政法论坛(中国政法大学学报)
第 24卷第 6期 Tribune of Political Science and Law Vol 24 No 6
2006年 11月 (Journal of China University of Political Science and Law) Nov. 2006

我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善

丁伟

(华东政法学院,上海 200042)

摘 要:我国现行民事诉讼法有关涉外民商事诉讼管辖权的规定实施已 15 个春秋,面对新形势下日趋复杂的涉外民商事法律关系以及轰轰烈烈的民事司法改革大潮显然已捉襟见肘。鉴于十届全国人大常委会已将民事诉讼法的修改纳入本届人大立法规划内,这无疑为完善我国涉外民商事诉讼管辖权制度提供了难得的契机。对该制度作一全方位的扫描,着重分析其亟需弥补的缺陷与不足,推动我国国际私法学界对这些问题的深入研究,并对民事诉讼法的修改工作产生持续、有效的影响,是极为必要的。

关键词:中国涉外民商事诉讼管辖权制度;立法特点;缺陷与不足

中图分类号:DF97 文献标识码:A 文章编号:1000-0208(2006)06-152-13

国际民商事诉讼管辖权是一国法院审理涉外民商事案件的权限范围和法律依据,有关管辖权的法律制度始终是国际私法的基本制度之一。从理论上说,管辖权是一国国家主权的重要组成部分,是国家主权在诉讼程序领域的集中体现。在司法实践中,管辖权又是启动其他国际民事诉讼程序的第一道闸门,保障当事人正当权利的第一道防线。各国无不将涉外民商事诉讼管辖权制度作为其国际民事诉讼程序法的核心内容。规范我国涉外民商事诉讼管辖权制度的现行民事诉讼法自 1991年颁行已 15个春秋,伴随着不断加快的我国改革开放的步伐,我国涉外民商事法律关系的形式日趋复杂,范围日益扩大,数量逐年增多,涉外民商事诉讼管辖权的作用与日俱增。[①]然而,与蓬勃发展的我国涉外民商事审判实践相比,涉外民商事诉讼管辖权立法的滞后日渐突出,在立法职能缺位的情况下,司法解释呈现出扩张的趋势。在我国法学理论研究领域,也出现了令国际私法学者汗颜的情形:自 20世纪 90年代中后期以来,我国民事诉讼法学研究呈现出一片繁荣景象,民事诉讼法学获得了长足发展。民事诉讼基础理论的现代化、系统化、本土化基本完成,具体程序制度设计的研究也取得了重大进展。尤其是 2003年 12月第十届全国人大常委会对外公布立法规划,正式将民事诉讼法的修改纳入本届人大立法规划内,民事诉讼法学界积极响应,就民事诉讼法修订的必要性、修法的框架以及具体程序制度的修订等重大问题展开热烈讨论,并起草了《中国民事诉讼法修改建议稿》。[②]而反观我国国际私法学界,对于民事诉讼法的修

收稿日期:2006-09-10

作者简介: 伟(1958—),男,上海人,上海市人大法制委副主任,华东政法学院教授,博士生导师。

① 据法制网讯,2001年我国加入 WTO至 2006年 4月,全国各级法院共审结涉外案件 26 399件,平均每年递增 4%,有 80多个国家和地区的当事人通过中国司法途径解决纠纷。目前我国具有涉外商事案件管辖权的中级法院已达 107家。

② 由我国民诉法学者起草的《中国民事诉讼法修改建议稿》将现行民诉法由 270条扩充为 509条,在诉权、管辖、第三人、公益诉讼等众多焦点问题上都有所突破。该修改建议稿目前已完成第三稿,第四稿将于年内出炉,提交给全国人大常委会法工委民法室,为民事诉讼法的修改提供立法参考。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

改却表现出不应有的冷漠。在近几年的中国国际私法年会中,专家学者对于民法草案第九编冲突法立法问题的研究倾注了极大的热情,而针对民事诉讼法修改所开展的有关管辖权、司法协助等问题的研究却寥若晨星。在研究领域、研究方法上,则偏重于哲学层次的、抽象的宏观国际私法学的研究,而以破解立法与实践难题为目的的实证研究却相形见绌,以至于诸如两个外商投资企业之间的合同关系是否为涉外民商事关系、中国内资企业与外商投资企业的纠纷如何确定管辖权等基础性问题在司法与仲裁实践中仍然存在争论。这种理论研究中厚此薄彼的现象发人深省。有鉴于此,笔者不揣浅陋,拟对我国涉外民商事诉讼管辖权制度作一全方位的扫描,分析其存在的不足,并就完善我国涉外民商事诉讼管辖权制度提出若干思考,以期对这些问题的深入研究以及对于推动我国国际私法学界对民事诉讼法的修改产生持续、有效的影响起到抛砖引玉的作用。

一、我国涉外民商事诉讼管辖权制度的特点

从成文法角度来考察,中国国际私法未采用法典化的立法模式,国际私法中的冲突法与国际民事诉讼程序法分别以不同的法律为载体。与冲突法规范相比,国际民事诉讼程序规范起步早,相应的法律规范更为完备[1]。隶属于国际民事诉讼程序的我国涉外民商事诉讼管辖权制度始见于 1982年《民事诉讼法》(试行)第 5编,现行的涉外民商事诉讼管辖权制度则集中规定在 1991年 4月 9日起施行的《民事诉讼法》第 4编(涉外民事诉讼程序的特别规定)、2000年 7月 1日起施行的《海事诉讼特别程序法》第 2章以及 1992年最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》(以下简称《意见》)、2001年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》等一系列司法解释中。① 从总体上看,我国涉外民商事诉讼管辖权制度大致呈现出以下几个特点:

第一,我国基本上是以行政区划所确定的地域来划分涉外民商事诉讼的管辖权[1](P.245)。具体而言,我国现行法律确定的地域管辖的根据以住所地或经常居住地为主,并辅以标的物所在地或财产所在地、法律事实发生地。

第二,我国涉外民商事诉讼管辖权与国内民事案件管辖权的确定根据大致相同[1](P.268-269)。民事诉讼法第 4编第 25章对涉外民商事诉讼管辖权的专章规定仅四条,即有关特别地域管辖的第 243条、有关协议管辖的第 244条、有关推定管辖的第 245条以及有关专属管辖的第 246条。按照民事诉讼法第 237条的规定,第 4编未规定的,适用该法其他有关规定。这说明在我国涉外民商事诉讼中,除级别管辖有特别规定外,有关地域管辖(普通管辖)、移送管辖、指定管辖均间接适用民事诉讼法第 1编第 2章有关管辖权制度的一般规定。

第三,我国涉外民商事诉讼管辖权采用专章式的立法模式。我国涉外民商事诉讼管辖权未采用法典化的立法模式,民事诉讼法第 1编第 2章与第 4编第 25章分别对管辖权制度的一般规定与特别规定作出专章规定,《海事诉讼特别程序法》第 2章则对海事诉讼管辖权的特别规定作出专章规定。②

