



南审法苑

国际民事诉讼中的 管辖权问题研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

南京审计学院学术著作出版专项资金资助



南审法苑

国际民事诉讼中的 拒绝管辖问题研究

吴一鸣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际民事诉讼中的拒绝管辖问题研究 / 吴一鸣著.
—北京:法律出版社,2010.12
(南审法苑)
ISBN 978-7-5118-1589-7

I. ①国… II. ①吴… III. ①涉外案件—民事诉讼—
管辖权—研究 IV. ①D997.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第249535号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印务有限责任公司

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年12月第1版

印张/10.625 字数/278千
印次/2010年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1589-7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 /1

第一节 拒绝管辖:问题之源起 /2

- 一、国内立法的特点与后果 /2
- 二、国际公约:统一化的解决方式 /6
- 三、拒绝管辖:协调化的解决方式 /10

第二节 研究现状、内容与方法 /11

- 一、研究现状 /11
- 二、研究内容 /14
- 三、研究方法 /15

第一章 拒绝管辖之基本理论问题 /19

第一节 拒绝管辖的概述 /20

- 一、拒绝管辖与拒绝司法的区分 /20
- 二、拒绝管辖的类型 /24
- 三、拒绝管辖的意义 /26

第二节 拒绝管辖的理论来源:比较法学派的思想 /28

2 国际民事诉讼中的拒绝管辖问题研究

一、国际主义学派 /29

二、国家主义学派 /36

三、比较法学派 /44

四、各学派基本立场和研究方法的比较和评价 /52

五、拒绝管辖:比较法学派思想的重要体现 /62

第三节 拒绝管辖的现实背景:全球化 /64

一、全球化、法律全球化、全球化与法律 /64

二、全球化背景下法学思维方式的转变 /68

三、全球化背景下对主权与管辖权的新认识 /73

四、拒绝管辖:全球化背景下国际民事诉讼管辖权行使的新体现 /80

第四节 拒绝管辖制度的本位:私人利益保护 /86

一、国际民事诉讼管辖权中的利益体现 /87

二、国际私法的本位 /95

三、拒绝管辖:私人利益保护的具体体现 /104

本章小结 /108

第二章 拒绝管辖之具体制度一:不方便法院原则 /112

第一节 与不方便法院原则相关的概念 /113

一、挑选法院 /113

二、自由裁量权 /119

第二节 不方便法院原则的具体制度 /121

一、英美法系的具体制度 /121

二、大陆法系的具体制度 /131

三、本节小结 /136

第三节 不方便法院原则的主导性价值取向:衡平 /136

一、程序正义与实体正义 /137

二、一般正义与个别正义 /141

三、国际民事诉讼管辖权与正义的实现 /145

四、不方便法院原则的衡平价值取向 /152

第四节 两大法系具体制度的比较及评价 /155

- 一、两大法系不方便法院原则的共性功效 /156
- 二、两大法系不方便法院原则的个性差异 /158
- 三、不方便法院原则的弊端及对其正确认识 /161
- 四、对两大法系不方便法院原则的评价 /165
- 本章小结 /166

第三章 拒绝管辖之具体制度二：一事一诉 /169

第一节 国际平行诉讼的概述 /169

- 一、国际平行诉讼的含义和类型 /169
- 二、国际平行诉讼的成因 /170
- 三、国际平行诉讼的利弊 /171

第二节 一事一诉的具体制度 /174

- 一、英美法系的自由裁量模式 /174
- 二、大陆法系的承认预期模式 /186
- 三、欧盟的先受理模式 /192
- 四、本节小结 /193

第三节 一事一诉的主导性价值取向：效益 /193

- 一、诉讼效益 /193
- 二、国际民事诉讼管辖权与国际民事诉讼的效益 /197
- 三、一事一诉的效益价值取向 /199

第四节 不同规制模式的效益分析与完善 /202

- 一、英美法系自由裁量模式的效益分析 /203
- 二、大陆法系承认预期模式的效益分析 /204
- 三、欧盟先受理模式的效益分析 /204
- 四、三大模式的效益比较 /206
- 五、承认预期模式下技术性难题的改进 /208
- 本章小结 /216

