

宋渝玲 著

中国涉外 民商法律适用

成都科技大学出版社

中国涉外 民商法律适用

宋渝玲 著

成都科技大学出版社

1998年4月

序

当今世界正处在一个蓬勃发展的新阶段。各国间的政治、经济、文化以及各种民间交往正在日益扩大和发展,特别是涉外民事、经济贸易往来日益成为各国发展的重要条件。在这种新的形势下,中国实行了改革开放的政策。随着对外开放的不断扩大和经济的迅速发展,中国的涉外民事、经济交往日益频繁,大量的涉外民事、商事案件随之产生,有必要专门对中国涉外民商事法律问题进行研究,以便及时有效地解决迅速增加的各种涉外民商事纠纷,保护和发展改革开放的成果,维护中外当事人的合法权益,稳定对外交往中的法律秩序。

本书正是为了解决中国涉外民商法律冲突的需要而编著。本书以涉外民事、商事法律关系的法律适用为主要线索,系统地论述了中国涉外民商法律适用的基本原理,深入地探讨了涉外物权、涉外知识产权、涉外合同之债、涉外非合同之债以及涉外婚姻家庭、涉外继承的法律适用的规定和实践,并提出了许多新颖的有价值的观点和建议;专门介绍了中国涉外民商法律适用的新成果以及中国解决涉外民商法律冲突的现状和发展趋势。此外,还进一步阐述了涉外司法诉讼和仲裁的法律适用等一系列程序问题,意在推动对中国国际私法研究工作的更加进一步的发展。全书结构严谨,体系新颖,资料翔实,内容丰富,具有较高的学术价值和实用价值。

宋渝玲同志是西南政法大学年青有为的法学讲师,在中国国际私法研究方面有相当的造诣。这本著作的出版无疑将对我国涉外民商法律适用的研究产生良好的促进作用,并使广大读者从中

得到很多有益的启发。

我很高兴看到本书的出版,并希望作者有更多的成果问世。

杨树明

1998年1月于重庆

目 录

第一章 绪 论	(1)
第一节 涉外民商法律适用概说	(1)
第二节 涉外民商法律适用的依据	(3)
第三节 涉外民商法律适用的系属公式	(7)
第四节 对涉外民商法律关系当事人的法律适用	(14)
第二章 涉外物权的法律适用	(30)
第一节 涉外物权的涵义	(30)
第二节 物权法则	(34)
第三节 涉外国有化的法律问题	(41)
第四节 我国的涉外物权制度	(49)
第三章 涉外知识产权的法律适用	(55)
第一节 知识产权的法律冲突	(55)
第二节 保护知识产权的国际公约与国际组织	(62)
第三节 知识产权的法律适用	(83)
第四节 我国对外国人知识产权的法律保护	(89)
第四章 涉外合同法律适用的理论与实践	(95)
第一节 涉外合同之债的涵义	(95)
第二节 合同准据法的确定	(100)
第三节 我国关于涉外法律适用的立法与实践	(116)
第五章 国际贸易合同的法律适用	(122)
第一节 国际货物买卖	(122)
第二节 国际货物运输	(144)

第三节	国际货物运输保险·····	(152)
第四节	国际贸易支付·····	(160)
第六章	国际经济技术合作合同的法律适用·····	(172)
第一节	国际投资经营合同·····	(172)
第二节	国际技术转让合同·····	(182)
第三节	国际借贷与担保合同·····	(193)
第四节	国际劳务合作合同·····	(205)
第五节	国际证券的法律问题·····	(217)
第七章	涉外非合同之债的法律适用·····	(222)
第一节	一般民事侵权行为的法律适用·····	(222)
第二节	特殊涉外民事侵权行为的法律适用·····	(237)
第三节	不当得利和无因管理的法律适用·····	(252)
第八章	涉外婚姻家庭的法律适用·····	(257)
第一节	涉外结婚·····	(259)
第二节	涉外离婚·····	(276)
第三节	涉外夫妻关系·····	(289)
第四节	涉外父母子女关系·····	(297)
第五节	涉外扶养·····	(312)
第六节	涉外监护·····	(316)
第九章	涉外继承的法律适用·····	(323)
第一节	法定继承·····	(324)
第二节	遗嘱继承·····	(342)
第三节	无人继承财产·····	(353)
第十章	涉外诉讼和仲裁程序的法律适用·····	(358)
第一节	司法诉讼和商事仲裁·····	(358)
第二节	管辖权的法律适用·····	(374)
第三节	司法协助的法律适用·····	(407)
第四节	仲裁机构与仲裁程序·····	(431)

