

海牙管辖权项目下平行诉讼的 解决方案与启示

何其生

【摘要】海牙管辖权项目在进入工作组阶段后,工作组采用包容和全面的方式开展工作,工作的核心是就平行诉讼和关联诉讼制定具有约束力的规则,并承认管辖权规则和不方便法院原则等因素在制定此类规则方面的主要作用。目前,工作组在前两次会议上共讨论了平行诉讼的五种解决方案,确立了以“联系说”为核心的基本原则,区分管辖权根据的优先性和案件类型,就平行诉讼的解决达成了新框架。但在平行诉讼的界定、管辖权根据、更适合法院的权衡因素、司法合作与协调机制等问题上,均存在大量的基础性问题有待讨论。借鉴海牙管辖权项目的谈判,我国需要在平行诉讼上确立系统化的解决方案,并完善相应的制度。

【关键词】海牙管辖权项目;平行诉讼;管辖权;更适合法院;合作与协调机制

【作者简介】何其生,北京大学法学院教授,法学博士。

【原文出处】《武大国际法评论》(武汉),2022.5.21~47

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”(项目批准号:20&ZD202)资助的中期成果之一。

海牙管辖权项目专家组的历次讨论,就文书的类型、直接管辖权、平行诉讼等问题,虽然加深了认识,但一直在政策层面分歧较大。^①2021年3月,海牙总务与政策委员会(the Council on General Affairs and Policy,以下称“总务会”)决定将管辖权项目从专家组阶段转移到工作组阶段,并为工作组确立了如下任务:(1)起草民商事管辖权相关事项的条款草案,包括并行程序(平行诉讼和关联诉讼)的规则,为新文书的范围和类型的相关决策提供进一步的信息。(2)应以包容和全面的方式开展工作,先聚焦于并行程序制定具有约束力的规则,并承认管辖权规则和不方便法院原则等因素在制定此类规则方面的主要作用。(3)为支持未来跨国民商事诉讼的并行程序和管辖权文书的运作,探讨灵活的司法合作与协调机制。^②

根据总务会的安排,工作组在2021-2022年安排两次工作组会议,^③并采取了与专家组阶段(集中于政策讨论)有所不同的方法,以各国代表提交的提案为基础进行讨论。尽管谈判各方在工作组第一次

会议上对平行诉讼的解决方案依然存在原则分歧,但在第二次会议上与会代表则就未来文书^④的原则性结构和解决平行诉讼的路径形成了初步框架,是一次重要的进步。由于此两次会议主要讨论的是平行诉讼问题,本文的分析也聚焦于平行诉讼。

一、海牙管辖权文书的一般问题

(一)文书的范围与目的

在未来文书的适用范围上,目前的文书草案是照搬2019年《承认与执行外国民商事判决公约》(以下称《海牙判决公约》)第1条和第2条的规定,但工作组第一次会议则提出文书是否有必要在排除范围上与《海牙判决公约》保持一致的问题。一是《海牙判决公约》第2条规定的一些事项,如跨界海洋污染、武装力量的活动、执法活动等^⑤,因特定国家有重要关切的事项而被排除在外,需要确认此类事项是否继续排除在未来文书之外。二是《海牙判决公约》第2条的很多排除事项是因为有既存的文书而将其排除,关于未来文书是否也存在此类情形,工作组请求

常设局对此问题开展研究工作。三是未来文书与《选择法院协议公约》《海牙判决公约》的排除事项应有何不同,也需要开展相应的研究工作;另外,由于《选择法院协议公约》也包括避免平行诉讼的规则,未来文书需要考虑与《选择法院协议公约》的关系。^⑥四是在谈判中,有代表建议将消费者合同、个人雇佣合同和临时保护措施排除在文书适用范围之外。^⑦

对于未来文书的目的,在工作组第一次会议上,基本上确定了如下内容:

[通过为国内法院制定具体规则]^⑧以提高法律确定性、可预测性和诉诸司法的机会,减少与多重诉讼相关的风险和[不必要的]成本,并[防止][减少][减轻]跨国民事或商业诉讼中判决不一致的风险。^⑨

由于与会代表对相关表述仍有争议,不少内容依然在括号中,尤其是对于“成本”前是否加入“不必要的”修饰语,明显存在分歧,美国坚持要求加入“不必要的”修饰语。

(二)平行诉讼的概念

根据海牙常设局的问卷调查,平行诉讼通常被界定为相同当事人和相同诉因但在不同国家法院进行的诉讼活动,因此,平行诉讼的界定是“两同一异”的标准,即“相同当事人”“相同诉因”“不同法院”。

1.“两同一异”标准的发展

传统的“两同一异”标准曾得到国际文书和区域性法律的认可。例如,1999年,海牙国际私法会议起草的《民商事管辖权及外国判决公约草案》第21条第1款规定:“当相同当事人基于相同诉因在不同缔约国法院进行的诉讼,不论所寻求的救济为何,如先受理的法院根据[白名单]或根据与本条一致的国内法规则]具有管辖权,并可期望所提供的判决能够根据本公约在后受理法院的国家得到承认,则后受理法院应中止诉讼……”从该规定可以看出,该公约草案所规定的平行诉讼是“两同一异”的标准。2012年《布鲁塞尔条例I(重订)》^⑩第29条规定:“相同当事方就相同诉因在不同成员国法院提起诉讼时,首先受诉的法院之外的任何法院均应主动暂停诉讼,直到首先受诉的法院确定其管辖权为止。”由此可见,欧盟在此领域坚持的是“两同一异”的标准。^⑪

后来,“两同一异”的“相同诉因”逐渐演变成“相

同诉讼标的”。例如,《海牙判决公约》第7条第2款就表述为“相同当事人关于相同标的的诉讼”;《瑞士联邦国际私法法规》第9条对“未决诉讼”的表述为:“如果相同当事人之间就同一诉讼标的已在国外提起的诉讼尚未判决……”

由诉因向诉讼标的的变化,说明了诉讼标的在界定平行诉讼上更加准确。诉因是英美法系的概念,广义的诉因,应当包括两种元素:法律上规定的权利和侵犯该权利的事实;狭义的诉因仅指侵犯权利的事实或者事实的组合。^⑫1999年,海牙国际私法会议起草的《民商事管辖权及外国判决公约草案》的解释报告指出,英文版的“cause of action”应为狭义解释,是指特定的诉因,例如侵害或者疏忽大意。法文版的表述“la même cause et le même objet”,则更为宽泛,并非指普通法中的程序特性,而是指诉讼的根本原因和对象。其结果是,英文文本中的“诉因”一词应广义地解释为指“诉讼标的”,例如,某一特定合同或事件引起的争议,而不是指寻求救济的特定形式。^⑬因此,甲对乙提出的违约损害赔偿索赔和乙对甲提出的有关合同因虚假陈述而被撤销的索赔都基于相同的诉因。^⑭在Gulbisich Maschinenfabrik v. Palumbo案^⑮(以下称“Gubisch案”)中,欧共体法院认为,基于同一国际有体动产买卖合同提出的不同的诉讼请求可以界定为相同的诉因,但实际上属于诉讼标的范畴。在美国,《联邦民事诉讼规则》处理合并诉讼时,甚至抛弃了诉因的概念,而以诉讼请求(claim)一词代之。^⑯“两同一异”标准的变化无疑会反映在工作组的谈判中。

2.平行诉讼概念的谈判进展

对于平行诉讼,工作组第一次会议建议区分判决做出前的平行诉讼程序、判决做出后的承认与执行程序,并建议对“相同标的”进行慎重考虑。^⑰在工作组第二次会议上,与会代表主要讨论了两个方案:

方案1:平行诉讼指相同当事人就[相同标的]在不同[缔约]国的法院进行的任何诉讼。

方案2:平行诉讼是指两个或两个以上缔约国的法院都受理了案件,且案件包含:

(1)相同的当事人;

(2)[相同的诉讼请求][同一组有效事实(same set

of operative facts)];和

(3)这些因素意味着,如果其中一家法院的判决在另一家法院得到承认和执行,将导致该另一家法院的诉讼程序终止。

方案1在界定平行诉讼上规定了相同当事人、不同缔约国法院、相同标的三个因素;而方案2所规定的三个要素则有所不同:相同当事人、相同的诉讼请求或相同的有效事实、判决既判力。在工作组第一次会议上,有代表提出将“导致判决相互冲突”作为判断平行诉讼的因素,但由于此项要求侧重于潜在风险和后果,而并非界定因素本身,未能为会议所接受。例如,在一项夫妻婚姻关系中,一国法院做出离婚判决,另一国法院处理夫妻间的扶养关系,两起案件可能会做出不同判决,但此类情况通常被认为是平行诉讼。

方案2的第三个要素涉及判决既判力,考虑到既判力为国内法规定的事项且各国差异很大,^⑩而文书主要聚焦于管辖权阶段,不适合讨论判决的效力问题。另外,判决要发生效力尚需要承认与执行程序,需要满足承认与执行的条件。因此,平行诉讼的界定和《海牙判决公约》第7条第2款保持一致,使用“相同当事人”“相同标的”的因素,但工作组将进一步讨论是否加入“同一组有效事实”。^⑪

(1)相同当事人。在前述Gubisch案中,欧共体法院认定,在两起诉讼中,当事人身份对调不影响“相同当事人”的认定。这一认定也得到工作组的肯定。

(2)相同诉因。在讨论中,“相同标的”尤为英美法系代表所难以理解。有代表提出:在一起合同纠纷中,一方当事人在甲国提起违约赔偿之诉,另一方当事人在乙国提起宣告合同无效之诉,此两起诉讼是不同的诉求,但标的是否相同?意大利学者Fausto Pocar(即2001年临时文本^⑫的报告人)认为,二者诉讼请求不同、诉因不同,但标的相同,并认为这也是2019年《海牙判决公约》谈判中使用“相同标的”代替《布鲁塞尔条例I(重订)》“相同诉因”的原因。之后美国代表再次提出在本诉与反诉之间,诉讼标的是否相同;或者在一起合同与侵权竞合案件中,一方当事人提起合同之诉,另一方当事人提起侵权之诉,是否存在相同诉讼标的的问题。欧盟代表对上述两种情