第四章 拒绝管辖之具体制度三:协议管辖 /219

第一节 概述 /219

一、协议管辖与管辖协议的概念 /219

二、管辖协议的种类 /220

第二节 协议管辖的具体制度 /222

一、英美法系的具体制度 /222

二、大陆法系的相关制度 /233

三、《选择法院协议公约》的具体规定 /241

四、本节小结 /243

第三节 协议管辖的主导性价值取向:自由 /244

一、法的自由价值 /244

二、协议管辖制度的自由价值取向 /248

三、协议管辖以自由为价值取向的制度表现 /252

第四节 几种协议管辖制度的比较与评价 /260

一、两大法系协议管辖制度的比较 /260

二、两大法系协议管辖制度的融合——《选择法院协议公约》/263

本章小结 /263

第五章 拒绝管辖制度在中国的构建 /266

第一节 概述 /267

一、中国国际民事诉讼管辖制度的立法现状 /267

二、中国国际民事诉讼管辖制度的立法特点 /269

三、中国拒绝管辖制度的概述 /274

第二节 不方便法院原则在中国的构建 /275

一、立法引入不方便法院原则的必要性 /276

二、立法引入不方便法院原则的可行性 /279

三、不方便法院原则的具体制度设计 /281

第三节 一事一诉在中国的构建 /284

一、立法现状 /284

二、立法缺陷 /285

三、立法完善 /289

第四节 协议管辖制度在中国的构建 /291

一、立法现状 /291

二、立法缺陷 /292

三、立法完善 /297

本章小结 /301

结语 /303

参考文献 /306

后记 /328

导 论

传统上,有两种解决法律冲突的方法:统一化(uniformization)和协调化(harmonization)。〔1〕前者旨在实现各国国内法律规则的统一而彻底地消除冲突,后者则无意于彻底地消除冲突。统一化对于法律冲突的解决是最为理想和终极的目标。然而,不能忽视我们所处的国际社会的现状:由超过两百个国家组成,基本上仍处于一种“无政府状态”,没有任何绝对凌驾于国家之上的机构和组织,有关统一只能靠各国的自觉自愿。因此,就现状来看,完全彻底统一化的追求并非可行,进行更多的协调则可能是更加现实之举,至少对于某些领域的法律冲突来说尤应如此。

〔1〕 JUENGER, FRIEDRICH K. Choice of Law and Multistate Justice-special edition [M]. New York: Transnational Publishers, 2005. liv.

第一节 拒绝管辖:问题之源起

拒绝管辖问题源于当前国际民事诉讼管辖权立法的现状及特点。在现阶段,有关国际民事诉讼管辖权的立法更多地体现为国内立法。由于国际民事诉讼管辖权体现了一国的司法主权,各国往往从国家主权和国家利益的角度看待这一问题。国际民事诉讼管辖权的国内立法表现出自主性、分散性和扩张性的特点,并不可避免地导致了各国对于国际民事诉讼管辖权的激烈争夺。因此,在国际民事诉讼管辖权领域,法律冲突表现得尤为明显。改善这一局面的途径有两种:一是国际立法的统一化方式,二是拒绝管辖的协调化方式。就前者而言,出于各种原因,现有的统一化努力举步维艰,收效甚微,不能满足国际民商事交往的实际需要。因此,目前来看,更加现实和可行的途径是各国在国际民事诉讼管辖权领域主动地、单方面地自我克制和协调,建立和完善自身的拒绝管辖制度。^[1]

