



推动国际法律合作, 强调大国司法理念

【主持人语】中国现有的国际民事诉讼制度起始于上世纪 80 年代, 1991 年成为正式立法, 但相关制度未能有效回应当代中国社会的发展。随着中国大国地位的提升, 尤其是“一带一路”倡议的实施, 中国在处理跨国民商事争议时应具有大国司法的特征, 并应以开放性、全球性的视野着眼于国际民事诉讼制度的建设。近年来中国学界一直尝试在国际民事诉讼领域不断突破, 突显时代特征, 强化大国司法理念。为此, 本栏目汇聚三位青年才俊的文章, 以笔谈的形式探讨中国国际民事诉讼制度的发展。

【何其生】

构建外向型的国际民事诉讼程序体系

涂广建

摘 要: 国家外向型的宏观经济建设与开放性市场的构建离不开司法的支持和配合。健全的涉外司(私)法制度不仅是保护国家利益、国民利益的需要, 也是国家法律文化的弘扬和法治文明的彰显。随着我国改革开放的不断深入, 尤其是“一带一路”宏伟倡议的提出, 进一步完善我国的国际私法, 包括其中的涉外民事诉讼程序变得尤为必要。我国现今的涉外民事诉讼体系相对封闭、相对保守、对涉外案件特性关注不足, 且可操作性不强, 构建外向型的国际民事诉讼程序体系是我国目前完善国际私法的迫切需求。虽然我们需要面对诸多问题, 然而, 如果我们能够抛弃过重的理念包袱, 顺应历史潮流, 一个外向型的涉外民事诉讼体系必将在我国得以确立。

关键词: 涉外民事诉讼; 程序体系; 体系构建

国家外向型的宏观经济建设与开放性市场的构建离不开司法的支持和配合。健全的涉外司法制度不仅是保护国家利益、国民利益的需要, 也是国家法律文化的弘扬和法治文明的彰显。伴随大国的成长, 理所当然地应包括它的法律制度。随着我国改革开放的不断深入, 尤其是“一带一路”宏伟倡议的提出, 进一步完善我国的国际私法, 包括其中的涉外民事诉讼程序变得尤为必要。这势必能促进贸易的发展, 提振投资者的信心, 减少交易成本。

过去几十年, 我国的经济生活从封闭走向开放, 涉外法律(私法)制度从缺失逐步走向完善。借此机会, 笔者旨在用笔谈的形式探讨如何在我国构建一个外向型的国际民事诉讼程序体系。

一、我国涉外民事诉讼体系之不足

若要评价我国现今的涉外民事诉讼体系, 笔者认为可概括为四个特点, 即相对封闭、

相对保守、对涉外案件的特殊性关注不足、可操作性不强。这些问题已在我国涉外民事诉讼实践中有所体现:

(一) 相对封闭

就平行诉讼问题,我国采取了对其他国家的平行诉讼一律不理的态度。这种态度会导致,当事人已经在其他国家的法院起诉之后,如果想再次到中国来诉,是完全可以重复提起诉讼的,因为我国法院一般不会考虑其他国家的平行诉讼,或正在进行的,或将要发生的;反之亦然^①。这种对域外诉讼程序全然不理不顾的态度,不仅会浪费珍贵的司法资源,也与当今国际司法逐渐融合的趋势不符,直接显现了我国涉外民事诉讼体系的封闭性。

(二) 相对保守

长期以来,我国对外国法院判决的承认和执行所采取的态度是,只有对方国家与我国有民事司法协助的协定(双边或多边)或者与我国有互惠关系,我国法院才会根据协定或者互惠原则对外国判决予以承认和执行;如果两者都不存在,则完全不承认与执行外国判决^②。甚至在司法实践中,哪怕是对对方国家愿意主动同我国形成实际上的互惠关系,对方法院已经承认了我们的判决(例如德国),我国也未必愿意给对方以相同的互惠(刘懿彤,2009:96-99)。这些做法,导致我国尚未形成一套成熟的承认和执行外国判决的常规机制,也是我国涉外民事诉讼体系相对保守的具体体现。

