

国际

民商事诉讼程序法

GUOJIMINSHANGSHISUSONGCHENGXUFA

李广辉 马德才 王远均 黄保亮 著

G

汕头大学出版社

国际民商事诉讼程序法

李广辉 马德才 著
王远均 黄保亮

汕头大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际民商事诉讼程序法/李广辉 马德才 王远均 黄保亮 著
—汕头:汕头大学出版社,2002.12

ISBN 7-81036-509-6

I.国… II.①李…②马…③王…④黄… III.①国际民法—诉讼程序—高等学校—教材 ②国际商法—诉讼程序—高等学校—教材 IV.①D996.1 ②D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 009239 号

出版:汕头大学出版社

地址:广东省汕头市汕头大学内

邮编:515063

印刷:汕头市达濠新兴印刷厂

开本:850×1168 1/32

印张:13 字数:303千字

版次:2002年12月第1版

印次:2002年12月第1版第1次印刷

印数:1~3000册

定价:18.50元

如发现印装质量问题,请与承印厂联系退换

本书的出版
获得汕头大学出版基金
及汕头大学法学院
“211 工程”重点建设学科基金的资助
谨致谢忱！

前 言

21 世纪将是国际交往关系更加发达的世纪。随着我国改革开放不断向纵深发展以及加入 WTO, 我国的对外交往, 尤其是国际经济贸易的交往与合作已经进入了一个前所未有的黄金发展时期。与此同时也必然产生了大量的涉外民商事法律关系, 这些法律关系有时难免会发生这样或那样的纠纷或争议, 而在这些争议面前, 有不少当事人不知怎样来维护自己的合法权益, 更有一些司法人员对国际民商事诉讼法律制度包括国际商事仲裁制度也知之甚少。为了促进我国对外开放的健康发展, 更好地处理国际民商事争议, 我们必须建立和健全我国的国际民商事诉讼和国际商事仲裁制度。

近年来, 我国国际私法学界在冲突法与实体法的教研中有了较大的进展, 但是在对国际民事诉讼与国际商事仲裁制度的研究方面则不能不说仍是一个相对较薄弱的环节。因此, 在改革开放中不断建立和完善我国涉外民商事诉讼与涉外商事仲裁制度, 便具有十分重要的现实意义。本书立足于国际社会, 紧密结合中国改革开放的实际, 突出我国立法与司法实践, 全面系统地论述了国际民商事诉讼与国际商事仲裁的一般原理, 并吸收

和借鉴国内外有关最新的研究成果,介绍一些国际公约和西方国家的涉外诉讼与仲裁制度。本著作具有结构严谨、体制新颖、内容充实的特点,融理论性与可操作性于一体,具有较高的学术和实用价值,除可作为政法院校本科生、研究生的教材使用之外,还适合实际工作部门人员学习、研究与参考之用。

全书由李广辉副教授提出撰写大纲,并对全书进行了统稿、定稿。王远均副教授也参与了大纲的修订。本书各章执笔人的分工如下:

李广辉(汕头大学法学院副教授):第一章、第二章、第九章

马德才(江西财经大学法学院副教授):第三章、第四章、第七章、第十二章

王远均(西南财经大学法学院副教授):第十一章、第十三章(与李代江合著)、第十四章(与赵媛合著)

黄保亮(山东财政学院法律系讲师):第五章、第六章、第八章、第十章

戴 霞(暨南大学法学院副教授):第十五章

由于编著时间较为仓促以及作者水平所限,书中缺点错误在所难免,希望有关专家和广大读者批评指正。

作 者

2002年11月

目 录

上篇 诉讼程序论

第一章	国际民商事诉讼法概念	(1)
第一节	国际民商事诉讼法概述	(1)
第二节	国际民商事诉讼法的历史发展	(8)
第三节	国际民商事诉讼法的基本原则	(13)
第四节	国际民商事诉讼法的渊源	(19)
第五节	国际民商事诉讼法与相邻法律部门的关系	(23)
第二章	外国人民商事诉讼地位	(29)
第一节	外国人民商事诉讼地位的概念	(29)
第二节	诉讼费用担保制度	(37)
第三节	诉讼代理制度	(50)
第四节	外交人员的民商事诉讼地位问题	(56)
第三章	外国国家的民商事诉讼地位	(62)
第一节	国家及其财产豁免权	(62)
第二节	国家及其财产司法豁免权的例外	(71)
第四章	国际民商事管辖权	(79)

