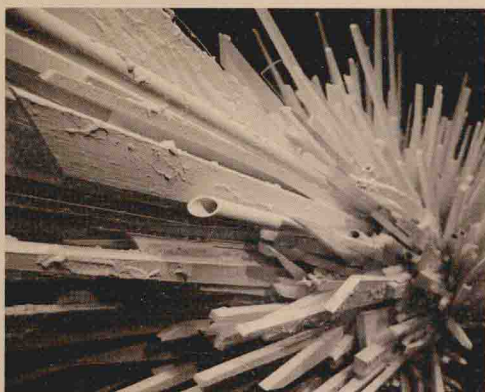




胡振杰 著

国际合同争议管辖权 与判决执行比较研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

胡振杰 著



国际合同争议管辖权 与判决执行比较研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

国际合同争议管辖权与判决执行比较研究 / 胡振杰

著. —北京:中国法制出版社, 2014. 6

ISBN 978-7-5093-5212-0

I. ①国… II. ①胡… III. ①国际贸易—合同法—管辖权—对比研究 ②国际贸易—合同法—执行(法律)—对比研究 IV. ①D997.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 031482 号



责任编辑 舒丹

封面设计 杨泽江

国际合同争议管辖权与判决执行比较研究

GUOJI HETONG ZHENGYI GUANXIAQUAN YU PANJUE ZHIXING BIJIAO YANJIU

著/胡振杰

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2014 年 6 月第 1 版

印张/18.75 字数/367.2 千

2014 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5212-0

定价:58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

值班电话:66026508

传真:66031119

编辑部电话:66070042

邮购部电话:66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010-66032926)

目 录

Contents

导 论	1
一、本书的写作目的和研究范围	1
二、本书的结构和重要术语	6
三、我国国际私法立法和政策概述	9
第一章 国际管辖权理论	12
一、几种影响较大的管辖权理论	12
二、相对密切联系理论及其合理性	16
第二章 住所和习惯居所	19
一、国内法和国际公约的规定	19
二、住所作为管辖依据的规定与实践	21
三、习惯居所作为管辖依据的规定与实践	30
四、评论与建议	34
第三章 法院选择协议	49
一、国内法和国际公约的规定	49
二、法院选择协议有关问题比较研究	53
三、评论与建议	68
第四章 默示管辖	79
一、国内法和国际公约的规定与实践	79
二、默示管辖原则的合理性	87
三、默示管辖原则的正确适用	89
第五章 合同履行地	95
一、国内法和国际公约的规定与实践	95

二、履行地作为涉外合同争议司法管辖依据的价值取向	104
三、履行地管辖依据的正确适用	110
第六章 保护管辖权	120
一、消费合同争议特殊管辖权原则	120
二、雇佣合同争议特殊管辖权原则	127
三、评论与建议	131
第七章 专属管辖权和过分管辖权	139
一、专属管辖权	139
二、过分管辖权	141
三、评论与建议	153
第八章 选购法院和不方便法院说	161
一、选购法院	162
二、不方便法院说	166
三、评论与建议	172
第九章 未决诉讼和禁止诉讼令	188
一、未决诉讼	188
二、禁止诉讼令	194
三、评论与建议	200
第十章 外国判决承认与执行理论	210
一、关于外国判决承认与执行的主要理论	210
二、实际需要加互惠	217
第十一章 承认与执行外国判决的条件	219
一、间接管辖权	219
二、终局判决	226
三、评论与建议	231
第十二章 拒绝承认与执行外国判决的理由	239
一、公共政策	239
二、缺乏适当程序	246
三、未决诉讼和相互抵触的判决	250
四、不存在互惠	254
五、评论与建议	255

第十三章 执行外国判决的程序	269
一、执行程序	269
二、各种执行程序之比较	278
三、评论与建议	282
结 论	289
一、国际合同争议司法管辖权和外国判决执行制度还不够完善	289
二、普遍性管辖权与判决执行公约应当吸收各国普遍接受的 理论与实践	290
三、我国国际私法立法应当更加关注有关国际实践	292
后 记	294

导 论

一、本书的写作目的和研究范围

（一）写作目的

写作本书的目的，是为了对有关国家和国际公约关于国际合同争议管辖权与判决执行的规定和实践进行比较研究。作者重点分析比较我国、瑞士、美国国内法的相关规定以及有关欧洲公约、美洲国家间公约的规定，并对这些领域的新发展和新趋势进行评论。在此基础上，作者就我国现行国际私法立法的修改完善和制定普遍性管辖权与判决执行公约提出建议。

