

国际私法



吉 林 大 学 出 版 社

国际私法

主 编 高树异

副主编 孟宪伟

撰稿人（以所写章节先后为序）

高树异 孟宪伟 赵 甦

吕岩峰 宋春林

吉 林 大 学 出 版 社

目 录

第一章 国际私法概论	(1)
第一节 国际私法的含义和调整对象.....	(1)
第二节 国际私法规范的组成部分.....	(6)
第三节 国际私法的渊源.....	(12)
第四节 国际私法的性质.....	(23)
第五节 国际私法的基本原则.....	(28)
第二章 国际私法学简史	(31)
第一节 十三——十五世纪意大利 的国际私法学说.....	(31)
第二节 十六世纪法国的国际私法 学说.....	(35)
第三节 十七世纪荷兰的国际私法 学说.....	(38)
第四节 十九世纪德国和意大利的 国际私法学说.....	(40)
第五节 十九世纪英美的国际私法 学说.....	(43)
第六节 现代国际私法学.....	(46)
第七节 中国的国际私法和国际私 法学.....	(49)
第三章 冲突规范概论	(53)
第一节 冲突规范的结构和种类.....	(53)

第二节	识别问题·····	(60)
第三节	反致和转致·····	(64)
第四节	“公共秩序”保留·····	(67)
第五节	法律规避·····	(70)
第六节	外国法内容的确定·····	(73)
第四章	国际私法的主体·····	(78)
第一节	外国人的民事法律地位·····	(78)
第二节	有关自然人的法律冲突 及其解决原则·····	(81)
第三节	有关法人的法律冲突及 其解决原则·····	(89)
第四节	关于国家的民事法律地位问题 ·····	(94)
第五章	国际私法中的所有权·····	(97)
第一节	外国自然人、法人的所有权·····	(97)
第二节	所有权的法律冲突及其解决 原则·····	(101)
第三节	国有化及其补偿·····	(107)
第四节	国家财产的豁免权·····	(111)
第六章	一般债的问题·····	(117)
第一节	合同之债的法律冲突及其解决 ·····	(117)
第二节	侵权行为之债的法律冲突及其 解决·····	(122)
第三节	无因管理与不当得利之债的法 律冲突及其解决·····	(126)

第七章 知识产权问题	(128)
第一节 知识产权问题概述.....	(128)
第二节 专利权问题.....	(130)
第三节 商标权问题.....	(138)
第四节 著作权问题.....	(146)
附: 世界知识产权组织简介.....	(153)
第八章 婚姻家庭问题	(155)
第一节 涉外结婚问题.....	(155)
第二节 涉外夫妻关系问题.....	(165)
第三节 涉外离婚问题.....	(169)
第四节 涉外父母子女关系.....	(173)
第五节 涉外收养问题.....	(178)
第九章 继承问题	(182)
第一节 概 述.....	(182)
第二节 涉外法定继承问题.....	(183)
第三节 涉外遗嘱继承问题.....	(189)
第四节 无人继承问题.....	(196)
第五节 我国对涉外继承关系的处理.....	(198)
第十章 国际贸易中的法律问题	(201)
第一节 概 述.....	(201)
第二节 国际货物买卖中的法律问题.....	(202)
第三节 国际货物运输中的法律问题.....	(209)
第四节 国际货物运输保险中的法律 问题.....	(218)
第五节 国际贸易结算中的法律问题.....	(224)

第十一章 国际经济技术交往中的法律问题

..... (232)

第一节 国际经济技术交往的意义和
形式..... (232)

第二节 国际合资经营中的法律问题..... (234)

第三节 国际经济技术交往其他形式
中的法律问题..... (242)

第十二章 国际民事诉讼程序..... (252)

第一节 国际民事诉讼程序的概念及
其在国际私法中的意义..... (252)

第二节 涉外民事案件的管辖权..... (254)

第三节 外国自然人、法人和外国国
家的诉讼地位..... (259)

第四节 法院委托与司法协助..... (262)

第五节 外国法院判决的承认和执行..... (264)

第六节 涉外公证与认证..... (268)

第十三章 对外经济贸易及海事仲裁..... (273)

第一节 概 述..... (273)

第二节 国际常设仲裁机构及其仲裁
规则..... (289)

第三节 我国的常设仲裁机构及仲裁
特点..... (297)

