

论涉外推定管辖的完善

甘 勇*

摘 要：国际民事诉讼中的推定管辖制度，包括基于被告参与诉讼不作管辖权抗辩而主张的管辖权、基于原告提起诉讼而对原告主张的管辖权。基于被告参与诉讼并不作管辖权抗辩而对其主张推定管辖，美国法、德国法和国际立法的规定各有特点，但逐步倾向于认为被告在提出实体抗辩的同时提出管辖权抗辩，亦构成有效的管辖权抗辩；基于原告参与诉讼而主张的管辖权，美国法、德国法和国际立法的实践倾向于法院基于原告起诉主张的管辖权应该限于与原告起诉事实相关的反诉或者第三人之诉。我国有关涉外推定管辖的规定可考虑进一步修改完善。

关键词：推定管辖 参与诉讼 管辖权抗辩

推定管辖 (implied jurisdiction)，是指法院对案件本来没有管辖权，而以当事人参与诉讼的行为推定其同意法院管辖权之制度。推定管辖是学理上的概念，而非法律上的概念，也有称之为“默示管辖”、“应诉管辖”。中国学者定义推定管辖，仅限以被告之诉讼行为——即被告不抗辩法院的管辖权而迳行就实体问题答辩——来推定其同意法院的管辖权。^①而对以原告的诉讼行为推定法院管辖权的制度，则以“反诉”或“合并之诉”名之。^②在普通法系，相对应的概念为“服从”(submission)，包括以被告出庭应诉和原告起诉行为推定管辖两种情形。^③以原告诉讼行为推定法院管辖权，名称上虽叫“反诉”或者“合并之诉”，原理上还是推定管辖。本文所论我国涉外推定管辖就包括这两种情形而略不同于学界通说的界定，本文依次对美国、德国以及国际立法的理论和实践进行介绍，最后结合我国相关立法司法实践不足提出改进建议。

* 武汉大学法学院、国际法研究所副教授，法学博士，硕士生导师。

① 参见韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社2008年版，第479-480页；李旺：《国际民事诉讼法》，清华大学出版社2013年版，第137页；奚晓明：《中国涉外民商事诉讼管辖权问题研究》，北京交通大学出版社2009年版，第131页；刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社2004年版，第75-77页；吴一鸣：《国际民事诉讼中的拒绝管辖问题研究》，法律出版社2010年版，第222页；徐卉：《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社2001年版，第64-65页。

② 田平安主编：《民事诉讼原理》，厦门大学出版社2009年第4版，第56页。

③ See Arthur 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", (2002) 295 *Recueil des cours* 1, pp. 205 - 206; J. G. Collier, *Conflict of Laws* (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd edn, 2001), p. 113; Lawrence Collins (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws* (London: Sweet & Maxwell Limited, 14th edn, vol. 1, 2006), pp. 356 - 359, pp. 427 - 430; Peter E. Nygh & Martin Davies, *Conflict of Laws in Australia* (Chatswood: N. S. W., LexisNexis Butterworths, 7th edn, 2002), pp. 76 - 77.

一 基于被告参与诉讼而行使的管辖权

国际民事诉讼中的被告参与诉讼而不对法院管辖权进行抗辩,就被认为是默认了法院的管辖权。其中,(1)什么行为构成了“参与诉讼”和(2)怎么样抗辩构成对法院管辖权的“有效抗辩”是实践中的两个主要问题,传统上美国法和德国法以及现代国际公约规定并不完全一致。

(一) 美国的理论与实践

美国传统的普通法认为,被告只要出庭,不论其目的是为了抗辩法院的管辖权,还是为了抗辩实体问题,都视为被告同意法院管辖权,这种出庭称为“一般出庭”(general appearance)。这与其他普通法系国家的实践不同,后者承认特别出庭(special appearance)制度,即被告出庭的目的如果为了抗辩法院的管辖权,而不是就实体问题抗辩时,此时被告的行为不视为同意法院管辖权。^①特别出庭制度在美国逐渐得到认同则经历了较长时间,19世纪末的约克诉德克萨斯州案(York v. Texas)^②中,美国联邦最高法院还认定德克萨斯州不承认特别出庭的成文法规定是符合宪法的。而到1960年代末期,德克萨斯州和密西西比州,这两个长期拒绝承认特别出庭的州却改弦更张,开始承认特别出庭制度。^③美国《第二次冲突法重述》则更进一步加强了这一趋势,其第81条即有关特别出庭规定,该条规定:“如果任何人仅仅是为了抗辩管辖权的目的而进行诉讼,则法院不能基于此而对其主张管辖权。”该条评论(a)解释其理由是,如果被告对案件既有实体上的抗辩权又有管辖权上的抗辩,不承认特别出庭,会给这样的被告造成两难,使其只能主张其中一种抗辩,也就是说如果被告出庭行使了实体上的抗辩权,就会被视为默认了法院的管辖权,而不能主张其管辖上的抗辩权;反之,如果被告拒绝出庭,使法院作出对其不利的缺席判决,这一判决在执行时,被告可以主张法院没有适当的管辖权而要求不予执行,但是如果被告在管辖权的抗辩上失败了,也无法作实体上的抗辩。现在美国多数州都承认只为抗辩管辖权的特别出庭。^④

特别出庭效力得到进一步的确认在于越来越多的学者也倾向于认可其合宪性。1990年,美国联邦最高法院在伯恩哈姆诉加州高等法院案(Burnham v. Superior Court of California)^⑤的判决中确立了一个标准,即对任何新的程序问题,判断其是否符合正当程序条款都要追究其是否符合“传统的公平和实质正义观念”;根据“伯恩哈姆”案确立的这个标准,学者们倾向认为禁止特别出庭的规定会宣布为违反宪法,因为禁止特别出庭已经不符合美国各州所普遍遵循的标准——即传统的公平正义观念。

此外,美国有些州的普通法还规定了一种情况,如果被告向法院请求的救济方式是法院必须

① Lawrence Collins (ed.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, p. 358; Peter Nygh & Martin Davies, *Conflict of Laws in Australia*, p. 77.

