

International
Judicial Assistance
In Civil Matters

(第二版)

国际民事司法协助

■ 徐 宏 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图字01-2003-02073-0

ISBN 7-307-02073-0

International

Judicial Assistance

In Civil Matters

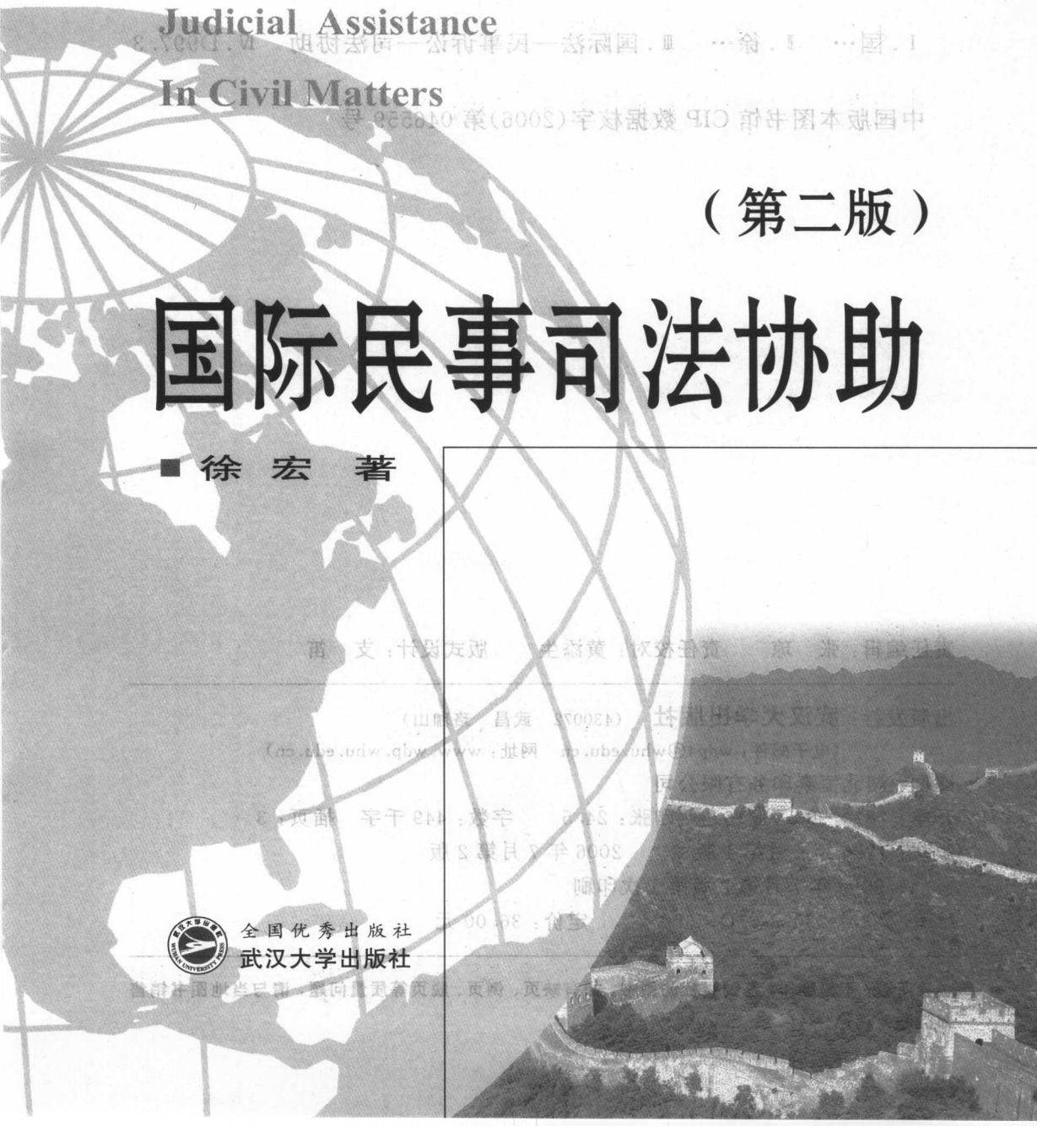
(第二版)

