

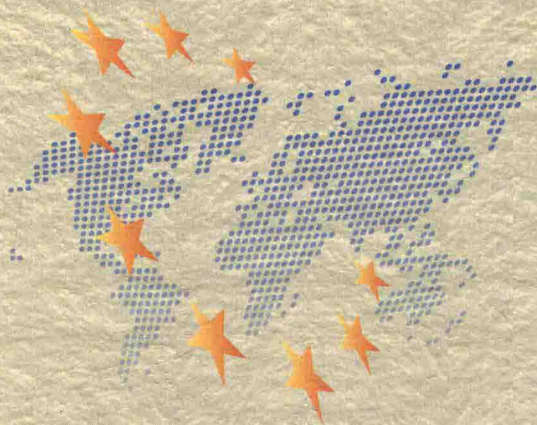


中国涉外民事诉讼立法研究

——★ 管辖权与司法协助 ★——

THE STUDY ON LEGISLATION OF INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE
JURISDICTION AND JUDICIAL ASSISTANCE

刘 力◎主编



中国政法大学出版社



中国涉外民事诉讼立法研究

——★ 管辖权与司法协助 ★——

主 编 刘 力

撰稿人 (以章节先后为序)

刘 力 高玮玢 刘梦歌

陈泉舟 高晓力



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国涉外民事诉讼立法研究：管辖权与司法协助/刘力主编. —北京：中国政法大学出版社，2016. 6

ISBN 978-7-5620-6686-6

I. ①中… II. ①刘… III. ①涉外案件—民事诉讼—管辖权—研究—中国②涉外案件—民事诉讼—司法协助—研究—中国 IV. ①D997. 3

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第119077号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 10
- 字 数 245 千字
- 版 次 2016 年 8 月第 1 版
- 印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



前 言

1991年《民事诉讼法》问世时，第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”并未引起社会广泛关注，或者说，理论界和实务界更关心国内民事诉讼程序的构建与完善。但至1995年前后，关于涉外民事诉讼管辖权的探讨开始风起云涌，并带动域外送达、国家间判决的承认与执行等热点问题的研究。我印象深刻的是1999年中国国际私法学会年会期间，有不少学者呼吁加大对域外送达途径的研究力度，同一年，海牙国际私法会议出台了《民商事管辖权及外国判决公约（草案）》，此后相当长一段时间内，在国际私法学界有关涉外民事诉讼程序方面的研究热度始终不减。拿我来说，我把这种研究的热情也带到了我的博士学位论文里。其实，选择民事诉讼法作为我的博士研究方向在很大程度上是受我讲授《国际私法》的影响，这句话听起来有些难懂，事实就是，研究涉外民事诉讼程序的多是国际私法领域的学者，但这一部分的立法又规定在《民事诉讼法》中，于是一直以来，始终有不少国际私法学人半开玩笑半严肃地要将国际民事诉讼程序单独立法，或者至少将其放到中国国际私法法典中。因此，我的博士研究方向是诉讼法中的民事诉讼法也就不足为奇了，



而且我的博士学位论文题目就是国际民事诉讼管辖权研究。

但,16年过去了,待2007年《民事诉讼法》第一次修正时,第四编未有任何变动。当时就有一种声音说那是因为目前的规定还是够用的。如果说这种声音代表了一个解释的话,可想而知会有多少遗憾和不解。

2010年,中国《涉外民事关系法律适用法》出台,这意味着构建中国国际私法法典的梦想仍然任重而道远,也意味着《民事诉讼法》第四编的修订与完善的责任将继续由民事诉讼法来担当。

所以,当我们等来了2012年《民事诉讼法》第四编关于管辖权和司法协助的规定的变化时,应该是有很多期待下的激动的。

长久以来,我比较坚定国家间的司法合作,诸如司法协助是如此,那么司法管辖权的国家分配也应如此,而且作为合作成果的有关国际公约就理应得到认同并被接纳。但事实上,司法(主权)合作并非总是一帆风顺,举例来说,2005年通过的《海牙选择法院协议公约》历时10年方在2015年生效,至今中国的立场依然在研究加入的可行性上。随着中国在国际舞台上话语权的分量愈加显而易见,我愈加清醒地认识到司法合作应当正视利益的博弈这个问题,博弈有时候是无法达成妥协的,或者有一种博弈就叫作永不妥协。永不妥协应该立足这样一个根基,她代表的是人性、公平、正义、文明和法治。这个根基应该首先建立在本土化上,并以兼容并蓄的开放态度来整合实力走向国际博弈。或许,审视并改善提高我们自己的立法才是当务之急,才是厚积薄发的原意。

