

论应诉管辖制度的司法嬗变及其规则构建

黄忠顺^{*}

内容提要 应诉管辖制度尊重当事人在确定管辖法院中的意愿,彰显当事人程序主体性,并最终服务于民事诉讼模式的转型。但是,受地方保护主义与部门本位主义的影响,具体适用规则供给严重不足的应诉管辖制度可能异化为某些法院争夺或推诿管辖权的工具。为争取案件在其诉讼成本较低或者可以动员更多司法干预资源的法院审理,某些原告故意向无管辖权法院提起诉讼,并促使应诉管辖制度的适用条件在外观上得以成就。为防止被应诉法院强制适用应诉管辖制度,逾期未提出管辖异议的理性被告不得不考虑采取不应诉策略。应诉管辖制度在司法实践中的运行结果与立法初衷背道而驰,亟需对其司法嬗变情形进行类型归纳和理论反思,并在解释论上构建促使应诉管辖制度回归推定合意管辖模式的规则体系。

关键词 应诉管辖 管辖利益 合意管辖 法定管辖

一、问题的提出

管辖制度的基本功能在于相对均衡地分配民事案件负担,具有法院内部事务安排的属性。^①为节约司法资源和提高审判效率,对案件处理具有便利条件的法院通常被立法者优先赋予管辖权。然而,作为内部事务安排的民事案件负担分配结果具有涉他性,双方当事人不同法院进行诉讼的成本并不完全相同,而且通常表现为此消彼长的关系,故管辖制度的首要任务是确保各方当事人诉讼负担的合理分配。^②相对均衡地分配民事案件负担、便利法院对案件进行处理、均衡各方当事人诉讼负担成为各法域设计民事诉讼管辖规范的共通性考量因素。在理想状态下,不同法院对相同案件的受理及审理结果不应存在显著区别,当事人的管辖利益主要表现为诉讼成本的高低。然而,受地方保护主义与部门本位主义的影响,即使不考虑当事人在特定地域范围内可以动员更

^{*} 清华大学法学院助理研究员,法学博士。本文系中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目“民事纠纷的多元化解决机制研究”(项目批准号:10XN1033)的阶段性成果。

^① 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67页。

^② 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178页。

多的资源干预司法裁判,同一案件以相同的资料在不同法院进行诉讼的结果也可能相去甚远乃至截然相反,当事人的管辖利益开始向获得有利的本案判决的实体利益延伸。为了尽可能地避免这种情况的发生,管辖制度有必要通过程序设计和调整装置排除在案件实体处理上可能带有倾向性的法院的管辖权,即“尽量保证案件处理的实体内容不致因受理及进行审理的法院不同而受到影响”成为管辖制度的存立基础之一。^③诚然,地方保护主义与部门本位主义对民事诉讼制度及其运行所造成的负面影响具有系统性,从根本上解决问题,有待于司法体制改革的完成。^④但是,司法体制改革因涉及政治敏感问题而具有显著的渐进性,难以合理期待地方保护主义与部门本位主义在短期内获得根治,包括管辖制度在内的民事诉讼制度在司法实践中可能发生嬗变,在客观上有必要对传统民事诉讼制度进行必要的应对性调整。不可否认,违背民事诉讼基本理论的应对性制度设计存在本末倒置的嫌疑,但契合民事诉讼模式转型方向的应对性程序安排则具有积极意义。这是因为符合民事诉讼基础理论的应对性程序安排在强化当事人对抗地方保护主义与部门本位主义手段的同时,在客观上也有助于推动民事诉讼法的现代化与精致化,即使地方保护主义与部门本位主义在将来获得基本消除,其仍然具有存在的价值。鉴于我国当前民事诉讼模式转型呼吁程序自治性、程序主体性的制度构建,^⑤通过强化意定管辖以及细化管辖规范,减少受诉法院基于地方保护主义与部门本位主义而争夺或推诿管辖的制度空间,在某种意义上也为民事诉讼模式转型在管辖制度领域内的实现带来契机。

众所周知,法定管辖权连接点的判断标准具有模糊性,在客观上存在法院滥用自由裁量权以争夺或推诿管辖的空间。对此,有先见之明的当事人可以通过《民事诉讼法》第34条规定的书面管辖协议明确约定管辖法院,但因其仅适用于财产权益纠纷案件且当事人只能在与争议有实际联系的地点的法院中选择管辖法院,协议管辖制度在彰显当事人合意以及对抗地方保护主义与部门本位主义方面的效果较为有限。2012年《民事诉讼法》第127条第2款将应诉管辖制度的适用范围从涉外民事案件向国内民事案件拓展。应诉管辖制度仅以“当事人未提出管辖异议,并应诉答辩”为适用条件,只要被告不提出管辖异议并进行实体答辩,除非存在违反级别管辖和专属管辖的情形,受诉法

③ 参见王亚新《民事诉讼管辖:原理、结构及程序的动态》,载《当代法学》2016年第2期。

④ 地方保护主义与部门本位主义能否通过司法体制改革获得根治也不无疑问。即使是以正当程序保障闻名于世美国,通过选举产生的州法官在司法实践中也存在类似地方保护主义的情形,因为“作出违背大众意见裁决的州法官可能会发现丢了岗位。”[美]理查德·D.弗里尔《美国民事诉讼法》,张利民、孙国平、赵艳敏译,商务印书馆2013年版,第187页。即使可以通过健全司法责任制、完善司法人员分类管理、确立司法人员职业保障制度等方式强化其妥善履行职责的积极性,但法院或法官本位主义始终无法根除,因为程序运行者与程序利用者之间在民事诉讼程序中存在利益冲突的情形比比皆是。因而,当代民事诉讼法的重要发展趋势是,日益强调当事人的程序主体性,形成所谓人文主义民事诉讼观,通过具体的程序规则防范法院或法官为了实现自身利益而损害当事人合法权益,成为当代民事诉讼法的应有之义。参见汤维建、陈巍《司法改革应当以人为本——以民事诉讼为中心而展开的论述》,载《中国司法》2007年第2期。

⑤ 参见肖建国《回应型司法下的程序选择与程序分类——民事诉讼程序建构与立法的理论反思》,载《中国人民大学学报》2012年第4期。

院就不得拒绝受理。因而,在彰显当事人程序主体性并据此对抗地方保护主义与部门本位主义方面,应诉管辖制度对协议管辖制度具有重要的补强功能。然而,《民事诉讼法》第127条第2款仅以不足50字的篇幅对应诉管辖作出原则性规定,在具体程序规则供给严重不足的情形下,本来有望成为当事人应对地方保护主义与部门本位主义手段的应诉管辖制度,在司法实践中可能异化为受诉法院规避依职权审查义务、主动服务地方经济社会发展以及办理“人情案”、“关系案”、“金钱案”的工具,也可能造成原告滥用诉讼权利、诱发虚假诉讼发生等问题。诚然,包括应诉管辖在内的民事诉讼制度在司法实践中发生嬗变,并不必然意味着相关民事诉讼制度本身存在着不合理之处。以“不仅为当事人减少讼累,也为法院管辖赋予正当性的法律依据,节省司法资源,体现公正与效率”^⑥为立法宗旨的应诉管辖制度符合程序主体性的民事诉讼法改革方向,但因具体规则供给严重不足导致其可能被滥用。因而,应诉管辖制度的司法嬗变现象足以成为细化应诉管辖规则的理由和依据。鉴于此,本文拟在检讨应诉管辖制度立法模式的基础上,通过215份援引《民事诉讼法》第127条第2款的相关裁判文书为考察对象,^⑦对应诉管辖制度的司法嬗变情形进行类型化分析,分别探析各种嬗变情形发生的原因及其解决方案,以化解目前人们在应诉管辖制度适用及理论上的诸多疑问,最终致力于构建应诉管辖制度的规则体系。

二、失权模式与推定模式: 应诉管辖制度模式的司法嬗变

在现行《民事诉讼法》第127条第2款确立适用于所有民事案件的应诉管辖制度之前,1991年《民事诉讼法》第38条就要求当事人在“提交答辩状期间”(以下简称“答辩期间”)内提出管辖异议,有的学者将答辩期间作为当事人提出管辖异议的除斥期间,当事人逾期未提出管辖异议即产生失权的法律效果,受诉法院据此取得应诉管辖权,^⑧最高人民法院也曾通过司法解释对此予以确认。^⑨然而,民事诉讼法学界主流观点认为,将该规定理解为应诉管辖曲解了立法者的本意,既不利于克服地方保护主义,也与

⑥ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国民事诉讼法解读》,中国法制出版社2012年版,第349页。

⑦ 笔者于2015年12月17日以“《民事诉讼法》第一百二十七条第二款”为关键词,在中国裁判文书网(<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>)检索2012年《民事诉讼法》实施以来的相关裁判文书,收集到最高人民法院以及全国各地方人民法院援引该条文的裁判文书225份,扣除针对系列案件作出高度相似的10份裁判文书,本文以215份裁判文书作为考察对象。

⑧ 参见孙邦清《民事诉讼管辖制度研究》,中国政法大学出版社2008年版,第242页。

⑨ 《关于经济纠纷案件当事人向受诉法院提出管辖权异议的期限问题的批复》(法(经)复[1990]10号)第1条规定,人民法院受理的第一审经济纠纷案件,当事人在法律规定的提交答辩状期间内对法院的管辖权提出异议的,法院应当先就本院对该案有无管辖权问题进行审议;逾期提出的,法院不予审议。该批复已被《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》(法释[2013]2号)以“已被民事诉讼法代替”为由予以废止。