国际民事司法协助

■ 徐 宏 著



全国优秀出版社
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. —第2版. —武汉: 武汉大学出版社,
2006. 7

ISBN 7-307-05073-0

I. 国… II. 徐… III. 国际法—民事诉讼—司法协助 IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 046559 号

责任编辑: 张 琼 责任校对: 黄添生 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 湖北恒泰印务有限公司

开本: 787×980 1/16 印张: 24.5 字数: 449 千字 插页: 3

版次: 1996 年 4 月第 1 版 2006 年 7 月第 2 版

2006 年 7 月第 2 版第 1 次印刷

ISBN 7-307-05073-0/D·680 定价: 36.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

作者简介



徐 宏，男，1963年11月出生于湖北省浠水县。1985年7月毕业于武汉大学法律系，获法学学士学位。1994年6月在武汉大学国际法研究所获国际私法博士学位。1985年7月进入中华人民共和国外交部工作，先后就职于外交部条约法律司、中英联合联络小组中方代表处（驻香港）和中华人民共和国驻泰国大使馆，现任外交部条约法律司参赞。多次参加中外司法协助条约及有关多边国际公约的谈判及相关国际会议。2003年任中国国际私法学会副会长。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》、《国际私法与比较法年刊》、《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数十篇。

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趋密切，跨国法律纠纷日益增多，国际民事司法协助的需求也越来越多，范围越来越广，内涵越来越丰富，民事司法协助制度逐步走向规范化、趋同化，并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，陆续与二十多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联系，已经成为改善我国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顺利开展。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，是一篇极其难得的力作。

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

一九九四年十月一日

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，从少到多，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。这篇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有一个全面的了解。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，如何对待普通法系国家的审判前调查，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，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，不失为一篇佳作。值此书出版之际，我很高兴地应作者之邀，为之作序。

费宗祎

一九九四年十月一日

目 录

序(韩德培)	1
序(费宗祎)	3
绪论	1
一、国际司法协助概述	1
二、新形势下国际司法协助的新趋势	2
三、我国开展国际司法协助的机遇和挑战	5
四、突出重点,开拓创新,推动我国司法协助工作务实发展	8

第一编 总 论

第一章 民事司法协助概论	13
第一节 民事司法协助的概念	13
一、民事的含义	13
二、民事司法协助的范围和定义	20
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	28
一、民事司法协助制度的起源与演变	28
二、民事司法协助制度的现状	30
三、我国开展民事司法协助的历史和现状	33
第三节 民事司法协助的依据和法律渊源	35
一、民事司法协助的依据	35
二、民事司法协助的法律渊源	37
三、民事司法协助方面国际条约与国内法的关系	41
第四节 民事司法协助的基本原则	44
一、国家主权原则	45

二、平等互利原则	46
三、保护当事人的合法权益原则	48
第五节 民事司法协助适用的法律	49
一、民事司法协助适用被请求国法律	49
二、适用被请求国法律的例外	50
第六节 民事司法协助中的公共秩序保留	52
一、国际私法上的公共秩序保留	52
二、公共秩序条款在民事司法协助中的适用	55
第七节 民事司法协助中有关机关的职能	58
一、中央机关	58
二、法院或其他主管机关	62
三、外交机关	64
 第二章 对外国当事人民事诉讼地位的保护	66
第一节 外国人在民事诉讼中的法律地位	66
一、外国人法律地位概述	66
二、外国人在民事诉讼中的法律地位	69
三、外国法人在民事诉讼中的法律地位	71
四、外国国家在民事诉讼中的法律地位	72
第二节 诉讼费用保证金的免除	76
一、诉讼费用保证金制度概述	76
二、诉讼费用保证金的免除	78
第三节 司法救助和法律援助	81
一、国际上的司法救助和法律援助制度	81
二、我国的司法救助和法律援助制度	86
 第三章 与民事司法协助有关的协助行为	91
第一节 交换法律情报	91
一、查明外国法与法律情报的交换	91
二、交换法律情报的实施	94
第二节 免除认证	97
一、认证制度简介	97
二、海牙取消认证公约	98
三、我国司法协助条约中有关免除认证的规定	100

