

# 涉外协议管辖：问题与完善

甘 勇\*

**摘 要：**涉外协议管辖，是意思自治原则在国际民事管辖权领域的体现。涉外协议管辖制度的完善，受一国法律传统、司法实践、国际法制趋势、国际经贸环境各种因素的影响。2013年实施的《民事诉讼法》关于涉外协议管辖的规定尚有六个方面的不足，应该将涉外协议管辖和国内协议管辖分别规定，区分选择中国法院和外国法院的管辖协议，对于“实际联系”要件和违反专属管辖和级别管辖的法律效果分别进行规定，同时还应该就协议管辖的准据法和弱者保护进行规定。

**关键词：**涉外协议管辖 《民事诉讼法》 意思自治 实际联系 弱者保护

涉外协议管辖，是意思自治原则在国际民事管辖权领域的运用，是国家司法主权对当事人意思自治在民事管辖权这一公权领域的妥协。涉外协议管辖制度的完善的过程，正是一国司法管辖公权对当事人意思自治给予更多尊重的历程，受到一国法律传统、司法实践、国际法制趋势、国际经贸环境等各种因素的影响。因此，对涉外协议管辖制度不足的认识，对其改革完善的种种建议，都离不开对这些因素的考量。

2012年9月修正并于2013年1月实施的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》），对我国涉外协议管辖的规定进行了修改，将原《民事诉讼法》中专门规定涉外协议管辖的条文删除，<sup>①</sup> 仅仅用一个条文即第34条规定协议管辖，<sup>②</sup> 其用意在于无论是涉外协议管辖，还是国内协议管辖，都将援用这一条文。对于这一修正的优劣得失，学者意见纷纭，但无外乎两种态度。一种持肯定态度，认为这一合并统一了涉外协议管辖和国内协议管辖规定，起到了简化立法的效果。<sup>③</sup> 一种为否定态度，认为这一合并无视涉外协议管辖和国内协议管辖的区别，随意合并，最终会妨碍涉外协议管辖制度的发展。<sup>④</sup> 但否定论者没有指出我国涉外协议管辖制

\* 武汉大学国际法研究所副教授，法学博士。

① 即2007年《民事诉讼法》第242条，该条规定：“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，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。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”

② 2013年修正后的《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。”

③ 丁伟：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉涉外篇修改引发的几点思考》，载华东政法大学国际法学院主编：《当代国际法论丛》第12卷，知识产权出版社2013年版，第7-9页。

④ 李旺：《国际民事裁判管辖权制度析——兼论2012年修改的〈民事诉讼法〉关于涉外民事管辖权的规定》，载《国际法研究》2014年第1期，第92页。

度,如果单独规定,应该如何具体规定方为合适,实为缺憾。

现行《民事诉讼法》将涉外协议管辖和国内协议管辖合并规定,<sup>①</sup>是以准用国内民事管辖权规范确定涉外民事管辖权为其理论基础的,并非全无道理。但这一理论基础,已为许多国家尤其是与我国法律制度相似的大陆法系国家的立法司法实践所抛弃,不复值得我们作为修法的理论指导;且此次修正,未能充分整合我国人民法院过去20多年涉外协议管辖的司法实践经验,也未能借镜国际上有关协议管辖制度的最新发展,不能适应协议管辖在国际经贸往来中日益重要、所涉案件日益增多的司法实践现实。本文就其不尽如人意处,归纳为六个方面,分述如下,并提出对我国涉外协议管辖完善的建议,期待抛砖引玉,得到方家指正。

## 一 涉外协议管辖应该和国内协议管辖分开规定

现行《民事诉讼法》将涉外协议管辖和国内协议管辖合并规定,不符合国际民事管辖权法制发展趋势。合并规定的理论基础,乃是一国法院审理涉外案件时,可以准用(类推适用)国内管辖权的规定来确定法院的涉外管辖权。应该承认,这种理论是有长期的实践作为基础的。从立法上来说,日本直到2011年4月才通过了涉外民事管辖权的专门立法;<sup>②</sup>德国早在1915年就由最高法院判例确认,通过类推适用国内管辖权规定决定涉外民事管辖权。<sup>③</sup>在美国和英国,涉外民事管辖权有专门的规定,其条文是和国内管辖权的规定放置在一起的;<sup>④</sup>又因为其判例法传统,在成文法之外,同时还有判例法专门确立涉外管辖权,也因此其涉外民事管辖权的规定,比较大陆法系而言,是独立的。上世纪中期以来,随着国际民商事交往日益密切,法院受理民商事案件激增,即使是长期通过适用国内管辖权规定来确立法院涉外管辖权的德国和日本法院,也深感这种做法的不足,纷纷在司法实践中通过判例确认这种做法之不足,并确立了独立的国际民事管辖权规范。

在德国,早在1915年,德国帝国法院在一项涉及到《德国民事诉讼法》第549(2)条的判决中就明确指出,确定国内民事管辖权的条款也适用于国际民事管辖权的确立。<sup>⑤</sup>1949年以后,德国联邦法院在涉及到《德国民事诉讼法》第512(a)条的判决中,也接受了帝国法院的观点,认为有关国内民事管辖权的条款也可准用于国际民事管辖权的确立。直到1965年,德国联邦法院最高民事法庭在涉及上述两项条款的上诉案中,<sup>⑥</sup>作出了一个划时代的判决,认为上述两项有

① 此外还有涉外推定管辖和国内推定管辖也予以了合并,即删除原《民事诉讼法》第243条有关涉外推定管辖的规定,而统一规定在现行《民事诉讼法》第127条第2款。

② Koji Takahashi, *Japan's New Act on International Jurisdiction* (ebook ISBN: 978-1-4660-5756-2, 2011), p. 1.