第一章 绪 论

第一节 涉外民商法律适用概说

一、涉外法律适用的对象

涉外法律适用中的“涉外”就是含有涉外因素的民商法律关系,即其主体、客体或内容三要素中有一个或一个以上的因素具有外国因素,或称外因成份,这种关系就是涉外民商法律关系。具体表现为:(1)主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者国家;(2)法律关系的客体具有涉外因素,如标的物位于外国,或者标的物属于外国人所有或者标的物需要在外国实施或完成;(3)民商事关系的产生、变更或消灭在外国,即民商事权利义务的事实发生在外国。

涉外民商法律关系是广义上的民商事关系,它不仅包括涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系,而且还包括涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系,以及涉外民事诉讼和商事仲裁程序关系。此外,涉外因素中所说的“涉外”也应作广义的理解,不仅包括外国因素,而且还包括一个国家中的不同法域的区际因素,如我国对于涉及台湾、香港、澳门地区的私法关系,也应属于涉外民商法律关系。

二、涉外法律冲突与法律适用

涉外法律适用,起源于国际私法,它是以有关的法律关系存在

着法律冲突为前提条件,即涉外法律适用产生于解决法律冲突的过程之中。所谓法律冲突,是专指在涉外民商法律关系中不同国家的法律之间的冲突。它是指两个或者两个以上国家的法律都应当适用于某一涉外民商法律关系时,由于各国法律规定不同,对该涉外民商法律关系因适用不同国家的法律而产生不同结果的现象。例如,一个甲国人和一个乙国人结婚时,由于甲国人要受甲国法律管辖,乙国人要受乙国法律管辖,因而甲、乙两个国家的法律都应当适用于该婚姻关系。如果依甲国法律该婚姻关系有效,而依乙国法律该婚姻关系无效,便表明甲国法律和乙国法律在该婚姻关系中发生了冲突。

从以上可以看出,国际私法上的法律冲突,是内容各不相同的数国民法在同一涉外民商法律关系中竞相适用而产生的,因此这种法律冲突,实际上是法律适用上的冲突。反之,如果某一法律关系只受一个国家的法律支配,而根本不涉及其他国家的法律适用问题,则在该法律关系中是不会产生不同国家的法律之间的冲突的。

三、涉外法律适用的含义

顾名思义,涉外法律适用,就是解决涉外民商法律关系时,选择确定应适用什么样的法律。这个被选择并用来确定当事人权利义务的可能是国际条约,也可能是国际惯例,可能是当事人一方的国内法,也可能是另一方当事人的国内法,甚至可能是当事人之外的第三国的法律。那么,处理一件涉外民商法律关系,解决一起具体的涉外纠纷,在什么情况下适用哪一种法律?其依据何在?适用的规律性是什么?这正是《中国涉外民商法律适用》所要回答的问题。但是必须明确的是,中国涉外民商法律适用研究的内容,主要是结合中国国情,研究中国涉外民商法律适用的理论与立法,特别是对中国在涉外物权关系、涉外债权关系、涉外知识产权关系

以及涉外婚姻家庭和继承关系等法律适用的理论与实践进行更深层次的探索和解决,以求中国涉外民商法律关系和涉外民商事案件能够顺利地得到解决和处理。

第二节 涉外民商法律适用的依据

凡是能够用来解决涉外民商法律关系的,具有法律渊源性质的,在不同的时间、场合中能起到法律适用的论证根据的法律、准则、习惯等规范,都被称之为涉外民商法律适用的依据。涉外民商法律适用的依据具有两个特点:第一,具有双重性,即包括国际渊源和国内渊源两方面。国际渊源包括国际条约和国际惯例;国内渊源包括国内立法和法院判例。第二,具有多样性,即包括国际条约、国际惯例、国内立法、法院判例,还有学说、哲理等内容。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第八章涉外民事关系的法律适用第 142 条规定:“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”该条明确规定中国涉外民商法律关系的法律适用依据主要是国内立法、国际条约和国际惯例。法院判例不能成为中国涉外民商法律适用的依据。

一、国内立法

涉外民商法律适用的依据最早是出现在有关国家的国内立法中。最早以国内法形式规定法律适用的是 1756 年德国的《巴伐利亚法典》,以后又有 1794 年的《普鲁士法典》,1804 年的《法国民法