② 137 US 15 (1890).

③ See R. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws* (New York: NY, Foundation Press, 4th edn, 2001), p. 284, section 437.

④ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (St. Paul: Minn, American Law Institute Publishers, 1971), section 81, comment a.

⑤ 495 US 604 (1990).

在有管辖权的前提下才能作出的，则被告请求这种救济的主张就被视为一般出庭，此时即使被告同时对法院的管辖权进行了抗辩，也不产生否定法院管辖权的效果。^①

总之，美国普通法现在承认特别出庭制度，被告如果专门为了抗辩管辖权的目的而出庭时，法院不能据此对被告主张管辖权；但是如果被告出庭而不限其出庭的目的，或者向法院请求的救济只有法院在有管辖权的情况下才能给予，在这两种情况下，即使被告同时进行了实体抗辩和管辖权抗辩，法院也能基于当事人的默示同意行使管辖权。

（二）德国的理论与实践

德国在推定管辖方面的实践涉及两个问题，一是管辖权抗辩的方式；二是法院释明义务的规定。

就管辖权抗辩方式而言，1877年《德国民事诉讼法》第39条基于被告出庭而主张管辖权的规定，以被告同意为其理论基础，认为被告出庭并在口头程序中提出自己的实体请求可以视为被告同意法院管辖。^② 1974年修订后的《德国民事诉讼法》关于“法院管辖权协议”的第39条仍然规定：“如果被告不对法院欠缺管辖权提出主张而是在口头辩论中就主要问题提出请求，就意味着一审法院对案件具有管辖权。”第39条本来只涉及事物管辖权和法庭地，但是这一规定也解释为可以适用于国际民事管辖权。^③ 根据德国的实践，第39条适用于被告单独抗辩法院的管辖权，也适用于被告提出管辖权抗辩的同时也附带地就实体问题进行抗辩的情形。也就是说，在德国，被告是否专为抗辩管辖权而出庭并不产生像美国一样的问题。

关于法院释明义务的规定是德国法的一个特色。为了保护不了解法院管辖权规定的被告因为不知法律而失去抗辩管辖的权利，德国规定在无需律师代理的区法院（*Amtsgerichte*）进行的诉讼中，法官应告知被告法院欠缺管辖权的事实。

德国审理一审案件的法院包括两类：一类是区法院（*Amtsgerichte*），另一类是州法院（*Landgericht*）。区法院一般由独任法官审理小额案件，且不具上诉功能；州法院则视情况不同，由独任法官或由三人法官组成的审判庭审理比较复杂重要的案件，具备初审和上诉法院的职能。由于区法院的非正式性，《德国民事诉讼法》第504条规定：如果区法院对案件不具事物管辖权或不是法庭地或没有国际管辖权，它应该在审理实体问题之前告知被告法院缺乏管辖权，以及被告不提管辖权抗辩而就实体问题答辩的后果，否则，被告可就法院欠缺管辖权的问题上诉。在这种情况下，由于已经强制法庭向被告指出了不抗辩管辖权的后果，被告不可能因为不知晓法律而失去抗辩管辖权的机会。第504条的告知要求并不适用于州法院的诉讼程序，因为在州法院提起的案件中当事人必须有律师代理，^④ 而律师被假定为知晓法律，了解被告不抗辩法院管辖权的后果。事实上，“律师知法”的假定即使可以适用于事务管辖和法庭地的规定，却并不一定适用于国际民事管辖权，因为这一领域对于某些资深律师来说也是未知的领域。结果，反倒是在州法

① *Restatement Second of Conflict of Laws*, Section 33, Appearance as Defendant, Comment d, what constitutes a general appearance, at 136.

② B. Kaplan, A. von Mehren & R. Schaefer, “Phases of German Civil Procedure, Parts I & II”, (1958) 71 *Harvard Law Review* 1193, pp. 1443 – 1473.

③ See H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (Munich: C. H. Beck, 2002), pp. 215 – 216, No. 485.

④ [德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第31页。

院的诉讼中容易出现因为律师不提国际管辖权抗辩而被法院根据第39条的规定,认定被告默示同意了法院的管辖权。

(三) 国际立法与实践

《关于民商事案件的管辖权及判决承认与执行的布鲁塞尔条例》(以下简称《布鲁塞尔条例》)及其前身《关于民商事案件的管辖权及判决承认与执行的布鲁塞尔公约》(以下简称《布鲁塞尔公约》)都对被告应诉管辖权进行了规定,两者的规定并不完全相同。《布鲁塞尔公约》第18条规定:“除了公约规定的其他管辖权依据外,缔约国法院还可以对于任何出庭的被告主张管辖权。但如果被告出庭的目的仅仅(solely)是为了抗辩法院的管辖权,或者其他法院根据公约第16条(有关专属管辖权的规定)对案件具有专属管辖权时,上述规定不予适用。”

上述条文英文文本中的“仅仅”(solely)一词在德文、荷兰文和意大利文文本中均有对应词汇,唯独在法文文本中,却没有了对应词汇。这在实践中造成了解释上的困难,即当被告出庭不仅仅是抗辩法院的管辖权,同时还就实体问题提出了抗辩时,是否应该承认法院的管辖权。欧洲法院在“大象鞋业有限公司案诉雅克孟”(Elefanten Schuh GmbH v. Jacqmain)案^①中认定公约的法文文本最为准确的表达了公约的精神,即如果被告不单只是对管辖权提出抗辩,而且就实体问题进行答辩,只要其管辖权的抗辩是在第一次实体答辩前提出的,也符合公约第18条的要求。2002年的《布鲁塞尔条例》中对应的第24条中,省略了“仅仅”一词,从而使得被告在提出实体抗辩的同时提出管辖权抗辩也构成了对管辖权的有效抗辩。

