

国际私法论文选辑



西南政法学院国际法教研室编

一九八一年十一月

国际私法论文选辑

西南政法学院国际法教研室编

一九八一年十一月

目 录

- 一、略论国际私法的对象、体系及其对
 我国的现实意义……………高树异(1)
- 二、论国际私法的发展趋势……………任继圣(12)
- 三、苏联国际私法理论的发展……(苏)Л·А·隆茨(23)
- 四、国际民事交往的法律调整和私法的
 国际抵触……………(日)池原季雄 余先予译(37)
- 五、苏联国际法学界讨论国际法和国内
 法的关系、国际私法和国际公法
 的关系问题……………吴云琪译(42)
- 六、匈牙利国际私法新法规
 ……………(匈牙利)奥东·佐尔坦(47)
- 七、《中华人民共和国国籍法》浅论
 ……………张汇文 卢莹辉(62)
- 八、对《1978年海上货物运输公约》(汉
 堡规则)的初步探讨……………魏家驹(71)
- 九、我国海上货物运输保险的损害赔偿……陈源泉(86)
- 十、比较专利法——国际上的主要专利
 制度概述……………(美)彼得·罗森堡(91)
- 十一、略论专利制度的利与弊……………吕润程(105)
- 十二、论知识产权的法律意义与国际保护
 ……………张汇文 卢莹辉(112)

十三、《中外合资经营企业法》实施中的一

些问题……(笔谈) 郭忠信 周子亚 储玉坤 (126)
卢绳祖 魏文达

十四、试论补偿贸易的利弊……………陈学成(137)

十五、国际法律浅说(二)——涉外民事案

件管辖权……………姚 壮(143)

十六、国际法律浅说(三)——法院委托和

司法协助……………姚 壮(148)

十七、国际法律浅说(四)——外国法院判

决的承认和执行……………姚 壮(151)

十八、国际商事仲裁问题的研究……周子亚 卢绳祖(155)

附:

提单条款……………(169)

提单实例(插表)

信用证实例(插表)

中国人民保险公司国际运输保险凭

证(实例, 插表)

略论国际私法的对象、 体系及其对我国的现实意义

高 树 异

国际私法，是国际法的一个重要组成部分。研究国际私法问题，立即着手修订、制定、完备国际私法规范，对我国早日实现四个现代化，有着十分重要的现实意义。本文的目的在于就国际私法调整的对象和性质、国际私法的渊源、国际私法学的体系以及制定和研究国际私法与我国实现四化的关系等问题作一些探讨，以期就教于专家和其他对国际私法有兴趣的同志。

一、关于国际私法调整的对象和性质

虽然可以说古代就有国际私法规范，比如说罗马的“万民法”中就有相当一部分是国际私法规范，在我国唐宋时期的法律中，也有国际私法（“冲突规范”）的条文。但从国际私法产生的原因和发展的条件来说，它应该说是商品经济国际交流的产物。因此一般认为，国际私法是近代才发展和完备起来的一个法律部门。从对国际私法问题的研究情况来看，也是到近代以后才得到先进国家政治家和法学家的充分重视。虽然十三世纪前后，意大利的法学家们即创立了所谓“法规区别”的理论（“法规区别说”），但还只是对国际私法的一个侧面的研究，还谈不上全面的深入的研究。只是到了近代和现代，特别是最近这二十年来，由于生产、贸易、

交通运输事业的发展，国际经济、科技、文化等交流的加强，各国间在事务性交往方面互相取长补短，开展合作，就给国际私法和国际私法学的发展创造了充分的条件。

每一个法律部门，都有根据本身性质所具有的特殊调整对象，即一定范围的社会关系。比如说民法调整的对象是一定的财产关系和某些人身非财产关系，行政法调整的对象是国家机关在实行管理活动过程中所发生的关系，国际法（国际公法）所调整的是国家之间在交往中的各种关系。国际私法所调整的则是具有涉外因素的经济（财产）关系和与经济有关的人身关系。具有涉外因素的刑法关系（或刑事问题）不应当包括在国际私法之内。《布斯特曼特法典》把“国际刑法”也列入，看来是没有必要的，因为那是另一类性质的问题（本文这里不打算详论为什么涉外刑事问题不应属于国际私法，以后拟另行探讨）。

