

# 中国国际私法 与 比较法年刊

---

CHINESE YEARBOOK  
OF  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
AND  
COMPARATIVE LAW

2010  
(第十三卷)

中国国际私法学会  
武汉大学国际法研究所 主办



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 国际选择法院协议效力的法律冲突与法律适用

## ——海牙“被选法院地法”规则的优与劣

叶斌\*

### **Conflict of Laws and Choice of Law Problems in International Choice of Court Agreement: How about the law of Chosen Court?**

YE Bin

尽管我国民事诉讼法规定了涉外协议管辖制度,但对国际选择法院协议效力的法律选择问题未做规定。通过比较欧盟立法与实践、美国法院判例、海牙公约及我国立法与案例,本文旨在揭示国际选择法院协议效力中的法律冲突与法律选择问题,认为2005年海牙《协议选择法院公约》中的“被选法院地法规则”能兼顾当事人意思自治与法院地法,能更大程度保证判决的一致性,弥补《纽约公约》与《布鲁塞尔条例I》在类似问题上的缺陷。而对于海牙公约在保护个案正义上的缺漏,则可以利用公约声明条款加以弥补。

在典型的国际选择法院协议中,对于由合同引起或与合同相关的未来任何争议,当事人同意由某国法院管辖,从而排除其他国家法院的管辖权。与仲裁条款一样,选择法院协议可以一定程度上确保案件诉讼地的确定性,进而提高当事人对案件结果的可预测性。同时,当事人亦可以通过选择双方都较为熟悉的法院,避免在陌生或不方便法院进行诉讼。另外,当事人预先选择诉讼法院也起到降低管辖权冲突的作用,减少甚至避免平行诉讼与未决诉讼。正如美国学者荣格所言,“选择法院协议这项极为有用的机制,它能克服管辖权冲突对跨地区及跨国交易

\* 叶斌,男,法学博士,中国社会科学院欧洲研究所助理研究员。

造成的进一步不便，降低涉外合同在各国法律差异、管辖权重叠和冲突法的不确定性与不可预测性等方面的国际风险。”<sup>①</sup>

尽管人们日益接受选择法院协议，但是这些协议仍然不像国际仲裁协议那么常用。造成这种局面的原因很多，其中最重要的直接原因恐怕就是国际仲裁协议具有 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）的保障，而国际选择法院协议无对应的、被普遍接受的、生效的国际性条约。对协议管辖权的承认以及判决的承认和执行，目前主要由各国的国内法调整，或者依靠地区性的公约，例如欧盟成员国之间适用的《欧盟理事会第 44/2001 号关于民商事管辖权和判决承认与执行的条例》（以下简称《布鲁塞尔条例 I》）。

作为国际民商事协议管辖权制度的一个突破性成果，与《纽约公约》和《布鲁塞尔条例 I》不同的是，2005 年海牙《协议选择法院公约》除了对选择法院协议的形式要件和部分实质要件进行规定之外，还对协议的法律选择问题进行了明确规定，以“被选法院地法”来确定协议的实质效力。<sup>②</sup>另外，2008 年 7 月 3 日公布的《关于内地与香港特别行政区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》（下称《与香港协议管辖判决安排》）第 9 条参照了 2005 年海牙《协议选择法院公约》，以当事人指定的法院所在地法确定协议有效性。这条规则标志着以被选法院地法确定选择法院协议效力的冲突规则在我国的确立。

### 一、选择法院协议中的法律冲突问题

我国《民事诉讼法》第 244 条规定，当事人可以书面选择与争议具有实际联系的法院，但是如果当事人仅依商业习惯而认为当事人之间存在选择法院协议而在外国法院起诉，由该国法院做出的判决在我国法院申请承认与执行时，就可能依我国法被认定为协议无效。由于不同法律制度在选择法院协议合法性和效力方面的不同规则，当选择法院协议及相关争议涉及不同的法律制度时，这些不同的规则就会造成潜在的或现实的法律冲突。

<sup>①</sup> Friedrech K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers 1993, p. 214.

<sup>②</sup> 该公约在管辖权和判决承认与执行两方面都规定了公共秩序保留条款，并且规定了当事人能力的法律适用。由于这两个问题具有特殊性，限于篇幅和主旨，本文对两个问题进行特别的讨论。

大体而言，国际选择法院协议须满足一定条件才能得到承认。这些条件可以被分割成以下三个方面：选择法院协议的合法性、形式要件和实质要件。下文就从这三个方面来揭示涉外选择法院协议中的法律冲突问题。

### 1. 国际选择法院协议的合法性

一项国际选择法院协议的成立并不意味着在所有情况下都是可效或可执行的。就选择法院协议的适用范围而言，存在广泛的例外情形，如与当事人的能力、劳动合同、消费者合同、国家主体等等有关的事项。如果受案地法允许当事人可以在某种条件下将可能发生的或已经发生的争议提交给某外国法院排他性地管辖，此选择法院协议在该国就是合法的或可执行的。

早在 19 世纪末期，普通法系的法官就惊叹 1877 年《德国民事诉讼法典》在司法管辖权、管辖法院和事项管辖权方面给予当事人极大的自由。<sup>①</sup>这部 1879 年颁布的法典在第 38 条中规定，如果当事人明示或默示地同意法院管辖，无管辖权的初审法院取得管辖权。1968 年《关于民商事裁判管辖权及判决执行的公约》（以下简称《布鲁塞尔公约》）第 17 条也承认了选择法院协议的合法性，2001 年《布鲁塞尔条例 I》将其转化和修改为第 23 条：“如果当事人一方或数方居住在欧盟成员国，同意某一成员国的一个或数个法院审理他们之间已经发生或可能发生的、与特定法律关系有关的任何争议，该法院或那些法院应有管辖权。此管辖权将是排他性的，除非当事人另作表示。”为了保护弱方当事人，《布鲁塞尔条例 I》明确禁止在保险、消费者和雇佣合同争议之前的选择法院协议。<sup>②</sup>国际选择法院协议目前已被大多数国家所允许。

