

法经济学视角下的应诉管辖

○ 胡宜奎

(南京财经大学 法学院,江苏 南京 210023)

[摘要]民诉法第127条第2款规定的应诉管辖制度在某种程度上是对之前司法实务中相关做法的一种立法上的追认与修正,总体上值得肯定。但从法经济学视角来看,建立在被告了解相关信息基础上的应诉管辖制度才是有效率的,该制度能否有效发挥作用则取决于其能否有效抑制原告的机会主义行为。为保障该制度的有效实施,并减少其对民事管辖制度所可能带来的负面冲击,应将法院的告知作为成立应诉管辖的要件之一。

[关键词]应诉管辖;诉讼成本;管辖权异议;告知

我国民事诉讼法第127条第2款明确规定了可适用于非涉外民事诉讼的应诉管辖制度。^[1]该规定基本反映了我国学界经过长期探讨所形成的一些共识,某种程度上也是对司法实务界相关做法的一种立法上的追认与修正。总体上,该条款的规定应予肯定,但同时也应注意该制度所可能带来的风险。因为应诉管辖涉及民事管辖制度中的诸多问题,与多个相关条文的内容之间存在着潜在的张力与冲突,如民诉法第119条第4款(起诉条件)、第127条第1款(管辖权异议)以及第36条(移送管辖)等。该制度实施的效果如何一定程度上取决于其与相关制度之间能否进行有效的衔接与配合,如果设置不当,将可能会对我国的民事管辖制度带来严重的负面影响。故此,有必要对现行立法规定应诉管辖制度的初衷、该制度发挥作用的经济机理及成立要件等问题展开进一步的探讨。

作者简介:胡宜奎(1973—),南京财经大学法学院副教授、副院长,法学博士,主要研究方向为民事诉讼法学、公司法学。

一、民事诉讼法第127条第2款的立法初衷

在《民事诉讼法修正案(2012)》出台之前,非涉外民事诉讼中能否成立应诉管辖在理论界存在一定的争议,其在司法实务中则是以一种变通的方式存在并实际发挥着作用,由此也带来一些理论和现实问题。

(一)《民事诉讼法修正案(2012)》出台前理论与实务中的应诉管辖

《民事诉讼法修正案(2012)》出台前的民事诉讼法(以下简称原民事诉讼法)并未对非涉外民事诉讼应诉管辖作出直接规定,这一点并无争议,但对原民事诉讼法第38条(异议应当在提交答辩状期间提出)的理解上却存在分歧。一种观点认为,从该规定中可以推断出原民事诉讼法实际上是承认应诉管辖的。因为当事人不在答辩期内提出管辖权异议即产生失权的法律后果,而失权的程序后果只能是无管辖权的法院继续审理并作出裁判,不可能存在其他的解释。^[2]而另一种观点则认为将该规定当作应诉管辖完全是曲解了立法者的本意,既不利于克服地方保护主义,也与比较法视角下应诉管辖的本质相去甚远。^[3]

如果说学界尚有一定争议的话,司法实务界则明显倾向于前一种观点。一些本无管辖权的法院会选择对被告未在规定时间内提出异议的案件继续进行审理。不仅是级别较低的法院,连最高人民法院也持类似的立场。^[4]

(二)存在的问题

1. 司法实务中的做法,在理论上难以自圆其说

管辖权异议是在1991年制定民事诉讼法时才增加的制度,是为了平衡原告所存在的通过起诉这种主动行为所造成的选择优势。^[5]出于防止滥诉等考虑,法律对管辖制度的初始安排大多是有利于被告的。原告基于对可能存在的司法地方保护的顾虑,通常会尽可能选择向被告住所地之外的法院起诉,无论这种选择是否符合法律规定。正是基于原告可能向没有管辖权的法院起诉,法律才给予被告^[6]异议的权利,被告可以对抗的就是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,这一规定既有纠错的功能,也有平衡心理、吸收不满的程序功能。^[7]“应当在提交答辩状期间”提出管辖权异议为我国民事诉讼法独有的规定,从充分保护被告管辖利益的角度出发,宜作为倡导性条款而非强制性条款来对待。^[8]当事人即使没有在规定期间内提出异议,最严重的后果也仅是失去异议权,但并不意味着受诉法院对原本没有管辖权的案件就拥有了管辖权。如果法院发现对所受理的案件并无管辖权,从理论上讲,仍应适用移送管辖的规定。这显然有别于应诉管辖。

