

美国国(区)际 民事诉讼中的 若干问题研究

徐伟功 著

MEIGUOGUOQUJI
MINSHISUSONGZHONGDE
RUOGANWENTIYANJIU



湖北长江出版集团
湖北人民出版社

美国国(区)际 民事诉讼中的 若干问题研究

徐伟功 著



湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

美国国(区)际民事诉讼中的若干问题研究/徐伟功著.
武汉:湖北人民出版社,2007.8

ISBN 978 - 7 - 216 - 05199 - 6

I. 美…

II. 徐…

III. 国际法:民事诉讼法—研究—美国

IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 099861 号

美国国(区)际民事诉讼中的若干问题研究

徐伟功 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:湖北长江印务有限公司
开本:880 毫米×1230 毫米 1/32
字数:309 千字

经销:湖北省新华书店
印张:12.375
插页:1

版次:2007 年 8 月第 1 版
书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 05199 - 6

印次:2007 年 8 月第 1 次印刷
定价:28.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

作者简介

徐伟功，男，1970年8月生，江苏镇江人，汉族，中共党员，法学博士，副教授，硕士研究生导师，中南财经政法大学法学院国际法系副主任，澳大利亚悉尼大学法学院、悉尼大学亚太法律中心访问学者，中国国际私法常务理事。1992年7月，毕业于武汉大学法学院国际法系，获法学学士学位；1999年6月毕业于原中南政法学院国际法系，获法学硕士学位；2002年6月，毕业于武汉大学法学院国际法研究所，获法学博士学位；2003年进入中南财经政法大学西方经济学博士后流动站。2002年出版了《不方便法院原则研究》的专著一本，计32万字。在《武汉大学学报》、《法商研究》、《法学评论》、《中国政法大学学报》等刊物上发表学术论文近60篇，其中《人大复印资料》全文转载9篇，《中国国际法学精粹》全文转载1篇，《高等学校文科学报文摘》转载2篇。同时以副主编及参编的身份编著了《国际私法》（获司法部优秀教材三等奖）、《国际民商事程序法通论》、《国际经济法》、《英汉国际商法法律词典》等教材及工具书。

前 言

美国是一个法制发达国家,尤其是美国的民事诉讼程序制度。美国国(区)际民事诉讼是在解决国(区)际民商事争议过程中逐步形成的,具有鲜明的美国特色。它既有不同于大陆法系国家的民事诉讼制度的地方,也有不同于其他英美法系国家的诉讼制度的方面。一般来说,国(区)际民事诉讼制度包括国际民事管辖权制度、域外送达、域外取证以及外国法院判决的承认与执行等制度。在我国,介绍美国国际民事诉讼制度的书籍尚不多见,例如中国政法大学出版社1999年出版的张茂著的《美国国际民事诉讼》一书,对美国国际民事诉讼法的框架体系、管辖权问题、法院选择问题、外国主权豁免问题、域外送达问题、域外取证问题、临时措施、外国法院的判决的承认与执行问题进行了全面的论述。该书是从整体角度论述美国国际民事诉讼法,对有关问题并没有进行深入的论述,或由于整体研究的需要,对于美国国际民事诉讼中的一些较为特殊的问题,并没有在书中进行探讨。为了对美国国际民事诉讼中比较特殊的制度作较为深入的研究,作者选择了若干具有代表性的问题作进一步的研究。

本书共分为八章。第一章为美国国际民事诉讼之中的域外证据开示制度,主要介绍美国独特的证据开示制度;第二章到第五章为美国国(区)际民事管辖权中的拒绝管辖制度,主要介绍美国拒绝管辖的做法;第六章为美国区际案件移送问题,主要介绍美国为了解决区际民事管辖权冲突的案件移送制度;第七章为美国国(区)际民事诉讼中的挑选法院问题,主要介绍美国存在挑选法院