四、文书的证明效力	103
第三节 户籍文书的送交	104
 第二编 送 达 文 书 	
第四章 送达文书制度概述	111
第一节 送达的概念及其法律效果	111
一、司法文书的送达	111
二、司法外文书的送达	114
第二节 各国的域外送达制度及其分歧与合作	116
一、各国不同的送达制度	116
二、各国在送达领域的分歧和斗争	118
三、各国在送达领域的合作	120
第五章 涉外民事诉讼中送达文书的方式	124
第一节 域内送达方式	124
一、在场送达	124
二、向法人的代表机构或分支机构送达	126
三、向代理人送达	129
四、公告送达	130
第二节 域外送达方式	132
一、代为送达	134
二、通过使领馆送达	135
三、邮寄送达	137
四、对外国国家的送达	139
第三节 对受送达人权利的保护	141
第四节 改进我国涉外送达方式问题	143
一、“送达难”问题及其出路	143
二、关于改进措施的若干设想	145
第六章 代为送达	148
第一节 请求的提出	148
一、提出请求的机关和人员	148
二、提出请求的途径	150

三、请求书的形式要件	152
四、电子手段的应用	153
第二节 请求的执行	155
一、执行请求的方式	155
二、送达证明	156
三、费用的承担	158
四、送达日期的认定	159
第三节 无法送达和拒绝送达	160
一、地址不详	160
二、对请求书的异议	160
三、主权和安全	161
四、公共秩序	164
五、专属管辖权问题	165

第三编 调查取证

第七章 调查取证制度概述	169
第一节 各国不同的取证制度	169
一、大陆法系国家的取证制度	169
二、普通法系国家的取证制度	170
三、各国不同的取证制度之比较	171
第二节 各国在域外取证方面的斗争	173
一、美国审判前文件开示程序在域外的使用	174
二、其他国家的反应	175
三、美国的对策	178
第三节 各国的取证合作及存在的问题	180
一、各国在取证领域的合作	180
二、对审判前文件开示的保留	182
三、海牙取证公约的排他性适用问题	185
第八章 获取域外证据的方式	189
第一节 域外取证方式	189
一、代为取证	189
二、领事取证和特派员取证	190

三、当事人或诉讼代理人自行取证	196
第二节 出庭作证	197
一、出庭作证的含义	197
二、出庭作证的条件	198
三、对出庭作证人员的保护	199
第九章 代为取证	201
第一节 取证的范围和请求的提出	201
一、取证的范围	201
二、提出请求的机关	203
三、请求书的形式要件	204
第二节 请求的执行和拒绝	205
一、执行请求所适用的法律	205
二、当事人及请求机关到场问题	207
三、强制措施的使用	208
四、现代科技手段的应用	209
五、证人的特权与豁免	210
六、取证结果的通知及费用的承担	212
七、请求的拒绝	212
第四编 外国判决的承认与执行	
第十章 承认与执行外国判决概述	217
第一节 承认与执行外国判决的理论	217
一、早期的理论	218
二、国际礼让说	218
三、既得权说	220
四、债务说	220
五、既判力理论	221
六、现实主义理论	222
第二节 承认与执行外国判决的概念	223
一、外国判决的范围	223
二、承认与执行及其相互关系	226
第三节 承认与执行外国判决的制度	228