美国法院在历史上一直拒绝执行选择法院协议，认为私人对管辖权的选择“剥夺”了美国法院的管辖权。直到 1972 年“*Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*”案<sup>③</sup>，美国最高法院才放弃“剥夺论”。这一判决改变了对选择法院协议的否定态度，转而承认国际合同中选择法院协议的效力。美国最高法院在该案中认为，国际选择法院协议具有“初步表面效力”。此后，美国的联邦法院很少拒绝执行国际选择法院协议，州法院也广泛地认同 *Bremen* 案的初步表面有效的规则。尽管各法院的标准略有不同，但无论对国际或国内案件，并且在雇佣合同、消费者

<sup>①</sup> Arthur Taylor 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*, *Recueil Des Cours* 2002, Tome 295 de la collection, p. 257.

<sup>②</sup> 参见肖永平主编：《欧盟统一国际私法研究》，武汉大学出版社 2002 年版，第 96 页。

<sup>③</sup> *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 10 (1972).

合同、电子合同和特许协议方面都广泛地执行选择法院协议。当然，为特别保护合同弱方当事人，美国不少法院以“公共政策”为由拒绝执行某类选择法院协议。例如，新泽西州法院曾判定特许协议中的选择法院协议不可强制执行，因为新泽西州特许经营法案的立法目的在于保护受许方免于特许人强大议价能力的压制，明确地禁止特许争议发生之前的选择法院条款。<sup>①</sup>

2005 年海牙《协议选择法院公约》利用排除规则将大量非商事事项排除在公约适用范围之外。<sup>②</sup>公约第 3 条规定，“排他性法院选择协议”是指双方或多方当事人缔结的符合（c）款要求，为解决与某一特定法律关系有关的已经产生或可能产生的争议，而指定缔约国的法院或缔约国一个或几个特定法院并排除其他任何法院管辖的协议。公约规定除非当事人另有明示约定，指定缔约国的法院或缔约国一个或几个特定法院的法院选择协议，应被视为排他性的。（c）排他性法院选择协议须以如下方式缔结或加以证明：（i）书面形式；或（ii）其他任何提供可获取的信息以备日后援用的通讯方式；（d）构成合同一部分的排他性法院选择协议，应被视为独立于合同其他条款的协议。不能仅以合同无效为由而抗辩排他性法院选择协议的有效性。

我国 1991 年《民事诉讼法》第 244 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。”因此，当事人不能就涉外合同或涉外财产权益以外的纠纷进行协议管辖，并且当事人应选择与争议有实际联系的法院地。

2008 年 7 月 3 日公布的《关于内地与香港特别行政区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》第 9 条规定，“如果根据当事人协议选择的原审法院地的法律，管辖协议属于无效，受案法院可以拒绝承认与执行。”值得注意的是，《与香港协议管辖判决安排》仅调整“特定法律关系”，即当事人之间的民商事合同，不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同。另外，据最高人民法院有关人士的解释，《与香港协议管辖判决安排》暂不适用于侵权和破产民商事案件。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> Kubis & Perszyk Assocs. V. Sun Microsystems, Inc. 680 A.2d 618, 628 (N.J. 1996).

<sup>②</sup> 可参见叶斌：《2005 年海牙〈选择法院协议公约〉适用范围之评析》，华中农业大学学报（社会科学版），2006 年第 2 期。

<sup>③</sup> [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfgz/2008-07/04/content\\_1436433.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfgz/2008-07/04/content_1436433.htm), 2008-11-20 访问。

## 2. 形式要件

选择法院协议的形式要件是对当事人之间合意的外部可见的要求，是当事人真实合意表示的重要保证，如果选择法院协议未能满足一定的形式要求，法院将拒绝执行此协议。一般而言，形式要件涉及选择法院协议的形式、内容、书写的位置、证明的方式和语言要求。

美国法院几乎不要求选择法院协议具备明示的形式要件。不完备或模糊的书面证明并不一定导致协议无效，美国法院通过当事人的意图，包括合同履行方式、交易习惯和商事惯例这些非书面证明来补充证明协议的存在。这种对形式要件的放任，意味着不需要当事人签署选择法院协议或包括选择法院条款的合同，甚至不必以书面做成选择法院协议。<sup>①</sup>同样，纯口头选择法院协议也是形式有效和可执行的。<sup>②</sup>对选择法院条款的位置也没有特别的要求，美国法院曾执行过在格式合同本文（例如订货单）背面的选择法院条款，即使条款以小号字印刷而成。在后契约文件（例如订单确认函）背面的选择法院协议也可能是形式有效的。由于美国法院对当事人施加严格的义务去阅读和了解合同条款的含义和内容，法院一般基于当事人已经知晓条款而去执行包含在一般销售条件里的选择法院条款，并且选择法院协议的做成语言不影响协议的形式效力。<sup>③</sup>

与美国的做法相反，欧盟要求选择法院协议满足严格的形式要件。《布鲁塞尔条例I》第23条要求选择法院协议必须满足四项特定形式，即选择法院协议（1）以书面；（2）口头但有书面证明；（3）形式符合当事人之间已经建立的习惯；或（4）符合商业惯例。在1976年的“*Estasis Salotti di Colzani Aimo v. Ruwa Polsteimaschinen GmbH*”案中，欧洲法院要求书面协议的要件必须得到严格解释，即使外在证据显示当事人意图选择法院。法院最终判定一般销售条件中包含的选择法院条款不被视为书面协议，除非合同正面明确提示在合同背面存在一般销售条款。法院特别强调，这种书面要求的目的正是为了保证当事人选择法院的合意得到清楚明白的证明。<sup>④</sup>欧盟的国内法院也对选择法院协议的书面形式施加严格的规定。例如，爱尔兰最高法院曾拒绝将一方当事人的货物买卖发票中的选择法院协议扩大到相同当事人之间潜在的专属分销合同纠纷，爱尔兰法院在该案中强

<sup>①</sup> *Evolution Online Sys., Inc. v. Koninklijke Nederland N.V.*, 41 F. Supp. 2d 447, 450.

