

高等院校法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

国际民事诉讼法与国际商事仲裁法

司法部法学教材编辑部审定

郑远民 吕国民 于志宏 编著



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

D997
Z471

高等院校法学教材

国际私法

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

国际民事诉讼法与国际商事仲裁法

司法部法学教材编辑部审定

郑远民 吕国民 于志宏 编著



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法: 国际民事诉讼法与国际商事仲裁法/郑远民, 吕国民, 于志宏编著. —北京: 中信出版社, 2002.9

ISBN 7-80073-446-3/D · 26

I. 国… II. ①郑…②吕…③于… III. ①民事诉讼法: 国际法-教材②国际商事仲裁-仲裁法-教材法-教材 IV. D997

中国版本图书馆CIP数据核字 (2002) 第067258号

国际私法 (国际民事诉讼法与国际商事仲裁法)

GUOJI SIFA

编 著: 郑远民 吕国民 于志宏

责任编辑: 许文成 责任监制: 朱 磊 王祖力

出版发行: 中信出版社 (北京市朝阳区新源南路6号京城大厦 邮编 100004)

经 销 者: 中信联合发行有限公司

承 印 者: 北京忠信诚胶印厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16 印 张: 25.25 字 数: 544千字

版 次: 2002年10月第1版 印 次: 2002年10月第1次印刷

书 号: ISBN 7-80073-446-3/D · 26

定 价: 45.00元

版权所有 · 侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-64648783

作者简介

郑远民，法学博士，湖南大学法学院副教授，中国国际私法学会理事，主要著作有：《现代商人法研究》（专著，法律出版社2001年版）、《关于建立国际民商新秩序的法律思考》（《法学研究》1997年第3期）等。撰写本书下篇。

吕国民，法学博士，暨南大学法学院副教授，中国国际私法学会理事，主要著作有：《国际贸易中EDI的法律问题研究》（专著，法律出版社2001年版）、《国际私法学》（副主编，北京大学出版社1999年版）、《数据电文的证据问题及其解决方法》（《法律科学》2001年第6期）、“*International Civil Procedure in China*”（in *Asian Yearbook of International Law*, 1998）、“*New Developments in Chinese Private International Law*”（in *Yearbook of Private International Law*, 1999）等。撰写本书上篇第一、二、三、四、五、六、九章。

于志宏，法学硕士，广东商学院副教授，主要著作有：《我国区际司法协助现状及其区际调查取证问题探讨》（《现代法学》2002年第4期）、《我国的区际法律问题——内地（广东）、港、澳三地法制的协调》（专著，广东人民出版社2002年版）等。撰写本书上篇第七、八章。

HAB61/03

国际私法发展到今天，已成为一个涵盖国内法源和国际法源，包括冲突法、实体法和程序法三大规范群的庞大的法律部门。国际私法范围的不断扩大和内容的日益增多，无疑对国际私法的教学带来了一定的影响。

为适应21世纪国际私法教学之需要，我们几位从事国际私法教学和研究的同仁，分工合作编写了这套包括两卷本的国际私法教材，即《国际私法（冲突法与实体法）》和《国际私法（国际民事诉讼法与国际商事仲裁法）》。前一本书阐述的重点为冲突法方面的内容，对统一实体法制度只是略加介绍，其原因乃是为了避免与国际经济法过多的重复；国际民事诉讼法与国际商事仲裁法之所以独立出书，且其篇幅远远超出我国已有的国际私法教材，主要是考虑到有些院校除了开设国际私法这门必修课程外，还将国际民事诉讼法与国际商事仲裁法作为一门选修课来开设，而我国目前几乎没有适合本科教学用的这方面的教材。