第四,规范涉外民商事诉讼管辖权制度的法律规范多元化。从法律渊源的角度来考察,规范涉外民商事诉讼管辖权的民事诉讼法等国内立法当属主要法律渊源。尽管我国学者大都不承认判例是我国国际私法的渊源,但在我国司法实践中,《最高人民法院公报》上所刊登的我国人民法院审理涉外民商事案件的案例对各级人民法院审理涉外民商事案件具有直接的指导作用,在近年来的审判实践中,更是注重发挥典型案例的指导性作用。③ 与此同时,最高人民法院针对涉外民商事诉讼管辖权所作的一系列

① 本文限于篇幅主要围绕民事诉讼法及相关司法解释中有关涉外民商事诉讼管辖权的一般制度展开讨论,不论及《海事诉讼特别程序法》有关涉外海事诉讼管辖权的特别规定及国际商事仲裁中的管辖权制度。

② 根据《海事诉讼特别程序法》第 2条规定:"在中华人民共和国领域内进行海事诉讼,适用《中华人民共和国民事诉讼法》和本法。本法有规定的,依照其规定。"

③ 值得关注的是,最高人民法院肖扬院长近日表示:2006年最高人民法院将推进八项改革措施,其中一项是建立和完善案例指导制度。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

司法解释对下级法院更具有普遍的约束力,我国个别有影响的国际私法教材已将最高人民法院的司法解释视为我国国际私法的渊源[4](P.10-11)。在国际渊源方面,民事诉讼法第238条规定:中国缔结或参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中国声明保留的条款除外。海事诉讼特别程序法第3条也作出了类似的规定。然而,对于国际惯例是否应视为确定我国涉外民商事诉讼管辖权制度的法律渊源在我国尚存有异议。尽管我国学者无例外地将国际惯例作为我国国际私法的渊源,但我国法律或司法解释并未对"国际惯例"的含义作出解释。从法律的具体规定来看,只有民法通则、合同法中的冲突规范规定:中国法律未作规定的,适用国际惯例。我国前后两部民事诉讼法及海事诉讼特别程序法均未对国际惯例的适用作出规定,据此是否可以认定我国国际私法中所指的"国际惯例"仅指冲突法上的国际惯例?① 难怪有学者质疑国际私法所涉及的国际民事诉讼程序中不存在"国际惯例",或者即使存在,我国立法也不允许适用[5](P.128-131)。假如果真如此,我国涉外民商事诉讼管辖权制度的法律渊源中不应包括国际惯例。

第五,我国涉外民商事诉讼管辖权的分类与国际社会的普遍实践并行不悖,且管辖权的体系比较完整。1982年10月1日开始施行的民事诉讼法(试行)第5编涉外民事诉讼程序的特别规定部分未对涉外民商事诉讼的管辖权作出特别规定,有关涉外民商事诉讼管辖权的确定与国内民事诉讼完全相同,适用该法第2章有关管辖权制度的规定。1991年4月9日起施行的现行民事诉讼法第4编涉外民事诉讼程序的特别规定部分则就涉外民商事诉讼的管辖权制度作出专章规定,该部分的规定与第2章有关民事诉讼管辖权一般制度构成了较为完整的我国涉外民商事诉讼管辖权制度的体系。我国涉外民商事诉讼管辖权大致可分为级别管辖、普通管辖、特别管辖、专属管辖、协议管辖、推定管辖等种类,这种分类符合国际社会的普遍实践。除此之外,最高人民法院在不同时期作出的司法解释及时弥补了立法的不足。如互联网与电子商务兴起后,在互联网上实施侵犯著作权以及网络域名的纠纷不断增多,最高人民法院分别就解决这些纠纷的管辖权问题及时作出司法解释。② 这些司法解释无疑及时填补了立法滞后导致的管辖权真空。

第六,在构建涉外民商事诉讼管辖权制度的过程中积极参与民商事管辖权国际统一化的进程。从我国国际私法的总体发展来看,我国对于冲突法层面的国际立法态度较为消极,至今尚未参加或缔结任何专门的有关法律适用的国际公约或双边条约,但在接受或加入统一实体法和程序法方面态度较为积极[1](P.130)。仅在涉及国际民商事诉讼管辖权领域,我国1953年加入了《国际铁路货物联运协定》、1958年加入了《统一国际航空运输某些规则的公约》,1980年加入《国际油污损害民事责任公约》这几个专门性的国际公约。除国际公约以外,我国与一些国家签订了涉及民商事诉讼管辖权的双边司法协定。此外,我国还于2005年9月14日签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。自1992年海牙国际私法会议开始研究起草《民商事管辖权和外国判决公约》以来,我国一直积极参加公约的谈判和起草工作,并自2002年开始参加非正式工作组的工作。③ 在公约谈判过程中,我国明确反对西方大国的"长臂管辖"等任意扩大本国司法管辖权的做法,坚持各国司法管辖权应当有合理划分的立场,特别是反对在

① 笔者注意到在中国的立法工作中似乎存在这样一个潜规则:凡立法对某一特定事项已作出规定,不管该立法年代多么久远,在该法之后制定的相关法律在规范该特定事项时,无不沿用该法的表述。

② 2000年11月12日,最高人民法院发布《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,规定网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的,原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。2001年6月26日,最高人民法院又发布了《关于审理涉及计算机网络域名民事侵权案件适用法律若干问题的解释》,规定涉及域名的侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告所在地的,原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

③ 该草案在后续谈判中因各国意见分歧而搁浅,经海牙国际私法会议各成员国同意,缩小了公约的适用范围,制定一个仅规范民商事交往中排他性选择法院协议的公约。在2005年6月海牙国际私法会议第20届外交大会上各国代表以协商一致为原则,采取逐条通过的方式,最终通过了《选择法院协议公约》的全部条文。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

公约中规定的所谓“人权案件普遍管辖”例外[6](P.581-584)。这种以负责的态度积极推动国际民商事管辖权立法统一化进程的举措值得赞赏。

二、我国涉外民商事诉讼管辖权制度亟需弥补的总体不足与缺陷

在充分肯定我国涉外民商事诉讼管辖权制度在维护我国主权、保护当事人合法权益、确保涉外民商事诉讼活动正常进行方面所发挥的积极作用的同时,从宏观角度审视现行民事诉讼法及其他相关的法律规定,可见我国涉外民商事诉讼管辖权制度还存在以下明显的不足与缺陷,亟需在修订民事诉讼法的过程中加以解决:

第一,我国涉外民商事诉讼管辖权制度相对滞后。现行民事诉讼法施行 15年来,我国经历了从计划经济到社会主义市场经济的历史性变革,并已成为世界贸易组织的正式成员方,从而在更高的层次、更宽的领域开展国际经济合作。我国人民法院审理涉外民商事案件的数量也逐年上升,在司法实践中新情况、新问题不断出现。然而,除了最高人民法院出台了相关的司法解释外,民事诉讼法始终未作相应的修改与调整。尽管十届全国人大已将民事诉讼法的修改列入立法规划,但国内民诉法学界的兴奋点并不在涉外民商事诉讼管辖权问题上,而国际私法学界至今尚未进入角色,这一状况令人堪忧。

第二,有关涉外民商事诉讼管辖权制度的法条规定过于简单,且基本适用国内民事诉讼的管辖权制度。尽管我国涉外民商事审判活动中并不存在确定管辖权时无法可依的尖锐矛盾,但现行民事诉讼法的一些规定过于简单,含义模糊,而民事诉讼法第 25章有关涉外民商事诉讼特别地域管辖的“特别”仅第 243条一条,其余三条分别规定了适用范围有限的协议管辖、推定管辖与专属管辖,这说明绝大多数涉外民商事案件的管辖权只能按照该法第 2章有关民事诉讼管辖权的一般规定确定。以民事诉讼法第 243条的规定为例,该条款适用于因合同纠纷或其他涉及财产权益的纠纷,对在中国领域内没有住所的被告提起的诉讼。此处“其他财产权益的纠纷”语焉不详,是否可以理解为有些有关财产权益的纠纷尚有其他管辖标志?与此同时,由于涉外民商事案件的性质不同于国内民事案件,一味适用国内民事诉讼的管辖权制度处理涉外民商事案件有时不尽合理。如民事诉讼法第 34条将遗产继承规定为专属管辖,国内有学者认为,这一条规定主要是针对国内管辖作出的,若将此条规定适用于涉外继承案件是不太适宜的,尤其是当被继承人的遗产在国外时,中国法院若以被继承人死亡时住所地在中国为由而行使管辖,可能无助于判决或裁决的执行[7](P.59)。

第三,我国涉外民商事诉讼管辖权的若干制度带有计划经济的痕迹。毋庸置疑,我国民事诉讼法是在市场经济确立之前出台的,这一立法背景决定了现行立法无法全面反映一些现代民事诉讼的理念及与市场经济相契合的理念,一些法条规定带有明显的计划经济的痕迹。如民事诉讼法第 243条有关特别地域管辖的规定、第 246条关于专属管辖的规定具有明显的属地主义倾向。第 244条关于协议管辖的规定对当事人的意思自治设置了过多限制性的规定。笔者将在下文对相关问题作详尽分析,此处恕不赘述。

第四,一些管辖权制度有悖于国际通行做法,不利于管辖权领域的国际协作。民事诉讼法有关涉外民商事诉讼管辖权的规定不但扩大了特别地域管辖的适用范围,缩小了协议管辖的适用范围,强化了专属管辖,而且明文认同诉讼竞合,具有明显的“过度管辖”的倾向[8](P.12)。而对于“不方便法院原则”、“便利原则”等国际通行的做法,我国在立法上一直不予认可。与此同时,在这些领域,法条规定与司法解释不尽一致,且在国际民商事诉讼与国内民商事诉讼中,内松外紧,里外不一,实行截然不同的制度。譬如我国现行立法未能充分体现便利原则,而最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》(以下简称《意见》)则为定居国外的华侨提供了解决婚姻纠纷的便利条件。然而,这一诉讼便利只提供给华侨,而不提供给有关的外国人。再如,对于国内民商事案件,我国立法并未规定可供扣押财产所在地的法院可行使管辖权,在司法实践中我国法院也不能因对非争议的标的物或者争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施而取得对该案件的管辖权。然而,根据民事诉讼法第

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

243条,因涉外合同纠纷或其他财产权益的纠纷,对在我国领域内没有住所的被告提起的诉讼,如被告在我国领域内有可供扣押的财产,可以由可供扣押的财产所在地的人民法院管辖。

第五,我国涉外民商事诉讼管辖权领域的司法解释过度膨胀。鉴于现行民事诉讼法 1991年施行以来,一直未作修改和补充,立法的相对滞后导致涉外民商事诉讼管辖权领域的司法解释呈现出扩张的趋势,且一些司法解释的内容超越甚至直接冲撞现行有效的民事诉讼法的相关规定,对民事诉讼法进行全方位的"修改",使得本已残缺不全的法律规定被各种形式的司法解释肢解得支离破碎,客观上不利于维护我国管辖权制度的完整性、统一性。与此同时,在中国的司法实践中,地方法院在遭遇有些疑难案件时往往向最高人民法院请示,由最高人民法院作出相关的批复。尽管这些批复属于针对个案的意见,但却反映了最高人民法院对特定问题的基本态度,特别是有关的批复是经最高人民法院审判委员会讨论通过的,故具有事实上的普遍性效力。从中国的宪法意义上分析,最高人民法院的此类司法解释和批复不具有普通法系国家法院的法官作出的判例所体现的造法功能。然而,事实上最高人民法院司法解释的效力远远超过普通法系国家判例的作用,构成了普遍适用的制度[2](P.242)。笔者曾在一些著述中较为详尽地分析了司法解释的"双刃剑"作用,①在质疑过多依赖司法解释来弥补立法缺陷的这一方式的同时,我们应本着实事求是的态度,充分肯定司法解释在完善我国涉外民商事诉讼管辖权制度方面所起的积极作用,对其存在的一些问题也不应过于苛责。事实上,在现行民事诉讼法已经日渐暴露出其不适应社会发展的弊端,立法职能明显缺位的情况下,最高人民法院的司法解释确实有助于弥补立法缺位及普遍存在的原则性强、操作性弱的不足,有助于规范地方法院的审判工作。②

三、我国涉外民商事诉讼管辖权具体制度中亟需弥补的不足与缺陷

在从宏观角度分析了我国涉外民商事诉讼管辖权制度存在的不足与缺陷后,下文将通过剖析我国民事诉讼法及有关司法解释的规定,从微观角度探讨我国涉外民商事诉讼管辖权若干具体制度中存在的不足与缺陷。从总体上看,目前我国涉外民商事诉讼管辖权具体制度中较为突出的倾向性问题,是现行立法与司法解释不相吻合,尤其是过于强调维护国家主权,而忽视了管辖权领域的国际协调,这些倾向反映在民事诉讼法及相关司法解释以及一系列具体规定之中。

