

研究生教学用书

教育部研究生工作办公室推荐

第二版

国际民事诉讼法概论

International Civil Procedure :

An Introduction

李双元 谢石松 著

武汉大学出版社

077...
L...
研究生教学用书

教育部研究生工作办公室推荐

第二版

国际民事诉讼法概论

International Civil Procedure :

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际民事诉讼法概论/李双元,谢石松著. —2版. —武汉:武汉大学出版社,2001.7

研究生教学用书

教育部研究生工作办公室推荐

ISBN 7-307-03224-4

I. 国… II. ①李… ②谢… III. 国际法:民事诉讼法—概论
IV. D997.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 029295 号

责任编辑:王军风 责任校对:程小宜 版式设计:支 笛

出版: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)

发行:新华书店湖北发行所

印刷:武汉大学出版社印刷总厂

开本:787×960 1/16 印张:38.25 字数:618千字 插页:4

版次:1990年5月第1版 2001年7月第2版

2001年7月第2版第1次印刷

ISBN 7-307-03224-4/D·445 定价:52.50元

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

第二版前言

《国际民事诉讼法概论》自1990年出版以后，中间虽曾重印，但目前已在书市脱销；尤其是去年经教育部研究生工作处组织专家评议并审定列为研究生教材，因而必须再版了。

由于20世纪末国际社会的国际民事诉讼制度和国际民事诉讼法学均有了很大的发展，我们国家在这一领域的立法和理论研究也取得许多新的成果，有必要趁此次再版，删去一些陈旧的东西，增加有关领域的新的内容。此外，对引用的大量外国文献资料特别是对匈牙利著名国际私法和国际民事诉讼法学家萨瑟的原著《国际民事诉讼法比较研究》^①中旁征博引的有关论述的翻译，都迫切需要重新认真地逐字逐句地做一番审校与订正，以求更准确地反映被引文献的作者的原意，同时使读者在阅读时尽可能减少艰涩难懂的地方。

这次修订工作，在保持第一版的丰富内容的基础上，增加了不少国内国际立法和理论研究的新成果，在体系上作了一些重要的调整，包括将原来的五编改为现在的三编，即总论、分论和国际商事仲裁，并将原来属于第三编的第九章、第十章移入现在的总论编，且分别改为第三章和第六章，使之更为科学合理；同时还在法院管辖权部分，整整增加了一章，在其他许多章节中，也增加了不少国内和国际新立法的内容。

这项工作从去年下半年即已着手，为使其尽早完成，如期出版，减少现在分别在远隔千里的两地工作的作者稿件往还和共同讨论的不便，同时也有利于在一些基本问题上能以一种观点一以贯之地进行阐述，这次的修订增补工作，主要是由第一作者来进行的。但谢石松教授仍不顾日常教学和研究工作的繁忙，对本书第一版从头至尾，仔细地作了通

^① 这部名著在本书中简称为《国际民事诉讼法》。

读，订正了不少错漏，增补了国内 1990 年以来许多新的立法的内容。因而这个修订版之得以及早面世，仍可以说是两位作者共同努力的结果。

在对本书的修订增补工作完成之后，我们不能不进一步深切地感到，对国际民事诉讼法作系统、深入的研究，是具有极其重要而迫切的理论与实际意义的。国际民事诉讼法学，作为一门重要的法学专业课程，不但对攻读国际法硕士和博士学位的研究生是必不可少的，即使对其他法律学科的学生，也很有必要。国际民事诉讼案件的大量增加，在我国加入 WTO 之后，当无疑义。而要在保护国际民商事交往中我国和外国当事人的实体权益的诉讼程序中，充分、正确地发挥国际民事诉讼法的作用，不能不对国际民事诉讼法的全部内容和制度，有系统而深刻的了解和研究。因此，国内过去往往只把国际民事诉讼法的某些内容，简单地或附设于国际私法学或附设于国内民事诉讼法学之后，同时也没有专门开设国际民事诉讼课程的状况，理应尽快加以改变。这就要求有更多更好的国际民事诉讼法学的专著和教材出版。

最后，要特别提到的是，为本书的修订与增补工作能顺利进行，蒋新苗、郭玉军、赵健、张茂、邓杰、罗剑文、周辉斌、杜涛、粟烟涛、邹国勇等博士或博士研究生为我提供了许多极有价值的资料。周后春、欧福永、熊之才三位研究生还直接协助我完成了好几章的修订增补任务。武汉大学出版社也给予了我们大力的支持。特此一并致谢。

