

# 海牙管辖权项目的困境与转变

何其生\*

**内容摘要:**在国际民事诉讼中,管辖权既关涉案件实体审理的结果,更体现国家的司法主权,这使得海牙管辖权项目磋商过程充满纷争。海牙管辖权项目在政策层面的讨论集中于三个方面:一是就直接管辖权问题到底是制定硬法文书还是软法文书;二是新文书仅涉及平行诉讼还是也应包括直接管辖权规则;三是在处理平行诉讼问题上,到底是采纳具有确定性的先受理规则,还是采纳具有灵活性的较好法院方法。为破解分歧,未来海牙管辖权项目的谈判将采用包容性和整体论方法,以建议文本为基础向前推进。中国参与海牙管辖权项目谈判应以现有管辖权制度为基础,兼顾制度未来可能的发展,突破现有对于平行诉讼的认识,并为国内法的适用留下足够的空间。

**关键词:**海牙管辖权项目 直接管辖权 平行诉讼 先受理规则 较好法院

## 一、海牙管辖权项目的磋商与专家组使命的终结

国际民事诉讼管辖权是指一国法院受理某一国际民商事案件并行使审判权的资格或权限。确定国际民事诉讼管辖权,也就是确定应该由哪个国家行使管辖权来审理国际民商事案件。在国际民事诉讼中,管辖权规范按其所起的作用可以分为直接国际裁判管辖权(以下称“直接管辖权”或“管辖权”)规范和间接国际裁判管辖权(以下称“间接管辖权”)规范。前者是指一国法律中规定的该国法院在受理国际民事案件时,据以决定其本身对这些案件是否具有管辖权的规范;后者是指一国法律中规定的该国法院在承认与执行外国法院判决时,据以决定外国法院是否具有管辖权的规范。<sup>①</sup>在某种程度上,前者直接决定着—国法院对于涉外案件的司法管辖权能,相较而言具有更为重要的意义。

海牙管辖权项目(the Hague Jurisdiction Project)是海牙国际私法会议(Hague

\* 北京大学法学院教授,法学博士。

本文系国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”(项目批准号:20&ZD202)资助的中期成果之一。

<sup>①</sup> 参见李浩培:《论瑞士新国际私法关于国际裁判管辖权的规定》,《中国国际法年刊》1991年卷,第307页。

Conference on Private International Law)拟就国际民商事案件中法院的直接管辖权问题达成一项国际法律文书(international legal instrument)而开展活动的统称。国际法律文书通常有硬法文书和软法文书(以下将未来海牙管辖权项目所达成的文书统一称为“新文书”,而不论其性质为何),前者如公约、条约等,后者如示范法、指导原则等。自1992年以来,海牙管辖权项目经过了多次磋商,早期为1997年到1999年,海牙判决项目特委会先后召开了五次会议,并形成了公约的初步草案。之后又经过两年的磋商,特委会于2001年形成了临时公约文本(以下称“2001临时约文”)。<sup>①</sup>但美国认为该文本更趋近于1968年欧洲的《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters,以下称《布鲁塞尔公约》)和1988年《关于民商事管辖权和判决承认的卢加诺公约》(Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters,以下称《卢加诺公约》),而这两个公约并不是全球性公约。由于欧美在管辖权问题上的巨大分歧,早期公约谈判失败。<sup>②</sup>

2005年海牙《选择法院协议公约》(Convention on Choice of Court Agreements)和2019年《承认与执行外国民商事判决公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters,以下称《海牙判决公约》)分别在直接管辖权和间接管辖权问题上取得了成功。由于直接管辖权涉及各国重大利益,除了适用于协议管辖领域的《选择法院协议公约》以外,在其他事项上国际社会尚没有达成广泛接受的全球性公约。基于此,海牙国际私法会议重新启动管辖权项目,海牙总务与政策委员会也多次指示专家组评估在管辖权领域(包括平行诉讼)制定新文书的必要性和可行性。<sup>③</sup>

自2020年2月以来,海牙国际私法会议先后召开了三次专家组会议,主要就管辖权领域制定国际法律文书的必要性与可行性、文书的类型、文书的范围、直接管辖权的基础、平行诉讼和国际合作机制等问题展开磋商。<sup>④</sup>总体看来,欧美在新文书的

---

① See The Hague Conference on Private International Law (HCCH), Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference on 6 - 20 June 2001 (2001 Interim Text), Prepared by the Permanent Bureau and the Co-reporters, <https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>, visited on 10 March 2022.

② See Ronald A. Brand & Paul M. Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreement 4-9* (Cambridge University Press 2008).

③ See HCCH, Conclusions and Recommendations of CGAP 2019, C&R No.5; Conclusions and Recommendations of CGAP 2018, C&R No.5; Conclusions and Recommendations of CGAP 2017, C&R No.7; Conclusions and Recommendations of CGAP 2016, C&R No.13.

④ 关于海牙管辖权项目的历史及第三次专家组的磋商,参见何其生:《海牙管辖权项目的新发展》,《武大国际法评论》2020年第4期,第1-16页。

类型、主要内容、具体规则等问题上针锋相对。欧盟坚定地认为拟制定的文书应具有法律约束力,美国则希望仅在平行诉讼上制定有约束力的法律文书;欧盟主张将直接管辖权规则作为法律文书的主要内容,美国则更关注平行诉讼;欧盟在具体规则设计方面重点关注法律的确切性,美国则强调法院的自由裁量权。<sup>①</sup>总结三次专家组的磋商,尤其是第四次<sup>②</sup>和第五次<sup>③</sup>专家组的讨论,并且结合各种正式和非正式讨论,可以将核心问题归结为三个方面:

- 一是就管辖权项目到底是制定硬法文书还是软法文书;
- 二是新文书应仅涉及平行诉讼还是也应包括直接管辖权规则;
- 三是在处理平行诉讼问题上到底是采纳先受理规则还是采纳较好法院<sup>④</sup>方法。

此三个问题从大到小、层层递进,成为谈判的矛盾焦点。为了破解美欧之间的分歧,推进公约的磋商,2021年2月,第五次专家组会议决定采取“包容性和整体论方法”(an inclusive and holistic approach),即就平行诉讼所涉及的问题,在不排除包括直接管辖权规则在内的任何议题的情况下,基于未来各国所提交的建议方案,整体推进谈判。同时,鉴于未来谈判工作向具体条文的起草转变,专家组决定结束

---

① 总体而言,瑞士、挪威、日本、韩国等与欧盟立场相近,以色列、巴西与美国立场相近,中国、英国、澳大利亚、加拿大、新加坡立场较为折中。参见外交部条法司:《海牙国际私法会议管辖权项目专家组第四次会议情况简介》, [https://mp.weixin.qq.com/s/IT2K\\_El2rW1A0kzfpJ8deA](https://mp.weixin.qq.com/s/IT2K_El2rW1A0kzfpJ8deA), 2021年12月18日访问。

② 2020年11月16—19日,海牙国际私法会议通过视频会议举行了第四次专家组会议,由日本教授竹下啓介(Keisuke Takeshita)担任主席。41名专家、2名观察员出席了第四次专家组会议,这些专家来自17个成员国和一个区域经济一体化组织。会议主要讨论了不方便法院原则、新文书的基本要素、合作机制。See HCCH, Aide Memoire of the Fourth (Online) Meeting of the Experts' Group on the Jurisdiction Project (Aide Memoire of the Fourth EG Meeting), Prepared by Prof. Keisuke Takeshita, Chair of the Experts' Group, 16 to 19 November 2020, para.2.

③ 2021年2月1—5日,海牙国际私法会议通过视频会议举行了第五次专家组会议,由日本教授竹下啓介担任主席。来自不同区域的20个成员国和一个区域经济一体化组织的48名专家、2名观察员出席了会议。会议主要讨论了如下议题:新文书的可取性和可行性、文书的类型、管辖权、平行诉讼、关联诉讼、司法协调与合作机制。See HCCH, Aide-Mémoire of the Fifth (Online) Meeting of the Experts' Group on the Jurisdiction Project (Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting), Prepared by Prof. Keisuke Takeshita (Chair of the Experts' Group), 1 to 5 February 2021, para.2.

