



# 论国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系

——兼评 2023 年新修正《民事诉讼法》第 270 条

李 旺\*

**摘 要：**国际民事诉讼法和民事诉讼法的关系一直是国际私法学界关注的焦点问题之一，存在着不同的理解和认识。特别是认为国际民事诉讼法是民事诉讼法的特别规定和国际民事诉讼法是独立于民事诉讼法的单独的法律部门这两种观点最为典型。2023 年新修正的《中华人民共和国民事诉讼法》第 270 条承袭了之前的制度内容，依旧采取特别规定说。国际私法学界虽然原则上多采取独立说，但在具体制度的适用上又倾向特别规定说，其根源是混淆了国际民事诉讼法的调整对象与调整事项。虽然国际民事诉讼法规则与民事诉讼法规则均适用于涉外民事案件，但它们解决的是不同的法律问题。国际民事诉讼法解决的是涉外民事案件独有的程序问题、程序法上的法律适用问题、需特殊处理的程序问题，其制度内容秉承国际主义（普遍主义）理念，即以经济、公平、及时、便捷地解决当事人之间的纠纷，进而维护涉外民事法律关系的稳定，保护当事人的正当利益和期待，促进国际民商事交往为宗旨。鉴于此，采取独立说更有利于妥善处理涉外民事案件，拓展国际民事诉讼法的发展空间。因此，在国际民事诉讼法对本应属于其调整的问题没有明文规定时，并不应适用民事诉讼法，而应按照国际主义精神发现应有的制度内容。

**关键词：**国际民事诉讼法 民事诉讼法 《民事诉讼法》第 270 条 涉外民事诉讼 程序  
依法院地法原则 国际主义 普遍主义

## 一 问题的提起

2023 年 9 月 1 日，《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》<sup>①</sup>）经立法机关修正，已于 2024 年生效施行。与原《民法通则》第八章所规定的冲突法从民法中独立出来，制定单独的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称《涉外民事关系法律适用法》）不同，在此次《民事诉讼法》的立法修正中，国际民事诉讼法的内容仍然放在《民事诉讼法》中。这

\* 李旺，清华大学法学院教授，博士生导师。本文是司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“对外关系法时代国际民商事条约的适用”（课题编号：24SFB2031）的研究成果。

① 如无特别说明，后文出现的《民事诉讼法》特指 2023 年修正的《民事诉讼法》。

使得同为民事诉讼程序法的国际民事诉讼法与民事诉讼法继续规定在同一部法中。虽然这样的立法模式并非中国所特有,<sup>①</sup>但以此次修正为契机,两者的关系再次浮出水面,引人关注。明确两者的关系对于正确适用新修正的《民事诉讼法》具有重要意义,同时亦有利于准确理解国际民事诉讼法的意义,明确国际民事诉讼法的范围及所解决的问题事项。

在涉外民事法律纠纷中,所涉及的问题可以分为实体问题和程序问题。<sup>②</sup>关于实体问题,依照冲突法确定准据法。从萨维尼的普遍主义国际私法观出发,通过寻求法律关系的本座,适用与其具有最密切联系地的法,准据法既可能是中国法,也可能是外国法。而程序问题,从公法的属地性及统一程序规则等角度出发,<sup>③</sup>从法则区别说时代以来,就遵循程序依法院地法原则。也就是说,程序问题与当事人的国籍、住所、经常居所地等无关,统一适用法院所在地的民事诉讼法。早在19世纪,1865年《意大利民法典》第10条就开始明确规定:“管辖权和诉讼程序适用诉讼发生地法。”<sup>④</sup>1995年《意大利民法典》删除了该条款,承接该规定的是1995年《意大利国际私法制度改革法》第12条,其规定:“在意大利进行的民事诉讼受意大利法支配。”<sup>⑤</sup>1928年《布斯塔曼特法典》第314条、<sup>⑥</sup>1979年《匈牙利国际私法》第63条<sup>⑦</sup>也有类似规定。该原则在普通法系国家亦得到支持,美国1934年《冲突法重述》第585条<sup>⑧</sup>与1971年《冲突法重述(第二版)》第122条均有相关内容。<sup>⑨</sup>《戴西和莫里斯论冲突法》中第209条规则的内容为:“所有程序事项都由采取法律程序的法院所属国的法律(法院地法)支配。”该书还指出,程序由法院地法支配这一原则得到了普遍的适用和广泛的承认,英格兰法院的程序据此应由英格兰法律支配,而无论外国法的内容如何。<sup>⑩</sup>英国著名国际私法学者威希尔(Cheshire)也指出,实体问题关系着权利,而程序问题关系着救济(remedy),“这就像通过程序制造实体产品”。<sup>⑪</sup>英格兰的原告在苏格兰法院不能要求陪审,而苏格兰原告在英格兰法院不得拒绝陪审,<sup>⑫</sup>很好地说明了程序问题应适用法院地法。现在,虽然关于实体与程序的定性以及该原则存在的例外尚有不同理

① 德国、日本、中国台湾地区等法域的民事程序立法皆是如此。

② 关于实体问题和程序问题的阐述,参见李浩培:《国际民事程序法概论》,法律出版社1996年版,第2页。

③ 亦可从场所支配行为、诉讼当事人的平等、诉讼程序的中立性、司法的便捷和效率、诉讼与一国司法制度的不可分、保障程序的一体和完整等角度解释程序问题应适用法院地法的理由。

④ 1978年,修改后的该法第27条仍保留了这一条款的内容。

⑤ 参见杜涛译:《意大利国际私法制度改革法》,载《中国国际私法与比较法年刊(1999)》,法律出版社1999年版,第537页。

⑥ 该规定的内容为:“关于法院的管辖和组织、程序方式、判决的执行以及上诉,均依缔约各国自己的法律确定。”参见余先予主编:《冲突法资料选编》,法律出版社1990年版,第336页。

⑦ 该规定的内容为:“除本法另有规定外,匈牙利法院或其他机关的诉讼程序适用匈牙利法。”参见余先予主编:《冲突法资料选编》,法律出版社1990年版,第101页。

⑧ 1934年《冲突法重述》第585条规定:“所有程序事项均受法院地法管辖。”See American Law Institute, *Restatement of the Law of Conflict of Laws* (American Law Institute Publishers, 1934), p. 702.

⑨ 1971年《冲突法重述(第二版)》第122条的内容为:“法院通常适用自己的法律,以规定诉讼程序如何进行,即使法院适用其他法域的实体法来解决案件中的其他问题。”See American Law Institute, *Restatement of the Law of Conflict of Laws 2nd* (American Law Institute Publishers, 1971), p. 350.

