

■ 国际法

述评《国际私法示范法》中的不方便法院条款

徐 伟 功

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430074)

[作者简介] 徐伟功(1970-), 男, 江苏镇江人, 中南财经政法大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事国际私法研究。

[摘 要] 不方便法院原则是具有广泛自由裁量性质的一项原则, 起源于苏格兰, 在 20 世纪中后期, 逐渐被绝大部分的普通法国家所采纳, 形成了美国、英国、澳大利亚等模式。中国国际私法学会制定的民间法典——《中华人民共和国国际私法示范法》, 吸取英美国家的实践, 在第五十一条中规定了不方便法院原则。总的来说, 《示范法》的规定符合中国的实践情况, 但该条款也有值得商榷的地方。

[关键词] 不方便法院原则; 《中华人民共和国国际私法示范法》; 剖析

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)03-0392-06

《中华人民共和国国际私法示范法》(以下简称《示范法》)第五十一条规定:“对本法规定中华人民共和国法院享有管辖权的诉讼, 如中华人民共和国法院认为实际行使管辖权对当事人及案件的审理均极不方便, 且有其他法院对该诉讼的审理更为方便时, 经被告申请, 可以决定不行使管辖权。”这条就是关于不方便法院原则的规定。不方便法院原则是英美普通法国家拒绝管辖权的一项基本原则。如果法院正确地适用不方便法院原则, 则能够确保案件审理的公正性, 维护当事人的正当权益, 有利于解决国际民事管辖权的积极冲突。我国目前在国家立法中并没有规定不方便法院原则, 为了能够使法院在审理涉外民事案件中正确、合理地适用不方便法院原则, 我们有必要对其进行深入研究, 剖析《示范法》中的规定, 寻找适合我国的不方便法院原则。

一、不方便法院原则概述

不方便法院原则是具有广泛自由裁量性质的一项原则, 即法院在处理民商事案件时, 尽管其本身对案件具有管辖权, 也是正确的审判地点, 但如果法院发现其是审理案件的不适当法院或在外国有审理案件的适当法院, 法院有权使用自由裁量权拒绝行使管辖权^[1] (P. 10)。

不方便法院原则于 19 世纪首先出现在苏格兰^[2] (P. 908-909), 最初被贴上了不管辖法院的标签。到了 19 世纪中期, 苏格兰法院才使用不方便法院这一术语。在 20 世纪中后期, 苏格兰的不方便法院原则逐渐被绝大部分的普通法国家所采纳。各国根据本国的实际情况发展了不同的不方便法院原则, 形成了各自的特点。综观各国的实践, 我们大体上可以把不方便法院原则分为三种模式: 美国模式、英国模式和澳大利亚模式。

美国模式又称为“最适当法院”模式, 是指美国最高法院在 1947 年的 *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* 案和 1981 年的 *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 案所建立灵活的不方便法院原则的标准和分析方法。其基本分

析方法为两步骤的分析方法,首先分析是否存在一个适当的替代法院,接着平衡所有相关的私人利益因素和公共利益因素。法院只有在平衡了这两个方面的因素后,才能决定是否批准不方便法院的动议。一般来说,私人利益方面的因素包括:(1)获得证据资源的相对容易性;(2)强制程序对不愿意出庭作证的证人的可适用性;(3)支付愿意出庭作证的证人的相关费用;(4)如果需要观看事件发生的地点,观看事件缘起地点的可能性;(5)外国法院判决的可执行性;(6)其它所有能使案件得到快捷、简便、经济审理的实践问题。公共利益因素包括:(1)因法院日程安排拥挤而导致的法院行政困难;(2)法院处理具有地方化争议中的公共利益;(3)适用外国法的困难;(4)避免广泛的选择法院;(5)适用法院地法律的相关利益;(6)审理和地方法院没有多大联系的诉讼,法院地居民承担纳税义务以及提供陪审员义务的不合理性。美国不方便法院原则的主要观点是:在不方便法院原则的分析中,将公共利益因素放在极为重要的地位,尤其是把法院的工作负担作为不方便法院分析的一个主要因素;区别外国原告与本国原告,对外国原告的法院选择赋予较少的权重;替代法院的法律对原告不利的变化并不能阻碍法院运用不方便法院原则。美国是运用不方便法院原则最为灵活的国家,也是运用最多的国家。