第一节	国际民商事管辖权的概念	(79)
第二节	各国对国际民商事管辖权的确定	(84)
第三节	国际民商事管辖权的国际立法	(91)
第五章	国际民商事诉讼的审理程序	(96)
第一节	国际民商事案件的起诉与受理	(96)
第二节	国际民商事案件审理前的准备	(99)
第三节	国际民商事诉讼案件的审理与判决	(102)
第四节	国际民商事诉讼的期间	(105)
第五节	国际民商事诉讼的诉讼时效	(107)
第六章	国际司法协助	(110)
第一节	概述	(110)
第二节	域外送达	(113)
第三节	域外调查取证	(117)
第四节	司法协助的国际条约	(121)
第五节	区际司法协助	(123)
第七章	外国法院判决的承认与执行	(128)
第一节	概述	(128)
第二节	承认与执行外国法院判决的条件	(134)
第三节	承认与执行外国法院判决的程序	(141)
第四节	承认与执行外国法院判决的条约	(145)
第八章	国际民商事纠纷的协商与调解	(149)
第一节	国际民商事纠纷概述	(149)
第二节	国际民商事纠纷的协商	(152)
第三节	国际民商事纠纷的调解	(154)

下篇 仲裁程序论

第九章 国际商事仲裁概述	(159)
第一节 国际商事仲裁的概念	(159)
第二节 国际商事仲裁的特点	(172)
第三节 国际商事仲裁的法律渊源	(179)
第十章 国际商事仲裁机构	(193)
第一节 国际商事仲裁机构的种类	(193)
第二节 国际上著名的仲裁机构及其规则	(197)
第三节 中国的国际仲裁机构	(207)
第十一章 国际商事仲裁的法律适用	(213)
第一节 国际商事仲裁程序的法律适用	(213)
第二节 国际商事仲裁实体法的适用	(238)
第十二章 国际商事仲裁协议	(266)
第一节 仲裁协议概述	(266)
第二节 国际商事仲裁协议的效力	(270)
第三节 有效仲裁协议的确定	(274)
第四节 国际商事仲裁协议的内容	(275)
第五节 仲裁条款的自治权理论	(280)
第十三章 国际商事仲裁程序	(287)
第一节 仲裁的申请与受理	(287)
第二节 仲裁员与仲裁庭	(289)
第三节 仲裁审理	(298)
第四节 仲裁裁决	(309)

第十四章	国际商事仲裁裁决的承认与执行	……	(317)
第一节	概述	……	(317)
第二节	拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由	……	(338)
第三节	外国仲裁裁决在中国的承认与执行	……	(356)
第四节	中国大陆与香港、澳门地区仲裁裁决的相互承认与执行	……	(365)
第十五章	WTO 的争端解决机制	……	(371)
第一节	概述	……	(372)
第二节	世界贸易组织争端解决机制的产生背景	……	(373)
第三节	世界贸易组织争端解决机制的特点	……	(381)
第四节	世界贸易组织争端解决机制	……	(385)
第五节	争端解决机制的评介	……	(402)
主要参考书目			(405)

上篇 诉讼程序论

第一章 国际民商事诉讼法的概念

第一节 国际民商事诉讼法概述

一、国际民商事诉讼

民事诉讼(Civil Lawsuit)或民商事诉讼或称民事程序(Civil Proceedings)是指国家法院根据当事人的请求而进行的保护其民商事权益的程序。而民事诉讼程序便是指法院、当事人及其他诉讼参与人为实现保护由国家民事法律确认的民商事权益而进行的一系列诉讼行为的总和。一个国家调整民事诉讼程序的各种法律规定,就构成了民事诉讼法(civil procedure law)。

国际民商事诉讼,是指具有涉外因素(Foreign Element)或国际因素的民商事诉讼,即一国法院在审理涉外民商事案件时,法院、当事人以及其他诉讼参与人的活动,以及由这些活动所形成的各种法律关系的总称。从某一个主权国家的角度来说,涉及

了外国的因素,故被称为涉外民商事诉讼。^① 而国际民商事诉讼程序就是指一国法院审理国际民商事诉讼案件和当事人及其诉讼参与人进行此种诉讼行为时所应当遵循的专用的特殊程序。国际民商事诉讼法便是这些专用的特殊程序的总和。

在国际交往中,形成了大量的涉外民商事法律关系。这些涉外民商事法律关系经常会出现这样或那样的纠纷。如何解决这些纠纷,保持法律关系的稳定性,维护当事人的合法权益,其中一个重要的途径就是通过诉讼来实现司法保护。而这种诉讼必须在某一个国家的法院进行,迄今为止还没有一个国际性的司法机构专门受理涉外民商事案件。联合国下属的国际法院虽是国际性的司法机构,但是,它只受理国家主权者之间的争端,不受理涉外民商事案件。