的原因和对其规制的具体方法；第八章为美国冲突法中的分割方法，主要介绍美国法院在处理案件时所采取的分割方法。分割方法不是美国国（区）际民事诉讼中的问题，而是美国冲突法的一个特殊选择法律的方法。由于冲突法与国（区）际民事诉讼法的联系非常紧密，甚至大多数人认为冲突法包括国（区）际民事诉讼法，所以作者将这一问题也放入本书中。这里需要说明的是，上述所谈到的问题，它们相互之间具有一定的联系和交叉。为了能够使某一具体问题的论述全面与完整，在论述上难免会存在重复的地方。

目 录

前言.....	(1)
---------	-----

第一章 美国国际民事诉讼之中的域外证据开示制度

.....	1
第一节 基本理论问题.....	1
一、美国民事诉讼中的证据开示制度概述	1
二、美国域外证据开示制度概述	3
三、美国域外证据开示程序规定的适用对象.....	14
第二节 各国对美国域外证据开示的态度	26
一、美国与世界上其他国家在取证问题上的冲突.....	26
二、各国所采取的对抗措施及美国的应对策略.....	30
三、美国域外证据开示程序与《海牙取证公约》的关联性.....	37
第三节 美国发展与完善域外证据开示程序的新动向	49
一、从国内视角去完善域外证据开示程序.....	50
二、从国际视角去发展域外证据开示程序.....	53
第四节 美国的域外证据开示对我国的启示	61
一、美国域外证据开示对涉及我国的民事诉讼的影响.....	61
二、美国域外证据开示对我国的借鉴意义.....	63

第二章 美国国(区)际民事诉讼中的拒绝管辖问题(一)	
——美国联邦法院的实践	72
第一节 历史发展	72
一、萌芽	73
二、建立	75
三、转变	79
第二节 发展原因	87
一、平衡宽泛的管辖权	87
二、减少选购法院	92
三、保护跨国公司的利益	95
四、减轻法院负担	97
五、国际礼让	98
第三节 分析方法	99
一、替代法院	99
二、平衡相关利益因素	108
三、附条件的拒绝诉讼	121
第三章 美国国(区)际民事诉讼中的拒绝管辖问题(二)	
——侵权案件的实践	128
第一节 跨国版权诉讼案件	128
一、美国版权法与国际条约	129
二、具体运用	131
三、一般分析	137
四、主要错误分析	141
五、结论	146
第二节 国际环境诉讼案件	147
一、具体运用	148
二、主要问题	153

第四章 美国国(区)际民事诉讼中的拒绝管辖问题(三)

——不足与建议 159

第一节 不足.....	159
一、审判法院被赋予太大的自由裁量权	160
二、延迟	164
三、歧视外国原告	166
四、附条件拒绝诉讼不合理	168
五、不方便法院原则标准不统一	168
六、结果决定性	169
七、理论基础薄弱	171
八、偏离本来目的	173
九、造成了反向“挑选”法院的现象	175
十、美国保护其利益的工具	176
第二节 建议.....	177
一、建议条款	177
二、条款设计的理由	179
三、简评	194

第五章 美国国(区)际民事诉讼中的拒绝管辖问题(四)

——对中国的借鉴 197

第一节 中国的国际民事管辖权制度.....	197
一、普通管辖	197
二、协议管辖	198
三、专属管辖	199
四、特别管辖	199
五、国际管辖权的协调	200
六、存在的主要问题	201
第二节 学者的意见.....	202

一、目前不宜采用的理由	203
二、中国未来的运用	214
第三节 《示范法》中的立法	218
一、《示范法》制定的背景	218
二、《示范法》中的相关条款	219
三、《示范法》应采取的标准	221
四、《示范法》第五十一条的剖析	221
 第六章 美国区际民事案件移送制度	225
第一节 概述	226
一、美国区际民事案件移送制度的管辖权基础	226
二、美国区际民事案件移送的“区际性”	230
第二节 立法与实践	234
一、《美国法典》第 1404(a) 的规定	235
二、《美国法典》第 1406(a) 的规定	252
三、《美国法典》第 1407 条的规定	258
第三节 作用	267
第四节 对我国的借鉴意义	274
一、我国建立区际民事案件移送制度的必要性	274
二、我国建立区际民事案件移送制度的可能性	278
三、应当通过司法协商方式来逐步建立区际民事案件移送制度	281
四、对我国建立区际民事案件移送制度的一些建议	283
 第七章 美国国(区)际民事中的挑选法院问题	289
第一节 美国存在挑选法院的原因	291
一、区际民事诉讼中挑选法院的原因	292
二、国际民事诉讼中挑选法院的原因	295

