

中国高级律师高级公证员培训试用教材

国际私法 理论与实务

中国高级律师高级公证员
培训中心教材编写组 编审

姚 壮 主编

法律出版社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

中国高级律师高级公证员培训试用教材

国际私法理论与实务

(冲突规范和程序规范部分)

中国高级律师高级公证员培训中心教材编写组编审

主 编 姚 壮

撰稿人 (以撰写篇章先后为序)

姚 壮 卢 松 李 纘

法 律 出 版 社

(京)新登字 080 号

中国高级律师高级公证员培训试用教材

国际私法理论与实务

中国高级律师高级公证员培训中心教材编写组编审

法律出版社出版发行

(北京宣武区广内登莱胡同 17 号)

新华书店经销

北京印刷一厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 7.5 印张 202,000 字

1992 年 9 月第一版 1992 年 9 月第一次印刷

印数 00,001—8,000

ISBN 7-5036-1247-9/D·1008

定价 4.25 元

编写说明

为提高律师、公证员的政治、业务素质，加速培养高级律师高级公证人才，以适应改革、开放形势发展的需要，同时，为满足培训中心使用教材及广大律师、公证员自学进修的需求，在总结前几期培训经验的基础上，我们邀请了法学界、司法界部分具有丰富实践经验的专家、教授和学者，以马列主义毛泽东思想和党的基本路线为指导，编写了中国高级律师高级公证员培训中心试用教材系列书。分批出版，第一批出版的有《中国民事法律理论与实务》、《中国经济法理论与实务》、《中国涉外经济法理论与实务》、《国际私法理论与实务》、《国际经济法理论与实务》、《知识产权法理论与实务》、《司法技术检验实务》、《证据理论与实务》。这套教材没有拘于法律体系的完整性和系统性，而是本着理论联系实际的原则，从律师、公证工作的实际需要出发来选择教材内容。为此，这套教材的特点是：深入浅出、通俗易懂，理论密切联系实际，在理论和实际的结合上，充分体现了律师、公证员政治业务培训的特点，具有较强的针对性和实用性。

这套教材不仅是全国高级律师、高级公证员进行培训的专用教材，而且也可以作为培训其他中级以上司法干部的通用教材。同时，对全国法律院校师生和有关单位的法律工作人员也有很大的参考价值。

在编写这套教材的过程中，得到了司法部有关领导，中央各部委有关部门、中国社会科学院法学研究所及部分高等法律院校的大力支持和帮助，在此仅表衷心谢意！

由于我们组织编写教材工作经验不足，加之时间紧迫，教材中

一定会有错漏和不妥之处，请广大律师、公证员及读者提出宝贵意见和建议，以便进一步修改和完善。

中国高级律师高级公证员培训中心

教材编写组

1992年5月

前 言

为了适应中国高级律师高级公证员培训中心国际私法教学的需要，我们编写了《国际私法理论与实务（冲突规范和程序规范部分）》，作为培训中心国际私法课程的教材。

本书是在培训中心前六期讲授国际私法教学大纲和讲稿的基础上写成的。全书以冲突规范是国际私法的一个组成部分为出发点，论述国际私法与冲突法的概念、主体以及各种涉外民事关系的法律适用和国际民事诉讼程序及国际商事仲裁程序。为配合培训中心所授课程的整体安排，本书在内容上力求不与其他课程重复或有所遗漏，并努力做到理论联系实际和简而明，冀能为参加培训的全体学员所理解和接受。

