

2005 年海牙《选择法院协议公约》适用范围之评析

叶 斌¹⁾, 李良林²⁾

(¹⁾ 中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430064; ²⁾ 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

摘要 2005 年 6 月海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》, 确立了承认与执行当事人双方约定诉讼法院的争议解决方式, 并就法院的选择、承认及执行法院判决制订了明确的规则, 为排他性选择法院协议的国际民事案件当事人对案件审理结果提供了更大的可预测性和确定性。新海牙公约以列举的方式对公约适用范围进行了界定和限制, 直接关系到各国民事管辖权和判决承认与执行的立法与实践。本文在研究公约新旧文本和报告的基础上, 对公约的适用范围进行分析, 并就我国加入该公约提出了建议。

关键词 海牙国际私法会议; 选择法院协议; 公约; 范围

中图分类号: D99 **文献标识码**: A **文章编号**: 1008-3456(2006)02-0083-10

Comments on the Scope of the New Hague Convention on Choice of Court Agreements

YE Bin¹⁾, LI Liang-lin²⁾

(¹⁾ School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, Hubei, 430064;

²⁾ School of Law, Wuhan University, Wuhan, Hubei, 430072)

Abstract The new Hague Convention on *Choice of Court Agreements* establishes rules for enforcing private party agreements regarding the forum for the resolution of disputes, and rules for recognizing and enforcing the decisions issued by the chosen forum, thus enhancing the predictability and certainty of results of litigation between international business-to-business parties who signed exclusive choice of court agreements. The Convention confines the scope in civil or commercial matters and enumerates many matters as exclusion. Based on a documentary history study of the Choice of Court Convention project, this paper specializes in the scope of the Convention and intends to bring forward suggestions on China's acceptance in the future.

Key words scope, new Hague convention, Choice of Court Agreements, acceptance

2005 年 6 月 30 日, 海牙国际私法会议第二十次大会经与会代表在海牙和平宫通过并签署了最终讨论的议案, 该议案形成了一个全新的多边条约——《选择法院协议公约》(以下简称本公约或新海牙公约)^[1]。相对于 1958 年在纽约通过的《承认与执行外国仲裁裁决公约》(通常简称为 1958 年《纽约公约》), 这个新的海牙公约或许可以称为“海牙诉讼公约”。与《纽约公约》一样, 新海牙公约确立了承

认与执行当事人双方约定诉讼法院的争议解决方式, 并就法院的选择、承认及执行法院判决制订了明确的规则。《纽约公约》得到超过 130 多个国家的加入, 目前尚没有与之匹配的关于承认和执行外国判决的国际公约存在。如果新海牙公约像《纽约公约》那样被广泛接受, 当事人签订国际贸易合同时将会在选择仲裁和选择诉讼之间得到更为平衡的选择^[2]。

收稿日期: 2006-03-16

作者简介: 叶 斌(1977-), 男, 硕士研究生; 研究方向: 冲突法、国际商事诉讼法

一、公约简介

新公约是在目标宏大的《民商事管辖权与判决公约》难产的情况下,与会代表逐步缩小范围、争取最大共识的产物。

1992年,海牙国际私法会议在美国代表团的倡议下开始研究管辖权公约的起草问题,并于1996年成立特别委员会着手起草公约草案。海牙管辖权公约的目的是在民商事诉讼管辖和判决的承认与执行方面制定全球性的统一规则,这一提议被接受并被列入第十九次海牙外交会议的日程。该公约的结构采取所谓的“混合公约”构架,包括三层涵义:其一、规定直接的管辖权规则和判决的承认与执行规则;其二、在管辖权规则中除公约允许的管辖权基础(白色清单)和禁止的管辖权基础(黑色清单)外,还允许国内法管辖权基础(灰色区域)的存在;其三、不同的管辖权基础在判决的承认与执行方面效力各不相同:依白色清单做出的判决应得到承认与执行,以黑色清单为基础做出的判决不能得到缔约国承认与执行,而灰色区域的判决由缔约国依本国法自行决定^[3]。

1999年10月30日,起草公约的特别委员会在经过五次会后,由于欧美立场严重对立,仅通过投票表决的方式勉强达成了供外交大会审议的公约临时草案(1999年草案)。

在2001年6月举行的第十九次外交会议上,欧美双方在法律规则上的分歧加深,最后虽然产生了替代1999年临时草案的“初步案文”,但绝大多数条款均未取得协商一致,由此总务与政策特别委员会就公约的基本走向做出政策选择,回避矛盾,缩小公约范围,仅将能够协商一致的条款纳入公约^[4]。

1. “双重”与“单一”公约

由于分歧巨大,要在目前取得前述令人满意的“混合”公约文本还不可能,各国现有的管辖权规则也相差甚远,对新技术发展如互联网对管辖权的影响尚无法预测,在2001年6月第十九次会议的第一部分结束时,大会决定暂缓考虑草案的下一步工作。为了取得进展,海牙国际私法会议总务与政策特别委员会于2002年4月开会决定,由非正式工作组协助常设局来准备一个文本,起草工作将以商业案件中选择法院协议(choice of court agreements in business - to - business cases)、分支机构管辖权(submission)、被告所在地法院管辖(defendant's

forum)、反诉(counterclaims)、信托(trust)、人身伤害侵权(physical torts)等管辖权依据的核心部分为起点。

在三次会议之后,非正式工作组建议排除其他部分而将目标缩小到商业案件中的选择法院协议。该建议得到成员国的积极响应,2003年12月特别委员会开会决定讨论由非正式工作组准备的草案。该会议产生了一个草案文本,公布为第49号工作文件,该草案的解释报告包括在2004年3月第25号预备文件中。2004年4月开会产生了另一个草案文本,公布为第110号工作文件(修订版),该草案的解释报告包括在2004年12月第26号预备文件中。2005年6月,第二十次外交会议经一系列讨论后最终产生了本公约文本。

