

# 国际民商事程序法

金彭年 著

杭州大学出版社

# 国际民商事程序法

金彭年 著

杭州大学出版社

(浙)新登字第 12 号

国际商事法律

著 金彭年

国际民事程序法

金彭年 著

\*

杭州大学出版社出版发行

(杭州市天目山路 34 号)

\*

杭州大学印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 9.75 印张 244 千字

1995 年 8 月第 1 版 1995 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—1500

ISBN 7-81035-842-1/D·052

定价:13.80 元

序

李双元

谨以本书敬献给恩师

李双元教授68华诞

学生金彭年恭祝

我很高兴看到本书的出版,并希望彭年同志有更多的成果问世。

1995年7月18日

于武汉大学国际法研究所

## 序

李双元

彭年同志是我国国际私法学界的后起之秀。我与他初次相聚是在 1986 年司法部国际私法师资进修班上,作为学员的他谦和好学给我留下了较深的印象。后来,他随我作访问学者,专攻国际私法。我们师生俩经数年合作于 1991 年出版的《中国国际私法》全书 51 万字,是国内率先系统研究中国国际私法的一本专著。作为作者之一,彭年同志的才学也为同行所瞩目。1993 年秋,他曾就下一步研究计划征询我的意见。我建议他,除了冲突法外,还可研究一下统一实体法和程序法方面的问题,特别是国际程序法。现在,摆在读者面前的《国际民商事程序法》一书,便是彭年同志两年来在程序法领域潜心研究的成果之一。

彭年同志在这本 24 万字的专著里系统论述了国际民事诉讼和国际商事仲裁的基本原理,深入探讨了国际民事诉讼法和国际商事仲裁法中的理论问题和实践问题,并提出了许多新颖的有价值的观点和建议。全书结构严谨,体例新颖,资料翔实,内容丰富,具有较高的学术价值和实用价值。还应一提的是,彭年同志的文字功底在青年学者中也是上乘的,行文流畅明快,本书也是如此。

我很高兴看到本书的出版,并希望彭年同志有更多的成果问世。

1995 年 7 月 18 日  
于武汉大学国际法研究所

# 目 录

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| <b>第一章 国际民事诉讼概述</b> .....     | 1  |
| 第 1 节 国际民事诉讼的含义 .....         | 1  |
| 第 2 节 与邻近部门法的关系 .....         | 2  |
| 第 3 节 国际民事诉讼的历史演进 .....       | 5  |
| <b>第二章 国际民事诉讼法的渊源</b> .....   | 9  |
| 第 4 节 国内立法 .....              | 9  |
| 第 5 节 国内判例 .....              | 11 |
| 第 6 节 国际条约 .....              | 12 |
| 第 7 节 国际惯例 .....              | 13 |
| <b>第三章 国际民事诉讼的基本原则</b> .....  | 14 |
| 第 8 节 主权原则 .....              | 14 |
| 第 9 节 平等与对等原则 .....           | 16 |
| 第 10 节 国际条约优先和国际惯例补遗原则 .....  | 17 |
| 第 11 节 便利当事人诉讼和便利法院司法原则 ..... | 18 |
| <b>第四章 外国人民事诉讼地位</b> .....    | 19 |
| 第 12 节 外国人民事诉讼地位的普遍原则 .....   | 20 |
| 第 13 节 外国人的诉讼权利能力 .....       | 23 |
| 第 14 节 外国人的诉讼行为能力 .....       | 26 |
| 第 15 节 诉讼费用的担保 .....          | 29 |
| 第 16 节 诉讼费用的减免和司法救助 .....     | 36 |
| 第 17 节 诉讼代理制度 .....           | 41 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| <b>第五章 国家豁免和外交豁免</b>    | 48  |
| 第18节 国家豁免               | 48  |
| 第19节 外交豁免               | 54  |
| <b>第六章 国际民事管辖权</b>      | 60  |
| 第20节 国际民事管辖权的概念、特征和意义   | 60  |
| 第21节 国际民事管辖的分类          | 63  |
| 第22节 各国关于国际民事管辖权的规定     | 68  |
| 第23节 有关国际民事管辖权的国际立法     | 72  |
| 第24节 我国关于管辖权的有关规定       | 74  |
| <b>第七章 期间、诉讼保全和诉讼时效</b> | 82  |
| 第25节 国际民事诉讼中的期间         | 82  |
| 第26节 国际民事诉讼中的诉讼保全       | 84  |
| 第27节 国际民事诉讼中的诉讼时效       | 89  |
| <b>第八章 国际司法协助(上)</b>    | 96  |
| 第28节 国际司法协助的概念和范围       | 96  |
| 第29节 司法协助的依据            | 98  |
| 第30节 司法协助中的法律适用和公共秩序    | 101 |
| 第31节 司法协助中的机关           | 104 |
| 第32节 域外送达               | 109 |
| 第33节 域外调查取证             | 125 |
| <b>第九章 国际司法协助(下)</b>    | 133 |
| 第34节 外国法院判决的概念          | 133 |
| 第35节 承认与执行外国法院判决的学说     | 135 |
| 第36节 承认外国判决与执行外国判决的关系   | 137 |
| 第37节 承认与执行外国判决的法律依据     | 139 |
| 第38节 各国承认与执行外国判决的条件     | 141 |
| 第39节 外国判决的承认与执行程序       | 148 |
| 第40节 我国关于判决域外承认执行的规定    | 152 |
| <b>第十章 国际商事仲裁导论</b>     | 158 |
| 第41节 国际商事仲裁的概念          | 158 |