比较法视角下应诉管辖的本质相去甚远。^⑩ 在保留 1991 年《民事诉讼法》第 38 条内容的基础上,2012 年《民事诉讼法》增加应诉管辖条款,除了“当事人未提出管辖异议”,还必须构成“应诉答辩”,才能“视为受诉人民法院有管辖权”。伴随着“应诉答辩”要件的增设,该规定已非失权模式所能解释。最高人民法院的司法态度也已发生转变,倾向于将“应当在提交答辩状期间内”提出管辖异议的规定解释为倡导性条款。^⑪ 因而,单独从“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”推导出失权制度,尽管符合受诉法院自身的利益,但明显与立法原意不符。

(一) 应诉管辖制度的确立: 从失权模式向推定模式的转型

尽管 1991 年《民事诉讼法》第 38 条规定当事人应当在答辩期间内提出管辖异议,但从体系解释的角度来分析,应诉管辖制度并不以失权作为要件之一。首先,失权系属对当事人诉讼权利的重大限制,理应遵循法律保留原则,但立法者并没有规定逾期失权的法律效果,没有不利法律后果的“应当”只能解读为“倡导”。其次,失权期限在理论上只能设置为除斥期间,但 1991 年《民事诉讼法》第 76 条允许因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误答辩期限的当事人在障碍消除后的 10 日内向法院申请顺延期限,而且该法第 249 条亦规定涉外案件的答辩期间可以申请延期,没有除斥期间的“应当”不能解释为“失权”。再次,失权的正当性基础在于当事人对管辖错误负有自我责任,以失权为根基的应诉管辖制度的适用必然意味着当事人放弃行使管辖异议权,但 1991 年《民事诉讼法》第 36 条规定受诉法院对作为诉讼要件的管辖权也负有依职权审查义务,故管辖错误不能完全归咎于当事人。最后,如果 1991 年《民事诉讼法》第 38 条已经确立以失权为根基的应诉管辖制度,该法第 245 条就没有必要针对涉外民事诉讼案件另行规定应诉管辖制度。

鉴于应诉管辖制度的失权模式有助于减轻管辖权审查负担或者实现争夺管辖权的目的,1991 年《民事诉讼法》第 38 条的倡导性规定在司法实践中异化为强制性规定。2012 年在全面修改《民事诉讼法》的过程中,立法机关将 1991 年《民事诉讼法》第 38 条的内容作为现行《民事诉讼法》第 127 条第 1 款,并在第 2 款中将采取推定模式的涉外应诉管辖制度的适用范围拓展至所有民事案件。应诉管辖制度的立法初衷是节省司法资源以及减少当事人讼累,^⑫前者符合程序运行者的利益,后者符合程序利用者的利益。然而,无论是节省司法资源抑或减少当事人讼累,均不得以显著减损民事诉讼程序运行的正当性为代价。为此,尽管《民事诉讼法》第 127 条第 2 款采取“视为受诉人民法院有管辖权”的表述,最高人民法院将其理解为“默示协议管辖”。^⑬ 最高人民法院将应诉管辖解释为“默示协议管辖”意味着,“法律推定双方当事人就受诉法院有管辖权达成了

^⑩ 参见江伟主编《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 331-332 页。

^⑪ 参见最高人民法院民事诉讼修改研究小组编著《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社 2012 年版,第 72 页。

^⑫ 参见张卫平《民事诉讼法》,法律出版社 2016 年版,第 113 页。

^⑬ 参见江必新主编《新民诉法解释法义精要与实务指引》,法律出版社 2015 年版,第 506 页。

合意”，“未在答辩期内提出管辖权异议并不足以推定被告具有认可管辖法院的意思表示”还需要存在被告“针对双方当事人争议的法律关系和对方提出的诉讼请求提出的反驳和异议”的诉讼行为，^⑭才可以据此推定双方当事人通过意思实现的方式达成了管辖协议，即推定受诉法院审理本案符合双方当事人的意愿。因而，默示协议管辖解释路径下的应诉管辖的基本构造是：原告向无管辖权法院提起民事诉讼的行为被理解为以行为向被告发出订立管辖协议的要约，而被告未提出管辖异议并积极应诉答辩的行为被理解为包含了对原告发出的要约进行承诺的意思表示，即双方当事人均以意思实现的方式达成默示管辖协议。一方面，意思实现属于要约、承诺的缔约方法，具有周到地保护受约人合法权益的功能，^⑮以默示管辖协议为根基的应诉管辖制度须以不损害作为受要约人的被告的合法权益为底线。另一方面，意思实现在本质上仍属意思表示，有关意思表示瑕疵救济的法律规定对于意思实现仍应适用，^⑯以默示管辖协议为根基的应诉管辖制度应以确保受诉法院受理案件不违背被告真实意愿为必要，被告得以错误（重大误解）等为由推翻应诉管辖制度的适用。诚然，为了避免浪费司法资源和减少当事人不必要讼累，受诉法院是否享有管辖权应当予以尽可能早地确定，考虑到我国民事诉讼当事人的实际诉讼能力相对不足的现实，最高人民法院倾向于从司法解释层面明确向受诉法院课以释明义务。^⑰如果受诉法院对管辖权事项妥善地履行依职权审查义务并向被告如实披露本院无管辖权的事实，被告仍不提出管辖异议并积极应诉答辩的，受诉法院依据《民事诉讼法》第127条第2款的规定取得不违反级别管辖与专属管辖的应诉管辖权，便具备足够充分且正当的理由。

（二）应诉管辖制度的嬗变：从推定模式向失权模式的回归

我国现行《民事诉讼法》既没有将法院依职权审查和依职权释明作为应诉管辖制度的适用条件，也没有规定被突袭适用应诉管辖制度的被告据以谋求救济的途径，反而对被告提出管辖异议的期限加以严格限制，并删除了“违反法律规定，管辖错误的”这一再审事由，为应诉管辖制度的司法嬗变埋下伏笔。《民事诉讼法》第127条第1款沿用1991年《民事诉讼法》第38条的规定，基于体系解释的原因，仍有不少观点坚持认为，只要被告未在答辩期间内提出管辖异议，就满足“当事人未提出管辖异议”的条件。^⑱《民事诉讼法》第127条第2款采取“视为受诉人民法院有管辖权”的表述并没有彰显应

^⑭ 参见前引⑪，最高人民法院民事诉讼修改研究小组书，第70页。

^⑮ 参见崔建远《意思实现理论的梳理与评论》，载《河北法学》2007年第5期。

^⑯ 参见韩世远《默示的承诺与意思实现》，载《法律科学》2003年第1期。

^⑰ 参见前引⑪，最高人民法院民事诉讼修改研究小组书，第73页。

^⑱ 立法机关出版的准立法理由书认为，根据《民事诉讼法》第127条的规定，“当事人如果在提交答辩状期间内未提出管辖异议并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但是违反本法第17条、第18条、第19条、第20条及第32条有关级别管辖和专属管辖的除外。”前引⑥，全国人大常委会法制工作委员会民法室书，第349-350页。最高人民法院也在个案裁判中指出，《民事诉讼法》第127条第2款“属于应诉管辖条款，即人民法院受理案件后，如果当事人未在提交答辩状期间对管辖权提出异议的，该受理法院取得对该案的管辖权，当事人不得在以后的诉讼中再行提出管辖权异议，也不得就案件的管辖权问题申请再审。”参见最高人民法院（2013）民提字第67号民事裁定书。

诉管辖与当事人合意之间的关系,至少在字面上不要求双方通过默示或其他方式达成选定受诉法院为管辖法院的任何合意,而仅根据“未提出管辖异议”和“应诉答辩”两个外在的客观行为不可反驳地推定受诉法院享有管辖权,至于被告是否知道该法院无管辖权,是否有意愿在该法院进行诉讼,则在所不问。^{①⑨}为摆脱积极构成要件(应诉答辩)的限制,有的学者在立法论上主张将应诉管辖制度改造成“无异议管辖”制度,只要被告未在答辩期间内提出管辖异议,受诉法院就获得案件的管辖权;^{②⑩}有的学者则在解释论上主张,辅助性地借用《民事诉讼法》第13条第1款有关诚实信用原则的规定,将第127条第2款规定的“应诉答辩”较宽泛地解释为包含了仅仅对程序性事项的回应,只要被告未在答辩期间内提出管辖异议即认定满足“未提出管辖异议”的消极构成要件,并以“公告送达又缺席判决已拟制当事人已得到合法通知的程序保障”为由主张被告缺席也构成应诉管辖。^{③⑪}显而易见,前述观点实质上采取的是失权模式思维,即只要被告没有在答辩期内责问管辖权,就发生失权效果,且该失权效排除了法官的职权审查^{④⑫}。

在当前绝大多数地方法院面临着“案多人少”与“主动服务地方经济社会发展”的双重压力下,基于地方保护主义与部门本位主义,应诉管辖制度从推定模式向失权模式的回归具有必然性。在司法实践中,受诉法院急于依职权审查管辖权、故意不发现案件不属于本院管辖、无视被告在答辩期间内提出的管辖异议、强行认定被告构成“应诉答辩”等情形较为严重,使得应诉管辖制度在司法实践中可能异化为受诉法院规避管辖权审查义务、争夺案件管辖权、(联合原告共同)强迫被告在本院进行诉讼的手段,而被告管辖利益以及诉讼程序运行的正当性则可能成为程序运行者谋求自身利益的无谓代价。为有效揭示应诉管辖制度的司法嬗变现象,笔者拟分别从应诉管辖制度的运行者以及利用者两个视角展开类型化分析,探析应诉管辖制度嬗变的基本轨迹及其可能的应对性规则构建方案。

三、基于运行者原因造成的司法嬗变

尽管我们有必要从政治的高度要求司法机关“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,但受诉法院及具体办案人员在民事诉讼程序运行过程中往往具有自身的利益诉求。民事诉讼制度的设计及其解释均应当考虑程序运行者自身的利益,预防程序运行者因过分追求自身利益而导致民事诉讼制度发生嬗变。现行应诉管辖制度的具体适用规则供给严重不足,对应诉管辖制度可能发生的滥用情形没有设置任何预防或惩戒机制,故受诉法院及具体办案人员为实现自身利益而滥用应诉管辖制

