

禁诉令成文立法模式探讨 ——以国际民事诉讼管辖冲突为背景

季澄珏^{*}

内容提要：禁诉令与行为保全的互动纠葛引发国际私法与民事诉讼法学界的双向关注，两项制度虽同有“禁止一定行为”的内涵，却不能据此得出行为保全容纳禁诉令的结论，国内司法将禁令制度划入行为保全的做法并不可取。面对禁诉令的引入与建构，应充分研究禁诉令的成文立法模式，尤其是该制度在民事程序法中的体系定位。以行为保全为禁诉令之法律依据实为忽略了两者之间的深层差异：从功能特性入手，我国的行为保全与德国法中定暂时状态之假处分相似，是维持诉讼状态的预防性程序措施；孕育自英美法系司法实践的禁诉令，天然呈现出衡平特征，除限制个案当事人以保障内国诉讼程序之外，已成为公认的调节国际平行诉讼的支柱性工具，具有独立创制的必要性与可行性。

关键词：国际民事诉讼 禁诉令 行为保全 权利保护 平行诉讼

一、引言

近年来，人民法院在涉外标准必要专利纠纷案件中接连受理有关禁诉令（anti-suit injunction）的申请。^{〔1〕}由此，有关禁诉令的法律问题引起广泛关注，一时间如何在我国探索发展禁诉令制度成为实务界和理论界的热议话题。一般而言，如有违反限制当事人在他国法院提起诉讼的禁诉令，该方当事人即面临高额的罚金以及财产被强制执行的风险，尤其当禁诉令针对的

^{*} 季澄珏，南京大学法学院博士研究生。

本文为司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专项任务课题“我国法律域外适用的司法路径研究”（20SFB4063）的阶段性成果。

〔1〕 参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”，最高人民法院（2019）最高法知民终732、733、734号民事裁定书；“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”，湖北省武汉市中级人民法院（2020）鄂01知民初169号之一民事裁定书。

是在全世界各地都设立有分支机构的跨国公司，这一禁令远比想象中更有威慑力。在我国，外国通信技术公司作为专利的拥有者，一旦在专利的许可费率方面与中国企业产生争执，亦会选择禁诉令以争取在其偏好的法院进行诉讼。起初，面对外国禁诉令的威胁，有的人民法院和当事人对其“视而不见”，继续在内国法院推动诉讼进行，最终结果可能是中国当事人无端蒙受损失。^{〔2〕}

背后原因不难推知：纵观国内民事诉讼立法及司法解释，并无直接规定禁诉令的任何条文，对当事人及法官而言，超越成文法源而应对或发布禁诉令必定慎之又慎。然而近年法院裁定中“大胆尝试”司法先行，提出多项衡量标准判断禁诉令的适用，其中尤以华为诉康文森案为开山之举，以行为保全展开作为禁诉令裁决的法律依据。^{〔3〕}虽各级法院的表述不一，但已充分反映出我国司法界正视禁诉令引入的必要性，并开始转变参与国际民商事争议解决的态度，颇有从保守自制走向主动竞争之意味。当前中国海外斗争加剧，以“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”为指引，立足于涉外法治工作战略布局，以禁诉令这一司法手段应对斗争，充分反映出国际民事诉讼管辖冲突之背景下，我国坚决维护国家主权、尊严、核心利益包括海外利益的努力和决心。但疑问在于，司法实务界提出“以行为保全作为禁诉令裁定的发布依据”这一结论得来全不费工夫，可能欠缺深入的思考和法理上的妥当性。

众所周知，禁诉令源于英国国内法院对案件管辖权的争夺，起初英格兰王室法院以限制当事人起诉权利的方式阻碍教会法院管辖权的扩张。^{〔4〕}之后衡平法院频繁运用禁诉令限制当事人向普通法院兴诉，以保证衡平法院所追求的公平理论。^{〔5〕}进入19世纪，国际贸易交往增加，国际诉讼管辖权扩张带来的矛盾日益凸显，现代意义上的国际禁诉令开始流行。^{〔6〕}但在大陆法系，除了近年零星可见的案例以外，都未曾以立法方式构建或者承认禁诉令的运行机制。^{〔7〕}一贯承袭大陆法系立法传统的我国亦不可回避以下问题：作为普通法系产物的禁诉令置于中国法体系中是否会水土不服，此种禁令的立法引入应当如何进行。

面对上述问题法官和学者已经表态，将行为保全作为禁诉令的法源适用仅是在无法可依的情况下暂时为之。^{〔8〕}其暗示出司法实践照搬适用英美制度并非心安理得。国内法院频频陷入禁诉令申请与法律适用的困境，此时应当为禁诉令正本清源。换言之，在以成文法为基础的我国法律体系中，禁诉令的立法创制才是真正的前置性难题。目前国内研究大致分为两种路径：一是类型化分析禁诉令如何适用，如标准必要专利领域，在此基础上推进探究禁诉令是否可扩张适用；^{〔9〕}

〔2〕 参见“深圳粮食集团有限公司诉希腊美景伊恩伊航运有限公司海上货物运输合同纠纷案”，青岛海事法院（2004）青海法海商初字第245号民事裁定书。

〔3〕 行为保全是2013年1月1日施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）中新增的制度，具体内容见《民事诉讼法》（2021年修订）第103—108条的规定。

〔4〕 See Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 583.

〔5〕 See Fredric William Maitland, A. H. Chaytor & W. J. Whittaker eds., *Equity: Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, Cambridge University Press, 1929, p. 257.

〔6〕 See *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, Privy Council [1987] AC 871; *Airbus Industrie GIE v. Patel* [1999] 1 A. C. 119.

〔7〕 参见谢怀栻：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社2001年版，第259页。法国案例如 *IPCom v. Lenovo*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Case No RG 19/59311, 8 November 2019.