④ “较好法院”(better forum)在谈判中有多种表述。“more appropriate forum”(更适合法院)是2001临时约文第22条所使用的措辞;在海牙国际私法会议的文书中,大多使用“适宜(better placed)法院”。See Article 9 of the HCCH Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. 本文根据语境,交互使用“较好法院”(主要适用于美国)和“更适合法院”(与2001临时约文有关)。

自己的使命,交由各国政府代表所组成的工作组来展开文本的起草工作。<sup>①</sup>海牙管辖权项目在困境中寻求破局,由此进入一个崭新的阶段。

## 二、海牙管辖权项目谈判的主要分歧

### (一)硬法文书与软法文书

在管辖权领域制定新文书,核心目的是提高法律确定性、可预见性以及提供司法救济,降低重复诉讼所产生的风险和费用,防止国际民商事诉讼中产生矛盾的判决。<sup>②</sup>关于新文书类型,第三次和第五次专家组会议都曾聚焦于此,主要有三种选择:

一是就直接管辖权包括平行诉讼制定有约束力的文书;

二是就平行诉讼制定有约束力的文书,就直接管辖权制定有约束力的附加议定书;

三是就平行诉讼制定有约束力的文书,就直接管辖权制定不具有约束力的文书(诸如示范法、指导原则等)。

在磋商过程中,讨论主要集中于第一和第三选项。欧盟、日本、韩国和挪威等国家或地区支持第一种路径,理由是直接管辖权与平行诉讼本质相联,不可分割,因此需要将二者一并处理。倘若仅为直接管辖权制定软法文书,对于国际管辖权问题的协调没有任何增益。<sup>③</sup>美国、以色列、巴西和新加坡等国则认为第三种路径为最优,理由是考虑到全球范围内多元的法律背景和管辖权制度,缔结直接管辖权领域内有约束力的法律文书将困难重重,而且即使成功制定,实施过程也将步履维艰。考虑到各国观点的分歧以及2001临时约文失败的背景,在此领域制定软法文书将更加有利。<sup>④</sup>总体来看,各国就平行诉讼问题制定有约束力的法律文书已经形成共识,且认为新文书不应与《选择法院协议公约》重叠,<sup>⑤</sup>核心分歧是平行诉讼能否涉及直接管辖权规则。

### (二)直接管辖权与平行诉讼

针对直接管辖权规则,第四次专家组会议普遍支持使用2001临时约文作为谈判的起点,但并不排除其他可能的替代方法。<sup>⑥</sup>2001临时约文包含了三类直接管辖

<sup>①</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.39.

<sup>②</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.7.

<sup>③</sup> 澳大利亚、加拿大、中国、英国等也认为平行诉讼与直接管辖权密切相关。See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.10.

<sup>④</sup> 瑞士和中国在发言中表达了在直接管辖权和平行诉讼中制定软法文书的倾向,但对于三个选项持开放态度。See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, paras.11-13.

<sup>⑤</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, paras.15-16.

<sup>⑥</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.22.

权规则:专属管辖规则(rules for exclusive jurisdiction)、法定管辖规则(rules for required jurisdiction,即要求缔约国行使的管辖权规则)<sup>①</sup>、禁止管辖权规则(rules for prohibited jurisdiction)。在之后的讨论中,“禁止管辖权”的称谓被“过度管辖权”(exorbitant jurisdiction)所取代。直接管辖权规则与新文书的类型以及整体的政策走向密切相关,核心的关注点无疑是过度管辖权。对于以 2001 临时约文第 18 条作为基础,起草过度管辖权清单的问题,谈判中分成了两派观点:以欧盟为代表的专家表示支持,但以色列、巴西和美国等国家却表明即使是制定软法文书,也不应该包括此类管辖权。<sup>②</sup>

与管辖权冲突直接相关的平行诉讼问题是每次会议讨论的焦点,早期的讨论基本上是结合管辖权规则寻求更适合解决争议的法院或较好法院。例如,下列合同案件:

A 国和 B 国是新文书的缔约国,X 公司是 A 国生产日本寿司的公司,Y 公司是 B 国生产传送带的制造公司。X 公司与 Y 公司缔结了买卖合同,当传送带在 A 国交付 X 公司后,并不能在餐馆中正常工作,由此给 X 公司造成了一定损失。X 公司在 A 国起诉,要求 Y 公司赔偿,但 Y 公司在 B 国则提起否定性宣告之诉。在此案件中,根据《海牙判决公约》第 5(1)(g)条关于合同履行地的规定,A 国法院应该是审理该案件的更适合法院。

再如,上述案情信息下产品责任案件的平行诉讼:

当传送带在 A 国交付 X 公司后,由于存在缺陷导致其在餐馆爆炸,造成人身伤害。X 公司在 A 国起诉,要求 Y 公司赔偿,但 Y 公司在 B 国则提起否定性宣告之诉。在此案件中,根据《海牙判决公约》第 5(1)(j)条关于侵权行为实施地的规定,B 国法院应该是审理该案件的更适合法院。

在上述两个案情简单的案件中,结合《海牙判决公约》关于管辖权的规定,能够找到审理案件的合适法院,且指向一个法院。但即便如此,上述结论也未能得到专家组的一致认同。而当多个复杂案件(例如,三星诉苹果或华为诉三星等案件)同时在不同国家提起,“较好法院”的结论可能并不唯一。

### (三)先受理规则与较好法院

第五次专家组会议集中讨论了如何解决相同当事人就相同诉因或标的提起的

---

<sup>①</sup> 考虑到 2001 临时约文解释报告的内容,“required jurisdiction”意指缔约国有义务为诉讼当事人提供的管辖权基础。See Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters Adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, p. 27, footnote 5. 该措辞在中文的语境下似乎翻译成“必要管辖权”或“法定管辖权”比较妥当。但由于“必要管辖权”已特指诉讼无门时的管辖权,本文使用“法定管辖权”一词,即文书规定或许可的缔约国有义务行使管辖权的情形。

<sup>②</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, paras.20-22. 以色列甚至建议将“过度管辖权”改为“较弱的管辖权基础”(weaker grounds of jurisdiction)。

平行诉讼问题,而且讨论的重点是一缔约国的被告在另一缔约国的法院就同一诉因起诉原告的案件。<sup>①</sup>专家组讨论了如下几个方案:

### 1.方案A:先受理规则+例外情况

此方案的基本规则如下:一是如果新文书规定直接管辖权,新文书应责成后受理法院中止诉讼程序。但是,如果先受理法院在合理的时间内不行使管辖权,后受理法院可以行使管辖权。二是后受理法院中止行使管辖权的基本条件是,先受理法院未来的判决能够被承认,其他相关的要求包括先受理法院要有管辖权依据,以及通知被告诉讼启动的送达程序适当。三是例外情况,主要有:(1)如果先受理法院行使管辖权显然不合适,后受理法院可以行使管辖权;(2)如果后受理法院决定拒绝承认先受理法院的判决,后受理法院也可以行使管辖权。四是如果先受理法院根据新文书没有管辖权,而后受理法院有管辖权,则先受理法院有义务中止诉讼。<sup>②</sup>此方案最大的特点是结合了直接管辖权规则,以先受理规则为原则,同时规定了例外情形。

### 2.方案B:较好法院方法

根据此方案,较好法院有优先管辖权。为了确定哪一个法院更适合,文书应规定各种需要考虑的因素。在审查时,法院应利用新文书下的合作机制交换有关案件信息,之后,各法院应决定哪个法院更适合,以及其自身是否有权行使管辖权还是应中止诉讼。<sup>③</sup>此方法赋予了缔约国法院极大的自由裁量权,而且无须考虑直接管辖权规则。

### 3.方案C:较好法院方法+直接管辖权规则

这一方案的前提是新文书规定了直接管辖权规则。较好法院有优先管辖权。为了确定哪个法院更适合,法院应适用文书中规定的直接管辖权规则。此方案具体可细化为三类情形:一是如果一缔约国法院根据文书行使管辖权,而另一个缔约国法院根据其国内法行使管辖权,则应优先考虑前一个法院,后一法院应根据文书中止诉讼。二是对于缔约国双方法院根据文书均有管辖权的案件,各法院将考察文书中权衡更适合法院的因素以审查哪一个法院更适合。三是对于缔约国双方法院均根据其本国法律行使管辖权的案件,各法院将考察文书中权衡更适合法院的因素以

---

<sup>①</sup> 暂未讨论原告在一个以上缔约国的法院起诉的案件、专属管辖案件以及非缔约国的平行诉讼案件。See HCCH, Annex to the Draft Agenda: Possible Options of Rules for Parallel Proceedings (hereinafter “Possible Options of Rules for Parallel Proceedings”), Prepared by the Chair of the EG, February 2021, paras.1-4.

<sup>②</sup> See Possible Options of Rules for Parallel Proceedings, paras.5-6.