<sup>②</sup> *W.G. Nichols, Inc. v. Kmart Corp.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 24131 at 4 (E.D. Pa. 2001).

<sup>③</sup> *Paper Express, Ltd. v. Pfankuch Maschinen GmbH*, 972 F. 2d 753, 757-758 (7<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>④</sup> *Case 24/76, Estasis Salotti di Colzani Aimo v. Ruwa Polsteimaschinen GmbH*, 1976 E.C.R. 1831, p. 7.

调依欧盟选择法院协议规则，此类协议必须被仔细审查和严格解释。法国、德国和其他欧盟成员国法院同样对“书面协议”进行严格地解读。<sup>①</sup>

对于“口头且有书面为证”，欧洲法院的解释更为严格。欧洲法院曾判决，口头协议必须明确地表示与选择法院协议有关。<sup>②</sup>而对当事人的习惯和商事惯例，欧洲法院将此留由各国法院解释。一般认为，习惯是当事人在相似合同事项上的重复性约定；<sup>③</sup>惯例主要用于判断选择法院协议实际存在的充分性、协议的做成语言、条款在合同文本中的位置、包括或涉及选择法院协议的文件是否需要签署。<sup>④</sup>尽管欧洲各国法院可以自由裁量商事惯例是否满足选择法院协议的形式要求，但各国法院并不太愿意对此进行裁量。<sup>⑤</sup>

欧洲法院的上述判例说明，《布鲁塞尔条例I》第23条第1款不仅强调司法的确定性，还要求当事人之间实际达成合意，从而保护那些未知悉合同中选择法院条款的当事人。在Castelletti v Trumpy案中，欧洲法院直截了当地表示，第23条的目的是为了保护合同的弱方当事人免受未加注意的管辖权条款。<sup>⑥</sup>事实上，欧洲法院的解释实际改变了规则的表面规定，也就是说，在《布鲁塞尔条例I》不规定选择法院协议实质效力的语境下，欧洲法院采用严格解释其形式要件的方法来保护弱方当事人。

欧盟成员国的国内法对形式要件更为严格的规定也值得注意。法国《新民事诉讼法典》第48条规定两条形式规则，其一为选择法院协议须“在双方当事人的约定中专门地规定”，其二为这种专门规定须“非常明显”。对于合同后的书面证明（如确认函和提单）中的选择法院协议，<sup>⑦</sup>一般销售条件中包含但未加注明的选择法院协议，<sup>⑧</sup>以及缺乏在合同成立时相对人知晓一般销售条件内容的证据，<sup>⑨</sup>法国法院表现出对这种选择法院协议的排斥态度。另外，提单背后载明的

<sup>①</sup> See e.g., Cass.com., Feb. 27, 1996, Rev. Critique Droit Int'l Prive 1996, 734, note Gaudemet-Tallon. See e.g., Bundesgerichtshof (BGH), Feb.22, 2001, (F.R.G.) and Supremo Tribunal de Justica, June 12, 1997, Colectanea de Jurisprudencia 1997 T.2 122-26 (G. Reinkel Ld v. Trenkamp & Gehle GmbH)(Portugal)a, available at <http://www.curia.eu.int>.

<sup>②</sup> Case 71/83, Russ v. NV Haven, 1984 E.C.R. 2417, p. 19.

<sup>③</sup> See Case 159/97, Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA, 1999 E.C.R. I-1597, p. 30.

<sup>④</sup> See Case 159/97, Transporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA v Hugo Trumpy SpA, 1999 E.C.R. I-1597, p. 36.

<sup>⑤</sup> Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe (2002), n° 147, p. 108.

<sup>⑥</sup> C-159/97 Castelletti v Trumpy 19 (re Mainschiffahrts 17); C-106/95 Mainschiffahrts v Les Cravières Rhénances 15 (re 24/76 Salotti 7; 25/76 Segoura 6), 17; and C-116/02 Gasser v MISAT 50.

<sup>⑦</sup> Cass. 2e civ., Feb. 30, 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, 494, note Dupichot.

<sup>⑧</sup> Cass. 1e civ., June 30, 1992, D. 1994, 169, note Guez.

<sup>⑨</sup> CA Paris, June 29, 1993, D. 1993 inf. rap., 248.

选择法院条款在扩展至第三方时，法国法院会要求一些特别的接受行为。<sup>①</sup>合同文本背面的选择法院条款往往面临形式无效的风险，特别是条款形式与其他用语并无特别突出之处。法国法院也严格审查印刷的选择法院协议的可读性，协议在合同或合同相关文件中的位置，以判断对方在缔约时是否实际知晓选择法院协议。<sup>②</sup>

2005年海牙《协议选择法院公约》第3条规定了两种可选择的形式要件规则，即必须是或明显地用书面，或者必须是明显地通过任何其他能提供可获取的信息，使其日后能够作为参考的联系方式。依公约报告，公约的形式要求是必须且充分的，在适用公约时不得再依缔约国的内国法。当协议采取第一种形式时，即协议是书面的，则其形式效力不依赖于当事方的签字，尽管缺乏签字会使证明存在协议变得困难。公约第二种形式上的规定试图涵盖传输或存储信息的电子手段，这包括所有可能的信息可被获取以使在日后可被提交的常态类型，这种方式包括电子邮件和传真。另外，缔约国法院不能因为以下原因拒绝承认选择法院协议的效力：协议以外国文字书写；条款未采用特别的粗体形式；条款是小写的或者当事人未在主合同之外单独签字。<sup>③</sup>因此，从公约规定的形式要件和公约解释报告来看，公约并不排斥标准格式合同中的选择法院条款，并且没有对这种情况的当事人给予保护。

