

我国民事管辖审查程序的反思与修正

段文波^{*}

内容提要 对于管辖权审查,我国采用了立案庭前置审查为主,业务庭后置审查为辅的复式混合结构。由于原告和被告可以各自通过起诉与管辖权异议启动审查程序,这种审查启动权的时空错位导致了管辖权审查程序的割裂与繁复。基于司法政策考量设立的管辖权异议制度又进一步加剧了管辖权审查程序的繁杂性。而出于尊重当事人在管辖权方面意思自治所新设的应诉管辖制度,则因与复式混合审查构造无法衔接而近乎闲置。为使管辖审查程序更为简便高效、通畅协调,宜以单一后置审查模式取代复式混合审查构造,即仅由业务庭根据案情裁量开庭审寻双方当事人以增强程序保障,并增设非因错误而旨在避免迟延的移送。

关键词 复式混合审查 管辖权异议 应诉管辖 口头辩论 程序保障

引言

管辖权是法院可以对某一案件行使裁判权的权能。当其欠缺时,该法院应自行终止程序,不得推进案件实体内容的审理。换言之,管辖权系法院对案件进行本案审理与本案判决的前提要件之一。为避免因欠缺管辖权而致程序无效,法院应先行审查确定管辖权。我国管辖权的审查程序采立案庭前置职权主动审查为主,业务庭基于管辖权异议后置被动审查为辅的双重构造。这样繁复的审查程序导致实践中围绕管辖权的争议无休无止,诉讼迟延拖沓。1991年设立的管辖权异议制度旨在为当事人提供充分的程序保障,但其在实践中却被肆意滥用,导致诉讼延迟进一步加剧。在我国现行管辖权双重审查构造下,2012年《民事诉讼法》虽新设应诉管辖以避免对管辖权的多余审查,但其几乎无任何适用空间。上述问题皆因管辖权审查程序内部衔接不畅,整体设计欠缺体系化考量所致。改革管辖权审查程序的核心在于化繁就简,即废除复式审查模式,变为单一前置或后置审查。从性质上来看,管辖权属于诉讼要件,法院一旦产生疑虑,就必须依职权主动进行审查,且其在程序上具有先决性,应于起诉时确定。就此而言,

^{*} 西南政法大学教授,博士生导师。

前置审查模式更契合管辖权的属性。但是,由于管辖原因事实往往与请求原因事实重合交叉,需要一定程度的实体审查,且审查中应保障双方当事人的听审权,并兼顾应诉管辖的功能发挥,因此前置书面审查未必能够充分满足上述需求。在现有起诉条件两阶段复式审查的诉讼构造中,单一后置开庭审查模式的效果更佳,即立案庭不审查管辖权问题,有关争议仅在被告提出管辖权异议时由业务庭启动审查,而是否开庭审查则委于法官裁量决定。如欠缺管辖权,法院原则上应依职权移送案件。此时宜听取双方当事人意见,但不受其拘束。由此可见,在单一后置审查模式中,管辖异议权成了触发管辖权先决审查的引擎,至关重要。因此,对管辖权异议的两审制也并非程序过剩。这不仅是比较法上的通例,也是保障管辖利益之必需。此外,在协议管辖日益普遍的情形下,仅适用于管辖错误的移送模式对当事人的保护仍有缺漏,应增设为避免迟延和促进当事人间公平之裁量移送。

从总体上而言,我国管辖权审查程序的二重复式结构繁冗复杂,各审查程序之间功能重复、对象交叉,容易造成诉讼迟滞;完善之道在于优化审查的宏观架构,衡平当事人之间以及法院之间的利益冲突。本文拟先描述我国管辖权审查的流程及存在的问题,进而提供几种可能的改革路径,再基于利益衡量的立场,分析在我国现行民事诉讼程序框架下,契合管辖权本质的最佳改革方案,即后置单一审查模式,并围绕审查构造、审理原则、裁判方式、移送程序等方面提出完善我国管辖审查程序的具体设计。

一、管辖审查之程序冲突

我国民事案件管辖权的审查程序乃是立案庭前置审查为主,业务庭后置审查为辅的混合模式,因此在理论上和实践中便存在双重多次审查的可能性。20世纪末,我国设立了旨在保障被告诉权的管辖权异议制度,但其在实践中的滥用加剧了重复审查的状况,并成为当下诉讼迟延的主要原因之一。2012年《民事诉讼法》参照德日立法增设了应诉管辖制度,但该制度系德日单一审查模式下为消解任意管辖的审查负担而设,在我国现有两阶段复式审查模式下几无用武之地,反而让管辖审查体系更加庞杂。此外,由于管辖原因事实经常与请求原因事实交织在一起,不开庭往往无从准确判定管辖权归属,所以当下的立案庭前置书面不开庭审查模式面对复杂的管辖权争议力有不逮。一言以蔽之,我国现行管辖权审查程序内部互相冲突,呈现出“非系统化”的特征。

(一) 管辖权审查程序的现状

原告起诉,必须具备起诉条件。而是否具备起诉条件,由法院立案庭依据职权进行审查。根据我国《民事诉讼法》第119条,法院对案件是否拥有管辖权属于起诉条件或案件受理条件之一。因此,管辖权审查首先是立案审查的内容之一。就审查程序而言,立案庭依职权进行书面不开庭审查,判断的资料乃是原告起诉时提供的相关证据,主要是书证等复印件。如果审查后认为没有管辖权,原告将承担举证不能的后果,立案庭应

告知原告向有管辖权的法院起诉^①。原告坚持起诉的,立案庭应裁定不予受理。对此裁定,原告可向上一级法院提起上诉。上级法院立案庭审理后认为一审裁定错误的,应撤销原裁定指令受理案件,否则维持一审裁定。一审法院审查原告起诉后,认为符合受理条件而受案,此后发现案件不归自己管辖的,应移送有管辖权的法院。反之,如果原告提供的证据足以让立案庭认为法院对案件有管辖权且符合其他受案条件的,立案庭则裁定受理,并在5日内向被告送达起诉状副本。被告应在收到副本之日起15日内提交答辩状。在此期间,被告可以提出管辖权异议,既可以针对一般管辖,也可以针对级别管辖^②和专属管辖。审判庭应对管辖权异议进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的法院。对此裁定,原告可以提起上诉。相反,异议不成立的,裁定驳回。被告可以对此裁定提起上诉。答辩期届满后,当事人虽然仍可就管辖权问题提出质疑,但法院可不予回应。如果被告既不提出管辖权异议,又应诉答辩的,即使没有管辖权的法院也因此当然取得管辖权,但级别管辖和专属管辖例外。还有另外一种情形,法院既没有发现自己欠缺管辖权,当事人也没有提出异议的,法院对案件已经开始实体审理后,视为受诉法院有管辖权,以恒定管辖,保证对案件的审理。^③

由上述流程可见,管辖权异议制度对被告而言殊为重要。为更好地保护被告权益,近年来,实践中对管辖权异议的处理程序有所改进。被告向业务庭提出管辖权异议的,以前的做法是由业务庭中止案件,移送立案庭审查裁定,而后移送回业务庭。这样一来,经由卷宗移送、重新立案、订卷等工作,历时弥久,一般在3个月以上。2016年起,管辖审查程序改革,由业务庭自行处理管辖权异议,从而减少了院内作出中止裁定和移送卷宗的时间。虽然立法上要求必须在15天内结束管辖权异议的上诉审查^④,但实践中平均6天就可以作出裁定,极大缩短了管辖权异议的审查期间。

(二) 管辖权审查程序存在的问题

从立法上来看,我国关于管辖权异议的规定看似周严,给予了当事人充分的程序保障并简化了管辖权异议的处理程序,但实际上仍存在诸多问题。从外观上看,管辖权审查程序重复多次,整个过程拖沓冗长。从内容上看,管辖权审查程序功能重复交叉,不能有效衔接。上述问题,皆因管辖权审查欠缺体系化设计所致。具体而言,我国管辖权审查程序的问题表现在如下几个方面:

第一,审查程序重复拖沓,浪费诉讼资源。我国目前对管辖权可能出现4次审查,

① 参见《民事诉讼法》第124条。

② 2009年最高人民法院《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第1条规定:“被告在提交答辩状期间提出管辖权异议,认为受诉人民法院违反级别管辖规定,案件应当由上级人民法院或者下级人民法院管辖的,受诉人民法院应当审查,并在受理异议之日起十五日内作出裁定:(一)异议不成立的,裁定驳回;(二)异议成立的,裁定移送有管辖权的人民法院。”

