

第一章 国际民事诉讼中的当事人

在纯国内民事诉讼中，诉讼当事人的民事权利能力、民事行为能力与诉讼权利能力、诉讼行为能力都适用同一国家的法律作为准据法，因此实体法权利能力、行为能力与程序法权利能力、行为能力相冲突的情况很少发生。在国际民事诉讼中，实体法权利能力、行为能力与程序法权利能力、行为能力可能适用不同国家的法律，由此产生国际民事诉讼主体资格的法律适用问题，即法院应适用何国法律判断诉讼当事人是否具有诉讼权利能力和行为能力以及当事人是否适格的问题，本章对这些问题分别予以论述。

第一节 诉讼权利能力和诉讼行为能力的准据法

诉讼权利能力是指享有民商事诉讼权利的资格，对应着实体法中的民事权利能力；诉讼行为能力是指在诉讼程序中通过实施诉讼行为独立行使诉讼权利、承担诉讼义务的法律上的能力，对应着实体法中的民事行为能力。我国国际私法学界关于当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力的研究较少，新中国第一部冲突法法典——2011年4月1日生效实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（简称《法律适用法》）第11~12条和第14条分别对自然人和法人民事权利能力与民事行为能力法律适用问题做了明确规定，但该法没有涉及当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力的法律适用问题。根据笔者掌握的资料，我国司法实践已经走在了我国国际私法立法和理论研究的前面，对如何确定当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力准据法的问题进行了有益探索。

诉讼程序问题适用法院地法律,是学界公认的国际私法惯例。诉讼权利能力和诉讼行为能力显然可以归属于诉讼程序问题,因此在我国现行国际私法立法没有明确规定的情况下,依据诉讼程序问题适用法院地法原则来解决诉讼权利能力和诉讼行为能力的法律适用问题,便成了国际私法理论功底扎实的法官首先可以想到的解决方案。上诉人江苏省海外企业集团有限公司与升华(Suncraft)有限责任公司、中村幸一合作合同纠纷一案^①便是人民法院适用法院地法解决当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力问题的典型案例。关于该案的法律适用问题,一审法院认为:“在庭审中,双方当事人对适用我国法律处理本案纠纷,均明确表示无异议。同时本案双方当事人争议的有关原告主体资格是否适格问题系程序性问题,根据冲突法规则,程序性问题应适用法院地法。故本案纠纷应以中华人民共和国法律为准据法。”^②二审法院认定:“一审法院根据双方当事人的选择,适用中国法律处理本案纠纷正确,本院予以确认。”^③一审法院判决书明确指出原告主体资格问题,即本节论述的诉讼权利能力和诉讼行为能力属于程序性问题,应当适用法院地法律。二审法院确认了一审法院适用的中国法律,但没有明确提及原告主体资格问题适用法院地法律这一冲突规则,是其不足之处。

原告中国石油化工股份有限公司北京燕山分公司(简称中石化北京燕山公司)诉被告轩星有限公司(简称轩星公司)进出口代理合同纠纷一案^④中,北京市第一中级人民法院从诉讼权利能力、行为能力与民事权利能力、行为能力之间联系的角度来解决诉讼权利能力和行为能力的准据法问题,是我国司法实践对该问题从一个新的角度进行的有益探索。该法院认为:“原告中石化北京燕山公司系在中华人民共和国境内注册成立的其他组织,具备《民事诉讼法》规定的民事诉讼

① 江苏省南京市中级人民法院民事裁定书(2003)宁民五初字第26号;江苏省高级人民法院民事裁定书(2005)苏民三终字第015号。

② 江苏省南京市中级人民法院民事裁定书(2003)宁民五初字第26号。

③ 江苏省高级人民法院民事裁定书(2005)苏民三终字第015号。

④ 北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中民初字第806号。

主体资格。被告轩星公司系在香港依据香港法律注册成立的公司,根据香港法律,其具有民事权利能力和民事行为能力,系本案适格的诉讼主体。”^①该法院判决书的逻辑推理是:诉讼权利能力和诉讼行为能力源于民事权利能力和民事行为能力,被告轩星公司在香港注册成立,其民事权利能力和民事行为能力适用香港法律,依据香港法律,该公司具有民事权利能力和民事行为能力,因此该公司在我国内地法院应具有诉讼权利能力和诉讼行为能力。笔者认为,该法院的逻辑推理过程是严谨的,结论也是可取的,是我国司法实践对诉讼权利能力和诉讼行为能力法律适用问题进行的积极探索和重要贡献。