⑩ 莫里斯主编:《戴西和莫里斯论冲突法》,李双元等译,中国大百科全书出版社1998年版,第1707页。

⑪ Peter North, J. J. Fawcett, *North and Fawcett, Cheshire and North's Private International Law* (Butterworths, 13th edn, 1997), p. 70.

⑫ See Peter North, J. J. Fawcett, *North and Fawcett, Cheshire and North's Private International Law* (Butterworths, 13th edn, 1997), p. 68.

解，但一般而言，对此即使没有明文规定的国家，也都承认程序依法院地法原则的存在。

新修正的《民事诉讼法》第4条规定，凡在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，必须遵守该法，<sup>①</sup>这亦是程序依法院地法原则的体现。<sup>②</sup>从程序依法院地法原则出发，该法第270条进一步规定：“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。”从《民事诉讼法》制定以来，该条文的内容一直没有变化。从渊源上来看，该规定沿袭自1982年《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》第185条<sup>③</sup>与1991年《民事诉讼法》第237条<sup>④</sup>。那么，如何理解该规定呢？程序依法院地法原则是否意味着一概排除外国法的适用，民事诉讼法与国际民事诉讼法是否应该具有明确的分工等问题都需要加以明确。近年关于国际民事诉讼法的立法及研究在国内外都有了很大的发展，其轮廓渐渐清晰。基于此，本文从国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系的角度出发，探讨《民事诉讼法》第270条的含义及存在的问题，重新审视程序依法院地法原则，进而明确国际民事诉讼法的范围及解决的问题事项。

关于国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系的争议由来已久，学界存在着不同的理解和认识，直接影响了立法和司法实践。本文主要对“特别规定说”与“独立说”两种不同观点进行分析。

## 二 特别规定说

特别规定说，就是指将国际民事诉讼法的规定视为民事诉讼法的特别规定的观点。关于国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系，一直存在着国际民事诉讼法是民事诉讼法的一部分的理解，该观点认为关于国际民事诉讼法的规定是民事诉讼法的特别规定。这主要是以程序依法院地法原则为基础，从民事诉讼程序法的统一性出发，认为前者是后者的组成部分，两者共同构成民事诉讼法。主张特别规定说的主要有苏联的隆茨<sup>⑤</sup>、德国的舒特（Schütze）<sup>⑥</sup>等。现在，该说在中国的立法及司法中表现最为明显。<sup>⑦</sup>

① 只要是在中国领域内进行民事诉讼的，不论该民事纠纷是否发生在中国领域内，也不论诉讼主体是中国公民、法人和其他组织还是外国人、无国籍人、外国企业和组织，都必须遵守中国《民事诉讼法》。中国缔结的国际条约有不同规定，外国人、外国组织、国际组织等享有外交特权或豁免权，少数民族地区、香港等特别行政区制定了变通或补充规定等情况除外。参见江必新主编：《新民事诉讼法条文理解与适用（2023年最新版）》，人民法院出版社2023年版，第18—20页。

② 除《民事诉讼法》外，作为中国法源的1999年《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《蒙特利尔公约》）第33条第4款亦规定：“诉讼程序适用案件受理法院的法律。”

③ 1982年《民事诉讼法（试行）》第185条规定：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。”

④ 自1991年《民事诉讼法》颁行后，虽该法历经多次修正，但该条文内容都无实质变化。对此，具体可见2007年修正的《民事诉讼法》第235条、2012年修正的《民事诉讼法》第259条、2017年修正的《民事诉讼法》第259条、2022年修正的《民事诉讼法》第266条。

⑤ 不过，据隆茨等著《国际私法》，国际私法应包含国际民事诉讼法。参见〔苏〕隆茨等著：《国际私法》，袁振民、刘若文译，中国金融出版社1987年版，第7页。

⑥ Vgl. Rolf A. Schütze, Internationales Zivilprozessrecht, 1980, S. 11. 参见泽木敬郎：《国际私法と国际民事诉讼法》，载泽木敬郎、青山善充主编：《国际民事诉讼法の理论》，有斐阁1987年版，第14页。

⑦ 参见王胜明主编：《中华人民共和国民事诉讼法释义》，法律出版社2012年版，第606页。

## （一）立法及司法解释

中国关于国际民事诉讼法的法律制度规定在《民事诉讼法》第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”（下称涉外编）。从标题中“特别规定”的表述来看，该编与其他编形成了特别法与一般法的关系。《民事诉讼法》第270条作为该编首个条文更进一步对此进行了规定，即该编有规定的，适用该编规定，而该编没有规定的，适用《民事诉讼法》的其他有关规定，即其他编的规定。这都从立法角度表明了两者是—般规定与特别规定的关系。此次《民事诉讼法》修正后最高人民法院出版的注释书也明确了这一点。<sup>①</sup>此外，中国民事诉讼法学者也多持这种观点，<sup>②</sup>如涉外编没有相关规定，《民事诉讼法》其他编同样适用并解决国际民事诉讼法的问题。

具体来看，关于国际民事裁判管辖权、外国法院判决的承认与执行的时效适用民事诉讼法的规定特别明显。特别是关于国际民事裁判管辖权，在第四编涉外编没有特别规定的情况下，《民事诉讼法》关于国内地域管辖的规定同样适用于涉外民商事案件，解决国际民事裁判管辖权问题。<sup>③</sup>以下略作列举以说明。

首先，关于涉外协议管辖，<sup>④</sup>因《民事诉讼法》第270条承袭了以前的内容，所以在本次修法之前，涉外协议管辖适用民事诉讼法一般规定的现象就存在。如2012年《民事诉讼法》修正后，涉外协议管辖就适用民事诉讼法的一般规定，这就是用其他编的法律规定解决涉外协议管辖问题，属于没有特别规定而适用其他编规定的情形。之所以如此，是因为2012年《民事诉讼法》修正时，之前涉外编中关于涉外协议管辖和应诉管辖的规定被删除，吸收合并到2012年《民事诉讼法》第二章第二节第34条<sup>⑤</sup>和第十二章第二节第127条<sup>⑥</sup>。将本是解决不同法律问题的不同法律制度规定在一个条文，出现国际民事诉讼法和民事诉讼法的“二法合一”现象。<sup>⑦</sup>本次修法后，涉外编与非涉外编仍可能处于共同适用于涉外协议管辖，共同解决同一个法律问题的局面。虽然2023年修正后的《民事诉讼法》第277条重新增加了涉外协议管辖的规定，从而实现了该制度与民事诉讼法规定的分离，但从第277条的规定来看，当事人协议选择中国法院的法律制度只意在排除实际联系原则，并不涉及涉外协议管辖制度的其他问题。那么，如后述“（大韩民国）株式会社SBF. INC与北京市滕氏制衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案”所涉及的管辖协议的明确性等问题，《民事诉讼法》非涉外编中关于协议管辖的规定仍可能适用于涉外协