国际私法所调整的每一个具体关系（问题或纠纷），都是具有“涉外因素”，或国际因素，即都具有外国成分，都牵涉到两个或两个以上国家的国家和个人（包括法人）的权利和利益。国际私法关系的特点是，或者当事人双方或一方是外国人，或者争执的标的物（客体）在国外，或者有关的法律行为或事实（如契约的缔结或侵权行为的发生）是在国外产生。这种关系，在过去，个人之间的关系（财产的和人身的）表现为大量的。在当前，由于国际经济、科技和文化交流的发展，国家间的和各种组织（公司、团体等以法人出现的各种集体单位）之间的关系日益增多，随之产生的有关问题也必然逐渐增加。

对国际私法的性质问题，历来有不同看法。一般说，英

美等国的作者多倾向于认为它属于国内法，德法等国的作者多倾向于认为它属于国际法。在苏联及其他东欧国家的著作中，也存在不同看法。主张它属于国内法的作者的主要理由，那就是因为国际私法的问题主要由一国法院来解决，而且适用的规范主要是该国的国内立法。这些都是事实。但要看到，从国际私法的渊源来说，它既有国内立法，又有国际条约和国际惯例，而且从发展上看，后者的地位越来越重要。至于由某国法院来审理国际私法问题，并不是决定这种关系性质的绝对标准。因为第一，当前通过仲裁（地点根据双方协议）解决国际私法纠纷，越见增多；第二，即使由国内法院审理，对于具有涉外因素的各种民事案件，也不能不照顾到有关国家的利益和国际影响，同时也不一定适用法院地国的实体规范，这样就充分体现出这类问题的国际性；第三，在执行有关判决的裁决上，经常需要取得有关国家的谅解、协助或承认。因此，我认为，从国际私法关系的性质、处理、影响和发展来看，它应属于国际法一类。所谓国际民法、国际商法等，都属于国际私法范畴，或者就是国际私法的同义语。近年来，许多国家的作者谈到“国际经济法”或“国际经济发展法”这一新的法律部门，其背景是发展国际经济交流、维护第三世界国家的经济权利，建立新的国际经济秩序。其原则许多是属于国际法（国际公法）的范围。而就其具体内容来看，如国际间的“贸易优惠”、“关税优惠”、“资本援助”、“技术援助”、“食物援助”等，又属于国际私法的范围，即其实体规范那部分。所以，说它是独立的法律部门可以。说它是国际私法内容的发展也可以。当然国际私法的“私法”一词是沿用传统的提法，即民法一类。我们认

为，法（广义的法律）是一定国家权力机关制定的、反映一定社会统治阶级意志和利益的并用国家的强制力加以保证施行的行为规则。就法律的性质来说，无所谓“公”、“私”之分。所以严格说，“国际私法”这个名称，并不确切。

关于国际私法的性质问题，除去“国内法”和“国际法”之争外，在国外的一些著作中，还涉及到它是“程序法”还是“实体法”的问题。有些作者认为，国际私法规范，仅包括“冲突规范”，即对具体法规的选择，如“属人法”、“物之所在地法”、“法院地法”之类，这些都是一些“准据法”，并不包括解决具体问题的实质内容，因而认为它是程序法。但国际私法规范，不应仅是“冲突规范”，也应包括解决涉外经济、民事问题的实体规范。这一类具体规定权利义务关系的实体规范，从国际实践上看，不论是国际条约或国内立法，都越来越多。不仅如此，国际私法还应包括所谓“国际民事诉讼法”一类规范，例如关于外国法人和个人的民事诉讼地位、有关案件的法院委托和外国法院判决的承认和执行、有关问题的仲裁等。因此，对国际私法的组成范围，应从发展的观点去看。