③ Arthur von Mehren, "Theory and Practice of Adjudatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems", (2002) 172 *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1, p. 68.

④ 在英国,管辖权规则包含在《1996年民事诉讼规则》(Civil Procedure Rule of 1998)和《最高法院法》(The Supreme Court Act of 1982),包括了涉外管辖和国内案件管辖规则。在美国,管辖权规则规定在各州的民事诉讼法典中,联邦法院对民事案件的管辖权主要是涉外管辖权(jurisdiction based on diversity of citizenships),则由特别法规定。

⑤ RG, 25 June 1915, [1915] *Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen* 376, No. 274, cited from Arthur von Mehren, "Theory and Practice of Adjudatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems", p. 172.

⑥ BGH, 14 June 1965, 44 BGHZ 46, cited from Arthur von Mehren, "Theory and Practice of Adjudatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems", p. 172.

美国内管辖权规定的条款，不能类推适用于涉及国际管辖权的问题；国内管辖权和国际管辖权具有本质的不同，前者仅仅涉及诉讼便利，不会对实体法律和程序法律的适用产生影响；而后者则不仅涉及当事人的诉讼便利，更影响实体法与程序法的运用，甚至决定案件结果。德国最高法院的这一判决的重大贡献之一，就是将国内管辖权规定和国际管辖权规定区分开来了。

日本民事诉讼法典自 1890 年颁布后，直到 2011 年，历经多次修正，都没有就涉外民事管辖权作出明文规定。1981 年，日本最高法院在“马来西亚航空公司”案 (*Malaysian Airline System Berhad v. Goto*)<sup>①</sup> 中首次通过判例确认，类推适用国内民事管辖权规定来确立国际民事管辖权，符合程序正义原则。但是，这种类推适用也带来了国际民事管辖权的不适当的扩张。为此，日本最高法院又在 1996 年的“家用汽车经销”案 (*Family K. K. v. Miyahar*)<sup>②</sup> 中确立日本的不方便法院原则——“特殊情形原则”。根据该原则，即使类推适用国内民事管辖权规则确定日本法院对某一涉外案件具有管辖权，如果存在特殊情形时，日本法院也不应该行使管辖权。如日本学者所公认，日本这种以国内民事管辖权规定类推适用为基础形成的国际民事管辖权体系，具有不可预见性等缺陷。<sup>③</sup> 这促使日本司法部法律委员会成立了国际民事管辖权分委员会，自 2008 年 10 月开始起草专门的国际民事管辖权成文法，终于 2010 年形成草案，2011 年 4 月由日本国会通过，2012 年 4 月 1 日生效，从而第一次以专门法律的形式对涉外民事管辖权制度进行了规定。<sup>④</sup>

区分国内民事管辖权和涉外民事管辖权，是两种管辖权不同性质所决定的。涉外民事管辖权规则，确定对一个涉外案件哪一个国家的法院有管辖权；国内民事管辖权规则，或者说法庭地规则 (Venue)，则规定某一个国家内部哪一个地方、哪一个级别的法院对案件具有一审管辖权。可以说，在国际民事案件与日俱增的全球化时代，还拘泥于类推适用国内管辖权规则来确定国际管辖权的方法，无疑有抱残守缺之嫌，不值得提倡。

现行《民事诉讼法》还保留了专门用于确定涉外民事管辖权的规范，即第 265 条关于特殊管辖的规定和第 266 条关于三资企业合同纠纷专属管辖的规定。其中关于特殊管辖的规定，在国内管辖权规则中也相应存在，如果按照准用理论，这一条也可以取消，直接类推适用国内管辖权规定。

总而言之，在 2013 年前，我国《民事诉讼法》对涉外管辖权，包括涉外协议管辖，是单独在涉外篇中专门规定的，尽管规定并不完善，还有待改进，但表明当时的立法者意识到了涉外管辖权有别于国内管辖权。

实际上，涉外协议管辖和国内协议管辖的区分是泾渭分明的，前者出现在涉外合同中，而后者出现在纯粹的国内合同中，是不能也不易混淆的；其法律含义如前所述，也并不一样。完善协议管辖制度，首先应该区分国内协议管辖和涉外协议管辖，分别加以规定，而不是合并规定。

① 35 Minshu 1224 (Sup. Ct., Oct. 16, 1981).

② 51 Minshu 4055 (Sup. Ct., Nov. 11, 1997).

③ See Akihiro Hironaka, “Jurisdictional Theory ‘Made in Japan’: Convergence of U. S. and Continental European Approaches”, (2004) 37 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1317, pp. 1343–1349.

④ Koji Takahashi, *Japan’s New Act on International Jurisdiction*, p. 3.

