

主 编 肖建华

▶ 教育部人文社会科学研究项目  
《中国区际民事诉讼法律冲突与对策》  
( 批准号01CJ20006 ) 成果

JUDICIAL ASSISTANCE  
AMONG  
FOUR JURISDICTIONS IN CHINA

中国区际民事  
司法协助研究



中国人民公安大学出版社

教育部人文社会科学研究项目《中国区际民事诉讼法律  
冲突与对策》(批准号 01CJ20006) 成果

# 中国区际民事司法协助研究

主编 肖建华

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国区际民事司法协助研究/肖建华主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 7

ISBN 7-81109-436-3

I. 中… II. 肖… III. 区域—民事纠纷—司法协助—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 077263 号

## 中国区际民事司法协助研究

ZHONGGUOQUJI MINSHISIFA XIEZHUYANJIU

主编 肖建华

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

---

版 次: 2006 年 7 月第 1 版

印 次: 2006 年 7 月第 1 次

印 张: 15.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 390 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

---

ISBN 7-81109-436-3/D · 416

定 价: 36.00 元

---

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

[www.phcpps.com.cn](http://www.phcpps.com.cn)

[www.jgclub.com.cn](http://www.jgclub.com.cn)

# 中国区际民事司法协助研究

主 编 肖建华

副主编 汪祖兴 陈 斯

## 撰稿人

肖建华 方艳华 汪祖兴

刘 力 陈 斯 陈朝阳

## 写作分工（按照撰写章节先后顺序）

肖建华（中国政法大学教授、法学博士、博士生导师）第一章、第五章、第八章

方艳华（法学硕士）第一章、第二章、第三章

汪祖兴（西南政法大学教授、法学博士、博士生导师）第四章，第六章之四、五部分，第七章之四、五部分

刘 力（中国政法大学副教授、法学博士）第六章之一、二、三部分，第七章之一、二、三部分

陈 斯（广东东莞市中级人民法院副院长，法学博士）第九章

陈朝阳（厦门市中级人民法院研究室副主任，江西财经大学法学院教授、法学硕士）第十章

**教育部人文社会科学研究项目：**

**项目主持人 肖建华**

**项目成员（以姓氏拼音为序）**

卞修全 陈 斯 陈朝阳 方艳华

刘 力 谭秋桂 王景琦 汪祖兴

肖建国 肖建华

## 前 言

本书以区际民事司法协助理论和最高人民法院相关司法解释的规定为依据,讨论了中国区际民事司法协助的具体规则和问题以及解决方案。以内地为中心,从立法和司法等角度对内地与港澳台地区在民事案件的管辖冲突、送达取证协助、承认和执行外法域民事判决和仲裁裁决等司法协助事项面临的问题提出了相应的对策。从“一国两制”制度出发,讨论了中国区际民事司法协助的未来构建,以期推动中国区际民事司法协助走向成熟。

研究涉港澳台地区民事诉讼的特殊现实意义是,涉外民事诉讼有民事诉讼法作为专章规定,但是涉港澳台地区的民事诉讼则散见于几个司法解释中[包括《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》(1998)、《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》(2001)、《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》(1999)、《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》(1998)],这些司法解释表明区际民事司法协助是有特殊性的,与涉外民事诉讼有一定的区别。司法解释为我国区际民事司法协助实践提供了依据,为构建统一的中国区际民事司法协助制度进行了有益的探索,但是司法解释不系统,也无法让法官在操作中领会其基本精神,本书对如何适用这些司法解释以及出现的实际问题进行了分析和总结。同时,本书对中国构建区际民事司法协助进行了远景勾勒,不仅对立法有参考价值,而

且可以帮助读者更好地领会司法解释的本旨。

本书注意突出以下特点：

（一）研究的开创性

迄今为止，国内还没有关于涉外或涉港澳台地区民事诉讼的专著问世。本书的研究为未来中国区际民事司法协助的发展提供了某些理论和经验上的参考。尽管资料零碎，我们还是试图建立系统化的体例，并使内容具有新颖性，突出其创新意义。

（二）实践的针对性

涉外民事诉讼中，大部分案件都是涉港澳台地区的民事诉讼。司法统计上，往往将涉外案件和涉港澳台地区的案件作为涉外案件一起统计，涉港澳台地区的民事诉讼占的比例很高。如根据我们在沿海地区法院调查的结果显示，近年来东莞市中级人民法院审理的涉港澳台地区民事诉讼在涉外、涉港澳台地区案件的比例达到了95%以上，厦门市中级人民法院达到70%。所以，研究涉港澳台地区的民事诉讼就抓住了涉外和涉港澳台民事诉讼的核心。

