

论我国涉外民事巡回法庭制度的构建

许庆坤

内容提要:最高人民法院将“一带一路”建设司法保障的重心定位于提升中国司法的国际公信力,但我国目前的涉外民事司法水平与所追求的法治文明形象之间存在较大反差。症结在于涉外民事司法体制面临多重困境,包括涉外民事案件的时空分布不均与司法资源配置固化之间的冲突,以及涉外民事司法的高度专业性与涉外优质司法资源匮乏之间的反差。面对上述困境,构建与集中管辖制度相适配的涉外巡回法庭制度不失为一种可行的选择。现行集中管辖制度及最高人民法院巡回法庭制度为新机制奠定了制度基石,法官选拔新规与司法改革顶层设计为新机制提供了人才通道和政策依据,民事诉讼审级和再审制度的变革共识则为新机制的构建贡献了理论支撑。当下可从审级制度及法庭设置、法官遴选及任职制度、内设机构和职能划分、审判机制和执行机制等多方面改造现有制度。

关键词:巡回法庭 涉外民事审判 集中管辖 司法体制改革

许庆坤,上海政法学院国际法学院教授。

一 问题的提出

当今世界面临百年未有之大变局。为了有效参与全球治理、积极推动秩序变革,我国不仅需要推出人类命运共同体、“一带一路”倡议等宏大战略构想来影响世界进程,更需要体现公平正义的个案涉外民事判决来塑造中国的国际法治形象。相对于雄辩滔滔的外交论战,严谨说理的司法判决更易慑服人心。一定程度上,中国在国际上话语权的争夺最终体现为与西方发达国家法治(尤其是与国际交往直接相关的涉外法治)水平高下的较量。就此而言,最高人民法院将“一带一路”建设司法保障的重心定位于提升中国司法的国际公信力,可谓切中肯綮。^[1]

[1] 参见《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》,法发〔2015〕9号,第二部分“充分发挥审判职能作用,提升‘一带一路’建设司法服务和保障的国际公信力”。

然而,将提升司法国际公信力的宏伟蓝图落实为精谨细腻的“工笔画”并非易事。多年来,我国涉外民事判决水平虽有局部改进,却无整体提升。对我国涉外民事判决书的抽样实证研究显示,当前我国涉外民事判决中说理不足、判决不一、滥用法院地法之类问题相当普遍。^[2]可以想见,这会在相当程度上影响我国的国际司法公信力和涉外民事交往水平。如果说在改革开放之初,由于我国国际私法立法供给不足、专业人才稀缺,出现此类问题尚情有可原;那么在改革开放四十余年后的今天,国际私法立法日臻完善、专业人才济济,此类问题却依然普遍,则不得不让人反思涉外司法体制的整体缺陷。

提升涉外司法水平,将涉外民事判决打造成我国对外交往的靓丽名片,是我国一直以来孜孜以求的目标。为此,有关方面也在不断推出改革新举措。涉外案件集中管辖制度可谓早期尝试,设立国际商事法庭则是最新努力。但是,集中管辖制度出台仓促,漏洞多有,如今在很大程度上已经名不符实;国际商事法庭制度固然堪称新颖,但适用范围颇为有限,^[3]且运作伊始,具体成效有待检验。若欲整体提升我国涉外司法水平,则当另辟蹊径,对现行体制加以系统化革新。

我国涉外民事案件集中管辖制度施行多年,已经积弊甚重。相关司法解释在实质内容上对集中管辖的法院指定有失科学、对集中管辖的案件界定不尽合理、有关集中管辖的法律依据值得商榷,在具体表述上则有多处不够严谨。其在司法实践中的发展趋势不是走向“集中化”,而恰恰是走向其反面——“分散化”,集中管辖制度可谓到了难以为继的境地。^[4]但是,若将该制度与最高人民法院巡回法庭制度巧妙嫁接,则有望令其重新焕发生机,实现该制度的设计初衷——集中优势司法资源打造中国判决在国际上的权威性和公信力。

最高人民法院巡回法庭是司法改革大潮中的新生儿,因肩负多方热望而备受瞩目。但其现行制度仅为雏形,诸多潜在功能尚未发挥,未来成长空间广阔。时任第二巡回法庭庭长称其为“襁褓中的婴儿”,认为其核心功能尚未定型,亟需深入探讨。^[5]时任第一巡回法庭庭长提出,巡回法庭作为司法改革的“试验田”,其引发的法官助理制度、案件管辖范围、巡回法庭审级及其与跨行政区法院的关系等问题均值得进一步追问。^[6]的确,究其本质,最高人民法院巡回法庭其实是最高人民法院的常设派出机构,性质上与基层法院派出法庭无异。其虽然名为“巡回法庭”,但主要的审判工作并非在“巡回”中完成,甚至不如一些基层法院的巡回审判频繁。^[7]实际上,最高人民法院巡回法庭所担负的分流案

[2] 参见许庆坤:《我国〈涉外民事关系法律适用法〉司法实践之检视》,《国际法研究》2018年第2期,第114页。

[3] 2018年《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第2条规定,国际商事法庭受理当事人协议择最高人民法院管辖且标的额为人民币3亿元以上的一审国际商事案件、高级人民法院转移管辖的一审国际商事案件、在全国有重大影响的一审国际商事案件等。

[4] 2005年享有涉外民事案件集中管辖权的中级人民法院仅95家,到2014年10月底这一数量已经增至203家,同时204家基层法院也具有涉外商事案件管辖权,10家海事法院的派出法庭数量增至39个。参见“最高人民法院副院长万鄂湘在第二次全国涉外商事海事审判工作会议上的讲话”,http://www.wanfangdata.com.cn/details/detail.do?_type=legislations&id=G000098944,最近访问时间[2019-12-20];袁定波:《407个中基层法院可一审涉外商事案》,《法制日报》2014年11月19日第5版。