与海牙公约一样，《与香港协议管辖判决安排》第3条规定“书面形式”是指合同书、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)等可以有形地表现所载内容、可以调取以备日后查用的形式。且书面管辖协议可以由一份或者多份书面形式组成。但与海牙公约一样，《与香港协议管辖判决安排》对选择法院协议的形式要求中并不包括当事人的习惯和商事惯例。

### 3. 实质要件

即使选择法院协议原则上可执行并且满足任何形式要件，一国法院仍可能拒绝执行不合实质要件的选择法院协议。选择法院协议的实质要件包括合意的真实性、合意的品质和合意的内容。

#### (1) 合意的真实性

<sup>①</sup> Cass. Com., Dec. 8, 1998, Rev. Critique Droit Int'l Privé, 1999, 536, note Gaudemet-Tallon.

<sup>②</sup> CA Aix-en-provence, Jan. 22, 1992, 26, 29 note Beignier.

<sup>③</sup> See Hartley / Dogauchi Explanatory Report on Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (2007), pp. 40-41.



法院可能拒绝执行一条外部证据说明当事人并未实际同意的选择法院协议。美国法院强调当事人的合意应调整选择法院协议的有效性。欧洲法院同样强调，欧盟理事规则的形式要件正是为了保证当事人合意的真实性而设计。

实践中，美国法院愿意从选择法院协议的外部证明中寻找当事人合意的书面证据，如交易习惯和商业惯例。但与欧洲不同的是，美国法院更愿意执行实际缺乏合意的选择法院协议，例如当事人实际并未阅读合同条款，或者选择法院协议以当事人不熟悉的语言做成。<sup>①</sup>而法国法院要求当事人在合同形成时知晓协议，并提出非常严格的书面要求。在“*Soc. Placage Export Steinberg v. Soc. J.-H. Montheath*”案中，法国法院拒绝执行提单背面以法语印制的选择法院条款，因为被要求执行的当事人母语为英语，提单的其他条款皆以英语书写，并且当事人的商业活动全部使用英语。<sup>②</sup>

## （2）合意的品质

即使当事人的合意是真实的，合意上的瑕疵也可能影响协议的效力，例如当事人的能力欠缺、错误、欺诈、胁迫、不合理或显失公平等。即使协议完全满足形式要件，也可能因合意的品质问题而使协议无效。

在Bremen案中，美国最高法院特别指出“欺诈或诈骗”、“不当压迫”（*undue influence*）和“强势议价能力”（*overweening bargaining power*）使协议不可执行。<sup>③</sup>另外，在非商事案件中，如果合同或合同条款极不公正而不可能有理性且诚实的人同意此合同，美国法院也可能使用“显失公平”（*unconscionability*）理论。<sup>④</sup>

《布鲁塞尔条例I》对此没有规定，欧洲法院对此也没有回答。<sup>⑤</sup>法国法院很少以存在合意的瑕疵为由来使选择法院协议无效。但德国和英格兰法院承认“滥用经济权力”或“经济上胁迫”是回避合同义务的有效理由。<sup>⑥</sup>

<sup>①</sup> *Monsanto Co. v. McFarling*, 302 F.3d 1291, 1294-1295. (Fed. Cir. 2002).

<sup>②</sup> CA Paris, Dec. 18, 1987 somm. 343.

<sup>③</sup> *The Bremen v. Zapata Offshore Co.*, 407 U.S. 1, 12, 15 (1972).

<sup>④</sup> See *Restatement (Second) of Contracts* 208 (1981). 显示公平理论一般不在商事案件中使用，美国法院通常假设商人有能力保护其利益，而 B2B 合同一般是表面有效的。美国州法院曾用显示公平理论使仲裁协议无效，见 James Zimmerman, *Restrictions on Forum Selection Clauses in Franchise Agreements and the Federal Arbitration Act: Is State Law Preempted?* 51 *Vand. L. Rev.* 759, 767-768 (1998).

<sup>⑤</sup> Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (2002), n° 152, p. 110.

<sup>⑥</sup> Florence Bernard, *Les Clauses attributives de juridiction dans les conventions judiciaires européennes* 678 (2000) (Doctoral thesis, Université Panthéon-Assas/Paris II).

值得一提的是，合意的品质问题涉及选择法院协议的独立性，即主合同的无效是否同时导致选择法院协议无效。在国际商事仲裁方面，仲裁条款的独立性已被广泛接受。<sup>①</sup>对于选择法院协议或条款，防止一方当事人“仅以整个合同无效为由而使其中的选择法院协议无效”，从而促进司法的确定性，欧洲法院同意将独立性适用于选择法院协议。<sup>②</sup>但欧洲国内法院是否把独立性扩展至选择法院协议，却不明朗。法国低等法院曾判决主合同无效时不适用合同中指定外国管辖权的选择法院条款。<sup>③</sup>

美国最高法院在著名的“Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.”案中明确接受国际仲裁条款的独立性原则。<sup>④</sup>后来美国最高法院不断重申此原则，并将其扩展至非仲裁的选择法院协议。<sup>⑤</sup>因此，依联邦法对合同主张合意瑕疵可能不足以使合同中的选择法院协议无效，尽管有联邦法院曾在信托关系的案件中做出相反的判决。<sup>⑥</sup>

2005年海牙《协议选择法院公约》第3条规定，作为合同一个部分的排他性选择法院协议将被视为独立于合同其它条款的协议。排他性选择法院协议的效力不得仅因主合同无效而被主张无效。与海牙公约相似，《与香港协议管辖判决安排》第3条规定，除非合同另有规定，合同中的管辖协议条款独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响管辖协议条款的效力。

### （3）合意的内容

对于合意的内容，主要引出两个问题，其一为选择法院协议的排他性问题，其二为争议的范围是否包括由合同引起的侵权问题。

选择法院协议是否具有排他性，也会影响协议的效力。例如2001年“中安置业有限公司与招商银行等借款、担保合同纠纷案”，<sup>⑦</sup>当事人约定“本协议根据香港法律解释并受香港法律管辖，各方在此不可撤销地服从香港法院的非专属管辖权”。我国最高人民法院认为，“从当事人管辖条款的约定内容看，香港法院拥有的是‘非专属管辖权’，当事人选择管辖的法院并非惟一，不应排斥其他

<sup>①</sup> See David Joseph Q.C., *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, p. 104.

