

非涉外编程序规则在国际民事诉讼中的适用

——《民事诉讼法》第270条第2句的教义学阐释

林强*

内容摘要:立法者将需要特别处理的涉外程序问题规定于涉外编,而对于无须特别处理的涉外程序问题,借由《民事诉讼法》第270条第2句指引法官适用非涉外编程序规则,这一做法大致合理。但应予明确的是,《民事诉讼法》第270条第2句为实质意义上的概括性准用条款。法官依该规则将非涉外编程序规则适用于涉外程序问题时,应遵循准用的法理,妥当行使司法裁量权,必要时应变通适用非涉外编程序规则。在多数情况下,变通适用意味着非涉外编程序规则虽可适用于涉外程序问题,但法官在必要时需要对程序规则的规范要件或法律效果作出变通处理。对非涉外编程序规则的规范要件和法律效果是否作出以及如何作出变通处理,在国际民事诉讼法上可以作为先决问题和适应问题。这两类问题普遍存在于涉外司法的各个环节,法官应遵循适当的方法予以解决,从而合理地把握准用过程中的自由裁量权。

关键词:国际民事诉讼 民诉法非涉外编 先决问题 适应问题 准用

引言

2023年9月1日,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下称《民事诉讼法》)修正案经全国人民代表大会常务委员会表决通过,已于2024年1月1日正式施行。此次修法的重点为第四编涉外民事诉讼规则,其中国际民事诉讼管辖权、域外送达、域外取证、判决承认与执行等规则得到了系统的检视和修订。^①这些问题属于国际民事诉讼法特有的问题,理应引起立法者的充分重视。不过,国际民事诉讼法所调整的问题不仅限于此。^②对于未作具体规定的涉外程序问题,现行《民事诉讼法》第270条第2句规定:“本编没有规定的,适用本法其他有关规定。”该规定实际上主要是指引法官适用前三编的程序规则及其司法解释(以下称“非涉外编程序规则”)。自1991年《民事诉讼法》

* 中国社会科学院国际法研究所助理研究员,中国社会科学院大学法学院讲师。

本文系2024年中国社会科学院青启计划资助项目“国际民事诉讼中的程序问题法律适用原理”(2024QQJH140)的阶段成果之一。

① 关于此次《民事诉讼法》涉外编修正内容的解读,参见沈红雨、郭载宇:《〈民事诉讼法〉涉外编修改条款之述评与解读》,《中国法律评论》2023年第6期,第70-80页。

② 从域外体例完备的教科书来看,国际民事诉讼法的问题域几乎与国内民事诉讼法的问题域相当。Vgl. Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024.

颁行以来,这一规定的内容未得到修正。但是,在司法实践中,法官恰恰需要经常适用非涉外编程序规则解决国际民事诉讼问题。近年来,最高人民法院公布的多件典型案例就与此有关。^①涉外编所规定的程序问题仅是国际民事诉讼问题的一小部分。

为此,本文将从《民事诉讼法》第 270 条第 2 句出发,聚焦非涉外编程序规则在国际民事诉讼中适用的一般原理与具体情形,以期为司法实践提供有益的理论指引,并拓展国际民事诉讼法的研究内容。在此过程中,笔者将重点阐释以下几个命题:第一,系统地对国际民事诉讼法进行法典化编纂有理论和实践上的障碍,因而非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼具有必然性。第二,非涉外编程序规则不是直接适用而是准用于具体的涉外程序问题,在涉外司法中,法官应遵循准用的基本法理,不应机械盲目地适用非涉外编程序规则。第三,在准用非涉外编程序规则时,最重要的变通情形是在程序规则大致可用的情况下,对规范要件和法律效果作出变通处理,国际民事诉讼法将是否变通以及如何变通处理规范要件和法律效果的问题分别作为先决问题^②和适应问题来处理,法官应运用恰当的方法处理这两类问题。

一、非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼的一般原理

近年来,国际民事诉讼法成为独立学科的主张被提出,^③学科独立的重要体现之一就是立法上改变国际民事诉讼法依附于《民事诉讼法》的现状,通过对所有涉外程序问题的系统立法,最终制定出体例完备的国际民事诉讼法典。故而,笔者在下文将从原理上阐明为何制定国际民事诉讼法典不可取,而非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼这一现象不可避免。此外,我们还要意识到,非涉外编程序规则实际上是准用于涉外程序问题,法官应关注非涉外编程序规则适用于涉外程序问题的特殊性。

(一)非涉外编程序规则适用于涉外程序问题的原因

制定一部体例完备的国际民事诉讼法典既不合理也不现实,^④理由有以下几个方面。

首先,从学理来论,在民事诉讼法之外另行制定体例完备的国际民事诉讼法典并无必要。如果国际民事诉讼法要完全从《民事诉讼法》中独立出来,那么所制定的这一国际民事诉讼法典就应该涵盖整个诉讼流程的所有涉外问题,否则不足以满足法典的体系功能与集成功能。但是,在多数情况下,程序问题带有涉外因素这一事实并不影响我们的评价,涉外程序问题与非涉外同类程序问题只要本质上相同,就没有必要标新立异地制定出两套程序规则,否则也有违常理。对此,只需举几个简单的例子便知。比如,法官在处理当事人适格问题时主要判断谁具有诉讼实施权,通常情况

^① 典型如黄某某、苏某某与周大福代理有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司合同纠纷案,最高人民法院[2015]民四终字第9号民事判决书;华为技术有限公司等与康文森无线许可有限公司确认不侵害专利权及标准必要专利许可纠纷案,最高人民法院[2019]最高法知民终732、733、734号之一、之二民事裁定书等。

^② 此处的先决问题与国际私法上通常理解的先决问题不同,本文第二部分将作进一步说明。

^③ 参见何其生:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第22-23页。

^④ Vgl. Peter Mankowski, Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts - Zwischen Internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 82 (2018), S. 581 ff.

下,主张自己是争议法律关系的主体享有诉讼实施权。^①为此,《民事诉讼法》第122条第1项针对原告适格问题规定:“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。”诉讼活动的重要目的就是解决利害关系人之间的纷争,立法者不可能因为处理的是涉外案件,就否定与本案有直接利害关系的主体成为适格的当事人。还比如,在地域管辖事项上,《民事诉讼法》第24条规定,合同纠纷引起的诉讼可由合同履行地人民法院管辖,这是因为合同履行地法院查明案件更为便利,且在一些情形中,合同履行地也是被告财产所在地,该地法院采取财产保全措施更及时有效。^②只要原则上肯定了中国对某涉外合同纠纷具有国际民事诉讼一般管辖权,在进行地域管辖分配时,该涉外合同纠纷也应由合同履行地人民法院审理。此外,案件具有涉外因素对于诉讼主干的流程性事项如何处理通常也无影响,《民事诉讼法》第二编规定的起诉受理程序、庭前准备程序、开庭程序等规则都属于此类可以同时适用于涉外案件与非涉外案件的规则。可以说,如果一定要制定一部国际民事诉讼法典,该法典中的多数规则都可能与国内的民事诉讼规则重复,与其如此倒不如维持现在的立法体例。

