

管辖权异议:回归原点与制度修正

张卫平*

内容提要:人们关于管辖权异议的讨论存在着疏远制度目的和价值的问题,从而贬损了讨论的实际意义和价值,因此,应当回归此制度的原点重新认识它。依据“审判公正假定”,管辖错误的实质是法院内部分工的错误,因此,只要异议制度的设计能够平衡双方当事人的优势,异议制度的目的就算达到了,完全没有必要再将其扩展而致“程序过剩”。现有管辖权异议的两审终审制人为地强化了管辖对于当事人的重要性,误导了人们对其程序正义的认识,应当予以修正限制。

关键词:管辖权异议 原点 程序过剩

一、引论——管辖权之战

美国著名律师杰罗姆·法斯尔曾经说过这样的话:“如果你在辩护席上睡着了,醒来的第一句话应该是‘我反对’”。^[1]这虽然有些夸张,但却正确地反映了律师的思维模式:基于双方利益的对立性,在一般情形下,对方主张的,己方必然应当反对。在我国的民事诉讼中,被诉方对管辖权的反应也基本是如此,只要原告起诉,被告通常的反应就是——“我反对”,提出管辖权异议。

诉讼实践中,案件由何地法院管辖已经成为诉讼当事人关注的第一个问题,关于管辖权的“斗争”就是双方的第一次较量。只要存在着通过起诉选择法院的机会,精通管辖规则的原告或原告的律师就会考量何地法院受理对自己更为有利,从而对管辖法院进行精心的选择。换言之,案件一旦诉诸法院后,双方就可能为争夺有利于己的管辖法院而展开斗争,即所谓“管辖权之战”,其实质是管辖利益之争。这种管辖利益首先来自于人们意识中存在的司法或审判地方保护主义观念,即一种假定——“司法地方保护假定”——当审理案件的法院为一方当事人所在地的法院时,在审判时其有可能做出有利于该当事人的裁判。之所以说是一种假定,是因为从每个个案来讲,事实上也许并非如此,而不过是人们基于对某些个案结果的经验而形成的一般假定。但是,尽管这只是一种可能性,人们也会尽其可能地予以避免或者加以利用。其次,诉讼当事人会考虑的另一个管辖利益因素是是否方便自己进行诉讼。在中国这样一个国土面积很大的国家,当事人到异地进行诉讼会造成诉讼成本的增加,尤其是在与本地当事人的成本比较中,更凸显了异地当事人在这方面的劣势。但与地方保护主义的因素相比较,对这一因素的考量权重指数要小的多,因为诉讼方便与否关联的是诉讼成本问题,而地方保护主义关联的则是诉讼的成败问题。第三,除了上述两个理由之外,在个别情形下,管辖权之战也会源自当事人与法院的人脉关系以及一般当事人对法院整体审判形象的评价——当事人可能会认为

* 清华大学法学院教授。

[1] 转引自林正编著:《美国说客》,青海人民出版社1999版,封面语录。

某些法院审理案件更公正一些。基于上述考量的综合,人们在可以对法院进行选择时,就一定会选择对自己有利的法院。由于案件的原告掌握选择权,处于主动的地位,而被告处于被动的地位,基于利益对立的现实,被告的自然反应就是对原告管辖法院的选择提出异议,而我国法律也给予了被告这样的反对或防御手段——管辖异议权。

由于“司法地方保护假定”在个案中的现实性以及由此而衍生成为的社会一般认识,人们自然会利用地方保护主义为自己寻求有利的“差别对待”,如此,管辖法院的问题已成为当代诉讼中的“兵家必争之地”,甚至有这样的说法——“争取到有利于自己的管辖法院,胜诉就有了一半的把握”,所以管辖权异议也就成为了当事人通常都会运用的一种武器。在原告与被告的这场争夺中,一方面,由于原告对管辖法院存在一定的“选择优势”,处于有利地位,^[2]管辖权异议正是被告对抗原告这一“选择优势”的有利武器,即一旦原告没有依法选择而法院又予以肯定时,被告一方就可以通过提出管辖权异议否定或推翻原告的选择,指明有利于自己的管辖法院,变不利为有利。但另一方面,管辖权异议作为一种平衡机制被设计为一种免费的制度,因此当被告利用它时几乎没有什么成本,被告就完全可能利用其来拖延时间,因为一般而言,拖延时间对被告都是具有“正效应”的。^[3]

原告与被告之间的这种管辖权之战,也必然牵连受诉法院对管辖权异议进行审查,虽然是职权审查,不需要当事人双方就此进行辩论,^[4]但事实表明,管辖权异议的问题已然成为最令法院头疼的问题。但我们注意到,在一些单一制且国土面积不大的国家和地区中,其国内或区内民事诉讼的管辖问题完全不像我国这样敏感,不同管辖区域的当事人对管辖法院并不非常在意,事实上,在国外,只有在国际民事诉讼或区际(洲际)民事诉讼中,由于涉及不同的实体法和程序法,当事人才会较多考虑管辖问题。所以正是基于我国的特殊地域情况和司法体制,才导致了管辖的敏感性,使管辖权异议成为十分复杂的问题。^[5]

