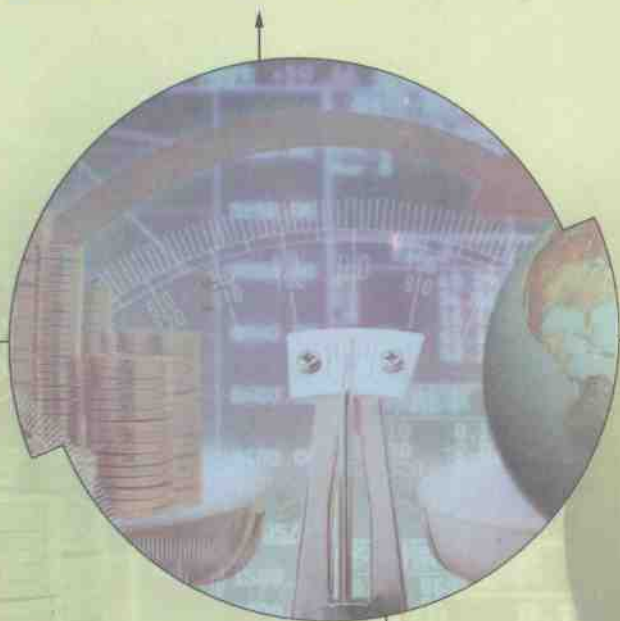




GUOJISIFAJIAOCHENG

国际私法教程

■ 韩德培 肖永平 编著



中共中央党校函授学院

国际私法教程

韩德培 肖永平 编著

中共中央党校函授学院

国际私法教程

出版发行：中共中央党校函授学院

印 刷：济南申汇印务有限责任公司

联系电话：(0531) 7966822

开 本：850×1168 毫米 1/32

版 次：2002 年 3 月

印 次：2002 年 5 月印刷

印 张：10.75

字 数：277 千字

印 数：74500 册

属印装质量问题印厂负责调换

说 明

《国际私法教程》是中共中央党校函授学院本科班法律专业使用的一本重要的基础理论教材。

本教材以适应我国对外开放、进行社会主义现代化建设的需要为宗旨，结合党校函授教育的特点，深入浅出地阐述了国际私法的基本概念、基本理论和基本法则，尤其是着重介绍了中国的有关立法和实践。

本书由中国国际私法学会会长、武汉大学法学院博士生导师韩德培教授、中国国际私法学会秘书长、武汉大学法学院博士生导师肖永平教授编著。

书中如有不妥之处，敬请读者指正。

中共中央党校函授学院教材编研室

2002年3月

目 录

第一章 国际私法概述	1
第一节 国际私法的调整对象	1
第二节 国际私法的范围	3
第三节 国际私法的渊源	7
第四节 国际私法的名称和定义	13
第二章 国际私法关系的主体	17
第一节 自然人	17
第二节 法人	26
第三节 外国人民事法律地位的几种制度	32
第三章 准据法的确定	38
第一节 准据法的概念和特征	38
第二节 适用外国法的主要理论	41
第三节 准据法的选择方法	48
第四节 确定准据法的一般问题	52
第五节 确定准据法的一些特殊问题	80
第四章 国际民事关系的法律适用	87
第一节 物权的法律适用	88
第二节 合同的法律适用	101
第三节 侵权行为的法律适用	111
第四节 婚姻家庭关系的法律适用	120

第五节	继承关系的法律适用	137
第五章	国际商事关系的法律适用	143
第一节	国际代理关系的法律适用	143
第二节	国际投资关系的法律适用	146
第三节	国际金融关系的法律适用	150
第四节	国际票据关系的法律适用	154
第五节	国际破产的法律适用	158
第六节	国际运输关系的法律适用	160
第七节	国际保理的法律适用	162
第八节	国际服务贸易的法律适用	165
第九节	国际海事关系的法律适用	170
第十节	知识产权的法律适用	174
第六章	国际私法条约的适用	182
第一节	适用国际私法条约的一般规则	182
第二节	国际统一实体私法条约在我国的适用	189
第三节	国际统一程序法条约在我国的适用	194
第四节	国际统一冲突法条约在我国的适用	196
第五节	WTO 协议在我国的适用	198
第七章	国际商事惯例的适用	205
第一节	主要国际商事惯例简介	205
第二节	国际商事惯例的法律效力	207
第三节	国际商事惯例的适用	211
第八章	国际民事诉讼程序	227
第一节	外国人和外国国家的民事诉讼地位	228
第二节	国际民事案件的管辖权	236