本书由外交学院姚壮教授（第一、二、三、六、十章）、外交学院卢松讲师（第七、八、九章）和中国高级律师高级公证员培训中心李婴老师（第四、五章）编写，由姚壮教授主编。

编写本书由于时间短促，编写者之间相互探讨还不充分，错误和缺点在所难免，体例与文风也不尽一致，尚希望全国律师和公证员及广大读者提出批评和改进的意见。

编写者

1992年5月

目 录

第一章 国际私法概论	1
第一节 国际私法调整的对象.....	1
第二节 国际私法规范的组成部分.....	3
第三节 国际私法的渊源.....	8
第四节 国际私法的基本原则	16
第五节 国际私法在四化建设中的作用	20
第二章 法律冲突与冲突规范	26
第一节 法律冲突及其产生的原因	26
第二节 解决法律冲突的两个途径	30
第三节 冲突规范的结构与种类	34
第四节 冲突规范的解释——识别问题	39
第三章 外国法的适用及其限制	44
第一节 适用外国法的理论	44
第二节 公共秩序保留	55
第三节 反致和转致	61
第四节 法律规避	66
第五节 外国法内容的查明	70
第四章 国际私法主体	74
第一节 自然人是国际私法的主体	74
第二节 法人是国际私法的主体	86
第三节 国家作为国际私法主体问题	94
第四节 关于外国人民事法律地位的几种制度	97
第五章 涉外物权的法律适用	102
第一节 涉外物权中的法律冲突.....	102

第二节 解决物权法律冲突的一般原则——物之所在地法	104
第三节 国家财产在国际私法上的豁免权	111
第四节 国有化与补偿的法律适用	119
第六章 一般涉外债权的法律适用	127
第一节 涉外债权概述	127
第二节 涉外合同之债的法律适用问题	129
第三节 涉外侵权行为之债的法律适用	140
第七章 涉外婚姻家庭关系的法律适用	146
第一节 涉外结婚的法律适用	146
第二节 涉外离婚的管辖权和法律适用	152
第三节 涉外夫妻关系的法律适用	156
第四节 涉外父母子女关系的法律适用	158
第八章 涉外继承的法律适用	164
第一节 概述	164
第二节 涉外法定继承	165
第三节 涉外遗嘱继承	169
第四节 涉外无人继承财产	173
第九章 涉外民事诉讼程序	178
第一节 涉外民事诉讼程序概说	178
第二节 涉外民事案件的管辖权	181
第三节 外国人的民事诉讼地位	187
第四节 司法协助	191
第五节 外国法院判决的承认和执行	199
第十章 国际商事仲裁	211
第一节 国际商事仲裁的概念及特点	211
第二节 仲裁协议	218
第三节 仲裁审理的程序	223
第四节 仲裁裁决的承认和执行	227

第一章 国际私法概论

第一节 国际私法调整的对象

任何一种法律都是用来调整一定的社会关系的，这种社会关系也就成为该法律的调整对象。国际私法也和其他法律一样，调整着某种特定的社会关系。那末国际私法调整的对象是什么呢？国际私法调整的对象是具有涉外因素（或叫国际因素，下同）的民事法律关系。

所谓具有涉外因素（简称涉外）的民事法律关系系指构成法律关系三要素的主体、客体、内容（权利与义务）中至少有一个具有涉外因素，即或者主体具有涉外因素，或者客体具有涉外因素，或者据以产生当事人之间权利义务的法律事实中具有涉外因素。

主体中有涉外因素的情况是指作为享有权利与承担义务的人，至少其中一方是外国人（广义上的外国人，包括外国自然人、外国法人和以民事主体资格出现的外国国家）。如果细分的话，主体中的涉外因素还可分为三种：一种是主体中的一方是外国人，另一方是本国人，如一个中国人和一个美国人在中国境内结婚；另一种是主体中的双方都是同一国籍的外国人，如两个美国人在中国境内结婚；再一种是主体中的双方是不同国籍的外国人，如一个美国人和一个日本人在中国境内结婚。

客体中具有涉外因素系指权利与义务关系所共同指向的物或财产、权利位于国外，如一个中国公民要求继承他父亲在美国境内遗留下来的一笔财产。

法律内容中具有涉外因素是指据以产生当事人之间权利义务关

系的法律事实发生在国外，如中国机械进出口公司与日本丰田通商株式会社在东京签订一项向该株式会社购买一批丰田轿车的合同。在这一涉外民事法律关系中，不仅主体中有涉外因素——日本丰田通商株式会社，而且据以产生当事人之间买卖合同关系的法律事实——签订合同这一法律行为也发生在我国境外的东京。

