

涉外民事诉讼的被告财产管辖权:比较法之考察

焦 燕

内容提要:我国《民事诉讼法》在第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”中规定了无条件的被告财产管辖权,司法实践亦遵循此规定,但被告财产管辖权在涉外民事诉讼管辖权领域是极富争议的问题。对此问题进行比较法考察,既有制度借鉴的理论意义,也有考察被告财产管辖权被国际社会接受程度的现实意义。德国、美国和欧盟布鲁塞尔管辖权体系是三个最有影响的涉外管辖权体系,比较法考察表明,被告财产管辖权在传统上都被承认,但近几十年普遍受到了限制。从现实主义出发,结合原、被告利益的平衡、各国竞相扩大管辖权的现实以及涉外判决执行的需要,我国应保留被告财产管辖权,但应视我国涉外管辖权体系的未来变动情况对其给予合理的限制。

关键词:涉外民事诉讼 被告财产管辖权 准对物管辖权

焦燕,南京大学法学院讲师。

一 问题的提出:基于《民事诉讼法》第 241 条

2007 年我国修改《民事诉讼法》之际,并没有对第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”做出任何修改,^[1]但这并不意味着第四编的内容无需修改,恰恰相反,涉外编所存在的争议丝毫不少于国内编,或许是因其内容之“高、精、尖”,立法者不肯轻易涉足该部分的修改罢了。涉外编的争议主要集中在“涉外民事诉讼管辖权”和“涉外判决的承认和执行”两个方面,尤其以前者即第 24 章的规定为重,而第 24 章的重心又在于第 241 条,本文即探讨该条所规定的却在国际私法学界存在重大争议的被告财产管辖权问题。

依据第 241 条,对于“因合同纠纷或其它财产权益纠纷,对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼”,我国法院基于境内的财产可以在两种情况下行使管辖权,第一是“诉讼标的物在中华人民共和国领域内”,第二是“或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产”。对于前者,作为诉讼标的物的财产位于我国境内,这表明案件和受理法院之间存在密切的联系,法院据此行使管辖权存在合理性,也为各国法律所认可。但是,若仅仅依据被告的可供扣押的财产行使管辖权,整个案件和受案法院之间很可能并不存在任

[1] 参见 2007 年 10 月 28 日全国人民代表大会常务委员会《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。

何实际联系。

例如,在“原告李仁俊与被告吉丰建设股份有限公司债务纠纷案”这一典型案例中,^[2]原、被告双方住所均位于我国台湾地区,原告要求被告返还借款的债务纠纷全部发生在台湾地区,该案与我国内地仅有的联系是被告在内地有可供扣押的提存款,厦门市中级人民法院依据原《民事诉讼法》第243条(现《民事诉讼法》第241条)的“可供扣押的财产所在地”的管辖依据行使了管辖权。依据与案件毫无实际联系的被告财产所行使的管辖权,便是“被告财产管辖权”。我国案例公开极为有限,有关程序事项的案例公开数量更少,因而无法全面准确地勾勒我国关于被告财产管辖权的司法实践,但诸如“李仁俊案”的典型案例表明,我国司法实践大体上是依据法条文意采行无条件的被告财产管辖权。

在内国民事诉讼中,可供扣押的被告财产,一般难以成为财产所在地法院行使管辖权的依据,我国民事诉讼法亦复如此规定。我国《民事诉讼法》内国民事诉讼中并无被告财产管辖权之规定,仅允许原告对被告财产申请财产保全。在原告的程序利益与被告的程序利益之间,管辖权的原理与立法一般更多地倾向于保护被告的程序利益,被告应享有避免被原告滥用诉权的权利,因而法院行使管辖权必须以被告或案件与法院所在地区存在实质联系为前提条件,法院行使管辖权必须在被告的正当期望的范围内。如果仅仅是与案件毫无实际联系的被告财产构成管辖依据,这很有可能超出了被告的正当期望。