第三节	国际司法协助·····	245
第四节	外国法院判决的承认与执行·····	256
第九章	国际商事仲裁 ·····	267
第一节	国际商事仲裁的概念和特点·····	267
第二节	国际商事仲裁机构·····	272
第三节	仲裁协议·····	278
第四节	国际商事仲裁的法律适用·····	289
第五节	仲裁程序·····	293
第六节	外国仲裁裁决的承认与执行·····	303
第十章	区际法律冲突与区际冲突法 ·····	312
第一节	区际法律冲突·····	312
第二节	区际冲突法·····	321
第三节	中国的区际法律冲突及其解决·····	327

第一章 国际私法概述

国际私法作为一个独立的法律部门或分支，是随着国际民事交往的日益频繁而发展起来的。在现代的国际法律体系中，国际私法的理论可以说是最早形成的。本章主要介绍国际私法的调整对象、范围、渊源、名称和定义。这些问题是我们学习和掌握国际私法的基础。

第一节 国际私法的调整对象

一、国际民商事关系

现代各国的法学或立法总是把其调整对象作为划分不同法律部门的主要依据。国际私法以国际民商事关系为调整对象。所谓国际民商事关系，是指含有涉外因素的民事关系，即在民事关系的主体、客体和权利义务据以发生的法律事实中至少有一个或一个以上的因素与外国有联系。例如，一个中国公民与美国公民在我国登记结婚；中国某建筑公司承包南非的一项铁路建设工程；引起损害赔偿责任的侵权行为发生在国外；中国某公司与美国某公司在日本东京签订一项买卖标的在香港的合同等，都是国际民商事关系。

作为国际私法调整对象的国际民商事关系有两个特点：其一，这里的“国际”，不仅指“国家之间”，还包括一个国家内部“不同法域之间”。因此，国际私法所称的“含有外国因素”，更确切地讲，应是“含有其他法域的因素”。例如，英国冲突法中的 foreign，就把苏格兰和北爱尔兰当作德国、法国等外国一般

看待。其二，此处的“民商事关系”是广义的民商事关系，既包括一般的民事关系，又包括商事关系，还包括劳动关系、保险关系和破产关系等。

因此，国际私法的调整对象就是超越一个法域的民商事关系，也可称为涉外或跨国民商事关系。其涉外性或跨国性，使它同民法调整的国内民事关系区分开来；其私法性，又使它同其他具有涉外性的法律关系，如国际公法调整的国家之间的关系区分开来。

二、两种不同的调整方法

现代国际私法的特殊性还表现在它综合利用间接方法和直接方法调整国际民商事关系。

（一）间接调整方法

所谓间接调整方法，就是在有关的国内法或国际条约中规定某类涉外民商事法律关系受何种法律调整或支配，而不直接规定如何调整涉外民商事法律关系当事人之间的实体权利与义务关系的一种方法。例如，1939年《泰国国际私法》第16条规定：“动产及不动产，依物之所在地法。”这一规定只指明，涉及动产及不动产物权时，由动产及不动产所在地法来确定当事人的权利和义务，并没有直接规定当事人的权利和义务。这种指明某种涉外民商事法律关系应适用何种法律的规范被称为“冲突规范”（conflict rules）。它是国际私法的特有规范，因而间接调整方法是国际私法调整涉外民商事法律关系的特有方法。

（二）直接调整方法

所谓直接调整方法，就是用直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”（substantive rules）来调整涉外民商事法律关系当事人之间的权利与义务关系的一种方法。国内法、国际条约和国际惯例中均存在这种直接调整涉外民商事法律关系的规范。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》中直接规定国际货物

买卖合同当事人的权利与义务关系，就是采用国际私法上所讲的直接调整方法。

（三）两者的关系

由于适用国际条约和国际惯例中的统一实体法避免了在国际民商事交往中可能发生的法律冲突，它又称为“避免法律冲突的规范”；冲突规范则是“解决法律冲突的规范”。从这个角度讲，用统一实体法调整国际民商事关系较之适用冲突规范前进了一步，并在一定程度上排斥着冲突规范的适用。但间接调整方法和直接调整方法都是国际私法调整涉外民商事法律关系所必需的手段，两者相辅相成，互为补充。这是因为一方面，由于涉外民商事法律关系含有涉外因素，同两个或更多的国家有联系，而各国法律制度千差万别，实难统一，不可能对一切社会关系都用实体规范直接加以调整，而需要冲突规范来缓和矛盾，调和冲突，从而间接调整涉外民商事法律关系。另一方面，由于冲突规范不直接规定涉外民商事法律关系当事人的权利与义务，同实体规范比较起来缺乏法律应具有预见性和明确性。随着国际民商事交往的发展，仅用冲突规范间接调整涉外民商事法律关系是难以满足实际需要的。于是，直接调整涉外民商事法律关系的实体规范应运而生。上述可见，国际私法这两种调整涉外民商事法律关系的方法同时并存，是由国际民商事交往的实际情况决定的，而且这种并存现象不会是短暂的。