2. 难以阻止司法实践中的滥用

由于原民事诉讼法第38条被曲解为应诉管辖,在司法实践中,不少法院故意受理本地原告提出的自己明显没有管辖权的诉讼,然后以被告不知或因未能及时辨别存在的管辖错误等原因没有及时提出异议为由,对原本不属于自己管辖的案件进行审判,助长了司法地方保护主义。即使法院在错误受理时并非出于故

意,由于法律没有明确非涉外民事诉讼中是否可以成立应诉管辖,亦未对被告未在规定的时间内提出管辖权异议的法律后果加以规定,在被告没有及时提出管辖权异议的情况下,受诉法院就有两种不同的选择,将案件移送给有管辖权的法院或认为该案构成“应诉管辖”而继续进行审理。这就为法院的“选择性执法”留下可乘之机。

与其如此,不如直接通过立法对应诉管辖制度加以明确规定,并严格规范其适用,反而可能减少其被滥用。“借鉴民事诉讼制度先进国家的立法经验,采纳应诉管辖制度较之于未在答辩期间提出管辖权异议即失权的制度,无疑更为公平妥当。”^[9]民法第127条第2款的立法初衷也正在于此。

二、应诉管辖制度发挥作用的经济机理

在我国学界对应诉管辖已进行的诸多法理探讨中,较具代表性的观点认为其有助于降低诉讼成本,提高诉讼效益。^[10]鉴于学界对该制度已有较多的法理分析,笔者试从法经济学的视角来解读应诉管辖制度发挥作用的经济机理。^[11]

(一) 应诉管辖制度本身是有效率的

法经济学鼻祖科斯在1960年发表的《社会成本问题》中指出,应该从效率的角度评价法律,“一旦考虑到进行市场交易的成本,那么显然只有这种重新安排后的产值增长多于它所带来的成本时,权利的重新安排才能进行。”^[12]由于现实的诉讼都将产生诉讼成本,判断是否有必要规定应诉管辖制度,要看该制度能否降低诉讼成本,提高诉讼效率,即该制度是否有效率。

如果把法律关于有管辖权法院的规定看作是权利的初始配置,那么只有在改变法律的这种初始权利配置的产值增长多于它所带来的成本时,改变现有法律规定的管辖法院的行为才有可能发生。如果是双方当事人基于真实的合意而选择本无管辖权的法院来审理彼此之间的诉讼,对于作为理性经济人的双方当事人来讲就是他们共同认为,改变法律预先对管辖权的分配能够带来产值的增加或减少诉讼的成本,这种选择就是有效率的。波斯纳认为:“尽管效率没有被定义为只有自愿交易才能产生的东西,但有证据支持的一个观点是,只有在实际上奉行自愿交易时,支付意愿才可能被很可信地得以确认。在按照自愿交易转移资源的地方,我们才可能有理由坚信这种转移包含着效率的增长。”^[13]这也正是法律规定协议管辖制度的经济逻辑。对于明示的协议管辖,无论是否要求采用书面形式,只要能够证明协议的真实存在,是双方当事人自主选择的结果,这种对法律关于管辖权初始界定的改变是有效率的当无问题。但对于应诉管辖(默示协议管辖)来讲,如果应诉管辖成立,显然也改变了法律关于管辖权的初始分配,该种改变是否有效率当然也取决于当事人是否自愿,只不过此时的自愿是一种基于当事人应诉行为而推定的结果。这种推定结果是否具有正当性又取决于当事人的“选择”是否是在信息相对充分的条件下作出的。