形给予了肯定的答复。

(3)不同法院。关于“法院”,只能是不同国家之间的法院。如果诉讼发生在一国之内的两个不同法院,则该问题应该由该国的国内法解决。^⑬

(4)诉讼阶段。关于平行诉讼是指两个正在进行的未决诉讼还是包括已决诉讼和未决诉讼,目前找不到判断的标准。而从管辖权的角度来看,如果外国法院已经做出判决,所涉及的可能是外国判决的承认与执行问题,不会涉及管辖权的合并等问题。从目前已有的处理平行诉讼的方法来看,如先受理规则、不方便法院原则、判决预期承认方法以及禁诉令等主要限于两个正在进行的未决诉讼,而不应该包括已决诉讼和未决诉讼的情形。根据欧盟的案例,在后受理法院起诉、但后受理法院尚未决定是否拒绝管辖时,如果先受理法院的诉讼已经推进到做出判决或者已经决定不再继续诉讼,《布鲁塞尔条例I》第27条有关平行诉讼的规定将不再适用,该规定仅适用于后受理法院在决定管辖权时存在竞合诉讼的情形。^⑭由此可以看出,此种情形在欧盟也不属于平行诉讼的范围。

二、解决平行诉讼的主要提案

平行诉讼的解决方案在专家组阶段就进行了多次讨论,但主要聚焦于更适合法院、先受理规则、判决预期承认等单一的方法。在进入工作组阶段之后,随着提案的增多,逐步形成了如下三种复合方案:

(一)方案1:以较好法院方法为核心的主观方法

在2021年专家组会议上,美国联合巴西、以色列和新加坡提交了一个专门处理平行诉讼的非正式文件,^⑮核心的内容是如何确定较好法院^⑯方法(better forum approach)。但该文件并没有得到专家组的认可,而且限于谈判时间,文件未在工作组第一次会议上讨论。在专家组第二次会议之前,上述国家代表结合工作组第一次会议讨论的方向重新修订了该方案,并作为附件1供会议讨论。^⑰其主要包括如下步骤:

一是受理平行诉讼案件的各缔约国法院应在合理时间内确定哪个法院是解决所涉诉讼请求的较好法院。

二是相对于没有优先管辖权的缔约国法院,与案件有优先管辖权的缔约国法院为较好法院。确定优先管辖权的因素包括诉讼程序开始时被告惯常居所地国等。

三是在确定哪个法院是较好法院时,每一法院均应考虑文书中所规定的因素(即管辖权根据),并可酌情强调其中某些因素。

四是在适用上述步骤后,如果两个涉及平行诉讼的法院共同认定某一法院为较好法院,则该法院应该继续审理案件,而另一法院应中止或驳回案件。

五是在适用上述步骤后,如果两个涉及平行诉讼的法院不能确定同一法院是较好法院,则每个法院都可以根据本国法律审理案件;或者[非先受理法院中止或驳回诉讼。但是,如果当事人证实中止或驳回诉讼将导致拒绝司法,后受理法院可以拒绝中止或驳回诉讼]。

尽管有前述规定,如诉讼可能涉及法院地国的主权或安全利益,或中止和撤诉有悖于法院地国的公共政策或基本原则,则该法院无义务中止或驳回诉讼。^⑤

方案1仍旧以较好法院方法来解决平行诉讼问题,采纳以主观审查为主的模式来确定较好法院。这一方案遗留的潜在风险是:即使各法院已经考虑权衡较好法院的因素,但仍可能因主观判断不同而难以达成一致结论,导致难以就较好法院达成共识;或者法院间相互推诿,均不认为自己是较好法院,从而导致当事人诉讼无门。

(二)方案2:以先受理规则为核心的“客观 $\Rightarrow$ 主观”方法

在2021年的专家组会议上,欧盟代表提交了以先受理规则为核心的非正式提案,后为主席采纳,形成了专家组第一次会议讨论的方案。^⑥该方案核心条款主要有四点:一是先受理法院如果根据文书有管辖权,则继续诉讼;而后受理法院仅当是更适合法院时方才根据当事人的申请中止诉讼。二是后受理法院有中止诉讼的义务,除非存在先受理法院做出的判决预期将会被拒绝承认等情形;^⑦三是移植《海牙判决公约》第5条和第6条的规定,形成了文书下确定法院是否有联系的管辖权根据。四是规定更适合法院的权衡因素。

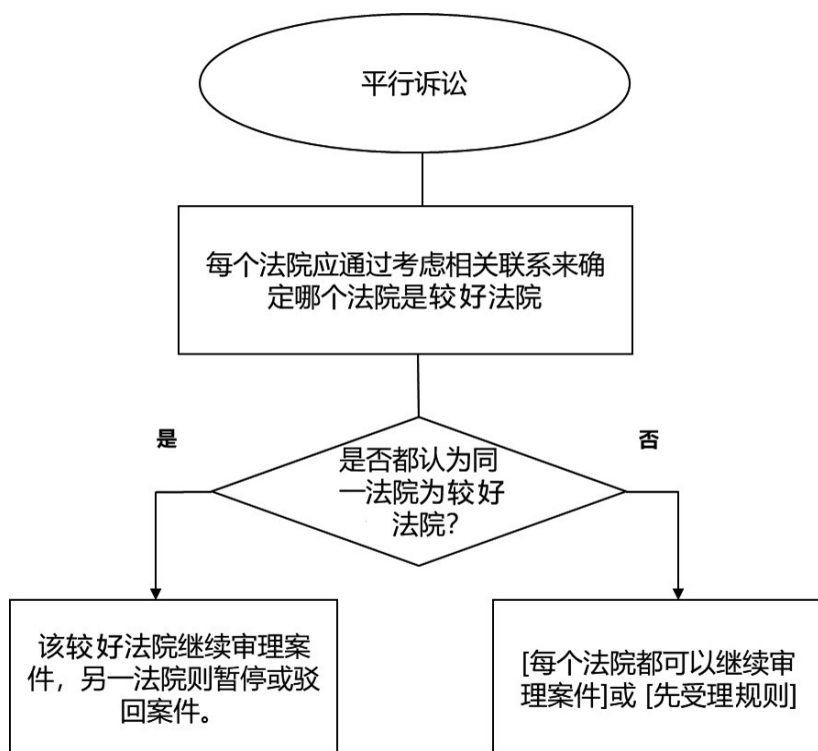


图1 以较好法院为核心的方案1

经过工作组第一次会议的讨论,以先受理规则为核心的方案得到了较大的发展,并形成了两步走的基本结构:第一步调查平行诉讼法院的管辖权;如果两个法院均有管辖权,则进入第二步,即确定哪个法院是更适合法院。同时,将平行诉讼分为三大类型:一是根据未来文书,两个或两个以上法院均有管辖权的案件;二是根据未来文书,仅一个法院具有管辖权,而另一个法院不具有管辖权的案件,此时第一个法院在行使管辖权上应被给予优先性;三是根据未来文书,没有法院具有管辖权的案件。

工作组决定根据平行诉讼的类型分别制定处理方案。^②上述决定形成了2022年专家组第二次会议的附件2,即《平行诉讼条款的工作草案》(Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings)。^③其主要由四部分组成:

首先,对于根据文书“两个以上法院均有优先管辖权的案件”,如果先受理法院依据文书所规定的优先管辖权根据(即草案第9条)^④享有优先管辖权,则应当行使管辖权。但如果另一缔约国法院具有优先管辖权,且该法院明显是更适合解决争议的法院,先受理法院可以应一方当事人的申请中止诉讼程序。如果先受理法院不享有优先管辖权,则应当中止程

序。对于先受理法院之外的其他法院的义务,如果先受理法院有优先管辖权,其他法院应中止程序,但存在一定例外情况。

其次,对于根据文书“仅有一个法院有优先管辖权的案件”,则具有优先管辖权的法院应当审理案件,其他法院应中止程序。例外的情形包括:(1)如果原告在有优先管辖权的法院未能采取必要的诉讼步骤,使该法院对案件的实质问题难以做出裁决,或者该法院没有在合理的时间内做出裁决,则应一方当事人的申请,有优先管辖权法院之外的法院可以继续审理案件。(2)只要有优先管辖权的法院没有就案件实质问题做出判决,有优先管辖权法院之外的其他法院就可以审理案件,包括审查其直接管辖权。

再次,对于根据文书“没有法院具有优先管辖权的案件”,此类情形则尚待讨论。

最后,配合前述步骤,《平行诉讼条款的工作草案》规定了文书下确定法院是否有联系的管辖权根据、更适合法院的权衡因素以及公共秩序条款。

《平行诉讼条款的工作草案》在处理两个法院均有管辖权的情况时采纳了以客观方法为主、兼采主观的方法。其审查路径以先受理规则为原则、以更适合法院为例外,是从客观到主观的审查模式。此

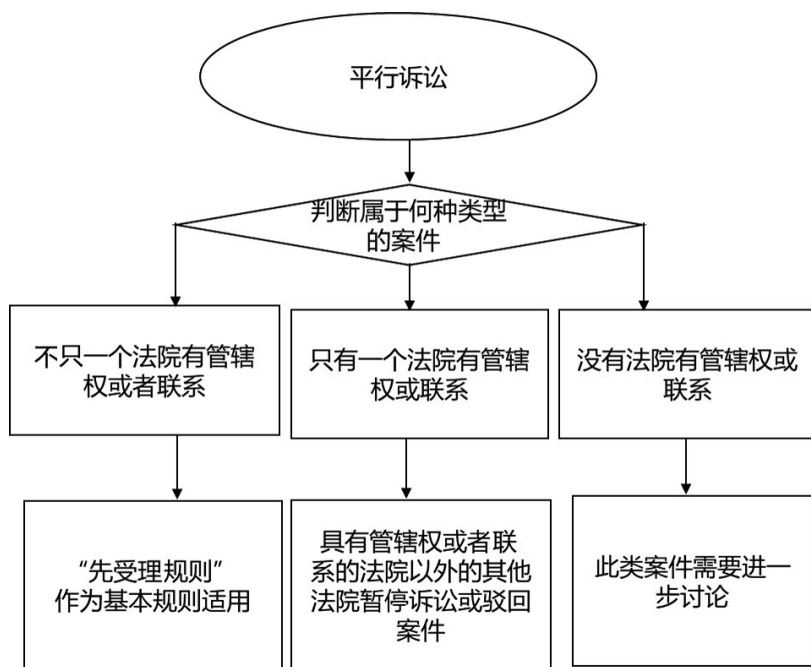


图2 以先受理规则为核心的方案2

模式具有两大特点:一是先受理规则最大的优势在于其客观标准,具有确定性,能够提高诉讼效率,避免纠纷,有助于增加当事人对结果的可预测性,有利于促进国际民事诉讼管辖权体系的统一性与稳定性。二是《平行诉讼条款的工作草案》关于更适合法院权衡因素的规定在很大程度上削减了这一优势。从内容上看,更适合法院权衡因素的规定情形多达九种,^⑧且其中很多情形,如法院与案件的关联性、当事人的负担、获取证据的难易程度等都缺乏客观且确定的标准。而且,以先受理规则为主、以更适合法院为例外的方法尚存在如下问题:

其一,被动中止诉讼程序可能有损国家主权。在不方便法院原则或更适合法院方法下,法院主动放弃管辖权或主动中止诉讼,是法院对国家司法裁判权的行使。特别是在案件涉及法院地国家、公民、法人或者其他组织的利益的情况下,由法院自由裁量是否中止诉讼更有利于保护这些利益。这也是工作组第二次会议所有讨论草案均规定公共秩序条款的原因之一。

其二,被动中止诉讼程序不利于法院行使自由裁量权。自由裁量权是不方便法院原则和更适合法院方法保持灵活性的基础,也是二者得以广泛适用并为各国所接受的原因。在具体个案中,法官需要运用自由裁量权来具体衡量案件的各种因素,平衡当事人利益,从而决定是否行使管辖权。根据《平行诉讼条款的工作草案》的规定,即便缔约国法院根据国内法的规定享有直接管辖权,只要其没有该草案所规定的管辖权,就需要在此环节中止诉讼程序,不能进入更适合法院的审查,也就没有结合其他因素进行自由裁量的空间。从管辖基础类型来看,现有管辖权根据的规定是一个范围较小的管辖基础清单。以侵权之诉为例,该条仅规定了侵权行为实施地。如果案件中的侵权行为实施地是外国,而侵权结果发生地是中国,中国法院根据我国《民事诉讼法》(2021年修正)第29条的规定享有直接管辖权,但根据文书的规定中国法院没有优先管辖权,只能在外国法院进行诉讼。在此情形中,如果本案的潜在证人和证据都在中国,在外国法院进行诉讼程序有可能导致证据获取难和诉讼成本高的不合理后果。

对此,可能的解决方案是建立更为合理的管辖基础清单。

其三,被动行使管辖权可能导致司法效率降低。如果一国法院本不愿行使管辖权,但由于文书的规定必须审理案件,其有可能会消极对待案件,滥用权力或实质推诿,从而导致司法资源的浪费与司法效率的降低。

其四,未对管辖权根据的优先性进行区分。根据《平行诉讼条款的工作草案》的规定,如果根据文书仅有一个法院具有管辖权,案件将由有管辖权的法院继续审理,无管辖权的法院须中止审理,案件将不会进入更适合法院的考察。在有两个或多个法院有管辖权的情况下,法院行使管辖权的基础在优先性上有所不同,例如,有的是专属管辖,有的是一般管辖,有的是当事人意思自治,有的是客观性管辖权根据。在管辖权根据不同的情况下,无疑需要区分对待其优先性。

(三)方案3:较好法院方法与先受理规则合并的“主观+客观”方法

尽管方案1以较好法院方法为主的主观方法具有足够的灵活性,方案2以先受理规则为核心的“客观→主观”方法具有足够的确定性,但这两种方法始终无法调和美国和欧盟在基本原则上的矛盾。在此背景下,会议主席提出了将两种方案合并在一起的方案3。

方案3在方案2《平行诉讼条款的工作草案》的基础上进行了一些改动,核心是将方案1中的较好法院方法列为方案2中的一般规定,即增加如下内容作为文书的一般规定:

(1)受理平行诉讼案件的各缔约国法院应在合理时间内确定哪个法院是解决所涉诉讼请求的较好法院;

(2)在确定哪个法院是较好法院时,每一法院均应考虑文书中所规定的因素(即管辖权根据);

(3)在适用上述因素后,如果两个涉及平行诉讼的法院共同认定某一法院为较好法院,则该法院应继续审理案件,而另一法院应中止或驳回案件;

(4)在适用上述因素后,如果两个涉及平行诉讼的法院不能确定同一法院是较好法院,则以方案2中

先受理规则和较好法院例外的方法处理。

如前所述,较好法院方法与先受理规则分别以英美法系与大陆法系的管辖权制度为基础,前者侧重灵活性、后者侧重确定性,二者在功能上存在互补关系。较好法院方法与自然法院理论^③类似,其优势是抛开了具体管辖规则、抽象出“较好”的概念以及可供权衡的、不完全封闭的一系列因素的清单,较为直接地将案件交给较好法院处理,实现管辖权分配的相对合理性,但其缺陷也非常明显,即赋予法官过大的自由裁量权、导致过多模糊性与不确定性。而以先受理规则处理平行诉讼的方法,其优势在于给当事人提供了确定性以及可预见性,但其弊端也明显:容易导致策略诉讼,忽视诉的性质,时间点不容易判断等。^④方案3既然意图整合较好法院方法与先受理规则,其目的应为达到二者的优势互补、实现灵活性与确定性兼顾的效果,但这种简单叠加的方法显然不能满足任何一方的需求,相反,条款结构复杂,不确定性也很强,最终没有得到工作组的认可。

三、平行诉讼解决方案的新思路与新结构

(一)国际律师协会的实证分析

在工作组第二次会议之前,解决平行诉讼的方案主要有方案1和方案2两种,方案3是两种方法的硬性嫁接,未得到任何一方的支持。在专家组第二次会议上,国际律师协会(International Bar Association, IBA)提交了一个案例分析文件,针对方案1和方

案2进行了假定案件的实证分析。相关的假定案件如下:

2021年7月1日,在英格兰成立并运营的电信服务提供商A,与在法国成立并运营的客户B签订了一份电信服务合同,服务期限为2年,但B必须每月支付服务费,此项服务对于客户B来说是其履行对第三方客户义务的重要基础。客户B在法国有资产。后电信服务提供商A开始提供服务,但B没有付款。A通过书面形式通知B终止合同,要求B支付没有支付的服务费,并赔偿合同剩余期限下的收入损失。

B在没有通知A的情况下,在法国针对A提起诉讼,要求宣告A错误地终止合同,已提供的服务不符合合同标准,并从法院获得要求A继续提供服务的临时命令。

在B提起诉讼的一周之后,服务提供商A在英格兰提起诉讼,要求B支付没有支付的服务费,并赔偿合同剩余期限下的收入损失。

假定英国和法国双方均为未来文书的缔约国。

1.假定条件1:合同中规定准据法

假如电信服务合同中约定准据法为英格兰和威尔士的法律,则针对英国和法国的诉讼可分析如下:^⑤

(1)平行诉讼的界定。对于本案是否属于平行诉讼的问题,如果适用“相同当事人和相同标的”的标

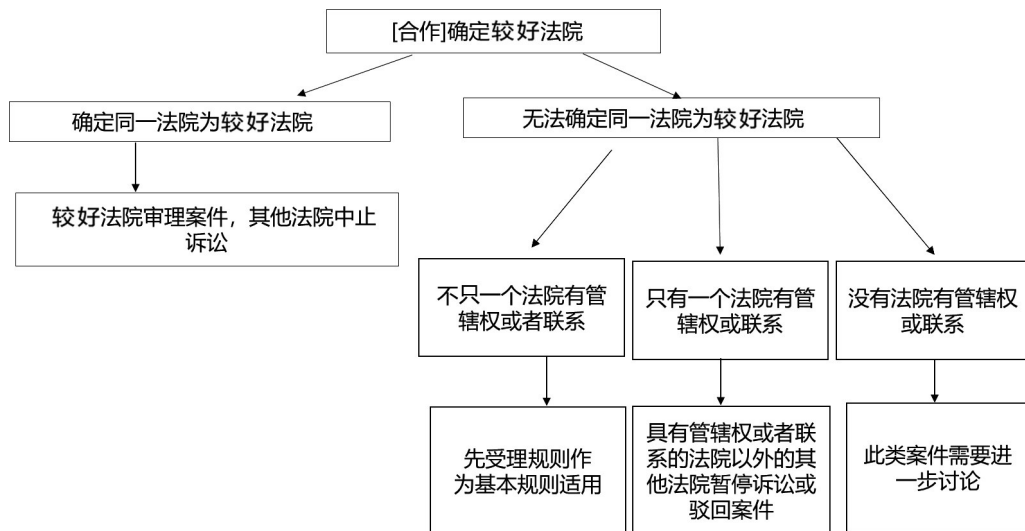


图3 较好法院方法与先受理规则合并后的方案3

准,二者是平行诉讼;但如果适用相同当事人“相同诉讼请求(same claims)”的标准,法国之诉在于宣告性声明和临时命令;而英国的诉讼则是服务提供商A要求偿还债务和赔偿损失,由于在法国和英国的诉讼请求并不相同,此时,二者不能构成平行诉讼。

(2)更适合法院的判断。对于英国法院而言,其可能认为它是更适合法院。首先,考虑到英国和法国法律制度的不同,英国法院认为自己适用英国法更加可靠。本案中也许证据或证人也位于英国(尽管案情未介绍),从而更加支持英国法院的决定。就“受案法院与当事人及纠纷之间的相对关联程度”来说,法国法院的诉讼进展状况和所在阶段对于上述因素的判断可能有实质性的影响。由于法国法院是先受理法院而且已经发出临时命令,英国法院可能会作进一步权衡。其次,对于管辖权的优先性,英国法院发现其具有优先管辖权,因为在法国的诉讼中,被告的惯常居所在英国;但也会发现法国法院也具有优先管辖权,因为在英国的诉讼中,被告惯常居所在法国。而且在争议中,法院可能会认为合同履行地既在英国也在法国,因此两个法院均具有优先性。如果依照先受理规则,此时法国法院应该继续诉讼,但由于英国法院考虑到自己是更适合法院,其可能继续进行诉讼。