1. 完善我国国际私法相关规定的必要性

自上个世纪 70 年代末实行改革开放政策以来，我国与西方国家以及其他国家之间的经贸联系越来越密切。特别是 1992 年党的第十四次全国代表大会决定建立社会主义市场经济体制和 2001 年底加入世界贸易组织以来，我国对外经贸关系飞速发展，在国际贸易中所占名次稳步提升，2013 年已跃升为世界第一大贸易国，经济总量也已经稳居世界第二位，而且 2014 年可能取代美国成为世界第一大经济体。近十年，我国对外直接投资以年均 40% 的速度高速增长，2012 年投资规模已跃居世界第三位。

随着我国对外交往的迅速发展，涉外民商事争议特别是国际合同争议也大量增加。从 1979 年到 2001 年 9 月，全国各级法院共受理涉外和涉港澳台民商事案件 23340 件，^① 而 2011 年 1 年就受理这几类案件 37215 件，^② 比 1979 年到 2001 年 22 年间受理案件的总数多出 13875 件，约 60%。2013 年 11 月 12 日，党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，对今后一个时期我国的改革开放作出重大决策部署，提出了构建开放型经济新体制的改革目标，以及放宽投资准入、加快自由贸易区建设和扩大内陆沿边开放等三大任务。可以预见，随着全面深化改革、扩大对外开放战略的推进，我国经济将进一步全面融入经济全球化大潮，随之而来的是涉外民商事争议特别是各类国际合同争议的进一步增多。

^① 参见《全国各级法院 22 年间受理涉外和涉港澳台案件 2.3 万件》，载《人民日报海外版》，2002 年 3 月 11 日第二版。

^② 参见《二〇一一年全国法院审理各类案件情况》，载最高人民法院官方网站。

这就迫切要求抓紧建立健全我国的国际私法制度,为及时有效解决这类争议提供有力的制度保障。

然而,我国现行国际私法立法还很不完善,有的规定比较落后,有的规定则暂付阙如,^①明显不能适应实际需要。全面修订现行国际私法立法甚至制定一部专门的单行法,已经成为一项非常紧迫的任务。自上世纪90年代以来,中国国际私法学会加强了相关研究工作。1994年学会起草了《中国国际私法〈示范法〉》(以下简称《示范法》),此后数易其稿,于2000年出版了《示范法》的中英文对照文本。《示范法》的法律适用部分较为先进,有许多新成果。但是,由于对国际司法管辖权和外国判决执行制度的比较研究不够深入,这方面的规定还有许多值得商榷的地方。我国2012年新修订的民事诉讼法,对这两方面的规定也没有多少新意,与1991年公布的民事诉讼法相比,某些方面甚至存在倒退。有关国际司法管辖权和外国判决执行方面的规定对于国际民商事诉讼十分重要,占据国际私法(冲突法)三个重要组成部分中的两个。^②这两者之间也存在极为密切的联系,要完全解决外国判决执行难问题,必须把它与国际司法管辖权制度结合起来研究。^③

2. 制定有关国际公约的必要性

显然,在确定国际司法管辖权的依据时,一国立法机关不能仅仅局限于其自身有关公正、适当、便利的观点,还必须在某种程度上考虑其他国家的利益。在主张和行使国际司法管辖权方面过分考虑本国利益,可能会扰乱国际秩序,遭受法律、

① 参见第三部分的有关内容。

② 国内外学术界对于国际私法的范围一直存在争议,但国际司法管辖权、冲突规范和外国判决的承认与执行构成其核心内容,则是比较一致的观点。Cf., Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 12th ed., edited by Collins, London 1993, p. 4. Cheshire & North, *Private International Law*, 12th ed., under the General Editorship of Lawrence Collins, London 1992, p. 7. B. Dutoit, *Droit international privé suisse: Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2nd ed., Bale et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 2. Scoles & Hay, *Conflict of Laws* (hornbook series 9), 2nd ed., Minnesota 1992, p. 3. J. I. H. Jacob, *Private International Litigation*, 1988, pp. 1-2. J. G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3rd ed., Toronto 1994, pp. 1-2. F. Knoepfler & P. Schweizer, *Droit international privé suisse*, 2nd ed., Berne 1995, Table des matières. D. Siegel, *Conflict of Laws* (in a nutshell), 2nd ed., Minnesota 1994, pp. 31 & 16. M. Wolff, *Private International Law*, 1978, Table of Contents.