|             |                   |            |
|-------------|-------------------|------------|
| 第 42 节      | 国际商事仲裁的特点         | 166        |
| 第 43 节      | 国际商事仲裁的性质         | 169        |
| 第 44 节      | 国际商事仲裁的国际立法       | 192        |
| <b>第十一章</b> | <b>国际商事仲裁的类别</b>  | <b>178</b> |
| 第 45 节      | 临时仲裁和机构仲裁         | 178        |
| 第 46 节      | 依法仲裁和友好仲裁         | 184        |
| 第 47 节      | 私人间仲裁和非私人间仲裁      | 185        |
| <b>第十二章</b> | <b>几个重要的仲裁机构</b>  | <b>187</b> |
| 第 48 节      | 解决投资争端国际中心        | 187        |
| 第 49 节      | 国际商会仲裁院           | 190        |
| 第 50 节      | 其他重要的仲裁机构         | 192        |
| 第 51 节      | 中国涉外仲裁机构          | 196        |
| <b>第十三章</b> | <b>国际商事仲裁的准据法</b> | <b>204</b> |
| 第 52 节      | 仲裁程序的法律适用         | 204        |
| 第 53 节      | 实体问题的法律适用         | 211        |
| <b>第十四章</b> | <b>仲裁协议</b>       | <b>217</b> |
| 第 54 节      | 仲裁协议的概念和仲类        | 217        |
| 第 55 节      | 仲裁协议的内容           | 221        |
| 第 56 节      | 示范仲裁条款            | 230        |
| 第 57 节      | 仲裁协议的有效要件         | 236        |
| 第 58 节      | 认定仲裁协议效力的机构及其准据法  | 243        |
| 第 59 节      | 仲裁协议的法律效力         | 246        |
| 第 60 节      | 仲裁条款自治理论          | 249        |
| <b>第十五章</b> | <b>仲裁程序</b>       | <b>252</b> |
| 第 61 节      | 仲裁申请和受理           | 252        |
| 第 62 节      | 答辩和反诉             | 255        |
| 第 63 节      | 仲裁员和仲裁庭           | 257        |
| 第 64 节      | 仲裁审理              | 263        |
| 第 65 节      | 仲裁中的财产保全和调解       | 272        |
| 第 66 节      | 仲裁裁决              | 275        |

|             |                     |            |
|-------------|---------------------|------------|
| 第 67 节      | 简易程序                | 283        |
| 第 68 节      | 仲裁中的语文和费用           | 283        |
| <b>第十六章</b> | <b>外国仲裁裁决的承认与执行</b> | <b>287</b> |
| 第 69 节      | 裁决的国籍               | 288        |
| 第 70 节      | 承认与执行外国仲裁裁决的条件      | 290        |
| 第 71 节      | 承认与执行外国仲裁裁决的程序      | 295        |

# 第一章 国际民事诉讼概述

本章从国际民事诉讼的概念出发,探讨了国际民事诉讼法与邻近部门法的关系,展示了国际民事诉讼法的历史发展概貌。作者认为,如果把国际私法仅看作是一个法律体系,则国际民事诉讼法是国际法的一个分支,但如果把国际私法看作是一个部门法,则二者是独立的。

