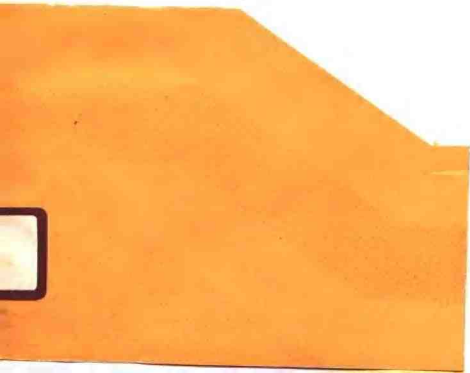


国际私法概论

赵相林 编著



中国军地两用人才大学教材

国际私法概论

赵相林 编著

蓝天出版社出版发行

(北京复兴路14号)

(邮政编码: 100843)

北京三环印刷厂印刷

787×1092毫米 32开 9印张 202千字

1989年10月第1版 1989年10月第1次印刷

印数0001—8000册

ISBN7-80081-060-7/G·22

定价: 2.70元

前 言

培养军地两用人才，是军队和国家现代化建设的迫切需要，是新的历史条件下加强部队建设的一项战略措施。军委主席邓小平同志指出，这是关系到大局的一个问题。这个问题，一经提出，就受到全军上下的热烈拥护，也得到了地方政府和人民群众的广泛支持。经过几年的努力，培养军地两用人才的工作已经取得了显著的成绩和丰富的经验。为了进一步落实邓小平同志关于培养军地两用人才的一系列指示，逐步完善军地两用人才的培养体系，使培养军地两用人才的工作深入、持久、健康地发展下去，由总政治部干部部、国务院军队转业干部安置工作小组办公室、国务院退伍军人和军队离休退休干部安置领导小组办公室、中国青年报社等单位，结合社会力量联合创办了中国军地两用人才大学。

根据近几年来国家安置转业、退伍军人计划和社会需求的调查，中国军地两用人才大学为已经接收的第一期学员开设了法学、公安、经济法、行政管理、劳动人事管理、工商企业管理、农村经济管理、工商行政管理、税务管理、工商业会计、财政金融、公共关系、新闻写作等大专课程，和种植、养殖、乡镇企业会计、乡镇企业管理等中专课程。为编写出适合培养军地两用人才所需要的较高质量的教材，由中共中央党校、中国社会科学院、中国人民大学、中国政法大学、中央财政金融学院和中国军地两用人才大学的有关教授、专家、学者组成教材编审委员会，编委会将组织编写各专业教材100余种。这些教材将注意理论的系统性，注意理论和实际的结合，还注意反映最新科学的发展和我国政治、

经济体制改革的进程。力求做到深入浅出，循序渐进，重点突出，文字简洁。

由于学校成立不久，经验不足，部分教材编写时间比较仓促，教材中一定会存在一些缺点和错误，我们诚恳地希望得到专家、学者和广大学员同志及其他读者的批评指正。

中国军地两用人才大学教材编审委员会

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 国际私法的规范..... | (6) |
| 第三节 国际私法的渊源..... | (9) |
| 第四节 国际私法的作用和基本原则..... | (13) |
| 第五节 国际私法的性质、名称和定义..... | (15) |
| 第二章 冲突规范及其运用中的制度 | (20) |
| 第一节 法律冲突与外国法适用..... | (20) |
| 第二节 冲突规范的结构和种类..... | (25) |
| 第三节 识别..... | (30) |
| 第四节 公共秩序保留..... | (31) |
| 第五节 反致、转致和间接反致..... | (36) |
| 第六节 法律规避..... | (41) |
| 第七节 外国法内容的确定..... | (45) |
| 第八节 准据法的最终确定..... | (49) |
| 第三章 国际私法的主体 | (53) |
| 第一节 自然人是国际私法的主体..... | (53) |
| 第二节 法人是国际私法的主体..... | (62) |
| 第三节 国家作为国际私法的主体..... | (65) |
| 第四节 外国人的民事法律地位..... | (67) |
| 第四章 涉外所有权 | (73) |
| 第一节 概 述..... | (73) |
| 第二节 涉外所有权的法律冲突及其解决..... | (75) |
| 第三节 外国国家及其财产的豁免权..... | (79) |