[5] 参见胡云腾:《最高人民法院巡回法庭设置与运行介述》,《金陵法律评论》2015年秋季卷,第16页。

[6] 参见刘贵祥:《巡回法庭改革的理念和实践》,《法律适用》2015年第7期,第40-41页。

[7] 例如,第三巡回法庭2017年巡回审判的案件仅占案件总数的3.43%。参见高宁智:《最高人民法院第三巡回法庭2017年度民商事审判数据分析与通报》,《法律适用》2018年第13期,第127页。

件以维护首都和谐稳定的功能具有历史阶段性,待到我国社会转轨大致完成、公民法治水平提升、进京信访数量下降明显时,巡回法庭的这一历史重任恐将宣告终结。^[8]在我国法治建设快速推进的时代背景下,这一目标的实现应当不会太过久远。尽管如此,巡回法庭在司法改革的“试验田”中仍可深耕细作,大展宏图。当前其尝试的“去行政化”“庭审中心主义”等改革举措只是初步方案,虽容易为全国其他法院所效仿,但并未触及民事诉讼之弊的根本。

我国民事诉讼制度的重大弊端在于各级法院之间没有明确的职能分层,每级法院均有权全面审理事实问题和法律问题,导致司法资源严重浪费;两审终审制因对当事人救济不足而导致再审程序泛滥,判决的终局性和法律的权威性广受质疑,由此导致滥讼、缠讼和上访等诸多难题。^[9]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》已经意识到这一问题,提出了“完善审级制度”的司法改革目标。最高人民法院巡回法庭下一步的改革举措可以着眼于将中上述中央决策落实到位,将重心置于革除民事诉讼法中的审级之弊。但是,由于我国现行审级制度已经实践多年,审级改革将牵一发而动全身,不宜快速而全面地推开,而应在个别领域先行试点,待经验丰富之后,再逐步推广至全国。在这方面,涉外民事审判是较为合适的试点领域。

与集中管辖制度相适配的涉外巡回法庭制度应在现行两种制度的基础上有所突破和创新。涉外民事巡回法庭可尝试分两级设立,即设立最高人民法院涉外民事巡回法庭(下称“最高院涉外巡回法庭”)和高级人民法院涉外民事巡回法庭(下称“高院涉外巡回法庭”),有权管辖所有涉外民事案件。高院涉外巡回法庭定位为中级人民法院审级,作为初审法庭,重在解决事实认定和法律适用,最高院涉外法庭定位为高级人民法院审级,作为上诉法庭,重在纠正事实和法律错误。在此基础上,最高人民法院精选典型案例,仅作法律审,重在形成指导性案例以统一法律适用。这种新型涉外司法机制,一方面将使当前最高人民法院巡回法庭制度在审级方面有所突破,形成改革新亮点;另一方面将使集中管辖制度得以真正将所有涉外民事案件集中到专业法庭审理,实现制度设计初衷。

下文将结合涉外民事案件的特点和现行涉外司法机制存在的问题,首先分析我国涉外司法的体制困境,进而论证革新涉外司法体制的制度和法理基础,最后探讨与集中管辖制度相适配的涉外巡回法庭制度的具体构建。

二 涉外民事司法的体制困境

(一) 涉外民事案件的时空不均与涉外司法资源的配置固化

涉外民事纠纷产生于对外民事交往之中。中国地域广阔,各地对外经贸活跃度悬殊,

[8] 参见刘贵祥:《巡回法庭改革的理念与实践》,《法律适用》2015年第7期,第37页。

[9] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002年第4期,第93页以下。

涉外民事案件分布的地域差异自然在情理之中。同时,与国内民事交往相比,跨国民事交往深受不断调整的我国对外政策和变动不居的国际形势影响,涉外民事案件的时间分布也不均衡。例如,在裁判文书官方发布平台“中国裁判文书网”检索的结果显示,广东省近8年(2011-2019)适用《涉外民事关系法律适用法》裁判的涉外民事案件达10703件,而青海省仅3件,相差数千倍。^[10]在不同年份作出的裁判文书同样存在明显差距。例如,2017年全国法院共适用《涉外民事关系法律适用法》裁判案件6580件,而2016年为4745件。^[11]涉外民事案件不仅在全国范围内时空分布不均,在一个省区内同样如此。例如,“中国裁判文书网”的检索结果显示,山东省青岛市近8年适用《涉外民事关系法律适用法》的裁判文书有201份,其中2017年为153份,2016年为5份;而山东省德州市的数量仅为7份,其中2017年为0份,2016年为2份。^[12]

涉外民事纠纷地域分布的多寡不均和案发频率的飘忽不定,与现行固化而僵硬的涉外司法体制之间存在根本性矛盾。现行涉外司法机制以固定的法院、固定的审判庭和固定的法官来应对时空分布不均的案件,必然导致一些法院积案严重,而另一些法院门可罗雀,或有的法院在一段时间负载过重,而在另一段时间待案上门的现象。换言之,司法资源无法与涉外案件实现动态匹配和平衡。在现行法官考核机制下,法官通常有年度办案数量的强制性要求,即便受理案件相对较多的涉外审判法官,也可能因达不到办案数量要求而不得不同时办理非涉外案件。业务混杂也会在一定程度上影响其涉外审判水平的提高。与之相对,巡回法庭最大的特色是机动和灵活,可以因应涉外审判的客观需求,安排法官到案件发生地开展审判,做到司法便民。同时,由于所有涉外案件均集中到巡回法庭审理,因此每位法官均可专司涉外审判,其审判水平有望于丰富实践中逐步提高。若将普通法院视作正规军,则巡回法庭犹如游击队,案件愈是分散和变动,就愈能显示其机动灵活之优势。