〔8〕 参见欧福永、袁江平：《国际专利诉讼中的禁诉令制度》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2022年第2期。

〔9〕 参见宋晓：《涉外标准必要专利纠纷禁诉令的司法方法》，载《法学》2021年第11期。

二是提炼禁诉令裁定应考量的共性因素，不区分案件范围而强调禁诉令的裁定标准、保障措施等内容。^{〔10〕} 相较之下，第一种路径立足于禁诉令的衡平救济性质，重视法官自由裁量与成文化规则的结合建构，但此类研究多聚焦于禁诉令适用之细节而难以触及禁诉令的立法模式问题；采第二种路径的学者则大多支持将禁诉令纳入行为保全附属规定的观点。然而，仅仅关注英美法官的判例法实践、单纯致力于概括总结禁诉令适用的不同情形和要件，难以厘清禁诉令的体系定位。根本问题在于：禁诉令应采取何种立法模式与现有民事诉讼法相融。是某一单独条文的独立模式，或是容纳于行为保全规定之中的附属模式，还是以行为保全为基本规定而辅以具体规则，即所谓中间模式？分析解决何种立法模式是成文法国家的更优选择正是本文写作的初衷所在。

二、禁诉令的现有司法适用模式

回顾国内禁诉令论文，大都着重强调禁诉令的适用标准，即基于禁诉令之判例法应用而思考如何指引法官做出裁定。^{〔11〕} 其中对禁诉令成文法模式做出回应的论文大多又直接选择以行为保全为解，强调行为保全与禁诉令含义的共通之处，进而主张可以此作为中国法下禁诉令的正当性来源。^{〔12〕} 但如深究，将禁诉令作为行为保全的附属产物，则意味着行为保全可以完全涵盖禁诉令，然从具体条文的规定与法律效果的实现出发，行为保全真的能够达到这种结果吗，其是否可以充分实现禁诉令的制度功能？对此问题诸多论文中鲜见详细阐述，因此应补强学界未能完全阐明的部分，探明我国法中的行为保全究竟与禁诉令存在多大程度的“相似之处”，这些“相似之处”是否足以证成禁诉令引入与适用的正当性。在此基础上才可回答，立法附属论是否足以解决禁诉令的所有适用难题。

（一）构成要件的相似性

立法者若决定将禁诉令引入，其是否能与现有法律规定兼容势必成为亟待解决的问题。扩大解释行为保全的立法附属论并未能详尽展开，因此不妨回到起点，从行为保全与禁诉令的再次比较中找寻答案。首先回顾我国法中行为保全的相关规则：2012年修订的《民事诉讼法》于第九章“保全和先予执行”中新增行为保全规定，与财产保全相对应。行为保全是指人民法院可依申请或者在必要情况下，为保证判决的执行和避免损害，责令当事人作出或者禁止其作出某一行为。^{〔13〕} 行为保全在国内法中的成功登场源于学者长久以来的主张，其内容参考海事强制令和诉前禁令，结合大陆法系的保全规定，并在之后的司法解释中逐步完善。^{〔14〕} 不同于早已确立的海事和知识产权禁令，行为保全的适用将针对行为的强制措施扩展到了更为一般的民事领域。从其

〔10〕 参见彭奕：《我国内地适用禁诉令制度探析》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2012年第5期。

〔11〕 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——兼论不方便法院原则和禁诉令机制的构建》，载《中国应用法学》2020年第5期；黄旭：《国际商事争议解决中的禁止仲裁令制度研究》，载《北京仲裁》2020年第2期。

〔12〕 参见李晓枫：《论以我国行为保全制度实现禁诉令功能》，载《法学杂志》2015年第7期。

〔13〕 参见江伟：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第277页。

〔14〕 参见江伟、肖建国：《民事诉讼中的行为保全初探》，载《政法论坛》1994年第3期；肖建国：《论诉前停止侵权行为法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究》，载《法商研究》2002年第4期。

条文中可看出，行为保全的功能在于给予债权人的合法权利以预防性的紧急保护。^{〔15〕}但由于法条本身规定过于简单，立法者只言明禁止某一行为，而对所禁止行为的内容、范围未有解释说明，这就为司法实践中法官的自由发挥留下了空间。

从定义看，行为保全与禁诉令的相似性正是源于两者都包含“禁止一定行为”的司法强制性，而立法附属论的主要观点是：虽然禁诉令针对诉讼行为，但由于我国行为保全定义呈现原则化特点，两者都赋予法官裁定当事人不作为的权力，故而从法效上而言，以行为保全为据和直接发布禁诉令都足以实现同一效果。《民事诉讼法》修改增加行为保全规定之时，众多国内学者都进行解释界定，但无一不强调此类保全是针对另一方当事人侵害对方合法权利的行为。^{〔16〕}正是这种宽泛的相似之处给予立法兼容论的支持者们以信心，使其认为既然禁诉令和行为保全的重合之处在于对行为的限制，那将前者纳入行为保全的范围从而证成我国法院发布禁诉令并无不妥，在此基础上只需对规定过于泛化的行为保全进行司法解释即可。^{〔17〕}当然，也有学者试图从制度比较的层面增添这一观点的可信度，即认为行为保全与英美法系的禁令不过是具体称谓上的差异。^{〔18〕}但扩大解释总令人不安：既已从立法中发现行为保全规定内容的模糊性，那么对边界模糊的法律制度进行具体解释时应当更为慎重，尤其特定领域中禁诉令适用标准的研究已进展至如火如荼之时，只谈及定义相似性的立法附属论却仍停留在过于简单粗糙的推理中。仅依赖行为保全的宽泛性定义，我国法院运用的裁定标准是否已然充分，进而可相应佐证禁诉令在我国法体系中的定位与功能，这一问题至此仍未有明确的答案。

（二）立法附属的局限性

持立法附属论的研究却对行为保全何以容纳禁诉令论证寥寥，扩大解释行为保全制度看似简单易行，然并不增益于立法的清晰度以便指导司法者与守法者。实际上，对两大制度进行比较重要的不是其重叠部分，而是这两者之间的关系，究竟是行为保全包含禁诉令，还是两个不同制度碰巧存在部分重合。真正值得研究的是行为保全和禁诉令之间的差异，这才是区分彼此并能使这两种法律制度获得其存在价值的关键所在。故在评判立法附属观点之优劣前，不得不追问运用行为保全规定是否仍会遗漏禁诉令适用的现实难题。

举例来说，两大制度适用期限明显不同，一般而言行为保全裁定附期限，至多持续到诉讼终结。禁诉令则作为永久性禁令并不必然附一定期限。^{〔19〕}这在众多国内外裁判中也得以印证，或者，一旦禁诉令裁定做出即希望当事人人心知肚明，除非法院有后续裁决推翻，否则将永久性地对其诉讼权利施加限制。可见禁诉令的适用期间明显超越行为保全可实现的范围，以行为保全证成禁诉令并未能解释此种差异出现的缘由，此时大谈两者的立法兼容无疑为时过早。

除此以外，立法附属模式还有着论证上的不足。基于两大制度广义上的概念相似性，辅之以

〔15〕 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100—105条的解释》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2015年第4期。

〔16〕 参见前引〔14〕，江伟、肖建国文。

〔17〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔18〕 参见前引〔8〕，欧福永、袁江平文。

〔19〕 参见杨良宜、杨大明：《禁令》，中国政法大学出版社2000年版，第492页。

行为保全规则自身的不确定性,学界亦存在似是而非的观点:既然行为保全与禁诉令在个案适用时都需进行自由裁量,即立法事先设定法院在此类裁定中需进行损害比较,那么利益裁量的出现又构成行为保全包容禁诉令的理由之一。^{〔20〕}这一论证最先出现于中国法院处理的标准必要专利禁诉令案件中,有法院提出“如果不允许行为保全申请是否会对申请人的合法权益造成难以弥补的损害,或者造成本案的裁决面临不能执行的风险”,这一考量因素可类推作为禁诉令发布的衡量标准。^{〔21〕}但深入分析可知:如果法院首先将行为保全的考量因素适用于禁诉令,之后学者又以此理由证成禁诉令与行为保全共同的裁量特征,试图说明禁诉令在我国法中与行为保全的相似性,这似乎陷入逻辑上自我循环之旋涡。我国法下的行为保全制度的确需要发挥法官的自由裁量权,但其与禁诉令适用的裁量标准必然相同吗?