由此,新海牙公约兼具“双重”公约和“单一”公约双重特点,即包括管辖权和判决承认与执行双重规则,并且只涉及协议管辖事宜。

2. 公约目的

2005海牙新公约开宗明义,希望通过加强司法合作而促进国际贸易和投资,相信通过统一民商事管辖权和外国判决承认和执行的规则能加强这种合作,相信加强这种合作尤其需要可靠的国际法律制度,以确保商事交易当事人排他性选择法院协议的效力,并规范基于此协议诉讼而发生的对判决的承认与执行。

公约给予当事人做出仲裁条款之外的另一种选择,被选择的法院可能是解决某些争议更为合适的裁判场所。与仲裁条款相比,选择法院条款在某些情况下对当事人更为合适:

- (1) 在诉讼中,当事人可就争议提出充分上诉;
- (2) 与法院适用的法律不同,仲裁中没有正式的证据规则;
- (3) 对案件事实的发现通常受到仲裁本身的限制且很大程度上来自于仲裁员的自由裁量,这可能导致当事者青睐于法院中运用的法律;
- (4) 与仲裁员相比,法官有时更有预见性,更能遵循先例;
- (5) 仲裁并不总是比诉讼便宜、快速,在一些案件中仲裁的灵活性可能导致更为拖沓和更耗资金钱;另外,在当事人仅为了执行一项并无争议的债务时,仲裁就显得多余;
- (6) 关联仲裁没有合并执行力,除非仲裁做出国允许合并关联仲裁事项;

(7) 仲裁裁决是不公开的,而法院裁决是一种公开记录,这对法律发展的透明性是有益的,这使政府有理由鼓励诉讼^[5]。

公约的目的是为了使在国际商事交易中的排他性选择法院协议尽可能的有效。起草者希望,公约在处理选择法院协议上能像1958年《纽约公约》处理仲裁协议一样发挥作用^[6]。

3. 三条基本规则

为了达到公约目的,公约制定了三条基本规则:

- (1) 被选法院应当审理诉讼;
- (2) 其他所有法院都应拒绝管辖;
- (3) 被选法院做出的判决应被其他缔约国法院承认与执行^[7]。

以上三条义务规定在公约第五条、第六条和第八条三个条款中。公约第五条是针对被选法院的条款,它规定排他性选择法院指定的法院有管辖权并应行使该管辖权。第六条是针对所有其他缔约国法院的条款,它规定这些法院应中止或驳回之前的诉讼。第八条针对要求承认判决的法院,它规定排他性选择法院协议指定的缔约国法院做出的判决应得到承认与执行。

通过声明程序,新海牙公约给出了可以选择的第4项规则。缔约国可以声明,其法院将承认和执行非排他性选择法院协议指定的其他缔约国法院做出的判决。这是在磋商中达成的结论,因为大多数行业使用的争议解决条款依靠非排他性选择法院条款。如果缔约国行使这个声明选择,将极大地扩大其法院判决得到其他缔约国法院承认和执行的益处^[8]。

二、公约的适用范围

公约第一条以肯定的方式表示将公约适用范围限定于国际性案件。公约第一条第二款和第三款分别以不同方式对“国际性”作了定义,其中,第二款以限定管辖权为目的,第三款则以限定承认与执行外国判决为目的。

公约第一条第一款明确地将公约的范围限定于三种情形:它只适用于国际性案件;它只适用于排他性选择法院协议;它只适用于民事或商事事项。

1. 国际性

公约将案件限定于国际性案件。代表们在讨论中认为,由于其他国家对一国的国内案件的结果并无合法的利益,一国的国内法应毫无限制地适用于

这些案件。不过,在确定一项案件是否是国际性案件时,有必要考虑公约中“国家”(State)一词的含义。在这一点上,公约为方便起见指出,“国家”(State)一词可以因某种目的指“法域”(territorial unit),如美国的州和加拿大的省;又可为其他目的指国际意义上的国家,如美国和加拿大;此外,根据公约第二十九条它也指如欧盟一样的区域经济一体化组织(Regional Economic Integration Organisations)。因此,如何确定一项国际案件是有些复杂的。

(1) 管辖权上的“国际性”定义。第一条第二款从管辖权规则(见公约第二章)的角度定义“国际性”。该款规定案件是国际性的,除非当事人均是同一缔约国的居民(不论该国法院是否是被选法院,也不论该国法院是否有合法管辖权),且当事人的关系和与争议有关的其他所有因素(不考虑被选法院位置这一因素)仅与该国有联系。

这意味着公约的管辖权规则既适用于当事人是不同缔约国居民的情形,又适用于与争议有关其他诸因素(除去被选法院位置这一因素外)与其他国家有联系的情形。由此,公约排除国内案件的适用。