| | | |
|------------|----------------------|---------|
| 第四节 | 涉外国有化问题 | (85) |
| 第五章 | 知识产权的国际保护问题 | (90) |
| 第一节 | 知识产权的概述 | (90) |
| 第二节 | 专利权的国际保护 | (93) |
| 第三节 | 商标权的国际保护 | (101) |
| 第四节 | 著作权的国际保护 | (106) |
| 第六章 | 涉外债权的一般法律冲突问题 | (111) |
| 第一节 | 涉外债权概述 | (111) |
| 第二节 | 涉外契约之债 | (119) |
| 第三节 | 涉外侵权行为之债 | (123) |
| 第七章 | 国际贸易中的法律问题 | (136) |
| 第一节 | 国际货物买卖合同 | (136) |
| 第二节 | 国际货物运输中的法律问题 | (146) |
| 第三节 | 国际海运货物保险 | (153) |
| 第四节 | 国际技术转让中的法律问题 | (160) |
| 第五节 | 国际贸易支付中的法律问题 | (169) |
| 第八章 | 国际投资中的法律问题 | (180) |
| 第一节 | 对外加工装配中的法律问题 | (181) |
| 第二节 | 补偿贸易中的法律问题 | (184) |
| 第三节 | 中外合资经营企业中的法律问题 | (188) |
| 第四节 | 中外合作经营企业的法律问题 | (196) |
| 第九章 | 涉外婚姻家庭的法律冲突问题 | (201) |
| 第一节 | 概 述 | (201) |
| 第二节 | 涉外结婚 | (203) |
| 第三节 | 涉外夫妻关系 | (210) |
| 第四节 | 涉外离婚 | (214) |
| 第五节 | 涉外父母子女关系 | (218) |

| | |
|------------------------------|---------|
| 第十章 涉外继承的法律冲突问题 | (224) |
| 第一节 概 述..... | (224) |
| 第二节 涉外法定继承..... | (226) |
| 第三节 涉外遗嘱继承..... | (231) |
| 第四节 无人继承财产的法律适用问题..... | (237) |
| 第五节 我国对涉外继承关系的处理原则 | (239) |
| 第十一章 国际民事诉讼程序 | (243) |
| 第一节 概 述..... | (243) |
| 第二节 外国人及外国国家的民事诉讼地位..... | (245) |
| 第三节 涉外民事案件的管辖权问题..... | (249) |
| 第四节 司法协助..... | (254) |
| 第五节 外国法院判决的承认与执行..... | (259) |
| 第十二章 涉外仲裁 | (264) |
| 第一节 概 述..... | (264) |
| 第二节 仲裁协议..... | (266) |
| 第三节 仲裁机构..... | (269) |
| 第四节 仲裁程序..... | (272) |
| 第五节 仲裁裁决的承认与执行..... | (276) |

第一章 国际私法概述

第一节 国际私法的调整对象

一、国际私法的产生

国际私法作为法的一个部门，它的产生同其他部门法一样，是人类社会发展到一定历史阶段的产物。马克思主义认为，“法律……的发展是以经济发展为基础的”，而“经济进一步发展的影响和强制力又经常摧毁”原有的法律体系，“并使它陷入新的矛盾”，开辟新的法的部门。国际私法，正是在国际经济交往出现之后，逐步形成和发展起来的。它的产生条件是：

1. 社会生产力的发展，使得不同国家和地区之间的自然人和法人之间开展了经济、贸易往来。经济、贸易关系的出现，又必然会产生不同国家和地区之间的婚姻家庭关系、继承关系以及其他财产关系。这些超越一个国家或地区界限的民事关系，依什么法律来调整呢？绝对用所在地的国内民法来调整，有时显得不够公平。况且一个国家的民法，主要调整其境内的财产关系和人身关系，对于超越国境的民事关系针对性不强。那么，可否用国际法来调整这些民事关系呢？回答也是否定的。因为，虽然这些民事关系具有国际性，但它是在自然人和法人之间进行的，而非主权国家的行为，国际法调整的仅仅是主权者之间的关系。在这种情况下，国家为了发展国际交往，保护本国人和外国人的合法权益，就需

要制定一些特别的、专门用来调整国际性的民事关系的法律，这种法律既区别于国际法，又不同于国内民法，这个新的法律部门就叫做国际私法。可见，国际私法的产生是以国际经济交往为前提的。例如，我国早在唐朝时代，通过“丝绸之路”与中亚各国就有了较大规模的贸易往来，所以在唐朝的“永徽律”中就出现了国际私法的规范，在该律《名例章》中有一条规定：“诸化外人同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，依法律论。”这里所说的“化外人”即外国人，“同类自相犯”即同一个国家的外国人相互侵犯，依“本俗法”即外国人的本国法。“异类相犯”即不同国家的人相互侵犯，依“法律论”即依唐律论处。当然，这只是国际私法的个别条款，是国际私法的萌芽。这时还没有形成独立的法律部门。国际私法作为独立的法律部门产生于十二、三世纪的意大利，形成于十七世纪，发展于十九世纪的自由资本主义时期。在我国，由于长期的封建统治，实行闭关锁国，国际私法发展得更晚，直到本世纪初才逐步形成一个独立法律部门。

