

武汉大学国际法博士文库

国际民商事司法与行政合作研究

杜焕芳 / 著



Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

D997.1

15

2007

武汉大学国际法博士文库

Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University

国际民商事司法与行政合作研究

**On the International Judicial and Administrative
Co-operation in Civil and Commercial Matters**

杜焕芳 / 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际民商事司法与行政合作研究/杜焕芳著. —武汉:武汉大学出版社, 2007. 1

武汉大学国际法博士文库

ISBN 978-7-307-05309-0

I. 国… II. 杜… III. ①国际法:民法—国际合作—研究 ②国际商法—国际合作—研究 IV. ①D997.1 ②D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 136775 号

责任编辑:张 琼

责任校对:程小宜

版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省荆州市今印印务有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:17.5 字数:485千字 插页:1

版次:2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

ISBN 978-7-307-05309-0/D·701 定价:28.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。



杜焕芳 1976年1月生，浙江上虞人，中国人民大学法学院讲师，主要从事中国国际私法、比较国际私法、国际民事诉讼和国际商事仲裁等研究。1999年毕业于中南政法学院，获法学学士学位；2002年毕业于中南财经政法大学，获法学硕士学位；2005年毕业于武汉大学，获法学博士学位。先后参加教育部重大（攻关）项目《中国国际私法的法典化》、《国际商事争议解决机制研究》和《中国能源安全问题研究——法律与政策分析》等多项，主持团中央青少年和青少年工作研究课题《海牙未成年人国际保护公约研究》和中国人民大学科研基金青年项目《CEPA实施后涉港澳经贸纠纷解决机制研究》。已出版《国际私法学原理与案例教程》（主要撰稿人）等，并独自或合作在 *Chinese Journal of International Law* (CJIL)、《法令月刊》（台湾）、《法学评论》、《法学家》、《中国国际私法与比较法年刊》、《民商法论丛》和《人民法院报》等报刊上发表学术论文、译文和书评40余篇。曾任《中国国际私法与比较法年刊》和《武大国际法评论》编辑，现兼任中国国际私法学会理事。

《武汉大学国际法博士文库》总序

黄 进

《武汉大学国际法博士文库》终于面世了！这是令人高兴和值得庆贺的事情。作为推动《文库》编辑出版工作的负责人之一，本人有责任也很乐意将我们做这项工作的缘由和初衷告诉读者。

2000年，经过严格的评审，武汉大学国际法研究所被国家教育部确定为“教育部人文社会科学重点研究基地”。随后经过三年的建设，基地又于2004年顺利通过国家教育部组织的合格评估。作为教育部人文社会科学重点研究基地，武汉大学国际法研究所深感任重而道远，自然不须扬鞭自奋蹄，一直在积极探索如何进一步推动我国国际法教学和研究向前发展，勤勉地做了或者正在做一些有益的事情，其中一项举措就是编辑出版《武汉大学国际法博士文库》。

改革开放以来，我国自己培养的国际法专业博士逐年增多。仔细看看他们撰写的博士论文，我们不难发现，博士研究生已经成为我国国际法研究的生力军，他们以博士论文表现出来的许多研究成果或者填补了我国国际法研究的空白，或者开拓了我国国际法研究的新领域，有的甚至还在某些方面代表了我国国际法研究的最高水平。因此，我们感到责无旁贷，有必要精选部分优秀国际法博士论文，以文库的形式编辑之，出版之。这就是我们为什么要编辑出版《文库》的缘由。必须说明的是，我们编辑出版《文库》决不是短期行为，更不是当下时常见到的应景之作，我们是要把《文库》当着法律文化工程和长期经营的品牌来建设的。我们相信，随着《文库》收录的一本本博士论文问世，它们一定会对提升我国国际法研究的学术水平，推进我国国际法学界的学术交流，进而推动我国国际法研究的不断发

展,发挥积极的作用。

《文库》的生命力关键在质量。为了保证《文库》的质量,按照我们的设想,《文库》首先要坚持开放性。所谓开放性,一是《文库》收录的博士论文不局限于狭义的国际法或者说国际公法的博士论文,凡是研究国际法律问题、跨国法律问题或者涉外法律问题的博士论文,包括但不限于国际公法、国际私法和国际经济法的博士论文,均在收录之列;二是《文库》收录的博士论文不局限于在武汉大学求学的博士的论文,非武汉大学出产的优秀国际法博士论文也在收录之列。坚持开放性实际上是对《文库》收录的博士论文的范围或者外延的界定,表明它有海纳百川的胸怀。其次,《文库》要实行精品化。所谓精品化,就是《文库》收录的博士论文应该是精品,必须是精品,一定是精品。出精品是《文库》质的要求和内涵的要求。为了保证质量,我们在选择收录武汉大学的国际法博士论文时,通常是每年在国际公法、国际私法和国际经济法三个领域各选一篇校内外评阅和论文答辩均获得全优,并获得论文答辩委员会成员一致推荐收录的论文。