③ 有的英国学者批评了把国际司法管辖权和判决执行问题绝对分开的实践,建议将二者结合起来研究。Cf., A. Briggs, *Which Foreign Judgments Should We Recognize Today?* in: 36 *The International and Comparative Law Quarterly* 1987, p. 240.

经济甚至政治上的报复。^① 一国的司法行为要想获得充分的效力,有时需要其他国家的配合。当一国法院作出的判决,只有在另一个国家才能有效执行时,这一点表现得更清楚。所以,在有关国际争议的当事人决定向某国法院起诉前,必须探讨一些策略性问题。例如,该国法院作出的判决,如果由于被告在其境内没有可供执行的财产或者由于其他原因不能得到执行,能否在另一特定国家得到执行?该国受理案件的法官在考虑是否行使管辖权时,也面临同样的问题。如果有关国家认为作出判决的国家缺乏适当的国际司法管辖权,拒不执行其判决,该判决就会成为一纸空文。当事人就不会愿意在该国法院起诉,该国法院也不会受理诉讼。反过来,当一国法院收到有关执行外国判决的申请时,首先要考虑的问题就是作出判决的外国法院是否享有适当的国际司法管辖权。如果答案是否定的,就会拒绝执行该外国判决。可见,国际司法管辖权与判决执行是在诉讼初期和最后阶段都密切相关的两个问题。

许多外国学者认为,某些有关外国判决承认与执行的国际公约之所以失败,一个主要原因就在于它们是所谓的“一元公约”(convention single),仅仅规定了承认与执行问题。^② 为了克服一元公约的缺陷,欧盟的6个创始成员国试图签署一个所谓的“二元公约”(convention double),既规定直接管辖权规则,也规定有关判决承认与执行的规则。经过努力,这些国家于1968年在比利时首都布鲁塞尔签署了《民商事管辖权与判决执行公约》^③ (以下简称《布鲁塞尔公约》)。数十年来,该

① Cf., von Mehren & Trautman, Jurisdiction to Adjudicate: a Suggested Analysis, in: 79 Harvard Law Review 1966, p. 1127, and G. B. Born, Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases, in: 17 The Georgia Journal of International and Comparative Law 1987, pp. 28 - 30. 为了对《法国民法典》第14条的规定进行报复,意大利、比利时、葡萄牙等一些国家纷纷制定了以国籍为依据的管辖权原则,授权其法院对外国被告行使管辖权,如果在同样的情形下该外国被告的本国法院对原告享有管辖权的话。Cf., B. Pearce, The Comity Doctrine as a Barrier to Judicial Jurisdiction: A U. S. - E. U. Comparison, in: 30 Stanford Journal of International Law 1994, p. 540. 对于国籍作为国际司法管辖权依据的详细分析,参见本书第七章的有关内容。

② 关于这方面的详细情况,参见 R. J. Weintraub, How Substantial Is Our Need for a Judgments - Recognition Convention and What Should We Bargain Away to Get It? In: 24 Brooklyn Journal of International Law 1998, pp. 168 - 169, and P. R. Beaumont, A United Kingdom Perspective on the Proposed Hague Judgments Convention, in: 24 Brooklyn Journal of International Law 1998, pp. 79 - 80. 博蒙特(Beaumont)教授认为,“一元公约”无法取消过分管辖依据。

③ I. e., Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, done at Brussels, on September 27, 1968 (French revised version, in: Journal officiel des Communautés européenne, No. C 027 of 26/01/1998, p. 1). 该公约是欧盟的6个创始成员国于1968年在比利时首都布鲁塞尔签订的,适用于欧盟成员国之间。

公约运作良好,被公认为该领域最成功的国际公约。^① 由于欧盟成员国与欧洲自由贸易联盟^②成员国之间存在着十分密切的民商事关系,这两个区域性国际组织于1988年在瑞士南部小城卢伽诺谈判签署了一个与《布鲁塞尔公约》平行的公约,即《民商事管辖权与判决执行公约》^③(以下简称《卢伽诺公约》)。这个公约也取得了同样的成功。1992年6月,在海牙国际私法会议一般事务与政策特别委员会举行的会议上,美国代表团建议由海牙国际私法会议着手准备一个关于国际司法管辖权与判决执行问题的公约。^④ 美国代表团之所以提出这项建议,一方面是因为受到了前述欧洲公约获得巨大成功的鼓舞,另一方面也是因为受到了这两个公约允许对在其缔约国境内没有住所的被告,主张过分管辖权的歧视性实践的威胁。^⑤