2. 相互交往的国家，拥有独立自主的立法和司法权，国家相互尊重主权，也是国际私法产生和存在的条件之一。因为一个国家如果没有独立的立法权和司法权，就不能独立自主地处理在境内发生的这种具有国际性的民事关系，当然，也就不可能有真正的国际私法了。例如，我国在解放前，处于半殖民地社会，帝国主义国家在我国享有“领事裁判权”，外国人的案件，我国司法机关无权过问。这也是我国国际私法长期不发达的原因之一。

3. 国家允许外国人在其境内从事民事活动，并负有保护外国人合法权益的义务。这也是国际私法产生和存在的条件

之一。倘若一个国家根本不允许外国人在其境内从事民事活动，或者根本不负责保护境内外国人的合法权益，当然，就不会有国际性的民事关系出现，也就不会有国际私法存在之必要了。

4. 各国民商法的不一致，也是国际私法产生和存在的条件之一。由于各国民、商法就同一类民事关系作了不同的规定，才出现法律冲突，解决这些法律冲突，有时需要适用有关的外国法或有关的国际条约或国际惯例。

二、国际私法的调整对象

国际私法的调整对象是涉外民事关系。这种民事关系与国内民法所调整的民事关系相比，有以下三个特点：

1. 这些涉外民事关系都是在国际交往中产生的，它与一国的政治经济状况及其对外政策紧密相连，因此，在处理这种涉外民法关系时，不仅要考虑到法律关系的本身，而且要考虑国家之间的关系，要为国家的外交政策服务。

2. 这种民事关系都具有涉外因素，即在民事关系的诸因素中，至少有一个因素是与外国有联系的，具体表现为：

①民事关系的主体一方或双方是外国的自然人、法人或外国国家。如，两个外国人在中国境内结婚。中国某旅行社与美国人合资经营一个饭店。

②民事关系的客体具有外国因素，如标的物位于外国，标的物属于外国人所有或者标的物是需要做进出口的货物等。例如，北京市公民赵××要求继承位于日本的一批不动产。

③这种民事法律关系的产生、变更或消灭，民事权利义务的法律事实发生在外国。例如，我国机械进出口公司在日本东京与日本某公司签订购买汽车合同。

3. 这种民事关系是广义上的民事关系。国际私法调整的对象是多方面的，它不仅包括属于一般民事关系的涉外所有权关系，债权关系，继承关系，知识产权关系，而且包括涉外婚姻家庭关系、涉外劳动关系、涉外票据关系，涉外商海商法律关系等等。

三、涉外民事关系的调整方法

由于国际私法所调整的民事关系具有涉外因素，它涉及不只一个国家的法律，究竟用什么方法来解决法律适用问题呢？国际私法调整涉外民事关系的方法有两种：

1. 间接调整方法

间接调整就是在有关的国内立法或国际条约中制定法律适用原则，规定在什么情况下应该适用内国法，在什么情况下应适用外国法以及何外国法，然后再按照所指出的那个国家的实体法，具体确定当事人的权利与义务。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。”在此仅指出，在涉外法定继承中，动产和不动产按什么法律处理，而没有直接规定当事人的权利和义务，这就叫做间接调整。这是国际私法的主要调整方法。这种在间接调整中规定涉外民事关系应适用什么法律的规范，叫做“冲突规范”。

2. 直接调整方法。

直接调整就是制定统一实体法，直接规定当事人的权利和义务。统一实体规范是指在国际条约和国际惯例中用来确定当事人权利与义务的规范。从19世纪末以来，运用统一实体规范来解决法律冲突，越来越多了，特别是在国际贸易、知识产权的国际保护等方面得到了广泛的运用。运用统

…实体规范可以消除和避免法律冲突。例如，1980年《联合国国际货物买卖合同公约》第66条规定：“货物在风险转移到买方后遗失和损坏，买方支付价格的义务并不因此而解除，除非这种遗失或损坏是卖方的行为或不行为所造成的。”根据这一条规定，双方的风险责任规定得十分明确。在国际惯例中也有这种实体规范。如，在国际货物买卖中的价格条件“离岸价格”或“到岸价格”，就明确地表示了双方当事人的权利和义务。