原告鹿园公司(Deep Field Technologies, Inc.)诉被告北京中美金车银港汽车科技服务有限公司(简称中美金车公司)股东知情权纠纷一案^②,是我国司法实践中依据当事人民事权利能力和民事行为能力解决其诉讼权利能力和行为能力的又一典型案例。该案一审法院认为:“因本案原告鹿园公司系在美国依据美国法律注册成立的法人企业,故本案系涉外民事纠纷。根据国际私法的原则,处理涉外民事诉讼法在程序上应适用法院地国的法律,因本案原告鹿园公司向中华人民共和国法院提起诉讼,故本案在程序上应适用《中华人民共和国民事诉讼法》。……本院认为,鹿园公司系在美国依法注册成立的法人企业,依据美国有关法律,其具有民事行为能力,亦具备我国民事诉讼法规定的诉讼主体的资格。中美金车公司系在中国依法注册成立的具备法人资格的中外合作经营企业,其具有民事行为能力,符合我国民事诉讼法规定的诉讼主体资格。”^③

上述案例的一审法院判决书首先明确说明涉外民事诉讼程序问题应适用法院地法律,之后又以鹿园公司系美国法人、依据美国法律具有民事行为能力为由,认定该公司在我国法院拥有诉讼权利能力和诉讼行为能力。该判决书的分析说理表明,一审法院明确意识到了诉讼程序问题和诉讼权利能力与行为能力问题的区别,明确指出诉讼主

① 北京市第一中级人民法院民事判决书(2009)一中民初字第806号。

② 北京市第一中级人民法院民事判决书(2008)一中民初字第06222号。

③ 北京市第一中级人民法院民事判决书(2008)一中民初字第06222号。

体资格,即诉讼权利能力和诉讼行为能力问题,适用当事人民事权利能力和民事行为能力的准据法:当事人依据其属人法具备民事权利能力和民事行为能力的,在我国法院具有诉讼权利能力和诉讼行为能力。换言之,自然人、法人在我国内地法院的诉讼权利能力和诉讼行为能力,适用该自然人、法人民事权利能力、民事行为能力的准据法。

原告香港港源水利电力工程有限公司(简称港源公司,住所地为香港北角英黄道城中心15楼1508号)诉被告中国农业银行北京市分行(简称农行北京分行)、第三人国宇经济发展总公司(简称国宇公司)存款纠纷一案^①中,1996年10月31日,原告港源公司的独资子公司华水电子(深圳)有限公司(简称华水公司)将人民币500万元划入了其在被告农行北京分行的账户内。1996年11月4日,被告农行北京分行将上述500万元从华水公司账户划到第三人国宇公司登记设立的北京三峡经济发展总公司(后更名为北京三峡经济开发集团)的下属单位三峡双艺的账户内,华水公司在上述500万元的信汇凭证上加盖了财务章。后华水公司要求将上述500万元存款转存水利部机关服务中心账户内,被告农行北京分行以500万元已被三峡双艺提走为由拒付。后来华水公司因连续两年不参加年检,于1999年12月23日被吊销营业执照。港源公司作为华水公司百分之百的股东,以其自身名义作为原告起诉被告农行北京分行,请求被告支付存款500万元。

关于港源公司是否有权向被告农行北京分行提起诉讼的问题,北京市第一中级人民法院认为,按照国际私法确立的基本原则,诉讼当事人主体资格的确定,应适用其所在地国法律。本案法律关系当事人华水公司的注册成立地在中国深圳,故应依据中国内地法律确定当事人的主体资格问题。华水公司虽然被工商管理部门吊销了营业执照,但现没有证据证明华水公司已注销。依据我国企业法人登记管理条例有关规定和最高人民法院《关于企业法人营业执照被吊销后,其民事诉讼地位如何确定的复函》^②,华水公司作为企业法人仍继续存在,

^① 北京市第一中级人民法院民事裁定书(2001)一中民初字第1587号。

^② 法经[2000]24号。

故其仍应以自己的名义起诉或应诉。据此,该法院裁定驳回原告香港港源水利电力工程有限公司对被告中国农业银行北京市分行的起诉。

北京市第一中级人民法院审理该案时,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》还没有颁布,当时我国国际私法立法对法人民事权利主体资格(即民事权利能力和民事行为能力)和民事诉讼主体资格(即诉讼权利能力和诉讼行为能力)的法律适用问题都没有明确规定,该法院判决书也没有援引具体的冲突规则,因此该判决书中所分析的当事人主体资格,是否包括实体法中的民事权利能力和民事行为能力,我们无从确定。由于涉案争议问题是原告的诉讼主体资格问题,因此可以肯定该判决书中的当事人主体资格包括民事诉讼主体资格。按照该判决书的观点,公司的民事诉讼主体资格,即诉讼权利能力和诉讼行为能力问题,应当适用该公司的注册成立地法律,该观点是我国司法实践在解决法人诉讼权利能力和诉讼行为能力的冲突法问题方面进行的有益探索。