然而,涉外民事诉讼与内国民事诉讼在管辖权问题上毕竟存在一些本质的区别,内国法不被允许的管辖连接点,却很可能被涉外民事诉讼程序所认同。各国国际私法或程序法也注重保护被告在涉外民事诉讼中的特殊的管辖利益,但与此同时,各国在决定是否行使涉外民事诉讼管辖权的时候还会考虑保护本国的主权利益或是本国居民的利益,以及是否能够促进涉外判决的执行,因而对被告程序利益的保护程度自然要比内国民事诉讼的程度要低。由此带来的法律后果是,一些在内国民事诉讼中不被允许的管辖连接点,却被接纳为涉外诉讼的管辖连接点,其中最典型的是“标的物所在地”,以我国为例,我国《民事诉讼法》在国内篇中,一般规则是禁止标的物作为管辖依据,仅在第26条中对保险合同纠纷做出了特殊规定,授权保险合同的标的物所在地法院行使管辖权;与此相反,在涉外篇中,第241条明确规定标的物所在地法院享有管辖权。因而一国所行使的涉外民事诉讼的管辖权力一般要远远大于内国民事诉讼的管辖权力。

问题在于:内国民事诉讼所没有的被告财产管辖权,是否应当被纳入到涉外民事诉讼中,从而合理地扩大一国涉外民事诉讼的管辖范围?被告财产管辖权无疑可以促进判决的执行,因为法院地国法院判决之后,可以直接就位于境内的被告财产进行执行,而根本无需到境外申请承认和执行,因此从执行的角度考虑,鉴于一国民事判决到境外法院执行的难度,在涉外案件中承认被告财产管辖权是非常合理的。然而在现代社会中,经济全球化逐步或已经成为一种现实,被告之财产很可能遍布全球,位于许多国家,一旦承认没有任何限制的被告财产管辖权,势必导致被告很可能在全球许多国家被诉,这不仅会大大超出被告的正当期望,也会从经济上减损其对外投资或对外贸易的积极性,这也是诸多积极吸引外资的东道国所不愿意看到的。

一边是降低外国执行的难度、增进跨国诉讼的司法效力,一边是保护被告在程序法上的

[2] 参见福建省厦门市中级人民法院民事判决书(2006)厦民初字第75号。

正当期望,以及鼓励全球投资和促进跨国民商事交往,我国法院在解释《民事诉讼法》第 241 条的被告财产管辖权时,以及未来民事诉讼法涉外篇修改时,该如何对上述两种相反的价值目标进行利益衡量呢?

本文将对被告财产管辖权进行比较法上的考察,最后回到我国的现实法律环境,在比较法考察的结论上寻求我国的正当结论。之所以要采取比较法之考察,除了在法律制度和法律知识上对主要有代表性的涉外管辖权体系诸如德国体系、美国体系和欧盟布鲁塞尔体系进行借鉴之外,还基于涉外民事诉讼管辖权的固有属性。涉外民事诉讼管辖权对内虽然完全是一国主权范围内的事,但同时也涉及到和他国管辖权的协调问题。如果所有国家都放弃了被告财产管辖权,而只有我国坚持被告财产管辖权,那么即使在理论上可以自圆其说,对外也难以为国际社会所接受,并很有可能被视为是一种司法沙文主义的表现。因而比较法的考察,除了制度借鉴的理论意义之外,也有考察被告财产管辖权被国际社会接受程度的现实意义。

二 德国法:从允许到限制

《德意志联邦共和国民事诉讼法》第 23 条规定:“对于在国内无住所的人,因财产上的请求而提起的诉讼,该项财产或诉讼中请求标的位于某一法院管辖区时,该法院有管辖权。如为债权时,以债务人的住所视为财产所在地。如该债权有担保物时,以担保物所在地视为财产所在地。”^[3]由此可见,对在德国没有住所的被告提起诉讼,只要被告在德国境内有财产,不论财产是否是诉讼标的物,德国法院均有管辖权,如此规定完全等同于我国《民事诉讼法》第 241 条的被告财产管辖权之规定。因此,考察被告财产管辖权规定在德国司法实践中的运作情况对我国尤其具有参考价值。