本文认为,公约对“国际性”的排除法界定,并没有排除一缔约国法院对其他缔约国纯国内案件的管辖。假设居住在德国的两个当事人签订了一项仅在德国履行的合同并同意德国法院具有排他管辖权,而日本法院不因协议而有管辖权,如果当事人向德国法院提起诉讼,且与争议有关的因素仅与德国有联系,该法院将不适用公约第六条(关于未被选法院的义务)而行使管辖权。对于这一点,没有疑义。但是,如果诉讼是向日本法院提出的,日本法院可以依公约第一条第二款认为当事人居住在德国且与争议有关的所有因素仅与德国有关系,因而认为案件是德国的国内案件而驳回诉讼;另外,日本法院也可能因为案件是非国际性的、不在公约范围之内而不受公约第六条的约束,因公约不予调整的当事人默示管辖而不是因选择法院协议受理案件。因此可见,公约并不禁止缔约国对其它缔约国的纯国内案件的管辖,除非缔约国依公约第十九条作出限制管辖权的声明。

(2) 承认与执行的“国际性”定义。第一条第三款从判决的承认与执行(见公约第三章)的角度来定义“国际性”。该款指出,如果要承认与执行的判决是外国的,该案件就是国际性的。这意味着非国际性的案件要在其他缔约国得到承认与执行时,在其

他缔约国看来,要求承认与执行的案件是国际性的。

2. 排他性选择法院协议

在国际经济合同中,经常见到双方当事人选择某国法院作为纠纷起诉地这样的规定。这类关于管辖的合意有多种称法,例如外国法院管辖条款(foreign jurisdiction clause)、法院选择条款(forum selection clause)、法院选择协议(forum selection agreement)、法院条款(forum clause)、选择法院协议(choice of forum agreement)或管辖协议(jurisdiction agreement)。我国民事诉讼法通常称为协议管辖、合意管辖,海牙公约采用了“选择法院协议”一词。选择法院协议在书面合同中通常表述为“双方同意一切因本合同引发的争议均由某某法院管辖”,英文通常表述为“Any dispute arising from this contract shall be subject to the exclusive jurisdiction of the courts of ...”,或“Jurisdiction for any claims which may arise under the Agreement shall lie exclusively with the ... Courts”^[9]。对管辖权的合意,可能是书面的,也可能是口头的,而对于排他性选择法院协议,新海牙公约第三条明确要求必须以书面形式或者通过任何其他事后有据可查的通讯方式做出。

协议管辖是契约自由和私法自治原则在国际民事诉讼领域的自然延伸。涉外民事案件当事人对争议的管辖权做出选择或分配是诉讼法赋予当事人的一种诉讼权利,而当事人依法行使该权利的直接法律效果就是改变了地域管辖的效力,协议管辖可以使原来没有管辖权的外国法院获得管辖权,也可以原本具有管辖权的法院丧失管辖权^[10]。

实践中,协议选择法院可以分为以下几种类型:

- (1) 指定一国的一个或者几个法院或特别法院,并排除其他国家法院的管辖权;
- (2) 指定一国的一个或者几个法院或特别法院,但不表明排除其他国家法院的管辖;
- (3) 指定几国的法院均可管辖,无论有无排除其他法院管辖权的字眼,但实际上当事人仍可在不同国家法院起诉。

事实上,选择法院条款是对国际上重叠民事管辖权的选择,其目的当然是要排除其他国家的法院。公约所谓“排他性”,是指选择一国的法院(无论该国一个或数个法院)而排除所有其他国家法院管辖权。这里的“排他”指排除“所有他国法院”,而非排除“其他法院”。由此“非排他性”,则相应的指数国法院均

可实施管辖的情形。当然,非排他性选择法院条款也有排除某些国家法院管辖的意义。

排他性选择法院协议的优点在于当事人以私法最大化自治的方式在多个管辖权中选择一个国家的法院对争议进行管辖,而使当事人对案件审理结果在合理的范围内存在可预测性和确定性。相反地,非排他性选择法院条款则仅有排除某些特别国家法院管辖的意义,对案件审理结果不具有与排他性选择法院条款同等的可预测性和确定性。

尽管公约在第一条第一款中指出公约适用于排他性选择法院协议,但从公约的第二十二条(关于非排他性选择法院协议的互惠声明)来看,公约并不简单地将非排他性选择法院协议排除适用。就公约的行文和意图而言,公约普遍适用于排他性选择法院协议,而是否适用于非排他性选择法院协议则交由缔约国声明而定,且这种声明只是对非排他性选择法院协议的承认与执行时的特定条件,而不包括管辖权规则。

3. 民事或商事案件

“民事或商事”在海牙国际私法会议的立法中运用已有很长的历史。该术语第一次出现是在 1896 年 11 月 14 日的《民事程序公约》(Convention on Civil Procedure)的第一条、第五条和第十七条。此术语当时立即引起争议,从而在 1904 年第四次会议上以限制过多为由将其删除。此后,该术语开始在其他海牙公约中使用,最有名的是 1965 年 11 月 15 日的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法文书公约》(《海牙送达公约》)和 1970 年 3 月 18 日的《关于从国外获取民事或商事证据公约》(《海牙国外取证公约》)。“民事和商事”(civil and commercial matters)用语则出现在 1971 年 2 月 1 日的《民事和商事外国判决的承认与执行公约》中。这里用连接词“和”(and)代替“或”(or)并没有实质的变化,这里并不说公约只适用于既具有民事性质又具有商事性质的事项,因为商事总是具有民事性质,而民事不一定是商事的^[11]。

《海牙送达公约》和《海牙国外取证公约》得到普通法系和民法法系国家的广泛接受,中国、美国和英国都是这个两公约的参与国。与海牙公约的传统保持一致,从 1896 年起早期的公约就从未对“民事或商事”作过定义,新公约也没有对该用语下定义。在民法法系国家,尽管各国对此的精确定义差别很大,但“民事或商事”术语在这些国家都排除公法事