上诉人特雷弗·罗齐尔(Trevor Rozier)与被上诉人南京仙龙工艺品有限公司(简称仙龙公司)国际货物买卖合同纠纷一案^①中,一审原告仙龙公司与英国采购代理有限公司(Sourcing Agencies Limited)(简称SSI公司)自1996年开始进行国际货物买卖交易,由SSI公司向其订购,其向SSI公司出口鞋类商品。所有交易主要通过电子邮件、电话传真和手机等方式联系,双方约定并一直采用价格术语CIF(即成本加保险费加运费),付款方式为D/P AT SIGHT(即期付款交单)通过银行托收。2006年6月至7月,SSI公司通过电子邮件共向原告发送五份订单,原告按照订单合同约定发送了货物。装船后,仙龙公司于2006年9月将海运正本提单、发票、装箱单等单据交中国银行江苏省分行寄往SSI公司指定的代收行英国汇丰银行,按照D/P AT SIGHT方式托收。货到目的港后,TREVOR ROZIER于2006年9月22日向仙龙公司发送电子邮件,称其遭遇财务困难,要求将付款方式

① 江苏省南京市中级人民法院民事判决书(2008)宁民五初字第68号;江苏省高级人民法院民事判决书(2010)苏商外终字第0074号。

D/P AT SIGHT (即期付款交单) 改为 D/A+10 天 (即承兑交单后十天付款)。仙龙公司于 2006 年 9 月 25 日通过电子邮件要求特雷弗·罗齐尔发送一份书面承诺, 承诺在收到单证后的十天内付款, 无任何附加条件。特雷弗通过电子邮件发送承诺如下: “本人, TREVOR ROZIER 正式要求仙龙公司将合同 SS37005、023、024、025 的付款方式从 D/P AT SIGHT 改为 D/A+10 天。一旦收到单证, 我保证付款, 无任何附加条件。”

收到以上承诺后, 仙龙公司通知银行将上述订单合同的付款方式变更为 D/A+10 天。2006 年 10 月 10 日, SSI 公司向英国汇丰银行承兑后, 取得相应单据并提走全部货物, 但在承兑到期后没有付款。汇丰银行终止该项代收业务, 将未支付的汇票退回中国银行江苏省分行, 该行将退回的汇票交还仙龙公司。仙龙公司多次向 SSI 公司及特雷弗催要货款未果, 于 2008 年 10 月 15 日诉至一审法院江苏省南京市中级人民法院。

一审法院第一次庭审后, 因知悉 SSI 公司解散, 仙龙公司变更特雷弗为唯一被告, 并申请将诉讼请求变更为: 请求法院判令被告特雷弗对 SSI 公司的债务承担保证责任; 并承担因拖欠货款造成仙龙公司退税损失人民币 39 585.5 元和后续翻译费 550 元。

一审法院查明: SSI 公司为在英国注册成立的私人有限公司, 发行股票数 100 股, 每股 1 欧元, 总面值 100 欧元。特雷弗 (TREVOR ROZIER, 英国籍, 住所地在英国) 为公司股东和董事, 闫林娟 (YAN LIN JUAN, 特雷弗·罗齐尔之妻) 为公司秘书。2008 年 10 月 8 日, 即仙龙公司向南京中院提起诉讼的前一周, 该公司最后一次申报。TREVOR ROZIER 在第二次庭审中当庭认可 SSI 公司已经解散, 并称解散的原因是久未营业而被公司登记官除名。

一审法院同时查明: 英国 2006 年公司法第 1000 条规定了登记官将停业公司除名的权力, 如果登记官有合理理由相信公司不开展业务或经营, 登记官可以通过邮寄方式向公司发送信件, 询问公司是否在开展业务或经营。如果登记官收到公司不开展业务或经营的答复, 或者在两次发送信件后的一定期限内没有收到任何答复, 登记官可以在

公报上公布将该公司名称从登记册中除名。依据英国公司注册处刊登的公告, SSI 公司于 2009 年 6 月 23 日解散。

一审法院认为, 依据我国《合同法》第 126 条规定, 涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。虽然仙龙公司与 SSI 公司在买卖合同中没有约定应当适用的法律, 但双方当事人当庭明确表示选择适用中华人民共和国法律解决合同纠纷, 根据当事人意思自治原则, 确定中华人民共和国法律作为判定本案合同关系的准据法。SSI 公司法律人格的认定问题, 根据国际私法规则, 应当适用公司属人法, 即英国公司法。关于 SSI 公司解散之后股东清算责任的法律适用, 由于英国是普通法国家, 成文法中对此未做规定, 当事人未能在一审法院指定的期限内对英国判例法的相关规定进行举证, 一审法院经咨询国内法律专家亦未有结果, 一审法院以法院地法即我国法律作为替代法律予以适用。依据我国法律, 一审法院判决: 仙龙公司与 SSI 公司订立的国际货物买卖合同合法有效, 双方均应履行各自的合同义务。根据英国公司法规定, SSI 公司解散之后, 法律人格归于消灭。特雷弗作为原 SSI 公司唯一的股东, 明知公司有未了结的民事诉讼, 却没有向登记官予以声明, 导致 SSI 公司被解散; 其明知公司尚有未清偿的债务, 却怠于履行向登记官声明的义务, 导致公司已无法进行清算, 不仅违反了股东的诚信义务, 亦构成对债权人利益的侵害。因此, 特雷弗应当对 SSI 公司的债务承担赔偿责任。