二、疏远制度目的的学术争论

在民事诉讼理论中有诸多可以被称为“猜想级”的问题,对其存在着大量可以争论的“资源”,允许更多的人进入该领域进行探讨,并且还有自己的话语权,虽久经讨论仍无法得到统一的答案,依然是各说各的理。“证明责任”、“正当当事人”、“诉权”、“诉讼标的”等基础性或基本问题大都属于这种“猜想级”的问题,因为一般而言,越是基础性的问题所牵涉的子问题越多,涉及的面也越广,也越复杂。但在这些“猜想级”问题中,管辖权异议却构成了一种例外,它并不是基础性的问题,而不过是管辖制度中的一个“子制度”——一种辅助性、从属性的制度,但在理论和实践中它却成为了人们议论最多的问题,从民事诉讼法颁布起,关于管辖权异议的争论就没有停止过。^[6]

相关的争论大概包括这样几个方面:其一,管辖权异议的客体。涉及到权利人可异议的对象,即

[2] 当然,是否由受诉法院管辖并不是由原告确定的,原告的起诉不过是一种单向选择意向。

[3] 被告提出管辖权异议不需要付费,在一审法院做出驳回异议裁定后,异议人向上一级法院提出的上诉同样是免费的。对被告来讲,异议的成本仅限于精力和时间,即便异议没有成功,这些投入也因拖延了时间而获得了收益,因为一般在管辖权异议没有解决的情形下,法院不会推进案件的审理。

[4] 但实际上,双方对管辖权异议是否成立的争论会通过各种方式继续进行,只是一般不同时间对本案的审理法官。

[5] 司法的不独立、司法的地方化被认为是司法地方保护主义生成的一个重要原因,正是由于地方保护主义的存在,使管辖权问题成了民事诉讼中地道的“中国问题”。关于司法的地方化,参见张卫平等:《司法公正:分析与展开》,法律出版社2003年版,第65页。

[6] 根据网上检索的结果,从1991年民事诉讼法实施以来,公开发表的管辖问题论文中最多的就是有关管辖权异议的。

可以就哪些管辖权问题提出异议;^[7]其二,管辖权异议的主体范围。其三,管辖权异议的程序问题。包括管辖权异议的审查程序、上诉程序、移送程序等等。其四,与管辖权异议相关的问题,例如与举证时限的关系、与再审制度的关系等。在这些问题中,最有争议和最复杂的问题当属管辖权异议的主体范围,即哪些人享有提出管辖权异议的权利。根据大致的统计,就此已经提出的观点至少不少于七种,数量之多在民事诉讼理论中实不多见。在这些观点中,有的人主张除了被告以外,原告也有异议的权利;也有的人主张,无独立请求权第三人,甚至有独立请求权第三人以及法院都有异议的权利。^[8]这些观点之间的分歧,有的属于对异议权性质认识上的差异,有的则属于对异议与诉讼参加、参加之诉与本诉的关系的认识不同,但更多的是围绕着法律规定的语义内涵和当事人的异议利益与异议正当性的关系展开的。对此,笔者的主张是只有被告才有异议权。^[9]

不过,本文的写作目的并非是为了厘清各种争论的是非,而是要指出在人们热烈的讨论中,有不少是从应然的角度所阐发的观点和议论,即从特定主体享有异议权的正当性出发的,这样一来问题的争论往往失去了统一的标准,因为以正当性作为讨论的标准时,必然因为正当性的主观性和抽象性而见仁见智。有不少人就是从主体利益角度来认识管辖权异议主体范围的,即牵涉谁的利益谁就应当有异议权。例如,关于有独立请求权第三人和无独立请求权的第三人,有些人就认为当他们对诉讼的进行和结果有利害关系时,管辖法院的问题也就涉及了他们的利益,既然涉及他们的利益了自然要给予他们异议的权利,因此,有独立请求权第三人和无独立请求权的第三人也应当成为管辖权异议的主体。应当说,某些基于正当性角度所提出的观点并非没有道理,例如,诉讼开始后被迫追加进来的共同

[7] 一般来说,当事人可以对法院的一般地域管辖、特别地域管辖、专属管辖等法定管辖提出异议,而协议管辖反映了双方当事人之间选择法院的合意,故当事人不能对此提出管辖权异议,仅能就协议的有效性问题提出争议。理论界与实务界尚存在争议的是,当事人对法院的主管、级别管辖及裁量管辖可否提出异议。参见许少波:《论我国管辖权异议的立法完善》,《河南社会科学》2001年第5期;蔡国芹、蔡宪能:《民事诉讼管辖权异议的程序问题》,《嘉应大学学报》,2000年第4卷;马小花:《对完善民事管辖制度的几点思考》,《汉中师范大学学报》2002年第2期;刘家兴主编:《新中国民事程序理论与适用》,中国检察出版社1997年版,第136页。