## 二 应该区分选择中国法院和选择外国法院的涉外管辖协议

现行《民事诉讼法》关于协议管辖的规定，因为将国内协议管辖和国际协议管辖合并，当然也无法充分吸收容纳我国司法审判实践有关涉外协议管辖的丰富经验。我国过去司法审判实践将涉外管辖协议区分选择中国法院和选择外国法院的管辖协议，分别具体处理。

这种区分选择内国法院的管辖权协议和选择外国法院的管辖权协议而不同对待，也为许多国家司法实践长期奉行，体现了司法主权对不同种类意思自治有着不同程度的妥协。

英国法院对于涉外协议管辖当事人选择英国法院（内国法院）管辖的案件，是毫无例外要主张管辖权的，其理由是当事人明示的服从（*submission*）。<sup>①</sup>对于选择外国法院的管辖协议，英国法院并非一概承认，而是要按照两个标准来判断其效力。第一个标准，是英国法院在1958年的“菲哈马恩”案（*The Fehmarn*）中确立的，<sup>②</sup>即不能允许当事人通过管辖协议剥夺英国法院本应享有的管辖权。第二个标准，是英国法院在1970年“艾丽丝雅”案（*The Eleftheria*）<sup>③</sup>中所列举的判断选择外国法院的管辖权效力的一系列因素，包括外国法院取得证据和举行审判的难易，是否适用外国法律以及外国法律是否与英国法律有实质区别，原被告在选择的外国法院诉讼的负担，在选定的外国法院获得的判决执行的难易程度等。<sup>④</sup>根据上述标准，尽管英国法院在大多数情况下都承认当事人选定外国法院的管辖协议，<sup>⑤</sup>但也不乏否认这类管辖协议效力的实践。<sup>⑥</sup>

美国和英国一样，对选择内国法院的管辖协议和选择外国法院的管辖协议区别对待。对于选择内国法院管辖协议，由于没有剥夺内国法院本来应有的管辖权，予以承认。对于选择外国法院的管辖协议，直到1972年的“不莱蒙”（*The Bremen v. Zapata Off-shore Co.*）案，<sup>⑦</sup>基本上都是持否定态度的。“不莱蒙”案确立美国法院承认选择外国法院管辖协议效力的基本态度，这一原则甚至适用于消费者合同中选择外国法院的管辖协议。<sup>⑧</sup>可以说，美国从最不愿承认选择外国法院管辖协议的国家，一跃成为了支持选择外国法院管辖协议效力的最为积极的国家。

德国关于协议管辖的规定，在其加入《布鲁塞尔公约》之前，区分选择法庭地的管辖协议和选择国际管辖权的协议，实际上是变相区分选择德国法院的管辖协议和选择外国法院的管辖协议。对于选择法庭地的管辖协议，当事人具有广泛的自由。对于涉外管辖协议，则经历了一个1877年《德国民事诉讼法》广泛支持，到1974年《民事诉讼法改革法》有限支持，即仅支持商人之间的涉外管辖协议的历程。<sup>⑨</sup>德国加入《布鲁塞尔公约》后，涉外管辖协议在德国又受该公

① *The Standard Steamship and Indemnity Association Ltd v. Gann*, [1992] 2 Ll. R 528; *British Aerospace plc v. Dee Howard Co.*, [1993] 1 Ll. R 368; *Communications Ltd v. Communication Telesystem International*, [1999] 2 All ER (Comm.) 33.

② *The Fehmarn*, [1958] 1 WLR 159 CA.

③ *The Eleftheria*, [1970] P 94 (English High Court).

④ J. G. Collier, *Conflict of laws* (London: Cambridge Press, 3<sup>rd</sup> edn., 2001), p. 97.

⑤ *The Pioneer Container*, [1994] 2 AC 324 PC.

⑥ *Citi-March Ltd v. Neptune Orient Lines Ltd*, [1965] 1 WLR 1367.

⑦ *The Bremen v. Zapata Off-shore Co.*, 407 US 1 (1972).

⑧ *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991).

⑨ See Arthur von Mehren, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems", pp. 258 - 262.

约的规范。现在根据最新修正的《布鲁塞尔条例》，在德国法院涉讼的涉外管辖协议又受该条例的支配。《布鲁塞尔条例》没有区分选择内国法院和选择外国法院的管辖协议，其原因是两类管辖协议完全受同样的规则支配。<sup>①</sup>

如后文所述，我国在司法实践上，对于选择中国法院和选择外国法院的涉外协议管辖，无论其构成要件如是否需要“实际联系”，还是违反“专属管辖和级别管辖”的法律后果，都有不同的规定。仅仅通过单一的协议管辖条款，不仅无法反映这种差异，还造成司法实践和立法不同的印象。因此，通过明确区分选择中国法院和选择外国法院的管辖协议，克服立法与司法实践不一的尴尬，符合法律的明确性要求。

### 三 涉外管辖协议应该区别规定“实际联系”标准

现行《民事诉讼法》关于协议管辖规定，增加了确定“实际联系”的判断标准，这是对之前司法解释的吸纳，值得肯定。但是仔细考察我国有关协议管辖的司法解释和实践，就会发现作为实践结晶的有关实际联系的诸多规定未能充分纳入，有挂一漏万之嫌。我国现行的司法解释和实践区分选择中国法院和选择外国法院的管辖协议，而对“实际联系”有不同要求。

#### （一）选择中国法院的涉外管辖协议

对于选择中国法院专属管辖的协议，被选择的中国法院并不要求与争议具有实际联系。例如我国《海事诉讼特别程序法》第8条规定：“海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织，当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的，即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内，中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。”这表明海事案件中协议管辖指定中国法院时，不要求中国法院与争议具有任何实际联系。