1、关于级别管辖问题③

实行对外开放政策以来,我国立法有关涉外民商事案件级别管辖的规定经历了历史性的变革。1982年《中华人民共和国民事诉讼法》(试行)第 17条规定:中级人民法院为普通涉外民事案件的一审管辖法院。现行的 1991年民事诉讼法对涉外案件级别管辖的规定作了重大修改,该法第 18条规定:"基层人民法院管辖第一审民事案件,但本法另有规定的除外。"该条所指的民事案件既包括国内民事案件,亦包括涉外民事案件。第 19条第 1项又规定中级人民法院是"重大涉外案件"的第一审管辖法院。根据最高人民法院《意见》第 1条的解释:"民事诉讼法第十九条第(1)项规定的重大涉外案件,是指争议标的额大,或者案情复杂,或者居住在国外的当事人人数众多的涉外案件。"在经历了长达 9年

① 有关司法解释"双刃剑"的作用,参见拙作《世纪之交中国国际私法立法回顾与展望》,载《政法论坛》2001年第 3期;《我国对涉外民商事案件实行集中管辖的利弊分析——评<最高人民法院关于涉外民商事诉讼管辖权若干问题的规定>》,载《法学》2003年第 8期。

② 《民事诉讼法》第 244条在规范涉外民商事案件协议管辖时规定"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。"这一条款似乎可解读为如果当事人选择外国法院管辖,就不必考虑我国民事诉讼法有关专属管辖的规定。这一理解显然不符合我国立法的宗旨。为此,1992年最高人民法院的《意见》第 305条规定:"依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六条的规定,属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖……"这表明当事人无论选择中国法院,还是选择外国法院,均不得违反我国有关专属管辖的规定。最高人民法院的这一司法解释无疑及时廓清了立法的模糊地带。

③ 涉外民商事案件应该由该国哪一地区或哪一级法院管辖属于一国国内管辖权制度,故级别管辖本不是涉外民商事诉讼管辖权制度探讨的范围,但最高人民法院近年来以司法解释的方式对涉外民事案件的级别管辖作了重大改革,对涉外民商事管辖权制度产生了重大影响,有必要对此作深入研究。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的改革开放实践,涉外民事案件的数量急剧上升,基层人民法院审判人员的业务能力,尤其是驾驭涉外民事案件能力不断提高的情况下,现行民事诉讼法将涉外民事案件的一审管辖权下放至基层人民法院是完全必要的。

2001年 12月 25日,最高人民法院通过了《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定 》(以下简称《若干问题的规定 》),该规定自 2002年 3月 1日起施行。《若干问题的规定 》核心内容是对涉外民商事案件实行集中管辖。根据该规定第 1条的规定,第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖:国务院批准设立的经济技术开发区人民法院;省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;经济特区、计划单列市中级人民法院;最高人民法院指定的其他中级人民法院;高级人民法院。应该说对涉外民商事案件实行集中管辖是最高人民法院为适应中国加入世界贸易组织的新形势而作出的一项重要举措,有助于克服现行四级两审终审制的缺陷,减少错案率,消除地方保护主义,进一步理顺审判制度的内在机制。但是,《若干问题的规定 》将绝大部分第一审涉外民商事案件的的管辖权赋予特定的中级人民法院,取消了大部分基层人民法院、中级人民法院依照现行民事诉讼法的规定对涉外民商事案件实行管辖的法定权力。《若干问题的规定 》以司法解释为载体,但其规定的内容明显超越了现行《民事诉讼法 》有关级别管辖的规定。该司法解释刚出台时,笔者专门撰文对其合法性、合理性、可行性提出质疑,并对该司法解释所引发的法律问题表示担忧[9](P. 117-123)。但遗憾的是《若干问题的规定 》施行 4年来的司法实践显示,笔者并非杞人忧天。

其一,一些地区对涉外民商事案件诉讼管辖工作缺乏有效的监督指导,不同程度地存在不当管辖的状况。尽管迄今为止省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院,经济特区、计划单列市中级人民法院以及经最高人民法院陆续指定有权受理涉外民商事案件的其他中级人民法院总数已高达 107家,但是,在司法实践中一些法院对集中管辖重视程度不够,立案审查不严;有的当事人通过在诉讼中变更当事人、变换案由等手段逃避集中管辖的规定;一些法院违反规定受理案件以后,对当事人施加压力进行调解,无法调解以后才将案件移送至有管辖权的法院,导致诉讼被拖延,当事人的利益受到侵害。为此,最高人民法院于 2004年 12月 29日发布了《最高人民法院关于加强涉外商事案件诉讼管辖工作的通知 》,该通知在肯定集中管辖取得的积极成效的同时,要求各高级人民法院切实加强对涉外商事案件诉讼管辖工作的监督指导,坚决纠正不当管辖,认真解决涉外商事案件管辖中存在的问题,正确行使涉外商事案件的管辖权,维护我国的司法权威。值得关注的是该通知第 2条授权广东省和各直辖市的高级人民法院根据实际工作需要指定辖区内的基层人民法院管辖本区的第一审涉外(含涉港澳台)商事案件,明确基层人民法院与中级人民法院的案件管辖分工,并将指定管辖的情况报最高人民法院备案。该通知不啻为最高人民法院规范级别管辖的明智之举。

其二,由于《若干问题的规定 》的涵盖范围过于宽泛,一些受理涉外民商事案件的中级人民法院压力骤增。上海某中级人民法院的统计数据显示,实行集中管辖前的 2000年、2001年,该院受理的一审涉外商事案件的数量分别为 49件与 48件,开始实行集中管辖的 2002年,上升为 130件,2003年达到 146件。在所受理的一审涉外商事案件中,诉讼标的在 50万元以下的案件逐渐增多,占同期收案的一半以上。如 2002年受理该类小标的额案件 89件,2003年 103件。由于中级人民法院审理案件应组成合议庭并一律适用普通程序审理,致使收案数量与审判力量之间的紧张状态不断加剧。而与此形成鲜明对照的是,大量中级人民法院和不少涉外民商事案件多发地区的基层人民法院却无所事事,这无疑造成了司法资源的浪费。

其三,《若干问题的规定 》的适用范围不够清晰,司法实践中存在难以操作的状况。由于该司法解释按照涉外民商事案件的性质对涉外合同和侵权纠纷案件,信用证纠纷案件,申请撤销、承认和强制执行国际仲裁裁决的案件,审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件以及申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定五类案件实行集中管辖,但是没有明确这些案件的主体是否包括自然人,导致司法实

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

践中有的法院未将当事人为自然人并具有涉外因素的案件作为涉外商事案件实行集中管辖。为了弥补《若干问题的规定》的这一不足,有的地区的高级人民法院不得不印发专门通知,明确集中管辖的具体范围。① 笔者认为这种由地方法院自行解释最高人民法院司法解释的做法不利于维护我国统一的司法制度、审判制度。与此同时,由于《若干问题的规定》第3条用肯定式的列举方式,规定了适用集中管辖的五类涉外民商事案件,第4条又用否定式的列举方式,排除了三类涉外民商事案件,对于除此之外的其他众多涉外民商事案件是否适用集中管辖,司法实践中理解不同。如《若干问题的规定》施行后,属于此类案件的涉外离婚案件的级别管辖就处于无所适从的尴尬境地[10](P.423-424)。