英国模式又称为“更适当法院”模式,是指英国法院在1984年 *The Abidin Daver* 案和1986年的 *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* 案建立的不方便法院原则的标准和分析方法。其核心内容就是:为了所有当事人的利益以及正义的目的,如果外国替代法院是审理案件更为适当的法院,法院可以根据不方便法院为由中止诉讼。其具体的不方便法院分析方法分为两个阶段:第一阶段要求被告承担举证责任,证明外国存在一个比本国法院明显地更为适当的可适用的替代法院。如果被告不能证明,法院就会拒绝中止诉讼。这一阶段主要决定“本质法院”的问题,所谓“本质法院”就是诉讼与之有最真实和实际联系的法院;第二阶段主要涉及到实质正义的问题,由原告证明正义的因素要求案件在该国法院审理。英国模式被新西兰、加拿大、新加坡、香港等国家和地区所接受。

澳大利亚模式又称为“明显的不适当法院”模式,是指澳大利亚高等法院在1990年 *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd* 案建立的不方便法院原则的标准和分析方法。澳大利亚“明显的不适当法院”的方法,注重了诉讼在本地法院进行的有利方面与不利方面,而不对本地法院与外国法院作比较分析。因为判断诉讼与本地法院之间的联系程度比较外国法院的利益更为容易,法官能更好地评价在特殊案件中本地法院是否是明显的不适当法院。澳大利亚的方法对当事人来说也具有更多的预见性。与美国、英国相比较,澳大利亚的方法较为严格。

二、简评《示范法》中的规定

《示范法》是中国历史上第一部国际私法民间立法,它是新中国国际私法学者科研与实践的结晶,代表了中国国际私法的最高水平,其制定长达7年。1993年12月,在中国国际私法研究会深圳年会上,中国国际私法研究会(后改名为中国国际私法学会)决定起草《示范法》,并成立了起草小组。从1994年至1999年,各起草成员在起草小组会议和各年年会上,对《示范法》的结构和内容进行反复讨论与修改,前后易稿数次,最后定稿为第6稿,共五章166条,其中管辖权部分为第二章,共40条。每条条文都附有适当的说明,全部条文都译成英文,于2000年出版刊行。

韩德培教授在前言中指出:《示范法》在立法的指导思想上具有一定的超前意识,改变了传统“成熟一个制定一个”、“宁缺毋滥”的想法和做法。《示范法》一方面总结了我国已有的立法经验,另一方面大胆吸收和借鉴外国优秀的立法成果和有关国际公约中的先进规范,在一些方面进行有益的探索和尝试。《示范法》中的不方便法院原则条款就借鉴了英美国家的实践,采纳了英美普通法的不方便法院原则。

(一)《示范法》制定不方便法院原则的前方条款

不方便法院原则是管辖权领域中的一项原则,与管辖权的规定密切相关,所以我们有必要首先了解《示范法》中管辖权的规定。《示范法》管辖权的规定涵盖着四个层次的结构模型:第一层次为专属管辖。《示范法》第四十六条规定我国法院享有专属管辖权的诉讼有:因位于中华人民共和国境内的不动产纠