1999年《海牙民商事管辖权和外国判决执行公约》(草案)第5条是有关被告的出庭规定,该条规定:

(1) 除根据专属管辖权的规定外,如果被告直接就案件的实质问题进行答辩而不抗辩法院的管辖权,则法院对案件具有管辖权;

(2) 在不迟于第一次就实体问题进行答辩时,被告享有抗辩管辖权的权利。

这一规则既考虑了法院和当事人要求诉讼效率和诉讼经济的利益,也考虑了保护被告的程序权利和实体权利的利益,既平衡了原被告双方的利益,又平衡了私人利益和国家利益。

总之,法院对于被告不提管辖权抗辩而主张管辖权,归纳美、德等以及国际立法和司法实践,一般有三种解决办法:一是被告必须在案件的实体问题和缺席判决之间做出选择,这是美国普通法上“一般出庭”制度的做法;二是被告必须首先抗辩管辖问题,在这个问题解决之后,才能继续解决实体问题,这是美国普通法上“特别出庭”制度的做法;三是被告可以在抗辩法院的管辖权的同时,又就实体问题进行答辩。法院要决定是否有关管辖权问题必须在实体问题解决前解决,或者两者同时解决,这种解决办法是大陆法系和美国以外的普通法系国家所采取的方法,也是目前占多数的解决办法。

二 基于原告参与诉讼而主张的管辖权

基于原告起诉行为主张管辖权的主要问题是,原告在法院起诉而自愿服从其管辖权之后,是

^① Case C-150/80— [1981] ECR 1671.

否意味着对原告提起的任何诉讼（无论与原告诉讼相关或者不相关的诉讼、反诉或者第三人之诉）中，该法院都有管辖权？对于这一个问题，美国、德国的做法不尽一致，而现代的趋势是将基于原告起诉而对原告主张的管辖权视为一种特别管辖权，从而一般认同法院对反诉的管辖权，对于被告或者第三人由原告提起的、其他与本诉无关的诉讼，法院并不当然具有管辖权。

（一）美国的理论与实践

1. 传统的理论与实践

美国普通法和 1850 年的《菲尔德民事诉讼法典》^①（Field's Code of Civil Procedure）都规定，原告起诉的管辖权效果可以使法院获得对于原告的一般管辖权，即针对原告的任何诉讼，不论这些诉讼与原告起诉是否有关，法院都应该主张的管辖权。1938 年美国联邦最高法院在“亚当诉先格”（Adam v. Saenger）^② 案（后文简称“亚当”案）中确认了普通法的这一做法，判决的理由是：

“原告通过向被告寻求正义而自愿服从于法院的管辖，当被告为了寻求自己的正义而要求法院对原告主张管辖权时，将原告视为存在于该法院地就没有任何武断与不合理可言。这是原告向法院寻求救济必须付出的代价。”

“亚当”案被告向原告提出的诉讼请求和原告的诉讼请求产生于同样的事实，法院并没有以此作为对原告行使管辖的理由，而是以实现对被告的正义作为理由。5 年后颁布的《第一次冲突法重述》第 83 条采纳了这一观点，对于原告的管辖权部分作出这样规定：

“原告在任何州起诉时，就意味着他就任何对其提起的诉讼服从于该州法院的管辖，如果其起诉时该州法律有明确规定，原告还就被告对他提起的任何抵消请求、反诉请求或者其他交叉诉讼请求服从该州法院的管辖。”^③

“亚当”案确认了普通法和《菲尔德民事诉讼法典》所认同的规则。在传统地域管辖时代，州法院只对实际身处该州领域内的个人具有管辖权，外州居民只有当他们来到该州而被送达传票时才服从于该州的管辖权；但是，如果外州居民只是作为被告前来参与法庭诉讼的时候，则享有不接受传票的豁免权，这样规定保证了被告前来本州不是被迫而为的。这一豁免规则有一项例外，即外州居民作为原告在本州提起诉讼时，法院可以就对他提起的反诉以他作为被告的诉讼请求主张管辖权。这一例外的理由是，原告在提起诉讼的同时，基于对被告公正的原因，也将自己置于法院的管辖权之下。

① See N. Y. Laws 1852, c. 392, Sec. 150, cited from Stephen N. Subrin, “David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedure Vision”, (1988) 6 (2) *Law and History Review*, p. 332. 大卫达利菲尔德二世（David Dudley Field II），美国著名律师和法律改革家，其最为杰出的贡献是编撰了《纽约州民事诉讼法典》，对普通法的民事诉讼制度做了重大改革，该法典随后并在美国得到了绝大部分州的采用，被称为《菲尔德民事诉讼法典》。

② 303 US 59 (1938), *reh. Denied*, 303 US 666 (1938).

③ *Restatement (first) of Conflict of Laws* § 83.

