

清华大学法学系列教材

国际民事诉讼法

李旺 著

清华大学出版社

李旺 著

国际 民事诉讼法

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书系统地介绍了国际民事诉讼以及国际商事仲裁所包含的法律问题,特别是对涉外民商事案件的管辖权、外国人的诉讼地位、国际司法协助、外国法院判决的承认和执行、国际商事仲裁的基本制度以及法律适用问题、外国仲裁的承认和执行等问题,均有较为全面的介绍。

本书可供高等院校法学专业研究生、本科生作教材使用,亦可供自学者参考使用。

图书在版编目(CIP)数据

国际民事诉讼法 李旺著. 北京:清华大学出版社,2003

(清华大学法学系列教材)

ISBN 7-302-07078-4

I. 国… II. 李… III. 国际法:民事诉讼法—高等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 071167 号

出 版 者: 清华大学出版社
http: / / www. tup. com. cn
社 总 机: 010-62770175

地 址: 北京清华大学学研大厦
邮 编: 100084
客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 北京牛山世兴印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 185×230 印张: 18.75 字数: 334 千字

版 次: 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-07078-4/D·77

印 数: 1~5000

定 价: 22.50 元



目 录

第一章	国际民事诉讼法概论	1
第一节	国际民事诉讼法的意义.....	1
第二节	国际民事诉讼法与民事诉讼法以及国际私法的关系.....	3
第三节	国际民事诉讼法的法律渊源.....	4
第四节	国际民事诉讼法的统一.....	6
第五节	国际民事诉讼法的性质和研究方法.....	11
第二章	国际民事诉讼中的管辖权	13
第一节	国际民事裁判管辖权的基本理论.....	13
第二节	国家及其财产管辖豁免.....	17
第三节	各种联系因素.....	25
第四节	关于财产案件的国际民事裁判管辖权的一般规则.....	34
第五节	《布鲁塞尔公约》中的管辖权制度.....	41
第六节	关于身份案件的国际裁判管辖权.....	44
第七节	管辖权的冲突.....	47
第八节	国际诉讼竞合.....	51
第三章	外国人的民事诉讼地位	58
第一节	外国人的民事诉讼地位.....	58
第二节	外国人的诉讼能力.....	60
第三节	诉讼费用担保制度.....	63
第四节	诉讼费用的减免与司法救助.....	67
第五节	诉讼代理制度.....	72
第六节	享有外交豁免权的外国人的民事诉讼地位.....	75

第七节 其他制度	79
第四章 外国法的适用	86
第一节 外国法适用的基本法律问题	86
第二节 外国法在英国的适用	91
第三节 我国关于外国法适用的规定	93
第五章 国际司法协助与域外送达、域外取证制度	95
第一节 国际司法协助	95
第二节 域外送达	98
第三节 域外调查取证	110
第四节 我国双边司法协助条约简介	118
第五节 中国内地和特别行政区间的司法协助	122
第六章 外国法院判决的承认和执行	128
第一节 外国法院判决的承认和执行的一般制度	128
第二节 外国法院判决的承认和执行的条件	133
第三节 承认和执行外国法院判决的程序	145
第四节 外国民商事判决的承认与执行的国际公约	153
第五节 我国的相关法律制度	155
第七章 国际商事仲裁的基本法律制度	161
第一节 概述	161
第二节 国际商事仲裁	176
第三节 常设国际仲裁机构	181
第八章 仲裁协议	189
第一节 仲裁协议概述	189
第二节 仲裁条款的独立性	203
第三节 仲裁协议的准据法	208
第四节 有瑕疵的仲裁协议的效力及其完善	218

第九章 中国国际商事仲裁的法律制度	224
第一节 概述.....	224
第二节 中国国际经济贸易仲裁委员会.....	225
第三节 中国海事仲裁委员会.....	237
第十章 仲裁程序	240
第一节 仲裁程序的开始.....	240
第二节 仲裁员和仲裁庭.....	241
第三节 仲裁审理过程中的程序性事项.....	244
第四节 法律适用.....	248
第五节 仲裁裁决.....	265
第十一章 外国仲裁裁决的承认和执行	269
第一节 国际商事仲裁裁决概述.....	269
第二节 外国仲裁裁决的承认和执行.....	273
第三节 中国内地与香港特别行政区之间的仲裁裁决的 相互承认和执行问题.....	284
参考文献	290