纷提起的诉讼;因在中华人民共和国境内的港口作业发生纠纷提起的诉讼;因法人或者其它非法人组织成立的有效性、解散、清算或者该法人与股东之间、股东与公司董事或者经理人员相互之间就公司事务提起的诉讼,而该法人或者该组织的登记注册地或者主要办事机构所在地位于中华人民共和国境内的;因在中华人民共和国境内需要履行登记手续的知识产权的有效性发生纠纷提起的诉讼;因在中华人民共和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纠纷提起的诉讼。这一条款明确无误地规定只要属于条款中所列举的专属管辖的案件,我国法院享有排他的管辖权,其它法院一般无权染指其诉讼;第二层次为协议管辖。《示范法》第四十七条规定。协议管辖的适用范围为涉外合同或者涉外财产权益纠纷,并且协议管辖是排他性的,但不得违反专属管辖的规定;第三层次为普通管辖。《示范法》采取了原告就被告住所地或惯常居所地的规则,并且规定除不得与专属管辖权相冲突,并可由当事人协议改变外,在任何案件中均可以作为法院行使管辖权的根据;第四层次就是特别管辖。《示范法》用了 25 条条文对合同、侵权、继承、婚姻等法律关系的管辖作了详细的规定。这些诉讼除可以适用普通管辖中规定被告住所地、惯常居所地原则外,还可以适用各该诉讼的特别规定。

《示范法》建立了以普通管辖为基础,大量特别管辖为补充的格局,为不方便法院原则的引入创造了一定的可能性以及必要性。根据《示范法》的规定,我们认为在专属管辖和协议管辖中,不可能适用不方便法院原则。因为这些案件与我国法院本身具有极强的联系。但在大量的特别管辖中,就有适用不方便法院条款的可能性和必要性。因为《示范法》对这些诉讼规定了两个或两个以上管辖权的依据,这必然会导致国际民事管辖权积极冲突的现象,也会造成在我国的诉讼与我国法院没有多大联系的情况。例如《示范法》第二十七条规定:“因合同关系提起的诉讼,如被告的办事机构所在地、合同签订地、合同履行地或者合同标的物所在地位于中华人民共和国境内,中华人民共和国法院享有管辖权。”该条规定如此多的管辖权基础,可能会造成上述现象。我们可以假设一例:两位美国商人,在中国游玩时签订一项合同,合同履行地等其它一切因素都与中国无关。后因合同发生争议,一方当事人在中国法院提起诉讼。根据《示范法》第二十七条的规定,中国法院肯定具有管辖权,但是该案件除了偶然的合同签订地在中国外,其它与中国毫无联系。再假设一例:美国一旅游团到中国旅游,在一次乘车过程中,团中一位美国人挤伤了另一位美国人。该诉讼可以在中国法院诉讼,但中国法院与之却没有多大联系,因为双方当事人都是美国人,潜在的证人也都是美国人,只不过侵权行为偶然发生在中国。因此,根据《示范法》第三十二条规定:“对因侵权行为提起的诉讼,如侵权行为实施地或者侵权结果发生地位于中华人民共和国境内,中华人民共和国法院享有管辖权。”另外,由于《示范法》特别管辖的规定还是具有一定的宽泛性,易造成双重诉讼的现象。显然,这些都为《示范法》引入不方便法院条款作了前期的铺垫。

(二)《示范法》应采取不方便法院原则的标准

《示范法》在引入不方便法院原则的同时,还面临着一个问题,即《示范法》应该采取什么样的不方便法院原则。

当今世界不方便法院原则的标准有:美国的“最适当法院”标准、英国的“更适当法院”标准以及澳大利亚的“明显的不适当法院”标准。

美国的“最适当法院”标准太过灵活,把法院负担、陪审员的负担等公共利益因素作为分析的主要因素,很容易在不方便案件中导致拒绝诉讼,使原告得不到任何救济。另外,美国法院在不方便法院案件的分析中,歧视外国当事人,不予以他们国民待遇,不尊重他们的基本人权;英国的“更适当法院”标准与美国的方法基本类似,只不过英国不像美国过于重视公共利益因素。再加上英国采取两阶段的分析方法,从而在一定程度上保证了原告的诉讼不会被轻易地拒绝;澳大利亚的“明显的不适当法院”的方法较为严格,其将目光主要集中在对本国法院的判断上,判断本国法院与案件的联系是否是非常微弱,以决定本地法院是否是审理案件的明显的不适当法院,而不要求法院去比较本国法院与外国法院的利益问题,法院也能更好地保证当事人在特殊的案件中的公平与正义。