李双元

2001 年 3 月 12 日

于岳麓山下

序（第一版）

在当今国际社会，一个实行对外开放的国家，因为国际民商事关系的大量发生，国际民事争议也会相应增加。因此，国家不但要有完备的冲突法（在我国叫涉外民事关系法律适用法）制度，而且要有完备的国际民事诉讼法制度。国外曾有人指出：在调整国际民事关系并保证国际民事交往安全方面，国际民事诉讼法和冲突法犹如一个车子的两个轮子，二者是不可或缺其一的^①。国际民事诉讼法之所以重要，是因为国际民事关系都有可能转化为国际民事争议而引起国际民事诉讼的发生。

国际民事诉讼法所包括的主要内容可概括地分为国际民事管辖权、诉讼程序制度和国外诉讼程序在国内的效力等三个方面。其中国际民事管辖权是指一法院对有关的国际民事案件是否有权受理和作出有效的判决；诉讼程序制度是指那些在审判国际民事案件时应适用的各种特别规定，如外国人在国内进行民事诉讼的权利能力和行为能力，诉讼费用担保和诉讼费用免除，证据法则，外国实体法和程序法的确定及适用，国际司法协助以及反诉制度等；国外诉讼程序在国内的效力则包括国外未决和已决诉讼的效力的承认和执行的问题。此外，国际商事仲裁制度虽然在性质上不同于国际民事诉讼，但在解决国际经济贸易和海事争议方面已成为越来越经常采用的手段，它不但与国际民事诉讼起着并行不悖的作用，并且还要涉及国际民事诉讼法上的许多重要理论和制度，目前，大多数学者主张在国际民事诉讼法学中，同时研究国际商事仲裁的内容。由此可见，国际民事诉讼法在体系上是相当庞大的，其内容也比较复杂。

对于国际民事诉讼法是不是一个独立于国际私法之外的法律部门的

^① 参看池原季雄：《国际私法总论》，第1章第3节。

问题，各国学者常有不同的观点。如瑞士、匈牙利、奥地利的许多学者，对这个问题多取肯定的回答，主张它是一个独立的法律部门；而英国、美国、法国等国的学者则取否定的回答，不认为它是一个独立的法律部门。但英、美等国国际私法既只解决涉外民事案件的法院管辖权、法律适用和外国判决的承认与执行三个方面的问题，因而，除这些以外的其他各种诉讼法上的问题，便在国际私法中得不到解答。法国学者多把国际私法分为国籍法、外国人法以及法律冲突法和法院的有关活动三个部分，同时把诉讼费用担保和法律救助等制度放在第二部分即外国人法中讨论，而把其他诉讼程序制度放在第三部分加以研究，这虽远较英、美国际私法全面，但就国际民事诉讼法部分而言，体系不够科学，内容也不集中。我国法学界对这个问题迄今尚未进行深入讨论，但一般也主张不宜把国际民事诉讼法当作一个独立于国际私法之外的法律部门对待，而应作为国际私法的一个不可分割的重要组成部分或一个重要分枝，以利于从国际私法的统一立场上去进行研究^①。

但是，应该指出，近十年来，在我国国际私法研究和教学工作中，对冲突法的研究虽有了很大的发展，而在国际民事诉讼法方面，则不能不说还是一个比较薄弱的环节。为此，早在三年前，于拙著《国际私法（冲突法篇）》问世以后，在有关部门的支持下，得以将我主持的“在对外开放中建立和健全我国国际民事诉讼程序制度的研究”课题，列入国家教育委员会哲学社会科学博士点基金项目，并在国际私法博士研究生谢石松同志的大力配合和协助下，着手国际民事诉讼法的研究。在这项工作进行中，黄惠康博士、徐国建、张明杰等博士研究生，还利用在国外讲学和学习的机会，为我们搜集了许多宝贵的资料。外交部条法司徐宏同志也给我们提供了很多帮助。这里，摆在读者面前的这部著作，便是我们这项研究工作的初步成果。但限于作者的水平，本书诸多不妥或错误之处，均盼得到国内涉外司法、仲裁部门和国际私法学界的专家学者和广大读者的批评指正。

李双元

1989年11月24日于珞珈山

^① 参看李双元：《国际私法（冲突法篇）》，第29～30页。

目 录

第二版前言	(1)
序 (第一版)	(1)