本书共有五位作者，我撰写了上编所有章节以及下编第七章域外送达，高玮玢撰写了下编第八章域外调查取证中的海牙取证公约部分，刘梦歌撰写了下编第八章域外调查取证中的比较研究部分，陈泉舟撰写了下编第八章域外调查取证中的中国立法与实践部分，高晓力撰写了下编第九章外国仲裁裁决在中国的承认和执行。

我们希望此书能为中国的国际民事诉讼程序立法与实践做出点贡献。

刘 力

2016 年 1 月

■ 前 言	1
-------------	---

上编 中国民事诉讼管辖权

■ 第一章 中国涉外民事诉讼管辖权的立法梳理	3
一、我国关于涉外民事诉讼管辖权的立法特点	3
二、中国海事案件诉讼管辖权综述	8
三、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉 的解释》	24
■ 第二章 专属管辖	30
一、基本概念	30
二、专属管辖在学理上的分类	31
三、我国专属管辖规定	39
四、我国涉外继承案件专属管辖分析	42



■ 第三章 普通地域管辖	56
一、原告就被告管辖原则的演变	56
二、中国内地立法与实践	62
三、香港、澳门及台湾地区立法与实践	66
■ 第四章 特殊地域管辖	77
一、物之所在地管辖	77
二、诉讼原因发生地管辖	86
■ 第五章 协议管辖与应诉管辖	99
一、概述	99
二、2005 年《海牙选择法院协议公约》	103
三、我国关于协议管辖立法与实践的反思	107
四、应诉管辖	121
■ 第六章 管辖权冲突与解决	127
一、国际民事诉讼管辖权冲突的具体表现形式	128
二、国际民事诉讼管辖权积极冲突的构成要素	132
三、国际民事诉讼管辖权冲突的成因分析	136
四、解决国际民事诉讼管辖权冲突的理论学说与一般原则	140
五、解决国际民事诉讼管辖权冲突的理性思路	150
六、不方便法院原则	159
七、一事不两诉原则	180
八、管辖权冲突下的当事人合意	193
九、中国司法实践的突破——引入不方便法院原则	194

下编 民事司法协助

■ 第七章 域外送达	205
一、1965 年海牙《送达公约》	206
二、我国关于域外送达的立法与实践	208
三、我国关于域外送达立法与实践的思考	215
■ 第八章 域外调查取证	230
一、1970 年海牙《取证公约》	231
二、域外调查取证比较研究	237
三、中国立法与实践	257
■ 第九章 外国仲裁裁决在中国的承认和执行	268
一、向中国法院申请承认和执行外国仲裁裁决的法律 依据	269
二、向中国法院申请承认和执行外国仲裁裁决的一般 程序	272
三、中国法院对外国仲裁裁决进行司法审查的具体 标准	282
■ 后 记	304



上 编 中国民事诉讼管辖权

“一个什么都管辖的权力，结果往往是什么都管不了，也管不好”，这就是通常所说的权力有限性，正基于此，管辖权的有限和有效划分可以提高权力效率，避免管辖“疲劳”。国际民事诉讼管辖权是指一国法院受理某一国际民商事案件并行使审判权的资格或权限。国际民事诉讼管辖权也称为司法管辖权、法院管辖权或裁判管辖权。就国际民事诉讼管辖权而言，首先是确定哪个国家行使权力，该管辖权的确定主要依据国内立法或有关国际条约；其次是确定该国国内哪一个地方法院或哪个级别法院管辖的问题，该管辖权的确定主要依据国内民事诉讼法。简单概括，即国际民事诉讼管辖权确定管辖案件的国家，然后，再由该国家依照其国内法确定具体管辖法院，包括确定地域管辖和级别管辖。本书所述国际民事诉讼管辖权正是这第一个层面上的管辖权。

