



国际私法原理

肖永平 ■ 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



国际私法原理

肖永平 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际私法原理/肖永平著. —北京:法律出版社,
2003.8

法律出版社新版教科书
ISBN 7-5036-4476-1

I. 国… II. 肖… III. 国际私法—法的理论—高
等学校—教材 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072839 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 司马刚

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/32.25 字数/575 千

版本/2003 年 12 月第 1 版

印次/2003 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4476-1/D·4194

定价:39.00 元



肖永平教授，男，1966年2月出生，1984年—1988年在西南政法学院法律系开始他的法律学习与研究生涯，在此打下了坚实的法学基础。1988年以优异的成绩毕业后考取武汉大学法学院国际私法研究生，1990年提前攻读博士学位，师从韩德培先生。1993年博士毕业后留武汉大学法学院国际法系任教，历任讲师（1993年）、副教授（1995年）、教授（1997年）和博士生导师（1998年）。1998年—1999年在美国哈佛大学作高级访问学者，2000年4—5月在德国马克思——布朗克国际私法与外国私法研究所从事合作研究，先后多次参加在国内外举行的国际学术会议。现任教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所执行所长、武汉大学法学院国际法系主任，兼任中国国际私法学会常务副会长，西北政法学院、上海交通大学、澳门科技大学等高校兼职教授，中国国际经济贸易仲裁委员会、武汉仲裁委员会等仲裁机构仲裁员，《中国国际私法与比较法年刊》执行编委，中国国际法学会理事、湖北省法学会常务理事等职。肖永平教授出版了《肖永平论冲突法》、《冲突法专论》、《中国冲突法立法问题研究》、《中国仲裁法教程》等6部个人专著，主编了《欧盟统一国际私法》、《内地与香港的法律冲突与协调》、《面向二十一世纪的国际法》等10余部教材、著作、论文集，并在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》、《中国国际法年刊》、《中国国际私法与比较法年刊》、（荷兰）《国际私法年刊》（英文）、《美国比较法杂志》（英文）、（香港）《二十一世纪》、（台湾）《华岗法粹》等权威、核心刊物上发表中英文论文120余篇。其代表性学术论文有：《最密切联系原则在中国冲突法中的应用》、《法律冲突新论》、《Proper Law的含义及其中文翻译》、《论冲突规范的发展趋势》、《外国国际私法的新发展与中国国际私法的发展方向》、《市场经济的建立与中国国际私法立法的重构》、《国际私法在互联网背景下面临的挑战》、《入世对我国仲裁法律制度的挑战》、《法理学与国际私法理论的流变》、《美国冲突法革命之后的法律选择方法》、《评香港终审法院关于港居权的判决》（英文）、《大陆与香港特别行政区的法律冲突：协调模式的选择》（英文）等。主持完成了7项科研项目：霍英东基金项目——市场经济与中国国际私法的完善；国家社科基金青年项目——九七以后大陆与香港的法律冲突与协调；武汉大学教改项目——国际法专业课程设置与教学内容改革方案；中欧高教合作项目——欧盟国际私法研究；教育部博士点项目——中国冲突法实证分析；教育部网络课程教材建设计划——《国际私法》；湖北省和武汉大学的教学研究项目——利用多媒体开展国际私法教学的理念、模式和方法。作为主要成员参加了10余项省部级以上的课题。目前正在主持教育部重大项目——中国国际私法的法典化的研究工作。他的多项成果曾获得武汉市社会科学优秀成果一等奖；司法部优秀科研成果一等奖；武汉大学优秀科研成果一等奖；湖北省首届社会科学优秀成果三等奖；霍英东教育基金会第五届高等院校青年教师基金奖等。肖永平教授在2000年获教育部首届“优秀青年教师奖”，并于2001年享受国务院特殊津贴。