在应诉管辖成立的情况下,受诉法院是由原告选择的,无论其是否知道该法

院并无对该案的管辖权,由受诉法院对该案件进行审理都未违背原告的意愿,即原告认为该案件由受诉法院审理是对其有利的(至于能否成功则另当别论)。而对于被告来讲,如果改变法律对管辖权的初始配置是在其了解相关信息的情形下的自主选择,那么此时成立应诉管辖就是有效率的。这是我们在决定是否确立应诉管辖制度以及设立什么样的应诉管辖制度时的主要考量。

综上,建立在被告了解相关信息基础上的应诉管辖制度才是有效率的,才有存在的必要。对那些已经错误受理的案件,如果被告在知晓受诉法院没有管辖权时并未明确提出异议,仍然应诉的,无论其真实态度如何,都应视为其已接受受诉法院对案件的管辖,对该案就没有必要再进行移送,增加额外的诉讼成本;亦无必要再对之提供程序救济,以减少无谓的管辖争议。

(二)应诉管辖发挥作用的关键在于其能否有效抑制原告的机会主义行为

没有适当条件限制的应诉管辖对原告故意选择向无管辖权的法院起诉具有激励作用。因为原告向无管辖权的法院起诉成本较低,如果法院因其起诉不符合管辖条件而不予受理,原告预交的案件受理费应该退还,对原告来说几无损失;如果案件侥幸被受理,即使因被告及时提出管辖权异议,导致受诉法院不能继续对案件进行审理而将案件移送给真正有管辖权的法院,对原告来讲亦无较大的损失,受诉法院需将原告已预交的案件受理费随同案件一并移交给受移送法院。原告既无案件受理费方面的损失,还可起到维持时效中断效力、遵守除斥期间效力的效果。可见,在法院严格执行法定管辖规定,被告及时行使管辖异议权的情况下,原告虽然无利可图,但其故意向无管辖权法院起诉的成本却是很低的。成本虽低,但毕竟还是有诉讼成本的(尤其是时间成本),在无利可图却要承担一定的成本(虽然比较低)的情况下,对作为理性经济人的原告通常不会具有故意向无管辖权法院起诉的激励。

但是,如果原告此举有利可图,即其所提诉讼由其心仪的、对其有利的法院管辖所可能增加的收益(包括获得有利于自己的实体裁判结果可能性的增加、参加诉讼相关成本支出的节约,如差旅费等的减少等)大于其所可能承担的因向无管辖权法院起诉而被不予受理或被移送所增加的诉讼成本时,原告就会产生故意向无管辖权法院起诉的激励。法经济学将法律规则体系类比为市场价格体系,认为法律规则下各法律主体的行为选择与市场条件下理性经济人的行为选择具有相同的性质。在法律规则下行为人的行为反应就类似于市场中参与者的反应,都是根据既定的“价格体系”进行成本—收益分析。^[14]“循规守法者往往确信他们守法所带来的收益会远远大于成本,违法必然得不偿失;选择规避法律或打法律‘擦边球’者,则是在守法成本较高又不能公然违背的情况下,自觉寻找法律变通办法,以使自身利益尽可能不受损失的实用策略。”^[15]

而抑制原告故意向无管辖权法院起诉的机会主义行为,就需要有相关的约束机制来降低其所提案件最终由对其有利但不拥有管辖权的法院审理的几率,让其因得不偿失而放弃作这种选择,无论是否存在原告与受案法院之间的共