最高人民法院2004所颁布的《最高人民法院涉外商事海事审判实务问题解答（一）》（以下简称《解答》）第6条规定：“对于发生在我国境外的商事纠纷，除涉及不动产物权的纠纷外，当事人书面协议选择到我国法院进行诉讼的，我国法院就取得对该案的管辖权。”也就是说，对于涉外商事纠纷来说，只要当事人选择了中国法院，除此以外中国与案件别无其他联系，中国法院还是能够依据管辖协议主张管辖权。

现行《民事诉讼法》关于涉外协议管辖的规定是针对“合同和财产权益纠纷”。理论上说，这一范围实际上就是指家庭法案件以外的民商事案件，主要就是上述规定所说的商事案件，包括海事案件。因此，将上述司法解释和立法规定合并起来解释，显而易见，涉外合同和财产权益纠纷，选择中国法院管辖，并不需要“实际联系”。

#### （二）选择外国法院的涉外管辖权协议

对选择外国法院的管辖协议，司法解释和实践则坚持应该符合“实际联系”标准。但对

<sup>①</sup> 原来的《布鲁塞尔条例 I》只适用于被告在成员国境内有住所的案件，但是这样就造成了对于成员国居民和非成员国居民的歧视，修正后的《布鲁塞尔条例 I》在一定程度上改变了这一状况，其中包括对涉及住所不在成员国的被告的案件，《条例 I》有关协议管辖的规定也要适用。See, Article 33, 34 of Recast of Brussels Regulation I of 2012.

什么是“实际联系”，则在司法实践中争讼最多。

最高人民法院分别在2004年《解答》<sup>①</sup>和2005年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要会议纪要》（以下简称《纪要》）中规定了什么叫“有实际联系的地点”，即包括“当事人住所地、登记地、主要营业地或营业地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等”。上述规定非常清楚，不过在实践中有两个问题：第一，是否还有其他因素可以作为判断实际联系的标准；第二，是否只要上述任何因素存在，“实际联系”就存在，即充分条件问题。对前一个问题最高人民法院给予肯定答复，对后一个问题下级法院判决则相互冲突。

就第一个问题来说，最高人民法院曾经在批复江苏省高级人民法院的“中化连云港公司与中海星综合贸易公司案”中确认，如果一个选择外国法院的管辖协议，同时指定该外国法院所属国的法律作为合同的准据法，以“该外国法院所属国的法律作为合同的准据法”就构成了该外国和争议之间的“实际联系”，即使除此以外，该外国与争议无任何其他联系，该管辖权条款并不因为缺乏实际联系而无效。在该案件中，当事人分别在一份买卖尿素合同的第13条、第17条、第18条约定，“合同受瑞士法律支配，合同当事人如果发生争议，应该提交仲裁，或者应该提交瑞士苏黎世法院裁决。”<sup>②</sup>江苏省高级人民法院就这一案件请示最高人民法院，最高人民法院最后答复，“实际联系”包括通过选择某一个国家的法律而建立的联系，从而肯定了合同中管辖权协议是有效的。<sup>③</sup>

这一判决意见，在2009年最高人民法院判决的山东聚丰网络有限公司诉韩国MGAME公司等许可合同纠纷管辖权异议案中也得到了确认。<sup>④</sup>在该案中，聚丰公司和MGAME公司就网络游戏英雄在大陆的许可运营签订授权协议，后因合同履行发生争议，诉至山东省高级人民法院。被告韩国公司依据许可协议中的法院选择条款，提出管辖权异议。该许可协议的第21条规定：“本协议应当受中国法律管辖并根据中国法律解释。由本协议产生或与本协议相关的所有的争议应当在新加坡最终解决，且所有本协议产生的争议应当接受新加坡的司法管辖。”最高人民法院判决该管辖权条款无效，认为管辖权条款所选择的新加坡法院与争议没有任何联系，“新加坡既非当事人住所地，又非合同履行地、合同签订地、标的物所在地，同时本案当事人协议选择适用的法律也并非新加坡法律，上诉人也未能证明新加坡与本案争议有其他实际联系。”<sup>⑤</sup>最高人民法院从而在判决中明确提到了合同准据法是协议法院所属国的法律也可以作为“实际联系”的判断标准。

就第二个问题来说，存在着相互矛盾的判决。在前述的“中化连云港公司”案中，尽管只有当事人选择瑞士法律这一个因素，最高人民法院也确认了该因素单独足以构成“实际联系”。但在有些下级法院的判决中，仅有一个因素却不足以构成“实际联系”，让人难以索解。如在原告中国保险股份有限公司香港分公司诉荷兰铁行渣华邮船公司和福建省瑁头海运公司案中，<sup>⑥</sup>原告系一批货物的保险人，两被告系该批货物的承运人。因为货物在运输过程中灭失，原告在依保险合同理赔后取得代位求偿权，对两被告提起诉讼。根据提单背面条款第25条：运输合同项下

① 参见《最高人民法院涉外商事海事审判实务问题解答（一）》第1条、2005年《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要会议纪要》第4条。

