



我国内地适用禁诉令制度探析

彭 奕

摘 要: 尽管禁诉令一直被指责间接干涉了他国管辖权,并被欧盟法院禁止适用于欧盟成员国内部,但却不失为对抗国际平行诉讼的最有效的方法,尤其在现有的国际民商事诉讼环境下。在解放思想的基础上,将禁诉令引入中国法,不仅没有障碍,而且会完善中国国际民商事诉讼法体系。这一引进,应以解决涉港平行诉讼为起点,逐步推进。

关键词: 禁诉命令;不方便法院;平行诉讼

一、禁诉令概述:以功能为中心

禁诉令(Anti-suit Injunction)是一项古老的衡平法救济,最初由大法官庭用于阻止当事人向普通法院兴讼,19世纪时被援用于阻止当事人向外国法院兴讼。如今,与非方便法院原则一起,成为英美法系国家处理国际平行诉讼的两大利器^①。一般认为,它是法院对拥有管辖权的当事人签发的,限制该当事人作为原告在外国法院兴讼的命令^②。笔者试图从衡平法、比较法和国际民事诉讼法三个维度探析禁诉令的独特功能。

(一) 衡平法体系下的禁诉令

按英美法的体系,禁诉令属于衡平法上的禁令(Injunction)。禁令源于14和15世纪,形成于18和19世纪,是大法官庭依据良知正义和罗马自然法发展起来的、增强和辅助普通法的衡平法的重要救济方法之一。它借鉴了罗马法的禁令制度(Interdict),以严厉的惩罚为后盾,禁止被告从事一些违背衡平规则、并将给原告造成不可挽回之损失的行为^③。相比于普通法救济,禁令具有以下功能优势:(1)普通法不能实施审判结束前的救济,禁令可以;(2)普通法不能消除潜在的危险,禁令可以;(3)普通法不能针对将来的救济,禁令可以;(4)由于违反禁令构成藐视法庭罪,禁令具有更大的强制力^④。

禁诉令与玛瑞瓦禁令(Mareva Injunction)和安东·皮勒禁令(Anton Pillar Injunction)一样,都是采用先发制人的策略(Pre-emptive),防止威胁行为或危险结果的发生,属于预防禁令。相区别的是,后两者属于中间禁令(Interlocutory Injunction),带有临时救济措施的性质;禁诉令本质上则是终局禁令(Final Injunction)^⑤,具有最终的法律约束力^⑥。这不仅决

① Airbus v. Patel, [1999] 1 A. C. 119, 132-33 (H. L. 1999).

② National Mutual Holdings Pty Ltd. v. Sentry Corp., (1998) 877 ALR 539.

③ Andrew Muscato, The Preliminary Injunction in Business Litigation, 3 NYU Journal of Law and Business 652-54 (2007).

④ 杜 颖:《英美法律的禁令制度》,载《广东行政学院学报》2003年第3期,第49页。

⑤ 禁诉令通常是终局禁令,但也有可能是中间禁令,See Starlight Shipping Co v. Tai Ping Insurance Co Ltd. (2008) 1 Lloyd's Rep. 230。禁诉令的申请人可以请求临时禁诉令,直到法院审理最终的禁诉令申请时为止不介入冲突,参见欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,北京大学出版社2007年,第61页。

⑥ 杨良宜、杨大明:《禁令》,中国政法大学出版社2000年,第628~29页。

定了禁诉令与中间禁令在诸多程序法方面的区别,如申请人承担更严格的举证责任^①,更表明禁诉令是一个相对独立的程序,不像中间禁令一样,附属于主体程序^②。事实上,尽管大部分禁诉令案件中都涉及一个未决实体诉讼,但这并不是必要前提条件^③。据此,在英美法中,禁诉令是一个旨在预防当事人在外国启动或推进不当诉讼活动的独立于实体诉讼程序的特别诉因和特别程序。

(二) 比较法语境下的禁诉令

禁诉令虽为英美法系国家广泛采用,但对于大陆法系国家,几乎一无所知^④,尽管有应用之偶例^⑤。因此,基于比较法的功能性原则,我们所关注的不是“各国有没有禁诉令规定”,而是“各国如何预防当事人在外国启动或推进不当诉讼活动”。与禁诉令相提并论的救济应以预防为目的,并以外国诉讼活动为对象,从而区别于下文将提及的对抗择地行诉和平行诉讼的其他措施。