<sup>③</sup> 经常居住在缔约国的一方当事人可以向另一缔约国法院申请协调管辖权,具体的路径有:一是当事人申请,应诉一方当事人的申请,缔约国法院应请求另一缔约国法院进行协调;二是法院依职权请求,缔约国法院可以依职权酌情请求与另一缔约国法院进行协调;三是中央机关路径,缔约国指定的中央机关应交换案件的信息。See Possible Options of Rules for Parallel Proceedings, paras.10-14.

审查哪个法院更适合。<sup>①</sup>

对于上述三类方案,方案 A 受到了欧盟的力捧,而方案 B 则得到了美国等国家的肯定。方案 C 在文书规定直接管辖权的情形下,也具有一定的合理性。<sup>②</sup>还有专家建议合并方案 A 和方案 C,以《海牙判决公约》间接管辖权为基础,发展一个混合方法来处理平行诉讼问题,将平行诉讼与直接管辖权规则联系起来。<sup>③</sup>

综上,就平行诉讼达成有约束力的文书是专家组的共识,而核心的争议有两点:其一,是否在有约束力的法律文书中规定直接管辖权规则,这既包括在文书中规定有约束力的管辖权规则,也包括在处理平行诉讼问题上是否涉及管辖权规则。其二,在平行诉讼的问题上,以欧盟为代表追求具有确定性的先受理规则,以美国为代表的国家追求更具灵活性的较好法院方法,双方在这一问题上僵持不下,都不愿意放弃既有的制度,也担心影响自身的法律传统。

### 三、直接管辖权规则的纷争与协调

由于管辖权直接影响案件的实体审理结果,当前许多国家都有扩大管辖权的趋势。在新文书中是否规定直接管辖权的核心在于,能否以统一的国际规则来规范各国的管辖权。对于那些使用“最低联系”或存在过度管辖权的国家来说,这是对其法院司法权能的限缩。未来文书如果涉及直接管辖权,缔约国通常有两个基本的义务:一是行使管辖权,即在专属管辖权和法定管辖权下,缔约国法院应行使对案件的管辖权;二是拒绝行使管辖权,即在过度管辖权下,缔约国法院需要承担拒绝管辖的义务。在第四次专家组讨论中,与会专家普遍支持使用 2001 临时约文作为谈判的起点,<sup>④</sup>但之后多有反复。目前直接管辖权大致分为三个方面:专属管辖权、法定管辖权和过度管辖权,但不管是“是否规定管辖权”还是“管辖权种类”的问题,都引发了不少争议。

#### (一) 缔约国有义务行使的管辖权

1. 专属管辖权。如果未来文书规定了直接管辖权规则,无疑需要考虑专属管辖权问题。2001 临时约文所规定的专属管辖权主要针对不动产物权、知识产权、法人的成立和解散以及公共登记事项等领域。<sup>⑤</sup>专属管辖权的明显优势之一体现在平行诉讼中。由于其具有等级性,从而优先于一般的管辖权根据。<sup>⑥</sup>但等级性或优先性

① See Possible Options of Rules for Parallel Proceedings, paras.15-20.

② 在第五次专家组会议上,以色列、中国和新加坡对方案 C 的讨论持开放态度。

③ 在谈判中,澳大利亚提出,其国内法院的方法折中了方案 A 和 B,并认为那些令人烦恼和压迫性(vexatious and oppressive)的法院是后受理法院。See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.25.

④ See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.22.

⑤ See Article 12 of the 2001 Interim Text.

⑥ See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.24.

也对那些没有“专属管辖权”概念的国家产生了重大威胁。哪些案件属于专属管辖案件无疑是未来争议的重点。<sup>①</sup>

2.法定管辖权。自1996年公约文本起草以来,“法定管辖权”一直就存在,它是严格意义上大陆法系的用语。在2001临时约文中,法定管辖权涉及被告惯常居所地、当事人协议选择法院、合同履行地、被告的分支机构所在地、侵权行为地等事项,<sup>②</sup>另外也涉及消费者合同、雇佣合同、信托、反诉等事项。<sup>③</sup>法定管辖权的谈判主要存在两个问题:一是关乎文本起草的起点。在法定管辖权的问题上,第五次专家组会议认可新文书应与《选择法院协议公约》和《海牙判决公约》保持一致,不少专家则表明应该以《海牙判决公约》第5条和第6条作为起草新文书的基础。但《海牙判决公约》第5条与新文书中的直接管辖权规则基本的区别在于,前者主要关于确立外国判决承认与执行中的适格性问题,保障判决在该公约下能得以承认与执行,而后者则涉及国家司法机关的权能问题,要求缔约国修改其国内法规则方能加入新公约。<sup>④</sup>二是如果新文书规定了管辖权规则,则应存在一些“例外情形”(exceptional circumstances),赋予缔约国法院可以中止诉讼或者拒绝管辖权的可能性,但无疑应对“例外情形”有所限定,从而避免当事人无法有效得到司法救济的情形。<sup>⑤</sup>

## (二)缔约国有义务拒绝的管辖权

过度管辖权缘于2001临时约文第18条的禁止管辖权,该条第1款规定,若受理案件的缔约国与争议或被告之间并不存在实质性联系,且被告惯常居住在另一缔约国,则禁止采用受理案件缔约国的国内法所规定的管辖权规则。该条还列出了12个禁止管辖权的基础,分别是:(1)被告在该国存在可供扣押的财产,除非争议与该财产直接相关;(2)原告的国籍;(3)被告的国籍;(4)原告出现在该国或在该国存在住所、惯常居所或临时居所;(5)被告在该国进行商业或其他活动,除非这些活动与争议直接相关;(6)向位于该国的被告送达传票;(7)原告单方面指定法院;(8)该诉讼旨在声明一项判决的可执行性或可登记性,或为执行一项判决,除非争议与该诉讼直接相关;(9)被告在一国临时居住或出现;(10)在引发争议的国家签订合同;(11)被告在该国拥有子公司或其他相关实体;(12)在该国涉及相关的刑事诉讼。这些管辖权基础由于与争议或被告没有实质性的联系或联系较弱,被列入禁止管辖权的清单中。

关于禁止管辖权,瑞士等国代表建议将该术语改为“过度管辖权”,并得到较为

<sup>①</sup> See HCCH, Annotation to the Draft Agenda of the Fourth EG Meeting, Prepared by Keisuke Takeshita, 16 to 19 November 2020, paras.8-10.

<sup>②</sup> See Articles 3, 4, 6, 9, 10 of the 2001 Interim Text.

<sup>③</sup> See Articles 7, 8, 11 of the 2001 Interim Text.

<sup>④</sup> 美国曾主张以互惠为基础的“镜像”方法(a reciprocity-based approach of “mirror image”)用来推进起草工作,但未阐述其具体含义。See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, paras.14-18, 23.

<sup>⑤</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, paras.19-22.



广泛的支持,主要理由有二:一是考虑到在一些案件中。当事人可能依靠此类管辖权基础来获得司法救济(access to justice),如果把它们都列入禁止管辖权清单,则可能造成当事人无法获得司法救济(denial of justice)的情形。二是被禁止的管辖权基础在很多国家具有其存在的法律文化背景,并在实践中广泛应用。如果贸然地在有约束力的国际文书中禁止使用此类事由,则将给这些国内管辖权基础增添消极性的标签。<sup>①</sup>尽管“过度管辖权”的表述在谈判中被广泛认可,而且欧盟等与会方支持以 2001 临时约文第 18 条为基础来起草过度管辖权清单,但以色列和美国等国家反对在新文书中纳入过度管辖权的规定,认为即使是制定软法文书,也不应该包括此类管辖权,此类规定将会给国内法院行使管辖权带来不必要的困难。<sup>②</sup>

### (三)直接管辖权的纷争与协调

管辖权领域纷争不断的直接症结在于各国管辖权制度和法律传统的差异。首先,成文法系的固定管辖权规则与普通法系的联系标准是两种不同的方法。对于大陆法系国家来说,是否行使管辖权主要是看相关国内法是否有具体的管辖权规则,以及案件中是否存在管辖权连结因素。在自身具有管辖权且没有约束性机制的情况下,如果发生管辖权冲突,该国很难放弃管辖权。对于普通法系国家来说,管辖权的行使主要是看有没有充足的联系。例如,在美国,正当程序是宪法修正案第 14 条的基本要求,联邦最高法院后来发展出最低联系的管辖权标准;实践中,各州根据此要求来解释宪法并制定管辖权法规。大多数州法院在主张特殊管辖权时,不仅要符合该州长臂管辖法规的规定,而且要满足宪法所规定的正当程序标准的要求。<sup>③</sup>也有些州的长臂法律在最大限度范围内规定了该州行使管辖权的界限,即只要符合正当程序的规定,该州法院就可以行使管辖权。而且,美国不像欧盟一样存在统一的欧洲法院和布鲁塞尔条例体系<sup>④</sup>,其联邦最高法院并不能统辖各州的管辖权规则并提供统一的解释。因此,采纳固定的管辖权规则对于美国来说意味着突破了其法律传统和现有的法律制度;而对于成文法系国家来说,接受美国方法则增加了法律的不确定性,也改变了其多年来的法律传统。

<sup>①</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.27. 另外,2001 临时约文第 18 条第 3 款有一个例外,允许利用过度管辖权保护人权,因此,这些管辖权并不是禁止的管辖权。

<sup>②</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, paras.20-21.