一、国内立法的特点与后果

(一)特点

就目前来看,有关国际民事诉讼管辖权的立法更多地体现在各国的国内立法中。综观各国相关国内立法的形式及内容,其表现出自主性、分散性和扩张性的特点。

1. 自主性

虽然国际民事诉讼管辖权所调整的法律关系已超出了一国的主权范围,涉及不同国家,但由于目前存在的国际限制较少,对国际民事诉

[1] 当然这并不意味着完全放弃统一化的努力,统一化仍然是一个更加长远和根本的目标。在现阶段,在可能的情形下仍然要进行统一化的努力。同时,各国建立和完善各自的拒绝管辖制度也将为最终的统一化创造更加有利的条件。

讼管辖权的界定主要仍属一国主权范围之内的事。因此,各国通常根据各自的历史传统、司法传统甚至偏好制定国际民事诉讼管辖权规则,立法存在较大的自主性。

早在1927年著名的“荷花号”案中,法院的判决就阐明了这一自主性。法院说到“国际法非但没有一般性禁止各国将其法律和法院的管辖权扩大适用于在其境外的人、财产和行为,反而在这方面给各国留下宽阔的选择余地。这种选择权力只在某些情形下受到一些限制性规则的限制,但在其他情形下,各国在采用其认为最好和最合适的原则方面却是自由的。”^[1]因此,除了某些国际法的限制性规则外,国际民事诉讼管辖权的国内立法存在广阔的选择余地,各国可以自由地采用其认为是最好和最合适的原则,哪怕事实上并非如此,甚至是非常糟糕的规则。

如今,距离“荷花号”案件的判决已近一个世纪,但各国对于管辖权的自由规定的状况却没有太大的改观。有关国际民事诉讼管辖权的国际立法的成果并不显著,没有形成普遍的限制性规则和统一的评价标准,各国的立法仍然拥有很大的自主性。

2. 分散性

国际民事诉讼管辖权立法的自主性必然导致分散性,即涉及不同国家的法律关系的管辖权却由各个国家单独、分散规定。除此之外,不同国家立法模式、立法内容的不同也更加体现了这一分散性。

由于相异的立法传统及对国际私法的不同认识,各国国际私法的立法模式有所不同。相应地,各国国际民事诉讼管辖权的立法也体现出不同的形式。在拥有专门国际私法法典或法规的国家中,国际民事诉讼管辖权的立法包含于其中,如1987年的《瑞士联邦国际私法法

[1] The S. S. “Lotus” Case, 1927 P. C. I. J. (ser. A) No. 101 (Sept. 7).

规》以及 1995 年的《意大利国际私法改革法》。^{〔1〕} 在不存在专门的国际私法法典或专门的国际私法法典只包含法律适用内容的国家,国际民事诉讼管辖权主要规定在一国的民事诉讼法中。前者如《联邦德国民民事诉讼法典》、《法国民民事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》中的相关内容,后者如《日本民事诉讼法》的相关规定。^{〔2〕} 此外,在英美法系国家,由于具有判例法的传统,国际民事诉讼管辖权的法律渊源主要表现为判例法。

在立法内容上,各国也体现出不同的特点。英美法系国家区分对人诉讼和对物诉讼,以有效原则和自愿接受管辖原则作为司法管辖权的基础。而在大陆法系国家,则存在一般管辖和特殊管辖之分。同时,在大陆法系的不同国家中,国际民事诉讼管辖权的确立依据也有所不同。如拉丁体系国家主要将管辖权置于国籍原则之上,典型的如《法国民法典》第 14 条和第 15 条、《意大利民事诉讼法典》的相关规定。而日耳曼法系国家则主要以地域作为确立管辖权的标准,如德国。^{〔3〕}

3. 扩张性

立法的自主性也导致了国际民事诉讼管辖权的扩张性。一直以来,司法管辖权被认为与国家主权息息相关。由于管辖范围的确立在很大程度上基于主权的行使范围,管辖权的行使也就体现了主权的行使。主权是构成各国家的最重要的根本性的权力,主权的行使体现了各国的实力并符合国家利益。因此,各国往往从国家主权和国家利益的角度看待国际民事诉讼管辖权,在可能的范围内,极力扩张管辖权,以此来争夺本国主权所能控制的范围。