不妨分别考虑行为保全和禁诉令发布时的自由裁量情形。正如定义所述,行为保全是为避免一方当事人的利益遭受不可弥补的损害。为了保留行为保全的自由裁量空间,我国法也已列明行为保全适用时的部分考量因素,主要包括请求权基础是否适当、采取行为保全与否对当事人权益损害的比较、行为保全对社会公共利益的损害程度等。^{〔22〕}个案中法官需结合具体案情,对双方当事人所提出的损害程度进行比较。^{〔23〕}概括而言,行为保全发布时应遵循最低干预和比例原则。

但是,禁诉令限制一方当事人在外国诉讼的合法权利、终局性地否定当事人的诉权,其显然不可能是最低干预,甚至就其适用结果而言还间接干预外国法院之管辖权。^{〔24〕}因而个案中禁诉令与行为保全的自由裁量程度难以同等考虑。并且由于国际平行诉讼原则上是可以容忍的,各国法院可能并不会对其采取任何应对措施。例如基于属地和基于国籍的管辖权很可能导致两国法院都可以受理案件,在一国法院作出具有既判力的判决之前,两国法院中相同的对人诉讼案件的程序可以自发并行,此时并无发挥自由裁量之机会。^{〔25〕}

相较于大陆法系行为保全规则内容和适用情形的相对稳定性,纵观英美法院的实践,以及前文提及的国内学者的著述可知,法官最终发布禁诉令以剥夺当事人诉讼权利的自由裁量标准都未曾有单一的司法指南,而是常以大量的判例法形式出现。

我国法中行为保全的规则内容难以容纳禁诉令的诸多适用标准,禁诉令裁定原则超越现有立法预期,行为保全因波及当事人的实体权利义务而遵循克制原则,针对当事人诉权的禁诉令却并不受此限制。另外,实体与程序权利的区分亦影响行为保全与禁诉令裁定的法律效力,两者不可一概而论。以既判力与强制执行行为为界判断两大制度的不同法律效力:虽可承认两种裁定都具有一定的执行力,法院可对违反裁定者采取强制措施,但在既判力问题上却并不能简单地得出结论。

以民诉法之规定,行为保全显然属于不可上诉只可复议的裁定之一,而允许复议至少意味着

〔20〕 参见梁雯雯、李韶华:《中英禁诉令的适用比较研究》,载《长江论坛》2020年第6期。

〔21〕 具体裁决理由参见“华为技术有限公司诉康文森无线许可有限公司案”,最高人民法院(2019)最高法知民终732、733、734号民事裁定书等。

〔22〕 参见《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。

〔23〕 参见“小米通讯技术有限公司诉交互数字公司案”,湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂01知民初169号之一民事裁定书。

〔24〕 参见前引〔4〕,Dicey、Morris、Collins书,第585页。

〔25〕 See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, *International Civil Litigation in United States*, Wolters Kluwer, 2018, p. 532.

肯定其形式既判力。但禁诉令并无复议的适用背景，无论是英国还是美国法院都仅以上诉途径处理当事人不服禁诉令的情况。背后更为重要的学理在于，虽然英美国家一概以上诉作为裁决的救济方式，但在其中仍有区分：关涉实体问题做出的裁决才具有既判力，而程序上的裁定却不具备此种既判力。暂且不论禁诉令与行为保全的对应或兼容关系，仅以裁决既判力为切入点，我国法中是否可以直接认定影响程序权利的禁诉令制度与行为保全共享复议这一救济渠道，这依然存在疑问。学者们围绕禁诉令如何裁决适用广采判例法理据之余，却在此时倒转立场，忽略英美法系对实体性和程序性裁定既判力的区分，实属难解。^{〔26〕}在民事裁定的救济途径本就二分的中国法体系中，认为源自普通法系的禁诉令无需再次保留其上诉传统显然过于武断，可见将禁诉令全然作为行为保全附属规范实则并未解决裁定发布后的法律效力问题。

（三）小结

立法附属论的支持者不在少数，但却未能关注到行为保全与原产于英美法系的禁诉令究竟应如何兼容。从前文可知，行为保全虽可以承担禁诉令合中国法化的部分法源支撑之责，但其未能适当解决的禁诉令适用难题也随之呈现：适用期间、实现法效、自由裁量适用原则的差异都表明行为保全基本理论无力回应禁诉令成文引入的现实需求。立足于法教义学，成文法国家的立法都在尽力追求体系的结构化与完整性，如果仅仅关注行为保全的定义宽泛性而下结论，恐怕欠缺说服力。如若能对下列问题予以解答，才可为禁诉令的立法创制提供灵感：现有行为保全制度因何功效有限，为何翻遍《民事诉讼法》得出的回答最终不尽人意，禁诉令是否应在国内民法体系中另有安排。

三、禁诉令与行为保全的深层差异

选择以行为保全证成禁诉令的学者倾向于理解两者在概念上的“禁止”之意，然而检讨其适用的法律效果与现实效果，已能发现两者间难以同质。作为诉讼强制措施之一的行为保全已于大陆法系各国立法中获得较为确定的体系定位，如我国现行《民事诉讼法》将其置于第一编总则的第九章。而禁诉令作为普通法系衡平救济的产物几乎全部有赖于自由裁量的运用与遵循先例原则的约束。^{〔27〕}将两大法系的本质差异投射到涉外民事诉讼领域，亦不难理解：大陆法系的民事诉讼裁判注重从法律规范出发来把握案件中的事实与法律条文的适用程度，相应的法律制度必须于立法中予以明确设置；普通法系则倾向于从事实出发进行裁判，个案裁决一定程度上依托于判例制度。^{〔28〕}然而外在呈现的巨大差异必定有其内因，最为深层且重要的是禁诉令与行为保全之间的本质分歧，以两者体现的立法政策和性质目的为切入点，可进一步探知。