(二) 涉外民事司法的高度专业性与涉外优质司法资源的匮乏

相较于纯国内案件的司法,涉外民事司法有诸多独特之处。首先,所有涉外案件,即

[10] 这是以“涉外民事关系法律适用法”为检索词在“中国裁判文书网”全文检索得到的结果。参见 <http://wenshu.court.gov.cn>,最近访问时间[2019-12-07]。检索结果显示:涉外民事裁判文书数量排在前三位的省份是:广东省(10703份)、福建省(5842份)和浙江省(2453份);排在后三位的省区是:西藏自治区(1份)、青海省(3份)和宁夏回族自治区(4份)。笔者用同样的方法在“北大法宝”数据库中检索的结果与之类似,其中排在前三位的省份同样是广东省(8832份)、福建省(5580份)和浙江省(2249份),排在后三位的省区是西藏自治区(1份)、宁夏回族自治区(3份)和青海省(5份)。参见 <http://www.pkulaw.com/Case>,最近访问时间[2019-12-07]。笔者充分意识到上述统计与实际结果存在一定差距,这不仅因为并非所有裁判文书均上网公开,而且因为并非所有涉外民事案件均适用《涉外民事关系法律适用法》。尽管如此,上述统计结果仍可从一个侧面体现涉外民事案件的地域分布状况。

[11] 这是以“涉外民事关系法律适用法”为检索词在“中国裁判文书网”全文检索得到的结果,最近访问时间[2019-12-07]。近8年的适用《涉外民事关系法律适用法》裁判文书数量分别如下:2011年30份、2012年105份、2013年699份、2014年2641份、2015年3163份、2016年4745份、2017年6580份、2018年6747份、2019年3615份。考虑到2011年4月1日《涉外民事关系法律适用法》开始生效,纠纷发生时间与法院审理时间存在差距,而且法官对该法有一个熟悉过程,因此头三年的数量不代表正常年份的水平;而最近两年的数据则可能尚不全面,因此选取的对比样本年份为2016年和2017年。

[12] 以“涉外民事关系法律适用法”为检索词全文检索,同时限定法院名称为“青岛”或“德州”,法院层级为“中级人民法院”。最近访问时间[2019-12-07]。另据山东省高级人民法院涉外审判负责人介绍,全省上诉到该院的涉外民事案件七成左右来自青岛地区。

便最终适用中国法,也需要冲突法指引。冲突法相较于国内实体法更难理解和适用,有“法中之法”之谓,术语生僻、规则形式与内在理念特殊,法官若非接受长期专业训练,通常难以准确适用。^[13] 其次,涉外案件可能经由冲突法指引而适用外国法、国际条约或国际惯例,外国法查明或国际规则解读均对法官的外语水平和比较法知识提出相对较高的要求。最后,涉外司法须适用涉外民事诉讼法的特别规则,还可能适用国际司法协助条约。涉外民事诉讼规则涵盖外交特权与豁免、法律文书的外国公证、国际民事管辖权等诸多特殊事项,法官在适用中时常需要解读相关国际条约和多部涉外法律;司法协助涉及域外送达、域外取证和判决的域外承认与执行等,对涉外司法的程序规范和文书形式均有国际化要求。概言之,涉外民事司法的特殊性要求高素质的法官群体与之匹配,但现实状况却并非如此,甚至反差甚巨。

对于涉外审判的专业性和现状,身处司法一线的法官或许最能感同身受。一位最高人民法院的前副院长曾坦陈涉外商事海事审判对法律人才的特殊要求及其与现实的差距:“涉外商事海事审判工作需要大批复合型专家型法律人才。而目前涉外商事海事法官整体水平与新形势新任务的要求还有相当距离,法官中复合型专家型法律人才还比较少,而且主要集中在少数经济发达城市,审判资源配置不够合理,多数法官的知识单一,年轻法官缺乏审判经验。”^[14]

针对高素质涉外法官相对匮乏的现实,最高人民法院曾采取多种措施予以应对,但实施效果均不理想。此类措施包括加强教育培训、健全竞争激励机制和采用集中管辖制度等,虽然所在多有,但均局限于司法资源的内在优化和调整。同时,由于从事涉外民事审判的普通法院法官并未固定岗位,因此即便一些法官素质卓越或者培训成功,也可能被轻易调整到其他审判岗位,造成涉外司法资源的错位和浪费。再者,从涉外审判人才的选拔和任用机制观察,由于多种原因,即便优秀人才得以进入法院,最终也可能无缘从事涉外司法。其后果是,我国整体涉外司法水平与我国的国际地位和对外开放战略要求之间存在较大差距,亟需创新涉外司法机制,从法院内外聚集优质司法资源,并利用专业巡回法庭稳定法官群体,不断提升其水准。

(三) 涉外民事判决的终局性与我国的再审制度

涉外判决具有国际公信力的标志之一,是其易于获得境外承认与执行。除却程序正当而规范、说理透彻而充分等要件外,判决具有终局性也是涉外民事判决获得域外承认与执行的必要条件。^[15] 颇具中国特色的再审程序使得我国涉外判决的终局性备受争议,已

[13] 参见宋连斌:《再论中国国际私法的实践困境及出路》,《中国国际私法与比较法年刊》第6卷,法律出版社2003年版,第88页。

[14] “最高人民法院副院长万鄂湘在第二次全国涉外商事海事审判工作会议上的讲话”,http://www.wanfangdata.com.cn/details/detail.do?_type=legislations&id=G000098944,最近访问时间[2019-12-20]。

[15] 参见钱锋:《终局性:外国法院民商事判决承认与执行的先决条件》,《法律适用》2006年第6期,第54页;沈涓:《再论海牙〈民商事管辖权和外国判决的承认与执行公约〉草案及中国的考量》,《国际法研究》2016年第6期,第99页。也有学者将具有终局性的判决表述为“确定的判决”,参见韩德培主编:《国际私法》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2014年版,第339-340页。

经构成我国判决获得境外认可难以逾越的一大障碍。^[16] 尽管我国有冲突法学者提出这一困境的解决之道在于外国法院应以中国法律为依据确定判决的终局性,^[17] 但此种一厢情愿地要求外国法院接受中国制度的思路,其实际成效可想而知。截至2019年7月,我国签订并生效的民刑事司法协助条约共19项,民商事司法协助条约共17项,整体进展缓慢。^[18] 中国判决在境外的承认与执行屡屡碰壁。^[19] 偶有中国判决获得美国等发达国家法院的承认与执行,便在国内法学理论界和实务界引发广泛关注,这也从一个侧面反衬了中国判决获得国际认可的艰难。^[20]