典》有关法律适用对欧洲各国冲突法立法产生了重大影响。

迄今为止,冲突法的国内立法主要通过四种形式出现:1.在民法典各章节中分散规定冲突法规范,最为典型的是1804年的《法国民法典》。2.以专门法的形式制定系统的冲突法规范,最典型的是1896年的《德国民法施行法》和1898年《日本法例》。3.在民法典中或其他法典中以专编或专章,比较系统地规定冲突法规范,具有代表性的是1986年《中华人民共和国民事诉讼法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”。4.在单行法规中就有关方面的涉外民事问题制定法律适用规范,英国是这一类型的代表,如1882年《英国票据法》、1984年《英国商船法》就有法律适用的专门条款。

我国在国内立法方面,调整涉外民商关系的法律规范主要通过三方面的立法体现出来:1.在民法中设专章进行规定。1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法通则》第八章规定了“涉外民事关系的法律适用”,1988年最高人民法院发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》,对涉外民事关系法律适用中的具体问题作了解释。2.在单行法规中对有关方面的涉外民事问题作出规定。如《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国继承法》等法律法规,都含有法律适用规范,对于这些法律法规最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国涉外经济合同法〉若干问题的解答》、《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解答》等司法解释。3.在程序法中加以规定。1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》设有专编“涉外民事诉讼程序的特别规定”,1994年8月31日颁布的《中华人民共和国仲裁法》设有专章“涉外仲裁的特别规定”。此外,我国涉外仲裁机构还制定了《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。

二、国际条约

国际条约是两国或数国之间关于确定、变更或终止它们的权利与义务的协议。国际条约按参加者多少分为双边国际条约和多边国际条约。双边国际条约是指两个国家之间缔结的条约,如通商航海条约。由于它只涉及两国之间的利益,比较容易达成协议,因此作为双边国际条约数量较多,对调整涉外民事关系起着十分重要的作用。而多边国际条约是指多个国家间达成的协议,由于它涉及到多个国家的利益不易达成协议,因此多边国际条约相对于双边国际条约来说,数量较少,但在世界上的影响却较为广泛和深远。多边国际条约是从19世纪中叶,国家之间谋求通过缔结国际条约来制定统一的冲突法,以达成各国民商法在法律适用方面的一致而开始的。由于多边条约是解决和避免国际经济交往中法律冲突的一个最佳途径,因此得到了较大发展。

迄今为止,它主要包括以下四类规范:1. 外国人民事法律地位的规范,如1928年订于哈瓦那的《关于外国人地位的公约》、1954年订于纽约的《关于无国籍人地位的公约》、1966年订于纽约的《经济、社会、文化权利国际盟约》等。2. 冲突规范,如1928年在哈瓦那签订的《布斯塔曼特法典》、1955年订于海牙的《国际有体动产买卖法律适用公约》、1985年订于海牙的《国际货物买卖合同法律适用公约》等。3. 统一实体规范,如1883年《保护工业产权巴黎公约》、1969年《国际油污损害民事责任公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》等。应注意的是,在规定统一实体规范的条约中有时也含有冲突规范的内容,如根据1969年《国际油污损害民事责任公约》第10条规定,各缔约国有承认和执行外国法院有关判决的义务。4. 诉讼与仲裁方面的规范,如1954年订于海牙的《民事诉讼程序公约》、1958年订于纽约的《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》等。

我国在国际条约方面,已经和外国签订了大量的双边条约。到

1984年10月止,我国和外国共签订了93个经济贸易条约和规定。如中朝通商航海条约、中罗共同条件议定书等。另一方面,我国也积极参加多边条约,迄今为止,我国参加的多边国际条约主要有:1.1883年《保护工业产权巴黎公约》;2.1886年《保护文学与艺术作品伯尔尼公约》;3.1891年《商称国际注册马德里协定》;4.1929年《统一国际航空运输某些规则的公约》;5.1951年《国际铁路货物联运协定》;6.1952年《世界版权公约》;7.1958年《关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》等。8.1965年《关于解决各国和他国国民之间投资争端的公约》;9.1967年《世界知识产权组织公约》;10.1969年《国际油污损害民事责任公约》;11.1970年《专利合作条约》;12.1980年《联合国国际货物销售合同公约》;13.1980年《联合国多式联运公约》;

三、国际惯例

国际惯例指的是在国际民事交往中经过反复实践而逐渐形成的有明确内容的习惯或一般做法。构成国际惯例必须具备两上条件:一是经长期普遍的实践而形成成为通例,即所谓的“物质因素”。二是必须经国家或当事人明示或默示表示承认,即所谓的“心理因素”。

