

中国涉外民事专属管辖权的法理检视 与规则重构

向 在 胜^{*}

摘 要:针对涉外民事专属管辖权的法理基础,我国学术界未能提出具有系统性和融贯性的理论,且在相关理论的解读方面陷入过分简化的误区,由此导致我国的涉外民事专属管辖权规则陷入了一元论体例下对国内地域专属管辖权规则的“盲目转化”、专门性专属管辖权规则的施行效果不佳、涉外民事专属管辖法律漏洞填补缺位的规范困境。涉外民事专属管辖权拥有私法性和公法性两个方面的法理基础,前者仅构成专属管辖权的基础性必要条件,专属管辖权需要在后者的加持下成就其排他性。基于公权力行为的主权性,一国对本国公权力行为的效力审查等问题拥有绝对的专属管辖权,而对于涉外多边民事争议,一国可基于集中管辖而拥有相对的专属管辖权。由于无法在公法性法理基础层面获得正当性,我国未来有必要终止对国内民事专属管辖权规则的“转化机制”并废除投资合同纠纷专属管辖权规则,同时在那些既有充分法理依据又在国际上获得广泛共识的领域补充制定专门性专属管辖权规则。

关键词:涉外民事管辖权 专属管辖权 主权原则 强制规则

竞争性原则是涉外民事管辖权的一项基本原则。根据该原则,在涉外民事诉讼中,各国法院的管辖权彼此平等,相互间具有平行性和非排他性。这意味着,当事人可以自由选择相关国家法院来提起诉讼。但涉外民事专属管辖权是竞争性原则的例外,其在某些领域对外国法院的管辖权构成排他性。因此,在各种类型的涉外民事管辖权中,专属管辖权最具敏感性和争议性。在民法典时代,我国涉外民事管辖权规则体系的完善已引起学界和实务部门的高度关注。目前,在中国国际私法学会正在起草的《中国国际私法典(学会建议稿)》中,即包含关于涉外民事管辖权的系统性条文建议。与此同时,最高人民法院也正在就《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第4编包括涉外民事管辖权规则在内的涉外民事诉讼程序规则的完善展开研究。鉴于专属管辖权具有高度的敏感性和争议性,专属管辖权规则体系的完善尤应引起各界重视。

^{*} 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金重大项目(20&ZD203)

一、中国涉外民事专属管辖权的理论误区与规范困境

我国在涉外民事专属管辖权领域存在一定的理论误区,相关理论误区进一步导致我国在这一领域的规范困境。

(一)理论误区

针对涉外民事专属管辖权的法理基础,我国民事诉讼法学者与国际私法学者各执一端,都不能提出有关专属管辖权法理基础的具有系统性和融贯性的理论。国际私法学者虽然强调专属管辖权的公法性,但是在公法性法理基础的理论解读方面却陷入过分简化的误区,不能就专属管辖权相关实践提出具有指导意义的系统见解。

1.对两种类型法理基础的人为割裂。国内民事诉讼法学者在论及专属管辖权的法理基础时,通常强调此种管辖权服务于实务上的便宜。例如,关于《民事诉讼法》第34条^①所规定的3款专属管辖权规则,有的民事诉讼法学者即认为,由相关法院进行专属管辖便于受诉法院调查取证、采取保全措施并方便判决执行。^②从国内相关民事诉讼法著作看,其关于专属管辖权的理解通常都明确包含涉外民事专属管辖权。^③根据形式逻辑的同一律,民事诉讼法学者前述关于专属管辖权法理基础的论断自然也适用于涉外民事专属管辖权。与之相反,在这个问题上,我国国际私法学者的共识是,涉外民事专属管辖权服务于内国公共政策或重大政治经济利益(以下简称“公共利益说”)。^④很明显,在涉外民事专属管辖权的法理基础问题上,民事诉讼法学者侧重从国内民事诉讼出发,更多的是从当事人视角讨论专属管辖法院在审理案件方面的便宜性和效率性,因而更加强调专属管辖权的私法性。而国际私法学者则侧重从国际民事诉讼出发,基于国家间管辖权的协调,更加强调专属管辖权的公法性。如此一来,在涉外民事专属管辖权的法理基础问题上,双方学者各执一端,在两种法理基础之间造成人为罅隙,从而对专属管辖权法理基础的很多深层次问题无法给予回答。例如,一国可否在没有公共利益加持下仅基于实务便宜而设置专属管辖权?或者只需基于公共利益目的而不顾及任何私法性考量(如密切联系、实务便宜等)即可以设置专属管辖权?抑或涉外民事专属管辖权应由两类法理基础共同支撑?如果答案是后者,那么二者在其中的各自作用及逻辑关系又该如何安排?显然,对这些问题不给予系统的回答,我们的专属管辖权理论就不能为我国相关立法与司法实践提供科学的指导。

2.公法性法理基础理论解读的过分简化。国际私法学者强调,只有在公共利益的加持下,一

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》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。”

^② 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2018年第8版,第104~105页;宋朝武主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2018年第5版,第110页。

^③ 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2018年第8版,第104~105页;宋朝武主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2018年第5版,第110页。

^④ 参见韩德培主编:《国际私法》,高等教育出版社、北京大学出版社2014年第3版,第489页;李双元、谢石松、欧福永:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社2016年第3版,第166~167页;杜新丽、宣增益主编:《国际私法》,中国政法大学出版社2017年第5版,第308页;章尚锦、杜焕芳主编:《国际私法》,中国人民大学出版社2019年第6版,第276页。