第一章

国际民事诉讼法概论

第一节 国际民事诉讼法的意义

一、国际民事诉讼法的调整对象

当今世界各国的交往比起人类早先任何时候都要频繁得多,国际贸易迅猛发展,国际投资和资金流动频繁,商人们经常穿梭来往于世界各地,越来越多的人短期或者永久居住在外国,日益兴盛的国际交流——主要是商业交流——导致私主体之间的交往增加,在国际交往之中产生争议,从而产生民商事纠纷的可能性也随之大大增加。

国际民事诉讼法(International Civil Procedure Law)主要调整的是具有涉外因素的民事案件的诉讼程序问题。这里所指的“民事案件”也包括商事案件,这里所谓的“涉外”通常包括以下几种情形:

- ① 主体涉外,主要是指作为民商事案件主体的自然人具有外国国籍或者无国籍,或者其住所地或惯常居所地在外国,或者是作为案件主体的法人为外国法人;
- ② 客体涉外,如案件的标的物在外国。
- ③ 民商事关系的产生、变更或消灭的法律事实涉外,如侵权行为发生在外国。

最高人民法院 1992 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 304 条规定,当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国,或者诉讼标的物在外国的民事案件,均为涉外民事案件。

有的国家规定,两个内国主体之间订立的本身不具有涉外因素的合同,如果

约定适用外国法,这类案件也被视为涉外民事案件。但是我国立法关于这个问题并未作规定。

国际民事诉讼中所指的“涉外民事案件”除了诉讼案件之外,还包括非诉案件和仲裁案件。这里的非诉案件指的主要是国家机关(行政机关和法院)依当事人申请或依职权所做出的创立、变更和终止民事权利或者民事法律关系的案件。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第41条第2款规定,在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业,具备法人条件的,依法经工商行政管理机关核准登记,取得中国法人资格。行政机关根据法定程序做出颁发企业法人执照的行政行为,赋予企业法人资格,就属于典型的非诉案件。其他类似的案件还包括结婚和离婚、宣告死亡等等。由于这些案件涉及到民事主体法律地位的得失或者民事主体的权利义务等重要问题也成为国际民事诉讼法研究的对象。这些非诉案件虽然不属于民事诉讼的范畴,但是从广义而言都属于国际民事诉讼法的重要研究对象,为简单起见并遵照学术惯例,我们统称为国际民事诉讼法。

二、国际民事诉讼法所解决的问题

关于涉外民事案件,既存在适用何国法律来判断当事人的权利、义务的法律适用问题,也存在国际民事诉讼的审理程序问题。审理涉外民事案件,在许多问题上与纯国内民事诉讼不同,需要国际民事诉讼法来解决,以下就是国际民事诉讼法上独有的问题。

① 我国法院对涉外民事案件是否拥有管辖权。关于国内民事案件,国家依据公平合理等原则在全国的法院当中合理地分配民事案件,各地区各级法院之间的管辖权可以得到协调。但是,关于国际民事案件,国际法上并不存在一般性的在世界范围内分配管辖权的法律规则,现在基本上根据各国的国内法来确定本国的管辖权,而这种各国自己确定其管辖权的做法就使得国际民事案件的管辖权缺乏协调性,各国之间就管辖权问题易产生冲突。因国际私法的统一尚未实现,各国法院依照本国的国际私法来确定准据法,所以在不同国家诉讼,适用的准据法也会不同,其结果是影响到当事人的权利义务。因此,管辖权问题具有重要意义。

② 外国人的民事诉讼地位。外国当事人在本国法院的诉讼能力等问题是国际民事诉讼法所要解决的问题。关于外国当事人的特殊法律制度,如诉讼地位、诉讼费用担保、语言、律师代理等问题也是国际民事诉讼法所研究的对象。