前 言

在过去的 20 多年,随着我国法制建设和依法治国方略的确立,中国法学教育的规模得到了飞速发展,但法学教育质量并没有得到同步提高,甚至有以下滑的趋势。造成这种局面的原因是多方面的,而我国法学院现有的不太适应新形势要求的教学内容和教学方式是一个不可忽视的方面。对于国际私法的教学来说,情况更不容乐观,本人曾在给我校法律硕士班讲授国际私法课前作了一个调查,问那些正规法学本科毕业生还记得多少国际私法知识,许多人除了依稀记得反致问题以外,对其他知识则没有什么印象了,更不用说利用国际私法知识解决实际问题!这恐怕也是我国司法部门和立法部门长期忽视国际私法制度和规则的重要原因之一。我自 1993 年博士毕业后一直在武汉大学法学院及武汉大学国际法研究所从事教学和研究工作。除了在国外做访问学者期间,我每年都站在本科教学的第一线,对法学本科教学有一些思考和体验。原计划在 50 岁的时候根据自己的教学经验和研究心得写一本国际私法教材,但在 2001 年我 35 岁的时候,有两件事情催生了这本可能不太成熟的教材:一是我在主持研究湖北省和武汉大学的教学改革项目“基于多媒体开展国际私法教学的理念、模式和方法”以及教育部的“《国际私法》网络教材”建设时,需要对自己近十年的教学心得进行总结和提炼,本书后面的附录就是我的初步总结,建议本教材的使用者先看看我所提倡的教和学的方法。二是法律出版社的教育出版中心主任丁小宣先生约我写一本从形式到内容都有所不同的《国际私法原理》,这与我的想法不谋而合。经过多次讨论,我谨慎地答应在 2002 年年底完成书稿,尽管有经过多次修改的。讲义作基础,但实际写起来,我发现仍有相当的难度,我的交稿日期便一拖再拖下来。我要衷心感谢丁小宣先生和法律出版社的宽容,让我比较从容地完成了这部教材的写作,并以最快的速度让她面世。

这本《国际私法原理》以我倡导的问题教学模式和“五 I 学习法”为基本依据,并不刻意追求国际私法学体系的完整性,而是以自己认为重要的问题为基本知识点来安排章节。因为在有限的 72 课时(有的学校的课时可能更少)内,教师不可能面面俱到地讲授国际私法的所有问题。所以,本书的体例与国内外的所有教材有所不同。值得说明的是,这并不表明我对国际私法范围的看法。关于教材内容,正如书名所示,侧重揭示国际私法的基本原理,并最大限度地结合中国的立法、司法和仲裁实践。我在教学实践中发现,许多学生对国外古老的案例不感兴趣,误以为国际私法离我们的实际非常遥远,容易丧失学习的积极性。所以,本书讨论和分析的案例,80% 以上是中国近年的实际案例,这也是我国其他国际私法教材仅见的。在摘编案例的过程中,本人对有些案例作了具体的分析,有些案例介绍了事实并提出

了争诉问题,有些案例只介绍了事实,这便于教师根据需要安排自己的教学。在基本原理和基本知识的表达方式方面,我尽量采用图、表等较直观的方法,以便引起学生的兴趣并留下较深刻的印象。当然,这还是尝试性的,要用图表表达抽象的国际私法原理有时非常困难,本书中的有些设计可能不科学,希望读者批评指正。此外,为了照顾那些想进一步学习国际私法或为了备考研究生的同学,每一章都推荐了阅读材料,特别考虑到国际私法的国际性和双语教学的需要,每章还摘编了一些英文的权威论述,作为双语教学的基本素材。

尽管如此,该教材毕竟是尝试性的,还有很多不完善的地方,希望学界同仁多提宝贵意见,以便我不断地修订完善之。

肖永平

2002年12月30日

武汉大学国际法研究所

目 录

前言

第 1 章 国际私法学的十个基本理念	(1)
1.1 国内案件与国际私法案件	(2)
1.2 程序法问题与实体法问题	(3)
1.3 直接调整方法与间接调整方法	(4)
1.4 国内法渊源与国际法渊源	(6)
1.5 内国民商法与外国国民商法	(9)
1.6 国家主权与适用外国法	(10)
1.7 识别、管辖权与法律适用问题	(12)
1.8 分割方法与司法任务的简单化	(16)
1.9 诉讼与仲裁	(18)
1.10 立法管辖权与司法管辖权	(19)
1.11 小结	(19)
问题与思考	(20)
推荐阅读材料	(20)
第 2 章 什么是国际私法	(24)
2.1 国际私法与国际私法学	(25)
2.2 国际民商事关系	(25)
2.3 国际私法的规范	(26)
2.4 国际私法的性质	(30)
2.5 国际私法的名称	(32)
2.6 小结	(33)
问题与思考	(34)
推荐阅读材料	(34)
第 3 章 适用外国法的理由	(39)
3.1 法则区别说(Theory of Statutes)	(40)
3.2 国际礼让说(Comitas Gentium)	(41)