在不同法系国家的立法中,不同程度地存在国际民事诉讼管辖权

〔1〕 不过魁北克的情形稍有所不同,在 1994 年新《魁北克民法典》第十部分中包含了涉及国际民事诉讼管辖权在内的国际私法的全面规定。

〔2〕 当然,这些国家也通过判例确立了一些重要的国际民事诉讼管辖权规则。

〔3〕 李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社 2001 年版,第 195 ~ 223 页。

立法的扩张。这一扩张体现为所谓的“超管辖”(exorbitant jurisdiction)规则或“过度管辖”(excessive jurisdiction)规则。尤其在英美法系国家,这一扩张性表现得更为明显。如前所述,英美法系主要以有效原则和自愿接受管辖原则作为司法管辖权的基础。因此,英美的国家存在“瞬息管辖”(transient jurisdiction)规则和“长臂管辖”(long-arm jurisdiction)规则。根据前者,只要被告出现在法院地国域内,无论时间长短,均可通过传票的送达确立管辖权;根据后者,虽然被告存在于法院地国域外,但只要其与法院地国有最低限度的联系或法院认为自己是受理案件的法院则可行使管辖权。^[1]在大陆法系国家也存在过度管辖规则。如拉丁法系国家经常承认以原告国籍为标准确立管辖权,无论被告于法院地国内有无住所或居所、是否出现、有无关联,法院均有权管辖。而在日耳曼法系国家,一些国家滥用被告财产所在地管辖权,认为只要被告财产存在于法院地国域内,无论价值大小均构成与法院地国的充分联系,并因此产生了“牙刷管辖权”或“雨伞管辖权”。^[2]

(二)后果

在国际民事诉讼管辖权立法方面,并不存在真正的完全的“国际”立法。这些“各自为政”的国内立法现状从根本上与国际民事法律关系的国际性特点和要求相背离。其后果就是在实践中导致管辖权的矛盾和冲突,并最终损害国际民事案件中当事人的利益。

国际民事案件的国际性体现为法律关系超越了一国的范围,与至少一个以上的国家有联系。当各国依照其各自的法律传统确定管辖依据、制定管辖权规范时,就会潜在地造成管辖权的积极冲突,即对一个

[1] 徐崇利:“被告财产所在地涉外民事管辖规则的适用问题探讨”,载《法律科学》2000年第4期。

[2] 同上。

案件可能会有不同的国家同时具有管辖权。^{〔1〕}而当各国竞相扩张管辖权时,这种冲突的可能性就更大。

当管辖权的扩张得不到有效遏制的时候,一国管辖权的扩张易受到他国的模仿,进而导致竞相扩张管辖权的恶性循环,造成管辖权行使的混乱。这不仅会破坏国际民事交往秩序,而且会从根本上侵害国际民事交往主体的利益。因为国际民事案件的管辖权虽然体现了一国主权,但其行使对象却是国际民事法律关系。这一法律关系的主体是国际民事交往活动中的私人主体,内容是私人主体相互间的权利与义务,因此,管辖权的最终行使结果仍要由私人主体来承担。例如,国际民事诉讼管辖权的潜在冲突可以使原告获得“挑选法院”的机会。如果原告出于不合法的动机在多个国家提起诉讼,使被告被迫参加重复诉讼,不仅会造成诉讼成本的巨大负担而且还导致国际民事法律关系不稳定。此外,即使实践中没有产生管辖权的实际冲突,超常管辖或过度管辖也可能会让被告在一个与案件没有实际联系的国家接受审判,使之承受高额的诉讼成本,面对陌生的法律制度,面临可能对其不公的审判结果。因此,管辖权的冲突与扩张最终损害的是私人利益。