康·弗鲁恩得（Kahn Freund）曾说过，比较研究的方法是“国际私法之母”。我们在撰写这套书时始终从比较法的角度对世界不同类型的各主要国家的国际私法的理论与立法和司法实践，尤其对我国的有关规定予以了十分详细的论述，而且尽量把最新、最先进的内容囊括进来。不过，有一点需提醒读者注意的是，本书在阐述我国涉外经济合同法律适用制度时，仍然对现已失效的1985年的《涉外经济合同法》及其司法解释着墨较多。主要的原因是，终止《涉外经济合同法》的1999年《中华人民共和国合同法》第126条的规定十分的简略，而原来的《涉外经济合同法》及其司法解释的内容是公认为我国国际私法立法方面最为先进、最与国际接轨的一个领域。因此，尽管从形式上看，它们已经过时，但在实质上并没有落后。

为了方便读者，两本书后均列出了我国一些重要的立法和司法解释，以便查找。

这套两卷本的国际私法教材的顺利完成，要感谢李双元教授。李先生是我和郑远民的硕士、博士生导师，是他的悉心指导和支持，保证了本书的高质量。

此外，这套书的编写过程中，我们参考了国内外已公开发表和出版的许多论著，特向这些论著的作者们表示衷心的感谢。

吕国民

2002年7月于暨南大学

目录

上篇 国际民事诉讼法

第一章 国际民事诉讼法概述	3
第一节 国际民事诉讼法的概念	3
一、国际民事诉讼法的定义	3
二、国际民事诉讼法的定位	4
三、国际民事诉讼法的称谓	6
第二节 国际民事诉讼法的渊源	7
一、国内立法	7
二、国际条约	8
三、中国国际民事诉讼法的渊源	11
第三节 国际民事诉讼法的历史	12
一、奴隶制时期的国际民事诉讼法	12
二、封建制时期的国际民事诉讼法	14
三、资本主义时期的国际民事诉讼法	17
四、国际民事诉讼法学的历史	19
第四节 国际民事诉讼的基本原则	21
一、主权原则	22
二、平等与对等原则	22
三、国际条约优先原则	23
第二章 国际民事诉讼程序的法律适用	25
第一节 概述	25
第二节 国际民事诉讼程序法律适用的理论	26
一、预先排除说 (Priori excluded)	26
二、有效说或方便说	29
三、程序方面的问题与判决方面的问题	31
第三节 最密切联系原则	35
一、最密切联系原则在理论和方法上的根据	35
二、最密切联系原则的具体运用	36
第三章 外国人民事诉讼地位	41
第一节 外国人民事诉讼地位的一般原则	57
第二节 外国人的诉讼能力	42

一、诉讼权利能力	42
二、诉讼行为能力	44
三、抗辩能力	47
四、诉讼权利和诉讼权利能力	47
第三节 诉讼费用担保	49
一、概述	49
二、诉讼费用担保的要件	52
第四节 诉讼费用免除（司法救助）	56
一、概述	56
二、诉讼费用免除的条件	56
三、国际条约的规定	59
四、中国的有关规定	60
第五节 诉讼代理制度	60
一、各国的基本做法	60
二、领事代理	62
三、我国的法律规定	63
第四章 国家豁免与外交豁免	65
第一节 国家豁免	65
一、国家及其财产豁免权的概念与内容	65
二、绝对豁免说与限制豁免说	66
三、有关立法	70
四、中国的理论和实践	72
第二节 国家行为理论	75
一、国家行为理论的概念	75
二、美国国家行为理论的产生及形成	76
三、国家行为理论的例外	78
四、国家行为理论的发展前景	82
第三节 外交豁免	85
一、概述	85
二、国际条约的规定	85
三、我国的法律规定	86
第五章 国际民事管辖权	89
第一节 概述	89
一、国际民事管辖权的概念和意义	89
二、国际民事管辖权的特征	91