其次,从实践来看,在现行《民事诉讼法》之外制定体例完备的国际民事诉讼法典对于司法实践而言意义有限,甚至有时还可能徒增困扰。一方面,如果并行地存在国际民事诉讼法典与国内民事诉讼法典,并且两套程序规则还不大相同。法官在审理具体案件时,将不可避免地面临两部立法交替适用的复杂情形。因为,在现实之中,涉外程序问题的出现有时候带有很强的随机性,与案件事实本身有无涉外性并无必然联系。即使案件事实本身不涉外,法官也会遇到不少涉外程序问题。比如,庭审开始后,案件关键证人移居海外,或当事人一方将可供执行的财产转移到国外,这就可能产生域外取证、财产保全或域外执行等涉外程序问题。而一个案件虽属于涉外民事案件,但是整个诉讼流程也可能几乎不含有涉外程序问题。比如,居住在中国的双方当事人因合同纠纷在中国起诉,整个案件唯一的涉外因素是合同偶然在某国订立,除了国际民事诉讼管辖权确定阶段有可能需要援用国际民事诉讼法规则外,很少含有涉外程序问题。所以,涉外程序问题的出现,与案件事实本身是否涉外并无必然联系。因而,法官在处理任何一个案件时,都得时刻判断所处理的程序问题是否带有涉外因素,对于涉外程序问题适用国际民事诉讼法典中的有关规定,而对于非涉外程序问题适用民事诉讼法的规定。这无疑增加了司法审判程序的复杂性,并给法官带来沉重负担。另一方面,如果违背学理认知,强行规定完备的国际民事诉讼法典,而其中的多数内容又与国内民事诉讼法大不相同,无非就是认为涉外民事诉讼更重要和特殊,这样容易面临“重国际,轻国内”的非难。相反,如果国内民事诉讼与国际民事诉讼尽可能适用同一套诉讼规则,就意味着涉外民事诉讼与非涉外民事诉讼可以共享同一套诉讼法的教义学体系,可以大大地简化诉讼法学的教授任务并降低法官的职业培养成本。

基于以上理由,国际民事诉讼规则的制定应以必要为限。而之所以要制定特别的涉外程序规则,多是因为适用非涉外编程序规则与国际法的基本原则、民事诉讼的

^① 参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第128-129页。

^② 参见江必新主编:《新民事诉讼法条文理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第101页。

基本理念以及国家重大的法政策不符。^①目前,我国《民事诉讼法》集中规定了涉外程序规则,而对于无须特别处理的程序问题指引法官适用非涉外编程序规则,这一做法大致合理。也因此,法官不可避免地要将非涉外编程序规则适用于涉外程序问题。

(二)非涉外编程序规则适用于涉外程序问题的性质

将非涉外编程序规则适用于涉外程序问题,这种适用不是直接适用,而是准用;在法教义学上,《民事诉讼法》第 270 条第 2 句宜被界定为实质意义上的准用条款。这是笔者要重点阐释的另一个命题。

1. 准用的证成

在中国立法中,“准用”又常称被为“参照适用”。^②借由准用条款的指引,特定法律规范可以参照适用于本不属于该条规范调整范围的其他情形。《民事诉讼法》第 270 条第 2 句恰恰符合这种情况,因为非涉外编程序规则原初是针对国内民事诉讼制定的,只是借由第 270 条第 2 句,这些非涉外编程序规则才被扩展适用于涉外民事诉讼。借此条款,国际民事诉讼法可与国内民事诉讼法共享同一体系大厦,免去了国际民事诉讼法单独立法的烦琐和不便。不过,《民事诉讼法》第 270 条第 2 句并未依立法惯例采用“参照适用”与“参照”等相关表述,故我们将其界定为准用条款需强化论证。基于以下理由,笔者认为前述定性具有充分的根据。

第一,将《民事诉讼法》第 270 条第 2 句界定为准用条款有利于解释并解决国际民事诉讼中产生的特殊法律适用问题。既往一些观点认为,涉外编规则与非涉外编规则属于特别规定与一般规定的关系,^③《民事诉讼法》第 270 条第 2 句不过是揭示出了此种关系,并且指示法官应遵循“特别法优先于一般法”的原则,在国际民事诉讼中优先适用涉外编中的特别程序规则,在涉外编无规定时直接适用非涉外编规则中的一般规定。但是,这与我们的一些具体认知与实践相违背,因为非涉外编程序规则直接适用于国际民事诉讼可能产生不妥的结果,理应对其作出一定的变通处理。比如,在侵犯死者人格权的涉外案件中,外国死者亲属来华请求侵权行为人承担损害赔偿。如依前述见解,因涉外编并无关于当事人适格的具体规定,法官应适用非涉外编规则决定死者亲属是否适格当事人,也即《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》(下称《民诉法解释》)第 69 条可直接适用,死者近亲属即可据此作为适格的当事人。但是,司法解释制定者之所以拟定这一规则,是因为《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)第 994 条肯定了在死者的人格权受到侵害时,其近亲属在实体法上有请求损害赔偿的权利。前述《民诉法解释》第 69

^① 比如,国际公法上要求执法管辖权遵循属地原则,一国必须在其领土范围内执法。广义上的执法行为,包括送达、取证、判决的承认与执行等,需要严格遵守一国只能在其领土范围内从事这些行为的要求。如需要在域外从事这些行为,就必须借助司法协助的方式,而不能简单适用国内的相关诉讼规则,如此就有了特别立法的需求;为保障当事人在诉讼法上的程序自治权,在法院选择协议的若干事项上有必要拟定冲突规则,而不能完全适用法院地法,此时就得为法院选择协议制定冲突规则;再如,一些国家为了打造国际商事争议解决中心,将国际商事诉讼逐渐从国际民事诉讼中独立出来,为此建立专门的国际商事法庭,并拟定国际商事法庭诉讼规则,目的就是为吸引商主体。

^② 参见王利明:《民法典中参照适用条款的适用》,《政法论坛》2022 年第 1 期,第 44 页。

^③ 参见江必新主编:《新民事诉讼法条文理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 1330 页。

条只是呼应了中国实体法上的规定。如果在该案中,实体问题准据法不作出上述规定,那么《民事诉讼法解释》第69条理应无适用空间,法官可以当事人不适格为由驳回起诉,不必浪费司法资源推进审理案件实体内容,直至最后才作出驳回当事人诉讼请求的判决。只有从理论上将《民事诉讼法》第270条第2句界定为准用条款,法官在个案中才具有裁量的空间决定非涉外编规则可否适用以及如何适用于国际民事诉讼。例如,在前述案件中,如实体问题准据法不是中国法,法官即可依照准用的法理不适用《民事诉讼法解释》第69条,而变通地根据其他规则处理该情况下的当事人适格问题。

