

上海市教委重点学科国际法学 (J51103)

上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目



当代国际法 论丛

· 第12卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编



YZLI0890174789

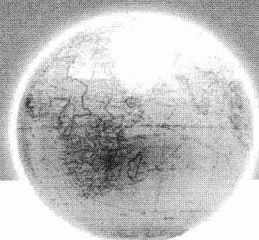


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

上海市教委重点学科国际法学 (J51103)

上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目



当代国际法 论丛

· 第12卷 ·

华东政法大学国际法学院 ©主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书收集了华东政法大学国际法学院的诸位老师的论文共 24 篇, 内容涉及国际法的各个领域, 从不同角度对国际法进行解读、阐释、探究、评述, 这些论文对研究、从事国际法务工作的人不乏借鉴参考意义, 对学习国际法的师生也有启发、指导作用。

责任编辑: 国晓健

图书在版编目(CIP)数据

当代国际法论丛. 第 12 卷/华东政法大学国际法学院主编. —北京: 知识产权出版社, 2013. 3

ISBN 978-7-5130-1797-8

I. ①当… II. ①华… III. ①国际法—文集
IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 306725 号

当代国际法论丛 (第 12 卷)

DANGDAI GUOJIFA LUNCONG

华东政法大学国际法学院 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8385

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2013 年 3 月第 1 版

字 数: 260 千字

ISBN 978-7-5130-1797-8/D·1655 (4636)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: guoxiaojian@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 9

印 次: 2013 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

丁 伟 / 《中华人民共和国民事诉讼法》涉外编修改 引发的几点思考	1
李 晶 / 内地民事判决在台湾的承认与执行	15
梁 敏 / 简要探讨涉外婚姻家庭关系中探望权的法律适用问题	28
甘 瑛 / 国际投资仲裁的仲裁员独立性问题新探	35
张 磊 / 论我国拒绝承认和执行外国仲裁裁决的公共政策因素	48
甘 瑛 / 欧盟航空碳关税辨析与相关国际协调机制的构建	58
李 娟 / 论美国对华“421 保障措施”的法律框架和最新实践	73
魏 红 / “光伏产品双反案”对中美新能源合作的影响评析	91
许 凯 / TRIPs 协议与《生物多样性公约》冲突的 解决路径分析	114
Peng Xu / Understanding of Legal Pluralism: An International Dispute Settlement Perspective	122
李 娟 / 论行业组织在国外对华贸易救济中的地位 and 应对	135
倪 静 / 论我国著作权集体管理组织授权使用费 标准设定机制之完善	143
施海渊 / 经营者集中规制的若干问题研究	157
邱进前 / 油污基金：环境侵权语境下的油污赔偿责任主体 ——兼论我国油污赔偿基金之构建	172
李 泳 / 国际税收协定中“典型常设机构三边情形”问题 探究——以 OECD 税收协定范本为视角	178
许 凯 / 论古典法时期之侵权冲突法	186

丁成耀 / 黄岩岛纷争的国际法分析	192
王 勇 / 论完善中国条约保留制度的总体对策	207
魏 红 / 论欧洲一体化对战后欧洲和平的构建及贡献	218
于 南 / 《国际刑事法院罗马规约》第16条的适用及评析	236
李伟芳 / 气候变化对“世界遗产”可持续发展的影响及 法律应对措施	251
张 磊 / 刍议市场经济条件下社会诚信体系的建立	262
刘宁元 / 卓越涉外法律人才培养的途径和方法	268
马 乐 / 模拟法庭竞赛在国际经济法教学中的应用研究	277

《中华人民共和国民事诉讼法》 涉外编修改引发的几点思考

丁 伟^①

近年来，随着国家法律体系中一批具有支架性作用的法律陆续出台，国家立法机关将修改解释现有法律、确保法律体系内在科学和谐统一作为立法工作的重中之重。继《中华人民共和国民事诉讼法》修改后，2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议表决通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，此次修改仅对《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第四编涉外民事诉讼程序的特别规定（以下简称涉外编）的个别条文进行调整处理，主要涉及涉外编第24章管辖权的两个条款。笔者认为，此次涉外编修改幅度虽然很小，但这一修改尤其是修法过程中折射出的国际私法学界的关注与重视程度、立法部门对于涉外编的修改方式值得关注。