而对于法国法院而言,如果以“受案法院与当事人及纠纷之间的相对关联程度”来进行权衡,法国法院将认为自己是更适合法院,因为客户B居住在法国,服务履行地在法国,而且其财产所在地也在法国。同样,法国如果对平行诉讼中两个法院管辖权的优先性进行权衡,将发现两个法院均具有优先管辖权。由于法国是先受理法院,法国会继续进行诉讼。

2. 假定条件2:合同中约定准据法和管辖权条款

该假定条件有二:一是合同中约定准据法为英格兰和威尔士的法律。二是规定了非排他性管辖权条款,即“双方不可撤销地同意英格兰和威尔士的法院审理与本合同有关的任何争议,除非服务提供商A针对客户B在任何其他有管辖权的法院提起诉讼”。^⑥针对英国和法国的诉讼可分析如下:

对于英国法院而言,除了前述假定条件1中的分

析外,英国将认为此非排他性管辖权条款将使英国法院具有优先性,进而会继续进行诉讼。

对于法国法院而言,除了前述假定条件1中的分析,尽管存在非对称管辖权条款不允许B公司在法国诉讼,法国法院可能会认为该条款不具有确定性,因而是不可执行的,因为B公司可能客观上难以预料A公司会选择在何处起诉,该条款会因此而被忽视,结果是法国法院同样会继续进行诉讼。

从上述两种假定的情形来看,即使是法院在对各种因素进行冗长的、高成本的分析后,英国法院和法国法院会各自维持自己的平行诉讼,它们通常会认为自己是更适合法院。而未来管辖权文书中各种逻辑结构和权衡因素的分析,可能比现有国内法机制下更复杂、成本更高昂。^⑦两个或多个平行诉讼法院同时评估管辖权根据在实践中可能是不可行的。如果未来文书的权衡因素过于复杂,且管辖权的优先性不是很明确的话,所达成的文书可能会脱离实践的需求。

3. 美国代表的回应

对于上述国际律师协会的分析,美国认为,首先,非对称管辖权条款下的平行诉讼不具有代表性,其与先受理规则相结合产生的问题,伴有争议,且尚未厘清。其次,对于两个或多个平行诉讼法院同时评估管辖的可行性,事实上,已经有一个很好的跨境司法合作模板——司法破产网络(the judicial insolvency network, JIN)。司法破产网络提供了丰富的经验,展示了法院如何能够有效地跨境合作和沟通。值得注意的是,《联合国国际贸易法委员会跨国界破产示范法》(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)也包括跨境司法合作的义务,且已被50多个国家和地区采纳。正如有学者所指出的那样,跨司法对话(trans-judicial dialogue)的做法“在全球破产案件中得到了高度发展,无论是否有国际条约或指南,法官越来越多地相互直接沟通,以确保资产分配的合作和高效”。^⑧再次,对于各法院通常认为自己是更适合法院的担忧,在实践中并未得到证实。一项对1982-2006年期间769项不方便法院裁决的研究发现,美国法院在52%的案件中驳回了美国的诉讼,转而支持更适合法院(具体如表1)。^⑨而近年来驳

回诉讼的比例可能日渐增高。^⑩最后,在法院进行比较法的研究中,为评估更适合法院,可能要求专家证人的出席,而司法合作机制可能会减少专家证人的需求。^⑪

表1 美国联邦地区法院根据
不方便法院原则驳回诉讼的比例

联邦地区法院的决定	统计数目	百分比
赋予不方便法院的请求	403	52%
根据不适合法院而拒绝	137	18%
根据私人 and 公共利益的平衡而拒绝	229	30%

美国代表之所以对上述问题做出回应,显然是注意到了在国际律师协会所假定的案例中,更适合法院方法运用的不成功性,进而借助美国的实践和司法破产网络说明更适合法院方法的可行性。实际上,国际律师协会的实证分析既分析了更适合法院方法,也分析了先受理规则。其分析结果更提醒谈判代表未来文书的实操性,有助于加深对平行诉讼处理方案的认识。

(二)方案4:解决平行诉讼的新思路

在工作组第二次会议上,以以色列为主导,联合巴西、新加坡和美国提交了先受理规则为关键因素的方案(first in time rule as a tie-break,以下称“方案4”)。^⑫此方案亦是一种折中方案,采纳了“主观⇒客观”的方法,相较于前述“客观⇒主观”的方法,赋予了法院更大的自主权。方案4对于处理平行诉讼提供如下步骤建议:

步骤一:各法院核实是否仅有一个法院具有文书下的管辖权(根据2019年《海牙判决公约》第5条和第6条的管辖基础,未来文书中所可能包含的清单)。如果只有一个法院有管辖权,则该法院将继续审理,而另一法院将终止诉讼程序。

步骤二:如果两个法院根据文书都有管辖权,则各自在合理的时间范围内确定它是不是更适合法院(基于文书中包含的管辖权清单)。在此阶段,鼓励法院直接或通过中央机关进行沟通和/或协调,以避免相互冲突的决定,但法院间的交流讨论不得不合理迟延。在协调过程中:(1)如果两个法院都同意其中一个法院是更适合法院,则更适合法院将继续审理,

而另一个法院将中止诉讼。(2)如果情况适合且符合诉讼公正和效率,法院可以同意在符合特定标准下各自继续进行平行诉讼。

步骤三:如果在上述两步骤之后(或者在法院之间协调具有不可行性,或法院之间未能达成任何协议时),每个法院都认为是更适合法院,则先受理法院将继续审理此案,后受理法院中止诉讼。在例外的情形下,后受理法院无须中止诉讼,但此例外情形应仅限于一个封闭的清单。^⑬

上述方案4的内容有三大特点:(1)此方案是在方案1的基础上对于先受理规则进行了适当的妥协,承认了先受理规则解决平行诉讼问题的重要性,并将“明显更适合”法院调整为“更适合”法院,去除了“明显”的标准。(2)相比于前述方案1中较好法院的主观方法,方案4采纳了先主观后客观的方法,即在同时审理的法院无法达成一致时,以先受理法院继续审理为原则。在具有灵活性的同时也具有一定的确定性。(3)虽然该方案也规定了例外情形,但此种例外应当涉及国家或当事人的重大利益,如公共政策、国家安全、专属管辖等,以避免该条款被滥用。

(三)方案5:工作组采纳的新结构

由于方案1和方案2分别体现美国和欧盟为首两大阵营的政策主张,而方案3存在着硬对接的情形,上述方案均未得到各方的接受。而方案4以先受理规则为关键因素的较好法院方法则在意外中获得两大阵营的认可,成为谈判的基础。

在谈判中,针对方案4,欧盟认为做如下实质性修改,则是可以接受的:(1)针对步骤二“如果两个法院都有连结因素,则各自在合理的时间范围内确定它是不是更适合法院(基于文书中包含的管辖权清单)”,欧盟希望将“合理的时间范围”改为60日或90日。(2)删除步骤二中“如果情况适合且符合诉讼公正和效率,法院可以同意在符合特定标准下继续平行诉讼”的规定。(3)针对步骤三中“后受理法院无须中止诉讼的例外情形”,虽然此例外情形仅限于一个封闭的清单,但欧盟认为需要对“封闭的例外清单”进行更为详细的讨论。

欧盟代表对于方案4态度的转变,颇为意外,在欧盟成员国之间产生不少反响,法国和德国代表先

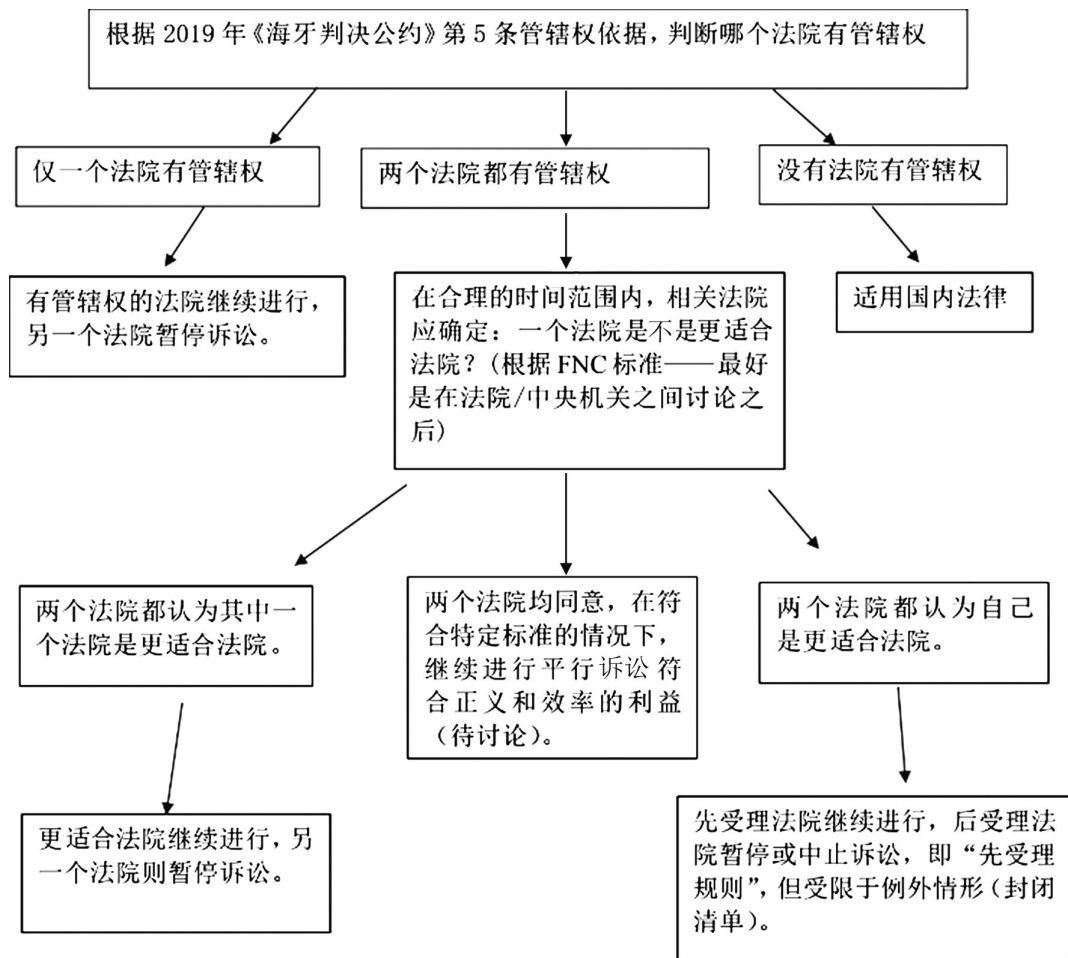


图4 以先受理规则为关键因素的方案4

后发言,希望能够进一步协调立场。但谈判各方则纷纷对欧盟的转变感到欣慰,各方表示均可以对于欧盟的三个建议进一步磋商。于是会议主席在方案4的基础上结合已经商谈的成果,^④临时调整谈判议程,逐渐形成了处理平行诉讼的新框架,即方案5。其归结起来如下:

基本原则:每个法院应该根据未来文书考虑其自身是否有联系(即管辖权根据),或者其他法院是否有联系。“联系说”将成为未来文书的基本原则。^⑤

步骤一:如果两个法院中有一个法院根据文书有排他性联系,则该有排他性联系的法院应该继续审理案件,其他法院应该中止案件。工作组暂定《海牙判决公约》第6条中所规定的不动产所在地法院具有排他性联系。

步骤二:如果没有法院有排他性联系,则需要区分案件的类型:

(1)对于根据文书仅有一个法院有联系的案件,有联系的法院继续诉讼,没有联系的法院驳回诉讼。但此类情况需有一定的防护措施,例如,有联系的法院在合理时间内未进行任何的诉讼行为,则应为例外。

(2)对于根据文书没有任何一个法院有联系的案件,此时每个法院可以根据其国内法继续审理案件或中止诉讼。未来不排除规定较弱的联系(weaker connections)或消极优先管辖权规则(negative priority rule),来处理此类情形。

(3)对于根据文书两个或两个以上法院有联系的案件,则需要进入步骤三。

步骤三:对于根据文书两个或两个以上法院有联系的案件,则需要进一步细分:

(1)如果当事人或被告选择了其中一个法院,例如,被告明示同意某一法院的管辖权,则该法院应继续诉讼,其他法院应该中止或驳回案件。如果当事人没有选择法院,则进入步骤四。

步骤四:如果当事人没有选择法院,则考虑后受理案件的法院是否在合理的时间内开始诉讼,如果没有开始诉讼,则有联系的先受理法院继续诉讼,其他法院中止或驳回案件。如果后受理法院在合理的时间内没有开始诉讼,则进入步骤五。

步骤五:如果后受理案件的法院已经开始诉讼,则在合理的时间内(如30日或60日),相关法院应该基于不方便法院原则决定哪一个法院是“更适合法院”,之后进入步骤六。在确定“更适合法院”过程中,优先考虑法院之间或通过中央机关进行交流。

步骤六:后受理法院在合理的时间内开始诉讼,对此类情况又可以做如下三种区分:

(1)如果通过协商,两个法院均认为其中一个法院是更适合法院,则更适合法院继续诉讼,其他法院中止;

(2)两个法院都认为是更适合法院,除特殊情况外,先受理法院继续,其他法院中止诉讼;

(3)如果情况适当且符合诉讼公正和效率,法院可以同意在符合特定标准下各自继续平行诉讼,但此类情况有待进一步讨论。

方案5的结构特色有:其一,承认了专属管辖的优先性(步骤一);其二,尊重了当事人的意思自治(步骤三);其三,着重于效率,即如果后受理法院在合理的时间内未开始诉讼,即使后受理法院根据文书具有管辖权,从节省司法资源的角度,也应该中止或拒绝诉讼(步骤四);其四,承认先受理规则的关键性价值,即两个法院都认为是更适合法院,先受理法院继续诉讼,其他法院中止诉讼(步骤六)。由此,工作组第二次会议就文书的基本结构达成初步一致。这一成果是从2019年以来各国不断试探和协调的结果,尽管此框架还具有很多不确定性,也未为各国所明确接受,但似乎在多年的谈判中找到了各方愿意继续走下去的路径,这对于长期争论不休的谈判者

来说已是巨大的欣慰。

尽管如此,此框架也就意味着未来有三项工作成为客观需要:一是制定直接管辖权根据,尽管有《海牙判决公约》第5条和第6条作为基础,但无疑是未来的谈判难点之一;二是制定更适合法院的权衡因素;三是建立平行诉讼下各国间的沟通与协调机制。这些问题到目前为止尚未得到工作组深入的讨论。

四、海牙管辖权项目关于平行诉讼的谈判对我国的启示

如果方案5所形成的新框架能为各方所接受的话,其层次式的平行诉讼解决方式也给中国平行诉讼的处理带来一些启示。

(一)平行诉讼的界定

目前,在管辖权文书中,平行诉讼的界定使用的是“相同当事人”“相同标的”的标准,但将会进一步讨论是否加入“同一组有效事实”。在我国,平行诉讼的表述尚未得到立法的认可。在已有的规定中,关于平行诉讼的界定主要规定在如下两条:

一是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022修正,以下称《民事诉讼法解释》)第531条第1款,即“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”。此规定仅用“案件”来界定平行诉讼的要素,而且该条所规定是对抗式的平行诉讼,双方当事人在两个国家法院的角色完全相反。第531条第2款使用了“同一争议”的标准。由此条可以看出,我国在对抗式平行诉讼的界定上使用的标准是相同当事人、同一争议、不同法院。

二是重复诉讼。《民事诉讼法解释》第247条第1款就重复诉讼规定了三个要素:当事人相同、诉讼标的相同、诉讼请求相同或者后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果。一方面,三种情形全部具备的国际民事诉讼比较少见;另一方面,此规定主要限于国内法院的诉讼。

理论上而言,不管是对重复起诉的识别还是对平行诉讼的定义,都需要考虑诉的构成要素,此方面有“二要素说”和“三要素说”。“二要素说”即诉的构

成要素包括当事人和诉讼标的两方面。^⑥“三要素说”认为诉的构成要素包括诉讼当事人、诉讼标的和诉讼理由三个要素,其中诉讼理由是当事人提起诉讼和进行诉讼的事实上和法律上的根据;^⑦也有观点认为诉的构成要素分别是诉的主体、诉的客体和诉的原因(诉的原因事实),其中,诉的原因是指权利发生的事实,包括民事法律事实和民事纠纷事实,支持诉讼标的和诉讼请求,并使诉特定化和具体化。^⑧

工作组第二次会议相继讨论了“相同的诉讼请求”等概念。在我国,有学者认为,诉讼请求是一个具有多义性的概念,通常是指当事人要求法院裁判的请求。诉讼请求往往包含着诉讼标的,诉讼标的是诉讼请求的内容,即诉讼请求是一个更大的、上位的概念。在我国立法上和实务中,诉讼标的不同于诉讼请求,但是两者之间存在一致性。诉讼请求(或诉的声明、请求旨意)是原告以诉讼标的为基础提出的具体实体请求。^⑨而案件事实、诉讼理由等很难作为一种标准,仅仅是判断的材料,最多是一种辅助性的标准。^⑩

从教义学角度来看,根据《民事诉讼法解释》第247条,如果认为诉讼标的包含在诉讼请求之中,或者认为诉讼标的等于诉讼请求,则该条第1款第2项和第3项就构成了同义反复。因此从条文出发,我国可能并没有将诉讼请求与诉讼标的等同起来。这也可以从《民事诉讼法》第54条关于诉讼请求的变更的规定中得到印证,^⑪因为作为法律关系的诉讼标的不可变更,能够变更的只有作为具体权利主张的诉讼请求。^⑫关于“诉讼标的与诉讼请求的关系”,最高人民法院民事审判第一庭曾有一段论述:

诉讼标的与诉讼请求是一对紧密联系的概念,但诉讼请求不同于诉讼标的。诉讼请求又称为诉的声明、请求旨意,是原告以诉讼标的为基础提出的具体实体请求,是原告获得实体(法)上的具体法律地位或具体法律效果的诉讼主张。^⑬诉讼标的与诉讼请求存在关联,诉讼标的是诉讼请求的基础,没有诉讼标的也就无所谓有诉讼请求,但二者也存在一定的区别。^⑭

由是观之,就我国法律而言,相对于诉因或诉讼请求,使用诉讼标的来界定平行诉讼更加科学,也更

容易理解。

(二)平行诉讼的解决方案

经过多轮的讨论,方案5形成了未来文书处理平行诉讼的新框架,也妥当地安排了专属管辖权、当事人意思自治、更适合法院以及先受理规则各自的角色,同时,国际司法协调与合作也将在更适合法院的权衡中发挥一定的作用。尽管目前尚是框架结构,也只是形成了初步的共识,但借鉴方案5的内容,能够看出我国在处理平行诉讼问题上尚需要在制度层面不断完善。

1. 国内平行诉讼的处理方法

在我国国内平行诉讼的处理中,目前已经形成系统的、体系化的解决方案。归纳起来,主要有如下解决方法:

一是先立案原则。《民事诉讼法》第36条规定:“两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,原告可以向其中一个人民法院起诉;原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院管辖。”《民事诉讼法解释》第36条进一步规定:“两个以上人民法院都有管辖权的诉讼,先立案的人民法院不得将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,不得重复立案;立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的,裁定将案件移送给先立案的人民法院。”由此规定可以看出,先立案原则是国内处理平行诉讼的基本原则。

二是专属管辖优先。专属管辖因为其专属性和强制性,专属管辖法院应行使排他性管辖权。^⑮例如,《民事诉讼法》第35条规定当事人协议管辖不得违反专属管辖的规定。《民事诉讼法解释》第39条规定,人民法院对管辖异议审查后确定有管辖权的,不因当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求等改变管辖,但违反级别管辖、专属管辖规定的除外。由此可见,在发生平行诉讼的情况下,专属管辖优先。

