



武汉大学出版社·武昌·珞珈山

国际民事 司法协助

徐宏 著

GUOJI MINSHI SIFA XIEZHU

ISBN 7-307-02134-X



9 787307 021341 >

国际民事司法协助

徐 宏 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际民事司法协助/徐宏著·——武汉:武汉大学出版社,
1996.4

ISBN 7-307-02134-x

ISBN 7-307-02161-7(精)

I. 国…

II. 徐…

III. 国际法—民事诉讼—司法协助—研究

IV. D 997.3 D (9)97.3

武汉大学出版社出版

(430072 武昌 珞珈山)

华中师范大学印刷厂印刷

新华书店湖北发行所发行

1996年4月第1版 1996年4月第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:13.375 插页:5

字数:345千字 印数:1—1000(内含精装200册)

ISBN 7-307-02134-x/D·302 定价:14.90元(平)

ISBN 7-307-02161-7/D·306 定价:20.90元(精)



徐宏 男,1963年11月出生于湖北浠水县。1985年7月武汉大学法律系毕业,获法学学士学位,并就职于外交部条约法律司,其间多次参加中外司法协助条约的谈判及一些国际公约的制订工作。1991年3月起,在武汉大学国际法研究所攻读国际私法专业,于1994年6月毕业并获国际私法博士学位。现任中国国际私法研究会理事。曾参与编写《中国司法协助的理论与实践》、《中国冲突法研究》、《中国与国际私法统一化进程》、《公民权利义务通论》等专著。此外,还在《中国国际法年刊》、《国际法资料》、《法学评论》、《法制日报》等报刊以及一些理论专辑中发表学术论文20余篇。

序

现代意义上的国际民事司法协助制度，自 18 世纪初期产生以来，发展至今，已经形成了两个显著的特点：一是由于各国经济、贸易、文化和人员的交流日益频繁，跨国法律纠纷日益增多，国际民事司法协助的范围也越来越广，内涵越来越丰富，民事司法协助制度逐步规范化、趋同化，并逐渐形成国际公约和惯例；二是各国在以合作为主流的同时，往往还会在涉及国家基本法律制度、国家主权和重大国家利益的事项上，发生矛盾和冲突，甚至是激烈的斗争。如何消弭彼此间的矛盾，加强合作，不仅是需要各国政府相互协调的问题，同时也是摆在国际私法理论界面前的一项重要课题。

我国自实行对外开放政策以来，陆续与近 20 个国家签订了司法协助条约，并加入了一些这方面的国际公约。建立并加强同世界各国的司法协助关系，已经成为改善法制环境进程中的一项重要内容。但是，我国理论界对国际民事司法协助制度的研究，还仍然比较肤浅。特别是对世界各国不同制度的认识，尚有明显的不足。这就不可避免地影响了实践中与外国司法协助的正常开展。也正是由于这个原因，我国的立法中对民事司法协助问题仅能作出笼统的规定，亟待完善与发展。

近几年来，本书作者一直致力于这一问题的研究，发表了一系列论文。本书就是作者积多年研究成果，在其博士学位论文《论国际民事司法协助》基础上补充修订而成的。在本书中，作者参考了大量中外文献资料，并结合本身从事司法协助实践工作的

经验，对世界各主要法系国家的民事司法协助理论以及立法和实践进行了广泛、深入和系统的比较研究，对于民事司法协助制度中的一系列重要问题，均提出了独到的见解，不仅具有理论深度和学术价值，而且对于进一步完善我国的司法协助立法和实践，都具有相当大的参考意义。全书取材丰富，内容翔实，体系完整，结构合理，论证严密，文笔畅达，是一部极其难得的力作。

本书作者攻读博士研究生期间，我担任他的导师。在本书出版之际，我很高兴地为本书写几句话，向读者推荐。

韩德培
一九九五年

序

国际民事司法协助是国际私法的一项重要内容，也是国际私法理论研究的一个重要课题。近十年来，随着我国对外关系的日益发展和改革开放的不断深化和扩大，我国与外国的民事司法协助从无到有，得到了显著的发展。但是我国的国际民事司法协助制度还有不少不够完善的地方，有待改进与加强。这同我们在这方面的理论研究落后于实践不无关系。