第二,《民事诉讼法》第270条第2句不采用“参照适用”等表述不影响我们将其界定为准用条款,不少司法实践与学说观点可以佐证这种定性。中国法上的准用条款可依条文表述区分为形式意义上的准用条款与实质意义上的准用条款。大多数的准用条款为形式意义上的准用条款,其条文本身包含了“参照适用”或“参照”之类的表述,典型如《民事诉讼法解释》第549条;而实质意义上的准用条款无此类用语,其性质是从法条逻辑结构中分析出来的,这类条文不多,典型如《民法典》第468条。^①所以,仅依据《民事诉讼法》第270条第2句不含有“参照适用”或“参照”之类的表述,我们无法得出其非准用条款的结论。特别是,我们应考虑到该规则表述自20世纪90年代沿袭至今,彼时立法用语与法条理论的发展远未达到今日之水准。而从逻辑结构出发,将《民事诉讼法》第270条第2句定性为实质意义上的准用条款能自圆其说。所谓“准用”就是立法者规定特定法律规范可以参照适用于本不属于该规范调整范围的其他情形。《民事诉讼法》第270条第1句已开宗明义名义地指出,涉外民事诉讼原则上适用涉外编民事诉讼规则,^②据此的反面解读则应是非涉外编程序规则原则上不调整国际民事诉讼中的程序问题,因为事实上立法者在制定非涉外编时设想的是国内民事诉讼的一般情形。^③立法者如果本就有意让非涉外编程序规则也调整国际民事诉讼,不大可能自相矛盾地程序在《民事诉讼法》第270条第1句中作出此种限定。而法官之所以最终能将非涉外编规则适用于国际民事诉讼,是得到了《民事诉讼法》第270条第2句的授权。如果我们认为《民事诉讼法解释》第549条是准用条款,指引法官将国际民事诉讼规则适用于本不属于其调整的区域民事诉讼中,基于同样的逻辑我们也可以认为《民事诉讼法》第270条第2句是准用条款,因为它指引法官将非涉外编程序规则适用于本不属于其调整的国际民事诉讼中。在学术讨论中,学者对非涉外编规定的协议管辖规则^④和专属管辖规则^⑤能否适用于国际民事诉讼有颇多讨论,实际上都预设了这种适用为准用,法官具有变通适用的可能性。而在禁诉令的相关裁判中,法官在适用非涉外编的行为保全规则时特别讨论了是否满足礼让要件,这实际上也是一

① 参见王雷:《民法典中参照适用条款的方法论意义》,《现代法学》2023年第2期,第23页。

② 《民事诉讼法》第270条规定:“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。”

③ 例如提及法院时,法律条文都特别使用了“人民法院”的表述。

④ 参见甘勇:《涉外协议管辖:问题与完善》,《国际法研究》2014年第4期,第63-65页。

⑤ 参见向在胜:《中国涉外民事专属管辖权的法理检视与规则重构》,《法商研究》2023年第1期,第50-62页。

种变通适用。^①

综上所述,笔者认为宜将《民事诉讼法》第 270 条第 2 句界定为实质意义上的准用条款。在下文,笔者将进一步讨论这一定性将给法律适用带来何种影响。

2. 准用产生的效果

准用,实际上是立法者授权法官对相关规则进行类推适用,^②应遵循“相同问题相同处理,不同问题不同处理”的原则,避免不合时宜的等量齐观。^③不同于一些具体列举式的准用规定,^④《民事诉讼法》第 270 条第 2 句为概括性准用条款,^⑤法官在准用过程中拥有较大的裁量空间。不过,多数情况下涉外因素的介入不影响价值评价,原则上法官无须变通即可适用非涉外编程序规则,而需要变通处理的情况主要存在于以下几种情形。

第一,因为非涉外编的部分程序规则与国内的实体规则结合极为紧密,依据规范意旨,在实体问题准据法不为中国法的情况下,“变通”意味着这类程序规则不得适用。最为典型的就是中国法上为数众多的当事人适格规则。《民诉法解释》第 56 条、第 57 条、第 58 条、第 62 条第 2 款、第 67 条、第 70 条、第 71 条、第 72 条和前文所提到的《民诉法解释》第 69 条一样,它们都是在中国法为准据法的情况下,立法者结合《民事诉讼法》第 122 条第 1 项而得出的当事人适格的具体规则,所以只有明确中国法为相关实体问题准据法后,这些规则才能得到适用。不过,当这些规则不能适用时,也不意味着出现法律漏洞,法官原则上只需要根据当事人适格认定的一般原理,适用《民事诉讼法》第 122 条第 1 项,并根据相关实体问题准据法认定当事人是否和本案具有“直接利害关系”。^⑥

第二,部分涉外程序问题适用非涉外编程序规则无法实现该程序制度应有的制度目的,依照立法目的和制度功能,“变通”意味着这类非涉外编程序规则不得直接适用。目前这种情况主要存在于需要发展双边冲突规则的程序问题上。比如,在域外法中,根据作证特免权制度,可以免除特定主体在法庭上的作证义务。在中国,适用非涉外编程序规则实际上就意味着适用法院地法。^⑦但是作证特免权存在的意义是为了保护特定主体的私人或职业活动空间不受侵扰,鼓励这些享有作证特免权的主体可以与相对人建立起信赖关系、无保留地进行交往、无所顾忌地披露职业活动所必需的信息。^⑧所以,作证特免权制度能影响特定主体的行为预期,有无作证特免权应在事前就根据确切的准据法确定下来,而不是事后根据法院地法

^① 参见最高人民法院[2019]最高法知民终 732、733、734 号之一、之二民事裁定书。这里暂不讨论这种准用的合理性问题。

^② 参见黄茂荣:《现代方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 389—392 页。

^③ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2016 年版,第 141 页。

^④ 如《民法典》第 174 条第 2 款。

^⑤ 关于概括性准用条款的特征与适用,参见王利明:《民法典中参照适用条款的适用》,《政法论坛》2022 年第 1 期,第 49-51 页。

^⑥ 参见黄某某、苏某某与周大福代理有限公司、亨满发展有限公司以及宝宜发展有限公司合同纠纷案,最高人民法院[2015]民四终字第 9 号民事判决书。

^⑦ 中国法未规定作证特免权制度,这就意味着特定主体在中国诉讼不能享有作证特免权。

^⑧ Vgl. Dagmar Coester-Waltjen, Internationales Beweisrecht, 1. Aufl. 1983, Rn. 548.

来决定,否则无法保护这些主体的信赖利益与行为预期。^①从这个角度来说,适用非涉外编程序规则不能实现作证特免权制度的目的,也说明在涉外情况下该程序问题应有特别的处理方式,而不能与非涉外情况等同处理。理想情况下,立法者应针对这类不适宜适用法院地法的程序问题(比如法院选择协议的效力、当事人能力与诉讼能力、外国判决的既判力等)在涉外编中规定冲突规则,但是受程序问题适用法院地法原则的支配,目前涉外编中并无此类冲突规则,未来有必要通过司法实践或司法解释填补漏洞。^②

第三,非涉外编程序规则大致上可适用于涉外程序问题,但是因为涉外因素的介入,“变通”意味着必要时对非涉外编程序规则的构成要件或法律效果作一定的变化处理。从逻辑上来说,在肯定非涉外编程序规则大致可适用的前提下,变通适用主要是针对程序规则的构成要件或法律效果而言的,以下试举一例说明。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》)第10条第1款第6项规定,当事人无须为“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”举证,即生效判决具有预决效力。^③该条款是针对不含涉外因素的民事诉讼制定的,所以在提到裁判作出主体时,按照立法习惯加上了“人民法院”的主体表述。但是,在涉外语境中,法院不应盲目机械地适用该规则,以该条存在“人民法院”的限定,一概排除外国法院所作判决的预决效力。只要该外国法院判决满足了国内判决产生预决效力所应满足的要求,即判决已生效、现行判决所确定的事实构成后行案件事实的一部分或全部以及预决事实的证明遵循了正当程序,^④那么基于“相同事实相同处理”之要求,外国判决也应该享有预决效力。如此处理也完全符合预决效力制度的目的宗旨,因为赋予外国判决预决效力可免去法院与当事人的证明成本,节约时间与精力。这实际上就是要求,法院在适用《证据规定》第10条时,应对该条第1款第6项的构成要件“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”作变通处理,使外国裁判能够被包含在内。

在涉外司法实践之中,第三类变通情形更为常见,即需要法官判断是否对非涉外编规则的规范要件和法律效果作出变通处理,以及如何作出变通处理的问题。因为含有涉外因素,这类“变通”是国内私法领域中的准用所不曾遇到的,具体的“变通”处理方法也有显著特色。对非涉外编规则的规范要件与法律效果是否以及如何作变通处理的问题,国际民事诉讼法将其作为先决问题与适应问题,这两类问题构成了国际民事诉讼法独具特色的调整问题。只有从学理上充分地阐释这两类问题,方能有序地行使司法裁量权。为此,下文将分别讨论这两类问题。

^① Vgl. Moritz Brinkmann, Das lex fori-Prinzip und Alternativen, ZJP 129 (2016), S. 493.

