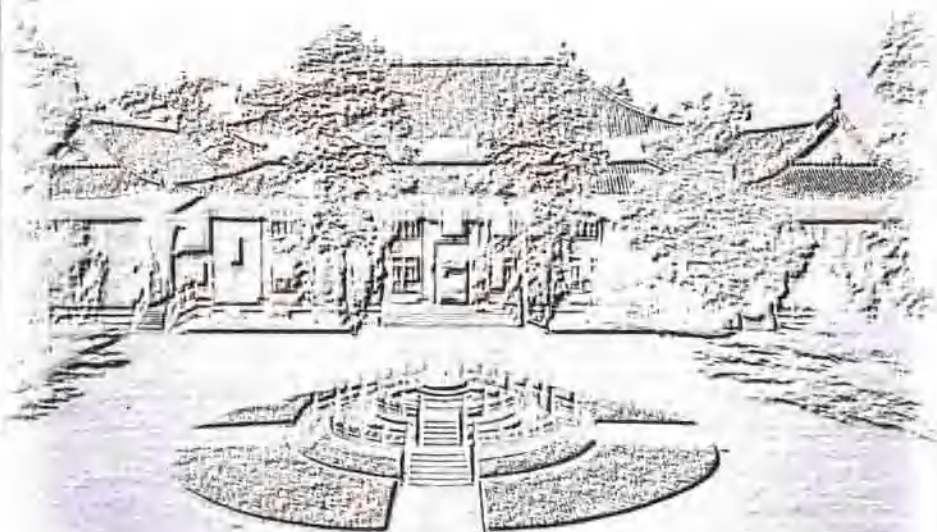


华南理工大学法学文库

国际民商事诉讼法

比较研究

彭世忠 著



群众出版社

Comparative Study Of International Civil and Commercial Procedural Law

国际民商事诉讼法比较研究

彭世忠 著

群众出版社
2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

国际民商事诉讼法比较研究/彭世忠著.—北京:群众出版社,
2007.5

ISBN 978-7-5014-4001-6

I. 国… II. 彭… III. 国际法:民事诉讼法—对比研究
IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 038470 号

国际民商事诉讼法比较研究

著 者: 彭世忠
责任编辑: 亢 健 李 敏
封面设计: 王 子
责任印制: 连 生

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 52173000 转
地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼
邮 编: 100078
网 址: www.qzpbs.com
信 箱: qzs@qzpbs.com
印 刷: 北京市亚通印刷厂
经 销: 新华书店

开 本: 890×1240 毫米 32 开
字 数: 334 千字
印 张: 13
版 次: 2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷
书 号: ISBN 978-7-5014-4001-6 / D·1928
定 价: 26.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究
群众版图书, 印装错误随时退换



作者简介

彭世忠，1966年生，四川自贡市人。1996年和1999年分别在西南政法大学诉讼法专业获得硕士学位和博士学位。曾经在西南政法大学诉讼法教研室任教8年。现为华南理工大学法学院副教授、硕士研究生导师，兼职律师。研究领域涉及行政法学、诉讼法学和司法制度等方面。主编或参编《比较民事诉讼法学》《民事诉讼法学》《律师公正仲裁教程》等著作，在《政法论坛》《现代法学》等刊物上发表论文20余篇。

华南理工大学法学文库

序

出版一套法学文库，是华南理工大学法律人酝酿已久的一个计划，今天终于得以实施了。今后，华南理工大学法律人将通过本文库这个法学学术平台，向国内外同行展示法学研究的成果，表达对法治理想的追求，践行现代法治社会所赋予的历史使命。

众所周知，华南理工大学是以工科为主的高等学府，是著名的“工程师、企业家的摇篮”，为祖国的现代化建设培养了大批科学技术人员和企业家。但很少有人知道，华南理工大学这片土地也同样有着培育法律人才的悠久历史。广东现代法学教育始于1905年成立的广东法政学堂。1912年广东法政学堂改称广东公立法政专门学校，1923年改称广东公立法科大学。1924年孙中山将国立高等师范、广东法科大学等合并为国立广东大学，择定风景秀丽的广州市东郊石牌（五山）为合校后的新校址。1926年南京国民政府为纪念孙中山将国立广东大学易名国立中山大学。1932年邹鲁再任中山大学校长，在原择定的合校校址上筹建中