③ 参见柴发邦、常怡、江伟《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第145页。

④ 1994年最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》第5条规定:“人民法院对当事人在法定期限内提出管辖权异议的,应当认真进行审查,并在十五日内作出异议是否成立的书面裁定。”

过度重复审查的现象比较突出。首先在立案阶段,立案庭根据原告提交的起诉材料进行第一次审查,如果法院以自己没有管辖权为由裁定不予受理,原告可以通过上诉启动上诉审法院对管辖权的第2次审查。如果上级人民法院认为下级人民法院有管辖权,则案件会被指令受理。此时,如果被告在答辩期内提出管辖权异议,一审法院的业务庭将对管辖权进行第3次审查。如果业务庭裁定驳回异议,被告可以就此提起上诉,上级人民法院将进行第4次审查。反之,如果业务庭坚持自己没有管辖权而裁定移送,原告将会对此提起上诉,上级人民法院仍然将进行第4次审查。按照上述流程,一审和二审法院各对管辖权启动了两次审查。如果原告起诉,立案庭认为法院有管辖权并裁定受理的话,被告也可以通过提起管辖权异议提请业务庭启动对管辖权的第2次审查。倘若业务庭裁定驳回,被告可以通过上诉启动对管辖权的第3次审查。反过来,如果业务庭认为异议成立而裁定移送的话,原告则可以通过上诉启动对管辖权的第3次审查。仅就现有规定来看,管辖权审查程序存在的重复审查问题比较突出。如果按照部分学者的观点,答辩期过后被告仍然有权提出管辖权异议的话,管辖权的争议将无休无止。即便被告无权再提管辖权异议,但因为管辖原因和请求原因事实往往相互交叉竞合,许多案件非经实体审理无从判断管辖权归属,业务庭进入实体审理后仍然难免审查管辖权。^⑤

第二,管辖权异议加剧程序繁杂,二审制程序保障过剩。对于管辖权异议,特别是被告以受诉人民法院同时违反级别管辖和地域管辖规定为由提出管辖权异议的,法院要以裁定的方式回应当事人。^⑥相应地,对此裁定,当事人有权提起上诉。管辖权异议系1991年《民事诉讼法》新设之制度,彼时司法实践中争管辖、推管辖现象丛生,且颇有愈演愈烈之势,管辖权异议制度正是为了平衡双方当事人的权利,保护被告接受正确管辖法院裁判的利益而生。但近年来,由于利用无成本,被告滥用管辖权异议拖延诉讼的情形非常普遍,其已然成为诉讼迟延的重要原因。故有观点主张,当事人可以对法院就管辖权异议作出的裁定提起上诉系多余的程序保障,容易引发国民对程序正义的误解,在注重程序简化的我国显属例外,应当废除。^⑦

第三,协议管辖效力认定机制缺失,应诉管辖形同虚设。一方面,2012年《民事诉讼法》修改虽扩大了协议管辖的适用范围,但对管辖协议的效力问题并未给予充分关注,更未明确应当通过何种程序和方式来判断管辖协议的效力。具体而言,首先,立法上仍然没有认可管辖协议条款的独立性;其次,缺少认定管辖条款无效的程序机制。^⑧

⑤ 在招商银行股份有限公司无锡分行与中国光大银行股份有限公司长春分行委托合同纠纷管辖权异议一案中,法院就是通过认定合同是否成立来判断管辖协议是否成立的。参见最高人民法院(2015)民二终字第428号民事裁定书。

⑥ 《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》第8条明确了当事人对于级别管辖异议裁定的上诉权;第6条规定被告以受诉人民法院同时违反级别管辖和地域管辖规定为由提出管辖权异议的,受诉人民法院应当一并作出裁定。

⑦ 参见张卫平《民事诉讼法》,法律出版社2016年版,第118-119页。

⑧ 参见王福华《协议管辖制度的进步与局限》,载《法律科学》2012年第6期。

就管辖协议条款的独立性而言,与仲裁协议的效力类似,合同的效力不影响管辖条款的效力,即使合同被认定为无效,其中管辖条款的效力也并不受影响。换言之,其是否有效应当单独认定。就认定管辖条款无效的程序机制而言,虽然合同的效力不影响管辖协议条款的效力,但是,合同是否成立将影响管辖协议的效力。而合同是否成立属于实体审查事项,必须开庭。因此,我国实践中的书面审查模式并不能满足对管辖协议的审查需求。此外,协议管辖属于任意管辖,应适用辩论主义开庭审理,由双方当事人进行口头辩论,展开攻击防御,向法院提供判断的基础材料。

另一方面,2012年修法新增应诉管辖制度,旨在维护程序安定,但其在我国现行民事诉讼审理构造下似无适用空间。一般而言,原告起诉后,立案庭就需要对管辖权进行审查,如果认为本院无管辖权,就应当告知原告向有管辖权的法院起诉,因而也就不应当出现明知无管辖权也受理,再通知被告应诉答辩的问题。换言之,在多数情况下,由于受诉法院在起诉受理阶段就能够发现那些不属于本院管辖的案件,所以一般不会发生默示协议管辖。^⑨此外,我国被告提出管辖权异议有固定的时间期限,类似除斥期间;期间一过,纵然可以异议,但法院并无回应义务。换言之,被告没有在答辩期内提出管辖权异议将会面临失权的结果。从功能上来说,附期限的“管辖权异议”制度足以替代应诉管辖,加之如今滥用管辖异议权现象严重,应诉管辖完全沦为一个多余的“摆设”。

第四,移送制度效率低下,未见充分程序保障,欠缺为公益和公平之移送管辖。如果法院管辖错误,多应依职权移送以保护原告起诉利益,但在实践中,移送的效率过低引发了诉讼延迟。移送案件表面上来看不会耽误太长时间,但隐性时间很长,因为涉及先退诉讼费、再交诉讼费等程序。案件移送后,如果受移送法院拒收,下级法院需要不断地协调、请示等,此程序周期可长达2年。一般省内法院移送比较容易,最麻烦的是跨省移送,有时可能因对案件性质认识不同而拖延更长时间,比如建设工程案件只涉及退保证金的诉讼请求时,就是否属于建设工程专属管辖案件容易产生认识分歧。而一旦移送错误,立案变更率指标会让法院面临巨大的考核压力,所以下级法院就反复请示上级法院而致诉讼久拖不决。

此外,从程序保障角度而言,移送管辖也应征求被告意见。2012年《民事诉讼法》修改,扩大了协议管辖的范围旨在方便诉讼,却为经济上占优势的一方滥用管辖协议提供了机会。例如,在消费者与商家签订的格式合同中,商家多会利用优势地位,选择有利于己的法院管辖。管辖协议中的不利内容容易被忽视,即使经过提示,往往也难以引起消费者的足够重视。虽然这种有利未必是实体结果上的好处,但一经涉讼,消费者可能需要远赴被告住所地法院起诉,极为不便。因此,宜增设法官出于公平和公益考虑移送管辖。

由上述可见,我国现行管辖权审查程序无论是在效率还是在功能上均存在诸多问题,但总体而言,这些问题都是“结构性”的,即其根源在于我国现行的立案庭与业务庭

^⑨ 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。

对起诉条件的复式混合审理模式。具体而言,原告起诉将引发立案庭一到两次管辖权前置审查,而被告提出管辖权异议后又将启动业务庭一到两次管辖权后置审查。此外,因为管辖权属于法官应依据职权调查的事项,所以业务庭还可以在诉讼过程中随时进行审查,由此便造成重复审查。由于在前置审查中,双方当事人无法进行对抗辩论,因此无法为管辖协议提供合理的认定机制。审理构造的臃肿使得应诉管辖与管辖权异议功能重合,无法发挥实际效用。与我国不同,德日民事诉讼对诉讼要件的审查采单层结构,在本案程序中由业务庭同步审查起诉条件和本案要件,多可通过开庭由双方当事人同步对论解决管辖权争议。一审和二审法院也只是各自审查一次。因此,解决管辖审查问题的核心即在于改变当下立案庭与业务庭双重审查的构造。