<sup>②</sup> Case C-269/95, *Benincasa v. Dentalkit Srl*, 1997 E.C.R. I-3767, p. 29.

<sup>③</sup> T.G.I. Paris, July 10, 1991, *Rev. Critique Droit Int'l Privé* 54 (1993), note Gaudemet-Tallon (*Consorts Paoletti v. Privat Kredit Bank*).

<sup>④</sup> *Prima Paint corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 399, 403-404 (1967).可参见丁颖：《美国商事仲裁制度研究——以仲裁协议和仲裁裁决为中心》，武汉大学出版社2007年版，第33页。

<sup>⑤</sup> *Scherk v. Alerto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519 n. 14 (1974).

<sup>⑥</sup> See, e.g., *Farmland Indus., Inc. v. Frazier-Parrott commodities, Inc.*, 806 F. 2d 848, 851 (8<sup>th</sup> Cir. 1986).

<sup>⑦</sup> 最高人民法院（2001）民四终字第1号。

有管辖权的法院对案件行使管辖权。因此，当一方当事人在拥有‘非专属管辖权’的法院之外的内地人民法院提起诉讼时，应依照我国民事诉讼法的有关规定进行审查，并确定相关内地人民法院是否对纠纷拥有管辖权。”

一般来说，美国法院通过协议的用语和外在证据来判断选择法院协议的范围，但实践中美国联邦法院对排他性问题的判断相当地形式主义。如果选择法院协议指定具体的管辖地（venue），则认为其是排他性的；如果协议只指定管辖权（jurisdiction）而不指定具体的管辖地（venue），则是非排他性的。在“Hull 753 Corp. v. Elbe Flugzeugwerke GmbH”案中，选择法院条款规定“管辖权的场所应为德累斯顿”，联邦地区法院认为此条款是非排他性的，因为当事人并没有从技术上防止违反该合意。<sup>①</sup>

与美国的做法不同，《布鲁塞尔条例 I》第 23 条明确假定条款是排他性的，除非当事人做另外的表示。2005 年海牙《协议选择法院公约》第 3 条做了与《布鲁塞尔条例 I》同样的规定。值得注意的是，《与香港协议管辖判决安排》第 3 条规定：“本安排所称‘书面管辖协议’，是指……以书面形式明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。”由此可见，《与香港协议管辖判决安排》并不假定协议具有当然的排他性，判断选择法院协议的排他性需要依协议的字面解释，并依其准据法。

对于合意内容的第二个问题，即争议的范围是否包括合同引起的侵权问题。在没有明确的相反证明时，美国法院通常将条款解释为同时包括合同和侵权诉讼。<sup>②</sup>而《布鲁塞尔条例 I》将此问题留由各国国内法来解决。

与美国的作法相同，2005 年海牙《协议选择法院公约》不仅适用于合同争议，还适用于与合同有关的侵权案件。公约第 2 条 k 项仅排除公约适用于非因合同关系引起的侵犯有形财产或侵权损害赔偿，因此由合同关系引起的侵权案件属于公约的适用范围。<sup>③</sup>

值得注意的是，《与香港协议管辖判决安排》对是否包括由合同关系引起的侵权案件未加规定。尽管最高法院有关负责人的非官方解释称《安排》暂不适用

<sup>①</sup> 58. F. Supp. 2d 928 (N.D. Ill. 1999).

<sup>②</sup> Francisco v. Stolt Achievement MT, 293, F. 3d 270 (5<sup>th</sup> Cir. 2002); Terra It'l, Inc. v. Mississippi Chem. Corp., 119 F. d 688 (8<sup>th</sup> Cir. 1997).

<sup>③</sup> See Hartley / Dogauchi Report (2007), p. 33.

于侵权和破产民商事案件，<sup>①</sup>但仍可能出现疑问，即如果香港法院单方面地认为可适用于由合同关系引起的侵权案件。

## 二、选择法院协议中的法律适用问题

由什么法律来决定国际选择法院协议的效力，如果没有国际公约，就需要由受案法院地的国际私法规则决定。一般而言，一项国际选择法院协议的效力可能受以下几个地方的法律调整：主合同的准据法、选择法院协议自身的准据法、被选法院所在地法、受案法院地法、有合法管辖权却被排除的法院所在地法。换言之，协议的效力与当事人的能力由哪国法律调整，当事人能否在选择法院协议中明示或默示选择协议自身的准据法，能否由国际合同中主合同的准据法来调整选择法院协议的效力，能否由仅依法院地法来确定选择法院协议的效力，能否由被选法院地法来确定选择法院协议的效力，是否考虑有合法管辖权却被排除的法院所在地法。

在给选择法院协议做定性时，我们会发现难以将其归属到某种单一性质的范畴，原因在于这种管辖权选择条款既可归于与程序有关的协议，也可归于与实体有关的协议。在国际民商事诉讼中，这两种不同的对待方式会产生明显不同的结果。将管辖权条款理解为程序问题将导致被选法院所在地法的适用，而将其定性为实体问题则导致适用于合同自体法。而德国学者一般视选择法院协议为“混合型契约”（hybrid contracts），其效力受程序法的支配。但是，当事人之间的协议也可以认为是实体法上的契约，其准据法由主合同的准据法决定。因此，选择法院协议可能受制于两种不同的制度，被选法院地法和主合同的准据法。<sup>②</sup>如果不同的法院同时受理案件，法院适用不同的准据法和程序法，就会产生平行诉讼和不一致判决。但是在实践中，大多数国家的法院却往往不做法律选择分析，直接依法院地法。