① See C. S. Bruch, *Statutory Reform of Constitutional Doctrine: Fitting International Shoe to Family Law*, in 28 *University of California Davis Law Review* 1995, p. 1058. L. Lussier, *A Canadian Perspective*, in: 24 *Brooklyn Journal of International Law* 1998, p. 55. A. F. Lowenfeld, *Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation*, in: 91 *The American Journal of International Law* 1997, pp. 319 - 320. C. Kohler, *Practical Experience of the Brussels Jurisdiction and Judgment Convention in the Six Original Contracting States*, in: 34 *The International and Comparative Law Quarterly* 1985, pp. 563 - 564. F. K. Juenger, *A Hague Judgment Convention?* in: 24 *Brooklyn Journal of International Law* 1998, pp. 116 - 117.

② 即: European Free Trade Association (EFTA)。该组织于1960年5月成立,目标是在西欧取消进口关税、配额和其他贸易壁垒,坚持国际贸易的自由和非歧视实践。创始成员国包括奥地利、丹麦、挪威、葡萄牙、瑞典、瑞士和英国,总部设在瑞士日内瓦。1970年冰岛加入该联盟,1986年芬兰加入,1991年列支敦士登加入。由于英国、丹麦、葡萄牙、奥地利、瑞典、芬兰相继退出,目前该联盟只有挪威、瑞士、冰岛和列支敦士登4个成员国。See P. Jenard & G. Möller, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (done at Lugano on 16 September 1988, hereinafter "Jenard & Möller Report")*, Chapter I (2) B, para. 8.

③ I. e., *Convention on Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, done at Lugano, on September 16, 1988. 这个公约是欧盟成员国与欧洲自由贸易联盟成员国于1988年在瑞士卢伽诺签订的,是《布鲁塞尔公约》的“平行公约”,两个公约的内容几乎完全相同。欧盟成员国与欧洲自由贸易联盟成员国之间、欧洲自由贸易联盟成员国相互之间均适用《卢伽诺公约》。

④ See the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (hereinafter "Permanent Bureau", *Conclusions of the Working Group (meeting on enforcement of judgments)*, Preliminary Documents No. 19, A & D of the Seventeenth Session 1993, the Hague 1995, para. 1.

⑤ See A. T. von MEHREN, *Recognition and Enforcement of United States Judgments Abroad and Foreign Judgments in the United States: Would An International Convention Be Useful?* in: 57 *RabelsZ* 1993, note 9, pp. 452 & 454. P. H. Pfund, *The Project of the Hague Conference on Private International Law to Prepare a Convention on Jurisdiction and the Recognition/Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, in: 24 *Brooklyn Journal of International Law* 1998, p. 9. M. H. Adler, *If We Build It, Will They Come? —The Need for a Multilateral Convention on the Recognition and Enforcement of Civil Monetary Judgments*, in: 26 *Law and Policy in International Business* 1994, p. 91. R. J. Weintraub, *How Substantial Is Our Need for a Judgments - Recognition Convention and What Should We Bargain Away to Get It?* In: 24 *Brooklyn Journal of International Law* 1998, p. 168. 关于对在其缔约国境内没有住所的被告主张过分管辖权问题的详细情况,参见本书第十一章第三部分的有关内容。

海牙国际私法会议接受美国的建议,成立了由9个国家的专家组成的小型工作组。该工作组于1992年在海牙举行会议,一致肯定了由海牙国际私法会议主持多边谈判,制定有关国际司法管辖权与判决执行问题的公约的必要性。^①随着经济全球化程度的进一步加深,国际民商事关系获得空前发展,缺乏普遍性国际司法管辖权与判决执行公约导致的迟延和高成本,越来越多地妨碍了国际民商事交往的顺利开展。工作组倾向于准备一个类似《布鲁塞尔公约》和《卢伽诺公约》的二元公约。^②1994年6月,海牙国际私法会议成立了一个专门委员会,致力于公约的准备工作。^③在1994年举行的第18届海牙国际私法会议上,各成员国一致决定将民商事管辖权与外国判决执行问题作为下一届会议的首要议题。^④经过多年努力,该专门委员会于1999年10月提出了公约草案。由于各国在有关国际司法管辖权的规定上存在巨大分歧,制定海牙普遍性管辖权与判决执行公约的努力最后以失败告终。因此,为了成功制定一个这样的普遍性国际公约,需要进一步加强对有关理论与实践的研究。