③ 国际民事诉讼中的域外送达、域外取证等司法协助问题。

④ 外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行问题。一国国内法院的民事判决可以在本国内得到执行,但是,外国法院的判决要在中国得到承认和执行必须依照我国法律规定的条件和程序进行,此外,仲裁裁决的承认和执行也是国际民事诉讼法的重要内容。

第二节 国际民事诉讼法与民事诉讼法以及国际私法的关系

一、国际民事诉讼法和民事诉讼法的关系

国际民事诉讼法调整的是涉外民事案件所特有的程序问题,所以,其调整对象为具有涉外因素的民事法律关系。民事诉讼法主要调整的是国内民事诉讼案件。就涉外民事案件而言,因现在并没有统一的国际法来调整,各国法院之间也缺乏像处理国内民事诉讼的国内司法组织那样的组织关系,所以,国际民事诉讼法要考虑的要素与国内民事诉讼有所不同。不过,国内民事诉讼法也并不是与国际民事诉讼没有关系,根据程序依照法院地法的原则,涉外案件的诉讼程序问题还要由国内民事诉讼法来调整。也就是说在一个国际民事诉讼中,在根据国际民事诉讼法解决了有关的“国际问题”之后,就完全按照国内民事诉讼法规定的程序来进行了。所以,如前所述,国际民事诉讼法要解决的是涉外民事案件的特殊问题。

国际民事诉讼法调整的是涉外民事案件,在我国并不存在以国际民事诉讼法为名的成文法,其内容规定在民事诉讼法中,但是,并不能因此混淆两者的界限,更不能因此就否定国际民事诉讼法的存在意义。

二、国际民事诉讼法与国际私法的关系

国际民事诉讼法和国际私法调整的均是涉外民事法律关系,但是,国际私法主要解决的是法律适用问题,而国际民事诉讼法主要解决的是涉外民事案件所特有的程序问题。不过,在国际民事诉讼法中也存在冲突法问题,如外国人的诉讼能力问题等。从案件的处理时间来看,一般首先解决的是国际民事案件的管辖权问题,只有一国法院确定其有管辖权之后才适用冲突规范来确定准据法。由于现在国际私法基本上是国内法,各国法院只适用本国冲突规范,所以管辖权影响着当事人的权利义务关系,在不同国家进行诉讼,适用不同的冲突规范,可能适用不同的准据法,案件的结论也可能是不同的。

第三节 国际民事诉讼法的法律渊源

法的渊源可以分为实质意义上的渊源和形式意义上的渊源,所谓实质意义上的渊源,指法的真正来源、根源和发源,是法产生的一定生产方式下的物质生活条件。而形式上的渊源是指法的创制形式和表现形式,也就是法的效力渊源。法的形式渊源还可以分为直接渊源和间接渊源。所谓直接渊源是指国家机关制定的各种规范性的法律文件;间接渊源,又称为非正式意义上的渊源,是指各种习惯、学说、道义规则、道德等。^①

本节探讨的国际民事诉讼法的渊源主要指的是国际民事诉讼法的形式渊源。国际民事诉讼法的渊源可以分为国内法渊源和国际法渊源。由于与国际民事诉讼法有关的条约很少,涉及的问题范围较小,而且参加的国家也不是很普遍,所以,目前国际民事诉讼法的法源主要是各个国家的国内法。

一、国内法渊源

(一) 立法

大部分大陆法系国家没有单独的国际民事诉讼法典,关于国际民事诉讼的规则基本规定于民事诉讼法典中,德国关于国际民事诉讼的规则大都规定在1877年1月1日公布,后屡经修改的《民事诉讼法》(ZPO)中。法国关于国际民事案件的裁判管辖权问题原本仅仅是规定在《拿破仑法典》中,其他事项散见在法国《民法典》和《民事诉讼法典》中。瑞士1987年制定了《联邦国际私法典》,该法条文多达13章,200条,内容非常完备,对瑞士的国际民事诉讼规则也作了详尽规定。在英美法系国家,成文的国际民事诉讼规则的规定往往是通过单行法形式,比如美国专门规定国家豁免的《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act, 1976),英国关于国家豁免问题的《国家豁免法》(State Immunity Act, 1978),关于判决的承认和执行的《司法行政法》(Administration of Justice, 1920)和《外国判决(相互执行)法》[Foreign Judgment(Reciprocal Enforcement), Act 1933],等等。