一、理论界对于《民事诉讼法》涉外 编修改的重视程度值得反思

现行《民事诉讼法》自1991年4月制定以来，第十届全国人民代表大会常务委员会和第十一届全国人民代表大会常务委员会分别于2007年10月和2012年8月作了两次修正。在该法第一次修改前夕，笔者曾撰文提及了令国际私法学界汗颜的情形：与民事诉讼法学界热情参与修法讨论的积极态度相比，国际私法学界对于《民事诉讼法》

① 作者为上海市人大常委会法制工作委员会主任，华东政法大学教授、博士生导师。

的修改表现出不应有的冷漠。^①

此次《民事诉讼法》第二次修订经历了三次审议,初次审议的时间为2011年10月。笔者翻阅了中国国际私法学会2010年、2011年年会的论文集,发现在《民事诉讼法》第二次修正的过程中,国际私法学界的针对性研究微乎其微。

2010年,中国国际私法学会年会编辑的论文集收录的论文总数114篇,其中有关涉外民事关系法律适用法立法问题的论文16篇,有关国际私法理论与实践的论文39篇,有关国际统一私法、外国法和比较法的论文33篇,有关国际私法前沿问题的论文26篇。在114篇论文中,与广义的国际民事诉讼程序、国际商事仲裁程序沾边的论文共有10篇,其中有关判决承认与执行的论文有4篇,^②有关国际商事仲裁程序的论文有5篇,^③与我国《民事诉讼法》直接相关的论文仅1篇。^④综观上述论文的内容,均未论及即将启动修法程序的《民事诉讼法》的修改问题。

2011年中国国际私法学会年会编辑的论文集收录的论文总数135篇,鉴于《涉外民事关系法律适用法》刚刚出台,此次年会以该法的实施作为主题,135篇论文中有123篇论及《涉外民事关系法律适用

① 参见丁伟:《我国涉外民事诉讼管辖权制度的完善》,载《政法论坛》2006年第6期第152—164页。

② 上述论文分别为:宋锡祥撰写的《两岸民事判决和仲裁裁决的相互认可与执行之典型案例分析》;付颖哲撰写的《浅析承认与执行外国国民商事判决的条件立法模式》;陈小燕撰写的《内地与香港特别行政区民事司法协助的进展与前瞻》;黄洁撰写的《中国多边区际民事判决承认与执行的安排》。上述论文载《中国国际私法学会2010年年会论文集(上)》。

③ 上述论文分别为:宋连斌撰写的《涉外仲裁协议效力认定的裁判方法》;孙珺撰写的《当事人意思自治视角下的国际商事仲裁司法审查》;贺连博撰写的《重新仲裁制度浅析》;吴莉婧撰写的《论内地与香港相互执行仲裁裁决的法律问题》;杨玲撰写的《传统与现代:国际商事仲裁程序规则的历史流变》。上述论文载《中国国际私法学会2010年年会论文集(上)》。

④ 参见彭先伟:《涉外民事诉讼协议管辖实际联系原则研究——兼评最高人民法院“英雄”网络游戏纠纷管辖权异议上诉案裁决》,载《中国国际私法学会2010年年会论文集(下)》。

法》的相关问题，研究其他问题的12篇论文也无一涉及国际民事诉讼程序、国际商事仲裁程序。

上述统计结果表明，中国国际私法同仁对于审议中的《民事诉讼法》缺乏必要的关注，与近几年中国国际私法学界为推动《涉外民事关系法律适用法》的立法所倾注的极大热情形成了鲜明的对照，这种理论研究中厚此薄彼的现象发人深省。