<sup>③</sup> See Gray B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts* 103 (Wolters Kluwer Law & Business 1996).

<sup>④</sup> 布鲁塞尔条例体系是指以欧盟理事会 2000 年 12 月 22 日《关于民商事管辖权及判决的承认与执行的第 44/2001 号条例》[The Council Regulation (EC) No.44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Communities L12/1, 16 January 2001, 通称《布鲁塞尔条例 I》]为主要规范的一系列民商事管辖权和判决承认与执行领域的规范所组成的体系。

其次,迄今为止尚未发现一种路径,能够弥合各国在管辖权制度上的鸿沟。管辖权具体制度和法律传统的差异是导致2001临时约文失败的主要原因之一,而且目前并没有得以弥合。2001临时约文的失败说明,在此领域罗列一个穷尽且适宜的管辖权基础清单,而排除其他所有管辖权基础,是不可能的。而且,也不可能制定一种办法,既为每个缔约国指定都需要“接受的管辖权基础”(acceptable bases),又让每个缔约国欣然接受那些都“不可接受的管辖权基础”(unacceptable bases);同时,在管辖权框架中又为将来的发展留出空间,以测试和协助确定新的管辖权基础的适当性。

再次,两大法系不仅在管辖权基础上难以协调分歧,而且一旦确定某种方法或制度具有优先性的时候,也就意味着一部分国家管辖权制度的改变或让步。处理平行诉讼的过程可能会涉及管辖权的优先性问题。例如,一缔约国法院根据新文书行使专属管辖权或根据当事人协议而行使排他性管辖权,而另一缔约国法院行使一般管辖权;再如,一缔约国法院根据新文书行使管辖权,而另一缔约国法院根据国内法行使管辖权。在此两类情形下自然就存在管辖权优先与否的问题。新加坡据此建议将法定管辖权改为“优先管辖权”,<sup>①</sup>行使此类管辖权的法院具有优先性。但一旦涉及管辖权的优先等级,无疑要迫使一部分国家在发生管辖权冲突的情况下放弃管辖权。

最后,普通法系国家与大陆法系国家真正的差异或许并不完全是管辖权规则,而是审理案件时的自由裁量权。对于大多数普通法系国家而言,虽然管辖权制度构建的基础是以“联系”为权衡标准的管辖体系,但仍旧存在适用管辖权规则的现象。例如,加拿大实行的是实质性联系标准,但加拿大最高法院鼓励立法者和其他法院制定具体的规则,因为实质性联系并不能使法院的管辖权具有确定性。其他普通法国家,如澳大利亚、新西兰、南非等,都以管辖权规则作为法院运行的基础。美国之所以反对新文书中规定管辖权,核心原因依旧是担心其国内法院的长臂管辖权将会受到限制。

从未来国际社会协调管辖权的角度,英国的法律发展历程或许将会提供有益的经验。英国作为普通法系国家,一直面对着如何协调复合法域的难题:一方面,苏格兰是混合法律体系;另一方面,英国几十年来又受制于布鲁塞尔体系和《卢加诺公约》。尽管英国已经脱欧,但其又再次申请加入《卢加诺公约》,因此,英国的经验在实践中有可能会架起沟通两大体制的桥梁,或许能为未来公约的谈判带来一些启示,以找到一种既能够兼容两大体制,又能够为国内法中的管辖权规则留下足够空间的方法。

<sup>①</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.26.

#### 四、平行诉讼解决方案的差异与选择

就平行诉讼制定具有约束力的法律文书是各国专家的共识,但在如何解决平行诉讼的问题上,各国间则存在较大的分歧。前文提到了三种解决方案,方案之争表面上是确定性和灵活性之争,实际上则是制度之争和司法话语权之争。

##### (一)先受理规则:极具确定性的欧盟方案

先受理规则受到以欧盟为代表的成文法系国家和地区的支持。根据海牙国际私法会议的调研,<sup>①</sup>至少有两种界定先受理规则(first-in-time rules)的方法:先起诉立案和先送达。中国、俄罗斯、以色列、日本等采纳了前者;葡萄牙、新加坡等采纳了后者。欧盟排他性地采纳了先受理规则,但案件受理的具体日期取决于成员国国内法的解释。<sup>②</sup>若原告已经采取措施向被告进行了送达,则提交起诉状即为受理;若送达被告的时间早于提交法院的时间,且原告已经采取了措施将档案提交法院,负责送达的机构收到档案时即为受理。<sup>③</sup>

先受理规则的优点在于规则较为简单,结果具有确定性,清晰地解决了平行诉讼下管辖权的争议,从而避免司法资源浪费,减轻当事人在跨国诉讼中的经济负担,也避免出现矛盾判决。然而,其缺点也非常明显。一是策略诉讼问题。由于对“先受理”具体解释的不同,可能出现利用规则差异进行恶意竞争管辖权的情形,<sup>④</sup>例如,曾经发生在意大利的鱼雷诉讼(Italian torpedoes)现象,<sup>⑤</sup>原告恶意地选择诉讼程序漫长的法院给被告施加压力。二是时间点的问题。时间的先后也多受诟病,例如,一国法院受理诉讼的时间是早上8点,另一国是早上9点,这种情形下很难说明先受理规则的合理性。而且时间的先后与案件能否得到妥善处理之间没有必然联系,有

---

① 为弥合分歧、达成共识,第三次专家组会议建议海牙国际私法会议常设局就不同国家的平行诉讼和关联诉讼进行调研,并得到海牙国际私法会议总务与政策委员会的支持。2020年3月,常设局下发了《法院间平行诉讼和关联诉讼案件的调查问卷》(Questionnaire on Parallel Proceedings and Related Actions in Court-to-Court Cases),并收到33个国家的回复。常设局通过总结分析,在第四次专家组会议之前进一步发布了《关于各国就法院间平行诉讼和关联诉讼调查问卷回复的总结》(Summary of the Responses to the Questionnaire on Parallel Proceedings and Related Actions in Court-to-Court Cases)。

② See Articles 21-23 of Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 27 September 1968.

③ See The HCCH Permanent Bureau, Compilation of Responses to the Questionnaire on Parallel Proceedings and Related Actions in Court-to-Court Cases, August 2020, pp.20-42; Summary of the Responses to the Questionnaire on Parallel Proceedings and Related Actions in Court-to-Court Cases, 2020, paras.5-9, 22-24.

④ See James P. George, *International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws*, 37 Texas International Law Journal 499, 531 (2002).