^① 参见沈宗灵主编:《法理学》,397~398页,北京,北京大学出版社,2000。

(二) 判例

在英美法系国家,法官必须遵循先例,判例本身就是法的重要组成部分。普通法系中判例和判例法往往是在一个意义上使用的,所谓判例法是指法院以前对具体案件的判决中所使用的法律原则和规则,是普通法系国家重要的一个法律渊源。在民法法系国家,判例并非正式的法的渊源,仅属于间接渊源,但是,由于成文法本身的抽象性,或者过于模糊,或者不够具体,民法法系国家的法官在审理案件的时候,也常常需要参考甚至在判决中直接引用判例。另外,虽然民法法系国家法律没有要求必须和先前判决保持一致,但是为了实现法律的稳定性和可预测性这两个价值,就相似案件做出相似判决是所有国家的法官所追求的目标,从这个角度而言,即使是民法法系国家,判例也是发挥着很重要的作用的。

(三) 学说

古罗马的时候曾经有过所谓的“引证法”,即当时的五位著名法学家的学说具有和法律同等的效力。在中国古代,也有过所谓的“春秋决狱”,即以儒家经典学说附会法律规定。由于学说本身的可争议性和法律的稳定性之间的潜在冲突,现代国家很少把学说直接作为法律的渊源来对待,但是,学说仍然对实在法律体系有着重要影响,任何国家的立法和司法活动都或多或少地受到权威学说的影响,学说经常作为法律的补充和借鉴,尤其是在没有法律明文规定或者规定模糊的情况下更是如此。《国际法院规约》第38条之规定很好地说明了学说在确定裁判规则时的作用,“一、法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用……(卯)在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者”。

在国际民事诉讼法领域,被广泛接受的著名的“程序问题适用法院地法”的原则就是意大利注释法学派学者波伦亚大学教授巴尔都伊(Balduni)于1235年所倡导的。^①

作为正在建设中的法治国家,中国的法律体系无论是从立法的广度还是深度而言,往往都是落后于现实的需要的,在这种法律欠缺或者法律空白成为经常的情况下,学说往往起着更重要的作用。可以说,如果没有一个高的学术水平,就不可能有高水平的立法和司法。

^① 沃尔夫:《国际私法》,李浩培等译,45页,北京,法律出版社,1988。

二、国际法渊源

我们在谈论什么是国际法的时候经常会引用《国际法院规约》第38条,根据该条的规定,国际法包括:

“(子)不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者。

(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。

(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。

(卯)……。”

条约、国际习惯和一般法律原则共同构成了国际法的渊源。从20世纪开始,由于包括海牙国际私法会议、欧共体、联合国和美洲国家^①的努力,目前在国际民事诉讼法领域也存在一些国际条约(在本章第四节具体论述),但是我国对大部分条约都没有参加。涉及国际民事诉讼的国际习惯法最重要的是与国家及其主权豁免有关的规则。

三、中国

作为大陆法系国家,我国的国际民事诉讼法基本上表现为成文法,我国还没有一部关于国际民事诉讼的专门法律,关于这些方面的内容规定在《中华人民共和国民事诉讼法》及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》,以及其他大量的司法解释及我国参加的国际公约当中。《民事诉讼法》第四编及其他相关规定、我国加入的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(简称《送达公约》)、《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(简称《取证公约》)、《关于承认和执行外国仲裁裁决公约》(简称《纽约公约》)及我国缔结的双边司法协助条约等是国际民事诉讼法的渊源。

第四节 国际民事诉讼法的统一

一、国际民事诉讼法统一的现状

在国际交往日益增加的同时,国际民事纠纷也日益增加,但是各个国家之间有关国际民事诉讼的法律规定不同,就容易使得同一国际民事诉讼由于在不同的国家进行而可能结果大相径庭,这就大大损害了法律的稳定性和可预测性,通