二、关于国际私法规范的来源（渊源）

国际私法规范的产生和发展的基础，是国家间或不同国家间的集体或个人之间各种事务性往来。为了维护国家主权，发展国家间的关系，因此就要制定一些特定的法规来调整这些关系，解决有关纠纷。其原则是，既不丧失国家主权并能妥善保护本国国家、集体和个人的利益，又尊重有关国家及其组织和个人的权益，有利于促进国际间的正常交往，有利于

有关国家生产的发展、人民生活的改善以及国际和平的维护。当然，要做到这一点，必须有关国家都要有这个诚意并在实际上采取相应的措施。

国际私法规范的内容是很广泛的，它的来源（渊源）也是多方面的。

首先，它来源于国内立法，即一国立法机关制定的解决涉外民事问题的各种规范（包括在法律、法令以及其他单行法规中），其中既有“冲突规范”，也有各类实体规范。在西方，在罗马法的“万民法”中有这类规定。在中世纪的欧洲，对国际私法问题，在一个时期（5—8世纪）倾向于适用“属人法”（即当事人的本国法）。在我国的唐宋时期，法律中也有“诸化外人，同类相犯者，各依本俗法”的规定（见《唐律疏议》和《宋刑统》），这也是“属人法”的原则。但那时法律规定的过于笼统，既不分刑事还是民事问题，也不分是哪一类的民事问题，而是笼统规定都适用属人法。不过在一千年前即有此类规定，说明我国唐代的封建法制已达到相当发展的程度。

到了近代，一般认为，法国一八〇四年的民法典中，最先规定了国际私法规范。在该法典的第三条中，立下了三项处理国际私法问题的基本准则，即关于身份或能力问题适用本国法，关于不动产问题适用物之所在地法，关于警察和治安的法律适用法院地法。在以后的奥地利民法（一八一一年）、荷兰民法（一八二九年）、葡萄牙民法（一八六七年）、西班牙民法（一八八八年），以及一九四〇年的希腊民法典中，都有条目不等的国际私法规范在内。有些国家把国际私法条文规定在民法施行法中，如一八九六年的德国民法施行

法中就有国际私法规范几十条，其中有些条文至今仍被两个德国所采用。有的国家，则把国际私法规范集中规定在一个法律（法令）中，虽然名称不同，都形成一种国际私法典。如一八二九年荷兰的《王国立法之原则》，一八六五年意大利的《一般法律之公布解释及适用之总则》，一八九八年日本的《法例》，一九一八年旧中国政府公布的《法律适用条例》，一九二六年波兰的《国际私法典》，一九四八年捷克的《关于国际与州际私法和外国人私法地位的法令》，一九七五年东德的《法律适用法》等。国际私法规范，还散见于许多其他单行法规中（如关于国籍、外国人地位、外国法效力等法律、法令中）。除此之外，在那些所谓“普通法”国家中，有关判例也是国际私法规范的来源。

我们还看到，国际私法规范（不仅是冲突规范，更多的是实体规范）还大量存在于国际条约（多边的国际公约和双边的国际协定）之中。早在十九世纪末，许多国家的政治家和法学家就设想把国际私法各种规范汇集在一个法典式的国际公约中，以便于解决有关问题，促进国际交往。从一八九四年以来召开了多次海牙国际私法会议，拟定有关公约草案，虽然效果不大，但创始的功绩不应否认。一九二八年，美洲国家在哈瓦那开会，通过了著名的《国际私法典》（即《布斯特曼特法典》）。美洲国家在一九七九年五月八日又签订了七个有关国际私法的公约。其他有关国际私法问题的还有一九二九年签订的《国际航空运输公约》，一九四六年签订的有关著作权的泛美公约，一九五〇年签订的关于认定失踪者死亡的公约，一九五二年签订的关于著作权的万国公约，一九五五年签订的欧洲居留公约，一九五八年签订的承认