^{①⑨} 参见刘学在、孙曦晖《合意管辖与应诉管辖之再探讨》,载《时代法学》2013年第6期。

^{②⑩} 参见许尚豪《无异议管辖制度研究——兼评〈民事诉讼法〉之应诉答辩管辖制度》,载《法学论坛》2015年第1期。

^{③⑪} 参见王亚新《新民事诉讼法关于庭前准备之若干程序规定的解释适用》,载《当代法学》2013年第6期。

^{④⑫} 参见曹志勋《论普通程序中的答辩失权》,载《中外法学》2014年第2期。

度的空间较大。在司法实践中,有的法院混淆应诉管辖与管辖恒定各自的制度功能,在本应考虑适用管辖恒定制度的情形下强行适用应诉管辖制度,以减轻本院享有管辖权的论证责任。有的法院以被告逾期提出管辖异议且已构成应诉答辩为由规避或减轻审查地域管辖权的义务,甚至有些法院利用应诉管辖制度搪塞被告提出的专属管辖异议与级别管辖异议。懈怠管辖权法定审查或者调查义务,在某种程度上可以归因于司法惰性(部门本位主义),但也可能是地方保护主义或者司法腐败所致。为了规避履行法定义务或者实现其他非法目的,法院还存在强行认定被告未在答辩期间内提出管辖异议以及强行认定被告构成应诉答辩的司法倾向。

(一) 规避审查管辖恒定的适用条件

应诉管辖制度消极适用要件(未提出管辖异议)与积极适用条件(应诉答辩)的判断基准时点发生分离,被告是否提出管辖异议的判断基准时点是答辩期间届满之时,但其是否应诉答辩的判断基准时点则是一审口头辩论终结之时。被告在答辩期间届满后发现管辖错误并据此提出异议的,受诉法院在司法实践中往往遵循失权原理拒绝予以审查。被告逾期提出异议所针对的管辖错误于答辩期间届满之前已经存在的,尚且存在自我责任原则的适用空间。然而,管辖错误事由发生在答辩期间届满之后,受诉法院以“当事人未(在答辩期间届满之前)提出管辖异议,并应诉答辩”为由,违背被告意愿而坚持适用应诉管辖的做法则实属强人所难。这是因为,在答辩期间届满之后,案件仍然可能发生原告增加或变更诉讼请求、原告撤回对部分被告的起诉、法院依职权调整案由、本诉原告撤回起诉等可能对法定管辖权的连接点产生影响的变动,本应当通过既有的管辖恒定制度权衡是否由受诉法院继续行使实体管辖权,但前述情形在外观上同时符合《民事诉讼法》第127条第2款所规定条件的,部分法院基于节约论证成本的目的而机械适用应诉管辖制度^{②③}。

在推定合意管辖模式的解释框架下,受诉法院因确定管辖权的因素后续发生变动而丧失法定管辖权的,被告未能在答辩期间内提出管辖异议不具有主观可归责性,受诉法院以被告已以书面或者口头形式进行“应诉答辩”为由裁定适用应诉管辖制度的,有违应诉管辖制度“尊重当事人意愿”的立法初衷。实际上,起诉时对案件享有管辖权的受诉法院,其管辖权不因确定管辖权的因素的变化而受到影响,但这属于管辖恒定制度的固有适用效果。^{②④}管辖恒定制度的主要价值在于维系程序安定价值,^{②⑤}并避免受诉法院与双方当事人已为的诉讼行为归于徒劳。^{②⑥}故管辖恒定制度属于强制性规范,即使违

^{②③} 参见河南省濮阳市中级人民法院(2014)濮中法民二终字第201号民事判决书(原告变更诉讼请求)、山西省长治市中级人民法院(2015)长民再终字第00006号民事裁定书(原告撤回对部分被告的起诉)、山东省潍坊市中级人民法院(2015)潍民四终字第584号民事判决书(法院依职权调整案由)、河北省赞皇县人民法院(2015)赞民一初字第272号民事判决书(本诉原告撤回起诉)。

^{②④} 参见刘学在《略论民事诉讼中的诉讼系属》,载《法学评论》2002年第6期。

^{②⑤} 参见陈桂明、李仕春《程序安定论——以民事诉讼为对象的分析》,载《政法论坛》1999年第5期。

^{②⑥} 参见占善刚《略论民事诉讼中的管辖恒定原则》,载《法学评论》2001年第6期。

背当事人意愿,也应当强制适用。案件系属后导致受诉法院丧失法定管辖权的因素存在客观事实(事件)和主观事实(行为)之分。因客观事实导致受诉法院丧失法定管辖权的,通常不存在原告滥用管辖恒定制度强迫被告在无管辖权法院应诉的情形。然而,因主观事实导致受诉法院丧失法定管辖权的,则需要防范原告为了争取案件在对其“有利”的法院审理而损害被告的管辖利益。所以,管辖恒定制度的适用须以原告不存在恶意拉管辖且不给被告造成显著不利益为前提,如果发现当事人利用管辖恒定达到规避管辖的目的,则立法者应进一步限制其适用范围。^{②7} 相对于具有强行法属性的管辖恒定制度而言,为节约论证成本以及强化正当性外观,受诉法院更倾向于借助享有“默示协议管辖”美誉的应诉管辖制度维系本院的实体管辖权。

显而易见,在推定合意管辖模式的解释框架下,如果应诉管辖制度的适用以被告明知管辖错误为条件,被告明知受诉法院缺乏法定管辖权仍应诉答辩的,即使确定法定管辖权的因素发生变动,也不存在管辖恒定制度之适用空间。如果应诉管辖制度的适用不以被告明知管辖错误为条件,被告未在答辩期间内提出管辖异议并应诉答辩的情形主要包括以下几种:(1)被告明知受诉法院无管辖权而应诉答辩。被告向受诉法院陈明不对无管辖权之受诉法院提出管辖异议或者经受诉法院告知本院无管辖权事实后仍应诉答辩的,属于明知受诉法院无管辖权而应诉答辩的情形。(2)被告应知受诉法院无管辖权而应诉答辩。商事被告或者答辩期间内已聘请律师的民事被告应当具备发现管辖错误的实际诉讼能力,^{②8}在开庭审理之前没有提出管辖异议而进行实体答辩的,属于具备判断受诉法院有无管辖权而应诉答辩的情形。在前述两种情形下,鉴于受诉法院已经取得应诉管辖权,即使受诉法院因确定管辖权的因素后续发生变动而丧失法定管辖权,也无须适用管辖恒定制度。(3)被告误认为受诉法院有管辖权而应诉答辩。答辩期间内未聘请律师的民事被告,因误认为受诉法院有管辖权,而未在答辩期间内提出管辖异议并应诉答辩的,受诉法院不能据此取得应诉管辖权,确定管辖权的因素后续发生变动,使得原本无管辖权的受诉法院取得管辖权的,受诉法院的管辖瑕疵得以弥补,但这并非管辖恒定制度的适用效果。

综上所述,不论是否以被告明知管辖错误为适用条件,应诉管辖制度与管辖恒定制度之间的适用范围相对独立,前者适用于受诉法院缺乏法定管辖权或者受诉法院是否享有法定管辖权处于真伪不明状态两种情形,后者主要适用于受诉法院在原告起诉时确定享有法定管辖权的情形。受诉法院确定享有法定管辖权的,自不存在适用应诉管辖制度之必要,随后确定管辖权的因素发生变动并导致受诉法院丧失法定管辖权的,应当考虑适用的是管辖恒定制度。受诉法院不确定享有法定管辖权或者确定不享有法定

^{②7} 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。

^{②8} 在司法实践中,既有上诉人(原审被告)以其在原审程序中未委托律师而未能及时提出管辖异议反对适用应诉管辖制度(参见江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第518号民事判决书),也有被上诉人(原审原告)以答辩期间内未提出管辖异议的上诉人(原审被告)在原审程序中已委托律师为由主张应当适用应诉管辖。参见浙江省金华市中级人民法院(2013)浙金商外终字第9号民事判决书。

管辖权但被告没有提出管辖异议并应诉答辩的,才有必要推定当事人达成在本院进行诉讼的默示管辖协议。诚然,在司法实践中,伴随着诉讼资料的增加,即使确定管辖权的因素不发生变动,受诉法院对本院是否享有法定管辖权的审查结论也可能发生变化,受诉法院在答辩期间内认为本院享有管辖权的,也不能完全排除其根据新增诉讼资料推翻先前对管辖权作出的判断。因而,在某种意义上,即使受诉法院在答辩期间内认为本院享有管辖权,也不意味着受诉法院对本案确定享有管辖权,仍存在应诉管辖制度的适用空间。然而,受诉法院系针对原来的案件取得应诉管辖权,案件在受诉法院适用应诉管辖制度后发生重大变动的,鉴于被告“未提出管辖异议,并应诉答辩”时未能考虑到该情形,继续适用应诉管辖制度而拒不向被告提供管辖异议救济机会,有违民事诉讼当事人自我责任原则。对此,笔者认为,无论受诉法院所享有的管辖权系属法定管辖权抑或应诉管辖权,确定管辖权的因素发生变动的,受诉法院应当优先考虑适用管辖恒定制度,在无法适用管辖恒定制度的情形下,受诉法院应当重新给予被告提出管辖异议的机会,被告未在受诉法院重新指定的合理期限内提出管辖异议并应诉答辩的,受诉法院才可以适用应诉管辖制度论证本院继续享有实体管辖权。