^① 主要指《蒙得维的亚公约》和《布斯塔曼特法典》。

过对各个国家国际民事诉讼规则的统一,可以使得当事人无论在哪个国家起诉都可以得到相同或者相似的结果,这将大大有利于保护当事人的权益,提高国际民商事交往的效率,保证纠纷能够得到公正的解决。

迄今为止,法统一的成果主要体现在实体法领域,尤其是国际贸易和国际投资领域,相比较而言,国际民事诉讼领域取得的成果要少得多。目前为止,关于国际民事诉讼法统一的比较重要的条约包括:

①《海牙民事程序公约》(Convention Relating to Civil Procedure,海牙国际私法会议制定,1954年3月1日。)

②《海牙送达公约》(Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters,海牙国际私法会议制定,1965年11月15日。)

③《海牙取证公约》(Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters,海牙国际私法会议制定,1970年3月18日。)

④《海牙承认和执行外国民商事裁判公约及其议定书》(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and its Supplementary Protocol,海牙国际私法会议制定,1971年2月1日。)

⑤《海牙扶养义务判决承认和执行公约》(Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations,海牙国际私法会议制定,1972年10月2日。)

⑥《海牙国际司法协助公约》(Convention on International Access to Justice,海牙国际私法会议制定,1980年10月25日。)

⑦《布鲁塞尔公约》(Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters,欧共体原始成员国制定,1968年12月27日。)

⑧《卢加诺公约》(Lugano Convention on Jurisdiction Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters,欧共体12国和欧洲自由贸易协会6国制定,1988年12月16日。)

⑨《纽约公约》(New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards,联合国制定,1958年6月19日。)

其中,中国(不包括香港和澳门特别行政区)是第②、③、⑨三个公约的缔约国,《送达公约》于1992年1月1日对我国生效,《取证公约》于1998年2月6日对我国生效,1986年12月2日全国人大常委会做出决定加入《纽约公约》,

1987年4月22日对中国生效。

“海牙国际私法会议”(the Hague Conference on Private International Law)是经过意大利著名国际私法学家孟其尼和荷兰的阿塞尔的努力,1893年在荷兰政府的主持下于海牙召开的,其宗旨是促进国际私法规则的统一,国际私法会议到第二次世界大战前共召开了六次会议,分别在1893年、1894年、1900年、1904年、1925年、1928年。1951年会议通过的《海牙国际私法会议规约》正式将会议确定为政府间国际组织,该规约于1955年7月15日开始生效,从1966年开始,会议每四年召开一次例会。截至1996年秋,共召开了18次会议和两次特别会议。海牙国际私法会议是惟一的关于国际私法统一的世界性国际组织,其成员从1951年的17国发展到了62国(截至2003年3月17日)^①,其成员国也由少数欧洲大陆法系国家发展成为现在的来自五大洲不同法系的各个国家。我国于1986年提出加入海牙国际私法会议申请,1987年3月成为该会议的成员国。海牙国际私法会议是一个独立的国际组织,其起草组的成员多由各国政府代表和国际私法专家组成,在公约通过前还要征求各国政府的意见,因此,其通过的公约比较集中地反映了各国国际私法的立法和司法实践,代表着当代国际私法发展的趋势;在它成立的一百多年来通过了30多部国际条约。

海牙国际私法会议一直在关注管辖权规则的统一,致力于制定一个新的“民商事判决和管辖权公约”,1999年10月30日特别委员会采纳了公约草案初稿(Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters)^②,按照当时的工作计划,准备在2001年的第19次海牙外交会议上完成该公约的起草工作,但是很显然,各个国家在这一问题上的分歧超乎原来的设想。中国参加了于2001年6月4日至22日召开的海牙国际私法会议第19次外交大会第一阶段会议,在此次外交大会上,与会各国继续讨论公约草案,并形成了供今后谈判参考的初步案文。中国外交部、最高人民法院、外经贸部、国家知识产权局及驻荷兰使馆共同组团参加了上述会议,香港特别行