浙江省高级人民法院二审认为, 本案系涉外合同纠纷, 因双方当事人在审理中均选择我国法律为准据法, 一审法院根据当事人意思自治原则确定我国法律为准据法, 符合法律规定, 本院予以确认。在涉案买卖合同履行过程中, 由于特雷弗发函要求将涉案买卖合同的付款方式由付款交单更改为承兑交单, 在仙龙公司要求下, 其于 2006 年 9 月 25 日回函做出承诺。从该承诺内容来看, 特雷弗所做的承诺应视为其个人对 SSI 公司债务承担保证责任。特雷弗基于该保证责任应当偿付仙龙公司主张的货款及损失。据此判决驳回上诉, 维持原判决。

上述案例作为我国司法实践中的一宗普通涉外买卖合同案例, 涉外因素并不复杂, 也没有产生很大的社会影响, 但审案法官在该案判

判决书中对合同准据法确定问题、SSI 公司法律人格的准据法问题以及 SSI 公司解散之后股东清算责任的法律适用问题都依据我国当时国际私法立法和学界理论做了尽可能充分的探讨, 审案法官的敬业精神非常值得敬佩, 该案也因此成为分析诉讼权利能力和行为能力冲突法问题的一个典型案例。对该案判决书进行深入分析我们会发现, 该案判决书对国际私法问题的处理虽然已经非常专业, 但并非无懈可击, 亦存在不足之处。

依据两审法院认定的事实, 本案存在两个不同性质的涉外合同: SSI 公司和仙龙公司之间的国际货物买卖合同以及仙龙公司和特雷弗·罗齐尔之间的涉外保证合同。一审法院首次开庭审理时, SSI 公司还没有被解散。作为该公司的唯一股东和董事, 特雷弗在一审程序中, 至少在原告变更诉讼请求之前, 应当是以该公司法定代表人身份出庭的, 一审和二审法院都将本案的案由确定为国际货物买卖合同纠纷, 就证明了这一点。因此一审法院判决书所称“虽仙龙公司与 SSI 公司在合同中未做约定, 但双方当事人当庭明确表示选择适用中华人民共和国法律解决合同纠纷”, 其中的双方当事人应当是仙龙公司与 SSI 公司, 该两方当事人当庭明确协议选择的合同准据法也应当是买卖合同的准据法。二审法院判决书称“一审法院根据当事人意思自治原则确定我国法律为准据法, 符合法律规定, 本院对此予以确认”, 说明二审程序中的当事人仙龙公司和特雷弗没有当庭协议选择法律, 因此二审法院确认的合同准据法仍然应当是仙龙公司与 SSI 公司之间买卖合同的准据法。从两审法院判决书的内容来看, 没有证据证明一审和二审庭审过程中特雷弗以保证合同当事人身份当庭和仙龙公司协议选择了保证合同的准据法, 因此保证合同的准据法应当依据最密切联系原则来确定。由于本案保证人是英国公民, 住所和经常居所都在英国, 而且保证人承担的保证义务是最能体现保证合同本证特征的特征性义务, 因此依据最密切联系原则, 本案保证合同的准据法应当是特征履行方当事人经常居所地法律, 本案中即保证方当事人经常居所地, 即英国的法律。但是一审法院和二审法院判决书都依据仙龙公司与 SSI 公司协议选择的买卖合同准据法审理了仙龙公司和特雷弗·罗齐

尔之间的保证合同纠纷，并且二审法院审理的主要是保证合同纠纷，最后依据仙龙公司与 SSI 公司协议选择的买卖合同准据法对仙龙公司和特雷弗之间的保证合同纠纷做出了判决，这是本案判决书的一个明显不足之处。