这种具有涉外因素的民法关系，就不是由国内民法来调整的法律关系，也不是由国际公法来调整的法律关系，而成为由国际私法来调整的一种特殊的法律关系。所以国际私法调整的对象就是具有涉外因素的民事法律关系。

对国际私法所调整的这种具有涉外因素的民法关系，还需补充说明两点：

一、这里所说的民法关系系指广义上的民法关系。在国外，有采取民商法合一的国家，也有采取民商法分离的国家。前者，民法调整的对象宽一些；后者，因为商法从民法中分立出来了，所以民法调整的对象就窄一些。在我国也有类似的情况，我们除了有一部民法通则外，还有许多属于民法性质的单行法，如婚姻法、专利法、商标法、著作权法、继承法等。这些单行法依作者的观点都可以包括在广义的民法之内。所以这里所说的国际私法调整的具有涉外因素的民法关系，系指广义的民法关系，而不是狭义的民法关系，否则，国际私法调整的对象就太窄，有些涉外民事法律就缺乏一个相应的法律部门来调整了。

二、这里所说的具有涉外因素的民法关系一般系指在该法律关系中具有一个或两个涉外因素，而不是指同时具有三个涉外因素，因为如果同时具有三个涉外因素，那末这种关系就可能与本国没有什么联系，就可能是某一外国的国内民法，或某一外国所适用的国际私法所调整的对象。例如，两个美国人在美国结婚，由美国国内法来调整；一个美国人与一个英国人在巴黎结婚，则由法国适用国际私法来调整。当然也可能有某些特殊的例外情况，即尽管民法关系的三要素中都有涉外因素，但本国法院或仲裁机构仍把它当作一件

涉外民事案件来处理。例如，假设有两艘外籍油轮在我国领海以外的公海上相撞，两轮相撞后溢出的石油污染了我国领海的海面，并对我国的沿海养殖业造成了一定的损害。我国及我国的有关当事人由此就成了与这一碰撞案件有利害关系的第三人，因此我国的有关机关（如海事法院或海事仲裁委员会）仍可把它当作一件涉外民事案件来处理。又如，根据 1988. 9. 12 中国国际贸易促进委员会第一届第三次委员会会议通过，1989 年 1 月 1 日起施行的中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则第二条第一款关于仲裁委员会受理案件的范围的规定，仲裁委员会有权“受理产生于国际经济贸易中的争议案件”，而不问该争议案件是否与中国一方有关；也就是说，即使是两个外国人之间在国际经济贸易中产生的争议，虽然与中国一方无任何牵连，但只要双方当事人同意将该争议提交仲裁委员会仲裁，仲裁委员会就有权受理。这和我国法人有时在与外国人缔结涉外经济合同时规定将该合同争议提交有关第三国的仲裁机构进行仲裁的道理是一样的。

所以一般来说，国际私法所调整的涉外民事法律关系系指在该法律关系的主体、客体或内容中具有一个或一个以上涉外因素的民法关系。但在特殊场合下，它也可能调整主体、客体和内容中都有涉外因素的民法关系。

第二节 国际私法规范的组成部分

国际私法调整的对象是具有涉外因素的民事法律关系，这些涉外民法关系又由哪些法律规范来调整呢？这就涉及国际私法规范的组成部分。依作者的意见，国际私法由下列四部分规范组成：

一、规定外国人民事法律地位的规范 这类规范系指赋予或限制外国人特定的民事权利的法律规定。例如，中华人民共和国中外合资经营企业法第一条规定：“中华人民共和国为了扩大经济技术交流，允许外国公司、企业和其他经济组织或个人（以下简称