第二节 国际私法的范围

一、不同的主张

国际私法的范围问题，就是指国际私法包括哪些规范，包括什么内容，不同学者对该问题持不同的观点。主要有以下几种：

1. 德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的

学者认为，国际私法仅包括调整涉外民商事法律关系的冲突规范或法律适用规范。

2. 英美普通法系国家的学者大多主张国际私法由以下三种规范组成，即对涉外民商事案件的管辖权规范、冲突规范以及承认与执行外国法院判决的规范。

3. 法国的多数学者认为，国际私法包括国籍规范、外国人的民事法律地位规范，法律适用规范（冲突规范）以及有关涉外民商事案件的管辖权规范等。

4. 东欧国际私法学者比较普遍的观点是主张国际私法包括：外国人的法律地位规范、冲突规范、国际统一实体法规范、国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范。

5. 中国学者对国际私法的范围有着不同的主张，除了上述四种观点以外，还有学者主张包括国内法中专门用于调整涉外民事法律关系的规范（简称专用实体规范）。

从上述不同主张可以看出：第一，冲突规范无论在哪一种观点中，都被视为国际私法的规范。因此，我们可以说，冲突规范是国际私法最基本的规范。第二，大多数学者，包括一些把国际私法和冲突法两个概念完全等同起来的学者，都认为应该把冲突规范以外的但与调整涉外民商事法律关系和解决民商事法律冲突有关的一些规范纳入国际私法范围。因此，在国际私法的范围问题上，不宜采取过于绝对化的观点。

其实，该问题的核心是能否把国际统一实体规范纳入国际私法的范围，这要从发展的观点来看待这个问题。为了解决国际民商事关系中的法律适用上的冲突现象，历史上最早采用冲突规范进行准据法的选择。但是，由于这种冲突规范并不直接规定当事人的权利义务关系，只是一种间接调整涉外民商事法律关系的方法，运用起来有时不免缺乏明确性、预见性和针对性，而且会带来不少复杂的法律问题。随着国际民商事关系日趋发达，为了便于国际民商事交往，在 19 世纪末 20 世纪初，国际社会便开始制

定直接调整某些国际民商事关系的统一实体规范。这种统一实体规范在某些方面以及一定程度上起到了避免和消除民商事法律冲突的作用。因此，它们也是在解决民商事法律冲突的基础上发展起来的，是与冲突规范并行的调整涉外民商事法律关系的法律规范。冲突规范用间接的方式调整涉外民商事法律关系，统一实体规范用直接的方式调整涉外民商事法律关系，而且把这两种方式放在同一个法律部门来考虑，有助于更好地解决用哪一种方式调整某种国际民商事关系的问题。因此，如果说国际私法是一架飞机，其内涵是飞机的机身，其外延是飞机的两翼。具体在国际私法上，这内涵包括冲突法，也包括统一实体法，甚至还包括国家直接适用于涉外民商事关系的法律。而两翼之一则是国籍及外国人法律地位问题，这是处理涉外民事关系的前提；另一翼则是在发生纠纷时，解决纠纷的国际民事诉讼及仲裁程序，这包括管辖权、司法协助、外国判决和仲裁裁决的承认与执行。^①