其四,《若干问题的规定》凸显了我国在涉外民商事案件管辖权方面诉讼与仲裁的强烈反差。按照《若干问题的规定》的规定,管辖涉外民商事案件的法院主要是省会城市所在地的中级人民法院。而在我国仲裁实践中,各地方仲裁机构都可以审理涉外民商事案件,按照仲裁法第10条规定:"仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立,也可以根据需要在其他设区的市设立,不按行政区划层层设立。"目前,大部分有权审理涉外民商事案件的仲裁委员会都设立在非省会城市所在地的地级市,该地的中级人民法院却无法依法行使对涉外民商事案件的管辖权。这种诉讼与仲裁在涉外民商事案件管辖权方面迥然有别的现象未必与最高人民法院制定《若干问题的规定》的初衷相吻合。

2、关于特别管辖问题

对于涉外民商事诉讼案件的特别管辖,民事诉讼法第4编第243条作了特别规定:"因合同纠纷或者其他财产权益的诉讼,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼,如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行或者标的物在中华人民共和国领域内,或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产,或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构,可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构所在地人民法院管辖。"鉴于中国法院可以根据上述六个连接点取得管辖权,就一项具体的与中国有关的合同纠纷或者其他涉及财产权益的纠纷而言,几乎无法摆脱中国法院的管辖。这一条款扩大了我国人民法院对涉外民商事案件的平行管辖权,虽有助于避免管辖权的消极冲突,但极易导致管辖权的积极冲突,无疑具有浓厚的"过度管辖"的色彩。进一步剖析这一条款,不难发现其中不少连接点如作为对在中国没有住所的被告提起诉讼的根据不尽合理。

其一,仅以合同在中国签订为由而由合同签订地法院行使管辖权不免牵强附会。首先,合同签订地与合同履行地不同,具有一定的偶然性,有时与当事人的交易和争议并无实际联系,以其作为行使管辖权的依据缺乏合理性。其次,在电子商务日渐盛行的当今社会,网络空间的虚拟性使得合同签订地等连接因素变得虚无缥缈,在当事人采用电子交易的方式隔地进行交易的场合,"合同签订地"的法院行使管辖权缺乏操作性。最后,现行民事诉讼法第24条规定:"因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。"该条款取消了1982年民事诉讼法(试行)同类条款中可由合同签订地法院管辖的规定。我国立法在国内民商事诉讼特别管辖中排除了合同签订地这一连接点的同时,却在涉外民商事诉讼的特别管辖中采用这一连接点,其扩大管辖权的意图不言而喻。

其二,仅以被告在中国领域内有可供扣押的财产为由而行使管辖权不符合情理。首先,所谓"有可供扣押的财产"不同于诉讼标的,财产所在地与争议并无实际联系。其次,可供扣押的财产未必具有扣押价值,难以满足原告的诉讼请求。与此同时,当所被扣押的财产无法满足原告的诉讼请求时,势必需要被告所在国法院提供司法协助,而是否承认我国法院对该类案件的管辖权是有关国家司法机关是否承认执行这一判决的前提。外国法院承认我国法院根据此类连接点取得管辖权的可能性令人生疑。再

① 如2004年12月20日,广东省高级人民法院印发了《关于进一步明确实行集中管辖的涉外民商事案件范围的意见》的通知,明确集中管辖的具体范围。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

次,对于国内民商事案件,我国立法并未规定可供扣押财产所在地的法院可行使管辖权,在司法实践中我国法院也不能因对非争议的标的物或者争议标的物非主要部分采取诉前财产保全措施而取得对该案件的管辖权。这种内外有别的规定凸显了“过度管辖”的倾向。最后,根据该连接点行使管辖权与国际通行的做法不符。无论是 1971年《海牙民商事案件外国判决的承认和执行公约补充议定书》,还是 1999年通过的《民商事管辖权及外国判决公约》(草案),均将“扣押财产地的管辖权”列入不承认原审法院管辖权的“黑色清单”。①

其三,仅以被告在中国领域内设有代表机构为由而行使管辖权同样不尽合理。与被告在中国有可供扣押的财产相似,被告在中国领域内设立的代表机构未必与争议有实际联系。国际上通常仅就代表机构本身在东道国境内的活动所引发的争议行使管辖权。这样既可防止对外国公司的不当管辖,也可以防止外国公司因通过其代表机构实施的活动而逃避管辖。1971年《海牙民商事案件外国判决的承认和执行公约》对此也作出专门的规定。② 在司法实践中,根据该连接点行使管辖权通常应考虑代表机构的权利能力与行为能力、代表机构与争议的关系以及代表机构财产的状况。

3、关于协议管辖问题

我国立法在扩大特别管辖的同时,对协议管辖则作出几乎无以复加的种种限制。根据《民事诉讼法》第 244条有关协议管辖的规定:“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。”鉴于协议管辖突破了普通管辖、特别管辖的羁绊,该条款在赋予当事人通过协议选择管辖法院的同时,对当事人选择管辖法院的意思自治作了如下限制,其中不少限制与国际社会的普遍实践不完全合拍。

其一,当事人范围的限制。按照该条款的规定,采用协议管辖的当事人限于涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人,纯粹国内的合同或者财产权益纠纷的当事人,其他国际民商事纠纷的当事人均不能采用协议管辖的方式选择管辖法院。现行立法对协议管辖适用的范围限制过严,具有明显的计划经济的痕迹,也不利于最大限度地发挥协议管辖的积极作用。在市场经济体制下,契约自由、意思自治等原则应该得到更广阔的空间。鉴于协议管辖是解决管辖权积极冲突最行之有效的方式,各国有关协议管辖的立法规定大都呈现出不断放宽的趋势。1965年《海牙协议选择法院公约》第 5条第 1款甚至规定:“除非当事人间另有约定外,只有被选择的某个法院或某几个法院享有管辖权”。2005年 6月 14日海牙国际私法会议第 20届外交大会上通过的《选择法院协议公约》集中规范了选择法院协议,该公约第 1章规定,《选择法院协议公约》应当适用于就民商事事项签订排他性选择法院协议的国际案件,但消费者合同和雇佣合同除外。③ 该章第 2条第 2款以否定式的列举方式列举了公约不予适用的 15类事项。④ 换言之,其余的事项都可签订选择法院协议。公约虽然对选择法院协议的效力作了不少限制,但毕竟给当事人协议选择法院留下了较大的空间。为顺应协议管辖的范围不断放宽的潮流,我国有学者