① 参见江必新主编：《新民事诉讼法条文理解与适用（2023年最新版）》，人民法院出版社2023年版，第1330页、第1332页。

② 张卫平教授指出：“《民事诉讼法》第四编对涉外民事诉讼程序的规定只是一种特别规定。”参见张卫平：《民事诉讼法》（第4版），中国人民大学出版社2019年，第386页。此外，还可参见李浩：《民事诉讼法》（第3版），法律出版社2016年版，第332页、第335页；宋朝武主编：《民事诉讼法学》（第6版），中国政法大学出版社2021年版，第533页。

③ 参见沈红雨：《我国法的域外适用法律体系构建与涉外民商事诉讼管辖权制度的改革》，载《中国应用法学》2020年第5期，第116页；沈红雨、郭载宇：《〈民事诉讼法〉涉外编修改条款之述评与解读》，载《中国法律评论》2023年第6期，第73页。

④ 关于协议管辖的法律制度，参见王吉文：《2005年〈海牙选择法院协议公约〉研究》，东南大学出版社2008年版；李旺：《当事人协议管辖与外国判决的承认与执行法律制度的关系初探》，载《清华法学》2013年第3期，第98页。

⑤ 参见2023年修正的《民事诉讼法》第35条。

⑥ 参见2023年修正的《民事诉讼法》第130条。

⑦ 参见李浩：《民事诉讼管辖制度的新发展——对管辖修订的评析与研究》，载《法学家》2012年第4期，第147页。

议管辖，以此解决涉外制度上没有明确规定的问题。

其次，《民事诉讼法》非涉外编中专属管辖事项作为国际民事诉讼法上的专属管辖事项。就一定的案件，一些国家规定只有该国才具有管辖权。对于这类属于中国法院专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖；外国法院如行使管辖权，并不影响中国法院行使管辖权，中国法院可不适用先诉原则而中止法院的诉讼，<sup>①</sup>及中国法院不适用不方便法院原则驳回起诉；<sup>②</sup>外国法院作出的判决也得不到中国法院的承认和执行。<sup>③</sup>《民事诉讼法》第34条规定的是地域管辖意义上的专属管辖事项，涉及因不动产纠纷提起的诉讼、因港口作业中发生纠纷提起的诉讼、因继承遗产纠纷提起的诉讼。按照以往的司法解释，这些案件同样属于中国专属管辖。<sup>④</sup>本次修法后，哪些案件属于中国法院专属管辖仍有依民事诉讼法确定的可能。虽然2023年修正的《民事诉讼法》第279条对专属管辖制度进行了完善，该条文规定：对于因在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，因在中国领域内设立的法人或者其他组织的设立、解散、清算、以其作出的决议的效力等提起的诉讼，因与在中国领域内审查授予的知识产权的有效性有关纠纷提起的诉讼，中国法院具有专属管辖权。但本次修法只是增加了法人或者其他组织以及知识产权的专属管辖制度而已，与修法前一样，民事诉讼法上的专属管辖仍可能被视为国际民事诉讼法上的专属管辖。

再次，关于外国法院判决的承认与执行的时效，同样适用民事诉讼法的规定。2022年4月10日起施行的《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》第545条规定，当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用2022年修正的《民事诉讼法》第246条<sup>⑤</sup>的规定，而该条规定，申请执行的期间为2年。

## （二）司法案例

首先，即使在2012年之前涉外编存在涉外协议管辖制度时，<sup>⑥</sup>司法实践中适用民事诉讼法解决涉外协议管辖的情况实际上就已经存在。如在“上海衍六国际货物运输代理有限公司案”<sup>⑦</sup>中，最高人民法院按照民事诉讼法上的协议管辖制度，将“有实际联系”理解为具体受诉法院与案件具有实际联系，而非被选择的国家或法域与案件有实际联系。本次修法后，虽然如当事人选择中国法院管辖，案件与中国无需具有实际联系，但是如当事人选择外国法院，依照《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》第529条，法院仍有采取“上海衍六国际货物运输代理有限公司案”判决的解释的可能。

其次，关于当事人协议选择外国法院管辖，法院选择协议依民事诉讼法的规则曾要求具有明确性。依照中国之前的司法实践，当事人选择外国法院，只能选择一个法院，否则法院选择协议无效。2005年，北京市高级人民法院在审理“（大韩民国）株式会社 SBF. INC 与北京市滕氏制

① 参见2023年修正的《民事诉讼法》第281条。

② 参见2023年修正的《民事诉讼法》第282条。

③ 参见2023年修正的《民事诉讼法》第300条及第301条。

④ 参见2022年4月10日起施行的《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》第529条第2款。

⑤ 该条文已变更为2023年修正的《民事诉讼法》第250条。

⑥ 参见2007年修正的《民事诉讼法》第242条。

⑦ 参见上海衍六国际货物运输代理有限公司案，最高人民法院（2011）民提字第301号民事判决书。

衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案”<sup>①</sup>中，依据当时生效的《民事诉讼法》第237条关于其他编条款在“本编”没有规定时的补充适用的规定，认为对法院选择协议提出内容明确性要求的1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第24条<sup>②</sup>同样适用于涉外民事诉讼的管辖问题，而该案中双方当事人在商标许可合同中约定“本合同的诉讼管辖法院为韩国的汉城地方法院或甲方指定的法院”，故其选择的法院并非唯一，北京市高级人民法院据此判定双方当事人关于诉讼管辖的约定并不明确而属无效，中国法院具有管辖权，这实际上驳回了上诉人所提出的原审法院“适用并非针对涉外民事诉讼的中华人民共和国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第24条，是错误的”的观点。按照2022年4月10日起施行的《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》第30条第2款，虽然管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，原告可以向其中一个人民法院起诉，立法降低了约定的明确性要求，但是这一规则实质仍为民事诉讼法的制度规则。

再次，司法解释规定外国法院判决的承认与执行的时效同样适用民事诉讼法的规定。基于此，沈阳市中级人民法院在“金知美申请承认韩国法院判决案”<sup>③</sup>的裁决中，以及宁波市中级人民法院在“申请承认波兰法院关于弗里古波尔股份有限公司与宁波市甬昌工贸实业公司国际货物买卖合同纠纷的判决案”<sup>④</sup>的裁决中，均依照民事诉讼法规定的2年期限确定执行时效，以此判断外国判决在中国有无效力。

### 三 独立说

独立说认为，国际民事诉讼法与民事诉讼法是彼此独立的法律部门，它们分别解决不同的法律问题，具有不同的法律制度。独立说实质是对特别规定说的否定，意味着国际民事诉讼法与民事诉讼法的分离。采取独立说的主要是国际私法学者，包括奇特尔曼（Zitelmann）、诺伊豪斯（Neuhaus）、梅利（Meili）、莫雷利（Morelli）<sup>⑤</sup>以及部分中国国际私法学者。<sup>⑥</sup>

