

中青年法学文库



涉外民商事诉讼 管辖权冲突研究

徐 卉 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

D997.3
x746

涉外民商事 诉讼管辖权冲突研究

徐 卉 著



中国政法大学出版社

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实

Ⅱ 总 序

在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

中国自实行改革开放的政策以来，与世界各国的往来不断增多，人员的交往日益频繁，特别是在国际经济贸易和投资方面，这种交流使得我国经济的发展同其他国家的经济发展产生密切的关系，同时也导致了发生涉外民商事纠纷的可能性大大增加。国际上，关于涉外民事诉讼管辖权的争夺日趋激烈，不同国家的法院竞相主张管辖权的情形非常普遍。而我国实行对外开放政策，必须建立起完备科学的涉外民事诉讼程序，管辖权冲突由于直接涉及国家主权的行使、关系到涉外民商事纠纷的有效解决和当事人利益的切实保护，如不能对之作出科学有效的规范，必然直接影响到社会经济的发展，影响到国与国之间的经济文化交往。因此，从理论上对管辖权冲突进行研究，无疑有着重要的现实意义。

作者在收集、研究了大量材料的基础上，对涉外民商事诉讼管辖权冲突问题进行了深入的探讨，就该问题作了全面的展开和论述，系统阐述并构建了一个关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论体系，而这些理论问题均为我国法学界较少涉及，更未作深入研究的内容。作者在运用了比较的方法、实证分析的方法和价值分析的方法对管辖权冲突问题作了全面的论证后，最终落实到我国的立法选择上，提出了一整套既有独到见

Ⅱ 序

解，又符合我国国情的立法建议，并对建构新的准则作了进一步的探讨，这是我国又一本关于司法管辖权方面的学术性专著，填补了有关管辖权冲突问题的研究空白。作者在本书中提出了许多自己的见解和主张，富有新意。而尤为值得一提的是，作者关于管辖权冲突问题的研究是在对大量第一手资料分析的基础上完成的，这一方面固然得益于作者对外语娴熟流利的掌握程度，另一方面也反映出作者的学术功底和学术素养。维特根斯坦说过，“不要想，只要看”，只有视野开阔的看，才会有立意高远的想，提高中国法学研究的理论认识，尤其需要系统的比较研究和借鉴，我为年轻学人能有这样严谨求索的学术精神而深感欣喜。

本书作者是我指导的博士学生，这本著作是她在博士论文的基础上修改、补充、完善而成的，对于这一作品的问世，我感到由衷的高兴，期望她在今后的科研工作中继续努力，取得更大的成就。

是为序。

江 伟

2001 年 10 月

前 言

在当今时代，由于经济全球化和市场国际化的进程大大加快，跨国民商事活动大量发生，涉外民商事争议也相应增加，从而为解决这些争议而进行的涉外民商事诉讼活动自然大量涌现。在涉外民事诉讼中，首先面临并要加以确定的就是管辖权问题。涉外民事诉讼管辖权作为国家管辖权的一个具体体现，不仅是进行涉外民事诉讼程序的前提，而且与案件的审理结果密切相关，因此，管辖权的问题在涉外民事诉讼中就一直处于一个十分特殊的地位，成为各国涉外民事诉讼立法的重点和国际斗争的焦点，这使得各国都在一定条件下设法扩大自己的涉外民事诉讼管辖权，而且由于不同法系国家诉讼立法中的管辖根据存在明显的不同，因此，往往出现就同一争议多个国家的法院均可主张管辖的局面，即涉外民商事诉讼管辖权冲突。对于这种冲突应当如何认定，通过什么样的途径、适用什么样的规则来解决这种冲突，一直是涉外民事诉讼法领域中一个兼具理论与实践意义的研究课题。

但是，在我国涉外民事诉讼法的研究领域中，长期以来，管辖权冲突也一直是一个较少深入问津的难题，说它难也正是体现在理论和实践两个方面。从理论上讲，迄今为止并没有一个系统论及涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论体系，究其原

2 前 言

因，大约是因为在法律思想的潜意识系统中，管辖权冲突问题总是直接与国家主权划上了等号，这样的想法无疑就从根本思路上禁锢了关于管辖权冲突的学说和理论的产生与发展，这正如科瑟所说的：“在一个没有或不充分具备对冲突给予宽容及使之制度化的社会里，冲突总是趋向为负功能，威胁到一个结构平衡的不是冲突本身，而是僵化。”^{〔1〕}从司法实践上看，管辖权冲突的现象俯拾皆是，各国法院的处理方式也各不相同，而且，对此目前也不存在一个权威性的国际机构或总括性的国际公约使之明确化、规范化，虽然海牙国际私法会议在为此而孜孜不倦地努力着，但是，“一切条约都很难实现并且是相当笨重的工具”（茨威格特语）。结果，司法实践中对冲突处理方式的多样化又进一步加剧了冲突的混乱程度。