笔者认为,根据《示范法》的有关规定及我国的具体国情,在借鉴澳大利亚的做法基础上,《示范法》

应该采取较为严格的不方便法院原则,并以例外条款而存在。这是因为:第一,我国《示范法》从起草到正式出版,前后共花了7年时间,是在总结中外立法和司法经验,分析比较许多国家的立法条款和有关的国际公约并结合我国实际情况的基础上制定的,对管辖权的规定比较科学合理。在管辖权领域里,《示范法》是以被告住所地或惯常居所地作为一般管辖权的基础,这是大陆法系国家通常的做法,也被1968年《布鲁塞尔公约》、1988年《卢迦诺公约》以及《海牙管辖权公约》(草案)所接受。另外,对特别管辖的规定也都是在总结国内外立法经验的基础上制定出来的,在一般情况下案件与中国法院都会有较强的联系;第二,灵活的不方便法院原则,赋予了法官太大的自由裁量权,容易造成滥用自由裁量权的现象,引起其它一系列负面的影响。

(三)《示范法》存在商榷的地方

《示范法》第五十一条的规定构成了不方便法院的基础,从该条可以得出适用不方便法院原则必须具有以下条件:(1)中国法院对案件具有管辖权;(2)中国法院是审理案件极不方便的法院;(3)其它国家有审理案件更为方便的法院。《示范法》的不方便条款总的来说规定较为严格,其似乎综合了澳大利亚的“明显的不适当法院”标准与英国的“更适当法院”标准。从这一点来讲,《示范法》的规定符合中国的实际情况。但对该条款也有值得商榷的地方:

1. 第五十一条与其它管辖权条款的关系

英美普通法国家的不方便法院原则来源于判例,与管辖权的其它规定处在平行等级之中,该原则是作为一般原则而存在的。《示范法》中的行文是“对本法规定中华人民共和国享有管辖权的诉讼……”,似乎表明了不方便法院原则是作为一般原则而存在的,因为该法中只规定,只要享有管辖权的中国法院都有适用该条款的可能性,并没有明确排除协议管辖、专属管辖等案件。显然《示范法》在这一点上规定不明确,应该明白无误地确定不能适用不方便法院的案件。从《示范法》的前后文规定来看,我们可以推定不方便法院原则肯定不能适用于专属管辖的案件和协议管辖的案件,也不能适用弱势群体当事人提起诉讼的案件,如《示范法》第三十条规定的雇佣合同的诉讼、第三十一条规定的消费者权益的诉讼,第四十二条规定的收养诉讼,第四十三条规定的监护诉讼以及第四十四条规定的抚养诉讼。此外,第四十八条规定的被告自愿出庭的诉讼以及第五十二条规定的必要管辖的诉讼,也都不能适用不方便法院原则。前者是由于被告自愿接受管辖权,后者是法院认为有必要管辖。

这里还涉及到不方便法院条款与第五十四条平行诉讼条款的关系问题。如果出现了诉讼竞合的问题,法院是先考虑适用不方便法院条款,还是先考虑适用平行诉讼条款以及两者的关系如何协调。对这个问题较为妥当地解决办法是应首先考虑适用平行诉讼条款,然后先受理案件的我国法院也可以根据一方当事人的申请,按照第五十一条不方便法院条款,认为后受案法院显然更适合于解决争议的,则法院可以允许当事人考虑不方便法院的请求。

