

高等学校法学教材

国际民商事诉讼法原理

彭世忠 编著

中国法制出版社

高等学校法学教材

国际民商事诉讼法原理

编著 彭世忠

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

国际民商事诉讼法原理/彭世忠编著.

—北京:中国法制出版社,2000.8

高等院校法学教材

ISBN 7-80083-739-4

I. 国… II. 彭… III. 国际法:民事诉讼法-高等学校-教材 IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 69182 号

高等学校法学教材

国际民商事诉讼法原理

GUOJI MINSHANGSHI SUSONGFA YUANLI

编著/彭世忠

经销/新华书店

印刷/河北省三河市实验小学印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/13.5 字数/332 千

版次/2000 年 9 月北京第 1 版 2000 年 9 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-739-4/D·706

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:20.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

作者简介

彭世忠，四川自贡市人，1996年7月和1999年7月分别在西南政法大学获得诉讼法硕士学位和博士学位。1994年起在西南政法大学任教，现为西南政法大学副教授。曾教授法学本科和研究生所有民事诉讼法方面的专业课程，包括《民事诉讼法学》，《仲裁法学》，《行政诉讼法学》，《比较民事诉讼法学》（研究生），《中国民事诉讼法学》（研究生），《外国民事诉讼法学》（研究生），《国际民事诉讼法学》（研究生）；现在主要担任本科和研究生《国际民事诉讼法学》的教学工作。

代表性科研成果有：司法部统编核心教材《民事诉讼法学》（最新版）；“论诉讼标的的定性识别”，载《诉讼法论丛》（第三卷）；“论民事决定行为及其法律监督”，载《现代法学》等，累计在各类刊物上发表论文10余篇。

说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求，全面提高法律人才的素质，根据教育部关于普通高等学校法学专业教学要求，我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导，吸收国内外法学教育的最新成果，面向 21 世纪的法学教育，正确阐述本学科的基本理论、基础知识，坚持理论联系实际的原则，努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《国际民商事诉讼法原理》是其中一种，欢迎广大读者对本书的不足之处提出批评、批正。

2000 年 7 月

绪 论

时代进入二十世纪晚末之际，国际政治经济情势也发生了根本性变化，和平与发展成为时代的主流，市场经济作为资源配置方式的合理性已在世界范围达成共识，全球经济一体化的整合程度越来越高。在法律领域，国际社会本位观念空前提升，新兴“国际性”法律部门如雨后春笋般出现，调整范围越来越大，国际性法律在世界各国的效力认同感越来越强。在国际民商事诉讼法方面，几乎所有的重要问题都从众多的专门性国际公约得到规定，一些经济体制和法律制度相近的国家如欧洲共同体和美洲国家间已经出现了区域性统一公约，其效力已经越过国内法而直接约束相关国家的居民，显然，国际民商事诉讼法已经出现了国际统一化的大趋势。而在我国国内，民事经济审判方式改革正在如火如荼地进行，许多方面已经进入实质性阶段，而对于国际民商事诉讼法的改革却鲜有提及者，并且对于国际民商事诉讼法的基本理论的研究也处于相对薄弱状态，这无疑是一种不正常的情况，本书就是在这种大“气候”下产生的。

本书首先从国际民商事诉讼及国际民商事冲突的源流、特征入手，通过对国际民商事诉讼基本价值、基本功能、基本模式的分析，对国际民商事诉讼法的基本理念问题以及它们之间的关系作一个轮廓性阐释。以此为基础，根据诉讼价值决定诉讼目的和诉讼模式的理论，对世界上主要的三大法系的诉讼构造作了具体分析和功能评价。通过对诉讼构造的分析，以诉权与审判权之间既冲突又制约的关系为指导，分别从诉权构造和审判权构造的角

度探析了各国国际民商事诉讼法的运作机理，具体比较分析了它们在管辖权制度，程序制度如法院结构、审理方式、诉讼竞合、集团诉讼等方面的异同。在判决的域外效力方面，本书主要分析了各国在承认和执行外国法院判决方面的各种作法，重点介绍了相关国际公约在这方面发挥的巨大作用。文章通过比较分析最后得出结论，中国国际民商事诉讼法的改革势在必行，国际民商事诉讼制度的改革是内国民事诉讼法改革的切入点。