二、管辖审查之程序衡平

对于权利救济,应当根据权利的重要性来设计救济程序并决定程序的复杂程度。具体到管辖这种原则上只涉及法院内部分工的制度,更应该充分考虑救济实现的必要性。实践中的改革方案主要是在维持我国现有管辖权审查复式构造的基础上,或废除管辖权异议制度,或区分专属管辖、级别管辖与任意管辖,仅将任意管辖后置审理。对于我国目前管辖审查程序存在的问题,改革的基本思路应当是化繁就简,集中程序解决管辖争议。即从根本上变革管辖权审查的内部构造,变复式为单式,选择单一前置或后置开庭审查。

(一) 复式审查结构的改良与不足

近年来,管辖权异议制度所引发的诉讼迟延已被实务界和理论界所公认,而愈演愈烈的管辖异议权滥用情况以及对管辖异议裁判的上诉程序又加剧了诉讼迟延。对此,有观点认为应当在维持现有结构的基础上,废除对管辖异议裁判的上诉权,甚至否定管辖异议权。同时,亦有观点认为,应当区分管辖的类型,分别在不同的程序阶段进行审查。

1. 废除管辖权异议制度

学界主流观点认为,保障被告的管辖异议权是必要的,但完全没有必要将此程序进一步扩展,导致程序“过剩”或“过度”。^⑩管辖权异议的两审终审制人为强化了管辖对当事人的重要性,误导了人们对程序正义的认识,应予修正。^⑪

从历史来看,管辖权异议并非我国民事诉讼程序与生俱来的制度。我国1982年《民事诉讼法(试行)》并没有规定管辖权异议,其最早可见于1987年最高人民法院《关于审理经济纠纷案件具体适用〈民事诉讼法(试行)〉的若干问题的解答》,直到1991年《民事诉讼法》第38条才正式加以规定。20世纪80年代末,受地方保护主义影响,以前

^⑩ 参见张卫平《管辖权异议:回归原点与制度修正》,载《法学研究》2006年第4期。

^⑪ 参见前引⑦,张卫平书,第118-119页。

并不多见的争管辖问题变得十分突出,既损害了法律的尊严,也损害了当事人的利益。在此背景下,管辖权异议被用于防范并遏制司法中的地方保护主义^⑫,以保护当事人的合法权益,具有其存在的合理性与必要性。^⑬

而近年来,被告滥用管辖异议权拖延诉讼的问题日渐突出。因此,学界有观点认为应当废除管辖权异议制度。但权利被滥用后,不应出于本能反应而取消权利以“斩草除根”,而应该分析此权利在整个诉讼体系内的功能并进行利益衡量后决定。作为诉讼主体,当事人可以监督自己参与的诉讼程序是否合法,有权对法院和对方当事人的违法,特别是不恰当的诉讼行为陈述异议并争议其效力。这种权能叫作责问权或程序异议权。^⑭例如在德国民事诉讼中,由于法院并不在当事人陈述之外独立地依据职权探究诉的合法性前提条件是否成立,所以被告有权对管辖权提出责问,并因此产生法院依据职权审查的契机。^⑮我国管辖权异议制度正是在“审判公正假定”的前提下,通过赋予被告异议权以平衡原告的起诉优势,体现了当事人平等原则。^⑯

管辖权应当在法院进入本案审理前予以确定。尤其是在管辖原因事实与请求利益事实竞合时,如果必须等到“该事实存否”的本案审理完成才对管辖作出决定,那么管辖规定就失去了意义。^⑰管辖权异议制度及所附期限保证了管辖要件的“先决性”,迫使法院在本案审理前先行审查管辖争议。因此,其存在是必要的,也是合理的,不宜轻言废除。

至于是否应废除对管辖异议裁判的上诉权,则是一个利益衡量问题。在目前案多人少的审判压力下,争夺管辖权对法院并无益处,与管辖有关的地方保护主义已经得到有效缓解。这似乎表明没有必要格外厚重保护被告的管辖异议权。但从比较法上来看,德日可开单独的口头辩论,管辖争议与本案要件平行审理,确认有管辖权时可作出中间判决,并许可当事人单独提起上诉。由此可见,对于当事人,尤其是被告的管辖利益,扩大上诉权以加强程序保障已是各国普遍趋势,似乎并不存在程序过剩的问题。此外,近年来,经过各级人民法院立案庭的探索和努力,处理管辖权异议的期限已经大为缩短,当事人滥用管辖异议权拖延诉讼的“效果”已经被降到了最低限度。可以说,允许当事人对管辖异议裁判提起上诉所耗费的时间成本正是为了实现程序正义所必须负担的代价。因此,没有必要废除对管辖裁判的上诉权。与此同时,为规制管辖权异议的滥用,可以规定被告主张任意管辖错误时应提出理由与申请移送的法院,否则不受理^⑱或在没有提出充分理由和判断资料时成立自认。

⑫ 参见最高人民法院民事诉讼法培训班编《民事诉讼法讲座》,法律出版社1991年版,第93页。

⑬ 参见柴发邦主编《民事诉讼法学》,北京大学出版社1992年版,第123页。

⑭ 参见[日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫《条解民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第360页。

⑮ 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第236-237页。

⑯ 参见前引⑩,张卫平文。

⑰ 参见[日]新堂幸司《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第83页。

⑱ 《法国民事诉讼法》1976年修改新设的第75条规定即是作此处理。参见[日]法务大臣官房司法法制调查部《注释法国新民诉讼法典》,法曹会1978年版,第103页。

2. 区别任意管辖和专属管辖

与废除管辖权异议的方案不同,在维持复式审理的路径中,另一种改革思路是区分不同种类的管辖,分阶段对其进行审查。虽然同属职权调查事项,但任意管辖与级别管辖、专属管辖不同,前者系当事人可以自由处分之事项,被告可以放弃对前者的责问权,并受失权制度制约。而后两者系当事人不能自由处分之事项,是不能放弃的责问权,且不受失权制度影响。加之我国2012年新设的应诉管辖也仅适用于任意管辖。因此,此种改革思路旨在维持现有管辖权审查复式结构的同时,拆分我国起诉条件中的任意管辖、专属管辖与级别管辖,由立案庭依职权前置审查后两者,而前者则不再包含在起诉条件中,仅待被告提出异议时由业务庭后置审查。不论被告应诉答辩抑或未在答辩期内提出管辖权异议,业务庭都无须审查任意管辖,径直获得管辖权。这种方案的优点是可以发挥应诉管辖的作用,缺点是无法改善管辖权多次重复审查的现状,反而会导致管辖权审查程序更为复杂,不便于实践中准确快速地作出判断。

由此可见,无论是废除管辖权异议制度,抑或是区分不同管辖分阶段审查,均有其不合理之处,并不能满足我国管辖权审查程序改革的需求。

(二) 单层审查模式的解析与选择

改革我国管辖权审查程序的另一路径即是以单一审查模式取代复式审查结构,具体而言有两种方案,即前置模式和后置模式。从立法成本和我国未来审判程序的改革趋势来看,宜采用后置审查模式。

1. 统一前置审查路径之抛弃

有观点主张,从《民事诉讼法》的立法精神和法律的具体规定看,即便2012年《民事诉讼法》新增应诉管辖,但这并不意味着法院在立案阶段无需对管辖进行审查,默示协议管辖的确立不应成为法院受理案件时放松对管辖权审查的理由。^①因此,其主张改革应选择立案庭前置审查模式,并将管辖权异议前置,同时取消业务庭对管辖权的开庭后置审查。

诚然,前置审查最契合管辖权的本质特征,作为本案审理与判决的前提要件,管辖权具有先决性,应当前置审查。并且,此方案仅对管辖权实施两次审查,能够有效解决重复审查的问题。其缺点是被告无法提出管辖权异议,进而导致应诉管辖更无发挥作用的空间。这样一来,为了平衡被告对管辖权责问的机会和权利可能就需要一系列配套改革,例如在立案阶段便将起诉状副本送交被告。同时,为了发挥应诉管辖的作用,且满足管辖权多需实体审查的需求,在立案阶段必须增设开庭或听证程序。准此,诉讼系属的时间点就从法院立案提前至起诉状副本等送达至被告时。如果法院审查起诉后发现不符合受理条件,包括没有管辖权的情形,都将不能不予受理,只能裁定驳回起诉或移送管辖。在此需要同步考虑的问题是,被告的答辩期是否也需要提前至法院审查起诉条件之前。当然,前置被告的答辩期似乎也未尝不可。那么整个诉讼流程将变为