谋。规定受诉法院应就其没有管辖权进行告知就是相关约束机制中的重要一环,也是应诉管辖制度具有正当性的基础。

三、法院的告知应作为成立应诉管辖的要件之一

应诉管辖的成立要件中是否应包括受诉法院向被告告知无管辖权的事实及应诉的后果?对此,日本和德国的做法存在明显的不同。根据日本民事诉讼法第12条的规定,无论被告是否知悉受诉法院没有管辖权的事实,只要不提出违反管辖而进行陈述时,该法院就拥有管辖权。而根据德国民民事诉讼法第39条和第504条的规定,应诉管辖(由于不责问的辩论而生的管辖)的成立需要法院进行相关的告知。^[16]国内学界在是否应借鉴德国法的规定上存在着较大的分歧。赞成者认为德国的有条件承认应诉管辖的方式更为合理,既然原告向无管辖权的法院起诉,被告被告知管辖错误及后果后仍同意应诉,那么,由此推断双方当事人都同意把诉讼交给受诉法院审理是有充分理由的。^[17]鉴于我国当事人诉讼能力相对不足的现实,应向受诉法院课以相应的释明义务。^[18]反对者则认为,需要平衡当事人诉讼行为与法院依职权调查有无管辖权的义务。加强法院的释明义务虽然有利于加强异议权的保障,但却赋予法院过重的释明义务,在法理上、操作性等方面都会产生问题,总体而言是弊大于利,不宜为我国借鉴。^[19]2015年新出台的最高院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称民事诉讼法解释)第223条第2款对应诉答辩作了界定,但并未涉及法院应否告知问题。

笔者认为,受诉法院应就其对案件无管辖权及应诉的后果进行告知,未经告知不能成立应诉管辖。因为法院的告知既是应诉管辖制度本身有效发挥作用的重要保障,也有助于减少其对整个民事管辖制度所可能带来的负面影响。

(一)法院的告知可以有效抑制原告的机会主义行为,节约诉讼成本

虽然管辖制度本质上只是一种法院内部的案件分配制度,从理论上讲每一个法院审理案件都是公正的,适用的是同样的实体法和程序规则。但是,对双方当事人来讲,管辖利益却是客观存在的。姑且不论现实中确实存在的司法地方保护主义,即使每一个法院都能够做到对案件依法进行公正的审理,案件由不同的法院审理,双方当事人各自付出的成本也可能是不一样的。当事人作为理性的经济人,同等情况下显然更愿意在自己住所地进行诉讼,既可节约差旅费等经济支出,又可坐拥“以逸待劳”的心理优势。况且,不同法院对同一问题适用的规范性文件有时也未必完全相同,^[20]客观上又增加了“同案不同判”的可能性。管辖利益的客观存在,难免会激励当事人实施一些机会主义行为。

由于确定管辖权往往需要对案件进行实质性审查,需要确定案件的性质和查明具体的案情,还涉及法院内部众多的关于管辖权的司法解释,因而对法院是否具有管辖权进行判断具有一定的模糊性和不确定性。^[21]加之我国当前有相当数量的民事案件是当事人本人诉讼,通常情况下当事人并非诉讼方面的专家,如无法院的告知,出现被告无法及时判断受诉法院是否拥有管辖权的情况并不奇

怪。这就会使原告获得不正当管辖利益的机会大为增加,尤其是在原告与受诉法院之间存在共谋的情况下,被告的管辖利益将会因原告的不合法起诉而受损。相应地,被告则有可能出于本能的恐惧,在无法准确判断受诉法院是否拥有管辖权的情况下,为了避免因疏忽造成管辖利益的丧失,将会更多地选择提出管辖权异议。这样,民事诉讼管辖制度将会受到较大的冲击,无谓地消耗掉更多的诉讼成本。法院的告知虽然也存在有时难以及时判断其是否享有管辖权的情况,但作为专门的审判机构,“法官知法”应该是一个基本的前提和假定,对本属于其职权调查范围内的管辖权问题作出判断显然比被告更擅长、更容易。通过法院的告知,原告获得不合法管辖利益的几率将大为降低,将会有效抑制其故意向无管辖权的法院起诉以及与法院共谋的机会主义行为,降低错误受理的几率,被告也就没有必要再慌不择路地提起一些不必要的管辖权异议(基于其他原因滥用异议权则另当别论)。