间接调整和直接调整在解决某一个具体的涉外民事关系时，只能适用一种，而不能同时适用。在一般情况下，有统一实体规范时，就先适用统一实体规范，只是在没有统一实体规范可适用时，才适用冲突规范。由此可见，在解决某一个具体涉外民事关系时，二者是相互排斥的；但就解决法律冲突来讲，二者又是相辅相成，缺一不可的。

四、国际私法的范围

所谓国际私法的范围，是指国际私法在调整涉外民事关系时所要解决的问题。国际私法的调整对象是广义上的涉外民事关系，每一种涉外民事关系都有一些特殊的法律问题，这些特殊的法律问题，只能由各个具体部门法来解决，而国际私法只能解决涉外民事关系中的一些共同性的法律问题，这些共同性的法律问题是：

1. 外国人的民事法律地位问题，即外国人在居留国能否参加某一项民事活动，以及在这项民事活动中能够享有什么权利，应该承担什么义务等问题。这是涉外民事法律关系产生的前提。

2. 涉外民事关系的法律适用问题，即不同国家当事人在同一个民事关系中如何消除或避免法律冲突，最终确定当事

人的权利和义务问题。这是国际私法的最根本任务，是国际私法存在的基础。

3. 对涉外民事法律关系中当事人权利和义务如何实行司法保护的问题，即在涉外民事法律关系中，不管以何种法律所确定的当事人的权利和义务，在履行过程中，难免会出现这样或那样的争论，如何解决这些争论，确保当事人权利和义务的实现，这就需要运用国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序规范来加以调整。

上述这些问题，就是国际私法所要解决的主要问题。为解决这些问题，国际私法就应该有相应的法律规范。

第二节 国际私法的规范

国际私法的调整对象是涉外民事关系。它的任务就在于解决涉外民事关系中的当事人法律地位，法律适用以及司法保护等问题。为了实现上述目的，国际私法应该有哪些规范呢？我们认为，国际私法应包括下列四种规范：

一、外国人民事法律地位规范

这类规范是规定外国人在居留国享有哪些民事权利、承担何种民事义务以及享受何种民事待遇的规范。这种规范是产生涉外民事法律关系的前提，是国际私法赖以存在的基础。因为只有允许外国人在内国从事一定的民事活动，才能产生涉外民事法律关系。这类规范有的规定在国际条约中，例如，中华人民共和国和美利坚合众国贸易关系协定中规定，“为了促进两国的经济和贸易关系，缔约双方同意：向对方商号、公司和贸易组织提供的待遇不低于给予任何第三国或地区的待遇。”有的规定在国内立法中，如，《中华人民

共和国中外合资经营企业法》第1条规定：“中华人民共和国为了扩大国际经济合作和技术交流，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、企业或其它经济组织（以下简称中国合营者）共同举办合营企业。”

二、冲突规范

冲突规范又叫法律适用规范，它是指出某种涉外民事法律关系应适用何国法律来调整的规范。它以间接的方法调整涉外民事法律关系。冲突规范的特点是它本身并不直接确定涉外民事法律关系中双方当事人的权利与义务，它仅仅指出该项法律关系所应适用的实体法，这种被冲突规范所援引的用来具体确定当事人权利与义务的实体法，在国际私法中称为“准据法”。冲突规范只有与准据法结合起来，才能最终解决当事人的权利与义务问题。例如，我国《民法通则》第144条规定：“不动产的所有权，适用不动产所在地法律。”这就是一条冲突规范。在国际条约中也有冲突规范。例如，中苏领事条约第20条规定：“缔约任何一方公民，死亡之后遗留在缔约另一方领土上的财产，包括动产和不动产，均按财产所在地国家的法律处理。”

冲突规范是国际私法的重要规范之一，国际私法中的许多问题都与冲突规范有关，国际私法学就是从研究冲突规范开始的。它的地位和作用不仅在历史上，而且在现在，在统一实体规范出现之后，以及将来，都占有十分重要的地位，起到不可低估的作用。因为，现在统一实体法还不够普遍，还不能够起到全部调整错综复杂的涉外民事法律关系的作用。况且世界各国的民商法还不可能统一，法律冲突是长期存