一、各国承认与执行外国判决的法律制度	228
二、承认与执行外国判决方面的国际条约	236
第四节 制定承认与执行外国判决公约的新努力	238
一、海牙《民商事管辖及外国判决公约》的谈判	238
二、海牙《法院选择协议公约》的制定和通过	245
三、海牙《法院选择协议公约》的主要内容	247
第十一章 管辖权冲突与外国判决的承认与执行	252
第一节 管辖权的基本理论	252
一、管辖权的概念与分类	252
二、大陆法系国家的管辖权制度	255
三、普通法系国家的管辖权制度	257
四、各国管辖权制度的基本特点	259
第二节 承认与执行外国判决时对外国法院管辖权的审查	260
一、审查外国法院管辖权的情形	260
二、大陆法系国家对外国法院管辖权的审查制度	262
三、普通法系国家对外国法院管辖权的审查制度	265
四、平行诉讼的有关问题	269
第三节 审查外国法院管辖权所依据的连结因素	271
一、被告人住所地或惯常居所地	271
二、当事人的国籍	274
三、被告的分支机构或代表机构所在地	275
四、争议财产所在地	277
五、合同签订地与合同履行地	278
六、侵权行为地	279
七、当事人的协议或被告自愿接受管辖	280
八、不方便法院理论	282
第四节 我国在承认与执行外国判决时对外国法院管辖权的审查	283
第十二章 承认与执行外国判决的条件和程序	287
第一节 承认与执行外国判决的条件	287
一、互惠	287
二、公共秩序	290
三、判决的确定性	293

四、诉讼程序的公正性	295
五、不存在相冲突的判决	298
六、原判决不是通过欺诈获取的	300
七、原判决在性质上不属于惩罚性的	301
八、被请求国冲突法规则的效力	304
九、执行诉讼费用的命令和司法调解书的条件	305
第二节 承认与执行外国判决的程序和效力	306
一、请求的提出和受理	306
二、对外国判决的审查	309
三、承认与执行外国判决的效力	311
 第五编 外国仲裁裁决的承认与执行	
第十三章 承认和执行外国仲裁裁决的一般制度	317
第一节 承认和执行外国仲裁裁决概述	317
一、仲裁裁决的概念和特征	317
二、承认和执行外国仲裁裁决问题的产生	318
三、国际上承认和执行外国仲裁裁决的立法状况	319
第二节 承认和执行外国仲裁裁决的范围	322
一、“国际”仲裁裁决	322
二、“商事”仲裁裁决	326
第三节 承认和执行外国仲裁裁决的条件	327
一、应当由当事人举证的情形	328
二、应当由法院主动查明的情形	332
第四节 承认和执行外国仲裁裁决的程序	338
一、申请承认和执行外国仲裁裁决的途径	338
二、申请承认和执行外国仲裁裁决的文件要求	340
第十四章 我国承认和执行外国仲裁裁决的司法实践	343
第一节 我国承认和执行外国仲裁裁决的法律体系和制度设计	343
一、国内立法	343
二、国际条约	344
三、司法文件	346
第二节 在我国申请承认和执行外国仲裁裁决的概况及一般程序	347

一、外国仲裁裁决在我国申请承认和执行的概况	347
二、在我国申请承认和执行外国仲裁裁决的一般程序	351
第三节 我国法院对外国仲裁裁决进行司法审查的标准	355
一、关于仲裁协议的效力	356
二、关于仲裁庭是否违反正当程序	357
三、关于仲裁裁决是否超出交付仲裁的范围	359
四、关于仲裁庭的组成和仲裁程序是否适当	360
五、关于是否违反我国的公共政策	362
第四节 涉及国家的仲裁裁决的承认和执行问题	364
 附件一 中国与外国签订的民事司法协助条约一览表	367
附件二 主要参考书目	370
后记	374
修订说明	376

绪 论

一、国际司法协助概述

国际司法协助是国家间司法合作的形式之一，它特指各国在司法程序中相互提供协助的行为。按涉及的诉讼类别划分，有民（商）事司法协助、刑事司法协助、行政司法协助；按协助的内容划分，又可分为狭义的司法协助和广义的司法协助。狭义的司法协助仅指送达文书及调查取证，广义的司法协助，在民商事方面还包括判决的承认与执行，在刑事方面则涵盖引渡、刑事判决和没收令的执行、被判刑人移管、诉讼转移等。

