

商务合同管辖条款之选择与法律效力

张利民

摘要：商务合同的管辖条款在商务纠纷的管辖权认定中发挥着关键作用。管辖条款之类型选择决定着当事人和法院的诉讼权责。排他性和非排他性之挑选事关管辖授权是否为独占。浮动性和对等性之分决定了是由原告选择法院，还是根据身份决定管辖法院。如为笼统约定，还需要根据国内法再进一步确定具体的法院。内容的对称和不对称决定了双方的起诉选择权是否一致。纷繁的管辖条款在管辖拘束力上各不相同，随之而来的诉讼风险也颇为不同。商务交易的参与方对此应密切关注，保持应有的警惕。

关键词：协议管辖；管辖条款；商务诉讼；诉讼风险。

中图分类号：DF973

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2015) 06-0054-08

商务合同之管辖条款对争议解决影响甚大，因此，在商务合同中列入管辖条款无疑是精明商人的明智选择。但管辖条款种类很多，内容纷繁复杂，约定不同，拘束力也有很大差异。国际商务参与人须关注管辖条款的细节，注意不同约定对权利义务之影响。

一、管辖条款的排他性和非排他性

从管辖条款的功能看，管辖条款有排他性和非排他性之分。前者具有授权和排他双重功能，后者仅具有授权功能，不具排除性。

（一）排他性的管辖条款

排他性的（exclusive）管辖协议又称专属性的管辖约定。如果合同规定：“纠纷由香港法院排他性地管辖”，则属于排他性的管辖协议。在这样的约定中，只有被选中的法院才拥有管辖权，其他法院不能管辖。这种管辖约定具有两大效力：（1）积极的效力，即授权效力，授权约定的法院，使其拥有裁决纠纷的管辖权。（2）消极效力，也称妨诉效力，即限制或排除其他法院对纠纷行使管辖权。因管辖约定对当事人具有合同效力，当事人只能到约定的具有排他管辖权的法院起诉。无论哪一方成为原告，都只能向约定的法院提起诉讼。

排他性管辖条款具有很大优势，包括争议解决机构明确和争议之解决可预测。事先商定由何法院解决纠纷，能避免确定管辖法院的偶然性、随意性、被动性。减少管辖争议能有效降低诉讼成本，节省时间、精力、费用。从国际关系层面看，尊重排他性的管辖协议，也能减少平行诉讼，避免国家之间司法管辖权的冲突。

（二）非排他性的管辖条款

非排他性（non-exclusive）管辖协议又称许可的（permissive）法院协议。如果当事人约定纠纷由某一法院处理，同时又声明，该约定不影响其他法院的管辖权，则这种管辖协议就是非排他性的。非排他性的管辖协议虽然也提到了具体的法院，但在授予该法院管辖权时保留了其他法院的管辖权，所以它不具有排斥效力，不产生只能在约定的法院诉讼的合同义务。换言之，在其他法院起诉并不构成违约。例如，在英国法院处理的一案中，合同约定“由波兰法院对纠纷行使非排他性的管辖权”。原告在英国法院起诉后，被告提出管辖异议，认为原告有义务到波兰法院起诉。英国上诉法院表示，只要英国法院受理在先，英国法院的管辖权就不应受到影响。

非排他性管辖协议的潜在意思是：除了约定的法院之外，还有其他法院可以诉讼，所以有可能产生平行诉讼。在承认未决诉讼（lis alibi pendens）效力的国家，先受理的诉讼能阻止其他法院再受理案件。未决诉讼意指纠纷“正在其他法院诉讼之中”。它是一种让后来接到当事人起诉的法院，为支持在先开始的诉讼而中止本国诉讼的制度。非排他性管辖协议对原告非常有利，它为原告提供了很大的选择权，允许其在众多有管辖权的法院中选择一个对其有利的法院起诉。对被告而言，如果不想制造平行诉讼，就只能屈就于原告的选择。因此，该种约定会鼓励大家争做原告。尽管我国《民事诉讼法》对非排他性的管辖协议尚无明确规定，但在住友银行诉新华公司案中，最高人民法院已认可了该种条款，表示约定香港法院管辖的非排他性管辖条款，没有排除内地法院管辖。在审判工作会议的纪要中，最高人民法院也清楚表明了这一立场。事实上，我国法院是承认非排他性的管辖协议的。

（三）是否具有排他性之判别

判别管辖约定是否具有排他性，首先应该考察的是其用词，因为性质认定是对当事人意思的解读，是对当事人真实想法的确认，而不是强加法官自己的想法。语言学的或文理的解释，往往最符合一般期待。一些用词明显显示排他性，如“本合同纠纷只能在苏州中院诉讼”，而另一些用词则表现出非排他性，如“本合同争议可以在苏州中院诉讼”。对常见的影响性质认定的用词列表如下：