二、国际私法的规范

国际私法的规范和范围是两个紧密联系的问题，或者说是一个问题的两个方面。我们认为，国际私法包括下列四种规范。

（一）外国人的民事法律地位规范

这种规范可以规定在国内法中，也可以规定在国际条约中。它之所以成为国际私法的规范，是因为这种规范是产生国际私法问题的前提。

（二）冲突规范

1. 冲突规范的概念和特点

冲突规范，又称法律适用规范或法律选择规范，是由国内法或国际条约规定的，指明某一涉外民商事关系应适用何种法律的

^① 参见韩德培主编：《国际私法新论》，武汉大学出版社1997年版，第8—9页；《国际私法》，高等教育出版社2000年版，第7页。

规范。

同一般法律规范相比，它具有以下特点：

(1) 冲突规范不同于一般的实体法规范，它是法律适用规范。

(2) 冲突规范不同于一般的诉讼法规范，它是法律选择规范。

(3) 冲突规范是一种间接规范，缺乏一般法律规范所具有的明确性和预见性。

(4) 冲突规范的结构不同于一般的法律规范，它是由范围和系属两部分组成。所谓范围，又称连结对象等，是指冲突规范所要调整的民商事法律关系或所要解决的法律问题，通过冲突规范的“范围”可以判断该规范用于解决哪一类民商事法律关系，这一部分可以是法律关系、法律事实，也可以是法律问题。所谓系属，是规定冲突规范中“范围”所应适用的法律。它指令法院在处理某一具体涉外民商事法律问题应如何适用法律，或允许当事人或法院在冲突规范规定的范围内选择应适用的法律。其词语结构表现为“……适用……法律”或“……依……法律”。

2. 冲突规范的类型

冲突规范可分为四种基本类型：

(1) 单边冲突规范，是直接规定适用某国法律的规范。

(2) 双边冲突规范，是指其系属并不直接适用内国法或外国法，而只规定一个可推定的系属，再根据此系属，结合实际情况去寻找应适用某一个国家的法律的冲突规范。

(3) 重叠适用的冲突规范，就是其系属中有两个或两个以上的连结点，并且同时适用于某一涉外民事法律关系的冲突规范。

(4) 选择适用的冲突规范，就是其系属中有两个或两个以上的连结点，但只选择其中之一来调整有关的涉外民事法律关系的冲突规范。

(三) 国际统一实体规范

国际统一实体规范，确切地说是国际统一实体私法规范。这种规范就是国际条约或国际惯例中具体规定涉外民商事法律关系当事人的实体权利与义务的规范。从整体上讲，国际统一实体规范的出现晚于冲突规范，它最早出现在 19 世纪末。但是，作为一种直接规范和实体规范，其在国际民商事领域发挥的作用越来越重要，并且与冲突规范相比，明显地表现出不少优越性。

（四）国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范

国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范，从性质上说是一种程序规范，与冲突规范和其他国际私法的规范有着密切的关系，是调整涉外民商事法律关系以及解决涉外民商事争议不可缺少的法律规范。鉴于这种规范在国内法和国际法上尚未形成一个独立的法律部门，因而应在国际私法中加以研究。

第三节 国际私法的渊源

国际私法的渊源就是用以表现国际私法规范的各种具体形式。其显著特点是既有国内法渊源，又有国际法渊源，不同国家的规定还有较大差异。

一、国内法渊源

国际私法的国内法渊源主要有国内成文法和国内判例两种形式。

（一）国内立法

国际私法规范最早是在国内立法中出现的，直到今天，国内立法仍是国际私法最主要的渊源。在历史上，国际私法的国内立法方式主要有：（1）将冲突规范分散规定在民法典的有关章节中。1804 年《拿破仑法典》是这一类型的代表。（2）以专门法典或单行法规的形式制定系统的冲突法规范。1896 年颁布的《德国民法施行法》最早采取这种作法。（3）在民法典或其他法

典中以专篇或专章，比较系统地规定国际私法规范。我国《民法通则》就是采取这种作法。(4) 在不同单行法规中，就有关方面的涉外民商事关系制定法律适用规范。英国有关的成文国际私法就是该立法类型的代表。

目前，国际私法的国内立法模式和内容呈现下列一些新的特点和发展趋势：

1. 在立法模式上呈现出向法典化方向发展的趋势。从近年新颁布的一些国家的单行法来看，在形式上已有总则、分则之分，法典结构日趋合理，内容也更加丰富。

2. 国际私法的调整对象不断扩大，适用范围愈加广泛。传统国际私法的调整范围多局限于债权、物权、婚姻、家庭、继承等领域。现代各国国际私法的内容已扩展到知识产权、涉外劳动关系、代理关系、产品责任、交通事故、环境污染等，国际私法的适用范围已明显扩大。此外，现代国际私法越来越注重国际商事领域的法律适用问题，如国际投资、国际技术转让、国际工程承包及劳务输出、国际票据、信托、保险等，都涉及到国际私法的调整。