这一规则在19世纪发展过程中,由于当时的诉讼实践允许反诉的范围以及加入诉讼的第三人的范围比较狭窄,使得原告向法院起诉,只是在被告对原告提出的因为同一争议而产生的诉讼请求,或者作为抵消请求而提出反诉的请求中产生推定管辖的效果。

2. 《第二次冲突法重述》和《第二次判决重述》

《第二次冲突法重述》在原告起诉的管辖权效果方面依然采取了传统做法。其第34条肯定了“亚当”案确立的一般管辖权规则,规定:“如原告起诉时某一州的法律有规定,该州有权在被告以反诉或者独立的交叉诉讼方式对原告提起的任何诉讼中具有管辖权。”其理由是:原告提起诉讼确定了诉讼所在地,原告服从于比一般出庭被告更为广泛的法院管辖权就是完全合理的。^①

由于美国《联邦民事诉讼规则》^②尤其是多方当事人诉讼规则的变化,1980年的《第二次判决法重述》认为“亚当”案规则两方面不合理,从而对原告出庭法律效果规定做了改变。

不合理性一是第34条过分扩大了法院可以主张管辖权的对原告提起的诉讼种类。就反诉来说,第34条实质上允许被告可以对原告提起任何主张,不论这些主张和原告的主张是否有关联;就第三人之诉而言,由于《联邦民事诉讼规则》引入第三人之诉规则,被告可以在反诉中加入任何第三方,从而增加了第三人对原告提起不相关诉讼的可能性;第三人也可能主张新的请求或者反请求。因此,原告起诉从而服从于法院一般管辖权的理论,事实上会使原告在任何与其起诉事实无关的被告提出的诉讼请求和第三人诉讼请求中被认为服从法院的管辖权,^③这对原告来说不尽合理。

二是对可以享有管辖权的法院过分限制,第34条只适用于原告提起诉讼的特定法庭主张管辖权,并没有授权其他法院可以主张管辖权。在有些依然存在普通法院和衡平法院区分的州,如果被告希望就同一事件提起衡平法上的反诉请求或交叉请求时,就不能在原告提起普通法诉讼的法院中进行反诉,而是必须另外提起一个独立的诉讼,此时原告是否服从该另一衡平法院的管辖权,需要单独决定。这一缺点在实践中逐渐得到克服,第34条实际上被扩张解释为,一方当事人服从法院地的一个法庭时,也就意味着服从于该地的另一个法庭了。

鉴于以上不足,《第二次判决法重述》摒弃了第34条的观点,从诉讼公正和便利的角度来解决原告起诉的管辖权效果问题;认为问题的关键在于后来加入的诉讼请求是否和原告起诉所涉及的争议关系足够密切,以至于它必须被法院受理。只要原告起诉的请求在法院管辖权范围内,问题就变成了额外的诉讼请求是否与原告请求足够关联,并和法院地州具有合理的联系。如果该额外请求和法院地没有这种联系,原审法院基于该请求对原告的管辖权就需要有独立的管辖权依据,而不能仅仅基于原告在该法院起诉的行为来确立。^④

《第二次判决法重述》的立场将原告起诉所具有的管辖权效果局限于一种特别管辖权,其第9条(对诉讼当事人其他请求的管辖权)规定:对于未决诉讼原告的诉讼请求,如果该请求产生

① *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, Comment a, Rationale, § 34, p. 139.

② 美国《联邦民事诉讼规则》(Federal Rules of Civil Procedure)为美国联邦最高法院于1937年制定,1938年9月16日开始生效,取代了之前以《菲尔德民事诉讼法典》和普通法为基础的民事诉讼制度,该规则屡次增删修改,一直沿用至今。

③ *Restatement (Second) of Judgments* § 9, Comments a, Rationale, p. 93.

④ *Restatement (Second) of Judgments* § 9, Comments a, Rationale, p. 94.

于与未决诉讼争议涉及的一样事实，或者是根据公平原则与未决诉讼争议涉及的事实并存的有关联的事实，则受理该诉讼的法院或者该法院所在地的其他法院对该原告具有管辖权。

因此，根据上述规定，如果后来提起的诉讼和作为前一诉讼标的的事实既不相关，也不能够视为一个抵消诉讼，法院就不能仅仅基于反诉的被告是本诉的原告而对这一诉讼主张管辖权。^①

如果后来的诉讼不是产生于与前一诉讼所有产生的事实同样的事实，而是只与前一事实有着并不密切的联系，这是就存在需要根据这种联系的程度以及案件的实际情形，决定这种联系是否足以使法院基于第 24 条第 2 款规定的标准来主张管辖权。即“那些事实是否在时间空间、起源或者动因上相互联系，从而构成一个方便的裁判单位，或者将他们作为一个单位处理是否符合当事人的期待，或者商业惯例。”比如说，如果诉讼请求是金钱债务，从而也适于抵消，就应该允许当事人抵消。但是，如果抵消请求事实上给与了破产人的无担保债权人某种优先权的时候，出于正义的考虑，这种抵消请求就不应该允许。^②

总之，《第二次冲突法重述》和《第二次判决法重述》对于原告起诉管辖权效果的规定是不一致的，这种不一致，直到 1988 年《第二次冲突法重述》修改时才得以消除。1988 年《第二次冲突法重述》修改时，采纳了《第二次判决法重述》第 9 条有关原告起诉产生对原告的特别管辖权效果的规定，即一州有权就对任何原告提起的反诉或者其他诉讼请求对原告主张管辖权，只要该反诉或其他诉讼请求产生于与原告起诉的事实或者与之相关的事实。

（二）德国的理论与实践

德国法关于原告起诉管辖权效果的规定经历了一个发展过程，其变化也主要是一般管辖权和特殊管辖权之争。

1. 传统理论与实践

传统德国法关于这一问题的实践主要受日耳曼法和罗马法的影响，而罗马法和日耳曼法对这一问题的规定恰好相反。

罗马法倾向于将原告起诉的管辖权效果规定为法院对原告具有特别管辖权。具体而言，在《优士丁尼法典》之前，原告起诉对于对他提起的其他诉讼并没有管辖权上的效果；《优士丁尼法典》则规定，所有和原告的起诉相关的诉讼都应该一并加以处理，理由是为了取得争议的全面解决；相应地，被告能够在同一个法院对原告提起由前一个争议引起的反诉；^③另一方面，和前一诉讼完全没有联系的反诉只有在被告能够证明法院对此诉讼有独立的管辖权依据时才能在法院提起。^④因此，原告起诉的管辖权效果表现为赋予法院就与原告诉讼相关的争议对原告具有特

① *Restatement (Second) of Judgments* § 9, Comment c, Relationship between claims, to § 9, p. 96.