山大学石牌永久新校园。1934年9月石牌新校园一期工程竣工，法学院从市内法政路迁入坐落在石牌校园西边山头的法学楼，这是一座规模宏伟、富有民族特色的宫殿式建筑（现为华南理工大学的12号楼），历经七十多个春秋的风霜仍保持着当年的雄姿和概貌，正门匾由当年名家题写的“法学院”三个苍劲有力大字明晰可见，象征华南理工大学校园所拥有的悠久的法律文化传统。1952年国务院实行全国高等学校院系调整，中山大学撤销法学院，将文理学院迁至原岭南大学校址，留工学院系在石牌校园（五山），与中南5省12所院校有关院系合并而成华南工学院；1988年更名为华南理工大学。不久，华南理工大学在这片曾经谱写过法律人光荣的土地上开始了法学教学的新篇章：1993年复办法学专业；1995年复招法学专业本科学生；1999年起招收双专双学位学生；2001年设立法学系；2002年起招收硕士研究生；2004年7月16日复建法学院；同年11月17日创办知识产权学院，与法学院合署办公。2005年9月经批准设立法学一级学科硕士学位授权点，目前招收法理学、经济法学、刑法学、民法学、法史学和诉讼法学等六个专业的硕士研究生。

华南理工大学法学院的复建，正值“经济全球化”对世界各国社会经济产生日益强烈影响、我国法制建设取得显著进展、现代法学教育和法学研究获得蓬勃发展之时，为了早日实现“国内著名、省内前列”的建院目标，我院决定编辑并出版“华南理工大学法学文库”，以此来激励全体华南理工大学法律人进行法学研究和学术创新的热情，提升法学科科研能力和教学质量，为中国法学研究和法学教

育的长足发展作出应有的贡献。

“华南理工大学法学文库”是一套系列丛书，目前仅限于出版华南理工大学法学院教师的两类著作：（1）个人专著，包括博士论文、博士后研究报告和独著（后者指能体现本人在本专业或专业方向学术成就的作品，一般不重复资助）；（2）属于国家、省部级（含广州市）社科基金和自然科学基金项目的研究成果（主持人必须是本院在岗教师）。根据“华南理工大学法学文库”编辑出版办法的规定，本文库收入的著作需具备三个条件：（1）有较高的学术水平，能引领学术研究的前沿；（2）符合学术规范；（3）符合出版要求。为了保证文库的质量，我院设立了文库编审委员会，负责文库的审核及出版工作，主要职责包括：（1）接受著作者的申请；（2）审查文稿的质量并提出修改意见；（3）根据需要，匿名送审稿件；（4）讨论并安排出版。

“华南理工大学法学文库”是我们华南理工大学一项长期、连续的学术建设项目，是我们华南理工大学法律人奉献给国家法治建设事业的一项智力成果。它不会以编辑出版固定的册数为目标，而是会伴随着华南理工大学法学院的繁荣发展一直延续下去。

张富强

2006年10月

华南理工大学法学文库

编审委员会

主任 张富强

副主任 徐松林 张洪林

委员 (以姓氏笔画为序)

刘剑文 许章润 关永宏 李明德

张洪林 张富强 於兴中 陈年冰

杨凯 胡学相 徐松林 曾友祥

彭世忠

前 言

国际民商事诉讼法在传统上被视为国际私法学者的领地，因此从事内国民事诉讼法教学和研究的学者对此感兴趣的不多，即便有所涉猎，也大多停留于对法典进行教科书层面的诠释。国际私法学者虽然对国际民商事诉讼法方面的问题有所侧目，但是一方面，由于国际私法的主要研究对象是冲突法或者国际民商事实体法律关系，囿于精力和时间等方面的原因，对于国际民商事诉讼法也只能是附带“关注”一下；另一方面，国际民商事诉讼法作为诉讼程序法的一部分，与诉讼程序法有着共同的理念基础和运行规律，如果不从这些根本性的问题上着手展开研究，国际民商事诉讼法理论也难有更深层次的提升。因此，这门处于“三角地带”的边缘性法律科学实际上处于“几不管”的境地，对它的研究也陷于相对薄弱的状态。