[8] 参见杨成良:《对我国民诉中管辖权异议之我见》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》1995年第3期;杨路:《管辖权异议若干问题探讨》,《法学评论》1998年第5期;黄川:《民事诉讼管辖研究》,中国法制出版社2001年版,第349页以下;章武生主编:《民事诉讼法新论》,法律出版社2002年版,第145页;前引[7],刘家兴主编书,第136页。

[9] 首先,法院没有管辖异议权是显而易见的。管辖异议权是当事人的一项权利,当然只由当事人享有,法院不能享有。法院可以改变自身做出的管辖决定,但这是法院的职权,与诉讼权利没有任何关系。其次,有独立请求权的第三人和无独立请求权第三人也没有管辖异议权。因为,有独立请求权第三人提出的第三人之诉是一种参加之诉,是以本诉的存在为前提的,所以不能对本诉的管辖权提出异议。同样,无独立请求权第三人参加诉讼本身就决定了其作为参加者是以本诉的存在为前提的,质疑本诉的管辖权将导致本诉的不确定。至于有的法院从地方保护主义立场出发追加无独立请求权第三人,将责任转移到该第三人的做法,是无独立请求权第三人制度本身的问题,而不是通过扩大管辖权异议的主体所能解决的。1990年7月28日发布生效的《关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》(法(经)复[1990]9号)及《最高人民法院关于民事诉讼法适用意见》第66条规定:无独立请求权第三人也不享有管辖异议权,而且,主动参加诉讼或另行起诉的有独立请求权第三人也不能对本诉提出管辖权异议。一些学者似乎想在理论上为第三人有权论的观点“平反”,但要这样就必须推翻第三人参加的基本性质,是比较困难的。最后,关于原告的管辖异议权,有人认为他并不是所有情况下都享有,而限定在三种情况下:1. 原告误向无管辖权的法院起诉,受理后原告发现管辖错误,因此提出异议;2. 诉讼开始后,被迫追加进来的共同原告对受诉法院的管辖权提出异议;3. 受诉法院认为被告无管辖权抗辩成立,或依职权提出自己无管辖权,将案件移送,原告对移送的裁定提出异议。认为原告有管辖异议权的主要理由是:1. 既然民事诉讼法规定了当事人有权提出管辖异议,而原告应该包括在当事人之中,因而也有管辖异议权;2. 赋予原告以管辖异议权有助于法院纠错;3. 法律规定原告可以对管辖权异议成立的裁定进行上诉,从实质上看,这就意味着原告对变更后的法院的管辖权有权异议。第一点理由不能成立,因为民事诉讼法所说的“当事人”不过是一种概括性规定,当事人有某种权利,并不自然表明所有的当事人都有这个权利,是否有权,要看立法的目的和其他具体规定。第二点理由也不能成立,异议权并不是简单的纠错,如果是这样,所有诉讼主体都应当拥有这样的权利,这样不是更有利于纠错吗?第三点理由是否成立,要具体分析。民事诉讼法第38条前段明确规定:“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。”这一规定表明异议权的有效期间是在提交答辩状期间,超过这一期间,异议权便失效。这就说明,在异议期间之外不存在异议权的问题,那么,原告有权论就是不能成立的。在被告管辖权异议成立后原告对案件移送的异议,其实并不是管辖权异议,而是针对原受诉法院裁定的异议。

原告对受诉法院的管辖权提出异议的情形;原告错误地向没有管辖权的法院起诉而法院予以受理的情形等。但依笔者的看法,总体来说,学界对管辖权异议的争论已经逐渐疏远了管辖制度的功能和管辖权异议制度的价值、目的,也就愈来愈趋向于从狭窄的视野来阐述其正当性,使此议论成为无源之水、无本之木,甚至有些问题的提出本身就是无意义的。因此,在这一片热烈的讨论下,我们需要回归到管辖权异议制度的目的和价值这一“原点问题”,甚至回到管辖制度的原点,从该制度设立的目的和应有的价值出发,探讨管辖权异议制度的构成和运作才有真正的意义。

三、“审判公正假定”与制度的目的、价值

欲对管辖权异议制度做出正确的评估,必须从管辖制度的基本目的来加以认识,因为管辖权异议作为一个子制度和辅助性制度是管辖制度的组成部分,其应从属于管辖制度的目的。只有首先明确了管辖制度的基本目的,才能真正理解管辖权异议制度的价值所在。

关于管辖制度的目的,从学界的主流认识来看没有什么争议,其价值或功能就是将不断发生的案件分配于已经给定的、处于一定区域的法院。管辖制度可以分为两大部分:级别管辖制度和地域管辖制度。“级别管辖是按照一定的标准,划分上下级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限”,^[10]是一种纵向分配;地域管辖的作用则在于“确定同级人民法院在各自辖区内受理第一审民事案件的分工和权限”,^[11]是一种横向分配。也就是说,无论级别管辖,还是地域管辖,其作用和目的都在于按照一定根据来分配第一审案件。所以管辖制度的实质就是一种分配制度。确定分配的根据主要包括三个方面:有利于当事人进行诉讼;便于法院审理和案件的执行;有利于维护国家主权。^[12]对于国内民事诉讼而言,国家主权的考虑自然相对消解;而当事人不在一地时,管辖总是对其中一方当事人进行诉讼更为方便的,只要可以选择,原告总是会选择有利于自己诉讼的法院管辖;^[13]所以此时确定管辖最重要的根据就是法院审理案件和执行案件的便利性,尤其是后者,例如,对涉及不动产的案件由不动产所在地法院审理,就既方便当事人进行诉讼,又方便法院审理和执行。