(二) 本书的研究范围

在本书中,作者重点对我国有关法律规定和实践与瑞士、美国法律的相关规定和实践进行比较研究。美国被选作普通法系国家的代表。在过去100多年时间里,国际私法理论与实践在该国获得了较大发展。美国也是除欧盟外,我国最大的贸易伙伴,两国间的民商事交往日益密切。瑞士具有典型的大陆法系传统,其法律明显受到奥地利、德国和意大利的影响,因而被选作大陆法系国家的代表。该国1987年公布的国际私法典提供了很好的研究素材,^⑤其丰富的国际私法理论与实践也可供我国立法者借鉴。根据需要,作者也对其他一些国家的相关规定与实践作了研究。

本书的另一个研究重点是相关国际公约,主要是欧洲国家间的《布鲁塞尔公

① See A. T. von Mehren, *op. cit.*, p. 452.

② Ibid.

③ 参见李浩培:《论多边国际民事管辖权公约》,《中国国际法年刊》(1993年卷),第224页至225页。See Permanent Bureau, *Prel. Doc. Nos. 17-19*. A. T. von Mehren, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?* in: 57 *Law and Contemporary Problems* 1994, pp. 271-273.

④ See Permanent Bureau, *Decisions of Matters Pertaining to the Agenda of the Conference, Done at the Hague, October 19, 1996*, in: 35 *International Legal Materials* 1996, point 1, p. 1405. 第19届会议于2000年10月在荷兰海牙举行。

⑤ 《瑞士国际私法》于1989年1月1日开始生效。

约》和《卢伽诺公约》^①以及美洲国家间签订的有关公约。^②这些公约的规定,从另一个角度反映了国际私法相关领域的新发展,这两个欧洲公约还被普遍认为是迄今为止唯一成功的二元公约。^③讨论一国国际私法立法的制定或者修订问题,离不开研究借鉴相关国际公约的规定与实践。这既有助于各国立法者制定出与国际立法相协调、为国际社会普遍接受的法律,^④也有助于促进各国国内立法的统一。如前所述,本次研究的一项重要任务,是探讨签署有关国际司法管辖权与判决执行问题的全球性公约的可行性和可能遇到的障碍,认真研究这些区域性公约大有裨益。海牙国际私法会议组织制定全球性公约的尝试虽然失败了,但其主持召开的多次会议形成的丰富资料,特别是其提出的公约草案,反映了各有关国家的政府官员和著名专家学者在相关问题上的重要观点,也是本书的重要研究素材。根据需要,作者也对其他相关国际公约作了研究。

本书限于篇幅,不可能研究或者解决与国际司法管辖权和外国判决执行有关的所有问题,仅限于有关国际合同争议的司法管辖权和判决执行问题,但排除国家与私人之间的合同争议。这样安排的主要考虑是统一有关合同事务的国内法规定,要比统一其他民商事事务的国内法规定相对容易一些。由于对国际商事仲裁问题已经有了大量分析研究,发表了大量著述,该领域也已经有了几个成功的国际公约,国际商事仲裁管辖权和裁决执行问题也不在本书的研究范围之内。

二、本书的结构和重要术语

(一) 本书的结构

本书首先讨论国际合同争议司法管辖权的依据。第一章简要介绍和分析有关国

① 这两个公约中与本书讨论内容相关的规定几乎完全相同。欧盟一直在研究《布鲁塞尔公约》的修改问题,已经提出了有关建议,本书也将对欧盟提出的修改建议进行分析。See P. R. Beaumont, A United Kingdom Perspective on the Proposed Hague Judgments Convention, in: 24 Brooklyn Journal of International Law 1998, pp. 80-104. European Union, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen: < Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne >, in: Journal officiel des Communautés européennes No. C 33 of 31 January 1998, and Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale, in: Journal officiel des Communautés européennes No. C 33 of 31 January 1998.

② 其中一个条约是在南美共同市场成员国之间签订的。南美共同市场的成员国为阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭。该公约于1996年11月30日起对阿根廷、巴西、巴拉圭等三国生效。See E. T. Alhadeff, Introductory Note (to PROTOCOL), in: 36 International Legal Materials 1997, pp. 1263-1264.

③ 参见本书第3页至第4页的相关内容。

④ 在起草《瑞士国际私法》时,专家们对有关国际公约的规定给予了高度重视。用著名国际私法学家冯·奥弗贝克(von Overbeck)教授的话说,该法是“具有国际眼光的国内法典化”。See A. E. von Overbeck, The New Swiss Codification of Private International Law, 16 FORUM International 1992, pp. 7-8.