⑤ See *Trasporti Castelletti v. Hugo Trumphy*, Case C-159/97. 此案提单中的法院选择条款规定了由英国法院管辖,然而,收货人却在意大利提起诉讼,10年之后意大利法院方才裁定自己没有管辖权。

时先受理法院审理案件可能会受到证据收集等方面的限制而很难查清事实。三是诉的性质没有被考虑。例如,对于国内法院来说,专属管辖与否无疑比起诉时间的早晚更重要。四是与国际商事调解的关系。考虑到《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(以下称《新加坡调解公约》)通过后,很多国家(如新加坡)积极发展国际商事调解,而国际商事调解通过协调达成合意,并没有提前诉诸法院。先受理规则将会给商人带来错误的信号,使其积极奔赴法院而非安心调解。最后,目前仅欧盟明确规定以先受理规则处理国际平行诉讼,其他国家和地区主要将其用于处理国内的平行诉讼。<sup>①</sup>而且,先受理规则在大陆法系国家通常与管辖权相关联,例如,当事人协议管辖和专属管辖可以排除先受理法院的适用。对于一直反对以新文书规定管辖权的美国来说,这一规则与其国内基于不方便法院原则所产生的较好法院方法相去甚远,因此其一直表示难以接受此种方案。

## (二)较好法院方法:极具灵活性的美国方法

较好法院方法基于不方便法院原则而产生,在普通法系国家有着广泛的市场。由于担心未来在直接管辖权领域制定有约束力的法律文书,美国联合巴西、以色列和新加坡提交了一个专门处理平行诉讼的非正式文件,<sup>②</sup>阐明了其在平行诉讼领域的立场。文件中最核心的内容就是如何确定较好法院方法(better forum approach),其主要包括了如下步骤:

一是受理平行诉讼案件的各缔约国法院应在合理时间内,确定哪个法院是解决平行诉讼所涉诉讼请求的较好法院。

二是在确定哪个法院是较好法院时,每一法院均应考虑文书中所规定的因素,并可酌情强调其中部分相关因素。

三是在适用上述因素后,如果两个涉及平行诉讼的法院共同认定某一法院为较好法院,则该法院应该继续审理案件,而另一法院应中止或驳回案件。

四是在适用上述因素后,如果两个涉及平行诉讼的法院不能确定同一法院是较好法院,则每个法院都可以根据本国法律审理案件。

五是尽管有前述规定,如果诉讼可能涉及法院地国的主权或安全利益,或者中止和驳回诉讼有悖于法院地国的公共政策或基本原则,则法院

<sup>①</sup> See Article 29 of Regulation (EU) No.1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast).

<sup>②</sup> See HCCH, A Bottom-up Approach to a Parallel Proceedings Convention, Non-Paper Submitted by the Experts from Brazil, Israel, Singapore and the United States (in Their Personal Capacities), 7 January 2021.

无义务中止或驳回诉讼。<sup>①</sup>

这一方案明确了美国的立场,但其最大的缺陷就是无法真正解决平行诉讼问题。实践中两个国家达成一致并认定其中一个是合适法院的情形应该是少之又少。而且不管是上述第四步还是第五步均未能解决平行诉讼问题,反而是默认了平行诉讼存在的合理性。其次,该提案过于灵活,权衡因素的内涵以及其各自所占的权重也并不明确,实际上仍然是将这一问题交由法院任意裁判,而通常的结果还是各国支持本国法院是更适合的法院,从而无法解决平行诉讼问题。另外,这一方案并不涉及直接管辖权问题,不能确定相关法院行使管辖权的合理性,因而遭到了欧盟全方面的反对。

### (三)平行诉讼复合型解决方案的新建议

欧盟的先受理规则和美国较好法院方法属于两种各具特色的方法,单纯以某一种方法作为解决方案,很难为其他国家所接受,因此,二者的折中与融合在所难免。平行诉讼并非只发生在一个法律体系下,如果一方当事人在大陆法系国家提起诉讼,之后在普通法系国家再次提起诉讼,当事人的策略诉讼会发生在两大法系国家之间,而非同一法系国家之间。不管是不方便法院原则作为先受理的例外,还是先受理规则作为不方便法院原则的权衡因素,新的方案都需要兼顾二者制度的差异。为了弥合分歧,未来采纳混合型的方法在所难免。为此,专家组在谈判中提出了如下新的建议:

#### 1.先受理规则+更适合法院+直接管辖权的方法

由于先受理规则是处理平行诉讼的一种可能选择,因此,在采用先受理规则时,有必要考虑如何将不方便法院原则的基本思想纳入文书。从海牙国际私法会议调研的情况来看,<sup>②</sup>许多国家在处理国际平行诉讼问题时都采用了不方便法院原则。然而,不方便法院原则只是赋予法院不行使管辖权的自由裁量权。从国际法律文书的角度看,不方便法院原则由于没有赋予国家有约束力的国际义务,价值有限,需要以不方便法院原则的理念为基础设计新的方法。为此,专家组以 2001 临时约文第 21 条“平行诉讼”和第 22 条“特殊情况下拒绝管辖权”<sup>③</sup>为基础设计了折中方案。

该方案的基本思路是:首先,如果文书中包含不方便法院原则,则更适合争议解决的缔约国法院原则上需要在平行诉讼案件中根据新文书行使管辖权,其他缔约国法院需要中止诉讼程序。其次,在这种情况下,文书显然应责成更适合法院以外的缔约国法院中止诉讼。再次,结合先受理规则,后受理法院需要中止诉讼。为了纳

<sup>①</sup> See A Bottom-up Approach to a Parallel Proceedings Convention, Articles 4 & 5.

<sup>②</sup> See HCCH, Summary of the Responses to the Questionnaire on Parallel Proceedings and Related Actions in Court-to-Court Cases, 2020, para.8.

<sup>③</sup> 第 21 条处理平行诉讼的先受理规则,第 22 条则规定了先受理规则的例外,即更适合法院方法。See Articles 21 & 22 of the 2001 Interim Text.

入不方便法院原则,文书必须允许后受理法院在它是更适合法院时行使管辖权,因此,就有必要允许先受理法院在某些情况下拒绝管辖权。<sup>①</sup>结合直接管辖权的规定,就可以产生如下三项基本规则:

规则1:允许根据文书具有直接管辖权的先受理的缔约国法院在特殊情况下中止诉讼;

规则2:责成更适合法院以外的缔约国法院中止诉讼程序;

规则3:更适合法院有义务行使管辖权。<sup>②</sup>

规则1允许先受理法院在特殊情形下中止诉讼,这些特殊情形包括:一是先受理法院的管辖权如果是以有效的排他性法院选择协议或新文书规定的专属管辖权规则为基础的,那么先受理法院不应拒绝管辖权;二是对于其他情形,可以考虑以下两项中止诉讼的要求:(1)法院行使管辖权是显然不合适的;(2)另一国法院拥有管辖权,并显然更适合解决争议。规则2、3可以有效地避免在缔约国发生重复的诉讼。作为平行诉讼解决方式的一种可能选择,规则3规定更适合法院原则上必须行使管辖权,但是新文书必须规定补救措施,即更适合法院不行使管辖权时,有必要允许其他法院行使管辖权,否则当事人就可能得不到司法救济。<sup>③</sup>总体而言,此规则体现的是更适合法院以外的法院根据“较好法院”理念中止诉讼。但该规则又存在如下的问题:

首先,机制的强制性与任选性。如果将这种基于不方便法院原则所建立的基本规则纳入文书,那么就需要考虑该机制的强制性和任选性问题。一般而言,新文书中即使纳入不方便法院原则,也应赋予先受理法院一定的自由裁量权,而非强制要求该法院行使管辖或在特殊情况下中止诉讼。另外,不方便法院原则不应成为当事人获得司法救济的障碍,即出现受案法院被强制拒绝管辖而更适合法院不积极管辖的情形。<sup>④</sup>

其次,不方便法院的保障条款。在先受理法院确定为更适合法院后,应考虑保障性条款,以避免案件严重拖延。例如,当一缔约国法院中止诉讼时,若另一国的更适合法院决定不行使管辖权,法院则应继续审理此案。另一方面,若另一国的更适合法院行使了管辖权,或原告没有在法院规定的时间内在该另一国法院提起诉讼,

<sup>①</sup> See HCCH, The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*, the Fourth (Online) Meeting of the Experts' Group on Jurisdiction Project (The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*), Working Paper Prepared by Prof. Keisuke Takeshita, 16 to 19 November 2020, paras.5- 8.

<sup>②</sup> See The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*, para.9.

<sup>③</sup> See The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*, para.13.

<sup>④</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.8.