② 奚晓明：《论我国涉外民事诉讼中的协议管辖的决定》，载《法律适用》2002年第3期，第14页。

③ 奚晓明：《论我国涉外民事诉讼中的协议管辖的决定》，第16页。

④ 最高人民法院（2009）民三终字第4号民事裁定书。

⑤ 最高人民法院（2009）民三终字第4号民事裁定书。

⑥ 该案判决于1997年4月3日作出，判决书请参见北大法意网，[http://www.lawyee.org/Case/Case\\_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=13894](http://www.lawyee.org/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&RID=13894)，最后访问时间：2014年10月2日。

的任何诉讼必须由荷兰鹿特丹法院审理。厦门海事法院经审查认为：提单约定的鹿特丹法院仅为本案其中一个被告的住所地法院，鹿特丹非本次运输货物的起运地、中转地、目的地以及海事事故发生地，与本案争议并无“实际联系”，遂否定了该管辖协议的效力。

按照最高人民法院的司法解释，当事人的住所地在本案中即被告的住所地即为鹿特丹，即构成认定“实际联系”的充分条件，理应认定存在“实际联系”，厦门海事法院却以因素的多少而不是以连接因素的有无来确定“实际联系”，显然缺乏充分理由。类似的案件还有广州海事法院审理的中国人民保险公司广州市分公司与中波轮船股份公司海上货物运输货损纠纷案。<sup>①</sup>

现行《民事诉讼法》修正的条文，增加了关于“实际联系”判断的标准，但是没有明确将选择外国法作为实际联系因素，显然与过去司法实践不合。

值得注意的是，对于选择外国法院需要“实际联系”，大多数国家如法国、德国、英国、美国都肯定当事人选择第三国中立法院作为国际商事争议的管辖法院的管辖协议。<sup>②</sup> 最高人民法院要求准据法或者其他因素作为连接因素，置当事人希望选择第三方中立法院的意思于不顾，否定当事人选择中立第三国法院的协议，有损当事人意思自治原则的适用。最高人民法院增加法律选择作为确定连接因素的标准，一方面虽然增加了管辖权协议得到承认的机会，值得肯定，但更进一步增加了法律的不确定性。尤其需要指出，海牙《法院选择协议公约》是有关涉外协议管辖的专门公约，虽然对我国尚未生效，但是由于其巨大影响，应该具有国际惯例的地位。我国法律关于“实际联系”的规定与该公约的有关规定也背道而驰，亦有学者对此予以批判，认为应该废除“实际联系”标准，以更大程度上尊重当事人意思自治。<sup>③</sup>

笔者认为，是否加入海牙《法院选择协议公约》，从而废除“实际联系”标准，根本上取决如何平衡当事人意思自治和司法主权的关系，立法机关自有考量。如果他们也认为废除“实际联系”可以更大限度尊重当事人意思自治，有力促进国际民商事活动当事人正当期望的保护，当然值得欢迎。反之，即使立法机关认为暂时还不应废除“实际联系”以适当限制当事人意思自由在涉外民事管辖权确定中的作用，亦为不可。无论何种做法，完善涉外协议管辖，应该明确“实际联系”标准只是适用于选择外国法院的涉外协议管辖，增加“法律选择”亦作为判断“实际联系”的标准，并明确规定，任何一个因素即构成判断“实际联系”的充分条件，方可以使这一规定具有明确性，可操作性，而不被滥用。

#### 四 涉外管辖协议违反专属管辖和级别管辖的法律效果

现行《民事诉讼法》第34条规定，管辖协议“不能违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定”。司法实践中，选择外国法院的管辖协议和选择中国法院的管辖协议，违反我国有关专属管辖的规定，其法律效果是不同的。选择中国法院的管辖协议，即使违反了级别管辖和专属管辖的规定，并不当然是无效。而选择外国法院的管辖协议，不存在违反我国级别管辖的问题。对于违

① 谢美山、李涛：《提单管辖权》，载何丽新、吴海燕主编：《海商法案例精解》，厦门大学出版社2004年版，第121页。

② James J. Fawcett, “General Report”, in James J. Fawcett (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 54.

③ 杜焕芳：《协议选择外国法院条款是否有效》，载《人民法院报》2010年2月24日，第7版。

反我国专属管辖的，也并不当然无效。此外，对违反外国法院专属管辖的管辖协议，效果如何，是否规定，也值得思考。现行规定，对选择中国法院的涉外协议管辖，形同具文；对选择外国法院的，又有过渡规范之嫌。

### （一）选择中国法院的管辖协议

选择中国法院的管辖协议违反了我国有关级别管辖的规定时，最高人民法院明确规定，受理案件的法院应当按照级别管辖的规定移送有管辖权的人民法院审理。<sup>①</sup>这一规定是合理的，也与海牙《法院选择协议公约》中规定相一致。<sup>②</sup>这一规定的理由是，涉外管辖协议所选择的乃是国际民事管辖权，而不是国内法上的法庭地，后者应该按照国内法的规定予以确认。选择中国法院的管辖协议只是确定了中国法院对案件的国际民事管辖权，如果这一协议确定国内法庭地有误或者甚至没有规定国内法庭地，并不影响其有效性，国内法庭地应该按照国内法规则进行确认。