2. 条文中不宜使用“方便”一词

《示范法》第五十一条规定:“……,如中华人民共和国法院认为实际行使管辖权对当事人及案件的审理均极不方便,且有其他法院对诉讼的审理更为方便时……”。笔者认为该条中不宜使用“方便”一词,容易使人产生误解,以为不方便法院中全部的分析因素仅仅是方便问题。其实在不方便法院原则起源于苏格兰之初,法院就认为便利法院不是受理法院(苏格兰)所考虑的决定性因素。不可否认便利当事人、便利诉讼确实是不方便法院分析中的主要因素,但除此之外,法院应在更加广泛范围内考虑便利,考虑到当事人的利益以及正义的目的。在《魁北克民法典》第3135条是用“更好”一词,在《海牙管辖权公约》(草案)是用“更加适于”一词。其实,《示范法》在该条文的说明中也认为,不方便法院分析有两个阶段,第一阶段注重“适当性”因素,第二阶段注重“正义”因素。这就表明了不方便法院因素中不仅仅只是便利问题。因此在此处,最好还是使用“适当”一词。

3. 不方便法院拒绝管辖权不妥

第五十一条最后规定:“……经被告申请,可以不行使管辖权”。从中可以看出,《示范法》所规定的不方便法院原则是拒绝管辖权而不是中止诉讼。拒绝管辖权的做法具有明显的结果决定性,原告的诉

讼被拒绝后,其可能不会在替代法院重新提起诉讼,从而剥夺了原告获得任何救济的可能性。为了考虑到避免拒绝司法的现象,《示范法》应该规定先中止诉讼,而后在一定的情况下决定不行使管辖权,这样才能更好地保护原告的利益。

4.《示范法》需要加以明确的地方

第五十一条的规定简单明了,但为了限制法院的自由裁量权,使不方便法院的案件具有一定的可预见性,《示范法》还可以适当地明确以下两个方面内容:第一,不方便法院申请提出的时间以及举证责任。不方便法院原则常常被批评为被告“延迟”策略的工具。如果在法条中不明确规定提出动议的时间,一旦法院对案件审理进行到一定阶段,被告突然提出不方便法院的申请,那么法院还得重新考虑其是否是审理案件的适当法院问题。为了避免不方便法院原则成为延迟的工具,《示范法》应该明确规定提出申请的时间。一般来说,被告应在不迟于第一次实体答辩时就不方便法院提出申请。举证责任一般由被告承担,《示范法》在条文中可以直接规定这一点,以免出现英美国家在不方便法院案件中举证责任的争议;第二,不方便法院分析所考虑的因素。第五十一条说明中写道:“法院在审查被告‘不方便法院’原则的请求时,所考虑的因素一般包括:案件准据法问题,平行诉讼、证人的便利、当事人的便利、法院地和争议的真实而密切的联系、第三人及多方被告人、公共政策、法院工作负担,费用及时间问题等。这些因素的考虑并不是完全均等,需要个案中具体处理。法院需作全面衡量。”正如说明所述,不同的不方便法院案件所考虑的因素也各不相同,所考虑的因素在每一个案件中的权重也不相同,但毕竟有一些因素在大多数案件中都是要考虑的。《示范法》可以对不方便法院所考虑的某些因素作特别强调,这样不仅可以指导法院分析不方便法院的案件,而且还可以适当地限制了法官的自由裁量权,使不方便法院案件具有一定的明确性和可预见性。《示范法》可以规定以下几个方面的因素:(1)证据因素。证据因素主要涉及到便利当事人的问题,一般包括文件和证人的性质及所在地、获取此种证据的程序以及获得证据的费用和需要翻译文件材料及证言的费用。虽然由于现代交通通讯的发展,证据因素的作用在下降,但法院在处理不方便法院案件时必须考虑到这一方面的问题;(2)判决的承认与执行因素。国际民事纠纷的最终解决,就需要判决能够得到他国的承认与执行。如果判决得不到承认与执行,整个诉讼就变得毫无意义。所以,法院如果以不方便法院拒绝诉讼,就必须考虑到就实质问题做出的决定获得承认与执行的可能性;(3)第三方当事人因素。第三方当事人因素是不方便法院案件分析的重要因素。在第三方当事人问题上,如果有一个法院能将所有当事人的请求进行共同审理,则该法院是审理案件最好的法院。因为这是审判经济的要求,可以避免不必要的重复、低效率和不完全诉讼;(4)时效期限因素。如果替代法院存在着时效障碍,法院一般就不能运用不方便法院原则。否则,原告在替代法院就不能提起诉讼;(5)其它使审判快捷、经济的实践考虑。这是美国法院在 *Gulf Oil* 案中所列举的因素,一般要求法院考虑替代法院的有关程序问题,考虑替代法院是否存在延迟或不公正的情况。需要特别提出,法院不能考虑以下二个因素:(1)原告的国籍。为了避免法院在不方便法院分析过程中出现歧视外国原告的现象,在法条中必须强调法院不得因为原告的国籍而有任何歧视;(2)适用的法律。适用的法律不是不方便法院分析阶段所要考虑的问题,而是在法院受理案件确定管辖权之后,在解决具体案件争议阶段所要进行的。如果在起初阶段就以适用外国法作为拒绝诉讼的理由,则背离了逻辑程序。