则中止诉讼的法院应拒绝行使管辖权。<sup>①</sup>

再次,确定更适合法院须考虑的因素。如果文书为某些目的列入了基于不方便法院原则的规则,则有必要讨论确定“显然不适合”或“显然更适合”的基本因素。<sup>②</sup> 2001 临时约文第 22 条第 4 款列出了 4 个考虑因素:当事人的惯常居所地;证据的性质和地点,包括书证和证人,以及取得这些证据的程序;适用的诉讼时效;对实体法律问题所作决定获得承认与执行的可能性。对于要权衡的因素,专家组列出了 4 类 18 项示例,且依旧是非详尽的因素清单,包括:(1)程序性质的因素;<sup>③</sup>(2)与争议性质有关的因素,包括争议的性质、适用的法律、与当事人或争议联系最密切的法院;(3)争议解决的因素,包括判决在其他国家承认与执行的可能性、全面解决争议的能力;(4)与缔约国主权有关的因素,包括裁决对主权利益或政策的影响、将诉讼的公共成本和负担强加给特定国家公众的公平性。<sup>④</sup>对于上述判断某一法院更适合或明显不适合时应当考虑的权衡因素,关注点主要有:一是权衡因素太多,含义不清。有的主张重点考虑与诉讼程序相关和与具体争议相关的因素等,有的主张各个因素之间不存在等级或优先性。二是关于权衡因素应该列出穷尽式还是开放式清单的问题<sup>⑤</sup>,一般认为,清单不应穷尽所有应当考虑的因素,要留给法院一定的自由裁量权。三是也应考虑在法律文书中规定不由法院考虑的因素,例如案件的实体问题或者双方当事人强弱对比等,以增强法律的确定性。<sup>⑥</sup>

## 2. 预期承认理论+先受理规则+更适合法院的方法

预期承认理论是指在两国法院受理相同案件,若先受理法院的判决将来在另

---

① See Article 22(5) of the 2001 Interim Text. 但具体的时间点或时间段无疑不应出现在有约束力的国际法律文书中,应留给缔约国内法处理。See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.12.

② See The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*, paras.3, 4.

③ 主要包括:(1) Residence of parties or witnesses; (2) Ease of access to sources of proof; (3) Availability of process for attendance of unwilling witnesses; (4) Cost of presenting testimony; (5) Access to premises relevant to a claim; (6) Possibilities of delay and congestion; (7) Additional considerations within the discretion of the court and applicable to a specific case; (8) The extent to which the proceedings are more advanced in one country than the other (recognising the costs that have already been invested by parties and courts in that country); (9) The availability of skilled legal or other expertise or legal aid; (10) The interests of justice, including the question of whether the relevant forum is one where justice may be expected to be done, within a reasonable time or at all; (11) Factors pertaining to justification of choice of forum by claimants and potential burdens on litigants. See The New Instrument and the Doctrine of *Forum Non Convenience*, para.16.

④ 在可能影响国家主权的诉讼中,欧盟主张通过法律文书的其他机制例如声明条款加以解决,阿根廷建议法律文书直接规定不适用于国家为一方当事人的诉讼。See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, paras.9-11; 相关讨论亦可参见外交部条法司:《海牙国际私法会议管辖权项目专家组第四次会议情况简介》, [https://mp.weixin.qq.com/s/IT2K\\_El2rW1A0kzfpJ8deA](https://mp.weixin.qq.com/s/IT2K_El2rW1A0kzfpJ8deA), 2022 年 2 月 18 日访问。

⑤ 瑞士主张所列因素应是穷尽性的清单,以确保法律的确定性和可预见性;中国、以色列、英国、新加坡则强调清单不应是穷尽性的,以保障法院的自由裁量权。

⑥ See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, paras.9, 14.

一国可能被承认的,则该另一国法院应基于禁止双重起诉的规定,中止或驳回诉讼。简而言之,如果外国法院受理在先,且预期该外国法院可能作出将来能够得到内国法院承认与执行的判决,则内国法院即应中止或驳回对相同案件的审理。适用预期承认规则须满足以下两个要件:一是外国法院受理在先,本国法院受理在后;二是内国法院预测该外国法院作出的判决可能被本国承认与执行。该规则的合理性在于预期承认理论能够避免司法资源的浪费,谦抑管辖权,但该理论需要提供相应的补救措施,即如果被告必须在先受理法院诉讼,而先受理法院不能作出一个能被承认与执行的判决,则对被告来说就存在拒绝司法的情形。因此,预期承认需要考虑个案的相关性,并且先诉法院是否能在合理时间内作出判决也尤为重要。

预期承认理论在很多国家已经上升到立法层面,<sup>①</sup>成为法院中止诉讼的合法理由。那么,在新文书中,有必要考虑在一缔约国法院(即先受理法院和更适合法院)作出的判决将会被承认和执行时,另一缔约国法院应该中止诉讼的问题。进一步而言,为确保争议当事人能够得到司法救济,如果一缔约国法院将作出的判决明显得不到另一缔约国法院的承认和执行,则该另一缔约国法院应继续行使管辖权。<sup>②</sup>理论上,预期承认判决应作为解决平行诉讼的一个因素,但其无疑不是唯一的决定性因素。<sup>③</sup>在讨论的过程中,瑞士代表将预期承认理论和先受理规则及较好法院相结合,提出了一个以结果为导向的方案,其主要思路如下:<sup>④</sup>

一是当相同当事人在不同缔约国法院基于相同诉因进行诉讼时,不论寻求何种救济,如果先受理法院作出的判决能够为后受理法院所在国预期承认与执行,则后受理法院应中止诉讼程序。后受理法院收到先受理法院作出的符合承认或者执行条件的判决后,应当拒绝管辖权。

二是如果原告在先受理法院没有采取必要步骤,以致法院未能就案件的实体问题作出决定,或先受理法院没有在合理时间内作出此类决定,则应一方当事人的申请,后受理法院可继续审理案件。

三是在例外的情形下,一方当事人提出申请后,后受理法院如果认为其显然比先受理法院更适合解决争议,后受理法院可以继续审理案件。

四是后受理法院在收到先受理法院驳回诉讼的决定后,应立即着手审理案件。

<sup>①</sup> 参见《瑞士关于国际私法的联邦法》第9条、《比利时国际私法典》第14条、2002年《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第406条第2款。

<sup>②</sup> See Question 8 of the Draft Agenda of the Fifth (Online) Meeting of the Experts' Group on Jurisdiction, 1-5 February 2021.

<sup>③</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.31.

<sup>④</sup> See Tentative Non-paper from Switzerland on *lis pendens*, Distributed on 3 February 2021.



该方案以判决预期承认和执行作为结果导向,旨在弥合前述先受理法院和较好法院之间的差异,重点依然强调了先受理规则。其存在的问题是:首先,在与直接管辖权不存在关联的情况下,先受理法院不可能出现在管辖权的真空中,而且也难以判断两个法院中的哪一个是受理案件的更适法院。<sup>①</sup>对于成文法系国家来说,平行诉讼需要与处理管辖权问题相结合。例如,发生在中国与外国之间的平行诉讼,如果外国(不管是不是缔约国)根据新文书没有管辖权,而中国有管辖权,则很难要求中国拒绝管辖权。对于较好法院方法,其问题在于如果两个法院都不中止诉讼,这一方法将只能发挥有限的作用,直接管辖权规则则具有一定的优势,例如可以通过管辖权优先性或禁止管辖权来处理这一问题。其次,如果后受理法院具有排他性管辖权,其通常又无权拒绝管辖权,此时根据瑞士的方案只能利用例外情形,由后受理法院认为自己是较好法院,从而继续行使管辖权。先受理规则在《布鲁塞尔条例》和《卢加诺公约》体系下运行良好,原因在于二者统一了管辖权规则。即使是在这两个体系下,当事人排他性选择法院和专属管辖权均优先于先受理规则,因此应该考虑给予前者以较高的等级,而目前的方案基本上是同等对待它们与先受理规则。最后,更为重要的是,预期承认与法院行使管辖权没有逻辑上的相互关系,前者对于后受理法院中止诉讼既非必要条件也非充足条件。预期承认可以成为中止诉讼的原因,但绝不能成为决定性的原因。例如,当被告在其住所地的先受理法院有大量资产时,后受理法院预期承认与执行判决就无关紧要。

综上,上述各解决方案在处理平行诉讼的问题上各有利弊。从已有的谈判来看,平行诉讼的解决需要注意如下一些问题:一是任何一种单一解决方法,都难以解决谈判各国的关切。未来,不管是任何一种方案,都需要兼容两大法系不同的方法,需要混合“直接管辖权规则”“先受理规则”“较好法院方法”“预期承认理论”等合理性的因素。二是在平行诉讼的问题上,2001 临时约文第 21 条“平行诉讼”和第 22 条“特殊情况下拒绝管辖权”所设计的规则是两大法系的折中,是在“先受理规则”中纳入不方便法院原则。但时隔 20 年之后,这一方案却遭到大部分国家的反对,保留本国法院的自由裁量权已成为主流趋势。因此,方案的灵活性也就尤为重要。三是对于绝大多数国家来说,在本国法院具有专属管辖权或当事人排他性选择本国法院的情形下,由该国行使管辖权具有更强的合理性,也会得到更多的认可。四是先受理规则和较好法院方法都是技术上的解决方案。解决问题的关键在于能否发现二者的中间路线,来协调大陆法系和普通法系的矛盾。不管是先受理规则作为判断方便法院的原则之一,还是不方便法院原则作为先受理规则的补充,都需要在制定规则时充分考虑相关法院行使管辖权的合理性,避免诉讼延迟,避免当事人投机性提起

<sup>①</sup> See Aide-Mémoire of the Fifth EG Meeting, para.28.