---

① 1971年《海牙民商事案件外国判决的承认和执行公约补充议定书》第 4条中列举了不应予以尊重的“过度的”管辖权根据,其中第(1)项规定为:被告在原审国境内有财产,或原告在原审国扣押被告的财产,除非诉讼是基于该财产的所有权或占有权或诉讼是由于与该财产有关的另一争议而发生的,或者该财产是作为诉讼标的之债的担保物。1999年《民商事管辖权及外国判决公约》(草案)第 18条第 2项规定:“特别地,缔约国法院不应仅以下列一项或多项为依据行使管辖权:(一)被告在该国有财产或者被告财产在该国被扣押,除非争议与该财产直接有关……”。

② 该公约第 10条列举了承认请求国法院具有管辖权的“白色清单”,凡符合清单所列情形之一的,判决作出地国的法院被认为具有间接管辖权,该清单第(2)项列举的情形为:提起诉讼时被告在原审国有其商业、工业或者其他业务机构或分支机构,且正是由于这种机构或分支机构经营业务时发生的诉讼而被传讯。

③ 所谓排他性选择法院协议,是指双方或多方当事人排他地指定某一缔约国法院或者某一缔约国的一个或多个具体法院处理因某一特定法律关系而产生或可能产生的争议。除非当事人明确地作出相反表示,其选择法院的协议都被视为是排他的。

④ 公约所列举的不予适用的 15类事项主要为:自然人的身份和法律能力、婚姻家庭领域的事项、破产清算及类似事项、旅客和货物运输、海商领域的某些事项、反不正当竞争事项、核能损害责任、人身伤害诉讼、非由合同关系产生的关于动产损失的侵权诉讼、不动产物权及租赁、与法人有关的某些事项、知识产权领域的某些事项及公共登记的效力等。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

认为应将协议管辖的适用范围扩大到除专属管辖之外的一切争议。①

其二,选择方式的限制。当事人必须采用书面协议的形式选择管辖法院。笔者认为,选择法院的协议无论是合同的某一条款,还是当事人就管辖法院专门订立的一个合同,从其性质上讲,都是独立的合同,将选择法院的协议限定为书面形式,其合理性、必要性值得商榷。首先,在1999年合同法施行前,我国立法与司法实践均将合同形式限定为书面形式,现行民事诉讼法的这一规定无可非议。但是,现行合同法已明文规定合同的形式可以是书面形式,口头形式或其它形式。为此,放宽协议管辖的形式要求,允许协议书面以外的其他形式,有利于我国不同立法对合同形式的规定保持一致。其次,民事诉讼法第245条甚至承认形式要求更为宽松的推定管辖的效力。推定管辖通常又被称为默示的协议管辖,在承认默示的协议管辖的同时,却将协议管辖限定为书面形式,凸显了我国立法上宽严不一的价值取向。最后,将协议管辖限定为书面形式与充分尊重当事人意思自治的当代国际立法潮流不符。2005年6月14日海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》规定:排他性选择法院协议必须以书面或其他可以证明的形式订立。

其三,管辖法院的限制。当事人以协议管辖的方式选择的管辖法院必须是与争议有实际联系的地点的法院。该条款对于何为"与争议有实际联系的地点"并未具体规定。而民事诉讼法第25条则以列举式的方式列举了国内合同纠纷时当事人可以协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖。鉴于"与争议有实际联系的地点"包括但不限于上述五个地点,在涉外民商事诉讼中是允许当事人在更宽泛的范围内选择"与争议有实际联系的地点",还是法院在认定涉外民商事案件中"与争议有实际联系的地点"时采用较国内民商事诉讼更为严格的标准,抑或按照民事诉讼法第237条的规定,视第244条的规定不明确而直接适用第25条的规定,立法未作规定,最高人民法院的《意见》也未作出相应的解释。笔者认为,为防止当事人出于利己动机而挑选与争议无实际联系的法院,确有必要对协议选择的法院加以一定的限制,但在严格规定协议管辖不得违反专属管辖的前提下,从便利当事人诉讼、便利法院审案、减少管辖争议、提高诉讼效率等角度出发,这种限制不宜过严。从当代国际通行的做法来看,多数国家都不要求协议管辖的法院必须与争议有实际联系,1965年《海牙协议选择法院公约》对此也采取了较为宽松的态度。②

其四,法院管辖权范围的限制。当事人选择中国法院管辖,只能在中国法院任意管辖权的范围内作出选择,不能违反中国有关专属管辖及级别管辖的规定。这一限制本身并无不当,但条文表述存在缺陷。前文述及,该条款似乎可解读为如果当事人选择外国法院管辖,就不必考虑我国民事诉讼法有关专属管辖的规定。这一理解显然不符合我国立法的宗旨。好在最高人民法院的《意见》第305条已弥补了立法的不足,明确规定"依照民事诉讼法第三十四条和第二百四十六条的规定,属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖……",这表明当事人无论选择中国法院,还是选择外国法院,均不得违反我国有关专属管辖的规定。

4. 关于推定管辖的问题

推定管辖又称默示的协议管辖。民事诉讼法第245条规定:"涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议,并应诉答辩的,视为承认人民法院为有管辖权的法院。"按照本条规定,推定管辖必须同时具备下列三项条件:(1)争议为涉外民商事争议;(2)原告已在中国法院提起诉讼;(3)被告既未对中国法院行使管辖权提出异议,同时又积极应诉,就实体问题进行答辩。鉴于推定管辖作为默示的协议管辖,在英美等国比较流行,我国立法予以承认并无不妥。但是,需要研究的是民事诉讼法第2章关于管

① 参见冯建平:《协议管辖制度的立法完善》,http://www.legalline.com.cn。

② 该公约未要求协议选择的法院必须与争议有实际联系,但公约第15条规定:"任何缔约国得保留对选择法院协议不予承认的权利,如果争端与所选择法院并无联系,或者在具体情况下,由所选择的法院处理该争端实属严重不便。"

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

辖权的一般制度中对此未作规定,惟有涉外民商事诉讼部分予以采用,且规定被推定具有管辖权的法院限于我国“人民法院”,而排除了外国法院,这种限制性的规定无疑也反映了刻意扩大涉外民商事诉讼中我国法院管辖权的倾向。

5. 关于专属管辖的问题

民事诉讼法第 246条规定: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,由中国人民法院管辖。国内专家都认为该条规定具有专属管辖的性质。除此之外,根据民事诉讼法第 34条,我国人民法院对下列三类民商事案件实行专属管辖:(1)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地法院专属管辖;(2)因港口作业中发生的纠纷,由港口所在地法院专属管辖;(3)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的法院专属管辖。我国现行立法有关专属管辖的规定,尚存在进一步推敲的余地:

其一,有关涉外继承案件适用专属管辖的问题

如前所述,国内有学者认为,有关遗产继承专属管辖主要是针对国内管辖作出的,若将此条规定适用于涉外继承案件是不太适宜的,尤其是当被继承人的遗产在国外时,中国法院行使管辖无助于判决或裁决的的执行。从立法技术上分析,上述民事诉讼法第 34条第 3项的文字表述似乎与专属管辖所具有的“排他性”、“独占性”的特征不相吻合。与此同时,从各国立法的规定来看,几乎没有一个国家将继承案件列入专属管辖的范围。