三、国际民事管辖权的种类	92
第二节 确定国际民事管辖权的一般原则	95
一、维护法院地国国家主权原则	96
二、国际民事管辖权协调原则	97
三、便利诉讼原则	98
四、尊重当事人意愿原则	99
第三节 各国关于国际民事管辖权的规定	100
一、大陆法系国家的规定	100
二、普通法系国家的规定	109
第四节 中国关于国际民事管辖权的规定	125
一、一般规则	125
二、国内立法和司法实践	126
三、中国海事诉讼管辖权制度	127
四、国际条约	129
第六章 非方便法院与平行诉讼	131
第一节 非方便法院理论	131
一、非方便法院理论的概念	131
二、非方便法院理论的起源	132
三、非方便法院的检验标准	132
第二节 平行诉讼理论	138
一、平行诉讼的概念	138
二、有关国家的立法与实践	138
三、有关国际条约的规定	143
四、我国的法律规定及其完善	145
第七章 期间、诉讼保全、证据和诉讼时效	149
第一节 期间与证据	149
一、期间	149
二、证据	150
第二节 诉讼保全与诉讼时效	151
一、诉讼保全	151
二、诉讼时效	152
第八章 国际司法协助	157
第一节 国际司法协助概述	157
一、司法协助的含义	157
二、司法协助的有关机关	158

第二节	域外送达	164
一、	域外送达的概念	164
二、	域外送达的方式	165
三、	中国的国外送达制度	167
四、	《民商事国外送达海牙公约》	172
第三节	域外取证	174
一、	域外取证的一般法律问题	174
二、	中国的国外取证制度	176
三、	《民商事国外取证海牙公约》	177
第九章	外国法院判决的承认和执行	183
第一节	概述	183
一、	外国法院判决的界定	183
二、	承认与执行外国法院判决的学说	184
三、	承认与执行外国法院判决的关系	186
四、	承认与执行外国法院判决的依据	187
第二节	承认与执行外国法院判决的条件	189
一、	原判决国法院必须具有合格的管辖权	189
二、	外国法院的判决必须是已经确定的判决	190
三、	外国法院判决的诉讼程序是公正的	192
四、	外国法院的判决必须是通过合法的手段获取的	193
五、	不存在诉讼竞合	193
六、	外国法院适用了被请求国冲突规范所指定的准据法	194
七、	存在互惠关系	194
八、	外国法院的判决不与内国的公共政策相抵触	195
第三节	承认与执行外国法院判决的程序	196
一、	请求的提出	196
二、	请求的审查	198
第四节	关于承认与执行外国法院判决的国内和国际法制	199
一、	国内法制	199
二、	国际法制	202
 下篇 国际商事仲裁法		
第十章	国际商事仲裁法的基本理论	207
第一节	仲裁概说	207
一、	仲裁的概念和特征	207

	二、仲裁的性质	209
	三、仲裁的分类	211
第二节	国际商事仲裁法概说	214
	一、国际商事仲裁的含义	214
	二、国际商事仲裁的性质和特点	217
	三、国际商事仲裁的主要法律问题	218
	四、国际商事仲裁法的主体	218
	五、国际商事仲裁法的基本原则	220
第三节	国际商事仲裁的国际立法	222
	一、国际条约	222
	二、《国际商事仲裁示范法》	225
第四节	国际商事仲裁机构	227
	一、国际商事仲裁机构的种类	227
	二、国际上几个最重要的仲裁机构	229
	三、我国的国际仲裁机构	232
第五节	友好仲裁	235
	一、概述	235
	二、有关国家的立法与实践	236
	三、友好仲裁的必要性及对仲裁员自由裁量权的限制	238
第十一章	国际商事仲裁的仲裁协议	241
第一节	仲裁协议的概念和种类	241
	一、仲裁协议的概念	241
	二、仲裁协议的种类	241
	三、格式仲裁条款	242
第二节	仲裁协议的内容	243
	一、提交仲裁的争议事项	243
	二、仲裁地点和仲裁机构	244
	三、仲裁规则	245
	四、裁决的效力	246
第三节	仲裁协议的效力	246
	一、仲裁协议的有效要件	246
	二、仲裁协议的法律意义	247
	三、未签字仲裁协议的法律效力	249
第四节	仲裁协议的自治性问题	251
	一、仲裁协议自治性问题的源流	251