^① 这62个国家包括:阿尔巴尼亚、阿根廷、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、巴西、保加利亚、加拿大、智利、中国、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、丹麦、埃及、爱沙尼亚、芬兰、前南斯拉夫、法国、乔治亚、德国、希腊、匈牙利、爱尔兰、以色列、意大利、日本、约旦、韩国、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、马来西亚、马耳他、墨西哥、摩纳哥、摩洛哥、荷兰、新西兰、挪威、巴拿马、秘鲁、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯、塞尔维亚和门的内哥罗、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、西班牙、斯里兰卡、苏里南、瑞典、瑞士、土耳其、英国、美国、乌拉圭、委内瑞拉。按照国名英文顺序排名。NEWS AND EVENTS, 16/11/1999,资料来源:海牙国际私法会议网站,http://www.hcch.net/e/events/events.html#1999.

^② 该草案已经由外交部条法司翻译为中文,载《中国国际私法和比较法年刊》(2000卷)。

政区及澳门特别行政区的官员作为中国代表团成员出席了外交会议。纵观此次外交大会,欧美立场依然严重对立,双方在法律规则方面的分歧不但没有得到调和,反而进一步加深,显示出双方在政策层面存在深刻矛盾和根本冲突,难以妥协。为此,澳大利亚、新西兰等国建议缩小公约范围,仅就可以协商达成一致的内容制订公约。这不仅将极大地缩小公约范围,而且实质上会使美国扩张管辖权的做法得到保存而不是被禁止,因此,遭到欧洲国家拒绝,谈判陷入僵局。会议最后虽然产生了替代1999年临时草案的“初步案文”,但绝大多数条款均未协商一致,且内容更加复杂,年底达成一个可以得到普遍接受的公约的目标已不可能实现。鉴于此,“政策和总务委员会”会议决定,继续推迟第二阶段外交大会(推迟至2002年底以后),并于2002年1月在海牙重新召开“政策和总务委员会”,就公约的基本走向做出政策选择:第一,继续按照目前“初步案文”的结构,这样虽然内容全面、广泛,但如欧美在是否禁止美扩张管辖权等政策问题上的矛盾仍不能调和,僵局依然,即使欧洲国家凭借数量优势强行通过公约,则必将美国拒之门外,严重影响公约的普遍性和实际效果。其二,回避矛盾,缩小公约范围,这意味着欧盟对美做出实质让步,同意不明确禁止美国扩张管辖权的做法。第三,不排除美国在无法满足其要价的情况下放弃参加公约谈判的可能性。^① 2002年4月22日到24日召开的第19次海牙外交会议(Diplomatic Conference)上,政策和总务委员会会议就该公约的未来工作做了新的安排,会议重申了制定一个世界范围内的民商事判决和管辖权公约的重要性,由于当今世界对于解决管辖权问题的统一规则的需要不断增加,海牙国际私法会议将继续这方面的工作,在一个非正式工作组的帮助下,常设局将尽量在2003年度的上半年内向特别委员会提交一份文本,为可能在2003年下半年召开的大会作准备。^② 总之,管辖权公约的谈判目前正处在一个歧路纷呈的十字路口,前景迷茫。

在国际民事诉讼法统一的问题上,美国法学会(ALI)和罗马统一私法协会(UNIDROIT)走得更远,2000年两个组织开始共同致力于制定一部跨国民事诉讼规则,该规则不仅仅涉及通常的国际民事诉讼法范畴的问题,如外国人的民事法律地位、管辖权规则和判决的承认和执行等,还试图统一所有外国当事人参与

^① 资料来源:中华人民共和国外交部网站, <http://www.fmprc.gov.cn>。

^② “Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, August 2002, <ftp://ftp.hcch.net>。

内民事诉讼所可能涉及的问题,既包括了国际民事诉讼规则也包括了国内民事诉讼规则。其目的是建立统一的、公正的民事诉讼程序,使得因跨国商事交易而卷入纠纷的诉讼当事人无论在何处起诉都能够适用这一程序,从而使他们不至于因各个国家的诉讼程序差别太大而影响其正当权利的实现。经过两年多的联合工作,综合来自十几个国家(包括中国^①)的学者、实务人员的评论和建议,2002年4月向美国法学会会员提交了《跨国民事诉讼原则和规则讨论稿》第三章草案(Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Discussion Draft # 3),该草案对跨国民事诉讼所涉及的管辖权、原被告权利义务、法院的责任、证据和证明规则、费用、执行、承认以及国际司法协助等问题都作了详细的规定。^② 鉴于美国本身和罗马统一私法协会的影响力,相信这一草案在成为正式文本后也会对各个国家和国际组织制定有关国际民事诉讼的规则产生一定影响。