2022年4月10日起施行的《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》第520条明确了涉外民事案件的认定标准。<sup>⑦</sup>涉外民事案件适用国际民事诉讼法自不待言，实际上，除国际民事诉讼法适用于涉外民事案件外，民事诉讼法的诸多规定也同样适用于涉外民

① 参见（大韩民国）株式会社 SBF, INC 与北京市滕氏制衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案，北京市高级人民法院（2005）高民终字第98号民事判决书。

② 1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第24条规定：“合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。”

③ 参见金知美申请承认韩国法院判决案，沈阳市中级人民法院（2020）辽01协外认7号民事裁定书。

④ 参见申请承认波兰法院关于弗里古波尔股份有限公司与宁波市甬昌工贸实业公司国际货物买卖合同纠纷的判决案，宁波市中级人民法院（2013）浙甬民确字第1号民事裁定书。

⑤ 参见李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社2001年版，第10页。

⑥ 参见谢石松：《国际民事诉讼法学是一门独立的法学部门》，载《法学评论》1996年第5期，第38页。

⑦ 法官可从主体，标的物，产生、变更或者消灭民事关系的法律事实是否具有涉外性，以及是否存在可以认定为涉外民事案件的其他情形等方面着手，判断审理的案件是否为涉外民事案件。

事案件。这是因为，民事诉讼法上的制度可以分为两类。第一类为仅仅适用于没有涉外因素的纯国内民事案件的规定。如《民事诉讼法》关于一审审结期限（第152条）、上诉审审结期限（第183条）以及民事诉讼法关于级别管辖的规定。《民事诉讼法》上关于级别管辖的规定只能适用于纯国内民事案件，这是因为另外存在《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》（2023年1月1日起施行），而该规定对基层法院、中级法院、高级法院的管辖权分配以及集中管辖进行了调整。<sup>①</sup> 不过，这种只适用于纯国内案件的规定并不多。第二类为既适用于纯国内民事案件，同时也适用于涉外民事案件的规定。如《民事诉讼法》第一编所规定的地域管辖、移送管辖和指定管辖制度，第二编的规定（涉及起诉、开庭审理、判决、上诉、审判监督等审判程序）与第三编的规定（涉及执行程序）基本上同样适用于涉外民事案件。所以，民事诉讼法的诸多制度同样适用于涉外民事案件。

那么，国际民事诉讼法与民事诉讼法的区别是什么呢？就此应该明确涉外民事诉讼程序的诉讼程序中，国际民事诉讼法与民事诉讼法的分工。国际民事诉讼法是涉外民事诉讼程序法，但其并不解决涉外民事诉讼程序中所有的问题。其解决的事项包括三类：第一类为涉外民事诉讼程序中，涉外民事案件独有的问题；第二类为程序法上的法律适用问题；第三类为因具有涉外因素而需要采取不同于民事诉讼法的制度，应该进行特殊处理的问题。<sup>②</sup>

### （一）涉外民事案件独有的问题

涉外民事案件独有的问题包括国际民事裁判管辖权、外国人的诉讼法律地位、域外送达和域外取证以及与此相关的司法协助、外国诉讼程序的内国效力（主要涉及平行诉讼）、外国判决的内国效力（主要涉及外国判决承认与执行的条件）、外国判决与内国判决的冲突、外国仲裁裁决的内国效力（主要涉及外国仲裁裁决承认与执行的条件）、外国破产程序的内国效力（主要涉及外国破产程序的承认与协助制度）、外国调解的内国效力（主要涉及外国调解协议的承认与执行的条件）、外国法的查明等。这些也是国际民事诉讼法的核心内容，成为国际民事诉讼法学研究的重点。

很明显，纯国内民事案件不存在这些问题，民事诉讼法的法律制度也不解决上述问题。这些独有问题的相关制度多涉及与其他国家之间的制度协调，制度内容侧重于国家间司法的合理分工与相互协助。所以，这些涉外民事案件独有的问题专由国际民事诉讼法解决，不存在适用民事诉讼法的可能性。

具体而言，典型的不属于民事诉讼法解决而专由国际民事诉讼法解决的问题是国际民事裁判管辖权。涉外民事诉讼的管辖体现在两个层面，第一个层面是由哪国法院管辖，第二个层面是由一国的哪一地区、哪一级别的法院管辖。国际民事裁判管辖权属于第一个层面的问题，解决的是一国法院是否具有管辖权的问题，其实质是国家间司法管辖权的分工。就涉外民事案件，与内国存在何种联系才应该（不是可以）行使管辖权、在什么情况下应该对外国法院的管辖给予尊重（如基于先诉原则的中止诉讼或基于不方便法院原则的驳回起诉，以及外国法院判决的承认）是

① 关于该规定的背景及主要内容解读，参见沈红雨、郭载宇：《〈关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2023年第4期，第34—37页。

② 参见泽木敬郎：《国际私法与国际民事诉讼法》，载泽木敬郎、青山善充主编：《国际民事诉讼法の理论》，有斐阁1987年版，第9页。

国际民事诉讼法的课题。而民事诉讼法解决第二个层面的问题，即在一国具有管辖权的前提下，国内法院之间如何分工审理涉外民事案件。也就是说，《民事诉讼法》第一编第二章所设的管辖制度，不解决中国法院是否具有管辖权的问题，由此也就不应该认为国际民事诉讼法与民事诉讼法之间存在特别与一般的关系，不能遵循《民事诉讼法》第270条所规定的，在涉外编（第四编）没有规定时适用其他编（第一编）的规定。不言而喻，不能适用解决国内法院之间的分工制度处理国家间的司法分工。李浩培先生在载于1991年《中国国际法年刊》的《论瑞士新国际私法关于国际裁判管辖权的规定》一文中，以捷克的法律制度为例说明涉外民事案件管辖权的确定“须同时具备这两套裁判管辖权规则”。<sup>①</sup>可见国际民事裁判管辖权与民事诉讼管辖权是不同的法律问题，应具有不同的法律制度，分属不同的法律部门。