德国法提供了一个合适的样本即三则相关案例。在这三则案例中^⑥,一则以临时措施的方式限制当事人在外国举证;一则未禁止当事人的外国诉讼活动,仅判决当事人对不合理的外国诉讼承担赔偿责任;一则命令当事人不得继续外国诉讼活动。因此,第三则最为贴题。该案中,德国最高法院认为当事人在外国提起离婚诉讼,规避了德国离婚法并违反了善良风俗,构成《德国民法典》第826条下的侵权,因此命令当事人停止外国诉讼活动,并承担赔偿责任。可见,在德国法下,阻止外国诉讼活动并非通过特别诉因和特别程序直接实现,而是依托于传统实体法诉因(侵权或违约)和普通诉讼程序,并通过传统实体法救济(停止侵害或实际履行)的判决间接实现。究其原因,一方面是德国程序法的强制和德国法官衡平权的缺乏所致^⑦,另一方面则是实际履行在德国法中远比英美法充分。换言之,如果英美普通法不排斥实际履行,恐怕也难以催生禁令这样的衡平法救济。

在禁诉功能上,德国法不如英美法。首先,就诉因而言,外国不当诉讼是否构成侵权或违约存在不确定性。随着诚信原则从实体法向程序法的延伸,德国等大陆法系国家的确强化了对所谓恶意诉讼的规制,但以程序法救济为主,实体法救济为辅,而实体法救济基本依赖于对侵权一般条款的适用^⑧,且在侵权的构成认定上存在较大争议^⑨。其次,就诉讼程序而言,普通诉讼程序与禁诉令特别程序或略式程序相比,不能给当事人带来便捷和高效的救济。虽然这一缺陷可以通过临时措施加以弥补,但毕竟受制于实体法诉因的成立。最后,自由裁量权的缺乏,使得德国法难以像英美禁诉令一样,在对抗择地行诉和平行诉讼中发挥如此重要和广泛的作用。或许正因为如此,德国法上的案例才如此稀缺。

(三) 国际民事诉讼法框架下的禁诉令

在国际民事诉讼法的框架下,为了对抗原告择地行诉和平行诉讼,被告还可以采取以下措施:(1)向受诉法院提出管辖权异议;(2)向其他法院提出反诉;(3)向其他法院提出消极宣告(Negative Declaration)之诉;(4)向其他法院提出损害赔偿之诉;(5)向其他法院申请不承认与执行外国判决^⑩。

方法一是最直接和最正统的方式,但因诉讼时间、诉讼成本和诉讼风险的种种考虑,被告并不乐意使用^⑪;方法二取决于被告反诉权利的成立,以解决实体纠纷为对象,仅对抗原告的实体权利,不能直接

① 杨良宜、杨大明:《禁令》,第629~30页。

② Polyplastics, Inc. v. Transconex, Inc., 713 F. 2d at 878.

③ Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon, 1987 App. Cas. 45, 60; South Carolina Ins. Co. v. Assurantie N. V., 1987 App. Cas. 24, 45. 对此,美国法院有不同观点,参见欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,第98~101页。

④ Markus Lenenbach. *Antisuit Injunction in England, Germany and the United States: Their Treatment Under European Civil Procedure and the Hague Convention*, 20 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J. 259(1998).

⑤ 法国最高法院在 Banque Worms v. Epoux Brachot 案中签发了保障其破产程序的禁诉令,参见欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,第110~111页。

⑥ Markus Lenenbach. *Antisuit Injunction in England, Germany and the United States: Their Treatment Under European Civil Procedure and the Hague Convention*, pp. 273~75.

⑦ Markus Lenenbach. *Antisuit Injunction in England, Germany and the United States: Their Treatment Under European Civil Procedure and the Hague Convention*, pp. 272~73.

⑧ 方丽冬:《浅析恶意诉讼侵权行为及其规制》,载 <http://gxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=47256>, 2012-05-05.

⑨ 欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,第170页。

⑩ 杨良宜、杨大明:《禁令》,第603~17页;欧福永:《国际民事诉讼中的禁诉令》,第3~5页,第67~69页。

⑪ Andrew Bell. *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*. Oxford: University Press, 2003, p. 170.