（三）理论与实践相结合，合作方式的独特性

司法实践中的调查报告是本书内容的一部分，表现出联系实际的特色；在论述中，我们也注意切合实际进行表达，使内容生动而充实。同时，本书完稿后，我们还邀请了司法实务部门的专家对文稿提出意见，根据实务专家的意见进行了修改，使其与实践有更好的结合。

虽然我们认真地完成了书稿，但是仍然会有不足之处，恳请读者提出批评，为我们以后的研究提供宝贵的意见。

作者谨识

# 目 录

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 第一章 绪 论                     | 1   |
| 一、区际民事司法协助的含义               | 1   |
| 二、中国区际民事司法协助的特征             | 9   |
| 三、中国区际民事司法协助的复杂性            | 25  |
| 四、美国、加拿大和德国等国区际民事司法协助简介     | 37  |
| 第二章 中国区际民事司法协助的原则和模式        | 58  |
| 一、中国区际民事司法协助的原则             | 58  |
| 二、中国区际民事司法协助模式的选择与构建        | 72  |
| 第三章 区际民事司法协助中“公共秩序保留”及其适用   | 94  |
| 一、“公共秩序保留”概述                | 94  |
| 二、区际民事司法协助中“公共秩序保留”的含义      | 99  |
| 三、区际民事司法协助中适用“公共秩序保留”的必要性   | 101 |
| 四、中国区际民事司法协助中对“公共秩序保留”的具体适用 | 108 |
| 第四章 区际相互承认和执行仲裁裁决           | 117 |
| 一、判断区际仲裁裁决的标准               | 119 |
| 二、中国区际相互承认和执行仲裁裁决的模式        | 126 |
| 三、两岸之间相互承认和执行仲裁裁决           | 137 |
| 四、内地和香港地区相互承认和执行仲裁裁决        | 158 |
| 五、内地和澳门地区相互承认和执行仲裁裁决        | 166 |
| 六、港澳台地区之间相互承认和执行仲裁裁决        | 168 |

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 第五章 两岸区际民事诉讼法律冲突与司法协助·····          | 170 |
| 一、两岸管辖规则的冲突与解决·····                 | 172 |
| 二、两岸送达规则的冲突与解决·····                 | 182 |
| 三、两岸取证规则的冲突与取证协助·····               | 190 |
| 四、两岸法院相互承认和执行判决·····                | 195 |
| 五、两岸互涉民事案件的法律适用·····                | 203 |
| 第六章 内地与香港地区民事诉讼法律冲突与司法协助·····       | 212 |
| 一、内地与香港地区管辖规则的冲突与解决·····            | 212 |
| 二、内地与香港地区送达规则的冲突与解决·····            | 224 |
| 三、内地与香港地区取证规则的冲突与解决·····            | 236 |
| 四、内地和香港地区法院相互承认和执行判决·····           | 244 |
| 五、内地与香港地区互涉民商事案件的法律适用·····          | 255 |
| 第七章 内地与澳门地区民事诉讼法律冲突与司法协助·····       | 264 |
| 一、内地与澳门地区管辖规则的冲突与解决·····            | 264 |
| 二、内地与澳门地区送达规则的冲突与解决·····            | 280 |
| 三、内地与澳门地区取证规则的冲突与解决·····            | 288 |
| 四、内地和澳门地区相互承认和执行判决·····             | 293 |
| 五、内地与澳门地区互涉案件的法律适用·····             | 312 |
| 第八章 审理涉港澳台案件所参照适用的涉外<br>民事诉讼程序····· | 319 |
| 一、涉外民事诉讼案件的范围·····                  | 319 |
| 二、审理涉外民事案件的一般原则·····                | 321 |
| 三、涉外民事诉讼管辖·····                     | 325 |
| 四、涉外民事诉讼关于送达的特殊规定·····              | 337 |
| 五、涉外民事诉讼关于取证协助的特殊规定·····            | 342 |
| 六、涉外民事诉讼关于期间的特殊规定·····              | 346 |
| 七、涉外民事诉讼关于财产保全的特殊规定·····            | 348 |
| 八、相互承认和执行外国法院裁判·····                | 349 |