二、国际民事诉讼法统一的几个问题

传统意义上,我们可以根据各个国家法律制度的特点把他们分为民法法系国家和普通法系国家。普通法系起源于英国,包括加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、美国、南非、以色列、新加坡和百慕大等国家。民法法系起源于欧洲大陆的罗马法和教会法,包括德国、法国、西班牙、意大利等几乎所有的欧洲大陆国家,并被日本、中国和拉丁美洲国家所广泛借鉴。两大法系之间存在着从价值到制度的各种分歧,即使是同一法系内部的不同国家之间,也存在着明显的差别,各个国家的民事诉讼制度深受各个国家政治背景和历史文化的影响,要想消除各个法律体系中国际民事诉讼法的分歧而实现统一十分困难。迄今为止,国际民事诉讼法统一的成果主要集中在管辖权、国际司法协助和判决的承认和执行几个方面,而且涉及的国家范围有限。那么,到底该如何实现各国国际民事诉讼法的统一甚至是各国国际民事诉讼法和国内民事诉讼法的统一?对哪些事项可以实现统一?又能够实现多大程度的统一?

跨国民事程序项目汇报人认为,各个法律体系的民事诉讼规则之间既存在着根本的分歧,也存在着共同的基础。虽然这些根本分歧使得民事诉讼规则的统一变得困难,但是我们还应当看到各个法律体系之间的根本的相似性,这种相

^① 包括费宗祯、汤继维、王利明在内的中国学者都是该项目的国际专家顾问。

^② The American law institute, *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Discussion Draft No. 3, April 8, 2002, available at: <http://www.ali.org>.

似性源于每一个法律体系都必须满足相似的社会需要。他们列举了各个法律体系中民事诉讼的类似规则：

- ① 关于对人和对事物管辖权的标准；
- ② 裁判者独立的要求；
- ③ 被告获得通知程序；
- ④ 诉请表达(formulation of claims)规则；
- ⑤ 对应适用的实体法予以说明的要求；
- ⑥ 专家证据条款；
- ⑦ 事实证明规则；
- ⑧ 判决的审慎性(deliberation)、上诉复查规则；
- ⑨ 判决的既判力(finality of judgments)规则。

在这些相似的规则中,在各个法律体系中关于管辖权、被告的通知、判决的承认规则基本类似,这样,对于这些问题更易于通过国际实践和公约形式予以统一。裁判者中立的要求可以在各个国家的法律体系之中找到规定,完全可以通过国内法实现这一要求。在任何司法体系都要求判决的最终性(或者称之为既判力)。相互承认判决的制度也被各个国家广泛接受。跨国民事诉讼规则的制定正是建立在这些一致的基础上并将其予以统一的。^①当然,这种统一的方式有点混淆了传统意义上国际民事诉讼法和民事诉讼法的界限,但很显然这种统一的方式更有利于提高国际民事诉讼的效率和公正,尽可能避免由于各个国家法律制度本身的原因而不是纠纷的事实影响判决结果。

第五节 国际民事诉讼法的性质和研究方法

一、国际民事诉讼法的性质

国际民事诉讼法虽云“国际”二字,但占主导地位的观点认为它和国际私法一样仍属于国内法的范畴。这里的“国际”主要指的是该法研究的是带有涉外因素的案件,并不表明国际民事诉讼法是国际法的一部分。正如前文所言,国际私法确实有一部分渊源为国际法,但是无论从调整的范围和参加的国家数量而言都有限。世界范围内并不存在普遍的每一个国家都必须遵守的国际民事诉讼规则。因此,国际民事诉讼法主要是国内法,中国有中国的国际民事诉讼法,德

^① ALL/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Discussion Draft No. 3, p. 6~7.