（一）禁诉令与行为保全的形式差异

针对行为的保全措施，其中保全二字并非我国大陆学者的原创。1890年的日本《民事诉讼法》包括全面修法之后制定的1989年单行《民事保全法》都可见相关用语。^{〔29〕}日本相关立法继受

〔26〕 参见前引〔12〕，李晓枫文。

〔27〕 See Airbus Industrie GIE v. Patel, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔28〕 参见〔日〕中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，北京法律出版社2001年版，第5-6页。

〔29〕 参见陈计男：《民事诉讼法论》（修订4版）（下），三民书局2006年版，第454页。

1877年德国《民事诉讼法》且并未突破德国法之全面影响，因此对行为保全制度的探究必然应回溯到欧洲大陆。^{〔30〕}临时权利保护措施最早是为了避免当事人暴力自助，在罗马法的禁令以及中世纪的查封扣押（sequestration）制度中均有所体现。^{〔31〕}为避免民事判决失去意义而采用保全暂时规制当事人的行为以为诉讼中的权利提供临时性的保护，这一制度直到近代才真正产生。^{〔32〕}而禁诉令源于英国国内法，又在1821年的布什比诉蒙代案后产生现代意义上的国际禁诉令。^{〔33〕}

虽然都起源自欧洲大陆，但法律渊源的差异导致行为保全与禁诉令在诞生之初即处于不同地位，进而在各自的发展过程中，最终的体系归属也不尽相同。行为保全是保证判决的执行并防止损害扩大，其上位概念应为临时救济。在一民事诉讼争议中，如果债务人恶意损耗财产或者故意隐藏其执行能力，都可能导致债权人预期可得判决失去价值，为避免诉讼程序迟延与滞后造成的不利结果、保证当事人权利实现，临时救济制度应运而生。^{〔34〕}纵观大陆法系国家立法，1806年法国《民事诉讼法》规定紧急审理程序，在此基础上追求理论化的潘德克顿法学体系又设置了更为详细的临时救济制度。^{〔35〕}德国《民事诉讼法》第916至945条为法院提供了假扣押与假处分这两种手段，并将其纳入第八章强制执行之中。^{〔36〕}假处分是针对非金钱债权，在德国《民事诉讼法》中区分为三类别，即保全假处分、定暂时状态假处分和给付假处分，其中定暂时状态假处分是为了保护诉讼中持续的法律关系如租赁关系，或者暂时维持某一特定诉讼状态而要求债务人作为、不作为或容忍。^{〔37〕}在此意义上可知定暂时状态的假处分与我国法中使用的行为保全术语有异曲同工之妙，两者都包含避免损害进一步扩大的意旨。^{〔38〕}

普通法系国家则诉诸禁令制度建构临时权利保护体系，通过禁止或命令对方做出一定行为的中间禁令实现临时权利保护。漫长的诉讼程序中为保护胜诉方权益的可实现性，用于保持诉讼现状的中间禁令一解“远水难救近火”之忧。^{〔39〕}中间禁令是诉讼终结前为维持现状（status quo），法庭可发布的有效期只维持到最后审理为止的禁令。^{〔40〕}以英国为典例，其《民事诉讼规则》第25章中设定了14项临时救济。美国在《联邦民事诉讼规则》第65节中也规定了与英国法中临时救济相对应的临时禁制令与初步禁令。临时禁制令和初步禁令虽然都是最终实体判决作出之前的临时救济措施，但两者在审理程序和时间效力上略有不同。^{〔41〕}据此可知，在临时救济上位概念

〔30〕 参见许士宦：《新民事诉讼法》，北京大学出版社2013年版，第2页。

〔31〕 See Lawrence Collins, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992.

〔32〕 参见周翠：《中外民事临时救济制度比较研究》，清华大学出版社2014年版，第3页。

〔33〕 See Bushby v. Munday, 1821 WL 2134.

〔34〕 参见张文亮：《涉外临时救济的三重困境及应对分析——兼评我国现行涉外临时救济体系》，载《现代法学》2017年第6期。

〔35〕 参见前引〔32〕，周翠书，第2页。

〔36〕 虽然德国法将假扣押与假处分置于强制执行之下的体系归类也受到学术界的质疑，但此问题并非本文之重点内容，故在此并不赘述。

〔37〕 参见前引〔32〕，周翠书，第430-431页。

〔38〕 参见前引〔32〕，周翠书，第174-179页。

〔39〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第202页。

〔40〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第223页。

〔41〕 临时禁制令无需书面或口头通知对方当事人即可做出，除非存在特别事由，原则上发布的临时禁制令效力持续不超过14天；初步禁令则需通知当事人、举行听证且时效更长。一般两者在程序上存在衔接关系，临时禁制令被认为是初步禁令的“前”阶段。

的统辖下，我国承袭大陆法系立法传统而设立的保全制度与普通法系常用的中间禁令形成体系上的对应关系。

然而禁诉令却未能获得上述制度对应关系。曾有学者称，禁诉令是中世纪英国法院造就的意外。^{〔42〕}关于禁诉令的定性可回溯至其本源即英国法中，1996年英国《仲裁法》44节规定仲裁庭拥有签发临时禁令的权力，但如有当事人依据此条款向法院单方（ex parte）申请禁诉令时则不能得到英国法院的支持，即法官在此重申禁诉令属于最后禁令而非临时禁令，自然也无法容纳于仲裁庭所适用的中间禁令范畴之内。^{〔43〕}因此，禁诉令与呈现中间禁令属性的行为保全至少在体系对应上就难以划等。

（二）禁诉令与行为保全的实质差异

围绕禁诉令与行为保全之周延概念与适用术语所产生的混乱是难以否认的，以体系定位相当之分析只是初步确定禁诉令与行为保全的外在差异，但因何造成体系界分之差距的问题则需以更微观的视角回归制度本身搜寻答案。

两大法系已对临时救济的目的达成共识，即“保全权利的可实现性”，只是禁诉令对大陆法系国家而言仍显陌生，其功能目标有待进一步的澄清。^{〔44〕}主张以行为保全作为禁诉令法律依据的我国学者也并未忽视两者在功能上的差异，但是其选择的逻辑论证远超于行为保全建立之初所构想的内涵边界。在国内学者看来，行为保全所实现的目标确是担保民事判决的最终执行、避免债权人因债务人的不当行为而遭受难以弥补的损害，甚至在赡养费、抚养费等特别情况下还允许法院以此为当事人提供预先的权利救济。^{〔45〕}因而有学者认为禁诉令既然也是为减少债权人损害而设，这显然可包含于行为保全的第二大目标之中。^{〔46〕}如此推理仍囿于行为保全制度能容纳禁诉令的预设结论而不利于法律概念的精准化：禁诉令的制度追求难道只在于为当事人减损而无其他？如有其他目的存在，那与保护一方当事人的诉讼利益相比，又是何者更为重要呢？