② *Restatement (Second) of Judgments* § 9, Comments a, Rationale, p. 96.

③ See Cod. Book 7, Title 45, No. 14. 如帕皮尼安 (Papinian) 在《问答录》中所说的那样，法官不仅能够判定被告不用承担责任，也能够作出不利于原告的判决，如果他认为原告对被告负有责任。我们也可以将这一规则予以扩展，要求法官可以作出对原告不利的判决，并要求其履行判决，而原告不能够主张法官对于原告没有管辖权，因为原告不能不服从对他提起的诉讼有管辖权的法官作出对其不利的判决。S. Scott, *The Civil Law*, Vol. XIV (Cincinnati, Ohio: The Central Trust Company, 1932), p. 189.

④ 虽然《优士丁尼法典》规定，原告不能够反对他所接受的法官作出的不利于己的判决。这一规定可以解释为包括了与本诉没有联系的反诉。但是一般并没有对这一点做此种解释。See J von Planck, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (Göttingen: Dieterich, 1844), pp. 80, 83-85.

别管辖权。优士丁尼在他统治后期，基于对全面解决争议的重视不管反诉与原告的起诉是否有联系而强制所有的反诉都在同一法院解决，^① 这使得这种管辖权有向一般管辖权发展的趋势。

中世纪日耳曼法将原告起诉管辖权效果确定为对原告的一般管辖权，即原告起诉将使原告就任何对其提起的诉讼受受诉法院管辖。^② 根据十三世纪编辑的《萨克森法集锦》，^③ 被告可以提出与本诉无任何关系的诉讼请求，法院不需要对这些诉讼有其他独立的管辖权依据就可以对这些诉讼行使管辖权。日耳曼法这一规定的理由，不同于罗马法为了争议的全面解决的理由，而是基于程序正义的原因，即原告在寻求正义的同时也要准备别人向他寻求正义。^④ 此外，规定对于原告的一般管辖权，还有吓阻原告为烦扰的目的起诉被告。最后，基于程序正义的考虑，日耳曼法还考虑了交叉诉讼中的困难，尤其是考虑到在外国进行诉讼的困难，被告应该被允许提出与外国原告本诉无关的诉讼。

16、17世纪，随着德国对于罗马法的全面继受，德国法学家越来越依赖于全面解决争议这一法律政策来塑造其对原告的管辖权规定。在1877年《德国民事诉讼法》通过之前的时期，日耳曼的各国对于原告起诉所确立的对原告的管辖权是一般管辖权还是特殊管辖权规定并不一致。大多数国家倾向于承认对于原告的一般管辖权。^⑤

2. 《德国民事诉讼法》的规定

1877年的《德国民事诉讼法》，与传统的理论与实践不同，不承认原告起诉可以作为对于原告行使一般管辖权的基础。《德国民事诉讼法》第33条规定基于原告的起诉而行使的管辖权是一种特别管辖权。它规定：

“在诉讼（本诉）提起的法院，也可以提起反诉，只要该反诉与起诉状中主张的请求具有联系，或者与对本诉的抗辩具有联系。

如果就反诉进行的诉讼，当事人协商管辖权为第40条第2款规定不容，则上述规定不得适用。”

《德国民事诉讼法》的起草者认为，对原告的一般管辖权在德国统一前是合理的，但是在德国统一后，上述规定不再合理，其理由有两个方面：一是根据新的德国的联邦民事诉讼规则，当事人一方更加容易向居住在德国其他地方的人寻求正义，相应的这种范围广泛的一般管辖权的规定就不再需要了；二是《德国民事诉讼法》规定的口头辩论原则适于对原告行使特别管辖权而不是一般管辖权，在口头辩论中，允许被告就与本诉毫无关系的事项提起反诉容易导致诉讼程序的混乱和困扰。这一观点，考虑到口头辩论在实践中引入新的主张并不一定导致混乱来看，并不

① See Nov. 96, Chap. 2: 我命令任何人如果认为起诉他的原告也对其负有债务，他不应该自己在另一法官面前对该原告提起诉讼，而是必须将这些反诉提交给已经了解案件的同一个法官，由他来处理这些诉讼……，只有在第一个针对他的诉讼已经终结，他才能在另外一个法官前面提起诉讼。S. Scott, *The Civil Law*, Vol. XVI, p. 352.

② See J. Schröder, *Internationale Zuständigkeit* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1971), p. 584.

③ See F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 78 - 79; H. Berman, *Law and Revolution: The Foundation of the Western Legal Tradition* (Cambridge: MA, Harvard University Press, 1983), pp. 503 - 505.

④ See J. Schröder, *Internationale Zuständigkeit* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1971), pp. 583 - 584.

⑤ J. Schröder, *Internationale Zuständigkeit*, p. 584.