二、仲裁协议自治性的理论概说	252
三、仲裁条款自治性原则的法律依据	253
四、仲裁协议自治性原则的实践与运用	254
第五节 我国关于仲裁协议的立法实践	255
一、仲裁协议的形式要件与实质要件	255
二、确定仲裁协议效力的管辖权	256
第十二章 国际商事仲裁的仲裁员和仲裁庭	263
第一节 仲裁员	263
一、担任仲裁员的资格和条件	263
二、仲裁员的选定	265
三、仲裁员与当事人的关系	268
四、仲裁员的行为准则	268
五、仲裁员的法律责任	272
第二节 仲裁庭	274
一、仲裁庭的组成	274
二、仲裁员的回避、异议及仲裁庭的重组	275
三、仲裁庭的职权	277
第十三章 国际商事仲裁程序	279
第一节 国际商事仲裁程序中的申请和受理	277
一、仲裁程序的概念	279
二、仲裁的申请	279
三、仲裁的受理	280
第二节 国际商事仲裁程序中的审理	281
一、仲裁审理的概念及其方式和程序	281
二、审查证据、询问证人	282
第三节 商事仲裁的和解	283
一、和解的概念和特征	283
二、和解的原则	284
三、和解的处理和效力	285
第四节 商事仲裁中的调解	286
一、调解的概念和意义	286
二、商事仲裁中的和解、调解与ADR的关系	289
三、商事仲裁调解的程序	291
四、商事仲裁调解的效力	292
第五节 快速仲裁(简易程序)	293

一、快速仲裁的一般问题	293
二、中国的简易仲裁程序	295
第六节 国际商事仲裁程序中的保全措施	296
一、概说	296
二、国际商事仲裁中采取保全措施的意义	296
三、保全措施的实施	297
四、法院决定保全措施的法律意义	299
五、马瑞瓦禁令和英国仲裁法中的保全制度	300
六、中国涉外仲裁程序中的保全措施	305
第七节 国际商事仲裁程序中的证据	308
一、仲裁庭直接获取证据	309
二、法院协助调取证据	311
三、中国国际商事仲裁程序中有关证据的获取问题	311
第十四章 国际商事仲裁的法律适用	315
第一节 国际商事仲裁程序的法律适用	315
一、仲裁程序的法律适用原则	315
二、仲裁程序法适用的“非地方化”理论	318
三、仲裁协议的法律适用	320
第二节 国际商事仲裁的实体法适用	322
一、依当事人意思自治原则确定实体问题的准据法	323
二、仲裁庭选择直接确定实体问题的法律适用	323
三、中国有关国际商事仲裁的实体法适用问题	326
第十五章 国际商事仲裁裁决	331
第一节 仲裁裁决概述	331
一、仲裁裁决的类型	331
二、仲裁裁决作出的期限	334
第二节 仲裁裁决的形式和内容	336
一、仲裁裁决的形式	336
二、仲裁裁决的内容	337
三、仲裁裁决的解释、修改或补充	338
第三节 国际商事仲裁裁决的撤销	340
一、国际商事仲裁裁决撤销的含义	340
二、拒绝执行裁决与撤销裁决之间的区别	341
三、申请撤销裁决的期限	342
四、撤销仲裁裁决的理由	342

五、我国有关仲裁裁决的撤销制度	344
第十六章 外国仲裁裁决的承认与执行	351
第一节 概述	351
一、问题的提出	351
二、承认裁决与执行裁决的概念	351
三、外国仲裁裁决的认定	352
第二节 承认及执行外国仲裁裁决的国际制度	354
一、承认及执行外国仲裁裁决的国际公约	354
二、《纽约公约》	355
第三节 承认和执行外国仲裁裁决的条件和程序	364
一、不同的理论和实践	364
二、承认和执行外国仲裁裁决的条件	365
三、执行程序	366
四、关于中国内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决 的安排	367
附 录	369
中国相关法律法规	369
参考书目	389