际管辖权的几种主要理论,第二章至第五章分别对住所、习惯居所、管辖权协议、默示管辖和合同履行地等几个主要的合同争议管辖依据逐一进行分析比较。在这几章中,作者也对《布鲁塞尔公约》和《卢伽诺公约》规定的管辖依据,与《美洲国家间公约 II》和《议定书》规定的管辖依据进行比较研究。需要指出的是,《布鲁塞尔公约》和《卢伽诺公约》属于所谓的“二元公约”,其管辖权规则实际上既用于确定直接管辖权,也用于确定间接管辖权。《议定书》的规定也有类似功能。^①但是,《美洲国家间公约 II》只规定了间接管辖权规则。^②

本书随后讨论国际司法管辖权的特殊原则和理论。第六章至第九章分别研究分析保护管辖权、^③ 专属和过分管辖权、选购法院 (forum shopping) 和“不方便法院” (forum non conveniens) 说、未决诉讼 (lis pendens) 和禁止诉讼令 (anti-suit injunctions) 等问题。需要指出的是,这几章讨论的某些制度,在本书重点研究的几个国家的国内法和国际公约中并不是普遍存在的。例如,不方便法院说和禁止诉讼令就是典型的普通法上的制度,我国和瑞士法上没有这些制度,欧洲国家间的有关公约也没有接受这些制度。然而,我国有的学者认为,我国国际私法应该引进“不方便法院”原则,海牙特别委员会的有些专家也曾建议海牙普遍性管辖权和判决公约接受不方便法院原则。^④ 所以,有必要对这些制度和相关实践进行分析。

本书最后讨论外国判决执行的规则和程序。第十章首先简要介绍有关外国判决承认与执行的理论。第十一章至第十三章分别比较分析我国、瑞士和美国法上关于承认与执行外国判决的条件、不予承认与执行的理由、执行外国判决的程序,并根据需要分析上述有关国际公约的规定。美国国内有关执行外国判决的规定和实践存在较大差异,主要是由各州法律规定的。该国既没有签署任何相关双边或者多边条约,也没有制定专门的联邦法律。不过,从其判例法和有关法律的规定中,仍然可以得出规范这些事项的原则。这几章的讨论所依据的美国主要法律文件是《统一承认外国金钱判决法》,这部法律在性质上属于州法。作者还参考了美国 1986 年《对

① Cf., Mercosur (Argentina - Brazil - Paraguay - Uruguay): Protocol of Buenos Aires on International Jurisdiction in Disputes Relating to Contracts (hereinafter, “PROTOCOL”), done at Buenos Aires, 5 August 1994, Arts. 3 & 14.

② See Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments (hereinafter, “IAC (II)”), done at La Paz, Bolivia, 1984, Preamble.

③ 海牙特别委员会在讨论中使用了这个术语 (see Permanent Bureau, Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, drawn up by Catherine Kessedjian, Preliminary Document No. 8, 1997, para. 46)。对于保护弱方当事人的特别管辖权原则而言,这是一个合适的术语,本书予以采用。

④ 参见《中国国际私法〈示范法〉》,第 48 条。

外关系法第三次重述》和《冲突法第二次重述》及其1988年修订本。

本书最后有一个简短结论，总结作者关于国际司法管辖权和外国判决执行问题的主要观点，并对进一步完善我国国际私法立法和起草普遍性国际司法管辖权和判决执行公约，提出了初步想法和建议。

此外，为方便读者阅读，本书引用的外文资料在多章出现的，在每章第一次引用时都详细注明，然后使用简称。

（二）重要术语

进入正式讨论前，有必要对本书使用的国际司法管辖权、判决、承认与执行等几个重要术语进行界定。

《布莱克法律辞典》对“国际司法管辖权”的定义是：“法院或者其他组织审理不同国家之间，不同国家的人之间，或者外国之间有关事项的权力”。^① 在本书中，国际司法管辖权仅指国家对涉外案件和外国判决执行的司法管辖权。在国际意义上，司法管辖权包括两层含义：一是由国际公法赋予并受其限制的、某个国家在本国领域内行使司法权的权力。二是承认某个国家的特定法院根据其国内法有权审理案件。本书的讨论仅限于前者，即司法管辖权在不同国家之间的分配，国际私法需要研究的也只是这类问题。后者涉及的是纯国内法问题，应当根据国内法确定。