笔者认为，本案判决书的不足与我国对诉讼权利能力和诉讼行为能力准据法问题的理论研究落后有关。理论指导实践，也必然影响实践，因此关于法人及其他组织诉讼主体资格法律适用问题理论研究的不足必然会在司法实践中有所体现，本案即是一个例证。一审判决书明确指出关于 SSI 公司法律人格的认定应当适用属人法，但由于我国立法不完善以及学界理论研究的落后，该判决书的作者没有区分 SSI 公司的民事权利能力和诉讼权利能力，而是使用了“法律人格”这个笼统的概念。审案法官在本案中欲解决的问题是 SSI 公司可否在中国法院成为被告和进行诉讼行为的问题，因此一审判决书“关于 SSI 公司法律人格的认定，根据法律规定和国际私法规则，应当适用属人法”中的法律人格应当是指诉讼权利能力和诉讼行为能力。但是我国当时和现在的法律对于诉讼权利能力和诉讼行为能力适用何国法律的问题都没有明确规定，当时我国国际私法理论界也不存在法人诉讼权利能力和诉讼行为能力适用该法人属人法的“国际私法规则”，但是我国国际私法理论中一直存在“法人民事权利能力和民事行为能力”适用其属人法的“国际私法规则”。基于前述分析，笔者认为，一审判决书基于“关于 SSI 公司法律人格的认定，根据法律规定和国际私法规则，应当适用属人法”这一理由认定对 SSI 公司是否被解散以及可否作为我国法院的被告问题适用该公司属人法即英国法律，实际上混淆了 SSI 公司民事权利主体资格和诉讼主体资格的法律适用问题。

原告中国水利电力对外公司（下称中国电力公司）、中国水利水电建设集团公司（下称中国水电公司）诉被告香港南远船务有限公司海上货物运输合同纠纷一案^①，是我国涉外民商事审判实践中涉及当事人诉讼权利能力和诉讼行为能力法律适用问题的又一典型案例。该

^① 北海海事法院民事判决书（2008）海商初字第 275 号。

案中,原告中国电力公司、中国水电公司诉称,2007年6月2日,被告香港南远船务有限公司所属“永兴门”轮承运21 341.18吨水泥自广西防城港开往苏丹港,广西防城港船务代理公司代表船长签发了BG07EX129号清洁提单。提单载明托运人为银凯发展有限公司(SILVERKEY,简称银凯公司),记名收货人为CCMD JOINT VENTURE(简称CCMD联营体)。CCMD联营体为原告中国电力公司和中国水电公司于2003年5月22日在北京成立的内部联营体,负责经营合同总价款555 041 130.52欧元的苏丹麦洛维大坝项目合同2—土建工程。“永兴门”轮在苏丹港卸货期间遭遇降雨,水泥受损。国际著名检验机构荷兰管制联盟(Control Union)检验报告认定:21 341.18吨水泥的91%即19 420.4738吨受损,结块水泥不能用于建筑施工,其受损原因是受雨水和湿气直接影响,使水泥结块及石化。为此,两原告中国电力公司、中国水电公司请求法院判令被告香港南远船务有限公司赔偿货物损失2 000 308.8美元。

被告辩称,按照提单记载,收货人为CCMD联营体,并非本案原告中国电力公司、中国水电公司。CCMD联营体在苏丹是独立的对外主体,并不是原告中国电力公司、中国水电公司所诉称的仅仅是其内部的联营体。因此本案两原告均不适格。

法院查明:2003年5月22日,原告中国电力公司、中国水电公司为共同实施苏丹麦洛维大坝项目合同2—土建工程签订结成联营体协议,约定:联营体中文名为“中水电—水电总公司联营体”,英文名为“CCMD JOINT VENTURE”,该联营体不具有法人资格。双方在CCMD联营体中的股份比例为各占50%。

受案法院北海海事法院认为,本案系海上货物运输合同纠纷。被告系香港法人,各方当事人在法庭上均引用中国法律提出主张或抗辩,并明确表示同意适用中国法律解决争议,故根据《中华人民共和国海商法》第269条规定,适用中华人民共和国法律作为本案准据法。

被告抗辩CCMD联营体在苏丹是独立法人,但未能提供CCMD联营体系苏丹独立法人的相关证据,故法院对被告抗辩CCMD联营体才是本案适格原告的理由不予采纳。CCMD联营体是原告中国电力公

司、中国水电公司为实施麦洛维水电站项目在北京组成的联营体，从联营体协议内容看，CCMD 联营体是原告中国电力公司、中国水电公司的内部联营体，不是独立法人。因此该法院认定中国电力公司、中国水电公司是本案适格原告。

本案当事人争议的关键问题是 CCMD 联营体是否具有独立法人资格的问题，即是否具有诉讼权利能力和诉讼行为能力的问题。因此虽然从上述判决书内容表述来看，系争问题是当事人适格问题，但本案实际上是关于诉讼权利能力和诉讼行为能力准据法问题的典型案例。法院在判决书中一方面明确写明适用中华人民共和国法律处理双方当事人之间的实体争议；另一方面又依据中国法律认定 CCMD 联营体是原告中国电力公司、中国水电公司的内部联营体，不是独立法人。审案法院适用中国法律解决 CCMD 联营体诉讼权利和诉讼行为能力问题的理由是将该问题定性为实体争议问题从而适用本案合同准据法，还是认为该问题属于程序法问题因而应当适用法院地法，由于法院判决书没有说明，我们无从判断。从法院基于被告未能提供 CCMD 联营体系苏丹独立法人的相关证据而没有采信被告关于 CCMD 联营体在苏丹是独立法人的主张这一点分析，如果被告向法院提供了有效证据证明 CCMD 联营体依据苏丹法律是独立法人，法院是有可能适用苏丹法律解决本案原告诉讼权利能力和诉讼行为能力问题的。