外国合营者)按照平等互利的原则,经中国政府批准,在中华人民共和国境内,同中国的公司、企业或其他经济组织(以下简称中国合营者)共同举办合营企业。”这一条就是规定外国人民事法律地位的规范,它赋予外国人在中国境内同中国合营者共同举办合营企业的权利。需要指出,这类规范是产生涉外民事法律关系的前提之一,因为只有在一国境内赋予外国人以某种民事权利时,才有可能产生以该外国人为主体的涉外民法关系,否则就不可能在一国境内产生这一方面的涉外民法关系。例如,我国1950年曾颁布《古文化遗址及墓葬之调查、发掘暂行办法》,规定在一般情况下外国人不得在我国进行或参加此项发掘工作。这条规定是为了限制外国人在这方面的民事权利,从而排除了在这方面产生涉外民事法律关系的可能性。这类规范是国际私法中最基本的也是不可缺少的规范。在资产阶级的第一部民法典——法国民法典(亦称拿破仑法典)中就有关于赋予外国人民事权利的规范。如该法典第11条称:“外国人在法国享有与其本国根据条约给予法国人的同样的民事权利。”分析这一条文就可知道,外国人在法国享有根据条约而互惠的国民待遇。

二、冲突规范 冲突规范是指某种涉外民事法律关系应适用何国法律来处理的规范。例如,我国民法通则第149条规定:“遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。”这就是一条冲突规范,从这条规定可以看出,冲突规范只规定有关遗产的继承问题,动产应按被继承人死亡时的住所地法、不动产继承应按不动产所在地法解决,但究竟如何处理,继承人的范围如何,遗产如何进行分割等均未作具体规定。可见冲突规范只指出某一涉外民法关系应适用何国法律,而不直接规定当事人之间的权利与义务。所以运用冲突规范来调整某一涉外民事法律关系时,还必须依据它所指向适用的某国实体法的规定才能最后确定当事人的权利与义务。例如,当根据该条冲突规范的规定指向适用中国法来解决遗产的继承问题时,还必须查明我国继承法中关于继承人的范围、顺序以及应继份等是如何规定的,然后再根据这些

具体规定来确定当事人的权利与义务。

为什么要把冲突规范列为国际私法的一个组成部分,换言之,为什么要用冲突规范来调整涉外民事法律关系呢?这是因为国际私法调整的对象是涉外民事法律关系,而涉外民法关系就有可能同时涉及两个或两个以上国家的民法,而各个国家的民法在一些问题上的具体规定又是不同的。例如,关于成年年龄的规定,有的国家(如瑞士)规定20岁成年,有的国家(如墨西哥)规定23岁才成年。现在假设有一个年满20岁的墨西哥人,住在瑞士境内,在瑞士与另一个外国人签订了一项合同。现在的问题是:这项由墨西哥人签订的合同是否是一个有效的合同,或者说,这个墨西哥人有没有缔结合同的行为能力?因为按照瑞士法,他年满20岁,已成年,有缔结合同的行为能力;而按墨西哥法,虽已满20岁,但尚未成年,因而没有缔约的行为能力。这里就发生了因为两国法律中关于成年年龄规定不同而引起的法律冲突。在涉外民事法律关系中,这种法律冲突的现象是时常发生的,所以有时要用冲突规范来调整涉外民事法律关系。

关于冲突规范的作用及其在国际私法中的地位问题,将在第二章中详述。这里需要着重说明一点的是:国际私法调整的对象与冲突规范调整的对象是有区别的。国际私法调整的对象,如前所述,是具有涉外因素的民事法律关系,而冲突规范调整的对象则是涉外民事法律关系中引起的法律冲突,或者换句话说,国际私法所要确定的是涉外民事法律关系中双方当事人的权利与义务,而冲突规范所要确定的是这种涉外民事法律关系应适用何国法律。

三、直接规定当事人之间权利义务的实体规范 这类规范是指在国际条约、国际惯例或国内立法中直接规定涉外民事法律关系中双方当事人具体权利与义务的法律规定。例如,我国与东欧国家及解体前的苏联曾普遍订有两国的对外贸易机构交货共同条件,在共同条件中对买卖合同延期交货的罚款,一般都作了如下的规定:“……除合同另有规定者外,一般货物按合同所规定的交货期限延误