^① 参见前引⑨,李浩文。

原告起诉,立案庭收到起诉状等材料后5日内送达被告,继而被告拥有15天的答辩期。由此衍生的问题是,被告如果不提出管辖权异议立案庭应当如何处理,是否可以成立应诉管辖。从性质上而言,管辖权属于职权调查事项,不论被告是否异议,法院皆应依职权加以审查。但对于地域管辖,法院在被告无异议时可以置之不理。因此,需要在立案阶段增设应诉管辖。被告虽然可以提出管辖权异议,但可否上诉则需区别情形对待。如果具备管辖权,但欠缺其他起诉条件,法院将驳回起诉,此时原告可上诉,而被告不可上诉。如果具备其他起诉条件而唯独欠缺管辖权时,法院应裁定移送案件。法院如果依职权移送,可征求双方当事人的意见,但不受其拘束。综上所述,前置审查固然可以解决目前复式结构所存在的诸多问题,但却需要配套太多程序设置,立法工作量过于浩大。

2. 统一后置开庭审查模式之选择

有观点认为,无论是从保障被告程序选择权还是从提高司法效率的价值考量来看,在送达被告后,作为特别法的应诉管辖规则都具有优先性,法院不宜再主动否定案件的管辖权。^②因此,与前置模式相对应,另一种解决方案是取消立案庭对管辖权的前置审查,由业务庭后置开庭审查。此方案可以直接减少两次管辖权审查,审判庭可以裁量决定是否开庭审查管辖权。例如,当对合同是否成立、案件性质和案由有争议时,可以通过开庭的方式查明管辖权归属。但需要注意的是,在后置审查模式下,当管辖原因事实与请求原因事实竞合时,应注意把握两者的审查限度。

此外,后置开庭审查似乎有利于双方当事人举证并观察被告的态度以确定是否成立应诉管辖,但只要管辖权异议必须在答辩期内提出,应诉管辖仍然毫无用武之地。应诉管辖系借鉴德日立法的产物,旨在通过被告应诉答辩免除法院审查任意管辖的负担。在德日民事诉讼中,被告随时可以责问任意管辖,所以应诉管辖具有免除管辖审查的机能。而在我国,附期限的管辖异议权行使制度已经发挥了同样作用。只要期间一过,尽管当事人仍然可就管辖权提出质疑,但法院并无应答义务,其已于事实上取得管辖权,毋庸等到当事人“应诉”才能心安理得地进行审判。质言之,应诉管辖因与管辖权异议功能重复而被“闲置”。当然,只要取消行使期间的限制便可以发挥应诉管辖的作用。但是,管辖异议权旨在维持双方当事人在管辖方面的利益均衡,附加行使期间有利于尽早解决管辖争议,因此取消行使期间迎合应诉管辖不啻为削足适履。

总之,后置单一审查模式与我国司法实践及审理构造最具契合度,其并不需要改变当前立案庭与业务庭分别审查起诉合法性要件与请求有理性要件的基本框架,只是重新优化配置审查对象,立法成本极低。即使将来取消立案庭,对业务庭审理的基本内容也不会造成巨大冲击,不会产生牵一发而动全身的影响。

^② 参见曹志勋《民事地域管辖制度释疑——兼对〈民诉法解释〉规则的述评》,载《法学家》2015年第6期。

三、后置审查之程序构造

采用单一后置审查模式时,业务庭首先需要面对的便是如何处理管辖原因事实与请求原因事实竞合的问题。比如义务履行地和侵权行为地等,当其既属于管辖原因事实又属于请求原因事实时,管辖权审查就难免会涉及本案请求当否,因此需要把握审查的尺度。换言之,对管辖原因事实的实体审查与管辖作为诉讼要件的先决性具有天然的紧张关系。具体来说,作为诉讼要件,管辖权适用职权探知原则,而对于本案的事实则不允许职权证据调查,同时还需要平衡对管辖原因事实、请求原因事实的不同心证之间的相互关系。此外,还需要考虑在部分原因事实明确后应采取何种裁判方式,例如在需要明确侵权行为地法院管辖的审理过程中,不认可侵权行为时应驳回本案请求还是以管辖错误为由裁定移送。另外,后置审理时必须尽早就管辖权异议作出判断,否则等于变相剥夺当事人声明不服的机会,而且浪费本案审理程序。

(一) 审查限度

1. 我国实务立场与学说态度

实践中,就管辖权的审查限度问题,最高人民法院的态度是仅以当事人提供的材料为基础进行形式审查即可,无需进行实体审查。其理由是,管辖异议权是程序性救济权利,发生在案件进入实体审理之前的答辩程序中。在这一阶段,尚不涉及任何案件实体问题。管辖异议审查旨在尽快确定法院是否有管辖权,以防止诉讼迟延。如果管辖权审查中渗入了实体审查因素,则相当于提前进入了开庭审理阶段,显然违背审判工作的基本原理。^①此外,对于管辖规范中的实体要素是否成立,应依原告主张的事实为准,而不论其请求是否成立。^②

理论界也有观点主张部分实质审查,区别对待程序与实体性事项,仅审理其中的部分实体事项。具体而言,应依原告主张对管辖规范中的诉因部分进行形式审查,而对其他部分进行实质审查,给予双方当事人必要的准备时间,然后依据双方提交的证据和言词辩论进行裁判。^③

2. 裁量性实质审查说

从比较法上来看,在德国,只要原告主张的管辖权理由事实与请求权事实正好相符,如原告主张违约时选择合同履行地法院起诉,那么就不需要任何证明,只进行形式审查。否则就要进行实体审查,原告必须证明管辖权基础事实^④。无独有偶,日本通说认为,因为管辖是本案审理的前提,因此应在法院进入本案审理前尽早确定,且应在充

^① 最高人民法院(2008)民提字第10号民事判决书。

^② 最高人民法院(2001)民二终字第145号民事裁定书。

^③ 参见严仁群《管辖规范中的实体要素》,载《法律科学》2013年第2期。

^④ 参见[德]奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第60页。

分必要的限度内进行,所以既不能等到本案审理完才对管辖作出判断,也不能以足以判断本案请求当否的程度调查管辖原因事实。如果在作出本案判决时才发现必须以欠缺管辖权为由移送案件显然违反诉讼经济原则,^⑤所以应在假定请求成立的基础上,根据原告的主张肯定管辖,而没有必要证明管辖原因事实。即只进行形式审查,而不管是否真的发生了请求原因事实。比如确定侵权案件的管辖法院,在判断“侵权行为地是否在管辖区域内”时,只要假定原告主张的请求原因事实存在,即假定实施了侵权行为即可^⑥。如果本案审理结果认定了请求原因事实而判决认可请求,自然就可以肯定管辖权。反之,如果不能认定请求原因事实而驳回请求的话,则虽然否定了管辖权,但因为此时被告胜诉了,所以仅根据原告主张判断管辖并没有令其遭受不利后果。^⑦

笔者认为,仅根据原告主张的、完全没有证明的事实即可认可管辖对被告而言过于严苛。根据原告主张认可管辖并进行本案审理后,如果作出驳回原告请求的判决,此时即使被告胜诉,但其在没有管辖权的法院中接受审理还是负担了时间精力等应诉成本。而如果原告获得胜诉判决,则对被告而言更属重大不利。有鉴于此,原告应当证明足以认可上述裁判权的外观事实与行为。此时,法院也可以利用职权进行证据调查。例如,原告主张侵权行为地管辖时,法院应先行调查判断有无“行为”,但不审理该行为是否属于侵权行为。毋庸讳言,在自由心证主义下,因为案件事实是同一的,同一法官对管辖原因事实的判断必定会影响请求原因事实的心证。但是,两种事实的判断目的、判断原则和基础资料的范围都有所不同,比如管辖原因事实应依职权证据调查,而请求原因事实适用辩论主义。而且,由于管辖原因事实的审查结果在先,所以并不拘束之后对本案的判断。对于请求原因事实的判断,法院完全可以基于围绕本案的证据调查的结果,作出不同的事实认定。换言之,审查管辖时对管辖原因事实形成的心证是暂时的,而在本案审理中对竞合的请求原因事实形成的心证可以推翻对管辖原因事实形成的心证。例如,在有无管辖权的裁定中,关于侵权行为存否等事实的认定不拘束受诉法院以及接受移送的法院。

(二) 审查方式

管辖权是职权调查事项,原则上适用职权探知主义,但不能否定当事人的辩论权。辩论权的功能在于保障当事人提出诉讼资料的机会,其来源于接受裁判的权利,是居于辩论主义和职权探知主义上位的权利。^⑧就保障辩论权的方式而言,有双方审寻主义与一方审寻主义之分,前者是指双方当事人对等享有攻击防御的机会,着眼于公平适正的