另外，国际民商事诉讼法学作为一门“国际性”的法律科学，客观上要求了解国际情势，随时把握国际社会政治、经济和法律发展的大趋势，尤其是国际民商事诉讼法方面的最新动向，同时要对世界各国的法律传统、法律文化和立法现状有较为深入的研究，才能使相关的研究不致于无的放矢、脱离实践。因此，从方法论上讲，采取比较研究的方法既是必需的，也是正确的选择。

全书从国际民商事诉讼及国际民商事冲突的源流、特征入手，通过对国际民商事诉讼基本价值、基本功能、基本模式的分析，对国际民商事诉讼法的基本理念问题以及它们之间的关系作了一个轮廓性阐释。以此为基础，笔者根据诉讼价值决定诉讼日和的诉讼模式的理论，对世界上主要的三大法系的诉讼构造作了具体分析和功能评价。通过对诉讼构造的分析，笔者以诉权与审判权之间既冲突又制约的关系为指导，分别从诉权构造和审判权构造的角度探析了各国国际民商事诉讼法的运作机理，具体比较分析了它们在管辖权制度，程序制度如法院结构、审理方式、诉讼竞合、集团诉讼等方面的异同。对各国诉讼制度的比较，只能把握国际民商事诉讼制度设计的形式和静态层面，必须结合司法过程的动态分析，才能理解和阐释国际民商事诉讼的精神实质和全貌；因此，笔者对司法过程的两个关键问题——司法方法和法律适用提出了自己的管见。判决的目的在于实现权利，在判决的域外效力方面，笔者主要分析了各国在承认和执行外国法院判决方面的各种作法，重点介绍了相关国际公约在这方面发挥的巨大作用。此外，“一国两制”伟大构想的提出和践行，使区际司法协助成为国际民商事诉讼理论和实践都无法回避的现实问题，对之进行研究自然是题中之义。

按照以上思路，全书共分9章，约30万字。具体内容如下：

第一章，探讨国际民商事诉讼法的一些基本性问题，包括国际民商事冲突及其国际救济，国际民商事诉讼法的渊源、历史沿革和发展趋势等。

第二章，从法哲学层面探讨国际民商事诉讼法的基本理念问题，包括国际民商事诉讼的经济价值、公正价值和功能等。本书认为，诉讼价值问题是诉讼法一切其他问题的基础，不同的诉讼价值取向决定不同的诉讼目的观念，而诉讼目的的差异又是构成各种诉讼构造模式差异的成因。

第三章，探讨国际民商事诉讼法的基本诉讼构造问题。本书认

为、从几何结构上讲，国际民商事诉讼是一种三角形构造，分别反映诉、辩、审三方关系。但是从实质上看，国际民商事诉讼又是一种权能构造，诉讼的进程主要是通过诉权和审判权之间的冲突和平衡关系决定的，判决结果实际上只是反映了一种“契约”关系；一方面是当事人之间的一种斗争和妥协后的“契约”，另一方面，也是诉权和审判权达成的一种“契约”，可以说，整个民商事诉讼制度都是围绕这方面的问题而进行的程序保障。

第四章，探讨诉权构造的基本问题，包括诉权透视、诉权的外化、外国人的诉讼能力等问题，重点是对当事人诉讼行为的研究。

第五章，主要是从国际民商事诉讼法的视角探讨审判构造的基本问题，包括审判主体、审判管辖、诉讼标的、审判程序、域外取证、集体诉讼等，重点是对审判主体的各种审判行为和程序制度的比较分析。

第六章，对国际民商事司法过程中程序法法律适用方面的问题进行探讨，包括国际民商事诉讼中“程序”与“实质”的衡界、英美判例法在我国涉外民商事审判中的适用、外国程序法在我国涉外民商事审判中的适用三个问题。