还原禁诉令的性质功能可知，从诞生之初衡平法院就将其作为显示衡平法优于普通法的工具，其本身为依赖法院和大法官自由裁量的一种衡平救济。^{〔47〕}法官认为可适用禁诉令避免个案中的不公正情形，或者阻止有违公平和良知的外国诉讼程序。^{〔48〕}衡平法救济是在普通法的令状制度逐渐僵化的背景下逐步发展的，英国王室在各地派遣大法官并给予他们以一定的司法权力来依据其“良心”办案，从而为大法官认为正义的一方当事人提供救济。^{〔49〕}禁诉令正是衡平法院和普通法院管辖权冲突时，大法官为了确立其管辖权而创造的产物。

尽管依据1875年生效的《司法法》规定，禁诉令不再被运用于限制或禁止英国高等法院处理的国内案件，其作为衡平救济的性质却并未改变而且逐渐出现在英美法系其他国家的法律实践中。^{〔50〕}如

〔42〕 See Thomas Raphael QC, *The Anti-Suit Injunction*, Oxford University Press, 2019, p. 55.

〔43〕 See *Welex A. G. v Rosa Maritime Ltd.* [2003] EWCA Civ 938.

〔44〕 参见前引〔32〕，周翠书，第1-2页。

〔45〕 参见冀宗儒、徐辉：《论民事诉讼保全制度功能的最大化》，载《当代法学》2013年第1期。

〔46〕 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。

〔47〕 See *Airbus Industrie GIE v. Patel*, [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

〔48〕 See *Carron Iron Co v. Maclaren*, 1855, 5 H. L. C. 416, 439.

〔49〕 参见敖海静：《英国衡平法上救济先于权利原则的衍生》，载《河南财经政法大学学报》2018年第3期。

〔50〕 参见前引〔5〕，Fredric William Maitland等书，第254页。

果一国法院对于禁诉令的被申请人拥有对人管辖权则有权发布裁定,最初在英国法中要件之一即司法文书被合法送达当事人。^[51]通常情况下,如果能满足当事人的国籍、住所、分支机构、合同履行地等连结点,法院的对人管辖权之确立也并不会遇到阻碍。所以,英国高夫勋爵等人为禁诉令所找到的辩护理由之一即强调禁诉令只针对当事人而非外国法院。^[52]这种重视管辖权基础的思路表明英国在司法过程中采取迂回的方式,法官们试图为发布禁诉令找到“看似合理”的依据,使其并不直接针对他国法院,更不否定他国法院的管辖权。

美国《对外关系法重述》第425节亦有类似内容,不仅要求法院拥有对人管辖权,也写明禁诉令是一种例外的、特别的救济,这也构成法官考虑禁诉令裁定的出发点,即由于禁诉令背后隐含的衡平权利与其特殊性,例外性质的救济只有在满足特定条件时才能适用。^[53]国际民商事诉讼实践中,禁诉令是作为终局性的救济而对内国被告的合法诉权进行限制,当然无法避免间接妨碍外国法院行使管辖权。如此看来英国司法实践中对于禁诉令的解释多半带有些掩耳盗铃的意味,所以也有学者称这种做法为“英国人的诡计”。^[54]

立足于受诉法院视角,基于对人管辖权而发布禁诉令以对内国被告在外国诉讼的合法诉权施加限制,显然可保护内国原告正当权利从而保护内国诉讼状态。故首先应当承认,其与行为保全所体现的临时权利救济功能存在相似之处。然而禁诉令的制度价值不止于此,除了对当事人合法诉权造成强制性约束之外,当前国际司法实践重视禁诉令的原因更在于其调解国际平行诉讼的功能。如前所述,禁诉令的产生与民商事管辖权冲突、国际平行诉讼等关键词密不可分。随着跨境经济活动的相互依赖性增强,内国法规范不可避免地会与他国法律规定相冲突,从而引发法律政策背后的利益冲突,对于多个国家都可以行使管辖权的对象,尤其是经济主体而言,其赖以行动的法律之间冲突的可能性大大提升。^[55]各国在国际民商事领域的管辖权体系冲突或者说国际法的复杂性也就随之展现。而基于各国不同的管辖权规则,当事人对于诉诸哪个国家的法院来进行争议解决有许多选择。^[56]

在两大法系的管辖权体系呈现出不同范式的背景下,各国管辖权行使难免产生更为深层的摩擦:英美法系尤以美国为代表,采取的是一种垂直化、单边化、国内法化和政治化的思维,重视受诉法院与被告的关系,因而强调以灵活化的方式追求个案公正;欧陆国家采取的则是一种水平化、多边化、国际化和去政治化的管辖权思维,突出法院与案件本身的联系,进而关注管辖权规

[51] 参见前引[4], Dicey, Morris, Collins 书,第585页。

[52] See *Societe Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1987, AC 871.

[53] 《美国对外关系法重述》第425节规定:“禁诉令是一种特殊的补救措施,只有在外国程序威胁到法院的管辖权,有违法院地重要公共政策,烦扰、不公平,或将导致裁判延误、诉讼不便、费用高昂、判决不一致或竞赛时才适用。”原文见 *Restatement (Fourth) of Foreign Relations law* (2018) § 425: “An antisuit injunction is an exceptional remedy and is appropriate only if the foreign proceeding threatens the court’s jurisdiction, frustrates an important public policy of the forum, is vexatious or inequitable or would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment.”

[54] See Clare Ambrose, *Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*, 52 *The International and Comparative Law Quarterly* 401, 403 (2003).

[55] See K. Mac Bracewell Jr., *International Law-Goss International Corp. v. Tokyo Kikai Seisakusho, Ltd.: Determining What Factors a Court Must Consider before Issuing an Antisuit Injunction*, 30 *American Journal of Trial Advocacy* 465 (2006).

[56] See Louise Ellen Teitz, *Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation*, 10 *Roger Williams University Law Review* 1, 2-9 (2004).