这样的情形往往令人联想到引发批判法律运动的产生和在国际私法领域中改造传统冲突规范的那个时代背景，在对待涉外民商事诉讼管辖权冲突的问题上，我们同样也面临着一个规则与方法之间的两难选择，在这个问题上，我们不能不看到，司法实践实际上已经走在了理论的前头：普通法国家的法官由于具有相当的自由裁量权，因此，他们可以从利益衡量的角度出发，对管辖权冲突作出他们认为最有利于社会资源配置的种种决定，但是在我国，尽管在法律上并没有对法官的自由裁量权作出任何肯定性的规定，然而在司法实践中，面对管辖权的冲突状况，我国法官为了能够作出合理的裁决，也不由自主地对之适用了自由裁量权，这不能不说是理论规则落后于时代的结果。种种事例都说明，对于涉外民商事诉讼管辖权冲突进行

〔1〕 Coser, *The Functions of Social Conflict*, 157, New York, 1956.

系统的理论研究，以期与实践作出一定的指引，已成为学者们无可回避的现实需要了。

这一总的任务十分艰巨，绝非个人力量所能够完成，本书旨在向这个方向努力。与对实体法研究不同的是，民事诉讼领域的理论研究由于直接关涉到制度的架构，因此，不可能仅限于精致完美的逻辑思维，也不可能套用固定的模式来解决问题，“既然眼前的一切会很快成为过去，那么在设计我们的行动路线时，最好的向导当然应该是我们亲身体验的那些知识。但只有将现在的知识和以前的知识相比较，穿越时间的迷雾，那些有关最新材料的现时状态的最有活力又最全面的知识，才会对我们有意义。”〔1〕

有鉴于此，为了从理论上、制度上对涉外民商事诉讼管辖权冲突进行研究，作者力图运用比较的方法、实证分析的方法和价值分析的方法对管辖权冲突作一个尽量全面、系统的剖析。为此，作者对英、美、德、日等 18 个国家和地区关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的学说和制度规则进行了比较分析，收集了近 300 条相关的法规、100 多条国际条约和公约的规定，以及近 500 个案例，力图能够全方位地把握这个问题，明确其基本理论问题，完善理论构造，从而为我国的立法及司法实践提供切实可行的理论依据，对实践中所面临的问题提出对策。全书共分为 7 个部分，分别对涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论构建、不同法系国家关于涉外民商事诉讼管辖权的确定依据、管辖权冲突的解决途径、关于解决涉外民商事诉讼管辖权冲突的国际公约、现代竞争法领域内的管辖权冲突、我国的立

〔1〕 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，载《民商法论丛》第 3 卷，第 200 页。

4 前 言

法选择及最终的思考与结论作了一一的比较研究和分析论证，力图吸收国际上最新的材料和研究成果，同时结合我国的情况作出自己的分析。

目 录

I	总序
I	序
I	前言
I	第一章 涉外民商事诉讼管辖权冲突概述
I	一、涉外民商事诉讼管辖权
I	(一) 涉外民商事诉讼管辖权的概念与特征
9	(二) 涉外民商事诉讼管辖权的意义
14	(三) 确定涉外民商事诉讼管辖权的一般原则
18	二、涉外民商事诉讼管辖权冲突概说
18	(一) 涉外民商事诉讼管辖权冲突的概念
19	(二) 涉外民商事诉讼管辖权冲突的构成要件
22	(三) 涉外民商事诉讼管辖权冲突与法律冲突的关系
24	(四) 涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论基础
26	三、涉外民商事诉讼管辖权冲突的发展过程
26	(一) 19 世纪以前
31	(二) 从 19 世纪至第二次世界大战期间