选择中国法院的管辖协议违反我国有关专属管辖规定时，其法律效果如何，现行法律没有进行规定，为法律漏洞。学者们也对这一问题未予置评。<sup>③</sup>涉外管辖协议所确定的是具有涉外管辖权的法院，而非国内法庭地。应该认为，只要选择了中国法院，即使所指定的法院按照中国法律是不应该具有管辖权的法庭地，已经不存在违反中国法院的专属管辖的问题了，应该肯定其效力。比如一桩涉及在中国上海的不动产的案件，当事人之间有选择北京市相关中级人民法院管辖的协议，此时，从涉外民事管辖权的确定来看，并没有违反中国法院的专属管辖权。虽然从国内法庭地有关专属管辖的角度来看，北京法院审理并不适当，却不能因违反专属管辖而否定当事人之间的管辖权协议，而应根据中国的相关法律，将案件移交最合适的国内法庭地法院本例中的上海市相关中级人民法院管辖。

如果一个选择中国法院的管辖协议违反了外国法院的专属管辖，其效果又当如何？最高人民法院在《解答》第6条中规定：“对于发生在我国境外的商事纠纷，除涉及不动产物权的纠纷外，当事人书面协议选择到我国法院进行诉讼的，我国法院就取得对该案的管辖权。”反面解释该条，如果发生在我国境外的商事纠纷是涉及到位于外国的不动产物权的纠纷，即使当事人约定到我国法院起诉，我国法院也不能够取得对这一案件的管辖权。笔者揣测其理由是因为世界上几乎所有国家都对有关不动产的纠纷主张专属管辖权，我国法院应以尊重。<sup>④</sup>《日本民事管辖权新法》对此有明文规定，依照该法应该由外国法院专属管辖的案件，<sup>⑤</sup>日本法院不行使管辖权。<sup>⑥</sup>

① 参见《最高人民法院涉外商事海事审判实务问题解答（一）》第2条。

② See Article 5 (2) of Hague Convention on Choice of Court Agreements.

③ 参见杜焕芳：《协议选择外国法院条款是否有效》，载《人民法院报》2010年2月24日，第7版。

④ 各国对不动产纠纷的内涵界定并不完全一致。关于这一点可以参见《布鲁塞尔条例I》《日本民事管辖权新法》《美国第二次冲突法重述》等。

⑤ 即日本只是在自己法律规定的专属管辖权的范围内承认他国法院的专属管辖权。但是如果其他国家的专属管辖权的范围超过了日本有关国际民事专属管辖权规定的范围，这种外国的专属管辖权也是得不到日本法院的承认的。举例来说，有的欧盟国家根据《布鲁塞尔条例I》承认对公司内部事务引起的诉讼由公司的注册地法院专属管辖，而《日本民事管辖权新法》则没有将公司内部事务引起的诉讼归入专属管辖权的范围，如果有德国和法国的双方当事人之间协议将涉及公司内部事务的诉讼交付公司注册地法院以外的其他法院专属管辖，这个管辖权协议如果在日本涉讼，日本法院不会因为该协议违反了《布鲁塞尔条例I》有关公司内部事务专属管辖的规定而宣布该管辖权协议无效，因为日本法律没有规定涉及公司内部事务的诉讼应该由公司注册地法院专属管辖。

⑥ Koji Takahash, *Japan's New Act on International Jurisdiction*, p. 10.



## （二）选择外国法院的管辖协议

选择外国法院的协议管辖，如果违反我国法院的专属管辖，根据原《民事诉讼法》司法解释第305条，该管辖权协议应该无效。<sup>①</sup>其次，因为所选择的法院都不是我国法院，所以没有违反级别管辖的问题。

另有一个值得注意的问题，即一个选择外国法院的管辖协议如果违反第三国的专属管辖，是否有效？我国目前对这一问题并没有规定，也没有司法判例涉此问题。日本学者认为，最新制定的日本国际民事诉讼新法对这一问题也有适用的余地，即一个法院选择协议，如果违反外国的专属管辖，也应该无效。<sup>②</sup>我国是否应该对此作出规定，值得思考。

综上，应该区别选择中国法院和选择外国法院的管辖协议，对违反我国有关专属管辖和级别管辖的法律效果，也加以规定。

## 五 涉外管辖协议的准据法问题

《民事诉讼法》没有对涉外管辖协议的准据法问题作出明确规定，实为缺憾。值得指出的是，我国对涉外仲裁协议的准据法是有规定的。<sup>③</sup>对同为争议解决条款的涉外管辖协议，不作规定，构成法律漏洞。涉外管辖协议的准据法是指支配管辖协议的法律，这一法律通常决定管辖协议的效力、管辖协议是否为排他性管辖条款，管辖权条款是否适用于所涉纠纷即管辖权条款的范围以及是否违反强行法等问题。

在司法实践中，最高人民法院已经对这一问题作出了明确的回答，即涉外管辖协议在中国法院涉讼，其准据法是法院地法即中国法。最高人民法院在聚丰公司案件中明确指出，<sup>④</sup>选择外国法院的管辖协议在我国法院诉讼时应该适用我国法律，即法院地的法律。这一法律立场，具有简单明确和可操作性强的优点；但是也有缺点，即给予当事人通过挑选法院来否定管辖协议效力的机会，易于导致意思自治不得尊重，当事人正当期望遭到破坏。