## 第1节 国际民事诉讼的含义

民事诉讼,或称民事程序,是指国家司法机关根据当事人的请求而进行的保护其民事权益的程序。如果在民事诉讼中,介入了国际因素,或者从某一具体国家来看,涉及了外国的因素,即构成了国际民事诉讼。<sup>①</sup> 而国际民事诉讼程序就是指一国法院审理国际民事诉讼案件和当事人及其他诉讼参与人进行此种诉讼行为时所应遵循的专用的特殊程序。国际民事诉讼法便是这些专用的特殊程序的总和。

在民事诉讼程序中,既可以因诉讼程序本身包含有国际因素而需要适用国际民事诉讼规范,也可以因实体法律关系涉及国际因素而需要适用国际民事诉讼规范。具体说来,民事诉讼中的国际因素主要有:诉讼当事人中有外国人;诉讼客体是涉外民事法律关系;引用的证据具有涉外因素;法院按国际条约或内国冲突法的规

---

<sup>①</sup> 我国在有关立法中,一般称作“涉外民事诉讼”,如1991年《民事诉讼法》第四编。外国也有径称国际民事诉讼的,如1962年原捷克和斯洛伐克的《国际私法及国际民事诉讼法》;在国际私法书籍中多称“国际民事诉讼”,但也有把二者等同的,参见姚壮主编:《国际私法理论与实务》,法律出版社,1992年版,第178页。

定应适用外国法作为案件的准据法;诉讼请求是外国法院或其他机构的判决在内国的承认或执行;诉讼程序涉及的是国际司法协助问题等。

在民事诉讼中如果介入了国际因素,就需要由专门调整包含有国际因素的民事诉讼的国际民事诉讼法来解决以下各个方面的问题,如:

1. 内国法院或其他机构对什么样的案件有管辖权?哪些案件属于内国法院的专属管辖权?哪些案件可由争议的双方当事人协议选择内国或外国法院管辖?等等。

2. 外国人在内国的民事诉讼地位问题,诸如起诉或应诉的能力、诉讼费用担保或免除、法律救助等,应依什么法律来确定?享有外交豁免权的外国人在内国的民事诉讼地位如何?

3. 国际民事诉讼中的取证规则有哪些特殊之处?如是否允许或应遵循什么样的条件下外交和领事人员可以取证?在间接取证时应遵循什么样的特定程序?等等。

4. 外国审判程序和仲裁程序在内国发生什么样的效力(即外国法院的判决和仲裁裁决是否被内国所承认,以及在什么样的条件下内国可以承认或执行外国的判决和仲裁裁决)?

5. 在内国法院或其他机构适用外国实体法时,应采用什么样的程序规则?

6. 在内国法院或其他机构执行外国法院或其他机构的委托,或者委托外国法院或其他机构代为某项行为时,应适用什么程序规则?

解决上述问题,既需要直接调整规范,也需要间接调整规范,所以,国际民事诉讼就由两种不同性质的规范,即直接调整规范和间接调整规范组成。

## 第2节 与邻近部门法的关系

调整对象的不同固然是划分部门法的基本出发点,但随着社会经济的发展,也出现了某类社会关系由若干部门法以不同角度进行调整以及一个法律部门同时调整几类社会关系的现象。从本质上说,正是因为各种社会关系之间本身存在着这种那种的联系,所以,调整不同社会关系的各个部门法或者说法律部门也是存在着或多或少的联系。与国际民事诉讼法关系密切的主要有国际私法和国内民事诉讼法。

### 一、与国际私法的关系

国际民事诉讼法与国际私法具有相当密切的关系。这首先表现为二者所调整的那部分社会关系都包含有涉外的或国际的因素;其次,二者所具有的基本原则有些也是共通的,如主权原则、平等和对等原则、国际条约优先原则、国际惯例补遗原则等;再次,二者在很多具体制度上也是相同相近的,如在国际民事诉讼法中也存在着法律冲突,也要面临解决诸如识别、先决问题、公共秩序保留等国际私法中经常发生的问题。最后,还须特别指出的是,国际民事诉讼法,尤其是其中的管辖权规范和判决的承认与执行规范,直接关系到国际私法所调整的涉外民事关系的当事人在实体法上的权利和义务。

此外,还应注意,在英美法系国家,在法国及以法国法为蓝本的国家的学者,以及我国的多数学者均认为国际私法的规范除冲突规范外,还至少应包括管辖权规范和判决的承认与执行规范等。在他们的国际私法论著中,通常都对国际民事诉讼中出现的问