第一章主要对国际民商事诉讼法的一些基本性问题作了考察。认为国际民商事冲突具有冲突的国际关注性、调整规范的多元性、救济手段的多样性和利益实现的制衡性等几个特征，因此在冲突的范围和频度、烈度方面都远胜于内国民商事纠纷。在国际民商事冲突的救济方面，重点介绍了微型法庭和监察员制度等新型解纷手段。在对国际民商事诉讼法进行历史考察的过程中，我们发现，国际民商事诉讼法的发展与国际贸易法和海商法的发展具有相当的同步性，经历了习惯法调整、国际法调整和国际协调化三个主要的发展阶段，并向着国际统一化的方向发展。国际民商事诉讼法中一个重要的问题是程序法的范围问题，即程序法与实体法的界分问题，本书通过对八个方面的问题的考据，对比分析了两大法系的具体作法及其法理依据。

第二章主要是对国际民商事诉讼法理念同时也是诉讼法理念的一些思考。诉讼价值问题是诉讼法一切其他问题的基础，不同的诉讼价值取向决定不同的诉讼目的观念，而诉讼目的的差异又构成各种诉讼构造模式差异的成因，而本书正是从不同诉讼构造主体的角度展开论述的，因此可以说，本章是全文的基本立足点。

第三、四、五章主要以诉讼构造为主线，通过论证诉讼构造的基本理论，为全文的立论提供依据。从几何结构上讲，国际民商事诉讼是一种三角形构造，分别反映诉、辩、审的三方关系，但是从实质上看，国际民商事诉讼是一种权能构造，诉讼的进程主

要是通过诉权和审判权之间的冲突和衡平关系决定的，判决结果实际上只是反映了一种“契约”关系，一方面是当事人之间的一种斗争和妥协后的“契约”，另一方面，也是诉权和审判权达成的一种“契约”，可以说，整个民商事诉讼制度都是围绕这方面的问题而进行的程序保障。在诉权构造中，本书主要对诉权理论，诉权的外化和诉权的边际制衡因素进行了分析，这些问题与审判权构造中的许多问题一样，都是国际民商事诉讼中所必须着力解决的主要问题，从更深层次的理论高度去分析和认识这些问题，无疑是任何诉讼法学者必备的素质。

由于有国家主权原则这座大山横亘于前，判决在域外发生效力当然就不可能是理所当然的了。因此，各国出现了国际礼让说、法律关系本座说、政府利益说等多种观点。本书在第六、七章中提出了“国际交往需要说”具有合理性，应当成为普遍接受的观点。各国承认和执行外国法院判决的制度各异，几个重要的国际公约为统一各国的立法，扫清国际合作障碍铺平了道路，对此本书也进行了重点介绍和分析。

众所周知，由于政治和历史的原因，我国民事诉讼体制与前苏联存在着千丝万缕的联系。但是对于现代俄罗斯民事诉讼法律体系的发展和现状的了解却不敢言细。因此，本书特将俄罗斯现代国际民商事诉讼法作为专章介绍，以期使读者在学习和研究国际民商事诉讼法时能够开阔视野，探讨其对我国国际民商事诉讼法律体制发展和完善的借鉴意义。

国际民商事诉讼法在全球范围内已经出现了统一化趋势，各种内在和外在条件都要求我国作出相应的变革。本书在第九章，通过具体论述国际民商事诉讼的各种理想选择依据和改革的各种必然性因素，试图为我国的国际民商事诉讼制度改革提供某种方向性的意见。

目 录

绪 论	(1)
第一章 “格物穷理”——国际民商事诉讼的源流考辨	(1)
第一节 民商事冲突及其国际救济	(1)
第二节 国际民商事诉讼法及其历史发展	(14)
第三节 国际民商事诉讼中“程序”与“实质”的衡界	(26)
第二章 诉讼理念——国际民商事诉讼的法哲学思考	(37)
第一节 国际民商事诉讼的公正价值	(37)
第二节 国际民商事诉讼的经济价值	(58)
第三节 国际民商事诉讼的功能	(81)
第三章 诉讼构造——诉权与审判权的冲突与衡平	(87)
第一节 诉讼构造的理性认知	(87)
第二节 国际民商事诉讼的基本构造	(97)
第三节 诉讼构造的功能评价	(125)
第四章 诉权构造——恣意限制的制度基石	(130)
第一节 诉权透视	(130)
第二节 诉权的外化	(141)
第三节 外国人的诉讼能力	(174)
第四节 诉权的边际制衡	(180)
第五章 审判构造——审判要素的统合机制	(188)
第一节 审判主体	(188)
第二节 审判管辖	(203)