国才有充分理由设置专属管辖权,并由此排斥他国法院的管辖权。这一主张在大方向上固然没错,但问题的关键是,此处的公共利益具体包括哪些种类的利益?专属管辖权规则在维护不同类型公共利益时的作用机理是怎样的?从国际法或国内法的视角考察,这些作用机理是否都具有正当性?例如,对于《民事诉讼法》第 34 条第 1 款所规定的不动产物权纠纷专属管辖权,持“领土主权说”^①的学者主张此种专属管辖权的宗旨在于维护本国的领土主权,不动产是国家领土的一部分,对国家领土的完全的和专属的管辖权属于国家主权的一部分,因而有关不动产的纠纷应由其所在地国法院专属管辖。但“领土主权说”产生于中世纪,其是否符合现代国际法原理?对此显然有讨论的必要。又如,对于《民事诉讼法》第 273 条^②所规定的投资合同纠纷专属管辖权,可通过“强制规则适用确保说”^③获得完美的解释。根据该说,一国在某一领域采用专属管辖权,目的是为了确保持本国强制规则的适用,从而实现本国强制规则所追求的实体政策。随着大陆法系在第二次世界大战(以下简称二战)后逐步实现国际民事管辖权的私法化,从大陆法系公民法二分的大背景看,通过赋予国际民事专属管辖权来确保内国强制规则的适用是否合适?对此也有商榷的余地。显然,国际私法学者在专属管辖权公法性法理基础的理论解读方面落入了过分简化的误区,未能就公法性法理基础作科学的类型化考察,模糊抽象的“公共利益说”不能为我国专属管辖权立法与司法实践提供具有现实意义的指导。

(二)规范困境

由于没有科学理论的指引,因此我国在涉外民事专属管辖权领域陷入了以下规范困境:(1)出现一元论体例下对国内地域专属管辖权规则的“盲目转化”问题;(2)出现专门性专属管辖权规则的施行效果不佳问题;(3)出现涉外民事专属管辖法律漏洞填补缺位问题。

1.国内地域专属管辖权规则的“盲目转化”问题。我国涉外民事管辖权立法目前采一元论体例。^④在该体例下,涉外民事管辖权规则主要基于准用机制而由司法实务部门从国内地域管辖权规则转化而来。在对涉外民事专属管辖权没有专门性规定的情况下,自然也需借助前述规则转化而获得。目前,对于国内地域专属管辖权规则,我国司法实务部门基本采用“全盘转化”的做法。例如,《民事诉讼法》第 34 条和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第 7 条^⑤规定的相关国内民事专属管辖权规则,均已被转化为涉外民事专属管辖权规则。一元论体例的原理在于涉外民事管辖权与国内地域管辖权之间的相似性,但两种管辖权之间也存在“小异”,当二者之间的“小异”在某一领域足够大时便会带来准用失灵。这种情况在专属管辖权领域表现得尤其明显。如前所述,我国国内民事专属管辖权规则主要强调诉讼效

① 参见李双元、谢石松、欧福永:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社 2016 年第 3 版,第 166 页。

② 《中华人民共和国民事诉讼法》第 273 条规定:“因在中华人民共和国履行中外合资经营合同、中外合作经营合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国人民法院管辖。”

③ 横溝大「國際專屬管轄」名古屋大学法政論集 245 号(2012)129 頁参照。

④ 参见向在胜:《中国国际民事管辖权的立法体例研究》,《法律科学》(西北政法学报)2019 年第 4 期。

⑤ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 7 条规定:“下列海事诉讼,由本条规定的海事法院专属管辖:(一)因沿海港口作业纠纷提起的诉讼,由港口所在地海事法院管辖;(二)因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质,海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼,由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖;(三)因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼,由合同履行地海事法院管辖。”该条第 1 款和第 3 款与《中华人民共和国民事诉讼法》第 34 条第 2 款和第 273 条在内容上有一定的重合之处。

率等私法程序正义,而对于涉外民事专属管辖权规则而言,至少在国际私法学者看来,其应该更多地服务于公共秩序。此种价值定位偏差使得专属管辖权在两种管辖权体系中不能总保证同步,因此对于这一领域的规则转化,尤其要注意探寻此种转化可否获得相关公法性理由的支撑,当无法找到相关公法性理由时,规则转化即应停止。但如前所述,我国在两种类型法理基础支撑专属管辖权的关系问题上缺乏科学认识,从而导致我国在这一领域采取不加甄别的“盲目转化”,由此便带来一元论体例下专属管辖权规则转化的正当性不足问题。例如,无论是港口作业纠纷还是遗产继承纠纷,在我国都表现为纯粹私人纠纷,^①在此种情况下进行规则转化便自然存在法理依据上的正当性不足问题。

2. 专门性专属管辖权规则的施行效果不佳问题。《民事诉讼法》第 273 条是我国有关涉外民事专属管辖权的唯一专门性规定。如果投资合同在我国履行,那么此种投资合同纠纷就与我国有密切联系。在公法性法理基础方面,该条规则虽然能通过“强制规则适用确保说”获得完美的解释,但是其实际施行效果不佳,甚至已经对我国的正常经贸投资往来和国际缔约谈判带来一定程度的负面影响。例如,有研究者指出,投资合同纠纷专属管辖权人为导致了平行诉讼可能性的增加,也不利于我国加入世界贸易组织后吸引外资的需要。^②不仅如此,在《海牙管辖权及判决承认与执行公约(草案)》谈判和《协议选择法院公约》谈判中,我国投资合同纠纷专属管辖权规则也都曾是敏感话题,对我国参加相关缔约谈判构成了困扰。^③很显然,这一困境产生的根源只能是对公法性法理基础做过分简化解读所导致的法理依据配置不当。强制规则的适用并不能构成专属管辖权的正当依据,加之该条规定有片面保护我国当事人利益之嫌疑,^④这些因素注定了该条规定的施行效果不可能很好。在投资合同这样一个属于当事人高度自治的领域设置专属管辖权,无疑会对当事人有关争议解决的可预见性造成干扰,徒增平行诉讼的可能性,导致投资争议解决成本增加,自然也不会为其他国家所接受。