项。1968年9月27日布鲁塞尔《关于民商事管辖权和判决执行公约》(《布鲁塞尔公约》)的报告指出,“民事”或“民法”在英国和爱尔兰这样的普通法系国家并非技术性用语而可有多种含义,在最大意义上它仅排除刑法。

新公约对“民事或商事”的限定与同类型的国际公约采用相同标准,按2004年5月公约草案报告,公法和刑法被明确地排除在外。据此,公约之所以同时使用民事和商事用语,是因为民事和商事在有的法系被视为独立和并行的概念。该术语并不妨碍有的法系将商事诉讼视为民事诉讼的下位概念。当然,一些明显属于民事和商事的特别事项在公约第二条因不同原因仍被排除于本公约之外,本文予以另述。

同1999年的初步公约草案不同的是,公约第一条未明确将税收、关税和行政事项排除在外。公约之所以如此,是因为这些事项显然不属于民事或商事事项。只有当国家或其他公法主体成为合同的一方时才需要在公法和私法之间划定严格的界限。

2003年4月的初步草案报告中曾指出公约草案将仅适用于B2B交易(business-to-business transactions),而公约正式文本则将范围扩大到了因合同而引起的民事侵权领域。尽管如此,本公约适用对象的商事性还是非常明显的。

三、公约非适用范围

公约第二条以穷尽式列举的方式将一些特别事项排除在公约的适用范围之外,这些款项是对公约范围研究不可或缺的部分,下文对此进行详细的讨论。

1. 公约第二条第一款排除的事项

公约第二条第一款将消费者合同和劳动合同排除在范围之外。

(1)对于消费者合同的排除。公约第二条第一款(a)项要求公约不适用于当事一方为主要以个人、家庭或家庭生活为目的的自然人(消费者)的选择法院协议。公约用注释的方式对“消费者”做出了定义。这一定义与1980年联合国《国际货物销售合同公约》第二条(a)项、1986年海牙《国际货物销售合同法律适用公约》第二条(c)项和2000年《布鲁塞尔规则》第十五条第一款中的规定相同。按本公约第二条第一款(a)项,消费者有以下两个要件:(a)是自然人,法人或非法人组织不是消费者。(b)以个人、家

庭或家庭生活为目的,公约采取了“目的说”,以当事人的目的为判断标准,而不以物品的性质来判断。

由此,根据公约第二条第一款,自然人之间不以消费为目的的国际交易和非自然人之间的消费品国际交易当在本公约范围之内,例如自然人以生产为目的的国际交易和公司跨国消费品交易当在本公约范围内。

又根据公约第二条第二款(l)项和(k)项,因契约关系引起的有形消费品国际财产损害侵权或不法之诉,当在本公约范围之内。

此外,根据公约第二条第五款,政府向非自然人跨国采购合同引起的合同违约和有形财产损害侵权之诉,当在本公约范围之内。

一些国家运用强行法对消费者进行保护,这些国家不承认要求消费者在外国提请诉讼的选择法院协议的效力。公约这项排除性规定既包括消费者与消费者合同,也包括了消费者与非消费者合同。

(2)对劳动合同的排除。公约第二条第一款(b)项排除适用涉及单独或集体劳动合同的选择法院协议。这项排除也适用于由劳动关系引起的侵权诉讼,例如,劳动者在工作中受到的人身伤害。公约以与消费者合同相同的理由排除其适用。公约所指单独劳动同时是单个雇用者与单个受雇者之间的单个合同;集体劳动合同指单个雇用者或一群雇用者与一群受雇者或代表受雇者的譬如商会(工会)组织之间的单个合同。

2. 公约第二条第二款排除的16种事项

公约第二条第二款以逐一列举的方式将属于传统上不适用协议管辖的事项、涉及专属管辖权事项和属于其他条约调整的事项排除在外。

被排除的事项按性质可以分为:

(1)自然人法律能力和家属法问题。(a)项排除自然人的法律能力,(b)、(c)和(d)三项有关婚姻、扶养、遗嘱和继承等涉及自然人身份和财产的亲属法问题。自然人的法律能力除由国际人权条约规定外,对国家而言,当由其本国的实体法和冲突法来解决。对于亲属法问题,涉及一国的公共秩序,各国尚不愿承认涉及人身关系的选择法院条款。另外,海牙国际私法会议已在一系列公约中对这些问题进行规制,如1996年海牙《关于父母责任和儿童保护措施的管辖权、法律适用、承认与执行和合作公约》。(c)项中“婚姻类似关系”一语指法律认可的与婚姻关系相类似的同伴关系和同性婚姻。

(2) 破产问题及法人的能力和消灭。(e) 项排除了破产、和解和类似问题。术语“破产”包括个人的破产和法人破产时清理或清算,而非破产原因的清理或清算由(e)项法人的解散条款处理。术语“和解”指由债务人与债权人签订的债务延期履行合同的和解程序。“类似问题”一语广泛包括可协助破产个人或实体重获债务偿还能力的其他方式,如《美国联邦破产法案》第十一章所用的方式。要指出的是,仅与破产直接有关的事项才被排除在公约之外。例如,因 B 欠 A 一笔钱而与 A 签订了一项协议,协议中包括指定由某国法院管辖的选择法院条款,随后 B 破产。公约可适用于 B 是否在事实上欠 A 钱的诉讼,而不适用于 A 作为 B 的破产债权人问题的诉讼,即使该选择法院协议被解释为包括该问题。