第三节	诉讼标的·····	(233)
第四节	审判程序·····	(252)
第五节	域外取证·····	(259)
第六节	集团诉讼·····	(267)
第六章	诉讼强制——判决效力的域外扩张·····	(278)
第一节	二次冲突与诉讼强制·····	(278)
第二节	实现判决域外效力的国际合作·····	(286)
第三节	各国实现判决域外效力的规定·····	(294)
第七章	一点余论——区际民商事司法协助·····	(303)
第一节	区际民商事司法协助的理论基础·····	(303)
第二节	区际民商事司法协助的具体问题·····	(311)
第三节	中国的区际民商事司法协助要义·····	(327)
第八章	一点附言——俄罗斯国际民商事诉讼法·····	(333)
第一节	概览·····	(333)
第二节	普通案件审理程序·····	(335)
第三节	商事法院审理程序的特殊性·····	(379)
第四节	几个专门问题·····	(383)
第九章	一点管窥——国际民商事诉讼的理想与改革·····	(399)
第一节	国际民商事诉讼制度的理想·····	(399)
第二节	国际民商事诉讼制度的发展趋势·····	(406)
第三节	中国国际民商事诉讼制度的改革·····	(410)

第一章 “格物穷理”——国际民商事 诉讼的源流考辨

第一节 民商事冲突及其国际救济

一、国际民商事冲突

(一) 基本界说

不管是出于对幸福这个人类最高功利的追求，还是出于对自身生存和发展问题的关注，人类都不会甘于将自己的活动囿于特定的社区、部落或团体的狭小范围，相反，为了更好地生存和发展，它们必须不断地进行生产和交换，并不断地提高生产的质量和拓展交换的范围，以获取更高层位的幸福。当历史走到某一天，生产和交换已经不再受到地区或国界范围的限制，或者人类为了共同的生活需要已经打破这种地域限制时，国际民商事交往和合作关系就在遵守一定的“游戏规则”（如公平交易、诚实信用等）的基础上产生和形成了。但游戏规则并非人人都会遵守，总会存在一些触犯规则的“坏孩子”，或者出于故意，或者出于对规则的理解不一致，或者该问题本身还没有规则进行规制，这都会在当事者之间产生纠纷。这些纠纷有的能够受到法律（广义，包括国际惯例、公约、各国有关法律规范等）评价，有的不能受到法律评价，这主要取决于各国或国际社会的价值观念、利益要求以及对该问题的重视程度。我们将这种发生在国际民商事领域的、能够受到法律评价的纠纷称为国际民商事冲突。

1. “国际”的涵义

国际民商事冲突之“国际”一语，多少会使人产生一些误解，因为按照《现代汉语词典》的解释，“国际”是指国与国之间、世界各国之间；^①而国际法是指“国家在彼此往来中具有法律拘束力的规则的总体，这些规则主要是支配国家的关系”。^②那么，国际民商事冲突似乎应当是国家之间在民商事关系方面的冲突，亦即，冲突主体似乎应当是国家或国际组织等。其实，学者们在这里使用“国际”一语主要是出于习惯，最先是缘于国际私法学者的称谓。这里的“国际”主要是指含有国际因素或涉外因素，而不在于强调冲突主体是国家。同理，国际民商事诉讼法不是指调整国家或国际组织在进行民商事诉讼时应当遵守的、独立存在于国家之外的诉讼程序法，而主要是指各国民商事诉讼法的涉外部分，即调整具有涉外因素或国际因素的民商事诉讼关系的法律规范。这里的涉外因素或国际因素包括冲突主体、争议标的物、法律行为等具有涉外因素以及当事者选择适用外国法、纠纷解决地在外国等情形。

关于“国际”的标准，学者们的认识并不一致，主要有“地理标准说”、“争议性质说”和“混合标准说”三种观点。“地理标准说”认为，判断某种国际民商事关系或冲突是否具有国际性，应当以当事者的国籍、住所或居所、法人注册地、公司中心管理地以及争议解决地等作为依据。其中，争议解决地和当事者的国籍是必须首先考虑的。如果当事者是个人，还必须考虑其住所或经常居住地；如果当事者是法人，则不能简单地完全以其注册或登记地为依据，还必须考虑其中心管理地这一因素。也就是说，如果某跨国公司的分公司与当地的个人或法人订立了合同，且这些