第一章 国际私法概论

第一节 国际私法的含义和调整的对象

一、国际私法的定义

国际私法是调整具有涉外因素的民事法律关系的各种规范的总称。

国际私法这个名称，从历史上来说，是长期演变而后形成的。从内容来说，是个不确切的名称。关于这个名称的由来，得从历史发展上说起。

十三世纪前后的意大利，城邦林立，各有自己城市的法规，同时沿用古时传下来的罗马法。当时所说的“法规区别说”或“法则区别说”就是指国际私法。

十七世纪时，荷兰的学者罗登堡（Rodenburg）首先使用“冲突法”这个名称来代替以前的“法规区别说”。以后欧洲大陆的法学家胡伯（Huber）、美国法学家斯多锐（Story）、英国法学家戴赛（Dicey）等人都沿用这个名称。一直到现代这个名称在英美等国仍然很流行。“冲突法”就指的是国际私法。十九世纪时，德国的法学家有的把国际私法叫做“外国法适用法”，如俞斯达特（Justadt）是这样主张；有的把它称做“域外效力法”，如萨维尼（Savigny）等是这样主张。二十世纪前后，一些日本和中国的学者把国际私法称为“法律适用法”。例如1918年，当时的中国政府颁布的《法律适用条例》就属于国际私法的一个主要部分。

“国际私法”这个名称是德国学者薛福纳（Schaeffner）

首先使用的，他在1851年时写了一本书，名为《国际私法史》，最先提出“国际私法”这个名称。以后这个名称为德国、法国、意大利、荷兰、瑞士以及其他国家（包括中国）的学者所采用。

虽然从“法规区别说”到“国际私法”。都指的是国际私法，但由于时代和具体情况不同，类似名称的内涵是不相同的。总的说，其内容是越来越广泛，所包括的法律规范也越来越复杂。

国际私法产生的条件或根据主要是主权国家的并存和国际交往的产生和发展。由于都是主权国家，因此各国都有自己独立的立法体系和具体规定。由于产生了国际交往（政治的、经济的、人员的等等）所以产生了超出一国界限的法律问题。由于国际间经济技术的不断发展，国际交往特别是经济技术交流的日趋频繁，国际私法的内容也不断扩大。马克思说：“法律关系正象国家形式一样，既不能从他们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活关系。”^①物质生活关系发展了，丰富了，所以法律关系，当然也包括国际私法关系，也自然要随之不断发展。

把法律分为“公法”和“私法”，是资本主义国家法学对法律的分类法。按照他们的看法，凡是涉及到国家利益或公共利益以及国家与私人之间的关系的法律，称为“公法”，凡是涉及私人（包括个人和法人）关系或私人利益的法律，就是“私法”。属于“公法”的法律包括宪法、行政法、劳动法、刑法、税法和贸易管理法等，属于“私法”的法律是指民法、商法、婚姻家庭法，以及单行的合同法、企业法、损害赔偿法等。由于国际私法是调整具有涉外因素的民事（包括商事）法律关系，所以被称为“国际私法”。正是因为这样，有些外国学

^①《马克思恩格斯全集》，第6卷第291—292页。

者把它称做“国际民法”（比利时学者劳罗首先使用此名称）或“国际民商法”（瑞士学者梅利首先使用此名称）。不过国际间通用的名称，还是叫国际私法。

从法律的本质看，法律是统治阶级意志的体现，是阶级专政和治理（包括组织政权，管理经济，维护有利于统治阶级的社会秩序等）的工具，无所谓公和私的问题。如果从阶级性来分析，也是阶级的法律，而非个人的法律，而且总是通过它的社会性来体现阶级倾向性的。从法律或法的一般属性来说，除去阶级性之外，还有社会性（适用于社会上一切人）、规范性（不论是制定法或习惯法都表现为一些原则、制度、规则）和强制性（国家通过一些强力机构来保证法律规范的实施，规定人们行为的范围，允许做什么或不准许做什么）。

因此，国际私法名称中这个“私”字突出地反映了资产阶级法学家对法律的分类。不论就其分类本身，还是从发展角度来说，这个名称是不确切的。由于现代资本主义经济和政治的发展，国际交往的频繁以及国家对经济关系和个人生活的干预的加强，在资本主义国家，公、私法趋向结合或融合，传统意义上的公、私法界限越来越含糊不清。可以说，资本主义国家的私法趋向公法化，而公法又趋向私法化。所以，国际私法这个名称的内容或内涵也在不断变化中。

二、国际私法调整的对象

国际私法调整的对象是具有涉外因素或国际因素的民事法律关系。现在先说明什么是涉外因素，然后再说明这种民事法律关系包括哪些内容。

先举几个具有涉外因素的民事法律关系的案件为例。

例一：某英国人（甲）在上海居住多年，在美国纽约市有私人房产一栋，病危时用遗嘱（未经公证）将这些房子的

一半赠送给在长春定居的日本籍女佣人（乙）。某甲死后，其房产被居住在英国伦敦的弟弟（丙）占有，拒不交给乙。某乙在长春市人民法院起诉，要求继承这部分房产。假如你是该案的审判员，你将如何处理这个问题。