诉讼,确保当事人获得司法救济,以及承认与执行先受理法院所作判决的可能性等重要因素。<sup>①</sup>

## 五、海牙管辖权项目谈判对中国的启示

在第四次专家组会议分别讨论直接管辖权规则、平行诉讼、不方便法院原则、司法协调与合作机制时,由于条块分割明显,而问题相互交织,因此难以窥一斑而知全豹。在此情形下,欧盟和澳大利亚等代表提出,问题的讨论应该采用包容性和整体论方法,应充分考虑各话题之间的关系,以找寻一种方法来鉴别更适合法院。<sup>②</sup>未来,直接讨论文本可能比单独地讨论政策更好。毕竟,各国很难在“从两大法系中选择其一”的问题上达成一致。如果在起草文本的过程中,发现处理平行诉讼绕不开直接管辖权规则,制定管辖权规则也就有了合理基础。而如果通过各种方法的运用,能够避开直接管辖权问题,无疑也能避免两大法系的纷争。谈判方法实现了从个体性方法迈向整体性方法的突破,或许能为两大法系的纷争找寻第三条出路。同时,第五次专家组会议在决定采纳包容性和整体论方法之后,鉴于未来基于文本或提案讨论新文书所涉及的内容,专家组决定结束自己的使命,公约草拟将进入由各国政府代表所组成的工作组层面,各国将直接展开文书的起草工作。

中国一直以来是海牙管辖权项目的积极参与方,一方面,中国参与国际谈判以现有制度为基础,同时也要兼顾未来中国国际民事诉讼制度的发展;另一方面,中国需要积极参与国际谈判,维护中国司法话语权,为达成国际法律文书建言献策。

### (一)直接管辖权规则

在国际谈判中,从维护中国现有制度的角度出发,无疑要充分考虑目前中国管辖权的规定,但也应该意识到中国现有制度的问题与不足,从而为未来的发展做好准备。自1982年《民事诉讼法(试行)》颁行以来,中国国际民事管辖权制度变化不大,尤其是涉外民事管辖权方面的规定在不断减少,2012年协议管辖和应诉管辖从涉外民事诉讼部分并入到国内民事诉讼的规定,就是很好的例证。<sup>③</sup>比较而言,以下问题尤其值得注意。

一是未区分国内民事管辖权和国际民事管辖权。考虑到国际民事管辖权的特殊性,中国应该充分重视国际民事管辖权体系化建设,重视国际民事管辖权在维护国家司法主权、保护我国公民和企业的海外利益、进行长臂管辖斗争方面的作用。将国内民事管辖权制度套用于国际民事诉讼,自然会出现“水土不服”现象。以专

<sup>①</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, paras.29-33.

<sup>②</sup> See Aide Memoire of the Fourth EG Meeting, para.5.

<sup>③</sup> 参见何其生:《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》,《中国社会科学》2017年第5期,第123-124页。

属管辖为例,现行《民事诉讼法》第 34 条规定:“下列案件,由本条规定的人民法院专属管辖:(一)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;(二)因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;(三)因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。”这些规定主要针对国内案件,从涉外案件的角度来说,除不动产纠纷外,其他两项规定在国际社会层面均难以构成专属管辖权的内容。“港口作业”非以法律事项作为规范对象;继承遗产纠纷规定的是选择性的管辖权根据,已经不具有“专属性”特征。由此可见,我国专属管辖的规定是一种纯国内法思维,没有针对国际民事诉讼的特殊情况进行专门设计。这种纯国内法思维套用于国际管辖权制度,自然就会产生不合理的规定。因此,我国应考虑针对国际民事管辖权制度设立专门的规定。

二是过度管辖权基础中未考虑合理联系的因素。中国的国际民事管辖权制度也有过度管辖权的规定,有许多规定都在扩大法院的涉外管辖权。2001 临时约文第 18 条所规定的 12 个禁止管辖权基础,诸如可供扣押财产所在地、原被告的国籍或惯常居所、合同签订地、分支机构所在地等,也是中国法院行使管辖权的基础。以《民事诉讼法》第 272 条的“被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产”为例,如果争议财产是财产诉讼中的标的物,双方当事人因为对该财产的所有权或其他权利发生争议而产生诉讼,现代各国均认可此种情况下可针对该财产行使管辖权。如果被告在中国的财产并非诉讼标的的财产,诉讼当事人既不是中国的居民或国民,案件所涉及的事项与中国也不存在其他联系,那么仅仅因为被告有财产在中国,法院就据此行使对被告的管辖权,就存在一定的不合理性。因此,许多国家都将这种管辖权视为一种过度管辖权。<sup>①</sup>另外,我国一些法院在合同签订地、分支机构所在地、侵权行为地等方面都有扩大解释的倾向。与前述 2001 临时约文相比,我国法律规定的不少管辖权基础都可能被纳入过度管辖权的清单中。因此,可以考虑进一步优化相关管辖权根据,强调上述连结因素与被告或争议具有一定的合理联系。

三是专属管辖未能有效维护国家的公共政策。我国《民事诉讼法》第 273 条将投资合同排除在普通的合同管辖之外,归入专属管辖之列,即在我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

---

<sup>①</sup> 参见徐宏:《国际民事司法协助》,武汉大学出版社 2006 年版,第 277-278 页。例如,一个韩国人在中国境内遗留一个尚未处理的财物(价值 200 元),而在日本,其与另一个中国人发生 2000 万元的合同纠纷,如果以此 200 元的可供扣押的财产而对 2000 万元的合同纠纷行使管辖权,无疑是不合理的。而且由于案件事实不发生在中国境内,韩国人也不在中国,对其进行传唤、调查取证等诉讼活动也极不方便。

提起的诉讼,由人民法院管辖。<sup>①</sup>首先,三资企业合同是当事人意思自治的体现,与一国专属管辖权所维护的公共秩序联系并不紧密,对投资合同行使管辖权,在全球范围内除少数国家外,均未见立法例。其次,我国投资合同专属管辖的规定起草于改革开放之初,当时大量外资流入中国而中国对外投资很少,该规定受制于当时社会状况而为保护内国利益所设计。目前这一背景已经发生变化,中国对外直接投资增长迅猛,连续多年位居世界前列。资本输入国和输出国角色的转换,说明这一规定已失去昔日的社会背景。相反,其他国家如果采用投资合同专属管辖的类似规定,将会对中国企业“走出去”非常不利。再次,我国《外商投资法》第31条规定:“外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则,适用《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。”《外商投资法》施行后已无新设“三资企业”,严格意义上不存在新订立的《民事诉讼法》第273条下的“中外合资经营企业合作”和“中外合作经营企业合作”。逻辑上,新设外商投资企业只能以“有限责任公司”“股份有限公司”“合伙企业”等组织形式设立,“三资企业”会日渐稀少,三资企业合同专属管辖的规定价值有限。

由于三资企业合同基本上都要涉及土地、厂房或经营场所等不动产,而且在中国境内的中外合资经营企业和中外合作经营企业,基本上都是中国法人企业。如果我国采用国际上所通行的“不动产争议由不动产所在地法院专属管辖”和“以法人的有效、无效、解散,或其机构决定的有效、无效为标的的诉讼,由法人所在地法院专属管辖”的规定,足以保证投资东道国对投资合同争议的专属管辖权。由此可以看出,如果相关立法考虑一些国际社会共通性规则,则在保护我国利益的同时,也能够获得国际社会更多的认可。

从上述分析可以看出,中国国际民事管辖权制度确有不少值得提升之处,虽然中国参与国际谈判是以现有制度为基础,但一个公约从达成、生效到中国的批准加入,通常需要20年或30年的时间,中国的国际民事管辖权制度届时可能会有重大的变化。因此,在海牙管辖权项目的谈判中,中国无疑需要兼顾未来国际民事诉讼制度的发展。

## (二)平行诉讼

目前,欧美就“平行诉讼是否涉及管辖权”以及“平行诉讼解决方案”两个问题分

---

<sup>①</sup> 在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》(以下称《外商投资法司法解释》)征求意见过程中,有意见提出,根据当时《民事诉讼法》第266条(目前为2021年修正后的《民事诉讼法》第273条)“三资”合同争议应当属于人民法院专属管辖。在我国《中外合资经营企业合作法》《中外合作经营企业合作法》及其实施条例和细则废止后,外国投资者与中国自然人、法人或者其他组织设立外商投资企业达成的投资合同产生的争议是否仍然属于人民法院专属管辖的问题,最高人民法院认为,在我国《合同法》和《民事诉讼法》就上述规定未作修改之前,人民法院仍应当按照上述法律规定办理。参见《最高法民四庭副庭长就〈外商投资法司法解释〉答记者问》, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201912/08c2fc7df65c4f999bb4d4f4d445dd9a.shtml>, 2022年3月10日访问。

歧较大。这些分歧表明了其在思维、理念、方法与制度上的差异。中国民事诉讼法涉外编未规定平行诉讼协调机制,面对这种涉及国家核心利益的统一法律文书的谈判,中国需要有自己的立场。

首先,两步走与三步走的思维问题。在平行诉讼的思维认知上,两大法系国家存在不同。对于美国来说,发生平行诉讼后的解决思路会存在两个步骤:

一是两个法院如何确定诉讼程序彼此是“平行”的?