这样的分工，在中国的立法和司法实践中却没有得到很好的处理，以下略作介绍并加以批判。

第一，《民事诉讼法》第四编第277—279条等是典型的国际民事裁判管辖权规则，但第276条第1款关于因涉外民事纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起除身份关系以外的诉讼的规定，本应该是处理中国法院行使管辖权的法律制度，却因具体的管辖因素直接与国内特定的地域相联系，实质上成为了民事诉讼法制度。在司法实践中，受诉法院也是据此确定该法院管辖权的有无，而非判断中国法院管辖权的有无。如在“油金属制造有限公司等诉浙江金盾压力容器有限公司国际货物买卖合同纠纷案”中，原审法院审理认为：油金属公司系在英属维尔京群岛注册成立的公司，故该案系涉外商事纠纷；根据2012年《中华人民共和国民事诉讼法》第265条（2023年修正的《民事诉讼法》第276条第1款）的规定，该案合同签订地在该院辖区，故其对该案享有管辖权。<sup>②</sup>

这样的国内具体法院的管辖权本属于《民事诉讼法》第一编第二章解决的问题，依其规定确定就可以了。《民事诉讼法》第一编第二章规定合同履行地、侵权行为地人民法院可享有地域管辖权，对此《民事诉讼法》第276条无需重复规定。一般而言，《民事诉讼法》第一编第二章的制度更为详细、更为完善，此外《民事诉讼法》第一编第二章还建立了移送管辖和指定管辖等制度，所以只要中国法院具有管辖权的案件，都能得到适当的法院管辖。另外，如果将《民事诉讼法》第276条第1款理解为既解决国家管辖权问题，也解决国内管辖权问题，就混淆了二者的区别，这样的立法模式否定了国际民事裁判管辖权制度存在的必要性，进而也否定了国际民事诉讼的独立性，不利于国际民事诉讼法的发展，实际上两者多应采取不同的标准。<sup>③</sup>

第二，如前所述，国内法院之间的分工本就应该适用民事诉讼法，但法院却认为只有在涉外编没有规定时适用民事诉讼法的规定。如在“高仪股份有限公司与浙江健龙卫浴有限公司侵害外观设计专利权纠纷案”中，浙江省台州市中级人民法院认为：该案一方当事人高仪公司系德意志联邦共和国法人，故为涉外民事诉讼；根据2012年《民事诉讼法》第21条第2款（2023年修正的《民事诉讼法》第22条第2款），对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所

① 参见李浩培：《李浩培文选》，法律出版社2000年版，第366页。

② 参见油金属制造有限公司等诉浙江金盾压力容器有限公司国际货物买卖合同纠纷案，浙江省高级人民法院（2013）浙商外终字第134号民事判决书。

③ 关于民事诉讼法的双重机能说和逆推说，参见李旺：《国际民事裁判管辖权制度析》，载《国际法研究》2014年第1期，第93页。

地人民法院管辖；另根据当时生效的2012年《民事诉讼法》第259条（2023年修正的《民事诉讼法》第270条），在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用涉外编规定，涉外编没有规定的，适用《民事诉讼法》其他有关规定，故一审法院享有该案的管辖权。<sup>①</sup>又如，在“D银行诉L公司及众担保人融资租赁合同纠纷案”中，法院判决：该案为涉及香港特别行政区的融资租赁合同纠纷，属于涉港商事案件；关于该案诉讼法院的管辖权问题，基于当时生效的《民事诉讼法》第259条（2023年修正的《民事诉讼法》第270条）等规定，从而适用《民事诉讼法》第二章第二节“地域管辖”第21条（2023年修正的《民事诉讼法》第22条）以及最高人民法院和广东省高级人民法院的相关批复，确定了深圳前海合作区人民法院的管辖。<sup>②</sup>以上两个案件虽然是涉外或涉港民事案件，但法院并没有判断该案是否应该由中国法院或内地法院行使管辖权，而是判断台州中院、深圳前海法院作为一审法院是否具有管辖权。这本来就是应该由民事诉讼法解决的问题，无需引用《民事诉讼法》第270条作为依据。

第三，与前述相关的是，在特定案件中，某法院在民事诉讼法上具有管辖权并不意味着在国际民事诉讼法上也具有管辖权。在“Px与Wx监护权纠纷上诉案”中，<sup>③</sup>上诉人（原审被告）主张该案应由德国法院管辖，否定中国法院的管辖权，而北京市第一中级人民法院和原审北京市海淀区人民法院却依《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》第10条所规定的监护案件由被监护人的住所地人民法院管辖之规定，裁定由海淀区人民法院管辖。也就是说，当事人主张的是中国法院没有管辖权，而法院回应的是海淀区法院具有管辖权。将国际民事诉讼法上的管辖权问题，替换成了民事诉讼法上的管辖权问题。应该指出，理论上由于国际民事裁判管辖权制度和国内的地域管辖权制度是不同的法律制度，可以采取不同的标准，民事诉讼法上中国特定地域的法院具有管辖权并不意味着国际民事诉讼法上中国法院具有管辖权。不能因中国特定地域的法院具有管辖权，就反向推定中国法院具有管辖权。即使“Px与Wx监护权纠纷案”中的北京市海淀区人民法院等具体法院依民事诉讼法具有管辖权，而依据国际民事诉讼法中国法院不具有管辖权时，这些具体受诉法院亦不得管辖。也就是说，就涉外民事案件而言，只有中国法院具有管辖权，才出现国内不同地域法院之间的分工问题。

第四，关于协议管辖，民事诉讼法上的协议管辖制度只解决国内法院之间的选择问题，而不解决国家间的法院选择问题。按此理解，在前述“上海衍六国际货物运输代理有限公司案”中，法院将“实际联系”理解为具体受诉法院与案件的联系，在“（大韩民国）株式会社 SBF. INC 与北京市滕氏制衣有限责任公司商标权管辖异议纠纷上诉案”中，受诉法院将要求法院选择协议具有明确性的司法解释规定<sup>④</sup>同样适用于涉外协议管辖，这两种做法都有待商榷。

第五，关于身份关系的诉讼，涉外编并没有相关制度，据此被理解为应适用《民事诉讼法》第23条第1款的规定。也就是说，涉外编关于身份关系没有作出专门规定是由于“第二章‘管

① 参见高仪股份有限公司与浙江健龙卫浴有限公司侵害外观设计专利权纠纷案，最高人民法院（2015）民提字第23号民事判决书。

② 参见D银行诉L公司及众担保人融资租赁合同纠纷案，广东省江门市江海区人民法院（2016）粤0391民初713号民事判决书。

③ 参见Px（中文名皮x）与Wx（中文名王x）监护权纠纷上诉案，北京市第一中级人民法院（2016）京01民辖终288号民事判决书。

④ 参见1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第24条。

辖’第23条第1款已规定‘对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼’，适用原告住所地管辖的规则”。<sup>①</sup>但很明显，该条与《民事诉讼法》第276条第1款相同，属于民事诉讼法规则，以此来判断中国法院是否具有管辖权就混淆了国际民事诉讼法与民事诉讼法的区别。