这个案件，牵涉到中国、日本、英国、美国的法律。需要解决的问题，有管辖权问题（哪级法院有权处理这类案件）、外国人的法律地位问题（如有无继承权，有无诉权）、适用法律问题（适用何国何种法律）以及法院委托和司法协助问题（牵涉到的外国法律和在外国的的人和物，怎样调查、怎样取证、怎样执行的问题）等。

例二：一个住所在美国加州旧金山的美国公民在纽约买了一张从纽约飞往香港的泛美航空公司的飞机票，其所乘飞机由于飞机本身结构的问题，中途经日本东京准备停降上下客人时，在东京机场上空坠毁，该美国公民因而死亡。其在美国上海工作的妻子向上海市人民法院提起诉讼，控告泛美航空公司和生产该飞机的飞机制造厂（在法国巴黎），要求赔偿损失。这案件涉及到美国、日本、法国、中国的法律。假如你是审理此案的审判员，或者是原告的法律代理人（律师），你将如何考虑有关问题，怎样解决这一问题。

例三：我国某省一粮油进出口公司（A）向美国纽约州某公司（B）购买小麦×万吨，以F、O、B、（离岸价格）价格条件双方签订了买卖合同。我国的上述公司（A）向在非洲利比里亚登记的在西德汉堡营业的轮船公司（G）租了一条货轮（D）去纽约港装运这批小麦。美国的B公司就这批小麦的运输安全向英国一家保险公司（E）投保了货物短卸险。该货轮（D）在纽约装完小麦后，用日本一家公司（F）的标准提单，签发了提单。这批小麦运到上海港后，在卸货时发现短少了很多（远远超过规定的标准）。这样就引起争执。合同中订明，如发生争议，应提交在北京的中国

对外经济贸易仲裁委员会解决。假如你是被选定的仲裁员，你将如何着手去解决这个纠纷。在这一案件中，牵涉到中国、美国、西德、利比利亚、英国、日本六国的法律。

上面所举的三个例子，虽然只是虚构，但这种事实或类似问题经常是在发生的。这三个案件中，都明显的包含涉外因素，或者叫国际因素，因为在这些案件中，有关的人（法律关系的主体）或物（法律关系的客体）或事实（关系到法律关系的产生、变更或消灭）并不属同一国籍，或者不在同一国家。

具体说，所谓具有涉外因素或国际因素的法律关系，是指：

一、法律关系的主体（即当事人），不论是单方面还是双方面，也不论是个人或法人，是外国人，或者说是国籍不同的人。如例一中的当事人乙（原告）是日本人，丙（被告）是英国人，从中国（法院地）的角度来说，都是外国人，而且国籍不同。

二、法律关系的客体（包括各种概念的物或财产）是在外国，即不在处理该纠纷的法院或仲裁机构所属的国家之内。如上述例一的客体（房产）是在美国纽约市，而审理该案的法院是在中国的长春。从中国的角度来说，就叫法律关系（继承问题）的客体在外国。

三、与法律关系的产生、变更或消灭有关的法律事实（如契约的缔结，损害的发生或侵权行为的发生，债务的履行等）是在外国产生。如前举例二，客机是在东京坠毁，事故发生地是日本；客票是在纽约购买，契约缔结地是在美国；原告提出请求赔偿损失的法院是上海市人民法院，法院地是中国。从法院地的角度说，就是有关的法律事实发生在外国。

一个法律案件或仲裁案件，只要具备上述三种情况的任

何一种（更不必说具备二种或三种情况了）就是一种具有涉外因素或国际因素的纠纷或案件，就属于国际私法调整的对象。

以上说的是什么叫涉外因素。现在说明什么是这种民事法律关系的内容范围。

具有涉外因素的法律关系是多方面的。比如国家间关于边界、领土或大陆架划分的争执，这种关系是具有涉外因素的；再如外国人在中国有犯罪行为，或者中国人在外国犯有触犯中国刑律的行为，这种关系也是具有涉外因素的关系。但上述二种情况并不属于国际私法调整的对象，因为前者是属于国际公法的问题，后者是属于刑法的问题。