《文库》得以顺产是同方方面面的关心、支持或资助分不开的。我们要感谢国家教育部及其社政司、国家社会科学基金,我们要感谢武汉大学社会科学部、研究生院、国际交流部和出版社,我们还要感谢校外参与评阅博士论文和参加博士论文答辩的专家。当然,《文库》的顺产也是我们自己努力的结果。法学院特别是武汉大学国际法研究所的同事们精诚团结,齐心协力,自强不息,追求卓越,每个人特别是担任博士研究生培养和指导工作的教师都为《文库》的编辑出版工作付出了许多心血,尽管《文库》收录的只是部分博士研究生的论文,但大家都把《文库》视为己出,更视为共同的国际法事业的组成部分,对《文库》关爱备至。

一本书也好,一套书也好;“丛书”也罢,“文库”也罢,究竟质量如何,最终还得看读者的评判。所以,我们真诚地希望读者在翻阅了《文库》之后给我们提出真诚的意见或建议,以便我们不断地改进编辑出版工作,将渐臻完善的《文库》奉献给读者。

2004年10月8日于北京大有庄100号

中文摘要

作为一个事实,近年来,国际民商事领域中的司法与行政合作的因素日益增多。国际民商事司法与行政合作之所以受到理论与实践的关注和青睐,是因为国际社会解决民商事争议的现实需要和司法与行政合作机制本身的功能使然。从国内外的研究状况来看,国际民商事司法与行政合作已经在一定程度上引起了理论界的重视,特别是随着民商事司法与行政合作类型的公约的制定和修改,学者们日益认识到其重要性。实务部门在处理国际民商事案件中,在利用司法与行政合作的各种方法的同时,也提出了各种改革意见。与国际上的研究热度相比较而言,国内在这方面的研究力度明显不够。

本书从理论和实践两个层面,从国内和国际两种体制,运用理论分析和综合研究相结合、历史分析和动态研究相结合、比较分析和规范研究相结合、实证分析和批判研究相结合、理论阐述与实际运作相联系的研究方法,对国际民商事司法与行政合作加以比较全面的梳理,对其基本问题、历史发展、组织架构、合作领域、合作方法以及国内实施等作比较系统的研究,并认为它正在成为国际私法中的一个新兴领域,具有实在性功效和潜在性意义。

全书共分七章,前后有导言和尾论。导言部分分析了国际民商事司法与行政合作的研究现状及研究意义,说明了国际民商事司法与行政合作的研究思路及研究方法。就理论意义而言,通过此项课题的研究,能够拓展国际私法的研究范围,提高国际私法的应用价值。国际民商事争议的解决,不仅要靠法律适用规范、管辖权规范、判决的承认与执行规范,而且要靠司法与行政合作规范来解决

域外送达、域外取证、司法救助等诉讼程序中的难题，以及解决抚养费的跨国追索、跨国儿童收养的安排、被诱拐儿童的返还等实际个案中的困境。就实践意义而言，通过对国际民商事司法与行政合作机制的研究，有助于倡导和推广这种合作机制，使之成为统一国际私法的新机制。同时，统一国际私法的这种新机制在立法和实践中还存在许多问题和困难，通过研究，也有助于改进和发展这种合作机制。

正文部分除第一章属于基础性的理论铺垫之外，其余六章遵循国际民商事司法与行政合作的发生与创制、运作与实现、效能与再生这样一个思路来展开论述。第一章从分析国际法律合作形式的多元化与差异性并存，国际司法合作的功能从自治型向回应型转变的发展趋势入手，对国际民商事司法与行政合作的基本理论问题做了探讨，包括其概念和属性的界定，其法源和原则的阐明。国际民商事司法与行政合作是国际司法与行政合作在民商事领域的体现，具有国际法与国内法相互协调、司法合作与行政合作相互促动、条约义务与互惠原则相互补充、配合程序与解决争议相互结合等特点。从目前合作的领域来看，主要是程序领域中的域外送达、域外取证、司法救助等方面，其次是民事领域中的家庭扶养、儿童收养、儿童诱拐等方面，商事领域中的知识产权、跨国破产、环境侵权等方面也存在一定程度的合作。因此，国际民商事司法与行政合作是国际私法的重要组成部分，没有司法与行政合作条款和合作机制的安排，国际民商事争议的许多难题就无法得以顺利解决。