根据权力理论，司法管辖权传统上分为属人管辖权（*in personam*）、对物管辖权（*in rem*）和准对物管辖权（*quasi in rem*）三类。^② 在现代社会，这种分类已经无助于国际司法管辖权的合理确定。^③ 现代法律文件和著述中，通常采用普遍管辖权和特别管辖权的分类法。美国著名国际私法学者冯·迈伦（*von Mehren*）教授和特欧特曼（*Trautman*）教授在其1966年发表的一篇论文中，首次使用并阐述了这两个概念。^④ 这种分类法具有一定的合理性，对管辖权的确定提供了有益的帮助。不过，似乎很难找到一个适当的管辖依据，可以基于其建立普遍管辖权、审理各种争议。正如本书第七章所揭示的，被告住所虽然是大多数国家都采用的行使普遍管辖权的依据，但有时也不合理。出于这种考虑，本书不对有关管辖权的原则进行分类。

“承认”和“执行”是两个相互联系的概念。宣告个人身份或者所有权、驳回请求或者反请求等方面的外国判决不需要执行，离婚判决也是如此。这些判决只需要得到承认。对于外国金钱判决，如果判决的债务人拒不执行，被请求执行国家的

① See Black's Law Dictionary, 6th ed., 1990, p. 816.

② 参见本书第一章的有关内容。

③ Cf., Mehren & Trautman, *op. cit.*, pp. 1135 - 1136.

④ 根据这两位学者的观点，如果管辖权是基于法院与权利受到影响的人之间直接或者间接关系的，该法院就有权审理各种争议，这就是所谓的普遍管辖权；如果管辖权是基于法院与有关争议之间关系的，该法院一般仅有权审理与建立管辖权有关的争议事项，这就是所谓的特别管辖权。同上注。

法院就需要动用强制力予以执行。简言之,所有外国判决都需要获得承认,但不是得到承认的所有外国判决都需要执行。显然,有关合同争议的判决一般都需要执行。所以,本书将一并讨论外国判决承认与执行的条件,那些条件实际上也基本相同。

在本书中,“判决”一词应当从广义上理解,既包括法院作出的判决书,也包括法院制作的调解书和能够执行的其他法律文书。

三、我国国际私法立法和政策概述

在进入正式讨论前,还有必要简要介绍下我国有关国际司法管辖权和外国判决承认与执行的规定及相关政策的历史发展状况。

(一) 1982 年以前我国的国际私法立法

早在公元 7 世纪中叶,唐朝有关立法中就已经出现了与现代国际私法规则类似的规定。唐朝是我国封建社会的鼎盛时期。那时,成千上万不同种族和国籍的人来到我国,如阿拉伯商人、日本学生、外国佛教徒和基督徒,以及其他不同阶层的外国人。^① 他们大部分聚集在首都长安和少数几个沿海城市。在这种情况下,难免会发生各种涉外纠纷。所以,唐朝《永徽律》中规定了用于解决这类纠纷的法律适用原则:“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”^② 遗憾的是,由于实行封建制度和闭关锁国政策,国际私法在此后没有得到进一步发展。^③

1918 年,北洋军阀政府颁布了《法律适用法》,对法律选择规范作了规定。这部法律是在日本学者帮助下制定的,只不过是德国和日本国际私法的翻版。^④ 该法

① See Koo V. K. W., *The Status of Aliens in China*, New York 1912, p. 19.

② 参见张晋藩:《中国古代法律制度》,中国广播电视出版社 1992 年版,第 58 页。本规定被置于《永徽律》的“总则”编中。由于该法典包含民、刑两类规定,这条一般原则也应当适用于民、刑两类案件。

③ 这是我国法律界的一致观点,但英国的格雷夫森(Graveson)教授不同意这个观点,他指出:“但是,由于中国人与外国人之间民事争议的基本解决方法是通过领事友好调解,法律冲突和管辖权冲突是在对被告国籍选择基础上产生的。通过中国分别与英国、美国、法国、德国、比利时、意大利以及前俄罗斯和奥匈帝国等签署的条约所建立的这项制度,其程序是由被告所属国家的领事适用本国法律审理争议,中国官员作为观察员。如果双方当事人都是外国人,关于被告本国法院的同一原则仍然适用,目的仍然是通过领事友好解决争议……正是通过巧合而不是故意的友好解决争议方式,中国古代法上的原则得到了适用。”See R. Graveson, *The Origins of Conflict of Laws*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert, zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Herbert Bernstein, Ulrich Drobnig und Hein Kötz, Tübingen 1981, pp. 96-97. 作者不明白,在所谓的治外法权制度下,我国古代的冲突法原则是怎样得到遵守的。由于该项制度,我国法院被完全剥夺了对涉外案件的管辖权,我国法律对那些案件适用的可能性也被完全排除了。因此,既没有管辖权的冲突,也没有法律适用上的冲突。没有这两个前提存在,哪有冲突法发挥作用的余地?