在过去几十年中,德国司法实践涉及被告财产管辖权的最著名的案件,莫过于“尼日利亚中央银行案”。^[4]1975 年,尼日利亚共和国政府从事一个大型的建筑工程,它和世界各地的供应商签订合同,要求他们将香料运至尼日利亚首都及主要港口拉格斯,大多数合同通过尼日利亚中央银行开立信用证方式付款。后来证明,拉格斯港没有能力接收香料船舶并进行卸货,船舶在拉格斯外的南大西洋排成一线时,尼日利亚政府取消了合同。大多数供应商均是中间商,他们买进香料以履行对尼日利亚政府的合同义务,尼日利亚政府违约之后,他们在各地提起对尼日利亚政府和该国中央银行的诉讼。作为供应商之一的一家列支敦士登公司,发现尼日利亚中央银行在德国法兰克福银行设有账户,于是根据德国《民事诉讼法》第 23 条在德国法兰克福对尼日利亚中央银行提起诉讼。在管辖权问题上,德国法院面临两个疑问:第一,尼日利亚中央银行是否享有国家主权的管辖豁免?第二,德国法院能否依据德国《民事诉讼法》第 23 条对该案行使管辖权?

对于第一个问题,法兰克福法院认为,根据国家豁免理论向有限豁免论发展的一般趋势,一国包括其中央银行的商业行为在外国法院不享有管辖豁免权,该案因尼日利亚政府没

[3] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀斌译,中国法制出版社 2001 年版,第 4 页。

[4] X. v. Central Bank of Nigeria, Decision of Landgericht, Frankfurt, Dec. 2, 1975 (1976). 参见 Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 58 - 59.

有兑现信用证而引发诉讼,是尼日利亚政府的商业行为,因而尼日利亚中央银行无权要求国家豁免。对于第二个问题,德国法院进一步裁定,尼日利亚中央银行在法兰克福银行开设账户并有存款,德国是被告财产所在地,因而该案完全符合德国《民事诉讼法》第23条的管辖要件,德国法院享有管辖权。^[5]

然而,本案一经裁定,却引来国内外学术界的一片质疑和批评。批评者认为,无论是原告还是被告,在德国均没有住所,信用证付款地和基础合同的履行地也都不在德国,德国法院行使管辖权并不能促进德国的任何国家利益,德国法院行使管辖权缺乏正当合理的法理基础,该案判决正表明了德国《民事诉讼法》第23条固有的缺陷。^[6]从涉外民事诉讼管辖权的一般原理出发,本案最无争议的管辖法院是作为被告住所地的尼日利亚法院。德国法院或许不相信尼日利亚法院的司法公正,担心欧洲商人难以在尼日利亚取得对尼日利亚政府有利的判决或执行,因而“铁肩担道义”,主动行使管辖权。但是,即使尼日利亚的法治发展程度和司法公正程度难以令西方国家满意,这种带有意识形态的道德感也不能成为德国法院行使涉外民事诉讼管辖权的内在的真实的理由。

其实早在1968年,欧共体国家为统一彼此的管辖权与判决的承认与执行规则,促进民事判决在欧共体国家的自由流通,缔结了《关于民商事判决的承认与执行的布鲁塞尔公约》(简称《布鲁塞尔公约》)。《布鲁塞尔公约》第3条规定,只要被告在任何一个缔约国有住所,德国法院即不能依据第23条对被告行使管辖权。《布鲁塞尔公约》将德国无限制的被告财产管辖权和英国的“出现管辖权”、法国的“国籍管辖权”相提并论,指责这些管辖权是法院地国任意扩大管辖权的举措,是不适当的、过度滥用的管辖权。^[7]《布鲁塞尔公约》对涉外管辖权的理论发展产生了深远影响,也是欧盟统一各国国际私法的成功开端。^[8]2001年,《布鲁塞尔公约》升级为对欧盟成员国直接生效的《布鲁塞尔条例》,该条例继续《布鲁塞尔公约》的政策,对于住所位于欧盟境内的被告,被告财产管辖权仍在禁止适用的红色清单之内。^[9]但如果被告住所不在欧盟境内,被告财产管辖权是否可行,则取决于各成员国的国内法。