第七章，对国际民商事司法过程中审判方法问题进行探讨，包括法哲学视野中的司法审判问题、司法经验问题和“无法”司法问题。

第八章，探讨国际民商事判决的域外效力问题。本书认为，由于有国家主权原则这座大山横亘于前，判决在域外发生效力当然就不可能是理所当然的。因此，各国出现了国际礼让说、法律关系本座说、政府利益说等多种观点。比较而言，“国际交往需要说”具有合理性，应当成为普遍接受的观点。各国承认和执行外国法院判决的制度各异，几个重要的国际公约为统一各国的立法、扫清国际合作障碍铺平了道路，应当成为各国国内相关立法的指南。

第九章，探讨区际司法协助的有关问题，包括区际司法协助的

理论基础、管辖权、判决承认和执行方面问题，中国区际司法协助应当注意的问题等。

总之，本书以民事诉讼法的基本价值、基本目的、基本构造等各国公认的诉讼理念为指导，以国际民商事诉讼法的管辖、审判程序、证据理论、法律适用、审判方法、执行理论等内容为研究重点，采用比较研究的方法，理性地分析和论证了国际民商事诉讼法的主要问题，是诉讼法学人跨人国际法学者领地的一次初步尝试。

目 录

第一章 “格物穷理”——国际民商事诉讼的源流考辨	1
第一节 民商事冲突及其国际救济	1
第二节 国际民商事诉讼法的地位与渊源	13
第三节 国际民商事诉讼法的发展趋势	25
第二章 诉讼理念——国际民商事诉讼的法哲学思考	30
第一节 对国际民商事诉讼价值的基本认知	31
第二节 国际民商事诉讼的公正价值	35
第三节 国际民商事诉讼的经济价值	55
第四节 国际民商事诉讼的功能	77
第三章 诉讼构造——诉权与审判权的冲突与衡平	83
第一节 诉讼构造的理性认知	83
第二节 国际民商事诉讼的基本构造	93
第三节 诉讼构造的功能评价	120
第四章 诉权构造——恣意限制的制度基石	124
第一节 诉权透视	124
第二节 诉权的外化	134
第三节 外国人的诉讼能力	167
第四节 诉权的边际制衡	172

第五章 审判构造——审判要素的统合机制	180
第一节 审判主体	180
第二节 审判管辖	193
第三节 审判程序	221
第四节 域外取证	227
第五节 集团诉讼	235
第六章 法律适用——司法过程的思考(一)	245
第一节 国际民商事诉讼中“程序”与“实质”的衡界	245
第二节 英美判例法在我国涉外民事审判中的适用	255
第三节 外国程序法在我国涉外民事审判中的适用	265
第七章 审判方法——司法过程的思考(二)	275
第一节 法哲学视野中的司法审判	275
第二节 司法过程中的司法经验问题	289
第三节 司法过程中的“无法”司法问题	307
第八章 诉讼强制——判决效力的域外扩张	323
第一节 二次冲突与诉讼强制	323
第二节 实现判决域外效力的国际合作	331
第三节 各国实现判决域外效力的规定	340
第四节 我国实现判决域外效力的规定	348
第九章 区际冲突——区际民商事司法协助研究	355
第一节 区际民商事司法协助的理论基础	355
第二节 区际民商事司法协助的具体内容	364
第三节 区际民商事司法协助中应当注意的问题	378
主要参考书目	386
后 记	396

第一章 “格物穷理”

——国际民商事诉讼的源流考辨

第一节 民商事冲突及其国际救济

一、国际民商事冲突

(一) 基本界说

不管是出于对幸福这个人类最高功利的追求，还是出于对自身生存和发展问题的关注，人类都不会甘于将自己的活动囿于特定的社区、部落或团体的狭小范围，相反，为了更好地生存和发展，他们必须不断地进行生产和交换，并不断地提高生产的质量和拓展交换的范围，以获取更高层位的幸福。当历史走到某一天，生产和交换已经不再受到地区或国界范围的限制，或者人类为了共同的生活需要已经打破这种地域限制时，国际民商事交往和合作关系就在遵守一定的“游戏规则”（如公平交易、诚实信用等）的基础上产生和形成了。但游戏规则并非人人都会遵守，总会存在一些触犯规则的“坏孩子”，或者出于故意，或者出于对规则的理解不一致，或