阻止外国诉讼；方法三受制于传统的诉权理论^①，未被普遍接受，作用与方法二相同；方法四，上文已有述及^②，且如不结合以行为强制，纯为事后救济。方法五如不采用提前宣告的方式，纯为事后救济，并产生复杂的判决承认和执行问题^③。据此，禁诉令是被告最乐意使用的对抗原告择地行诉和平行诉讼的最有效的方式。

二、禁诉令的适用：危机与启示

禁诉令是一项充满争议的制度，常常被贴上“司法沙文主义”的标签而遭人诟病。直白地讲，禁诉令允许当事人在受诉法院国以外的国家提出管辖权异议，存在侵犯受诉法院国司法主权的极大嫌疑。为了防止对“禁诉令”的误解，英美法官一再重申禁诉令只针对当事人，而不指向任何外国法院，因此并非向国外扩张审判权^④；并在适用中践行谨慎的司法政策，在内国司法利益和国际礼让原则进行努力权衡^⑤。尽管如此，禁诉令对外国法院管辖权的间接干涉是不争的事实，从而最终引发了欧盟法院的非难。

2004年，欧盟法院在Turner案^⑥中裁决禁诉令与布鲁塞尔体制相矛盾；2009年，又在West Tankers案^⑦中明确裁决缔约国法院不得以另一国法院进行的诉讼违反仲裁协议为由签发禁诉令。欧盟法院的立场和理由是延续一致的，即尽管禁诉令旨在防止被告在国外滥用诉讼程序，但仍然违反了布鲁塞尔公约的互信原则和禁止一国法院审查其他缔约国法院管辖权原则。有趣的是，West Tankers案裁决一出，并没有受到欧盟其他成员国的追捧。这在一定程度上说明了禁诉令存在的价值。

欧盟法院裁决并不意味着禁诉令的终结，只是限制了禁诉令在欧盟内部的适用。或者说，欧盟法院裁决反而为禁诉令在欧盟外的适用提供了理由。禁诉令为什么得以在英国产生？英国为什么不惜背着干涉他国管辖权的恶名主动承揽处理他国管辖权异议的活？除了法律技术和国家利益的考虑外，一个很重要的原因就是对自身司法的自信和对他国司法的不信任，而背后则是英国发达的法律文明。虽然，现代民事诉讼法已提出“反沙文主义”，推行国际礼让谋求国际协调^⑧，主张世界各国在进行国际民商事管辖权的立法和司法活动时，都应该考虑到其他国家的有关立法和司法实践，应该考虑到国际社会在这一领域的一般做法，从而达到尽量避免和消除国际民商事管辖权冲突的目的。在这种现实条件下，一味扩大管辖权或一味自限管辖权，都非明智之举。或许，欧盟各国之间已经形成了互信，但这种互信远未在国际社会形成。在不违反国际义务的前提下，在合理权衡国际礼让原则的基础上，以禁诉令保障当事人的合法权益及国家的公共利益，是现实的需要。如运用适当，非但不会加剧国际民商事管辖权的冲突，反而会带动国际诉讼法走向一个良性有序的未来。

三、禁诉令与中国法：契合或排斥

作为姊妹制度，不方便法院原则为中国学者高度关注，并已在司法实践中显山露水^⑨；而禁诉令却不被待见，虽已获得学者的一定支持^⑩，但在司法实践中悄无声息。如果说，不方便法院原则引入包括我国在内的大陆法系，面临不得拒绝司法的宪法障碍^⑪，那么禁诉令的引入，应顺畅得多。障碍更多地来自于观念上的冲突。首先，禁诉令与中国一贯奉行的国际礼让理念不符。不方便原则旨在自限管辖，

①牛建国、彭传雨：《略论消极确认之诉》，载 http://blog.tianya.cn/blogger/post_read.asp?BlogID=2989724&PostID=29321740, 2012-05-05。

②关于英美法以违约为诉因的实践，See Daniel Tan, Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation, 40 Texas International Law Journal 623 (2005)。

③Peter Gross：《英国法院的禁诉令与仲裁》，载 <http://qdhs.chinacourt.org/public/detail.php?id=320>, 2012年5月5日访问。

④Turner v. Grovit, [2002] 1 WLR 107, 177。

⑤Airbus v. Patel, p. 133。

⑥C-159/02, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49081&pageIndex=0&doclang=EN&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=371067>。

⑦C-185/07, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=66648&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&cid=372197>。

⑧李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社2001年，第195～98页。

⑨彭奕：《涉港民商事管辖权冲突问题研究》，中国方正出版社2008年，第105页以下。

⑩彭奕：《涉港民商事管辖权冲突问题研究》，第165～66页。

⑪Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, 1995, pp. 28～9.

