想要建立一套真正符合自由贸易区需要的法律制度，也要有“以开放倒逼改革”的勇气，将我们的法律规则也放置在国际竞争的大舞台上进行检验，看看我们的法律与国际先进国家和地区的法律相比，到底存在哪些方面的缺陷，需要从哪些方面进行改进。中国的民族复兴也必然要伴随着中国法律制度能够屹立于世界各民族法律之林。中国法律不应该被外国同化，但也不能自绝于全球法律的普世原则之外。中华法律体系的再造必须通过参与全球竞争的方式才能得以实现。我们要像制造业一样，在国际上树立“Law Made in China”的品牌。

尽管公约的一些实质性规则与我国国内法还存在一些差异，但是只要我们充分运用公约规定的保留（声明）制度，完全可以实现公约制度与我国国内法的有机嵌合。公约的规定可以用来弥补我国国内法的不足，促进我国国内立法的进一步完善。同时，公约的有关制度有利于推动我国与“一带一路”沿线国家的民事司法合作，便利我国企业海外法律纠纷的顺利解决。

参考文献：

- [1] 伊恩·布朗利(2007). 国际公法原理. 曾令良等译. 北京: 法律出版社.
- [2] 陈隆修(2015). 中国思想下的全球化管辖规则. 中国国际私法与比较法年刊, 16.
- [3] 邓杰(2002). 论国际民事诉讼中的协议管辖制度. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 6.

①如湖广铁路债券案等。近年来，美国法院开始收缩其长臂管辖权，参见 Stephen B. Burbank, “International Civil Litigation in U. S. Courts: Becoming a Paper Tiger?”, 33 U. Pa. J. Int’l L. (2012), p. 663.

②比如，我国《民事诉讼法》并未承认不方便法院原则，最高人民法院 2015 年发布的《关于适用中华人民共和国民事诉讼法的解释》第 532 条虽然首次规定了不方便法院原则，但司法实践中大都限于涉及香港的案件，在跨国案件中较少采用。

③The Law Soc’y of Eng. & Wales, “England and Wales: The Jurisdiction of Choice”, http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/jurisdiction_of_choice_brochure.pdf, 2015 年 12 月 20 日最后访问。

④Bundesministerium der Justiz, Law-Made in Germany, <http://www.bmj.bund.de/files/-/3426/Broschuere-Rechtsexport.pdf>, 2013 年 3 月 6 日最后访问。See also Volker Triebel, “Der Kampf ums anwendbare Recht”, 5 Anwaltsblatt(2008), p. 305.

- [4] 焦 燕(2011). 法院选择协议的性质之辩与制度展开. 法学家,6.
- [5] 李浩培(1996). 国际民事程序法概论. 北京:法律出版社.
- [6] 刘贵祥、沈红雨、黄西武(2013). 涉外商事海事审判若干疑难问题研究. 法律适用,4.
- [7] 马尔科姆·N·肖(2011). 国际法(下). 白桂梅等译. 北京:北京大学出版社.
- [8] 徐 宏、郭晓梅(1998). 海牙国际私法会议关于民商事管辖权和判决承认与执行问题特委会会议情况. 中国国际私法与比较法年刊,1.
- [9] 徐国建(2005). 建立国际统一的管辖权和判决承认与执行制度——海牙《选择法院协议公约》述评. 时代法学,5.
- [10] 奚晓明(2002). 论我国涉外民商事诉讼中协议管辖条款的认定(上). 法律适用,3.
- [11] 王吉文(2008). 2005年海牙选择法院协议公约研究. 南京:东南大学出版社.
- [12] 王吉文(2010). 涉外协议管辖中的“实际联系原则”评述. 中国国际私法与比较法年刊,13.
- [13] 詹宁斯、瓦茨(1995). 奥本海国际法:第一卷第一分册. 王铁崖等译. 北京:中国大百科全书出版社.
- [14] Kenny,D. & Henningan,R. (2015). Choice-of-Court Agreements, The Italian Torpedo, and the Recast of the Brussels I Regulation. *International and Comparative Law Quarterly*,64(1).
- [15] Pocar,F. & Honorati,C. (2005). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*. Milan:CEDAM.
- [16] Stothers,C. (2011). Forum shopping and “Italian torpedoes” in competition litigation in the English Courts. *Global Competition Litigation Review*,4(2).
- [17] Wagner,G. (1998). *Prozessverträge:PrivatautonomieimVerfahrensrecht*. Tuebingen: Mohr Siebeck.
- [18] Weintraub,R. J. (2002). Introduction to Symposium on International Forum Shopping. *Texas International Law Journal*,37(2).

The Legal Issues and Countermeasure of China's Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements

Du Tao (East China University of Political Science and Law)

Abstract: The Hague Convention on Choice of Court Agreements has entered into force. China's ratification of the Convention is necessary and feasible. Exclusive choice of court agreement depends primarily on the law applicable to the agreement. Chinese courts usually apply the *lex forum* to determine the effectiveness of the agreement, while the Hague Convention follows the party autonomy. Some scholars have advocated to apply the law chosen by the parties, with the criteria to determine the exclusive agreement remaining not identified. China and EU adopt the same approach as the Convention, but the US approach is the opposite. According to Chinese law, the choice of court agreement must comply with the principle of actual contact. Although most Western countries no longer use this principle, it still has some reasonable and practical significance. Ratifying the Hague Convention is important for the promotion of the judicial reform and can improve the competitiveness of our justice.

Key words: Choice of Court Agreement; jurisdiction; the Hague Conference on Private International Law; actual contact principle

■作者地址:杜 涛,华东政法大学国际法学院;上海 200042. Email:18964606902@126.com。

■基金项目:上海市教委科研创新重点项目(14ZS004)

■责任编辑:李 媛