2 目 录

34	(三) 二战之后至今
36	四、涉外民商事诉讼管辖权冲突的成因分析
36	(一) 各国的有关立法差异是涉外民商事诉讼管辖权冲突形成的直接原因
38	(二) 各国关于平行管辖权的规定是涉外民商事诉讼管辖权冲突形成的法律原因
41	(三) 全球经济一体化与各国司法制度独立性之间的矛盾是形成涉外民商事诉讼管辖权冲突的根本原因
46	五、涉外民商事诉讼管辖权冲突的本质
46	(一) 利益冲突是涉外民商事诉讼管辖权冲突的本质
48	(二) 冲突本质的两个层面
50	六、涉外民商事诉讼管辖权冲突的表现形式
51	(一) 重复诉讼与对抗诉讼
52	(二) 对两类诉讼动机的分析
57	第二章 不同法系国家对于涉外民商事诉讼管辖权的确定
57	一、概述
58	(一) 普通管辖
61	(二) 特别管辖
63	(三) 专属管辖
64	(四) 协议管辖
65	二、德国法系

66	(一) 对人管辖
67	(二) 事物管辖
70	三、瑞士法系
70	(一) 瑞士
76	(二) 土耳其
77	四、拉丁法系
78	(一) 法国
80	(二) 意大利
82	(三) 西班牙
83	(四) 比利时
83	(五) 荷兰
84	五、斯堪的那维亚法系
84	(一) 瑞典
87	(二) 芬兰
89	六、英美普通法系
90	(一) 英国
99	(二) 美国
109	七、我国的法律规定与其他法系的比较与评价
109	(一) 我国法律关于涉外民商事诉讼管辖权的规定
113	(二) 与其他法系的比较与评价
116	第三章 涉外民商事诉讼管辖权冲突的解决途径
116	一、解决涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论基础

4 目 录

116	(一) 国际礼让理论
117	(二) 最密切联系原则
120	(三) 当事人意思自治理论
121	(四) 司法自由裁量权理论
124	二、不方便法院
125	(一) 英国和受英国法影响的其它国家
138	(二) 美国
145	(三) 魁北克
146	(四) 日本
154	(五) 瑞典
154	(六) 其他大陆法国家
157	(七) 评论
163	三、待决诉讼
164	(一) 发生待决诉讼时, 本国法院拒绝行使管 辖权或中止本国诉讼的进行
177	(二) 禁止在外国进行的诉讼
181	(三) 准许平行诉讼继续进行
183	(四) 让当事人自行选择审判法院
184	(五) 评论
186	四、协议管辖
187	(一) 外国管辖权协议的效力
188	(二) 关于外国管辖权协议的具体要求
192	(三) 对外国管辖权协议有效性的限制
195	(四) 评论
197	五、仲裁与解决涉外民商事诉讼管辖权冲突之间

	的关系
197	(一) 法院管辖权和仲裁条款自治的关系
202	(二) 有效的仲裁协议要件
207	第四章 关于解决涉外民商事诉讼管辖权冲突的国际公约
207	一、海牙公约、布鲁塞尔公约和罗迦诺公约的有关规定
209	(一) 海牙公约
218	(二) 布鲁塞尔公约和罗迦诺公约
221	二、对布鲁塞尔和罗迦诺公约有关规定的具体适用
221	(一) 首先受诉原则
222	(二) 相同诉因
224	(三) 相同当事人
225	(四) 首先受诉法院的判断标准
226	(五) 关于公约第 22 条的适用
228	第五章 现代竞争法领域内的管辖权冲突
228	一、反垄断法的域外效力
229	(一) 反垄断法的空间效力和对人效力
229	(二) 反垄断法的域外效力
235	(三) 反垄断法域外适用的原则
236	二、现代竞争法领域中管辖权冲突的解决途径
236	(一) 合理管辖原则
241	(二) 效果管辖权与利益平衡分析
271	第六章 我国的立法选择

271	一、我国法律上关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的规定
271	(一) 国内的有关法律规定
273	(二) 我国所缔结的条约中的有关规定
274	二、我国关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论学说
274	(一) 国内学者关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论学说
276	(二) 我国香港学者关于涉外民商事诉讼管辖权冲突的理论学说
278	三、我国在立法上确立有关解决管辖权冲突规定的必要性
278	(一) 我国现行的有关法律规定缺乏科学性
280	(二) 是我国社会经济发展的客观需要
281	四、完善我国有关法律规定的立法建议
281	(一) 适用不方便法院原则
292	(二) 增设待决诉讼抗辩
295	(三) 对协议管辖作出必要的限制
296	(四) 增加必要管辖法院的规定
296	(五) 对法官的自由裁量权予以明确的规定
299	第七章 思考与结论
299	一、思考：对管辖权根据的再认识
299	(一) 普通管辖与特别管辖
302	(二) 特别管辖权根据——关于诉求、被告和法院所在国之间存在的联系

307	(三) 以被告人在法院地的财产作为管辖权根据
318	二、结论：探寻一个一致的原则
325	主要参考文献
341	后记