---

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 九、相互承认和执行外国仲裁裁决·····                      | 356 |
| 十、我国法院对涉外仲裁的保障和监督·····                    | 360 |
| 第九章 实证研究之一：东莞市两级人民法院涉外<br>涉港澳台审判调查报告····· | 369 |
| 第十章 实证研究之二：厦门市中级人民法院涉外<br>涉港澳台审判调查报告····· | 425 |
| 后 记·····                                  | 470 |

## 第一章 绪 论

### 一、区际民事司法协助的含义

所谓区际民事司法协助，一般是指在民事诉讼领域不同法域之间就境外文书送达、调查取证以及他法域裁判的承认与执行等事项互相提供司法协助的活动及相关制度安排。根据协助主体性质的不同，民事司法协助可划分为国际民事司法协助和区际民事司法协助。前者是指国家间以及国家与他国地区间或者不同国家的地区间的民事司法协助，后者则指统一国家内部不同法域之间的民事司法协助。

中国区际民事司法协助是指中华人民共和国领域内存在的四个法域之间，即内地、香港、澳门以及台湾地区之间开展的民事司法协助活动及其制度安排。中国区际司法协助问题伴随着内地改革开放以及“一国两制”制度在中国的实施而产生。在香港回归之前，就已经有学者提出这一问题并引起了两地学者的广泛讨论，随后讨论超出了两地范围，扩展到澳门与台湾地区司法协助问题上。为准确把握此概念的具体内涵，本书拟从“司法协助”与“司法互助”称谓的关系、“区际”概念以及“民事”概念的具体所指等方面对此作进一步的讨论。

#### （一）针对如何称呼中国各法域间的司法合作问题

曾有学者主张使用“司法互助”一词，原因在于“司法协助”是国际法或国际私法上特有的概念，体现的是国与国之间的法律合作关系，故只能适用于主权国家之间。如果将其适用于

一国内非主权地区之间,就混淆了主权与非主权的关係,“在法理上是不能成立的,在政治上违反‘一个中国’原则的”。<sup>①</sup>

本书使用“司法协助”指中国各法域之间的司法合作。从“司法协助”一词的历史起源看,这一概念最初表达的是一国内各法域之间的司法合作关系,当国家间司法合作成为必要后才延伸适用于表述国际司法合作活动。因此,应当说该词与主权之间并不存在对应性关系。虽然我国民事诉讼法第29章规定的司法协助只有国际司法协助,并未对区际司法协助作出规定,但并不能由此推出司法协助就等同于国际司法协助。从国际私法实践来看,美国以及加拿大等国对于国家间的司法协助与本国国内各州或者各省间的司法协助并不作明确区分,而统称为司法协助,这也可以从侧面证明“司法协助”并不特指国际司法协助。同时,从逻辑学上说,利用种属关系界定一个概念能够更清晰地表述概念间存在的关系及其位阶。所谓的“司法协助”与“司法合作”二者之间在主体、依据、途径和程序等方面存在的区别,实际上不过是国际司法协助与区际司法协助的区别,二者都属于司法协助的子概念。因此,实践中学者普遍采用“区际司法协助”加“国际司法协助”等于“司法协助”的界定方式,而很少在“司法协助”概念外另行创造一个独立的词汇用以表示非主权法域间的司法合作。现在“司法协助”一词已被广泛接受,本书亦用此习惯称谓。

## (二) 选用“区际”一词主要基于以下考虑

在法律意义上,“法域”(law district 或 territory jurisdictional 或 legal unit 或 legal region 等)是指有着独立的或者相对独立的法律制度的区域。“区际”则与构成独立法域的国家相区别,意

---

<sup>①</sup> 周道鸾:《试论海峡两岸法院相互委托代为民事诉讼行为》,载《中国法学》,1993年第3期。

旨构成独立法域的地区。

各国使用不同名称指称其内国各法域之间的司法协助。像美国、澳大利亚和瑞士这些国家并不使用“区际”一词，而以“州际”（interstate 或 intercantonale）代之；加拿大则称之为“省际”（interprovincial）。这些称谓多来自国家对其内国各独立法域的称呼，如美国国内各州为独立法域，各州间的司法协助自然就称之为“州际司法协助”；而加拿大的独立法域由各省构成，其相互间的司法协助自然为“省际司法协助”。