其二,有关涉外民商事诉讼涉外案件适用专属管辖的范围过于狭窄的问题

从总体上看,我国涉外民商事案件专属管辖的适用范围过于狭窄,应参照国际通行的做法,适当扩大专属管辖的范围。由中国国际私法学会制定的《中国国际私法示范法》第 3节关于专属管辖的规定在现行民事诉讼法规定的基础上增设了两项:(1)因法人或者其他非法人组织成立的有效性、解散或其他内部事项提起的诉讼,而该法人或组织的登记注册地或主要办事机构所在地位于我国境内的;(2)因在我国境内需要履行登记手续的知识产权的有效性发生纠纷而提起的诉讼。这两项补充规定与一些具有影响的国际公约的规定完全一致。①

其三,有关三类利用外资的合同纠纷是否应列入专属管辖范围的问题

笔者认为,民事诉讼法第 246条规定在中国履行三类利用外资的合同纠纷一律由中国法院实行专属管辖,该规定在制度设计上是否合理,在学理上可以探讨。

首先,从确定专属管辖的目的与依据来考察,各国立法确定专属管辖的范围主要是以国家主权及利益以及特定的诉讼标的与特定法院的联系作为根据。我国学者都是从维护我国主权、我国国家和国民利益的角度来诠释民事诉讼法第 246条规定的立法目的[11](P.629)[12](P.893-894)。这里需要深层次思考的问题是,是否只有中国法院管辖才能维护我国主权?是否只有维护我国主权及我国当事人的权益才符合我国立法的目的?笔者赞同我国一些国际私法学者对于当代国际私法价值取向发展变化的判断:当代国际私法正从追求形式正义转向追求实质正义,从追求主权优位转向追求平位协调[5](P.47-70)[13](P.181-189)。与当代国际私法的这一发展趋势相比,我国这种维护本国当事人权益的立法理念未免过于狭隘。此外,在中国审判实践中,司法公正已成为社会关注的焦点,司法公正包括实体公正和程序公正,程序公正是实体公正的保证,程序公正尚且难以保证,我国宪法和外资立法规定的平等互利原则何以实现?!

其次,从中国立法是否与国际社会通行的做法相一致的角度来考察,现行民事诉讼法颁布于我国实

① 在民商事管辖权领域颇具影响的 1968年《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》(即布鲁塞尔公约)第 16条及海牙国际私法会议曾于 1999年通过的《民商事管辖权及外国判决公约》(草案)第 12条都将因法人或者其他非法人组织成立的有效性、解散提起的诉讼、因知识产权的有效性发生纠纷而提起的诉讼列入专属管辖的范围。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

行计划经济的时代,三类利用外资的合同争议一律由中国法院管辖是特定历史时期的产物,具有明显的计划经济痕迹和浓厚的法律属地主义倾向。无独有偶,同样现象还出现在三类合同一律适用中国法律的立法规定中[14](P.422-438)。从各国立法的通行做法以及有关国际公约的规定来看,三类合同无例外地一律由东道国法院管辖几乎无先例可循。从争议解决的制度设计来看,排除外国法院的管辖在一定程度上可能对外国投资者形成心理压力,甚至被视为事实上的投资壁垒,与当代国际投资自由化的趋势不相协调。

再次,从涉外民商事诉讼与国际商事仲裁管辖权的规定相协调的角度来考察,虽然诉讼与仲裁的性质不同,但是,既然从维护国家主权的角度思考问题,民事诉讼法有关诉讼与仲裁的相关规定,以及民事诉讼法与仲裁法的基本精神应该是一致的。既然没有人怀疑当事人以协议的方式选择外国或国际商事仲裁机构审理三类合同有损中国主权,我们同样不应武断地得出对三类合同纠纷我国不实行专属管辖可能损害我国主权或我国当事人利益的结论。

最后,从三类合同一律由中国法院实行专属管辖的必要性来考察,笔者丝毫不否认三类合同与中国的联系最为密切,中国法院实行管辖最为合理,同时也最能体现便于诉讼、便于判决的承认和执行的原则,问题在于是否一定要将之列入专属管辖的范围?作为合意之债尊重当事人的意思自治本来应该是毋庸置疑的,在立法上排除协议管辖是基于三类合同有别于一般合同的特殊性。然而,在中外合资经营企业、中外合作经营企业在中国已经常态化,在包括公司法在内的越来越多的中国国内立法统一适用于内外资企业的情况下,实在看不出中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同与国内同类合同相比有多少实质性的区别。笔者认为,在民事诉讼法对协议管辖已有严格限制的前提下,是否可以考虑将中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同的争议列入协议管辖的范围。至于中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,因自然资源涉及中国境内的不动产,解决这类纠纷可直接援引民事诉讼法第34条的规定,由不动产所在地的中国法院实行专属管辖。由此可见,现行民事诉讼法第246条有无存在的必要值得斟酌。

6.关于诉讼竞合问题

我国现行民事诉讼法对诉讼竞合问题未作明确规定,但1992年最高人民法院发布的《意见》第306条规定:"中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件,一方当事人向外国法院起诉,而另一方当事人向中华人民共和国人民法院起诉的,人民法院可以受理。判决后,外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的,不予准许;但双方共同参加或签订的国际条约另有规定的除外。"《意见》第15条规定:"中国公民一方居住在国外,一方居住在国内,不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼,国内一方住所地的人民法院都有权管辖。"可见,根据我国司法解释,在涉外民商事诉讼中,人民法院受理一方当事人的起诉,可以不问另一方当事人是否已在他国法院起诉,或者他国法院是否已经起诉或正在审理[10](P.423)。然而,在国内民事诉讼中,我国法院所持的立场截然相反,对"平行诉讼"基本持否定态度。民事诉讼法第35条规定:"两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以向其中一个人民法院起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖。"《意见》第33条对此又作了进一步的规定。此外,在中国与有关国家签订的双边司法协助条约中,对诉讼竞合问题的规定也不尽一致,多数双边条约规定,在提出司法协助请求时,如果被请求国对于相同当事人就同一标的的案件正在进行审理,可拒绝承认与执行外国法院的判决。但根据中国与意大利、蒙古等国缔结的司法协助条约的规定,被请求国法院不能因为案件正在由其审理而理所当然地拒绝承认与执行外国法院的判决,只有在被请求国法院比作出判决的中国法院先审理该诉讼时,才能拒绝承认与执行外国法院的判决[3](P.341-342)。

笔者认为,在民事诉讼法第35条明确排除诉讼竞合,且第4编对诉讼竞合未作规定的情况下,根据民事诉讼法第237条关于涉外案件应适用国内民事诉讼的一般规定,最高人民法院的司法解释肯定涉