(二) 规避依法审查任意管辖权义务

传统大陆法系将管辖权作为诉讼要件,“案件是否属于本院管辖”本应由受诉法院依职权审查,但因案件尚未进入实体审理环节,其审查标准采取有别于实体审理程序的形式化标准。然而,依职权审查“案件是否属于本院管辖”的义务以及在履行该义务中所需要达到的注意程度,无疑对受诉法院提出了较高的要求。鉴于任意管辖系为当事人之方便,允许当事人根据双方合意对无涉公共利益的法定管辖进行变通,应诉管辖制度在客观上具有减轻甚至豁免管辖权审查义务以提高诉讼效率的功能。因而,只要被告未在答辩期间内提出管辖异议且已构成实体答辩,受诉法院及其上诉法院通常不再审查地域管辖事项^{②9},也不再对管辖协议或者仲裁协议的真伪进行审查或组织辩论。^{③0}尽管有的法院倾向于在裁定适用应诉管辖制度之前依职权审查管辖权,但在应诉管辖制度的适用条件已经成就的情形下,受诉法院经常懈怠任意管辖权的审查义务。受诉法院对任意管辖权进行重点审查,往往是因为受诉法院对本案是否适用应诉管辖制度有所疑虑。^{③1}由此可见,应诉管辖制度具有减轻甚至豁免法院对任意管辖权审查义务的功能。然而,基于司法惰性,受诉法院也可能会滥用应诉管辖制度,即通过强制适用应

^{②9} 河南省高级人民法院(2014)豫法民二终字第48号民事判决书、广东省江门市中级人民法院(2014)江中法民二终字第269号民事判决书、广东省佛山市中级人民法院(2014)佛中法民二终字第929号民事判决书、江苏省镇江市中级人民法院(2013)镇民终字第1246号民事判决书、辽宁省大连市中级人民法院(2015)大民二终字第00414号民事裁定书、江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡商辖终字第00172号民事裁定书等均没有对上诉人(原审被告)提出的管辖异议作出任何实质性回应,而直接以应诉管辖制度作为驳回相关上诉请求的依据。

^{③0} 分别参见吉林省高级人民法院(2014)吉民二终字第101号民事判决书、浙江省杭州市萧山区人民法院(2014)杭萧商外初字第20号民事判决书。

^{③1} 参见四川省巴中市中级人民法院(2014)巴中民管终字第3号民事裁定书、甘肃省天水市中级人民法院(2014)天民二终字第3号民事裁定书。

诉管辖制度,以规避对管辖连接点的审查义务和审查风险。这是因为地域管辖连接点的判断往往需要对系争实体法律关系进行形式化审查,在案件进入实体审理之前,对实体法律关系进行判断的难度及风险较大。在司法实践中,急于依职权审查任意管辖权的受诉法院及其上诉法院,通常以被告无证据证明其在答辩期间内提出管辖异议为由,强行认定“当事人未提出管辖异议”,并将被告从事的本案言词辩论以外的其他诉讼行为强行认定为“应诉答辩”,使得应诉管辖制度异化为地方法院争夺、推诿地域管辖权甚或级别管辖权的新手段^③。

1. 强行认定被告未提出管辖异议

受诉法院及其上诉法院倾向于以被告无证据证明其在答辩期间内提出管辖异议为由强制适用应诉管辖制度,从而加剧法院与当事人之间的不正当对抗,容易引发司法不信任危机。^④ 鉴于我国现行法律并未明确要求被告以书面形式提出管辖异议,被告得以口头形式提出管辖异议,但其随后在上诉程序中证明其曾以口头方式提出管辖异议极为困难。即使被告以书面形式及时向受诉法院提出管辖异议,《民事诉讼法》第66条仅要求法院对当事人提交证据材料出具收据,书面管辖异议申请书并不属于应诉法院应当出具收据的材料范围,故受诉法院若拒不承认其曾收到管辖异议申请书,即使被告通过挂号信回执等材料可以证明其曾于特定时间向受诉法院寄送过材料,仍无法证明其所寄送材料内容系属书面管辖异议。^⑤ 以上诉人(原审被告)未能提供证据证明其在答辩期间内提出管辖异议为由拒不审查管辖异议,实际上运用了证明责任判决原理。然

^③ 分别参见山东省青岛市中级人民法院(2014)青民二商终字第898号民事判决书、海南省高级人民法院(2014)琼民二初字第14号民事裁定书。诚然,鉴于机械化理解和适用现行应诉管辖制度容易引发被告对受诉法院的强烈不满,部分裁判文书反映出受诉法院和/或其上诉法院谨慎适用应诉管辖制度的司法态度:有的法院支持被告在答辩期间届满后开庭审理前针对任意管辖权提出的异议,参见广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院(2013)良民一初字第660-4号民事裁定书;有的法院支持被告在庭审中针对任意管辖权提出的异议,参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法立民终字第190号民事裁定书、江苏省镇江市中级人民法院(2015)镇民他字第00007号民事裁定书、辽宁省本溪市中级人民法院(2014)本立民终字第00013号民事裁定书、湖北省武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中民立终字第00189号民事裁定书等;有的法院对被告逾期提出的管辖异议进行模糊化处理但实质上仍然予以支持,参见四川省高级人民法院(2013)川民终字第578号民事裁定书,甚至有法院在被告未提出管辖异议(且已实体答辩)的情形下仍依职权认定自身缺乏法定管辖权而将案件移送其他法院处理,参见江苏省徐州市丰县人民法院(2015)丰民初字第0276号民事裁定书;为了避免被指责强制适用应诉管辖制度,部分受诉法院自发以查明本院是否享有法定管辖权并履行释明义务作为应诉管辖制度的适用条件,参见山东省莱芜市中级人民法院(2015)莱中辖终字第11号民事裁定书、重庆市南川区人民法院(2014)南川法民初字第01260号民事判决书、北京市第二中级人民法院(2014)二中民(商)终字第11740号民事判决书、四川省成都市中级人民法院(2015)成民终字第2731号民事判决书等;甚至要求被告以书面形式表示愿意接受本院管辖,参见海南省海口市美兰区人民法院(2014)美民一初字第1073号民事判决书。

^④ 在笔者研析的裁判文书中,上诉法院以上诉人(原审被告)无法证明其在原审答辩期间内提出管辖异议为由适用应诉管辖制度的情形较为常见,如“因无证据证实在答辩期内向原审法院提出管辖权异议,并应诉答辩”,参见山东省泰安市中级人民法院(2014)泰民一终字第980号民事判决书“上诉人没有提交证据证明其曾在原审中提出管辖权异议”,河南省商丘市中级人民法院(2014)商民三终字第246号民事判决书“上诉人太平洋财险盐城支公司也未在首次开庭前提交仲裁协议,亦未提供证据证明其在首次开庭前提出异议”,江苏省盐城市中级人民法院(2014)盐商终字第0341号民事判决书等。

^⑤ 参见山东省青岛市中级人民法院(2015)青民二商终字第732号民事判决书。

而,证明责任分配仅适用于存在实质性争议的双方当事人之间,但原审被告系与一审法院就其是否在答辩期间内提出管辖异议发生争议。即使原审原告为维护其管辖利益而有动力与原审被告就后者是否在答辩期间内提出管辖异议展开攻击防御,但因管辖异议系原审被告向受诉法院提出,原审原告并不足够接近证据,二审法院仍有必要对一审法院进行调查取证。鉴于二审法院查明一审法院隐瞒原审被告在答辩期间内提出管辖异议将对一审法院产生重大不利益影响,无论将一审法院作为系争主体抑或调查对象,其实际效果均表现为原审被告与一审法院之间的对抗,而这种不正常对抗将减损司法公信力。对此,最高人民法院可以考虑通过司法解释或者指导性案例防范受诉法院及其上诉法院强行认定被告未提出管辖异议,笔者认为该规则主要包括以下几方面内容:(1)受诉法院接收被告递交管辖异议申请书的,应当现场出具收据。(2)被告和/或其诉讼代理人通过邮寄方式提出管辖异议的,受诉法院应当邮寄或现场发给收据,并保留邮件信封等原始材料。(3)被告和/或其诉讼代理人在审前准备程序或者开庭审理过程中以口头方式提出管辖异议的,无论被告是否已经构成“应诉答辩”,受诉法院都应当如实记入笔录,并经当事人和/或其诉讼代理人签字确认。(4)办案人员拒不出具收据或者记入笔录的,当事人及其诉讼代理人可以向纪检监察部门投诉。(5)被告不服适用应诉管辖制度的裁判文书,以其曾向受诉法院提出管辖异议为由,提起上诉或者申请再审的,上诉法院或者再审法院应当要求其提交管辖异议申请书收据,但受诉法院违法拒不出具收据或者上诉人在原审中系以口头方式提出管辖异议的,上诉法院或者再审法院应当调阅卷宗和调查取证,不得动辄以原告被告无证据证明其曾提出管辖异议为由,拒不审查应诉管辖制度适用的准确性。

2. 强行认定被告构成应诉答辩

在司法实践中,被告因存在本案言词辩论以外的行为而被受诉法院强行认定构成应诉答辩的情形主要包括:(1)被告未在答辩期间内提出管辖异议的消极诉讼行为被强行认定为应诉答辩,实质上不再要求实体答辩,因送达存在瑕疵而未能在答辩期间内提出管辖异议(乃至自始至终未参加一审诉讼活动)的被告,仍有可能被法院以其未在答辩期间内提出管辖异议为由强制适用应诉管辖制度。^⑤(2)以被告委托代理人参加诉讼活动并申请延后开庭为由,认定被告已经构成应诉答辩。^⑥(3)以被告提出当事人不适格抗辩为由,认定被告构成应诉答辩。^⑦(4)以被告与原告达成调解协议为由,认定被告构成应诉答辩。^⑧(5)以被告在第二次庭审中不再坚持其在第一次庭审中提出的管辖异议为由,认定被告构成应诉管辖。^⑨即使被告在答辩期间内提出管辖异议,仍然可能被受诉法院以其同时或后续提出反诉、提交答辩状并在庭审中未再提出管辖异议