第一编 总 论

第一章 国际民事诉讼法的概念	(3)
第一节 民事诉讼法的概念	(3)
一、民事诉讼和民事诉讼法	(3)
二、民事诉讼程序和审判外程序	(5)
三、民事诉讼法律关系	(6)
第二节 国际民事诉讼和国际民事诉讼法	(8)
一、国际民事诉讼和国际民事诉讼法的概念	(8)
二、国际民事诉讼法是不是一个独立的法律部门?	(10)
三、国际民事诉讼法的名称问题	(13)
第三节 国际民事诉讼法的性质及其与邻近法律部门的关系	(15)
一、它是公法还是私法?	(15)
二、它与国际法的关系	(17)
三、它与国际私法和其他几种冲突法的关系	(18)
四、它与实体法的关系	(20)
第四节 国际民事诉讼法的渊源	(26)
一、概述	(26)
二、国内立法	(27)
三、国际条约	(29)
第五节 中华人民共和国的国际民事诉讼法和国际民事 诉讼法学	(33)

第二章 国际民事诉讼法的历史	(37)
第一节 奴隶制时期的国际民事诉讼法	(37)
一、概述	(37)
二、几个古老法律中的国际民事诉讼法	(39)
第二节 封建制时期的国际民事诉讼法	(41)
一、概述	(41)
二、中世纪三个不同时期的国际民事诉讼法	(42)
第三节 资本主义时期的国际民事诉讼法	(45)
一、概述	(45)
二、国际民事诉讼条约的起源和发展	(46)
三、资本主义国际民事诉讼法的主要内容	(47)
第四节 社会主义国家的国际民事诉讼法	(54)
第五节 国际民事诉讼法学的历史	(56)
第三章 国际民事诉讼程序的法律适用	(60)
第一节 概述	(60)
第二节 国际民事诉讼程序法律适用的几种传统理论	(62)
一、预先排除说 (Priori excluded)	(62)
二、有效说或方便说	(66)
三、“decisoria lits”与“ordinatoria lits”	(69)
第三节 最密切联系原则应是国际民事诉讼程序法律适用 的主要原则	(74)
一、理论和方法上的根据	(74)
二、具体的运用	(75)
第四章 国际民事诉讼法规范	(80)
第一节 国际民事诉讼法规范的体系	(80)
一、概述	(80)
二、国际民事诉讼法规范的种类	(81)
第二节 国际民事诉讼法中的冲突规范	(84)
一、冲突规范的种类	(84)
二、立法、司法管辖权和法律适用的冲突规范	(86)
三、公法领域中的冲突规范	(88)
四、单边冲突规范和双边冲突规范	(90)

第三节 连结点	(91)
一、概述	(91)
二、连结点的种类	(93)
三、国籍	(95)
四、住所	(99)
五、财产所在地	(101)
六、行为地	(103)
七、当事人的意思自治	(104)
第五章 国际民事诉讼法中与冲突规范适用有关的制度	(106)
第一节 冲突规范之间的二级冲突问题	(106)
第二节 识别	(107)
一、概述	(107)
二、萨瑟关于识别与识别的修正的理论	(109)
三、国际民事诉讼法中的识别	(111)
四、法院地法在识别中的适用和限制	(113)
第三节 反致和转致 (Remission and Transmission)	(118)
一、概述	(118)
二、接受和拒绝反致的理论	(119)
三、反致在国际民事诉讼法中的适用	(123)
第四节 先决问题 (Preliminary Questions)	(125)
一、概述	(125)
二、国际民事诉讼法中的先决问题	(127)
三、先决问题的解决	(129)
第五节 适用更有效的法律的原则	(130)
一、概述	(130)
二、适用更有效的法律和最密切联系原则	(131)
三、国际民事诉讼中的适用更有效法律原则	(133)
第六节 适用多数同一裁判原则 (Principle of Identical Majority Adjudgement)	(135)
第七节 双重冲突规范原则 (Principle of Duplicating Conflict Rules)	(136)
第八节 外国实体法、诉讼法适用的排除	(137)
一、排除的各种根据	(137)

目 录

二、公共政策（公共秩序）条款（Clause of Public Policy）	（140）
三、互惠（Reciprocity）	（143）
四、法律的欺诈性规避（Fraudulent Evasion of the Law）	（146）
第六章 外国法适用中的其他几个问题	（150）
第一节 外国法的适用和处分原则	（150）
第二节 外国法内容的确定和听讯原则	（152）
一、听讯原则及其适用	（152）
二、外国法是法律还是事实？	（153）
三、萨瑟的观点	（157）
第三节 不能确定应适用的外国法时的处理	（158）
第四节 在外国法适用上的上级法院的监督权	（160）
一、概述	（160）
二、错误适用冲突规范的补救	（161）
三、错误解释外国法的补救	（163）