应当明确的是,管辖制度的设计并没有考虑,也不可能考虑如何防止司法地方保护主义的因素。^[14]司法地方保护主义的确在现实中存在,但并非对每一个案件都发生作用,其是否发生作用因地域、审理法官的个人意识和具体案件的情形而有所不同。^[15]尽管司法地方保护主义与民事诉讼所强调的平等原则相违背,严重地损害了程序正义的基本要求,应当努力消除和避免,但这却不是管辖制度所能解决的,试图通过改革管辖制度来实现防止地方保护主义的目标无疑是徒劳的。因为只要管辖法院为一方当事人所在地的法院,而不是双方所在地的法院时,司法地方保护主义就可能发生作用——要么有利于原告,要么有利于被告。法律无法规定每一个案件都由当事人双方共同的法院来管辖,否则凡是当事人不在同一个省或直辖市、自治区的案件都只能由最高法院作为第一审法院来审理,而这显然是不可能的。有的人主张修改民事诉讼法“原告就被告”的一般地域管辖原则来防止有

[10] 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2003年版,第64页。

[11] 同上书,第64页。

[12] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2005年版,第84页。

[13] 如对于合同案件,民事诉讼法就规定既可以由合同履行地法院,也可以由被告所在地法院管辖。

[14] 有学者认为,有的法院不按照法律规定,将不属于自己审理的案件纳入自己的管辖范围,就是一种地方保护主义,而管辖异议可以防止这一点,从而也就防止和克服了地方保护主义,参见前引[8],黄川书,第342页。但问题在于,某个法院如果存在地方保护主义的意识,即使是合法管辖,也依然会发生地方保护主义的问题。合法管辖与否与地方保护主义的克服之间没有必然的关系,以地方保护主义的意识争夺管辖权不过是地方保护主义的表象而已。

[15] 比较典型的司法地方保护主义是牵涉到当地政府利益的案件,如影响地方财政收入、当地企业经营形象、招商引资环境等,此时司法地方保护主义将通过地方权力部门的干预而发挥作用。事实上,虽然法院被强调要为当地经济的发展“保驾护航”,但如果当地没有政府的干预,在通常情况下法院还是不会就此积极作为的。

利于被告的地方保护主义,理由是该原则有利于被告,由于地方保护主义的原因,原告的权利很难获得保障。这样的设想似乎很有道理,但问题在于这一想法有一个预设的前提,那就是原告一定是权利人,而被告总是应当承担民事责任的有过错的那一方当事人。表面上看,这样一种观点甚至还可以获得统计学数据上的支持,例如我们可以假设,从以往的案件看,85%的原告都是权利人,相应的85%的被告都是责任人。但实际上,一旦按照这样的预设来改变管辖方面的规定,所谓“恶人先告状”的情形马上就可能大量发生,因为即使没有获得给付的权利,义务人也可以通过提起消极确认之诉,即当事人要求法院确认某种有争议的法律关系不存在来获得原告的诉讼地位。那么,此时的统计数据马上就会发生变化了,因为人们总是在根据已经给定的制度,按照自己的偏好和利益来调整自己的行为,而统计数据不过是这种调整后的行为的产物。前述统计结果的出现,也许正是“原告就被告”的原则下才催生出的相应数据。不仅如此,如果我们径直依据防止对被告地方保护这一点来修正原告就被告的原则,那么该原则所考虑的其他因素就被完全否定了。如人们一般所认同的抑制原告滥用起诉权,以免被告受不当诉讼的侵扰;有利于法院审理,传唤被告参加诉讼,对诉讼标的物进行保全;便于法院进行调查;便于法院执行等等。事实上,司法地方保护主义对于抽象的当事人而言不过是一把双刃剑,只有针对个案的当事人才有“意义”。因此如果不解决司法地方保护主义本身的问题,而去修正管辖制度就只不过是缘木求鱼;即使对级别管辖和审级制度的修正也许会产生一定积极意义抑制司法地方保护主义,但要从根本上克服司法地方保护主义,仍只能通过司法体制的改革,实现司法独立,割断司法主体与地方利益的联系。