3.3	法律关系本坐说(The Seat of Legal Relationship Theory)	(42)
3.4	国籍原则(Nationality Doctrine)	(43)
3.5	既得权说(Doctrine of Vested Rights)	(44)
3.6	法律社会目的说(Doctrine of the Purpose of Law)	(44)
3.7	本地法说(Local Law Theory)	(45)
3.8	政府利益分析说(Theory of Governmental Interests Analysis)	(45)
3.9	最密切联系说(Doctrine of the Most Significant Relationship)	(46)
3.10	国际交往互利说(Theory of Mutual Benefits in International Communication)	(47)
3.11	小结	(47)
	问题与思考	(48)
	推荐阅读材料	(48)
第4章	国际私法关系的主体	(53)
4.1	自然人的国籍冲突及其解决	(54)
4.2	自然人的住所冲突及其解决	(56)
4.3	《解决本国法和住所地法冲突的公约》	(57)
4.4	自然人权利能力的法律适用	(57)
4.5	自然人行为能力的法律适用	(59)
4.6	法人的国籍	(61)
4.7	法人的住所	(63)
4.8	外国法人的认可	(64)
4.9	法人权利能力和行为能力的法律适用	(65)
4.10	外国人民事法律地位的几种制度	(67)
4.11	小结	(71)
	问题与思考	(72)
	推荐阅读材料	(72)
第5章	冲突法的几个特有概念	(76)
5.1	法律冲突(Conflict of Laws)	(77)
5.2	冲突规范(Conflict Rules)	(79)
5.3	连结点(Point of Contact)	(81)
5.4	系属公式(Formula of Attribution)	(83)
5.5	小结	(84)
	问题与思考	(86)
	推荐阅读材料	(86)

第 6 章 准据法的选择与适用	(89)
6.1 准据法的概念与特点	(90)
6.2 准据法的选择方法	(91)
6.3 时际法律冲突与准据法的确定	(96)
6.4 区际法律冲突与准据法的确定	(98)
6.5 人际法律冲突与准据法的确定	(99)
6.6 先决问题准据法的确定	(99)
6.7 准据法内容的查明	(101)
6.8 小结	(106)
问题与思考	(107)
推荐阅读材料	(107)
第 7 章 冲突法的一般问题	(110)
7.1 识别	(111)
7.2 反致	(119)
7.3 法律规避	(124)
7.4 公共秩序保留	(126)
7.5 小结	(134)
问题与思考	(136)
推荐阅读材料	(137)
第 8 章 物权的法律适用	(140)
8.1 动产与不动产的区分	(141)
8.2 物之所在地法原则	(141)
8.3 特殊动产的法律适用问题	(144)
8.4 国有化及其补偿问题	(147)
8.5 小结	(149)
问题与思考	(150)
推荐阅读材料	(151)
第 9 章 知识产权的法律适用	(153)
9.1 知识产权的法律冲突	(154)
9.2 专利权的法律适用	(155)
9.3 商标权的法律适用	(157)
9.4 著作权的法律适用	(158)
9.5 互联网背景下的知识产权保护	(161)
9.6 小结	(169)

问题与思考	(170)
推荐阅读材料	(170)
第 10 章 合同的法律适用	(173)
10.1 国际合同的含义	(174)
10.2 合同准据法的含义	(174)
10.3 解决合同法律适用问题的不同方法论	(174)
10.4 确定合同准据法的具体方法	(176)
10.5 合同的特殊方面和特殊合同的法律适用	(184)
10.6 我国关于合同法律适用的理论与实践	(185)
10.7 电子合同的法律适用问题	(187)
10.8 小结	(190)
问题与思考	(190)
推荐阅读材料	(191)
第 11 章 侵权行为的法律适用	(193)
11.1 侵权行为及其法律冲突	(194)
11.2 一般侵权行为的法律适用规则	(194)
11.3 若干特殊侵权行为的法律适用	(196)
11.4 我国关于侵权行为法律适用的立法与司法实践	(200)
11.5 网络侵权行为的法律适用	(201)
11.6 小结	(204)
问题与思考	(205)
推荐阅读材料	(206)
第 12 章 婚姻家庭关系的法律适用	(208)
12.1 涉外结婚的法律适用规则	(209)
12.2 涉外夫妻关系的法律适用规则	(209)
12.3 涉外离婚的法律适用规则	(210)
12.4 涉外父母子女关系的法律适用规则	(211)
12.5 涉外收养的法律适用规则	(212)
12.6 涉外监护的法律适用规则	(213)
12.7 涉外扶养的法律适用规则	(213)
12.8 我国现行立法中关于婚姻家庭关系法律适用的规定	(214)
12.9 小结	(216)
问题与思考	(216)
推荐阅读材料	(217)