三是协议管辖的排他性。当事人约定的管辖法院,除非有特别规定,通常具有排他性效力,从而可以解决平行诉讼的问题。例如,《民事诉讼法》第34条的规定。

四是协商管辖和指定管辖。《民事诉讼法》第38

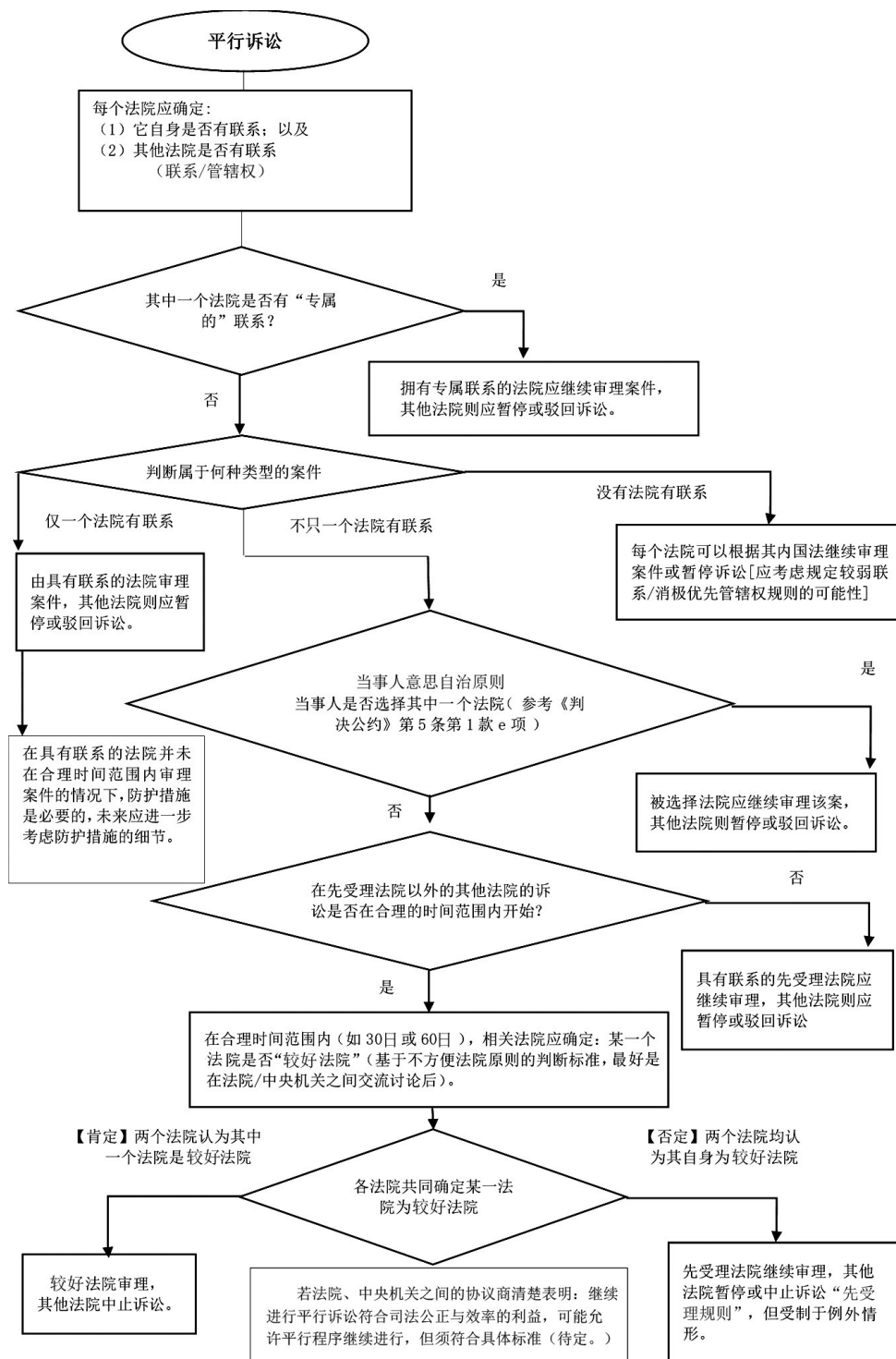


图5 平行诉讼新解决方案的结构流程图

注：本流程图旨在厘清工作组未来需要讨论的要点

条规定：“有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协

商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。”由此可以看出，协商管辖和指定管辖也是处理国内法院之间平行诉讼的重要方式。

根据以上规定,我国对于国内平行诉讼,采用的是先立案的基本原则,而专属管辖、协议管辖则可以排除其他法院的管辖权。在其他情形下,也可以通过法院间的协商管辖和上级法院的指定管辖处理。由此看出,在国内平行诉讼的处理上,国内法已经建构了系统化的解决方案,但这些方案大多很难用于涉外平行诉讼案件的处理。

2. 国内法中涉外平行诉讼的处理方法

我国《民事诉讼法》第266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。本编没有规定的,适用本法其他有关规定。”对于涉外平行诉讼的处理,前述国内平行诉讼的处理方式——先立案原则、协商管辖和指定管辖因为只限于人民法院之间,不适用于涉外平行诉讼,其他如专属管辖、协议管辖均可能适用于涉外平行诉讼。具体来说,包含如下处理方法:

一是对涉外平行诉讼原则上不加限制,但外国法院判决被我国已经承认的为例外。《民事诉讼法解释》第531条规定,对于中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国法院起诉的,人民法院可予受理。但有两点限制:一是中国法院判决后,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;二是外国法院判决、裁定已经被人民法院承认,当事人就同一争议向人民法院起诉的,人民法院不予受理。

二是专属管辖优先。《民事诉讼法》第273条规定,因在中国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中国法院管辖。另外,《民事诉讼法》第34条专属管辖所规定的不动产纠纷专属管辖权值得肯定,其他两项专属管辖在涉外民事诉讼中是否构成专属管辖,则值得考量。现有规定没有充分考虑与我国社会公共利益有紧密联系的其他特定案件类型,如涉公共登记事项纠纷等。^⑤

三是协议管辖具有排他性。对于当事人选择法院,无论是《民事诉讼法》第35条关于当事人协议选择我国法院的规定,还是《民事诉讼法解释》第529条对于当事人选择外国法院的规定,都具有优先性,但

“实际联系”的要求限缩了被选择法院的范围。

四是适用不方便法院原则。例如,《民事诉讼法解释》第530条规定,我国是不方便法院的,人民法院可以裁定驳回原告的起诉,告知其向更方便的外国法院提起诉讼。

总体而言,我国法律在处理涉外平行诉讼的规定比较模糊,缺乏系统化、层次性的规定。从上述《民事诉讼法解释》第530条和第531条规定可以看出,我国对于涉外平行诉讼是放任的态度,只有在被告提出案件应由更方便的外国法院管辖的请求或提出管辖异议之后,法院才会考虑是否适用不方便法院原则。

3. 国际条约中涉外平行诉讼的处理方法

在双边层面,我国已经加入的民商事领域的国际条约,诸如《国际铁路货物联运协议》《统一国际航空运输某些规则的公约》《国际油污损害民事责任公约》等没有对国际平行诉讼问题做出规定。在我国与其他国家缔结的双边司法协助条约中,虽大多未对国际平行诉讼问题做出直接规定,但是,在判决承认与执行中经常会涉及已决诉讼与未决诉讼的关系问题。对于此,主要有两种处理模式:(1)内国法院审理优先原则,即在提出请求承认与执行有关外国法院的判决时,如果被请求国法院对于相同当事人就同一标的案件正在进行审理,可拒绝承认与执行外国法院的判决。依此规定,只要有关诉讼正在被请求国审理,无论被请求国法院和做出判决的法院谁先受理诉讼,被请求国均可依此拒绝承认与执行对方法院的判决。内国法院审理优先原则是处理此类平行诉讼的主流做法。^⑥(2)先受理原则,即只有在被请求国法院比做出判决的外国法院先受理该诉讼时,被请求国才能拒绝承认与执行外国法院的判决。采用先受理原则的主要是中国和意大利(第21条)、保加利亚(第21条)、希腊(第23条)之间签订的双边司法协助协定。但如前文所述,如果平行诉讼的处理不包括已决诉讼的情形,上述处理方式将难以构成我国处理平行诉讼的方案。

(三) 平行诉讼的处理结果

基于《民事诉讼法解释》的规定,我国处理平行诉讼主要有如下结果:一是继续审理,即《民事诉讼

法解释》第531条的规定。二是驳回起诉。根据《民事诉讼法解释》第530条,涉外民事案件符合不方便法院原则适用情形的,人民法院可以裁定驳回原告的起诉,告知其向更方便的外国法院提起诉讼。三是采取禁诉令或海事强制令。利用《民事诉讼法》第103条^⑤和《海事诉讼特别程序法》第51条^⑥的规定,我国近年来发出了不少禁诉令、反禁诉令和海事强制令。从我国现有规定来看,外国法院经常采用的“中止诉讼”,在我国尚无规定。而对于有些国家法院间移送案件的情形,如新西兰与澳大利亚,在我国也没有先例。

(四)我国平行诉讼制度的完善

借鉴海牙管辖权项目的谈判以及前述的论述,我国在平行诉讼领域尚有一些问题有待完善。

1. 平行诉讼的界定。不管是“两要素说”还是“三要素说”,我国应在自己的法律中确定平行诉讼的判断标准,并与关联诉讼有所区分。只有相对准确地界定平行诉讼,才能在平行诉讼解决方法上提出相对科学的方案。

2. 平行诉讼解决方案的系统化。在此方面需要处理如下问题:一是确立平行诉讼解决的主流方法或基本原则。由于在涉外平行诉讼的处理中,我国采纳了不方便法院原则,未来,更适合法院似应成为我国处理平行诉讼的主流方法。二是丰富单个平行诉讼的解决方案。就平行诉讼的解决方案而言,主要做法有欧盟的先受理规则、美国等的较好法院方法、瑞士和比利时等的判决预期承认方法。就我国而言,在国内平行诉讼上采纳了先受理规则,在涉外平行诉讼的处理中则采纳了英美等国的不方便法院原则。不方便法院原则蕴涵的是更适合法院方法或者说较好法院方法,但从我国关于不方便法院原则的规定来看,其适用的条件非常严格,未来立法上需要进一步放宽条件,司法上需要明晰权衡因素。三是确立基本原则的例外。我国法院继续审理的情形,除了专属管辖和协议管辖外,未来,即使我国法院中止诉讼,也应考虑继续审理或恢复诉讼的情况。这些情况包括:(1)我国法院中止诉讼后,外国法院未在合理期限内做出判决,我国法院自知道或应当知道之日起恢复诉讼。此种情况符合诉讼程序的