种类	排他性的管辖条款	非排他性的管辖条款
表明性质的用词	应该 (shall)	系 (is)
	必须 (must)、只有 (only)、仅仅 (sole)	可以 (may, might)
	放弃其他法院的管辖权	不否定其他法院的管辖权 不限制在其他法院起诉
	不可撤销地 (irrevocably) 无条件地 (unconditionally)	在法律许可的限度内 (to the extent permissible under the law)

在荷兰商业银行上海分行诉苏州工业园区壳牌燃气有限公司案中，合同规定当

事人“服从英国法院的非专属管辖”，江苏省高院认为这是非排他性的管辖条款，没有排除我国法院管辖。海牙国际私法会议在2005年《协议选择法院公约》的解释报告中也举例表示：“本合同下的诉讼可以在甲国提起，这不妨碍在根据其法律有管辖权的任何其他法院提起”，应是非排他性的管辖条款。

有时管辖协议之用词不直接表现出性质，或不足以让法院直接认定其性质，此时就需要进行性质推定。基本的推定规则是，性质约定不明的，推定为排他性的。众多规则均作了如此规定，如2015年实施的欧盟《布鲁塞尔条例I（修订版）》第25条规定：“除非当事人另有相反约定，否则该（约定的）管辖权应为排他性的。”2005年的《协议选择法院公约》第4条也均有类似规定。在国内法方面，英美法国家之判例也显示出这一推定倾向。英国以Sohio案之处理为标杆，确立起了排他性推定的规则。澳大利亚新南威尔斯商事庭（Commercial Division）也是如此操作的。在我国，《民事诉讼法》对性质推定虽无明确规定，但实践处置与国际通行规则吻合。但《鹿特丹规则》是例外，按照第67条，法院选择协议要具有排他性，首先得由当事人作出这样的约定，否则约定的法院就只具有非排他性管辖权。

性质推定之规则对举证责任之分配有重大影响。主张管辖协议为排他性的当事人只需证明存在协议即可，无需承担特别举证责任。而主张其为非排他性的当事人则需要承担特别举证责任，证明管辖条款是非排他性的。建立这样证明规则的原因是，排他性协议较为符合一般心理，符合通常的认知，而非排他性的情况属于例外，是一种特别的需求和罕见约定。由于存在这样的性质推定规则，所以，从事国际商务的企业如果不想赋予约定的法院独占的管辖权，就必须在管辖条款中作出清晰规定。

二、管辖条款的单一法院和多个法院

从约定法院的数量看，管辖条款有单一法院的管辖条款和多法院的管辖条款之分。管辖协议所约定的法院可以是单一的法院，也可能是多个法院。规定单一法院的，法院的指定具有唯一性，管辖法院明确肯定，鲜有争议。但管辖协议也可以列入多个法院，或隐含着多个法院。如果提及多个法院，则会涉及众法院之间的关系，以及如何确定由何法院管辖。多法院的管辖协议包括两种情况：浮动性的管辖条款和对等性的管辖条款。

（一）浮动性的管辖条款

如果管辖条款规定：“纠纷由A法院、B法院或C法院管辖”，这种管辖约定就是浮动性的（floating）管辖条款。在这种协议中，有3大管辖效果需要关注：首先，只有当事人提及的3个法院才有管辖权，其他法院的管辖权被排除。其次，在3个法院中，究竟由何法院管辖取决于当事人先向何法院起诉。受理在前的法院能实际行使管辖权，一旦该法院受理了诉讼，其他法院就不能再受理同一案件。最后，这种约定的实际效果是，首先起诉的当事人拥有选择权，可以从中选择一个法院起诉。

所以,这样的约定有鼓动诉讼的效果。浮动性的管辖协议在实践中时有出现。在中日之间的金融借贷合同中,就出现了这样的约定:“本合同争议,由中国上海法院、日本东京法院或英国伦敦法院管辖。”

浮动性管辖条款的优势是,可以避免在一个毫无心理准备的法院诉讼。它给可以起诉的法院划了一个范围,既赋予了原告选择权,也照顾了被告的利益。在国际借贷合同中,浮动性的管辖协议尤为重要。因为作为借方的发展中国家不愿将自己的起诉权限定在贷方国家,作为贷方的私人银团和国际金融组织也不愿意将起诉权限定在借方国家。为避免僵局,相互妥协的结果经常是同时约定几个法院,既有借方国家的法院,又有贷方国家的法院,再加上一个法制比较完备的第三国法院。