本书作者曾经多次参加了我国与外国订立双边司法协助条约的对案准备和谈判，有较多的实践经验。作者在此基础上搜集资料，潜心研究，从理论上对国际民事司法协助作了全面、系统、深入的探讨，并写成专论，这在我国尚属始作俑者。这部专论弥补了我国国际私法理论研究方面的一个空白，是对我国国际私法发展的一项积极贡献。

本书从比较研究的角度，客观地、适当地介绍了各国不同的法律制度，剖析了在国际民事司法协助领域的各个方面形成矛盾和冲突的根源，使读者对当前世界上国际司法协助的发展现状能够有一个全貌的了解。作者还从我国的实际需要出发，对我国民事司法协助提出了若干对策性建议，同时对过去某些颇有争议的问题，例如民事司法协助的概念和范围，中国律师能否接受外国律师委托代为送达文书或调查取证，能否允许外国法院派特派员来我国调查取证，领事送达是否应限于本国公民，如何对待美国的审判前调查，能否以被告可供扣押财产作为法院管辖依据，承认与执行外国法院判决是否必须以互惠为条件，如何解决涉及国

家的外国仲裁裁决的承认与执行问题，如何解决内地与香港的司法协助问题等等，均明确地发表了自己的意见，其见解不无新意，既有理论深度，又有较强的实践指导意义。

纵观全书，结构合理，立论严谨，文笔流畅，富于逻辑性和可读性，而且言之有据，论点清晰，令人信服，不失为一部佳作。值此书出版之际，我很高兴地应作者之邀，写下以上文字，是为序。

费宗祎
一九九五年

目 录

绪 论	(1)
一、开展司法协助是我国实行对外开放的需要	(1)
二、民事司法协助是整个司法协助制度中 的重要组成部分	(3)
三、民事司法协助是国际私法理论研究中 的重要课题	(5)

第一篇 总 论

第一章 民事司法协助概论	(10)
第一节 民事司法协助的概念	(10)
一、民事的含义	(10)
二、民事司法协助的范围和定义	(18)
三、民事司法协助的特征	(23)
第二节 民事司法协助制度的历史发展	(29)
一、民事司法协助制度的起源与演变	(29)
二、民事司法协助制度的现状	(32)
三、我国开展民事司法协助的历史和现状	(35)
第三节 民事司法协助的依据和法律渊源	(37)
一、民事司法协助的依据	(37)
二、民事司法协助的法律渊源	(40)
三、民事司法协助方面国际条约与国内法的关系	(45)
第四节 民事司法协助的基本原则	(49)

一、国家主权原则	(49)
二、平等互利原则	(52)
三、保护当事人的合法权益	(53)
第五节 民事司法协助适用的法律	(54)
一、民事司法协助适用被请求国法律	(54)
二、适用被请求国法律的例外	(56)
第六节 民事司法协助中的公共秩序保留	(59)
一、公共秩序保留的含义	(59)
二、公共秩序条款在民事司法协助中的适用	(61)
第七节 民事司法协助中有关机关的职能	(66)
一、中央机关	(66)
二、法院或其他主管机关	(71)
三、外交机关	(74)
第二章 对外国当事人民事诉讼地位的保护	(78)
第一节 外国人在民事诉讼中的法律地位	(78)
一、外国人法律地位概述	(78)
二、外国人在民事诉讼中的法律地位	(81)
三、外国法人在民事诉讼中的法律地位	(84)
四、外国国家在民事诉讼中的法律地位	(86)
第二节 诉讼费用保证金的免除	(90)
一、诉讼费用保证金制度概述	(90)
二、诉讼费用保证金的免除	(93)
第三节 司法救助	(97)
一、国际上的司法救助制度	(97)
二、我国的司法救助制度	(102)
第三章 与民事司法协助有关的协助行为	(108)
第一节 交换法律情报	(108)
一、查明外国法与法律情报的交换	(108)
二、交换法律情报的实施	(112)