效率价值。(2)我国法院基于预期承认理论恢复诉讼。如果未来中国法律采纳预期承认外国判决方法,而外国法院不能在合理期限内做出生效判决,或者外国法院所作实际判决无法在我国获得承认与执行,此时我国法院应恢复诉讼。

3. 平行诉讼中管辖权根据的优先性。根据现有方案5的安排,在平行诉讼中,如果某一法院具有文书中所规定的管辖权根据,则其在行使管辖权上具有优先性;如果两个法院都具有文书下的管辖权根据,才会适用先受理规则。而关于管辖权根据的优先性问题,主要体现在如下待讨论的问题:(1)专属管辖。《海牙判决公约》第6条规定了不动产的专属管辖权,第5条第3款关于“用于居住的不动产租赁(承租)”和“不动产登记”也做出了类似于专属管辖权的规定,未来还有哪些专属管辖权根据能够纳入文书的范围,并具有一定的优先性,值得进一步深入的考虑。(2)排他性选择法院协议。在早期谈判中,已经商定避免文书与2005年《选择法院协议公约》有所交叉。但对于文书的两个缔约国,如果其中一个是《选择法院协议公约》缔约国,而另一个不是《选择法院协议公约》的缔约国,或者说两个国家均不是《选择法院协议公约》的缔约国,对于发生在这两个国家的平行诉讼该如何处理,是否在未来文书中做出规定,则需要进一步考虑。(3)在磋商中,各方大致同意在“被告明示同意缔约国法院的管辖权”^⑦时,该法院具有优先管辖权,但是否应该考虑消费者例外,尚需要深入讨论。^⑧对应海牙管辖权项目的谈判,我国在专属管辖和协议管辖上也强调了平行诉讼处理上的优先性,但也存在两个短板:其一,不管是专属管辖还是协议管辖,我国现有的规定都存在缺陷。^⑨例如,协议管辖上实际联系的要求,就不符合海牙《选择法院协议公约》的做法。其二,对于当事人明示同意和默示同意,是否在处理平行诉讼上具有排他性效力,目前缺乏规定和实践。

4. 平行诉讼中的时间线问题。对于先受理法院根据其国内法行使管辖权并已经进行了很长一段时间诉讼,或案件审理接近尾声,而有联系的法院刚开始诉讼,此类问题也是文书应该处理的问题。^⑩具体例证如下:

A国和B国是文书的缔约国,买方X公司是A国的公司,并在B国设有分支机构。卖方Y公司是B国生产机器公司。X公司与Y公司缔结了买卖合同,机器在B国交付给X公司的分支机构。X公司在A国安装后,由于机器设计缺陷,发生了爆炸,产生了一些损害。二者关系图为:

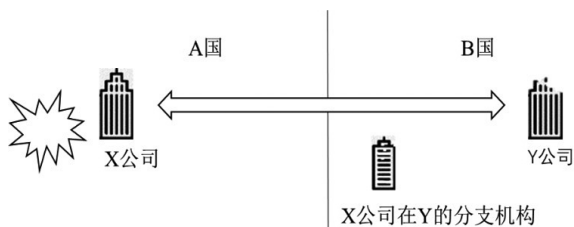


图6 案情解析图

诉讼1:X公司在A国起诉Y公司要求赔偿。Y公司对A国法院的管辖权提出异议,但异议失败。但Y公司并未停止抗辩并申请中止或驳回诉讼。

诉讼2:在A国的诉讼进行了很长一段时间或接近尾声后,Y公司在B国提起否定性宣告之诉。而X公司则基于A国的诉讼,申请中止或驳回诉讼。

此两起诉讼中的时间问题可描绘如下图:

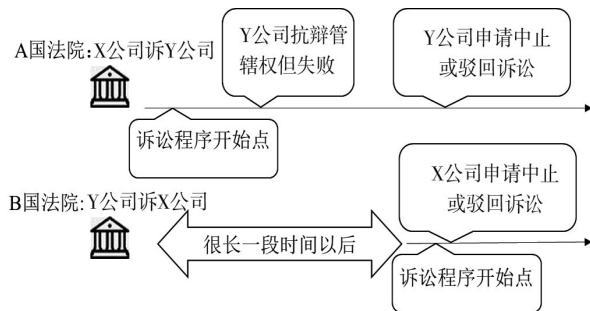


图7 两起诉讼的时间差异图

在上述假定的情形中,由于A国法院的诉讼1已接近尾声,而B国法院的诉讼2才刚刚开始,若适用目前文书所规定的方法,不仅浪费司法资源而且会产生策略诉讼问题,尽管方案5使用了先受理规则,但诉讼1到底处于何种阶段,先受理法院方可以继续提起诉讼,是个有待确定的问题;如果进一步考虑管辖权的抗辩与上诉等,则情况将更为复杂。

5. 公共秩序。在涉外民事诉讼中,公共秩序是国家的安全阀条款。传统的公共秩序是指一国法院依其冲突规范本应适用外国法时,或者依法应该承认与执行外国法院判决或仲裁裁决时,或者依法应

该提供司法协助时,因这种适用、承认与执行或者提供司法协助会与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用的一种保留制度。在我国,不管是理论层面还是现有法律规定,都未讨论公共秩序运用于管辖权的情形。^④尽管涉外民商事案件主要关涉私人利益,仅在少数情势中会涉及公共利益因素或主权问题,但若案件关涉国家主权、国家秘密、公序良俗等,出于对本国利益的保护,我国法院不应中止诉讼;即使中止诉讼,亦应恢复诉讼。

公共秩序在管辖权领域的考虑因素有三:一是主权、安全以及法律基本原则等往往涉及国家的重大利益,但各国在主权、安全或法律基本原则等内容上并不一致;二是一国的公共秩序未必是另一国的关切,尤其是各国政治经济体制不同时更是如此;三是即使一国的公共秩序得到另一国法院的关注,但由于主权、安全以及法律基本原则的不同,涉及一国公共秩序的案件通常难以在其他国家得到公正、合理的解决,法院的地域性因素常常会影响案件的实质判决。一般来说,一国法院放弃管辖权或中止诉讼的行为,是在其可接受范围内的权力让渡,体现了司法礼让,但倘若案件内容触及该国根本性利益,那么该国法院出于对国家公共秩序的保护,则可以拒绝司法礼让。

在此方面,文书规定了各种平行诉讼的解决方案,“如果诉讼可能涉及法院地国的主权或安全利益,或中止、驳回诉讼将违反法院地国的公共政策或法律基本原则,法院没有义务中止或驳回案件。”^⑤考虑到我国现有法律或司法实践均未将公共秩序运用到管辖权领域,未来这一领域如何规范,有待法院实践的探索。

注释:

①参见何其生:《海牙管辖权项目的新发展》,《武大国际法评论》2020年第4期,第1-16页;何其生:《海牙管辖权项目的困境与转变》,《武大国际法评论》2022年第2期,第36-58页。

② See Hague Conference on Private International Law

("HCCH"), Conclusions & Decisions No.8 of the Council on General Affairs and Policy 2021.

③第一次会议于2021年10月11-15日举行,第二次会议于2022年2月14-18日举行,两次会议均为在线视频会议,由日本Takeshita教授主持。第一次会议有62人参加,其中6人为指定候补代表。与会代表来自不同区域的27个成员国、1个区域经济一体化组织和2个观察员组织。同样,在第二次会议上,有63名与会者,其中7人为指定候补代表,与会代表来自不同区域的26个成员国、1个区域经济一体化组织和2个观察员组织。

④尽管总务会要求在平行诉讼上制定“有约束力”的文书,但如果涉及直接管辖权,尚有不同的意见,因此下文仍将其简称为“文书”,而不是“公约”。

⑤参见何其生:《海牙判决公约有关豁免问题的谈判与启示》,《国际法研究》2022年第2期,第41-42页。

⑥See HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, paras.19-20.

⑦See HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, para.21.

⑧条文方括号[]是待选或需要进一步讨论的意思,下文同。

⑨HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, para.14.

⑩See Regulation(EU) No.1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters(Recast).

⑪1968年《布鲁塞尔公约》第21条规定:相同当事人就同一诉因在不同缔约国法院起诉时,首先受诉法院以外的其他法院应主动放弃管辖权。

⑫参见段厚省、周恬:《英美民事诉讼中诉因制度的历史变迁》,《东方法学》2008年第5期,第140页。

⑬See Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, Preliminary Document No.11 of August 2000 for the Attention of the Nineteenth Session of June 2001, Prel. Doc. No.11, August 2000, p.89.

⑭See Compare GubischMaschinenfabrik v. Palumbo(C 144/86)[1987] ECR 4861.

⑮See GubischMaschinenfabrik v. Palumbo(C 144/86)[1987] ECR 4861.在1987年克比什公司诉帕拉博公司案中,德国一家设备公司作为卖方,与作为买方的一家意大利公司签订了一份设备买卖合同,在合同履行过程中发生争议,德国公司在

德国法院起诉,要求意大利公司支付合同价款;之后不久,意大利公司在意大利法院起诉,以德国公司迟延交货为由要求法院宣告合同无效或解除合同。德国公司认为这两个诉讼基于同一目的,因此要求意大利法院根据《布鲁塞尔公约》第21条的规定驳回买方的诉讼请求。在该案中,双方当事人欧共体两个不同的成员国法院的诉讼中身份对调,并且诉因也不相同。意大利最高法院将案件提交给当时的欧共体法院,请求解释此种情况下是否应当适用《布鲁塞尔公约》第21条的规定。欧共体法院认为,在两个诉讼中,当事人身份的互换不影响“相同当事人”的认定;同时,基于同一国际有体动产买卖合同提出的不同的诉讼请求可以界定为“相同的诉因”。

⑯See Anthony J.Bellia Jr., Article III and the Cause of Action, 89 Iowa Law Review 777-862, 778(2004).