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

外案件中的诉讼竞合现象,其法律依据值得推敲。当然,严格说来,该司法解释与民事诉讼法第 35条并不直接抵触,因为该条规定的是两个以上的“人民法院”都有管辖权的诉讼,并不涉及“外国法院”的管辖权。但是,该司法解释无疑也折射出我国司法实践中扩大中国法院管辖权的倾向。鉴于诉讼竞合的现象极易导致管辖权的积极冲突,不利于当事人权利的保护和国际民商关系的稳定,徒增了当事人的诉累,同时也与国际社会普遍遵循的“一事不再理”和“一事不再诉”原则不符,其合理性值得质疑。

7.关于不方便法院原则问题

有关“不方便法院”问题是近年来我国法律界讨论的热点问题之一,涉及我国人民法院对管辖权的自由裁量问题。尽管我国民事诉讼法对此未作明文规定,但多数学者认为,在存在平行诉讼的情形下,有的案件与我国没有实质联系,我国法院虽然有管辖权,但如审理这类案件难度十分大,无论在送达法律文书、调查取证、开庭审理、确定适用法律乃至判决执行方面,给诉讼当事人和审理案件的法院都带来了诸多不便,应运用“不方便法院”原则拒绝行使管辖权。笔者赞同在立法中引入“不方便法院”原则。

其一,采用“不方便法院”原则符合我国民事诉讼法有关管辖规定上的两便原则,既便于当事人进行诉讼,也便于法院行使管辖权[15]。

其二,采用“不方便法院”原则有利于发挥诉讼公正与效率的功能,有助于防止原告挑选可能增加被告讼累的法院,这种程序上的公正显然是对实体公正的追求和保障。与此同时,采用“不方便法院”原则能够有效地平衡诉讼活动中的私人利益和公共利益,既减轻了当事人的讼累,也缓解了因诉讼中的不便而积压陈案的矛盾,同时也有助于节约司法资源、诉讼时间、诉讼费用。

其三,采用“不方便法院”原则有助于解决管辖权的积极冲突,体现了管辖权问题上的国际协调和国际礼让,符合当代国际社会的立法潮流。

其四,采用“不方便法院”原则有助于使我国的立法与司法实践保持一致。在我国司法实践中,最高人民法院在多项涉外民商事案件的批复中适用了“不方便法院”原则[16]。实践表明这一原则的运用具有积极的意义。

我国涉外民商事诉讼管辖权制度伴随着我国改革开放进程的不断推进而逐步完善,其演变已经历了 24个春秋,从 1982年民事诉讼法(试行)第 5编对涉外民商事诉讼管辖权未作规定,到 1991年施行的现行民事诉讼法第 4编对涉外民商事诉讼管辖权作出具体规定,不啻为我国涉外民商事诉讼管辖权立法的一次飞跃。然而,面对新形势下日趋复杂的涉外民商事法律关系以及轰轰烈烈的民事司法改革大潮,我国现行民事诉讼法有关管辖权的规定显然已捉襟见肘,本文限于篇幅,主要以提出问题的方式对我国涉外民商事诉讼管辖权制度中亟需弥补的种种不足与缺陷作粗线条的分析。鉴于十届全国人大常委会已将民事诉讼法的修改纳入本届人大立法规划内,这无疑为完善我国涉外民商事诉讼管辖权制度提供了难得的契机,我国国际私法学者多年来有关国际民商事管辖权制度的研究为立法的完善提供夯实的理论支撑,持续推进的我国民事司法改革也为立法的完善积累了宝贵的实践经验,时代呼唤着具有中国特色、时代特征并且顺应国际潮流的涉外民商事管辖权制度早日问世,我们应该趁势而上,尽快进入角色,凝聚中国国际私法学界的共同智慧,积极推动以破解立法与实践难题为目的的实证研究,以期对即将启动的民事诉讼法的修改工作产生持续、有效的影响。

参考文献:

[1] 丁伟.世纪之交中国国际私法立法回顾与展望[J].政法论坛,2001(3).
[2] 丁伟主编.冲突法论(第 2版)[M].北京:法律出版社,2005.
[3] 李双元,谢石松.国际民事诉讼法概论[M].武汉:武汉大学出版社,2001.
[4] 黄进,主编.国际私法学[M].北京:法律出版社,2000.
[5] 李双元.走向 21世纪的国际私法:国际私法与法律趋同化[M].北京:法律出版社,1999.

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

[6] 孙劲．迈向关于外国判决承认与执行的新公约——海牙民商事管辖和外国判决公约草案的新发展[A]．2003年中国国际私法与比较法年刊[C]．北京:法律出版社,2003.
[7] 李双元,总主编,屈广清,欧福永,主编．国际民商事诉讼程序导论[M]．北京:人民法院出版社,2004.
[8] 章尚锦．国际民事诉讼管辖权制度研究[J]．北京政法职业学院学报,2004(1).
[9] 丁伟．我国对涉外民商事案件实行集中管辖的利弊分析——评<最高人民法院关于涉外民商事诉讼管辖权若干问题的规定>[J]．法学,2003(8).
[10] 丁伟,主编．国际私法学[M]．上海:上海人民出版社,2004.
[11] 韩德培,主编．国际私法新论[M]．武汉:武汉大学出版社,1997.
[12] 黄进,主编．国际私法[M]．北京:法律出版社,1999.
[13] 徐冬根．国际私法趋势论[M]．北京:北京大学出版社,2005.
[14] 丁伟．国际民事诉讼与国际商事仲裁法律适用比较研究[A]．私法研究(第2卷)[C]．北京:中国政法大学出版社,2002.
[15] 丁伟,朱榄叶,主编．当代国际法学理论与实践研究文集(国际私法卷)[C]．北京:中国法制出版社,2002.
[16] 施适,滕梅．不方便法院原则在中国的发展现状—兼评中国涉外民商事案件管辖原则之异动[J]．法律适用,2003(7).

On the Perfection in the Legal System of China's Jurisdiction over Foreign Civil and Commercial Disputes

DING Wei

(East China University of Politics and Law, Shanghai 200042)

Abstract: The current provisions of China's jurisdiction over foreign civil and commercial disputes, contained in Civil Procedure Law, have been in effect for 15 years, and they are obviously backward in the face of the ever complicated civil and commercial legal relations with foreign elements and the mighty trend of civil judicial reform. As the Standing Committee of the Tenth National People's Congress has declared to amend the Civil Procedure Law in the near future, it undoubtedly offers an opportunity for perfecting the legal system of China's jurisdiction over foreign civil and commercial disputes. This thesis makes an overall comment upon this legal system and tries to discuss how to remedy its defects.

Key Words: China's Jurisdiction over Foreign Civil and Commercial Disputes; Legal Characteristics; Legislative Defects

(责任编辑 寇 丽)

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net