但在“尼日利亚案”广受批评之后,德国法院对基于《民事诉讼法》第23条的被告财产管辖权的司法实践,明显有一个转变过程。在1986年的“莫德罗格案”(Mudroglou Ltd v. Tc Ziraat Bankasi)中,^[10]德国法院对依据第23条提起的涉外民商事诉讼拒绝行使管辖权。法院认为,在适用第23条时,必须考虑德国法院的国际管辖权和国内管辖权的区别,虽然第23条既不违反宪法,也不违反国际法,但只有诉讼原因和法院地国存在某种联系时,依据第23条行使的管辖权才是合理的,才有利于国际民商事诉讼管辖权在全球范围内的分配与协调。法院进一步认为,在被告财产的基础之上,另行需要何种联系才能行使管辖,这无法机械地预先决定,即使是原告住所位于德国,也并不一定就能支持被告财产管辖权所需附加的

[5] 参见 Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, pp. 58-59.

[6] 参见 Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, p. 59.

[7] 参见欧共体1968年《关于民商事判决的承认与执行的布鲁塞尔公约》第3条第2款。

[8] 欧洲共同体和欧盟在1968年《布鲁塞尔公约》的成功实践之后,又相继对涉外合同的法律适用规则和涉外侵权的法律适用规则展开了统一的过程,目前已经实现统一:合同方面是2008年《合同之债法律适用条例》(简称“罗马 I”),侵权方面是2007年《非合同之债法律适用条例》(简称“罗马 II”)。

[9] 参见2001年《布鲁塞尔条例》附件一。

[10] Mudroglou Ltd v. Tc Ziraat Bankasi (1986) 3 WLR 606. 参见 F. Vischer, *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours* (92-1), p. 215.

其他联系因素。^[11]

因此,德国法院在保留第23条的被告财产管辖权的同时,对其适用条件却做出了越来越严格的限制。仅仅是被告财产在德国境内这一唯一的联系,德国法院已经不能据此行使涉外民事诉讼管辖权了,除了被告财产之外,只有案件或当事人与德国存在其他联系时,德国法院才能行使被告财产管辖权。对于其他联系的要求,德国法院虽无机械地限定,但却有愈来愈严格的趋势。实际上,要求愈严格,被告财产管辖权的管辖依据也愈加减弱了。

三 美国法:准对物管辖的宪法限制

美国如同中国,也是一个广土众民的国家,再加上美国施行联邦制,每个州都构成一个独立的法域,美国州际之间的管辖权的分配体系成为美国涉外管辖权规则体系的主要部分,因而涉外管辖权问题或州际管辖权冲突问题一直是美国冲突法的重要组成部分。

美国建国之后,采用涉外管辖的属地原则,美国联邦最高法院在1877年的“彭诺耶诉内夫案”(Pennoyer v. Neff)的判决中对属地原则给予了宪法性认可。^[12]“彭诺耶案”为州法院创设了属地原则的两个方面:第一,州法院通过向在本州之内的被告的个别送达,可以行使对人管辖权;第二,通过扣押被告在本州之内的财产,可以行使对物或准对物管辖权。^[13]两个方面结合起来,就是一州法院可以通过对州内的人或财产行使属地权力而行使管辖权。

“彭诺耶案”的美国判例法规则表明,只要被告在一州境内有可供执行的财产,当该财产与诉讼有关联时,法院行使的管辖权称为“对物管辖”;当该财产与当事人或案件没有直接联系时,州法院对住所不在境内的被告行使的管辖权称为“准对物管辖权”。无论是对物管辖还是准对物管辖,都表明美国法院行使管辖权的基础是基于物和财产;其中,法院通过对财产的直接支配权和管辖与该财产有关的争议,行使的是对物管辖权;通过对财产的直接支配权、将权力延伸至财产所有人、从而管辖与该财产无关的争议,行使的是间接的准对物管辖权。因此,美国的准对物管辖权非常类似于德国《民事诉讼法》第23条之规定,但是,美国规则与德国规则之间存在重要的差别:在美国,如果诉讼仅仅以位于境内的财产作为管辖依据,原告从诉讼开始就需要为被告在法院地的财产做出担保,并且,如果被告败诉,法院只能在扣押财产范围内要求被告承担责任;^[14]相反,在德国,原告并不一定需要对被告的扣押财产提供担保,而且,被告败诉时,法院判决的被告责任也不以扣押财产的实际范围为限,尽管现实中,超出扣押财产的判决部分很难得到他国的承认和执行。