理论研究是立法的先导，中国国际私法的理论研究始终超前于立法。回顾中国国际私法二十多年的发展历程，国际私法学界在推动中国国际私法立法进程方面功不可没。早在20世纪80年代初酝酿起草《民法通则》时，在费宗祯先生等国际私法学界几位前辈以案说法、据理力争的努力下，才使决策部门改变了初衷，在《民法通则》中规定了有关涉外民事关系法律适用的第8章，从而为中国国际私法立法奠定了基础。^①以韩德培先生为首的中国国际私法学会更是凝聚了我国国际私法学界专家、学者的共同智慧，历时七年，五易其稿，终于在1999年完成了《中华人民共和国国际私法示范法》的起草工作，为立法部门启动相关立法提供了有力的支撑。在《涉外民事关系法律适用法》的起草和审议过程中，中国国际私法学界高度关注立法的最新动向，积极参与立法草案的讨论、论证。在该法初审、二审之前，全国人大常委会法工委领导两次专门听取国际私法学界的意见。在该法三审前，全国人大常委会法工委分管领导及民法室的领导还莅临国际私法学会年会，广泛听取学者意见，回应学界呼声。有作为才有地位，学者的意见能得到立法部门的高度重视与中国国际私法学界多年来矢志不渝地致力于推动中国国际私法立法进程是密不可分的。

反观两次《民事诉讼法》的修改过程，始终听不到国际私法学者的声音，看不到国际私法学者针对性的研究成果，这不能不说是一种缺憾。鉴于国际私法学正在逐渐成为一个由诸多分支学科组成的，内容不断增加的学科群。在国际私法学中已有十几个领域正在形成相对

① 参见丁伟著：《中国国际私法和谐发展研究》，上海社会科学院出版社2009年12月出版，第49页。

独立的分支学科，^①各个领域都有相关的法律、行政法规及相关的司法解释，而囿于研究领域的局限性，无法期待所有学者熟谙国际私法各领域的立法动态。中国国际私法学会作为全国性的学术团体似有必要进一步整合学术研究资源，形成若干个国际私法学分支学科的研究组织，以便对国家相关的立法动态、理论研究成果进行跟踪研究，定期反馈传递相关信息，及时组织力量开展对相关立法项目的攻关研究，以集国际私法学界群体智慧为立法部门提供良策，确保中国国际私法学界对国家立法产生直接、持续的影响。

二、《民事诉讼法》涉外编的修改方式值得关注

与冲突法规范相比，我国国际民事诉讼程序规范起步早，相关的成文法规定始见于1982年《民事诉讼法》（试行）第五编，1991年4月9日起施行的现行《民事诉讼法》则将涉外编列为该法的第四编。2007年10月《民事诉讼法》第一次修正案共十九条，内容主要涉及再审程序和执行程序，未涉及涉外编，故这次修改具有局部性、过渡性的特点，社会各界对《民事诉讼法》的全面修改依然充满强烈的期待。2012年第二次修正案共六十条，被视为《民事诉讼法》施行后第一次全面修改，修改涉及面相当广泛，涵盖了从基本原则到全部诉讼程序以及执行程序的方方面面，^②其中包括第四编涉外民事诉讼程序的特别规定。第二次修正案对涉外编的修改方式呈现出短、平、快的特点。

一是简洁化。总体上看，涉外编的修改采取了简化、低调的处理方式，立法部门的审议说明甚至没有对涉外编的修改做出说明与解释，在审议过程中，社会各界对涉外编相关条款的调整处理也没有给予关注。究其原因，一方面与涉外编的定位与功能有关，涉外编在整

^① 参见李双元著：《走向21世纪的国际私法：国际私法与法律趋同化》，法律出版社1999年8月第1版，第79—80页。

^② 参见汤维建：《民事诉讼法律监督基本原则的新发展》，载2012年9月18日《检察日报》。

部《民事诉讼法》中属于“特别规定”，具有相对独立性，且专业性比较强，关注者有限。另一方面，在立法机关的修改方案中，涉外编并非此次修法的重点，全国人大常委会法工委负责人接受媒体采访时介绍，民事诉讼法本次大修主要涉及七个方面的内容，未涉及涉外编的内容。^①

二是单一化。此次修改涉外编在方法上没有采取常用的修改相关条款的方法，而是采取了单一的删除法，修正案第58条采用部分切除法，删去了第24章中第242条、第243条；第60条采用整体切除法，删去第26章财产保全整个一章。