^⑤ 日本的实务中,法院对管辖存疑或被告提出管辖错误的抗辩与移送申请时,法院将大致调查有无管辖权。如果认为管辖错误则直接裁定移送;反之,则裁定驳回异议或作出肯定管辖权的中间判决。当然,也可以不特别明示判断,继续进行本案审理,如果没有改变之前对管辖权存否的判断,则应在本案判决的理由中判明驳回管辖抗辩的意思。反之,如果在本案审理中判明没有管辖权则进行移送。参见[日]伊藤真《民事诉讼法》,有斐阁2016年版,第91页。

^⑥ 参见前引⑪,[日]新堂幸司书,第83页。

^⑦ 参见前引⑭,[日]兼子一等书,第71页。

^⑧ 参见[日]三木浩一、笠井正俊、垣内秀介、菱田雄乡《民事诉讼法》,有斐阁2013年版,第215页。

判断;而后者仅给予一方当事人这种机会,关注程序的迅速性。判决程序原则上采双方审寻主义,必须开庭赋予当事人对等的攻击防御机会。比如法院有必要听取当事人就管辖原因事实所做的陈述以确定管辖时,尤其是在调查任意管辖时,由于可能发生应诉管辖,因而有必要通过口头辩论来确定被告的态度。^{②9}但在诉不合法而不能补正时,可以不经口头辩论驳回诉讼。反之,以裁定完结的案件,可由法院决定是否开庭。例如日本民事诉讼中,移送管辖的裁判方式是裁定。因此,没有必要通过开庭审寻当事人。而在违反专属管辖的规定时,多数不审寻即裁定移送。《德国民事诉讼法》则规定,原告申请移送管辖时因以裁定形式作出裁判,故不必经过言辞辩论。但法院依职权裁定移送管辖时,应给予被告听审权,故必须经过言辞辩论^{③0}。此外,在复杂的、有争议的情形中法院也可以命令言词辩论。^{③1}

此前,我国审查管辖权的方式乃是业务庭根据具体情况裁量决定是否开庭审查。一般而言,在管辖原因事实与请求原因事实竞合、当事人提供新证据以及不开庭实质审理便无法准确判定管辖协议效力的情形下,都需要开庭审查。此外,在查明没有管辖权需要移送时,可能存在多个法院都有管辖权的情形,由于我国是依职权移送,虽然法院并不受当事人意见的约束,但最好开庭征求原告和被告的意见。

鉴于管辖问题多与实体问题纠缠在一起,有时不开庭无法准确判断管辖权争议。对于法院依职权收集的事实和证据,也必须开庭听取当事人意见后方可作为裁判基础资料。因此,不论是出于保障被告的程序异议权和听审权,还是为了通过审查实体内容判断管辖权存否,抑或是便于原告主张和举证证明管辖原因事实,通过开庭口头审寻双方当事人的方式审查管辖最为妥当。业务庭可以根据具体案情裁量决定是否开庭,传唤双方当事人到场,当面解决管辖争议。

四、后置审查之判断资料

管辖属于职权调查事项,不论当事人是否主张其错误,受诉法院都有义务调查管辖权存否,但对于判断基础资料的收集提供原则,却有职权探知主义和辩论主义之别。进而,理论上对管辖原因事实是否成立自认也有所分歧。囿于法院精力所限,不论专属管辖抑或任意管辖,多由当事人提出证据证明管辖原因事实,而仅对任意管辖之原因事实可成立裁判上的自认。

(一) 基础资料的收集原则

目前,我国立案庭审查管辖权的基础资料主要依赖原告提供的书面证据。例外时,立案庭会采用听证的形式听取双方当事人的口头陈述。但是,当转向管辖权后置统一

^{②9} 参见前引^{①7},[日]新堂幸司书,第83页。

^{③0} 参见前引^{②4},[德]奥特马·尧厄尼希书,第61页。

^{③1} 参见前引^{①5},[德]罗森贝克等书,第241页。

审查模式之后,法院判断的基础资料应当如何收集呢?

日本的学说认为,管辖权是诉讼要件之一,属于职权调查事项。不论是任意管辖还是专属管辖,即使被告没有提出管辖错误的抗辩,受诉法院也有义务调查管辖权存否。^⑫管辖与诉讼标的之自由处分性无关,是法院内部权力行使问题,仅涉及法院的利害,所以管辖权基础资料的收集原则上应适用职权探知主义^⑬,但判断任意管辖事项时可适用辩论主义,只需基于当事人提出的资料进行判断即可^⑭。当然,在法院认为必要时,也可依职权进行证人询问、检证、鉴定等其他所有种类的证据调查。^⑮对于可采用的证据方法也没有任何限制,但仍然需要由负担证明责任的当事人预纳证据调查费用,否则法院可以不进行证据调查。尽管如此,实践中多要求当事人提出证据证明。不论是适用辩论主义的任意管辖,还是适用职权探知主义的专属管辖,管辖原因不明时均适用客观的证明责任,由主张管辖原因存在的一方承担没有证明的不利后果。^⑯

德国的学说和判例认为,除了抗辩事项和任意管辖,诉讼要件原则上依据职权进行审查。但这并不意味着应当对管辖要件依职权进行探知,仅意味着法院应当指示或告知它对管辖的想法^⑰。在一审判决程序中,如果裁判长对管辖权存疑,原告应当提出必要的主张和证据。法院对于诉讼要件存否的判断资料,限于当事人提出的事实和证据,但不受当事人自认的拘束,法院可以通过证据调查认定与之不同的事实。如果法院的疑虑最终没有消除,则由当事人承担无证据的风险。^⑱此时,毋庸被告申请,法院应依职权驳回诉讼。^⑲

根据我国《民事诉讼法》的规定,管辖权属于法院职权调查事项,但严格来说,其基础资料及证据收集并不能完全依赖于法院。法院的司法资源与调查手段有限,在没有调查线索时,其也无从收集事实和证据。而当事人通常都是首位的信息来源,所以即使是职权调查事项,法院也只能以当事人的主张和举证为中心推进审查,依据职权进行探知毋宁只是例外。^⑴此外,法院对于管辖本身并无固有利益,即使委于当事人主张举证也绝非不当。所以,法院对管辖存疑时,只要行使释明权,向当事人表明疑问并敦促其主张证明事实即可。此时,因管辖存在而获利的原告,应主张并证明管辖原因事实以避免管辖错误带来的不利后果。^⑵当然,在不同的情况下主张证明的程度要求并不同,比

⑫ 参见[日]秋山干男、伊藤真、加藤新太郎、高田裕成、福田刚久、山本和彦《评注民事诉讼法(I)》,日本评论社2014年版,第189页。

⑬ 参见前引⑭,[日]兼子一等书,第74页。

⑭ 参见前引⑮,[日]三木浩一等书,第76页。松本博之对通说有疑问,认为诉讼要件一般都具有公益性,没有理由只有公益性强诉讼要件才必须职权探知。参见[日]松本博之、上野泰男《民事诉讼法》,弘文堂2008年版,第272页。

⑮ 参见前引⑰,[日]新堂幸司书,第83页《日本民事诉讼法典》第14条。

⑯ 参见前引⑮,[日]伊藤真书,第91页。

⑰ 参见《德国民事诉讼法》第139条第3款。

⑱ 参见前引⑲,[德]奥特马·尧厄尼希书,第179页。

⑲ 参见前引⑮,[德]罗森贝克等书,第236-237页。

⑴ 参见前引⑮,[日]三木浩一等书,第215页。

⑵ 参见前引⑳,[日]松本博之等书,第272页。

如在侵权损害赔偿请求诉讼中,原告根据侵权行为提起损害赔偿请求时,只要充分主张侵权行为地在法院管辖区域内即可,而主张合意管辖时则必须证明合意有效。

(二) 是否构成自认

2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第35条规定,当事人在答辩期间届满后未应诉答辩,人民法院在一审开庭前,发现案件不属于本院管辖的,应当裁定移送有管辖权的人民法院。由此可见,管辖权乃法院职权调查事项,且在管辖错误时应依职权移送,并不依赖当事人提出异议。那么,对于管辖原因事实是否成立自认呢?一般认为,对于是否成立自认应当区别专属管辖和任意管辖。专属管辖的调查判断贯彻职权探知主义,法院必须积极地探知管辖原因事实,即使当事人之间没有争议也不成立自认。虽然也有观点认为,法院调查任意管辖时,也应适用职权探知而不受当事人自认拘束,否则将背离诉讼要件作为职权调查事项的趣旨。^⑫但日本多数说认为任意管辖的判断资料适用辩论主义,因此对管辖原因事实可以成立自认,并产生审理排除效与判断拘束效,但可依职权实施证据调查。^⑬日本通说认为,在任意管辖中,当事人可以合意变更法定管辖,如被告没有异议而应诉则构成应诉管辖。因为当事人可以自由处分任意管辖,所以在此限度内,只要当事人之间没有争议,无需证据便可直接认定管辖原因事实。^⑭