是一个有力的观点。

第33条在实践中并没有引起太多的问题。一般认为，这一规定只适用于对本诉的原告提起的反诉。第三人如果要对原告提起交叉诉讼，必须要证明法院就该交叉诉讼对原告具有管辖权。在实践中，争议问题有两个：一是这一规定是否适用于抵消之诉；其次是第33条在规定了特别管辖权的同时，是否也对反诉进行了程序上的限制，有的学者以及德国法院都认为，第33条所规定的相关性规定甚至排除了被告提出不相关的反诉的权利，即使法院对这一不相关的反诉有行使管辖权的独立依据。^①

（三）国际立法与实践

《布鲁塞尔条例》和《布鲁塞尔公约》对原告起诉管辖权效果规定一致，但是在解释上存在细微差异。两个法律文件都在第6条第3款规定了基于原告起诉而对其主张的特别管辖权：

“任何住所在缔约国的人，基于与本诉所由产生的相同的合同或者其他事实遭遇的反诉，也可以在本诉进行的法院被诉。”

该条规定和《德国民事诉讼法》第33条规定的不同在于《德国民事诉讼法》对本诉与反诉的联系规定得较为宽泛；而《布鲁塞尔条例》要求反诉和本诉必须是产生于同一合同或者其他相同事实。其立法理由为：缔约国都认为对于反诉的管辖权必须以反诉和本诉之间具有联系作为前提条件，而由于各成员国并不都承认“相关诉讼”（related actions）这一概念，于是公约规定反诉必须产生于本诉所由产生的同样的合同或者其他事实。^②

《布鲁塞尔公约》上述规定在实践中产生的一个主要问题是：什么叫做反诉和本诉具有联系，或者说反诉和本诉是第6条第3款所称的“产生于相同的事实”，究何所指？回答这一问题的主要争议点在于第6条第3款规定的“联系”是否与公约第22条第3款“相关诉讼”的定义是一致的？根据第22条第3款，多个诉讼之间联系紧密，便于一起审理，并且一起作出判决，以防止这些诉讼在不同的法院诉讼可能产生不一致的判决结果时，这些诉讼就可以视为有“相关诉讼”。

对于反诉和本诉有联系的定义是否和第22条第3款的定义一致，有两种观点。一种为“否定论”，认为第6条第3款的关于“相关诉讼”的定义应该较第22条第3款更为狭窄。1993年丹麦上诉法院申请欧洲法院决定的“丹文制造股份公司诉奥特贝克鞋业有限公司”（Danvoern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.）案，^③就涉及第6条第3款规定的“相关性”，是否含义较公约第22条相关诉讼规定中的“相关诉讼”的含义为窄。欧洲法院没有回答这一问题；但是总检察长雷吉（Advocate General Léger）认为第6条第3款和第22条第3款所处理为两种不同的程序问题，前者为管辖权后者为平行诉讼，因此也不能以同样的方式进行解释，且两者的解释没有相关性。总检察长倾向于第6条第3款的适用要比第22条第3款的适用更加严格，这和

① See e. g., BGH, 12 February 1981, 34 NJW 1217 (1981); W. Eickhoff, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für aufrechnung und Widerklage* (Berlin: Duncker & Humblot, 1985), pp. 33 - 34; [德] 汉斯—约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，第202 - 203页。

② Report by Mr. P. Jenard on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, [1979] OJ C 59, 1, at 28.

③ Case C - 341/93 [1995] ECR I - 2053.

大多数学者的意见一致。^①“肯定论”则在《布鲁塞尔条例》下占主导地位，因为“否定论”所依据的体系解释的方法，在《布鲁塞尔条例》下不具有说服力。在《布鲁塞尔条例》的规定下，第6条第1款关于共同被告的规定，与第22条第3款相对应的第28条第3款规定，都使用了“相关诉讼”的概念。由于第6条第1款也是关于管辖权的规定，从而在体系上也更加接近第6条第3款，认为第28条第3款关于“相关诉讼”的定义也可以用来解释第6条第3款的规定更加合理。所以，按照《布鲁塞尔条例》的规定，基于原告起诉而对原告行使的管辖权仅仅及于被告对原告提起的“相关诉讼”请求，这本质上还是一种特别管辖权；但是由于上述解释上的差异，从理论上说，《布鲁塞尔条例》规定的特别管辖权所涉及的争议的范围要大于《布鲁塞尔公约》规定的特别管辖权。

《海牙民商事管辖权和外国判决执行公约》（草案）第15条对反诉的管辖权进行了规定，其规定内容为：在不影响其他法院的专属管辖权的情况下，对于本诉案件有管辖权的法院，对于被告因为与本诉相同事实而提起的反诉也具有管辖权。这一规定也强调了反诉与本诉所依据事实的密切联系，实际上是认为基于原告起诉而对原告在反诉中主张的管辖权是一种特别管辖权，而不是一般管辖权。另外，考虑到以原告起诉行为主张管辖权在本质上属于默示协议管辖的性质，而协议管辖不应该危及专属管辖的原则，该草案明确规定了如果反诉属于其他法院专属管辖的，对原告起诉有管辖权的法院也不能主张管辖权。

总之，原告起诉而产生的法院就对原告提起的其他诉讼的管辖权效果，主要有两种实践，一种是赋予了法院就对原告提起的任何诉讼都具有管辖权；另一种是仅赋予法院就对原告提起的与原告起诉相关的诉讼具有管辖权。目前第二种实践占主导地位。

三 结论：中国相关的立法实践及完善

（一）以被告应诉为推定管辖依据的相关实践

中国有关国际民事诉讼的相关规定中，过去是有推定管辖相关规定的。我国《民事诉讼法》（2007年修正版本，本文称之为“旧民事诉讼法”）第243条规定：“涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权的法院。”即为有关对于被告参与诉讼而不提管辖权抗辩而主张的推定管辖权的规定。现行《民事诉讼法》（2012年修正版本）将该条取消，合并至第127条第2款，应该认为没有实质上改变我国涉外推定管辖的规定。考察我国的涉外司法实践，会发现“旧民事诉讼法”第243条在实务上援用较多，是具有重要实践意义的条文；仔细研究法院对该条文的适用，却会发现法院常常对该条文存在误解，其主要问题，既有属于中国法院适用推定管辖时的特有问題，也有和前述国家相同的一些共性的问題。这些问題有三个方面：一是以被告应诉来推定法院管辖权与其他管辖依据的关系；二是如何判断被告是否提出了管辖权异议；三是如果被告因为不了解法院没有管辖权而默认，即没有默示服从法院管辖权的真实意思，是否应该推定其承认法院的管辖权。

^① See J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Art. 24 No. 5 (Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 7th edn. 2002).