(m) 项排除了包括法人的合法性、无效和解及法人机关决定的效力。法人由国家的主权机关认可成立,自然应由法人的成立地国法院管辖,由此与法人能力的有关的问题因为法人成立地国具有专属管辖权而被排除在公约之外。

(3) 运输问题。指运送乘客和货物,无论海上运输、公路运输、铁路运输、还是空中运输。

2004 年 5 月的草案中仅将海事运输排除在外,主要因为《海牙提单规则》(Hague Rules on Bills of Lading)的成员国可能不愿意接受提单中的选择法院条款。如果条款选择由非《海牙提单规则》成员国管辖,可能发生船主规避《海牙提单规则》中强行法规则,这不是《海牙提单规则》成员国愿意看到的。

对于以其他方式进行运输的问题,国际公路运输协会(IRU)在对草案提交意见时指出,草案条款将与 1956 年日内瓦《公路运送货物合同公约》和 1973 年日内瓦《公路运送乘客和行李合同公约》相抵触而发生违反 1969 年《维也纳条约法公约》的情形,例如影响第三方利益等^[12]。这种抵触是因为运输合同的特殊性而引起的,考虑到这一点,公约将所有运输问题均排除在外,以照顾运输合同的特殊性。

公约把与海事有关的事项均排除在外,除上述海运问题外,(g) 项专门排除海洋污染、海事诉讼的责任范围、一般海损和紧急拖驳及海上救助。这些问题已列入联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)新的立法项目,海牙国际私法会议无意重复立法。包括海运在内的海事问题将被一揽子解决。另外,影响第三方利益的诉讼(如船主的责任范围或一般海损)也会引发特殊问题,需要特别公约独立制

定规则。

(4) 不动产物权及其租赁。除去法人和公共注册之外,不动产物权和特定知识产权的效力被普遍视为专属管辖权内容而排除当事人选择管辖。在很多国家的国内法和《布鲁塞尔公约》、《卢加诺公约》及《布鲁塞尔规则》中,不动产物权属于专属管辖权而禁止选择法院。(l) 项排除了不动产物权,该概念应解释为仅与所有关系和继承有关的不动产物权诉讼,而不指非为诉讼对象或标的的诉讼。因此,A 国不能允许 B 国法院去决定 A 国境内不动产物权的所有者。

就不动产特权的租赁而言,因其在一些国家受到特别立法保护租户而被排除在外。对保护私有家庭来说,排除不动产特权租赁是由于租户也构成公约第二条第一款(a)项中消费者条件。

(5) 部分与知识产权有关的问题。版权及其相邻权以外知识产权的效力和非因合同引起的对版权及其相邻权以外知识产权的侵害被排除在公约之外。

版权和相邻权包括在公约中。其中相邻权,如表演者(例如演员和音乐家)的演出权、录音产品(例如磁带和光盘)的录制权和广播电视机构对广播电视节目的广播权。版权与相邻权的区别在于,版权基于创造新作品产生,譬如歌曲的编曲和书籍的写作;而相邻权则保护作者以外其他人对已存在作品的特别使用(例如通过表演、广播电视或录制),保护广播电视工作者、表演者或录制者对作品的额外贡献。

版权及其相邻权外的知识产权,除因合同而起的诉讼之外,都被排除在公约之外。排除的原因在于,公约只适用于基于排他性选择法院条款而产生的管辖权,而侵犯专利权者不可能做出选择法院的行为。选择法院条款一般仅出现在知识产权正常交易中,对公约的适用只可能是因知识产权合同引发诉讼,由此把版权和相邻权以外的知识产权侵权案件包括在公约之内没有多大意义。

这里,因合同而引起诉讼指为强制执行实体权利的诉讼(例如通过禁令)、为取得违约赔偿金的诉讼、为取得清偿约定版税的诉讼、对合同解释的诉讼、对取消合同的诉讼、为声明合同不存在的诉讼和为取得依照合同无义务的声明的诉讼。这些诉讼包括在公约范围内。

公约有意广泛涵盖知识产权交易合同,特许协

议和知识产权转让协议是最明显的例子,而与知识产权有关的分配合同、联合投资协议和代理协议也包括在内。

对于知识产权侵权案件,在有些国家当事人仅得为事实辩护而由法院来认定是违约还是侵权,而在另一些国家则由当事人决定是提请违约之诉还是侵权之诉,当事人可以为了取得较高的赔偿而进行选择。由此,(o)项排除的实际上因知识产权合同而引起的侵权诉讼,而当事人提请该合同违约之诉仍受本公约规制。

(6)部分侵权问题。人身伤害及因非合同引起的有形财产损害分别被(j)项和(k)项排除在公约外,仅由合同引起的侵权问题在公约范围内。

人身伤害侵权和非合同引起的有形财产损害侵权都涉及到主权国家的强行法和公法的适用,如刑法。对这两种侵权,主权国家不允许当事人选择管辖法院,一方面以示主权对当事人的属人保护,另一方面也避免可能由协议引起的弱方利益的受损。将这两种侵权问题排除在公约范围外,是因他们的特殊性质而定的。

(7)反托拉斯或竞争问题。所谓反托拉斯或竞争问题,指可能根据美国谢尔曼法案和克莱顿法案、《欧盟条约》第八十一条和第八十二条或其他国家相似条款而提请的诉讼。美国称其为“反托拉斯法”(anti-trust law),欧洲称其为“竞争法”(competition law),但该术语不指大陆法系中所谓“不公平竞争”(unfair competition)。