^⑤ 参见广东省佛山市中级人民法院(2014)佛中法民二终字第387号民事判决书。

^⑥ 参见浙江省义乌市人民法院(2014)金义商外初字第58号民事判决书。

^⑦ 参见四川省金堂县人民法院(2014)金堂民初字第2913号民事判决书。

^⑧ 参见江苏省南通市港闸区人民法院(2015)港民监字第00004号民事裁定书。

^⑨ 参见山东省莱芜市中级人民法院(2015)莱中辖终字第11号民事裁定书。

为由,适用应诉管辖制度。^⑩ (6) 以部分被告构成应诉管辖为由,强迫其他被告在受诉法院进行诉讼。^⑪ (7) 以原审被告在其管辖异议经两级法院裁定驳回后参加了本案实体审理活动为由,认定被告构成应诉管辖。^⑫ (8) 以被告没有对受诉法院驳回其管辖异议的裁定提起上诉为由,适用应诉管辖制度。^⑬ 尽管《民事诉讼法》第127条第2款没有将“应诉答辩”明确限定为实体答辩,但《民诉法解释》第223条第2款将“应诉答辩”解释为“就案件实体内容进行答辩、陈述或者反诉”。因而,以被告进行程序答辩、存在答辩以外其他民事诉讼行为、从事诉讼外纠纷解决活动为由认定被告构成“应诉答辩”的司法实践,涉嫌损害被告的管辖异议权。在部分法院存在随意乃至强行认定被告构成“应诉答辩”的司法语境下,未能在答辩期间内提出管辖异议但拟抗辩受诉法院无管辖权的被告,为了避免被强制适用应诉管辖制度而选择逃离法院的策略,待一审实体判决作出后,再通过二审程序争议管辖权问题,严重违背应诉管辖制度的立法初衷。

对此,笔者建议最高人民法院通过司法解释或者指导性案例对被告“应诉答辩”的方式进行限制,被告只有以口头方式实际地针对案件实体内容进行答辩、陈述或者提起反诉,才能认定其构成“应诉答辩”,但商事被告以及在答辩期间内已聘请律师或者本身具备法律职业资格证书的民事被告也可以在审前准备程序中以书面形式进行“应诉答辩”。鉴于受诉法院强行认定被告构成“应诉答辩”的情形较为严重,建议最高人民法院禁止单独以下列事由认定被告构成“应诉答辩”:(1) 被告未在答辩期间内提出管辖异议;(2) 被告委托诉讼代理人;(3) 被告申请延长举证期间;(4) 被告管辖异议被驳回后进行实体答辩;(5) 被告抗辩当事人不适格或者案件不属于人民法院受案范围;(6) 被告在庭外与原告已经达成和解;(7) 被告在庭审中没有重申其已经提出的管辖异议;(8) 被告没有对驳回其管辖异议裁定提起上诉;(9) 被告经传票传唤无正当理由拒不到庭;(10) 受诉法院认为不宜认定被告构成应诉答辩的其他事由。

(三) 规避依法调查专属管辖权义务

依据《民事诉讼法》第127条的规定,应诉管辖不得违反级别管辖和专属管辖的规定,受诉法院受理本案违反《民事诉讼法》第17条、第18条、第19条、第20条及第33条有关级别管辖和专属管辖的规定的,受诉法院不得因当事人的应诉答辩获得管辖权。^⑭ 这是因为级别管辖与专属管辖通常被认为系出于公益之必要,“即使当事人未提出管辖权异议申请,人民法院也应对管辖是否违反级别管辖和专属管辖进行审查。”^⑮ 然而,在我国司法实践中,对于级别管辖和专属管辖,某些法院并没有采取职权探知主义,而仍

^⑩ 参见河南省高级人民法院(2014)豫法立二民申字第00393号民事裁定书。

^⑪ 参见福建省泉州市中级人民法院(2013)泉民终字第3157号民事判决书、鄂尔多斯市东胜区人民法院(2013)东民初字第8460号民事判决书、河南省安阳市中级人民法院(2014)安中民立终字第136号民事裁定书等。

^⑫ 参见河南省驻马店市中级人民法院(2013)驻民再终字第67号民事裁定书。

^⑬ 参见湖南省湘潭市中级人民法院(2014)潭中民三终字第14号民事判决书、江苏省南通市中级人民法院(2013)通中民终字第0859号民事判决书。

^⑭ 参见前引^⑬江必新书,第507页。

^⑮ 湖北省荆门市东宝区人民法院(2014)鄂东宝民二初字第00268号民事裁定书。

然采取依职权审查主义,涉嫌滥用应诉管辖制度以规避对级别管辖与专属管辖的调查责任,主要表现为以“没有证据表明一审法院管辖本案违反了级别管辖、专属管辖规定”为由,认定一审法院受理本案不违级别管辖、专属管辖规定。^{④⑥}我国实定法中的“专属管辖”仅指地域专属管辖,但传统大陆法系民事诉讼法学理论中的“专属管辖”与“任意管辖”对应,前者基于公益之要求而排除法律明文规定以外其他一切法院之管辖权,后者因主要基于私益立场而允许当事人决定由不同法定管辖法院之法院管辖。^{④⑦}尽管我国没有将所有强行性管辖规范统称为“专属管辖”,但级别管辖、专门管辖、集中管辖等其他强行性管辖规范均参照专属地域管辖制度。相应地,尽管我国《民事诉讼法》第127条第2款仅规定“违反级别管辖和专属管辖规定的除外”,但各地法院普遍将专门管辖与集中管辖等带有强制性色彩的其他管辖类型排除在应诉管辖制度的适用范围之外。^{④⑧}法律明文规定专属特定法院管辖的地域管辖、专门管辖、集中管辖具有显著的公益属性,将其完全排除在应诉管辖制度的适用范围之外不容易发生争议,但级别管辖则不然。

级别管辖的划分标准包括案件的性质、繁简程度、影响范围,但因后两者的判断具有不确定性,司法实践中逐渐形成“以诉讼标的金额作为‘重大影响’的主要因素”的基本思路,^{④⑨}呈现出“以诉讼标的额为主、以案件性质为辅”的级别管辖划分标准基本格局。^{⑤①}我国民事诉讼学界通说认为,级别管辖制度系用于调整公共利益的强行性规范。^{⑤①}即使被告没有提出管辖异议,受诉法院也应当依职权调查级别管辖事项,^{⑤②}被告逾期提出级别管辖异议的,受诉法院也应当予以审查,^{⑤③}即使被告没有在一审中提出级别管辖异议,仍可以在上诉程序中申请法院对案件的级别管辖问题进行审查,^{⑤④}而且违级别管辖仍然属于针对确定裁判申请再审的有效事由。^{⑤⑤}然而,也有学者将具有强行性规范属性的级别管辖目的性限缩解释为以案件性质为划分标准的级别管辖。其理由是,以诉讼标的额为划分标准的级别管辖,在保障各级法院的负担均衡与职能发挥的同时,具有方便当事人诉讼的价值追求,^{⑤⑥}当事人对此种级别管辖所享有的利益属于其可以处分的程序利益,由较低级别的法院管辖案件有利于节约诉讼成本与减轻上级法院

④⑥ 参见重庆市高级人民法院民事判决书(2015)渝高法民终字第00156号民事判决书。

④⑦ 参见姜世明《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2013年版,第74-75页。

④⑧ 参见甘肃省兰州市城关区人民法院(2014)城民白初字第377号民事裁定书。

④⑨ 参见张晋红《论民事诉级别管辖标准》,载《法律科学》1992年第6期。

⑤① 参见李浩《民事诉级别管辖存在的问题及其改进》,载《现代法学》1996年第4期。

⑤① 参见肖建国《民事诉级别管辖制度的重构》,载《法律适用》2007年第6期。

⑤② 参见北京市大兴区人民法院(2013)大民初字第4161号民事裁定书。

⑤③ 参见江苏省淮安市中级人民法院(2015)淮中商初字第00079-1号民事裁定书、重庆市巫溪县人民法院(2013)巫法民初字第01681号民事裁定书。

⑤④ 参见安徽省宿州市中级人民法院(2014)宿中民二终字第00109号民事裁定书。

⑤⑤ 参见福建省永安市人民法院(2014)永民再初字第1号民事裁定书。

⑤⑥ 参见单国军《以诉讼标的额为基本标准确定民事案件级别管辖的适用与完善》,载《法律适用》2007年第6期。

的审判压力,故应当允许当事人协议选择较低级别的法院。^{⑤7}以诉讼标的额为划分标准的级别管辖的审查难度较低,但仍有部分受诉法院未能及时发现本院受理本案有违级别管辖规定,主要表现为部分受诉法院基于收取案件受理费以及“主动服务地方经济社会发展”的考虑而故意“不能”及时发现超额受理本应由上级法院受理的民事案件。^{⑤8}这在客观上也促使我们反思将以诉讼标的额为划分标准的级别管辖排除在应诉管辖制度的适用范围之外的妥当性。对此,在解释论上应当区分以案件性质为标准的级别管辖与以诉讼标的额为标准的级别管辖,前者属于级别专属管辖,后者属于级别任意管辖,^{⑤9}前者适用职权调查主义,后者适用职权审查主义,故只有级别专属管辖才排除在应诉管辖制度的适用范围之外。诚然,鉴于诉讼标的额的判断较为简单和直观,为防止受诉法院针对级别任意管辖随意适用应诉管辖制度以争夺管辖权,最高人民法院宜通过司法解释或者指导性案例确立以下规则:受诉法院在案件受理前发现级别管辖错误的,受诉法院应当裁定不予受理。在案件受理后,受诉法院发现诉讼标的额超越本院受理范围而应由上级法院受理的,应当将级别管辖错误事实以及相关法律后果告知被告,被告不提出级别管辖异议并(继续)对本案实体问题进行答辩、陈述或者提起反诉的,受诉法院视为有管辖权。受诉法院无法告知被告、被告提出级别管辖异议、被告虽未提出级别管辖异议但也未对本案进行实体答辩的,受诉法院应当将案件移送上级法院处理。