### 1. 美国——法院地法

<sup>①</sup> [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfgz/2008-07/04/content\\_1436433.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfgz/2008-07/04/content_1436433.htm), 2008-11-20 访问。

<sup>②</sup> See Burkhard Hess, The Draft Hague Convention on Choice of Court Agreements, External Competencies of the European Union and Recent Case law of the European Court of Justice, in *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, 2005, p. 272; or See Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 44/2001, Brussels, 21.4.2009, COM (2009) 174 final, p. 5.

在实践中，美国法院在决定国际选择法院协议的效力和可执行性时，往往不作法律适用上的分析，而直接适用法院地法，即使主合同中存在选择法律条款。顺便指出，由于美国的联邦司法体制，美国法院还需要在适用联邦法与州法之间做出选择。

对于国际选择法院协议，美国法院通常援引Bremen案的“表面初步有效”规则来衡量选择法院协议的有效性和可执行性，而不去考虑是否可能依合同的准据法选择法院协议无效。在劳合社系列案件中，美国法院的这种倾向性特别明显。在这些案件中，巡回法院依Bremen规则，直接分析指定由英国法院管辖的选择法院条款的可执行性，而不考虑英格兰有关选择法院协议的法律。<sup>①</sup>

即使法院在讨论外国法可能调整条款的可执行性时，这种讨论也丝毫不影响案件的结果甚至分析。例如新泽西联邦地区法院在“Intermetals Corp. v. Hanover Int'l AG fur Industrieversicherungen”案中认为，Bremen案的可执行性规则应适用于国际海事保险合同中的选择法院协议，即使选择法律条款指定为英格兰法，并且选择法院条款指定澳大利亚具有排他性的管辖权。<sup>②</sup>该法院在案中适用了联邦法，并草率地声称冲突法的分析是不重要的，并自以为是地认为Bremen判决和英格兰的选择法院规则是一致的，法院根本没有考虑澳大利亚的选择法院规则也可能适用。同样，对于形式效力与实质效力，美国法院也不考虑对外国法的适用。<sup>③</sup>

## 2. 欧洲——莫衷一是

欧洲的经验比较复杂，但也同样显示出适用法院地法来处理国际选择法院协议的可执行性和效力。欧盟条例对此未加规定，欧洲法院尚无判决来解决这个问题，而各国国内法的作法各异。

根据《布鲁塞尔条例 I》第 23 条，只要一方当事人在欧盟拥有住所，当事人指定由欧盟内的法院管辖，该条就约束并直接适用于欧盟各成员国法院。由此，凡适用欧盟理事条例的选择法院协议，欧盟各国的法院先适用《布鲁塞尔条例 I》关于选择法院协议可执行性和形式要件的规定。由于《布鲁塞尔条例 I》并没有规定协议的实质要件，欧盟各国法院有权依本国法或由冲突法的指引用适用外国

<sup>①</sup> 参见李国清：《美国证券法域外管辖权问题研究》，厦门大学出版社 2003 年版，第 135-154 页。

<sup>②</sup> Intermetals Corp. v. Hanover Int'l AG fur Industrieversicherungen, 188 F. Supp. 2d 454, 458 (D.N.J. 2001).

<sup>③</sup> See Jason Webb Yackee, Choice of Law Considerations in the Validity & Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies?, 9 UCLA J.Int'l L. & For. Aff. pp. 70-73.

法。另外，1980年《罗马合同义务法律适用公约》虽然于1991年4月1日生效，但它明确将选择法院协议排除在适用范围之外（第1条第2款d项）。

在欧洲法院1981年“Elefanten Schuh v. Jacqmain”案中，护法顾问戈顿·斯林（Gordon Slynn）讨论了选择法院协议有效性的法律适用问题。他建议，为了司法的确定性，协议的有效性应该适用被选法院地法。<sup>①</sup>但欧洲法院对这一点并没有明确表态，至今尚无判决来解决这个问题。<sup>②</sup>

在法国，巴黎上诉法院曾依法国普通法（受案法院就是被选法院）审查选择法院协议的有效性，该判决指出“该选择法院协议没有违反被选法院地毛里求斯的法律”。<sup>③</sup>在另一起案件中，法国最高法院民一庭认为，法院地法并不“当然或完全地”调整选择法院协议的效力，并不“当然或完全地”不考虑对双方都有管辖权的法律。<sup>④</sup>在学说上，法国国际私法学者皮埃尔·梅耶（Pierre Mayer）建议，被选法院地法和被排除法院地法都应支配条款的合法性，但对于协议的最终效力，与所有合同一样适用当事人选择的法律。<sup>⑤</sup>

德国法院的作法则与欧洲其他国家大异其趣，他们以一般合同冲突法规则来解决选择法院协议的法律适用问题。但是，德国法院对于选择法院协议的形式效力则适用德国法的特别规定，而不视合同的准据法。<sup>⑥</sup>

### 3. 海牙公约——“被选法院地规则”的优劣

2005年海牙《协议选择法院公约》除了对选择法院协议的形式要件和实质要件进行规定之外，还对协议的法律适用进行了明确规定。就管辖权而言，根据第5条第1款、第6条a项，选择法院协议的有效性依被选法院所在地法。根据第6条b项，当事人的能力依受案法院所在地法。根据第6条c项，受案地法院可因该协议生效将导致明显的不公正，或者明显违反受案国的公共政策而中止或驳回诉讼。就判决的承认与执行部分，根据公约第9条a项，选择法院协议的效力依被选法院所在地法和被选法院对其效力的裁决。根据公约第9条b项，当事人

<sup>①</sup> Gaudemet-Tallon, Rev. Critique Droit Int'l Privé 1982, 152.