第二编 分 论

第七章 国际民事诉讼中的法院管辖权	（169）
第一节 法院管辖权的概念	（169）
一、概念	（169）
二、法院管辖权中的冲突规范	（173）
第二节 法院管辖权的基本种类	（173）
一、概述	（173）
二、专属管辖权和被排除的管辖权	（175）
三、竞争的管辖权	（177）
第三节 确定管辖权的一般原则	（178）
一、一般原则	（178）
二、法院管辖权的国际协调	（181）
三、三种管辖权之间的关系	（184）
第四节 法院管辖权的审查	（187）
一、概述	（187）
二、若干国家对法院管辖权的审查	（188）
第五节 继续管辖问题	（193）

第八章 不同法系中法院管辖权的确定	(195)
第一节 大陆法系各国对法院管辖权的确定	(195)
一、德国法系各国	(195)
二、瑞士法系各国	(199)
三、拉丁法系各国	(204)
四、斯堪的纳维亚法系各国	(215)
第二节 普通法系国家对法院管辖权的确定	(221)
一、基本特征	(221)
二、英国	(223)
三、美国	(233)
四、加拿大	(242)
第三节 前苏东法系国家对法院管辖权的确定	(244)
一、前苏联	(244)
二、前东欧国家	(247)
第四节 其他若干国家对法院管辖权的确定	(264)
一、印度	(264)
二、墨西哥	(265)
三、委内瑞拉	(266)
四、突尼斯	(267)
第五节 中国关于国际民事管辖权的确定	(268)
一、一般规则	(268)
二、国内立法和司法实践	(269)
三、中国海事诉讼管辖权制度	(271)
四、国际条约	(274)
第九章 法院管辖权的限制——国家豁免和外交豁免	(275)
第一节 法院管辖权的限制及其法律依据	(275)
一、法院管辖权受到限制的各种情况	(275)
二、限制法院管辖权的法律依据	(276)
第二节 国家豁免问题	(278)
一、绝对豁免说	(278)
二、职能豁免(或限制豁免说)	(279)
三、两种学说的论争	(280)
四、国家机构的豁免权	(282)

目 录

五、主张限制豁免说的三个重要立法和一个草案	(284)
六、中国的理论和实践	(287)
第三节 国际法人的豁免问题	(290)
一、概述	(290)
二、联合国及其专门机构	(291)
第四节 外交代表的豁免问题	(293)
一、概述	(293)
二、《维也纳外交关系公约》	(294)
三、《维也纳领事关系公约》	(300)
四、国家元首的豁免问题	(302)
五、国际会议的代表和国际组织工作人员的豁免问题	(303)
六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》	(304)
七、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》	(306)
第五节 外国武装力量及其成员的豁免问题	(307)
第六节 客体豁免权 (Objective Exemptions) 或属物 豁免权 (Immunity Ratione Materiae)	(309)
一、概述	(309)
二、客体豁免权的内容和范围	(310)
第七节 国家管辖权在国外的延伸	(312)
第十章 国家行为·非方便法院·平行诉讼	(314)
第一节 非方便法院理论	(314)
一、非方便法院理论的概念	(314)
二、非方便法院理论的起源	(315)
三、非方便法院的检验标准	(316)
四、美国非方便法院的实践	(323)
第二节 平行诉讼问题	(331)
一、平行诉讼的概念	(331)
二、有关国家关于解决平行诉讼问题的立法与实践	(332)
三、有关国际条约的规定	(338)
四、我国有关平行诉讼问题的法律规定及其完善	(341)
第十一章 外国人的诉讼地位	(343)
第一节 诉讼能力	(343)

一、诉讼能力	(343)
二、诉讼行为能力	(344)
三、抗辩能力	(347)
四、诉讼权利和诉讼权利能力	(348)
第二节 诉讼费用的担保	(350)
一、概述	(350)
二、诉讼费用担保的要件	(354)
第三节 诉讼费用的免除 (司法救助)	(358)
一、概述	(358)
二、诉讼费用免除的条件	(359)
三、国际条约的规定	(363)
四、中国的制度	(363)
第四节 诉讼代理人	(364)
第十二章 证据	(368)
第一节 概述	(368)
第二节 举证责任	(369)
一、举证责任的概念	(369)
二、举证责任的法律性质	(371)
三、划分举证责任的准据法	(372)
第三节 初步证据 (Prima facie evidence)	(374)
第四节 关于证明方法的自由裁量权	(374)
第五节 某些证明方法的决定性效力	(375)
一、概述	(375)
二、证明方法决定性效力的准据法	(376)
第六节 取证方法的准据法	(382)
一、概述	(382)
二、获取书面证据的准据法	(384)
三、获取物证的准据法	(389)
四、采取宣誓 (oath) 的准据法	(390)
五、检验或勘验的准据法	(391)
第七节 证据保全	(391)
第八节 推定	(393)
第九节 认诺和承认	(394)