第二节 美国挑选法院的具体表现·····	299
一、挑选美国法院·····	299
二、挑选外国法院·····	304
第三节 主要规制方法·····	306
第四节 对我国的启示·····	310
一、中国存在挑选法院现象之可能性·····	310
二、规制措施建议·····	315
第五节 小结·····	317
 第八章 美国冲突法中的分割方法·····	 324
第一节 分割方法的基本理论·····	324
一、分割方法概述·····	325
二、分割方法理论基础·····	332
三、对分割方法的批评和限制·····	342
第二节 司法实践中的分割方法·····	350
一、侵权领域的分割方法·····	350
二、其他领域的分割方法·····	367
第三节 结语·····	373
一、分割方法在中国·····	373
二、结论·····	376
 主要参考文献·····	 380
后记·····	385

第一章 美国国际民事诉讼之中 的域外证据开示制度^①

第一节 基本理论问题

一、美国民事诉讼中的证据开示制度概述

证据开示(discovery)是美国民事诉讼中的一个极具特色的程序。它起源于早期英国衡平法的实践中,但直到19世纪普通法和衡平法合并时,证据开示程序才开始形成,并被1938年美国《联邦民事诉讼程序规则》所采纳。对于“discovery”的译法,有关著作和相应的文件中有所不同。我国有关部门在《海牙取证公约》的中文译本中,把该词译作“文件调查”;^② 卢峻先生主编的《国际私法公约集》将该词译为“审判前取证”;^③ 比较法学学者贺卫方教授倾向于把该词译作“证据开示”;^④ 陈石狮先生在民事诉讼法研究会第

① 本章的合作作者为王育琪,在此对其表示感谢。

② 参见中华人民共和国《国务院公报》1997年第23期所刊登的公约的中译本。

③ 卢峻:《国际私法公约集》,上海社会科学出版社1986年版,第569页;韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社1997年版,第51—52页。

④ 彼得·G·伦斯特洛姆,贺卫方译:《美国法律辞典》,中国政法大学出版社1997年版,第244—245页。

50次研讨记录中将其译为“事证开示”;^①此外,也有学者译为“出示”、“先悉”等。一般而言,证据开示是民事诉讼中的当事人主动向对方寻找证据和信息的一种权利,即要求对方当事人出示信息的诉讼行为。

证据开示在美国民事诉讼中的地位极其重要,美国民事诉讼的现代化与证据开示的引入和完善密不可分。在美国,民事诉讼存在的基本理念就是赋予当事人以法定权力,使其能够顺利地获得所有与解决诉争有关的信息。由于普通法系的传统,美国的诉讼制度采取的是对抗制,诉讼程序由当事人启动并为当事人所控制,诉讼程序的责任更多地置于当事人。因而,诉讼一开始,当事人就有权相互采用证据开示程序。对抗制通常是与法国、意大利等大陆法系国家所奉行的审问制相对应。在审问制中,裁判者(法官)在调查事实和审判方面发挥着积极作用。正因为世界上各主权国家的诉讼程序传统的差异,当一个跨国民事诉讼案件将两个不同法律传统的国家联系起来时,就会导致跨国诉讼案件中关于管辖权、域外证据开示、判决的承认与执行等方面的冲突异常激烈。比如,在美国的佛罗里达州发生的汽车爆炸导致原告受到了严重的伤害,爆炸可能是由于在美国领域外生产的汽车某部件的缺陷所致。由于有关证人或书证均位于国外,原告如果在美国国内法院提起诉讼,就可以直接要求位于国外的当事人提供与案件有关的证据。但对于外国被告而言,仅由于其生产汽车的某零部件可能存在缺陷就不得不屈从于无限制的美国证据开示程序可能会违背本国程序公正的理念。对于此类案件,要求对位于美国领域外的证据适用美国的证据开示规则,不可避免地会遇到法律程序根本性不同和程序