3. 弹性连结因素在立法中被广泛采用，冲突规范的灵活性得以加强。首先是在新的国际私法中大量采用双边冲突规范和选择性冲突规范，以增强法律适用的灵活性和保证涉外民商事关系的稳定性。其次是最密切联系原则在各国最新国际私法立法中得到广泛采用，甚至被视为选择法律的普遍指导原则。最后是采用补充连结因素，以增强法律选择的灵活性。

4. 政策定向和结果选择的方法在法律选择中受到重视。这主要表现在三个方面：(1) 对消费者的保护。如一些国家的国际私法立法倾向于适用消费者习惯居所地法；(2) 对劳动者的保护。如在雇佣关系中原则上适用劳动履行地的法律；(3) 对弱者的保护。对弱者的保护主要是指对儿童的保护，在亲子关系、监护、收养等关系中适用对儿童最为有利的法律。

我国关于冲突规范的立法主要集中在《民法通则》第8章，《合同法》第126条，《中外合资经营企业法实施条例》第15条，《海商法》第268—275条，《民用航空法》第185—188条，《票据法》第95、97、98及100—102条等，这些都是我国冲突法的重要国内渊源。

关于国际民事诉讼和国际商事仲裁的国内立法，我国主要规定在《民事诉讼法》第4篇、《仲裁法》、《外交特权与豁免条例》、《领事特权与豁免条例》，以及最高人民法院关于海事案件管辖权和诉讼前扣押船舶的具体规定等司法解释中。

我国《宪法》、《民法通则》、《中外合资经营企业法》、《公司法》、《专利法》、《商标法》等法律、法规中，均含有规定外国人民事法律地位的规范。

（二）国内判例

所谓判例，指法院对具体案件的判决具有法律约束力，可以成为以后审理同类案件的依据。在英美法系国家，判例是其法律的主要渊源。在大陆法系国家，虽然传统上并不认为判例是其法律的渊源，但随着两大法系的逐渐渗透和融合，判例在大陆法系国家的司法实践中越来越重要，法院的判决被法官和律师援引支持自己的主张是十分常见的事。在国际私法的理论与实践，人们对法院判例是否为本国国际私法的渊源大致有两种看法。

1. 在英美普通法系国家，权威的法院判例是国际私法的主要渊源。在这些国家，虽然个别成文法中有一些零星的国际私法规范，但大量的、主要的国际私法规范则来自于法院的司法判例。

2. 在大陆法系国家，国际私法的主要渊源是成文法，但在这些国家的法院审理涉外民事案件时，判例也起着不可忽视的作用，构成国际私法的辅助渊源。

在我国现行法律体制下，判例不是法律的渊源，它只对具体案件具有约束力，不能作为法院处理案件的法律依据。但在目前

的情况下，承认司法判例在国际私法中的渊源地位，对指导法院的审判，发展我国对外民商事关系，维护中外双方当事人的合法权益，推动我国国际私法的立法进程均有重要意义。

在我国的司法实践中，司法判例主要通过三种方式来发挥作用：第一，最高人民法院对有关涉外民事关系的立法或司法审判中出现的具体问题所作出的“解答”、“批复”等指示性司法解释，它们是司法判例的高级表现形式。第二，最高人民法院针对地方各级人民法院的个案请求所作出的各种“答复”、“批复”等，对下级法院审理同类案件无疑具有指导和借鉴作用。第三，最高人民法院公布的一些典型案例，对法院的审判有重要的指导作用和很大的影响力。此外，最高人民法院有关业务部门编辑出版的案例资料，也可供各级法院审理案件时参考。

二、国际法渊源

国际私法的国际法渊源有国际条约和国际惯例两种形式。

（一）国际条约

国际条约是由两个或两个以上国际法主体缔结的调整其相互间权利、义务关系的协议。作为国际私法渊源的国际条约，是指那些含有国际私法规范的条约，其中既包括统一冲突法条约和统一实体法条约，又包括国际民事诉讼程序条约和国际商事仲裁条约；既包括专门规定国际私法规范的条约，又包括部分内容涉及国际私法规范的条约；既包括双边条约，又包括多边条约。根据“约定必须遵守”的原则，国际私法条约原则上只对缔约国有约束力，但是，一些重要的多边条约对非缔约国也会产生一定的影响。

作为国际私法渊源的国际条约数量很多，按其内容大致可分为以下四类：（1）关于外国人民事法律地位的国际条约；（2）关于冲突法的国际条约；（3）关于实体法的国际条约；（4）关于国际民事诉讼与国际商事仲裁的国际条约。