如上所述,管辖制度本质上是一种分配制度,其有一个我们不应忘记的前提和假定,即理论上每一个法院审理案件都是公正的,笔者称为“审判公正假定”,而且我们在抽象的层面对这一假定是不能怀疑的,在“审判公正假定”与“司法地方保护假定”之间,后者只是前者的例外情形,否则一旦司法地方保护主义成为一般情形,就意味着对我国司法公正性的彻底否定,那样,司法体系存在的基本合理性也就完全丧失了。事实上,尽管各法院之间的司法水平可能存在一定的差异,但这种差异即使不能忽略不计,也无法予以度量。我们既不能因为实际上存在这种差异而让当事人在其中进行选择,也无法在制度上实现这种差异的客观标识化,我们无法像对医院那样,将法院分为一等甲级或二等乙级法院。尽管存在不同级别的法院,但这是审级制度的需要,我们不能断言级别高的法院在司法水平方面就一定比级别低的法院高,相反亦然。从理论上讲,所有的法院都是按照同样的实体法规则和程序法规则来审判案件的,尽管这只是一种应然状态。同理,我们也不能因为法官之间存在着差异,就满足当事人自己选择法官的愿望。如果允许当事人根据差异选择法院和法官,实际上也就引入了市场竞争机制,必然导致法院审理的市场化,从而发生类似于给医生送红包的情形。在医疗服务等领域引进市场竞争机制,在一定程度上可以促进医生和医院提高自己的医疗服务水平,但法院审理案件无法引入市场竞争机制,只能通过法官的选任、管理和监督机制来实现法官的公正司法。当然,法律也考虑了当事人的意愿,给予当事人在一定范围内选择审理法院的权利,如民事诉讼法所规定的协议管辖制度就是尊重当事人的合意选择管辖法院的制度,但这种选择的基础是当事人之间的合意,没有合意的选择是无效的。^[16]

在了解了管辖制度的目的以及相关的问题之后,我们可以进一步思考管辖权异议制度的目的和价值。管辖权异议制度是一种救济制度,即通过异议有可能撤销法院的司法行为,以维护当事人自己的正当利益,这一点是没有疑问的。我们要追问的是这种救济制度的目的和作用是什么?在民事诉讼中类似的救济程序和制度并不少,尽管救济的程序和方式各有不同。例如,对法院不予受理的裁定的救济程序和方式是,起诉人可以提起上诉,要求上一级法院对起诉是否应当受理再次进行审查;对驳回起诉的裁定也设定了上诉救济程序,不服一审法院驳回起诉裁定的,可以上诉于上一级法院。追

[16] 参见张卫平:《论诉讼契约化——完善民事诉讼法的基本作业》,《中国法学》2004年第3期。

问设定这两种上诉救济程序的目的,我们看到,它们的设置是因为当事人的起诉是启动诉讼程序的关键,关系到原告实体权利的实现,因此需给予此特殊的救济手段。而有关管辖权异议,民事诉讼法第38条前段直接规定“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。人民法院对当事人提出的异议,应当审查”,并没有说明为什么要给予当事人此种提出异议的权利。当然一般而言,法律是不会直接将理由规定在法条中的,但通过比较现行民事诉讼法与其前身——民事诉讼法(试行)的条文,我们可以发现,最初我国并没有规定管辖权异议制度,该制度是1991年制定新民事诉讼法时增加的。而其增加的背景是,民事诉讼法(试行)实施以来,司法地方保护主义的倾向日益明显,被告经常就管辖权提出异议,管辖权问题成为实践中争论的焦点之一。^[17]另一方面,民事诉讼法(试行)虽然规定了管辖制度,但在管辖制度体系中并没有设置相应的救济措施,即使是法院违反了专属管辖受理案件并做出判决的,也没有明确的救济措施,^[18]这样就强化了当事人在诉讼初期对管辖权问题的关注。为了解决管辖争议问题,最高人民法院在1987年7月21日《关于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》中指出:案件的当事人对管辖权有异议的,应向受理该案的法院提出。受理该案的法院在对该案进行实体审理之前,应先审议当事人对管辖提出的异议,就本法院对该案件是否具有管辖权问题依法做出书面裁定。裁定应当送达双方当事人。当事人对裁定不服的,有权向上一级人民法院提起上诉。当事人在二审法院确定该案管辖权后,即应按法院通知参加诉讼。很明显,现行民事诉讼法上有关管辖权异议的制度规定来自于最高法院的这一司法解释。

从当时的实践来看,管辖的争议主要发生在两个方面,一方面是法院之间就管辖权的问题发生的争议;^[19]另一方面是被告就管辖权与法院之间的争议。前者通过法院内部行政化的方式得到了解决,即指定管辖;后者则需要相应的处理程序和方法,于是出现了管辖权异议制度,平衡原告通过起诉这种主动行为所获得的选择优势。我们知道,民事诉讼法管辖制度的目的之一就是防止原告滥用诉权,因而将管辖的基本原则确定为“原告就被告”,这也是一种国际惯例,而在大多数情形下,这种管辖规定都是对被告有利而对原告不利的,因此原告会尽量在起诉时选择管辖法院。按照法律的规定,在两大类案件——侵权案件和合同案件中,原告有一定的选择余地,可以选择被告所在地以外的法院管辖。在侵权案件中,可以选择侵权行为地法院;在合同案件中,可以选择合同履行地法院。如上所述,由于“司法地方保护假定”已经成为当事人诉讼策略中的主要考量因素,因此原告会尽可能地选择被告所在地以外的法院起诉,甚至在法律规定的这些合法选择外,只要对己有利,他们还会尽量以没有管辖权的法院为管辖法院。^[20]原告的这种不合法行为及其滥用最终导致被告获得了提出异议的权利,以此对抗因原告的起诉错误而导致的管辖错误,从而实现矫正错误管辖的目的,其既有纠错的功