在笔者看来,与其期待境外承认我国相对独特的制度,不如自行革新涉外司法机制。涉外判决的境外承认与执行,要求判决的内在与外在要素与国际通行规则接近或相仿。在我国,再审程序频繁启动消解了判决的终局性,而再审制度与我国两审终审制主体架构又有着内在关联。目前两审终审制在世界上已成为少数例外,各国普遍采用的是三审终审制。^[21] 诚然,整体上改革我国当前的再审制度和审级结构会牵一发而动全身,难免遭遇相当大的阻力。^[22] 而由于涉外民事审判领域在与国际通行制度接轨方面的要求较高,将此领域作为改革试点更为名正言顺。同时,由于涉外案件在全部案件中占比较少,因此

[16] 参见徐鹏:《内地司法判决终局性:难以逾越的障碍——以香港法院 *Chyu Banking Corp Ltd. v. Chan Tin Kwun* 案为中心》,《环球法律评论》2006年第2期,第250页。

[17] 参见谢新胜:《条约与互惠缺失时中国判决的域外执行——以美国法院执行中国民商事判决第一案为视角》,《环球法律评论》2010年第4期,第156页。

[18] 参见外交部官方网站:<http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp>,最近访问时间[2019-07-11]。据外交部条法司副司长郭晓梅在2019年中国国际私法学会年会的大会报告中介绍,我国目前共签订了39份有关民商事司法协助的双边条约。

[19] 内地的法院判决多次因终局性问题被香港法院拒绝承认与执行。参见王吉文:《判决终局性:外国判决承认与执行上一道难以逾越的坎》,《云南大学学报(法学版)》2011年第4期,第139-140页。

[20] 例如,“湖北葛洲坝三联公司、平湖公司诉罗宾逊公司(Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co., Ltd. And Hubei Pinghu Cruise Co., Ltd. v. Robinson Helicopter Company Inc.)案”号称美国承认与执行中国判决第一案,在国内被广泛讨论。参见谢新胜:《条约与互惠缺失时中国判决的域外执行——以美国法院执行中国民商事判决第一案为视角》,《环球法律评论》2010年第4期,第152页以下;龚柏华、张小磊:《湖北葛洲坝三联公司向美国法院申请执行中国法院就美国罗宾逊公司所供直升机产品责任损害赔偿判决案评析》,《国际商务研究》2009年第5期,第23页以下;He Qisheng, *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments between the United States and China: A Study of Sanlian v. Robinson*, 6 *Tsinghua China Law Review* 23 (2013-2014), pp. 39-43。值得注意的是,该案判决并未被联邦判例集正式出版,而且除《联邦第九巡回区上诉法院诉讼规则》第36-3条规定的例外情形,通常不作为先例(原文为:“This disposition is not appropriate for publication and is not precedent except as provided by 9th Cir. R. 36-3.”)。See *Hubei Gezhouba Sanlian Indus., Co., Ltd. v. Robinson Helicopter Co., Inc.*, 425 Fed. Appx. 580, 2011 WL 1130451 (2011)。

[21] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002年第4期,第85、94页。

[22] 有学者从我国诉讼制度的历史传统和现实国情等出发,反对在三审终审制下设置民事再审程序。所谓历史传统主要指借鉴了“前苏联的职权主义再审制度”和“中华历史上反复纠错的理念”,现实国情主要指裁判不公和缠讼上访。但是,前苏联的再审制度已被逐步抛弃,历史上反复纠错的理念、现实中的裁判不公和缠讼上访恰是改革再审制度着力解决的问题,而不应成为固守旧制的理由。不过,其认为再审程序改革关涉诸多民事诉讼制度的观点值得肯定。参见罗登亮:《我国民事再审程序改革的路径选择——何种审级制度下设置民事再审程序》,《兰州大学学报(社会科学版)》2007年第5期,第110-111页。

即便改革中出现少许失误,对我国民事诉讼制度整体的冲击也会较小;^[23]而一旦改革成功,则其作为新型再审制度和审级制度的样本便可以为其他领域所借鉴,司法改革“试验田”的功能由此得以发挥。

三 革新涉外民事司法体制的制度及法理基础

(一)集中管辖制度和最高人民法院巡回法庭制度

集中管辖制度旨在集中优质司法资源,打造涉外司法判决精品。在涉外优质司法资源有限、整体涉外司法水平有待提升的背景下,该制度的政策趋向无疑具有合理性,值得肯定和适当强化。虽然近年来享有涉外案件管辖权的法院数量逐步增加,但《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》将涉外案件一审管辖权集中到中级法院的核心制度依然有效,获得最高人民法院特别授权而享有管辖权的基层人民法院主要集中在涉外民事交往较多的广东省、福建省和浙江省等少数经济发达省份。^[24]涉外巡回法庭制度将所有涉外民事案件集中到中级法院层级审理,至少在涉外商事海事审判中与现有制度不存在根本冲突,而且当前享有涉外案件管辖权的基层人民法院较多的地区,可以通过多设巡回法庭数量的方式与现有制度相衔接,也不会引起涉外商事海事司法格局的明显震荡。新制度对现行制度的突破体现在涉外物权、涉外婚姻家庭和继承案件的管辖上。对此,最高人民法院在制度出台之前可对这类案件的实际发生数量做周密详实的调查研究,在此基础上决定巡回法庭的数量和巡回频率。如此则新制度有望顺利实施,避免先收权再放权的不良结局。

在具体操作层面,现行最高人民法院巡回法庭制度的诸多细节可以被涉外巡回法庭制度直接借鉴,前者“去行政化”和“扁平化”的组织结构和以审判为中心的运作机制均可为后者所复制。在受案范围方面,最高人民法院巡回法庭可以受理涉港澳民商事案件和司法协助案件,^[25]以及涉外婚姻和继承案件等。^[26]最高人民法院巡回法庭审理这些案件的成功经验可以用于涉外巡回法庭制度的构建。新制度与现行巡回法庭制度在受案范围方面的不同主要体现在涉外商事海事案件上,这是现行制度所明确排除的案件。^[27]值得注意的是,现行司法解释的措辞为,此类案件“暂由最高人民法院本部审理或者办