中国情况比较特殊。在香港、澳门回归之前，中国内地各省、自治区、直辖市之间存在的司法合作是一个统一法域内不同地区间的合作，可以称之为“省际”合作。内地有 31 个行政区域，但各区域并不是彼此独立的法域。全国人大及其常委会制定的法律，在各省、自治区、直辖市都生效；各省、自治区、直辖市处在同一法律体系、同一法律制度中。因此，中国内地只有地方行政区域之分，并无法域之分，内地各个行政区域之间的司法合作，其性质不同于通常所说的法域间司法合作。曾有学者将内地各省、自治区、直辖市所属人民法院之间的这种合作关系，视为“同质区域间”<sup>①</sup>的司法协助，这种合作旨在维护区域间法律实施的统一，合作具有较强的义务性和主动性。如我国《民事诉讼法》第 210 条规定：“被执行人或者被执行的财产在外地的，可以委托当地人民法院代为执行。受委托人民法院收到委托函件后，必须在十五日内开始执行，不得拒绝……受委托人民法院自收到委托函件之日起十五日内不执行的，委托人民法院可以请求受委托人民法院的上级人民法院指令受委托人民法院执行。”以及我国《民事诉讼法》第 118 条规定：“人民法院在必

---

<sup>①</sup> 黄风：《“区际司法协助”概念辨析》，载黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 5 页。

要时可以委托外地人民法院调查……受委托人民法院可以主动补充调查……”等，都体现了这一性质。香港、澳门回归之后，情况有了很大的变化。香港、澳门以及内地各自拥有不同的法律体系、法律制度，依据香港、澳门两个特别行政区基本法的规定，香港、澳门作为中华人民共和国的特别行政区，享有高度自治权，包括行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。在法律适用上，除新制定的基本法及特别行政区立法机关制定的法律以外，香港、澳门原有的各项法律基本被保留并在本地域范围内继续生效，而内地的法律除涉及国防、外交以及不属于特别行政区自治范围内的法律外，均只在本地域范围内有效。对于台湾地区，内地政府也拟采取同样政策，即台湾也作为一个享有高度自治权的特别行政区回归祖国。这样，在内地、香港、澳门以及台湾地区之间就形成了一种互不隶属、相互独立的平等法律关系，成为保留原有法律制度并相互独立的不同法域。香港、澳门和台湾地区与内地各省地位不同，而四地之间的司法合作也不同于内地各省之间的合作，其合作性质上不具有后者的义务性与主动性。因此，本书并不使用“省际”这一称谓，而直接称四法域间的民事司法合作活动为“区际”民事司法协助，并且为了叙述上的简便，除有特殊注明外，将各国区际民事司法协助统称为“区际民事司法协助”。

（三）尚需界定中国区际民事司法协助中“民事”一词之所指

这一问题相对较为复杂。众所周知，对于“民事”与“商事”的关系问题，各国的理解并不统一。这种理解上的差异不但存在于大陆法系与普通法系之间，也存在于大陆法系和普通法系的内部；不但存在于实体法上，也存在于程序法中。

大陆法系国家关于公法与私法的划分发端于罗马法。在查士丁尼《学说汇纂》前言中有“有关罗马国家的法为公法，有关

私人的法为私法”<sup>①</sup>的记载。大陆法系国家把民法、商法、公司法、海商法等有关个人利益的法律划入私法范围，把宪法、刑法、行政法、诉讼法和劳动法等关于国家利益的法律划归公法之列。不过，对于同属于私法范畴的“民法”与“商法”间的关系，大陆法系各国有着不同的认识。有些国家主张“民商分立”，认为民法和商法从属于两个不同的法律部门；除非另有说明，其“民事”一词不包括由该国商法调整的事项。有些国家则主张“民商合一”，认为所有属于民事领域的法律应统一归属于民法，并将“商法”作为民事特别法，其“民事”一词包括商法调整的事项。法国早在路易十四时期就颁布了商事条例（1673）和海事条例（1681）这两部近代最早的商事法令，民商分立的立法趋势初露端倪。法国大革命时期，在拿破仑的推动下，法国于1804年3月21日通过了民法典，并于1807年颁布了商法典，至此以法典为标志的民商分立体制在法国正式得以确立。继法国开创民商分立体制后，在德国、意大利、日本、比利时、西班牙、葡萄牙等国也形成了民商分立体制。进行“民商合一”立法的国家主要包括瑞士、意大利和以前苏联为代表的社会主义国家。1881年，瑞士因宪法上的原因，在其制定的债法典中既包括了民事规范也包括了商事规范。以前苏联为首的社会主义国家在设计自己的法律部门和进行立法时，只起草和颁布了民法典，对于商法并没有提及。