与之相符,故得以崭露头角。殊不知,禁诉令并非对国际礼让的违反,相反以充分尊重国际礼让为重要限制。其次,禁诉令与中国司法环境现状不符。禁诉令的适用以法官自由裁量权为中心,而基于中国司法环境现状,法官自由裁量权是一个令人忌讳的话题。这也决定了不方便法院原则为什么不能登堂入室。事实上,法官自由裁量权不可避免,关键是如何适当地限制,这也是英美法官和学者在讨论禁诉令时的焦点^①。

我们欣喜地看到,禁诉令契合了中国法制正在发生的某些变化。第一,禁诉令的适用是法官运用衡平权利,保障当事人合法权益和国家公共利益的一种积极行为,突破了司法的被动性和克制性,而这正符合中国当下的司法能动主义。第二,恶意诉讼和滥用诉讼的法律规制已经引起高度重视。在程序法方面,新近提交十一届全国人大常委会第二十六次会议讨论的《民事诉讼法修正案草案》明确规定“当事人行使权利应当遵循诚信信用原则”。在实体法方面,中国社科院法学研究所起草的民法典草案建议稿第1582条和中国人民大学民商事法律科学研究中心起草的民法典草案建议稿第1863条都专门规定了恶意诉讼侵权责任;2010年7月1日施行的《侵权责任法》虽然没有关于恶意诉讼侵权责任的特别条款,但并不排除通过一般条款引入恶意诉讼侵权责任的可能性。第三,禁令制度在中国逐渐确立。2000年7月1日施行的《海事特别诉讼程序法》引入海事强制令制度,其特征与禁诉令制度基本一致,都属于一种不同于财产保全和先于执行的特别程序;加入世界贸易组织后,《专利法》、《著作权法》、《商标法》和《著作权法》修订中增加了诉前禁令;《民事诉讼法修正案草案》更是正式确立了行为保全制度。这些变化虽然没有直接接触禁诉令,但都与其具有千丝万缕的联系,在体系中构成连理,培育了禁诉令生成的土壤。应该说,在解放思想的基础上,禁诉令引入中国,既符合正在进行的法制改革,亦能推动法制改革的前进。

四、中国法院适用禁诉令的初步方案:以涉港平行诉讼为起点

综上所述,我国引入禁诉令是可行的,纷繁复杂的国际民商事诉讼现实更增加了引入的必要性。鉴于我国司法传统和环境对禁诉令的开放程度和适应程度,这种引入不能一蹴而就,而是应分阶段、分领域实施。涉港民商事平行诉讼为之提供了一块很好的试验田。随着香港的回归,内地与香港的平行诉讼成为司法实践的重大难题。尽管内地和香港于2006年7月签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决书判决的安排》,最高人民法院亦出台了相关司法解释,但其适用范围有限,且只调整判决承认与执行,不涉及管辖权,平行诉讼问题依然存在^②。更重要的是,基于一国两制,内地与香港法院之上并无一个类似欧盟法院的上级法院行使统一的司法审查权,两地之间是否已经在相关安排的范围内形成互信,令人怀疑。之所以选择涉港,是因为香港法院秉承了英美法的传统,既本身适用禁诉令,又不排斥他国禁诉令,符合国际民事诉讼法中的对等原则。禁诉令原本是英国衡平法院针对普通法院的武器,如今用于中国的区际平行诉讼,似乎是偶然中的必然。

下面,就内地法院在涉港民商事平行诉讼中禁诉令的发布、效力和具体程序性问题提出初步方案:

(一) 禁诉令的发布

1. 发布条件。内地在发布禁诉令的条件上,应顺应国际趋势,持保守态度并只在少数极端情况下发布。笔者认为,所谓的极端情况应该限于违背了专属管辖、排它管辖协议、仲裁协议三类。第一,属于内地的专属管辖。首先,由于专属管辖是一国司法管辖权中最为严格的底线,因此,可以在属于内地专属管辖事项范围的涉港平行诉讼问题上发布禁诉令。其次,不得不承认,内地专属管辖的范围有不合理的地方。例如,对于因在我国境内履行的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的纠纷提起的诉讼,由我国法院专属管辖的案件,就不应该属于涉港案件中发布

^① Trevor Hartley. Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation, 35 Am. J. Comp. L. 487(1998); Haig Najarian. Granting Comity Its Due: A Proposal to Revive the Comity-Based Approach to Transnational Antisuit Injunction, 68 St. John's L. Rev. 961(1994).