3. 涉外民事专属管辖法律漏洞填补缺位问题。如前所述,我国目前针对涉外民事专属管辖权的专门性立法仅有《民事诉讼法》第 273 条一个条文,在其他情况下需要从国内民事诉讼专属管辖权规则转化而来。这就使得我国涉外民事专属管辖权的规则配置受制于国内民事专属管辖权。由于国内民事专属管辖权与涉外民事专属管辖权在价值定位上有很大的偏差,因此从源头上决定了在当前一元论体例下我国涉外民事专属管辖权规则配置的先天不完整性。一些在各国立法中得到广泛认可的专属管辖权规则在我国立法中也难觅踪影。例如,关于公共登记有效性和知识产权有效性的涉外民事专属管辖权规则,就在欧盟布鲁塞尔体系和一些国家的国内立法中有规定。^⑤这些专属管辖权规则涉及内国公权力行为的有效性审查,与内国主权密切相关,因而对于本国公权力行为的有效性问题的立法均要求由内国法院行使专属管辖

① 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社 2018 年第 8 版,第 105 页。

② 参见广东省广州市中级人民法院民三庭:《论内地与香港区际平行诉讼》,《人民司法》2005 年第 8 期。

③ 参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社 2015 年版,第 130~133 页。

④ 参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社 2015 年版,第 128 页。

⑤ 参见《欧盟布鲁塞尔公约》第 16 条第 3 款及第 4 款、《欧盟布鲁塞尔条例》第 24 条第 3 款及第 4 款、1999 年《斯洛文尼亚关于国际私法与国际诉讼的法律》第 61 条及第 62 条、2007 年《马其顿关于国际私法的法律》第 66 条及第 67 条、2012 年《日本民事诉讼法》第 3—5 条第 2 款及第 3 款、1998 年《格鲁吉亚关于调整国际私法的法律》第 10 条第 3 款以及 2013 年《黑山关于国际私法的法律》第 111 条及第 122 条。

权。这些在法理论上比较成熟同时在立法实践中得到广泛认可的专属管辖权规则的缺席,说明我国专属管辖权规则体系确实存在漏洞。

二、中国涉外民事专属管辖权的法理建构

(一)专属管辖权的二阶次法理基础

专属管辖权的法理基础可区分为私法性法理基础与公法性法理基础。

1.私法性法理基础。私法性法理基础的出现源于二战后国际民事管辖权在大陆法系国家的私法化。国际民事管辖权的私法化使其功能由国家间管辖权的分配转变为私法程序正义之确保。^① 美国学者冯梅伦最早将私法程序正义概括为当事人之间的公平公正,^②法国学者保罗·拉加德将其改造为更具操作性的诉讼与法院地之间的密切联系。^③ 因此,这里的私法性法理基础,主要是指密切联系。专属管辖权应首先由私法性法理基础支撑,这一点在学界得到普遍支持。^④ 专属管辖权由私法性法理基础支撑意味着,一个国家想要在某一领域拥有专属管辖权,应首先与案件拥有密切联系并因而拥有任意性管辖权。其原因在于,如果一个国家与案件没有密切联系从而不拥有任意性管辖权,但却声称拥有专属管辖权,并因此而排除其他与案件有密切联系的国家的管辖权,这显然是难以想象的,由此必将构成过度管辖。也正是从这种意义上讲,私法性法理基础构成专属管辖权的基础性必要条件。我国民事诉讼法学者在论及专属管辖权的法理基础时更多提及的是实务便宜。事实上,实务便宜只是依附于密切联系的次要法理基础。其原因在于,在很大程度上,我们可以从案件与法院地国之间的密切联系推导出由该国法院行使管辖权所可能成就的某些实务上的便宜。例如,当专属管辖权规则以相关登记地为管辖依据时,专属管辖法院在查明与登记有关的案件事实时自然会拥有地利优势。但应该看到,实务上的便宜并非专属管辖权所独有,一般性任意管辖权也能成就专属管辖权所能带来的各种便宜。例如,以侵权行为地或合同履行地为管辖依据的特殊管辖权规则也能带来查明案件事实上的方便。也就是说,只要是以密切联系作为设定管辖依据的基础性条件,无论是任意性管辖权还是专属管辖权,在一定程度上都能带来实务上的便宜,这也是国际民事管辖权服务于私法程序正义所必然达成的效果。

2.公法性法理基础。如果所涉领域不具有特别的敏感性而仅仅拥有密切联系,那么并不足以支撑专属管辖权。换言之,仅有密切联系无法解释专属管辖权的排他性。^⑤ 事实上,一个国家只有在公共利益的加持下才能主张其管辖权的排他性。从这一视角看,公法性法理基础构成专

^① Dominique Holleaux, *Compétence du Juge Étranger et Reconnaissance des Jugements*, Dalloz, 1970, p. 379.

^② See Arthur Taylor von Mehren, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, 63 (2) Boston University Law Review, 283 (1983).

^③ Paul Lagarde, *Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain*, 196 Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 129(1986).

^④ B. Audit et L. d'Avout, *Droit International Privé*, Economica, 2013, p. 538; U. Magnus/P. Mankowski (ed.), *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, p. 347.

^⑤ Diego P. Fernández Arroyo, *Compétence Exclusive et Compétence Exorbitante dans les Relations Privées Internationales*, 323 Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 81(2006).