第二、三章从国际民商事司法与行政合作的发生与创制的角度，对国际民商事司法与行政合作的形成背景、发展现状和发展趋势做了分析，同时对海牙国际私法会议、欧洲联盟、美洲国家组织等国际组织开展国际民商事司法与行政合作的立法实践做了介绍。这是国际民商事司法与行政合作的历史基础和组织基础。国际民商事司法与行政合作机制是在统一国际私法的过程中逐渐形成和创立的。海牙国际私法会议、欧洲联盟和美洲国家组织分别是从事国际民商事司法与行政合作国际化、一体化和区域化的代表，无论在国

际合作立法方面还是在国际合作实践方面均取得了很好的成绩和效果。目前,它虽然尚未完全规范化、制度化、体系化,但已经出现了合作程度趋强化、合作领域扩大化、合作方法多样化、合作立法统一化和合作程序简化等发展趋势。

第四、五、六章从国际民商事司法与行政合作的运作与实现的角度,对国际民商事司法与行政合作的若干领域做了阐述,包括配合诉讼程序领域的域外送达、域外取证、司法救助和文书认证,处理实体争议领域的抚养费的追索、跨国儿童收养、被诱拐儿童的返还、特定弱者的保护。同时对国际民商事司法与行政合作的若干方法做了论述,包括建立中央机关、统一合作标准、提供法律情报、司法直接交流和共同管理案件。这是国际民商事司法与行政合作的运作领域和实现途径的表征。本书着重评价了海牙国际私法会议通过并制定的1961年《关于取消要求外国公文书认证的公约》、1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》、1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》、1980年《国际司法救助公约》、1980年《国际儿童诱拐民事方面的公约》、1993年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》、2000年《关于成年人国际保护公约》以及正在起草的海牙扶养义务新公约中有关司法与行政合作的立法规定和实施情况。

第七章从国际民商事司法与行政合作的效能与再生的角度,以1980年《国际儿童诱拐民事方面的公约》为例,对该国际民商事司法与行政合作公约在儿童诱拐现象比较突出的英国、美国、德国、加拿大等主要国家国内的实施情况做了考察,这是国际民商事司法与行政合作效能的落实和在国内的再生。英国通过儿童诱拐委员会和两级法院体制的互动和配合,往往能够迅速处理申请,规范返还命令的作出,集中办理公约案件。美国在积极执行公约的基础上,要求国会采取年度报告制度,并提出了一些预防、改进和救济措施。德国对管辖分散和法院过多的现状进行了改革,并针对返还迟延,通过法官专业化培训来提高办案效率。加拿大为改善公约的执行,做出了额外的努力,通过培训、教育和预防以及案件统计等

措施，确保儿童的安全返还。

最后，尾论部分对国际民商事司法与行政合作进行了再思考，总结了它的两种品性——构建性和国际性，并初步探讨了中国背景下的涉外民商事司法与行政合作以及区际民商事司法与行政合作的有关问题。可以这样说，构建性是中心，是新的合作机制的生长点；国际性是基本点，是发展新的合作机制的动力；中国问题是本土问题，是丰富新的合作机制的来源。中国应在参与国际立法、加强理论研究和积累实践经验方面更加有所作为。

关键词：国际私法 司法与行政合作 海牙国际私法会议 海牙公约

ABSTRACTS

As a fact, the private international law is packed with factors of the judicial and administrative co-operation day by day in recent years. The reasons why both the theory and practice pay close attention to the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters are that, on one hand, there are factual requirements for resolving disputes over civil and commercial matters in international community, on the other hand, its functional mechanism makes it right.

According to domestic and international situation on its research, the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters has been already paid attention to by the theoretical circle to a certain extent. Especially with the enactment and modification of some conventions on the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, the theoretical circle realizes its importance day by day. The practical departments have also put forward various kinds of reformatory suggestions while utilizing various kinds of methods of the judicial and administrative co-operation during dealing with the corresponding cases. Comparatively speaking, the research in this respect is not enough obviously in china.

From two aspects of the theory and practice, combing with domestic and international systems, the book makes a more comprehensive research into the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, studies its basic problems, historic development, organized foundation, co-operative fields, co-operative

approaches and domestic implementation systematically, and concludes finally that it is becoming one of the new fields in the private international law.

The book is divided into seven chapters altogether with an introduction and a conclusion. There are about 400,000 characters in all. In the introduction part, it analyses the current situation on this research and the meaning of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, and states research routes and approaches to the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters. In the text part, except the first chapter belonging to the basic theory, the other six chapters discuss the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters according to such a route as its emergence and creation, its operation and realization, its efficiency and re-generation.

At first, starting with analyzing its legal ideas of the co-existing between the pluralism and diversity in the international judicial co-operation, of the change from autonomous type to responsive type of the international judicial co-operation, Chapter 1 highlights some basic theoretical issues of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, including its definition of concept and status and the expounding of its legal sources and principles, etc.