三是单向化。修正案对于涉外编的修改方法与其他编章不同，只是单向地删除了相关条款、章节，而未增加相关条款。简言之，只做减法，不做加法。

第二次修正案采用上述短、平、快的方式干净利落地完成了涉外编的修改，也达到了此次修法的原定目标。诚然，在通常情况下，无论是立法还是修法，只能实现有限目标，不可能解决所有问题。此次修改《民事诉讼法》只是对涉外编进行了调整处理，并未对该编的规定做实质性的修改，这与立法机关未将该编内容作为修法重点有关，这并不意味着涉外编完美无缺，不存在修改完善的必要。仅以管辖权制度为例，笔者曾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，并对《民事诉讼法》涉外编第二十四章关于管辖权的条款逐条进行剖析，从微观角度探讨我国涉外民商事诉讼管辖权具体制度中存在的不足与缺陷。^② 这些问题并不是通过简单的删除若干条款可以解决的。类似现象在其他法律的修改中普遍存在。立法活动是一个集中民智、凝聚共识的过程，对于一些认识不尽一致的问

① 《民事诉讼法》第二次修正主要涉及完善调解与诉讼相衔接的机制；进一步保障当事人的诉讼权利；完善当事人举证制度；完善简易程序；强化法律监督；完善审判监督程序；完善执行程序七个方面的内容。参见王胜明：《加强法律监督是修改民事诉讼法的重要内容》，<http://www.china.cn/news/2012-08031/content-26390845.htm>。

② 参见丁伟：《我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善》，载《政法论坛》2006年第6期第152—1164页。

题，修法时机不十分成熟，确实难以通过一次修法加以解决。问题在于《民事诉讼法》涉外编自1982年试行至今已30年，现行规定实施也20年有余，对于相关条款存在的问题及其如何修改不难达成共识，是否可以采用更为科学、合理的方式进行修改，这一问题至少是可以进一步探索的。

值得一提的是，现行《民事诉讼法》出台后先后进行了两次修改，这两次修改都采用了修正的方式。目前有一种比较普遍的说法，修正不同于修订，可改可不改的，就不改了。从立法实践来看，修正与修订是目前法律修改常用的两种方式。理论上讲，修正是指法定机关对法律的部分条款进行的修改，是局部的或者个别的修改；修订则是指法定机关对法律进行全面的修改，是整体的修改。然而，实践中两者的界限并不十分清晰，有时法律需修改的条款很多，到底是采用修正还是修订，会有争议，相关的法律规定对此也没有明确的规定。^①从近几年几部重要法律的修改情况来看，大多采用修正的方式，《民事诉讼法》第一次修正的决定共19条，第二次修正的决定共60条，修改的条款大幅度增加。社会广为关注的《刑事诉讼法》修改也采用修正的方式，修改决定共111条，修改规模空前，争论激烈。从两部诉讼法的修改来看，都涉及一些社会热议的重大制度的新增、相关条款的实质性修改，但只要从总体上来看是局部修改，不是全局性的修改，仍采用修正方式。

由此引申出一系列可以进一步讨论的问题，对于任何法律的修改，无论是采用修正还是修订方式，具体的表现形式都是对特定条款、章节的局部修改，纵然是对《民事诉讼法》涉外编中的第26章财产保全采用整体删除的方法，似乎仍可以理解为是对涉外编的局部修改，不构成对整部法律的全局性修改。倘若如此理解，怎么把握判断所谓“全面的修改”、“整体的修改”或者“全局性的修改”？近年

① 2000年7月1日施行的《立法法》第2条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，适用本法。”但是，该法主要规范的是立法权限与立法程序问题，对修改、废止没有专门规定。该第53条规定：“法律的修改和废止程序，适用本章的有关规定。”该条款中的“本章”指第2章关于法律制定的专章规定。

来《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》的修改实践也表明，采用修正方式并不妨碍立法部门对法律的重要制度做出实质性的修改，法律修改的规模大小也不受制于采用修正还是修订修改方式的限制。由于《立法法》以及其他相关法律尚无具体规定，采用何种修法方式以及修正或者修订法律的具体程序还有待立法机关进一步探索。^①

三、《民事诉讼法》涉外编修改内容的思考

前文述及，此次《民事诉讼法》涉外编的修改有两处，修正案第58条删去了第24章中有关管辖权的第242条、第243条，第60条删去了第26章财产保全整个一章。本文限于篇幅，仅讨论有关管辖权制度的修改内容。