^① 陈石狮等:《事证开示制度(Discovery)与发现真实》,《民事诉讼法之研讨》民法法研究会第50次研讨记录,民事诉讼法研究基金会出版,1996年第10期。

公正理念的冲突,结果将导致激烈并不断升级的国际争议。美国诉讼程序所特有的是其雄心壮志,通过一种提供公开证据开示程序,对广泛的权利加以执行,以取得精心测定的公正。^①但是,这种雄心经常因为外国的抵制而受挫。在许多美国人看来,证据开示程序既令人注目、崇敬,又令人生畏;即令美国人为之感到骄傲自豪,同时又令他们感到魂飞魄散。之所以如此,是因为一方面该程序可以驱使有关当事人或非当事人在开庭前提供有关的证据资料,有助于确定当事人双方的诉讼的焦点和排除诉讼中的突然袭击;另一方面,在运用该程序时的高费用支出、拖延诉讼以及错用和滥用该程序的弊端也的确令人触目惊心。^②

二、美国域外证据开示制度概述

(一)美国法院适用域外证据开示程序的动因

美国人往往认为证据开示程序规则对美国国内的证据和国外的证据一律适用,惟一条件是证据开示程序不超过国内法或国际法所加的限制。因此,国际司法协助即国内法院请求外国法院调查国外的证据并把调查结果转交提出请求法院供其使用的概念,在美国不存在;美国律师也不信任国际司法协助,他们认为这样会干扰自由搜集证据,要求适用一套不同于国内证据程序的做法将违反美国的诉讼法原则。^③美国法院用了三个理由为其证据开示程序适用于国内和国外搜集证据的立场辩解:

第一,域外证据开示程序在美国的民事诉讼中扮演着重要角

^① 哈泽德等,张茂译:《美国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1998年版,第218页。

^② 蔡彦敏、洪浩:《正当程序法律分析》,中国政法大学出版社2000年版,第154页。

^③ 沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版,第388页。

色,它一般不具体指明其适用的地域范围,除有限的例外以外,也不具体指明有关国际证据的问题。美国《联邦民事诉讼程序规则》的原起草人仅仅对国际民事诉讼做出了少量的规定,而在法官创制程序法律时,联邦法院通常将国际诉讼中的证据开示和国内规定混合在一起。结果,当事人和法院经常推定法律条文本身并没有限制证据开示的地域范围,它们可以在全世界范围内适用。1963年美国《联邦民事诉讼程序规则》第28条b(1)就规定了可以通过证据开示命令,扩大进行录取证言的人的范围而促进国外录取证言。

第二,由于美国是联邦制国家,各州自成一个法域,均具有相对独立的司法权,加上联邦制法院和州法院的两套法院体系,其管辖权问题显得很复杂。美国民事诉讼中的管辖权概念不同于大陆法系国家民事诉讼法的管辖权概念,其近似于国际私法上的涉外民事案件的管辖权。^①其中的对人管辖权(personal jurisdiction)概念被理解为是授予法院的权力,是法院对特定的当事人行使管辖权的依据。是否具有管辖权,在一定程度上取决于审理案件的法官的自由裁量。为了获得管辖权进行证据开示,申请一方必须证明存在某种合理的可能性。以前美国法院的对人管辖权通常是以被告人出现为基础的,它要求在管辖权限范围内送达传票、起诉书和进行证据开示。现在美国法律也承认住所作为行使对人管辖权的依据,对于在美国没有住所的人,如果其与本州有“最低联系”(minimum contacts)也可以行使管辖权。^②1945年国际鞋业公司诉华盛顿州的判决^③说明:法院对人诉讼的管辖权是由于它们对被告有

① 白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1998年版,第13页。

② 李旺:《国际诉讼竞合》,中国政法大学出版社2002年版,第25页。

③ International Shoe Co. v. Washington State, 326 U. S. 310, 66 S. Ct. 154(1954).