四、基于利用者原因造成的司法嬗变

作为应诉管辖制度的利用者,基于对自身利益的追求,原告可能会理性选择向其享有“管辖利益”的无管辖权法院试探性地提起诉讼,甚至运用各种手段促使被告不提出管辖异议并应诉答辩。为避免给受诉法院留下强行认定构成应诉答辩的机会,被告可能被迫善意“逃离法院”,以阻却应诉管辖适用条件的成就。基于逃避履行义务或者拖延诉讼目的而恶意“逃离法院”的被告,因无法适用应诉管辖制度而获得在二审或再审程序中再次争议管辖权问题的机会,变相激励背信弃义者。鉴于适用协议管辖的案件类型以及可供选择的法院范围受到严格的限制,应诉管辖制度可以成为双方当事人合意突破前述限制的有效途径,当事人利用争讼程序实现纠纷解决与权利保护以外其他目的的成本更为低廉,而且也可以为虚假诉讼提供便利,即双方当事人恶意串通远赴外地进行的虚假诉讼,利害关系人更难及时发现,对案件相关情况不熟悉的外地法院更容易被蒙蔽。

(一) 强迫被告在无管辖权的法院应诉

原告向其享有“管辖利益”的无管辖权法院试探性提起民事诉讼,并以舍弃部分实

^{⑤7} 参见姜启波《民事诉讼管辖制度改革论略》,载《法律适用》2007年第6期。

^{⑤8} 参见李浩《论级别管辖权异议制度的完善》,载《法学评论》2009年第3期。

^{⑤9} 参见傅郁林《新民事诉讼法中的程序性合意机制》,载《比较法研究》2012年第5期。

体权益为代价与被告达成和解协议或调解协议,基于原告承诺撤诉^⑩或者共同请求受诉法院根据和解协议或调解协议作出调解书^⑪,被告未在答辩期间内提出管辖异议,但原告违反前述承诺而请求法院对本案继续进行审理,受诉法院以被告未在答辩期间内提出管辖异议并曾应诉答辩为由适用应诉管辖制度的,损害对方当事人管辖利益。如果被告坚持在答辩期间内提出管辖异议,致使受诉法院将案件裁定移送其他法院处理,原告则通过撤诉的方式使得受移送法院的管辖权归属消灭,另行寻找连接点后继续向其享有“管辖利益”的法院再次起诉。^⑫原告之所以费尽周折地“挑选”受诉法院,通常是因为原告在该地域可以动员更多的资源干预司法裁判。此外,即使排除地方保护主义与司法腐败因素,鉴于丧葬费、死亡赔偿金、被扶养人生活费等费用应以受诉法院所在地标准确定,应诉管辖制度还可能间接对原告实体权益的实现程度产生实质性影响。^⑬简而言之,鉴于现行应诉管辖制度要求被告在答辩期间内提出管辖异议,原告只要通过各种策略稳住被告,让其不在该期间内进行提出管辖异议,并诱使被告进行某种程度的应诉答辩,受诉法院“取得”应诉管辖权后再对其所作承诺进行反悔,即可实现强迫被告在无管辖权法院应诉的目的。对此,笔者认为,在推定模式的解释框架下,受诉法院系根据“当事人未提出管辖异议”以及“应诉答辩”两个基础事实推导出双方当事人达成默示管辖协议的推定事实。受诉法院享有应诉管辖权属于不可反驳的法律推定,“当事人虽然不能反驳这种推定本身,但是可以反驳作为该推定之基础的事实”^⑭。因而,在原告通过承诺放弃部分实体权益、撤回起诉、共同请求受诉法院制作调解书等情形下,被告基于信赖原告之承诺而未在答辩期间内提出管辖异议甚至进行实体答辩的行为,在解释论上可以理解为附条件民事诉讼行为,原告依法可以对其承诺进行反悔的,被告“未提出管辖异议”的消极行为以及“应诉答辩”的积极行为的效力归于消失,受诉法院不得据以强行适用应诉管辖制度。

(二) 迫使或者鼓励被告逃离法院

鉴于被告是否构成应诉答辩的判断权控制在受诉法院手里,为避免被受诉法院强制适用应诉管辖制度,被告可能采取彻底不应诉策略,通过二审程序主张一审法院对本案缺乏管辖权,请求撤销原判并将案件移送有管辖权的其他法院审理。基于我国尚未确立强制答辩制度,被告对其是否进行书面答辩与出庭应诉通常享有自主决定权,这使得被告在一审程序中采取“远离法院”策略成为可能。一方面,现行应诉管辖制度可能会鼓励未在答辩期间内提出管辖异议的被告不作实体答辩甚至缺席诉讼程序,因为被告如果逾期提出管辖异议并作实体答辩,受诉法院可能以逾期为由予以驳回其管辖异

⑩ 参见广东省佛山市中级人民法院(2014)佛中法民二终字第929号民事判决书。

⑪ 参见沈阳铁路运输中级法院(2014)铁中民二终字第00031号民事判决书。

⑫ 参见浙江省绍兴市中级人民法院(2013)浙绍商终字第534号民事判决书。

⑬ 参见浙江省温州市鹿城区人民法院(2014)温鹿民初字第3193号民事判决书。

⑭ 何家弘《论司法证明中的推定》,载《国家检察官学院学报》2001年第2期。

议,并以其已经参加诉讼程序为由强制适用应诉管辖制度。^{⑥5}相反,如果被告坚持逾期提出管辖异议并不作实体答辩,受诉法院在客观上仍然必须对管辖异议进行审查。^{⑥6}为杜绝被强制适用应诉管辖制度的可能性,理性的被告更倾向于彻底不参加一审程序,而通过上诉程序乃至再审程序谋求救济。^{⑥7}另一方面,尽管当事人根据诚实信用原则而负有促进诉讼的义务,但被告缺席使得受诉法院因无从适用应诉管辖制度而不敢懈怠法定审查义务,被告不参加任何诉讼活动反而更为有利可图。^{⑥8}特别是某些与受诉法院玩“捉迷藏”游戏的被告因不存在应诉管辖制度适用空间而可以通过上诉程序与再审程序对其故意缺席的裁判提出管辖异议,^{⑥9}而向法院及时提出管辖异议的被告却因曾参加诉讼活动而可能被受诉法院强制适用应诉管辖制度,这显然有违诚实信用原则。显而易见,与其迫使或者诱使被告静待无管辖权的受诉法院作出判决后再通过上诉程序或再审程序谋求救济,不如对应诉管辖制度的适用条件予以适当限制,阻却无管辖权的受诉法院作出实体判决,避免司法资源被无端浪费以及被告管辖异议权遭受践踏。

对此,笔者认为,被告未在答辩期间内提出管辖异议就具备应诉管辖消极条件的实务操作方法值得反思。实际上,传统大陆法系国家和地区均没有要求被告在答辩期间内提出管辖异议的立法例,受诉法院取得应诉管辖权的条件通常是“被告不主张管辖错误而进行本案的言词辩论”,被告在进行本案言词辩论之前均可以进行管辖抗辩,而“言词辩论”的表述意味着不能根据被告在庭审之前以书面形式进行实体答辩认定应诉管辖制度的积极适用条件已经得以满足。^{⑦0}之所以规定被告以言词方式针对本案实体问题进行答辩才能构成应诉管辖,就是为了确保受诉法院可以较为客观地判断被告在本院进行诉讼的真实意愿。笔者赞成借鉴前述域外立法经验,但鉴于商事被告以及聘请律师或自身具有法律职业资格证书的民事被告可以被推定具备判断管辖错误的能力,适用于商事被告以及聘请律师或自身具有法律职业资格证书的民事被告的应诉管辖规则应当与适用于未聘请律师且不具有法律职业资格证书的民事被告的应诉管辖规则有所区别:商事被告以及聘请律师或自身具有法律职业资格证书的民事被告在开庭审理之前“未提出管辖异议”并以书面形式进行“应诉答辩”,但受诉法院随后发现案件不属于本院的管辖范围或者被告提出管辖异议的,受诉法院应当依据应诉管辖制度的规定认定本院享有管辖权。未提出管辖异议的商事被告以及聘请律师或自身具有法律职业资格证书的民事被告出庭应诉的,受诉法院在一审首次庭审开始之时应当再次告知被告享有管辖异议权,被告经诉讼权利告知后仍没有提出管辖异议而进行本案言词答辩,

^{⑥5} 参见湖南省湘潭市雨湖区人民法院(2014)雨法民二初字第217-2号民事裁定书。

^{⑥6} 参见安徽省合肥市蜀山区人民法院(2015)蜀民一初字第02638号民事裁定书。

^{⑥7} 参见四川省成都市高新技术产业开发区人民法院(2014)高新民管初字第127号民事裁定书、湖南省长沙市开福区人民法院(2014)开民一初字第03969号民事裁定书。

^{⑥8} 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民初字第5680号民事判决书。

^{⑥9} 参见江苏省淮安市中级人民法院(2014)淮中民终字第1559号民事裁定书。

^{⑦0} 参见[德]奥特马·尧厄尼希《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第59-60页。

但受诉法院随后发现案件不属于本院的管辖范围或者被告提出管辖异议,受诉法院应当依据应诉管辖制度的规定认定本院享有管辖权。对于未聘请律师且不具有法律职业资格证书的民事被告,其提出管辖异议的期间是一审口头辩论终结之前,此类被告事先以书面形式进行的实体答辩并不能构成“应诉答辩”,只有被告在庭审中以口头形式为本案作言词辩论,并且在口头辩论终结之前均没有提出管辖异议,才能豁免受诉法院对任意管辖权的审查义务。