属管辖权的叠加性必要条件。在本质上,专属管辖权是任意性管辖权的进阶:一国首先基于密切联系对案件拥有任意性管辖权,进而在相关公法性理由的加持下拥有专属管辖权。正是从这种意义上讲,专属管辖权并没有扩大一国法院管辖权的范围,而只是在某些领域改变了该国管辖权的性质。^①

概言之,专属管辖权需要私法性法理基础和公法性法理基础的共同支撑,二者缺一不可。在两种法理基础中,私法性法理基础只是专属管辖权的前提和基础,真正成就专属管辖权排他性的则是公法性法理基础。

(二)公法性法理基础的类型化

如前所述,我国国际私法学者虽然主张“公共利益说”,但是对此种公共利益的类型化却不以为意,从而难以为我国专属管辖权实践提供精准的指导。以下笔者尝试从比较法视角就公法性法理基础的类型化做一梳理,并就其正当性进行评价。

1. 领土主权。领土主权是专属管辖权的一个传统法理基础。根据“领土主权说”,一国可基于领土主权对作为其领土之一部分的不动产行使完全的管辖权,外国法院对以该不动产为标的的诉讼行使管辖权这一事实本身即损害了该国主权。^② 笔者认为,领土主权不能构成专属管辖权的法理基础。首先,从历史渊源看,“领土主权说”在本质上只是对中世纪将主权者对土地的所有权与其对该土地的主权等而视之的概念的延续。^③ 在强调人民主权且土地所有权与国家主权分离的现代社会,继续沿袭前述概念只会导致对个人土地所有权与国家领土主权的混淆。^④ 其次,从法理上看,“领土主权说”与现代国际法基本原理相违背。根据国际常设法院 1927 年对“荷花号案”^⑤的裁判,在没有国际法禁止性规定的前提下,一国可以在本国领域内对位于外国的人、事、物行使司法管辖权。在现代国际法中直接与域外司法管辖权有关的禁止性规定主要是国家及其财产豁免规则,但由于域外司法管辖权的行使对象在绝大部分情况下并非外国国家,因此在现代国际法中真正直接关乎域外司法管辖权的禁止性规定几乎不存在。这意味着,现代国际法并不禁止一国法院对涉及外国领土的法律关系行使司法管辖权。^⑥ 最后,从各国的实践看,领土主权作为专属管辖权法理基础的正当性并未得到充分证明。奥地利、德国和意大利等国法院历史上都曾受理以外国土地为标的的民事诉讼,但并没有引起任何外交纠纷。^⑦ 在立法上,外国也已经不乏将不动产物权纠纷排除于专属管辖权范围之外的先例,如 2012 年修订的《日本民事诉讼法》第 3—5 条关于专属管辖权的规定就没有包含不动产物权纠纷。

^① Laurence Usunier, *La Régulation de la Compétence Juridictionnelle en Droit International Privé*, Economica, 2008, p. 292.

^② 嶋拓哉「欧州連合規則における法定専属管轄に関する一考察」北大法学論集 71 号(2020)9 頁参照。

^③ Diego P. Fernández Arroyo, *Compétence Exclusive et Compétence Exorbitante dans les Relations Privées Internationales*, 323 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 86~87(2006).

^④ See Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 *British Year Book of International Law*, 174 (1972~1973).

^⑤ See PCIJ, *SS Lotus*(France v. Turkey), PCIJ Reports, Series A, No 10, 1927.

^⑥ 参见李双元、谢石松、欧福永:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社 2016 年第 3 版,第 167 页。

^⑦ See Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 46 *British Year Book of International Law*, 174 (1972~1973).

2.公权力行为之主权性。根据“国家行为理论”,^①一国基于主权原则对本国实施的公权力行为的合法性审查拥有专属管辖权。在比较法上,一些典型的专属管辖权规则,如有关公共登记有效性、知识产权有效性以及有关外国判决执行审查的专属管辖权规则,均以公权力行为的主权性为基础。与“领土主权说”类似,“国家行为理论”也强调,对于内国公权力行为的有效性等问题,外国法院对其行使管辖权这一事实本身即损害了该国主权。有欧洲学者将基于主权平等的专属管辖权与国家豁免相提并论。^② 如果一个国家基于主权平等有义务对他国履行豁免、不以他国为被告,那么该国也就有权就涉及本国主权的事项行使排他性管辖权,而其他国家也相应地负有礼让义务。

3.强制规则适用之确保。与主权性法理基础直指主权不同,强制规则适用之确保作为专属管辖权法理基础的作用机理在于,其只是以间接方式保护内国公共利益,即通过赋予内国法院以排他性管辖权来保证内国法的适用,并借此保护内国公共利益。^③ 基于以下原因,我们认为强制规则适用之确保亦不能构成专属管辖权的法理基础。首先,在很多时候,确保内国强制规则适用的必要性不大。在众多民事领域如弱者保护,一国强制规则通常都能在外国法院得到尊重。^④ 其次,就内国公共利益保护而言,存在着诸多功能性替代制度。例如,即使在外国法院因为没有尊重内国强制规则而作出涉嫌侵犯内国公共利益的判决的情况下,也还有判决承认执行阶段的公共秩序保留制度来发挥“防火墙”的作用。又如,就以位于内国的不动产为标的的物权纠纷^⑤而言,即使由外国法院审理案件,其判决要想在内国生效也还要经过内国不动产登记机构的实质审查。^⑥ 最后,也是最重要的,强制规则适用之确保作为专属管辖权的法理基础与大陆法系公私法二分之基本法理不符。在公私法二分的基本框架下,私法不具有积极保护公共利益的功能。^⑦ 私法在这方面归根结底只能发挥消极作用。换言之,私法所能做的只是,如果当事人的行为违反了公共利益,那么其行为将被归于无效,如果再进一步,那么私法就变成了公法。更何况,民事诉讼奉行不告不理原则,即使规定了专属管辖权,如果原告不起诉,那么法院也无可奈何。

4.多边民事纠纷之集中管辖。持“矛盾判决避免说”^⑧的学者主张,专属管辖权的设置旨在通过集中管辖来避免矛盾判决从而实现法律确定性的目标。由于国际社会在国际民事诉讼层面不以追求判决一致性为目标,因而这一主张有其特殊适用场合,即多边民事争议场合。据此,多边民事争议的集中管辖也构成专属管辖权的一个公法性法理基础。在学术界,集中管辖主要被用

① See Benedetta Ubertaini, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Mohr Siebeck, 2012, pp. 7~100.