^② 立法者可以针对程序问题发展出双边冲突规则,参见林强:《国际民事诉讼程序问题法律适用论纲》,《法学》2023年第8期,第182-186页。

^③ 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2021年版,第340-342页。

^④ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第155页。

二、非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼中的先决问题

在国际民事诉讼法中,变通适用非涉外编程序规则最重要的一个方面就是变通处理程序规则中的构成要件。是否以及如何变通处理程序规则中的构成要件,可以在先决问题的框架内解决。下文将进一步从学理上澄清国际民事诉讼法中先决问题的具体呈现样态以及解决方法,以便我们更好地掌握变通适用非涉外编程序规则的基本思路。

(一)国际民事诉讼法上先决问题的解决方法

国际民事诉讼法上的先决问题是围绕程序规则的规范要件展开的,探究的是在含有涉外因素的情况下,应如何确定规范要件的具体含义的问题。^①“解释”和“涵摄”都是明确规范要件具体含义的过程,所以规范要件含义如何确定,可能表现为规范要件中的法律概念如何解释,也可能表现为特定事实能否涵摄于某法律概念之下。这是先决问题呈现的两种样态,不同样态,应对的方法也不同。

1.规范要件的解释方法:冲突法方法和实体法方法

很多程序规则的规范要件采用了一些指示性概念,指示法官结合其他实体规则或程序规则来具体化规范要件的含义。比如《证据规定》第 71 条规定,“限制民事行为能力人”作为证人时,可以不必具结保证,在不含有涉外因素的情况下,法官毫无疑问应根据中国《民法典》的规则来确定“限制民事行为能力人”的含义。有疑问的是,如果证人是 16 岁的俄罗斯少年,这时“限制民事行为能力”的认定标准是不是应该变通地根据该证人的属人法(俄罗斯法)来确定?在涉外情形下,解决这类先决问题就是要求我们结合这些程序规则的规范目的,探究最终要结合哪一法律体系中的规则来解释这些指示性概念。根据诉讼规则的目的,在解释这些规范要件中的指示性概念时,有如下两种方法:实体法方法和冲突法方法。特别需要注意的是,实体性先决问题不必然要根据冲突法方法来解决,而程序性先决问题也不必然就只能根据法院地法来处理。

采用实体法方法意味着,法官在处理涉外程序问题时,所适用的非涉外编程序规则即使采用某些实体法上的概念,仍然只需要根据法院地相关实体法规则来解释。这表现为法院仍然像处理国内民事诉讼问题一样适用规则,无须作出变通。比如,在前述证人具结的例子中,无论该证人是不是中国人,法官都应该根据中国法来理解《证据规定》第 71 条中的“限制民事行为能力人”的概念。这是因为,证人具结制度的目的是为了能够更好地发现真实,^②至于什么样的当事人具有证人能力、能认识自己的诉讼行为的意义,法院地有权作出自主判断。规则制定者在这些法律条文中运用“民事行为能力”的概念无非是想引入实体法的行为能力标准,从而简化立法表述。^③此外,

^① 关于国际民事诉讼先决问题与国际私法先决问题的区别,参见林强:《涉外程序问题法律适用论纲》,《法学》2023 年第 8 期,第 187 页。

^② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 636 页。

^③ 关于指示性概念的一般功能,可参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2016 年版,第 333 页。

通过冲突法方法援引属人法的行为能力规则来解释前述概念毫无意义,哪些人具有证人能力不涉及当事人在涉外民商事交往中的合理期待的保护,也不涉及便利民商事交往的目标,法院地国完全可以只适用自己的标准。归根结底,证人能力最终影响的是事实如何查明的问题,证人属人法如何规定与此无关。

采用冲突法方法则意味着,对于非涉外编程序规则中的规范要件应采用指定的方法,最终有可能依据非法院地法的规则来解决,这就属于典型的变通适用。此处举一个德国法上的例子可能更为直观。《德国民事诉讼法》第383条规定个人基于某些原因可以拒绝作证,其中第1款第1项与第2项规定,如果某人为当事人一方的“未婚配偶”或“配偶”,其有拒绝作证的权利。“未婚配偶”与“配偶”应根据何国法的标准来认定,或者说证人是否属于当事人的未婚配偶或配偶?直接根据德国实体法来判断并不妥当,免证规则本来就是为了维护私人信赖和私人交往的空间,使其不被披露于法庭程序,故应根据这些私人关系或私人交往空间最密切联系地法来确定他们之间有无存在特定的亲缘关系,所以应(类推)适用《德国民法典施行法》第13条关于婚姻缔结的冲突规则,从而根据所确定的相关准据法来确定这些先决问题。^①

2. 特定事实能否涵摄于规范要件的方法:替代方法

程序规则的规范要件如果没有采用指示性概念,而是采用一般的规范概念,无须根据外国法来解释这些概念,这时解决先决问题的重点则是判断特定事实(特别是外国法塑造的事实)能否被涵摄入规范要件之中。

在国际民事诉讼法上,有时需要用到“替代”(substitution)方法解决前述涵摄问题。替代方法就是探求法律规则中的规范性事实要件是否可以通过外国的法律关系或法律事件予以填充的过程。^②我们借助这一特别的涵摄方法可以重新明确规范要件在涉外情境中的含义。那么法官应如何运用替代方法?德国法学家巴泽多认为,法官所要做的工作就是在规则目的的指引下,目光在本国的法律概念和待涵摄的外国法律现象间来回流转。替代的过程就是具体的法律比较的过程:如果外国的某种法律制度或法律事件能和规范要件所指示的本国法上的对应物等同起来,这时就能适用本国的程序规则;如果答案是“否”,则不能。^③通过替代,法官实际上变通理解了本国程序规则中的构成要件。如前文提及的,法院在适用《证据规定》第10条时,就可以通过替代方法变通理解该条第1款第6项的“人民法院发生法律效力裁判”,赋予外国法院已生效的裁判以预决效力。

(二)非涉外编适用过程中具体的先决问题

法院在适用程序规则时将会遇到许多先决问题,这些先决问题几乎遍布于诉讼的全流程。限于篇幅,下文笔者仅重点介绍几个值得我们注意的先决问题。

1. 管辖权规则中的先决问题

管辖权规则中最为重要的两个规则要素就是指代案件类型的体系性概念以及用

^① Vgl. Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 823.

^② Vgl. Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 46 ff. 关于“替代”,可参见王葆蔚:《论国际私法中的“替代问题”》,《中国国际私法与比较法年刊》2015年第18卷,第29-38页。

^③ Vgl. Jürgen Basedow, Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht, in Peter Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht, 1992, S. 148 ff.