[17] 参见常怡主编:《新中国民事诉讼法研究综述(1949-1989)》,长春出版社1991年版,第85页。在现行民事诉讼法颁布之前,理论界已经有了管辖异议的概念,但指的是当事人与人民法院之间、或者人民法院彼此之间,对法院有无管辖权的争议。这一概念包括了法院之间的因管辖权所发生的争议,与作为当事人权利的管辖权异议的概念有很大区别。在20世纪50年代的实践中,也已经发生了一些管辖异议,但数量很少,其中比较突出的是原告就管辖权提出异议,但不是诉讼开始阶段,而是在一审结束后作为上诉理由提出,意图改变一审法院对己不利的判决。显然这是原告的一种诉讼策略。最高法院对此的处理意见是,上诉法院可以对原告的管辖意见进行审查,管辖错误导致实体审判发生错误的,可撤销原判迳行移送有管辖权的法院,而如果当事人的主张显系钻空取巧,拖延时间,则可不考虑管辖权问题,迳行驳回其上诉。参见最高法院华东分院《关于民事管辖权问题的批复》(1951年3月21日)。

[18] 一些国家的民事诉讼法规定,当事人可以将违反专属管辖作为上诉的理由。例如日本民事诉讼法第299条规定:“当事人在控诉审,不得主张第一审法院没有管辖权。但是对于专属管辖(根据本法第11条规定,当事人以协议决定的除外)不在此限。”根据日本民事诉讼法第312条“上告理由”,违反专属管辖也是民事上诉的法定理由。

[19] 法院之间就管辖权问题发生争议的原因主要是法院之间对某些案件相互推诿不予受理,或者相反,对某些有利益的案件(因案件标的数额大小与案件受理费有关,案件受理费又关系到法院的经费,因而形成了利益牵连)争相受理。

[20] 这是一种不合法行为,但其在法律上的责任一般限于不予受理,因此对原告而言几乎没有什么法律风险而会滥加使用。

能,也有平衡心理、吸收不满的程序功能。^[21]换言之,管辖异议这一制度的设置是依照“审判公正假定”,通过给予被告异议的权利来平衡原告的起诉优势,在形式上体现了民事诉讼当事人平等这一基本原则。这种制度设置的正当性来自于所谓“先验的自然公正”,相当于体育比赛中的猜先规则,猜先的一方不可能既决定场地又优先发球,否则就违反了“自然公正”。

需要说明的是,专属管辖的情形与一般地域管辖有所不同,专属管辖不仅排斥协议管辖,而且也排斥其它地域管辖。这是因为专属管辖问题有可能涉及国家主权,而主权问题已经超出了国内民事诉讼中“审判公正假定”的前提,所以此时真正符合正义的应当是专属管辖。正因为如此,国外民事诉讼中才将违反专属管辖作为上诉的理由,而没有将违反一般地域管辖作为上诉的理由。

四、回归原点后的制度修正

由以上论述可知,管辖权异议是一种辅助性的程序制度,本身与实体正义并没有多大的关联。程序虽有其独立存在的价值,但我们亦不能过分夸大它的独立性,否则有可能导致人们对程序的一种心理幻觉,即程序越复杂越好,形成所谓“程序幻觉”。人们会在这种幻觉的影响下片面追求程序的复杂化,使程序体系成为自我循环的封闭体系,形成程序的“自我繁殖”情形,典型如诉讼程序中对程序问题处理的反复裁决纠错,不断循环。一旦变成为程序而程序,人类自身就会被程序异化,造成“程序过度”。我们可以把程序分为三种:一是产生权利的程序,即通过某种程序形成一种权利,典型如通过诉讼程序从某种基本权利生成一种新的权利,如日照权的生成;^[22]二是实现权利的程序,这种程序又可按阶段分为审判程序和执行程序。实体上的权利如果不通过判决,就不过是一种权利“假象”,^[23]或只是停留在“纸面上的权利”,只有以纷争为契机,通过诉讼程序才能使权利关系具有实在性;^[24]三是裁决异议的程序,例如上诉程序、再审程序、复议程序等。在这三种程序中,裁决异议程序最容易导致程序的循环,因为初始异议发生后,又会形成新的裁决,对新的裁决还可能生成再异议程序,如果没有控制,则将不断循环下去。