实际的控制力,因此,被告是否处于美国法院的领域管辖之内是法院作出约束被告判决的前提,但……正当程序只要求使一个被告服从于一个对人的判决,如果涉及跨国民事诉讼,被告若不在该法院所涉管辖领域内,只要其与法院有某种联系,即可进行管辖、证据开示,此举并不违反公平和实质正义的传统观念。其结果就是,如果法院对当事人或证人具有管辖权,其推定便是法院有权对该当事人或证人做出其认为适当的命令,只要其不违背宪法或其他标准。在域外证据开示程序中,管辖权的权力概念创制了法院拥有授予权力的推定,美国法院就可以依此认定它们已被授权对域外证据适用证据开示程序,只是在为某一国内法或国际法原则所禁止时才除外,这就促使美国法院在域外诉讼案件中适用证据开示规则。

第三,内在诉讼程序理念的存在为证据开示在国内外的统一适用提供了一个内在观念要求。首先,基于管辖权限主张的对等观念。依据美国法,外国的当事人在美国的法院有权运用其证据开示程序调查案件事实,对其美国国内的对方当事人而言,不论有关证据位于何处,如果不给予相对应的证据开示的机会,将是不公平的。其次,迎合了美国主流思想的要求。美国人倾向于相信,在调查事实和规范不适当的私人活动中,诉讼中的个人会做得更好。《权利法案》也承认了美国人理想的国家与个人关系模式,即个人有权不受政府的干涉而自由地行动。正如 Jerold Auerbach 所说“法律吸纳并加强了与美国人的个人主义及与资本主义相关的带有一定的竞争性和贪婪性的价值观”,^①推行无限制的证据开示程序,对当时占主导的法理学是一种补充,这种法理学力主制度的弹

^① 赵信会、李雁:《美国文化的独特性和比较程序研究》,《比较民事诉讼法》(2003年卷),陈刚主编,中国人民大学出版社2004年版,第64页。

性化和简单化,是简化诉辩的一种补充。^①内因是事物发展的根本原因,内在理念的存在使美国的诉讼程序规则更加具有攻击性,法律文化的传播更加显示单边主义的倾向。美国法院就可以以此为由抵制任何对于证据开示程序的“破坏”。

(二)美国域外证据开示程序的价值取向

美国诉讼程序中有许多与其他国家的诉讼程序不同的特点,这些差别不全是或者说不主要是因法律文化引起的,而是由国家整体文化所致。国家或者社会文化是组成一个国家的人们所共有的价值观和看法。^②美国文化具有独特性,“独特美国”的倡导者 Lipset 认为美国法律文化的显著特点是:自由、平等、个人主义、民主和放任。证据开示程序是这一特点的集中体现,是美国文化的核心价值观的缩影。

首先,证据开示程序体现了相对的平等观。在证据开示程序中,法律给予双方当事人均等的、从对方当事人或第三人处发现证据的机会。即使是案件中的弱势一方也有机会从对方获取证据。需要指出的是,证据开示程序反映的平等是美国式的平等,它给当事人提供平等的机会,而不是相等的结果。证据开示程序有可能造成当事人之间在实质上的不平等,并损害司法正义,例如在强制性证据开示(mandatory disclosure)的情况下,是否对域外当事人发出强制性调查令状取决于对案件因素的平衡,诸如诉讼涉及美国政府利益的程度,特定证据对案件的重要性,被要求作证的当事人的国籍,当事人取证的困难,以及案件涉及的外国政府利益。特别注

^① 史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍、蔡彦敏、徐卉译:《美国民事诉讼的真谛》,法律出版社 2002 年版,第 130 页。

^② Jackson, Playing the Culture Card in Resisting Cross-jurisdictional Transplants: A Comment on “Legal Process and National Culture”, 5 Cardozo J. Int'l and Comp. L., 1997, pp. 53—57.