从法律规定的情况看,一些公约如《关于民商事管辖权及判决执行公约》认可了浮动管辖协议。我国最高法院肯定浮动性仲裁协议较早,肯定浮动性的管辖协议较晚。司法判决早就认可了浮动性仲裁条款。在齐鲁制药厂诉美国安泰国际贸易公司合资合同案中,合同条款规定:“合同争议应提交中国贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会或瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁”,最高法院在给山东高院的复函中指出:该仲裁条款对仲裁机构的约定是明确的,可以执行,当事人只要选择其中的一个仲裁机构即可进行仲裁。我国法院的这种处理浮动性仲裁条款的思路,对浮动性的管辖条款也适用。2015年施行的《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第30条第2款规定:“管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,原告可以向其中一个人民法院起诉。”

(二) 对等性的管辖条款

如果当事人在协议中约定:“甲方起诉乙方,由乙方住所地法院管辖;乙方起诉甲方,由甲方住所地法院管辖”,这样的约定就是对等性的管辖条款。在对等性的管辖协议中,当事人提到了两个法院,尽管在合同签订之时,存在由何法院管辖尚不明确的问题,但起诉之时,这一点是清楚的,所以这样的约定在操作上是没有任何问题的。此种约定虽然含有或隐含有两个处理纠纷的法院,但任何一方均无选择权利。由何法院审案是由当事人的原被告身份决定的。这一点与浮动性管辖条款不同,在浮动性的条款中,审案法院是由原告选择的。

对等性管辖条款之所以受欢迎,与各方当事人都希望在自己的法院诉讼有关。在当代,跨国诉讼的压迫性时有耳闻,当事人对滥诉的负面效应非常担心。在此背景下,对等性的管辖条款对当事人显示出相当的吸引力,因为它在一定程度上保证了被诉方的诉讼便利。首先起诉的当事人需要到对方的法院起诉。从当事人角度看,对方若起诉自己,须到自己这边来,因此,这样的约定能解除当事人对骚扰诉讼的担心。对等性的管辖条款也有助于合同之达成。当事人都愿意在其熟悉的本国法院诉讼,而不愿意去对方的法院诉讼。双方均有所坚持时会形成僵局。此时,可行的替代方案就是对等性的管辖条款,即约定纠纷由被告住所地法院管辖。

对等性管辖条款在司法实践中获得了普遍认可。欧洲法院曾经应邀裁判过对等性的管辖协议。在 Meeth 诉 Glacetal SARL 案中，合同约定：如果德国制窗商 Meeth 起诉法国 Glacetal SARL 公司，仅法国法院有管辖权；反之，如法国的 Glacetal SARL 作原告，则仅德国法院有管辖权。德国联邦最高法院将该管辖条款提交给欧洲法院，要求欧洲法院给出统一的结论，欧洲法院表示这种约定有效。在我国，对等性的管辖协议也是被认可的。2015 年的《关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第 30 条规定：“根据管辖协议，起诉时能够确定管辖法院的，从其约定”。对等性的管辖条款是起诉时方能确定管辖法院的典型形态之一。

三、法院指定的具体性和笼统性

从管辖协议指定的法院是否明确看，管辖条款还有具体指定和笼统指定之分。

（一）具体指定法院的管辖条款

该种条款指定的是一个明确具体的法院，如规定：“争议由深圳市中级人民法院管辖”。采用这样的指定，就不需要再进一步作法院推导。海牙《协议选择法院公约》的解释报告提到了指定具体法院的 3 种情形：（1）指定某一个法院，如纠纷由“巴黎商事法院”管辖；（2）指定同一国家的两个或多个法院，如纠纷由“巴黎商事法院或里昂商事法院”管辖；（3）指定两个不同国家的法院，如“A 只可以在巴黎商事法院起诉 B，B 只可以在里昂商事法院起诉 A”。解释报告认为，这 3 种指定都是具体列举了法院的管辖协议，且都为排他性的。

我国一度将“单一指定”作为管辖协议有效的基本条件。1992 年的《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第 24 条规定，选择管辖的协议不明确或者选择两个以上法院管辖的，选择管辖的协议无效。将法院指定之“具体、唯一”作为必备条件，是一种僵硬、狭隘的要求，没有顾及现实需要的多样性。新的司法解释已经放弃了这种要求，而代之以：“根据管辖协议，起诉时能够确定管辖法院的，从其约定；……管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉。”