裁决异议的程序在本质上是一种诉讼中的救济程序,在现行民事诉讼法中主要有以下几种:1.对终局性裁决或实体性问题裁决的异议程序,包括对未生效判决的异议程序(上诉审程序)和对生效判决的异议程序(再审程序)。2.对程序事项或程序问题的异议程序,包括(1)对不予受理裁定的异议程序;(2)对驳回起诉裁定的异议程序;(3)对管辖权的异议程序;(4)对程序事项决定不服的程序。例如,当事人对回避决定不服的,可以申请复议一次(民事诉讼法第48条);当事人对财产保全和先予执行的裁定不服的,可以申请复议(民事诉讼法第99条);对于妨害民事诉讼而被处于拘留、罚款的,被拘留、处罚的人对其决定不服的,可以申请复议(民事诉讼法第105条),等等。从整个民事诉讼程序来看,法院需要对实体事项和程序事项做出的裁决有很多,尤其是程序事项的裁决。例如,审前程序中的裁决;庭审中程序事项的裁决;保全程序、先予执行程序中的裁决;关于延期审理、诉讼中止、诉讼终结的裁决;关于证据问题的各种裁决等等,可以说不计其数。而按照民事诉讼法的规定,并不是对所有的裁决都允许异议并设置有相应的异议程序的,那么,为什么关于回避的决定就可以申请复议,

[21] 吸收不满是程序的一项十分重要的功能,这一功能的发挥有其心理学上的基础。心理学告诉我们,人在一定的压力之下,尤其是在主观上判断为消极的压迫之下,必然产生一定的反抗,包括心理的不满,在该不满不能被及时吸收时,就可能转化为强烈的外部抵制行为。

[22] 如在日本,原本没有日照权,对于人们沐浴阳光的利益在法律中并没有加以保护,人们也没有要保护这种利益的认识。随着社会的发展,人们对这种利益的要求越来越强烈,最终导致法官对该利益的保护给予了肯定,“通过判例法的机制,日照权作为新的实体权利从诉讼中产生了”。参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第69页。

[23] 同上书,第7页。

[24] 参见[日]兼子一:《实体法与诉讼法——民事诉讼的基础理论》,有斐阁1957年版,第158页。

而关于证据认定、诉讼中止、执行异议等的裁决就不能申请复议呢?通过分析民事诉讼法的文本可以发现,现行民事诉讼制度一方面在对法院裁决的救济方面存在不充分和不全面的情形,另一方面,又存在着救济过剩、救济程序过于复杂的情形,换言之,现行民事诉讼对诉讼中的司法处理存在着救济失衡的状态。关于前者的例证是,对于某些涉及实体问题的处理,如证据认定、执行异议的裁决,以及某些既涉及实体利益又涉及重要诉讼事项的裁决,如法院追加第三人的处理等,都没有相应的救济。^[25]而关于后者,就是笔者下文所要指出的情形。

设置作为救济手段和方法的异议程序的必要性与当事人所涉利益的大小和诉讼效率有关。从诉讼效率来看,任何程序的设置都将影响诉讼效率,二者之间始终存在矛盾和紧张关系。从所涉利益的大小来看,权利或利益的大小与救济程序的有无和复杂程度直接关联,可以认为,救济程序的复杂程度与权利或利益的大小成正比。当事人在诉讼中的利益可以分为实体利益和程序利益两大部分。凡是直接涉及实体利益的,均应当给予异议机会予以救济,这一点人们是比较认同的,因为程序具有实现实体权利的“工具性”的一面。法院就实体权利义务所做判决涉及到的利益的重要性是显而易见的,即使是不予受理、驳回起诉等裁决也因涉及实体权利的实现问题,利害关系同样不容置疑。对这样一些重大事项的裁决,无疑应当设置异议程序,而且由于利益的重要程度,对于异议的处理还要再设置相应的救济程序,即对裁决不服的,还可以提起上诉。对这些涉及实体问题的裁决事项,其利益大小的判断相对而言比较容易,例如在财产保全和先予执行、诉讼中的拘留、处罚等裁决中,财产保全涉及判决利益能否实现的问题,先予执行涉及能否及时救济的问题,拘留和处罚则直接关联人身权利和财产权利。而对其他不涉及实体权利义务的程序事项,其利益大小的判断相对而言就较为困难。程序利益主要是指不以实体利害关系为基础,而以程序正义价值为基础的利益,例如是否实现平等对话、诉讼中是否做到武器平等。当事人是为了解决实体争议而提起诉讼和参加诉讼的,因此毫无疑问,实体利益是程序设置时首先应当考量的因素。在此基础上,程序设置时还要特别考量程序利益的实现,而当事人程序利益的考量则与“元制度”的目的和价值有关,因为异议程序等是一种附带性制度,是“元制度”基础之上的“后制度”。以回避制度为例,“元制度”是由独任法官或审判长以及法院院长根据不同情形决定被申请人是否要回避,而对此回避决定的异议救济则是其后的一种“后制度”。