以确定管辖法院的连结点。以《民事诉讼法》第 29 条为例,该条规定“因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖”,个案是不是“因侵权行为提起的诉讼”以及“侵权行为地或被告住所地”的具体意涵都可以被视为先决问题。管辖权规则中的体系性概念,原则上只需要根据本国法来解释,因为行使管辖权是本国行使司法主权的体现,外国法在这个阶段根本不会发生作用。^①同理,关于管辖权连结点的先决问题也很少会成为问题,中国民事诉讼法的司法解释中有大量辅助性规则明确了管辖权根据的具体内涵。在多数情况下,法院只需查明事实并进行涵摄即可。

不过,从外国法的经验来看,管辖权规则中的“合同履行地”应如何解释实际上存在很多争议。与其他连结点相比,“合同履行地”的特殊之处在于它与实体法联系紧密,因为合同在何处履行本身就构成合同的重要内容,在当事人未约定的情况下,《德国民法典》《法国民法典》以及《联合国国际货物销售合同公约》(The United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods, CISG)等都有专门条款对此作出规定。^②在涉外情形中,如果当事人未约定“合同履行地”,那么“合同履行地”是依实体法方法还是可以考虑采用冲突法方法解释?以《德国民事诉讼法》第 29 条为例,该条规定合同履行地法院对因合同或合同是否存在而产生的争议有特别管辖权,针对“合同履行地”如何解释,存在两种不同的见解:第一种观点认为应采用冲突法方法,更具体地说是依合同冲突规则所确定的合同准据法来确定“合同履行地”,如此可以保障实体法上的“合同履行地”和管辖权规则中的“合同履行地”保持一致。由实体法意义上的合同履行地法院受理案件,使该法院作出的判决可以顺畅地在其国内获得执行,如此即可实现合同仍在合同准据法确定的合同履行地履行的效果。^③第二种观点认为应由法院地法从程序正义的理念出发界定“合同履行地”,而不必和合同准据法的“合同履行地”保持一致,甚至也没有必要和本国实体法所规定的“合同履行地”保持一致。^④

笔者认为第一种观点较为可取,也就是应采用冲突法方法。在中国法语境中,根据冲突法方法确定“合同履行地”意味着,《民事诉讼法》第 24 条(以及第 276 条)的“合同履行地”应根据合同准据法确定,在涉外情境中,不必然适用《民诉法解释》第 18 条至第 20 条。这么做的理由有如下几点:首先,根据合同准据法确定合同履行地符合双方当事人的预期,即使合同尚未履行,只要当事人有诚意履行合同,合同履行地在纠纷发生之前就已经为双方所知悉或应知悉。而且在合同准据法确定的合同履行地起诉,也意味着能顺利地在该地执行相关判决(特别是关于合同履行的判决),这是以最合乎当事人实体法律关系内容的方式解决纠纷。其次,域外有学者认为运用冲突法方

① 参见宋晓:《识别的对象与识别理论的展开》,《法学研究》2009 年第 6 期,第 194-195 页。

② 参见 CISG 第 57 条;《德国民法典》第 269 条、第 270 条;《法国民法典》第 1247 条;《意大利民法典》第 1182 条、第 1498 条。中国《民法典》第 603 条关于交付标的物的规定也可以被视为“合同履行地”的规定。

③ Vgl. Jan Kropholler, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, 1982, Rn. 355.

④ Vgl. Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 323. 在中国也有学者持这种观点,参见宋晓:《国际民事诉讼管辖权的基础构造》,《中国法学》2024 年第 1 期,第 276 页。

法使得管辖权规则的适用变得很复杂,而且无法保障实现管辖权正义,^①但这样的批评未必有力。法官迟早要查明合同准据法,法定的合同履行地也不难查明,所以这一过程未必复杂且累赘。另外,在合同尚未履行的情况下,其实无论依冲突法方法还是依实体法方法所确定的合同履行地与合同争议的实际联系程度都不那么密切,谈不上哪种方案更符合管辖权上的正义理念。不过,如果我们将维护当事人的合理期待也作为管辖权正义的衡量标准的话,无疑冲突法方法更优。

2. 证据规则中的先决问题

证据规则中也有一些先决问题,需要我们对程序规则作出变通处理。比如,根据《民诉法解释》第112条,在对方当事人控制书证时,法官可以依当事人的申请决定是否责令对方当事人提交相关书证。对方当事人如不提交书证,则构成妨碍证明,应承担相应的不利后果。对方当事人有无控制书证是首先要解决的问题。对此,《证据规定》第45条第2款规定,人民法院应根据“法律规定、习惯等因素,结合案件的事实、证据”作出综合判断。在涉外情境中,“法律规定、习惯”是指哪些规则?法院是否需要考察相关外国法的法律规定与习惯?法律条文本身并未给出清晰的答案。最高人民法院在关于《证据规定》的相关释义书中认为,指示法官考量“法律规定、习惯”的目的是为了判断书证是否存在、对方当事人是否有保管书证的法定义务,^②如果实体法认可一些情况下当事人具有知情查阅权,相应地对方当事人就有保管并提供文书的义务,比如股东享有对公司财务报告、会议记录等知情查阅权,^③类似地,根据《民法典》第1225条,医院有保管并提供病历资料的义务。^④由此可见,立法者指示法官根据“法律规定、习惯”,目的是为了判断当事人之间的实体法律关系中是否存在文书保管的义务或当事人之间是否存在相关的交易习惯。如果当事人之间的民事权利义务关系含有涉外因素,此处的“法律规定、习惯”就不必然是法院地的相关规定,法院应根据当事人之间相关实体关系准据法以及交易习惯来认定对方当事人控制书证的可能性。^⑤

3. 临时措施规则中的先决问题

法院是否需要颁布临时措施既要顾及情况的紧急性,又要在一定程度上兼顾实体权利义务关系的相对明晰性。例如,《民事诉讼法》第104条规定,在不立即采取保全措施将使利害关系人“合法权益受到难以弥补的损失”时,利害关系人可在诉前请求法院采取保全措施,法院必须在48小时内作出裁定。在国内情形中,利害关系人是否具有合法权益,必须结合实体法才能得出结论。在涉外情形下,我们似乎不难知道应采用冲突法方法对权利义务状态的相关要件作出判断。但是考虑到域外法查明的

① Vgl. Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 323.

② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第438页。

③ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第439页。

④ 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第647-648页。

⑤ 同样道理,《证据规定》第47条第1款第3项中的“依照法律规定”应是依当事人双方之间的实体权利义务准据法。

实践,仅在理论上指示法官适用实体问题准据法的规定解决先决问题并不现实,因为在多数情况下法官无法在极短的时间内完成这样的任务。

域外学者提出了多种应对方案,^①这些方案或多或少地和外国法查明与适用的原理联系在了一起。第一种应对方案认为,根据冲突法方法适用实体问题准据法的规定固然没错,但法院查明实体问题准据法的义务应有限度,法院仅从当事人递交的申请材料中查明外国法,这相当于外国法主要由申请人一方进行说明并加以疏明。^②基于保全措施程序的“密行性”特点,^③如果仅根据申请人一方的申请来认定外国法的内容,无法保障其提供的外国法资料的客观性,所查出的外国法也未必真实可靠。第二种应对方案认为,既然临时措施的颁布程序具有紧急性,不妨直接适用法院地法。2000年1月3日海牙《成年人国际保护公约》第10条、第11条以及第13条均规定,有管辖权的法院可以直接适用法院地法作出临时措施的裁定。^④考虑到保全和先予执行等紧急程序是为了更有效地保障实体权利而设置,仅为了裁决能尽速作出就适用法院地法并无说服力,因为适用法院地法所认定的权利义务状态和实体问题准据法上的真实权利义务状态不符。^⑤第三种应对方案认为,原则上法院仍应像在普通程序中一样尽一切可能查明外国法。如果短时间内无法查明外国法,法院应权衡个案权利保护的急迫性以及申请人和被申请人之间的利益,在利益衡量的基础上判断究竟是延长查明实体问题准据法还是直接适用法院地法较为妥当。^⑥

笔者更倾向于第三种方案,鉴于临时措施的多样性、当事人之间利益状态的复杂性,不能一概而论地处理先决问题,应充分衡量各种利益,分情况处理问题。第一,对行为保全与财产保全案件,如申请人明显无理由,可以直接驳回申请。在有疑问的情形下,同时又不能在法定时间内查明实体问题准据法,法官可综合当事人是否提供担保等因素,自由裁量是直接适用法院地法还是延长查明实体问题准据法的时间。第二,对先予执行的申请,现行立法并未限定裁定作出的时间,法官原则上应查明实体问题准据法后再作决定。如果短期内查明实体问题准据法确实有困难,特别是考虑到《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第25条、第29条要求法院从多个可能适用的法律中选择有利于保护弱者的法,查明实体问题准据法的工作可能较为耗时,^⑦这时法院地法如果属于可能适用的法,直接适用法院地法作出裁定应可予接受,法院待最终实体审理后再根据实际的实体问题准据法对执行结果作出调整。关于劳动报酬、医疗费用等案件的先予执行也类似,本着保护弱者的理念,法官可以适用法

① Vgl. Hans Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, §293 Rn.56.

② Vgl. Peter Mankowski, Ralf Kerfack, Arrest, Einstweilige Verfügung und die Anwendung ausländischen Rechts, IPRax 1990, S. 374 ff.

③ 保全程序贯彻“密行性”原则,对必要性的审查依赖于申请人的单方疏明,其证明标准要低于案件主要事实的证明标准。参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2021年版,第245页。

④ 类似的还有欧盟《扶养条例》第14条、《婚姻财产制条例》第19条、《继承条例》第19条。

⑤ Vgl. Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 288.

⑥ Vgl. Hans Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 293 Rn. 56.

⑦ 对这一规定的批评,可参见袁发强:《有利的法——实质正义的极端化》,《现代法学》2015年第3期,第151-159页。

院地法以尽速作出裁定。当然不排除法院地法的实体法规则认为当事人之间的权利义务关系不存在或不清晰,进而不支持先予执行的可能,这时候延长查明外国法和实体审查的时间或许就是唯一的出路了。

4. 执行时效规则中的先决问题

根据《民诉法解释》第545条,域外判决的执行时效问题应适用《民事诉讼法》中关于执行时效的规定。根据现行《民事诉讼法》第250条的规定,申请执行的期间为2年,而关于执行时效的中止和中断应准用诉讼时效中止和中断的规定,其实就是指执行时效中止和中断应适用《民法典》第195条。假设债权人在外国判决生效3年后到中国申请执行,但在判决生效后还未满2年时,债权人就已经在外国法院申请执行过该判决而无果,那么发生在外国的这次申请执行的行为,是否属于《民法典》第195条规定的“提起诉讼”或与之具有同等效力的其他情形,从而发生执行时效中断的后果?如果机械地适用该条,很可能得出否定答案,即认为根据立法者的本意或国内情形下适用该条的通常情况,这里的“提起诉讼”限定为向人民法院提起诉讼的情形。但是,这种理解过于狭隘,根据替代方法,在外国提起执行判决申请的行为是否能涵摄于《民法典》第195条规定的“提起诉讼”,法官需要目光流转于事实与规范要件之间。一方面,法官要判断在外国提起执行判决申请的行为功能上是否等同于在中国发生的提起诉讼之行为;^①另一方面,法官要结合规则的具体目的,判断在外国提起的执行判决申请是否应像在中国“提起诉讼”一样发生相同的法律效果。笔者认为,立法者将执行期间设置为2年并准用诉讼时效之规定,表明该制度和诉讼时效一样,目的都是为了督促当事人及时行使权利,只不过在执行的语境中,是督促当事人及时行使裁判文书确定的债权。债权人向外国法院申请执行的行为已经明确表明了其行使权利的意图,和在中国提起诉讼在本质上并无区别,都是正式向司法机构提起权利保护的行为。因此,在外国的申请执行判决行为完全能替代在人民法院提起诉讼之行为。中国法院不应机械地认为必须遵照国内情形的法律适用方式,将《民法典》第195条所规定的“提起诉讼”限定为在中国提起诉讼的行为。

三、非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼中的适应问题

非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼还会发生一类很特别的问题,即适应问题。不过,国内少有学者关注涉外司法中的适应问题及其解决方案,^②为了便于理解,下文将首先从一般学理切入,澄清为何在国际民事诉讼中会产生适应问题,而后聚焦于国际民事诉讼的具体语境,阐释非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼将遇到哪些典型的适应问题,以及这些问题应如何解决。

(一) 国际民事诉讼法中适应问题的产生

在非涉外情形下,同一事实的所有方面都适用同一法律体系中的规则,规则之间

^① 《民法典》第195条规定,与在人民法院起诉“具有同等效力”的情形也能引起时效的中断,就指示了这种功能对比的必要性。

^② 适应问题,又称“调整问题”。关于适应问题的中文文献较少,代表性著述参见杜焕芳:《论冲突法上的适应问题》,《法学家》2009年第2期,第79-87页。

往往相互配合,所产生的法律效果一般不会有(逻辑或评价上的)矛盾。但在涉外情形中,同一事实的不同方面有可能适用不同法律体系的规则,此即法律适用上的分割方法。当所适用的不同法律体系中的规则彼此之间不协调时,就有可能产生矛盾的法律适用结果,需要特别的方法予以解决。此类问题即法律适用上的适应问题。在国际民事诉讼法中,相关联的问题适用不同法律体系规则的现象不可避免,因而也会产生适应问题。大致而言,国际民事诉讼法中适应问题可能发生于如下三种情形:

第一,相关联的问题分别适用本国程序规则与外国实体规则而产生的适应问题。在涉外案件中,程序问题原则上应适用法院地法,而实体问题适用相关实体法律关系的准据法,因而分割是国际民事诉讼中的固有现象。在同一法律体系中,原本程序规则和实体规则紧密结合在一起,这种有机联系因分割方法的运用而被切断,此时就容易产生规范缺失或规范重叠的吊诡情形。^①比如,两个希腊人离婚后,女方向德国法院主张根据希腊法^②对婚姻财产进行财产增加额的均衡,她首先提起一个分级诉讼,请求查明她和前夫财产的财产增加额。而希腊实体法并未规定这一查询请求权,如在希腊法院诉讼,这是希腊法官依职权查明的事项。但在德国法上,该请求权被规定在了《德国民法典》第 1379 条第 1 款,属于实体法上的请求权,法官并无依职权查明财产增加额的责任。在上述案件中,因为实体问题准据法是希腊法,而程序问题应适用德国法,严格贯彻分割方法,该希腊妇女如在德国法院请求财产增加额补偿权,她可能完全无法知悉财产增加额为多少。无论是希腊法还是德国法都不希望发生这种情况,这就要通过适应的方法修正这种矛盾或不协调的法律适用结果。为此,德国法院就需要变通适用德国法,可以例外地在此种情况下适用希腊的程序规则依职权查明财产增加额,也可类推适用德国《民法典》第 1379 条第 1 款赋予该妇女请求权,^③目的就是为了避免发生规范缺失的情形。