1945年,美国联邦最高法院的“国际鞋业公司诉华盛顿州案”(International Shoe Company v. State of Washington),成为涉外民事诉讼管辖理论转折的分水岭。首席大法官斯通(Stone)在该案判决意见中写道:“被告虽不在一州领土之内,但与该州有最低限度的联系,因此诉讼没有违反公平和实体正义的传统观念。这就是正当程序对于被告行使对人管辖的要求。”^[15]该案判决从两个方面改变了传统的属地理论:第一,即使被告不在一州境内,只要被告和该州

[11] 参见 F. Vischer, *General Course on Private International Law, Recueil des cours* (92-I), p. 215.

[12] *Pennoyer v. Neff*, 95 U. S. (5 Otto) 714, 24 L. Ed. 565 (1877).

[13] [美] 弗兰德泰尔、凯恩、米勒:《民事诉讼法》(第3版),夏登峻等译,中国政法大学出版社2003年版,第90-91页。

[14] 参见 Peter Hay, *Conflict of Laws* (2d ed.), West Publication Co., 1994, pp. 78-79.

[15] *International Shoe Company v. State of Washington*, 326 U. S. 310, 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed. 95 (1945).

存在最低限度的联系,该州法院行使管辖权就不会违反法律的正当程序的宪法原则;第二,即使被告位于一州境内,但如果被告和该州并不存在最低限度的联系,那么法院基于正当程序的宪法原则也不应行使管辖权。因此,第一个方面较之属地理论扩大了一州法院的管辖权,符合商业流动增大的社会需要;相反,第二个方面限制了属地理论中“权力的武断”,防止了属地理论所伴随的部分过度的不合理的管辖权。^[16]

在1966年纽约州最高法院审理的“赛德诉罗斯案”(Seider v. Roth)中,^[17]两个纽约州居民在佛蒙特州因一起交通事故受伤,被告为加拿大魁北克省人。纽约州法院本无管辖权,但纽约州的一家保险公司与被告曾签订合同,保险公司须将责任险的保险金付与被告,于是原告在纽约扣押了被告的交通事故保险单。法院认为,被告在纽约州享有对保险公司的债权,据此可以行使管辖权。纽约州法院在该案中不是缩小而是扩大了传统的准对物管辖权,因为传统准对物管辖权一般建立在有形财产的基础之上,而纽约州法院在“赛德案”却依据无形的债权行使了管辖权。“赛德案”是否符合联邦最高法院在“国际鞋业公司案”中所宣布的合宪性标准,这在美国司法界和学术界引发了很大的争议,主流意见普遍认为“赛德案”并不符合正当程序的宪法标准和最低限度联系原则。^[18]

1977年,美国联邦最高法院在著名的“谢弗诉海特纳案”(Shaffer v. Heitner)中,^[19]首次明确“国际鞋业公司诉华盛顿州案”的正当程序的宪法原则和最低限度联系原则应该适用于所有的传统管辖类型,包括对人管辖、对物管辖和准对物管辖,因而传统管辖权规则必须置于“国际鞋业公司案”先例规则的重新审视之下。在“谢弗案”中,原告向特拉华州法院对被告提起股东代位诉讼,被告是公司的董事和经理,并非特拉华州居民,在该州也没有住所,公司在特拉华州注册成立,主营业地在亚利桑那州。根据特拉华州法律,通过位于该州的被告财产,州法院可以对诉讼行使准对物管辖权。特拉华州法院认为被告的股份位于特拉华州,通过对被告股份的扣押可以行使管辖权。