综上所述,因为当事人可以自由处分任意管辖,适用辩论主义,所以对任意管辖的原因事实可成立;反之,专属管辖并非当事人可以处分的对象,适用职权探知主义,即使当事人自认也不拘束法院。此外,由于作为级别管辖基准的诉额,是向法院缴纳受理费的计算标准,不允许当事人处分,所以对级别管辖的管辖原因也不成立自认。

五、后置审查之裁判方式

当事人提出管辖权异议,法院查明后需要对其进行裁判。基于诉讼经济及保障当事人程序权益的考量,如果被告提出管辖权异议,而法院认为其具有管辖权,不能径直续行审理并在终局判决的理由中表明判断,而必须裁定驳回管辖权异议以保障被告的上诉权。反之,在法院审查后发现管辖错误时,为避免原告遭受时效完成等不利益,应裁定移送,但也不妨基于不具备受案条件而驳回起诉。在裁定移送的情形下,移送后,之前实施的诉讼行为的效力应当根据具体问题具体分析。

(一) 驳回起诉抑或裁定移送

审查管辖后的裁判方式必须具体情况具体分析,主要包括如下几种情形。

^⑫ 参见前引^⑪,[日]松本博之等书,第272页。

^⑬ 参见前引^⑪,[日]三木浩一等书,第76页。

^⑭ 参见[日]兼子一、松浦馨、新堂幸司、竹下守夫、高桥宏志、加藤新太郎、上原敏夫、高田裕成《条解民事诉讼法》,弘文堂2011年版,第74页。

第一种情形,法院先发现管辖错误时,原则上应裁定移送,例外的可以驳回起诉。理由在于,首先,管辖十分复杂,原告起诉到无管辖权法院的情况时有发生,如果法院受案后查明案件不归本院管辖便直接驳回起诉,就会使已经进行的程序全部作废。原告再诉不仅需要时间和费用,而且还会丧失起诉时效中断、期间遵守的利益,不利于及时保护当事人的合法权益。而且,虽说管辖错误通常是因为原告失误造成的,但有时也不能完全归咎于原告,比如计算诉讼标的额。因此,从原告的再诉麻烦、费用、时效中断等角度考虑,法院依职权移送比驳回起诉更为合理。^{④⑤}其次,被告提出管辖权异议旨在接受有管辖权的法院审判。而且,因为管辖权是法院内部权限分配问题,对被告而言,只要保证其能够接受有管辖权法院的审判即可,毋庸通过驳回诉讼的方式加以保护。所以,管辖错误通常裁定移送即可。当然,从管辖权的本质来看,由于其属于起诉条件,即诉的合法性要件,管辖错误时以不合法为由驳回诉讼也不违法。^{④⑥}

第二种情况,法院在发现欠缺管辖权的同时,或在此之前就已明确请求无理由,此时应驳回请求还是裁定移送。法院必须在具备管辖权时才能作出认可请求的判决,这一点自不待言,但在驳回请求时是否可以忽略管辖权问题则存在观点分歧。有观点认为应当参照各个诉讼要件的立法理由,由于管辖的主要目的在于保护被告利益,因此当判断请求有无理由比判断管辖权存否更容易时,不妨判决驳回请求。^{④⑦}也有观点认为管辖并非本案判决前提要件,而是诉讼阻却事由,只要不能判明欠缺就可以判决驳回请求,甚至可以判决认可请求。日本通说认为,不管哪种管辖,法院误认或忽略不具备管辖权的事实,进而作出本案判决均构成违法,但任意管辖除外。^{④⑧}笔者认为,管辖权作为诉讼要件具有先决性,属于本案判决前提要件,欠缺时不得对案件进行裁判。即使请求当否非常明显,仍然不能作出本案判决,不论是判决驳回还是支持请求。

第三种情形,当事人向没有上诉权的法院上诉时,该法院应否受理并移送。日本的判例认为此时应移送管辖上诉法院,但学说对此有争议。有观点认为,错误的管辖上诉将会导致上诉期间经过的不利后果,从而对诉讼结果造成决定性影响,类似于一审管辖之错误起诉所造成的期间经过的不利后果,所以从方便以及诉讼经济出发应尽力救济,裁定移送。笔者认为,审级管辖因一审法院的存在而自动决定,上诉状必须在上诉期内向原审或上诉法院提出,因此不能通过移送加以救济。当然,向正确的上诉法院提交了上诉状,却写错法院名称的,可作为笔误订正。

第四种情况,管辖诉讼案件和非讼案件的法院之间是否可以进行移送,对于此种情

④⑤ 参见柴发邦、江伟、刘家兴、范明辛《民事诉讼法通论》,法律出版社1982年版,第139页。

④⑥ 参见前引③,〔日〕秋山干男等书,第199页。《德国民事诉讼法》第280条规定,如果法院认为自己具有管辖权,应在终局判决的理由中或以中间判决确认。如果法院没有管辖权,则以诉不合法为由驳回诉讼,但也可以向有管辖权的法院移送。2000年初级法院5.9%的案件和州法院6.2%的案件都被移送给其他法院。日本1996年之前的旧民事诉讼法规定法院没有管辖权时,应判决驳回诉讼。

④⑦ 参见〔日〕铃木正裕《诉讼要件与本案要件的审理顺序》,载《民商法杂志》1968年第4号。

④⑧ 参见前引④,〔日〕新堂幸司书,第69页。由于日本民事诉讼法规定当事人在控诉审中已经不能主张一审管辖错误,所以不构成判决违法。

形日本学上观点各异。否定说认为非讼案件与诉讼案件适用的程序法理不同且相互排斥,程序构造也存在本质差别,所以不能为了方便而适用诉讼案件的移送规定。肯定说认为,虽然诉讼案件与非讼案件的管辖法院不同,但仍然只涉及法院内部分工的问题,故应尽可能认可移送以救济管辖错误的不利后果。折中说则着眼于案件和程序构造的实质,将非讼案件分为真正的非讼案件与具有争讼性的不真正非讼案件,后者因实质上具有诉讼案件的性质而可以移送。^{④⑨}而《德国民事诉讼法》规定,任何程序中都可以进行移送,且产生的费用作为整个诉讼的费用。^{⑤⑩}笔者认为,随着非讼案件范围的扩大,非讼案件与诉讼案件的界限也变得模糊,两类案件可能存在部分交叉,从而造成当事人在选择法院时的困惑,有时难以判断究竟应向哪个法院起诉。如果不认可不同程序之间的移送,虽然可以彰显家事法院的独立性,但必然有损国民接近司法的权益。为了避免任何一个法院都不受案的危险,便于当事人行使诉权,应认可移送。

(二) 移送后前程序行为的效力

对移送裁定或驳回管辖异议的裁定提起上诉时,受诉法院可否推进本案审理呢?对移送裁定提起上诉时,将发生执行停止的效力,虽然不产生移送的效果,但受诉法院受自己作出的移送裁定拘束,不能续行本案审理。相反,裁定驳回管辖权异议时,受诉法院续行本案诉讼程序的权能不受影响,因此可以推进本案诉讼程序。^{⑤⑪}

在德国法上,移送裁判确定后,案件视为自始系属于受移送法院。通过移送可以治愈管辖错误,所以移送前后的程序构成统一的整体。移送前原法院的裁判视为受移送法院的裁判。^{⑤⑫}当事人的诉讼行为也不失效力。移送前后不发生诉讼系属的中断,因此起诉的效力、裁判上自认的效力、诉讼救助裁定的效力、时效中断与期间遵守的效果依然可以继续。当然,当事人必须在受移送法院中进行辩论的更新。移送裁判确定后,诉讼记录由移送法院的书记官送交受移送法院的书记官。案件在案卷到达受移送法院后才处于未决状态。^{⑤⑬}