^① 《现代汉语词典》，商务印书馆 1992 年版，第 423 页。

^② 詹宁斯·瓦茨：《奥本海国际法》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 3 页。

分公司是在当地对其业务活动进行直接管理，那么，按照“地理标准”中的中心管理地标准，该分公司与当地公民或法人间的冲突属于国内纠纷；如果分公司的业务活动受到国外总公司的控制和支配，则该纠纷就是国际性的。采取地理标准的国家包括英国、丹麦、瑞典、瑞士、叙利亚、埃及、利比亚、科威特等。“争议性质说”认为，在当今国际民商事关系纷繁复杂的情况下，仅仅采用地理标准是不够的，因为地理标准主要考虑当事人的国籍因素，但在某些情况下，仅仅依靠当事人的国籍并不能解决具体问题，例如当同一国家的两个公民订立了在另一国家履行的合同，或者当一个国家与在该国经营商业的外国公司的子公司订立了合同，由于客体的缘故，合同仍然可以超越国界。因此，在判断某项国际民商事争议是否具有国际性时，应当对争议的性质加以分析，当争议涉及国际商事利益时，则具有国际性。这里的国际商事利益是指：（1）住所、居所、国籍或者一方当事人的公司注册地或居所地；（2）双方当事人的营业地；（3）双方当事人进行管辖或控制的中心所在地；（4）双方当事人的主要财产；（5）合同签订地、履行地等。采用上述标准的是法国、美国、加拿大等国和有关国际公约。我国和其他一些国家采用混合标准，即判断某项民商事纠纷是否具有国际性时，必须将地理标准和争议的性质结合起来考虑，国际商事利益和当事人的国籍、住所等都具有决定性意义。^①

2. “民事”与“商事”的界分

“民事”与“商事”经常作为同义语使用，广义的民事包括商事。因此，一般而言，民事诉讼就包括商事诉讼，民事冲突就包括商事冲突。但笔者之所以称民商事诉讼或民商事冲突，并对民

^① 参见李玉泉主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，武汉大学出版社1993年版，第238—241页。

事和商事加以界分，是基于以下理由：(1) 从实体法角度考察，各国存在民商合一和民商分立两种立法体例，民法和商法，民事和商事，两者含义并不完全相同，特别是在民商分立的国家，两者区别更大。民事行为称为法律行为，商事行为称为“商行为”，二者不仅称谓不同，而且法律效果也不一样，例如，同一事实关系，如果是民事行为，依据民法通常实行的是无偿原则，如果是商行为，依据商法商人享有当然的报酬请求权，再如，民事借贷的利率一般也比商事借贷的利率低。^① 既然存在这样的情况，那么，立足国际的范围讨论问题时，就有对民事和商事加以界分的必要；(2) 从国际民商事纠纷的解决机制上看，国际民事和商事纠纷的解决方式也不完全相同。例如，有的国家只允许对商事合同争议进行仲裁，民事纠纷不能提交仲裁。再如，在进行诉讼时，有的国家对民事纠纷和商事纠纷适用不同的诉讼程序，对商事诉讼规定专门的诉讼程序和专门的审理法院，如法国；(3) 从一些与国际民商事诉讼和仲裁相关的国际条约的规定看，一般也是采用“民事和商事”（简称“民商事”）这个称谓，而非简单地用民事来代替商事，如《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，《关于承认与执行外国民事和商事判决公约》等。

至于民事和商事的具体范围如何确定，各国并未形成统一的标准，不同法系国家则有不同的解释。英国和美国等普通法系国家认为，除了刑事事项以外，包括行政事项在内都是民事和商事事项。斯堪的那维亚国家的观点与之一致，他们认为财政事项也属于民事事项。民法法系国家则认为，民事和商事事项是指私法事项，而排除公法事项。对什么是公法事项，什么是私法事项，又有不同的解释。法国、德国和日本认为，行政事项是公法事项，从而把它排除在民事和商事事项的范围之外。法国还认为，财政事

^① 参见伍再阳主编：《商法原理》，中国政法大学出版社1993年版，第4页。

项也是公法事项，因而也不属于民事和商事事项。拉丁美洲国家则认为，商事、行政和财政事项都包括在民事事项之内，他们在1940年3月签定的《关于国际民事诉讼程序法公约》第三条规定：在一个缔约国内作出的属于民事、商事或行政诉讼事项的判决和经认可的裁决，如其是正式合法的，依本条约，在其他缔约国被认为是确证无误的文件。^①关于民事与商事之间的范围如何划分，国际上较为普遍的观点是：商事是指具有商业性质的契约关系和非契约关系，具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的而产生的经济上的权利义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资及合作经营，国际客货运输及产品责任等。其他则为民事关系。本书囿于篇幅，在讨论国际民商事冲突的诉讼机制时，对此不作具体的划分，但偏重于对商事诉讼及一般的民事诉讼机制进行比较分析，而对非讼性质的民事诉讼程序，则不作专门研究。