者该问题本身还没有规则进行规制，这都会在当事者之间产生纠纷。这些纠纷有的能够受到法律（从广义上理解，包括国际惯例、公约、各国有关的法律规范等）评价，有的不能受到法律评价，这主要取决于各国或国际社会的价值观念、利益要求以及对该问题的重视程度。我们将这种发生在国际民商事领域的、能够受到法律评价的纠纷称为国际民商事冲突。

1. “国际”的含义。国际民商事冲突之“国际”一语，多少会使人产生一些误解，因为按照《现代汉语词典》的解释，“国际”是指国与国之间、世界各国之间^①；而国际法是指“国家在彼此往来中具有法律拘束力的规则的总体，这些规则主要是支配国家的关系”^②。那么，国际民商事冲突似乎应当是国家之间在民商事关系方面的冲突，亦即，冲突主体似乎应当是国家或国际组织等。其实，学者们在这里使用“国际”一语主要是出于习惯，最先是缘于国际私法学者的称谓。这里的“国际”，主要是指含有国际因素或涉外因素，而不在于强调冲突主体是国家。同理，国际民商事诉讼法不是指调整国家或国际组织在进行民商事诉讼时应当遵守的、独立存在于国家之外的诉讼程序法，而主要是指各国民商事诉讼法的涉外部分，即调整具有涉外因素或国际因素的民商事诉讼关系的法律规范。这里的涉外因素或国际因素包括冲突主体、争议标的物、法律行为等具有涉外因素以及当事者选择适用外国法、纠纷解决地在外国等情形。

关于“国际”的标准，学者们的认识并不一致，主要有“地理标准说”“争议性质说”和“混合标准说”三种观点。

“地理标准说”认为，判断某种国际民商事关系或冲突是否具有国际性，应当以当事者的国籍、住所或居所、法人注册地、公司

^① 参见《现代汉语词典》，423页，北京，商务印书馆，1992。

^② 詹宁斯·瓦茨：《奥本海国际法》，3页，北京，中国大百科全书出版社，1995。

中心管理地以及争议解决地等作为依据。其中，争议解决地和当事人的国籍是必须首先考虑的。如果当事人是个人，还必须考虑其住所或经常居住地；如果当事人是法人，则不能简单地完全以其注册或登记地为依据，还必须考虑其中心管理地这一因素。也就是说，如果某跨国公司的分公司与当地的个人或法人订立了合同，且这些分公司是在当地对其业务活动进行直接管理，那么，按照“地理标准”中的中心管理地标准，该分公司与当地公民或法人间的冲突即属于国内纠纷；如果分公司的业务活动受到国外总公司的控制和支配，则该纠纷就是国际性的。采取地理标准的国家包括英国、丹麦、瑞典、瑞士、叙利亚、埃及、利比亚、科威特等。

“争议性质说”认为，在当今国际民商事关系纷繁复杂的情况下，仅仅采用地理标准是不够的，因为地理标准主要考虑当事人的国籍因素，但在某些情况下，仅仅依靠当事人的国籍并不能解决具体问题，例如，当同一国家的两个公民订立了在另一国家履行的合同，或者当一个国家与在该国经营商业的外国公司的子公司订立了合同，由于客体的缘故，合同仍然可以超越国界。因此，在判断某项国际民商事争议是否具有国际性时，应当对争议的性质加以分析，当争议涉及国际商事利益时，则具有国际性。这里的国际商事利益是指：住所、居所、国籍或者一方当事人的公司注册地或居所地；双方当事人的营业地；双方当事人进行管辖或控制的中心所在地；双方当事人的主要财产以及合同签订地、履行地等。采用上述标准的是法国、美国、加拿大等国和有关国际公约。

我国和其他一些国家采用混合标准，即判断某项民商事纠纷是否具有国际性时，必须将地理标准和争议的性质结合起来考虑，国际商事利益和当事人的国籍、住所等都具有决定性意义^①。

2. “民事”与“商事”的界分。“民事”与“商事”经常作

^① 参见李玉泉主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，238-241页，武汉，武汉大学出版社，1993。