[23] 例如 2015 年全国法院共审结案件 16713793 件,而审执结涉外、涉港澳台案件共计 47097 件,后者仅占全部案件的约 0.28%。参见《二〇一五年全国法院审理各类案件情况》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2016 年第 4 期,第 14 - 15 页。

[24] 例如仅广东省享有涉外商事案件管辖权的基层人民法院就有 57 家。参见“中国涉外民事商事审判网”,<http://cmt.court.gov.cn/shangshi/unintercept/court.do?area=%E5%B9%BF%E4%B8%9C>,最近访问时间[2019-07-11]。

[25] 参见 2015 年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第 3 条第 1 款第 10 项。

[26] 涉外婚姻和继承案件等虽然没有明确列入最高人民法院巡回法庭受案范围,但最高人民法院法官的权威解读认为此类案件应被包括在内。参见贺小荣、何帆、马渊杰:《〈最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定〉的理解与适用》,www.pkulaw.cn,CLI. AR. 6425,最近访问时间[2019-07-11]。

[27] 参见 2015 年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第 4 条。

理”。^[28] 这一表述留有足够余地,表明将来可以根据司法改革需要另行安排。若将最高人民法院巡回法庭制度与涉外案件集中管辖制度有效对接,将涉外商事海事案件纳入新制度下的受案范围便自然在情理之中。

新制度与现行制度的最大差异在于涉外巡回法庭的降级设置,即最高院涉外巡回法庭级别为高级人民法院审级,而高院涉外巡回法庭的级别为中级人民法院审级。这一制度难题并非不可破解,解决该问题的关键在于观念转变。长期以来,我国基于行政区划的法院设置格局导致人们误以为人大常委会只能任命同级法院的法官。其实,立法机关任命同级或下级法院的法官,这在国内外均有实例。在我国,直辖市的人大及其常委会同时有权任命高级人民法院法官和中级人民法院法官。^[29] 美国联邦地区法院、各巡回区上诉法院和最高法院的法官均由美国总统提名并经参议院同意后任命。^[30] 美国联邦最高法院的法官在历史上曾长期作为巡回法官到上诉法院(即中级法院)审理案件。^[31] 英国法院和法官制度弹性十足,同一位法官甚至可以被调配到不同法院审理案件。例如,巡回法官作为皇家法院的法官,既可到郡法院审理非重大民事案件,也可被司法大臣指派到高等法院审理民事案件。^[32] 从法院层级构建原理分析,法院分级是一种职能分级,而非上下地位等级的划分。^[33] 法院层级与行政机关的等级有着本质区别,由同一立法机关任命不同层级法院的法官,并不会必然影响司法功效。如果循着这一逻辑理解法院的层级设置,未来涉外巡回法庭的设立就将不存在难以克服的障碍。其实,早在最高人民法院巡回法庭制度构建初期,就有学者提出将该法庭的地位设定为高级人民法院级别。^[34] 在该制度正式施行之后,也有处于改革一线的巡回法庭庭长从其实践经验出发,认为可以对这一方案进行可行性研究。^[35]

(二) 法官选拔新规与司法改革顶层设计

涉外司法资源的以往多次内部优化均成效不彰,而现行的法官选拔新规开辟了体制外新路径。2016年中共中央办公厅印发的《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》打通了涉外法官来源多元化的通道。该规定特别强调,应把从律师、法学专家中选拔法官常态化和制度化;在招录、遴选法官时,应根据工作实际预留适当数量的岗位;参加公开选拔的律师应“通晓境外法律制度并具有成功处理国际法律事务的

[28] 2015年《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》第4条。

[29] 例如,天津市人大常委会同时有权任命天津市高级人民法院和中级人民法院的审判人员。参见2017年《天津市人民代表大会常务委员会人事任免办法》第6条第3项。

[30] 参见美国联邦法院官方网站:<http://www.uscourts.gov/judges-judgeships/authorized-judgeships-judgeship-appointments-president>,最近访问时间[2019-07-11]。

[31] See Steven G. Calabresi, David C. Presser, Reintroducing Circuit Riding: A Timely Proposal, 90 *Minnesota Law Review* 1386 (2006), pp. 1390-1391.

[32] 参见徐昕:《英国民事诉讼与民事司法改革》,中国政法大学出版社2002年版,第23页。

[33] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002年第4期,第85页以下。

[34] 参见顾永忠:《最高人民法院设立巡回法庭之我见》,《法律科学》2015年第2期,第59页。

[35] 参见胡云腾:《最高人民法院巡回法庭设置与运行介述》,《金陵法律评论》2015年秋季卷,第17页。

经验”等。^[36] 这一新制度使我国的法官遴选开始与一些发达法治国家的通行做法接轨,^[37] 有利于优秀的法学专家和律师加入法官行列,确保从事涉外审判的法官具有深厚的冲突法理论素养和丰富的涉外法律实务经验。未来的涉外巡回法官选拔制度可在此基础上进一步细化遴选标准和操作规程。

革新涉外司法体制在当下还拥有前所未有的组织保障和政策基础。以往的司法改革通常由司法机关或中央政法委主导,在遭遇其他部门反对和相关制度障碍时,改革措施往往被迫搁浅或难以奏效。而 2012 年开始的新一轮司法改革则由中共中央全面深化改革领导小组进行顶层设计和直接部署,这种强有力的高层介入可以有效破除不同部门的利益藩篱和陈旧制度的坚冰。^[38] 在 2017 年 10 月 18 日召开的中国共产党第十九次全国代表大会上,中共中央决定成立中央全面依法治国领导小组,从而为深化司法改革提供了更加有力的组织保障。^[39] 中共中央近年来的相关决策虽然没有具体到涉外巡回法庭层面,但涉外审判新机制的不少要素已在其列。例如党的十八届四中全会决定“最高人民法院设立巡回法庭”,“探索设立跨行政区划的人民法院……,办理跨地区案件”,“完善审级制度”,“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,以及“强化涉外法律服务,维护我国公民、法人在海外及外国公民、法人在我国的正当权益”。^[40] 党的十九大报告再次强调“深化司法体制综合配套改革”。^[41] 上述新设机构和宏观决策都为涉外巡回法庭制度的构建提供了可靠的组织保障和充足的政策支持。