如上所述，我国现行国际私法法律法规和司法解释都没有对诉讼权利能力和诉讼行为能力的准据法问题做出明确规定，司法实践中一般对民事权利能力、行为能力和诉讼权利能力、行为能力的法律适用问题不做区分，统一适用当事人属人法作为准据法。笔者认为，在我国已经有了成文冲突法法典并且正在制定引导 21 世纪世界潮流的民法典的今天，有必要对前述问题进行进一步的探讨。

我国《法律适用法》第 11~12 条对自然人民事权利能力和民事行为能力法律适用问题做了规定，第 14 条规定了法人和其他组织民事权利能力和民事行为能力的法律适用问题，前述条文都是现行有效的冲突规范，在司法实践中法官有义务依职权适用这些法律条文，可见，对于如何确定民事权利能力和民事行为能力的准据法问题，我国立法

者已经给出了明确答案。

考虑到诉讼权利能力主要源于民事权利能力，在当事人依据我国《法律适用法》第 11 条、第 14 条规定的准据法具有民事权利能力的情况下，应当认定当事人具有诉讼权利能力，这是逻辑思维的必然要求和结果，自然应予以肯定；另外，民事诉讼程序问题适用法院地法律，既是国际私法领域各国公认的惯例，也是我国《民事诉讼法》第 4 条的明确规定，而当事人具备诉讼权利能力是诉讼程序开始的前提条件，因此诉讼权利能力有无问题自然可以归属于诉讼程序问题，故如果当事人依据《法律适用法》第 11 条、第 14 条援引的属人法没有民事权利能力，但是依据我国民事诉讼法具有诉讼权利能力，我们也应当认定该当事人具有诉讼权利能力。由于诉讼权利能力只是诉讼程序开始的前提条件，当事人拥有了诉讼权利能力并不等于其在法律上就可以启动一个具体诉讼程序，欲启动诉讼程序还需要满足诉讼行为能力和当事人适格两个条件，因此在当事人依据《法律适用法》第 11 条、第 14 条指引的法律具有民事权利能力但依据法院地法不具有诉讼权利能力的情况下，冲突法立法认可该当事人的诉讼权利能力，并不会导致实践中诉讼数量的实际增加。换言之，诉讼权利能力主要涉及当事人自身利益，较少涉及社会公共利益和第三人利益。因此，从最大程度维护当事人自身利益角度考虑，建议我国将来国际私法立法对诉讼权利能力问题采取有利于承认当事人的诉讼权利能力的选择型冲突规范，即：当事人依据《法律适用法》第 11 条、第 14 条规定的法律具有民事权利能力，或者依据受理案件的法院所属国法律具有诉讼权利能力，具有诉讼权利能力。

同样道理，考虑到诉讼行为能力主要源于民事行为能力，在当事人依据我国《法律适用法》第 12 条、第 14 条指引的准据法具有民事行为能力的情况下，应当认定当事人在我国法院受理的诉讼中具有诉讼行为能力，这是逻辑思维的必然要求和结果；另外，依据民事诉讼程序问题适用法院地法的原则，由于当事人诉讼行为能力问题可以归属于诉讼程序问题，因此如果当事人依据《法律适用法》第 12 条、第 14 条援引的属人法没有民事行为能力，但是依据我国民事诉讼法具有

诉讼行为能力，我国人民法院应当认定该当事人具有诉讼行为能力，否则很可能被认为是对我国诉讼程序法的不尊重。当事人拥有了诉讼行为能力也不等于其在法律上就可以启动一个具体诉讼程序，欲启动诉讼程序还需要满足当事人适格的条件，因此在当事人依据《法律适用法》第12条、第14条规定的准据法具有民事行为能力但依据法院地法不具有诉讼行为能力的情况下，冲突法立法认可该当事人的诉讼行为能力，也不会导致实践中诉讼数量的实际增加。因此，诉讼行为能力也主要涉及当事人自身利益，较少涉及社会公共利益和第三人利益。所以，从最大程度维护当事人自身利益角度考虑，笔者建议我国将来国际私法立法对诉讼行为能力问题也采取有利于承认当事人诉讼行为能力的选择型冲突规范，即：当事人依据《法律适用法》第12条、第14条规定的法律具有民事行为能力，或者依据受理案件的法院所属国法律具有诉讼行为能力，具有诉讼行为能力。