二是如果可能的话,两个法院可以采取什么措施来避免平行诉讼?

但对于成文法国家来说,很容易产生一个中间问题,即平行诉讼的法院是否有管辖权?这一假定导致未来文书的制定必须考虑三个步骤:

一是根据文书,是否存在平行诉讼;

二是根据文书规则,每个法院是否均有管辖权;

三是使用什么样的机制来避免平行诉讼。<sup>①</sup>

两步走的办法使得解决平行诉讼问题时可以绕开管辖权规则,从而规避管辖权优先性的问题。三步走的方法使得公约下的管辖权问题成为解决平行诉讼的一个环节。一般来说,某国法律规定某一管辖权基础,说明该国认为其具有一定的合理性和必要性,并能够实现某些目的,但这些目的可能并不必然获得其他国家同等程度的认可。对于一个具有普遍性的国际法律文书而言,找到管辖权基础在各国间的最大公约数就成为制定新文书的关键。

另外,即使新文书涉及管辖权规则,鉴于各国在直接管辖权问题上的纷争以及《海牙判决公约》在间接管辖权领域的成功,未来也可以考虑在平行诉讼中引入间接管辖权机制。在判决承认与执行中,《海牙判决公约》第 5 条和第 6 条作为管辖权基础得到了全球认可,在平行诉讼中可以考虑适用这些规则作为间接管辖权,将其融入平行诉讼的法律框架,以权衡法院管辖权的合理性或优先性。这一方法同样能够增强法律的确定性。

其次,确定性与灵活性<sup>②</sup>的理念问题。就目前国际民事诉讼的复杂情况而言,国际社会不可能起草一个公约阻止挑选法院现象。即使欧盟制定了统一的管辖权规

<sup>①</sup> See A Bottom-up Approach to a Parallel Proceedings Convention, paras.7-8.

<sup>②</sup> 确定性通常意味着缺乏司法裁量权,相关制度提供单一的答案,法官不能偏离该答案。确定性被认为具有一系列的优点,常见的有一致性、可预测性和便利性。相对而言,一个灵活的制度允许司法裁量,如果通过制度得出的答案似乎不正确,灵活的体系可能可以避免这些情况。灵活性的制度没有规定统一的答案。它可能会留下一系列可能性,其中没有任何一种是明显正确或者不正确的,所以不同的决策者可能会在这些可能性上产生分歧。灵活性通常被认为具有某些优点,即与僵化的制度相比,它产生更少的武断结果。See, e.g., Alex Mills, *The Identities of Private International Law: Lessons from the U.S. and EU Revolutions*, 23 *Duke Journal of Comparative & International Law* 445, 449 (2013); Kermit Roosevelt III, *Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws*, Faculty Scholarship at Penn Law, [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/2029](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2029), visited on 10 March 2022.

则,也依然不可能阻止所有挑选法院现象。有限制的挑选法院并不是一个恶魔,无限制的挑选法院才令人担心。在合理的管辖权基础之间进行选择是当事人的权利。在国际民事诉讼中,当事人对于案件受理结果的可预见性非常重要,但绝对的确定性只能带来规则的僵硬性和片面性,应为当事人留下一定的灵活性。因此,需要在法律确定性和个案的司法自由裁量权之间保留足够空间,并维持一定的平衡。以平行诉讼为例,先受理规则具有相对的确定性,但灵活性则不足,不仅会带来策略诉讼,而且给后受理法院留下自由裁量权的空间较少。而较好法院方法,留给了法院足够的自由裁量权,但确定性较少,很难预测最终的结果。就像美国等国所提出的解决平行诉讼的方案,本身也解决不了平行诉讼的问题。在确定性和灵活性之间进行平衡,则要求相关的方案必须是二者的折中,不管是以先受理规则为主,兼采较好法院方法;还是以较好法院方法为主,以先受理规则作为较好法院的权衡标准,都意味着两大法系之间的妥协。

再次,国际统一管辖权规则与国内法的适用空间问题。前述海牙管辖权项目的纷争牵涉各国管辖权制度的差异,核心问题还是国际统一管辖权规则与适用国内法的空间问题。各国能否保留足够的国内法空间,或者能否保有足够的司法话语权,不仅关涉各国的利益,也关涉各国的司法主权。新文书如果过度限缩各国的管辖权限,或者要求各国大幅度修改已有的国内法方能加入公约,那么都可能使其失去魅力。即使达成文书,其影响力和缔约国的数目也将非常有限。从目前的讨论来说,直接管辖权实际上只有两类:一类是文书下可以行使的管辖权,专属管辖权和法定管辖权实际上都属于此类;另一类是禁止行使的管辖权。而不管管辖权如何分类,各国所担心的都是未来直接管辖权规则可能会过度干预国内法的规定。美国不愿意讨论直接管辖权文书,仅希望讨论平行诉讼的根源就在于这一问题;各国将禁止管辖权改为过度管辖权,并在谈判中频频提及司法主权,也与这一问题息息相关。处理不好国内法的角色和过度干预国内法中的管辖权规定,不仅很难达成一致的协议,而且即使达成,也很难有国家愿意加入此类公约。而如果仍旧保留现状,允许各国在管辖权领域的无政府状态,此类文书的价值可能又会大打折扣。因此,如何平衡国内法的管辖权规则和新文书中的统一管辖权规则,无疑需要包括中国在内的各谈判国家提供创造性思维。

中国属于成文法系国家,但《民事诉讼法》涉外编并未规定平行诉讼协调机制。对于国际上常用的一些规则,例如,先受理规则、较好法院方法和判决预期承认规则,均未作规定。已有的“不方便法院原则”尚未得到立法认可,适用范围有限,不利于体现我国在部分案件中愿意适度国际礼让的大国立场。而且,近年来外国法院频繁向我国企业、公民颁发禁诉令,尤其在专利许可全球费率等知识产权跨境平行诉讼中,禁诉令问题十分突出。我国《民事诉讼法》涉外编也未规定禁诉令制度以及违

反该制度时的制裁措施,因此在管辖权冲突时难以实现有效对抗和反制。未来中国民事诉讼法的修改需要吸收先受理规则、更适合法院方法、判决预期承认规则等制度的合理性因素,引导当事人选择更方便、更适合的法院起诉,同时建立有限度的禁诉令制度,阻止当事人滥用诉权在境外法院重复诉讼或对抗性诉讼,有效维护我国司法管辖权。

## **Dilemma and Transformation of the Hague Jurisdiction Project**

**Abstract:** In an international civil litigation, the jurisdiction not only involves the substantive result of the case, but also reflects the judicial sovereignty of each States concerned, which makes the negotiation of the Hague Jurisdiction Project (“the Project”) full of disputes. So far, the policy-considerations of the Project have focused on three aspects: first, whether to formulate a hard or soft law instrument on jurisdiction; second, whether the new instrument only involves parallel proceedings or should also include direct jurisdictional rules; third, whether to adopt the first-in-time rules with certainty or the better forum approach with flexibility in dealing with parallel litigations. In order to resolve these differences, the future negotiations on the Project need to consider an inclusive and holistic approach, and be moved forward on the basis of the proposed text. China’s participation in the negotiation of the Project should base on the existing jurisdiction system, and take into account its future development. Besides, China should hold a new cognition towards parallel proceedings and reserve enough space for the application of domestic laws.

**Key words:** the Hague Jurisdiction Project; direct jurisdiction; parallel proceedings; first-in-time rules; better forum

(责任编辑:钱静 乔雄兵)