（一）涉外编修改的积极意义

被删除的原第242条是关于协议管辖的规定，该条规定：“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。”被删除的原第243条是关于推定管辖的规定，该条规定：“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，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。”

值得关注的是，修正案在第58条中删除涉外编中上述两个条款的同时，又做出了第4条、第6条规定，其中第4条规定：“将第25条改为第34条，修改为：‘合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违

^① 目前立法部门对于法律修正采取何种立法程序似乎还没有形成固定的模式，如《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》均属于全国人民代表大会通过的基本法律，两者的修改同样采用修正的方式，但前者的修改决定由全国人民代表大会表决通过，后者两次修正则都由全国人民代表大会常务委员会表决通过。

反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”第6条规定：“将第38条改为第127条，增加一款，作为第2款：‘当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。’”

修正案的上述规定表明，涉外编中删除的两个条款实际上并未从《民事诉讼法》中消除，关于协议管辖的原第242条规定已演变为该法第2章（管辖的一般规定）中的第34条；关于推定管辖的原第243条规定则演变为该法第12章（第一审普通程序）第2节（审理前的准备）中的第127条第2款。由此看来，此次涉外编的修改，与其说是删除有关条款，不如说是在《民事诉讼法》现有的框架体系内对相关条款作调整处理。这一调整处理具有积极的意义：

其一，促进了《民事诉讼法》不同章节条文之间的内部和谐，消除了不必要的重复。第二次修正前，隶属于该法第一编总则的第2章（管辖一般制度）中的第25条对协议管辖作出了规定，与此同时，在隶属于第四编（即涉外编）的第24章中的第242条中也规定了协议管辖，两者的规定具有高度的相似性，给人繁琐拖沓的感觉。

其二，反映了《民事诉讼法》的条文表述更加科学严谨。尽管在条文结构上原《民事诉讼法》第25条与第242条大同小异，但两者的具体表述存在显著差别，原第25条采用列举的方式，规定合同的双方当事人可以在书面合同中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。但是对于当事人所选择的管辖法院没有作出定性。原第242条则采用概括式的方法，将当事人书面协议选择的管辖法院定性为“与争议有实际联系的地点的法院”。但是该条款并未指引当事人如何选择与争议有实际联系的地点的法院。第二次修正案第4条扬长避短，将原第25条与第242条糅合在一起，不但将当事人协议管辖的法院定性为“与争议有实际联系的地点的人民法院”，而且明文规定与争议有实际联系的地点的人民法院具体指向的是“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”等地的法院。

其三，彰显了《民事诉讼法》的相关制度进一步与国际接轨。原

第 25 条与第 242 条虽然同属协议管辖的规定,但适用范围存在重大差异,原第 25 条仅适用于“合同纠纷”,而第 242 条则适用于“涉外合同或者涉外财产权益纠纷”。换言之,《民事诉讼法》第二次修正前,协议管辖在涉外民事诉讼中的适用范围大大超过了其在国内民事诉讼中的适用范围。经第二次修正案第 4 条糅合后,协议管辖已不再区分国内民事诉讼与涉外民事诉讼,在两类诉讼中一体适用于“合同或者其他财产权益纠纷”。与此同时,原第 243 条规定的推定管辖仅适用于“涉外民事诉讼”,第二次修正后,也不再区分涉外民事诉讼与国内民事诉讼,普遍适用于第一审普通程序。鉴于协议管辖是国际社会解决管辖权积极冲突最行之有效的方式,推定管辖又称默示的协议管辖,严格来说也属于协议管辖的范畴。当今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。^①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。^②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做了不少限制,但仍给当事人协议选择法院留下了较大的空间。第二次修正案有关涉外编管辖权制度的修改无疑顺应了协议管辖的范围不断放宽的国际潮流。

① 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。除非当事人明确地做出相反表示,其选择法院的协议都被视为是排他的。

② 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。

（二）涉外编修改后有待进一步研究的问题

在充分肯定《民事诉讼法》涉外编修改积极意义的同时，我们应当本着实事求是的科学态度，审慎评估修法对现行民事诉讼法律框架下相关法律资源可能产生的影响，并且以此次修法为契机，抓紧研究修法后涉外民商事诉讼管辖权制度的发展将面临的新情况、新挑战与新机遇。