Secondly, from the angle of the emergence and creation of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, Chapters 2 and 3 analyze its background of formation, the current situation of development and the trend of development, and introduce legislative practice that such international organizations as the Hague Conference on Private International Law, European Union (EU) and Organization of American States (OAS) carry out in this aspect at the same time. These are historic bases and

organized foundation of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters.

Moreover, from the angle of the operation and realization of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, Chapters 4, 5 and 6 deal with its several fields on the one hand, including some procedure fields such as the service abroad of documents, the taking of evidence abroad, the international access to justice and the legalisation for foreign public documents, and some substantial fields such as the reimbursement of maintenance, the intercountry adoption of children, the return of abducted children and specific protection of weak persons, on the other hand, discuss its several approaches, including the establishment of central authorities, the unification of co-operative standards, the providing for legal information, direct judicial communication and joint case management. It is a sign of operative fields and realizable methods of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters.

Finally, from the angle of the efficiency and re-generation of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, Chapter 7 describes its domestic implementation—1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, for example, mainly in Britain, U. S. A. , Germany and Canada, etc. It is the realization and re-generation of efficiency of the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters at home.

In the conclusion part, the book re-thinks the international judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters, sums up its two kinds of characters, i. e. the constructive character and the international character, and probes into such issues as foreign-related and interregional judicial and administrative co-operation in civil and commercial matters under Chinese background rudimentarily.

Keywords: Private International Law; Judicial and Administrative Co-operation; Hague Conference on Private International Law; Hague Conventions

目 录

导 言	1
一、本课题的研究现状	1
二、本课题的研究意义	6
三、本课题的研究思路	10
四、本课题的研究方法	11
 第一章 国际民商事司法与行政合作的基本问题	12
第一节 国际民商事司法与行政合作的基础	12
一、国际法律合作形式的多元化	12
二、国际司法合作功能的回应性	16
第二节 国际民商事司法与行政合作的概念	21
一、国际民商事司法与行政合作的含义	21
二、国际民商事司法与行政合作的特点	23
第三节 国际民商事司法与行政合作的属性	29
一、国际民商事司法与行政合作的性质	29
二、国际民商事司法与行政合作的地位	32
第四节 国际民商事司法与行政合作的法源	35
一、国内立法	36
二、国际立法	38
三、司法判例	41
四、法律学说	43
第五节 国际民商事司法与行政合作的原则	44
一、国家主权原则	44

二、平等互惠原则	47
三、国际合作原则	48
 第二章 国际民商事司法与行政合作的历史发展	51
第一节 国际民商事司法与行政合作的历史形成	51
一、国际民商事司法与行政合作的背景	51
二、国际民商事司法与行政合作的产生	53
第二节 国际民商事司法与行政合作的发展现状	55
一、国际层面的发展现状	55
二、国内层面的发展现状	58
第三节 国际民商事司法与行政合作的发展趋势	60
一、合作程度趋强化	60
二、合作领域扩大化	60
三、合作方法多样化	61
四、合作立法统一化	62
五、合作程序简便化	63
 第三章 国际民商事司法与行政合作的组织架构	65
第一节 海牙会议组织的合作体系	65
一、海牙国际私法会议概况	65
二、海牙国际私法会议的工作方法	69
三、海牙国际私法会议的合作立法	71
第二节 欧洲区域组织的合作体系	75
一、欧洲联盟概况	76
二、欧洲联盟的合作安排	79
三、欧洲联盟的合作立法	81
第三节 美洲区域组织的合作体系	83
一、美洲国家组织概况	83
二、美洲国家组织的合作框架	86
三、美洲国家组织的合作立法	88

第四章 国际民商事司法与行政合作的领域探讨(一)	91
第一节 域外文书送达	91
一、域外文书送达概说	91
二、域外文书送达的合作	96
三、1965 年海牙域外送达公约	106
第二节 域外调查取证	124
一、域外调查取证概说	124
二、域外调查取证的合作	130
三、1970 年海牙域外取证公约	137
第三节 国际司法救助	148
一、国际司法救助概说	148
二、国际司法救助的合作	156
三、1980 年海牙司法救助公约	168
第四节 国际文书认证	175
一、国际文书认证概说	175
二、国际文书认证的合作	184
三、1961 年海牙取消认证公约	190
第五章 国际民商事司法与行政合作的领域探讨(二)	209
第一节 国际扶养请求	209
一、国际扶养请求概说	209
二、国际扶养请求执行的趋同化	215
三、国际扶养请求合作的双边化	220
四、国际扶养请求合作的多边化	223
五、国际扶养请求合作的专门化	228
六、海牙新的国际扶养公约草案	235
第二节 国际收养安排	248
一、国际收养安排概说	248
二、国际收养安排的国内做法	256