反托拉斯或竞争诉讼因其刑事性质不属于民事或商事,由此依公约第一条第一款排除在外。当然,反托拉斯或竞争问题可以成为私法诉讼的对象。对于违反反托拉斯或竞争法的侵权赔偿之诉,在美国和欧盟都可以提请。哪怕诉讼仅发生在私人之间,由于阻碍了反竞争行为,这些诉讼仍然因影响公共利益而被排除在公约之外。

欧洲法院在 *Courage Ltd v. Crehan* 案中揭示的规则可以说明这项排除,该规则是:被迫接受一项违背欧盟竞争法的合同条款的经济弱势方可以向其他当事人主张赔偿。该规则有双重目的,其一为经济弱势方伸张正义,其二为使公共利益受益。这可能错误地允许经济强势方通过选择法院协议指定非欧盟国家法院来管辖或选择该国法律适用争议而规避该规则^[13]。

(8)核损害责任。此事项已有不少公约规制,如

1960年《关于核能源领域中第三方责任的巴黎公约》、1963年《巴黎公约的辅助公约》、1963年《维也纳公约》和1988年《关于适用维也纳公约和巴黎公约的联合议定书》,这些公约要求核事故发生地国对因该事件引起的赔偿诉讼拥有专属管辖权。本公约中与其他法律文件的关系条款使这些公约优先于本公约。

对于未加入任何核责任公约而拥有核能设施的国家,如加拿大、中国、日本、朝鲜和美国,恐怕也不愿意当事人通过选择法院协议而将争议提交给其他国家管辖。

(9)在公共机构注册的效力。有关在公共机构注册的效力的诉讼,在一些国家的国内法和国际公约(如《布鲁塞尔规则》第二十二条第三款)中被视为传统专属管辖权,而且登记注册常不被视为民事问题。为避免疑虑,公约明确将其排除在外。

四、与公约适用范围有关的其他问题

1. 有关先决问题

公约第二条第三款指出,“尽管有第二款之规定,当与该款有关的问题仅为先决问题且并非诉讼对象时,此诉讼并不排除在本公约范围之外。特别是,如果第二款排除的事项不是诉讼对象,则该事项作为抗辩方式的单纯事实并不使诉讼排除在本公约之外。”

公约第二条第二款排除的16种事项作为先决问题且不是诉讼对象时,仍在公约范围内。所谓先决问题,是指并非诉讼对象但法院不得不决定以便判决的问题。例如,原告以专利特许协议为由主张获得一笔金钱,而被告辩称专利无效而不应支付。这里专利的有效性就成为一个先决问题,法院必须先解决它才能决定主要问题,即是否应给付。又如,被诉违约的自然人辩称自己无缔约能力,主要问题是他是否对违约承担责任,而先决问题是他是否有法律能力。

有些国家禁止当事人在某些情况下对先前已裁定的先决问题重新提请诉讼,美国称之为“争点排除”(issue preclusion)或“间接禁止反言”(collateral estoppel)^[14],英国称之为“争点禁止反言”(issue estoppel);而在有些国家,这些问题可以被重新提请诉讼。这里存在两种关于先决问题的情况,一种是先决问题的裁决,另一种是因先行裁决而作出的判

决问题。对此,公约第十条规定对与公约排除事项有关的先决问题的裁决不应被承认与执行,而对于因与公约排除事项有关的先决问题的先行裁决而作出的判决,被请求法院可以拒绝或达到拒绝的程度。当然,对于与公约排除事项无关的先决问题的承认与执行,依公约规定或依被请求国的国内法。

第二条第一款排除的事项涉及先决问题时,即出现对当事人是否是消费者和是否涉及劳动合同的判定将作为案件先行应解决的问题,是否在公约范围内?从公约的立法技术角度和意图来看,无论是否是先决问题,公约均不作调整。

2. 仲裁及政府和国际组织的豁免权问题

公约明确排除仲裁及其相关诉讼,该规定是为了确保公约不妨碍已有的仲裁公约。

第二条第五款规定,政府、政府办事处或任何代表国家的个人作为当事人的事实并不使诉讼排除于本公约范围之外。当然,不涉及民商事案件的诉讼不在公约之内。《布鲁塞尔公约》第一条也有相似之规定。

当涉及政府或其他公共管理机构时,特别是在合同案件中,可能产生适用上的难题,因为合同并不仅仅因为公共管理机构是当事人而使其不具有民商事性质。当然,如果公共管理机构运用权力以使私人无法履行,则就不再是民商事性质。因此,公共管理机构使用政府权力使一方加入合同,该合同就可能不具有民商事性质。例如,如果政府管理部门将被拘留人员释放是基于他签订了一份缴付大量金钱以使其不被审判的协议,该协议与刑事诉讼有很紧密的关系而被排除在公约之外。在政府的豁免权问题上,第二条第六款指出,公约完全不影响主权国家、主权国家的实体或国际组织的特权和豁免。

3. 保险及再保险合同

本公约在第四章的一般条款中明确规定公约适用于保险和再保险合同。

根据公约第三条对排他性选择法院协议的定义,选择法院协议有可能涉及第三人。倘若原当事人同意选择法院协议,第三人从原当事人一方接管到权利和义务并欲提起诉讼,尽管他原来未明示同意该协议,但是他也受选择法院协议的约束。在一些国家,关于“直接诉讼”(direct action)的法律允许侵权案件的受害人向侵权行为人的保险人直接提起诉讼,而无须先行向侵权行为人提起诉讼。这种情况下,如果依相关法律受害人可视为已从侵权行