^② 彭奕:《涉港民商事管辖权冲突问题研究》,第218~23页。

禁诉令的范围。第二,当事人达成了排他性法院选择协议和仲裁协议。适用禁诉令制度的多数国家都将当事人之间的排他性法院选择协议和仲裁协议视为具有不向非约定法院起诉的义务,因此,在这两种情形下发布禁诉命令是没有多大争议的。

2. 法律依据。我国现行法虽未明确规定禁诉令,但有些资源可以利用,如修改后的《民事诉讼法》中的行为保全制度或是《海事诉讼特别程序法》中的海事强制令制度。但由于其都具有一定局限性,建议由最高人民法院在司法解释中规定禁诉令在涉港平行诉讼中的适用。因其适用范围的限制,笔者并不是很倾向于在立法上对之进行规定。

3. 考虑因素。在国际上,适用禁诉令的国家对于发布禁诉令的考虑因素,多是同不方便法院原则的考虑因素相一致,例如英国、加拿大,等等。因此,在我国也是如此,法官在考虑发布禁诉令时,可以参照考虑不方便法院原则的考虑因素,即:原告选择该法院起诉的理由;被告到该法院应诉是否方便;争议行为或交易的发生地位于何处;证据可否取得;适用法律的查明是否方便;可否完成对所有当事人的送达;判决可否执行;语言交流是否方便;等等。但是,区别仍然是有的,例如,在对于这些相同因素的考虑中,当事人的恶意因素更为重要,而审理的便利以及费用则在其次。

(二) 禁诉令的效力

禁诉令的效力问题涉及到三个方面:对作出发布令法院的效力、对当事人的效力和禁诉令的域外承认与执行,即禁诉令的域内效力和域外效力。

1. 禁诉令的域内效力。首先,一项有效的禁诉令发布后,对于法院来说即是一项生效的裁决,按照诉讼法律程序开始送达、执行以及当事人违背命令的制裁等步骤进行。其次,对于当事人来说,受禁诉令发布法院管辖的当事人负有遵守命令为或不为的义务,如果当事人不理睬禁诉令而继续其在外国的诉讼,应该受到相应的制裁。在普通法系国家,不遵守法院裁决一般被视为藐视法庭。我国民事诉讼法中目前没有藐视法庭的相关规定。但由民法学者江伟教授等起草的《民事诉讼法》(修订草案)中,增加了关于藐视法庭条款。另外,如果当事人的财产位于内地,则禁诉令的效力是很容易得到实施的。

2. 禁诉令的域外效力。香港法院承认禁诉令制度,因此,对于内地合法合理的禁诉命令是存在承认执行可能性的。当然,内地法院拥有对于案件标的的实际控制权是对禁诉令域外效力实现的保障。

(三) 内地法院适用禁诉令制度的程序法事项

1. 程序启动的主体。该问题主要涉及,禁诉令发布程序的启动必须由当事人提出还是也可以由法官主动发布。适用禁诉令制度的国家一般都要求由当事人提出禁诉令的发布申请,法官不能主动考虑发布禁诉令。这主要是因为,禁诉令的功能主要在于对私权公正及案件的顺利、及时审理。发布禁诉令是一种公权,所以有学者认为,发布禁诉令不合理,就是因为其是公权对于私权的干涉。但是,笔者认为,如果理由正当,在私权需要得到保护时,公权对于私权的干涉是合法的,但是,干涉不应该被任意扩大,应该被限定在一个较小的范围内。因此,内地发布禁诉令的程序最好规定由当事人提出申请。

2. 提起的方式。如上所述,禁诉令依一个单独的诉因提起,而德国法必须依赖于实体法上的诉因。我国对于禁诉令提起的方式,可以考虑结合这两种方式。尤其是若以后将禁诉令运用到大陆法系国家时,笔者更倾向于德国式的提出方式,因为这会涉及到在外国的承认执行问题。禁诉令一般是不会被外国所承认执行的,因为《布鲁塞尔公约》和1971年《外国国民商事判决的承认与执行公约》中均认为,判决是缔约国法院作出的全部裁决,无论其名称如何。但这些判决都是基于当事人之间的权利义务关系作出的判决,所以禁诉令不在此列。另外,在德国等大陆法系国家,他们认为民事赔偿的范围应该仅仅包括实际损失。因此,惩罚性赔偿判决不在民商事判决承认执行之列。当禁诉令的提出转化到诉讼请求后,实体判决是可以得到域外国家承认执行的,事实上是间接的承认执行了禁诉令。