第二节 免除认证·····	(115)
一、认证制度简介·····	(115)
二、海牙取消认证公约·····	(117)
三、我国司法协助条约中有关免除认证的规定·····	(119)
四、文书的证明效力·····	(122)
第三节 户籍文书的送交·····	(124)

第二篇 送 达 文 书

第四章 送达文书制度概述·····	(129)
第一节 送达的概念及其法律效果·····	(129)
一、司法文书的送达·····	(129)
二、司法外文书的送达·····	(132)
第二节 各国的域外送达制度及其分歧与合作·····	(135)
一、各国不同的送达制度·····	(135)
二、各国在送达领域的分歧和斗争·····	(137)
三、各国在送达领域的合作·····	(140)
第五章 涉外民事诉讼中送达文书的方式·····	(145)
第一节 域内送达方式·····	(145)
一、在场送达·····	(145)
二、向法人的代表机构或分支机构送达·····	(148)
三、向代理人送达·····	(150)
四、公告送达·····	(152)
第二节 域外送达方式·····	(154)
一、代为送达·····	(156)
二、通过使领馆送达·····	(157)
三、邮寄送达·····	(159)
四、对外国国家的送达·····	(161)
第三节 对受送达人权利的保护·····	(163)
第六章 代为送达·····	(168)

第一节 请求的提出·····	(168)
一、提出请求的机关和人员·····	(168)
二、提出请求的途径·····	(170)
三、请求书的形式要件·····	(172)
第二节 请求的执行·····	(173)
一、执行请求的方式·····	(173)
二、送达证明·····	(175)
三、费用的承担·····	(177)
第三节 无法送达和拒绝送达·····	(178)
一、地址不详·····	(178)
二、对请求书的异议·····	(179)
三、主权和安全·····	(179)
四、公共秩序·····	(181)
五、专属管辖权问题·····	(183)

第三篇 调 查 取 证

第七章 调查取证制度概述·····	(186)
第一节 各国不同的取证制度·····	(186)
一、大陆法系国家的取证制度·····	(186)
二、普通法系国家的取证制度·····	(188)
三、各国不同的取证制度比较·····	(189)
第二节 各国在域外取证方面的斗争·····	(191)
一、美国审判前调查程序在域外的使用·····	(192)
二、其他国家的反应·····	(194)
三、美国的对策·····	(196)
第三节 各国的取证合作及存在的问题·····	(199)
一、各国在取证领域的合作·····	(199)
二、对审判前文件调查的保留·····	(201)
三、海牙取证公约的排他性适用问题·····	(205)

第八章 获取域外证据的方式	(211)
第一节 域外取证方式	(211)
一、代为取证.....	(211)
二、领事取证和特派员取证.....	(212)
三、当事人或诉讼代理人自行取证.....	(219)
第二节 出庭作证	(221)
一、出庭作证的含义.....	(221)
二、出庭作证的条件.....	(222)
三、对出庭作证人员的保护.....	(224)
第九章 代为取证	(228)
第一节 取证的范围和请求的提出	(228)
一、取证的范围.....	(228)
二、提出请求的机关.....	(230)
三、请求书的形式要件.....	(231)
第二节 请求的执行和拒绝	(232)
一、执行请求所适用的法律.....	(232)
二、当事人及请求机关到场问题.....	(235)
三、强制措施的使用.....	(236)
四、证人的特权与豁免.....	(237)
五、取证结果的通知及费用的承担.....	(239)
六、请求的拒绝.....	(240)

第四篇 外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行

第十章 承认与执行外国法院判决概述	(244)
第一节 承认与执行外国法院判决的理论	(244)
一、早期的理论.....	(245)
二、国际礼让说.....	(246)
三、既得权说.....	(247)
四、债务说.....	(248)