国际私法所调整的对象，是具有涉外因素或国际因素的民事法律关系，即一定范围的财产关系或经济关系，以及与财产关系有关系的人身或身分关系。例如物权（主要表现为所有权）问题，债权问题，知识产权问题，婚姻家庭关系问题，继承权问题等。对外经济贸易方面的一些问题，以及与此有联系的一些关系，如运输、保险、支付等方面的问题，也属于国际私法调整的对象。要使一种民事法律关系成立，必须当事人（即该法律关系的主体）被法院地的法律承认他们具有权利能力、行为能力，因此关于外国人的民事法律地位的问题，也是国际私法调整的对象。

第二节 国际私法规范的组成部分

关于国际私法组成部分的问题，在法学界（国内与国外都如此）是有不同看法的。有些人主张，国际私法规范只包括调整具有涉外因素的民法关系的冲突规范以及关于外国人民事法律地位的规范；有些人主张除上述二种规范外，还应包括调整具有涉外因素或国际因素的民事关系的实体规范；

有些人主张除上述三种规范外，还应包括解决具有涉外因素的民事纠纷的民事程序（或叫国际民事诉讼程序）和国际经济贸易仲裁程序的规范。

从历史发展来看，第一种观点是传统的看法。从当代国际交往的现状和各国立法的实践以及客观形势的发展来看，国际私法规范的范围有逐渐扩大的趋势。作者本人是同意最后一种看法的。现就这四方面的内容分述如下。

一、关于外国人民事法律地位的规范

所谓外国人的民事法律地位的规范，就是指根据本国法律，外国人（包括各种类型的法人）在本国（指法院地国）享有的民事权利的内容和范围。当然也包括关于外国人的民事义务的规范。有些作者把国家本身也列入这个问题与个人和法人相提并论。作者认为，国家的地位（不论其活动性质如何）应属于国际法（国际公法）的范围。因为根据主权原则，国家享有民法、刑法诉讼法等方面的豁免和优遇，不能与个人或一般组织同等对待。

关于外国人民事地位的法律规范，是国际私法规范中最古老的一种规范，可以说自从有国际交往以来，就有关于外国人地位问题的规范，只不过在内容的多少、体制是否完备等方面不同而已。

在古代罗马（第三世纪以前）时期，存在着两种民法，一种叫市民法（Juscivile）它调整罗马公民之间的各种问题；一种叫万民法（Jusgentium），它调整不具有罗马公民籍的外国人或外族人之间的关系以及罗马公民与外国人（外族人）之间的关系。万民法中的一部分规定，就属于国际私法的规范（规定外族人在罗马的民事权利问题）。

我国是一个有几千年历史的国家，中国人民与各国人民很早就有了友好的往来。唐宋时期，特别是唐代（618——

907)，有大量的外国人来中国长住或短期居留。外国人比较集中的地区是长安（当时的都城）、广州、扬州、明州（宁波）、洪州（南昌）、洛阳等地。当时外国人在中国从事各种职业，并享有广泛的民事权利。这从唐代的各种法规（律、令、格、式）中可以概见。除唐朝以外，中国历代都有数量不等的外国人来中国居住或经商。各个时期都根据当时的政策和法令对他们的法律地位做出规定。

解放后，我国政府在坚持主权独立和取消外国人在中国的特权地位的原则下陆续颁布了一系列有关外国人（包括个人和法人）民事权利的法律、法规。例如1978年公布的《发明奖励条例》，1982年公布的《中华人民共和国商标法》，1951年公布的《中华人民共和国劳保条例》，1964年公布的《外国人入境出境过境居留旅行管理条例》，1979年公布的《中华人民共和国中外合资经营企业法》，1980年公布的《广东省经济特区条例》，1982年公布的《中华人民共和国民事诉讼法》等法律、法规中，都包含有关于外国人民事法律地位的规范。

在我国与外国缔结的双边条约以及我国参加的多边国际协定或国际公约中，也有这方面的规定，它们具有相当于法律的效力。

关于外国人地位的法律规范，国际上大多数国家的实践是，把它们分别规定在各种法规，如宪法、民法、商法、经济法、民事诉讼法以及有关的单行法律、法规中，而不是统一规定在一个法典中。

二、冲突规范

在发生具有涉外因素的民事纠纷时，规定哪种问题适用哪种或哪国法律去解决的规范，叫做冲突规范。冲突规范，也就是解决因有关国家法律对同一问题规定不同而产生的冲

冲突的规范。各种冲突规范的总称叫冲突法，它是国际私法的基本的组成部分。西方的国际私法学就是从研究冲突规范开始的。十三世纪意大利的后期注释学派的法学家们，就是从探讨法律冲突开始进入国际私法的研究领域的。