3. 提出申请的时间。与管辖异议不一样,禁诉令的提出并不是对于接受申请法院的关于管辖事项的抗辩,因此提出时间并不受《民事诉讼法》第38条规定的约束,即必须在在提交答辩状期间提出,而且只能是向一审法院提出。从理论上讲,禁诉命令可以在诉讼过程结束前的任何阶段提出,但是,从实践来看,申请时间的过早或过晚都会导致申请的失败。例如,在 *Pan American World Airway v.*

Andrew案中^①,法院就认为申请时间过早,应该在美国的平行诉讼已经开始后;再如,在 Toepfer International GmbH v. Molino Boschi Srl 案中^②,由于申请太晚,外国的诉讼程序已经进行了很久,申请也很容易失败。因此,申请时间并没有一个硬性的限制,但在个案中应该注意技巧。

4. 举证责任。从适用禁诉令制度的国家的实践来看,举证责任应归于申请提出人,举证范围主要包括:外国诉讼的压抑性和纠缠性;对当事人及证人的财力、人力的额外负担;当事人负有不向外国法院起诉的义务,等等。

5. 裁决方式。笔者认为,禁诉令在性质上属于具有法律效力的法院裁判,因此,内地法院对于禁诉令的发布决定应该以裁定或判决的形式作处。具体而言,可以参照中止诉讼程序的裁决方式^③,即以裁定的方式作出。

五、结语:更深远的意义

即使我们目前将禁诉令的引入保守的限定在涉港平行诉讼中,仍有许多问题留待探讨和明确,例如,禁诉令的送达问题、外国禁诉令的承认执行及对抗、是否可以针对外国禁诉令发布反禁诉令、发布禁诉令时如何体现对等原则,等等。

我们在理论和司法实务中往往引入一项法律制度,其价值远非单单集中在这项制度本身,而应该将其放入他所隶属的某个法律部门或体系。禁诉令制度归属于国际私法。2011年4月1日,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《适用法》)正式施行。从体例上看,《适用法》并未将程序部分纳入,割裂了国际私法案件审理的完整性,落后于国际社会国际私法立法的法典化浪潮,价值大打折扣。2008年4月生效的《民事诉讼法修正案》也未涉及到国际民事诉讼篇的修改。目前,我国涉外民事诉讼管辖权存在过度管辖和相关管辖制度缺失两个极端。因此,法官在涉外案件审判中,可在说理充分的前提下,大胆运用自由裁量权作出裁判,先于立法形成指导性案例,推动司法解释和立法的跟进。

禁诉令的引入能以微观的贡献从宏观上扩大我国法律体系的外延和增进我国法律运用行使的内涵。所谓扩大我国法律体系的外延是指,在不断移植、采纳和解读两大法系的先进制度时,我国法律体系从立法上或司法上得到了扩张和准备。在金融危机等情势来袭下,法院能合法或合乎司法先例的以公权利干涉和保护我国国家和国民的经济利益。所谓增进法律运用行使的内涵则包含两个方面。一是法官层面。禁诉令作为普通法系的一项复杂制度,其运用发布在很大程度上依赖高素质法官自由裁量权的良好行使。我国法官不断在比较法的历练中考量禁诉令的发布与否,能够增进其综合素质,在法律运行环节带动法律的制定并弥补立法不足。二是当事人和律师层面。当事人和法律执业者在官方影响和促进下,被动或能动的研究相关法律制度,以至在区际和涉外平行诉讼中,能以私权利和法律技能利用、对抗诸如禁诉令等诉讼过程中的法律制度,保护自己的利益最大化。我想,这些才是禁诉令等法律制度引入和移植到我国的终极目的。

■ 作者简介:彭奕,南京大学法学院博士后,南京工业大学法学院副教授;江苏南京 210000。

■ 基金项目:江苏省教育厅高校哲社基金项目(09SJB820014)

■ 责任编辑:车英

①1992 S. L. T. 268.

②[1996] 1 Lloyd's Rep. 510.

③我国《民事诉讼法》第141条规定,法院可以对于不予受理、对管辖权异议、驳回起诉、中止诉讼、终结诉讼这五种情形作出裁定。