第一个方面的问题较为突出，是中国法院特有的问题，属于对推定管辖的含义理解不清，也缘于我国法律规定不明。在多起省级高级人民法院裁判的案件中，将被告应诉所主张的管辖权不作为独立的管辖权类型，而是作为一种加强其他管辖权的规定来适用。其推理模式一般是法院根据被告的住所^①或者合同缔结地、^② 侵权行为地、^③ 管辖权协议^④甚至专属管辖^⑤等管辖权依据认定法院对某一涉外案件具有管辖权，而后又说被告对法院的管辖权不提抗辩，所以法院对案件具有管辖权。应该说，法院对于这些案件管辖权的最终决定都是正确的，即中国法院应该对这些涉外案件具有管辖权，但是其理由——将管辖权依据叠加来主张管辖权的推理——从学理上来说是错误的，因为推定管辖存在的前提是，法院本来对某一涉外案件是没有管辖权的，或者说没有其他管辖依据存在，如果已经存在其他管辖依据了，被告当然无法抗辩法院的管辖权，法院也无需援用推定管辖的规定。在相关的司法实践中，相当数量的案件还是正确地适用了这一规定的。^⑥ 所以为了法律明确性的目的，我国需要明确规定推定管辖是在法院根据其他依据没有管辖权时，被告应诉答辩并不对法院行使管辖权进行抗辩而产生的管辖权，这样可以防止法官在实践中误用。

其次，管辖权抗辩的提出时间。我国现行《民事诉讼法》第127条第1款（“旧民事诉讼法”第38条）规定：“人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。”因为我国民事诉讼法亦允许当事人不用提交答辩状，或者进行口头答辩，以提交答辩状期间作为提出抗辩的时间限制过于僵硬。事实上，由于证据交换制度的引入，即使进入开庭程序，只要在当事人就实体问题展开辩论前，提出管辖权抗辩应该都是可以接受的，也就是国外所规定的“在第一次实体答辩前提出管辖权异议”的规定。实践中，就有法院在首次开庭进行证据交换后，第二次开庭补充证据后，发现新的证据从而提出管辖权异议得到法院认可的案例。^⑦ 这样判决实质上是认为只要在被告就实体问题答辩之前提出的管辖权异议都是成立的，其理由值得赞同。

第三，被告因为不知法律而误以为法院具有管辖权，没有提出管辖权抗辩导致法院主张推定管辖的问题。如前述德国有关推定管辖实践中，德国区法院会告知被告法院缺乏管辖权之情形以及被告失于抗辩管辖权之后果，以防止本不愿服从区法院管辖之被告因不知法律而被迫屈从于法院管辖，有违推定管辖之基于被告“同意”（尽管是默示的同意）的本意，这就是区法院在被告进行答辩之前，有释明相关法律之义务；但是对于实施强制律师代理的州法院，基于律师应该知

-
- ① 例如刘燕良诉湖北东盛房地产有限公司案，湖北省武汉市中级人民法院（2010）武民商外初字第28号民事判决书。
- ② 例如宏丰船务有限公司等诉中国人民财产保险股份有限公司珠海分公司上诉案，广东省高级人民法院（2010）粤高法民四终字第84号民事判决书。
- ③ 例如董国雄、陈俊灵诉吴炬华、吴振声案，广东省高级人民法院（2009）粤高法民四终字第371号民事判决书。
- ④ 例如国际金融公司与港联亚洲集团有限公司、马洪股权转让纠纷案，天津市高级人民法院（2011）津高民四终字第16号民事判决书。在该案中，原审法院关于管辖权的理由是当事人选择了协议签订地，在本案中签订地在天津，而被告没有对法院的管辖权提出异议，所以法院对案件具有管辖权。又如，天××控股股份有限公司与深圳市××股份合作公司纠纷案，浙江省高级人民法院（2012）浙商外终字第12号民事判决书。
- ⑤ 例如李立中诉许为城租赁合同上诉案，河南省高级人民法院（2011）豫法民三终字第81号民事判决书。
- ⑥ 例如内蒙古恒丰集团粮碾面业有限责任公司诉内蒙古大公实业有限责任公司管辖权上诉案，内蒙古高级人民法院（2010）内民三终字第24号裁定书。汇英有限公司诉天津汇英实业有限公司案，天津市高级人民法院（2011）津高民四终字第0171号民事判决书。
- ⑦ 例如，勒纳集团有限公司与北京博瑞斯通科贸有限公司、马某案，北京市第一中级人民法院（2012）一中民初字第8583号民事判决书。

道法律的假定，没有规定州法院关于管辖权的释明权，由于国际民事管辖权的专门性，也有很多律师因为不了解国际民事管辖权的相关制度，而无意中失去抗辩管辖权的机会。鉴于我国诉讼法并非采强制律师制度，为了保护当事人的诉讼权利，防止当事人因为不了解法律规定而丧失对法院不存在的管辖权进行抗辩的权利，似有必要像德国法针对区法院行使释明权的相关规定一样，规定法院在对案件没有管辖权时，应该第一次开庭时行使释明权，向被告告知法院管辖权的欠缺，以及被告不提出管辖权抗辩和就实体问题应诉答辩的法律后果，是否应该采取这种做法，值得探讨。^①