② Laurence Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, p. 60, p.271.

③ Laurence Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, p.271.

④ Diego P. Fernández Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, 323 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 87~88(2006).

⑤ 晚近有一些国家如法国即运用强制规则适用之确保来支撑不动产物权专属管辖权。

⑥ 例如,我国即对不动产登记采实质审查。

⑦ 参见王轶:《民法典的规范类型及其配置关系》,《清华法学》2014年第6期。

⑧ 嶋拓哉「欧州連合規則における法定専属管轄に関する一考察」北大法学論集 71 号(2020)11 頁参照。

以解释有关法人设立有效性和法人决议有效性的专属管辖权。^① 在前述领域设立专属管辖权,主要是考虑到法人设立和法人决议的特殊法律性质,即共同法律行为。针对由此种共同法律行为所生纠纷的判决效力,在实体法层面会潜在地超越诉讼当事人而约束组织内外的其他人(如其他股东、董监事以及债权人等)。^② 对于此种多边争议,如果不同国家法院同时或先后进行审理,那么必然会产生效力彼此排斥的矛盾判决。因此,通过设立专属管辖权而由相关法院对前述纠纷进行前置集中管辖,既可以避免大量平行诉讼,又可以大大节约诉讼成本。^③ 此外,集中管辖对其他多边民事争议的专属管辖权也有充分的解释力。例如,《德国民事诉讼法》第 32a 条和第 32b 条关于核污染损害和虚假证券信息损害的专属管辖权规则,就旨在通过集中管辖来达到纠纷的统一高效解决目的。^④ 因此,虽然集中管辖在普通两造民事诉讼中不能为专属管辖权提供支持,但是在多边民事争议这一特殊场景,却可以为专属管辖权提供正当性辩护。

(三)专属管辖权的二元分类

基于以上论述,专属管辖权可相应分为以下两类:以公权力行为主权性为基础的专属管辖权与以多边纠纷集中管辖为基础的专属管辖权。第一种专属管辖权的适用对象涉及一国公权力行为的有效性等争议。基于主权平等,一国对其公权力行为的有效性审查拥有专属管辖权。由此也可进一步推导出以下结论,即此种专属管辖权在本质上是一国基于一般国际法所拥有的权利,因而是绝对性专属管辖权。第二种专属管辖权的适用对象为多边民事争议。就国内立法而言,由于既没有一般国际法上的依据,同时也非源于国际公约,因而此种专属管辖权在本质上是一国基于对民事司法领域的国际协调而进行的“自我授权”。从这一视角看,第二种专属管辖权是相对性专属管辖权。对相对性专属管辖权而言,为保证“自我授权”的正当性,其在管辖依据的选择上应尽量满足最密切联系原则,因为唯有如此,专属管辖法院行使集中管辖权才能保证纠纷的统一高效解决。在实践中,各国在设置相对性专属管辖权时通常也会掺杂对本国利益的考量。当本国利益被置于国际秩序利益之上,并因而在管辖依据选择上违背最密切联系原则,则该专属管辖权的正当性便会产生问题。《德国民事诉讼法》第 32b 条的规定即为典例。为了加强对本地证券市场的控制,德国立法者在该条规则中放弃了先前更为中立的市场所在地管辖原则,而改采证券发行人管理中心地管辖原则。由于很多德国公司在美国纽约证券交易所上市,第 32b 条的规定对于大量美国投资者而言显然不公平,因此第 32b 条在德国国内亦遭遇不少学者的批评。^⑤ 正是从这种意义上讲,国际上成功的相对性专属管辖权立法例并不多见。

^① See U. Magnus/P. Mankowski (ed.), *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, p.356; Geert Van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing, 2016, p.79.

^② Vgl. Gerhard Anliker, *Die internationale Zuständigkeit bei gesellschaftlichen Streitigkeiten im Rechtsrahmen des europaischen Binnenmarktes*, Nomos, 2018, S. 115f.

^③ Vgl. Johannes Weber, *Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2011, S. 187ff.

^④ 参见李浩:《民事诉讼专属管辖制度研究》,《法商研究》2009 年第 2 期;Jan von Hein, *Der ausschliessliche Gerichtsstand für Kapitalanleger—Musterverfahren*, RIW 2004, Heft 8, S. 602ff.

^⑤ Vgl. Jan von Hein, *Der ausschliessliche Gerichtsstand für Kapitalanleger—Musterverfahren*, RIW 2004, Heft 8, S. 602ff.

三、中国涉外民事专属管辖权规则的重构

基于前文对我国专属管辖权现有实践的法理检视及相关理论建构,我国涉外民事专属管辖权规则的重构应从以下几个方面展开:(1)停止一元论体例下对国内民事专属管辖权规则的“转化机制”;(2)废除投资合同纠纷专属管辖权规则;(3)补充制定相关专门性专属管辖权规则。

(一)一元论体例下“转化机制”的停止

在一元论体例下,《民事诉讼法》第 34 条和《海事诉讼特别程序法》第 7 条规定的关于国内民事专属管辖权规则均已被转化为相应的涉外民事专属管辖权规则。汇总这些规定,我国目前“转化型”涉外民事专属管辖权规则主要包括以下几类:(1)不动产物权纠纷专属管辖权规则;(2)遗产继承纠纷专属管辖权规则;(3)港口作业纠纷专属管辖权规则;(4)海洋污染损害专属管辖权规则。以下从私法性法理基础和公法性法理基础两个层面对这些规则做些考察。