日本民诉界普遍认为,移送法院具有管辖权时,其实施的诉讼行为径直保有其效力。^{⑤⑭}此时受移送法院参照法官更迭的情形,采用辩论更新程序即可。但是,对于没有管辖权的移送法院所实施的诉讼行为是否能够保有效力,则存在见解分歧。第一种观点认为移送法院与受移送法院的诉讼系属具有一体性,两者的辩论实质上具有连续性,因此全部诉讼行为都继续有效。第二种观点以《日本民事诉讼法》第381条、第395条第1款规定为根据,认为当移送案件涉及专属管辖时,移送法院中的诉讼行为无效。在不涉及专属管辖时,没有管辖权的法院作出的一审判决有效。即使涉及专属管辖,也不

④⑨ 《日本民事调停法》第4条、《日本家事审判规则》第129条之二认可地方法院与家庭法院之间移送调停案件。

⑤⑩ 参见前引⑮,[德]罗森贝克等书,第239页。

⑤⑪ 参见[日]新堂幸司、小岛武司《注释民事诉讼法(1)》,有斐阁1991年版,第305页。

⑤⑫ 参见前引⑮,[德]罗森贝克等书,第243页。

⑤⑬ 参见前引⑮,[日]松本博之等书,第265页。

⑤⑭ 参见前引⑮,[日]新堂幸司书,第86页。

必否定当事人双方没有异议的主张和举证的效力,虽然当事人陈述管辖异议后实施的诉讼行为无效,但此前实施的诉讼行为可以有效。^{⑤⑤}第三种观点认为,在移送法院没有管辖权时,不问是否涉及专属管辖,移送法院实施的诉讼行为全部失效。^{⑤⑥}其理由在于管辖权属于本案审理前提要件,从属性上来说,移送法院对其的审理,特别是移送裁定不应当约束受移送法院。以一审诉讼程序违法为由将案件发回重审时,该诉讼程序视为被撤销。此外,上级审以专属管辖错误为理由撤销原判决,并将案件移送管辖法院时,原审诉讼程序全部被撤销,一审中因管辖错误的移送裁定也具有同样效果。^{⑤⑦}判例的立场至今未定,上述观点各有相应的判例支持。

笔者认为,移送制度的功能在于原告向没有管辖权的法院起诉时,救济其免受驳回诉讼产生的不利后果,包括再次起诉产生的费用负担与时效中断等不利益。移送只是一种让诉讼系属于受诉法院的观念性效果。因此,移送裁定一经确定,就会产生形成性效力,诉讼即被视为从当初就系属于受移送法院。即使接受移送的法院不知移送裁定的确定,诉讼也拟制为溯及起诉时即系属于受诉法院。因此,起诉、时效中断、法律上期间遵守的效力不受移送裁定影响。受移送法院在移送裁定确定后,便可以作为本案法院接受诉讼参加、证据保全等诉讼上的申请。移送前在原法院所实施的诉讼行为,比如证据申请、证据调查、中间判决等,其效力在移送后是否径直被维持则需要根据具体情况分析。移送法院的诉讼程序在移送后无效时,必须从头开始重新进行诉讼程序。但是,当事人在原法院中作出的自认在移送后可以作为裁判外自认生效。人证调查的结果可以作为书证向接受移送的法院提出。^{⑤⑧}

六、后置审查之程序保障

由前文可知,原告向没有管辖权的法院起诉时,应当移送有管辖权的法院,即通过法院裁判将诉讼系属移转至其他法院。由于移送涉及当事人接受裁判的根本性权利,因此应当从听取当事人的意见,对移送裁定提起上诉以及为避免迟延而增设裁量性移送等方面加强对当事人的程序保障。

(一) 是否听取当事人意见

当接受移送的管辖法院仅有一个时,必须移送该法院自不待言。反之,当存在数个管辖法院时,移送法院必须在其中选择任意一个进行移送,^{⑤⑨}但是否应当听取当事人意见呢?

^{⑤⑤} 参见前引⑫,[日]秋山干男等书,第229页。

^{⑤⑥} 参见前引⑭,[日]兼子一等书,第86页;前引⑮,[日]新堂幸司等书,第308页。相反,伊藤真认为,仅限于违反专属管辖的移送导致否定移送前诉讼行为的效力。

^{⑤⑦} 参见前引⑮,[日]新堂幸司等书,第307页。

^{⑤⑧} 参见前引⑮,[日]新堂幸司等书,第309页。

^{⑤⑨} 参见前引⑮,[日]新堂幸司等书,第282页。

《日本民事诉讼法》规定 移送应当依据申请或职权进行。法院依职权进行移送时,可以在移送前审寻原告并听取其意见。其理由在于,如果起诉时存在数个管辖法院,那么选择哪一个应委于原告的意思自治,所以法院在裁定移送前尽管没有必要审寻原告,但通常应确认原告的意思,听取其意见,给予其选择的机会,尽可能根据其意思进行移送。但是,法院不受原告意思拘束,不听原告意见便作出移送裁定也不违法。原告认为自己没有受到尊重或者认为不便由受移送法院审理时,完全可以通过撤诉保护自己的利益。^⑩ 德国民事诉讼中的移送管辖适用于诉讼途径管辖、地域管辖和事务管辖。对于欠缺诉讼途径管辖的情形,不需要原告提出申请,法院应当依职权进行移送,而不能以诉不合法为由驳回。反之,对于因缺乏事务管辖权或者地域管辖权而进行的移送,法院必须以原告的申请为前提,也就不存在征求原告意见的问题。与此相对,被告不能申请移送,因为没有值得保护的利益,毕竟如果诉不被移送的话将因不合法而被驳回。但是,应当保障被告的法定听审权,听取其对移送申请的意见。

从比较法上来看,尊重当事人,尤其是原告对移送管辖的程序选择权乃是普遍规律。鉴此,目前我国实务界主流观点也认为,移送管辖时法院有义务听取当事人意见。即当人民法院移送案件时发现数个其他人民法院有管辖权的,应尊重原告的意见,赋予原告选择权,只有当原告拒绝选择时,才由法院决定。^⑪ 这种看法得到部分学者的支持,其主张管辖错误时,法院应当依照当事人申请而非职权裁定移送,在多个法院都有管辖权时由原告决定移送的法院。如果当事人不申请移送,应当驳回起诉,由原告选择维护自身权利的最佳方式。^⑫

我国立法并没有采用原告申请移送的模式,而被告在提出管辖权异议时即使申请了明确的移送法院也不拘束法院。只要法院在诉讼系属后查明管辖错误便应当依职权裁定移送。实践中,法院在面临多个选择时,一般会听取当事人意见以尊重当事人的程序选择权。笔者也赞成法官在作出移送裁定前应当通过释明询问原告的意愿,此举有利于防范原告对移送裁定声明不服。但是,出于诉讼效率考虑,法院不受当事人意见约束。此外,移送管辖本出于保护原告利益而设,故不必复以原告申请为前提,否则驳回起诉将致其更为不利。

综上所述,法院应依职权裁定移送,在有多个法院都具有管辖权时,可以征求当事人意见。如果被告异议成立且在管辖权异议中明确了要求移送的具体法院时,法院可以在听取原告意见后按被告主张进行移送。反之,如果被告异议成立但只要求移送其他有管辖权的法院时,法院可征求双方意见,并斟酌证据调查的便宜、方便诉讼等因素综合考虑后确定受移送法院。

(二) 对移送裁定可否上诉

^⑩ 参见前引④,[日]兼子一等书,第125页。

^⑪ 参见沈德咏主编《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第193页。

^⑫ 参见前引②,曹志勋文。

就是否需要保障被告对于移送裁定的上诉权而言,虽同属大陆法,德国和日本做法不一。即便是日本,不同时期的立法和学说也有所分歧。究其原因,系司法政策严格或宽松使然。

比如《德国民事诉讼法》第281条第2款规定,在因缺乏事务或地域管辖权而移送的情况下,不论裁定移送还是驳回移送申请,当事人都不能声明不服。即使移送法院的程序有瑕疵,移送裁定也具有拘束力。不仅移送裁定原则上不能被声明不服,而且受移送法院的本案裁判也不能再以该法院没有管辖权为由受到攻击。^③相反,在诉讼途径移送的情况下可以提起即时抗告^④。如果法院缺乏事务或者地域管辖权仍对案件作出了裁判,则管辖瑕疵可以通过已发布裁判的既判力得到补足。2001年上诉制度改革以后,即使裁判还没有发生既判力,因违反管辖权而提起上诉的也将受到限制,即当事人不能仅基于“一审法院错误地认为自己具有地域或者事务管辖权”就提起控诉,不论涉及初级法院还是州法院。此规定旨在强调诉讼经济理念以及同一审级法院的同等性。