及执行外国仲裁裁决的公约，一九五四年签订的关于无国籍人法律地位的公约，一九六六年签订的关于建立公司的欧洲公约，等等。

除此之外，国际间还存在大量的双边的有关国际私法问题的条约或协定，如关于外国人和法人的地位的条约，关于国籍冲突问题的条约，关于贸易和各种经济、科技、文化交流的条约，关于海运和空运的条约，关于保护专利权的条约，关于司法协助的条约，关于承认和执行外国法院判决和仲裁裁决的条约，等等。值得注意的是，在许多双边和多边国际条约中，国际私法中的实体法规范越见增多，比如在“共同交货条件”这类双边协定中，对于买卖方式（形式）、所有权转移时间、交货期限、对有瑕疵货物的物质责任、请求权的时效等问题都作了具体规定，这样就便于问题的迅速解决，不会产生“识别”、“反致”、“外国法证明”等一系列问题，从而有助于国际经济交往的加强。除此之外，国际经济交流中长期形成的一些惯例，即使未订入条约，也应成为国际私法的渊源，这对发展国际间的友好往来有利，当然这种惯例必须是有选择的符合国际法基本原则的。

三、关于国际私法的体系

由于对国际私法的对象、性质、渊源、作用等问题理解不同，对于国际私法的研究体系也历来有不同看法。各国作者，根据他们对这类问题理解的程度，决定采取各自的研究立场。有的从较狭窄的范围出发，认为国际私法体系仅应包括涉外民事案件的法律选择问题，并从而把著作命名为《法律的冲突》。有的著作把范围放宽一些，认为要决定法律的

选择，首先要决定法院对案件有无管辖权，然后才能确定哪类案件适用哪种冲突规范。比如英国著名的国际私法专著《契夏尔国际私法》（一九七九年在英国出版了第十版）就强调：在什么情况下法院有权受理具有涉外因素的某一案件，与当事人有关的某一特定的国内法律体系应该如何确定，在什么情况下有关的外国判决可予承认，以及在什么情况下由外国判决给予当事人的权利可在英国发生效力。看来这里是十分重视有关国际民事诉讼法的一些问题。

我认为，为了适应当前不断发展的国际间经济、科技和文教等交往的形势，便于正确及时地解决有关问题，促进我国四化的早日实现，国际私法的体系应该范围广一些。既要有基本理论问题，如对象、性质、作用、渊源、意义等；也要讲各种具体的问题，如识别、反致、公共秩序、国籍、外国人（包括法人）地位、住所、所有权、债权（包括各种契约和损害赔偿）、专利权、婚姻家庭、继承等问题。既要讲历史沿革，更要注意世界各国和我国现状（当然是立足于本国）。既要讲一般的冲突规范，也要讲具体的实体规范。既要讲实体法上的问题，也要讲程序法上的问题。根据这些原则，我认为国际私法的科学体系至少应包括以下几部分：

一、国际私法概述；二、国际私法和国际私法学的历史；三、冲突规范与实体规范；四、国籍冲突和外国人（包括法人）的法律地位；五、所有权方面问题；六、一般债权方面问题；七、国际经济法方面问题（主要讲国际贸易、国际经济援助以及各种国际性契约的纠纷等问题）；八、专利权（包括著作权、商标权）方面的问题；九、婚姻家庭问题；十、继承问题；十一、国际民事诉讼问题；十二、国际贸易

和其他问题的仲裁问题。

这里需要指出的，就是国际私法的研究范围可能与其他法的部门有某些重叠之外，如与国际公法、民法、经济法、民事诉讼法等可能在某一部分在一定程度上有重叠或交叉，但这不妨碍对问题的研究，而是从不同角度来谈问题，并不是简单重复。