1.私法性法理基础层面的考察。就前述 4 类专属管辖权规则而言,相关纠纷或者以位于我国的不动产为对象,或者围绕我国的港口展开,或者所涉遗产等重要因素位于我国,或者侵权行为地或可能的侵权行为地(在采取预防污染措施的情况下)位于我国,因此由我国法院行使管辖权既满足密切联系要求,又在查明案件事实、财产保全和判决执行方面能保证充分的实务便宜。应该说,这一结论是可以预见的,因为我国立法者在制定相关国内民事专属管辖权规则时就是以密切联系尤其是实务便宜作为立法的主要依据的。此种实务便宜在时空距离方面更为敏感的国际民事诉讼中只会表现得更为明显。

2.公法性法理基础层面的考察。对不动产物权纠纷专属管辖权规则,首先有必要将其与不动产登记有效性的专属管辖权规则区分开来。后者属于典型的针对国家公权力行为的专属管辖权,而前者涉及的对象则是纯粹私法性纠纷。基于此,不动产物权纠纷专属管辖权不属于绝对性专属管辖权,其不能从公权力行为主权性获得法理支持。另外,由于不动产物权纠纷主要表现为两造民事纠纷,因此其也不能基于多边纠纷集中管辖而获得正当性。此外,晚近还有一些国家如法国运用强制规则适用之确保来支撑不动产物权纠纷专属管辖权。但如前所述,强制规则适用之确保不能构成专属管辖权的合法依据,因而这一做法也不具有正当性。至于港口作业纠纷专属管辖权规则和遗产继承纠纷专属管辖权规则,如前所述,其所涉两类纠纷在我国均属于纯粹私人性纠纷,与公权力行为没有任何关联,加之二者均不属于典型的多边纠纷,因而也无法通过多边纠纷集中管辖获得正当性。对于海洋污染纠纷专属管辖权规则而言,在限于当事人特别是受害人人数众多的前提下,该规则可基于多边纠纷集中管辖获得充分的法理支持。在当事人人数众多的情况下,我国若作为污染发生地、损害结果地或者污染预防措施实施地,则与案件不仅拥有最密切联系,而且对案件的统一高效解决亦拥有最大利益,因而对案件主张相对性专属管辖权具有正当性。不过,考虑到我国已经加入 1992 年《关于油污损害民事责任的国际公约》,该公约目前已有 145 个缔约方,且我国的主要邻国如韩国、日本、越南、缅甸、印度、巴基斯坦以及俄罗斯等均已加入该公约,因而我国在国内法层面就此再作规定的必要性不大。总之,在私法性法理基础方面,前述“转化型”专属管辖权规则均继承了国内民事专属管辖权规则的正当性“基因”,但在公法性法理基础方面,这些规则中仅有海洋污染纠纷专属管辖权规则拥有充分的法理依据(但仅限于当事人人数众多之情形),至于其他 3 类规则,均缺乏公法性理由的加持。基于以上原因,加

之我国在海洋污染损害领域制定专属管辖权规则的必要性不大,我国应在司法层面彻底停止针对国内民事专属管辖权规则的“转化机制”,以有效杜绝基于“盲目转化”而产生的不合理之专属管辖权规则。

(二)投资合同纠纷专属管辖权规则的废除

关于投资合同纠纷专属管辖权规则,国内学界已有较为充分的研究。基于以下几点理由,^①学界在总体上对该规则持否定的态度:(1)3类投资合同纠纷主要还是私人性民商事纠纷,与国家主权或国家利益没有必然的联系;(2)通过专属管辖权来单方面维护中方当事人利益的必要性不大;(3)该规则有诸多消极性影响,如导致平行诉讼风险增加、影响外商投资、对我国参加相关缔约谈判构成干扰等;(4)国际社会鲜有类似的立法例。笔者对投资合同纠纷专属管辖权规则也持否定的态度,但证明路径不同。以下试从私法性法理基础和公法性法理基础两个方面对该规则的正当性展开探讨。

1.私法性法理基础层面的考察。由于以在我国履行的投资合同的相关争议为标的,因此此种投资合同纠纷与我国不仅存在密切联系,而且由我国法院行使管辖权在查明案件事实方面也具有便宜性。此外,由于双方当事人均在我国有投资,因此由我国法院行使管辖权在财产保全和判决执行等方面也能带来诸多便利。

2.公法性法理基础层面的考察。在公法性法理基础层面考察投资合同纠纷专属管辖权规则的正当性,可从以下两个视角展开:(1)主权视角。首先,需要回答的一个问题是:我国法院可否基于领土主权尤其是自然资源永久主权对3类投资合同拥有专属管辖权?^②中外合资经营企业合同和中外合作经营企业合同通常都涉及土地、厂房等不动产,尤其是中外合作勘探开发自然资源合同还涉及我国自然资源永久主权,那么在以上情况下,相关主权要素可否支撑前述专属管辖权规则?在涉及不动产的情况下,领土主权不能成为专属管辖权的正当性依据,对此前文已有充分研究。至于自然资源永久主权,同样不能成为专属管辖权的合法性依据。正如在不动产物权纠纷专属管辖权领域不能混淆个人土地所有权与国家领土主权一样,勘探开发自然资源合同纠纷涉及的是民法上的债权债务,其与国际法上的自然资源永久主权也是两种不同性质的权利。在当代社会,各国允许外国投资者在内国以各种形式合作勘探开发自然资源,这本身就是其拥有并行使自然资源永久主权的表现。至于双方当事人围绕勘探开发合同产生纠纷,完全是双方的私人事务,应在私法层面解决,与自然资源永久主权无涉。其次,可以确认的是,根据“荷花号案”的裁判,一国既然有权就位于外国领土范围内的人、事、物行使司法管辖权,当然也有权就以外国自然资源为标的的法律关系行使司法管辖权。因此,基于自然资源永久主权主张行使专属管辖权,同样有违国际法的基本原理。(2)强制规则适用之确保。这里需要回答的问题是:投资合同纠纷专属管辖权规则可否通过强制规则适用之确保获得正当性?从体系解释的视角看,运用强制规则适用之确保解释投资合同纠纷专属管辖权规则最具合理性。根据原《中华人民共和国合