（二）笼统指定法院的管辖条款

该管辖条款指定的是一个国家的全部法院，如规定“本合同争议由德国法院管辖”。笼统指定法院的原因是，当事人信赖作为整体的一国法院，推崇该国法官的公正性和专业素质。一些公约明确允许这样的笼统指定。如《协议选择法院公约》第 3 条表示，管辖协议既可以指定“某一缔约国法院”。公约的解释报告表示，如果管辖协议规定“纠纷由法国法院管辖”，尽管没有表明法国的哪个法院，也没有明确排除其他法院管辖，该管辖约定仍应被视为排他性的。在这一情况下，应由法国法决定具体由法国的哪一个法院管辖。在不违反法国国内管辖规则的前提下，原告可以在法国的任何法院起诉。欧盟的《布鲁塞尔条例 I》（修订版）第 25 条和《鹿

特丹规则》第67条1款等也允许笼统约定。笼统指定也获得了众多国家国内法的认可。

在国际民事诉讼中,允许这种笼统指定是有道理的。第一,国际民诉的管辖规范只解决国家之间管辖权的划分,它不涉及一国内部的管辖分工。在一国之内,案件究竟应由何法院审理的问题是内部分工问题。第二,当事人基于对某国法院整体的信任而选择该国的法院,这并没有什么错,这样的选择应得到尊重。第三,从效果看,允许笼统指定能避免因不熟悉国内法院的复杂分工而出错。当事人要精确知晓国内法院的分工并不容易。一国内部的管辖分工可能很复杂;上下级法院的管辖金额会时有调整;有时调整分工的规则还是内部文件。管辖协议的法院指定一旦出错,就可能被认定无效,导致合意落空。认可笼统约定能避免这一类的尴尬,因为具体由何法院管辖,是纠纷发生后根据国内法决定的。

涉及多法域的国家(如英国、美国、中国)时,如何指定法院还牵涉不同地区法院的分工。如果管辖条款指定的是“英格兰的法院”,英格兰就是相关的领土单元(territorial unit)。根据《协议选择法院公约》,英格兰不能拒绝管辖,不能将案件推给苏格兰。但是,如果管辖条款指定的是“联合王国(the United Kingdom)的法院”,则整个英国是管辖区域,具体由何法院管辖,应该由英国的国内法决定。此时,英格兰将案件移送给苏格兰并不违规。

为解决笼统指定所导致的管辖法院不明确问题,一些国家还规定了弥补举措。如《罗马尼亚国际私法》第155条规定:“如果按照本章(即规定国际案件管辖权的第十二章)规定罗马尼亚法院拥有管辖权但不能确定由哪一法院行使管辖,则该诉讼或者由布加勒斯特市第一区地方法院或者由布加勒斯特市法院审理”。这种规定有助于解决笼统指定时的法院不明确问题。缺乏这种规定时,原则上原告可以选择起诉法院,但须遵守国内法的级别管辖和专属管辖规定。

四、管辖条款的对称性和不对称性

管辖条款所规定之双方权利、义务,可能是对称的,也可能是不对称的,并由此形成了对称性的(symmetrical)管辖条款和不对称性的(asymmetric)管辖条款之区分。前者如“本合同争议由香港法院管辖”,无论哪一方当原告,都必须到香港法院起诉,香港法院管辖权之排他效力对双方是一样的。后者如,“如甲方起诉乙方,只有香港法院有管辖权;乙方起诉甲方,则可以在香港法院或其他有管辖权的法院诉讼。”在这种约定中,权利义务之规定发生了倾斜,一方的诉权受限,另一方独享自由。按照约定,如果甲方起诉,只能去香港法院,对其而言,香港法院的管辖权是排他性的;但若乙方起诉,则既可以向香港法院起诉,也可以向其他有管辖权的法院起诉,对乙方而言,香港法院的管辖权是非排他性的,其起诉权并没有被限定于香港法院。

不对称管辖协议并不少见。据估计,在世界范围有数十万的商业合同含有这样的条款,其在贷款、证券、掉换交易(swaps)领域尤为常见。在不对称的管辖约定

中，双方当事人之地位有不对等之嫌，如何认定其有效性，国际上颇多争议。法国、俄罗斯、匈牙利、保加利亚、荷兰等国家否决其合法性。但是，也有相当多的国家（地区）肯定其效力，美国、英国、意大利、印度、中国香港、卢森堡等均认可该种管辖协议。如英国法院在2013年审理的Mauritian bank案中，旗帜鲜明地表明了态度，认可了不对称的管辖条款。

我国民法对这种管辖协议的合法性缺乏明确规定，但审判实践中对其持肯定态度。在东亚银行诉纪盛房产公司借款合同纠纷案中，合同中的管辖条款规定：“借款人同意香港法院有司法权力，……上述有关管辖的条款并无限制贷款行就任何融资性文件在任何其他有适当司法管辖权的法院提起诉讼”。上海市高院和最高人民法院均认为该管辖约定有效，因为管辖条款没有限定贷款人起诉的法院，所以上海法院能受理其起诉。