综上所述,笔者以为《示范法》中的不方便法院条款可以这样行文:

1.对中华人民共和国法院享有管辖权的诉讼,如中华人民共和国法院认为其显然是审理该诉讼明显的不适当的法院,且有另一国法院是审理该诉讼明显的更为适当的法院,根据当事人的申请,中华人民共和国法院可以例外地中止诉讼。

2.当事人的申请应在不迟于就第一次实体问题答辩时提出,并由该当事人负举证责任证明中华人民共和国法院是明显的不适当法院和在外国存在一个明显的更为适当的替代法院。

3.中止诉讼的申请不适用于以下案件:中华人民共和国法院具有专属管辖权的案件;当事人选择中华人民共和国法院解决争议的案件;在中华人民共和国法院提起的关于雇佣合同、消费者权益、收养、监护和抚养的案件;中华人民共和国法院认为必要管辖的案件;被告自愿出庭的案件;被告住所在中华人

民共和国境内且争议与中华人民共和国有真实和实际联系的案件。

4. 法院在决定是否中止诉讼时,应特别考虑以下因素:文件和证人的性质及所在地、获取此种证据的程序以及获得证据的费用和需要翻译文件材料及证言的费用;就实质问题做出判决获得承认和执行的可能性;第三方当事人;时效期限;其它使审判快捷、简便、经济的实践性考虑。

5. 在决定是否中止诉讼时,法院不得对外国原告有任何歧视;不能仅因为要适用外国的法律而决定中止诉讼。

6. 法院只有在另一国法院行使了管辖权,或者原告没有在中华人民共和国法院指定的时间内到另一国法院提起诉讼时,拒绝行使管辖权。如另一国法院没有行使管辖权,则中华人民共和国法院应继续处理该案。

[参 考 文 献]

[1] J. Fawcett. Declining Jurisdiction in Private International Law[M]. Oxford, Clarendon Press, 1995.

[2] Braucher. The Inconvenient Federal Forum[J]. Harvard Law Review, 1947, (3).

(责任编辑 车 英)

Comment on Forum Non Conveniens Article of Model Law of Private International Law

XU Wei-gong

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, Hubei, China)

Biography: XU Wei-gong (1970-), male, Doctor, Associate professor, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in private international law.

Abstract: The doctrine of forum non conveniens is a principle, which has a great deal of discretion. It first appeared in Scotland and was adopted by the most common law countries in the middle and late twentieth century, and formed American mode, British mode, and Australian mode. Model Law of Private International Law of The People's Republic of China, which was drawn up by Chinese Society of Private International Law, prescribes the doctrine of forum non conveniens in article 51. The prescript of Model Law corresponds to practical circumstance of China in general. But this article also has some aspects to amend.

Key words: the doctrine of forum non conveniens; Model Law of Private International Law of The People's Republic of China; analysis