^① 参见陈力:《内地与香港民事管辖权的冲突与协调》,载中国国际私法学会主编:《中国国际私法与比较法年刊》(第4卷),法律出版社2001年版,第465页;广东省广州市中级人民法院民三庭:《论内地与香港区际平行诉讼》,《人民司法》2005年第8期;何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第127~135页。

^② 有学者认为,我国可基于自然资源永久主权对中外合作勘探开发自然资源合同纠纷主张行使专属管辖权。参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第127~135页。

同法》^①第 126 条第 2 款的规定,在我国境内履行的 3 类投资合同适用我国法律。该条规定以单边冲突规范的形式,强制性地要求在我国履行的 3 类投资合同适用我国法律。这一条单边冲突规范的存在在一定程度上证明了《民事诉讼法》第 273 条存在的必要性,即通过赋予我国法院对 3 类投资合同纠纷的专属管辖权来确保前述冲突规范的适用,并进而确保我国相关实体法的适用,以此保护我国的重大经济利益。但如前所述,强制规则适用之确保不能构成专属管辖权的正当性依据,这一结论当然也适用于投资合同纠纷。具体到外商投资,我国事实上已有负面清单制度、安全审查制度等一众行政法律制度,这些制度由我国相关行政部门基于“目的程式”而对外商投资进行事前审批,无论是在规制力度上还是在规制效果上,都要远远胜于以专属管辖权为中介的间接事后规制。

基于以上阐述,投资合同纠纷专属管辖权在私法性法理基础方面拥有正当性,但在公法性法理基础方面缺乏充分依据。同时,笔者赞同国内其他学者的观点,建议废除投资合同纠纷专属管辖权规则。

(三)相关专门性专属管辖权规则的制定

从现有专属管辖权规则体系看,我国目前尚没有基于公权力行为主权性的绝对性专属管辖权规则,至于相对性专属管辖权规则,也只有海洋环境污染损害专属管辖权规则可以算作此类。这从另一个侧面证明,我国专属管辖权规则体系存在明显的法律漏洞。为填补此种法律漏洞,笔者建议我国借鉴那些既有充分法理依据同时又在国际上获得广泛共识的立法例,补充制定一些专门性专属管辖权规则。具体而言,在绝对专属管辖权领域,我国可考虑在公共登记有效性、登记性知识产权有效性以及外国民事判决执行的审批等领域设置专属管辖权规则,在相对性专属管辖权领域,可考虑在法人设立有效性和法人内部决议有效性问题上设置专属管辖权规则。

1. 绝对性专属管辖权领域的规则制定。首先,我国可考虑针对公共登记的有效性制定专属管辖权规则。此处的公共登记有效性问题仅限于针对行政机关登记行为的争议(如有关更正登记的争议),而不涉及与其相关的私法性纠纷(如有关登记之私法效力的纠纷、有关作为登记前提的民事法律关系的纠纷以及有关登记义务人不配合登记的纠纷等)。^② 在比较法上,关于公共登记有效性的专属管辖权在欧盟布鲁塞尔体系和诸多国家国内法中有规定。在我国,公共登记主要包括不动产登记和商事登记。我国对不动产登记采实质审查制。登记机关在进行审查时,不仅积极主动而且审查范围广泛。至于商事登记,我国采强制登记主义。商事登记对商事主体的设立不仅具有确认效力,而且还有创设效力。^③ 因此,在我国,无论是不动产登记还是商事登记,公权力意志在这些登记行为中均有深度介入。这也意味着,上述两种登记行为均构成典型的公权力行为。针对我国行政机关登记行为的有效性,此种专属管辖权规则的设置不仅满足密切联系和实务便宜上的要求,而且在公法性法理基础方面,亦完全可以基于公权力行为主权性获得正当性。其次,我国可考虑就登记性知识产权的有效性设置专属管辖权规则。在比较法上,关于知识产权有效性的专属管辖权在欧盟布鲁塞尔体系和诸多国家国内法中亦有大量的规定。在我国,登记性知识产权有效性问题应主要涉及专利权和商标权。根据我国法律的相关规

① 原《中华人民共和国合同法》已随《中华人民共和国民法典》于 2021 年 1 月 1 日施行而被废止。

② See Geert Van Calster, *European Private International Law*, Hart Publishing, 2016, p.82.

③ 参见赵旭东、邹学庚:《商事登记效力体系的反思与重构》,《法学论坛》2021 年第 4 期。

定,无论是对于专利申请,还是对于商标注册,知识产权行政管理部门均采取实质审查制。^①例如,对于专利申请,行政部门需要对相关技术方案是否构成专利法意义上的发明,申请是否符合单一性规定,技术方案是否具备新颖性、创造性和实用性等进行实质审查,而对于商标注册,则要对是否存在不予注册的绝对理由和相对理由等进行实质审查。因此,在我国,相关行政部门针对专利申请和商标注册的审查与批准行为亦构成典型的公权力行为。基于与前述公共登记有效性专属管辖权规则相同的理由,在我国针对登记性知识产权的有效性问题设置专属管辖权规则,无论是就私法性法理基础而言,还是就公法性法理基础而言,均具有充分的正当性。最后,我国可考虑就外国民事判决在我国执行的审查与批准问题规定专属管辖权。根据“荷花号案”的裁判,强制执行管辖权具有绝对的属地性,一国不得在他国领土范围内强制实施其法律。这意味着,外国民事判决在内国的执行必须通过内国的公权力方可实现。但与此同时,由于内国公权力机构执行外国民事判决又不能以外国法院的命令或裁判为依据,因此外国民事判决在内国的执行必须以在内国法院提起判决执行诉讼为前提。换言之,内国动用公权力执行外国的判决是基于内国法院而不是外国法院的命令。因此,对外国民事判决在内国执行的审查与批准,构成内国法院的专属管辖权。就我国而言,如果外国民事判决需要在我国境内执行,那么对于该执行的审查与批准应由我国法院专属管辖。