30日以上,机器设备延误60日以上,售方应支付购方按迟交货物发票上所开价款每周0.3%的罚金,如再继续延误4周以上,自第5周至第8周,每周罚金0.6%,自第9周后,每周罚金都是1%,但罚金总额不得超过全部迟交货物发票上所开价款的8%,罚金的支付并不免除售方对迟交货物的交付义务。”由此可见,有了这种具体规定,一旦在买卖双方发生延迟交货的情况时,就可以依照该条的具体规定来处理,不会发生究依售方国法律还是依买方国法律来处理延迟交货的问题。所有用这种规范来调整涉外民事法律关系,较诸用冲突规范来调整更为直接、简明,从法律技术上讲也更为方便。

但是也应看到,这种规范在国际私法中是比较年轻的规范,它的出现,如从1883年的《保护工业产权的巴黎公约》算起,才有一百多年的时间,而且它的成长与发展也是很不容易的(将在第二章中详述)。不过可以肯定一点的是,它是一种很有发展前途的国际私法规范,而且它的出现改变了人们心目中国际私法就是冲突法的传统观念,引起了国际私法中的一次革命。

在把直接规定当事人间权利义务的实体规范列为国际私法规范的组成部分时,有一个问题是有争论的,即一国国内法中专门调整某些涉外民事法律关系的实体规范是否也是国际私法规范的组成部分?对哪些在国际条约和国际惯例中直接规定当事人权利义务的统一的实体规范,对主张“大国际私法”学派的学者来说,它们当然是国际私法规范的组成部分,这是毫无疑问的。但对国内法中专门调整某些涉外民事法律关系的实体规范,则说法不一。作者的观点是明确的,它也是国际私法规范的组成部分。为什么说是?这就必须涉及到国际私法调整的对象究竟是什么的问题。作者认为,国际私法调整的对象是涉外民事法律关系,也就是说它所要解决的是确定涉外民事法律关系中双方当事人的权利与义务问题,而不是涉外民事法律关系中有关两个或几个国家之间的法律冲突问题。如果有法律冲突问题,当然要解决,但法律冲突问题解决了并不等于解决了双方当事人的具体权利义务,上面提到的遗产继承问题应适用中

国法抑或外国法即属一例。只有确定了涉外民事法律关系中双方当事人的具体权利与义务后,涉外民事法律关系才最终地得到了调整。因此凡是能够用来间接或直接地确定涉外民事法律关系当事人权利和义务的规范,无论是被规定在国际条约、国际惯例还是国内立法中,都是国际私法规范的一个组成部分。

四、国际民事诉讼程序与国际商事仲裁程序规范 这类规范是指一国法院或一国涉外仲裁机构在审理涉外民事案件时所专用的程序规范。一国法院在审理涉外民事案件时,实际上是在同时适用着两套不同的程序规范。一套是审理国内一般民事案件的程序规范,如我国民事诉讼法中的第一编到第三编(第1—236条)的各项规定;另一套是专门审理涉外民事案件的程序规范,如我国民事诉讼法的第四编(第237—270条)。这类规范规定着法院与涉外民事案件当事人之间的关系,法院在审理和执行判决过程中与外国国家(特别是外国法院)之间的关系。当涉外民事案件(一般多为经济类案件)交由一国的涉外仲裁机构仲裁时,仲裁机构也有一套审理此类案件的程序规范,如我国的中国国际经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会都有自己的仲裁规则。它规定着如何提出仲裁申请,如何开庭审理,裁决的承认与执行等。从严格的法律分类的意义上说,国际民事诉讼程序规范与仲裁程序规范都不是调整涉外民事法律关系中双方当事人权利与义务的规范,它调整的是涉外民事法律关系中当事人与法院之间以及本国法院与外国法院之间的关系,所以不应是国际私法规范。可是这种规范又是保护涉外民事法律关系中当事人的合法权益时所不可缺少的,因为我们知道,某项实体法上的权利,如果没有程序法从程序上加以保护的话,那末这项实体权利也就等于不存在。所以在这类规范还没有形成一个独立的法律部门时,暂且把它包括在国际私法内,列为国际私法规范的组成部分之一。一旦这类规范形成为一个独立的法律部门——国际民事诉讼法或国际商事仲裁法,犹如海商法、国际贸易法那样从国际私法中独立出去时,我们就不再把它列入国际私法的规范之内。