管辖权异议制度也是如此。当法院决定管辖某一特定的案件时,意味着该案件将“系属”于受理法院,当事人的异议就是针对这一司法行为而实施的。对于管辖权的异议是必要的,但异议制度应当如何设计,异议主体的范围以及程序的复杂程度,都应当考虑管辖这一“元制度”的目的和价值。在前面的分析中我们已经明确了,管辖制度的目的在于案件的合理分配,主要是一种内部分工制度,其正当性在于分配根据的合理性。依据“审判公正假定”,管辖错误的实质是法院内部分工的错误,与实体审理的公正性并没有关系,涉及的仅仅是程序正当性的问题,即是否体现了当事人的平等,表现为原告与被告的衡平问题(其中并涉及当事人的心理感受)。因此,只要异议制度的设计平衡了双方当事人的优势,异议制度的目的就算达到了,完全没有必要将此程序进一步扩展,导致“程序过剩”或“程序过度”。

实体法与程序法的一个明显区别在于违反实体法与违反程序法的法律效果有所不同。违反实体法将产生特定的法律效果,典型的情形是行为无效,但违反程序法不一定发生行为无效的法律效果。因为在程序法领域,必须考虑违反该程序法的行为与实体正义及诉讼效率的关系问题。如果所有违反程序法规定的行为一律无效,必将影响诉讼的效率,导致诉讼成本的提高,且对实体公正的实现没有意义。因此,人们在设计程序行为的法律效果时就必须考虑其与实体正义的实现及诉讼效率的关

[25] 在民事诉讼中当事人请求追究第三人民事责任的,一方面,民事诉讼法没有规定以何种裁判方式反映对当事人此请求的处理;另一方面,民事诉讼法也没有规定,当事人对这种裁定不服的,以何种方式申明不服,以及对该不服申明的答复程序。

系,有层次地安排违反这些行为的法律效果。在对待权利救济时也是如此,应当根据权利的重要性来设计救济程序并决定程序达到的复杂程度,尤其是对于管辖这种不涉及实体公正的内部分工制度,更应该充分考虑救济之实现的必要性。在各国民事诉讼法中,通常都不将一般管辖错误作为上诉和再审的事由,也正是基于这样的考虑。反观我国,现行民事诉讼法管辖权异议为异议设计了两审终审制度,当事人对受诉法院的管辖可以提出异议,如果法院做出驳回异议的裁定而当事人对该裁定不服的,可以在一定的期间内再向上一级法院提起上诉,上诉法院做出终审裁决。但由于我国再审制度规定,对于确有错误的判决和裁定可以提起再审,所以单就这一规定而言,对上诉法院的终审裁定还有提起再审的可能性。在注重程序简化的我国,如此繁复的设计显然是一种例外的情形。

在前文论述明确了管辖制度的目的、价值的背景下,我们再来看上述管辖权异议程序的设计,就会发现,其中存在着程序过度或程序过剩的情形。这种设计实际上强化了与实体公正无关的程序利益争端,把管辖的内部分工外部化为一种诉讼利益,促使当事人为了“司法地方保护假定”所产生的预想利益(包括积极利益和消极利益)而无尽斗争。在诉讼中,通常来说对于被告而言拖延时间总是有利的,而管辖权异议的两审终审制度恰恰为被告的这一诉讼策略提供了制度支持,极大地影响了诉讼的进行。事实上,基于一种内部分工所发生的管辖权分配,是没有必要外部化的。因此笔者认为,首先,从平衡当事人的关系这一平等原则的要求出发,可以给予被告对管辖权提出异议的权利,并由法院对异议进行审查做出回答,以吸收异议人的不满,但能够获得这种权利的主体仅限于被告;第二,没有必要再为其设置上诉程序,^[26]更没有必要在因异议成立原受诉法院移送管辖以后还给予原告对移送行为异议的权利。否则如果原告异议成功,我们是否还应该再次给予被告对原受诉法院恢复管辖的异议权呢?第三,管辖权异议实行一审终审还意味着,对管辖权异议裁决的再审也是没有必要的。从其性质上来看,再审是一种非常程序,自然没有必要为管辖权异议的裁决而启动。

综上所述,管辖权异议的两审终审制人为地强化了管辖对于当事人的重要性,误导了人们对其程序正义的认识,因此应当予以修正。学者们的研究也不应当进一步强化管辖权异议制度的复杂性,扩大异议主体范围,使更多的人陷于这种无谓的争议之中。

Abstract: When people discuss the institution of challenge for jurisdiction, they separate the purpose and value of the institution; consequently they derogate the actual function and value of the discussion, so they should return to the origin of the institution to study it over again. According to the presumption that adjudication is justice, the inaccurate jurisdiction is essentially a mistake made by the courts when they divide the interior work. So as long as the institution of challenge for jurisdiction provided by law could balance the two parties' advantage, the purpose of the institution is reached, without any necessity to enlarge it, which will result in the surplus procedure. The present institution of challenge for jurisdiction follows the court of second instance being that of last instance, which intentionally emphasizes the importance of jurisdiction to the parties, and misleads persons into the understanding of its procedural justice, so it needs perfecting and limitation.

Key words: challenge for jurisdiction, origin, surplus procedure

[26] 当然,专属管辖可以作为例外情形,给予上诉救济的机会。