(三) 革新涉外民事司法审级和再审制度的法理依据

涉外巡回法庭新制度对现行民事诉讼体制的一大突破体现在采用三审终审制并对提起再审严格限制,从而增强判决的终局性和权威性。这一改革举措看似激进,其实在民事诉讼法学界已被深入探讨多年,赞成之说几成共识。20 世纪 90 年代就有学者系统分析了上诉审的功能与我国二审终审制的利弊,提出了建立有限三审终审制的构想。^[42] 也有学者尖锐地指出,由于二审判决被立案再审的比率逐年上升,我国两审终审制其实“名存实亡”;基于审级制度的构建原理和世界三大诉讼模式中审级制度的发展趋势,我国应建立有条件的三审终审制,最高人民法院应只受理针对重要法律问题的三审上诉。^[43] 还有学者从法律适用统一性的角度,主张我国应设立有条件的三审终审制,认为第三审应为法

[36] 参见《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》第 3、4、6 条。

[37] 例如,英国和美国的法官主要来自于律师。参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社 2012 年版,第 77、102 页。

[38] 参见胡云腾:《最高人民法院巡回法庭设置与运行介述》,《金陵法律评论》2015 年秋季卷,第 4-5 页。

[39] 参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》,《人民日报》2017 年 10 月 19 日第 2 版。

[40] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,载《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本,人民出版社 2014 年版,第 22-23、40 页。

[41] 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》,《人民日报》2017 年 10 月 19 日第 2 版。

[42] 参见陈桂明:《我国民事上诉审制度之检讨与重构》,《法学研究》1996 年第 4 期,第 49 页以下。

[43] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002 年第 4 期,第 84 页以下。

律审,并对法律审的事由、程序构造、终局裁判作了具体分析。^[44] 另有学者基于审级制度原理、国外的经验和我国国情,建议针对不同案件采用多元化的审级制度,同时严格限制再审程序的启动。^[45]

尽管上述代表性观点的论证路径和具体建议各有千秋,但可以看出,采用三审终审制并相应改造再审制度几成民事诉讼法学界的共识。一些学者甚至已经拟定了三审程序和再审程序的建议稿。^[46] 但学界也普遍意识到,审级制度改革是“民事程序改革中成本极高的一项措施”,关涉司法资源配置、审判程序、审判组织、判决内容,甚至相关的宪法制度和司法管理机制的调整和匹配,可谓“牵一发而动全身”。^[47] 正因为全面推行审级制度和再审制度的改革存在巨大难度,才有必要在相对独立的涉外民事审判领域先行试点,待试行成功后再将其模式复制到其他领域。与此同时,民事诉讼法学界的前期相关理论探讨和制度设计可以为涉外巡回法庭制度所借鉴。

四 与集中管辖制度相适配的涉外巡回法庭制度的具体构建

中共中央作出的设立跨行政区域法院、完善审级制度和推进以审判为中心的诉讼制度改革等决策,应作为涉外巡回法庭制度的政策依据。与此同时,该制度应基于现行的集中管辖制度和最高人民法院巡回法庭制度的运作经验,汲取国外巡回审判制度精华,塑造专业高效的诉讼新机制,以生成涉外民事判决精品,推动国际民商新秩序的建立。

(一) 审级制度及法庭设置

涉外巡回法庭宜采用三审终审制,巡回法庭可分两级跨行政区域设立。高院涉外巡回法庭应为中级法院审级,负责案件争议事实和法律适用的全面初审;最高院涉外巡回法庭应为高级人民法院审级,负责上诉案件的审理,重在法律审,同时对争议的事实既可发回重审,也可酌情自行审理。最高人民法院本部保留原涉外民事审判法庭(现民事审判第四庭),仅对具有典型意义的上诉案件进行第三审,并且仅作法律审,旨在产生指导性案例和统一法律适用。如此定位司法职能,将有望实现“中级人民法院的专业司法、高级人民法院的监督司法和最高人民法院的统一司法”。^[48]

涉外巡回法庭跨行政区域设立,可有效摆脱以往对“地方法院”为“地方的法院”的诟病,地方主义的影响将大幅度降低,而司法公正程度将相应上升。同时,法官遴选的高标准和专业的审判机制也有助于增强裁判公正性。加之实行三审终审制,以往生效判决频

[44] 参见张卫平:《民事诉讼法律审的功能及构造》,《法学研究》2005年第5期,第41页以下。

[45] 参见章武生:《我国民事审级制度之重塑》,《中国法学》2002年第6期,第82页以下。

[46] 此类建议稿非止一个版本。参见江伟主编:《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》,法律出版社2008年版,第291页以下;张卫平主编:《民事程序法研究(第七辑):〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿及释义》,厦门大学出版社2011年版,第354页以下;杨荣馨主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉(专家建议稿)立法理由与立法意义》,清华大学出版社2012年版,第186页以下。

[47] 参见傅郁林:《审级制度的构建原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002年第4期,第99页。

[48] 参见傅郁林:《最高人民法院巡回法庭的职能定位与权威形成》,《中国法律评论》2014年第4期,第212页。

繁被再审裁判推翻的情形有望得到遏制,再审将被限定在极其严格的例外情形。在这一新型司法体制下,中国判决的终局性标准将能与欧美法治发达国家相提并论,在境外被承认和执行的概率有望得到提升。

新制度宜对现有涉外司法资源进行有效统合。我国现有涉外司法资源其实相当分散,涉外婚姻家庭和继承案件通常由民事审判第一庭审理,涉外知识产权案件由民事审判第三庭审理,涉外商事海事案件由海事法院或民事审判第四庭审理。由于海事审判具有高度专业性且海事法院数量有限,海事法院可继续保留其涉外海事案件的初审权,但应专设涉外海事审判庭。其余从事涉外民事审判的法官则应通过下述遴选程序择优进入涉外巡回法庭。