(三) 规避协议管辖制度的限制性条件

在应诉管辖制度的适用语境下,双方当事人可以借助所谓的“默示管辖协议”对非财产案件选择管辖法院,并且可供选择的受诉法院不再局限于与争议有实际联系的地点的法院,故应诉管辖制度成为当事人规避协议管辖制度的限制性条件的有效手段。根据《民事诉讼法》第34条的规定,只有合同或者其他财产权益纠纷的当事人,才可以通过书面协议的形式选择管辖法院,而且前述当事人只能在被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院中选择管辖法院。在应诉管辖制度的运行语境下,一方面,人身权益纠纷的双方当事人可以通过应诉管辖实现类似协议管辖制度的功能,^①混淆财产诉讼程序与家事诉讼程序的基本原理;另一方面,纠纷当事人可以选择的管辖法院实际上不再要求其所在地与争议有实际联系,而管辖连接点旨在确保“便利当事人行使诉讼权利、便利人民法院行使审判权”^②,应诉管辖制度不受管辖连接点的限制,这使得享有应诉管辖权的法院未必能够便利地行使审判权。

从理论上分析,既然将应诉管辖理解为默示协议管辖,立法者针对协议管辖制度所设置的限制条件理应同样拘束应诉管辖制度,故《德国民事诉讼法》第40条第2款规定,诉讼所涉及标的为非财产权的请求,或对诉讼定有专属审判籍者,不得成立管辖的合意,也不得由于不责问地进行本案辩论而发生管辖权。然而,《日本民事诉讼法》第12条以及我国台湾地区“民事诉讼法”第25条均没有将应诉管辖制度的适用范围局限于财产案件,更没有将可以取得应诉管辖权的受诉法院局限于被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院。

实际上,尽管应诉管辖与协议管辖均以管辖合意为根基,但应诉管辖制度中的默示管辖合意缔结于民事诉讼过程中,而协议管辖制度中的明示管辖合意主要缔结于民事纠纷发生之前。协议管辖制度的主要适用情形是,双方当事人在民事纠纷发生之前通

^① 在笔者检索分析的200余份裁判文书中,对离婚案件适用应诉管辖制度的有:江苏省淮安市中级人民法院(2014)淮中民终字第1559号民事裁定书、辽宁省大连市中级人民法院(2015)大民一终字第01604号民事判决书、四川省巴中市中级人民法院(2014)巴中民管终字第3号民事裁定书、福建省诏安县人民法院(2014)诏民初字第911号民事判决书、山东省巨野县人民法院(2013)巨民初字第869号民事判决书、河南省潢川县人民法院(2014)潢民初字第01455号民事判决书、重庆市南岸区人民法院(2014)南法民初字第05050号民事判决书、江苏省淮安市清河区人民法院(2013)河民初字第0023号民事裁定书、广东省高州市人民法院(2014)茂高法石民初字第149号民事判决书等。

^② 李建军《合同纠纷管辖之我见》,载《法学》1990年第12期。

过格式条款达成管辖合意。为防止强势交易主体利用市场优势地位迫使弱势交易主体接受不公平的管辖协议,协议管辖制度的适用在各法域均受到严格的限制。例如,《德国民事诉讼法》第38条第2款仅允许商人之间或者公法人之间在纠纷发生前进行合意管辖,其他主体则只有在纠纷发生后才可以进行合意管辖。再如,《法国新民事诉讼法》第48条规定,合意管辖仅于商人之间且应于契约书特别为明白之记载始得允许。与域外区分民事纠纷发生前之协议管辖与民事纠纷发生后之协议管辖不同,我国《民事诉讼法》第34条规定的协议管辖是指双方当事人在民事纠纷发生之前或发生之后,以书面协议的形式约定第一审民事案件的管辖法院。^{⑦③}在这种情形下,立法者实际上系以限制缔结于民事纠纷发生之前的协议管辖的理由一并论证应当限制缔结于民事纠纷发生之后的协议管辖。实际上,缔结于民事纠纷发生之后的管辖协议通常并不能成为强势交易主体损害对方当事人管辖利益的手段,故民事纠纷发生后的协议管辖规则应当宽松于民事纠纷发生前的协议管辖规则。鉴于应诉管辖的适用环境必然是民事纠纷发生之后,不宜将限制适用现行协议管辖制度的条件简单地套用于应诉管辖制度。

在民事纠纷发生之前达成管辖合意通常表现为双方当事人在产生、变更、消灭民事法律关系的民事合同中载明管辖条款,故适用于民事纠纷发生之前的协议管辖制度主要适用于合同纠纷。在民事纠纷发生之后达成管辖合意通常表现为双方当事人针对已经发生的纠纷订立独立的管辖协议,以侵权请求权、不当得利返还请求权、物上请求权等为根基的其他财产权益纠纷与合同纠纷具有同质性,均可以适用协议管辖制度。在现行协议管辖制度框架下,无论在纠纷发生前抑或在纠纷发生之后,人身权益纠纷均不得适用协议管辖制度。然而,“人身权益纠纷”的边界不清晰,广义论将其理解为“因人格权益和身份关系引发的纠纷”,狭义论则将其限定为“身份关系纠纷”,^{⑦④}从而导致各地法院对协议管辖制度的适用范围没有形成基本共识。显而易见,之所以限制人身权益纠纷适用协议管辖制度,主要是因为立法者认为,人身权益纠纷案件的处理涉及社会公共利益,不能完全遵循当事人主义。然而,因生命健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权等人格权益引发的侵权纠纷案件所涉及的公共利益的本质是“与基本法律价值密切联系的私人利益”^{⑦⑤},受害人在侵权事实发生之后有权处分其依法享有的侵权请求权及其相应的诉讼实施权,故应允许其在民事纠纷发生后与侵权人达成管辖合意。^{⑦⑥}即使是婚姻、亲子、收养等与身份权益相关的家事诉讼案件中涉及金钱给付请求的案件,《欧洲管辖与执行协定》、《欧盟抚养法令》、《欧盟继承法令》等条例也允许当事人订立管辖协议。只要有足够的防止弱势方“被达成管辖协议”的法律机制,允许弱势方与对方当事人在民事纠纷发生后达成管辖协议,恐怕更为契合弱势方的利益诉求。

^{⑦③} 参见江伟、肖建国主编《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2015年版,第101页。

^{⑦④} 参见周翠《协议管辖问题研究——对〈民事诉讼法〉第34条和第127条第2款的解释》,载《中外法学》2014年第2期。

^{⑦⑤} 参见王利明《民法》,中国人民大学出版社2010年版,第30页。

^{⑦⑥} 参见湖南省衡阳市中级人民法院(2011)衡中法立管终字第53号民事裁定书。

鉴于《民事诉讼法》第127条第2款尚未明确限定应诉管辖制度的适用范围,除非立法者采取专属管辖模式,家事诉讼案件可以适用应诉管辖制度,故应诉管辖制度的适用不应受民事诉讼案件类型的限制。

任意管辖的出发点通常被认为系当事人之便利,并且当事人合意选择其他法院管辖案件的情形并不会频繁发生,不至于破坏法院之间负担的均衡,故立法者认可当事人协议选择管辖法院。^⑦在推定管辖模式的解释框架下,原告向无管辖权之第一审法院起诉,被告对此不为抗辩而应诉,就本案为言词辩论时,得视为当事人于该法院进行诉讼有其方便。^⑧然而,尽管合意管辖侧重于强调当事人便利,^⑨但并不能无视法院审理之便利。因而,有观点认为,即使被告未提出管辖异议并应诉答辩,在调查取证、财产保全、判决执行方面存在重大不方便情形的,受诉法院可以拒绝审理该无管辖权案件,根据原告意愿移送其他有管辖权的法院,原告坚持在本院诉讼的,则裁定驳回起诉。^⑩然而,“重大不方便”之判断具有模糊性,容易成为希望推诿管辖的受诉法院拒不适用应诉管辖制度的借口。为此,笔者认为,只要受诉法院所在地系属被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点,受诉法院就不得以“不方便审理”为由拒绝适用应诉管辖制度。受诉法院所在地与争议没有实际联系的,只有受诉法院存在显而易见的不方便审理情形,才可以拒绝适用应诉管辖制度。以其所在地与争议没有实际联系且受诉法院行使管辖权显著不方便为由拒绝适用应诉管辖制度的,受诉法院应当在移送管辖或驳回起诉的裁定书中载明该事由,当事人对该管辖裁定书不服的,可以向上级人民法院提起上诉。

(四) 利用民事诉讼制度实现其他目的

国家设计和利用民事诉讼制度的根本目的在于维护社会秩序,直接目的在于解决纠纷;当事人选择和利用民事诉讼制度的根本目的在于保护自己的实体权利,直接目的在于解决纠纷。^⑪因而,国家提供民事诉讼服务以及当事人利用民事诉讼制度的直接目的均为解决纠纷。然而,基于当事人利益诉求的多样化,作为客观存在的民事诉讼制度,完全可能成为当事人实现纠纷解决以外其他目的之手段,呈现出民事诉讼制度功能异化的现象。当事人基于纠纷解决以外其他目的利用民事诉讼制度,通常是为了实现诸如促使司法机关认定驰名商标、恶意绊倒竞争对手、移转可供执行财产、规避法定义务等非法目的,构成对民事诉讼制度的滥用。诚然,在客观上也存在部分当事人利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外其他合法目的之情形。法定管辖权配置遵循“两便原则”,享有法定管辖权的受诉法院在调查取证、财产保全等方面具有便利性,而协议管辖制度也仅允许当事人授予与争议有实际联系的地点的法院以意定管辖权,但应诉管辖

^⑦ 参见[日]三月章《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南出版公司1997年版,第294页。

^⑧ 参见陈荣宗《民事诉讼法》(上),台湾三民书局股份有限公司2013年版,第145页。

^⑨ 参见前引①,新堂幸司书,第79页。

^⑩ 参见王燕军《民事诉讼应诉管辖研究》,广东财经大学2014年硕士学位论文(指导教师:张晋红),第47-48页。

^⑪ 参见吴英姿《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》,载《中国社会科学》2015年第6期。