（二）基于原告起诉而主张的管辖权的相关规定

对于基于原告参与诉讼而主张的涉外推定管辖权，我国民事诉讼法没有明文规定，最高人民法院的司法解释中没有涉及，学理上对于该问题也鲜有述及。按照我国《民事诉讼法》有关反诉的相关规定，反诉可以和本诉一起由法院合并审理，但对反诉的构成要件和管辖没有具体规定。^②我国民事诉讼法学者普遍认为，反诉应该具备的重要特征之一，就是反诉是与原告本诉相关的诉讼，即反诉与本诉在诉讼标的、诉讼请求或者案件事实方面存在法律上的牵连关系。^③关于反诉的管辖，有的学者认为只要反诉不属于其他法院专属管辖的范围，基于反诉与本诉的牵连关系，法院就可以对反诉的被告——即本诉的原告——主张牵连管辖权。^④这一主张和前述外国的立法司法实践赋予原告起诉以特别管辖权效果的作法相一致。但是也有学者认为，反诉的条件之一，是原审法院必须对反诉请求具有管辖权，也就是说，原告参与诉讼，并不意味着法院能够在有些与原告起诉所依据事实相关的诉讼中对原告主张推定管辖权，^⑤这一规定理由似乎是因为有的学者在定义反诉时，不仅包括了与本诉牵连的诉讼，还包括第三人对本诉原告的诉讼，这样扩大了反诉的内涵。^⑥而如果涉及到与本诉无关的第三人对本诉原告的诉讼，当然法院应该另有管辖权才能主张，如果是这样，这一观点与前一观点并不矛盾，二者探讨的根本是不同问题。

笔者认为，鉴于原告起诉管辖权效果上各国法律规定的不同，我国相关规定缺乏导致学者意见不一，尤其是考虑到国际民事诉讼中的反诉和第三人之诉管辖权问题较之国内诉讼更为复杂，对当事人合法权益影响更大，为了法律的明确性，我国最高人民法院在今后的司法实践中宜对此问题作出明确解释。因原告起诉所生的对于原告反诉的涉外管辖权效果，以特别管辖权为宜，即限于与原告起诉所依据事实相关的诉讼。这一方面，日本最新的国际民事诉讼管辖权法新增第146条有关反诉的规定可资借鉴，该条规定：“如果法院对被告提起的反诉没有管辖权，只有当

① 在有关国内案件推定管辖的建议中，已有学者提出类似建议，参见江必新主编：《民事诉讼法新制度讲义》，法律出版社2013年版，第210页；廖中洪主编：《民事诉讼法改革热点问题研究综述（1991—2005）》，中国检察出版社2006年版，第51页。

② 参见《民事诉讼法》第51条、第140条及第143条有关反诉的规定。

③ 参见江伟主编：《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2013年第6版，第40页；谭兵、李浩主编：《民事诉讼法学》，法律出版社2013年第2版，第54页；田平安、陈彬主编：《民事诉讼法学》，法律出版社2010年第2版，第78—82页，第243页。

④ 参见谭兵、李浩主编：《民事诉讼法学》，第54页。

⑤ 参见江伟主编，《民事诉讼法》，中国人民大学出版社2013年第6版，第39—40页。

⑥ 参见韦吉莉：《在民事审判工作中，对反诉若干问题的探讨》，广西法院网，<http://gxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=15435>，最后访问时间：2015年4月10日。

反诉请求和原告请求以及对原告请求的抗辩具有密切联系时，被告才能提起该诉讼请求。但是法院如果因为专属管辖而对反诉没有管辖权时，上述条款仍不适用。”^①

（三）我国相关规定的完善

中国有关涉外推定管辖的制度是否有必要专门规定，这在实践中是一个问题，我国立法者对这个问题给出了否定的答案。笔者并不同意涉外推定管辖不必规定的意见，考虑到前述有关涉外推定管辖的理论争议的存在，尤其是考虑到我国司法实践中法院涉用涉外推定管辖权制度存在的种种问题，从提高法律确定性，提高审判质量的角度，笔者认为立法或者司法机关应该对这个问题做出明确的规定。

笔者认为，为完善我国涉外推定管辖制度，参照国际实践，我国可以对推定管辖做如下规定：

“人民法院对涉外民商事案件本来没有管辖权，但被告不提管辖权异议，并径行就实体问题答辩的，视为承认该人民法院为有管辖权；但其他法院对案件有专属管辖权者除外。

被告对人民法院行使管辖权有异议的，应当在第一次实体答辩前提出；

人民法院对自己没有管辖权的案件，应该在被告就实体问题进行答辩前，向其说明法院没有管辖权以及被告如果不对法院管辖权提出抗辩的法律后果；

人民法院对被告提出的反诉本来没有管辖，如果反诉所由产生的合同或者其他事实与原告本诉具有密切联系，法院对于反诉也一并享有管辖权；但其他法院对反诉有专属管辖权者除外。”

On The Perfection of the Implied Jurisdiction in International Litigation

Gan Yong

Abstract: The implied jurisdiction in international litigation includes two classes of jurisdiction, one is grounded on the defendant's failing to object to the jurisdiction courts otherwise wouldn't have combined with his arguing the merits of the case, and the other is over the plaintiff regarding other claims based on the plaintiff's bringing a claim in the court. American law, German law, as well as international legislations have their respective features in respect of the former class of jurisdiction yet came to the same conclusion that the defendant makes an effective jurisdiction objection where he raises objection to jurisdiction and defenses in merits. As regards the latter, the matters subject to the jurisdiction asserted based on the plaintiff's claim must be counterclaims or interpleader related to the facts from which the original claim arises. China's jurisdiction rules in this respect should be perfected.

Keywords: the Implied Jurisdiction, Participation in Litigation, the Jurisdiction Objection

（责任编辑：李庆明）

^① Koji Takahash, *Japan's Enacted Rules on International Jurisdiction: with a Reflection on Some Issues of Interpretation*, (2011) 13 *Kokusai Shihoō Nenpō* 146, pp. 158 - 159.