但是,美国联邦最高法院撤销了特拉华州法院的裁定,由大法官马歇尔(Marshall)执笔的判决意见认为:“对物的管辖应当采用与对该物有利益的人的管辖同样的标准来进行。如果一个法院即使遵循正当程序要求也不能对财产所有人直接行使管辖权,那么法院也不应当通过对被告的财产行使准对物管辖来间接得到对人管辖权……基于财产的管辖权只是一种虚拟,其实质是对财产的所有人行使管辖权,这一古老的规则不再满足当代实质正义的要求。继续接受这一管辖权规则对被告极为不公正。”^[20]

美国联邦最高法院虽然没有直接彻底地废除传统的准对物管辖权,但却明确表明仅仅是基于被告财产的管辖权不符合“国际鞋业公司诉华盛顿州案”的先例规则,法院不能行使管辖权,除了被告财产在法院地,案件或当事人还必须与法院所在地存在其他联系并足以构成最低限度联系,法院才能行使管辖权。这一发展趋势和上述德国法的发展趋势基本一致。

[16] A. T. von Mehren, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil-law Systems", 295 *Recueil des cours* 58 (2002).

[17] Seider v. Roth, 17 N. Y. 2d 111, 269 N. Y. S. 2d 99 (1966).

[18] 参见 Eugene F. Scoles & Peter Hay, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2000), West Publishing, p. 212.

[19] Shaffer v. Heitner, 433 U. S. 186 (1977).

[20] 参见 Eugene F. Scoles & Peter Hay, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2000), pp. 212-213.

四 我国被告财产管辖权之走向

以上我们从比较法的角度分析了被告财产管辖权在德国法、美国法以及欧盟布鲁塞尔体系中的发展情形,这三个民事诉讼管辖权的立法体系是当今国际社会影响最大的三个体系,对其他国家的民事诉讼管辖权法律的发展甚至发挥着示范性影响。欧盟布鲁塞尔体系拒绝承认被告财产管辖权,将被告财产管辖权列入过度管辖的“黑名单”;德国与美国在过去几十年里都走过了极为相似的历程,传统上都承认被告财产管辖权,如今虽没有彻底废除这一类管辖权,但都施以严格限制,法院如果行使被告财产管辖权,除了要求被告财产位于法院所在地,还要求案件或当事人与法院之间存在其他重要的、甚至是强有力的联系或最低限度的联系。但何谓其他重要联系或最低限度联系,德国法和美国法均没有明确限定,很大程度上仍依赖个案判断和先例之拘束。

就我国法律而言,无论是《民事诉讼法》第 241 条所规定的措辞和文意,还是前述“李仁俊案”所代表的司法实践,都像早期德国法和美国法那样,无条件承认涉外民事诉讼的被告财产管辖权,并且判决结果如同德国法而不像美国法那样限于扣押财产的范围之内。然而,在被告财产管辖权普遍受到限制甚至废除的国际大背景下,我国《民事诉讼法》所规定的被告财产管辖权该何去何从呢?

涉外民商事诉讼管辖权必须平衡原告和被告之间的利益,适当顾及不同国家之间的利益。涉外民事诉讼的对象是私法纠纷,应该更加重视原、被告利益的平衡。对于原告来说,自然希望被告财产管辖权成立,因为被告财产所在地有可能就是原告住所所在地,可以方便其诉讼,而且原告一旦赢得诉讼,可望立即对该财产获得有效的执行。但对被告来说,在经济渐趋全球化时代,在财产的形态渐渐从有形财产更多向无形财产转变之际,国际民商事关系中的被告财产动辄分散于数个国家,被告财产管辖权一旦成立,则被告在各国投资的财产将随时面临与财产本身毫无关联的诉讼,从而具有极大的、无法预计的诉讼风险,诉讼在很大程度上将出乎被告的预料。两相权衡,被告所受损失大于原告所得利益。当原被告利益相当之时,一国管辖权规则在理论上尚且需要向被告倾斜,更何况被告较之原告遭受了更多的管辖上的不利益?同时,国际投资和国际贸易也会因被告财产管辖权受到影响,因为一旦在他国投资和交易的财产均可作为管辖依据,那么投资和交易主体将会投鼠忌器,宁愿不去他国交易和投资,也不愿去面对在他国难以预测的诉讼风险。诚如美国联邦最高法院在“谢弗案”中的判决意见,对财产行使管辖权只是一种虚拟,其实质是对财产所有权人行使管辖权,是法院在缺少其他合理的管辖依据时,利用与案件毫无关系的被告财产来任意地、武断地扩大自己的管辖权,这实际上侵犯了对案件拥有合理管辖权的国家的利益。