第二节 当事人适格问题的准据法

与诉讼权利能力和诉讼行为能力不同的是当事人适格问题。一方面，当事人适格作为当事人参与和推动一个具体民事诉讼程序的法律资格，显然归属于诉讼程序问题，因此当事人是否适格的问题，应当依据受理案件的法院所在地法律确定。但是另一方面，由于民事诉讼程序是实现实体权利义务的途径和手段，因此只有依据实体法律关系的准据法享有实体权利承担实体义务的人，才应当被赋予参与和推动具体诉讼程序的法律资格。如果法律允许与诉讼程序欲实现的实体权利义务完全无关的人启动、参与和推动诉讼程序，那么将导致诉讼数量的不合理增加，不仅对被告不公平，而且对国家有限的司法资源来说也是一种浪费。在冲突法上，实体权利义务由何人享有和承担，并不取决于法院地法，而是由相关实体法律关系的准据法决定。因此从这一方面分析，当事人适格问题应当由相关实体法律关系的准据法来决定。由于我国国际私法学界鲜有关于当事人适格应适用何国法律问

题的讨论,这一问题虽然在我国司法实践中已经发生,但从法院判决书内容来看,审案法院很可能并没有意识到当事人适格准据法问题的存在,因此简单将当事人适格问题视为诉讼程序问题的一部分,故而直接适用了法院地法予以解决。

原告大华公司诉被告阿联酋超级巨龙公司、被告周国祥、被告刘燕国际货物买卖合同纠纷一案^①中,原告常州大华进出口(集团)有限公司(简称大华公司)自2001年起长期向被告阿联酋超级巨龙电子有限公司(简称阿联酋超级巨龙公司,注册登记地:阿拉伯联合酋长国)出口电子、电器等产品,至2005年年底,被告阿联酋超级巨龙公司共欠原告大华公司货款174 234.41美元。阿联酋超级巨龙公司法定代表人周国祥承诺其本人负责尽快付清阿联酋超级巨龙公司欠原告大华公司的货款。刘燕与周国祥系夫妻关系(夫妻二人都经常居住于迪拜)。由于我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第24条规定,债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理,原告大华公司即以刘燕与周国祥系夫妻关系,债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理为由,申请追加刘燕为本案被告,受理该案的法院不加说理便准许了原告大华公司的前述申请。因此原告大华公司将阿联酋超级巨龙公司、周国祥和刘燕一起作为被告,主张刘燕也应对涉案债务承担连带责任。

该案中,大华公司和阿联酋超级巨龙公司是买卖合同的当事人,周国祥基于其对债权人大华公司的正式承诺成为大华公司的债务人,因此大华公司、阿联酋超级巨龙公司和周国祥都是涉案债权债务的权利人和承担者,故都是适格当事人。但是刘燕既非涉案买卖合同当事人,也从来没有承诺或者保证偿还涉案债务,而且本案涉及我国与阿联酋两种不同法律,因此应当依据何国法律判断刘燕作为被告是否适格的问题,便成为法院应当首先解决的冲突法问题。遗憾的是,法院没有进行任何说理分析,便直接依据我国《最高人民法院关于适用〈中

^① 江苏省常州市中级人民法院民事判决书(2006)常民三初字第11号。

华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)》认定刘燕是适格被告,实际上是回避了刘燕是否适格被告的问题应当适用何国法律这一法院应首先解决的冲突法问题。

如前所述,如果将当事人适格问题视为诉讼程序问题,那么对该问题无疑应当适用法院地法。但是将当事人适格问题作为程序问题适用法院地法的方案存在明显缺陷,因为大部分规定当事人是否适格问题的法律规范,例如上述案件中法院适用的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》,都不是程序法,而是典型的实体法规范。另外,前已述及,当事人适格问题的实质是当事人是否享有某一具体实体权利和承担具体实体义务的问题,属于典型的实体法问题,对这些实体法问题适用法院地法原则,显然不合理。因此笔者认为,当事人适格问题虽然按照学界主流观点属于诉讼程序法问题,属于民事诉讼程序法的重要组成部分。但是,在冲突法上,考虑到当事人适格问题的实质是当事人是否是系争法律关系中实体权利义务主体的问题,因此涉外民商事诉讼中的当事人是否适格问题,不当由法院地法,而应当由系争实体法律关系的准据法决定。上述大华公司和阿联酋超级巨龙公司国际买卖合同案中,刘燕能否成为适格被告,取决于刘燕是否有义务在夫妻共同财产范围内承担周国祥所负的个人债务。该问题属于婚姻财产关系问题,应当依据婚姻财产关系准据法来回答。依据我国《法律适用法》第24条,在夫妻没有协议选择法律的情况下,婚姻财产关系首先适用夫妻共同经常居所地法律。本案中周国祥和刘燕虽然都是中国公民,但从判决书介绍的案情来看二人生活在迪拜,因此可以认定在迪拜有共同经常居所,故该二人婚姻财产关系的准据法应当是迪拜法律。