<sup>②</sup> Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe (2002), p. 110.

<sup>③</sup> Paris 10 oct. 1990, R.C. 1991, 605.在该案中，列支敦士登公司与毛里求斯岛公司之间的合同中指定由巴黎商事法院管辖，巴黎上诉法院承认了该选择法院协议的效力。

<sup>④</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 1991, R.C. 1992, 340.

<sup>⑤</sup> P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 7<sup>e</sup> éd., n° 301-302.

<sup>⑥</sup> Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, 68 *Rebels Zeitschrift* 24 (2004).

的能力依被请求国法院地法。公约第 9 条 e 项规定了公共秩序保留。<sup>①</sup>由此可见，海牙公约的被选法院地规则大体上采用了前述欧洲法院护法顾问戈顿·斯林的建议。

必须注意的是，海牙公约隐含了一条反致规则。根据公约解释报告，公约中缔约国法律（law of the State）包括该国的国际私法规则。<sup>②</sup>因此，如果被选法院应依本国的冲突规则适用另一国的法律，就应该适用另一国法律。由此可能出现下面这种情况，当事人指定了合同的选择法律条款，而依照被选法院地的冲突规则，选择法院协议的效力由整个合同的准据法决定。另外，如果受案地法院不是被选法院，依公约规定，受案地法院不能依本国法去判断选择法院协议的效力，而要适用被选法院地的法律（包括其国际私法规则）。这一规定不同于 1958 年《纽约公约》，因为《纽约公约》第 3 条对仲裁协议效力的法律适用问题未加规定。由此可见，《海牙公约》第 5 条第 1 款、第 6 条 a 项有助于受案法院和被选法院对选择法院协议的效力做出一致性的判决。<sup>③</sup>

就判决的承认与执行而言，海牙公约仍以被选法院地法为准据法（包括其国际私法规则）。另外，公约补充一项规则，即被请求法院不能取代被选法院对选择法院协议效力的判决。这一规则的立法目的在于避免在不同缔约国之间对选择法院协议的效力做出冲突性的认定，即他们都应该适用被选法院地法，且必须尊重被选法院对此做出的任何裁决。<sup>④</sup>

但是，如果原告在被选法院起诉，依海牙公约第 5 条第 1 款法院依法院地法做出判断。如果被选法院地法承认这类协议的有效性，如美国法院，对未知悉选择法院条款当事人则可能面临在美国法院诉讼，美国法院做出的判决可能依公约而被其他缔约国法院承认与执行。

这里试举一例来说明。若美国继墨西哥之后批准 2005 年海牙公约而使公约

<sup>①</sup> 2005 年《海牙选择法院协议公约》第 5 条，被选择法院的管辖权。1. 一项排他性法院选择协议所指定的缔约国法院对该协议所适用之争议的审理有管辖权，除非该协议依该国法律是无效的。……第 6 条，未被选择的法院的义务。被选择法院之外的缔约国法院，应中止或驳回一项排他性法院选择协议所适用的诉讼，除非：（a）该协议依被选择法院所在国的法律为无效；（b）依受案法院所在国的法律一方当事人缺乏缔结该协议的能力；（c）该协议生效将导致明显的不公正，或者明显违反受案国的公共政策；……第 9 条，承认或执行的拒绝。在下列情形下，承认或执行可被拒绝：（a）协议依被选择法院所在国的法律为无效，除非被选择的法院已认定该协议为有效；（b）依被请求国的法律，一方当事人缺乏缔结协议的能力；……（e）承认或执行显然违背被请求国的公共政策，包括产生判决的具体程序违背该国程序公正的根本原则的情形。……

<sup>②</sup> See Hartley / Dogauchi Report (2007), p. 43.

<sup>③</sup> See Hartley / Dogauchi Report (2007), p. 47.

<sup>④</sup> See Hartley / Dogauchi Report (2007), p. 54.

生效，假设我国海尔公司在墨西哥和美国两国均设有营业处，依公约第 4 条关于居所的定义，海尔公司在墨西哥和美国都拥有居所。假设海尔在墨西哥的营业处与美国纽约某公司签订的格式合同，其中包括的选择法院条款指定由纽约州联邦法院管辖，如果双方发生纠纷之后美国公司在纽约提起诉讼，则应该适用海牙《协议选择法院公约》。依海牙公约，由被选法院地法即美国法来决定该条款的协议，而按美国最高法院 *Carnival Cruise Lines* 案<sup>①</sup> 的规则，格式合同中的选择法院条款是有效的。如果海尔公司在美国的财产不足以满足支付美国法院做出的赔偿金（包括惩罚性赔偿金），该美国公司可能选择向墨西哥法院申请判决的承认与执行。如果墨西哥法与美国判例法一样承认格式合同中选择法院条款的效力，并不认为这种条款违背当地的公正或公共政策，则海尔公司将不得不在墨西哥法院支付剩余之美国高额判决赔偿金。从这个假设的案件来看，如果将当事人未实际知晓格式合同中选择法院条款作为合意，即作为选择法院协议的实质要件来处理，这种弱方当事人并不一定能从公约中取得保护，在这种情况下，不公正和公共政策例外条款不能适用于被选法院地法，以实质要件来抗辩的效果是有限的。

由此可见，海牙公约给予的保护机制只能在被选法院以外的其他法院诉讼时起作用，而不作用于被选法院的诉讼。与《布鲁塞尔条例 I》相比，海牙公约的保护机制不如前者那么充分，因为欧洲法院的严格解释同样适用于被选法院和其他法院。海牙公约对于选择法院协议的形式要件过于宽泛，未能排除格式合同中的选择法院条款，其实质要件及法律适用规则又不一定能对此提供充分的保护，或者说海牙公约提供的是一种较低的和间接的保护，这是 2005 年海牙《协议选择法院公约》的一个缺漏。