## (二) 程序法上的法律适用问题

程序依法院地法原则一直是处理民事程序问题的基本原则，但随着程序问题的复杂化，虽是程序问题，亦有通过冲突规则而适用外国法的可能，由此产生的程序法上的法律适用问题由国际民事诉讼法解决。<sup>②</sup>如关于外国人的当事人能力、外国当事人的诉讼能力、涉外管辖协议的有效性、外国法院判决的终局性及确定性、外国法院判决在内国的效力内容等，尝试通过程序法上的冲突法确定准据法。所以，应该区分必须适用法院地法的程序问题和可以适用外国法的程序问题。以下仅就当事人的诉讼能力、管辖协议的有效性、外国法院判决在内国的效力内容等略作说明。

第一，外国当事人的诉讼能力。就当事人诉讼能力而言，法则区别说将其识别为实体问题，这是因为当时人们意识到该问题应该适用属人法，而如果将其识别为程序问题将适用法院地法。现在承认程序依法院地法原则存在例外，将其识别为程序问题亦可适用属人法。

第二，涉外管辖协议的有效性。管辖协议条款具有独立性，国际民事裁判管辖权协议成立与否，包括当事人是否对该管辖条款内容表示同意的问题，除了将其理解为中国法院直接适用《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）的观点<sup>③</sup>之外，亦有合同准据法说、法院地程序法说、当事人意思自治说、被选择法院国法说等。李浩培先生主张合同准据法说，<sup>④</sup>2005年海牙国际私法会议通过的《选择法院协议公约》、<sup>⑤</sup>2012年《布鲁塞尔条例I（修订版）》<sup>⑥</sup>则采取了被选择法院国法律作为判断协议有效成立的依据，且此处被选择国家的法律也包括该国的冲突规范。

第三，外国法院判决在内国的效力内容。从比较法的视角看，关于外国法院判决的承认与执行，并非所有的问题都由国际民事诉讼法解决，即使属于国际民事诉讼法解决的问题，也并非都适用法院地法。如前所述，承认条件属于涉外民事案件独有的问题，而得到承认的外国法院判决在内国具有什么效力则存在依照法院地国法确定还是依照判决国法确定的问题。<sup>⑦</sup>

第四，关于外国法院判决的终局性及确定性，应依判决国法确定。<sup>⑧</sup>在中国，根据《民事诉讼法》第301条，间接国际民事裁判管辖权原则上也依据判决国法律认定。

① 沈红雨、郭载宇：《〈民事诉讼法〉涉外编修改条款之述评与解读》，载《中国法律评论》2023年第6期，第73页。

② 参见林强：《国际民事诉讼程序问题法律适用论纲》，载《法学》2023年第8期，第182页。

③ 参见江必新主编：《新民事诉讼法条文理解与适用（2023年最新版）》，人民法院出版社2023年版，第1364页。

④ 参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版，第59页。

⑤ 参见王吉文：《2005年〈海牙选择法院协议公约〉研究》，东南大学出版社2008年版，第112—113页、第139页。

⑥ 欧洲议会、欧盟理事会2012年12月12日《关于民商事案件管辖权及判决的承认与执行的第1215/2012号（欧共体）条例》（亦简称《布鲁塞尔条例I（修订版）》）序言第20条。

⑦ 就此问题存在扩张论及等置论等观点，参见李旺：《论外国法院判决的自动承认制度》，载《清华法学》2019年第6期，第184页，注释39；李旺、王露：《外国判决效力法律适用规则的理论探析、价值考量与中国选择》，载《清华法学》2023年第2期，第191页。〔德〕罗森贝克：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第1183页。另外，在自动承认制下，也可以理解为承认的对象就是外国法院判决的效力内容。

⑧ 参见《德国民事诉讼法》第723条第2款，《日本民事诉讼法》第118条，《海牙选择法院协议公约》第8条第3款、第4款，《海牙承认与执行外国民商事判决公约》第4条第3款、第4款。

### （三）需特殊处理的问题

因具有涉外因素而需要采取不同于民事诉讼法的制度，从而进行特殊处理的问题由国际民事诉讼法解决。就涉外民事案件而言，有些事项可以适用民事诉讼法，但有些事项适用民事诉讼法并不妥当或并不合理，这就需要进行不同于民事诉讼法的处理。

第一，关于期间的特殊规定。无论是涉外民事诉讼，还是纯国内民事诉讼，都存在提出答辩及上诉的时间限制，但是就涉外案件而言，由于通信及语言等因素，考虑到涉外案件的特殊性，需要不同于民事诉讼法的法律规则，如《民事诉讼法》第285条、第286条关于30日内提出答辩状、30日内提起上诉的规定。

第二，级别管辖及集中管辖制度。2023年1月1日起施行的《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》对基层法院、中级法院、高级法院的管辖权分配以及集中管辖进行了规定，这些规定也不同于纯国内民事案件的规定。

第三，外国法院判决承认与执行的时效。关于外国法院判决的承认及执行期间是否应该适用民事诉讼法的规定，亦引起关注，现行做法受到质疑。<sup>①</sup>这是因为2022年4月10日起施行的《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》第545条规定，当事人申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定或者外国仲裁裁决的期间，适用2021年修正的《民事诉讼法》第246条<sup>②</sup>的规定。最高人民法院《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》第20条也规定，有关身份关系的判决以外，申请人申请认可和执行台湾地区法院民事判决的期间适用《民事诉讼法》的规定。而2021年修正的《民事诉讼法》第246条规定申请执行的期间为2年。很明显，外国法院判决的承认应该采取与此不同的法律制度。

涉外民事案件独有的问题、程序法上的法律适用问题不能适用民事诉讼法显而易见，而关于需特殊处理的问题的认定略显复杂和麻烦。关于涉外民事案件，在期间问题上，立法上存在明确的不同于民事诉讼法的规定时，法官在法律适用上不存在问题；而关于外国法院判决承认的时效，在没有明确的不同于民事诉讼法的规定时，法官很容易认为这是无需特殊处理的问题，从而适用民事诉讼法的规定。但是，即便在没有明确的不同于民事诉讼法的规定时，我们也应该从涉外民事案件的特殊性出发，立足国际民事诉讼法的理念，判断相关问题是否存在建立不同于民事诉讼法的规则必要性，积极探求有利于维护涉外民事法律关系稳定的国际民事诉讼法的制度，而不应轻易地适用民事诉讼法。

## 四 国际民事诉讼法的理念与法源

上文介绍了特别规定说和独立说，下文将从国际民事诉讼法的理念角度阐述国际民事诉讼法与民事诉讼法之间的不同，揭示国际民事诉讼法具有独立性的根源，进而界定国际民事诉讼法的法源。