上篇 国际民事诉讼法



第一章 国际民事诉讼法概述

第一节 国际民事诉讼法的概念

一、国际民事诉讼法的定义

在民事诉讼中，如果介入了国际因素，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。^①国际民事诉讼程序是指，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规则的总和。

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？

要解决上述问题，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

^①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。

由两种不同性质的规范，即直接调整规范和间接调整规范所组成。

二、国际民事诉讼法的定位

国际民事诉讼法是不是一个独立的法律部门，也是法学理论中争论相当激烈的问题。法学家们尽管一致同意把前面所列出的问题都归入国际民事诉讼法所调整的范围，但是，他们却对这个问题存在着分歧。

英美法系国家，过去的看法一般都不承认国际民事诉讼法是一个独立的法律部门。它们在研究国际民事诉讼法问题时，通常只强调与司法管辖有关的问题，并且几乎都是把它归入国际私法的范围，作优先于冲突规范的研究。之所以这样，是因为它们认为国际私法规范的适用依赖于法院管辖权的确定。^①但现在，认为国际民事诉讼法的存在已成事实的英美学者已不少见，如克利斯丁·坎普伯尔（Christian Campbell）的《国际民事诉讼法》（International Civil Procedure），在其序言中就明确指出，随着国际贸易、国际金融及国际商务或个人旅行的不断增长，至少包含有一方当事人为非法院国居住者和国民的国际（民事商事）争议和国际诉讼自然增加了，相应的一个包罗了国际管辖权、文书域外送达、证据的域外获取和外国判决的承认与执行等内容的国际民事诉讼法的地位也大大提升了。^②

法国学者以及他们的追随者们则把国际私法分成三个部分，即国籍法、外国人法、法律冲突法和法院及其他机构。这样便把大部分的国际民事诉讼法归入国际私法的范围，对有关的问题在国际私法的第三部分中进行研究，而把诉讼费用的担保、法律救助和互惠原则等问题纳入外国人法的研究范围。

但是，像意大利、德国、瑞士、奥地利以及匈牙利的部分学者，则认为国际民事诉讼法是一个独立的法律部门。不过，他们并不认同这一法律部门是一个同质的规则的有机体，其法律规范是基于它们共同的准则或内容而组合在一起的。

这里应特别提到梅利（Meili）的观点。在梅利看来，这些规则的结合，旨在解决国际民事诉讼程序中的问题，也就是要解决共同存在的有关程序的成文法、习惯法出现的冲突问题。他认为，这些程序规范应包括：（1）规定审判机关的法律地位的规范；（2）规定取证方法和效力的规范；（3）执行判决的规范。^③

马葛利（Magyary）主张，这些规范的内容的共同点是一个国家从事法律保护而实施的行为，而这些行为与国外的相同行为存在某种联系。这些联系诸如：（1）内国法院审理包含外国当事人的案件；（2）某一国家从如下两方面来实施与外国有联系的行为，以达到法律

^① 戴西、莫里斯：《冲突法》，第129页；威希尔：《国际私法》，第92页；沃尔夫：《国际私法》，第52页等。

^② 该书第1版于1995年由伦敦劳埃德出版公司出版，另因1968年《布鲁塞尔公约》和1988年《洛迦诺公约》的相继签订，研究欧洲共同体内部的国际民事诉讼制度的著作也相继出现，如泰勒的《欧洲国际民事诉讼手册》，劳恩费尔德的《国际民事诉讼及其理性的探索》，克洛曼的《国际商事诉讼》，柯林斯的《国际民事诉讼与冲突法论集》，波恩的《美国法院的国际民事诉讼》，等等，已大量出版。

^③ 梅利：《国际民事诉讼法的理论基础》，第3页；转见萨瑟：《国际民事诉讼法》，第17页。