需要指出的是，公约的问题并不在于“被选法院地法规则”，而在于选择法院协议的形式要件过于宽泛。从上述假设案例来看，采用其他的法律适用规则并不当然地有助于实现实体正义，反而会有损于判决的一致性，换言之，有损于冲突法的正义。为了保护弱方当事人，更为有效和充分的办法是修改海牙公约第 3 条的形式要件，而不在于修改公约的被选法院地法规则。如果能在其形式要件中像欧洲法院那样，明确排除未经实际协商的选择法院条款，就能兼顾判决的一致性和个案的正义。

<sup>①</sup> 499 US 585; 111 S. Ct. 1522; 113 L. Ed. 2d 622 (US Supreme court, 1991).



通过前述的比较研究，可见 2005 年海牙《协议选择法院公约》的“被选法院地法”规则具有下列特点：

(1) 避免了完全适用法院地法的不足。从海牙公约的规定来看，完全以法院地法来判断选择法院协议的效力，可能会导致受案地法院和被选法院地法院对选择法院协议的效力作出不一致的判决。并且，法院地法规则会导致当事人不顾选择法院协议而挑选法院。另外，法院地法规则也忽视了合同中的法律选择规则。

(2) 兼顾当事人的意思自治和法院地法。以被选法院地来确定选择法院协议的效力，兼顾了当事人的意思自治和法院地法规则。一方面，如果受案地即被选法院时，本规则将便于法官审理被选法院协议的效力；另一方面，当事人合意选择法院，即使另外选择其他国家的法律，也意味着当事人双方合意接受被选法院地法律的约束；毫无疑问，被选法院地的法官总是以本国法的角度为出发点来审理案件。另外，如果受案地不是被选法院，受案地依被选法院地法，有利于避免产生关于选择法院协议效力的不一致判决。

(3) 使用反致具有一定的灵活性与局限性。由于海牙公约承认反致，这使得被选法院地法规则变得很灵活。当事人意思自治在选择法院协议的法律适用问题，以及对未选法院地法的考虑，都可能因为缔约国的冲突规则而发挥实际作用。例如，如果被选法院地为德国，根据其规则选择法院协议的实质效力依一般合同的准据法，将最终适用主合同的自体法。当然，由于目前大多数国家在选择法院协议的合法性和实质效力上适用法院地法，并不一定出现反致现象。

#### 4. 《与香港协议管辖判决安排》

《与香港协议管辖判决安排》尽管以海牙公约为蓝本，但由于海牙公约同时统一直接管辖权规则和间接管辖权规则，而《安排》只规定间接管辖权规则，这使得我们有理由怀疑《安排》未来在解决管辖权冲突中的实际成效。因为内地与香港在选择法院协议本身的规则上并没有达成统一，只不过在判决与执行阶段采用相似的规则。

就法律适用问题而言，《安排》第 9 条规定的不予认可和执行的理由其一为，“根据当事人协议选择的原审法院地的法律，管辖协议属于无效，但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外。”另外，“内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益，或者香港特别行政区法院认为在香

港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的，不予认可和执行”。这里与海牙公约的规定是一致的。

关于反致问题，根据 2007 年 7 月 23 日公布的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第 1 条，“涉外民事或商事合同应适用的法律，是指有关国家或地区的实体法，不包括冲突法和程序法”，可见我国法院不适用反致。因此，根据《安排》第 9 条，当事人协议选择的原审法院地的法律只指实体法，不包括冲突规则。

### 三、结语

2005 年海牙《协议选择法院公约》是各国代表在管辖权协议及其判决与承认规则上的妥协与统一，是国际民事诉讼规则的最新成果。但是，由于海牙公约对于弱方当事人提供的是一种较低的和间接的保护，它对于选择法院协议的形式要件过于宽泛，未能排除格式合同中的选择法院条款，这是 2005 年海牙《协议选择法院公约》的一个缺漏。然而，尽管海牙公约在保护个案的正义方面存在缺陷，但是公约第 21 条提供了一条颇为有用的声明保留条款。如果我国批准或加入该公约，可以依该条排除当事人未实际协商的选择法院协议，从而保护弱方当事人特别是我国当事人，因为在国际投资和贸易中我国当事人往往处于弱势地位，这种保留对我国是极为有必要的。

尽管存在前述问题，但是我们很难否定 2005 年海牙《协议选择法院公约》在统一国际民事商管辖权及判决承认与执行上的创造性贡献。由于在 2005 年海牙《协议选择法院公约》之前关于其效力的法律适用问题一直未有定论，甚至经常被法院忽略，这使得选择法院协议这种机制往往处在确定与不确定的摇摆之间，因为当事人可以通过否定选择法院协议的效力，来拒绝执行选择法院协议，这使得我们尊重当事人意思自治和便利诉讼的期望陷入落空的境地。

对于选择法院协议的有效性，出于冲突法的逻辑，当然存在法律适用问题。一方面，特别是关于实质性问题可能适用主合同的准据法、选择法院协议的准据法、被选法院所在地法、有合法管辖权却被排除的法院所在地法，但是普通合同法上的合意原则却没有对选择法院协议这个特殊合同给予足够的回应。而另一方面，在海牙公约之外，很难找到任何规则能像被选法院地法规则这样能同时兼顾

结果的确定性与当事人意思自治。诚如法国学者Audit教授所言，“面对这些最为棘手问题的解决之道，就是要制定明确而精准的规则”，<sup>①</sup>2005年海牙《协议选择法院公约》的被选法院地规则正是如此。

中国国际私法与比较法年刊·2010年（第十三卷）

---

<sup>①</sup> Bernard Audit, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., n° 394, p. 302.