为人与保险人之间的合同中继受到侵权行为人的权利和义务,受害人提请诉讼的权利基于这一事实,那么受害人将受保险单中任何选择法院协议的约束^[15]。

公约第十七条第一款明确规定了涉及第三人的情形,即对于保险或再保险合同提起的诉讼,不因公约不适用的事项与保险或再保险合同有关系而排除在公约之外。如果诉讼因涉及旅客和货物运输、不动产物权和租赁等被公约第二条第二款所排除的事项的保险及再保险合同而引起,该诉讼并不当然地排除在公约的适用范围之外。

4. 声明条款

公约在第四章一般条款中规定了缔约国可以采取的四项声明,以便缔约国缩小公约的适用而使公约获得更广泛的接受。根据1969年《维也纳条约法》第二十一条保留的法律效果对另一当事国而言,在其与保留国的关系上按同一范围改变有关规定;另外缔约国可以对别国提出的保留提出反对^[16]。由于保留极其复杂,公约在起草时否定了使用“保留”的提议而采取“声明”。公约不鼓励任何保留,对是否允许保留保持沉默,这似乎有意避免将声明解释为保留。

第十九条和第二十条两条声明仅限制声明作出国法院的行为,并没有像第二十一条和第二十二条那样明确将法律效果及与有关的其他缔约国。公约第十九条提供缔约国限制管辖权的声明条款,依该声明缔约国法院可以拒绝裁决争议与指定法院所在国无实质联系的案件。另外,第二十条提供缔约国限制承认与执行的声明条款,依该声明缔约国法院可以拒绝承认与执行另一缔约国作出的实质属于被请求国国内案件的判决。

公约第二十一条是关于特殊事项的声明条款。公约在草案中指与石棉有关的涉及各国重大利益的问题。为扩大各国对公约的采纳,公约特别将此条款普遍化,允许缔约国在加入本公约时对涉及本国重大利益的特殊事项做出声明。公约并没有对特别事项做出定义,而完全由缔约国自行决定。这一声明条款非常重要,反映了各国对国际民商事统一立法求同存异的谨慎态度。

另外,公约第二十二条也允许缔约国对非排他性选择协议做出互惠声明,本条的目的在于扩大公约的适用范围。该声明只规定被请求法院在特定情况下的判决承认与执行规则,而不涉及管辖权规则。

公约的声明条款一方面照顾到各国的司法习惯和国家利益,另一方面又尽可能地对规则进行统一,显示了立法上的灵活和妥协。这种立法形式为各国加入公约铺平了道路。

五、结论

2005年海牙《选择法院协议公约》适用于国际民商事事项中签订的选择法院协议,公约适用范围具有明显的商事特征。就解决争议的方式而言,该公约为当事人选择诉讼提供了国际法上的依据和保障,为国际民商事争议的当事人提供了除仲裁之外的同样具有国际法保障的途径。公约试图在处理选择法院协议上如同1958年《纽约公约》处理仲裁协议一样发挥作用。

就公约的适用范围而言,公约第一条将范围限定为国际民商事案件,公约通过排除纯国内案件对国际性进行了定义,并指出申请外国判决的承认或执行的案件也是国际性的。公约第二条运用排除法将诸多事项排除在范围之外,其目的一方面是为了便于公约的适用,另一方面也为了尽可能地被成员国所接受。公约第二条第一款将消费者合同和劳动合同排除在公约之外;公约第二条第二款(a)至(p)共16项进行了穷尽性地排除,概括而言,公约不适用于传统家庭法问题,又将各国普遍认为属于专属管辖权的法人的能力、不动产权及其租赁、核损害和公共机构注册的效力排除在外;公约不适用于运输问题,包括公路、铁路、空运和海事问题,也不适用于反托拉斯问题;人身伤害及因非合同引起的有形财产损害不在公约之内,公约仅包括由合同引起的侵权问题,公约特别将因合同引起的版权及相邻权之外的知识产权的侵权案件包括在内。公约第二条第三款规定,当第二条第二款中所有问题作为先决问题而非为诉讼对象时,该诉讼仍在公约范围之内。公约第二条第四款将仲裁及与仲裁相关的诉讼排除在外。公约第二条第五款、第六款主要涉及政府及国际组织的豁免问题,公约采取有限豁免的立场,一方面政府作为协议当事人的事实并不当然地排除在公约之外,另一方面公约并不影响国家自身及其财产的特权和豁免。公约在一般条款的第十七条中特别规定了保险及再保险合同,即保险及再保险合同不因与公约第二条第二款所排除的事项有关而排除在外。

公约第二十二条款是非常重要的声明条款,它允

许缔约国声明将与本国有重大利益的特别事项排除在外。何为特别事项,公约并无明确定义,因此该条款极其弹性,缔约国可利用此条款将公约未穷尽排除而对本国又有重大利益的事项排除于公约之外。此外,公约又扩大范围,允许缔约国基于互惠而将公约适用于非排他性选择法院协议。