（二）国际民商事冲突的特点

国际民商事冲突的根本特征在于它的国际性，即包含国际因素或涉外因素。由此所决定，国际民商事冲突在以下几个方面具体体现其个性化特征：

1. 冲突的国际关注性

在发生国际民商事冲突时，不管是冲突主体具有外国因素，或是冲突利益涉及外国利益，还是冲突具有其他“实质性连结因素”，各相关国家都会给予极大的关注。这不仅因为冲突的发生本身就意味着正常的国际民商事交往秩序被破坏，冲突的解决与平息符合国际社会尤其是相关国家的共同利益；同时，冲突的解决过程还涉及相关国家的主权、公共利益和其他社会利益。因此他

^① 林欣：《国际私法理论诸问题研究》，中国人民大学出版社1996年6月版，第6—7页。

们总是力图通过立法、司法甚至外交途径进行干预。在立法上，各国总是力求制定对本国有利的冲突规范和实体法规范，增加本国法的适用机会；在司法上，努力扩大本国法院的管辖范围，有的国家甚至不惜实施有损别国主权的“长臂管辖”规范，并且，还频繁地运用公共秩序保留条款，限制外国法院判决和仲裁裁决在本国的效力。我国也高度重视对国际民商事冲突的解决，除了在立法和司法上采用国际通行做法外，在制定《民事诉讼法》（试行）时，特别规定涉外民商事案件一律由中级及其以上的人民法院管辖。当然，随着我国人民法院办案能力的增强和法官队伍综合素质的提高，现行《民事诉讼法》已将部分涉外案件划归基层人民法院管辖，但重大涉外案件仍由中级及其以上的人民法院处理。不仅当事者和当事国对国际民商事冲突给予高度重视，其他与冲突无直接利害关系的国家也会给予一定的关注，因为冲突的解决过程也是当事国的基本态度的体现过程，对今后该类冲突的处理具有示范和影响作用。

2. 调整规范的多元性

国际民商事冲突是在跨法域的国际民商事交往中发生的，这就决定了其法律调整不能完全依一国法来完成。国际条约和国际惯例一般应予优先适用；本国法与外国法的适用发生冲突时应由冲突规则来完成法律的指引和适用；由于契约自由原则的国际承认性，当事者选择适用法律的权利应当受到尊重。此外，一些国际交易习惯和通行做法虽然不具有法律的权威性，也可以作为解决冲突的依据。所以，国际民商事冲突的调整规范具有多元性，这些规范一般可作实体法和程序法的类分，在具体适用两类规范时又有不同的适用原则，如程序问题适用法院地法原则等。这些基本原则也是国际民商事冲突多元性调整规范中的“一元”。

3. 救济手段的多样性

一般民商事冲突有和解（调解）、仲裁和诉讼几种救济手段，

国际民商事冲突由其自身的性质所决定，救济手段更为丰富，除上述几种方式外，还出现了具有专门调解规则（如联合国国际贸易法委员会于1981年公布的《调解规则》）的调解制度、微型法庭制度等特殊的救济形式，呈现出多样化的外在表征（下文详述）。

4. 利益实现的制衡性

在国际民商事冲突得到解决后，除非义务方自动履行，冲突权益的实现将受到诸多限制，其中最主要的是来自外国法院的司法审查，否则，外国法院判决和仲裁裁决将不能得到外国法院的承认和执行。按照各国惯例，外国法院的司法审查一般只能是形式审查。冲突权益实现的最大障碍来自于“公共秩序保留”制度，如果外国法院认为有关的判决或裁决有为其本国重大利益、法律的基本原则、道德的基本观念，冲突权益就很难实现。此外，如果当事人所在国与被请求承认和执行国没有互惠关系或请求国对被请求国实行歧视政策，被请求国一般会按对等原则办理。

二、国际民商事冲突的救济

国际民商事冲突发生后，人们自然会想到救济。救济的方式多种多样，大致可以分为三类，即司法外解决方式，如协商、调解、监察员制度等；准司法解决方式，如仲裁；以及司法解决方式，如诉讼。应当认为，大多数国际民商事冲突是通过司法外方式和准司法方式得以解决的，而采用诉讼方式解决的案件只占少数。人们乐于采用非诉讼方式解决纠纷的原因主要有以下几点：第一，诉讼程序正规、冗长。为保证对案件的公正审理，审判行为必须有条不紊地进行，某些特定的诉讼形式也必不可少，但对局外人来说，其中的某些手续是难以理解的，常常被视为多此一举，致使他们作出不进行诉讼而求诸于其他救济形式的决策；第二，诉讼费用昂贵，这是大多数国家诉讼制度上的一个特点。英国在最