有人认为国际惯例既可以是冲突法方面的,又可以是实体法方面的;也有人认为国际惯例都具有实体规范的内容,而不存在冲突法方面的国际惯例。之所以会产生这种分歧,关键在于对冲突法中的“意思自治原则”,“物之所在地法原则”、“场所支配行为”等规范是国际惯例或是经国家认可后的国内法有不同的见解,从而也导致了国际惯例是指冲突法上的国际惯例还是指实体法上的国际惯例的争论,这个问题至今仍无定论。实体法上的国际惯例是在长期的国际民事交往中形成的,后来又经过国际民间组织的统一编纂和解释而变得更为系统、准确。在实践中运用较多的实体法上的

惯例有 1932 年《华沙——牛津规则》、1953 年国际商会《国际贸易术语解释通则》、1930 年《跟单信用证统一惯例》、1967 年《商业单据托收统一规则》、1974 年《约克——安特卫普规则》等。

此外,在具体适用国际惯例时,应当注意两上问题:一是国际惯例有强制性惯例和任意性惯例之分,凡属强制性惯例(如国家财产豁免权),任何国家和当事人都必须绝对遵守;而任意性惯例,需经当事人选择或有关当局认可才能作为调整当事人权利义务的根据;二是任意性惯例的内容可由双方当事人在使用时加以变更或补充,当事人权利义务以其约定的内容为准。

我国在国际惯例方面,对国际上通行的惯例,历来给予尊重,并允许适用国际惯例来调整涉外民事关系当事人的权利和义务。我国《民法通则》第 142 条第 3 款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”同时,我国为维护公共秩序,对国际惯例的适用也进行一定的限制,如我国《民法通则》第 150 条规定:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

第三节 涉外民商法律适用的系属公式

在长期实践中,双边冲突规范的系属逐渐固定起来,便形成了涉外民商法律适用的系属公式。所谓系属公式,就是把一些解决法律冲突的原则公式化而成为固定的系属,使它适合于解决同类性质法律关系的冲突问题。最常用的系属公式有:属人法,物之所在地法,行为地法,当事人选择的法律,法院地法,旗国法或登记国法,最密切联系的法律等等。

一、属人法(Lex personalis)

属人法是指与涉外民事法律关系的当事人有关的法律。属人法包括自然人的属人法和法人的属人法两种。

1. 自然人的属人法

自然人的属人法是指以自然人的国籍国、住所地或惯常居所地为连结点的系属公式。这一系属公式,主要是用于解决自然人的身份、权利能力、行为能力等方面的法律冲突问题。从国际私法的历史发展来看,自13世纪法则区别说开始,一直到18世纪末,自然人的属人法都仅仅是指自然人的住所地法。但1804年《法国民法典》改变了传统的自然人属人法的含义,明确规定了以自然人国籍国法为自然人的属人法。《法国民法典》这种规定,后来得到意大利孟西尼学派的大力倡导,并被欧洲大陆许多国家所采用。而另一方面,以英、美为代表的普通法系各国,仍然坚持以自然人住所地法为自然人的属人法。因此在现代国际私法中,各国对自然人属人法的含义有着不同的理解。总的来讲,在理解和适用自然人的属人法时,国际上存在以下两大派别:

一派是本国法主义。即以自然人的国籍国法为自然人的属人法。大陆法系多数国家如法国、荷兰、卢森堡、比利时、德国、意大利、西班牙、葡萄牙、希腊、土耳其、日本等均持这种主张。另一派是住所地法主义。即以自然人的住所地法为自然人的属人法,英美法系各国普遍持这种主张,如英国、美国、加拿大、澳大利亚等。

应当看到,由于各国的社会、历史条件不同,各国对自然人属人法的不同理解在短时期内是不可能彻底消除的,鉴于这种情况,近年来无论是大陆法系国家还是英美法系国家,都在不同程度上采用了“惯常居所”这一连结因素,以自然人的惯常居所地法部分地取代了自然人的本国法或住所地法。这一变化,使长期以来对立的本国法主义和住所地法主义两大派别出现了互相接近的势头。

从我国现行法律规定和司法实践来看,调整某些涉外民事法

律关系也应适用自然人的属人法。根据我国法律规定和实践,自然人的属人法有以下几种不同含义:第一,以自然人的本国法为其属人法。如根据《民法通则》第146条的规定,侵权行为的损害赔偿,如果当事人双方国籍相同的,可以适用当事人本国法。第二,以自然人定居国法律为其属人法,如《民法通则》第143条规定,定居国外的中国公民的行为能力,可以适用其定居国法律。第三,以自然人住所地法为其属人法。如《民法通则》149条规定,法定继承,动产适用被继承人死亡时住所地法律。此外,最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》还规定,无国籍人的民事行为能力,一般适用其定居国法律;如未定居的,适用其住所地国法律。可见,我国根据不同情况分别赋予了自然人属人法不同的含义,这表明我国对自然人属人法的适用具有一定的灵活性。