与此相关有三点值得指出，其一是最高人民法院关于“选择外国法院的涉外管辖协议应该适用受理案件的法院地法来决定其有效性”的裁判要旨，与海牙《法院选择协议公约》的规定旨趣相异。根据海牙《法院选择协议公约》规定，法院选择协议的准据法，一般情况下，应该所选择法院所属国家的法律。只有在根据受理案件所属国家的法律，管辖协议的当事人欠缺行为能力，或者管辖协议明显违反受理案件所属国家的公共秩序或者导致明显不公时，才能根据受理案件所属国家的法律宣告法院选择协议无效。<sup>⑤</sup>这里所说的受理案件所属国法律，以及被选择法

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（法发〔1992〕22号）以及《最高人民法院关于调整司法解释等文件中引用〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文序号的决定》（实施日期：2008年12月31日）第305条规定：依照（2007年——笔者注）《民事诉讼法》第34条和第244条规定，属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。……这里有一个问题，即是否违反我国法律规定的专属管辖都应无效，涉及到我国专属管辖合理与否的问题，本文不在此讨论。

② Koji Takahashi, *Japan's New Act on International Jurisdiction*, p. 10.

③ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第18条。

④ 最高人民法院（2009）民三终字第4号民事裁定书。

⑤ See Article 5 (1) and Article 6 (a) of Hague Convention on Choice of Court Agreements.

院所属国法律, 不仅包括实体法, 还包括冲突法。<sup>①</sup>

其二是我国还未决定要加入海牙《法院选择协议公约》, 因此最高人民法院在聚丰案件中有关协议管辖准据法的意见将是有关现行法律的权威立场。笔者认为, 在以成文法为基础, 以判例法为例外的中国, 对于最高人民法院已经明确的上述法律立场, 如果能够在有关涉外协议管辖的立法或者司法解释中明确, 将有助于增强法律的明确性和便利司法。

其三是我国司法实践提及了非排他性协议管辖的效力,<sup>②</sup> 但是对于如何判断某一涉外管辖协议是否具有排他性, 没有规定, 司法实践中也未见相关判例, 是否应设规定, 值得思考。

## 六 涉外协议管辖中的弱者保护的规定

现行《民事诉讼法》的规定, 没有针对管辖权协议中的弱者保护作出专门的规定。在涉及管辖权协议中的弱者保护问题时, 世界各国的立法司法实践主要有两种做法。

一种做法是通过一般合同法对管辖权协议予以规范, 典型的例子是美国。<sup>③</sup> 美国《第二次冲突法重述》第80条规定, 协议管辖除非“不公平或不合理”(unfair or unreasonable), 一般应该得到承认和执行。其评论部分则说明了构成不公平或者不合理的情形包括管辖权协议是“基于胁迫或者是当事人不平等谈判力量不当运用的结果”。<sup>④</sup> 美国法的这种模式, 具有注重个案正义, 易于通过判例发展法律的优点, 不足之处则是缺乏明确性和可预见性。我国司法实践中尽管还没有运用一般合同法来确认管辖协议效力的判决, 但是一般合同法关于合同效力以及关于格式合同的规定, 在保护作为管辖协议一方当事人的弱者比如消费者方面也有适用的余地。<sup>⑤</sup>

另一种做法是作为民法法系的欧洲国家的做法, 通过区分管辖协议的类型对管辖协议中的弱者保护作出专门规定, 比如在欧盟的《布鲁塞尔条例I》第13条、<sup>⑥</sup> 第17条、<sup>⑦</sup> 第21条<sup>⑧</sup>分别规定了在保险合同、消费者合同和雇佣合同中管辖协议必须是有利于弱者诸如投保人、消费者和受雇人的。这些规定, 具有明确清楚的优势, 但是也有过于机械的毛病, 在出现其他类型的弱者需要保护时, 无法得到适用。

① See, Ronald A. Brand & Paul Herrup, *the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents* (London: Cambridge University Press, 2008), pp. 80-90.

② 参见《第二次全国涉外商事审判工作会议纪要》第12条。

③ See Arthur von Mehren, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems", pp. 250-251.

④ See *Restatement of Conflict of Laws*, § 80 and its comments.

⑤ 参见《合同法》第39条至第41条以及第44条至53条。

⑥ 根据该条的规定, 有关保险合同的管辖协议必须是在争议发生以后缔结的, 并且是赋予保单持有人, 被保险人或者受益人在法定的具有管辖权以外的法院起诉的权利, 或者其管辖协议所选定的法院是保单持有人与保险人在管辖权协议订立时共同拥有住所或者惯常居所的地方的法院。

⑦ 根据该条规定, 有关消费者合同的管辖协议必须在争议发生以后缔结的, 并且仅仅赋予消费者在法定的具有管辖权以外的法院起诉的权利, 或者其管辖协议所选定的法院是消费者与其对方当事人在管辖协议订立时共同拥有住所或者惯常居所的地方的法院。

⑧ 根据该条规定, 有关雇佣合同的管辖协议必须在争议发生以后缔结的, 并且仅仅赋予受雇人在法定的具有管辖权以外的法院起诉的权利。

我国法律虽然未设规定，并不意味着在现行法下无法保护弱者的权利，如前所述，采用一般合同法也是可以达到这一目的的。但是，考虑到适用一般合同法来保护弱者的规定具有很大的不确定性；尤其考虑到适用一般合同法来保护管辖协议中的弱者依赖于法官的自由裁量权，法官具有精深的法律知识和高度的法律技巧才能够很好的运用，我国司法体制和法官制度导致法官的自由裁量权的限制，与普通法系法官的差别较大。因此，采用明文规定弱者保护而不是适用一般合同法理发展法律，能够促进法律的明确性和可预见性，是更好的选择。