第十三章 国际司法协助	(396)
第一节 国际司法协助的概念	(396)
一、概述	(396)
二、司法协助的国内法和国际法渊源	(397)
三、司法协助的一般法律问题	(401)
第二节 请求送达	(408)
一、国外送达的一般法律问题	(408)
二、中国的国外送达制度	(411)
三、民商事国外送达海牙公约	(417)
第三节 请求取证	(421)
一、国外取证的一般法律问题	(421)
二、中国的国外取证制度	(423)
三、民商事国外取证海牙公约	(424)
第十四章 外国诉讼程序效力的承认	(431)
第一节 承认外国诉讼程序效力的一般问题	(431)
一、外国民事诉讼的程序法和实体法效力	(431)
二、外国诉讼的程序法效力的承认	(434)
三、外国诉讼实体法效力的承认	(438)
第二节 诉讼期间（外国未决诉讼法律效力的承认）	(440)
一、概述	(440)
二、外国诉讼期间的抗辩效力	(441)
三、诉讼期间标的转让问题	(443)
第三节 外国判决的承认和执行	(444)
一、承认和执行的一般制度	(444)
二、关于是否必须是一个外国的、民事的判决的问题	(448)
三、关于是否必须是一个现实的、合法的、有效的判决的问题	(453)
四、内外国判决的冲突及外国法院的管辖权和权限的问题	(457)
五、诉讼程序、法律适用和判决的实质审查问题	(461)
六、公共政策、互惠和其他	(464)
七、若干国家关于承认与执行外国法院判决的现行规定	(469)
八、民商事外国判决的承认和执行的国际公约	(476)

九、我国关于判决域外承认执行的规定	(478)
十、惩罚性损害赔偿判决的承认与执行的问题	(480)

第三编 国际商事仲裁

第十五章 国际商事仲裁的一般问题	(491)
第一节 国际商事仲裁的概念	(491)
一、概述	(491)
二、国际商事仲裁的性质和特点	(493)
三、国际商事仲裁的主要法律问题	(494)
第二节 国际商事仲裁的国际立法	(495)
第三节 国际商事仲裁机构	(499)
一、临时仲裁机构	(500)
二、常设仲裁机构	(501)
三、国际上几个最重要的仲裁机构	(502)
四、中国的国际仲裁机构	(507)
第四节 国际商事仲裁的法律适用	(510)
一、仲裁法 (lex arbitrii)	(510)
二、适用于实质问题的法律	(513)
第五节 友好仲裁	(514)
一、概述	(514)
二、有关国家的立法与实践	(516)
三、友好仲裁的必要性及对仲裁员自由裁量权的限制	(519)
第十六章 仲裁协议和仲裁程序	(521)
第一节 仲裁协议的概念和种类	(521)
一、仲裁协议的概念	(521)
二、仲裁协议的种类	(522)
三、格式仲裁条款	(523)
第二节 仲裁协议的内容	(524)
第三节 仲裁协议的效力	(528)
一、仲裁协议的有效要件	(528)
二、仲裁协议的法律意义	(530)
三、仲裁条款自治权理论 (Theory of Autonomy of the Arbitration Clause)	(531)

四、未签字仲裁协议的法律效力	(533)
第四节 仲裁程序的申请和受理	(536)
一、仲裁程序的概念	(536)
二、仲裁的申请	(536)
三、仲裁的受理	(538)
第五节 仲裁员和仲裁庭	(538)
一、仲裁员的资格	(538)
二、仲裁员的指定	(540)
二、仲裁庭及其组成	(542)
四、仲裁员的异议和替换	(542)
第六节 仲裁审理	(543)
一、仲裁审理的概念及其方式和程序	(543)
二、审查证据、询问证人	(546)
三、保全措施	(546)
第七节 仲裁中的调解	(555)
一、仲裁中的调解程序的概念	(555)
二、调解程序	(556)
第八节 仲裁裁决	(557)
一、裁决的时间	(557)
二、裁决的形式和内容	(558)
三、裁决的定案效力	(559)
第九节 快速仲裁(简易程序)	(561)
一、快速仲裁的一般问题	(561)
一、中国的简易仲裁程序	(564)
第十七章 外国仲裁裁决的承认和执行	(566)
第一节 外国仲裁裁决的概念	(566)
一、确定仲裁裁决的国籍的根据	(566)
二、萨瑟关于裁决国籍问题的理论	(572)
三、最密切联系原则的适用	(575)
第二节 承认和执行外国仲裁裁决的条件和程序	(576)
一、不同的理论和实践	(576)
二、承认和执行外国仲裁裁决的条件	(577)
三、执行程序	(580)