第一章

中国涉外民事诉讼管辖权的立法梳理

一、我国关于涉外民事诉讼管辖权的立法特点

(一) 国际民事诉讼法与国内民事诉讼法的联系

国际民事诉讼法是随着涉外民商事法律关系的产生而产生的，这是国际民事诉讼法同国内民事诉讼法的根本区别所在；但从程序法的功能之一——实现权利、义务或法律关系的实质内容——这个层面上讲，国际民事诉讼法和国内民事诉讼法又是相通的。

国际民事诉讼法同国内民事诉讼法的区别表现在：①具体调整对象不同。国际民事诉讼法以涉外民事诉讼关系为调整对象，国内民事诉讼法则侧重调整本国当事人之间发生的民事诉讼关系。②适用范围不同。国际民事诉讼法仅适用于涉外民事案件，国内民事诉讼法既适用于国内民事案件，在国内法对国际民事诉讼程序没有规定的情况下，也类推适用于涉外民事案件。③内容不同。首先，国际民事诉讼法除了具有与国内民事诉讼法相同的基本原则外，还具有其自身所特有的原则，如主权原则、平等互惠原则等；其次，国际民事诉讼法还规定了一些国内民事诉讼法不具有的规则，如国际民事诉讼管辖权、外国人民事诉讼地位、司法协助、外国法院判决的承认与执行等；最后，考虑到地域因素，国际民事诉讼法中的送达、传唤等诉



讼期间长于国内民事诉讼法的诉讼期间。④法律渊源不同。国际民事诉讼法的法律渊源主要是国内立法和国际条约，而国内民事诉讼法的法律渊源仅为国内立法。

但是，总体上讲，国际民事诉讼法同国内民事诉讼法一样，都是用来调整法院、当事人及其他诉讼参与人在民事诉讼过程中的权利义务关系的程序规定，国内民事诉讼法同国际民事诉讼法是普通法和特殊法的关系，国内民事诉讼法既适用于国内民事案件，也适用于涉外民事案件，但是，它往往缺乏针对涉外民事案件的具体规定，难免有时不能解决涉外民事案件中的特殊问题。

所以，就我国而言，若加入了有关国际民事诉讼的国际条约，则该国际条约优先于国内法而被适用，此所谓“条约必须信守原则”，即便国内法律规定同国际条约不同，除非加入时提出保留，否则也要首先适用国际条约，例如，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第3条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与《中华人民共和国民事诉讼法》和本法对涉外海事诉讼有不同规定的，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。”在没有国际条约约束或有关国际条约条款保留的情况下，则适用我国国际民事诉讼法——《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第四编或《海事诉讼法》中有关国际民事诉讼程序的规定，这就是“特殊法优先于普通法”原则的具体体现。但是，凡国际民事诉讼法没有规定的，则可以类推适用国内民事诉讼法的一般规定，即《民事诉讼法》第四编第259条规定：“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼，适用本编规定。本编没有规定的，适用本法其他有关规定。”同理，《海事诉讼法》第2条也规定：“在中华人民共和国领域内

进行海事诉讼，适用《中华人民共和国民事诉讼法》和本法。本法有规定的，依照其规定。”

我国香港、澳门、台湾地区也分别有涉外民事诉讼法的规定，其在处理涉及外国主权国家的民事案件时，也大致遵循上述原则来适用民事诉讼程序。

内地对于涉及香港、澳门、台湾地区的民商事争议，在实践中均是比照涉外民事诉讼处理。例如，1987年《最高人民法院关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》中即规定：“审理涉港澳经济纠纷案件，在诉讼程序方面按照民事诉讼法（试行）第五编关于涉外民事诉讼程序的特别规定办理。”1989年最高人民法院印发的《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》中也有具体规定。2001年《最高人民法院关于如何确定涉港澳台当事人公告送达期限和答辩、上诉期限的请示的复函》中也明确：“对港澳台当事人在内地诉讼时的公告送达期限和答辩、上诉的期限，应参照我国《民事诉讼法》涉外编的有关规定执行。”2002年《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第5条规定：“涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。”