第 13 章 继承的法律适用	(219)
13.1 法定继承的法律适用规则	(220)
13.2 遗嘱的法律适用规则	(220)
13.3 关于遗嘱和继承的海牙公约	(221)
13.4 我国关于涉外继承法律适用的立法与实践	(222)
13.5 小结	(223)
问题与思考	(224)
推荐阅读材料	(225)
第 14 章 国际商事关系的法律适用	(227)
14.1 国际代理关系的法律适用	(228)
14.2 国际投资关系的法律适用	(232)
14.3 国际金融关系的法律适用	(235)
14.4 国际票据关系的法律适用	(239)
14.5 国际破产的法律适用	(243)
14.6 国际运输关系的法律适用	(246)
14.7 国际保理的法律适用	(249)
14.8 国际服务贸易的法律适用	(252)
14.9 信用证的法律适用	(255)
14.10 国际信托的法律适用	(260)
14.11 小结	(262)
问题与思考	(263)
推荐阅读材料	(263)
第 15 章 国际海事关系的法律适用	(269)
15.1 确定船舶国籍的准据法	(270)
15.2 船舶所有权的法律适用	(273)
15.3 船舶优先权的法律适用	(274)
15.4 船舶抵押权的法律适用	(276)
15.5 海事赔偿责任限制的法律适用	(278)
15.6 海事契约的法律适用	(280)
15.7 船舶碰撞的法律适用	(281)
15.8 海难救助的法律适用	(283)
15.9 共同海损的法律适用	(284)
15.10 小结	(286)
问题与思考	(286)

推荐阅读材料	(287)
第 16 章 国际私法条约的适用	(292)
16.1 国际私法条约的种类	(293)
16.2 一般国际条约在国内的适用方式	(293)
16.3 中国适用国际私法条约的一般规则	(295)
16.4 国际统一实体法条约在我国的适用	(297)
16.5 国际统一程序法条约在我国的适用	(301)
16.7 国际统一冲突法条约在我国的适用	(303)
16.7 WTO 协议在我国的适用	(304)
16.8 小结	(307)
问题与思考	(308)
推荐阅读材料	(309)
第 17 章 国际商事惯例的适用	(313)
17.1 国际商事惯例的含义和特点	(314)
17.2 国际商事惯例取得法律效力的途径	(315)
17.3 国际商事惯例法律效力的表现形式	(317)
17.4 国际商事惯例的识别和查明	(318)
17.5 适用国际商事惯例的条件与方式	(321)
17.6 适用国际商事惯例的冲突及其解决	(324)
17.7 国际商事惯例在我国的适用	(325)
17.8 小结	(328)
问题与思考	(329)
推荐阅读材料	(330)
第 18 章 国际民事管辖权	(334)
18.1 国际民事管辖权的意义和分类	(336)
18.2 确定国际民事管辖权的一般规则	(337)
18.3 各国立法中确定国际民事管辖权的管辖根据	(341)
18.4 国际民事管辖权的冲突及其协调	(344)
18.5 从立法管辖权到司法管辖权	(351)
18.6 国际条约中的国际民事管辖权制度	(362)
18.7 我国关于国际民事管辖权的规定	(365)
18.8 涉网案件的民事管辖权问题	(369)
18.9 小结	(375)
问题与思考	(377)

推荐阅读材料	(377)
第 19 章 国际民事司法协助	(385)
19.1 国际民事司法协助的概念和特征	(386)
19.2 国际民事司法协助的依据和法律渊源	(388)
19.3 国际民事司法协助的法律适用	(390)
19.4 国际民事司法协助中有关机关的职能	(391)
19.5 域外送达的方式	(392)
19.6 无法送达与拒绝送达	(397)
19.7 1965 年《海牙送达公约》	(397)
19.8 中国的域外送达制度	(399)
19.9 域外取证制度	(404)
19.10 1970 年《海牙取证公约》	(405)
19.11 中国的域外取证制度	(408)
19.12 小结	(409)
问题与思考	(411)
推荐阅读材料	(411)
第 20 章 外国法院判决的承认与执行	(417)
20.1 “外国法院判决”之界定	(418)
20.2 承认与执行外国法院判决的理论依据	(418)
20.3 承认与执行外国法院判决的条件	(420)
20.4 承认与执行外国法院判决的方式	(423)
20.5 我国承认与执行外国法院判决的制度	(424)
20.6 小结	(427)
问题与思考	(428)
推荐阅读材料	(428)
第 21 章 国际商事仲裁协议	(432)
21.1 仲裁协议的概念和种类	(434)
21.2 仲裁协议的内容	(435)
21.3 仲裁协议的法律效力	(437)
21.4 有效仲裁协议的确认	(439)
21.5 仲裁协议的“书面”要求	(444)
21.6 有缺陷的仲裁协议的补救方法	(447)
21.7 合同当事人变更后仲裁协议的效力	(449)
21.8 仲裁条款的独立性问题	(453)