基于上述分析,刘燕在本案中能否成为适格被告,不当依据法院地法即我国法律,而应当适用婚姻财产关系的准据法,本案中即迪拜法律,来回答。

我国司法实践中关于当事人适格问题的另一宗典型案例是广东省韶关市中级人民法院一审、广东省高级人民法院二审的陈惠钿等诉

梁健敏合同无效和不当得利纠纷一案。^①该案中,香港永久居民苏宇宙和不具有律师执业资格的内地居民梁健敏(经常居住地为广东省韶关市)于2000年2月15日签订《委托代理合同》,约定梁健敏接受苏宇宙委托,担任苏宇宙诉深圳市建设(集团)公司珠海西区工区等借款合同纠纷案中苏宇宙的委托代理人,履行代理合同所需的所有费用由梁健敏垫付,苏宇宙胜诉后苏宇宙按判决书总标的支付50%作为梁健敏的代理费。

梁健敏依约实施了诉讼代理行为,苏宇宙胜诉,梁健敏于2000年按照委托代理合同约定获得代理费875万元。2007年苏宇宙在香港死亡,其妻子陈惠钿、女儿苏秀敏和苏敏仪、儿子苏冠城(该四人均均为香港居民)、其母亲张顺(内地居民)以涉案委托代理合同违反我国《律师法》第14条的强制性规定因而无效为由,向广东省韶关市中级人民法院起诉梁健敏要求返还875万元代理费及其利息。^②

韶关市中级人民法院一审认为,本案为涉港商事纠纷,应参照涉外案件处理。因委托代理合同纠纷涉及的案件事实发生在我国内地,根据最密切联系原则确认我国内地法律为本案准据法。陈惠钿等五人以苏宇宙继承人身份提起诉讼,继承人无权超越被继承人的意思表示提起诉讼。苏宇宙本人作为委托代理合同当事人生前没有提起合同无效诉讼,苏宇宙死后,原告作为苏宇宙的继承人不能超越苏宇宙的意思表示主张合同无效。判决驳回陈惠钿等五人的诉讼请求。

五原告不服一审判决,提起上诉。

广东省高级人民法院二审认为,陈惠钿等五人以委托代理合同为由提起诉讼,其中四人为香港居民,故本案属于涉港委托合同纠纷,

① 一审判决书:广东省韶关市中级人民法院民事判决书(2009)韶中法民三初字第22号;二审判决书:广东省高级人民法院民事判决书(2010)粤高法民四终字第62号。转引自吴思颖撰写的《域外债权人死亡后其继承人起诉的涉外商事合同纠纷中先决问题的解决》,载于贺荣主编:《涉外商事海事审判指导》,北京:人民法院出版社,2015年版,2014年第2辑,第151-155页。

② 1996年《律师法》第14条 没有取得律师执业证书的人员,不得以律师名义执业,不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。

应比照涉外案件处理。陈惠钿等五人作为苏宇宙继承人起诉梁健敏主张委托合同无效并请求返还不当得利，该五人是否适格原告，对涉债债权是否有合法继承权，是解决本案的先决问题。《民法通则》第149条规定，动产法定继承适用被继承人死亡时住所地法律，被继承人苏宇宙死亡时住所在香港，故对该项先决问题应适用香港特别行政区法律。广东省高级人民法院认定香港法律关于涉案遗产继承问题的规定无法查明，依据我国《法律适用法》第10条“外国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律”的规定，二审法院适用了我国内地法律作为涉案动产继承问题的准据法。根据我国继承法，陈惠钿等五人作为苏宇宙的法定继承人对涉案合同债权享有继承权，是适格原告。

涉案《委托代理合同》没有明确约定应当适用的法律。在本案一审二审过程中，双方当事人均援引中国内地法律作为解决本案实体争议的准据法，依据我国《民法通则》第145条和《最高人民法院关于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4条，应当视为当事人双方已经选择了我国内地法律作为涉案合同争议应适用的法律。

我国1996年《律师法》第14条规定：“没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义执业，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。”由于梁健敏不具有律师职业资格，因此涉案《委托代理合同》违背了该条强制性规定，应属无效。故二审改判梁健敏将其基于《委托代理合同》所得利益返还陈惠钿等五人。

本案原告以继承人身份在被继承人死亡后对被继承人生前签订、并且已经履行完毕的委托代理合同提起诉讼，认为该合同因违背我国强制性法律而无效，并进一步以不当得利为由请求被继承人的合同相对人将依据该合同取得的财产返还给原告。被继承人于该合同履行完毕7年之后死亡，原告于被继承人死亡之后提起本案诉讼，因此如果法律允许本案情况下的原告作为适格当事人，显然对被告有失公平，