题进行研究。<sup>①</sup> 据此,有些学者认为,国际民事诉讼程序规范是国际私法的组成部分,国际民事诉讼法是国际私法体系中的一个分支。但也有些学者,特别是象德国、瑞士、意大利、奥地利和匈牙利的部分学者,则认为国际民事诉讼法是一个独立的法律部门。

作者认为,如果把国际私法看作是一个法律体系,那么,国际民事诉讼法跟冲突法、外国人法、统一实体法一样均是国际私法的一个分支,是国际私法的有机组成部分;但如果把国际私法仅仅看作是一个部门法,那么,国际私法显然不能包涵国际民事诉讼法,尽管在目前,国际民事诉讼法还通常在国际私法里面进行研究。

尽管,国际民事诉讼法跟国际私法的关系是如此的密切,但二者的区别也是很明显的。在调整方法和规范形态上,间接调整方法和间接调整规范在国际私法中无论如何都是起主要作用的,而在国际民事诉讼法中,起主要作用的则是直接调整方法和直接调整规范。

## 二、与国内民事诉讼法的关系

国际民事诉讼与国内民事诉讼两者的关系是特别程序与一般程序的关系。我国《民事诉讼法》第 237 条对此作了明确的回答:“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。”该法第 238 条进而规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的除外。”这就是说,一国法院无论是进行国内民事诉讼还是进行国际民事诉讼,对于程序问题,原则上都只是适用本国法的(如我国的“涉外民事诉讼程序的特别规定”列在民事诉讼法的第四编,从性质上讲属

---

<sup>①</sup> 如戴西和莫里斯的《冲突法》、1971 年美国《第二次冲突法重述》、韩德培主编《国际私法》、李双元主编《国际私法》、钱骥主编《国际私法》、章尚锦主编《国际私法》等。

于本国法),只是两者在具体适用上有所区别。一国法院进行国际民事诉讼,首先应适用本国法中专门用于国际民事诉讼程序的那套特别规则以及遵循本国缔结或参加的国际条约的有关规定,此外,在本国的国际民事诉讼程序规则未作规定时,则应适用国内民事诉讼的有关规则。这就表明,一国法院进行国内民事诉讼,它只适用国内民事诉讼规则就够了;而一国法院进行国际民事诉讼,它却同时要适用国际民事诉讼规则和国内民事诉讼规则。例如我国人民法院在确定国际民事诉讼的管辖权问题时,首先应适用《民事诉讼法》第243条到246条的特别规定,但除此之外,关于管辖权问题仍然应适用《民事诉讼法》第18条至39条的一般规定。国际民事诉讼规则大都规定在一国的国内立法中,如规定在民诉法典、民法典或其他法规中,此外还规定在一国缔结或参加的有关国际条约中;而国内民事诉讼规则则纯粹是一国国内法的组成部分,一般就规定在一国的民事诉讼法中。

此外,调整国内民事诉讼的国内民事诉讼法,是一个独立的法律部门;而调整国际民事诉讼的国际民事诉讼法,是不是一个独立的法律部门,至今尚无定论,有的认为它是一个独立的部门法,但更多的是认为它是国际私法的一个组成部分,也有认为是国内民事诉讼法一部分的。

### 第3节 国际民事诉讼的历史演进

按照马克思主义的观点,法是随着国家的产生而产生的。但是,国际民事诉讼这个特殊的法律制度或法律部门,跟国际私法一样,是国际民商事关系发展到一定阶段的产物。在奴隶制社会的早期,尽管国家和法律也都产生了,但由于在那个时期外国人仅仅具

有奴隶的身份,而不能成为法律关系的主体,<sup>①</sup>因而缺乏国际民事诉讼发生的前提条件。后来,随着社会的进步,在特定的种族和宗教集团之间,外国人不再被看作是敌人,他在实体法和程序法上的能力也能得到一定程度的承认。尽管在当时,外国人仍不能到普通法院参加诉讼,但一国领域内的司法审判程序开始适用于外国人。这时就进入了古代审理外国人案件的特别法院时期,当然,它审理有关外国人的案件时,是只适用其内国的程序规则。一般地说,在奴隶制时期,还没有产生现代意义上的国际民事诉讼,但也已经涉及到了国际民事诉讼中的两个重大问题,即法院对外国人的管辖权问题和外国人的诉讼地位问题。<sup>②</sup>