普通法系国家并不明确地将法律划分为公法与私法，也不存在部门法意义上的“民法”和“商法”。在很多场合 Civil Law 仅在研究大陆法系国家的民法时被使用。同时，在英美等普通法系国家中使用的 Business Law 以及 Commercial Law，与大陆法系

---

<sup>①</sup> 朱景文：《比较法社会学的框架和方法：法制化、本土化和全球化》，中国人民大学出版社2001年版，第91页。

国家的商法也有很大的不同。例如，与企业 and 经营有关的法就是 Business Law，它不但包括反托拉斯法、税法、消费者权益保护法，甚至还包含了不动产和共有、遗嘱、信托、知识产权等内容。因此，普通法系国家中并不存在与大陆法系国家“民法”与“商法”概念相对应的表述。

中国古代的法律规则体系中历来只有本末之分或先后之别，却始终没有公法和私法、实体法与程序法的区分。古汉语虽有“民法”一词（见于《尚书》），但其内涵却与今天汉语中的“民法”相差甚远。作为私法法典的“民律”或“民法”这些新词，是在清末翻译西方法典时才产生的。<sup>①</sup>清政府于1904年初颁布的《钦定大清商律》共140条，包括“商人通例”和“公司律”两部，是中国近代民商法和企业法的开端；南京国民政府编订民商统一法典，于1929年至1930年先后颁布民法总则、债、物权、亲属、继承等5编，以及票据法、公司法、海商法和保险法作为民事特别法，而将有关仓库、运送、承揽运送、行纪、居间、经理人、隐名合伙和交互计算等商事内容直接纳入民法典。<sup>②</sup>新中国的民法制度最初从前苏联移植而来，在内容和形式上都仿照了前苏联民法，没有针对商法制定独立的商法典。中国现行立法实践是在制定民法通则的同时，颁布了合同法、婚姻法等单行法律，对婚姻、继承、经济合同等具体事项进行调整。

虽然各国实体法对于民法和商法的认识会有差异，但是各国基本上都适用了统一的民事诉讼法来调整民商事诉讼法律关系。但究竟哪些案件属于诉讼法上的“民事”案件范畴，各国的理

---

① 李显冬：《试论中国古代固有民法的开放性体系》，飞蓝法律信息网，<http://www.feilan.com/showarticle.asp?id=456&sort=民法研究>，2004年7月7日。

② 郑玉波：《民法总则》，三民书局1979年版，第25、37~38页。

解不一。

从民事与商事关系角度考察，在司法协助领域签订的国际条约中，一部分采用了“民事和商事”并列的提法，一部分仅提到“民事”而将商事案件包括其中。中国与外国签订的各国际条约中就使用了两种不同的表述方法。其中，《中华人民共和国和阿根廷共和国关于民事和商事司法协助的条约》第1条适用范围规定：“一、双方同意在民事和商事方面相互给予广泛的司法协助与合作。二、为本条约的目的，‘民事’一词包括劳动方面的事项，是并列式的提法；”而《中华人民共和国和保加利亚共和国关于民事司法协助的协定》第1条关于民事的定义规定：“为适用本协定，‘民事’一词包括由民法、商法、家庭法和劳动法调整的事项。”《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第1条有关民事的定义中也规定：“为适用本条约，‘民事’一词也包括由商法、婚姻法和劳动法调整的事项，则只提‘民事’，同时声明包括商法调整事项在内。”

关于诉讼法上的“民事”案件是否包括行政和税收案件，大陆法系国家与普通法系国家间也存在分歧。普通法系中的英美等国家，既没有行政法院也不存在行政诉讼，没有完整的行政诉讼体系。许多在大陆法系国家认为是行政诉讼的案件，均被纳入民事诉讼中加以调整，并由普通法院统一管辖。因此，在司法协助领域，上述国家一般将刑事案件外的其他诉讼案件，包括行政案件归入民事司法协助范畴。

与此相反，大陆法系国家一般建立了行政审判体制，有些国家还设立了独立的行政法院管辖行政诉讼案件，比如，法国就设立了行政法院，该法院拥有崇高威望，成为法国民主法制的重要标志，并为诸多国家所效仿。因此，大陆法系国家普遍认为民事司法协助不应包括行政和税收案件，如果确实有需要可另行签订相应的司法协助条约解决。