在的，因而冲突规范始终是国际私法中最重要的规范。

三、统一实体规范

这类规范是在国际条约和国际惯例中，直接规定涉外民事法律关系双方当事人具体权利和义务的规范，它能够避免法律冲突，可以更准确、更迅速、更直接地调整涉外民事法律关系。统一实体规范是在冲突规范的基础上产生的。它和冲突规范的任务是相同的，都是为了调整涉外民事法律关系。所不同的是，统一实体规范是直接调整，而冲突规范则是间接调整。统一实体规范与冲突规范所援引的准据法不同，尽管准据法也是实体法（如国内民法），但是，这种实体法必须经过冲突规范的援引，才能用来调整涉外民事关系，而这里所讲的统一实体规范，则不需要经过冲突规范援引，它是专门为了调整涉外民事法律关系的，可以直接用于确定当事人的权利与义务。统一实体规范广泛用于调整涉外民事关系，是从十九世纪才发展起来的。1883年的《保护工业产权的巴黎公约》是调整涉外民事法律关系中最早的统一实体规范。从此之后，在国际贸易、运输、保险、支付结算，知识产权以及国际经济技术合作等方面出现了大量的国际条约和国际惯例。

四、国际民事诉讼和仲裁程序规范

这种规范是指一国司法机关或仲裁机构在审理涉外民事案件时，专门适用的程序规范。这种规范的任务在于解决涉外民事案件中的司法冲突，特别是司法管辖权问题，越境送达司法文书，以及承认和执行外国法院判决、仲裁裁决等问题。严格说来，它与国际私法是两个不同的法律部门，但是这些规范与国际私法有着密切的联系，它对国际私法所确定的当事人权利与义务实行司法上的保护，没有这种规范，国

际私法的目的就不能实现。

对于国际私法的规范，国内外的学者们争论已久，分歧颇多。除我们所主张的上述观点外，还有两种观点：一种观点认为，国际私法的任务就是解决涉外民事法律关系中的法律冲突，因此，它仅仅包括冲突规范。所以称国际私法为“冲突法”。另一种观点认为，国际私法既然是调整涉外民事法律关系的，所以调整涉外民事关系的规范都是国际私法的规范。它不仅包括上述四种规范，而且还应该包括国内立法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范。如，1964年的捷克斯洛伐克制订的《国际贸易法》，我国1986年颁布的《外资企业法》等。

以上各种观点，都有一定的道理，尚需进一步研究。我国自对外开放以来，颁布一系列有关涉外经济法规，用来专门调整涉外经济贸易关系。这些法规具有强行法规的性质，在我国境内所发生的涉外经济贸易关系，必须适用。如，中外合资经营企业法第2条规定，“合资企业的一切活动，应遵守中华人民共和国的法律、法令和有关条例的规定”。可见这类法规调整涉外经济、贸易关系时起着十分重要的作用。因此，我们必须认真学习掌握运用它。这些规范也可以避免法律冲突。

第三节 国际私法的渊源

国际私法的渊源与国际法和国内民法都不同。国际私法的渊源具有两重性，既有国内渊源，又有国际渊源。研究它的目的在于了解国际私法规范的法律表现形式，弄清它的法律效力，以便更准确地利用这些规范调整涉外民事法律关

系。

一、国内立法

国内立法是国际私法的主要渊源之一，国际私法的规范最早都是通过国内立法的形式来表现的。为了开展国际民事和经济往来，每一个国家都有必要通过自己国家的立法来规定外国人在本国享有什么样的民事权利，应承担哪些民事义务，在处理涉外民事法律关系时，什么情况下适用本国法，什么情况下适用外国法，适用何外国法，以及审理涉外民事案件时所遇到的特殊程序问题应如何解决等问题。这些法律规定就构成了国际私法的国内渊源。

国际私法的规范在国内立法中表现方式大体上有三种：

1. 在民法和其它法典中的有关章节中，分别列入本国所适用的国际私法规范。例如，1804年的法国民法典，就采取了这种形式。该法典的第3、6、11、14、47、170条……等。我国继承法第36条，涉外经济合同法第5条等。

2. 以专门法典和单行法规的形式对国际私法规范系统地加以规定。最早采用这种形式的是1896年的《德国民法施行法》，该法是专门规定冲突规范的法典。受德国影响，日本于1898年制订了《法例》，也专门系统地规定冲突规范。其后，荷兰、奥地利、瑞士、泰国、波兰、德意志民主共和国、捷克斯洛伐克、阿尔巴尼亚、匈牙利等国都采用这种方式制订了专门的冲突法。我国台湾也于1953年颁布了《涉外民事法律适用法》。

3. 在民法典或其它法典中列入专章或专篇比较系统地规定国际私法规范。如我国1982年颁布试行的民事诉讼法第五篇，《民法通则》第八章，就是专门规定国际民事诉讼程序规范和冲突规范的。苏联也是采取这种形式的。1961年苏俄