四、加强国际私法的立法和国际私法学的研究对我国实现四化的重要意义

为了顺利进行四化建设，我国对内要发扬民主和加强法制，对外要发展国际交往，建立国家间的友好合作关系。我们要在坚持主权原则的基础上，吸收一切国外的对我有利的资金、技术和经验。在对外关系上，粉碎“四人帮”以来，短短三年时间，已取得空前迅速的发展和巨大成绩，这对我国加快四个现代化的步伐是十分必要的。三年来我国对外关系的开展，不论在规模上或成果上，不仅解放前的旧中国根本不能做到，也是文化大革命前十七年时期所未能达成的。可以说，为了促进四化的早日实现，我国与世界许多国家的各种友好交往（政治、经济、科技、文教、旅游等）定会日趋发展。也可以想见，涉外的经济和民事纠纷，也会不断有所增多。正确、及时地解决这些国际性的问题，对于保护外国国家、法人和个人的正当权益，保护我国国家、集体和个人的权益，对于促进各国人民的友好往来，反对霸权主义，维护世界和平，是有重要意义的。

因此，我们应着手全面考虑和陆续制定和完备国际私法规范。鉴于我国的实际情况，我认为我国先不必搞法典化的

国际私法,而是在民法和有关的单行法规中,分别规定属于国际私法的规范。我国过去就是这样做的。如一九五〇年七月二十八日政务院批准的《商标注册暂行条例》第5条,一九五〇年八月十一日政务院批准的《保障发明权与专利权暂行条例》第18条,一九五〇年十二月八日政务院批准的《对外贸易管理暂行条例》第4条,一九五一年二月二十三日政务院通过的《中华人民共和国劳动保险条例》第4条,一九五一年四月十六日政务院批准的《轮船业管理暂行规则》第4、31条,一九五一年四月十八日政务院批准的《医师暂行条例》第4条,以及一九六四年四月十三日国务院公布施行的《外国人入境过境居留旅行管理条例》和一九七九年七月八日五届人大二次会议公布施行的《中外合资经营企业法》等等,都属于国际私法范畴。

但是,已经公布施行的国际私法规范还比较少,还不够完备,不能适应我国当前四化建设的需要。同时,有些问题还没有明文规定。这样就在处理有关问题时,可能使有关国家的法人和个人产生疑虑,也使我国仲裁和司法人员感到无所遵循。因此,有必要加强国际私法的立法工作。比如随着《中外合资经营企业法》的贯彻执行,有些相关的法律、法令,如国籍法、公司法,税法、发明法、著作权保护法、商标法,外汇管理法、国有化法等等法规,也要考虑制定或修订。

法人制度,是各国普遍承认的一种法律制度,对于发展本国经济和解决国际私法纠纷都很必要。因此,我建议,我国在立法上应明确承认和规定法人制度。这不仅对于我国的四化建设,比如说扩大企业自主权,明确企业的经济和法律

责任，提高企业的管理效能等有重要意义，对于加强国际间经济、科技等交流，对于在坚持主权和平等互利原则下引进外国资金、先进技术和管理经验，也有必要。过去我国在国际协定上，如与一些国家的领事协定，承认法人制度，而在国内立法上则没有明确规定。我认为，在起草我国民法时应考虑这个问题，应把法人制度写进去，就象当前世界各国的民法、商法、民事诉讼法、国际私法所做的那样，以更好地发挥民事一类立法的组织和发展经济建设的职能。

我国施行的国际私法规范，还有相当数量表现在我国参加或加入的国际条约（主要是双边协定）中。如在与有关国家缔结的《贸易协定》、《领事协定》、《通商和交通协定》等许多国际协定中就有不同内容的国际私法规范。当然数量还不够多、不足适应我国日益发展的国际经济、科技、文化交往的需要。从发展趋势和当前各国的实践看，今后我国在国际协定中规定的国际私法规范（主要是实体规范）将会日益增加。