两级巡回法庭的设置数量应当建立在对过去多年涉外民事案件受理数量的精确统计基础之上,不宜简单追求与行政区划的一致性,并应根据案件数量的变化趋势适当预留审判力量。由于涉外巡回法庭将真正采用巡回审判方式,因此法庭数量的有限通常不会造成当事人诉讼的不便。对于偏远地区,考虑到诉讼成本,巡回审判可能不宜过于频繁。尽管如此,由于我国对涉外案件没有审理期限限制,因此适当延长审理期限不存在法律障碍。^[49] 此外,涉外审判还可以充分利用现代通讯技术和设备,采用电子邮件、微信、视频等方式传送文书和证据乃至开庭审理,从而节省司法资源。在确定涉外巡回法庭设置数量时,也应将上述因素考虑在内。

(二) 法官遴选及任职制度

涉外巡回法庭制度的成败在很大程度上取决于能否遴选出优秀法官。由于涉外判决可能面临国际“流通”,需要获得境外的承认与执行,担负提升中国判决的国际公信力和权威性、推动建立国际民商新秩序、打造新型审判体制“试验田”的历史重任,因此有必要遴选一批精英法官完成这一使命。在初始阶段,由于新体制面临整合现有司法资源的特殊任务,因此宜由最高人民法院牵头,会同司法部和教育部等组成涉外法官遴选委员会,采用有学者针对最高人民法院巡回法庭提出的“全国遴选+高薪高配”模式,从法官、律师和法学专家中不拘一格选拔优秀法律人才。^[50] 参考《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》的规定,法官实际从事审判工作的年限、律师持续执业年限和法学专家从事法学研究的年限应不低于 5 年,法学专家还应有一定的兼职律师、挂职法官或作为仲裁员等从事法律实务工作的经验。^[51] 但对不同审级的法官,遴选标准应有所不同:高院涉外巡回法庭负责案件初审,法官的实务经验更加重要;最高院涉外巡回法庭负责上诉审,面对的疑难案件相对较多,法官除了审判经验,还应有较高的理论水平;而最高人民法院本部涉外审判庭主要负责甄选和制作指导性案例,法官应具有高超的理论素

[49] 关于涉外民事案件的审理期间的规定,参见我国 2017 年修订之《民事诉讼法》第 270 条:“人民法院审理涉外民事案件的期间,不受本法第一百四十九条、第一百七十六条规定的限制。”

[50] 参见傅郁林:《最高人民法院巡回法庭的职能定位与权威形成》,《中国法律评论》2014 年第 4 期,第 214 页。

[51] 参见《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》第 6 条第 4 项。

养。为吸收到优秀法律人才,涉外法官的薪酬和待遇应适当高于同级法官的标准,法官职级也应略高于同审级法院法官的等级。

与此同时,为积累司法经验和增强法官的职业荣誉感,涉外巡回法庭法官的任职应保持系统内的相对稳定。除非因法定事由,法官不应被免职、调离或降低薪酬。待涉外审判体制改革到位后,除高院涉外巡回法庭继续坚持从多行业“全国遴选”外,大部分上级审判机构的法官应从下级巡回法庭的法官中选拔。步入正轨后的“全国遴选”,宜由全国人大常委会牵头,会同最高人民法院和司法部等组成涉外法官遴选委员会,依照相对固定的遴选规则,择优选拔合适人选。涉外法官应专司审判业务,唯对法律负责,不再被强加审判以外的职责,以便专心打造涉外判决精品。但为了防止法官受地方利益的牵连,可以考虑在涉外审判系统内部保持法官一定的流动性,例如每5-8年调换一定比例的巡回法官到其他巡回区任职。

(三) 内设机构和职能划分

涉外巡回法庭的固定办公地址宜设立在涉外民事案件集中的地区,以此为中心到其他巡回审判点开展审判工作。在内部机构设置上,涉外巡回法庭可充分汲取最高人民法院巡回法庭的成功经验,以审判之需为尺度,采取“扁平化”和“去行政化”的内部架构。法庭固定办公地可设立一个综合服务办公室,负责处理后勤管理、司法调研、内部行政管理和对外交流等非审判事务性工作;同时另设一个诉讼服务中心,负责立案登记、法庭秩序维持、卷宗整理和判决书上网等审判事务性工作。^[52] 诉讼服务中心可根据需要在巡回审判点派驻1至2名人员负责立案登记和接待当事人等。为最大程度节约诉讼成本,巡回审判点可设立在地方中级人民法院内部,开庭时借用当地的法庭和设备等。涉外巡回法庭应设一名庭长,由德高望重的法官担任,对内主持工作、对外代表法庭,但其审判权应与其他法官平等。

涉外巡回法庭的核心组织应为专业审判庭,法官区分专业负责不同领域的案件审判,这与当前最高人民法院巡回法庭中的全能型法官有所不同。^[53] 专业审判庭可大致分为涉外家事审判庭、涉外知识产权审判庭、涉外商事审判庭和涉外海事审判庭。不同地方的巡回法庭可根据当地实际发生的纠纷类型,按需设立不同的审判庭并配备数量不等的法官。之所以有必要区分不同领域组建各种审判庭,是因为冲突法的特性和涉外案件的复杂性。冲突法其实是涉及面甚广的一类独特法律,看似一类规则,其实内容涉及物权、知识产权、债权、婚姻家庭和继承等多个领域。真正理解冲突法必须具备相关领域比较法知识。基于冲突法的这一独特性,美国冲突法知名学者艾伦茨威格(A. Ehrenzweig)曾睿智地指出,冲突法学无法作为一个独立的学科存在,冲突法“其实只是国内法每一个分支的

[52] 已有的成功实践可参见胡云腾:《最高人民法院巡回法庭设置与运行介述》,《金陵法律评论》2015年秋季卷,第8页。

[53] 最高人民法院巡回法庭由电脑随机分案,挑选法官组成合议庭。参见刘贵祥:《巡回法庭改革的理念与实践》,《法律适用》2015年第7期,第38页。时任最高人民法院第二巡回法庭庭长明确指出,随机分案的机制意味着每名法官均可能审理受案范围内的任何案件,需要做到“刑民行”皆通。参见胡云腾:《全面设立巡回法庭的意义》,《法治现代化研究》2017年第1期,第19页。