第二,相关联的问题交错适用本国程序规则与外国程序规则而产生的适应问题。以欧盟为例,为了更好地促进成员国判决的流通、节约当事人的执行时间与费用,立法者特地废除了执行宣告程序,^④来自成员国的判决可以根据《布鲁塞尔条例 I (修订版)》第 39 条直接在另一成员国执行。也就是说,成员国判决的执行力无须由承认国通过执行宣告程序赋予,而是直接根据欧盟立法获得、自动地由一成员国扩张至另一成员国境内。^⑤依此观点,执行条款是根据判决作出国法作出的,其效力在承认国应得到维持,但是执行事项又须笼统地适用执行国的法律。这就属于典型的交错适用本国程序规则与外国程序规则的情形。可是,以执行国的执行规则去执行判决中的执行条款就可能面临着适应问题。例如,一些国家为了保证行为判决的执行,在

① Vgl. Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 28.

② 因为希腊法是两人的最后共同经常居所地法,根据欧盟《婚姻财产制规则》第 26 条第 1 款 a 项,希腊法为准据法。

③ Vgl. OLG Frankfurt/Main NJW-RR 1991, 583. 德国法院采取了实体法的调整方法,通过类推适用德国《民法典》第 1379 条第 1 款的规定解决了规范缺失的问题。

④ See Recital 2 and 26 of Brussels-Ibis Regulation.

⑤ 这就意味着欧盟采用效力延伸说来处理外国判决的执行力。Vgl. Peter Gottwald, in: Münchener Kommentar ZPO, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 54 Rn. 4.

判决中可能附以迟延履行罚金条款,以这种方式督促义务人履行判决,但罚金的归属可能有所差异:^①有的国家(如法国)规定罚金归属于债权人,有的国家(如奥地利)规定罚金归属于国家的国库,还有的国家(如葡萄牙)规定罚金由国库和债权人平分。如果判决作出国附加的执行条款命令罚金归属于债权人,但判决执行国法又规定不履行判决可以由国家处以罚金,且罚金归国库所有,这就有可能出现两种罚金并用的情况。如果仅是想通过罚金震慑或保障债务人履行判决,施加一种罚金就已达目的,再根据法院地法重复施加罚金就可能不妥,这时需要将其作为适应问题予以处理。一种观点认为,判决中的迟延履行罚金措施可以根据《布鲁塞尔条例I(修订版)》第55条直接得到另一成员国的执行,无须转换为国内对应迟延履行的罚金措施,哪怕执行条款指定了罚金应向判决作出国的国库支付。^②为了避免义务人被课以双重罚金,应避免重叠适用国内迟延履行罚金规则,此时不予适用执行国自身的执行罚条款,这就是对法院地执行条款的变通适用。

第三,相关联的问题分别适用非涉外民事诉讼规则与涉外民事诉讼规则而产生的适应问题。这类适应问题主要发生在管辖权确定阶段。从原理上来说,一个法院如果对某个案件有管辖权,至少得保证其对某案件既有国际民事诉讼管辖权,同时又有地域管辖权。但是一旦国际民事诉讼管辖权规则与国内地域管辖权规则在构造上有显著差异,重叠适用二者就会产生矛盾的情况。比如,在德国曾发生过一个案件,德国原告委托营业地在维也纳的被告将货物从纽伦堡运往科威特,但是货物在中途毁损。该案件应适用《国际公路货物运输合同公约》,根据该公约第31条第1款b项,德国是承运人接收货物所在国,那么德国拥有国际民事诉讼管辖权。但是根据德国《民事诉讼法》关于地域管辖权的规则,特别是第29条关于合同纠纷的特别管辖权规则,合同履行地法院享有地域管辖权,而根据德国法合同履行地位于货物的交货地科威特。故在这个特定案件中,就出现了国际民事诉讼管辖权规则肯定了德国可以行使国际民事诉讼管辖权,但德国却没有任何一个法院可以行使地域管辖权的矛盾情形。^③这也是国际民事诉讼上的适应问题。为了解决这种另类的法律适用结果,德国后来在批准该公约的立法中规定,德国在依公约具有国际民事诉讼管辖权时,承运人接收货物地与指定交货地法院也具有地域管辖权。^④

从前文分析的情况来看,国际民事诉讼中的适应问题在产生与解决机理上有如下特征:其一,如果立法者在制定规则时,充分注意到不同体系的规则交错适用可能产生法律效果上的矛盾情形,就有可能避免矛盾结果的发生。比如在前述第三种情形中,在设置国际民事诉讼管辖权与地域管辖权时尽量实现连结点的相对一致,或者针对有国际民事诉讼管辖权而无具体地域管辖的情形设置集中管辖的地域管辖规则,均可避免产生此类矛盾结果。其二,如立法者未制定特别规则避免产生适应问

^① See Peter Mankowski, in Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess und Kollisionsrecht Kommentar*, Band I: Brüssel Ia-VO, 5. Aufl. 2021, Art. 55 Rn. 6.

^② Vgl. Peter Gottwald, in *Münchener Kommentar ZPO*, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 55 Rn. 3 ff.

^③ BGHZ 79, 332 = NJW 1981, 1902.

^④ Vgl. Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8. Aufl. 2021, Rn. 240.

题,法官往往必须预先交错适用来自两个不同法律体系的规则,才能判断是否产生适应问题,以及有无必要对法律效果进行调整。法官应具体问题具体分析,也应在纠正矛盾结果产生的范围内享有必要的司法裁量权。

(二)非涉外编程序规则适用于国际民事诉讼法时产生的适应问题

基于前述原理,在相关联事项上,非涉外编程序规则与实体问题准据法中的实体规则交错适用、非涉外编程序规则与其他法域程序规则交错适用、非涉外编程序规则与涉外编规则交错适用这三种情况均有可能催生适应问题。由于相关法律尚未规定这些潜在的适应问题,中国法官在适用非涉外编程序规则时拥有更多的裁量空间去应对此类问题。下文将聚焦于国际民事诉讼的流程,仅列举而非穷尽非涉外编程序规则在适用过程中遇到的适应问题并进行讨论。

1. 实体问题解决阶段的适应问题

在一国法律体系之中,程序规则与实体规则结合得极为紧密。然而,涉外司法中程序问题与实体问题分别适用不同法律规则的情况无法避免,在家事案件和继承案件中,适应问题出现的概率可能更大。