五、对上述理论的评价·····	(249)
第二节 承认与执行外国法院判决的概念·····	(251)
一、外国法院判决的范围·····	(251)
二、承认与执行及其相互关系·····	(255)
第三节 承认与执行外国法院判决的制度·····	(258)
一、各国承认与执行外国法院判决的法律制度·····	(258)
二、承认与执行外国法院判决方面的国际条约·····	(263)
第十一章 管辖权冲突与外国法院判决的承认与执行·····	(267)
第一节 管辖权的基本理论·····	(267)
一、管辖权的概念与分类·····	(267)
二、大陆法系国家的管辖权制度·····	(270)
三、英美法系国家的管辖权制度·····	(274)
四、各国管辖权制度的基本特点·····	(276)
第二节 承认与执行外国法院判决时对外国	
管辖权的审查·····	(277)
一、审查外国法院管辖权的情形·····	(277)
二、审查外国法院管辖权的根据·····	(279)
第三节 审查外国管辖权所依据的连结因素·····	(285)
一、被告人住所地或惯常居所地·····	(286)
二、当事人的国籍·····	(289)
三、被告的分支机构或代表机构所在地·····	(291)
四、争议财产所在地·····	(292)
五、合同签订地与合同履行地·····	(295)
六、侵权行为地·····	(296)
七、当事人的协议或被告自愿接受管辖·····	(296)
第四节 国际上协调管辖权的新动向·····	(299)
第五节 我国在承认与执行外国法院判决时	
对外国管辖权的审查·····	(304)
第十二章 承认与执行外国法院判决的条件和程序·····	(312)

第一节 承认与执行外国法院判决的条件·····	(312)
一、互惠·····	(313)
二、公共秩序·····	(316)
三、判决的确定性·····	(318)
四、诉讼程序的公正性·····	(319)
五、一案不二理·····	(324)
六、被请求国冲突法规则的效力·····	(326)
七、执行诉讼费用的命令和司法调解书的条件·····	(328)
第二节 承认与执行外国法院判决的程序·····	(329)
一、请求的提出和受理·····	(329)
二、对外国法院判决的审查·····	(332)
三、承认与执行外国法院判决的效力·····	(335)
第十三章 外国仲裁裁决的承认与执行·····	(337)
第一节 承认与执行外国仲裁裁决的一般制度·····	(337)
一、仲裁裁决概述·····	(337)
二、国际上承认与执行外国仲裁裁决的制度·····	(339)
三、我国承认与执行外国仲裁裁决的制度·····	(340)
第二节 外国商事仲裁裁决的范围·····	(343)
一、外国仲裁裁决与内国仲裁裁决·····	(343)
二、商事仲裁裁决的范围·····	(350)
第三节 承认与执行外国仲裁裁决的条件和程序·····	(352)
一、承认与执行外国仲裁裁决的条件·····	(352)
二、承认与执行外国仲裁裁决的程序·····	(358)
三、涉及国家的仲裁裁决的承认与执行问题·····	(360)

补 编

第十四章 一国两制下香港与内地的民事司法协助·····	(365)
第一节 香港与内地民事司法协助的性质 与基本原则·····	(365)

一、香港与内地民事司法协助的性质·····	(366)
二、解决香港与内地民事司法协助问题的 基本原则·····	(369)
第二节 解决香港与内地民事司法协助问题的途径·····	(371)
一、其他国家解决区际司法协助问题的途径·····	(371)
二、解决香港与内地民事司法协助问题的途径·····	(376)
第三节 香港与内地民事司法协助的实施·····	(381)
一、送达文书·····	(381)
二、调查取证·····	(384)
三、法院判决的承认与执行·····	(387)
四、仲裁裁决的承认与执行·····	(391)
第四节 香港与外国的民事司法协助·····	(392)
一、民事司法协助领域多边公约的适用·····	(393)
二、承认与执行民商事判决协定的签订·····	(399)
附件一：中国与外国签订的民事司法协助条约一览表·····	(406)
附件二：主要参考书目·····	(408)
后 记·····	(412)