则的确定性与可预见性。^{〔57〕} 由于各国司法管辖权的规定不同且都有扩张之势，此时国际平行诉讼，即相同当事人以相同诉因分别在两个不同法域的法院提起的诉讼，其发生是能够被容许的也是可以预料到的。^{〔58〕} 而此时当事人为争取诉讼优势而挑选法院（forum shopping）的现象层出不穷，为维护己方利益，选择可能获得最有利判决结果的法院无可厚非。^{〔59〕}

不过，诉讼负担、判决竞赛等不利后果都促使各国正视并着力处理国际平行诉讼。在国际平行诉讼语境中，禁诉令与非方便法院原则应运而生，共同成为两大支柱性调节制度，可以直言，禁诉令在国际民事诉讼中的存在价值至此才焕然一新。回看行为保全的功能价值，虽然我国对于“什么是难以弥补的损害”的认定还较为模糊，但我国现行法中行为保全的条文已强调其是为避免判决难以执行或者造成权利人的其他难以弥补损害，即为预防可能对案件结果造成不必要风险的行为。^{〔60〕} 相较之下，禁诉令除保护原告在本国的诉讼权利之外，其更为宏大的制度功能在于国际平行诉讼的协调，这是行为保全这一关注于诉讼当事人临时权利保护的制度所难以承载的价值追求。当行为保全的功能价值仍停留在个案中保护当事人私权时，禁诉令已跳脱于此，进入更为广阔的平行诉讼视野，以限制一方当事人的合法诉权的方式，最终试图解决的是两国法院的管辖权冲突。

因此，进入行为保全与禁诉令制度内部比较可发现，依循罗马法传统的行为保全和因袭英国普通法实践的禁诉令所强调的目标不一：前者仍立足于个案，暂时限制被申请人侵害诉讼标的的非法行为，保护诉讼状态以保障判决顺利执行；后者则更为广阔地着眼于管辖权冲突解决，以调节国际平行诉讼。这也是为何美国对待禁诉令的态度转而如此积极，在学者看来美国法院不仅已经准备好并且愿意在国际案件中发布更具进攻性的禁诉令来将案件握在自己手中。^{〔61〕} 通过功能特性的深层挖掘，越发可知两大制度间的实质目标差异难以逾越，这也再次回应了文章第二部分所提出的行为保全因何未能实现禁诉令全部功能的疑问。

四、禁诉令的成文立法体系安排

前文剖析了行为保全与禁诉令无法兼容的根本原因，尤其是两者在价值目标方面的本质不同导致以行为保全实现禁诉令制度功能的结论难以成立。直接将行为保全考量因素类推或扩大适用于禁诉令裁定之举则掩盖了禁诉令自身的衡平价值，过度强调定义相似性而忽视了其深层差异的存在。立法者在建构民事诉讼法的行为保全之时也从未思虑到，其还能作为禁诉令裁定的法律依据。综上可知，现有研究对禁诉令的立法证成尚不充分，其置于国内法中的体系地位仍有待更为深入的探究。

〔57〕 See Ralf Michaels, *Two paradigms of jurisdiction*, 27 Michigan Journal of International Law 1003, 1027 - 1043 (2006).

〔58〕 参见杜涛：《先受理法院规则与国际平行诉讼问题的解决》，载《武大国际法评论》2015年第2期。

〔59〕 参见李晶：《国际民事诉讼中的挑选法院》，北京大学出版社2008年版，第10页。

〔60〕 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，北京人民法院出版社2012年版，第207页。

〔61〕 See S. I. Strong, *Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States*, 66 The American Journal of Comparative Law 153 (2018).

（一）禁诉令的独立体系定位

众所周知，在成文法国家引入一项崭新制度，除规范自身的完善以外势必依赖体系的合理安排。如前所述，制度的实质性分歧的确存在，当立法者面对如何引进禁诉令的挑战时，首当其冲的困惑无疑是如何确定禁诉令的立法模式，首先即应厘清成文法国家的立法者面临哪些选项，这并不难罗列，本文将其概括为独立模式、附属模式和中间模式。独立模式是将禁诉令以单独条文安排于《民事诉讼法》之中，并不与其他制度相关联。附属模式是将禁诉令容纳于现有法律制度之中，又可称完全附属。而中间状态的模式借用现有立法中的概念，因制度属性之不同为其补充设定其他具体规范，在禁诉令的立法设想中即部分借用行为保全的相关规定，再辅之以禁诉令的特殊适用规则，亦可以立法部分附属、局部借鉴的概念理解该模式。

自“华为诉康文森公司案”起，法官即有意支持完全附属的立法模式。但分析已知，简单重复两种制度的表面相似性并不足以回答禁诉令的独特问题，从裁定时效的长短、自由裁量原则的运用到法律效果的实现，行为保全都未能达到禁诉令所追求的理想效果。更为关键的是禁诉令与行为保全的本质分歧否定了立法兼容的可能性，完全附属模式已无法成立。因而可能的选择无非是中间状态的局部附属模式和完全独立模式，究竟是考虑在现行立法中增设“补丁”来容纳禁诉令制度，又或是应当另起炉灶，如非方便法院的引入一样，对禁诉令制度予以单独处理？〔62〕

局部借用模式仍然延续行为保全与禁诉令共有的“禁止”意味，以民诉法为背景，禁诉令会紧随行为保全规则，处于第九章诉讼强制措施之中，为尽量保留禁诉令的衡平特色则可附加具体适用规则。但此种模式仅以行为保全与禁诉令的定义相似性为据，不免令人担忧：上文已进入制度内部进行比较，从中发现两者关系为处于不同区域的两个圆圈碰巧存在部分重合的阴影，如果强行将其前后排列，最终呈现的法条内容依然是人为模糊处理两者不可消弭的根本差异。在局部借用的指导下，更难确保的是两种制度的结合运行能够实际啮合，虽然中间状态的立法方案看似减轻立法者的负担，但其一方面不能正面回应制度差异背后的深层原因从而有利于法律体系的澄清与辨析，另一方面更令人遗憾的是，受制于行为保全的价值追求而无法真正实现禁诉令协调国际平行诉讼的制度功能。

如前所述，随着禁诉令不再被拘泥于普通法系国家的衡平救济这一概念，它逐渐成为国际商事平行诉讼中常见且管用的方法之一。从国际和国内两个视角展开，其一方面与非方便法院相对照，共同构成处理国际平行诉讼的两大支柱性法律工具，两者像是磁铁之两极，一端是自带防御性质的非方便法院原则，另一端则是具攻击性质的禁诉令制度，前者是法院自限、对受诉案件拒绝管辖，后者是法院限他、对受诉案件争取管辖。另一方面，在知识产权竞争的国际司法环境中，禁诉令也可成为对抗外国知识产权垄断的有利策略，合理地运用禁诉令制度能为我国企业包括向中国法院寻求救济的外国申请人提供更加高效和可预测的保护。〔63〕

就政策考量而言，从立法、司法上对外国专利所有权人的权利滥用行为进行法律层面的反制，也可更高效地为我国诸多企业的发展保驾护航，而禁诉令正是能发挥反制效果的这把“利

〔62〕《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》（以下简称《民诉法解释》）第530条中列出了适用非方便法院原则的六种情形。

〔63〕参见李双元、谢石松：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社1990年版，第194-230页。