① 刘桂强：《外国法院判决执行中的时效问题研究》，载《中国应用法学》2020年第4期，第109页。

② 该条文现为2023年修正的《民事诉讼法》第250条。

## （一）国际民事诉讼法的理念

如前所述，关于国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系，存在两种不同的观点。不容否认，国际民事诉讼法存在碎片化现象，诺伊豪斯曾提出程序冲突法、程序法、法院的上位法三部分内容构成国际民事诉讼法，其中法院上位法包括裁判管辖权、外国法院判决的承认、司法协助。<sup>①</sup>除此以外，主张独立说的学者没有提出体系化的制度，加上国际民事诉讼法与民事诉讼法同为民事诉讼程序制度，涉外民事案件同样也适用民事诉讼法，这些都成为主张特别规定说的理由，国际民事诉讼法的独立性受到质疑。

尽管如此，在专门研究国际民事诉讼法的学者中，独立说得到了更多的支持。那么，国际民事诉讼法为什么能够成为独立的法律部门？应该注意到，国际民事诉讼法具有独立性的根本原因，不是（或不仅仅是）因为以涉外民事案件为调整对象，而是由于解决上述涉外民事案件独有的问题、程序法上的法律适用问题、需特殊处理的问题的法律制度具有专有的理念，该理念就是突破国家主义的国际主义（普遍主义）。所谓的国家主义就是指，一国基于国家主权原则，过度强调司法主权和国家利益，从程序依法院地法原则出发，原则上严格按照民事诉讼法处理涉外案件，因此具有浓厚的属地主义色彩。然而，国际民事诉讼法的目的是经济、公平、及时、便捷地解决当事人之间的纠纷，进而维护涉外民事法律关系的稳定，保护当事人的正当利益和期待，促进国际民商事交往。这就需要一国充分考虑到国际民事诉讼法解决的事项的特殊性，建立国家间相互协调的法律制度，而这就是国际主义的体现。<sup>②</sup>

在最高人民法院审理的“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”中，法院认为，华为技术公司关于禁止康文森公司在三案终审判决作出之前申请执行杜塞尔多夫法院判决的申请，性质上属于行为保全申请，应当依照当时生效的2017年《民事诉讼法》第100条（2023年修正的《民事诉讼法》第103条）及《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第7条的规定予以审查。这虽然有奉行特别规定说之嫌，但法院在适用这些规则时还特别考察了国际礼让原则。在该案中，法院就采取行为保全措施是否符合国际礼让原则，考量了中国法院和外国法院受理该案的时间先后、中国法院对案件行使管辖适当与否、禁诉令的颁布对外国法院审理和裁判的影响适度与否等，<sup>③</sup>这亦是国际主义的体现。

这种国际主义精神源于欧洲19世纪就提出的“国际法共同体”思想及奇特尔曼等提出的世界法理论，是当代国际私法、国际民事诉讼法得以发展的根本动力。而民事诉讼法与此并无关联，其主要是为了调整国内民事诉讼程序而制定的法律，其制定之初也没有考虑含有涉外因素的民事诉讼程序的特殊性。所以，国际民事诉讼法的具体制度体现这种国际主义精神，这是其与民事诉讼法的根本区别。

① 参见ノイハウス：《国际私法の基础理论》，樱田嘉章译，成文堂2000年，第405页。

② 关于权力理论与公平理论的论述，参见孙尚鸿：《确立国际民商事诉讼管辖权的基本理论问题研究》，载《中国国际私法与比较法年刊（2002）》，法律出版社2002年版，第491页。关于国际私法及国际民事裁判管辖权的国际主义，参见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社2022年版，第32页、第169页。

③ 参见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，最高人民法院民事裁定书（2019）最高法知民终732、733、734号之一民事裁定书。

另外，民事诉讼法是以实体问题适用本国民法，实现本国民事法律上的权利为目的而制定的法律，《民法典》在施行之初就出现了民事诉讼法与民法典深度融合、协同实施的研究。<sup>①</sup>但涉外民事法律关系很有可能适用外国民法，基于外国民法上的权利的实现同样需要法院地程序法的保障，这就不可避免地出现需要进行调整（adaption）以达到协调的目的。<sup>②</sup>

## （二）国际民事诉讼法的法源

国际条约、法院地程序法、指定适用外国法的程序法上的冲突规则都是国际民事诉讼法的法源。国际条约是国家间的明确约定，中国缔结或参加的国际条约，<sup>③</sup>根据《民事诉讼法》第271条规定的条约优先原则处理就可以。问题在于，在没有法律规定的情形下，法院如何确定待适用的法院地程序法、程序法上的冲突规则。

国际民事诉讼法的立法并不完善，《民事诉讼法》第四编仅有寥寥数条而已。虽然通过本次修法，第四编从原来26个条文增加到36个条文，但并无实质性变化。在没有法律规定的情形下，法院进行司法判断的依据是什么呢？实质上，这不是国际民事诉讼法特有的问题，而是成文法国家立法，特别是民事立法都面临的问题，<sup>④</sup>或许在国际民事诉讼法上表现更为明显。如果采取特别规定说，未规定的问题适用民事诉讼法的规定，此即《民事诉讼法》第270条之宗旨。但这样就压缩了国际民事诉讼法的发展空间，明知不合适却依然要适用之，前述关于涉外协议管辖的案件以及“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”就是如此。<sup>⑤</sup>前述主张《民事诉讼法》第23条第1款所规定的内容仅为民事诉讼法制度，而非国际民事诉讼法制度，也是因为仅以原告住所地为依据确定中国法院的管辖权带有不合理性，抱残守缺不利于国际民事诉讼法的发展与完善。所以，不宜采取特别规定说而适用

① 参见任重：《民法典与民事诉讼法的协同实施：回眸与展望》，载《当代法学》2023年第1期，第44页。

② 如禁止离婚的国家通常具有分居的实体法制度，而该制度一般要求采取法院地诉讼程序，与此相对应，程序法上理应存在相应的制度。但有的国家不存在分居的实体法制度，也不存在相应的程序法制度。那么，在不存在分居制度的国家法院提起分居诉讼，而准据法为采取分居制度的国家法时，法院地程序法如何调整应对就需要解决。又如，依照中国《民法典》第1105条，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。准据法为中国法而在外国进行的收养，在外国所履行的程序是否符合中国《民法典》第1105条的规定，就成为问题。再如，美国伊利诺伊州法要求收养需经法院决定，中国应该采取什么样的程序，中国法院的决定是否可以理解为伊利诺伊州法上的程序，都有进一步探讨的必要。参见泽木敬郎、道垣内正人：《国际私法入门》（第7版），有斐阁2012年版，第262页。