21.9	小结	(455)
	问题与思考	(456)
	推荐阅读材料	(457)
第 22 章	国际商事仲裁的法律适用	(462)
22.1	国际商事仲裁程序的法律适用	(463)
22.2	国际商事仲裁中实体问题的法律适用	(464)
22.3	国际商事仲裁中的“非国内化”理论	(469)
22.4	我国仲裁机构的实践	(470)
22.5	小结	(472)
	问题与思考	(473)
	推荐阅读材料	(474)
第 23 章	仲裁裁决的承认与执行	(477)
23.1	内国仲裁裁决与外国仲裁裁决的区分	(478)
23.2	承认与执行外国仲裁裁决的程序规则	(479)
23.3	申请承认与执行仲裁裁决的认证与证明问题	(480)
23.4	拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由	(482)
23.5	我国关于仲裁裁决的承认与执行的法律制度	(486)
23.6	小结	(496)
	问题与思考	(498)
	推荐阅读材料	(499)

第1章 国际私法学的十个基本概念

当一个国家的法院或其他纠纷解决机构(如仲裁机构)需要处理一个含有涉外因素的民商事案件时,常遇到一些特殊的法律问题需要处理,如司法管辖权的确定、具体选择适用什么地方的法律,国际条约和国际惯例的适用规则、判决的相互承认与执行等等。对这些问题的处理,现代各国均规定了一些规则,这就是国际私法规则。作为研究这些规则的国际私法学,内容非常广泛,但有一些最基本的关系和理念或者贯穿于国际私法的所有领域,或者是一些前提性问题,或者是分析和研究国际私法问题的起点问题。本章提炼出国际私法学的十对关系,并归纳出其最基本的理念,这对我们学习和运用国际私法具有重要意义。通过本章的学习,你应该能够:

- 了解区分国内案件与国际私法案件的意义和标准
- 掌握解决程序法问题和实体法问题法律适用的基本规则
- 理解直接调整方法和间接调整方法的互相关系
- 知道我国国际私法的国内法渊源和国际法渊源
- 强调内国民商法与外国国民商法的平等
- 解释适用外国法与尊重国家主权的关系
- 描述识别问题、管辖权问题和法律适用问题的逻辑过程
- 理解分割法与司法任务的简单化之间的对立统一关系
- 了解诉讼和仲裁在解决国际民商事争议中的基本关系
- 掌握立法管辖权与司法管辖权的区分意义和考虑因素

1.1 国内案件与国际私法案件

冲突规范 (Conflict Rule), 指明某一国际私法案件应该适用什么地方法律的法律规范。

直接适用的法 (loi d'application immédiate): 法院无须援引冲突规范而径直直接适用涉及该国强制适用效力的法律规范于国际私法案件。

国际私法案件 (Private International Law Cases): 含有涉外因素的民商事案件。

国内案件 (Domestic Cases): 不含任何涉外因素的民商事案件。

普通法系 (Common Law System): 又称英美法系, 是英国从 11 世纪起主要渊于日耳曼习惯法的普通法为基础, 逐渐形成的一种独特的法律制度以及仿效英国的其他国家和地区的法律制度。

按照民商事案件是否具有涉外因素, 一个国家的法院或其他纠纷解决机构对其受理的民商事案件(私法案件)首先区分为国内案件和国际私法案件。对于国内案件, 法院直接适用国内民法解决案件中的实体法问题, 同时直接适用国内民事诉讼法解决案件中的程序法问题; 而对于国际私法案件, 法院必须适用国际私法规则选择适用本国的实体法或外国的实体法解决问题, 其适用依据在国际私法上称为“冲突规范”或“直接适用的法”。法院通过国际私法中的冲突规范或“直接适用的法”选择适用本国的实体法或外国的实体法解决案件中的实体法问题, 同时直接适用国内关于国际民事诉讼的特别规定解决案件中面临的程序法问题。此外, 按照我国现有的法律, 有关的国际条约和国际惯例一般也只适用于国际私法案件, 也就是我国的立法和司法实践所谓的“涉外民商事案件”。