刃”。处理国际平行诉讼的需求在早期并未成为我国国内立法的重要关注焦点，如非方便法院制度，其依然是在英美国家更受器重，因普通法系过于宽泛的管辖权规则导致法院诉累等问题，利用非方便法院原则即可形成个案调节机制，将与法院地国联系过于微弱的部分案件拒之门外。以美国为例，其宽泛的管辖权规定使得很多当事人都可以利用美国的诉讼和仲裁机制而获得美国法下高昂的收益，为了避免美国在众多国际民商事案件中都超负荷地承担争议解决的任务，其法院主动运用非方便法院原则来摆脱某些实质上与其并无联系的案件。^{〔64〕} 反观国内，随着中国法院与中国当事人愈发多元地参与到国际司法竞争中，2015年的《民诉法解释》将非方便法院制度成文化，此举表明我国作为承袭大陆法系传统的国家，在司法与立法时对衡平救济措施保持着开放心态。我国顺应国际法律发展，不再过度拘泥于禁诉令的衡平法出身，而是强调其对于我国司法环境的实用价值，因此立法中独立引入禁诉令已经水到渠成。^{〔65〕}

不过，独立立法的模式只是创设禁诉令制度的初步结论，在此基础上需加以解决的是，立足于宏观的民事诉讼法体系视角，禁诉令应置于何处。是仍仿照行为保全成为独立的强制措施之一，还是另有他解？现行《民事诉讼法》依然贯彻四编制体例，涉外民事诉讼程序的特别规定主要包括涉外民商事案件如何处理的一般原则、管辖权规则等。反思中国法院处理的禁诉令裁定案件，总体集中在涉外知识产权领域，尤其是通信企业就标准必要专利产生纠纷事关国家战略利益，国际禁诉令的发布热潮成为目前涉外民商事诉讼的独特现象。^{〔66〕} 而禁诉令却并不局限于知识产权的国际保护领域，从更为普遍的层面而言禁诉令与管辖权问题密不可分，国内法院的管辖权冲突可依先受诉法院原则等途径解决，而禁诉令是在涉外案件中作为平行诉讼的调节机制出现，其致力于以主动态势把握案件管辖权。按照禁诉令的众多判例法实践，只有当内国法院对禁诉令被申请人拥有对人管辖权时才可发布禁诉令，但就其功效而言，禁诉令在更为广阔的国际管辖权冲突背景中才愈发体现出其本质价值。因此，面对如何完善《民事诉讼法》涉外编的重要课题，为保障法律的高度体系化以及禁诉令独特目标的实现，更优路径是，独立创制禁诉令并将其安排于涉外管辖问题的特别规定中。如此更为一般性的规定可使法院不再拘泥于行为保全而预先设定禁诉令在涉外司法中的可获得性，亦可不受限于强制措施的既有规定而突出其国际管辖权冲突解决的本质属性，以便之后在立法与司法解释中就其适用的具体规则予以特殊说明。

（二）禁诉令的成文规则内容

探究禁诉令的成文立法模式除法律体系的定位安排以外，仍需思考其条文如何具体展开。如已提及的非方便法院规则，其成文化导致个案中法官们对适用非方便法院的论述大多受限而僵化，最终中国法院实难真正适用该原则，而提出非方便法院抗辩的当事人也难以得偿所愿。既有前车之鉴，禁诉令实际上也面临这一难题，即如何指引法官裁定禁诉令才可充分展现其作用与价值。

如前所述，国际层面并无统一的管辖权规则，因而平行诉讼的出现是无法根本消除的，但为

〔64〕 See Robert Force, *The Position in the United States on Foreign Forum Selection and Arbitration Clauses*, *Forum Non Conveniens*, and *Antisuit Injunctions*, 35 *Tulane Maritime Law Journal* 401 (2011).

〔65〕 参见王娟：《关于我国引入禁诉令制度的思考》，载《法学评论》2009年第6期。

〔66〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

提高司法效率、维护判决一致性，各国都积极探寻平行诉讼的处理方法。^{〔67〕}从当事人的角度来看，为了应对另一方当事人已经或者即将在外国法院发起的诉讼，他们越来越多地寻求一种“先发制人”的救济方法，即求助于内国法院发布禁诉令从而限制对手无所顾忌地择地行诉。^{〔68〕}在我国确立禁诉令制度，不得不思考的是如何在受大陆法系传统影响下崇尚规则化的中国法体系中发挥法官的自由裁量权，从而保留禁诉令的衡平特色，换言之，在成文规则中应当为禁诉令这类衡平救济留有多大空间的自由裁量权，即个案中法官可以考虑哪些法定情形，又有哪些情况可以自由裁量。

上述问题的繁杂程度使其回答也难于一言以蔽之，但总体上对禁诉令适用标准的研究可从两大角度切入：一是中国禁诉令制度的类型化分析；二是个案中禁诉令适用的自由裁量空间保留。正因为禁诉令来源于衡平救济，法官在考虑禁诉令时应更关注案件本身的性质而不是僵硬的条文规定。^{〔69〕}划分禁诉令的适用范围有益于为法官办案提供更为明确和具象化的指导方针，不致引发该制度的滥用，同时从申请人的立场来看，将案件类型化也更能增加申请禁诉令的可预测性。如果事先就能考虑到不同的政策影响因素而给纷杂的案件作出分类，这显然比单纯强调禁诉令背后的国际礼让因素更有价值和实践意义。^{〔70〕}另一方面，禁诉令本身就蕴含着不同的分类，不同类型的禁诉令所适用的案件情形、衡量因素皆有差异，自然不能对于所有民商事案件都一概而论。

源自普通法系的禁诉令在英美等国的适用全然交由法官自由裁量，但受制于遵循先例原则，尽管没有成文的法律，禁诉令的适用已经具备一定共识。^{〔71〕}大致上可将禁诉令的追求目标总结为：避免相当不便利和烦扰的外国诉讼；维护独立的不起诉义务以及保护本国法院的管辖权和当地的公共政策。因此，禁诉令又可以分为三类：基于便利（convenience-based）、基于义务（obligation-based）和基于政策（policy-based）的禁诉令。^{〔72〕}这三类禁诉令背后折射的立法政策考量也影响不同案件领域禁诉令的发布条件。而在当前国际民商事实践中不难推知，中国法院可考虑适用禁诉令的仍然是涉外因素交织繁复的传统常见领域，比如海商海事、国际保险、跨境破产案件，以及新近热点即知识产权领域尤其是标准必要专利的相关纠纷。

进入某一特定领域，法官们面临的挑战在于如何在规则化的中国立法环境中展现其自由裁量之能力。虽然禁诉令裁定需要结合具体案情来判断，但是总体上可以分为两个阶段进行：首先考

〔67〕 美国学者认为未决诉讼原则（lis alibi pendens）和禁诉令构成处理平行诉讼的武器，它们与非方便法院原则共同发挥了重要的作用；欧盟在《布鲁塞尔条例 I（重订）》中则仍然坚持“先受诉法院原则”（first-seized court）。参见前引〔25〕，Gary B. Born、Peter B. Rutledge 书，第 532 页；Article 29, Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2015 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast). (Brussels I Recast)

〔68〕 See Daniel Tan, *Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity*, 45 Virginia Journal of International Law 283 (2005).