总之，涉外民事法律关系就是由上述四类规范来调整，这四类规范在调整涉外民事法律关系时起着相辅相成的作用，有时某一涉外民事法律关系可能由统一的实体规范来调整，有时另一涉外民事法律关系可能需要首先由冲突规范来调整，冲突规范与实体规范之间又互为替代和互为补充。

第三节 国际私法的渊源

法的渊源这一概念，可以有两层意思：一层是实质意义上的渊源，另一层是形式意义上的渊源。所谓法的实质意义上的渊源是指某种法律规范体现了哪个统治阶级的意志，因此统治阶级的意志也就是法律的实质意义上的渊源。所谓形式意义上的渊源是指某种法律规范所采取的表现形式。任何一种行为规范要取得法律效力，必须通过特定的法律形式表现出来。只有内容而没有形式的东西是不存在的，国际私法规范也必须以某种形式表现出来。一般所说的法的渊源，就是指这种形式意义上的渊源。我们也是在这一理解的基础上来谈国际私法的渊源的。依作者的意见，国际私法的渊源具有多样性和双重性，即国际私法的渊源不是一个而是几个，而且既有国际法的渊源又有国内法的渊源。国际私法的渊源主要有以下三个：

一、国内立法

国际私法规范最早是在国内立法中形成的，随着国际交往的发展，国际私法规范在国内立法中也得到了很大的发展，所以国内立法成为国际私法的主要渊源之一。

国际私法案件一般都是在一国的国内法院或仲裁机构中进行审理的，而且一国境内的外国人（包括无国籍人）总是要遵守当地国家的法律的，每个国家也都在不同程度上把调整涉外民事法律关系的规范规定在国内法中，因此国内法也就自然成为国际私法的主要渊源之一了。

作为国际私法渊源的国内法，第二节提到的四种国际私法规范

都可以在国内立法中找到。例如，关于规定外国人民事法律地位的规范，虽然我国目前还没有一部单一的外国人法，但有关外国人在我国境内享有民事权利的规定，仍然散见在已经颁布的各个单行法中。如中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、外资企业法、专利法、商标法、著作权法等。中华人民共和国商标法第九条规定：“外国人或外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。”其他一些国家，则有单一的外国人法，如罗马尼亚曾经颁布过外国人管理法。

规定在国内法中的冲突规范，则分别采取两种不同的方式表示出来：一种是散见在本国的民法典及其它有关法令中。如法国，它在法国民法典的总则、人的权利能力、婚姻、继承等章节中规定了若干条有关外国人民事法律地位的规范及冲突规范。另一种是集中地规定在某一单行法中，或作为民法典的一部分或其施行法而加以颁布。例如1900年1月1日起生效的德国民法施行法就全部是冲突规范。1946年的希腊民法典及1978年的意大利民法典也集中地规定了一些冲突规范。至于一些名称上就叫国际私法或法律适用条例的法律，则其全部内容都是冲突规范。例如1979年的奥地利联邦国际私法法规，1964年捷克的国际私法及国际民事诉讼法，以及前德意志民主共和国于1975年颁布的法律适用条例等。我国国内法中的冲突规范比较集中地规定在我国民法通则的第八章（涉外民事关系的法律适用）中，但是除此之外，在其他一些单行法中也有有关的冲突规范的条文，如涉外经济合同法的第5条、中外合资经营企业法实施条例第15条以及继承法第36条等。

至于国际民事诉讼程序规范，在国际私法中一般采用单行法或作为民事诉讼法的一部分而加以规定。例如前面提到的1964年的捷克国际私法及国际民事诉讼法，1982年土耳其公布的也叫土耳其国际私法及国际民事诉讼法。我国的涉外民事诉讼法规则规定在民事诉讼法的第四编（涉外民事诉讼程序的特别规定）中。此外，有关