在民商事诉讼程序中,既可以因诉讼本身包含有国际因素而需要适用国际民商事诉讼规定,也可以因实体法律关系涉及国际因素而需要适用国际民商事诉讼规范。具体来说,民事诉讼中的国际因素主要有:诉讼当事人中有外国人;诉讼客体是涉外民商事法律关系;引用的证据具有涉外因素;法院按国际条约或内国冲突法的规定应适用外国法作为案件的准据法;诉讼请求是外国法院或其他机构的判决在内国的承认或执行;诉讼程序法涉及的是国际司法协助问题等。

在民事诉讼中如果介入了国际因素,就需要由专门调整包

^① 在我国的相关立法中,一般称作“涉外民事诉讼”,如 1991 年《民事诉讼法》第四编。外国也有统称国际民商事诉讼的,如 1962 年原捷克斯洛伐克的《国际私法及国际民商事诉讼法》;在国际私法著作中多称“国际民商事诉讼”,但也有将二者等同的,参见姚壮主编:《国际私法理论与实务》,法律出版社,1992 年版,第 178 页。

含有国际因素的民事诉讼的国际民商事诉讼法来解决以下几个方面的问题,如:

1. 内国法院或仲裁机构等对什么样的案件有管辖权? 内国法院对哪些案件享有专属管辖权? 这些案件可否由争议的双方当事人协议选择内国或外国法院管辖? 等等。

2. 外国人在内国的民事诉讼地位问题,如起诉或应诉的能力、诉讼费用担保或免除、法律救助等,应依什么法律来确定? 如何确定享有外交豁免权的外国人在内国的民事诉讼地位?

3. 国际民商事诉讼中的取证规则有哪些特殊之处? 如是否允许或应遵循什么样的条件下外交和领事人员可以取证? 在间接取证时应遵循什么样的特定程序? 等等。

4. 外国审判程序的仲裁程序在内国发生什么样的效力(即外国法院的判决和仲裁裁决是否被内国所承认,以及在什么样的条件下内国可以承认或执行外国的判决和仲裁裁决)?

5. 在内国法院或其他机构适用外国实体法时,应采用什么样的程序规则?

6. 在内国法院或其他机构执行外国法院或其他机构的委托,或者委托外国法院或其他机构代为某项行为时,应适用什么程序规则?

解决上述问题,既需要直接调整规范,也需要间接调整规范。因此,国际民商事诉讼法就由两种不同性质的规范,即直接调整规范和间接调整规范所组成。

在我国,最高人民法院 1992 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 304 条,对涉外民事案件作了一个解释:“当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外,或者诉讼标的物在外国的民事案件,均为涉外

民事案件。”从这一解释可以看出,处理涉外民商事案件所进行的诉讼就是涉外民商事诉讼。

在中国现行的法律体系中,并未使用国际民商事诉讼或国际民商事诉讼法的概念,一般仅从与中国立法或司法管辖相涉的角度出发,把它称为“涉外民商事诉讼程序”。但在中国近年来的国际私法学的理论研究中,大多称此种程序和规定此种程序的法律为“国际民商事诉讼程序”或“国际民商事诉讼法”。

二、国际民商事诉讼法

国际民商事诉讼法是指规定国际民商事诉讼程序的各种法律规范的总称。任何国际民商事诉讼程序只有严格按照有关的国际民商事诉讼程序法规范来运行,其法律效力才会得到有关国家的认可,基于这种诉讼程序所作出的判决才有可能得到有关国家的承认和执行,才能最终达到圆满解决有关国际民商法律争议,促进国际民商法律关系发展之目的。

国际民商事诉讼法的规范内容主要包括如下三个方面:1. 规定国际民商事诉讼程序中外当事人,包括外国自然人、外国法人、外国国家和国际组织的民事诉讼地位的法律规范;2. 规定国际民商事案件法院管辖权的法律规范;3. 规定国际民商事诉讼程序中有关诉讼和非诉讼文书的域外送达、有关域外取证、有关国际民商事诉讼期间、以及有关法院判决在相关国家的相互承认与执行等的法律规范。

从另一个方面来看,国际民商事诉讼法由国际条约、国内立法和国际惯例三部分所组成。在审理涉外民商事案件时,一国法院对上述三种程序的规定的适用必须遵守一定的顺序。首先,国际条约中规定的民事诉讼程序规范应优先适用。根据国际法中条约必须信守的原则,国际条约优于国内法,这也是进行