此外，内地与香港、澳门、台湾地区之间也在平等协商的基础上，积极开展区际司法合作，其中也涉及司法管辖权问题，虽然多是间接规定，而且内容较少，但一国四域在迈向民事诉讼管辖权协调与统一方面的努力仍是显著的，目前以区际共识形式表现出来的成果主要有两个，一是内地与香港之间达成的协议，内地由最高人民法院发布《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》；二是内地与澳门之间达成的协议，内地也由最高人民法院



发布《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》。

综上所述，一国四域间诉讼程序仍优先适用共同遵守的国际条约，其次适用区际合作协议，最后适用法院地特别程序。

（二）2012年《民事诉讼法》关于涉外民事诉讼管辖权的修订

自2013年1月1日起实施的《民事诉讼法》（以下简称2012年《民事诉讼法》）继续保留第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”。

该编管辖权规定有两条，分别是特殊地域管辖与专属管辖，这两个条文的内容较之前《民事诉讼法》的规定并无区别。新旧《民事诉讼法》关于涉外民事诉讼管辖权规定的主要区别在于法条数量，也就是说，该编关于管辖权的规定由之前的4条缩减为2条，删减的2条管辖规定分别是协议管辖和应诉管辖，这2条删减的规定又分别移到了2012年《民事诉讼法》第34条和第127条中，有关内容也相应发生了一些变化。

应该承认，2012年《民事诉讼法》关于涉外民事诉讼管辖权规定的变化是相当大的，是中国《民事诉讼法》立法史上的一次突破。

综合来看，这次修订的内容和特点集中体现为以下三点：

第一，涉外协议管辖与涉内协议管辖合二为一：在旧的《民事诉讼法》中，协议管辖根据案件是否具有涉外因素而绝对划分出涉外协议管辖与涉内协议管辖，虽然从选择法院角度上有明显区分的必要（涉外案件的管辖，往往首先面临的是国家的选择，其次才是法院的选择），但从案件性质（都是规定只有合同案件以及财产权益案件才允许协议管辖）以及法院选择的本质（归根结底，协议管辖就是法院的选择，即便在涉外案件

中，国家的选择是第一位的，但当事人注定是就某国的法院进行合意选择）来看，协议管辖区分涉外与涉内是非常勉强的，在一定程度上浪费了立法资源，并在司法实践中造成不便。

第二，协议管辖的实际联系条件明细化：实际上，这也是旧《民事诉讼法》被批评的一点。既然协议管辖被划分为涉外协议管辖和涉内协议管辖，那么在立法上就要有所区分，结果涉外协议管辖就增加了一个选择法院的条件——与案件有实际联系，但涉内协议管辖没有这个模糊用词“实际联系”，反而就法院的选择范围规定得非常明确，理论界与司法实践因此专门就何为“实际联系”展开研究，而研究的结果似乎自始至终都是不确定和难有说服力的。所以，既然 2012 年《民事诉讼法》取消了协议管辖的涉内外划分，那么有关“实际联系”的界定也就需要解决，于是便出现了现在这样的规定：依然采用“实际联系”这个用词，但其确定是列举式的，对理解条文和实践把握都有指导意义。

第三，应诉管辖成为一审审判程序之一：这个变化引起很大争论。从以往立法的思路 and 安排看，应诉管辖或者默示协议管辖是管辖条件之一，在旧《民事诉讼法》中都安排在涉外管辖中；从国际社会的理解看，应诉管辖（Appearance Jurisdiction/General Appearance）被拒绝与默示协议管辖同语，其是管辖的一个特殊形式，即被告的出现、应诉或者反诉全部与管辖权无关，因而法院有权管辖此案并最终做出裁决。所以，争论集中于这个规定所针对的问题到底是管辖问题还是程序问题。因为 2012 年《民事诉讼法》将这一规定从涉外管辖中删除，如何安置该规定就注定会引起争议。实际上，就一审审判程序而言，管辖权异议历来是有规定的，只是旧《民事诉讼法》的规定止于有异议该如何处理，现在增加了一种情况，即被告没有