国家间为什么需要开展司法协助？这是由于一国的司法权具有严格的属地性。司法权与立法权、行政权，构成国家主权的最核心内容。任何一国的司法机关，其司法权的行使只能限于本国境内，否则，就有可能侵犯外国主权。然而，各国人民之间的交往早已超越了国家疆界的限制，国家间相互依赖关系日益加深，一国司法程序中涉及的跨国因素急剧增多。只有加强各国司法机关之间的有效合作，才能及时、公正地解决国际交往中出现的各类案件，使当事人的合法权益得到维护。因此，国际司法协助是国际交往发展到一定阶段的必然产物，是构建良好国际秩序的需要，是实现司法公正的需要，是国际社会共同利益的需要。

与其他形式的法律合作相比，国际司法协助的独特之处在于：第一，它是与一国针对具体案件的诉讼程序有关的行为。各国司法机关之间的对口业务交流和一般性的情报交换，不属于司法协助。第二，它是通过正规法律程序进行的协助，协助结果具有法律上的权威性并在诉讼中产生法律效果。这一特征使之区别于执法合作（公安部门或其他行政机关之间的合作）、律师合作（民间渠道开展的合作）等。因此，它是较高层次的法律合作。

从司法协助的上述特点，还可进一步看出以下属性：

（一）主权性。提供司法协助的过程就是行使司法主权的过程，也是对外国的法律制度和司法管辖予以认可并提供支持的过程。因此，它往往被看做“外交关系的晴雨计”，实施时不仅要以国家间的良好政治关系为基础，以条

约或互惠为前提，并且在处理具体案件时还往往涉及国家利益等政治考量，甚至需要国家最高司法或行政机关介入。片面强调“国际司法公正”，忽略各国不同的主权利益是脱离国际政治现实的，在实践中也是有害的。

(二) 互利性。一方向另一方提供司法协助，直接效果是使请求方境内的诉讼或相关程序得以顺利进行，实现的是请求方的司法利益。但与此同时，被请求方的利益也在以下两个方面得到体现：一是它在决定是否提供协助以及提供何种程度的协助时，已经对于在今后同类案件中是否能够得到对方的同等协助有了合理预期；二是通过提供协助，以便使有关案件得到公正、合理的解决，有利于国际交往中法律关系的稳定和良好秩序的维护，符合双方共同的利益。如果协助有可能导致本国的主权、安全等重大公共利益受到损害，被请求方当然会拒绝协助。

(三) 实践性。司法协助是司法程序中的一种工具，只有做到“务实”和“有效”，这一工具才能体现出应有的价值。因此，随着司法实践的不断发展，司法协助制度也有必要与时俱进，不断创新、丰富和发展，灵活应对各种新问题，满足新需要。由于各国法律制度的差异，司法协助理论也各不相同。我们对这些理论的研究，应当抓住其为实践服务这一本质，分析其产生的背景和代表的利益，并结合中国国情发展自己的理论，而不能陷于“教条主义”或“拿来主义”。

(四) 兼容性。司法协助不具有排他性，它与法律交流、执法合作等其他合作形式互为补充，相辅相成。一方面，应当尽可能建立国际司法协助网络，提升规范化、制度化程度，最大限度地发挥其功效，另一方面也要善于开拓和运用更加便捷、灵活的合作方式。例如在有些国家，只要不需法院下令采取强制措施，一般都可以通过执法合作的渠道提供相关协助；当通过正规的司法协助渠道存在较大障碍时，也不排除协商采取一些变通方式开展合作。通过这些灵活多样的方式，最终形成多渠道、多层次、多功能的合作体系。

二、新形势下国际司法协助的新趋势

当人类社会进入 21 世纪，国际关系发生了深刻变化，各国之间的相互融合、相互依赖进一步加深，共同利益愈加广泛。随着经济全球化的提速和区域经济一体化的发展，商品、资本、技术、知识和人员的跨境流动呈现爆炸性增长，对这些行为加以规范和管理，营造良好的秩序，是国际社会的共同责任。以“9·11”恐怖袭击为明显标志的非传统安全威胁对国际社会造成的危害正在上升，贩毒、洗钱、非法移民、贪污腐败等跨国犯罪日益猖獗，迫切需要世界各国携手应对；网络和信息技术的广泛应用是一把双刃剑，在为各国之间的