(三) 对涉外案件的特殊性关注不足

对涉外案件特殊性的关注不足,体现在我国的民事诉讼法对涉外诉讼的基本定位是,参照适用域内案件的诉讼程序^③。只是制定了一些最紧要的涉外程序条文,搭建了一个简陋的涉外诉讼程序框架。对于涉外诉讼,在没有特别规定的情况下,均参照域内案件的处理手法,并没有针对涉外案件本身的特性,制定出一套完善的涉外诉讼程序体系,现行可以运用的涉外程序规则大多呈现出碎片化、非体系化的特点。

(四) 可操作性不强

可操作性不强,则表现在虽然我国民事诉讼法中有一些涉外的程序规则,但是这些条文规定的大多都很宽泛、抽象,在实际操作中并不能很好得到运用,前述的互惠原则就是一个很好的佐证。针对涉外判决的承认和执行,虽然条文中也规定,根据国际公约可以承认和执行外国的判决,并且我国签订了不少此类双边公约,但这些公约各异,在实践中,法官面对具体案件时,要去具体查看相关公约,才知道如何作为,要想学习众多的双边公约,这对法官来说并非易事,与不同国家签订的不同公约规定的不同做法更加会混淆法官的思维。并且,我国参加的公约与域内法如何有效衔接,在实践中也会出现一些问题,在公约的规定与域内法的规定中经常会出现空档。有时,存在公约时,会是一种做法,但在没有公约的情况下,根据民事诉讼法又完全是另一种做法。依据公约与不依据公约的两种情形下,涉外的姿态却互为冲突,导致截然不同的结果(如下文论及的涉外送达问题)。

上述问题的出现,或许可以从我国民事诉讼法制订与完善的进程去寻找其原因:我国第一部民事诉讼法是1982年实施的民事诉讼法(试行);而正式的民事诉讼法则是在1991年实行;2007年民事诉讼法的第一次修正主要是针对执行难的问题,并没有多少涉及涉外民事诉讼程序;2012年的第二次修正主要目的则在于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,完善简易程序等内容,也没有多少涉及涉外民事诉讼程序。因此,可以说,从1982到2012这三十年间,虽然我国民事诉讼法经历了两次正式修订,但是其中有关涉外民事诉讼的规定并没有多少改进。从历史的角度看,我国民事

① 见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第533条第五百三十三条 中华人民共和国法院和外国法院都有管辖权的案件,一方当事人向外国法院起诉,而另一方当事人向中华人民共和国法院起诉的,人民法院可予受理。判决后,外国法院申请或者当事人请求人民法院承认和执行外国法院对本案作出的判决、裁定的,不予准许;但双方共同缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

② 见《民事诉讼法》第204条第二百零四条 中华人民共和国人民法院对外国法院委托执行的已经确定的判决、裁决,应当根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查,认为不违反中华人民共和国法律的基本准则或者我国国家、社会利益的,裁定承认其效力,并且依照本法规定的程序执行。否则,应当退回外国法院。

③ 见《民事诉讼法》第259条第二百五十九条 在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他有关规定。而本编,即涉外诉讼程序篇,针对涉外程序总共仅有24条的规定,对涉外诉讼中一些主要问题做出了较粗略的交代。

诉讼法初定于1982年,当时我国正处在有计划的商品经济时代,涉外案件相对较少,出现的问题也比较简单,在这种背景下,我国制定的有关涉外诉讼的条文,现今仍在大部分沿用,必然会出现严重不足、与现实脱节,不太能很好适应当下改革开放的现实需求(李双元,2007:476-576)。有鉴于此,笔者认为,构建外向型的国际民事诉讼程序体系应该作为我们未来一段时间工作的迫切目标。

二、构建外向型民事诉讼程序体系的要义

面对当今我国经济快速发展,外贸数量不断增长,涉外案件数量激增的时代背景,我国更应加快构建外向型的国际民事诉讼程序体系。为构建这一体系,以下几个方面尤其值得我们注意:

(一) 管辖权方面

就涉外管辖权,各国都存在多种不同的管辖规则,我国亦然。笔者认为,当前比较重要的,是要关注、研究我国的协议管辖规则,我国涉外民事诉讼体系急需对协议管辖规则予以完善。目前,我国虽然有涉外协议管辖的一些规定^①,但这些规定过于简单,有很多细节性的问题并未触及(周翠,2014:458-482)。2005年6月30日,在海牙国际私法会议谈判达成了海牙《选择法院协议公约》,目前,该公约已有四个国家(地区)签署,包括墨西哥,美国,欧盟和新加坡。其中墨西哥已于2007年批准通过了此公约;欧盟则于2012年对《布鲁塞尔条例I》进行了修订,修订该《条例》的其中一个重要目的就是为加入海牙协议管辖公约做准备,现欧盟业已批准该公约,且该公约已于2015年10月1日生效。笔者认为,我国当前应慎重考虑是否加入海牙协议管辖公约,如欲加入该公约,就应对我国协议管辖制度的一些细节性问题进行思考和探讨;应当注意使我国的域内法规则与海牙《选择法院协议公约》中的规定尽量保持一致,能够具有外向型的特点,而不只是局限于以前相对保守的做法(Tang,2012:459-484)。

(二) 国际平行诉讼

如前所述,我国对国际民、商事平行诉讼的基本姿态是“一律不理(各自为政)”,这种做法实在太过于“简单、鲁莽、粗暴”,也不符合当今世界商业全球化、司法国际化的发展趋势。笔者认为,欲构建外向型的涉外民事诉讼程序体系,对域外的平行诉讼就应给予一定程度的关顾,不能武断的全然不理不睬,而是应当通过巧妙的域内制度的设计使域外的平行诉讼在合理合法的范围内得到承认,在司法主权与资源效益间取得适度平衡。其实,对于国际平行诉讼的难题,欧盟的《布鲁塞尔条例I》相关条文的运行给我们提供了很多现成的经验;海牙国际私法会议1999年《国际民商事案件外国判决的承认和执行公约(草案)》中也有一些成熟的条文值得参考。这些都是可供我们借鉴的范例(Tu,2009:170-179)。

(三) 域外送达

关于域外送达,我国早在1992年就签署加入了《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(以下简称《海牙送达公约》)。但是,我国在《海牙送达公约》的框架下并不允许外国采取邮寄送达的方式,并且认为外国法院或当事人通过邮寄送达文件到我国侵犯了我国主权^②。而笔者则认为,外国法院或当事人通过邮件这种方式寄一份文书来我国,告知我国当事人在外国被起诉了,或者外国法院向我国当事人寄送判决书宣告判决结果,根本就没有什么真正侵犯我国主权的,因为文书是通过邮件寄送过来的,并没有任何他方的司法官员直接进入我国领土执法(实施送达行为,寻找当事人或者甚至采取强制措施)。由于我国此项保留声明,以致我国法院很多时候也不能通过邮寄送达的方式送达原本可接受域外邮寄送达的海牙公约的其他成员国,因为对方很可能要求在邮寄送达方式上与我们实现互惠、对等。但在司法实践中,包括涉外民事诉讼和纯域内民事诉讼,邮寄送达往往是一种很常用的送达方式,在整个送达体系中占据十分重要的地位、构成很大的比例。如果我们给邮寄送达开一扇门,允许别国邮寄送达到我国,也必将会使我国的司法文件更容易送达到外国去。

另外,我国在《民事诉讼法》中却规定在没有公约的情形下邮寄送达是可以被允许的,这种规定和

^① 见《民事诉讼法》第34条:“第三十四条 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,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定”。