因此,平心而论,我国《民事诉讼法》第 241 条所规定的无条件的被告财产管辖权,虽然有助于扩大我国法院涉外诉讼管辖权的范围,但却是一种过度的、滥用的管辖权。放眼将来,被告财产管辖权在我国法律中的未来走向,大致不外以下三条路径:第一,效仿欧盟布鲁塞尔体系,彻底废除被告财产管辖权;第二,效仿德国法,承认有条件的被告财产管辖权;第三,效仿美国法,承认有条件的被告财产管辖权,并且判决结果只能限于扣押财产的范围之内。第一种方法必须通过立法予以实现,而第二、第三种方法目前尚可通过对第 241 条进行限缩性的法律解释予以实现。

在国际社会,各国仍处于彼此争夺、竞相扩大各自涉外民事诉讼管辖权的现实中,一个最好的证明便是几乎所有国家的内国诉讼管辖权的案件范围要远远小于涉外诉讼管辖权的案件范围。如果依据纯粹的理论分析,或是依据内国管辖标准,被告财产管辖权是难以成立的。但是,如果国际社会那些影响重大的国家都保留了被告财产管辖权,我们就必须从现实主义出发,不能轻易废除被告财产管辖权,单方面过早地发扬国际主义精神是不利于维护我国的涉外诉讼的管辖利益的。布鲁塞尔体系只是欧盟法律一体化的产物,是欧盟各国之间彼此互惠的表现,诸如德国这样的欧盟成员国对住所位于欧盟国家之外的被告,被告财产管辖权仍然是成立的,尽管受到了限制。因此,布鲁塞尔管辖权体系尽管在涉外管辖权的理论发展方面享有崇高的声望,但实不应成为我国涉外管辖权体系盲目效仿的对象,我国《民事诉讼法》第241条所规定的被告财产管辖权在未来不应轻易废除。

同时,我们也应顾及目前国家间司法协助的法律现实,尽管以海牙国际私法会议为代表的国际社会,对全球管辖权的统一以及判决承认与执行的司法协助做出了巨大的努力,但这些努力大体上都以失败而告终。^[21] 国际社会迄今并没有任何全球性的管辖权协调或判决承认与执行的多边条约或其它多边协调机制,在这个领域,国际社会大体上还是一个令人无可奈何的“丛林社会”。因此,原告只有在被告财产所在地取得一个胜诉判决才可能具有实际的意义,而其他地方尽管有更加充分的管辖依据,但却不能保障原告胜诉判决的执行。从涉外判决的执行角度看,我们不能轻易抹杀被告财产管辖权的现实意义。

我国民事诉讼管辖权体系中并没有美国式的准对物管辖传统,如果将基于被告财产管辖权的判决金额限定在扣押财产的范围之内,这很难为我国法律所借鉴,因此,我国法律最现实的发展是承认有条件的被告财产管辖权。问题的最困难之处在于,我国该如何附加确定的、合理的限制条件。美国法只给出了“最低限度联系”的弹性标准,其判例法传统在未来也势必拒绝给出机械和明确的标准;德国虽是典型的大陆法系国家,但也没有规定确定的限制条件。那么,我国该规定弹性的标准,还是该规定具体而确定的限制条件呢?