⑰See HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, para.10.

⑱英美法系以请求排除和争点排除为核心构筑判决的效力体系;而在大陆法系,虽然内部也有诸多差异,但以德国法为核心的抽象的概念体系逐渐占了上风。在判决的请求排除效力即既判力上,两大法系殊途同归,但大陆法系大多不承认判决的争点排除效力和其他排除效力。

⑲See HCCH, Draft Report of the Working Group on Matters Related to Jurisdiction in Transnational Civil or Commercial Litigation, the Second Meeting of Working Group on Jurisdiction, February 2022, paras.9-10.

⑳See HCCH, Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference on 6-20 June 2001, Prepared by the Permanent Bureau and the Co-reporters.

㉑See Peter Stone, EU Private International Law 190(Edward Elgar 2010).英国即使在其在是欧盟成员国期间,对于法院之间的平行诉讼,也不采纳《布鲁塞尔条例I》的类似条款。英国将此类问题留给《1982年民事管辖权和判决法》(The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982)第49条的不方便法院原则来处理。

㉒See Tavoulareas v. Tsavlis(No.2)[2006] 1 All ER(Comm) 130(Andrew Smith).

㉓See HCCH, A Bottom-up Approach to a Parallel Proceedings Convention, Non-Paper Submitted by the Experts from Brazil, Israel, Singapore and the United States(in Their Personal Capacities), 7 January 2021.

㉔“较好法院”在谈判中有多种表述,诸如“more appropriate forum”“better placed forum”等。“更适合法院”是2001年临时文本第22条所使用的措辞;海牙国际私法会议的文书也有

使用“较好地方(better placed)法院”的措辞。在管辖权项目谈判中,“较好法院”和“更适合法院”经常混用。本文对此也不作特别区分。

⑤ See HCCH, Draft Agenda of the Second Meeting of the Working Group on Matters Related to Jurisdiction in Transnational Civil or Commercial Litigation, 14 to 18 February 2022. 该日程后附有三个附件,分别如下:

Annex I, Revised Alternative Text, this text is drafted through the revision of the non-paper, A Bottom-up Approach to a Parallel Proceedings Convention at the Hague Conference on Private International Law, submitted at the first WG meeting, in October 2021, by the participants from Brazil, Israel, Singapore and the United States, in their personal capacities. Hereinafter "Revised Alternative Text of February 2022(Annex I)".

Annex II, Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings. Hereinafter "Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex II)".

Annex III, A Possible Merged Draft of the Provisions on Parallel Proceedings. Hereinafter "A Possible Merged Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex III)".

⑥ See Revised Alternative Text of February 2022(Annex I), Articles 4 & 5.

⑦ See HCCH, (Tentative) Possible Text of the Rules on Parallel Proceedings, Annex I of Draft Agenda of the First Meeting, Working Group on Matters Related to Jurisdiction in Transnational Civil or Commercial Litigation, Meeting of 11-15 October 2021.

⑧ See HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, para.36.

⑨ See HCCH, Chair's Summary of the First Meeting of Working Group on Jurisdiction, 11-15 October 2021, paras.27-30.

⑩ See Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex II).

⑪ See Article 9 of Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex II). 该条主要来源于《海牙判决公约》第5条和第6条。

⑫ 参见《平行诉讼条款的工作草案》第10条。

⑬ 自然法院(natural forum)理论产生于英国,并在受其影响的国家如加拿大、澳大利亚、新加坡等国广泛运用。自然法院理论认为,每一个案件都应由一个自然法院审理。该理论试图超越各国诸多纷繁复杂的管辖权规则,设想基于自然理性的秩序存在着符合所有人利益和公平的法院,然后依据正义公平等理念来寻找最适合的法院。对于诉讼当事人而言,该法院应当是能够赋予其平等的救济手段并且确保案件审理

结果公正的法院。参见李晶:《国际民事诉讼中的挑选法院》,北京大学出版社2008年版,第30-31页。

⑭ 参见何其生:《海牙管辖权项目的困境与转变》,《武大国际法评论》2022年第2期,第46-47页。

⑮ See HCCH, Case Study(Revised), Working Document Submitted by Observers for the International Bar Association(in Their Personal Capacities), Work. Doc. No.7, Working Group on Jurisdiction, 18 February 2022.

⑯ See HCCH, Case Study, Working Document Submitted by Observers for the International Bar Association(in Their Personal Capacities), Work. Doc. No.4, Working Group on Jurisdiction (February 2022), 14 February 2022.

⑰ See HCCH, Case Study, Working Document Submitted by Observers for the International Bar Association(in Their Personal Capacities), Work. Doc. No.4, Working Group on Jurisdiction (February 2022), 14 February 2022.

⑱ See Anne-Marie Slaughter, A Global Community of Courts, 44 Harvard International Law 191(2003).

⑲ See Michael T. Lii, An Empirical Examination of the Adequate Alternative Forum in the Doctrine of Forum Non Conveniens, 8 Richmond Journal of Global Law & Business 513, 526 (2009).

⑳ 有学者观察到,自2007年美国联邦最高法院在Sinochem International Co. v. Malaysia International Shipping Corp.案做出不方便法院的决定以来,驳回率似乎更高。See Christopher A. Whystock, The Evolving Forum Shopping System, 96 Cornell Law Review 481, 502-03(2011)

㉑ See HCCH, Some Observations Regarding Working Document No.4 Submitted by Observers for the International Bar Association(in Their Personal Capacities), Working Document Submitted by Members of Delegation of the United States(in Their Personal Capacities), Work. Doc. No.6, Working Group on Jurisdiction (February 2022), Distribution on 16 February 2022.

㉒ See HCCH, First in Time Rule as a Tie-Break, Working Document Submitted by Members of the Delegations of Brazil, Israel, Singapore and the United States(in Their Personal Capacities), the Second Meeting of Working Group on Jurisdiction (February 2022), Work. Doc. No.3, Distribution on 7 February 2022. Hereinafter "First in Time Rule as a Tie-Break".

㉓ 这些例外情形包括:(1)公共政策、主权、安全考虑;(2)在与主权实体交易的情况下,例如,政府实体(包括官员)是争端的一方;(3)如果先受理法院和后受理法院之间受理案件时间间隔很短;(4)后受理法院不可能执行或承认先受理法院的判

决;(5)后受理法院根据其国内法具有专属管辖权,但须经该法院所在国声明;(6)滥用程序或非法的诉讼策略;(7)各国在互惠基础上声明的其他不适用事项;(8)先受理法院在合理时间内没有采取行动。See First in Time Rule as a Tie-Break, para.4.

④针对谈判中的突发转机,主席抛弃既定日程,根据方案4和谈判进展每天重新调整日程,这种情形在管辖权项目的历次讨论上是比较少见的。

⑤See HCCH, Draft Report of the Working Group on Matters Related to Jurisdiction in Transnational Civil or Commercial Litigation, the Second Meeting of Working Group on Jurisdiction, February 2022, para.13.

⑥参见夏璇:《论民事重复起诉的识别及规制——对关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释第247条的解析》,《法律科学》2016年第34期,第167-174页。

⑦参见刘家兴、潘剑锋编:《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社2018年版,第23-24页。

⑧参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第26页。

⑨参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第28页。

⑩参见张卫平:《重复诉讼规制研究:兼论“一事不再理”》,《中国法学》2015年第2期,第43-65页。

⑪《民事诉讼法》第54条规定:“原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求,有权提起反诉。”

⑫参见任重:《论我国民事诉讼标的与诉讼请求的关系》,《中国法学》2021年第2期,第245-263页。

⑬参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,第26页。

⑭最高人民法院民事审判第一庭:《诉讼标的与诉讼请求的关系》,《民事审判指导与参考》2019年第4辑,第89页。

⑮依据《民事诉讼法》第34条,由人民法院专属管辖的案件有:(1)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;(2)因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;(3)因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

⑯参见何其生:《海牙管辖权项目的困境与转变》,《武大国际法评论》2022年第2期,第54页。

⑰如中国与下述国家所签订的中外双边司法协助协定:埃塞俄比亚(第24条)、波斯尼亚和黑塞哥维那(第23条)、阿尔

及利亚(第22条)、巴西(第23条)、秘鲁(第24条)、科威特(第21条)、阿联酋(第21条)、阿根廷(第18条)、突尼斯(第22条)、摩洛哥(第20条)、匈牙利(第17条)、西班牙(第22条)、越南(第17条)、蒙古(第18条)。

⑱《民事诉讼法》第103条第1款规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”

⑲《海事诉讼特别程序法》第51条海事强制令是指海事法院根据海事请求人的申请,为使其合法权益免受侵害,责令被请求人作为或者不作为的强制措施。相关案例参见哈皮那船舶公司(Harpina Owning Company Limited)与江苏天元船舶进出口有限公司、江苏新扬子造船有限公司和扬子鑫福造船有限公司船舶建造合同纠纷案,该案还被评为“2017年度十件海事审判典型案例”。

⑳See Article 5(1)(e) of the HCCH 2019 Judgments Convention.

㉑对于《海牙判决公约》第5(1)(f)项的规定,即“被告在原审法院就实质问题进行答辩,但在原审国法律所规定的时间内没有对法院的管辖权进行抗辩,除非根据原审国法律,管辖权异议或关于法院行使管辖权的异议显然不会成功”,各方原则上认为被告对于实质问题进行答辩不能具有优先性。See Article 5(1)(f) of the HCCH 2019 Judgments Convention.

㉒参见何其生:《海牙管辖权项目的困境与转变》,《武大国际法评论》2022年第2期,第54页。

㉓See HCCH, Draft Report of the Working Group on Matters Related to Jurisdiction in Transnational Civil or Commercial Litigation, the Second Meeting of Working Group on Jurisdiction, February 2022, para.23.

㉔公共秩序的相关规定在我国主要体现在《涉外民事关系法律适用法》第5条,《民事诉讼法》第283条司法协助,第289条外国法院判决、裁定的承认与执行。

㉕See Article 5 of Revised Alternative Text of February 2022 (Annex I); Article 12 of Working Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex II); Article 12 of A Possible Merged Draft of the Provisions on Parallel Proceedings of February 2022(Annex III).