特别部分”。^[54] 涉外民事案件通常不仅适用冲突法,还依据冲突法指引适用实体法;实体法既可能是法院地的物权法、知识产权法、债权法、婚姻法、继承法等,也可能是外国法、国际条约和国际惯例等。这对法官的专业要求高于普通法官。如果说国内民事案件有必要设立不同民事审判庭审理的话,涉外巡回法庭同样有必要设立不同的审判庭。这种区分不同领域设立审判庭的做法可充分发挥不同法官的专业特长,也与最高人民法院在涉外商事海事审判领域倡行的“专业审判机构、专业审判人员”要求相一致。^[55] 每个审判庭的法官数量可根据涉外纠纷的多少适当安排。

在人员配备上,每名涉外巡回法庭法官可配备 2 名法官助理和 1 名书记员。当前在最高人民法院巡回法庭流行“1 + 1 + 1”审判团队模式,^[56]但其中 1 名法官助理对于从事涉外审判的法官而言恐怕数量略少。在美国,一名法官通常配置 1 至 4 名法官助理,有的法官还有律师职员 (staff attorneys) 负责制作备忘录和草拟判决书等。^[57] 我国涉外法庭原则上可为每名法官配置 2 名法官助理,其中 1 名为专职助理,另 1 名为实习法官助理;前者是法庭正式招聘的司法辅助人员,后者则为来法院实习的优秀法科生。专职助理可负责主持调解、查阅相关法律条文和案例、草拟判决书等专业性较强的工作,而实习法官助理则可负责送达法律文书、校对判决书、收集相关资料等专业色彩较淡的辅助工作。在此基础上,法官助理的数量还可根据不同法官审理案件的多少在法庭内部适当调配。如此安排,可使法官专注于审判中的实质问题和斟酌判决内容。与此同时,安排实习法官助理也有助于法律人才梯队的搭建。^[58]

(四) 审判机制和执行机制

涉外巡回法庭应采用“让审理者裁判、由裁判者负责”的司法责任制,汲取最高人民法院巡回法庭制度和国外巡回法庭运作的经验,实行符合司法规律的审判机制。首先,立案与否宜由相应审判庭的主审法官决定。在诉讼服务中心受理案件并初分案件类型后,由法官助理审核其是否符合涉外民事案件的要件并提出初步意见,由主审法官最终决定是否立案。其次,在各专业审判庭内部实行由电脑随机分案给主审法官,并随机组成合议庭,不再固设审判长,实现法官之间在审判事务上的真正平等。再次,庭审前由法官助理协助组织当事人交换证据和调解,并检索相关案例和提出审判要点,在庭前准备充分的条件下法官可高效审理案件,并对适宜的案件当庭宣判,以减少外部干预的机会。最后,在合议庭成员民主评议基础上,由担任审判长的主审法官撰写判决意见,适当注明不同意见,并签发判决书。判决书不需要再上报领导审核,但疑难案件可交由主审法官会议讨论,讨论意见仅供合议庭参考。

[54] Albert A. Ehrenzweig, A Proper Law in a Proper Forum: A “Restatement” of the “Lex Fori Approach”, 18 *Oklahoma Law Review* 340 (1965), pp. 341 - 342.

[55] 参见罗东川:《开启涉外商事海事审判工作的新征程》,《中国审判》2014 年第 12 期,第 61 页。

[56] 参见胡云腾:《全面设立巡回法庭的意义》,《法治现代化研究》2017 年第 1 期,第 19 页。

[57] 参见王泽鉴主编:《英美法导论》,北京大学出版社 2012 年版,第 105 - 106 页。

[58] 现在最高人民法院第一巡回法庭已经尝试与深圳大学建立合作关系,法学研究生担任类似于法官助理的一些工作。参见刘贵祥:《巡回法庭改革的理念与实践》,《法律适用》2015 年第 7 期,第 40 - 41 页。

在执行层面,按照党的十八届四中全会决定的“推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点”要求,涉外巡回法庭宜专司审判,不再另设执行机构和人员。涉外巡回法庭的生效判决需要强制执行的,可交由高级人民法院执行局负责执行,也可由高级人民法院执行局委托被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院执行局代为执行。但是,涉外民事案件的执行审查权本质上属于司法权,^[59]应由作出判决的涉外巡回法庭行使。同理,需要中国承认与执行的境外法院判决和仲裁裁决,也应由相应的涉外巡回法庭审查决定是否承认及执行。

[本文为作者主持的2019年度国家社会科学基金一般项目“我国国际商事法庭重大制度革新研究”(19BFX204)的研究成果。]

[Abstract] The Supreme People's Court (SPC) has taken the improvement of international credibility of China's judiciary as the emphasis of the judicial safeguards for the construction of "Belt and Road". However, there is an obvious gap between the quality of the trial of foreign-related civil cases by Chinese courts and the image of rule-of-law civilization pursued by China. The crux of the problem lies in the dilemmas faced by the foreign-related judicial system such as the conflict between the imbalance of spatial and temporal distribution of foreign-related cases and the rigid arrangement of foreign-related judicial resources, and the contradiction between the special professionalism of foreign-related civil trials and the insufficiency of high quality judicial resources. In the face of the above dilemmas, establishing a foreign-related circuit court system compatible with the centralized jurisdiction can be regarded as a viable option. The current institutions of centralized jurisdiction and circuit courts of SPC have laid the foundation, the new rules for the selection of judges and the top design of judicial reforms have supplied the talent channel and policy basis, and the consensus on the review system of civil litigation and retrial system has provided the theoretical support for this new mechanism. The current reform can be carried out by focusing on such aspects of the system as the review system and establishment of courts, selection and appointment of judges, internal institutions and distribution of functions, and mechanisms of trial and enforcement.

(责任编辑:廖凡)

[59] 参见最高人民法院《关于执行权合理配置和科学运行的若干意见》第4条。