所以说，不论从国内立法还是国际协定方面看，加强国际私法的立法，完备国际私法规范是十分必要的。在具体规定上，我国可以参照国际上的习惯作法和其他国家的立法经验、结合我国的需要，并为了更好地保护我国国家、法人（企业等）和个人的利益，对冲突规范采用的范围可以更宽一些，即可以考虑采取更多的冲突规范类型。比如说，对于不动产的争执，是否可考虑国际上的普遍实践，明确采取“物之所在地法”原则？这样对我国不是有害而是有利。当然，对于国有财产，还要坚持国家主权和国际法上的豁免原则。又如对于外国人的结婚年龄，是否必须坚持法院地法原则？

在不违反“公共秩序”的条件下，当事人的本国法是否可以考虑呢？对于这一条“属人法”的意义、作用和影响，应在进行深入研究的基础上，得出恰当的结论。另外，当前还有许多国际私法方面的新问题，特别是与发展国际经济合作有关的，也急需加以研究。

论国际私法的发展趋势

任 继 圣

在我国进行社会主义现代化的建设过程中，势必不断扩大我国与外国之间的经济和文化交往，随着发生大量的涉外财产关系，以及与财产密切相联的其他权利关系。前者如对外贸易的货物买卖、运输、保险关系，对外投资、借贷关系，后者如对外的专利权关系，涉外婚姻、家庭关系，等等。这些关系统称为涉外民事法律关系。国际私法就是专门调整这种关系的法律部门。了解这个法律部门的发展变化，有利于更好地使用它为我国的对外经济与文化交往服务。

国际私法是资本主义国际经济交往的产物，十三世纪时，在现今的意大利北部，当时存在着许多城市国家，它们之间商业交往频繁，随之发生了较多的涉外民事法律关系，为适应这种发展，开始形成了专门调整这种关系的“国际私法”。十九世纪中叶以后，由于国际经济和文化交往进一步加速向前发展，国际私法也有着较大的发展和变化。第二次世界大战以后，发展变化的速度加快，为我国，为国际上的研究者所注目。有的外国学者在这种发展面前改变了传统的观念，本来

认为国际私法不应包括条约中所订立的、调整涉外民事法律关系双方权利与义务的实体法规范，现在改变了观点，认为应该包括。有的外国学者提出，国际私法发展的现阶段，是现代国际私法的开始阶段，如捷克斯洛伐克学者克伦斯基。在我国的研究者之间也就国际私法的发展问题，进行了认真的讨论。应如何看待国际私法的发展趋势，是讨论中的一个关键问题。作者认为，十九世纪中叶以后，国际私法的发展趋势，主要表现为以下三个方面。

第一，涉外民事法律关系的范围不断扩大，国际私法所适用的范围也随之扩大。

十九世纪后半叶，国际经济关系中的一个特点是，由资本主义的商品输出逐步向资本输出发展，伴随着资本输出而出现的，是工、商业公司和银行的国际活动增加，不同国家之间的法人、自然人之间的交往频繁，涉外民事法律的关系也随之经历了一个大发展。到十九世纪末，它已涉及到当时国际经济、文化交往和社会生活的各个主要方面。在普遍法国家，英国王室法律顾问、法学博士A. V. 戴西教授所著的《冲突法》一书中，总结了英国的司法实践，抽出了二百另四条处理涉外民事法律关系的规则，所涉及到的关系的范围包括：自然人的身份，能力，住所，国籍；法人的国籍，住所，能力，破产；结婚，离婚，家庭，遗嘱，继承；侵权行为；多种合同关系以及涉外民事案件诉讼程序上的问题。这些关系所涉及的范围，比十九世纪初《法国民法典》的规定广泛得多。以涉外合同关系为例，一八〇四年的《法国民法典》只规定，在外国订立的合同不得用在法国的不动产设立抵押权。戴西的《冲突法》中，在合同问题上则涉及了动产，不动