^② 见《最高人民法院关于美国法院未通过外交途径直接将离婚判决书寄给我院如何处理的批复》。

《海牙送达公约》下的做法显然会产生冲突,从而导致在实践中产生出一种怪象:在对方国家没有签署《海牙送达公约》的情形下,我国是允许自己的法院通过邮寄送达到境外去的;但如果对方国家签署了《海牙送达公约》,则由于最高院的案例以及互惠、对等原则,反而会导致我国法院可能无法邮寄送达到对方国家。没有公约的情况下可以邮寄送达,有公约的情况下反而不能邮寄送达,这是一种无法接受的逻辑和现实。这也是参加的公约与域内法律的衔接出现矛盾问题的一个典型实例。

有关域外送达,还有一点亟须改善,就是送达的流程。较早的时候,其他国家通过《海牙送达公约》送进我国的文件,都要经过司法部,再转到最高院,最后通过最高院再转送到相应的法院;而送出去的文件,最初也是通过地方法院转到最高院,然后到司法部,最后送到国外。但之后做法有所改进(初步扩大了送出机关的范围),一些涉外案件较多的省(直辖市)的高院可以直接把文书转送到被送达国的中央机关^①。笔者认为,这个流程还可以进一步改进:对于送进来的文件,中央机关统一把关或许是必要的,但对送出去的文件没必要把关如此严格,也许可以进一步扩大送出机关的范围到只要有涉外审判权的法院,值得我们考虑。参照国外的做法,在《海牙送达公约》的框架下,美国的做法是,只要是案件的代理律师都可以直接把文件转送到外国的中央机关,我国对此是可以有所作为的,简化文件送出的流程可以很大程度上缩短诉讼时间,提高诉讼效率(Tu, 2014: 577-604)。

(四) 域外取证

关于域外取证,海牙国际私法会议于1970年制定并通过了《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(以下简称《海牙取证公约》),它是目前为止国际上范围最广、影响最大的专门规定域外取证合作制度的国际公约。我国于1997年加入了该公约,但是对公约的第二章“外交官员、领事代表和特派员取证”做了保留。笔者认为,现今全球的民事诉讼模式有整体向英美法变迁的趋势,包括我国的司法审判机制也从以前的纯“纠问式”越来越转向“对抗式”。2012年民事诉讼法的修订使我国民事诉讼在举证等方面提高了当事人及其律师的参与度,使律师在整个司法审判过程中的作用得到了提高,也使法院的负担相应的减轻,这些也恰恰体现了我国民事诉讼模式的悄然转变。因此,笔者期待,对于域外取证,我们也能顺应这种趋势,在充分尊重国家主权的前提下,逐步使我国的律师向外国取证成为现实,同时也允许外国的律师向我国取证,至少在证人自愿提供证词的情形下。

(五) 临时措施的协助

这里所讨论的临时措施主要包括先予执行和财产保全。过往,在国际层面很少有国家愿意承认他国的临时性措施,因为没有终局性效力的临时性措施从性质上讲更像是一种行政命令而非法院的终结性裁决。所以,很长一段时间,国与国之间只会承认对双方当事人权利和义务进行确定性划分的终局性判决,基本不会承认和执行对方的临时性措施。

但晚近有国际私法发展的新动向表明,临时性措施也可以得到承认和执行。欧盟《布鲁塞尔第一条例》的修订,将临时措施纳入了判决定义的范畴,这意味着,在欧盟成员国之间可以承认和执行临时性措施(当然有一些限制性条件)。这项新举措,在最近重启的海牙国际私法会议全球性判决承认与执行公约的谈判中,亦被列为讨论和思索的主要议题之一。笔者认为,欧盟的这项新举措对于我国构建外向型的国际民事诉讼程序体系提供了启示,我们是否也需要考虑这一点,值得商榷。

(六) 判决的承认和执行

我国的民事诉讼法虽经过了1982年、1991年、2007年和2012年这四次制定(修订),却在涉外民事诉讼篇始终找不到有关外国判决承认和执行的一般性、常规性条款。虽然我国已经签订了三十多个双边的协定或条约相互承认和执行对方的民商事判决,但仅这些条约对于构建外国判决的承认和执行体系是不够的,因为随着与国际社会融合的不断加深,承认和执行外国判决将成为一般性的日常事项。构建大国民民事诉讼程序体系,我们必须有一套常规性的承认与执行外国判决的规则,这些规则应当明确写进我国的民事诉讼法。笔者认为,对于一般性条款的制定,其实并不难。可以仔细研究已经签订的三十