与《德国民事诉讼法》相反,对于法院驳回移送申请的裁定,《日本民事诉讼法》明文规定可以即时抗告。但是,这经历了一个逐渐强化的过程。一方面,如果可以对移送裁定申请不服,则会停止一审的审理,有诉讼迟延之虞;但另一方面,哪个法院管辖对当事人接受裁判的权利影响甚大,所以1930年《日本民事诉讼法》修改时,明文规定仅对于会给当事人利害产生重大影响之移送裁定才可进行即时抗告,而对驳回移送申请的裁定不能申请不服。但是,在实施诉讼行为显著不便甚至困难的法院中接受审理,会对当事人行使诉权产生重大障碍,特别是一方当事人利用经济上的优势地位确定合意管辖时,如果不能对驳回移送申请的裁判声明不服便不能保护当事人的利益,因此出于周到保护国民利益之考虑且为贯彻处分权主义,1948年《日本民事诉讼法》修改认可了对驳回移送申请裁定提出即时抗告的权利,旨在为当事人在管辖方面的利益提供更厚重的保护。

与立法逐渐增强对当事人的程序保障不同,对基于管辖错误而提出的移送申请的驳回裁定可否声明不服,学说上存在见解分歧。争议的焦点是当事人是否拥有移送申请权。曾经的有力说为否定说,多数判例也持此看法。理由是法院对诉讼是否有管辖权属于职权调查事项,如果诉讼的全部或部分不归其管辖,法院应依职权裁定移送。虽然当事人可以提出作为防御方法的管辖错误抗辩或者敦促法院依职权作出移送裁定,但其本身并没有移送申请权。^⑤虽然《日本民事诉讼法》第33条规定对驳回移送申请的裁判可以提起即时抗告,但这仅限于当事人对移送申请拥有诉讼上的权利时,并不包括当事人没有申请权的情形。^⑥相反,肯定说认为,原则上不能在控诉审中主张一审管辖错误,所以为了避免当事人丧失对管辖错误申请不服的机会,对驳回基于管辖错误移送申请的裁定,也可以即时抗告。从职权移送的趣旨来看,即使被告没有申请移送,只要

③ 参见前引⑮,[德]罗森贝克等书,第242-244页。

④ 参见《德国民事诉讼法》第567条第1款。

⑤ 参见前引⑭,[日]兼子一等书,第82页。

⑥ 参见前引⑮,[日]新堂幸司等书,第304页。

争议管辖,就不会发生应诉管辖,保护被告在有管辖权的法院接受审判的管辖利益乃是法院的职责,所以应当认可当事人基于管辖错误的移送申请权,也应当允许当事人对驳回该申请的裁定提出即时抗告。^{⑥7} 1996年《民事诉讼法》修改明文认可了当事人的申请权,进而保障了即时抗告的途径。肯定即时抗告的判例也不少,理由是法院对当事人以管辖错误为由提出的移送申请作出某种判断时,也无法保障判断准确无误,因此没有否定当事人为纠正错误而申请不服的合理根据。^{⑥8}

我国民事诉讼法并不认可当事人基于管辖错误的移送申请权,当然也就没有认可相关上诉权的余地。但是,对于法院职权移送的裁定,原告拥有上诉权。从诉讼经济与避免诉讼迟延的角度而言,大可取消其上诉权。毕竟,原告对移送法院不满意时,可以通过撤诉救济自己的权利。当然,即使在当前认可上诉权的情形下,只要法院在职权移送时征求了原告意见,也会大量减少原告上诉的情形,毕竟上诉耽误时间对被告有利,所以不必过分担心。

(三) 增设裁量性移送

当多个法院对案件拥有管辖权时,原告可以选择其中一起诉。通常,原告会选择有利于己的法院,例如原告只考虑自己的利益,故意到被告不便应诉的法院起诉,或者即使没有故意却实际选择了不便法院提起诉讼。此时,被告可能会蒙受显著损害或诉讼进行显著迟延。因此,为保护被告利益并维持公益,原告即使是向有管辖权的法院起诉,但可能因此产生显著损害或诉讼迟延时,法院也可依据职权或被告申请裁量将案件移送其他更适当的法院管辖。^{⑥9}

裁量性移送或为避免诉讼的显著迟延或为谋求当事人之间的平衡,故应以显著损害或迟滞为要件。所谓损害,主要是指当事人,特别是被告诉讼实施上的负担等私益上的不便。而所谓迟滞,主要是指从证据调查所需时间和便宜来看,可能给法院增加的公益上的负担。^{⑦0} 前者主要涉及私益,例如具有非实质性对等关系的普通消费者与企业缔结合同时,企业通过合意管辖条款致使普通市民需要向远离自己住所地的企业总部所在地法院起诉,产生经济上和时间上的额外成本与不便。后者则是出于公益上的理由,因诉讼迟延可能会导致额外无用的费用负担,例如侵权损害赔偿案件中,尽管证人等多在侵权行为地,原告却向地处偏僻的被告住所地法院起诉,为避免产生显著迟延和更多证据调查费用而将案件移送侵权行为地法院。^{⑦1}

对于是否存在引发显著损害或诉讼迟滞的事由,需要综合各种因素后作出判断。为了规制法院的裁量权,法院最好在移送裁定的理由中明示考量因素。^{⑦2} 具体而言,以

^{⑥7} 参见前引①7,〔日〕新堂幸司书,第87页。

^{⑥8} 参见前引①1,〔日〕新堂幸司等书,第305页。

^{⑥9} 参见前引①1,〔日〕新堂幸司等书,第286页。

^{⑦0} 参见前引①4,〔日〕兼子一等书,第80页。

^{⑦1} 参见〔日〕法务省民事局参事官室《一问一答新民事诉讼法》,商事法务研究会1996年版,第40页。

^{⑦2} 参见前引①2,〔日〕秋山干男等书,第206-207页。

下要素可资判断考量:如当事人的经济实力与身体健康情况、系争物检证与鉴定的必要性、双方当事人的诉讼实施能力、证人数量与住所地、有无诉讼代理人、大部分证据方法的所在地、债权人的住所、合并审理的利益与方便、另诉或关联诉讼的系属、被告应诉难易程度、交通与审理上的便利、请求的种类和内容等。^⑬

结 语

我国特有的管辖权二元复式审查结构造成了管辖权审查的繁复性和内在冲突。也许将来废除立案庭之后,目前存在的问题可以自然消解。但既然短期内仍然会保留立案庭,那么只能在诉讼流程内部优化管辖权的审查任务。不消说,前置单一审查模式最能凸显管辖权的职权调查性和先决性,但却需要诸多配套改革,浩大的系统工程让人望而却步。相反,选择后置统一审查的改革模式毋庸增设诸多新制度,而且可以减轻立案庭的负担,因此遇到的改革阻力也会比较小,还可以提前为将来裁撤立案庭做好准备。总之,管辖权审查程序是一个需要体系化建构的作业,不能仅将目光局限于个别制度上,更不宜轻言废立某项制度,应当注重制度之间的衔接与协调,在程序内部的冲突中寻求平衡。

Abstract: The jurisdiction review in China is under a compound mixture structure. It mainly concerns with the pre-posed review by the case-filing chamber, and takes the post-posed review by the trial chamber as a supplement. Due to the fact that both the plaintiff and defendant can initiate the review procedure through claim filing and jurisdiction objection, it may cause disorder on the time of the initiation, and thus causing the man-made disseverance and repetition of the jurisdiction review. The jurisdiction objection system established out of judicial policy aggravates the complexity of the review procedure. On the other hand, the forum prorogatum system newly established for the parties' autonomy of will is nearly left unused due to the link fracture between it and the jurisdiction review's compound mixture structure. In order to make the jurisdiction review simpler, more efficient and more convenient, it is better to replace the compound mixture structure with a single structure of post-posed review. To enhance procedure guarantee, only the trial chamber should under its discretion inquire the parties on jurisdiction through trial. In addition, the law should add a new jurisdiction transfer, not based on the mistake, but based on the avoidance of delay.

(责任编辑:陈贻健)

^⑬ 参见前引^⑪,[日]新堂幸司等书,第288页。