二、国际公约:统一化的解决方式^{〔2〕}

要想从根本上解决国际民事诉讼管辖权的矛盾和冲突,应当从国际层面着手,进行国际协调,制定真正的“国际”民事管辖权规范。然而,由于当前国际社会的“无政府状态”和各国在这一问题上的巨大分歧和矛盾,进行多边协调颇有难度。

〔1〕当然,也会产生一个案件没有任何国家对其有管辖权的消极冲突的情形,但这一现象在实践中出现较少,且也较易解决,因此,本书主要围绕国际民事诉讼管辖权的积极冲突。

〔2〕除了多边国际公约之外,国际协调的方式还包括双边国际条约,就目前来看各国双边国际条约的数量远远超过多边国际公约。但有关国际民事诉讼管辖权的规定主要体现在双边司法协助协定中,且主要是在外国判决承认与执行的部分以间接管辖权的方式出现,因此,在此处只以多边国际公约为例进行讨论。

(一) 现有的国际公约及特点

从 20 世纪上半叶开始,国际上就着手对国际民事诉讼管辖权进行统一化的努力,但目前有关国际公约的数量并不多。主要的公约包括:1940 年蒙得维的亚《国际民事诉讼程序法公约》、1952 年布鲁塞尔《关于碰撞中民事管辖权若干规则的国际公约》(以下简称《关于碰撞的国际公约》)、1954 年海牙《民事诉讼程序公约》、1958 年海牙《国际有体动产买卖协议管辖权公约》、1965 年海牙《协议选择法院公约》、1968 年布鲁塞尔《关于民商事案件管辖权及判决执行公约》(以下简称《布鲁塞尔公约》)^[1]及与之相似的 1988 年卢加诺《民商事管辖权和判决执行公约》(以下简称《卢加诺公约》)、1977 年《统一船舶碰撞中有关民事管辖权、法律选择、判决的承认和执行方面若干规则的公约》(以下简称《统一船舶碰撞公约》)、2005 年海牙《协议选择法院公约》等。

从现有的这些公约来看,统一化的成果不甚理想。首先,公约的调整事项有限,如 1952 年《关于碰撞的国际公约》和 1977 年《统一船舶碰撞公约》只调整碰撞中的民事管辖权,1965 年海牙《协议选择法院公约》和 2005 年海牙《协议选择法院公约》只涉及协议管辖的内容。其次,公约的适用范围有限,如 1968 年的《布鲁塞尔公约》只适用于欧盟境内。最后,公约的效力有限,以上的公约中,生效的只有 1952 年的《关于碰撞的国际公约》和 1968 年的《布鲁塞尔公约》。当然,2005 年的《协议选择法院公约》有望在不久的将来生效。^[2]因此,综观这些公约,目前真正有关国际民事诉讼管辖权的综合性的已生效的公约只有已被《布鲁塞尔规则》取代的《布鲁塞尔公约》,但它还只是一个区域性公约并非全球性公约。即使不久的将来真正的全球性的《协议选择法院公约》生效了,它也只是涉及排他性的协议管辖,而非对国际民事诉

[1] 现《布鲁塞尔公约》已根据欧盟的相关规定被 2001 年第 44 号的《关于民商事管辖权和判决承认与执行的规则》(以下简称《布鲁塞尔规则》)所替代。

[2] 该公约规定的生效条件是两个国家的批准加入,至 2008 年 5 月,已有墨西哥一国加入。

讼管辖权的综合调整。

(二)统一化之难点分析——以海牙《民商事管辖权和外国判决公约》(草案)的失败为例

迄今为止,仍未有一部真正全球性的国际民事诉讼管辖权的综合性公约。20世纪90年代,美国提议缔结一项全球性的有关民商事管辖权和外国判决的公约,这一提议得到了海牙国际私法会议的响应。从1997年开始,海牙国际私法会议召开了几次特委会会议,并组织起草了《民商事管辖权和外国判决公约》(草案)(以下简称《管辖权公约(草案)》)。但由于各国间尤其是美欧存在的巨大矛盾和利益冲突,草案“流产”,经过多方努力,最终产生了一个“小”协议——2005年的海牙《协议选择法院公约》。^[1]