^① 见《最高人民法院关于指定北京市、上海市、广东省、浙江省、江苏省高级人民法院依据海牙送达公约和海牙取证公约直接向外国中央机关提出和转递司法协助请求和相关材料的通知》。

多个双边性的公约, 这些公约里的条款是我国能够接受的, 对这三十多个公约里的相关条款进行总结、归纳、提炼并适度创新, 这样便可以构建出我国的一般性条款。如果我国民事诉讼法能加入一般性的承认和执行外国判决的条款, 这对于我国构建外向型的国际民事诉讼程序体系将是一个不小的成就(Tu, 2016:169-176)。

三、结 语

放眼全球, 考核国际私法历史, “程序问题适用法院地法”是一条铁的定律, 涉外程序始终考验着各国司法主权的神经, 在大陆法系尤其如此。民事诉讼法制定涉外程序之初, 我国尚处于高度封闭的状态, 保护我国的司法主权独立是当时较普遍的司法理念, 也是民事诉讼法的必有之义, 所以我国涉外民事诉讼程序规则一直刻有国家主权的烙印。由于实践的不足, 许多问题并没有催生人们对相对细致的关注和思考。当然, 这可能也同我国过去很长一段时间持有的“外交无小事”的普众心态有关, 从而人为地将涉外案件神秘化, 对涉外案件的处理缺乏开放式的自信。因此, 我国的涉外程序体系从一开始呈现出相对封闭、相对保守、对涉外案件的特殊性关注不足、可操作性不强的特点。然而, 自我国民法颁布的近四十年来, 国际的(以海牙国际私法会议的工作为最)及区际的(以欧盟为例)理论和实践均昭示, 涉外民事诉讼的合作大有可为, 涉外民事程序中的司法主权问题并没有人们想象的那样完全不可给予互相便利。经过过去近四十年法治环境的培养和经验的积累, “四十年生聚, 四十年教训”, 当下正是我国应具备法律自信, 全面改革涉外民事诉讼体系, 阔步走向国际舞台的良好时机。笔者相信, 随着时代的发展以及我国各方面的不断进步, 我们将会满怀信心地、常规地处理各类涉外案件以及涉外诉讼程序中发生的各类问题, 一个完善的外向型的涉外民事诉讼体系必将在我国得以确立。

参考文献:

- [1] 李双元(2007). 国际私法. 北京: 北京大学出版社.
- [2] 刘懿彤(2009). 互惠原则在承认与执行外国判决中作用的再认识——以德国柏林高等法院承认中国无锡中院判决为案例. 人民司法, 3.
- [3] 周 翠(2014). 协议管辖问题研究——对《民事诉讼法》第 34 条和第 127 条第二款的解释. 中外法学, 2.
- [4] Tang, S. (2012). Effectiveness of Exclusive Jurisdiction Clauses in the Chinese Courts——A Pragmatic Study. *International and Comparative Law Quarterly*, 61(2).
- [5] Tu, G. (2009). *A Study on A Global Jurisdiction and Judgments Convention*. Hong Kong: Sweet & Maxwell.
- [6] Tu, G. (2014). Service of Process (Documents) in International Civil and Commercial Proceedings: A Critical Review of the Chinese Approach. *Chinese Journal of International Law*, 13(3).
- [7] Tu, G. (2016). *Private International Law in China*. Heidelberg: Springer.

■作者地址: 涂广建, 澳门大学法学院; 澳门 999078. Email: gjt@umac.mo.

■基金项目: 澳门大学研究委员会跨年研究项目基金(MYRG166(Y3-L3)-FLL11-TGJ)

■责任编辑: 李 媛