2. 法人的属人法

法人的属人法是指法人的国籍国法。这一系属公式,主要是用于解决法人的权利能力和行为能力、法人的性质、法人的内部关系等方面的法律冲突问题。各国适用法人的属人法都是以法人的国籍为依据的。但是如何确定法人的国籍,是一个比较复杂的问题,不仅各国确定法人国籍的标准不一致,而且就是在同一国家,不同时期确定法人国籍的标准也可能不一样。

二、物之所在地法人(Lex rei sitae; lex situs)

物之所在地法是指作为涉外民事法律关系客体的物所在地的法律。这一系属公式,主要是用于解决物权方面的法律冲突问题,诸如物权客体的范围、物权的内容、物权的变更和消灭,物权的保护方法、物权的分类等,一般都是由物之所在地法决定。

物之所在地法最早是产生于13世纪意大利的法则区别说,但从13世纪开始,一直到19世纪中叶,物之所在地法只是用于解决有关不动产权方面的法律冲突。19世纪中叶以后,随着动产价

值的不断增大和国际民事交往的日益复杂,有关国家为了加强对本国境内的动产物的控制,才主张动产物权关系也适用物之所在地法。从发展趋势来看,主张不动产物权和动产物权都依物之所在地法的国家正越来越多。

根据我国立法和实践,不动产的所有权和不动产买卖、租赁、抵押、使用等涉外民事关系,以及涉外不动产继承关系,均适用物之所在地法。

三、行为地法(Lex loci actus)

行为地法是指民事行为发生地的法律。这一系属公式,主要是用于解决民事行为的方式、内容、效力等方面的法律冲突问题,尤其是在解决行为方式的法律冲突时,各国普遍主张适用行为地法。

行为地法这一系属公式,来源于“场所支配行为”这一古老原则。“场所支配行为”原则的基本含义是:某种民事行为发生在哪个国家,便应依哪个国家的法律来调整。这一原则对当今各国的国际私法立法和实践仍有重大影响。从目前各国的法律规定和实践来看,常用的行为地法主要有以下几种:

1. 合同缔结地法,简称缔约地法。通常用于解决合同形式、合同成立以及合同的内容等方面的法律冲突。当合同是通过通讯、电传、传真等方式成立时,何地为缔约地呢?世界各国的立法和判例中,有两种不同规定:英美法系国家采取发信主义,即以承诺信函发出地为合同缔结地;大陆法系国际则采取收信主义,即以承诺信函收到地为合同缔结地。

根据我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》的规定,外国人在我国领域内进行民事活动,如依其本国法律为无民事行为能力,而依我国法律为有民事行为能力,应当认定为有民事行为能力。可见我国在合同成立尤其在当事人的民事行为能力方面,采用的是合同缔结地法的原

则。

2. 合同履行地法,简称履行地法或清偿地法。主要是用于解决合同履行中的各种具体问题,有时也用于解决合同内容的法律冲突问题。

3. 婚姻举行地法,又称为婚姻缔结地法。它是指结婚登记地或者结婚仪式举行地的法律。通常是用于解决结婚方面特别是结婚形式要件和实质要件的法律冲突问题。

4. 侵权行为地法,是指侵权行为实施地或损害结果发生地的法律。这是用来解决侵权行为法律冲突的冲突原则。在适用侵权行为地法时,如果侵权行为实施地和损害结果发生地不一致时,大陆法系国家以侵权行为实施地法为侵权行为地法;英美法系国家以损害结果发生地法为侵权行为地法;德国法系国家主张侵权行为实施地法和损害结果发生地法都是属于侵权行为地法,在具体适用时可以选择适用其中的一种法律。

我国《民法通则》第146条规定,侵权行为的损害赔偿,首先应当适用侵权行为地法。对于侵权行为地的确定,最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第187条规定:“侵权行为地法包括侵权行为实施地法律和损害结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用。”可见,在我国侵权行为地包括侵权行为实施地和损害结果发生地。

四、当事人选择的法律(Lex voluntatis)

它是指涉外民事法律关系的当事人自己选择的法律。这一系属公式,主要是用于解决涉外合同关系的冲突问题。

从各国的国际私法立法和实践来看,几乎所有国家都是允许涉外合同的当事人自己选择处理合同争议所适用的法律的。由双方当事人协商一致自己选择处理合同争议所适用的法律,在国际私法学上称为“意思自治”原则。这一原则,已经成为解决涉外合同