就我国是否应该加入该公约而言,本公约是海牙国际私法会议在统一国际民商事诉讼法方面十余年努力的最新成果,公约充分考虑到了不同法系的差异和各国迫切需要统一国际民事诉讼法的现实,它对各国利益进行充分平衡和协调,是一个非常折衷而又有实质意义的版本。作为迅速融入全球化的大国,我国在游戏规则的制定上应更多地主动参与,置身于国际私法的统一化运动之外将不利于国际民商事交往和司法公正。就公约本身而言,其适用范围比较小但又极为重要,在适用内容上与我国法律规定冲突很少,同时公约明确允许做出另外的排除性声明,即使有所冲突我国也可以充分运用声明条款以求同存异。例如,我国对协议管辖的范围与新海牙公约基本一致,一般限于涉外合同或涉外财产权益纠纷,至于人的身份、能力、家庭关系方面纠纷的当事人,则不得选择管辖法院^[17]。另外,我国涉外民事案件的程序立法比较粗漏,通过加入海牙国际私法会议公约而进行法律移植,可加强和完善我国立法。因此,我国没有重大理由回避该公约。

我国《民事诉讼法》第二百四十六条、第三十四条规定对以下几类案件行使专属管辖权:(1)因在中国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼;(2)不动产所在地在中国的因不动产纠纷提起的诉讼;(3)在中国的港口作业发生纠纷提起的诉讼;(4)被继承人死亡时的住所地或主要遗产所在地在中国的因继承纠纷提起的诉讼。这四类案件对于我国具有重要利益,属于我国人民法院专属管辖的范围,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。在加入公约时,我国可考虑对此做出特别声明。比较而言,公约立法技术先进、措辞规范明确,而我国在国际管辖权和判决的承认与执行方面的相关规定则缺乏统一性。鉴于新海牙公约对管辖权的划分标准清晰明确,我国今后在修改或者解释相关法条时可以借鉴此种分类方式。

此外,从协议诉讼与协议仲裁的角度而言,仅有国际商事仲裁方面的专门立法是不够的,考虑到国

际民商事诉讼的复杂性,我国也应有与国际商事仲裁相对应的国际民商事协议诉讼的特别法。我国在必要时可考虑将本公约转化为国内法,也可参考本公约对协议诉讼进行专门性的特别立法。

参 考 文 献

- [1] Convention on Choice of Court Agreements[OL]. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=98[2006-03-01].
- [2][8] RONALD A, BRAND. The New Hague Convention on Choice of Court Agreements[OL]. <http://www.asil.org/insights/2005/07/insights050726.html>[2006-03-01].
- [3] 胡 斌,田 妮. 十字路口的海牙管辖权公约[M]. 中国国际私法与比较法年刊,北京:法律出版社,2002:542.
- [4] 孙 劲. 迈向关于外国判决承认与执行的新公约[M]. 中国国际私法与比较法年刊,北京:法律出版社,2003:568.
- [5] AVRIL D, HAINES. Preliminary Document No 18 of February 2002-Choice of Court Agreements in International Litigation: Their Use and Legal Problems to Which They Give Rise in the Context of the Interim Text[OL]. http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd18e.pdf[2006-03-01].
- [6][7][13][15] MASATO DOGAUCHI, TREVOR C, HARTLEY. Preliminary Document No 26 of December 2004-Draft Report of Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements[OL]. http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf[2006-03-01].
- [9] 马 茵,杨广元. 海牙非排他性法院选择协议研究[M]//李旺主编. 涉外民商事案件管辖权制度研究. 北京:知识产权出版社,2004:74.
- [10] 刘 力. 国际民事诉讼管辖权研究[M]. 北京:法律出版社,2004:72.
- [11] PETER NYGH, FAUSTO POCAR. Preliminary Document No 11-Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters[OL]. http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd11.pdf[2006-03-01].
- [12] INTERNATIONAL ROAD TRANSPORT UNION (IRU). Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements Infringement of CMR Convention, CVR Convention and Vienna Convention[OL]. http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd29.pdf[2006-03-01].
- [14] 孙 劲. 美国的外国法院判决承认与执行制度研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2003:93.
- [16] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京:法律出版社,2003:165-168.
- [17] 刘仁山. 国际私法[M]. 北京:中国法制出版社,1999:463.

(责任编辑:侯之学)

(上接第 82 页)

理的至重方面。

四、结 语

法律是历史的规范体系,也是现实的建构公理。在神秘空旷的过去,法律没有脱离对和谐社会的关切和以之为原点的现实批判,哪怕这种关切与批判都沾染着非理性的恣意。在清明繁复的当今,法律更加依赖历史形成的和谐精神及其制度构建。和谐社会是历史发展的规范图式,需要法律契于其间发挥有别于宗教神魅、道德规诫与政治威权的特殊作用。这种作用的功能化、长效化和确定化可以从根本上保障法律自身的和谐与完善。这是理想法治社会的实现关键,也是真实和谐世界的追求境界。

参 考 文 献

- [1] 冯契,徐孝通. 外国哲学大辞典[M]. 上海:上海辞书出版社,2000:528.
- [2] 夏征农. 社会主义辞典[M]. 吉林:吉林人民出版社,1985:442.
- [3] [法]摩莱里. 自然法典[M]. 黄建华,姜亚洲译. 北京:商务印书馆,1982:90.
- [4] [美]博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京:中国政法大学出版社,1999:326.
- [5] [英]韦恩·莫里森. 法理学:从古希腊到后现代[M]. 李桂林等译. 武汉:武汉大学出版社,2003:156.
- [6] [美]刘易斯·A·科瑟. 社会学思想名家[M]. 石人译. 北京:中国社会科学出版社,1990:3.
- [7] 沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京:北京大学出版社,1992:369.
- [8] [美]博西格诺. 法律之门[M]. 邓子滨译. 北京:华夏出版社,2002:93.
- [9] [德]拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京:商务印书馆,2004:58.

(责任编辑:侯之学)