(二) 法院的告知可以减轻应诉管辖对相关民事管辖制度的冲击

1. 法院的告知可优化案件受理的质量,落实起诉与受理条件方面的规定

前已论及,没有法院告知的应诉管辖制度容易激励原告采取故意向无管辖权的法院起诉的机会主义行为,同时也增加了法院因疏忽或故意进行错误受理的可能性,“属于受诉法院管辖”这一规定就将难以得到落实。法院的告知则会让原告单独或与法院串通违反起诉条件的规定而进行的机会主义行为难以得逞,很可能得不偿失,从而促使原告更多地选择向有管辖权的法院起诉,无管辖权的法院故意违法受理也将变得毫无意义。

2. 法院的告知有助于理顺管辖权异议制度的功能,减少一些不必要的异议

“应当在提交答辩状期间”提出异议的规定只应作为一种倡导性规范,是为了促使被告及早行使异议权。被告自己知晓受诉法院没有管辖权的,当然可以及时提出管辖权异议,这时就没有应诉管辖适用的余地;如果被告是在法院告知后才知晓的,即使过了提出管辖权异议的时间,只要被告拒绝应诉,应诉管辖就不能成立,受诉法院就应将案件移送有管辖权的法院。有人或许会担心被告故意怠于行使异议权,从而影响诉讼的进程。这种担心并非没有道理,但是对于容易发现没有管辖权的案件,法院完全可以及早向被告告知,让被告及时选择是否应诉;如果连法院都因案情复杂无法及时确定对该案有无管辖权,在我国目前尚有大量民事案件无律师代理的现实条件下,此时要求被告及时作出准确判断并提出管辖权异议未勉强人所难,即使是在有律师代理的情况下恐怕也很难做到。当然,法院告知的时间亦不应过迟,以免造成诉讼的迟延,可以考虑限定在首次开庭之前。对于被告而言,如无比较明确的理由认为受诉法院没有管辖权,就没有必要去提出管辖权异议;如果出现一时难以判断的情形,在法院告知后则可选择要求法院移送。这样,被告就不至于在不能明确受诉法院有无管辖权的情况下,出于担心管辖利益可能受损的考虑而提起一些并无必要的管辖权异议。

3. 法院的告知可以使应诉管辖与移送管辖之间能够有效衔接

法院向被告告知其没有管辖权及应诉的后果后,如果被告仍然选择应诉,则成立应诉管辖;如果被告拒绝应诉或申请移送,受诉法院则应将案件移送给有管辖权的法院。如无法院的告知,在发生错误受理后,可能会带来两方面的问题。一方面,受诉法院可能会出于侥幸心理,故意不主动移送自己没有管辖权的案件,等可能并不了解情况的被告应诉答辩后,则堂而皇之地获得应诉管辖权;另一方面,如果受诉法院在未与被告进行沟通的情况下直接将案件移送,被告就失去了选择受诉法院继续审理案件的机会,就可能人为地增加了一些不必要的移送。

四、结 语

相较于《民事诉讼法修正案(2012)》出台前司法实务中对原民事诉讼法第38条的曲解与滥用,民事诉讼法第127条第2款的规定更符合法理,也更接近比较法上该制度的本质。但同时我们也应看到,民事诉讼法第127条第2款以及最高院新近出台的民事诉讼法解释对其的规定仍然相当粗疏,许多问题有待进一步明确,比如应诉管辖与协议管辖之间的关系如何界定、如何确定应诉管辖的成立要件及其效力范围,等等。由于应诉管辖牵涉面广,对整个民事管辖制度的影响很大,特别是在当前管辖问题仍很敏感、管辖争夺仍较激烈的背景下,如果处理失当,将会加剧民事管辖中的混乱。无论是从应诉管辖制度有效发挥作用的机理,还是从减轻其对整个民事管辖制度带来负面冲击的角度来看,都应将法院的告知作为成立应诉管辖的要件之一。

注释:

[1]国内学界通常称之为默示协议管辖。本文之所以使用“应诉管辖”这一概念,只是因其比“默示协议管辖”更能准确地概括民事诉讼法第127条第2款的内容,且表述上更为简便,并非认为两者之间有什么本质的区别。因为默示协议管辖仍然属于协议管辖,其适用的案件范围与可以选择的法院范围都应与明示协议管辖相一致。如果将民事诉讼法第127条第2款理解成默示协议管辖,显然,该条最佳的位置应是放在第一编内关于协议管辖的条文中,而不是放在第二编第十二章的位置。不仅如此,民事诉讼法第127条第2款只适用于受诉法院原本没有管辖权的情形,并且没有明确的适用案件范围的限制;而协议管辖却可以选择原本有管辖权的法院,只能适用于合同或其他财产权益纠纷。现行立法并未明确该条款是作为协议管辖的一种表现形式,还是作为不同于协议管辖的一种独立的管辖制度。此外,如无特别说明,后文的探讨仅针对非涉外民事诉讼。

[2]孙邦清:《民事诉讼管辖制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2008年,第242页。

[3]江伟:《中国民事诉讼法专论》,北京:中国政法大学出版社,1998年,第331-332页。

[4]例如《北京智扬伟博科技发展有限公司与创思生物技术工程(东莞)有限公司、河南省开封市城市管理局居间合同纠纷案》的裁判摘要中明确指出,“……其他被告如果认为受理案件的人民法院没有管辖权,应当在一审答辩期内提出管辖权异议,未在此期间提出异议的,因案件已经进入实体审理阶段,管辖权已经确定,即使受理案件的人民法院辖区内的被告不是案件的适格被告,人民法院亦可裁定驳回原告对该被告的起诉,并不影响案件实体审理,无需再移送管辖。”参见最高院于2009年4月1日作出的(2008)民中字第1364号民事裁定书,载《最高人民法院公报》2009年第7期,第39页。

[5]张卫平:《民事诉讼:回归原点的思考》,北京:北京大学出版社,2011年,第360-361页。

[6]在享有异议权的主体方面,学界存在较大的争议。笔者赞同张卫平教授的观点,即只有被告才有管辖异议权。张卫平:《民事诉讼:回归原点的思考》,北京:北京大学出版社,2011年,第356页。

[7]张卫平:《民事诉讼:回归原点的思考》,北京:北京大学出版社,2011年,第362页。

[8][9]奚晓明:《〈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,,第72-73页。

[10]刘敏:《论民事诉讼法上的协议管辖制度》,《学海》1997年第2期。

[11]通常认为,法经济学包括三个紧密相关的部分:预测特定的法律规则会产生什么样的效果、解释为什么特定的法律会存在、确定应该存在什么样的法律。用此方法分析民事诉讼法第127条第2款的得失,具有一定的针对性。[美]大卫·弗里德曼:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,北京:法律出版社,2004年,第9-10页。

[12][美]罗纳德·科斯:《社会成本问题》,盛洪等译,《企业、市场与法律》,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社,2009年,第113页。

[13][美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析(上)》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社,1997年,第17页。

[14]魏建:《理性选择理论与法经济学的发展》,《中国社会科学》2002年第1期。

[15]冯玉军:《法经济学范式的知识基础研究》,《中国人民大学学报》2005年第4期。

[16]《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀斌译,中国法制出版社,2001年,第8、115页。

[17]江伟:《中国民事诉讼法专论》,北京:中国政法大学出版社,1998年,第333-335页。

[18]奚晓明:《〈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,第73页。

[19]孙邦清:《民事诉讼管辖制度研究》,北京:中国政法大学出版社,2008年,第247-248页。

[20]以公司法为例,除了最高院颁有全国统一适用的司法解释外,江苏、浙江、上海等地高院还颁布有在该省适用的解释性文件。这种地方性解释文本对同一问题的态度往往存在较大差异,形成了诉讼的差别待遇,影响了规则的可预测性。蒋大兴:《“法官言说”:问题意识、特殊知识与解释技艺》,《法学研究》2011年第6期,第43页。

[20]陈桂明:《再审事由应当如何确定——兼评2007年民事诉讼法修改之得失》,《法学家》2007年第6期。

[责任编辑:流金]