〔69〕 See Walter W. Heiser, *Using Anti-Suit Injunctions to Prevent Interdictory Actions and to Enforce Choice of Court Agreements*, 2011 Utah Law Review 855 (2011).

〔70〕 参见前引〔68〕，Daniel Tan 文。

〔71〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第 492 页。

〔72〕 See George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 Columbia Journal of Transnational Law 589 (1990).

虑案件情形是否构成国际平行诉讼，这不仅是从当事人身份出发，还需要结合案件诉讼请求来判断，此为第一阶段中禁诉令的规则化建构与自由裁量保留。^{〔73〕}在确认案件构成国际平行诉讼的前提下，法院才能进一步考虑外国诉讼是否应当被禁止的问题，此时法院适用的禁诉令衡量标准亦需要规则化与衡平性质之并存。其中可规则化的情形主要是涉及不起诉义务，即存在法院选择协议或者仲裁协议，此时可基于当事人意思自治的法定权利、保护仲裁的政策导向而证成禁诉令的申请。除此之外，立法保留裁量空间是指赋予法官一定的裁量自由，比如可以自行衡量双方当事人的利益损失，还包括外国法院诉讼程序造成的可能后果对内国诉讼而言是否令人不快、烦扰，对国内原告而言是否具有压迫性。一方当事人选择外国法院起诉或许是出于诉讼策略考虑，或许是为了获取他国法律上可以提供的便利与好处，立足于尊重诉讼权利的角度这都无可厚非。但当事人依此获取的好处是否合法，或者说是否可以得到内国法院的认可，则全以内国法院的看法为准。^{〔74〕}此时法院的工作重心在于回答：为了保护当事人的权利，存在哪些因素可使法院违反国际礼让原则而发布禁诉令。换言之，除已规则化的要件以外，法院基于国际礼让而面临反对禁诉令适用的推定，法官们必须自由裁量具体案情是否足以推翻前述推定。

本文之建议虽仍停留在禁诉令立法构建的初步设想上，但已足见其对法官自由裁量能力之严格要求。在成文法体系中引入禁诉令，其规则化与自由裁量之间并没有无法逾越的鸿沟，或者说两种方式并不是泾渭分明的对立状态。围绕禁诉令的详细条文内容，其需涵盖的四大要素如下：禁诉令的适用案件领域、自由裁量的判断要件、禁诉令的保障措施和救济途径。其中所谓自由裁量的判断要件只需注明“存在选择中华人民共和国法院的有效仲裁协议或法院选择协议，以及其他支持禁诉令的合理情形”，法官自可在此基础上充分发挥裁量权，例如可就保护受诉法院管辖权、内国公共政策、外国法内容的冲突、将来可能的金钱赔偿、判决承认与执行的难易程度等多项因素进行权衡，从而在适用禁诉令的案件中真正实现规则化与自由裁量的结合。

五、结 语

现今国内对禁诉令的热切关注都展现出我国在国际民商事司法中从谦抑自制转向主动参与的态度，禁诉令作为应对国际管辖权争夺战的工具，其制度价值不言而喻。然而禁诉令的衡平属性使其在我国的成文化问题不可一笔带过，在概括总结禁诉令的判例法适用规则前，其立法模式的检讨无疑构成至关重要的基础性课题。立法模式的选择包括完全独立、完全附属和中间状态的局部附属模式。从涉外标准必要专利的案例可知，我国司法大有将禁诉令完全置于行为保全框架之下的发展趋势，但正如本文所述，禁诉令归属于最后禁令，对当事人的诉权产生终局性的影响，其无法与行为保全产生体系上的对应关系，将行为保全作为禁诉令上位概念的认知仍停留在表面之“同”而未能关注适用行为保全法条难以解决的制度差异。保留行为保全定义并辅以特别规定的局部附属模式体现出措施强制性，却忽视了禁诉令与国际民商事诉讼管辖权的深层联系，尤其

〔73〕 参见前引〔9〕，宋晓文。

〔74〕 参见前引〔19〕，杨良宜、杨大明书，第623页。

是当行为保全停留于维护个案公正、暂时维护诉讼状态的预防性权利保护之时，禁诉令却已经在此基础之上投身于国际平行诉讼的调节之中。因此禁诉令独立置于《民事诉讼法》涉外编的管辖章节之中应是立法者考虑的首选方案，进而才能围绕禁诉令的规则化与自由裁量加以研究。

当然，中国法院从无至有适用一项崭新的普通法制度，过程中无疑会产生诸多挑战。禁诉令立法证成的难题也并不止步于此，比如：禁诉令的周延性该如何解决；是否还存在其他补救性质的措施可以补充或者加强禁诉令的效果；我国语境中将禁诉令纳入管辖权范畴，那对此措施的救济是否相应地采取上诉方式实现。这些问题都值得进一步探究。当前正值中国政府重视涉外法治工作、运用法律武器保护中国海外利益的重要时机，有必要再次强调建立与发展禁诉令中国范式的必要性，禁诉令的独立立法创制模式仅是为立法者提供初步设想。随着国际司法实践的深入，禁诉令之判断因素又会出现何种变化，仍需持续保持关注。

Abstract: The interactive entanglement of anti-suit injunction and behavior preservation has aroused the concern of scholars from private international law and civil litigation law. Although the two systems have the connotation of “prohibition of certain acts”, it cannot prove the simple conclusion that behavior preservation accommodates anti-suit injunction. It is not desirable for the domestic judiciary to classify the anti-suit injunction system entirely into the practice of behavior preservation. In China, critically facing the introduction and construction of anti-suit injunction, its codified legislative model should be fully studied, especially the system’s position in the existing civil procedure law. The conclusion that behavior preservation counts as judicial basis for the anti-suit injunction actually ignores the deep differences between them. From the functional characteristics, the behavior preservation in our country is modelled on German law, and it is a procedural measure concerned with the preventive protection of rights to maintain the state of litigation. Anti-suit injunction was born from the judicial practice of British courts, and naturally presented the equitable characteristics of the common law system. In addition to restricting case parties to protect domestic litigation, it has become a recognized pillar tool for regulating international parallel litigation, and its pursuit can be further evidence of the necessity and feasibility of independent creation of legislation.

Key Words: international civil litigation, anti-suit injunction, behavior preservation, protection of rights, parallel litigation

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)