随着我国日益融入国际社会和国际市场以及更大程度的对国外开放我国的国内市场，涉及跨国经济活动中广泛运用的管辖权条款的争议也会越来越多。对于涉及一些特殊合同的法院选择条款，如保险合同、消费者合同和雇佣合同，基于保护弱者权利的特殊价值取向，进行一定的限制，既然已经是国外的通行做法；而且这种做法，适应了现代社会经济生活的发展实际和社会公正观念，我国的国际民事协议管辖制度也可以考虑采纳。

## 结语：我国涉外协议管辖制度的完善

综合上述论述和考虑，现行《民事诉讼法》第34条对协议管辖的修正，固然略有进步；但就涉外协议管辖的完善而言，考虑到我国过去司法实践结晶和国际法制的最新发展，还有许多遗珠之憾。笔者不揣浅陋，提出下列建议，以供参考。

### 1. 协议管辖

涉外合同和财产权益纠纷的当事人，除法律另有规定，可以在争议发生前或者发生后，书面选择对争议有排他性管辖权的法院。

### 2. 协议管辖的准据法及排他性

前款规定的管辖协议在中国法院诉讼的，应该根据中国法律确定其有效性和适用范围。

当事人的管辖协议没有明确约定其为非排他性管辖协议的，该协议管辖视为排他性协议管辖。当事人订有非排他性管辖协议的，不影响中国法院对案件行使管辖权。

### 3. 选择中国法院的管辖协议

当事人选择中国法院管辖但指定的中国法院不符合中国有关涉外案件级别管辖、专属管辖规定者，应由受理诉讼的中国法院根据级别管辖和专属管辖的规定，将案件移送有管辖权的人民法院审理。

选择中国法院的管辖协议，不得违反不动产所在地国法院的专属管辖权。

### 4. 选择外国法院的管辖协议

当事人选择外国法院的管辖协议，所选择的外国法院与争议没有实际联系者无效。作为当事人的自然人的住所地、惯常居所地，或者法人的登记注册地或者营业所所在地，或者合同的签订地或者履行地，或者标的物所在地，如果上述任何一个地方位于所选择的外国法院所属国领域内，或者被选择外国法院所属国的法律被选择作为法律关系的准据法，所选择的外国法院即视为与争议有实际联系。

选择外国法院的管辖协议违反我国有关专属管辖规定者，我国法院应不承认其法律效力。

选择外国法院的专属管辖协议，不得违反第三国有关不动产案件的专属管辖权。

### 5. 保险合同中的管辖协议

有关保险合同的管辖协议，必须在争议发生以后缔结，并且仅仅赋予保单持有人，被保险人或者受益人在具有法定管辖权法院以外的其他法院起诉的权利，或者其管辖协议所选定的法院是保单持有人与保险人在管辖协议订立时共同拥有住所或者惯常居所的地方的法院。管辖协议约定保险人可以在被保险人、受益人或者保单持有人住所地以外法院起诉的，不发生法律效力。前项规定不影响保险人在被诉时在受诉法院提起反诉的权利。

### 6. 消费者合同中的管辖协议

有关消费者合同的管辖协议，必须在争议发生以后缔结，并且仅仅赋予消费者在具有法定管辖权法院以外的其他法院起诉的权利，或者其管辖协议所选定的法院是消费者与其对方当事人在管辖协议订立时共同拥有住所或者惯常居所的地方的法院。管辖协议约定消费者可以在其住所地以外的其他法院被诉的，不发生法律效力。前项规定不影响被消费者被诉时在受诉法院提起反诉的权利。

### 7. 雇佣合同中的管辖协议

有关雇佣合同的管辖协议，必须在争议发生以后缔结，并且仅仅赋予受雇人在具有法定管辖法院以外的其他法院起诉的权利。管辖协议约定受雇人可以在其住所地以外的其他法院被诉的，不发生法律效力。前项规定不影响雇用人在被受雇人起诉时在受诉法院提起反诉的权利。

另外，要说明的是，如果中国未来有可能加入海牙《法院选择协议公约》，则该公约所规定的协议管辖制度，在其适用范围内的国际商事争议中，成为特殊规定，优先于国内规定适用。

## Foreign-related Choice of Court Agreement: Problems and Improvement

*Gan Yong*

**Abstract:** Foreign-related choice of court agreement is the application of party autonomy in the determination of international civil jurisdiction, and the improvements to this institution are affected by many aspects such as legal tradition, judicial practice, international trade environment. The Civil Procedure Law implemented in 2013 shows defects in the improvement of the choice of court agreements, and it should be improved by separating rules with respect to domestic and foreign-related choice of court agreements, distinguishing choice of Chinese courts agreement and choice of foreign courts agreements by specifying the actual connection requirements and different legal effects of contravening rules regarding the exclusive jurisdiction and tier jurisdiction of Chinese courts, as well as providing for governing law of choice of court agreements and weaker party protection thereto.

**Keywords:** Foreign Choice of Court Agreement, The Civil Procedure Law of the People's Republic of China, Party Autonomy, Actual Connection, Protection of the Weaker Party

(责任编辑:李庆明)