至此,制订真正全球性的关于管辖权的综合性公约的计划完全失败。这一失败表明目前对国际民事诉讼管辖权进行全面的全球性统一的时机尚未成熟,存在诸多难点。

1. 两大法系的管辖权基础存在实质性差异

正如上文所提到的,两大法系的管辖权基础和行使方式存在实质性差异。在大陆法系,被告所在地(自然人或法人的住所或居所)是首要的一般管辖基础;而在英美法系,被告在法院地国的“存在”(presence)和送达才是首要的和充分的管辖理由。^[2]在管辖权的行使方式上,两大法系也沿袭一直以来的司法传统,大陆法系严格按照法律的规定行使管辖权规则,而英美法系在管辖权的行使上具有较大的自由裁量权。这一矛盾体现在《管辖权公约(草案)》中则是代表两大法

[1] 该公约的起草和讨论过程可以参见胡斌、孙昂:“海牙‘国际民商事管辖权和判决的承认与执行’特委会1998年会议情况”,载《中国国际私法与比较法年刊》(第2卷),法律出版社1999年版,第520~536页;胡斌、田妮:“十字路口的海牙管辖权公约——海牙《民商事管辖权和外国判决公约》谈判情况介绍”,载《中国国际私法与比较法年刊》(第5卷),法律出版社2002年版,第541~562页。

[2] MANN, F. A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law [A]. Recueil des Cours 111 (1964) [C]. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1964. 76-77.

律传统的美国和欧盟间相互对立的主张和立场。例如,美国一直主张将其国内法院依据被告经济活动建立管辖权的做法写入公约的白色清单或者灰色区域,而欧洲国家却坚决反对,要求明确予以禁止。因此,是否保留美国“经济活动管辖权”的争议成为公约谈判的核心矛盾,贯穿始终。^[1] 另外,如何划分禁止管辖权与授予管辖权、不方便法院原则的引入等涉及管辖权基础和行使方式的问题也都成为实质性争议,难以达成一致。

2. 各国实体法的巨大差异也影响到管辖权规则的内容

国际民事诉讼管辖权的确立不仅要考虑到国家主权的因素,而且还要考虑到各管辖权所涉及的法律关系本身的内容和特点。除了一般管辖规则之外,国际民事诉讼管辖制度还包括针对合同、侵权等具体法律关系的特殊管辖规则、协议管辖规则和专属管辖规则等。因此,管辖权规则还涉及大量实体法领域的问题。在《管辖权公约(草案)》的制定过程中,除了一般管辖基础的矛盾外,各国还在分支机构管辖权、知识产权的专属管辖、消费者和受雇者保护性管辖等方面存在争议,这些争议主要源于各国有关公司、知识产权、消费者和受雇者的法律规定和司法实践的差异和冲突。

3. 管辖权冲突的更深层次原因是经济利益的冲突

法律冲突的本质是利益的冲突,在多数情况下,这些冲突的利益表现为经济利益。管辖权的冲突也不例外,其冲突的更深层次的原因是经济利益的冲突。在《管辖权公约(草案)》的讨论过程中,美国和欧盟对于管辖权规则的不同立场实际上由各自不同的经济利益所决定。例如,美国主张“经济活动管辖权”的更深层次的原因是企图凭借本国占据世界经济活动中心的地位,无限扩张涉外诉讼的管辖权。再如,对消费者保护

[1] 胡斌、田妮:“十字路口的海牙管辖权公约——海牙《民商事管辖权和外国判决公约》谈判情况介绍”,载《中国国际私法与比较法年刊》(第5卷),法律出版社2002年版,第548页。