这里以德国发生的一个真实案例为例进行说明。印度尼西亚男子欲对他和德国妇女所生的非婚生子女进行准正,根据旧的《德国民法典施行法》第22条,准正的准据法是印度尼西亚法。印度尼西亚法规定在结婚之后进行准正必须在某类组织之前经过特别的程序才能完成,但德国并不存在该类组织,这也就意味着即使是适用德国的准正程序规则也无法完成印度尼西亚实体法上的准正要求。可是,无论是德国法还是印度尼西亚法都认可通过准正制度改变该子女的非婚生地位,因法院地法的程序规则与实体问题准据法的实体规则不匹配而无法完成准正,这无法令人接受。那么该采取何种适应方法呢?在国际私法理论中,为应对实体问题解决阶段出现的适应问题,可以采取冲突法上的适应方法或实体法上的适应方法。^①德国法院采用实体法上的适应方法解决该问题,即既然两国法都认可该情况下可予准正,形式不应阻碍实质目的的实现,这时可将德国的准正程序规则(原《德国身份状态法》第31条第2款)^②等同于印度尼西亚法的特殊准正程序规则,完成准正的过程。通过解决适应问题,实质上就完成了法院地程序规则的变通适用。

除该例之外,在婚姻家庭法与继承法上我们还可能会遇到不少此类程序和实体结合紧密、需要借助适应方法才能妥善解决的案件。^③不过,在中国首选的可能是冲突法上的适应方法,即尽可能一体化地适用实体问题准据法上直接关于形成判决的实体规则以及与之紧密结合的程序规则。因为客观上来说,目前系统完备的家事与非讼事件程序法付之阙如,一旦实体问题准据法为外国法,就会面临着非涉外编无对

^① Vgl. Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 31 ff.; Susanne Lilian Gössl, Anpassung im EU-Kollisionsrecht, RabelsZ 82 (2018), S. 619 ff.

^② 婚生子女与非婚生子女地位平等,德国《民法典》中不再有非婚生一词。Vgl. Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Band II Besonderer Teil, 2. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1009.

^③ 德国历史上存在许多此类案件。Vgl. Andreas Heldrich, Internationales Zuständigkeit und Anwendbares Recht, 1. Aufl. 1969, S. 269 ff.

应程序规则去执行相关实体法上请求的难题。所以中国法院像前述例子一样运用实体法上的适应方法类推适用国内其他相关程序规则的可能性很小。而通过冲突法上的适应方法整体地适用实体问题准据法的实体规则与程序规则则是一种相对比较可行的应对方案,但仍要考虑法院能否胜任实体问题准据法所设定的司法任务。

2. 管辖权确定阶段的适应问题

当前,《民事诉讼法》专门为国际民事诉讼中的协议管辖问题制定了规则,该法第277条规定:“涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的,可以由人民法院管辖。”也就是说,涉外民事纠纷当事人协议选择中国法院,无须中国法院与案件具有实际联系,以此尽可能尊重当事人选择中国法院的意愿,扩大中国对涉外案件的国际民事诉讼管辖权。^①但非涉外编在地域管辖章节中的地域管辖规则根据具体的连结点对案件在我国各地域的法院之间进行分配。当法院在确认管辖权时,交错适用涉外编国际协议管辖规则与非涉外编地域管辖规则,极有可能产生适应问题。

比如,某涉外合同纠纷与中国并无实际联系,当事人仅笼统地约定案件由中国法院管辖,根据《民事诉讼法》第277条,该法院选择协议有效,中国法院享有对该案件的国际民事诉讼管辖权。然而,当事人并未明确约定具体管辖的法院,且该案件与中国任何一个法院所在地都无实际联系,客观上中国便无法根据非涉外编的地域管辖规则对该案进行管辖权的地域分配。如果就此认为,当事人之间的法院选择协议无效,未免不利于保障当事人的程序自治权,故最好将这一问题作为适应问题来处理。正是基于此种理念,德国学者认为此类没有地域管辖权而存在国际民事诉讼管辖权的情形应作为特别问题处理,类推适用《德国民事诉讼法》第15条第1款第2句与第27条第2款的规定,联邦政府所在地柏林的法院对该类案件行使一般管辖权。^②德国之所以能如此处理,是因为《德国民事诉讼法》已有相关处理此类情形的规则存在。未来,建议我国也能针对有国际民事诉讼管辖权却无地域管辖权的情形规定特别的集中管辖。目前,《民事诉讼法》无此类集中管辖之规定,可考虑类推指定管辖的规则,由最高人民法院指定特定法院管辖。^③

四、结语

国际民事诉讼法的研究不应局限于《民事诉讼法》涉外编的内容,一切涉外程序问题的调整均应纳入我们的视野。本文从学理上将《民事诉讼法》第270条第2句界定为实质意义上的概括性准用条款,提示研究者不能简单地将所有的涉外程序问题等同于非涉外的同类程序问题来处理,特别要注意非涉外编适用于国际民事诉讼中所广泛存在的先决问题与适应问题。这有助于我们拓展国际民事诉讼法的研究内容,并且也有助于我们深化对国际民事诉讼法调整方法的理解。

^① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民事诉讼法修改决定释义》,中国法制出版社2023年版,第58页。

^② 参见[德]罗森贝格、施瓦布、哥特瓦尔德:《德国民事诉讼法(上)》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第188页。Vgl. Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024, Rn. 1573.

^③ 《奥地利管辖权规则》第28条第1款第3项有类似规定,如当事人笼统选定奥地利法院具有国际民事诉讼管辖权,而未明确约定具体法院时,由奥地利最高法院指定管辖的法院。

对于司法者而言,本文所阐释的命题或许更有意义。因为,既然《民事诉讼法》第 270 条第 2 句是准用条款,法官就不得机械地适用非涉外编程序规则,而应遵循准用的法理妥当行使司法裁量权。这就要求法官必须对诉讼制度本身有透彻的把握,同时对国际民事诉讼的任务和宗旨有深刻的理解,在必要时能够根据涉外司法的需求,妥当地变通适用非涉外编程序规则。在司法实践中,变通适用非涉外编程序规则,意味着法官应立足于规范脉络、立法目的和制度功能,不得将一些与本国特定实体法结合极为紧密的非涉外编程序规则适用于涉外程序中;也意味着在出现法律漏洞的时候,法官应立足于涉外司法的任务和目的,必要时进行涉外编程序规则的续造。在多数情况下,变通适用非涉外编程序规则,还意味着在非涉外编程序规则原则上可适用于涉外程序问题的情况下,法官应注意妥当地行使司法裁量权解决规则适用过程中可能发生的先决问题与适应问题。

Application of the Rules of the Non-Foreign-Related Parts of the Civil Procedure Law in International Civil Litigation: The Doctrinal Interpretation of the Second Sentence of Article 270 of the Civil Procedure Law

Abstract: It is generally reasonable for legislators to provide for procedural issues that require special treatment in the foreign-related part of the Civil Procedure Law, and to direct judges to apply the rules of the non-foreign-related parts of the Civil Procedure Law. However, it should be made clear that the second sentence of Article 270 of the Civil Procedure Law is a general and referential provision in the substantive sense. Judges should exercise judicial discretion appropriately, and apply the non-foreign-related parts of the Civil Procedure Law *mutatis mutandis* to procedural issues involving foreign elements. In most instances, adaptation means that the non-foreign-related rules can be applied to foreign procedural issues, but judges should use appropriate methods to adapt the normative elements or legal effects of those rules if necessary, which can be divided into preliminary matters and adaption matters in international civil litigation. These two kinds of matters can usually be found in the process of foreign-related justice, and judges should deal with the problems properly, in order to exercise judicial discretion appropriately when apply the rules *mutatis mutandis*.

Key words: international civil litigation; non-foreign-related part of the civil procedure law; preliminary matters; adaption matters; *mutatis mutandis*

(责任编辑:乔雄兵 钱静)