③ 1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（简称《海牙送达公约》）；1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（简称《海牙取证公约》）；1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称《纽约公约》）；1961年《取消外国公文认证要求的公约》（简称《取消认证公约》）；包括1929年《统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《华沙公约》）、1955年《修订1929年10月12日在华沙签订的〈统一国际航空运输某些规则的公约〉的议定书》（简称《海牙议定书》）、《蒙特利尔公约》等航空运输公约中的相关条款（如《蒙特利尔公约》第33条、第46条、第49条）；1974年《海上旅客及其行李运输雅典公约》第17条；1969年《国际油污损害民事责任公约》（简称《1969年责任公约》）第9条、第10条；《〈1969年国际油污损害民事责任公约〉1992的议定书》第8条；1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》第23条、第24条；1951年《关于难民地位的公约》第16条；以及包括1987年《中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》、1991年《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》在内的与39个国家签订的民商事司法协助双边条约等。

④ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年，第246页；〔德〕克劳斯-威廉·卡纳里斯：《法律漏洞的确定：法官在法律外续造法之前提与界限的方法论研究（第2版）》，杨旭译，北京大学出版社2023年，第126页。

⑤ 参见张卫平：《我国禁诉令的建构与实施》，载《中国法律评论》2022年第2期，第179页；张先君、殷越：《知识产权国际竞争背景下禁诉令制度探索与构建》，载《法律适用》2021年第4期，第48页。

民事诉讼法。

《民法典》第12条规定：“中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律。法律另有规定的，依照其规定。”依该规定，在中国境内的民事活动，即使含有了涉外因素，原则上也适用中国法，只是在有例外规定时从之，《涉外民事关系法律适用法》中的冲突规则成为了该条的特别规定。而《涉外民事关系法律适用法》第2条第2款规定：“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。”在没有明确的冲突法立法时应该适用哪国法的问题上，上述两个规定存在矛盾。从国际私法学的角度来看，最密切联系原则既是冲突法的立法原则，也是法无明文规定时解决法律适用问题的指导思想。从司法实践来看，法院在法无明文规定的情况下适用《涉外民事关系法律适用法》第2条第2款确定准据法。<sup>①</sup>可见，《民法典》第12条是从民法法规出发确定其适用范围，而非从法律关系出发确定应该适用的法律，具有浓厚的属地主义色彩，不仅无用而且有害。

同理，对于涉外民事诉讼程序，我们应采取独立说，在法无明文规定时，重返国际民事诉讼法的理念，在超越国家主权的国际主义指导下进行法的续造，形成国际民事诉讼法规则才能妥善处理相应的程序问题，并促进国际民事诉讼法的发展。此处的“重返”也意味着，现有的成文立法就是（或应该是）本着国际主义精神而制定的。

## 五 结语

国际民事诉讼法与民事诉讼法有许多共同之处。二者同为民事诉讼程序法，法律概念和法律制度等相通或高度相似，二者规定在同一部法律中，均适用于涉外民事案件。即使如此，国际民事诉讼法的独立说得到多位著名国际私法学者的支持，本文亦试图区分两者解决的法律问题，并从国际民事诉讼法的理念角度加以阐释，指出两法不同，给各自的发展提供空间。正因为国际民事诉讼法与民事诉讼法解决的法律问题不同，其所遵循的理念有异，采取独立说才更有利于国际民事诉讼法的发展与完善。

程序依法院地法原则无疑是国际民事诉讼法的基本原则，但应该注意以下两点：第一，应该承认该原则亦存在例外，即程序问题亦有适用外国法之情形；第二，应该确定国际民事诉讼法的范围及解决的问题事项，明确与民事诉讼法的分工。

并非涉外民事案件中的所有程序问题都由国际民事诉讼法解决，国际民事诉讼法解决的是涉外民事诉讼程序中，涉外民事案件独有的问题、程序法上的法律适用问题、需特殊处理的问题。可见，国际民事诉讼法虽然以涉外民事案件为调整对象，但仅解决程序中的“涉外问题”。通过上述阐述可以得出，这些问题（特别是前两类问题）即使没有明确的法律规定，也不能适用民事诉讼法。在现实中受根深蒂固的特别规定说影响，法官难免严格适用《民事诉讼法》第270条，国际民事诉讼法的自我发展受到限制。所以，独立说更有利于提高处理涉外民事案件的意识，充分考虑涉外案件中国际民事诉讼法解决的问题事项的特性，推动相关制度的形成，从而促进国际民事诉讼法的发展。

<sup>①</sup> 参见羊某某诉英国嘉年华邮轮有限公司等人身损害赔偿责任纠纷案，上海海事法院（2016）沪72民初2336号民事判决书。关于该案的评述，请参见李旺：《国际民事诉讼中的冲突与程序》，清华大学出版社2022年版，第23页。

总之，审理涉外民事案件，首先应该正确处理国际民事诉讼法与民事诉讼法的关系，明确区分哪些是属于民事诉讼法解决的问题，哪些是属于国际民事诉讼法解决的问题。亦即，应首先识别出哪些是涉外民事案件独有的问题、程序法上的法律适用问题、需特殊处理的问题；其次对于属于国际民事诉讼法解决的问题，在没有明文规定时，并不适用民事诉讼法，而应按照国际民事诉讼法所遵循的国际主义精神发现应有的制度内容，以此妥善处理涉外民事案件，并促进国际民事诉讼法的发展与完善。可见，《民事诉讼法》第 270 条与《民法典》第 12 条类似，亦属无用且有害之规定。

## **On the Relationship Between International Civil Procedure Law and Civil Procedure Law: Comment on Article 270 of the Newly Amended Civil Procedure Law of the People's Republic of China**

*Li Wang*

**Abstract:** The relationship between International Civil Procedure Law and Civil Procedure Law has always been a matter of concern on which there are different understandings. Thereinto, the two most typical viewpoints are respectively that the former is the special provision of the latter and that the former is an independent legal department. Article 270 of the newly amended Civil Procedure Law inherits the previous system content still adopting the theory of the former being the later. This article holds that although both are applicable to civil cases involving foreign elements, they solve different legal problems. International Civil Procedure Law deals with the unique problems of foreign-related civil cases, the problems of law application in procedural law, and the problems that need special treatment, and adheres to the concept of internationalism (universalism). To adopt the theory of International Civil Procedure Law as an independent legal department is more conducive to properly handling foreign-related civil cases and expanding the development space of International Civil Procedure Law. Therefore, in the absence of explicit provisions in International Civil Procedure Law, it is wise to find out the due system content in accordance with the spirit of internationalism, but not to apply the rules of Civil Procedure Law.

**Keywords:** International Civil Procedure Law, Civil Procedure Law, Article 270 of the Civil Procedure Law, *Lex Fori*, Internationalism, Universalism

(责任编辑: 林 强)