④ 参见李双元、金彭年:《中国国际私法》,中国海洋出版社 1991 年版,第 90 页;董立坤:《国际私法论》,法律出版社 1988 年版,第 45 页。该法共计 7 章 27 条。

在我国大陆适用到 1949 年,在台湾地区继续适用到 1953 年。^①新中国成立后,废除了国民党政府时期的所有法律,包括这部《法律适用法》。但是,直到 20 世纪 80 年代初,我国才颁布了含有国际私法规范的法律。

(二) 我国国际私法立法现状

新中国最早的国际私法规范,主要包含在 1982 年制定的《中华人民共和国民事诉讼法〈试行〉》之中。该法专门设立了涉外民事诉讼程序的特别规定编(第五编),规定了一般原则、仲裁、送达和期间、诉讼保全和司法协助,标志着新中国国际私法立法的开端。但是,该编仅有一个条款规定了外国判决的承认与执行问题,没有关于国际司法管辖权的特别规定。依据该法第 185 条的规定,我国法院对涉外案件管辖权的确定,适用与纯国内案件相同的规则。显然,这不能满足司法实践的需要。1986 年制定的《中华人民共和国民事诉讼法通则》,专门设置了涉外民事关系的法律适用一章,对涉外民事关系的法律适用问题作了比较详细的规定。^② 1991 年,全国人大审议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民诉法》),在涉外民事诉讼程序的特别规定编中专设一章,对涉外民商事争议的管辖权问题作了规定,有关外国判决承认与执行的规定也得到了完善。^③《民法通则》和《民诉法》的颁布实施,是我国法律发展史上的重大事件,标志着新中国国际私法立法初具雏形。但是,《民诉法》的规定仍然过于原则,不能适应司法实践的需要。1992 年,最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》)。《民诉法意见》所作的解释,不限于《民诉法》本身的规定,很多解释实际上超出了该法的规定。这些司法解释是非常重要的法律文件,法官在审理案件时必须遵守。^④ 需要明确的是,这些司法解释不是严格意义上的立法,最高人民法院也没有立法权。但在本书的研究中,《民诉法意见》也是一个重要法律文件。此外,全国人大常委会先后于 2007 年、2012 年对《民诉法》作了修正,本书也对相关重要修改作了研究。

在国际立法方面,目前我国还没有签署任何有关国际司法管辖权和判决执行的双边或者多边公约,但一直致力于谈判和签署双边司法协助协定,迄今已经与数十个国家签订了这类协定。这些协定规定了较为便利的相互承认与执行判决的程序,

^① 台湾地区于 1953 年开始适用新的规定,取代了该法。

^② 《民法通则》第 8 章共 9 条,规定了冲突规范。2010 年,我国制定了专门的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》,对涉外民事关系的法律适用作了比较全面的规定,标志着我国国际私法立法得到进一步完善。

^③ 2012 年新修改的民事诉讼法,没有增加有关国际民商事争议管辖权和判决承认与执行的规定,反而删除了《民诉法》有关当事人协议选择法院和默示管辖的条款。

^④ 最高人民法院认为,其司法解释只要不与国家的法律相抵触,就具有法律效力。参见最高人民法院 1997 年 6 月 23 日发布的《关于司法解释工作的若干规定》。

其规定比《民事诉讼法》及其司法解释的规定更加具体和完善,^① 为本书的讨论提供了有价值的参考资料。

此外,中国国际私法学会多年来一直致力于研究我国国际私法法典化问题,起草了《示范法》。该示范法的规定集中反映了我国国际私法学者与实际工作者对有关问题的意见,其中一些规定也有可能被立法机关接受。鉴于《民事诉讼法》及其司法解释对许多重要国际私法问题没有作出规定或者规定得过于原则,《示范法》的规定将作为研究我国有关制度的重要参考。

^① 这些双边司法协助协定的主要内容包括一般原则、司法文书的送达、取证、信息交换和判决与仲裁裁决的执行等。大多数协定限于民商事事务,少数协定同时规定了刑事司法协助问题。