国际交往所应遵循的基本准则。我国在国际交往中一贯坚持这一原则。我国《民事诉讼法》第 238 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”也即我国人民法院在审理涉外民事案件时，只要我国参加或缔结的国际条约中有规定，首先适用条约的规定，只有在条约无规定或者没有条约的情况下，才适用有关的国内法。但是，对于中国在参加条约时提出保留的条款则不予适用。其次，应适用国内立法的规定。适用国内立法只是在无条约或条约未规定的情况下，才予以适用。在适用国内立法时，还应当首先适用国内法中有关涉外民事诉讼的特别程序规范。中国《民事诉讼法》第四编就是关于“涉外民事诉讼程序的特别规定”。该法第 237 条规定：“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编的规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。”可见，在审理涉外民事案件时，应优先适用特别程序规范，只有在没有特别程序规定的情况下，才适用一般程序规范。如审判庭的组成，当事人的起诉、应诉、上诉，证据的效力及举证责任等问题，我国《民事诉讼法》第四编都没有规定，那么就适用其他各编中的有关规定。第三，关于国际惯例的适用问题，在通常情况下，只有在没有国际条约可供遵循，适用国内法又不适合案件的实际情况下，才予以适用。但是，我国法院所适用的国际惯例必须是经我国认可的那些国际惯例。另外适用国际惯例不得违反我国的社会公共秩序和法律的基本原则。

三、国际民商事诉讼法是不是一个独立的法律部门

对于国际民商事诉讼法的概念也是国际法学论著中争论十分激烈的问题。国际法学家们尽管一致同意将前面所列的几个

问题都归入国际民商事诉讼法所调整的范围,但是,学者们却对不少问题存在着分歧,如(1)国际民商事诉讼法是否应该认为是一个独立的法律部门?(2)国际民商事诉讼程序法规范的法律性质究竟如何?等等。

首先,以英美为代表的英美法系的学者一般都不认为国际民商事诉讼法是一个独立的法律部门。英美学者在研究国际民商事诉讼法问题时,通常只强调与司法管辖权有关的问题,并且几乎都是将它归入国际私法的范围,作优先于冲突规范的研究。之所以如此,是因为他们认为国际私法规范的适用依赖于法院管辖权的确定。^①

其次,法国学者以及他们的追随者们则把国际私法分成四个部分,即国籍法、外国人法、法律冲突法和法院及其他机构。这样便把大部分的国际民商事诉讼法归入国际私法的范围,对有关的问题在国际私法的第三部分中进行研究,而把诉讼费用的担保、法律救助和互惠互利等问题纳入外国人法的研究范围。因此,在法国学者中一般不认为国际民商事诉讼法是一个独立的法律部门。

其三,意大利、德国、瑞士、奥地利以及匈牙利的许多学者则认为国际民商事诉讼法是一个独立的法律部门。但是他们并不完全一致认为这一法律部门是一个同质的有机体,其法律规范只是基于它们共同的准则或内容而组合在一起的。如匈牙利著名国际私法学家萨瑟认为,正如把调整具有国际因素的民法关系的法律规范从民法中分离出来作为一个独立的法律部门是完全正确的一样,把调整含有国际因素的民商事诉讼程序规范从

^①戴西、莫里斯《冲突法》,1949年版,第129页;威希尔《国际私法》,1952年,第4版,第92页;沃尔夫《国际私法》,1945年,第1版,第52页等。

民事诉讼法中分离出来,也是完全正确的。由于这些规范所调整的法律关系中含有涉外因素,使它们表现出特殊的、类似于调整涉外民法关系的国际私法的性质,这两个法律部门所遇到的问题极为相似。因此,从事国际民商事诉讼法研究的学者,也常常是国际私法或国际法学者,而很少同时为民事诉讼法学者的。而且,所有的国际私法学者,在撰写国际私法论著时,都认为也有必要对国际民商事诉讼中出现的问题进行研究。这一事实也能说明把国际民商事诉讼法从国内民事诉讼法中分离出来并结合国际私法进行研究的可能性。但萨瑟认为,国际民商事诉讼法与国内民事诉讼法这两个法律部门相似的程度,还没有达到使他们能够合而为一的地步。^①

最后,还必须提到的是,由于通过仲裁来解决发生于国际经济、贸易和海事等领域内的商事争议,已成为越来越常见的形式,所以,现在,在国际法学界多主张在国际民商事诉讼法中,也应该结合研究国际商事仲裁制度。我国的国际法学界亦持此种观点。^②

关于国际民商事诉讼法是国际私法中的一项内容,还是一个独立的法律部门的问题,目前,我国国际私法学界尚未进行深入的探讨。普遍接受的是前一种观点,而并不认为它是一个同国际私法各自并行独立的法律部门。^③但是,由于中华人民共和国关于国际民商事诉讼的特别规定是列在《民事诉讼法》第四

^①萨瑟《国际民商事诉讼法》,第19页。

^②韩德培主编《国际私法》,卢峻为《中国大百科全书·法学》写的条目,姚壮、任继圣的《国际私法基础》(中国社会科学出版社,1981年,第1版)等。

^③李双元《国际私法(冲突法篇)》,第29-30页。