1. 删除第24章两个条文后对《民事诉讼法》结构体系的影响

《民事诉讼法》涉外编修改前，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。该法涉外编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。就第24章本身而言，4个条文分别规定了特别管辖、协议管辖、推定管辖、专属管辖，尽管相关的条文表述不尽完美，但这4种管辖制度形成了涉外民事诉讼管辖制度的一个有机整体，也符合涉外民事诉讼的实际需要。涉外编修正案删除了协议管辖、推定管辖后，仍然保留了第24章，但该章只剩下两条，在结构体系上与其他章节明显失调。与此同时，删除两条后，虽然不影响涉外民事诉讼的当事人依据该法第34条协议选择管辖法院，也不影响法院依照第127条第2款在涉外民事诉讼中适用推定管辖，但使得第24章的规定给人残缺不全的感觉。鉴于本次修法未将涉外编的修改作为重点，采用了简洁化的处理方法，似有必要研究第24章半数条文切除手术后的康复性治疗方案。

2. 第24章未修改的条文是否适应国际民事诉讼程序发展的趋势

第二次修正后，《民事诉讼法》涉外编第24章尚遗留了第241条、第244条两个条文，前者是特别管辖的规定，后者是专属管辖的规定。

第241条规定：“因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，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，或者诉讼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住所地人民法院管辖。”

第244条规定：“因在中华人民共和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，由中华人民共和国人民法院管辖。”

对于《民事诉讼法》第24章设定上述该两条规定的必要性、合理性、适当性，笔者曾做过比较深入的探讨，就特别管辖制度而言，中国法院可以根据合同签订地等六个连接点取得管辖权，对于每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来说，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，不啻为中国式的“长臂管辖条款”。与此同时，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。就三类合同一律由中国法院管辖而言，该制度是特定历史时期的产物，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、所得税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。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33条的规定，由不动产所在地的中国法院实行专属管辖。由此，第244条规定是否有必要保留值得

斟酌。^①

现行《民事诉讼法》已经实施二十多年，中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，这一背景下的管辖权制度应当顺应国际潮流、反映时代特征。此次涉外编第24章修改，一方面，顺应协议管辖范围不断放宽的国际潮流，注重相关制度与国际接轨；另一方面，对于过分扩张、强化属地管辖权的特别地域管辖、专属管辖制度则原封不动地予以保留，与国际通行的做法不尽一致，难以适应国际民事诉讼程序发展的趋势。简言之，已修改的部分与未修改的部分南辕北辙。笔者认为，在国家法律体系已经形成的新时期，这种同一法律中具有不同基因的法条互不和谐，或者同一法律治理体系中具有不同基因的法律资源互不和谐的现象需要加以认真研究，及时进行“抗排异治疗”。^②

3. 及时解决修订后的涉外编与司法解释的衔接问题

我国涉外民商事诉讼管辖权制度的法律规范具有多元化的特征，从法律渊源的角度来考察，最高人民法院针对涉外民商事诉讼管辖权所作的一系列司法解释对下级法院具有普遍的约束力，《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也具有直接的指导作用。与此同时，在近年来的审判实践中，人民法院更是注重发挥典型案例的指导性作用。以司法解释为例，针对《民事诉讼法》所作出的司法解释基本上与法条规定相对应，在涉外编已作出修改的情况下，相关司法解释应当及时进行清理，确保法律规定与司法解释并行不悖。

① 详见丁伟：《我国涉外民商事诉讼管辖权制度的完善》，载《政法论坛》2006年第6期第152—164页。

② 笔者姑且将法条之间、法律之间不和谐的现象比喻为医学上的排异现象，现行《民事诉讼法》产生于计划经济的土壤，机体已经明显老化，但历经两次局部修正，部分条文具有鲜明的时代特征、全新的立法理念，其基因完全不同，这一异体组织一旦植入体制羸弱的机体，肯定会出现排异现象。因此，现在存在的法律体系内部的矛盾、冲突是一种正常的排异反应，这种排异现象虽然是可以逆转的，但必须及时进行“抗排异治疗”，否则会影响机体的正常功能。