制度还允许当事人选择在与争议没有实际联系的地点的法院进行诉讼,使双方当事人更为便利地利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外的其他目的,加剧民事诉讼制度的功能异化。

在善意利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外其他目的的情形下,应诉管辖制度的适用,使得双方当事人可以节约异地诉讼的成本,激励当事人利用争讼程序实现非讼目的。这不仅有违程序分化/分类原理,^⑫而且导致民事诉讼程序非讼化。在司法实践中,最为典型的例子就是,为避免异地办理离婚登记手续的麻烦,夫妻双方当事人达成离婚协议后,就近向人民法院提起民事诉讼,并请求法院出具相应的调解书。已经达成调解协议的双方当事人不再属于纠纷当事人,本已不具备利用争讼程序的必要性,但因我国诉讼外调解协议的司法确认程序不适用于离婚案件,故实践中通常以争讼程序的外观实现非讼程序的功能。在应诉管辖制度的适用背景下,已达成离婚协议的当事人利用争讼程序实现非讼程序目的将更为便利。

在恶意利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外其他目的情形下,应诉管辖制度的适用,使得虚假诉讼得以在利害关系人难以发现的外地法院进行,同时也加大受诉法院发现虚假诉讼的难度。双方当事人假借符合民事诉讼程序的诉讼形式、通谋虚构法律关系或法律事实、谋取不正当利益、损害他人合法权益的虚假诉讼行为,造成司法资源的浪费和诉讼功能的异化,^⑬使得民事诉讼制度沦为当事人谋求不法利益的手段和侵害他人合法权益的“帮凶”,^⑭法庭变为侵害他人合法权益、获取非法利益的场所,降低了司法应有的公信力,破坏了诉讼的应有秩序。^⑮在应诉管辖制度的适用语境下,虚假诉讼可以更为隐蔽地进行。一方面,双方当事人远赴外地法院进行损害第三人合法权益的虚假诉讼,第三人发现虚假诉讼并及时介入的可能性大为降低。另一方面,双方当事人远赴外地法院进行虚假诉讼,刻意规避对熟悉相关案情与失信当事人且享有法定管辖权的法院,因为对案情与当事人较为“陌生”的外地法院更容易被蒙蔽。^⑯

综上所述,对于善意利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外其他目的的案件而言,双方当事人可以通过适用应诉管辖制度大幅度降低利用争讼程序实现非讼目的之成本,从经济上激励民事诉讼制度的功能异化。对于恶意利用民事诉讼制度实现纠纷解决以外其他目的的案件而言,应诉管辖制度不仅可以降低诉讼成本,还可以降低被第三人或

^⑫ 有关程序分化/分类原理,请参见王亚新《民事诉讼法修改中的程序分化》,载《中国法学》2011年第4期;傅郁林:《民事诉讼法修改应立足于程序分类建构》,载《人民法院报》2012年2月29日第7版。

^⑬ 参见余冬爱《商事审判在健全市场信用中的功能定位》,载《人民司法·应用》2013年第5期。

^⑭ 参见蔡虹《恶意诉讼:修改后民诉法着意规制》,载《检察日报》2012年10月22日第3版。

^⑮ 参见项延永《虚假民事诉讼之防范》,载《人民司法·应用》2010年第11期。

^⑯ 例如,根据我国《民事诉讼法》第227条以及《民诉法解释》第311条的规定,案外人异议之诉专属于执行法院管辖。为实现逃避债务履行和转移财产的目的,被执行人往往串通第三人进行虚假诉讼。鉴于执行法院往往能够识别相关虚假诉讼,被执行人与第三人更倾向于另案向执行法院以外的其他法院提起诉讼,再持另案确权判决向执行法院提起执行异议(以及案外人异议之诉)。在应诉管辖制度的适用语境下,被执行人与第三人可以瞒着债权人与执行法院远赴外地法院进行虚假诉讼,取得应诉管辖权的受诉法院因不知悉该财产已经进入强制执行程序而容易被蒙蔽。

者受诉法院发现虚假诉讼端倪的可能性。因而,应诉管辖制度在客观上可能对民事诉讼制度功能异化产生负面影响,但民事诉讼制度的功能异化以及虚假诉讼的日渐猖獗等现象具有普遍性,主要通过推动司法制度改革、完善民事诉讼制度体系以及强化虚假诉讼刑事责任谋求解决。为尽可能避免应诉管辖制度成为民事诉讼制度功能异化的激励因素,似乎应当倡导,只有其所在地与争议有实际联系的受诉法院才可以适用应诉管辖制度,其他受诉法院即使不存在显著不方便审理情形,也不能根据《民事诉讼法》第127条第2款的规定取得应诉管辖权。然而,应诉管辖制度的适用有助于尊重当事人意愿、减少当事人讼累、避免司法资源浪费,对于偶然发生加剧民事诉讼制度功能异化情形则可以从其他角度进行防范与规制,故从根本上限制应诉管辖制度的适用范围有违比例原则。基于此,尽管应诉管辖制度的适用可能加剧民事诉讼制度功能异化,但不足以成为仅允许其所在地与争议有实际联系的法院适用应诉管辖制度的足够充分且正当理由。

结 语

我国民事诉讼基本模式从职权主义向当事人主义模式的转换所体现的实质精神是,强调当事人在诉讼中的主导作用,强调当事人的程序主体性。^{①7}因而,尽管立法者确立应诉管辖制度主要是基于节约司法资源方面的考量,但同时以尊重当事人意愿以及减少当事人讼累作为立法理由。然而,无论是节省司法资源抑或减少当事人讼累,都不足以成为强迫被告在无管辖权法院应诉的正当性理由。一方面,鉴于管辖权属于法院应当依职权查明的诉讼要件,未经被告明示或者默示接受无管辖权的受诉法院的实体审判权,为了节省司法资源而强制被告在无管辖权的受诉法院进行诉讼,有损诉讼程序的正当性基础。另一方面,以减少当事人讼累为由强迫被告在其不信任且依法不享有管辖权的受诉法院进行诉讼,有违“给每个人以其所应得”的实质性正义要求。^{①8}鉴于此,“尊重当事人意愿”的价值位阶应当高于“节约司法资源”与“减少当事人讼累”,我国《民事诉讼法》第127条第2款应当采取推定合意管辖的解释模式。同时,作为程序运行者的受诉法院以及作为程序利用者的诉讼当事人之间存在着不同的利益诉求,为节约管辖权审查与论证成本、主动或被动贯彻地方保护主义与部门本位主义,部分法院在司法实践中对《民事诉讼法》第127条进行机械化的体系解释,将应诉管辖制度的消极适用条件的判断基准时确定为答辩期间届满之时,而将积极适用条件的判断基准时延伸到一审庭审程序终结之时,并存在强行认定被告未在答辩期间内提出管辖异议以及构成应诉答辩的司法倾向,而被告的管辖利益以及程序的正当性则成为程序运行者谋求自身利益的必要代价。这既不符合民事诉讼法向程序利用者中心主义发展的世界

^{①7} 参见张卫平《民事诉讼基本模式:转换与选择之根据》,载《现代法学》1996年第6期。

^{①8} 参见周文华《正义“给每个人以其所应得”》,载《哲学动态》2005年第11期。

潮流,也有违我国民事诉讼法从职权主义向当事人主义转型的基本要求。在应诉管辖制度具体规则供给严重不足的情形下,为了争取案件在其诉讼成本较低或者可以动员更多司法干预资源的法院审理,作为民事诉讼程序启动者的原告故意向无管辖权法院提起诉讼,并穷尽各种手段促使应诉管辖制度的适用要件在表面上得以成立,这种做法显然已经违反应诉管辖制度的立法初衷。在受诉法院普遍存在适用应诉管辖制度“偏好”以及启动民事诉讼程序的原告普遍较为“狡猾”的情形下,为了防止被受诉法院强行适用应诉管辖制度,未能在答辩期间内提出管辖异议的理性被告可能选择不参加任何诉讼程序,而在上诉程序乃至再审程序中以受诉法院缺乏管辖权为由请求撤销原判决,既可以对管辖权进行抗辩,也可以实现拖延诉讼之目的。在受诉法院、原告、被告各自追求自身利益的情形下,应诉管辖制度在司法实践中发生了嬗变,异化为部分地方法院和部分原告强迫被告在无管辖权法院进行诉讼的伎俩。为匡正应诉管辖制度,本文对新《民事诉讼法》实施以来 215 份援引第 217 条第 2 款的裁判文书进行考察,对应诉管辖制度在司法实践中可能发生的各种嬗变情形进行类型归纳和理论反思,提出若干可供最高人民法院制定司法解释或者发布指导性案件以及各地人民法院适用应诉管辖制度时予以参考的具体规则,从解释论的角度努力让应诉管辖制度回归推定合意管辖模式。

Abstract: The litigation jurisdiction system respects the will of the parties of determining the court of jurisdiction, highlights their procedural subjectivity and finally services the transformation of civil litigation mode. However, as influenced by local protectionism and departmentalism, the litigation jurisdiction system with serious shortage of specific applicable rules may transmute itself into a tool for some courts to compete or shirk the jurisdiction. In order to make the case heard in the court that can save more litigation costs or mobilize more resources to intervene with judicial decisions, some plaintiffs deliberately lodge a complaint with the court which does not possess statutory jurisdiction and seek access to make it applicable for conditions of litigation jurisdiction system. And the defendants who fail to put forward the objection to jurisdiction have to consider the non-appearing in case of the ruling court's mandatory application of jurisdiction system. As the actual results of the litigation jurisdiction system run contrary to the legislative purpose, it is urgent to summarize and theoretically reflects on those judicial transmutation and build the system of rules compatible with presumed consensus jurisdiction model in terms of interpretative theory.

(责任编辑: 陈贻健)