因此, 国内案件和国际私法案件的区分具有十分重要的意义, 它是适用国际私法规则的前提性问题。一般说来, 凡是一个民商事案件中含有涉外因素(foreign elements)的, 不管是实体法律关系中的涉外因素, 还是程序法律关系中的涉外因素, 均构成一个国际私法案件; 反之, 没有任何涉外因素的民商事案件就是国内案件。但何谓“涉外因素”, 国际上并没有统一的定义, 总体说来, 普通法系国家和西欧国家的理解比较宽泛, 而前苏联学者的解释比较狭窄。我国的绝大多数学者受前苏联国际私法学的影响, 把涉外民商事关系概括为民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中至少有一个涉及外国。这种概括是否可以作为国内案件和国际私法案件的划分标准呢? 请看下列案件。

[案例 1.1] 世行贷款建设调整公路案

世界银行给中国政府一笔贷款, 用于在某地建设一条高速公路。该地成立了一个法人组织——高速公路指挥部负责建设工作。工程项目采用国际招标方式, 有几个中国公司中标成为承包人。后来, 一个中国公司与公路指挥部之间发生经济纠纷, 双方根据合同规定, 提交中国某涉外仲裁机构进行仲裁。

该案的涉外因素是明显的: (1) 该案合同文件是以《世界银行贷款项目招标采购文件范本》为基础签订的; (2) 承包人的资格必须经世界银行审查认定; (3) 该项目所有货物和服务必须来源于世界银行《采购指南》中规定的合格货源国; (4) 该项目的招标、开标和评标需有世界银行参与, 中标须经世

界银行批准;(5)监理工程师的聘任要经世界银行批准,监理工程师中要有外国工程师;(6)承包人每月的工程进度、质量、计量和工程款的支付均要报告世界银行;(7)世界银行每年派代表对本项目在工程进度、质量、计量和工程款支付等方面进行一至二次的审查;(8)该工程如发生设计变更或协议的补充以及分包、转让,都须报世界银行批准方能生效;(9)工程的交工、验收最终要经世界银行确认;(10)全部合同文件和往来信函均以英文为准。^[1]

如果按照我国学者概括的上述标准来衡量,该案法律关系的参加者都是中国法人,客体(公路)位于中国,法律事实(投标、招标和发生经济纠纷)发生在中国,似乎不能认定为国际私法案件,这显然是不恰当的。因此,认定国际私法案件的“涉外因素”标准应是一个广泛的概念,其形式是多样的,不应拘限于上述三种情况,而包括所有与外国法(或外域法)有实质联系的“涉外”情况。

我国现行立法和司法解释并没有对“涉外民商事案件”的概念下定义,但最高人民法院于2001年12月25日通过的《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》对需要集中管辖的涉外民商事案件作了列举:(1)涉外合同纠纷案件,指法人之间、法人与其他组织之间发生的国际经济贸易、投资、金融、保险、融资租赁、担保、证券、期货、信托、合作、经营等方面的合同纠纷案件;(2)涉外侵权案件,主要指国际贸易欺诈、涉外票据、证券权益、股东权、损害公司权益、财产所有权等纠纷案件;(3)信用证纠纷案件的主体并不限于一方或双方是外国的当事人,有时案件双方虽都是国内当事人,只要有涉外因素,仍属于涉外民商事案件;(4)申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件,这里的国际仲裁裁决既包括外国仲裁机构的仲裁裁决,也包括中国国际经济贸易仲裁委员会及其分支机构的涉外仲裁裁决;(5)审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件;(6)申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。由于最高人民法院内部审判机构职能的分工,发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件,涉外房地产案件和涉外知识产权案件,尽管不实行集中管辖,很显然属于“涉外民商事案件”。^[2]由此可见,我国法院对“国际私法案件”的理解也是非常广泛的。

1.2 程序法问题与实体法问题

一个法院受理一个国际私法案件以后,有时会遇到多个需要解决的争讼问题。各国法院的普遍实践是:首先将这些问题划分为程序法问题和实体法问题。其次,对于程序法问题,各国法院只适用法院地法,而对于实体