在涉外民事诉讼中,对于不在我国境内的被告,《民事诉讼法》第241条除了被告财产管辖权之外,还规定了一系列具体而确定的管辖依据,包括合同签订地、合同履行地、侵权行为地、诉讼标的物所在地以及代表机构所在地,其中,如同被告财产管辖权,基于合同签订地和代表机构所在地的管辖权在涉外民事诉讼管辖的理论中也具有很大的争议。^[22] 如果未来我国立法废除合同签订地以及和案件无实际联系的代表机构所在地的管辖权,那么被告财产管辖权就应该兼顾这些联系。这就意味着,如果原告在我国有住所或国籍,或是合同签订地在我国,或是与案件没有实际联系的代表机构也在我国,两相结合,我国可以行使被告财产管辖权。如果被告财产管辖权需要另行结合的因素有好几种类型,那么,我们只能就被告财产管辖权的限制性条件规定一个诸如“实际联系”的弹性标准,以容纳立法不好机械规定的多种情形。

如果我国未来继续保留独立的合同签订地管辖权、无条件的代表机构或分支机构管辖

[21] 1990年代,在美国的倡导下,海牙国际私法会议开始制定全球性的管辖权及判决的承认与执行公约,但主要因为美、欧之间分歧重重,最后该公约的谈判以失败而告终。十多年的谈判,唯一的局部成果是于2005年海牙国际私法会议通过的《协议选择法院公约》。资料来源: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=98 (最后访问时间:2010年12月6日)。

[22] 关于这方面的讨论,可以参见 A. T. von Mehren, "Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil-law Systems", 295 *Recueil des cours* 107-109, 289-295 (2002)。

权,那么,被告财产管辖权所需照应的,实际上主要只剩下原告住所或国籍在我国境内这一情形。因此,未来立法不妨开宗明义地规定:“被告在我国有可供扣押的财产,并且,原告有中华人民共和国国籍或在中华人民共和国境内有住所的,被告财产所在地法院有管辖权。”当此之时,保留被告财产管辖权的目的是主要不在于扩大我国法院的管辖范围,而是为了保护我国国民或居民的诉讼利益。

五 结 论

在涉外民事诉讼管辖权的取舍问题上,我们所需要考虑的因素较之内国管辖权问题要复杂许多。民事诉讼是私法纠纷,因而管辖权取舍的逻辑起点自然是原、被告利益的平衡,从这个角度出发,被告财产管辖权过于偏袒原告而不利于被告,违反了管辖权应适度向被告倾斜的基本原理,无条件的被告财产管辖权是一种过度的、滥用的管辖权。与此同时,无条件的被告财产管辖权也会阻遏国际贸易和国际投资的积极进行。这些方面都倾向于限制甚至废除被告财产管辖权。

但是,在涉外管辖权和判决的承认与执行领域,至今没有现实有效的国际条约体系或其他协调机制,国际社会大体上仍是一个“丛林社会”,在管辖权取舍之时,现实主义是我们不可忘记的指导思想。当最有影响的国家都保留被告财产管辖权以扩大自己国家的管辖范围时,我们就不应贸然废除被告财产管辖权。而且,在一国判决很难获得他国承认与执行的现实环境中,保留被告财产管辖权,可以维护我国原告的胜诉判决的执行利益。正反两方面相平衡,对于我国《民事诉讼法》第 241 条所规定、并在以往司法实践中所实行的无条件的被告财产管辖权,我们应借鉴对德国、美国和欧盟布鲁塞尔体系的比较法考察结论,保留它,并视整个管辖权体系的变动情况而给予合理的限制。

[Abstract] An absolute jurisdiction over a defendant's property is provided by Civil Procedure Law (2007) and our judicial practice has followed the provision accordingly. However, in the field of jurisdiction in civil cases involving foreign element, such jurisdiction is a much controversial issue. A comparative study on this issue shall afford us not only experiences in relation to relevant systems theoretically, but also an understanding of acceptance by international community in this respect realistically. Systems of jurisdiction in Germany, US and European Brussels are the most influential ones involving foreign elements in the world. A comparative study shows that jurisdiction over defendant's property is accepted traditionally, but generally, it has been subject to qualification and limitation in recent decades. From the perspective of realism, coupling the balance of interests of both plaintiff and defendant with expansion of jurisdiction by various states and the need to enforce foreign judgments, we should uphold jurisdiction over defendant's property while imposing reasonable limitations on the basis of future changes within the system of jurisdiction involving foreign element.

(责任编辑:姚 佳)