2.相对性专属管辖权领域的规则制定。在相对性专属管辖权方面,我国可考虑就法人设立有效性和法人内部决议有效性问题设置专属管辖权规则。如前所述,在相对性专属管辖权领域,在国际社会得到广泛认可的立法例并不多见,而针对法人相关问题的专属管辖权规则是能够得到欧盟布鲁塞尔体系和诸国国内立法广泛承认的一个特例。^②须指出的是,前文就我国在商事登记领域设置绝对性专属管辖权规则已作探讨,但此种管辖权规则针对的是围绕登记机构在法人设立过程中的登记行为所产生的纠纷,而此处针对法人设立有效性的相对性专属管辖权规则,针对的则是法人设立的发起人如公司股东等在法人设立过程中基于各种主客观原因^③所引起的法人设立无效之诉。

四、结 论

涉外民事管辖权在本质上是各国在国际法或主权原则允许的范围内,基于私法程序正义而自主划定的权力,其在某种程度上只是表示,在确保双方当事人程序公平公正的前提下,一国愿意在多大范围内为国际民事纠纷的解决提供司法服务。也正是从这种意义上讲,涉外民事管辖权具有平行性和任意性。专属管辖权是涉外民事管辖权体系中的特例,其不仅排斥他国法院的管辖权,同时也对当事人诉诸他国法院的自由构成限制。专属管辖权的正当性来自两个方面的

^① 参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2016年第5版,第316~456页。

^② 参见《欧盟布鲁塞尔条例》第24条第2款、1998年《格鲁吉亚关于调整国际私法的法律》第10条第2款、1999年《斯洛文尼亚关于国际私法与国际诉讼的法律》第60条、2005年《保加利亚关于国际私法的法典》第19条、2007年《马其顿关于国际私法的法律》第65条、2012年《日本民事诉讼法》第3—5条第1款、2013年《黑山关于国际私法的法律》第118条。

^③ 主观原因如公司股东不具有行为能力、设立公司的意思表示不真实等,客观原因则主要为公司设立行为违反法律的强制性规定。参见郑曙光:《公司设立无效之诉的比较法考察》,《法学评论》2011年第1期。

法理依据,前者为私法性理由,后者为公法性理由。两个方面的法理依据传递了这样一个规律性认识,即专属管辖权只是任意性管辖权的进阶。换言之,在原本即已对相关案件拥有任意性管辖权的前提下,只是基于某些公法性理由的加持,法院地国的管辖权才具有排他性。根据其公法性法理基础,学理上可对专属管辖权进行二元分类,即绝对性专属管辖权和相对性专属管辖权。由于涉及内国的公权力,绝对性专属管辖权是一国基于主权原则而拥有的一项一般国际法上的权利,其理应得到他国的尊重和礼让。相对性专属管辖权则不是一个国家根据一般国际法而拥有的权利,而是一国出于民事司法领域的国际协调后天创设的一项“权利”。这项“权利”来自国内法的自行设定,因而只有满足最密切联系原则才可能得到他国的认可与尊重。专属管辖权的二元分类在宏观上指明了专属管辖权的适用范围,这对于我国专属管辖权规则体系的完善无疑具有重要的指导意义。绝对性专属管辖权的适用对象涉及国际民事诉讼中对一国公权力行为的审批或效力审查,^①基于其主权性,管辖权应归公权力行为实施国所专有。而相对性专属管辖权的适用对象为多边民事纠纷,系为了多边争议的集中管辖而有条件地由相关国家法院行使专属管辖权,此一条件即专属管辖法院所属国与争议拥有最密切的联系,因而对争议的统一高效解决拥有最大利益。未来我国专属管辖权规则体系的完善应依循前述原理展开。

Abstract: As to the legal basis of international civil exclusive jurisdiction, with oversimplification of the theoretical explanation of that jurisdiction, Chinese scholars have not given any systematic and consistent theories, which leads to such legal difficulties as the blind reference to national exclusive jurisdiction rules as sources of law for international exclusive jurisdiction, the bad implementation effect of jurisdiction rules for investment contract disputes and the omission of filling of the legal loopholes in this area. International exclusive jurisdiction has two kinds of legal bases, with one private law nature and another public law nature. The legal basis of private law nature is just a basic requirement for the exclusive jurisdiction, whereas it is that of public law nature which justifies that jurisdiction. The sovereign nature of public act and the concentrated jurisdiction for multilateral disputes are the legal bases of public law nature for exclusive jurisdiction. Because of the deficiency of justification, the reference to national rules and the rule for investment contract disputes should be terminated or deleted, and at the same time some special rules for international exclusive jurisdiction in some areas should be supplemented.

Key Words: international civil jurisdiction, exclusive jurisdiction, sovereignty principle, mandatory rules

责任编辑 何 艳

^① 在国际民事诉讼中对公权力行为的审批主要涉及外国民事判决执行诉讼的专属管辖权,至于对公权力行为的效力审查,则主要涉及公共登记有效性纠纷和知识产权有效性纠纷等的专属管辖权。