当前在有些国家，冲突法成了国际私法的同义语。对它的全面研究，国内外的许多学者做了不少工作。冲突规范是解决国际私法问题时所特有的一种规范，主要是适用于具有涉外或国际因素的民事问题。此外也存在解决刑事问题的冲突规范，但这种冲突规范一般认为不属于国际私法的范围。

一般法律规范或规则是对一种法律关系的当事人（主体）双方或各方的权利义务作出具体的规定，指出当事人一方应做什么，或不应做什么，另一方应做什么或不应做什么。如《中华人民共和国合同法》（1982年7月1日起施行）第14条规定：“当事人一方可向对方给付定金。经济合同履行后，定金应当收回，或者抵作价款。给付定金的一方不履行合同的，无权请求返还定金。接受定金的一方不履行合同的，应当双倍返还定金。”这一条把订立经济合同双方在定金方面的权利和义务规定得明确具体。这种规范称作实体规范。

冲突规范则不是这样。它是在解决具有涉外因素的民事法律关系时，不是具体规定当事人双方的各自权利义务，而是规定一种处理这种关系的原则，如规定某种法律关系应依何种、何国、何地的法律处理，或者指出应依什么原则处理。这种规定，可以叫法律适用规范，也可叫法律适用原则。这种规范，不论是在国内立法中还是国际协定中，都是存在的。

如1954年政务院批准的《外人在华遗产继承问题处理原则》第7条规定：“外人在华动产继承，在互惠原则上，可按被继承人国家的法律处理。”这一条就是一种冲突规范。

它不是规定继承关系上当事人具体的权利和义务，而是规定适用何国法律处理外国人的动产继承问题。又如《中苏领事条约》第20条规定：“缔约任何一方公民死亡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。”这又是一条冲突规范。又如波兰国际私法（1966年7月1日施行）第14条规定：“婚姻的成立要件，依各当事人的本国法。”这也是一条冲突规范。

冲突规范，也是一种很古老的国际私法规范。我国在唐代的法律中即已存在这种规范。如唐律（永徽律）中有这样规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依其本俗法。异类相犯者，以法律论。”“化外人”，指的是外国人。“同类相犯”，指的是同一国家的外国人间的纠纷。“依本俗法”，指适用其本国的法律。“异类相犯”，指不属于同一国家的外国人间的争执。“以法律论”，指应以唐朝的法律论处。宋代的法律《宋刑统》中，也有类似规定。

三、调整具有涉外因素的民事法律关系的实体规范

关于什么是实体规范，上面已略加说明。当前，在国际经济技术交往和人员往来迅速发展的情况下，加速解决涉外民事法律关系中各种问题，是有重要意义的。因此，直接就具有涉外或国际因素的民事法律关系中权利义务问题作出具体规定的规范，也属于国际私法规范。这类规范，既存在于国内立法、判例中，也存在于国际条约和国际惯例中。从发展上看，其数量有越来越多的趋势。

我国的《中外合资经营企业法》第4条规定：“合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。”这一条就属于国际私法规范。同法的第5、第6条、第7条也属于这类规范。又如广东省的《广东省经济特区企业劳动工资管理暂行规

定》（1932年1月1日起施行）第2条规定：“特区外资企业、中外合资企业和合作企业（以下简称特区企业）雇用职工，实行合同制，并由企业同职工签订劳动合同。劳动合同应包括以下内容：职工的雇用、解雇和辞职；生产和工作任务；劳动服务费和奖惩规定；工作时间和假期，劳动保险和生活福利，劳动保护，劳动纪律。劳动合同应经特区（市）劳动局核准。”这一条以及该暂行规定中其他一些条文也属于国际私法规范。

我国与外国签订的一些协定中，也包含有这类规范。如《中华人民共和国和罗马尼亚人民共和国对外贸易机构1961年交货共同条件》（属于国际协定的一种）第13条规定：“除合同中另有规定者外，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，卖方应支付买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，时间在四周以上，自第五周起至第八周止，每周罚金0.6%，自第九周以后，每周的罚金都是1%，但罚金总值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卖方对迟交货物的交付义务。”这就是一条规定具有涉外因素的贸易关系的具体规范。

当一个国家的法律或一个国际协定或公约中对某一项涉外民事问题有了具体规定时，除法律或协定另有规定外，一般就不再适用冲突规范，而是直接适用有关的实体规范。例如1964年在海牙通过的《国际货物买卖统一法公约》第2条规定：“除有相反规定外，为了引用本法起见，必须排除国际私法（指冲突法）的规则。”

四、国际民事诉讼程序和国际经济贸易仲裁程序的规范

这类规范也属于实体规范，但它与冲突规范所引用的实