在封建制时期早期,国际民事诉讼没有得到明显的发展,主要也只涉及到法院对外国人的管辖权和外国人的诉讼地位两个问题。只是到了封建社会的后期,随着各国之间经济交往和人员往来的日益频繁,国际民事诉讼才得以受到重视和发展。在封建制时代,国际民事诉讼在发展过程中最具有重大意义的事项是区分了程序方面的争议和判决方面的争议。应该承认,这一划分大大影响了国际民事诉讼和国际私法的整个历史发展进程,直到今天仍起着重要的作用。这就是确定程序法的适用问题。当时的法学家均认为判决方面的争议只涉及当事人的诉讼能力、起诉的依据、规定举证责任的规范等,它们应该根据国际私法上的冲突规范所指引的实体法来作出裁判;而程序方面的争议则可涉及程序法方面的所有问题,如诉讼程序的正式开始、法官的回避、当事人和法院的诉讼行为、司法判决的效力和执行等等,上述所有问题都只应按照

① 参见何适:《国际私法释义》,1983年版,第13页;梅仲协:《国际私法新论》,1980年版,第23页。

② 李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第42—43页。

法院地法来作出决定。<sup>①</sup>

国际民事诉讼法得到较快和全面的发展,是在资本主义时期。在18世纪末已经渐渐形成了一套比较完整的国际民事诉讼制度,有关国际民事诉讼涉及到的所有问题都被提上了议事日程,而这些问题的解决至今依然是国际民事诉讼法学所研究的课题。值得一提的是,在19世纪中期,在德国法体系中,首先实行了诉讼法从实体法中的分离,从此,诉讼法成为一个独立的法律部门。在19世纪的最后10年里,国际民事诉讼的重要性日益增强,各国民事诉讼法中开始大量出现国际民事诉讼规则。但是,独木不成林,那时的国际民事诉讼法仍没有能够从民事诉讼法中分离出来而发展成一个独立的部门法。即使是在现今,仍然不见哪一个国家专门制定了一部国际民事诉讼法典。在西方国家,有关国际民事诉讼法的规定都是分散在民事诉讼法典(诸如德国)或民法典(如法国)或国际私法典(如瑞士)或其他法规之中的。

此外,在资本主义时期,另一令人注目的现象是通过国际社会的努力缔结有关条约来解决国际民事诉讼法上的各种问题,并且也取得了一定的成绩,尤其是美洲国家。1928年在古巴首都哈瓦那举行的有21个国家出席的第六届泛美会议上,通过了一部以法典起草人古巴法学家布斯达曼特的名字命名的《布斯达曼特法典》,该法典共四卷,第四卷即为国际程序法(以民事诉讼规则为主体,但也包括刑事诉讼规则)。尽管该法典因许多缔结国对它作出了过多的保留声明而削弱了其重要性和普遍意义,但是,该法典的颁布毕竟是朝着国际民事诉讼法的统一进程迈出了坚实的一步。与此相适应,在资本主义时期,特别是本世纪以来,国际仲裁制度也得到了长足的发展。例如按照1951年缔结的《关于设立欧洲煤

<sup>①</sup> 李双元、谢石松:《国际民事诉讼法概论》,武汉大学出版社1990年版,第46—50页。

钢共同体的公约》设立了一个具有国际性质的法院，<sup>①</sup>其中也包含了一些很重要的国际民事诉讼法规则。特别是1958年在纽约缔结了《关于承认及执行外国仲裁裁决公约》和1965年在华盛顿签订了《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》，更显示出国际商事仲裁制度的勃勃生机和广阔前景。

在我国，国际民事诉讼法在1978年召开的十一届三中全会以后得到了重视和发展。1982年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第五编对此作了专门规定。1991年通过的新《民事诉讼法》第四编对涉外民事诉讼程序的特别方面作了专编规定，涉及一般原则、管辖、送达和期间、财产保全、仲裁和司法协助。新法和旧法相比较，最显著之处在于用4条篇幅增加规定了管辖问题，并明文允许涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人可以用书面协议选择管辖法院。<sup>②</sup>此外，我国还缔结和参加了若干包含有国际民事诉讼规范的双边条约和多边公约。特别是在国际司法协助领域，我国不但于1991年加入了《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》，而且相继跟法国、波兰、蒙古、比利时、罗马尼亚、意大利、西班牙、俄罗斯等签署了双边司法协助协定，其中前三个协定已生效。

---

① 根据《欧洲共同体有关几个共同机构的公约》，该法院同时成为欧洲经济共同体和欧洲原子能共同体的共同机构，现一般称为欧洲共同体法院。

② 见《民事诉讼法》第244条。