从商务角度看，不对称的约定还是有一定的积极意义：（1）能降低交易风险。在贷款交易中，风险之最大者乃收回贷款之风险。贷款业务的持续性依赖之前贷款的回收。不对称性的管辖协议能提升金融机构实现债权的能力，有利于缓解其对权利落空的担心。（2）降低交易成本。作为金融机构，每天要面对不计其数的客户。如果缺乏保障，其出于安全的考虑，将不得不加强审查力度、延长审查时间。不能及时收回贷款，金融机构提供贷款的热情将受到抑制。（3）客观效果的可接受性。该种单边性的约定，乍看似乎不公平，但仔细审视，它并没有使得借款人地位更糟糕。银行到借款人的住所地、财产地起诉，对借款人而言，诉讼地点反而更方便了。所以，在一定条件下认可不对称管辖协议，在当代具有合理性。

五、结语

各种类型的管辖协议在管辖效果上具有很大的差异。有时寥寥数语之差，法律后果却是天壤之别。不同的种类能满足不同的需求，国际商务的参与者可精心选择，善加利用。希望管辖权明确的，可选择排他性的管辖协议；期望增加起诉选择的，可挑选非排他性的协议；只想在自家法院被诉的，对等性管辖协议能满足要求；希冀适当限定管辖法院数量的，可用浮动性的管辖协议；相信一国的整个法院的，可笼统指定该国法院；想提升追偿能力、降低呆坏账风险的，可挑选不对称的管辖协议。妥善的事先安排，能为纠纷之圆满解决打下基础，为交易之顺利进行提供保障。

参考文献：

- [1] 郭玉军, 司文. 单边法院选择条款的法律效力探析[J]. 国际法研究, 2014, (4).
- [2] 张利民. 非排他性管辖协议探析[J]. 政法论坛, 2004, (5).
- [3] 黄国昌. 国际诉讼之合意管辖——以排除效果之有效性为中心[J]. 政法法律评论, 2006, (2).
- [4] 李天新. 韩国国际民事管辖权制度评价[C]. 中国国际私法学会. 1999年中国国际私法和比较法年刊. 北京: 法律出版社, 1999.

- [5] 貝瀬幸雄. 国際化社会の民事訴訟[M]. 东京: 信山社, 1993.
- [6] Joseph, Perillo. Selected Forum Agreements in Western Europe[J]. American Journal of Comparative Law, 1964, (13).
- [7] Fentiman, Richard. Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe[J]. Cambridge Law Journal, 2013, 72(1).
- [8] Borchers, Patrick. Forum Selection Agreements in the Federal Courts after Carnival Cruise: A Proposal for Congressional Reform[J]. Washington Law Review, 1992, (67).
- [9] Andersen, Jakob Gregers. The Validity of Asymmetric Jurisdiction Clauses[D]. Denmark: Aalborg University, 2013.
- [10] Cheshire and North. Private International Law[M], London: Butterworths, 1987.
- [11] Briggs, Adrial. Agreements on Jurisdiction and Choice of Law [M]. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- [12] Joseph, David. Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement[M]. London: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2010.
- [13] Morris, J. H. C. and North, P. M. Case and Materials on Private International Law[M]. London: Butterworths, 1984.

作者信息: 张利民, 苏州大学法学院副教授, 研究方向: 国际私法。

基金项目: 教育部社科基金项目“涉外管辖协议研究”(项目编号: 09YJA820056)。

Choice of Jurisdiction Clause in Commercial Contract and Its Legal Effects

ZHANG Li-min

Abstract: The jurisdiction clause in commercial contracts plays a key role in determination of jurisdiction over commercial disputes. The choice between different kinds of jurisdiction clauses determines the litigation rights and duties of the parties and the courts. Selection between the exclusive and the non-exclusive concerns exclusiveness of the jurisdiction granted. Division into the floating and the mutual affects whether the plaintiffs have the right to choose litigating court or the court is decided on the bases of who is to start an action. If the court is mentioned in general terms, it is necessary to specify the adjudicating court according to domestic laws. The symmetrical and asymmetrical in the contents determine whether the choosing rights of both parties are on an equal footing. The complication in the jurisdiction clauses produces differences in binding effects, and results in different litigation risks. Participants in commercial transactions should pay much attention to and be aware of all these.

Key words: contractual jurisdiction; jurisdiction clauses; commercial litigation; litigation risks

(责任编辑: 金孝柏)